

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَتَرَى الْجِبَالَ تَحْسَبُهَا جَامِدَةً وَهِيَ تَمُرُّ مَرَّ السَّحَابِ ۗ صُنِعَ اللَّهُ الَّذِي لَمْ يَتَقَنَّ كُلَّ شَيْءٍ ۗ
إِنَّهُ خَيْرٌ بِمَا تَفْعَلُونَ﴾

[سورة النمل، الآية 88]

إهداء

إلى روح والدي الطاهرة...

إلى امي الحنونة منبع العطف، برا بها، واعترافا بفضلها، ووفاء لعطاءها...

إلى اختي واخواتي وزوجاتهم، وكافة عائلتي الكريمة...

إلى كل اساتذتي في جميع مراحل دراستي...

إلى كل أصدقائي وزملائي الأعزاء...

إلى كل اللذين يهتفون لي بالنجاح...

إلى كل هؤلاء أهدي عملي المتواضع.

شكر وتقدير

بعد شكر الله سبحانه وتعالى

الحمد لله أهل الثناء والمجد والسلام على خير المرسلين محمد صلى الله عليه وسلم

وبعد،

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من لا يشكر الناس لا يشكر الله ". وقال أيضا: " من أهدى لكم معروفا فكافئوه، فإن لم تستطيعوا فادعوا له ".

أتقدم بأسمى عبارات الشكر والامتنان والتقدير الى أستاذتي الفاضلة

الدكتورة حليلة بن حفو

التي شرفنتني بقبول الاشراف على هذا البحث فكان لها الفضل بعد الله سبحانه وتعالى في اتمامه، كما اشكرها جزيل الشكر على ملاحظاتها القيمة ونصائحها النوعية. فكانت مثالا للأستاذات المجيدات والمجتهدات، راجيا من الله جلت قدرته أن يرزقها طول العمر ودوام الصحة والعافية.

كما أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان الى السادة الأساتذة الاجلاء المحترمين أعضاء لجنة المناقشة الذين شرفوني وقبلوا بدون تردد المشاركة في مناقشة هذا العمل المتواضع.

كما اشكر جميع الأطر البنكية والإدارية الذين ساعدوني في انجاز هذا البحث الى جانب كل من كان مصدرا للمعلومة.

ولكل هؤلاء أقول:

لكم سادتي شكري واني لعاجز لكم ألف شكر من مديح مؤيد

لائحة المختصرات

مرجع سابق	م س
عدد	ع
صفحة	ص
قانون الالتزامات والعقود	ق ل ع
مجلد	م
جزء	ج
هجريّة	هـ
ميلادية	م

مقدمة

شهد الاقتصاد العالمي خلال اواخر القرن العشرين بعثا جديدا للإقتصاد الإسلامي على مختلف المستويات النظرية والتطبيقية، وكان من أبرز مظاهر هذا البعث ظهور-البنوك الإسلامية-¹، 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 الإهتمام والإعتراف في المحافل الإقتصادية العالمية.

وقد قامت البنوك الإسلامية على منظومة فكرية وتشريعية متكاملة مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية، و على أساس الكسب الحلال والابتعاد عن المعاملات التي تتعارض مع احكام الشريعة الإسلامية، ومن امثلتها تشجيع التجارة وتحريم الربا²، هذا الأخير الذي انتشر بكيفية واسعة في البنوك التقليدية وعصف باقتصاديات الدول الرأسمالية الغربية وخلف أزمة مالية خانقة، انعكست اثارها على مختلف دول العالم، في حين بقيت البنوك الإسلامية صامدة، ونجحت بجميع المقاييس في التصدي

¹ البنوك الإسلامية هي مؤسسات مالية تقوم بدور الوساطة المالية بين فئتي المدخرين والمستثمرين- في اطار صيغة المضاربة الشرعية المبنية على مبدأ المشاركة في الربح والخسارة، والقاعدة الشرعية الغنم بالغرم- فضلا عن أدائها للخدمات المصرفية المنضبطة في اطار العقود المطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية.

² يقصد بالربا عند العرب: الزيادة المشروطة التي يؤديها المدين للدائن علاوة على رأس المال نظير التأخير لمدة معلومة من الزمن. لمزيد من المعلومات انظر في ذلك مصطفى ابراهيم محمد مصطفى، تقييم ظاهرة تحول البنوك التقليدية للمصرفية الإسلامية - دراسة تطبيقية عن تجربة بعض البنوك السعودية-، رسالة لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي، كلية إدارة الاعمال والتجارة الدولية، قسم الاقتصاد الإسلامي، الجامعة الأمريكية المفتوحة، القاهرة، مصر، السنة الجامعية 2006، ص:17

لا بأس ان نعرف في هذا الصدد أيضا الفائدة بحيث تطلق في عرف الفقهاء - كما عرفها الدسوقي - على ما تجدد - نتج - لا عن مال أو عن مال غير مزكى كميزات أو عطية أو هبة وثمان عروض القنية، وتخرج بهذا التعريف الغلة والربح لأنها حصلت عن مال ويقصد بثمن عروض القنية ما إذا اشترى سلعة للاقتناء لا للإيجار بعشرة ثم باعها بعشرين فلا يسمى هذا ربحاً بل فائدة. وتم وضع ضابط للفائدة من قبل الفقهاء وذلك من خلال هذه التعريف: أنها ما يحصل عليه الإنسان دون عمل أو جهد أو قصد التجارة. أما بالنسبة لتعريف الفائدة من قبل الباحثين في المجال الاقتصادي فيقصد بها الثمن المدفوع نظير استخدام النقود أو هي الثمن النقدي لاستعمال مبلغ نقدي. انظر في ذلك انظر حسن بن عبد الله الأمين، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، دار الشروق، ط الأولى، 1983، ص:254

للأزمات المالية والاقتصادية داخل الدول التي اعتمدها سواء كانت عربية أو غربية.³

كما تحظر الفائدة الربوية وتستبعد ما من جميع أنواع التعاقدات والمعاملات المالية، وما يستتبع ذلك من إيجاد واستحداث صيغ وأدوات مالية بديلة متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، تطبيقاً لقول الله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ"⁴.

وأدى ظهور البنوك الإسلامية وما تقدمه من تمويلات بديلة إلى الاسهام بشكل كبير في رفع وتيرة التنمية الاقتصادية في الآونة الأخيرة، وزاد بها بعد الفشل الذي عرفته الأنظمة المالية التي تعتمد على الفوائد الربوية، وأضحت بذلك البنوك الإسلامية حقيقة ثابتة في المجتمعات المعاصرة.

وكانت بداية نشأة البنوك الإسلامية، مع -بنوك الادخار المحلية- التي أنشئت في الأرياف المصرية سنة 1963 بمدينة- ميت غمر-، بإشراف الدكتور أحمد عبد العزيز النجار والتي أخذت بنظام لا ربوي يقوم على روابط وعلاقات مباشرة وعلى ثقة متبادلة بين البنك والفلاحين، وحققت هذه التجربة البسيطة نجاحاً لافتاً، وفسح المجال أمام تجارب مماثلة بدأت في العقد السابع من القرن المنصرم بإنشاء بنك ناصر الاجتماعي المصري سنة 1971، وبعد ذلك أنشئ البنك الإسلامي للتنمية سنة 1975 في مدينة جدة في المملكة العربية السعودية، وفي ذات السنة أنشئ بنك دبي الإسلامي بالإمارات الذي يعد الطفرة النوعية الحقيقية التي كرس العمل المصرفي الإسلامي المتخصص على أرض الواقع⁵، وتوالى بعد ذلك إنشاء المؤسسات المالية الإسلامية حتى وصلت إلى غاية 2019 حوالي 500 مؤسسة

³ استاذتنا حليلة بن حفو، المراجعة في البنوك التشاركية، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، ع التاسع، أكتوبر 2015، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2015، ص:17

⁴ سورة البقرة، الآية 277

⁵ البشير عدي، البنوك الإسلامية وافاقها بالمغرب، مقال منشور بمجلة الفرقان، ع 80، لسنة 2017، ص:8-9

مصرفية ومالية تدير استثمارات هامة، حيث يتوقع ان ترتفع قيمة الأصول المالية الكلية للتمويل الإسلامي على مستوى العالم الى 3.8 تريليونات دولار بحلول عام 2023، منها 2.44 تريليون دولار أصول للمصاريف الإسلامية.⁶

ومع أن البنوك الإسلامية صار لها من التواجد ما يناهز نصف قرن، عمت خلاله معظم بقاع العالم الاسلامي والغربي، إلا أنها لم تعرف طريقها لبلادنا التي شكلت استثناء غير مقبول على مر العقود السالفة، أمام الإقبال العالمي المتزايد على هذه التجربة، وأمام نجاعتها المالية ومردوديتها الاقتصادية.

ظلت هذه المعاملات المصرفية اللاربوية غائبة عن التداول والممارسة بالمغرب ردحا من الزمن، قبل أن تقتنع السلطات المالية بهذه التجربة بحلول سنة 2007 من خلال توصية بنك المغرب رقم 33/و/2007 تحت مسمى توصية متعلقة بمنتجات⁷ -الإجارة والمشاركة والمراحة-، هذه التوصية اليتيمة وغير الملزمة، التي استندت للمرجعية الدولية في إقرار هذه الصيغ⁸ لم تراع طبيعة هذه الأخيرة وخصوصياتها، مما جعلها تحمل منذ الولادة أعراض احتضارها، الشيء الذي ساهم الى جانب عوامل أخرى في تعثرها وفشلها مباشرة بعد دخولها حيز التنفيذ.

وقد راج في الأوساط المصرفية ولدى البنك المركزي أنها كانت مجرد تجربة لاخترار السوق البنكي، وعلى إثر تلك الخطوة التشريعية التي كانت مشجعة رغم احتشامها، فتحت أول مؤسسة للمعاملات البديلة سنة 2010، وهي تابعة لبنك -

⁶ لمزيد من المعلومات حول التطور العالمي لصناعة المالية الإسلامية يُرجى الاطلاع على مجلة بيت المشورة وهي مجلة محكمة في الاقتصاد والتمويل الإسلامي، ع 11، أكتوبر 2019، تصدر عن بيت المشورة للاستشارات المالية.
⁷ دورية والي بنك المغرب رقم 33/و/2007 المتعلقة بمنتجات الاجارة والمشاركة والمراحة، بناء على قرار وزير المالية رقم 934.89 بتاريخ 13 شتنبر 2007، والتي دخلت حيز التنفيذ في فاتح أكتوبر من نفس السنة. وقد جاء اصدار هذه التوصية في إطار ما تخوله المادة 19 من القانون رقم 34.03 الذي غير بمقتضى القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها من صلاحيات لوالي بنك المغرب حيث تنص على ما يلي: "تحدث لجنة تسمى "لجنة مؤسسة الائتمان" يستطلع رأيها والي بنك المغرب في كل مسألة ذات طابع عام او فردي لها علاقة بنشاط مؤسسة الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها المشار اليها في المواد 13 و14 و15 أعلاه. وتقوم اللجنة كذلك بجميع الدراسات المتعلقة بنشاط مؤسسات الائتمان ولا سيما بعلاقتها مع العملاء وبيعهم الجمهور. ويمكن ان تؤدي الدراسات المذكورة الى اصدار والي بنك المغرب لمناشير وتوصيات".
⁸ مقتضيات المادة 15 من توصية والي بنك المغرب رقم 33/و/2007 تنص على مايلي: "ينبغي على مؤسسات الائتمان التي تقدم المنتجات المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه أن تتأكد بكل وسيلة من مطابقة المنتجات المذكورة للمعايير الدولية المعمول بها".

التجاري وفا-، تحت اسم دار الصفاء وقد أطلقت المؤسسة منتجا بديلا حصريا لتمويل مشاريع عقارية سكنية⁹، وكان علينا الانتظار الى غاية الافراج عن القانون البنكي الجديد رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها¹⁰، لنسجل إقرار المشرع المغربي بالعمل المصرفي على غرار بعض التشريعات المقارنة ذات النظام المصرفي المزدوج، وقد خصص لها القسم الثالث من هذا القانون، والتي فضل المشرع المغربي تسميتها بالبنوك التشاركية عوض البنوك الإسلامية¹¹ وحدد المشرع المغربي في هذا القسم المعاملات التي يمكن لهذه البنوك القيام بها، والتي من بينها تمويل المشاريع العقارية عن طريق الإستصناع الذي هو موضوع دراستنا، هذه المعاملة بالرغم من صدور منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 المتعلق بالإستصناع¹²، وكذلك صدور رأي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية رقم 39 الذي يجيز التعامل بعقد الإستصناع¹³، فإن البنوك التشاركية¹⁴

⁹ عبد الرحمن الحلو، البنك الإسلامي، في المغرب المسار التاريخي والانتظارات الاقتصادية والاجتماعية، شركة المدارس للطبع والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى أكتوبر 2015، ص:53

¹⁰ الظهير الشريف رقم 1.14.193 في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014) الصادر بتنفيذ القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، الجريدة الرسمية ع 6328، بتاريخ فاتح ربيع الأول 1436 (22 يناير 2015)، ص:462

¹¹ يُرجح ان يكون عدم تسميتها بالبنوك الإسلامية إسوة بباقي الدول هو بفضل تدخل المؤسسات المالية التقليدية وفرض اسم البنوك التشاركية عوض البنوك الإسلامية، وذلك مخافة ان لا تسمى البنوك التقليدية بالبنوك غير الإسلامية مما قد يخلق لها نوع من التذبذب في المعاملات المالية وانسحاب عملاءها نحو التعامل مع البنوك الإسلامية التي تتوفى مع معتقداتهم الدينية.

خلافا لذلك فقد اعتبر الأستاذ عبد السلام بلاجي الباحث في الاقتصاد الإسلامي في إحدى مداخلته بمحاضرة القاها بأيت ملول بتاريخ 2015/04/25 ان الأسباب التي جعلت اللجنة المكلفة بإعداد مشروع القانون للجيل الجديد من البنوك اختيار مصطلح "التشاركية" عوض "الإسلامية"، يأتي في مقدمة هذه الأسباب أن مصطلح "البنوك الإسلامية" جاء لإبراز الخصائص الحضارية أكثر مما له علاقة بالاقتصاد، وثاني الأسباب أن الإسلام لم يطلق وصف "إسلامي" على أي من تشريعاته أو مؤسساته وحتى الأحاديث التي رويت عن النبي الكريم لم يتم تسجيل أي وصف فيها بهذا الشكل، والثالث من الأسباب تجنب مختلف الحسابات وردود الأفعال على الصفة التي تبقى مرتبطة بمصطلح الإسلام كعقيدة.

أما السبب الرابع، يقول بلاجي، فلغلبة منطق التشارك بين العملاء وبالتالي اقتسام المخاطر، كما أن الدستور المغربي يسند الشأن الديني للملك دون الحكومة، وهذا هو السبب الخامس، فيما يركز السبب السادس على أن لكل مؤسسة اسم من الدولة واسم من المجتمع. وأخيرا لتجنب تحميل أخطاء الاجتهاد للإسلام في موضوع تجاري لكون هذه البنوك إنما هي محاولة من الفقهاء لملاءمة ما ينص عليه الاقتصاد الإسلامي، الذي تعتبر جزء منه، مع مقتضيات الواقع المعاش في ظل عزوف المغاربة عن المعاملات البنكية والقروض.

مقال منشور بموقع <https://alyaoum24.com/297123.html> تم الاطلاع عليه بتاريخ 25/06/2021 على الساعة 11:00

¹² منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 صادر في 19 رجب 1440 (26 مارس 2019) بتنظيم منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/2017 المتعلق بالموصفات التقنية لمنتجات المرابحة والاجارة والمشاركة والمضاربة والسلم والاستصناع، وكذا كفاءات تقديمه للعملاء، الجريدة الرسمية ع 6780 بتاريخ 17 رمضان 1440 (23 ماي 2019)، ص:3052

¹³ رأي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية رقم 39، الصادر بتاريخ 2 رجب 1440هـ، الموافق ل 09 مارس 2019م، بشأن مشروع المنشور الصادر عن والي بنك المغرب، المتمم للمنشور رقم 1/و/2017، الصادر في 27 يناير 2017م، المتعلق بالموصفات التقنية الخاصة بمنتجات التمويل التشاركي وكفاءات تقديمها الى العملاء (عقد الاستصناع)، الجريدة الرسمية ع 6780 بتاريخ 17 رمضان 1440 (23 ماي 2019)، ص:3097

¹⁴ شرعت العديد من البنوك التشاركية بالمغرب في تقديم خدماتها لعموم المواطنين، حيث بدأت جل البنوك الإسلامية في تقديم خدماتها وتسويق منتجاتها لعموم المواطنين، من خلال فتح الحسابات لهذه البنوك وتقديم منتجات بديلة لتمويل مشاريعهم العقارية، ومن بين هذه البنوك نجد مايلي: -بنك أمنية التشاركي هو نتيجة لشراكة بين البنك العقاري والسياحي المغربي وبين بنك قطر الدولي الإسلامي الريادي في أعمال المالية الإسلامية من خلال الحضور القوي للبنك في كثير من المدن المغربية وأسبقيته في فتح أول وكالة له بالمغرب وتوقيع عقود المرابحة.

المغربية لم تجد الصيغة المناسبة لذلك، باستثناء بنك اليسر- وكالة المختار السوسي تيزنيت- الذي اعتمده من خلال قيام هذه المؤسسة المالية باقتناء مواد ومعدات البناء التي يحددها العميل في استصناع العقار وفق المواصفات التي يرغب في الحصول عليه، نفس الشيء تقوم به بنك الصفاء التي اختارت ان تسمي لهذه الصيغة عقد بناء الصفاء مع ابرام عقد مرابحة مواد البناء حيث يتم من خلاله شراء البنك لمواد البناء التي يحددها الزبون-العميل- شراء حقيقيا، بأداء ثمنها كاملا من طرف البنك للمورد، ويسدد العميل الثمن على أقساط شهرية في مدة محددة.

ومن تج الإستصناع من الصيغ المتداولة داخل البنوك الإسلامية، حيث يعد جزءا من المعاملات التي تتعامل بها، إضافة الى اعتباره صيغة لتمويل العقارات والاستثمار العقاري لدى المؤسسات المالية الإسلامية، وقيامه مقام الإقراض بالفائدة المعمول به في البنوك التقليدية، والتمويل العقاري بالإستصناع يتميز بجانبين، أولهما توفير المصنوع العقاري¹⁵ الذي يحتاجه العميل بالمواصفات التي يريد لها لعدم قدرته الحصول عليه مباشرة من الصانع-البائع-، فيلجأ بذلك العميل الى المؤسسة المالية التشاركية طالبا منها صناعة العقار وفق المواصفات التي يحددها، ليتم بيعها له بثمن

-بنك الصفا التشاركي هو ثاني بنك يفتح أبوابه في وجه عموم المواطنين من خلال عدة وكالات له في كثير من المدن المغربية، ويعد بنك الصفا بنكا تشاركيا تابعا للتجاري وفا بنك، ويأتي بنك الصفا في المرتبة الثانية من حيث الإقبال لدى المواطنين.
-بنك اليسر التشاركي المغربي هو نتيجة لشراكة بين البنك الشعبي المغربي وبين guidance financial group الرائد في المالية التشاركية في أنحاء العالم، وقد شرع بنك اليسر في تقديم خدماته للزبناء من خلال فتح الحسابات وإبرام عقود المرابحة للأمر بالشراء.
-بنك التمويل والإئمان من البنوك التشاركية التي رأت النور مؤخرا من خلال فتح أول وكالة للبنك في مدينة الدار البيضاء ويعتبر بنك التمويل والإئمان ثمرة الشراكة بين BMCE BANK المغربي وبنك البركة البحريني، وقد بدأ بنك التمويل والإئمان في تقديم خدماته لعموم المواطنين من خلال فتح الحسابات واستقبال ملفات عقود المرابحة.

-الأخضر بنك هو بنك تشاركي مغربي تابع للقرض الفلاحي بشراكة مع مؤسسة الشركة الإسلامية لتمويل القطاع الخاص التابعة لمجموعة بنك الإسلامي للتنمية، ويهدف الأخضر بنك إلى أخذ مكانة ريادية له في المالية التشاركية في المغرب، وخاصة في تمويل المجال الفلاحي.
-بنك الرضا هو بنك تشاركي تابع لمصرف المغرب، وفتح بنك الرضا التشاركي المغربي عدة وكالات له في بعض المدن الكبيرة من وهي في مجموعها 12 وكالة موزعة على تراب المملكة.
-نافذة دار الأمان وهي نافذة تابعة للشركة العامة، وقد شرع البنك من خلال نافذة دار الأمان بتسويق الخدمات والمنتجات المتنوعة بين فتح الحسابات وإبرام عقود المرابحة للأمر بالشراء.

- نجمة بنك هو فرع للبنك المغربي للتجارة والصناعة BMCI ويسعى نجمة بنك لتقديم تمويلات تشاركية تتسجم مع الشريعة الإسلامية من خلال انطلاقته الفعلية مع بداية 2018 من خلال عدة وكالات محدودة في بعض المدن المغربية ليتم الرفع من عددها بالتدرج لتشمل أغلب مدن المملكة. لمزيد من المعلومات يُرجى الاطلاع على الموقع الإلكتروني لمجلة البنوك التشاركية على الرابط التالي
<https://www.islamicbankmaroc.info/2017/08/Addresses-of-Islamic-banks-in-Morocco.html> تم الاطلاع عليه بتاريخ

10/07/2021 على الساعة 10:00

¹⁵ المصنوع العقاري: يقصد به في مدلول هذا البحث موجود عقاري مادي تم انتاجه، ليؤدي غرض ماء، وفق المتطلبات التي رغب بها العميل المصنوع.

محدد يتم تسديدها على شكل أقساط معينة، ويعد هذا الجانب إيجابيا من حيث التيسير على الناس وتماشيا مع احوالهم المادية، ويوفر فرصة تمويل لمن لا يرغب منهم في اللجوء الى البنوك التي تتعامل بالفوائد ومخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، والجانب الثاني تقوم بتحريك العجلة الاقتصادية وتحقيق الارباح بطرق توافق احكام الشريعة الإسلامية.

أهمية الموضوع:

تبرز أهمية دراسة موضوع تمويل العقار بالإستصناع في البنوك التشاركية في انه يكتسي طابعا خاصا، لما يتميز به عقد الإستصناع من خصوصية عن سائر العقود حيث جمع هذا العقد بين خاصيتين، خاصة بيع السلم في جوازه ورده على البيع المعدوم، حيث ان محله يستصنع في المستقبل، وخاصة البيع العادي في جوازه كون الثمن فيه ائتمانيا، حيث أجاز المشرع تعجيله او تأجيله وذلك حسب الاختيار.

فالإستصناع مدخل هام لعمليات تمويل المشاريع العقارية للمؤسسات المالية الإسلامية، والتجربة المغربية ولو هي حديثة النشأة والعهد، تحتم على البنوك التشاركية الإلمام بفحوى هذا العقد من الناحية الفقهية والعملية والتطبيقية، تفاديا للوقوع في مخاطر بنكية قد تعصف بالبنوك التشاركية إن لم تحسن العمل بالمقتضيات القانونية والفقهية لهذا العقد، فالغرر والغبن والتدليس والمخاطر البنكية محيطة بهذه الصيغة التمويلية، والاحتياط منها واجب، وقد أظهرت بعض التجارب العربية، نجاح هذا الأسلوب التمويلي الشرعي لسد الاحتياجات المتنوعة على أعلى المستويات، وبدورها فإن البنوك التشاركية المغربية ستجد طريقا يسيرا للخوض في تجربة الاستثمار العقاري بعقد الإستصناع دون الحاجة لبعض المؤسسات المالية الإسلامية الخارجية لتمويل المشاريع العقارية بصيغة الإستصناع بالمملكة المغربية، كما والحال بالنسبة للبنك الاسلامي للتنمية.

أما بالنسبة للأهمية الاقتصادية، فعملية تمويل العقار عن طريق ابرام عقد الإستصناع من بين أهم البدائل التي تتعامل بها البنوك التشاركية، حيث سيمكن العميل من الاستفادة من العقار المصنوع عن طريق تمويل غير ربوي، وكذلك سيمكن البنك التشاركي من الاستفادة من العائد أو الربح الناتج عن عملية الصنع التي قد يוכלها لمتدخل ثالث في حالة الإستصناع الموازي¹⁶، وبالتالي سيستفيد ثلاثة أطراف من هذه العملية التمويلية عن طرق تحريك عجلة التنمية الاقتصادية، ما ينعكس بالإيجاب على الاقتصاد الوطني بالنفع، كتصنيع الوحدات العقارية السكنية -السكن الاقتصادي مثلا- والجسور والأنفاق والطرق السيارة و غيرها من المشاريع الضخمة ومن جهة، فإن الأهمية النظرية لعملية تمويل العقار بالإستصناع، تتمثل في مساعدة الباحثين في ميدان الأعمال والميدان البنكي في دراسة الغموض الذي يعتري هذه الصيغة التمويلية، لكونه تجمع بين عقدين كما أسلفنا الذكر.

أما أهميته من الناحية العملية فإن اتسام- الإستصناع - بصيغة اقتصادية، يعكس امتداد آثاره من الناحية العملية على الحياة الاجتماعية، وذلك بتوفير احتياجات الأفراد في انجاز مشاريعهم العقارية، ومساهمة في القضاء على المشكلات في الإسكان، وفي المرافق الحيوية والقضاء على البطالة، وذلك من خلال تعاقد على مشاريع عقارية منتجة مما يؤدي إلى توفير مناصب الشغل وتطوير الصناعة المحلية وتيسير الحياة وتحقيق المصالح العامة.

¹⁶ الاستصناع الموازي او الاستصناع غير المباشر او الاستصناع من الباطن هي تسميات تطلق على عملية ابرام البنك التشاركي لعقد الاستصناع مع طرفين مختلفين في عقدين منفصلين غير مرتبطين، وتحقق هذه الصورة في الحالة التي يبرم فيها المستصنع العقاري-العميل- مع بنك تشاركي، ثم يقوم هذا الأخير بالتعاقد مع صانع - غالبا ما يكون مقاول بناء- بالشروط وبالموصفات التي تعاهد البنك مع العميل، ويتميز الاستصناع الموازي بكون البنك يتخذ صفة الصانع في العقد الأول والمستصنع في العقد الثاني، وقد اشترط الفقه شروط خاصة بالاستصناع الموازي إضافة الى شروط الاستصناع العادي، وذلك لنلا يكون الاستصناع الموازي حيلة الى الربا ومطابقا لأحكام الشريعة الإسلامية. انظر في ذلك مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية للتنمية، منشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة المملكة السعودية، باقي البيانات غير مذكورة، ص:40 وما بعدها.

وبالتالي بلا شك ان التمويل العقاري من خلال التعاقد بالإستصناع سيعود بأثار إيجابية على المجتمع من خلال تحريك الأموال واستثمارها، والمساهمة في القضاء على الادخار التقليدي الذي تمارسه الفئة الراضة التعامل مع البنوك التقليدية التي تتعامل بالفوائد.

دوافع اختيار الموضوع:

لم يكن اختيارنا لهذا الموضوع من باب الصدفة، وإنما جاء عن اختيار واقتناع بأهمية عملية التمويل العقاري وفق الآلية التشاركية الجديدة وعلى الخصوص الاعتماد على صيغة إسلامية محضة وهي عن طريق عملية تمويل العقار من خلال ابرام عقد الإستصناع.

وكذا نظرا لحدثة الموضوع، وقلة البحوث في ميدان عمليات تمويل العقار في البنوك التشاركية، وحدثا التجربة المغربية بخصوص المالية الإسلامية، وفي غياب أي دراسة حول استعمال منتج الإستصناع كأسلوب تمويلي للعقار في التشريع المغربي.

ومحاولة منا فك اللبس حول مفهوم عقد الإستصناع المنصب على العقار، بحيث ان غالبية الأفراد لا يعرفون بوجود هذا النوع من العقود، وترسخ مفهوم الصناعة والمقولة في ذهنهم.

ومن تم فهذا البحث هو محاولة لملامسة بعض الاختلافات الفقهية التي عرفها هذا النوع من المعاملات والخروج برأي سليم يؤيد ويزكي توجه رأي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية بخصوص منتج الإستصناع.

صعوبات البحث:

في إطار العمل على تحضير هذا البحث المتواضع، واجهتنا مجموعة من الصعوبات التي يمكن تلخيصها على الشكل التالي:

- قصور التكوين الفقهي والشرعي فيما يخص التمويل الإسلامي مما جعلنا نستعين ببعض المتخصصين في الفقه والشريعة، إضافة الى غياب التطبيقات المصرفية لعقد الإستصناع في التجربة المغربية بصيغته المطبقة في البنوك الإسلامية الغربية والعربية.

- تكييف عقد الإستصناع المنصب على العقار في الدول المشرقية على انه عقد مقاوله، ومسألة التكييف هذه من شدة تعقيدها جعلت أئمة المذهب الحنفي فيها مختلفين.

- غياب التأطير القانوني الكامل للعقد للإحاطة بمختلف الإشكالات التي يطرحها عند تطبيقه، مما جعلنا نعرض على تطبيق الشق الأول من المادة 69-1 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 لبيان بعض احكامه التي استمددنا من ق ل ع.

- ندرة المراجع وشرح الكتابات الوطنية - إن لم نقل انعدامها- بخصوص تمويل العقار بالإستصناع في إطار البنوك التشاركية، وانعدام الكتابات الفقهية والقانونية في شتى المكتبات الوطنية، مما جعلنا نستعين بتجربة بعض الدول العربية.

- انعدام المعلومات حول الاحكام العامة والخطوات العملية لإجراء عملية تمويل العقار بالإستصناع لدى اغلب المستخدمين في البنوك التشاركية المغربية، مما جعلهم يوجهنا بكلمة لا نعتمد على هذه الصيغة ولا يمكننا ان ندلي لك بأية معلومة بخصوص هذا الموضوع، باستثناء بعض المستخدمين في الوكالات البنكية التشاركية المنحدرة بمدينة تيزنيت الذين تواصلنا معهم لأننا على معرفة بهم.

إشكالية البحث:

تعتبر قضايا الإستثمار والتمويل العقاري من أهم مجالات الاختلاف التي تميز الاقتصاد الإسلامي عن الاقتصاد الوضعي، فالإقتصاد الإسلامي يقوم على آلية المشاركة وتقاسم المخاطر المحيطة به تطبيقاً لمبدأ الغنم بالغرم، ويرفض آلية الفوائد المسبقة، ولتجسيد ذلك في الواقع الاقتصادي للأمة، اجتهد الباحثون في الاقتصاد الإسلامي في تطوير صيغ استثمارية وتمويلية فعالة انطلاقاً من العقود الفقهية وتطبيقاتها في التجربة الحضارية الإسلامية، ولعل من أهم هذه الصيغ التمويلية ابرام عقد الإستصناع المنصب على العقار، المطبق حالياً في المؤسسات المالية والمصرفية الإسلامية كما هو الحال في البنوك التشاركية المغربية التي اقر فيها المشرع البنكي المغربي بجواز اعتماده كآلية تمويلية تشاركية.

ونظراً للآثار السلبية المترتبة عن التمويل المرتبط بنظام الفوائد المسبقة المضمونة وارتفاع تكاليفه، وحاجة الاقتصاد الوطني لصيغ تمويلية واستثمارية تقوم على المشاركة بين الأطراف المتفاعلة في الحياة الاقتصادية، فإن الضرورة ملحة لترقية أسلوب العمل المرتبط بتمويل العقار بالإستصناع وتطبيقاته في المجال الاقتصادي، ونظراً لاتصال هذه العملية التمويلية بحياة الناس ومعاشهم، واحتياجاتهم على الدوام، فلا بد من معرفة احكامه الفقهية والقانونية، لاجتناب الوقوع في الربا، خصوصاً بعدما علا شأنه، واتسعت دائرته، حتى غدت البنوك التشاركية طرفاً فيه، ولم تحسم الى حد اليوم مادة الخلاف فيه، رغم تقنينه وصياغة مقتضياته القانونية، فإنه يحتاج الى دراسات فقهية وقانونية واقتصادية معمقة تبرز أساليب تطويره وتبحث في معوقاته ومخاطره حتى يكون تطبيقاً محققاً لدوره التنموي مراعيًا الضوابط التي تحكم عمليات التمويل، خصوصاً ان البنوك التشاركية بالمغرب من البنوك الإسلامية المتأخرة في الصناعة المالية الإسلامية وتمويل المنقولات او العقارات بالإستصناع على وجه الخصوص.

واعتبارا لكل هذا تبرز لنا الإشكالية التالية:

- الى أي حد استجابت المقتضيات القانونية المنظمة لعملية تمويل العقار بالاستصناع لخصوصيات هذا الأخير، من أجل إدخاله ضمن المعاملات المالية للبنوك التشاركية المغربية؟
وتتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة الفرعية والتي يمكن اجمالها في مايلي:
- ما حكم عقد الاستصناع المنصب على العقار وما تكييفه الفقهي والقانوني؟ وكيف نميز عقد الإستصناع العقاري عن العقود المشابهة له؟
 - وما الطبيعة القانونية لعقد الإستصناع العقاري؟ وكيف نظمه المشرع المغربي؟ وما هي أسس تطبيقه في البنوك التشاركية المغربية؟
 - وما هي مخاطر وأبرز الضمانات لتمويل العقار بالإستصناع؟

منهجية البحث وخطته:

إن مقاربة الإشكالية الرئيسية للموضوع وكذا الأسئلة المتفرعة عنها، تستوجب التركيز على جوانب منهجية في تناول الموضوع، لأنه لا يمكن دراسة أي موضوع من المواضيع كيفما كان، الا باتباع منهجية معينة تمكن من الوصول الى هدف من دراسة هذا الموضوع، لذلك فإن للمنهج أهمية قصوى في تناول المواضيع وتحليلها.

فالمنهج هو مجموعة من الخطوات الإجرائية التي يهتدي بها الدارس للبرهنة والتدليل على حقائق علمية أو نتائج تحليلية من جراء الدراسة، فإنه ستنتم الاستعانة بالمنهج الوصفي التحليلي الذي يعد من أكثر مناهج البحث الاجتماعي استعمالا نظرا لملاءمته مع الواقع الاجتماعي وخصائصه، وتظهر معالمه من خلال تجميع الحقائق والمعلومات المتعلقة بموضوع تمويل العقار بالإستصناع سواء الفقهية والقانونية والعملية، والعمل على تحليلها وتقسيمها وتبويبها، للوصول الى معرفة حقة ودقيقة، وكذا تجميع النصوص القانونية وتحليلها.

وانطلاقا من الإشكالية والاسئلة المتفرعة عنها واعتمادا على المناهج المذكورة أعلاه، فإننا سنتناول الموضوع من خلال تقسيمه الى فصلين:

الفصل الأول: الإطار القانوني لعملية تمويل العقار بالإستصناع في البنوك التشاركية

الفصل الثاني: آليات تطبيق تمويل العقار بالإستصناع في البنوك التشاركية

الفصل الأول: الإطار القانوني لعملية تمويل العقار بالإستصناع في البنوك التشاركية

لقد استوجبت تطور الحياة والظروف المعيشية للأفراد ونمو احتياجاتهم الأساسية الى البحث عن الكيفية التي يتم بها تلبية رغباتهم، بحيث ان هذه الأخيرة تتنوع وتتوزع، إلا ان الحاجة الملحة الى إحداث مشاريع عقارية التي تعد رافعة أساسية لتنمية المستدامة بمختلف ابعادها، بقيت دوما في الطليعة.

ولما كان العقار الوعاء الرئيسي لتحفيز الاستثمار المنتج، المدر للدخل والموفر لفرص الشغل ولإنطلاق المشاريع الاستثمارية في مختلف المجالات الصناعية والفلاحية والسياحية والخدماتية وغيرها.¹⁷

وبالإضافة الى انه الآلية الأساسية لضمان حق المواطنين في السكن وإقامة مختلف البنيات التحتية والتجهيزات الأخرى، لذلك كان من الضروري البحث عن مصادر لتمويل هذه المشاريع العقارية.

هذا التمويل الذي تطلب من التشريعات على اختلاف توجهاتها ضرورة ان يتخذ شكلا قانونيا يكون في الغالب على شكل قرض عقاري، هذا الأخير عرفه ابن عرفة المالكي بقوله:" هو دفع مال متمول، في عوض، غير مخالف له، لا عاجلا تفضلا فقط لا يوجب إمكان عارية لا تحل متعلقا بذمته".¹⁸

وامام الاهتمامات الكبرى الخاصة بالتمويل العقاري، دفع الامر بالأوساط المالية والبنكية الى البحث عن ميكانيزمات حديثة ومستجدة، للبحث عن آلية لتمويل المشاريع العقارية، بحيث تم اعتماد تقنية القرض المشترك¹⁹، ومراعاة لنفس الهدف وبغية إعادة تشكيل السيولة الى

¹⁷ مقتطف من الرسالة الملكية الموجهة الى المشاركين في المناظرة الوطنية حول موضوع: السياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، المقامة بالصخيرات بتاريخ 8-9 دجنبر 2015.

¹⁸ عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنا بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء- الطبعة الأولى 1992، ص:322

¹⁹ هذا القرض منظم بالقانون رقم 36.87 المتعلق بمنح قروض لمساعدة الراغبين في إنجاز بعض المشاريع، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.87.199 صادر في 8 جمادى الأولى 1408 (30 ديسمبر 1987)، الجريدة الرسمية ع 3922 بتاريخ 1987/12/30، ص: 1324

المؤسسات البنكية المتأثرة بالقروض الممنوحة بعيدة المدى، تم الاhtداء الى آلية تسنيد القروض²⁰، بيد انه يظهر ان كل ذلك لم يكن كفيلا بإرضاء كافة شرائح المجتمعات الإسلامية، والتي تعالت فيها الأصوات والمناداة الى تعديل النظام البنكي ليشمل صيغ ومؤسسات تمويل لا ربوية مطابقة لشريعة الإسلامية تستجيب الى متطلبات الافراد الراغبين في التمويل الإسلامي²¹ للعقار.

ويشمل التمويل العقاري في البنوك التشاركية بالمغرب بصفة عامة، مجموع الصيغ التي توافق مبادئ الشريعة الإسلامية الممكن اعتمدها كتمويل لمشروع عقار معين.

وتتعدد الصيغ التمويلية التي نص عليها المشرع المغربي في القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها حيث عمل على تعددها ضمن المادة 58 وكذا في منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17²²، إذ أن هذه المنتجات البنكية البديلة هي بمثابة قطب الراحة التي تدور عليها حياة المصرف الإسلامي.

وقد تنوعت هذه المنتجات استجابة لرغبة العملاء واختيار الصيغة التمويلية التي توافق مبادئ الشريعة الإسلامية.

والتمويل العقاري عن طريق الإستصناع من الصيغ الأساسية الموافقة لطبيعة عمل المصارف الإسلامية في عملية تمويل المشاريع العقارية وتطبق على نطاق واسع في البنوك الإسلامية، وهو البديل الشرعي والعملية لتمويل التقليدي الربوي.

²⁰ تعتبر كذلك إحدى وسائل التمويل حيث لا يتم الالتجاء الى الاقتراض المباشر من البنوك، بل الى الاقتراض عن طريق اصدار سندات القرض، ويعرف السند بأنه صك قابل للتداول يثبت دينا طويل الأمد للمقرض على الشركة، ويعطي لصاحبه الحق في الحصول على الفائدة المتفق عليها إضافة الى قيمة السند عند انتهاء مدة القرض، وهو سند يتم عن طريق الاكتتاب العام او الخاص، وسندات القرض على نوعين، سندات القرض العادية و سندات القرض القابلة للتحويل والأسهم. انظر في ذلك عبدالرزاق أيوب، الشركات التجارية، سلسلة المعارف في الفكر القانوني المعاصر 3، مطبعة قرطبية حي السلام -اكادير- طبعة مزبدة ومنقحة 2017، ص: 240 وما بعدها.

²¹ يعتبر التمويل الإسلامي من الناحية الشرعية بمثابة تقديم ثروة عينية أو نقدية، قصد تحقيق الربح، من مالها الى شخص اخر يديرها، ويتصرف فيها لقاء عائد تتبحة الاحكام الشرعية. انظر في ذلك منذر قحف، مفهوم التمويل الإسلامي، منشور بالموقع الرسمي للمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب (<https://irti.org/ar>)، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، تم الاطلاع عليه بتاريخ 21/04/2021 على الساعة 15:00

²² منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17/2017 صادر في 27 يناير 2017 يتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المرابحة والاجارة والمشاركة والمضاربة والسلم، وكذا كفاءات تقديمها الى العملاء، الجريدة الرسمية ع 6548 بتاريخ 3 جمادى الآخرة 1438 (2 مارس 2017)، ص: 580

ويتميز أيضا – أي تمويل العقار عن طريق الإستصناع- بأنه من التمويلات التبادلية التي تسعى الى تمليك عقار من طرف لآخر ببدل معلوم، ووفق صيغة شرعية للبيوع.²³

وقد سعى المشرع الى تنظيم عقد الإستصناع وبيان احكامه بعدما صدر رأي بالمطابقة عن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية وذلك من خلال منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 المتمم للمنشور رقم 1/و/2017 من خلال تخصيصه له الباب السادس المكرر.

وبذلك فإن التمويل العقاري عن طريق الإستصناع هو أحد الأساليب التمويلية والاستثمارية بالبنك التشاركي لتمويل مشاريع عقارية، وفي هذا السياق تأتي دراستنا في هذا الفصل الأول كإطار نظري لتعريف بالإستصناع العقاري من خلال بيان اهم مبادئه واحكامه وضوابط افراغه في قالب قانوني ونكون إزاء ذلك امام عقد بيع من نوع خاص.²⁴

مما يفرض علينا دراسة الإطار القانوني العام لعملية تمويل العقار بالإستصناع ومقارنته بنوع من التفصيل من خلال مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم تمويل العقار بالإستصناع وتمييزه عن بعض العمليات المشابهة

المبحث الثاني: ضوابط تمويل العقار بالإستصناع والاثار المترتبة عنه

²³ محمد الوردي، المالية التشاركية ورهانات التنمية- دراسة لواقع التمويل التشاركي في المصاريف الإسلامية ولاهم المستجدات التشريعية الخاصة بالبنوك التشاركية في المغرب- مطبعة قرطبة حي السلام اكادير، الطبعة الأولى 2019، ص:17

²⁴ قلنا انه عقد بيع من نوع خاص لما له من سمات يتميز بها عن غيره من البيوع الأخرى، كما سيأتي التفصيل فيه في المتن من خلال مختلف التعريفات الفقهية والقانونية التي اعتبرت ذلك.

المبحث الأول: مفهوم تمويل العقار بالإستصناع وتمييزه عن بعض العمليات المشابهة

يحتل الإستصناع المرتبة الثانية في الأهمية بعد عقد السلم في العقود التي يمكن ان تصاغ منها السندات الإسلامية والمنتجات الإسلامية التي تم ابتكارها، كما يعتبر أهم البدائل الشرعية للأدوات المالية التقليدية المستخدمة في الأسواق المالية العالمية لما يحتويه من ميزات اقتصادية هي قريبة من ميزات السلم²⁵، كما انه يلعب دورا مهما وبارزا في عملية تمويل العقار.

والإستصناع العقاري أداة حيوية من اجل انجاز الكثير من الأعمال والأنشطة المدنية والتجارية التي ترد على العقار وتتوجه له في سبيل دفع عجلة تنميته وتطوره، وهو صناعة موازية لصناعة العقار ومن اهم العوامل التي تؤثر في ركود سوق العقار ونشاطه²⁶، ويدفعه باتجاهات إيجابية من خلال زيادة المقدرة المالية لطالبي الوحدات العقارية وبالتالي خلق الطلب الفعال في السوق العقاري مما يزيد في نشاطه وضبط ايقاعه.

والتمول العقاري بصيغة الإستصناع هي من البيوع الموافقة لشريعة الإسلامية إذ تعتبر احدى الصور المناسبة لطبيعة عمل المصارف في العمليات التمويلية²⁷، بالرغم من ذلك فإنه يكاد يكون الصورة الوحيدة الذي ثار جدل كثير²⁸ ليس من حيث الفكرة كما ورد لدى الفقهاء الإسلاميين وانما من حيث الأسلوب الذي يتم تطبيقه في البنوك الإسلامية عامة بما فيهم المغرب، وبما ان هذا التطبيق يلامس أفكارا نظرية تدور حولها، لذلك اثار الخلاف النظري بين

²⁵ عبد السلام احمد فيغو، العقود التشاركية، سلسلة المعارف القانونية والقضائية 38 منشورات مجلة الحقوق، دار النشر المعرفة، طبعة 2016،

ص:83

²⁶ فواز بن خلف اللويح المطيري، الحماية الجنائية والمدنية في التمويل العقاري دراسة تأصيلية مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم الأمنية،

جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية السعودية، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2011، ص:30

²⁷ احمد جابر علي بدران، التمويل بالمراوحة في البنوك الإسلامية، دون ذكر باقي البيانات، ص:2

²⁸ اثار التمويل عن طريق الاستصناع جدلا واسعا في أوساط البنوك التشاركية بالمغرب من حيث طريقة اعتماده كأسلوب تمويلي، رغم ان الكثير من

العملاء يسألون عن هذه الصيغة التمويلية -وبالضبط الاستصناع العقاري- حسب ما صرح لي به السيد بيكينيت ياسين المشرف الإداري لوكالة أمنية

بنك بتيزنيت. مقابلة شفوية تم اجراؤها بتاريخ 02/06/2021 على الساعة 10:00 صباحا

الفقهاء المعاصرين حول طبيعة الإستصناع العقاري، الامر الذي جعل مختلف الدراسات التي جرت حول البنوك الإسلامية محور اهتمام بعقد الإستصناع.

وعليه سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين، حيث سنتناول في (المطلب الأول) مفهوم التمويل بالإستصناع العقاري على ان نعمل على تمييزه عن بعض العمليات المشابهة له والتي تقدمه البنوك التشاركية كأداة لتمويل العقار، على أساس ان نخصص (المطلب الثاني) لتكييف الفقهي والقانوني للإستصناع العقاري ودليل مشروعيته.

المطلب الأول: مفهوم التمويل بالإستصناع العقاري وتمييزه عن بعض العمليات المشابهة

تمول البنوك التشاركية أنشطتها والتي يدخل من ضمنها عملية تمويل العقارات عن طريق الإستصناع²⁹، وهذا الأخير – أي الإستصناع – يعد أداة مهمة للحصول على عقار، خاصة ان الاحكام والقواعد التي ينطوي عليه تخضع لشريعة الإسلامية كأصل، فضلا عن خضوعها لقانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها وأيضا الى منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/2017 والمنشور رقم 2/و/2019 والى الأحكام العامة للبيع الواردة في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني من ق ل ع³⁰.

وعليه تم بشكل فعلي إقرار المعاملات البديلة المستقاة من فقه المعاملات الإسلامية، بفعل عدة مبررات أهمها قدرتها على تقديم البديل العملي وتوثيق العلاقة بين البنك التشاركي وعملائه، إذ بموجبه تم رفع الحرج وارضاء شريحة كبيرة من المتعاملين المتشبهين بالقيم الإسلامية التي في غالبية الأحيان تحرم على نفسها الاستفادة من التمويلات الكلاسيكية التي تتعامل بالفائدة.³¹

²⁹ مروان بوسيف و محمد الهبول، عقد الاستصناع -دراسة في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والتشريع المغربي- مقال منشور بمجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية العدد 5 يوليوز 2020، مطبعة دار السلام لطباعة والنشر والتوزيع-الرباط، الطبعة الأولى 2020، ص:151

³⁰ ظهير الالتزامات والعقود الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)

³¹ علي محي الدين علي، بحث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى 2011، ص:122

وعلى هذا الأساس سنحاول في هذا الإطار تحديد تعريف الإستصناع العقاري من جميع النواحي، ويرجع سبب اهتمامنا بالشق المفاهيمي للإستصناع الى التشعب الذي لاحظناه في تحديد مفهومه من الناحية الفقهية، بغية الوصول الى تعريف مانع جامع لا لبس فيه (الفقرة الأولى)، على ان هناك مجموعة من المنتوجات التمويلية التي تعتمد على البنوك التشاركية تتشابه مع الإستصناع مما يجزنا الى الحديث عن تمييزه عن بعض المنتوجات التمويلية المشابهة له (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف الإستصناع العقاري

ان الإحاطة بمفهوم عقد الإستصناع العقاري³² يقتضي منا بالأساس الوقوف عند المفهوم اللغوي والمفهوم الاصطلاحي للإستصناع (أولاً)، ثم الى الحديث عن مفهومه من الناحية القانونية (ثانياً).

أولاً: الإستصناع لغة واصطلاحاً

إن تعريف أي مصطلح ينبغي أن يبدأ بتحديد من كافة الجوانب، وانطلاقاً من ذلك فإن تعريف الإستصناع ينبغي أولاً تحديد معناه من الناحية اللغوية (أ)، ثم من الناحية الاصطلاحية (ب).

أ: الإستصناع لغة

الإستصناع لغة طلب صنع الشيء، مثل ان نقول اصطنع فلان خاتماً أي سأل الرجل ان يضع له الخاتم، فالصناعة هي حرفة الصانع، وعمله الصناعة، واستصنع الشيء أي دعا الى صنعه، فالصانع هو كل من يحترف الصناعة ويمهر فيها فتصبح حرفة له.³³

³² نكتفي بتحديد الإستصناع من الناحية اللغوية والاصطلاحية والقانونية، لأن مصطلح الإستصناع العقاري هو من ابتداء الباحثين كناية عن عملية تمويل العقار بواسطة ابرام عقد الإستصناع بين طرفين، وبالتالي اختصاراً منها يستعمل مصطلح الإستصناع العقاري. انظر في ذلك كمال الدين جمعة بكرو، عقد الإستصناع وصوره المعاصرة دراسة فقهية تحليلية، دون ذكر المطبعة، طبعة 2017، ص: 261

³³ جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج8، دار صادر ودار بيروت، بيروت، طبعة (1388-1968)، ص: 208-209

واصل الكلمة من صنع يصنعه صنعا وصنعا بالفتح والضم، أي علمه، ومنه قوله تعالى: "وَتَرَى الْجِبَالَ تَحْسَبُهَا جَامِدَةً وَهِيَ تَمُرُّ مَرَّ السَّحَابِ ۗ صُنِعَ اللَّهُ الَّذِي أَتَقَنَ كُلَّ شَيْءٍ ۗ إِنَّهُ خَبِيرٌ بِمَا تَفْعَلُونَ" 34 وقوله تعالى " وَيَصْنَعُ الْفُلْكَ " 35 ومنها قوله سبحانه وتعالى في حق داود عليه السلام " وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَكُمْ لِتُحْصِنَكُمْ مِّنْ بَأْسِكُمْ ۗ فَهَلْ أَنْتُمْ شَاكِرُونَ " 36 وقد ورد لفظ صنع ومشتقاته في القرآن الكريم عشرين مرة، كما للاصطناع معاني أخرى كالاصطفاء والاختيار، ومنه قوله تعالى لموسى عليه السلام " وَاصْطَنَعْتُكَ لِنَفْسِي " 37 أي اصطفيتك. 38

وبذلك فالإستصناع في اللغة طلب الصنع، والصنع العمل، والصناعة حرفة الصانع، ومن هذا يتبين أن معنى اللغوي للإستصناع هو طلب عمل الصناعة من الصانع فيما يصنعه.

ب: الإستصناع اصطلاحا

أما في اصطلاح الفقهاء فجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة لم يعرفوا في الغالب الإستصناع بحد خاص، لأنه عندهم يدخل ضمن بيع السلم، فهو نوع من انواعه، غير انه خاص بالصناعة، والسلم عام يشمل الصناعة والزراعة وغيرها 39.

وقال المالكية في الإستصناع أنه سلم، سواء كان الصانع المعقود معه دائم العمل أم لا كأن تقول لإنسان، اصنع لي سيفاً أو سرجاً أو باباً صفتها كذا بدينار، فلا بدا من تعجيل رأس المال، وضرب الاجل، وان لا يعين العامل ولا المعمول منه اخر شروط السلم، وإذا امعنت النظر وجدتها لها شبه بالسلم نظرا للمعدوم في حال العقد ولها شبه بالبيع نظرا للموجود. 40

34 سورة النمل، الآية 88

35 سورة هود، الآية 38

36 سورة الأنبياء، الآية 80

37 سورة طه، الآية 41

38 كمال الدين جمعة بكرو، م س ، ص: 32

39 عبد الله ابن طاهر، البنوك التشاركية الإسلامية بالمغرب في اطار الفقه المالكي وادلته- دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة مع مناقشة وترجيح دون تعصب لقول او مذهب- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2019، ص: 198

40 احمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان، طبعة 2016، ص: 330

ولهذا فتعريف الإستصناع عند المالكية يؤخذ من تعريف السلم، ويمكن تعريفه بناء على ذلك بأنه: "عقد على صنع الذمة مشروط فيه العمل، وهو جائز على خلاف الأصل، مستثنى من بيع الانسان ما ليس عنده، وذلك لحاجة الناس اليه استحسانا ورفقا، كما استثنى السلم، وقد استصنع النبي صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا، وتعامل المسلمون بالإستصناع من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا".⁴¹

غير ان جمهور الاحناف عدوه عقدا مستقلا وهم اكثر المذاهب تناولا للموضوع في صورة مستقلة⁴²، لكنهم اختلفوا في تعريفه، ومرجع ذلك الاختلاف الى ادخال بعض القيود أو إخراجها، ومن تلك التعريفات:

- تعريف الكساني: "الإستصناع هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل"⁴³، والمبيع في الذمة في هذا التعريف يعني أنه غير موجود في ملكية البائع عند انشاء العقد.
- تعريف ابن الهمام: "الإستصناع طلب الصنعة وهو ان يقول لصانع خف او مكعب أو أواني الصفر اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا أو دستا أي برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيئا فيعقد الآخر معه"⁴⁴، وهذا التعريف بالرسم لا الحد، حيث عرف الإستصناع بذكر بعض صورته⁴⁵.
- في حين عرفه السمرقندي بكونه: "عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع"⁴⁶، ومما لوحظ عن هذا التعريف انه تعريف مختصر، لم يُذكر فيه الثمن واشترطه.

41 الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المعاملات في الفقه المالكي- احكام وادلة- مطبعة دار ابن حزم بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2019، ص:168

42 شمس الدين محمد بن احمد ابي بكر السرخسي، المبسوط، ج 10، دار المعارف بيروت، الطبعة الثانية 1982، ص:33

43 علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2002/1424،

ص:59

44 كمال الدين ابن الهمام السيوسي، شرح فتح القدير، ج 7، دار الهدى القاهرة، الطبعة الثانية 2000، ص:114

45 مصطفى محمود محمد عبد العال عبدالسلام، آلية تطبيق عقد الاستصناع في المصارف الإسلامية – دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

نموذج- بحث مقدم الى – مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول- دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي 2009، دون ذكر باقي

البيانات، ص:11

46 علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج 2، دار الريان للتراث القاهرة، طبعة اولى 1989، ص:124

ومن خلال ما سبق يمكن وضع تعريف لعقد الإستصناع يخلو مما سبق من اعتراضات فيقال: "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل على وجه مخصوص بثمن معلوم".⁴⁷

ونشير في آخر هذا الباب الى ان هناك استصناع موازي والذي يتم من خلال ابرام عقدين منفصلين، احدهما مع العميل تكون فيه المؤسسة المالية الإسلامية صانعا والآخر مع الصناع او المقاولين تكون فيه المؤسسة مستصنعا ويتحقق عن طريق اختلاف في العقدين والغالب ان يكون احدهما حلالا -وهو الذي يتم مع الصناع او المقاولين- والثاني مؤجلا وهو الذي يكون مع العميل.⁴⁸

ثانيا: الإستصناع من الناحية القانونية

لقد تبنى المشرع المغربي نفس المعنى الذي سارت عليه التعريفات الفقهية، وذلك من خلال تنصيصه في المادة 58 من القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها على ان عقد الإستصناع هو: "كل عقد يشتري به شيء مما يصنع يلتزم بموجبه احد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، بتسليم مصنوع بمواد من عنده، بأوصاف معينة يتفق عليها وبثمن محدد يدفع من طرف المستصنع حسب الكيفية المتفق عليها بين الطرفين".⁴⁹

وأورد المشرع المغربي نفس صياغة تعريف عقد الإستصناع من خلال منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/19 القاضي بتتيم المنشور رقم 1/و/17 المتعلق بالموصفات التقنية لمنتجات المرابحة والاجارة والمشاركة والمضاربة والسلم والإستصناع وكذا كيفية تقديمها للعملاء، حيث أشار في الباب السادس المكرر المعنون بعقد الإستصناع وذلك من خلال

⁴⁷ صالح بن احمد الوشيل، الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النشر مجلة الجمعية الفقهية السعودية، السعودية، تاريخ النشر 1437 هـ / 2016 م، ص:302

⁴⁸ هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، كتاب المعايير الشرعية، المعتمدة الى غاية نونبر 2017، مكتبة المالك فهد الوطنية، المنامة، المعيار الشرعي رقم 11، الاستصناع والاستصناع الموازي، ص:318

⁴⁹ البند "و" من المادة 58 من القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها.

المادة 69-1 من ذات المنشور، الى وضع تعريف دقيق اعتبر فيه ان عقد الإستصناع يشترى به شيء مما يصنع يلتزم بموجبه احد المتعاقدين، البنك التشاركي او العميل، بتسليم مصنوع بمواد من عنده، بأوصاف معينة يتفق عليها وبثمن محدد يدفع من طرف المستصنع حسب الكيفية المتفق عليها بين الطرفين.⁵⁰

من خلال هذين التعريفين يتضح ان المشرع اعطى تعريفا ووصفا دقيقا لعقد الإستصناع حيث يتضمن مجموعة من السمات أولها بأنه من العقود المسماة وهو ملزم لطرفيه، بحيث يرتب على كل منهما التزامات ينتج عن اخلال بها نتائج قانونية في غاية الأهمية، ثانيا انه من العقود الرضائية بحيث يعود أساس انعقاده الى رضا الطرفين، الى جانب تحديد الموصفات التقنية لهذا المنتج في المنشور السالف الذكر الخاص بعقد الإستصناع.

في مقابل التشريع المغربي هناك من التشريعات من اعتبر التعاقد على صنع شيء من عقود المقاوله كالتشريع الجزائري الذي ذكره في باب العقود الواردة على العمل، حيث نص في المادة 549 من القانون المدني على انه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين ان يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل اجر يتعهد به المتعاقد الاخر"⁵¹.

نفس الشيء سارت عليه معظم التشريعات العربية على اعتبار الإستصناع ضمن عقود المقاوله، حيث تناوله المشرع العراقي في المادة 864 من القانون المدني على ما يلي: "العقد الذي وقع على صنع شيء معين ويتعهد المقاول فيه بتقديم العمل والمادة معا."⁵²

يمكن القول ان هناك توافق بين تعريف الإستصناع في الفقه الإسلامي وتعريفه في القانون الوضعي، حتى وان لم يذكر الإستصناع بالاسم فإن حقيقته التي نص عليها الفقه الإسلامي تنطبق على ما جاء في منشور والي بنك المغرب رقم 19/2/19.

⁵⁰ انظر المادة 69-1 من المنشور رقم 19/2/19 القاضي بتتيميم المنشور رقم 17/1

⁵¹ رئاسة الحكومة الجزائبة، امر رقم 75.58 مؤرخ في رمضان 1395 هـ الموافق ل 1975/09/26 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية ع 78 الصادرة في 1975/09/30، ص:990

⁵² الفرع الأول من الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الثاني الخاص بالعقود الواردة على العمل، القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، الوقائع العراقية ع 3015 صادر بتاريخ 1951/09/08، ص:243

وبناء على ماسبق ذكره يمكن تعريف الاستصناع العقاري في البنوك التشاركية بأنه تلك العملية المتمثلة في قيام البنك التشاركي -الجهة الممولة- بتشديد وانشاء مشروعات تتصل بالعقارات عن طريق مقاول بناء على اتفاق مسبق مع المتعامل -الجهة الطالبة العميل-.⁵³

الفقرة الثانية: تمييز تمويل العقار بالإستصناع عن بعض المنتجات المشابهة له

بالرغم من استقلالية عملية تمويل المشاريع العقارية عن طريق منتج الإستصناع بمميزات وعناصر ينفرد بها عن غيره من المنتجات البديلة الأخرى والتي تتضمن بعض العناصر المشابهة له مما تجعله قريبة جدا منه بشكل كبير، كالتمويل العقاري بالسلم (أولا) وتمويل العقار عن طريق الاجارة (ثانيا).

أولا: تمويل العقار بالإستصناع وتمويل العقار بالسلم

يتميز عقد الإستصناع عن عقد بيع السلم في أن مجال الإستصناع أوسع، كونه ممكنا في العقار وفي اغلب السلع هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن السلم يشترط لصحته تعجيل الثمن وبالتالي فإن الاستفادة منه في المعاملات المعاصرة قلت نظرا لأنها قائمة على المديونيات، وبالتالي فإن الائتمان فيه يكون أوضح بالنسبة للشيء محل العقد، كونها دينا في ذمة البائع الى حين وجودها، أما الإستصناع فإنه لا يشترط فيه تعجيل الثمن وبالتالي كان هو الحل المناسب للوفاء بالكثير من المعاملات.⁵⁴

وعقد السلم على غرار عقد الإستصناع عرفه الفقهاء⁵⁵ بتعريفات كثيرة وكلها تنفق على انه دين موصوف في الذمة.⁵⁶

⁵³ محمد الخطابي، النظام القانوني للبنوك التشاركية – دراسة مقارنة-، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الاولى 2020، ص:237

⁵⁴ محمد الخطابي، م س، ص:238

⁵⁵ محمد امين بن عابدين، رد المحتار على الدار المختار شرح تنوير الابصار، ج 7 ، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة 2003، ص:454

⁵⁶ عبدالسلام احمد فيغو، م س، ص:73

وقد عرفه المشرع المغربي في إطار قانون الالتزامات والعقود بموجب الفصل 613⁵⁷، وفي القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها من خلال المادة 58⁵⁸ وفي منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17 في المادة 54⁵⁹.

ويتشابه منتج الإستصناع مع منتج السلم كونهم شرعا على خلاف القياس وهو النهي عن بيع المعدوم، فالشيء المصنوع والمسلم فيه غير موجدين في حال التعاقد⁶⁰، بالإضافة الى شروط كل منهما فإنه يشترط بيان العقار موضوع العقد ووصفه وصفا دقيقا، مع بيان كيفية تسليم العقار المصنوع.

كما لا يصح ان يتضمن كلا المنتجين شكلا من اشكال الربا كأن يتم استصناع عقار بفارق بينهما، حيث اشترط فيه المشرع ان يكونا مطابقين لأحكام الشريعة الإسلامية.⁶¹

ويمكن ان يقترن الإستصناع والسلم بضمانات مناسبة من اجل ضمان حقوقه لدى الطرف الاخر، وتكون هذه الضمانات تلك المنصوص عليها والجاري بها العمل.⁶²

ويختلف الإستصناع عن السلم في عملية تمويل العقار كون الأول يجوز فيه كما قلنا سلفا تأجيل الثمن، في حين وجب تعجيل الثمن في السلم ودفعه في مجلس العقد⁶³، لكن بالرجوع الى الفقه المالكي فإنه أجاز تأخيره لثلاثة أيام من ابرام العقد، لأن ما قارب الشيء يعطي

⁵⁷ نص الفصل 613 من قانون الالتزامات والعقود على مايلي: "السلم عقد بمقتضاه يعجل احد المتعاقدين مبلغا محددًا للمتعاقد الآخر الذي يلتزم من جانبه، بتسليم مقدار معين من الأطعمة أو غيرها من الأشياء المنقولة في اجل متفق عليه، ولا يجوز إثبات بيع السلم الا بالكتابة".
⁵⁸ نصت المادة 58 البند (ه) من القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها على ما يلي: "السلم كل عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، مبلغا محددًا للمتعاقد الآخر الذي يلتزم من جانبه بتسليم مقدار معين من بضاعة مضبوطة بصفات محددة في اجل.

⁵⁹ نصت المادة 54 من منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17 على مايلي: "يقصد بعقد السلم كل عقد يعجل بمقتضاه أحد المتعاقدين: المؤسسة أو العميل بصفته مشتريا (رب السلم) مبلغا محددًا يسمى الثمن (رأس مال السلم) للمتعاقد الآخر الذي يلتزم بصفته بانعا (مسلم اليه) بتسليم مبيع يثبت في الذمة (مسلم فيه) مضبوط بخصائص محددة في اجل محدد متفق عليه".

⁶⁰ انظر في ذلك عائشة الشراوي المالقي، البنوك الإسلامية - بين الفقه والقانون والتطبيق -، المركز الثقافي العربي الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2000، ص: 492 وما بعدها

⁶¹ المادة 55 من منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17 والمادة 69-2 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/19

⁶² المادة 62 من منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17 والمادة 69-10 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/19

⁶³ نصت الفقرة الثانية من المادة 69-5 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/19 على إمكانية تأجيل دفع الثمن جزئيا أو كليا الى موعد تسليم المصنوع أو بعده حسب اتفاق الأطراف.

في حين نصت المادة 54 من منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17 على تعجيل الثمن من قبل احد المتعاقدين سواء تعلق الامر بمؤسسة او العميل. نفس الشيء نص عليه الفصل 614 من قانون الالتزامات والعقود على وجوب دفع الثمن للبائع كاملا، وبمجرد ابرام العقد.

حكمه، ولا يجوز تأخيره أو تأخير بعضه لأكثر من ثلاثة ايام ان كان الشيء المتعاقد عليه عينا، لا بشرط ولا بغير شرط، لأن تأجيله يؤدي الى ابتداء الدين بالدين، وهو الكالى بالكالى الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم، وجاز التأخير الى ثلاثة أيام رفقا بالناس، لأنها في حكم التعجيل لقربها⁶⁴.

ويشترط ضرب الاجل في السلم⁶⁵، ولا يشترط في الإستصناع، فإذا ذكر الاجل في هذا الأخير فهو على سبيل التعجيل في تسليم العقار المصنوع⁶⁶.

كما يبطل عقد الإستصناع بموت أحد العاقدين على خلاف السلم الذي لا يبطل⁶⁷.

من خلال مما سبق بيانه يتضح ان عقد الإستصناع عقد مستقل في صفاته وخصائصه واحكامه، وإن تشابه مع عقد السلم في بعض الوجوه، الا ان عند الائمة الثالث كما سبق الحديث عنه سلفا اعتبروا ان الإستصناع هو السلم رغم الاختلاف حول الشروط فقط، على خلاف الاحناف الذين اوجدوا أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف⁶⁸.

ثانيا: تمويل العقار بالإستصناع وتمويل العقار بالإجارة

الإجارة هي نوع من المعاملات المستجدة وتتحقق عندما يكون شخص ما بحاجة الى شراء عقار معين، فبدل ان يلجأ الى القروض البنكية بفائدة، فإنه يلجأ الى البنوك الإسلامية ليطلب تمويل ذلك على أساس منتج اجارة واقتناء⁶⁹.

⁶⁴ انظر في ذلك الصادق بن عبدالرحمان الغرياني، م س ، ص:156

⁶⁵ لمزيد من الشرح والتفصيل حول الاجل في عقد السلم انظر في ذلك احمد دردير، م س، ص: 332 وما بعدها،

⁶⁶ تشير في هذا الصدد الى أن قرار مجمع الفقه الإسلامي بخصوص الاستصناع العدد السابع اشترط تحديد الاجل في عقد الاستصناع.

⁶⁷ بطلان السلم بوفاة العميل هو محل نقاش واختلاف فقهي بين السادة المالكية والسادة الحنابلة والسادة الحنفية، انظر في ذلك الصادق بن عبد الرحمان

الغرياني، م س، ص:160 وما بعدها

⁶⁸ بكوش فؤاد وجدي، دور عقد الاستصناع في البنوك التشاركية، مقال منشور بالمجلة الالكترونية للأبحاث القانونية 2019 العدد 4، الموقع الرسمي

للجريدة <https://revues.imist.ma>، ص:124

⁶⁹ ادريس الفاخوري، البنوك التشاركية في المغرب دراسة على ضوء قانون 103.12، منشور بمجلة منازعات قوانين الاعمال، سلسلة فقه القضاء

التجاري منشورات مجلة العلوم القانونية، ع لثاني، مطبعة الأمنية 2015، ص:26

وقد عرفه- أي عقد الإجارة- بعض الفقه⁷⁰ بأنه بيع منافع معلومة بعوض معلوم، كما ذهب بعض الباحثين الى اعتباره عقد بيع لمنافع الاعيان والخدمات، فهو يرد على منافع الاعيان مثل استثمار الأرض للزراعة او الدواب كالنقل.⁷¹

وعرفه المشرع المغربي من خلال الفصل 626 من ق ل ع⁷² بينما عرف إجارة الصنعة أو ما يصطلح عليه بعقد المقاوله والذي يتشابه الى حد قريب مع الإستصناع في الفقرة الثالثة من الفصل 723⁷³ من نفس القانون.

بالإضافة الى ادراج عقد الاجارة ضمن المنتجات البديلة التي يعتمدها البنك التشاركي لتمويل منقول او عقار والتتصيص عليه في صلب المادة 58 من القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها⁷⁴، ومع صدور منشور والي بنك المغرب رقم 17/و1 افرد له المشرع 15 مادة خاصة بها، وحددت المادة 16 من ذات المنشور تعريفا له أكثر دقة⁷⁵ من التعريف المنصوص عليه في القانون 103.12.

وباعتبار ان عقد الإجارة من حيث شمول محله على صنع شيء معين الأقرب الى عقد الإستصناع⁷⁶ بالرغم من الحدود الفاصلة بين عقدي اجارة الصنعة-المقاوله- والإستصناع ومثال على ذلك في الحالة التي يتعهد فيها المقاول بصنع شيء على ان يقدم رب العمل المادة

⁷⁰ علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، م س، ص: 517

⁷¹ عبد السلام فيغو، م س ، ص: 31

⁷² نص الفصل 626 من قانون الالتزامات والعقود على مايلي: "الإجارة نوعان: إجارة الأشياء وهي الكراء، وإجارة الأشخاص أو العمل".

⁷³ تنص الفقرة الثالثة من الفصل 723 من قانون الالتزامات والعقود على مايلي: "إجارة الصنعة عقد بمقتاه يلتزم احد الطرفين بصنع شيء معين مقابل اجر يلتزم الطرف الاخر بدفعه له".

⁷⁴ نص البند (ب) من المادة 58 من القانون 103.12 على مايلي: " كل عقد يضع بموجبه بنك تشاركي، عن طريق الإيجار، منقولاً أو عقاراً محدداً وفي ملكية هذا البنك تحت تصرف عميل قصد استعمال مسموح به قانوناً.

تكتسي الإجارة أحد الشكلين التاليين:

- إجارة تشغيلية عندما يتعلق الأمر بإيجار بسيط؛

- إجارة منتهية بالتمليك عندما تنتهي الإجارة بتحويل ملكية المنقول أو العقار المستأجر للعميل تبعاً للكيفيات المتفق عليها بين الطرفين".

⁷⁵ نصت المادة 16 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و1 على مايلي: "يقصد بعقد الاجارة كل عقد تضع بموجبه مؤسسة، منقولاً او عقاراً محدداً في ملكيتها، عن طريق الإيجار، تحت تصرف عميل قصد استعمال مشروع".

⁷⁶ محمد قراط، المطالب الضرورية في شرح المقترضات القانونية المتعلقة بالبنوك التشاركية، مطبعة انفو-برانت- الليدو فاس، طبعة 2018، ص: 202

له ويكتفي المقاول بالعمل فقط، فهذه الصيغة ليست استصناعاً، وإنما تصبح استصناعاً في الحالة التي يتعهد فيها المقاول بصنع شيء على أن تكون العمل والمادة الأولية من عنده.⁷⁷

ويتم الاتفاق في كون الإستصناع العقاري والاجارة العقارية يقعان على منفعة الشيء محل العقد وعلى الخصوص الاجارة المنتهية بالتمليك التي تنقل ملكية العقار المستأجر للعميل تبعاً للكيفية المتفق عليها بين الطرفين.

على خلاف منتج السلم فمنتج الإجارة المنصوص عليه في القانون المنظم للبنوك التشاركية فهو محدد حصراً ويرد فقط على المنقول أو العقار، كما هو الشأن بالنسبة لمنتج الإستصناع الذي حدد المشرع بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 69-1 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 مجالاته.

والاختلاف الهام الذي يميز بين المنتجين معاً هو كون منتج الإجارة تكون العين فيها من المستأجر والعمل من الاجير، أما منتج الإستصناع فالعين والعمل كلاهما من عند الصانع، والاجارة لا يوجد فيها الضمان الا بالتفريط خلاف الإستصناع فإن الصانع يضمن، لأنه مسؤول عن المادة والعين معاً.⁷⁸

بقي ان نشير في الأخير الى ان العقدين- عقد الإستصناع وعقد الإجارة- يبطلان بموت أحد المتعاقدين، وإن كان عقد الاجارة منصب على منافع فلا يفسخ العقد بموت أحد المتعاقدين، أما إذا كان على عقد على اشخاص، فينظر إذا تعذر استيفاء المنافع المتفق عليها في العقد انفسخ العقد وإذا أمكن الوفاء بها لم يفسخ العقد.⁷⁹

⁷⁷ سعيد شيببي، عقد الاستصناع في البنوك التشاركية بين النظرية والتطبيق، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، السنة الجامعية 2017/2018، ص:24

⁷⁸ بكوش فؤاد وجدي، م س، ص: 126

⁷⁹ احمد شحدة العبايدة، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، رسالة لنيل دبلوم الماجستير في الدراسات الإسلامية المعاصرة، جامعة القدس، فلسطين، السنة الجامعية 2004/2005، ص:57

وقد مكن المشرع من خلال المادة 20 من منشور والي بنك رقم 1/و/17 العميل من إمكانية مطالبة فسخ عقد الإجارة قبل نهاية المدة المحددة في العقد شريطة ان يكون قد اوفى بالالتزامات التي تم الاتفاق عليها في العقد.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي والقانوني للإستصناع العقاري ودليل مشروعيته

تتميز البنوك التشاركية بتعدد صيغ التمويل التي من خلالها يتمكن العميل من تلبية احتياجاته العقارية، ويحتاج العميل -الافراد أو الشركات- الى احدى الصيغ التي تلائم توجهاته.

