



بدائل تضمين المستأجر في عقد الإيجار التمويلي في المؤسسات المالية الإسلامية

د. عبد الله بن عيسى العايضي

الأستاذ المشارك بقسم الفقه بكلية الشريعة

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية



المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد:

من أكثر عقود التمويل انتشاراً في المؤسسات المالية الإسلامية عقود الإيجار التمويلي، فعليه تقوم كثير من هياكل صكوك الاستثمار، وبه يتمول العميل سواء كان فرداً أو شركة لتملك الأعيان.

وقد استقر القول عند المجامع الفقهية على جواز عقد الإيجار التمويلي بشرط أن تتحقق مقتضيات عقد الإجارة أثناء مدة الإجارة قبل التمليك، ومن ذلك تحميل المؤجر تبعة ملكية العين المؤجرة وتبعة هلاكها وصيانتها إذا عرض لها ما يمنع الانتفاع^(١)؛ لأن العين المؤجرة خلال مدة الإجارة باقية على ملك المؤجر فعليه تحمل تبعات هذه الملكية.

وتحميل المؤسسة المالية تبعة الملكية يضعف قدرتها على منافسة المؤسسات التقليدية؛ لأن تحمل المؤسسة المالية ضمان العين المؤجرة بسبب بقاء ملكيتها لها تعد مخاطرة ترفع من هامش ربح التمويل؛ لأن قاعدة الاستثمار في عمليات المؤسسات المالية أن هناك علاقة طردية بين المخاطر

(١) قرار مجمع الفقه الدولي رقم ١١٠ (٤/١٢) بشأن الإيجار المنتهي بالتمليك وصكوك الإيجار، والبند رقم (٨/٦) والبند (٨/٨) من المعيار الشرعي رقم (٨) بشأن الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

والربح، فكلما زادت مخاطر التمويل زادت تكلفته على العميل، فيتحمل ربحاً أعلى للمصرف، وهذا يجعل أرباح تمويلات المؤسسات المالية أعلى من أرباح المؤسسات التقليدية؛ لأن هذه المؤسسات في تمويلاتها الربوية لا تتحمل غير المخاطر الائتمانية (مخاطر تعثر المدين في السداد)، بخلاف المؤسسات المالية في تمويلها من خلال عقد الإجارة فهي تتحمل بالإضافة إلى المخاطر الائتمانية مخاطر ملكية العين المؤجرة وضمانها، ولا شك أن عدم منافسة المؤسسات المالية الإسلامية للمؤسسات التقليدية في تقليل الأرباح قد يسبب إحصاماً عن عقود التمويل الإسلامية، وخصوصاً من الشركات التي تحرص على الحصول على تمويلات مع تحملها أقل الأرباح، باعتبارها معياراً من معايير كفاءتها في الإدارة.

لهذا تحرص المؤسسات المالية على البحث عن البدائل العملية التي تقلل من مخاطر تضمينها العين المؤجرة عند التلف أو طروء عيب يمنع الانتفاع، ومن هنا تظهر أهمية البحث.

مشكلة البحث:

مشكلة البحث الرئيسية أن ضمان العين المؤجرة يجب على المؤجر ولا يجوز تحميله المستأجر وفق ما ورد به قرار مجمع الفقه الدولي رقم (١١٠) في دورته الثانية عشرة عام ١٤٢١هـ (٢٠٠٠م)، والمعيار الشرعي للإجارة والإجارة المنتهية بالتملك الصادر عام ١٤٣٢هـ (٢٠١٢م)، وإذا كان الضمان لا يجوز تحميله على المستأجر فما البدائل التي يمكن أن تكون مقبولة شرعاً بحيث لا يتحقق معها المحذور الذي يرد عند تحميل المستأجر الضمان،

وفي الوقت ذاته لا تكون جميع مخاطر السلعة وضمانها على المؤجر؟ ومع ذلك سيتعرض البحث لأصل المسألة لدراسة: هل يمكن القول بجواز تضمين المستأجر بعض ما يجب أن يتحملة المؤجر؟ ولهذا يحاول البحث أن يجيب عن التساؤلات الآتية:

١. إذا كان ضمان المستأجر لمخاطر التلف ومخاطر الصيانة الأساسية ممنوع شرعاً فهل يطرد هذا الحكم في عقد الإيجار التمويلي؟
 ٢. إذا قيل بمنع تحميل المستأجر مخاطر الصيانة الأساسية وبقاؤها على المؤجر فما البدائل الجائزة شرعاً التي تقلل بها هذه المخاطر على المؤجر؟
- ولهذا سيكون هدف البحث جمع البدائل التي جرى في المؤسسات المالية الإسلامية كمخارج شرعية لتجاوز إشكالية منع تضمين المستأجر وتحميله مخاطر الصيانة الأساسية.

منهج البحث:

للإجابة عن التساؤل السابق ولتحقيق هدف البحث سأحاول استقراء بدائل تضمين المستأجر المطبقة في المؤسسات المالية الإسلامية ودراستها، وذكر ما يرد عليها من احتمالات محاولاً ذكر مستند كل احتمال ومناقشته والحكم على البدائل.

الدراسات السابقة:

١. بحث بعنوان (المسؤولية عن أعمال الصيانة في إجارة المعدات)، للدكتور حسين حامد حسان، وقد قدم البحث إلى الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكويتي عام ١٤١٠هـ (١٩٩٠م).

٢. بحثان بعنوان (الضوابط التي تحكم عقد صيانة العين المؤجرة وتبعية ذلك على المؤجر والمستأجر)، أحدهما للدكتور محمد بن سليمان الأشقر، والآخر للدكتور محمد بن عثمان شبير، والبحثان قدما إلى الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي عام ١٤١٣هـ (١٩٩٣م).

٣. بحث بعنوان (مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط)، نشر البحث عام ١٤١٨هـ (١٩٩٧م) ضمن مطبوعات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.

والبدائل التي هي محل البحث مما جرى تطبيقها في المؤسسات الإسلامية لم تكن محلاً للدراسة في الأبحاث المتقدمة.

خطة البحث:

جاء البحث في مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة:

المقدمة:

تتضمن مشكلة البحث ومنهجه والدراسات السابقة وخطة البحث.

المبحث الأول: مفهوم الإيجار التمويلي والفرق بينه وبين الإجارة التشغيلية.

المبحث الثاني: ضمان المستأجر في عقد التأجير التمويلي، والفرق بينه وبين الصيانة الأساسية.

المبحث الثالث: حكم اشترط الصيانة الأساسية على المستأجر في عقد التأجير التمويلي

المبحث الرابع: الحلول البديلة عن اشتراط ضمان المستأجر في عقد الإيجار التمويلي.

الخاتمة.

مراجع البحث.

أسأل الله التوفيق والإعانة والسداد.



المبحث الأول

مفهوم الإيجار التمويلي والفرق بينه وبين الإجارة التشغيلية

الإجارة في اللغة:

مأخوذة من أَجَرَ يَأْجُرُ إِجَارَةً: وهو ما أعطيت من أجر في عمل، وآجره إيجاراً ومؤاجرة^(١).

والإجارة في الاصطلاح الفقهي:

عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً^(٢).

وقيل في تعريفها: «عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم»^(٣).

والعقد يقتضي تملك المنفعة للمستأجر، ولهذا عرفها بعض الفقهاء بأنها تملك منفعة بعوض بشرطها^(٤).

والتمويل في اصطلاح الاقتصاديين: تقديم أموال عينية أو نقدية بقصد استرباح مالكها إلى شخص يتصرف فيها مقابل عائد محدد^(٥).

(١) لسان العرب (١/٧٧)، المعجم الوسيط (١/٧).

(٢) كشاف القناع (٣/٥٤٩).

(٣) منتهى الإرادات (٣/٦٤).

(٤) نهاية المحتاج (٥/٢٦١).

(٥) مفهوم التمويل في الاقتصاد الإسلامي، لمنذر قحف (ص ١٢).

ويُعرَّف عقد الإجارة التمويلية بأنه: عقد إجارة يقترن به تمكين المستأجر من تملك العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإجارة^(١).

فهو عقد مركب من عقدين:

الأول: عقد الإجارة، ومقتضى هذا العقد أن يملك المستأجر منفعة العين أثناء مدة الإجارة، وتبقى رقبته مملوكة للمؤجر.

الثاني: عقد التملك، ومقتضاه انتقال ملكية العين إلى من كان مستأجراً لها.

ويطلق على هذا العقد الإجارة المنتهية بالتمليك، أو الإجارة مع الوعد بالتمليك، أو الإجارة مع التملك اللاحق، أو الإيجار التمويلي، والاسم الأخير هو الذي اعتمده النظام الصادر بتنظيم هذا العقد في المملكة^(٢).

وهذه التسمية أشمل؛ لأن التملك ليس وصفاً ذاتياً للعقد، فليس بالضرورة حصول التملك في نهاية مدة الإجارة، غاية ما يقتضيه العقد هو تمكين المستأجر من تملك العين، لكن قد لا يحصل التملك، فقد تبقى ملكية العين عند المؤجر إذا لم يرغب المستأجر في دفع عوض التملك، وقد يرغب الطرفان في تجديد عقد الإجارة، كما أن عقد الإيجار التمويلي يقع على أعيان

(١) التأجير التمويلي، للدكتور يوسف الشبيلي، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد الحادي عشر، (ص ١٤٦).

(٢) نظام الإيجار التمويلي، موقع مؤسسة النقد على الرابط:

ينتهي عمرها الافتراضي خلال مدة الإجارة فلا تبقى لها قيمة يمكن أن يقع عليها التملك^(١).

والإيجار التمويلي في البحث احتراز عن الإجارة العادية أو التشغيلية، فالإجارة في العرف المعاصر نوعان:

الأول: الإجارة العادية أو الإجارة التشغيلية، وهي التي يتكلم عنها الفقهاء في مصنفاتهم، عقد على منفعة بعوض معلوم، وليس فيها تملك أو قصد له في آخر المدة.

الثاني: الإيجار التمويلي، وهي التي يكون قصد التملك في آخر مدة الإجارة مراعيًا للطرفين، وهذا النوع له آثار تختلف عن آثار النوع الأول، فمن ذلك:

١. أجرة المثل في الإيجار التمويلي تختلف عن أجرة المثل في الإجارة التشغيلية، فالغالب أن الدفعات الإيجارية في الإيجار التمويلي يكون للتملك منها حصة.

٢. ارتفاع قيمة العين المؤجرة يعود نفعه في الإيجار التمويلي على المستأجر؛ لأن ملكيتها إليه بخلاف الإجارة التشغيلية.

٣. إذا فسخ عقد الإجارة التشغيلية لأي سبب استحق المؤجر أجرة منفعة المدة التي تسبق الفسخ، بخلاف الإيجار التمويلي فالمعالجة التي انتهى

(١) التأجير التمويلي، للدكتور يوسف الشبلي، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد الحادي عشر، (ص ١٤٧).

إليها المعيار الشرعي للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك أن يعاد للمستأجر ما دفعه مقابل التملك^(١).
فمثل هذه الآثار يمكن أن يستند إليها في أن إعطاء الإيجار التمويلي حكم الإجارة التشغيلية من كل وجه محل نظر كما سيأتي.



(١) الفقرة (٨/٨)، من المعيار الشرعي رقم (٩)، الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.

