

Volume 15, No. 2  December 2018

JOURNAL OF

Islam in Asia

A Refereed International Biannual Arabic – English Journal

INTERNATIONAL ISLAMIC UNIVERSITY MALAYSIA

إزما
ينشأ
الله
من
عباده
العلماء



JOURNAL OF *Islam in Asia*

Volume 15, No. 2, December 2018

ISSN: 1823-0970 E-ISSN: 2289-8077

Journal of Islam in Asia

EDITOR-in-CHIEF

Mohammed Farid Ali al-Fijawi

ASSOCIATE EDITOR

Homam Altabaa

EDITORIAL ASSISTANT

Kamel Ouinez

EDITORIAL ADVISORY BOARD

LOCAL MEMBERS

Rahmah Bt. Ahmad H. Osman (IIUM)
Badri Najib bin Zubir (IIUM)
Abdel Aziz Berghout (IIUM)
Sayed Sikandar Shah (IIUM)
Thameem Ushama (IIUM)
Hassan Ibrahim Hendaoui (IIUM)
Muhammed Mumtaz Ali (IIUM)
Nadzrah Ahmad (IIUM)
Saidatolakma Mohd Yunus (IIUM)

INTERNATIONAL MEMBERS

Zafar Ishaque Ansari (Pakistan)
Abdullah Khalil Al-Juburi (UAE)
Abu Bakr Rafique (Bangladesh)
Fikret Karcic (Bosnia)
Muhammad Al-Zuhayli (UAE)
Anis Ahmad (Pakistan)

Articles submitted for publication in the *Journal of Islam in Asia* are subject to a process of peer review, in accordance with the normal academic practice.

This journal is indexed by ERA 2010 Journal Title List, Australian Research Council, Australian Government.

© 2018by

International Islamic University Malaysia

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, translated, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without prior written permission of the publisher.

الصيانة بين النظرية والتطبيق: الإجارة المنتهية بالتملك نموذجًا

Maintenance in Theory and Practice: *Al-Ijarah al-Muntahiyyah bi al-Tamlīk* as a Case

Penyelenggaraan Antara Teori Dan Praktis “Al-Ijarah Muntahiah Bi Al-Tamlīk Sebagai Contoh”

بخت الرحمن عثمانى بن عبد الحميد*، عارف علي عارف**، وعزمان محمد نور***

الملخص

يركز البحث على أحكام الصيانة في الإجارة المنتهية بالتملك، وهو بحثٌ تحليليٌّ لأحكام الصيانة بين النظرية في الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر في العقد الذي تقوم به المصارف الإسلامية والمؤسسات المالية الإسلامية. وقصد الباحث من هذا البحث بيان مفهوم الصيانة وحكمها الشرعي في هذا العقد، ومن الذي يتحمل الصيانة المؤجر أو المستأجر؟ وهل يمكن اشتراطها على العميل فقط؟ وذلك لغرض الوصول إلى مدى التوافق بين النظرية والتطبيق العملي لأحكام الصيانة في هذا العقد في المصارف الإسلامية والمؤسسات المالية الإسلامية. وأهم النتائج التي توصل إليها الباحث هو أن للصيانة ثلاثة أنواع: نوعٌ من الصيانة تتجه إلى المؤجر، ولا يصح تحميلها على المستأجر لا شرعاً ولا تحملاً لا عرفاً ولا شرطاً إلا عند تعديه أو تقصيره فيها، وهي الصيانة الأساسية، فهي كل ما يتعلق بذات العين المؤجرة ويتوقف عليه الانتفاع. ونوع ثاني من الصيانة ما يتجه إلى المستأجر، وهي

* طالب دكتوراه، معهد المصرفية والتمويل الإسلامي، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا.

** أستاذ بقسم الفقه وأصول الفقه، كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا.

*** أستاذ مساعد، معهد المصرفية والتمويل الإسلامي-IIBF، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا.

الصيانة التشغيلية، فهي كل ما يتعلق باستيفاء المنافع والذي تحتاج إليه العين المؤجرة نتيجة استعمالها. ونوع ثالث من الصيانة ما لا يتجه إلى المؤجر ولا إلى المستأجر إلا حسب العرف وعوائد أهل البيئة وحسب تغير الزمان والمكان، وهي الصيانة العرفية. وهذا النوع من الصيانة لا تدخل في الصيانة الأساسية ولا في الصيانة التشغيلية بل هو تابع للعرف والبيئة، ولتغير الزمان والمكان. وأما الصيانة الأساسية والصيانة التشغيلية فلا دخل للعرف فيهما.

الكلمات المفتاحية: الصيانة، الأساسية، التشغيلية، العرفية، الإجارة المنتهية بالتملك،

النظرية والتطبيق.

Abstract

The study is focusing on the ruling of maintenance (*al-Ṣiyānah*) in *Al-Ijārah al-Muntahiyah bi al-Tamlīk*. It analytically studies the ruling in theory of Islamic Jurisprudence and in the contemporary practice in the contract applied by Islamic Banks and Islamic Financial Institutions. The study aims to explain the concept of the maintenance and its legislative rules in the contract, the responsibility of the leased asset—lessor or lessee? Is it permissible to impose it on the lessee only? This is to find out the extant of the compatibility between the theoretical and the practical implementations of the sharī'ah ruling of maintenance in the *ijārah* contracts of Islamic Banks. The important result of the research conducted is that there are three types of maintenance (*al-Ṣiyānah*): The first type of *al-Ṣiyānah* pertains to the lessor only, and it is not permissible to be imposed on the lessee neither from the Sharī'ah or liability perspective, but in the case of fault or short coming from the lessee, and this is called major maintenance (*al-Ṣiyānah al-Asāsiyyah*). This type of *al-Ṣiyānah* denotes all such maintenance of the leased asset that is related to the essence of the leased asset on which the benefit depends. The second type of the *al-Ṣiyānah* pertains to the lessee only; this is called minor maintenance (*al-Ṣiyānah al-Tashghīliyyah*). This refers to all such things that are linked with the fulfilment of benefits and the operation of the leased asset. And the third type of the *al-Ṣiyānah* does not pertain to lessor or the lessee except because of custom of the time and circumstances. And this is called *al-Ṣiyānah al-Urfiyyah*. This type of maintenance is not linked with major maintenance or with minor maintenance, but its ruling is according to the time and custom.

Keywords: Maintenance, *al-Ṣiyānah*, *al-Asāsiyyah*, *al-Tashghīliyyah*, *al-Urfiyyah*, *Al-Ijārah al-Muntahiyah bi al-Tamlīk*, Theory, Practice.

Abstrak

Kajian ini membincangkan hukum penyelenggaraan "*Al-Ṣiyānah*" dalam *Al-Ijārah al-Muntahiyah bi Al-Tamlīk*. Ia mengkaji secara analitikal tentang hukumnya dalam teori perundangan Islam dan praktis semasa kontrak tersebut sebagaimana yang

diamalkan oleh bank-bank Islam dan Institusi-institusi Kewangan Islam. Kajian ini bertujuan menjelaskan konsep penyelenggaraan "*Al-Şānah*" dan peraturan-peraturan perundangannya sama ada tanggungjawab menyelenggara tersebut adalah tanggungjawab penyewa atau pemberi sewa? Adakah ia boleh di pertanggungjawabkan ke atas penyewa sahaja? Ini adalah untuk mengetahui sejauh mana kesesuaian antara teori dan pelaksanaan hukum syariah mengenai penyelenggaraan tersebut di bank-bank Islam. Hasil kajian mendapati tiga jenis penyelenggaraan "*Al-Şānah*": pertama "*Al-Şānah*" merujuk kepada pemberi sewa sahaja, dan tidak boleh dikenakan ke atas penyewa menurut Syariah dan perspektif liabiliti, melainkan kesalahan itu berlaku disebabkan oleh penyewa, dan ini dinamakan penyelenggaraan utama "*Al-Şānah al-Asāsiyyah*". Jenis ini merujuk kepada semua urusan penyelenggaraan berkaitan item yang disewa dimana kewujudan manfaat bergantung kepadanya. Jenis kedua dari "*Al-Şānah*" merujuk kepada penyewa sahaja dan disebut Penyelenggaraan Kecil "*Al-Şānah al-Tashghīliyyah*". Jenis ini merujuk kepada semua perkara yang berkaitan dengan penggunaan manfaat. Jenis "*Al-Şānah*" yang ketiga tidak melibatkan pemberi sewa dan penyewa disebabkan terdapat pengaruh uruf dan persekitaran semasa, dan ini disebut "*Al-Şānah al-'Ufiyyah*". Jenis penyelenggaraan "*Al-Şānah*" ini tidak berkait dengan penyelenggaraan dan penyelenggaraan minor tetapi hukumnya adalah mengikut masa dan uruf.

Kata Kunci: Penyelenggaraan "*Al-Şānah, al-Tashghīliyyah*", *al-Tashghīliyyah* "al-'Ufiyyah" *Al-Ijārah al-Mutahīyah bi Al-Tamlīk*, Teori, Amalan.

المقدمة

إن هذا البحث محاولة لبيان أحكام الصيانة في عقد الإجارة المنتهية بالتملك من ناحية النظرية والتطبيق المعاصر والنظر في مفهوم الصيانة، وأحكامها الشرعية. إذ تسعى مؤسسات الصناعة المالية لتقديم المنتجات التمويلية المتفقة مع الشريعة من تمويل المعدات والأجهزة والمباني والسيارات وغير ذلك عن طريق مختلف العقود منها عقد الإجارة المنتهية بالتملك التي تعد من العقود المفضلة لدى المصارف الإسلامية والمؤسسات المالية الإسلامية. ومن هنا فإن قضية الصيانة قد أصبحت من أهم القضايا الجديرة بالاهتمام، وذلك لأن المعدات والأجهزة قد يحدث فيها خلل، وحدوث الانقطاع والتعطّل فيها متوقع في أيّ وقت، وبالتالي فإنها بحاجة إلى صيانتها لعودتها وإبقائها على حالةٍ يستطيع العميل التمكن من الانتفاع بها. ونظرًا لما تتعرض للمعدات

والآلات جملة من المشاكل نتيجة استخدامها والتي تسبب كلفاً وخسائر جسيمة فإن التساؤل الذي يطرح هو: على من تكون هذه الصيانة، وهل يمكن اشتراطها على العميل فقط.

ويتضمن البحث عدة أمور وهي:

- مفهوم الإجارة المنتهية بالتملك وصورها ومشروعيتها في الفقه الإسلامي
- مفهوم الصيانة وأنواعها في الفقه الإسلامي
- حكم الصيانة في الفقه الإسلامي
- حكم الصيانة في الإجارة المنتهية بالتملك

أولاً: مفهوم الإجارة المنتهية بالتملك وصورها ومشروعيتها في الفقه الإسلامي

ويتضمن ثلاثة عناصر:

- مفهوم الإجارة المنتهية بالتملك
- صور الإجارة المنتهية بالتملك
- مدى مشروعية الإجارة المنتهية بالتملك

مفهوم الإجارة المنتهية بالتملك

إن عقد "الإجارة المنتهية بالتملك" يطلق عليه أيضاً إجارة التمويلية، والبيع الإيجاري، والإيجار الساتر للبيع، والإيجار الذي ينقلب بيعاً، والإيجار المقترن بوعد

بالبيع^١، وإنه من العقود المستحدثة التي ظهر التعامل بها في العصر الحديث، ولم يكن الفقهاء القدامى قد تناولوها. ولكثرة صور هذا العقد وتنوع طرقه وحالاته يجد الباحث تعريفات مختلفة لهذا العقد.