والإستصناع العقاري كأداة تمويلية هامة عرفت نقاشا فقهيا وقانونيا على مستوى تكييفه لما يمكن ان يعتري هذا العقد من نقص وغموض، او قد يثير تطبيق بند من بنوده نزاعا ما، الشيء الذي يجعل من التكييف عملية ضرورية لتحديد القواعد القانونية المعالجة للمشاكل التي قد تنجم عن تنفيذ او انشاء عقد الإستصناع⁸⁰، وهذا ما سنناقشه من خلال (الفقرة الأولى)، ويسوقنا الحديث كذلك الى عرض النقاش الفقهي حول دليل مشروعية الإستصناع في الفقه الإسلامي، حيث اختلف العلماء على ذلك وانقسموا الى قولين، فالجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، لا يرونه جائزا فهو عندهم مجرد وعد⁸¹، اما جمهور الاحناف فيرون جوازه باعتباره عقدا⁸² وهذا ما سيتم التطرق اليه من خلال (الفقرة الثانية).

⁸⁰ محمد السطي، عقد المراجعة العقارية بين التنظيم القانوني والعمل البنكي، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2013/2014، ص:36

⁸¹ كما اشارنا سلفا فإن عقد الإستصناع عند هذه المذاهب الثلاث يدخل ضمن بيع السلم ويطبق عليه ما يطبق على عقد السلم، وهو نوع من انواعه، وهو خاص بالصناعة، وحتى من تعريفه فقد عرفه السادة المالكية كما اوردها في المتن أعلاه من خلال تعريف السلم، ونفس الأدلة التي شرع بها السلم شرع بها الإستصناع (وهو ربما نفس الرأي الذي تبنته اللجنة الشرعية للجمعية التشاركية التابعة للمجلس العلمي الأعلى من خلال مناقشتها لمشروعية عقد الإستصناع ومدى مطابقته لأحكام الشريعة الإسلامية)، انظر في ذلك عبدالله بن الطاهر، م س ، ص:198 و199

⁸² انظر في ذلك، صالح بن احمد الوشيل، م س، ص:302

الفقرة الأولى: التكييف الفقهي والقانوني للإستصناع العقاري

لقد تنوعت الآراء الفقهية المتعلقة بتكييف عقد الإستصناع فمنهم من يراه انه وعد ومنهم من يعتبره عقد (أولاً)، اما على مستوى القانوني فلا جدال حوله لكون المشرع اعتبره عقداً مستقلاً قد يتخذ صفة عمل مدني او تجاري كما هو الحال عند ابرام عقد الإستصناع مع البنك التشاركي (ثانياً).

أولاً: التكييف الفقهي للإستصناع العقاري

اختلف الفقه في تكييف الإستصناع العقاري فمنهم من يراه وعد ومنهم من يراه عقد، حيث كما اسلفنا الحديث أن الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة⁸³ ذهبوا الى ان الإستصناع بصفة عامة هو سلم، ومن ثم فيجب أن يخضع لشروطه واحكامه من تسليم الثمن في المجلس⁸⁴ عند الجمهور، او خلال ثلاثة أيام عند المالكية، وغير ذلك من شروط السلم فهؤلاء لم يعترفوا بالإستصناع كعقد مستقل⁸⁵، وبذلك حتى لا يختلط الامر علينا في المذهب المالكي بمناقشة عقد الإستصناع داخل باب السلم، فإننا سنرجع الى المذهب الحنفي الذي اعترف بالإستصناع كعقد مستقل⁸⁶ ملزم لطرفيه⁸⁷ من اجل تحديد طبيعته.

⁸³ جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة يرون الاستصناع وعداً، وقد بحثوه في عقد السلم، وهو عندهم ملزم ديناً فقط، إلا إذا دخل الموعد في التزام عند البعض. لمزيد من الشرح والتفصيل انظر في ذلك عبد الكريم أحمد قندوز، المالية الإسلامية، صندوق النقد العربي 2019، ابو ظبي دولة الامارات العربية المتحدة، منشور بالموقع الالكتروني <https://www.amfad.org.ae> تم الاطلاع عليه بتاريخ 19/05/2021 على الساعة 10:00 ص:125

⁸⁴ تحرص وكالة امنية بنك على تطبيق مسألة ابرام العقود التشاركية في مجلس واحد وفق ما تنص عليه الشريعة الإسلامية، وهي البنك التشاركي المغربي الوحيد الذي يبرمها وفق ذلك وهذا ما صرح لنا به بيكينييت ياسين المشرف الإداري لوكالة تيزنيت. مقابلة شفوية تم اجراؤها بتاريخ 02/06/2021 على الساعة 10:00 صباحاً

⁸⁵ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، دار الفكر دمشق، ج 2، (1991-1412)، ص:632

⁸⁶ اختلف الفقه في مسألة اعتبار عقد الإستصناع عقد مستقل ام عقد تابع، فقد ذهب جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) الى ان الاستصناع هو بمثابة عقد سلم ويطبق عليه ما يطبق على عقد السلم، اما الحنفية فقد اعتبروه عقد مستقل بمسماه اسمه عقد الاستصناع وله احكامه الخاصة تطبق عليه.

⁸⁷ بكوش فؤاد وجدي، م س، ص:127

وبذلك فقد اختلف فقهاء الحنفية في تحديد طبيعة الإستصناع بين كونه عقد أو وعد⁸⁸، ومنهم جمهور الاحناف الذي يعتبر الإستصناع عقد وليس وعد⁸⁹، وقد استدلوا على ذلك بأن الإستصناع فيه خيار الرؤية⁹⁰، وهذا يدل على لزومه بخلاف الوعد الذي لا يشمل على خيار الرؤية فهذا يجعله غير ملزم⁹¹، كما أن العقد فيه تأكيد وضمن لمقابل الشيء المصنوع-العقار- ولو كان مواعدة لم يكن فيه ضمان للمقابل⁹²، بالإضافة الى كونه عقد فإنه يجري فيه التقاضي⁹³، والتقاضي إنما يثبت في الواجب العقود لا بالمواعدة⁹⁴، كما أن تسميته بالشراء فيه دلالة على أنه عقد لأن الشراء لا يكون إلا عن عقد مستوفي لجميع الأركان والشروط⁹⁵.

بينما ذهب بعض الحنفية، خلافا لجمهور الحنفية أن الإستصناع مواعدة، حيث يبقى عبارة عن وعد الى ان يفي الصانع بوعده، ويحضر الشيء المصنوع، ويقبل به المستصنع فحينئذ ينشأ العقد بيعا⁹⁶ وقد استدلوا على ان الصانع له خيار او عدمه، وهذا لا يكون في العقد إذ انه ملزم للطرفين، كما ان لكل منهما الحق في الرجوع في الشيء المتفق عليه قبل إتمام العمل ورؤيته⁹⁷، بالإضافة الى أن المستصنع له حق في عدم تقبل ما يأتي له به الصانع من المصنوع وهذه علامة على انه وعد وليس عقد لأن الخيار ثابت لكل واحد منهما⁹⁸.

وبناء عليه، يرجح في هذا الإطار رأي الجمهور القائلين بأن الإستصناع عقد لقوة أدلتهم من جهة، ومن جهة ثانية أن هذا القول يحقق المصلحة للطرفين الصانع والمستصنع إذ تحقيق

⁸⁸ يعرف الوعد بأنه ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره، بالإضافة الى المستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال، وقد يقع الوعد على عقد او عمل، كأن يعد شخص اخر ببيعه أرضا او ببناؤه دارا. انظر في ذلك عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث، ج 1، الناشر دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1997، ص:45

⁸⁹ احمد جابر بدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق، سلسلة رسائل البنك الصناعي، العدد 72 مارس 2003، باقي البيانات غير مذكورة، ص:23

⁹⁰ علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2002/1424، ص:84

⁹¹ محي الدين اسطنبولي، عقد الاستصناع واهميته في الاستثمار- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون- أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر السنة الجامعية 2015/2016، ص:44

⁹² محي الدين اسطنبولي، م س، ص:73

⁹³ علاء الدين ابي بكر الكساني، م س، ص:84

⁹⁴ احمد جابر بدران، م س، ص:23

⁹⁵ محي الدين اسطنبولي، م س، ص:73

⁹⁶ كمال الدين جمعة بكرو، م س، ص:47

⁹⁷ محي الدين اسطنبولي، م س، ص:74

⁹⁸ احمد جابر بدران، م س، ص:25

المصلحة من قواعد الشريعة. ورفع الضرر ودفعه من مبادئها، ومع هذا يثبت خيار الرؤية إذا وقع شيء مخالف لشروط العقد المتفق عليها⁹⁹.

ونشير في الأخير هذا الباب ان المالكية لم يهملوا تناول الإستصناع، وانما اعتبروا صورته إما من باب المطلق واما ملحقة بصور السلم.¹⁰⁰ وقد كان اهتمام ابن رشد به واضحا حيث عقد عنوانا باسم " السلم في الصناعات" معنى ذلك أن الموضوع كان حاضرا لديهم على اختلاف عصورهم، لكنهم من خلال تكييفهم له ادخلوا بعض صورته في باب البيع فتأخذ احكامه شأن بيع اي سلعة، وادخلوا بعض صورته الأخرى ضمن السلم، بحيث يجري عليه احكامه، وبعض صورته منعوها، او بمعنى اصح منعها بعضهم، فاستصناع السيف او السرج أو الثوب أو الباب، ونحو ذلك من حداد أو سروجي أو حائك أو نجار، على صفة معلومة، وثمان معلوم جائز، وهو سلم، يشترط فيه شروط السلم¹⁰¹.

وبالرجوع الى رأي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية- التابعة للمجلس العلمي الأعلى- فإن التكييف الفقهي لعقد الإستصناع اعتبرته عقدا مستقلا، يخضع لأحكام وشروط خاصة، تميزه عن عقدي السلم والاجارة بالنظر لاشتراط الصنعة فيه، وهو رأي صائب يجمع بين احكام المذاهب الأربع.

ثانيا: التكييف القانوني للإستصناع العقاري

إذا كان تكييف الإستصناع عرف نقاشا على المستوى الفقهي، فإن على المستوى القانوني لا أحد يخالف أن عقد الاستصناع عقد قائم بذاته له شروط واحكام خاصة. وقد يكون هذا العقد عقدا مدنيا او عقدا تجاريا يستمد صفته التجارية من خلال مراكز اطرافه ومعاملتهم.

⁹⁹ سعود بن مسعد الثبيتي، الاستصناع- تعريفه تكييفه حكمه شروطه اثاره في تنشيط الحركة الاقتصادية-، دار ابن حزم، بيروت لبنان، الطبعة الاولى 1995، ص:26

¹⁰⁰ عبد السلام احمد فيغو، م س، ص:85

¹⁰¹ محمد بن أحمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج الأول، دار ابن حزم، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1995، ص: 1295 وما بعدها

وتطبق قواعد القانون التجاري في مواجهة الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه تجاريا ولا يمكن أن يواجه بها الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه مدنيا، ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك.¹⁰²

ومن خلال المقتضى أعلاه إذا كان المستصنع- العميل- قد أبرم عقد الإستصناع مع البنك التشاركي لأجل تمويل مشروع عقاري، فالعقد يعتبر مدنيا بالنسبة لهذا الطرف ما لم يكن هذا الأخير مشمولاً بالبندين 3 و 12 من المادة 6 من مدونة التجارة¹⁰³ ، وبالتالي حالة إذا حدثت المنازعة بين هذين الطرفين يبقى الخيار لطرف غير التاجر- العميل- في أن يقاضي البنك التشاركي الذي يعتبر طرفا تجاريا، امام القضاء العادي أو التجاري، ذلك بالاستناد الى الفقرة الأخيرة من المادة 5¹⁰⁴ من القانون المتعلق بإحداث المحاكم التجارية¹⁰⁵، والسبب في إقرار هذا الحل أن الطرف المدني غريب عن الأساليب التجارية وعاداتها وأعرافها، فلا يمكن بالتالي إلزامه بالتقاضي أمام جهة هو أعزل أمامها، ولعل المشرع عزز حماية الطرف المدني الضعيف من التعسف في اختيار المحكمة المختصة لنظر في النزاع الناشئ بين تاجر وغير تاجر وما يؤكد ذلك المادة 202¹⁰⁶ من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك¹⁰⁷.

¹⁰² هذا المقتضى وارد في المادة 4 من القانون 95-15 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 83-96-1 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)، ج. ر ع 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 - 3 أكتوبر 1996، ص: 2187
¹⁰³ تنص المادة 6 من مدونة التجارة على مايلي: " مع مراعاة أحكام الباب الثاني من القسم الرابع بعده المتعلق بالشهر في السجل التجاري ، تكتسب صفة تاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية:

1-...

3- شراء العقارات بنية بيعها على حالها أو بعد تغييرها ؛

12- البناء والأشغال العمومية ؛.....".

¹⁰⁴ تنص الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 5 من القانون المتعلق بإحداث محاكم جارية على مايلي: "...

يمكن الاتفاق بين التاجر وغير التاجر على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية فيما قد ينشأ بينهما من نزاع بسبب عمل من أعمال التاجر...".

¹⁰⁵ قانون رقم 53.95 يقضي بإحداث محاكم تجارية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.65 صادر في 4 شوال 1417 (12 فبراير 1997)، ج ع 4482 بتاريخ 8 محرم 1418 (15 ماي 1997)، ص: 1141

¹⁰⁶ تنص المادة 202 من القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك على مايلي: " في حال نزاع بين المورد والمستهلك، ورغم وجود شرط مخالف فإن الاختصاص القضائي النوعي يتعقد حصريا للمحكمة الابتدائية.

تعتبر المحكمة المختصة مكانيا، محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك أو محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر باختبار هذا الأخير".

¹⁰⁷ قانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03 الصادر في 14 من ربيع الأول 1432

(18 فبراير 2011)، ج ر ع 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص: 1072

وقبل اللجوء الى القضاء من اجل تسوية النزاعات الناشئة بين المؤسسة- البنك التشاركي- والعميل، اشترط المشرع وجوبا ان يتضمن عقد الإستصناع بمن فيه الإستصناع العقاري الكيفية التي سيتم بها تسوية النزاع بشكل ودي¹⁰⁸ مع مراعاة المقترضات الواردة في المادة 2 من منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17.

مع مراعاة سبل التقاضي المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل¹⁰⁹، من تطبيق قواعد الاثبات التجارية على من يعتبر العمل تجاريا بالنسبة إليه، وقواعد الإثبات المدنية على من يعتبر العمل مدنيا بالنسبة إليه، هذا يعني أنه يجوز لغير التاجر أن يثبت العمل في مواجهة التاجر بكافة طرق الاثبات بما فيها الشهادة والقرائن، لأن العمل يعتبر تجاريا بالنسبة للتاجر فيخضع إثباته لمبدأ حرية الإثبات المعمول بها في القانون التجاري، أما التاجر فلا يستطيع أن يثبت العمل في مواجهة غير تاجر إلا باتباع طرق الاثبات المنصوص عليها في القانون المدني والتي تتطلب الكتابة فيما يتجاوز 10 الاف درهم¹¹⁰، وهذا ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك.¹¹¹

حتى وإن كان المستصنع له صفة تاجر، لكن الإستصناع العقاري الذي ابرمه مع البنك التشاركي ليس لغرض تجاري، وإنما تلبية لحاجاته الخاصة، ونكون هنا إزاء عمل مدني رغم انه تاجر.

وفي حالة ما إذا كان العميل تاجرا داخلا في دائرة المادة 6 من مدونة التجارة، وابرم العقد لغرض دعم مشروعه العقاري، كما لو تعاقد مع البنك التشاركي لبناء مصنع له مخصص

¹⁰⁸ انظر في ذلك المادة 70 من منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17

¹⁰⁹ نصت عن هذا المقتضى المادة 70 من منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/17

¹¹⁰ نص الفصل 443 من ق ل ع على مايلي: "الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنتهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية".

¹¹¹ لمزيد من الشرح والتفصيل حول شرط الكتابة في العمل المدني و التجاري انظر في ذلك فواد معلال، شرح القانون التجاري الجديد (الجزء الأول) نظرية التاجر والنشاط التجاري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الخامسة 2018، ص: 199-200

لممارسة نشاطه التجاري، العقد في هذه الحالة يكون تجاري بين الطرفين، وبالتالي تطبق عليهم قواعد القانون التجاري.

وعليه فعقد الإستصناع العقاري يتخذ صفة عقد تجاري في مواجهة الطرف الذي يعتبر تاجرا وهنا في الغالب نتحدث عن البنك التشاركي- الصانع- وصفة عقد مدني في مواجهة الطرف المدني العميل-المستصنع-، كما قد يلجأ البنك التشاركي الى ابرام عقد استصناع عقاري موازي يجعل في عملية تمويل العقار عن طريق الإستصناع تتضمن عقدين منفصلين غير مرتبطين، حيث يكون العقد الأول بين البنك التشاركي والمستصنع- العميل-، بينما يكون العقد الثاني بين البنك التشاركي والصانع- غالبا ما يكون المقاول- بالشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد الأول.

الفقرة الثانية: دليل مشروعية الإستصناع العقاري

يلاحظ أن تطبيقات الإستصناع العقاري، هي من مفرزات الواقع المعاصر، الامر الذي فرض على الفقهاء المعاصرين بيان احكام هذا النوع من الإستصناع، فكان منهم القائل بعدم جوازه (أولا)، ومنهم القائل بمشروعيته (ثانيا) ولكل منهم دليله.

أولا: التوجه الفقهي القائل بعدم مشروعية الإستصناع العقاري

ذهب جمهور من الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة الى ان الإستصناع على الصفة المبينة في تعريفه غير جائز شرعا¹¹²، ودليل جمهور الفقهاء في ذلك النهي عن بيع الدين بالدين، والإستصناع منه، وعن ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الكالئ بالكالئ)¹¹³، وجه الدلالة من الحديث انه إذا اجزنا تأخير الثمن في الإستصناع

¹¹² صالح بن احمد الوشيل، م س، ص:306

¹¹³ مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم بشرح النووي، الجزء الأول، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، مؤسسة قرطبة لنشر والطباعة والتوزيع، الطبعة الثانية 1994، ص:237

فيكون الثمن والسلعة كلاهما ديناً فتقع في النهي الوارد في الحديث، وهو المؤخر بالمؤخر الذي لم يقبض كما لو أسلم شيئاً في الذمة وكلاهما مؤخر فهذا لا يجوز وهو بيع كالي بكالي.¹¹⁴

ومن الحنفية أيضاً من قال بعدم مشروعية الإستصناع الفقيه زُفر بن الهذيل والذي لم يجز القياس على الإستصناع، واعتبر بعض الفقهاء الحنفية¹¹⁵ ان القياس من الأدلة القوية على المنع وبه قال جمهور الحنفية أنفسهم، الا ان الجمهور اجازوا الإستصناع بالاستحسان¹¹⁶، والذي لا يأخذ به زفر لذلك منعه.¹¹⁷ وقد نوقش هذا الرأي والحديث المستدل به في المنع بأنه لا يحسن الاستدلال به لأنه ضعيف¹¹⁸. وانه على فرض التسليم بصحة الحديث، فإن بعض الفقه¹¹⁹ يقول أن النهي عن بيع الدين بالدين عام والإستصناع (في حالة تأجيل البذل) صورة خاصة يمكن استثنائها من ذلك النهي العام استناداً الى أن العمل في الإستصناع جزء مهم من البيع، وذلك يجعله شبيهاً بالإجارة، والإجارة يجوز فيها تأجيل الأجرة وتعجيلها، كما ان العقار المصنوع المتعاقد عليه لا يتعذر تسليمه فهو من المقذور على تسليمه، وإن كان غير موجود حال العقد، فقد اعتبر الشارع المعدوم في الإستصناع موجوداً¹²⁰.

وفي اتجاه المنع سار عليه أيضاً الفقيه صالح بن العثيمين فهو يقول جواباً عن سؤال في بيع العقار على الخارطة ((...أما إذا لم يبين، فهذا علة العلل، لأنه ليس قائماً، ورأينا ان بعض

¹¹⁴ مروان بوسيف و محمد الهبول، عقد الاستصناع -دراسة في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والتشريع المغربي- مقال منشور بمجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، ع 5، يوليو 2020، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى 2020، ص: 158

¹¹⁵ محمد بن الهمام، فتح القدير، المجلد 10، دار الكتب العلمية، ط 1424 هـ / 2003 م، ص: 114 - 115

¹¹⁶ الاستحسان له تعريفات كثيرة نذكر منها ما استقر عليه رأي المتأخرين كالسعد في حاشيته، حيث يرى أن الاستحسان عبارة عن دليل يقابل القياس الجلي الذي تسبق اليه الافهام، وهو حجة لأن ثبوته بالدلائل التي هي حجة اجماعاً، لأنه ثابت اما بالاثار كالسلم والاجارة... واما بالاجماع كالأستصناع واما بالضرورة كطهارة الحياض والابار، والاستحسان يراد به في الغالب قياس خفي يقابل قياساً جلياً.

وعلى هذا فإن الاستحسان على هذه التفاسير ليس دليلاً خارجاً عما ذكر من الأدلة ومن قال به من العلماء هم الحنفية والحنابلة وممن انكره الشافعي، قال الشافعي من استحسنت فقد شرع، يعني من اثبت حكماً بأنه مستحسن عنده من غير دليل من قبل الشارع فهو الشارع، لذلك الحكم لانه لم يأخذه من الشارع وهو كفر أو كبيرة، وقال العضد ان الحق لا يتحقق استحساناً مختلف فيه لان من اخذ به ذكر في تفسيره أموراً لا تصلح محلاً للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقاً وهو التعريف السابق للاستحسان، وبعضه متردد بين ما هو مقبول اتفاقاً وما هو مردود اتفاقاً. انظر في ذلك ابن الحاجب المالكي، شرح القاضي عضد الملة والدين لمختصر المنتهى الاصولي (وبهامش حاشية العلامة سعد الدين التفتازاني، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية، الطبعة الأولى 1900، ص: 288)

¹¹⁷ كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع- عقد المقاوله- في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دون ذكر المطبعة، ط الثانية 1984، ص: 96

¹¹⁸ حكم الالباني على الحديث الذي رواه ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم والذي نهى فيه عن بيع الكالي بالكالي، وقال ان هذا الحديث ضعيف. انظر في ذلك محمد ناصر الدين الالباني، ضعيف الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير)، احاديث البيوع حديث رقم 6061، المكتب الإسلامي، الطبعة المجددة والمزيدة والمنقحة، ص: 873

¹¹⁹ سعود بن مسعد الثبيتي، م س، ص: 63

¹²⁰ عريزة على ندا ندا، معايير الجودة في عقد الاستصناع- دراسة فقهية-، العدد الرابع والثلاثون ج الرابع، باقي البيانات غير مذكورة، ص: 35

الناس تقوم بالتماطل في بناء ما تم الاتفاق عليه، ولهذا يرى ان بيع البيوت والدكاكين التي لم تعمر لا يجوز.))¹²¹.

الحاصل ان ما اعتمده الامام ابن العثيمين في حكمه بعدم جوازه للإستصناع العقاري، هو مبدأ سد الدرائع¹²²، بمعنى ان كل ما أدى الى الحرام فهو حرام، والواقع يشهد بحصول حالات كثيرة من التحايل وأكل الناس بالباطل من جراء هذا النوع من البيوع، وما يعقبه من تنازع وتخاصم، وهي أمور محرمة شرعا بلا خلاف.¹²³

نفس الرأي تبناه الإمام ابن الباز في إحدى الفتاوى المتعلقة ببيع الشيء المصنوع قبل حيازته، حيث أكد على انه لا يجوز بيع شيء معدوم، وعلى خلاف ذلك أجاز التعامل بالسلم لما فيه من غنية لو تيسر لناس معرفته، واستدل بالحديث النبوي الشريف وقال فيه ان النبي صلى الله عليه وسلم لما قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين قال عليه الصلاة والسلام: ((من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)).¹²⁴

لكن الاحتراز من الأسباب التي مُنع بها التعامل بالإستصناع، من إحكام للعقد وضبطه بالشروط والموصفات المطلوبة، كفيل بأن تزول معه تلك الموانع، أو تضيق دائرتها الى حد مقبول، والقاعدة الفقهية¹²⁵ تقول، ((إذا زال المانع، عاد الممنوع))¹²⁶، أي عاد الممنوع مباحا

¹²¹ محمد بن صالح العثيمين، مجموعة دروس وفتاوى الحرم المكي، ج الثالث، دار البيقين للنشر والتوزيع، طبعة 1991، ص: 191

¹²² المقصود بهذا المبدأ هو سد الطرق المؤدية إلى الفساد، وقطع الأسباب الموصلة إليه، وحسم مادة الفساد، من أصلها، لمزيد من الشرح والتفصيل

انظر في ذلك الموقع الرسمي للشيخ محمد صالح المنجد <https://islamqa.info/ar>، أطلع عليه بتاريخ 18/05/2021 على الساعة 10:00

¹²³ كمال الدين جمعة بكرو، م س، ص: 287

¹²⁴ انظر في ذلك الموقع الرسمي للإمام ابن الباز <https://binbaz.org.sa/fatwas/3099> الفتوى رقم 3099، تم الاطلاع عليه بتاريخ

20/05/2021 على الساعة 11:00

¹²⁵ لتمييز بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية، فإن الشريعة الإسلامية المعظمة اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان أحدهما المسمى

بأصول الفقه والقسم الثاني القواعد الفقهية. لمزيد من الشرح والتوضيح انظر في ذلك ابي العباس شهاب الدين القرافي، الفروق أو أنوار البروق في

أنواء الفروق، ج الأول، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1998، ص: 5-6

¹²⁶ معنى هذه القاعدة أنه اذا لم يحصل حكم ما لوجود مانع من حصوله، فإذا زال هذا المانع الذي منع حصول الحكم، حصل وثبت هذا الحكم، ومثاله

في بيع الاستصناع حيث خيف فيه ان تكون وسيلة لأكل أموال الناس بالباطل والاستيلاء عليها لأنه لم يكن منظم ولم يجيزه الفقهاء قديما لنفس العلة،

ولما تم تنظيمه وبيان احكامه والتفصيل فيه لما فيه من مصلحة للعباد، يكون السبب او المانع الذي من اجله حرم التعامل به قد أزال وبالتالي اصبح نافذا

ويمكن التعامل به. لمزيد من الشرح والتفصيل انظر في ذلك عبد المجيد بن احمد بن حسن المغربي، التطبيقات الفقهية لقاعدة "إذا زال المانع عاد

=الممنوع"، بحث لنيل درجة ماجستير في الفقه المقارن، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة

العربية السعودية، السنة الجامعية 2010/2011، ص: 22

بعدما زال عارضه المحرم، مع ما في الحكم بجواز هذا النوع من البيع من مصالح مرجوة منه، وإلى حاجة الناس إلى تمويل عقارتهم بطرق تلبي رغباتهم الروحية والدينية.

ثانياً: التوجه الفقهي القائل بمشروعية الإستصناع العقاري

ذهب الأحناف إلى أن الإستصناع جائز شرعاً، استحساناً، أي استثناء من قاعدة عامة تقتضي عدم جوازه، هذه القاعدة هي عدم صحة بيع المعدوم، التي دل عليها الحديث المشهور الذي رواه الصحابي حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له: " لا تبع ما ليس عندك".¹²⁷

قال الكسائي في القياس أن الإستصناع لا يجوز، لأنه بيع ما ليس عند الإنسان لا على وجه السلم، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم.

ويجوز الإستصناع استحساناً لإجماع الناس على ذلك¹²⁸، لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعمار من غير تكبير، وقد قال عليه السلام: " لا تجتمع امتي على ضلالة".¹²⁹

¹²⁷ رواه الترمذي- باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده- عن حكيم بن حزام رضي الله عنه، حديث رقم 1275. محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، ديوان الحديث النبوي سنن الترمذي وهو الجامع الكبير، المجلد الثاني، دار التأصيل مركز البحوث وتقنية المعلومات، مصر العربية، الطبعة الأولى 2014، ص:403

¹²⁸ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسائي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2003/1425، ص:85

¹²⁹ رواه ابن ماجه- باب السواد الأعظم- عن انس ابن مالك رضي الله عنه، حديث رقم 3948. أبي عبدالله محمد بن زيد بن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الفتن، باب السواد الأعظم، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق سوريا، الطبعة الأولى 2009، ص:681

ويرى بعض الاحناف¹³⁰ أن دليل مشروعية الإستصناع لم يكن الاستحسان فقط، وإنما كان دليله بالكتاب¹³¹ والسنة¹³² والاجماع¹³³.

وفي التمويل العقاري بصيغة الإستصناع يرى الفقيه حسين شحاتة أن الجمهور اجازوا عقد بيع الإستصناع وعقد المقاوله، لحاجة الناس اليهما، وقياسا على بيع السلم الذي اجازه الرسول صلى الله عليه وسلم، كما وضع الفقهاء مجموعة من الضوابط والمعايير الشرعية لضمان تنفيذه.¹³⁴

¹³⁰ انظر في ذلك، صالح احمد الوشيل، م س، ص:308

¹³¹ قال تعالى: "قَالُوا يَا ذَا الْقُرْآنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا، قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعْبُوهُمْ فِئْتًا وَجَعَلْنَا بَيْنَهُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا". سورة الكهف الاية 94-95

وجه الاستدلال في هذه الايتين الكريمتين انها تصور مشهد من قصة دي القرنين، فقد طلب من اولئك القوم أن يبني لهم سدا يحميهم من يأجوج و ماجوج مقابل أن يدفعوا له (خرجاً) والظاهر انهم كانوا يريدون منه أن يعمل بمواد من عنده، لأنهم كانوا لا يعرفون طريقة تصنيع السد، وذو القرنين لم ينكر هذه الصيغة بل اقترح صيغة أخرى أفضل منها ليسرها عليهم، بأن يقدموا ما لديهم من إمكانات: ((قطع حديدية، نحاس، أيدي عاملة، ويقدم هو الخبرة التكنولوجية والعمل الفني)). وحيث لم يرفض القرآن الكريم الطريقة التي اقترحها ولا أنكرها، فإنها تكون مشروعة في ديننا. انظر في ذلك محمد سليمان الأشقر ومن معه، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة- عقد الاستصناع- المجلد الأول، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى 1998، ص:228

¹³² الدليل من السنة هو الحديث الذي رواه البخاري، عن نافع ان ابن عمر، رضي الله عنهما حدثه: "أن النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتما من ذهب وجعل فسه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب، فرقي المنبر، فحمد الله وأثنى عليه، فقال، اني كنت اصطنعته واني لا البسه فنبذ الناس". البخاري، كتاب اللباس: باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه رقم الحديث 5529

عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: "أن امرأة من الأنصار قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم: يا رسول الله اجعل لك شيئا تقعد عليه، فإن لي غلاما نجارا قال: إن شئت قال: فعلمت له المنبر". صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النجار رقم الحديث 20095

وجه الدلالة في هذين الحديثين واضحة ان النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتما، كما انه طلب من المرأة أن تأمر غلامها بأن يصنع له منبرا، ولا معنى لهذا الا انه يجوز الاستعانة بأهل الصناعات والمعارف والقدرات في كل شيء ينتفع به المسلمين، ويحصل لهم المصلحة، ولا معنى لهذا الا ان يكون الاستصناع جائزا كعقد مستقل بذاته له شروطه وخصائصه التي تميزه عن سائر البيوع. انظر في ذلك علي ابوالحسن بن بطل، شرح صحيح البخاري- كتاب الصلاة- باب الاستعانة بالنجار والصناع في اعواد المنبر والمسجد، ج2، مكتبة الرشاد- الرياض، الطبعة الثانية 2003، ص:100

¹³³ في الاجماع العملي قالوا: إن الناس يتعاملون بذلك من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلا تكبير، وهذا التعامل المعتاد بين الناس أصل كبير من الأصول، في المباني والاثاث والملابس والاحذية والواناي والسيوف والسروج ونحو ذلك كثير، ولا يخلو مجتمع من شيء من ذلك. والتعامل دليل الحاجة العامة، التي في منع العمل بها حرج على الناس، والحرج ممنوع في الشريعة لقول الله تعالى "وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مَلَّةً أُنْبِيَكُمْ إِتْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلِ وَفِي هَذَا لِيَكُونَ الرَّسُولُ شَهِيدًا عَلَيْكُمْ وَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلَاكُمْ فَنِعْمَ الْمَوْلَىٰ وَنِعْمَ النَّصِيرُ". سورة الحج الاية 78

وهذا ايضا يتضمن الاجماع على الاستصناع عمليا وإن انكرته بعض المذاهب الفقهية في دراساتهما، إذ لا يكاد احد من اهل العلم يخلو من ان يكون تعاقده بطريق الاستصناع على عمل شيء مما يحتاجه من اثاث أو غيره.

وقد جاء في كتاب درر الحكام في شرح مجلة الاحكام خلاصة احكام الاستصناع مايلي: إن الاستصناع وإن كان غير جائز قياسا، لأنه بيع معدوم فقد ثبتت مشروعيته بالسنة واجماع الامة، فقد استصنع النبي صلى الله عليه وسلم الخاتم والمنبر. انظر في ذلك صالح بن احمد الوشيل، م س، ص:311

¹³⁴ كمال الدين جمعة بكرو، م س، ص:270

نفس الحكم تبنته مجموعة من المجمع والهيئات الفقهية ومنها مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي¹³⁵، والذي صدر عنه قراران¹³⁶ في حكم الإستصناع العقاري، كلها

¹³⁵ تأسست منظمة المؤتمر الإسلامي في الرباط بالمغرب في 25 شتنبر 1969، إذ عُقد أول اجتماع بين زعماء العالم الإسلامي بعد حريق المسجد الأقصى مباشرة بعد انشاءه، حيث طرح وقتها مبادئ الدفاع من كرامة المسلمين متمثلة في القدس وقبة الصخرة. وتصف المنظمة نفسها بأنها الصوت الجماعي للعالم الإسلامي، وهي تجمع 57 دولة موزعة على أربع قارات، وهي ثاني أكبر منظمة بعد منظمة الأمم المتحدة، ولها عضوية فيها، وفي سنة 2011 تم تغيير اسمها إلى اسم منظمة التعاون الإسلامي. انظر في ذلك الموقع الرسمي للمنظمة <https://www.oic-oci.org> و الموقع الرسمي لمجمع الفقه الإسلامي <https://www.iifa-aifi.org>

136 القرار الأول:

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين
قرار رقم: 50 (6/1) [1] بشأن التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها
إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410 الموافق 14 - 20 آذار (مارس) 1990م.
بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله.

قرر ما يلي:

أولاً: إن المسكن من الحاجات الأساسية للإنسان، وينبغي أن يوفر بالطرق المشروعة بمال حلال، وإن الطريقة التي تسلكها البنوك العقارية والإسكانية ونحوها، من الإقراض بفائدة قلت أو كثرت، هي طريقة محرمة شرعاً لما فيها من التعامل بالربا.
ثانياً: هناك طرق مشروعة يستغنى بها عن الطريقة المحرمة، لتوفير المسكن بالتملك (فضلاً عن إمكانية توفيره بالإيجار)، منها:
أ- أن تقدم الدولة للراغبين في تملك مساكن، قروضاً مخصصة لإنشاء المساكن، تستوفيها بأقساط ملائمة بدون فائدة، سواء أكانت الفائدة صريحة، أم تحت ستار اعتبارها (رسم خدمة)، على أنه إذا دعت الحاجة إلى تحصيل نفقات لتقديم عمليات القروض ومتابعتها، وجب أن يقتصر فيها على التكاليف الفعلية لعملية القرض على النحو المبين في الفقرة (أ) من القرار رقم 13(3/1) للدورة الثالثة لهذا المجمع.
ب- أن تتولى الدول القادرة إنشاء المساكن وتبييعها للراغبين في تملك مساكن بالأجل والأقساط بالضوابط الشرعية المبينة في القرار 51(6/2) لهذه الدورة.

ج- أن يتولى المستثمرون من الأفراد أو الشركات بناء مساكن تباع بالأجل.
د- أن تملك المساكن عن طريق عقد الاستصناع - على أساس اعتباره لازماً - وبذلك يتم شراء المسكن قبل بنائه، بحسب الوصف الدقيق المزيل للجهالة المؤدية للنزاع، دون وجوب تعجيل جميع الثمن، بل يجوز تأجيله بأقساط يتفق عليها، مع مراعاة الشروط والأحوال المقررة لعقد الاستصناع لدى الفقهاء الذين ميزوه عن عقد السلم.

ويوصي بما يلي:

مواصلة النظر لإيجاد طرق أخرى مشروعة توفر تملك المساكن للراغبين في ذلك. انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ج 4، السنة الثالثة، ص 2773 والعدد السادس ج 1، الطبعة الثانية 2005، ص: 81

القرار الثاني:

قرار رقم 129(3/14)

بشأن عقد المقاوله والتعمير : حقيقته، تكييفه، صورته
إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) 8 - 13 ذو القعدة 1423 هـ، الموافق 11 - 16 كانون الثاني (يناير) 2003م.
بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد المقاوله والتعمير : حقيقته، تكييفه، صورته، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لأدلة الشرع وقواعده ومقاصده، ورعاية للمصالح العامة في العقود والتصرفات، ونظراً لما لأهمية عقد المقاوله ودوره الكبير في تنشيط الصناعة، وفتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي.
قرر ما يلي:

1. عقد المقاوله - عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر - وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة وهو المسمى عند الفقهاء بالاستصناع، أو قدم المقاول العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل.
2. إذا قدم المقاول المادة والعمل فينطبق على العقد قرار المجمع رقم 65 (7/3) بشأن موضوع الاستصناع.
3. إذا قدم المقاول العمل فقط فيجب أن يكون الأجر معلوماً.
4. يجوز الاتفاق على تحديد الثمن بالطرق الآتية:
أ- الاتفاق على ثمن بمبلغ إجمالي على أساس وثائق العطاءات والمخططات والمواصفات المحددة بدقة.
ب- الاتفاق على تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية يحدد فيها ثمن الوحدة والكمية وطبقاً للرسومات والتصميمات المتفق عليها.
ج- الاتفاق على تحديد الثمن على أساس سعر التكلفة الحقيقية، ونسبة ربح مئوية. ويلزم في هذه الحال أن يقدم المقاول بيانات وقوائم مالية دقيقة ومفصلة وبمواصفات محددة بالتكاليف يرفعها للجهة المحددة في العقد ويستحق حينئذ التكلفة بالإضافة للنسبة المتفق عليها.

اجازت التعامل بعقد الإستصناع العقاري وتوصي المنظمة بالبحث عن طرق أخرى مشروعة توفر حلولاً لتمويل مشاريع عقارية.

كما صدر عن هيئة الفتوى والرقابة الشرعية ببيت التمويل الكويتي، بعض الفتاوى في موضوع الإستصناع، فكان منها السؤال رقم 649 حول الإستصناع -المقاول- على إقامة بناء على ارض المالك وكان جواب الهيئة الجواز في مثل هكذا عملية التمويل.¹³⁷

وفي سؤال آخر متعلق ببيع المستصنع قبل تمام صنعه، اجابت الهيئة انه لا يجوز بيع المستصنع قبل تمامه، على خلاف ذلك اجازت تجزئة عقد الإستصناع، ومن تم إعادة بيع الجزء الذي تم إنشاؤه على حدة حتى يتم المشروع العقاري، وتعرض هذه العقود على الهيئة.¹³⁸

بعد بسط وتوضيح ادلة المجزين لصيغة التمويل العقاري عن طريق ابرام عقد الإستصناع وادلة المانعين له، يمكننا ان نرجح الاتجاه الثاني المجيز للتعامل به، لما في ذلك من مصلحة لفائدة عموم الناس الذين يريدون التعامل مع البنوك وفق ضوابط واحكام شرعية ونعزز توجهنا هذا بما يلي:

- 5.يجوز أن يتضمن عقد المقاول شرطاً جزائياً ، بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم يكن هناك ظروف قاهرة . ويطبق في هذه الحال قرار المجمع في الشرط الجزائي رقم 109. (3/12)
- 6.يجوز في عقد المقاول تأجيل الثمن كله أو تقسيطه إلى أقساط لأجل معلومة أو حسب مراحل إنجاز العمل المتفق عليها.
- 7.يجوز الاتفاق على التعديلات والإضافات.
- 8.إذا أجرى المقاول تعديلات أو إضافات بإذن رب العمل دون الاتفاق على أجره ، فللمقاول عوض مثله.
- 9.إذا أجرى المقاول تعديلات أو إضافات دون اتفاق عليها فلا يستحق عوضاً زائداً على المسمى ، ولا يستحق عوضاً عن التعديلات أو الإضافات.
- 10.يضمن المقاول إذا تعدى أو فرط أو خالف شروط العقد ، كما يضمن العيوب والأخطاء التي يتسبب فيها . ولا يضمن ما كان بسبب من رب العمل ، أو بقوة قاهرة.
- 11.إذا شرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه فلا يجوز له أن يتفق مع مقاول آخر من الباطن.
- 12.إذا لم يشترط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه جاز له أن يتفق مع مقاول من الباطن ، ما لم يكن العمل بعينه مقصوداً أدائه من المقاول نفسه لوصف مميز فيه مما يختلف باختلاف الأجزاء.
- 13.المقاول مسؤول عن عمل مقاوليه من الباطن ، وتظل مسؤولية المقاول الأصلي تجاه رب العمل قائمة وفق العقد.
- 14.لا يقبل في عقد المقاول اشتراط نفي الضمان عن المقاول.
- 15.يجوز اشتراط الضمان لفترة محددة.
- 16.لا يقبل في عقد المقاول اشتراط البراءة من العيوب طيلة فترة الضمان المنصوص عليها في العقد.

توصيات:
•يوصي المجمع بدراسة بعض صيغ عقود المقاولات من مثل ما يسمى (BOT) أي بناء وتملك وإدارة ونقل ملكية. انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع السابع،ص:777-778

¹³⁷ بيت التمويل الكويتي، الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، ج الثاني، مطابع الخط- الكويت، طبعة،1986،ص:279

¹³⁸ انظر في ذلك بيت التمويل الكويتي، م س، ص:296

ان الأصل في الأشياء الإباحة¹³⁹ معناه ان كل ما لم يوجد ما يمنع التعامل به في نص القرآن والسنة النبوية، فهو مباح شريطة مراعاة الضوابط الشرعية التي تحكمه.

حيثما تكون المصلحة فثم شرع الله¹⁴⁰، بمعنى انه مادام الإستصناع العقاري فيه مصلحة الناس ولا يوجد ما يمنعه في الشرع فهو جائز شرعا وقانونا.

ولرد على القائلين بأن عقد الإستصناع هو بيع غرر وبيع معدوم، ونقول ان العلة من عدم جواز بيع المعدوم هو انتفاء وصفه في الذمة، وذلك لما فيه من جهالة وفحش لا يقبلهما عقل ولا منطق، لكن عقد الإستصناع تنتفي فيه علة العدم والجهالة لأنه يصبح محددًا تحديدا تاما نافيا للجهالة ويصبح معلوما ويخرج عن دائرة المعدوم¹⁴¹، ومن هنا يصبح جائزا طبقا للقاعدة الأصولية التي تقول: " أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، فإذا انتفت العلة انتفى الحكم"¹⁴²، لذلك فانتفاء علة العدم والغرر ينفي معه حكم منع التعامل بالإستصناع.

ونتفق مع ما ذهب اليه العلامة الحنفي علاء الدين الكاساني في الأدلة التي قال بها لجواز الإستصناع¹⁴³، لكن لا نتفق مع الرأي الذي يقول ان الاجل لا يجوز في الإستصناع، لأنه إذا كان فيه اجل اتى بمعنى السلم ومن تم يصبح عقد الاستصناع لازما وهو عكس ذلك عند الحنفية لكن هذا الامر فيه نظر حسب وجهة رأينا، لأن صناعة المشاريع العقارية تحتاج الى امهال الصانع في عقد الإستصناع العقاري، وليس هناك ما يضر في وضع الاجل في العقد تبعا لتحديد المصنوع محل العقد¹⁴⁴، مما يسهل ذلك في وصفه وصفا تمكنه من معرفته معرفة تامة.

¹³⁹ محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر- دمشق، الطبعة الأولى 2006، ص:190
¹⁴⁰ لمزيد من الشرح والتوضيح حول هذه القاعدة، انظر مبارك حفيظة، المصلحة كأساس لتقرير الاحكام الشرعية- دراسة مقارنة- أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص الشريعة والقانون، جامعة وهران- السانبا- كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، السنة الجامعية 2012-2013

¹⁴¹ ولعل ما يعزز هذا القول المادة 69-3 من منشور والي بنك المغرب رقم 19/و/2 حيث ورد فيها مايلي: " يحدد عقد الاستصناع أوصاف المصنوع حسب طبيعته من حيث الجنس، والنوع، والكمية، والجودة، وغيرها من المواصفات الضرورية التي تمكن من معرفته معرفة تامة."

¹⁴² لمزيد من الشرح والتوضيح حول هذه القاعدة، يُنظر عمر نوح عمر باره، قاعدة الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، مشروع بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، في أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، قسم أصول الفقه، جامعة المدينة العالمية بماليزيا، السنة الجامعية 2013/2014، ص:9 و 10 وما بعدها

¹⁴³ كما تم بيان ذلك في الفقرات السابقة أعلاه.

¹⁴⁴ نفس التوجه سار عليه المشرع المغربي من خلال المادة 69-6 من منشور والي بنك المغرب رقم 19/و/2 حيث ورد فيها مايلي: " يحدد عقد الاستصناع اجل او آجال تسليم المصنوع وكيفيةه...".

ونستدل بقول رفيع للفقير ابن تيمية الذي قال أن: "الزم الشرع لنا بلا مخالفة هو قول مقبول بالنسبة للعبادات، لأن الأصل فيها التوقيف أي لا يثبت الأمر بها إلا من الشارع...، وغير مقبول بالنسبة للعبادات وهي ما يحتاجه الناس في دنياهم، لأننا لو منعنا الناس من العقود والشروط إلا ماورد به نص خاص لأوقعناهم في الحرج المرفوع شرعا، إذ يحتاجون إلى عقد لم يرد به نص خاص".¹⁴⁵

ونزكي موقفنا برأي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية- التابعة للمجلس العلمي الأعلى- رقم 39 المتعلق بعقد الإستصناع الذي جاء فيه: "تؤكد أن مشروع المنشور المعروض عليها، في صيغته النهائية المرفقة بهذا الرأي، والمتضمنة للتعديلات المقترحة من قبلها مطابق لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها، وليس فيه ما يخالف هذه الأحكام".¹⁴⁶

¹⁴⁵ ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، مطبعة دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية جدة، الطبعة الأولى 2001، ص: 163 وما بعدها
¹⁴⁶ هذه الفقرة واردة في الصفحة 3103 من الجريدة الرسمية في العدد الذي يتضمن رأي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية رقم 39 المتعلق بمنتج الإستصناع.

المبحث الثاني: ضوابط تمويل العقار بالإستصناع والآثار المترتبة عنه

تتطلب عملية تمويل العقار بالإستصناع إبرام عقد بيع بين الصانع والمستصنع، وعقد الإستصناع كغيره من العقود يحتاج الى ضوابط لإنعقاده صحيحا، وتتمثل هذه الضوابط في اركان وشروط عقد البيع على اعتبار أن عقد الإستصناع نوع خاص من البيع.

والاصل في عقد البيع أن يكون المبيع موجودا حال التعاقد، ولكن نظرا لظروف الاقتصادية والاجتماعية، قد يقع البيع على احتمال وجود المبيع مستقبلا وفي هذه الحالة يقع البيع كذلك صحيحا، وقد نص الفصل 61 من ق ل ع على انه من الجائز أن يكون محل الالتزام شيئا محققا فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون، ولعل ابرازها بيع الأشياء المؤجلة كبيع السلم وبيع الإستصناع.¹⁴⁷

وقد نظم مشرع ق ل ع اجارة الصنعة المشابهة الى بيع الإستصناع في بعض الخصائص وذلك بمقتضى الفصول 723 الى 780، وقد تدارك المشرع هذا النقص وذلك بتنظيم عقد الإستصناع بنصوص خاصة ضمن القانون 103.12 و منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 القاضي بتنظيم المنشور رقم 1/و/2017، حيث حدد من خلالها الموصفات التقنية لهذا العقد وكيفية تقديمه الى العملاء.

و أركان العقد بوجه عام محددة في الاهلية والرضا والمحل والسبب، وهي اركان مادية باستثناء ركن السبب فهو معنوي مرتبط بالنوايا والبواعث الشخصية من شخص لآخر، والركن المادي ظاهر جلي يؤثر في بناء العقد بصورة مباشرة، خلاف الركن المعنوي فهو خفي غامض لا يؤثر في بناء العقد بداية الا اذا ثبت عدم مشروعيته، وهو ما حمل المشرع المغربي في الفصل 63 من ق ل ع بالنص صراحة على ان لكل التزام سبب حقيقي مشروع ولو لم يذكر، وفي نفس السياق نص في الفصلين 64 و 65 من نفس القانون على تحميل مدعي العكس

¹⁴⁷ عبد الكريم السوداني، عقد الإستصناع وتطبيقاته المعاصرة، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر اكادير، السنة الجامعية 2018/2019، ص:39

بعاء الأثبات ونص على ان السبب المذكور هو السبب الحقيقي حتى يتم اثبات العكس، وفي حالة ما إذا اثبت ان السبب المذكور غير حقيقي أو غير مشروع كان على من يدعي أن للالتزام سببا اخر مشروعا ان يقيم الدليل عليه، ويتبين ان سبب العقد يبحث في احكامه لا في اركانه، فالعقد ينشأ صحيحا بداية كلما كانت اركانه الثلاث الأولى صحيحة، ولا ينظر الى ركن السبب إلا بعد النشأة، الا ان الفقه المعاصر درج على النظر في اركان العقد دون فرق، باعتبار ان الكل يؤثر في بنائه بداية ونهاية.¹⁴⁸

وباعتبار ان عقد الإستصناع العقاري، يجمع بين الصانع العقاري-البنك التشاركي- والمستصنع العقاري-العميل- فإنه يلزم لانعقاده ان يتوفر على اركان وشروط، بحيث اذا فقد واحد منها ترتب عليه جزاء (المطلب الأول)، واذا وقع العقد صحيحا مستجمعا لكافة الأركان والشروط ترتب عليه اثار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اركان وشروط عقد الإستصناع العقاري وجزاء الاخلال بهما

عقد الإستصناع العقاري بيع من أنواع البيوع الخاصة، تسري عليه نفس اركان وشروط المتطلبة في ابرام عقد البيع، مع بعض الأركان الخاصة والشروط الخاصة التي تتميز بها عن عقود البيع الأخرى المشابهة والتي تقدمها البنوك التشاركية كمنتج بديل للمنتجات الربوية، وسنعمل في هذا المطلب على دراسة اركان وشروط عقد بيع الإستصناع العقاري في (الفقرة الأولى)، على ان يتم تخصيص (الفقرة الثانية) لجزاء الاخلال بالأركان والشروط المتعلقة بعقد الإستصناع العقاري.

¹⁴⁸ لمزيد من الشرح والتوضيح حول ركن السبب في إطار التشريع المغربي، انظر مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج 1 مصادر الالتزامات، دون ذكر المطبوعة، الطبعة الثانية، ص: 166 وما بعدها

الفقرة الأولى: اركان وشروط عقد الإستصناع العقاري

لا ينعقد عقد بيع الإستصناع العقاري الا بتوفر اركانه الأساسية (أولا) والشروط التي يتطلبها شرعا وقانون (ثانيا).

أولا: اركان عقد الإستصناع العقاري

عقد الإستصناع العقاري كأى عقد من عقود البيع يتطلب الأركان العامة لعقد البيع (أ) إضافة الى الأركان الخاصة بعقد الإستصناع (ب).

أ: الأركان العامة لعقد بيع الإستصناع العقاري

بالرجوع الى الفصل 488 من ق ل ع، نلاحظ ان هناك عناصر أساسية لقيام عقد البيع صحيحا، وعقد الإستصناع العقاري كغيره من العقود المنصبة على بيع العقار يتطلب هذه العناصر والتي تتمثل في الاهلية والرضا والمحل والسبب.

1-الاهلية

لإبرام عقد الإستصناع لابد من توفر ركن الاهلية كأول ركن عام نص عليه قانون الالتزامات والعقود في إطار الفقرة الأولى من الفصل الثاني، وفي الفقرة الأولى من الفصل الثالث الذي أحال صراحة على ان الاهلية تخضع لقانون الأحوال الشخصية¹⁴⁹، وقد نصت المادة 206 من مدونة الاسرة على ان الاهلية نوعان أهلية وجوب واهلية أداء.

واهلية الوجوب تعني صلاحية الشخص لثبوت الحقوق والالتزامات له وعليه، وهي أهلية ثابتة للشخص منذ ولادته حيا الى وفاته، بل وتبدأ قبل ذلك للجنين في حدود معينة.¹⁵⁰

¹⁴⁹ كان في السابق يسمى بقانون الأحوال الشخصية الى حدود سنة 2004 بعدما تم تغييره بقانون 70.03 المتعلق بمدونة الاسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص:418

¹⁵⁰ المادة 207 من مدونة الاسرة

أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص وقدرته على القيام بالتصرفات القانونية وتحمل الالتزامات على الوجه المطلوب قانوناً.¹⁵¹

ولأن أهلية الأداء هي المطلوبة في التعاقد سوف تكون محل الدراسة، على اعتبار أن عقد الإستصناع العقاري عقداً تموالياً يتم إبرامه بين البنك التشاركي وبين العميل الذي يتخذ في الغالب شكل شخص طبيعي، وسنتطرق أولاً لأهلية (العميل) الشخص الطبيعي ثم ننتقل إلى الحديث عن أهلية (البنك التشاركي) أي الشخص المعنوي.

✓ أهلية العميل

إن الأصل في الشخص هو كمال أهليته وتامها، أي بلوغه سن الرشد المنصوص عليه في المادة 209 من مدونة الأسرة¹⁵²، لكن قد تكون في بعض الحالات أهلية الشخص ناقصة أو معدومة مما يؤثر سلباً على صحة التصرف القانوني.¹⁵³

فمن حالات نقصان الأهلية، حالة الصغير المميز الذي أتم اثني عشرة سنة شمسية كاملة¹⁵⁴ ولم يبلغ بعد سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً، والسفيه هو شخص تام العقل لكنه مبذر يصرف ماله فيما لا فائدة فيه وفيما يعده العقلاء عبثاً بشكل يضر به وبأسرته¹⁵⁵، أو معتوهاً، والذي يعتبر مصاباً بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته¹⁵⁶.

أما انعدام الأهلية فيكون في حالة الصبي غير المميز الذي يقل عمره عن 12 سنة وكذا المجنون، المصاب باختلال في عقله على نحو تصبح معه أفعاله وأقواله الصادرة منه بخلاف موجبات العقل العادي ويعتبر فاقداً للأهلية إذا كان جنونه مطبقاً، أما إذا كان متقطعاً فيكون

¹⁵¹ المادة 208 من مدونة الأسرة

¹⁵² تنص المادة 209 من مدونة الأسرة على مايلي: "سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة".

¹⁵³ ويسى محمد، المرابحة المصرفية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر أكادير، السنة الجامعية 2018/2019، ص: 37

¹⁵⁴ المادة 214 من مدونة الأسرة

¹⁵⁵ المادة 215 من مدونة الأسرة

¹⁵⁶ المادة 216 من مدونة الأسرة

فاقدا للأهلية فقط خلال فترات جنونه ويعتبر كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها.¹⁵⁷

ويخضع فاقد الأهلية كناقصيها لأحكام النيابة الشرعية بالشروط ووفقا للقواعد المقررة في مدونة الأسرة.¹⁵⁸

وما تجدر الإشارة إليه أنه يمكن منح الإذن بالتعاقد على طريق الترشيد بلوغ القاصر السادسة عشر من عمره، وذلك بطلب يتقدم به المحكمة من أجل ترشيده، أو بطلب من نائبه الشرعي إذا أنس من القاصر رشده، وإذا تم ترشيد القاصر فإنه يتسلم أمواله وتكون له الأهلية الكاملة لإدارتها والتصرف فيها.¹⁵⁹

وباعتبار عقد بيع الإستصناع العقاري نوعا خاصا من عملية تمويل العقار عند طريق البنك التشاركي فلا بد ان نتحدث عن بعض الحالات التي منع فيها المشرع الشخص من التصرف لعوائق شخصية وهي الحالة التي يكون فيها الشخص محكوما عليه بعقوبة جنائية بحسب الفصل 38 من مجموعة من القانون الجنائي¹⁶⁰، لكن يمكنه ان يختار وكيفا تحت إشراف الوصي القضائي لإدارة أمواله، إضافة الى هذه الحالة هناك حالة الشخص الذي تعرض لحجز تحفظي، إذ ان الحجز التحفظي يعد من القيود المانعة لتصرف في العقارات والمنقولات طيلة مدة الحجز طبقا للفصل 453 من قانون المسطرة المدنية.¹⁶¹

¹⁵⁷ المادة 217 من مدونة الأسرة

¹⁵⁸ القسم الثاني من الكتاب الرابع من مدونة الأسرة المواد من 229 الى 276

¹⁵⁹ المادة 218 من مدونة الأسرة تنص على مايلي: "إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده. يمكن للنائب الشرعي أن يطلب من المحكمة ترشيد القاصر الذي بلغ السن المذكورة أعلاه، اذا أنس منه الرشد يترتب عن الترشيد تسلم المرشد لأمواله واكتسابه الأهلية الكاملة في ادارتها والتصرف فيها، وتبقى ممارسة الحقوق غير المالية خاضعة للنصوص القانونية المنظمة لها. وفي جميع الأحوال لا يمكن ترشيد من ذكر إلا إذا ثبت للمحكمة رشده بعد اتخاذ الاجراءات الشرعية اللازمة".

¹⁶⁰ نص الفصل 38 من مجموعة القانون الجنائي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.59.413 في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962)، الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 1963/06/05، ص: 1253، على مايلي: "الحجر القانوني يحرم المحكوم عليه من مباشرة حقوقه المالية طوال تنفيذ العقوبة الأصلية. وله في جميع الأحوال ان يختار وكيفا ينوب عنه في مباشرة تلك الحقوق تحت اشراف اشراف الوصي القضائي المعين في احكام الفصل التالي".

¹⁶¹ ينص الفصل 453 من قانون المسطرة المدنية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974)، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر بتاريخ 1994/09/30، ص: 2741، على مايلي: "لا يترتب عن الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات والعقارات التي انصب عليها ومنع المدين من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنه ويكون نتيجة لذلك كل تفويت تبرعا او بعوض مع وجود الحجز باطلا وعتيد الأثر".

✓ أهلية البنك التشاركي

عملية تمويل العقار عن طريق ابرام عقد الإستصناع بين العميل والبنك التشاركي، فهو يتطلب وجود شخص اعتباري-البنك التشاركي- كطرف ثاني في العلاقة التعاقدية، وبهذا لا بد من توفر هذا الشخص على أهلية قانونية للتعاقد، وهذه الأهلية محددة في المادة 54¹⁶² من القانون البنكي رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، إذ يجب على البنك التشاركي الحصول على الإذن أو الترخيص من لدن والي بنك المغرب طبقا لمقتضيات المادة 34¹⁶³ وعلى الرأي بالمطابقة طبقا للمادة 62 من نفس القانون المذكور¹⁶⁴، وأن يتخذ شكل شركة مساهمة طبقا للبند الأول من المادة 35¹⁶⁵ أو شكل شركة ذات مسؤولية محدودة طبقا للبند الثاني من نفس المادة، وهذا الشخص المعنوي قد يكون مؤسسة ائتمان كما هو منصوص عليها في المادة 10 من نفس القانون¹⁶⁶، أو هيئة معتبرة في حكمها كما هي واردة في المادة 11¹⁶⁷ من القانون السالف الذكر، وهو ما أحالت عليه المادة 61 من القانون 103.12¹⁶⁸.

¹⁶² تنص المادة 54 من القانون 103.12 على مايلي: "تعتبر بنوكا تشاركية الأشخاص الاعتبارية الخاضعة لأحكام هذا القسم والمؤهلة لمزاولة الأنشطة المشار إليها في المادة الأولى والمادتين 55 و 58 من هذا القانون وكذا العمليات التجارية والمالية والاستثمارية بصفة اعتيادية بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقا لمقتضيات المادة 62 أدناه".

¹⁶³ تنص المادة 34 من القانون 103.12 على مايلي: "قبل مزاولة أنشطته في المغرب، يجب على كل شخص اعتباري يعتبر : مؤسسة ائتمان حسب مدلول المادة الأولى أعلاه؛

جمعية للسلفات الصغيرة في مدلول القانون المنظم للسلفات الصغيرة؛
بنكا حرا وفقا للقانون المنظم للمناطق المالية الحرة؛

أو مؤسسة أداء حسب مدلول المادة 15 أعلاه،

أن يكون معتمدا سلفا من لدن والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان.

¹⁶⁴ يصدر المجلس العلمي الأعلى المنصوص عليه في الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية، الأراء بالمطابقة المنصوص عليها في هذا القسم.

¹⁶⁵ البند الأول من المادة 35 من القانون 103.12 تنص على أنه: " لا يجوز أن تؤسس مؤسسات الائتمان الموجودة مقارها الاجتماعية بالمغرب إلا في شكل شركة مساهمة ذات رأس مال ثابت..."

- البند الثاني ينص على مايلي " تؤسس مؤسسات الأداء في شكل شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة".

¹⁶⁶ تنص المادة 10 من القانون 103.12 على أنه: "تشمل مؤسسات الائتمان صنفين من المؤسسات: البنوك وشركات التمويل.

- ويمكن ترتيب البنوك وشركات التمويل من طرف بنك المغرب في أصناف فرعية اعتبارا، بوجه خاص، للعمليات المأدون لها القيام بها وحجم المؤسسات المذكورة.

- تحدد كفاءات تطبيق أحكام هذا القانون بالنسبة لكل صنف أو صنف فرعي من مؤسسات الائتمان بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان".

¹⁶⁷ تنص المادة 11 من القانون 103.12 على أنه: "تعتبر هيئات معتبرة في حكم مؤسسات الائتمان، في مدلول هذا القانون، مؤسسات الأداء وجمعيات السلفات الصغيرة والبنوك الحرة والشركات المالية وصندوق الإيداع والتدبير وصندوق الضمان المركزي".

¹⁶⁸ تنص المادة 61 من القانون 103.12 على مايلي: " يمكن للبنوك المشار إليها في المادة 10 أعلاه مزاولة العمليات المشار إليها في هذا القسم شريطة اعتمادها من طرف والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان.

2-الرضا

عقد الإستصناع العقاري هو تصرف مبني على الحرية، حيث لا أحد ملزم بالشراء ولا البيع، وهو ما نص عليه المعيار رقم 11 المتعلق بالإستصناع والإستصناع الموازي الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية¹⁶⁹، وبالتالي ينبغي لتحقيق هذا الركن توافق الإرادتين أي تطابق الإيجاب بالقبول، وذلك بصدور إيجاب من المستصنع وقبول من طرف الصانع أي بين العميل والبنك التشاركي أو العكس إذ بالرجوع إلى القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها فالمؤسسة قد تكون في صفة البائع أو المشتري حسب الحالات.¹⁷⁰

كما يجب في الإيجاب¹⁷¹ أن يكون باتا أي أن يكون صادرا عن احد المتعاقدين عن نية باتة في التعاقد، ومتضمنا للعناصر الأساسية للتعاقد وهي المبيع والثمن كما جاء في الفصل 488 من ق ل ع، ومعلنا عنه أي أن يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه¹⁷² وهذا ما أشار إليه الفصل 18 من ق ل ع.¹⁷³

أما القبول في عقد الإستصناع فيشترط فيه حتى يكون صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية أن يصدر في وقت يكون فيه الإيجاب لا زال قائما وإذا كان مقترنا بأجل فإنه يتعين أن يصدر قبل

=يجوز كذلك لشركات التمويل مزاولة بعض العمليات المشار إليها في هذا القسم بشكل حصري، شريطة اعتمادها من طرف والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان. لا يمكن لهذه الشركات أن تزاول ضمن العمليات الواردة في هذا القسم، إلا تلك المنصوص عليها في مقررات الاعتماد المتعلقة بها أو إن اقتضى الحال في النصوص أو إن اقتضى الحال في النصوص التشريعية أو التنظيمية الخاصة بها. يمكن لمؤسسات الأداء وجمعيات السلفات الصغيرة والبنوك الحرة مزاولة بعض العمليات المشار إليها في هذا القسم بشكل حصري، شريطة اعتمادها من طرف والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان. يمكن لصندوق الضمان المركزي وصندوق الإيداع والتدبير المشار إليهما في المادة 11 أعلاه مزاولة العمليات المشار إليها في هذا القسم شريطة الحصول على إذن مسبق من طرف والي بنك المغرب. تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان وبعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى المشار إليه في المادة 62 بعده".¹⁶⁹ انظر في ذلك كتاب المعايير الشرعية النص الكامل للمعايير الشرعية التي اعتمدها هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية سنة 2017، منشور بالموقع الرسمي للهيئة <http://iefpedia.com> ثم الاطلاع عليه بتاريخ 28/05/2021 على الساعة 09:00، ص: 297 وما بعدها

¹⁷⁰ انظر في ذلك الفقرة الأولى من المادة 58 من القانون 103.12 و المادتين 1-69 و المادة 13-69 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/2019

¹⁷¹ لمزيد من الشرح والتفصيل حول الإيجاب، انظر في ذلك مأمون الكزبري، م س، ص: 54 وما بعدها

¹⁷² وكالة بنك اليسر ووكالة أمنية بنك بمدينة تيزنيت تحرسان على ابرام العقد في مجلس واحد وتطابق الإيجاب والقبول في ان واحد عند ابرام احد العقود البنكية التشاركية.

¹⁷³ ينص الفصل 18 من ق ل ع على مايلي: "الالتزامات الصادرة من طرف واحد تلزم من صدرت منه بمجرد وصولها الى علم الملتزم به".

انصرام هذا الأجل، كما يجب أن يكون مطابقا للإيجاب مطابقة تامة بحسب مدلول الفصل 28 من ق ل ع¹⁷⁴.

وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء¹⁷⁵ شريطة أن تكون هذه الصيغة باتة لا خيار فيها، فإذا وجد فيها خيار شرط بطل العقد. كما أن الحنفية اعتبروا أن لعقود البيع بما فيها عقد الإستصناع والسلم ركن واحد وهو الصيغة¹⁷⁶.

كما يجب أن يكون هذا التراخي خاليا من عيوبه المشار إليها في ق ل ع والمتمثلة أساسا في الغلط والإكراه والغبن والتدليس¹⁷⁷ وفي الحالات المنصوص عليها في الفصل¹⁷⁸ 54 بخصوص حالة المرض وفي الفصلين¹⁷⁹ 55 و¹⁸⁰ 56 بخصوص الإبطال من ق ل ع.

كما يشترط في هذا الرضا أن يكون حقيقيا لا صوريا، إذ بالرجوع إلى الطبيعة التجارية للعقود البنكية التمويلية التشاركية نجدها تتخذ شكل عقود نموذجية مطابقة للشريعة الإسلامية وذلك من أجل تبسيط وتسهيل عملية إبرام العقد، وهذا لا يعني أنها عقود إذعان إذ يمكن للطرف المتعاقد أن يتفاوض بشأن بنود العقد مع المؤسسة بشأن ما لا يتوافق مع إرادته.¹⁸¹

3-المحل

المحل في عقد الإستصناع العقاري أي الشيء الذي وقع عليه التعاقد والذي يلتزم به الصانع

¹⁷⁴ ينص الفصل 28 من ق ل ع على مايلي: "يعتبر الرد مطابقا للإيجاب إذا اكتفى المجيب بقوله قبلت أو نفذ العقد بدون تحفظ".

¹⁷⁵ أبو عبدالله محمد بن محمد الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، دار الفكر، الطبعة الثالثة 1992، ص: 228

¹⁷⁶ حنان بنت محمد حسين جستيني، أقسام العقود في الفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه، بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى السعودية، السنة الجامعية 1998/1999، ص 56.

¹⁷⁷ باعتبارهم أسباب بطلان وإبطال العقد، سنفصل في ذلك من خلال المحوار الخاص بجزء الإخلال بأحد الأركان أو شروط عقد الاستصناع العقاري.

¹⁷⁸ ينص الفصل 54 من ق ل ع على مايلي: "أسباب الإبطال المنبئة على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة".

¹⁷⁹ ينص الفصل 55 من ق ل ع على مايلي: "الغبن لا يخول الإبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الأخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله، وذلك فيما عدا الاستثناء الوارد بعد".

¹⁸⁰ ينص الفصل 56 من ق ل ع على مايلي: "الغبن يخول الإبطال إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية، ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي وفقا للأوضاع التي تحددها القانون، ولو لم يكن ثمة تدليس من الطرف الأخر، ويعتبر غبنا كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء".

¹⁸¹ بعدما اطلعت على نموذج من عقد المراوحة الذي تبرمه بنك أمنية- وكالة تيزنيت- اتضح ان الشق الذي يمكن ان يناقشه العميل هو الشق المرتبط بأداء الأقساط ومدة الأداء، اما ما دون ذلك من البنود فهي تكون مصادق عليها من قبل اللجنة الشرعية للمالية التشاركية، والموثق تمنحه البنك نموذج لهذا العقد وتبين له الأماكن التي سيقوم بملئها بل وتحددها له باللون الأخضر، ويكتفي فقط بتضمينها لتلك المعلومات المطلوبة.

والثمن الذي يلتزم به الطرف الآخر الذي هو المستصنع، وبينهما شروطا مشتركة وهي المشترطة في محل الالتزام عموما والتي أوجبها المشرع في قانون الالتزامات والعقود وحددها في ثلاثة شروط¹⁸² اساسية:

- الشرط الأول: أن يكون المحل معيناً على الأقل بالنسبة الى نوع، كما يجوز ان يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلاً للتحديد فيما بعد. ¹⁸³
- الشرط الثاني: أن يكون المحل ممكناً وموجوداً والمقصود بوجود الالتزام أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك، كما هو الحال بالنسبة للمبيع في عقدي السلم والإستصناع. ¹⁸⁴
- الشرط الثالث: أن يكون محل عقد الإستصناع مشروعاً¹⁸⁵ أي أن يكون محل الالتزام مما يجوز التعامل فيه، حيث ينص الفصل 57 من ق ل ع على أن: " الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلاً للالتزام ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها"، ويشترط أن يكون مطابقاً لأحكام الشريعة الإسلامية".
- الشرط الرابع: يجب أن لا يكون موضوع عقد الإستصناع وحدات نقدية. ¹⁸⁶

¹⁸² هذه الشروط محددة في الفصول 58 و 59 و 61 من ق ل ع.

¹⁸³ عقد الإستصناع بالرغم من اعتباره نوع من البيوع الخاصة إلا ان المشرع استثنى فيه تعيين المصنوع بذاته عند ابرام العقد واشترط تحديد اوصافه التي تمكنه من معرفة المصنوع معرفة تامة. انظر المادتين 3-69 و 4-69 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/2019 و
¹⁸⁴ عبد الكريم السوداني، عقد الإستصناع وتطبيقاته المعاصرة، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية

والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر اكادير، السنة الجامعية 2018/2019، ص: 43

¹⁸⁵ يلزم في الشيء المصنوع ان يكون مشروعاً غير مخالف لنظام العام او القانون او الاخلاق الحميدة، وحتى يكون كذلك يجب ان يكون مما يجوز التعامل فيه، فإذا كان القانون يمنع من التعاقد على الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل مضرّة بصحة الفرد او المجتمع فهذا يعني بدوره الا يتخذ الإستصناع في صناعة الأشياء محرمة شرعاً كتمويل بناء عقار للدعارة او دور القمار او استعماله في تمويل بالفائدة، او إنتاج المخدرات أو الخمر نظراً لكون البنوك التشاركية تحمل رسالة شرعية، وتمثل جانباً هاماً من التطبيق العملي لجزء من الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية، وجب الحرص على مطابقة جميع العمليات التي يقوم بها للشريعة الإسلامية، حتى تضمن مستوى معين من الأداء، يعكس الصورة الراقية للإسلام من جهة ويضمن لها التمييز في الأداء. انظر في ذلك امل الحلية، اخلاقيات التمويل الإسلامي في المصاريف الإسلامية في فلسطين، رسالة الماجستير في الاقتصاد، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة الازهر- غزة، السنة الجامعية 2014/2015، ص: 29

¹⁸⁶ ورد في المادة 1-69 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/2019 انه يجوز ان يكون المصنوع عقاراً او منقولاً بمعنى ان محل عقد الإستصناع محدد في العقار والمنقول دون غيرهم.

4-السبب

تناول المشرع المغربي ركن السبب في قانون الالتزامات والعقود، واعتبر أنه يفترض في كل التزام ان له سببا حقيقيا ومشروعا ولو لم يذكر¹⁸⁷.

ولا شك بأن السبب من الأركان الأساسية واللازمة لقيام العقد ونشأته، فسبب دفع العميل للثمن هو الحصول على العقار موضوع البيع، وسبب صنع البنك التشاركي المصنوع هو تحقيق الربح، ويشترط عموما في السبب أن يكون مشروعا وذلك بأن لا يكون مخالفا للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو للقانون.¹⁸⁸

ب: الأركان الخاصة بعقد الإستصناع العقاري

الاركان الخاصة بعقد الإستصناع العقاري عند الجمهور ستة – كالسلم- وهي الصانع والمستصنع والمحل والثمن والايجاب والقبول ويمكن حصرها في ثلاثة اركان وهما الصانع والمستصنع والمعقود عليه- وهما المحل والثمن- والصيغة وهي الايجاب والقبول.¹⁸⁹

1- الصانع والمستصنع (العاقدين)

يقصد بالعاقدين البائع والمشتري وهما ركنان اساسيان لعقد الإستصناع العقاري، وفي عقد الإستصناع الصانع العقاري الذي يقوم بصناعة العقار، ويلتزم بتقديمه حسب الشروط المتفق عليها وهنا الصانع يتمثل في البنك التشاركي¹⁹⁰، والمستصنع وهو طالب الصناعة، ويلزم هذا الأخير بالدفع واخذ المصنوع اذا جاء موافقا لشروطه،¹⁹¹ ويشترط في عاقد

¹⁸⁷ انظر لفصل 63 من ق ل ع.

¹⁸⁸ انظر الفصل 62 من ق ل ع.

¹⁸⁹ فاطمة ايت الغازي، عقد الإستصناع في القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، مقال منشور بمجلة الأبحاث في القانون والاقتصاد والتدبير عدد 3-2017، مجلة نصف سنوية، مطبعة سجماسة مكناس، طبعة 2017، ص:226-227

¹⁹⁰ خنوسة عديلة، دور عقد الاستصناع في تمويل البنى التحتية- عرض تجارب دولية، مقال منشور بمجلة اقتصاديات شمال افريقيا المجلد 14، العدد 19، دون ذكر المطبعة، طبعة 2018، ص:13-14

¹⁹¹ لا يتم التراضي الا بالاتفاق على العناصر الأساسية في عقد الاستصناع وهذه القاعدة مستخلصة في الفصل 19 من ق ل ع الذي جاء فيه ما يلي: "لا يتم الاتفاق الا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفين أساسية".