المبحث الثاني

ضمان المستأجر في عقد التأجير التمويلي، والفرق بينه وبين الصيانة الأساسية

تتدخل بعض المصطلحات المتعلقة بالضمان في عقد الإجارة، فهناك مصطلح الضمان، وهناك مصطلح الصيانة، وعدم تحديد مفاهيم هذه المصطلحات قد يلبس معها الحكم الشرعي.

المطلب الأول: ضمان المستأجر في عقد التأجير التمويلي:

الأصل أن أي ضرر يحصل في العين المؤجرة فهو من ضمان المؤجر، إلا إذا كان بسبب تعدي المستأجر أو تفريطه، وإنما كان الضمان على المؤجر؛ لأن العين المؤجرة مملوكة له، ومن لوازم الملك ضمان العين المؤجرة أثناء مدة الإجارة قبل انتقال ملكيتها للمستأجر، والضمان الذي هو من لوازم الملك يتجه إلى ثلاثة أنواع:

١. ضمان هلاك العين المؤجرة هلاكاً كلياً تفوت معه المنفعة. مثل حصول كارثة طبيعية انهدم بسببها العقار حتى لم يعد بإمكان المستأجر السكنى في العقار.

٢. ضمان هلاك العين المؤجرة هلاكاً جزئياً تفوت معه بعض المنفعة، مثل ما لو كانت العين المؤجرة استراحة تتألف من مجموعة حجرات فتهدمت إحداها وأمكن الاستفادة من باقي حجرات الاستراحة، فيضمن المؤجر إقامة ما تهدم لدوام عقد الإجارة كاملاً على ما اتفقا عليه.

٣. ضمان العيوب التي تظهر في العين المؤجرة بسبب خلل في البناء، مثل ما لو هبط سقف العقار أو تشققت جدرانه أو تلفت تمديدات المياه أو تلفت تمديدات الكهرباء.

ومحل البحث هو في تحميل المستأجر ضمان النوع الثاني والثالث، أما النوع الأول فينفسخ معه عقد الإجارة لزوال المحل المعقود عليه^(١)، فهنا تلف العين المؤجرة على صاحبها ولا يكون للمؤجر على المستأجر إلا أجره المدة التي استوفى منفعتها، قال الشافعي (ت: ٢٠٤هـ) في الأم: «الدار يكتريها فيسكنها بعض السنة، ثم تنهدم في آخرها؛ يكون عليه حصة ما سكن، وتبطل عنه حصة ما لم يقدر على سكنه»^(٢).

وجاء في كشف القناع: «وتنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها؛ لأن المنفعة زالت بالكلية بتلف المعقود عليه، فانفسخت، سواء كان قبل قبضها أو عقبه، ولا أجره فإن تلفت العين في أثنائها، انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة خاصة، وله من المسمى بالقسط»^(٣).

المطلب الثاني: الفرق بين الضمان والصيانة:

الصيانة في العرف المعاصر نوعان: صيانة أساسية، صيانة تشغيلية.

(١) هذا إذا كانت الإجارة على عين معينة، أما إن كانت الإجارة لموصوف في الذمة فلا ينفسخ عقد الإجارة، ويلزم المؤجر بعين أخرى.

(٢) الأم (١٦/٤).

(٣) كشف القناع (١١٩/٩).

النوع الأول: الصيانة الأساسية:

الصيانة الأساسية لها تعريفات متباينة.

فعرّفها المعيار الشرعي للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك في الفقرة (٥ / ١ / ٧) بأنها: التي يتوقف عليها بقاء المنفعة.

وأشار مجمع الفقه الدولي في قراره رقم (٩٤) بشأن عقد الصيانة إلى أن «الصيانة إذا كانت من النوع الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شرط، ولا يجوز اشتراطها على المستأجر، أما الصيانة التي لا يتوقف عليها استيفاء المنفعة، فيجوز اشتراطها على أي من المؤجر أو المستأجر إذا عينت تعييناً نافياً للجهالة»^١هـ.

فالصيانة الأساسية عند المجمع هي التي يتوقف عليها استيفاء المنفعة، وهذا المفهوم مقارب في المعنى للمفهوم الذي اعتمده المعيار الشرعي للإجارة.

وعرّفت الصيانة الأساسية في نظام التأجير التمويلي في المادة الأولى: بأنها الصيانة التي يتوقف عليها بقاء أصل العين بحسب العرف.

وهذا التعريف مطابق لتعريف الهيئة الشرعية لبنك البلاد في الضوابط المستخلصة في الضابط (١٦٢).

والملاحظ في مفهوم الصيانة الأساسية أنها تتجه إلى إصلاح العيوب التي تطرأ على العين المؤجرة وتؤثر في استيفاء المنفعة، وبهذا المعنى تكون الصيانة

أخص من الضمان، فالضمان يشمل ضمان التلف الكلي للعين المؤجرة. أما التلف الجزئي فالذي يظهر أنه يشمل مفهوم الصيانة الأساسية.

النوع الثاني: الصيانة التشغيلية:

عرّفها نظام التأجير التمويلي في المادة الأولى: بأنها الصيانة التي تحتاج إليها العين لاستمرار منفعتها بحسب العرف، وهو التعريف الذي اعتمدهته الهيئة الشرعية لبنك البلاد في الضابط (١٦٣) من الضوابط المستخلصة.

وهذا النوع منه: ما يرجع إلى المستأجر واستعماله، مثل تغيير أدوات الإضاءة التي تتلف مع كثرة الاستعمال، ومنه ما لا يرجع إليه، لأنها تتلف مع مرور الوقت وإن لم تستعمل.

ومثل هذه الصيانة يجوز تحميلها للمستأجر كما تقدم في قرار المجمع، وليست من محل البحث.

وتحميل المستأجر الصيانة الأساسية إما أن يكون باشتراطها في صلب العقد أو يكون بعقد مستقل يضمن بمقتضاه المستأجر العيوب التي تطرأ على العين المؤجرة دون اعتبار بكونه مستأجراً. فهل يصح تحميل المستأجر الصيانة الأساسية بالشرط في العقد؟ وإذا قيل بالمنع، فما الحلول التي يمكن أن تعالج بها المشكلة.

المبحث الثالث

حكم اشترط الصيانة الأساسية على المستأجر في عقد التأجير التمويلي

عقد الإيجار التمويلي عند عامة المجامع الفقهية تطبق عليه أحكام الإجارة أثناء مدة الإجارة قبل حصول التملك، وهذا يقتضي أن العين المؤجرة مملوكة للمؤجر بكل ما يترتب على هذا الملك من ضمان للعين المؤجرة ووجوب صيانتها الصيانة الأساسية التي يتوقف عليها بقاء المنفعة، مثل: إصلاح العيوب التي قد تؤدي إلى تلف العين أو تؤدي إلى ضرر على المستأجر عند استيفاء المنفعة، مثل: تشققات الجدران أو خلل في تمديدات الكهرباء أو المياه.

جاء في قرار مجمع الفقه الدولي رقم (١١) في دورته الثانية عشرة في ضوابط الصور الجائزة لعقد الإيجار التمويلي: «أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من غير تلف ناشئ من تعدي المستأجر أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة»^١هـ.

وجاء في الفقرة (٥ / ١ / ٧) من المعيار الشرعي رقم (٩) بشأن الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك: «العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة ما لم يقع تعد أو تقصير من المستأجر»^١هـ.

وفي الفقرة (٥ / ١ / ٦): «لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر الصيانة الأساسية للعين التي يتوقف عليها بقاء المنفعة»^١هـ.

وتحمل المؤجر نفقات الصيانة الأساسية فيها مخاطرة على المؤجر، فهي إن حصلت ستقلل من ربحه في عقد الإيجار التمويلي، ولهذا قد يلجأ في سبيل التقليل من هذه المخاطرة إلى حلول منها:

١. ألا يملك العين المؤجرة إلا بعد دراسة حالتها واعتمادها من مكاتب معتمدة، حتى يأمن حصول مثل هذه العيوب.

٢. أن يشترط على المستأجر أن يتحمل هو نفقة الصيانة الأساسية وإصلاح العيوب.

والعيوب التي يشترط المؤجر على المستأجر ضمانها لها حالتان:

الحال الأولى: العيوب التي تطرأ على العين المؤجرة أثناء مدة الإجارة.

الحال الثانية: العيوب التي تكون قائمة عند إبرام العقد.

الحال الأولى: اشتراط صيانة العيوب التي تطرأ على العين المؤجرة في عقد الإيجار التمويلي:

عامة المجامع الفقهية على وجوب تطبيق أحكام الإجارة أثناء مدة الإجارة قبل حصول التمليك، كما تقدم، وبناء على هذا فيمكن تخرج هذه المسألة على ما ذكره الفقهاء في اشتراط الضمان على المستأجر في الإجارة العادية، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنه لا يصح أن يشترط المؤجر أن كل ما احتاجت إليه العين المؤجرة من إصلاح فعلى المستأجر إصلاحه، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(١).

جاء في المبسوط: «إن اشترط المرمّة على المستأجر فسدت الإجارة؛ لأن المرمّة على الآخر فهذا شرط مخالف لمقتضى العقد، ثم المشروط على المستأجر من ذلك أجرة وهو مجهول المقدار والجنس والصفة، وجهالة الأجرة تفسد الإجارة»^(٢).

وجاء في المدونة: «قلت: رأيت لو أن رجلاً أكرى داره بعشرين ديناراً سنة على أنها إن احتاجت الدار إلى مرمّة رمها المتكاري من العشرين الدينار؟ قال: سألنا مالكا^(٣) عنها فقال: لا بأس بذلك. قلت: فإن أكره على إن احتاجت الدار إلى مرمّة رمها من العشرين الدينار، وإن احتاجت إلى أكثر من ذلك زاد من عنده؟ قال: قال مالك: لا يعجبني هذا، ولا خير فيه.»^(٤).

وجاء في الوسيط في المذهب: «الإعلام بالأجرة شرط، فلو أجز الدار بعمارتها لم يجز، فإن العمارة مجهولة»^(٥).

(١) المبسوط (١٥٧/١٥)، التبصرة (١١/٥٠٣٥)، الوسيط في المذهب (٤/١٥٥)، كشاف القناع (٤/٢١).

(٢) المبسوط (١٥٧/١٥).

(٣) المتوفى سنة ١٧٩ هـ.

(٤) المدونة (٣/٥١٤).

(٥) الوسيط في المذهب (٤/١٥٥).

وجاء في كشف القناع: «أو شرط المؤجر على المكتري النفقة الواجبة لعامة المأجور لم يصح؛ لأنه يؤدي إلى جهالة الإجارة»^(١).
ومستند ذلك أمران:

الأول: أن اشتراط الضمان وإصلاح العيوب على المستأجر يجعل نفقة الإصلاح جزءاً من الأجرة، وقدّر النفقة مجهول فيؤدي إلى جهالة الأجرة؛ لأن ضم المجهول إلى المعلوم يصير المعلوم مجهولاً.^(٢)
الثاني: أن هذا شرط مخالف لمقتضى العقد، والشرط المخالف لمقتضى العقد يفسده.^(٣)

ويجاب عن الثاني بما يأتي:

- أن ضمان المؤجر ليس من مقتضى عقد الإجارة حتى يكون اشتراط خلافه مخالفاً لمقتضى العقد، إنما كان ضمان المؤجر سابقاً على عقد الإجارة بمقتضى الملك الذي لم يزل بعد العقد.

