عقد الصيانة في الفقه الإسلامي

دراسة فقهية مقارنة بالقانون

تأليف الشيخ

محمد يونس عمر البيرقدار

رحمه الله

بسم الله الرحمن الرحيم

وفاء وتكريما

للشيخ الفاضل، صاحب الذهن الوقاد، والذكاء الحاد، والفهم الدقيق

من أبهر شيوخه بفهمه وفقهه، وفاق أقرانه بجده وهمته

أعطاه الله فشكر، ثم ابتلاه فثبت وصبر

محمد يونس بن عمر عزالدين البيرقدار

رحمه الله تعالى وأعلى في الجنان مقامه

تتشرف **شركة شورى للاستشارات الشرعية** بتقديم هذه الرسالة العلمية المميزة (عقد الصيانة في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة بالقانون) التي نال بها الفقيد رحمه الله درجة **الماجستير بدرجة الامتياز مع مرتبة الشرف** في الفقه المقارن وأصول الفقه من كلية الدراسات العليا بجامعة الكويت عام 1423/2002، وهي رسالة علمية فريدة بين الرسائل والأبحاث التي تناولت موضوع الصيانة من حيث الشمول والتحقيق والمقارنة بين المذاهب والقانون.

وتتوجه شركة شورى بجزيل الشكر مع الدعاء **لأحد محبي الفقيد** الذي تكفل بتحمل تكاليف طباعة الرسالة على نفقته الشخصية لكنه آثر عدم ذكر اسمه.

كما تتوجه بالشكر والتقدير لفريق العمل في الشركة الذي أشرف على الطباعة والمراجعة والتصميم والإخراج في وقت قياسي **عرفانا وتقديرا لشخص الفقيد ومجهوده العلمي.**

والله ولي التوفيق،،

إهـداء

إلى والديّ ..
اللذين تعلمتُ منهما حب العلم والجدَّ في طلبه ..
ونهلت من نبعهما ما بصرني بدروب الحياة ،
وأنار أمامي معالم الطريق..

وإلى زوجتي ..
التي صبرت معي على عناء البحث العلمي ..
فكانت - بعد الله - خير معين .

إليهم جميعاً .. أهدي هذا العمل المتواضع.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيد المرسلين ، سيدنا محمد بن عبد الله ، وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجه ودعا بدعوته إلى يوم الدين .

(يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً . يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً) [1] .

أما بعد ..

فإن الله عز وجل قد اختار الشريعة الإسلامية لتكون خاتمة الشرائع السماوية ، ورضيها للناس كافة، في كل عصر ومصر، لتكون دستور حياتهم وطريق سعادتهم في الدنيا والآخرة ، ولأجل ذلك أرست الشريعة الإسلامية قواعد كلية ثابتة ، وتركت إلى جانب ذلك مجالاً واسعاً للاجتهاد في التفاصيل ، وفيما يستجد في واقع الناس مع كرِّ السنين.

ولعل جانب العقود والمعاملات يعتبر من أكثر الجوانب في حياة الناس تطوراً وتجدداً ؛ فإن الناس لا غنى لهم عن عقود ومعاملات يستحدثونها تلبية لحاجاتهم المستجدة. ولذلك وجدت في عصرنا الحاضر صور تعاقدية جديدة ، قائمة على أساس وجود أوضاع اقتصادية حديثة لم يكن لها نظير في الماضي ، من ذلك: الشركات المساهمة وعقد التأمين وعقد الصيانة وغيرها .

ولما قدّر لي أن أفكر في موضوع أبحثه لأقدم فيه أطروحتي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن وأصول الفقه ، اخترت البحث في عقد الصيانة ؛ لأقدم دراسة فقهية مقارنة بالقانون ، تكون مستوعبة لكافة مسائله، ومجلية لحقيقته وخصائصه وتكييفه ، ومقررة لمدى مشروعيته في ضوء قواعد العقود في الفقه الإسلامي ، كما تفصل القول في أركانه وشروطه وآثاره.

*** أسباب اختيار الموضوع :**

وقع اختياري على هذا الموضوع لأسباب عديدة أهمها :

١ – الأهمية الكبيرة لعقد الصيانة في العصر الحديث ؛ ذلك أن التطور الكبير الذي شهده هذا العصر في المجالات الصناعية والتكنولوجية والإنشائية والخدماتية وغيرها ، إضافة إلى تزايد اعتماد الإنسان على الآلة في مختلف جوانب حياته ، ناهيك عن الدور الهام الذي تلعبه الصيانة في النشاط التجاري والدورة الاقتصادية ، كل ذلك جعل الصيانة واحدة من أهم الأعمال الفنية ، وأدى إلى تخصص كثير من الشركات والمؤسسات في القيام بأعمالها، وأصبح الإقبال على التعاقد عليها متزايداً ؛ لتزايد الحاجة إليها .

٢ – جدّة هذا الموضوع : فعقد الصيانة من العقود التي استحدثها الناس تلبية لاحتياجاتهم المستجدة ، ومن ثم كان لابد أن ينبري الباحثون في الفقه الإسلامي لدراسته دراسة عميقة ومستوعبة لكافة مسائله، تجلي حقيقته وخصائصه وتكييفه الفقهي ، وتقرر مدى مشروعيته ، كما تفصّل القول في أركانه وشروطه وآثاره.

---

(١) سورة الأحزاب : الآيتان ٧٠ – ٧١ .

ولما لم أعثر - فيما اطلعت عليه - على مثل هذه الدراسة ، قررت - مستعيناً بالله - أن أقوم بها، فالقيام بمثل هذه الدراسة ينسجم مع حرصي العلمي الدائم على تناول الأمور الجديدة المتصلة بحياة الناس ، بعيداً عن الأمور التي أشبعت بحثاً .

والحقيقة أنني لم أعثر عندما شرعت في إعداد دراستي هذه ، إلا على عدد قليل من البحوث المختصرة حول هذا الموضوع ، أعدها علماء أجلاء كالعلامة الدكتور الصديق الضرير ، والعلامة الشيخ محمد المختار السلامي، والدكتور أحمد الحجي الكردي وغيرهم ، وهي بحوث - وإن استرشدت بما جاء فيها - إلا أنها لم تعالج جوانب الموضوع كافة ، وهذا شأن البدايات في الدراسات كلها .

٣ - قصد إظهار مزايا الفقه الإسلامي ، وقدرته على استيعاب كل ما يجد في حياة الناس من عقود ومعاملات. ولعل هذا البحث يكون إضافة جديدة نافعة في هذا المجال .

*** منهج البحث :**

التزمت في بحثي بمنهج محدد ، أوجزه في الآتي :

١ - نهجت في البحث منهج المقارنة بين المذاهب الفقهية الإسلامية الأربعة : الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ، ولم أقتصر على مذهب واحد ؛ إذ الاقتصار على مذهب واحد لا يعطي صورة كاملة عن حقيقة الفقه الإسلامي ، وحاولت جهدي ألا أدع قول واحد منهم في مسألة من مسائل البحث ، إلا إذا لم أعثر لأحد منهم على قول فيما تطرقت إليه ، وعندها أثبت ذلك في الهامش .

٢ - عند ذكر آراء المذاهب الأربعة ، فإنني أذكرها حسب وجودها التاريخي ، فأذكر الحنفية ثم المالكية ثم الشافعية ثم الحنابلة .

٣ - اعتمدت في ذكر آراء كل مذهب على كتب المذهب المعتمدة فيه ، وذلك ابتغاء الأمانة في النقل والدقة في البحث.

٤ - بعد المقارنة بين المذاهب الفقهية المختلفة ، أختار ما أراه الراجح مما يؤيده الدليل ، وتقوم على صحته الحجج والبراهين المعتبرة .

٥ - أجريت في معظم مسائل البحث مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، وخاصة القانون المدني الكويتي ، والقانون المدني المصري . أما الأول فلأنه قانون البلد الذي أعيش فيه وأقدم أطروحتي في جامعته ، وأما الثاني فلأنه الأصل لأغلب القوانين المدنية في الدول العربية .

٦ - لما كان الحكم على الشيء فرعاً عن تصوره ، لذلك بدأت ببيان حقيقة مفهوم الصيانة ومشتملاته عند أهل الاختصاص . وكذلك قدمت دراسة تحليلية لمشتملات عقود الصيانة ؛ ليكون ذلك الأساس الذي تنطلق منه الدراسة الفقهية والقانونية لهذا العقد .

٧ - إذا نقلت من المراجع نقلاً حرفياً ، أجعله بين قوسين صغيرين مضاعفين ، وأجعل له رقماً في آخر النقل، وأهمش عليه بذكر اسم المرجع والجزء والصفحة ، وإذا عبرت عما في المرجع بعبارتي الخاصة، فإني أضع رقماً على آخر ما ينتهي به المعنى ، وأهمش عليه بعبارة : " انظر " ، مع ذكر اسم المرجع وبيان الجزء والصفحة ، وفي جميع الأحوال لا أذكر اسم المؤلف إلا في المرة الأولى التي يرد فيها اسم المرجع .

٨ - لا أذكر في الهامش رقم الطبعة ولا الناشر للمرجع ، مكتفياً بما في فهرس المراجع ؛ وذلك تفادياً لتزاحم الهوامش وطولها .

٩ - عزوت الآيات إلى مواضعها ، بذكر اسم السورة ورقم الآية .

١٠ - خرّجت الأحاديث النبوية الواردة في البحث ، فإن خرجها البخاري ومسلم أو أحدهما اكتفيت به ، وإلا فأتتبع الكتب التي ورد فيها الحديث ما أمكن ، مع بيان درجة الحديث ، كما خرجت الآثار عن الصحابة في مظانها .

١١ - ترجمت للأعلام الذين وردت أسماؤهم في البحث ، وجعلت التراجم في ملحق البحث ؛ إذ لم أجعل ذلك في هوامش الصفحات منعاً لتزاحم الهوامش وإطالتها . وقد رتبت تراجم الأعلام بحسب الترتيب الهجائي للأسماء بعد حذف " أل " التعريف . هذا ولا أترجم للمشاهير كالصحابة والأئمة الأربعة؛ إذ لا حاجة لذلك .

١٢ - حاولت جاهداً استقصاء مسائل عقد الصيانة كلها ، وغضضت الطرف عن بعض ما يعرض لي من التفريعات ـ مما لا صلة له بالموضوع ـ والتي لو ذكرت لطال بها البحث طولاً يمل منه القارئ ، كما تحاشيت بسط كثير من المسائل الأصولية والفقهية واللغوية التي تعرض لي ، مقتصراً منها على ما رأيته ضرورياً لخدمة المسائل الأصلية التي أنا بصددها ، أما في غير ذلك فأكتفي بالإشارة أو الإحالة.

١٣ - ختمت البحث بخاتمة ذكرت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها .

١٤ - وضعت في نهاية البحث خمسة فهارس : فهرس للآيات القرآنية ، وآخر للأحاديث النبوية ، وثالث للآثار، ورابع للمراجع ، وخامس للموضوعات .

* **خطة البحث :**

جعلت البحث - بعد هذه المقدمة - في سبعة فصول وخاتمة .

الفصل الأول : تعريف العقد وبيان الأصل في العقود .

وفيه تمهيد ومبحثان :

المبحث الأول : تعريف العقد .

المبحث الثاني : بيان الأصل في العقود . وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : أقوال الفقهاء في المسألة .

المطلب الثاني : أدلة الفريقين .

المطلب الثالث : القول الراجح .

الفصل الثاني : مفهوم الصيانة : حقيقته ونشأته وأهميته في العصر الحديث .

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث :

المبحث الأول : المفهوم اللغوي للصيانة .

المبحث الثاني : المفهوم الفني للصيانة عند أهل الاختصاص .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الصيانة عند أهل الاختصاص .

المطلب الثاني : أنواع الصيانة .

المبحث الثالث : نشأة مفهوم الصيانة وأهميته في العصر الحديث.

الفصل الثالث : تعريف عقد الصيانة وخصائصه .

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تعريف عقد الصيانة في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : تعريف عقد الصيانة في القانون .

المبحث الثالث : خصائص عقد الصيانة . وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : عقد رضائي .

المطلب الثاني : عقد معاوضة .

المطلب الثالث : عقد زمني .

المطلب الرابع : عقد لازم .

الفصل الرابع : التكييف الفقهي والقانوني لعقد الصيانة .

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تحليل عقد الصيانة وبيان أهم مشتملاته .

المبحث الثاني : التكييف الفقهي لعقد الصيانة.وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول : تكييف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة .

المطلب الثاني : تكييف عقد الصيانة على أنه عقد إجارة مع أجير مشترك .

المطلب الثالث : تكييف عقد الصيانة على أنه عقد استصناع .

المطلب الرابع : التكييف الراجح : عقد الصيانة عقد مستقل .

المبحث الثالث : التكييف القانوني لعقد الصيانة .

الفصل الخامس : مشروعية عقد الصيانة .

وفيه تمهيد ومبحثان :

المبحث الأول : مشروعية عقد الصيانة في ضوء كونه مركباً من عقدين مختلفين . وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مذاهب الفقهاء في اجتماع عقود المعاوضة المختلفة في عقد واحد .

المطلب الثاني : دراسة لنصوص نبوية ذات صلة بالموضوع .

المبحث الثاني : مشروعية عقد الصيانة في ضوء قاعدتي منع الغرر والجهالة في العقود. وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تعريف الغرر والجهالة ، وبيان حكمهما ، وضوابط المؤثر منهما في عقود المعاوضات .

المطلب الثاني : هل الغرر والجهالة الموجودان في عقد الصيانة من النوع المؤثر في صحة العقـد ؟ .

المطلب الثالث : علاقة عقد الصيانة بعقد التأمين .

الفصل السادس : أركان عقد الصيانة وشروطه .

وفيه تمهيد وأربعة مباحث :

المبحث الأول : بيان ماهية ركن العقد وشرطه .

المبحث الثاني : صيغة العقد وشروطها .

المبحث الثالث : العاقدان وشروطهما .

المبحث الرابع : المحل وشروطه .

الفصل السابع : آثار عقد الصيانة وانتهاؤه .

وفيه تمهيد ومبحثان :

المبحث الأول : آثار عقد الصيانة . وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : التزامات الصائن .

المطلب الثاني : التزامات المصون له .

المطلب الثالث : الشرط الجزائي في عقد الصيانة .

المبحث الثاني : انتهاء عقد الصيانة .

خاتمة : وفيها أهم النتائج التي توصلت إليها .

ملحق تراجم الأعلام .

الفهارس : وهي خمسة فهارس : فهرس الآيات القرآنية ، وفهرس الأحاديث النبوية ، وفهرس الآثار ، وفهرس المراجع ، وفهرس الموضوعات .

هذه هي خطتي في البحث ، وقبلها ذكرت منهجي فيه ، ويعلم الله أني قد بذلت فيه - على مدى عامين تقريباً - طاقتي ، ساعياً وراء الحقيقة ، ومواصلاً البحث مع إمعان النظر وإعمال الفكر ، لعل الله يوفقني بفضله إلى تحقيق بعض ما أملته .

ورغم ما بذلت من جهد ، فلست أعرض لما صنعت بتزكية أو توثيق ، تأدباً بأدب السلف الصالح . فما أظن أن عملي هذا براء من كل عيب ونقص ؛ لقصر الباع وقلة البضاعة ، لهذا فإنني أعتذر عما يبدو فيه من قصور بما قاله الإمام الشافعي - بعد أن عدّل في كتابه الرسالة مراراً - : " أبى الله أن يكون كتاب صحيح غير كتابه " [١] .

*** شكر وتقدير**

لا يسعني في هذا المقام إلا أن أبادر فأسجل شكري وتقديري لفضيلة الأستاذ الدكتور محمد عبد الغفار الشريف - العميد السابق لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت - الذي أضاف يداً إلى أياديه السالفة ، فتكرم بقبول الإشراف على إعداد هذه الأطروحة ، ومنحني الكثير من وقته الثمين ، وتوجيهاته العلمية الدقيقة ، وملاحظاته القيمة العميقة ، فأسأل الله عز وجل أن يجعل ذلك في ميزان حسناته .

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى فضيلة الأستاذ الدكتور الذي قام بتحكيم هذه الأطروحة ، وكذا الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة ، فأشكرهم جميعاً على ما قدموه لي من ملاحظات علمية دقيقة .

هذا والشكر موصول إلى كل من أسدى إليّ مشورة أو رأياً ، أو قدم لي عوناً في عملي هذا .

وفي الختام ، أسأل الله عز وجل أن ينظر إلى ما بذلته من الجهد بالقبول ، وأن يذخر لي منه ذخراً أجده أمامي يوم يقوم الناس لرب العالمين .. فلعلي واجد فيه إذ ذاك ما يخفف عني بعضاً من أعباء ذنوبي، ويدخلني في عفوه وغفرانه .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

محمد يونس عمر البيرقدار

الكويت في : ١٩ ربيع الآخر ١٤٢٣ هـ .

الموافق : ٣٠ يونيو ٢٠٠٢ م

---

(١) كشف الأسرار عن أصول البزدوي ، لعبد العزيز البخاري ١ / ٤ .

ملخص أطروحة الماجستير

في برنامج الفقه المقارن وأصول الفقه

بعنوان : عقد الصيانة في الفقه الإسلامي ـ دراسة فقهية مقارنة بالقانون

إعداد الطالب : محمد يونس عمر البيرقدار

عقد الصيانة واحد من العقود الهامة التي استحدثها الناس في هذا العصر تلبية لاحتياجاتهم المستجدة، وتأتي هذه الدراسة لتجلي حقيقته وخصائصه وتكييفه وتقرر مدى مشروعيته في ضوء قواعد العقود في الفقه الإسلامي ، كما تفصل القول في أركانه وشروطه وآثاره.

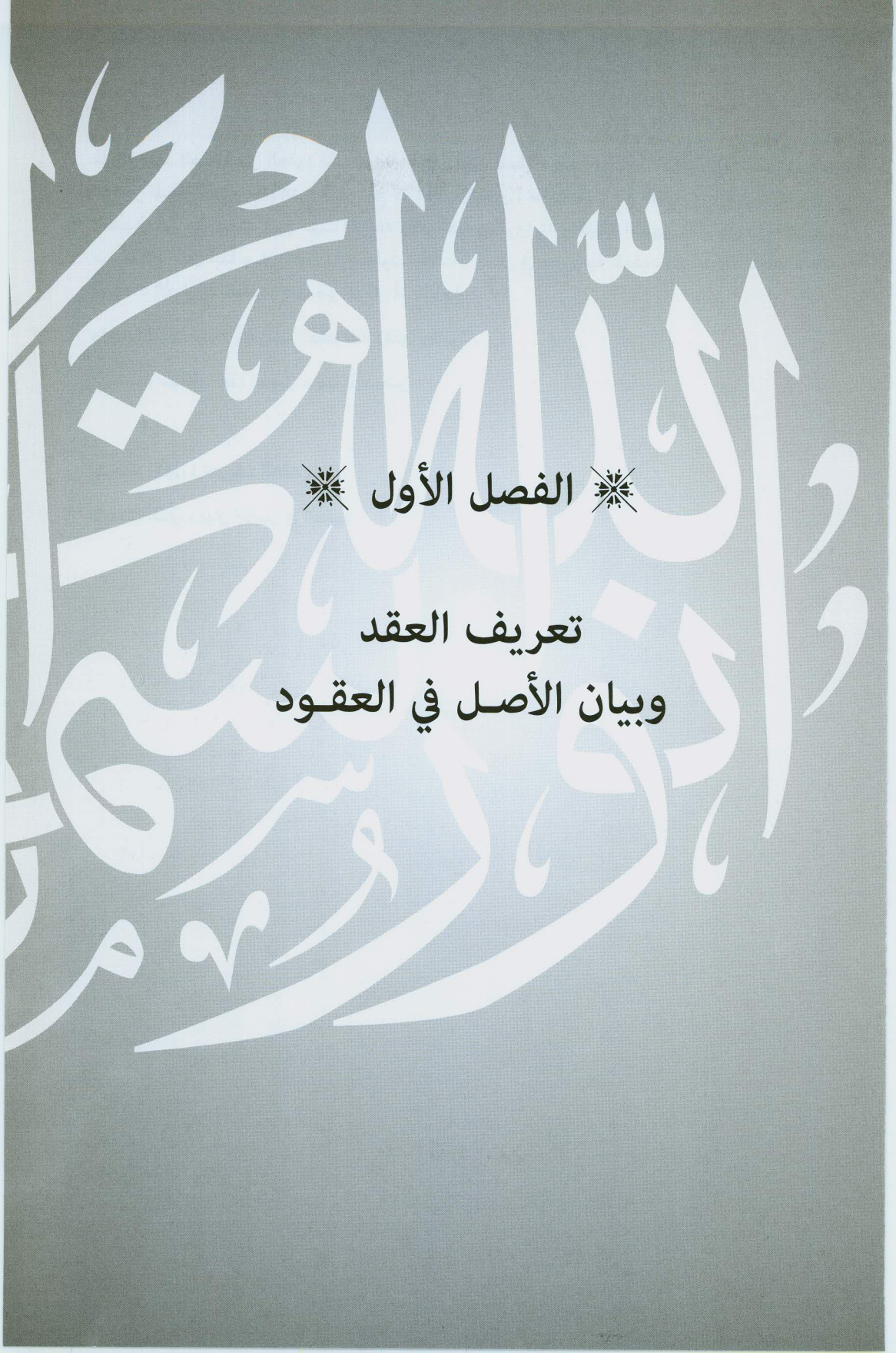
ويقوم منهج البحث في هذه الدراسة على المقارنة بين الذاهب الفقهية المختلفة من جهة ، وبين الفقه الإسلامي والقانونين المدنيين الكويتي والمصري من جهة أخرى . وقد اشتملت خطة البحث ـ بعد المقدمة ـ على سبعة فصول وخاتمة .

أما الفصل الأول فقد كان في تعريف العقد وبيان الأصل في العقود . ثم جاء الفصل الثاني لبيان حقيقة مفهوم الصيانة المعاصر وأهم مشتملاته ، وكذا أهميته في العصر الحديث . وبعده جاء الفصل الثالث لتعريف عقد الصيانة وبيان خصائصه في الفقه والقانون .

وفي الفصل الرابع تكلمت بشكل مفصل عن التكييف الفقهي والقانوني لهذا العقد ، وانتهيت فيه إلى بيان أن عقد الصيانة يكيف فقهاً على أنه عقد مستقل ومركب من عقد الإجارة مع أجير مشترك وعقد الاستصناع، أما في القانون فإنه يعتبر نوعاً من أنواع عقد المقاولة .

أما الفصل الخامس فقد بحثت فيه مشروعية هذا العقد ، وبينت أنه عقد مشروع تشمله الأدلة الآمرة بالوفاء بالعقود ؛ إذ إنه لا يصادم دليلا شرعيا معتبرا، ولا قاعدة من قواعد العقود في الفقه الإسلامي .

ثم جاء الفصل السادس لبان مفصل لأركان هذا العقد وشروطه . وتبع ذلك الفصل السابع والذي تناول آثار العقد وأسباب انتهائه . ثم ختمت الدراسة بخاتمة تضمنت أهم نتائج البحث .



الفصل الأول

تعريف العقد
وبيان الأصل في العقود

تمهيد:

لما كان عقد الصيانة من العقود المستحدثة التي لا عهد للفقهاء قديما بها ، وإنما تعامل بها الناس في عصرنا الحاضر تلبية لاحتياجاتهم التي تتطور مع كرِّ الأيام والسنين ، لذلك رأيت من الضروري - قبل أن أخوض في الحديث عن هذا العقد ، من حيث تعريفه وخصائصه ومشروعيته وتكييفه الفقهي والقانوني ، وما يتعلق به من أحكام - أن أبدأ ببيان الأصل في العقود ؛ ذلك أن النظر في مشروعية العقود المستحدثة ذو صلة وثيقة بمسألة : الأصل في العقود ، هل هو الحظر أم الإباحة ؟

وتمهيدا لذلك سأبدأ بتعريف العقد لغة وفقها وقانونا .

وعليه سيكون هذا الفصل متضمناً مبحثين :

المبحث الأول : تعريف العقد .

المبحث الثاني : بيان الأصل في العقود .

المبحث الأول

تعريـف العـقـد

العقد في اللغة :

الربط والشد والضمان والعهد . يقال : عقد الحبل ، أي ربطه . وعقد البيع ، أي ربط بين طرفيه : البائع والمشتري . والعقدة : موضـع العقد ، وهو ما عقد عليه [1] . والجمع عقود ، ومنه قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) [2] .

أما العقد في اصطلاح الفقهاء ، فله معنيان : عام وخاص .

أما المعنى العام للعقد : - وهو الأقرب إلى المعنى اللغوي -

فهو : كل التزام تعهد الإنسان بالوفاء به ، سواء التزم به منفرداً كالوقف واليمين والنذر ، أو التزم به في مقابل التزام طرف آخر ، كالبيع والإجارة [3] .

والعقد بهذا المعنى يكون مرادفاً للالتزام [4] ، ومتضمناً للتصرفات التي تتم بالإرادة المنفـردة ، أو التي يتوقف حصولـها على توافق إرادتين .

أما المعنى الخاص للعقد :

فهو : ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشـروع يثبت أثره في محله [5] . أو بعبارة أخرى : الربط الحاصل بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه يترتب عليه أثر شرعي . وبحسب هذا المعنى الخاص للعقد يعتبر الالتزام الناشيء عن إرادة منفردة تصـرفاً أو التزاماً ، ولا يعتبر عقداً .

والذي يعنينا - في هذا المقام – هو العقد بمعناه الخاص . وبناءً عليه يكون المراد بالعقد : تصرف إرادي ينشأ من توافق إرادتين ، ولابد فيه من أن يكون مشروعاً ، وأن يقصد به إحداث أثر، سواء أكان التزاماً تشغل به ذمة المتعاقدين ، أو تغييراً في محل العقد [6] .

---

(١) انظر : القاموس المحيط للفيروز أبادي ، مادة عقد 1 / 437 ، ولسان العرب لابن منظور ، مادة عقد 3 / 296.

(2) سورة المائدة : آية 1 .

(3) انظر : الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة ص 371 ، والالتزامات للعلامة أحمد إبراهيم ص 14 .

(4) الالتزام لغة : الارتباط والتعلق بشيء في غير انفكاك عنه . (انظر : لسان العرب مادة لزم 21 / 145)، وشرعاً : إيجاب الشخص على نفسه ما لم يكن واجباً عليه . وهو بهذا المعنى يكون شاملاً لسائر العقود والعهود (انظر : فتح العلي المالك للشيخ عليش 1 / 712) .

(5) انظر : فتح القدير لابن الهمام 5 / 47 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 5 ، ومجلة الأحكام العدلية مادة 301 ، 401 .

(6) انظر : نظرية الشرط في الفقه الإسلامي للدكتور حسن الشاذلي ص 34 .

وإلى مثل هذا ذهب **أهل القانون** ، حيث عرفوا العقد بأنه : " توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه" [1] . فالبيع مثلاً هو اتفاق على إنشاء التزام، والحوالة اتفاق على نقل التزام .. وهكذا .

إذن ، يتفق القانون – في نظرته للعقد – مع الفقه الإسلامي في أمور ثلاثة :

1 – اعتبار العقد تصرفاً إرادياً ، أي معبراً عن الإرادة ، ولا يتم – من حيث الجملة – إلا بها .

2 – لابد في العقد من اتفاق إرادتين ، فالإرادة الواحدة لا تكوِّن عقداً ، وذلك قولاً واحداً عند أهل القانون ، وعلى المعنى الخاص للعقد عند الفقهاء .

3 – يجب أن تتفق الإرادتان على إحداث أثر قانوني ، أي أن يتوافر القصد إلى إحداث الأثر المتعاقد عليه .

ويبقى محل الخلاف بين الفقه والقانون ، في كون العقد في الفقه الإسلامي أعم في مفهومه من العقد في القانون ، حيث إنه يشتمل على جميع أنواع العقود ، سواء أكانت معدة لإنشاء علاقة ذات طابع مالي أو اقتصادي كالمعاملات ، أم كانت منظمة لروابط الأسرة كعقد النكاح ، أم كانت صلحاً عن جناية ، مما يدخل في نطاق القانون العام عند أهل القانـون .

أما العقد في القانون ، فهو مقتصر على إنشاء علاقة ذات طابع مالي أو اقتصادي ؛ لأنه قد اشترط في الالتزام أن يكون محله ذا قيمة مالية أو اقتصادية ، والعقد هو أحد مصادر الالتزام ، فلابد من مراعاة هذا القيد [2] .

هذا ولعل الدارس يلحظ عند الموازنة بين تعريف الفقه الإسلامي للعقد ، وتعريف القانون له ، أن تعريف الفقه الإسلامي أقوى وأحكم ، وذلك أن الإرادة أمر خفي ، فلابد أن تكون هناك أمارة تدل عليه من قول أو فعل أو إشارة ، وهو ما عبر عنه الفقهاء بالإيجاب والقبول ، وخلا من ذكره تعريف أهل القانون [3] .

يقول القرافي : "وإن كان الوصف خفياً أو غير منضبط ، أقيمت مظنته مقامه . وأما الخفي الذي لا يطلع عليه، فكالرضا في انتقال الأملاك .. فإن الرضا لما كان أمراً خفياً ، جعلت الصيغ والأفعال – في بيع المعاطاة – قائمة مقامه" [4] .

وعليه يمكن القول : إن عقد الصيانة – موضوع هذه الأطروحة – لابد أن يكون تصرفاً إرادياً ، تلتقي فيه إرادتان أو أكثر على إحداث الأثر المتعاقد عليه ، فإذا لم يكن إرادياً ، أو لم يكن المراد منه إحداث الأثر المتعاقد عليه ، فإنه يخرج عن كونه عقداً ، فقهاً وقانوناً .

---

(1) الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق السنهوري 1 / 941 ، ومصادر الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص 83 .

(2) انظر : نظرية الشرط في الفقه الإسلامي ص 64 ، والوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري 1 / 941 .

(3) اقتبست بعض القوانين المدنية هذا الأمر من الشريعة ، فنصت على الإيجاب والقبول . من ذلك القانون المدني الكويتي في المادة 13، حيث عرف العقد تعريفاً مشابهاً لما عرفه به الفقه الإسلامي فقال : «ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون» .

(4) الفروق للقرافي 2 / 772 .

المبحث الثاني

بيان الأصل في العقود

لما كان عقد الصيانة من العقود التي لا عهد للفقهاء قديماً بها ، وإنما استحدثها الناس لتلبية احتياجاتهم المستجدة ، لذلك كان لزاماً أن نعرض هنا - قبل الشروع في دراسة هذا العقد - مسألة هامة ذات صلة وثيقة وأثر هام في تحديد مدى مشروعية هذا العقد ، ألا وهي مسألة : الأصل في العقود ، هل هو الحظر أم الإباحة ؟ .

ويعبر أهل القانون عن هذه المسألة بعبارة : "سلطان الإرادة في العقود" . وهي عبارة تتفق في مرادها - من بعض الوجوه - مع قول الفقهاء : " هل الأصل في العقود : الحظر أم الإباحة ؟ " ، فالمراد هو مدى قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يتراضون عليه من العقود . فهل للمتعاقدين الحرية في إنشاء ما يفتقرون إليه من العقود ، أم أن ذلك مقيد بما هو منصوص على جوازه ؟

وسنتناول - في هذا المبحث - هذه المسألة في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : أقوال الفقهاء في المسألة .

المطلب الثاني : أدلة الفريقين .

المطلب الثالث : القول الراجح .

المطلب الأول
أقوال الفقهاء في المسألة

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين مشهورين :

القول الأول :

الأصل في العقود الإباحة إلا ما حرمه الشارع .

وقد ذهب إلى هذا القول جمهور الفقهاء : الحنفية [1] والمالكية [2] والشافعية [3] والحنابلة [4]. وقد انتصر لهذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية انتصاراً كبيراً ، وله فيه بيان واضح أيده بالأدلة من الكتاب والسنة والمعقول ، ورد على من قال بخلافه [5] .

القول الثاني :

الأصل في العقود الحظر إلا ما أباحه الشارع .

وعمدة القائلين بهذا القول هم الظاهرية [6] ، وذهب إليه أيضاً الأبهري من المالكية [7] ، كما نسب الإمام ابن تيمية القول به إلى كثير من فقهاء المذاهب الأربعة ، حيث قال : " إن كثيراً من أصول أبي حنيفة تنبني عليه، وكثيراً من أصول الشافعي ، وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد " [8] .

والحقيقة أن في هذه النسبة نظراً ، فبرجوعي لكتب فقهاء المذاهب وجدت اتفاقاً واضحاً على القول بإباحة العقود إلا ما حرمه الشارع . وهذه بعض نصوصهم في ذلك :

1 - الحنفية : قال الزيلعي : " لا نسلم أن حرمة البيع أصل ، بل الأصل هو الحل ، والحرمة إذا ثبتت إنما تثبت بالدليل الموجب لها ، وهذا لأن الأموال خلقت للبذل ، فيكون باب تحصيلها مفتوحاً ، فيجوز ما لم يقم الدليل على منعه " [9] .

---

(1) انظر : الفصول في الأصول للجصاص 3 / 252 ، وتبيين الحقائق للزيلعي 4 / 78 .
(2) انظر : المقدمات والممهدات لابن رشد الجد 2 / 16 ، والموافقات للشاطبي 1 / 003 .
(3) انظر : الأم للإمام الشافعي 3 / 3 ، وشرح المنهاج للبيضاوي 2 / 157 .
(4) انظر : القواعد لابن رجب الحنبلي ص 143 .
(5) انظر : القواعد النورانية لابن تيمية ص 481 ، ومجموع الفتاوى لابن تيمية 92 / 021 .
(6) انظر : الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم 5 / 51 - 61 ، والمحلى لابن حزم 8 / 573 .
(7) انظر : إحكام الفصول في أحكام الأصول للباجي ص 906 .
(8) القواعد النورانية ص 481 ، ومجموع الفتاوى 92 / 621 - 721 .
(9) تبيين الحقائق 4 / 78 .

وقال الكاساني في باب الشركات : "إن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم إلى استنماء المال . وهذا النوع - يقصد شركة العنان - طريق صالح للاستنماء .. فكان مشروعاً" [1].