بالإضافة الى النص العام، فإن هناك نص خاص لعقد الاستصناع الذي كرس نفس المعنى، حيث نصت مقتضيات المادة 58 من القانون 103.12 على ان: "كل عقد يشتري به شيء مما يصنع يلتزم بموجبه احد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، بتسليم الشيء مصنوع بمواد من عنده، بأوصاف معينة يتفق عليها ويثمن محدد يدفع من طرف المستصنع حسب الكيفية المتفق عليها بين الطرفين".

الإستصناع ما يشترط في عاقدى السلم وغيره من عقود البيع الأخرى، فالأهلية وصلاحيية التصرف، والتكليف والرشد والبلوغ والتميز¹⁹²، وكلها صفات ومعايير يجب ان تتوفر في كلا العاقدين، فهي تحمي العقد من الفسخ او الوقوع في الغرر والنزاع، فعندما يكون طالب الصناعة عالما بما طلب، موفيا بما وعد والتزم به من ثمن المستصنع، ويكون صاحب عقل رشيد، له الحرية الكاملة في وضع المواصفات التي تمكنه من معرفة الشيء المصنوع معرفة تامة¹⁹³ مع تحديد طلباته، فيكون بذلك ادعى لنجاح وإتمام العقد، وتحقيق الكسب، وتوفير فرص العمل للصانع، فالأهلية والحرية والملكية الشخصية سواء في الطلب، او في عمل الصناعة يعطي العقد مصداقية أكبر ونجاحا أوسع.¹⁹⁴

2- المعقود عليه

المعقود عليه في عقد الإستصناع هو المصنوع والعمل والتمن¹⁹⁵، وقد وقع الخلاف عند الحنفية في كون المعقود عليه العين ام العمل وهو على قولين¹⁹⁶، في القول الأول يرى جمهور من فقهاء الاحناف أن المعقود عليه هو العين وليست الصناعة التي هي عمل الصانع¹⁹⁷، والقول الثاني لبعض الحنفية منهم ابي سعيد البردعي¹⁹⁸ الذي اعتبر المعقود عليه العمل¹⁹⁹.

= خلال الربط بين مضمون هذين النصين، فإن الملاحظ انه يلزم لابرام عقد الاستصناع العقاري ان يكون المتعاقدين قد تراضيا على التصنيع والشراء بما في ذلك تحديد الشيء مما يصنع تحديدا دقيقا خاليا من الجهالة، تكون المواد مقدمة من طرف الصانع في مقابل ذلك يقدم المستصنع الثمن.¹⁹² لقد سبق وان تحدثنا في ركن الاهلية عن اهلية العميل واهلية البنك التشاركي. يُنظر في ذلك المحور المتعلق بالاركان العامة لعقد الاستصناع وبالضبط الركن الخاص بالاهلية.

¹⁹³ انظر في ذلك المادة 3-69 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/2019

¹⁹⁴ آية إسماعيل غانم أبو شقرة، معيار الجودة في عقدي السلم والاستصناع- في الفقه الإسلامي،- بحث لاستكمال متطلبات الحصول على درجة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية غزة، السنة الجامعية 2014/2015، ص: 107

¹⁹⁵ عبدالله ابن طاهر، م س، ص: 201

¹⁹⁶ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 4، دار الكتب العربية بيروت لبنان، الطبعة الأولى، ص: 124

¹⁹⁷ استدل أصحاب هذا القول بأن خيار الرؤية يثبت للمستصنع، وخيار الرؤية لا يكون الا في بيع العين، فدل ذلك على ان المعقود عليه العين وليس العمل.

ثم انه اذا استصنع رجل عند رجل شيئا، فجأ له بالمصنوع من شخص اخر لكن وفق ما طلب المستصنع، او من صنعه هو قبل عقده معه، وقبله فإن العقد صحيح، دل ذلك على أن العقد وارد على العين، فلو كان واردا على العمل لما صح ذلك كله، ولما قبله من غير الصانع الأول. ثم ان الغرض وهدف المستصنع هو العين المصنوعة بالاوصاف التي يريد، وحسب رغبته، فإذا أخذها كما طلب فقد حقق مراده، واما الصانع فهو شيء ثانوي بالنسبة اليه. انظر في ذلك شمس الدين السرخاسي، المبسوط، ج 11 و 12، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، الطبعة الأولى، ص: 139

¹⁹⁸ هو احمد بن الحسين ابي سعيد البردعي، احد الفقهاء على مذهب ابي حنيفة ومن المتكلمين على مذاهب المعتزلة، ورد بغداد ثم سكنها. لمزيد من المعلومات عليه انظر موسوعة رواة الحديث <http://hadithtransmitters.hawramani.com> وقد تم الاطلاع عليه في 25/05/2021

الساعة 10:00

¹⁹⁹ استدل أصحاب القول الثاني على ان الاستصناع استفعال من الصنع، فتسمية العقد به دليل على انه هو المعقود عليه، ونوقش ذلك بأن المعقود عليه المستصنع فيه، وذكر الصناعة لبيان الوصف، وذلك أنه لو جاء به من صنعة غيره قبله صح ذلك.

أما فقهاء المالكية فقد اعتبروا الإستصناع نوع من السلم تسري عليه نفس احكام عقد السلم²⁰⁰، والمعقود عليه في عقد السلم هو المعبر عنه بركن المحل²⁰¹ والذي يشمل الثمن والمصنوع.

ووجود المصنوع في عقد الإستصناع حال التعاقد هي فرضية مستبعدة، اذ ان الشيء المبيع غير موجود في الحال اثناء التعاقد بين الطرفين، غير اننا نذكر ان التعاقد بالبيع لا يقتصر على الأشياء الموجودة اثناء ابرام التصرف، انما يشمل الأشياء المستقبلية إذا كانت قابلة للوجود في فترة معينة ومعقولة²⁰²، وتطبيق هذا المعنى يتجسد بقوة في عقد الإستصناع، اذ أجاز المشرع المغربي هذا النوع من التعامل²⁰³.

مما يجعل عقد الإستصناع داخل دائرة بيع الأشياء المستقبلية بصورة خاصة ومحلّه قائم على صنع شيء مما يصنع ومما يعضد هذا الامر مقتضيات المادة 58 من القانون 103.12 والمادة 69-1 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 لما عرف فيهما المشرع عقد الإستصناع حيث اوجب محل العقد ان يرد على شيء مما يصنع بأوصاف معينة يتفق عليها الأطراف مقابل ثمن محدد يدفعه المستصنع، باعتبار هذا الأخير عنصراً أساسياً في العقد.

ويتعين ان يكون الثمن في الإستصناع مبلغاً نقدياً أو عينياً أو هما معاً²⁰⁴، والثمن بهذا الشكل هو ما يميز عقد الإستصناع عن غيره من عقود البيع الأخرى، ودرءاً للإشكالات التي

=ثم الاستصناع شبهها بالاجارة، لذلك يبطل بموت احد المتعاقدين، والمعقود عليه في الاجارة هو العمل، فكذاك الاستصناع، ونوقش هذا بأنه كما شبه الاستصناع بالاجارة، ففيه شبه بالبيع من جهة يثبت فيه خيار الرؤية، ونحو ذلك والمعقود عليه في البيع هو العين وليس العمل.
ثم ان المستصنع انما اختار هذا الصانع من بين الصانع لجودة عمله واتقانه، فيشترط ان يكون من عمله.
والراجح من القولين هو ان المعقود عليه في عقد الاستصناع هو العين ويكون العمل تابعاً، فالعين هي الغرض الأساسي للمستصنع وهو المقصود الأول له، فإذا اوفى الصانع بالتزاماته وجاءته العين المصنوعة كما أرادها فقد حقق مراده بغض النظر عن الصانع، وهو نفس الاتجاه الذي يساير توجه فقهاء الملكية الذين اعتبروا الاستصناع سلم وبه يطبق عليه ما يطبق على السلم، والمعقود عليه في السلم هو المحل الذي يشمل الثمن والسلعة المصنوعة. انظر في ذلك فخر الدين عثمان بن علي الزليعي الحنفي، م س، ص:124
200 لقد فصلنا في هذه المسألة سلفاً يُنظر في ذلك المحور المتعلق بتعريف الاستصناع من الناحية الاصطلاحية اعلاه
201 لايد لكل عقد من محل يظهر حكمه او اثره فيه، والمقصود بالعقود اثارها. لمزيد من الشرح والتوضيح انظر في ذلك محمد قراط، م س، ص:27
202 عبدالقادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، عقد البيع، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الثانية 2009، ص:30
203 لقد سبق بيان هذا الامر في الأركان العامة لعقد الإستصناع انظر في ذلك المحور المتعلق بركن المحل أعلاه.
204 المشرع المغربي خلافاً للقاعدة المتعارف عليها في عنصر الثمن الذي دائماً ما يكون محددًا في مبلغ نقدي، استثناءً اجاز في عقد الاستصناع ان يكون الثمن اما مبلغاً نقدياً او عينياً او هما معاً، انظر في ذلك الفقرة الثالثة من المادة 5-69 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019

قد يثيرها عنصر الثمن في عقد الإستصناع تدخل المشرع وحدده بدقة من خلال المادة 5-69 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019.

3- الصيغة "الايجاب والقبول"

الصيغة هي الايجاب والقبول²⁰⁵ وهو الركن المتفق عليه من قبل جميع الفقهاء، وهي تختلف باختلاف الأشخاص، فالإيجاب والقبول عند الشخص الطبيعي ليس كالشخص المعنوي، لأن هذا الأخير الايجاب يكون عنده مفتوح في وجه العامة شريطة دراسة الطلب المتعلق بالرغبة في ابرام عقد الإستصناع العقاري بين البنك التشاركي والعميل.

وينعقد الايجاب والقبول في عقد الإستصناع العقاري في البنوك التشاركية بالكتابة واللفظ الصريح، ولا يثير أي اشكال فالعميل الشخص الطبيعي- غالبا- يعبر عن ارادته بشكل لا لبس فيه وبقراءة بنود العقد التشاركي قراءة نافية للجهالة.²⁰⁶

كما تحرص البنوك التشاركية ان يكون مجلس الايجاب والقبول متحدا، وهذا شرط يجد سنده في الشريعة الإسلامية، ويقصد به صدور القبول من جهة العميل من خلال تقديمه طلب تمويل مشروعه العقاري عن طريق الإستصناع الى البنك التشاركي بعد الايجاب الذي يكون مفتوحا على وجه العموم لدى مؤسسة الائتمان-البنك التشاركي-، وهذا الأخير يقوم بدراسة الطلب ومدى استيفائه لشروط المتطلبة في ابرام العقد، ويكون العاقدين في اطار البنوك التشاركية حاضرين في مجلس واحد، ولا يعتد بالتعاقد والتعبير عن الإرادة بوسيلة الكترونية لا سيما في مثل هكذا عقود تشاركية تمويلية لمشاريع عقارية تتطلب البحث والتدقيق، بالرغم من ان المشرع من خلال قانون الالتزامات والعقود خول إمكانية ابرام العقد بشكل الكتروني.²⁰⁷

²⁰⁵ لقد سبق وان تحدثنا في الأركان العامة لعقد الاستصناع وخاصة في ركن الرضا عن مسألة الايجاب والقبول، انظر في ذلك المحور الخاص بركن الرضا

²⁰⁶ صرح لنا المشرف الإداري لوكالة امنية بنك بتيزنيت السيد ياسين بكينيت ان العميل في إطار ابرام أحد العقود التشاركية تقوم الوكالة بدراسة الطلب ومنها تعبر عن رغبتها في التعاقد معه، وتقترح عليه قراءة بنود العقد والمصادقة عليها ومن تم فالتعبير عن الإرادة تحرص البنوك التشاركية على ان يكون كتابة خاليا من أي عيب يمكن ان يوقع العميل في الغلط. مقابلة تم اجراؤها بتاريخ 02/06/2021 على الساعة 10:00 صباحا

²⁰⁷ انظر في ذلك المواد من 23 من ق ل ع وما بعدها

ونجد ان الصيغة التي تعتمدها المؤسسات البنكية التشاركية في اتحاد المجلس معيار مهم، يؤدي الى الجودة والالتقان، واتفق دون غرر او خلل.²⁰⁸

ثانيا: شروط عقد الإستصناع العقاري

رغم أهمية ومكانة الاركان العامة والخاصة لإبرام عقد الإستصناع العقاري، الا انه لا يمكن الاعتداد بها من الناحية القانونية الا بتوفر شروط صحته، وهذه الشروط منها ما هو عام تتطلبه جميع عقود البيع (أ)، ومنها ما هو خاص تفرضه طبيعته الخاصة (ب).

أ: الشروط العامة لعقد الإستصناع العقاري

يجب أن يتوفر في عقد الإستصناع العقاري أربعة شروط عامة²⁰⁹ وهي مقسمة الى شروط انعقاد²¹⁰ وشروط صحة²¹¹، وشروط نفاذ²¹² وشروط لزوم²¹³، والقصد من هذه الشروط في الجملة منع وقوع المنازعات بين الناس، وحماية مصالح العاقدين، ونفي الغرر-أي الاحتمال- والبعد عن المخاطر بسبب الجهالة، فإذا اختلف شرط الانعقاد كان العقد باطلا، وإذا اختلف شرط الصحة كان العقد عند الحنفية فاسدا وإذا لم يتوافر شرط النفاذ كان العقد موقوفا على الإجازة ولا تنتقل به الملكية إلا بالإجازة، وإذا انعدم شرط اللزوم كان العقد مخيرا فيه أي مشتملا على خيار الإمضاء أو الإبطال²¹⁴.

²⁰⁸ عزيزة علي ندا، م س، ص:52

²⁰⁹ علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكساني، م س، ص:86

²¹⁰ شروط الانعقاد هي التي لا ينعقد العقد بدونها. انظر كاسب بن عبدالكريم البدران، م س، ص:149

²¹¹ شروط الصحة هي التي لا صحة للعقد بدونها، وان كان قد ينعقد وينفذ بدونها. كاسب بن عبدالكريم البدران، م س، ص:149

²¹² شروط النفاذ هي مالا يثبت الحكم بدونها، وان كان ينعقد التصرف بدونها. كاسب بن عبدالكريم البدران، م س، ص:149

²¹³ شروط اللزوم هي التي لايلزم العقد بدونها، وان كان قد ينعقد وينفذ بدونها. كاسب بن عبدالكريم البدران، م س، ص:149

²¹⁴ كاسب بن عبد الكريم البدران، م س، ص:148

1- شروط الانعقاد

وهي ما يشترط تحققه لاعتبار العقد منعقدا شرعا وإلا كان باطلا، وقد اشترط الحنفية بانعقاد بيع الإستصناع أربعة أنواع من الشروط في العاقد، وفي نفس العقد وفي مكانه وفي المعقود عليه.

أما ما يشترط في العاقل فهو شرطان أن يكون العاقد عاقلا²¹⁵ وأن يكون العاقد متعددا²¹⁶.

أما ما يشترط في العقد فهو شرط واحد وهو أن يكون القبول موافقا للإيجاب أي تطابق الإيجاب مع القبول، ويشترط في الإيجاب والقبول ثلاثة شروط وهي الأهلية والصيغة واتحاد مجلس العقد.

أما ما يشترط في المعقود عليه أي المبيع فهو أربعة شروط وهي أن يكون المبيع موجودا أو قابلا للوجود في المستقبل وأن يكون المبيع مالا متقوما وأن يكون مملوكا في نفسه وأن يكون المبيع مقدور التسليم عند التعاقد.

أما ما يشترط في مكان العقد وهو اتحاد مجلس الإيجاب والقبول كما سبقت الإشارة إلى ذلك في معرض حديثنا عن الإيجاب والقبول.

2- شروط النفاذ

لنفاذ عقد بيع الإستصناع العقاري لابد من توفر شرطين اثنين وهما الملك أو الولاية²¹⁷ وألا يكون في المبيع حق لغير البائع.

²¹⁵ يُنظر في ذلك المحور المتعلق بالأهلية

²¹⁶ لا ينعقد البيع بواسطة وكيل من الجانبين إلا في الأب ووصية والقاضي والرسول من الجانبين، بخلاف الوكيل في عقد النكاح فإنه يصح أن يعقد

النكاح وكيل من الجانبين. انظر في ذلك كاسب بن عبدالكريم البدران، م س، ص:150

²¹⁷ الملك هو حيازة الشيء متى كان الحائز له قادرا وحده على التصرف في| عند عدم المانع الشرعي، فالقيم على المجنون أو السفية، والوصي على القاصر، لا يعتبر أحدهما مالكا يتصرف في الشيء، على حين أن المجنون والسفيه والقاصر يعتبر كل منهم مالكا لأن له حق الاستقلال في التصرف والانتفاع لولا المانع الشرعي من ذلك وهو أنه تحت ولاية غيره.

والولاية سلطة شرعية بها ينعقد العقد وينفذ، وهي إما أصلية أي أن يتناول الإنسان أمور نفسه، أو نيابية وهي أن يتولى الشخص أمور غيره من ناقصي الأهلية، إما بإنابة المالك، كالوكيل أو بإنابة الشارع كالأولياء وهم الأب أو الجد أو القاضي ووصي الأب أو الجد أو القاضي وترتيبهم كالاتي الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه.

3- شروط الصحة

وهي كما اشار إليها بعض الباحثين²¹⁸ أن هذه الشروط على قسمان شروط يجب أن تتحقق في كل أنواع البيع لتعتبر صحيحة شرعاً، وهي إجمالاً أن يخلو عقد البيع من العيوب الستة وهي الجهالة، والإكراه والتوقيت، والغرر، والضرر، والشروط المفسدة.

والى شروط تخص بعض أنواع البيع دون البعض الآخر، كتحديد الثمن وكيفية التسليم.

4- شروط لزوم

وهي التي تأتي بعد شرائط الانعقاد والنفاد، فيشترط للزوم البيع خلوه من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخ العقد مثل خيار الشرط والوصف والنقد والتعيين والرؤية، والعيب والغبن مع التغيرير فإذا وجد في البيع شيء من هذه الخيارات منع لزومه في حق من له الخيار فكان له أن يفسخ البيع أو أن يقبله، إلا إذا حدث مانع من ذلك.

وهذه هي شروط البيع بأنواعها الأربعة فإذا فقد شيء من شرائط الانعقاد بطل البيع، أو من شرائط الصحة فسد، أو من شرائط النفاذ توقف، أو من شرائط اللزوم كان لمن له الخيار فسخه.

ب: الشروط الخاصة لعقد الإستصناع العقاري

بالرجوع الى احكام الفقه الاسلامي والى التشريع المطبق على الإستصناع العقاري، نجد ان لهذا العقد مجموعة من الشروط الخاصة نوردتها تبعا لشكلية المتطلبة في تمويل العقار عن طريق ابرام عقد الإستصناع.

ومدلول هذا الشرط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع، فلا ينفذ بيع الفضولي لانعدام الملك والولاية، لكنه ينعقد عند الحنفية موقوفاً على إجازة المالك.²¹⁸ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، دار الفكر دمشق، ج 4، (1412-1991)، ص: 3060

أن يتضمن العقد أوصاف الشيء المراد صنعه على شكل يؤدي إلى بيانه وتكوين العلم به، حيث يقول العلامة الكاساني: " وأما شرائط جوازه، فمنها: بيان جنس المصنوع ونوعه، وقدره، وصفته، لأنه لا يصير معلوما بدونه " 219

أن يكون الإستصناع في الأشياء التي جرى التعامل بها عرفا، وقد ذكر فقهاء الحنفية عدة أمثلة لذلك فقالوا؛ مثل استصناع " الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ونحو ذلك " 220

غير أنه من الجدير التنويه، أن هذه الأمثلة كانت شائعة عندهم ولم يريدوا من خلالها الحصر بل أرادوا التمثيل بها فقط ولذلك قد تختلف من عصر إلى عصر آخر كثرة وثلة وشيوعا وندرة، ولذلك نصت مجلة الأحكام العدلية على أمثلة من قبيل: البندقية والسفن الحربية والتجارية التي لم تكن موجودة في العصور السابقة. 221

أن يحدد فيه الزمن سواء أكان قصيرا أم طويلا، وذلك لأن العقود الواردة على العمل لا بد أن يذكر معها الأجل، غير أن الحنفية اختلفوا في هذه المسألة فاشتراط أبو حنيفة أن لا يكون في عقد الإستصناع أجل، فإذا وجد فيه أجل أصبح سلما، حيث قال الكاساني: " فإن ضرب للإستصناع اجلا صار سلما حتى تعتبر فيه شرائط السلم، وهو قبض البذل في المجلس، ولا خيار لو احد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه السلم، وهذا قول أبي حنيفة، لكن أبو يوسف ومحمد ذهبوا إلى أن ليس بشرط بل هو استصناع على الحال، سواء ضرب له الأجل أم لا. 222

والذي يظهر رجحانه هو ضرورة وجود المدة، وذلك لأن عقد الإستصناع عقد قائم على العمل والعين المؤجلين عادة، وكل ما هو من شأنه لا بد فيه من تحديد المدة حتى لا يؤدي ذلك إلى النزاع والخصام قياسا على الإجارة، وذلك لأن الصانع قد يتأخر في التنفيذ والمستصنع يريد التعجيل، فإذا لم يكن في العقد تحديد المدة أدى بلا شك إلى نزاع، وعلماؤنا اتفقوا على

219 علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الاولى، ص:3

220 علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، م س، ص:3

221 علي محيي الدين علي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى 2011، ص:141

222 علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، م س، ص:3

منع كل ما يؤدي في العقود إلى النزاع، ولذلك منعوا الجهالة الفاحشة في المعارضات، لأنها تؤدي إلى النزاع.²²³

أما من الناحية القانونية، يجب لإبرام عقد الإستصناع وصحة الالتزامات المترتبة عليه ضرورة توفر الأركان اللازمة²²⁴ لإبرام العقود بجميع أحكامها.

أما بخصوص الشروط أو ما يصطلح عليها في البنوك التشاركية بالموصفات التقنية، فقد حددها منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019، حيث حدد مجموعة من الشروط التي يجب توفرها لإبرام عقد الإستصناع والتي تشكل في مجموعها قواعد تقنية تضبط عملية الإستصناع بين الصانع والمستصنع وبين الصانع وشخص ثالث²²⁵، ويمكن إجمالها في التالي:

-يشترط في الشيء المصنوع موضوع عقد الإستصناع ان لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها طبقا لنص المادة 69-2، ويجوز أن يكون المصنوع منقولاً او عقاراً موصوفاً في الذمة عملاً بنص الفقرة الأخيرة من المادة 69-1.²²⁶

-ضرورة تحديد موصفات المصنوع في عقد الإستصناع وصفاً نافياً للجهالة ويمكن من معرفته معرفة تامة بين الأطراف، بحيث لا يجوز أن يكون المصنوع معيناً بذاته عند إبرام عقد الإستصناع طبقاً لنص المادة 69-4.

-لا يشترط عند إبرام عقد الإستصناع عملاً بمقتضيات المادتين 69-1 والفقرة الثانية من المادة 69-4 أن تكون مواد الصنع في ملكية الصانع، ولكن يمكن الاتفاق بين الصانع والمستصنع أن تكون مواد الصنع مملوكة لأحدهما.

-تحديد الثمن²²⁷ في عقد الإستصناع بأن يكون ثابتاً ومعلوماً بين الأطراف، ويجوز فيه -أي في الثمن- ان يكون نقداً أو عيناً أو أن يكون عبارة عن منفعة أو استغلال للمصنوع من طرف

²²³ علي محيي الدين علي، م س، ص: 143

²²⁴ يتطلب توفر الأركان العامة والخاصة لعقد الاستصناع، انظر في ذلك الفقرة الأولى من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول.

²²⁵ مروان بوسيف و محمد الهبول، م س، ص: 167

²²⁶ انظر المواد 69-1 و 69-2 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019

²²⁷ انظر الفقرة الخاصة بعنصر الثمن كركن خاص في عقد الاستصناع

الصانع لمدة محددة، شريطة أن لا تكون ديون الصانع التي على المستصنع هي ثمن المصنوع جزئيا كان أو كليا، وبالإعتماد على نص المادة 69-5 فيجوز تأجيل الثمن أو تعجيله، إلا أنه في هذه الحالة الأخيرة يجوز تخفيض الثمن المنفق عليه إذا لم يكن ذلك مشترطا في العقد.

ومن بين أهم شروط عقد الإستصناع، ما نصت عليه المادة 69-6 بخصوص كيفية تحديد اجل أو أجل تسليم المصنوع، وكذا إمكانية مراجعة كفاءات التسليم أو استبدال مكونات المصنوع في حالة عدم توفرها في الأسواق، وارتباطا بشرط التسليم قد نصت المادة 69-9 على أنه: "يمكن أن ينص عقد الإستصناع على أنه في حالة تخلف الصانع عن إتمام تسليم ما تعهد بصنعه كليا أو جزئيا، دون عذر معتبر شرعا، يمكن فسخ العقد مع استرداد ما دفعه المستصنع من الثمن، كما أن لهذا الأخير أن يطالب الصانع بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به، غير أنه يجوز أن ينص عقد الاستصناع على أنه إذا تعذر على الصانع تسليم ما تعهد بصنعه كليا أو جزئيا بسبب معتبر شرعا، بغير تقصير منه أو مطل، جاز تمديد أجل التسليم دون تغيير في الثمن".²²⁸

كما أن المنشور من خلال المادة 69-8 نص على عدم جواز أن يضمن في عقد الإستصناع إمكانية استبدال المصنوع موضوع العقد في حالة عدم القدرة على التسليم من طرف الصانع، كما لا يجوز إبرام أكثر من عقد استصناع واحد في شأن نفس المصنوع وبين نفس الأطراف عملا بنص المادة 69-7.

وتبعاً لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه "مقاطع الحقوق عند الشروط" فإذا اشترط شرط في العقد يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان في حدود ما يسمح به القانون، وشروط عقد الإستصناع عديدة ومتعددة لا يتسع المقام لسرد مبناها جميعها، لذلك اكتفينا بذكر ما تعارف

²²⁸ حيث نجد أن هذه المادة حددت شروط التسليم وتقنياته بالنسبة للصانع، أما بالنسبة للتسديد من طرف المستصنع الذي يقابل التسليم بالنسبة للصانع، فقد نصت المادة 69-11 على أنه: "يجوز أن ينص عقد الاستصناع على أنه حال توقف العميل بصفته المستصنع عن التسديد بعد تسلمه المصنوع كليا دون عذر معتبر شرعا، يجب عليه: - دفع جزء أو كل ما تبقى من أقساط ثمن المصنوع في ذمته بعد إرسال إشعار من المؤسسة، و بصفتها الصانع أو بعد انقضاء مدة محددة أو تلقائيا فور التوقف عن التمديد، - دفع تعويض للمؤسسة (بصفتها صانعة) عن الأضرار الفعلية التي لحقتها بسبب توقفه عن الأداء بعد إثبات ذلك في حدود ما تبقى من الثمن في ذمته".

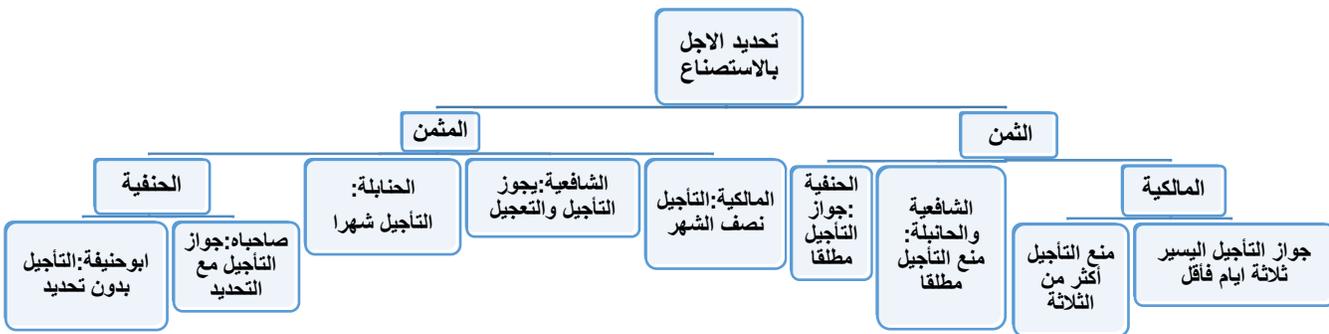
عليه الفقه وأورده المشرع في منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019، بالنظر لأهميتها من وجهة نظرنا المتواضعة.

وفي مقابل هذا هناك بعض الأمور عدم اشتراطها في عقد الإستصناع، كشرط تعجيل دفع الثمن، بل يجوز تأجيله إلى وقت القبض أو بعده، ويجوز تقسيطه، كما لا يشترط أن يكون ما يأتي به الصانع مما صنعه بعد التعاقد، فلو كان ما جاء به قد كان مصنوعا عنده قبل ذلك إذا كان مشتملا على الأوصاف المشروطة كفي ذلك مالم يشرط المستصنع خلاف ذلك²²⁹، بل وأكثر من ذلك لا بشرط أن يكون الصانع من أهل الصناعة ليصبح عقد الإستصناع، وهذا يتيح لأهل التجارة والمصاريف استعمال أسلوب الإستصناع²³⁰، كأسلوب تمويلي استثماري في المجالات التي يمكن أن يدخلها التصنيع عامة وهي محددة حصرا في التشريع المغربي في المنقول والعقار²³¹.

الفقرة الثانية: جزاء الاخلال بأركان وشروط عقد الإستصناع العقاري

عندما يختل ركن من اركان عقد الإستصناع او شرط من شروطه، فإن اجتماع ارادات الأطراف لا يمكن ان تنشئ التزامات²³². أي ان العقد في مثل فرضية اختلال أحد اركانه او شرط من شروطه الأساسية يعتبر باطلا او قابلا للإبطال، بمعنى انه لا يمكن للعقد ان يتواجد، كما لا يمكنه ان ينتج أي أثر.

²²⁹ خطاطة تبين مقياس تحديد الاجل في بيع الاستصناع، انظر في ذلك عبد الله ابن طاهر، م س، ص: 205



²³⁰ احمد جابر بدران، م س، ص: 34

²³¹ انظر المادة 69-1 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019

²³² Larroumet Christian, Droit civil, les obligations, le contrat, 9e édition, Op.cit, P :531

وعقد الإستصناع عندما ينعقد اما أن يقوم صحيحا ومنتجا لكافة أثاره القانونية، وإما أن ينعقد بنحو غير صحيح، وهنا يتعرض لعدة جزاءات رسمها المشرع المغربي وهي البطلان والإبطال²³³، وهذه الجزاءات وضعها المشرع لحماية العلاقات القائمة بين الأشخاص وما قد يترتب عنها من روابط ومعاملات مالية بالأساس كما في عمليه تمويل العقار من خلال ابرام عقد الإستصناع العقاري.

وتبعا لذلك سنتناول جزاء البطلان (أولا) على أساس ان نتحدث عن جزاء الابطال (ثانيا).

أولا: بطلان عقد الإستصناع

إن من شأن البطلان أن يعدم أي أثر للعقد، وبالتالي يكون قد أوقف إرادتي المتعاقدين عن ترتيب اثار اتفاقهما، ولذلك فإن البطلان على جانب كبير من الخطورة، إذ نجد البنوك التشاركية تحرص على ان ينعقد العقد صحيحا مستجمعا لكافة اركانه وشروطه.

ولقد نظم المشرع المغربي البطلان²³⁴ في المواد من 306 الى 310 من ق ل ع، والبطلان هو الجزاء الذي يقرره المشرع اما لعدم توافر ركن من أركان العقد وإما بموجب نص قانوني يقتضي في حالات خاصة أو لاعتبارات تتعلق بالنظام العام لبطلان تصرف ما رغم توافر سائر أركان انعقاده.²³⁵

²³³ المشرع البنكي أحال بنص صريح في الفقرة الأولى من المادة 69-1 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 على تطبيق مقتضيات الاحكام الواردة في البابين الأول والثاني من القسم الأول من الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود على عقد الاستصناع الذي يبرم في اطار البنوك التشاركية.

²³⁴ لم يعرف المشرع المغربي مؤسسة البطلان على غرار مختلف التشريعات المقارنة، وقد عرفه الفقيه عبد الرزاق السنهوري بأنه هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها. انظر في ذلك عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول- نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة 1998، ص:532

²³⁵ محمد العلمي، محاضرات في النظرية العامة للالتزامات والعقود، مصادر الالتزام -العقد نموذجاً-، مطبعة كوما بلا تيكوين اكادير، الطبعة السادسة، ص 115.

وبالرجوع الى الفصل 306 من ق ل ع نجد أن العقد بصفة عامة يعتبر باطلا في الحالتين التاليتين:

أ: بطلان عقد الإستصناع لتخلف أحد اركانه

فلابد لقيام عقد الإستصناع صحيحا، أن يتوفر على الأركان التي سبق ذكرها، وهكذا فإنه إذا تخلف ركن من هذه الأركان فإن العقد يتعرض الى البطلان، كما لو صدر الرضا من الصغير غير المميز²³⁶، وكما لو كان المحل غير معين ومحدد أو السبب غير مشروع.

ب: بطلان عقد الإستصناع بنص القانون

أحيانا يقرر القانون بطلان العقد رغم توفر جميع أركانه كما هو الشأن في الحالات المنصوص عليها في الفصل 61 من ق ل ع²³⁷ الذي يمنع التعامل في شركة الإنسان على قيد الحياة، والفصل²³⁸870 الذي يحظر اشتراط الفائدة بين المسلمين.²³⁹

وقد نص الفصل 306 من ق ل ع على أن: "الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر الا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له".²⁴⁰

لذلك فعقد الإستصناع الباطل الوارد على العقار لا ينقل ملكية الى المستصنع العقاري، ولا سبيل للمطالبة بتنفيذ العقد كله أو بعضه، وإذا كان العقد قد نفذ فإن من مقتضيات البطلان

²³⁶ هذه الفرضية هي جد مستبعدة لأن البنوك التشاركية غالبا ما تتعامل مع عملائها بنوع من الحذر، وتضع معايير مشددة في عملية تمويل المشاريع، والتعاقد مع الصبي غير المميز او حتى الصبي المميز هي حالات منعمة لإنعدام الضمانات عن سداد الأقساط.

²³⁷ يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا أو غير محقق فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون.

ومع ذلك لا يجوز التنازل عن شركة إنسان على قيد الحياة، ولا إجراء أي تعامل فيها أو في شيء مما تشتمل عليه ولو حصل برضاه. وكل تصرف مما سبق يقع باطلا بطلانا مطلقا.

²³⁸ اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل وبمطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا، أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطا له.

²³⁹ اشترط المشرع البنكي من خلال المادة 69-2 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/2019 في عقد الاستصناع ان يكون مطابقا لأحكام الشريعة الإسلامية، دون ان يحدد جزاء الاخلال بهذا الشرط، وبالتالي يتم الرجوع الى تطبيق الاحكام العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود.

²⁴⁰ وقد اكد المجلس الأعلى- محكمة النقض حاليا- هذا المقتضى في احدى القرارات الصادرة عنه والتي ورد فيه مايلي: "...إن الالتزام الباطل لا يمكن ان ينتج أي اثر الا باسترداد ما دفع بغير حق تنفيذا له، وما بني على باطل فهو باطل، وانه لانعدام إرادة المدعي في ابرام الوكالة تكون هذه الأخيرة باطلة، مما تكون معه العقود المبرمة لاحقا تأسيسا على عقد الوكالة باطلة وكذا جميع إجراءات تسجيلها. قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ

08/7/23 تحت عدد 2854 في الملف الدني عدد 04/1696، أورده محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة ثانية مزيدة 2010، ص:182

تنقض التنفيذ الحاصل وإعادة المتعاقدين الى حالتها قبل التعاقد وذلك طبقاً لمبدأ ما بني على باطل فهو باطل.²⁴¹

وهناك بعض الاستثناءات على المبدأ السالف الذكر فقد ينقرر بطلان عقد غير صحيح ومع ذلك تبقى بعض اثاره كحالة تحول العقد المنصوص عليها في الفصل 309 من ق ل ع²⁴²، ولربما هو أقرب الى ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 69-6 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 انه إذا ثبت ان المصنوع لم يتم إنجازه وفق المواصفات المتفق عليها، حق للمستصنع في هذه الحالة اما قبول ما قدم له، او ان يراجع ثمنه (باتفاق بينهما)، أو فسخ العقد مع ترتيب الاثار على ذلك بخصوص ثمن المصنوع.

ثانياً : إبطال عقد الإستصناع

حدد المشرع المغربي حالات الابطال بمقتضى الفصل 311 من ق ل ع²⁴³، حيث جاء فيه ما يلي: " يكون لدعوى الابطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصول 4 و39 و55 و56 من هذا الظهير وفي الحالات الاخرى التي يحددها القانون...".

ويمكن تعريف الابطال على أنه الجزاء القانوني الذي يرتبه المشرع المغربي إما على الاخلال بشرط من شروط صحة العقد (كما لو كانت إرادة أحد المتعاقدين غير سليمة لتعييبها بعيب من عيوب الرضى، او كان أحد المتعاقدين ناقص الاهلية)، وإما بموجب نص قانوني يمنح حق الابطال لاحد المتعاقدين في بعض الحالات.²⁴⁴

وحالات الابطال كما هي محددة بمقتضى ق ل ع تتمثل فيما يلي:

²⁴¹ اصل قاعدة ما بني على باطل فهو باطل يعود الى علم المنطق ومقتضاها -اذا كانت التصرفات الفعلية والقولية صحيحة فانها تنتج اثارها الشرعية او القانونية- اما اذا كان اساس تلك التصرفات شابها عيب او عدم مشروعية كانت نتائجها باطلة ومنعدمة شرعا وقانونا.

²⁴² ينص الفصل 309 من ق ل ع على مايلي: "إذا ابطل الالتزام باعتبار ذاته وكان به من الشروط ما يصح به التزام اخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الاخر".

²⁴³ احمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقہ الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، الطبعة الثانية 1987،

ص:211

²⁴⁴ مأمون الكزبري، م س، ص:196 وما بعدها

أ: الإبطال لنتقصان أهلية أحد المتعاقدين

فقد نص الفصل 4 من ق ل ع على أنه: " إذا تعاقد القاصر وناص الأهلية بغير إذن الأب أو الوصي أو المقدم فإنهما لا يلزمان بالتعهدات التي يبرمانها ولهما أن يطلبوا أبطالها وفقا للشروط المقررة بمقتضى هذا الظهير".

وعليه إذا عمد ناقص الأهلية على تقديم الثمن في عقد الإستصناع مثلا، دون حصوله على الإذن الذي يتطلبه القانون اعتبر العقد معيبا وقابلا للإبطال.

وعموما فإن عقد الإستصناع يكون قابلا للإبطال في كل حالة يكون فيها الشخص ناقص الأهلية، سواء لصغر في السن، أو كونه سفيها أو معتوها، تطبيقا للفصل الرابع من ق ل ع، كما أحال عليه الفصل 311 من نفس القانون.²⁴⁵

ب: الإبطال لعيب من عيوب الرضا لحق إرادة أحد المتعاقدين

هذه الحالة منصوص عليها في الفصل 39 من ق ل ع الذي نص على ما يلي: " يكون قابلا للإبطال الرضى الصادر عن غلط أو الناتج من تدليس أو المنتزع بإكراه".

أما الفصل 55 فينص على ما يلي: "الغبين لا يخول الإبطال الا إذا نتج عن تدليس الطرف الاخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله وذلك فيما عدا الاستثناء الوارد بعد".

وبمقتضى الفصل 56 فإن: "الغبين يخول الإبطال إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية، ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي وفقا للأوضاع التي يحددها القانون ولو لم يكن ثمة تدليس من الطرف الأخر، ويعتبر غبنا كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء".

²⁴⁵ عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني- مصادر الالتزام- ج الأول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الرابعة 2017، ص:214

وإجمالاً لما ورد في النصوص المطبقة على حالات ابطال العقد لوجود عيب من عيوب الرضى، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال إذا تم إبرامه من قبل شخص تعيبت ارادته بسبب عيب من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط والاكراه والتدليس والغبن طبقاً للشروط المنصوص عليها في ق ل ع. 246

ج: الإبطال بمقتضى نص قانوني

بالإضافة الى الحالات التي يكون فيها الشخص ناقص الأهلية او بسبب وجود عيب من عيوب الرضى، فإن العقد يكون أيضاً قابلاً للإبطال بدون توفر أي حالة من الحالات السالفة الذكر، إذا نص القانون على ذلك بشكل صريح.

ومن اهم حالات الابطال المقررة بنص خاص مثل ما ورد في الفصل 54 من ق ل ع الذي ينص على أسباب الابطال المبنية على حالة المرض والحالات الاخرى المشابهة المتروكة لتقدير القاضي وكذلك حالة بيع ملك الغير حيث أعطى الفصل 485 من ق ل ع للمشتري الحق في طلب إبطال البيع إذا رفض المالك إقراره.

وذكر المشرع المغربي في الفصل 316 من ق ل ع آثار الابطال حيث جاء فيه: "يترتب على إبطال الالتزام وجوب إعادة المتعاقدين الى نفس الحالة التي كانا عليها وقت نشأته وإلتزام كل منهما بأن يرد للأخر كل ما أخذه منه بمقتضى أو نتيجة العقد الذي تقرر إبطاله...".

ومن اهم الحالات الأخرى والتي يمكن ان تصادف عقد الإستصناع العقاري هي المتعلقة بإبرامه بقيمة غير معقولة ومرتفعة جداً والتي يمكن ان نستخلصها من الفصل 878 من ق ل ع الذي جاء في مضمونه ان من يستغل حاجة شخص اخر او ضعف إدراكه أو عدم تجربته فيجعله يرتضي من اجل الحصول على قرض أو لتجديد قرض قديم عند حلول اجله فوائد أو منافع أخرى تتجاوز الى حد كبير السعر العادي للفوائد وقيمة الخدمة المؤدة، وفقاً لمقتضيات

المكان وظروف التعامل، يمكن ان يسأل جنائيا. كما يسوغ له ابطال الشروط والاتفاقات المعقودة بمخالفة حكم هذا الفصل.

وختاما فإن أي اشتراط يفيد عدم مسؤولية الصانع -البنك التشاركي- من أي عيب من عيوب التي قد تشوب العقد، لا يصح مطلقا، بل يكون الشرط باطلا ومبطلا للعقد، ويبقى الطرفين يتحملان مسؤوليتهم تجاه الالتزامات المتبادلة بينهم.²⁴⁷

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن عملية تمويل العقار بالإستصناع

تمويل العقار عن طريق ابرام عقد الإستصناع بين العميل-المستصنع- والبنك التشاركي -الصانع- تترتب عليه آثار كغيره من عقود البيع الأخرى مع الالتزام ببعض الخصوصيات التي ينفرد بها هذا العقد.

ونظرا لأن الإستصناع من العقود التبادلية التي تتفاعل فيها الالتزامات بين طرفيه لذلك فإن آثار هذا العقد تتمثل عادة في تلك الالتزامات المتقابلة التي يتحملها كل من المستصنع والصانع إزاء بعضهما البعض وبتنفيذ هذه الالتزامات ينتهي العقد من الناحية القانونية والواقعية.

وتبعا لذلك فإننا سنتناول الالتزامات التي يتحملها كل من الصانع والمستصنع إزاء بعضهما البعض في إطار العلاقة التعاقدية، وذلك بالتطرق في (الفقرة الأولى) الى الالتزامات الخاصة بالمتعاقدين، على أن نتعرض في (الفقرة الثانية) لأسباب انتهاء هذه الالتزامات، ونظرا لما تحظى به هذه الأخيرة من الأهمية من طرف كلا الطرفين، فإن انتهائها يرتب آثار هامة على المتعاقدين.

²⁴⁷ محمد الخطابي، م س، ص: 240

الفقرة الأولى: التزامات طرفي عقد الإستصناع

إن العلاقة التعاقدية الرابطة بين الصانع والمستصنع والمبرمة بشكل صحيح تفرض على عاتقهم مجموعة من الالتزامات وفقا لما هو منصوص عليه في منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 والقانون البنكي رقم 103.12 وقانون الالتزامات والعقود باعتباره النص العام، أو ما ارتضاه الطرفان بمقتضى الاتفاق، ولكي تتحقق هذه الغاية فإنه يتعين على كل من الصانع -البنك التشاركي- والمستصنع -العميل- تحمل هذه الالتزامات إزاء بعضهما البعض في إطار علاقتهما تعاقدية.

وعليه فإننا سنتناول التزامات الصانع -البنك التشاركي- (أولا) والتزامات المستصنع -العميل- (ثانيا).

أولا: التزامات الصانع – البنك التشاركي-

من أجل تحقيق الغاية من عملية تمويل العقار عن طريق إبرام عقد الإستصناع والمتمثل في صنع عقار للمستصنع، إذ نجد بأن القانون يرتب في ذمة الصانع -البنك التشاركي- مجموعة من التزامات تجاه المستصنع، وذلك حسب ما تم الاتفاق عليه أو وفقا لما يفرضه القانون، ومن أجله، يتعين على الصانع أن يصنع العقار المطلوب (أ) ويتعهد بتسليمه العقار المطلوبة (ب) ثم أن يلتزم بضمان العيب الخفي في العقار (ج).

أ: الالتزام بصنع العقار

يعتبر هذا الالتزام التزم رئيسي، حيث يترتب في ذمة الصانع، صنع العقار محل العقد بالطريقة المتفق عليها في العقد، بحيث يجب على الصانع أن يلتزم بحرف واحد بالشروط المدرجة في بنود العقد، وأساس ذلك يعود إلى الاتفاق في العقد، لذلك بتعين على الصانع إستعاب مضامين العقد حتى يتمكن من تنفيذه على أكمل وجه دون إخلال أو تقصير في التزامه.

و نستشف هذا الالتزام من خلال مقتضيات المادة 58 من القانون رقم 12-103 في إطار التعريف بعقد الإستصناع²⁴⁸، وفي تعريف هيئة المعايير الشرعية في المعيار الحادي عشر²⁴⁹. وبذلك لعل أهم التزام واقع على عاتق الصانع في عقد الإستصناع العقاري هو التزامه بصناعة العقار المطلوب بالدقة المطلوبة والأوصاف المتفق عليها مقابل أن يدفع الطرف الآخر²⁵⁰، ثمن الشراء المتفق عليه، وتتحقق صورة هذا الالتزام من خلال الآتي:

تقديم مادة الصنع من عند الصانع²⁵¹ والمقصود بمادة الصنع هي المواد الأولية الخامّة والعناصر المكونة للعقار المصنوع، لأن المستصنع يأتي إلى الصانع بدون ما تكون له دراية عن المواد المتطلبة في صناعة العقار المرغوب فيه، بل لا يتقن صناعة ذلك فلو كان كذلك ما وفق على التعاقد مع البنك لتلبية رغبته، وإن وجد عند الصانع ما يوافق مطلوبه لاشتراه جاهز²⁵²، لأن لا مانع في الإستصناع من أن يشتري المستصنع المصنوع كان موجود قبل التعاقد إذا كان مشتملا على المواصفات والمواد المطلوبة ما لم يشترط خلاف ذلك في العقد.

وفي هذه المسألة يكون الصانع مسؤولا عن جودة وسلامة هذه المواد ومطابقتها للمواصفات ويدخل في هذا الالتزام تقديم كل الآلات والعناصر اللازمة لإنجاز العمل المطلوب، وهذا الأمر مستمد من حقيقة الإستصناع التي تتمثل في مسؤولية الصانع عن تقديم مواد الصنع والعمل معا²⁵³.

وفي ظل مقتضيات المادة 58 من قانون رقم 103.12 والمادة 69-1 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 نستشف أن المشرع قد أشار الى أن مواد المصنوع تكون مقدمة

²⁴⁸ تنص المادة 58 من القانون 103.12 على مايلي: " كل عقد يشتري به شيء مما يصنع يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، بتسليم مصنوع بمواد من عنده، بأوصاف معينة يتفق عليها وبثمن محدد يدفع من طرف المستصنع حسب الكيفية المتفق عليها بين الطرفين".

²⁴⁹ المعيار الحادي عشر (م س) من المعايير الشرعية الذي عرف عقد الإستصناع بأنه: "هو عقد على بيع عين موصوفة في الذمة مطلوب صنعها".
²⁵⁰ وهذا ما نصت عليه المادة 69-1 حيث يقع على عاتق الطرف الصانع تسليم المصنوع بالأوصاف المعينة في العقد وبالكيفية المتفق عليها.

²⁵¹ أحمد بلخير، عقد الإستصناع وتطبيقاته المعاصرة، بحث مقدم لنيل رسالة الماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، السنة الجامعية 2007/2008، ص:23

²⁵² مصطفى الزرقاء، م س، ص:20

²⁵³ نص المشرع من خلال الفصل 760 من ق ل ع على ان: "مقولة البناء وغيرها من العقود التي يقدم فيها العامل أو الصانع المادة تعتبر بمثابة إجارة على الصنع".

من قبل الصانع، وهذا أمر طبيعي في الإستصناع، حيث يجب ألا يعمل بخلافه، وإلا اننا نكون أمام عقد آخر غير عقد الإستصناع، والتزام الصانع بتقديم مواد من عنده يتقارب إلى حد ما مع الالتزام في عقد إجارة الصنعة المنصوص عليه في الفصل 761 من ق ل ع.²⁵⁴

أن يقوم الصانع بالعمل بنفسه أو في مصنعه وله أن يعهد إلى غيره²⁵⁵ (مقاول من الباطن) بالعمل كله أو بعضه ما لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو إذا كانت طبيعة العمل توجب عليه الاعتماد على كفاءته ومؤهلاته الشخصية، ويكون الصانع مسؤولاً عن هذا المقاول من الباطن أمام صاحب العمل، كما يجب عليه إنجاز العمل حسب شروط العقد وبالطريقة المتفق عليها، ويتحقق ذلك بالالتزام بما جاء في دفتر الشروط المرفق بالعقد، وإذا لم يكن هناك شروط معينة التزم الصانع بإنجاز العمل حسب ما تقتضيه الأصول العلمية والأعراف الخاصة بتلك الصناعة موضوع العقد.²⁵⁶

إنجاز العمل حسب شروط العقد وبالأوصاف المتفق عليها، وفي المدة المتفق عليها²⁵⁷، وهذا لا يكفي في أن يثبت الصانع أنه بذل العناية الكاملة في إنجاز العمل لتبرأة ذمته، بل لا بد من تحقيق الغاية من العمل المطلوب، وبالتالي فالالتزام الصانع يكون التزاماً بتحقيق نتيجة معينة التي تعكس الطابع النهائي للعمل، والذي يجب أن يكون مطابقاً للنتيجة المرجوة من قبل المستصنع لذلك وجب على الصانع بمجرد قبوله التعاقد أن يسعى وراء كل السبل التي تؤدي إلى تحقيق العمل المطلوب بمواصفات المتفق عليها، ولا مجال هنا أن يتذرع الصانع بأنه بذل عناية الرجل العادي الحريص، بل يجب أن يتجاوز هذا الطرح ويسعى وراء تحقيق النتيجة المطلوبة وإلا تحمل مسؤولية وتبعات عدم التزامه بتنفيذ بنود العقد.²⁵⁸

²⁵⁴ نص الفصل 761 من ق.ل.ع على مايلي: " يلتزم أجبر الصنع بتقديم الآلات والأدوات اللازمة، ما لم يقض العرف أو الاتفاق بغير ذلك." ²⁵⁵ في عملية تمويل العقار بالإستصناع البنك التشاركي يقوم بإبرام عقد استصناع موازي مع مقاول البناء من أجل بناء المشروع العقاري المتفق عليه وفق المواصفات التي حددها العميل للبنك التشاركي في العقد المبرم بينهم.

²⁵⁶ ودية الزحيلي، م.س، ص: 768-769

²⁵⁷ هذا الالتزام يجد سنده من خلال الفقرة الثانية من المادة 69-1 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/2019

²⁵⁸ نص المشرع من خلال المادة 69-9 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/2019 على أن: " يمكن ان ينص في عقد الاستصناع على انه في حالة تخلف الصانع عن إتمام تسليم ما تعهد بصنعه كلياً او جزئياً بسبب عذر معتبر شرعاً، بغير تقصير منه ولا مظل، جاز أجل تمديد أجل تسليم دون تغيير في الثمن". معنى ذلك بمفهوم المخالفة انه في حالة تخلف بدون عذر مشروع وثبت تقصير البنك التشاركي، فهو يتحمل المسؤولية الكاملة ومطالب بتعويض العميل- المستصنع- عن الاضرار التي قد تلحقه جراء عدم تنفيذ بنود العقد.

ب: التزام بتسليم العقار المصنوع

يعد الالتزام بتسليم العقار المصنوع من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق الصانع العقاري، وقد عرف البعض²⁵⁹ بأن التسليم ذلك الاجراء الذي يقصد به تمكين المشتري من المبيع، بحيث يستطيع ان يباشر عليه سلطاته كاملة دون ان يمنعه من ذلك اي عائق.

وهذا الالتزام ورد في المادة 69-1 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 بالإضافة الى المادة 58 من القانون رقم 103.12 حيث أكد المشرع في المادتين بضرورة تسليم المصنوع.²⁶⁰

كما نظمه المشرع المغربي ايضا في الفصل 499 ق ل ع الذي جاء فيه: " بأن يتم التسليم حين يتخلى البائع أو نائبه عن الشيء المبيع ويضعه تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع هذا حيازته بدون عائق ".²⁶¹

وبما أن هذه الأحكام تسري هي نفسها على التسليم المصنوع فإن التزام الصانع بواجب التسليم يتحقق عندما يصنع الشيء المصنوع في يد المستصنع كنتيجة حتمية للعلاقة التعاقدية بينهما. وإذا أخذنا نموذج الإستصناع العقاري المتمثل في إنشاء مشروع عقاري هام كالسدود وبناء المنشآت والطرق وغيرها من المشاريع الأخرى، فالتسليم يكون بالتخلي وتسليم المفاتيح إن وجدت²⁶¹، وعموما فتسليم العقار كما يرى البعض يتم في مكانه.²⁶²

²⁵⁹ انظر في ذلك عبدالرحمان الشرقاوي، قانون العقود الخاصة، الكتاب الأول- العقود الناقلة للملكية عقد البيع-، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الخامسة 2018، ص:173

²⁶⁰ نصت المادة 69-1 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 والمادة 58 من القانون 103.12 على انه يلتزم احد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل بتسليم مصنوع.

²⁶¹ انظر في ذلك أيضا الفصل 500 من ق ل ع الذي نص على مايلي: " يتم التسليم بطرق مختلفة:

- 1 - تسلم العقارات بتخلي البائع عنها، وتسليم مفاتيحها إذا كانت من المباني، بشرط ألا يكون ثمة عائق يمنع المشتري من وضع اليد عليها؛
- 2 - تسلم الأشياء المنقولة بمناولتها من يد إلى يد أو بتسليم مفاتيح العمارة أو الصندوق الموضوعة فيه، أو بأي وجه آخر جرى به العرف؛
- 3 - يتم التسليم ولو بمجرد رضی الطرفين، إذا كان سحب المبيع من يد البائع غير ممكن وقت البيع، أو كان المبيع موجودا من قبل في يد المشتري على وجه آخر؛

- 4 - إذا كان المبيع عند البيع موجودا في مستودع عام، فإن حوالة أو مناولة شهادة إيداعه أو تذكرة شحنه أو نقله تكون بمثابة تسليمه.

²⁶² محمد أحمد بن عبد الرحمان الزرقا، الاستصناع والمشروع الصناعي، بحث شرعي قانوني ومقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2001، ص:88

وبالرجوع إلى الأحكام المنصوص عليها في ق ل ع بخصوص التسليم في عقد البيع نلاحظ أنها تتعلق أساسا بمضمون التسليم وزمانه ومكانه²⁶³ وتحديد من يتحمل المصاريف المترتبة عنه وبذلك إذا كان مضمون التسليم يشمل الشيء المصنوع فإنه يشمل أيضا توابعه، طبقا لقاعدة الفرع تابع للأصل، وهذا ما أكده المشرع في الفصل 516 ق ل ع.²⁶⁴

كما يتعين على الصانع التسليم الشيء المصنوع وتوابعه إن وجد في الميعاد والمكان المتفق عليه، إذا لم يكن هناك موعد متفق عليه²⁶⁵ بين الأطراف فلا مناص من القول أن الميعاد المعمول به، في هذه الحالة هو ميعاد انتهاء الصنع، لأن طبيعة الشيء المصنوع قد تستلزم التأخر في التسليم، وعليه فإن المواعيد التي تعطي في الأشياء المستقبلية تقديرية وليست قطعية²⁶⁶، ونفس اتجاه المشرع المغربي سار عليه المعيار الشرعي العاشر في ضرورة تحديد أجل ومحل تسليم الشيء المصنوع في العقد.²⁶⁷

أما بخصوص مصاريف التسليم يتحملها الصانع لأنه في منزلة البائع تماشيا مع الفصل 509 من ق ل ع الذي ينص على أن: " مصروفات التسليم كالتالي يقتضيها القياس أو الوزن أو العد أو الكيل، تقع على عاتق البائع وإذا كان المبيع حقا معنويا، وقعت على عاتق البائع أيضا المصروفات اللازمة لإنشاء هذا الحق ونقله، وكل ما لم تقض العادات المحلية أو اتفاقات الطرفين بخلافه ".²⁶⁸

²⁶³ في عقد الاستصناع العقاري مكان التسليم لا يشكل اشكالا لأن مكان التسليم هو المكان الذي يتواجد به العقار، وزمان تسليمه هو من المسائل الدقيقة التي تقوم البنوك التشاركية بضبطه ولا تترك في ذلك فراغا يمكن ان يكون موضوع منازعة قضائية بين العميل والبنك التشاركي.
²⁶⁴ ينص الفصل 516 من ق ل ع على مايلي: "الالتزام بتسليم الشيء يشمل أيضا توابعه، وفقا لما يقضي به اتفاق الطرفين أو يجري به العرف".
²⁶⁵ المشرع من خلال منشور والي بنك المغرب رقم 2/2019 لم يحدد مكان التسليم في عقد الاستصناع، بل أشار في المادة 69-6 من نفس المنشور المذكور الى ان التسليم يتم في الاجل والمكان المتفق عليه.
²⁶⁶ في غياب الاتفاق في عقد الاستصناع فإنه يتم الرجوع الى النص العام وهو ما ورد في الفصل 504 من ق.ل.ع: " يجب أن يحصل التسليم فور إبرام العقد ، إلا ما تقتضيه طبيعة الشيء المبيع أو العرف من زمن ".
²⁶⁷ المعيار الشرعي العاشر المتعلق بأحكام المصنوع:

.....
6/1/3 يجب على الصانع إنجاز العمل وفقاً للمواصفات المشروطة في العقد، وفي المدة المتفق عليها، أو في المدة المناسبة التي تقتضيها طبيعة العمل وفقاً للأصول المتعارف عليها لدى أهل الخبرة.

وفي مقابل ذلك يتحمل المستصنع مصاريف ونفقات التسلم اللازمة لحيازة الشيء وتسلمه وذلك طبقا لمقتضيات الفصل 511 من ق ل ع. 268

ج: الالتزام بضمان عيوب المصنوع

بما أن الإستصناع هو نوع من البيوع الخاصة، فإنه يخضع كقاعدة عامة لأحكام البيع، باستثناء بعض الاحكام التي تقتضيها طبيعته و غايته. 269

وبذلك فإن التزام البائع الصانع- البنك التشاركي- بضمان العيب سواء العيب الظاهر أو العيب الخفي كما اعتبره المشرع في المادة 69-6 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 هي مسؤولية تقع على عاتقه، ووجب تحديد في العقد مدة ضمان العيوب الخفية بين الأطراف.

لكن بالرجوع الى الاحكام العامة للبيع والواردة في ق ل ع فإن لا حاجة إلى تضمين ضمان العيوب الخفية ولا العيوب الظاهرة بفعل تقصير الصانع في صلب العقد، وذلك هو محل إجماع بين رجال الفقه والقانون، لأنه معدود من الالتزامات الأصلية في عملية البيع، وقد قرر المشرع المغربي هذا الضمان في الفصل 549 من ق ل ع. 270

والمشرع المغربي كغيره من التشريعات المعاصرة لم يقبل على وضع تعريف قار للعيب الخفي ولا العيب الظاهر، وقد أحسن صنعا لأن مهمة وضع التعاريف يستحسن إسنادها إلى

268 ينص الفصل 511 من ق ل ع على ما يلي: " ينص: " على المشتري مصروفات رفع الشيء المبيع وتسلمه ، وكذلك مصروفات أداء الثمن وتلك التي يقتضيها الصرف والتوثيق والتسجيل ومصروفات التمير اللازمة لرسم الشراء وعليه أيضا روفات التغليف والشحن والنقل ، وتشمل مصروفات التسلم رسوم (حق المرور الترانزيت) والمكوس والضرائب الجمركية التي تجنى عند انتقال الشيء ووصوله الكل ما لم يجري العرف أو الاتفاق بخلافه ". 269 مصطفى الزرقا، م س، ص: 38

270 ينص الفصل 549 من ق ل ع على مايلي: " يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا ، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد.

يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد. أما العيوب التي تنقص نقصا يسيرا من القيمة أو الانتفاع، وتلك التي جرى العرف على التسامح فيها، فلا تخول الضمان. ويضمن البائع أيضا وجود الصفات التي صرح بها أو التي اشترطها المشتري".

الفقه²⁷¹، وقد تصدى القضاء المصري في أواخر القرن العشرين لهذا الفراغ بوضعه تعريفا للعيب الخفي حينما قررت المحكمة النقض المصرية في أحد الأحكام الصادرة عنها بتاريخ (أبريل 1948) بأن العيب: " هو الأفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع".²⁷²

والتزام بالضمان العيوب الظاهرة و الخفية من الالتزامات المهمة جدا لعلاقته الوطيدة بالحياة العملية وبميدان المعاملات التي تتم بين الأفراد بشكل عام، وفي ميدان الإستصناع العقاري بشكل خاص، وتتحقق صورة العيب الخفي في عقد الإستصناع عندما يكتشف المستصنع في الشيء المصنوع العيب الخفي لم يكن ظاهر باديا للعيان في لحظة تسلمه إلا بعد الفترة الموائية للتسليم ترتب عنه نقصا محسوسا في قيمة الشيء المصنوع أو غير مطابق للأوصاف المشروطة المنفق عليها، لأن تخلف هذه الأخيرة يؤثر على منفعة الشيء في نظر المشتري ولكي يتحقق العيب الخفي الموجب لضمان في الإستصناع ان يتوفر على مجموعة من الشروط الآتية:

1- أن يكون العيب ظاهرا او خفيا

إن العيب الموجب للضمان هو الذي يكون ظاهرا أو خفيا في عملية الإستصناع، حيث كما اشارنا سلفا ان المشرع البنكي في المادة 69-6 من منشور والي بنك المغرب المتعلق بعقد الإستصناع نص على ان الصانع يضمن عيوب الشيء المصنوع إذا كان ذلك ناتج عن فعله او بفعل تقصيره، اما إذا تعلق الامر بعيب خفي فإنه تحدد مدة الضمان.

²⁷¹ قد عرفه الأستاذ عبد القادر العرعاري بأنه: " كل ما يصيب اصل الفطرة السليمة للشيء، ويترتب عن ذلك نقضان في قيمته او مجرد التأثير على منفعته وفقا لما خصص له المبيع بحسب الطبيعة او بمقتضى الاتفاق". انظر في ذلك عبد القادر العرعاري، ضمان العيوب الخفية في عقد البيع وفقا لقانون الالتزامات والعقود المغربي، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية سنة 1996، ص: 25

²⁷² عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة- الكتاب الثاني عقد الكراء المدني-، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الاولى

على خلاف القاعدة العامة التي نص عليها مشروع ق ل ع في الفصل 569 منه وبقرائه بمفهوم المخالفة فإن البائع لا يضمن الا العيوب الخفية دون العيوب الظاهرة التي كان المشتري يعرفها او يمكن له ان يتعرف عليها بسهولة.²⁷³

ولهذا يكون العيب معتبرا في عقد الإستصناع، إذا كان المستصنع حدد اوصاف الشيء المصنوع في العقد، ثم بعد الصنع ظهر انها لا تتوافق وما تم الاتفاق عليه وهذا عيب ظاهر، اما إذا كان العيب خفيا وحددوا مدة الضمان على ذلك فهو يستوجب التعويض وتحمل الصانع مسؤوليته.

اما في ظل القواعد العامة المنصوص عليها في ق ل ع فإن العيب الخفي يكون إذا كان المشتري غير عالم به ولا أن يتبينه بنفسه ولو فحصه بعناية الرجل المعتاد، أما إذا كان يعلم بالعيب علما حقيقيا وقت البيع، أو كان العيب من الظهور يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ومن العناية فإن العيب لا يكون خفيا ولا يضمنه البائع.²⁷⁴

وبناء على الفصل 569 من ق ل ع يتبين أن المشرع أخذ بالمعيار الشخصي إذ يستبعد من مجال الضمان العيوب الظاهرة، وكذا العيوب التي كان على المشتري أن يعرفها، وكان يستطيع بسهولة أن يعرفها، فالعيب إذ لا يعتد به حتى ولو كان خفيا، إذا علم به المشتري عند البيع أو كان بإمكانه أن يعرفه لو أنه فحص المبيع الفحص العادي الذي يجري عادة في مثل الظروف التي تم فيها البيع، وهذا يختلف بحسب اختلاف المبيع.²⁷⁵

لذلك فإن المعيار الشخصي هو في الحقيقة الأمر معيار مجرد ونسبي، إذا الأفراد ليسوا على مستوى واحد من التكوين والتخصص وهو ما يستدعي التمييز بين حالتين حالة التعامل خارج نطاق المهنة حيث يكون فيها المشتري-المستصنع- يتعاقد من أجل تلبية احتياجاته الشخصية والأسرية ويكون فيها قليل الخبرة، والحالة التعامل داخل نطاق المهنة، وهنا يكون

²⁷³ نص الفصل 569 من ق ل ع على مايلي: " لا يضمن البائع العيوب الظاهرة ولا العيوب التي كان المشتري يعرفها او كان يستطيع بسهولة أن يعرفها".

²⁷⁴ حسن البرعي، دروس في عقد البيع في القانون المدني المغربي، فاس 1980-1981، الطبعة الجديدة، ص: 215

²⁷⁵ الحسن بلحساني، البيع والكراء وفقا للقواعد العامة والتشريعات الخاصة، دار النشر الجسور، طبعة 2004-2005، ص: 117

المشتري -المستصنع- يملك الخبرة والحكمة ما يدرأ به عن نفسه أضرار المعاملات التعامل، وفيما يخص العيوب الخفية فإن غالبا ما يكون عالما بخصائص ومميزات ما يقدم على التعامل.

إذا ثبت هذا فيما يخص المعيار الشخصي الذي أخذ به الفصل 569 من ق ل ع، فإن الفصل 553 من نفس القانون يميل إلى معيار الموضوعي وبناء على هذا المعيار فإن كان بإمكانه التوصل إلى اكتشافه بالفحص المعتاد فهو عيب ظاهر وإلا اعتبر عيبا خفيا يستوجب الضمان.²⁷⁶

وهكذا يتضح من خلال هاذين الفصلين 553 و 569 من ق ل ع أن رغم مزايا المعيار الشخصي، فإن المشرع المغربي لم يتخلى على المعيار الموضوعي، حيث أخذ به في مجالات معينة، اما مشرع قانون البنكي فقد ميز فقط بين العيب الظاهر بفعل الصانع وتقصيره والعيب الخفي الذي يجب تحديد مدة الضمان فيه، دون التطرق الى معيار التمييز بينهما، ويبقى الأمر متروكا بين يدي قضاء الموضوع الذي يستقل بتقدير ما إن كان العيب خفيا أم ظاهرا.

كما أشار المشرع بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 69-6 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 بأنه يجوز ان يتضمن عقد الإستصناع التزام الصانع بصيانة المصنوع خلال مدة معينة حسب اتفاق الأطراف.

2- أن يكون العيب مؤثرا

تطبيقا للمنشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 وللـفصل 549 من ق ل ع فإن العيب سواء كان ظاهرا او خفيا في الشيء المصنوع متى كان منقصا لقيمة الشيء أو لمنفعته، وكان خارجا عن الاوصاف التي حددها الأطراف في عقد الإستصناع.

وأنه لكي يكون العيب مؤثرا، فإنه يكفي أن يتحقق أحد العنصرين، إما أن يقع التأثير في قيمة الشيء، شريطة أن تصل إلى درجة النقص المحسوس أو أن يكون التأثير في منفعة بحيث

²⁷⁶ عبد الرحمان الشرقاوي، قانون العقود الخاصة، م س، ص: 209-210

تجعله غير صالح لاستعمال فيما أعد بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد²⁷⁷، وأيضا ينبغي الإشارة في الأخير إلى أن العيوب التي تنقص نقصا يسيرا من قيمة أو الانتفاع، وأيضا العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها لا تخول الضمان حسب مقتضيات الفصل 549 من ق ل ع، كما أن تحديد مدى تأثير العيب من عدمه هي مسألة واقعية متروكة لسلطة التقديرية للقضاء.²⁷⁸

3- أن يكون العيب في الشيء المصنوع قديما

ويقصد بالعيب القديم ذلك العيب الذي يكون موجودا في الشيء المصنوع قبل انتقاله إلى المصنوع، وهذا ما أكد عليه الفصل 552 من ق ل ع الذي جاء فيه ما يلي: "لا يضمن البائع إلا العيوب التي كانت موجودة عند البيع إذا كان المبيع شيئا معيناً بذاته، أو عند التسليم إذا كان المبيع شيئا مثليا بيع بالوزن أو القياس أو على أساس الوصف".

وهكذا فإن الصانع لا يضمن عيب في الشيء المصنوع إلا إذا كان موجودا فيه بذات أي معينة من مراحل التصنيع، كأن يقوم الصانع مثلا بصناعة عقار للمصنوع على أساس أن تكون وفق المواصفات الخاصة التي يرغب فيها المصنوع، فحينئذ إذا تخلفت إحدى هذه المواصفات فإن الصانع في هذه الحالة يكون ملزما بضمان الشيء المصنوع باعتبار أن تخلفها يعد عيب من العيوب التي تنقص من قيمة ومنفعة الشيء المصنوع في نظر المصنوع.

وينبغي الإشارة إلى أنه إذا تسلم المصنوع الشيء المصنوع من الصانع واكتشف عيبا خفيا لم يكن عالم به، أو ليس باستطاعته العلم به إلا بعد استغلال واستعمال الشيء المصنوع، يكون من حقه أولا إذا تم الاتفاق في بنود العقد على صيانة المصنوع خلال مدة معينة أو تحريك دعوى ضمان العيب إذا اختار إثارتها، فإنه يكون ملزما بسلوك مجموعة من الإجراءات

²⁷⁷ عبد الرحمان الشرقاوي، قانون العقود الخاصة، م س، ص: 205

²⁷⁸ إن النقائص التي اعتاد الناس على التسامح فيها لا تعد عيبا بالمعنى القانوني لأن التسامح العرفي معناه أن وجودها وعدمه في عرف الناس سواء وبذلك تخرج عن نطاق العيب القانوني ولا داعي لإخراجها من بالشروط. انظر في ذلك عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة- الكتاب الثاني عقد الكراء المدني، م س، ص: 207

الشكلية والتي لا يتقرر الضمان إلا باحترامها، في مقدمتها إخبار الصانع بكل عيب تم اكتشافه خلال سبعة أيام، وذلك تطبيقاً للفصل 553 من ق ل ع 279.

وفي هذا الصدد جاء قرار صادر عن المجلس الأعلى -محكمة النقض- ما يلي: "إن إثارة العيب الخفي في الشيء المبيع لا يقبل إذا قدم على أساس الدفع، إذ يتعين التمسك وفق إجراءات محددة قانوناً من إشعار البائع في الأجل القانوني ورفع دعوى قضائية بشأنه." 280

لكن ما يلاحظ أن المشرع المغربي تطلب أن تتم إجراءات معاينة البيع وتبليغ البائع بكيفية مستعجلة، وذلك حتى لا تضيع معالم العيب ويسهل إثباته.

وبطبيعة الحال يكون عبء الإثبات العيب الخفي على عاتق المستصنع، لأنه هو الطرف المدعي في دعوى الضمان، وذلك تطبيقاً لمبدأ إثبات الالتزام على مدعيه 281، وعليه إثبات حالته بواسطة السلطة القضائية أو بواسطة خبراء مختصين بذلك مع حضور الطرف الآخر أو نائبه إن كان موجوداً في المكان 282، وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى -محكمة النقض حالياً- ما يلي: "إذا ظهر عيب في المبيع وجب على المشتري أن يعمل فوراً على إثبات حالته بواسطة السلطة القضائية أو بواسطة خبراء مختصين في ذلك مع حضور الطرف الآخر أو نائبه إن كان موجوداً فعلاً عند تسلمه المبيع ...". 283

279 ينص 553 من ق ل ع على مايلي: "إذا ورد البيع على الأشياء المنقولة، عدا الحيوانات، وجب على المشتري أن يفحص الشيء المبيع فور تسلمه، وأن يخطر البائع حالاً بكل عيب يلزمه ضمانه، خلال سبعة أيام التالية للتسلم".

280 قرار صادر عن المجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً- بتاريخ 26/06/1986 تحت عدد 507 في الملف المدني عدد 95/537 منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 48، ص: 49 وما بعدها

281 الفصل 399 من ق ل ع ينص على مايلي: "إثبات الالتزام على مدعيه".

282 الفصل 554 من ق ل ع ينص على مايلي: "إذا ظهر عيب في المبيع، وجب على المشتري أن يعمل فوراً على إثبات حالته بواسطة السلطة القضائية أو بواسطة خبراء مختصين بذلك مع حضور الطرف الآخر أو نائبه إن كان موجوداً في المكان، فإذا لم يقم المشتري بإثبات حالة المبيع على وجه سليم، تعين عليه أن يثبت أن العيب كان موجوداً فعلاً عند تسلمه المبيع. ولا يتعين إثبات حالة المبيع إذا أبرم البيع على أساس أنموذج لم ينازع في ذاتيته".

وإذا كانت البضاعة آتية من مكان آخر، ولم يكن للبائع من يمثله في محل التسليم وجب على المشتري أن يعمل على حفظها مؤقتاً. وإذا خيف من خطر تعيب سريع كان للمشتري الحق في أن يعمل على بيع الشيء بحضور ممثل السلطة المختصة في مكان وجوده، وذلك بعد قيامه بإثبات حالته على نحو ما ذكر. ويصبح هذا الإجراء واجباً إذا اقتضته مصلحة البائع. وعلى المشتري أن يبادر بإخطار البائع بكل ما سبق وإلا وجب عليه تعويض الضرر.