- أن هذا الشرط ليس من الشروط المخالفة لمقتضى العقد، فمقتضى العقد هو تمليك المستأجر للمنفعة وانتفاعه بها، والشرط لا ينافيه، وقد قسم المالكية الشروط الفاسدة إلى قسمين: شرط ينافي مقتضى العقد يناقض

(١) كشف القناع (٢١/٤).

(٢) المبسوط (١٥٧/١٥)، التبصرة (٥٠٣٥/١١)، الوسيط في المذهب (١٥٥/٤)، كشف القناع (٢١/٤).

(٣) رد المحتار على الدر المختار (٤٦/٦).

مقصود العقد، وشرط يعود بخلل في الثمن،^(١) والأقرب أن اشتراط الضمان على المستأجر هو من الثاني.

القول الثاني: صحة اشتراط الضمان وإصلاح العيوب على المستأجر، وهذا روي عن أحمد (ت: ٢٤٢هـ)^(٢).

ومستند ذلك:

أن الأصل في الشروط الصحة، وقد قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((المسلمون على شروطهم))^(٣).

والذي يظهر أن القول بمنع اشتراط إصلاح عيوب العين المؤجرة على المستأجر متوجه في الإجارة العادية، أما في عقد الإيجار التمويلي فالأقرب هو صحة هذا الشرط؛ لأمر:

الأول: أقوى ما يصح الاستدلال به في المسألة هو كون نفقة الإصلاح جزءاً من الأجرة مجهولاً، فيؤول إلى جهالة الأجرة، وهذا استدلال قوي إذا نظر فيه إلى عقد الإجارة العادية التي لا يقصد المؤجر فيها إخراج العين المؤجرة عن ملكه، فأصلاح عيوب العين التي يملكها المؤجر عوض مقصود له كما يقصد الأجرة؛ لأنه سيستفيد من هذا الإصلاح، فتعود له السلعة بعد انتهاء عقد الإجارة سالمة، وهذا ظاهر عبارات الفقهاء التي ورد فيها المنع، أما في الإجارة التمويلية فلا يظهر صحة الاستدلال بمآل الشرط إلى جهالة

(١) مواهب الجليل (٣/٣٧٣).

(٢) المغني (٥/٣٩٧).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤)، والترمذي (١٣٥٢)، وقال: حديث حسن صحيح.

الأجرة؛ لأن المؤجر لا يقصد الزيادة في العين المؤجرة زيادة يعود نفعها عليه حتى يقال هي جزء من الأجرة مجهول، بل قصده ألا يطالبه المستأجر بالإصلاح.

الثاني: أنه ليس كل جهالة تؤثر في العقد بالإبطال، إنما تؤثر الجهالة التي تؤدي إلى النزاع، فإذا كانت الجهالة غير مفضية إلى النزاع فلا تكون مفسدة للعقد، ولهذا اغتفرت الجهالة اليسيرة لا لأنها يسيرة، فالكثرة والقلّة في الجهالة بالنسبة إلى العقود وصف طردي، إنما اغتفرت الجهالة اليسيرة لأنها غير مفضية إلى النزاع المنافي لتمام الرضى، وعلى هذا فكل جهالة لا تفضي إلى النزاع لا تفسد العقد. يقول السرخسي (ت: ٤٩٠هـ): «الجهالة بعينها لا تفسد العقد فكل جهالة لا تفضي إلى المنازعة فهي لا تؤثر في العقد»^(١).

ويقول الكاساني (ت: ٥٨٧هـ): «الجهالة لا تمنع صحة العقد لعينها بل لإفضائها إلى المنازعة»^(٢). والمتأمل في شرط الصيانة وإصلاح العيوب في عقد الإيجار التمويلي يجد أنه أبعد ما يكون عن المنازعة التي تحل بالرضى، لأن المستأجر يده على العين المؤجرة كيد المالك؛ لأنه ينظر إلى مالها فلا يجد مغرمًا في صيانتها كما يجده المستأجر في الإجارة العادية.

فإن قيل: هذا يقدر في الأصل الذي بني عليه جواز عقد الإيجار التمويلي؛ لأن مبناه على تطبيق أحكام الإجارة فترة الإجارة قبل حصول التملك.

(١) المبسوط (١٥/١٦٤).

(٢) بدائع الصنائع (٤/١٩٤).

فيجاب بأمرين:

١. أن بعض آثار الملك باقية على المؤجر، فتبعة هلاك العين المؤجرة ستكون عليه، فلو تلفت العين المؤجرة تلفت على مالکها وينسخ عقد الإجارة ولا يستحق المؤجر إلا أجره المدة التي تسبق التلف.

٢. أن إعطاء حكم الإجارة العادية لعقد التأجير التمويلي لا يعني طرد جميع الأحكام دون النظر في الأوصاف التي يختلف فيها عقد الإجارة التمويلية عن عقد الإجارة العادية، ومن الأوصاف التي ينبغي أن يكون لها تأثير: نية التملك التي تكون مستصحبة في ابتداء التعاقد، وهذه النية ترفع المنازعة التي هي مناط المنع في جهالة الأجرة.

الثالث: أن علة الجهالة في الأجرة بسبب تضمين المستأجر ليست من العلل التي لها تأثير قوي في المنع، ولهذا نجد الفقهاء يغتفرونها في فروع متعددة، مثل ما إذا قضى العرف بتضمين المستأجر، فقد ذكر بعض الفقهاء صوراً يضمن فيها المستأجر ما لا يجب عليه ضمانه، ومن ذلك ما ذكره ابن نجيم (ت: ٩٧٠هـ) في الأشباه والنظائر: «فيمن آجر مطبخاً لطبخ السكر وفيه فخار أذن للمستأجر في استعماله فتلف ذلك، وقد جرى العرف في المطابخ بضمانها على المستأجر. فأجبت بأن المعروف كالمشروط فصار كأنه صرح بضمانها عليه»^(١).

ومن ذلك ما جاء في المدونة: «أرأيت إن اكرتيت راحلة إلى مكة على أن رحلتها علي؟ قال: لا بأس بذلك. قلت: أرأيت إن استأجرت دابة إلى (١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٨٥).

موضع من المواضع ذاهبا وراجعا بعلفها أيجوز هذا الكراء في قول مالك؟ قال: نعم ذلك جائز؛ لأن مالكا قال في الأجير بطعامه: إنه لا بأس بذلك. قلت: أرأيت إن استأجرت إبلا من جمال إلى مكة بكذا وكذا على أن علي طعام الجمال وعلف الإبل؟ قال: قال مالك: لا بأس بذلك؟^(١). فالأجرة هنا مجهولة؛ لأنه لم يتحقق العلم بمقدار ما سينفقه المستأجر في الرحلة، فكذلك إذا اشترطت عليه صيانة عيوب العين المؤجرة، وإذا كان هذا في الإجارة العادية ففي الإجارة التمويلية أولى.

الرابع: قرر مجمع الفقه الدولي أن اشتراط الضمان مدة معلومة على البائع في عقد البيع جائز^(٢)، وقد يزداد في الثمن مقابل الضمان، مع أن العقد يتضمن الجهالة في المعقود عليه، فالمعقود عليه هو السلعة المبيع بالإضافة إلى الضمان، وهو عمل مجهول، وإنما اغتفرت الجهالة لأنها دخلت تبعا، فكذلك يقال: في اشتراط الصيانة الأساسية في عقد الإجارة.

وعلى هذا يقال:

١. يصح أن يشترط المؤجر على المستأجر صيانة العيوب التي تطرأ على العين المؤجرة.
٢. يلحق بصيانة العيوب إذا تلفت بعض أجزاء العين المؤجرة ما دام أن أصل المنفعة الأصلية المقصودة بالعقد قائمة، فيصح اشتراط الإصلاح على المستأجر.

(١) المدونة (٤٧٨/٣).

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٠٣ (٦/١١).

٣. لا يصح أن يشترط المؤجر على المستأجر ضمان تبعة هلاك العين المؤجرة.

الحال الثانية: اشتراط عدم ضمان المؤجر العيوب القائمة عند إبرام العقد:

اشتراط عدم تحمل المؤجر ضمان العيوب القائمة بالعين المؤجرة عند إبرام العقد، إما أن يكون القصد منه إلزام المستأجر بإصلاح العيوب القائمة بالعين، أو يكون القصد منه عدم مطالبة المؤجر بإصلاح العيوب.

فإن كان القصد منه إلزام المستأجر بإصلاح العيوب فقد نص بعض الفقهاء على منع هذه الصورة؛ لأن العين ملك للمؤجر فضمان العيوب وإصلاحها عليه، فإذا اشترط على المستأجر فقد اجتمع السلف والمعاوضة، فالمستأجر إذا التزم بنفقة إصلاح العيوب التي هي مما يجب على المؤجر فقد التزم بإقراضه، إلا إذا كان الإصلاح من الأجرة التي وجبت للمؤجر في ذمة المستأجر فلا ترد شبهة الجمع بين السلف والمعاوضة.

جاء في الخرشي (ت: ١١٠١هـ) على مختصر خليل: «(وشرط كنس مرحاض أو مرممة أو تطين من كراء وجب لا إن لم يجب) الشرح: أي يجوز للمكثري أن يشترط على المكثري ما تحتاج إليه الدار أو الحمام مثلاً من المرممة، وهي إصلاح ما وهى^(١) من بنائها من كرائها الواجب»^(٢)هـ.

قال الزرقاني (ت: ١٠٩٩هـ) في شرحه على مختصر خليل: «قوله: (لا إن لم يجب) أي: فلا يجوز اشتراطه على المكثري؛ لأنه سلف وكراء»^(٣)هـ.

(١) أي ضعف أو سقط. ينظر: المصباح المنير (٢/ ٦٧٤).

(٢) الخرشي على مختصر خليل (٧/ ٤٧).

(٣) شرح الزرقاني على مختصر خليل (٧/ ٨٧).

والذي يظهر هو جواز هذه الصورة؛ لأن العيوب القائمة معلومة عند العقد فنفقة إصلاحها معلومة فيكون ما يتحمله المستأجر جزءاً من الأجرة، وبهذا ينتفي المحذور الذي ذكره فقهاء المالكية أن ما يدفعه له حكم السلف فيكون من الجمع بين السلف والمعاوضة.

وإذا صح القول بجواز هذا الشرط في الإجارة التشغيلية فجوازه في الإيجار التمويلي أولى؛ لأنه مع وجود قصد التملك يمكن قياس الصورة على ما لو باعه وأطلععه على عيب السلعة المباعة قبل العقد ورضي به المشتري فيصح العقد.

وإن كان القصد عدم مطالبة المؤجر بإصلاح العيوب، فهو شرط صحيح، قال النووي (ت: ٦٧٦هـ): «ما تحتاج إليه الدار المكراة من العمارة، وهو ثلاثة أضرب. أحدها: مرممة لا تحتاج إلى عين جديدة، كإقامة جدار مائل، وإصلاح منكسر، وغلق تعسر فتحه. والثاني: ما يُحَوِّجُ إلى عين جديدة، كبناء، وجذع جديد، وتطين سطح، والحاجة في الضربين لخلل عرض في دوام الإجارة. الثالث: عمارة يحتاج إليها لخلل قارن العقد، بأن أجز داراً ليس لها باب ولا ميزاب. ولا يجب شيء من هذه الأضرب على المستأجر، بل هي من وظيفة المؤجر، فإن بادر إلى الإصلاح، فلا خيار للمستأجر، وإلا، فله الخيار إذا نقصت المنفعة»^(١). وإثبات الخيار للمستأجر يفيد أنه يصح رضاه بالعيب القائم وعدم مطالبة المؤجر بإصلاحه.