2 - المالكية : قال الشاطبي : "القاعدة المستمرة بين العلماء هي التفرقة بين العبادات والمعاملات .. فالأصل في الأولى التعبد دون الالتفات إلى المعاني ، فلا يقدم عليها المكلف إلا بإذن ... والأصل في الثانية الالتفات إلى المعاني دون التعبد ، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه" [2] .

3 - الشافعية : قال الإمام الشافعي : "إن أصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا ، إلا ما نهى عنه رسول الله ﷺ منها، وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله ﷺ محرم؛ إذ إنه داخل في المنهي عنه" [3] .

4 - الحنابلة : معظم كتب الحنابلة تشير إلى القول بأن الأصل في العقود الإباحة ، إلا ما نهى عنه الشارع . وقد صرح بذلك الإمام ابن تيمية فقال : " أصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول - يعني القول بالإباحة - ومالك قريب منه" [4] .

وعليه ، فعبارات فقهاء المذاهب الأربعة واضحة الدلالة على أن صحة العقود لا تتوقف على قيام الدليل الخاص الذي يدل على صحتها ، بل يكفي للحكم بصحتها أن تكون مشتملة على فائدة مقصودة محققة لمصالح الناس ، مع انتفاء المانع الشرعي من الصحة .

وأمام هذه النقول المعتمدة ، لا يسعنا أن نوافق شيخ الإسلام فيما نسبه لكثير من فقهاء المذاهب الأربعة من القول بأن الأصل في العقود عندهم الحظر إلا ما قام الدليل المعّين على إباحته . يؤيد هذا قول الإمام ابن القيم : "مسألة الأصل في العقود ، أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان ، خطأ ، وجمهور الفقهاء على خلاف هذا الاعتقاد ؛ إذ يرون أن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه .. وهذا القول هو الصحيح" [5] .

---

(1) بدائع الصنائع للكاساني 7 / 705 .

(2) الموافقات 1 / 003 - 503 .

(3) الأم 3 / 3 .

(4) القواعد النورانية ص 481 .

(5) إعلام الموقعين 1 / 023 - 123 .

المطلب الثاني
أدلـة الفريقيــن

استدل أصحاب كل قول على ما ذهبوا إليه بأدلة عديدة من الكتاب والسنة والمعقول . أذكر أهمها بإيجاز ؛ إذ ليس مجال البحث في ذلك .

أولاً : أدلة القائلين بأن الأصل الإباحة :

1 – عمـوم الآيات الآمـرة بالوفـاء بالعقـود والعهود ، كقوله تعالى: [يا أيها الذين آمنـوا أوفـوا بالعقـود] [1]، وقـوله تعالى : [وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً] [2] ، ونحو ذلك .

وجه الاستدلال أن الله عـز وجل أمر بالوفاء بالعقود والعهود مطلقاً ، والأمر بالوفاء يدل على الجواز ؛ لأن الله تعالى لا يأمرنا بالوفاء بما لا يجوز الإقدام عليه ، وهذا يشمل كل تعاقد خلا من المخالفات الشرعية ، فدل ذلك على أن الأصـل في العقود الإباحة لا الحظر [3] . فكلمة العقد تشمل كل ما يصدق عليه اسم عقد ، من بيع وإجارة وشركة وكفالة وغيرها [4] .

ناقش المخالفـون هذا الاستدلال ، بأن هذه الآيات ليست عامة ، بل هي خاصة ببعض العقود والعهود التي دل الدليل على إباحتها ، فلا يدخل في وجوب الوفاء ما لم يأت النص بإباحته [5] .

وقد أجاب أصحاب هذا الاستدلال ، بأن تخصيص الآيات وقصرها عما دلت عليه من الإباحة لا وجه له ؛ لأنه يتضمن إبطـال ما دلت عليه من العموم ، وذلك غير جائز إلا ببرهان من الله ورسوله [6] ، قال الجصاص : " متى اختلفنا في جواز عقد أو فساده ، صح الاحتجاج بقوله تعالى : [أوفوا بالعقود] ؛ لاقتضاء عمومه جواز جميعها" [7] .

---

(1) سورة المائدة : آية 1 .
(2) سورة الإسراء : آية 43 .
(3) انظر : تفسير المنار لمحمد رشيد رضا 6 / 001 – 101 .
(4) انظر : أحكام القرآن للجصاص 3 / 582 .
(5) انظر : المحلى لابن حزم 8 / 414 .
(6) انظر : إعلام الموقعين 1 / 523 .
(7) أحكام القرآن للجصاص 3 / 682 .

2 – قوله تعالى : [وأحل الله البيع وحرّم الربا] [1] .

وجه الدلالة أن لفظ البيع لفظ عام ؛ لأن الاسم المفرد إذا دخلت عليه الألف واللام صار من ألفاظ العموم .. والعام يحمل على عمومه إلى أن يأتي ما يخصصه ، فإن خصّ منه شيء بقي ما بعد المخصوص على عمومه أيضاً ، وعليه فيندرج تحت حلّ البيع كل بيع إلا ما خص منه بالدليل ، وقد خصّ منه بأدلة الشرع بيوع كثيرة ، فيبقى ما عداها على أصل الإباحة [2] .

ولفظ البيع يشمل التجارات بأنواعها ، التي بها تقوم مصالح الناس ، فكلها على أصل الإباحة ما خلت من الربا وأكل المال بالباطل والغرر ونحو ذلك مما حرمه الشارع .

3 – عموم الأحاديث التي تنص على أن ما سكت عنه الشارع من الأعيان والمعاملات فهو عفو ، لا يجوز الحكم بتحريمه .

من ذلك ، ما جاء في آخر حديث أبي الدرداء ﷺ ، عن رسول الله ﷺ أنه قال : " .. وما سكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من الله عافيته ، فإن الله لم يكن لينسى شيئاً" [3] .

وجه الدلالة أن الأشياء في حكم الشارع على ثلاثة أقسام : ما أحله الله فهو حلال ، وما حرمه الله فهو حرام، وما سكت عنه فلم يذكره بتحليل ولا تحريم فهو معفو عنه ، لا حرج على فاعله [4] .

4 – عموم الأحاديث التي تأمر بالوفاء بالعقود والعهود ، وتجعل الإخلال بذلك من صفات المنافقين . من ذلك حديث أبي هريرة ﷺ ، أن رسول الله ﷺ قال : "آية المنافق ثلاث ، إذا حدّث كذب ، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان" [5] .

وجه الدلالة أن النهي عن إخلاف الوعد يقتضي وجوب الوفاء به . والعقد نوع من أنواع الوعد، ومن ثم لو لم يكن الأصل في العقود التي لا تخالف الشرع هو الإباحة ، لما أمر الرسول ﷺ بالوفاء بالوعود ، ولما ذمّ نقضها ذماً مطلقاً" [6] .

5 – العقود من باب الأفعال والتصرفات العادية ، وهي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه ، والأصل فيها عدم التحريم ؛ لأن المعتبر في العاديات مصالح العباد ، والإذن دائر مع المصالح حيث دارت حتى يقوم الدليل على التحريم [7] .

---

(1) سورة البقرة : آية 572 .

(2) انظر : المقدمات والممهدات 2 / 16 – 26 .

(3) أخرجه الحاكم في المستدرك في كتاب التفسير 2 / 572 ، وقال عنه : « حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه » ، ووافقه الذهبي . وقال عنه الهيثمي في مجمع الزوائد 1 / 171 : « إسناده حسن ورجاله ثقات » .

(4) انظر : الموافقات 1 / 261 و إعلام الموقعين 1 / 123 .

(5) متفق عليه من حديث أبي هريرة ﷺ . وقد أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الإيمان ، باب علامات المنافق ، حديث رقم 33 . وأخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الإيمان ، باب بيان خصال المنافق ، حديث رقم 95 .

(6) انظر : مجموع الفتاوى 92 / 641 .

(7) انظر : الموافقات 2 / 503 – 603 ، ومجموع الفتاوى 92 / 051.

ثانياً : أدلة القائلين بأن الأصل الحظر :

1 – قوله تعالى : [اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً] [1] .

فالله تعالى أخبر الأمة بإكمال الدين ، وعليه فمن أباح العقود التي لم تجئ في الشرع ، فقد زاد في الدين ما ليس منه ، ويكون عمله منافياً لكمال الدين [2] .

ناقش المخالفون هذا الاستدلال ، بأن من كمال الشريعة أنها دلت على إباحة المعاملات التي يحتاجها الناس ، فهي قد شرعت في باب المعاملات ما يحقق مصالحهم وحاجاتهم ، وحرمت ما فيه فساد لهم . أما ما لم يرد في الشرع تحريمه أو إباحته ، فهو مسكوت عنه لا يمكن القول بمنعه [3] .

2 - قوله تعالى : [ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون] [4] .

وجه الدلالة أن الله عز وجل حرّم تعدي حدوده ، وحكم على من تعداها بأنه ظالم . ومن قال بإباحة عقود لم ينص الشارع على إباحتها ، فقد تعدى حدود الله تعالى ، فكان ظالماً ، وكان قوله حراماً [5].

ناقش المخالفون ذلك بأن " تعدي حدود الله هو تحريم ما أحله الله ، أو إباحة ما حرمه الله ، أو إسقاط ما أوجبه الله ، لا إباحة ما سكت عنه وعفا عنه ، بل تحريمه هو التعدي لحدوده" [6] .

3 – حديث عائشة رضي الله عنها ، أن رسول الله ﷺ قال : " ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق" [7] .

وجه الدلالة أن الرسول ﷺ أبطل كل شرط ليس في كتاب الله ، والعقود شروط ؛ لأن اسم الشرط يقع على العقد ، ومن ثم فكل عقد ليس في كتاب الله النص على إباحته يكون باطلاً [8] .

---

(1) سورة المائدة : آية 3 .

(2) انظر : الإحكام في أصول الأحكام 5 / 41 – 51 .

(3) انظر : إعلام الموقعين 1 / 623 .

(4) سورة البقرة : آية 922 .

(5) انظر : الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم 5 / 41 – 51 .

(6) إعلام الموقعين 1 / 623 .

(7) متفق عليه من حديث عائشة رضي الله عنها . أخرجه البخاري في صحيحه بهذا اللفظ في كتاب البيوع ، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل ، حديث رقم 0602 . وأخرجه مسلم في صحيحه في كتاب العتق ، باب إنما الولاء لمن أعتق ، حديث رقم 4051 .

(8) انظر : المحلى 8 / 573 ، والإحكام في أصول الأحكام 5 / 51 .

ناقش المخالفون هذا الاستدلال بأن المراد بقول النبي ﷺ : " ليس في كتاب الله " ، أن يكون الشرط أو العقد مخالفاً لحكم الله ، وليس المراد أن لا يذكر في كتاب الله ، أو في سنة رسوله ﷺ ، بدليل قوله ﷺ : " قضاء الله أحق وشرط الله أوثق" . وإنما يكون هذا فيما لو خالف العقد أو الشرط قضاء الله ، بأن يكون مما حرمه الله تعالى [1] .

4 - الأصل هو البراءة من جميع الالتزامات ، فلا حق لأحد العاقدين قِبَل الآخر ، إلا إذا كان مستمداً من الشرع ، فهو الملزم ، وهو الذي يثبت الحقوق التي لكل واحد من العاقدين على صاحبه . وعليه فيبقى هذا الأصل حتى يجيء الدليل المسوغ للخروج عنه .

ولا يرى ابن حزم في التزام الشخص دليلاً على الإلزام ؛ لأن التزام نتائج العقود كالتزام العبادات ، فمن التزم صلاة سادسة ، لا تجب عليه ، وكذلك من التزم بعقد أو شرط غير ما ألزم به الشارع لا يصير ملزماً به [2] .

رد المخالفون : قولكم صحيح بالنسبة للعبادات ؛ لأن الأصل فيها التوقيف ، ولكنه غير مقبول بالنسبة للعادات ، وهي ما يحتاجه الناس في دنياهم ؛ لأننا لو منعنا الناس من العقود والشروط إلا ما ورد به نص خاص ، لأوقعناهم في الحرج المرفوع شرعاً ؛ إذ قد يحتاجون إلى عقد لم يرد به نص خاص . ثم إنه ليس في التزام عقد أو شرط تغيير لما شرعه الله ، إلا إذا كان التزام ما منعه الشارع . فالعقود والشروط التي يلتزم بها المرء توجب ما كان مباحاً بدونها ، لكنها لا تحرم ما كان حلالاً ، أو تحل ما كان حراماً [3] .

---

(1) انظر : مجموع الفتاوى 92 / 061 - 161 ، وإعلام الموقعين 1 / 523 - 623 .

(2) انظر : الإحكام في أصول الأحكام 5 / 41 .

(3) انظر : القواعد النورانية ص 991 - 002 .

المطلب الثالث

القــول الراجـح

بعد استعراض أقوال العلماء وأدلتهم ، تبين لي رجحان القول الأول ، وهو ما ذهب إليه جماهير الفقهاء من القول بأن الأصل في العقود الإباحة إلا ما حرمه الشارع ، وذلك لما يلي :-

1 - قوة أدلة هذا القول ، وسلامتها من المناقشة التي تنقضها . وضعف أدلة القول الثاني ، وعدم انفكاك معظمها عن المناقشات التي تضعف الاستدلال بها .

2 - القول بأن الأصل في العقود الحظر ، يدخل الحرج على الناس ، وهذا ما ينافي قواعد الشريعة السمحاء؛ فإن الناس لا غنى لهم عن عقود يستحدثونها لتحقيق مصالحهم المستجدة ، وحصر تعاملهم في عقود مسماة معينة ، وتكليفهم طلب الدليل لكل عقد وشرط يتعاملون به مما لا دليل على منعه، يفضي لا محالة إلى تعطيل مصالحهم وإلحاق العنت بهم . قال شيخ الإسلام ابن تيمية : " والأصل في هذا أنه لا يحرم على الناس من المعاملات التي يحتاجون إليها إلا ما دل الكتاب والسنة على تحريمه" [1] .

3 - تفارق المعاملات العبادات من حيث إن العقل قاصر عن إدراك علل العبادات وحِكَمها ؛ ولذلك لـم يبح الله تعالى أن يعبد بغير ما شـرع ، ولكن العقل يدرك كثيراً من علل المعاملات ومصالحها . وعليه فالقول بإباحة العقود إلا ما حرمه الله منها ، قول متجه وموافق لهذه الحقيقة [2] .

هذا ومما تجدر الإشارة إليه ، أن هـذا القول الراجح هو ما انتهى إلى العمل به فقهاء القانون الوضعي مع نهاية القرن الثامن عشر الميلادي . فأقـر القانون حرية المتعاقدين في إبرام ما يشاؤون من العقود، واشـتراط ما يشاؤون من الشروط ، ما لم تكن ممنوعة بالقانون أو مخالفة للنظام العام أو الآداب ، وقد صاغ القانون هذا التوجه تحت عنوان " مبدأ سلطان الإرادة" .

ولكن مما يجب التنبه إليه ، أنه ثمة فارق هام بين الفقه والقانون ، من حيث إن الأحكام القانونية التي تخـرج عن دائـرة النظـام العـام أو الآداب ، أحكام مقـررة أو مفسرة لإرادة المتعاقدين ، وليست أحكاماً آمرة. ولهذا يجوز أن يتفق المتعاقدان على خلافها ، ويكون اتفاقهما مقدماً على أحكام القانون ، فيصير صحيحاً باتفاق المتعاقدين ما نص القانون على بطلانه ، في حالة عدم الاتفاق على خلافه [3] .

أما في الفقه الإسلامي ، فإن كل عقد أو شرط نص الشارع على بطلانه ، لا يمكن أن ينقلب صحيحاً باتفاق المتعاقدين ، فالشروط التي يشترطها الفقهاء لصحة العقد ، إذا تخلف شرط منها كان العقد غير صحيح، ولو رضي المتعاقدان بتخلفه .

---

(1) مجموع الفتاوى 82 / 683 .

(2) انظر : الموافقات 2 / 003 - 703 .

(3) انظر : مصادر الحق للسنهوري 1 / 77 - 18 و 141 - 941 .

الفصل الثاني

مفهوم الصيانة :
حقيقتـه ونشـأته
وأهميته في العصر الحديث

تمهيد:

لما كان الحكم على الشيء فرعاً عن تصوره ، لذلك كان لابد قبل الخوض في الحديث عن عقد الصيانة – من حيث تعريفه وخصائصه وتكييفه وأحكامه ونحو ذلك – أن نسعى لفهم حقيقة مفهوم الصيانة في اللغة وعند أهل الاختصاص ، وأن نبرز نشأة وأهمية هذا المفهوم ، ومدى ارتباطه بحياة الناس في العصر الحديث، فإنه لا يصح الإقدام على دراسة عقد الصيانة دراسة فقهية معمقة ، قبل أن نستوعب هذا المفهوم المعاصر وتكتمل صورته في الأذهان .

ولأجل ذلك ، كان هذا الفصل متضمناً لثلاثة مباحث :

المبحث الأول : المفهوم اللغوي للصيانة .

المبحث الثاني : المفهوم الفني للصيانة عند أهل الاختصاص .

المبحث الثالث : نشأة مفهوم الصيانة ، وأهميته في العصر الحديث .

المبحث الأول
المفهوم اللغوي للصيانة

الصيانة في اللغة :

مصدر الفعل صان . تقول : صان الشيء صوناً وصيانة وصياناً واصطانه [1] . والصون : الحفظ والوقاية . قال ابن فارس : " الصاد والواو والنون أصل واحد ، وهُنَّ كَنٌّ وحفظ . من ذلك : صنت الشيء أصونه صوناً وصيانة " [2] .

وفي لسان العرب : الصون : أن تقي شيئاً أو ثوباً . يقال : صنت الشيء أصونه [3] فهو مصون [4] . وصان الفرس عدوه وجريه صوناً : ذَخَر منه ذخيرة لأوان الحاجة إليه . قال لبيد :

يراوح بين صونٍ وابتذال

أي يصون جريه مرة فيُبقي منه، ويبتذله مرة فيجتهد فيه [5] . أي أن الفرس يحفظ جهده من الضياع دون جدوى.

والصيانة كما تأتي على الأشياء المادية ، تأتي أيضاً على الأشياء المعنوية . يقال : صان عرضه : وقاه مما يعيبه . وتصاون عن المعايب : وقى نفسه منها [6] .

والحرُّ يَصون عرضه كما يصون الإنسان ثوبه . قال أوس ابن حَجَر :

فإنا رأينا العِرض أحْوَجَ ساعة \ إلى الصَّون من رَيْطٍ يَمَانٍ مُسَهَّمِ [7]

وتأتي الصيانة – إضافة لمعنى الحفظ والوقاية – بمعنى القيام . فيقال : فرس صائن ، أي قائم على طرف حافره. قال النابغة الذبياني :

وما حاولتـما بقياد خيـلٍ \ يصون الوَرْدُ فيها والكُمَيْتُ [8]

وعليه ، فالصيانة في اللغة هي القيام على الشيء – مادياً كان أو معنوياً – بما فيه حفظه ووقايته من التلف. قال ابن بطَّال: " صون الشيء : حفظه وصيانته . وأصله : القيام على الشيء ومنعه من الأقذار والتلف" [9] .

---

(1) انظر : لسان العرب ، مادة صون 7 / 644 .

(2) معجم مقاييس اللغة ، مادة صون 3 / 423 ، وانظر أيضاً : القاموس المحيـط ، مادة صون 4 / 832 .

(3) ولا تقل : أَصَنْتُهُ .

(4) ولا تقل : مُصَان .

(5) انظر : لسان العرب ، مادة صون 7 / 744 .

(6) انظر : المعجم الوسيط للدكتور إبراهيم أنيس وآخرين ، مادة صان 1 / 035 .

(7) انظر : لسان العرب ، مادة صون 31 / 052 - 152 . والريط : الملاءة أو الثوب اللين الرقيق (انظر : لسان العرب ، مادة ريط 7 / 703) . واليمان : نسبة إلى بلاد اليمن (انظر: لسان العرب ، مادة يمن 31 / 264) . ومسهم : هو البرد المخطط بصور على شكل السهام (انظر : لسان العرب ، مادة سهم 21 / 803) .

(8) انظر : مجمل اللغة لابن فارس ، مادة صون 1 / 645 . والورد : الفرس الأحمر المائل إلى صفرة حسنة (انظر : لسان العرب، مادة ورد 3 / 654) . والكميت : الفرس الأحمر الذي يخالطه سواد (انظر : لسان العرب مادة كمت 2 / 18) .

(9) شرح غريب المهذب بهامش المهذب 1 / 21 .

المبحث الثاني
المفهوم الفني للصيانة عند أهل الاختصاص

نظراً لأن مفهوم الصيانة مفهوم هندسي واقتصادي بالدرجة الأولى ، لذلك رأيت أن أعقب ذكر المفهوم اللغوي للصيانة ، ببيان المفهوم الفني للصيانة عند أهل الاختصاص ؛ ليكون ذلك الأساس الذي ننطلق منه في بيان التعريف الفقهي لعقد الصيانة ، ومن ثم التكييف الفقهي له .
هذا ، ويتضح المفهوم الفني للصيانة من خلال تعريف الصيانة عند أهل الاختصاص ، وبيان الأنواع المختلفة للصيانة . ومن ثم كان هذا المبحث يتضمن مطلبين :

المطلب الأول : تعريف الصيانة عند أهل الاختصاص .

المطلب الثاني : أنواع الصيانة .

المطلب الأول

تعريف الصيانة عند أهل الاختصاص

يعرف أهل الاختصاص من المهندسين والاقتصاديين الصيانة بتعريفات متعددة ، وإن كانت جميعها تلتقي على مفهوم واضح للصيانة ، ويعود الاختلاف إلى الاختلاف في التخصصات ومجالات الأعمال [1] .

ولعل أفضل تعريف اطلعت عليه لدى أهل الاختصاص ، من حيث تحقق ضوابط التعريف فيه ، وإفصاحه عن ماهية الصيانة ، هو تعريف الصيانة بأنها : " مجموعة الفعاليات الفنية والإدارية التي تهدف إلى حفظ الجزء أو إعادته إلى حالته الطبيعية لأداء الغرض المطلوب" [2] .

والمراد بالجزء في هذا التعريف ، كل شيء حقيقي يمكن وضع ملاحظات حوله ، سواء أكان آلة أو منظومة أو غير ذلك مما يفتقر إلى الصيانة لكي يؤدي الغرض المطلوب منه [3] .

إذن ، فالصيانة عملية تهدف إلى القيام على الشيء المصون بما يكفل عدم توقفه عن أداء العمل المرسوم له ، وكذلك إعادته إلى حالته المعتادة في حال تعرضه لخلل أو عطل أثّر على أدائه . ويقوم بهذه العملية اختصاصيون مهيؤون للقيام بالأعمال الفنية للصيانة .

وبذلك فإن الصيانة أشمل من مجرد الإصلاح ، الذي يعني إعادة الشيء إلى حالته المعتادة من التشغيل ، فإن الإصلاح جزء من أعمال الصيانة ، وهو أحد أنواعها [4] .

---

(1) فمثلاً : يعرف المختصون بعمليات الإنتاج الصيانة بأنها : « التأكيد على أن المعدات والتسهيلات الإنتاجية في النظم الإنتاجية تعمل وفقاً لما هو مخطط لها « . (انظر : تخطيط ومراقبة الإنتاج للدكتورة سونيا محمد البكري ص 332) .

أما المختصون في مجال الإنشاء والبناء ، فيعرفون الصيانة بأنها : « كل الأعمال التي تصون أو تسترد أداء المبنى لوظيفته، وتشمل هذه الأعمال أساليب الحماية والتأكد من عدم الوصول إلى الحالات الحدية ، إضافة إلى الفحص والإصلاح « (انظر : تصدع المنشآت الخراسانية وطرق إصلاحها للدكتور شريف أبو المجد وآخرين ص 31) .

هذا ويلاحظ أن هذه التعاريف هي أقرب لشرح مفهوم الصيانة من أن تكون تعريفاً لها ؛ إذ لا تتحقق فيها ضوابط التعريف .

(2) دليل الصيانة في المنشآت الصناعية ، إعداد فريق خبراء من المنظمة العربية للتنمية الصناعية وغرفة تجارة وصناعة دبي ومنظمة الخليج للاستشارات الصناعية ص 31 .

(3) انظر : المرجع السابق ص 41 .

(4) انظر : معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال للمحامي نبيه غطاس ص 933 ، ومعجم المصطلحات الفقهية والقانونية ص 322 .

المطلب الثاني
أنـواع الصـيانـة

يتضمن مفهوم الصيانة في العصر الحديث أنواعاً مختلفة من الصيانة ، ولكل واحد منها مهمة مختلفة ، وبتكاملها يتحقق الهدف الكلي من الصيانة ، ألا وهو إبقاء الأعيان في الحالة التي تمكنها من الاستمرار في أداء العمل المرسوم لها .

وبمراجعة ما كتبه أهل الاختصاص [1] ، يمكن أن نميز ثلاثة أنواع مختلفة للصيانة ، هي على النحو التالي:

أولاً : الصيانة التشغيلية :

تعرف الصيانة التشغيلية بأنها : الأعمال اللازمة للتشغيل السليم للمعدات أو الآلات ونحوها . ويكون ذلك بتنفيذ تعليمات تشغيل الآلة التي يحددها المصنِّع ، فإن المصنِّع عـادة ما يرفق مع كل آلة من الآلات ، أو معدة من المعدات التي يصنعها كتيباً يحدد تعليمات التشغيل السليم ، وذلك تفادياً لتعطل الآلة بسبب سوء التشغيل . كما تشمل أعمال الصيانة التشغيلية مراجعة ومتابعة قراءة أجهزة الضبط المختلفة للآلة ، كأجهزة ضبط الحرارة والمياه والزيوت ونحوها ، وفحصها للتأكد من سلامتها طوال ساعات التشغيل ، وضبط ما يحتاج منها إلى ضبط ، هذا إضافة إلى أعمال التنظيف البسيطة ، والتي تتم غالباً بشكل شبه يومي.

وبحسب ما ذكره أهل الاختصاص [2] ، فإن أهم سمات هذا النوع من الصيانة يمكن إيجازه فيما يلي:

1 – أعمال الصيانة التشغيلية في مجملها أعمال سهلة وبسيطة ، ولا تحتاج في غالب الأحيان إلى مهارة عالية، ولذلك يقوم بها في معظم الأحيان المستخدم أو المشغل بنفسه .فإن مستخدم السيارة على سبيل المثال ، يقوم بشكل شبه يومي بملاحظة قراءات العدادات والمشيرات المختلفة ، وضبط ما يحتاج منها إلى ضبط .

2 – أعمال هذا النوع من الصيانة منضبطة ومحددة من قبل الشركة المصنعة للآلة ، والتي ترفق – في العادة – مع كل ما تصنعه ، كتيباً مختصراً يبرز ضرورة القيام بهذه الأعمال ، ويحددها بشكل لا لبس معه .

3 – يذهب كثير من المختصين إلى عدم اعتبار الصيانة التشغيلية نوعاً من أنواع الصيانة ، أو جزءاً من مفهومها، وإنما يعتبرونها من الأعمال اللازمة للتشغيل لا للصيانة . فالأعمال اللازمة لتشغيل الآلة هي الأعمال اليومية أو شبه اليومية التي لابد أن يقوم بها المستخدم أو المشغل لكي تعمل الآلة بشكل سليم. وإنني أميل إلى اعتماد هذا الرأي ؛ نظراً لأن ما اطلعت عليه من عقود الصيانة لا تدخل فيه مثل هذه الأعمال عادة ، وإنما تدخل هذه الأعمال في عقود التشغيل .

---

(1) انظر في ذلك : الصيانة للمهندس جعفر محمد سعيد ص 72 وما بعدها . ودليل الصيانة في المنشآت الصناعية ص 61 وما بعدها، والتنظيم الصناعي وإدارة الإنتاج للدكتور عادل حسن ص 022 وما بعدها ، وتخطيط ومراقبة الإنتاج ص 732 وما بعدها ، وصيانة السيارات لمحمد إبراهيم الشبيب ص 81 وما بعدها .

(2) انظر : المراجع السابقة ، والمسؤولية عن أعمال الصيانة في إجارة المعدات للدكتور حسين حامد حسان ، بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي ، ص 594 .

ثانياً : الصيانة الوقائية :

تعد الصيانة الوقائية أهم أنواع الصيانة [1] ، والركيزة الأساسية في مفهوم الصيانة الحديث ، فهي التي تميزه عن مجرد إصلاح الأعطال بعد حدوثها ، الأمر الذي عرفه الإنسان منذ قديم الزمان . ويكاد لا يخلو عقد من عقود الصيانة في عصرنا الحاضر من التزام الصائن بالقيام بأعمال الصيانة الوقائية .

وتعرف الصيانة الوقائية بأنها : الأعمال التي تنجز وفق خطة محددة في فترات زمنية معينة ، بهدف منع الأعطال قبل وقوعها ، أو منع حدوث أي قصور في أداء العين المراد صيانتها [2] .

وبحسب ما يذكره المختصون [3] ، فإن أهم سمات هذا النوع من الصيانة يمكن إيجازه فيما يلي :

1 - يتم إجراء الصيانة الوقائية حتى ولو كان المصون - آلة أو معدة أو نحوهما - مستمراً في أداء العمل المرسوم له ، وذلك تفادياً لحصول التوقف أو الانخفاض في مستوى الأداء ، وبناء على قاعدة أن الوقاية خير من العلاج . فيجب على سبيل المثال إجراء تجديد شامل لمحركات الطائرة كل عدد معين من ساعات التشغيل ، حتى ولو كانت الطائرة تطير بكفاءة عالية .

2 - يتم إجراء هذا النوع من الصيانة بشكل دوري ، ولذلك يسميها البعض الصيانة الدورية ، حيث تنفذ أعمالها كل مدة محددة من الزمان ، أو بعد قطع مسافات أو ساعات تشغيلية محددة . ويتم ذلك بناءً على تعليمات الشركة المصنعة للعين المراد صيانتها . وغالباً ما تكون هذه التعليمات مثبتة في الوثائق الخاصة بصيانة الأعيان المختلفة .

3 - أعمال الصيانة الوقائية أعمال محددة سلفاً ، وتشمل الفحص الدوري والمعايرة والتصليح والتبديل للقطع التي تحتاج إلى ذلك ، بناءً على العمر الافتراضي المحدد لكل قطعة . ويتم تنفيذ هذه الأعمال وفق جداول منتظمة ، يوضح فيها نوع كل آلة ، والأجزاء التي يتم الكشف عليها واختبارها دورياً ، والقطع التي لابد من تبديلها في أوقات محددة .

وعليه فإنه يمكن القول : إن مشتملات هذا النوع من الصيانة ومواعيد تنفيذها منضبطة تماماً بحسب الأصول الفنية المعمول بها ، فهي على الدوام صيانة مخطط لها ، كما يقول أهل الاختصاص، حيث لا يغيب ذلك عن الصائن ولا عن المستخدم أو المشغل للعين المراد صيانتها .

4 - يحتاج تنفيذ أعمال الصيانة الوقائية غالباً إلى كادر فني متخصص ، وإلى توفير قطع الغيار وأجهزة الفحص، وهذا ما يجعل المستخدم للآلة أو المعدة أو نحوهما يتعاقد مع الصائن المتخصص للقيام بذلك، أو يعود على الصانع أو وكيله للقيام بذلك .

---

(1) يفضل البعض تسميتها بالصيانة الدورية ؛ نظراً لأن الصيانة التشغيلية هي أيضاً أعمال وقائية . ولكنني آثرت تسميتها بالوقائية - وهي التي يستخدمها غالب أهل الاختصاص - وذلك لبيان الهدف المقصود منها ؛ ولأن أعمال الصيانة التشغيلية لا تدخل حقيقة ضمن أعمال الصيانة ، وإنما تدخل ضمن الأعمال اللازمة للتشغيل.

(2) انظر : دليل الصيانة في المنشآت الصناعية ص 71 ، وتخطيط ومراقبة الإنتاج ص 732 .

(3) انظر : المراجع السابقة ، والتنظيم الصناعي وإدارة الإنتاج ص 022 - 922 ، والصيانة ص 13 - 26 ، والوثوقية وكشف الأعطال للدكتور إلياس فرج الله طوشان ص 862 - 962 ، وصيانة السيارات ص 81 .

ثالثاً : الصيانة الإصلاحية :

وتسمى أيضاً الصيانة العلاجية أو التصحيحية ، أو الصيانة عند حدوث الأعطال . والمراد بها : أعمال الصيانة التي تحدث نتيجة لوقوع خلل أو عطل معين يمنع العين عن أداء العمل المرسوم لها كلياً أو جزئياً [1] . وعليه فإن مضمون هذا النوع من الصيانة هو إصلاح الخلل بعد وقوعه ، لأجل إعادة العين المصونة إلى الحالة التي تؤدي فيها العمل كما هو متوقع منها . فإنه حتى ولو أديت الصيانة الوقائية بشكل فعّال ، فإن احتمالية حصول الأعطال تبقى قائمة ، وإن كانت ستنخفض إلى حد كبير .

وبحسب رأي أهل الاختصاص [2] ، فإن أهم سمات هذا النوع من الصيانة يمكن إيجازه فيما يلي :

1 - لا يمكن الاعتماد على الصيانة الإصلاحية وحدها لضمان استمرار العين في العمل بالشكل المرسوم لها ، بل لابد أن تكون متلازمة مع الصيانة الوقائية ؛ لأن الاعتماد عليها وحدها سيعرض العين للتوقف فجأة، ويزيد من تكاليف الإصلاح الكلية . ولذلك فإن الغالب الأعم من عقود الصيانة تنص على تلازم النوعين من الصيانة : الوقائي والإصلاحي . كما أن التعاقد على الصيانة الإصلاحية فقط ، يخرج العقد عن أن يكون عقد صيانة ، حيث يكون عند ذلك عقد إصلاح فقط .

2 - يحتاج تنفيذ أعمال الصيانة الإصلاحية إلى خبرة فنية عالية - في العادة - وتكاليفها مرتفعة نسبياً إذا ما قورنت بالصيانة الوقائية ، حيث إنها تشتمل في العادة على إصلاحات وتجديدات كبيرة نسبياً ، وكذلك استبدال قطع غيار مكلفة .

