

ضمان العين المستأجرة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية

إسماعيل محمد البريشي*

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى إبراز الأحكام الفقهية المرتبطة بضمان الإلتلاف والأعطال التي تطرأ على العين المستأجرة من قبل المستأجر أو من غيره، وتحديد المسؤوليات المدنية في هذا المضمار على الأطراف المكونة للعقد، سواء في صورته الفقهية، أو في صورته المصرفية، وتحديد الإجارة المنتهية بالتمليك، لبيان مدى مواءمة التطبيقات المصرفية في هذه الجزئية مع أحكام الشريعة الإسلامية ومع الاجتهادات الفقهية المستقرة في هذا الميدان من خلال بيان مفهوم الضمان والإجارة المنتهية بالتمليك، وبيان الأحكام والمسائل الفقهية المرتبطة بضمان العين المستأجرة في الفقه الإسلامي، وتسلط الأضواء الكاشفة على الشروط الجعلية فيما يتعلق بضمان الأعيان المؤجرة والتي تدرجها المصارف الإسلامية في نماذج عقود التمويل التأجيري المعدة مسبقاً، والوصول بذلك كله إلى أبرز النتائج والتوصيات التي خلص إليها الباحث من دراسته، والتي قام بإبرازها في الخاتمة.

الكلمات الدالة: المصارف الإسلامية، التأمين، الاستئجار.

المقدمة

الذي ثار بشأنها، إرتأى الباحث أن يبحث في أحد جوانب هذه الصيغة، ألا وهو ضمان العين المؤجرة، وبخاصة وأن الشروط التي تتضمنها العقود المعدة سلفاً لهذه الصيغة تتطوي على بعض المخالفات الشرعية فيما يتعلق بهذه المسألة.

وقد حاولت هذه الدراسة تجلية مسألة ضمان العين المستأجرة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية من خلال ثلاثة مباحث، وخاتمة على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم الضمان والإجارة المنتهية بالتمليك.

المبحث الثاني: ضمان العين المستأجرة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: ضمان العين المستأجرة في نماذج عقود التمويل التأجيري في المصارف الإسلامية.

الخاتمة: وقد تضمنت أهم النتائج والتوصيات التي خلص إليها الباحث في دراسته.

والباحث إذ يقرر هذا ليتضرع إلى الله العلي العظيم أن يجعل عمله هذا خالصاً لوجهه الكريم، وأن يوفق القائمين على المصارف الإسلامية للقيام بالدور المأمول منهم في بث الوعي بين الناس في ميزات الاستثمار الإسلامي، مغلبين فهمهم للصيرفة الإسلامية على أنها رسالة قبل أن تكون مهنة واحترافاً، أنه ولي ذلك والقادر عليه.

المبحث الأول: مفهوم الضمان والإجارة المنتهية بالتمليك

إن الحديث عن ضمان العين المستأجرة في عقد الإجارة

بسم الله الرحمن الرحيم، والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الخلق أجمعين وبعد:

فإن المصاريف الإسلامية تجتهد في إيجاد صيغ التمويل الإسلامي، وأدوات الاستثمار الإسلامية لتصبح أكثر تنوعاً وتشعباً، مما يوفر أمام تلك المصارف فرصة ذهبية لإثبات قدرتها على أن تكون البديل المشروع والعملية للمصارف الربوية التقليدية.

هذه الصيغ وتلك الأدوات تجعل المصارف الإسلامية أكثر قدرة على المنافسة في السوق المصرفي العالمي، وهي في سبيل ذلك قد تتساهل في تطبيق الأحكام الشرعية، أو في التأكد من مواءمة أنشطتها الإستثمارية، أو العقود التي تصممها مع أحكام الشريعة السمحة.

ومن الصيغ الأكثر تداولاً وبخاصة في العقد الأخير، صيغة الإجارة المنتهية بالتمليك بعد أن صدر قانون التمويل التأجيري الذي شكل المظلة القانونية للمصارف الإسلامية في ممارستها هذا النوع من الأنشطة.

ولأهمية هذه الصيغة وانتشارها، وللجدل الفقهي والقانوني

* قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية. تاريخ استلام البحث 2012/11/23، وتاريخ قبوله 2013/4/29.

المنتبهة بالتملك يستلزم إعطاء فكرة عن الضمان، وعن عقد الإجارة المنتبهة بالتملك، باعتباره من العقود المستحدثه الذي يوفر صيغة تمويل اسلامية تستطيع المصارف الإسلامية أن تستفيد منه في تنويع أدواتها التمويلية والاستثمارية، وسوف يقدم الباحث في هذا التمهيدي نبذة مختصرة عن مفهوم الضمان، ومفهوم عقد الاجارة المنتبهة بالتملك، من خلال المطالبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم الضمان.

المطلب الثاني: مفهوم الإجارة المنتبهة بالتملك.

المطلب الأول: مفهوم الضمان

ويشتمل على الفروع الآتية:

الفرع الأول: الضمان في اللغة.

الفرع الثاني: الضمان في الاصطلاح.

الفرع الثالث: الألفاظ ذات الصلة.

الفرع الرابع: العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاح.

الفرع الأول: الضمان في اللغة

إذا يعم الباحث وجهه شطر معاجم اللغة ليلتمس المعاني اللغوية لجذر المادة اللغوية ضمن، فسرعان ما تطالعه تلك المعاجم بالإطلاقات التالية:

1- الالتزام، فيقال: ضمن الحق لفلان، أي التزم به بحيث يكون مطالباً هو به⁽¹⁾.

2- الكفالة: يطلق الضمان في اللغة ويراد به الكفالة، فيقال: ضمن فلان فلانا، أي كفله سواء أكان ذلك ضماناً بالمال أم بالبدن⁽²⁾.

3- الغرامة: فيقال: ضمنته الشيء تضميناً، أي غرمته إياه⁽³⁾.

الفرع الثاني: الضمان في الاصطلاح

لقد تداول فقهاء المذاهب كلمة الضمان في مدوناتهم الفقهية بمعان متعددة منها:

1- أطلقوا الضمان وكانوا يريدون به الكفالة، سواء أكانت تلك الكفالة، كفالة بالمال أم بالنفس، ومن التعريفات التي أوردها الفقهاء للضمان بهذا المعنى قولهم إن الضمان هو: التزام الدين والبدن والعين⁽⁴⁾ وقد عم هذا التعريف للضمان أنواع الكفالة الثلاثة وهي: أ- كفالة الدين وذلك بقوله: التزام الدين.

ب- كفالة النفس في قوله والبدن.

ج- كفالة إحضار العين كإحضار السلعة المبيعة مثلاً بقوله: والعين.

وعرفها الحنفية بقولهم: بأن الكفالة هي: "ضم نمة إلى أخرى في المطالبة بالدين"⁽⁵⁾.

وهذا المعنى ليس هو المعنى المراد في بحثنا الذي ينصب

على الضمان باعتباره تعويضاً.

2- كما ويطلق الفقهاء الضمان ويريدون به الإلتزام⁽⁶⁾، وهذا يشمل الضمان بالمعنى الأول الذي هو الكفالة، كما ويشمل الضمان بالمعنى الثاني وهو التعويض، ومن التعريفات المندرجة تحت هذا القسم: "التزام من يصح تبرعه، أو مفلس برضاها ما وجب على غيره مع بقاءه عليه وقد لا يبقى - وهو دين الميت"⁽⁷⁾.

3- كما ويطلقون الضمان ويريدون به التبريم، أي بمعنى التعويض.

وقد تنوعت تعريفاتهم وفق هذا المعنى وتعددت وفق الإتجاهين التاليين:

أ- الإتجاه الأول: وقد عرف أصحاب هذا الإتجاه الضمان بما يدخل في ثنائيا تعريفاتهم التعويض عن الضرر بكافة أنواعه سواء أكان ذلك الضرر مادياً كقيم المتلفات، أو بدنياً كأروش الجنايات، أو معنوياً أدبياً كالأضرار المعنوية والأدبية التي تلحق المتضرر بسبب التعدي عليه بما ينال من كرامته ويسبب له أذى نفسياً، أو أدبياً كسبه، أو شتمه، أو تحقيره، ومن أصحاب هذا الإتجاه: وهبه الزحيلي، ومصطفى الزرقا، ومحمد فوزي فيض الله. ومن تعريفاتهم ما يأتي:

1- تعريف وهبة الزحيلي، حيث جاء فيه أن الضمان "هو الإلتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال، أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"⁽⁸⁾ فقد شمل تعريف الزحيلي أنواع التعويض الثلاثة، المالي بقوله "عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع"، كما شمل الضرر الذي يلحق الإنسان في بدنه كأروش الجنايات، وكذا الذي يلحقه في نفسه، وكذلك الضرر الأدبي بقوله: "أو من الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية".

2- تعريف مصطفى الزرقا، حيث جاء فيه: "التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"⁽⁹⁾، وقد أدخل الشيخ الزرقا في تعريفه أنواع الضرر الثلاثة آنفة الذكر بقوله: "عن ضرر للغير، حيث لم يحدد الشيخ الزرقا في تعريفه نوع الضرر وماهيته إن كان ضرراً مالياً أو بدنياً أو نفسياً، بل أطلق الضرر فيشمل إطلاقه ذلك الأنواع الثلاثة المشار إليها.

3- تعريف محمد فوزي فيض الله، حيث عرف الضمان بأنه: شغل الذمة بحق، أو بتعويض عن ضرراً⁽¹⁰⁾. فأطلق لفظ الضرر هنا من غير تقييد دليل على أن الدكتور فيض الله قد أدخل في مفهوم الضرر كل أنواع الضرر سالف الذكر.

ب- الإتجاه الثاني: لقد قصر أصحاب هذا الإتجاه معنى الضمان على التعويض عن الأضرار المالية، ومن تعريفاتهم في ذلك:

ثانيهما: الإجارة التمويلية، ويكون الهدف تمويلياً، حيث لا يكون مقصد المستأجر الأساسي الإجارة، وإنما قصده تملك العين المؤجرة وما الإجارة إلا وسيلة لتحقيق هذا المقصد. ومن الجدير بالذكر أن مصطلح الإجارة المنتهية بالتملك، هو مصطلح متداول في الأدبيات الشرعية والقانونية المرتبطة بالصيرفة الإسلامية، بينما ثمة مصطلح آخر تتداوله المؤسسات المالية الإسلامية، وفي طليعتها المصارف الإسلامية، وهو مصطلح التمويل الإيجاري، أو التمويل التأجيري، وهذان المصطلحان يتواردان على ماهية واحدة، وهو عقد الإجارة المنتهية بالتملك، وقد عرف هذا العقد بجملة من التعريفات المتقاربة، ومن هذه التعريفات:

1- "التعاقد بين مالك ومستأجر على أن ينتفع المستأجر بمحل العقد بأجرة محددة بأقساط موزعة على مدة معلومة، على أن ينتهي هذا العقد بملك المستأجر للمحل⁽¹⁵⁾".

ويلاحظ على هذا التعريف ما يأتي:

أ- لم يشير التعريف إلى أن الأجرة المتمثلة في الأقساط الموزعة على مدة الإجارة تكون أعلى من أجرة المثل؛ نظراً لتجزئتها بين الأجرة المستحقة، والقدر الذي يؤول إلى ملك المستأجر من ثمن العين المؤجرة علماً بأن هذا الأمر ليس أساسياً في أصل التعريف الذي هو بيان ماهية، لكن تحسن الإشارة إليه تنميماً للفائدة.

ب- لم يشير إلى كيفية انتهاء عقد الإجارة، إن كان بهيبة، أو بيع.

2- وسيلة تمويلية تجمع بين صيغة البيع وصيغة التأجير، ويقوم على أساس اتفاق طرفين على بيع أحدهما للأخر سلعة معينة ويحددان قيمتها نهائياً، إلا أن هذه العلاقة لا تحدث آثارها فتنقل ملكية السلعة المبيعة إلى المشتري الجديد مباشرة، ولكن تظل العلاقة بينهما محكومة بقواعد عقد الإجارة لحين إتمام المشتري سداد أقساط إيجارية تعادل قيمة ثمن المبيع المتفق عليه⁽¹⁶⁾. ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

أ- القول بأن هذا العقد يجمع بين صيغة البيع والإجارة غير صحيح؛ لأن عقد الإجارة المنتهية بالتملك هو عقد بيع مضموناً ومالاً، وما الإجارة إلا وسيلة لانتقال الملكية بصفة شرعية بعيداً عن الربا من خلال الأقساط الإيجارية حيث يحتوي على بند ينص على انتقال العين المؤجرة إلى ملكية المستأجر إذا قام المستأجر بدفع الأقساط المستحقة عليه.

ب- القول بأن هذه الأقساط تساوي قيمة العين المؤجرة غير صحيح أيضاً؛ لأن هذه الأقساط تشتمل أمرين، أحدهما قيمة العين المؤجرة، وثانيهما العائد الإيجاري لتلك العين والذي غالباً ما يضاف على قيمة العين المؤجرة، فإذا كانت قيمة العين

1- تعريف الحموي حيث جاء فيه: "ضمان المثليات بالمثل لا بالقيمة، والقيمات بالقيمة لا بالمثل"⁽¹¹⁾.

2- تعريف الغزالي، حيث جاء فيه: "واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة"⁽¹²⁾. وهذان التعريفان متقاربان، وهما يقصران التعريف على التعويض عن الأضرار المالية، فكلا التعريفين تحدث عن وجوب رد البديل عند الإلتلاف، أو الاستهلاك، سواء تعلق البديل بالقيمات⁽¹³⁾ أو بالمثليات⁽¹⁴⁾، والقيمات والمثليات هي أموال، حيث يقسم المال إلى قيمي ومثلي، وهذا يعني أن رد البديل الذي هو الضمان هنا إنما يتعلق بالأموال، والضمان بهذا المعنى هو المراد ببحثنا؛ لأن البحث هو في ضمان العين المستأجرة، وهذا لا يكون إلا من خلال تعويض مالي.

وعلى هذا الأساس فإن الضمان الذي هو بمعنى الكفالة، أو الضمان الذي هو بمعنى الإلتزام، لا يدخل في موضوع الدراسة، وإنما يدخل فيه الضمان الذي هو بمعنى الغرامة وفي الاتجاه الثاني فقط، أي أن الغرامة هنا إنما تتمثل في التعويض عن الأضرار المالية.

الفرع الثالث: العلاقة بين المعنى اللغوي والإصطلاحي

عرض الباحث في الفرع الأول للإطلاقات اللغوية لمادة ضمن، واتضح أنها تدور حول ثلاثة معان هي: الإلتزام، والكفالة، والغرامة، ولا يبعد المعنى الإصطلاحي كثيراً عن هذه الإطلاقات اللغوية، فهو يعد امتداداً لتلك الإطلاقات، أو تخصيصاً لعمومها، وفيما يلي تفصيل ذلك:

1- الإلتزام: فلا شك أن الضمان ينطوي على التزام ما؛ لأن الضامن يلتزم بتعويض المضمون له عن الضرر الذي لحق به بسبب تلف المضمون، أو تعييبه، أو استهلاكه.

2- الغرامة: إن معنى الغرامة واضح في الجوانب التعويضية للضمان؛ لأن الجوانب التعويضية عن الضرر الناشئ في المال، أو النفس، أو ما دون النفس، تعد من باب الغرامة التي يتحملها الضامن تجاه المضمون له، وهذا المعنى يتجلى في القسم الثالث من تعريفات الضمان ذي الإتجاهيين اللذين سبق إيرادهما.

المطلب الثاني: مفهوم الإجارة المنتهية بالتملك

الإجارة المنتهية بالتملك هي عقد مستحدث تفتقت عنه قرائح المتمولين والإقتصاديين المسلمين ويرى بعض الباحثين أن أصل هذه الفكرة هو من الغرب، وهو ينضوي تحت قسم الإجارة التمويلية، إذ إن الإجارة تنقسم إلى قسمين: أحدهما الإجارة التشغيلية، وتتمثل في قيام المؤجر الذي قد يكون مصرفاً بتأجير عقارات، أو معدات يفتتيها لمدة معينة معلومة، وتبقى تلك العقارات والمعدات على أصل ملكية المؤجر (المالك) بعد انتهاء عقد الإجارة.

5- عقد إجارة على أجهزة، أو أبنية، أو أشياء ذات منفعة، لقاء أجره معلومة، ويتضمن الإتفاق مواعيد بين المالك (المؤجر) والمستفيد (المستأجر) على أن تتول إلى المستأجر المعدات أو الأبنية في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها لقاء ثمن محدد، فيكون العقد عقد إجارة طيلة المدة ثم ينتهي إلى عقد بيع⁽¹⁹⁾.

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

أ- وقوعه في الدور باستخدام لفظ الإجارة وما اشتمق فيها.
ب- تمثيله لمحل الإجارة بالأبنية أو المعدات، ومعلوم عدم استساغة دخول الأمثلة في التعاريف.