(١) روضة الطالبين (٥/٢١٠).

المبحث الرابع الحلول البديلة عن اشتراط ضمان المستأجر في عقد الإيجار التمويلي

عامة المجامع الفقهية وجهات الاجتهاد الجماعي على منع اشتراط الضمان أو صيانة العين المؤجرة الصيانة الأساسية على المستأجر في عقد الإيجار التمويلي؛ لأنه يؤدي إلى جهالة الأجرة بناء على ما قرره جمهور الفقهاء في الإجارة العادية كما تقدم.

جاء في المعيار الشرعي رقم (٩) بشأن الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما نصه: «لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر الصيانة الأساسية للعين التي يتوقف عليها بقاء المنفعة»^١ هـ. وجاء أيضاً: «العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة ما لم يقع من المستأجر تعد أو تقصير»^(١).

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في ضوابط الإيجار المنتهي بالتملك ما نصه: «أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر، وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من ضرر غير ناشئ من تعد المستأجر، أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة»^٢ هـ.

وفي الأخذ بهذا القول مخاطرة على المصارف عند إبرام عقد الإيجار التمويلي مع العملاء، ولذلك يفضل المصرف عادة أن يكون العقار محل

(١) المعايير الشرعية (٢٤٧).

(٢) قرار مجمع الفقه الدولي رقم (١١٠)، بشأن الإيجار المنتهي بالتملك، وذكور التأجير.

عقد الإيجار التمويلي عن طريق مطورين معتمدين لدى المصرف حتى تقل احتمالية ظهور عيوب في العقار تحتاج إلى صيانة، لكن قد يرغب بعض العملاء في استئجار عقار يختاره هو من غير المطورين المعتمدين لدى المصرف، فتعظم المخاطرة عند دخول المصرف في تمويل تملك العميل هذا العقار؛ لاحتمال ظهور عيب في العقار من العيوب التي يتوقف عليها بقاء العقار أو تمكين المستأجر من المنفعة، ومثل هذه العيوب ضمانها على المؤجر، ولمعالجة هذا الإشكال ظهرت بعض الحلول المقترحة، منها:

١. التزام العميل بتحمل نفقات الصيانة الأساسية بتعهد أو عقد مستقل عن عقد الإيجار التمويلي.
٢. أن يشترط المصرف على العميل الصيانة الأساسية بما لا يتجاوز حداً معيناً.
٣. التزام العميل بعدم مطالبة المصرف بنفقات الصيانة الأساسية إذا قام بالإصلاح.
٤. أن تكون نفقات الصيانة أحد مكونات الأجرة المتغيرة في عقد الإيجار التمويلي.

المطلب الأول: التزام العميل بتحمل نفقات الصيانة الأساسية بتعهد أو عقد مستقل عن عقد الإيجار التمويلي.

تقوم هذه الفكرة على أساس انفصال ضمان المستأجر عن عقد الإجارة، فبدلاً من أن يشترط المصرف على المستأجر صيانة العيوب التي تطرأ على العقار، يطلب منه الالتزام بضمان مستقل، وله صورتان:

الصورة الأولى: أن يوقع العميل مع المصرف تعهداً مستقلاً سابقاً على عقد الإجارة يتعهد فيه العميل بصيانة العقار الذي يطلب العميل استئجاره، ثم يوقع عقد الإجارة خالياً عن هذا الشرط.

الصورة الثانية: إبرام عقد صيانة مع العميل يكون العميل فيه هو الأجير الملتزم بعمل الصيانة والمصرف هو المستأجر مقابل عوض معلوم، ثم تحصل المقاصة بين ما للمصرف في عقد الإيجار التمويلي وما للعميل في عقد الصيانة.

إيضاح الصورة الأولى وحكمها:

في هذه الصورة يقوم العميل بتوقيع تعهد مع المصرف يلتزم فيه العميل بصيانة عيوب العين المؤجرة الذي يرغب العميل في استئجارها، ثم يبرم المصرف مع المستأجر عقد الإيجار التمويلي دون أن يتضمن العقد شرطاً بتحمل العميل نفقات الصيانة الأساسية للعين المؤجرة.

وهذا الالتزام له حالتان:

الحال الأولى: أن يكون التزاماً بضمان العيوب القائمة بالعين بالمؤجرة عند إبرام عقد الإجارة سواء كانت عيوباً خفية أو كانت عيوباً ظاهرة.

وهذه الصورة لا إشكال في صحتها إذا لم تعطل هذه العيوب المنفعة، حتى لو قيل بمنع اشتراط الضمان على المستأجر؛ لأن المستأجر يكون قد رضي بالعين المؤجرة بحالتها بالمنفعة التي وقع عليها العقد هي المنفعة التي تضمنتها العين المؤجرة مع وجود العيب.

الحال الثانية: أن يكون التزاماً أو تعهد بضمان العيوب التي ستطراً مستقبلاً على العين المؤجرة، فعلى هذا يكون العميل ضامناً أي عيب يطرأ على العقار سواء تم تنفيذ عقد الإيجار أو لم يتم، سواء استمر العميل في العقد أو فسخ؛ لأن الضمان الذي التزم به العميل غير مرتبط بعقد الإيجار. ويتوجه في حكم هذه الصورة احتمالان:

الأول: جواز العقد، فيجوز للعميل توقيع تعهد سابق على عقد الإجارة فإذا أبرم عقد الإيجار التمويلي بعد ذلك وطرأ عيب يكون العميل ضامناً له بمقتضى هذا التعهد.

وإذا لم يبرم عقد الإيجار التمويلي فيبقى تعهد العميل قائماً؛ لأن العميل وعد المصرف بالضمان وكان دخول المصرف في العقد معلقاً على هذا الوعد فيلزمه الوفاء به وإن كان جمهور الفقهاء على عدم لزوم الوفاء بالوعد^(١)،

(١) المبسوط (٧/٧٧)، البيان والتحصيل (٨/١٨)، روضة الطالبين (٥/٣٩٠)، كشاف القناع (٦/٢٨٤).

لكن إذا كان الوعد معلقاً على فعل يفعله الموعود فإن هذا الوعد مما ينبغي الإلزام به، فقد جاء في مجلة الأحكام العدلية أن «المواعيد في صور التعاليق لازمة»^(١)، وذكر القرافي (ت: ٦٨٤هـ) أن «الوعد غير لازم إلا أن يدخل الموعود في خطر أو يترتب عليه تعليق كما في هذه المسألة فيلزم نفي للضرر وفاء بالشرط»^(٢)هـ.

ويمكن أن يبنى القول بالجواز على أصل مقرر عند بعض الفقهاء وهو أن القصود غير معتبرة في العقود.

وهذا الأصل ذهب إليه الشافعي، فهو يصحح العقود اعتباراً بالظاهر، ولا يؤثر في صحة العقد القصد إلى ما هو ممنوع، ولهذا صحح بيع العينة، قال الشافعي (ت: ٢٠٤هـ): «أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع»^(٣)هـ.

وبناء على هذا الأصل صحح الشافعية بعض الصور التي وقع فيها العقد على صورة صحيحة في الظاهر، مع أن فيها قصد لو روعي لفسد العقد، ومن ذلك:

١. أن الشافعية يرون عدم صحة المشاركة بالعروض، ومع ذلك يرون أنه لو باع كل واحد من الشريكين نصف عرضه لصاحبه بنصف عرض

(١) مجلة الأحكام العدلية (٢٦).

(٢) الذخيرة (٣٦٦/٥).

(٣) الأم (٧٥/٣).

الآخر فإن الشركة تصح، حيث يصير جميع العرضين بينهما نصفين ويكونا فيه شريكين^(١).

٢. أن تعليق الوكالة لا يصح على أصول مذهب الشافعية، فلا يجوز أن يقول شخص لآخر: وكلت في بيع متاعي إذا جاء رمضان، لكن المخرج من ذلك عندهم: أن يوكله توكيلاً ناجزاً ويعلق التصرف على مجيء رمضان^(٢).

وعند الحنفية ما يقرب من هذا، فقد ذكروا أنه لو أراد رب المال أن يجعل المال مضموناً على المضارب، فالحيلة في ذلك أن يقرض رب المال جميع المال للمضارب إلا درهماً واحداً، ويسلمه إليه ويشهد على ذلك، ثم يشتركان في ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهماً ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعمل جميعاً وشرطاً أن يكون الربح بينهما نصفين، ثم بعد ذلك يعمل المستقرض لوحده في المال، فإن هلك المال في يده كان القرض على حاله مضموناً عليه، ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط^(٣).

وقد ذكر ابن القيم (ت: ٧٥١هـ) عن الحنابلة: لو أجره الأرض بأجرة معلومة وشرط عليه أن يؤدي خراجها لم يجز؛ لأن الخراج على المالك لا على المستأجر، لكن يجوز أن يؤجره إياها بمبلغ مع زيادة تكون بقدر الخراج ثم يطلب منه أن يدفع خراجها من القدر الزائد على أجرتها^(٤).

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٤٧٢).

(٢) تحفة المحتاج (٥/ ٣١٢).

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٨٧).

(٤) إعلام الموقعين (٥/ ١٣١).

فقد يقال: يستفاد من هذه الفروع أنه إذا أمكن إيجاد طريق شرعي لتصحيح المعاملة فإنها تصحح به حتى لو كان قصد المتعاقدين تحقيق الغاية التي ستحقق لو سلكا الطريق الذي هو محل إشكال شرعي، وبناء على هذا يصح أن يتعهد العميل بصيانة العين التي سيستأجرها، ثم إذا أبرم عقد الإجارة صح العقد، ولو كان لهما قصد إلى الضمان عند توقيع عقد الإجارة استناداً إلى المفاهمة السابقة.

الاحتمال الثاني: لا يصح إبرام عقد الضمان قبل توقيع عقد الإجارة.

ووجه ذلك أمران:

الأول: أن الشرط المتقدم على العقد كالمقارن له.

وهذا الذي رجحه ابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ) ونسبه إلى أحمد (ت: ٢٤١هـ)، وإن كان المشهور من مذهب أحمد خلاف هذا القول^(١). ورجحه كذلك ابن القيم (ت: ٧٥١هـ) وانتصر له في إعلام الموقعين، وأيده بعدد من المؤيدات منها^(٢):

١. أنه «لا فرق بين الشرط المتقدم والمقارن؛ إذ مفسدة الشرط المتقدم لم تزل بتقدمه وإسلافه، بل مفسدته مقارناً كمفسدته متقدماً، وأي مفسدة زالت بتقدم الشرط إذا كانا قد علما وعلم الله تعالى والحاضرون إنما عقدا على ذلك الشرط الباطل المحرم وأظهروا صورة العقد مطلقاً وهو مقيد في نفس الأمر بذلك الشرط المحرم».

(١) القواعد النورانية (٣٠٢).

(٢) إعلام الموقعين (٤/ ٥٥١).

٢. القول بأن الشرط المتقدم لا يؤثر شيئاً فتح لباب الحيل، بل هي أصل الحيل وأساسها، ويؤدي إلى تناقض الشريعة، فالشريعة لا تفرق بين متماثلين من كل وجه لافتراقهما في تقدم لفظ أو تأخره مع استواء العقدين في الحقيقة والمعنى والقصد.

