

الموضوع الثاني:

مسائل في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك

محاوَر موضوع: مسائل في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك

أصبح عقد الإيجار المنتهي بالتمليك هو العمود الفقري للمصرفية الإسلامية سواء في تمويل المنازل أو السيارات أو الطائرات وأنواع الصكوك المختلفة.

وبقدر ما تتوسع البنوك الإسلامية في توليد الأصول على صفة أعيان مؤجرة، بقدر ما تزداد الحاجة إلى التصكيك والطرح العام للتداول لصكوك محلها أوعية تحوي أصولاً مؤجرة. حتى يستمر هذا التوسع ويأخذ المسار الطبيعي في التطور لكي يخدم حاجات المجتمع بكافة فئاته فإن الحاجة ماسة إلى عقد معياري له شروط وأحكام موحدة، تكون أساساً لعمليات التمويل والاستثمار عبر جميع المشاركين في سوق المال.

كل هذا يكشف الحاجة إلى مزيد من البحث الشرعي في الجوانب التي اختلف فيها نظر الهيئات الشرعية في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك للتوصل إلى أفضل الحلول، وقد طلبت إدارة ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي في موسمها الثاني عشر من أصحاب الفضيلة العلماء بحث عن حلول شرعية في مسائل عقد الإيجار المنتهي بالتمليك الأتية:

المسألة الأولى: نقل عبء الصيانة إلى المستأجر:

مضى العرف على تقسيم الصيانة في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك إلى الصيانة التشغيلية وهو الجزء من الصيانة المتصل بالاستخدام، والثاني هو الصيانة الهيكلية أو الأساسية، وهي المتعلقة بقدرة الأصل على توليد المنافع. والرأي الراجح لدى الهيئات الشرعية ان الصيانة التشغيلية هي من مسئولية المستأجر. أما الصيانة الهيكلية فهي من مسئولية المؤجر، أي المؤسسة المالية المالكة للأصول، وتُعد مسألة الصيانة الهيكلية أكبر المخاطر التي تواجهها البنوك في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك، كما أنها تدخل تعقيدات جمة على هيكل عمليات تصكيك الأصول.

هل هناك طريقة مشروعة لنقل عبء الصيانة الهيكلية إلى المستأجر بالتراضي بين الطرفين؟ وهل يكون ذلك في نفس عقد الإجارة أم في عقد مستقل؟

المسألة الثانية: تملك المؤجر للدفعة المقدمة:

الأصل أن جميع ما يدفعه المستأجر ضمن عقد الإجارة هو ثمن للمنافع التي استوفاهما أو يتمكن من استيفائها، ولا يستحق المؤجر هذه المبالغ إلا بعد استيفاء تلك المنافع من قبل المستأجر، إلا أن الصيغة الجارية لعقد الإجارة المنتهية بالتمليك (لا سيما في العقار)، تقتضي دفع المستأجر مبالغ للمؤجر تسبق استيفاءه للمنافع، ومن أهمها الدفعة المقدمة التي قد تصل إلى 30% من مبلغ التمويل.

فإذا انفسخ العقد، أو جرى إنهاؤه فإن على المؤجر أن يرد هذه المبالغ (لا سيما الدفعة المقدمة) إلى المستأجر، لكن البنوك تجد صعوبة في الالتزام برد أي مبلغ جرى تسلمه ضمن عقد الإجارة؛ لأن أي مبلغ جرى تسلمه ضمن عقد الإجارة ويكون قابلاً للرد يجب أن يسجل في جانب الخصوم في دفاتر البنك، والحال أن المؤجر يريد تسجيله على صفة دخل وليس التزاماً.

هل من صيغة لاشتراط أن كل مبلغ تسلمه المؤجر فقد ملكه ملكاً تاماً مستقراً، ولا يكون قابلاً للرد؟

المسألة الثالثة: دفع الأجرة في فترة الصيانة:

يتعرض محل عقد الإجارة سواء كان في المعدات أو الطائرات أو المنازل إلى الحاجة إلى الصيانة، وخلال هذه الفترة تتوقف المنافع، ولما كانت الأجرة هي مقابل المنافع فإن المؤجر لا يستحق أجرة عنها. إلا أن استمرار التدفقات النقدية بصورة منتظمة وبغير انقطاع (لا سيما إذا كان انقطاعاً لا يمكن توقعه) أمر في غاية الأهمية بالنسبة للبنوك، وبدون هذا الانتظام تكون عملية التصكيك عالية المخاطر.

فهل يجوز إلزام المستأجر بالاستمرار في دفع الأجرة بصورة مستمرة بغير انقطاع حتى خلال فترات الصيانة؟

المسألة الرابعة: الأجرة متغيرة

مضى أكثر من عقدين من الزمان على صدور قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي الذي أجاز ربط الأجرة في عقد الإيجار المنتهي بالتملك بمؤشر، ومع ذلك لم يلق هذا القرار القبول العام المعهود في القرارات الصادرة عن الفتاوى الجماعية، كما هو حال قرارات المجمع.

ويرى البعض ان سبب ذلك هو أن التطبيق المصرفي لهذا القرار مغاير للصورة التي بنى عليها علماء المجمع قرارهم المذكور، ذلك أن ما عرض على المجمعين في اجتماعهم الذي صدر عنه ذلك القرار صفة عقد إجارة فيه أجرة كلية ثابتة يتغير القسط في كل فترة بناءً على مؤشر وتبقى الأجرة الكلية بدون تغير. بيد أن هذا مختلف عن التطبيق المصرفي الذي يقوم على إعادة حساب جميع ما بقي في الذمة في بداية كل فترة بناءً على قيمة المؤشر الجديدة ثم إعادة توزيعه على أقساط شهرية، ومن ثم فإن الأجرة الكلية تزايد باستمرار.

فهل لهذا الاختلاف أثر شرعي يبرر القول: إن قرار المجمع لا ينطبق على التطبيق المصرفي؟

المسألة الخامسة: ضمان المستأجر لشركة التأمين:

التأمين على الأصل المؤجر جزء مهم من هيكل عقد الإجارة المنتهية بالتملك، حيث يقوم المؤجر أصالة بالتأمين أو من خلال توكيل المستأجر بالقيام بذلك على حساب المؤجر، إلا إن المطالبة بالتعويض من شركة التأمين في حال وقوع ما يستدعي التعويض مثل هلاك الأصل هي عملية بالغة التعقيد وتستغرق وقتاً طويلاً، وقد تستدعي التقاضي لدى المحاكم وبخاصة في الأصول ذات الأثمان المرتفعة كالطائرات ونحوها، وفي هذا إشكال بالغ للبنوك ليس فقط من جهة التكاليف العالية بل احتمال الخسارة لضيق الوقت بدون عوائد.

هل يجوز إلزام المستأجر الذي أنشأ وثيقة تأمين لصالح المؤجر (على حساب المؤجر) بأن يضمن أن تدفع شركة التأمين التعويض خلال شهر مثلاً وإلا كان هو المسئول عن دفع ذلك التعويض؟ واشتراط أن عدم دفع شركة التأمين التعويض خلال شهر يعد تقصيراً منه يترتب عليه التعويض؟

المسألة السادسة: هيكل الإجاريتين:

يكتنف عملية شراء العقار وتسجيله في أكثر البلدان إجراءات قانونية مطولة وتكاليف مثل ضريبة الدمغة والقيمة المضافة وما إلى ذلك. ويتضمن عقد الإيجار المنتهي بالتملك مرحلة شراء المؤجر (البنك) للعقار وتملكه ثم تأجيره على العميل إيجاراً منتهياً بالتملك ونقل ملكيته إلى العميل في نهاية العقد، مما يعني الخضوع لتلك الإجراءات مرتين.

وتعمد البنوك في أحد البلدان الإسلامية إلى الدخول مع العميل الراغب في الحصول على التمويل في عقد إجارة طويل الأجل (25 سنة مثلاً) لأصل مملوك للعميل بأجرة نقدية منجزة ثم تعيد تأجيره على العميل لنفس المدة بأجرة مقسطة وذلك في الحالات التي يكون العميل مالكاً للعقار فإذا لم يكن كذلك مكنته من شراء العقار وتملكه من خلال توفير التمويل (بالتورق مثلاً) لشراء العقار، ثم يستأجر البنك العقار بأجرة معجلة ويسدد دين التورق من الأجرة المعجلة المدفوعة للعميل، ثم يعيد تأجير العقار على العميل ويسدد العميل الأجر حسب مواعيد استحقاقها.

فهل مثل هذا الهيكل مقبول شرعاً؟

المسألة السابعة: تعويض المستأجر المؤجر:

مع أن العقد في ظاهره عقد إجارة إلا أن أنظمة البنوك وإجراءاتها المحاسبية تتعامل مع مبلغ الأجرة الكلية كدين ثابت في ذمة العميل (وليس ديناً غير مستقر لا يستحق إلا باستيفاء المنفعة) ولذلك قد تحصل من العميل على سند لأمر مقابل الأجرة ولو هلك الأصل ودفعت شركة التأمين مبلغاً يقل عن المبلغ المتبقي من الأجرة الكلية رجع البنك على العميل لدفع الفرق بينهما، إذا ان الأجرة الكلية تعد ديناً في ذمة العميل.

فهل لمثل هذه الإجراءات وجه من القبول الشرعي؟

حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات الإجارة مع الوعد بالتمليك

إعداد

أ. د. خالد بن عبد الله المزيني

أستاذ الفقه المشارك بجامعة الملك فهد للبترول والمعادن

بحث مقدم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشرة

تنظيم البنك الأهلي التجاري - بمدينة جدة

بتاريخ: 22-21 ربيع الثاني 1441هـ الموافق: 18-19 ديسمبر 2019م.

مقدمة

عقد الإجارة من العقود المسمّاة فقهاً، المتفق على مشروعيتها بين الفقهاء⁽¹⁾، وبموجبه يملك المستأجر منفعة العين المؤجرة طوال مدة العقد، ويتحمل عبء صيانتها التشغيلية، ويلتزم بعدم التعدي والتفريط في حمايتها، فإذا تعدى أو فرط تحمل آثار تعدييه أو تفريطه، وتبقى العين على ملك المؤجر، ويتحمل تبعه هلاكها وضمان مرمتها وتكلفة صيانتها الأساسية، هذه هي الأحكام الأساسية لهذا العقد. لكن طرأت مستجدات في العصر الحديث على هذا العقد، غيرت صورته القديمة إلى صيغ مطورة اقتضتها حاجة الممولين والمتمولين، وظهرت صور تجمع بين الإجارة والبيع⁽²⁾، واقتضت إعادة النظر في توصيفه فقهاً وقانوناً بصوره الجديدة، ومن ثم إسباغ الحكم التكليفي على كل صورة من تلك الصور. وتقرأ هذه الورقة بعض المسائل المشكّلة المستجدة في هذا العقد، وتحاول الإجابة عنها، من خلال مناقشة المحاور التي اعتمدها إدارة الندوة الموقرة. ومما يجدر التنويه إليه: أن الإجارة المنتهية بالتملك من العقود المعاصرة، التي وقع فيها تطوير منتج يجمع بين عقدي البيع والإجارة، وكان الغرض من هذا التركيب: احتفاظ المؤجر بملكية العين إلى أن يستوفي أقساط العقد باسم الأجرة، ثم تنقل ملكية العين بعد ذلك إلى العميل، إضافة إلى أنه سيأمن من مزاحمة الغرماء في حال إفلاس العميل، فهذه مكاسب يتبعها تحمل المؤجر ضمان العين المؤجرة، والذي يظهر أن التوصيف الفقهي الأقرب لهذا العقد: أنه عقد متردد بين عقدي الإجارة والبيع، وأنه بالنظر في مدة الإجارة، لا يتمحض إجارة ولا بيعاً، ولهذا ينبغي أن يراعى هذا التردد في أحكام تفاصيل العقد.

(1) ابن عابدين، رد المحتار (4/6)، الدردير، الشرح الكبير (3/4)، الرملي، نهاية المحتاج (261/5)، ابن قدامة، المغني (321/5).
(2) لا تزال عقود التمويل وصيغها المختلفة في ازدياد مطرد، وتبلغ شركات التمويل المرخصة في المملكة العربية السعودية، التي تقدم منتجات تمويل مختلفة، حتى عام 2017م، بما فيها التأجير التمويلي (37) شركة، وبلغ إجمالي المحفظة التمويلية في نهاية عام 2018م ما يزيد عن 48 مليار ريال سعودي، وبلغ التمويل العقاري نسبة 34% من المبلغ المذكور، في حين بلغ التمويل غير العقاري نسبة 66%، ينظر: مؤسسة النقد العربي السعودي، التقرير السنوي الخامس والخمسون، ص (100)، الرياض، 1440 هـ، يونيه 2019م.

المسألة الأولى: نقل عبء الصيانة إلى المستأجر:

تقسم الصيانة عادة إلى: الصيانة التشغيلية، والصيانة الأساسية، وتشمل نفقة التأمين على العين المؤجرة. وضمن العين المؤجرة يشمل ما ذكر أعلاه، كما يشمل تحمل تبعة هلاك العين المؤجرة. وقد انتهت قرارات الاجتهاد الجماعي المعاصر، إلى أن عقد الإجارة المنتهية بالتملك، يبدأ بعقد تأجير حقيقي مع وعد بالتملك بعد سداد الأقساط، ففي قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المتعلق بصور هذا العقد الجديد، برقم 110 (4/12)، وتاريخ 25 جمادى الآخرة 1421 هـ، ذهب فيه إلى وجوب التمييز بين مرحلتى الإجارة والتملك، وأن يكون هناك عقدان منفصلان، الأول عقد إجارة حقيقي وبعد انتهاء سداد أقساط الأجرة، يتبع بعقد بيع مستقل، ونص على وجوب "أن تكون الإجارة فعلية، وليست ساترة للبيع"، وأن يتحمل المؤجر: ضمان العين المؤجرة، والتأمين عليها، والصيانة غير التشغيلية⁽¹⁾.

مع أن المتبوع لعقود الإجارة المنتهية بالتملك اليوم يجدها غير متحققة بهذا الشرط، وإنما تراعي مآل التملك حتى في مرحلة الإجارة، اعتباراً بمقصد طرفي العقد، ومن ذلك رفع الأجرة عن الأجرة المعتادة، نظراً لإضافة نسبة التملك إليها. وعلى هذا النحو تقريباً سار معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة (أيوفي)، فقرر أنه (5/1/5) "لا يجوز للمؤجر أن يشترط براءته من عيوب العين المؤجرة التي تخل بالانتفاع، أو أن يشترط عدم مسؤوليته عن عما يطرأ على العين من خلل يؤثر في المنفعة المقصودة من الإجارة، سواء أكان بفعله أم بسبب خارج عن إرادته"، كما قرر (7/1/5) أنه "لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر الصيانة الأساسية للعين التي يتوقف عليها بقاء المنفعة، ويجوز توكيل المؤجر للمستأجر بإجراءات الصيانة على حساب المؤجر، وعلى المستأجر الصيانة التشغيلية أو الدورية (العادية)". وقرر أن (8/1/5) "العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة، ما لم يقع من المستأجر تعد أو تقصير، ويجوز له أن يؤمن عليها عن طريق التأمين المشروع كلما كان ذلك ممكناً، ونفقة التأمين على المؤجر، ويمكن للمؤجر أخذها في عين 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"⁽²⁾.

(1) ونص القرار المذكور على أن ضابط المنع: أن يرد عقدان مختلفان، في وقت واحد، على عين واحدة، في زمن واحد، ونص على أن ضابط الجواز: "وجود عقدين منفصلين مستقل كل منهما عن الآخر زماناً، بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتملك في نهاية مدة الإجارة. والخيار يوازي الوعد في الأحكام، وأن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع". وبخصوص ضمان العين المؤجرة نص على أن يكون على المالك لا على المستأجر، "وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين، من غير تلف ناشئ من تعدي المستأجر أو تفریطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فأتت المنفعة". وفيما يتعلق بالتأمين على العين المؤجرة نص على أنه "يجب أن يتحملة المالك المؤجر، وليس المستأجر". ويؤكد القرار على عدم الخلط في توصيف هذا العقد بين البيع والإجارة، وأنه "يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتملك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة، وأحكام البيع عند تملك العين"، وبشأن الصيانة نص القرار على أن "تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر، لا على المستأجر، طوال مدة الإجارة".

(2) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية (247)، هذا وكانت الهيئة الشرعية في شركة الراجحي المصرفية قد اشترطت كون عقد الإجارة والبيع مقصوداً بهما حقيقة معناه وأثارهما، وعلى الخصوص التزام المالك المؤجر خلال الإجارة بتحمل تبعات المالك، كتبعية هلاك العين، أو نفقات التأمين عليها، ونفقات الصيانة (أي الأساسية)، ولا مانع في نظر الهيئة المذكورة من اشتراط جعل تكاليف الصيانة العادية التي يحتاج إليها المأجور عادة، نتيجة للاستعمال الطبيعي على عاتق المستأجر، وعللوا بأن هذا معروف في العادة نوعاً وقدرًا، مما ينفي

وفي كل حال فإنه يلزم المؤجر مالك العين المؤجرة أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة⁽¹⁾، وأن يتحمل ضمانها وتبعية هلاكها وصيانتها الأساسية، كما أن المستأجر يتحمل تكلفة الصيانة التشغيلية، دون الصيانة الأساسية، لكن إذا تعدى أو فرط فتلفت العين أو تضررت ضرراً بليغاً فإنه يضمن، ولهذا نعت الفقهاء يد المستأجر بأنها: يد أمانة، وقد أشار الإمام البخاري في فاتحة كتاب الإجارة من صحيحه إلى مأخذ هذه التسمية، وأنه مقتبس من الآية الكريمة: (إِنَّ خَيْرَ مَنْ اسْتَأْجَرَ قَوِيًّا الْأَمِينُ) [القصص (26)]، وما جاء عن النبي ﷺ من قوله: "الخازن الأمين، الذي يؤدي ما أمر به طيبة نفسه، أحد المتصدقين"⁽²⁾، إذ وصف يد من وضع يده بحق على المال بأنها أمانة⁽³⁾.

لكن هل يجوز الاتفاق على خلاف هذا الأصل، بحيث يشترط في العقد تحميل المستأجر ضمان العين المؤجرة، أم لا؟، أشرت آنفاً إلى اتجاه جمهور الفتاوى الصادرة بشأن ضمان العين المؤجرة إيجاباً منتهياً بالتملك، وأنها تجعل تبعة ضمان العين وهلاكها والمرمة الأساسية على المؤجر، وتمنع تحميلها للمستأجر، ولو كان هذا بالاتفاق والتراضي بين الطرفين، وفيما يلي أعرض أقوال الفقهاء في المسألة، ثم أتبعها بما يترجح:

أولاً: مذهب الحنفية: قال محمد بن الحسن الشيباني: "ومرمة الحمامين في صَارُوْجِهِمَا⁽⁴⁾ وما لا بد منه لهما على رب الحمام، وليس على المستأجر من ذلك شيء، وكذلك إصلاح قِدْرِ الحمام، وحوضه ومسيل مائه، فهو على رب الحمام، ولو استأجر رجل حماماً واشترط عليه رب الحمام أن مَرَمْتَهُ على المستأجر فإن هذه الإجارة فاسدة لا تجوز، من قبل أن المرمة مجهولة لا تعرف كم تبلغ، ولو اشترط عليه رب الحمام عشرة دراهم كل شهر لَمَرَمْتِهِ مع الأجر إذا أذن أن ينفقها عليه فإن هذا جائز"⁽⁵⁾، فاشترط كون الصيانة الأساسية على المؤجر، ورخص في أن يشترط على المستأجر زيادة الأجرة بدراهم معلومة، ترصد للصيانة. وقال الكاساني: "وتطيين الدار، وإصلاح ميزابها، وما وهي من بنائها على رب الدار دون المستأجر، لأن الدار ملكه، وإصلاح الملك على المالك"⁽⁶⁾ اهـ.

ثانياً: مذهب المالكية: روى سحنون في المدونة عن جماعة من الفقهاء أنهم قرروا هذا المعنى، فروى عن أبي الزناد ونافع مولى ابن عمر والفقهاء السبعة أنهم قالوا: "لا يصلح الكراء بالضمآن"⁽⁷⁾، وقال ابن شاس: "ويد المستأجر يد أمانة على المعروف من المذهب. وحكي في التضمين قول بعيد"⁽⁸⁾، فأفادنا بهذا وقوع الخلاف في المسألة، لكنه وصف القول بالتضمين بأنه بعيد. وروى أشهب عن مالك: "فيمن استأجر جفنة؛ أنه لها ضامن، إلا أن يقيم بينة على الضياع"⁽⁹⁾. وقال القرافي: "ويمتنع اشتراطه عليه إصلاح البيوت كلما احتاجت إليه لأنه مجهول"⁽¹⁰⁾ اهـ، وقال خليل في مختصره: "وهو أمين

الجهالة والغرر الفاحش، بخلاف إصلاح ما يطرأ على المأجور من غير الاستعمال الطبيعي، فإن هذا لا يجوز اشتراطه على المستأجر، بل هو من مسؤولية المالك المؤجر، فتاوى الهيئة الشرعية بشركة الراجحي المصرفية، قرار رقم (95) (164/1).

(1) ابن قدامة، المغني (340/5).

(2) صحيح البخاري (2260)، وصحيح مسلم (1023).

(3) ابن بطال، شرح صحيح البخاري (385/6)، وينظر مناقشة لهذا القول: ابن الدماميني، مصابيح الجامع شرح صحيح البخاري (143/5).

(4) الصاروج: النورة وأخلاطها التي تصحج بها النزل وغيرها، فارسي معرب، ابن منظور، لسان العرب، مادة (صرح) (310/2).

(5) الشيباني، الأصل (502/3).

(6) الكاساني، بدائع الصنائع (208/4)، وينظر أيضاً: ابن عابدين، رد المحتار (79/6)، ابن الهمام، فتح القدير (86/9)، والبغدادي، مجمع

الضمانات (13)، لجنة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية م (601) (112).

(7) سحنون، المدونة (497/3).

(8) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة (936/3).

(9) ابن بطال، شرح صحيح البخاري (385/6).

(10) القرافي، الذخيرة (493/5).

فلا ضمان" (1)، أي المستأجر، قال: "ولو شرط إثباته" (2) انتهى، أي ولو شرط عليه الضمان في العقد لم يضمن، لأن يده يد أمانة.

ثالثاً: مذهب الشافعية: قال الجويني: "ولو وقع العقد بكراء معلوم، وشرط المكري على المكتري أن يعمر الدار بها، فهذا فاسد مفسد أيضاً؛ من جهة أن قيام المكتري بالعمارة عمل منه مجهول، واشتراط عمله مضموماً إلى الأجرة، يتضمن جهالة بينة في العوض" (3)، وقال الغزالي: "والمستأجر لا يضمن إجماعاً" (4)، وقال الشربيني في شرح عبارة النووي في المنهاج شرحاً ممزوجاً: "ويد المكتري على المستأجر من (الدابة والثوب) وغيرهما (يد أمانة مدة الإجارة) جزماً، فلا يضمن ما تلف فيها بلا تقصير، إذ لا يمكن استيفاء حقه، إلا بوضع اليد عليها، وعليه دفع متلفاتها كالمودع" (5) اهـ.

رابعاً: مذهب الحنابلة: قرروا أن يد المستأجر يد أمانة، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط (6)، وحكي عن أحمد رواية بالضمان (7)، وقال ابن قدامة: "وإن شرط الإنفاق على العين النفقة الواجبة على المكري، كعمارة الحمام، إذا شرطها على المكتري، فالشرط فاسد؛ لأن العين ملك للمؤجر فنفتقتها عليه. وإذا أنفق بناء على هذا، احتسب به على المكري" (8) اهـ. وهذا بخلاف عقد البيع، فإن "ضمان المبيع على المشتري إذا قبضه" (9). وقال الهوتي: "(أو شرط) المؤجر (على المكتري النفقة الواجبة لعمارة المأجور) لم يصح لأنه يؤدي إلى جهالة الإجارة. (أو جعلها) أي النفقة على المأجور (أجرة لم يصح) لأنها مجهولة" (10) اهـ. وقال ابن مفلح: "العين المؤجرة أمانة في يد مستأجرها إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها، ولا فرق بين الإجارة الصحيحة والفسادة، فإذا انقضت المدة رفع يده عنها، ولم يلزمه الرد، أو ما إليه في رواية ابن منصور؛ لأنه لو وجب ضمانها لوجب ردها كالعارية، وحينئذ تبقى في يده أمانة كالوديعة" (11).

إذا تقرر ما سبق، وأن يد المستأجر يد أمانة، فهل يصح عند الفقهاء أن يشترط عليه المؤجر ضمان العين المؤجرة أم لا؟، فيه خلاف محكي عنهم، والأكثر أن على أنه شرط لا يصح كما تقدم آنفاً، قال في مجمع الضمانات: "وشرط الضمان على الأمين باطل" (12)، وهو قول الجمهور، وهو المذهب عند الحنابلة (13)، وقيل: يصح اشتراط عدم الضمان، وهو رواية عن الإمام أحمد، وبه قال إسحاق بن راهويه، ففي مسائل أحمد وإسحاق: "قال سفيان: كل شيء، أصله ضمان فاشترط: أن

(1) خليل بن إسحاق، المختصر (206)، وينظر في شرحه: الحطاب، مواهب الجليل (427/5)، الخرخشي، شرح مختصر خليل (26/7).

(2) المرجع السابق.

(3) الجويني، نهاية المطلب (194/8)، وينظر: الرملي، نهاية المحتاج (266/5).

(4) الغزالي، الوسيط (188/4).

(5) الشربيني، مغني المحتاج (476/3)، وينظر أيضاً: الجويني، نهاية المطلب (185/8).

(6) ابن قدامة، المغني (396/5)، الهوتي، كشاف القناع (168/4).

(7) ذكرها في المغني (397-396/5)، قال: "فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين، فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى العقد... إلى أن قال: وعن أحمد، أنه سئل عن ذلك، فقال: المسلمون على شروطهم. وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه؛ لقوله ﷺ: المسلمون على شروطهم" اهـ. قال ابن رجب: "من الأصحاب من جعلها رواية بثبوت الضمان فيها؛ فلا تكون أمانة. ومنهم من حكى الخلاف في قبول دعوى التلف بأمر خفي، وهي طريقة ابن أبي موسى؛ فلا تخرج بذلك عن الأمانة

(8) ابن قدامة، المغني (340/5).

(9) ابن قدامة، المغني (489/3).

(10) الهوتي، كشاف القناع (21/4).

(11) ابن مفلح، المبدع (449/4).

(12) البغدادي، مجمع الضمانات (33).

(13) ابن قدامة، المغني (489/3)، المرادوي، الإنصاف (113/6)، الهوتي، كشاف القناع (168/4).

ليس عليه ضمان؛ فهو ضامن، قال أحمد: إذا اشترط له فالمسلمون عند شروطهم، قال إسحاق: كما قال أحمد، ألا ترى أن أنس بن مالك بعد ما ضمنه عمر الوديعة، كان لا يأخذ بضاعة إلا يشترط أنه بريء من الضمن" (1) انتهى.

الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء، يتبين أنه لا يصح نقل عبء الصيانة الأساسية إلى العميل، لما يلي:

1. أن هذا هو الأصل في عقد الإجارة، أن يد المستأجر يد أمانة (2)، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط (3)، إذ "لا معنى للأمانة إلا انتفاء الضمان" (4)، وقد حكي الإجماع على هذا، وإن كان لا يثبت إجماعاً كما سيأتي قريباً، لكنّه قول جماهير الفقهاء، ومعظم الفقهاء لا يذكرون إلا هذا القول، لا يشيرون إلى خلاف في المسألة أصلاً.
2. أن تحمل المؤجر مخاطر ملكية العين المؤجرة جارٍ على قاعدة الشريعة، وهي أن "الخراج بالضمان" (5)، فإن الأجرة التي يستحقها المؤجر "عوض ما كان عليه من ضمان الملك" (6)، فإن العين لو تلفت كانت من ضمانه، فالغلة له، "ليكون الغنم في مقابلة الغرم" (7). ولا وجه لتحميل المستأجر مخاطر الملكية، سوى كونه محتاجاً للحصول على العين المؤجرة، فكان تحميله إياها استغلالاً لحاجته، أشبهه ببيع المضطر والمضغوط.
3. أن تحميل المستأجر ضمان العين المؤجرة، إضافة إلى الأجرة التي يدفعها، يجعل الأجرة مجهول جهالة كبيرة، ومثل هذا القدر يفسد الشرط.

