

مَجَلَّةُ الشَّرْعِ وَالْإِسْلَامِ

فصلية علمية محكمة تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

إصدار خاص

أثر تغيُّر التكييف الفقهي لعقود الصيانة على المؤسسات المالية الإسلامية

مدبر حلیم

مجلس
النشر العلمي



جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029-8908

إصدار خاص - السنة ٣٦

جمادى الثاني: ١٤٤٤هـ - ديسمبر ٢٠٢٢م

البحث الثاني

**أثر تغيُّر التكيف الفقهي لعقود الصيانة
على المؤسسات المالية الإسلامية**

مدبر حلیم

باحث دكتوراه

جامعة السلطان محمد الفاتح الوقفية، إسطنبول

أثر تغير التكيف الفقهي لعقود الصيانة

على المؤسسات المالية الإسلامية

*

مدبر حليم

تاريخ إجازة البحث: إبريل ٢٠٢٢ م

تاريخ استلام البحث: فبراير ٢٠٢٢ م

ملخص البحث

عقود الصيانة من النوازل الفقهية الحديثة، فلم يأت لها ذكر عند المتقدمين، ولذا كان على المعاصرين تكيفها لتوافق أحكام الشريعة، واختلفت أنظارهم في ذلك لثلاثة اتجاهات: الأول: من نظر إليها بشكل عام، فجعلها مندرجة تحت عقد من عقود المعاملات المالية، ثم تباين نظرهم الفقهي بين من كيّفها على أنها عقد جعالة، ومنهم من كيّفها على أنها عقد إجارة، ومنهم من كيّفها على أنها عقد استصناع، ومنهم من أدرجها ضمن عقد المقاولة. الثاني: من نظر إليها من جهة تعدد صورها، ومن ثم لم يمكنه تكيفها تحت عقد واحد، بل كيّفها على عدة عقود مالية بالنظر لجهة ارتباطها بتلك العقود. الثالث: من جعلها عقداً مستقلاً، دون تكيفها على عقد آخر. ولهذا كانت مشكلة البحث: في مدى تأثير هذا الاختلاف في التكيف الفقهي، مع تركيب عقود الصيانة مع بقية العقود المالية؛ وبالتالي تأثير ذلك على المؤسسات المالية الإسلامية. ولذا كان الهدف من الدراسة بيان تأثير هذا الاختلاف الفقهي على بقية العقود، و توضيح آثاره على المؤسسات المالية الإسلامية توسعاً وتضييقاً، ومن ثم ربحاً وخسارة، ولهذا قامت هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي بجمع الأقوال المتباينة، ثم المنهج التحليلي بتحليل هذه الأقوال، ثم المنهج الاستنباطي باستنباط آثار الاختلاف في تكيف هذه العقود على بقية العقود المرتبطة بها، للخروج برؤية واضحة لسبب الخلاف في التكيف، ومن ثمّ تجلية آثار التغير في تكيف هذه العقود على النشاط الاقتصادي للمؤسسات المالية الإسلامية. وقُسمت هذه الدراسة مقدمة، ومبحثين، أولهما: لتعريف عقود الصيانة، ووجوه الاختلاف في تكيفها، والثاني: لآثار هذا الاختلاف على المؤسسات المالية الإسلامية، ثم خاتمة تضمنت أهم النتائج المتمثلة في ثبوت الاختلاف في التكيف الفقهي في عقود الصيانة بين الفقهاء المعاصرين، وكان لهذا الاختلاف آثاره على عقود المعاملات المالية الأخرى؛ لثبوت الارتباط بينهم، وكل هذا له آثاره على البنوك الإسلامية، ولذا كانت التوصية بزيادة البحوث التطبيقية لبيان هذه الآثار من الناحية التطبيقية، مع قائمة للمراجع والمصادر.

الكلمات المفتاحية: عقود الصيانة، الاختلاف الفقهي، التكيف الفقهي، المؤسسات المالية.

(*) باحث دكتوراه جامعة السلطان محمد الفاتح الوقفية. حاصل على شهادة الماجستير من جامعة صباح الدين الزعيم استانبول، سنة ٢٠٢١ م. والليسانس من جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، قسم أصول الفقه، سنة ١٩٩٩ م. له عدة مشاركات في بعض المؤتمرات العلمية، مع المشاركة ببعض البحوث في مجلات علمية محكمة.

الاهتمامات البحثية: علم أصول الفقه، والاقتصاد الإسلامي، وعلوم السنة النبوية.

المقدمة

تتميز الشريعة الإسلامية بميزة المرونة، التي تُضفي عليها قابلية الاستفادة من الآخر، مع تطويره بما يُلائم المقاصد العامة للشريعة، وهذا ما جعل الفقهاء المعاصرين يُكيّفون الكثير من العقود الاقتصادية الجديدة بما يتوافق وقواعد الشريعة.

وفي هذه الدراسة بيانٌ لعقود الصيانة، التي لم يعرفها الفقهاء إلا في العصر الحديث، ولكثرتها، وتنوعها، فاختُلف في تكيفها، على ثلاثة أقوال، متباينة، وكان لهذا التباين الفقهي آثاره على بقية العقود المالية، التي يمكن لها أن تُركب مع عقود الصيانة، ولكون هذا الارتباط سيكون له آثاره على المعاملة بجمليتها، إجازةً، ومنعاً، من المؤسسات الشرعية الداعمة للمؤسسات المالية الإسلامية، فإن هذا سيكون له آثاره العملية كذلك على عمل المؤسسات المالية الإسلامية، ولن يكون هذا الاختلاف لفظياً، بل معنوياً، وله آثاره العملية، ولهذا كانت هذه الدراسة لبيان وجوه التوافق والاختلاف بين هذه الأقوال، ومن ثمّ بيان آثاره على المؤسسات المالية الإسلامية.

أولاً: إشكالية البحث:

وجود الحاجة للتكيف الفقهي لعقود الصيانة، وثبوت الاختلاف بين الفقهاء في هذا التكيف، كان له الأثر في الخلاف بين المؤسسات الشرعية الداعمة، وله آثاره كذلك على ارتباط هذه العقود مع العقود المالية الأخرى، وبالتالي على عمل المؤسسات المالية الإسلامية؛ ولهذا كانت الحاجة لهذه الدراسة للإجابة على الأسئلة الآتية:

- أ. ما عقود الصيانة؟ وما تكيفها الفقهي، وما سبب الاختلاف في تكيفها؟
- ب. ما تأثير هذا الاختلاف الفقهي في تكيف عقود الصيانة على وجوه ارتباطها مع بقية العقود المالية؟ وعلى عمل المؤسسات المالية الإسلامية؟

ثانياً: أسباب اختيار البحث:

- وَيُمْكِن إدراك الأسباب الموجبة لاختيار هذا البحث فيما يلي:
- أ. بيان كثرة وتنوع العقود المالية المتعلقة بالاقتصاد الإسلامي .
- ب. قلة البحوث المتطرفة لعقود الصيانة، من جهة تأثر المؤسسات المالية بالاختلاف في وجه تكيفها الشرعي .
- ت. حاجة المجتمعات الإسلامية لبيان الحلول الشرعية لمستجدات العصر الاقتصادي.