وإذا قيل بهذا الأصل فلا يجوز للمصرف أن يتفق مع العميل قبل عقد الإجارة على تضمينه للعقار عن طريق عقد يوقع بينهما قبل إبرام عقد الإجارة؛ لأن الشرط السابق الذي تضمنه عقد الضمان ملحوظ لهما عند توقيع عقد الإجارة، ولهذا فالمصرف حتى يؤكد هذا الشرط يحرص في الغالب على الإشارة إلى عقد الضمان في مقدمة عقد الإجارة. ولو فرض عدم الإشارة إلى عقد الضمان في مقدمة عقد الإجارة فالطرفان ما أبرما عقد الضمان إلا لأجل عقد الإجارة، وإذا كان اشتراط الضمان على المستأجر مفسد لعقد الإجارة، فلا فرق بين اشتراطه أثناء العقد أو اشتراطه قبله.

الثاني: أن القصد معتبرة في العقود.

فإذا كان قصد المتعاقدين هو الوصول إلى تضمين المستأجر الممنوع شرعاً، فيمنع التوصل إلى هذا القصد بأي طريق، وهذا ينسجم مع مذهب المالكية الذين يعملون قاعدة سد الذرائع أكثر من غيرهم^(١).

والذي يظهر أنه على القول بمنع اشتراط تضمين المستأجر في عقد الإيجار التمويلي، وهو خلاف ما انتهى إليه الباحث فيما تقدم، فينبغي أن

(١) الفروق، للقرافي (٢/٣٢-٣٣).

يشترط لتعهد المستأجر بالصيانة الأساسية تعهداً مستقلاً عن عقد الإيجار التمويلي بشرطين:

الأول: ألا يكون عقد الضمان سابقاً لعقد الإجارة؛ لأن سبق عقد الضمان لعقد الإجارة يجعله شرطاً ملحوظاً في العقد، فلا يكون استقلال الضمان عن عقد الإجارة استقلالاً حقيقياً، ويمكن أن يفهم هذا الشرط من المعيار الشرعي للضمانات الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، فقد نصت الفقرة (٢ / ٢ / ٢) على منع اشتراط الضمان على الوكيل بالاستثمار، ثم استثنت الحال التي يكون الضمان فيها بعقد منفصل عن عقد الوكالة بالاستثمار إذا كان عقد الضمان تالياً لعقد الوكالة بالاستثمار، جاء في الفقرة (٢ / ٢ / ٢): «أما إذا كانت الوكالة غير مشروطة فيها الكفالة، ثم كفل الوكيل من يتعامل معه بعقد منفصل فإنه يكون كفيلاً لا بصفة كونه وكيلاً، حتى لو عزل عن الوكالة يبقى كفيلاً»^١. هـ، فالعطف بـ(ثم) يشعر أن المقصود هو أن تكون الكفالة بعد عقد الوكالة الخالي من شرط الكفالة.

الثاني: ألا يترتب على عدم الوفاء بالضمان فسخ لعقد الإجارة، كما لا يترتب على فسخ الإجارة فسخ للضمان، بل تبقى مقتضيات العقد دون ارتباط بينهما؛ لأن الربط بينهما يجعل الضمان في حكم الشرط، وهذا يمكن تخريجه على ما قرره المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في أكثر من موضع، حيث نص على جواز الاتفاق على بعض الشروط التي تمنع في العقد إذا كان الاتفاق في عقد منفصل تبقى معه آثاره

حتى لو فسخ العقد الأصلي، جاء في الفقرة (٢ / ٨) من معيار المضاربة: «الأصل عدم جواز الجمع بين الربح في المضاربة والأجرة، على أنه إذا اتفق الطرفان على قيام أحدهما بعمل ليس من أعمال المضاربة بأجر محدد وكان الاتفاق بعقد منفصل عن عقد المضاربة بحيث تبقى إذا تم عزله عن ذلك العمل فلا مانع من ذلك شرعاً»^١هـ.

ووجه ذلك: أن الالتزام الذي التزم به المستأجر في هذه الحال يكون في حكم التزام الطرف الثالث المستقل عن طرفي عقد الإجارة، وقد اشترط مجمع الفقه الدولي في القرار رقم (٣٠) لجواز ضمان الطرف الثالث في عقد المضاربة: «أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه»^١هـ، فيخرج على هذا ضمان المستأجر إذا كان مستقلاً عن عقد الإجارة بحيث يمكن أن يكون في حكم الطرف الثالث.

ويمكن أن يرد هنا إشكال: وهو أن ضمان الطرف الثالث الذي نصت المجامع الفقهية في عقد المضاربة أو عقد الوكالة بالاستثمار شرطه أن يكون الطرف الثالث ذمته مستقلة عن ذمة الأمين^(١)، وقد جاء في قرار مجمع الفقه الدولي بشأن صكوك المقارضة: «ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل»^١هـ.

(١) حماية رأس المال، للدكتور يوسف الشبيلي، دراسات المعايير الشرعية (٤/ ٣١٠٢).

وعلى هذا فلا يكفي أن يكون هناك عقد -يتضمن ضمان المستأجر- مستقلاً عن عقد الإجارة، ما دام أن الضامن هو المستأجر. ويمكن أن يجاب بأمرين:

١. أن المحذور الذي لأجله منع ضمان الأمين في عقد المضاربة والوكالة بالاستثمار هو مآله إلى القرض الذي يجر منفعة محرمة، ولهذا منع ضمان الأمين وجاز ضمان الطرف الثالث، واشترط لذلك انفصال الذمة المالية للطرف الثالث حتى لا يؤول إلى نفس المحرم، أما المحذور الذي لأجله منع ضمان الأمين في عقد الإجارة فهو الغرر، والغرر تحريمه أخف من تحريم الربا، ولهذا جاز للحاجة والمصلحة الراجحة، وجاز اليسير منه، بخلاف الربا.

٢. أن الغرر الذي هو الذي سبب المنع منشؤه أن الضمان جزء من الأجرة مشروط في العقد، وهذا احترز عنه بإضافة قيد آخر وهو ألا يكون عقد الضمان المنفصل سابقاً على عقد الإجارة، فيبعد والحالة هذه أن يكون كالشرط في عقد الإجارة.

الصورة الثانية من صور تقديم العميل ضماناً سابقاً على عقد الإجارة:

إبرام عقد صيانة مع العميل يكون العميل فيه هو الأجير الملتزم بعمل الصيانة والمصرف هو المستأجر مقابل عوض معلوم، ثم تحصل المقاصة بين ما للمصرف في عقد الإيجار التمويلي وما للعميل في عقد الصيانة.

وفي هذه الصورة يضمن العميل صيانة العين المؤجرة لا بصفته مستأجراً، فعقد الصيانة الذي يلتزم فيه العميل بصيانة العين المؤجرة مستقل يمكن للمصرف أن يوقعه مع العميل ويمكن أن يوقعه مع غيره.

ويكون للعميل عوض مقابل التزامه بالصيانة، لكن لكون العميل مديناً للمصرف بالدفعات الإيجارية، فالمصرف يحسم من الدفعات الإيجارية ما وجب للعميل مقابل الصيانة وسيطالب العميل بباقي الأجرة^(١).

وقد أجازت هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لشركة أعيان للإجارة والاستثمار إبرام عقد صيانة منفصل عن عقد الإجارة بعوض معلوم للعميل مقابل صيانته ثم يحصل التقاص بين الطرفين، وغالباً ما يزيد المصرف في الأجرة بقدر العوض الذي سيكون مقابل الصيانة. جاء في فتاوى أعيان (١/ ٢٣٧): «لا يجوز إبرام عقد الإجارة مع اشتراط تحميل المستأجر تكاليف صيانة الأجزاء الأساسية للعين المؤجرة... وترى الهيئة أنه يجوز إبرام عقدين منفصلين غير مشروط أحدهما في الآخر، الأول عقد إجارة تكون الشركة هي المؤجر والعميل هو المستأجر، والعقد الثاني عقد صيانة تكون الشركة هي المصون له، ويكون العميل (المستأجر) هو الصائن، فإذا أبرم العقد الثاني جاز التقاص بين طرفي العقدين بما لكل طرف على الآخر»^(٢).

(١) والواقع أن المصرف عند حساب الأجرة سيراغى نفقات الصيانة التي وجبت للصائن ويحملها على الأجرة.

(٢) فتاوى أعيان (١/ ٢٣٦-٢٣٧).

وجاء في الضابط (١٦٤) من الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد أنه «يجب أن تكون الصيانة الأساسية في الإجارة المنتهية بالتمليك على المالك... ولا مانع من توقيع المالك عقد صيانة مع شركة خارجية تكون هي المسؤولة عن الصيانة، أو مع المستأجر نفسه»^١هـ. ويشترط للجواز شروط^(١):

١. أن يكون العوض الذي للمستأجر مقابل التزامه بالصيانة معلوماً.
٢. أن يحدد العمل الذي يجب على المستأجر القيام به في عقد الصيانة تحديداً نافياً للجهالة.
٣. أن يحدد الذي يجب عليه توفير المواد التي تتطلبها الصيانة، فإن كانت على المؤجر وجب العلم بثمنها نفيًا للجهالة.

المطلب الثاني: أن يشترط المصرف على العميل الصيانة الأساسية بما لا يتجاوز حداً معيناً:

مناطق منع اشتراط المصرف على العميل الصيانة الأساسية كما تقدم هو الغرر في الأجرة، حيث تصبح تكاليف الصيانة جزءاً من الأجرة التي يستحقها المؤجر، وهذا الجزء مجهول فيؤدي إلى الغرر، ومن الحلول في ذلك: أن يشترط المصرف على العميل أن عليه تحمل الصيانة الأساسية بما لا تزيد عن حد معلوم للطرفين، فيشترط المصرف على العميل الصيانة الأساسية بما لا تزيد عن خمسين ألف ريال مثلاً، فإذا زادت عن هذا القدر تحمله المصرف.

(١) قرار مجمع الفقه الدولي رقم (١٠٣) في الدورة الحادية عشرة ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م.

وبهذا الحل يدفع المصرف عن نفسه مخاطر تحمله تكاليف الصيانة إذا كانت أقل من هذا الحد، وتبقى مخاطره فيما لو زادت تكاليفها عن الحد المتفق عليه. وحكم هذه الصورة فيما يظهر هو الجواز، ووجه ذلك: أن الأجرة في هذه الحال هي المبلغ المتفق عليه بالإضافة إلى القدر الذي جعل حداً للصيانة، فصارت الأجرة معلومة، فإن لم تحتج العين إلى صيانة أسقط المؤجر ما زاد المبلغ المتفق عليه أولاً، وإذا احتاجت إلى صيانة بنفقة أقل من الحد المنصوص عليه أسقط المؤجر ما زاد عن التكاليف التي أنفقت على صيانة العين.

وقد نص بعض الفقهاء على صورة قريبة من هذه الصورة، جاء في المحيط البرهاني^(١): «وإذا شرط المرمة على المستأجر بطلت الإجارة؛ لأن المرمة مجهولة إلا أن يسمى دراهم معلومة ويأمره بأن يصرفها في المرمة»^١هـ. جاء في المدونة^(٢): «قلت: وإن كان أكثرى على أن ما احتاجت الدار إليه من مرمة أنفق عليها المتكاري من الكراء الذي أكثرى الدار به فلا بأس بذلك في قول مالك قل أو أكثر؟ قال: نعم لا بأس بذلك إذا كان من الكراء بعينه ولم يشترطه من غير الكراء»^١هـ.