ج- بتبنيها على أن ملكية العين المؤجرة قد تتول إلى المستأجر أثناء مدة الإجارة، وهذا ما لم يفتن إليه أصحاب التعريفات السابقة الذين كانوا يحددون إنتقال العين المؤجرة في نهاية المدة.

وبناء على ما تقدم فإنه يمكن للباحث أن يعرف عقد الإجارة المنتهية بأنه " عقد يتضمن قيام مالك العين بتمليك منفعتها لمن يستوفيه بنفسه، أو بغيره، مدة معلومة، مقابل مبلغ معلوم من المال، يمثل قيمة العين مضافا إليها ثمن المنفعة على أن يتم إنتقال رغبة العين إلى ملكية مستوفي المنفعة أثناء المدة المتفق عليها أو في نهايتها، بعد قيام مالك المنفعة بتسديد ثمن العين، ويكون ذلك إما هبة، أو ببيعاً بثمن رمزي.

ويزعم الباحث أن تعريفه هذا قد تجنب الملاحظات الواردة على الملاحظات السابقة بتخلصه من الدور، وبيانه كيفية إنتقال العين المؤجرة إلى المستأجر، كما تجنب ضرب الأمثلة، أو إيراد الجمل التفسيرية مما لا يتناسب وطبيعة التعريف، كما لم يحصر هذا العقد بالمصارف أو مؤسسات التمويل، وإنما أناطه بمالك العين الذي قد يكون مصرفاً، أو مؤسسة تمويل، أو شركة، أو شخصاً عادياً، وقد أشار التعريف أيضاً إلى إمكانية قيام المستأجر بتأجير العين المؤجرة لشخص آخر من خلال قولنا " لمن يستوفيه بنفسه أو بغيره".

المبحث الثاني: ضمان العين المستأجرة في الفقه الإسلامي

إجارة الأعيان هي من العقود الناقلة لملكية المنافع بحيث تمكن المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة دون أن تنقل ملكية رغبة العين إلى ذلك المستأجر.

إن الطبيعة الإزدواجية لعقود إجارة الأعيان تفرض جملة من الإشكاليات الفقهية؛ لأن إنتقال الملكية في مثل هذه العقود، هو إنتقال جزء وليس إنتقالاً كلياً، فيتنازع المسائل المتعلقة بهذا النوع من العقود ملكيتان هما:

1- ملكية صاحب الأصل المؤجر، وهو مالك المنفعة.

المؤجرة مئة ألف دينار مثلاً، وكان العائد الإجمالي 5% في كل سنة، وكانت مدة الإجارة عشر سنين، فإن المبلغ المقسط حينئذ هو مئة وخمسون ألفاً يقسط على عشر سنوات، فالقسط في هذه الحالة ليس جزءاً من أجزاء متساوية تمثل قيمة العين المؤجرة، وإنما هو جزء من أجزاء متساوية تمثل قيمة العين المؤجرة مضافاً إليها قيمة العائد الإجمالي.

3- أن يقوم المصرف بتأجير عين كسيارة إلى شخص مدة معينة بأجرة معلومة قد تزيد عن أجره المثل، على أن يملكه إياها بعد إنتهاء المدة ودفع جميع أقساط الأجرة بعقد جديد⁽¹⁷⁾.

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

أ- حصره هذا النوع من الإجارة بالمصارف بقوله: "أن يقوم المصرف..". وهذا الحصر غير صحيح؛ لأن هذا النوع من الإجارة التمويلية قد تمارسه المصارف، وقد تمارسه أيضاً مؤسسات التمويل الأخرى، بل وربما يمارسه الأفراد أيضاً، كأن يبرم صاحب بيت، أو سيارة أجرة مع شخص آخر عقد إجارة منتهية بتمليك وفق الشروط والضوابط المعتمدة شرعاً.

ب- قوله: "أن الأجرة قد تزيد عن أجره المثل" وهذا غير دقيق؛ لأنها ستزيد قطعاً، إذا كانت مدة الإجارة قصيرة أو متوسطة حيث إن الأقساط الإيجارية تشتمل على العائد الإجمالي مضافاً إليه الأقساط المسددة من ثمن السلعة (العين المؤجرة الأصلي) بينما قد تكون مقاربة لأجره المثل أو ربما أقل منها إذا كانت مدة الإجارة طويلة وإذا كان المبلغ الممول من جهة المصرف قليلاً نظراً لأن العميل قد زاد حجم الدفعة الأولى عما يشترطه المصرف.

ج- لم يحدد كيفية انتقال العين المؤجرة إلى المستأجر.

4- تمليك منفعة بعض الأعيان، كالدار والمعدات، مدة معينة من الزمن، بأجرة معلومة تزيد عادة عن أجره المثل، على أن يملك المؤجر العين المؤجرة للمستأجر، بناء على وعد سابق بتمليكها في نهاية المدة في أثنائها، بعد سداد جميع مستحقات الأجرة أو أقساطها، وذلك بعقد جديد، أي أن يتم تمليكها بعقد مستقل، وهو إما هبة وإما بيع بثمن حقيقي أو رمزي⁽¹⁸⁾.

ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

أ- وقوعه في الدور من خلال إدخال لفظ المؤجر والمستأجر، وهو ما لم تسلم منه التعريفات السابقة أيضاً.

ب- ضربه الأمثلة، وإقحام الأمثلة في التعريف لا يصح؛ لأن التعريف هو بيان ماهية، وإنما محل الأمثلة شروح التعاريف.

ج- إدخال بعض الجمل التفسيرية بالتعريف بقوله: "أي أن يتم تمليكها بعقد مستقل" والجمل التفسيرية محلها شرح التعريف أيضاً، ولا يصح إقحامها في التعريف ذاته.

2- ملكية المستأجر، وهو مالك المنفعة.

ومن المسائل المتعلقة بهذا الأمر مسألة ضمان العين المستأجرة تعيباً، أو هلاكاً، أو إستهلاكاً، وسيعمد الباحث إلى معالجة هذه المسألة من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: يد المستأجر على العين المستأجرة

إن يد المنتفع إما أن تكون يد ضمان، أو يد أمانة، والمراد بيد الضمان أن يكون المنتفع ضامناً لما حصل بالمنتفع به في كل حال، كيد الغاصب مثلاً فإن يده على المغصوب هي يد ضمان، فإذا تلف المغصوب في يد الغاصب أو تعيب ضمنه؛ لأنه متعد بالاستعمال، حيث إن غصبة العين بحد ذاته يعتبر تعدياً.

وأما يد الأمانة، فإن المنتفع لا يضمن فيها إلا إذا كان انتفاعه ينطوي على شكل من أشكال التعدي، أو الإهمال، أو التقصير.

وعند مطالعة أقوال الفقهاء لطبيعة يد المستأجر على العين المستأجرة، فإن الفقهاء متفقون⁽²⁰⁾، على أن هذه اليد هي أمانة، وهذا يعني أن المستأجر لا يضمن أي عيب يلحق العين المستأجرة نتيجة استعماله لها وانتفاعه بها إلا إذا كان متعدياً بذلك الاستعمال.

ومن أقوال الفقهاء في ذلك:

1- قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن من اكرتري دابة ليحمل عليها عشرة أقدرة قمح، فحمل عليها ما اشترط فتلفت، فلا شيء عليه"⁽²¹⁾.

2- وقال الكاساني: "لا خلاف في أن المستأجر أمانة في يد المستأجر، كالدار والدابة... حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا ضمان عليه؛ لأن قبض الإجارة، قبض مأذون فيه فلا يكون مضموناً، كقبض الوديعة والعارية سواء أكانت الإجارة صحيحة أو فاسدة"⁽²²⁾.

3- قال ابن قدامة: "والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تقريط لم يضمنها"⁽²³⁾.

4- ونصت في شرح مجلة الأحكام في المادة 603: "عمل المستأجر على خلاف المعتاد تعد، ويضمن الضرر والخسارة اللذين يتولدان منه. مثلاً لو استعمل الثياب التي استكراها على خلاف عادة الناس وبلبت يضمن، كذلك لو احترقت الدار المأجورة بظهور حريق فيها بسبب إشعال المستأجر النار أزيد من الناس يضمن"⁽²⁴⁾.

ويلاحظ من النصوص المتقدمة ما يأتي:

1- أن الفقهاء لم يفرقوا في اعتبار اليد يد أمانة بيد أن تكون الإجارة صحيحة، أو أن تكون فاسدة؛ لأن الإجارة الفاسدة تعتبر تابعة للإجارة الصحيحة في اعتبار اليد، فما ضُمن في

الإجارة الصحيحة يضمن في الفاسدة⁽²⁵⁾.

2- إن الفقهاء قد عللوا كون يد المستأجر على العين المأجورة يد أمانة بالإذن، فإن المؤجر قد أن للمستأجر بالانتفاع بالعين المأجورة وأقبضه العين ليتمكن من استيفاء المنفعة، فلا يكون ضامناً وفقاً لقاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"⁽²⁶⁾.

3- فرق الفقهاء أيضاً بين أن يكون التعيب أو الهلاك ناتجاً عن تعد، أو تقصير، أو تقريط من مالك المنفعة وهو المستأجر، وبين أن يكونا عن غير ذلك، فأوجبوا الضمان في الحالة الأولى دون الثانية، وهذا الأمر يتفق مع طبيعة يد الأمانة القائمة في الأساس على التفرقة بين التعدي والتقصير وعدمها من حيث الضمان.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مخالفة المستأجر لطبيعة المنفعة في العين المؤجرة جراء استعمالها في غير الأنشطة المتسقة مع طبيعتها، أو ما جرى عليه الاتفاق بين مالك العين ومالك المنفعة في استعمالها، ينقل يد المستأجر من كونها يد أمانة إلى كونها يد ضمان، وهذا هو موضع اتفاق بين الفقهاء⁽²⁷⁾؛ لأن هذه المخالفة تعتبر تعدياً فهي غير مأذون فيها، فوجب⁽²⁸⁾ الضمان قياساً على الغاصب في العين المغصوبة بجامع التعدي في كل منهما.

المطلب الثاني: تأجير المستأجر العين المأجورة لغيره.

إن الأصل أن يقوم المستأجر باستيفاء المنفعة من العين المأجورة بنفسه؛ لأن الإجارة إنما شرعت للإتفاق بأولئك الذين لا يملكون أصولاً ينتفعون بها، فشرعت الإجارة وفاء بحاجتهم للانتفاع بتلك الأصول، ولذا فإن الأصل أن يقوم مالك المنفعة باستيفائها بنفسه، ولأن مالك الرقبة العين - العين المؤجرة - له غرض في تأجير بعض الناس دون بعض، فقد يرضى بتأجير زيد ولا يرضى بتأجير عمرو، أو يطالب عمرواً ببديل إجارة أكثر مما يطلب به زيداً.

فإذا قام المستأجر بتأجير العين المؤجرة لغيره ليقوم هو باستيفاء منفعتها، فقد خالف الأصل في الإجارة والغرض المقصود منها، وهذه المخالفة يترتب عليها أحكام خاصة بها، كما أن عقد الإجارة وهو المرجعية عند التخاصم والتنازع قد يسكت عن هذه المسألة، فلا يتعرض لها لا نفياً ولا إثباتاً وهذه ما يسميها الفقهاء بحالة الإطلاق، وقد يُبص في عقد الإجارة على جواز التأجير، أو على عدم جوازه، ولكل من هذه الحالات أحكام خاصة به سيعمد الباحث إلى معالجتها من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: عدم النص على تجويز التأجير أو منعه (الإطلاق)

إذا لم يتضمن عقد الإجارة النص على جواز قيام المستأجر

الذي ينبغي أن يكون قادراً عليه تمكين الغير من إستيفاء المنفعة بدلاً منه⁽³⁵⁾.

الدليل الثاني: القياس على البيع، فكما أن المشتري يجوز أن يبيع العين المشتراة لغيره، أو يملك منفعتها للغير تأجيراً أو عارية، فإن للمستأجر فعل ذلك الأمر بجامع الملك في كل⁽³⁶⁾.

الدليل الثالث: القياس على الوكالة، فكما يجوز للموكل أن يوكل من ينوب عنه في قبض المبيع، أو قبض الدين، فإنه يجوز للمستأجر أن يملك المنفعة لغيره⁽³⁷⁾.

ويتجه على الاستدلالات السابقة ما يلي:

1- إن القول بأن مقتضى الملك القدرة على التصرف وأن من ملك شيئاً سُلط عليه؛ لا يبدو متجهاً لما يأتي:

أ- إن ملكه للمنفعة، ملك مقيد، فلا يملك من المنفعة إلا ما ملكه إياه صاحب العين زماناً وكماً وكيفاً، فإذا حددت مدة الإجارة بسنتين مثلاً، فلا يملك المستأجر منفعة يوم واحد بعد انقضائهما، وإذا حددت المنفعة بمجرد السكنى، لا يملك المستأجر استعمال العين المأجورة للتجارة مثلاً، وبهذا يظهر أن ملك المستأجر لمنفعة العين المأجورة، ملك ناقص ومقيد، وليس ملكاً تاماً ومطلقاً.

ب- قد يكون لصاحب العين قصد مشروع في تملك المنفعة لشخص معين دون غيره، فقد يقبل بعض الناس تأجير دورهم لسكنى أشخاص معينين، ولا يقبلون تأجيرها لأشخاص آخرين لنفس الغرض ولنفس المدة.

2- وأما قياس العين المستأجرة على العين المشتراة، فقياس غير متجه لما يأتي:

أ- إنه قياس مع الفارق؛ لأن المشتري يملك الرقبة والمنفعة معاً، بينما لا يملك المستأجر سوى المنفعة فقط.

ب- إن المشتري يملك أن يبيع العين المشتراة، أو يؤجرها لمن هو أكثر إلحاقاً للضرر بها منه، بينما لا يملك ذلك المستأجر؛ لأن الضرر ساعته لن يلحق به هو، وإنما سيلحق بالمؤجر مالك الرقبة نتيجة تضرر العين المملوكة له، وقد يُسمح للإنسان أن يلحق الضرر بنفسه، أو يتحمل الضرر اللاحق به من غيره، لكن لا يستطيع أن يسمح بالضرر الذي لحق بغيره جراء تصرفه؛ لأنه لا يملك ذلك أساساً.

3- وأما قياس العين المستأجرة على الوكالة فغير متجه لما يأتي:

أ- لأن الوكيل إنما يقبض المبيع أو الدين لمصلحة الموكل، بينما لا يستوفي المستأجر الثاني منفعة العين المأجورة لمصلحة المستأجر الأول، وإنما يستوفيهها لمصلحة نفسه.

ب- إنه لا يتصور أي ضرر يلحق البائع أو الدائن في قيام المشتري أو المدين بتوكيل غيره في القبض عنه، بينما

بتأجير العين المأجورة لغيره، أو منع ذلك، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة بين مجوز لذلك التأجير، أو مانع له، أو مفرق بين الأعيان المأجورة التي يلحقها ضرر بتفاوت المنفعين المستعملين لها، والتي لا يلحقها ضرر بسبب ذلك التفاوت، بناء على أن البدلات الإيجارية إنما يتحدد مقدارها قلة وكثرة بناء على ما يطال الأعيان المأجورة من ضرر بسبب الاستعمال.

وسبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إنما يرجع إلى الإختلاف في تغليب أي من طرفي عقد الإجارة، فمن جوّز تأجير العين المستأجرة من قبل مالك المنفعة لغيره، غلب جانب المستأجر، ومن منع ذلك غلب جانب المؤجر، بينما راعى المفرقون مصلحة الجانبين عندما فرقوا بين الأعيان المأجورة من حيث لحوق الضرر بها جراء الاستعمال، وفيما يلي أقوال الفقهاء في المسألة:

القول الأول: الجواز المطلق: حيث رأى أصحاب هذا القول أن للمستأجر تأجير العين المأجورة لغيره كي يقوم ذاك الغير مقامه في جواز الانتفاع بها، وهذا القول هو المعتمد عند الشافعية⁽²⁹⁾ والحنابلة⁽³⁰⁾، وهو قول المالكية⁽³¹⁾ أيضاً إلا أنهم قالوا مع ذلك بالكراهة، والقول بالكراهة لا ينعكس على الحكم الوضعي المستوجب لعدم الضمان، وإنما يتعلق بالحكم التكليفي في كراهة الفعل وإن كان الفعل غير مستوجب للضمان.

ومحل الكراهة عندهم فيما لو لم يُعلم رضى المؤجر بالتأجير، أما إذا علم رضاه فلا كراهة⁽³²⁾.

القول الثاني: المنع مطلقاً، حيث مال أصحاب هذا القول إلى منع مالك المنفعة - المستأجر - من تأجير العين المأجورة إلى غيره، وهذا القول هو رواية عن الإمام أحمد، وقول في المذهب الحنبلي⁽³³⁾.