ثالثاً: أهمية البحث:

يكتسب هذا البحث أهميته من جهات:

- أ. إن عقود الصيانة واقع اقتصادي يحتاج للتكييف الفقهي؛ لتوضيح حكمه الشرعي.
- ب. بيان الاختلاف الفقهي في وجوه تكييف عقود الصيانة شرعاً.
- ت. بيان آثار هذا الاختلاف على حكم ارتباط هذه العقود مع العقود المالية الأخرى، وما لهذا الحكم الشرعي من آثار على المؤسسات المالية الإسلامية.

رابعاً: أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة لأهداف هي:

- أ. بيان تركيب العقود المالية مع عقود الصيانة، وأن لهذا التركيب آثاره في حل هذه العقود، ومنعها.

ب. بيان مرونة الشريعة الإسلامية في تطويرها لعقود لم يعرفها الفقهاء من قبل.

ت. إن الاختلاف الفقهي في النوازل بين المؤسسات الداعمة للمالية الإسلامية، له آثاره على العمل المصرفي الإسلامي.

خامساً: منهجية البحث: وانتهج الباحث في هذه الورقة نهجاً استقرائياً بجمع الأقوال الفقهية المتباينة، بالاعتماد على المصادر الأصلية لإحالة الأقوال لأصحابها، ثم المنهج التحليلي بتحليل هذه الأقوال، ثم المنهج الاستنباطي للخروج برؤية واضحة؛ لسبب الخلاف في التكييف الفقهي لهذه العقود، ومن ثمّ تجلية آثار الاختلاف في تكييف هذه العقود على المؤسسات المالية الإسلامية.

سادساً: حدود البحث:

كان البحث محدداً ببيان وجوه الاختلاف في تكييف عقود الصيانة، وآثار هذا الاختلاف على بقية العقود المرتبطة بهذه العقود، ومآلات ذلك على العمل المصرفي الإسلامي.

سابعاً: الدراسات السابقة:

ولما لم يذكر الفقهاء المتقدمون شيئاً عن عقود الصيانة، فقد حاول غير واحد من المعاصرين بيان حكمها الشرعي بتكييفها على الأحكام الشرعية، ومن ذلك:

١. عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، وهي خمسة بحوث نشرت في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مع مناقشتها، في الدورة الحادية عشرة المنعقدة بمملكة البحرين. المنامة في

(٢٥-٣٠ رجب ١٤١٩هـ، / ١٩.١٤ نوفمبر ١٩٩٨م)، من كتابه الدكتور: محمد المختار السلامي، والصديق محمد الأمين الضرير، وآية الله التسخيري، ومنذر قحف ومحمد أنس الزرقا، وسامي السويلم، حاولوا فيها تكييفها على أحد العقود الشرعية، وظهر التباين بينها، لاختلاف وجهات النظر في توصيفها، وإلحاقها بأحد العقود الشرعية.

٢. صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها المعاصرة لدى المصارف الإسلامية، للدكتور محمد عثمان شبير، ضمن كتاب: «بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة»، لمجموعة من المؤلفين، دار النفائس، الأردن، ط ١، ١٩٩٨، ص ٧٣٩-٧٧٥، بجعله خاصا بصيانة الأعيان المؤجرة.

٣. عقود الصيانة، الدكتور أحمد الحجي الكردي، نشر بمجلة الشريعة بالكويت، م ١١، ع ٣٠، ١٩٩٦، وبين فيه حكم هذه العقود وتكييفها الفقهي.

٤. تطبيقات الإجارة والجملة على عقود الصيانة، الدكتور يوسف قاسم، نُشر في مجلة الاقتصاد الإسلامي، دورة الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، السنة السادسة عشرة، (ربيع أول ١٤١٧هـ / يوليو ١٩٩٦م)، وهو خاص بالتطبيقات المعاصرة لعقود الصيانة، وفق تكييفها على عقود الإجارة والجملة.

٥. عقود الصيانة وتطبيقاتها المعاصرة، دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، ٢٠١١، لأبي هربيد عاطف محمد حسين، وهو بحث واسع في ثلاثة فصول، فالأول لبيان حقيقة عقود الصيانة وأنواعها وطرق إبرامها، والثاني لبيان الخلاف في تكييفها الفقهي، والثالث لبيان التطبيقات المعاصرة لهذه العقود وجاء البحث شاملا لجزئياته مع الكثير من التوضيح العملي لهذه العقود في العقود المالية والتجارية المعاصرة

وتتوافق هذه الدراسة مع هذه الدراسات في بيان وجوه التكيف الفقهي لعقود الصيانة، وبيان سبب الخلاف الواقع بينهم، ولكن لهذه الدراسة إضافة علمية متمثلة في:

١. الربط بين عقود الصيانة والعقود المالية الفقهية المرتبطة بها، وتجليه الحكم الشرعي في هذا الارتباط.

٢. توضيح الآثار العملية لارتباط هذه العقود مع العقود المالية على المؤسسات المالية الإسلامية.

ثامناً: خطة البحث:

تضمن البحث مقدمةً نظرية له، ومبحثين، مع الخاتمة:

المبحث الأول: التكيف الفقهي لعقود الصيانة

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الاختلاف في التكيف الفقهي على المؤسسات المالية

الإسلامية

وتضمنت الخاتمة: جملة من النتائج والتوصيات.

وسرت في هذه الدراسة على الجادة والمسلك البحثي المعروف في العزو، وتوثيق النصوص من مصادرها الأصلية، مع التركيز على نقطة البحث وحدوده، والتنكب عما قد يكون شاذاً من الأمثلة، وترك الاستطراد المخل بالموضوع.

٣. المبحث الأول: التكيف الفقهي لعقود الصيانة:

عقود الصيانة من العقود المستحدثة التي يُحتاج فيها لبيان حكمها الشرعي، وفق تكيفها الفقهي على النصوص والقواعد الشرعية، ولا يكون ذلك إلا بتعريفها، وبيان ضوابط التكيف الفقهي، ثم عرض الأقوال المختلفة في تكيفها.