وكون هذا العقد يؤول إلى التملك لا ينهض لتحميل المستأجر كل ما يتحملة المؤجر من تبعات ومسؤوليات، بل تتمسك بمقتضيات عقد الإجارة إلى أن يظهر لنا ناقل قوي، يقاوم الأصل المستصحب المذكور آنفاً.

4. أن المخاطر الواقعة على العين المؤجرة ليست شيئاً استجد في هذا العصر، لم يكن معروفاً عند المتقدمين، بل لوقيل إن المخاطر في الزمن القديم أكثر لم يبعد، فعطب الدواب وغرق السفن واحتراق الحوانيت أمر شائع مشهور في القديم، ومع ذلك فكان موقف الفقه بفروعه وقواعده منتظماً في عدم تحميل المستأجر تبعه هلاك العين المؤجرة. وتذكر كتب الفقه والتواريخ كثيراً من الحوادث في هذا الصدد، وقد سئل أحمد عن رجل استعار دابة إلى مكان سماه، فعطبت؟ قال: هو ضامن، والعارية مؤداة، "على اليد ما أخذت حتى تؤدي" (8)، وعن الأوزاعي قال: "إذا اكترى دابة فجاوز بها الوقت، فإن سلمت الدابة كان له كراء الدابة، وإن هلكت الدابة ضمن ثمنها، ولا كراء

(1) مسائل الإمام أحمد وإسحاق (3012/6)، والقصة أنه كانت عند أنس بن مالك ﷺ وديعة، فهلكت من بين ماله، فضمنه إياها عمر بن الخطاب ﷺ، فقال معمر: لأن عمر أتهمه، يقول: كيف ذهبت من بين مالك! وفي رواية الشعبي، أن عمر قال لأنس: "إنك لأمين في نفسي"، مصنف عبدالرزاق (182/8)، والبيهقي (289-290/6).

(2) يراد بالأمين هنا: من في يده مال غيره: بإقرار الشارع، أو برضا المالك، وأسباب الضمان في الشريعة ثلاثة: عقد، ويد، وإتلاف، وينظر ما ذكره ابن رجب في القواعد (305/1): فصل ما قبض من مالكة بعقد لا يحصل به الملك، وينظر أيضاً: القرافي، الفروق (205/2)، الزركشي، المنثور (323/2).

(3) الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء (116/4)، ابن قدامة، المغني (0)، ابن تيمية، القواعد النورانية (192).

(4) قواعد ابن رجب (315/1).

(5) ابن السبكي، الأشباه والنظائر (41/2).

(6) ابن السبكي، الأشباه والنظائر (41/2).

(7) ابن السبكي، الأشباه والنظائر (41/2).

(8) الكوسج، إسحاق بن منصور، مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهوية (2709/6).

لصاحبها"، قال أحمد: "له الكراء، وإن عطبت فعليه الكراء والضمان"، واحتج بحديث عروة البارقي في الشاة، قال إسحاق: كما قال، وليس في حديث عروة ذلك البيان⁽¹⁾.

5. أن هذا عقد الإجارة المنتهية بالتملك تبنته البنوك أصلاً لتجنب مخاطر نقل الملكية، فعدلت عن المرابحة والبيع الأجل التي تنتقل فيها ملكية العين إلى العميل، وأخذت بالتأجير المنتهي بالتمليك، الذي يضمن لها الاحتفاظ بملكية العين، وعليه فإذا رغب البنك بالاحتفاظ بالملكية فعليه أن يتحمل مخاطرها، وإذا رغب عن تحمل مخاطرها فعليه أن يتنازل عن الملكية للعميل، ويحمله حينئذ المخاطر المذكورة، فأما أن يجمع بين التملك وعدم تحمل المخاطر فهذا جور وشطط.

6. أن مخاطر الملكية كانت عالية حين لم يكن هذا المنتج منظماً، فكان كل بنك يحتاط لنفسه بالشروط التي يراها محققة له الأمان، فأما بعد صدور نظام التأجير التمويلي، وأنظمة التمويل والرهن العقاري، وتفعيل قضاء التنفيذ، فينبغي أن تبت قدرأ من الثقة لدى البنوك.

7. أن تحميل المستأجر عبء الصيانة الأساسية يجعل الأجرة مجهولة، ومن شروط هذا العقد معلومية الأجرة: قال في المغني: "يشترط في عوض الإجارة كونه معلوماً. لا نعلم في ذلك خلافاً؛ وذلك لأنه عوض في عقد معاوضة، فوجب أن يكون معلوماً، كالثمن في البيع يشترط في عوض الإجارة كونه معلوماً. لا نعلم في ذلك خلافاً؛ وذلك لأنه عوض في عقد معاوضة، فوجب أن يكون معلوماً، كالثمن في البيع"⁽²⁾ اهـ.

وفي ختام هذه المسألة أنه إلى أن نظام التأجير التمويلي السعودي قرر أن المستأجر يتكفل بالصيانة التشغيلية، فيما يتحمل المؤجر أعباء الصيانة الأساسية، ما لم يتفق الطرفان على التزام المستأجر بها، فقد جاء في المادة (7) منه ما نصه: "يلتزم المستأجر باستعمال الأصل المؤجر في الأغراض المتفق عليها في حدود الاستعمال المعتاد، ويكون مسؤولاً عن القيام بأعمال الصيانة التشغيلية على نفقته وفق الأصول الفنية المتبعة. أما الصيانة الأساسية فإنها تلزم المؤجر، ما لم يتفق الطرفان على التزام المستأجر بها، وتكون حينئذ فيما ينشأ عن استخدام المستأجر للأصل، دون ما يكون ناشئاً من خلل أو عيب في الأصل المؤجر". ونصت المادة (14) على أن: "يتحمل المستأجر المسؤولية عن الأضرار الناتجة من استخدامه الأصل المؤجر". وأما ما يتعلق بتبعية هلاك العين المؤجرة فقد نصت المادة (9) منه على أن: "لا يتحمل المستأجر تبعية هلاك الأصل المؤجر ما لم يتعد أو يفرط، فإن كان الهلاك بتعدٍ أو تفریط من المستأجر؛ فيتحمل المستأجر قيمة الأصل عند الهلاك، باستثناء ما يغطيه التأمين"، وعلى أنه "يتحمل المؤجر تبعية الهلاك إذا كان بسببه أو بقوة قاهرة، كما يتحمل المؤجر التأمين التعاوني على الأصل المؤجر، ولا يجوز اشتراطه على المستأجر"⁽³⁾.

وفيما يلي تلخيص لأنواع الصيانة ومن يتحملها بحسب نظام التأجير التمويلي:

النوع	الطرف الذي يتحملها	الاستثناءات
1	المستأجر	-
2	المؤجر	-
3	المؤجر	يجوز الاتفاق على أن يتحملها المستأجر

(1) المصدر السابق.

(2) الرملي، نهاية المحتاج (266/5).

(3) نظام التأجير التمويلي السعودي.

-	المستأجر بشرط التعدي أو التفريط	تبعة هلاك العين المؤجرة	4
	المؤجر إذا لم يتعد المستأجر ولم يفرض		

المسألة الثانية: تملك المؤجر الدفعة المقدمة:

المطلب الأول: تصوير مسألة تملك المؤجر الدفعة المقدمة:

تشرط مؤسسات التمويل بالإجارة التمويلية، أن يدفع العميل دفعة مقدمة، تكون عادةً أكبر من باقي الأقساط التالية، وهذا في الغالب يستند إلى تعليمات البنوك المركزية، على سبيل التحوط لمؤسسات التمويل من تعثر العملاء في الوفاء بالأقساط، أو انخفاض قيمة العين المرهونة، إضافة إلى أن المستأجر يستفيد بهذا تخفيض قيمة باقي الأقساط والربح الموقع عليها. على أنه في حال اشتراط البنك على العميل تحويل الراتب كما هو الحال في المملكة العربية السعودية، تنخفض المخاطر على المؤجر إلى حد كبير، وعليه فالمخاطر المتعلقة بالدفعة المقدمة تكون أقل في هذه الحال بالنسبة للبنك ومؤسسة التمويل. وتتضمن الدفعة المقدمة: أجرة معجلة تكون أكبر من بقية الأقساط، ونسبة من أرباح العقد، ورسوم التسجيل، وقد تتضمن في بعض التطبيقات: وديعة تأمين قابلة للاسترداد، والرسوم الضريبية، ورسوم التسجيل، وربما رسوماً أخرى. ولما كان عقد الإجارة المنتهية بالتملك عقد معاوضة، فهو إذن يقتضي تملك المؤجر الأقساط المتفق عليها بالعقد نفسه، كما يقتضي تملك المستأجر منفعة العين المؤجرة⁽¹⁾، لكن هل هو ملك مستقر بمجرد القبض، أم ملك مراعى وغير مستقر، حتى يستوفي المستأجر المنفعة، أو يتمكن من استيفائها، قولان لأهل العلم:

واتجهت بعض البنوك إلى اعتبار الجزء المعجل من الأجرة أجرة مقدمة، تحتفظ به لحساب المستأجر ويكون له تحت الحساب، وتحسم منه مستحقاتها كل شهر، إذا استوفى المستأجر المنفعة التي تقابلها، أو كان يمكنه ذلك ولم يفعل بسبب منه لا من المؤجر، فإذا لم يتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة بسبب من المؤجر، فيلزم هذا الأخير أن يرد الأجرة المرصودة لها، وهذا هو الأصل الموافق لقول جماهير الفقهاء المتقدمين والمعاصرين.

وبعض البنوك تعد الدفعة المقدمة أجرة للشهر الأول، مهما بلغت قيمتها، بحيث يستقر ملك البنك عليها بمجرد انقضاء الشهر الأول، ولو كانت تمثل نسبة تصل إلى ثلث قيمة العقد⁽²⁾.

وبعضهم الآخر اعتبر أن الدفعة المقدمة ملك للبنك بموجب عقد الإيجار، وأن ملكه لها يستقر بمجرد قبضه لها، ولو لم يستوف العميل المنفعة، واحتجوا بأقوال بعض الفقهاء كما سيرد في الفقرة التالية.

(1) الملك: حكم شرعي، يقدر في عين أو منفعة، يقتضي تمكن من ينسب إليه من انتفاعه والعيوض عنه، من حيث هو كذلك، والمعاوضة من أهم أسباب الملك في الشريعة والقانون، ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر (316).

(2) القرني، د. محمد علي، طرق توقي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنتهية بالتملك (18)، بحوث مؤتمر آيوفي السنوي السابع عشر، 7 و 8 أبريل 2019، المنامة، البحرين.

المطلب الثاني: أقوال الفقهاء في حكم تملك الأجرة بالعقد نفسه:

سبق أن ذكرت أن المؤجر يملك الأجرة المقدمة بموجب العقد، لكن هل هو ملك مستقر، أم هو ملك مراعى وغير مستقر، هذا ينبغي على مسألة أخرى، وهي: هل المؤجر يملك الأجرة بنفس العقد، أو باستيفاء المنفعة أو بالتمكن منه، للفقهاء في هذه المسألة قولان⁽¹⁾:

القول الأول: أن المؤجر يملك الأجرة بنفس العقد: وبه قالت الشافعية والحنابلة⁽²⁾، وقالت الشافعية: يملك الأجرة بالعقد، لكن لا يستحق استيفاءها إلا بتسليم العين⁽³⁾. وقالوا: إن ملك المؤجر للأجرة ملك "مراعى" كما يعبرون، يريدون أنه غير مستقر كما يعبر الحنابلة⁽⁴⁾، بل هو معلق على شرط استيفاء المنفعة، فكلما مضى جزء من الزمان على السلامة بان أن ملك المؤجر استقر على ما يقابل ذلك، فهو لا يستقر إلا باستيفاء المنافع أو تفويتها⁽⁵⁾. لكنهم مع ذلك لا يمنعون المؤجر من التصرف بالأجرة إذا قبضها، لأن عدم الاستقرار لا ينافي جواز التصرف كما هو معروف فقهاً، فلو تلفت العين المؤجرة، وقلنا: يفسخ العقد، عاد المستأجر بحصته من الأجرة المسماة في مال المؤجر⁽⁶⁾.

وقال الحنابلة: إن المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد، لكنها لا تستقر إلا إذا استوفى المستأجر المنفعة "بلا نزاع عندهم"⁽⁷⁾، وذلك "لأنه قبض المعقود عليه، فاستقر عليه البديل، كما لو قبض المبيع"⁽⁸⁾ اهـ، ولهذا قال أبو الخطاب: "وقال أبو الخطاب: تملك بالعقد، وتستحق التسليم. وتستقر بمضي المدة"⁽⁹⁾ اهـ.

القول الثاني: لا تملك الأجرة بنفس العقد، وإنما تملك بالاستيفاء أو بالتمكن منه أو بالتعجيل أو بشرطه، وهذا قول الحنفية والمالكية⁽¹⁰⁾.

(1) ابن المنذر، الإشراف (301/6).

(2) الهيثمي، تحفة المحتاج (126/6)، ابن قدامة، المغني (329/5)، المرادوي، الإنصاف (81/6)، الهوتى، كشف القناع (40/4)، السيوطي، الأشباه والنظائر (320)، ابن رجب، القواعد (347) و (336).

(3) الرملي، نهاية المحتاج المحتاج (265/5)، الهيثمي، تحفة المحتاج (126/6).

(4) المرادوي، الإنصاف (81/6)، الهوتى، كشف القناع (41/4)، ابن مفلح، المبدع (452/4)، ونص كلامه: "يستقر الأجر كاملاً باستيفاء المنفعة، وبتسليم العين، ومضي المدة، ولا مانع له من الانتفاع، أو بفرار عمل بيد مستأجر، ويدفعه إليه بعد عمله، فلو بذل له تسليم العين، وامتنع المستأجر حتى انقضت المدة استقر الأجر عليه كما لو كانت بيده" اهـ.

(5) الهيثمي، تحفة المحتاج (126/6).

(6) الهيثمي، تحفة المحتاج (126/6).

(7) المرادوي، الإنصاف (81/6).

(8) ابن قدامة، المغني (330/5)، الهوتى، كشف القناع (41/4).

(9) المرادوي، الإنصاف (83/6).

(10) القدوري، التجريد (3580/7)، ابن نجيم، البحر الرائق (300/7)، ابن عابدين، رد المحتار (10/6)، الحموي، غمز عيون البصائر

(465/3)، الحطاب، مواهب الجليل (393/5)، الخرشي، شرح مختصر خليل (3/7).

ومأخذ الحنفية في هذه المسألة: أن المنافع عندهم ليست ذات قيمة في نفسها، وإنما ورد الشرع بتقويمها بعقد الإجارة، على خلاف القياس للحاجة، وخالفهم الشافعية والحنابلة، ورأوا أن المنافع أموال متقومة في ذاتها، لأنها هي المقصودة من الأعيان، وقد سوغ الشارع أن تكون المنفعة مهراً في النكاح، والمهر يجب أن يكون مالاً، (وَأُجِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ) [النساء 24] (1)، وفيما يلي عرض أدلة القولين:

أدلة القول الأول:

- أ. أنه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة، فيستحق بمطلق العقد، كالثمن والصداق (2).
- ب. أنه يجوز للمؤجر التصرف في الأجرة المقبوضة، فدل على أنه يملكها بالعقد (3).

أدلة القول الثاني:

أ. قول الله تعالى قال: (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) [الطلاق 6]، فأمر بإيتائهن بعد الإرضاع (4).
وجه الاستدلال: أنه أمر بإيتائهن الأجرة بعد الفراغ من الإرضاع، فدل على أنه وقت الوجوب، وأنها لا تملك الأجرة بمجرد العقد.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه يحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الإرضاع، أو تسليم نفسها، كما قال تعالى: (إذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) [النحل: 98]. أي إذا أردت القراءة. ولأن هذا تمسك بدليل الخطاب، ولا يقولون به (5).

ب. قول النبي ﷺ: "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة.."، ومنهم: "رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره" (6).

وجه الاستدلال: أنه توعد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل، فدل على أنها حالة الوجوب (7).
ونوقش هذا الاستدلال: بأن الأمر بالإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله، كقوله: (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن) [النساء: 24]، والصداق يجب قبل الاستمتاع (8). كما أنه توعد على ترك الإيفاء بعد الفراغ من العمل، وقد قلت: تجب الأجرة شيئاً فشيئاً.

ج. ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»، رواه ابن ماجه (9).

(1) قال الدبوسي: "الأصل عند الإمام القرشي أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي قدس الله روحه ونور ضريحه، أن المنافع بمنزلة الأعيان القائمة، وعندنا بمنزلة الأعيان في حق جواز العقد عليها لا غير..، ثم قال: وعلى هذا قال الشافعي: إن الأجرة تجب بنفس العقد، بمنزلة الأعيان المبيعة في وجوب ثمنها، وعندنا تجب ساعة فساعة، ويوماً فيوماً، فيجب أن يتمكن من الانتفاع بعلمه، فمهما لم يتمكن من الانتفاع لا تجب عليه الأجرة" اهـ، تأسيس النظر (129)، وينظر: الزرقا، مصطفى بن أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي (215-217).

(2) ابن قدامة، المغني (325/5).

(3) ابن قدامة، المغني (72/3).

(4) القدوري، التجريد (3580/7).

(5) ابن قدامة، المغني (325/5).

(6) صحيح البخاري (2227).

(7) القدوري، التجريد (3581/7).

(8) ابن قدامة، المغني (325/5).

(9) ابن قدامة، المغني (325/5).

وجه الاستدلال: أنه أمر بإعطاء الأجرة في نهاية العمل، فدل على أنه لا يملكها بمجرد العقد⁽¹⁾.
ويجاب عنه بمثل ما سبق في الحديث قبله.

د. من المعقول: أنه عوض لم يملك معوضه، فلم يجب تسليمه، كالعوض في العقد الفاسد، فإن المنافع معدومة لم تملك، ولو ملكت فلم يتسلمها، لأنه يتسلمها شيئاً فشيئاً، فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد⁽²⁾.
وبالتأمل في أدلة الفريقين يظهر لي أن الراجح: القول الأول، وهو أن الأجرة تملك بالعقد نفسه، لأنه وإن سلمنا بأن الأجرة مقابل المنفعة، وأن المستأجر يقبضها شيئاً فشيئاً، إلا أنه لا يصح اعتبار الأجرة متقسطة على أحاد هذه المنفعة ابتداءً، لأن هذه الأحاد لا تتقوم بذاتها، وإنما لا بد أن يفرض لكل جزء منها حداً أدنى، كساعة أو يوم أو أسبوع أو شهر مثلاً، ومع ذلك فالعقد لم يقع على أحاد هذه الأجزاء، وإنما وقع على مجموع مدة الإجارة⁽³⁾، وبهذا ينتظم القول بأن الأجرة مقابلة بمجموع المنفعة، ومن ثم تستحق ناجزة بمجرد العقد، وتستقر بتسليم العين المؤجرة، وقبض الأجرة. ومما يشهد لهذا قول الله تعالى إخباراً عن شعيب - عليه السلام -، أنه قال: (إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فإن أتممت عشرا فمن عندك) [القصص: 27]، ومعلوم أن موسى عليه السلام تزوج ابنة شعيب بعد العقد مباشرة، فاستحق الأجرة بالعقد نفسه، "وشرع من قبلنا شرع لنا، ما لم يقم على نسخه دليل"⁽⁴⁾.

المطلب الثالث: هل يملك المؤجر الدفعة المقدمة ملكاً مستقراً:

ذهب جمهور أهل العلم المعاصرين إلى أن المؤجر يملك الدفعة المقدمة ملكاً مراعى وغير مستقر، ولا يستقر ملكه عليها حتى يستوفي المستأجر المنفعة، أو يتمكن من استيفائها⁽⁵⁾. وكون الأجرة غير مملوكة للمؤجر ملكاً مستقراً، وإنما تكون موقوفة على إمكان استيفاء المنفعة هو المتسق مع معظم قرارات الاجتهاد الجماعي، وما قرره نظام التأجير التمويلي في المملكة العربية السعودية⁽⁶⁾، والمعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة (أيوفي)⁽⁷⁾، وقد ألزمت اللائحة التنفيذية لنظام التأجير التمويلي السعودي بأن يتضمن العقد قيمة أجرة الأصل وقيمة حق التملك منفصلين⁽⁸⁾، على أنه إذا فسخ العقد أو

(1) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار (55/2).

(2) ابن عابدين، رد المحتار (10/6)، ابن قدامة، المغني (325/5).

(3) الغزالي، تحصيل المآخذ (31).

(4) ابن قدامة، المغني (325/5).

(5) وهذا ما قرره معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، أيوفي، المعايير الشرعية مادة (2/2/5) ص (248). وهو مقتضى قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم (110)، في 25 جمادى الآخر 1421 هـ، بشأن الإيجار المنتهي بالتملك، المجموعة الشرعية، قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي (349-348/1).

(6) نظام التأجير التمويلي، المادة (6)، الفقرة (3)، ونصها: "يجوز تعجيل جزء من الأجرة، ويرد المعجل من الأجرة إن تعذر تسليم الصل، أو الانتفاع به، بسبب لا يعود إلى المستأجر" اهـ.

(7) معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، الفقرة 2/2/5.

(8) الفقرة (1) المادة (9).

انفسخ أثناء مدة الإجارة برضا الطرفين، أو بأحكام العقد أو بالنظام، فللمستأجر استرداد قيمة حق التملك للفترة التي دفعها (1).

وهناك اتجاه آخر، جرى به العمل في بعض البنوك، وهو أن البنك يملك الدفعة المقدمة ملكاً مبرماً لا ملكاً مراعى (2)، ولهم في ذلك طريقتان:

الطريقة الأولى: أن يعتبروا الدفعة المذكورة أجرة للشهر الأول، فإذا انقضى استقر ملك البنك لها، مهما كان مبلغ الدفعة، حتى لو بلغ ثلث الأجرة (3)، وقد ذكر بعض الفقهاء ما يشبه هذا المخرج، فقد جاء في كتاب الأصل لمحمد بن الحسن الشيباني: "قلت: رأيت رجلاً استأجر من رجل داراً سنين معلومة، فخاف أن يغدر به رب الدار، فكيف الثقة له في ذلك؟ قال: فليسم لأول سنة من السنين أجراً قليلاً، ويجعل للسنة الآخرة أجراً كثيراً، فيكون في ذلك ثقة للمستأجر. قلت: رأيت إن كان رب الدار هو الذي يخاف غدر المستأجر، فخاف أن يسكن بعض السنين، ويعطل الدار بعد ذلك، فكيف الثقة له في ذلك؟ قال: فليؤاجرها إياه سنين مسماة، ويجعل عظم أجر هذه السنين في السنة الأولى، ويجعل ما بقي بعد ذلك من الأجر لما بقي من السنين. قلت: فيكون ذلك ثقة عندكم لرب الدار؟ قال: نعم" (4) اهـ. وقوله "ثقة" أي احتياطاً واحترازاً من الخطر المذكور.

الطريقة الثانية: أن يعتبروا الأجرة مملوكة للمؤجر بالعقد، فإذا قبضها ملكها ملكاً مستقراً، ولا يحق للمستأجر استردادها في جميع الأحوال، وهذا منقول عن بعض الفقهاء المتقدمين، كأحد قولي الشافعي، وهو خلاف المشهور عنه، وهو محكي أيضاً عن أبي ثور، ورأوا أن احتمال حدوث فسخ يستحق به استرجاع الأجرة ليس دليلاً على أن الملك غير مستقر، وقاسوا هذا على صداق الزوجة، فإنه يستقر ملكها على جميع صداقها بالعقد، وإن جاز أن يستحق استرجاع نصفه بالطلاق قبل الدخول (5)، وقد يعتضد هذا بأن يقال: إن الأجرة المقدمة في عقد تأجير العقار؛ من قبيل النماء أو الغلة المستحقة لمالك العقار، فيكون ملكها مستقراً كاستقرار ملكه على نمائها، ولهذا تجب زكاة أجرة العقار عند قبضها، ولا يستأنف بها حولاً، في إحدى الروايتين في مذهب الإمام أحمد، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية (6)، إلا أن أقوى الروايتين عنه أنه يستأنف بالأجرة حولاً جديداً منذ إبرام العقد، وهي المذهب (7).

كما يحتج هؤلاء بما ذهب إليه أبو ثور، من أن العين المؤجرة إذا تلفت عقيب قبضها فإن العقد لا يفسخ عنده، بل تستقر الأجرة، لأن المعقود عليه تلف بعد قبضه، أشبه المبيع (8).

(1) الفقرة (2) المادة (9).

(2) القري، طرق توقي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنهية بالتملك (18).

(3) المرجع السابق.

(4) الشيباني، محمد بن الحسن، الأصل (409/9).

(5) الماوردي، الحاوي الكبير (318/3).

(6) ابن مفلح، الفروع (452/3)، المرادوي، الإنصاف (322/6).

(7) ابن قدامة، المغني (72/3)، المرادوي، الإنصاف (322/6)، وحمل ابن قدامة الرواية الأخرى على أنه حال عليه الحول قبل قبضه.

(8) ابن قدامة، المغني (336/5).

وهذا القول المنقول عن أبي ثور مخالف لقول جمهور الفقهاء كما تقدم في سياق أقوالهم، ويعللون بأن المعقود عليه: المنافع لا العين، وقبض المنافع باستيفائها، أو التمكن من استيفائها، ولم يحصل هذان، فأشبه تلفها قبل قبض العين، ولهذا وصف ابن قدامة قول أبي ثور بأنه "غلط" (1)، ونعته ابن تيمية بأنه "قول شاذ" (2).

الترجيح:

بعد التأمل في أقوال الفقهاء، وما ذكر من حاجة مؤسسات التمويل إلى تملك الدفعة المقدمة، فالذي يظهر أن للمؤسسة أن تشترط أن تملك - ملكاً مستقراً - من الدفعة المقدمة: مقدار الأجرة المتفق عليها، دون نسبة التملك، وهذا القول لا يعارض أصلاً شرعياً لا يجوز الاتفاق على مخالفته، فهو لا يشتمل على وصف الربا، ولا نعت الغرر، مما لا يجوز الاتفاق على خلافه، ولا يبيحه الرضا، وإنما يمكن أن يعترض عليه بأنه يتضمن ضرراً بالعميل، فإذا رضي العميل وطابت نفسه بذلك كان هذا كافياً في تصحيح العقد، لأن الاعتراض المذكور إنما هو من قبيل حقوق العبد، لا حقوق الله، كما لو اشتمل العقد على الربا أو الغرر، فرضا العميل بهذا الشرط يعد تنازلاً عن بعض حقه في مقابل حصوله على التمويل، وهو أعلم بمصلحة نفسه، وعليه فالذي يظهر لي صحة اشتراط أن يملك البنك من الدفعة المقدمة مقدار الأجرة، دون نسبة التملك، بإحدى الطريقتين المذكورتين، لكن لكي يستقيم العقد على قواعد العدل لا بد أن يقيد بشرطين:

أ. أن تتحمل مؤسسة التمويل الصيانة الأساسية وضمان هلاك العين، ولا يجوز لها أن تجمع بين هذا الشرط وشرط تضمين العميل هلاك العين والصيانة الأساسية.

ب. أن محل التملك هو مقدار الأجرة المتفق عليها من الأجرة المقدمة، ولهذا ففي حال فسخ العقد يلزم المؤسسة أن ترد للمستأجر ما زاد عن أجرة المثل.