القول الثالث: التفصيل، حيث فرق أصحاب هذا القول بين الأعيان التي يتعاطم ضررها بتفاوت المستعمل، أو المنتفع، أو طريقة الإستعمال، وبين الأعيان التي لا يتعاطم ضررها بالتفاوت المذكور، فمنعوا قيام المستأجر بتأجير العين المأجورة إلى غيره في الحالة الأولى وضرروا على ذلك مثلاً بالثياب والملابس، حيث إن الضرر اللاحق بتلك المأجورات يتفاوت حسب المستعملين وطبائعهم وكيفية استعمالهم لتلك الأشياء، وأجازوا ذلك في الحالة الثانية ممثلين لها باستئجار الدواب للركوب، أو الدور للسكنى. وقد اعتمد هذا التفصيل المذهب الحنفي⁽³⁴⁾.

وقد استدل أصحاب القول الأول على مذهبهم في التجويز المطلق بما يأتي:

الدليل الأول: إن المستأجر قد ملك منفعة العين المأجورة بموجب عقد الإجارة، ومن ملك شيئاً سُلط على منفعته؛ لأن مقتضى الملك يتضمن القدرة على التصرف، ومن التصرف

من يستوفي المنفعة بطريقة استنزافية، أو غير مبالية مما ينعكس على العقار، أو حتى الدواب، حيث قد يستوفي مستأجر الدابة مثلا منفعة في التحميل عليها بأزيد مما تحتمل، وهذا بحد ذاته يرهق الدابة بل قد يؤدي إلى هلاكها، بينما ترى آخرين من الناس لديهم رفقا في الاستعمال سواء في العقار أم في الدواب.

والذي يترجح لدى الباحث التفصيل الذي ذكره الحنفية لما يلي:

1- إن في هذه التفصيل حفظا لمصلحة المؤجر والمستأجر معا، فمن مصلحة المؤجر ألا يتم تأجير ملكه لمن يلحق استعماله بهذا الملك ضرا، كما أن من مصلحة المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة بتأجيرها لغيره، فربما لا يحتاج المستأجر الأول إلى منفعة العين المؤجرة طيلة مدة الإجارة، وربما يطرأ على المستأجر الأول طارئ يمنع من استيفاء المنفعة، أو يحد من قدرته على استيفائها بالشكل الأمثل كالسفر أو المرض.

2- إنه لا ضرر يلحق بصاحب العين المؤجرة من تأجيرها فيما لا يتفاوت فيه الضرر بسبب الاستعمال، فلا يبدو المنع المطلق متجها.

3- إن الأصل في المعاملات الجواز ما لم يرد دليل المنع، والأدلة التي ساقها القائلون بالمنع لا تقوى على الانتقال من هذا الأصل إلى حكم جديد.

4- وأما القول بالجواز فغير متجه أيضا؛ لأنه لا يراعي سوى مصلحة المستأجر الأول ويُغفل مصلحة المؤجر، وقد يكون استعمال المستأجر الثاني وانتفاعه بالعين المؤجرة جائزا، فيلحق بذلك الضرر بصاحب العين المؤجرة والذي يجب رعاية مصلحته.

5- إن من المبادئ التي تقوم عليها العقود ولا سيما في عقود المعاوضات في الإسلام تكافؤ البدلين، وهما هنا منفعة العين المؤجرة وما يقابلها من ثمن (الأجرة)، وإن القول الذي ذهب إليه الحنفية بالتفريق بين ما يتفاوت ضرره بالاستعمال وما لا يتفاوت يحقق هذا التوازن.

الفرع الثاني: إشتراط عدم التأجير

إذا اشترط المؤجر على المستأجر عدم تأجير العين المؤجرة لغيره وأن يستوفي منفعتها بنفسه، فخالف المستأجر هذا الشرط وأجرها لغيره، فهل يجوز ذلك أم لا؟ وهل يضمن للمؤجر ما لحقها من تلف، أو تعيب بسبب تأجيرها للمستأجر الثاني؟

وقع خلاف بين الفقهاء في هذه المسألة مرده إلى الاختلاف في مدى مشروعية هذا الشرط وإلزامه وتأثيره، فمن رآه شرطا

يتصور لحوق الضرر لمالك العين (المؤجر) من قيام المستأجر الأول بتمكين المستأجر الثاني باستيفاء منفعة العين المؤجرة، فافترق الأمران.

وقد استدلت أصحاب القول الثاني القائلون بالمنع المطلق بما يأتي:

1- ما ورد من أنه - عليه الصلاة والسلام -: "تهى عن ربح ما لم يضمن"،⁽³⁸⁾ والمنافع لم تدخل بعد في ضمان المستأجر الأول⁽³⁹⁾.

2- القياس على بيع المكيل والموزون قبل قبضة بجامع أن كلا منهما (المكيل والموزون، ومنفعة العين المؤجرة) لم يقبض⁽⁴⁰⁾ فلا يصح التصرف فيه قبل القبض.

ويتجه على الإستدلالين السابقين ما يلي:

أ- إن هذه المسألة لا تدخل في النهي عن ربح ما لم يضمن؛ وذلك لأن ضمان المنفعة يتم بمجرد عقد الإجارة.

ب- أما القياس على بيع المكيل والموزون قبل قبضة، فغير متجه؛ لأن قبض العين المؤجرة الذي يتم بالتخلية، أو بتسليم مفتاح الدار، أو مفتاح السيارة قائم مقام قبض المنفعة⁽⁴¹⁾.

وقد استدلت أصحاب القول الثالث القائلون بالتفرقة على التفصيل الذي ذكرناه بما يأتي:⁽⁴²⁾

1- إن العقار وما في معناه كالذواب ونحوه، لا يتفاوت الناس فيه من حيث الإستعمال، فلم يضر فيه التأجير للغير، نظراً لأن المنفعة واحدة.

2- وأما الثياب وما في معناها كالكتب، فإن الإستعمال فيها يتفاوت بين الناس، فلم يجز تأجيرها؛ لأن بدل المنفعة المتفق عليه قد ينقص عن المنفعة المستوفاة، فيكون البديل قد حدد لإستيفاء منفعة، بينما تم إستيفاء منفعة أعظم، وفي هذه الحالة لا يكافئ البديل المنفعة المستوفاة؛ لأن المنفعة المستوفاة ستكون أزيد في كثير من الحالات من البديل المتفق عليه في الأصل.

ويتجه على أدلة هذا القول ما يأتي:

1- إن صحة التأجير أو عدم صحته ليس يصح أن يكون معيارها التفاوت في الاستعمال؛ لأن هذا التفاوت إن وجد سيكون ملحوظا عند التأجير بحيث يكون له مقابل من العائد الإيجاري (بدل الإجارة) إذ إن هذا التفاوت سيكون مفترضا.

2- إنه قد يحصل تفاوت في الاستعمال حتى في العقار، حيث يوجد فرق في تأجير عقار لعائلة مكونة من عشرة أفراد، وبين تأجير عائلة مكونة من فردين أو ثلاثة، فلا شك أن استعمال العائلة الأولى هو أعظم بكثير من استعمال العائلة الثانية.

3- إن الناس متفاوتون من حيث استيفاء المنفعة، فمنهم

مشروعاً قال بلزومه، ومن لم يره كذلك لم ير موجبا للزومه، بينما لزم فريق آخر من الفقهاء التفصيل الذي اعتمده في المطلب الأول بالترقية بين ما يضره تفاوت الإستعمال وبين ما لم يؤثر فيه ذلك التفاوت.

وفيما يأتي مذاهب الفقهاء في المسألة:

القول الأول: التفصيل بين ما يضره التفاوت في الإستعمال وبين ما لا يضره ذلك، حيث لزم الحنفية⁽⁴³⁾ القول الذي اعتمده في المطلب الثاني، الفرع الأول المتضمن التفرقة بين ما يضره تفاوت الاستعمال كالملابس والكتب ونحوها، وبين ما لا يضره كالعقارات والدور والحوانيت ونحوها، حيث عدوا الشرط مؤثراً في النوع الأول دون الثاني، فلو شرط المؤجر على المستأجر الانتفاع بنفسه فقط بالعين المؤجرة دون أن يُملك المنفعة لغيره بتأجيرها له، صح هذا الشرط ونفذ فيما يكون فيه ضرر بين يلحق العين المستأجرة جراء التفاوت في الإستعمال، ولم يعمل هذا الشرط فيما لا يلحق العين المؤجرة منه ضرر بتفاوت الاستعمال.

القول الثاني: نفاذ هذا الشرط وتأثيره، وهذا هو مذهب المالكية⁽⁴⁴⁾ ووجه عند الشافعية⁽⁴⁵⁾ ورواية عند الحنابلة⁽⁴⁶⁾. ويمقتضى هذا القول لا يصح للمستأجر الأول أن يؤجر غيره، أو ينيبه في إستيفاء المنفعة، فإن فعل ذلك ضمن للمؤجر مالك العين ما يلحق العين من تلف أو نقص.

القول الثالث: عدم صحة هذا الشرط وعدم لزومه وتأثيره: فإذا اشترط مالك العين على المستأجر إستيفاء المنفعة بنفسه، فإن للمستأجر مخالفة الشرط وتأجير تلك العين لغيره، أو إنابته في إستيفاء المنفعة ولا شيء عليه، وهذا هو المعتمد عند كل من الشافعية⁽⁴⁷⁾، والحنابلة⁽⁴⁸⁾.

وقد استدلت الحنفية على مذهبهم وفق التفصيل الذي مرّ آنفاً بذات الأدلة التي استدلوها بها على قولهم في المطلب الثاني، الفرع الأول، فلا داعي لإعادتها هنا⁽⁴⁹⁾.

ومن الجدير ذكره في هذا المقام أن هذه المسألة مرتبطة بالشروط عند الحنفية خاصة الشرط الذي يصح معه العقد ويعتبر الشرط ملغى، كالشرط الذي فيه ضرر لأحد المتعاقدين، كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع العين المباعة لشخص ثالث، أو ألا يهبها لإنسان، أو ألا يؤجرها، ففي هذه الحالة وغيرها يعتبر العقد صحيحاً والشرط باطلاً عند الحنفية؛ لمنافاته مقتضى العقد، فالشرط فاسد في نفسه إلا أنه لا يؤثر في العقد فساداً، فيلغى الشرط ويصح العقد.⁽⁵⁰⁾

وأما أصحاب القول الثاني القائل بصحة هذا الشرط ولزومه وتأثيره، فقد استدلوها على مذهبهم بما يأتي:

1- لأن صاحب العين هو مالكا الحقيقي، وإنما تملك

منفعتها المستأجر برضاه، فلا يصح أن يملكها المستأجر الأول لغيره إلا برضى المالك أيضاً؛ لأن تملكها للمستأجر الثاني فرع عن تملكها للمستأجر الأول، فإذا كان لا يصح أن يملكها منفعتاً الأول مع أنه الأصل إلا برضى المالك، فلأن لا يصح أن يملكها الثاني مع كونه فرعاً إلا برضى المالك من باب أولى⁽⁵¹⁾.

2- ولأن لمالك العين غرض معتبر في تعيين شخص المستأجر، وله مقصد ذلك، فتجب مراعاته⁽⁵²⁾.

وأما القائلون بعدم صحة الشرط وعدم نفاذه وجواز مخالفته، فقد استدلوها على مذهبهم هذا بما يأتي:

1- إن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد؛ إذ مقتضى عقد الإجارة تملك المستأجر منفعة العين المؤجرة، ومقتضى هذا التملك أن يكون المستأجر قادراً على التصرف بها⁽⁵³⁾.

2- القياس على البيع، فكما أنه لا يصح أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع السلعة لغيره، فكذا لا يصح للمؤجر أن يشترط على المستأجر الأول عدم تأجير العين المؤجرة لغيره بجامع أن كلا من البيع والإجارة عقد معاوضة، فكما أن البائع قد تملك الرقبة مقابل عوض، فإن المستأجر قد تملك المنفعة مقابل عوض⁽⁵⁴⁾.

ويتجه على أدلة هذا القول ما يلي:

1- إن القول بمنافاة هذا الشرط مقتضى العقد لا يبدو متجهاً؛ وذلك لأن للمؤجر مصلحة في عدم تأجير منفعة العين المستأجرة لمستأجر ثان؛ لأن هذا التأجير سيضر بالرقبة (العين المؤجرة) كما أنه قد يكون للمؤجر ملحظاً في تأجير أشخاص دون آخرين؛ فلو قام المستأجر الأول بتأجير العين المؤجرة لمستأجر ثان قد يفرط في إستيفاء المنفعة، فإن هذا يضر المؤجر الأول بحيث إن المستأجر الثاني لو طلب من المؤجر الأول أن يؤجره العين لامتنع عن تأجيرها.

2- وأما قياس هذا الشرط في الإجارة على ذات الشرط في البيع، فهو قياس مع الفارق؛ لأنه يتم في البيع تملك الرقبة مع المنفعة بخلاف عقد الإجارة الذي موضوعه المنفعة فقط.

بالإضافة إلى أن ملك البائع يزول بالكلية عن العين المباعة بخلاف العين المستأجرة، فإن المؤجر يبقى مالكا لرقبتها، فملكه لا يزول عنها بالكلية.

والذي يترجح لدى الباحث صحة الاشتراط وعدم جواز مخالفة الشرط لما يلي:

1- إن الشريعة الإسلامية قد جاءت باعتبار الشروط وصحتها ونفاذها ما لم تتضمن مخالفة شرعية كتحریم الحلال، أو تحليل الحرام، وهذا ما أكده النبي - صلى الله عليه وسلم -: "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم

حصل لهذه العين هلاك أو تلف، فمن الذي يتحمل المسؤولية عن هذا الهلاك أو التلف؟ ومن الذي سيضمن تلك العين المأجورة لدى هلاكها أو تلفها؟.

هذا ما سيعمد الباحث إلى بحثه من خلال ما يأتي:

أولاً: حالة جواز التأجير:

وهي الحالة التي أجاز بعض الفقهاء تأجير العين المأجورة للغير سواء عند الاطلاق أو عند اشتراط عدم التأجير، وفي هذه الحالة إما أن يكون التلف والهلاك ناتجين عن تعد أو تقصير، وإما ألا يكونا كذلك:

أ- إذا كان التلف أو الهلاك غير ناشئين عن تعد أو تقصير، فللفقهاء في ذلك قولان:

القول الأول: التفرقة بين ما يُغاب عليه من الأعيان كالثياب والكتب ونحوها، ومما لا يُغاب عليه كالدواب والحوانيت ونحوها، فإذا كانت العين المأجورة مما يغاب عليه - أي مما يمكن إخفاؤه - فإن الضمان هنا على المستأجر الأول لوجود تهمة التعدي أو التقصير أو التفريط من المستأجر الثاني، لكن إذا أقم الثاني البينة على عدم تعديه أو تقصيره، فإن الضمان يسقط عن المستأجر الأول في هذه الحالة؛ لأن إيجاب الضمان إنما هو لتهمة التعدي أو التقصير، وبإقامة البينة على عدم وجود التعدي أو التقصير تنتفي التهمة، وإذا كانت العين مما لا يُغاب عليه، فلا ضمان إلا إذا ظهر التعدي أو التقصير وممن ذهب إلى هذا التفصيل المالكية⁽⁵⁸⁾.

ويتجه على هذا القول ما يأتي:

1- إن التفرقة بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، هي تفرقة لا مبرر لها؛ لأن التعدي والتقصير قد يحصلان في كلا الصنفين، فتكون التفرقة هنا بلا مسوغ.

2- إن تحميل المستأجر الأول الضمان غير متجه أيضاً؛ لأن الضمان إنما هو على المتلف، والمتلف في هذه الحالة هو المستأجر الثاني.

وقد يقال: إن المستأجر الأول متسبب في الإلتلاف لأنه هو الذي أجر العين المؤجرة له لمستأجر ثانٍ، وحينئذٍ يقال: نعم، ولكن القاعدة الفقهية في الضمان تقول إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر⁽⁵⁹⁾، لكن المطالبة تتوجه إلى المستأجر الأول؛ لأنه لا علاقة بين المؤجر (مالك العين) والمستأجر الثاني، فحينئذٍ تتوجه المطالبة من قبل المؤجر للمستأجر الأول ثم يرجع للمستأجر الأول على الثاني بما ضمنه للمؤجر الأول، وفي المحصلة، النهائية فإن الذي ضمن هو المستأجر الثاني.

القول الثاني: ألا ضمان عليهما (أي المستأجر الأول والثاني)؛ لأن الأول فعل ما له فعله، فهو مأذون له فيه

حلالاً⁽⁵⁵⁾. فهذا الحديث يؤكد وجوب احترام الشروط التي يشترطها المتعاقدون على بعضهم ما لم تتضمن مخالفة شرعية، وهو نص عام يدخل في عمومه كل الشروط الجعلية⁽⁵⁶⁾ التي يشترطها المتعاقدون في عقودهم المختلفة.

2- إن الوفاء بالعقود أمر قد أوجبه الشريعة الإسلامية، ويدخل في ذلك الشروط التي تكون في العقود، كما دل على ذلك قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"⁽⁵⁷⁾، وما دام المستأجر الأول قد وافق على الشرط فيجب عليه الوفاء به بالعقد حتى لو كان التأجير جائزاً؛ لأنه بموافقه على هذا الشرط أسقط حقه في التأجير على فرض جوازه أيضاً.