3 - أعمال الصيانة الإصلاحية تنقسم إلى قسمين :

الأول : أعمال صيانة مخطط لها ، أي أنها - وإن كانت تبدو فجائية - إلا أنها في الحقيقة منتظمة، وتم الاستعداد لها بناءً على دراسات مسبقة ورقابة محكمة مبنية على العمر الافتراضي المحدد لكل آلة بحسب تقديرات المصنِّع لها . ولذلك فإن الاستعداد لها يشمل توفير قطع الغيار اللازمة بنسب محددة بموجب الخبرة .

الثاني : أعمال صيانة غير مخطط لها ، وتسمى الصيانة الطارئة . وتشمل الأعمال التي يطلب تنفيذها دون أي تخطيط مسبق لها ، أي دون أن يكون لدى الصائن تقديرات عملية لها بحسب خبرته في هذا المجال . وغالباً ما يكون السبب في أعمال الصيانة غير المخطط لها هو سوء الاستخدام أو حصول الحوادث العارضة غير المتوقعة .

هذا ، وقد أثبتت بعض الدراسات أن ما بين 60 - 80 % على الأقل من أعمال الصيانة الإصلاحية يكون مخططاً لها من قبل الصائن [3] .

---

(1) انظر : الصيانة ص 36 . ودليل الصيانة في المنشآت الصناعية ص 91 .

(2) انظر : المراجع السابقة ، وتخطيط ومراقبة الإنتاج ص 732 - 042 ، وصيانة السيارات ص 81 ، والتنظيم الصناعي وإدارة الإنتاج ص 032 - 332 .

(3) انظر : تخطيط ومراقبة الإنتاج ص 042 ، ودليل الصيانة في المنشآت الصناعية ص 42 .

ومن الجدير بالذكر هنا ، أن عقود الصيانة المتعامل بها اليوم ، تستثني على الدوام أعمال الصيانة الإصلاحية غير المخطط لها ، فلا يلتزم الصائن بتحملها ، كما أنها تنص في الغالب الأعم من العقود على التزام الصائن بأعمال الصيانة الإصلاحية المخطط لها . وسيأتي بيان ذلك عند دراسة وتحليل نماذج من عقود الصيانة التي يتعامل بها الناس في عصرنا الحاضر [1] .

هذا ، ويتحدث بعض أهل الاختصاص عن نوع رابع من أنواع الصيانة ، ألا وهو الصيانة التحسينية. وتعرف بأنها: الأعمال اللازمة لتطوير أو تغيير النظرية التي تم على أساسها التصنيع أو الإنشاء ، بسبب تكرار الأعطال [2] .

ولكنني أؤيد من ذهب إلى عدم اعتبار ذلك نوعاً من أنـواع الصيانة ، وإنما هو من قبيل التطوير والتحسين الذي تقوم به الشركات المصنعة لمنتجاتها بشكل دائم ومستمر . ولذلك فإن الصائن عادة لا يلتزم بمثل هذه الأعمال .

(1) انظر : المبحث الأول من الفصل الرابع من هذه الأطروحة .

(2) انظر : دليل الصيانة في المنشآت الصناعية ص 51 .

المبحث الثالث

نشأة مفهوم الصيانة وأهميته في العصر الحديث

يمكن القول إن أعمال الصيانة الإصلاحية ، أي إصلاح الأعطال بعد حدوثها ، نشأت كنتيجة طبيعية ومرادفة للأعمال الصناعية والإنشائية التي مارسها الإنسان عبر التطور الطبيعي للنمو الحضاري . وقد كانت أعمال الصيانة الإصلاحية في المجالات المختلفة تتم بطريقة تلقائية ، يقوم بها صانع الآلة نفسه عند حدوث عطل فيها . فقد كان الحداد مثلاً الذي يقوم بصنع معول أو فأس أو منشار ، هو نفسه الذي يقوم بإصلاحه في حالة عدم صلاحيته للاستعمال بتآكل أطرافه الحادة أو المسننة [1] .

وعلى الرغم من أن الانتقال عبر البحار كان معروفاً منذ القرون الأولى ، إلا أن أحداً لم يتكلم عن صيانة السفينة - بالمفهوم الشامل للصيانة الذي ذكرناه آنفاً - وإنما كان الأمر يقتصر على إصلاح ما قد يصيبها من أعطال .

ولعل أول ظهور لمفهوم الصيانة الحديث ، الشامل لأنواعها المختلفة ، بدأ بعد الثورة الصناعية في أوروبا مطلع القرن الثامن عشر الميلادي ، حيث برزت الحاجة للصيانة المبرمجة للآلات الصناعية ، نتيجة للتطور الصناعي الذي طال مجالات عديدة ، وظهرت معه منشآت ومصانع وآلات ومعدات يحتاج تصنيعها وإنشاؤها إلى مهارات فنية عالية ، ومن ثم فإن صيانتها تحتاج إلى ذات المستوى من المهارات .. وشيئاً فشيئاً ظهرت الحاجة إلى برمجة أعمال الصيانة وإخضاعها للنظم الإدارية التي بدأت تظهر في إطار الإدارة الصناعية والهندسية [2] .

وعلى صعيد المنشآت والمباني ، ساد الاعتقاد لعدة قرون أنها لا تحتاج إلى صيانة ، وأن العمر الافتراضي لها ثابت لا تلعب الصيانة دوراً في تحديده ، ولكن هذا الاعتقاد تغير تغيراً كبيراً مطلع القرن العشرين ، حيث تدهورت كثير من الجسور في أمريكا الشمالية ، بسبب الصدأ الشديد الذي أصابها جراء استخدام أملاح إذابة الجليد ، وقد تكلف إصلاحها مئات الملايين من الدولارات ، وظهرت على إثر ذلك الدعوة إلى تأسيس برامج قومية لرصد المباني والمنشآت العامة وتحديد حاجتها للصيانة ، والعمل على تطوير أساليب الصيانة الوقائية بالشكل الذي يحول دون تكرار التدهور أو الانهيار للمباني والمنشآت [3] .

ثم إن التطور الكبير الذي شهده العصر الحديث في المجالات المختلفة : الصناعية ، والتكنولوجية، والإنشائية، والخدماتية وغيرها ، إضافة إلى الاهتمام المتزايد بالمحافظة على الثروات الطبيعية وصيانتها ، وتزايد اعتماد الإنسان على الآلة في مختلف جوانب حياته ، كل ذلك جعل لمفهوم الصيانة في العصر الحديث أهمية كبيرة جداً . وإذا ما رحنا نستعرض أهمية مفهوم الصيانة في العصر الحديث ، في جوانب الحياة المختلفة ، ربما احتجنا إلى عشرات الصفحات ، ولذلك سأكتفي بعرض موجز لأهم هذه الجوانب ، لما لهذا الأمر من صلة وثيقة ببيان مدى الحاجة إلى هذا النوع من العقود في عصرنا الحاضر .

---

(1) انظر : الصيانة ص 31 .

(2) انظر : المرجع السابق ص 41 .

(3) انظر : تصدع المنشآت الخرسانية وطرق إصلاحها ص 374 .

أولاً : المحافظة على كفاءة الإنتاج :

لقد أدى التقدم الصناعي والتكنولوجي الذي وصل في عصرنا الحاضر إلى آفاق مذهلة ، إلى انتشار الآلات والمعدات انتشاراً كبيراً في ميدان الصناعة والإنتاج ، حتى أضحى عصرنا هو عصر الآلة بفنها ودقتها، فالآلة اليوم أهم أدوات الإنتاج ، والإنتاج هو قوام حياة الأمم والشعوب . ولن تنجح الآلة في أداء العمل المخطط لها إلا إذا كانت ذات كفاءة عالية ، وهذا يستدعي دوام المحافظة عليها بتعاهدها بالصيانة .

إن الصيانة هي المسؤولة - من الناحية الفنية - عن الاحتفاظ بتشغيل نظام الإنتاج بأعلى كفاءة ممكنة ، وبأقل قدر من التوقف ، مما يمكّن من الوفاء بخطط وبرامج الإنتاج التي ترتبط بها المصانع والمؤسسات التجارية ، ومن ثم الوفاء بالالتزامات في مواعيدها المحددة [1] .

ثم إن عدم القيام بالصيانة اللازمة لخطوط الإنتاج قد يؤدي إلى تأثير سلبي على جودة السلع المنتجة ، حيث يؤدي ذلك إلى انخفاض مستوى الجودة ، ويزداد معه الإنتاج التالف [2] .

ثانياً : المنافسة وخفض تكاليف الإنتاج :

إن الثورة الاقتصادية التي نعيشها في عصرنا الحاضر ، دخلت بالعالم في منافسة تجارية قوية جداً ، فرضت - على المنتجين أن يحسبوا كل تكاليف الإنتاج بشكل دقيق جداً ، وأن يعملوا على تقليصها إلى أدنى مستوى ممكن . وارتبط بذلك أن الآلات والمعدات التي تقوم بالإنتاج يوزع ثمنها على المنتجات ، فإذا تعطلت هذه الآلات ، أو لم تتحقق في الواقع العملي طاقتها الإنتاجية ، انعكس ذلك ارتفاعاً في ثمن المنتجات ، ومن ثم انحسرت القدرة على المنافسة في السوق [3] .

كما أن المحافظة على تكاليف الإنتاج في أدنى حد ممكن ، يستلزم الحرص على عدم تعطل العمليات التشغيلية المترابطة ، فإن إعادة تشغيل خطوط الإنتاج بعد توقفها بسبب عطل ما ، يستلزم عادة تكاليف مادية ليست قليلة ، فإذا ما تكرر الأمر انعكس ذلك ارتفاعاً في تكاليف الإنتاج ، مما ستضعف معه القدرة التنافسية للمنتجات [4] .

ثالثاً : المحافظة على الاستثمارات :

إن الاستثمارات العالية في المشاريع الصناعية والتجارية الحديثة ، تجعل لكل ساعة من التشغيل أهمية كبيرة، وتأثيرا مباشرا على عوائد الاستثمارات ، ومن ثم كان لابد من ضمان أعلى مستويات الأداء ، بما يكفل تحقيق أعلى عائد ممكن من الأرباح .

---

(1) انظر : تخطيط ومراقبة الإنتاج ص 142 .

(2) انظر : دليل الصيانة في المنشآت الصناعية ص 85 ، وتخطيط ومراقبة الإنتاج ص 642 .

(3) انظر : عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للشيخ محمد المختار السلامي ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة ص 3 ، وفقه اقتصاد السوق ليوسف كمال ص 33.

(4) انظر : تخطيط ومراقبة الإنتاج ص 342 ، و دليل الصيانة في المنشآت الصناعية ص 85 .

ولا شك أن إهمال فعاليات الصيانة سيؤدي على المدى القصير إلى انخفاض مستوى الأداء ونوعيته، وسيؤدي على المدى البعيد إلى تقليص العمر الإنتاجي الطبيعي للآلات والمعدات ، وهو ما ينعكس سلباً على عوائد الاستثمارات [1] ، فإن توقف الطائرة مثلاً عن العمل بسبب عدم القيام بإجراء الصيانة اللازمة لها حسب البرنامج المخطط لذلك ، سيؤدي حتماً إلى فقدان إيرادات كبيرة كان من المفترض تحقيقها لو أن الطائرة استمرت في التشغيل كما هو مخطط لها . بل إنه حتى على صعيد الأجهزة والآلات التي يستخدمها الناس في منازلهم ومقار أعمالهم ، والتي استثمروا فيها جزءاً من أموالهم ، فإن التفريط في صيانتها سيفقدهم - بلا شك - جزءاً مهماً من عائد الاستثمار ؛ إذ ربما توقفت عن العمل في منتصف العمر الافتراضي لها [2] .

رابعاً : المحافظة على السلامة وتفادي المشاكل الحقوقية :

إن أهمية الصيانة تعظم عندما ندرك جانباً آخر من الآثار التي قد تنشأ بسبب إهمال القيام بصيانة الآلات والمنشآت على الوجه المطلوب ، ألا وهو فقدان السلامة للعاملين والمستخدمين ، وما يتبع ذلك عادة من مشاكل حقوقية . فإن أي فشل يحدث في إحدى معدات الطائرة أثناء عملها قد ينجم عنه كارثة ، الله وحده يعلم حدودها ، ولذلك فإن الطائرات التي تهبط في مطار ما ، لا يسمح لها بالإقلاع إلا بعد قيام فريق الصيانة بالتفتيش على أجهزتها والتأكد من سلامتها .

كما أن فشل أجهزة الإنعاش في غرف العناية الفائقة في أداء دورها على الوجه الأمثل قد يترتب عليه إزهاق أنفس . وعادة ما ينشأ عن ذلك دعاوى قضائية ومشاكل حقوقية تدور في فلك المحاكم سنوات عديدة ، ناهيك عن الآثار الاجتماعية التي تنشأ عن ذلك [3] .

ولنتصور أيضاً ماذا سيحدث من نتائج ، لو أن أحد الأبنية سقط لتوهنه وعدم قيام مالكه بصيانته، فأدى إلى إزهاق أنفس ، وإتلاف ممتلكات ، كم من القضايا ستشهدها المحاكم جراء ذلك ؟ ، وما هو حجم الآثار الاجتماعية التي ستتولد عنه ؟ .

هذا وقد ثبت أن معظم انهيارات المباني تعود لعدم القيام بالصيانة الدورية اللازمة لها ، وقد وصلت الانهيارات في بعض البلدان إلى حد الكارثة [4] .

خامساً : صيانة الموارد الطبيعية :

إن أهمية الصيانة في العصر الحديث لا تتوقف عند الآلات والمعدات والمباني والمنشآت ، بل إن العلم الحديث قد كشف عن الأهمية الكبيرة لصيانة الموارد الطبيعية ، بما يكفل استمرارها في الإمداد بحاجات الناس ، فتجرى لهذه الموارد الصيانة الوقائية تجنباً لوصولها لحالة من التدهور تنذر بتبدد الثروات الطبيعية .

---

(1) انظر : دليل الصيانة في المنشآت الصناعية ص 9 ، وتخطيط ومراقبة الإنتاج ص 142 .

(2) انظر : الأجهزة الكهربائية : مبدأ العمل والأنواع وطرق الصيانة ص 9 .

(3) انظر : دليل الصيانة في المنشآت الصناعية ص 361 ، و تخطيط ومراقبة الإنتاج ص 442 .

(4) انظر : تصدع المنشآت الخرسانية وطرق إصلاحها ص 724 .

فعلى سبيل المثال ، ثبت علمياً أن كثيراً من المراعي قد دمر تماماً بسبب الرعي الجائر ، الذي يحدث عندما ترعى حيوانات كثيرة جداً في المرعى بما يتعدى قدرة المرعى على الحمل . ولذلك بدأ المهتمون بصيانة المراعي بالإجراءات الوقائية لحمايتها ، والتي من أهمها عدم السماح بالرعي الجائر ، وتحديد قدرة كل مرعى على الحمل [1] .

من أجل ذلك انتشر في كثير من بلاد العالم التعاقد على صيانة الأراضي الزراعية والمراعي ، ورصدت لذلك ميزانيات كبيرة ، وأسندت الأعمال إلى المختصين ضمن مشاريع كبرى تشتمل على كافة ما يشتمل عليه مفهوم الصيانة من أعمال وقائية وإصلاحية [2] .

إن كل هذه الجوانب لأهمية الصيانة في العصر الحديث ، جعلت من الصيانة واحدة من أهم الأعمال الفنية في العصر الحديث ، وأدى ذلك إلى تخصص كثير من الشركات والمؤسسات في القيام بأعمالها ، وأصبح الإقبال على التعاقد عليها متزايداً نظراً لتزايد الحاجة إليها .

والحقيقة أن أهمية الصيانة ترتبط بضرورة حفظ المال ، التي هي إحدى الكليات الخمس . وهي بذلك تعتبر داخلة تحت المقاصد الضرورية كما يدل عليه كلام الشاطبي : "إن الحفظ للمقاصد الضرورية يكون بأمرين: أحدهما : ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود . والثاني : ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم" [3] .

وكمثال على ذلك فإن من أهم أسباب انهيارات المباني - كما يؤكد الخبراء - عدم القيام بالصيانة الدورية الوقائية لها [4] . ومن ثم فإن التفريط في الصيانة يعد - بلا شك - سبباً في إضاعة المال ، المحرم شرعاً .

ثم إن الظروف الاقتصادية المعاصرة ، أوجدت عمقاً آخر لأهمية الصيانة ، فالسيارة التي كان ثمنها ثلاثة آلاف دينار أصبح الآن عشرة آلاف أو ربما أكثر ، والطائرة التي كانت تشترى بعشرات الملايين أصبحت الآن بمئات الملايين . وهكذا أدى التضخم البغيض إلى أن كل من لديه آلة من الآلات يحرص أشد الحرص على صيانتها ، فهي لم تكلفه من قبل إلا ربع الثمن الحالي أو أقل ، فيكون من السفه وإضاعة المال عدم المحافظة عليها ، حتى لا يتكلف شراء آلة بديلة بثمن باهظ [5] .

ثم إن احترام حق الملكية الخاصة الذي أقرته الشريعة الإسلامية ، يدفع الإنسان للمحافظة على ثرواته ، فأرضه لا يغفل عنها حتى لا تبور ، وآلته لا يكل عن صيانتها حتى لا تتلف ، ومبانيه لا يهملها حتى لا تتهدم. وهذا بلا شك يؤدي إلى المحافظة على الثروة العامة وينميها [6] .

---

(1) انظر : الموسوعة العربية العالمية ص 822 - 832 .

(2) بدأت مشاريع صيانة الموارد الطبيعية في الثلاثينيات من القرن العشرين في الولايات المتحدة الأمريكية ، حيث أنشئت هيئة وادي تينسي لحماية وصيانة الأراضي والمراعي في منطقة تينسي . وقامت بإجراءات وقائية عديدة منها الكشف على الأراضي والأحراج، وإقامة السدود للتحكم في الفيضانات ، والعمل على صيانة التربة التي خربتها طرق الزراعة الرديئة . انظر : الموسوعة العربية العالمية ص 932 .

(3) الموافقات 3 / 8 - 9 .

(4) انظر : تصدع المنشآت الخرسانية وطرق إصلاحها ص 84 .

(5) انظر : تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة للدكتور يوسف قاسم ، بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ص 533 .

(6) فقه اقتصاد السوق ص 13 .

الفصل الثالث

تعريف عقد الصيانة وخصائصه

تمهيد :

بعد أن انتهينا في الفصل السابق من بيانٍ مفصلٍ لمفهوم الصيانة المعاصر ، وبيان أنواع الصيانة المختلفة ، إضافة إلى مدى الأهمية التي يمثلها هذا المفهوم في عصرنا الحاضر ، والتي دعت الناس إلى التعاقد على الصيانة في مختلف المجالات العملية ، حتى أصبحت عقود الصيانة واحدة من العقود التي لا غنى للناس عنها في عالم اليوم .

بعد بيان ذلك ، نأتي الآن لبيان تعريف عقد الصيانة في الفقه الإسلامي والقانون المدني . ولا يخفى أن المراد بتعريفه في الفقه الإسلامي ، هو تعريفه عند الفقهاء المعاصرين ، نظراً لكونه عقداً حادثاً لا عهد للفقهاء قديماً به .

هذا ، وسنتبع التعريف ببيان الخصائص التي يتسم بها هذا العقد .

وعليه ، فإن هذا الفصل يتضمن ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تعريف عقد الصيانة في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : تعريف عقد الصيانة في القانون .

المبحث الثالث : خصائص عقد الصيانة .

المبحث الأول
تعريف عقد الصيانة في الفقه الإسلامي

نظراً لأن مفهوم الصيانة من المفاهيم التي استحدثها الناس في هذا العصر ، وتعاقدوا عليها تلبية لاحتياجاتهم المستجدة ، ولذلك فإنني لم أعثر - فيما اطلعت عليه من كتب الفقهاء [1] - على تعريف لمصطلح الصيانة ، أو لعقد الصيانة .

لقد عرف الفقهاء قديماً الصيانة بمعناها اللغوي الذي هو الحفظ والوقاية من التلف ، فتكلموا عن صيانة العِرض وصيانة الدين ، وصيانة المال . ومن ذلك اشتراطهم عدم استعمال العين المستأجرة في غير ما استؤجرت له ، مما يلحق بها الضرر ، وعدم تحميل الدابة فوق طاقتها ، ونحو ذلك [2] .

كما تكلم الفقهاء عن إصلاح الخلل الذي يصيب الأعيان بعد وقوعه ، وهو أمر يعتبر - على ما سبق بيانه - جزءاً من مفهوم الصيانة الحديث ، أو بعبارة أخرى ، هو أحد أنواع الصيانة ، ألا وهو الصيانة الإصلاحية . فهذا النوع من الصيانة قد عرفه الفقهاء قديماً ، وتكلموا عنه ، وذلك لأنه قد نشأ - على ما سلف بيانه - كنتيجة طبيعية ومرادفة للأعمال الصناعية التي مارسها الإنسان منذ القدم ، فهو لا يعدو في الحقيقية أن يكون إصلاحاً للخلل بعد وقوعه . ومع ذلك فإن مفهوم الصيانة المعاصر بمشتملاته التي سبق بيانها ، وبأغراضه التي يهدف إليها ، يعتبر مفهوماً مستحدثاً ، لم يعرفه الفقهاء بصورته المتكاملة ، ومن ثم لم يعرفوا هذا النوع من العقود .

هذا ، وقد استعمل الفقهاء للإصلاحات التي تجرى لبعض الأعيان ، كالبناء ونحوه ، بعض المصطلحات ، منها :

1 - **المرمَّة** : وهي في اللغة : إصلاح الشيء الذي فسد بعضه [3] . يقال : رممت الحائط رمَّاً ، أي أصلحته .
أما المعنى الاصطلاحي للمرمة ، فلا يخرج عن المعنى اللغوي ، فقد استعملها بعض الفقهاء في هذا المعنى ، وهو إصلاح ما وَهِيَ من البناء ، أو الإصلاحات التي يحفظ بها البناء [4] .

2 - **العمارة** : وهي في اللغة : مصدر عمَّر . يقال عمَّر الدار عمراً وعمارة ، أي بناها ، أو بنى ما انهدم منها [5] .
ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي ، فقد استعملها بعض الفقهاء بمعنى القيام بما يصلح العقار، أو بناء ما انهدم منه [6] .

---

(1) لم يرد مصطلح صيانة في : التعريفات للجرجاني ، ولا في التعريفات الفقهية لمحمد عميم الإحسان ، ولا في أنيس الفقهاء للقونوي، ولا في التدقيق على مهمات التعريف للمناوي ، ولا في تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ، وكذلك لم يرد في كتب المذاهب الفقهية ذكر لعقد الصيانة .

(2) انظر : الفتاوى الهندية للعلامة نظام 4 / 470 ، وكشاف القناع للبهوتي 3 / 548 .

(3) انظر : لسان العرب ، مادة رمم 12 / 251 ، والمصباح المنير ، مادة رمم ص 327 .

(4) انظر : الفتاوى الهندية 4 / 455 ، وحاشية الخرشي على مختصر خليل 7 / 389 ، وحاشية المحلي على منهاج الطالبين 3 / 78 ، وكشاف القناع 4 / 21 .

(5) انظر : المصباح المنير ، مادة عمر ص 587 ، والمعجم الوسيط ، مادة عمر 2 / 626 .

(6) انظر : حاشية ابن عابدين 6 / 550 ، والإسعاف في أحكام الأوقاف للطرابلسي ص 56 ، وحاشيتا القليوبي وعميرة 3 / 164 ، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي 2 / 415.

3 - **التجديد** : وهو في اللغة مصدر جدَّد . يقال : جدد فلان الشيء ، أي صيَّره جديداً . والجديد : خلاف القديم [1] . والمعنى الاصطلاحي لا يخرج عن هذا ، فقد استعمله بعض الفقهاء بمعنى إصلاح الشيء بما يعيده إلى حالته المعهودة [2] .

4 - **الإصلاح** : وهـو في اللغة نقيض الإفساد . وأصلح الشيء بعد فساده : أقامه [3] . والمعنى الاصطلاحي أيضاً لا يخرج عن المعنى اللغوي ، فقد استعمله الفقهاء بذات المعنى عند الكلام عن إصلاح عقار الوقف وإصلاح العين المؤجرة [4] .

إن هذه المصطلحات التي استعملها الفقهاء ، وأطلقوها على بعض الأعمال ، تمثل جزءاً من مفهوم الصيانة الحديث ، فإصلاح ما وَهِيَ من البناء ، وإعمار ما انهدم منه ، وتجديد ما تلف من الأعيان ، كل ذلك يندرج ضمن أعمال الصيانة الإصلاحية . ولكن ذلك لا يمثل كل ما يشتمل عليه مفهوم الصيانة - كما سبق بيانه - [5] ولا كل ما يدخل في عقود الصيانة التي يتعامل بها الناس اليوم . فعقود الصيانة المعاصرة تشمل كافة أنواع الصيانة ، وخصوصاً الصيانة الوقائية التي لم يعرفها الناس إلا في العصر الحديث ، وهي تمثل الركيزة الأساسية لعقود الصيانة ، وتميزه عن مجرد الإصلاح الذي تحدث عنه الفقهاء .

وعليه فعقـد الصيانة بصورته المركبة عقد حادث لا عهد للفقهاء به ؛ لأن هذا العقد ناشيء عن التطور الكبير الذي شهده العالم في المجالات المختلفة بعد الثورة الصناعية .

ومع ذلك ، فإنه ونظراً لأن الفقه الإسلامي يمتلك القدرة على التعامل مع كافة مستجدات الحياة ، فإن الحركة الفقهية المعاصرة تطرقت من خلال بعض الندوات [6] ، والمجامع الفقهية [7] لدراسة عقد الصيانة، وانبرى ثلة من فقهاء هذا العصر لوضع تعريف فقهي لعقد الصيانة ، ولبيان تكييفه الفقهي وأحكامه الشرعية . إلا أن جُلَّ ما كتب كان عبارة عن أبحاث موجزة ، لا تتناول كافة الجوانب المتعلقة بهذا العقد ، ومع ذلك فقد مثلت نقطة البدء لدراسات أوفى وأعمق ، وهذا شأن البدايات في كل العلوم والدراسات .

وإنني قبل أن أذكر التعريف الفقهي لعقد الصيانة - من وجهة نظري - أذكر هنا بعض التعريفات [8] التي وضـعها من كتب في هذا الموضوع ، مع ذكر ملاحظاتي على هذه التعريفات .

---

(1) انظر : المصـباح المنيـر ، مـادة جدّ ، ص 126 - 127.

(2) انظر : الإنصاف للمرداوي 6 / 67 .

(3) انظر : لسان العرب مادة صلح 2 / 516 - 517 .

(4) انظر : الذخيرة للقرافي 5 / 493 ، والإسعاف في أحكام الأوقاف ص 58 .

(5) انظر : المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذه الأطروحة .

(6) من ذلك الندوتان الفقهيتان الثالثة والرابعة لبيت التمويل الكويتي ، عامي 1993 و 1995 على التوالي .

(7) من ذلك مجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة عام 1998 في البحرين .

(8) اكتفيت بذكر بعض التعريفات التي اطلعت عليها ، منعاً للإطالة والتكرار ، حيث إن بعضها يغني عن ذكر الآخر .

أولاً : تعريف الأستاذ الدكتور أحمد الحجي الكردي :

حيث عرف عقد الصيانة بأنه : "عقد بين طرفين ، يقال للأول منهما الصائن ، والثاني المصون له ، يرد على عمل يقتضي استدامة آلة أو عقار أو غيرهما للثاني ، سليماً مثمراً ثمراته المعتادة ، ويحول بينه وبين التلف أو التعيب ، كما يقتضي إصلاحه عند الحاجة إلى ذلك . بمقابل بدل يدفعه الثاني للأول يتفق عليه بينهما في العقد مقداراً وصفة ، يدفع مرة واحدة أو على أقساط يتفق عليها ، وربما احتاج ذلك العمل إلى بعض مواد أو قطع غيار أو أدوات خاصة أو أجور انتقال أو غير ذلك من النفقات ، فيكون ذلك على الصائن أو المصون له ، أو عليهما بالتساوي أو بالتفاضل ، بحسب الشرط" [1] .

إن هذا التعريف ، وإن كان جيداً من حيث إنه يفصح عن ماهية عقد الصيانة ، ويبرز صوره المختلفة ، إلا أنه – من وجهة نظري – ترد عليه الملاحظات التالية :

1 – تعريف طويل ، يناسب الشروح وينافي التعريفات . فمثلاً كان يكفي أن يقول : " عقد يرد على عمل يقتضي استدامة .. " دون ذكر أنه بين طرفين يقال للأول منها الصائن وللثاني المصون له ، فإن كل عقد يكون بين طرفين [2] ، وما دام موضوعه الصيانة فلابد أن يكون أحدهما صائناً والآخر مصوناً له .
وكذلك فإن قوله : " عمل يقتضي استدامة آلة أو عقار أو غيرهما للثاني سليماً مثمراً ثمراته المعتادة " يغني عن ذكر الجملة التي تلتها ؛ لأن استدامة الآلة أو نحوها مثمرة ثمراتها المعتادة ، يتضمن أن يحول الصائن – ما أمكنه – دون تلف الآلة أو تعيبها .

2 – ذكر التعريف بعضاً من شروط عقد الصيانة ، من ذلك أن يكون البدل الذي يدفعه المصون له معلوماً مقداراً وصفة . وذكر الشروط في التعاريف لا يناسبها ؛ فإن التعريف شرح لماهية المعرف وبيان لحقيقته، فلا يتناول ما كان خارجاً عن هذه الماهية مثل الشروط [3] .

3 – ذكر التعريف الصور المختلفة لعقد الصيانة ، فمنها ما يشتمل على قطع الغيار ، ومنها ما لا يشتمل على ذلك . كما ذكر بعض مستلزمات عقد الصيانة كأجور الانتقال والأدوات ، وهذه كلها صور وأعمال إدارية لا تؤثر في حقيقة العقد ، ومن ثم فلا علاقة لها بالتعريف .

ثانياً : تعريف الدكتور يوسف قاسم :

عرف الدكتور يوسف قاسم عقد الصيانة بأنه : " عقد بين طرفين ، بمقتضاه يقوم أحدهما بصيانة آلة من الآلات ، وفي نظير ذلك يلتزم الطرف الآخر بدفع الأجرة المحددة له بينهما" [4] .

---

(1) عقود الصيانة ، للدكتور أحمد الحجي الكردي . بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ، ص 314 .

(2) حسب المعنى الخاص للعقد ، والذي سبق بيان أنه المراد في مثل هذه العقود . راجع المبحث الأول من الفصل الأول من هذه الأطروحة .

(3) **التعريف لغة** : مصدر عرّف . ومن معانيه الإعلام والإفصاح . وهو ضد التنكير . (انظر : لسان العرب ، مادة عرف 9 / 239 ، والقاموس المحيط ، مادة عرف 3 / 235) .
واصطلاحاً : القول الدال على الماهية . والحد والتعريف بمعنى واحد . والتعريف الكامل هو ما يساوي المعرّف تمام المساواة ، بحيث يكون جامعاً مانعاً . (انظر : التعريفات للجرجاني ص 112 ، وشرح الباجوري على السّلّم ص 72) .

(4) تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة للدكتور يوسف قاسم ، بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، ص 334 .

وهذا التعريف ترد عليه الاستدراكات التالية :

1 - لقد عرف الصيانة مستخدماً ذات المصطلح ، وهذا دور في التعريف . حيث عرف الشيء بنفسه ، فلم تتضح ماهية الصيانة .

2 - التعريف غير جامع ، حيث قصر المصون على أن يكون آلة من الآلات ، مع أن الصيانة - كما سبق أن بينا عند الحديث عن مفهوم الصيانة وأهميته في العصر الحديث - كما ترد على الآلات ، ترد على سائر الأعيان كالأبنية والمنشآت والموارد الطبيعية ، وغير ذلك مما يحتاج إلى الصيانة لكي يبقى مثمراً ثمراته المعتادة .

هذا ، ومن المعلوم أن من شروط التعريف أن يكون جامعاً لكل أفراد المعرف ، ومانعاً من دخول غير أفراد المعرف فيه .

ثالثاً : تعريف الدكتور منذر قحف :

عرّف عقد الصيانة بأنه : " عقد على إصلاح الشيء المعمر - السلع المعمرة - كلما طرأ عليه عطل أو أذى ، من حيث قدرته على إنتاج الخدمات والمنافع المقصودة منه " [1] .

وأرى أن هذا التعريف يرد عليه استدراك هام ، وهو أن التعريف قصر الصيانة على الإصلاح ، مع أن إصلاح الشيء بعد تعطله هو أحد أنواع الصيانة ، ألا وهو الصيانة الإصلاحية أو العلاجية . وهناك نوع آخر للصيانة هو الصيانة الوقائية ، مهمتها أن تحول - ما أمكن - دون تعطل الشيء المصون . ومن ثم فإن التعريف يكون غير جامع لأفراد المعرف .

والحقيقة أن هذا التعريف يصلح تعريفاً لعقد الإصلاح ، أو الصيانة الإصلاحية وحدها ، ولكنه لا يصلح مطلقاً كتعريف لعقد الصيانة الذي يتعامل به الناس . ولعل السبب في ذلك أن الدكتور منذر قحف يرى أن الصيانة هي عقد على الإصلاح [2] ، وهذا غير صحيح ؛ لأن الإصلاح ، أي إعادة الشيء إلى حالته المعهودة كلما طرأ عليه تغير ، هو جزء مفهوم الصيانة لا كل المفهوم . وقد سبق بيان ذلك بإسهاب عند الكلام عن مفهوم الصيانة المعاصر .

رابعاً : تعريف العلامة محمد المختار السلامي :

عرف العلامة السلامي عقد الصيانة بأنه : " عقد بين مؤسسة اقتصادية أو فرد من جانب ، وبين مؤسسة أو فرد من جانب آخر ، يتعهد فيه الطرف الثاني بمراقبة الأجهزة والآلات موضوع العقد في فترات دورية محددة لتقوم بوظائفها دون تعطل أو نقص ، كما يتعهد بإصلاح ما تعطّب من القطع أو استبدال الجديد بالتالف الذي يدفع ثمنه صاحب المؤسسة" [3] .

---

(1) عقود الصيانة للدكتور منذر قحف . بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة عام 1998 ، ص 3 .

(2) المصدر السابق ، ص 3 .

(3) عقود الصيانة وتكييفها الشرعي ، للعلامة محمد المختار السلامي ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة عام 1998 ، ص 26 .