٣.١. المطلب الأول: تعريف عقود الصيانة والتكيف الفقهي:

٣.١.١. الفرع الأول: تعريف عقود الصيانة:

فهو لفظ مركب، وتعريفه ينبني على تعريف طرفيه، فأما العقد لغةً: فمشتق من عقد يعقد عقداً، وهو أصلٌ واحدٌ يدل على شدٍّ وشدّة^(١)، ويأتي بمعنى التوثيق والتوكيد والالتزام، فيقال: عقدتُ البيع أي: أبرمته والتزمته^(٢). وهو في الاصطلاح: له معنى عام وهو: «التزام ينشأ عن ارتباط إرادتين كالبيع، أو إرادة واحدة كالنذر»^(٣)، وله معنى خاص وهو: «تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر، على وجه مشروع، يظهر أثرهما في متعلقهما»^(٤)، ومن ثم قال

(١) محمد ابن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، (بلا. ط)، ١٣٩٩،

٤/٨٦

(٢) محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٤١٤، ٣/٢٩٧

(٣) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط٤، ١٤١٩، ٤/٢٩١٧

(٤) علي حيدر، درر الحكام، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٤١١، ١/١٠٥

الزرقا هو: «ارتباط إيجاب بقبول، على وجه مشروع يثبت أثره في محله»^(١). والصيانة لغة: من صنت الشيء أي: حفظته^(٢)، وهي عند المختصين: «إصلاح التلف الناتج عن الاستعمال، وكذلك الوقاية من هذا التلف لتجنب وقوعه، والمحافظة على قدرة أداء العمل بشكل اقتصادي»^(٣).

وأما عند الفقهاء فعقد الصيانة عقدٌ حادثٌ لا عهد للفقهاء القدامى به^(٤)، نشأ مع ظهور الآلات في عمليات الإنتاج، مما جعل أصحاب المصانع يتخذون الاحتياطات اللازمة للمحافظة على العمر الافتراضي للآلات المصنعة.

ومن ثم: عرّفها المعاصرون بتعاريف متقاربة، فقال الضرير: «عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين، بصيانة شيء، لقاء أجرٍ يتعهد به المتعاقد الآخر»^(٥)، ونحوه السلامي فقال: «يلتزم الخبير الفني بالقيام على الآلات والتجهيزات في مدة محددة، قياماً يحقق أداؤها لوظائفها بكفاءة، ويلتزم فيه صاحبها بدفع ما اتفقا عليه؛ إن لم تكن ملتزمة من البائع»^(٦)، ولكنها تعاريف قاصرة على بعض عقود الصيانة، ولعل أجمع التعاريف: «أنه عقد معاوضة يلتزم فيه طرفٌ بالمحافظة على كفاءة عينٍ، لطرفٍ آخر؛ للقيام بوظيفتها المعهودة، بمراقبة أداؤها، وإصلاح أعطابها، مع توفير المواد اللازمة لتحقيق ذلك، عند إلزامها إما مرة واحدة، أو خلال فترة معينة مقابل عوض معلوم»^(٧).

وعقود الصيانة يمكن تقسيمها لأقسام، بعدة اعتبارات: فهي باعتبار أصالة العقد، تنقسم لعقود أصلية، وهي: التي يتم الاتفاق فيها على

(١) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط ٢، ٢٠٠٥، ٢٨٢ / ١

(٢) ابن فارس، مقاييس اللغة، ٣٢٤ / ٣

(٣) أحمد طرطار، ترشيد الطاقات الإنتاجية في المؤسسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط ١، ٢٠٢١، ص ٦٦

(٤) المختار السلامي، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١١، ١٤١٩، ص ٣٢١

(٥) الصديق الضرير، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١١، ١٤١٩، ص ٣٤٥

(٦) السلامي، عقود الصيانة وتكييفها الفقهي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١١، ص ١٧٤

(٧) عاطف محمد حسين أبو هريدي، عقود الصيانة وتطبيقاتها المعاصرة، دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، ٢٠١١، ص ٤٩.

الصيانة بعقد مستقل، ولعقود تبعية وهي: التي تتضمن الالتزام كشرط في العقد. وهي باعتبار التشغيل، تنقسم لعقود تشغيلية: وهي التي يتعاقد فيها الصائن بتزويد ما يلزم لتشغيل العين المراد صيانتها، ولعقود وقائية وهي: التي يلتزم فيها الصائن بمراقبة الأجهزة والتأكد من صلاحيتها للعمل، ولعقود إصلاحية، وهي: التي يتم إبرامها للقيام بأعمال الصيانة بعد وقوع الخلل فيها.

وهي باعتبار مدة الصيانة، تنقسم لعقود دورية، وهي: التي تكون كافة إجراءات الصيانة قد سبق التخطيط لتنفيذها، وطائرة، وهي: التي تكون الصيانة فيها غير مخطط لها مسبقاً.

وهي باعتبار الإلزام تنقسم لعقود مُلزمة، وهي: التي تفرضها الأنظمة العامة وقوانين البلد، كصيانة السيارات، واختيارية، وهي: التي تكون اختياراً رغبة من المالك^(١).

٣،١،٢. الفرع الثاني: أركان التكيف الفقهي للمسائل الفقهية المعاصرة

فالتكيف الفقهي هو: «التصور المُحكَّم لحقيقة الواقعة؛ لإلحاقها بأصل فقهي معتبر، بعد التحقق من المماثلة بينهما»^(٢)، فيكون لهذا التكيف عناصر هي: الواقعة المستجدة، والأصل وأوصافه، والفرع المراد إلحاقه، والإلحاق^(٣)، وأهمها، هي:

أ. الواقعة المستجدة: وهي المسألة المستحدثة التي تُعرض على المجتهد، ليحكم فيها، وتشمل غالباً على المسائل التي لم تكن معروفة في عصور التشريع، أو الاجتهاد كالنقود الورقية، والمسائل التي تغيرت على الحكم فيها؛ لتغير الظروف كالتقاضي الحكومي في صرف العملات.

ب. الأصل الذي تُكيف عليه الواقعة: وهو محل الحكم الذي يريد المجتهد التسوية فيه بينه وبين الواقعة المعروضة، وهو إما نص من القرآن، أو السنة، أو إجماع، أو على قاعدة كلية، أو نص لفقيه من أصحاب المذاهب، ويجب هنا على المجتهد أن يتحقق من ثبوت الأصل، وأن يفهمه فهماً جيداً، مقروناً بظروفه وشروطه.