وكما يمكن أن يقل الغرر بتحديد الحد الأعلى للنفقة التي يتحملها المستأجر في صيانة العين المستأجرة يمكن تقليل الجهالة في الأجرة بأن يحدد المصرف للعميل الأشياء التي تشملها الصيانة، والأعمال التي يجب على العميل فعلها إذا طرأ الخلل، ومواصفات الإصلاح، ويستقصي المصرف ما

(١) المحيط البرهاني (٦/١٣٤).

(٢) المدونة (٣/٥١٤).

أمكنه ذلك حتى تقل الجهالة، فإذا حددت الأشياء التي تشملها الصيانة قل الغرر فصح العقد، جاء في حاشية الدسوقي بعد تقريره منع اشتراط مرممة الدار وتطيين جدرانها على المستأجر^(١): «اعلم أنها إن كانا مجهولين فلا يجوز اشتراطهما على المكثري إلا من الكراء لا من عند نفسه، كأن يقول كلما احتاجت لمرمة أو تطيين فرمها أو تطيينها من الكراء. وأما إن كانا معلومين كأن يعين للمكثري ما يرمه أو يشترط عليه التطيين مرتين أو ثلاثة في السنة فيجوز مطلقاً سواء كان من عند المكثري أو من الكراء بعد وجوبه أو قبله وهو في المعنى إذا كان من عند المكثري جزء من الثمن»^{١.هـ}.

المطلب الثالث: التزام العميل بعدم مطالبة المصرف بنفقات الصيانة الأساسية إذا قام بالإصلاح:

الفقهاء إنما نصوا على منع اشتراط الصيانة إذا كان هذا التزاماً على المستأجر في عقد الإجارة بحيث يكون مقصوداً للمؤجر، وهذا يؤدي إلى جهالة الأجرة، لكن يمكن تجاوز هذا الإشكال بأن يتفق الطرفان على أن ما تحتاج إليه العين المؤجرة من الصيانة فإن المستأجر يلتزم بعدم مطالبة المؤجر بها، فإن شاء المستأجر أصلح العين المؤجرة بنفسه، وإن شاء تركها وانتفع بالعين المؤجرة بحالتها، وإن لم يرض فله الفسخ، لكن إذا كان الخلل الذي طرأ على العين المؤجرة تزول معه المنفعة فيفسخ العقد بكل حال.

ولا يلزم من هذه المعالجة أن عقود الإيجار التمويلي التي يبرمها المصرف ستكون عرضة للفسخ وهو أمر غير مرغوب للمصرف، لأن الواقع أن

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٤٧).

العميل المستأجر سيرضى بهذا الشرط؛ لأنه هو المستفيد الأول من صيانة العين المؤجرة؛ لأنها ستؤول إليه ملكيتها؛ ولهذا كان في هذه المعالجة عدالة للطرفين.

والحكم على هذه المسألة يتطلب النظر في مسائل:

المسألة الأولى: حكم إلزام المؤجر بإصلاح العين المؤجرة:

اختلف الفقهاء في حكم إلزام المؤجر بإصلاح العين المؤجرة على قولين: القول الأول: أنه لا يجب إلزام المؤجر بإصلاح العين المؤجرة، فإذا طرأ على العين المؤجرة خلل، فإن بادر المؤجر إلى إصلاحها فلا خيار للمستأجر، وإن لم يبادر إلى إصلاحها ثبت للمستأجر الخيار، وله فسخ العقد فيما بقي من المدة، وهذا هو مقتضى كون صيانة العين المؤجرة على المالك. وهذا الذي عليه جمهور الفقهاء من الحنفية^(١) والمالكية^(٢) وهو المذهب عند الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).

جاء في بدائع الصنائع^(٥): «وتطيين الدار، وإصلاح ميزابها، وما وهى من بنائها على رب الدار دون المستأجر، لأن الدار ملكه وإصلاح المالك على المالك، لكن لا يجبر على ذلك؛ لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه،

(١) بدائع الصنائع (٤/٢٠٨)، مجمع الأنهر (٢/٣٩٩).

(٢) المدونة (٣/٥٢٦)، الذخيرة (٥/٥٣٥).

(٣) الحاوي الكبير (٧/٤٤٤)، روضة الطالبين (٥/٢١٠)، تحفة المحتاج (٥/٨٧).

(٤) الإنصاف (١٤/٤٦٤)، كشاف القناع (٤/٢١).

(٥) بدائع الصنائع (٤/٢٠٨).

وللمستأجر أن يخرج إن لم يعمل المؤجر ذلك؛ لأنه عيب بالمعقود عليه،
والمالك لا يجبر على إزالة العيب عن ملكه»^١هـ.

وجاء في المدونة^(١): «قلت: أرأيت إن تكررت بيتاً من رجل، فهطل عليّ
البيت في الشتاء؛ أيكون لي أن أخرج أم يجبر رب الدار على تطيين البيت؟
قال: إن طينه رب البيت فالكراء لازم، وإن أبي أن يطينه كان لك أن تخرج
إذا كان هطله ضرراً بيناً، ولا يجبر رب الدار على أن يطينه إلا أن يشاء....
قلت: أرأيت إن استأجرت داراً فسقط منها حائط أو بيت، أو سقطت الدار
كلها؛ فقال رب الدار: أنا أبني ما سقط منها أو لا أبنيها، والذي سقط من
الحائط قد كشف عن الدار، أيكون على رب الدار أن يبنيها في قول مالك أم
لا؟ قال: ليس على رب الدار أن يبنيها إلا أن يشاء، فإن انكشف من الدار
ما يكون ضرراً على المتكاري؛ قيل للمتكاري: إن شئت فاسكن وإن شئت
فاخرج ولم يجبر رب الدار على أن يبني إلا أن يشاء ذلك، فإن بناها رب
الدار في بقية من وقت الكراء، وقد كان المتكاري خرج لم يكن عليه الرجوع
لاستتمام ما بقي، وإن كان ما انهدم منها ما لا يضر بسكنى المتكاري فيها ولم
يبين ذلك رب الدار لزم المتكاري أن يسكن، ولم يكن أن ينقض الإجارة، ولا
يخرج منها، ولا يوضع عنه من الإجارة لذلك شيء إلا أن يكون كان له في
ذلك سكنى ومرفق؛ فيوضع عنه من الكراء قدر ذلك»^١هـ.

(١) المدونة (٣/٥٢٦).

وقال النووي (ت: ٦٧٦هـ) في روضة الطالبين بعد ذكره أنواع ما تحتاج إليه الدار من العمارة والإصلاح^(١): «ولا يجب شيء من هذه الأضراب على المستأجر، بل هي من وظيفة المؤجر، فإن بادر إلى الإصلاح، فلا خيار للمستأجر، وإلا، فله الخيار إذا نقصت المنفعة»^{١.هـ}.

وجاء في الإنصاف^(٢): «لو احتاجت الدار تجديداً. فإن جدد المؤجر وإلا كان للمستأجر الفسخ. ولو عمر فيها المستأجر بدون إذنه لم يرجع به... وليس له إجباره على التجديد. على الصحيح من المذهب»^{١.هـ}.

وجاء في كشف القناع^(٣): «ويلزمه أي المؤجر (عمارتها) أي العين المؤجرة داراً كانت أو حماماً أو غيرهما (سطحاً وسقفاً بترميم) ما يحتاج إلى الترميم (بإصلاح منكسر، وإقامة مائل، وعمل باب، وتطين ونحوه) مما تدعو الحاجة إليه؛ لأنه به يتوصل إلى الانتفاع ويتمكن منه (فإن لم يفعل) المؤجر ذلك (فللمستأجر الفسخ إزالة لما يلحقه من الضرر بتركه)»^{١.هـ}.

ووجه ذلك أمران:

الأول: أن العين المؤجرة ملك للمؤجر، ومن هنا كان إصلاح عيبتها من التزاماته، لكن لا يجبر عليه؛ لأن الإنسان لا يجبر على إصلاح ملكه؛ لأن إجباره على إصلاح ملكه فيه إضرار به.

(١) روضة الطالبين (٥/٢١٠).

(٢) الإنصاف (١٤/٤٦٤).

(٣) كشف القناع (٤/٢١).

الثاني: أن الواجب على المؤجر هو تسليم العين المؤجرة^(١)، أما المحافظة على بقاء المنفعة فليس هذا من التزاماته، وما يترتب على فوات المنفعة من ضرر يلحق المستأجر يمكن رفعه بالفسخ، كما أن العيوب التي تطرأ على العين المباعة ترفع بإثبات خيار العيب للمشتري^(٢).

القول الثاني: أن المؤجر يجبر على إصلاح العين المؤجرة، وهذا قول في مذهب الشافعية والحنابلة^(٣).

وعند بعض المالكية يجبر إذا كان العيب الطارئ الذي يحتاج إلى إصلاح يسيراً لا يضر المؤجر إصلاحه^(٤).

ووجه ذلك: أن عقد الإجارة عقد لازم، فيجب على المؤجر التزام العقد بتسليم المنفعة للمستأجر ولا يتحقق ذلك إلا بإجباره على إصلاح العين حتى تسلم المنفعة للمستأجر كاملة.

ويناقش: بأن الواجب إنما هو تسليم العين خالية مما يمنع الانتفاع عند التسليم، أما بقاء المنفعة كاملة فليس هذا مما يلزم المؤجر^(٥)، ولا يلزم من لزوم عقد الإجارة وجوب الإصلاح لأن اللزوم إنما يكون في حال عدم

(١) الذخيرة (٥/٥٣٥).

(٢) حاشية ابن عابدين (٦/٨٠)، تحفة المحتاج (٥/١٨٧).

(٣) الإنصاف (١٤/٤٦٤)، روضة الطالبين (٥/٢١٠).

(٤) التوضيح شرح جامع الأمهات (٧/١٩١)، حاشية البنائي على شرح الزرقاني (٧/٩٦).

(٥) الذخيرة (٥/٥٣٥)، مغني المحتاج (٣/٤٦٨).

ظهور عيب، كما أن البيع وإن اقتضى اللزوم إلا أنه لا يلزم مع العيب ويثبت فيه الخيار للمشتري.

ولهذا فالذي يظهر أن مذهب الجمهور هو الأقرب للصواب؛ لأنه لا يصح رفع الضرر عن المستأجر بإيقاع ضرر على المؤجر وإلزامه بإصلاح ملكه.

وبناء على هذا فيصح أن يشترط المصرف على العميل المستأجر عدم مطالبته بالصيانة الأساسية للعقار، ويكون للمستأجر في حال عدم رضاه بالعين المؤجرة بحالتها حق الفسخ.

على أنه إذا هلكت العين هلاكاً كلياً وفاتت المنفعة المقصودة من العين فيفسخ العقد لفوات محله، ولهذا لا يصح أن يشترط المؤجر بقاء العقد حتى في هذه الحال.

المسألة الثانية: رجوع المستأجر على المؤجر بنفقة صيانة العين المؤجر:

التزام العميل بعدم مطالبة المصرف بنفقة الصيانة الأساسية لا تكون حلاً عملياً إلا إذا لم يترتب على ذلك رجوع المستأجر على المصرف بما أنفقه، فإذا كان يترتب على ذلك رجوع العميل على المصرف فلا يتحقق غرضه في نفي مخاطر الصيانة الأساسية التي يجب أن يتحملها المصرف.