3- إن لمالك العين غرضاً معتبراً شرعاً في التأجير، فقد يرضى بتأجير إنسان لأمانته وصدقه، أو لحرصه على العين المأجورة، وعدم التجاوز في استيفاء المنفعة، وقد لا يرضى بتأجير شخص آخر لعدم توافر الصفات المرغوبة المشار إليها.

4- إن شرط عدم التأجير لا يخالف مقتضى العقد، بخلاف اشتراط عدم البيع في حق المشتري، فهو مخالف لمقتضى العقد، فقياس ملك المنفعة في هذا على ملك الرقبة لا يبدو متجهاً.

5- إن ملكية المستأجر لمنفعة العين المؤجرة هي ملكية جزئية فتقبل التقييد، بخلاف ملكية المشتري للعين المباعة، فهي ملكية مطلقة وتامة، فهي لهذا لا تقبل التقييد.

6- إن التفرقة بين الأعيان المؤجرة التي يؤثر فيها تفاوت الاستعمال، وبين تلك التي لا يؤثر، تبدو متجهة وصحيحة عند عدم الإشتراط، لكنها لا تبدو بنفس الوجاهة والصحة عند الإشتراط؛ لأن مالك العين باشتراطه عدم التأجير قد ألغى الفارق الذي استند إليه في تلك التفرقة عند الاطلاق، فضلاً عن أن لمالك العين هدفاً في تحديد الأشخاص الذين يرغب أو لا يرغب في انتفاعهم بالعين المؤجرة المملوكة له، فيجب احترام رغبته في ذلك؛ لأن هذه الرغبة ليست إعتباطية أو مزاجية، وإنما هي تستند إلى اعتبارات مصلحة تتعلق بطريقة استعمال تلك العين أو الانتفاع بها، أو بشخص المنتفع، أو بمهنته، أو عمله، أو صفاته الخلقية والخلقية، فكل هذه الإعتبارات يستحضرها مالك العين لدى رغبته في التأجير، وقد يبني قراره في التأجير أو عدمه على وجودها وعدمها.

وبذا فإن الراجح أن هذا الشرط معتبر شرعاً وصحيح ونافذ فقها وقانوناً، ففي ذلك كله تحقيق للعدالة بين المتعاقدين، كما أن فيه اتساقاً مع طبيعة عقد الإجارة ذاته.

الفرع الثالث: من يتحمل الضمان عند تأجير العين المأجورة للغير.

إذا قام المستأجر الأول بتأجير العين المأجورة للغير، ثم

مذهبهم في ذلك حيث يقول: "... والمعنى أن من استأجر دابة لركوب يكره له أن يكرهها من مثله ليركبها، وإن وقع وضاعت لا ضمان عليه حيث كان مثله في خفته وأمانته... ومثل الدابة الثوب وينبغي أن تكون الكتب مثل الثياب لاختلاف استعمال الناس فيها، فلو أكرها فالضمان على المكتري الأول في الثوب دون الدابة، وهل الضمان ضمان تهمة فيزول مع البيئة وهو الذي ينبغي أم لا" (65).

ويتجه على هذا القول بأنه لم يجزم بكون الضمان منوطاً بالتهمة.

ويظهر للباحث أن إناطة الضمان بالتهمة غير مستقيم أصلاً؛ لأن المؤجر الأول مالك الرقية لا يهيمه إبراز البيئة أو إظهارها من كلا المستأجرين، وإنما الذي يهيمه وصول حقه إليه في الضمان، ولما كان إرتباطه هو بالمستأجر الأول فإن مطالبته بالحق تتوجه إلى هذا المستأجر دون توقف على إبداء البيئة أو إظهارها.

والذي يترجح لدى الباحث عدم التفرقة بين العلم بالتعدي وعدم العلم به في ثبوت الضمان على الأول أو على الثاني لما يأتي:

1- لأن المعتبر في الضمان هو حصول التعدي والتقصير، وفي هذه الحالة فإن الضامن هو من تعدى أو قصر، فإذا كان المستأجر الثاني يعلم بتعدي المستأجر الأول، فإن الضمان سيكون عليه؛ لأن التلف حصل على يده، لكن المطالبة من قبل مالك العين المؤجرة إنما تتوجه للأول؛ لقيامه بالتأجير من غير إذن، فالمسألة إذن يُفوق فيها بين تحمل الضمان، وبين توجه المطالبة، فالضمان يتحملة الثاني؛ لأن التلف قد حصل بسبب تعديه أو تقصيره أو تقييده، لكنه لا يكون مطالباً أمام صاحب العين، بل المطالب أمام صاحب العين ومالكها هو المستأجر الأول، ويحق للمستأجر الأول في هذه الحالة أن يرجع هو أيضاً بالضمان على المستأجر الثاني.

2- إن التفرقة بين العلم وعدمه لا مدخل لها في حقوق العباد؛ لأن حقوق العباد مضمونة في جميع الأحوال ولا يسقطها الخطأ أو النسيان أو الجهل لابتنائها على المشاحة والتفاضل، وإنما أثر التفرقة بين العلم وعدمه إنما يظهر في المواخذة الأخروية المتمثلة في ترتيب الإثم ومن ثم العقوبة الأخروية، فلا إثم ولا مواخذة أخروية على الذي لم يعلم، بينما يترتب الإثم والمواخذة على من علم.

وبالتالي فإن الذي يظهر لدى الباحث أن استقرار الضمان يكون على المستأجر الثاني؛ لأن التلف قد حصل به وبمباشرة، لكن المستأجر الأول هو المسؤول في مواجهة صاحب العين ومالكها؛ لأن العلاقة التعاقدية قد تمت بينهما،

شرعاً، وقد استقر في القواعد أن الإذن الشرعي ينافي الضمان (60)، وأما الثاني فإنه لا يضمن؛ لأن يده على العين المأجورة يد أمانة، وصاحب يد الأمانة لا يضمن عند التلف من غير تعدٍ أو تقصير، وممن قال بهذا الحنابلة (61).

ولعل قول الحنابلة في هذه المسألة هو الأرجح؛ نظراً لعدم وجود ما يستوجب الضمان من كلا المستأجرين، فلا تعدي من الأول؛ لأن له تأجير العين المأجورة لغيره، وله استيفاء منفعتها بنفسه أو بغيره، ولأن المستأجر الثاني لم يحصل منه تعدٍ أو تقصير.

ب- إذا كان هلاك العين عند المستأجر الثاني نتيجة تعدٍ أو تقصير؛ وفي هذه الحالة فإن المستأجر الثاني هو الذي يضمن ما لحق بالعين المؤجرة من تلف أو هلاك؛ لأن يده عليها يد أمانة، وفي هذه الحالة فإن عدم ضمانه مشروط بعدم التعدي والتقصير، وهذا - المستأجر الثاني - قد حصل منه ذلك، وهو قول الشافعية (62) الذين كانوا من بين من أجازوا للمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه أو بغيره، وأما المستأجر الأول فلا ضمان عليه؛ لأنه تصرف تصرفاً صحيحاً وجائزاً.

ثانياً: حالة الاشتراط أو عدم الجواز:

إذا أجز المستأجر الأول العين المؤجرة لآخر في الحالات التي منع الفقهاء فيها ذلك إما بالشرط وإما ابتداءً، فإن للفقهاء في هذه المسألة قولين:

الأول: إن الضمان في هذه الحالة يكون على المستأجر الثاني إذا علم بتعدٍ المستأجر الأول بتأجيره العين المؤجرة مع أنه لم يؤذن له بذلك، أما إذا لم يعلم بتعدي المستأجر الأول، فإن الضمان في هذه الحالة يكون على المستأجر الأول؛ لأنه هو الذي تسبب في تلف العين أو هلاكها عندما أجزها لغيره دون أن يؤذن له بذلك من مالك العين، وفي هذه الحالة فإن لصاحب العين الرجوع على أيهما إذا علم المستأجر الثاني بتعدي المستأجر الأول، وأما إذا لم يعلم فإن الضمان يستقر على الأول وبطالب مالك العين المؤجرة المستأجر الأول به - أي الضمان - وهو مذهب الحنفية (63).

ويتجه على هذا القول إناطته الضمان بالعلم، أي بعلم تعدي المستأجر الثاني من قبل الأول، ومعلوم أن أمر الضمان لا مدخل للعلم أو عدمه فيه، ثم إنه قد يقال: إن المستأجر الأول لا مدخل لإذنه في التعدي فهو قد أذن بالتأجير ولم يأذن بالتعدي.

الثاني: إن الضمان يكون على المستأجر الثاني، إلا أنه لم يحدد على من سيستقر الضمان في النهاية، وإنما تحدث عن الرجوع على الأول أو الثاني في حالة علم الأول بتعدي الثاني أو عدم علمه بذلك، وهو قول المالكية (64) ويوضح لنا الخرخشي

التي لا يتحمل فيها صاحب اليد تبعات التعيب أو الهلاك، أو التالف إلا عند تعدي المستأجر⁽⁶⁹⁾.

والتعدي له صور مختلفة منها:

1- استعمال العين المؤجرة في غير الغرض الذي استؤجرت له مما ضرره وتأثيره على العين المؤجرة أكبر من ضرر الغرض الذي من أجله أبرم عقد الإجارة، وفي هذه الحالة اتفق الفقهاء⁽⁷⁰⁾ على أن هذا الاستعمال يعتبر تعدياً من المستأجر يستوجب تضمينه، كمن استأجر سيارة لنقل الركوب، فاستخدمها لنقل البضائع الثقيلة.

وأما إذا استعمل المستأجر العين المؤجرة استعمالاً مساوياً للاستعمال الذي من أجله استأجرها أو دونه، فلا ضمان على المستأجر في قول عامة الفقهاء⁽⁷¹⁾؛ لأن استعماله كان مشروعاً؛ ولأنه لو استعملها في الغرض الذي من أجله تملك منفعتها لحصل من الاستعمال ذات الضرر الذي نشأ على المخالفة بالاستعمال.

2- عدم رد العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإجارة إذا كانت الإجارة من عقود المدة، أو بعد كمال إستيفاء المنفعة إذا لم تكن الإجارة محددة المدة:

من المعلوم أن على المستأجر أن يرد العين المستأجرة بعد انتهاء مدة الإجارة، أو فراغه من إستيفاء منفعة العين المؤجرة، فإذا كانت العين المؤجرة داراً، وجب على المستأجر أن يسلم مفتاحها للمؤجر، وأن يخلي بينه وبينها بعد أن يخرج أمتعته ومتعلقاته منها، وإذا كانت سيارة أو مركبة، فإن عليه أن يردها إلى مالكها، فإذا تكلأ في ذلك، أو تقاعس عنه، أو تعمد عدم الرد، فإن يده في هذه الحالة تتحول من كونها يد أمانة إلى يد ضمان ويعد في هذه الحالة غاصباً⁽⁷²⁾، ضامناً للعين المؤجرة بغض النظر عن سبب تلف تلك العين، إن كان بتعد منه أو تقصير، أو لم يكن كذلك.

3- استعمال العين المؤجرة لذات الغرض الذي من أجله أبرم عقد الإجارة، ولكن الاستعمال كان قاسياً وجائراً وأكثر ضرراً من المنفعة المتفق عليها⁽⁷³⁾، كمن استأجر شاحنة حمولتها خمسة أطنان، فنقل فيها بضائع زنتها ثمانية أطنان، أو من استأجر داراً للسكنى فاستخدمها محلاً للحدادة، أو للنجارة، وكمن استأجر سيارة سياحية سعتها أربعة ركاب، فأركب فيها عائلته المكونة من ثمانية أفراد، الأمر الذي أدى إلى عطب في المحرك، أو انفجار لإطارات السيارة، أو تهتك في مقاعدها، فإن الضمان في هذه الحالة هو على المستأجر وإن كان قد استعملها في الغرض الذي من أجله تملك منفعتها، لكن هذا الاستعمال القاسي غير المعتاد أدى إلى تلفها أو تعيبها.

ولا مسؤولية للثاني في مواجهة صاحب العين؛ لأن صاحب العين ليس طرفاً في العقد الثاني.

3- إن المستأجر الثاني هو المباشر حال تلف العين بسبب تعديه أو تقصيره، بينما يعتبر الطرف الأول متسبباً في ذلك من خلال تمكينه المستأجر الثاني من استيفاء منفعة العين المؤجرة دون إذن من مالك العين، وقد استقر في القواعد الفقهية أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر⁽⁶⁶⁾.

المطلب الثالث: حالات ضمان العين المستأجرة.

ضمان العين المستأجرة في حال هلاكها أو تعيبها، إما أن يتحملة المؤجر، وأما أن يتحملة المستأجر، وذلك وفق حالات فيما يأتي أبرزها:

أولاً: الهلاك أو التعيب بسبب آفة سماوية: قد يصيب العين المؤجرة تلف أو يلحقها هلاك بسبب أمر غير إرادي لا دخل للمستأجر فيه، وهذا ما يعبر عنه الفقهاء بالآفة السماوية، كأن يتهدم العقار بسبب زلزال، أو فيضان، أو تحترق السيارة المؤجرة بفعل صاعقة، أو يهلك الزرع بزيادة مطر أو شدة برد، أو دوام ثلج، أو أكل جراد، أو نحو ذلك.

ويدخل في هذا ما لا يمكن أن يعد آفة سماوية، بل قد يكون من فعل البشر كقصف العقار بصاروخ أو قذيفة مدفعية من قبل العدو، أو حرقه من قبل جناة، أو كسر بابه من قبل لصوص اقتحموه لسرقته ما فيه.

ففي هذه الحالات وغيرها مما هو في معناها فإنه لا ضمان فيها على المستأجر، وإنما ضمانها على المؤجر، بمعنى أن على المؤجر إعادتها على الوضع الذي كانت عليه قبل هذا التعيب على الوجه الذي يمكن المستأجر من استيفاء منفعتها، وإلا فإن عقد الإجارة يفسخ لفوات محله.

ولا ينافي كون الضمان على المؤجر أن يتحمل الضمان طرف ثالث، كالجناة، والمعتدين الذين تسببوا في تعيب العين المؤجرة، أو أن تقوم الدولة بتعويض أصحاب الأصول المؤجرة، كتعويض أصحاب العقارات المتهدمة بفعل الزلازل والفيضانات، أو تعويض أصحاب المزارع عن الأشجار والنباتات المجاحة بفعل الصقيع أو غيره إذا كانت هذه المزارع مؤجرة لمن يستوفي منافعها.

ولا يتحمل المستأجر شيئاً من ذلك كله؛ لأن يده على العين المؤجرة يد أمانة؛ ولأنه لم يصدر منه فعل ساهم في إحداث العيب أو الهلاك، بل إن ذلك كله أمر خارج عن إرادته وليس في وسعه، وقد قال تعالى: "لا يكلف الله نفساً إلا وسعها"⁽⁶⁷⁾، وتحمل المستأجر الضمان في مثل هذه الحالات يعتبر تكليفاً له بما ليس في وسعه⁽⁶⁸⁾.

ثانياً: تعدي المستأجر: الإجارة هي من عقود الأمانات

وينتج أثره أم لا يصح؟ وإن لم يصح فهل يفسد العقد أم لا يفسده؟

هذا موضع خلاف بين الفقهاء بين قائل بصحة الشرط ونفاذه، وبين قائل بمنعه وعدم تأثيره، وسبب إختلاف الفقهاء في هذه المسألة إنما يرجع إلى إختلاف الفقهاء في الفهم من قوله - صلى الله عليه وسلم -: "المسلمون على شروطهم" (79) فهل هذا النص عام في كل الشروط، أم أنه مخصوص بالشروط التي لا تخالف مقاصد الشرع وقواعده وكتباته، وفيما يلي مذاهب الفقهاء في المسألة:

أ- ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (80)، والمالكية (81)، والشافعية (82)، ورواية عند الحنابلة (83)، إلى أن هذا الشرط لا يصح، ولا يكون لازماً أو نافذاً، وإما أثره على العقد فقد ذهب الجمهور من المالكية (84) والشافعية (85) ورواية عند الحنابلة (86) أن هذا الاشتراط لا يؤثر في العقد، بل يصح العقد ويعتبر الشرط ملغى، بينما ذهب الحنفية (87) إلى أن هذا الشرط يفسد العقد، فيعتبر العقد والشرط فاسدين.

ب- وذهب الحنابلة في الراجح من مذهبهم (88) إلى صحة هذا الشرط ونفاذه، وأن هذا الشرط ينقل الضمان إذا وافق عليه المستأجر إلى المستأجر في الحالات التي يكون فيها الضمان على المؤجر.