ومما يشهد لصحة هذا العقد ما يلي:

1. أن عقد الإجارة التمويلية لا يتمحض فيه معنى الإجارة، بل هو متردد بين البيع والإجارة، واتفاق المتعاقدين على ترجيح أحد المعنيين في الشروط الجعلية في هذا العقد يقع صحيحاً ما لم يخالف حقاً من حقوق الله تعالى، كما لو اشتمل الشرط على الربا أو الغرر. فإذا وجد شرط يراعي مآل البيع والتملك كان صحيحاً، لأن المآل مراعى في هذا العقد، وقد روى عبدالرزاق بسند صحيح عن معمر بن أيوب عن ابن سيرين قال: "اختصم إلى شريح في رجل اكترى من رجل ظهره، فقال: إن لم أخرج يوم كذا وكذا فلك زيادة كذا وكذا، فلم يخرج يومئذ وحبسه، فقال شريح: (من شرط على نفسه شرطاً طائعاً غير مكره أجزناه عليه)" (3). ولما تقدم؛ فإذا راعينا الحاجة في صياغة الشروط الجعلية في هذا العقد، فالواجب أن تتوزع الحقوق والواجبات فيه على قاعدة العدل والإنصاف، أخذاً بالقاعدة الشرعية "الخراج بالضمان"، ولهذا فإذا جوزنا اشتراط البنك أن يملك الدفعة المقدمة ملكاً مستقراً، فعليه أن يتحمل ضمان هلاك العين المؤجرة، وتكلفة صيانتها الأساسية، ولا يصح أن يجمع الأمرين لصالحه، فيشترط امتلاك الدفعة المقدمة، وأن يكون الضمان على المستأجر.

2. أن الغالب في عقد الإجارة السلامة وعدم الفسخ، ومن ثم فمآل الدفعة المقدمة أن تصير إلى ملك المؤسسة، فهذا نظر في المآل.

(1) ابن قدامة، المغني (336/5).

(2) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (288/30).

(3) عبدالرزاق، الصنعاني، المصنف، برقم (14303) (59/8).

3. أن القول بعدم جواز تملك البنك للدفعة المقدمة ملكاً مستقراً: اعتبار الأجرة متقسطة على أحاد المنفعة ابتداءً، وهذا المأخذ عند التأمل: ضعيف، لأن هذه الأحاد والأجزاء لا تتقوم بذاتها، وإنما لا بد أن يفرض لكل جزء منها حداً أدنى، كساعة أو يوم أو أسبوع أو شهر مثلاً، ومع ذلك فالعقد لم يقع على أحاد هذه الأجزاء، وإنما وقع على مجموع مدة الإجارة كما ذكر آنفاً.

4. يمكن أن يتقوى هذا بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الإجارة نوع من البيع، وأن المؤجر يملك الأجرة بنفس العقد، حتى قالوا: "لو كانت جارية كان له وطؤها"⁽¹⁾، مما يعني قوة معنى ملكية المؤجر للأجرة، إذا ثبت هذا: فلتكن الأجرة مثل الثمن من هذا الوجه المذكور⁽²⁾.

5. أن الإجارة إذا تمت، ملك المستأجر المنافع المعقود عليها إلى المدة المتفق عليها، ويكون حدودها على ملكه، وهو مذهب الحنابلة والشافعية⁽³⁾، إذا ثبت هذا فإنه يقوي معنى ملكية المؤجر للأجرة.

(1) ابن قدامة، المغني (72/3).

(2) وهذا ليس تخريجاً على قول هؤلاء، وإنما هو استئناس بأخذهم، لأن التخريج على المذاهب لا يكون إلا على الأصول والأقوال المشهورة فيها، كما نبه إليه المرادوي في حاشية الفروع (156/7).

(3) ابن قدامة، المغني (328/5).

المسألة الثالثة: دفع الأجرة في فترة الصيانة:

عقد الإجارة يعد من العقود المستمرة، أو عقود المدة، كما يعبر شراح القانون، ويشترط في استمرار العقد تمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طوال مدة العقد، فإذا تعرضت العين المؤجرة للعطل المؤقت، لم يتمكن من الانتفاع، فهل يجوز لمؤسسة التمويل إلزام المستأجر بالاستمرار في دفع الأجرة، حتى خلال فترة الصيانة، لتضمن استمرار التدفقات النقدية طوال مدة العقد، أم لا؟، هذه صورة المسألة.

وبعض الفقهاء يعبر عن هذه المسألة بمدة تعطل المنفعة، والأصل أنه لا يجوز للمؤجر أن يشترط على المستأجر أن يستمر في دفع الأجرة في مدة الصيانة، لأن الأجرة تقابل التمكّن من الانتفاع⁽¹⁾، قال أحمد بن القاسم: سألت أبا عبد الله: عن رجل اكترى أرضاً يزرعها، وانقطع الماء عنها قبل تمام الوقت؟، قال: "يحط عنه من الأجرة بقدر ما لم ينتفع بها، أو بقدر انقطاع الماء عنها"⁽²⁾ اهـ، فبين أن تعطل العين المؤجرة يسقط ما يقابلها من الأجرة، وقال أبو العباس ابن تيمية: "لا نزاع بين الأئمة أن منافع الإجارة إذا تعطلت قبل التمكّن من استيفائها سقطت الأجرة، لم يتنازعا في ذلك"⁽³⁾ اهـ.

ونقل ابن عابدين: أنه لو انقطع ماء حمام، وتعطل بسبب ذلك مدة، ولم ينتفع به، فإنها تسقط أجرته في مدة انقطاع مائه⁽⁴⁾، وقال الهيتي: "لو اكترى نحو حمام مدة يعلم عادة تعطّلها فيها لنحو عمارة، فإن شرط احتساب مدة التعطيل من الإجارة وجهلت فسدت"⁽⁵⁾ اهـ، وقال ابن قدامة: "وان شرط على مكثري الحمام أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يجز"⁽⁶⁾؛ لأنه لا يجوز أن يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها، ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدته؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون انتهاء مدة الإجارة مجهولاً"⁽⁷⁾ اهـ، وقال الهوتي: "ولو شرط مؤجر (على مكثري الحمام أو الدار) أو الطاحون ونحوها أن (مدة تعطيلها عليه) لم يصح، لأنه لا يجوز أن يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها. (أو شرط المؤجر) (أن يأخذ) المستأجر (بقدر مدة التعطيل بعد فراغ المدة) أي مدة الإجارة لم يصح، لأنه يؤدي إلى جهالة مدة الإجارة"⁽⁸⁾ اهـ، وقال أبو العباس ابن تيمية: "تعطل بعض الأعيان المستأجرة؛ يسقط نصيبه من الأجرة، كتلف بعض الأعيان المبيعة"⁽⁹⁾ اهـ، وقال: "وإن تعطل نفعها بعض المدة لزمه من الأجرة بقدر ما انتفع"⁽¹⁰⁾ اهـ.

وبناء على ما سبق فإن الأصل عدم جواز اشتراط تحميل العميل أجرة مدة الصيانة، إذا لم يكن العطل بسبب تعديه أو تفريطه، لكن إذا تعدى أو فرط فإنه يضمن إعادة المنفعة أو إصلاحها، ولا تسقط الأجرة عن مدة فوات المنفعة، أي خلال فترة الصيانة⁽¹¹⁾، وعدم جواز اشتراط تحميل العميل أجرة مدة الصيانة إذا لم يتعد ولم يفرط يشهد له ما يلي:

(1) ابن قدامة، المغني (340/5).

(2) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (291/30).

(3) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (288/30).

(4) ابن عابدين، العقود الدرية (104/2)، وينظر أيضاً: ابن الشحنة، لسان الحكام (367).

(5) الهيتي، تحفة المحتاج (128/6).

(6) أي أن المؤجر اشترط على المستأجر أن يستمر في دفع الأجرة أثناء تعطل منفعة العين المؤجرة، وينظر: الهوتي، شرح منتهى الإرادات (262/2).

(7) ابن قدامة، المغني (340/5).

(8) الهوتي، كشاف القناع (21/4).

(9) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (289/30).

(10) المرجع السابق (290/30).

(11) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، الفقرة (6/1/5)، ص (247).

1. أن منافع العين المؤجرة تتعطل في هذه المدة، وما دام أن الأجرة مقابل المنفعة، وأن المستأجر يتعذر عليه الانتفاع، فلا يصح تحميله أجرة هذه المدة، ولا حق للمؤجر في أجرها.
2. أن هذا الشرط يستلزم جهالة المعقود عليه، أو انعدام جزء مجهول منه (1).

وعدم الجواز ينتظم فيما إذا كانت مدة الصيانة طويلة عرفاً، فأما إن كانت قصيرة عرفاً، ورضي المستأجر بهذا الشرط؛ فلا يظهر مانع من ذلك، قال ابن عبد البر: "وإن تعطل بعض مساكنها (2)، أو بعض ما يرتفق به منها، حط عنه بقدر ما يصيب ذلك من كرائها، إن رضي ساكنها، وإن لم يرض انفسخ الكراء بينهما، إلا أن تكون مرمتها وإصلاحها ينقضي في أيام يسيرة جداً" (3) اهـ.

ومما يشهد لصحة اشتراط استمرار الأجرة إذا كان التعطل يسيراً: ما جرت به العادة في عقود إجارة الأشخاص (الموظف)، أن الأجرة (الراتب) يستمر، حتى في حال مرض الأجير (الموظف)، إذا كانت المدة يسيرة، فإذا طالت فسخ العقد.

وقد صرح المالكية أنه لو استأجر رجلاً، فمرض أو هرب، انفسخ العقد، إلا أن يرجع في بقية مدة العقد، "فلا تنفسخ، ويلزمه بقية العمل، ويسقط من الكراء بقدر ما عطل زمن المرض أو الهرب" (4)، وأنه لو تضرر المستأجر في فترة الانتظار لم يلزم بذلك، فقالوا: "لو انهدمت الدار، وطلب المستأجر فسخ العقد، وقال المؤجر: أنا أصلحها، فإن كان الانتظار يضر بالمستأجر في تأخيرها إلى إصلاحه، فله الفسخ، وإن لم يكن ذلك، مضراً به لزمه الكراء، وقيل للمؤجر عجل البناء والإصلاح" (5) اهـ.

ونهبوا إلى منع الحيلة التي أحدثها أهل الأندلس، لكي لا يتحمل المؤجر تعطل العين المكتراة، "قال ابن حبيب: ما أحدث أهل الأندلس في كراء الأرحاء، أن يقول المكري (6): إنما أكرئك البيت وقناة الرحا، لا ساقية ولا مطاحن ولا آلة لها؛ هو احتيال لما لا يجوز شرطه، اعتروا به أن لا يكون على المكري شيء من تعطيل الرحا باعتلال ما يعتل من ذلك، وقد عرفنا أن الرحا كانت يوم عقد الكراء طاحنة بجميع ألتها، فإن وقع كذا فسخ، وكان فيما مضى كراء المثل على حال ما أخذها طاحنة تامة الآلة، وإنما يجوز على هذا الوجه لو كانت يومئذ عطلاً من جميع ذلك" (7).

ثم لو وجد هذا الشرط في عقد من العقود، والتزم المستأجر بسداد الأقساط في مدة الصيانة، فلا يصح أن يملكها المؤجر، بل ينبغي أن ترصد لحساب المستأجر، ثم إن اتفقا في نهاية العقد على تمديد الإجارة بقدر مدة الصيانة، فتكون هي الأجرة، أو أن يعيد المؤجر الدفعات التي لم يستوف المستأجر منفعتها إليه، ولم يملك العين المؤجرة، أو أن يملكه العين

(1) ابن عابدين، العقود الدرية (99/2)، الهيتي، تحفة المحتاج (128/6).

(2) أي الدار المؤجرة.

(3) ابن عبد البر، الكافي (746/2)، وينظر أيضاً: ابن أبي زيد، النوادر والزيادات (138/7).

(4) الدردير، الشرح الكبير (31/4).

(5) ابن أبي زيد، النوادر والزيادات (137/7).

(6) بالأصل: للمكري، ولعل الصواب ما أثبتته.

(7) ابن عرفة، المختصر الفقهي (264/8).

المؤجرة ويعتبر تلك الدفعات جزءاً من ثمن التمليك، وقد صدر بهذه الخيارات المذكورة قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد⁽¹⁾، ونحوه في جواب للهيئة الشرعية لشركة أعيان⁽²⁾.

وقد قررت اللائحة التنفيذية لنظام التأجير التمويلي أنه إذا لم يقم المؤجر بإزالة ما يمنع الانتفاع بالأصل المؤجر كلياً أو جزئياً، خلال المدة المحددة في العقد، جاز للمستأجر اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الأصل المؤجر، والانتفاع الكامل به على نفقة المؤجر، خصماً من دفعات الأجرة اللاحقة⁽³⁾.

وخلاصة القول: عدم جواز اشتراط تحميل العميل أجرة مدة الصيانة، إذا لم يكن العطل بسبب تعديه أو تفريطه، لكن إذا تعدى أو فرط فإنه يضمن إعادة المنفعة أو إصلاحها، ولا تسقط الأجرة عن مدة فوات المنفعة في هذه الحال. وفي حال عدم التعدي والتفريط فإنه يفرق بين المدة القصيرة بحسب العرف والمدة الطويلة، فإذا كان العطل يستغرق مدة طويلة لم يجز إلزام العميل بدفع الأجرة والحال هذه، لكن إذا كانت المدة قصيرة عرفاً فلا بأس باشتراط استمرار دفع الأجرة، لأن اليسير مغتفر، خصوصاً فيما كان مأخذه حق أحد المتعاقدين، ورضي به بالشرط، وتحديد قصر المدة وطولها يرجع فيه إلى العرف، وهو يختلف من عين مؤجرة إلى أخرى⁽⁴⁾، والله تعالى أعلم.

(1) قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد، رقم (71)، وتاريخ 1435/2/9 هـ، الموافق 2013/12/12 م، وجاء في معيار الإجارة من المعايير الشرعية: "إذا تأخر المؤجر في تسليم العين المؤجرة عن الموعد المحدد في عقد الإجارة، فإنه لا تستحق أجرة عن المدة الفاصلة بين الموعد المحدد في العقد والتسليم الفعلي، ويحسم مقابلها من الأجرة، إلا إذا تم الاتفاق على مدة بديلة، بعد نهاية مدة العقد، هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، معيار الإجارة، الفقرة (3/1/4).

(2) جاء في جواب الهيئة الشرعية لشركة أعيان، عن سؤال أنه يحصل في مدة الإجارة تعطل السيارة، فكان حاصل الجواب: أنه إذا كان توقف انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة مدة يسيرة، ولم يزد ذلك عن 48 ساعة، فإن المستأجر هو الذي يتحمل ذلك، وللشركة أن تتحمله إذا أرادت، فإذا زادت المدة عن ذلك، وكان العطل بغير تسبب من المستأجر، فعلى الشركة أن تعفيه مدة التوقف، أو توفر له سيارة بديلة، أو تمنحه مدة إضافية لعقد التأجير بما يقابل مدة التوقف، والخيار في ذلك للمستأجر، إلا أن يشترط في العقد أحد هذه البدائل، الشامل في الإجارة (28).

(3) المادة السادسة، فقرة (2).

(4) في القانون المدني الفرنسي (م 1724) لا يجوز للمستأجر أن يطلب إنقاص الأجرة، إلا إذا دامت الترميمات مدة أكثر من أربعين يوماً، فعندئذ تنقص الأجرة عن كل المدة التي دامت فيها الترميمات، لا عما زاد عن الأربعين يوماً فقط، وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني (م 554) تحديد المدة التي يجوز للمستأجر فيها طلب فسخ العقد، أو إنقاص الأجر بسبب الترميم بما يتجاوز سبعة أيام، ص (280)، السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (281/6)، ويلحظ أن هذه التحديدات في عقد الإجارة التشغيلية.

المسألة الرابعة: الأجرة المتغيرة:

اتفق الفقهاء على اشتراط كون الأجرة معلومة⁽¹⁾، قال الموفق في المغني: "لا نعلم في ذلك خلافاً"⁽²⁾ اهـ، وذلك أنه عوض في عقد معاوضة، فاعتبر علمه كالثمن في البيع⁽³⁾، "والبيع يعتبر فيه الرضا، والرضا يتبع العلم"⁽⁴⁾، ولذلك كان الأصل أن تكون الأجرة في عقد الإجارة ثابتة لا تتغير، للتحقق من كمال الرضا بالعقد، ونظراً لكون عقد الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك من العقود المستمرة، وهذا الأخير هو بطبيعته عقد تمويلي، ونظراً للمخاطر التي تحف عمليات التأجير طويلة الأجل، بسبب تغير تكلفة التمويل وتذبذب قيمها باستمرار، وكون البنوك التقليدية تربط تمويلاتها بمؤشر سعر الفائدة، مما يحفز الشركات على اختيار المنتج التقليدي تحوطاً من انخفاض معدل الربح في السوق عما ستحصل عليه في حال اختارت التمويل بعائد ثابت، لهذا فقد اتجهت الاجتهادات الجماعية في هذا العصر إلى جواز الإجارة بأجرة متغيرة، وتوزيع الأجرة على امتداد فترات العقد، بحيث تتغير أجرة الفترات التالية للفترة الأولى، بحسب مؤشر منضبط يتفق عليه الطرفان، وعادة يكون أحد مؤشرات التمويل الدولية أو المحلية⁽⁵⁾.

وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة، رقم (115/12/9)، في دورته الثانية عشرة (23-28 سبتمبر 2000م)، ونصه: "يجوز في الإجازات الطويلة للأعيان تحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى، والاتفاق في عقد الإجارة على ربط أجرة الفترات اللاحقة بمؤشر معين، شريطة أن تصبح الأجرة معلومة المقدار عند بدء كل فترة"⁽⁶⁾.

كما صدر بجواز الأجرة المتغيرة قرار المجمع الفقهي الإسلامي، برابطة العالم الإسلامي، في دورته الثانية والعشرين، في 21-25 رجب 1436 هـ، الموافق 10-14 مايو 2015م، وهو ما اعتمده المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة الإسلامية⁽⁷⁾، وعملت به أكثر الهيئات الشرعية⁽⁸⁾. ونص قرار المجمع المذكور على أنه "يجوز عقد الإجارة بأجرة متغيرة، مرتبطة بمؤشر منضبط معلوم للطرفين، يوضع له حد أعلى وأدنى، شريطة أن تكون أجرة الفترة الأولى محددة عند العقد، وأن تحدد أجرة كل فترة في بدايتها" اهـ — وقد فرق القرار بين عقد الإجارة وعقد البيع، بأن "عقد الإجارة يغتفر فيه من الغرر ما لا يغتفر في البيع، باعتباره يقوم على بيع منافع في المستقبل، تتجدد شيئاً فشيئاً، بخلاف عقد البيع الذي يقع على عين قائمة، وقد أجاز

(1) ابن عابدين، رد المحتار (5/6)، الخطاب، مواهب الجليل (391/5)، الرملي، نهاية المحتاج (266/5)، الهوتي، شرح منتهى الإرادات (243/2)، ابن حزم، المحلى (27/7).

(2) ابن قدامة، المغني (327/5)، وينظر أيضاً في حكاية الاتفاق على ذلك: العيني، البناية (226/10)، لكن حكي الخلاف في جواز الأجرة مجهولة، ينظر: ابن عبد البر، الاستذكار (545/6)، ابن رشد، بداية المجتهد (170/2).

(3) ينظر المرجع السابق.

(4) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (103/28)، ابن القيم، الطرق الحكمية (221).

(5) ومن المؤشرات الدولية المرجعية لتحديد تكلفة التمويل: مؤشر اللابور (Libor)، وهو مؤشر سعر الفائدة بين بنوك لندن، أو مؤشر السايبور (Sibor)، وهو مؤشر سعر الفائدة بين البنوك السعودية.

(6) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة للدورات (1-13) ص (393).

(7) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، الفقرة (2/3/5) ص (248).

(8) وبه صدرت الفتوى رقم (2/11) من فتاوى ندوة البركة الحادية عشرة في جدة (31 يناير-1 فبراير 1996م)، ص (188)، وكذلك قرار مجلس الإفتاء الأردني، قرار رقم (182)، بتاريخ 1433/12/23 هـ، الموافق 2012/11/8م، وفتوى الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي، رقم (625)، وقرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي، رقم (246)، وفتوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري، رقم (20)،

الفقهاء استئجار الأجير بطعامه وكسوته، وأجازوا استئجار الظئر، بحسب العرف، ولأن عقد الإجارة متغيرة الأجرة يخلو من شبهة الربا⁽¹⁾ اهـ.

وعليه، فلا مانع شرعاً من اتفاق الطرفين على تحديد الأجرة في الفترة الأولى من العقد، وتعديل أجرة الفترات المستقبلية، ويحدد موعد الاتفاق على الأجرة قبل بداية الفترة، فتزاد أو تنقص أو تبقى كما هي في الفترة التي سبقتها، بحسب ما يتفق عليه الطرفان، مع الأخذ في الاعتبار المؤشر المتفق عليه، وهذا التغيير لا يعد جهالة مفسدة للشرط، لأن أجرة الفترة المستقبلية لم تستحق بعد، فيعد الاتفاق على تحديدها كالتعاقد الجديد، ولا تأخذ هي حكم الدين، ومن ثم فالاتفاق على زيادة الأجرة لا يعد من قبيل الزيادة في الدين المستقر في الذمة، وبهذا انتفت شبهة الربا، لكن إذا استحققت الأجرة لفترة سابقة لم يجز الاتفاق على زيادتها، لأنها صارت من قبيل الدين المستقر في ذمة المستأجر، والاتفاق على الزيادة عليها ربا محرم.

هذا وقد تحفظ أ.د. نزيه حماد على ما ذهب إليه الاجتهادات القائلة بجواز الأجرة المتغير في الفترات اللاحقة للفترة الأولى، ورأى أنها مخالفة لشرط العلم بالأجرة، وأنها نوع من الغرر، لكن هذا يصح لو كان العقد بيعاً، فأما الإجارة فلا مانع من اشتماله على غرر لا يفضي إلى النزاع عادة، ولهذا جاز استئجار الظئر بكسوته، واستئجار الأجير بطعامه وشرابه⁽¹⁾، ومعلوم أن هذا يتفاوت في العادة، لكنه يؤول إلى معنى مقارب، فكيف لو ربطت الأجرة بمؤشر منضبط لا يختلف، فلا شك أن هذا أولى بالجواز من مسألة استئجار الظئر، ثم إن هذا الاعتراض يصح لو كان العقد لازماً في جميع مدة الإجارة، أما إذا قسم العقد إلى فترات متتالية، ويتم تحديد أجرة كل فترة قبل بدايتها، فلا وجه للقول بوجود الغرر، ثم يقال: ثم فرق بين البيع والإجارة، ففي البيع انتقلت ملكية العين للمشتري، واستقر الثمن في ذمته، فلا يجوز الزيادة عليه، بخلاف عقد الإجارة الذي يتفق على تجديده في كل فترة، فالعين المؤجرة لم تنتقل ملكيتها للمستأجر، والأجرة لم تستقر بعد في ذمة المستأجر.

وبما تقدم يظهر لنا أنه لا فرق مؤثر بين قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي وقرارات الاجتهاد الجماعي الأخرى، وأن التطبيقات الحالية للأجرة المتغيرة لا تعارض مقتضى الاجتهادات المذكورة، نعم صياغة قرار المجمع محصورة في "الإجازات الطويلة للأعيان"، فقد أجاز "تحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى" فيها، و"الاتفاق في عقد الإجارة على ربط أجرة الفترات اللاحقة بمؤشر معين، شريطة أن تصير الأجرة معلومة المقدار عند بدء كل فترة"، فقد يفهم منه اختصاص الجواز بهذه الصورة فقط، لكن الصورة التي أجازها تسمح بإلحاق ما هو مثلها من صور الأجرة المتغيرة، مثل الإجارة المتجددة بأجرة متغيرة، كما في بعض التطبيقات التمويلية.

خصوصاً أن عقد الإجارة يغتفر فيه من الغرر ما لا يغتفر في البيع، باعتباره يقوم على بيع منافع في المستقبل، تتجدد شيئاً فشيئاً، بخلاف عقد البيع الذي يقع على عين قائمة، وقد أجاز الفقهاء استئجار الأجير بطعامه وكسوته، وأجازوا استئجار الظئر، بحسب العرف، ولأن عقد الإجارة متغيرة الأجرة يخلو من شبهة الربا والله تعالى أعلم.

(1) ابن قدامة، المغني (364/5).

المسألة الخامسة: ضمان المستأجر شركة التأمين

من المستقر فقهاً أن ضمان العين المؤجرة على المؤجر، وما يتبع ذلك من تحمل تكلفة التأمين عليها⁽¹⁾، لأنها باقية في ملكه، وهي أمانة بيد المستأجر، فلا يضمنها إلا بالتعدي أو التفريط، وقد أجازت بعض الاجتهادات الجماعية توكيل المستأجر بإبرام عقد التأمين مع شركة التأمين، على حساب المؤجر، ويمكن للمؤجر أخذ تكلفة التأمين 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⁽²⁾.

ونظراً لكون المطالبة بالتعويض من شركة التأمين، في حال وقوع ما يستدعي ذلك؛ تستغرق وقتاً طويلاً، وقد يترتب عليها المطالبة أمام جهات التقاضي، خصوصاً الأعيان ذات الأثمان المرتفعة كالطائرات والسفن ونحوها، وفي هذه الحال ينال البنك ضرر مادي، بسبب تأخر الشركة في دفع التعويض، وبسبب تكلفة هذه المطالبات، فجاء السؤال: هل يجوز للبنك إلزام المستأجر الذي أبرم وثيقة التأمين، بأن يضمن شركة التأمين، باعتبار أنه هو من اختارها، فيضمنها بأن تدفع التعويض خلال مدة قصيرة عرفاً، كشهر مثلاً، وإلا كان مقصراً ومسؤولاً عن دفع التعويض المذكور، ثم يعود هو بالمطالبة على شركة التأمين بما دفعه للبنك. لقد ذهب بعض التطبيقات إلى إلزام العميل بذلك، بموجب عقد الوكالة الذي وافق على أن يتحملة، فإذا قصر - بحسب ما يرى البنك - في اختيار شركة موثوق بها، فإنهم يعدون هذا تقصيراً منه، فيلزمونه بتبعة هذه النتيجة⁽³⁾.

وبالتأمل في هذه المسألة يظهر أن هذا التصرف من البنك غير سائغ، لما يلي:

1. أنه مخالف للأصل المستقر فقهاً، وما جرت عليه الاجتهادات الجماعية المعاصرة، من أن ضمان العين المؤجرة على المؤجر لا على المستأجر، وقد سبق تحرير هذه المسألة، وحكاية أقوال أهل العلم فيها.
2. أن إبرام عقد التأمين، وتحمل تكلفته، تكون على المالك المؤجر من حيث الأصل، وموافقة المستأجر على مباشرة العقد مع شركة التأمين، هو من قبيل التبرع والإحسان، فلا يجوز أن يضار من تبرعه بالقيام بعمل لا يلزمه القيام به، وقد قال تعالى: (مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ) [التوبة (91)].
3. أن المستأجر إذا توكل عن البنك فهو أمين، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، وعليه أن يبذل الجهد المعتاد، بيقظة وتبصر، أو كما يعبر شراح القانون: أن يبذل عناية الرجل المعتاد، فإذا فعل ذلك لم يكن مسؤولاً عن عدم تحقق النتيجة، لأنه حينئذ لا يعد متعدياً ولا مفرطاً. وعليه؛ فإذا رغب البنك في التحوط من غلط المستأجر في هذه الصورة، فعليه أن يضع الشروط الكفيلة بحسن اختيار شركة التأمين، فإذا خالفها الوكيل فيتوجه عليه الضمان حينئذ، لأنه يجب على الوكيل الالتزام بشروط الموكل، كما لو وكله في البيع، ونهاه أن يبيع بأقل من الثمن الذي قدره له، فلو خالف هذا الشرط فإنه يضمن باتفاق الفقهاء⁽⁴⁾.