فقد عرّف وهبة الزحيلي الإجارة المنتهية بالتملك بأنها: "تمليك منفعة بعض الأعيان كالـدور والمعدات، مدةً معينةً من الزمن، بأجرة معلومة تزيد عادةً عن أجرة المثل، على أن يُملك المؤجر العين المؤجرة للمستأجر بناءً على وعدٍ سابقٍ بتمليكها، في نهاية المدة أو في أثنائها، بعد سداد جميع مستحقات الأجرة أو أقساطها، وذلك بعقدٍ جديدٍ"^٢.

وعرفها علي القره داغي: "أن يتفق الطرفان على إجارة شيءٍ لمدةٍ معلومةٍ بأجرة معلومةٍ قد تزيد على أجرة المثل، على أن تنتهي بتمليك العين المؤجرة للمستأجر"^٣. وعرفها مجلس الخدمات المالية بأنها: "شكلٌ من عقود الإجارة التي تقدم للمستأجر خيارًا بامتلاك الموجود عند نهاية فترة الإجارة أما بشراء الموجود مقابل ثمن رمزي أو بدفع القيمة السوقية، أو بموجب عقد هبة"^٤.

وعرفها لجنة أصول المحاسبة الدولية بأنه: "عقد الإجارة الذي تتحول من خلاله كل مخاطر ونفقات ملكية الأصل من المؤجر إلى المستأجر، سواءً تحولت ملكية الأصل للمستأجر في النهاية أم لا"^٥.

^١ انظر: القره داغي، علي محي الدين، الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة "الإجارة المنتهية بالتملك، وشوقي أحمد دنيا، الإجارة المنتهية بالتملك، ص ٤٧٧، و ص ٥٧٧، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة (العدد الثاني عشر الجزء الأول، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م).

^٢ وهبة، الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، (دمشق: دار الفكر، ط. ١، ٢٠٠٢)، ص ٣٩٤.

^٣ علي القره داغي، الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة، ص ٤٧٧.

^٤ مجلس الخدمات المالية الإسلامية، المبادئ الإرشادية لإدارة المخاطر للمؤسسات الإسلامية عدا المؤسسات التأمينية التي تقتصر على تقديم خدمات مالية، ٢٠٠٥م، ص ٥٢، المصرف الوطني الماليزي (بنك نكارا ماليزيا).

^٥ شوقي، أحمد دنيا، الإجارة المنتهية بالتملك، ص ٥٧٧.

وبعد الاطلاع على التعريفات المذكورة يرى الباحث أن التعريف المختار هو التعريف الذي قدمه وهبه الزحيلي، ولكن مع إضافة إليه وهو: "تمليك منفعة الأعيان، مدة معينة من الزمن، بأجرة معلومة تزيد عادةً عن أجرة المثل، على أن ينتهي بتمليك العين المؤجرة للمستأجر بعقد جديد مستقل إما هبةً، وإما بيعاً بثمن حقيقي أو رمزي، بناءً على وعد سابق بتمليكها، في نهاية المدة أو في أثنائها، بعد سداد جميع مستحقات الأجرة أو أقساطها، مع قيام المؤجر على صيانتها وتحمل المخاطر التي تتجه إلى السلعة خلال العقد".

صور الإجارة المنتهية بالتمليك

وللإجارة المنتهية بالتمليك صور عديدة، وأهمها تداوياً كمايلي:

الصورة الأولى: أن يكون العقد إيجاراً حقيقياً، ومعه بيع خيار الشرط الصالح للمستأجر، بأن يصاغ العقد على أنه عقد الإجارة حقيقية يُمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في مقابل أجرة محدودة في مدة محددة على أن يكون للمستأجر حق خيار البيع بتملك العين المؤجرة في نهاية مدة الإجارة مقابل دفع المبلغ رمزياً، أو حقيقياً، إلا أنه يشترط في اجتماع عقد البيع مع عقد الإجارة أن يكون لكل من الإجارة والبيع موضوعاً خاصاً به، وأن يكون تحديد الثمن الخاص للبيع يشبه مثله إما في أول العقد بخبرة المتخصصين، أو عند انتهاء مدة الإجارة بسعر السوق في ذلك الوقت.

الصورة الثانية: أن يكون العقد إيجاراً حقيقياً ويكون للمستأجر حق في تملك العين المؤجرة أي وقت شاء بعقد مستقل منفصل عن عقد الإجارة مقابل دفع المبلغ رمزياً أو حقيقياً بخبرة المتخصصين، أو عند انتهاء مدة الإجارة بسعر السوق في ذلك الوقت.

الصورة الثالثة: الإيجار إيجاراً حقيقياً مع الخيار في أحد الأمور الثلاثة: بأن يتعاقد المؤجر والمستأجر على إجارة حقيقية، ولكن يعطى حق الخيار للمستأجر في أحد الأمور الثلاثة:

١- أن يشتري المستأجر العين المؤجرة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة.

٢- أن يمد مدة الإجارة.

٣- أن يتفرغ من عقد الإجارة حيث تعاد العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإجارة إلى المؤجر المالك.

الصورة الرابعة: الوعد ببيع لاحق بعد عقد الإجارة منفصلاً عنها، بأن يصاغ العقد على إجارة حقيقية لمدة معلومة محددة، وأن يتواعد المتعاقدان ببيع هذه السلعة بعقد جديد بعد انتهاء مدة الإجارة مقابل دفع مبلغ رمزيًا، أو حقيقياً.

الصورة الخامسة: الوعد بجهة لاحقة بعد عقد الإيجار بعقد منفصل، وهذا مثل ما سبق آنفًا إلا إن المتعاقدين في هذه الصورة قد تعاقدوا على عقد هبة بعد مدة الإجارة وبعد سداد آخر ثمن الإيجار.

الصورة السادسة: عقد الإجارة مع بيع السلعة، ويشترط فيه ألا يمضي البيع إلا بعد دفع آخر الثمن. فالبيع هنا لم ينعقد أي لم ينفذ، بل إن عقد البيع معلق على دفع آخر الثمن. وصارت هذه الصورة كالذات المحبوسة للثمن أو للإشهاد.

الصورة السابعة: أن يتعاقد المتعاقدان إجارةً، ويبيع السلعة بيعاً بائناً، ويشترط البائع عدم تصرف المستأجر "المشتري" في العين المؤجرة حتى يفني بالثمن. وفي هذه

الصورة عقد البيع مستثناة المنافع. فلا يستطيع المشتري أن يبيعها، أو يهبها، أو يعيرها، أو نحوه من تصرفاته في العين المؤجرة حتى يعطي ثمنها^٦.

مدى مشروعية الإجارة المنتهية بالتملك

إن مسألة الإجارة المنتهية بالتملك في مشروعيتها ترجع إلى مسألة اشتراط الشروط في العقد، أو جمع عقدين مختلفين. إن فقهاء المذاهب المختلفة في مسألة اشتراط الشرط وجمع عقدين في عقدٍ واحدٍ اتفقوا على أن الشرط الواقع في العقد لا بد منه أن يكون من مقتضيات العقد، أو يلائمه، ويترتب عليه المقصود. فإذا كان الشرط الواقع في العقد من مقتضياته، وكان يلائمه بحيث كان يترتب عليه مقصود المتعاقدين فيبقى على الأصل وهو حرية التعاقد أو الاشتراط. وهذا أمرٌ واضحٌ؛ لأن الشريعة الإسلامية نفسها لا يطلق الناس كل الاطلاق في اشتراط شروطٍ يشترطونها في عقودهم، وإنما تعطي الحماية لهم في وضع شروطٍ تلائم مبادئ الشريعة وضوابطها، ومقتضى العقد ومصلحة الناس، وتمنعها مما يخالفها، ويخالف مصلحة المجتمع.

وأن كون الأصل في العقود والشروط هو الإباحة -عند من يرى ذلك- مقيّدٌ بالم تكتن تلك الشروط مخالفةً لقواعد الشرع ومبادئه بأن يفضي إلى محظورٍ شرعيٍّ. بناءً على هذا فإن جمع عقدين أو جمع عقود متفقة الأحكام كانت أو مختلفة الأحكام، سواء كانت العقود جائزة أو لازمة لا بأس بها إذا كانت الشروط من مقتضيات العقد، وكانت تلائمه، ولا يؤدي إلى محرم شرعي، ويحصل بها المقصود الأصلي للمتعاقدين؛ لأن الضوابط التي وضعها فقهاء المذاهب المختلفة في هذه المسألة كلها تدور على محورٍ واحدٍ

^٦ انظر: ابن بيه، عبد الله المحفوظ، الإيجار الذي ينتهي بالتملك، الدورة الخامسة، العدد الخامس، الجزء ٤، المنعقدة في الكويت من ١-٦ جمادى الأولى ١٤٠٩ هـ -الموافق ١٠-١٥ ديسمبر ١٩٨٨م، الجزء ٤، ص ٢٦٧٣ وما بعد، وانظر: القره داغي، الإجارة وتطبيقاتها، ص ٤٩٢، انظر: شوقي أحمد دنيا، الإجارة المنتهية بالتملك، ص ٥٧٩.

وهو أن لايفضي إلى نزاع المتعاقدين، ويترتب عليه مقصودهما كي لا يتوصل إلى محرم شرعي^٧.

وهذا ما توصل إليه الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي، التي انعقدت في نوفمبر ١٩٩٨م حيث صرحت بـ"جواز اجتماع العقود المتعددة في عقد واحد، سواء أكانت هذه العقود متفقة الأحكام أم مختلفة الأحكام طالما استوفى كل عقد منها أركانه وشروطه الشرعية، وسواء أكانت هذه العقود من العقود الجائزة أم من العقود اللازمة، أم منهما معاً، وذلك بشرط ألا يكون الشرع قد نهي عن هذا الاجتماع، وألا يترتب على اجتماعها توصل إلى ما هو محرم شرعاً"^٨.

ففي ضوء القواعد والضوابط في عقود المعاملات المالية يرى الباحث مشروعية الإجارة المنتهية بالتملك بناءً على ما يلي:

١. أن عقد الإجارة المنتهية بالتملك وإن كان يشتمل على عقدين مختلفين وهو البيع والإجارة؛ لكنه غير شامل لهما في آن واحد؛ لأنها عقد قائم على أساس عقدين مختلفين منفصلين كل منهما منفصل عن الآخر. فلكل عقد حكم وأثر، فالعقد الأول عقد إجارة ناجز حددت فيه الأجرة ومدة الإجارة. فحكمه وأثره تملك

^٧ الخطيب، محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شرح على متن المنهاج لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، (لبنان: دار إحياء التراث العربي، د. ط، ١٣٧٧هـ)، ج ٢، ص ٢٣، وانظر: الخطاب، أبو عبد الله بن محمد، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، (دار الغرب الإسلامي: لبنان، ط. ١، ١٤٠٤هـ)، ص ٣٣٩-٣٦٥، وانظر: ابن قدامة، أبو الفرج شمس الدين عبد الرحمن بن محمد بن أحمد المقدسي، الشرح الكبير، تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي، (مطبعة هجر، د. ط. د. ت)، ج ١١، ص ٢٣، وانظر: ابن تيمية، مجموع فتاوى، ترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ومحمد، (المصحف الشريف: د. ط، ١٤١٥هـ)، ج ٢٩، ص ١٢٦-١٨٠.