إن هذا التعريف ، وإن كان يوضح ماهية عقد الصيانة ، إلا أنه ترد عليه الاستدراكات التالية :

1 - التعريف طويل يناسب الشروح وينافي التعريفات ، كما هو حال تعريف الدكتور الكردي .

2 - وصف التعريف أعمال الصيانة الوقائية والإصلاحية وصفاً لا يناسب التعريف ، فقد ذكر أن أعمال الصيانة تشمل المراقبة في فترات دورية محددة ، والإصلاح يشمل استبدال القطع ، وكل ذلك لا أثر له في بيان حقيقة العقد ، وعليه فالأصل خلو التعريف من ذكر مثل هذه الأمور .

3 - التعريف غير جامع ، حيث اقتصر على حالة الصيانة مع تحمّل المصون له تكاليف قطع الغيار ، مع أن معظم عقود الصيانة المتعامل بها اليوم يلتزم فيها الصائن بتوفير قطع الغيار على حسابه ، ومن ضمن مبلغ العقد ، وهذه الحالة لا يشملها التعريف ، فيكون غير جامع لصور الصيانة كلها .

التعريف المختار :

بعد استعراضنا لبعض التعاريف المعاصرة لعقد الصيانة ، وما يرد عليها من استدراكات ، وبناءً على تعريف الصيانة عند أهل الاختصاص ، وعلى فهمي لمفهوم الصيانة ومشتملاته حسب واقع الناس اليوم ، ومن خلال اطلاعي على عدد كبير من نماذج عقود الصيانة المتداولة ، فإنني أرى التعريف التالي تعريفاً جامعاً مانعاً ، بعيداً عما يوهنه من الاستدراكات .

عقد الصيانة هو : اتفاق على الأعمال اللازمة لبقاء عين صالحة لأداء وظيفتها ، مقابل عوض .

شرح التعريف :

- **اتفاق :** جنس في التعريف ، يشمل كل أنواع الاتفاقات ، والمراد بالاتفاق هنا هو العقد ؛ إذ العقد تصرف إرادي ينشأ من توافق إرادتين على إحداث الأثر المتعاقد عليه . وبهذا يخرج التصرف أو الالتزام ، فكل منهما يتم بالإرادة المنفردة (1) ، أما عقد الصيانة فلا يتم بإرادة منفردة ، بل لابد فيه من التقاء إرادتين على إحداث الأثر المقصود من العقد . والإرادتان هما : إرادة الصائن وإرادة المصون له .
- **الأعمال :** قيد في التعريف ، يظهر أن محل عقد الصيانة من حيث الأصل هو العمل الذي يقدمه الصائن. فعقد الصيانة ليس عقداً على عين ، كالبيع ، وإنما هو عقد على عمل [2] .
- **اللازمة لبقاء عين صالحة لأداء وظيفتها :** المراد هنا أعمال الصيانة بنوعيها ، فهي التي يناط بها مهمة بقاء العين في حالة تصلح معها لأداء الأعمال أو الأغراض المرسومة لها ، كما هو متوقع منها .
- **مقابل عوض :** العوض هو الأجر أو المقابل المالي الذي يستحقه الصائن نظير قيامه بأعمال الصيانة المتعاقد عليها . فالعوض يمثل الالتزام الرئيسي للمصون له بموجب العقد ، في مقابل التزام الصائن بأعمال الصيانة .
- **استخدمت في التعريف مصطلح " عين "** ليكون شاملاً لكل ما يفتقر إلى الصيانة لكي يؤدي وظيفته أو

---

(1) سبق بيان ذلك في المبحث الأول من الفصل الأول من هذه الأطروحة .

(2) وإن كان الصائن يلتزم في كثير من العقود بتوفير قطع الغيار اللازمة للصيانة . وسيأتي بيان ذلك مفصلاً عند الكلام عن أركان عقد الصيانة وشروطه في الفصل السادس .

الغرض المرسوم له ، سـواء كان آلة أو معدة أو منشأة أو مبنى أو مورداً من الموارد الطبيعية كالأراضي والمراعي أو غير ذلك ، فإن أهمية الصيانة في العصر الحديث تتعلق بكل ذلك .

- **لم يشمل التعريف الصيانة التشغيلية** ، والتي سبق تعريفها بأنها : " الأعمال اللازمة للتشغيل السليم للمعدات والآلات ونحوها" [1] ؛ وذلك لأنها في الحقيقة أعمال لازمة للتشغيل والانتفاع ، لا للصيانة . ولذلك فهي لا تدخل في عقود الصيانة التي يتعامل بها الناس اليوم ، وإنما تدخل ضمن عقود التشغيل. فإن عقد الصيانة لا يلتزم فيه الصائن بضمان تشغيل الأعيان تشغيلاً سليماً ، وإنما يلتـزم فقط بضمان صلاحية هـذه الأعيان للتشغيل ، أو إصلاحها عند الحاجة لذلك .

(1) راجع ذلك في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذه الأطروحة .

المبحث الثاني
تعريف عقد الصيانة في القانون

نظراً لأن عقد الصيانة من العقود المستحدثة ، لذلك فإنه لا يوجد في القوانين المدنية عقد بهذا الاسم ، وإنما يعتبره أهل القانون نوعاً من أنواع عقد المقاولة [1] .

وعقد المقاولة [2] يعتبر واحداً من العقود المسماة في القوانين المدنية ، وقد عرّفه القانون المدني المصري بأنه : "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً ، لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" [3] .

وعرفه القانون المدني الكويتي بأنه : "عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض ، دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه" [4] .

ويظهر لي : أن تعريف القانون المدني الكويتي أدق من تعريف القانون المدني المصري ، ذلك أنه يميز عقد المقاولة عما قد يختلط به من العقود المسماة الأخرى ، مثل عقد الإيجار [5] ، وعقد العمل [6] .

فالقانون المدني القديم كان يدمج عقد المقاولة وعقد العمل في عقد الإيجار ، فما كان موضوعه الانتفاع بالشيء فهو عقد إجارة الأشياء ، وما كان موضوعه الانتفاع بعمل الإنسان فهو عقد إجارة الأشخاص، أما ما كان موضوعه الانتفاع بعمل أهل الصنائع فهو عقد مقاولة .

ولما كان هذا الدمج بين هذه العقود المتباينة لا يتماشى مع ركب التطور الذي لحق بعقد المقاولة ، من حيث تعدد أشكاله وصوره العملية ، فقد ذهب القانون المدني الجديد إلى فصل عقد المقاولة عن عقدي الإيجار والعمل . وهذا أمر بدهي ؛ إذ بينما يرد عقد الإيجار على منفعة الشيء ، ترد المقاولة على العمل ،

---

(1) انظر : الوسيط للسنهوري 7 / 31 وما بعدها ، وأحكام عقد المقاولة لفتيحة قرة ص 15 ، 23 ، وعقد المقاولة لمحمد عبد الرحيم عنبر ص 8 .

(2) المقاولة لغة : من قاول يقاول ، أي يفاوض ويجادل . وتقاولا في الأمر : تفاوضا . وقاوله في الأمر : أعطاه العمل مقاولة على تعهد منه بالقيام به ، والمقاول : من يتعهد بالقيام بعمل معين مستكمل لشروط خاصة ، كبناء بيت أو إصلاح طريق (انظر : المعجم الوسيط، مادة قال ، 2 / 767) .

(3) القانون المدني المصري ، مادة 646 .

(4) القانون المدني الكويتي ، مادة 661 .

(5) يعرف عقد الإيجار في القانون بأنه : « عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين لمدة محدودة في مقابلة عوض مالي « . (المادة 561 من القانون المدني الكويتي) . ومثل هذا عرفه القانون المصري في المادة 558 .

(6) يعرف عقد العمل في القانون بأنه : « العقد الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر ، وتحت إدارته أو إشرافه ، مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر « (المادة 674 من القانون المدني المصري) .
هذا ولم يعرّف القانون الكويتي عقد العمل ، إلا أنه يمكن استخلاص أنه قد عرفه بمثل ما عرفه به القانون المصري ، وذلك من نص المادة الأولى من قانون العمل . (انظر : شرح قانون العمل الكويتي للدكتور السيد محمد عمران ص 103 – 104 ، والوجيز في قانون العمل الكويتي للدكتور عبد الرسول عبد الرضا ص 76) .

وإذا كان كل من عقدي العمل والمقاولة يرد على العمل [1] ، فإن أولهما يرد على العمل في ذاته ، أما الآخر فيرد على نتيجته [2] .

وهكذا نرى أن تعريف القانون المدني الكويتي لعقد المقاولة ، قد أبرز الخصيصة الأساسية التي يتميز بها عقد المقاولة عن عقد العمل ، ألا وهي أن من يقوم بالعمل (المقاول) إنما يفعل ذلك مستقلاً غير خاضع لإدارة وإشراف الطرف الآخر (رب العمل) ، بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما، ولهذا لا يعتبر تابعاً لرب العمل ، ولا يعتبر رب العمل مسؤولاً عن المقاول مسؤولية المتبوع عن التابع [3] .

أما في عقد العمل ، فإن العامل يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه ، ولا يعمل مستقلاً عنه ، بل يتلقى تعليماته، وعليه أن ينفذها في حدود العقد المبرم بينهما [4] .

وبالنظر إلى عقد الصيانة ، نجد أن الصائن – الذي قد يكون خبيراً أو شركة أو نحو ذلك – يقوم بأعمال الصيانة لحساب المصون له ، دون أن يكون خاضعاً لإدارته وإشرافه ، بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما ، كما أنه يقوم بالأعمال المتفق عليها نظير أجر محدد في العقد .

وعليه فإن عقد الصيانة – في نظر القانون – يعتبر نوعاً من أنواع عقد المقاولة ، ينطبق عليه أكثر ما ينطبق على عقد المقاولة من أحكام ، فإن كلاً من عقد المقاولة وعقد الصيانة ، يتعهد فيه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر ، في مقابل أجر معين متفق عليه . وينفرد عقد المقاولة بأن أحد المتعاقدين قد يتعهد فيه أن يصنع شيئاً – كما أشار إلى ذلك بوضوح تعريف عقد المقاولة - ، فعقد المقاولة أعم من عقد الصيانة ، فكل عقد صيانة هو عقد مقاولة ، لا بالعكس .

وعليه يمكن أن نعرف عقد الصيانة – من وجهة نظر القانون – بأنه : " عقد يلتزم بمقتضاه أحد العاقدين بالقيام لحساب العاقد الآخر بالأعمال اللازمة لبقاء عين صالحة لأداء وظيفتها ، مقابل عوض مالي ، دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه" .

---

(1) في الفقه الإسلامي نجد أن كلاً من عقد المقاولة وعقد العمل هو أحد فروع عقد الإجارة ، ألا وهو إجارة الأشخاص ، وإجارة الأشخاص تقع في الفقه الإسلامي في صورتين : صورة الأجير الخاص ، وهو الذي يستأجر على أن يعمل للمستأجر فقط ، وهو يقابل عقد العمل في القانون المدني . وصورة الأجير المشترك وهو الذي يعمل لعامة الناس ، وهو يقابل عقد المقاولة في القانون المدني . (انظر : المواد 563 – 565 من مجلة الأحكام العدلية ، وشرحها في درر الحكام 1 / 553 – 556) .

(2) انظر : الوسيط للسنهوري 7 / 6 – 7 ، وأحكام عقد المقاولة ص 20 ، وشرح القانون المدني الجديد للدكتور محمد كامل موسى 4 / 471 – 473 .

(3) على هذا الأساس ، يكون رب العمل مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه العامل بفعله غير المشروع ، متى وقع منه على حالة تأدية عمله أو بسببه ، أما المقاول ، فنظراً لأنه يعمل مستقلاً ، فإنه لا يعتبر تابعاً لرب العمل ، ومن ثم فلا يسأل رب العمل عن أعماله الضارة، إلا إذا كان قد تدخل فعلاً في توجيه العمل من الناحية الفنية ، وفرض أوامره وتعليماته على المقاول . (انظر : أحكام عقد المقاولة ص 30) .

(4) انظر : الوسيط للسنهوري 7 / 12 ، والوجيز في قانون العمل الكويتي ص 87 – 93 ، وشرح قانون العمل الكويتي ص 110 – 111 .

المبحث الثالث

خصائص عقد الصيانة

بعد أن انتهينا من بيان تعريف عقد الصيانة في الفقه والقانون ، نأتي في هذا المبحث لبيان خصائص هذا العقد؛ وذلك لكي تكتمل الصورة لبيان التكييف الفقهي له .

يتم التعرض بالدراسة والتحليل والتكييف لعقد من العقود ، فإنه يتعين من أجل معرفة التكييف الفقهي والأحكام والقواعـد الواجبة التطبيق ، البحث في خصائص هذا العقد ، والتي من خلالها يمكن التمييز بينه وبين غيره من العقود التي قد تتشابه معه .

وتحديد الخصائص الفقهية والقانونية لعقد من العقود ، يعتمد بشكل أساسي على تعريفه ، وعلى فهم موضوعه ومشتملاته ، من خلال دراسة قدر كافٍ من نماذج العقود المتعامل بها .

هذا وقد آثرت في هذا المبحث استعمال اصطلاحات أهل القانون ، نظراً لشهرة استعمالها ، وعدم مصادمتها لما قرره الفقهاء ؛ إذ لا مشاحة في الاصطلاح . وسيكون تفصيل خصائص هذا العقد في أربعة مطالب :

المطلب الأول : عقد رضائي .

المطلب الثاني : عقد معاوضة .

المطلب الثالث : عقد زمني .

المطلب الرابع : عقد لازم .

المطلب الأول
عـقــد رضـائي

قسم الفقهاء وأهل القانون العقد من حيث الصورة الخارجية لتكوينه إلى أنواع ثلاثة [1] :

الأول : العقد الرضائي :

وهو العقد الذي يكفي لانعقـاده ارتباط الإيجاب والقبول ، فالتراضي وحده هو الذي يكون العقد، وارتباطهما يدل عليه ، دون حاجة إلى إفراغ هذا التراضي في قالب أو شكل معين .

والرضائية هي أساس كل العقود في الشريعة والقانون ، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة [2] . وأكثر العقود في الفقه والقانون لا تحتاج في تكوينها أكثر من مجرد تراضي الطرفين على ذلك . وتتميز العقود التجارية بهذه الخاصة، نظراً لارتباطها الوثيـق بعوامل السرعة والمرونة ، ومن ثم فهي تبتعد دائماً عن الشكلية [3] .

الثاني : العقد الشكلي :

هو العقد الذي لا ينعقد إلا بشكل معين يحدده الشارع ، فهو يستوجب – مع التراضي – شكلاً خاصاً لتكوينه وانعقاده ، فالتراضي وحده لا يكفي ، وإن كانت الشكلية لا تغني عن التراضي الذي هو أساس كل العقود [4] .

ويمكن القول بخلو المعاملات المالية – في الجملة – عند جمهور العلماء من أي عقد شكلي ؛ ذلك أن الشكلية تحد من مرونة التعاقد ، والعبرة دائماً في العقود هي للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني [5] . أما القانون فلا يزال متمسكاً بالشكلية في بعض عقود المعاملات المالية ، كعقد الهبة الرسمي والرهن الرسمي. فيشـترط لهما سنداً رسـمياً ، وكتابة بطريقة خاصة ، وهو يعتبر الكتابة ركناً في العقد لا يتم بدونه . فقـد جاء في القانون المدني الكويتي : " إذا فرض القانون شكلاً معيناً لانعقـاد العقـد ، ولم يراع هذا الشكل في إبرامه، وقع باطلاً " [6] .

---

(1) انظر : نظرية العقـد في الفقـه الإسـلامي لمحمـد سلامة ص 18 ، والمدخل الفقهي العام 1 / 574 ، والوسيط 1 / 47 . والنظرية العامة للالتزام للدكتور إسماعيل غانم 1 / 55 .

(2) اللافت أن الفقه الإسلامي قرر قاعدة الرضائية في إبرام العقود ، وجعل الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين غالب العقود ، وذلك منذ نشأته ، بينما لم يصل القانون الروماني إلى تقريرها إلا في مطلع القرن الثامن عشر الميلادي . (انظر : مصادر الحق 1 / 37، والتعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي للدكتور محمد سوار ص 9) .

(3) انظر : العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري للدكتور حسني المصري ، ص 46 .

(4) الرضا هو المبدأ العام في إبرام العقود ، والشكلية استثناء يرد عليه ، وهي لذلك تكون في أضيق نطاق في الفقه الإسلامي على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء . فقد قرروا أن العبرة في العقود للمعاني لا للمباني . (انظر : تبيين الحقائق 5 / 1 ، والمدونة 9 / 671 ، ومجموع الفتاوى 30 / 152) ، وذهب الشافعية إلى التمسك بالشكلية إلى درجة كبيرة ، ولذلك فإنهم لم يحسموا القول في شأن المعتبر في العقود هل هو المعاني أم المباني . (انظر : المجموع 9 / 303 ، والمنثور في القواعد للزركشي 2 / 371) ، ويعترف أهل القانون للفقه الإسلامي بفضيلة التخلص من الشكلية في العقود . وقد كان القانون الروماني يرزح تحت الشكليات في العقود ، كما ترزح السلحفاة تحت درعها السميك . (انظر : النظرية العامة في القانون الموازن للدكتور صلاح الدين الناهي ص 434) .

(5) انظر : الشكل في الفقه الإسلامي للدكتور محمد وحيد الدين سوار ص 37 .

(6) المادة 65 من القانون المدني الكويتي .

الثالث : العقد العيني :

ويسميه الفقهاء عقداً غير لازم إلا بالقبض .

وهو العقد الذي لا يتم بمجرد تراضي الطرفين ، بل لابد فيه من تسليم العين محل العقد لصاحب الشأن ، وهو ما يطلق عليه اصطلاح القبض . وبدهي أن القبض وحده لا يغني عن الصيغة المعبرة عن التراضي . ومن أمثلة هذا النوع : الرهن والقرض والهبة ، فإنه لا يظهر أثر العقد فيها إلا بعد تحقق القبض عند جمهور الفقهاء [1] .

هذا وبالنظر إلى عقد الصيانة ، نجد أنه عقد رضائي ، ينعقد بمجرد توافق إرادة كل من الصائن والمصون له على إبرام هذا العقد ، ومن ثم التقاء الإيجاب والقبـول . حيث تنص العقود على التقاء إرادة كل من الصائن والمصون له على إحداث الأثر المقصود من العقد ، ألا وهو صيانة الأعيان المحددة في العقد .

هذا ولا يمنع من اتصاف عقد الصيانة بالرضائية ، تطلّب الكتابة لإثباته ؛ إذ تعد الكتابة طريقة لإثبات وجود العقد ، وليست لإنشائه [2] . والفرق بين تطلّب الكتابة للإثبات ، وتطلبها ركناً للعقد ، هو أن العقد في الحالة الأولى يثبت بالإقرار أو اليمين ، أما في الحالة الثانيـة ، فلا يكون العقد غير المكتوب موجوداً، حتى مع الإقرار أو اليمين [3] .

وعليه فإن عقد الصيانة لا يحتاج إلى كتابة على نحو معين ، وحتى لو تطرق طرفاه للكتابة ، فإن مقصودهما من ذلك يكون الإثبات . والغالب الأعم من عقود الصيانة المعاصرة تكون مكتوبة لأجل هذا الغرض ، وتفادياً لحصول إشكالات في فهم التزامات الطرفين ، خصوصاً وأن عقد الصيانة يتضمن عادة شروطاً كثيرة ودقيقة .

هذا ، ويجوز أن يكون لعقد الصيانة ملحق خاص به ، يمثل اتفاقاً إضافياً بين الطرفيـن ، يلحق بأصل العقد ، ويكون من شأنه أن يعدل فيه . ومتى تم الاتفاق بين الطرفين على ملحق العقد ، اعتبر جزءاً من العقد الأصلي، ويندرج ضمن شروطه ، ولا يعدّل من شروط العقد إلا الشروط التي قصد تعديلها . وإذا ما حصل تباين بين شروط الملحق وشروط العقد الأصلي ، اعتبرت شروط الملحق مفسرة لشروط العقد الأصلي أو معدلة لها .

---

(1) خلاف المالكية للجمهور بخصوص عقود التبرعات معروف ، حيث يرى المالكية لزوم عقود التبرعات كالهبة والقرض بمجرد العقد ، كالمعاوضات ، فلا يشترط القبض عندهم . (انظر أقوال المذاهب في : الفتاوى الهندية 4 / 374 وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير4 / 101 ومغني المحتاج 2 / 400 وكشاف القناع 4 / 300) .

(٢) حثت الشريعة الإسلامية على توثيق العقود سواء بالشهادة أو الكتابة . قال تعالى :(وأشهدوا إذا تبايعتم) – البقرة : 282 - ، وقال أيضاً : (ياأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ... إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم) – البقرة : 282 - . ففي الآية بيان لأهمية الكتابة كوسيلة للإثبات ، مع جواز الترخص فيها في التجارة الحاضرة الناجزة ، التي لا أجل فيها ؛ إذ لا حاجة لإثباتها بالكتابة ، حيث تتم على الفور ، وتنطفيء آثارها دون = = تراخ . أما في الأنشطة التجارية المعقدة ، والتي تمتد لمدة من الزمان، فالأولى دائماً إثباتها بالكتابة أو الشهادة ، حسماً للنزاع . (انظر : الشكل في الفقه الإسلامي ص 196 – 201) .

(3) من العقود التي تعتبر الكتابة ركناً فيها – في القانون – الرهن الرسمي ، فهو لا يتم إلا بورقة رسمية موثقة . (المادة 972 من القانون المدني الكويتي) .

المطلب الثاني
عـقــد معاوضـة

تنقسم العقود بحسب أغراضها إلى مجموعات مختلفة ، فقـد يكون غرض العقد هو التمليك أو الاستيثاق أو الحفظ أو غير ذلك .

وعقود التمليك هي التي يقصد بها تمليك عين أو منفعة ، فإن كان التمليك بعوض فهي عقود المعاوضات، كالبيع والإجارة ونحوهما مما فيه مبادلة بين طرفين ، فالبائع يأخذ الثمن في مقابل تسليم العين المبيعة ، والمشتري يدفع الثمن في مقابل تسلّم العين . وإن كان التمليك بغير عوض ، فهي عقود التبرعات ، كالهبة والصدقة ، فالعاقد لا يأخذ شيئاً مقابلاً لما أعطاه .

وعليه فعقد المعاوضة عقد يحصل بمقتضاه المتعاقد على مقابل لما يعطيه أو لما يلتزم به ، والمقصود بالمقابل المميز لعقد المعاوضة ، المقابل أو العوض المالي ، أي ذلك الذي تكون له قيمة مالية [1] .

وبالنظر إلى عقد الصيانة ، نجد أنه عقد معاوضه ، حيث يقوم المصون له بدفع المبالغ المالية المنصوص عليها في العقد ، في مقابل قيام الصائن بأعمال الصيانة . وينبني على ذلك اشتراط أن يكون العوضان معلومين ، كالثمن والمثمن في البيع والأجرة والمنفعة في الإجارة . فقد نص الفقهاء على أنه حيث اعتبر العوض في عقد من العقود ، فشرطه أن يكون معلوماً [2] .

كما ينبني على اعتباره عقد معاوضة ، وجوب الوفاء به ، فإن حكم عقود المعاوضة يختلف – عند جمهور الفقهاء – عن حكم عقود التبرعات ، من حيث إن الوفاء بما يتعهده العاقدان في عقود المعاوضة واجب ، عملاً بقوله تعالى : (أوفوا بالعقود) [3] ، ولأن في عدم الوفاء بها ضرراً يصيب العاقـد الآخر .

هذا ، والأصل في القانـون أن جميع العقود التجارية تعتبر عقود معاوضة ، ذلك أن القانون التجاري لا يعرف نية التبرع أو العمل المجاني ، حيث يسعى التجار – بالفرض – إلى تحقيق الأرباح من خلال أعمالهم وخدماتهم التي يقدمونها للغير .

ولقد عبر عن ذلك القانون بقوله : " إذا قام التاجر لحساب الغير بأعمال أو خدمات تتعلق بنشاطه التجاري، اعتبر أنه قام بها مقابل عوض ، ما لم يثبت عكس ذلك . ويعين العوض طبقاً للعرف ، فإذا لم يوجد عرف قدّر القاضي العوض" [4] .

وعليه ، فإن خلا عقد الصيانة من تسمية للعوض الذي يستحقه الصائن ، وجب أجر المثل ، ولا يفترض بحال أنه قام بعمله متبرعاً ، ما دام يعرف عنه أن يقوم بأعمال الصيانة لمن يطلبها نظير عوض [5] .

---

(1) انظر : نظرية العقد في الفقه الإسلامي ص 20 ، وضوابط العقد في الفقه الإسلامي للدكتور عدنان خالد التركماني ص 267 ، والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي للدكتور محمد مصطفى شلبي ص 566 ، وعقد الإيجار ص 14.

(2) انظر : المنثور في القواعد للزركشي 2 / 403 – 404 ، والقواعد لابن رجب ص 74 ، والفروق للقرافي 1 / 151 .

(3) سورة المائدة : آية 1 .

(4) القانون التجاري الكويتي ، مادة 100 .

(5) سيأتي بيان ذلك مفصلاً عند الكلام عن شروط عقد الصيانة في الفصل السادس .

المطلب الثالث
عـقــد زمـنـي

قسم بعض الفقهاء وأهل القانون العقد باعتبار قبوله التأقيت بمدة من الزمان أو عدم قبوله ذلك إلى نوعين: العقود المؤقتة والعقود غير المؤقتة [1] .

قال السيوطي : " كل عقد كانت المدة ركناً فيه لا يكون إلا مؤقتاً ، كالإجارة ... وكل عقد لا يكـون كذلك لا يكـون إلا مطلقاً ، وقد يعرض له التأقيت حيث لا ينافيـه ، كالقرض يذكر فيه المدة" [2] .

وعليه ، فإن العقد ينقسم بالنظر إلى اعتبار الزمن في محل العقد إلى نوعين :

الأول : العقد الفوري :

وهو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، ولا يتحدد مدى التزامات أي من طرفيه بالزمن ، بل يكون تنفيذه فورياً . ومثاله : عقد البيع . فإنه عقد فوري حتى ولو تم الاتفاق على تأجيل سداد الثمن ، أو دفعه مقسطاً ، أو تم الاتفاق على تأجيل تسليم المبيع ، فالزمن الذي يلزم لسداد الثمن أو تسليم المبيع في مثل هذه الحالات يعد عنصراً عرضياً وليس جوهرياً ، حيث لا يتوقف عليه تحديد مدى التزامات كل من البائع والمشتري .

الثاني : العقد الزمني :

هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، ويكون الزمن مقياساً أساسياً في تقدير محل العقد ، بحيث لا يستطيع أحد الطرفين الاستغناء عن هذا العنصر فيه ؛ لأن التزامات المتعاقد تتحدد بقدر الزمن الذي يستغرقه تنفيذ هذه الالتزامات .

وأوضح مثال لهذا النوع من العقود : عقد الإجارة . فإنه يقع على المنفعة التي لا يمكن تقديرها إلا بالمدة. وكل عقد كانت المدة ركناً فيه ، أو عنصراً جوهـرياً ، لا يكون إلا مؤقتاً ، ولا يجوز أن يكون مطلقاً عن التأقيت .

هذا ، وينقسم العقد الزمني إلى عقد ذي تنفيذ مسـتمر كعقد الإجارة ، وعقد ذي تنفيذ دوري كعقد التوريد مثلاً [3] .

---

(1) انظر : حاشية الخرشي على مختصر خليـل 5 / 289 ، ومغني المحتـاج للخطيب الشربيني 2 / 223 ، والمغني والشرح الكبير لابن قدامة 6 / 4 – 5 ، وانظر أيضاً : عقود التوثيقات في المعاملات الشرعية للدكتور سـعد الدين هلالي ص 74 ، والوسيط للسنهوري 1 / 65، والأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص 415 وما بعدها .

(2) الأشباه والنظائر للسيوطي ص 307 .

(3) انظر : الوسيط للسنهوري 1 / 65 ، والأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ص 425 .

وبالنظر إلى عقد الصيانة ، نجد أنه عقد زمني مستمر ؛ لأنه يعقد لأداء أعمال الصيانة لمدة معينة، حيث يلتزم الصائن بالقيام بالأعمال اللازمة للصيانة ، ابتداءً من تاريخ محـدد ، وإلى نهاية تاريخ آخر محدد ، فهو ملزم بالقيام بالتزاماته طيلة مدة العقد . كما أن مدة عقد الصيانة - سنة أو سنتين مثلاً - عنصر أساسي في تقدير محل العقد الذي هو أعمال الصيانة ، ومن ثم يكون عنصراً أساسياً في تحديد المقابل المادي الذي يلتزم المصون له بسداده للصائن . فعنصر الزمن لا يمكن فصله عن عنصر المنفعة المتوخاة من عمل الصائن، أو عنصـر الأجرة التي يلتزم بها المصون له ، فالمنفعة لا تكون ممتدة إلا في الزمان ، والأجرة تحسب على أساس مدة الانتفاع [1] .

ويترتب على كون عقد الصيانة عقداً زمنياً ، أنه إذا فسخ أو انفسخ - بالأعذار الداعية لذلك - [2] ، لم يكن ذلك بأثر رجعي ، فلا ينحل العقد إلا من وقت الفسخ أو الانفساخ . وما نفذ منه قبل ذلك يبقى قائماً، ويستحق الصائن مقداراً من العوض يقابل أعماله في المدة التي انقضت قبل فسخ العقد . ولا يحق للمصون له استرداد شيء مما دفعه للصائن من مبالغ مالية عن تلك المدة .

وكذلك إذا استحال تنفيذ الالتزام من أحد طرفي العقد ، كأن تلفت الأعيان المصونة كلياً بسبب خارجي ، فإن هذا يصادف المستقبل فقط دون الماضي ، فيلغى العقد ، ولا يحق للمصون له استرداد شيء مما دفعه للصائن عن المدة السابقة .

---

(1) انظر : عقد الإيجار للدكتور أحمد السعيد الزقرد ، والدكتور فايز عبد الله الكندري ص 13 ، وعقد المدة : العقد المستمر والدوري التنفيذ للدكتور عبد الحي حجازي ص 31 .

(2) سيأتي بيان هذه الأعذار عند الكلام عن انتهاء عقد الصيانة في الفصل السابع من هذه الأطروحة .

المطلب الرابع
عـقــد لازم

اللزوم في اللغة : الثبات والدوام . يقال : لزم الشيء ، أي ثبت ودام . وألزمته المال والعمل : أثبتهما عليه أو أوجبتهما عليه [1] .

والعقد اللازم هو : العقد الذي لا يكون لأحد العاقدين فيه حق الفسخ منفرداً . **ويقابله العقد الجائز أو غير اللازم** ، وهو : العقد الذي يكون لأحد العاقدين فيه حق الفسخ منفرداً [2] . وقد قسم الفقهاء العقود باعتبار اللزوم والجواز إلى خمسـة أنواع [3] :

الأول : عقود لازمة من الطرفين قطعاً ، كالبيع والإجارة ونحوهما .

الثاني : عقود جائزة من الطرفين قطعاً ، كالشركة والوكالة ونحـوهما .

الثالث : عقود فيها خلاف ، والأصح لزومها ، كالمسابقة والمناضلة ، بناءً على أنهما كالإجارة .

الرابع : عقود جائزة وتؤول إلى اللزوم ، كالهبـة والرهن قبل القبض ، فهي تبدأ جائـزة ، فيكون لكل من العاقدين حق فسـخها ، ثم تؤول بعد القبض إلى اللزوم ، فيمتنع فسخها بالإرادة المنفردة .

الخامس : عقود لازمة من أحد الطرفين جائزة من الآخر . كالرهن بعد القبض . فإنه لازم بالنسبة للراهن ، وغير لازم بالنسبة إلى الدائن .. ذلك أنه لمصلحته توثيقاً لحقه ، فله حق التخلي عن توثيق دينه متى شاء بفسخ الرهن .

هذا ، ولعل من الواضح أن سـبب امتناع فسخ العقد اللازم بالإرادة المنفردة ، أن العقد اللازم ينشئ دائماً التزامات متقابلة بين طرفي العقد ، بحيث يكون كل طرف دائناً للطرف الآخر ، ومديناً له في الوقت نفسه. فعقد البيع مثلاً ، يلزم البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري وتسليمه له ، فهو مدين للمشتري بهـذا الاعتبار، وفي الوقت ذاته ، يلزم المشـتري بدفع الثمن الذي ترتب في ذمته ؛ لأنه دائن بالعين مدين بالثمن . ومن ثم لم يكن لأحد العاقدين الانفراد بفسخ العقد ؛ لأن ذلك يفـوت على الآخـر منافع توخاها من العقد ، ويلحق به ضرراً [4] .

وفي عقـود الصيانة نجد نصاً واضحاً على لزوم العقد لكلا الطرفين ، فلا يملك أحدهما فسخ عقد الصيانة منفرداً ؛ ذلك لأنه يرتب التزامات متقابلة ، فالالتزام الرئيس للصائن وهو القيام بأعمال الصيانة المتفق عليها، يقابله التزام المصون له بدفع المستحقات المنصوص عليها في العقد ، فالتزام كل منهما سبب التزام الآخر . وبمقتضى عقد الصيانة يكون الصائن مديناً بالقيام بأعمال الصيانة للمصون له ، ويكون المصـون له مديناً للصائن بالعوض المنصوص عليه .

---

(1) انظر : المصباح المنير ، مادة لزم ص 758 .

(2) المنثور في القواعد 2 / 400 .

(3) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص 300 ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص 336 ، والمدخل الفقهي العام 1 / 448 – 455 .

(4) انظر : الوجيز للسنهوري 1 / 40 .

وبناءً عليه ، نص القانون على أنه إذا لم ينفذ أحد العاقدين الالتزام الملقى على عاتقه ، جاز للآخر الامتناع عن تنفيذ التزامه [1] ، والرفع للقضاء طالباً فسخ العقد [2] .

أما إذا كان كل من الصائن والمصون له ملتزماً بالقيام بالتزاماته التعاقدية ، فإنه لا يحق لأي منهما فسخ العقد منفرداً ؛ لأن ذلك يلحق ضرراً بالطرف الآخر .