(1) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، الفقرة (4/1/7)، ص (251)، والفقرة (7/1/5)، و (8/1/5)، ص (247)، ومعيير الضمانات، فقرة (3/2) (131).

(2) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، الفقرة (8/1/5) ص (247).

(3) القرني، د. محمد علي، طرق توقي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنتهية بالتملك (24-25)، ضمن بحوث مؤتمر الأيوبي السابع عشر، 7-8 أبريل 2019م.

(4) ابن عابدين، رد المحتار (334/7)، الخرشي، شرح مختصر خليل (73/6)، الهيتي، مغني المحتاج (228/2)، الهوتي، كشاف القناع (475/3).

المسألة السادسة: هيكل الإيجارين:

ترغب بعض البنوك في البلدان التي تفرض رسوماً وإجراءات طويلة على نقل ملكية العقار، ترغب أن تتجنب هذه التكاليف، فتنجس إلى تقديم التمويل بإحدى طريقتين:

أولاهما: إذا كان العميل يمتلك العقار، وفي هذه الحال يستأجره منه البنك إجارة طويلة الأجل (25 عاماً مثلاً)، ويدفع الأجرة نقداً، ثم يعيد تأجيره على العميل لنفس المدة بأجرة مقسطة.

ثانيتها: إذا كان العميل لا يمتلك العقار، وفي هذه الحال يوفر له البنك تمويلاً بالتورق مثلاً، ليشتري العقار، ثم يستأجر البنك العقار، ويدفع الأجرة نقداً، ثم يعيد تأجيره على العميل، ويسدد العميل الأجرة مقسطة.

والسؤال: هل هيكل الإجارة بهذه الطريقة سائغة شرعاً، أم لا؟.

أجاز المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة إجارة العين للمالكها نفسه، في مدة الإجارة الأولى، بأقل من الأجرة الأولى، أو بمثلها، أو بأكثر منها، إذا كانت الأجرتان معجلتين⁽¹⁾، ومنع من هذا إذا كان يترتب عليها عقد عينة، بتغيير في الأجرة أو في الأجل، مثل أن تقع الإجارة الأولى بمائة دينار حالة، ثم يؤجرها المستأجر إلى نفس المؤجر بمائة وعشرة مؤجلة، أو أن تقع الإجارة الأولى بمائة وعشرة مؤجلة، ثم تقع الإجارة الثانية بمائة نقداً، أو أن تكون الأجرة في الإيجارين واحدة، غير أنها في الأولى مؤجلة بشهر، وفي الثانية بشهرين⁽²⁾.

حكم تأجير العين من المؤجر نفسه:

إذا استأجر الشخص عيناً، ثم أراد أن يؤجرها، فلا يخلو من حالين: أن يؤجرها من المؤجر نفسه، أو يؤجرها من غيره، وفي كلا الحالين: لا يخلو إما أن يؤجرها بمثل الأجرة الأولى، أو بأقل منها، أو بأكثر منها، والذي يعنيننا في هذا المبحث مناقشة حكم تأجير العين من المؤجر نفسه، والصور الممكنة لذلك.

وقد اختلف الفقهاء في حكم تأجير العين من المؤجر، على قولين:

القول الأول: لا يجوز إجارة العين من المؤجر نفسه، وهو قول الحنفية، ووجه عند الشافعية⁽³⁾. وعند الحنفية تفسخ الإجارة الثانية، واختلفوا في الإجارة الأولى، والأصح عندهم عدم فسخها⁽⁴⁾.

وعللو المنع بأنه يؤدي إلى تضاد الأحكام، فإن التسليم مستحق على الكراء⁽⁵⁾.

(1) هيئة المحاسبة والمراجعة، المعايير الشرعية، الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، الفقرة (4/3)، ص (243).

(2) المرجع نفسه.

(3) ابن عابدين، رد المحتار (29/6)، الماوردي، الحاوي الكبير (408/7).

(4) ابن عابدين، رد المحتار (29/6).

(5) القدوري، التجريد (3612/7).

وفرقوا بين البيع والإجارة في هذا، بأن البيع من البائع في حكم البيع من الأجنبي؛ لأن من يقع له العقد غير مالك للمعقود عليه، ولا لما يستوفى منه، والإجارة يعقدها مع المالك للعين التي يستوفى المنفعة منها، فلذلك لم يصح العقد⁽¹⁾.
القول الثاني: يجوز إجارة العين من المؤجر نفسه في الجملة، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة⁽²⁾.

واستدلوا لذلك بما يلي:

1. أن كل ما جاز العقد عليه مع غير العاقد؛ جاز مع العاقد، كما لو اشترى عيناً وقبضها⁽³⁾.
2. أن المنفعة صارت في حكم المقبوض، وتمكن من استيفائها، فصار كما لو اشترى عيناً فقبضها، ثم باعها⁽⁴⁾.

ثم اختلف القائلون بالجواز في جواز التأجير بأكثر من الأجرة الأولى، أو بأقل، على قولين:

القول الأول: يجوز تأجير العين من مؤجرها بمثل الأجرة الأولى، أو بأكثر منها، أو بأقل، وهو قول المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية⁽⁵⁾. واشترط بعض المالكية: انتفاء تهمة سلف جر منفعة، كإيجاره بعشرة لأجل، واستئجارها بثمانية نقداً⁽⁶⁾، ولم يشترط هذا أكثر المجيزين.

واحتج هؤلاء بما يلي:

1. أنه عقد يجوز برأس المال، فجاز بزيادة⁽⁷⁾.
 2. أن المنافع دخلت في ضمان المستأجر من وجه، وذلك أنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه⁽⁸⁾.
- القول الثاني: يجوز تأجيرها بمثل الأجرة الأولى، أو دونها، ولا يجوز بأكثر منها، وهذا رواية عن الإمام أحمد⁽⁹⁾.

واحتجوا بما يلي:

1. أن الزيادة تدخل في ربح ما لم يضمن، وقد ورد النهي عنه.
 2. أن المنفعة دخلت في ضمان المستأجر، بحيث لو لم ينتفع بها فاتت من ملكه⁽¹⁰⁾.
2. أنها منفعة لم يقبضها، فلم يجز بيعها، كبيع الطعام قبل قبضه.
- ونوقش: بأنه لا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه؛ فإن البيع ممنوع منه بالكلية، سواء ربح أو لم يربح، وها هنا جائز في الجملة.

والراجح: القول الأول، قول جمهور الفقهاء، وهو جواز تأجير العين من مؤجرها بمثل الأجرة الأولى، أو بأكثر منها، أو بأقل، ما دام أنه لم يشترط في العقد الأول إعادة تأجير العقار للمالك، لقوة دليhle، ولانتفاء موانع الإباحة في العقود،

(1) القدوري، التجريد (3612/7).

(2) الدردير، الشرح الكبير (9/4)، الشيرازي، المهذب (258/2)، الهوتي، كشاف القناع (566/3).

(3) ابن قدامة، المغني (355/5).

(4) المرجع نفسه.

(5) الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير (9/4)، النووي، روضة الطالبين (256/5)، الهوتي، كشاف القناع (566/3)، ابن تيمية، مجموع الفتاوى (344/20)، ابن حزم، المحلى (23/7)، وبه صدرت فتوى الهيئة الشرعية في بنك دبي الإسلامي رقم (54)، ينظر: سراج، محمد أحمد وآخر، موسوعة فتاوى المعاملات (253/4).

(6) الدردير، الشرح الكبير (9/4)، وبهذا صدرت فتوى الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، فمنعت ذلك سداً لذريعة عكس العينة، الفتوى رقم (4).

(7) الهوتي، كشاف القناع (566/3).

(8) ابن قدامة، المغني (355/5).

(9) ابن قدامة، المغني (355/5).

(10) ابن قدامة، المغني (355/5).

ولموافقته أصل الإباحة، فإن ظهر قصد الربا، أو التحايل عليه، كأن يظهر أن مقصود مالك العين على المبلغ من البنك ناجزاً، ثم سداده مؤجلاً بزيادة، فإنه يمنع سداً للذريعة، كما نبه إليه المالكية آنفاً، وإلا بقي على أصل الحل.

وأما شبهة عكس العينة، فهي غير واردة في هذه المسألة، فإن جمهور الفقهاء الذين أجازوا هذه الصورة؛ لم يقيدوا الجواز بتجنب مثل صورة مسألتنا هذه، بل صرحوا بجواز التأجير بزيادة مطلقاً، كما لم يعتبروها من قبيل العينة⁽¹⁾، ذلك أن منافع العقار في مسألتنا مضمونة على البنك خلال مدة الإجارة، وما يحصل عليه من زيادة في الأجرة مقابل هذا الضمان، فهو يربح مما ضمنه، وأما بيع العينة فإن الضمان ينتقل إلى المشتري بمجرد العقد، فافترقا، ولما سأل مجاهد بن جبر المكي، عبدالرحمن بن أبي ليلى فقال له: حدثنا حديثاً تجمع لي فيه أبواب الربا، فقال: "لا تأكل شِفْءَ شيءٍ ليس عليك ضمانه"⁽²⁾، ولهذا قال أبو العباس ابن تيمية: "للمستأجر أن يؤجرها بمثل الأجرة، وإنما تنازعا في إيجارها بأكثر من الأجرة، لئلا يكون ذلك ربحاً فيما لا يضمن، والصحيح جواز ذلك، لأنها مضمونة على المستأجر، فإنها إذا تلفت مع تمكنه من الاستيفاء كانت من ضمانه، ولكن إذا تلفت قبل تمكنه من الاستيفاء لم يكن من ضمانه"⁽³⁾ اهـ.

وبالنظر في صورة السؤال المذكور في مطلع هذا المبحث، فالذي يظهر لي جواز تأجير البنك العقار لمن استأجره منه، حتى لو أجره بزيادة، ولا يظهر فيه مانع، لما ذكر آنفاً، والله تعالى أعلم.

(1) ينظر: ابن المنذر، الإشراف (301/6)، ابن قدامة، المغني (355/5)، ابن تيمية، مجموع الفتاوى (344/20) و (399/29) و (308/32)، البعلي، الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية (132).

(2) ابن أبي شيبعة، المصنف (22037).

(3) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (344/20).

المسألة السابعة: تعويض المستأجر المؤجر:

عقد الإجارة المنتهية بالتملك يعد معاوضة على منفعة العين المؤجرة، خلال مدة الإجارة، وبهذا يكون عقد إجارة لا بيع، هذا في التوصيف المشهور في الاجتهاد المعاصر، صحيح أنه متردد بين الإجارة والبيع، لكنه أقرب إلى الإجارة كما تقدم، لكن نظراً لكون أنظمة البنوك وإجراءاتها المحاسبية تعد مبلغ الأجرة الكلية ديناً في ذمة المستأجر، وليست ديناً غير مستقر، لا يستحق إلا باستيفاء المنفعة، ولذلك قد تطلب من المستأجر أن يحرر سند لأمر مقابل الأجرة، ولو هلك الأصل، ودفعت شركة التأمين مبلغاً يقل عن المبلغ المتبقي من الأجرة الكلية، رجع البنك على العميل لدفع الفرق بينهما، لكونه يعد الأجرة الكلية ديناً في ذمة العميل، فهل لهذا التوصيف وجه شرعي، أم لا؟.

بالتأمل في السؤال أعلاه، يتبين أنه مبني على مراعاة مأل العقد، وهو أن العميل يطلب تملك الأصل، وحاصله تضمين العميل هلاك العين مطلقاً، والذي يظهر أن هذا غير جائز، لأنه وإن كان هذا العقد فيه شبه بعقد البيع، وأن الضمان ينتقل إلى العميل بمجرد إبرام العقد وقبضه الأصل، إلا أن هذا لا يصح طرده مطلقاً في جميع تفاصيل عقد الإجارة المنتهية بالتملك، وقد نقلت أقوال الفقهاء في تقرير أن يد المستأجر يد أمانة، وقولهم في حكم تضمين المستأجر فلينظر هناك.

لكن يمكن للبنك أن يأخذ هذا الخطر في الاعتبار عند تحديد الأجرة، أو يلزم العميل بأجرة تكميلية تضاف إلى الأجرة الأساسية، لتقليل أثر الخطر المذكور، لكن أن يحمله ضمان هلاك الأصل مطلقاً فهذا لا يصح، ولا يجري على قواعد الفقه، ولا ينسجم مع مقتضى الاجتهاد الجماعي المعاصر، والله أعلم.

الخاتمة

في ختام هذه الورقة أحمد الله تعالى على ما يسر، ومما خلصت إليه هذه الورقة ما يلي:

أنه لا يصح نقل عبء الصيانة الأساسية إلى العميل في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك. وأن للمؤسسة أن تشتترط أن تمتلك من الدفعة المقدمة: مقدار الأجرة المتفق عليها، دون نسبة التملك، فتتملكها ملكاً مستقراً. وأنه لا يجوز للبنك اشتراط تحميل العميل أجرة مدة الصيانة، إذا لم يكن العطل بسبب تعديه أو تفريطه، لكن إذا تعدى أو فرط فإنه يضمن إعادة المنفعة أو إصلاحها، ولا تسقط الأجرة عن مدة فوات المنفعة في هذه الحال. وفي حال عدم التعدي والتفريط فإنه يفرق بين المدة القصيرة بحسب العرف والمدة الطويلة، فإذا كان العطل يستغرق مدة طويلة لم يجز إلزام العميل بدفع الأجرة والحال هذه، لكن إذا كانت المدة قصيرة عرفاً فلا بأس باشتراط استمرار دفع الأجرة، لأن اليسير مغتفر. وأنه لا مانع شرعاً من اتفاق الطرفين على تحديد الأجرة في الفترة الأولى من العقد، وتعديل أجرة الفترات المستقبلية، ويحدد موعد الاتفاق على الأجرة قبل بداية الفترة، فتزاد أو تنقص أو تبقى كما هي في الفترة التي سبقتها، بحسب ما يتفق عليه الطرفان، وهذا التغيير لا يعد جهالة مفسدة للشرط، لأن أجرة الفترة المستقبلية لم تستحق بعد، فيعد الاتفاق على تحديدها كالتعاقد الجديد، ولا تأخذ هي حكم الدين، ومن ثم فالاتفاق على زيادة الأجرة لا يعد من قبيل الزيادة في الدين المستقر في الذمة، وبهذا انتفت شبهة الربا، لكن إذا استحققت الأجرة لفترة سابقة لم يجز الاتفاق على زيادتها، لأنها صارت من قبيل الدين المستقر في ذمة المستأجر، والاتفاق على الزيادة عليها ربا محرم، وأنه لا فرق مؤثر بين قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي وقرارات الاجتهاد الجماعي الأخرى، وأن التطبيقات الحالية للأجرة المتغيرة لا تعارض مقتضى الاجتهادات المذكورة. وأنه لا يجوز للبنك إلزام المستأجر الذي أبرم وثيقة التأمين، بأن يضمن شركة التأمين، باعتبار أنه هو من اختارها، فيضمنها بأن تدفع التعويض خلال مدة قصيرة عرفاً، كشهرياً مثلاً، وإلا كان مقصراً ومسؤولاً عن دفع التعويض المذكور، ثم يعود هو بالمطالبة على شركة التأمين بما دفعه للبنك. وأنه لا مانع من تأجير البنك العقار لمن استأجره منه، حتى لو أجره بزيادة. وأنه لا يجوز للبنك أن يلزم العميل بتعويضه في حال هلاك العين المؤجرة، ولا أن يطلب منه أن يحرر سنداً لأمر مقابل الأجرة الكلية، بحيث لو هلك الأصل، ودفعت شركة التأمين مبلغاً يقل عن المبلغ المتبقي من الأجرة الكلية، رجع البنك على العميل لدفع الفرق بينهما.

هذا، والحمد لله رب العالمين.

وكتب

د. خالد بن عبد الله المزيبي

حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات الإجارة مع الوعد بالتمليك

إعداد

د. عثمان ظهير مُغَل

بحث مقدم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشرة

تنظيم البنك الأهلي التجاري - بمدينة جدة

بتاريخ: 21-22 ربيع الثاني 1441هـ الموافق: 18-19 ديسمبر 2019م.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه ومن استن بسنته

إلى يوم الدين... وبعد:

فإن عقد الإيجار من أكثر عقود المعاملات المالية أهمية في النواحي الاجتماعية والاقتصادية بل والقانونية مؤخرًا، قال ابن قدامة -رحمه الله-: "ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك -الإجارة- فإنه ليس لكل أحد دار يملكها، ولا يقدر كل مسافر على بعير أو دابة يملكها، ولا يلزم أصحاب الأملأك إسكانهم وحملهم تطوعًا.. فلا بد من الإجارة"⁽¹⁾

وقد زادت أهمية الإيجار في الآونة الأخيرة خاصة مع ظهور الإجارة المنتهية بالتملك وتوسع المصارف في استخدامها كصيغة تمويل لما لها من منافع وإيجابيات، ولذا اعتنت الهيئات الشرعية والمجامع الفقهية بدراسته، وبحثه، وبيان أحكامه، واليوم يكمل البنك الأهلي هذه المسيرة كما هي عادته دائمًا في ندواته المباركة، وقد أحسن بي الظن القائمون على ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشرة وتم تكليفي من قبلهم بالكتابة حول موضوع "مسائل في عقد الإيجار المنتهي بالتملك وأحكامها الشرعية"، فأسأل الله تعالى الإعانة، ومن ثم أشكر البنك الأهلي التجاري على تنظيمه لمثل هذه الندوات، وهو الذي له السبق في دعم المصرفية الإسلامية، وأخيرًا فهذا أوان الشرع في المقصود مستعينين برينا المعبود..

(1) المغني: ٣/٦.

موضوع الإجارة من المسائل التي أولاها الفقهاء اهتماما منذ ظهورها وخاصة مع كثرة نوازلها، ومع كثرة دراسته وبيان أحكام نوازله إلا إنه يعود إلى ساحة النقاش مرة بعد أخرى، ويحسن التنبيه هنا إلى أن الباحث سيلتزم بدراسة المسائل التي وردت في خطاب أمانة الندوة، دون غيرها ما عدا مسألة المراجعة المتغيرة، حيث رأى الباحث أن العمل بها قد يحل كثيرا من الإشكالات التي ترغب المصارف تجاوزها في صيغة الإجارة، كما يحسن التنبيه هنا إلى أن الهدف المراد من هذه الندوة خصوصا والندوات عموما هو البحث عن المخرج الشرعي الصحيح، وليس تبرير كل فعل يريد البنك القيام به، وبالتالي فقد تكون بعض المسائل محل البحث ليس لها مخرج شرعي معتبر فيبين الباحث ذلك.

ويجدر التنبيه هنا أيضا إلى أن المتأمل في الأحكام المتعلقة بعقد الإجارة في المدونات الفقهية يرى أن كثيرا منها مبني على فتاوى أصدرها العلماء مراعين في ذلك العرف والمصلحة في أزمانهم، وبالتالي فإن التمسك بتلك الفتاوى مع تغير الزمان والحال أمر محل نظر. والله أعلم.

وبالله التوفيق

المبحث الأول

التعريفات

الإجارة في اللغة مشتقة من الأجر، وهو الجزاء على العمل، قال ابن منظور: "الأجر: الجزاء على العمل، والجمع أجور. والإجارة: من أَجَرَ يُأَجِّرُ، وهو ما أعطيت من أجر في عمل".⁽¹⁾

والإجارة في اصطلاح الفقهاء

عرفها الحنفية: بأنها "عقد على المنافع بعوض"⁽²⁾، وجاء في الذخيرة: "هي بيع المنافع"⁽³⁾، وعرفها الشافعية أيضا بأنها: "تمليك المنفعة بعوض"⁽⁴⁾.

وعرفها الحنابلة بأنها بيع المنافع⁽⁵⁾، وجاء في منتهى الإرادات: "الإجارة شرعاً عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو على عمل معلوم بعوض معلوم"⁽⁶⁾.

ولا يختلف معناها في القانون عما ذكرناه، فقد عرفت المادة (٥٥٨) من القانون المدني المصري الإيجار بأنه: "عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكّن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم". بل استعمل القانون المدني العراقي التعريف الفقهي فنصت مادته (٧٢٢) على أن: "الإيجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة، وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور". ويطابقه تعريف الإجارة في القانون المدني السوري في المادة (٥٢٦)⁽⁷⁾.

وعرفت المعايير الشرعية عقد الإجارة المنتهية بالتمليك المتوافق مع ضوابط الشريعة أنه: "إجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها، ويتم التمليك بإحدى الطرق المبينة في المعيار"⁽⁸⁾.

(1) ينظر: لسان العرب، لابن منظور ١٠/٤.

(2) الهداية، ٥٨/٩.

(3) الذخيرة، ٤١٥٦/٥.

(4) مواهب الجليل، ٤٩٣/٧.

(5) المغني، ٤٣٣/٥.

(6) منتهى الإرادات، ٤١/٢.

(7) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، للدكتور: عبد الرزاق السنهوري، ٤/٦.

(8) المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ص ٢٧٠، وقد بين المعيار أن طرق تمليك العين تكون إما: بوعده بالبيع بثمن رمزي، أو عقد هبة معلق على سداد الأقساط، أو وعد بالهبة.

المبحث الثاني

المرابحة المتغيرة

كما سبق البيان في التمهيد؛ فإن الباحث سيبدأ بدراسة هذه المسألة قبل الدخول في دراسة المسائل الأخرى، والأصل في المرابحة أن يكون رأس المال والربح محددين⁽¹⁾، ومحل الدراسة هنا فيما إذا كان رأس المال محددًا عند العقد، وأما الربح فلا يحدد ابتداءً وإنما يربط بمؤشر منضبط مثل السايبور، وسبب دراسة الباحث لهذه المسألة أن من أهم المواضيع المراد دراستها في هذا البحث نقل الصيانة للمستأجر، والتعامل مع الدفعة المقدمة، وتحميل المستأجر الضمان، كل هذه الأمور يستطيع البنك نقلها وتحميلها على العميل في المرابحة المتغيرة كون العميل مالكا للعقار أو الأصل.

ومع اتفاق أهل العلم على اشتراط العلم بالثمن إلا أنهم اختلفوا في ضابط ذلك على قولين⁽²⁾:

القول الأول: أن يكون تمام الثمن معلوم المقدار عند العقد، وهذا ما عليه جمهور الفقهاء كما تدل عليه نصوصهم.

القول الثاني: أن يكون الثمن معلوم المقدار عند العقد، أو أنه يؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة والاختلاف بين العاقدين. فعلى هذا القول لا تلزم تسمية الثمن في مجلس العقد، فيكفي أن يتفق العاقدان على طريقة منضبطة لتحديد الثمن. وهذا القول رواية في مذهب الإمام أحمد، اختارها شيخ الإسلام وابن القيم وهو قول لبعض الأحناف⁽³⁾.

والقول الأول القائل بمنع المرابحة بربح متغير هو ما قرره المجامع الفقهية والمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية⁽⁴⁾، وجاء في الضوابط الشرعية لهيئة الرقابة الشرعية لبنك البلاد السعودي "للبنك أن يفصح عن ثمن السلعة، وربحها في بيع المرابحة للأمر بالشراء على أن يكون الثمن الإجمالي للسلعة محددًا ومعلومًا للطرفين عند التوقيع على عقد البيع. ولا يجوز بأي حال أن يربط تحديد الثمن أو الربح بأمر مستقبلي مثل مؤشر اللايبور (libor) أو السايبور (sibor)".

واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: أن المرابحة بربح متغير فيها شبهة الربا فالثمن وهو دين ثابت في الذمة قد يزيد عند حلول الأجل.

ونوقش: بأن الدين ليس فيه زيادة؛ لأن العاقدين لم ينظرا أصلاً إلى هامش الربح في السوق عند العقد وإنما جرى

البيع على السعر الأخير ابتداءً. فالذي استقر في ذمة المشتري هو المبلغ الأخير فقط دون ما قبله⁽⁵⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع 165/11، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 1/11، والمجموع، 332/9، والمغني، 280/4.

(2) المرابحة بربح متغير، يوسف الشبيلي، ص 49.

(3) ينظر: إعلام الموقعين، 6/4، وبدائع الصنائع، 156/5.

(4) جاء في المعيار الشرعي رقم 8 من معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين المتعلق بالمرابحة ما يلي: يجب أن يكون كل من ثمن السلعة في بيع المرابحة للأمر بالشراء وربحها محددًا ومعلومًا للطرفين عند التوقيع على عقد البيع. ولا يجوز بأي حال أن يترك تحديد الثمن أو الربح لمتغيرات مجهولة أو قابلة للتحديد في المستقبل؛ وذلك مثل أن يعقد البيع ويجعل الربح معتمداً على مستوى اللايبور الذي سيقع في المستقبل.

(5) للاستزادة ينظر: المرابحة بربح متغير، يوسف الشبيلي، بحث مقدم في ملتقى المرابحة بربح متغير نظمه بنك البلاد، 2009م.

الدليل الثاني: أن الثمن مجهول عند العقد، فهو من بيوع الغرر.

ونوقش: أن المراد بالغرر جهالة العاقبة وهو غير موجود في المربحة بريح متغير فالريح فيها مرتبط معيار منضبط والثمن وإن لم يكن معلوما عند العقد فإنه يؤول إلى العلم.

ونوقش أيضا بأن أن من شروط الغرر أن يكون كثيرا والجهالة هنا يسيرة؛ لأن رأس المال وجزء من الربح معلوم ابتداء والمتغير هو جزء من الربح.

الدليل الثالث: أن الثمن غير مستقر على مبلغ محدد، فهو محتمل لأكثر من قيمة فيدخل في شبهة البيعتين في بيعة المنهي عنه في الحديث⁽¹⁾.

ونوقش: بأن أهل العلم اختلفوا في تفسير البيعتين في بيعة والراجح من تفاسيرهم أن المراد به النهي عن اجتماع عقدين كل واحد منهما مباح في حال انفراده، وإذا جمع بينهما ترتب على اجتماعهما الوقوع في محذور من ربا أو غرر أو أدى إلى نزاع وأما المربحة بريح متغير فليس فيها إلا بيعة واحدة بثمن واحد لا ربا فيه ولا غرر كما سبق بيانه.

واستدل القائلون بجواز ربط الثمن بمؤشر منضبط بعدة أدلة من أهمها ما يلي:

الدليل الأول: أن الأصل في العقود هو الصحة والإباحة. وقد دلت النصوص المستفيضة على ذلك، والمربحة بريح متغير تبقى على أصل الجواز وعلى من يمنع منها أن يأتي بالدليل.

ونوقش: بأن الأدلة التي استدلت بها أصحاب القول الأول دالة على وجوب تحديد الثمن وكافية في نقل حكم المربحة المتغيرة من أصل الحل إلى الحرمة.

الدليل الثاني: القياس على البيع بسعر السوق أو بما ينقطع به السعر

وهو أن يبيعه السلعة من غير تحديد ثمنها ولكن بما يتبايع به الناس عادة، أو بما يقف عليه ثمنها في المساومة، ووجه الشبه بين هذا البيع المربحة بريح متغير أن الثمن في كليهما غير مسمى في العقد، وإنما يتحدد بناء على سعر السوق.

ونوقش بالفرق بين المربحة المتغيرة فالسعر فيها غير معلوم في الحال بينما البيع بسعر السوق أو بما ينقطع به السعر يمكن العلم فيه بالثمن حالا.

ونوقش أيضا بعدم صحة البيع بسعر السوق أو بما ينقطع به السعر فهو محل خلاف بين أهل العلم وليس محل اتفاق حتى يقاس عليه.

الدليل الثالث: القياس على الإجارة بأجرة متغيرة.

(1) حديث النهي عن البيعتين في بيعة، أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي، وصححه.