وقد استدلت جمهور الفقهاء على مذهبهم في عدم صحة الشرط ونفاذه بما يلي:

1- قوله تعالى: "ولا تزر وازرة وزر أخرى" (89) فتحميل المستأجر الضمان في جميع الحالات يعتبر تحميلاً وزر غيره.
2- قوله - صلى الله عليه وسلم -: "من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن اشترط مئة شرط" (90)، والمراد بقوله: "ليس في كتاب الله" أي مخالفة ذلك الشرط للقواعد والأحكام المقررة في الكتاب والسنة، فلا يعقل أن يراد بالحديث ظاهره؛ لأنه ليس كل الشروط يمكن أن تكون في كتاب الله، وإنما المراد ألا تخالف كتاب الله وسنة نبيه - صلى الله عليه وسلم -.

3- ولأن المؤجر ضامن في كثير من الحالات التي لا يكون فيها المستأجر متعدياً أو مفرضاً، فنقل الضمان في هذه الحالة إلى المستأجر يعد ظلماً.

4- ولأن المؤجر يستفيد من عوائد العين المأجورة كما يمتلك هو ما يطرأ عليها من زيادات، فكان عليه ضمانها تطبيقاً لقاعدة "الخراج بالضمان" (91)، وهي جزء من حديث نبوي شريف ونصه: "أن رجلاً اشترى من رجل غلاماً في زمن النبي - صلى الله عليه وسلم - فكان عنده ما شاء ثم رده من عيب وجد به، فقال الرجل حين رده: يا رسول الله إنه كان استغل غلامي منذ كان عنده، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -

4- تأجير العين المؤجرة لغيره في الحالات التي لم يجزها الفقهاء، فإنه بهذا التأجير يعد متعدياً وضامناً لأي تلف يحصل لهذه العين ومسؤول عن ذلك التلف في مواجهة صاحب العين، وقد رجح الباحث أن استقرار الضمان يكون على المستأجر الثاني، بينما توجه المطالبة يكون نحو المستأجر الأول (74).

ثالثاً: استعمال العين المؤجرة استعمالاً صحيحاً موافقاً لشروط عقد الإجارة: إن التلف الناشئ عن الإستعمال المعتاد غير الجائر للعين المؤجرة هو من ضمان المؤجر، وليس من ضمان المستأجر؛ لعدم حصول التعدي من المستأجر، بل إن هذا التعيب ناشئ عن الإستعمال الطبيعي للعين المؤجرة، وهذا ما يُعرف بالاستهلاك، أو بانتهاء العمر الافتراضي للأعيان، ومثاله: تلف خزانات المياه بسبب قدمها واهترائها نتيجة الصدأ الذي يصيبها بسبب تعاقب الاستعمال وتراكمه. ومثاله أيضاً ما يصيب الجدران من اهتراء، أو تعفن بسبب الرطوبة، فإن ذلك كله من ضمان المؤجر لا المستأجر باتفاق الفقهاء (75)؛ لأن المؤجر هو المنتفع من عوائد الإجارة وبدلاتها وقيمها، فلزم أن يغرّم ضمانها كما غرم عوائدها تطبيقاً لقاعدة "الغرم بالغنم" (76).

رابعاً: الضرر الناشئ عن الإستعمال المعتاد للعين المؤجرة مما لا يتوصل إلى استيفاء منفعتها إلا بحدوثه ولا يتفاوت من شخص لآخر، بل إن المؤجر ذاته لو استعملها هذا الإستعمال لحصل للعين المؤجرة الضرر نفسه، وهذا أيضاً من ضمان المؤجر؛ لأنه لا تعدي من المستأجر، كما لم يحصل منه أي استعمال جائر أو تعد أو تقصير (77).

خامساً: العرف: إن العرف له تأثير في تحديد جهة الضمان إن كان المؤجر أو المستأجر في الأمور التي لم تدخل تحت الضوابط السابقة، حيث يمكن أن تستجد أمور وتكون ثمة حالات لا تدخل تحت الضوابط السابقة، ومن ذلك: تلف بعض مرافق العقارات المشتركة كاحتراق المصابيح الكهربائية في العقار المشترك، أو تكسر بعض درجات السلالم، أو تعطل المصعد، أو نحو ذلك من الأمور، فإن ذلك كله يُرجع فيه إلى العرف.

فقد قضى العرف مثلاً بأن يتحمل المالك المؤجر كُلف صيانة الأعطال الناشئة عن تكسر درجات السلالم، أو تعطل المصعد، أو انسداد أنابيب الصرف الصحي، أو صيانة وترميم الأسطح التي تسرب مياه المطر، وأن يتحمل المستأجر الأعطال داخل شقته والناشئة عن استعماله، كتبديل المصابيح الكهربائية المحترقة، أو صنابير المياه التالفة (78).

المطلب الرابع: اشتراط تحميل الضمان على المستأجر
إذا شرط المؤجر ضمان العين المؤجرة على المستأجر في الأحوال التي هي من ضمان المؤجر، فهل يصح هذا الشرط

وسلم - الخراج بالضمان" (92).

5- ولأن ما لا يجب ضمانه لا يصير مضمونا بالشرط، كما أن ما يجب ضمانه لا يسقط ضمانه بالشرط أيضا (93).

وأما الحنابلة في المعتمد من مذهبهم، فقد استدلووا على صحة الشرط ونفاذه بما يلي: (94)

1- قوله - صلى الله عليه وسلم -: "المسلمون عند شروطهم..." (95)، وهذا يعني أن على المسلم الإلتزام بالشرط إذا وافق عليه، ولا معنى للإلتزام به إذا قيل بعدم صحته ونفاذه.

2- ولأن المستأجر راضٍ بهذا الشرط ولا يخالف إرادته، فصار نافذاً.

3- ولأن تضمين المؤجر في الحالات التي يتحملها حق للمستأجر وقد تنازل عن حقه فيكون له ذلك.

ويتجه على هذه الاستدلالات ما يأتي:

1- أما الاستدلال بالحديث الشريف فغير متجه؛ لأن الحديث قد قيد الإلتزام بالشروط بعدم تحريم الحلال أو تحليل الحرام، وفي تحميل المستأجر الضمان دائماً، تحليل للحرام أو تحريم للحلال.

2- وأما القول برضاه فغير متجه أيضاً؛ لأن هذا الرضى رضى معيب، وغالبا ما يقبل المستأجر هذا الشرط مضطراً، وقل مثل ذلك في مسألة حقه وتنازله عن ذلك الحق؛ لأن المستأجر غالباً ما يكون مضطراً كذلك.

3- وأما القول بأن المستأجر من حقه أن يتنازل عن حقه في عدم تحمل الضمان، فغير متجه أيضاً؛

لأن المستأجر لم يعرف بعد حقه حتى يتنازل عنه، حيث إن الضرر لم يقع والتلف لم يحدث فكيف يتنازل المستأجر عن شيء لم يعرفه، فقد يكون الضرر كبيراً، وبالتالي فإن ضمانه سيكون كبيراً أيضاً، وليس من شأن المستأجر أن يتنازل عن حقه في عدم ضمان التلف أو التعيب الكبيرين، وبالإضافة إلى ذلك كله فإن المستأجر لا خيار له في تعديل الشروط التي يتضمنها العقد؛ نظراً لأن هذه الشروط معدة مسبقاً ولا يستطيع العميل أن يعدلها أو أن يفاوض على تعديلها؛ لأن عليه أن يقبل العقد أو يرفضه وليس له أن يعدل فيه شيئاً.

والذي يترجح لدى الباحث عدم صحة هذا الشرط وعدم نفاذه، لكنه لا يفسد العقد، ولا يبطله، بل يعتبر هذا الشرط لاغياً كأن لم يكن ويصح العقد، وذلك لما يلي:

1- إن من مقاصد الشريعة السمحة تحقيق التوازن بين المتعاقدين، فإن ذلك هو عنوان العدل، وتحميل المستأجر الضمان في كل حال ينافي هذا المقصد.

2- إن من مقاصد الشريعة أيضاً أن تكون الأعاوض في عقود المعاوضات متساوية، أو متقاربة على الأقل، وتحميل

الضمان في كل حال على المستأجر يجعل الأعاوض غير متساوية ولا متقاربة، بل يجعلها متفاوتة تفاوتاً بيناً، فيكون في هذه الحالة بدل الإجارة وتوابعه من الضمان أزيد بكثير من المنفعة المعقود عليها مما ينافي مقصد الشرع المطهر.

ولهذا فإن هذا النوع من الاشتراطات يدخل العقد كله في دائرة الضرر؛ لأن التلف إن حصل فهو مجهول الصفة والمقدار؛ لأنه أمر مستقبلي متوقع وليس بواقع، وعندما يتم تحميل ضمان هذا التلف للمستأجر يجعل الأجرة ذاتها مجهولة فيقع في الغرر، والغرر يعتبر مفسداً للعقد.

المبحث الثالث: ضمان العين المستأجرة في نماذج عقود

التمويل التاجيري في المصارف الإسلامية

تعتمد أكثر المصارف الإسلامية صيغة الإجارة المنتهية بالتملك وتفضلها على الصيغ المصرفية الأخرى، كالمرابحة للآمر بالشراء، باعتبار أن هذه الصيغة هي أقل مخاطرة، كما ويفضلها أيضاً أكثر عملاء المصارف الإسلامية لما يأتي:

1- إن هذه الصيغة تطرح إمكانيات التمويل طويل المدى الذي يصل إلى عشرين سنة، بخلاف المرابحة، فإنها تغطي في الغالب التمويلات قصيرة المدى والتي لا تزيد عن خمس سنين.

2- إن صيغة الإجارة المنتهية بالتملك تطرح أيضاً إمكانية إسقاط العائد الإيجاري إذا قام المستأجر بتسديد الأقساط المتبقية من قيمة العين المؤجرة، مما يخفف على المستأجر الأعباء المالية التي كان سيتكدها لو أنه اعتمد صيغة المرابحة التي لا تطرح هذه الإمكانية أصلاً.

3- التساهل والمرونة النسبتيان اللتين تبديهما المصارف الإسلامية فيما يتعلق بأخذ الضمانات، حيث إن المصارف الإسلامية في الغالب تكتفي بكفيل واحد، بل وربما لا تطلب أي كفيل إذا كانت قيمة الدفعة الأولى قد بلغت نسبة معينة من قيمة العين المؤجرة تختلف المصارف الإسلامية في تحديدها، وتتساهل أيضاً في النزول عن هذه النسبة وفق إعتبارات تقدرها.

ويرجع التساهل والمرونة النسبتيان في أخذ الضمانات إلى أن العين المؤجرة تبقى في ملكية المصرف ولا تُنقل إلى ملكية العميل إلا إذا قام بتسديد كامل قيمة العين المؤجرة مع العوائد الإيجارية عن المدة التي استأجرها.

4- كما ويفضل عملاء المصارف الإسلامية هذه الصيغة أيضاً؛ لأن نسبة العائد الإيجاري هي أقل في الغالب من نسبة المرابحة، مما ينعكس بالتالي على القيمة الكلية للعقار، أو المركبة الممولة بهذه الصيغة لدى المصارف الإسلامية.

حصل الهلاك بالتعدي أو التقصير منه، وحينئذ يعوضها بمثلها إن كان لها مثل، وإلا فإنه يتحمل القيمة التي تقدر بها عند الهلاك (102).

7- في حالة هلاك العين الجزئي المخل بالمنفعة يحق للمستأجر فسخ الإجارة، ويجوز أن يتفقا في حينه على تعديل الأجرة في حالة الهلاك الجزئي للعين إذا تولى المستأجر عن حقه في فسخ العقد... (103).

ومن خلال النظر في المعايير المتقدمة المرتبطة بضمان العين المؤجرة في الإجارة المنتهية بالتملك يمكن للباحث إبداء الملاحظات التالية:

1- إن المعايير المتقدمة قد راعت التوازن بين مصلحة المؤجر والمستأجر عندما منعت المؤجر من اشتراط البراءة من العيوب الخفية، وعندما ألزمت المستأجر بضمان الهلاك أو التعيب الذي ينشأ عن تقصير المستأجر أو إهماله أو تعديه.

2- لم تحمّل المعايير المتقدمة المستأجر الأجرة عن المدة التي تعطلت فيها منفعتها نتيجة هلاك العين المؤجرة أو تعيبها بسبب لا يد للمستأجر فيه وغير ناشئ عن تقصيره أو إهماله أو تعديه؛ نظرا لأن المؤجر إنما استحق الأجرة مقابل المنفعة المستوفاة، وعندما عدت هذه المنفعة بسبب الهلاك الجزئي أو التعيب لم يبق للمؤجر ما يستوفي عنه أجره لفوات تلك المنفعة.

3- عدت المعايير المتقدمة العين المأجورة أمانة في يد المستأجر طيلة سريان مدة الإجارة وقبل الفسخ، محملة المستأجر أي تعيب أو هلاك جزئي ينشأ عن تقصيره، ومعفيه المستأجر من العيب أو الهلاك الذي ينشأ عن عدم تقصيره، وفي ذلك ما فيه من تحقيق للعدالة بين أطراف العقد ومنع تغول الطرف القوي وهو هنا المصاريف الإسلامية على الطرف الضعيف وهو هنا عملاء تلك المصاريف.

4- أوجبت تلك المعايير على المستأجر تجنب كل ما يلحق بالعين المستأجرة ضررا أو تعيبا، كما أوجبت عليه استعمالها الاستعمالات المعتادة، أو تلك التي استأجر العين بسببها. ويفهم من ذلك:

أ- إن المستأجر إذا أفرط في استعمال العين المؤجرة ولم يستعملها الاستعمال المعتاد، فإنه يضمن ما ينشأ عن ذلك من تلف أو تعيب، كمن استأجر شقة مساحتها مئة وعشرون مترا، وهذه الشقة تصلح لإسكان عائلة مكونة من ستة أفراد، فأسكن فيها ثلاث عائلات كل عائلة مكونة من ستة أفراد، أو أسكن فيها عائلة واحدة مكونة من عشرة أفراد. فالمستأجر هنا لم يستعمل العين المؤجرة في غير ما استؤجرت لأجله، وإنما بالغ

ومن الجدير ذكره أن المصارف الإسلامية تعتمد صيغة الإجارة التمويلية ولا تفضل صيغة الإجارة التشغيلية؛ نظراً لارتفاع نسبة المخاطرة في الإجارة التشغيلية لبقائها على ملكية المؤجر (المصرف) بخلاف الإجارة التمويلية التي يتخلص المصرف من تبعاتها بعد نقل ملكيتها إلى المستأجر.

ومع ذلك كله فإن المصارف الإسلامية تحرص على تحميل المستأجر كافة المسؤوليات المدنية والجزائية التي يتحملها المؤجر في القوانين المرعية ذات العلاقة كالفقه الإسلامي، والقانون المدني، وقانون التمويل التأجيري؛ نظرا لأن العميل هو الطرف الضعيف غالبا في اتفاقيات عقود الإجارة المنتهية بالتملك.

وفيما يأتي بيان تفصيل ذلك:

أولاً: ضمان العين المؤجرة في الفقه الإسلامي:

سبق أن عرفنا في المبحث السابق أن يد المستأجر على العين المؤجرة، هي يد أمانة، وأن الأصل في يد الأمانة ألا يكون صاحب هذه اليد ضامنا إلا عند التعدي أو التقصير أو التفريط أو الإهمال، وعرفنا في ذلك المبحث أيضا مسألة استقرار ضمان العين المؤجرة عند قيام المستأجر بتأجير هذه العين لغيره.

ثانياً: ضمان العين المؤجرة في المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية جاء في المعيار الشرعي رقم (9) (الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك) (96) ما يأتي:

1- يجب على المستأجر التقييد بالاستعمال الملائم للعين المؤجرة أو بالمتعارف عليه، والتقييد بالشروط المتفق عليها المقبولة شرعا، كما يجب تجنب إلحاق ضرر بالعين بسوء الاستعمال أو بالتعدي أو بالإهمال (97).

2- لا يجوز للمؤجر أن يشترط براءته من عيوب العين المؤجرة التي تخل بالانتفاع، أو أن يشترط عدم مسؤوليته عما يطرأ على العين من خلل يؤثر في المنفعة المقصودة من الإجارة سواء أكان بفعله أم بسبب خارج عن إرادته (98).

3- إذا فانت المنفعة كليا أو جزئيا بتعدي المستأجر مع بقاء العين، فإنه يضمن إعادة المنفعة أو إصلاحها، ولا تسقط الأجرة عن مدة فوات المنفعة (99).

4- العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة ما لم يقع من المستأجر تعد أو تقصير... (100).

5- في حالة الهلاك الكلي للعين يفسخ عقد الإجارة إذا كانت الإجارة لعين معينة، ولا يجوز أن يشترط في حالة الهلاك الكلي للعين المؤجرة أداء بقية الأقساط (101).