إن انفراد الصائن بالفسخ ، سيفوت على الأخير المنافع التي توخاها من العقد ، ألا وهي بقاء الأعيان التي يمتلكها أو يستخدمها - آلات أو معدات أو منشآت أو نحوها - في حالة صالحة لأداء الغرض المرسوم لها. كما أنه سيكلفه عناء البحث عن صائن آخر ، وربما تعطلت الأعيان المصونة بعد فسخ الصائن للعقد ، وهو ما يترتب عليه آثار سلبية تلحق المصون له .

وكذلك فإن انفراد المصون له بالفسخ ، ربما يفوت على الصائن المنافع المالية التي توخاها من العقد، كما أنه ربما يكون قد تخلى عن عقود أخرى لأجل هذا العقد ، مما يجعل فسخ العقد دون رضاه سبباً في مضاعفة الآثار السلبية عليه .

هذا ، ولا يخفى أنه وإن كان عقد الصيانة لازماً للطرفين ، إلا أنه يمكن فسخه في حالات معينة ، وسيأتي بيان ذلك عند الكلام عن آثار عقد الصيانة وانتهائه .

كما لا يخفى أنه يشترط للزوم عقد الصيانة - كغيره من عقود المعاوضات - أن يخلو من الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخه منفرداً ، كخيار المجلس [3] أو الشرط [4] أو الرؤية [5] . فإن وجد واحد منها ، لم يلزم العقد في حق من له الخيار ، بل يكون له أن يمضي العقد ، أو يفسخه ويرده [6] ، وذلك ما لم يبدأ الصائن بالعمل .

ولذلك تنص عقود الصيانة دائماً على أن الصائن قد عاين المصون معاينة نافية للجهالة ، وذلك حسماً لما قد يرد عليه لاحقاً من ثبوت خيار الرؤية له ، فيما لو تعاقد على صيانة أعيان لم يرها ، وظهر أنها على حالة تخالف الحالة التي وصفت له .

كما أن عقود الصيانة قد تنص في بعض الأحيان ، على اشتراط أحد الطرفين أن يكون له خيار فسخ العقد في مدة محددة ، فيكون العقد بالنسبة له جائزاً في هذه المدة لازماً بعدها .

---

(1) ينص القانون المدني الكويتي في المادة 219 على أنه : " في العقود الملزمة للجانبين ، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه ، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بالوفاء بما يلتزم به ، وذلك ما لم يتفق على خلافه أو يقتضي العرف غيره" .

(2) ينص القانون المدني الكويتي في المادة 209 / 1 على أنه : " في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله ، وبعد إعذاره ، جاز للمتعاقد الآخر إن لم يفضل التمسك بالعقد أن يطلب من القاضي فسخه ، مع التعويض إن كان له مقتضى، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصراً في الوفاء بالتزاماته" .

(3) خيار المجلس : حق العاقد في إمضاء العقد أو رده ، منذ التعاقد إلى التفرق أو التخاير . والتخاير هو : أن يخير أحد العاقدين الآخر في إمضاء العقد أو رده . (انظر : حاشية ابن عابدين 7 / 316 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 6) .

(4) **خيار الشرط** : ما ثبت بالاشتراط لأحد المتعاقدين من الاختيار بين إمضاء العقد أو فسخه . (انظر : حاشية ابن عابدين 7 / 101 ، ونهاية المحتاج للرملي 4 / 12) .

(5) **خيار الرؤية** : حق يثبت به للعاقد الفسخ أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعين الذي عقد عليه ولم يره . (انظر : حاشية ابن عابدين 7 / 145 ، وفتح القدير 5 / 137) .

(6) انظر : بدائع الصنائع 7 / 189 ، والمهذب للشيرازي 1 / 360 ، وكشاف القناع 3 / 189.

الفصل الرابع

التكييف الفقهي والقانوني لعقد الصيانة

تمهيد :

لعل من نافلة القول الإشارة إلى أن تحديد التكييف الفقهي والقانوني لأي عقد من العقود ، يعتبر أمراً على جانب كبير من الأهمية ، لما له من أثر كبير في تحديد القواعد والأحكام التي يخضع لها هذا العقد.

ولكن تحديد التكييف الفقهي أو القانوني لعقد من العقود ، لا يعتبر أمراً ميسوراً على الدوام ، فكثيراً ما يواجه الباحث في هذا المجال عديداً من الصعوبات ، وبصفة خاصة إذا كان العقد - محل الدراسة - من العقود التي ظهرت حديثاً ، وما زال في مرحلة التكوين ، ومن ثم فإنه يفتقر إلى التنظيم التشريعي الكامل . وهذا هو الحال بالنسبة لعقد الصيانة المعاصر ، ولذلك كان هذا الفصل من أهم فصول هذه الأطروحة وأكبرها .

هذا ، وغني عن البيان أن المراد بالتكييف هو النظر في إمكانية إلحاق هذا العقد بعقد من العقود المسماة في الفقه أو القانون ، أو اعتباره - إن تعذر ذلك - عقداً مستقلاً لا نظير له في الفقه أو القانون .

وبالطبع إن الوصول إلى ذلك لابد من أن يمرّ عبر دراسة وتحليل عقد الصيانة [1] ، وبيان مشتملاته الأساسية ذات الأثر في تكييفه الفقهي

والقانوني ، كل ذلك بحسب الفهم والإدراك لحقيقته . ومن ثم إبراز أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين هذا العقد ، وما له صلة به من العقود المسماة .

وبالنظر إلى أن التكييف فكرة معنوية ، فإنه لابد أن تتعدد في ذلك وجهات النظر ، تبعاً لاختلاف المدارك والأفهام ، كما أنه - ولذات السبب - لا يمكن أن يوصف تكييف فقهي أو قانوني ما ، بأنه صحيح وكامل تماماً .

وعليه سيتضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تحليل عقد الصيانة وبيان أهم مشتملاته .

المبحث الثاني : التكييف الفقهي لعقد الصيانة .

المبحث الثالث : التكييف القانوني لعقد الصيانة .

---

(1) لعل من المهم أن نشير هنا ، إلى أننا لن نبحث في التكييف الفقهي والقانوني لحالة التعاقد مع أحد المختصين في أعمال الصيانة ، للقيام بهذه الأعمال لحساب المصون له بشكل متفرغ له ، وبأجر شهري أو سنوي محدد ، أي الحالة التي يكون الصائن فيها يعمل للمصون له ولا يعمل لغيره . ذلك أن هذه الحالة قليلة في الواقع ، كما أن تكييفها غير خافٍ ، فهي في الفقه الإسلامي تعتبر عقد إجارة مع أجير خاص مهمته أعمال الصيانة ، وهي في القانون المدني عقد عمل مع عامل مهمته أعمال الصيانة .

المبحث الأول
تحليل عقد الصيانة وبيان أهم مشتملاته

لعل مما لا يخفى على كل دارس ، أن البحث في التكييف الفقهي والقانوني لأي عقد من العقود المستحدثة ، يعتمد بشكل رئيس على دراسة وتحليل صور عديدة من هذا العقد مما يتعامل به الناس ، للوقوف على أهم ما يشتمل عليه هذا العقد ، وفهم موضوعه بشكل واقعي دقيق . ولأجل ذلك ، قمت بدراسة عدد كبير من عقود الصيانة التي يتعامل بها الناس اليوم – أفراداً وشركات ومؤسسات ونحو ذلك - في مجالات مختلفة ، كصيانة أجهزة الحاسب الآلي والشبكات الإلكترونية ، وصيانة المعدات الطبية أو المباني والمنشآت ، وظهرت لي من جراء ذلك أمور ثلاثة لها أهمية كبرى في تكييف هذا العقد ، ألا وهي :

الأمر الأول :

أن الغالب الأعم من عقود الصيانة هو من النوع الشامل للصيانة الوقائية والإصلاحية معاً . حتى إنه يمكن القول : إن العرف التجاري يبدو أنه قد استقر على أن المراد بعقد الصيانة عند الإطلاق هو العقد الشامل لنوعيها معاً . ولذلك الأمر أسبابه الفنية والتجارية الواضحة ، ذلك أن إجراء الصيانة الوقائية بشكل صحيح وفعّال وحسب الأصول الفنية المرسومة لصيانة كل عين من الأعيان ، يقلل بشكل كبير جداً من الحاجة إلى الصيانة الإصلاحية ، ومن ثم فإنه يقلل كثيراً من التكاليف الكلية للصيانة . ولذلك فإن العهدة بهما معاً إلى جهة واحدة ، له مزايا ظاهرة في حفز الصائن على إتقان الصيانة بنوعيها ، كما أنه يسهل حصر المسؤولية [1].
بخلاف ما لو تعاقد المصون له مع الصائن على القيام بالصيانة الوقائية وحدها ، فإن الدافع لإتقان العمل لن يكون متوافراً بشكل كاف ؛ وذلك لإدراك الصائن أنه لن يكون مسؤولاً عن إصلاح الأعيان المصونة فيما لو تعطلت بسبب عدم قيامه بالصيانة الوقائية بشكل فعّال . ولما كان الصائن – في العادة – من أهل الخبرة والاحتراف في هذا العمل ، والمصون له – في العادة – لا علم له بأعمال الصيانة الفنية وأسرارها ، فإن إمكانية إهمال الصائن لعمله تكون واردة بشكل كبير ، في ظل أن المصون له لا يدرك ذلك في العادة .
من أجل ذلك تنص عقود الصيانة – إلا النادر منها – على التزام الصائن بالقيام بأعمال الصيانة الوقائية التي تكفل بقاء الأعيان صالحة لأداء الغرض المرسوم لها ، كما تنص على التزامه بإصلاح الأعيان في حال تعطلها ، إلا إذا كان تعطلها راجعاً لسبب لا صلة له بعمل الصائن.

(1) انظر : التنظيم الصناعي وإدارة الإنتاج ص 224 – 225 ، ودليل الصيانة في المنشآت الصناعية ص 59 – 60 ، وتخطيط ومراقبة الإنتاج ص 252 ، والصيانة ص 68 ، وصيانة المركبات ص 12 .

الأمر الثاني :

أن معظم عقود الصيانة ، تنطوي على التزام الصائن - على حسابه ومن ضمن مبلغ العقد - بتقديم بعض أو كل قطع الغيار التي يلزم تبديلها خلال مدة العقد نظراً لانتهاء عمرها الافتراضي ، والغرض من اشتراط التزام الصائن بذلك ، هو تقديم الصيانة بشكل فعال واقتصادي . فالصائن هو الأقدر - بحكم خبرته - على توفير مثل هذه القطع ، وفي حال التزامه بذلك ، سيكون حريصاً على توفيرها بأقل الأسعار الممكنة ، وبأسرع وقت ممكن ، مما يؤدي إلى جعل الصيانة فعّالة واقتصادية . ولذلك تنص العقود على التزامه باستبدال قطع معينة وفي أوقات محددة نظراً لانتهاء عمرها الافتراضي ، وذلك لضمان عدم تعطل الأعيان المتعاقد على صيانتها ، لما يترتب على ذلك من أضرار تلحق المصون له . كما أن التزام الصائن بتقديم قطع الغيار على حسابه ، سيدفعه لبذل أكبر عناية ممكنة في إجراء الصيانة الوقائية ، لتفادي تبديل القطع [1] .

يضاف إلى ذلك أن عدم التزام الصائن بتقديم قطع الغيار من ضمن مبلغ العقد ، قد يدفعه أحياناً للطلب من المصون له تبديل بعض القطع التي يمكن إصلاحها ؛ حتى لا يتكلف عناء الإصلاح ، ذلك أن المصون له - في العادة - لا يملك القدرة الفنية على تمييز ذلك ، كما أنه في الغالب سيشتريها من الصائن نفسه .

ولذلك فإنه وحسماً لأية صورة من صور التلاعب أو الغش التجاري ، فإن معظم العقود تنص على التزام الصائن بتقديم بعض أو كل قطع الغيار ، بل إن أكثر العقود تلزمه بكل قطع الغيار التي يلزم استبدالها، كونها من لوازم أعمال الصيانة . ولا شك أن الصائن يمكنه بحسب الخبرة في هذا المجال ، تقدير القطع التي سيحتاج إليها ، بشكل مقبول تجارياً ، ومن ثم يُضمِّن أثمان هذه القطع ضمن مبلغ العقد [2] .

الأمر الثالث :

جميع عقود الصيانة - التي اطلعت عليها - تستثني نوعين من الأعمال ، فلا يلتزم الصائن بتحملهما ؛ نظراً لما ينطويان عليه من جهالة فاحشة ؛ ونظراً لكونهما لا صلة لهما بعمل الصائن ، وهذا النوعان هما :

1 - إصلاح الأعطال التي تنشأ بسبب سوء الاستعمال أو مخالفة تعليمات التشغيل [3] ، أو التي تنشأ بسبب التعدي أو الإهمال في المحافظة على العين المصونة ، وكذلك الأعطال الناجمة عن الحوادث أو الحريق أو الكوارث ونحو ذلك .

2 - تبديل القطع التي تعتبر من المستهلكات ، وهي القطع التي تستنفد بسبب الاستعمال الطبيعي ، ويعتبر استهلاكها مرتبطاً بالتشغيل الاعتيادي للأعيان المصونة ، وذلك كإطارات السيارات وبطارياتها ، والأحبار المستخدمة في الطابعات وأجهزة التصوير ، وكذلك الأفلام المستخدمة في أجهزة الأشعة . وغالباً ما تكون هذه القطع محددة من قبل المصنِّع في كتيبات التشغيل . ولذلك فإن عقود الصيانة تنص بشكل واضح على أن استبدال مثل هذه القطع لا يدخل في التزامات الصائن .

---

(1) انظر : الصيانة ص 109 - 113 ، ودليل الصيانة في المنشآت الصناعية ص 147 - 148.

(2) سنفصل القول في هذا الأمر عند الكلام عن مشروعية عقد الصيانة في ضوء قاعدة منع الغرر ، وذلك في الفصل الخامس من هذه الأطروحة .

(3) يكاد يكون لكل منتج في عصرنا الحاضر وثيقة توضح تعليمات التشغيل ، وتؤثر مخالفة هذه التعليمات تأثيراً كبيراً على العمر الافتراضي للآلة وعلى مستوى أدائها . (انظر : دليل الصيانة في المنشآت الصناعية ص 18) .

إن هذه الأمور الثلاثة ، إضافة لما سبق بيانه عند الكلام عن خصائص عقد الصيانة من كونه عقد معاوضة وعقداً زمنياً ، وعقداً لازماً . كل ذلك سيؤثر – بلا شك – في تكييف عقد الصيانة . فإن ما يجدر بنا فعله هو البحث في تكييف هذا العقد في ضوء ما استقر عليه العرف التجاري ؛ ليكون البحث مرتبطاً بواقع الناس اليوم ، وحتى يمكن الوصول إلى ضبط هذا العقد بمعيار فقهي دقيق ، يجعل المسلمين مطمئنين إلى أن معاملاتهم وعقودهم موافقة لما أقرته الشريعة الإسلامية .

وبناءً عليه ، فإن دراستي لتكييف هذا العقد ، ستنصب على الصورة التعاقدية السائدة ، والتي جرى العرف التجاري على التعامل بها ، وهي التي يلتزم فيها الصائن بنوعي الصيانة : الوقائية والإصلاحية معاً . كما يلتزم بتقديم المواد وقطع الغيار اللازمة لأعمال الصيانة .

أما الحالات الأخرى ، والتي هي إما نادرة أو قليلة الوقوع ، كالتعاقد على الصيانة الوقائية وحدها ، أو الإصلاحية وحدها ، أو التعاقد على الصيانة دون الالتزام بقطع الغيار ، فهي حالات سأعرض لتكييفها الفقهي والقانوني أثناء دراستي لتكييف الصورة التعاقدية السائدة .

المبحث الثاني
التكييف الفقهي لعقد الصيانة

اختلف أهل العلم من المعاصرين - الذين عرضوا لهذا العقد بالبحث والدراسة - في تكييفه ، فذهب بعضهم إلى تكييفه على أنه عقد جعالة ، وذهب آخرون إلى تكييفه على أنه عقد إجارة مع أجير مشترك ، وذهب فريق ثالث إلى اعتباره عقد استصناع . بينما ذهب آخرون إلى اعتباره عقداً مستقلاً لا نظير له في العقود المسماة في الفقه الإسلامي. وسأتناول – في هذا المبحث - هذه الاتجاهات الأربعة بالدراسة والتحليل ، وصولاً إلى ما أراه الراجح في تكييف هذا العقد .
وعليه فإن هذا المبحث يتضمن المطالب الأربعة التالية :

المطلب الأول : تكييف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة .
المطلب الثاني : تكييف عقد الصيانة على أنه عقد إجارة مع أجير مشترك .
المطلب الثالث : تكييف عقد الصيانة على أنه عقد استصناع .
المطلب الرابع : التكييف الراجح : عقد الصيانة عقد مستقل .

المطلب الأول
تكييف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة

ذهب بعض أهـل العلم ـ من المعاصرين ـ إلى تكييف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة ، ومن هؤلاء :

1 - **الدكتور أحمد الحجي الكردي :** حيث قال : " الجعالة نوع من الإجارة ، إلا أنها تتحمل من الجهالة والغرر مالا تسيغه الإجارة ، وقد أجـازها الجمهور للحاجة إليها على ما فيها من الجهالة والغرر ، وهي أقرب العقود قاطبة إلى عقد الصيانة ، مما يمكن معه إدخالها فيها ، وترتيب شروطها وأحكامها على وفقها" [1] .

2 - **الدكتور يوسف قاسم :** فقد ذكر أن بعض صور عقـد الصيانة تخرج على أنها عقد جعالة ، فقال : "إذا أعلنت إحدى الشركات أن المهندس الذي يقوم بعمل الصيانة اللازمـة للمصنع المملوك لها ، والكائن في مكان كذا ، فإنها تقدم له مكافأة إجمالية قدرها كذا ، فلا شك أنه عقد صيانة يكيف على عقد الجعالة" [2] .

3 - **الأستاذ عز الدين التوني :** حيث ذكر أن بعض صـور عقد الصيانة تخرج على عقد الجعالة ، فقال : "يمكن أن يتمحض عقد الصيانة عقد جعالة إذا تحققت في العقد هذه الأمور - شروط عقد الجعالة - . فلو أعلن بيت التمويل الكويتي أن من قام بإصلاح أجهزة التكييف في المبنى كذا ، فله كذا ، فتقدمت إحدى الشـركات وتعاقد بيت التمويل الكويتي معها ، وذكر في العقد نوع العمل وقدر العوض ، ثم ذكر أن الشركة لا تستحـق هذا العوض إلا بتمام العمل ، وإنها لو تركت العمـل قبل تمامه لا تستحق شيئاً ، ووافقت الشركة على ذلك ، كان هذا العقد عقد جعالة مسمى باسم الصيانة" [3] .

4 - **الدكتور منذر قحف :** ومما قاله : " لقد تحدث الفقهاء عن خياطة ثوب أو بناء حائط ، كمحل لعقد الجعالة ، وليس يفترق عن ذلك صيانة آلة أو بناء . بل قد يكون عقد الصيانة أولى بالجعالة من بناء الحائط أو خياطة الثوب ؛ لأن البناء والخياطة تصلح فيهما الإجارة ؛ ولأن الجعالة أبيحت لحاجة الناس إليها رغم ما فيها من الجهالة" [4] .

---

(1) عقود الصيانة للدكتور أحمد الحجي الكردي ، بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ص 319 .

(2) تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة للدكتور يوسف قاسم ، بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ص 339 .

(3) تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة للأستاذ عز الدين التوني ، بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ص 360 .

(4) عقـود الصيانة للدكتور منذر قحف ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة - عام 1998 م ، ص 33 .

5 - **الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي :** حيث نص قرارها في بدايته على اعتبار عقد الصيانة عقداً مستحدثاً ومشروعاً ، تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود ، ثم كيفه بأنه عقد جعالة ، سواء التزم الصائن بقطع الغيار أم لم يلتزم [1] .

هذا ، وقبل أن أذكر ما استند إليه أصحاب هذا الاتجاه في تكييفهم ، أعرض لمحة موجزة حول تعريف عقد الجعالة ومشروعيته .

الفرع الأول : تعريف عقد الجعالة ومشروعيته :

أولاً : تعريف عقد الجعالة :

الجعالة في اللغة : مصدر مشتق من الفعل جَعَل . وهي اسم لما يجعل للإنسان على فعل شيء . والجُعل : الأجر [2] .

أما في اصطلاح الفقهاء : فقد عرفها الشافعية بأنها : " التزام عوض معلوم على عمل معين ، أو مجهول عسر علمه" [3] .

وعرفها المالكية بأنها : " ما يجعل الرجل للرجل على عمل يعمله له إن أكمل العمل ، وإن لم يكمله لم يكن له شيء ، وذهب عناؤه باطلاً" [4] .

هذا ولا تخرج تعريفات سائر الفقهاء عما تضمنه هذان التعريفان .

إذن ، فعقد الجعالة عقد بمقتضاه يحدد العاقد (الجاعل) مالاً يبذله (جعلاً) لمن يعمل له عملاً، من رد شيء ضائع ، أو القيام بعمل معين. هذا ويلاحظ من تعريف المالكية أنه جعل شرط استحقاق الجعل إتمام العمل ، وبهذا يكون قد فرق بينها وبين الإجارة - والتي هي أيضاً عقد عمل - فإن العوض في الإجارة يستحق على قدر العمل ، أما في الجعالة فإن العوض يستحق بالانتهاء من العمل . وإلى مثل ما ذهبت إليه المالكية، ذهبت سائر المذاهب القائلة بمشروعية عقد الجعالة [5] .

---

(1) انظر : أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي عام 1995 م ، ص 472 - 473 .

(2) انظر : معجم مقاييس اللغة ، مادة جعل 1 / 460 ، والقاموس المحيط ، مادة جعل 3 / 476 - 477 .

(3) مغني المحتاج 2 / 429 ، وحاشية البجيرمي على شرح الخطيب 3 / 183 .

(4) المقدمات والممهدات 2 / 175 ، وحاشية العدوي على كفاية الطالب 2 / 251 .

(5) انظر : حاشية الخرشي على مختصر خليل 7 / 328 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير 4 / 64 ، والمهذب 1 / 575 ، ونهاية المحتاج 5 / 473 ، وكشاف القناع 4 / 203 - 204 ، والمغني 6 / 353 .

ثانياً : مشروعية عقد الجعالة :

اختلف الفقهاء في مشروعية عقد الجعالة على قولين :

الأول : عقد الجعالة مشروع ، وهذا قول المالكية [1] ، والشافعية [2] ، والحنابلة [3] ، والجصاص من الحنفية [4] ، فهو قول الجمهور.

الثاني : عقد الجعالة غير مشروع ؛ وذلك لأنه نوع من أنواع الإجارات الفاسدة . وهذا قول جمهور الحنفية. وعلة عدم المشروعية عندهم ما في الجعالة من تعليق تملك العامل للجعل على أمر مجهول، فإن قدر العمل مجهول ، ومن ثم قد يتمكن العامل من إتمامه ، وقد يعجز عن ذلك ، وهو لا يستحق الجعل إلا بتمام العمل ، فيكون القدر الذي عمله العامل قد ذهب هدراً . وهذا بخلاف الإجارة ، فإن العوض فيها على قدر العمل ، فيستحق العامل من الأجرة بقدر ما عمل [5] . ومع ذلك أجاز الحنفية الجعالة – على خلاف القياس – في رد العبد الآبق ، وتنفيل [6] الإمام للمقاتلين من الغنيمة ، وذلك للنصوص الواردة في جواز ذلك ، مما لا حاجة لذكرها في هذا المقام .

هذا ، وقد استدل جمهور الفقهاء ، القائلون بمشروعية عقد الجعالة بأدلة من القرآن الكريم والسنة المطهرة والمعقول ، لا حاجة لذكرها في هذا المقام .

والآن ، وبعد هذه اللمحة الموجزة حول تعريف ومشروعية عقد الجعالة ، نأتي لبيان أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين كل من عقد الصيانة وعقد الجعالة ، وذلك في ضوء المشتملات الأساسية لعقد الصيانة التي سبق بيانها ، وفي ضوء ما قرره الفقهاء من خصائص وأحكام عقد الجعالة ، مما له صلة بدراستنا للتكييف الفقهي لعقد الصيانة [7] .

إن هذا البيان ، سيكون الأساس الذي نحكم من خلاله على مدى دقة هذا التكييف الفقهي .

---

(1) انظر : المقدمات والممهدات 2 / 175 ، وحاشية العدوي على كفاية الطالب 2 / 250 – 251 ، والشرح الصغير للدردير 4 / 79 .

(2) انظر : المهذب 1 / 574 ، وحاشية البجيرمي على شرح الخطيب 3 / 184 ، ومغني المحتاج 2 / 429 .

(3) انظر : المغني والشرح الكبير 6 / 350 ، والروض المربع للبهوتي ص 261 ، وكشاف القناع 4 / 202 .

(4) انظر : أحكام القرآن للجصاص 3 / 226 .

(5) انظر : حاشية ابن عابدين 5 / 58 ، والاختيار لتعليل المختار 2 / 57 .

(6) التنفيل : عطية التطوع . والنَفَل بفتحتين : الغنيمة . والجمع : أنفال . واصطلاحاً : إعطاء الإمام المحارب فوق سهمه من الغنيمة (انظر : مختار الصحاح ، مادة نفل ص 627 ، ومعجم لغة الفقهاء ص 148) .

(7) لن نعرض هنا لجميع خصائص وشروط عقد الجعالة ، حيث لا حاجة لذلك في هذا المقام . ويمكن مراجعة ذلك في كتب المذاهب ، ومنها : منح الجليل 8 / 58 وما بعدها ، وحاشية العدوي على كفاية الطالب 2 / 250 وما بعدها ، ومغني المحتاج 2 / 429 وما بعدها ، والمغني والشرح الكبير 6 / 350 وما بعدها ، وكشاف القناع 4 / 202 وما بعدها .

الفرع الثاني : أوجه الشبه بين عقدي الجعالة والصيانة :

بعد دراستي لأهم خصائص عقد الجعالة التي قررها الفقهاء ، يمكن القول : إن أقوى وجه للشبه بين عقدي الجعالة والصيانة ، هو أن كلاً منهما عقـد على عمل ، وأن مقدار هذا العمل يعتريه قدر من الجهالة ، مع وجود غاية يطلب من العامل أو الصائن تحقيقها ، ليستحق الجعل أو المقابل الذي حدده له الطرف الآخر في العقد .

فقد ذهب جمهور الفقهاء القائلون بمشروعية عقد الجعالة ، وهم المالكية [1] والشافعية [2] والحنابلة [3] ، إلى أن الجعالة تصح على كل عمل مجهول يتعذر ضبطه ووصفه ، كرد ضالة مثلاً ؛ لأن الجهالة إذا احتملت في المضاربة توصلاً إلى الربح الزائد من غير ضرورة ، فاحتمالها في الجعالة توصلاً إلى أصل المال اضطراراً أولى . فإن كان لا يتعذر ضبطه فلابد من ضبطه ؛ إذ لا مسوغ لاحتمال جهالته .

وكذلك ذهب الشافعية والحنابلة – على الراجح في المذهبين [4] – إلى صحة عقد الجعالة على كل عمل معلوم تصح الإجارة عليه ، كقول الجاعل : " من رد ضالتي من موضع كذا فله مائة دينـار" ؛ لأنها إذا جازت مع جهالة العمل ، فمع معلوميته أولى .

وبالنظر إلى عقد الصيانة ، نجد أنه يشتمل على نوعين من الأعمال :

الأول : الصيانة الوقائية ، وهذه الصيانة أعمالها ومشتملاتها معلومة سلفاً للعاقدين عند التعاقد .

الثاني : الصيانة الإصلاحية ، أي إصلاح الأعطال التي تصيب الأعيان بعد حدوثها ، وهذه الصيانة بأعمالها ومشتملاتها ومواعيد حصولها يعتريها قدر من الجهالة ، وإن كان لا يصل في حال من الأحوال إلى قدر الجهالة في العمل في صور عقد الجعالة التي أقرها الفقهاء ، كرد عبد آبق ، أو تعليم حرفة ، حيث إن العامل قد يبذل عملاً كبيراً وجهداً شاقاً ولا يحقق مع ذلك الغاية التي حددها الجاعل .

وعليه فإن كلا النوعين من الأعمال التي يتضمنها عقد الصيانة ، قد أجاز الفقهاء التعاقد عليه بعقد الجعالة ، فسـواء كانت الأعمال معلومة منضبطة ، أم كانت مما يعتريها الجهالة ، فإن كلا منها يصح أن يكون محلاً لعقد الجعالة .

كما أن الغاية التي يبتغيها المصون له من الصائن في عقد الصيانة معلومة أيضاً ، ألا وهي بقاء الأعيان على الحالة التي تمكنها من القيام بالوظائف المرسومة لها . بمعنى آخر : إن على الصائن أن يقوم بكافة الأعمال الوقائية اللازمة ، وكذلك الإصلاحية عند الحاجة إليها ، بما يكفل تحقيق غرض المصون له في بقاء الأعيان التي يملكها أو يستخدمها صالحة لأداء الأعمال المرسومة لها بشكل فعّال .

---

(1) انظر : حاشية الدسـوقي على الشرح الكبير 4 / 63،66 ، وحاشية الخرشي على مختصر خليل 7 / 324 .

(2) انظر : نهاية المحتاج 5 / 471 ، ومغني المحتاج 2 / 430 ، والمهذب 1 / 574 .

(3) انظر : المغني والشرح الكبير 6 / 351 ، 354 ، وكشاف القناع 4 / 203 .

(4) انظر : المراجع في 2 ، 3 .

وبناء على وجه الاتفاق القوي هذا بين عقد الجعاله وعقد الصيانة ، ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى تكييف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة ، لا سيما وأنه في نظرهم لا يمكن تكييفه على أنه عقد إجارة مع أجير مشترك ؛ نظراً لأن أعمال الصيانة الإصلاحية يعتريها قدر من الجهالة لا يحتمله – في نظرهم – عقد الإجارة [1] .

الفرع الثالث : أوجه الاختلاف بين عقدي الجعالة والصيانة :

على الرغم من وجه الشبه القوي بين عقدي الجعالة والصيانة ، إلا أن هناك اختلافات عديدة بين العقدين، ويمكن إيضاح أهم هذه الاختلافات في الأمور التالية :

أولاً : عقد الجعالة عقد غير لازم :

ذهب القائلون بمشروعية عقد الجعالة ، إلى أنه عقد غير لازم لكلا العاقدين (الجاعل والعامل) قبل شروع العامل في العمل ، فيجوز لكل منهما الرجوع في العقد (فسخه) ، دون أن يترتب على ذلك أي أثر. وذلك قولاً واحداً عند الشافعية [2] والحنابلة [3] ، وهو الراجح عند المالكية [4] . وعللوا ذلك بأن الجعالة من جهة الجاعل ، تعليق استحقاق العامل للجعل بشرط ، فأشبهت الوصية ، وأما من جهة العامل ، فلأن العمل فيها مجهول ، وما كان كذلك لا يتصف عقده باللزوم ، فعقد الجعالة عقد على عمل مجهول بعوض ، فجاز لكل من طرفيه فسخه ، كالمضاربة .

وللمالكية قول آخر : إن عقد الجعالة لازم للجاعل بمجرد إيجابه ، وهذا هو أحد قولي ابن حبيب، وظاهر رواية عيسى بن قاسم . وعللوا ذلك بأن الجاعل لما كان ما أخرجه من الجعل معلوماً ، ولم يجز أن يكون مجهولاً ، لزمه .

أما بعد شروع العامل في العمل ، وقبل تمامه ، فقد نص الشافعية [5] والحنابلة [6] على أن العقد غير لازم أيضاً كما قبل الشروع ، أما المالكية [7] فقالوا : إنه بعد الشروع يكون غير لازم بالنسبة للعامل ، أما الجاعل فيلزمه العقد في أظهر القولين في المذهب ، فلا يكون له حق فسخ العقد حتى لا يبطل على العامل عمله ، وهذا قول علي بن زياد وأشهب وسحنون .

---

(1) انظر : الأبحاث السابقة . بحث الدكتور الكردي ص 319 ، وبحث الدكتور قحف ص 32 ، وبحث الأستاذ التوني ص 360 .

(2) انظر : مغني المحتاج 2 / 433 ، ونهاية المحتاج 4 / 466 ، والمهذب 1 / 575 .

(3) انظر : كشاف القناع 4 / 206 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 354 ، والمحرر في الفقه لأبي البركات ص 327 .

(4) انظر : حاشية الخرشي على مختصر خليل 7 / 326 – 328 ، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير 4 / 82 – 83 ، وحاشية العدوي على كفاية الطالب 2 / 252 .

(5) انظر : مغني المحتاج 2 / 433 ، و المهذب 1 / 575 ، وحاشية البجيرمي على الخطيب 3 / 185.

(6) انظر : كشاف القناع 4 / 206 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 352 – 354 .

(7) انظر : حاشية الخرشي على مختصر خليل 7 / 326 – 328 ، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير 4 / 82 ، وحاشية العدوي على كفاية الطالب 2 / 252 .

مما سبق نرى أن عقد الجعالة غير لازم للعامل مطلقاً ، أما بالنسبة للجاعل فإنه – على الصحيح – لا يكون لازماً قبل شروع العامل في العمل ؛ لأن إلزام الجاعل بإيجابه قبل شروع العامل يغاير الحكمة من تشريع عقد الجعالة ، حيث شرع للحاجة ، وقد تتغير حاجة الجاعل .

أما بعد الشروع في العمل ، فأرى رجحان قول المالكية باللزوم على الجاعل ؛ تفادياً لإبطال عمل العامل . ولكنه في كل الأحوال لا يكون لازماً للعامل ؛ لأنه لما كان العمل الذي يؤديه العامل يجوز أن يكون مجهولاً ، جاز له أن يرجع عنه متى شاء .

أما بالنسبة لعقد الصيانة ، فقد تقدم – عند الكلام عن خصائصه – أنه عقد لازم لطرفيه ، فلا ينفرد أحد العاقدين بفسخه دون رضا العاقد الآخر . بل إن الغالب الأعم من عقود الصيانة تنص على تجدد العقد تلقائياً بعد انتهاء مدته ، ما لم يُعلم أحد الطرفين الآخر رغبته عدم تجديد العقد إعلاماً موثقاً .