283 قرار صادر عن المجلس الأعلى - محكمة النقض حالياً- بتاريخ 2001/11/27 تحت عدد 1464 في الملف عدد 02/1023، منشور بالمجلة المغربية للقانون والاعمال والمقالات ع 2، ص: 89 وما بعدها

وفقا لأحكام ضمان العيب المنصوص عليه في ق ل ع فإنه في حالة تحقق العيب المستوفي لكل شروطه، يكون المستصنع- العميل- الحق في الاستفادة من آثار الضمان القانوني، وهكذا فإن آثار هذا الضمان تتراوح بين حق المستصنع في مطالبة الصانع بصيانة الشيء المصنوع اذا تم الاتفاق على ذلك في العقد وفق ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة 6-69 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 أو في مراجعة ثمن الشيء المصنوع باتفاق بينهما او في طلب فسخ العقد واسترداد أقساط الثمن تطبيقا للفقرة الثانية من المادة 6-69 من المنشور السالف الذكر.

وكذلك إذا استعمل الشيء قبل أن يعرف عيبه ويترتب عن هذا الاستعمال إنقاص محسوس في الشيء، وبذلك يطبق حكم الفصل 564 ق ل ع²⁸⁴ الذي يحيل عليه فصل 572 من ق ل ع²⁸⁵، وتفسيره أن البائع-الصانع- مسؤول عن إرشاد المشتري-المستصنع- واعلامه بوجود العيب ومسؤول كذلك عن إرشاده إلى كيفية استعمال الشيء ولذلك وردت أحكام قضائية تسمح بإنقاص الثمن لصالح المشتري-المستصنع-²⁸⁶.

هذا بخصوص الضمان القانوني، بقي أن نشير اخيرا إلى أن هناك نوع آخر من الضمان الذي يجب أن يدرج في عقد الإستصناع وهو الضمان التعاقدى هو ذلك الضمان الممنوح رضائيا وبدون مقابل من طرف البائع-الصانع - من خلال وثيقة مكتوبة تسمى شهادة الضمان،

²⁸⁴ ينص الفصل 564 من ق ل ع على مايلي: " لا محل للفسخ، وليس للمشتري إلا طلب إنقاص الثمن:

أولا - إذا كان الشيء قد تعيب بخطأه أو بخطأ من يسأل عنهم؛

ثانيا - إذا كان قد استعمل الشيء استعمالا من شأنه أن ينقص من قيمته بكيفية محسوسة. ويطبق نفس الحكم إذا كان قد استعمل الشيء قبل أن يعرف العيب. أما إذا كان قد استعمله بعد ذلك فيطبق حكم الفصل 572.

²⁸⁵ ينص الفصل 572 من ق ل ع على مايلي: " دعوى ضمان العيب تنقضي :

أولا - إذا تنازل المشتري عنها صراحة بعد علمه بالعيب؛

ثانيا - إذا باع المشتري الشيء بعد علمه بالعيب أو تصرف فيه على أي وجه آخر باعتباره مالكا؛

ثالثا - إذا كان المشتري قد خصص الشيء لاستعماله الشخصي وظل يستعمله بعد علمه بالعيب الذي يشوبه. ولا تسري هذه القاعدة على المنازل وغيرها من العقارات المشابهة فإن هذه يستطيع الشخص الاستمرار في سكونها أثناء دعوى فسخ البيع.

²⁸⁶ محمد محروك، الوجيز في العقود المسماة البيوعات والاكترية الواردة على العقار في ضوء التعديلات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء،

الطبعة الأولى 2017، ص:148-149

يلتزم من خلالها البائع -لصانع- وفق شروط محددة بإصلاح أو إستبدال الشيء المبيع إذا ظهر به عيب خلال المدة المتفق عليها من تاريخ إبرام عقد الاستصناع²⁸⁷.

وقد يعرف هذا الضمان تطبيقات عديدة مستقبلا في الإستصناع الوارد على احدى المشاريع العقارية، كما نجد المشرع المغربي قد نظم هذا الضمان من خلال المادة 66 من القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك²⁸⁸.

ثانيا: التزامات المستصنع -العميل-

لقد القى مشرع القانون البنكي على عاتق المستصنع-العميل- التزامات أساسية إزاء الطرف الثاني الصانع- البنك التشاركي- والتي تشكل لهذا الأخير حقوقا لا يمكن التنازل عنها، وتتمثل هذه الالتزامات وفق ما تنص عليه المادة 69-1 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 والمادة 58 من القانون رقم 103.12 في الالتزام بدفع الثمن والتزام بالتسليم الشيء المصنوع، ليس هذا فحسب²⁸⁹، بل هناك التزامات غالبا ما يتحمل مسؤوليتها طرف المشتري وفق القواعد العامة التي هي بمثابة التزامات فرعية ما لم يجري العرف أو الاتفاق بخلاف ذلك، كالتزام بأداء مصروفات العقد وتلك التي يقتضيها التسجيل والصرف والتوثيق والرسوم الشراء²⁹⁰.

ونظرا لأهمية الكبرى لهذه الالتزامات في عقد الإستصناع لكونها سببا في عقد العزم الصانع-البنك التشاركي- على تنفيذ التزاماته وتحمل تبعاتها تجاه المستصنع -العميل-، وأيضا

²⁸⁷ وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 6-69 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 حيث اجازت ان يتضمن العقد التزام الصانع بصيانة المصنوع خلال مدة معينة.

²⁸⁸ تنص المادة 66 من القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك على مايلي: "يراد بالضمان التعاقدي كل ضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع ، كما يشترط في الفقرة الأخيرة من نفس المادة على أن يكون محددا بكل دقة فيما يخص مدته ونطاقه وشروطه".

²⁸⁹ هناك من الفقه العربي من يتناول التزامات المشتري في ثلاث وهي الوفاء بالثمن وتحمل مصروفات البيع وأخيرا تسلم الشيء المبيع. انظر في ذلك عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية-البيع والمقايضة-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة 1998، ص:269

²⁹⁰ ينص الفصل 511 من ق ل ع على مايلي: "على المشتري مصروفات رفع الشيء المبيع وتسلمه، وكذلك مصروفات أداء الثمن وتلك التي يقتضيها الصرف والتوثيق والتسجيل ومصروفات التمير اللازمة لرسم الشراء...".

سببا وجيها في يد الصانع بمطالبة المستصنع بتنفيذها في حالة التراخي والتهاون من هذا الأخير.

وقصد تناول هذه الالتزامات الخاصة بالمستصنع، فإنه لا بد من الإشارة إلى كون هذه الأخيرة تتقارب إلى حد ما مع التزامات التي يتحملها المشتري في عقد البيع و بالتالي ليس هناك مانع من إحالته على عقد البيع بخصوص التزامات المستصنع.²⁹¹

وعليه، وطبقا لمقتضيات المادتين السالفتين الذكر، فإن المستصنع يتحمل في عقد الإستصناع الالتزام بدفع الثمن وبتسليم الشيء المصنوع، وإن كان هذا الالتزام الأخير لم يشر إليه المشرع في خضم مقتضيات القوانين المؤطرة لعقد الإستصناع، إلا أنه يصاحب ويقابل الالتزام الصانع بالتسليم الشيء المصنوع، بالإضافة إلى هاذين الالتزامين الأساسيين، هناك التزامات فرعية التي سنتناولها تباعا لتناول هذين الالتزامين طبقا للقواعد العامة.

ونرى من الأنسب قصد توضيح مضامين هذين الالتزامين أن نتناولهما بشيء من التفصيل لذلك سنتطرق للالتزام بدفع الثمن (أ) على أن نتعرض للالتزام بتسليم الشيء المصنوع (ب).

أ: الالتزام بدفع الثمن

يعتبر الالتزام بدفع الثمن من الالتزامات الطبيعية في عقود المعاوضات كلها، فمن غير المنطقي تصور إبرام عقد بيع الإستصناع دون تحديد بالاتفاق الطرفين على الثمن الذي سيدفع، وبذلك يكون الثمن عنصرا جوهريا في عقد الإستصناع كما تم توضيحه سلفا، والذي قلنا عنه انه محل نقاش فقهي، ومشرع القانون البنكي اشترط تحديد الثمن دون ترتيب اثار عن عدم ذكره في العقد.²⁹²

²⁹¹ الفقرة الأولى من المادة 1-69 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 أحالت بشكل صريح على مراعاة الاحكام العامة للبيع الواردة في البابين الأول والثاني من القسم الأول من الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود.
²⁹² نص المشرع في المادة 1-69 و المادة 5-69 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 على وجوب تحديد الثمن باعتباره احد العناصر المهمة في عقد الاستصناع، دون ترتيب أي اثر عن تخلف تحديده في العقد.

وقبل التعرض للالتزام بدفع الثمن، تجدر الإشارة إلى الحديث عن الالتزام بدفع الثمن الذي يدخل في نطاق التزامات عقد الإستصناع، حيث يعود ذلك الى أننا نراه بقدر ما يشكل عنصرا أساسيا في انعقاد عقد الإستصناع فهو في نفس الوقت من أبرز وأهم الالتزامات الملقاة على عاتق المستصنع بذات العقد، وهو وجه مقابل لالتزامات الصانع وحقا له في استفاءه من المستصنع في حالة تنفيذ التزاماته- المتمثلة في تسليم الشيء المصنوع-، لذلك يلتزم المستصنع بأداء الثمن إلى الصانع حسب الكيفية المتفق عليها.

والثمن هو ذلك المقابل النقدي الذي يلتزم بموجبه المستصنع بأدائه لصانع مقابل تنفيذ هذا الأخير ما تعهد به من إنجاز العمل المطلوب حسب الكيفية المتفق عليها في العقد.

وبذلك يستحق الصانع العوض الواجب طبقا لشروط العقد وما اتفق عليه العاقدان أو عملا بالمقتضيات العامة²⁹³ أو وفق ما جرت به العادة سابقة بينهما إذا لم يكن هناك اتفاق سابق عملا بقاعدة الفقهية المعروفة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"²⁹⁴.

والثمن هو بمثابة دين في ذمة المشتري فإن اداء الثمن قد يتم بإحدى الطرق المنصوص عليها في منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019، وهي ان يتم تأجيل أداء الثمن جزئيا او كليا الى موعد تسليم المصنوع او بعده حسب اتفاق الأطراف، كما يجوز تأجيل الثمن او تعجيله مع جواز تخفيض الثمن إذا كان ذلك غير مشروط في العقد.²⁹⁵

اما الوفاء بالثمن قد يكون بالطريقة العادية وهو أدائه بالنقود المتداولة في البلد الذي حصلت فيه المعاملة ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك، كأن يحصل الاتفاق على أن

²⁹³ وذلك تطبيقا للفصل 775 من ق ل ع الذي ينص على مايلي: "لا يستحق وفاء الثمن إلا بعد إنجاز العمل أو الفعل الذي هو محل العقد، وإذا حدد أداء الثمن على أساس وحدة زمنية أو جزء من العمل استحق الوفاء بعد إنجاز كل وحدة من وحدات الزمن أو العمل".

²⁹⁴ احمد بلخير، م س، ص:25

²⁹⁵ انظر المادة 69-5 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019

يحصل الوفاء بعملة أجنبية²⁹⁶، وبالإضافة للأداء النقدي فإنه يمكن ان يتم عن طريق الشيكات البنكية²⁹⁷، او عن طريق الأوراق التجارية، او الاقتراع من المنبع مباشرة بالنسبة للموظفين.

ونظرا للارتباط القائم بين التزام الصانع بالسلع و التزام المستصنع بأداء الثمن، فإن هذا الأخير غالبا ما يتوجب عليه دفعه للصانع إذا نفذ التزامه بحسب الشروط المتطلبة، وبمقتضى الاتفاق قد يكون أداء الثمن دفعة واحدة، وقد يكون على أقساط، غير أن الفقه لا يشترط تعجيل أداء الثمن بكاملة في عقد الإستصناع²⁹⁸، وانسجاما مع مهمة البنك التشاركي في تمويل المشاريع العقارية عن طريق المنتجات البنكية ومنها الإستصناع، فإن الراغب في صنع عقار له قد لا يكون بتوفر على أموال كافية لإشباع حاجياته فيلجا إلى البنك التشاركي للاستفادة من هذه الخدمة مقابل أن يسدد الثمن على أقساط أو تأجيله إلى حين حصول التسليم، كما أن هناك بعض المشاريع العقارية الكبرى التي تحتاج إلى سيولة مالية ضخمة لا تتوفر عليها مؤسسات أو هيئات، فتلجأ إلى البنك التشاركي لقيام بهذه المهمة لإنتاجها وتمويلها، مثل بناء السدود وتشبيد الطرق والمعامل وغيرها ، فقد تبنى هذا الرأي المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي²⁹⁹، حيث قرر عدم اشتراط تعجيل الثمن في الإستصناع³⁰⁰.

و كيفما كانت طريقة أداء الثمن من طرف المستصنع يبقى الأمر المهم وهو طريقة تحديده، لأن المشرع نص في المادة 69-5 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 على أن يكون الثمن محددًا وثابتًا ومعلومًا للأطراف، وفي هذا الصدد تختلف طريقة تحديد الثمن سواء بمقدار التكلفة الفعلية للشيء المصنوع بعد إنجازه مع إضافة نسبة ربح مئوية مثل 10 %

²⁹⁶ ينص الفصل 247 من ق ل ع على مايلي: "إذا كان اسم العملة الواردة في الالتزام يسري على نقود عديدة متداولة قانونا ولكنها مختلفة القيمة، كان للمدين، عند الشك، أن يبئى ذمته بالدفع بالنقود الأقل قيمة.

ومع ذلك ففي العقود التبادلية يفترض في المدين أنه ملتزم بالنقود الأكثر استعمالا. فإن كانت العملات على قدم المساواة في الاستعمال وجب إبطال العقد.

²⁹⁷ قرار المجلس الأعلى- محكمة النقض حاليا- المؤرخ في 14/09/1994.... الذي ورد فيه مايلي: "إعطاء الثمن بشك مع النص في العقد على التخلص به بوجب اعتبار هذا الشيك وسيلة وفاء بالثمن". انظر مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 47، ص:38

²⁹⁸ مصطفى الزرقا، م س، ص:22

²⁹⁹ من خلال الدورة السابعة المنعقدة في جدة لعام 1412 هـ الموافق ل 1992 م.

³⁰⁰ نفس الموقف تبناه المشرع المغربي من خلال المادة 69-5 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 حيث نص فيها على انه " عند تعجيل السداد.."، وتفيد هذه العبارة اختيار الطرفين لطريقة لداء الثمن، وبالتالي لا يشترط في الاستصناع تعجيل الثمن.

أو % 15 أو أكثر³⁰¹، ويلزم في هذه الحالة تقديم البيانات المفصلة لذلك³⁰²، أو على أساس وحدة قياسية كتحديد الثمن عن كل متر مربع أو متر مكعب من العمل فتصير كل وحدة قياسية لها ثمن معلوم متفق عليه بين الطرفين.³⁰³

وعلى العموم فالالتزام بأداء الثمن من الالتزامات الأساسية الواقعة على عاتق المستصنع، بحيث يتوجب عليه أداء الثمن في التاريخ وبالكيفية المحددين في عقد الإستصناع، ومن ثمة يعتبر الامتناع عن الوفاء بالثمن في الواقع من أهم الصور القانونية الإخلال المستصنع - العميل- بالتزاماته العقدية إزاء الطرف الصانع، بحيث لا فرق في ذلك بين الأحوال التي يكون فيها هذا الامتناع إراديا وتلك التي يجبر فيها المستصنع على هذا الامتناع بصورة غير ارادية، ففي كلا الوضعين فإن الصانع من حقه أثناء إبرام عقد الإستصناع أن يطلب من المستصنع تقديم ضمانات قانونية لحماية حقه في استيفاء الثمن ومطالبة المستصنع بالتعويض وفق ما تنص عليه المادة 69-11 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019³⁰⁴.

ب: الالتزام بتسليم الشيء المصنوع

بالإضافة للالتزام الأساسي بأداء الثمن فإن المستصنع يلتزم أيضا بتسليم الشيء المبيع³⁰⁵ وفقا لما يقضي به العقد أو ينص عليه القانون، وهذا ما يؤكد الفصل 580 من ق ل ع³⁰⁶.

301 إبراهيم شاشو، عقد مقاوله في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الثاني 2010، ص:756

302 محمد قراط، م س، ص:211

303 إبراهيم شاشو، م س، ص:757

304 تنص المادة 69-11 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 على مايلي: "...دفع تعويض للمؤسسة (بصفتها الصانعة) عن الاضرار الفعلية التي لحقتها بسبب توقيفه عن الأداء بعد اثبات ذلك في حدود ما تبقى من الثمن في ذمته."

305 تذهب كل التشريعات الى جعل الالتزام بالتسليم من الالتزامات الأساسية الملقاة على عاتق المشتري. انظر في ذلك عبد الرحمان الشرفاوي، العقود الخاصة، م س، ص:233

306 ينص الفصل 580 من ق ل ع على مايلي: " يلتزم المشتري بتسليم الشيء المبيع في المكان والوقت اللذين يحددهما العقد ، فإذا سكت العقد عن البيان، ولم يجر بشأنه عرف التزم المشتري بأن يتسلم المبيع فورا ، إلا ما يقتضيه تسلمه من زمن. وإذا لم يتقدم المشتري لتسليم المبيع، أو إذا تقدم التسلمه، ولكنه لم يعرض في نفس الوقت أداء ثمنه ، عندما يكون هذا الثمن معجلا رجب إتباع القواعد العامة المتعلقة بمطل المدين ..".

وباعتبار أن التسلم هو الوجه الثاني المقابل للتسليم لذلك غالبا ما يتزامن حصول هذين الالتزامين في وقت واحد، وكيفما كانت الأحوال فإن المستصنع لا يلزم بتسلم المصنوع إلا إذا كان مرخصا له في ذلك من طرف البنك التشاركي بأن يضعه رهن إشارته.

ونظرا لكون التسلم ما هو إلا واقعة مادية يتجسد فيها انتقال الشيء المصنوع إلى المستصنع، لذلك فهو يختلف باختلاف نوعية الشيء المتعاقد عليه، فكون المصنوع عقارا فإن تسلمه يكون بوضعه تحت تصرف المستصنع وقد يتم الاكتفاء بمناولة المستصنع مفاتيح العقار أو وثائقه القانونية التي تعد رمزا لهذا التسلم.

أما عن مصاريف ونفقات التسلم فإن المستصنع العميل -المشتري- هو الذي يلزم بتحملها³⁰⁷، ويدخل في نفقات الإستصناع العقاري مصاريف التوثيق والتسجيل وأداء الرسوم المستحقة.

وفي جميع الأحوال فإن المستصنع ملزم بالتسلم المصنوع إذا جاء طبقا للمواصفات والشروط المتفق عليها، فإذا امتنع عن تسلم الشيء المصنوع امتناعا كليا أو تأخر عن تسلمه في الموعد المحدد لذلك، ففي هذه الأحوال يكون المستصنع في حالة مطل الأمر الذي يستوجب تطبيق القواعد العامة المتعلقة بمطل المدين، والتي عرضها المشرع في الفصول 270 إلى 274 ق ل ع التي يمكن اختصار أهم أحكامها فيما يلي:

-يكون الدائن في حالة مطل إذا رفض دون سبب معتبر قانونا استيفاء الأداء المعروض عليه من المدين أو من شخص آخر يعمل باسمه على كيفية محددة في السند المنشئ للالتزام أو التي تقتضيها طبيعته.³⁰⁸

-غير أنه نظرا لأن مطل الدائن لا يكفي لإبراء ذمة الدين وإنما يتوجب عليه أن يعرض عليه تسلم الشيء المبيع-المصنوع- وفقا لما هو منصوص عليه في الفصول (275 إلى غاية

³⁰⁷ انظر الفصل 511 من ق ل ع.
³⁰⁸ انظر في ذلك الفصل 270 من ق ل ع.

287) وإذا لم تتحقق الغاية من هذا العرض العيني لتنفيذ الالتزام جاز عندئذ لصانع البائع- البنك التشاركي- أن يطلب فسخ قضائيا للعقد وله الحق في استحقاق التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء هذا الإخلال بعنصر التسلم من قبل المستصنع- العميل-.

وتجدر الإشارة في الأخير ان المشرع لم ينص صراحة في منشور والي بنك المغرب المنظم للمواصفات التقنية لمنتج الإستصناع، على الجزاء الذي يمكن ترتيبه على المستصنع- العميل- في حالة عدم تسلمه الشيء المصنوع، على خلاف الصانع الذي رتب عليه مختلف الجزاءات في حالة تخلفه عن تسليمه الشيء المصنوع في وقته المحدد او إذا كان غير مطابقا لما تم الاتفاق عليه.³⁰⁹

الفقرة الثانية: انتهاء التزامات طرفي عقد الإستصناع

ينتهي الإستصناع في الأحوال العادية باستلام المستصنع للعقار المصنوع، بعد التأكد من مطابقته للشروط المتفق عليها، وباستلام الصانع للثمن ما لم يكن مؤجلا بنص العقد، وهو بهذا كسائر العقود الأخرى سواء كانت عوضية أو غير عوضية.³¹⁰

كما أن لها أسباب انعقاد لها أسباب الانقضاء ايضا، فكيفما كان الحال فكل عقد أبرم كانت له أسباب انعقاد وله أسباب انقضائه، وعقد الإستصناع هو واحد من هذه العقود وإن كان يدخل ضمن العقود العوضية - بالضبط عقود البيع- فإن له أسباب انعقاده وتتمثل بالأساس في الشروط والأركان الخاص به، والتي لا يمكن تصور انعقاده بدونها من الناحية القانونية لكونها تشكل العناصر الأساسية الذي يقوم عليه.

³⁰⁹ انظر في ذلك المادتين 8-69 و 9-69 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/2019
³¹⁰ كمال الدين بكرو جمعة، م س، ص: 234

وإذ فقد واحد من هذه العناصر كانت النتيجة عدم انعقاده وترتيب الجزاءات التي سبق وان تطرقنا لها اعلاه، ومن جهة أخرى وفي جميع الأحوال لا تختلف أسباب انتهاء التزامات المتعاقدين في عملية الإستصناع عن غيره من العقود الأخرى، وهذه الأسباب إما قد تكون إرادية نابعة من صميم إرادة الطرفين عن طريق الوفاء بالالتزامات المتبادلة بينهم وإنهاء العقد بطريقة مشتركة³¹¹، وإما قد تكون هذه الأسباب خارجة عن إرادة المتعاقدين التي قد ينتهي بها العقد.

وعليه، فإننا سنتطرق إلى هذه الأسباب التي ينتهي بها عقد الإستصناع بالدراسة والتحليل، وذلك من خلال البحث عن انتهاء عملية الإستصناع بإرادة الطرفين (أولاً)، ثم انتهاء الإستصناع الخارج عن إرادة الطرفين (ثانياً).

أولاً: انتهاء عقد الإستصناع بإرادة الأطراف

يدخل عقد الإستصناع ضمن دائرة العقود التي يتحمل فيها الطرفين الالتزامات المتبادلة، وبذلك فإنه ينتهي بما تنتهي به جميع العقود العوضية وفقاً للقواعد العامة³¹²، وبذلك قد يكون من بين الأسباب انتهاءه بإرادة الأطراف، وإرادة الأطراف هي سبب موضوعي بعقد العزم

³¹¹ لطيفة الحسني، م س، ص: 48

³¹² المشرع من خلال الفصل 319 من ق ل ع نص على أسباب انقضاء الالتزامات وحددها في مايلي: "تتقضي الالتزامات بما يأتي:

- 1 - الوفاء؛
- 2 - استحالة التنفيذ؛
- 3 - الإبراء الاختياري؛
- 4 - التجديد؛
- 5 - المقاصة؛
- 6 - اتحاد الذمة؛
- 7 - التقادم؛
- 8 - الإقالة الاختيارية".

على وضع حد نهائي للعقد من خلال الوفاء بالالتزامات الملقاة على عاتق الطرفين، وإن كانت تدل عن توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، فإنها في الأخير تلعب دورا كبيرا في تنفيذ العقد بحسن نية والوصول منها الى الهدف المنشود.

والإستصناع ينتهي بوفاء المتعاقدين- الصانع والمستصنع- بالالتزامات المتفق عليها والتي يرتبها العقد، حيث يلتزم الصانع بالوفاء بما عليه من الالتزامات، وذلك بإتمام صنع بالمادة -الخام- والتي تكون من عنده وتشكيلها طبقا للمواصفات المتفق عليها بينه وبين المستصنع، بالإضافة إلى التسليم المطلوب صنعه إلى المستصنع³¹³، ويتوجب ذلك أن يكون داخل المدة المتفق عليها في عقد الإستصناع.³¹⁴

وإذا انقضت المدة المتفق عليها دون أن يتم إتمام الصنع فإن الإستصناع ينتهي بانقضاء تلك المدة إلا لعذر معتبر شرعا³¹⁵، لأن الثابت إلى غايته ينتهي عند وجود هذه الغاية، إلا إذا كان هناك عذر وعلى ذلك فإنه إذا انقضى الأجل دون أن يتم الانتهاء من الصنع، فإن عقد الإستصناع ينتهي بانقضاء الاجل المحدد لتنفيذه.³¹⁶

وقد يحدث في الإستصناع إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التي يرتبها العقد، كأن يطلب المستصنع صنع عين معينة من الصانع بمواد من عند هذا الأخير³¹⁷، ويتم الاتفاق على

³¹³ ناصر النشوي، احكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة لنشر، طبعة 2005، ص:423

³¹⁴ مشروع القانون البنكي نص على وجود تحديد اجل او اجال تسليم الشيء المصنوع، في عقد الاستصناع، معنى ذلك ان تنفيذ العقد قد يتم داخل اجل واحد او في عدة اجالات حسب ما تم الاتفاق عليه. انظر في ذلك الفقرة الأولى من المادة 69-6 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/2019
³¹⁵ نصت المادة 69-9 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/2019 على انه: ".في حالة تخلف الصانع على إتمام تسليم ما تعهد بصنعه كليا او جزئيا، دون عذر معتبر شرعا..".

³¹⁶ احمد جابر علي بدران، م س، ص:49

³¹⁷ بل هو التزام في عقد الاستصناع يلتزم به احد المتعاقدين سواء البنك التشاركي او العميل. انظر في ذلك المادة 69-1 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/2019

مواصفاتها، فيتباطئ الصانع في إنجاز الصنع بقصد أو بدون قصد، مما يلحق الضرر بالمستصنع، أو أن يتأخر هذا الأخير عن الاستلام أو عن دفع الثمن المحدد بلا عذر، فإنه في جميع الحالات من حق المتضرر طلب إنهاء العقد، بفسخه والمطالبة بالتعويض.³¹⁸

ولا يمكن المطالبة بالفسخ إلا بعد توجيه إخطار لطرف المخل بالالتزام وتتم مطالبته بتنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه،³¹⁹ أو بالفسخ الاتفاقي إذا اقتنع أحد المتعاقدين عدم تحمله التزامات العقد، حيث يمكن طلب إنهاء العقد بطريقة ودية دون اللجوء إلى القضاء، والرضا في هذا النوع من الفسخ شرط أساسي، فإذا لم يتحقق الرضا يكون الفسخ إخلال بالشروط المتفق عليها في العقد، ويحق بالتالي للطرف المتضرر المطالبة بالشرط الجزائي بسبب عدم التزام الطرف الثاني بما تم الاتفاق عليه³²⁰، كما قد ينتهي أيضا بالصلح كوسيلة بديلة لفض المنازعات الناشئة بين الطرفين.³²¹

³¹⁸ في الحالة التي يتخلف فيها الصانع- البنك التشاركي- عن تنفيذ التزامه المتمثل في تسليم الشيء المصنوع بدون عذر شرعي جاز للمستصنع- العميل- المطالبة بالفسخ مع طلب استرداد ما دفعه هذا الأخير والمطالبة بالتعويض أيضا -المادة 69-9 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019-.- وفي حالة ما اذا توقف العميل بصفته مستصنع عن تسديد ما بذمته من مبالغ مالية وبعد تسلمه الشيء المصنوع دون ان يكون له عذر مقبول شرعا جاز للبنك التشاركي مطالبته بدفع جزء او كل ما تبقى من تسديد ثمن المصنوع مع إمكانية مطالبته بالتعويض.(المادة 69-11 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019).

³¹⁹ بعد ثبوت اخلال احد الأطراف المتعاقدة في عملية التمويل بالاستصناع للالتزامات الملقاة على عاتقه، وقبل مطالبته بفسخ العقد وتعويضه عن الضرر الذي لاحقه لا بدا من سلوك مسطرة اشعار الطرف الاخر بضرورة تنفيذ ما بذمته قبل سلوك المساطر القانونية. انظر الفقرة الثانية من المادة 69-11 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019.

³²⁰ محي الدين اسطنبولي، م س، ص:121

³²¹ آلية الصلح يمارسها الوسيط البنكي، وعمل الوساطة هي تلك المساعي التي يقوم بها وسيط محايد بين طرفي النزاع، وتتمثل في تقديم المساعدة لهما معا حتى يتمكنوا منهما من تقييم مركزه القانوني والواقعي في النزاع، ويكون على بيئة من المكاسب والأضرار الكامنة وراء استمرار النزاع. لمزيد من الشرح والتوضيح حول الوساطة البنكية انظر في ذلك هشام الناصري، خصوصيات الوساطة البنكية في فض النزاعات، مقال منشور بالموقع الرسمي لمجلة القانون والاعمال الدولية <https://www.droitentreprise.com> تم الاطلاع عليه بتاريخ 01/06/2021 على الساعة 14:00

والشرط الجزائي هو اتفاق يقصد منه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه، او اذا تأخر في تنفيذه³²²، وعرفه البعض أيضا بأنه مبلغ جزافي يقدر به الطرفان مقدما التعويض الذي يستحق لأحدهما عن الضرر الذي يلحقه نتيجة خطأ يقترفه الآخر³²³، وهو بذلك يختلف عن الغرامة التهديدية³²⁴ يحكم بها القاضي ويقصد منها التغلب على عناد المدين، ويمكن أن تتجدد كلما تأخر التنفيذ، في حين أن الشرط الجزائي يتفق عليه الطرفان يكون ناتجا عن الضرر، والهدف منه التعويض عن هذا الضرر الواقع والذي يقدر مرة واحدة فقط على ان لا يتم تقديره مرة اخرى.

وقد اختلف الفقه في هذه المسألة، فذهب البعض إلى جواز أن يتفق البنك و العميل المدين على أن يدفع تعويضا عن الضرر الذي يصيبه بسبب تأخره عن الوفاء بالتزاماته شريطة أن يكون الضرر الذي أصاب البنك ضرر ماديا وفعليا وأن يكون العميل موسرا ومماطلا³²⁵، وذهب آخرون عدم جواز هذا التعويض على أساس أن التعويض عن الضرر التأخير زيادة في دين فهو محرم³²⁶، وفي هذا يقول الباحث رفيق المصري في تعقيبه على مقال الشيخ الزرقا:"

³²² الموسوعة العربية الميسرة، نقلا عن مجلة البحوث الإسلامية، مجلة رقم 1، ع2، تصدرها هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، الرياض، ص:62

³²³ محمود زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، طبعة 1410هـ/1990م، ص:188

³²⁴ الغرامة التهديدية وسيلة قانونية منحها المشرع بمقتضى المادة 448 من قانون المسطرة المدنية للدائن لتمكينه من الحصول على التنفيذ العيني متى كان الامر يتعلق بالقيام بعمل او بالامتناع عنه لصيق بشخص المنفذ عليه خص المنفذ عليه، ممكن وجائز قانونا وتلزم إرادته في تنفيذه ولا تسعف فيه إجراءات التنفيذ الجبري ومن خصائص الغرامة التهديدية أنها تهديدية وتحذيرية وتحكيمية ولا يقضى بها الابناء على طلب.

³²⁵ اخرج البخاري في صحيحه:" أن ابن عون عن ابن سيرين: قال رجل لكرية ادخل ركابك، فإن لم ارحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم. فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه". صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب ما يجوز الاشرط والتثيا في الإقرار والشروط التي يتعارفها الناس بينهم.

وقد استدلل ابن القيم بالحديث في جواز الشرط المقترن بالعقد فقال:" والمقصود أن للشروط عند الشارع شأننا ليس عند كثير من الفقهاء، فإنهم يلغون شروطا لم يلغها الشارع، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده فالصواب الضابط الشرعي الذي دل عليه النص أن كل شرط خالف حكم الله وكتابه فهو باطل، وما لمن يخالفه حكمه فهو لازم". ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين، ج 3، دار الجيل، بيروت، طبعة 1973، ص:390

³²⁶ الصديق الضرر، الاتفاق على ابرام المدين الموسر بتعويض ضرر الماطلة، مجلة الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز جدة، طبعة 1405هـ/1985م، ص:118

إن هذه - الاقتراحات أخشى أن تتخذ ذريعة في تطبيق العملي إلى الربا، فتصبح الفائدة الممنوعة نظريا تمارس عمليا باسم العقوبة".³²⁷

وفي هذا السياق أشارت الباحثة عائشة الشرقاوي المالقي إلى أن البنوك الإسلامية اختلفت فيما بينها في هذا الإجراء، بين من تطالب بالتعويض عن أي ضرر لحقها من جراء التأخر الزبون عن سداد مستحقته، مهما كان بسبب التأخر مع إرجاع الأمر في حالة النزاع إلى هيئة الرقابة الشرعية التي يكون رأيها فيه باتا، وبين من تطالب بالتعويض، إلا إذا كان التأخر غير ناتج عن ظرف طارئ أو قوة قاهرة. الملاحظ أن كلا الموقفين، يعتمد على قاعدة شرعية معينة، الأول على قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" والثاني على قاعدة أن "الضمان بالتسبب وشرطه التعدي"، ويرى أصحاب الموقف الثاني أنه لا بد من سبب راجع يدرأ به المتعامل مطالبته بالتعويض، وإلا كان متعديا باعتباره مماطلا.³²⁸

وقد طرح الممانعون لهذا التعويض التأخير في بعض البدائل منها:

-اتخاذ الاحتياطات المشروعة الممكنة لحماية الديون من التعثر والضياع - بتوثيق الدين بالكتابة والإشهاد والرهن والكفالة.

-العمل بالمؤيدات الشرعية التي وضعتها الشريعة لحمل المماطل على الأداء الدين من رفع الأمر إلى القضاء والمعاقبة بالحبس والتعزير وبيع الأموال المماطل لتسديد دينه.³²⁹

³²⁷ رفيف المصري، تعقيب قصير على اقتراح الأستاذ الزرقا، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، جدة، سنة 1405هـ/1985م، ص:172

³²⁸ عائشة الشرقاوي المالقي، م س، ص:482

³²⁹ محمد شبيير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، منشور في بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، عمان، دار النفانس 1418/1998، ص:857

وعلى كل حال تعد مسألة التعويض عن الضرر الذي يصيب الطرف الاخر في عقد الإستصناع -العميل او البنك التشاركي- بسبب تأخر تسليم ما تعهد به الصانع او حال توقف العميل عن سداد مستحقاته، من اهم المسائل الشائكة في الممارسات والمعاملات داخل البنوك التشاركية، ومن هنا نظرا لكون البنوك التشاركية تحمل رسالة شرعية، وتمثل جانبا هاما من التطبيق العملي لفقہ المعاملات المالية الإسلامية، جاز لها في عقد الإستصناع أن تتخذ الضمانات الشرعية التي تراها مناسبة لها وللعميل -المستصنع-، وهذا بالفعل ما كرسه المشرع من خلال المادتين 69-9 و 69-11 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 بشكل غير مباشر، حيث أجاز فيهما التنصيص في العقد على إمكانية المطالبة بالتعويض في حالة تخلف احد الأطراف على ما تم التعاقد على أساسه ما لم يكن هناك عذر معتبر شرعا.

نفس الشيء سبق وان قرره مجمع الفقه الإسلامي في احدى قراراته بشأن عقد الإستصناع حيث أجاز بدوره ان يتضمن عقد الإستصناع شرطا جزائيا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة.³³⁰

يتبين مما سبق ذكره ان الشرط الجزائي مسألة جائزة شرعا في الإستصناع، بناء على جواز اقتران العقد بالشرط، وتطبيقا لمبدأ حرية التعاقد، وحفاظا على مصالح الطرف المتضرر من عدم الوفاء بالالتزام، شريطة ان يكون التعويض مساويا لقيمة الضرر المباشر فلا ينقص عنها ولا يزيد.³³¹

³³⁰ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 67/3/7، المؤتمر السابع بجدة، المملكة العربية السعودية، 12 ذو القعدة 1412/ الموافق ل4 ماي 1992، مجلة

مجمع الفقه الإسلامي، ص:778

³³¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، م الثاني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، الاحكام العامة، مطبعة السلام، القاهرة،

الطبعة الخامسة 1988، ص:541

ثانيا: انتهاء الإستصناع خارج إرادة الأطراف

قد تستجد بعض الأمور بعد انشاء العقد، وقد تحول دون تحقيق ما اتفق عليه العاقدان في هذا العقد، وذلك نتيجة لظروف قد تكون خارجة عن إرادة المتعاقدين³³²، وعليه فإننا في هذا الإطار واستكمالا للحديث عن حالات انتهاء عقد الإستصناع سنخصص هذا المحور للحالة التي ينقضي بها الإستصناع من خلال استحالة التنفيذ.³³³

ويقصد باستحالة التنفيذ تلك الواقعة غير المتوقعة التي تحدث بعد انعقاد العقد بسبب أجنبي خارج عن إرادة الأطراف مما يتعذر معها إتمام تنفيذ العقد، والاستحالة المقصودة هنا الاستحالة المطلقة كيفما كانت طبيعية أم قانونية التي ترجع إلى الالتزام ذاته لا إلى الأطراف.

ومن ذلك إذا طرأ بعد انعقاد عقد الإستصناع ظروف طارئة حالت دون تنفيذ العقد أو إتمام تنفيذه، بحيث تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا يهدده بخسارة فادحة أو قوة قاهرة تجعل التنفيذ مستحيلا جاز فسخ العقد إذ ثبت الوفاء بالالتزام أصبح مستحيلا بسبب أجنبي خارج عن إرادة الطرفين، كما لو تعاقد طرفين على استصناع مشروع عقاري ضخم متمثل في منشأة كبيرة كبناء سد أو عمارة وما شابه ذلك، يستغرق إنجازها مدة طويلة من الزمن، ثم حدثت أزمة اقتصادية³³⁴ حادة أو حرب مفاجئة تسببت في ندرة المواد الأولية، وارتفاع أسعارها ارتفاعا

³³² عزيزة علي ندا ندا، م س ، ص:85

³³³ ينص الفصل 335 من ق ل ع على ما يلي: " ينقضي الالتزام إذا نشأ ثم أصبح محله مستحيلا، استحالة طبيعية أو قانونية بغير فعل المدين أو خطاه وقيل أن يصير في حالة مَطْل".

³³⁴ يُذكر ان المغرب كباقي دول العالم عرف انتكاسة اقتصادية خلال جائحة كورونا سنة 2020، لكن عند استفسارنا للخسائر التي الحقت ب امنية بنك صرح لنا المشرف الإداري لوكالة تيزنييت ان امنية بنك لم تعرف أي تراجع على مستوى السيولة المالية، بل ارتفع مؤشر بعض المعاملات المالية التي تقوم بها. مقابلة شفوية تم إجراؤها بتاريخ 02/06/2021 على الساعة 10:00 صباحا

كبيراً مما جعل تنفيذ العقد مرهقاً في حق الصانع فمن حق هذا الأخير أن يطلب فسخ العقد وإعادة الحال إلى ما كان عليه دون أي تعويض ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك في العقد.³³⁵ ففي مثل هذه الحالة يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي تقوم في أصلها على فكرة إسعاف المتعاقد المنكوب الذي اختل توازن عقده اقتصادياً مما قد يجره إلى هلاك فهي تهدف إلى تحقيق العدالة في العقود ورفع الغبن منها.³³⁶

و قد تبني المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة سنة 1988 هذه القضية وتبني فيها العمل بنظرية الظروف الطارئة في العقود المتراخية التنفيذ منها الإستصناع إذ تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة، لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، لم يكن ذلك نتيجة تقصيراً أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحالة عند التنازع، وبناء على طلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين كما يجوز له أن يفسخ العقد، فيما لم يتم تنفيذه منه، إذا رأى فسخه أصح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له، صاحب

³³⁵ المشرع من خلال المادة 69-12 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 نص على الحالة التي ترتفع فيها تكاليف إضافية تم فرضها بموجب القوانين والأنظمة الجاري بها العمل فإن المستصنع هو الذي يتحمل المسؤولية، والعكس في الحالة التي تنخفض فيها المواد الأولية يحق للمستصنع الاستفادة من هذه التخفيضات.

ما يعاب عن هذا النص انه سكت عن الحالة التي لا يتم فيها التنصيص في العقد عن هذه المسألة أو في حالة التنصيص عليها وامتناع العميل على أداء التكاليف الزائدة.

³³⁶ وهبة زحيلي، م س، ص: 632

الحق في التنفيذ، يجبر له جانبا معقولا من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد، بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاب للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعا رأي أهل الخبرة الثقات، ويحق للقاضي أيضا أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم كثيرا بهذا الإهمال، هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقا للعدل الواجب بين طرفي العقد ومنعا للضرر المرهق لأحد العاقدين بسبب لا يد له فيه وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها.³³⁷

والاصل في الشريعة الإسلامية انها تقوم على القدرة والاستطاعة كما قال الله تعالى في كتابه العزيز: " لا يكلف الله نفسا إلا وسعها "³³⁸، حيث تسعى إلى تحقيق الإنصاف قدر الإمكان بين الطرفين وتعيد كفتي الميزان إلى التعادل، حتى لا يكون هناك لا ضرر ولا ضرار، لأن عدم معالجة ذلك سيؤدي إلى اختلال بين الالتزامات التعاقدية وامتناع المدنيين والدائنين عن تنفيذ التزاماتهم، ومن ثم وقوع الغبن الفاحش وبالتالي تعرض المتعاقدين إلى اختلال وعدم التوازن في العلاقة التعاقدية القائمة على مبدأ التوازن وتحقيق المصالح المشتركة.

³³⁷ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 7 الصادر في الدورة 5 بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية، المنعقدة يوم السبت 01 محرم 1433 الموافق 26 نوفمبر 2011. للمزيد من المعلومات انظر الرابط التالي -<https://www.islamtoday.net/bohooth/artshow-32> 4558.htm تم الاطلاع عليه بتاريخ 05/06/2021 على الساعة 00:14

³³⁸ سورة البقرة الآية 286

وبما أن عقد الإستصناع من العقود ذات الصلة بالأنشطة الاقتصادية والمعاملات المالية فإنه قد يتأثر بالظروف الطارئة التي تحدث استثناء غير متوقعة لا يمكن دفعها، مما يمكن ان تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين حيث يهدد حقه بخسارته وحتى يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة لابد من توفر شروط وهي:

أ: أن يكون الحادث غير عادي³³⁹، والمقصود بهذا الشرط أن تطرأ بعد إبرام عقد الإستصناع وقبل إتمام تنفيذه حوادث استثنائية عامة غير متوقعة مثل نشوب الحرب أو ارتفاع في الأسعار بسبب حصار الاقتصادي كما يحدث الآن في بعض البلدان التي تشهد حربا وحصارا اقتصاديا.

ب: أن يكون العقد المتراخي التنفيذ³⁴⁰، أي أن يفصل بين إبرام العقد وتنفيذه فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائي غير متوقع ومعلوم ان عقد الإستصناع من العقود الزمنية، لذلك فالمجال فيه واسع لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، بينما في العقد الفوري لا تطبق هذه النظرية لأن المجال غير متسع لأطراف العقد للإخلال بالالتزامات المتفق عليها.

ج: أن يكون الحادث مؤثرا على العقد، بحيث يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، ويهدد حقه بالخسارة.³⁴¹ و إذا وقع ظرف طارئ وتأثر عقد الإستصناع بهذا الظرف فإنه يترتب على ذلك أن يعدل القاضي العقد -ما لم ينص في العقد على خلاف ذلك- ويرد الالتزام المرهق إلى

339 احمد جابر علي بدران، م س، ص:50

340 احمد جابر علي بدران، م س، ص:50

341 احمد جابر علي بدران، م س، ص:51

الحد المعقول تبعا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة طرفي العقد، وسلطة القاضي في هذا الاطار تنحصر في تعديل شروطه، فليس له أن يفسخ العقد أو يعفي المدين من التزامه كما أن ليس له أن يلزم أحد الطرفين بتنفيذ الالتزام كاملا لأن ذلك يرهقه ويحمله ما لا يطاق، بينما يبقى الطرف الآخر غير متأثر بالظرف الطارئ مع أن الظروف الطارئة لا يد للأطراف فيها.³⁴²

إلى جانب الظروف الطارئة هناك سبب آخر قد يحمل على انتهاء الإستصناع وهو القوة القاهرة التي هي آفة غير متوقعة ولا مقدورة على الدفع تؤثر في محل العقد، فتؤدي إلى استحالة تنفيذ وانفساخه، مثال ذلك إذا أبرم عقد الإستصناع العقاري، فإن مات الصانع او المستصنع قبل الوفاء بالتزاماته فإن موته يعتبر قوة القاهرة توجب فسخ العقد لاستحالة تنفيذه³⁴³،

³⁴² احمد جابر علي بدران، م س، ص:51

³⁴³ عرف انقضاء عقد الاستصناع بوفاة أحد المتعاقدين نقاشا فقهيا، حيث ذهب بعض فقهاء الحنفية والذين يرون أن الاستصناع إجارة، إلى أنه إذا مات الصانع يبطل الاستصناع وينتهي: " إذا مات الصانع يبطل ولايستوفي المصنوع من تركته". انظر في ذلك كمال الدين ابن الهمام السبوسي، م س، ص:116

والأساس الذي اعتمده القائلون بإشهاد الاستصناع بالموت هو قياس الاستصناع على الإجارة التي تبطل بموت أحد طرفيها، هذا فيما يتعلق بالإجارة على الصنع وكان هنالك رد لمحبي الدين القره داغي، على الحنفية بقوله: " إن الحنفية قاسوا الاستصناع في بطلانه بموت الصانع على الإجارة وهذا القياس يمكن الرد عليه بعدة وجوه، منها أن بطلان الإجارة بموت المستأجر مسألة ليس متفق عليها بل هي خلافية بحيث ذهب الإمام مالك والشافعي وغيرهما إلى أن الإجارة لا تبطل بموت العاقدين ولا بموت أحدهما، فعلى ضوء ذلك فالجمهور على خلاف ما ذهب إليه الحنفية لكن هذا الرأي كان ينطبق على عقد الاستصناع في صورته البسيطة في العصور الأولى حين كان الصانع والمستصنع شخصا بعينه، أما في هذا العصر ومع تطور الحياة الاقتصادية وخاصة الصناعات، فقد أمكن الصانع والمستصنع أن يكون شركة أو دولة أو مؤسسة، فلا يؤثر موت الصانع أو المستصنع على عقد الاستصناع، بحيث أصبحت للمصانع شخصية معنوية اعتبارية قائمة بذاتها، ودائمة مستمرة ببقاء الشركة والمصنع وأن الأشخاص الذاتيين ليست لهم أثر في شخصية الشركة المعنوية. يُنظر في ذلك علي محي الدين القره داغي، عقد الاستصناع ، مقال منشور بمجلة مجمع الفقه الاسلامي، ع 7، المكتبة الشاملة الحديثة الالكترونية، ص:358

وتجدر الإشارة إلى أن الإجارة على الصنع لا تنفسخ بموت السيد أو رب العمل(الفصل 745 من ق ل ع)، وعلى غرار ذات الرأي ، فإن الفصل 762 من ق ل ع ، فإنه ينص على أنه يسوغ الرب العمل ولورثته من بعده فسخ العقد متى شاؤوا ولو بعد بدء العمل ، على أن يدفعوا الأجير الصنع أي الصانع قيمة المواد المعدة للعمل، ما كان يمكنه أن يحصل عليه من ربح لو أن العمل قد تم ، ويسوغ للمحكمة أن تخفض مقدار هذا التعويض وفقا لمقتضيات ظروف الحال.

وهذا الفصل يعطي الخيار في الفسخ إذا هلك المستصنع، ويلتزم الورثة في هذه الحالة بدفع كل ما قدمه الصانع من مواد و عمل، وعلى النقيض، فهناك رأي آخر فاصل في مسألة موت الصانع بين حالتين نص عليهما الفصل 762 من ق ل ع:

- إذا كانت مؤهلات المقاول محل اعتبار في التعاقد فإن المقاوله تنفسخ بموته.
- إذا لم تكن مؤهلات الصانع الشخصية محل اعتبار في التعاقد فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه ولكن يجوز لرب العمل أي المستصنع، إنهاؤه إذا لم تتوفر في ورثته الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل.

لكن في إطار التمويل عن طريق البنك التشاركي القول بهذا الرأي غير سليم لا سيما ان لهذا الأخير شخصية معنوية اعتبارية تستمر لعقود من الزمن.

إذن نستخلص من كل ما سبق، أن عملية تمويل العقار عن طريق ابرام عقد الإستصناع من العمليات الهامة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية للأفراد والشركات، فعقد الإستصناع من العقود القديمة الحديثة، تحدثت عنه كتب الفقه قديما وحديثا لا تتجاوز فيه المسؤولية العقدية طرفي العقد، و ظهر في المجتمع بسبب حاجة الناس إليه حيث أصبح استعماله في تزايد وتطور مستمر، وحتى يواكب هذا التطور، فرض على الفقهاء المعاصرين إعادة النظر فيه حتى يمكن إعماله وتكييفه مع الظروف الحالية من اجل تنشيط الحركة الاقتصادية بما لا يخرج عن قواعد الشريعة الإسلامية.

فكان توظيفه في العمل المصرفي الإسلامي كمنتج مقدم للعملاء وتطوير صيغته وأساليب تقديمه، بحيث جعلته البنوك الإسلامية مرنا في إنجاز المشاريع وإشباع حاجات الجمهور الذين يرغبون في تمويل مشاريعهم العقارية عن طريق معاملات مالية إسلامية.

وعليه جاءت مراجعة أحكامه العامة سواء القانونية والفقهية في إطار هذا الفصل كمحاولة منا لاستيعاب وفهم مبينة رئيسية وإبراز خصوصياته وأركانه وشروطه بما ينسجم مع نظيره عقد البيع، سواء على مستوى إبرامه أو انقضاءه، بالإضافة إلى القضايا الأخرى مثل الشرط الجزائي والظروف الطارئة أو القوة القاهرة، حيث يبقى لهم دور هام وفعال في استمرار العقد أو انتهائه في البنوك التشاركية، وهذه الأخيرة وُضع عليها رهان تطبيقه وتسويقه

وإنجابه بما لا يخرج عن فلسفة وثوابت الدين الإسلامي في تمويل المشروعات العقارية الاستثمارية مدنية منها أو تجارية للجمهور، ولتحقيق هذه الأغراض التمويلية ذات بعد اقتصادي واجتماعي، فإن ذلك رهين بمواجهة كافة المعوقات والمخاطر مقابل الضمانات الأساسية المطابقة لشريعة الإسلامية في سبيل تطبيقه وإنجاح التعامل به بشكل جيد.

الفصل الثاني: آليات تطبيق تمويل العقار بالإستصناع في البنوك التشاركية

تتطلب تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية توفير المصادر التمويلية التي تختلف من قطاع لآخر، وما دام التمويل بصفة عامة يعتبر تسهيل لعملية الائتمان التي تقوم به مختلف المؤسسات البنكية سواء البنوك التي تتعامل بالفوائد الربوية او البنوك التي تتعامل معاملة مالية مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية، حيث تبقى هذه الاخيرة لها دور أساسي في عرض المنتجات البديلة لعملائها الراضين التعامل بالفوائد مع البنوك الربوية، لتمويل مشاريعهم العقارية عن طريق مختلف الاليات التمويلية، والتي من بينها التمويل العقاري بواسطة ابرام عقد الإستصناع بين البنك التشاركي والعميل.

والتمويل العقاري بالإستصناع يعتبر أداة فعالة في تلبية رغبة العملاء الذين يفضلون التعامل مع البنك التشاركي بهدف تقريب التمويل لفائدة الافراد العاديين والمقاولين والمنتجين والمستثمرين الراغبين في تمويل مشروع عقاري وفق ما ينسجم مع توجهاتهم الدينية.

وعقد الإستصناع العقاري من بين العقود التي تم اعتمادها كآلية يمكن للبنك التشاركي أن تمويل عملائها بها في المجال العقاري، والذي اضحى يحتل مكانة متقدمة في اعداد المشاريع الصغرى والمتوسطة والكبرى، حيث التفت حولها مجموعة من التدخلات والجهود سواء من قبل الحكومة المغربية التي سعت الى تطوير القطاع البنكي وجعله يتماشى مع متطلبات السوق الاقتصادية مع دمجها في التنمية الاجتماعية والنهوض بمستوى المعيشي، او من خلال التشريع الذي سن مجموعة من النصوص القانونية المؤطرة لعمل البنوك التشاركية، او من خلال الشركات الكبرى التي تعمل في مجال الابناك، لنهوض بالبنوك التشاركية وانجاح تجربتها المغربية.

ومن هنا تنبع أهمية منتج الإستصناع العقاري كمنتج مهم لتمويل مشروعات عقارية في المجال الاقتصادي والاجتماعي.

وبالرغم من ان هذا العقد كمنتج مطابق لشريعة الإسلامية ومفعل بشكل كبير في المصاريف المالية الإسلامية بالبلدان العربية وغير العربية منذ مدة طويلة، فإنه مازال لم يجد التنزيل العملي في البنوك التشاركية المغربية لدى بعض الوكالات البنكية، رغم ان المشرع بين مختلف احكامه وطريقة اعتماده وتنزيله على مستوى الابناك التشاركية، لتبقى المبادرة فقط للوكالات البنكية في اختيار الطريقة الأنسب في عملية التمويل عن طريق الإستصناع، ويبقى بنك اليسر المغربي البنك التشاركي الوحيد في المغرب الذي اعتمد هذه الصيغة كألية لتمويل المشاريع العقارية وبالضبط وكالة بنك اليسر بتيزنيت هي التي كانت سباقة الى إيجاد صيغة لتمويل العقارات بالإستصناع من خلال توفير مواد البناء³⁴⁴، الى جانب بنك الصفاء الذي اعتمد عقد بناء الصفاء في شكل عقد المرابحة يتولى من خلاله شراء مواد البناء التي يرغب العميل في استعمالها لصناعة العقار وفق الموصفات التي يريدها.

وفي هذا الإطار فإنه في حالة تعميم التعامل به من قبل جميع البنوك التشاركية وادخاله في صلب المعاملات المالية لهاته البنوك كأداة تمويلية، فإن الامر كما هو الحال في - وكالة بنك اليسر المختار السوسي بتيزنيت- تقتضي تحديد أساليب تمويل العقار بصيغة منتج الإستصناع، بالإضافة الى مراعاة المخاطر التي قد تواجه هذه العملية، والضمانات التي تحد من هذه المخاطر وتعزز الثقة بين العميل والبنك التشاركي.

وارتباطا بذلك، تأتي دراستنا له في هذا الفصل من اجل بيان آليات تطبيقه في البنوك التشاركية، وذلك من خلال تقسيم هذا الفصل على شكل مبحثين اثنين وفق مايلي:

المبحث الأول: أساليب تمويل العقار بالإستصناع

المبحث الثاني: مخاطر وضمانات تمويل العقار بالإستصناع

³⁴⁴ صرح لنا مدير وكالة بنك اليسر -وكالة المختار السوسي بتيزنيت- السيد يوسف اعلان ان البنك الوحيد الذي يعتمد أسلوب تمويل العقار بالاستصناع هو بنك اليسر وبالضبط وكالة تيزنيت لما تتميز بها هذه المدينة في بناء مساكن مستقلة وفق الموصفات التي يرغب بها العملاء التيزنيتين، وقد وجدت هذه الوكالة صيغة تتخذ شكل الاستصناع من خلال توفير للعميل مواد البناء التي توافق الموصفات التي يرغب في الحصول عليها في العقار المراد صنعه. مقابلة تم اجراؤها بتاريخ 03/06/2021 على الساعة 00: 11 صباحا

المبحث الأول: أساليب تمويل العقار بالإستصناع

أصبح التمويل العقاري عن طريق عقد الإستصناع يحتل دورا رئيسيا في الصناعة المصرفية الإسلامية بمختلف الدول الغربية والعربية، إذ قامت المصاريف بتمويل انشاء المباني السكنية والاستثمارية بنظام الإستصناع، وساهمت بذلك في حل مشكلات معاصرة كثيرة، إذ ساهمت في توفير السلع التي يتطلبها العميل وفقا لاحتياجاته ومتطلباته بما يؤدي لتلبية احتياجاته.

والمتمتع لصيغ وأساليب التمويل في المصاريف الإسلامية والبنوك التشاركية المغربية خاصة، يجد انها تعتمد صيغا وأساليب متعددة حددها المشرع في القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها تلاءم طبيعة وأهداف العملاء المتعاملين معه.

وأساليب جمع أسلوب، بمعنى الطريقة التي يمكن ان تستخدمها البنوك التشاركية في تمويل المشاريع التي يتقدم بها عملاءها، وتمويل العقار بالإستصناع من بين الصيغ التي يمكن الركون اليها في تمويله وفق الاوصاف المعينة التي يحددها المستصنع.

والتمول بالإستصناع في البنوك التشاركية قد يكون بطريقة مباشرة أي يتم ابرام العقد بين البنك التشاركي -الصانع- والعميل - المستصنع- وهي الحالة العادية المتعارف عليها في المصارف الإسلامية الاخرى³⁴⁵ أو من خلال ترتيب مع البنك التشاركي ليتولى القيام والاشراف على عملية التصنيع وفي هذه الحالة تصبح العملية مكونة من ثلاثة أطراف³⁴⁶، ولا بد من الالتزام بضوابط ومعايير واسس وقواعد عملية لتعامل بهذا النوع الخاص من البيوع العقارية، في سبيل تحقيق المقاصد الشرعية وتلبية رغبات العملاء.

³⁴⁵ انظر في ذلك ملحق نموذج عقد الاستصناع لبنك البركة الجزائري

³⁴⁶ أشار المشرع الى إمكانية ابرام المؤسسة البنكية عقد الاستصناع موازي مع طرف ثالث من اجل صناعة او شراء الشيء موضوع عقد الاستصناع لبيعه للعميل، وهذا العقد وعقد الاستصناع هما وثيقتين منفصلتين. انظر في ذلك المادة 69-13 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/2019

لذلك فُرض علينا الوقوف بداية في (المطلب الأول) على تحديد الصفة التي قد يتخذها البنك التشاركي في إطار عملية تمويل العقار بالإستصناع مع تحديد معايير وضوابط الجودة في هذه العملية، على ان نخصص (المطلب الثاني) للخطوات العملية المتطلبة في ابرام عقد الإستصناع العقاري.

المطلب الأول: صفة البنك التشاركي ومعايير الجودة في الإستصناع العقاري

كما اشارنا سلفا ان عملية الإستصناع العقاري في صورته العادية تتطلب تدخل طرفين اثنين الأول متمثل في البنك التشاركي الذي يكون في دور- الصانع- والعميل الذي يتخذ صفة – المستصنع-، او الحالة التي يتطلب فيها تدخل ثلاثة اطراف يرتبطون بعلاقتين تعاقديتين منفصلتين ومستقلتين احدهما عن الأخرى، يدخل البنك التشاركي في العلاقتين كطرف مشترك بين المستصنع والصانع، ففي العقد الأول يتخذ البنك صفة الصانع أي في حكم البائع، وفي العقد الثاني صفة المستصنع أي في حكم المشتري، علما ان في الحالة الأخيرة- التي يتخذ فيها البنك صفة المستصنع- لا يكون هدفه استصناع صناعة مقصودة بذاتها بقدر ما يكون لهدف الاستثمار والربح ولتلبية رغبة العملاء، مع ضرورة احترام معايير و قواعد واسس تتعلق بعملية منح تمويل إسلامي نصت عليها الشريعة الإسلامية وتقوم عليها البنوك التشاركية.

وعليه، سنتصب دراستنا في هذا المطلب على تخصيص (الفقرة الأولى) الى الحديث عن الصفة التي قد يتخذها البنك التشاركي اثناء عملية تمويل العقار بالإستصناع، على أساس ان نرجع الى معرفة معايير وضوابط الجودة في التمويل بالإستصناع في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الصفة التي يتخذها البنك التشاركي في عملية الإستصناع العقاري

يتخذ البنك التشاركي في عملية تمويل العقار عن طريق ابرام عقد الإستصناع، اما صفة الصانع او صفة المستصنع، وكلاهما صفتان لهما مميزات تختلف احدهما عن الأخرى، بالنظر الى خصوصية هذه العملية.

وبناء على ذلك، واثناء رغبة العميل في استصناع عقار معين فإن البنك التشاركي يتخذ صفة -الصانع- (أولاً)، كما قد يتطلب-البنك- في تلبية رغبة هذا العميل الاستئناس بخبرة طرف آخر في صناعة الشيء موضوع الإستصناع ويكون بذلك في صورة - المستصنع- (ثانياً).

أولاً: حالة اتخاذ البنك التشاركي صفة الصانع

تعد البنوك المغربية تلك المؤسسات المالية ذات الشخصية الاعتبارية المؤهلة لمزاولة الأنشطة والعمليات التجارية والاستثمارية والمالية والخدمات بصفة اعتيادية، في ظل نصوص تشريعية وتنظيمية تعمل على تأطير معاملاتها البنكية.³⁴⁷

والبنوك التشاركية كذلك لا تخرج عن هذا النوع من المؤسسات ذات الشخصية الاعتبارية³⁴⁸، غير أن الفرق الذي بينها وبين البنوك التقليدية فيما يتعلق بالتمويل والاستثمار يكمن في كون البنك التقليدي هو تاجر في النقود، بينما البنك التشاركي يتاجر بالسلع على سبيل الاستثمار ولا يتاجر بالنقود إلا فيما يتعلق بالصرف³⁴⁹، كما أنه لا يجوز للبنك التشاركي التعامل بالفائدة أخذاً وعطاءً.³⁵⁰

وسواء تعلق الأمر بالبنك التقليدي أو البنك التشاركي، فإنهما في حكم القانون هم أشخاص اعتبارية مؤهلة لمزاولة الأنشطة التجارية والمالية والاستثمارية والتمويلية، ومشرع القانون

³⁴⁷ وهذا ما تنص عليه المادة الأولى من القانون 12-103 حيث جاء فيها مايلي: "تعتبر مؤسسات الائتمان من المؤسسات: البنوك وشركات التمويل...".
المغرب، أيا كان موقع مقرها الاجتماعي أو جنسية المشاركين في رأسمالها أو مخصصاتها أو جنسية مسيرتها، والتي تزاول بصفة اعتيادية نشاطاً واحداً أو أكثر من الأنشطة التالية:
-تلقي الأموال من الجمهور؛
-عمليات الائتمان؛

-وضع جميع وسائل الأداء رهن تصرف العملاء أو القيام بتدبيرها.
كذلك نصت المادة 10 في فقرتها الأولى من نفس القانون على مايلي: "تشمل مؤسسات الائتمان صنفين من المؤسسات: البنوك وشركات التمويل...".
³⁴⁸ انظر في ذلك المادة 54 من نفس القانون التي جاء فيها مايلي: "تعتبر بنوكاً تشاركية الأشخاص الاعتبارية الخاضعة لأحكام هذا القسم والمؤهلة لمزاولة الأنشطة المشار إليها في المادة الأولى والمادتين 55 و58 من هذا القانون وكذا العمليات التجارية والمالية والاستثمارية بصفة اعتيادية بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقاً لمقتضيات المادة 62 أدناه.
يجب ألا تؤدي هذه الأنشطة والعمليات المشار إليها أعلاه إلى تحصيل أو دفع فائدة أو هما معاً".

³⁴⁹ عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، الإدارة الاستراتيجية في البنوك الإسلامية، منشورات البنك الإسلامي للتنمية المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، مكتبة الملك فهد الوطنية، جدة، الطبعة الأولى 2004، ص:76

³⁵⁰ وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 54 من القانون 12-103 حيث جاء فيها مايلي: "يجب ألا تؤدي هذه الأنشطة والعمليات المشار إليها أعلاه إلى تحصيل أو دفع فائدة أو هما معاً".

البنكي لا يمنع البنك التشاركي من أن تكون له منشأة إنتاجية لتلبية حاجيات عملائه المختلفة، فإذا كان الأمر كذلك، فإنه يمكن تصور هذه البنوك أن تكون في حكم الصانع، كأن يخصص البنك بعضاً من مدخراته في الاستثمار العقاري، فيقوم البنك بإنشاء المباني السكنية والتجارية والصناعية والخدمية، ثم يبيع منتجاته إما بالبيع العادي- غالباً يلجأ الى المربحة باعتبارها أكثر العقود التشاركية استهلاكاً- وإما ببيع عين موصوفة بذمته، وهذا الأخير هو ما يصطلح عليه بعملية الإستصناع.³⁵¹

وبذلك فإنه يتمكن على أساس عقد الإستصناع من دخول عالم الصناعة والمقاولات بأفاقها الرحبة، كصناعة المشاريع العقارية الكبرى من مساكن ومحلات تجارية وصناعية وطرق وغير ذلك، حيث يقوم البنك بذلك من خلال أجهزة إدارية مختصة بالعمل الصناعي في البنك لتصنيع الاحتياجات المطلوبة للمستثمرين- العملاء-.³⁵²

ويتدخل البنك في هذه الحالة بوصفه صانعاً، يتلقى طلبات العملاء لتوفير السلع أو منشأة معمارية أو صناعية بمواصفات محددة³⁵³، فيتعاقد البنك مع العميل بصفة مباشرة لتلبية طلبه، ويتفقدان على مواصفات الشيء الذي يراد صنعه وأجال تسليمه وثمانه، وبذلك يكون البنك في هذا الإطار صانعاً والعميل في مركز المستصنع، ويكون البنك ممولاً إذ اجل او قسط عملية الدفع للعميل وهذه هي الصورة الغالبة.³⁵⁴

وهو ما يحقق معنى الإستصناع في البنوك التشاركية من جهة العاقدة له من خلال مقتضيات المادة 69-1 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 والمادة 58 من القانون رقم 12-103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.

³⁵¹ كمال الدين جمعة بكرو، م س، ص:29

³⁵² محمد البوخاري، عقد الاستصناع البديل للقرض الربوي في تمويل المقاولات الصناعية، مداخلة في ندوة المصاريف الإسلامية: الأسس والتجربة والافاق، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة سيدي محمد بن عبدالله بفاس، سلسلة الندوات، ع 3، ص:259

³⁵³ هي من شروط عقد الاستصناع، فالمشرع من خلال المادة 69-3 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 نص على ان عقد الاستصناع يحدد اوصاف المصنوع وغيرها من المعلومات التي يتطلب معرفته.

³⁵⁴ عزيزة علي ندا ندا، م س، ص:91

فالبنك بحكم هاته المادتين يعتبر صانعا يلتزم بتقديم مصنوع بمواد من عنده، بأوصاف معينة والتي سبق وان اتفق عليها الطرفان في العقد، ومن ثم يتحمل المسؤولية الصنع وما يترتب عليها من نتائج قانونية، كأى طرف ملتزم بما تم التراضي والتعاقد بشأنه، وبذلك تتحقق فيه- أي البنك التشاركي- صفة الصانع لتصنيع الاحتياجات المطلوبة للمستصنع.

وبما أن البنك في الواقع لا يملك -غالبا- مؤسسات أو مقاولات أو مصانع³⁵⁵، تابعة له لإنجاز السلع المتعاقد على صنعها، فإن الصفة كونه صانعا تظل محدود النطاق وبالتالي استخدام صيغة الإستصناع بطريقة مباشرة لتصنيع حاجيات المستصنع - العميل- تظل محدودة ان لم نقل منعدمة في خدمات البنك التشاركي، نظرا لوجود عدة معيقات قد تعوق استخدامه المباشر في البنوك التشاركية، منها وجود رغبة جامحة لدى البنك في الربح والاستثمار الحل.

وبالتالي قد لا توجد لديه رغبة في استصناع سلعا معينة بذاتها، إضافة إلى ذلك، في حالة استخدامه هذا الأسلوب المباشر في الإستصناع يفترض فيه ان يتوفر على الخبرة الكافية في مختلف السلع والخدمات التي تمولها، لا سيما في الميدان العقاري الذي يتطلب خبرة تقنية وفنية هامة قصد تلبية رغبة عملائها.

وحيث ان اغلب البنوك الاسلامية تتعاقد مع مقاولات أخرى مستقلة عنها، لصنع ما تم الاتفاق عليه مع العميل، ونكون إزاء ذلك امام استصناع موازي يكون فيه البنك ذو صفة مستصنع لتوفير ما تعاقد على صنعه مع العميل.³⁵⁶

والإستصناع الموازي مركب من عقدي استصناع على النحو التالي³⁵⁷:

³⁵⁵ في هذا الصدد صرح لنا مدير وكالة امنية- تيزنيت- السيد اصواب نورالدين انه غالبا ما يتم اختيار احد المقاولين الذي تتوفر فيه الشروط التي تضعها البنك من اجل التعاقد معه في توفير السلع التي يرغب فيها العملاء، كمثل في بيع العقارات تم الاتفاق مع عدة منعشين عقاريين في شكل شركات عقارية تقوم بتزويد البنك بحاجياتها. مقابلة شفوية تم اجراؤها بتاريخ 02/06/2021 على الساعة 10:00 صباحا

³⁵⁶ احمد بلخير، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة- دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية، مذكرة لنيل دبلوم الماجستير في الاقتصاد الإسلامي، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية- قسم الشريعة-، جامعة الحاج لخضر-باتنة، الجزائر، السنة الجامعية 2007/2008، ص:51. منشورة بالموقع الإلكتروني <https://ebook.univeyes.com> تاريخ التحميل 26/05/2021 على الساعة 16:00 زولا.

³⁵⁷ عزيزة علي ندا ندا، م س، ص:91

العقد الأول يجريه البنك التشاركي مع الراغب في الحصول على عقار، فيكون البنك في هذا العقد -صانعا- ويمكن أن يكون سداد الثمن مؤجلا.³⁵⁸

العقد الثاني يكون مع المختصين بصناعة العقار ليقوموا ببنائه وصنعه بالأوصاف المتفق عليها في العقد الأول- وفي هذا العقد يكون البنك التشاركي في مركز المستصنع ويمكن أن يكون الثمن هنا معجلا³⁵⁹، وأقل من الثمن الأول بطبيعة الحال، وإذا تسلم البنك التشاركي السلعة ودخلت في حيازته يقوم بتسليمها إلى من طلبها-العميل-، ويتحمل البنك ضمان العيوب للمستصنع والمسؤولية تجاهه عن نقص الأوصاف المشروطة في العقد الأول، وليس هناك أي علاقة تعاقدية بين المستصنع في العقد الأول والصانع في العقد الثاني³⁶⁰، والفرق بين الثمن في العقد الأول والثمن في العقد الثاني يكون ربحا للبنك يستحقه بسبب الضمان الذي تعهد به وتحمله في العقد الأول من خلال تملكه للعين المصنوعة وتحمله للمخاطر التي قد تعترضها.

ونحن في هذه الحالة أمام عقدين منفصلين عن بعضهما فلا توجد أية علاقة قانونية أو التزامات مالية بين المشتري النهائي للسلعة وبين الصانع في عقد الإستصناع الموازي، وفي حالة وجود خلاف فإنه يحل في إطار كل عقد على حدة وفق الشروط الواردة فيه.³⁶¹

وهذا الأسلوب في تطبيق الإستصناع هو السائد في البنوك الإسلامية بالنظر لملاءمته لطبيعة العمل البنكي.

³⁵⁸ انظر في ذلك الفقرة الأخيرة من المادة 69-5 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019
³⁵⁹ في هذا العقد الثاني المبرم بين البنك التشاركي ومعاول البناء قد يتفق فيه الطرفان- المعاول والبنك- على تعجيل الثمن. انظر في ذلك الفقرة الأخيرة من المادة 69-5 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019

³⁶⁰ وهذا ما نص عليه المشرع من خلال المادة 69-13 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 الذي ورد فيه ان عقد الاستصناع موازي مع طرف ثالث، يعتبر هذين العقدين وثيقتين منفصلتين.

³⁶¹ شوقي احمد دنيا، الجعالة والاستصناع تحليل فقهي واقتصادي، منشورات البنك الإسلامي للتنمية المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، الطبعة الثانية

1419/1998م، ص:45

ثانيا: حالة اتحاد البنك التشاركي صفة المستصنع

في هذه الحالة يتدخل البنك التشاركي بوصفه مستصنعا، أي طالبا لمنتجات صناعية بمواصفات معينة يشتريها من صانعها وفق اتفاقات محددة تتيح لهم الاستفادة من تمويل احتياجاتهم كصناع، وحرفيين، من السيولة النقدية التشغيلية، وتشغيل منشآتهم وتصريف منتجاتهم.³⁶²

وقد يستصنع البنك التشاركي مختلف انواع المنتجات لنفسه، ومن ثم يحق له أن يتصرف فيها بيعا، أو تأجيرا، أو مشاركة، أو قد يقوم بذلك بتوكيل من جهة أخرى.³⁶³

ففي هذه الحالة يعتبر البنك مالكا لمنتجات الصناعية، وكيفما كان نوعها وحجمها يحق له أن يتصرف فيها بجميع انواع التصرفات، كإعادة بيعها مثلا، فمن خلال هذا الأسلوب يمكن أن يحقق البنك التشاركي مجموعة من الوظائف التي من بينها ما يلي:

-قيام البنك بوظيفتين: تمويلية وتجارية من خلال تمويله للمنتجين من خلال شراء منتجاتهم مسبقا.

-توفير السيولة النقدية للمشاريع العقارية والصناعية بدل اللجوء إلى القروض الربوية.

-إستثمار موارد البنك وتحقيق أرباح من وراء ذلك.³⁶⁴

-يفتح مجالا للبنك ليتولى توفير الموارد الأولية أو نصف مصنعة لبعض المصانع التي سيبيع لها ما قام بشرائه من مصانع أخرى على انها منتج نهائي لها، وبذلك يسهم البنك في تحقيق التكامل والاندماج بين المؤسسات الاقتصادية الوطنية.

³⁶² عزيزة علي ندا ندا، م س، ص: 89

³⁶³ احمد بلخير، م س، ص: 49

³⁶⁴ محمد عبدالله الشباني، وقفات متأنية مع عمليات التمويل في البنوك -التمويل عن طريق الاستصناع-، مقال منشور بمجلة البيان، ع 93 الصادرة بتاريخ جمادى الأولى 1416هـ/ اكتوبر 1995، ص: 50 وما بعدها

-يلبي حاجة الصناعيين إلى التمويل معجل أو مؤجل، ويمكنهم ذلك من شراء الخامات أو الأجهزة أو قطع الغيار، ومن تدليل كل عقبة مالية تحول دون المباشرة في الإنتاج.