عامة الفقهاء على أن المستأجر إذا أنفق على العين المؤجرة في عمارتها وإصلاح ما تهدم منها فليس له الرجوع، ما لم ينفق على الإصلاح والعمارة بإذن المؤجر ولم يكن متبرعاً.

جاء في الخرشي على مختصر خليل: «فإن أنفق المكري من عنده شيئاً في إصلاح العين المكتراة فإنه يحمل على التبرع»^(١) هـ.١.

جاء في نهاية المحتاج: «(فلا تصح) إجارة لدار (بالعمارة) لها... فإن صرف وقصد الرجوع به رجوع وإلا فلا»^(٢) هـ.١.

وجاء في المغني: «وإن أنفق [أي: أنفق المستأجر على إصلاح العين المؤجر] من غير إذنه [أي: إذن المؤجر]، لم يرجع بشيء؛ لأنه أنفق على ماله بغير إذنه نفقة غير واجبة على المالك، فأشبهه ما لو عمر داراً له أخرى»^(٣) هـ.١. وفي كشف القناع: «(وإن أنفق) المستأجر من غير إذنه لم يرجع بشيء؛ لأنه متبرع»^(٤) هـ.١.

فيفهم منه جواز تبرع المستأجر بالنفقة على عمارة العين المؤجرة؛ ولهذا يصح التزامه بعدم الرجوع، فمن حق المالك أن يقول للمستأجر لا آذن لك بإصلاح العين المؤجرة إذا كان يترتب على ذلك الرجوع، ولا أمنعك من إصلاحها.

وبناء على هذا لو أنفق العميل على العين المؤجرة لأجل الصيانة الأساسية فلا يجب له على المصرف مقدار هذه النفقة إلا إذا آذن له المصرف بالنفقة على أن يعوضه عنها بمقدار ما أنفق.

(١) الخرشي على مختصر خليل (٥٢/٧).

(٢) نهاية المحتاج (٢٦٦/٥).

(٣) المغني (٤٣١/٥).

المسألة الثالثة: إذا احتاجت العين المؤجرة إلى صيانة، فهل يسقط من الأجرة الواجبة ما يقابل التلف في العين المؤجرة؟

قد يشكل على الحل المقترح أن العين المؤجرة إذا تهدم منها شيء واحتاج إلى إصلاح ولم يبادر المؤجر بإصلاحها فإن الأجرة التي تقابل ما تهدم تسقط عن المستأجر، فلا يكون هذا المقترح مناسباً للمصرف؛ لأن تعريض بعض الأجرة للسقوط فيه مخاطرة على المصرف.

التلف الذي يعرض للعين المؤجرة ويحول دون تمام انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ثلاثة أنواع^(١):

النوع الأول: أن يكون التلف مؤثراً في الأجرة، لكنه لا يمنع الانتفاع، فهذا لا يسقط به شيء من الأجرة.

النوع الثاني: أن يكون التلف تلفاً لجزء متميز من العين المؤجرة يمنع الانتفاع به يمكن معرفة ما يقابله من الأجرة، مثل ما لو كان محل الإجارة عقارين متساويين في الأوصاف والقيمة والمنفعة انهدم أحدهما، فيسقط عن المشتري نصف الأجرة.

النوع الثالث: أن يكون التلف تلفاً لبعض أجزاء العين المؤجرة مما لا تزول معه المنفعة، لكن لا يحصل للمشتري تمام الانتفاع. فهذا يكون المستأجر مخيراً بين الفسخ أو الاستمرار في العقد.

(١) المقدمات المهمات (٢/٢١٦).

وقد اختلف الفقهاء في وجوب إسقاط بعض الأجرة عند تلف بعض العين المؤجرة تلفاً تبقى معه المنفعة إذا اختار المستأجر عدم الفسخ، على قولين:

القول الأول: لا يجب إسقاط شيء من الأجرة، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة، ووجه عند الشافعية.

جاء في بدائع الصنائع بعد إثباته الفسخ لعيب في العين المؤجرة: «وإذا ثبت الخيار للمستأجر فإن لم يفسخ ومضى على ذلك إلى تمام المدة فعليه كمال الأجرة؛ لأنه رضي بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل»^(١).

وجاء في مجلة الأحكام العدلية: «لو انهدم حائط الدار أو إحدى حجرتها ولم يفسخ المستأجر الإجارة، وسكن في باقيها لم يسقط شيء من الأجرة»^(٢).

وجاء في المقدمات الممهديات: «الثالث: أن يبطل أكثر منافع الدار، أو منفعة البيت الذي هو وجهها أو يكشفها بانهدام حائطها وما أشبه ذلك، فهذا يكون المكثري فيه مخيراً بين أن يسكن بجميع الكراء، أو يخرج، فإن أراد أن يسكن على أن يحط عنه ما ينوب ما انهدم من الكراء، لم يكن ذلك له إلا أن يرضى بذلك رب الدار، ... وإن سكت وسكن الدار مهدومة لزمه جميع الكراء»^(٣).

(١) بدائع الصنائع (٤/١٩٦).

(٢) مجلة الأحكام العدلية (٩٨).

(٣) المقدمات الممهديات (٢/٢١٦).

وجاء في كشف القناع: «والعيب الذي يفسخ به) في الإجارة (ما تنقص به المنفعة ويظهر به تفاوت الأجرة) فيفسخ بذلك (إن لم يزل) العيب (بلا ضرر يلحقه) أي المستأجر... (فإن رضي) المستأجر (بالمقام ولم يفسخ) الإجارة (لزمه جميع الأجرة) المسماة «أ.هـ»^(١).

ووجه ذلك أمران:

الأول: أن إسقاط ما يقابل التلف فيه جهالة تؤدي إلى النزاع، فلا يعلم القدر الذي يقابل التالف إذا بقيت المنفعة، قال ابن يونس (ت: ٤٥١هـ) في الجامع لمسائل المدونة: «ولا يجوز أن يسكن ويؤدي بحساب ما بقي، وإن رضي؛ لأن ما يخص ذلك مجهول» أ.هـ^(٢).

الثاني: أنه استوفى جميع المنفعة، ورضي بسكنائها ناقصة، فلزمه جميع المسمى، كما لو اشترى سلعة، فوجد بها عيباً ولم يردّها.^(٣)

القول الثاني: أنه تسقط من الأجرة ما يقابل الجزء التالف، وهذا وجه عند الشافعية.

جاء في البيان للعمري (ت: ٥٥٨هـ): «وإن استأجر داراً فتشعثت: لزم المكري إصلاحها، فإن أصلحها فلا كلام، وإن لم يصلحها فللمستأجر الخيار في فسخ الإجارة؛ لأن ذلك عيب بها. وإن لم تفسخ حتى مضت مدة الإجارة فهل يلزمه جميع الأجرة؟ فيه وجهان:

(١) كشف القناع (٢٤/٤).

(٢) الجامع لمسائل المدونة (١٨٧/١٦).

(٣) البيان للعمري (٣٦٢/٧).

أحدهما: لا يلزمه جميع الأجرة؛ لأنه لم يستوف جميع المنفعة، فهو كما لو سكنها بعض المدة، فانهدمت^(١).

فوجه هذا القول: القياس على ما لو استوفى المستأجر المنفعة في بعض مدة الإجارة ولم يستوف باقيها فيسقط عنه من الأجرة ما يقابل المدة التي لم تستوفها، فكذلك نقصت المنفعة بتلف بعض أجزاء العين المؤجرة.

والذي يظهر هو أن القول الأول أقرب للصواب؛ لأنه لا يمكن معرفة ما يقابل الجزء التالف إذا أمكن بقاء المنفعة، وبهذا يرد القياس، ففرق بين المدة التي يمكن معرفة ما يقابلها، وبين أجزاء العين المؤجرة التي لا يمكن معرفة النقص الحاصل في منفعة العين المؤجرة.

وبناء على ما تقرر في المسائل المتقدمة فيجوز للمصرف أن يشترط على العميل عدم مطالبته بالصيانة الأساسية، ويكون للعميل الخيار إذا لم يقيم المصرف بالصيانة الأساسية؛ وهذا الحل قد يكون ملائماً لعمل المصارف وتحولاتها لأمر:

١. المصرف بصفته مؤجراً لا يجبر قضاءً على إصلاح العيوب التي تطرأ على العين المؤجرة على الصحيح من أقوال أهل العلم، وهذا الذي عليه العمل.

(١) البيان للعمري (٧/٣٦٢).

٢. العميل في الغالب لن يختار الفسخ؛ لأنه ما دخل في العقد إلا لغرض تملك العين المؤجرة، وما يدفعه من دفعات إيجارية تعد خسارة عليه إذا لم يتحقق غرضه في التملك.

٣. إذا قام المستأجر بإصلاح العيوب على نفقته، فلا يحق له أن يرجع ليطالب المصرف بنفقة الإصلاح إلا إذا أذن له المصرف بالإصلاح على أن يدفع له النفقات.

٤. المصرف يستحق الأجرة كاملة حتى لو تلف أو تعطل شيء من العين المؤجرة ما دامت المنفعة الأصلية كمنفعة السكنى ممكنة في العين المؤجرة.

المطلب الرابع: أن تكون نفقات الصيانة أحد مكونات الأجرة في عقد الإيجار التمويلي:

قد يتفق المصرف مع المستأجر في عقد الإيجار التمويلي على أن تكون الأجرة مكونة من جزئين، الجزء الأول هو الأجرة الأساسية، والجزء الثاني أجرة تكميلية لتغطية مصروفات الصيانة الأساسية، ولذلك صورتان:

الصورة الأولى: أن تكون الأجرة التكميلية مبلغاً مقطوعاً بالإضافة إلى الأجرة الأساسية ويلتزم المصرف ألا يستوفي من هذا المبلغ إلا بقدر ما تحمله من نفقات الصيانة وما زاد عن ذلك يتنازل عنه للمستأجر.

وهذه الصورة لا إشكال في جوازها؛ لأن العلم بالأجرة متحقق، وقد نص بعض الفقهاء على صورة قريبة من هذه الصورة، جاء في المحيط

البرهاني^(١): «وإذا شرط المرمة على المستأجر بطلت الإجارة؛ لأن المرمة مجهولة إلا أن يسمي دراهم معلومة ويأمره بأن يصرفها في المرمة»^{١.هـ}.

جاء في قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (٢٠٩) بتاريخ ١٠/٠٧/١٤٣١هـ، ٢٢/٠٦/٢٠١٠م، بشأن جعل جزء من الأجرة مبلغاً مقطوعاً لا يُستوفى منه إلا ما تكبده المؤجر لمصلحة العين من تكاليف الصيانة والتأمين ونحوها: «يجوز الاتفاق على أن يكون جزء من الأجرة مبلغاً مقطوعاً لتغطية تلك التكاليف ويتعهد المؤجر بألا يقطع منه إلا ما تكبده فعلاً»^{١.هـ}.

الصورة الثانية: أن تكون نفقات الصيانة الأساسية التي تحملها المصرف أجرة تكميلية للأجرة المتغيرة التي تتحدد عند بداية كل فترة إجارة.