والحقيقة أن عقد الصيانة لا مندوحة فيه عن اللزوم في كل مراحل العقد ، حتى قبل شروع الصائن في القيام بأعمال الصيانة اللازمة للأعيان المتعاقد على صيانتها ؛ لأن عدم اللزوم في عقود الصيانة ضار بالطرفين. فعدم اللزوم في جانب الصائن يتيح له الفرصة لفسخ العقد متى شاء ، وهذا - بلا شك – سيعرض المصون له لأضرار تنشأ عن عدم استمرارية الصيانة ، وتجعله مضطراً لصرف المزيد من الجهد والوقت للتعاقد مع صائن آخر، وخلال هذه المدة من الزمان تكون الأعيان من آلات ومعدات ومنشآت ونحوها عرضه للتوقف عن أداء الأعمال المرسومة لها ، ولهذا الأمر آثاره السلبية التي لا تخفى .

أما بالنسبة للمصون له ، فإن عدم اللزوم في حقه ، يمكنه من فسخ العقد متى شاء ، مما يعرض الصائن فرداً كان أو مؤسسة لمشاكل تجارية واقتصادية ، ويفوت عليه أرباحاً كان يمكن أن يجنيها في حال استمرار العقد، أو في حال تقديمه لخدمات الصيانة لمتعاقد آخر ، كان يمكن التعاقد معه لولا الارتباط مع غيره .

ثانياً : عقد الجعالة ليس عقداً زمنياً :

عقد الصيانة عقد زمني ، تتحقق فيه المنفعة للمصون له آناً بعد آن ، شأنه في ذلك شأن عقد الإجارة . أما عقد الجعالة فهو ليس عقداً زمنياً ، ولا يشكل على ذلك جواز تأقيت العمل في الجعالة بمدة من الزمان ، كما ذهب إلى ذلك بعض القائلين بمشروعية عقد الجعالة . وإليك البيان :

اختلف القائلون بمشروعية عقد الجعالة ، في مدى صحة اشتراط تأقيت العمل بمدة محددة من الزمان ، ولهم في ذلك قولان :

القول الأول :

يشترط لصحة عقد الجعالة عدم تأقيت العمل المجاعل عليه بمدة محددة من الزمان . وهذا مذهب المالكية [1] ، والشافعية [2] . فلو قال الجاعل مثلاً : من رد ضالتي في شهر فله دينار ، لم يصح العقد؛ لأن تقدير المدة يخل بمقصود العقد ، فقد لا يجد العامل الضالة خلال المدة المقدرة ، فيضيع سعيه ولا يحصل الغرض .

(1) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 65 ، والمقدمات والممهدات 2 / 177 .

(2) انظر : أسنى المطالب 2 / 441 ، ونهاية المحتاج 1 / 471 ، وحاشية البجيرمي على الخطيب 3 / 187 .

إلا أن المالكية استثنوا ما لو شرط العامل ، أن له أن يفسخ العقد متى شاء ، وأن له من الجعل بقدر ما عمل، فإنه يجوز تأقيت العقد بزمن معين . قال الخرشي : " الجعل لا يجوز فيه تقدير الأجل للجهل والغرر ؛ إذ لو قدر بزمن يقع فيه لاحتمل أن ينقضي قبل تمام العمل ، فيذهب عمله باطلاً ، إلا أن يكون قد اشترط عليه أن يترك العمل متى شاء ، فإنه يجوز ضرب الأجل فيه حينئذ لخفة الغرر ؛ لأن العامل حينئذ دخل ابتداءً على أنه مخير فغرره خفيف" [1] .

ولكن الحقيقة أن اشتراط العامل أن له أن يترك العمل متى شاء (أي أن يفسخ العقد) ، هو بمثابة إلغاء للقيد الزمني ، وهذا ما أشار إليه الصاوي في حاشيته ، حيث قال : " فإن شرط ذلك أو شرط له ، لم تفسد ؛ لأنه قد رجع فيها حينئذ لأصلها من عدم تعيين الزمان ، أي من حيث إنه قد صار تعيينه ملغياً " [2] .

القول الثاني :

يصح عقد الجعالة وإن كان العمل فيها مؤقتاً بمدة محددة من الزمان ، وهذا قول الحنابلة [3] . وعللوا ذلك بأن العقد إذا صح مع جهالة المدة ، فمع العلم بها أولى ، ولأن الجعالة عقد غير لازم ، فلا يلزمه بالدخول فيها مع ضرب المدة ضرر .

وهكذا نجد أن الفقهاء قد اختلفوا في جواز ضرب المدة في عقد الجعالة ، ولعل **الراجح** ما ذهب إليه الحنابلة من القول بجواز تأقيت العمل بمدة محددة من الزمان ؛ لما في ذلك من تقليل لجهالة العمل ، وحتى لا يبقى إيجاب الجاعل قائماً مدة طويلة من الزمن قد تتغير فيها حاجته بشأن العمل المجاعل عليه. وحتى لو قرر الجاعل الرجوع عن إيجابه لتغير حاجته ، فإن العلم بذلك قد لا يبلغ العامل ، ومن ثم كان الأوجه القول بجواز التأقيت .

ولكن مع ذلك ، يبقى ثمة فارق هام بين عقد الصيانة وعقد الجعالة فيما يتعلق بالمدة المحددة للعمل ، فإن هذه المدة محددة دائماً في عقد الصيانة ، حيث يحدد ابتداؤها وانتهاؤها بشكل تام ، كما أن الزمن مقصود أصلي في عقد الصيانة الذي يستهدف إبقاء الأعيان من آلات أو معدات أو منشآت أو نحو ذلك في حالة صالحة للقيام بالوظائف المتوقعة منها خلال مدة العقد .

فعقد الصيانة عقد زمني بلا ريب ، تتحقق المنفعة فيه آناً بعد آن ، شأنه في ذلك شأن عقد إجارة الأعيان أو إجارة الأبدان . فالصائن مطالب بتحقيق غرض المصون له في إبقاء الأعيان المصونة صالحة لأداء الوظائف المحددة لها طيلة مدة العقد ، والتي قد تكون سنة أو سنتين أو ربما أكثر من ذلك . وفي نهاية المدة المحددة للعقد ، ينظر الطرفان في تجديد العقد لمدة أخرى حسبما يقدره كل طرف من مصالح تتحقق من العقد .

إذن فالصائن مطالب بالعمل طيلة المدة المحددة للعقد ، حتى يستمر تحقق غرض المصون له من العقد ، وبذلك يتفق عقد الصيانة هنا مع عقد الإجارة على عمل ، ويفارق عقد الجعالة الذي يهدف فقط إلى تحقيق

(1) حاشية الخرشي على مختصر خليل 7 / 331 .

(2) حاشية الصاوي على الشرح الصغير 4 / 82 .

(3) انظر : كشاف القناع 4 / 208 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 351 ، والإنصاف 6 / 389 .

نتيجة معينة ، ولو أمكن للعامل تحقيق النتيجة التي يطلبها الجاعل في ساعة ، لكان هذا أنفع للجاعل مما لو حققها في شهر [1] .

يقول ابن قدامة : " إن الجعالة يحتمل فيها الغرر ، وتجوز مع جهالة العمل والمدة بخلاف الإجارة ... وإن الإجارة إذا قدرت بمدة لزم العمل في جميعها " [2] .

ثالثاً : الانتفاع ببعض العمل :

الأصل في عقد الجعالة أن يكون مقصود الجاعل لا يتحقق إلا بتمام العمل المجاعل عليه ، وذلك كرد مال ضائع ، أو تحصيل دين من الديون ، أو حفر بئر للوصول إلى الماء ، أو نحو ذلك . أما إن كان بعض العمل يحقق بعض غرض الجاعل ، مثل إشادة بعض البناء ، فإن العقد المناسب هنا هو عقد الإجارة على عمل وليس الجعالة ؛ لأن مؤدى هذا أن لا يستحق العامل الجعل ولو أتم بعض العمل إذا لم ينجزه كله ، مع أن الجاعل ينتفع بهذا العمل . وفي هذا إجحاف دعا فقهاء المالكية إلى منع الجعالة في مثل هذه الحالات [3] .

حيث اشترط فقهاء المالكية في العمل الذي تصح المجاعلة عليه ألا تتحقق فيه منفعة للجاعل إلا بتمامه [4].

قال ابن المواز : " إن الجعل على حفر الآبار لا يجوز إلا فيما لا يملك من الأرضين ؛ لأن ما يملك من الأرضين إن ترك المجعول له العمل بعد أن حفر بعض البئر ، انتفع الجاعل منها بوجوه كثيرة من وجوه المنافع ، وما لا يملك من الأرضين لا نفع للجاعل فيما حفر المجعول له منها إن لم يتم حفرها " [5] .

صحيح أن فقهاء الشافعية [6] ، والحنابلة [7] لم يشترطوا هذا الشرط ، فأجازوا الجعالة على عمل ينتفع به الجاعل ولو لم يتمه العامل ، إلا أنهم نصوا على أن العامل لا يستحق الجعل المسمى في العقد إلا إذا أتم العمل المجاعل عليه . فإن أدى بعض العمل فقط فاستحقاقه لقدر من الجعل متروك للجاعل ، فإن قدّر الجاعل أن قَدْرَ العمل الذي أداه العامل يحقق له غرضاً ، ويمكنه الإتمام عليه ، فإن للعامل من الجعل بقدر ما عمل ، أما إن قدّر أن غرضه لم يتحقق ، ولا يمكنه الإتمام عليه ، فإن العامل لا يستحق شيئاً ، على الرغم من أن الجاعل قد يتحقق له نوع من الانتفاع .

ومثال ذلك ، لو جاعله على بناء حائط ، فبنى بعضه ، ولم يتمكن الجاعل من إتمام العمل بنفسه أو بعامل آخر ، فإن العامل لا يستحق شيئاً من الجعل ، على الرغم من أن الجاعل سينتفع بالقدر الذي بُنِيَ من الحائط، وما ذلك إلا لأن المقصود من العقد لم يتحقق .

---

(1) انظر : عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور محمد أنس الزرقاء والدكتور سامي إبراهيم السويلم ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة عام 1998 م ص 14 . وانظر كذلك : عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للعلامة محمد المختار السلامي ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة عام 1998 م ص 12 .

(2) المغني والشرح الكبير 6 / 352 .

(3) انظر : الجعالة وأحكامها للدكتور خالد رشيد الجميلي ص 79 – 83 .

(4) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 63 – 66 ، وحاشية الخرشي على مختصر خليل 7 / 324 .

(5) المقدمات والممهدات 2 / 180 .

(6) انظر : المهذب 1 / 575 ، وتحفة المحتاج 2 / 370 ، وحاشية البجيرمي على الخطيب 3 / 190 .

(7) انظر : كشاف القناع 4 / 207 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 353 .

وهذا ما يجعلني أميل إلى ما ذهب إليه المالكية من عدم جواز الجعالة على عمل ينتفع به الجاعل ولو لم يتمه العامل ؛ إذ الأصل في مثل هذه الأعمال هو التعاقد عليها بطريق الإجارة لا الجعالة ، حتى لا يحرم الأجير من القدر الذي يستحقه من الأجر في مقابل قدر العمل الذي أتمه والذي سينتفع به المؤجر .

إن هذا القول ربما يكون أولى بالعمل ، وذلك لما يحققه من العدالة والتوازن بين طرفي العقد .

وبناءً على ما انتهينا إليه من أن الأصل في الجعالة أن تكون على عمل لا نفع فيه للجاعل إلا بتمامه، أي لا يتحقق فيه مقصود الجاعل إلا بتمامه ، يتبين أنه ثمة فرق هام بين عقد الجعالة وعقد الصيانة ، فمن الواضح في عقد الصيانة أن المصون له ينتفع بقيام الصائن بأعمال الصيانة بعض مدة العقد ، ولا يصلح القول بأن مقصوده لا يتحقق منه شيء إلا بتمام مدة العقد كلها ، بدليل أن المصون له يلتزم بدفع مستحقات الصائن على دفعات شهرية أو ربع سنوية وما شابه ذلك ، مما يؤكد أن مقصوده يتحقق آناً بعد آن ، بخلاف الجعالة التي نص الفقهاء على أن العامل فيها لا يستحق الجعل إلا بعد تمام العمل .

رابعاً : تعجيل العوض :

اتفق الفقهاء من المالكية [1] ، والشافعية [2] على أنه لا يصح اشتراط تعجيل الجعل في عقد الجعالة، فلو شرط تعجيله عند التعاقد أو قبل تمام العمل فسد العقد بهذا الشرط . فإن سلّمه الجاعل للعامل بلا شرط ، فلا يجوز أن يتصرف فيه قبل الفراغ من العمل ؛ لأنه لا يستحقه ولا يملكه إلا بعد تمام العمل . وعلة فساد العقد باشتراط التعجيل ، هو دوران العقد بين المعاوضة إن حقق العامل غرض الجاعل ، وبين القرض إن لم يحققه، والدوران بينهما من أبواب الربا ؛ لأنه يكون قرضاً جرّ نفعاً .

هذا بالنسبة لعقد الجعالة ، أما في عقد الصيانة فالأمر مختلف ، حيث يجوز أن يشترط الصائن تعجيل العوض عند التعاقد ، أو تسديده على دفعات أثناء مدة العقد ، كما يجوز أن يتفقا على تأجيله لحين انتهاء العقد . كما أن الصائن بمجرد استلامه العوض المقرر له في العقد ، أو جزءاً منه ، فإنه يملك التصرف فيه ، مما يدل على تملكه له ، بخلاف الجعل في الجعالة .

خلاصة القول :

بناءً على ما تقدم ، يمكن القول : إن بين عقد الصيانة المعاصر ، وعقد الجعالة في الفقه الإسلامي شبهاً قوياً ، من حيث إن كلاً منهما يرد على عمل ، وأن هذا العمل مرتبط بتحقيق غاية معلومة – هي في عقد الصيانة بقاء الأعيان صالحة لأداء الغرض المرسوم لها - ، وإن كان مقدار العمل في كليهما يعتريه قدر من الجهالة ، هي بطبيعة الحال في عقد الصيانة أقل منها في عقد الجعالة .

إلا أن ما بين العقدين من اختلافات عديدة ، من حيث اللزوم وعدمه ، ومن حيث كونه عقداً زمنياً أو غير زمني ، وبالنظر إلى مقصد العاقد من العقد ، إضافة إلى استحقاق العوض وإمكانية تعجيله ، كل ذلك يحول دون القول بتكييف عقد الصيانة المعاصر على أنه عقد جعالة .

والحقيقة أننا لو أردنا أن نطبق أحكام عقد الجعالة على عقد الصيانة ، لأصبح الأخير عقد جعالة لا عقد صيانة . ولذلك فإن المثال الذي ذكره الدكتور يوسف قاسم – والذي أشرنا له عند ذكر القائلين بتكييف عقد

(1) انظر : حاشية العدوي على كفاية الطالب 2 / 253 ، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير 4 / 81 .

(2) انظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب 3 / 218 ، ونهاية المحتاج 5 / 466 . هذا ولم أعثر للحنابلة على نص في المسألة .

الصيانة على أنه عقد جعالة - إنما هو في الحقيقة عقد جعالة محله صيانه المصنع ، تطبق عليه أحكام الجعالة، وليس عقد صيانة . كما أن المثال الذي ذكره الأستاذ عزالدين التوني هو أيضاً عقد جعالة ، وقد اعترف بذلك في قوله آخر المثال : " كان عقد جعالة مسمى باسم الصيانة " [1] .

ثم إن الأستاذ التوني في مثاله صوّر العقد على أنه عقد إصلاح لا عقد صيانة ، حيث استخدم مصطلح الإصلاح، وهو يعني أن الخبير الفني سيقوم بفحص أجهزة التكييف - حسب المثال - ويتعرف على الخلل الذي أصابها ، ويقدر تكاليف الإصلاح ، ثم يتعاقد على إصلاحها لمرة واحدة فقط ، على أنه إن أتم الإصلاح استحق العوض ، وإلا فلا شيء له . فإن مثل هذا العقد يعتبر عقد جعالة ، ولكنه لا يمت لعقد الصيانة بصلة ، فشتان بين طبيعة التعاقد على الصيانة بمشتملاتها ، وطبيعة التعاقد على إصلاح آلة أصابها العطل ، فإن لكل عقد طبيعته الخاصة ، وأحكامه المميزة .

(1) بتصرف من بحث عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور الصديق الضرير ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة 1998 ص 17 .

المطلب الثاني
تكييف عقد الصيانة على أنه عقد إجارة مع أجير مشترك

ذهب بعض أهل العلم المعاصرين إلى تكييف عقد الصيانة على أنه عقد إجارة مع أجير مشترك ، ومن هؤلاء :

1 - **العلامة محمد المختار السلامي :** حيث نص على أن : " عقد الصيانة عقد إجارة مع أجير مشترك " [1] .

2 - **الدكتور الصديق الضرير :** حيث ذكر أن عقد الصيانة غير المتضمن لقطع الغيار ، إنما يتعهد فيه الصائن بأداء عمله فقط ، وهو الصيانة ، وهذا النوع من عقود الصيانة يشبه شبهاً تاماً عقد إجارة الأشخاص. وفي عقد الصيانة قد يكون الصائن ممن يعمل لجميع الناس ، فتنطبق عليه أحكام الأجير المشترك ، وهذا هو الغالب . وقد يكون الصائن يعمل لشخص معين . فتنطبق عليه أحكام الأجير الخاص . أما بالنسبة لعقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن ببعض أو كل قطع الغيار اللازمة للصيانة ، فقد اعتبره عقد إجارة ووكالة بالشراء . أي أن المصون له يوكل الصائن بشراء قطع الغيار ، ثم يدفع له ثمنها [2] .

3 - **الدكتور محمد عثمان شبير :** حيث قال : " عقد الصيانة يدخل تحت الإجارة الواردة على عمل الإنسان " [3] .

4 - **الأستاذ عز الدين التوني :** حيث قال : " عقد الصيانة هو عقد مع أرباب الصنائع على القيام بعمل ما . والعقد مع أرباب الصنائع نوع من أنواع عقد الإجارة .. ويمكن أن يتمحض عقد الصيانة عقد إجارة إذا اكتملت في العقد شروط الإجارة ، من بيان العمل المطلوب وتحديده تحديداً مانعاً من الجهالة، وكذلك تحديد الأجرة " [4] .

هذا ، ويلاحظ أن الأستاذ التوني ، قد ذهب أيضاً إلى تكييف بعض صور عقد الصيانة على أنها عقد جعالة - كما سبق بيانه - ثم ذهب هنا إلى اعتبار عقد الصيانة عقد إجارة ، وربما يعود السبب في ذلك إلى تصوره أن بعض صور عقد الصيانة تتحقق فيها صورة عقد الجعالة ، وبعضها تتحقق فيها صورة عقد الإجارة.

---

(1) عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للعلامة محمد المختار السلامي ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة ص 13 .

(2) عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور الصديق الضرير ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة ص 7 - 10 .

(3) الضوابط التي تحكم عقد صيانة العين المؤجرة وتبعة ذلك على المؤجر والمستأجر ، بحث للدكتور محمد عثمان شبير ضمن أعمال الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي ص 278 .

(4) تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة ، للأستاذ عز الدين التوني ، بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي ص 359 .

ولكن الصحيح أن عقد الصيانة الذي يتعامل به الناس اليوم بمشـتملاته وخصائصه وحيثياته التي سبق بيانها، لا تكاد صوره تتعدد بشكل مؤثر في التكييف الفقهي ، اللهم إلا إذا أردنا إخضاع عقد الصيانة إلى صورة عقد من العقود المسماة ، وهذا بالطبع ليس هو المراد ، وإنما المراد البحث في تكييف هذا العقد الذي استحدثه الناس ، ومن ثم النظر في مشروعيته .

هذا ، وقبل أن أعرض لما استند إليه هؤلاء العلماء في تكييفهم الفقهي ، أعرض لمحة موجزة ، تتناول تعريف الإجارة وأنواعها ومشروعيتها .

الفرع الأول : تعريف الإجارة وأنواعها ومشروعيتها :

أولاً : تعريف الإجارة :

الإجارة في اللغة : اسـم للأجرة ، وهي كراء الأجير . وهي بكسر الهمزة - على المشهور - مصدر أجر وآجر ، إجاراً وإجارة . والأجر : العوض والثواب . والأجرة : كراء الأجير [1] .

أما في اصطلاح الفقهاء : فقد عرفها الشافعية بأنها : " عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة، بعوض معلوم " [2] . وتعاريف الفقهاء عامة لا تخرج عن ذلك [3] .

ويتضح من التعريف أن عقد الإجارة يرد على المنافع لا الأعيان ، فالعقد على الأعيان يكون بيعاً أو هبة أو نحو ذلك. كما أن المنفعة في عقد الإجارة لابد أن تكون مما يقصده الناس عادة ، فلا يصح مثلاً استئجار النقود للتزيـن بها ؛ لأن هـذه المنفعة غيـر مقصودة من النقود عادة . وكذلك لابـد أن تكون المنفعة معلومة ، فيخرج بذلك المضاربة والجعالة على عمل مجهول . وأما قيد " قابلة للبذل والإباحة " فهو لإخراج منفعة البضع ، فإن العقد عليها هـو عقـد النكاح ، فلا يسمى إجارة . ثم إن عقد الإجارة عقد معاوضة ، ولذا جاء قيد " بعوض معلوم " لإخراج هبة المنافع والإعارة ، فهي وإن كانت تمليكاً للمنافع ، إلا أنه بدون عوض، فهو تبرع لا معاوضة [4] .

ثانياً : أنواع الإجارة :

الإجارة نوعان :

1 - إجارة واقعة على منافع الأعيان ، كإجارة الدور للسكنى ، والسيارات للركوب ، والمعقود عليه هنا هو المنفعة .

2 - إجارة واقعة على العمـل ، كما في استئجار عامل للقيام بعمل معلوم ، كبناء حائط ، أو خياطة ثوب ، أو إصلاح آلة . والعامل هنا يسمى الأجير ، **والأجير نوعان** :

---

(1) انظر : لسان العرب ، مادة أجر 4 / 10 - 11، ومعجم مقاييس اللغة ، مادة أجر 1 / 62 .

(2) مغني المحتاج 2 / 332 .

(3) انظر : الهدايـة شرح بداية المبتدئ للمرغيناني 3 / 231 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 2 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 3 .

(4) انظر : بدائع الصنائع 6 / 16 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 19 ، مغني المحتاج 2 / 332 .

1 – أجير خاص : وهو من يعمل لمعيّن عملاً مؤقتاً بمدة معلومة ، ويستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل ؛ لأن منافعه صارت مستحقة لمن استأجره في مدة العقد . ويسميه بعض الفقهاء " أجير الواحد" كالخادم والموظف ، حيث يعمل للمستأجر فقط ، ولا يجوز له أن يعمل لغيره إلا بإذنه .

2 – أجير مشترك : وهو الذي يعمل للمؤجر ولغيره ، كالبنّاء الذي يبني لكل أحد ، والطبيب في عيادته يعالج من يطلب العلاج ، ونحو ذلك . فهو يتعاقد مع أكثر من مستأجر بعقود مختلفة ، ولا يتقيد بالعمل لواحد دون غيره . وهو يستحق أجره بالعمل وعلى حسب العمل ، ويسمى مشتركاً لاشتراك الناس في منفعته [1] .

ثالثاً : مشروعية عقد الإجارة :

عقد الإجارة من العقود المشروعة والمسماة في الفقه الإسلامي ، والأصل فيه أنه مشروع على خلاف القياس عند جمهور الفقهاء ؛ لأن الأصل فيه المنع ، لما في الإجارة من بيع المعدوم – وقت التعاقد – وهو المنفعة أو العمل [2] . وقد استدل الفقهاء على مشروعية الإجارة بأدلة عديدة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، وهي مبسوطة في مظانها .

والآن ، وبعد هذا العرض الموجز لتعريف عقد الإجارة ، وأنواعها ، ومشروعيتها ، نأتي لدراسة مدى صحة تكييف عقد الصيانة على أنه عقد إجارة مع أجير مشترك . وقد تقدم تعريف الأجير المشترك ، ويبقى أن نبرز أهم أوجه الشبه والاتفاق بين عقد الإجارة مع أجير مشترك ، وعقد الصيانة . ثم نبرز أيضاً أوجه الاختلاف بينهما [3] ، ليكون ذلك الأساس الذي نحكم من خلاله على مدى صحة هذا التكييف الفقهي .

الفرع الثاني : أوجه الشبه بين العقدين :

إن بين العقدين أوجه شبه عدة ، يمكن إيجازها فيما يلي :

أولاً : كلاهما عقد على عمل :

إن عقد الإجارة مع أجير مشترك هو عقد على عمل ، كالخياطة أو الحمل أو الإصلاح أو نحو ذلك. كما أن الأجير المشترك يتقبل العمل من أي راغب في ذلك ، ولا يقتصر على العمل لواحد كما بينا .

وبالنظر إلى عقد الصيانة ، نجد أنه عقد على عمل ، فمحله الأعمال اللازمة لبقاء الأعيان صالحة لأداء وظائفها. كما أن الصائن لا يضع نفسه تحت تصرف المصون له مدة العقد ؛ لأنه ليس أجيراً خاصاً ، بل يبيع عمله في الصيانة لجهات كثيرة .

---

(1) انظر : بدائع الصنائع 5 / 517 – 518 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 4 ، والمهذب 1 / 571 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 34 .

(2) انظر : الهداية 3 / 231 ، ونهاية المحتاج 5 / 322 .

(3) اتباعاً للمنهج الذي أسير عليه ، سأكتفي بذكر أوجه الشبه والاختلاف مما له صلة بالتكييف الفقهي للعقد ، دون التطرق لما يتعلق بعقد الإجارة مع الأجير المشترك من أحكام لا صلة لها بذلك ، ويمكن الوقوف على تلك الأحكام في المراجع المذكورة آنفاً .

ثانياً : كلاهما عقد لازم :

إن عقد الإجارة مع أجير مشترك عقد لازم عند جمهور الفقهاء [1] ، فلا يملك أحد المتعاقدين فسخه منفرداً، إلا لمقتضى تنفسخ به العقود اللازمة ، كما لو هلك محل استيفاء المنفعة ؛ وذلك أن عقد الإجارة مع أجير مشترك هو عقد على منافع عمله ، فأشبه النكاح ، فيكون لازماً ، ولأنه عقد معاوضة فكان لازماً كالبيع [2] .

وبالنظر في عقد الصيانة ، نجد أنه عقد لازم أيضاً ، حيث تنص عقود الصيانة على لزوم عقد الصيانة لطرفيه: الصائن والمصون له ، وليس لأحدهما أن ينفرد بفسخه إلا لمقتضى تنفسخ به العقود اللازمة . وعليه يلتقي العقدان في هذه الخاصية ، وهو ما يقوي وجه الشبه بينهما ، فكلاهما عقد على عمل ، وعقد لازم أيضاً . ولقد كانت خاصية لزوم عقد الصيانة من أهم الأسباب التي استبعد معها تكييفه على أنه عقد جعالة؛ لاتِّصَاف عقد الجعالة بعدم اللزوم ، رغم كونه أيضا عقداً على عمل .

ثالثاً : كلاهما عقد زمني :

نص الفقهاء على أنه في عقد الإجارة مع أجير مشترك ، يشترط بيان مدة العقد إذا كان العمل المتعاقد عليه ممتداً ، كما في استئجار الراعي المشترك ؛ وذلك لأن قدر المعقود عليه لا يصير معلوماً بدون بيان مدة العقد. أما إذا كان العمل المتعاقد عليه غير ممتد ، كما في استئجار الخياط المشترك لخياطة ثوب أو نحوه ، فإنه لا يشترط بيان المدة ؛ لأن المعقود عليه يصير معلوماً بدون تحديد المدة [3] .

وعليه فإنه في الحالة التي يكون التعاقد فيها مع الأجير المشترك متعلقاً بعمل يعتبر الزمن معياراً له ، وذا صلة مباشرة في تحديد التزامات الأجير المشترك - كالرعي لمدة شهر مثلاً - فإنه يشترط أن يكون هذا العقد مؤقتاً بمدة محددة من الزمن ؛ منعاً لجهالة محل العقد جهالة مفضية للنزاع ، ومفسدة للعقد ، وإن كان هذا لا يمنع الأجير المشترك من تقبل العمل من آخرين خلال هذه المدة .

وبالنظر في عقد الصيانة ، نجد أنه عقد زمني ، يشترط فيه بيان مدة العقد ، وأنها تبدأ من تاريخ كذا ، وتنتهي في تاريخ كذا ؛ وذلك لأن مدة العقد تعتبر معياراً رئيساً لتحديد التزامات الصائن ، كما أنها ذات صلة مباشرة في تحديد العوض الذي يلتزم به المصون له للصائن ، وهو بذلك يشابه عقد الإجارة مع الأجير المشترك ، إذا كان العمل المتعاقد عليه ممتداً . فعنصر الزمن لا يمكن فصله عن عنصر المنفعة المتوخاة من عمل الصائن، كما لا يمكن فصله عن المنفعة المتوخاة من الأجير المشترك إن كان عمله ممتداً ، وكذلك لا يمكن فصله عن عنصر الأجرة التي يلتزم بها المستأجر أو المصون له ، فالمنفعة لا تكون ممتدة إلا في الزمان ، والأجرة تحسب على أساس مدة الانتفاع [4] .

---

(1) انظر : بدائع الصنائع 6 / 36 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 3 ، والمهذب 1 / 559 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 20 .

(2) انظر بدائع الصنائع 6 / 36 ، ومغني المحتاج 2 / 356 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 20 .

(3) انظر : بدائع الصنائع 5 / 550 ، ومنح الجليل 3 / 758 .

هذا ، ويجدر أن نلفت النظر هنا إلى أن خلاف الإمام أبي حنيفة وصاحبيه في شأن تحديد المدة والعمل معاً في العقد مع الأجير المشترك، إنما هو في حالة ما إذا كان العمل المتعاقد عليه غير ممتد ، أي لا يعتبر الزمن معياراً له . وهذه الحالة لا علاقة لها بعقد الصيانة ، لأن العمل في عقد الصيانة ممتد على فترة من الزمن ، والمدة الزمنية للعقد تعتبر معياراً هاماً في تحديد التزامات الطرفين ، كما فصلنا ذلك عند الحديث عن خصائص عقد الصيانة (المبحث الثالث من الفصل الثالث) .

(4) انظر : عقد الإيجار ص 13 ، وعقد المدة : العقد المستمر والدوري التنفيذ ص 31 .

رابعاً : استحقاق العوض :

لا خلاف بين الفقهاء أن عقد الإجارة مع أجير مشترك ، لابد أن يلتزم فيه الأجير المشترك بالقيام بالعمل مع المحافظة على العين ، ومن ثم تسليمها بعد الانتهاء من العمل . أما بالنسبة لاستحقاقه للأجرة ، فقد ذهب الحنفية إلى أن الأجرة لا تستحق بالعقد نفسه ، وإنما تستحق باشتراط التعجيل أو استيفاء العمل، أو حصول التعجيل بالفعل عند التعاقد [1] . وذهب المالكية إلى أن الأصل في الإجارة تأجيل الأجر إلى ما بعد تمام العمل - خلافاً للبيع ، فالأصل فيه التعجيل - إلا إن شرط الأجير التعجيل أو جرت به العادة ، ورضي بذلك رب العمل [2] . أما الشافعية والحنابلة ، فالراجح عند كل منهما أن الأجر يملك بالعقد ، ويثبت ديناً في ذمة المستأجر بمجرد العقد ، لكن لا يستحق تسليمه إلا عند تسليمه العمل أو إيفائه ؛ لأنه عوض عن العمل [3] .

وعليه ، فإن الأجير المشترك كلما انتهى من قدر من العمل المتعاقد عليه وسلمه للمستأجر ، فإنه يستحق ما يقابله من أجر . فإذا كان العمل المتعاقد عليه يتم تنفيذه في ملك المستأجر ، كما لو استأجر رجلاً ليبني له بيتاً في أرضه ، فكلما أتم قدراً من العمل ، اعتبر مسلماً للمستأجر ، واستحق الأجير ما يقابله من الأجرة . أما إن كان العمل لا ينفذ في ملك المستأجر - كالخياط يخيط الثوب في دكانه - فإنه لا يستحق المطالبة بالأجرة قبل الفراغ من العمل وتسليمه للمستأجر .

كما يجوز للأجير اشتراط تعجيل الأجرة أو جزء منها ، أو جعلها على دفعات شهرية مثلاً ، ما دام ذلك قد رضي به المؤجر ، وعند ذلك يلتزم المستأجر بسدادها في المواعيد المتفق عليها .

وبالنظر في عقد الصيانة ، نجده غالباً ما ينص على أن المصون له يلتزم بسداد مستحقات الصائن المالية ، على دفعات - شهرية أو ربع سنوية أو نحو ذلك - ، وقد يتراضى الطرفان - في أحيان قليلة - على تعجيل دفعة منها عند التعاقد ، وقبل مباشرة الصائن لأعمال الصيانة ، كما قد يتراضى الطرفان - في أحيان نادرة - على تأجيلها كلها إلى ما بعد نهاية مدة العقد . وكل هذه الصور يقبلها عقد الإجارة مع أجير مشترك، وهو أمر لم يقبله عقد الجعالة - على ما سبق بيانه - ؛ لكون الأصل فيه أن يكون على عمل لا ينتفع به الجاعل إلا بتمامه ، ومن ثم لا يستحق العامل الجعل إلا بتمام العمل ، أما عقد الإجارة فيصح على عمل ينتفع به المستأجر ، ولو لم يتمه الأجير ، ومن ثم فإن الأجير يستحق من الأجرة بقدر ما ينتفع المستأجر من العمل . وعقد الصيانة في ذلك كعقد الإجارة مع أجير مشترك ، فإن المصون له ينتفع بقيام الصائن بأعمال الصيانة لمدة من العقد ، ومن ثم استحق الصائن ما يقابل ذلك من العوض . كما أن الصائن غالباً ما يقوم بعمله لصيانة الأعيان المختلفة في ملك المصون له ، فيكون كل قدر من العمل يتمه مسلماً للمصون له .

---

(1) انظر : الهداية 3 / 232 ، وبدائع الصنائع 6 / 39 .

(2) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 4 ، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير 4 / 12 .

(3) انظر : نهاية المحتاج 5 / 322 ، والمهذب 1 / 571 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 14 - 15 .