^٨ انظر: الشاذلي، حسن علي، المشاركة المتناقضة في العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة عشرة، العدد الثالث عشر، الجزء ٢، المنعقدة في الكويت، من ٧-١٢ شوال ١٤٢٢هـ- الموافق ٢٢-٢٧ ديسمبر ٢٠٠١م، ص ٤٤٠.

المنفعة للمستأجر، وفي مقابله الأجرة للمؤجر فيطبق عليه أحكام الإجارة. أما العقد الثاني وهو البيع أو الهبة فيتم في نهاية مدة الإجارة إذا رغب المستأجر في ذلك، ودفع الثمن الذي اتفقا عليه رمزياً كان ذلك الثمن أو حقيقياً. فهو عقدٌ مستقلٌ حُدِدَ فيه ثمنٌ معينٌ للسلعة شريطة سداد جميع الأقساط الإيجارية المتفق على سدادها خلال مدة محددة. فحكمه وأثره انتقال ملكية العين المؤجرة للمستأجر.

٢. ثانيًا: إن الوعد السابق الملزم غير مقترن بعقد الإجارة المنتهية بالتملك بين العاقدين ببيع العين المؤجرة مستقبلاً، قبل الإجارة أو في أثنائها لا يضر في انعقاد الإجارة ولا البيع، لاستقلال كل منهما عن الآخر^٩.

٣. ثالثًا: عملاً بمبدأ الأصل وهو: حرية التعاقد والشروط والإباحة في المعاملات، ما دام لم يخالف الشرع، ولم يكن الشرط مصادماً نصاً شرعياً، ولم يكن منافياً قواعد الشرع ومقاصده، ومقتضى العقد^{١٠}.

وللباحث بعض ملاحظات على ما مرّ من الضوابط لا بد من مراعاتها:

- ١- أنه يجب أن تكون السلعة مملوكةً للمؤسسة، ويكون للمؤسسة يدٌ مقبوضةٌ عليها وقت التعاقد، وبالتالي لا بد من عقد التوكيل في كل صورٍ لا تكون المؤسسة مالكةً للمبيع أو العين المؤجرة وقت إبرام عقد البيع ثم الوعد بالإجارة.
- ٢- إنه لا بد في الإجارة المنتهية بالتملك من صيغةٍ جديدةٍ لكل عقدٍ في كل صورها الجائزة، فلا بد من صيغةٍ بيعٍ مستقلةٍ بعد انتهاء عقد الإجارة؛ لأن العقد لا

^٩ انظر: وهبة، الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص ٣٩٧، وانظر: الشاذلي حسن علي، الإيجار المنتهي بالتملك، ص ٢٦٣٩-٢٦٤٠.

^{١٠} انظر: أبو عبد الرحمن، عبد المجيد الجزائري، القواعد الفقهية المستخرجة من أعلام الموقعين، تحقيق: بكر أبو زيد، (دار ابن القيم، ط. ١، ١٤٢١هـ)، ص ٥٤٦ وما بعد، وانظر: وهبة، الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص ٣٩٧-٣٩٨، وانظر: ابن تيمية، مجموع فتاوى، ج ٢٩، ص ١٢٦-١٨٠، ج ٣، ص ٢٣٩، وانظر: الشاذلي، حسن علي، اجتماع العقود المتفقة أو المختلفة الأحكام في عقد واحد، الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي، نوفمبر ١٩٩٨م، ص ٢٦.

ينعقد إلا بصيغةٍ باتيةٍ مستقلةٍ دالةٍ على العقد، فلا بد من صيغةٍ على حدةٍ عند انتهاء العقد الأول حتى ينعقد بها العقد الثاني وهو البيع أو الهبة هنا^{١١}.

ثانياً: مفهوم الصيانة، وأنواعها في الفقه الإسلامي

يتضمن عنصرين:

مفهوم الصيانة في الشريعة

الصيانة لغةً: مصدرٌ مشتقٌ من صان يصون صوتاً، وصيانةً^{١٢}. ومن ذلك صنت الشيء أصونه صوتاً وصيانةً^{١٣}. فيطلق على الحفظ والوقاية.

الصيانة اصطلاحاً: قام العلماء بتعريفاتٍ عديدةٍ للصيانة منها تعريف رواس قلعجي وحامد قنبيي حيث عرفا الصيانة بأنها: "مجموعة الأعمال اللازمة لبقاء عينٍ على الحالة التي تصلح فيها لأداء الأعمال المرادة منها"^{١٤}.

ومن تعريفات الصيانة أهما: "إصلاح التلف الناتج عن الاستعمال، وكذلك الوقاية من هذا التلف لتجنب وقوعه، والمحافظة على قدرة أداء العمل بشكل اقتصادي"^{١٥}.

١١ انظر: الشاذلي حسن علي، **الإيجار المنتهي بالتمليك**، ص ٢٦٣٩-٢٦٤٠، وص ٢٦٤٨-٢٦٥١.

١٢ ابن منظور، **جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب**، تصحيح: أمين محمد عبد الوهاب ومحمد الصادق العبيدي (بيروت: داراحياء التراث العربي، ط٣، ١٩٩٩م)، باب ص، مادة ص و ن، ج٢٨، ص ٢٥٣٠.

١٣ ابن فارس، **أبو الحسين أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون (مصر: مصطفى البابي الحلبي، ط١٣٩١، ٢٠١٢هـ، ١٩٧١م)، باب ص، مادة ص و ن، ج٣، ص ٣٢٤.

١٤ قلعه جي، محمد رواس، وقنبيي، حامد صادق، **معجم لغة الفقهاء**، عربي- إنجليزي: (بيروت: دار النفائس، ط. ٢، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م)، ص ٢٠٩.

١٥ أحمد طرطار، **الترشيد، الطاقات الإنتاجية في المؤسسة**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ١٩٩٣، ناقلاً من: حياة صغيور، **واقع إدارة الصيانة في الدول النامية وانعكاسها على الإنتاج**، (٢٠٠٩-٢٠٠٨م) إشراف: محمد جودت ناصر، ص ١.

وعرفها منذر قحف ضمن عقود الصيانة بأنها: "إصلاح الشيء المعمر كلما طرأ عليه عطل أو أذى، من حيث قدرته على إنتاج الخدمات والمنافع المقصودة منه"^{١٦}.
ومنها ما جاء به آية الله محمد علي التسخيري، ومرتضى الترابي حيث عرفا الصيانة بأنها: "الاتفاق في عقدٍ مستقلٍ، أو في ضمن عقدٍ معينٍ بين الشركة، أو المتخصص، وبين صاحب المال، للقيام بخدمات الإدامة، وإصلاح المال في مدة معينة، لكي يبقى صالحاً للاستفادة المطلوبة في مقابل أجره معينة".
وعرفها الصديق محمد الأمين الضرير بأنها "عقدٌ يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بصيانة شيء لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"^{١٧}.
بعد النظر في التعريفات المذكورة يلاحظ الباحث أنها تعريفاتٌ للصيانة بشكلٍ عامٍ، والمعنى المراد منها واحدٌ وهو إصلاح العين، والمحافظة عليها لبقائها على حالتها الأولية لاستيفاء المنافع منها.

أنواع الصيانة في الشريعة

تتنوع الصيانة إلى ثلاثة أنواع: النوع الأول الصيانة الأساسية، والنوع الثاني هو الصيانة التشغيلية، بينما النوع الثالث الصيانة العرفية وتفصيلها كما يلي:

١ - الصيانة الأساسية

وهي ما يتوقف عليها بقاء العين المؤجرة، وبالتالي يتوقف عليه الانتفاع بالعين المستأجرة. وهذا يعني أن كل ما لا يمكن للمستأجر التمكن من منفعة العين المؤجرة

^{١٦} منذر قحف، آية الله محمد علي التسخيري ومرتضى الترابي، والصديق محمد الأمين الضرير، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، بحث مقدم لجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الحادي عشر، ٢٥ إلى ٣٠ رجب ١٤١٩هـ الموافق: ١٤-١٩ نوفمبر ١٩٩٨م، بحرين: مدينة المنامة، ص ٣٧٠، وص ٣٥٦، وص ٤١٥.
^{١٧} آية الله محمد علي التسخيري ومرتضى الترابي، والصديق محمد الأمين الضرير، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، ص ٣٧٠ ناقلاً عن منذر قحف، وراجع ص ٣٥٦، وص ٤١٥.

أصلاً أو غالباً، أو يمكن المنفعة بها ولكن بشق النفس، أو بإنفاق ما لا يُعدّ عادةً ولا شرعاً أن يقوم به المستأجر فهو صيانةٌ أساسية. فعلى سبيل المثال: إن في السكن جدران البيت الكامل، والجدران الأربعة لكل غرفةٍ من الغرف، والسقف، والفرش الأرضي، والحمام، والمطبخ، وكل ما يتمكن المستأجر من الانتفاع بها يُعدّ من الصيانة الأساسية للسكن. فعند حدوث الخلل المانع من الانتفاع يُلزم المؤجّر بإصلاحه^{١٨}.

٢- الصيانة التشغيلية

هذا النوع من الصيانة عبارةٌ عن كل ما تحتاجه العين المؤجرة للانتفاع بها، واستمرارها طول مدة الإجارة، وعادةً لا تدوم، بل تتلف سريعاً نتيجة الاستعمال الطبيعي. ففي هذا النوع من الصيانة تدخل كل الإصلاحات العادية التي لا تضر في استيفاء المنافع من العين المؤجرة، ولا تمنع المستأجر من تمكين المنفعة بها. وهي خللٌ تحدث في العين المؤجرة نتيجة استعمالها، وبالتالي تُستهلك. ففي البيت المؤجر فإن صبغه، وتغيير مفاتيح الإنارة الكهربائية العادية، وتغيير يده الأبواب، وإصلاح الشبائيك عند انكسارها أو تعطيلها تُعدّ من الصيانة التشغيلية للبيت^{١٩}. وكذلك التغيير البسيط في شبكة المياه والكهرباء الذي يكون خارج الجدران كازرار ومفاتيح الكهرباء "buttons"، وما إلى ذلك من الأمور البسيطة التي جرى بها العرف؛ لأن هذه الأشياء معروفة في

^{١٨} انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ٥٠-٥١، وانظر: ابن قدامة، المغني، ج٨، ص٣٣، وانظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة الحادي عشر، البحرين: المنامة، ١٩٩٨م، العدد ١١، ج٢، ص٥، وانظر: حسن زيد، عبد العزيز، الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، (١٩٩٦م-١٤١٧هـ)، ط١، القاهرة: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ص٧٢-٧٣، انظر: الرشيد، ماجد عبد الرحمن، الدليل الشرعي للتمويل العقاري بالمراجحة والإجارة، (الرياض: بنك البلاد، ودار الميمان، ط١، ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م)، ص٧٧، هامش رقم ١.