-كما أنهم في تعاملهم مع البنك بهذا الأسلوب يحلون أيضا مشكلة تسويق مصنوعاتهم، لأنهم يضمنون مسبقا مشتريا ملتزما بأخذ المصنوع عند تمامه.³⁶⁵

وهناك توجه لبعض الحنفيين إلى اعتبار أن البنك من خلال هذا الأسلوب يكون صانعا ومستصنعا في نفس الوقت، باعتبار أن البنك ليس صانعا، ولا منتجا، ولا مقاولا، يتولى التصنيع، إنما هو ممول يمتلك النقود، والعميل طالب التمويل لم يتقدم إليه إلا لتمويله وتوفير له السيولة اللازمة لسداد قيمة ما يرغب في شرائه من الصانع، وبالتالي العقد الذي يتم بين الصانع والبنك ما هو إلا وسيلة للبعد عن الربا الذي سوف يناله من المستصنع.³⁶⁶

وفي الحقيقة لا يجوز أن يجمع البنك صفة الصانع والمستصنع في نفس الوقت وإلا أصبح دوره فقط توفير السيولة والربح في هذه العملية لا يخالف ما يعادل الفائدة التي يتم تحصيلها من القروض، وبالتالي حتى نخرج من هذه المسألة يجب أن يكون البنك مستصنعا فقط لا صانعا ومستصنعا في نفس الوقت.

وفي الواقع العملي لا نجد هذا الأسلوب في التمويل بالإستصناع مستخدما على نطاق واسع بسبب القيود والضوابط القانونية التي تحول في بعض البلاد بين البنوك الإسلامية والاستثمار المباشر في السلع والخدمات، وحتى وإن سُمح لها بذلك في بلاد أخرى، فإن طبيعة البنوك الإسلامية وهي تجارية في غالبها، تجعلها تبتعد عن هذا الأسلوب في الإستصناع الذي يستدعي من المصرف تأسيس شركات تابعة له تباشر هذه الأعمال، مع معرفة دقيقة ومهارة

³⁶⁵ كمال الدين جمعة بكرو، م س، ص: 239

³⁶⁶ احمد جابر بدران، م س، ص: 86 وما بعدها

فائقة ومتابعة كاملة للعمليات الإنتاجية، مما يتطلب وجود كفاءات وقدرات مادية وبشرية، وتحمل مخاطر وتكاليف لا تتحمس المصارف - غالبا - الخوض فيها.³⁶⁷

الفقرة الثانية: معايير وضوابط الجودة في تمويل العقار بالإستصناع

يقوم التمويل العقاري عن طريق الإستصناع في البنوك الإسلامية على نوعين من المعايير التي تعارف عليها الباحثين³⁶⁸ وهي المعايير الشرعية المستخرجة من احكام الشريعة الإسلامية ومعايير فنية وجدت سندها في عمل البنوك التقليدية لهدف تجويد الخدمات التي تقدمها البنوك الإسلامية.

وتبعا لذلك فإننا سنعمل على بيان المعايير والضوابط الشرعية للتمويل بالإستصناع (أولا)، والى معايير وضوابط فنية للإستصناع (ثانيا).

أولا: المعايير والضوابط الشرعية لتمويل العقار بالإستصناع

وهي القواعد والأسس التي تتعلق بتسيير وإدارة واستخدام الأموال كما نصت عليها احكام الشريعة الإسلامية، والتي يقوم عليها النظام البنكي الإسلامي، وتخضع لها جميع أنشطة البنوك والمؤسسات المالية ذات الصبغة الإسلامية، وتتلخص هذه الضوابط الشرعية في التزام العمل البنكي الإسلامي بقواعد الحلال والحرام المحددة شرعا، فتركز أنشطة هذه البنوك في دائرة الحلال والطيبات وتبتعد عن دائرة الحرام والخبائث، هذا هو الحد الأدنى من الالتزام بالضوابط الشرعية والأولى من ذلك هو أن تلتزم هذه البنوك بخدمة مصالح الأمة الإسلامية ومراعاة أولوياتها

³⁶⁷ جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم التقويم والاجتهاد النظرية والتطبيق، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثانية 1993، ص:179 وما بعدها

³⁶⁸ انظر في ذلك:

-عزيزة علي ندا ندا، م س، ص:93

- احمد بلخير، م س، ص:53 وما بعدها

المجتمعية وكذا العمل على تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية في كل عملياتها وأنشطتها المالية.

وإذا جئنا إلى الإستصناع فإن توظيفه في البنوك التشاركية المغربية لا بد أن يخضع لتلك الضوابط العامة التي تخضع لها جميع الصيغ والأدوات، ويضاف إلى ذلك الالتزام بشروط عقد الإستصناع التي نص عليها منشور والي بنك المغرب المتعلق بمنتج الإستصناع وأكدت عليها اللجنة الشرعية للمالية التشاركية، والواردة أيضا في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السابع³⁶⁹ حيث اشترط في الإستصناع ما يلي:

-بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

-أن يحدد فيه الأجل.³⁷⁰

ويبقى الإستصناع الموازي محورا لعدد كبير من النقاشات حول الضوابط الشرعية الحاكمة له، وأساس النقاش هو الاختلاف في توصيف طبيعة البنك الإسلامي هل هو وسيط مالي أم تاجر؟

أي هل وظيفة البنوك الإسلامية مناطحة الأسواق وممارسة الأعمال التجارية والاستثمارية على أوسع نطاق، أم هي الوساطة المالية بين المدخرين والمستثمرين في إطار الضوابط الشرعية؟

وبما أن الإستصناع الموازي أشبه ما يكون بعملية وساطة مالية، لأنه كما يقول منذر القحف: "من صيغ التمويل التي تقوم كلها على مبادرة المستثمر، وليس على مبادرة المصرف بشراء سلعة يقصد بيعها بربح..."³⁷¹، ولذلك فقد اعتبر البعض هذه الممارسة للإستصناع

³⁶⁹ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 7/3/65 بأن عقد الاستصناع الصادر في الدورة 7، ع السابع 1412هـ/1992م، منشور بالموقع الرسمي لمجمع

الفقه الإسلامي الدولي <https://www.iifa-aifi.org/ar/1852.html>، تم الاطلاع عليه بتاريخ 12/06/2021 على الساعة 15:00

³⁷⁰ وهذا ما اكد عليه المشرع المغربي أيضا في منشور والي بنك المغرب رقم 2/2019 المتعلق بعقد الاستصناع

³⁷¹ منذر القحف، حوار حول الوساطة المالية والمصاريف الإسلامية، مقال منشور بمجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، بجدة تم

تحميلها بالموقع الرسمي لجامعة الملك عبد العزيز على الرابط التالي <https://www.kau.edu.sa>، م 10، الصادر بسنة 1421هـ/2001م، ص: 97

تحايلا على الربا³⁷²، والمجال لا يتسع لبحث مسألة البنوك الإسلامية وعلاقتها بالوساطة المالية، ولكن يمكن القول أن عددا كبيرا من العلماء والباحثين أكدوا على ضرورة قيام البنوك الإسلامية بالوساطة المالية واعتبروها مهمتها الأساسية، ودلوا على ذلك بما يلي³⁷³:

-أهمية الوساطة المالية للمجتمع وضرورة وجودها في كل اقتصاد متطور، فلا يمكن أن يكون هناك اقتصاد سليم حقيقي دون وسائط مالية فعالة تزيل مثالب التمويل المباشر، وتساعد على تخصيص العمل وتقسيمه، وكل ذلك يؤدي إلى تنمية ثروات الأمة.³⁷⁴

-ان الحضارة الإسلامية عرفت الوساطة المالية من خلال تطبيق المضاربة، وعندما أجاز الفقهاء للمضارب أن يضارب، واعتبروا عمل هذا المضارب الوسيط مقبولا وجائزا.

-خطورة ممارسة البنوك الإسلامية للأعمال التجارية، وما يترتب عن ذلك من احتكار ومنافسة غير شريفة - بما معها من معلومات وأموال الغير - للتجار ورجال الأعمال الحقيقيين³⁷⁵.

وقد تحدثنا سلفا عن الإستصناع الموازي، وقلنا أن أساس استحقاق البنك التشاركي للربح- من خلال استخدامه لهذه الصيغة - هو الضمان الذي يتحمله، والمخاطرة التي يتعرض لها، ومع ذلك لابد من مراعاة ما يلي في الإستصناع الموازي:

-عدم الربط بين العقدين فيجب أن يكون كل من العقدين منفصلا عن الآخر وغير مبني عليه، فتكون مسؤولية البنك ثابتة قبل المستصنع، ولا شأن للمستصنع -العميل- بالصانع في العقد الثاني، وإذا لم يقم الصانع بالعمل ولم ينجزه في الموعد المحدد فعلى البنك التشاركي أن يتحمل مسؤولية ذلك³⁷⁶.

³⁷² محمد عبدالله الشباني، م س، ص:50 وما بعدها

³⁷³ منذر القحف، حوار حول الوساطة المالية والمصاريف الإسلامية، م س، ص:91 وما بعدها

³⁷⁴ عزيزة علي ندا ندا، م س، ص:95

³⁷⁵ علي السالوس، فقه البيع والإستيثاق والتطبيق المعاصر، مطبعة دار القرآن، القاهرة، طبعة 2004، ص:790

³⁷⁶ هذا فعلا ما تطرق له المشرع المغربي من خلال مواد منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 المتعلق بعقد الاستصناع

-ألا يضرب لتسليم السلعة اجلا بعيدا بغرض إتاحة الفرصة للصانع لينتفع بالتمويل المبكر، فلا بد أن يكون الأجل مناسباً لإنجاز الشيء المستصنع وليس أكثر من ذلك، وإلا يصبح العقد سلماً تطبق عليه أحكامه.³⁷⁷

ثانياً: المعايير والضوابط الفنية لتمويل العقار بالإستصناع

قلنا سابقاً ان البنوك التشاركية هي مؤسسة مالية تخضع في جميع أنشطتها وعملياتها وتوظيفاتها إلى مراقبة اللجنة الشرعية للمالية التشاركية في الشق المتعلق بمطابقة احكام الشريعة الإسلامية وفي تنظيمها الى والي بنك المغرب، وهي إلى جانب ذلك مطالبة بتنمية أموالها وتحقيق ربحية مناسبة تسمح لها بالاستمرار في أنشطتها، وتوزيع عوائد للمستثمرين عن إبداعاتهم وتعمل على تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في المغرب، ونجاح أي بنك تشاركي يتحقق بمدى قدرة الموظفين العاملين فيه بين المزوجة بين الغرضين: الالتزام بالشرع وتحقيق أهداف البنك.

ولذلك كان من اللازم وجود ضوابط ومعايير فنية بنكية -إضافة إلى المعايير الشرعية التي رأيناها اعلاه - تلتزم بها البنوك التشاركية في عملياتها التمويلية إجمالاً وفي الإستصناع على وجه الخصوص تسمح لها بتحقيق مستوى جيد من الكفاءة وحسن الإدارة لعملياتها التمويلية للمشاريع العقارية، وهذه المعايير والضوابط الفنية لا تختص بها البنوك الإسلامية بل هي مستفادة- في خطوطها العريضة - من عمل البنوك التقليدية وأهم تلك المعايير والضوابط مايلي³⁷⁸:

³⁷⁷ احمد بلخير، م س، ص:54 وما بعدها

³⁷⁸ ينظر في ذلك:

-عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، م س، ص:187 وما بعدها

-مصطفى كامل طایل، القرار الاستثماري في البنوك الإسلامية، مطابع غباشي، طنطا، طبعة 1999، ص:16 وما بعدها

-محسن احمد الخضير، البنوك الإسلامية، انترناك للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة 3 1999، ص:215-243

-سيد الهواري، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية: الاستثمار، ج السادس، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية 1982، ص:308-392

- معيار شخصية المتعامل

البنك بصفة عامة في تعامله بالإستصناع يتعامل مع طرفين:

أ: المستصنع أو طالب التمويل بالإستصناع الذي سيستفيد من العملية ويديرها ويلتزم بشروطها.

ب: الصانع الذي سينفذ العملية وينجز المشروع عمليا وتقنيا، ولذلك يجب أن تكون معرفة المصرف بمن يتعامل معهم معرفة وثيقة ودقيقة توفر لعمليات التمويل الإسلامي سياجا من الأمان، وهو أمر يقتضي أن تقدم هذه العمليات إلى عميل أمين ذكي يتمكن من الوفاء بالتزاماته العملية أو المالية في المواعيد المحددة دون حدوث اضطراب في دولا ب عمله، وللوصول إلى هذا الأمان لابد من جمع البيانات الكافية عن المتعاملين مع البنك.

-معيار كفاءة العميل

وهذا المعيار أساسي ولا بد من مراعاته في طرفي عقد الإستصناع والإستصناع الموازي ويلخص العرف البنكي هذا المعيار في أربعة عوامل وهي اخلاق العميل والكفاءة ورأسمال والظروف المحيطة بالعمل.³⁷⁹

-معيار الضمانات المناسبة

علاقة البنك بالمستصنع علاقة دائن بمدين، وعلى ذلك فإن للبنك أن يطلب ما يراه مناسباً من ضمانات لسداد الدين، ومن الواجب على البنك ألا يركز على مسألة الضمانات المادية لكي لا يكون التمويل حقا خالصا لفئة الأغنياء القادرين على تقديم الضمانات المادية، فعلى البنوك التشاركية أن تغلب المعايير الأخرى على معيار الضمانات المادية وهذا ما يجعلها في مستوى الأهداف التي وجدت من أجلها.³⁸⁰

³⁷⁹ مصطفى كمال السيد طاهل، م س، ص: 34

³⁸⁰ جمال الدين عطية، م س، ص: 188

-معيار الجدوى الاقتصادية

من المتصور ألا يقدم البنك على تمويل مشروع عقاري بواسطة الإستصناع، أو بغير ذلك من الأدوات التمويلية قبل التأكد من سلامة المشروع اقتصاديا وماليا واجتماعيا أي قدرة هذا المشروع على إعطاء مردود اقتصادي واجتماعي ذي فائدة للمنشأة (طالبة التمويل) بالنسبة للاقتصاد والبيئة المحيطة بالمشروع، ويتحقق ذلك بإعداد ما يعرف بدراسة الجدوى الاقتصادية والتي تعتمد على العناصر التالية³⁸¹:

أ: تحليل تجاري: وتتمثل في دراسة السوق لمعرفة مدى تقبله للمصنوع المزمع إنتاجه، والأسلوب المناسب لتسويقه وترويجه.

ب- تحليل فني تقني: أي دراسة الجوانب الفنية والتقنية للمشروع بهدف التأكد من إمكانية تنفيذه عمليا، ويتم ذلك بتحديد الاحتياجات اللازمة للمشروع، والتحقق من توافرها وبيان هذه الاحتياجات في شكل مالي.

ج- تحليل مالي: وهو يهدف إلى دراسة مقدرة المشروع على تحقيق دخل يكفي لتغطية تكاليف ومصاريف الصنع، بالإضافة إلى رصيد الإهتلاكات³⁸²، ويبقى بعد ذلك عائد مقبول على رأس المال المستثمر في المشروع.

د- تحليل اقتصادي اجتماعي: والهدف من ذلك بحث مدى مساهمة المشروع في الاقتصاد الوطني، فقد قام الاقتصاد على فكرة تعظيم الربح، وجعل من ربحية المشروع قاصرة على ربحيته التجارية وتعظيم عوائده النقدية.

وقد برز اتجاه حديث في الاقتصاد الغربي يرمي إلى الاهتمام بالربحية الاجتماعية للمشروع بالإضافة إلى ربحيته التجارية، وهذا الاتجاه تبناه الاقتصاد الإسلامي انطلاقا من

³⁸¹ احمد بلخير، م س، ص:57 وما بعدها

³⁸² هي عبارة عن تكلفة من تكاليف الإنتاج مقابل النقص الفعلي في قيمة الأصول الثابتة نتيجة إستعمالها أو مضي المدة أو ظهور منتجات حديثة تقلل من القيمة الإنتاجية لهذه الأصول.

مبادئ الإسلام التي تقوم على العدالة الاجتماعية، وتقديم المصلحة العامة على الخاصة، وترشيد الموارد وكفاءة استخدامها³⁸³.

وعلى هذا الأساس فلا بد من مراعاة الجوانب الربحية الاجتماعية في دراسات الجدوى، أي بيان الآثار التي يحدثها المشروع على مستوى المجتمع.

وبذلك يمكن القول بأن عقد الإستصناع في البنوك التشاركية إذا التزم بالضوابط الشرعية والتنظيمية إضافة الى الضوابط الفنية والخطوات العملية فقد وصل بذلك لأعلى درجات الجودة والاتقان في تقديمه للعملاء.

المطلب الثاني: الخطوات العملية في عملية تمويل العقار بالإستصناع

تتعامل البنوك الإسلامية بتمويل مختلف المشاريع العقارية بصيغة الإستصناع وذلك من خلال اتخاذ البنك لإحدى الصفات التي سبق وان تناولها في المطلب الأول من هذا المبحث.

ففي حالة قيام البنك بدور المشتري -المستصنع-، فهو يمارس هذه الصيغة لتمويل عملائه بصفتهم جهات صانعة يوفر لهم الموارد المالية اللازمة عبر شراء منتجاتهم الصناعية.

ويمكن كذلك للبنك في تعامله مع عملائه من الافراد والشركات أن يلعب دور الصانع في عقد الإستصناع.

وقد وضعت مجموعة من الضوابط الشرعية والفنية- سبق الحديث عنها- وحددت لها مجموعة من الإجراءات العملية التي تعارفت عليها مختلف البنوك الإسلامية العربية والغربية³⁸⁴ يجب الالتزام بها عند التنفيذ، وهي في عموميتها إجراءات تتبعها بنك اليسر المغربي-وكالة المختار السوسي تيزنيت- في ابرام عقد الإستصناع المقترن ببيع المرابحة، إضافة الى

³⁸³ عزيزة علي ندى ندى، م س، ص:97 وما بعدها

³⁸⁴ انظر في ذلك عز الدين محمد خوجة، عمليات التمويل الإسلامي- مادة علمية تطبيقية معتمدة ومتوافقة مع شهادة المصرفي الإسلامي المعتمد، منشورات المجموعة الكاملة للبنوك والمعاملات المالية الإسلامية التابع للمجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، ص:114 وما بعدها

الخطوات التنفيذية التي تشترك فيها جميع البنوك التشاركية المغربية في جميع المنتجات التي تقدمها للتمويل العقاري.³⁸⁵

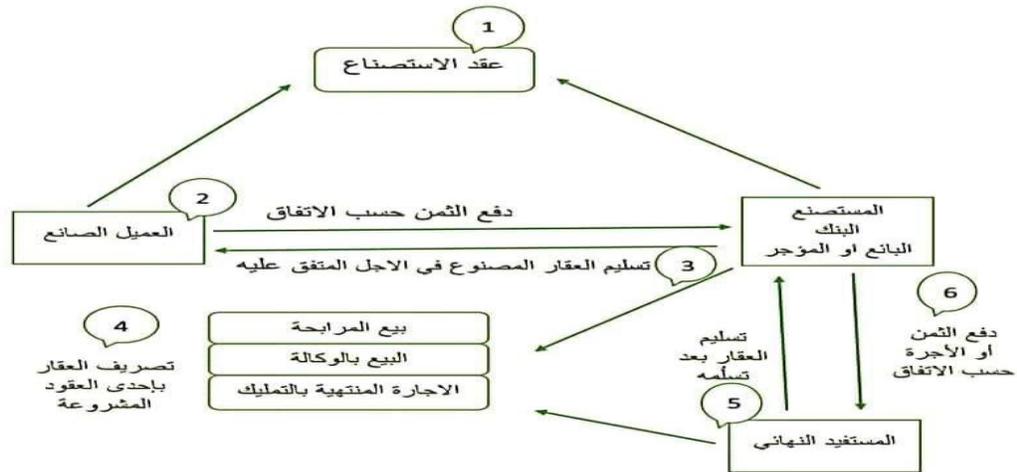
ونسنستعرض مجمل الخطوات العملية لإبرام عقد الإستصناع معززة بالأشكال التوضيحية في تنفيذه، من خلال تخصيص (الفقرة الأولى) لإبرام عقد الإستصناع العقاري المستقل، ثم في (الفقرة الثانية) لإبرام عقد الإستصناع العقاري الموازي.

الفقرة الأولى: إبرام عقد الإستصناع العقاري المستقل

يتميز هذا العقد ببساطته ومرونته وخلوه من أي تعقيدات، وذلك لكون البنك يعتبر فيه مستصنعا وطالبا من الصانع تمكينه من صنع عقار معين، قصد إعادة بيعه وفق الطرق المتاحة.

ومن التصرفات الممكنة في هذا الخصوص قيام البنك بالبحث عن مشتري للسلعة بالثمن الذي يتفق عليه في حينه أو عن طريق بيع المرابحة أو البيع بالوكالة أو البحث عن مستأجر للأصل الذي تم تصنيعه بأسلوب -الاجارة المنتهية بالتمليك-.³⁸⁶

³⁸⁵ هذه الخطوات التنفيذية عبارة عن تقديم الطلب من قبل العميل وبعد ذلك تتم دراسته من طرف البنك التشاركي وما يستتبعها من إجراءات أخرى سيتم التفصيل فيها في المتن.
³⁸⁶ خطاطة تبين هذه التصرفات التي يمكن للبنك اجراءها:



عمليات الاستصناع العقاري التي يجريها البنك الإسلامي باعتباره مستصنعا

وعليه سنكتفي في دراسة هذه الفقرة عن اهم الخطوات التي يتم اعمالها في ابرام عقد الإستصناع المستقل، من خلال تناول الإستصناع العقاري المقترن بتوكيل الصانع ببيع المصنوع في المحور الأول (أولاً)، ثم الى الإستصناع العقاري المقترن ببيع المرابحة في المحور الموالي (ثانياً).

أولاً: الإستصناع العقاري المقترن بتوكيل الصانع ببيع العقار المصنوع

في هذه الحالة يدخل البنك في عملية الإستصناع العقاري بصفته مستصنعا لتمويل عملية الصانع مع التفاهم الجانبي معه بعقد وكالة مستقلة لتسويق العين المصنوعة وبيعها للغير بعد التمكن من تسلمها.

وقد يكون هذا التوكيل مجانياً، أو بأجر مقطوع، أو بنسبة من ثمن البيع، كما يمكن أن يعطى لهذا الوكيل حوافز إضافية زيادة عن الأجر المحدد وذلك بتوكيله ببيع بسعر أدنى يتضمن ربح محدد للبنك، ومنحه ما زاد عن ذلك السعر الأدنى أو اشراكه في تلك الزيادة بنسبة محددة يتفق عليها.

ويشترط أن يكون هذا التوكيل منفصلاً عن عقد الإستصناع³⁸⁷، وتسمى هذه الصيغة عقد الإستصناع المقترن بتوكيل الصانع.

وقد أضافت بعض الفتاوى المعاصرة جواز أن يقدم الصانع -الوكيل- وعدا إلى البنك بأن يشتري منه كل ما يتبقى من المواد غير المباعة في موعد محدد، وذلك بسعر يتم الإتفاق عليه في الوعد، أو بالقيمة السوقية حين وقوع الشراء.³⁸⁸

³⁸⁷ المعيار الشرعي رقم 11 منشور بالموقع الرسمي جامع الكتب الإسلامي <https://ketabonline.com/ar/books/> تم الاطلاع عليه بتاريخ 10/06/2021 على الساعة 18:00

³⁸⁸ عبدالستار ابوعدة وعز الدين خوجة، فتاوى الهيئة الشرعية للبركة- فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة لقطاع الأموال بمجموعة دلة البركة، منشورات مجموعة دلة البركة- الأمانة العامة للهيئة الشرعية الموحدة- قطاع الأموال شركة البركة للاستثمار والتنمية، دون ذكر المطبعة، الطبعة الثانية 2003، ص:195

والخطوات التنفيذية لهذه الصيغة تكون على الشكل التالي³⁸⁹:

1- يتقدم العميل بطلب تمويله من خلال شراء البنك لكمية محددة من سلعة ذات مواصفات محددة يقوم العميل الصانع بصنعها، وبعد موافقة البنك³⁹⁰ يتم ابرام عقد الإستصناع مع تحديد كيفية دفع البنك لثمن عقد الإستصناع وتاريخ تسليم الشيء المصنوع من العميل -الصانع-.

2- يقوم البنك بتوكيل عميله الصانع ببيع الشيء المصنوع بعد التمكن من تسلمه، وذلك إلى عملاء الصانع أو من يتعامل معهم لصالح البنك، ويكون عقد الوكالة هذا مستقلا عن عقد الإستصناع، ويحدد فيها إن كان التوكيل مجانا أو بأجر محدد معلوم يتفق عليه الطرفين.

3- يقوم البنك بدفع ثمن المصنوع المشتراة بعقد الإستصناع لعميله الصانع في التواريخ المتفق عليها.

4- بعد اتمام العميل صنع العين المصنوعة المطلوبة وتمكن البنك من قبضها في التاريخ المتفق عليه، يقوم العميل بصفته وكيعلا عن البنك بالبحث عن مشتري لشيء المصنوع و ابرام عقد بيع نيابة عن البنك بالسعر المتفق عليها الذي يقبله البنك، وإذا لم يتمكن الوكيل من بيعها فإن المصنوع يبقى في ملكية ومسؤولية البنك.

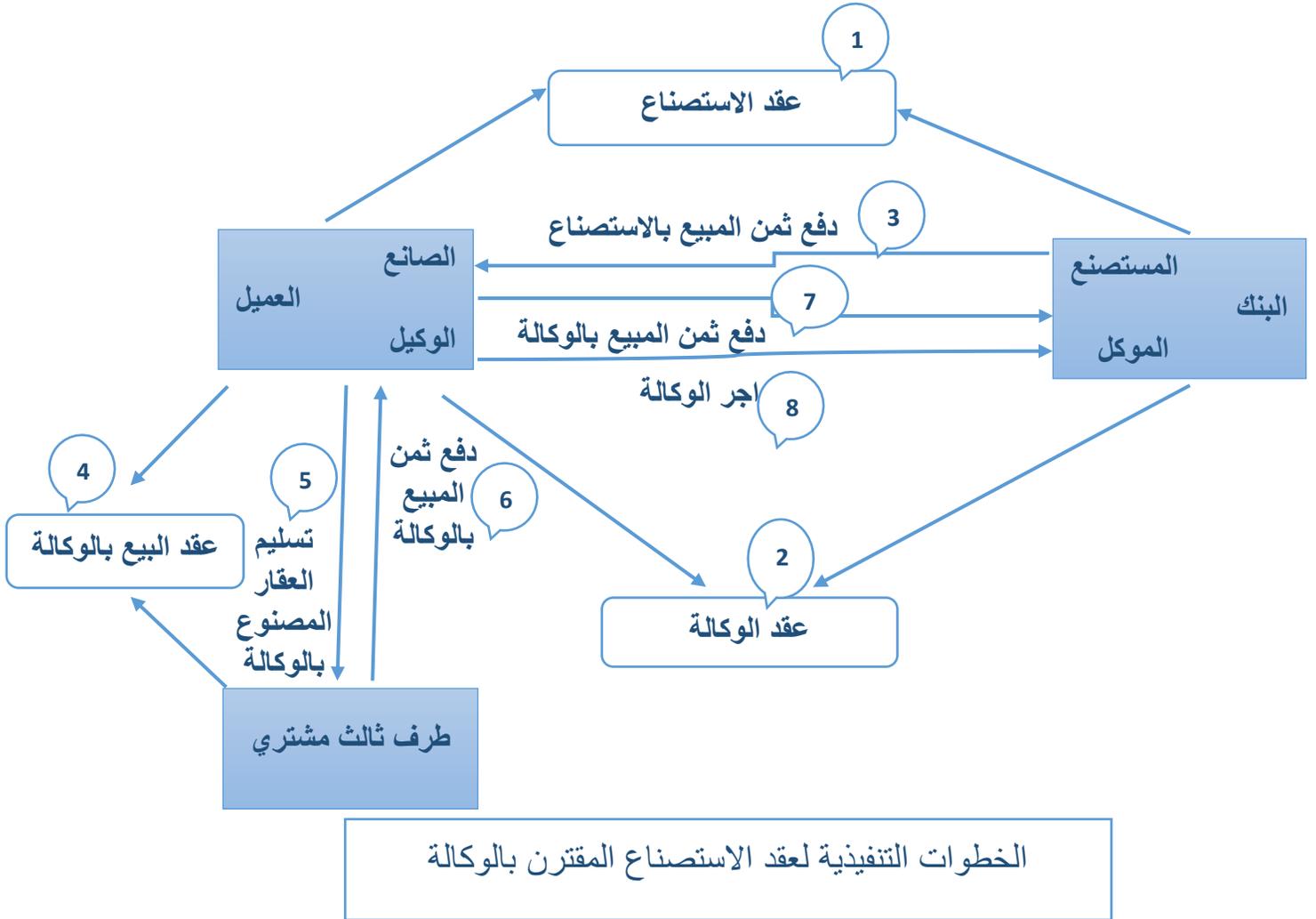
5-6- يسلم العميل الوكيل المصنوع للطرف الثالث بصفته مشتري لها، ويقبض ثمن السلعة المباعة بالوكالة الذي يكون أعلى من ثمن المصنوع المدفوع من البنك بموجب عقد الإستصناع.

7- يسدد العميل الوكيل للبنك ما قبضه من ثمن بيع المصنوع بموجب عقد الوكالة معه، ويحقق البنك بهذا ربحه الناتج عن الفرق بين ثمن السلعة المدفوع في عقد الإستصناع و ثمن بيعها للطرف الثالث.

³⁸⁹ عز الدين محمد خوجة، م س، ص:126

³⁹⁰ قيل ان يوافق البنك يقوم بدراسة معمقة للوضعية المادية للعميل من الاجل الاطمئنان على قدرته على أداء الأقساط التي سيتم الاتفاق عليها. انظر في ذلك عبد المهيم حمزة، دور التمويلات البنكية البديلة في تعويض قروض الاستهلاك بفائدة-دراسة في منتوجي الاجارة والمرابحة-، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، ع مزدوج 2 و 3، ابريل/ أكتوبر 2012، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2012، ص:31

8- يدفع البنك لعميله الوكيل الأجر المحدد المتفق عليه مقابل قيامه ببيع المصنوع.



ثانيا: الإستصناع العقاري المقترن ببيع المراجعة العقارية

في هذه الحالة لا يدخل البنك في عملية الإستصناع العقاري الا بعد أن يحصل على وعد مسبق بشراء العين المصنوعة من طرف شخص ثالث.³⁹¹

³⁹¹ أجاز المشرع المغربي من خلال المادة 11 من منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/2017 في فقرتها الثانية على إمكانية اجراء وعد احادي بالشراء من طرف العميل بمجرد ان تمتلك المؤسسة العين.

ويستطيع البنك من خلال وجود هذا الوعد أن يقلل من مخاطر العملية ويضمن تصريف العين المصنعة بعد التمكن من قبضها.

وعادة ما تستخدم هذه الصيغة عندما يمتلك العميل الصانع رغبات مؤكدة بشراء المصنوع من جهة مستفيدة غير قادرة على الدفع المقدم للثمن، فيتوجه هذا الصانع إلى البنك لبيعه العين المصنوعة بالإستصناع ويحصل على دفعات معجلة من البنك، كما أنه يقوم في نفس الوقت بتيسير العلاقة بين البنك والمستفيد المحتاج النهائي للعقار موضوع الإستصناع الذي يقدم وعدا بالشراء للبنك.

وتسمى هذه الصيغة عقد الإستصناع المقترن ببيع المرابحة للواعد بالشراء حيث يتم إبرام عقد بيع المرابحة في نهاية المعاملة بعد تسلم البنك للعقار المصنوع.

وتمر هذه الصيغة عبر خطوات هامة تتمثل فيما يلي³⁹²:

يتقدم العميل بطلب تمويله من خلال شراء البنك لكمية محددة من سلعة ذات مواصفات محددة يقوم العميل الصانع بصنعها، كما يعبر في ذات الوقت عن وجود مشتريين لهم رغبات مؤكدة لشراء تلك السلعة بالأجل بعد أن يمتلكها البنك في صيغتها النهائية، وعلى إثر دراسة هذا الطلب والموافقة عليه يحصل البنك على وعد بشراء السلعة من طرف ثالث.

يبرم البنك عقد الإستصناع مع عميله الصانع لشراء المصنوع بذات المواصفات المحددة، ويتفق على كيفية دفع البنك للثمن وتاريخ تسليم العين المصنوعة من العميل الصانع.

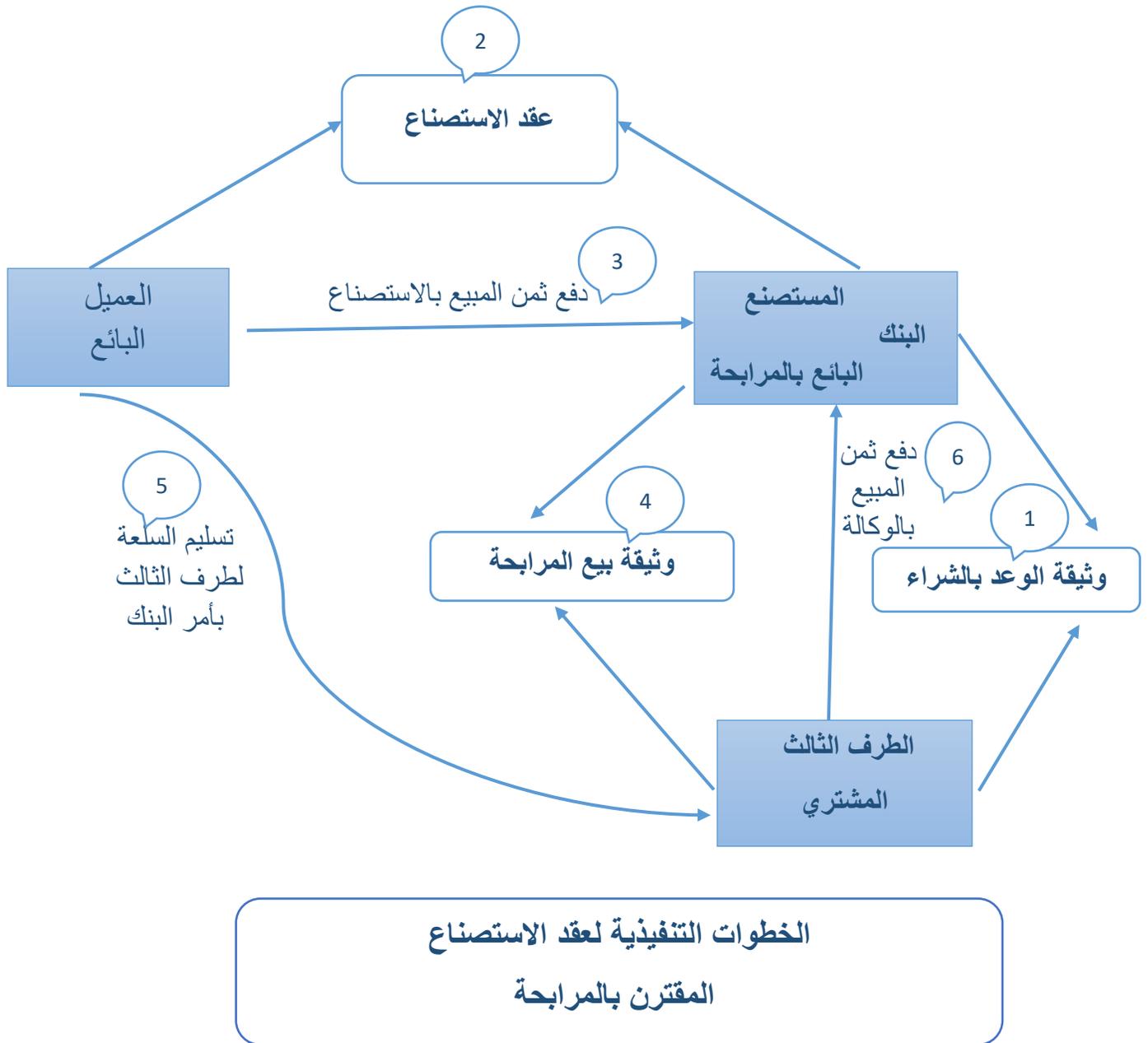
يقوم البنك بدفع ثمن الشيء المصنوع المشتراة بعقد الإستصناع لعميله الصانع في التواريخ المتفق عليها.

بعد اتمام العميل صنع العين المطلوبة وتمكن البنك من قبضها في التاريخ المتفق عليه، يقوم البنك بإبرام عقد بيع المرابحة مع الطرف الثالث الواعد بالشراء.

³⁹² عز الدين محمد خوجة، م س، ص: 128

يفوض البنك عميله الصانع بتسليم السلعة المصنوعة إلى المشتري النهائي بالمرابحة وهو الطرف الثالث.

يسدد العميل المشتري بالمرابحة ثمن السلعة المتفق عليه في الأجل المقررة في عقد البيع، ويحقق البنك بهذا ربحه الناتج عن الفرق بين ثمن العين المصنوعة المدفوع في عقد الإستصناع و ثمن بيعها للطرف الثالث بالمرابحة.



الفقرة الثانية: ابرام عقد الإستصناع العقاري الموازي

ان الإستصناع العقاري الموازي هو نظير السلم الموازي وتعمل به البنوك الإسلامية³⁹³، حيث يمكن للبنك في تعامله مع عملائه من الافراد والشركات أن يلعب دور الصانع في عقد الإستصناع، في هذه الحالة يتخذ تعامله شكل الإستصناع الموازي.

وتبعاً لذلك سنتناول في البداية (أولاً) الإستصناع العقاري المقترن باستصناع موازي باعتبار البنك فيه يحمل صفة المستصنع، ثم بعدها في المحور الموالي (ثانياً) سنتحدث فيه عن الحالة التي يحمل فيها البنك صفة الصانع.

أولاً: الإستصناع العقاري المقترن باستصناع موازي - البنك مستصنعا

في هذه الحالة يدخل البنك في عملية استصناع بصفته مستصنعا لتمويل عميله الصانع، ثم يلجأ إلى ابرام عقد استصناع موازي مع طرف آخر يلتزم فيه البنك بصنع العين المطلوبة بنفس مواصفات العينة المصنوعة التي اشترها في العقد الأول، ويكون ذلك إلى أجل أبعد من أجل الإستصناع الأول.

ويشترط في هذه الصيغة عدم الربط بين العقدين³⁹⁴ حتى لا تفضي المعاملة إلى بيعتين في بيعة المنهي عنه³⁹⁵، ولكي لا تتحول كذلك إلى مجرد اقتراض ربوي³⁹⁶، و يجوز للبنك تفويض المشتري الفعلي في تسلم العين المصنوعة والتأكد من مطابقتها للمواصفات المطلوبة،

³⁹³ أسامة محمد الصلابي، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة في المجال المصرفي، منشور بمكتبة كلية الاداب، جامعة قارونس، ليبيا، دون ذكر الطبعة، ص:18

³⁹⁴ المعيار الشرعي رقم 11 منشور بالموقع الرسمي جامع الكتب الإسلامي <https://ketabonline.com/ar/books/> تم الاطلاع عليه بتاريخ 11/06/2021، على الساعة 8:00

³⁹⁵ نفس الشيء الذي اكد عليه المشرع في المادة 69-13 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/2019 حيث ورد فيه مايلي: " اذا ابرمت المؤسسة عقداً لاستصناع موازي مع طرف ثالث من اجل صناعة أو شراء الشيء موضوع عقد الاستصناع لبيعه للعميل، يعتبر هذا العقد وعقد الاستصناع وثيقتين منفصلتين"، ومضمون هذه المادة يتمشى مع احكام فقه المعاملات المالية الإسلامية.

³⁹⁶ عبدالستار ابوغدة وعز الدين خوجة، م س، ص:193

ولكن لا يكون كل طرف مسؤولاً إلا أمام الطرف الذي تعاقد معه، وسيأتي تفصيل الخطوات التنفيذية للإستصناع الموازي في المحور الثاني الذي يتخذ فيها البنك صفة الصانع.

ثانياً: الإستصناع العقاري المقترن بإستصناع موازي - البنك صانعا

يمكن للبنك في تعامله مع عملائه من الأفراد والشركات أن يلعب دور الصانع في عقد الإستصناع، وذلك في حالات عديدة منها قيام البنك بشراء قطع أراضي مناسبة وإنشاء بيوتا ومباني عليها يبيعها بطريق الإستصناع لمن يرغب من عملائه طبقاً للتقاسيم والأوصاف المطلوبة وتسليمها جاهزة بالثمن المتفق عليه.³⁹⁷

كما يمكن للبنك أيضاً استخدام عقد الإستصناع بصفته صانعا في حالة إقامة المباني على أرض مملوكة لعميله المستصنع³⁹⁸، وذلك على اعتبار أن المستصنع فيه هو المباني الموصوفة وليس المكان المعين.³⁹⁹

وتطبق هذه الصيغة كذلك عند توجه العملاء للبنك لشراء منتجات صناعية ذات مواصفات محددة بثمن مؤجل لعدم قدرتهم توفير الأموال اللازمة حالاً.

ففي هذه الحالات يقوم البنك بتمويل عملائه بصفتهم جهات مستصنعة، وهو الجهة الصانعة.

ويمكن للبنك هنا أن يقوم بإنتاج المباني المطلوبة سواء من خلال ما يمتلكه من شركات ومصانع تابعة له بالكامل أو مستثمر في جزء من رأسمالها.

³⁹⁷ مصطفى الزرقا، م س، ص: 43

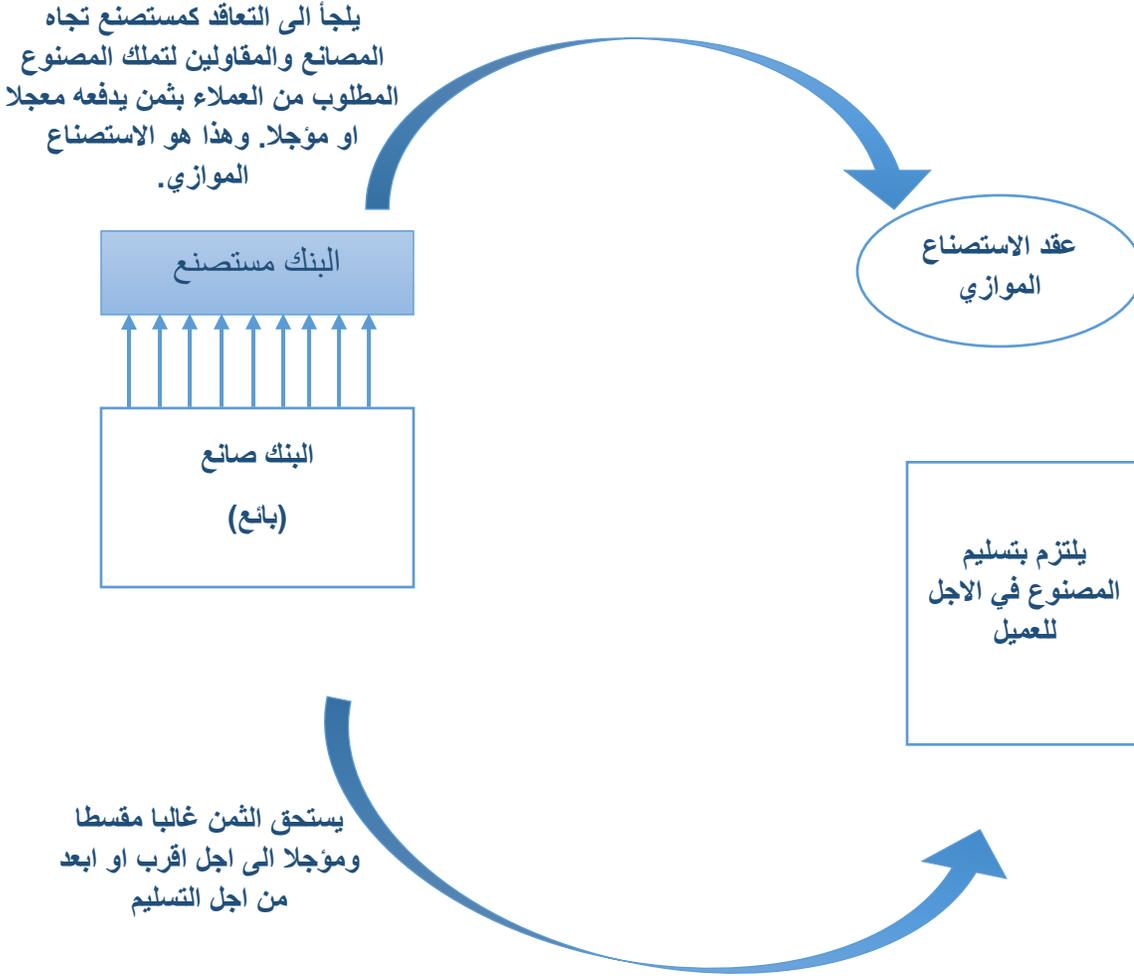
³⁹⁸ فتوى الهيئة الشرعية لبنك عن الاستصناع، منشورات فتاوى هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لمنتجات بيت التمويل الكويتي- البحرين، باقي البيانات

غير مذكورة، ص: 26

³⁹⁹ المعيار الشرعي رقم 11 منشور بالموقع الرسمي جامع الكتب الإسلامي <https://ketabonline.com/ar/books/> تم الاطلاع عليه بتاريخ

11/06/2021 على الساعة 12:00

كما يمكن للبنك وهو الغالب الأعم أن يقوم بإبرام عقد استصناع موازي مع صانع لهذه السلعة على نفس الكمية والمواصفات المطلوبة في عقد الإستصناع الأول ويلعب البنك في العقد الثاني دور المستصنع تجاه المقاول أو الصانع النهائي.⁴⁰⁰



400 انظر في ذلك:

قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 129 (3/14) الصادر في الدورة 14، المنعقدة بتاريخ 13 ذو القعدة 1423هـ/ الموافق ل 16 يناير 2003م، منشور بالموقع الرسمي لمجمع الفقه الإسلامي الدولي <https://www.iifa-aifi.org/ar/1852.html>، تم الاطلاع عليه بتاريخ 14/06/2021 على الساعة 17:00.

فتوى الهيئة الشرعية لبيتك عن الاستصناع، م س، ص:26 المعيار الشرعي رقم 11، م س

ويشترط أن تتم هذه الصيغة التي تسمى الإستصناع المقترن باستصناع موازي من خلال ابرام البنك لعقدين منفصلين: أحدهما مع العميل يكون فيه البنك صانعا، والآخر مع الصانع النهائي يكون فيه البنك مستصنعا.

ويحقق البنك ربحه عن طريق اختلاف الثمن في العقدین لكون أحدهما حالا -وهو الذي مع المقاول أو الصانع النهائي-، والثاني مؤجلا -وهو الذي مع العميل-، كما يراعى في هذه المعاملة تقدم موعد تسلم السلعة المصنعة من الصانع النهائي على موعد تسليمها للمستصنع العميل.

وقد أجازت المعايير الشرعية بأن يجري البنك بصفته صانعا عقد استصناع مع عميل بثمن مؤجل كما فعل المشرع المغربي أيضا في الفقرة الثانية من المادة 69-5 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 حيث أجاز للأطراف الاتفاق على تأجيل الثمن، ويتعاقد مع صانع أو مقاول للشراء منه بالإستصناع الموازي لمصنوعات أو مبان بنفس المواصفات بثمن حال، بشرط عدم الربط بين العقدین⁴⁰¹ كما اشترطت المعايير الشرعية أن يتحمل البنك نتيجة ابرمه عقد استصناع بصفته صانعا تبعات المالك ونفقات الصيانة والتأمين قبل التسليم إلى العميل المستصنع، ولا يحق للبنك أن يحول التزاماته مع العميل إلى الصانع في عقد الإستصناع الموازي.⁴⁰²

وفي جميع الحالات، لا يجوز الربط بين عقد الإستصناع والإستصناع الموازي، ولا يجوز التحلل في التسليم من أحدهما إذا لم يقع التسليم في الآخر، وكذلك التأخير أو الزيادة في التكاليف، ولا مانع من اشتراط شروط مماثلة أو مختلفة في العقدین.⁴⁰³

⁴⁰¹ نفس المقتضى أكد عليه المشرع المغربي. يُنظر في ذلك المادة 69-13 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019
⁴⁰² المعيار الشرعي رقم 11 منشور بالموقع الرسمي جامع الكتب الإسلامي <https://ketabonline.com/ar/books/> تم الاطلاع عليه بتاريخ

11/06/2021 على الساعة 13:00

⁴⁰³ المعيار الشرعي رقم 11، م س

والخطوات التنفيذية لصيغة الإستصناع والإستصناع الموازي⁴⁰⁴ سواء اتخذ فيها البنك صفة الصانع او المستصنع تمر عبر المراحل التالية⁴⁰⁵:

يتقدم العميل للبنك معبرا عن رغبته في شراء مبان ذات مواصفات محددة مع عدم قدرته على توفير التمويل اللازم، ويطلب من البنك تمويله من خلال ابرام عقد استصناع يلتزم البنك بموجبه تقديم المبيع المصنوع في الأجل المتفق عليه على أن يدفع العميل المستصنع الثمن في آجال مستقبلية محددة، ويتم ابرام عقد استصناع على هذا الأساس.

يتعاقد البنك مع مقاول أو صانع نهائي للشراء منه بعقد الإستصناع الموازي مبان بنفس المواصفات بثمن حال أو آجاله أقرب من الآجال الممنوحة للعميل المستصنع، ويتفق البنك مع الصانع النهائي في الإستصناع الموازي على الثمن الذي يكون أقل من ثمن عقد الإستصناع الأول حتى يتمكن البنك من تحقيق ربحه، كما يتفق مع الصانع النهائي على تسليمه العين المصنوعة في أجل محدد يكون أقرب من الأجل المقرر للعميل المستصنع حتى يتمكن البنك من تنفيذ التسليم المطلوب منه في الآجال المتفق عليه.

يقوم البنك بدفع الثمن المتفق عليه للصانع النهائي بموجب عقد الإستصناع الموازي.

كما يقوم البنك بتوكيل عميله المستصنع للإشراف على التنفيذ على الصانع النهائي بعقد توكيل مستقل، ويمكن أن يكون هذا التوكيل لأي جهة فنية متخصصة أخرى يرى فائدة في الاستعانة بخبرتها.

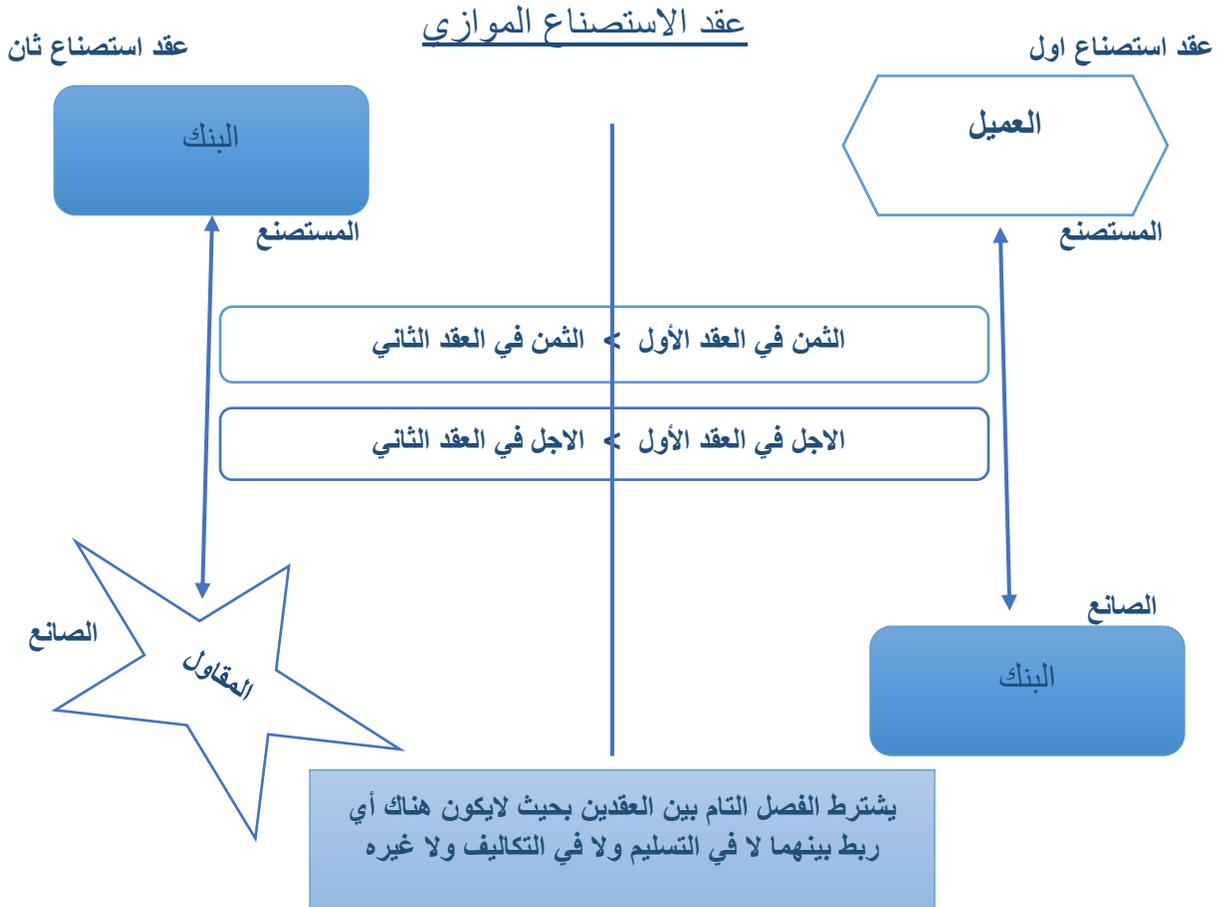
وتسليم المصنوع من الصانع النهائي إلى البنك المستصنع الذي يسلمها بدوره للعميل المستصنع أو تفويض البنك بتسليم المصنوع مباشرة من الصانع النهائي إلى العميل المستصنع.

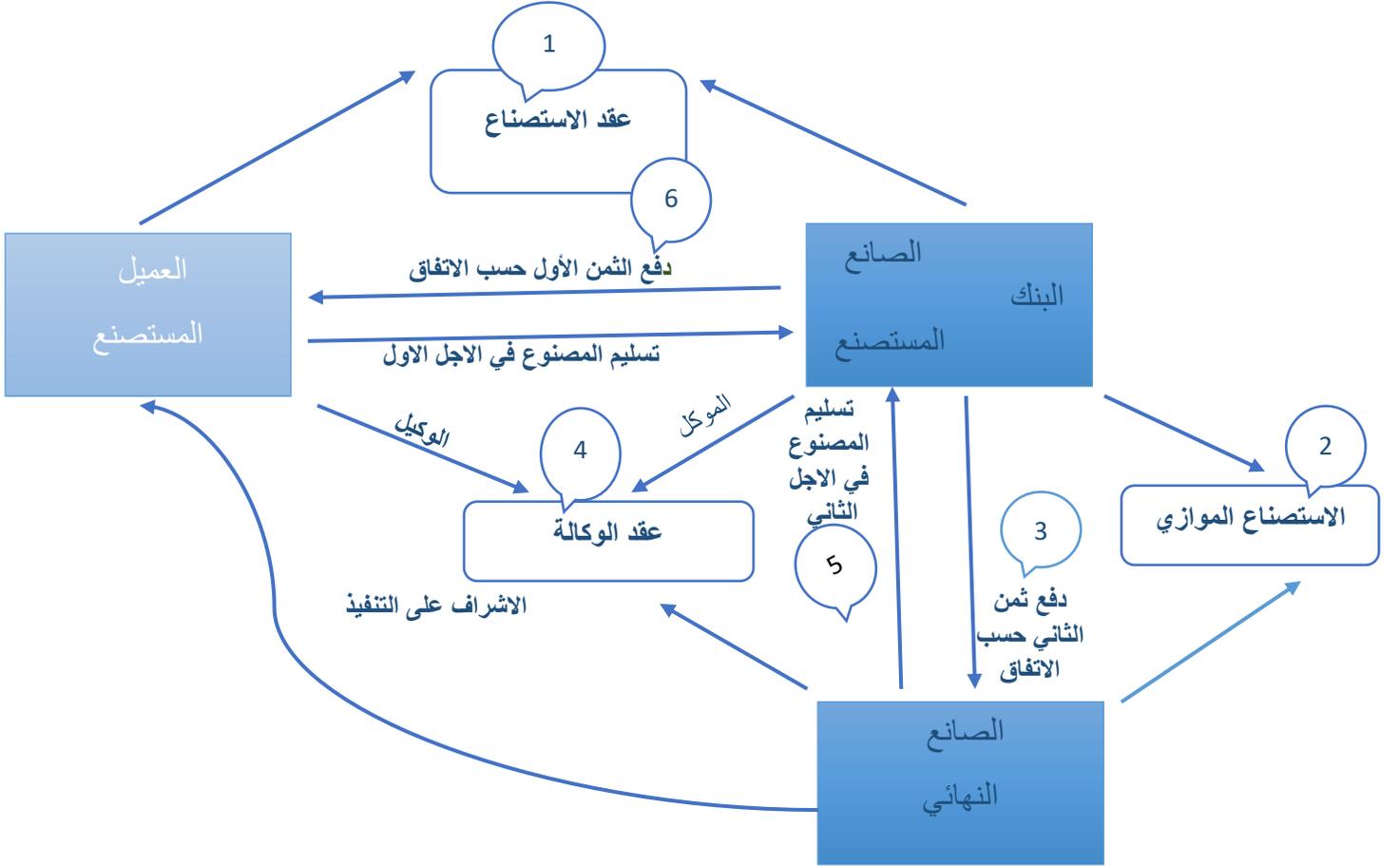
⁴⁰⁴ المستندات اللازمة لهذه الصيغة:

- عقد الاستصناع الأول: البنك صانعا (الخطوة الأولى)
- عقد الاستصناع الموازي: البنك مستصنعا (الخطوة الثانية)
- عقد وكالة للإشراف على التنفيذ البنك موكلا (الخطوة الخامسة)

⁴⁰⁵ عز الدين محمد خوجة، م س، ص:132

ثم يحصل البنك على المبالغ المستحقة من العميل -المستصنع- في الأجل الممنوحة له والمتفق عليها في عقد الإستصناع الأول.





الثمن الأول في عقد الاستصناع الأول (أكبر من) الثمن الثاني في عقد الاستصناع الموازي----- تحقق ربح للبنك
 الاجل الأول في عقد الاستصناع الأول (أبعد من) الاجل الثاني في عقد الاستصناع الموازي----- إمكانية تسليم السلعة

خطاظة للخطوات العملية لتنفيذ عقد الاستصناع المقترن باستصناع موازي
 -البنك بصفته صانعا-

المبحث الثاني: مخاطر وضمانات تمويل العقار بالإستصناع

يتميز عمل البنوك التشاركية بخصائص ذاتية نابعة من طبيعة عمله تجعله قادرا على مواجهة المخاطر⁴⁰⁶ والميل الى الاستقرار، كون أساليب عمله تقوم على الأصول الحقيقية لا الوهمية، الا أنه لا يخلو من المخاطر التي قد تعترض سبيله.

والمخاطرة هي احتمالية تعرض المؤسسة المالية الإسلامية الى خسائر غير متوقعة وغير مخطط لها أو تذبذب العائد المتوقع عن استثمار معين، أما إدارة المخاطر فهي عبارة عن منهج للتعامل معها عن طريق توقع الخسائر العارضة المحتملة وفرض ضمانات تقلل من إمكانية حدوث الخسارة.⁴⁰⁷

وتتعدد المخاطر المرتبطة بتوظيف عقد الإستصناع العقاري كأداة تمويلية للمشاريع العقارية في البنوك الإسلامية، وذلك لخصوصيته من حيث تعدد أطراف المتدخلين في عملية الإستصناع العقاري، وانعدام محل الإستصناع حال التعاقد، وامتداد اجله في حالات كثيرة - تمويل متوسط، تمويل طويل الاجل-، واعتماد البنك على مقاولين من الباطن لتنفيذ التزامه كصانع.⁴⁰⁸

وتبقى درجة المخاطر المتعلقة بمنتج الإستصناع العقاري، وكذا الإجراءات المتخذة للتقليل منها، راجعة الى الضمانات التي اتخذها البنك احتياطا لمواجهة مختلف أنواع المخاطر التي تدور بعملية تمويل العقار بالإستصناع.

⁴⁰⁶ صرح لنا المشرف الإداري لوكالة امنية بنك بتيزنيت ان نسبة المخاطرة-الائتمانية- في عملية تمويل العقار-السكن- في البنوك التشاركية بإحدى المنتجات التي تقدمها بالنسبة لموظفي القطاع العام تكون فيها قليلة جدا، في حين انه عند الخواص بما فيهم التجار وذو المهن المستقلة نسبة المخاطرة لديهم تكون واردة ومحتملة الوقوع. مقابلة شفوية تم اجراؤها بتاريخ 02/06/2021 على الساعة 10:00 صباحا

⁴⁰⁷ محمد محمود المكاوي، التمويل بالمرابحة في البنوك الإسلامية، دار الفكر والقانون، طبعة الاولى 2015، ص:415

⁴⁰⁸ Micheal j t Mcmillen, Islamic Sharih-Compliant Projet financing: Collateral Security and Financing Structure Case Studies, voir le lien de site suivant <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol24/iss4/6/>, la date d'entrée au site web est le 16/06/2021 à l'heure 10:00

وسنسلط الضوء على مخاطر تمويل العقار بالإستصناع في إطار (المطلب الأول)، على ان نخصص جزء من هذه الدراسة لضمانات المعتمدة كإحتياط لتدبير هذه المخاطر في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مخاطر تمويل العقار بالإستصناع

بالرغم من ان عقد الإستصناع العقاري من اسهل الصيغ القابلة للتطبيق⁴⁰⁹ وكأداة تمويلية في البنوك الإسلامية عامة، إلا انه لا يخلو من المخاطر التي تحقق به بالنظر لخصوصيته، وهي مخاطر ناشئة عن احتمال عدم وفاء احد طرفي العقد- الصانع والمستصنع- بالالتزامات المتفق عليها⁴¹⁰، وكذلك إمكانية امتداد اجله زمنا طويلا في كثير من الحالات كما هو في التمويل المتوسط والطويل الاجل⁴¹¹، حيث تبقى فيه التزامات الأطراف المتعاقدة أو بعضهم قائمة لمدة طويلة من الوقت من ناحية الزمن، كما ان هناك عامل اخر قد يزيد من احتمال حدوث مخاطر في هذا العقد وهو تغيير الظروف المحيطة بالعملية التمويلية.

ومجمل هذه المخاطر يمكن تقسيمها لمخاطر لها ارتباط بالبنك (الفقرة الأولى)، ومخاطر لها ارتباط بالعميل والمصنوع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المخاطر المرتبطة بالبنك

يمكن تصنيف المخاطر التي تواجه بشكل عام المؤسسات المالية الإسلامية عند تمويلها لإحدى المشاريع العقارية عن طريق الإستصناع، الى مخاطر مالية لها ارتباط بأصول

⁴⁰⁹ عز الدين محمد خوجة، م س، ص:116

⁴¹⁰ طارق الله خان وحبيب احمد، إدارة المخاطر- تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية، منشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، مكتبة الملك فهد الوطنية، جدة، المملكة العربية السعودية، 2003، ص:69 وما بعدها

⁴¹¹ بالنسبة للأجال فقد وضعت وكالة امنية بنك في عملية تمويل العقار الاجل القصير الذي حددته في 5 سنوات والاجل الطويل في 25 سنة بالنسبة لموظفي القطاع العام، و20 سنة بالنسبة للعاملين في القطاع الخاص والتجار.

وخصوم البنك (أولاً)، وأخرى غير مالية والمتعلقة بتقديم الخدمات المصرفية، ومصدرها ناتجة عن عدة عوامل (ثانياً).

أولاً: المخاطر المالية للإستصناع العقاري

تتمثل المخاطر المالية لعملية تمويل العقار بالإستصناع في مخاطر الائتمان (أ) ومخاطر السوق (ب)⁴¹²، وهذه المخاطر عبارة عن الخسائر المحتملة التي تعترض البنك الاسلامي.⁴¹³

أ: مخاطر الائتمان

وهي المخاطر الناشئة عن احتمال عدم وفاء أحد الأطراف بالتزاماته وفقاً لما تم الاتفاق عليه، وهذا يقود الى حدوث هبوط غير متوقع في مجمل التدفقات النقدية نتيجة تخلف طرف عن الدفع.⁴¹⁴

وباعتبار عملية تمويل العقار عن طريق ابرام عقد الإستصناع بيعاً موصوفاً في الذمة اشترط فيه الصنع، ذو مواصفات محددة ودقيقة، وبثمن متفق عليه بين الطرفين، قد يكون مؤجلاً أو مقسطاً حسب شروط العقد المتفق عليها.⁴¹⁵

ولذلك فإن التمويل بصيغة الإستصناع، لكونه نوع من البيوع الخاصة، له خصائص محددة وفي أجل متفق عليه يولد مجموعة من المخاطر الائتمانية، التي تتمثل بالأساس في ماطلة الصانع في الوفاء بالتزاماته، وذلك عن طريق عدم التزامه بتسليم المبيع موضوع العقد في وقته، أو عدم الأخذ بعين الاعتبار للمواصفات المحددة في المصنوع والأجال المتفق عليها، وذلك تطبيقاً لمقتضيات البند الثاني

⁴¹² الأخضر لقيطي وحزمة غربي، إدارة المخاطر في البنوك الإسلامية -دراسة ميدانية-، محور المداخلة في الملتقى " أسس وقواعد النظرية المالية الإسلامية المنظم بجامعة سطيف، باقي البيانات غير مذكورة، ص:7

⁴¹³ فضل عبد الكريم محمد، إدارة المخاطر وتحديات المصاريف الإسلامية، دراسة لبعض التطبيقات المعاصرة من التجربة السودانية والسعودية خلال الفترة 1999-2003م، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الفلسفة في الاقتصاد، كلية الدراسات الاقتصادية والاجتماعية، جامعة الخرطوم، السودان،

العام الدراسي 1428هـ/2007م، ص:51

⁴¹⁴ أحمد بلخير، م، س، ص:59

⁴¹⁵ يُنظر في ذلك المواد 1-69 الى 5-69 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/2019

المادة 69-6 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 مع ترتيب الآثار المترتبة عن التماطل وهنا تنشأ مخاطر سداد الدين.

وفي هذه الحالة التي يتأجل فيها المصنوع فإن قيمته تبقى غير معروفة في نهاية العقد فيكون العائد منها غير مضمون، حيث هناك احتمال الذي وردناه سلفا المتمثل في عدم قيام الصانع بتسليم السلعة في الموعد المتفق عليه، وحتى عند تسليم العين المصنوعة تبقى حالة التأكد بسبب ما قد يحدث من عدم قبول المشتري-المستصنع- للمصنوع لعيب فيه أو عدم تسديده لالتزاماته المالية.⁴¹⁶

من خلال ذلك يتبين أن المخاطر الائتمانية تتمثل في عدم قدرة المستصنع والصانع معا في الوفاء بالتزاماتهما، وخصوصا المستصنع الذي يلتزم بأداء ثمن الشيء المصنوع وفق الكيفيات المحددة سابقا في العقد، وكذلك الصانع الذي يمكن أن يتماطل في تسليم الشيء المصنوع وعدم قدرته على تنفيذ وتسليم المصنوع طبقا لبنود العقد.⁴¹⁷

ويمكن أن تشمل كذلك المخاطر الائتمانية آخر مرحلة في عقد الإستصناع العقاري، وهي مرحلة استلام العقار المصنوع وتسليمه للعميل النهائي وتحصيل الثمن طبقا للعقد في الإستصناع الموازي، ويرجع ذلك إلى عدم استلام المصنوع في موعد استلامه من المقاول، لتسليمه الى المستصنع في الموعد المتفق عليه، أو عدم مطابقة المصنوع للمواصفات المطلوبة من المستصنع.⁴¹⁸

ومن بين المخاطر الائتمانية المرتبطة بالعملاء، والتي يمكن ان نستشفها من مقتضيات المادة 9-69 من منشور والي بنك المغرب المتعلق بمنتج الإستصناع وهي استرداد المستصنع الثمن الذي كان قد دفعه، كما أنه له الحق في أن يطالب الصانع بتعويض الضرر الفعلي المثبت

⁴¹⁶ مقالاتي خولة، إدارة مخاطر صيغ التمويل في المصاريف الإسلامية -حالة بنك البركة الجزائري-، مذكرة مكملة ضمن منكبات نيل شهادة الماستر، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلم التسيير، جامعة ام البواقي، الجزائر، السنة الجامعية 2014/2015، ص:33

⁴¹⁷ احمد شوقي سليمان، المخاطر المحيطة بصيغة الإستصناع وكيفية الحد منها -حالة عملية-، بحث منشور بمجلة الإقتصاد الإسلامي العالمية الصادرة عن المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية العدد 59، شعبان 1438، أبريل 2017، ص:84

⁴¹⁸ الحبيب بن باير و نجيب الله حاكمي، ادارة المخاطر المالية للاستصناع وضمانات تطبيقه في المصاريف الإسلامية عبر بناء محفظة استثمارية مثلي-حالة مصرف البركة-،مجلة اقتصاديات المال والاعمال JFBE، دجنبر 2017، ص:154

الذي لحق به، حيث أن تمام العقد حسب القواعد العامة هو النتيجة النهائية لكل العقود، فقد يفسخ العقد لتخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزاماته أو بإرادة الأطراف المتعاقدة.

إن فمجمال المخاطر المتعلقة بالائتمان هي المخاطر التي تنجم عن اخلال العملاء سواء كان - صانعا ام مستصنعا- بالتزاماتهم وذلك عن استحقاق هذه الائتزامات، أو بعد ذلك، أو عن طريق عدم السداد حسب الشروط المتفق عليها في عقد الإستصناع بمعنى أن هذه المخاطر مرتبطة بالطرف المقابل في العقد من حيث قدرته على الوفاء بالتزاماته في الموعد المحدد والمتفق عليه.

كما تجدر الاشارة في ذات السياق الى أن مخاطر السيولة تندرج بدورها ضمن مخاطر الائتمان، وذلك على اعتبار أن السيولة من اختصاص المؤسسة البنكية، وتنشأ هذه المخاطر عندما تكون السيولة عاجزة عن سد متطلبات التشغيل، وكذا عن قدرة البنك على الوفاء بالتزاماته في موعدها، مما يؤثر ذلك على ثقة الزبناء في المؤسسة البنكية.⁴¹⁹

وهي - أي مخاطر السيولة- يمكن أن تتعرض لها عملية التمويل بالإستصناع بوصفها من أدوات التمويلية المتوسطة والطويلة الاجل.

ويحتمل فيها مواجهة البنك لإشكالية توفير الأموال اللازمة لمقابلة التزاماتها -متطلباتها المستحقة-⁴²⁰ أي عدم قدرة البنك على الوفاء بالتزاماته عندما تستحق الأداء من خلال توفير الأموال اللازمة لذلك دون تحمل خسائر غير مقبولة⁴²¹، تنشأ نتيجة لعجز البنك في مواجهة احتياجات عملائه من السيولة في الاجل القصير.

⁴¹⁹ يوسف حمومي، مخاطر العمل البنكي دراسة مقارنة بين البنوك التقليدية والبنوك التشاركية، مقال منشور بمجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، ع 49، سنة 2016، ص:58 وما بعدها

⁴²⁰ عبد الكريم قندوزي، التحوط وإدارة المخاطر بالمؤسسات المالية الإسلامية، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة حسيبة بن علي، الشلف، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2012، ص:47

⁴²¹ موسى عمر مبارك أبو محيبيد، مخاطر صيغ التمويل الإسلامي وعلاقتها بمعيار كفاية رأس مال للمصارف الإسلامية من خلال معيار بازل 2، أطروحة لنيل الدكتوراه، تخصص المصاريف الإسلامية، كلية العلوم المالية والمصرفية، الاكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، التابعة لجامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، السنة الجامعية 1429-2008م، ص:20

وعموما تظهر مشكلة السيولة عندما تنخفض التدفقات النقدية للمؤسسة المالية التشاركية فجأة وتصبح غير قادرة على استقطاب الموارد بتكلفة مقبولة، وبأسلوب يتماشى مع تعاليم الشريعة الإسلامية، وهذا الوضع يجعل الأمر صعبا لا تستطيع معه المؤسسة المالية أن تفي بالتزاماتها عندما تحين أجالها وأن تمنح تمويلا للفرص الاستثمارية الجديدة لتمويل الإسلامي. وبذلك تتمثل مخاطر السيولة في عدم توفر السيولة الكافية لمتطلبات التشغيل أو للوفاء بالتزامات المؤسسة، وتكون هذه المخاطر أكثر شدة في المؤسسات المالية التشاركية نظرا للأسباب التالية⁴²²:

-القروض بفوائد لا تجوز في الشريعة الاسلامية ولذلك لا تستطيع هذه المؤسسات أن تقترض أموالا بفائدة لمقابلة متطلبات السيولة عند الحاجة.

-لا تستطيع بيع الديون مبدئيا إلا بقيمتها الاسمية ولهذا لا يتوفر للمؤسسات المالية التشاركية خيار جلب موارد مالية ببيع أصول تقوم على الدين.

-عدم قيام البنوك المركزية بدور المقرض لهذه المؤسسات كما هو الحال بالنسبة للبنوك التقليدية، ولا بد من التنويه هنا أنه على البنوك المركزية العمل على تطوير أدواتها ووسائلها لتقوم بدور المقرض الأخير للمؤسسات التشاركية بطرق توافق الشريعة الإسلامية.

وأنه إذا كان للبنوك التقليدية الحق للجوء إلى عملية الاقتراض بفائدة لمواجهة متطلبات السيولة عند الضرورة، فإن البنوك التشاركية لا يسري عليها هذا الاجراء على اعتبار أن الفائدة محرمة في المعاملات المالية الإسلامية مما يتعذر عليه اللجوء على بنك المغرب للحصول على السيولة عند الحاجة، ولتجاوز هذه المخاطر المتعلقة بالسيولة فإن المشرع

⁴²² طهراوي أسماء، إدارة المخاطر في البنوك الإسلامية دراسة قياسية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، تخصص مالية ومؤسسة، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2014/2013، ص:31

المغربي حاول تجاوز هذا الإشكال المتعلق بضمان الودائع من خلال المادة 67 من قانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها.⁴²³

كما قد تحدث مخاطر الثقة بأن تحرق البنوك العقود التي بينها وبين المتعاملين معها، وعلى سبيل المثال، قد لا يستطيع البنك الالتزام الكامل بالمتطلبات الشرعية لمختلف العقود، فإن عدم الوفاء بذلك أو عدم رغبتها يمكن ان يؤدي الى مشكلة انعدام الثقة.⁴²⁴

ب: مخاطر السوق

وتسمى المخاطر التجارية أو مخاطر تقلبات الأسعار، وتشير الى الآثار المحتملة على القيمة الاقتصادية للموجود نتيجة للتقلبات السلبية في الأسعار، ففي الإستصناع العقاري تتعلق مخاطر السوق حين يتم التعاقد على أساس بناء عقار معين بمواد بناء أساسية لكن قد يحدث ان ترتفع قيمة هذه المواد فجأة، المشرع تدخل في هذه الحالة وقلل من حدة هذا الخطر بمقتضى المادة 69-12 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/ 2019⁴²⁵، و قد يبقى هذا الخطر قائما في حالة عدم الاتفاق على تحمل المصاريف الإضافية التي قد تُفرض في عملية الإستصناع، مما ينتج عنه قيام البنك التشاركي على تحمل هذه الاعباء.