الفرع الثالث : أوجه الاختلاف بين العقدين :

على الرغم من أوجه الشبه العديدة بين عقد الصيانة وعقد الإجارة مع أجير مشترك ، إلا أنهما يختلفان في أمرين هامين هما :

أولاً : العلم بمقدار العمل :

يشترط الفقهاء لصحة عقد الإجارة مع أجير مشترك بيان نوع العمل وقدره وصفته [1] . يقول الكاساني : "من شروط صحة الإجارة بيان العمل في استئجار الصناع والعمال ؛ لأن جهالة العمل في الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة ، فيفسد العقد " [2] . والأصل في ذلك اشتراط العلم بالمنفعة في سائر صور الإجارة. وتعيين المنفعة في استئجار أهل الصنعة يكون ببيان نوع العمل الذي سيقومون به ، ومقداره، وصفته . يقول الشيرازي : "إن استأجر رجلاً لبناء حائط ، لم يصح العقد حتى يذكر الطول والعرض وما يبنى به " [3] .

وبالنظر في عقد الصيانة ، نجد أن نوع العمل وصفته معلومان لطرفي العقد ، فهو عقد على الأعمال الفنية اللازمة لاستمرار الأعيان في حالة صالحة لأداء وظائفها . أما مقدار هذه الأعمال فهو فيما يتعلق بالصيانة الوقائية الدورية معلوم ، حيث إن مشتملاتها تكون معلومة عند التعاقد لطرفي العقد ، أما أعمال الصيانة الإصلاحية ، فإن مقدارها يعتريه قدر من الجهالة ، وذلك لتعلقها بحصول الأعطال ، وهو أمر لا يمكن تحديده عند التعاقد .

إن أعمال الصيانة الإصلاحية وإن كان الواقع أنها تكون قليلة في حالة قيام الصائن بالصيانة الوقائية الفعالة ، إلا أنها تمثل جزءاً من عقود الصيانة ، فالغالب فيها أن يلتزم الصائن بنوعي الصيانة معاً ، ولذلك أسبابه التي ذكرناها ولا حاجة لتكرارها .

والحقيقة أن من ذهب من العلماء المعاصرين إلى تكييف هذا العقد على أنه عقد إجارة مع أجير مشترك ، لم يبين الموقف تجاه أعمال الصيانة الإصلاحية ، وكيف يمكن أن تكون جزءاً من عقد الإجارة على عمل مع أنها مجهولة عند التعاقد .

ثانياً : الالتزام بقطع الغيار :

الأصل في عقد الإجارة مع أجير مشترك أن يكون العمل من الأجير والعين من صاحب العمل ، ففي الاستئجار على الخياطة مثلا ، يكون الثوب من صاحب العمل ، والعمل فقط يكون من الأجير .

ومع ذلك ، فقد جرى العرف على أن يقدم الأجير المشترك الخيط من عنده في الخياطة ، والصبغ من عنده في الصباغة ، مما يعتبر تابعاً للصنعة ، ولا يخرجه ذلك من كونه عقد إجارة إلى أن يكون عقد استصناع؛ وذلك لأن العمل هو الأصل ، والعين تبع له [4] .

---

(1) انظر : بدائع الصنائع 5 / 549 – 550 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 12 ، والمهذب 1 / 553 ، 556 ، وكشاف القناع 4 / 11 .

(2) بدائع الصنائع 5 / 549 .

(3) المهذب 1 / 556 .

(4) انظر : الفتاوى الهندية 4 / 455 – 456 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 23 ، والمهذب 1 / 558 ، وكشاف القناع 4 / 14 .

يتضح من هذا أن ما يصح أن يلتزم به الأجير هو ما جرى العرف به مما لا يحسب له المتعاقدان حساباً في العادة ، أما ما له قيمة مالية ذات شأن ، كاللَّبِن في البناء ، والنحاس في صناعة الأواني ، وما شابه ذلك ، فالأصل أنه على صاحب العمل . ولو اشترط ذلك على الأجير ، لخرج العقـد من أن يكون عقد إجارة إلى أن يكون عقد استصناع .

وبالنظر في عقد الصيانة ، نجد أن معظم عقود الصيانة تتضمن التزام الصائن ببعض أو كل قطع الغيار اللازمة، بل إن أكثر العقود المتعامل بها ، تجعله ملتزماً بكل قطع الغيار اللازمة ، ولهذا الأمر أسبابه الفنية الهامة والتي لا مناص عنها ، وقد سبق ذكرها فلا داعي لتكرارها .

أمام هذا الأمر ، تبرز إشكالية تجعل من الصعوبة بمكان تكييف عقد الصيانة على أنه عقد إجارة مع أجير مشترك ، ولا يلغي هذه الإشكالية اعتبار الدكتور الصديق الضرير ، أن العقد في حالة التزام الصائن بقطع الغيار ، يكون عقد إجارة ووكالة من المصون له للصائن بالشراء ، فقد اعتبره عقداً يشتمل على عقدين: إجارة ووكالة بالشراء . أي أن المصون له قد وكل الصائن بشراء ما تحتاج إليه الصيانة من قطع غيار ، على أن يعود عليه بثمنها .

ولكن هذا التكييف يجافي الواقع ، ذلك أن عقد الصيانة يلتزم فيه المصون له بمبلغ مالي محدد واحد، مقابل التزام الصائن بأعمال الصيانة وقطع الغيار ، ولا تتحقق الجدوى الاقتصادية للعقد بالشكل المطلوب في حالة ما إذا تم توفير قطع الغيار بطريق الوكالة بالشراء ؛ لأن ذلك لن يدفع الصائن للقيام بالصيانة الوقائية بشكل فعال ؛ ذلك أنه قد يتراخى في عمله بسبب عدم التزامه بتوفير قطع بديلة لما قد يتلف ، على حسابه ومن ضمن مبلغ العقد . ومعلوم أن مفهوم الصيانة في أسـاسـه يقوم على الصيانة الوقائية الفعالة ، التي تحول بشكل كبير دون تعطل الأعيان عن مهامها . كما أنه في حالة تعطل الأعيان لن يبذل الجهد الكافي لإصلاحها، ما دام غير ملتزم بتوفير القطع البديلة على حسابه ومن ضمن مبلغ العقد ، بل سيذهب كثيراً في مطالبة المصون له باسـتبدال القطع التي يمكن إصلاحها ، ما دام المصون له قد وكله بشرائها، وسيعود الصائن عليه بثمنها . وهو أمر يضعف كثيراً من الجدوى الاقتصادية للعقد .

خلاصة القول :

إن عقد الصيانة المعاصر ، باعتباره عقداً على الأعمال الفنية اللازمة لبقاء الأعيان صالحة لأداء وظائفها ، وباعتبار أن المقصود الأساسي منه هو أعمال الصيانة الوقائية التي تكفل تحقيق ذلك الغرض ، وهي أعمال معلومة بمواعيدها ومشتملاتها عند التعاقد ، يقترب من أن يكون عقد إجارة مع أجير مشترك ، لا سيما وأن خصائص عقد الصيانة تتماثل إلى حد كبير مع خصائص عقد الإجارة مع أجير مشترك .

ولكن هذا التكييف الفقهي يعترضه إشكالان :

أما الأول فهو : التزام الصائن بإصلاح الأعيان التي تتعطل أثناء مدة العقد ، وهو أمر غير معلوم عند التعاقد، ولم يبين لنا من ذهب إلى هذا الاتجاه كيف يمكن أن تكون جزءاً من عقد الصيانة ، رغم كونها مجهولة عند التعاقد .

وأما الثاني فهو : التزام الصائن بتوفير قطع الغيار اللازمة للصيانة على حسابه ومن ضمن مبلغ العقد ، وهو أمر لا يقبله عقد الإجارة مع أجير مشترك .

إن هذين الإشكالين يحتاجان إلى مزيد من البيان ، وهو ما سأفصل القول بشأنه عند بيان التكييف الفقهي الراجح .

المطلب الثالث
تكييف عقد الصيانة على أنه عقد استصناع

بسبب اشتمال الغالب الأعم من عقود الصيانة المعاصرة ، على التزام الصائن بتقديم بعض أو كل قطع الغيار والمواد اللازمة للصيانة ، على حسابه ومن ضمن مبلغ العقد الذي يكون شاملاً لأعمال الصيانة وقطع الغيار ، دون تفريق بين ما هو لأعمال للصيانة وما هو لقطع الغيار ، فإن البعض قد يرى أن عقد الصيانة يكيف على أنه عقد استصناع [1] ، ذلك أن عقد الاستصناع عقد يلتزم فيه الصانع بتقديم العمل والمواد اللازمة له معاً .

هذا ، وقبل أن أعرض لدراسة هذا التكييف ، أقدم لمحة موجزة حول تعريف الاستصناع ومشروعيته ومحله .

الفرع الأول : تعريف الاستصناع ومشروعيته ومحله :

أولاً : تعريف الاستصناع :

الاستصناع لغة : مصدر استصنع الشيء : أي دعا إلى صنعه . ويقال : اصطنع فلان باباً : إذا سأل رجلاً أن يصنع له باباً [2] .

واصطلاحاً : هو على ما عرَّفه به بعض الحنفية : "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل " [3] .

فإذا قال شخص لصانع : اصنع لي الشيء الفلاني وحدد أوصافه ، بكذا دينار ، وقبل الصانع ذلك ، انعقد استصناعاً عند الحنفية [4] .

ويفارق عقد الاستصناع عقد الإجارة على الصنع ، من حيث إن الإجارة على الصنع يكون فيها محل العقد هو العمل ، أما في الاستصناع ، فالراجح أن محل العقد هو العين الموصوفة في الذمة لا العمل . كما أنه في الإجارة على الصنع يشترط أن تكون المواد اللازمة للصنع من المستأجر ، أما في الاستصناع فالمواد والعمل من الصانع [5] .

---

(1) ممن اطلعت على قوله بذلك ، الأستاذ عزالدين التوني في بحثه الذي سبقت الإشارة إليه ، ضمن أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ص 377 .

(2) انظر : لسان العرب ، مادة صنع 8 / 208 – 210 .

(3) بدائع الصنائع 6 / 84 .

(4) انظر : المبسوط 12 / 138 - 139 ، وتحفة الفقهاء للسمرقندي 2 / 538 .

(5) انظر : المبسوط 12 / 139 – 140 ، وبدائع الصنائع 6 / 84 .

ثانياً : مشروعية عقد الاستصناع :

ذهب أكثر الحنفية إلى أن عقد الاستصناع - باعتباره عقداً مستقلاً - عقد مشروع على سبيل الاستحسان، وذهب زفر من الحنفية إلى منعه أخذاً بالقياس ؛ لأنه بيع معدوم ، وبيع المعدوم لا يجوز [1] .

وجه الاستحسان : أن رسول الله ﷺ استصنع خاتماً [2] ، كما أن الإجماع منعقد على مشروعيته من لدن رسول الله ﷺ ، فقد تعامل الناس بهذا العقد للحاجة الماسة إليه ، دون نكير ، فكان إجماعاً [3] . فالصانع يحصل له الارتفاق ببيع ما يبتكر من صناعة ، هي وفق الشروط التي حددها المستصنع ، والمستصنع يحصل له الارتفاق بسد احتياجاته التي قد لا يتوفر في السوق ما يسدها [4] .

أما المالكية والشافعية والحنابلة فقد أدرجوه ضمن عقد السلم ، واعتبروه نوعاً من أنواعه ، وهو السلم في الصناعات ، وعليه فيشترط فيه عندهم ما يشترط في السلم [5] . جاء في جواهر الإكليل : " استصناع سيف أو سرج ، يجوز بشروط السلم ، من وصف العمل وضرب الأجل وتعجيل رأس المال " [6] .

ثالثاً : محل الاستصناع :

جمهور الحنفية يرون أن المعقود عليه في عقد الاستصناع هو العين المصنوعة لا عمل الصانع ، فهو عقد بيع شرط فيه العمل ، وذلك بدليل أن الصانع لو أتى بالمصنوع على الوجه الذي حدده المستصنع ، لزم العقد، سواء أكانت الصنعة قد تمت بفعل الصانع أم بفعل غيره بعد العقد ، بل إن الصانع لو أتى بما صنعه قبل العقد وفقاً للأوصاف التي حددها العقد ، صح ذلك . ولو كان العقد وارداً على صنعة الصانع ، أي عمله ، لما صح ذلك . ثم إن من المتفق عليه أن الاستصناع يثبت فيه خيار الرؤية للمستصنع ، وخيار الرؤية لا يكون إلا في بيع العين .

وذهب بعض الحنفية إلى أن محل العقد هو العمل ؛ لأن الاستصناع في اللغة : طلب العمل والصنعة ، أما الأشياء التي تستصنع فهي بمنزلة الآلة للعمل .

والصحيح عند الحنفية ما ذهب إليه جمهورهم ، فهو عقد بيع ، لكن ليس على إطلاقه ، فهو يخالف البيع المطلق في اشتراط العمل فيه [7] .

والآن بعد هذه اللمحة الموجزة حول عقد الاستصناع ، نأتي لإبراز أهم أوجه الشبه والاختلاف بين عقد الصيانة المعاصر وعقد الاستصناع مما له أثر في التكييف الفقهي ، ليكون ذلك الأساس الذي نحكم من خلاله على مدى دقة هذا التكييف الفقهي .

---

(1) انظر : فتح القدير 5 / 355 ، وبدائع الصنائع 6 / 85 ، وتحفة الفقهاء 2 / 538 .

(2) روى البخاري اصطناع الرسول "ص" للخاتم في كتاب الأيمان والنذور ، باب من حلف على الشيء وإن لم يحلف ، حديث رقم (6651)، وفي النهاية في غريب الحديث ما نصه " اصطنع الرسول خاتماً من ذهب " 3 / 57 . قال ابن الأثير : أي أمر أن يصنع له . وقال صاحب الاعتبار (ص 187) : " حديث صحيح ثابت له طرق في الصحاح عديدة " .

(3) انظر : بدائع الصنائع 6 / 85 .

(4) انظر : الموسوعة الفقهية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت 3 / 328 .

(5) انظر : المدونة 3 / 127 ، والمقدمات والممهدات 2 / 32 ، والأم 3 / 131 ، والإنصاف 4 / 300 .

(6) جواهر الإكليل 2 / 73 .

(7) انظر : المبسوط 12 / 139 ، وفتح القدير 5 / 355 - 357 ، وبدائع الصنائع 6 / 84 - 85 .

الفرع الثاني : أوجه الشبه بين عقد الصيانة وعقد الاستصناع :

إن بين العقدين وجه شبه ظاهر في أن كلاً منهما عقد يجتمع في محله العين والعمل ، فعقد الاستصناع يعتبر عقد بيع شرط فيه العمل ، فمحل العقد إذن يشتمل على العين المصنوعة - بما في ذلك المواد اللازمة للصنع - ، وعلى العمل اللازم لصناعتها ، فالصانع يلتزم بهما معاً ، وإن كان المعقود عليه أصلاً هو العين .

وفي عقد الصيانة يلتزم الصائن بأعمال الصيانة ، كما يلتزم بتقديم المواد وقطع الغيار اللازمة لها ، وذلك من ضمن مبلغ العقد ، دونما تفريق بين ما يقابل العمل ، وما يقابل المواد وقطع الغيار ، وهذا وجه شبه قوي بعقد الاستصناع .

الفرع الثالث : أوجه الاختلاف بين عقد الصيانة وعقد الاستصناع :

على الرغم من وجه الشبه القوي بين العقدين ، إلا أن بينهما وجهين للاختلاف يؤثران في التكييف الفقهي ، ألا وهما:

أولاً : العلم بمحل العقد :

يشترط في عقد الاستصناع أن يكون المستصنع فيه معلوماً علماً لا جهالة معه ، ويكون ذلك ببيان جنسه ونوعه وقدره وأوصافه [1] . ذلك أن المستصنع فيه يعتبر مبيعاً ، فلابد أن يكون معلوماً .

والاستصناع يستلزم شيئين : العين المصنوعة والعمل ، وكلا منهما يلتزم به الصانع ، ولابد أن يكون كلاهما معلوماً ، حتى يكون المستصنع فيه معلوماً .

وفي عقد الصيانة ، يلتزم الصائن بنوعين من الأعمال ، وبما يحتاجان إليه من مواد وقطع غيار :

الأول : أعمال الصيانة الوقائية وقطع الغيار اللازمة لها . وهذه الأعمال وقطع الغيار منضبطة معلومة لا جهالة فيها ، وهي بذلك توافق الأصل في عقد الاستصناع .

الثاني : أعمال الصيانة الإصلاحية ، وقطع الغيار اللازمة لها ، وهذه يعتريها قدر من الجهالة من حيث العمل، وكذلك القطع اللازمة له .

وهذا النوع يُفارق فيه عقد الصيانة عقد الاستصناع ، ولا يمكن تخريجه عليه ، ولا اعتباره جزءاً من التزامات الصانع .

ثانياً : عقد الاستصناع ليس عقداً زمنياً :

عقد الصيانة – كما سبق بيانه عند الحديث عن خصائصه – [2] عقد زمني مستمر ، بمعنى أن الزمن يعتبر معياراً هاماً في تحديد التزامات طرفي العقد ، وخصوصاً الصائن . فالتعاقد على الصيانة لمدة ستة أشهر مثلاً، يختلف فيه مقدار العمل والمقابل الذي يطلبه الصائن عما لو كان التعاقد على الصيانة لمدة ثلاثة أشهر فقط .

(1) انظر : تحفة الفقهاء 2 / 538 ، وفتح القدير 5 / 357 ، وبدائع الصنائع 6 / 86 .

(2) انظر : المبحث الثالث من الفصل الثالث .

ولذلك فإن عقود الصيانة المعاصرة تنص بشكل واضح على التزام الصائن بأعمال الصيانة مدة محددة – سنة مثلاً - ، وأنه يستحق المقابل المالي عن كل فترة من المدة المنصوص عليها ؛ ذلك أن المصون له ينتفع بعمل الصائن آناً بعد آن ، ومدة بعد مدة . ولو اقتصر الصائن على تقديم خدماته لبعض مدة العقد، فإن المصون له ينتفع بذلك ، ومن ثم كان الصائن مستحقاً لقدر من العوض المسمى في العقد ، يقابل قدر المنفعة التي تحققت للمصون له ، وكلما استمر الصائن في عمله كلما استمر انتفاع المصون له .

أما عقد الاستصناع ، فهو ليس عقداً زمنياً ، بل هو من العقود الفورية ، حتى ولو اشترط المستصنع على الصانع إنجاز العمل في مدة محددة ، فالزمن لا يعتبر معياراً في تقدير محل العقد ، فهو لا يؤثر في مقدار العمل الذي سيبذله الصانع في صنع العين المحددة في العقد ، ولا في المواد اللازمة للصنع ، ومن ثم فهو لا يؤثر في التزامات أيٍ من طرفي العقد [1] . بل إن المستصنع يفضل – غالباً – أن يقوم الصانع بإتمام عمله في أقل وقت ممكن ، كما أن مقدار العمل الذي سيقوم به الصانع لا علاقة للزمن به ، ولا يختلف باختلافه . هذا ناهيك عن أنه في عقد الاستصناع لا يتحقق غرض المستصنع – غالباً – إلا إذا أتم الصانع العمل المتفق عليه ، بخلاف عقد الصيانة فإن المصون له ينتفع بعمل الصائن آناً بعد آن .

خلاصة القول :

إن بين العقدين وجه شبه قوي ، هو اجتماع العين والعمل في محل العقد ، إلا أن ما بينهما من الاختلاف، يمنع القول بتكييف عقد الصيانة على أنه عقد استصناع ، وإن كان لا يمنع الاستنارة به في الشروط والأحكام من غير مطابقة بينهما .

---

(1) مسألة اشتراط المستصنع على الصانع إنجاز العمل في مدة محددة كشهر مثلاً ، لا علاقة لها بما نحن بصدده . فإن اشتراط مدة محددة – عند من يجيز ذلك وهما صاحبا الإمام أبي حنيفة – إنما هو على سبيل اشتراط الاستعجال في التنفيذ . (انظر : فتح القدير 5 / 356 ، وبدائع الصنائع 6 / 86) .

إن هذه المسألة لا أثر لها في كون عقد الاستصناع ليس عقداً زمنياً مستمراً ، حيث لا أثر لاشتراط تنفيذ العمل خلال مدة محددة، في تحديد مقدار العمل ، ولا المواد التي يلتزم الصانع بتقديمها ، بخلاف عقد الصيانة ، فإن مدته تؤثر في كل ذلك ، ومن ثم كان عقد الصيانة عقداً زمنياً مستمراً بخلاف عقد الاستصناع .

المطلب الرابع

التكييف الراجح : عقد الصيانة عقد مستقل

بعد الدراسة المستفيضة التي قدمتها لأوجه الشبه والاختلاف بين عقد الصيانة والعقود المسماة في الفقه الإسلامي ذات الصلة به ، وما انتهيت إليه من أن عقد الصيانة بمشتملاته وتطبيقاته لا يمكن تخريجه على أي عقد من هذه العقود منفرداً ، لذلك فإنه يمكنني القول : إن عقد الصيانة يعتبر عقداً حادثاً مستقلاً لا نظير له في الفقه الإسلامي ، ولذلك أسبابه التي سيأتي بيانها .

هذا وقد ذهب بعض أهل العلم من المعاصرين ، ممن عرضوا لعقد الصيانة بالبحث والدراسة ، إلى القول بمثل ما انتهيت إليه . ومن هؤلاء الدكتور يوسف قاسم [1] ، والدكتور محمد أنس الزرقا ، والدكتور سامي إبراهيم السويلم [2] ، والعلامة آية الله محمد علي تسخيري [3]، والدكتور يوسف قاسم ، وإن كان قد كيّف بعض صور عقد الصيانة على أنها عقد جعالة - كما سبق بيانه - إلا أنه عاد فاعتبره عقداً مستقلاً .

هذا ولعل من الضروري قبل بيان الأسباب التي دعتني إلى القول بهذا التكييف الفقهي ، أن أشير إلى اعتقاد البعض أن تكييف أي عقد من العقود ، بأنه عقد مستقل غير مسمى ، يعتبر نوعاً من الهروب من التكييف، باعتبار أن أية علاقة عقدية يصعب ضبطها وإدخالها تحت عقد من العقود المسماة ، يكون من السهل اعتبارها عقداً غير مسمى ، وهذا يعد قصوراً أو عجزاً عن التكييف.

إن هذا الاعتقاد - من وجهة نظري - غير سليم ، فمع أن الأصل في إصدار الأحكام للمعاملات والعقود المستجدة هو العمل على ردِّها إلى أصل أو عقد عرفه الفقه الإسلامي ، وتكلم عنه الفقهاء ، إلا أن الأمر لا يكون دائماً بهذه السهولة ؛ لأن طبيعة المعاملات والعقود المستحدثة ، فيها من التعقيد ما يتعذر معه - في بعض الأحيان - تكييفها وإدراجها ضمن عقد من العقود التي عرفها الفقه الإسلامي ، حيث إن ذلك ينطوي في غالب الأحيان على تكلف كبير ، قد يخرج العقد المستحدث عن الصورة التي استقر عليها العرف التجاري ، والتي تتحقق معها مصالح المتعاملين . ذلك أن لكل عقد حقيقته الاعتبارية التي لابد لتشخيصها من مراجعة العرف السائد في كيفية إنشائه والغاية منه .

أما الأسباب التي تدعوني إلى القول بأن عقد الصيانة المعاصر بمشتملاته التي سبق بيانها - والتي تتمثل في التزام الصائن بأعمال الصيانة الوقائية والإصلاحية ، وتقديم المواد وقطع الغيار اللازمة لها - يعتبر عقداً مستقلاً لا عهد للفقهاء به ، فيمكن إجمالها فيما يلي :

---

(1) انظر : بحث الدكتور يوسف قاسم الذي سبقت الإشارة إليه ضمن أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ، ص 340 .

(2) انظر : بحث الدكتورين محمد أنس الزرقا ، وسامي إبراهيم السويلم ، الذي سبقت الإشارة إليه ، ص 15 .

(3) انظر : عقود الصيانة وتكييفها الشرعي ، للعلامة آية الله محمد علي تسخيري ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة عام 1998 ، ص 3 .

السبب الأول :

إن عقد الصيانة وإن اتفق مع عقود الجعالة والإجارة مع أجير مشترك والاستصناع في بعض أوجه الشبه ، إلا أن ذلك لا يفقد عقد الصيانة ذاتيته ولا طبيعته الخاصة ، تماماً كما أن مشابهة عقد الجعالة لعقد الإجارة في بعض أوجه الشبه ، لم تفقد عقد الجعالة طبيعته ولا ذاتيته ، وكما أن النكاح عقد على تمليك البضع، وهو منفعة ، لكنه لا يسمى إجارة شرعاً ولا عرفاً ، بل هو عقد مستقل له أحكامه الخاصة .

إن لعقد الصيانة المعاصر طبيعة خاصة ، تجعله لا يشبه أي عقد من العقود المسماة مشابهة تامة، ومن ثم فإنه يصعب تطبيق أحكام أي عقد من العقود المسماة عليه بشكل كامل .

السبب الثاني :

إن عقد الصيانة كما ترجح لي يعتبر عقداً مركباً من عقدين من العقود المسماة في الفقه الإسلامي، ألا وهما : عقد الإجارة مع أجير مشترك ، وعقد الاستصناع ، بحيث ظهرا معاً في صورة عقد واحد ، أخذ من كل منهما بعض خواصه . فاجتماع هذين العقدين وتمازجهما معاً في صورة عقد واحد ، هو الذي يشكل عقد الصيانة ، فهو ليس عقد إجارة مع أجير مشترك ، ولا عقد استصناع ، وإنما مزيج مركب منهما معاً . وإليك بيان ذلك :

إن عقد الصيانة بصورته الغالبة في التعامل اليوم ، ينطوي على التزام الصائن - في مقابل بدل مالي واحد - بثلاثة التزامات ، هي :

1 - أعمال الصيانة الوقائية الدورية بمشتملاتها التي سبق بيانها .

2 - توفير قطع الغيار اللازمة للصيانة الوقائية ، أي توفير القطع البديلة لتلك القطع التي ينتهي عمرها الافتراضي أثناء مدة العقد .

3 - إصلاح الأعيان في حالة تعطلها ، وذلك سواء تم إصلاحها بعمل يقدمه الصائن ، أم احتاج الإصلاح إلى توفير قطع غيار لتلك التي أصابها التلف .

وبالنظر في التكييف الفقهي لكل واحد من هذه الالتزامات ، فإنني أرى الأمر على النحو التالي :

الالتزام الأول : التزام الصائن بأعمال الصيانة الوقائية :

إن التزام الصائن بأعمال الصيانة الوقائية ، يكيف فقهاً على أنه عقد إجارة مع أجير مشترك ، وذلك لما يلي :

أولاً : إن هذه الأعمال محددة ومعلومة لطرفي العقد عند التعاقد ، ولذلك فإنها تفصّل في عقود الصيانة بشكل لا لبس فيه . وهذه الأعمال يحددها الصائن نفسه باعتباره المختص في القيام بها ، ومن ثم يوافق عليها المصون له ، كما قد يضيف شروطاً محددة متعلقة بهذه الأعمال ، بحسب ما يفتقر إليه كل نوع من الأعيان المتعاقد على صيانتها .

كما تنص العقود على مواعيد تقديم هذه الأعمال ، فبعضها ينص على تقديمه بشكل يومي ، أو ربما أكثر من مرة في اليوم الواحد ، كما في صيانة الطائرة مثلاً كل رحلة تقوم بها ، وبعضها ينص على القيام به أسبوعياً أو شهرياً ونحو ذلك بحسب طبيعة الأعيان .

إن تحديد تفاصيل هذه الأعمال يقع على عاتق الصائن ، باعتباره العالم بما يلزم لاستمرار الأعيان في أداء وظائفها ، وباعتبار أن القيام بهذه الأعمال هو جوهر التزاماته التعاقدية ؛ ذلك أنها الكفيلة بتحقيق الغرض الذي ينشده الصائن من العقد .

ثانياً : إن الصائن لا يضع نفسه تحت تصرف مالك الأعيان أو مستخدمها أثناء مدة العقد ؛ لأنه عادة ليس أجيراً خاصاً ، بل هو يبيع عمله في الصيانة لكل من يرغب في التعاقد معه على ذلك ، وهو بهذا يعتبر أجيراً مشتركاً .

ثالثاً : إن عقد الإجارة مع أجير مشترك هو عقد لازم ، كما أنه عقد زمني في حالة كون العمل المتعاقد عليه ممتداً . وعقد الصيانة هو أيضاً عقد لازم وعقد زمني . وقد سبق بيان ذلك مفصلاً عند الكلام عن أوجه الشبه بين العقدين .

بناءً على ما تقدم ، يكيف هذا الالتزام على أنه عقد إجارة مع أجير مشترك . وعليه فلو كان عقد الصيانة مقتصراً على هذا الالتزام ، لكان عقد إجارة مع أجير مشترك .

الالتزام الثاني : التزام الصائن بتوفير قطع الغيار اللازمة لأعمال الصيانة الوقائية :

إن الالتزام بتوفير هذه القطع - أي القطع البديلة لتلك التي ينتهي عمرها الافتراضي أثناء مدة العقد ، يكيف فقهاً على أنه عقد استصناع ، وذلك لما يلي :

أولاً : إن عقد الاستصناع - كما سبق بيانه [1] - هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل . وقد ذهب جمهور الحنفية إلى أن المعقود عليه في عقد الاستصناع هو العين المصنوعة الموصوفة في الذمة لا عمل الصانع، بدليل أن الصانع لو أتى بالمصنوع على الوجه الذي حدده المستصنع لزم العقد ، سواء أكانت الصنعة قد تمت بفعل الصانع أم بفعل غيره ، بل إنه حتى لو أتى الصانع بما صنعه قبل العقد ، وفقاً للأوصاف التي حددها العقد صح ذلك ، ولو كان العقد وارداً على عمل الصانع لما صح ذلك .

كما أن من المتفق عليه عند الحنفية أن الاستصناع يثبت فيه خيار الرؤية ، وخيار الرؤية لا يكون إلا في بيع الأعيان .

إذن فعقد الاستصناع هو في حقيقته عقد بيع ، إلا أنه ليس بيعاً مطلقاً ، ولذلك اختص ببعض أحكام يفارق فيها عقد البيع [2] . ولأجل كونه عقد بيع اعتبره جمهور الفقهاء من باب السلم في الصناعات ، ولا شك أن السلم نوع من أنواع البيع وإن فارق البيع المطلق في بعض أحكامه .

وبالنظر في التزام الصائن بتوفير قطع الغيار اللازمة للصيانة الوقائية ، نرى أنه التزام بأعيان مصنوعة - أي ليست مواد أولية - ، وهي موصوفة في الذمة ، فهي ليست موجودة عند التعاقد ، وإنما يلتزم الصائن بتوفيرها في مواعيد محددة . ولو كانت موجودة عند التعاقد على الصيانة ، وتنتقل ملكيتها للمصون له بمجرد العقد، لكان هذا الالتزام يكيف على أنه بيع مطلق .

---

(1) انظر : المطلب الثالث من هذا المبحث .

(2) انظر : فتح القدير 5 / 355 - 356 ، والمبسوط 12 / 139 ، وبدائع الصنائع 6 / 84 - 85

وظاهرٌ أنه لا يشترط أن تكون هذه القطع من صنع الصائن حتى يكيف الالتزام بتوفيرها على أنه عقد استصناع ، فقد اعتبر الحنفية أن الصانع يكون قد وفى بالتزاماته لو أتى بالمستصنع وقد صنعه غيره ، أو صنعه هو قبل التعاقد .

ثانياً : إن هذه القطع اللازمة للصيانة الوقائية ، هي قطع معلومة ومحددة لطرفي العقد عند التعاقد ، ذلك أن هذه القطع إنما تلزم لاستبدال تلك القطع التي ينتهي عمرها الافتراضي أثناء مدة العقد .

فعلى سبيل المثال : لو تم التعاقد بين شركة طيران مالكة لأسطول من الطائرات ، وشركة مختصة في القيام بأعمال الصيانة اللازمة لها ، فإن الشركة الصائنة تقوم من خلال خبرائها ومختصيها بتفحص هذه الطائرات والوقوف على حالتها الفنية ، وعمرها التشغيلي وظروف التشغيل ، وكل ما يتعلق بذلك مما له صلة بكفاءة عمل الطائرات المتعاقد على صيانتها .

ثم تقوم الشركة الصائنة بتحديد تلك القطع التي لابد من استبدالها أثناء مدة العقد ، بحيث يتم استبدالها قبل انتهاء عمرها الافتراضي المحدد من قبل المصنع ؛ تفادياً لتعطل الطائرات عن العمل مما يلحق أضراراً بشركة الطيران كانت حريصة على تفاديها من خلال هذا العقد . كما أن عقود الصيانة تنص بوضوح على أن هذه القطع يشترط فيها أن تكون من نوعية معينة وجودة محددة ، وأنها ما لم تكن كذلك ، فإن من حق المصون له ردها .

وعليه فهذه القطع لا تظهر الحاجة إليها فجأة أثناء العقد ، وإنما تعلم الحاجة إليها عند التعاقد ، بحيث ينص الطرفان على استبدال هذه القطع في مواعيد محددة ، وقد يرفق بها كشوف تجعل جزءاً لا يتجزأ من عقد الصيانة ؛ نظراً لأنها مقصود أساسي للمصون له ، لما لها من دور مباشر في استمرار عمل الأعيان كما هو مخطط لها .

هذا ، ومعلوم أن من شروط عقد الاستصناع أن يكون المستصنع معلوماً عند التعاقد بكل ما يرفع عنه الجهالة المفضية للنزاع بين طرفي العقد [1] . ولما كان هذا متحققاً في التزام الصائن بقطع الغيار هذه ، فإنه لا مانع فقهاً من تخريج هذا الالتزام على عقد الاستصناع .

ثالثاً : لا يُشكل على هذا التكييف ما قرره جمهور الحنفية من أن عقد الاستصناع ليس عقداً لازماً لطرفيه بمجرد التعاقد ، مع أن عقد الصيانة لازم بمجرد التعاقد . ذلك أن الإمام أبا يوسف - رحمه الله - قد انتهى به المطاف إلى القول بلزوم عقد الاستصناع بمجرد التعاقد . يقول صاحب المحيط البرهاني :

" ثم رجع أبو يوسف عن هذا - أي القول بعدم اللزوم - فقال : لا خيار لواحد منهما ، بل يجبر الصانع على العمل ويجبر المستصنع على القبول . وجه ما روي عن أبي يوسف ... أن الصانع ضمن العمل فيجبر على العمل، والمستصنع لو لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع ؛ لأنه عسى لا يشتريه غيره أصلاً ، أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن ، فيجبر على القبول دفعاً للضرر عن الصانع" [2] .