^{١٩} قيد الباحث صبغ البيت بشرط التزيين؛ لأنه يرى إن كان البيت بحاجة إلى الصبغ بأن كان لا يمكن من شأنه أن يعيش فيه المستأجر، وأما تغيير مفاتيح الكهرباء وتغيير يده الأبواب، وإصلاح الشبائيك كلها تعد من الصيانة التشغيلية إن كان إصلاحها بسيطاً، أو كانت هذه الأمور عادية، غير غالية "luxury".

العادة، وبالتالي يمكن تحميلها على المستأجر^{٢٠}. فالإصلاحات التي لا يتوقف عليها الانتفاع بالعين المؤجرة، والتي لا تلجأ إليها الضرورة في تمكين المنافع بالعين المؤجرة كلها تعد من الصيانة التشغيلية للعين المؤجرة.

ففي السيارة قُرس إطاراتها "Tires pinched"، والخلل البسيط لأبوابها، وزيت المحرك "Engine Oil"، والبنزين "patrol"، وتزييت العجلات "wheel oiling"، وما إلى ذلك من الأمور التي لا يتوقف عليها الانتفاع بالسيارة المؤجرة تُعد من الصيانة التشغيلية للسيارة المؤجرة.

٣- الصيانة العرفية

فهي نوعٌ من الصيانة التي تتعلق بكلا النوعين السابقين، والتي تكلم عنها الفقهاء، والعلماء المعاصرون ضمن النوعين المذكورين. فمبدأ هذا النوع من الصيانة على العرف، لهذا يسميها الباحث بالصيانة العرفية.

فالصيانة العرفية عبارة عن صيانة لا تكون من الصيانة الأساسية، وكذلك لا تدخل في الصيانة التشغيلية، بل مبناهما العرف وعوائد أهل البيئة حسب تغير الزمان والمكان، وتغير أعراف الناس فيها. وهذا النوع من الصيانة تكلم عنها ابن قدامة فقال: "وأما التحسين، والتزويق فلا يلزم واحدًا منهما؛ لأن الانتفاع ممكن بدونه...، ثم واصل كلامه فقال: "وإن امتلأت -أي باللوعة والكنف- بفعل المكتري فعليه تفرغها" أي بصنع المستأجر فعليه تفرغها، ودل مدعاه بأن هذا كان متعارفًا في البيئة، وقال: "لأن عادة الناس ذلك"^{٢١}. فكلام ابن قدامة يدل على أن هذا النوع من الصيانة مرجعها

^{٢٠} انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص٥١، وانظر: ابن قدامة، المغني، ج٨، ص٣٣-٣٤، وانظر: حسن زيد، محمد عبد العزيز، الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، ص٧٣، وانظر: الرشيد، ماجد عبد الرحمن، الدليل الشرعي للتمويل العقاري بالمراجعة والإجارة، ص٧٧، هامش رقم ٢.

^{٢١} ابن قدامة، المغني، ج٨، ص٣٣-٣٤.

العرف وعوائد الناس في ذلك الزمان، والعادة معتبرة مادام لا تخالف الشرع أو مقتضى العقد.

وقال الإمام الكاساني في إصلاح الدلو، والبالوعة في زمانهم، بأنه على صاحب البيت، وهذا يدل على أن الكاساني عدّ هذه الأمور من الصيانة الأساسية عرفاً، فجّر عليها أحكام الصيانة الأساسية في تحميل إصلاحها على صاحب البيت، والدليل عليه قول الإمام الكاساني نفسه حيث قال: "أنهم استحسنوا، وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة"^{٢٢}.

وهذا لا يعني أنه لو جرى العرف على الصيانة الأساسية -التي نص عليها الفقهاء والعلماء المعاصرون بتحميلها على المؤجر- بأنها على عاتق المستأجر فحكمها حكم الصيانة التشغيلية، بل المراد من هذا النوع هو الأمور التي لا تدخل في نوع من نوعي الصيانة فمرجعها إلى العرف. إذًا في هذه الحالة للعرف والبيئة، وتغير الزمان والمكان دورٌ هامٌّ في ما يُعد من الصيانة الأساسية أو يُعد من الصيانة التشغيلية.

ثالثاً: حكم الصيانة الأساسية والتشغيلية في الشريعة

ويتضمن أمرين:

حكم الصيانة الأساسية

حكم الصيانة التشغيلية

حكم الصيانة الأساسية في الشريعة

المراد من الصيانة الأساسية - كما مرّ بيّانها آنفاً في أنواع الصيانة - هي كل ما يتوقف عليه التمكين من الانتفاع بالعين المؤجرة، مثل إصلاح الجدار المهديم في السكن،

^{٢٢} الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٥١، وانظر: ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٣٣-٣٤.

وترميم السقف الذي لا يمنع نزول الماء. فهذه ترميمات ضرورية تدخل في الصيانة الأساسية للعين المؤجرة. وقد قرّر الفقهاء أن الصيانة الأساسية التي يتوقف عليها الانتفاع بالعين المؤجرة تكون على المؤجر، ولا يصح تحميلها على المستأجر شرعاً لا تحملاً ولا اشتراطاً في العقد. وعند اشتراطها عليه يفسد العقد. وهناك نصوص فقهية حول ذلك:

أ- أقوال الفقهاء القدامى

يقول الإمام الكاساني في هذا المورد: "وتطيين الدار، وإصلاح ميزابها، وما هي من بنائها على رب الدار دون المستأجر؛ لأن الدار ملكه، وإصلاح الملك على المالك، ولكن لا يُجبر على ذلك؛ لأن المالك لا يُجبر على إصلاح ملكه، وللمستأجر أن يخرج إن لم يعمل المؤجر ذلك؛ لأنه عيبٌ بالمعقود عليه"^{٢٣}.

يُلاحظ الباحث من كلام الإمام الكاساني أن هنا أمران يتعلقان بأحكام الصيانة، الأمر الأول القيام بصيانة العين المؤجرة وإصلاحها، والأمر الثاني تركها على الحالة المعيبة أي عدم إصلاحها. فإن أراد المتعاقدان إصلاح العين المؤجرة فلا بد من المؤجر أن يقوم بإصلاحها؛ لأن العين المؤجرة ملكه وإصلاح الملك على المالك. ولكن مع ذلك لو امتنع المؤجر من إصلاحها فلا يجبر على ذلك؛ لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه، وللمستأجر خيار في أن يفسخ العقد، أو أن يمضيه على الإطلاق. **ولكن الذي يراه الباحث** هو أن عدم إجبار المؤجر على إصلاح العين المؤجرة هو عند بدأ العقد وقبل القبض. أما لو حدث العيب في العين المؤجرة بعد القبض أثناء مدة الإجارة وعطلت المنافع بحيث لا ينتفع بها فيُنظر إلى ما هو الأصلح للمستأجر وما هو الأخف ضرراً له. فإن كان في فسخ العقد ضرراً للمستأجر فيجبر المؤجر على إصلاحها؛ لأن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، وإلا فلا. ولا تتجه إصلاحها للمستأجر؛ لأنها أمانة في يده.

^{٢٣} الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، ٥٠-٥١.

ويقول ابن قدامة في هذا السرد في المواضع التي تتعلق بوجود ما يجب على المؤجر فعله: "وعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع كتسليم مفاتيح الدار والحمام؛ لأن عليه التمكين من الانتفاع، وتسليم مفاتيحها تمكيناً من الانتفاع فوجب عليه، فإن ضاعت بغير تفريط من المكثري، فعلى المكري إبدالها؛ لأنها أمانة في يد المكثري فأشبه ذلك حيطان الدار وأبوابها، وعليه بناء حائط إن سقط، وإبدال خشبه إن انكسر، وعليه تبليط الحمام، وعمل الأبواب، والبزل، ومجرى الماء؛ لأن بذلك يتمكن من الانتفاع"^{٢٤}. إن كل ما يتمكن به المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة يعد من الصيانة الأساسية. فحيطان الدار، وأبوابها، وأرضيتها من الأمور الأساسية للعين المؤجرة. فبهذا الاعتبار فإن إصلاح هذه الأشياء يُرجع إلى المؤجر إن عطلت؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا عند إصلاحه.

أما مفاتيح الدار في عصرنا الحاضر فالذي يراه الباحث أنها تعد من الصيانة التشغيلية إن كانت المفاتيح مفاتيحاً عادية؛ لأنها تعد من الأمور اليسيرة في أيامنا هذا، وليس لها كلفة اقتصادية كثيرة بحيث يفضي إلى الغرر، وكذلك لا يخالف مقتضى العقد. أما ما قال به ابن قدامة فيمكن حملها على عادات الناس في ذلك الزمن والذي جرى بها العرف؛ لأن الأحكام الشرعية تتغير حكمها بتغير الزمان والمكان، وتغير عوائد الناس، أو يمكن حملها على المفتاح الرئيس "master key"؛ لأنها لا يمكن أن يقوم بها غير المالك.

وقال ابن قدامة في الإنفاق على العين المؤجرة: "إن شرط الإنفاق على العين النفقة الواجبة على المكري كعمارة الحمام إذا شرطها على المكثري، فالشرط فاسد؛ لأن العين ملكٌ للمؤجر فنفتها عليه"^{٢٥}. وفي مقام آخر يقول ابن قدامة: "فإن شرط المؤجر

^{٢٤} ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٣٣.

^{٢٥} المصدر السابق، ج ٨، ص ٣٤، وص ١١٣، وانظر: نفس المرجع، ج ٨، ص ٧٨.

على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى العقد"...، ثم واصل قوله وقال في عقد الإجارة التي يُشترط فيها شرط فاسد بأنه "إذا شرط ضمان العين: الكراء والضمان مكروه"، ثم أُيد القول برواية الإمام الأثرم بإسناده عن ابن عمر حيث قال: "لا يصلح الكراء بالضمان"، والقاعدة الفقهية في ذلك هي: "أن ما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضموناً، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه"^{٢٦}.

ب- أقوال المعاصرين من العلماء

أما أقوال العلماء المعاصرين في حكم الصيانة في الإجارة المنتهية بالتملك ما يلي.

١- المعيار الشرعي رقم (٩)، الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، في مجال عقد الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك. فقد ورد في هذا المعيار، في شأن نفقات العين المؤجرة، وصيانتها ما يلي من الأحكام:

"العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة ما لم يقع من المستأجر تعدي أو تقصير. ويجوز له أن يؤتمن عليها عن طريق التأمين المشروع كلما كان ذلك ممكناً، ونفقة التأمين على المؤجر، ويمكن للمؤجر أخذها في الاعتبار ضمناً عند تحديد الأجرة، ولكن لا يجوز له تحميل المستأجر بعد العقد أي تكلفة إضافية زادت على ما كان متوقعاً عند تحديد الأجرة. كما يمكن للمؤجر أن يوكل المستأجر بالقيام بإجراء التأمين على حساب المؤجر"^{٢٧}.