والقول بجواز الأجرة المتغيرة أخذ به المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية⁽¹⁾، وعدد كبير من الهيئات الشرعية، وما يشترط في الأجرة يشترط في الثمن فإن منعنا من تغير الربح في المربحة للغرر، فيلزم مثل ذلك في الأجرة؛ إذ كلاهما يشترط العلم به.

ونوقش: بأن الثمن في المربحة دين فلا يجوز أن يتغير، بخلاف الأجرة، فإنها ليست ديناً، وعلى فرض أنها دين، فهي دين غير مستقر.

ومسألة المربحة بربح متغير من المسائل التي تحتاج إلى إعادة نظر ودراسة من المجمع الفقهي والهيئات الشرعية قبل البت فيها بقرار يكون مرجعاً للعمل في المصارف الإسلامية، والباحث طرح هذه المسألة ليناقشها أصحاب الفضيلة الحضور في الندوة وهل يمكن أن تكون حلاً للمسائل المطروحة من قبل أمانة الندوة.

(1) ينظر: المعايير الشرعية، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك

المبحث الثالث

الأجرة المتغيرة

اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة عقد الإجارة معرفة الأجرة⁽¹⁾، كما اشترط لصحة البيع معلومية الثمن، والأدلة على ذلك متوافرة من النصوص الشرعية وعليه يدل المعقول فجهاالة الأجرة تؤدي إلى النزاع، ومحل الخلاف بما يتحقق العلم فيه هل هو بالتحديد من أول العقد كالثمن في البيع أم يمكن ربطها بمؤشر معين منضبط معلوم تتغير الأجرة بناء على تغيره.

ذهب معظم الفقهاء في العصر الحاضر إلى جواز كون الأجرة متغيرة كما في قرار المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة وكما في قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي والهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي وغيرهم، ويشترط لهذا الجواز أن تكون مدة الإجارة مقسمة إلى وحدات زمنية يتفق على أجرة الوحدة الأولى ولتكن مثلاً سنة، أو ستة أشهر، ثم يعاد النظر في الأجرة كل سنة، أو كل ستة أشهر ويشترط أن يكون ربط تغير الأجرة بمعيار معلوم لا مجال فيه للنزاع، ويجوز أن يكون المعيار مؤشر سعر الفائدة كالسايبور، وجاء في فتوى ندوة البركة الحادية عشرة للاقتصاد الإسلامي ما يلي: يتحقق العلم بالأجرة في عقد الإجارة الواردة على الأشياء إذا تم الاتفاق على مدة معلومة موزعة على فترات مع تحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى واعتماد أجرة المثل عن بقية الفترات بشرط أن تكون أجرة المثل منضبطة، أو مرتبطة بمعيار معلوم بحيث لا مجال فيه للنزاع وذلك بقصد استفادة المتعاقدين من تغير مستوى الأجرة مع استثناء صفة اللزوم لكامل مدة العقد.

وبجواز الأجرة المتغيرة صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الثانية عشر⁽²⁾ وجاء فيه: "رابعاً: ب - يجوز في الإجازات الطويلة للأعيان تحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى والاتفاق في عقد الإجارة على ربط أجرة الفترات اللاحقة بمؤشر معين شريطة أن تصبح الأجرة معلومة المقدار عند بدء كل فترة".

وبما أن المسألة من المسائل التي تقرر حكمها لدى المجمع الفقهي والهيئات الشرعية فإن الباحث لن يطيل في ذكر الخلاف فيها.

وتحسن الإشارة هنا إلى أنه لا يمكن الاعتراض على عمل المصارف بحجة أن يعيد حساب كامل الأجرة المتبقية بداية كل فترة ثم تتغير بناء على المؤشر، فالعلة المستند عليها في جواز القول بالأجرة المتغيرة تشترط أن تكون الأجرة معلومة عند بداية الفترة الجديدة كما هو منصوص عليه في القرارات السابقة وهو أمر متحقق في تطبيقات المصارف اليوم.

(1) ينظر: رد المحتار، 3/5، مغني المحتاج، 334/2، والكافي لابن عبد البر ص368، وكشاف القناع، 543/3.

(2) القرار رقم 115، بتاريخ 23-28 سبتمبر 2000م، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بجدة، ص 393.

المبحث الرابع

اشتراط الضمان على المستأجر

لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما ينهض حجة على كون يد الأمانة لا تضمن ما يتلف في حوزتها من غير تعد أو تفريط. ومن تمسك بأن الأمانة لا تضمن إلا بتعد أو تفريط استدل بأمرين:

الأول: اعتبار الحائز نائباً عن المالك في التصرف فيكون هلاك العين في يده كهلاكها في يد مالكيها.

الثاني: استصحاب دليل البراءة الأصلية للحائز وعلى هذا فلا يصح الحكم بتضمين يد الأمانة التي لم يقع منها تعد أو تفريط إلا بموجب شرعي يسوغ الاستثناء من الأصل.

وجمهور الفقهاء على عدم جواز تضمين يد الأمانة بالشرط، لما سبق ذكره من أدلة، لكن من الفقهاء من أجاز تضمين يد الأمانة بالشرط، واعتبروا الشرط صحيحاً، وهو قول قتادة وعثمان البتي وعبيد الله العنبري وداود الظاهري ورواية عن الإمام أحمد، وانتصر لهذا القول الشوكاني في السيل الجرار⁽¹⁾، فيمكن القول ببناء على ذلك أنه يجوز أن يضمن المستأجر العين المؤجرة إذا شرط المؤجر عليه ذلك الشرط. قال ابن قدامة: "فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين، فالشرط فاسد، لأنه يناهض مقتضى العقد، وهل تفسد الإجارة به؟ فيه وجهان بناءً على الشروط الفاسدة في البيع، قال أحمد: فيما إذا شرط ضمان العين: الكراء والضمان مكروه. وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر قال: لا يصلح الكراء بالضمان. وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا نكتري بضمان. إلا أنه من شرط على كرتي أنه لا يُنزل متاعه بطن وادٍ أو لا يسير به ليلاً مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل في ذلك التعدي فهو ضامن، فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه، وإن شرطه لم يصح الشرط، لأن ما لا يجب ضمانه لا يُصبره الشرط مضموناً، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه، وعن أحمد أنه سُئل عن ذلك فقال: المسلمون على شروطهم وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه لقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم"⁽²⁾. وما نقله المغني عن الإمام أحمد أخيراً يتفق مع تأصيله في العقود والشروط، أن الأصل الشرعي فيها الإباحة ما لم يتعارض ذلك مع النصوص الشرعية أو مع قياس صحيح، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً عند من يقول به. وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول. ومالك قريب منه؛ لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط. فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه. وعامة ما يصححه أحمد من العقود والشروط فيها يثبتته بدليل خاص من أثر أو قياس"⁽³⁾.

ومن الأدلة التي يمكن الاستناد عليها عند القول بجواز اشتراط الضمان على المستأجر، العمل بالعرف والعادة محكمة.

وقد ذهب بعض الحنفية والمالكية إلى ذلك حيث اعتبروا العرف موجبا لتغيير يد الأمانة إلى ضمان، ومما يؤيد ما جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم: "ورد عليّ سؤال فيمن أجر مطبخاً لطبخ السكر وفيه فخار، أذن للمستأجر في استعمالها

(1) ينظر: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط، نزيه حماد، ص 396-398.

(2) المغني 6/128.

(3) مجموع الفتاوى، 6/470.

فتلف ذلك، وقد جرى العرف في المطايخ بضمائها على المستأجر فأجبت بأن المعروف كالمشروط فصار كأنه صرح بضمائها عليه، والعارية إذا اشترط فيها الضمان على المستعير تصير مضمونة عندنا في رواية⁽¹⁾.

فإذا ثبت أن الفقهاء قرروا أن يد الأمانة يمكن أن تضمن نظراً واستناداً إلى عمل الناس في زمن معين، فنقول إن واقع عمل المصارف اليوم في التمويل بالإجارة هو تضمين المستأجر، وبالتالي فهو عرف يمكن الاستناد إليه.

ومما يمكن القول به أنه يصح تحميل الضمان على المستأجر للمصلحة فيمكن أن تكون المصلحة سبباً من أسباب تضمين الأمين، والناظر في المدونات الفقهية يرى أن الفقهاء السابقين عند تضمينهم الصناع أو الأجير المشترك استندوا إلى المصلحة فالأصل في الصناع أنهم مؤتمنون على ما في أيديهم، لا يضمنون بغير التعدي والتفريط، لكن ضمنهم الفقهاء للمصلحة وللضرورة.

جاء في تبين الحقائق: "تضمين الأجير المشترك كان نوع استحسان عندهما صيانة لأموال الناس؛ لأنه يتقبل الأعمال من خلق كثير رغبة في كثرة الأجرة، وقد يعجز عن القيام بها فيقعد عنده طويلاً، فيجب عليه الضمان إذا هلك بما يمكن التحرز عنه؛ حتى لا يتوانى في حفظها"⁽²⁾.

وقال ابن رشد: "الأصل في الصناع أنه لا ضمان عليهم لأنهم أجراء، وإنما ضمنوا للمصلحة العامة"⁽³⁾.

فالأمر مبني على المصلحة والضرورة وقد روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه ضمن الغسال والصباغ، وقال: "لا يصلح الناس إلا ذلك"⁽⁴⁾، قال الشاطبي: "إن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قضوا بتضمين الصناع، قال علي رضي الله عنه: «لا يصلح الناس إلا ذاك».

وبناءً على ما سبق فإنه يمكن القول بأن اشتراط المصارف وشركات التمويل ضمان العين المستأجرة على المستأجر أو ضمان شركة التأمين، شرطٌ صحيحٌ ما دام أن المستأجر قد قبل الشرط. يؤيد ذلك ما سبق ذكره من أن يد الأمانة تتحول إلى يد ضمان في حالاتٍ، منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء كالتعدي والتفريط، ومنها ما هو محل اختلافٍ بينهم كالعامل بالعرف والمصلحة. ولا شك أن المحافظة على أموال الناس من ضمن المصالح الشرعية المعبرة، والقول بتضمين المستأجر محققٌ للمصلحة، كما في مسألة تضمين الصناع، قال د. نزيه حماد: "ما ذكره ابن رشد في مسألة تضمين الصناع بقوله "ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة" ولا أدل على أن في اشتراط الضمان على الأمين حاجة معتبرة ومصلحة راجحة فإن هذا الاشتراط عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه، فالإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه، وحيث لم يثبت تحريمه بنص، فإنه يلزم القول بإباحته وصحته، رفقاً بالناس وتيسيراً عليهم؛ اعتباراً لعمومات الكتاب والسنة والقاضية برفع الحرج عن العباد في معاملاتهم"⁽⁵⁾.

(1) الأشباه والنظائر، ص 85.

(2) تبين الحقائق، 5/ 138.

(3) البيان والتحصيل، 15/ 335.

(4) معرفة السنن والآثار، للبيهقي 8/ 338.

(5) ينظر: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط، نزيه حماد، 403-406.

وبه أخذت بعض القوانين كالقانون المدني الأردني و خلاصة الأمر أن اشتراط ضمان العين المستأجرة على المستأجر، شرطٌ صحيحٌ ما دام أن المستأجر قد قبل الشرط، ولا مانع شرعاً أن تنقلب يدُ الأمانة إلى يد ضمانٍ، وخاصة أن في ذلك تحقيق مصلحةٍ معتبرةٍ شرعاً ألا وهي حفظ أموال العباد.

المبحث الخامس

نقل عبء الصيانة الأساسية إلى المستأجر

وهذه المسألة محل إشكال شرعي، إذ اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة على حرمة هذا الشرط، وأنه باطل لا يصح اشتراطه في عقد الإجارة؛ لما فيه من غرر⁽¹⁾. وجاء ذلك في قرار المجمع الفقهي الدولي الإسلامي، ونصه " أن الصيانة إذا كانت من النوع الذي يتوقف على استيفاء المنفعة فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شرط ولا يجوز اشتراطها على المستأجر"⁽²⁾

وقد لجأت المصارف الإسلامية إلى حل هذا الإشكال والتخلص من هذه المخاطرة بعدة وسائل من أهمها:

أولاً: اللجوء إلى خيار الصيانة الوقائية الدورية، بحيث يقوم المؤجر بتزويد المستأجر بجدول زمني معين وأعمال صيانة معلومة يقوم بها المستأجر ويمكن أن يتم رفع الأجرة عليه ومن ثم يخصصها المستأجر مقابل القيام بالصيانة، وقد نبه إليها الفقهاء القدامى كما في شرح الخرخشي⁽³⁾، وهذه الصيانة لا تدخلها الجهالة كونها معلومة وأجرها معلوم.

ثانياً: أن يقوم المؤجر بإبرام عقد صيانة مع المستأجر - منفصل عن عقد الإجارة - يكون فيه المؤجر مصوناً له والمستأجر صائناً، ويدفع المؤجر للمستأجر قيمة الصيانة⁽⁴⁾. وجاء في مداخلة للدكتور محمد القري بعنوان (تطبيقات منتج الإجارة الموصوفة في الذمة في مجال العقارات) في ندوة: الإجارة الموصوفة في الذمة وسيلة هامة لتمويل المشاريع الإنشائية، المقامة في المملكة العربية السعودية مدينة جدة بتاريخ 2011/04/17م تحت إشراف شركة أملاك العالمية للتمويل العقاري، ما نصه: "الإجارة في الذمة تشبه عقد الإجارة المعيّنة من ناحية تقسيم الصيانة فيها إلى صيانة عادية وهي المرتبطة بالاستخدام وصيانة هيكلية وهي المتعلقة بقدرة المستأجر على الحصول على المنافع بحيث أنها لو وقعت لم يعد المستأجر قادراً على الانتفاع بالأصل المؤجر. والذي عليه العمل بناءً على قرارات الهيئات الشرعية أن يتحمل المستأجر النوع الأول أي الصيانة العادية، أما المؤجر فإنه يتحمل النوع الثاني ويعرّف بأنه أي الصيانة الهيكلية ما يؤدي إلى توقف الأصل عن توليد المنافع المتعاقد عليها لأنه مالك. وفي هذا إشكال بالنسبة للمؤجر أي شركة التمويل أو البنك لعظم المخاطر فيه بحيث يخرجها من تخصصها وهو التمويل إلى أعمال الصيانة والترميم.

وقد اجتهدت بعض الهيئات الشرعية في المملكة العربية السعودية في إجازة الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على أن يتحمل المستأجر هذا النوع من الصيانة مقابل رسم شهري. وقد اتجه مشروع نظام الإيجار التمويلي إلى إمكانية تحميل المستأجر كلا النوعين من الصيانة إن وجد تأمين يغطي ذلك الخطر والباعث على ذلك أن الممول يقوم بشراء العقار المعد للتأجير أو التعاقد عليه مع المطور بناءً على ما يقترحه العميل المستأجر ويختاره، ولذلك فإن هذه الطريقة في نقل مخاطر

(1) ونص على ذلك عدد من قرارات الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية، وهو اختيار المعايير الشرعية الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة،

(معياري) (9) وقرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي رقم 95، وغيرهما كثير.

(2) مجلة المجمع، العدد الحادي عشر ج2، ص 5 قرار رقم: 103(11/6).

(3) ينظر: شرح مختصر خليل، 47/7.

(4) ينظر: صكوك الإجارة، د. حامد ميرة، ص 213.

الصيانة الهيكلية إلى المستأجر بأجر تقلل من المخاطر التي يتحملها الممول كما أنها تدفع العميل إلى اختيار عقار يعلم بحسن إنشائه ووجود الضمان عليه من قبل المفاوض.

فإذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يقوم المستأجر بالقيام بأعمال الصيانة الأساسية بموجب عقد جديد مستقل وأعمال وأجرة معلومة، فقد يكون ذلك مخرجاً شرعياً صحيحاً والله أعلم.

وهنا مسألة مهمة يرى الباحث ضرورة إثارتها وهو هل يمكن تحميل المستأجر الصيانة الأساسية بالشرط، سبق بيان اتفاق المذاهب الأربعة على بطلان هذا الشرط وهو ما صدر به المعيار الشرعي التابع لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية وجاء فيه: "لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر الصيانة الأساسية للعين التي يتوقف عليها بقاء المنفعة. ويجوز توكيل المؤجر للمستأجر بإجراءات الصيانة على حساب المؤجر. وعلى المستأجر الصيانة التشغيلية أو الدورية"⁽¹⁾، لكن يمكن القول إنه يصح اشتراط الصيانة الأساسية على المستأجر خاصة في عقود الإجارة المنتهية بالتملك ويؤيد ذلك ما يلي:

أولاً: القياس على صحة اشتراط الضمان على المستأجر كما سبق اختياره، فإذا صح اشتراط الضمان على المستأجر صح اشتراط الصيانة عليه، وتحمل المستأجر للصيانة الهيكلية يكاد يكون مرادفاً من حيث المعنى لعبارة ضمان المستأجر لمحل عقد الإجارة، لأن غرض الصيانة الهيكلية هو ضمان استمرار الأصل قادراً على توليد المنافع⁽²⁾، ويدل له عموم معنى ما ورد في الحديث "المسلمون على شروطهم" وقد استند الإمام أحمد رحمه الله إلى هذا الدليل في إجازة اشتراط الضمان على المستأجر، جاء في المغني "فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لأنه يناهض مقتضى العقد... وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال المسلمون على شروطهم وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم"⁽³⁾

ثانياً: العمل بالعرف: فالعادة محكمة، ويمكن القول بأن العرف في المصارف جرى على تحميل العميل الصيانة الأساسية.

ثالثاً: المصلحة: وبيان ذلك أن في القول بعدم جواز تحميل الصيانة الأساسية على العميل حمل للمصارف على عدم العمل بهذه الصيغة وهو ما يضيق على الناس، إضافة إلى ذلك فإن التجربة أثبتت أن معظم العملاء يرغبون في التمويل للحصول على أصول وعقارات يحددونها هم، وليس للبنك سبيل إلى معرفة جودة تلك الأصول فيمكنه التمويل مع اشتراط الصيانة على العميل من باب المصلحة.

(1) معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، ٧/١/٥، المعايير الشرعية ص ٢٤٨.

(2) ينظر: طرق توقي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنتهية بالتملك، د. محمد القري، بحث مقدم لمؤتمر هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية السنوي السابع عشر 7 و 8 أبريل 2019 المنامة - البحرين ص 12.

(3) أخرجه أبو داود في الأقضية باب في الصلح (٣٥٩٤)، والحاكم في المستدرک (٢٣٠٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٦١٨)، وأخرجه الترمذي في الأحكام باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس (١٣٥٢)، ولفظهم "المسلمون على شروطهم"، والحديث صحَّحه الألباني في الإرواء (١٣٠٣).

المبحث السادس

هيكل الإيجارتين

والمراد به هنا ما تقوم به بعض المصارف من الدخول مع العميل في عقد إجارة طويل الأمد لأصل مملوك للعميل بأجرة نقدية ثم إعادة تأجير العين للعميل بأجرة مؤجلة تدفع على أقساط حسب المتفق عليه، وسبب لجوء المصارف إلى العمل بذلك هو تجنب الإجراءات القانونية المطولة والضرائب، وقد ظهر الموضوع على الساحة عندنا بعد فرض ضريبة القيمة المضافة على عمليات تأجير العين لمن باعها وهو ما يلجأ له كثير من الناس بل وحتى الشركات للحصول على تمويل.

وقد اتجه أغلب المعاصرين إلى القول بتحريم هذه العملية ومستندهم الرئيس في ذلك هو شبهة العينة، وبه أخذت المعايير الشرعية حيث جاء فيها: "يجوز للمستأجر إجارة العين لملكها نفسه في مدة الإجارة الأولى بأقل من الأجرة الأولى أو بمثلها أو بأكثر منها إذا كانت الأجرتان معجلتين. ولا يجوز ذلك إذا كان يترتب عليها عقد عينة: بتغيير في الأجرة أو في الأجل، مثل أن تقع الإجارة الأولى بمائة دينار حالة، ثم يؤجرها المستأجر إلى نفس المؤجر بمائة وعشرة مؤجلة، أو أن تقع الإجارة الأولى بمائة وعشرة مؤجلة ثم تقع الإجارة الثانية بمائة نقدا، أو أن تكون الأجرة في الإيجارتين واحدة، غير أنها في الأولى مؤجلة بشهر، وفي الثانية بشهرين".⁽¹⁾ فظاهر من المعيار أنه لا يجوز تأجير العين بأكثر من قيمتها على من أجزها نقدا.

لكن يظهر للباحث أن إطلاق القول بكون الصورة مثل العينة محل نظر، فالعينة فيها دين ثابت في الذمة وهو ما لا يتصور وجوده مع الإجارة، وهذه الصورة أقرب ما تكون إلى ما اشتهر باسم "عكس العينة"، وعكس العينة من الفقهاء من جعل حكمها مختلف عن العينة، فالبائع في صورة العينة له دين مستحق على المشتري لأنه باعه السلعة بثمن مؤجل ثم يشتري عنه السلعة بالنقد أما عكس العينة فالبائع قد استوفى حقه من المشتري وانتهت العلاقة الأولى ف شراء السلعة ليس معاقدة بين دائن ومدين فاختلفت.

ومن رأى هذا الفرق مؤثراً قال فيها بالجواز، قال المرداوي في الانصاف: "الثالثة عكس العينة مثلها في الحكم ...، على الصحيح من المذهب ونقل أبو داود يجوز بلا حيلة"⁽²⁾.

(1) معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ٤/٣، المعايير الشرعية ص ٢٤٣.

(2) الإنصاف، ١١/١٩٤، وللاستزادة ينظر: طرق توقي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك، د. محمد القري، ص ١٥.

المبحث السابع

تملك المستأجر للدفعة المقدمة

تلزم بعض الأنظمة والقوانين أو سياسات المخاطر لدى المصارف المستأجر بدفع دفعة مقدمة قبل الحصول على تمويل بصيغة الإيجار مع الوعد بالتملك، ويحرص بعض العملاء على دفع دفعة مقدمة كبيرة بغية تقليل ربح التمويل، ويأتي الإشكال حين ينفسخ عقد الإجارة فهل تكون كامل الدفعة المقدمة من حق المؤجر أم يلزمه إعادة جزء منها.

الأصل أن الأجرة لا تستحق إلا باستيفاء المنفعة ويلزم من ذلك أنه يجب على المستأجر رد جزء من الأجرة المقدمة في حال انفساخ العقد، وبالنظر إلى واقع الحال في المصارف فإنه يتبين أن المصرف يقوم بتسجيل الأجرة المقدمة في دفاتره على أنها أرباح مقدمة، ولا يمكنه وضع المبلغ تحت الحساب كما يسمى، وبالتالي فإن إعادة جزء منها تعني خسائر في تلك السنة.

ولتفادي هذا الأمر نجد أن المصارف تتبع طريقتين⁽¹⁾ وكلاهما اعتمدته بعض الهيئات الشرعية:

الطريقة الأولى: اعتبار أن الدفعة المقدمة بغض النظر عن مبلغها أجرة لفترة معينة بحيث تستهلك فيها، فإذا انقضت الفترة أصبحت الأجرة ملكاً تاماً مستقراً للبنك لا يمكن للمستأجر استردادها بحال. والذي يظهر للباحث أن العمل بهذا فيه مخالفة للعدل إذ كيف يمكن أن تكون الأجرة أحياناً أكثر بأضعاف من أجرة المثل، بل اطلعت على حالات دفع فيها المستأجر ٧٠٪ من قيمة العقار كدفعة مقدمة واستهلكها البنك على سنتين، كما أنه يجعل عقد الإجارة صورياً وغطاءاً للدين.

الطريقة الثانية: رأيت بعض الهيئات الشرعية أن الأجرة تجب وتستحق بالعقد فاعتبروا الأجرة مملوكة للمؤجر بالعقد فما تم دفعه مقدماً يستحقه المؤجر كاملاً بتسليم، ويستندون في ذلك إلى أقوال بعض أهل العلم من ذلك: ما جاء في الحاوي عن الإمام الشافعي: "وإنما اختلف قوله هل ملكها بالعقد ملكاً مستقراً مبرماً أو ملكها ملكاً موقوفاً فأحد قوليه نص عليه في البويطي وغيره قد ملكها بالعقد ملكاً مستقراً مبرماً كأثمان المبيعات وصدقات الزوجات؛ لأنه لما جاز له التصرف فيها - حتى لو كانت الأجرة أمة كان له وطؤها - دلّ على أن ملكه مستقر عليها"⁽²⁾ ومن ذلك ما نقل عن أبي ثور كما جاء في المغني والشرح الكبير من أنه كان يقول إن قبض الأصل المؤجر قبض للمنافع أشبه بالبيع ولذلك تصبح الأجرة ملكاً تاماً مستقراً للمؤجر حتى لو تلفت العين بعد العقد لم يكن للمستأجر المطالبة برد الأجرة.⁽³⁾

(1) ينظر: طرق توقي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك، د. محمد القري، ص ١٧-١٩.

(2) الحاوي الكبير، ٣/٣١٨.

(3) ينظر: الشرح الكبير، ٦/١٠٥.

المبحث الثامن

دفع الأجرة فترة الصيانة

إذا تعرضت العين المستأجرة إلى ما يدعو لصيانتها وتعطل انتفاع المستأجر بها فالأصل أن المستأجر يتوقف عن سداد الأجرة لتعطل منافع العين في تلك الفترة، والأجرة كما سبق تستحق باستيفاء المنفعة، لكن هذا التوقف يعود بالضرر على المصارف خصوصا على التدفقات النقدية. فهل يجوز أن يشترط المصرف على العميل أنه لا يمكنه التوقف عن دفع الأجرة فترة صيانة العين المؤجرة؟

قال في المغني: "وإن شرط على مكترى الحمام أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يجز؛ لأنه لا يجوز أن يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها، ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدته لأنه يؤدي إلى أن يكون انتهاء مدة الإجارة مجهولا".⁽¹⁾

وتلجأ بعض المصارف إلى إلزام المستأجر بالاستمرار في دفع الأجرة حتى في وقت تعطل الأصل مقابل أن يزيد له في المدة بقدر ما فاته من أيام عند تعطل المنافع وهذا يؤدي إلى جهالة المدة، وهو واضح أيضا من كلام ابن قدامة السابق. وتقوم بعض المؤسسات المالية الإسلامية بتضمين عقد الإجارة مادة يوافق فيها العميل على الاستمرار في دفع الأجرة خلال فترة الصيانة وهو أيضا محل نظر إذا كان على إطلاقه.

وبعد التأمل يمكن القول إن العين المستأجرة التي تحتاج إلى صيانة لا تخلو من أحوال:

أولا: أن تكون الحاجة إلى الصيانة بتعد أو تفريط من المستأجر نفسه، وفي هذه الحالة لا يظهر المنع من إلزامه بدفع الأجرة فترة الصيانة؛ كونه تسبب في تعطل منافع العين.

ثانيا: أن تدعو الحاجة إلى الصيانة دون تعد أو تفريط من العميل وفي، وفي هذه الحالة كما سبق لا يمكن اشتراط دفع الأجرة مطلقا وقد يكون المخرج الشرعي أن يشترط البنك على العميل دفع الأجرة فترة معينة بالنظر إلى عمل الناس والمدد التي يستغرقونها في الصيانة وتختلف باختلاف العين المؤجرة، فإذا زادت فترة الصيانة عن المدة المحددة أعفي من دفع الأجرة خلال المدة الزائدة.⁽²⁾

والله أعلم.

(1) المغني لابن قدامة، ٣٦/٦.

(2) ينظر: طرق توقي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنتهية بالتملك، د. محمد القري، ص ٢٢.

الخاتمة

الحمد لله أولاً وآخرأ وظاهراً وباطناً، فله الفضل والإنعام، الذي يسر وأعان على التمام، فما كان في هذا البحث من صواب فمنه سبحانه وحده لا شريك له، وما كان فيه من خطأ فمن نفسي والشيطان. وأستغفر الله وأتوب إليه.