6- العين المؤجرة أمانة عند المستأجر، فلا يضمنها إلا إذا

جاء في البند رقم (6) من نموذج اتفاقية التأجير التمويلي للبنك الإسلامي الأردني ما يلي⁽¹⁰⁴⁾: "يقر الفريق الثاني (المستأجر) بأنه هو الذي اختار المورد (البائع)، وهو الذي اختار العين المؤجرة بعد أن عاينها معاينة كاملة كافية نافية لأي جهالة، ويقبل بالرجوع على المورد (البائع) مباشرة لضمان أي عيوب خفية قد تظهر في العين المؤجرة بعد تسلمها من المؤجر أو من المورد (البائع) دون الإجحاف بحق المؤجر بالرجوع على المورد (البائع) وفي حال حصول الفريق الثاني (المستأجر) على تعويض من المورد (البائع) فإنه يلتزم بتسليم مبلغ التعويض إلى الفريق الأول (المؤجر) لتسديد أقساط إيجارية سواء كانت مستحقة أم غير مستحقة."

وجاء في البند رقم (7) من اتفاقية التمويل التأجيري للبنك العربي الإسلامي الدولي⁽¹⁰⁵⁾ ما يلي: "ولكن الفريق الثاني قام بمعاينة العين التي تم شراؤها، وحيث إن المورد يضمن العيوب الخفية التي قد تظهر في العين مهما كان نوع أو تسمية هذا العيب، فإن الفريق الثاني يقبل قبلاً نهائياً وبتأثر الرجوع بالضمان على المورد مباشرة والحصول على التعويض، وبناء عليه فإنه ليس للفريق الثاني أي حق في الرجوع بالضمان على الفريق الأول في أي مطالبة أو إيداع قد ينشأ مستقبلاً بعد تسليم الفريق الثاني للعين، ويلتزم الفريق الثاني عند حصوله على التعويض من المورد بتسليمه إلى الفريق الأول و/ أو أن يفوض الفريق الأول بقبضه من الجهة المعنية بدفع التعويض لاستيفاء حقه من الأقساط المتبقية من القيمة الإيجارية و/ أو الثمن."

2- تحمل المصارف الإسلامية المستأجر جزءاً من ضمان الهلاك الذي ينشأ عن غير تعد أو تقصير من المستأجر، مع أن المصرف هو المالك الأوحد لهذه العين إلى حين قيام المستأجر بتسديد آخر قسط من ثمن العين المؤجرة مضافاً إليه العوائد الإيجارية لتلك العين. جاء في البند الثامن الفقرة الثالثة من اتفاقية التمويل التأجيري للبنك العربي الإسلامي الدولي: "وإذا هلكت العين المؤجرة دون تعد أو تقصير من جانب الفريق الثاني فتكون تبعة الهلاك على الفريقين بحسب حصصهما"، وجاء في البند الثامن من اتفاقية التأجير التمويلي للبنك الإسلامي الأردني ما يلي: "يتحمل الفريق الثاني (المستأجر) مسؤولية سلامة المأجور غير المنقول وتبعية أي مخاطر متعلقة بهلاكه أو تلفه أو سوء استخدامه أو استغلاله وأي مخاطر أخرى منذ لحظة تسلمه الفعلي له، ما لم يكن هلاك المأجور عائداً لظروف قاهرة أو بسبب خارجي لا يد له فيه."

ولا يبدو تحميل المستأجر ضمان العيب في العين المأجورة، والذي لم ينشأ عن تقصير من المستأجر، أو تعد

في استعمالها، فلم يستعملها الاستعمال المعتاد؛ لأن الضغط على مرافق الشقة سيزداد كثيراً بازدياد عدد الساكنين لها، وهذا يترتب ضرراً على العين المؤجرة غير مستحق بعقد الاجارة، فلا بد من أن يتحمل المستأجر (العميل) هذا الضرر؛ لأنه ناشئ عن تعديه بالمبالغة في الإستعمال، والجور والقسوة فيه مما أوقع هذا الضرر.

ب- أن يستعمل المستأجر (العميل) العين المؤجرة في غير الإستعمال الذي استوجرت من أجله، كمن يستأجر شقة للسكنى ويستخدمها نادياً للياقة البدنية، ويضع فيها أجهزة رياضية، فإن هذا الإستعمال يترتب ضرراً غير مستحق بالعقد، حيث إن المستأجر هنا خالف العقد فاستعمل العين المؤجرة استعمالاً لم يتفق عليه مع المؤجر.

5- منحت المعايير المذكورة المستأجر حق الفسخ في حالة الهلاك الجزئي، وأجازت للطرفين الاتفاق على تعديل الشروط المتعلقة بالأجرة إذا اختار المستأجر عدم الفسخ، الأمر الذي يتناسب مع ما أثبتته الفقهاء من حق الفسخ للمستأجر.

ثالثاً: ضمان العين المستأجرة في نماذج عقود المصارف الإسلامية

تحاول المصارف الإسلامية غالباً تخفيف الأعباء والمسؤوليات الملقاة على كاهلها باعتبارها المؤجرة في عقود الاجارة المنتهية بالتملك، ويظهر ذلك من خلال الشروط المقترنة بهذه العقود والتي تصاغ صياغات قانونية تعفي المؤجر (المصرف) في أغلب الأحيان من المسؤوليات المختلفة الناشئة عند تطبيق هذه العقود، ومن ذلك ما يأتي:

1- تُحمل أغلب نماذج عقود الاجارة المنتهية بالتملك المستأجر تبعة الرجوع على المورد (البائع) لدى وجود عيب من العيوب الخفية، والأصل أن يتحمل المشتري مسؤوليتها وهو هنا المصرف وليس مسؤولية المستأجر، بينما تصر المصارف الإسلامية على تحميل هذه التبعة للمستأجر، ليس هذا فحسب وإنما تضيف إلى ذلك بأن لا يؤثر هذا الرجوع في حق المؤجر (المصرف).

والمصارف الإسلامية بهذا تحمل المستأجر تبعة الملاحقة القضائية والمدنية للمستأجر على أن تعود ثمرة هذه الملاحقة للمؤجر (المصرف)، وفي هذه الحالة يكون على المستأجر غم الملاحقة القضائية وتبعاتها، ويؤول غنمها وفوائدها إلى المصرف.

بل إن المصرف بالغ في ذلك كثيراً عندما أوجب على المستأجر (العميل) أن يسلم أي تعويض يحصل عليه إلى المؤجر (المصرف) ليستوفي منه الأقساط الإيجارية، سواء كانت هذه الأقساط مستحقة أو غير مستحقة.

في الغالب لا ترد هذه الفروقات للمستأجر، علماً بأن المستأجر هو المطالب بالإجراءات القضائية وبالقيام بالملاحقة القضائية بناء على تفويض من المؤجر المالك (المصرف).

ب- في حالة نقص المبالغ المحكوم بها تعويضاً عن الهلاك أو التلف عن قيمة العين المؤجرة أو الأقساط المتبقية منها، فإن على الفريق الثاني وهو المستأجر تحمل هذه الفروق، وهذا المسلك يخل بالتوازن الذي ينبغي أن يكون سائداً في العقود بين أطراف العقد في الالتزامات التبادلية الناشئة عن العقد، جاء في البند العاشر من اتفاقية الإجارة المنتهية بالتسليم للبنك العربي الإسلامي الدولي⁽¹⁰⁸⁾ ما يلي: (يلتزم الفريق الأول عند نشوء حادث يؤدي إلى هلاك العين المؤجرة وحصوله على تعويض من شركة التأمين بما يلي:

1- إذا كان مبلغ التعويض الذي حصل عليه الفريق الأول يزيد عن رصيد الإجارة و/أو التكاليف الأخرى لفريق الأول رد مقدار الزيادة إلى الفريق الثاني).

2- إذا كان مبلغ التعويض الذي حصل عليه الفريق الأول ينقص عن رصيد الإجارة و/أو التكاليف الأخرى، فللفريق الأول الحق بالرجوع على الفريق الثاني بالفرق ودون انتقاص من تلك الحقوق إذا كان الهلاك ناتجاً عن تقصير أو تعد من الفريق الثاني.

ومن خلال ما سبق يظهر أن المصارف الإسلامية تحرص على تحميل المستأجر عبء ضمان هلاك العين المستأجر أو تعييبها ما استطاعت إلى ذلك سبيلاً، وقد تعتذر المصارف الإسلامية عن هذا المنحى أو التوجه بأن المصارف الإسلامية لا تشتري العقارات ونحوها كالمركبات بقصد تملكها وتأجيرها إجارة تشغيلية، وإنما تلجأ إلى شراء هذه الأعيان لغايات تمويلية، وبالتالي فإن المصارف الإسلامية لا تشتري لنفسها إنما لغيرها من عملائها.

وقد حاول بعض الباحثين أن يوجد مخارج شرعية تسوّغ تحميل المستأجر (العميل) عبء ضمان هلاك العين المستأجرة أو تعييبها، ومن هؤلاء الباحثين علي القره داغي الذي اقترح أربع طرق باعتبارها مخارج شرعية لتحميل المستأجر (عميل المصارف الإسلامية) عبء ضمان العين المستأجرة، وهذه الطرق هي:⁽¹⁰⁹⁾

1- أن يقوم المستأجر (العميل) بكتابة تعهد يتعهد فيه بتحمل ضمان هلاك العين المستأجرة أو تعييبها، بناء على أن الضمان من قبل المصرف هو حق للمستأجر العميل، ويستطيع أن يتنازل عن حقه من خلال تقديم تعهد مسبق بتحمل تبعه هلاك العين عند هلاكها، ويكون بذلك قد تنازل عن حقه طواعية وهذا له.

منه، أو سوء استعماله للعين المأجورة، منسجماً مع ما قرره الفقه الإسلامي⁽¹⁰⁶⁾ الذي يستند إلى مبدأ العدالة في العقود التي تعتبر موجهة من وجهات الأحكام الفقهية في الفقه الإسلامي بما يرتبط مع مبدأ التوازن العقدي الذي ينبغي أن يسود في العقود وأن يطبع الالتزامات التبادلية بين أطراف العقد.

غير أن بعض المصارف لا يوجد في عقودها ما يشير إلى تحميل المستأجر تبعة الهلاك أو التعيب إلا إذا كان هذا الهلاك أو التعيب ناتجاً عن تعدي المستأجر.

جاء في المادة السابعة فقرة (1) من اتفاقية التأجير التمويلي لمصرف الراجحي⁽¹⁰⁷⁾ ما نصه: "... ويضمن الطرف الثاني ما يقع على العين المؤجرة بسبب تعدي أو تقريظه...".

3- تحمل المصارف الإسلامية نفقات صيانة الأعطال التي من المفروض أن تتحملها هي باعتبارها مؤجراً على العملاء المستأجرين، ومن ذلك نفقات إصلاح الأعطال في شبكات المياه والمجاري والكهرباء وأي أعطال أخرى في العقار المشترك، مع أن هذه الشبكات تكون مشتركة وخارج الشقة غالباً، ومن المفروض أن يتحملها المصرف؛ لأن هذه الأعطال لم تنشأ عن استعمال المستأجر (العميل)، وفي ذلك مخالفة لما قرره الفقه الإسلامي في هذا المجال مما سبق إيراده في مطلب حالات ضمان العين المستأجرة في الفقه الإسلامي.

جاء في البند التاسع من اتفاقية التأجير التمويلي للبنك الإسلامي الأردني ما يلي: "... كما يلتزم الفريق الثاني بجميع النفقات والمصاريف المتعلقة بأي أعطال تطرأ على شبكة المياه والمجاري وأي أعطال أخرى".

غير أن بعض المصارف لا تحمل المستأجر أعمال الصيانة الأساسية إلا بقدر حصته من ملكية العقار، بينما تتحمل هي بقدر ملكيتها أيضاً، فقد جاء في المادة السابعة فقرة (1) من اتفاقية التأجير التمويلي لمصرف الراجحي ما نصه: "... ويتحمل كل طرف بقدر ما يملكه من العقار الصيانة الأساسية (وهي التي يتوقف عليها استمرار منفعة العين المؤجرة)".

4- تعطي المصارف الإسلامية لنفسها ميزة عند الحصول على التعويض عن الهلاك من طرف ثالث كشركات التأمين، وذلك كما يلي:

أ- إذا كانت مبالغ التعويض تزيد عن ثمن العين المؤجرة أو ما بقي من أقساطها، فإن للفريق الأول المؤجر أن يرد هذه الفروق للفريق الثاني.

والقول بأن للمصارف "الرد" يدل على أن هذا أمر اختياري وليس ملزماً للمصارف، ولدى التطبيق العملي فإن المصارف

التفريط طارئين، فكيف يجعل الطارئ أصلاً بافتراض أن الأصل في الاستعمال التعدي، ولذا يطالب المستأجر بإثبات انتقائه.

ج- إن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد؛ لأن ضمان العيوب هو على المؤجر، إلا أن يقوم الدليل على تعدي المستأجر، أو تفريطه، أو إهماله، فعند ذلك يتحمل المستأجر الضمان.

د- إن المستأجر قد يقبل هذا الشرط نظراً لاضطراره وحاجته، لكن قبوله يجب أن لا يغير في الحكم الشرعي شيئاً، وقد استقر ذلك الحكم على تحميل عبء الإثبات للمدعي وان رضي المنكر بتحملة.

4- أن يتعهد طرف ثالث بتحمل الضمان عن المالك (المصرف).

وبالرغم من أنه لا يوجد مانع شرعي من هذه الطريقة إلا أن للباحث عليها الملاحظات التالية:

أ- إن هذا الحل حل غير عملي؛ لأنه لا يمكن أن يوجد طرف ثالث يتحمل متبرعاً بتبعات ضمان العين المؤجرة في الحالات التي ينبغي على المصرف تحملها، فليس لأحد مصلحة في مثل هذا الأمر؛ لأن هذا الطرف سيتكبد تبعات مالية كثيرة خصوصاً إذا علمت أطراف العقد بوجود جهة ثالثة، ففي هذه الحالة لن يدقق المصرف كثيراً في وجود التعدي أو عدم وجوده، فليس هو الذي سيتحمل تبعات الضمان عند عدم وجود التعدي، ولن يجتهد المصرف في التحقق من ذلك أو إثباته.

ب- هل المصرف جهة فقيرة تستحق التبرع من جهة خيرية إن وجدت تتحمل عن المصرف مبالغ طائلة صدقة منها على العمل؟

ج- وحتى لو سلمنا بأن الجهة المتبرعة ستضمن عن المصرف وعن العميل أيضاً، فإن هذا الافتراض يجعل هذا الاقتراح أقل عملية أيضاً؛ لأن العملاء حين يعرفون بوجود جهة ثالثة تتحمل أعباء ضمان الأعطال أو الاتلافات الناشئة عن تعدي العملاء أو تفريطهم أو تقصيرهم، فلن يكون لديهم هذا التحرز في استعمال الأعيان المؤجرة والمحافظة عليها.

وعليه فإن الباحث لا يرى بدا من تحميل المصارف الإسلامية أعباء ضمان الأعطال أو التبعيات التي لا تكون ناشئة عن تعدي المستأجر (العميل) أو تفريطه أو تقصيره أو إهماله؛ لأن في ذلك تحقيقاً للعدالة، وانسجاماً مع الأحكام الشرعية المقررة في الفقه الإسلامي، والمرتبطة بضمان العين المؤجرة، والتي ذكرها الباحث في المبحث الثاني من دراسته هذه.

وبالرغم من الوجاهة الظاهرية لهذا التعليل ولهذه الطريقة إلا أن الباحث لا يرى شرعيتها لما يأتي:

أ- لأن هذا التعهد وإن كان منفصلاً عن العقد إلا أنه يمكن أن يُعامل معاملة الشروط الجعلية في العقد ذاته، فانفصاله عن العقد ليس سوى أمر شكلي ظاهري وإلا فحقيقته أنه شرط في العقد ملحق به وإن لم يتضمنه العقد في متنه.

وهذا الشرط يخالف القواعد المقررة في الفقه التي تتمثل في أن المالك هو الذي ينبغي أن يتحمل الضمان الناتج عن عدم تقصير المستأجر أو تعديه.

ب- لأن المستأجر الذي هو متمول في الحقيقة، يضطر في الغالب إلى قبول مثل هذا التعهد باعتباره الطرف الأضعف في مثل هذه العقود؛ لاضطراره إلى تملك المساكن مثلاً بمثل هذه الطريقة، وفي ذلك استغلال لحاجة العميل لصالح الطرف الأقوى وهو المصرف.

2- أن يتم اشتراط تحمل المستأجر (العميل) لتبعات ضمان العين المستأجرة من خلال إدراجه شرطاً في صلب العقد ومنتته.

وهذه الطريقة لا تعد مشروعة؛ لأن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد المتمثل في أن المصرف من المفترض أن يكون هو المالك للعين المؤجرة، وتبعاً لذلك فهو المطالب بتحمل تبعات ضمانها في التعيب أو الهلاك الذي لا يعد أثراً لتقصير المستأجر (العميل) أو تعديه.

3- أن يشترط المؤجر (المصرف) على المستأجر (العميل) أن يتحمل هو (المستأجر) عبء إثبات عدم التعدي والتقصير، وغالباً ما سيعجز المستأجر عن إثبات ذلك؛ لأنه في الغالب من الأمور الخفية التي لا يطلع عليها الناس، بخاصة عندما يتعلق الأمر بالعقارات المخصصة للسكنى، فما من أحد يمكنه أن يطلع على استعمال المستأجر للعين المأجور وكيف يستعملها في شقته، فإذا عجز المستأجر عن إثبات ذلك، حُمِلَ هو الضمان لعجزه عن الإثبات.