(١) المرجع السابق، ص ٦١-٧٦

(٢) قطب الريسوني، صناعة الفتوى في القضايا المعاصرة، دار ابن حزم، بيروت، ط ١، ٢٠١٤، ص ٢٨٦

(٣) محمد عثمان شبير، التكيف الفقهي للوقائع المستجدة، دار القلم، دمشق، ط ٢، ٢٠١٤، ص ٢٦-٣٠

ت. المطابقة بين الواقعة المستجدة والأصل: وهو الجمع بين الواقعة المستجدة، والأصل في الحكم؛ لاتحادهما في العلة، وهذا يتطلب مجانسة بينهما في الأركان، والشروط، والعلاقات بين أطراف الواقعة^(١).

ومع ثبوت الاختلاف بين الأصل، والملحق به، في أحد هذه الأركان فلا يمكن التكيف الفقهي بينهما.

٣،٢. المطلب الثاني: بيان الاختلاف في التكيف الفقهي لعقود الصيانة

اختلفت أنظار الفقهاء المعاصرين في تكيفها لثلاثة اتجاهات:

٣،٢،١. الفرع الأول:

من نظر لهذا العقود بشكل عام، جعلها مندرجة تحت عقد من عقود المعاملات المالية المعهودة، ثم تباين نظر هؤلاء الفقهاء في التكيف الفقهي، على أقوال:

١. عقد جعالة: «التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم، أو مجهول»^(٢)، ولهذا التكيف مال غير واحد من الباحثين، كيوسف قاسم^(٣)، ومنذر قحف^(٤)، ووافقهم عبد الستار أبو غدة، فقال: «فالجعالة تصلح؛ لأن العمل غير معلوم لكنه محدد بالنتيجة والأثر، لعقد الصيانة شرعياً»^(٥)، وهذا اختيار الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، مع تفصيل أن تكون العقود بقطاع الغيار فجائزة، على أنها جعالة، أو دون قطاع الغيار فلا^(٦)، وحبثهم في هذا توافق عقد الصيانة مع الجعالة في أنهما عقد إجارة محدد بالمال.

وفي هذا التكيف الفقهي نظر من جهة التباين بين الجعالة والصيانة، من جهات:

أ. عقود الصيانة لازمة، وعقد الجعالة جائز غير لازم.

ب. يشترط في عقود الصيانة معرفة العمل، وأما في الجعالة فيجوز كونه مجهولاً.

(١) المرجع السابق، ص ٩٣.

(٢) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٤/٢٩٤٤.

(٣) يوسف قاسم، تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة، الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ص ١٩٦.

(٤) منذر قحف، عقود الصيانة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١١، ص ٣٧٠.

(٥) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١١، ص ٤٣٢.

(٦) قرارات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، المنشورة في مجلة الاقتصاد الإسلامي ع ١٧٧، السنة الخامسة عشرة، ١٤١٦هـ، ص ٥٧٩.

ت. الزمن في عقد الصيانة من المقاصد الأصلية، بخلاف الجعالة فالمقصد منها تحقيق الغاية دون النظر للزمن.

ث. الجعالة لا يستحق صاحبها الأجرة إلا بعد تمام العمل، وأما في الصيانة فيستحق الأجرة في الأعطال الطارئة خلال فترة العقد^(١).

٢. عقد إجارة: والإجارة: «بذل عوض معلوم في منفعة معلومة من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو في عمل معلوم»^(٢)، وإلى هذا مال أحمد الكردي^(٣)، ومحمد شبير^(٤)، ومختار السلامي^(٥)، وحجتهم ثبوت الإجارة في هذه العقود بين الطرفين. وعورضوا بثبوت الفرق بينهما من جهتين:

أ. جهالة مقدار العمل: فالإجارة معلومة من جهة ما يقابلها من العمل، بخلاف عقود الصيانة ففيها جهالة مقدار العمل خاصة في الصيانة العلاجية والطارئة، بل قد لا تقع الأعطال في المدة المحددة، ويستحق عليها الصائن الأجرة.

ب. وجود الالتزام: بتقديم قطع الغيار في عقود الصيانة التي لها قيمتها المالية، وهو ما يعارض عقد الإجارة^(٦).

٣. عقد استصناع: والاستصناع: «طلب العمل من الصانع في شيء مخصوص على وجه مخصوص»^(٧)، وهو اختيار الزحيلي إذا كان في الصيانة تقديم قطع غيار^(٨)، وذكر سامي السويلم، ومحمد الزرقا، وجه التشابه بينهما من وجهين:

أ. الصانع يقدم العمل ومواد الصناعة في الاستصناع، ومثله الصائن فيقدم العمل وقطع الغيار.

(١) أبو هريرة، عقود الصيانة، ص ١٠٨

(٢) علاء الدين علي بن الحسين المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط ١، ١٤١٥، ١٤/٢٥٩

(٣) أحمد الحجى الكردي، بحوث وفتاوى معاصرة، دار البشائر، بيروت، ط ١، ٢٠٠٥، ص ٢٦٠

(٤) محمد عثمان شبير، صيانة الأعيان المؤجرة، بحث منشور في «بحوث فقهية معاصرة»، دار النفائس، الأردن، ط ١، ١٩٩٨، ٢/٧٤٤

(٥) السلامي، مختار، التكييف الفقهي لعقود الصيانة، ص ٣٢٣

(٦) أبو هريرة، عقود الصيانة، ص ١١٣

(٧) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٥/٣٦٤٢

(٨) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١١، ص ٤٣١

ب. الثمن في العقد قد يكون معجلاً أو مؤجلاً، أو مقسماً^(١).

ولكن هذا التشابه بينهما، لا ينافي وقوع الاختلاف بينهما في:

أ. محل الاستصناع: فهو العين المصنوعة، ومحل عقد الصيانة هو العمل؛ أي: صيانة الشيء المصنوع لا صنعه.

ب. الجهالة: فهي في الصيانة أكبر مما في الاستصناع، مع أن الجهالة في الاستصناع يمكن إزالتها بالوصف المنضبط^(٢).

٤. عقد المقاولات: وهي متعددة، فهي إجارة في العقود التي يتعهد فيها المقاول بتقديم العمل، وهي عقود استصناع في العقود التي يتعهد فيها المقاول بتقديم العمل والمادة معاً، وإلى كون عقود الصيانة من عقود المقاولات ذهب الصديق الضرير، ووافقه الزحيلي^(٣)، ووجه ذلك وقوع التشابه بين العقد في تقديم الخدمات في العقد.

ويعارض هذا التكيف، وقوع التباين بينهما من جهات:

أ. المقاولات تجمع بين الإجارة والاستصناع، وكلاهما لا يصح تكيف عقود الصيانة على أحدهما، فلا يصح على مجموعهما.

ب. إن عقود المقاولات مختلفة في تكيفها بين عقد وآخر، فلا يمكن ضبطها إلا بالمجموع، وهذا ما لا يمكن تكيفه عليه في الصيانة^(٤).