فالصيانة الأساسية للعين المؤجرة ونفقاتها ترجع إلى المؤجر طول مدة الإجارة ومنها التأمين على العين المؤجرة إلا إذا استخدمها المستأجر على وجه غير المعروف؛ لأن الضرر الملحق بالعين المؤجرة يُعدّ من تعديده وإهماله فيها.

^{٢٦} ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ١١٤-١١٥.

^{٢٧} <http://islamselect.net/mat/93275>، وانظر: الرشيد، ماجد عبد الرحمن، الدليل الشرعي للتمويل العقاري

بالمراجعة والإجارة، ص ٧٦.

و"لا يجوز للمؤجر أن يشترط براءته من عيوب العين المؤجرة التي تخل بالانتفاع، أو أن يشترط عدم مسؤوليته عما يطرأ على العين من خللٍ يؤثر في المنفعة المقصودة من الإجارة، سواءً أكان بفعله، أم بسبب خارج عن إرادته".

وكذلك: "لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر الصيانة الأساسية للعين التي يتوقف عليها بقاء المنفعة. ويجوز توكيل المؤجر للمستأجر بإجراءات الصيانة على حساب المؤجر"^{٢٨}.

والمراد من العيوب في العين المؤجرة هي العيوب الأساسية التي تخل بتمكين المنفعة بها.

٢- من قرارات مجمع الفقه الإسلامي في أحكام الصيانة في الإجارة المنتهية بالتمليك:

- "تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر، لا على المستأجر طوال مدة الإجارة"^{٢٩}.

وكذلك القرار الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي بشأن عقد الصيانة وهو:

- "أن الصيانة إذا كانت من النوع الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة، فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شرط، ولا يجوز اشتراطها على المستأجر.

- "الصيانة التي لا يتوقف عليها استيفاء المنفعة، فيجوز اشتراطها على أيٍّ من المؤجر، أو المستأجر، إذا عُينت تعييناً نافياً للجهالة"^{٣٠}.

^{٢٨} المصدر السابق، ص ٧٦.

^{٢٩} قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من ٢٥ جمادى الآخرة ١٤٢١ هـ إلى غرة رجب ١٤٢١ هـ (٢٨-٢٣ سبتمبر ٢٠٠٠ م)، ناقلا من السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، ص ٦٠٧-٦٠٨، وصرحت المجلة في نفس القرار على: "أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك، لا على المستأجر، وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من ضررٍ غير ناشئ من تعدد المستأجر أو تفريطه، ولا يُلزم المستأجر بشيءٍ إذا فاتت المنفعة"، و: "إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة، فيجب أن يكون التأمين تعاونياً إسلامياً، لا تجارياً، ويتحملة المالك المؤجر، وليس المستأجر".

ج- الفتاوى الصادرة في هذا المجال

والفتاوى التي صدرت في مجال صيانة الأعيان المؤجرة ما يلي:

أولاً: فتوى عن الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي في طلب الأجوبة للأسئلة الثلاثة التي قدمت إليها، ونص الأسئلة ما يلي^{٣١}:

١- هل يمكن تصنيف أعمال الصيانة المختلفة كما تقدم وصفها لمعرفة ما يمكن أن يتحمله المستأجر منها، دون أن يتعارض ذلك مع مقتضى عقد الإيجار؟
٢- وإذا بقي من أنواع الصيانة ما يقضي الفقه بإلزام مالك العين به، فهل لذلك المالك أن يتفق مع المستأجر على أن يقوم المستأجر بتلك الصيانة مقابل تخفيض الأجرة؟

٣- هل بالإمكان من الناحية الشرعية أن يتم الاتفاق بين المؤجر، والمستأجر على أن يقوم الأجير بإجراء التأمين على العين موضوع الإيجار تأميناً شاملاً على نفقته؟

وقد أجابت عن هذه الأسئلة الثلاثة بما نصها:

- "لا يُلزم المؤجر القيام بشيءٍ من الإصلاحات الإنشائية، أو التحسينية، إلا بشرطٍ في العقد".

- "يُلزم المؤجر القيام بالإصلاحات الضرورية لتمكين المستأجر من الانتفاع، إذا حدث الخلل بعد التعاقد، أو كان موجوداً عند التعاقد ولم يطلع عليه المستأجر، أما إذا كان موجوداً قبل التعاقد، واطلع عليه المستأجر فلا يُلزم المؤجر القيام

^{٣٠} اقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الحادي عشر بالمنامة في مملكة البحرين، من ٢٥-٣٠ رجب ١٤١٩هـ، الموافق ١٤-١٩ تشرين الأول (نوفمبر) ١٩٩٨م، العدد ١١، ج٢، ص٥، وانظر: الرشيد، ماجد عبد الرحمن، الدليل الشرعي للتمويل العقاري بالمراحة والإجارة، ص٧٧.
^{٣١} القره داغي، علي محي الدين، الإجارة وتطبيقها المعاصرة: الإجارة المنتهية بالتملك، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص٥٤٠-٥٥٠.

بإصلاحه إلا بشرط في العقد، فإذا قام المؤجر بالإصلاحات التي تلزمه بمقتضى البند السابق لم يكن للمستأجر حق فسخ العقد".

- "الأصل أنه لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر صيانة العين مما قد يحصل بها من الخلل، فإن وقع العقد بهذا الشرط فسد، للجهالة".

- "إن أذن المؤجر للمستأجر في العقد، أو بعده، أن يقوم بإصلاحات معينة في العين، فله أن يفعل ذلك، ثم يكون له أن يرجع على المؤجر بما أنفقه عنه".

ثانيًا: الفتوى التي صدرت من "دليل إرشادي" بحث مقدم للمكاتب العقارية، وعملاء التمويل، المنشور من بنك البلاد في التساؤل عن براءة العين المؤجرة وصيانتها، ونصه ما يلي:

المسألة رقم "٤٨": اشتراط البراءة من عيوب العقار في الإجارة المنتهية بالتمليك:

"تقدم العميل للبنك لطلب تمويل عقاري بالإجارة، فاشتراط عليه البنك أنه برئ من عيوب العقار. فما الحكم؟

الحكم: "لا يجوز للعميل الدخول في عقد تمويل عقاري بالإجارة اشتراط فيه البنك براءته من عيوب العقار المؤجر التي تخل بالانتفاع، أو عدم مسؤوليته عما يطرأ على العقار من خلل يؤثر في المنفعة المقصودة من الإجارة"^{٣٢}.

المسألة رقم "٤٩": اشتراط التأمين والصيانة على عميل الإجارة المنتهية بالتمليك:

"تقدم العميل للبنك لطلب تمويل عقاري بالإجارة، فاشتراط عليه البنك أن يبرم عقد تأمين أو صيانة للعقار. فما الحكم؟

^{٣٢} الرشيد، ماجد عبد الرحمن، الدليل الشرعي للتمويل العقاري بالمراوحة والإجارة، ص ٧٦.

الحكم: "لا يجوز للعميل الدخول في عقد تمويل عقاري بالإجارة اشترط فيه البنك على العميل إبرام عقد تأمين أو صيانة للعقار؛ إذ إن ضمان العقار المؤجر وهلاكه والصيانة الأساسية على البنك لأنه المالك، وإنما تقتصر مسؤولية العميل على الصيانة التشغيلية، أو ما ينتج عن تعديه أو تفريطه. ويجوز أن يوكل البنك العميل في إبرام عقد التأمين أو الصيانة نيابة عن البنك، إلا أن ذلك لا ينقل ضمان العقار أو تبعه هلاكه إلى العميل"^{٣٣}.

من كل ما تقدم قد لاحظ الباحث أنه لا يجوز في الفقه الإسلامي أن يُلزم المؤجر المستأجر بنوع من أعمال الصيانة الأساسية للعين المؤجرة طول مدة الإجارة، وعند إلزام المستأجر بها تفسد الإجارة باتفاق الفقهاء من السلف، والمعاصرين منهم. وينبغي التفرقة بين حكم الصيانة الأساسية وبين حكم الصيانة التشغيلية. فالصيانة الأساسية التي يتوقف عليها الانتفاع بالعين المؤجرة هي ترميماتٌ ضروريةٌ وأساسٌ للانتفاع بالعين المؤجرة. فحكمها أنها ترجع إلى المؤجر. فبناءً على هذا لا يجوز تحميلها على المستأجر إلا عند تعديه أو تقصيره.

حكم الصيانة التشغيلية في الشريعة

المراد من الصيانة التشغيلية - كما مر في بيان أنواع الصيانة - هو الإصلاحات العادية التي تحتاج إليها العين المؤجرة نتيجة استعمالها، مثل إصلاح أجزاء العين المؤجرة التي تُستهلك، وتتلّف في فترات دورية. والقول المقرر عند الفقهاء في الصيانة التشغيلية وما يتعلق بها أنها تُحمّل عادةً وشرعاً على المستأجر.

^{٣٣} الرشيد، ماجد عبد الرحمن، الدليل الشرعي للتمويل العقاري بالمراحة والإجارة، ص ٧٦-٧٧.

يقول الإمام الكاساني: "المستأجر إذا انقضت مدة الإجارة، وفي الدار ترابٌ من كَنَسِه فعليه أن يرفعه؛ لأنه حدث بفعله فصار كتراب وضعه فيها"^{٣٤}. يلاحظ الباحث أن نُقِلَ تراب الكناسة في حكم كناسة الدار وتنظيفه من الرماد. فكما أن كناسة الدار وتنظيفه من الصيانة التشغيلية فكذلك نقل تراب الكناسة. أما ما قال الإمام الكاساني في إصلاح دلو الماء، والبالوعة حيث جعلها من الصيانة التشغيلية وحملها على صاحب الدار، فإنها محمولٌ على أعراف الناس وعاداتهم في ذلك الوقت. والدليل عليه قوله: "أنهم استحسنا وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة بين الناس"^{٣٥}.

وقال ابن قدامة في هذا السرد: "وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل، والدلو، والبكرة، فعلى المكتري -أي المستأجر-، وأما التحسين والتزويق فلا يلزم واحداً منهما؛ لأن الانتفاع ممكن بدونها...، ثم تواصل كلامه وقال: "وإن امتلأت -أي البالوعة والكنف- بفعل المكتري فعليه تفريغها"^{٣٦}.

بعد بيان أنواع الصيانة وبيان حكمها في الفقه الإسلامي **لاحظ الباحث** عدة

نقاطٍ وهي كما يلي:

١- أن الإصلاحات التي لا يتوقف عليها الانتفاع بالعين المستأجرة، والتي لا تلجأ إليها الضرورة في تمكين المنافع بالعين المؤجرة كلها تُعدّ من الصيانة التشغيلية للعين المؤجرة.

٢- أن الصيانة الأساسية تدخل في حكم الصيانة التشغيلية عند حدوث الخلل للعين المؤجرة بصنع المستأجر وهو مقصّر؛ لأن الفقهاء القدامى، والعلماء المعاصرين كلهم اتفقوا على أن العين المؤجرة أمانة في يد المستأجر عند عدم التفريط أوالتعدي منه. وصرح ابن قدامة بأن العين المؤجرة أمانة عند المستأجر، فتلفها لا يضمن

^{٣٤} الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٥١.