وهذه الطريقة لا تعتبر من وجهة نظر الباحث شرعية لما يلي:

أ- إن هذه الطريقة مخالفة لإجراءات التقاضي، ولما استقر فيها من تحمل المدعي عبء الإثبات، كما دل على ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم -: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"⁽¹¹⁰⁾، وفي رواية: "واليمين على المدعي عليه"⁽¹¹¹⁾ فمالك العين (المصرف) يدعي أن المستأجر تعدى في استعمال العين المأجورة، والمستأجر ينكر ذلك، فلزم أن يكون المؤجر هو المطالب بإثبات التعدي، وليس المستأجر.

ب- إن الأصل عدم التعدي أو التفريط، وأن التعدي أو

الخاتمة

لقد توصلت هذه الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات فيما يأتي أبرزها:

أ- النتائج:

- 1- إن ضمان التعييبات، أو الاتلافات، أو الأعطال للعين المؤجرة، وغير الناشئة عن تعدد من المستأجر (العميل)، أو تقصير منه، يتحملة المصرف تطبيقاً لقاعدة الغرم بالغنم.
- 2- إن ضمان الإتلاف، أو الأعطال عند قيام المستأجر (العميل) بتأجير العين المؤجرة لشخص آخر، يستقر ضمانها على المتعدي، لكن المطالبة بذلك الضمان تتوجه إلى المستأجر الأول ويرجع بها على المستأجر الثاني.
- 3- إن التوازن المشار إليه يستلزم ألا يتحمل المستأجر (العميل) أي تبعات ترتبط بضمان الأعطال أو التعييبات أو الهلاك الجزئي للعين المؤجرة إلا إذا كان متعدياً فيها أو مقصراً.
- 4- لقد راعت المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة في المؤسسات الإسلامية الأحكام المستقرة في الفقه الإسلامي في الجزء المتعلق بضمان العين المؤجرة بتوزيع أعباء الضمان على المؤجر والمستأجر مع تحقيقاً لمبدأ العدالة.
- 5- هنالك ملاحظات جديّة تتعلق بضمان العين المستأجرة في نماذج عقود اتفاقيات التمويل التأجيري في المصارف الإسلامية، وخصوصاً مصارف محل الدراسة كالبنك الإسلامي الأردني، والبنك العربي الإسلامي الدولي، فيما يتعلق بضمان العين المستأجرة والعيوب الخفية في تلك العين من قبل المورد (البائع) ظهر فيها تغول هذه المصارف على عملائها من

خلال شروط تبدو مجحفة بالمستأجر، وتبدو أشبه ما تكون بعقود الإذعان.

ب- التوصيات

لقد توصلت الدراسة إلى جملة من التوصيات فيما يلي أبرزها:

- 1- إنشاء صناديق للمخاطر يكون من أهدافها ووظائفها تغطية نفقات ضمان الأعطال والأتلاف غير الناشئة عن تعدي المستأجر (العميل) أو تقصيره، بل ويمكن التوسع فيها لتشمل ضمان الإتلافات الناشئة بسبب المستأجر إذا لم يكن متعدياً بأن كان مخطئاً، أو ناسياً، أو جاهلاً؛ وذلك لاعتبارات إنسانية، وتغليباً لما تقرضه رسالة المصارف الإسلامية المتمثلة في تجنب عملائها من الوقوع في الربا عبر التعامل مع مصارف ربوية تقليدية.
- 2- كما وتوصي الدراسة هيئات الفتوى والرقابة الشرعية لدى هذه المصارف بالتأكد من موافقة الشروط المثبتة في نماذج عقود اتفاقيات التأجير التمويلي مع أحكام الشريعة السمحة، وما استقر عليه الاجتهاد الفقهي فيما يتعلق بموضوع الدراسة.
- 3- قيام الممولين والمصرفين والإسلاميين بإيجاد الطرق والبدائل الكفيلة بتقليل المخاطر على المصارف الإسلامية دون تحميل نتائجها لعملاء تلك المصارف.
- 4- قيام المصارف الإسلامية بتعديل اتفاقيات عقود الإجارة المنتهية بالتملك فيما يتعلق بضمان العين المأجورة، لتصبح أكثر توافقاً مع أحكام الشريعة.

الهوامش

- فصل الضاد ص 161، أنيس، المعجم الوسيط، مادة ضمن، باب النون فصل الضاد ج 1، ص 544.
- (4) انظر، الرملي، نهاية المحتاج، ج 4، ص 432، الشرواني والعبادي، حواشي، ج 6، ص 612، البهوتي، كشاف القناع، ج 3، ص 462
- (5) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 7، ص 163، وانظر، المرغيناني، الهداية على شرح فتح القدير، ج 7، ص 163.
- (6) انظر، الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 4، ص 432.
- (7) ابن مفلح، الفروع، ج 4، ص 236 - 237، وانظر، المرادوي، الإنصاف، ج 5، ص 189.
- (8) الزحيلي، نظرية الضمان، ص 15.
- (9) الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج 2، ص 1032، فقرة 648.

- (1) انظر، ابن منظور، لسان العرب، مادة ضمن، باب النون فصل الضاد ج 13، ص 257، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مادة ضمن، باب النون فصل الضاد، ص 1564، الفيومي، المصباح المنير، ج 2، ص 364.
- (2) انظر، ابن منظور، لسان العرب، مادة ضمن، باب النون فصل الضاد ج 13، ص 257، أنيس، المعجم الوسيط، مادة ضمن، باب النون فصل الضاد ج 1، ص 544، الفيومي، المصباح المنير، مادة ضمن باب النون فصل الضاد، ص 364-365، الجوهرى، الصحاح، مادة ضمن باب النون، فصل الضاد.
- (3) انظر، الرازي، مختار الصحاح، مادة ضمن، باب النون

- (10) فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، ص 14.
- (11) الحموي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، ج 2، ص 211.
- (12) الغزالي، الوجيز، ج 1، ص 208.
- (13) معنى القيميات: مفرد قيمي، أي القيمة، والقيمة في اللغة تعني ثمن الشيء بالتقويم (أنظر الرازي مختار الصحاح ص 232)
- والقيمي أو القيميات اصطلاحاً، تعني ما لا يوجد له مثل في السوق، أو وجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة. كالسيارات والأجهزة الكهربائية والعقارات والبناء والتمثليات التي لا نظير لها في الأسواق والحيوانات والعروض المختلفة في الجنس، وغيرها. (انظر حيدر، دور الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج 1، ص 121، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 34، ص 138.)
- (14) معنى المثلثيات: جذرها الاشتقاقي هو مثل، ويبدل على مناظرة الشيء للشيء، يقال: هذا مثل هذا، أي نظيره. (أنظر، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج 5، ص 296.)
- و المثلثي اصطلاحاً تعني: ما يوجد مثله في السوق دون تفاوت يعتد به كالكيل والموزون والعدييات المتقاربة مثل الجوز والبيض والذرة وغيرها. (انظر، حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 1، ص 121، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 36، ص 111.)
- (15) انظر، البيان الختامي والفتاوى والتوصيات للندوة الفقهية الأولى المنعقدة في الكويت 1987م. (الكويت: بيت التمويل الكويتي، ط 1، 1990)، طبع البيان في آخر الأعمال بدون ترقيم للصفحات.
- (16) عبد العزيز، الاجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، ص 24.
- (17) شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص 322.
- (18) الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص 394.
- (19) أبو غدة، الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية، ص 74.
- (20) انظر، الكاساني، بدائع الصنائع، ج 4، ص 210، ابن نجيم، البحر الرائق، ج 8، ص 30، ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج 6، ص 64-65، الدردير، الشرح الكبير، ج 4، ص 24، ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج 5، ص 152، الشرييني، مغني المحتاج، ج 2، ص 346، 351، النووي، روضة الطالبين، ج 5، ص 226، الماوردي، الحاوي الكبير، ج 7، ص 425 - 426، الرملي، نهاية المحتاج، ج 5، ص 312.
- (21) ابن المنذر، الإجماع، ص 101.
- (22) الكاساني، بدائع الصنائع، ج 4، ص 210.
- (23) ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 130.
- (24) باز، شرح المجلة، ص 322، وانظر، حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، ص 593.
- (25) انظر، ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 132.
- (26) انظر، البركاتي، قواعد الفقه، ج 1، ص 16، الحصكفي، الدر المختار، شرح تنوير الابصار، ج 5، ص 523، الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 449.
- (27) انظر، ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج 6، ص 65، ابن نجيم، البحر الرائق، ج 8، ص 38، الدردير، الشرح الكبير، ج 4، ص 356 - 257، الدسوقي، حاشية، ج 4، ص 18، العبادي، حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي، ج 7، ص 595، 603-604، الماوردي، الحاوي الكبير، ج 7، ص 425-426، الشرييني، مغني المحتاج، ج 2، ص 351، ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 130، 133، المرادوي، الإنصاف، ج 6، ص 78، البهوتي، كشف القناع، ج 4، ص 34.
- (28) انظر، الدسوقي، حاشية، ج 4، ص 18، الدردير، شرح الكبير، ج 4، ص 18، ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 130، ابن نجيم، البحر الرائق، ج 8، ص 30.
- (29) انظر، الشرييني، مغني المحتاج، ج 2، ص 350، الشرواني، حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي، ج 7، ص 589، الشيرازي، المهذب، ج 1، ص 403.
- (30) انظر، المرادوي، الإنصاف، ج 6، ص 49، البهوتي، كشف القناع، ج 4، ص 15، ابن مفلح، الفروع، ج 4، ص 445.
- (31) انظر، الخرشي، شرح الخرشي، ج 7، ص 18، العدوي، حاشية العدوي بهامش الخرشي، ج 7، ص 18-19، القرطبي، بداية المجتهد، ج 5، ص 148، الدسوقي، حاشية، ج 4، ص 17.
- (32) انظر، الدردير، الشرح الكبير، ج 4، ص 18.
- (33) انظر، المرادوي، الإنصاف، ج 6، ص 49، ابن مفلح، المبدع، ج 4، ص 422.
- (34) انظر، الكاساني، بدائع الصنائع، ج 4، ص 206-207، ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 9، ص 83-84، البابرتي، العناية، ج 9، ص 84.
- (35) انظر، الحطاب، مواهب الجليل، ج 5، ص 417، البهوتي، كشف القناع، ج 4، ص 15.
- (36) انظر، البهوتي، الروض المربع، ص 320، ابن مفلح، المبدع، ج 4، ص 422.
- (37) انظر، ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 58.
- (38) أخرجه النسائي في سننه، كتاب البيوع، باب سلف وبيع. شرطان في بيع، ج 7، ص 295، وأبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، ج 3، ص 283، حديث رقم 3504، والدارمي في سننه، كتاب البيوع، باب في النهي عن شرطين في بيع، ج 2، ص 253، والترمذي في الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب 19، ما

- جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، ج3، ص 535-536، رقم الحديث 1234، وقال أبو عيسى: وهذا حديث حسن صحيح، وأخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، ج2، ص 17، وقال: صحيح، وذكره الألباني في إرواء الغلیل، ج5، ص 146-147، حديث رقم 1305، وقال: حسن.
- (39) انظر، ابن قدامة، المغني، ج6، ص 61، ابن مفلح، المبدع، ج4، ص 422.
- (40) انظر، المراجع السابقة، الأماكن نفسها.
- (41) انظر، ابن مفلح، المبدع، ج4، ص 422.
- (42) انظر، ابن الهمام، الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 206، البلبرتي، شرح العناية، ج9، ص 84، شرح فتح القدير، ج9، ص 84، المرغيناني، الهداية، ج9، ص 84
- (43) انظر، المراجع السابقة، الأماكن نفسها
- (44) انظر، الدسوقي، حاشية، ج4، ص 18، الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص 18، عليش، شرح منح الجليل، ج3، ص 771.
- (45) انظر، النووي، روضة الطالبين، ج5، ص 217، 224 - 225، الشيرازي، المهذب، ج1، ص 403.
- (46) انظر، ابن قدامة، المغني، ج6، ص 60، المرادوي، الإنصاف، ج6، ص 49، ابن مفلح، الفروع، ج4، ص 445.
- (47) انظر، الشرييني، مغني المحتاج، ج2، ص 350، الشرواني والعبادي، حواشي الشرواني وابن قاسم العبّادي، ج7، ص 589، الشيرازي، ج1، ص 403، النووي، روضة الطالبين، ج5، ص 224.
- (48) انظر، البهوتي، كشف القناع، ج4، ص 15، المرادوي، الإنصاف، ج6، ص 49، ابن مفلح، الفروع، ج4، ص 445.
- (49) انظر، صفحة 7 - 10.
- (50) انظر، الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، ص 170، السرخسي، المبسوط، ج 13، ص 15، ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 5، ص 111.
- (51) انظر، الشيرازي، المهذب، ج1، ص 403، ابن قدامة، المغني، ج6، ص 60، ابن قدامة عبد الرحمن، الشرح الكبير، ج6، ص 85.
- (52) انظر، ابن قدامة، المغني، ج6، ص 60، ابن قدامة عبد الرحمن، الشرح الكبير، ج6، ص 85، البهوتي، كشف القناع، ج4، ص 15.
- (53) انظر، الشيرازي، المهذب، ج1، ص 403، البهوتي، كشف القناع، ج4، ص 15، ابن قدامة، المغني، ص 6، ج 60.
- (54) انظر، الشرييني، مغني المحتاج، ج2، ص 350، الشرواني والعبادي، حواشي، ج7، ص 589.
- (55) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الإجارة باب أجر السمسة، رقم (14) ج 3، ص 52، وكتاب الشروط باب
- الشروط في الولاء رقم (13)، ج 3، ص 177، والترمذي في الجامع الصحيح كتاب الأحكام باب في الصلح بين الناس رقم (17) حديث رقم (1352) ج 3، ص 634-635، وقال: هذا حديث حسن صحيح، والبيهقي في سننه، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، ج7، ص 249، وأبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب في الصلح، المجلد الثاني، ج3، ص 304، حديث رقم 3594، والألباني في إرواء الغلیل، ج5، ص 142 - 143، حدث رقم 1303، وقال: صحيح.
- (56) الشروط الجعلية أو الوضعية: هي الشروط التي يشترطها أحد المتعاقدين أو كلاهما، ويكون للمشتراط مصلحة معتبرة في اشتراطها، كاشتراط إيصال البضاعة بعد شرائها، أو اشتراط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها، وسميت جعلية؛ لأن المتعاقد هو الذي يجعلها في العقد، وكذلك وضعية؛ لأن المتعاقد هو الذي يضعها فيه.
- (57) سورة المائدة، آية 1.
- (58) انظر الخرشي، شرح الخرشي، ج7، ص 18، الدسوقي، حاشية، ج4، ص 18، الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص 18.
- (59) انظر، ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ج 1، ص 163، قاعدة رقم (19)، الحموي، ج 2، ص 490.
- (60) انظر، البركاتي، قواعد الفقه، ج 1، ص 16، الحصكفي، الدر المختار، ج5، ص 523 حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، ج1، ص 81، الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 449-452.
- (61) انظر، المرادوي، الإنصاف، ج6، ص 49، البهوتي، كشف القناع، ج4، ص 15.
- (62) انظر، النووي، روضة الطالبين، ج5، ص 232، الشرواني، حواشي، ج 7، ص 589.
- (63) انظر، ابن نجيم، البحر الرائق، ج8، ص 12، 16.
- (64) انظر، الدسوقي، حاشية، ج4، ص 18، الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص 18، الخرشي، حاشية، ج7، ص 18.
- (65) الخرشي، شرح الخرشي، ج7، ص 18، وانظر الدردير، الشرح الكبير على الخرشي، ج 4، ص 18
- (66) انظر، القرافي، الفروق، ج3، ص 27-28، ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ج 1، ص 163، القاعدة (19)، الحموي، غمز عيون البصائر، ج2، ص 490، حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، ج1، ص 80، الندوي، القواعد الفقهية، ص 385 - 387، الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 447-448، شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 317-320.
- (67) سورة البقرة، آية 286.
- (68) انظر، الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص 210، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص 146-147، الدردير، الشرح الكبير، ج4، ص 29-30، الدسوقي، حاشية، ج4،