٣،٢،٢. الفرع الثاني:

من جعلها عقداً مستقلاً، ولا يشترط تكيفها على عقد آخر؛ لوجود صفات فيها تميزها عن عقود الجعالة، والاستصناع، والإجارة، والمقاول، فقال محمد الزرقا: «يبدو في ضوء مقارنة الصيانة بالعقود الأربعة القريبة منها، أنها لا تشبه أيّاً منها تمام الشبه، فيصعب من ثم تطبيق جميع أحكام أحد هذه العقود على الصيانة، ولعل الأيسر، والأبعد عن التكلف،

(١) محمد الزرقا؛ سامي السويلم، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١١،

ص ٤٠١

(٢) أحمد الكردي، بحوث وفتاوى فقهية معاصرة، ص ٢٦١

(٣) الصديق الضرير، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع ١١، ص ٤٢٩

(٤) أبو هريبد، عقود الصيانة وتطبيقاتها المعاصرة، ص ١١٩

اعتبارها عقداً مستقلاً، من صنف عقود الإجارة على العمل»^(١).

وهذا النظر هو أقرب من غيره للصواب، فعقود الصيانة متعددة، وجعلها مستقلة أقرب من تكييفها على عقود تشبهها من وجه، وتخالفها من وجه آخر.

٣، ٢، ٣. الفرع الثالث:

من نظر لعقد الصيانة من جهة تعدد صورته، ومن ثم لا يمكن تكييفه تحت عقد واحد، بل يكتف على عدة عقود بالنظر لجهة ارتباطها بتلك العقود، وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي فقال:

هو عقد مستحدث مستقل تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود، ويختلف تكييفه، وحكمه باختلاف صورته الكثيرة، ومنها يتبين حكمه:

١. غير مقترن بعقد آخر، يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل، أو مع تقديم مواد يسيرة لا يعتبر العاقدان لها حساباً في العادة، وهذا يكتف على أنه إجارة على عمل، وهو جائز شرعاً، بشرط أن يكون العمل معلوماً، والأجر معلوماً.

٢. غير مقترن بعقد آخر، يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل، ويلتزم المالك بتقديم المواد، وتكييف هذه الصورة وحكمها كالصورة الأولى.

٣. الصيانة المشروطة في عقد البيع على البائع لمدة معلومة، فاجتمع فيه: بيع وشرط، وهو جائز سواء أكانت الصيانة من غير تقديم المواد، أم مع تقديمها.

٤. الصيانة المشروطة في عقد الإجارة على المؤجر، أو المستأجر، واجتمع فيه إجارة وشرط، وحكمها أن الصيانة إذا كانت من النوع الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة؛ فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شرط، ولا يجوز اشتراطها على المستأجر، وأما التي لا يتوقف عليها استيفاء المنفعة، فيجوز اشتراطها على أي من المؤجر أو المستأجر إذا عينت تعيناً نافياً للجهالة^(٢).

وبعد هذا يظهر أن سبب الخلاف راجع لأمرين:

(١) السويلم: الزرقا، عقود الصيانة وتطبيقاتها المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع ١١، ص ٤٠١
(٢) القرار رقم ٩٤ (١١ / ٦)، من قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الحادي عشر بالمنامة في دولة البحرين في نوفمبر، ١٩٩٨، م ١١، ص ٤٤٨

أ. عقود الصيانة عقد مستحدث، فكان في تصوره اختلاف، وهذا التصور هو الذي يحدد جهة موافقته لباقي العقود المالية فيكون متضمناً في بعضها، أو لا يكون كذلك، فيكون عقداً منفصلاً.

ب. تعدد عقود الصيانة بأشكال متعددة، يجعل من الصعب إدراجها كلها في عقد واحد، وهذا التعدد يجعل توحيد كل أنواع عقود الصيانة تحت عقد مالي واحد غير ممكن. ولهذا كان القول الثاني بجعل عقود الصيانة، عقداً خاصاً منفصلاً عن بقية العقود المالية الشرعية المعروفة، هو الأصح من جهتين:

أ. عرف المؤسسات المالية على جعل هذا العقد مخالفاً لغيره من العقود، بل جعله متميزاً عنهم بما يجعل تكيفه على عقد شرعي آخر غير ممكن واقعاً؛ لثبوت الاختلاف الجوهرى بينهم.

ب. إنَّ لعقود الصيانة مميزات تجعله عقداً منفرداً عن غيره، وأية محاولة لتكيفه على باقي العقود ستكون قاصرة على بعض أنواع عقود الصيانة، وليس على كلها، وهذا ما يصحح القول بصحة القول الثاني دون بقية القولين الآخرين^(٣).

٤. المبحث الثاني: الآثار المترتبة على الاختلاف في التكيف الفقهي على المؤسسات

المالية الإسلامية

الاختلاف الفقهي في تكيف عقود الصيانة، له آثاره العملية على المصارف الإسلامية؛ لأن لكل مصرف هيئة رقابة شرعية، منوطاً بها تكيف النوازل فقهيّاً؛ وينبني على ذلك اختلاف وجهات النظر الفقهية بين الهيئات الشرعية، وهذا الحاصل في عقود الصيانة.

٤.١. المطلب الأول: ضوابط الجمع بين العقود المركبة:

وضع الفقهاء المعاصرون ضوابط؛ لجواز الجمع بين العقود المركبة، وهي:

أ. أن لا يكون التركيب بين العقدین محلّ نهی شرعی، كالنهی عن بیع وسلف.

ب. أن لا يكون العقدان متضادان، كالجمع بين الصرف والجعالة.

ت. أن لا يكون الجمع بينهما حيلة للربا، كالاتفاق على العينة.

ث. أن لا يكون التركيب بين معاوضة وتبرع؛ لأن مؤداه للربا.

(٣) أبو هريرة، عقود الصيانة وتطبيقاتها المعاصرة، ص ١٣٣

ج. أن لا يكون ذريعة للربا، كالجمع بين القرض والمعاوضة^(١).
وعليه فأی ترکیب بین صیغ العقود التمويلية الإسلامية، وعقود الصيانة لا بد فيه من مراعاة هذه الضوابط،
وإلا سيكون العقد غير شرعي.

٤,٢. المطلب الثاني: حكم عقود الصيانة على اختلاف تكييفها في تركيبها مع العقود الشرعية

فعلى القول بأن عقود الصيانة عقد مستقل، فيكون العقد بينها وبين العقود الأخرى جائزاً، بشرط ثبوت الشروط الشرعية في العقود المركبة، ولا يضر هذا العقد المركب بينها وبين هذه العقود سوى عدم ثبوت الشروط الشرعية - في التركيب بين العقود - السالفة الذكر.