ومن بين أبرز مخاطر السوق التي قد تواجه سير عمل البنوك التشاركية في تطبيقاتها لعملية التمويل العقاري عن طريق إبرام عقد الإستصناع، وهي تنشأ الشك وعدم التأكد الذي يتعلق بالتغيرات في أسعار ومعدلات السوق، بما في ذلك أسعار الفائدة وأسعار حقوق

⁴²³ تنص المادة 67 من القانون 103.12 على مايلي: "يحدث صندوق يسمى "صندوق ضمان ودائع البنوك التشاركية" لتعويض المودعين لدى البنوك التشاركية وذلك في حالة عدم توفر ودائعهم أو جميع الأموال الأخرى القابلة للإرجاع.

علاوة على ذلك يجوز لهذا الصندوق، على وجه الاحتياط والاستثناء، أن يقدم لبنك تشاركي في وضعية صعبة وفي حدود موارده، مساعدات قابلة للإرجاع أو يأخذ مساهمة في رأس ماله".

⁴²⁴ طارق الله خان وحبيب احمد، م س، ص: 67

⁴²⁵ ورد في المادة 69-12 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/ 2019 مايلي: "يجوز ان ينص في عقد -الإستصناع- على انه في حالة ما اذا ارتفعت تكلفة المصنوع نتيجة تكاليف إضافية تم فرضها بموجب القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، فإن المصنوع هو الذي يتحمل هذه التكاليف. وفي حالة تخفيضها فإن المصنوع يحق له الاستفادة من هذه التخفيضات".

المساهمين وسعر الصرف الأجنبي وأسعار السلع وكذا الارتباطات فيما بينها ومستوى تقلبها ومخاطر السلع.⁴²⁶

وتعتبر كذلك مخاطر السوق بمثابة كل التغييرات في قيمة السندات والصكوك السوق التي قد تواجهها البنوك التشاركية على أنها تلك المخاطر التي تنشأ في سوق النقد نتيجة لتقلبات أسعار الصرف العملات، ومن البديهي أن يتبادر إلى ذهننا أن البنوك التشاركية لا يمكن أن تتعرض لمخاطر سعر الصرف لأن معاملاتها البنكية مرتكزة على المعاملات الإسلامية، لكن في عقد الإستصناع يمكن تبرير هذا الوضع عن طريق استعمال البنوك التشاركية لمبدأ

⁴²⁶ عبد الكريم السوداني، م س، ص: 109

اللايبور 427 كمرجعية في تحولاتها البنكية لذا فإن كل ارتفاع في الأسعار يكون له تأثير مباشر على البنوك التشاركية. 428

427 مؤشر الليبور كما عرفه الدكتور سامر قنطجعي: "نظام الليبور هو المؤشر الرئيسي الذي تستخدمه البنوك الربوية ومؤسسات الائتمان والمستثمرون لتثبيت تكلفة الاقتراض في أسواق المال في جميع أنحاء العالم، وكلمة Libor هي اختصار لمعدل الفائدة المعروض من قبل مصرف لندن، ويستخدم الليبور لحساب معدلات الفائدة الربوية المطبقة في قطاع كبير من العقود والقروض والتبادل التجاري على المدى القصير. انظر في ذلك سامر قنطجعي، كتاب معيار قياس أداء المعاملات المالية الإسلامية بدلاً عن مؤشر الفائدة، باقي البيانات غير مذكورة، ص: 26

ونظام الليبور نظام معتمد لدى البنوك الربوية في العالم العربي، ومع الأسف الشديد أن بعض البنوك الإسلامية قد انزلت في هذا المنزلق الربوي الخطير، فصارت تربط أرباح بيعها بنظام الليبور، فتكون الأرباح التي يحصل عليها البنك الإسلامي غير ثابتة، بل متغيرة مع تغير عدد الأشهر والأيام، ولا يتم البت بمقدار الربح عند توقيع عقد البيع، بل تُسجل مع نهاية كل شهر عند دفع القسط المستحق، بعد تسويتها مع نظام الليبور أو أكثر أو أقل.

وتطبيقات هذا النظام كثير في بيع المراجعة للامر بالشراء، حيث جاء في الضوابط الشرعية لهيئة الرقابة الشرعية لبنك البلاد السعودي-مصرف إسلامي- ما يلي: "للبنك أن يُفصح عن ثمن السلعة، وربحها في بيع المراجعة للامر بالشراء على أن يكون الثمن الإجمالي للسلعة محددًا ومعلومًا للطرفين عند التوقيع على عقد البيع.

ولا يجوز بأي حال أن يربط تحديد الثمن أو الربح بأمر مستقبلي مثل مؤشر الليبور أو السييور. ولا مانع من ذكر مؤشر من المؤشرات المعروفة في مرحلة الوعد للاستئناس به في تحديد نسبة الربح، على أن يكون الربح محددًا، ولا يبقى الربح مرتبطًا بالمؤشر أو بالزمن."

ولا بد من توضيح ما ورد في الضوابط السابقة بخصوص الاسترشاد بمؤشر الليبور في مرحلة المواعدة في عقد المراجعة، وليس في مرحلة العقد، فمن المعلوم أن المواعدة في المراجعة تكون قبل عقد بيع المراجعة، ولا تعتبر عقد بيع، وبالتالي لا مانع شرعاً من الاسترشاد بمؤشر الليبور في هذه المرحلة، كمؤشر لتحديد نسبة الربح في البنوك الإسلامية في بيع المراجعة للامر بالشراء وغيره من معاملاتها فلا يوجد في الشريعة بحسب ما نعلم- طريقة لحساب الربح، والمعول في المعاملات هو على صيغة العقد لا على طريقة الحساب، فإذا كان بيعاً يجب أن يكون مكتمل الأركان تام الشروط خالياً من الربا والغرر والغش والغبن... إلخ، فإذا توفر ذلك فلا أهمية للطريقة التي حسب بها الربح، وهذا يعني أن ربط هامش الربح بأسعار الفائدة مقبول إذا كانت صيغة البيع صحيحة. انظر في ذلك مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد 8، ج 3، ص: 684-683 وانظر أيضا موقع <https://ar.islamway.net/fatwa/41781> تم الاطلاع عليه بتاريخ 2021/06/18 على الساعة 12: 00.

وهناك فرق واضح بين الحالتين السابقتين وهما:

- 1- الاسترشاد بمؤشر الليبور لتحديد نسبة الربح في مرحلة المواعدة في بيع المراجعة للامر بالشراء .
 - 2- ربط الأرباح بمؤشر الليبور فتكون الأرباح غير ثابتة، بل متغيرة مع تغير عدد الأشهر والأيام، وتتم تسويتها مع النسبة العالمية للمؤشر مثل 2% من ليبور، ففي الحالة الأولى لا تعدو العملية عن استرشاد، فلا تؤثر في صحة العقد، بينما في الحالة الثانية يربط الربح بمؤشر الليبور، فيؤدي ذلك إلى جهالة الربح وعدم معلوميته، وهذا يؤدي إلى بطلان عقد المراجعة. لأن من شروط صحة عقد المراجعة أن يكون الربح معلوماً ومحددًا، وربطه بمؤشر الليبور يناقض ذلك حيث يجعله متذبذبًا، فإذا ارتفع مؤشر الليبور ارتفع الربح وإذا انخفض مؤشر الليبور انخفض الربح . وهذا الربط بمؤشر الليبور يحول بيع المراجعة إلى معاملة باطلة، لا شتمالها على غرر فاحش مفسد للعقد .
- إذا تقرر هذا فإن البنوك الإسلامية بحاجة ماسة لاعتماد مؤشرات لقياس الربح بخلاف ما هو معتمد في البنوك الربوية حتى تتميز البنوك الإسلامية في أعمالها عن البنوك الربوية وحتى تتباعد ابتعاداً تاماً عن الشبهات .

وقد أوصى مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الثامن، بالإسراع بإيجاد المؤشر المقبول إسلامياً الذي يكون بديلاً عن مراعاة سعر الفائدة الربوية في تحديد هامش الربح في المعاملات. وقد بُحثت مسألة إيجاد المؤشر المقبول إسلامياً الذي يكون بديلاً عن مراعاة سعر الفائدة الربوية، في عدد من الندوات وكتبت بعض الأبحاث في ذلك، وخرجت بمقترحات جيدة لإيجاد مؤشر شرعي في المعاملات الإسلامية، منها ما قدمه الدكتور سامر قنطجعي من طرق بديلة مقترحة عن مؤشر الليبور:

1- يمكن اللجوء إلى آخر أرباح موزعة (من الممكن اللجوء إلى التوزيعات الربع سنوية) لثمانية مصارف أو مؤسسات مالية إسلامية بأخذ وسطي أقرب رقمين، أو بأخذ وسطها الحسابي.

2- يمكن اللجوء إلى تقديرات ثمانية مصارف أو مؤسسات مالية إسلامية وأخذ وسطي أقرب رقمين.

3- البحث عن سعر التضحية المناسب لكل قطاع من قطاعات العمل واعتبار أقلها هو تكلفة الفرصة البديلة. ولما كان المؤشر هو شكل من أشكال التسعير فإن مؤشر سعر الفائدة هو عبارة عن دليل يسترشد به العاملون في السوق لتسعير أعمالهم من إقراض واقتراض أو في تقييم الاستثمارات و مقارنة ريعها وجدواها .

لذلك فإن تحديد مؤشر الفائدة هو شكل من أشكال التسعير بغض النظر عن مضمونه الشرعي. ويرى ابن تيمية ضرورة التسعير عندما يخشى من الاحتكار بقوله: "إذا امتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامها بقيمة المثل، فيجب أن يلتزموا بما أئتمهم الله به."

أما عن آلية تحقيق ذلك، فيقول ابن تيمية: "ينبغي للإمام أن يجمع وجهه أهل سوق ذلك الشيء، ويحضر غيرهم استظهاراً على صدقهم فيسألهم كيف يشتررون وكيف يبيعون، فيبذلهم إلى ما فيه لهم وللعمامة سداد، حتى يرضوا ولا يجبرون على التسعير" والرضا عامل مهم في زرع الثقة والطمأنينة بين أفراد السوق مما يعني ازدهار ونمو التبادل واستقرار في الأسعار مما يؤدي لحركة تجارية تنعش الدخل، أما العكس أي إكراه البائعين على البيع بسعر معين دون النظر لتكاليه فإنه يؤدي إلى فساد الأسعار وإخفاء الأوقات وإتلاف أموال الناس. انظر في ذلك أبو عمار ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية اصالة ومعاصرة، مكتبة الملك فهد، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية 1432هـ، ص: 278

ففي عقد الإستصناع يمكن أن تنشأ مخاطر سعر الصرف عند تعاقد البنك التشاركي مع عميل أجنبي وكان ثمن العقد بالعملة الأجنبية، وعند حلول أجل السداد ينخفض سعر صرف الأورو أو الدولار مما يؤثر سلبا على ثمن العقد سواء كان زيادة أم نقصانا، لأن الأصل في بيع الإستصناع تحديد ثمن المصنوع طبقا للمادة 69-1 من منشور والي بنك المغرب المتعلق بمنتج الإستصناع، وفي ذلك كان المشرع حريصا على أن يكون الثمن محددًا بدقة، لما نص على تحديد ثمن بيع المصنوع في عقد الإستصناع ووجوب كونه ثابتا ومعلوما لدى الأطراف عن إبرام العقد، طبقا للمادة 69-5 من نفس المنشور، وهو ما قد يخل في نازلة الحال إن كان الثمن معبرا عنه بعملة أجنبية غير العملة المغربية.

ومن بين مخاطر السوق الأخرى، إصدار صكوك الإستصناع باعتبارها أوراقا متساوية القيمة تمثل حصصا شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات يتم إصدارها لاستخدام حويلة الاكتتاب قيمتها في تصنيع سلعة، ويصبح المصنوع مملوكا لحملة الصكوك، وهي جائزة للتداول فقط إن تحولت الديون إلى أعيان، أما إن لم تكن موجودة فإنها تكون في مرتبة صكوك السلم التي لا يجوز تداولها لأنها تكون في مرتبة الدين بالدين.⁴²⁹

ومن صور مخاطر السوق التي تنشأ في عقد الإستصناع، ما أشار اليه المشرع صراحة في المادة 69-6 من نفس المنشور، في حالة عدم مطابقة المصنوع للمواصفات المحددة في العقد، واختار المستصنع فسخ العقد، فيبقى المصنوع بذمة الصانع سواء كان العميل أو البنك التشاركي، فتنشأ مخاطر تسويقية نظرا لعدم قدرة المؤسسة أو العميل على بيع المصنوع

وتلجأ أسواق البورصة حاليا لأمر مشابهة لتحديد أسعار الصرف، أما أسعار الصرف الخاصة بالعملات الأجنبية فيتم تحديدها يوميا من قبل الوسطاء المقبولين أو المعتمدين من قبل البورصة المعنية، أي المصارف بما فيها المصرف المركزي. انظر في ذلك عامر لطفي، البورصة وأسس الاستثمار والتوظيف، شعاع للنشر والعلوم، طبعة 1999، ص: 31

فاين تيمية جمع وجوه أهل السوق وفي البورصة الوسطاء المقبولين، والإمام عند ابن تيمية قابلها المصارف وزاد ابن تيمية عند تحديده للسعر بالمنزلة أي المساومة دون الإكراه .

لذلك يمكن اللجوء إلى إحدى الطرق الثلاث السابقة بعد تكوين هيئة من المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية مهمتها إعداد المعيار، إضافة إلى لجنة إشراف مؤلفة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية وأساتذة جامعيين وممارسين وخبراء من ذوي السمعة والشهرة في عالم الاستثمار، وهي التي ستكافئ الإمام عند ابن تيمية، حيث تستأنس اللجنة بالمعيار المحسوب بإحدى الطرق المذكورة سابقا لمقابلة هيئة المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية في المنزلة والمساومة وصولاً للرضا الذي يحقق مصلحة الطرفين دون إكراه. سامر قنطجي، م س، ص: 32-33

428 حفصة قستان، البيات تدبير مخاطر البنوك التشاركية، رسالة لنيل دبلوم الماستر تخصص المقاولات والقانون، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر اكادير، السنة الجامعية 2017-2018، ص: 10

429 بشر محمد موفق، المعيار الشرعي رقم 17، صكوك الاستثمار، باقي البيانات غير مذكورة، ص: 1-2

المخالف للمواصفات أو انخفاض قيمته السوقية عن القيمة المدفوعة للمقاول في عقد الإستصناع الموازي.⁴³⁰

ثانيا: المخاطر غير المالية للإستصناع العقاري

الى جانب المخاطر المالية، يوجد صنف اخر من المخاطر التي تعترض عمل المؤسسات المالية التشاركية، تحت مسمى المخاطر غير المالية وسنقتصر على ذكر أبرزها والتي تعانيها البنوك الإسلامية عامة، وتتمثل هذه المخاطر في مخاطر تشغيلية (أ) ومخاطر قانونية و شرعية (ب).

أ: مخاطر تشغيلية

تتشأ المخاطر التشغيلية في المؤسسات المالية التشاركية عند تمويلها بصيغة الإستصناع نتيجة الأخطاء البشرية متعمدة أو غير متعمدة، أو فشل الاجراءات الداخلية والأنظمة، أو بسبب عوامل داخلية او خارجية.⁴³¹

وهناك من اعتبرها أخطاء بشرية بسبب عدم الكفاءة والتدريب على أساليب العمل، ومنها الفنية التي تحدث نتيجة لأعطاب أجهزة الاتصالات المختلفة ومنها الأخطاء المتعلقة بالعمليات التي تحدث في المواصفات وعدم الدقة عند تنفيذ عملية التمويل بالإستصناع.⁴³²

كما عرفت اتفاقية بازل الثاني⁴³³ الصادرة عن لجنة الرقابة المصرفية، المخاطر التشغيلية بأنها: "مخاطر تحمل خسائر تنتج عن نجاعة أو فشل العمليات الداخلية، والعنصر البشري والأنظمة والاحداث الخارجة المحيطة بالعملية".

⁴³⁰ عبد الكريم السوداني، م س، ص:110

⁴³¹ دحماني روزة و زرماني وردة، إدارة مخاطر صيغة المرابحة في المصاريف الإسلامية -دراسة حالة بنك البركة الجزائري-، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر اكايمي في علوم اقتصادية، تخصص مالية وإدارة المخاطر، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد البشير الابراهيمي برج بوعريريج، الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016، ص:32

⁴³² فضل عبد الكريم، م س، ص:56

⁴³³ بازل -Basel II، هي الاتفاقية الثانية من اتفاقيات بازل التي أقرتها لجنة بازل للرقابة المصرفية، مثل اتفاق بازل -2 لكفاية رأس المال الشغل الشاغل لرجال المصارف والرقابة والإشراف حول العالم في الوقت الحاضر.

وقد أدى التطور المصرفي والتكنولوجي والأزمات المالية الى ظهور مخاطر تشغيلية

يمكن اجمالها فيما يلي 434:

فهو يشكل فرصة وتحديا في أن بالنسبة لصناعة المصرفية، مع العلم بأن التحديات التي يطرحها لا تقل شأنًا عن الفرص التي يوجدها والجانب الأساسي في هذه الاتفاقية هو كيف تتمكن البنوك من المواكبة والتكيف لثلاثة أنواع أساسية من المخاطر وهي: مخاطر الائتمان و مخاطر السوق والمخاطر التشغيلية بما يضمن المحافظة على مستوى مقبول لرأس المال؟ ان غالبية المخاطر التي تواجهها البنوك التجارية مرتبطة بعناصر الميزانية العمومية متمثلة بشكل أساسي بنشاطات الاقراض والاقتراض Lending and Borrowing أو القيام بوظيفة الوساطة المالية، على الرغم من أن هناك نشاطات تقوم بها هذه البنوك لا تعكسها الميزانية العمومية تكون مصحوبة بمخاطر معينة أن تنجم عنها في حال وقوعها مما يهدد بقاء واستمرار نجاح البنك التجاري فقد اتجهت الكثير من البنوك التجارية في البلدان المتقدمة الى استحداث ادارة مستقلة للمخاطر.

ويمكن أن تواجه البنوك التجارية العديد من المخاطر مثل مخاطر الائتمان، مخاطر السوق، المخاطر التشغيلية، مخاطر السيولة، مخاطر التسويات، مخاطر الرافعة، الأخطار السياسية والأخطار المتعلقة بالسيادة، مخاطر العمليات المصرفية الدولية، مخاطر البنوك الأخرى ذات المصالح المشتركة، المخاطر القانونية. وحيث إن اتفاقية بازل الثانية ركزت على ثلاثة أنواع من المخاطر المشار إليها في أعلاه، في ما يلي اشارة مختصرة لهذه الأنواع الثلاثة:

- مخاطر الائتمان Credit Risk: يعتبر هذا النوع من المخاطر من أكثر الأنواع التي تواجهها البنوك التجارية، ويشير أحد الكتاب إلى أن هذا النوع يمثل 60 % من مجموع المخاطر التي تواجهها هذه البنوك. وتظهر هذه المخاطرة عندما يتخلف المقترض عن سداد القرض في التاريخ المحدد، وهذا يترد الى انخفاض القيمة الحالية للأصول، ويضعف قدرة البنك على الوفاء بالتزاماته المختلفة، والمخاطرة الحقيقية للائتمان تتمثل بانحراف أداء المحفظة عن القيمة المتوقعة. ومن المعروف أن البنوك التجارية غالبا ما تمنح القروض مقابل ضمانات معينة، وبعد مرور فترة من الزمن قد تنخفض قيمتها، وذا يعتبر من المشاكل أو المخاطر التي تواجهها في هذا المجال، وتقليل درجة تأثير هذا النوع من المخاطر من خلال التنوع، لكن لا يمكن ازالته بالكامل بسبب ان جزءاً منها يتخلف عن السداد يكون مرتبطا و متائبا من مخاطر السوق Systematic Risk or Market Risk . وتظهر هذه المخاطرة عندما يحصل هناك تغير في قيمة الأصول نتيجة عوامل اقتصادية مختلفة ولا يمكن تجنب هذا النوع من المخاطر عن طريق التنوع، ويمكن مواجهة الخسائر الناتجة عنه عن طريق التغطية لهذه الخسائر ومخاطرة السوق يمكن أن تأخذ أشكالا متعددة لكن على مستوى البنوك التجارية يمكن أن تظهر نتيجة التقلبات في معدلات الفائدة وقيمة العملات و نتيجة التقلبات في أسعار الأدوات المالية.

فالبنك التجاري من المتوقع أن يتعرض لمخاطرة السوق المرتبطة بأوراق الدين مثل السندات او اتفاقيات سعر الصرف الأجل والأدوات المستقبلية و الخيارات، والبيع و الشراء الانبي للعملة (المبادلة)، والبيع الأجل للتحويل الخارجي.

وبسبب تأثير العوامل الاقتصادية في عمل البنوك التجارية، فإن غالبيتها تحاول تخمين أو تقدير تأثير مخاطر السوق على مستويات الاداء، لذلك تحاول تغطية الخسائر الناجمة عنها، حيث يمكنها تقليل درجة الحساسية للتغير في العوامل التي لا يمكن التحكم بها.

المخاطر التشغيلية: Operational Risk: تظهر هذه المخاطرة نتيجة عدم الدقة في تنفيذ العمليات المختلفة أي ارتكاب الأخطاء، أو فشل أنظمة التشغيل في الاستجابة لتعليمات او قوانين معينة، او نتيجة الخداع أو الاحتيال.

تم تشكيل لجنة بازل في اطار بنك التسويات الدولية للرقابة على البنوك للمرة الأولى في عام 1974 وقد قامت هذه اللجنة بإصدار اتفاقيات كفاية رأسمال في عام 1988، حيث حددت نسبة 8 في المئة كحد ادنى لكفاية رأسمال لمواجهة مخاطر الائتمان في البنوك.

وقد أخذت الدول الصناعية - بشكل عام - بالانصياع إلى هذه القواعد والمعايير العامة التي أخذت بها مختلف الدول خارج الدول الصناعية. ولم تقتصر اللجنة على وضع حدود دنيا لكفاية رأس المال في البنوك، إذ إنها قدرت أن مواجهة المخاطر المصرفية تتطلب مجموعة من القواعد والمبادئ في تنفيذ الرقابة فاصدرت في عام 1997 المبادئ الأساسية للرقابة المصرفية الفعالة واتبعتها في عام 1999 بوضع منهجية للتأكد من تطبيقها.

وخلال التسعينات وخصوصا في نهايتها عند وقوع الأزمة المالية (1997) ظهرت الحاجة الى اعادة النظر في اتفاقية بازل الأولى لكفاية راس المال، وأن الأمر قد يتطلب أكثر من مجرد مواجهة ماطر الائتمان التي يمكن أن يتعرض لها احد البنوك، حيث إن هناك حاجة إلى ضمان استقرار النظام المالي في مجموعه، فضلا عن أن المخاطر التي تواجهها البنوك تتجاوز مجرد مخاطر الائتمان.

ومن هنا بدأ الاعداد لاتفاقية بازل الثانية، حيث مرت بعدة مراحل والبداية كانت عام 2001 بعدما اصدرت لجنة بازل المقترحات الجديدة الخاصة بكفاية رأس المال و استمر الباب مفتوحا لتلقي التعقيبات والملاحظات لتصدر بشكلها النهائي في منتصف عام 2006، على أن يبدأ التطبيق في عام 2007.

ركزت مقررات بازل الأولى على المخاطر الائتمانية والمخاطر السوقية التي تشمل مخاطر تقلبات اسعار الفائدة ومخاطر تقلبات أسعار الصرف ومخاطر تقلبات أسعار عقود السلع والأسهم، في حين في ظل مقررات بازل الثانية تم اعتبار هذين النوعين من المخاطر اضافة الى المخاطر التشغيلية. إن كفاية رأس المال التي تم تحديدها بنسبة 8 % بموجب اتفاقية بازل الأولى يتم احتسابها من خلال قسمة رأس المال المتاح للبنك أو ما يطلق عليه القاعدة الرأسمالية على الموجودات المرجحة أو الموزونة حسب درجة المخاطرة.

=وفيما يتعلق بمقررات بازل الثانية فإنها أبقت على النسبة نفسها و القاعدة الرأسمالية نفسها، الا أن التغيير المهم هو في الأوزان المخصصة لمخاطر الائتمان و مخاطر السوق، اضافة الى المخاطرة الجديدة المضافة وهي المخاطر التشغيلية. انظر في ذلك الموقع الرسمي لبنك التسويات الدولية على الرابط التالي <https://www.bis.org> تم الاطلاع عليه بتاريخ 22/06/2021 على الساعة 8:00

انظر كذلك، مصداق راضية، إدارة المخاطر التشغيلية وفقا لاتفاقية بازل 02 في البنوك التجارية الجزائرية- دراسة حالة بنك الفلاحة والتنمية الريفية، مقال منشور بمجلة الإستراتيجية والتنمية، المجلد 7، ع13، ص: 10 وما بعدها

434 أحلام بوعبدلي وثرثيا سعيد، إدارة المخاطر التشغيلية في البنوك التجارية، دراسة حالة لعينة من البنوك التجارية بالجزائر، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للتنمية الاقتصادية، ع 3، دجنبر 2003، ص: 119

1-مخاطر نظم المعلومات

وتكون ذات صلة بفشل الأجهزة وعدم التوفر على الوسائل لفترة مؤقتة أو طويلة -من مرافق ومعدات وأنظمة معلوماتية وأجهزة فنية- والتي تكون لازمة لأداء المعاملات المعتادة وغيرها من المشاكل الأخرى.

2 - مخاطر العمليات

ترجع إلى عدم الامتثال إلى الإجراءات، والخطأ في تسجيل العمليات والتسويات والتأكدات مثل صرف الشيكات والكمبيالات والائتمان لطرف ثالث، أو التعاقد قبل تغطية الضمان.

3-مخاطر الموظفين

وتنشأ هذه المخاطر نتيجة الموارد البشرية، وتتعلق بالكفاءة والأهلية وتوفر الأخلاق وتكون مرتبطة بالضرورة بالغيابات والاحتيايل الداخلي أو النصب، والتحكم في التطبيقات المصرفية والاختلاس والسرقه، وقد تكون أخطاء غير إرادية وغير مقصودة إلا أنها تكون مكلفة.

4 مخاطر الأحداث الخارجية

وهي الخسائر الناشئة عن أعمال طرف ثالث، فيما يشمل الاحتيايل الخارجي والقرصنة والانترنت المظلم deep web⁴³⁵ وجميع الأضرار التي تصيب الممتلكات والأصول، والخسائر الناتجة عن تغيير أنظمة الحكم السياسية والكوارث الطبيعية.

⁴³⁵ يمكن تعريف الديب ويب أنه عبارة عن عالم خفي لا يخضع لأي شروط ولا لأي رقابة، ولا يمكن تعقبه أو تعقب مستخدميه ويتم استخدامه عادة بطرق سرية وأسماء وهمية وحواسيب لا تتصل بشكل مباشر مع شبكة الإنترنت الطبيعية، حتى يتم الدخول لهذه المواقع أو لعالم الديب ويب عن طريق برامج خاصة تخضع لبروتوكولات معينة غير التي تعمل على الشبكة العنكبوتية. انظر في ذلك عبد الكريم السوداني، م س، ص:112

وفيما يخص البنوك التشاركية في تطبيقاتها المصرفية لقعد الإستصناع فإنها قد تتعرض لمختلف المخاطر التشغيلية التي ذكرناها آنفاً، من خلال⁴³⁶:

-عدم الاستعلام الدقيق عن العميل المستصنع والمقاول.

-عدم تحري الدقة من طرف موظفي المؤسسة عند مراجعة طلب الإستصناع والوصف الدقيق للمصنوع.

-وعدم تحري الدقة، بإغفال بعض المستندات التي قد تظهر عدم قدرة العميل المستصنع على الوفاء بالالتزامات المستحقة في مواعيدها.

ب: مخاطر قانونية وشرعية

تعتبر المخاطر القانونية والشرعية أحد المفاهيم المعاصرة التي ظهرت بشكل كبير بالفترة الأخيرة بعد التطور الذي شهدته المؤسسات المالية الإسلامية على مستوى العالم وتوسيع رقعتها وبداية التركيز المتزايد من القائمين على إدارة هذه المؤسسات المالية- إسلامية تجارية. وعليه سنتناول في البداية المخاطر القانونية التي تتعرض لها عملية الإستصناع في البنوك الإسلامية (1) والى المخاطر الشرعية التي قد تعترضها اثناء القيام بإحدى العمليات (2).

1-المخاطر القانونية

ترتبط هذه المخاطر بعدم وضع العقود المالية موضع التنفيذ، أي أنها ترتبط بالنظام الأساسي والتشريعات والأوامر الرقابية التي تحكم الالتزام بالعقود والصفقات، وربما تكون هذه المخاطر خارجية مثل الضوابط الرقابية التي تؤثر في بعض أنواع الأنشطة التي تمارسها البنوك، كما يمكن أن تكون ذات طبيعة داخلية تمت بصلة الإدارة المصرف ولموظفيه (مثل

⁴³⁶ احمد شوقي سليمان، م س، ص:80

الاحتتيال، عدم الالتزام بالضوابط والقوانين، خطأ في نص العقود، أو تأخر في اتخاذ الإجراءات القانونية أو مخالفة بعضها).

وقد تم اجمال هذه المخاطر التي تتعرض لها المؤسسات الإسلامية عامة في مايلي⁴³⁷:

-المخاطرة الناجمة عن أخطاء في العقود او المستندات او التوثيق.

-المخاطر الناجمة عن عدم فعالية النظام القضائي في بلد ما او فساده.

-المخاطر الناجمة عن التأخر باتخاذ بعض الإجراءات القانونية في مواعيدها الملزمة.

-المخاطر الناجمة عن مخالفة القوانين او الاتفاقيات الملزمة، كمخالفة قوانين مكافحة غسل

الأموال او محاربة الإرهاب، او القوانين المقيدة لتحويل العملات او تداول العملات الأجنبية في بعض الدول.

ومن الممكن ان تكون البنوك الإسلامية أكثر عرضة لهذه المخاطر نظرا لتعدد العقود واعتمادها على صيغ مختلفة لكل منها شروطها وإجراءاتها الخاصة.

وقد تنشأ المخاطر القانونية ايضا لأسباب خاصة، من ضمنها سوء صياغة العقد أو عدم وضوح الصياغة أو تعرضها لعدة تفاسير أو احتمالات متنوعة، أو تعريض الطرف أو الأطراف للمساءلة القانونية أمام المحاكم، أو الاختلاف بين طرفي العقد أثناء تنفيذ العقد وفي أية مرحلة من مراحلها، أو غيرها من الأسباب الظاهرة أو المحتملة الوقوع.

وإذا برزت أو تمت إثارة أي من هذه النقاط يدخل البنك الإسلامي في المخاطر القانونية لأنه قد يعرض على انظار المحكمة وفيها قد يخسر بدلا من أن يربح أو يستفيد بأي شكل من العملية البنكية الإسلامية.

⁴³⁷علي محبوب و علي سنوسي، قياس المخاطر التشغيلية في البنوك التجارية دراسة مقارنة بين البنوك التقليدية والمصاريف الإسلامية باستخدام تقنية مؤشر z-score لقياس الاستقرار المالي بالتطبيق على مصرف السلام الجزائر للفترة الممتدة بين 2016-2017، مقال منشور بمجلة الريادة لاقتصاديات الاعمال، المجلد 6، ع3، يناير 2020، ص:409

2-المخاطر الشرعية

تعتبر المخاطر الشرعية من أبرز المخاطر التي وجب على البنوك التشاركية أن تحتاط من الوقوع فيها عند ممارستها لأنشطتها، وخصوصا في عقد الإستصناع.

ومن أبرز المخاطر الشرعية التي قد يتخللها عقد الإستصناع:

-تحديد الثمن بالتكلفة مع زيادة معلومة، أو عدم معلومية ثمن الإستصناع إمكانية ربط شروط عقد الإستصناع الأول بعقد الإستصناع الموازي أو دمجها في عقد واحد، وهي مخاطر شرعية وقانونية في نفس الوقت.

-عدم الأخذ بعين الاعتبار للرأي بالمطابقة الصادر عن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية بشأن مدى مطابقة مشروع المنشور لأحكام الشريعة الإسلامية.

ومن خلال رأي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية المتعلق بمنتج الإستصناع، نجد أن المخاطر الشرعية قائمة الذات في عقد الإستصناع نظرا لكونه عقدا من البيوع الآجلة والذي فيه شبه كثير بالسلم، وقد خلصت اللجنة من خلال المقترحات المذكورة، إلى " أن الإستصناع كما ورد في مشروع المنشور المعروض على أنظارها عقد بيع خاص، يعتبر من حيث تكييفه الفقهي عقدا مستقلا، يخضع لأحكام وشروط خاصة تميزه عن عقد السلم والإجارة بالنظر لاشتراط الصنعة فيه، وأن ما جاء في المنشور رقم 2/و/2019 مطابق للشريعة الإسلامية".⁴³⁸

ويشير الخطر الشرعي إلى حالة قيام العاملين في المؤسسات المالية الإسلامية بارتكاب مخالفات تجعل من المعاملات أو العقود مخالفة لقواعد الشريعة الإسلامية وتؤدي لاحقا إلى تجنيب الأرباح الناتجة عن العمليات التي وقعت فيها المخالفات وذلك بعد مراجعتها من قسم التدقيق الشرعي وهيئة الرقابة الشرعية مما قد يؤدي لتخفيض الأرباح من جهة والإضرار

⁴³⁸ انظر في ذلك رأي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية رقم 39 المتعلق بمشروع منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019

بسمعتها من جهة أخرى في حال ارتكاب أخطاء شرعية بين العملاء كما يؤدي عدم الالتزام بالمبادئ الشرعية لمجموعة من النتائج منها⁴³⁹:

✓ فقد ثقة المتعاملين وهي الضابط الرئيسي لكافة المعاملات سواء المالية والخدماتية المقدمة.

✓ وضع إدارة المؤسسات في حرج المخالفات نتيجة عدم الاهتمام بتطبيق الضوابط الشرعية.

✓ الإضرار بمصلحة الأطراف المرتبطة بالمؤسسة وبالتأثر في كافة طوائف المجتمع.

✓ الإساءة لسمعة الصناعة المالية الإسلامية والتقليل مما وصلت إليه من نجاحات وتقدم وازدهار.

ونشير في أخير هذه الفقرة ان المشرع وتفاديا منه الوقوع في المخاطر الشرعية ولتجاوزها فقد قام بإحداث الرقابة الشرعية على البنوك التشاركية من خلال الباب الثاني من القسم الثالث من القانون 103.12 في المواد من 62 الى 65 وأطلق عليها اسم هيئة المطابقة⁴⁴⁰. كما ان لكل بنك تشاركي بالمغرب مدقق شرعي⁴⁴¹ يقوم بعملية منظمة لفحص عقود وسجلات المؤسسة وبياناتها وعقودها وكل العمليات التي تقوم بها ومدى مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية قبل عرضها على انظار اللجنة الشرعية للمالية التشاركية⁴⁴².

⁴³⁹ محمد فوزي، تنظيم وإدارة المخاطر الشرعية في الشركات المالية الإسلامية، مقال منشور بالموقع الإلكتروني على الرابط التالي

<https://al-sharq.com> تم الاطلاع عليه بتاريخ 23/06/2021 على الساعة 9:00

⁴⁴⁰ هذه الرقابة يمارسها المجلس العلمي الأعلى- اللجنة الشرعية للمالية التشاركية-

⁴⁴¹ هذه معلومة مقدمة لنا من قبل المسؤول الإداري عن وكالة امنية بنك بتيزنيت.

⁴⁴² يقوم المدقق الشرعي في التمويل بالإستصناع بمايلي:

✓ التأكد من ان النماذج مجازة من هيئة المطابقة.

✓ التأكد من العين الموصوفة في الذمة وليست معينة وتدخلها الصنعة طبعاً.

✓ التأكد من تحديد الثمن وكونه معلوماً ووصف المصنوع بشكل مفصل.

✓ التأكد من كون محل وتاريخ التسليم محدد وان العملية ليست حيلة لتمويل ربوي.

✓ التأكد من ان البنك لم يأخذ من هامش الجدية أكثر من الضرر الفعلي عند النكول في حال كان الوعد ملزم.

لمزيد من الشرح والتوضيح انظر في ذلك يحيى محمد زكرياء، الدليل العملي للمدقق الشرعي في المصاريف الإسلامية، بحث لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي في معهد الدعوة الجامعي للدراسات الإسلامية، جامعة كاي، الصومال، السنة الجامعية 2010، الطبعة الأولى 2019، ص:204 وما بعدها

الفقرة الثانية: المخاطر المرتبطة بالعميل والمصنوع

تتعدد المخاطر المرتبطة بالعميل والمصنوع والمتعلقة بتنفيذ عقد الإستصناع بسبب خصوصيته من حيث تعدد أطرافه، وانعدام العين المصنوعة وقت التعاقد، وإمكانية امتداد أثره زمنا طويلا، مما يزيد من احتمال حدوث مخاطر لها ارتباط بالمستصنع والشئ محل الصنع بسبب تغير الظروف المحيطة بالعقد كما كانت عند التعاقد.⁴⁴³

وتبعا لذلك سنتناول في البداية المخاطر المتعلقة بالعميل (أولا)، والمخاطر المرتبطة بالمصنوع في (ثانيا).

أولا: المخاطر المتعلقة بالعميل

قد تصدر عن العميل – غالبا يتخذ صفة المستصنع- أفعال وتصرفات التي قد تؤثر على نتائج عملية التمويل بالإستصناع، والتي يمكن اعتبارها من بين المخاطر التي تهدد مستقبل هذه الصيغة التمويلية ومنها خطر عدم الالتزام الأخلاقي اذ يعد عدم الالتزام الأخلاقي من اكثر المخاطر التي قد تعاني منها صيغة الإستصناع، وقد ذكر بعض الفقهاء حالات عملية لواقع الإستصناع داخل البنوك الإسلامية السودانية، وانتهى في دراسته الى ان المعطيات التي تعطى في البداية عند التمويل تكون ناقصة، حيث يمكن ان تؤثر سلبا على المشروع، وهذا ما يظهر خطر عدم الالتزام الأخلاقي على التمويل بالاستصناع في البنوك الإسلامية.⁴⁴⁴

ومن اهم المخاطر التي قد تعطل عملية الإستصناع عجز العميل -المستصنع- عن السداد، معنى فشله في السداد بالكامل في الموعد المتفق عليه مع البنك التشاركي.⁴⁴⁵

⁴⁴³ فاطمة ايت الغازي، عقد الاستصناع بين التأصيل الشرعي والاطار القانوني، مقال منشور بمجلة الأبحاث والدراسات القانونية، عدد خاص عن العقود والعقار بين الفقه والقضاء، ع7، يناير 2016، مطبعة دار القلم، الرباط، ص:52

⁴⁴⁴ سكيبة الوات، التمويل بالمشاركة على ضوء البنوك الإسلامية التشاركية، مقال منشور بمجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، ع الثاني، دجنبر 2016، ص:128

⁴⁴⁵ مروان القرقي، التمويل العقاري بين البنوك التقليدية والبنوك التشاركية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر اكادير، السنة الجامعية 2017-2018، ص:125

بالإضافة الى عدم توفر الخبرة الكافية لدى – المستصنع- في تحديد وتوصيف المصنوع، الامر الذي يفسح المجال لصانع التصرف وتقديم بضاعة مخالفة لما يتصوره ويتوقعه⁴⁴⁶، وفي هذه الحالة البنك التشاركي لا يتحمل اية مسؤولية مواصفات التي اتى عليها المصنوع لعجز هذه الأخير في توصيف العين المصنوعة.

قد تنشأ هذه المخاطر كلها لكون البنك التشاركي عندما يبرم عقد الإستصناع يأخذ دور الصانع والمنشئ والبناء والمورد، وبما انه لا يتخصص في هذه المهن كلها، فإنه يلجأ الى التعاقد مع كثير من المقاولين عن طريق التعاقد من الباطن وهو الإستصناع الموازي.

وهنا قد يكون هناك مخاطر ترجع الى الطرف الاخر عن إتمام العقد بالنسبة للأبنك التشاركية والخاصة بتسليم العين المصنوعة وهي تشبه مخاطر عقد السلم، بحيث يمكن ان يفشل هذا الطرف في تسليم المصنوع في الوقت المتفق عليه او ان يسلمه وهو على شكل رديء، الا ان المصنوع محل العقد في حالة الإستصناع يكون تحت سيطرة الطرف الاخر، وقل تعرضا للهلاك والتلف، مقارنة بالعين المباعة في السلم، وبناءا على ذلك يمكن ان تكون مخاطر الطرف الأخر- المقاول- في عقد الإستصناع اقل خطورة بكثير مقارنة بمخاطر العميل في عقد السلم المبرم من قبل البنك التشاركي.

ثانيا: المخاطر المتعلقة بالمصنوع

عندما يقدم البنك الاسلامي التمويل وفق عقد الإستصناع، فإنه يعرض رأس ماله لعدد من المخاطر، وتكمن مخاطر عقود الإستصناع في البنوك الإسلامية في المصنوع المتفق عليه، من حيث عدم صلاحية المنتج، وبالتالي يكون للعميل الحق بالرجوع على الصانع، او المقاول الذي هو البنك، كما تكمن المخاطرة في مدى التزام الصانع بالزمن المحدد لتسليم المنتج.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ احمد جابر علي بدران، م س، ص: 125

⁴⁴⁷ مقالاتي خولة، م س، ص: 48

ومن المخاطر الهامة المنصبة والمرتبطة بالمصنوع هي عندما يحتاج الشيء المصنوع لشروط خاصة اثناء التصنيع، بغض النظر عن الطرف الذي يتحمل المسؤولية في حالة هلاك الشيء المصنوع⁴⁴⁸، فإن عدم احترام شروط التي يتطلبها المصنوع يؤدي الى مخاطر عدم تقبل المصنوع وتحمل مسؤولية تبعات رفضه الى الصانع.

وكلما كانت المدة طويلة سواء مدة التصنيع او مدة التسديد الثمن المصنوع فإن هناك مخاطر قد تنشأ بسبب تغيير الظروف المحيطة بعملية الصنع والتي قد تؤثر على التزامات الطرفين، لا سيما الظروف الاقتصادية، اما الظروف السياسية او الطبيعية فهي نادرة الوقوع، بحيث لا تشكل تهديدا مباشرا على عملية الصنع.⁴⁴⁹

ونظرا لكثرة المخاطر التي تواجه التمويل في البنوك التشاركية فهي تبقى بمثابة تقييم بصورة مباشرة مدى قدرة البنك في السيطرة على مختلف أنواع المخاطر التي يتعرض لها او على الأقل قدرته على التكيف معها او تجنبها بطريقة او بأخرى، وبالتالي فإن تطبيق عقد الإستصناع في البنوك التشاركية إذا لم تتعامل هاته الأخيرة معه بحذر شديد، قد يؤدي ذلك بالبنك الى دخول في التزامات غير مدروسة تقوم الى مخاطر غير محسوبة العواقب، إضافة الى اعتماد البنك على ضمانات تحمل وتحول هذه المخاطر التي سبق الحديث عنها.

⁴⁴⁸ احمد جابر علي بدران، م س، ص:125-126

⁴⁴⁹ سعيد شيببي، م س، ص:112

المطلب الثاني: ضمانات تمويل العقار بالإستصناع

تقتضي هذه الضمانات⁴⁵⁰ أن يتحمل البنك التشاركي المخاطر التي يوجهها عند منحه تمويلا لمشروع عقاري وفق منتج الإستصناع، وذلك من خلال إلزام العميل بوضع مجموعة من الضمانات رهن إشارة البنك لضمان أداء الدين عند تاريخ استحقاقه في حالة امتناعه أو تماطله عن الأداء نتيجة لتغير ظروفه المادية.

بحيث يعمد البنك إلى تحقيق هذه الضمانات واستخلاص مبالغ الأقساط عن طريق الحجز عليها وبيعها بالمزاد العلني إذا تعلق الأمر بتأمينات عينية، وعن طريق المطالبة القضائية للكفيل بالأداء تضامنا مع المدين إذا تعلق الأمر بكفالة شخصية.

إضافة لذلك يستطيع البنك نقل مخاطر التمويل بالإستصناع وتحويلها إلى جهات أخرى لتحل محل المستصنع المدين في الأداء من خلال إلزام هذا الأخير بالاكنتاب لدى شركة للتأمين لضمان استرداد مبلغ القرض في حالة إعساره أو عجزه عن الأداء، أو أن يقوم بتحويل هذه الديون إلى سندات قابلة للتداول في الأسواق المالية فينتقل عبرها إلى مستثمرين آخرين.

وبالتالي سنشير إلى ضمانات تحمل مخاطر تمويل العقار بالإستصناع (الفقرة الأولى) على أن نشير الى ضمانات تحويل مخاطر تمويل العقار بالإستصناع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ضمانات تحمل مخاطر تمويل العقار بالإستصناع

تمثل الضمانات بمختلف أنواعها وسيلة وقائية هامة في عملية التمويل المطابق لأحكام الشريعة الإسلامية، لأنها تضمن لها نوع من الأمان والطمأنينة في ممارستها للمعاملات

⁴⁵⁰ نص المشرع من خلال المادة 69-10 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/ 2019 على ان من بين الضمانات المنصوص عليها في النصوص التشريعية الجاري بها العمل، مع مراعاة مقتضيات المادة الثانية من هذا المنشور. وبالرجوع الى المادة الثانية من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/ 2019 الذي نص على انه يتم منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/ 2017. وينطبق الشق المتعلق بالضمانات في منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/ 2017، وخاصة منه المادة 8 والمادة 62 اللتان ورد في مضمونها ان بعض العقود يمكن ان تقترن بضمانات لفائدة المؤسسة كالرهن والكفالة وغيرهما من الضمانات المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل مع مراعاة المادة الثانية من هذا المنشور.

البنكية، وتستخدمها لتغطية مخاطر الطرف الآخر، ومخاطر عدم التزامه بتنفيذ التزاماته التعاقدية مع البنك، ويجب أن يكون استخدام هذه الضمانات مطابقاً للشريعة الإسلامية⁴⁵¹ وبالتالي سنشير إلى الضمانات العينية (أولاً) على أن نشير إلى الضمانات الشخصية (ثانياً).

أولاً: الضمانات العينية

سن المشرع مجموعة من القواعد التي تنظم عمليات تمويل المشاريع العقارية من قبل البنوك التشاركية وضمان تسديد اقساطها واسترجاع أموالها، واستناداً إلى هذه النصوص فإن البنوك تعد عقوداً خاصاً لكل نوع من أنواع القروض الحسن الممنوحة، وتختلف هذه العقود باختلاف الضمانات المقدمة لها.

وتحرص البنوك التشاركية كل الحرص على قبول الرهن على عقار محفظ ونفاذي قبول الضمانات في شكل رهون على عقارات غير محفظة، وإن كانت تكفي في بعض الحالات بقبول الضمانات على عقارات لا تزال في طور التحفيظ⁴⁵² رغم ما قد تجده من صعوبات في تحقيقه، وبالتالي تراكم الديون المجمدة والمحالة على قسم المنازل⁴⁵³.

ويعتبر الرهن الرسمي من الضمانات البنكية الأساسية التي سعى المشرع إلى تقنينها⁴⁵⁴، حتى تضمن المؤسسات البنكية الإسلامية والتقليدية استرجاع أموالها، بحيث حاول المشرع من خلاله التوفيق بين مصلحتين، مصلحة المدين في الحصول على التمويل الذي يتطلبه في تلبية رغبته مع الاستمرار في استغلال عقاره وإدارته، ومصلحة البنك في استثمار أموال الودائع

⁴⁵¹ هاجر زرراقي، إدارة المخاطر الائتمانية في المصاريف الإسلامية- دراسة حالة بنك البركة الجزائري-، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماجستير كلية العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، فرع دراسات مالية ومحاسبية، جامعة عبد الحميد مهري-قسنطينة2، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2012، ص:151

⁴⁵² صرح لنا المسؤول الإداري لوكالة أمنية بنك وكذلك المسؤول عن وكالة المختار السوسي التابعة لبنك اليسر تيزنيت، ان هاته البنوك تحرصان على قبول ضمانات الرهن العقارية المحفظة، غير ان هناك مؤسسات بنكية أخرى تقبل هذه الرهون حتى وان كان العقار مايزال في طور التحفيظ.

⁴⁵³ محمد مختاري، تحقيق الضمانات البنكية، مقال منشور بمجلة المناظرة، الجزء الأول، مطبعة النخلة للكتاب وجدة، ع 2، يونيو 2004، ص:23

⁴⁵⁴ رشيدة مزوغ، الإشكالات العملية في مسطرة تحقيق الرهن الرسمي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2007/2008، ص:1-2

بشكل آمن وضمن استرجاع الاقساط بالأولوية عن غيره من الدائنين في حالة تماطل المدين أو عجزه عن أداء الثمن الذي بقي في ذمته.

وقد عرف المشرع في المادة 165 من القانون رقم 39.08⁴⁵⁵ المتعلق بمدونة الحقوق العينية الرهن الرسمي بكونه: " حق عيني تبعي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء الدين ".

ويتميز الرهن الرسمي بمجموعة من الخصائص منها كونه حقا عقاريا تبعيا يولي حق تتبع العقار المرهون في أي يد انتقل إليها كما يكون له حق الأفضلية على استيفاء حقه عند تحقيق الرهن.

ويتطلب وجود هذا الحق التزام أصلي وهو القرض، ويكون تابعا له بحيث يبقى ببقائه ويزول بزواله.

والرهن الرسمي غير قابل للتجزئة ولا يتطلب خروج العقار من حيازة المدين، ومن اجل حماية المؤسسة المالية التشاركية يمكن ان يتضمن عقد الإستصناع الضمانات المناسبة لضمان حقوق البنك⁴⁵⁶، وبذلك فإنها تعتمد إلى تضمينه عقود مجموعة من الشروط التي من شأنها تقييد حرية المستصنع المدين في التصرف في العقار موضوع الرهن وذلك بإنشاء رهن عقاري اخر عليه أو حيازي أو ايجار أو تفويت أو تقديمه في الشركة فإن هذه الشروط يمكن للمدين تجاوزها طالما لا يوجد نص يستند إليه من أجل إبطالها⁴⁵⁷، مادام المشرع منحه حق تتبع العقار في يد من انتقلت إليه ملكيته، كما أن الفصل 1177 من ق ل ع الذي يعتبر الشريعة العامة والتي يتم الرجوع إليها في حالة عدم وجود نص خاص والذي جاء فيه ما يلي: " رهن الشيء لا يفقد الحق في تفويته".

⁴⁵⁵ الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، الصادر بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الجريدة الرسمية ع 5998 بتاريخ 27 من ذي الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص: 5587

⁴⁵⁶ المادة 69-10 من منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/ 2019

⁴⁵⁷ رشيدة مزوغ، م س، ص: 20

وهو الأمر الذي أكدته محكمة الاستئناف بمراكش في قرار لها: " .. وحيث أن المشرع أعطى الحق للمرتهن في تتبع العقار المرهون في أي يد انتقلت إليه طبقا لمقتضيات الفصل 157 من ظهير 2 يونيو 1915 فإنه لا يمكن أن يكون لحق التتبع أي معنى إذا لم يكن حق الراهن بيع الشيء المرهون وحيث أن هذا التأويل يزكيه القانون العام وهو قانون الالتزامات والعقود الذي يعتبر نصا عاما يلجا إلى تطبيقه عند عدم وجود النص الخاص في الظهير المذكور الذي لم ينظم سوى الرهن الرسمي الذي يعد تسجيله وسيلة تقوم مقام قبض المرهون في الرهن الحيازي فالغاية منه حفظ المرهون ضمانا للدائن وتأميننا لمصلحته، وحيث وبناء على كون الغاية واحدة من الرهنيين معا فإن المشرع المغربي إذا كان قد سمح للراهن بتفويت العقارات المرهونة حيازيا طبقا للفصل 1177 من قانون الالتزامات والعقود فإنه بالمقابل لم يمنع تفويت ما رهن رسميا ضمن القيود الواردة في هذا النص".⁴⁵⁸

هذا وإن كان بإمكان المدين أن يحتفظ بالعقار في حيازته ويتصرف فيه كيف يشاء فإن تصرفاته لا يجب أن يترتب عليها نقص في قيمته.

وينعقد الرهن الرسمي كتابة ولا يكون صحيحا ولا ينتج أثرا إلا إذا قيد بالرسم العقاري، وهو يمنح للدائن في حالة عدم أداء الراهن لالتزاماته حق نزع ملكية العقار وبيعه جبرا واستيفاء دينه بالأولوية على سائر الدائنين بناء على الشهادة الخاصة لتقيد الرهن الممنوحة من قبل المحافظ وفق الفصل 58 من القانون 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري.⁴⁵⁹

ويعتبر حصول البنك على الشهادة الخاصة بالتقيد امرا ضروريا لسلوك مسطرة تحقيق الرهن الرسمي وهذا ما أكده الامر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بوجدة الذي جاء فيه ما يلي: " لكن حيث إن الطلب لم يدعم بالشهادة الخاصة بالرهن والتي تعتبر السند التنفيذي

⁴⁵⁸ القرار عدد 1185 الصادر بتاريخ 23 دجنبر 1997، اشارت اليه رشيدة مزروغ، م س، ص:21
⁴⁵⁹ إدريس الفاخوري، الحقوق العينية وفق القانون رقم 39.08، منشورات مجلة الحقوق سلسلة المعارف القانونية والقضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2013، ص:189-194

المعتمد في توجيه الإنذار والوثيقة الأساسية التي تتمحور حولها مسطرة تحقيق الرهن فهي تجسد الدين وتقوم مقام الحكم بالأداء وبناء عليها يفتح ملف الإنذار".⁴⁶⁰

ومن اهم البنود التي يتم التنصيص عليها من طرف المؤسسة المالية التشاركية في إطار عملية استصناع العقار استحقاقه للأقساط الثمن المصنوع جزئيا او كليا حسب ما ضمن في العقد، ولمجرد عدم أداء قسط واحد أو أقساط محددة فإذا كان هناك تماطل في الأداء أمكن للبنك التنفيذ على العقار المرهون بعد استيفاء كل الإجراءات القانونية الممكنة⁴⁶¹، وهو ما أكدته المحكمة التجارية بالدار البيضاء في احدي قراراتها الصادرة عنها.⁴⁶²

ومن الإشكالات العملية في مسطرة تحقيق الرهن الرسمي التي أكدتها الممارسات العملية بأن مسطرة تحقيق الرهن ليست كما يتبادر إلى الذهن من البساطة والسرعة التي توخاها المشرع عندما جعلها تنفيذية، فاطعون الممارسة خلال هذه المسطرة متعددة ومتشعبة.⁴⁶³

ولذلك فإن المؤسسات البنكية غالبا ما تلجأ قبل المطالبة بالدين إلى سلوك الطرق الودية لحمل المدين على الوفاء بالتزاماته تفاديا للمصاريف والدخول في مساطر قضائية مكلفة قد تطول لسنوات، وقد يتجاوب المدين مع هذه المساعي الودية فينتج عن الاتفاق إما تصفية المديونية أو إعادة جدولتها وفقا للشروط معينة وأقساط ومواعيد أخرى يقع عليها الاتفاق، أما في حالة امتناعه فيلجأ البنك التشاركي إلى سلك إجراءات التنفيذ على العقار المرهون

⁴⁶⁰ امر استعجالي عدد 04/373 الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بوجدة بتاريخ 8 ابريل 2004 في الملف رقم 13/04/373، اشارت اليه رشيدة مزوغ، م س، ص:21

⁴⁶¹ مصطفى المرضي، الإنذار العقاري في التشريع المغربي، دراسة نظرية وعلمية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، مختبر الأنظمة المدنية والمهنية تخصص قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2014-2013، ص:124

⁴⁶² القرار الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 1741 بتاريخ 2010/02/23 في الملف رقم 2010/11/39 الذي ورد فيه مايلي: "... وحيث إن المحكمة وبعد دراسة القضية تبين لها صحة السبب المستندة عليه الدعوى، فعقد القرض الذي يربط الطرفين والذي استفادت من خلاله المدعية بتاريخ 20-07-2007 بمبلغ درهم مستمرة على مدى 30 شهرا يتضمن في الفقرة الثانية من البند الخامس أن عدم التسعة أقساط في إبانها قد ينتج عنه سقوط الأجل واعتبار الدين بأكمله مستحقا بعد توجيه إنذار بالأداء بالبريد المضمون مع الإشعار بالتوصل للمدين بظل دون جدوى لمدة ثمانية أيام. وحيث، إنه فضلا عن كون المدينة ظلت تؤدي أقساط القرض لغاية 17-12-2009 كما هو ثابت من خلال الوصل الصادر عن المدعى عليه، فإنه لا دليل بالملف على سلوك المدعى عليه للمسطرة الاتفاقية المنصوص عليها بالعقد للقول بسقوط الأجل واستحقاق الدين المسطر بالإنذار العقاري، وتبعاً لذلك يبقى عقد القرض منتجا لأثاره القانونية وتكون المطالبة بالدين تحت طائلة تحقيق الرهن مطالبة سابقة لأوانها بعد أن تبين أن الدين غير أداء المدين حال الأداء". انظر في ذلك مصطفى المرضي، م س، ص:128

⁴⁶³ مراد اعلايو، الحماية التشريعية للدائن المرتهن في الرهن الرسمي العقاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2007-2008، ص:72

لاسترجاع ثمن المصنوع وتوابعه⁴⁶⁴، حيث يعمل الصانع -البنك- على تبليغ الإنذار العقاري والذي يعتبر إجراء جوهريا هدفه بالأساس تنبيه المستصنع إلى العواقب الخطيرة التي تنجم عنه حيث يخول للدائن المرتهن إمكانية التنفيذ على العقار مباشرة.⁴⁶⁵

ويعتبر الإنذار العقاري بمثابة حجز عقاري⁴⁶⁶ يكون الهدف منه هو الحفاظ على الوضعية القانونية التي يوجد عليها العقار في انتظار تسوية وضعية الدائن المرتهن والمدين الراهن فإما أن يتم التشطيب عليه أو تتابع مسطرة تحقيق الرهن الرسمي إلى غاية الوصول إلى البيع القضائي للعقار المرهون.⁴⁶⁷

وغالبا ما يعتمد المدين إلى الطعن في تبليغ الإنذار وفي هذا الصدد نجد قرارا صادرا عن محكمة النقض تم بموجبه نقض قرار محكمة الاستئناف بفاس والتي أصدرت أمرا بالتخلي وإجراء الحجز دون احترام مقتضيات الفصلين 335 و338 من قانون المسطرة المدنية الذي يقضي بتبليغ الأطراف هذا الحجز مما يشكل إخلالا بحقوق الدفاع المنصوص عليها في الفصلين أعلاه".⁴⁶⁸ كما أن المدين قد يعتمد إلى الطعن في التبليغ لمجرد المماطلة ورجح الوقت فقط.

كما قد يؤسس دعوى البطلان على أساس أسباب جوهرية كالمنازعة في أصل الدين ويطالب بإجراء خبرة وهو ما ذهبت إليه المحكمة التجارية بمكناس في احدي احكامها الصادرة عنه و الذي ورد فيه ما يلي: " مسطرة الإنذار العقاري لئن كانت مسطرة استثنائية في النظام المغربي تسمح للدائن باسترداد الدين تحت طائلة نزع ملكية العقار المرهون بالبيع الجبري لتسديد الدين وفوائده فإنه وبالمقابل فعدم ثبوت المديونية المطالب بها في الإنذار سبب معتبر

⁴⁶⁴ عائشة مزوغ، م س، ص: 5-6

⁴⁶⁵ المادة 214 من مدونة الحقوق العينية: " يمكن للدائن الحاصل على شهادة خاصة بتقييد الرهن لفائدته مسلمة له من طرف المحافظ على الأملاك العقارية طبقا للشروط المنصوص عليها في الفصل 58 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري ان يطلب بيع الملك المرهون بالمزاد العلني عند عدم الوفاء بدينه في الاجل. تكون الشهادة الخاصة المذكورة قوة سند قابلة للتنفيذ".

⁴⁶⁶ الفصل 87 من القانون رقم 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري على مايلي: " كل حجز أو انذار بحجز عقاري يجب ان يبلغ الى المحافظ على الأملاك العقارية الذي يقيد بالرسم العقاري، وابتداء من تاريخ هذا التقييد لا يمكن اجراء أي تقييد جديد خلال جريان مسطرة البيع الجبري للعقار المحجوز".

⁴⁶⁷ مصطفى المرضي، م س، ص: 32

⁴⁶⁸ قرار محكمة النقض صادر بتاريخ 2003/1/7 ملف مدني عدد 2002/1/1903، أشار اليه مراد اعلايو، م س، ص: 74

وجدني لإقرار بطلانه ... إذ أظهرت الخبرة المنجزة أن حسابها بتاريخ حصره 30/06/2003 إنما سجل رصيذا دائما ولفائدها بمبلغ وليس العكس فإن طلب المدعية ببطلان الإنذار العقاري الموجهة إليها يكون بذلك مؤسسا مما يتعين الاستجابة له".⁴⁶⁹

نفس الشيء بالنسبة للحكم الصادر عن المحكمة التجارية بوجدة والذي قضى برفض طلب البنك الرامي إلى الحكم على المدعى عليه بأداء مبلغ 24.636,70 درهم إضافة إلى المصاريف والفوائد وذلك ابتداء من تاريخ التوقف وبتعويض لا يقل عن 2.400,00 درهم حيث أجاب المدعى عليه بأنه قد أدى ما بذمته قبل حلول أجل استحقاقه مدليا لإثبات ذلك بشهادة تنفيذ رفع اليد صادرة عن البنك المدعي وبذلك يكون قد أثبت انقضاء الالتزام.⁴⁷⁰

ومن خلال هذه الاحكام والقرارات الصادرة بهذا الشأن فإنه يتعين على المؤسسة البنكية أن تكون أكثر حرصا حتى لا تدخل في منازعات كهذه ينتج عنها خسارة مصاريف الدعوى وتؤثر على سمعتها التجارية حيث يجب عليها قبل ذلك التأكد من وجود مديونية خاصة وأن الكشوفات الحسابية هي من صنعها ولها حجيتها المطلقة.

وقد يؤسس المدين طعنه في الإنذار العقاري على أنه أوفى بجزء من الدين إلا أن هذا يتعارض مع عدم قابلية الرهن الرسمي للتجزئة وهو ما ذهبت إليه المحكمة التجارية بالرباط حيث صدر في إحدى احكامها ما يلي: " حيث إن الرهن العقاري هو بطبيعته غير قابل للتجزئة ويبقى بكامله على العقارات المخصصة له إلى حين أداء مبلغ الدين المضمون بأكمله وبالتالي يحق للدائن المرتهن مباشرة إجراءات النزاع الإجباري للعقار لاستخلاص المبلغ غير المؤدى من الدين بصرف النظر عن قيمته لذا فإن دفع المدعية بانها قطعت شوطا كبيرا في أداء مبلغ القرض الذي تم الاتفاق عليه غير مؤسس ويتعين التصريح برفضه".⁴⁷¹

⁴⁶⁹ حكم رقم 161 صادر بتاريخ 04/03/2005 في الملف رقم 04/04/55، أشار اليه مراد اعلايو، م س، ص:75
⁴⁷⁰ حكم عدد 15/392 صادر بتاريخ 2015/04/16 في الملف رقم 8201/2011/913، اشارت اليه حفصة قستان، م س، ص:125
⁴⁷¹ حكم عدد 1059 صادر بتاريخ 2001/07/05 في الملف عدد 4/2001/832 منشور بالمجلة المغربية لقانون الاعمال والمقاولات، ع 1، دجنبر 2002، ص:149

وفي حالة كون الانذار العقاري لم يطعن فيه البطلان فإنه ينتج آثاره والتي تتجلى في الملك المرهون أو التخلي عنه بالنسبة للحائز، في حالة عدم أداء الدين وذلك داخل أجل 15 يوما من تاريخ التوصل بالإنذار.⁴⁷²

إن حق الدائن المرتهن لا ينصب على تملك المال المرهون مباشرة، ولكن ينصب على القيمة الاقتصادية التي يمثلها هذا الأخير، ولذلك يقتضي الأمر إتباع المسطرة المقررة قانونا لاتصالها بالنظام العام، وهي مسطرة مقررة لمصلحة المدين⁴⁷³ ويتعلق الأمر ببيع العقار بالمزاد العلني حيث يكون من حق الدائن المرتهن إعمال حق التقدم على مبلغ البيع، وحق التقدم يشمل أصل الدين وفوائده في حدود ما نص عليه.⁴⁷⁴

هذا وإن كان المشرع خص مؤسسة القرض العقاري والسياحي بنظام خاص حيث سمح لها بحيازة العقار المرهون لتسييره واستخلاص مداخله إلى حدود ما تبقى من الدين إذا كان المدين قد سدد بعضه وذلك بعد توجيه إنذار إليه داخل أجل 15 يوما وذلك طبقا لمرسوم 17 دجنبر 1968.⁴⁷⁵

وكان من المرجو أن يعمم ذلك على باقي مؤسسات الائتمان لما في ذلك من تسهيل لها في استرجاع أموالها والتي هي أساس معاملاتها من العملاء الآخرين.

وقد يجد البنك التشاركي أن مسطرة تحقيق الرهن وحدها لن تمكنه من استيفاء دينه لذلك يلاحظ إلى رفع دعوى تحقيق الرهن وفي نفس الوقت دعوى المطالبة المدين بالأداء على أمواله الأخرى. وقد تضاربت الآراء حول إمكانية الجمع بين الدعويين حيث اتجهت محكمة النقض في إحدى قراراتها بأحقية الدائن المرتهن في ذلك لازدواجية صفته فكونه دائما يمنحه

⁴⁷² المادة 215 من مدونة الحقوق العينية حيث تنص على مايلي: "للدائن المرتهن الذي لم يستوف في أجل استحقاقه ان يحصل على بيع الملك بالتنفيذ للمدين الأصلي وللحائز، ولأداء الدين او التخلي عن الملك المرهون داخل خمسة عشر يوما من تاريخ التوصل به."

⁴⁷³ يونس الزهري، بعض الإشكالات لمسطرة تحقيق الرهن الرسمي، مقال منشور بمجلة المناهج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ع مزدوج 8-

21/ 2005، ص: 21

⁴⁷⁴ مصطفى المرضي، م س، ص: 124

⁴⁷⁵ محمد مختاري، م س، ص: 27-28

الحق في استرجاع دينه في إطار القواعد العامة، وكونه مرتهنا يعطيه صلاحية سلوك مسطرة تحقيق الرهن، وكل ما هنالك أنه لا يحق له اقتضاء دين مرتين.⁴⁷⁶

في حين ذهب المحكمة التجارية بوجدة الى ان مطالبة الدائن استحقاق الدين رغم رغبته في استنفاد مسطرة تحقيق الكفالة العقارية يعد تناقضا منه وبدون أساس وتنازل عن اشتراطه حق التقدم والتتبع على الضمانة العقارية مما يكون معه سلوك مسطرة الأداء في مواجهة باقي المدعى عليهم غير ذي أساس وجدير بالرد لأن اللجوء إليه إثراء على حساب الغير ورغبته في الحكم لفائدته باستحقاق مديونية واحدة وامام نفس الجهة القضائية.⁴⁷⁷

وبالرجوع الى المادة 193 من مدونة الحقوق العينية فإننا نجدتها تنص على انه: "إن لم يف ثمن الملك المرهون بأداء الدين كان للدائن المرتهن الرجوع فيما تبقى من دينه على أموال المدين كدائن عادي".

وفي هذا الإطار سارت المحكمة التجارية بوجدة حيث ألزمت المدعى عليه المدين بأدائه للبنك ما زاد عن المبلغ المضمون بالرهن.⁴⁷⁸

ثانيا: الضمانات الشخصية

تتعدد الضمانات الشخصية في التمويل الاسلامي وذلك بتعدد صيغ التمويل، ومن اهم هذه الضمانات الشخصية في عقد الإستصناع العقاري -الكفالة-⁴⁷⁹ والتي عرفها المشرع في الفصل 1117 من ق ل ع بأنها: "عقد يلتزم بمقتضاه شخص للدائن بأداء التزام المدين إذا لم يؤده هذا الأخير نفسه".

⁴⁷⁶ القرار عدد 528 الصادر بتاريخ 17 ماي 2006 في الملف التجاري عدد 2004/1/3/1313، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 106 يناير-

فبراير، 2007، ص:153

⁴⁷⁷ حكم عدد 2004/215 الصادر بتاريخ 13/05/2005 في الملف عدد 5/2003/455، اشارت اليه رشيدة مزوغ، م س، ص:10

⁴⁷⁸ حكم عدد 14/783 الصادر بتاريخ 27/11/2014 في الملف رقم 8201/2013/574، اشارت اليه حفصة قفصتان، م س، ص:127

⁴⁷⁹ سناء بديع السويسي، التمويل البنكي للمقابلة الصغرى والمتوسطة في المغرب، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قوانين التجارة والاعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2012-2013، ص:57-58

فالكفالة تفترض وجود مدين أصلي ودائن وهي عقد بموجبه يفى الكفيل بالالتزام إذ لم يف به المدين الأصلي.

وقد ظهرت أهمية الكفالات في المعاملات البنكية سواء التقليدية أو التشاركية حيث تستطيع المؤسسة المالية التشاركية طلب كفيل على كل العقود التي تنتهي إلى مديونات، لكن لا يجوز طلب الكفيل في عقدي المشاركة والمضاربة لضمان رد المال أو ضمان ربحه، لأن يد الشريك المضارب يد أمانة لا يد ضمان.

وكما هو الحال بالنسبة للرهن يمكن للمؤسسة المالية طلب كفالة على حق لم يحدث كضمان ضد مخاطر سوء الإدارة أو التقصير أو الإهمال أو مخالفة الشروط أو الموصفات المتفق عليها في عملية الإستصناع، وكذلك في حالة الديون الاستهلاكية حيث يكفي البنك بالكفالات لعدم توافر أصول الرهن.⁴⁸⁰

وتعتبر الكفالة عقدا رضائيا، يكفي لإبرامه وتطبيقه على عملية تمويل العقار بالإستصناع تطابق إرادتي الدائن-المستصنع- والكفيل ويكون رضا هذا الأخير صريحا أو ضمنيا.⁴⁸¹

وإذا كانت الكتابة ليست شرطا في انعقاد الكفالة، فإنها أصبحت ضرورية لأن تحرير الكفالات في محررات رسمية⁴⁸² مرتبطة بالمجال العقاري، وتضمنها بعض البيانات غالبا ما

⁴⁸⁰ حكامي نجيب الله، إدارة المخاطر في المصاريف الإسلامية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص مالية دولية، كلية العلوم الاقتصادية، علوم التسيير والعلوم التجارية، المدرسة الدكتورالية في الاقتصاد والتسيير، جامعة وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014، ص:90

⁴⁸¹ نص الفصل 1123 من ق ل ع على انه وجب ان يكون التزام الكفيل صريحا، والكفالة لا تفترض. وفي الفصل 1125 من ق ل ع ورد فيه انه لا ضرورة لقبول الكفالة صراحة من الدائن، غير انها لا يمكن ان تعطى الكفالة برغم إرادة الكفيل. ⁴⁸² من البديهي ان يفرغ عقد الكفالة الوارد على تصرف عقاري في شكل قالب رسمي لأن كل التصرفات التي ترد عليها يتم توثيقها، حتى امنية بنك وبنك اليسر تركزان على مسألة ابرام جميع العقود في محررات رسمية يتم توثيقها غالبا من قبل الموثق لأن المحامي -في نظرهم- محرراته عرفية، لكن بالنسبة لووكالة امنية بنك بكلميم جميع عقودها يتم ابرامها من قبل المحامي لعدم وجود موثق بها، ويتم ابرامها وفق شكايات خاصة. ونشير في هذا الصدد ان هيئة المحامين لدى محاكم الاستئناف بأكادير وكلميم والعيون في اجتماع مجلس الهيئة عدد 2021/12 تمت مناقشة وتعديل النقطة رقم 9 المتعلقة بتحرير العقود حيث ورد فيها مايلي: " يجب أن تكون جميع العقود المحررة من طرف المحامين مستوفية لكافة الشروط الشكلية و الموضوعية المتطلبية قانونا.

-يمنع على المحامي أن يبرم عقودا تنصب على أموال يعلم أنها غير قابلة للتفويت أو أن تفويتها يتوقف على الإدلاء بوثائق (أصل التملك ، الشهادة الإدارية) أو على إجراءات غير مستوفاة.
-يجب على المحامي أن يحتفظ تحت مسؤوليته أصول العقود و نظائر الوثائق الملحقة بها و صور الوثائق التي تثبت هوية الأطراف، ويجب أن تلحق بالعقد التي استند عليها لإبرامه.

يضع حدا للنزاعات التي قد تثور بين الكفيل والدائن-المستصنع- حول المبلغ المضمون، موضوع الكفالة والمدة وحدود التزام الكفيل وذكر التاريخ لما له من أهمية بالغة خصوصا حينما لا يضمن الكفيل إلا الديون اللاحقة لالتزامه، أو في الحالة التي يخضع فيها الكفيل لمسطرة المعالجة، حيث تكون من الأهمية بمكان معرفة هل الكفالة تم إبرامها قبل أو بعد التوقف عن دفع الأقساط.

ويكفي لإثبات الكفالة الشخصية أن تكون إرادة الشخص في الالتزام ككفيل واضحة وضوحا تاما بصرف النظر عن العبارات المستعملة أي حتى ولو تستعمل عبارتي " كفيل " و " كفالة ".⁴⁸³

وتعتبر الكفالة عقدا تابعا وينتج عن هذا أن التزام الكفيل لا يجوز أن يزيد عن التزام أو أن يكون أشد عبئا أو أن يبقى قائما بعده، كذلك لا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزا إذا كان التزام المدين الأصلي معلقا على شرط أو مقترنا بأجل، ولا أن يكون منتجا لفوائد إذا كان التزام المدين الأصلي لا ينتج فوائد وهو يتبع التزام المدين الأصلي في صحته وبطلانه وفي قابليته للفسخ، ويتبعه كذلك في كل الدفوع التي يمكن للمدين الأصلي ان يواجه بها دائنه، وللکفيل ان يتمسك بهذه الدفوع حتى ولو تنازل عنها المدين⁴⁸⁴، وعقد الكفالة يتبع عقد الإستصناع تطبيقا لقاعدة الأصل يتبع الفرع في حكمه.