هذا وقد توصل الباحث من خلال هذا الجهد المتواضع إلى جملة من النتائج والتوصيات أبرزها ما يأتي:

1. الإجارة عقد على المنافع بعوض ولا يختلف تعريف القانونيين لها عن تعريف الفقهاء، والإجارة المنتهية بالتمليك: إجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها.
2. العمل بالمرابحة المتغيرة قد يخرج المصارف من كثير من مخاطر الإجارة وقد توقف الباحث عن الترجيح في المسألة.
3. لا مانع شرعا من العمل بالأجرة المتغيرة شريطة أن تؤول إلى العالم، ولا يؤثر على ذلك آلية احتساب الأجرة الجديدة.
4. يصح اشتراط ضمان العين أو ضمان طرف ثالث كشركة التأمين مثلا على المستأجرو يؤيد ذلك العمل بالعرف ومراعاة المصلحة.
5. يتجه القول بصحة اشتراط الصيانة على المستأجر، عملا بالعرف المصرفي المعاصر.
6. لا يظهر مانع من العمل بهيكل الإجاريتين كونه عكس العينة وليس من العينة المحرمة.
7. لا يجوز للمصرف أن يملك كامل الدفعة المقدمة ويستهلكها على فترة بسيطة، بل يجب مراعاة العدل وأجرة المثل عند توزيعها.
8. لا يصح اشتراط استمرار المستأجر دفع الأجرة فترة الصيانة مطلقا، ويمكن تقييد ذلك بفترة معينة تفاديا للغرر.

التوصيات

1. يوصي الباحث بضرورة إعادة النظر في بعض أحكام عقد الإجارة والتي بنيت على أقوال الفقهاء السابقين وقد بنوا كثيرا منها على العمل بالعرف والمصلحة في وقتهم.
2. يجب على المصارف الإسلامية أن تدرك طبيعة العقود الإسلامية خصوصا فيما يتعلق بالمخاطر وأنه لا يمكن أن تؤدي إلى جميع ما يؤدي إليه القرض الربوي.
3. التواصل مع الجهات التشريعية وبيان أهمية التسجيل المحاسبي الصحيح وما يترتب عليه من أحكام خاصة في عقد الإجارة كون واقع التسجيل المحاسبي مخالف لحقيقة العقد.

والله أعلم

وصلى الله وسلم على نبينا محمد.

ثبت المصادر والمراجع

- القرآن الكريم
- إجارة الموصوف في الذمة وتطبيقاتها المعاصرة، د. عبد الرحمن السعدي، رسالة دكتوراه بقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م.
- بيان الدليل على بطلان التحليل، شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، المكتب الإسلامي، 1418هـ - 1998م.
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: د محمد حيي وآخرون الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م
- تأجير العين المشترية لمن باعها صراحة وضمناً د. نزيه كمال حماد، بحث منشور في مجلة العدل العدد (35) رجب 1428هـ.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1313هـ.
- التأجير التمويلي دراسة فقهية مقارنة بمشروع نظام الإيجار التمويلي، د. يوسف الشبيلي، بحث منشور في مجلة الجمعية الفقهية السعودية العدد الحادي عشر شوال/محرم 1432/1433هـ - 2011م
- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422هـ.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات لمحمد عليش، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان.
- حكم الربط القياسي للأجرة في إجارة الأعيان بمؤشر سعر الفائدة، د. نزيه حماد، مجلة العدل العدد ٤٠ شوال ١٤٢٩هـ.
- الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، تحقيق: محمد حيي، دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة: الأولى، 1994 م.
- شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرشبي، دار الفكر للطباعة - بيروت.
- صكوك الإجارة (دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية - ماجستير)، حامد بن حسن بن محمد علي ميرة، بنك البلاد، الرياض، دار الميمان، الرياض، القاهرة، الطبعة الأولى.
- طرق توقي مخاطر الملكية في التمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك، د. محمد القرني، بحث مقدم لمؤتمر هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية السنوي السابع عشر
- غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد مكي الحموي، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1405هـ - 1985م.
- الفتاوى الكبرى لابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1408هـ - 1987م.
- فتاوى ندوات البركة، من منشورات مجموعة دلة المصرفية.
- كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس الهوتي، طبعة عام 1402هـ، تحقيق: طلال مصيلحي، دار الفكر-بيروت، وطبعة: عام 1403هـ، دار عالم الكتب.

- المبسوط لمحمد بن أحمد السرخسي، دار المعرفة بيروت لبنان، 1414هـ - 1993م.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لرابطة العالم الإسلامي.
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.
- المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، يحيى بن شرف النووي، دار الفكر.
- المسائل المستجدة في التمويل العقاري، د. فيصل مغل، رسالة دكتوراه بقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء 1436هـ - 1437هـ.
- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (صحيح مسلم)، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، مملكة البحرين، 1435هـ، 2014م.
- معرفة السنن والآثار: أحمد بن الحسين بن علي الخراساني، أبو بكر البيهقي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعي الناشر: جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (دمشق - بيروت)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة) الطبعة: الأولى، 1412هـ - 1991م
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م.
- المغني، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م، ودار هجر، القاهرة، الطبعة الثانية، 1413هـ.
- المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان الباجي، مطبعة السعادة - مصر، الطبعة: الأولى، 1332هـ.
- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثانية، 1392هـ.
- الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر المرغيناني، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات الإجارة مع الوعد بالتمليك

إعداد

د. خالد بن محمد السيارى

عضو هيئة التدريس بالجامعة السعودية الالكترونية

بحث مقدم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشرة

تنظيم البنك الأهلي التجاري - بمدينة جدة

بتاريخ: 21-22 ربيع الثاني 1441هـ الموافق: 18-19 ديسمبر 2019م.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فهذه ورقة موجزة أكتبها بناء على طلب الزملاء الكرام في الجهة المنظمة (المجموعة الشرعية للبنك الأهلي التجاري) لندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي في نسختها (الثانية عشرة) المتوقع انعقادها في ربيع الآخر 1441هـ (ديسمبر 2019م) في محافظة جدة.

وبناء على كتاب الاستكثاب، فقد اشتملت الورقة على مسائل في عقد الإيجار التمويلي (الإجارة المنتهية بالتمليك)، قد جرى اختلاف بشأنها بين الهيئات الشرعية، نظرا لاشتغال بعض تطبيقات عقد الإيجار التمويلي في المؤسسات المالية الإسلامية على إشكالات تتعارض في الظاهر مع بعض مقتضيات وأحكام عقد الإجارة في الفقه الإسلامي، مما انعكس على اختلاف الموقف الشرعي بشأنها، وبعضها لم تغطه الاجتهادات الجماعية، ولهذه الأسباب وغيرها، جرى اختيار هذا الموضوع ليكون ضمن محاور هذه الندوة التي تعنى بمستجدات العمل المصرفي الإسلامي.

وهذه المسائل هي:

1. نقل عبء الصيانة إلى المستأجر.
2. تملك المؤجر للدفعة المقدمة.
3. دفع الأجرة في فترة الصيانة.
4. الأجرة المتغيرة.
5. ضمان المستأجر لشركة التأمين.
6. هيكل الإيجارين.
7. تعويض المستأجر المؤجر.

وبالله تعالى التوفيق.

مدخل

عقد الإيجار التمويلي هو عقد ذو طبيعة خاصة (عقد إجارة من نوع خاص) يشبه عقد الإجارة الفقهي (المعهود فقها)، فتغلب أحكامه عليه، إلا أنه لا يلزم من ذلك طرد جميع أحكام الإجارة عليه إذا كان في طردها (في هذا العقد الحادث) مخالفة لمقتضيات العدل فيما يتعلق باستحقاق الغنم وتحمل الغرم.

إن إخفاء قصد التملك متعذر في هذا العقد، فلا مناص حينئذ من تأثر الأجرة به، وهذا القول هو الذي عليه تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية لما واجهته من عقبات قانونية وعملية في الالتزام بعقد الإجارة الفقهي، وذلك بسبب تردد (هذا العقد الحادث) بين عقدين، وهذا التردد ليس موجبا لإبطاله، ولا إلى ضرورة إلحاقه بأحدهما، فالمطلع على ما كتبه الفقهاء المتقدمون في مدوناتهم الفقهية يجد نظائر فقهية للعقود المترددة التي انتظمت عقدا مستقلا برأسه متميزا بأحكامه ومقتضياته، مع مراعاة قواعد العدالة وانتفاء موانع العقود مثل الربا والغرم.

تبعيض الأحكام (تجزؤ الأحكام):

وهذا الصنيع هو المتفق مع تقريرات الفقهاء في تجزؤ الأحكام، فتبعيض الأحكام شأن معهود في الشريعة، سواء في باب العبادات أو المعاملات أو المناكحات أو الأفضية، وأصله ما جاء في الصحيحين من حديث عائشة -رضي الله عنها- قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إلي أنه ابنه انظر إلى شبيهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فرأى شهما بيئا بعتبة فقال: هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة. فلم تره سودة قط.

حكما بين حكمين:

وقد استند الفقهاء المحققون إلى هذا الحديث في تقرير قاعدة مفادها إعطاء المسألة المشتبهة بأصلين: حكما بين حكمين، قال ابن دقيق العيد في إحكام الأحكام 204/2: (فأعطي الفرع حكما بين حكمين فلم يحض أمر الفراش فتثبت المحرمية بينه وبين سودة، ولا روعي أمر الشبه مطلقا فيلتحق بعتبة).

وفي طرح الثريب 129/7: (قال ابن دقيق العيد: استدل بعض المالكية على قاعدة من قواعدهم، وهو الحكم بين حكمين، وذلك أن يأخذ الفرع شهما من أصول متعددة فيعطي أحكاما متعددة، ولا تمحض لأحد الأصول).

وقال ابن القيم في زاد المعاد 368/5: (فهذا الحكم النبوي أصل في ثبوت النسب بالفراش، وفي أن الأمة تكون فراشا بالوطء، وفي أن الشبه إذا عارض الفراش قدم عليه الفراش، وفي أن أحكام النسب تتبع بعض فتثبت من وجه دون وجه، وهو الذي يسميه بعض الفقهاء: حكما بين حكمين).

الآثار المترتبة على هذا التخريج:

وبناء على ما سبق، فيترتب على تخريج عقد الإيجار التمويلي على هذا النحو، جملة من الآثار والنتائج والأحكام، وصولا إلى التوازن العقدي المطلوب بين أطراف التعاقد، وتحقيقا للعدالة في تطبيق قاعدة الغنم بالغرم والخراج بالضمان. فمن هذه الآثار:

أولاً: مدى استحقاق نماء العين المؤجرة:

أبرز هذه الآثار هو ما استقر عليه اجتهاد الهيئات الشرعية¹، وهو ما تلزم به الجهة الإشرافية، وأنظمة التمويل العقاري الحاكمة لهذا العقد²، من عدم استحقاق مؤسسة التمويل أي نماء للعين يزيد على المتبقي من دين التمويل، سواء أكان هذا النماء ناتجاً من ارتفاع قيمتها (ربح رأسمالي) أو من تثمين عقاري أو تعويض تأميني. وهذا صدرت توصية ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي في نسختها (الثالثة) عام 2010م، في محور: (تطبيق عقد الإجارة مع الوعد بالتمليك في التمويل المصرفي).

ثانياً: مدى تحمل تبعات ملكية العين المؤجرة:

ومن هذه الآثار تخفّف عدد من الهيئات الشرعية في عدم لزوم تحمل مؤسسة التمويل جميع تبعات ملكية العين المؤجرة، باعتبار أن التمليك مراعى في هذا العقد الجديد وهو مقصود للعميل، وهذا بخلاف عقد الإجارة في الفقه الإسلامي، فإن المؤجر مسؤول عن جميع تبعات العين، فليس للمستأجر غرض في تملك العين المؤجرة، وأي إصلاح يضيفه المستأجر في العين، ففيه منفعة للمؤجر. ونحتاج إلى هذا الأثر في بعض مسائل هذه الورقة.

ثالثاً: أجرة مثل العين المؤجرة:

يختلف سوق الإيجار التمويلي عنه في الإيجار العادي فيما يتعلق بالرجوع إلى أجرة المثل، ومن أبرز المؤثرات في ذلك ما يسمى: (خدمات ما بعد العقد)، فإن الخدمات التي تقدمها مؤسسة الإيجار التمويلي للعميل تختلف جوهرياً عن الخدمات التي تقدمها مؤسسة الإيجار العادي، وهذا الاختلاف ظاهر بين شروط العقود وأعراف المتعاملين والأنظمة الحاكمة وتعامل الجهات الإشرافية، والشروط والأعراف معتبرة في التعامل.

1 وينظر: قرار هيئة الأهلي (1/147) عام 2011م، وهيئة الراجحي 208/1 و344 و348، وهيئة البلاد (71) عام 2013م، وهيئة الإنماء (597) عام 2014م.

2 جاء في اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري: (لشركة التمويل العقاري تملك المسكن لغرض تمويله على ألا ينشأ عنه ربح غير تمويلي).

المسألة الأولى

نقل عبء الصيانة إلى المستأجر

توطئة:

صيانة العين المؤجرة (عمارتها ومرمتها) على نوعين مشهورين¹:

1. ما يُتمكّن به من الانتفاع، أو ما كانت لأصل الانتفاع، أو ما يسمى الصيانة الأساسية.
2. ما كان لاستيفاء المنافع، أو ما كانت لكامل الانتفاع، أو ما يسمى الصيانة التشغيلية.

وهناك نوع ثالث وهو الصيانة الدورية، وهي مقيدة بأجال محددة وأجزاء معلومة، وبعضها يلحق بالنوع الأول، وبعضها يلحق بالنوع الثاني.

وبعض الممارسات ترى أن التفريق بين أنواع الصيانة يحمل على أعراف شركات التأمين وتصنيفها لأنواع الصيانة، فما كان قابلاً للتأمين يمكن اعتباره ممثلاً للصيانة الهيكلية (الأساسية)، وما عداه يكون من الصيانة التشغيلية².

وقد استقرت كلمة الفقهاء على أن المؤجر (المالك) يتحمل مخاطر ملكية العين المؤجرة؛ لأن الضمان فرع عن الملك وهو من أظهر آثاره، ويشمل ذلك ضمان العين من التلف وكذا الإصلاح. ويمنع تحميل المستأجر ذلك؛ لأنه أمين، فيمنع شرط تحمّله ضمان العين المؤجرة وصيانتها (عمارتها ومرمتها)؛ لمحدور الغرر، ولكونه شرطاً يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه³.

ووجه ذلك أن هذا الشرط يؤدي إلى تحمل المستأجر نفقات (مصروفات) مجهولة، وهذا يؤدي إلى جهالة الأجرة حينئذ لأن "المشروط يصير أجرة وهو مجهول فتصير الأجرة مجهولة"⁴، و"المجهول إذا انضم إلى معلوم صيّر مجهولاً"⁵، فهو شرط فاسد.

وإذا امتنع المؤجر عن صيانتها أو نص في العقد على عدم إصلاحه لها، فيكون أثر ذلك: ثبوت خيار الفسخ للمستأجر، وليس إجبار المؤجر على إصلاح العين المؤجرة، ولا إنقاص الأجرة بقدرها، ولا إصلاح المستأجر لها على حساب المؤجر دون إذنه ورضاه، وهذا حكم متقرر في المشهور من مذاهب الأئمة الأربعة⁶، خلافاً لما عليه القانون المقارن، والتشريعات العربية⁷.

1 المغني 33/8، المسؤولية عن أعمال الصيانة في إجارة المعدات ص 451 و 453 و 456.

2 صكوك التمويل الإسلامية ص 160.

3 بدائع الصنائع 194/4 و 195 و 208 و 210، الشرح الصغير 42/4 و 62 و 63، نهاية المحتاج 266/5 و 298 و 314، المغني 34/8 و 114، كشف القناع 109/9 و 139.

وزاد الحنفية علة الربا على أصلهم في منع الشروط الزائدة على مقتضى العقد، واعتبرها من الربا، فهي: "زيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض في معاوضة المال بالمال، فيكون ربا أو فيها شبهة الربا" بدائع الصنائع 195/4.

4 بدائع الصنائع 194/4.

5 حاشية المغربي الرشيد على نهاية المحتاج 266/5.

6 المراجع السابقة، عدا ما إذا كانت العين المؤجرة وقفاً أو ملكاً يتيم. وبعض فقهاء الحنابلة يرون إجبار المؤجر في الوقف وفي غيره، مثل ابن تيمية والمرداوي؛ جاء في الإنصاف 464/14: (حكى في التلخيص أن المؤجر يجبر على الترميم بإصلاح مكسر، وإقامة مائل. قلت: وهو الصواب. قال الشيخ تقي الدين: للمستأجر مطالبة المؤجر بالعمارة التي يحتاج إليها المكان المأجور، فإن كان وقفاً، فالعمارة واجبة من وجهين: من جهة أهل الوقف، ومن جهة حق المستأجر. انتهى. وليس له إجباره على التجديد. على الصحيح من المذهب. وقيل: بلى).

7 الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 296-246/1/6.

ومع تقرير هذا الأصل، إلا أن عددا من الاجتهادات الشرعية المعاصرة رأَت إمكان الخروج عن هذا الأصل، لاعتبارات خاصة في هذا العقد الحادث (عقد الإيجار التمويلي). واستئناسا بما قرره الفقهاء المتقدمون في نظائر وأشباه المسألة، وذلك بإجازة عدد من الطرق لنقل عبء الصيانة الأساسية (الهيكلية) إلى المستأجر بالاتفاق، ونحاول هنا عرض هذه الطرق ومناقشتها.

ومن أظهِر النظائر الفقهية لتحميل المستأجر صيانة العين في الإجارة التمويلية: ما قرره الفقهاء من تحميل المنتفع نفقة (صيانة) المبيع المستثنى نفعه، والعين الموصى بنفعها على التأييد؛ لأن النفع له فكان الضرر عليه¹.

وقبل بيان هذه الطرق ومناقشتها تؤكد الورقة أن مما يلزم المؤجر وليس له التحلل منه في العين المؤجرة بأي حال من الأحوال:

1. تمكين المستأجر من العين المؤجرة وهي في حال صالحة للانتفاع منها حين العقد، واشتراط ما يخالفها يناقض مقصود العقد. وأقول مقصود العقد وليس مقتضاه، فمقصود العقد أخص وأضيق من مقتضى العقد.

2. تحمل تبعة تلف العين المؤجرة، وهذا هو الحد الفاصل بين الإجارة والبيع، أو الفارق بين العقد على المنفعة والعقد على العين.

3. تحمل عيوب العين المؤجرة الخفية في العين إذا عادت تلك العيوب إلى أصل الانتفاع وتلف العين، وقد أكدت المعايير الشرعية على منع شرط البراءة من العيوب في عقد الإجارة دون عقد البيع فيجوز هذا الشرط فيه، وألحقت عقد الاستصناع بعقد الإجارة في منع شرط البراءة من العيوب لوجود العمل².

وهذه الأحكام متقررة في الفقه الإسلامي، وكذا القانون المقارن سواء في الإجارة العادية أو حتى التمويلية³.

ومحل البحث هو في مدى تحميل المستأجر أعمال الصيانة الأساسية أو مصروفاتها، وذلك بالطرق التالية:

الطريق الأولى: نقل عبء الصيانة الهيكلية (الأساسية) على المستأجر بالعرف:

لقد قرر الفقهاء المتقدمون أثر العرف في تحميل الصيانة على المستأجر، وأن هذا يختلف باختلاف الأعيان المؤجرة، وفي عصرنا الحاضر تختلف الأعيان المؤجرة اختلافا جوهريا في صيانتها والعناية بها، فصيانة المساكن تختلف عن العقارات التجارية، والمركبات نفسها تختلف في صيانتها كما في السيارات الفارهة وهي محل تعاقد بموجب عقد الإيجار التمويلي في المملكة ودول الخليج، ومثلها المعدات الثقيلة وكذلك الطائرات التي تشتمل على تفاصيل فنية بالغة الدقة مما يجعل بعضها محكوما بمعايير دولية تمنع غير المشغل من مباشرتها لحمايتها من حوادث الطائرات ونحوها⁴.

يضاف إلى ذلك ما أشارت إليه الورقة من الفروق الظاهرة بين طبيعة عقد الإجارة الفقهية واختلاف سوقها وخدماتها عن عقد الإجارة التمويلية، مما يؤثر في طبيعة تعامل المتعاقدين مع صيانتها، ولا يلزم الفقيه المجتهد طرد قوله في تحمل مخاطر ملكية العين المؤجرة إجارة تمويلية على إجارة الأعيان المعهودة في مدونات الفقهاء.

1 حاشية ابن عابدين 6/691، روضة الطالبين 6/189، المغني 8/461، اختيارات ابن تيمية ص232، الموسوعة الفقهية 37/23.

2 معيار المراجعة، ومعيار الإجارة، ومعيار الاستصناع، ومعيار خيارات السلامة. وينظر: بدائع الصنائع 4/195 و208.

3 التأجير التمويلي من الوجهة القانونية ص46 و50، عقد الليزنج لناصيف ص110 و133 و281 و314 و296، وعقد التأجير التمويلي للشوابة ص49 و162 و165.

4 صكوك التمويل الإسلامية ص161.

إذا تقرر هذا فالذي يظهر جواز تحميل المستأجر الصيانة الأساسية (الهيكلية) إذا جرى عرف المتعاملين بذلك، وقد قرر جماعة من الفقهاء هذا الأصل في صيانة المأجور.

جاء في المبسوط 144/15: (وعمارة الدار وتطيينها وإصلاح الميزاب وما وهي من بنائها على رب الدار؛ لأن به يتمكن المستأجر من سكنى الدار، وكذلك كل سترة يضر تركها بالسكنى؛ لأن المستأجر بمطلق العقد استحق المعقود عليه بصفة السلامة، فإن أبى أن يفعل فللمستأجر أن يخرج منها لوجود العيب بالمعقود عليه؛ إلا أن يكون استأجرها وهي كذلك وقد رآها، فحينئذ هو راض بالعيب فلا يردّها لأجله).

وجاء في المبسوط 157/15: (على المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بما أجره على الوجه الذي هو مقصوده، ولأن المرجع في هذا إلى العرف).

وفي الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 85: (ورد علي سؤال فيمن أجر مطبخاً لطبخ السكر وفيه فخار، أذن للمستأجر في استعمالها فتلف ذلك، وقد جرى العرف في المطابخ بضمائها على المستأجر، فأجبت بأن المعروف كالمشروط، فصار كأنه صرح بضمائها عليه)¹.

وفي نهاية المحتاج 303/5: (عليه أيضاً رفع الحمل وحطه وشد المحمل وحله... لاقتضاء العرف جميع ذلك، وليس عليه في إجارة العين إلا التخلية بين المكتري والدابة، فلا يلزمه شيء مما مر لأنه لم يلتزم سوى التمكين منها).

وجاء في كشف القناع 106/9 و108: (ويلزم المؤجر مع الإطلاق كل ما يتمكن به المستأجر مما جرت به عادة أو عرف... وقال في الإنصاف: ويتوجه أن يرجع في ذلك إلى العرف).

الطريق الثانية: نقل عبء الصيانة الهيكلية (الأساسية) على المستأجر بالشرط:

وهذه الطريق قريبة من الأولى إلا أنها أكثر انضباطاً وملاءمة لعمل المؤسسات المالية الإسلامية، لما لها أثر في حسم النزاع والحماية من مخاطر التقاضي لاحقاً. كما أنه ممكن التطبيق عملياً إذا كان الشرط على تحمل المستأجر رسوم شركة التأمين التي تغطي الصيانة الأساسية (الهيكلية) أو تحمل رسوم شركة الصيانة، باعتبارها من الرسوم التي يمكن احتسابها وتقديرها في السوق².

وهذا الشرط له صور:

أولاً: إذا كان الاشتراط بتحمل المستأجر تكاليف الصيانة الأساسية بوضع حد أعلى معلوم:

فعامة الفقهاء على جواز هذا الشرط على هذا النحو.

جاء في المبسوط 157/15: (ولو اشترط عليه رب الحمام عشرة دراهم في كل شهر لمرمته مع الأجرة وأذن له أن ينفقها عليه فهو جائز؛ لأنه معلوم المقدار).

1 قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص 379.

2 صكوك التمويل الإسلامية ص 161.

ومثله قول ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص357: (اشتراط المرمة على المستأجر يفسدها، والحيلة أن ينظر إلى قدر ما يحتاج إليه فيضم إلى الأجرة، ثم يأمره المؤجر بصرفه إليها، فيكون المستأجر وكيلًا بالاتفاق).

وجاء في المدونة 514/3: (في الرجل يكره داره سنة على أنها إن احتاجت مرمة رمة المتكاري من الكراء قلت: رأيت لو أن رجلا أكره داره بعشرين دينارا سنة على أنها إن احتاجت الدار إلى مرمة رمة المتكاري من العشرين الدينار؟ قال: سألتنا مالكا عنها فقال: لا بأس بذلك. قلت: فإن أكرهه على إن احتاجت الدار إلى مرمة رمة من العشرين الدينار، وإن احتاجت إلى أكثر من ذلك زاد من عنده؟ قال: قال مالك: لا يعجبني هذا ولا خير فيه).

وجاء في حاشية الدسوقي 47/4: (وأما إن كانا معلومين كأن يعين للمكثري ما يرمه أو يشترط عليه التطيين مرتين أو ثلاثة في السنة فيجوز مطلقا، سواء كان من عند المكثري أو من الكراء بعد وجوبه أو قبله، وهو في المعنى إذا كان من عند المكثري جزء من الثمن، إذا علمت ذلك تعلم أنه يجب أن يحمل كلام المصنف على المرمة والتطيين المجهولين).

وجاء في بلغة السالك 63/4: (المرمة والتطيين إن كانا مجهولين لا يجوز اشتراطهما على المكثري إلا من كراء وجب لا من عنده؛ كأن يقول: كلما احتاجت لمرمة أو تطيين كالتبييض فرمة أو طينه أو بيضه من الكراء. وأما إن كانا معلومين؛ كأن يعين للمكثري ما يرمه أو يشترط عليه التبييض في السنة مرة أو مرتين فيجوز مطلقا؛ كان تبرعا من عند المكثري، أو من كراء وجب).

وجاء في مغني المحتاج 470/3: (إنما تجب هذه الأمور عند إطلاق العقد في إجارة الذمة للركوب، وإن شرط ما ذكر على المؤجر أو المستأجر أو شرط عدم ذلك كأجرتك هذه الدابة عريا بلا حزام ولا إكاف ولا غيرهما اتبع الشرط).

وجاء في نهاية المحتاج 266/5 و267: (لا تصح إجارة لدار بالعمارة لها... للجهل بالصرف فتصير الأجرة مجهولة... والأوجه أن التعليل بالجهل جرى على الغالب، فلو كان عالما بالصرف فالحكم كذلك كبيع زرع بشرط أن يحصده البائع. والحاصل أنه حيث كان هناك شرط بطلت... فإن عُنيت صحت وإلا فلا).

ثانيا: إذا كان الاشتراط بتحمل المستأجر تكاليف الصيانة الأساسية بدون وضع حد:

أما إن كان في عقد الإجارة الفقهي فهذا لا يجوز كما تقدم لما يؤول إليه من جهالة الأجرة حينئذ، وقد تتابعت كلمة الفقهاء على ذلك كما تقدم.

وأما في الإجار التمويلية فيظهر لي أن الحكم مختلف ويمكن القبول بهذا الشرط في هذا العقد خاصة، ولهذا الحكم مأخذان:

1. طبيعة هذا العقد في ضوء ما تقدم في مدخل الورقة عن الترخيص الفقهي لهذا العقد وأثاره وأحكامه المترتبة عليه.
2. أن شرط الصيانة والإصلاح في الإجارة الفقهية، والتي لا يقصد المؤجر منها إخراج العين من ملكه، يشتمل على عوض مجهول مقصود للمؤجر، لأن المؤجر يستفيد من هذا الإصلاح الواقع في ملكه العائد له، فكان منعه للغرر متجها. وهذا القصد غير حاضر في الإجار التمويلي، فالمؤجر لا يقصد انتفاعه بهذا الإصلاح حتى يقال إنه جزء مجهول من الأجرة، وإنما غرض المؤجر (مؤسسة التمويل) ألا يطالبه المستأجر بالإصلاح، وألا يفسخ العقد من أجل ذلك¹.