٤,٢,١. الفرع الأول: عقود الصيانة في عقود المراجعة الأمرة بالشراء

وهو أن يتفق المصرف والعميل، على أن يقوم المصرف بشراء البضاعة عقاراً أو غيره، ويلتزم العميل أن يشتريها من المصرف بعد ذلك، ويلتزم المصرف بأن يبيعها له؛ بسعر عاجل أو آجل، وتحدد نسبة الزيادة فيه على سعر الشراء مسبقاً^(٢).
وتكون عقود الصيانة متضمنة في المراجعة، بشكل غير إلزامي، راجعة لاختيار المشتري، فإذا ألزم المشتري المصرف بعقود الصيانة بشرط أن يكون من البائع الأول، كان على المصرف أن يلزم البائع الأول به، وإلا فللمشتري حق الفسخ. وإذا ألزم المشتري المصرف بعقد الصيانة، دون تقييد بالبائع الأول، فللمصرف أن يلزم البائع الأول بذلك، وإلا فيتعهد المصرف بالصيانة، وكل هذا جائز شرعاً^(٣).

ولابد من تحديد أجره الصيانة بعرف أهل الخبرة؛ لأنه يُحقق مصلحة المتعاقدين، في

(١) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، البحرين، ١٤٢٧، ص ٦٦٠؛
عبد الله بن محمد العمراني، العقود المالية المركبة، كنوز اشبيليا، ١٤٢٧، ط ١، ص ١٧٥ وما بعدها
(٢) محمد بن سليمان الأشقر، بيع المراجعة كما تجرى المصارف الإسلامية، دار الفلاح، الكويت، ط ١،
١٤٠٤، ص ٦
(٣) منذر قحف، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١١، ص ٢٨٣

استمرار أداء المبيع لدوره^(١)، ويختلف حكم عقود الصيانة مع المراجعة، لاختلاف تكييفها:

١. على القول بأن عقود الصيانة عقد جعالة:

وهذا سيعارض عقود المراجعة، من جهات:

أ. إن الجعالة غير ملزمة^(٢)، بخلاف المراجعة فهي لازمة^(٣).

ب. إن الجعالة يُحتمل فيها الغرر، وتجاوز فيه جهالة العمل، والمدة^(٤)، بخلاف ما عليه المراجعة من اشتراط عدم الغرر، وبالتالي سيكون هذا التركيب غير جائز شرعاً، لثبوت المانع من التركيب بينهما.

٢. على القول بأن عقود الصيانة عقد إجارة:

فيكون العقد صحيحاً من جهة أن الإجارة عقد لازمٌ، ومحددٌ، ولا يصح إلا على معلوم، وكل هذا متوافق مع عقد المراجعة، والصيانة في العين المؤجرة تكون على المؤجر لا على المستأجر^(٥)، ولا تقع المنافاة بين العقدين إلا في أمرين:

أ. أن لا تقع الأعطال في الفترة المحددة، ومن ثمَّ يجب أن يحدّد في الشروط عدم استحقاق الأجرة إلا بمقابل الصيانة.

ب. تقديم قطع الغيار في عقود الصيانة، ففي الندوة الفقهية الرابعة بالكويت ١٤١٦:

إذا كان العقد شاملاً لقطع الغيار، فيختلف الحكم:

الحالة الأولى: أن يلتزم مالك العين المطلوب صيانتها بتقديم قطع الغيار من عنده عيناً، أو يلتزم بدفع ثمنها المحدد ممن يقدمها، وهذه جائزة شرعاً؛ لأنها إما جعالة، أو جعالة رافقها بيع.

الحالة الثانية: أن تلتزم الجهة المتعهد بالصيانة بتقديم قطع الغيار مع العمل، فهناك

صورتان:

(١) أبو هريرة، عقود الصيانة وتطبيقاتها المعاصرة، ص ٢١٩

(٢) دبيان الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ط ٢، (د.ت)، ٩٣/١٠

(٣) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص ٢٠٨

(٤) مختار، السلامي، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١١، ص ٣٣٠

(٥) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص ٢٤٧؛ ومجلة المجمع

الفقهي الإسلامي، ع ١١، ص ٢٧٩

الصورة الأولى: أن تكون الصيانة دورية، وقطع الغيار معلومة بالرجوع للعرف من حيث تحديد عددها، وصفاتها، وعمرها الافتراضي، ووقت تبديلها، وهذه جعالة جائزة. ويمكن التعاقد على العمل بعقد واحد حيث يغتفر الجهالة اليسيرة.

الصورة الثانية: أن تكون قطع الغيار غير قابلة للتحديد عند التعاقد بالرجوع للعرف، أو مراعاة الطبيعة التقنية للمعدات، ويقع التفاوت الكبير في تكلفتها ففي هذه الصورة لا يجوز التعاقد على التزام الجهة المتعهد بالصيانة للقيام بالعمل وتقديم قطع الغيار، وذلك للجهالة الكبيرة المؤدية للنزاع^(١).

٣. على القول بأن عقد الصيانة عقد استصناع:

فلا يمكن الجمع؛ لتنافي المراجعة والاستصناع في ذات العقد، ففي المعايير الشرعية: « لا يجوز إجراء المراجعة في الاستصناع: بأن يحدد الثمن بالتكلفة، وزيادة معلومة... ومستنده: هو أن محل المراجعة يجب أن يكون شيئاً موجوداً، مملوكاً، معلوم الثمن قبل المراجعة، والاستصناع يبرم قبل التملك؛ لأنه بيع موصوف في الذمة غير معين؛ ولأن التكلفة لا تعرف إلا بعد الإنجاز، والثمن يجب أن يكون معلوماً عند إبرام العقد^(٢)، ويكون التركيب بينهما ممتنعاً شرعاً.

٤. على القول بأن عقود الصيانة من عقود المقاولات:

فعقود المقاولات إما عقود إجارة، أو استصناع، وبالتالي فالجمع بينهما ممتنع لما سبق بيانه من لعدم صلاحية التركيب بين عقود الصيانة على هذا التكيف مع الاستصناع والإجارة.

وبالتالي: لا يمكن للمصارف المالية الإسلامية الجمع بين عقود الصيانة في المراجعة؛ إذا كانت هيئة الفتوى تكيفها على أنها عقود جعالة، أو استصناع، أو إجارة، أو مقاولات.

٢، ١، ٤. الفرع الثاني: عقود الصيانة في الاستصناع الموازي

الاستصناع الموازي هو: عقد يعقده المصرف مع صانع؛ لإنتاج سلعة استصناعاً، يكون

(١) مجلة المجمع الفقهي، ع ١١، ص ٣٥٤.