=يجب على المحامي محرر العقود مسك سجل خاص بذلك يؤشر عليه مسبقا من طرف النقيب و تضمن فيه جميع العقود حسب ترتيبها و يوقع عليها لزوما أطراف العقد.

-يجب على المحامي محرر العقد أن يحيل مشروعه قصد التأشير بالإطلاع و مراقبة استيفاء حقوق الهيئة مع إحالة الوثائق المعتمدة و ذلك على السيد النقيب أو من هو مكلف من طرفه بذلك قبل توقيع الأطراف على العقد دون أن يكون النقيب مسؤولا عن مضمون العقد تبعا لذلك.

-يجب أن يحرص و يتوخى المحامي محرر العقد على تثبيت كاميرات التصوير بمجلس العقد قصد توثيق عملية توقيع الأطراف عليه.

-يمنع على المحامي محرر العقد أن يمثل أحد طرفيه في حالة وقوع نزاع بينهما بخصوص موضوع العقد .

كل محام قدم استشارة في قضية لا يجوز له أن يترافع فيها لفائدة الطرف الخصم . كل إخلال بمضمون هذه المادة تطبق بصدده مقتضيات التأديب المنصوص عليها في الباب السادس من القانون رقم 28.08 المنظم لمهنة المحاماة ."

يلاحظ ان مجلس هذه الهيئة شدد من إجراءات تحرير العقود حيث اعتبرها بعض المحامين شروط معقدة ولربما هي الهيئة الوحيدة التي شددت من هذه الإجراءات، كما اعتبرها البعض خطوة هامة في القطع مع مافيا العقارات بجهة سوس ماسة وجهة كلميم وادنون.

⁴⁸³ عبد الحق الكويطي، الكفالة الشخصية كضمانة بنكية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص القضاء والتحكيم، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2008-2009، ص:32-34

⁴⁸⁴ ينص الفصل 1140 من ق ل ع على مايلي: " للكفيل أن يتمسك، في مواجهة الدائن، بكل دفوع المدين الأصلي، سواء كانت شخصية له أو متعلقة بالمدين المضمون، ومن بينها الدفوع التي تؤسس على نقص أهلية المدين الأصلي. وله أن يتمسك بهذه الدفوع، ولو برغم اعتراض المدين أو تنازله عنها، كما أنه يمكنه أن يحتج بالدفوع التي هي خاصة بشخص المدين الأصلي بالإبراء من الدين الحاصل له شخصيا".

وكذلك لا يكفل الكفيل ما زاد في عبء الدين الأصلي بعد الكفالة بإرادة المدين الأصلي أو بسبب خطئه كما تبرأ ذمته إذا أضع الدائن-المستصنع- بخطئه ما بين يديه من تأمينات.

وقد قرر هذا السبب لحماية الكفيل لأن الكفيل، إذا وفي بالدين فإنه يحل محل الدائن فيما له من حقوق، فإذا أضع الدائن تأمينا من هذه التأمينات فإنه يكون قد ضيع على الكفيل فرصة استيفاء حقه، ويكون الجزاء عن ذلك براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن بقدر ما أضعه هذا الأخير من تأمينات.⁴⁸⁵

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض في قرار لها حيث نقضت القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء والتي لم تستجب لطلب الكفيل بإخراجه من الدعوى لأن البنك قد أضع بخطئه الضمانات التي اعتمد عليها الكفيل في كفالته للدين حيث قام البنك برفع اليد عن الأصل التجاري وأذن للشركة المكفولة ببيعه بثمن بخس.⁴⁸⁶

ولعقد الكفالة طابع فرعي وتطبيقا للمادة 1134 من ق ل ع فإنه لا يجوز تنفيذ الكفالة إلا في حالة عدم تنفيذ الالتزام الأصلي، فعلى الدائن أولا أن يطالب المدين الأصلي بالأداء وإذا لم يؤده كان له أن يطالب الكفيل بالأداء.

غير أنه في الميدان العملي قد اعتادت البنوك على إدراج فصل يحرم الكفيل من الاستفادة من الدفع بالتجريد والتجزئة.⁴⁸⁷

وقد ألزمت المحكمة التجارية بوجدة المدعي عليها الثانية الكفيلة بأداء دين المدعي عليها الأولى في حدود مبلغ 100.000 درهم ما دامت كانت قد تنازلت عن حق التجريد والتجزئة بمقتضى عقد الكفالة.⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ حجلة صحراوية، انقضاء عقد الكفالة المدنية بصفة أصلية في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص،

تخصص عقود ومسؤولية، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة، الجزائر، السنة الجامعية 2012-2013، ص:51

⁴⁸⁶ القرار عدد 394 الصادر بتاريخ 2004/3/31 في الملف التجاري عدد 2003/2/3/1396، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد99، ص:74-77

⁴⁸⁷ حفصة قستان، م س، ص:129

⁴⁸⁸ حكم صادر عن المحكمة التجارية بوجدة عدد 2015/594 الصادر بتاريخ 2014/06/09 ملف رقم 8207/2015/128، أشارت اليه حفصة

قستان، م س، ص:129

كما صدر لنفس المحكمة حكم حكمت فيه على المدعى عليها الأولى بصفتها مدينة أصلية وعلى المدعى عليهم الثاني والثالث والرابع الذين قبلوا منح البنك كفالات شخصية والتنازل الصريح عن الدفع بالتجريد وبالتضامن في حدود مبلغ 5500.000,00 درهم لكل واحد منهم بأدائهم تضامنا لفائدة البنك مبلغ 3.224.062,31 درهم عن أصل الدين مع الفوائد الاتفاقية.

وكذلك الأمر بالنسبة للكفيل الذي تدخل لضمان القرض الذي استفادت منه المدعى عليها ولضمان تسهيلات الصندوق حيث أخلت بالتزاماتها بالأداء فسلك البنك مسطرة الإنذار العقاري بخصوص جزء من مبلغ القرض المضمون برهن عقاري حيث ألزمته المحكمة بأداء باقي الدين متضامنا مع المدينة الأصلية، لأنه تنازل عن حقه في التجريد والتجزئة في عقد الكفالة.⁴⁸⁹

وفي حكم آخر لم تستجب المحكمة للبنك المدعي في طلبه الرامي إلى الحكم على المدعى عليهما الثاني والثالث تضامنا مع المدعي عليها الأولى واعتبر الطلب غير مؤسس لكون البنك لم يدل بما يفيد تقديمهما لكفالة شخصية لضمان مبلغ القرض.⁴⁹⁰

وإذا كانت المادة 1121 من ق ل ع تجيز كفالة الالتزام المحتمل أو المستقبل أو غير المحدد شرط أن يكون قابلا للتحديد فيما بعد فإن واجب الاحتياط يلزم الدائن بأن يخير الكفيل بهذه الجزئية وأن يحصل على موافقة بخصوص أي تغيير يمكن أن يطرأ على الالتزامات المؤمنة.⁴⁹¹

⁴⁸⁹ حفصة قستان، م س، ص:129

⁴⁹⁰ حكم عدد 791/15 صادر عن المحكمة التجارية بوجدة بتاريخ 2015/07/14 ملف رقم 8201/2014/1070، أوردته حفصة قستان، م س،

ص:130

⁴⁹¹ محمد صبري، الأخطاء البنكية، أساس المسؤولية البنكية عن عدم ملاءمة الائتمان مع مصلحة الزبون، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء،

الطبعة الأولى 2007، ص:166

إن البنك المستفيد من الكفالة يجب عليه إعلام الكفيل بمبلغ الدين وكذلك ما أُل إليه هذا الأخير والهدف من ذلك هو علمه المسبق بالتطور غير العادي للدين حتى لا يجد صعوبة في الوقت الذي يستدعيه فيه للوفاء به.⁴⁹²

وأى شرط ينص على إعفاء البنك من إعلام المدين يجب ألا يفسر إلا في إطار التطور المعقول للمبالغ المضمونة وإلا تعرض لتخفيض هذه الالتزامات في حدود ما يعتبر متوقعا إلى حد معقول وقت توقيع عقد الكفالة.⁴⁹³

وتنفيذ الكفالة تتم وفق إحدى الطريقتين، حيث يعمل البنك عند اتخاده لطريقة الأولى بإنذار الكفيل قبل إحالة الملف على قسم المنازعات داخل الإدارة المركزية، أما في الطريقة الثانية فالبنك ينذر الكفيل والمدين بمقتضاهما، ويعتمد بعض الدائنين على بعث نفس الإنذارات لكل من الدائن والكفيل في حين يتعامل البعض الآخر مع كل واحد منهما على حدة.⁴⁹⁴

وعموما فإن مطالبة البنك الدائن للكافل بالأداء تحكمها مجموعة من الضوابط وهي حلول أجل التزام الكفيل بأداء الاقساط وكذا وجوب رجوع الدائن- الصانع- على المدين- المستصنع- قبل رجوعه على الكفيل.

ومع أن الغالب هو أن يكون أجل التزام الكفيل هو نفسه أجل التزام المدين، فقد يحدث أن يكون لعقد الكفالة أجل آخر، عندئذ لا يحق للبنك مطالبة الكفيل إلا بعد حلول هذا الأجل بحيث يستفيد الكفيل من الأجل الممنوح له، فالكفالة لا يمكن أن تتجاوز ما هو مستحق على المدين فيما يتعلق بالأجل.

⁴⁹² Omar Mahjoubila, gestion bancaire du risque crédits aux entreprises, Mémoire pour l'obtention du diplôme des études supérieures approfondies, (D E S A) en mémoire, banque et finances université Mohammed premier Oujda Année universitaire 2005-2006, Page: 88-89.

⁴⁹³ محمد صبري، م س، ص: 166

⁴⁹⁴ Pour plus d'information voir, kawtar Assakri, comportements et performances des banques islamiques lors de la crise, mémoire de Master Economie et finance internationales université Mohmed premier, Oujda année universitaire 2012-2013

وإذا كانت وفاة المدين تؤدي إلى حلول أجل الدين بالنسبة إلى تركته فإنه لا يسوغ للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل المتفق عليه، أما في حالة وفاة الكفيل فإن المشرع المغربي اعتبر أن مبلغ الكفالة من الحقوق الواجب إخراجها من تركته بمجرد الوفاة دون حاجة إلى انتظار حلول أجل الدين.⁴⁹⁵

إن الكفيل يستفيد من كل تمديد للمدين في أجل الاستحقاق كأن يكون هناك اتفاق بين هذا الأخير والبنك أو في الوقت الذي يمنح فيه القاضي للمدين نظرة الميسرة.⁴⁹⁶

غير أن تمديد الأجل الممنوح من الدائن للمدين يبرئ ذمة الكفيل إذا كان المدين موسراً وقت حصول التمديد، ما لم يكن الكفيل قد وافق على ذلك.⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ عبد القادر محاوي، المركز القانوني للكفيل في القروض البنكية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2010-2011، ص:20

⁴⁹⁶ مهلة الميسرة يمنحها القاضي للمدين الذي يمر بظروف صعبة تجعله غير قادر على أداء الأقساط المتفق عليها في لوقت المحددة لها شريطة الا يحدث ضرراً جسيماً للدائن.

⁴⁹⁷ قرار عدد 1545 الصادر بتاريخ 2002/12/18 في الملف التجاري عدد 2002/640 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 62، ص:140

الفقرة الثانية: ضمانات تحويل مخاطر تمويل العقار بالإستصناع

تعتبر شركات التأمين التكافلية⁴⁹⁸ والأسواق المالية⁴⁹⁹، من القنوات المهمة التي تنتقل إليها المؤسسات البنكية التشاركية المخاطر الناتجة عن عملية تمويل العقار، حيث تعمل البنوك على إلزام المدين عند إبرام كل عقد تشاركي- كما هو الحال بالنسبة لعقد الإستصناع العقاري- على الاككتاب لدى شركات التأمين⁵⁰⁰ فتكون هذه الأخيرة ضامنة له وبالتالي فهي تحل محله في أداء ما تبقى في ذمته من الثمن عند تحقق الخطر المؤمن منه.

كما تستطيع البنوك أيضا التخلص من المخاطر المحيطة بعقد الإستصناع عن طريق طرح- الأقساط المتبقية التي هي عبارة عن دين- في السوق على شكل سندات يتداولها المستثمرون وبالتالي ينتقل إليهم عبء تحمل هذه المخاطر.

⁴⁹⁸ عرف المشرع المغربي التأمين التكافلي في البند 15 في المادة الأولى من مدونة التأمينات بأنه: " عملية تأمين تتم وفق الأراء بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى المنصوص عليه في الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة تنظيم المجالس العلمية كما تم تميمه، بهدف تغطية الأخطار المنصوص عليها في عقد التأمين التكافلي بواسطة حساب التأمين التكافلي يسير، مقابل اجرة التسبير، من طرف مقاوله للتأمين وإعادة التأمين معتمدة لمزاولة عمليات التأمين التكافلي. ولا يمكن في أي حال من الأحوال أن يترتب قبض أو أداء أي فائدة من عمليات التأمين التكافلي من لدن مقاوله للتأمين وإعادة التأمين". وهناك مجموعة من التعاريف الفقهية للتأمين التكافلي ومن أبرزها مايلي:

-معيار المحاسبة والمراجعة عرفه بأنه اتفاق اشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار، وذلك بدفع اشتراكات على أساس الالتزام بالتبرع ويتكون من ذلك صندوق تأمين له حكم الشخصية الاعتبارية وله ذمة مالية مستقلة أي صندوق-وتتكون موجوداته من مجموع اشتراكات حملة الوثائق وارباح استثماراتها والاحتياطيات المعتمدة ومقارنة مع التأمين التجاري فلا يوجد هذا الصندوق- المشتركين من جراء وقوع الأخطار المؤمن منها، وتدير هذا الصندوق شركات مساهمة بأجر تقوم بإدارة أعمال التأمين واستثمار موجودات الصندوق. انظر في ذلك المعيار الشرعي رقم 26 الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية رقم 26 بخصوص التأمين الإسلامية.

-قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي بجدة عرفه على انه عقد جديد أساسه مبدأ التعاون المنضبط بضوابط الشرعية المستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية. انظر في ذلك قرار رقم 200 (21/6) بشأن الأحكام والضوابط الشرعية لأسس التأمين التعاوني، الصادر بتاريخ 2013/11/22

-عرفه مصطفى الزرقا بأنه تعاون مجموعة من الأشخاص ممن يتعرضون لنوع من المخاطر على تعويض الخسارة التي قد تصيب احدهم، عن طريق اكتسابهم بمبالغ نقدية ليؤدي منها التعويض لأي مكتتب منهم عندما يقع الخطر المؤمن منه.

ويمكن تعريف التأمين التكافلي بكونه اتفاق اشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار وذلك بدفع اشتراكات على أساس الالتزام بالتبرع الكامل للاشتراك، أو التبرع بما يدفع الأضرار ويغطي المصاريف الإدارية ونحوها.

كما ورد في تعريف اخر بكونه مشروع يقوم على تبرع المستأمن بالأقساط و علم مخالفة الشركة للأحكام الشرعية، وتوزيع الفائض التأميني على المشاركين، والمشاركة في الخسارة الزائدة، والمشاركة في الإرادة وتقوم إدارة المشروع باستثمار الأموال على أساس المضاربة.

والتأمين التعاوني هو اشتراك تبرعي من مجموعة من الأشخاص يقسط معين لتعويض من تضرر منهم .

كما تم تعريفه بكونه عقد تأمين جماعي يلتزم بموجبه كل مشترك فيه بدفع مبلغ معين من المال على سبيل التبرع التعويض المتضررين منهم على أساس التكافل عند تحقق الخطر وتدار العمليات التأمينية من قبل شركة متخصصة على اساس الوكالة بأجرة معلومة. انظر في ذلك حاكمي نجيب الله، إدارة المخاطر في المصاريف الإسلامية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص مالية دولية، كلية العلوم الاقتصادية، علوم التسبير والعلوم التجارية، المدرسة الدكتورالية في الاقتصاد والتسبير، جامعة وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014، ص:112

⁴⁹⁹ تعتمد سياسة التأمين على وجود جهة مختصة في إدارة الخطر تتمتع بالثقة المالية، وتتعهد في إطار التزام تعاقدي بتحمل عبء المخاطر المنقولة إليها مقابل الحصول على تكلفة متناسبة مع هذا العبء. انظر في ذلك أسامة عزمي سلام وشقيري نوري موسى، إدارة الخطر والتأمين، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى 2010، ص:69

⁵⁰⁰ يلتزم العميل لدى امنية بنك على الالتزام بالاكتتاب لدى شركة التأمين التكافلية حالما يتم العمل به في المغرب- انظر نموذج الالتزام في الملحق ادناه.- مقابلة شفوية تم اجراؤها بتاريخ 02/06/2021 على الساعة 10:00 صباحا

و سنشير إلى دور التأمين التكافلي في تدبير مخاطر تمويل العقار بالإستصناع (أولاً) على أن نشير إلى دور تسنيد الديون في تدبير مخاطر تمويل العقار بالإستصناع (ثانياً).

أولاً: دور التأمين التكافلي في تدبير مخاطر تمويل العقار بالإستصناع

تستخدم البنوك الإسلامية التأمين التكافلي-التعاوني- كوسيلة لتحويل المخاطر إلى جهة أخرى قادرة على تحمل الخسارة (شركة التأمين التكافلي)، حيث يجتمع عدد من المؤمنين يتعرضون لمخاطر متشابهة، يلتزمون بدفع قسط معين، تتولى شركة التأمين التكافلي في هذه الحالة إدارة هذه العقود عن طريق توظيف الأقساط المجمعة وتعويض المتضررين، وفي النهاية يتم اقتسام ربح أو خسارة النشاط ما بين المؤمنين، بينما الشركة تحصل على أجر نظير جهودها في الإدارة والتسيير.

ولكي تحقق هذه الصيغة هدفها يجب أن تكون مخاطر المشتركين مستقلة عن بعضها وغير متلازمة قدر الإمكان، وتتجنب شركة التأمين احتمال وقوع خسارة دفعة واحدة، وكلما كان المشتركون أكثر تنوعاً كلما كانت إمكانية تفتيت المخاطر أكبر بكثير.

وتقوم البنوك الإسلامية بالتحوط من مخاطر الائتمان⁵⁰¹ والتي تنشأ من التعامل بصيغة الإستصناع، وعن التزامات العملاء والتي يترتب على حصتها من الشراكة في المعاملات الاستثمارية الأخرى، باستخدام التأمين التكافلي، بحيث تسترد قيمة الائتمان من شركة التأمين

501 - تنشأ مخاطر الائتمان نتيجة عجز البنك عن الاستفادة من الضمانات المقدمة من طرف الزبون، بسبب تحرير العقود الخاصة بها بكيفية معيبة من الناحية القانونية، أو تراخيه في اتخاذ بعض الإجراءات داخل أجلها المحددة، كما قد تنشأ عن التقصير في إعداد الدراسات الائتمانية ومثال ذلك عدم القيام بدراسة دقيقة لجدوى المشروعات التي تمنح الائتمان من أجلها أو إسناد هذه المهمة إلى مكتب دراسات يفتقد للخبرة والكفاءة، يضاف إلى ذلك تركيز الائتمان على مناطق جغرافية محددة و على أنواع خاصة من الأنشطة الاقتصادية، الشيء الذي يهدد أصل الائتمان وعائده المالي بالضياع. انظر في ذلك استاذتنا حليلة بن حفو، تدبير مخاطر الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية، مقال منشور بمجلة القضاء التجاري، ع الخامس السنة الثالثة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، شتاء ربيع 2015، ص: 34-36

وتجدر الإشارة إلى أن مخاطر الائتمان في البنوك التشاركية تكون في صورة مخاطر تسوية أو مدفوعات، تنشأ عندما يكون على أحد أطراف العملية أن يدفع نقوداً في حالة عقد الإستصناع أو عليه أن يسلم أصولاً في حالة المرابحة قبل أن يتسلم ما يقابلها من نقود، مما يعرضه لخسارة محتملة، وفي حالة صيغ المشاركة في الأرباح والمضاربة، تأتي مخاطر الائتمان في صورة عدم قيام، الشريك بسداد نصيب البنك عند حلول أجله، وقد ينشأ ذلك نتيجة تباين المعلومات عندما لا يكون لدى البنك المعلومات الكافية عن الأرباح الحقيقية للمقولة التي جاء تمويلها. انظر في ذلك طارق الله خان وحبيب احمد، م س، ص: 63-64

التي ستتولى مهمة المطالبة بقيمة الائتمان من العميل. ونظرا لما للتأمين التكافلي⁵⁰² من أهمية عمل المشرع المغربي من أجل الإقرار به في مدونة التأمينات، بواسطة القانون

- 502 يقوم نظام التأمين التكافلي على مجموعة من الأسس والمبادئ التي تحكم نشاط شركاتها، حيث يتفق مع نظام التأمين التجاري فيما يتعلق بالأسس الفنية، وكيفية إدارتها، في حين يختلف عنه في الكثير من الأمور المتعلقة بالشرع وأحكامه وهذا الاختلاف يعتبر جوهريا، حيث يحدد كون شركة التأمين تكافلية أو تجارية.
- و تتمثل أوجه التشابه بين التأمين التكافلي والتأمين التجاري فيما يلي :
- 1- من حيث الأسس الفنية: تتمثل الأسس الفنية في كيفية تقدير الخسائر والأقساط الشهرية للتأمين التكافلي وهي انها الأسس المطبقة في شركات التأمين التجاري، ويتم تقدير الخسائر و الأقساط بناء على اساسين رئيسيين هما:
أ- تقدير الاحتمالات: يتم تقدير الاحتمالات بناء على تجميع أكبر عدد ممكن من المشتركين المعرضين لخطر واحد أو أخطار متشابهة، كالحريق أو حوادث السيارات في برامج واحد، ويتم تقدير احتمالات تحقق ذلك الخطر للمشاركين وذلك طبقا لقواعد الإحصاء.
ب-قانون الأعداد الكبيرة يتم تجميع المخاطر ومعرفة احتمال وقوع الخطر بدقة كبيرة من خلال قانون الأعداد الكبيرة حيث يتم دراسة الكارثة الواحدة التي تقع على مجموعة من الأفراد تزيد معرفة احتمال وقوع الخطر.
ولكي يتم تقدير الاحتمالات بدقة هناك عوامل رئيسية تتحكم في ذلك وهي:
-أن يكون الخطر محتمل الحدوث ومتفرقا، حيث لا تكون جميع الوحدات المؤمن عليها من نفس الخطر واقعة في منطقة جغرافية واحدة.
-أن يكون الخطر منتظم الوقوع فلا يكون وقوعه من المسائل النادرة، لعمل إحصاء كالزلازل مثلا.
 - 2- مصاريف الإدارة هناك مصاريف تحتاجها شركات التأمين التكافلي، وشركات التأمين التجاري لإنشاء وإدارة أعمالها التأمينية وتنقسم هذه المصاريف إلى:
- مصاريف التأسيس تتحملها الشركة بنفسها، مثل كراء مكتب الإدارة أعمالها.
- مصاريف إدارة عمليات التأمين، والموظفين يتحملها صندوق التأمين.
- مصاريف الاستثمار تؤخذ من صندوق أصحاب الأسهم، وصندوق هيئة المشتركين.
3- الإلتزام بدفع التعويضات: تلتزم شركات التأمين التكافلي بدفع قيمة التعويضات للمشاركين كما، بالنسبة لشركات التأمين التجاري، وهذا ما تتبعه جميع شركات التأمين في العالم.
4 - انتهاء عقد التأمين: هناك عدة حالات بموجبها ينتهي العقد المتفق عليه، والمبرم بين شركة التأمين سواء تكافلية أو تجارية باعتبارها، وكيلة عن هيئة المشتركين في إبرام العقود وإدارة العمليات التأمينية والمؤمن لهم والمشاركين وهي الحال هي كالاتي:
دخول الوقت المحدد لنهاية العقد: أي أن هناك اتفاق منصوص عليه بين الشركة والمشارك على أجل معين لنهاية العقد، أو أن فترة سريان العقد المبرم بين الشركة والمشارك تمتد لفترة معينة يتم تحديدها بناء على اتفاق بينهما.
فسخ العقد: يتم فسخ العقد الأسباب الفسخ في العقود العامة، ويفيق كذلك على عقد التأمين وقد تكون هناك أسباب أخرى، كون المؤمن له لا يستطيع دفع الأقساط المتبقية والمتفق عليها بين الشركة والمشارك.
الإفلاس والتصفية: يعتبر ان هذان السببان من موجبات فسخ العقد تلقائيا، إذ ينتج عنها عدم قدرة شركة التأمين على دفع مبلغ التعويض الأمر الذي يؤدي إلى فسخ العقد أوجه الاختلاف بين التأمين التكافلي والتأمين التجاري:
1- المرجعية النهائية
تتمثل هذه المرجعية في جميع الأنشطة التي تجري في شركات التأمين التكافلي من استثمار، وتعويض، وقواع حساب الفائض التأميني، وتوزيعه بانها تنحصر في أحكام الشريعة الإسلامية والتأكيد هذا الفرق من الناحية العملية فقد استحدثت المؤسسات المالية الإسلامية ضمن هيكلها التنظيمي، كما هو المكان بالنسبة للقانون المغربي المتمثل في أخذ الرأي بالمطابقة من المجلس العلمي الأعلى بكونه يضم مجموعة من العلماء والمتخصصين في فقه المعاملات المالية الإسلامية ليقوموا بدور توجيه عني ونشاط شركات التأمين التكافلي.
في حين نجد المرجعية النهائية لشركات التأمين التجاري، تخضع إلى التشريعات والأعراف ذات أصل تقيدي تجاري محض، ينسجم مع فلسفة المدرسة الرأسمالية بصفة عامة وما يترتب على ذلك من إجراء عقود عمليات التأمين وفق أسس المعاولات المبني على الغرر والربا وتحقيق الربح.
2-العلاقات القانونية
يقوم عقد التأمين التكافلي على أساس التبرعات، حيث يعتبر المشترك شريكا مع مجموعة من المشاركين، في تحمل الأخطار حال وقوعها، فالعلاقة هنا تعاونية تكافلية، لذلك فإن صناديق التأمين التكافلي لا تنتج ربحا و تما أنتج فائضا تأمينيا يعود لمصلحة المشتركين أنفسهم، وذلك بعد خصم مصروفات الإدارة ومستحقات التشغيل أما عقد التأمين التجاري فيقوم على الربح، إذ يدفع المؤمن له قط تعويض عن الخضر في حالة وقوعه ويستقبل المؤمن الأقساط تعويضا لحمايته في حالة وقوع الخطر.
3-الفائض التأميني والربح
الفائض التأميني والربح في التأمين التكافلي ليس له اسم ولا حقيقة في نظام التأمين التجاري، والفائض المتبقي هو الفرق المتبقي من الأقساط وعوائدها بعد خصم التعويضات والمصاريف والمخصصات، حيث يصرف عنه أو جزء منه على المشتركين، وما يسمى بالفائض في التأمين التكافلي يسمى ربحا في التأمين التجاري وإيرادا يعتبر ربحا ملكا خاصا لشركة ويدخل ضمن أرباحها.
4- استثمار أموال التأمين
إن الأموال التي تكون في حوزة شركة التأمين التجاري، تستثمر على أساس الربا المحرم، والأرباح الناتجة من الاستثمار، تنفرد الشركة بها، أما في التأمين التكافلي فإن استثمار الأموال يكون بالطرق المشروعة، ويعتبر المشترك، شريك له نصيب من الأرباح الناتجة من الاستثمار الذي تقوم به الشركة.
5-أسس التغطيات التأمينية

رقم 59.13⁵⁰³ لأنه بالرغم من منح لجنة الائتمان تراخيص لإنشاء بنوك تشاركية لتسويق التمويلات البديلة، فإن القانون المتعلق بالبنوك التشاركية ما تزال تعترضه بعض المعوقات، إذ يظل ورشا غير مكتمل في غياب التأمين التكافلي الذي يخضع بدوره لضوابط واحكام الشريعة الإسلامية.

ومن المعلوم أن التمويلات الإسلامية كل لا يتجزأ فلا يمكن إطلاق منتوجات تمويلية في غياب منظومة للتأمين تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية⁵⁰⁴، ما يطرح تساؤلات حول بداية التسويق الفعلي لمنتجات البنوك التشاركية التي حصلت على الرخص في توظيفها واعتمادها، ومن أجل ملء هذا الفراغ، فمعظم البنوك التشاركية المغربية تلزم عملاءها بالالتزام بإبرام عقد التأمين التكافلي وقت اعتماده بالمغرب.

كما أنه يهدف التأمين التكافلي إلى إرساء بعض المبادئ الأساسية في مدونة التأمينات من قبيل تلك المتعلقة باحترام عمليات التأمين التكافلي لأحكام الشريعة الإسلامية والمشاركة في هذه العمليات، على مبدأ التبرع وعلى وجه التضامن بين المشتركين من أجل تغطية المخاطر المنصوص عليها في عقد التأمين المبرم لتغطية مختلف المخاطر المحدقة بصيغة الإستصناع.

نظام التغطيات التأمينية في عمليات التأمين التكافلي، تحكمه الشريعة الإسلامية فلا يجوز على سبيل المثال، التأمين على الديون الربوية، وفي المقابل نجد شركات التأمين التجاري تهدف إلى تحقيق أعلى ربح ممكن، بغض النظر عن أي اعتبارات شرعية أو عرفية أو أخلاقية.

6- من حيث الحكم الشرعي

أن التأمين التجاري يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية باتفاق أكثر المجاميع الفقهية، أما التأمين التكافلي فهو جائز شرعا وقد أجمع العلماء على جوازه لأن هذا الأخير يوافق احكام الشريعة الإسلامية.

انظر في ذلك احمد مخلوفي، التأمين التكافلي من خلال مستجدات مدونة التأمينات المغربية بمقتضى القانون رقم 59.13، مقال منشور بمجلة القانون والأعمال مجلة إلكترونية <https://www.droitentreprise.com> تمت زيارته بتاريخ 28/06/2021 على الساعة 10:00

إبراهيم عقاش، مبادئ التأمين التكافلي، مقال منشور بمجلة قراءات متقاطعة في القانون والسياسة والاقتصاد والمجتمع، مطبعة تيسير، طبعة 2019، ص:38-46

503 القانون رقم 59.13 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.129 في 21 من ذي القعدة 1437 (25 اغسطس 2016) القاضي بتغيير وتنظيم القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، الجريدة الرسمية عدد 6501 الصادرة بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19 سبتمبر 2016)، ص:6649

504 لقد اقر مجمع الفقه الإسلامي تحريم التأمين التجاري لما تضمنه من غرر لأن المستأمن لا يعرف مقدار ما يعطي أو يأخذ عند الدخول في العقد. -ان التأمين التجاري ضرب من ضروب المقامرة أي من الرهان لأن فيه غرم بلا جنابية وغنم بلا مقابل غير مكافئ. -انه يشتمل على ربا الفضل والنساء، فإذا دفعت الشركة الى المستأمن أكثر مما دفع لها فهو ربا فضل، ولأنه يدفع بعد مدة فيكون ربا نسا أيضا واخذ مال الغير بما مقابل.

-الالزام بما لا يلزم شرعا لأن المؤمن من لم يحدث الخطر منه ولا يتسبب في حدوثه.

انظر في ذلك حاكمي نجيب الله، م س، ص:113

ومن هذا المنطلق لأبدا ان نشير الى إجبارية تأمينات البناء والتي أقرها المشرع المغربي ضمن مدونة التأمينات، والتي لها علاقة مباشرة بالإستصناع العقاري، حيث أضيفت بمقتضى المادة 3 من القانون 59.13 المتمم لمدونة التأمينات، والذي يشمل على تأمين المخاطر التالية:

-تأمينات مخاطر الورش.505

-ضمان المسؤولية المدنية المتعلقة بالورش.506

-تأمين المسؤولية المدنية العشرية.507

ومقاولات التأمين وإعادة التأمين المعتمدة لمزاولة عمليات التأمين البناء ملزمة بقبول

ضمان الاخطار المشار اليها أعلاه.508

505 تنص المادة 157-1 من مدونة التأمينات على مايلي: " يجب على صاحب المشروع الذي ينجز أو يكلف شخصا آخر بإنجاز اشغال البناء، أن يتوفر على تأمين يغطي، طيلة مدة الورش، الأضرار اللاحقة بالمنشأة. يجب على المهندس المعماري والمهندس وكذا على كل شخص ذاتي أو اعتباري ابرم مع صاحب المشروع المذكور عقد إجارة الصنعة حسب مدلول الفقرة الثانية من الفصل 723 من الظهير الشريف المؤرخ في 9 رمضان 1331 (21 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود أو عقد تقديم خدمة ماعدا عقد الشغل أن يتوفروا على تأمين يغطي، طيلة مدة الورش، مسؤوليتهم المدنية نتيجة الأضرار اللاحقة بالأغيار أو بالمنشأة من جراء او بمناسبة الأشغال المنجزة داخل الورش، وذلك مع مراعاة أحكام الفقرة الأولى من المادة 39 من هذا القانون. ويجب على صاحب المشروع أن يتوفر كذلك على تأمين يغطي، وفق الشروط نفسها، مسؤوليته المدنية نتيجة الأضرار اللاحقة بالأغيار. يدعي الضمان المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه « ضمان الأضرار اللاحقة بالمنشأة و الضمان المشار إليه في الفقرة الثانية اعلاه ضمان المسؤولية المدنية المتعلقة بالورش ».

506 تنص المادة 157-4 من مدونة التأمينات على: " تشمل إجبارية التأمين، بالنسبة ل ضمان المسؤولية المدنية المتعلقة بالورش»، التعويض عن الأضرار اللاحقة بكل شخص، باستثناء: الأضرار المترتبة عن خصائص التربة، إذا لم يتم إنجاز دراسة التربة قبل بدء الأشغال أو نتجت هذه الأضرار عن عدم احترام التوصيات الواردة في الدراسة المذكورة؛

-الأضرار الناجمة عن اهتزازات أو إزالة أو إضعاف ركائز دعم منشآت مجاورة للمنشأة المؤمن عليها المتألفة من خمسة (5) طوابق أو أكثر ويوجد بها طابق تحت أرضي يكون مستواه أكثر انخفاضا من مستوى الطوابق تحت الأرضية للمنشآت المجاورة، إذا لم يتم إنجاز دراسة الجوار أو إذا كانت هذه الأضرار ناتجة عن عدم احترام توصيات هذه الدراسة؛

-الأضرار التي تسببت فيها عربات خاضعة لإجبارية التأمين المنصوص عليها في المادة 120 أعلاه ما عدا الأضرار: التي نتجت عن تشغيل الجفان المتحركة والرافعات و غيرها من الآلات المجهزة بها العربية، إذا كانت هذه العربية مثبتة للقيام بأشغال داخل الورش؛ التي تسببت فيها كل عربة صنعت أو هينت خصيصا لإنجاز الأشغال داخل الورش وذلك أثناء استعمالها للقيام بهذه الأشغال.

507تنص المادة 157-10 من مدونة التأمينات على مايلي: " يجب على كل شخص ذاتي أو اعتباري يمكن أن تثار مسؤوليته المدنية العشرية بموجب الفصل 769 من الظهير الشريف المؤرخ في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود أن يغطي هذه المسؤولية بعقد تأمين.

تنص المادة 157-11 من مدونة التأمينات على مايلي: " تشمل إجبارية تأمين المسؤولية المدنية العشرية التعويض عن جميع الأضرار اللاحقة بالمنشأة، باستثناء:

-الأضرار والخسائر الناجمة عن الحرب الخارجية أو الحرب الأهلية أو الفتن والاضطرابات الشعبية أو أعمال الإرهاب أو التخريب؛ -الأضرار والخسائر الناجمة عن عدم مراعاة التحفظات ذات الطابع التقني الصادرة عن مكتب المراقبة والتي تم تبليغها بصفة قانونية إلى صاحب المشروع في حالة ما إذا لم يتم رفع تلك التحفظات.

-يمكن أن ينص عقد التأمين على استثناءات أخرى من الضمان تحدد قائمتها بنص تنظيمي باقتراح من الهيئة. 508 المادة 24-157 من مدونة التأمينات على مايلي: " تلزم مقاولات التأمين وإعادة التأمين المعتمدة لمزاولة عمليات تأمين البناء بقبول ضمان الاخطار المشار اليها في المادتين 1-157 و المادة 10-157 أعلاه".

ثانياً: دور تسنيد الديون في تدير مخاطر تمويل العقار بالإستصناع

إن تسنيد الديون⁵⁰⁹ تقنية تهدف من خلالها المؤسسات المقترضة إلى تفويت القروض إلى المستثمرين الشيء الذي يمكن من إعادة التمويل، وبالتالي تطوير نشاطها الائتماني دون الحاجة إلى تعزيز أموالها الذاتية وفقاً للقواعد الاحترازية المعمول بها.⁵¹⁰

والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد ما مدى شرعية التعامل بالتسنيدي لدى المؤسسات المالية الإسلامية التشاركية؟

فعملية تسنيد الديون غير جائزة في نظر الفقهاء⁵¹¹، كما عليه العمل في المؤسسات البنكية التقليدية حيث قرر مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية عشرة بأنه: "لا يجوز بيع الدين المؤجل من غير المدين بنقد معدل من جنسه أو غير جنسه، لإفضائه إلى الربا، كما لا يجوز بيعه بنقد مؤجل من جنسه أو غير جنسه لأنه من بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه شرعاً، ولا فرق في ذلك بين كون الدين ناشئاً عن قرض أو بيع اجل".⁵¹²

وجاء في القرار الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة في مكة المكرمة سنة 2002 بشأن موضوع التوريق وبيع الدين -جواز بيع الدين للمدين بنفسه بئمن حال-، لأن شرط التسليم محقق، إذ إن ما في ذمته مقبوض حكماً وتحريم بيع الدين للمدين بئمن مؤجل أكثر من مقدار الدين (أي جدولة الديون) لأنه من صور الربا.⁵¹³

⁵⁰⁹ يعد تسنيد الديون ترجمة للمصطلح الفرنسي titrisation des créances وللصطلح الأنجلوساكسوني securization، ويسميه المشرع المصري التوريق، ويفيد تخلي مؤسسة معينة عن ديونها لصندوق منظم قانوناً قصد إصدار سندات تمثلها، وقد عرفها الفقيهان والمحاميان الفرنسيان "تيراي" و "كزافيي" تسنيد الديون بأنها العملية التي من خلالها يتم خلق سندات مالية انطلاقاً من ديون معينة، ونفس الشيء بالنسبة للأستاذ "شميد" الذي عرف تسنيد الديون بالعملية التي من خلالها يتم تحويل دين إلى سند مالي. انظر في ذلك سفيان ادريوش، تسنيد الديون الرهنية مقارنة قانونية ومالية. أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث: الضمانات التشريعية في قانون الأعمال المغربي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الدراسية 2004-2005، ص: 18

⁵¹⁰ حاكمي نجيب الله، م س، ص: 102

⁵¹¹ هيبه الزحيلي، بيع الدين في الشريعة الإسلامية، دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سورية، الطبعة الأولى 1997، ص: 13 وما بعدها

⁵¹² قرار بشأن بيع الدين وسندات القرض وبدائلها الشرعية في مجال القطاع العام والخاص رقم: 101(11/4) [1] الصادر عن مجلس مجمع الفقه

الإسلامي الدولي، في الدورة الحادية عشر المنعقدة بالمنامة في مملكة البحرين، من 25-30 رجب 1419هـ، الموافق 14-19 تشرين الأول (نوفمبر)

1998م منشور بالموقع الرسمي لمنظمة التعاون الإسلامي <https://www.iifa-aifi.org/ar/2033.html> تم الاطلاع عليه بتاريخ 01/07/2021

على الساعة 12:00

⁵¹³ حفصة قستان، م س، ص: 134

كما يحرم شرعا بيع الدين لغير المدين بثمن مؤجل لأنها من صور بيع الكالئ بالكالئ (بيع الدين بالدين) ولا يجوز توريق الديون بحيث انها قابلة للتداول في سوق ثانوية. لما فيه من بيع الدين لغير المدين وجه يشتمل على الربا.

بعد ذلك صدر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، المنعقد في دورته 19 التاسعة عشرة عام 2009 القرار الاتي بخصوص موضوع توريق الديون والصكوك الإسلامية⁵¹⁴:

التوريق التقليدي أو تسنيد الديون هو تحويل الديون إلى أوراق مالية (سندات) متساوية القيمة قابلة للتداول، وتتثل هذه السندات دينا بفائدة لحاملها في ذمة مصدرها، ولا يجوز إصدار هذه السندات ولا تتداول شرعا.

التوريق الإسلامي هو إصدار وثائق أو شهادات مالية متساوية القيمة، تمثل حصصا شائعا في ملكية موجودات - أعيان ومنافع أو حقوق أو خليط من الأعيان والمنافع والنقود والديون ، قائمة فعلا- ، وسيتم انشاؤها من حصيلة الاكتتاب وتصدر وفق عقد شرعي وتأخذ أحكامه، وعلى هذا يتمثل الفرق الأساس بين التوريق التقليدي والتوريق الإسلامي في أنه يملك المستثمرون في الصكوك الإسلامية -القابلة للتداول- أصولا حقيقية، سواء كانت أعيان أم منافع أم خدمات ويتحمل المستثمرون في الصكوك الإسلامية جميع المخاطر المرتبطة بالأصل كونها شركة قائمة على الربح والخسارة.⁵¹⁵

⁵¹⁴ قرار بشأن الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها رقم 178 (19/4) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من 1 إلى 5 جمادى الأولى

1430هـ، الموافق 26-30 نيسان (إبريل) 2009م، منشور بالموقع الرسمي لمنظمة التعاون الإسلامي - <https://www.iifa->

[aifi.org/ar/2033.html](https://www.aifi.org/ar/2033.html) تم الاطلاع عليه بتاريخ 01/07/2021 على الساعة 12:30

⁵¹⁵ علاء حسين علي، توريق الديون وضوابطه التطبيقية في التعاملات الشرعية، مقال منشور بمجلة أحوال القانون والمحاكم، منشور بموقع

<https://www.a7wallaw.com/15086> تم الاطلاع عليه بتاريخ 01/07/2021 على الساعة 18:00

وبذلك أصبحت البنوك الإسلامية تستخدم تسنيد الديون كإستراتيجية أساسية للتحوط ضد المخاطر المحدقة بالبنوك الإسلامية، خاصة مخاطر السيولة ومخاطر الإفلاس ويمكن إبراز ذلك من خلال ما يلي 516:

- رفع كفاءة الدورة المالية والإنتاجية ومعدل دورانها، عن طريق تحويل الأصول غير السائلة إلى أصول سائلة لإعادة توظيفها مرة أخرى، مما يساعد على توسيع حجم الأعمال للمنشآت دون حاجة إلى زيادة حقوق الملكية.

- تسهيل تدفق التمويل العملي الائتمان بضمان الرهون العقارية، وبشروط أفضل وفترات سداد أطول.

- تنشيط سوق الأوراق المالية من خلال تعبئة مصادر تمويل جديدة، وتنويع المعروض فيها من منتجات مالية وتنشيط سوق تداول السندات، وخلق علاقات ارتباطية تمويلية بين قطاعات أخرى كقطاع السكن وسوق الأوراق المالية.

- رفع مقدرة البنوك على التمويل عن طريق رفع نسبة رأس المال بها، بدليل أن التوريق يسمح بتحويل الديون إلى سندات (تعتبر السندات جزء من رأس المال)، بالإضافة إلى توفير المزيد من السيولة المتأنية من عمليات التوريق.

- اداة تمويلية جد تنافسية بالنسبة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، حيث أن تكلفة التوريق بالنسبة لها هي أقل من تكلفة الاقتراض المصرفي.

- تقليل مخاطر الائتمان للأصول، من خلال توزيع على قاعدة عريضة من القطاعات

المختلفة.

⁵¹⁶ عرف المشرع المغربي من قانون 10.98 المتعلق بتسنيدي الديون الرهنية هذه التقنية بأنها العملية المالية المتمثلة في قيام صندوق توظيف جماعي للتسنيدي بشراء ديون رهنية يؤدي ثمنها بواسطة إصدار حصص ممثلة لتلك الديون وعند الاقتضاء بواسطة إصدار اقتراض سندي معتمد على تلك الديون وذلك وفق للأحكام الواردة في هذا القانون. يُرجى الرجوع إلى الظهير الشريف رقم 1.99.193 صادر في 13 جمادى الأولى 1420 الموافق ل 25 أغسطس 1999 بتنفيذ القانون رقم 10.98 المتعلق بتسنيدي الديون الرهنية منشور بالجريدة الرسمية عدد 4726 الصادر بتاريخ 16 شتنبر 1999، ص:2270.

- انحسار احتمالات تعرض المستثمرين للأخطار المالية وإنعاش سوق الديون الراكدة.
- تخفيف وطأة المديونية، مما يساعد في تحقيق معدلات أعلى لكفاية رأس المال.
- تنشيط السوق الأولية في القطاع الاقتصادي العقاري، كما أن انخفاض نسبة الفائدة يمكن أن يوفر مناخا مناسباً للقيام بنشاط التوريق.
- التوريق أداة تساعد على الشفافية وتحسين بنية المعلومات في السوق العقارية، لأنه يتطلب العديد من الإجراءات، ودخول العديد من المؤسسات في عملية الإقراض، مما يوفر المزيد من المعلومات في السوق لإنجاح التمويلات العقارية.⁵¹⁷

⁵¹⁷ بلعزوز بن علي، استراتيجيات إدارة المخاطر في المعاملات المالية، جامعة الشلق، مجلة الباحث، ع7، سنة 2011، ص:340-341

خاتمة

حاولنا على امتداد صفحات هذا البحث معالجة مختلف الجوانب المتعلقة بعملية تمويل العقار بالإستصناع في البنوك التشاركية، وتبين لنا ان موضوع البحث يكتسي أهمية بالغة، رغم طابعه الفقهي والقانوني فلا يمكن فصله عن محيطه العام الاقتصادي والاجتماعي، اللذان بدون تأهيلهما لا يمكن الحديث عن فعالية أو جدوى أسلوب تمويل المشاريع العقارية عن طريق ابرام عقود الإستصناع في البنوك التشاركية.

وبالتالي فإن المقاربة الشمولية لهذا الموضوع فرضت انطلاقا من إشكالية التمويل العقاري بالإستصناع تناوله والبحث في مختلف الجوانب والعناصر المؤثرة التي تستوجب النظر فيها، والوقوف عليها، على اعتبار ان البنوك التشاركية المغربية لم تدخل لحد الان هذا النوع من التمويلات العقارية في معاملاتها المالية.

وبذلك كانت بداية الحديث في مدخل هذا الموضوع عن الأحكام العامة التي تتعلق بالإستصناع العقاري من أجل فهم واستيعاب مبانيه الرئيسية التي يقوم عليها، وذلك ابتداءا بتحديد مفهومه الفقهي والقانوني وطبيعته، وتمييزه عن باقي العقود المشابهة له، وإبراز ضوابطه مرورا إلى تحديد أركانه وشروطه، ووصولاً إلى الآثار المترتبة عن عملية الإستصناع العقاري، والتي تبقى في آخر المطاف التزامات أو واجبات يتحملها كل من الصانع-البنك التشاركي- والمستصنع-العميل- إزاء بعضهم البعض، وبتنفيذ هذه الالتزامات تكون العملية التمويلية سليمة من الناحية القانونية كغيرها من العمليات التمويلية الأخرى وبشكل طبيعي، أو قد تنتهي بأسباب خارجة عن إرادة الطرفين بحدوث ظروف طارئة أو ما شكلها.

وهذا الأمر من المسائل المحتملة في عقد الإستصناع العقاري، على اعتبار انه من العقود الأجلة التي تتأثر بتغير الظروف المحيطة به.

الأمر الذي يستخلص من هذا الجانب أن دراسة عقد الإستصناع العقاري من الناحية القانونية ضرورة مهمة من استيعاب أحكامه والتفصيل فيها بما قد يساعد الأطراف على تجنب النزاعات بمعرفة حقوقهم والتزاماتهم الواقعة على عاتقهم، أما من الناحية التطبيقية لعملية تمويل العقار من خلال إبرام عقد الإستصناع، فقد اشتمل هذا الجانب على الأساليب التي يمكن من خلالها أن يوظف هذا النوع من التمويلات عبر البنوك التشاركية، حيث يمكن لهذه الأخيرة أن توظفه في عملياتها التمويلية والاستثمارية، خصوصا في القطاع العقاري الذي يعتبر من الدعامات الأساسية لإحداث التنمية الاقتصادية والاجتماعية، غير أن مسألة تطبيقه من طرف هاته البنوك يجب أن يخضع لمجموعة من القواعد ومنها ما هو شرعي بالدرجة الأولى، لكون هذه البنوك مُنطلقها الأساسي يستند إلى مرجعية إسلامية التي تحرم التعامل بالفائدة في المعاملات المالية بمختلف أشكالها، و بالتالي لا يمكن لهذه المؤسسات تمويل أي مشروع عقاري كان او استثماري لعملائها إلا بعد التأكد من مطابقة العملية التمويلية مع مبادئ الشريعة الإسلامية، حيث يقوم المجلس العلمي الأعلى بدور هام في تجسيد هذا الشرط الواقع العملي في نشاط ومعاملات البنوك التشاركية، كما يراعى أيضا في توظيف هذا العقد مجموعة من الضوابط الفنية، لأن مسألة التمويل من خلاله لا تخلو من مختلف المخاطر سواء كانت اقتصادية أو مرتبطة بنشاط البنك، مما يفرض على البنوك إيجاد ضمانات لمواجهة هذه المخاطر المرتبطة بالتمويل بعقد الإستصناع.

وعليه من الصعب الحكم على أي منتج كيفما كان سواء بالنجاح أو بالفشل دون إخضاعه لميزان التطبيق الواقعي، وبما أن البنوك التشاركية المغربية لم تدخل هذا النوع من التمويل في خدماتها الا مؤسستين بنكيتين -هما بنك اليسر وبنك الصفاء- وبطريقة غير مباشرة، فإن الأمر يفرض استكشاف تجارب للبنوك الأخرى التي تعاملت بهذا العقد في تمويل مختلف القطاعات لتقييم درجة فعاليته وجودته،

وبذلك توج الأمر بعرض بعض تجارب البنوك الإسلامية، في تمويل المشاريع العقارية بعقد الإستصناع.

فإذا كان الإستصناع لم يوظف حتى الآن فذلك راجع الى عدة أسباب، أبرزها حداثة عمل البنوك التشاركي، وارتفاع نسبة مخاطر التمويل بالإستصناع، ورغم ذلك فقد أبانت تجارب بعض البنوك الإسلامية عن فعالية هذا المنتج في مساهمة تحقيق التنمية الاقتصادية من خلال الربط بين عدة قطاعات اقتصادية.

وقد خلصنا في اخر هذه الدراسة الى عدة نتائج نوجزها فيما يلي:

- ✓ ان الإستصناع العقاري صيغة من صيغ التمويل الإسلامية لإنتاج المصنوع- العقار- في مرحلة ما قبل التسليم او في مرحلة الإنتاج.
- ✓ ان تمويل العقار عن طريق إبرام عقد الإستصناع يشترط في صحته ان يكون المعقود عليه معلوما بذكر مواصفات الشيء المراد صنعه بدقة، وان يكون مما يجري فيه التعامل، كما يجب تحديد الثمن والاجل لتسليم الشيء المصنوع.
- ✓ ان الإستصناع العقاري عقد مستقل عن الاجارة والسلم، ويستقي احكامه من عقد البيع اثناء غياب نص قانوني في منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 المتعلق بالإستصناع المنظم له.
- ✓ الإستصناع ليس سلما من الناحية القانونية فقد خصه المشرع بنص خاص، بالرغم من تكييف فقهاء المالكية على ان الإستصناع نوع من السلم.
- ✓ ان الإستصناع العقاري وسيلة للإستثمار في المشاريع العقارية بالطريقة المشروعة الخالية من المعاملة المحظورة الربوية، وهي صيغة لحل ازمة السكن التي يعانيتها المغرب، كما ان ذلك يساهم في خلق فرص الشغل مما يقلل من شبح البطالة.
- ✓ ان الإستصناع العقاري من اهم البدائل التمويلية التي تتعامل بها البنوك الإسلامية كما يمكن للبنوك التشاركية المغربية اعتماده، حيث يعتبر وسيلة مرنة يمكن التمويل بها جميع المشاريع العقارية سواء الصغرى والمتوسطة والكبرى.

- ✓ ان تمويل العقار بصيغة الإستصناع يساهم في تنمية الاقتصاد الوطني، وتطوير القطاع العقاري، والتشجيع على الاستثمار.
- ✓ ان للبنك التشاركي اثناء تطبيق صيغة التمويل العقاري بالإستصناع أن يتم توظيفه بأحد الاسلوبين، أولهما: اعتبار المصرف مستصنعا للعقار، أي طالبا لمنتوج عقاري يشتريه من صانعيه ثم يتصرف فيه لصالحه.
- وثانيهما: باعتباره صانعا -وهو الغالب- يتلقى طلبات العملاء لتوفير عقار معين فيتعاقد معهم على ذلك، ثم يبرم عقد استصناع موازي مع مقاول للبناء لتلبية رغبة العميل.
- ✓ يجوز ان يتضمن عقد الإستصناع العقاري الشرط الجزائي في حالة اخلال الصانع بالتزاماته او تأخره في تنفيذه - ما لم يكن هناك عذر معتبر شرعا-.
- ✓ ان عقد الإستصناع العقاري ملزم للطرفين منذ انعقاده فليس لأحدهما الرجوع فيه، وإذا لم يكن المصنوع على الاوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيرا.
- ✓ ينشئ عقد الإستصناع عددا من الالتزامات على طرفي العقد:
 - يلتزم الصانع بصناعة الشيء المطلوب، وتسليمه وفق الشروط والأجال المتفق عليها مع تحمل المسؤولية الكاملة عن ذلك.
 - ويلتزم المستصنع بتسلم الشيء المصنوع بعد إنجازه مع دفع العوض المستحق للصانع وضمان ذلك.
- ✓ لايجوز للصانع أن يشترط في عقد الإستصناع البراءة من العيوب، أي عدم مسؤوليته عما يظهر من عيوب أو اختلال في المبيع الذي سيصنعه، فهذا اشتراط باطل.
- ✓ ان منشور والي بنك المغرب المتعلق بمنتج الإستصناع تشوبه غموض من حيث بعض مواد، كعدم التنصيص بدقة على كيفية انقضاء وانتهاء عقد الإستصناع فيما دون حالات الفسخ، خصوصا بوفاة المستصنع، وانعدام التنصيص على الضمانات اللازمة لدرء المخاطر المحدقة بهذه الصيغة التمويلية، عدم توضيح الاعذار المعتبرة شرعا في حالة تخلف الصانع على تنفيذ التزامه بالتسليم الشيء المصنوع طبقا للمادة 69-9. ومطالبة

المستصنع للصانع بالتعويض يمكن تصنيفه وادخاله ضمن خانة النفع الناتج عن الاقتراض بصورة غير مباشرة، ومعلوم ان كل قرض جر عليه نفعا فهو ربا. وإذا كانت هذه جملة من النتائج والخلاصات التي تم استنتاجها من خلال هذه الدراسة، فإن الامر يستدعي ضرورة تقديم اقتراحات وتوصيات تخدم هذا البحث وهي على الشكل التالي:

- ✓ تولية البنوك التشاركية اهتماما وممارسة لعملية التمويل العقاري عن طريق ابرام عقد الإستصناع، ولا تكتفي بالمنتجات التي تعتمد عليها حاليا، على اعتبار أن المخاطر فيها اقل وهامش الربح محقق.
- ✓ وضع نموذج لعقد الإستصناع العقاري واضح ومبسط، وتعميمه على البنوك التشاركية.
- ✓ إجراء مزيد من البحوث والدراسات من ناحيتين الاقتصادية والقانونية فيما يخص موضوع عملية تمويل العقار بالإستصناع كما هو الشأن بالنسبة لدول العربية الأخرى.
- ✓ مراعاة الضوابط الشرعية المتعلقة بصيغة التمويل بالإستصناع.
- ✓ توظيف أطر داخل البنوك التشاركية مختصة في المجال العقاري للمساعدة على تبيان المخاطر التي قد تعيق اعتماد التمويل بالإستصناع.
- ✓ رفع القيود التي تعمل على إعاقة العمل التمويلي بالإستصناع من اجل التمكن من جلب استثمارات محلية وخارجية تساعد على تنمية القطاع العقاري بالمغرب.
- ✓ الاستفادة من تجارب البنوك الإسلامية في التمويل العقاري بالإستصناع للإستئناس بها.
- ✓ تعديل بعض بنود المنشور رقم 2/و/2019 المتعلق بمنتج الإستصناع التي تشوبها غموض وعدم الوضوح وقد سبق الاسترسال فيها سلفا.
- ✓ إضافة بند في المنشور السالف الذكر متعلق بوضع هامش الجدية كما فعل المشرع في عقد المرابحة، على اعتبار ان الإستصناع نوع من البيوع الخاصة الموصوفة في الذمة وتتخلله مجموعة من المخاطر الائتمانية.

ملحق

1. نموذج عقد مرابحة مواد البناء لبنك اليسر " وكالة تيزنيت".
(تم الحصول عليه لدى وكالة بنك اليسر بتيزنيت)
2. نموذج عقد الإستصناع -لبنك البركة الجزائري-.
(تم استخراجها من الموقع الرسمي لبنك البركة الجزائري)
3. نموذج الالتزام بالاكتتاب في التأمين التكافلي لبنك التشاركي امنية " وكالة تيزنيت".
(تم الحصول عليه لدى وكالة امنية بنك تيزنيت)
4. شهادة شرعية صادرة عن هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لمصرف الهلال بخصوص تمويل انشاء العقار عن طريق الإستصناع.
(تم استخراجها من الموقع الرسمي لهيئة الفتوى والرقابة الشرعية لمصرف الهلال)

الملحق 1: نموذج لعقد مرابحة شراء مواد البناء لبنك اليسر "وكالة تيزنيت".

بسم الله الرحمن الرحيم

-----**Par-devant Maître....., notaire A Tiznit, soussignée**-----

1-Monsieur ...Fils de XXX et de XXX, demeurant à XXX, Titulaire de la CIN N°XX, valable jusqu'au XX .De nationalité marocaine, Né le XXX .Marié selon la loi musulmane à MME XXX le XX A TIZNIT (d'après sa déclaration);et n'ayant pas conclu d'accord dans le cadre de l'article 49 du code de la famille 2003-----

-----**CI-APRES DENOMME LE VENDEUR**

-----**DE PREMIERE PART**

3- Monsieur XXX, titulaire de la carte nationale d'identité N° XXX, valable jusqu'au XXX. -----

4- Mlle, XXX titulaire de la carte nationale d'identité N° XXX, valable jusqu'au XXX. -----

AGISSANT: en leur qualité de mandataires de la Banque XXX Société Anonyme; au capital social de DHS: XXX ; ayant son siège XXX ; inscrite au Registre de Commerce de Casablanca sous n° XXXX; IF n° XXXX.-----

EN Vertu d'une procuration spéciale accordée par la directrice générale MME XXX --

-----**CI-APRES DENOMME «ACQUEREURS ES-QUALITES»**

-----**DE TROISIEME PART**

Les quels es-nom et es-qualités, ont par ces présentes requis **Maître XXX**; Notaire à Tiznit soussignée de donner l'authenticité aux conventions ci-après directement arrêtées entre eux, sans le concours ni la participation dudit Notaire, qui n'en est que le rédacteur et déclarent l'autoriser à rédiger le présent acte en langue française conformément aux dispositions de l'article 42 de la loi 32-09 relative à l'organisation de la profession de Notaire. -----

-----**PREAMBULE**-----

Monsieur XXX et **Mlle XXX** es-qualité déclarent que la **Société« XXX» .S.A.** achète la propriété désignée ci-dessous dans le cadre de la loi 103.12, relatives aux établissements de crédit et organismes assimilés promulguée par le Dahir N° 1-14-193, en date du 24 Décembre 2014 et notamment ses articles 58 et 62. -----

Monsieur XXX es-qualité déclarent que la **Société « XXX» S.A.** entend acquérir le bien immobilier ci-dessus en vue de le vendre dans le cadre de la vente Mourabaha. -----

-----**VENTE TOTALE IMMOBILIERE**-----

Monsieur XXX comparant d'une part, vend par les présentes, en s'obligeant à toutes les garanties ordinaires et de droit en pareille matière ci-après à : -----

La société « XXX» S.A., représentée par **Monsieur XXX** es-qualité, comparants d'autre part, ici présents et qui acceptent, pour le compte de ladite société, la totalité de la propriété dont la désignation suit : -----

-----**DESIGNATION**-----

La totalité de la propriété dite «ال XXX 51 »le tout faisant l' objet du titre foncier n° XXX, sise à XXX, consistant en XXX d'une superficie totale de XXX, -----

Tels et ainsi, au surplus, que ce bien s'étend, se poursuit et comporte avec toute ses appartenances et tous les droits qui y sont rattachés sans aucune exception ni réserve. -----

ORIGINE DE PROPRIETE

Les Parties dispensent expressément **XXX** Notaire soussigné, d'établir l'origine de propriété du Bien et déclarent se référer à ce sujet au dossier d'immatriculation du Bien. ---
Néanmoins et pour les besoins exclusifs des services de l'enregistrement,-----

CHARGES ET CONDITIONS

La présente vente est faite sous les charges et conditions ordinaires de fait et de droits les plus étendus en pareille matière et notamment sous celles suivantes que l'Acquéreur s'oblige à exécuter et accomplir, savoir -----

a) De prendre le Bien dans l'état où il se trouve actuellement, sans pouvoir prétendre à aucune indemnité ni diminution du prix ci-après fixé pour quelque cause que ce soit . -----

b) De souffrir les servitudes passives, apparentes ou occultes continues ou discontinues et mitoyennetés, dont le bien immobilier ci-dessus désigné, peut être grevé sauf à s'en défendre et à profiter en retour de celles actives, s'il en existe à ses risques et périls. -----

A ce sujet, le Vendeur déclare qu'à sa connaissance il n'existe pas d'hypothèques, charges, servitudes, ni mitoyennetés grevant ledit bien autres que celles figurant au dossier d'immatriculation du Bien que l'Acquéreur déclare bien connaître. -----

d) D'acquitter à compter du jour ci-dessus fixé pour l'entrée en jouissance, toutes contributions, impositions ou autres taxes, généralement quelconque pouvant grever ledit bien de manière que le Vendeur ne soit jamais inquiété ni recherché à ce sujet. Etant bien entendu que pour les périodes antérieures à la date d'entrée en jouissance de l'acquéreur tous impôts, taxes et contributions quelconques émis ou restant à émettre et non encore réglés à ce jour, resteront entièrement à la charge exclusive du Vendeur qui s'y oblige expressément. -----

f) De payer tous les droits, frais et taxes des présentes et ceux qui en seront la suite ou la conséquence. ----

P R I X

En outre, la présente vente est consentie et acceptée par les parties moyennant le prix principal, global et forfaitaire de **(XXX) XXX** -----

Lequel prix, l'acquéreur a payé par la comptabilité, du Notaire soussignée ainsi que le vendeur le reconnaît expressément et en consent à l'acquéreur bonne et valable quittance entière, définitive et sans réserve. -----

DONT QUITTANCE

CONSIGNATION

Les comparants conviennent expressément que la somme **(XXX) XXX**; demeurera consignée à la comptabilité du Notaire soussignée et sera débouquée au profit du vendeur -----

Dès inscription des présentes à la conservation de la propriété foncière et des hypothèques et obtention de l'attestation de paiement des impôts grevant l'immeuble conformément aux dispositions de l'article 95 du code de recouvrement des créances publiques.-----

FORMALITES ET DECLARATIONS

Une expédition des présentes sera déposée aux fins d'inscriptions sur les Livres Fonciers au Service de la Conservation Foncière de TIZNIT. -----

Le vendeur déclare formellement que le bien vendu est libre de toutes dettes, charges et qu'il ne fait l'objet d'aucune inscription hypothécaire ou autre; -----

Si contrairement aux déclarations qui précèdent, ledit bien était grevé d'une ou de plusieurs inscription, saisies ou autres du chef du vendeur ou du précédent propriétaire, le vendeur s'engage à en rapporter mainlevée et radiation dans le mois de la dénonciation qui lui sera faite au domicile ci-après élu. -----

ETAT CIVIL

Le vendeur déclare que son état civil est tel qu'il est indiqué sans changement au dossier du titre foncier sus énoncés.

De son côté, l'acquéreur déclare que son état civil est conforme à celui indiqué en tête des présentes.

REQUISITION – POUVOIRS

Les comparants requièrent Monsieur le Conservateur de la Propriété Foncière de TIZNIT de bien vouloir procéder à l'inscription du présent acte sur le dossier du titre foncier précité et de leur délivrer un (01) certificat de propriété.

Tous pouvoirs sont donnés à Maître XXX, Notaire à TIZNIT; pour accomplir toutes formalités légales, retirer tous titres, pièces et duplicata du Service de la Conservation Foncière et dresser tous actes et réquisitions rectificatifs ou modificatifs concernant le bien présentement vendu.

ELECTION DE DOMICILE

Pour l'exécution des présentes et de leurs suites, les parties font élection de domicile en leurs demeures respectives sus-indiquées.

DISPENSE

Les parties dispensent expressément le Notaire soussignée, de se faire assister d'un interprète assermenté, déclarant avoir bien compris la teneur des présentes qu'elles approuvent sans réserve comme étant l'expression de leur volonté.

LECTURE DES LOIS - AFFIRMATIONS

Avant de clore et conformément à la loi, le Notaire soussigné a donné lecture aux parties qui le reconnaissent des dispositions de l'article 186 du Code Général des Impôts (C.G.I) institué par le Dahir n° 1-06-232 du 31 décembre 2006 portant promulgation de la loi de finances n° 43-06 pour l'année budgétaire 2007 tel qu'il a été modifié par la loi n° 38-07 portant loi de finances pour l'année budgétaire 2008 et relatifs aux sanctions applicables en cas de rectification de la base imposable, ou d'insuffisances de prix constatées dans l'acte.

Le Notaire soussigné a, en outre, informé les parties des majorations encourues en cas de dissimulation et quand la mauvaise foi du contribuable est établie.

A cet égard, les parties ont attesté sous les peines édictées par cet article que les présentes expriment l'intégralité du prix convenu.

Il est également donné aux parties lecture de l'article 143, du Code Général des Impôts-Livre d'Assiette et de Recouvrement sus énoncé, se rapportant au droit de préemption au profit de l'Etat, en cas d'insuffisance de prix de vente déclaré.

Il est donné, également, lecture aux parties des articles 210 et 217 du Code Général des Impôts-Livre des Procédures Fiscales, se rapportant au droit de contrôle fiscale de l'inspecteur des impôts chargé de l'Enregistrement, et de son droit de rectifier le prix déclaré par les parties, lorsqu'il s'avère que ce dernier ne paraisse pas à la date de l'acte conforme à la valeur vénale des biens qui en font l'objet.

Elles reconnaissent avoir été informées également par le Notaire soussigné, des dispositions du Dahir 1-00-175 du 03 Mai 2000, portant promulgation de la loi n° 15-97 formant Code de Recouvrement des créances Publiques.

Les parties ont affirmé expressément que le présent acte exprime l'intégralité du prix convenu.

Et le Notaire soussigné affirme en outre qu'à sa connaissance le présent acte n'est modifié ou contredit par aucune contre-lettre contenant une augmentation du prix.

Elles reconnaissent avoir été informées également par le Notaire soussigné, de l'obligation de souscrire auprès du service local des impôts du lieu de situation dudit immeuble, au plus tard le 31 janvier de l'année suivant, une déclaration de changement de propriété; cette déclaration établie sur ou d'après un imprimé-modèle de l'administration, et ce, conformément aux dispositions des articles 30 et 38 de la loi n° 47-06 relative à la fiscalité des collectivités locales (rubrique Taxe d'Habitation et Taxe de Services Communaux).

-----LECTURE DE L'ACTE ET PRISE DE CONNAISSANCE DE SA TENEUR-----
Les Parties déclarent avoir lu le présent acte et pris connaissance de sa teneur notamment par la lecture qui leur a été faite par le notaire soussigné et reconnaissent avoir parfaitement compris la teneur des présentes qu'elles approuvent sans réserve. -----

-----DONT ACTE-----
FAIT ET PASSE A TIZNIT, -----
EN L'ETUDE DE MAITRE XXX, -----
L'AN DEUX MILLE VINGT ET UN, -----

LE
Et après lecture faite, les Parties ont signé avec le notaire soussignée. -----
Acte rédigé sur (4) pages, sans mot ni chiffre annulé et sans renvoi ni blanc sans trait-----

XXX

ملحق 2: نموذج عقد الإستصناع العقاري لبنك البركة الجزائري

-كون البنك صانعا-

عقد استصناع

(نموذج البنك صانع / العميل مستصنع)

حرر هذا العقد بالجزائر في يوم.....

بين :

- بنك البركة الجزائري شركة مساهمة رأسمالها 2.500.000.000 دج خاضعة لأحكام القانون رقم 03-11 المؤرخ في 2006/08/26 لتعلق بالنقد والقرض مقيمة في السجل التجاري لولاية الجزائر تحت رقم 00/ب / 0014294، الكائن مقرها الاحتماعي بحي بولججة هويدف بن عكنون الجزائر، ينوب عنها في الإمضاء على هذا العقد السيد..... بصفته.....

طرفا أولا يشار إليه في هذا العقد بـ "الصانع"

و السيد/ة..... رقم..... ب.....

طرفا ثانيا يشار إليه في هذا العقد بـ "مستصنع"

تمهيد :

إشارة إلى أحكام النظام الأساسي لبنك البركة الجزائري الخاصة بالتعامل وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية، بالإشارة إلى الشروط المصرفية السارية المعمول لدى بنك البركة الجزائري الملحق بهذا العقد والتي تعتبر الإطار المرجعي للشروط المالية لهذا العقد. بالإشارة إلى اتفاقية الحساب الجاري الموقعة بين البنك والعميل عند فتح الحساب والتي تعتبر جزءا لا يتجزأ من هذا العقد . اتفق الطرفان وهما بكامل الأهلية على ما يلي:

المادة الأولى :

يعتبر التمهيد السالف ذكره جزءا لا يتجزأ من هذا العقد.

المادة الثانية :

يقوم الصانع بصنع المصنوعات المبينة في القائمة المبينة في القائمة المرفقة بهذا العقد ومن ثم يبيعها للطرف الثاني وهذا بناء على طلب التمويل المقدم من قبل المستصنع.

المادة الثالثة :

يلتزم المستصنع بأن يشتري من الصانع المصنوعات المبينة في القائمة المرفقة بهذا العقد.

المادة الرابعة :

يتم إحجاز المصنوعات مقابل تسديد المستصنع للثمن المبين في ملحق الشروط الخاصة بهذا العقد و جدول التسديد و اللذان يعدان جزء لا يتجزأ منه.

المادة الخامسة:

يلتزم الصانع أو من يتعاقد معه على ذلك بتنفيذ جميع الأعمال اللازمة لصنع المصنوعات في الآجال المحددة ، وما يضاف إليها من مدد معتمدة من المستصنع واستشاري المصنوعات. تبدأ من تاريخ تسليمه لموقع المشروع تسليما فعليا بموجب المحضر الدال على ذلك ويتعهد بتسليم المصنوعات صالحة للانتفاع في نهاية المدة المحددة ما لم تطرأ أسباب قهيرية أو ظروف استثنائية تحول دون ذلك.

المادة السادسة :

يلتزم الصانع بتسليم المصنوعات محل هذا العقد إلى المستصنع أو من يوكله المستصنع بموجب تفويض كتابي بالتسلم حيث يعتبر هذا التفويض بمثابة توكيل في القبض يلتزم بموجبه الصانع بتسليم المصنوعات لمن يحمله في المواعيد المتفق عليها

وفي جميع الأحوال يتم تسليم وتسليم المصنوعات المذكورة بموجب محضر يوقعه الطرفان أو من يفوضهما يحدد فيه المشروع المسلم ومواصفاته وتاريخ تسلمه.

المادة السابعة:

يحق للطرف الأول تكليف مقاولا أو صانعا أو أكثر لصنع المصنوعات حسب الشروط و المواصفات المتفق عليها مع المصنوع ، كما يحق للطرف الأول في حالة مخالفة شركة المقاولات للشروط المتفق عليها وعدم الوصول إلى اتفاق لحل الخلاف مما يؤثر على العمل استبدالها و التعاقد مع شركة أو شركات أخرى لإكمال تنفيذ المشروع ، مع مراعاة امتداد مدة تسليم المشروع.

ومن المعلوم للمصنوع أن امتداد مدة تسليم المصنوعات لا تؤثر بأي حال من الأحوال على مدة سداد الأقساط أو تواريخ سدادها أو تاريخ سداد القسط الأول .

المادة الثامنة :

يقبل المصنوع قبولا نهائيا وباتا ضمان تنفيذ جميع أعمال المصنوعات من الجهة التي يكلفها الصانع لصنع المصنوعات وحيث أن هذه الأخيرة قد تضمنت المصنوعات للمصنوع ، فانه وبموجب هذا ، يتنازل المصنوع عن حقه في الرجوع على الصانع في أية حالة كانت بالمطالبة أو ادعاء قد ينشأ مستقبلا بعد تسليم المصنوعات ، ويلتزم المصنوع بناء على ذلك بالرجوع على المقاول المنفذة للمشروع في أية مطالبة أو ادعاء ، بحيث يعفى الصانع صراحة من أية مسؤولية بهذا الخصوص .

المادة التاسعة:

يمكن للمصنوع تعيين مكتب استشاري ليكون وكيلا عنه في الإشراف على تنفيذ مراحل صنع المصنوعات المختلفة و التأكد من أن الأعمال المنجزة قد نفذت طبقا للمواصفات المطلوبة و الشروط المتفق عليها و تسلم المشروع بعد تنفيذه.

المادة العاشرة :

يتم التسليم النهائي للمصنوعات للمصنوع بعد انتهاء مدة الأشغال المتفق عليها سالفًا وهذا عن طريق تحرير محضر يوقعه الطرفان .

المادة الحادية عشر:

في حالة تأخر الصانع عن إتمام صنع المصنوعات في الموعد المحدد فإن المكلف بالأشغال يتحمل الأضرار التي تنتج عن هذا التأخير ما لم تكون هناك أسباب قهرية لم يتسبب فيها و تكون خارجة عن إرادته.

ولا يحق للمصنوع الرجوع على الصانع بخصوص أي تأخر في الإنجاز أو عدم مطابقة المصنوعات للمواصفات المطلوبة حيث يتحمل المكتب الاستشاري والمقاول أو الحرفي المكلف بالإنجاز وحدهما المسؤولية في هذا الشأن.