^{٣٥} المصدر السابق، ج ٦، ص ٥١.

^{٣٦} ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٣٣-٣٤.

إذا لم يكن المستأجر مفرطاً فيها.^{٣٧} وهذا يعني أن حكم الصيانة الضرورية عند تعدي المستأجر أو تقصيره في العين المؤجرة تُحوَّل إلى حكم الصيانة التشغيلية وبالتالي على المستأجر إصلاحها.

- ٣- إن الإصلاحات الإنشائية أو التحسينية كلها على المستأجر، إلا عند اشتراطها على المؤجر في بداية انعقاد العقد.

- ٤- إن للعرف، والبيئة، وتغير الزمان والمكان دور هام في ما يُعد من الصيانة الأساسية، وما يعد من الصيانة التشغيلية. والمثال على هذه الفكرة مفاتيح الدار، فإنها كانت تعدّ من الصيانة الأساسية في زمن الفقهاء القدامى^{٣٨}، ولكنها أصبحت في هذه الأيام من أمور الصيانة التشغيلية. ونظيرها ما قاله الإمام الكاساني في إصلاح الدلو، وبالوعدة، حيث عدّ هذه الأمور من الصيانة الأساسية حيث قال: "إنهم استحسنوا، وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة بين الناس"^{٣٩}.

خلاصة ما توصل إليه الباحث هو أن النفقات والصيانة إن كانت تتعلق بذات العين المؤجرة، وكانت تعود منفعتها إلى المؤجر، فتدخل في الصيانة الأساسية فهي على المؤجر. وأما إن كانت تتعلق باستيفاء المنافع بحيث يؤثر في تحسين الانتفاع، وسهولتها من العين المؤجرة فتدخل في الصيانة التشغيلية فهي كلها على المستأجر.

رابعاً: حكم الصيانة في الإجارة المنتهية بالتملك

قد تقدم الكلام سابقاً أن القاعدة المقررة في الفقه الإسلامي عند الفقهاء والأصوليين أن العين المؤجرة أمانة في يد المستأجر، فحكمها كحكم سائر العقود عليه في عقود الأمانات حيث لا يضمن الأمين إلا في حالتي التعدي أو التقصير. فانطلاقاً

^{٣٧} انظر: ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ١١٣، وانظر: نفس المرجع، ج ٨، ص ٧٨.

^{٣٨} انظر: ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٣٣.

^{٣٩} الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٥١، وانظر: ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٣٣-٣٤.

من القاعدة المبدئية الفقهية في الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك يرى الباحث أن الإصلاحات والترميمات الأساسية تتجه إلى المؤجر لأنه مالك العين المؤجرة، وأنه لا يصح تحميلها على المستأجر، وأن مسؤولية المستأجر تنحصر في الإصلاحات التشغيلية فقط. والآن يُطرح التساؤل هل للعرف، أو لاتفاق المتعاقدين أثرٌ إيجابيٌّ في هذا الأصل المقرر في الفقه الإسلامي؟ وإذا كان يمكن ذلك فإلى أي مدى يؤثر العرف أو اتفاق المتعاقدين في تغيير حكم صيانة العين المؤجرة في عقد الإجارة المنتهية بالتملك المعاصر؟ لقد توصل العلماء المعاصرون في هذا الموضوع إلى رأيين مختلفين. فريق لا يعتبر العرف واتفاق المتعاقدين مصدرًا مؤثرًا ملزمًا في تحويل أحكام صيانة العين المؤجرة من المؤجر إلى المستأجر، وبالتالي لا يترتب عليه آثارها أيضًا وهو رأي جمهور المعاصرين. وفريق توصل إلى عكس الرأي الأول حيث يجعل العرف مصدرًا ملزمًا في تحويل أحكام الصيانة بجميع أنواعها من المؤجر إلى المستأجر، وبالتالي يؤثر في آثارها، منهم علي محي الدين القره داغي، ومنذر قحف، وتفصيله كما يلي:

- الفريق الأول: وهم جمهور العلماء المعاصرين

إن هؤلاء قد تمسكوا في أحكام صيانة العين المؤجرة في الإجارة المنتهية بالتملك بالقاعدة التي قررت في الإجارة العامة في الفقه الإسلامي، والتي كان بها تعامل الفقهاء القدامى. وهي أن على المؤجر تحمّل نفقات الصيانة الأساسية في هذا العقد، ولا يجوز تحويلها من المؤجر إلى المستأجر ولو جرى بها العرف، أو اشترط عند العقد أو بعده من قبل أحد المتعاقدين أو كليهما^{٤٠}.

وقد تقدم أن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي، والفتاوى المعاصرة قد صرحت بأن المؤجر ضامن للعين المؤجرة طول

^{٤٠} انظر: الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد - أمانة الهيئة الشرعية - (الرياض: دار الميمان، ط. ١، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م)، ص ٥٦، وانظر نفس المصدر ص ٥٣ وما بعد.

مدة الإجارة عند حدوث الخلل لها ما لم يكن المستأجر متعدٍ فيها، وعلى المؤجر نفقة التأمين الإسلامي إن كان ممكناً، ولا يجوز تحميل التأمين من حساب المستأجر. وكذلك لا يسمح للمؤجر أن يرى نفسه من العيوب الأساسية للعين المؤجرة التي تخل بالانتفاع، أو أن يجعل نفسه غير مسؤولٍ للخلل الضروري إصلاحه التي تطرأ على العين المؤجرة وتخل بالمنفعة المقصودة^{٤١}.

يقول حسن زيد في كتابه "الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر" في هامش رقم ١: ما نصه: "تمارس شركات التأجير التمويلي، والمؤسسات التي تقوم بهذا التمويل مبدأ الحرية التعاقدية على أوسع نطاق، فتدرج في العقد من الشروط ما يعفيها من الالتزامات والمسؤوليات التي تفرضها القواعد العامة في الإيجار على المؤجر. فلا تتحمل تلك الشركات والمؤسسات سوى التزاماً واحداً هو الالتزام بدفع ثمن المعدات المؤجرة إلى البائع أو المنتج، أما المستأجر فيتحمل الالتزامات العادية التي يفرضها أي عقد إيجار وهي: أن يستخدم الشيء كاستخدام رجلٍ حريصٍ طبقاً للتعليمات المتفق عليها، كما يلتزم بدفع مبلغ الإيجار بالأسلوب المنصوص عليه في العقد". ثم واصل قوله في الهامش المرقم ٢ من نفس الصفحة وقال: "في بنوك باكستان يحمل المستأجر تكاليف التشغيل مثل الصيانة والتأمين على الأصل، والآن في تقرير مجلس الفكر الإسلامي بشأن إلغاء الفائدة من اقتصاد باكستان ذكر لجعل هذه الطريقة "التأجير التمويلي" متمشيةً مع مبادئ الشريعة يلتزم المؤجر بتحمل تكلفه التأمين على الأصل"^{٤٢}.

^{٤١} انظر: <http://islamselect.net/mat/93275>، وانظر: الرشيد، ماجد عبد الرحمن، الدليل الشرعي للتمويل العقاري بالمراجعة والإجارة، ص ٧٦-٧٧، وانظر: قرار: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة (٢٠٠٠م)، ناقلاً من السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، ص ٦٠٧-٦٠٨، وانظر: القره داغي، علي محي الدين، الإجارة وتطبيقها المعاصرة: الإجارة المنتهية بالتملك، ص ٥٤٠-٥٥٠، وانظر: حسن زيد، الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، ص ٧٢-٧٤.

^{٤٢} حسن زيد، الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، ص ٧٣.

ما يلاحظه الباحث هنا من كلام حسن زيد هو أن الصيانة الأساسية في الإجارة المنتهية بالتملك شرعاً تحمل على المؤجر، لا على المستأجر، وأن تحميل الصيانة الأساسية على المستأجر في العقد المعاصر إفراطاً في مبدأ الحرية التعاقدية؛ لأنه يفضي إلى اشتراط ما لا يقتضيه العقد، وهو إعفاء مسؤوليات المؤجر التي تُعَدُّ من موجباته في نظر مبادئ الشريعة.

ويرى عدم تحويل مسؤولية المؤجر إلى المستأجر حسب العرف أو حسب اشتراط أحد المتعاقدين وفقاً لما تراه الهيئة الشرعية لبنك البلاد في ضوابطها المستخلصة ضمن قراراتها الشرعية ونصه ما يلي:

الضابط رقم: ١٦٣: "يجب أن تكون الصيانة الأساسية في الإجارة المنتهية بالتملك على المالك، ولا يجوز اشتراطها على المستأجر، ويبطل هذا الشرط -دون العقد- حال اشتراطه"^{٤٣}.

والضابط رقم: ١٧٨: "يلزم المؤجر أن يقوم بجميع النفقات والخدمات التي نص عليها العقد، سواءً أجرى بها العرف أم لم يجز".

والضابط رقم ١٧٩: "ولا يجوز للمؤجر أن يشترط براءته من عيوب العين المؤجرة التي تخل بالانتفاع، أو أن يشترط عدم مسؤوليته عما يطرأ على العين من خلل يؤثر في المنفعة المقصودة من الإجارة، سواء أكان بفعله أم بسبب خارج عن إرادته".

والضابط رقم ١٨٠: "العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة، ولا يجوز تضمين المستأجر ولا اشتراط ضمانه العين المؤجرة في العقد ما لم يتعد أو يفرض"^{٤٤}.

^{٤٣} الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، ص ٥٣.

^{٤٤} المصدر السابق، ص ٥٦.

يرى الباحث مما سبق من الضوابط للهيئة الشرعية عدم اشتراط الصيانة الأساسية في العقد على المستأجر، وبطلان الشرط المشروط في العقد. وهذا لا يعني إلا نفي مصدرية العرف واتفاق المتعاقدين في تحويل الصيانة الأساسية من المؤجر إلى المستأجر. وإن الضابط رقم: ١٧٨: صراحةً يدل على أن العرف لا يصبح مصدرًا ملزمًا في تحويل النفقات الأساسية من المؤجر إلى المستأجر وإن نص عليها في العقد أو جرى بها العرف. ويرى الباحث أن الضوابط المذكورة تدل على عدم مصدرية العرف واتفاق المتعاقدين في العقد في تحويل مسؤوليات المؤجر إلى المستأجر؛ لأن عدم جواز اشتراط تحويل النفقات الأساسية إلى المستأجر، وعدم جواز اشتراط براءة المؤجر من العيوب المخلة بالانتفاع كل ذلك يدل على نفي أثر مصدرية العرف واتفاق المتعاقدين، وإذا نفي أثرها في العقد نفي مصدريته أيضًا.