(٢) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص ١٨٨

المصرف قد التزم ببيعها لطرف ثالث تعاقد معه من قبل^(١)، وشرط جوازه: انفصال العقدين، مع كون ملكية المصرف حقيقية، وقبض السلعة قبل بيعها، وكون المصرف في العقد الثاني صانعاً^(٢). والمصرف هو الذي يتحمل عيوب الصنعة مع البائع^(٣).

وعلى المصرف أن يشترط في العقد الأول ثبوت الصيانة، وإلا فسيضطر للدخول في عقد تعهد بالصيانة مع المشتري، أو عقد تأمين للصيانة، وهذا جائز شرعاً؛ لأن هذه العقود مترابطة، كحكم المراجعة^(٤).

ويختلف حكم تركيب عقود الصيانة مع الاستصناع لاختلاف تكييفها:

١. على القول بأن عقود الصيانة عقد جعالة:

وعلى هذا التكيف لا يمكن الجمع بينهما، من جهات:

أ. إن الجعالة عقد غير لازم، والاستصناع عقد لازم^(٥).

ب. إن عقد الجعالة فيه جهالة من جهة العمل، والزم، بخلاف الاستصناع فهو محدد بالزم والعمل^(٦).

٢. على القول بأن عقود الصيانة عقد إجارة:

الاستصناع: إجارة في بداية العقد، فإذا تم كان أشبه بالسلم^(٧)، فإذا كانت عقود الصيانة فيه من باب الإجارة، فيكون الأمر لا بأس فيه بالشروط الشرعية للجمع بين العقدين، جمعاً، وافتراقاً.

٣. على القول بأن عقد الصيانة عقد استصناع:

فيكون العقد استصناعاً موازياً ثانياً، وهو جائز من باب توالي الاستصناع الموازي،

(١) المصدر السابق ص ٣٠٦

(٢) المصدر السابق، ص ٣٠٦

(٣) مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع وأهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المعهد الإسلامي لبحوث والتدريب، ١٤٢٠، ص ٤٦

(٤) قحف، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١١، ص ٣٨٣

(٥) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص ٢٩٨

(٦) المصدر السابق، ص ٢٩٨

(٧) محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ط ٢، مطبعة الحلبي، ط ٢، ١٩٦٦، ٢٢٥/٥

بشروط توفر شروطه الشرعية^(١).

٤. على القول بأن عقود الصيانة هي عقود مقاولات:

فعقود المقاولات هي عقود إجارة، أو عقود استصناع، وكلاهما يجوز تكييف العقد عليه.

وبالتالي لا يمكن للمصارف المالية الإسلامية الجمع بين عقود الصيانة في الاستصناع إذا كانت هيئة الفتوى تكيفها على أنها عقود جعالة، بخلاف ما لو كان التكييف عقد استصناع، أو إجارة، أو مقاولات، فهذا التكييف جائز شرعاً.

٤,١,٣. الفرع الثالث: عقود الصيانة في الإجارة المنتهية بالتملك:

وهي: إجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة للمستأجر في نهاية المدة، أو في أثنائها^(٢)، ولا تنتقل ملكية المعقود عليه من الآجر للمستأجر إلا بعد الوفاء بكل الأقساط الإيجارية، ويكون بين الآجر والمستأجر وعدٌ ملزمٌ بتمليك العين^(٣).

والصيانة التشغيلية تقع على عاتق المستأجر باعتبارها مرتبطة بتشغيل الآلة نفسها، ومثلها الصيانة الدورية التي تشمل تغيير بعض الأجزاء، وتعديل وضبط وتغيير أجهزة^(٤)، ففي المعايير الشرعية:

« العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة، ما لم يقع من المستأجر تعدٍ 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 متوقعاً عند تحديد الأجرة^(٥)».

فأما الصيانة الطارئة فتشمل ما ينبغي عمله لمواجهة ما يطرأ من أعطال على الآلة، فتقع على المؤجر باعتبارها مما يتمكن به من الانتفاع، وليس مما تستوفى به المنافع، أو أنها مما

(١) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص ٣٠٦

(٢) المصدر السابق، ص ٢٧٠

(٣) المصدر السابق، ص ٢٥٣

(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١١، ص ٣١٣،

(٥) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص ٢٤٧

يلزم لأصل الانتفاع لا لكماله^(١).

ويختلف حكم تركيب عقود الصيانة مع الإجارة المنتهية بالتملك، مع اختلاف تكييفها:

١. على القول بأن عقود الصيانة عقد جعالة:

وعلى هذا التكيف لا يمكن الجمع بينهما، من جهات، أهمها هي:

أ. إن الجعالة عقد غير لازم، والإجارة عقد لازم^(٢).

ب. إن عقد الجعالة فيه جهالة من جهة العمل، والزمن، بخلاف الإجارة فهو محدد

بالزمن والعمل^(٣).

٢. على القول بأن عقود الصيانة عقد إجارة:

فهو يأخذ أحكام الإجارة الشرعية، وفق الضوابط الشرعية التي أقرها أكثر المعاصرين،

كما في توصيات الهيئة الشرعية لبنك البلاد:

«الضابط ٦٣: يجب أن تكون الصيانة الأساسية في الإجارة المنتهية بالتملك على المالك،

ولا يجوز اشتراطها على المستأجر، ويبطل هذا الشرط - دون العقد - حال اشتراطه»^(٤).

«الضابط ١٧٨: يلزم المؤجر أن يقوم بجميع النفقات والخدمات التي ينص عليها العقد،

سواء أجرى بها العرف أم لم يجر»

«الضابط ١٧٩: ولا يجوز للمؤجر أن يشترط براءته من عيوب العين المؤجرة التي

تخل بالانتفاع، أو أن يشترط عدم مسؤوليته كما يطراً على العين من خلل يؤثر في المنفعة

المقصودة من الإجارة، سواء أكان بفعله أم بسبب خارج عن إرادته».

«الضابط ١٨٠: العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة، ولا يجوز

تضمين المستأجر ولا اشتراط ضمانه العين المؤجرة في العقد ما لم يتعد أو يفطر»^(٥).

(١) أبو هرير، عقود الصيانة، ص ٦٩

(٢) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص ٢٤٤

(٣) المصدر السابق، ص ٢٤٤

(٤) الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية للبنك، دار الميمان، ط ١،

٢٠١٣، ص ٥٣

(٥) المصدر السابق، ص ٥٦

٣. على القول بأن عقود الصيانة عقد استصناع:

يتفق عقد الإجارة المنتهية بالتملك مع الاستصناع في كونهما ملزمين، ومحددین، وأول الاستصناع كونه إجارة، فيظهر جواز هذا التكييف مع توافقه مع الشروط الشرعية الخاصة لكلا العقدين.