وهذا صدر نظام الإجار التمويلي الصادر في المملكة عام 2012م، فقد جاء في المادة (السابعة): (الصيانة الأساسية تلزم

1 بدائل تضمين المستأجر في الإجار التمويلي ص6.

المؤجر، ما لم يتفق الطرفان على التزام المستأجر بها، وتكون حينئذ فيما ينشأ عن استخدام المستأجر للأصل دون ما يكون ناشئاً من خلل أو عيب في الأصل المؤجر).

ثالثاً: إذا كان الاشتراط بعدم التزام المؤجر بالصيانة الهيكلية:

وذلك بأن يحزر الشرط في عقد الإجارة على النحو التالي: (علم المستأجر وأدرك بأن العين المؤجرة حين العقد صالحة للانتفاع بها، وأن المؤجر لن يقوم بتنفيذ أعمال الصيانة الأساسية للعين المؤجرة ولا أي إصلاحات لاحقة قد تحتاجها العين المؤجرة، وللمستأجر حسب رغبته تنفيذ أعمال الصيانة الأساسية على حسابه (المستأجر) الخاص، وليس له الرجوع على المؤجر في شيء من ذلك).

فهذا شرط صحيح ملزم، وعامة الفقهاء على جوازه، فقد قرروا مع تأكيدهم على أن ضمان العين المؤجرة على المستأجر، إلا أنه لا يجبر على تنفيذها كما تقدم في توطئة هذه المسألة، وله الإذن للمستأجر بتنفيذ الإصلاحات، فإن شرط المستأجر عليه الرجوع رجع عليه وإلا فلا.

ولكن يلاحظ أن هذا الشرط لا يسقط حق المستأجر في الفسخ بخيار العيب، ولا يمنح المؤجر لزوم العقد مع وجود نقص المنفعة أو تعييبها.

الطريق الثالثة: الأجرة التكميلية:

وهي أجرة إضافية توضع مع الأجرة الأساسية التي تمثل الأصل والعائد، والتي اصطلح على تسميتها بالعنصر الثابت والعنصر المتغير (المؤشر)، ثم تأتي الأجرة الإضافية. وقد جرى في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية عدة صورة مختلفة في تفصيل الأجرة، وجميعها تعود لتغطية تكاليف الصيانة الأساسية (الهيكلية).

ومن هذه الصور:

الصورة الأولى:

أن يراعي المؤجر تكاليف الصيانة الأساسية (الهيكلية) ضمناً في تحديد الأجرة عند توقيع العقد، ويضم معها أحياناً أجرة وكالة الخدمات التي تنظم توكيل المؤجر للمستأجر في متابعة الصيانة الأساسية، فتقع المقاصة بينهما، وهذه الصورة ظاهرة الجواز لانتفاء المحذور الشرعي مع مراعاة ما يأتي:

1. أن تكون الأجرة معلومة قبل توقيع العقد، فللمؤجر احتساب أي تكاليف تكبدها في احتساب الأجرة.
2. أن يظل المؤجر مسؤولاً عن أي زيادة لاحقة في تكاليف الصيانة الأساسية.
3. أن يظل المؤجر مسؤولاً عن تنفيذ شركة الصيانة لالتزاماتها.

جاء في المعيار الشرعي للإجارة في البند 8/1/5: (العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة ما لم يقع من المستأجر تعدد أو تقصير. ويجوز له أن يؤمن 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 متوقفاً عند تحديد الأجرة. كما يمكن للمؤجر أن يوكل المستأجر بالقيام بإجراء التأمين على حساب المؤجر).

الصورة الثانية:

أن يتفق على جعل جزء من الأجرة أمانة لدى المستأجر لتغطية مصروفات الصيانة والتأمين، وما فاض منه فيعيد للمؤجر، وما نقص فيغطيه المؤجر، ولا يظهر في هذه الصورة محذور شرعي لأن الأجرة معلومة، ولتحمل المؤجر ما زاد عليها.

جاء في المعيار الشرعي للإجارة في البند 4/2/5: (يجوز الاتفاق على أن تكون الأجرة مكونة من جزئين محددين أحدهما يسلم للمؤجر، والآخر يبقى لدى المستأجر لتغطية أي مصروفات أو نفقات يقرها المؤجر؛ مثل التي تتعلق بتكاليف الصيانة الأساسية والتأمين وغيرها. ويكون الفائض من الجزء الثاني من الأجرة تحت الحساب حقا للمؤجر، وما نقص فعلى المؤجر تحمله).

الصورة الثالثة:

أن يتفق على جعل جزء من الأجرة (بعد أعلى) لتغطية مصروفات الصيانة الأساسية، وما فاض منه فيتنازل عنه المؤجر. ويسمى أحيانا (أجرة تكميلية)¹، وعادة ما تحدد بداية كل فترة إيجارية لتغطي مصروفات صيانة الفترة السابقة. وتكثر هذه الممارسة في الصكوك والتمويلات الجماعية والصناديق الاستثمارية المشتملة على أصول مؤجرة.

وهذه الصورة لها حالان:

الحال الأولي: عقود الإجارة المتتالية (المتجددة):

بأن يكون عقد الإجارة غير لازم طول مدة التمويل، وإنما يكون التمويل عبارة عن عقود إجارة متتالية تتجدد باتفاق الأطراف في حينه، أو كان تعديل الأجرة يخضع لموافقة الطرفين في كل فترة، فيظهر الجواز وليس فيها ما يخالف قواعد الفقهاء.

جاء في المعيار الشرعي رقم (54) بشأن فسخ العقود عام 2014 بند 2/11: (من تطبيقات الفسخ بالشرط: إذا اشترط المؤجر أنه يحق له عند كل فترة جديدة من عقد الإجارة إضافة أجرة تكميلية لتغطية ما تكبده عن الفترة السابقة للصيانة أو التأمين أو ضرائب الملكية، ورفض المستأجر قبول ذلك؛ فإنه يحق للمؤجر فسخ العقد، وإذا كان هنالك تعهد سابق من المستأجر بالشراء؛ فللمؤجر مطالبته بتنفيذ ذلك على ألا تضاف الأجرة التكميلية لهذه الفترة إلى ثمن الشراء).

الحال الثانية: عقد الإجارة اللازم:

أما إن كان عقد الإجارة لازما طول مدة التمويل، مع وضع حد أعلى، تخفيفا للغرر، وتحديدًا للأجرة بما يجعلها تؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي للنزاع، فيظهر الجواز كما سبق في الطريق الثانية، وقد أخذ بجواز هذه الحال بعض الاجتهادات الشرعية.

1. فقد جاء في قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (209) عام 2010: (في حال صعوبة تقدير تكاليف الصيانة الأساسية والتأمين وضرائب الملكية عند بدء التعاقد؛ فيجوز الاتفاق على أن يكون جزء من الأجرة مبلغا مقطوعا لتغطية تلك التكاليف ويتعهد المؤجر بألا يقتطع منه إلا ما تكبده فعلا).

2. وجاء في قرار هيئة بنك البلاد رقم (22) عام 2013: (يمكن أن تكون الأجرة مكونة من جزئين محددين؛ أحدهما يسمى "الأجرة الأساسية" ويكون مستحقا للمؤجر، والآخر يسمى "الأجرة التكميلية أو الإضافية أو المضافة"؛ يستوفي منه المؤجر قدر ما تكبده فعلا مقابل تكاليف الصيانة الأساسية أو التأمين أو أي رسوم حكومية، وذلك بموجب وثائق معتمدة، فما زاد على ذلك فيتحملة المؤجر، وما نقص عن ذلك فيلتزم المؤجر بالتنازل عنه للمستأجر).

1 ينظر الدليل الشرعي للإجارة، دلة البركة، مطبوع عام 1999م.

الصورة الرابعة:

مثل الصورة السابقة لكن دون وضع حد أعلى، وذلك لغرض تحميل المستأجر التغير المتوقع الذي قد يحصل في أقساط التأمين، أو اشتراط تحميل المستأجر أي زيادة تطراً على أقساط التأمين، وهذه فيها احتمالان: الاحتمال الأول: المنع، لما فيها من الغرر. وهذا ظاهر قرار المجمع والمعيار الشرعي.

الاحتمال الثاني: الجواز، لأن لها عرفاً يرجع إليه، وهذا يخفف الغرر.

ويظهر لي جواز هذا الشرط في عقود الإجارة التمويلية خاصة دون عقود الإجارة العادية، لما تقدم بيانه في تأصيل الموضوع في هذه الورقة.

الطريق الرابعة: تضمين مصروفات الصيانة في ثمن التملك:

وذلك بأن يعمد المؤجر إلى اختيار أسلوب التملك بثمن يتفق عليه في حينه، ثم يضمن الثمن: مصروفات الصيانة الأساسية التي تكبدها، والتي لم تؤخذ في الاعتبار في بداية العقد، ويكون هذا الإجراء بعد انتهاء عقد الإجارة وروغبة العميل في تملك العين.

وهذا تطبيق لإحدى طرق التملك في الإجارة التمويلية المجازة في المعيار الشرعي للإجارة، وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وهي الإجارة مع الوعد بالبيع بثمن يتفق عليه في حينه، ونص إحدى الصور المجازة في قرار المجمع: (عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجر معلومة في مدة معلومة، واقترن به وعد ببيع العين المؤجرة للمستأجر بعد سداد كامل الأجرة بثمن يتفق عليه الطرفان).

فهذا بيان بمعادلة احتساب ثمن التملك، وهي أقرب إلى البيان والعلم (الشفافية)، فإن قبل به العميل اتفقا عليه ونفذا التملك في وثيقة مستقلة، وإن لم يقبل به العميل، فالتملك حق للعميل وقد أسقطه، فلمؤسسة التمويل بيع العين واستيفاء ما تكبدته من مصروفات من ثمن بيع العين.

وقد أخذت بهذا بعض الهيئات الشرعية، جاء في قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (597) عام 2014م: (للمصرف أن يشترط في عقد الإجارة ثمناً لتمليك العقار المؤجر بعد انتهاء مدة الإجارة (دفعه التملك)، يُحسب فيه ما تكلفه من مصروفات على العقار مدة الإجارة بما في ذلك مصروفات الصيانة الأساسية وغيرها؛ وجاز ذلك الاشتراط باعتبار العقد حين التملك ببيعاً بثمن معلوم تالياً لعقد الإجارة، ووجود هذا الشرط في عقد الإجارة ليس شرطاً في الإجارة، وإنما هو شرط لإنفاذ الوعد بالتملك اللاحق الذي التزم به المؤجر، ولأن تنفيذ هذا الشرط إنما يكون عند اختيار المستأجر التملك).

الطريق الخامسة: تحميل المستأجر الصيانة الأساسية إذا اختار الأصل:

يقع في بعض تطبيقات شركات التمويل العقاري والبنوك (خصوصاً النوافذ)، أن يطلب من العميل توقيع نموذج إقرار وتعهد بأنه يضمن مالك العقار، وأن العميل يعد مسؤولاً عما يترتب على اختياره تلك الشركة، وأنه على علم بجودة منتجاتها العقارية وضبط علاقتها مع مقاوليها ومهندسيها، وحسن تقديمها لخدمات ما بعد البيع، وغالباً ما يكون ذلك في الحال التي يكون فيها

المالك شركة تطوير عقاري؛ فكثير ما تقدم شركات التطوير العقاري ضمان عيوب الإنشاءات على منتجاتها العقارية لمدة طويلة، وغالباً ما يحرص العميل على اختيار عقار معين من شركة محددة.

والذي وقفت عليه من تطبيقات:

1. أن الإقرار يوقع في (مرحلة الوعد) أي قبل تنفيذ التمويل، وقبل أن يكسب العميل صفة المشتري (في التمويل بالمرايحة)، أو صفة المستأجر (في التمويل بالإجارة).

2. أن الإقرار له عدة صياغات، فمرة يصاغ بأن العميل يضمن العقار، ومرة يصاغ بأن البنك غير مسؤول عن الضمان مطلقاً، ومرة يصاغ بأن العميل يضمن حسن أداء المالك (شركة التطوير العقاري).

ويمكن تقسيم هذه الطريقة إلى صورتين²:

أولاً: ضمان المستأجر (العميل) ما يترتب على اختيار المالك؛ وضمن حسن أدائه لالتزاماته تجاه البنك؛ كتسليم العين في الوقت المحدد، أو الحفاظ على جودة بمستوى معين، أو مراعاة مقاييس جهة معينة، أو اختيار مواد بمواصفات خاصة.

ثانياً: ضمان ما يترتب على اختيار العين بالأوصاف المحددة؛ كموقع العين، أو سعتها، أو تحملها.

وهذه الصور تدخل في ضمان مالم يجب، خلافاً للأصل فقهاً في الضمان الذي يؤخذ في الحق الذي انعقد سبب وجوبه، وهذا المبدأ محل خلاف فقهي، وقد قبله المجلس الشرعي في معيار الضمانات، وليس هذا محل بسط هذه المسألة.

حكم الصورة الأولى:

غرض البنك في هذا الشرط: التحوط من مخاطر تنشأ من عدم علمه بكفاءة شركة التطوير العقاري وأمانتها؛ فقد يدفع لها ثمن العقار أو جزءاً منه، ثم لا تفي شركة التطوير بالتزاماتها تجاه البنك، فيضطر البنك حينئذ للرجوع على العميل؛ بمقتضى شرط ضمانه (أي العميل) حسن أداء شركة التطوير العقاري لالتزاماتها تجاه البنك؛ باعتباره (أي العميل) متحملاً مسؤولية اختياره. ويتوجه فيها احتمالان:

الاحتمال الأول: المنع؛ لما فيه من صورية عقد التمويل، والتحلل من مسؤولية المالك وأثاره الشرعية، وهذا الشرط ينفي الملكية والضمان الذي بهما طاب الفضل للمؤسسة.

الاحتمال الثاني: الجواز، ومستنده:

1. جريا على التوسع في الشروط الجعلية التي فيها غرض صحيح، ومنفعة مقصودة للمعقود عليه أو العاقدين أو أحدهما، ولم يخالف مقصود الشارع أو مقصود العقد. وهو المتفق مع أصل الإباحة في المعاملات.

2. استثناساً بما جاء في معيار المرايحة، بند 1/5/2: (يجوز للمؤسسة أن تحصل من العميل (الأمر بالشراء) على كفالة

(ضمان) حسن أداء البائع الأصلي لالتزاماته تجاه المؤسسة بالصفة الشخصية للعميل، وليس بصفته أمراً بالشراء،

ولا وكيلاً للمؤسسة، وعليه فلو لم يتم عقد المرايحة تظل كفالته قائمة. ولا تطلب مثل هذه الكفالة إلا في الحالات

التي يقترح فيها العميل بانعاً معيناً تشتري المؤسسة منه السلعة موضوع المرايحة. ويترتب على هذا الضمان تحمل

1 جاء في بحث طرق توقي مخاطر الملكية، د. محمد القري، ص 15، أن البنوك لا تصدر إلا عن رأي العميل وطلبه، وتعيينه للمورد وتحديد المواصفات، الأمر الذي يدل على أن الحال الثانية غير موجودة أصلاً (يقصد أن يختار البنك مالك العقار)، فانتهى الأمر إلى أن جميع عملاء عقود التأجير المنتهي بالتمليك يتحملون الصيانة الهيكلية في جميع الأحوال.

2 لا يدخل في ذلك ضمان تلف العين أو عيوبها، وسبق إخراجها من نطاق البحث كما سبق.

العميل الضرر الواقع على المؤسسة نتيجة عدم مراعاة البائع لمواصفات السلعة وعدم الجدية في تنفيذ التزاماته، مما يؤدي إلى ضياع جهود المؤسسة وأموالها أو يترتب عليه الدخول في منازعات ومطالبات باهظة). وهذا وإن كان في التمويل بالمrabحة، إلا أنه في (مرحلة الوعد)، ولم يظهر فرق مؤثر في المركز التعاقدى للعميل في هذه المرحلة بين التمويل بالمrabحة والتمويل بالإجارة، وما يترتب عليه من حقوق والتزامات.

3. ويجب عن مستند المنع بأن هذا الشرط خاص بالحال التي يصرفها العميل على اختيار عين محددة من مالك معين؛ وعليه فحقيقة عقد الإجارة وأثره الشرعي ظاهر في غير هذه الحال.

حكم الصورة الثانية:

الاحتمال الأول: المنع؛ لمخالفة هذا الشرط لمقتضى عقد الإجارة بتحميل المستأجر الضمان بالشرط، وما يترتب عليه من جهالة الأجرة، وغرر مؤثر مفسد للعقد. وأما كون العميل قد اختار العين، فليس هذا معنى مناسباً تنفى لأجله علة منع تحميله الضمان.

ويناقش من وجهين:

1. أن شرط التضمنين في مرحلة المفاهمة، وقبل أن يكتسب العميل صفة المستأجر، فهو حينئذ من قبيل الالتزام، وهو فرع فقهي عند المالكية، وقال به ابن تيمية، واختارته اجتهادات جماعية أخرى. قال مالك: (المعروف من أوجبه على نفسه: لزمه)، وقال ابن تيمية: (إنما يجب على الإنسان: ما يجب بإلزام الشارع أو بالتزامه)¹.
ويجاب عن الوجه الأول: بأنه ينبغي في التمويل المعاصر أن يضيق في ذلك لتلا يؤول إلى الصورية، كما أن هذا إذا كان التزاماً فهو في حكم الشرط المتقدم على العقد وهو بمنزلة المقارن له².
2. أن هذا من قبيل التضمنين بالشرط، وهو شرط فيه غرض صحيح، ومقيد بحالات خاصة، وإنما يسلم بالمنع فيما لو كان شرط تضمين العميل مطلقاً في جميع الأحوال.

الاحتمال الثاني: الجواز، ومستنده:

1. إلحاقاً لحكم هذه الصورة بالصورة السابقة؛ لاعتماد البنك على العميل في شراء العين بمواصفاته المحددة؛ فيتوجه حينئذ تحميل العميل مسؤولية اختياره بالشرط.
2. استئناساً باجتهاد اللجنة الشرعية المشاركة في إعداد أنظمة التمويل العقاري في المملكة، فقد جاء في نظام الإيجار التمويلي في مادة (الرابعة): (يجوز للمستأجر قبل إبرام العقد تحديد أوصاف الأصل المراد استئجاره مع المورد أو المنتج أو المفاوض، ويكون المستأجر مسؤولاً عما يترتب على تحديده لأوصاف الأصل)³.

1 تحرير الكلام في مسائل الالتزام 73، الفتاوى 343/29، الاختيارات ص331، الفروع 92/11.

2 القواعد النورانية ص302.

3 كان في مشروع النظام: (ويكون المستأجر مسؤولاً عما يترتب على اختياره للأصل) ولعل بين الصياغتين فرق مؤثر في النتيجة، فالصياغة التي اعتمدت أخص، وأقرب للمقتضى الشرعي من صياغة المشروع (المسودة).

المسألة الثانية

تملك المؤجر للدفعة المقدمة

تعتمد كثير من المؤسسات المالية الإسلامية عند التمويل بالإجارة المنتهية بالتملك إلى مطالبة العميل بدفعة مقدمة تصل أحيانا إلى ثلث أو نصف قيمة العين، ثم في جدول السداد تضخم الأجرة (أصلا وعائدا) في بداية العقد ثم تتناقص تدريجيا، وذلك تفاديا لأحد المقتضيات الشرعية لعقد الإجارة، وهو إرجاع الأجرة التي لم تستوف منفعتها في حال فسخ العقد أو انفساخه، وهذه الطريقة وسيلة من وسائل حماية المخاطر.

جاء في كتاب الاستكتاب: (تجد البنوك صعوبة في الالتزام برد أي مبلغ جرى تسلمه ضمن عقد الإجارة، لأن أي مبلغ جرى تسلمه ضمن عقد الإجارة ويكون قابلا للرد يجب أن يسجل في جانب الخصوم في دفاتر البنك، والحال أن المؤجر يريد تسجيله على صفة دخل وليس التزاما)¹.

أولا: طريقة توزيع الأجرة من حيث الأصل:

الأصل جواز توزيع الأجرة حسب الفترات الإيجارية بحسب ما اتفق عليه الطرفان، ولا يصار إلى توزيع الأجرة بالتساوي إلا عند الإطلاق، وعلى هذا تقرير عامة الفقهاء.

جاء في بدائع الصنائع 200/4: (وإن اختار الفسخ؛ يرد النصف إلى المستأجر؛ لأن الأجرة بمقابلة المنفعة ولم يسلم له إلا منفعة نصف المدة).

وقال ابن عابدين 11/6 في بعض صور الإجارة: (وهي أن يؤجرها ثلاثين سنة عقودا متوالية... ويجعل معظم الأجرة للسنة الأخيرة والباقي لما قبلها... وأما جعل الأجرة القليلة لما عدا الأخيرة؛ فلئلا يفسخ المؤجر الإجارة في تلك الأيام).

وجاء في المدونة 454/3: (قلت: رأيت إن استأجرت ظئرا ترضع لي صبيين سنتين فأرضعتهما لي سنة، ثم مات أحدهما؟ قال: يوضع عن الأبوين بقدر ما بقي من رضاع هذا الميت وذلك ربع الإجارة؛ لأن النصف قد أوفتهما في السنة التي أرضعت لهم، وبقي نصف الإجارة، فمات أحد الصبيين فبطل نصف النصف من الأجرة وهو ربع الجميع. وهذا رأيي إلا أن يكون ذلك يختلف فيحمل على رخص الكراء وغلائه في إبان تلك السنتين، لعله يكون للشقاء كراء وللصيف كراء، وأسواقه مختلفة، وللصغير كراء، وللصبي إذا تحرك كراء آخر؛ فيحملون على ذلك بحال ما وصفت لك من الكراء أو الإجارة).

وجاء في نهاية المحتاج 306/5: (وإذا أجر شيئا أكثر من سنة، لم يجب تقدير حصة كل سنة؛ كما لو استأجر سنة، لا يجب تقدير حصة كل شهر. وتوزع الأجرة على قيمة منافع السنين).

وقال في موضع آخر 317/5: (فيستقر قسطه من المسمى بالنظر لأجرة المثل، بأن تقوم منفعة المدة الماضية والباقية ويوزع المسمى على نسبة قيمتهما وقت العقد دون ما بعده، فلو كانت مدة الإجارة سنة ومضى نصفها وأجرة مثله مثلا أجرة النصف الباقي وجب من المسمى ثلثاه أو بالعكس فثلثه لا على نسبة المديتين؛ لاختلافهما، إذ قد تزيد أجرة شهر على شهر).

وقال في موضع آخر 330/5: (ولو أجر بأجرة مقسطة فكتب الشهود الأجرة إجمالا، ثم قسطت بما لا يطابق الإجمال؛ فإن لم يمكن الجمع؛ تحالفا؛ لأن تعارض دينك أوجب سقوطهما، وإن أمكن؛ كأن قالوا: أربع سنين بأربعة آلاف، كل شهر مائتا درهم وعشرة دراهم، حُمل على تقسيط المبلغ على أول المدة، فيفضل بعد تسعة عشر شهرا: عشرة دراهم، تقسط على ما يخصها

1 وينظر أيضا: طرق توقي مخاطر الملكية ص 22-27.

من الشهر، وهو يوم من أول الشهر العشرين، وثلاثة أسابيع يوم؛ لأن حصة كل يوم سبعة).

وجاء في المغني 28/8: (إن كان أجر المدة متساويا، فعليه بقدر ما مضى؛ إن كان قد مضى النصف، فعليه نصف الأجر، وإن كان قد مضى الثلث، فعليه الثلث، كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي. وإن كان مختلفا، كدار أجزاها في الشتاء أكثر من أجزاها في الصيف، وأرض أجزاها في الصيف أكثر من الشتاء، أو دار لها موسم، كدور مكة، رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة، ويقسط الأجر المسعى على حسب قيمة المنفعة، كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة في البيع).

وجاء في كشف القناع 36/9: (ولو استؤجر لحفر بئر، عشرة أذرع طولاً، وعشرة أذرع عرضاً، وعشرة أذرع عمقاً، فحفر الأجير خمسة طولاً في خمسة عرضاً في خمسة عمقاً، وأردت أن تعرف ما يستحقه من الأجرة المسماة له؛ فاضرب عشرة في عشرة؛ تبلغ مائة؛ ثم اضرب المائة في عشرة تبلغ ألفاً، فهي التي استؤجر لحفرها. واضرب خمسة في خمسة؛ بخمسة وعشرين؛ ثم اضربها في خمسة بمائة وخمسة وعشرين وذلك الذي حفره، وإذا نسبت ذلك إلى الألف وجدته: ثمن الألف، فله ثمن الأجرة؛ لأنه وفي بثمان العمل إن وجب له شيء من الأجرة، بأن ترك العمل لنحو صخرة منعه من الحفر).

وقال في موضع آخر 87/9: (فإن فسح الأجير كان له من الأجر بحصة ما عمل؛ لأن المانع من الإتمام ليس من قبله، فيقسط الأجر المسعى على ما بقي من العمل، وعلى ما عمل الأجير فيقال: كم أجر ما عمل؟ وكم أجر ما بقي؟ فيقسط الأجر المسعى عليهما، فإذا فرضنا أن أجر ما عمل عشرة، وما بقي خمسة عشر، فله خمسان. ولا يجوز تقسيطه أي الأجر على عدد الأذرع؛ لأن أعلى البئر يسهل نقل التراب منه، وأسفله يشق ذلك أي نقل التراب فيه).

وقال ابن تيمية في مختصر الفتاوى المصرية ص376: (المنفعة بالنسبة إلى الزمان قد تختلف، فتكون قيمتها في الشتاء أكثر منها في الصيف، وبالعكس؛ فلو قدر أنها انفسخت في بعض الحول لسقطت الأجرة في مثل ذلك بالقيمة إلا بأجزاء الزمان، فيقال: كم قيمته وقت الصيف؟ وكم قيمته وقت الشتاء؟ فتقسم الأجرة ويحسب لكل من الأجرة بقدر قيمته).

وقال في الفتاوى 298/30: (حصول المنفعة في بعض زمن الإجارة، أو بعض أجزاء العين المستأجرة؛ فهذا تسقط فيه الأجرة على قدر ذلك، ويجب بقسط ما حصل من المنفعة، وتكون الأجرة مقسومة على قدر قيمة الأمكنة والأزمنة؛ فإن كلا منهما قد يكون متماثلاً، وقد يكون مختلفاً؛ بأن يكون بعض الأرض خيراً من بعض، وكري بعض فصول السنة أعلى من بعض).

وقال ابن القيم: (إذا استأجر منه داراً مدة سنين بأجرة معلومة فخاف أن يغيره المؤجر في آخر المدة ويتسبب إلى فسح الإجارة، فالحيلة في ذلك: أن يسى لكل سنة أجراً معلوماً، ويجعل أجرة السنين المتأخرة معظم الأجرة، وأقلها للسنين الأولى. وعكسه: إذا خاف المؤجر مكر المستأجر وغدره في المستقبل، جعل معظم الأجرة في السنين الأولى، وأقلها في الأواخر)².

ثانياً: الترخيص الفقهي للدفعة المقدمة:

الدفعة المقدمة من العميل في التمويل بالإجارة³:

1. إما أن تكون أجرة معجلة، وهذا هو الأكثر في التطبيق.
2. وإما أن تكون حصة في تملك عين لغرض استئجار حصة مؤسسة التمويل لاحقاً.
3. وإما أن تكون أمانة في يد المؤسسة؛ لأغراض ائتمانية، أو لأغراض الصيانة.

1 يقرر هنا أحد آثار فسح عقد الإجارة. وينظر: الفتاوى 187-186/30 و257.