- الفريق الثاني: المثبتون للعرف واعتبار اتفاق المتعاقدين مصدرًا ملزمًا في أحكام الصيانة

هذا الفريق يقول أن للعرف ولاتفاق المتعاقدين أثر كبير في تحويل مسؤوليات الصيانة من المؤجر إلى المستأجر في الإجارة المنتهية بالتمليك، وبالتالي يرى هذا الفريق أن نفقات الصيانة التي تكون معلومة عند العقد يمكن تحميلها على المستأجر رغم كونها من الصيانة الجوهرية "الأساسية". وأن ما شرط على المستأجر عند العقد يكون جزءًا من الأجرة، ويرى جواز نفقات التأمين التعاوني على العين المؤجرة على عاتق المستأجر^{٤٥}. واستدل هذا الفريق بأن تحويل تلك المسؤوليات من المؤجر إلى المستأجر لا يخالف نص القرآن ولا نص السنة، ولا يخالف مقتضى العقد؛ لأن عند هذا الفريق يرى

^{٤٥} انظر: مندر قحف، الإجارة المنتهية بالتمليك وصكوك الأعيان المؤجرة، ص ٣٧١-٣٧٢، وانظر: القره داغي، علي محي الدين، الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة: الإجارة المنتهية بالتمليك، ص ٥٥٣.

تحويل مسؤولية الصيانة إلى المستأجر لا يُعد من مقتضيات العقد. فما يعد من مقتضيات العقد هو ملكية المنافع للمستأجر، وتسليم العين المؤجرة على صفةٍ يستطيع معها المستأجر استيفاء المنافع على وجه يحقق غرضه، وكذلك ملكية الأجرة للمؤجر التي تقابل المنفعة^{٤٦}.

ودلّل مدعاه بأن العين المؤجرة بطبيعتها في الإجارة المنتهية بالتملك عينٌ ذات طبيعةٍ خاصةٍ، ولها مواصفاتٌ، ومقاييسٌ، وأنواعٌ. فالمخاطر فيها تتأثر كثيراً جداً حسب طبيعتها، وتتفاوت بعضها عن بعض فلا يعلمها المؤجر غالباً؛ لأن المؤجر في الإجارة المنتهية بالتملك عادةً يكون المصرف، والمصرف "المؤجر" لا يقوم بشرائها بل بتمويلها فقط. فالمصرف بهذا الاعتبار لا يعلم العين المؤجرة بمواصفاتها المميزة. ولكنه لأجل تمويله لشراء العين المؤجرة يقوم بحفاظة ملكية العين المؤجرة مقام المؤجر^{٤٧}.

وكذلك إن المخاطر تتأثر حسب اختلاف طبيعة المستأجر من مستأجرٍ لآخر في استخدام الأعيان المؤجرة عند استيفاء المنافع منها؛ لأن احتمال حدوث المخاطر عند استعمال السيارة المؤجرة تختلف حسب المستأجر: عمراً، ومتزوجاً أو أعزباً، وأباً، وعائلةً، ورتبةً علمية، وأمياً، وممارسةً، وغرضاً وما إلى ذلك من الصفات التي تميز المستأجر من محتاطٍ إلى غير المحتاط في استخدام العين المؤجرة. فلأجل كثرة المخاطر الحادثة على العين المؤجرة وتنوعها حسب اختلاف طبيعة المستأجر لا يمكن للمؤجر أن يضبطها فلا يمكن أن يتحملها في العقد؛ لأنه يصعب عند التطبيق العملي لو توقع على المؤجر^{٤٨}.

وقاس علي القره داغي مسؤوليات الصيانة في المعدات في الإجارة المنتهية بالتملك على مسؤوليات العلف للدابة المؤجرة، وتوصل إلى أن العلف للدابة المؤجرة كما يقع على المستأجر فكذلك نفقات المعدات المؤجرة في يومنا هذا أيضاً تقع على

^{٤٦} انظر: القره داغي، علي محي الدين، الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة: الإجارة المنتهية بالتملك، ص ٥٥٤-٥٥٥.

^{٤٧} انظر: منذر قحف، الإجارة المنتهية بالتملك وصكوك الأعيان المؤجرة، ص ٣٧٥.

^{٤٨} انظر: المصدر السابق، ص ٣٧٤-٣٧٥.

المستأجر. وجعل الأمر الجامع بين الدابة المؤجرة والمعدات نفى استيفاء المنافع بل تعطل العين المؤجرة عنده كموت الدابة المستأجرة^{٤٩}.

- القول الراجح عند الباحث

والذي يراه الباحث ويرجحه هو عدم تحويل نفقات الصيانة الأساسية إلى المستأجر لا بالعرف ولا باشتراط ذلك من أحد المتعاقدين في العقد. ويرى بأن العقود تترتب عليها واجبات ومسؤوليات في حق كلا المتعاقدين، وذلك لأجل مصالحهما ومنها عقد الإجارة المنتهية بالتملك. فتحمل المسؤوليات الأساسية والتشغيلية على المستأجر يخرق العدل والتوازن الذي هو من صفات العقود، وبالتالي تسبب في استئصال النتائج الطبيعية. فالمستأجر عندئذٍ سيصبح مقيداً من حيث الملكية؛ لأن ملكية العين المؤجرة مع المؤجر، وكذلك سيصبح مقيداً من حيث المسؤولية؛ لأن تحمل الإصلاحات الأساسية، والتشغيلية على المستأجر يجعله مقيداً استعمالاً، فلا يصبح المستأجر عندئذٍ إلا طرفاً ضعيفاً من حيث العلاقة التعاقدية في ملكية العين المؤجرة واستعمالها. وبهذا ينهدم التوازن، والعدالة بين أطراف العقد^{٥٠}.

ولابد من التفرقة بين الإجارة التمويلية -أي البيع الإيجاري- التي أنشأها الغرب والتي لا تستقيم مع القيم الشرعية ومبادئها، وبين الإجارة المنتهية بالتملك التي أقرتها المجامع الفقهية. فالفرق الجوهرية في هذا العقد هو ثبات قيام المتعاقدين وبقائهما على مسؤولتهما طول مدة الإجارة. ومنها قيام المؤجر على الصيانة الأساسية، إلا عند تعدي المستأجر وتقصيره في تلف العين المؤجرة، وقيام المستأجر على الصيانة التشغيلية. وهذا ما صرح به القاضي محمد تقي العثماني في التعقيب والمناقشة عند تقديم البحوث في

^{٤٩} انظر: القره داغي، علي محي الدين، الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة: الإجارة المنتهية بالتملك، ص ٥٥٥.

^{٥٠} انظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١، ص ١٠٥، وانظر: ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج ٢، ص ٦٩، وانظر: الزركشي، المنشور في القواعد، ج ٢، ص ٣٩٧-٣٩٨، وانظر: علي القره داغي، الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة، ص ٥٤١.

المجمع الفقه الإسلامي حول الإجارة المنتهية بالتملك في دورته الثانية عشرة. وهذا نص عبارته: "فإنه لا يبقى هناك فرق كبير بين الإجارة المنتهية بالتملك المشروعة، وبين الإجارة المنتهية بالتملك"^{٥١}، ثم واصل قوله: بأن الفارق بين هذين العقدين هو ثبات المؤجر والمستأجر على مسؤولياتهما في الإجارة المنتهية بالتملك التي أجازت من قبل الهيئات الشرعية. وقال إن بتحويل الصيانة الأساسية إلى المستأجر ينعدم الفارق الجوهرية، ويجعل العقد مشابهاً لتمويلات الربوية.

وقد أوضح عبد السلام العبادي الشبهة فيه بالتمويلات الربوية ما نصه: "فإذا كان الأمر قد رتب بطريقة لا تكون عليه - أي على المؤجر - أي مسؤولية، فهذا يعني أنه أقرض مبلغاً من المال، واسترده بزيادة على رأس المال مما هو عين الربا" ثم قال: "إن القضية قضية قرض إذا لم نضع من الضمانات ما يحوله إلى تمويل إسلامي يقوم على المخاطرة، واحتمالات التعرض للخسارة"^{٥٢}.

يقول علي القره داغي: "فالذي انتهيت إليه أن الصيانة الذاتية لا بد أن تكون على المؤجر، والصيانة التشغيلية هي ممكن أن تكون على المستأجر، وخاصة في الإجارة مع الوعد بالتملك، أو الإجارة المنتهية بالتملك"، ثم قال بأن الكلام عن تحويل الصيانة الأساسية إلى المستأجر الذي مرّ بيانه هو استعراض لآراء الفقهاء، وليس هذا رأي لي^{٥٣}.

ويزيد الباحث بأن منذر قحف في مصدرية العرف في تحديد ما يقع على المؤجر والمستأجر من الصيانة قد أحال على كتاب أبي سليمان "الإجارة مصدر من مصادر التمويل الإسلامية"، ومن كلام أبي سليمان هو أن المراد "من اعتبار العرف"

^{٥١} انظر: محمد تقي العثماني، التعقيب والمناقشة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، العدد ١٢، الجزء الأول، ص ٤٢٥.

^{٥٢} عبد السلام العبادي، المصدر السابق، ص ٤٢٧، ناقلاً من المكتبة الشاملة.

^{٥٣} انظر: علي القره داغي، المصدر السابق، ص ٤٣٧.

ليس مصدرية العرف في تحويل مسؤولية الصيانة الواجبة على المؤجر إلى المستأجر^{٥٤}، بل المراد من اعتبار العرف هناك ما لم يرد فيه الشرع، أي يعتبر العرف في العقد إذا لم يرد فيه الشرع، ولم يفضي إلى الغرر، ولا يناقض العرف لمقتضى العقد. والدليل على ذلك رأيي أبي سليمان نفسه على أن المسؤولية في صيانة العين المؤجرة يقع على المؤجر، والشرط المشروط في العقد يُلغى، وصرّح بأن الشرط مناقضٌ لمقتضى العقد^{٥٥}.

أما ما استدل به علي القره داغي بأن الفقهاء أجازوا اشتراط نفي حزام الدابة المؤجرة، وإكافها التي كانت واجبةً على المؤجر عند اطلاق العقد، فالذي يراه الباحث أن هذا يصح حجةً في توابع الإجارة، والكلام هنا في صيانة الإجارة التي تحدث بعد العقد خلال استخدام العين المؤجرة، وقد أثبتتها الشرع على المؤجر.

وأما قياس مسؤوليات الصيانة في المعدات المستجدة في الإجارة على مسؤوليات العلف للدابة المؤجرة الذي قال به علي القره داغي، فهو قياسٌ مع الفارق؛ لأن العلف للدابة المستأجرة يمكن أن يقاس على البنزين للسيارة المستأجرة في عصرنا هذا، ولاشك أنه على المستأجر.

نتائج البحث

- لم يختلف الفقهاء في جواز اشتراط الشرط أو الشروط في العقد بضوابطه، وجواز جمع عقدين في عقدٍ واحدٍ ما دام من مقتضيات العقد ويلائمه ويترتب عليه المقصود ومصلحة المتعاقدين، ويوافق مصلحة المجتمع. وهذا معنى حرية الإباحة في العقود والشروط.

^{٥٤} انظر: أبو سليمان، الإجارة مصدر من مصادر التمويل الإسلامية، ص ٦٧.

^{٥٥} انظر: المصدر السابق، ص ٨٣.