٤. على القول بأن عقود الصيانة عقد مقاوله:

وفيها النظر السابق في عقود الاستصناع والإجارة. وبالتالي لا يمكن للمصارف المالية الإسلامية الجمع بين عقود الصيانة في الإجارة المنتهية بالتملك إذا كانت هيئة الفتوى تكييفها على أنها عقود جعالة، بخلاف ما لو كان التكييف عقد استصناع، أو إجارة، أو مقاولات.

٥. الخاتمة:

يظهر من خلال هذه الدراسة بعض النتائج المهمة:
أ. أهمية التكييف الفقهي في المعاملات المالية المعاصرة.
ب. الاختلاف الفقهي في تكييف عقود الصيانة على ثلاثة اتجاهات فقهية، الأول أنها تكيّف على اعتبارها مندرجة تحت عقد شرعي، وهي على هذا إما جعالة، أو استصناع، أو إجارة، أو مقاولات، والثاني أنها متعددة، ولا يمكن أن تكيّف على عقد واحد مما سبق، بل بالتفصيل بينها، والثالث أنها عقد مستقل متميز عن غيره من العقود الشرعية، وهذا القول هو الأصح من جهة تعدد عقود الصيانة وعدم إمكان حصرها في عقد من العقود المالية المعروفة، ومن جهة عمل المؤسسات المالية التي تجعل هذا العقد عقداً محدثاً لا يتوافق في تفصيلاته مع بقية العقود.

ت. إن الاختلاف الفقهي في تكييف عقود الصيانة له آثاره العملية على المصارف الإسلامية من جهة الفتوى الصادرة من المؤسسات الشرعية الداعمة للمصارف، وسيكون لهذا التكييف آثاره في العقود التي تبرمها المصارف مع المتعاملين.

ث. لا يمكن للمصارف المالية الإسلامية الجمع بين عقود الصيانة في المراجعة إذا كانت هيئة الفتوى تكييفها على أنها عقود جعالة، أو استصناع، أو إجارة، أو مقاولات، ولا يمكنها الجمع بين عقود الصيانة في الاستصناع إذا كانت هيئة الفتوى تكييفها على أنها عقود جعالة، بخلاف إن كان التكييف عقد استصناع، أو إجارة، أو مقاولات، فهذا التكييف جائز شرعاً.

كما لا يمكنها الجمع بين عقود الصيانة في الإجارة المنتهية بالتملك إذا كانت هيئة الفتوى تكييفها على أنها عقود جعالة، بخلاف ما لو كان التكيف عقد استصناع، أو إجارة، أو مقاولات،

ج. ثبوت المنع من الجمع بين العقود على اختلاف التكيف الفقهي له آثاره الاقتصادية على المؤسسات المالية الإسلامية، التي تجد نفسها ممتنعة من القيام ببعض العقود المالية، جراء عدم توافق هيئاتها الشرعية في تكييفها الفقهي لهذه العقود مع بقية العقود المالية، وهذا الأمر الذي يجعل المتقدمين للمؤسسات المالية الإسلامية قد يقعون في حيرة من أمرهم، بين مؤسسات مالية ترى الجواز وأخرى ترى المنع.

ولهذا كانت التوصية بما يلي:

أ. الاستزادة من البحوث العلمية حول عقود الصيانة

ب. الدراسات التطبيقية على عمل المصارف الإسلامية واختلاف هيئاتها الشرعية في تكييف عقود الصيانة.

ت. العمل على توحيد التكيف الفقهي بين المؤسسات الشرعية الداعمة للمصرفية الإسلامية، من خلال الورشات العلمية، أو المؤتمرات الفقهية؛ لرفع اللبس عن المتعاملين الماليين، ولما لهذا التباين من الضرر اللاحق لهذه المؤسسات.

المصادر والمراجع

١. أحمد الحجي الكردي، بحوث وفتاوى معاصرة، دار البشائر، بيروت، ط ١، ٢٠٠٥ م.
٢. أحمد طرطار، ترشيد الطاقات الإنتاجية في المؤسسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٢١ م.
٣. دبيان، الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ط ٢، (د.ت).
٤. الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط ٢، ٢٠٠٥ م.
٥. الصديق الضير، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١١، ١٩٩٤ هـ.
٦. عاطف محمد حسين أبو هريبد، عقود الصيانة وتطبيقاتها المعاصرة، دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، ٢٠١١ م.
٧. على حيدر، درر الحكام، دار الجيل، بيروت، ط ١، ١٩١١ (بلا.ط)
٨. العمراني، عبد الله بن محمد العمراني، العقود المالية المركبة، كنوز اشبيليا، ط ١، ١٤٢٧.
٩. علاء الدين علي بن الحسين المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط ١، ١٤١٥.
١٠. قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الحادي عشر بالمنامة في دولة البحرين في نوفمبر، ١٩٩٨ م، م ١١.
١١. قرارات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، المنشورة في مجلة الاقتصاد الإسلامي ع ١٧٧، السنة الخامسة عشرة، ١٤١٦ هـ.
١٢. قطب الريسوني، صناعة الفتوى في القضايا المعاصرة، دار ابن حزم، بيروت، ط ١، ٢٠١٤ م.
١٣. المختار السلامي، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١١، ١٤١٩ هـ.
١٤. محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ط ٢، مطبعة الحلبي، ط ٢، ١٩٦٦ م.
١٥. محمد الزرقا ؛ سامي السويلم، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١١.
١٦. محمد بن سليمان الأشقر، بيع الماربة كما تجريه المصارف الإسلامية، دار

- الفلاح، الكويت، ط ١، ١٤٠٤ هـ.
١٧. محمد عثمان شبير، التكيف الفقهي للوقائع المستجدة، دار القلم، دمشق، ط ٢، ٢٠١٤.
١٨. محمد عثمان شبير، صيانة الأعيان المؤجرة، بحث منشور في "بحوث فقهية معاصرة"، دار النفائس، الأردن، ط ١، ١٩٩٨ م.
١٩. محمد ابن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، (بلا. ط)، ١٣٩٩ هـ.
٢٠. محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط ٣، ١٤١٤ هـ.
٢١. مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع وأهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المعهد الإسلامي لبحوث والتدريب، ١٤٢٠ هـ.
٢٢. منذر قحف، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١١، ١٤١٩ هـ.
٢٣. الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، دار الميمان، ط ١، ٢٠١٣ م.
٢٤. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، البحرين، ١٤٣٧.
٢٥. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط ٤، ١٤١٩ هـ.
٢٦. يوسف قاسم، تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة، الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، مجلة الاقتصاد الإسلامي.