2 إعلام الموقعين 337/3، وإغاثة اللهفان 3/2. والنص منقول من الموضوعين بتصرف يسير. وينظر: عيون المستجدات الفقهية، للفقيه المحقق د.نزيه كمال حماد ص502 و503 و504.

3 وقد تكون عربوناً من العميل، وعند إمضاء عقد الإجارة يكون جزءاً معجلاً من الأجرة. والكلام في عقد الإجارة البات.

وفي جميع الأحوال يخضع تخريج الدفعة المقدمة لما اتفق عليه الطرفان في عقد الإجارة.

ثالثا: حكم الأجرة المعجلة:

لقد نص عامة الفقهاء على جواز التعجيل والتأجيل في دفع الأجرة¹، وخلافا للمذاهب الأربعة؛ منعها ابن حزم في المحلى 183/8 فقال: (لا يجوز اشتراط تعجيل الأجرة، ولا تعجيل شيء منها، ولا اشتراط تأخيرها إلى أجل ولا تأخير شيء منها... لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل). والأظهر قول المذاهب الأربعة، وهو ما قرره المعيار الشرعي للإجارة بند 2/6: (يجوز اشتراط تعجيل الأجرة، كما يجوز تقسيطها).

فلا يظهر ما يمنع من اشتمال الأجرة على دفعة مقدمة مقابل استيفاء المنافع، ويفضل أن تسمى في التمويل بالإجارة: (أجرة معجلة) لثلاث تشبهه بعقد التمويل بالمربحة. كما هو الحال في تسمية الدفعات الإيجارية والتملك المبكر في الإجارة، في مقابل أقساط المربحة والسداد المبكر: لاختلاف الأحكام بين المربحة والإجارة.

وذهب بعض الفقهاء المعاصرين² إلى منع الدفعة المقدمة في عقد الإجارة، لأن هذا الحكم يناسب عقد البيع دون عقد الإجارة فلا موجب له حينئذ، كما أن استثناء المؤجر به دون استيفاء المنفعة يعد أكلا للمال بالباطل. ويمكن الإجابة عن ذلك بتحرير الفقرة التالية المعنية بأثر تعجيل الأجرة.

رابعا: الأثر المترتب على تعجيل الأجرة:

الذي يظهر أنه عند الحكم بجواز تعجيل الأجرة، نحتاج إلى ضبط الآثار المترتبة على ذلك، ومن ذلك وقت استحقاق الأجرة المعجلة ولهذا أثر في تسويتها عند فسخ العقد قبل انتهاء مدته، ومدى تحقق الغرر في ذلك.

ورغم ما سبق نقله من كلام الفقهاء من أن توزيع الأجرة على مدة العقد خاضع لاتفاق الطرفين؛ فيتبع حينئذ وقت استحقاق الأجرة ما جرى الاتفاق عليه بين الطرفين في جدول السداد في توزيع الأجرة على فترات الإجارة، إلا أن الأولى مراعاة العدالة في ذلك، فيكون توزيع الأجرة بطريقة عادلة وليس بالضرورة أن تكون متساوية³.

فبعض التطبيقات لاسيما في إجارة السيارات المنتهية بالتمليك؛ تجعل أجرة الفترات الأولى ضخمة جدا تفوق أجرة المثل سواء في السوق الفعلي أو السوق التمويلي أضعافا مضاعفة، ثم تجعل أجرة الفترات الأخيرة تافهة. وتجعل هذا الجدول هو الحاكم عند فسخ العقد أو انفساخه، والذي يصار إليه عند النزاع، وفي ضوءه تحتسب معادلة التلف وتعويض التأمين، بينما تضع جدولا آخر للسداد الفعلي وهو الذي تسجل فيه المبالغ على نحو متساو وتحسم من حساب العميل شهريا، وهذا الجدول لا يلتفت إليه في حالات الفسخ⁴.

ومهما يكن من أمر، فقد رأت بعض الاجتهادات الشرعية معالجة الأجرة المعجلة في تطبيقات المؤسسات المالية، على النحو

1 بدائع الصنائع 179/4، 195، 201، والشرح الصغير 12/4، ونهاية المحتاج 265/5، وشرح المنتهى 74/5.

2 ينظر: بحث د. سعد الشثري عن الإجارة المنتهية بالتمليك. وبحث ش. عبدالله بن منيع عن الإيجار مع الوعد بالتمليك ماله وما عليه، ونص تحفظه على قرار هيئة كبار العلماء.

3 بحث حق الانتفاع العقاري، د. يوسف الشبيلي، أبحاث مؤتمر شوري الخامس ص 169 و 171.

4 نشأت فكرة وضع جدولين باجتهادات من بعض الهيئات الشرعية؛ لغرض معالجة احتمال ارتفاع الأجرة التمويلية عن أجرة المثل في حال الانفساخ، إلا أن ممارسات عدد من البنوك وشركات التمويل على خلاف ذلك، فقد استغلت فكرة الجدولين لتغطية مخاطر إعادة الدفعة الأولى أو المبالغ التي تزيد على الأجرة المعتادة، وذلك بتضخيم أجرة الفترات الأولى على النحو المذكور.

التالي:

1. ما جاء في معيار الإجارة بند 2/6: (الأجرة المعجلة بالاشتراط أو الحالة بسبب التأخير في السداد تخضع للتسوية في آخر مدة الإجارة أو عند انفساخها قبيل نهاية المدة).
2. وجاء في ندوة البركة (7/15) فقرة (ج) عام 1998م: (يجوز أن ينص في عقد الإجارة على أن المبلغ المدفوع مقدما هو دفعة معجلة من الأجرة، وحينئذ إما أن يطلق النص فيكون المبلغ المعجل جزءا من أجرة جميع المدة، فإذا فسخت الإجارة استحق المؤجر من المبلغ المعجل ما يتناسب مع المدة المنتفع بها بالإضافة لأجرة تلك المدة. وإما أن ينص على أن المبلغ المدفوع مقدما أجرة لفترة من بداية مدة العقد فيستحق المؤجر ذلك المبلغ بمجرد الانتفاع بتلك الفترة).
3. وجاء في فتاوى أعيان للإجارة 232/1 و234 عام 2000م: (الدفعة المقدمة هي جزء من الأجرة الإجمالية لمدة عقد الإجارة، فتقسم على كامل مدة العقد... ويمكن الاتفاق مع المستأجر على اعتبار أن الدفعة المقدمة هي جزء من إيجار السنة الأولى فقط أو من إيجار نصف السنة الأولى أو هي أجرة الشهر الأول، فإن وافق فلا مانع عندئذ من عدم إرجاعها له ما دام قد انتفع بالعين المدة التي تشملها الدفعة المقدمة أيا كانت هذه المدة قصيرة أو طويلة)¹.
4. وجاء في قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي 304/1: (ينبغي أن تكون الدفعة الأولى داخلية في التصفية).

1 وينظر: فتاوى أعيان 173/2 و203 و265/1. وراجع حولية البركة العاشرة ص213.

المسألة الثالثة

دفع الأجرة في فترة الصيانة

جاء في كتاب الاستكتاب: (يتعرض محل عقد الإجارة سواء كان في المعدات أو الطائرات أو المنازل إلى الحاجة إلى الصيانة، وخلال هذه الفترة تتوقف المنافع، ولما كانت الأجرة هي مقابل المنافع فإن المؤجر لا يستحق أجرة عنها. إلا أن استمرار التدفقات النقدية بصورة منتظمة وبغير انقطاع (لاسيما إذا كان انقطاعا لا يمكن توقعه) أمر في غاية الأهمية بالنسبة للبنوك، وبدون هذا الانتظام تكون عملية التصكيك عالية المخاطر. فهل يجوز إلزام المستأجر بالاستمرار في دفع الأجرة بصورة مستمرة بغير انقطاع حتى خلال فترات الصيانة؟¹.

أولا: حكم إلزام المستأجر بدفع أجرة مقابل مدة لم يستوف منفعتها:

إن كان هذا التوقف بسبب تعدي المستأجر، أو بسبب الصيانة التشغيلية الواجبة عليه، أو بسبب الصيانة الأساسية المشروطة عليه (كما سبق في المسألة الأولى)، فمن لوازم ذلك وجوب استمرار المستأجر في دفع الأجرة، باعتبار أن هذا التوقف بسببه.

جاء في المعيار الشرعي للإجارة البند 6/1/5: (إذا فانت المنفعة كلياً أو جزئياً بتعدي المستأجر مع بقاء العين، فإنه يضمن إعادة المنفعة أو إصلاحها، ولا تسقط الأجرة عن مدة فوات المنفعة).

وأما إن كان بدون تعد منه أو بسبب الصيانة غير الواجبة عليه، فلا يجوز إلزامه باستمرار دفع الأجرة.

قال ابن قدامة في المغني 34/8: (وإن شرط على مكثري الحمام، أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يجز؛ لأنه لا يجوز أن يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها).

وجاء في نهاية المحتاج 267/5: (ولو اكرى نحو حمام مدة يعلم عادة تعطيلها فيها لنحو عمارة، فإن شرط احتساب مدة التعطيل من الإجارة وجهلت فسدت).

إلا أن بعض الاجتهادات الشرعية رأيت إمكان استمرار المستأجر في دفع الأجرة لأغراض محاسبية، مع تعويض المستأجر عنها في نهاية عقد الإجارة، ومن ذلك:

1. ما جاء في المعيار الشرعي للإجارة بند 5/1/7: (في حالة الهلاك الجزئي للعين المخل بالمنفعة يحق للمستأجر فسخ الإجارة، ويجوز أن يتفقا في حينه على تعديل الأجرة في حالة الهلاك الجزئي للعين إذا تخلى المستأجر عن حقه في فسخ العقد، ولا يستحق المؤجر أجرة عن مدة التوقف عن الانتفاع إلا إذا عوضها (بالاتفاق مع المستأجر) بمثلها عقب انتهاء المدة المبينة في العقد).

2. وقالت الهيئة الشرعية لبنك البلاد: (لأغراض محاسبية يمكن أن يستمر العميل في دفع الأجرة عن المدة التي تعطلت فيها المنفعة، على أن ترد للعميل تلك الأجرة حال فسخ العقد، ويمكن معالجتها في حال الاستمرار في العقد بما يتفق البنك والعميل عليه، ومن الخيارات ما يأتي:

أ. تمديد الإجارة بقدر تلك المدة بلا عوض.

1 وينظر: طرق توقي مخاطر الملكية ص32-33، صكوك التمويل الإسلامية ص163.

ب. اختيار عدم تملك العقار مع إعادة أجرة المدة التي لم يستوف العميل منفعتها.

ج. تملك العقار واعتبار تلك الأجرة جزءاً من ثمن التملك¹.

على أنه ينبغي أن يكون هذا الاتفاق في حينه، وليس مشروطاً ابتداءً في عقد الإجارة، لئلا يفضي إلى جهالة مدة الإجارة، وهي من شروط صحة العقد، قال ابن قدامة في المغني 34/8: (لا يجوز أن يشترط أنه يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدته؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون انتهاء مدة الإجارة مجهولاً).

1 قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد (71) عام 2013م، والدليل الشرعي للتمويل العقاري ص 81.

المسألة الرابعة

الأجرة المتغيرة¹

أولاً: المقصود بالمسألة:

المقصود هو ربط تحديد الأجرة في الإجارة التمويلية بمؤشر تكلفة التمويل، وذلك بسبب طول فترة الإجارة، وغالبا ما يكون ذلك في العقارات والطائرات والأصول المعمرة التي تطول فيها مدة الإجارة.

ثانياً: تخريج المسألة:

خرّج بعض الفقهاء المعاصرين هذه المسألة على ما جرى خلاف الفقهاء فيه من ربط أجرة الأجير بطعامه وكسوته باعتبار أن ما سيُدفع للأجير مقابل ما يأكله ويلبسه غير معلوم حين عقد الإجارة، إلا أنه قد ربط بمعيار منضبط وهو العرف².

قال ابن رشد في بداية المجتهد 2/227: (وسبب الخلاف: اعتبار الجهل الواقع في هذه الأشياء هل هو من الغرر المعفو عنه، أو المنهي عنه، ومن هذا الباب اختلافهم في استئجار الأجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر، فمنع الشافعي ذلك على الإطلاق، وأجاز ذلك مالك على الإطلاق، أعني في كل أجير، وأجاز ذلك أبو حنيفة في الظئر فقط. وسبب الخلاف: هل هي إجارة مجهولة أم ليست مجهولة).

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: الجواز، وهو مذهب المالكية³، والحنابلة⁴. ومستنده:

1. حديث: (إن موسى أجر نفسه ثماني سنين أو عشرا، على عفة فرجه، وطعام بطنه)⁵.
2. ولما روي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله عنهم: أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم وكسوتهم، ولم يظهر له نكير فكان كالإجماع⁶.
3. وأثر أبي هريرة: أجزت نفسي على طعام بطني، وعقبة رجلي⁷.
4. والقياس على الظئر، وقد ثبتت بالنص في قوله تعالى: (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف).

القول الثاني: المنع، وهو مذهب الحنفية⁸، والشافعية⁹: لأن ذلك يختلف اختلافا كثيرا فيكون مجهولا، والأجر من شرطه أن يكون معلوما.

1 جاء في كتاب الاستكتاب أن ما أجازته مجمع الفقه الإسلامي الدولي من الأجرة المتغيرة مغاير لما في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية، ولم يظهر لي ذلك، فاكتفيت ببحث أصل المسألة.

2 ملتقى المراجعة بريح متغير ص45.

3 بداية المجتهد 2/227.

4 المغني 8/68، وكشاف القناع 9/42. وبعض الحنابلة كابن تيمية وابن القيم، يرى جواز ذلك حتى في استئجار الدابة بعلفها (كشاف القناع 9/46).

5 أخرجه ابن ماجة (2444) وغيره.

6 المغني 8/68 و69، وكشاف القناع 9/42.

7 أخرجه ابن ماجة (2445) وغيره.

8 بدائع الصنائع 4/193. واستثنى الحنفية الظئر (المرضع) استحسانا للنص.

9 تحفة المحتاج 6/127 و130.

ثالثاً: حكم المسألة:

وتبعاً لذلك اختلف الفقهاء المعاصرون في الأجرة المتغيرة على قولين:

القول الأول: الجواز.

وبهذا صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وقرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي، والمعايير الشرعية، وعمامة الهيئات الشرعية على هذا القول، وأكثر الفقهاء المعاصرين.

مع مراعاة ما يأتي:

1. أن تكون الأجرة معلومة المقدار عند بدء كل فترة.

2. أن يكون للمؤشر حد أعلى وحد أدنى.

القول الثاني: المنع.

وأبرز أنصار هذا القول: الشيخ المختار السلامي -رحمه الله-¹، ود.نزيه حماد²، والشيخ عبدالله بن منيع³، وعدد من المعاصرين⁴.

ومستند هذا القول: ما في هذا الإجراء من انتفاء العلم بالأجرة، والجهالة والغرر المفسدين للعقد.

قال الشيخ ابن منيع: (لا أعرف أحداً من أهل العلم، ممن يعتد بعلمه، قال بجواز تغير الأجرة وفق تقلب الأسواق بعد إبرام العقود)⁵.

وقال د.نزيه حماد: (هذه الصورة المستجدة من الإجارة: فاسدة محظورة في النظر الفقهي، وأن كل ما صدر في جوازها من مقولات وتعليقات، لا يمت إلى الصواب بسبب ولا نسب)⁶.

1 أبحاث ندوة البركة الثامنة والعشرون ص 11.

2 كيفية تحديد الأجور ص 167.

3 بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي 4 / 325 و326 و335 و336، ومناقشات ملتقى المراجع بربح متغير ص 202 و228.

4 الأبحاث المقدمة إلى مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثامنة والثانية عشرة، والأبحاث المقدمة إلى مجلس المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية والعشرين.

5 بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي 4 / 336.

6 كيفية تحديد الأجور ص 167.

المسألة الخامسة ضمان المستأجر لشركة التأمين

لهذه المسألة صور منها:

الصورة الأولى:

أن يتحمل المؤجر تبعة هلاك العين، ثم يؤمن عليها لدى شركة التأمين، ثم توضع ضوابط لإخفاق شركة التأمين تؤول إلى تضمين المستأجر بنقل تبعات الملكية الأخرى إلى المستأجر، أو يشترط على المستأجر ما يتعذر أو يعجز عن تنفيذه وتطبيقه (بصفته وكيلا عن المؤجر في صيانة وتأمين العين المؤجرة) وذلك لغرض تحميله ضمان العين أو الفرق بين تعويض التأمين والمتبقي من أقساط الأجرة، وكثيرا ما يتكرر هذا الشرط في صكوك الإجارة، وهو أن يضمن عقد وكالة الخدمات التي تتضمن توكيل المؤجر للمستأجر بمتابعة تنفيذ الصيانة والتأمين، بالتعاقد مع شركات مؤهلة، والحصول على تأمين مناسب، ثم وضع شروط يتعذر تطبيقها، لتؤول هذه الشروط والقيود إلى تضمين المستأجر بدلا عن شركة التأمين، ومن الأمثلة التي تكرر في هذا الصدد أن تدفع شركة التأمين تعويض الضرر أثناء 30 يوما تاريخ وقوع الضرر، وإن مضي هذه المدة دون دفع شركة التأمين، يعد تقصيرا وإهمالا من قبل المستأجر (وكيل الخدمات) في اختيار شركات ذات كفاءة وخبرة وعناية¹.

وهذا فيه احتمالان:

الاحتمال الأول: الجواز، لعموم النص: (المسلمون على شروطهم).

الاحتمال الثاني: المنع، وهو الأظهر عندي؛ لأمر:

1. أن هذا من التحايل على تحميل العميل تلف العين، لأن هذه المدة لا تكفي في أعراف شركات التأمين في دفع تعويض الخطر الذي تحقق في المعاملة المذكورة، لا سيما مع ضخامة مبالغ التعويضات المطلوبة كما في تمويلات المشاريع والأصول ذات القيمة العالية.
2. تخريجا على ما جاء في المعيار الشرعي بشأن ضمان مدير الاستثمار، البند 6/3: "لا يجوز أن يشترط على مدير الاستثمار ما لا يمكن تنفيذه عادة لغرض تحميله الضمان".

الصورة الثانية:

أن يوقع المؤجر مع المستأجر عقد وكالة خدمات، للتعاقد ومتابعة تنفيذ صيانة العين الأساسية والتأمين، ثم يشترط عليه كفالته لشركة الصيانة وشركة التأمين، وقد رأت بعض الهيئات الشرعية جواز تضمين المستأجر في عقد وكالة الخدمات بأن يضمن شركة التأمين والصيانة في أداء التزاماتها، وذلك استنادا إلى رواية في مذهب الحنابلة نقلها ابن قدامة؛ جاء في المغني 114/8: (إن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لأنه ينافي مقتضى العقد... ولأن ما لا يجب ضمانه لا يصره الشرط مضمونا، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه. وعن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال: المسلمون على شروطهم. وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه).

1 صكوك التمويل الإسلامية ص 151، طرق توقي مخاطر الملكية ص 34 و 35.

والذي يظهر لي المنع؛ لأن في ذلك تحايل على تحميل العين تلف العين، وهذا هو الفارق المؤثر كما سبق بين البيع والإجارة، وليس للمؤجر التحلل منه.

المسألة السادسة

هيكل الإيجارين

أولاً: صورة هذه الهيكلية:

تنتشر هذه الصيغة في البنوك الإسلامية الماليزية، ولها صور منها¹:

1. أن يكون العميل مالكا للعقار، فيستأجره البنك من العميل بأجرة حائلة، ثم يؤجره البنك للعميل بأكثر منها مؤجلا للمدة نفسها.
2. أن يكون العميل غير مالك للعقار، فيشتري العميل العقار بنفسه من مالكة، ويطلب منه إمهاله لسداد الثمن، ثم بعد تملك العميل للعقار، يستأجره البنك منه بأجرة حائلة (تساوي ثمن العقار) ليتمكن العميل من الوفاء بثمان العقار لمالكة (من الأجرة الحائلة)، ثم بعد ذلك يؤجره البنك للعميل بأكثر منها مؤجلا للمدة نفسها.
3. أن يكون العميل غير مالك للعقار، فيشتري العميل العقار بنفسه من مالكة، ويسدد ثمنه لمالكة من حصيلة معاملة تورق يجريها العميل مع البنك، ثم بعد تملك العميل للعقار، يستأجره البنك من العميل بأجرة حائلة (تساوي دين التورق) فتتم المقاصة بينهما، ثم بعد ذلك يؤجره البنك للعميل بأكثر منها مؤجلا للمدة نفسها.

ثانياً: الغرض من هذه الهيكلية:

لهذه الهيكلية عدة أغراض منها²:

1. تجاوز منع الإجراءات الحكومية التي تمنع تسجيل الأصول السيادية لطرف ثالث.
2. تجاوز الإجراءات القانونية المطولة وتكاليف التسجيل والتوثيق والضريبة، لأن تملك البنك له ثم تأجيره للعميل ثم تملكه إياه، يعني الخضوع لتلك الإجراءات مرتين.
3. تفادي مخاطر الصيانة الأساسية (الهيكلية).

ثالثاً: حكم هذه الهيكلية:

هذه الهيكلية قائمة على (إجارة العين لمؤجرها)، وترد هذه الصورة تحت حكم إجارة العين المؤجرة (الإيجار من الباطن)، إلا أن المستأجر هنا يؤجرها للمؤجر نفسه، وأكثر الفقهاء على تقييد هذه المسألة؛ بألا تكون عينة إيجارية، أو عينة في الإجارة، عدا الشافعية فلم أر لهم تفريقاً بالجواز؛ ولعل منشأ ذلك أصل قولهم في العينة.

جاء في الدر المختار 5/56: (للمستأجر أن يؤجر المؤجر بعد قبضه، قيل: وقبله من غير مؤجره. وأما من مؤجره؛ فلا يجوز للزوم تملك المالك). وقال في رد المحتار محشياً: (من غير مؤجره؛ سواء كان مؤجره مالكا أو مستأجرا من المالك؛ كما يفيد التعليل الآتي؛ لأن المستأجر من المالك؛ مالك للمنفعة).

وفي الجوهرة النيرة 3/329: (وإذا أجر المستأجر الدار أو الأرض ممن أجره، إن كان قبل القبض لم يجز إجماعاً، وكذا بعد القبض عندنا، خلافاً للشافعي).

وجاء في الموسوعة الفقهية 1/268: (ترى اللجنة أن إيجار المستأجر للمؤجر نفس العين المستأجرة في أكثر الصور؛ تشبه

1 صكوك التمويل الإسلامية ص70 و72، طرق توقي مخاطر الملكية ص20 و21.

2 صكوك التمويل الإسلامية ص72 و157، طرق توقي مخاطر الملكية ص20.

بيع العينة المنهى عنه، ولعل هذا ما دعا الحنفية إلى منع ذلك).

وتعليل الحنفية قد يحتمل العينة كما جاء في تقرير لجنة الموسوعة، وقد يحتمل غير ذلك؛ لأن المنع عندهم مطلق في جميع الصور.

أما المالكية والحنابلة فقد أجازوا أن يؤجر المستأجر المالك ولو بزيادة؛ على ألا يكون حيلة على العينة:

جاء في الشرح الكبير للدردير 9/4: (وجاز استئجار المالك المؤجر لداره أو دابته مثلاً منه، أي من المستأجر؛ إلا لتهمة سلف جر منفعة؛ كإيجاره بعشرة لأجل، واستئجارها بثمانية نقدا).

وفي الإنصاف 340/14: (الذي ينبغي أن تقيد هذه المسألة فيما إذا أجرها لمؤجرها، بما إذا لم يكن حيلة. فإن كان حيلة¹؛ لم يجز قولاً واحداً، ولعله مراد الأصحاب، وهي شبهة بمسألة العينة وعكسها).

وفي شرح المنتهى 31/4: (فتصح من مستأجر حتى لمؤجرها ولو بزيادة؛ ما لم تكن حيلة كعينة؛ بأن استأجرها بأجرة حالة نقداً، ثم أجرها بأكثر منه مؤجلاً؛ فلا يصح حسماً لمادة ربا النسئنة).

فالذي يظهر أن هذه الهيكلية من قبيل عكس العينة، وإنما قد جرى التعامل بها لدى البنوك الإسلامية الماليزية بناء على ما عليه العمل عندهم بجواز بيع العينة، بناء على فهم اللجان الشرعية هناك لمذهب الشافعية في ذلك.

والذي عليه عامة الفقهاء المعاصرين هو تحريم عكس العينة، كالعينة نفسها، ومن ذلك العينة الإيجارية، وبالمنع صدر المعيار الشرعي للإجارة في البند 4/3: (يجوز للمستأجر إجارة العين لمالكها نفسه في مدة الإجارة الأولى بأقل من الأجرة الأولى أو بمثلها أو بأكثر منها إذا كانت الأجرتان معجلتين. ولا يجوز ذلك إذا كان يترتب عليها عقد عينة: بتغيير في الأجرة أو في الأجل، مثل أن تقع الإجارة الأولى بمائة حالة، ثم يؤجرها المستأجر إلى نفس المؤجر بمائة وعشرة مؤجلة، أو أن تقع الإجارة الأولى بمائة وعشرة مؤجلة ثم تقع الإجارة الثانية بمائة نقداً، أو أن تكون الأجرة في الإجارتين واحدة، غير أنها في الأولى مؤجلة بشهر، وفي الثانية بشهرين).

1 عبارة (فإن كان حيلة) من طبعة الفقي، وسقطت من طبعة التركي.

المسألة السابعة تعويض المستأجر المؤجر

أولاً: صورة المسألة:

جاء في كتاب الاستكتاب: (مع أن العقد في ظاهره عقد إجارة إلا أن أنظمة البنوك وإجراءاتها المحاسبية تتعامل مع مبلغ الأجرة الكلية كدين ثابت في ذمة العميل (وليس ديناً غير مستقر لا يستحق إلا باستيفاء المنفعة) ولذلك قد تحصل من العميل على سند لأمر مقابل الأجرة، ولو هلك الأصل ودفعت شركة التأمين مبلغاً يقل عن المبلغ المتبقي من الأجرة الكلية رجع البنك على العميل لدفع الفرق بينهما، إذا إن الأجرة الكلية تعد ديناً في ذمة العميل. فهل لمثل هذه الإجراءات وجه من القبول الشرعي؟¹).

ثانياً: حكم المسألة:

ذهب عامة الفقهاء إلى أن الأجرة تجب بالعقد (فتثبت في ذمة المستأجر)، وتستحق باستيفاء المنفعة أو بالتمكين من استيفائها لا بمجرد توقيع العقد (فيملك المؤجر حينئذ المطالبة بها)، وتستقر بمضي المدة.

ولا مانع من توثيق التعامل بأخذ سند لأمر من المستأجر بما يساوي دين الأجرة، إلا أنه لا يستوفي منه إلا بقدر الدين المستحق للممول في ذمة العميل (المستأجر) والذي يكون مقابل المنفعة التي تم استيفاؤها.

ولا يجوز مطالبة العميل بدين الأجرة المتبقي بعد تلف العين، فإن ذلك يجعل عقد الإجارة صورياً، إذ لا فرق حينئذ بين عقد الإيجار التمويلي وعقد القرض بفائدة.

وفي بعض تطبيقات عقد الإيجار التمويلي يجري هذا التعويض على صورة شرط بالتزام المستأجر بشراء العين المؤجرة عند الهلاك بالمتبقي من أقساط الأجرة، وهذا الشرط يفضي إلى تحلل المؤجر من تبعات الملكية عند التلف، وسبق تكرار منعه. جاء في المعيار الشرعي بشأن إعادة الشراء البند 6/1/5: (لا يجوز أن يلزم الواعد بتنفيذ الوعد في حال التلف الكلي للعين الموعود ببيعها أو بشرائها).

هذا ما تيسر تحريره في الإجابة عن المسائل الواردة في كتاب الاستكتاب، وبالله تعالى التوفيق.

1 طرق توفيق مخاطر الملكية ص 25 و36 و37.