المادة الثانية عشر :

في حالة وجود أية أعمال إضافية أو تعديلات يقترح المصنوع إدخالها مما قد يؤثر على شروط وقيمة ومدة هذا العقد. فان على المصنوع الاتفاق كتابيا مع الصانع على تعديل العقد أو للحصول على موافقته على التعديل المقترح دون أن يكون الصانع ملزما بالاستجابة لاقتراح أو طلب المصنوع .

المادة الثالثة عشر:

ضمانا لتسديد مبلغ التمويل محل هذا العقد بما في ذلك المبلغ الأصلي، نسبة الربح ، النفقات والمصاريف ، يلتزم العميل بتخصيص كل الضمانات العينية و / أو الشخصية التي يطلبها الصانع ضمانا لتنفيذ التزامات المصنوع اتجاهه .

المادة الرابعة عشر:

يصبح مبلغ الدين مستحق الأداء فوراً، و يفسخ العقد تلقائياً في حالة عدم احترام المستصنع لأي شرط من شروط هذا العقد و خاصة في الحالات التالية:

في حالة عدم دفع أي قسط مستحق الأداء، و /أو عدم الوفاء في الموعد لأحد الالتزامات المكتتبه في إطار هذا العقد. في حالة التوقف عن التجارة ، الإفلاس ، التسوية القضائية ، التوقف عن النشاط أو التوقف عن الدفع. و لأي سبب ما يحول دون أن يأخذ البنك رهنا عقاريا من الدرجة الأولى على الممتلكات المخصصة من العميل كضمان لتسديد التمويل محل هذا العقد، أو سبق و أن خصصت هذه الممتلكات لفائدة بائع أو أي دائن آخر. في حالة البيع الودي أو القضائي للممتلكات المخصصة من طرف العميل كضمان، وكذلك في حالة إيجار أو تخصيصها كحصصة في شركة تحت أي شكل كان.

في حالة ما إذا كان العميل محل متابعة قضائية من شأنها إعاقة تسديده لثمن المشروع المشار إليه أعلاه. في حالة تسجيل العميل لكل أو جزء، من عملياته المالية الناتجة عن النشاط موضوع هذا التمويل لدى مؤسسة مالية أخرى غير بنك البركة الجزائري.

في حالة عدم تغطية التأمين لقيمة العقار محل عقد الاستصناع.

في حالة وفاة المدين ، يعتبر الدين بما فيه المبلغ الأصلي، نسبة الربح، التكاليف و المصاريف غير قابلة للتجزئة، و يمكن مطالبته إلى كل واحد من ورثة المدين ، غير أنه يمكن للأبناء الشرعيين و كذلك الزوج الاستفادة من هذا التمويل بشرط أن يكونوا قادرين على احترام و تسديد التزامات المدين المتوفى.

و بصفة عامة في كل الحالات الواردة في القانون.

المادة الخامسة عشر:

يقر المستصنع بصريح العبارة انه يتحمل و على نفقاته الخاصة كل الأخطار التي قد تتعرض لها المصنوعات.

المادة السادسة عشر:

في حالة حدوث خطر ما يتحمل المستصنع وحده تكلفة أي تعويض كان ويتخلى عن أي رجوع على البنك.

المادة السابعة عشر:

يلتزم المستصنع بتأمين المصنوعات على نفقاته الخاصة طالما ظل البنك مالكا له.

تغطي التأمينات المكتتبه لتأمين المشروع كل الأخطار التي قد يتعرض لها.

المادة الثامنة عشر:

يتعين على التأمينات أن:

-تكتتب لحساب البنك و حساب العميل على السواء

-أن تنص على التزام المؤمنين على دفع أي تعويض ناجم عن حادث سبب خسارة كلية لكل المشروع أو جزء منه بين يدي البنك و تحميل العميل وحده المبلغ المحتمل لأي إبراء.

في حالة حادث تسبب في إضرار ممكن إصلاحها، يدفع المؤمنون التعويضات للعميل الذي يجب عليه إجراء الإصلاحات و يبقى المبلغ المحتمل للإبراء على النفقة الخاصة للعميل

-إعفاء البنك من أي رجوع يتقدم به المؤمنون.

-أن تتضمن في حالة ما إذا بادر المؤمنون أو أحد منهم بإبطال أو إلغاء هذه التأمينات أو بعض منها، أو بتعديل الضمانات بكيفية قد تمس بمصالح الصانع فإن هذا الأخير لا يواجه بهذا الإبطال أو الإلغاء أو التعديل إلا بعد مضي خمسة عشر (15) يوما) بعد إبلاغه برسالة مسجلة مرفوقة ببيان استلام من طرف المؤمن أو المؤمن المعنيين.

-أن تنص على أنه لا يمكن إجراء أي إبطال أو إلغاء أو تعديل قد يضر بمصالح البنك بطلب من العميل قبل الحصول على إذن كتابي مسبق من البنك و ذلك مادام العميل مرتبط بالتزامات اتجاه البنك.

المادة التاسعة عشر:

يجب على المستصنع أن يوجه إلى البنك شهادات يسلمها المؤمنون تؤكد للبنك على أن التأمينات المنصوص عليها في هذه الفقرة قد تم اكتتابها من قبل العميل وذلك خلال الثمانية أيام التي تلي تاريخ استلام العميل للمعدات أو جزء منها.

المادة عشرين:

يلتزم المستصنع بتنفيذ كل التعهدات المنصوص عليها في هذه الفقرة التي تستوجبها التأمينات على نفقته الخاصة وخاصة فيما يتعلق بالدفع المنتظم للعلاوات وأن تقدم كل المستندات للبنك متى طلب منه ذلك.

المادة واحد وعشرون:

في حالة عدم تنفيذ المستصنع لالتزاماته و التأمينات المنصوص عليها في هذه الفقرة يمكن للصانع وفق ما يريته، أن يفسخ العقد الحالي.

المادة الثانية وعشرون:

اتفق الطرفان أن تكون كل المصاريف، الحقوق و الأتعاب بما فيها أتعاب الموثقين والمحامين والمحضرين القضائين ومحافظي البيع بالمزاد وكذا مصاريف الإجراءات التي قد يتخذها الصانع لتحصيل مبلغ التمويل الخاصة بهذا العقد أو المترتبة عنه حالا ومستقبلا على عاتق المستصنع وحده الذي يوافق على ذلك صراحة وذلك بأن يدفعها مباشرة أو بحصمها من حسابه أو حساباته المفتوحة لدى الصانع دون الحاجة إلى إذن مسبق منه .

المادة الثالثة وعشرون:

تعتبر مرفقات العقد وأي مستندات أخرى يتفق عليها الطرفان، كتابيا جزءا لا يتجزأ من هذا العقد ومكملا له.

المادة الرابعة وعشرون:

لتنفيذ هذا العقد، اختار الطرفان موطنهما العناوين المذكورة في التمهيد أعلاه.

المادة الخامسة وعشرون:

أي خلاف ناشئ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره لم يتمكن الطرفان من حله وديا يحال على محكمة الجزائر بالاتفاق.

المادة السادسة وعشرون:

حرر هذا العقد من ثلاثة نسخ أصلية موقعة من الطرفين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية أو القانونية.

المستصنع

الصانع

تمويل العقار بالإستصناع في البنوك التشاركية المغربية

ملحق عقد التمويل بالاستصناع الشروط الخاصة

بين :

بنك البركة الجزائري شركة مساهمة رأسمالها 2.500.000.000 دج خاضعة لأحكام الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 2003.08.26 المتعلق بالنقد و القرض مقيدة في السجل التجاري لولاية الجزائر تحت رقم 00 / ب / 0014294، الكائن مقره الاجتماعي بحي بوللجة هويدف بن عكنون فيلا رقم 1 الجزائر، ينوبه في الإمضاء على هذا العقد السيد..... بصفته

ويشار إليه فيما يلي بالبنك

والسيد/الشركة.....المقيد(ة) بالسجل التجاري لولاية.....تحت رقم.....والكائن مقره(ها) الاجتماعي ب..... و ينوبه (ها) في الإمضاء السيد.....بصفته.....

ويشار إليه فيما يلي بالعميل

يعتبر هذا الملحق جزء لا يتجزأ من عقد بيع المصنوعات بالوكالة الموقع بين العميل و البنك.

خصوصيات التمويل

- ✓ ثمن المصنوعات (1) : دج
- ✓ هامش الربح (2) : دج
- ✓ ثمن البيع الإجمالي للمصنوعات (2+1) : دج
- ✓ الثمن المقسط : دج
- ✓ مدة تسديد ثمن المصنوعات : شهر

الشروط والضمانات الأخرى

الشروط و الضمانات الأخرى منصوص عليها في رخصة التمويل.

حرر بالجزائر في

البنك

العميل

-كون البنك مستصنعا-

عقد استصناع

نموذج البنك مستصنع / العميل صانع

حرر هذا العقد بالجزائر في يوم.....

بين :

1- بنك البركة الجزائري شركة مساهمة رأسمالها 2.500.000.000 مقيد في السجل التجاري لولاية الجزائر تحت رقم 00/ب/0014294، الكائن مقرها الاجتماعي بحي بولجعة هويدف بن عكون الجزائر، ينوب عنها في الإمضاء على هذا العقد السيد بصفته

طرفا أولا، ويشار إليه فيما يلي بـ "المستصنع"

و السيد.....

طرفا ثانيا يشار إليه في هذا العقد بـ "الصانع"

تمهيد :

إشارة إلى أحكام النظام الأساسي لبنك البركة الجزائري الخاصة بالتعامل وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية، بالإشارة إلى الشروط المصرفية السارية المفعول لدى بنك البركة الجزائري الملحق بهذا العقد والتي تعتبر الإطار المرجعي للشروط المالية لهذا العقد. بالإشارة إلى اتفاقية الحساب الجاري المرقعة بين البنك والعميل عند فتح الحساب والتي تعتبر جزءا لا يتجزأ من هذا العقد.

بالإشارة إلى طلب / طلبات التمويل الموقع من العميل المتضمن أمر / أوامر الشراء المرقعة بهذا العقد والتي تعد جزءا لا يتجزأ منه. فقد اتفق الطرفان وهما بكامل الأهلية على ما يلي:

المادة الأولى: الموضوع

بموجب هذا العقد قبل الصانع أن يقوم بصنع المصنوعات المبينة في القائمة المرقعة بهذا العقد، مع احتفاظ المستصنع بحقه في إكمال المشروع أو المصنوعات بنفسه أو عن طريق عميل آخر في حالة إخلال الصانع بأحد الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في هذا العقد.

المادة الثانية: ثمن الاستصناع

الثمن المتفق عليه لصنع المصنوعات المذكورة في القائمة المرقعة بهذا العقد، هو ثمن إجمالي وجزافي ونهائي ، وعلى ذلك فإنه لا يحق لأحد الطرفين طلب تعديله تحت أي ظرف. يتم دفع ثمن المصنوعات على أقساط أو دفعة واحدة على أساس تقديم الفاتورات أو تقييم من الصانع، عند بداية التعاقد أو على فترات يتم الاتفاق عليها بين الطرفين بموجب جدول يرفق بهذا العقد والذي هو جزء لا يتجزأ منه. مقابل ذلك يسدد البنك للمصانع المبلغ المذكور في ملحق الشروط الخاصة المرفق بهذا العقد.

المادة الثالثة: أجل الإنجاز

يلتزم الصانع بتنفيذ جميع الأعمال اللازمة لصنع المصنوعات في الأجل المحددة ، والتي تبدأ من تاريخ تسليمه التمويل المرخص به من قبل المستصنع ما لم تطرأ أي أسباب قهرية أو ظروف استثنائية تحول دون ذلك.

المادة الرابعة: تجزئة المشروع أو المصنوعات

إذا رغب الصانع في إسناد جزء من المصنوعات إلى طرف آخر ،فإنه يتوجب عليه أن يضم للمستصنع البيانات الكاملة عن العمل المطلوب إسناده للمستصنع للحصول على موافقته الكتابية قبل التعاقد.

المادة الخامسة: الإمداد المادي والبشري

يلتزم الصانع بإحضار جميع المواد اللازمة للعمل واستخدامه العدد الكافي من العمال والمختصين لحسن سير العمل وذلك على نفقاته الخاصة.

المادة السادسة: مسؤولية الصانع

يكون الصانع مسؤولا بمفرده عن سلامة العمال و المصنوعات وعليه اتخاذ الاحتياطات اللازمة لذلك، وتنفيذا لذلك فقد تعهد بإجراء جميع أنواع التأمينات المنصوص عليها في المادة 12 أذناه.

المادة السابعة: أجل تسليم المشروع أو المصنوعات

يلتزم الصانع بتسليم المصنوعات في الأجل المنصوص عليه في طلب التمويل المشار إليه أعلاه بعد موافقة المستصنع عليه، ويتحمل الصانع تبعات أي تأخر في تسليم المشروع أو المصنوعات.

يكون التسليم في محلات الصانع الذي يعتبر آمينا على المصنوعات المنجزة وحارسا عليها لفائدة المستصنع ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

المادة الثامنة: هلاك المشروع أو المصنوعات

إذا هلكت المصنوعات أو جزء منها قبل تسليمها للمستصنع فانه يهلك على حساب الصانع و الذي لا يكون له الحق أن يطالب بثمن عمله أو رد نفقاته.

المادة التاسعة: توكيل الصانع لبيع المشروع أو المصنوعات

بعد تسلم المستصنع أو وكيله المصنوعات موضوع هذا العقد ، طبقا لأحكام المادة 7 أعلاه ، يوكل الصانع ببيعها للغير لحسابه .

يتقاضى الصانع عمولة، كل زيادة تتحقق على ثمن البيع المحدد من المستصنع و/أو المقرر في عقد بيع المصنوعات بالوكالة المشار إليه أعلاه.

لا يمكن للصانع أن يبيع المصنوعات بالأجل إلا بالموافقة الكتابية من الطرف الأول.

يكون الصانع مسؤولا مسؤولية كاملة فيما يخص تحصيل الديون من المشتريين الذين باع لهم المصنوعات.

المادة العاشرة: ضمان الأخطار

يقر الصانع بصريح العبارة انه يتحمل و على نفقاته الخاصة كل الأخطار التي قد تتعرض لها المصنوعات.

المادة الحادية عشرة: إعفاء البنك من المسؤولية

في حالة حدوث خطر ما يتحمل الصانع وحده تكلفة أي تعويض كان و يتخلى عن أي رجوع على البنك.

ضمانا للوفاء بالالتزامات محل هذا العقد، يلتزم العميل بتخصيص كل الضمانات العينية و /أو الشخصية التي يطلبها البنك منه و لاسيما الأملاك العقارية المبينة في عقد الملكية المرفق (ة) لهذا العقد و الذي يعد جزءا لا يتجزأ منه .

المادة الثانية عشر: تأمين المصنوعات

يلتزم الصانع بتأمين المصنوعات ضد كافة الأخطار موسعة للكوارث الطبيعية مع الإنابة لفائدة المستصنع تجدد ضمنا على نفقاته الخاصة طيلة مدة التمويل .

و في حالة عدم قيام الصانع بتجديد التأمين ضد كافة الأخطار موسع للكوارث الطبيعية مع الإنابة لصالح المستصنع على المشروع أو المصنوعات رغم إخطاره ، يرخص لهذا الأخير بتجديدهما و اقتطاع علاوات التأمين من حساب المستصنع المفتوح لدى المستصنع .

المادة الثالثة عشر: إنابة البنك في عقد التأمين

يتعين على التأمينات أن :

- تكتتب لحساب المستصنع و حساب الصانع على السواء

- أن تنص على التزام المؤمنين على دفع أي تعويض ناجم عن حادث سبب خسارة كلية للمصنوعات أو جزء منها بين يدي المستصنع و تحميل الصانع وحده المبلغ المحتمل لأي إبراء.

في حالة حادث تسبب في أضرار ممكن إصلاحها، يدفع المؤمنون التعويضات للعميل الذي يجب عليه إجراء الإصلاحات و يبقى المبلغ المحتمل لإبراء على النفقة الخاصة للعميل.

- إعفاء المستصنع من أي رجوع يتقدم به المؤمنون.

- أن تتضمن في حالة ما إذا بادر المؤمنون أو أحد منهم بإبطال أو إلغاء هذه التأمينات أو بعض منها، أو بتعديل الضمانات بكيفية قد تمس بمصالح المستصنع فان هذا الأخير لا يواجه بهذا الإبطال أو الإلغاء أو التعديل إلا بعد مضي خمسة عشر (15 يوما) بعد إبلاغ المستصنع برسالة مسجلة مرفوقة ببيان استلام من طرف المؤمن أو المؤمنين المعنيين

- أن تنص على أنه لا يمكن إجراء أي إبطال أو إلغاء أو تعديل قد يضر بمصالح المستصنع بطلب من العميل قبل الحصول على إذن كتابي مسبق من المستصنع و ذلك مادام الصانع مرتبط بالتزامات اتجاه المستصنع.

المادة الرابعة عشر: إثبات التأمين

يجب على الصانع أن يوجه إلى المستصنع شهادات يسلمها المؤمنون تؤكد للمستصنع على أن التأمينات المنصوص عليها بالألفاظ الواردة في هذه الفقرة قد تم اكتتابها من قبل الصانع و ذلك خلال الثمانية أيام التي تلي تاريخ استلام الصانع للمعدات أو جزء منها.

المادة الخامسة عشر: مصاريف التأمين

يلتزم الصانع بتنفيذ كل التعهدات المنصوص عليها في هذه الفقرة التي تستوجبها التأمينات على نفقته الخاصة و خاصة فيما يتعلق بالدفع المنتظم للعلاوات و ، أن تقدم كل المستندات للمستصنع متى طلب منه ذلك.

المادة السادسة عشر: فسخ العقد

في حالة عدم تنفيذ العلاقة لالتزاماتها و التأمينات المنصوص عليها في هذه الفقرة يمكن للمستصنع وفق ما يرتئيه ، أن يفسخ العقد .

المادة السابعة عشر: الحقوق و المصاريف

اتفق الطرفان أن تكون كل المصاريف، الحقوق و الأتعاب الخاصة بهذا العقد أو المترتبة عنه حالا ومستقبلا على عاتق الصانع وحده الذي يوافق على ذلك صراحة وذلك بأن يدفعها مباشرة أو بخصمها من حسابه أو حساباته المفتوحة لدى المستصنع.

المادة الثامنة عشر: المرفقات

تعتبر مرفقات العقد و أي مستندات أخرى يتفق عليها الطرفان، كتابيا جزءا لا يتجزأ من هذا العقد و مكملا له.

المادة التاسعة عشر: الموطن

لتنفيذ هذا العقد، اختار الطرفان موطنهما لهما العناوين المذكورة في التمهيد أعلاه.

المادة عشرون: النزاعات

أي خلاف ناشئ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره لم يتمكن الطرفان من حله بحال وديا يحال على محكمة الجزائر بالاتفاق.

المادة الواحدة والعشرون: عدد النسخ

حرر هذا العقد من ثلاثة نسخ أصلية موقعة من الطرفين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية أو القانونية.

الصانع

المستصنع

عقد بيع المصنوع بالوكالة
الشروط العامة

بين :
بنك البركة الجزائري شركة أسهم، ذات رأسمال قدره 2.500.000.000 دج، الكائن مقره بحي بوتلجة هويدف،
فيلا رقم 01 ، بن عكنون ، الجزائر، مقيدة بالسجل التجاري بالجزائر تحت رقم 00/B/0014294 ، ينوب
عنها في الإضاء على هذا العقد السيد.....بصفته.....

يشار إليه الطرف الأول

2- و السيد.....

يشار إليه الطرف الثاني

كما أن الطرفان يتمتعان بكامل الأهلية القانونية للتعاقد.
ما أن الطرفان قد تعاقدوا بتاريخ.....على اتفاقية تمويل على شكل تمويل بالاستصناع.
فقد تم الاتفاق على ما يلي:

المادة الأولى:

يتمثل موضوع هذا العقد في تحديد شروط وطرق التخزين، إعادة البيع ودفع ثمن المصنوعات المباعة من الطرف
الثاني إلى الطرف الأول بموجب عقد الاستصناع المشار إليه في التمهيد أعلاه.
هذه المصنوعات تكون مخزنة في مستودعات تابعة للطرف الثاني والكانتة في العنوان المذكور أعلاه.

المادة الثانية:

يوكل الطرف الأول الطرف الثاني بإعادة بيع المصنوعات المبينة في القائمة المرفقة بعقد الاستصناع المذكور
أعلاه.

التزم الطرف الثاني على تسويق المصنوعات موضوع هذا العقد وتحصيل ثمن بيعها في الأجل المحددة في ملحق
الشروط الخاصة بهذا العقد أو جدول التسديد الذان يعدان جزء لا يتجزأ منه.
ينتهي التوكيل المشار إليه في الفقرة أعلاه بمجرد التحصيل الفعلي لثمن بيع المصنوعات المشار إليه في المادة 3
فيما يلي ودفعه للطرف الأول.

المادة الثالثة:

حدد مبلغ البيع الإجمالي للمصنوعات المبرخص به كما يتبين من رخصة التمويل مضاف إليه هامش الربح
والمشار إليهما في ملحق الشروط الخاصة بهذا العقد الذي يعد جزء لا يتجزأ منه..

المدة الرابعة:

يلتزم الطرف الثاني باسترجاع المبلغ الإجمالي للمبيعات المنجزة لحساب الطرف الأول نقدا، عن طريق
شيكات، أمر بالدفع، أو أي شكل من أشكال التخليص تدفع إلى الطرف الأول بمجرد الحصول عليها.
فيما يخص التخليصات التي تمت عن طريق تسليم أوراق تجارية قيد التحصيل، فإن مسؤولية الطرف الثاني تبقى
سارية المفعول حتى التحصيل الفعلي لقيمة هذه الأوراق.

المادة الخامسة:

يلتزم الطرف الثاني بتسليم المصنوعات للمشتري النهائي تحت مسؤوليته. كما تقع على عاتق العميل بمفرده
المسؤولية الكاملة عن أي إخلال بالالتزامات القانونية أو التنظيمية أو التعاقدية المرتبطة ببيع المصنوعات بموجب
بنود هذا العقد.

المادة السادسة:

يعفي الطرف الثاني بالمقابل الطرف الأول عن كل مسؤولية في حالة تلف المصنوعات موضوع هذا العقد أو
عطبها أو تدهور قيمتها بأي وجه كان.

المادة السابعة:

يتحمل الطرف الثاني نفقات الشحن، الحراسة، التأمين وبصفة عامة كل النفقات المتعلقة بالمصنوعات موضوع
هذا العقد.

المادة الثامنة:

كما أتفق عليه، فإن في أي حالة من الحالات، تنخفض قيمة المصنوعات من جراء إهمال أو نقص في اليقظة من
الطرف الثاني، فإن هذا الأخير يلتزم بتغطية الفرق للطرف الأول، اما نقدا، اما عن طريق القيم أو المصنوعات،
باختياره.

المادة التاسعة:

في حالة ما سجلت زيادة في قيمة المصنوعات المشتراة عن سعرها المبدئي خلال المدة التي قضتها داخل المستودعات، فإن الطرف الثاني يتحمل تغطية الفرق دون أن يتحمل الطرف الأول أي مسؤولية اتجاه ذلك.

المادة العاشرة:

يلتزم الطرف الثاني بتأمين المصنوعات ضد كافة الأخطار موسعة للكوارث الطبيعية مع الإنابة لفائدة الطرف الأول تجدد ضمناً على نفقاته الخاصة طويلة مدة التمويل.

وفي حالة عدم قيام الطرف الثاني بتجديد التأمين ضد كافة الأخطار موسع للكوارث الطبيعية مع الإنابة لصالح الطرف الأول على المشروع أو المصنوعات رغم إخطاره، يرخص لهذا الأخير بتجديدهما و اقتطاع علاوة التأمين من حساب الطرف الثاني المفتوح لدى الطرف الأول.

المادة الحادية عشر:

يتحمل الطرف الثاني لوحده كل النفقات والضررائب وتبوعات حوادث السرقة، الحريق، العطب وبصفة عامة كل الأخطار التي قد تمس المصنوعات.

المادة الثانية عشر:

كما أتفق عليه فإن الطرف الأول غير مسؤول من التحقق من كمية ونوعية المصنوعات.

المادة الثالثة عشر:

في حالة عدم دفع الطرف الثاني المبالغ المستحقة عليه للطرف الأول فإن هذا الأخير له الحق في فسخ العقد و المباشرة في بيع المصنوعات المتبقية بنفسه أو عن طريق أشخاص موكلين.

المادة الرابعة عشر:

اتفق الطرفان أن تكون كل المصاريف، الحقوق و الأتعاب بما فيها أتعاب الموثقين و المحامين و المحضرين القضائيين و محافظي البيع بالمزاد وكذا مصاريف الإجراءات التي قد يتخذها البنك لتحصيل مبلغ التمويل الخاصة بهذا العقد أو المترتبة عنه حالاً ومستقبلاً على عاتق العميل وحده الذي يوافق على ذلك صراحة وذلك بأن يدفعها مباشرة أو بخصمها من حسابها أو حساباته المفتوحة لدى البنك.

المادة الخامسة عشر:

تعتبر مرفقات العقد و أي مستندات أخرى يتفق عليها الطرفان، فيما يلي كتابياً جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد و مكمل له.

المادة السادسة عشر:

أي خلاف ناشئ عن تنفيذ هذا العقد أو تأويله يحال بإرادة الطرفين على محكمة الجزائر.

المادة السابعة عشر:

لتنفيذ هذا العقد، اختارا الطرفان مقرا لهما العناوين المذكورة في التمهيد أعلاه.

المادة الثامنة عشر:

حرر هذا العقد من ثلاثة نسخ أصلية موقعة من الطرفين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية أو القانونية.

الصانع

المستصنع

تمويل العقار بالإستصناع في البنوك التشاركية المغربية

ملحق بعقد بيع المصنوع بالوكالة
وصل تسليم وإيداع مصنوع لحساب البنك
يوكل الصانع ببيعه للغير لحسابه

أنا الممضي أسفله السيد، أصرح أنني استلمت المصنوع المبينة مواصفاته وكمياته وقيمه في الجدول أدناه و التي هي ملك للمصنوع لبنك البركة الجزائري بموجب عقد الاستصناع المبرم بيننا بتاريخ وذلك لغرض تسويقه نيابة عنه بموجب عقد البيع بالوكالة المبرم بيننا بتاريخ

الكمية	التعيين	سعر الوحدة	السعر الإجمالي

ملحق عقد بيع المصنوعات بالوكالة
الشروط الخاصة

بين :

بنك البركة الجزائري شركة مساهمة رأسمالها 2.500.000.000 دج خاضعة لأحكام الأمر رقم 11-03 المؤرخ في 2003.08.26 المتعلق بالنقد و القرض مقيدة في السجل التجاري لولاية الجزائر تحت رقم 00/ب / 0014294، الكائن مقره الاجتماعي بحي بوتلجة هويدف بن عكنون فيلا رقم 1 الجزائر، بنويه في الإمضاء على هذا العقد السيد.....بصفته.....

ويشار إليه فيما يلي البنك

والسيد/الشركة.....المقيدة (بالسجل التجاري لولاية.....تحت رقم.....والكائن مقره(ها) الاجتماعي ب..... و بنويه (ها) في الإمضاء السيد.....بصفته.....
ويشار إليه فيما يلي العميل

يعتبر هذا الملحق جزء لا يتجزأ من عقد بيع المصنوعات بالوكالة الموقع بين العميل والبنك.

خصوصيات التمويل

- مبلغ بيع المصنوعات (1) :
- هامش الربح (2) :
- مبلغ البيع الاجمالي للمصنوعات (2+1) :
- مدة بيع المصنوعات : شهر

الشروط والضمانات الأخرى

الشروط والضمانات الأخرى منصوص عليها في رخصة التمويل

حرر بالجزائر في

البنك

العميل

ملحق 3: نموذج الالتزام بالاكتتاب في التأمين التكافلي لبنك التشاركي امنية "وكالة تيزنيت"

ENGAGEMENT DE SOUSCRIPTION AUX ASSURANCES TAKAFUL

Je soussigné

- MME. [REDACTED]
- Titulaire de la CIN n° [REDACTED] ci-après le « Client »
- Bénéficiaire d'un financement dans le cadre de la Mourabaha immobilière,
- D'un montant de 263850 DH (DEUX SOIXANTE TROIS MILLE HUIT CENTS CINQUANTE DIRHAMS)
- Sous le numéro : [REDACTED]

Auprès de [REDACTED] société anonyme à directoire et à conseil de surveillance, au capital de [REDACTED] DH, ayant son siège social à Casablanca, [REDACTED], immatriculée au registre de Commerce de Casablanca sous le numéro [REDACTED] ci-après la « Banque ».

- (i) Déclare expressément avoir pris connaissance des dispositions de l'article 6 du contrat passé entre moi et [REDACTED] par lequel cette dernière a accepté de me faire bénéficier d'un financement dans le cadre de la Mourabaha immobilière destiné à l'acquisition de la propriété objet du titre foncier n° [REDACTED] dénommée [REDACTED]. Lesquelles dispositions (article 6 sus visé) mettent à ma charge l'obligation de souscrire un contrat d'assurance takaful pour couvrir les risques de décès et d'incapacité et un contrat d'assurance takaful multirisque habitation pour la couverture de la propriété donnée en garantie hypothécaire.
- (ii) Reconnais avoir été suffisamment informé par [REDACTED] qu'à la date à laquelle le financement précité m'a été accordé, les compagnies d'assurance Takaful n'existent pas encore sur le marché marocain.
- (iii) Reconnais que le fait que [REDACTED] n'ait pas exigé la souscription des assurances Takaful, à la date de signature du contrat de financement précité et de constitution des garanties, ne peut en aucun cas être considéré comme un abandon de sa part d'exiger la souscription desdites assurances dès que possible.

En conséquence de ce qui précède :

I. ENGAGEMENT

1. Je m'engage de manière définitive et irrévocable à souscrire auprès d'une compagnie d'assurances Takaful les contrats d'assurances rappelés au paragraphe (i) ci haut conformément aux dispositions de l'article 6 du contrat de financement sus visé, à la première demande qui me sera faite par Umnia Bank.
2. Pour les besoins de la formalisation des contrats sus visés, je m'engage à me présenter à l'agence Umnia dans un délai maximum d'un (1) mois à compter de la date de réception de la lettre qui me sera adressée par [REDACTED] à cet effet.

II. Mandat

Je donne par le présent acte à [REDACTED] mandat express et irrévocable à l'effet d'accomplir en mon nom et en mes lieu et place toutes les formalités, signer tous actes, élire domicile et, généralement, faire tout ce qui est nécessaire pour formaliser la souscription d'un contrat d'assurance takaful pour couvrir les risques de décès et d'incapacité et d'un contrat d'assurance takaful multirisque habitation pour la couverture de la propriété donnée en garantie hypothécaire.

Je consens à ce que le présent mandat soit utilisé par [REDACTED] dès que cette dernière constate que la lettre citée au paragraphe 2 est restée sans suite.

III. DELEGATION DES INDEMNITES D'ASSURANCES

Je déclare expressément réitérer intégralement les dispositions de l'article 6 alinéa 2 du contrat de financement précité portant délégation au profit de Umnia Bank pour percevoir de la compagnie d'assurances takaful, même hors ma présence et sans mon concours, toutes les sommes qui pourraient être dues en vertu des contrats d'assurances takaful dans la limite des sommes dues à Umnia Bank sur la base d'un décompte qui sera présenté par cette dernière.

Fait à [REDACTED] le 12/07/2021

Le Client

La Banque

Bon pour acceptation de mandat
et de délégation d'assurances

13 JUL 2021

ملحق 4: شهادة شرعية صادرة عن هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لمصرف الهلال بخصوص تمويل إنشاء العقار عن طريق الاستصناع

مصرف الهلال al hilal bank

شهادة شرعية

صادرة عن هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لمصرف الهلال بخصوص

”تمويل إنشاء العقار عن طريق الاستصناع

(المصرف مستصنعاً) والإجارة الموصوفة في الذمة“

اطلعت هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لمصرف الهلال على العقود والمستندات والهيكلية الخاصة بتمويل إنشاء العقار عن طريق الاستصناع في مصرف الهلال، والقائمة على مبدأ استصناع المصرف للعقار عبر الخطوات الآتية:

1. يتقدم المتعامل إلى المصرف يطلب بين فيه العقار الذي يريد استصناعه مبيناً جميع أوصافه تفصيلاً.
2. بعد موافقة المصرف على طلب المتعامل يقوم المصرف بشراء الأرض المراد إنشاء العقار عليها، أو الحصول على حق المساطحة من المالك.
3. يقوم المصرف بتعيين المتعامل صانعاً للقيام باستصناع العقار لصالح المصرف (المستصنع).
4. يوقع المتعامل على عقد إجارة موصوفة في الذمة منتهية بالتمليك لاستئجار عقار من المصرف بالموافات المحددة في العقد لمدة محددة، على أن يبدأ تنفيذ الإجارة واستحقاق الأجرة في موعد محدد في المستقبل يتزامن مع تسلم المصرف المبانى من الصانع، بحيث يقوم المصرف بتسليم العقار للمتعامل صالحاً للارتفاع به، وتشمل القيمة الإيجارية ثمن العقار المؤجر وعائد المصرف (الربح) خلال مدة الإجارة، وبحق للمصرف بالاتفاق مع المتعامل تسلم أجرة دورية تحت الحساب طبقاً للجدول المرفق بعقد الإجارة على أن تتم تسويتها لاحقاً بموجب العقد.
5. يوقع المتعامل على وعد بشراء العقار من المصرف في حالة حدوث أي حالة إخلال من المتعامل بشروط العقد.
6. يوقع المصرف مع المتعامل على عقد هبة معلق على شرط سداه كامل المستحقات المترتبة عليه في عقد الإجارة، أو قد يعطي المصرف وعداً للمتعامل ببيعه العقار بثمن رمزي في حالة وفاء المتعامل بسداد الأجرة المستحقة، ويمكن للمتعامل التملك المبكر بعد الاتفاق مع المصرف على مبلغ التملك المبكر، ويتم بتبادل الإيجاب والقبول وينتهي عقد الإجارة بذلك التملك المبكر.
7. يدفع المصرف (المستصنع) ثمن الاستصناع إلى المتعامل (الصانع) على دفعات تتناسب مع مراحل الإنجاز في عقد الاستصناع.
8. بعد الانتهاء من استصناع العقار يقوم المتعامل (الصانع) بتسليمه حقيقة أو حكماً إلى المصرف (المستصنع) بتمكينه منه، ويشعر المصرف المتعامل بسرمان عقد الإجارة على العقار نفسه، ومن ثم تسري الإجارة، ويقوم المتعامل بسداد الأجرة المتفق عليها في عقد الإجارة الموصوفة في الذمة.
9. في حالة دفع المتعامل جميع التزاماته بموجب عقد الإجارة، تنتقل ملكية العقار إلى المتعامل في حالة إبرام المصرف معه عقد الهبة المعلق على شرط دون الحاجة إلى إجراء تعاقد آخر، أما في حالة الوعد بالبيع بثمن رمزي فإن ملكية العقار تنتقل إلى المتعامل بالتوقيع على عقد بيع مع المصرف يحدد فيه الثمن الرمزي.
10. المتعامل بصفته مستأجراً مسؤول عن الصيانة التشغيلية والدورية للعقار طوال مدة عقد الإجارة، وأما الصيانة الأساسية والتأمين فمسؤولية المصرف، ويمكن للمصرف توكيل المتعامل في القيام بالتأمين والصيانة الأساسية على حساب المصرف، ويجوز إضافة تكلفتها إلى الأجرة اللاحقة بعد موافقة المتعامل.

وقد قررت الهيئة أن العقود والمستندات والهيكلية الخاصة بتمويل إنشاء العقار عن طريق الاستصناع في مصرف الهلال متوافقة مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.



الدكتور محمد بن عبد الرحيم سلطان العلماء الشيخ عصام محمد إسحاق الدكتور نظام بوقفوي الدكتور عبد المنعم بن عبد
عضو الهيئة عضو الهيئة نائب رئيس الهيئة رئيس الهيئة

مصرف الهلال، صندوق بريد 13111، أبوظبي، الإمارات العربية المتحدة
Al Hilal Bank, PO Box 63111, Abu Dhabi, UAE

المهم أنت
it's all about you 800 66 66 66
alhilalbank.ae

قائمة المراجع المعتمدة

➤ المراجع باللغة العربية

المعجم:

- ❖ جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، بيروت، دار صادر ودار بيروت (1388-1968)، الجزء 8.

الكتب العامة:

- ❖ ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، مطبعة دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية جدة، الطبعة الأولى 2001.
- ❖ ابن الحاجب المالكي، شرح القاضي عضد الملة والدين لمختصر المنتهى الاصولي وبهامش حاشية العلامة سعد الدين التفتازاني، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية، الطبعة الأولى 1900.
- ❖ ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين، الجزء 3، دار الجيل، بيروت، طبعة 1973.
- ❖ ابي العباس شهاب الدين القرافي، الفروق أو أنوار البروق في أنواع الفروق، ج الأول، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1998.
- ❖ ابي عبد الله محمد بن زيد بن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الفتن، باب السواد الأعظم، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق سوريا، الطبعة الأولى 2009.
- ❖ ابو عبد الله محمد بن محمد الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، دار الفكر، الطبعة الثالثة 1992.
- ❖ أبو عمار ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية اصالة ومعاصرة، مكتبة الملك فهد، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية 1432هـ.
- ❖ احمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان، طبعة 2016.
- ❖ احمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقہ الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، الطبعة الثانية 1987.
- ❖ أسامة عزمي سلام وشقيري نوري موسى، إدارة الخطر والتأمين، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى 2010.
- ❖ الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، المعاملات في الفقہ المالكي- احكام وادلة- مطبعة دار ابن حزم بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2019.
- ❖ الحسن بلحساني، البيع والكراء وفقا للقواعد العامة والتشريعات الخاصة، دار النشر الجسور، طبعة 2004-2005.

- ❖ بيت التمويل الكويتي، الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، جزء الثاني، مطابع الخط- الكويت-، طبعة،1986.
- ❖ بشر محمد موفق، المعيار الشرعي رقم 17، صكوك الاستثمار، باقي البيانات غير مذكورة.
- ❖ حسن البرعي، دروس في عقد البيع في القانون المدني المغربي، فاس 1981-1980، الطبعة الجديدة.
- ❖ جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم التقويم والاجتهاد النظرية والتطبيق، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثانية 1993.
- ❖ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، الاحكام العامة، مطبعة السلام، القاهرة، الطبعة الخامسة 1988.
- ❖ سيد الهواري، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية: الاستثمار، جزء السادس، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية 1982.
- ❖ سامر قنطجي، كتاب معيار قياس أداء المعاملات المالية الإسلامية بديلا عن مؤشر الفائدة، باقي البيانات غير مذكورة.
- ❖ شمس الدين السرخاسي، المبسوط، الجزء 11 و 12، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، الطبعة الأولى.
- ❖ عبد الله الأمين، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، دار الشروق، ط الأولى 1983.
- ❖ عامر لطفي، البورصة وأسس الاستثمار والتوظيف، شعاع للنشر والعلوم، طبعة 1999.
- ❖ عائشة الشرقاوي المالقي، البنوك الإسلامية -بين الفقه والقانون والتطبيق-، المركز الثقافي العربي الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2000.
- ❖ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث، الجزء 1، الناشر دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1997.
- ❖ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول- نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة 1998.
- ❖ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية-البيع والمقايضة-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة 1998.

- ❖ عبد الرزاق أيوب، الشركات التجارية، سلسلة المعارف في الفكر القانوني المعاصر 3، مطبعة قرطبة حي السلام -أكادير- طبعة مزيدة ومنقحة 2017.
- ❖ عبد الرحمان الشرقاوي، قانون العقود الخاصة، الكتاب الأول- العقود الناقلة للملكية عقد البيع-، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الخامسة 2018.
- ❖ عبد الرحمان الشرقاوي، القانون المدني- مصادر الالتزام- ج الأول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الرابعة 2017.
- ❖ عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنا بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء- الطبعة الأولى 1992.
- ❖ عبد الرحمن الحلو، البنك الإسلامي، في المغرب المسار التاريخي والانتظارات الاقتصادية والاجتماعية، شركة المدارس للطبع والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى أكتوبر 2015.
- ❖ عبد الستار ابو غدة وعزالدين خوجة، فتاوى الهيئة الشرعية للبركة- فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة لقطاع الأموال بمجموعة دلة البركة، منشورات مجموعة دلة البركة- الأمانة العامة للهيئة الشرعية الموحدة- قطاع الأموال شركة البركة للاستثمار والتنمية، دون ذكر المطبعة، الطبعة الثانية 2003.
- ❖ عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، عقد البيع، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الثانية 2009.
- ❖ عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة- الكتاب الثاني عقد الكراء المدني-، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى 2001.
- ❖ عبد القادر العرعاري، ضمان العيوب الخفية في عقد البيع وفقا لقانون الالتزامات والعقود المغربي، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية سنة 1996.
- ❖ عزالدين محمد خوجة، عمليات التمويل الإسلامي- مادة علمية تطبيقية معتمدة ومتوافقة مع شهادة المصرف الإسلامي المعتمد، منشورات المجموعة الكاملة للبنوك والمعاملات المالية الإسلامية التابع للمجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية.
- ❖ علي محي الدين علي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى 2011.
- ❖ علي السالوس، فقه البيع والإستيثاق والتطبيق المعاصر، مكتبة دار القران، القاهرة، طبعة 2004.

- ❖ علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 5، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1424/2002.
- ❖ علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 6، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1424/2002.
- ❖ علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، الجزء 2، دار الريان للتراث القاهرة، طبعة اولى 1989.
- ❖ شمس الدين محمد بن احمد ابي بكر السرخسي، المبسوط، الجزء 10، دار المعارف بيروت، الطبعة الثانية 1982.
- ❖ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 4، دار الكتب العربية بيروت لبنان، الطبعة الأولى.
- ❖ فؤاد معلال، شرح القانون التجاري الجديد (الجزء الأول) نظرية التاجر والنشاط التجاري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الخامسة 2018.
- ❖ كمال الدين ابن الهمام السيوسي، شرح فتح التقدير، الجزء 7، دار الهدى القاهرة، الطبعة الثانية 2000.
- ❖ مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء 1 مصادر الالتزامات، دون ذكر المطبعة، الطبعة الثانية.
- ❖ محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة ثانية مزيدة 2010.
- ❖ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، ديوان الحديث النبوي سنن الترمذي وهو الجامع الكبير، المجلد الثاني، دار التأصيل مركز البحوث وتقنية المعلومات، مصر العربية، الطبعة الأولى 2014.
- ❖ محمد سليمان الأشقر ومن معه، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة- عقد الاستصناع-، المجلد الأول، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى 1998.
- ❖ محمد قراط، المطالب الضرورية في شرح المقتضيات القانونية المتعلقة بالبنوك التشاركية، مطبعة انفو-برانت- الليدو فاس، طبعة 2018.
- ❖ محمد بن أحمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج الأول، دار ابن حزم، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1995.
- ❖ محمد بن الهمام، فتح القدير، المجلد 10، دار الكتب العلمية، ط 1424 هـ / 2003 م.

- ❖ محمد ناصر الدين الالباني، ضعيف الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير)، احاديث البيوع حديث رقم 6061، المكتب الإسلامي، الطبعة المجددة والمزيدة والمنقحة.
- ❖ محمد بن صالح العثيمين، مجموعة دروس وفتاوى الحرم المكي، الجزء الثالث، دار اليقين للنشر والتوزيع، طبعة 1991.
- ❖ محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر- دمشق-، الطبعة الأولى 2006.
- ❖ محمد صبري، الأخطاء البنكية، أساس المسؤولية البنكية عن عدم ملاءمة الائتمان مع مصلحة الزبون، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2007.
- ❖ مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم بشرح النووي، الجزء الأول، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، مؤسسة قرطبة لنشر والطباعة والتوزيع، الطبعة الثانية 1994.
- ❖ منذر قحف، مفهوم التمويل الإسلامي، منشور بالموقع الرسمي للمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب (<https://irti.org/ar>)، البنك الإسلامي للتنمية.
- ❖ محمد محروك، الوجيز في العقود المسماة البيوعات والاكريّة الواردة على العقار في ضوء التعديلات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2017.
- ❖ مصطفى كامل طایل، القرار الاستثماري في البنوك الإسلامية، مطابع غباشي، طنطا، طبعة 1999.
- ❖ محمود زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، طبعة 1410هـ/1990م.
- ❖ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلتها، دار الفكر دمشق، الجزء 2، (1412-1991).
- ❖ وهيبة الزحيلي، بيع الدين في الشريعة الإسلامية، دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سورية، الطبعة الأولى 1997.

الكتب الخاصة:

- ❖ ادريس الفاخوري، البنوك التشاركية في المغرب دراسة على ضوء قانون 103.12، منشور بمجلة منازعات قوانين الاعمال، سلسلة فقه القضاء التجاري منشورات مجلة العلوم القانونية، العدد الثاني، مطبعة الأمنية 2015.
- ❖ احمد جابر علي بدران، التمويل بالمرابحة في البنوك الإسلامية، باقي البيانات غير مذكورة.
- ❖ شوقي احمد دنيا، الجعالة والاستصناع تحليل فقهي واقتصادي، منشورات البنك الإسلامي للتنمية المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، الطبعة الثانية 1419هـ/1998م.
- ❖ عزيزة على ندا ندا، معايير الجودة في عقد الاستصناع- دراسة فقهية-، العدد الرابع والثلاثون، الجزء الرابع، باقي البيانات غير مذكورة.
- ❖ عبد السلام احمد فيغو، العقود التشاركية، سلسلة المعارف القانونية والقضائية 38 منشورات مجلة الحقوق، دار النشر المعرفة، طبعة 2016.
- ❖ عبد الله ابن طاهر، البنوك التشاركية الإسلامية بالمغرب في اطار الفقه المالكي وادلته- دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة مع مناقشة وترجيح دون تعصب لقول او مذهب- مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2019.
- ❖ كمال الدين جمعة بكرو، عقد الاستصناع وصوره المعاصرة دراسة فقهية تحليلية، دون ذكر المطبعة، طبعة 2017.
- ❖ كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع- عقد المقاول- في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دون ذكر المطبعة، ط الثانية 1984.
- ❖ مصطفى محمود محمد عبد العال عبدالسلام، آلية تطبيق عقد الاستصناع في المصارف الإسلامية – دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية نموذجا- بحث مقدم الى – مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول- دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي 2009، دون ذكر باقي البيانات.
- ❖ محمد أحمد بن عبد الرحمان الزرقا، الاستصناع والمشروع الصناعي، بحث شرعي قانوني ومقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2001.
- ❖ محمد محمود المكاوي، التمويل بالمرابحة في البنوك الإسلامية، دار الفكر والقانون، طبعة الاولى 2015.
- ❖ محسن احمد الخضير، البنوك الإسلامية، انتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة 3 1999.

- ❖ محمد الوردى، المالية التشاركية ورهانات التنمية- دراسة لواقع التمويل التشاركي في المصاريف الإسلامية ولاهم المستجدات التشريعية الخاصة بالبنوك التشاركية في المغرب- مطبعة قرطبة حي السلام اكادير، الطبعة الأولى 2019.
- ❖ محمد الخطابي، النظام القانوني للبنوك التشاركية – دراسة مقارنة-، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الاولى 2020.
- ❖ مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية للتنمية، منشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة المملكة السعودية، باقي البيانات غير مذكورة.
- ❖ سعود بن مسعد الثبيتي، الاستصناع- تعريفه، تكييفه، حكمه، شروطه، اثاره في تنشيط الحركة الاقتصادية-، دار ابن حزم، بيروت لبنان، الطبعة الاولى 1995.
- ❖ ناصر النشوي، احكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة لنشر، طبعة 2005.
- ❖ هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، كتاب المعايير الشرعية، المعتمدة الى غاية نونبر 2017، مكتبة المالك فهد الوطنية، المنامة، المعيار الشرعي رقم 11، الاستصناع والاستصناع الموازي.

الإطروحات:

- ❖ سفيان ادريوش، تسديد الديون الرهنية مقارنة قانونية ومالية . اطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث: الضمانات التشريعية في قانون الأعمال المغربي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الدراسية 2004-2005.
- ❖ طهراوي أسماء، إدارة المخاطر في البنوك الإسلامية دراسة قياسية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، تخصص مالية ومؤسسة، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2013/2014.
- ❖ عبد الكريم قندوزي، التحوط وإدارة المخاطر بالمؤسسات المالية الإسلامية، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة حسيبة بن علي، الشلف، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2012.
- ❖ فواز بن خلف اللويحق المطيري، الحماية الجنائية والمدنية في التمويل العقاري دراسة تأصيلية مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية السعودية، قسم العدالة الجنائية، الرياض السنة الجامعية 2011/2012.
- ❖ فضل عبد الكريم محمد، إدارة المخاطر وتحديات المصاريف الإسلامية، دراسة لبعض التطبيقات المعاصرة من التجربة السودانية والسعودية خلال الفترة 1999-2003م، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الفلسفة في الاقتصاد، كلية الدراسات الاقتصادية والاجتماعية، جامعة الخرطوم، السودان، العام الدراسي 1428هـ/2007م.
- ❖ محي الدين اسطنبولي، عقد الاستصناع واهميته في الاستثمار- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون- أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر السنة الجامعية 2015/2016.
- ❖ مصطفى المرضي، الإنذار العقاري في التشريع المغربي، دراسة نظرية وعلمية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، مختبر الأنظمة المدنية والمهنية تخصص قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2013-2014.
- ❖ موسى عمر مبارك أبو محميد، مخاطر صيغ التمويل الإسلامي وعلاقتها بمعيار كفاية رأس مال للمصارف الإسلامية من خلال معيار بازل 2، أطروحة لنيل الدكتوراه، تخصص المصاريف الإسلامية، كلية العلوم المالية

والمصرفية، الاكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، التابعة لجامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، السنة الجامعية 2008-1429م.

❖ مبارك حفيظة، المصلحة كأساس لتقرير الاحكام الشرعية- دراسة مقارنة- أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص الشريعة والقانون، جامعة وهران- السانبا- كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، السنة الجامعية 2012-2013.

- ❖ احمد بلخير، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة- دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية، مذكرة لنيل دبلوم الماجستير في الاقتصاد الإسلامي، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية- قسم الشريعة-، جامعة الحاج لخضر-باتنة، الجزائر، السنة الجامعية 2007/2008، رسالة تم تحميلها من الموقع الإلكتروني [/https://ebook.univeyes.com](https://ebook.univeyes.com)
- ❖ احمد شحده العييدة، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، رسالة لنيل دبلوم الماجستير في الدراسات الإسلامية المعاصرة، جامعة القدس، فلسطين، السنة الجامعية 2005/2004.
- ❖ امل الحلية، اخلاقيات التمويل الإسلامي في المصاريف الإسلامية في فلسطين، رسالة الماجستير في الاقتصاد، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة الازهر- غزة، السنة الجامعية 2014/2015.
- ❖ آية إسماعيل غانم أبو شقرة، معيار الجودة في عقدي السلم والاستصناع في الفقه الإسلامي-، بحث لاستكمال متطلبات الحصول على درجة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية غزة، السنة الجامعية 2014/2015.
- ❖ حنان بنت محمد حسين جستيني، أقسام العقود في الفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه، بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى السعودية، السنة الجامعية 1999/1998.
- ❖ حكامي نجيب الله، إدارة المخاطر في المصاريف الإسلامية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص مالية دولية، كلية العلوم الاقتصادية، علوم التسيير والعلوم التجارية، المدرسة الدكتورالية في الاقتصاد والتسيير، جامعة وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014.
- ❖ حجلة صحراوية، انقضاء عقد الكفالة المدنية بصفة اصلية في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2012.
- ❖ دحماني روزة و زرماني وردة، إدارة مخاطر صيغة المرابحة في المصاريف الإسلامية-دراسة حالة بنك البركة الجزائري-، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر اكاديمي في علوم اقتصادية، تخصص مالية وإدارة المخاطر، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد البشير الابراهيمي برج بوعريريج، الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016.

- ❖ رشيدة مزوغ، الإشكالات العملية في مسطرة تحقيق الرهن الرسمي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2007/2008.
- ❖ سعيد شيبلي، عقد الاستصناع في البنوك التشاركية بين النظرية والتطبيق، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، السنة الجامعية 2018/2017.
- ❖ سناء بديع السويسي، التمويل البنكي للمقاول الصغرى والمتوسطة في المغرب، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قوانين التجارة والاعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2012-2013.
- ❖ عبد الكريم السوداني، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر اكادير، السنة الجامعية 2018/2019.
- ❖ عبد المجيد بن احمد بن حسن المغربي، التطبيقات الفقهية لقاعدة "إذا زال المانع عاد الممنوع"، بحث لنيل درجة ماجستير في الفقه المقارن، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، السنة الجامعية 2010/2011.
- ❖ عبد القادر محاوي، المركز القانوني للكفيل في القروض البنكية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2011-2010.
- ❖ عمر نوح عمر باره، قاعدة الحكم يدور مع علته وجودا وعدمها، مشروع بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، في أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، قسم أصول الفقه، جامعة المدينة العالمية بماليزيا، السنة الجامعية 2013/2014.
- ❖ محمد السطي، عقد المرابحة العقارية بين التنظيم القانوني والعمل البنكي، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2013/2014.

- ❖ مروان القرقي، التمويل العقاري بين البنوك التقليدية والبنوك التشاركية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر اكادير، السنة الجامعية 2017-2018.
- ❖ مراد اعلابو، الحماية التشريعية للدائن المرتهن في الرهن الرسمي العقاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2007-2008.
- ❖ مصطفى ابراهيم محمد مصطفى، تقييم ظاهرة تحول البنوك التقليدية للمصرفية الإسلامية - دراسة تطبيقية عن تجربة بعض البنوك السعودية-، رسالة لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي، كلية إدارة الأعمال والتجارة الدولية، قسم الاقتصاد الإسلامي، الجامعة الأمريكية المفتوحة، القاهرة، مصر، السنة الجامعية 2006.
- ❖ مقلاتي خولة، إدارة مخاطر صيغ التمويل في المصاريف الإسلامية -حالة بنك البركة الجزائري-، مذكرة مكملة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلم التسيير، جامعة ام البواقي، الجزائر، السنة الجامعية 2014/2015.
- ❖ هاجر زرراقي، إدارة المخاطر الائتمانية في المصاريف الإسلامية- دراسة حالة بنك البركة الجزائري-،مذكرة مقدمة ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماجستير كلية العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، فرع دراسات مالية ومحاسبية، جامعة عبد الحميد مهري-قسنطينة2، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2012.
- ❖ ويسى محمد، المرابحة المصرفية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر اكادير، السنة الجامعية 2018/2019.
- ❖ يحيى محمد زكرياء، الدليل العملي للمدقق الشرعي في المصاريف الإسلامية، بحث لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي في معهد الدعوة الجامعي للدراسات الإسلامية، جامعة كاي، الصومال، السنة الجامعية 2010، الطبعة الأولى 2019.

المقالات :

- ❖ استاذتنا حليلة بن حفو، تدبير مخاطر الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية، مقال منشور بمجلة القضاء التجاري، عدد الخامس السنة الثالثة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، شتاء ربيع 2015.
- ❖ استاذتنا حليلة بن حفو، المراجعة في البنوك التشاركية، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، عدد التاسع، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، أكتوبر 2015.
- ❖ البشير عدي، البنوك الإسلامية وافاقها بالمغرب، مقال منشور بمجلة الفرقان، ع 80، لسنة 2017.
- ❖ إبراهيم شاشو، عقد مقولة في الفقه الإسلامي، مقال منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الثاني 2010.
- ❖ إبراهيم عقاش، مبادئ التأمين التكافلي، مقال منشور بمجلة قراءات متقاطعة في القانون والسياسة والاقتصاد والمجتمع، مطبعة تيسير، طبعة 2019.
- ❖ احمد مخلوفي، التأمين التكافلي من خلال مستجدات مدونة التأمينات المغربية بمقتضى القانون رقم 59.13، مقال منشور بمجلة القانون والأعمال مجلة إلكترونية <https://www.droitentreprise.com> تمت زيارته بتاريخ 2021/06/28 على الساعة 10:00.
- ❖ احمد شوقي سليمان، المخاطر المحيطة بصيغة الإستصناع وكيفية الحد منها - حالة عملية-، بحث منشور بمجلة الإقتصاد الإسلامي العالمية الصادرة عن المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية العدد 59، شعبان 1438، أبريل 2017.
- ❖ احمد جابر بدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق، سلسلة رسائل البنك الصناعي، العدد 72 مارس 2003.
- ❖ الصديق الضرر، الاتفاق على ابرام المدين الموسر بتعويض ضرر المماثلة، مجلة الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز جدة، طبعة 1405هـ/1985م.
- ❖ الحبيب بن باير و نجيب الله حاكمي، ادارة المخاطر المالية للاستصناع وضمانات تطبيقه في المصاريف الإسلامية عبر بناء محفظة استثمارية مثلي- حالة مصرف البركة-، مجلة اقتصاديات المال والاعمال JFBE، دجنبر 2017.
- ❖ أسامة محمد الصلابي، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة في المجال المصرفي، منشور بمكتبة كلية الاداب، جامعة قارونوس، ليبيا، دون ذكر الطبعة.

- ❖ الأخصر لقيطي وحمزة غربي، إدارة المخاطر في البنوك الإسلامية-دراسة ميدانية-، محور المداخلة في الملتقى " أسس وقواعد النظرية المالية الإسلامية المنظم بجامعة سطيف، باقي البيانات غير مذكورة.
- ❖ بكوش فؤاد وجدي، دور عقد الاستصناع في البنوك التشاركية، مقال منشور بالمجلة الالكترونية للأبحاث القانونية 2019 العدد 4، الموقع الرسمي للجريدة [/https://revues.imist.ma](https://revues.imist.ma).
- ❖ أحلام بوعبدلي و ثريا سعيد، إدارة المخاطر التشغيلية في البنوك التجارية، دراسة حالة لعينة من البنوك التجارية بالجزائر، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للتنمية الاقتصادية، عدد 3، دجنبر 2003.
- ❖ خنوسة عديلة، دور عقد الاستصناع في تمويل البنى التحتية- عرض تجارب دولية، مقال منشور بمجلة اقتصاديات شمال افريقيا المجلد 14، العدد 19، دون ذكر المطبعة، طبعة 2018.
- ❖ بلعزوز بن علي، استراتيجيات إدارة المخاطر في المعاملات المالية، جامعة الشلق، مجلة الباحث، عدد07، سنة 2011.
- ❖ رفيق المصري، تعقيب قصير على اقتراح الأستاذ الزرقا، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، جدة، سنة 1405هـ/1985م.
- ❖ سكيمة الوات، التمويل بالمشاركة على ضوء البنوك الإسلامية التشاركية، مقال منشور بمجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، ع الثاني، دجنبر 2016.
- ❖ صالح بن احمد الوشيل، الإستصناع وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، مقال منشور بمجلة الجمعية الفقهية السعودية، دون ذكر باقي البيانات.
- ❖ طارق الله خان وحبیب احمد، إدارة المخاطر- تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية، منشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، مكتبة الملك فهد الوطنية، جدة، المملكة العربية السعودية، 2003.
- ❖ عبد الكريم أحمد قندوز، المالية الإسلامية، صندوق النقد العربي 2019، ابوظبي دولة الامارات العربية المتحدة، مقال منشور بالموقع الالكتروني <https://www.amfad.org.ae> تم الاطلاع عليه بتاريخ 2021/05/19 على الساعة 10:00.
- ❖ عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، الإدارة الاستراتيجية في البنوك الإسلامية، منشورات البنك الإسلامي للتنمية المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، مكتبة الملك فهد الوطنية، جدة، الطبعة الأولى 2004.

- ❖ عبد المهيم حمزة، دور التمويلات البنكية البديلة في تعويض قروض الاستهلاك بفائدة-دراسة في منتوجي الاجارة والمرابحة-، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، ع مزدوج 2 و 3، ابريل/ أكتوبر 2012، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2012.
- ❖ علي محي الدين القرعة داغي، عقد الاستصناع ، مقال منشور بمجلة مجمع الفقه الاسلامي، عدد 7، المكتبة الشاملة الحديثة الالكترونية.
- ❖ علاء حسين علي، توريق الديون وضوابطه التطبيقية في التعاملات الشرعية، مقال منشور بمجلة أحوال القانون والمحاكم، منشور بموقع <https://www.a7wallaw.com/15086> تم الاطلاع عليه بتاريخ 2021/07/01 على الساعة 18:00.
- ❖ علي محبوب و علي سنوسي، قياس المخاطر التشغيلية في البنوك التجارية دراسة مقارنة بين البنوك التقليدية والمصاريف الإسلامية باستخدام تقنية مؤشر z-score لقياس الاستقرار المالي بالتطبيق على مصرف السلام الجزائر للفترة الممتدة بين 2016-2017، مقال منشور بمجلة الريادة لاقتصاديات الاعمال، المجلد 6، عدد3، يناير 2020.
- ❖ فاطمة ايت الغازي، عقد الاستصناع في القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، مقال منشور بمجلة الأبحاث في القانون والاقتصاد والتدبير عدد 3-2017، مجلة نصف سنوية، مطبعة سجلماسة مكناس، طبعة 2017.
- ❖ فاطمة ايت الغازي، عقد الاستصناع بين التأصيل الشرعي والاطار القانوني، مقال منشور بمجلة الأبحاث والدراسات القانونية، عدد خاص عن العقود والعقار بين الفقه والقضاء، عدد7، يناير2016، مطبعة دار القلم، الرباط.
- ❖ مروان بوسيف و محمد الهبول، عقد الاستصناع -دراسة في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والتشريع المغربي- مقال منشور بمجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية العدد5 يوليو2020، مطبعة دار السلام لطباعة والنشر والتوزيع-الرباط، الطبعة الأولى 2020.
- ❖ محمد شيبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، منشور في بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، عمان، دار النفائس 1998/1418.
- ❖ محمد مختاري، تحقيق الضمانات البنكية، مقال منشور بمجلة المناظرة، الجزء الأول، مطبعة النخلة للكتاب وجدة، ع 2، يونيو 2004.

- ❖ محمد البخاري، عقد الاستصناع البديل للقرض الربوي في تمويل المقاولات الصناعية، مداخلة في ندوة المصاريف الإسلامية: الأسس والتجربة والافاق، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة سيدي محمد بن عبدالله بفاس، سلسلة الندوات، عدد 3.
- ❖ محمد عبدالله الشباني، وقفات متأنية مع عمليات التمويل في البنوك -التمويل عن طريق الاستصناع-، مقال منشور بمجلة البيان، ع93 الصادرة بتاريخ جمادى الأولى 1416هـ/ اكتوبر1995.
- ❖ مصداغ راضية، إدارة المخاطر التشغيلية وفقا لاتفاقية بازل 02 في البنوك التجارية الجزائرية- دراسة حالة بنك الفلاحة والتنمية الريفية-، مقال منشور بمجلة الإستراتيجية والتنمية، المجلد 7، عدد13.
- ❖ منذر القحف، حوار حول الوساطة المالية والمصاريف الإسلامية، مقال منشور بمجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، بجدة تم تحميلها بالموقع الرسمي لجامعة الملك عبد العزيز على الرابط التالي <https://www.kau.edu.sa>، م 10، الصادر بسنة 1421هـ/ 2001م.
- ❖ هشام الناصري، خصوصيات الوساطة البنكية في فض النزاعات، مقال منشور بالموقع الرسمي لمجلة القانون والاعمال الدولية <https://www.droitentreprise.com> تم الاطلاع عليه بتاريخ 2021/06/01 على الساعة 14:00.
- ❖ يوسف حمومي، مخاطر العمل البنكي دراسة مقارنة بين البنوك التقليدية والبنوك التشاركية، مقال منشور بمجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، ع 49، سنة 2016.

المجالات :

- ❖ المجلة الالكترونية للأبحاث القانونية 2019 العدد 4، الموقع الرسمي للجريدة
[/https://revues.imist.ma](https://revues.imist.ma)
- ❖ المجلة المغربية لقانون الاعمال والمقاولات، عدد 1، دجنبر 2002.
- ❖ مجلة القانون والاعمال الدولية الموقع الالكتروني للمجلة
[/https://www.droitentreprise.com](https://www.droitentreprise.com)
- ❖ مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد الخامس، الجزء الرابع، السنة الثالثة، الطبعة الثانية 2005
- ❖ مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد السادس، الجزء الاول، السنة الثالثة، الطبعة الثانية 2005
- ❖ مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني، السنة الثالثة، الطبعة الثانية 2005
- ❖ مجلة البحوث الإسلامية، مجلة رقم 1، عدد 2، تصدرها هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، الرياض.
- ❖ منشورات مجلة الحقوق سلسلة المعارف القانونية والقضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2013.
- ❖ مجلة المحاكم المغربية العدد 99
- ❖ مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 62

➤ المراجع باللغة الفرنسية

- ❖ Micheal jt Mcmillen, Islamic Sharih-Comliant Projet financing: Collateral Security and Financing Structure Case Studies, voir le lien de site suivant <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol24/iss4/6/>, la date d'entrée au site .web est le 16/06/2021 à l'heure 10 :00
- ❖ Omar Mahjoubila, gestion bancaire du risque crédits aux entreprises, Mémoire pour l'obtention du diplôme des études supérieures approfondies, (D E S A) en mémoire, banque et finances université Mohammed premier Oujda Année universitaire 2005-2006.
- ❖ Kawtar Assakri, comportements et performances des banques islamiques lors de la crise, mémoire de Master Economie et finance internationales université Mohmed premier, Oujda année universitaire 2012-2013.
- ❖ Larroumet Christian, Droit civil, les obligations, le contrat, 9e édition, Op.cit 2018.

المواقع الإلكترونية: 

- ❖ <https://www.islamicbankmaroc.info/2017/08/Addresses-of-Islamic-banks-in-Morocco.html>
- ❖ <https://www.amfad.org.ae>
- ❖ <https://islamqa.info/ar>
- ❖ <https://www.oic-oci.org>
- ❖ <https://www.iifa-aifi.org/>
- ❖ <http://iefpedia.com/>
- ❖ <https://www.islamtoday.net/bohooth/artshow-32-4558.htm>
- ❖ <https://alyaoum24.com/297123.html>
- ❖ <https://binbaz.org.sa/fatwas/3099>
- ❖ <https://irti.org/ar>
- ❖ <https://ketabonline.com/ar/books/>
- ❖ <https://ar.islamway.net/fatwa/41781>
- ❖ <https://www.kau.edu.sa>
- ❖ <https://www.bis.org/>
- ❖ <https://al-sharq.com/>
- ❖ <https://www.droitentreprise.com/>
- ❖ <https://www.a7wallaw.com/15086>
- ❖ <http://hadithtransmitters.hawramani.com>

النصوص القانونية:

- ❖ القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.193 في فاتح ربيع الأول 1436(24 ديسمبر 2014)، الجريدة الرسمية ع 6328، بتاريخ فاتح ربيع الأول 1436(22 يناير 2015)، ص:462
- ❖ القانون رقم 36.87 المتعلق بمنح قروض لمساعدة الراغبين في إنجاز بعض المشاريع الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.87.199 الصادر في 8 جمادى الأولى 1408 (30 ديسمبر 1987)، الجريدة الرسمية عدد 3922 بتاريخ 1987/12/30، ص: 1324
- ❖ ظهير الالتزامات والعقود الصادر في 9 رمضان 1331(12 أغسطس 1913)
- ❖ القانون 95-15 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-96-83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417(فاتح أغسطس 1996)، الجريدة الرسمية ع 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 - 3 أكتوبر 1996، ص:2187
- ❖ القانون رقم 53.95 يقضي بإحداث محاكم تجارية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.65 صادر في 4 شوال 1417 (12 فبراير 1997)، الجريدة الرسمية ع 4482 بتاريخ 8 محرم 1418 (15 ماي 1997)، ص:1141
- ❖ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03 الصادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)، الجريدة الرسمية ع 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 ابريل 2011)، ص:1072
- ❖ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432(22 نوفمبر 2011)، الجريدة الرسمية ع 5998 بتاريخ 27 من ذي الحجة 1432(24 نوفمبر 2011)، ص:5587
- ❖ القانون 70.03 المتعلق بمدونة الاسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص:418

- ❖ مجموعة القانون الجنائي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.59.413 في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962، الجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 05/06/1963، ص: 1253
- ❖ الظهير الشريف بمثابة قانون المسطرة المدنية رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974)، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر بتاريخ 30/09/1994، ص: 2741
- ❖ القانون رقم 59.13 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.129 في 21 من ذي القعدة 1437 (25 اغسطس 2016)، الجريدة الرسمية عدد 6501 الصادرة بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19 سبتمبر 2016)، ص: 6649

مناشير والي بنك المغرب:

- ❖ منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/2017 صادر في 27 يناير 2017 يتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المرابحة والاجارة والمشاركة والمضاربة والسلم، وكذا كفيات تقديمها الى العملاء، الجريدة الرسمية ع 6548 بتاريخ 3 جمادى الاخرة 1438 (2 مارس 2017)، ص: 580
- ❖ منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/2019 صادر في 19 رجب 1440 (26 مارس 2019) بتتميم منشور والي بنك المغرب رقم 1/و/2017 المتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المرابحة والاجارة والمشاركة والمضاربة والسلم والاستصناع، وكذا كفيات تقديمه للعملاء، الجريدة الرسمية ع 6780 بتاريخ 17 رمضان 1440 (23 ماي 2019)، ص: 3052

1	مقدمة
13	الفصل الأول: الإطار القانوني لعملية تمويل العقار بالإستصناع في البنوك التشاركية
16	المبحث الأول: مفهوم تمويل العقار بالإستصناع وتمييزه عن بعض العمليات المشابهة
17	المطلب الأول: مفهوم التمويل بالإستصناع العقاري وتمييزه عن بعض العمليات المشابهة
18	الفقرة الأولى: تعريف الإستصناع العقاري
18	أولاً: الإستصناع لغة واصطلاحاً
21	ثانياً: الإستصناع من الناحية القانونية
23	الفقرة الثانية: تمييز تمويل العقار بالإستصناع عن بعض المنتجات المشابهة له
23	أولاً: تمويل العقار بالإستصناع وتمويل العقار بالسلم
25	ثانياً: تمويل العقار بالإستصناع وتمويل العقار بالإجارة
28	المطلب الثاني: التكييف الفقهي والقانوني للإستصناع العقاري ودليل مشروعيته
29	الفقرة الأولى: التكييف الفقهي والقانوني للإستصناع العقاري
29	أولاً: التكييف الفقهي للإستصناع العقاري
31	ثانياً: التكييف القانوني للإستصناع العقاري
34	الفقرة الثانية: دليل مشروعية الإستصناع العقاري
34	أولاً: التوجه الفقهي القائل بعدم مشروعية الإستصناع العقاري
37	ثانياً: التوجه الفقهي القائل بمشروعية الإستصناع العقاري
43	المبحث الثاني: ضوابط تمويل العقار بالإستصناع والآثار المترتبة عنه
44	المطلب الأول: أركان وشروط عقد الإستصناع العقاري وجزاء الإخلال بهما
45	الفقرة الأولى: أركان وشروط عقد الإستصناع العقاري
45	أولاً: أركان عقد الإستصناع العقاري
56	ثانياً: شروط عقد الإستصناع العقاري
62	الفقرة الثانية: جزاء الإخلال بأركان وشروط عقد الإستصناع العقاري
63	أولاً: بطلان عقد الإستصناع
65	ثانياً : إبطال عقد الإستصناع
68	المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن عملية تمويل العقار بالإستصناع
69	الفقرة الأولى: التزامات طرفي عقد الإستصناع
69	أولاً: التزامات الصانع - البنك التشاركي-
81	ثانياً: التزامات المستصنع -العميل-
87	الفقرة الثانية: انتهاء التزامات طرفي عقد الإستصناع
88	أولاً: انتهاء عقد الإستصناع بإرادة الأطراف
94	ثانياً: انتهاء الإستصناع خارج إرادة الأطراف
101	الفصل الثاني: آليات تطبيق تمويل العقار بالإستصناع في البنوك التشاركية

103.....	المبحث الأول: أساليب تمويل العقار بالإستصناع.....
104.....	المطلب الأول: صفة البنك التشاركي ومعايير الجودة في الإستصناع العقاري
104.....	الفقرة الأولى: الصفة التي يتخذها البنك التشاركي في عملية الإستصناع العقاري
105.....	أولا: حالة اتحاد البنك التشاركي صفة الصانع
109.....	ثانيا: حالة اتحاد البنك التشاركي صفة المستصنع
111.....	الفقرة الثانية: معايير وضوابط الجودة في تمويل العقار بالإستصناع
111.....	أولا: المعايير والضوابط الشرعية لتمويل العقار بالإستصناع
114.....	ثانيا: المعايير والضوابط الفنية لتمويل العقار بالإستصناع
117.....	المطلب الثاني: الخطوات العملية في عملية تمويل العقار بالإستصناع
118.....	الفقرة الأولى: ابرام عقد الإستصناع العقاري المستقل
119.....	أولا: الإستصناع العقاري المقترن بتوكيل الصانع ببيع العقار المصنوع
121.....	ثانيا: الإستصناع العقاري المقترن ببيع المراجعة العقارية
124.....	الفقرة الثانية: ابرام عقد الإستصناع العقاري الموازي
124.....	أولا: الإستصناع العقاري المقترن باستصناع موازي - البنك مستصنعا
125.....	ثانيا: الإستصناع العقاري المقترن باستصناع موازي - البنك صانعا
131.....	المبحث الثاني: مخاطر و ضمانات تمويل العقار بالإستصناع
132.....	المطلب الأول: مخاطر تمويل العقار بالإستصناع
132.....	الفقرة الأولى: المخاطر المرتبطة بالبنك
133.....	أولا: المخاطر المالية للإستصناع العقاري
141.....	ثانيا: المخاطر غير المالية للإستصناع العقاري
148.....	الفقرة الثانية: المخاطر المرتبطة بالعميل والمصنوع
148.....	أولا: المخاطر المتعلقة بالعميل
149.....	ثانيا: المخاطر المتعلقة بالمصنوع
151.....	المطلب الثاني: ضمانات تمويل العقار بالإستصناع
151.....	الفقرة الأولى: ضمانات تحمل مخاطر تمويل العقار بالإستصناع
152.....	أولا: الضمانات العينية
159.....	ثانيا: الضمانات الشخصية
166.....	الفقرة الثانية: ضمانات تحويل مخاطر تمويل العقار بالإستصناع
167.....	أولا: دور التأمين التكافلي في تدبير مخاطر تمويل العقار بالإستصناع
171.....	ثانيا: دور تسديد الديون في تدبير مخاطر تمويل العقار بالإستصناع
175.....	خاتمة
180.....	ملحق
200.....	قائمة المراجع المعتمدة
221.....	الفهرس