- المراد بالصيانة الأساسية كل ما يتعلق بذات العين المؤجرة ويتوقف عليه الانتفاع بالعين المؤجرة. والقول الراجح فيها أنها على عاتق المؤجر، ولا يصح تحميلها على المستأجر لا تحملاً ولا اشتراطاً في العقد؛ لأنه يخرق العدل والتوازن في العقود، ويصبح به المستأجر طرفاً ضعيفاً من حيث العلاقة التعاقدية في الملكية والاستعمال.
- الصيانة التشغيلية هي الإصلاحات العادية التي تتعلق باستيفاء المنافع والتي تحتاج إليها العين المؤجرة نتيجة استعمالها ولا تتوقف بها الانتفاع بالعين المؤجرة.
- القول الراجح في الصيانة الأساسية أنها على عاتق المؤجر، ولا يجوز تحويلها إلى المستأجر. والقول المشهور المنسوب إلى علي القرة الداغي في تحويل الصيانة الأساسية إلى المستأجر هو استعراض منه لآراء الفقهاء فقط، وليس ذلك رأياً له.
- الصيانة العرفية عبارة عن صيانة لا تكون من الصيانة الأساسية، وكذلك لا تدخل في الصيانة التشغيلية، بل يكون بناء على العرف وعوائد أهل البيئة حسب تغير الزمان والمكان، وبالتالي يتغير حكمها بتغير الزمان والمكان، وتغير أعرافهم فيها.
- إنه لا يعني أنه لو جرى العرف على الصيانة الأساسية - التي نص عليها الفقهاء والعلماء المعاصرون بتحميلها على المؤجر - أنها تقع على عاتق المستأجر فحكمها يكون حكم الصيانة التشغيلية، بل المراد من هذا النوع هو الأمور التي لا تدخل في نوع من نوعي الصيانة فمرجعها إلى العرف.
- الأمور التي لا تدخل في نوع من نوعي الصيانة ففي هذه الحالة فإن للعرف والبيئة، وتغير الزمان والمكان دوراً مهمّاً في ما يُعد من الصيانة الأساسية أو ما يُعد من الصيانة التشغيلية.

المصادر والمراجع

‘Abdul Salām al-‘Ibādī. “*Al-Ta‘qīb wa al-Munāqashah.*” Majalah Majma‘ al-Fiqh al-Islami, al-Dawratu al-Thānyah al-‘Ashrah, al-‘adad 12, Aljuz' Al-'uwal. D.T.

‘Alī Ḥāidar. *Durar al-Ḥukkām Sharhu Majalatu al-‘Āhkām.* Al-Riyādh: Dār ‘Ālamu al-kutub, D.Ṭ, 1423 A.H-2003.

‘Alī qarāh al-Dāghī, ‘Alī Muḥayuddīn. “*Al-Ijārah wa Taṭbīqātuhā al-Mu‘āshara*” *Al-Ijārah al-Muntahiyah bi al-Tamlīk*. Majalah Majma‘ al-Fiqh al-Islami. Al-Tābi‘ li Munazamatu al-Mu’tamar al-Islami. Al-Riyadh, al-‘Adad 12, 2000.

‘Ali al-Qarah Dāghī. “*Al-Ta‘qīb wa al-Munāqashah.*” Majalah Majma‘ al-Fiqh al-Islami, al-Dawratu al-Thānyah al-‘Ashrah, al-‘adad 12, Aljuz' Al-'uwal. D.T.

Ḥasan zaīd, ‘Abdul ‘Azīz. *al'ijārah baīn al-Fiqh al-Islami wa al-Taṭbīq al-Ma‘āsir.* Al-Qahirah:Ṭ.1, al-Ma‘had al-‘Alamī li al-fikar al-Islami. 1417 A.H-1996.

Ḥayāt Ṣaghyyūr. *Wāqi‘ Idāratu al-Ṣiyyānah fī al-Duwal al-Nāmiyyah wa In‘ikāsihā ‘Alā al-Intāji.* Al-Isḥrāf: Muhammad jaūdat Nāṣir. damashq: D.Ṭ. 2008/2009.

Abu ‘Abdul Rahman, ‘Abdul al-Majīd al-Jazā’irī. *Al-Qawā‘id al-Fiqhiyyah al-Mustakhrajah min ‘Alāmi al-Maūqi‘ina.* Taḥqīq: bikar abū zaīd. D.N: Ṭ.1, dār Ibnu al-Qayyim ,1421A.H.

Al-‘Uthmānī, Muhammad Taqī. Al-Ta‘qīb wa al-Munaqashah. Majalah Majma‘ al-Fiqh al-Islami. Al-Dawratu al-Thāniyyah ‘Asharah, ‘Adad 12, al-Juz' al-'awal.

Al-Ḥarānī, ‘Abdul Halīm Ibnu Taīmiyyah. *Al-Fatāwā al-Kubrā.* Taḥqīq: ‘Āmir al-Jazār wa Anūar al-Bāz Al-Maṣūrah: Dāru al-Wafā’, Ṭ.3, 1426 A.H, 2005.

Al-Ḥatāb, ‘Abu ‘Abudallah bin Muhammad. *Tahrīru al-Kalām fī Masā’il al-Iltizām*. Taḥqīq: ‘Abdul Salām Muhammad al-Sharīf. Lubnān: Dāru al-Gharb al-Islami, Ṭ.1, 1404 A.H.

Al-Hay’atu al-Shar’iyatu li-Bank al-Bilād. *Al-Dhawābiṭ al-Mustakhlashah min Qarārāt al-Hayy’ati al-Shar’iyyah li bank al-Bilād - Amānah al-Sharī’ah*. Al-Riyyadh: Dāru al-Maimān, 1434 A.H-2013.

Al-Kāsānī, ‘Alā’u al-Dīn Abī Bakar bin Mas‘ūd al-Ḥanafī. *Badā’i’ al-Sanā’i’ fī Tartību al-Sharā’i’*. Taḥqīq: ‘Alī Muhammad Ma’wadh wa ‘Ādil ‘Ahmad al-Mawjūd. Bairut: Dāru al-kutub al-‘Ilmiyyah, Ṭ.2, 1424 A.H, 2002.

Al-Rashīd, Mājid ‘Abdul Rahmān. *Al-Dalil Al-Shar’i li-Tamwīl al-‘Iqārī bi al-Murābahati wa al’Ijārah*, Al-Riyādh: Bank al-Bilād, wa dāru al-Maymān, Ṭ.1, 1436 A.H- 2015.

Al-Sālūs, ‘Alī Ahmad. *Mawsū’atu al-Qadhāyā al-Fiqhiyyah al-Mu’āshirah wa al-‘Iqtisād al-Islami*. D.M: Maktabah Dāru al-Qurān, Ṭ.7, 2002.

Al-Shāḍilī, Ḥasan ‘Alī. “*Al-Ijār al-Muntahī bi al-Tamlīk*.” Majalah Majma’ al-Fiqh al-Islami, al-Kuwaīt: al-Dawratu al-Khāmisah, al-‘adad al-Khāmis, 4. (1409 A.H-1988).

Al-Shāḍilī, Ḥasan ‘Alī. “*Ijtimā’u al-‘Uqūd al-Mutaḥiqah ‘aw al-Mukhtalīfatu al-‘Aḥkām fī ‘Aqdīn Wahidīn*”. Majalah Majma’ al-Fiqh al-Islami, Al-Nadwatu al-Fiqhiyyah al-Khāmisah li Bayt al-Tamwīl al-Kuwaīti, (1998).

Al-Zahaylī, Wahbah. *Al-Mu’āmalāt Al-Māliyyah Al-Mu’āshirah*. Damshq: Dāru al-Fikar, Ṭ.1, 2002.

Al-Zarkashī, ‘Abu ‘Abdullah Muhammad bin Bahādar bin ‘Abdullah. *Al-Manthīr fī al-Qawā’id*. Taḥqīq: Taysīr Fā’iq Ahmad Mahmmūd. Al-Kūaīt: Wizāratu Al-Awqāf wa al-Shuwūn al-Islamiyyah, Ṭ.2, 1405 A.H.

Ibnu ‘Abdul Salām, Abū Muahmmad ‘Izu al-Dīn al-Salamī al-Demashqī. *Qawā’idu al-Aḥkām fī Maṣāliḥ al-Anām*. Taḥqīq: Mahmmūd bin al-Talāmīd al-Shanqīṭī. Birut: D.Ṭ, D.T.

Ibnu al-Khaṭīb, Shamsuddīn Muhammad Al-Sharbīnī. *Mughnīu al-Muḥtāj Ilā Ma'rifati Ma'ānī Alfāzi al-Minhāj*. Taḥqīq: Muhammad Khalīl 'Itānī. Barrut: Drāu al-Ma'rifah, Ṭ.1, 1418 A.H, 1997.

Ibnu Bīh, 'Abdullah al-Maḥfūz. "*Al-Ijār allazī Yantahī bi al-Tamlīk*". Mujallah Majma' al-Fiqh al-Islāmi. Al-Daurah 5, 5/4. Al-Kūāit. 1-6 Jamādī al-'Uūlā, (1409 A.H- 1988).

Ibnu Manzūr, Muhammad bin Mukrim bin 'Alī. *Lisānu al-'Arab*. Taḥqīq: Ameen Muhammad 'Abdul Wahāb wa Muhammad al-Ṣḍiq. Bairut: Dāru 'Iḥiā' al-Turath al-'Arabī, Ṭ.3, 1999.

Ibnu Qudānah, Abū al-Fraj Shamsuddīn 'Abdul Rahman bin Muhammad al-Maqdasī. Taḥqīq: 'Abdullah 'Abdul Muḥsin al-Tarakī. *Al-Sharḥu al-Kabīr*. D.N: Maṭba'ah Hajar, D.T.

Majlis al-Khadamāt al-Māliyyah al-Islamiyyah. *Al-Mabādi' al-Irshādiyyah li Idārati al-Makhātir lil Mu'sasāt al-Islamiyyah 'Adā al-Mu'sasāt al-Ta'mīniyyah alati Taqtasiru 'Alā Taqdīm Khadamāt Maliyyah*. Malaysia: Al-Maṣrif Al-Waṭanī Malayzi, 2005.

Munzir Qaḥf, Āyātullah Muhammad 'Alī al-Taskhīrī wa Murtadhā al-Turābī, wa al-Ṣiddīq Muhammad al-Āmīn al-Dharīr. "*Uqūdu al-Ṣiyyānah wa Takyyīfuhā al-Shar'ī*." Mujallah majma' al-Fiqh al-Islami, al-Tabī' li Munazamatu al-Mu'tamar al-Islamī, 11, Bahraīn: Madīnatu al-Manāmah, 1998.

Qala'ji, Muhammad Rawās, wa qanūbū, Ḥāmid Ṣādiq. *Mu'jamu Lughat al-FUqaHā'*, 'arabī- 'Injlīzī, BAirut: DārU al-Nafā's, Ṭ.2, 1408 A.H-1988.

Qarār Majalah Majma' al-Fiqh al-Islami. Majalah Majma' al-Fiqh al-Islami. Al-Dawratu al-Sādis al-Mun'aqad Bi-Jaddah. 17-23 Sha'bān, 14-20, Raqam 6, 4, 55, 1410 A.H,1990.

Shawqī 'Ahmad Danyā. "*Al-Ijārah al-Muntahiyah bi al-Tamlīk*." Majalah Majma' al-Fiqh al-Islami, D.M: al-Dawratu al-Thānyah al-'Ashrah, al-'adad 12, Aljuz' Al-'uwal. D.T.