معلوم أن من صور تحديد الأجرة في عقد الإيجار التمويلي أن تكون الأجرة متغيرة بحيث تقسم الدفعات الإجارية إلى فترات (كل سنتين أو كل ثلاث سنوات مثلاً) وفي بداية كل فترة تحدد الدفعات الإجارية لتلك الفترة وفق معادلة معلومة عند التعاقد تربط عادة بمؤشر منضبط وهو مؤشر سعر الفائدة، فتتكون الأجرة من عنصر ثابت يضاف إلى عنصر متغير يتأثر بالمؤشر الذي يتغير كل فترة، وقد صدر قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية والعشرين المنعقدة عام ١٤٣٦هـ (٢٠١٥م): «يجوز عقد الإجارة بأجرة متغيرة مرتبطة بمؤشر منضبط معلوم

(١) المحيط البرهاني (٦/١٣٤).

للطرفين، يوضع له حد أعلى وأدنى، شريطة أن تكون أجرة الفترة الأولى محددة عند العقد، وأن تحدد أجرة كل فترة في بدايتها»^{١٠٥}هـ.

لكن لا يقتصر المصرف على أن يكون العنصر المتغير في الأجرة هو المؤشر فقط، بل يضيف إلى ذلك تكاليف الصيانة التي يتحملها المؤجر في الفترة الإيجارية السابقة ويضمها إلى أجرة الفترة اللاحقة.

فقد يقال بمنع هذه الصورة بناء على منع تحميل المستأجر نفقات الصيانة الأساسية؛ لأن نفقاتها واجبة على المؤجر فتحميل المستأجر لها يعود على الأجرة بالجهالة، لأن هذه النفقات قد تزيد وقد تنقص وليس لها معيار ثابت منضبط كالمؤشر.

والغالب أن المصرف يوكل المستأجر في تنفيذ الصيانة الأساسية ويطالبه بفواتير ليحملها له في أجرة الفترة اللاحقة، لكن في واقع الأمر يقوم المستأجر بتحمل نفقات الصيانة الأساسية دون أن يقدم فواتيرها للمؤجر ليحملها عليه في أجرة الفترة اللاحقة.

وعلى أي حال فقد تقدم القول بصحة تحمل المستأجر الصيانة الأساسية لوجود الفرق بين الإجارة التشغيلية والإجارة التمويلية؛ من جهة أن المستأجر يقصد تملك العين المؤجرة فلا يكون ما دفعه في صيانتها جزءاً من الأجرة كالإجارة التشغيلية.



الخاتمة

في ختام البحث هذا تلخيص لأهم النتائج التي تضمنها البحث:

١. يجوز اتفاق المصرف مع المستأجر في عقد الإيجار التمويلي على تحميل المستأجر الصيانة الأساسية للعين المؤجرة، ولا يرد عليه محذور جهالة الأجرة الذي ذكره الفقهاء في تحميل المستأجر ضمان العين المؤجرة في الإجارة التشغيلية؛ لأن ما يصرفه المستأجر في ضمان العين المؤجرة وصيانتها في الإجارة التشغيلية جزء من الأجرة مجهول فيعود على الأجرة بالجهالة، لكن في الإيجار التمويلي المستأجر يصرف على عين تؤول ملكيتها إليه فلا يؤدي هذا إلى الجهالة المفضية للنزاع.

٢. يقتصر جواز الضمان على تحمل المستأجر الصيانة الأساسية ولا يجوز أن يتفق المصرف مع العميل على تحمل تبعة الهلاك الكلي للعين المؤجرة.

٣. على القول بمنع اشتراط تحمل المستأجر الصيانة الأساسية يمكن القول بجواز أن يتعهد المستأجر بالصيانة الأساسية تعهداً مستقلاً عن عقد الإيجار التمويلي بشرطين:

الأول: ألا يكون عقد الضمان سابقاً لعقد الإجارة؛ لأن سبق عقد الضمان لعقد الإجارة يجعله شرطاً ملحوظاً في العقد، فلا يكون استقلال الضمان عن عقد الإجارة استقلالاً حقيقياً.

الثاني: ألا يترتب على عدم الوفاء بالضمان فسخ لعقد الإجارة، كما لا يترتب على فسخ الإجارة فسخ للضمان، بل تبقى مقتضيات العقد دون ارتباط بينهما؛ لأن الربط بينهما يجعل الضمان في حكم الشرط.

٤. من التطبيقات التي يمكن تطبيقها للتقليل من مخاطر تحمل المؤجر ضمان العين المؤجرة أن يتفق الطرفان على حد أعلى للنفقات التي يتحملها المستأجر من الصيانة الأساسية.

٥. يجوز أن يتفق المصرف مع المستأجر على أن العيوب التي تطرأ على العين المؤجرة ولا تزول معها المنفعة بالكلية لا يلزم المصرف بإصلاحها، ويكون المشتري بالخيار إما أن يستمر في العقد أو يفسخ العقد، والغالب استمرار المستأجر لأنه يراعي تملكه للعين في آخر المدة.

٦. يجوز أن تتكون الأجرة في عقد الإيجار التمويلي من جزئين: الأول: أجرة أساسية متفق عليها، والثاني: أجرة تكميلية تكون مبلغاً مقطوعاً لتغطية نفقات الصيانة الأساسية، ويلتزم المصرف ألا يستوفي من هذا المبلغ إلا بقدر ما تحمله من نفقات الصيانة وما زاد عن ذلك يتنازل عنه للمستأجر.

٧. على القول بمنع اشتراط تحميل المستأجر الصيانة الأساسية؛ لا يجوز أن تكون بعض مكونات الأجرة المتغيرة للفترة اللاحقة ما يتحمله المصرف من نفقات الصيانة الأساسية.

مراجع البحث

١. الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية، للبعلي، علي بن محمد بن عباس، تحقيق: أحمد الخليل، دار العاصمة.
٢. الأشباه والنظائر، لابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، ط ١، بيروت، دار الكتب العلمية ١٤١٩هـ.
٣. إعلام الموقعين، لابن القيم، شمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، ط ١، المملكة العربية السعودية، ابن الجوزي للنشر والتوزيع.
٤. الإنصاف، المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، ط ٢، بيروت، دار إحياء التراث.
٥. البحر الرائق، لابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، دار الكتاب الإسلامي.
٦. بحوث في قضايا معاصرة، للعثماني، محمد تقي، ط ١، دمشق، دار القلم، ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م.
٧. بدائع الصنائع، الكاساني، لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ.
٨. البيان في مذهب الإمام الشافعي، للعمراني، أبو الحسين يحيى بن أبو الخير اليمني، ط ١، دار المنهاج، بيروت، ١٤٢١هـ.
٩. التبصرة، اللخمي، أبو الحسن علي بن محمد، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، ط ١، قطر، وزارة الشؤون الإسلامية، ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م.
١٠. تحفة المحتاج، للهيتمي، محمد بن علي بن حجر، دار إحياء التراث العربي.
١١. التهذيب في اختصار المدونة، للبراذعي، خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، تحقيق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، ط ١، دبي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢م.

١٢. التوضيح شرح جامع الأمهات، للجندي، خليل بن إسحاق، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ط ١، مركز نجيوه للمخطوطات وخدمة التراث، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م.
١٣. الجامع لمسائل المدونة، لابن يونس، أبو بكر محمد بن عبد الله، تحقيق: مجموعة باحثين، ط ١، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، ١٤٣٤هـ، ٢٠١٣م.
١٤. الحاوي الكبير، للهاوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد، تحقيق: علي معوض، وعادل عبد الموجود، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م.
١٥. حماية رأس المال، للشبيلي، يوسف بن عبد الله، دراسات المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية، البحرين، ٢٠١٥م.
١٦. الذخيرة، للقرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، ط ١، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤م.
١٧. رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ط ٢، بيروت، دار الفكر، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.
١٨. روضة الطالبين وعمدة المفتين، للإمام النووي، أشرف على التحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.
١٩. شرح الزرقاني على مختصر خليل، للزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠٢م.
٢٠. شرح مختصر خليل، للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشبي، بيروت، دار الفكر.



٢١. شرح منتهى الإيرادات، لابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط١، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م.
٢٢. صحيح البخاري المسمى الجامع الصحيح، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، ط١، ١٤٢٢هـ.
٢٣. الضوابط التي تحكم عقد صيانة العين المؤجرة وتبعية ذلك على المؤجر والمستأجر، للأشقر، محمد بن سليمان، أبحاث الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي، عام ١٤١٣هـ، ١٩٩٣م.
٢٤. صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٣هـ.
٢٥. فتاوى أعيان، هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لشركة أعيان للإجارة والاستثمار، الكويت، ٢٠٠٢م.
٢٦. الفروع، لابن مفلح، أبو عبد الله، شمس الدين محمد المقدسي، تحقيق: عبد الله التركي، ط١، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.
٢٧. الفروق، للقرافي، أبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي، السعودية، عالم الكتب.
٢٨. فقه البيوع على المذاهب الأربعة، للعثماني، محمد تقي، مكتبة المعارف، باكستان، كراتشي، ١٤٣٦هـ، ٢٠١٥هـ.
٢٩. في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، لحما، نزيه، ط١، دمشق، دار القلم، ١٤٢٨هـ.
٣٠. القواعد النورانية، لابن تيمية، أبي العباس أحمد بن عبد الحلیم، تحقيق: أحمد الخليل، ط١، المملكة العربية السعودية، ابن الجوزي، ١٤٢٢هـ.

٣١. القوانين الفقهية، للغرناطي، أبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي.
٣٢. الكافي، لابن قدامة، محمد بن أحمد المقدسي، ط ١، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤ م.
٣٣. كشاف القناع، للبهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، ط ١، بيروت، دار الكتب العلمية.
٣٤. المبسوط، لشمس الدين السرخسي، دار الكتب العلمية، ط ١، بيروت ١٤١٤هـ.
٣٥. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، ط ١، كراتشي، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ.
٣٦. مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة التعاون الإسلامي.
٣٧. مجموع الفتاوى، لابن تيمية، جمع: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي، جمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥ م.
٣٨. المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، صلاح الدين خليل كيكليدي، تحقيق: محمد بن عبد الغفار، ط ١، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤ م.
٣٩. المحلى بالآثار، لابن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، بيروت، دار الفكر.
٤٠. المحيط البرهاني، لابن مازة، أبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، ط ١، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤ م.



- ٤١ . مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط، لنزيه حماد، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط ٢، جدة، ١٤٢٠هـ.
- ٤٢ . المدونة الكبرى، دار السعادة، مصر، الطبعة الأولى.
- ٤٣ . المغني، لابن قدامة، موفق الدين أبو محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د. عبد الله التركي، ط ٢، دار هجر، ١٤١٢هـ.
- ٤٤ . المسؤولية عن أعمال الصيانة في إجارة المعدات، لحسين حامد حسان، أبحاث الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكويتي، عام ١٤١٠هـ، ١٩٩٠م.
- ٤٥ . مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للخطاب، أبي عبد الله محمد بن محمد المغربي، وبأسفله التاج والإكليل لمختصر خليل، للمواق، أبي عبد الله محمد بن يوسف المواق، ط ١، دار الكتب العلمية.
- ٤٦ . الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف بدولة الكويت.
- ٤٧ . نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للرملي، شمس الدين بن شهاب الدين، دار الفكر، ١٤٠٤هـ.
- ٤٨ . الهداية، للمرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، تحقيق: طلال يوسف، ط ١، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- ٤٩ . الوسيط في المذهب، للغزالي، أبي حامد محمد بن محمد، ط ١، القاهرة، دار السلام، ١٤١٧هـ.