- الأصول، ج 2، ص 269، حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، الجزء الأول، ص 79، المادة 87.
- (77) انظر، ابن الهمام، تكملة شرح فتح القدير، ج 9، ص 84، ابن نجيم، البحر الرائق، ج 8، ص 12، الشريبي، مغني المحتاج، ج 4، ص 346-347، الشيرازي، المهذب، ج 1، ص 408 المبدع، ج 4، ص 449.
- (78) انظر، ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج 6، ص 79، الكاساني، بدائع الصنائع، ص 208 - 209، الدسوقي، حاشية، ج 4، ص 24، 54، الشريبي، مغني المحتاج، ج 4، ص 346، الرملي، نهاية المحتاج، ج 5، ص 298-299، المرادوي، الإلتصاف، ج 6، ص 67.
- (79) سبق تخريجه، انظر حاشية رقم 55.
- (80) انظر، ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج 6، ص 65، نظام، الفتاوى الهندية، ج 4، ص 443.
- (81) انظر، الدسوقي، حاشية، ج 4، ص 24 - 25، الدردير، الشرح الكبير، ج 4، ص 24 - 25.
- (82) انظر، النووي، روضة الطالبين، ج 5، ص 201، الشريبي، مغني المحتاج ج 2، ص 346.
- (83) انظر، ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 131 - 132، الشرح الكبير، ج 6، ص 145، البهوتي، كشف القناع، ج 4، ص 37.
- (84) انظر، الدسوقي، حاشية، ج 4، ص 24 - 25.
- (85) انظر، الشريبي، مغني المحتاج، ج 2، ص 346.
- (86) انظر، ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 131.
- (87) انظر، نظام، الفتاوى الهندية، ج 4، ص 442 - 443.
- (88) انظر، ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 132.
- (89) سورة الزمر، آية 7.
- (90) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب اللعان، ج 2، ص 756، رقم الحديث 2047.
- (91) انظر، حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، ج 1، ص 78، السيوطي، الأشباه والنظائر، ج 1، ص 295 - 296، الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 429 - 430، شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص 415.
- (92) أخرجه النسائي في سننه، كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان، ج 7، ص 254 - 255، وأبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في عهدة الرقيق، ج 7، ص 248، حديث رقم 3508، والترمذي في الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب 53، ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً، ج 3، ص 581 - 582، حديث رقم 1285، وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح، والحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، ج 2، ص 15، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجه، ووافقه الذهبي، وأخرجه الألباني في إرواء الغليل، ج 5، ص 158، 159، حديث رقم 1315، وقال: حسن.
- (93) انظر، ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 132.
- (94) انظر، المرجع السابق، ج 6، ص 132.
- ص 30، الشريبي، مغني المحتاج، ج 2، ص 355، 357، الشيرازي، المهذب، ج 1، ص 405، 408، ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 128.
- (69) انظر، ابن عابدين، حاشية، رد المحتار، ج 6، ص 65، القرطبي، بداية المجتهد، ج 5، ص 152، الشريبي، مغني المحتاج، ج 4، ص 353، النووي، روضة الطالبين، ج 5، ص 226، البهوتي، كشف القناع، ج 4، ص 46، ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 130.
- (70) انظر، الزيلعي، تبیین الحقائق، ج 5، ص 113، 115، نظام، الفتاوى الهندية، ج 4، ص 490-491، ابن الهمام، تكملة شرح فتح القدير، ج 9، ص 84-85، الشيرازي، المهذب، ج 1، ص 403، الدردير، الشرح الكبير، ج 4، ص 18، الدسوقي، حاشية، ج 4، ص 18، الخرخشي، ج 7، ص 36، الرملي، نهاية المحتاج، ج 5، ص 312، الشيرازي، المهذب، ج 1، ص 402-403، ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 91 - 95، البهوتي، كشف القناع، ج 4، ص 15، ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 91-93، المرادوي، الإلتصاف، ج 6، ص 50.
- (71) انظر، الكاساني، بدائع الصنائع، ج 4، ص 206-207، الخرخشي، شرح الخرخشي ج 7، ص 18، القرطبي، بداية المجتهد، ج 5، ص 152، الدسوقي، حاشية، ج 4، ص 18، الشريبي، مغني المحتاج، ج 2، ص 350 - 351، النووي، روضة الطالبين، ج 5، ص 224، الشيرازي، المهذب، ج 1، ص 403، ابن قدامة، المبدع، ج 4، ص 433 - 434، البهوتي، كشف القناع، ج 4، ص 15، ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 60.
- (72) انظر، الكاساني، بدائع الصنائع، ج 4، ص 209، القرطبي، بداية المجتهد، ج 5، ص 152، الشريبي، مغني المحتاج، ج 2، ص 351، النووي، روضة الطالبين، ج 5، ص 226، البهوتي، كشف القناع، ج 4، ص 46، ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 130، 131.
- (73) انظر، ابن نجيم، البحر الرائق، ج 8، ص 12، ابن الهمام، تكملة شرح فتح القدير، ج 9، ص 84، الخرخشي، حاشية، ج 7، ص 36، الشيرازي، المهذب، ج 1، ص 402 - 403، المرادوي، الإلتصاف، ج 6، ص 50، ابن مفلح، المبدع، ج 4، ص 432 - 433.
- (74) انظر، المبحث الثاني، المطلب الثاني من هذا البحث من ص 7-14.
- (75) انظر، ابن عابدين حاشية رد المحتار، ج 6، ص 36، الكاساني، بدائع الصنائع، ج 4، ص 208، الخرخشي، شرح الخرخشي، ج 7، ص 52، الشريبي، مغني المحتاج، ج 2، ص 351، النووي، روضة الطالبين، ج 5، ص 210، المرادوي، الإلتصاف، ج 6، ص 50، ابن مفلح، المبدع، ج 4، ص 436-437، البهوتي، كشف القناع، ج 4، ص 20 - 21.
- (76) انظر، ابن أمير الحاج، التقرير والتحرير في علم

- (95) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، باب أجر المسمرة، ج2، ص 794.
- (96) حيث اعتمد المجلس الشرعي إعادة إصدار المتطلبات الشرعية للإجارة والإجارة المنتهية بالتملك لتصبح معياراً شرعياً وذلك في اجتماعه المنعقد في المدينة المنورة بتاريخ 28 - صفر - 4 ربيع الأول 1432 هـ = 16 مايو 2002، انظر (el_wasat.com / assawy /? =33g).
- (97) هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية، البند رقم 5 / 1 / 4.
- (98) هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية، البند رقم 5 / 1 / 5.
- (99) هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية، البند رقم 5 / 1 / 6.
- (100) هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية، البند رقم 5 / 1 / 8.
- (101) هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية، البند رقم 7 / 1 / 3.
- (102) هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية، البند رقم 7 / 1 / 4.
- (103) هيئة المحاسبة، المعايير الشرعية، البند رقم 7 / 1 / 5.
- (104) اتفاقية التأجير التمويلي للبنك الإسلامي الأردني لعام 2012.
- (105) اتفاقية التأجير التمويلي للبنك العربي الإسلامي الدولي لعام 2012.
- (106) انظر، ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج 6، ص 65، الدسوقي، حاشية، ج 4، ص 24 - 25، الشرييني، معني المحتاج، ج 2، ص 351، ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 130.
- (107) اتفاقية التأجير التمويلي لمصرف الراجحي لعام 2012.
- (108) اتفاقية الإجارة المنتهية بالتملك للبنك العربي الإسلامي الدولي لعام 2012.
- (109) انظر، د. علي القره داغي، الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12 / 1 / 540 - 543.
- (110) أخرجه الدراطيني في سننه، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت، رقم 52، المجلد الثاني، ج4، ص 218، وأخرجه الألباني في إرواء الغليل، ج6، ص357، وقال: صحيح.
- (111) أخرجه الترمذي في الجامع الصحيح، كتاب الأحكام، باب 12، ما جاء في البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ج3، ص626، حديث رقم 1342. وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم.

المصادر والمراجع

- محمد احمد، ت1299هـ، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار صادر.
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، ت 1051 هـ، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، مراجعة وتحقيق وتعليق: محمد عبد الرحمن عوض، 1988م، دار الكتاب العربي، ط8.
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي ت458هـ، السنن الكبرى، دار الفكر.
- الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، 1990، دار العلم للملايين، بيروت، ط4.
- الحطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، ت954هـ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، ط2، 1978 م.
- الحموي، أحمد بن محمد الحسني، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ - 1785م.
- حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهامي الحسيني، 2003، دار الكتب العلمية، ط1، 1991م، وطبعة عالم الكتاب، ط1.
- الخرشي، أبو عبدالله محمد، ت1101هـ، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار صادر، بيروت.
- الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام، ت255هـ، سنن الدرامي، دار الفكر، بيروت، 1978م.
- الدردير، احمد بن محمد بن احمد، ت1201هـ، الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، مطبوع على هامش حاشية الدسوقي، دار

- القرآن الكريم
- الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف زهير الشاويش، 1985م، المكتبة الإسلامية، ط2.
- اتفاقية التأجير التمويلي للبنك الإسلامي الأردني لعام 2012
- اتفاقية التأجير التمويلي للبنك العربي الإسلامي الدولي لعام 2012.
- اتفاقية التأجير التمويلي لمصرف الراجحي.
- ابن أمير الحاج، محمد بن محمد، التقرير والتحرير في علم الأصول، دار الفكر بيروت - لبنان 1996.
- أنيس، إبراهيم، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله محمد، المعجم الوسيط، دار الفكر.
- البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود، ت786هـ، شرح العناية على الهداية، دار الفكر، ط2، مطبوع مع شرح فتح القدير.
- باز، سليم رستم اللبباني، 1986، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط3.
- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، ت194، صحيح البخاري، تحقيق: د. مصطفى البغا، ابن كثير، اليمامة، بيروت، ط5.
- البركاتي، محمد عميم الإحسان المجددي، 1986، قواعد الفقه، كرادشي.
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، ت1051هـ، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، 1982م. 45-عليش، أبو عبد الله

- إحياء الكتب العربية.
الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية.
الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، إخراج، دائرة المعاجم في مكتبة لبنان 1986.
ابن رشد القرطبي، محمد بن أحمد بن محمد، ت 595هـ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، 1996، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1.
الرملي، شهاب الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، الشهير بالشافعي الصغير، ت1004هـ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت - لبنان.
الزحيلي، وهبة، 1982م، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر - دمشق.
الزحيلي، وهبة، 2002، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر - دمشق، ط1.
الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد، 1989م، شرح القواعد الفقهية، قام بتنسيق ومراجعة الطبعة الأولى عبد الستار أبو غدة، دار القلم، دمشق، ط2.
الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق، ط2.
الزركشي، محمد بن بهادر، المنثور في القواعد، تحقيق، تيسير فائق أحمد محمود، 1405 هـ، الناشر وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2.
الزليعي، عثمان بن علي، ت 743هـ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2 عن الطبعة الأولى الميرية ببولاق، مصر المحمية 1313هـ.
السجستاني، سليمان بن الأشعث الأزدي، ت275هـ، سنن أبي داود، دار الفكر.
السرخسي، شمس الدين، ت 483 هـ، المبسوط، دار الفكر، 1989.
ابن سورة، محمد بن عيسى، ت279هـ، الجامع الصحيح، تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي.
السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، ت911هـ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق: محمد حسن محمد إسماعيل الشافعي، 1998م، دار الكتب العلمية، ط1.
شبير، محمد عثمان، 2007م، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، ط6.
شبير، محمد عثمان، 2006، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار النفائس - الأردن، ط1.
الشرييني، محمد بن أحمد الخطيب، القاهري، ت977هـ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر.
الشرواني، الشيخ عبد الحميد، والشيخ أحمد بن قاسم العبادي، ت 994هـ، حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1996م.
- الشيرازي، أبو اسحق إبراهيم بن علي ابن يوسف الفيروزآبادي، ت476هـ، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر.
ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المختار على الدر المختار، للحصكفي، ت 808هـ، شرح تنوير الأبصار للتمرتاشي، ت 1004 هـ، ط2، 1966، دار الفكر، 1979 م.
زيد، محمد عبد العزيز حسن، 1417 هـ - 1967م، الإجازة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، المعهد العالمي للفكر الإسلامي - القاهرة، ط1.
العدوي، علي العدوي، (ت 1189هـ)، حاشية العدوي على الخرشي، دار صادر، بيروت، مطبوع بهامش الخرشي.
العيني، محمود بن أحمد، ت855هـ، البناء في شرح الهداية، دار الفكر، ط2، 1990.
أبو غدة، عبد الستار، الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية، دلت البركة، دلة البركة - جدة، ط1.
45- الغزالي، محمد بن محمد، الوجيز، مطبعة الآداب - القاهرة، ط2، 1317هـ.
ابن فارس، أبو الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1979.
الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، ت817هـ، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط2، 1987م.
فيض الله، محمد فوزي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، ط1، 1403 هـ، 1983 م، مكتبة دار الحديث، الكويت.
الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري، ت770هـ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان.
50- ابن قدامة، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد المقدسي، ت682هـ، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الفكر، ط1، 1984م، مطبوع على المغني.
ابن قدامة، أبو محمد عبدالله بن أحمد، ت620هـ، المغني، دار الفكر، ط1، 1984م.
القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، ت684هـ، الفروق، عالم الكتب - بيروت.
القره داغي، علي محي الدين، الإجازة وتطبيقاتها المعاصرة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة، منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، ج 1.
الكويت، بيت التمويل الكويتي، 1990م، ط1.
الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، ت450هـ، الحاوي الكبير، تحقيق وتعليق الشيخ علي معوض والشيخ عادل الموجود، 1994م، دار الكتب العلمية، ط1.
المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، ت885هـ، الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي، 1986م، دار إحياء التراث العربي.
المرغيناني، برهان الدين علي بن أبي بكر، ت593هـ، الهداية شرح

- النسائي، علي أحمد، 1994م، القواعد الفقهية، دار القلم- دمشق، ط3.
- النسائي، أحمد بن شعيب بن علي، سنن النسائي، تحقيق: رائد بن صبر ابن أبي علفة، 1939م، 2010، طويق للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، وطبعة دار الفكر، بيروت، ط1.
- نظام، وجماعة من علماء الهند الأعلام، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة، المسماة بالفتاوى العالمية، دار إحياء التراث العربي، ط4، 1986م، عن الطبعة الثانية، الميرية 1310هـ.
- النووي، الأمام يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف زهير الشاويش، 1985م، المكتب الإسلامي، ط2.
- النويري، شهاب الدين احمد بن عبد الوهاب، ت 733هـ، نهاية الأرب في فنون الأدب، تحقيق مفيد قمحية وجماعة، ط 1، دار الكتب العلمية - بيروت.
- النيسابوري، مسلم بن الحجاج، ت261هـ، صحيح مسلم، دار الكتب العلمية - بيروت ط1، وطبعة دار الفكر
- النيسابوري، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، المعروف بالحاكم، ت405، المستدرک على الصحيحين في الحديث، دار الفكر- بيروت- 1978م.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الحنفي، ت681هـ، شرح فتح القدير على الهداية، دار الفكر، ط2.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفاة، مصر، ط1، 1993م.
- بداية المبتدي مع فتح القدير، دار الفكر، ط2، مطبوع مع شرح فتح القدير.
- المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.
- ابن مفلح، أبو اسحق، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، ت 884هـ، المبدع شرح المقنع، تحقيق محمد حسن إسماعيل، 1997م، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1.
- ابن مفلح، شمس الدين المقدسي، أبو عبد الله محمد، ت763هـ، الفروع، راجعه عبد الستار أحمد فراج، 1967، عالم الكتب - بيروت، ط3.
- ابن منذر، ت318هـ، الإجماع، تقديم ومراجعة الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، تحقيق ودراسة د. فؤاد عبد المنعم أحمد، ط1، 1981.
- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي، المصري، ت711هـ، لسان العرب، دار الفكر.
- المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم المبدري، ت897هـ، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، ط2، 1978م. مطبوع بهامش مواهب الجليل.
- ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، ت970هـ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، الطبعة الثانية، طبعة أخرى باكستانية، سعيد كمبني، كراتشي.
- ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، ت970هـ، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1980.

Banks in Islam and it's Application to Ensure the Rented Object

*Ismael Albarrishi **

ABSTRACT

This study aims to highlight the Provisions of the jurisprudential associated with ensuring the damages and the breakdowns that occur on the eye rented by the tenant or another, and to identify the civic responsibilities in this regard on the Constituent parties of the contract, whether in its jurisprudence, or in banking, specifically the leasing which is ending with ownership. The study aimed to indicate the extent of twin banking applications in this part with the provisions of Islamic law and with the jurisprudence established in this field through the statement of the concept of insurance and leasing ending with ownership, and to explain the provisions and doctrinal issues associated with ensuring rented in Islamic jurisprudence, and the floodlight to the terms Aljalih with regard to ensuring objects leased and include them by Islamic banking in models of contracts leasing and pre-prepared, and access to all of this leading results and recommendations of the researcher of the study, which was deposited in the conclusion.

Keywords: Islamic Banks, Ensuring, Rented.

* Faculty of Shari'a, The University of Jordan. Received on 23/11/2012 and Accepted for Publication on 29/4/2013.