وهذه الرواية عن أبي يوسف ذكرها أيضاً صاحب الهداية - وهو من كبار محققي الحنفية - فقال : " وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما ، أما الصانع فلما ذكرنا ، وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضراراً بالصانع ؛ لأنه ربما لا يشتريه غيره بمثله " [3] .

---

(1) انظر : بدائع الصنائع 6 / 86 ، وفتح القدير 5 / 357 ، وتحفة الفقهاء 2 / 538 .

(2) المحيط البرهاني ، مخطوطة مكتبة الأوقاف بدولة قطر . ج 2 ورقة 575 - 576 . هذا ولم يتسن لي الاطلاع على هذا المخطوط ، وإنما نقلت النص من كتاب للدكتور علي القره داغي بعنوان : بحوث فقهية في المعاملات المالية المعاصرة ص 149 .

(3) الهداية مع فتح القدير 8 / 116 .

وبلزوم عقد الاستصناع أخذت مجلة الأحكام العدلية ، حيث نصت على أنه : " إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع ، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة ، كان المستصنع مخيراً " [1].

رابعاً : لا يشترط في عقد الاستصناع قبض الثمن في مجلس التعاقد ، بل يجوز تعجيله أو تأجيله أو جعله على دفعات معلومة محددة الآجال ، كما قرر ذلك فقهاء الحنفية [2] . وعقد الاستصناع بذلك يتميز عن عقد السلم الذي يشترط جمهور الفقهاء فيه قبض رأس مال السلم في مجلس العقد ، ويشترط المالكية قبضه فيما لا يتجاوز ثلاثة أيام من التعاقد .

وفي عقد الصيانة قد يتفق الطرفان على تعجيل العوض الذي يدفعه المصون له للصائن ، أو تأجيله، أو جعله على دفعات معلومة الأجل ، وهو بذلك موافق لما قرره فقهاء الحنفية بشأن عقد الاستصناع .

خامساً : يثور التساؤل : إذا كان عقد الاستصناع يجتمع في محله - بحكم الأصل - العين والعمل، فلماذا لم نكيف التزام الصائن بأعمال الصيانة الوقائية والتزامه بقطع الغيار اللازمة لها على أنهما معاً عقد استصناع، وإنما فرقنا ، فاعتبرنا الالتزام بالأعمال عقد إجارة مع أجير مشترك ، والالتزام بتوفير القطع عقد استصناع ؟ .

والجواب على ذلك : أن عقد الاستصناع الأصل المقصود فيه العين المصنوعة ، ومن ثم كان ما يحدث بين الصانع والمستصنع نوعاً من البيع كما يقرر ابن الهمام [3] . فعقد الاستصناع لا يشترط فيه دائماً قيام الصانع بالعمل ، بدليل أن الصانع لو أتى بالمستصنع فيه حسب الشروط المتفق عليها ، ولم يكن من صنعه ، كان موفياً لالتزاماته التعاقدية . ولعل هذا هو الفرق بين الاستئجار على الصناعة وبين الاستصناع . يقول السرخسي : "الاستئجار للصناعة هو بيع عمل ، العين فيه تبع .. أما في الاستصناع فالمعقود عليه العين .. ولذا ثبت خيار الرؤية فيه" [4]

وعلى فرض أن المعقود عليه في عقد الاستصناع هو العمل والعين معاً ، كما ذهب إلى ذلك بعض الحنفية، فإن العمل المعقود عليه هو العمل المتعلق بصناعة الأعيان من قبل الصانع ، وليس أي عمل آخر . وفي عقد الصيانة العمل متعلق بصيانة الأعيان لا بصناعة قطع الغيار اللازمة للصيانة ، ومن ثم افترق الالتزامان .

الالتزام الثالث : التزام الصائن بإصلاح الأعيان حال تعطلها :

لعلنا قد أوضحنا بجلاء عبر الفصول السابقة أن المقصد الذي يرمي المصون له إلى تحقيقه من عقد الصيانة، هو أن يقوم الصائن بكافة الأعمال الوقائية بشكل فعال ودقيق ، بما يكفل الاحتراز عن تعطل الأعيان المتعاقد على صيانتها ، بما في ذلك استبدال القطع التي شارف عمرها الافتراضي على الانتهاء ، دون انتظار أن يحصل التعطل بانتهاء عمرها الافتراضي . ذلك أن تعطل الأعيان هو الأمر الذي يسعى المصون له إلى تفاديه بتعاقده على الصيانة ، فعقد الصيانة ليس في حقيقته عقداً على الإصلاح كلما تعطلت الأعيان ، وإن كان الإصلاح جزءاً منه ، ولكن حقيقته أنه عقد يراد من خلاله تفادي تعطل الأعيان بكل الإمكانات المتاحة ، منعاً لتضرر المصون له في حال تعطلها ، فإذا ما تعطلت الأعيان ، كان هذا أمراً طارئاً ، يرجو كلا الطرفين تفاديه ، ومهمة الصائن الأساسية العمل على تفاديه بكل الأعمال الوقائية الدقيقة التي تحول دون تعطل الأعيان .

---

(1) مجلة الأحكام العدلية المادة 392 .

(2) انظر : المراجع السابقة .

(3) انظر : فتح القدير 5 / 355 - 356 .

(4) المبسوط 12 / 139

وعليه فإذا ما تعطلت الأعيان وجب النظر في سبب هذا التعطل ؛ ذلك أن تحديد سبب التعطل له صلة مباشرة بتكييف التزام الصائن بإصلاحها ، بل إن له صلة مباشرة بمدى مشروعية أن يلتزم الصائن بذلك .
ولما كان التزام الصائن بأعمال الصيانة الوقائية ، والتي هي المقصد الرئيس من العقد ، يكيف على أنه عقد إجارة مع أجير مشترك . أو بمعنى آخر ، لما كان الصائن في حقيقته أجيراً مشتركاً ، لذلك فإن النظر في سبب تعطل الأعيان ، ومدى مشروعية التزام الصائن في القيام بإصلاح الأنواع المختلفة من الأعطال ، يعتبر ذا صلة وثيقة بمسألة ضمان الأجير المشترك لما يتلف من الأعيان المتعاقد على العمل فيها .
لأجل ذلك ، كان لابد من أن نعرض لهذه المسألة بشيء من التفصيل ، لكي يتسنى بعد ذلك تقرير الأمور على أساس فقهي متين .

ضمان الأجير المشترك في مذاهب الفقهاء :

الضمان لغة : الالتزام . يقال : ضمنت المال ضماناً ، فأنا ضامن وضمين ، أي التزمته . وضمَّنته المال: ألزمته إياه . كما يأتي بمعنى التغريم ، فيقال : ضمنته الشيء ، أي غرمته إياه [1] .
أما **الضمان في اصطلاح الفقهاء** فله إطلاقات متعددة ، ما يهمنا منها في هذا المقام ، هو إطلاقه بمعنى تحمل تبعة الهلاك ، برد مثل الهالك إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان قيمياً [2] .
والآن نعرض لمذاهب الفقهاء فيما يتعلق بضمان الأجير المشترك لما يتلف بفعله أو بغير فعله من الأعيان المتعاقد على العمل فيها ، ثم نقوم بعد ذلك بتقرير النتائج فيما يتعلق بعقد الصيانة في ضوء ذلك .

أولاً : ضمان الأجير المشترك لما تلف بفعله :

على الرغم من اختلاف الفقهاء في كون يد الأجير المشترك يد أمانة أم يد ضمان ، إلا أن جمهور الفقهاء متفقون على أن ما تلف أو تعطل من الأعيان محل عمل الأجير المشترك يكون ضامناً له ، ما دام التلف أو التعطل قد حصل بفعله ، وذلك سواء حصل التلف بتعديه أو تقصيره أو خطئه . فقد ذهب إلى هذا القول : الحنفية – عدا الإمام زفر – [3] ، والمالكية [4] ، والشافعية في أظهر أقوالهم [5] ، والحنابلة [6] . وخالف في ذلك: الإمام زفر من الحنفية والشافعية في قول لهم ، حيث ذهبوا إلى أنه لا يضمن ما تلف بفعله إن كان بطريق الخطأ ، وحجتهم في ذلك أن الخطأ لا يمكن التحرز منه [7] .
واحتج جمهور الفقهاء بأن العمل المأذون فيه بعقد الإجارة هو العمل المصلح دون المفسد ، وأن الخطأ يمكن تفاديه ببذل العناية المطلوبة في العمل مع الحذق فيه ، كما أن الأصل في عمل الأجير المشترك أنه مضمون عليه ، بدليل أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل ، وأن العين لو تلفت في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما

(1) انظر : المصباح المنير ، والقاموس المحيط مادة ضمن .
(2) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 151 ، ومجلة الأحكام العدلية المادة 416 ، والضمان للشيخ علي الخفيف 1 / 9 .
(3) انظر : الفتاوى الهندية 4 / 500 ، وبدائع الصنائع 6 / 54 ، ومجمع الضمانات ص 27 .
(4) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 25 – 26 ، وبداية المجتهد 2 / 229 .
(5) انظر : مغني المحتاج 2 / 352 ، والمهذب 1 / 570 .
(6) انظر : المغني والشرح الكبير 6 / 107 ، 115 - 116 ، وكشاف القناع 4 / 33 – 34 .
(7) انظر : المراجع في 2 و 4 .

عمل ، وكان ذهاب عمله من ضمانه . وما دام الأمر كذلك فما تولد عن عمله من تلف أو عطل يكون مضموناً عليه [1] .

وقد ضرب جمهور العلماء أمثلة على ما قرروه ، فقالوا : إن القصار ضامن لما يتخرق من دقه أو عصره ، والحمال ضامن لما سقط عن رأسه وتلف من عثرته ، والملاح ضامن لما غرق من المتاع المحمول على السفينة إن كان غرقها بسبب مدِّه وتجديفه .

ولمزيد من البيان أنقل بعض نصوص المذاهب في ذلك ، للحاجة إليها عند تقرير النتائج .

يقول الكاساني معللاً ما ذهب إليه الإمام وصاحباه ، من تضمين الأجير المشترك ما تلف بسبب فعله ولو خطأ أو تقصيراً فيما وجب عليه القيام به بحكم العقد ، وممثلاً لذلك بعمل القصار : " إن المأذون فيه الدق المصلح لا المفسد ؛ لأن العاقل لا يرضى بإفساد ماله ، ولا يلتزم الأجرة بمقابلة ذلك ، فيتقيد الأمر بالمصلح دلالة. وقوله - أي زفر - لا يمكنه التحرز عن الفساد - أي ما يحصل منه بطريق الخطأ - ممنوع ، بل في وسعه ذلك بالاجتهاد في ذلك ، وهو بذل المجهود في النظر في آلة الدق ومحله وإرساله المدقة على المحل على قدر ما يحتمله ، مع الحذاقة في العمل والمهارة في الصنعة ، وعند مراعاة هذه الشرائط لا يحصل الفساد فلما حصل دلّ أنه قصَّر .. والخطأ في حقوق العباد ليس بعذر ، حتى إنه يؤاخذ الخاطئ والناسي بالضمان " [2] .

ويقول العلامة البهوتي : " وكذا طباخ وخباز وحائك وملاح سفينة ونحوهم من الأجراء المشتركين، فيضمنون ما تلف بفعلهم ، سواء حضر رب المال أو غاب ، وسواء كان يعمل في بيت المستأجر أو في بيته ؛ لأنه ضمان لجنايته " [3] .

هذا ولا يعتبر جهل الأجير المشترك في القيام بعمله على الوجه المطلوب عذراً في إسقاط الضمان ، فقد جاء في الفتاوى الهندية : " أعطى ثوباً رقيقاً للقصار ، ولم يقل له إنه رقيق ، فوضعه القصار في الخابية واحترق الثوب .. يضمن القصار ؛ لأنه هلك بفعله ، والجهل ليس بعذر " [4] .

ثانياً : ضمان الأجير المشترك لما تلف بغير فعله :

هنا يظهر أثر اختلاف الفقهاء في حكم يد الأجير المشترك من حيث كونها يد أمانة أم يد ضمان . فمن ذهب إلى أن يده يد أمانة وهم : الإمام أبو حنيفة وزفر [5] ، والمتقدمون من المالكية [6] ، والشافعية في أظهر أقوالهم [7] ، والحنابلة في الصحيح عندهم [8] ، قالوا : إن الأجير المشترك لا يضمن ما تلف بغير فعله إلا إذا كان متعدياً، ذلك أن الأصل ألا يجب الضمان إلا بالاعتداء ، لقوله تعالى : [فلا عدوان إلا على الظالمين] [9] . والتعدي لم يحصل منه ؛ لأن قبضه للأعيان المستأجر للعمل فيها قبض مأذون فيه ، والتلف والهلاك ليس هو سبباً فيه ، ومن ثم فلا يكون ضامناً ، كالمضارب والشريك .

---

(1) انظر : المراجع السابقة كلها .

(2) بدائع الصنائع 6 / 56 - 57 .

(3) كشاف القناع 4 / 34 .

(4) الفتاوى الهندية 4 / 505 .

(5) انظر : الفتاوى الهندية 4 / 500 - 501 ، وبدائع الصنائع 6 / 54 ، ومجمع الضمانات ص 27 .

(6) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 24 .

(7) انظر : مغني المحتاج 2 / 352 ، والمهذب 1 / 570 .

(8) انظر : المغني والشرح الكبير 6 / 115 - 116 ، وكشاف القناع 4 / 33 - 34 .

(9) سورة البقرة : آية 193 .

أما من ذهب إلى أن يد الأجير المشترك يد ضمان وهم : الصاحبان من الحنفية ، والمتأخرون من المالكية ، والشافعية في قول لهم – وهو الذي كان يفتى به – ، والحنابلة في رواية عن الإمام أحمد ، فقد قالوا : إن الأجير المشترك ضامن للأعيان التي تتلف بغير فعله ، سواء كان متعدياً أو مقصراً ، إلا إذا حصل التلف أو الهلاك بسبب لا يمكن للأجير المشترك الاحتراز عنه مطلقاً ، ومثلوا لذلك بالحريق الغالب والغرق الغالب ونحوهما [1] .

وقداستدل هؤلاء على ما ذهبوا إليه بأدلة عديدة أذكر أهمها بإيجاز :

1 – حديث سمرة بن جندب ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " [2] والمراد : إن على اليد ضمان ما أخذت ، أي يلزمها ضمان العين التي تلفت . وقد اعتبر أصحاب هذا القول الحديث متناولاً ليد المستعير ويد الغاصب ويد الأجير على السواء .

2 – ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه كان يضمن الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس . وما روي عن علي ﷺ أنه كان يضمن الصباغ والصواغ ويقول : " لا يصلح الناس إلا هذا " [3] .

3 – إن هؤلاء الأجراء تخاف منهم الخيانة ، ويخاف منهم التفريط في عملهم ، فلو علموا أنهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس ؛ لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك بسبب لا قِبل لهم به . وهذا المعنى لا يوجد في الحريق الغالب أو الغرق الغالب وما شابههما ؛ لأن من الظاهر أن التلف كان بسبب لا يمكن التحرز منه مطلقاً [4] .

إن المتأمل في مذاهب الفقهاء يقف على حقيقة هامة ، ألا وهي أن الأصل في يد الأجير المشترك أنها يد أمانة، ومن ثم فإنه لا يضمن ما تلف بغير فعله إلا بالتعدي ، ذلك أن قبضه للأعيان قبض مأذون فيه ، أشبه العين المستأجرة .

ولكن لما فسدت ذمم الناس وظهرت خيانة الأجراء وكثرة ادعائهم تلف الأعيان بأسباب خارجية ، وكذلك كثرة إقبالهم على تلقي الأعمال دون الخبرة الكافية أو الكفاءة المطلوبة ، إضافة لتهاونهم وتفريطهم وعدم قيامهم بالعمل المتعاقد عليه على الوجه المطلوب تماماً ، لما ظهرت هذه الأمور ، وجدنا فقهاء المذاهب على اختلافها يتجهون باتجاه تضمين الأجير المشترك ما تلف من الأعيان المستأجر على العمل فيها ، مهما كان سبب الإتلاف، اللهم إلا أن يثبت هو أن التلف أو الهلاك كان بسبب لا يمكن الاحتراز عنه مطلقاً .. أي لا يمكن له دفعه مهما بلغت الأسباب والاحتياطات التي يأخذها .

يظهر هذا جلياً في اتجاه الصاحبين من الحنفية ، والمتأخرين من المالكية ، والشافعية في القول الذي كان يفتى به ، والحنابلة في إحدى الروايات عن الإمام أحمد .

---

(1) انظر : المراجع في الصفحة السابقة .

(2) أخرجه أحمد في مسنده وأصحاب السنن الأربعة والحاكم في المستدرك ، كلهم عن سمرة بن جندب . وقال الترمذي : حديث حسن صحيح . وقال الحاكم : صحيح على شرط البخاري . ووافقه الذهبي . (انظر : جامع الأصول 9 / 110 ونصب الراية 4 / 167 وتلخيص الحبير 3 / 53) .

(3) حديث عمر أخرجه عبد الرزاق في مصنفه بسند منقطع . أما حديث علي فأخرجه البيهقي من طريق جعفر بن محمد عن أبيه عن علي ، فسنده متصل . (انظر : تلخيص الحبير 3 / 61 وسنن البيهقي 6 / 122) .

(4) انظر : بدائع الصنائع 6 / 54 .

وضمان الأجير المشترك إنما هو في الحقيقة ضمان مصلحة كما يسميه الحنفية وبعض المالكية [1] ، أو ضمان تهمة كما يسميه آخرون من المالكية [2] ، وليس ضمان أصالة ، وإنما لجأ الفقهاء إلى القول به صيانة لأموال الناس . هذا ويجب التنبه إلى أن استخدام المالكية لمصطلح التهمة ، لا يقتصر على فساد الذمة أو ضياع الأمانة، وإنما يرتبط أيضاً بقلة التحوط والتثبت وضعف الصنعة ونقص الكفاءة المطلوبة للعمل الذي انبرى الأجير المشترك للقيام به، ولذلك نص المالكية على تضمينه وإن ظهرت أمانته وبان صلاحه [3] .

ولمزيد من البيان ، أنقل بعض نصوص الفقهاء في ذلك ؛ نظراً للحاجة إليها عند تقرير النتائج .

يقول البغدادي من الحنفية : " وبقول الصاحبين يفتى اليوم ؛ لتغير أحوال الناس ، وبه تحصل صيانة أموالهم " [4] .

ويقول ابن رشد المالكي : " إن الضمان عند الفقهاء لوجهين : ما كان بالتعدي .. وما كان لمكان المصلحة وحفظ الأموال ، وهو ضمان الصناع" [5] .

أما الشافعية فعلى الرغم من أن القول بأن يد الأجير المشترك يد أمانة هو الأظهر في المذهب ، إلا أن الإمام الشافعي لم يكن يفتي به لفساد الناس ، يقول الربيع : " كان الشافعي يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير ، ولكنه لا يفتي به لفساد الناس " [6] .

أما الحنابلة ، فقد نقل ابن قدامة عن الإمام أحمد قوله : " إن كان هلاكه بما استطاع - أي دفعه والاحتراز عنه - ضمنه ، وإن كان غرقاً أو عدواً غالباً فلا ضمان" [7] .

من كل ذلك **يترجح** قول من ذهب إلى اعتبار يد الأجير المشترك يد ضمان احتياطاً لأموال الناس وصيانة لها ، وهو أمر - من وجهة نظري - لو وسع الفقهاء قديماً الاختلاف بشأنه ، فإن ما نراه في واقع الناس اليوم لا يترك مجالاً للاختلاف في ذلك ، لا سيما وأن ما ذكره الفقهاء من مسوغات القول بالضمان قد تعاظمت .

ما يترتب على القول بأن يد الأجير المشترك يد ضمان :

يترتب على القول بأن يد الأجير المشترك يد ضمان ، أنه المطالب بإثبات أن التلف أو التعطل كان بسبب لا صلة لعمله به ، ولا يمكنه التحرز منه . هذا مع أن الأصل أن المتضرر وهو مالك الأعيان هو الذي يدعي أن تلفها كان بسبب الأجير ، ومن ثم كان هو بحكم الأصل المكلف بإثبات أن الأجير هو المتسبب في حصوله، وذلك للقاعدة الثابتة شرعاً من أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر . ولكن لما اعتبر الفقهاء يد الأجير المشترك يد ضمان للمسوغات التي ذكروها ، أصبح هو المطالب بإثبات أن التلف أو التعطل لم يكن بسبب عمله ، ولا بسبب يمكن الاحتراز عنه ، فإن تعذر عليه ذلك كان ضامناً " [8] .

يظهر هذا جلياً من نصوص الفقهاء ، يقول العلامة نظام عن الراعي : " إذا كان أجيراً مشتركاً فإنه لا يضمن

---

(1) انظر : بدائع الصنائع 6 / 55 وبداية المجتهد 2 / 229 .

(2) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 29 .

(3) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 26 .

(4) مجمع الضمانات ص 27 . ومثله في الفتاوى الهندية 4 / 500 .

(5) بداية المجتهد 2 / 229 - 230 بتصرف يسير .

(6) المهذب 1 / 570 .

(7) المغني والشرح الكبير 6 / 115 .

(8) انظر : المراجع السابقة ، وبداية المجتهد 2 / 175 ، وتبصرة الحكام لابن فرحون 2 / 330 وضمان العدوان في الفقه الإسلامي للدكتور محمد احمد سراج ص 119 - 122 .

ما مات من الأغنام عندهم جميعاً ، وهذا إذا ثبت الموت بتصادقهما أو بالبينة .. أما إذا ادعى الراعي الموت وجحد رب الأغنام ، فعلى قول أبي حنيفة القول قول الراعي ، فأما عندهما فالقول قول رب الأغنام" [1] ، ولو " كان الراعي مشتركاً في الجبال ، فاشترط عليه صاحب الغنم أن يأتيه بسمة ما يموت منها وإلا فهو ضامن ، فهذا الشرط غير معتبر ، ثم على قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - القول قوله إن لم يأت بالسمة ، وعندهما هو ضامن وإن أتى بالسمة ، إلا أن يقيم البينة على الموت " [2] .

أما العلامة الدسوقي من المالكية فيقول : " لو عثر أجير حمل أو عثرت دابته – أي فانكسر المحمول - والحال أنه لم يتعد في فعله ولا سوق دابته ، فلا ضمان إلا أن يتهم ، بأن لم يصدقه ربه ، ولم يصاحبه ، ولم تقم له بينة ، فيضمن" [3] .

إذن فالفقهاء القائلون بأن يد الأجير المشترك يد ضمان ، يفترضون التهمة أو الخطأ أو التقصير في عمل الأجير المشترك ، بمعنى أنهم يفترضون أن التلف حصل بسبب كان يمكن الاحتراز منه ، وما دام التلف قد حصل - ولو بعثرة كما في المثال السابق – فإن ذلك يدل على تعدي الأجير المشترك أو تقصيره في عمله ، اللهم إلا أن يثبت هو أن التلف قد حصل بسبب لا يمكن الاحتراز منه ، ويكون إثباته لذلك إما بتصديق رب العمل له ، أو كون رب العمل مطلعاً على عمله بشكل لا خفاء فيه ، أو أن يقيم الأجير المشترك بينة تثبت دعواه ، وبغير ذلك فخطؤه مفترض ، ومن ثم كان الضمان واجباً عليه .

إن نظرية الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس التي أخذت بها القوانين الحديثة ، بشأن ما يقوم به كل من انتصب للقيام بعمل ما لمن يطلبه لقاء أجر ، كالمحامي والطبيب والمقاول ونحوهم ، واعتبرتها القوانين تطوراً تشريعياً هاماً يهدف إلى حماية المصلحة العامة للناس ، لا سيما مع ظهور المؤسسات الصناعية الضخمة ، وتعقد الجوانب الفنية والاقتصادية ، وتعارض المصالح في أحيان كثيرة ، إضافة للأضرار الكبيرة التي تنشأ في كثير من الأحيان بسبب الخطأ والإهمال ، والتي كان يمكن تفاديها لو أن أمثال هؤلاء قاموا بعملهم على الوجه المطلوب، بكل ما تعنيه هذه الكلمة من تفاصيل دقيقة .

إن هذه النظرية لا توجب على مدعي الضرر في مثل هذه الأحوال إثبات خطأ المدعى عليه لقيام حقه في التعويض ، وإنما يستند حقه هذا إلى افتراض خطأ أصحاب الأعمال إلى أن يثبت العكس [4] .

إن هذه النظرية لا تخرج في حقيقتها عما قرره كثير من الفقهاء منذ ما يزيد على اثني عشر قرناً من الزمان .

إن إلقاء عبء إثبات سبب وقوع التلف أو التعطل في الأعيان التي يعمل فيها الأجير المشترك على مالك الأعيان ، من شأنه أن يؤدي إلى ضياع حقه ، إذ لا سبيل له في غالب الأحيان لمعرفة طريقة عملهم ، ولا الأصول الفنية الواجب اتباعها ، ولا سبب التلف أو الهلاك .

---

(1) الفتاوى الهندية 4 / 508 .

(2) المرجع السابق 4 / 510 .

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 25 .

(4) انظر : ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص 29 – 30 ، والوسيط للسنهوري 1 / 766 ، والمسؤولية المدنية للمستشار حسين عامر ص 479 .

ولمواجهة هذا الموقف ذهب كثير من الفقهاء إلى افتراض تعدي الأجير المشترك أو تقصيره في كل تلف يقع ، ومن ثم نقل عبء الإثبات إلى الأجير المشترك ، فهو المطالب بأن يثبت أن التلف أو العطل يرجع إلى سبب لا يمكنه التحرز منه ، فما لم يسعه ذلك كان ضامناً .

إن هذا الأسلوب الإجرائي الذي قرره الفقهاء حماية لمصالح الناس ، لا ينال من الأسس الموضوعية القاضية بأن الأصل في الأجير المشترك أن يده أمينة لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير ، ولذلك ينتفي الضمان عنه إذا أثبت أنه قام بعمله بحسب الأصول الفنية للمهنة ، وأنه لم يتعد ولم يقصر ؛ ذلك أنه ضمان مصلحة أو ضمان تهمة كما قرر الفقهاء . يقول الدسوقي : " ضمان الصناع ضمان تهمة ينتفي بإقامة البينة " [1] .

*** الأسباب التي لا يمكن التحرز منها عند الفقهاء**

قد يثور التساؤل : ما هي الأسباب التي لا يمكن التحرز منها في نظر الفقهاء ؟ أو بمعنى آخر ، الأسباب التي إن نتج التعطل عنها ، لم يكن الأجير المشترك ضامناً ؟ .

إن بيان ذلك يستدعي إيضاح مفهوم التعدي عند الفقهاء .

إن التعدي عند الفقهاء هو : مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة . ويعبر عنه أهل القانون بالخطأ ، ولكن التعبير بالتعدي أولى من التعبير بالخطأ ؛ ذلك أن التعبير بالتعدي يشمل العمد والخطأ والإهمال والتقصير ، أما التعبير بالخطأ فبمجرد النطق به يوهم بمقابلة العمد ، ولا يشمل العمد إلا باصطلاح خاص [2] .

والتعدي إما أن يكون مباشراً ، بمعنى أنه لم يتوسط عامل آخر بين الفعل والضرر ، لا بمعنى عدم تراخي حصول الضرر عن الفعل ، وإما أن يكون غير مباشر ، بمعنى أن الفعل أفضى إلى الضرر مع توسط أمر آخر بينهما ، أي أنه كان سبباً في وقوعه ، وإيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب كما يقرر القرافي والشاطبي وغيرهما [3] . ولذلك فإن الإنسان لو أزال ورق العنب ففسدت عناقيده بالشمس ضمنه ، ولو ذبح شاة رجل فهلكت نحلتها ضمنها لفقد ما تعيش به [4] .

والتعدي بنوعيه ، المباشر وغير المباشر ، قد يحصل بفعل يوقعه المتعدي متجاوزاً ما هو مأذون به ، أو يحصل بتركه فعل ما هو واجب عليه ، فيفضي هذا الترك لحصول الضرر أو التلف . وعليه فيدخل في التعدي بمفهومه الواسع عند الفقهاء كل تجاوز - فعلاً كان أو تركاً - أدى لحصول الضرر ، سواء كان عمداً أم خطأ أم إهمالاً أم تقصيراً . أما عبارات الفقهاء التي تجمع أحياناً هذه المصطلحات معاً ، مثل قولهم : " إتلاف بالتعدي أو التقصير" أو "إتلاف بالتعدي أو الخطأ" فإنما المراد منها بيان الفرق بين العمد والخطأ أو التقصير ، وإن كانت كلها تعتبر من صور التعدي . ولذلك وجدنا جمهور الفقهاء لم يفرق بينهما من حيث وجوب الضمان ،

---

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 29 . وانظر في ذلك : الوسيط للسنهوري 1 / 821 والمسئولية المدنية لحسين عامر ص 98 ، ومسؤولية الطبيب لعبد السلام التوبجي ص 90 .

(2) انظر : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي لأستاذي الدكتور محمد فوزي فيض الله ، ص 92 - 93 ، وضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص 227 .

(3) انظر : الفروق للقرافي 2 / 206 ، والموافقات للشاطبي 1 / 211 ، ومجلة الأحكام العدلية المادتين 887 ، 888 ، وعلاقة السببية في المسؤولية المدنية للدكتور عبد الرشيد مأمون ص 30 ، 48 .

(4) انظر : مغني المحتاج 2 / 278 ، وأمثلة مشابهة في كشاف القناع 3 / 419 ، والمهذب 1 / 523 - 524 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 29 .

ووجدنا كثيراً من الأمثلة التي يوجب الفقهاء الضمان فيها ، إنما حصل التلف فيها بطريق الخطأ أو التقصير ، كتعثر أجير الحمل أو ضياع شاة من الراعي المشترك ونحو ذلك .

إن الحكم بالضمان من قبيل خطاب الوضع الذي يترتب على سببه ، وهو ارتكاب فعل غير مأذون به لكونه على خلاف الواجب ، أو لما صاحبه من إهمال أو تقصير في النظر المأمور به شرعاً ، دونما نظر إلى قصد الفاعل أو نيته أو الباعث [1] .

هذا ولا ينافي الحكم بالضمان عند الخطأ أو الإهمال ما ثبت في السنة الصحيحة من أن الله تعالى رفع عن أمته الخطأ والنسيان ؛ ذلك أن المرفوع هو الإثم واللوم والعقوبة الحدية ، لا الحكم بالضمان . يقول صدر الشريعة : "النسيان لا ينافي الوجوب - أي وجوب الضمان - لأنه لما كان من جهة صاحب الشرع كان عذراً في حقه غالباً ، لا في حق العباد" [2] .

من كل ما تقدم ، يتبين بوضوح أن الأجير المشترك - بحسب الراجح - ضامن لكل ما يتلف من الأعيان المستأجر للعمل فيها ، سواء كان التلف بفعله أو بغير فعله ، وسواء حصل بالتعمد أو الخطأ أو التقصير ، ولا يستثنى من ذلك إلا حالة التلف بسبب لا يمكن له الاحتراز منه ، أي لا سبيل لدفعه مطلقاً .

هذا ويعد من التفريط والتقصير إن حصل التلف أو الهلاك بسبب يعود إلى ضعف قدرة الأجير العملية وكفاءته وطاقته في العمل . فقد جاء في شرح مجلة الأحكام العدلية نقلاً عن حاشية ابن عابدين : " إذا فرت شاة من القطيع مثلاً ، وضاعت لعدم لحاق الراعي بها لغلبة احتمال ضياع الحيوانات الباقية على تقدير تعقيبة إياها ، وعدم وجود من يرسله خلفها ... فيلزمه الضمان عند الصاحبين ؛ لأن الأجير طمعاً بالأجر الوافر يتقبل الكثير من الحيوان فوق اقتداره" [3] .

وكم نجد هذا الأمر يتكرر في واقع الناس اليوم ، حيث يتقبل الأجراء المشتركون ، أفراداً وشركات ، أعمالاً فوق طاقتهم وتتجاوز كفاءتهم العملية وخبراتهم الفنية ، مما يفضي بطبيعة الحال إلى قيامهم بالعمل على غير الوجه الصحيح الدقيق الذي قصده المتعاقدون معهم ، مما ينشأ عنه إضرار بأرباب العمل .

إن السبب الذي لا يمكن التحرز منه بحسب ما ذكره الفقهاء ، هو ما يسميه أهل القانون السبب الأجنبي ، وهو يتمثل بأحد أمرين [4] :

1 - **القوة القاهرة** : كأن يثبت الأجير المشترك أن التلف أو التعطل كان بسبب أمر لا قِبَل له بدفعه ، كالآفات السماوية من زلازل أو سيول أو صواعق ، أو كالحريق الغالب والغرق الغالب ونحوهما .

2 - **تعدي المتضرر** : كما لو حصل تلف الأعيان بسبب سوء استعمال مالكها لها ، أو بتعريضه إياها لأسباب التلف .

والآن وبعد تفصيل القول في ضمان الأجير المشترك ، نأتي لنقرر النتائج فيما يتعلق بالتزام الصائن بإصلاح الأعيان المتعاقد على صيانتها في ضوء ذلك .

---

(1) انظر : المستصفى للغزالي 1 / 84 ، والأشباه والنظائر للسيوطي ص 141 ، والمنثور في القواعد للزركشي 2 / 176 .

(2) التوضيح شرح التنقيح لعبيد الله بن مسعود ، ومعه التلويح لسعد الدين التفتازاني 2 / 763 .

(3) مجلة الأحكام العدلية المادة 609 وشرحها لعلي حيدر .

(4) انظر : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ص 104 - 106 ، ومجمع الضمانات ص 170، والفتاوى الهندية 4 / 502 - 503 ، ومجلة الأحكام العدلية المادة 611 وشرحها لعلي حيدر .

نتائج الدراسة فيما يتعلق بالتزام الصائن بإصلاح الأعيان :

أولاً : أسباب تعطل الأعيان ، ومدى التزام الصائن بالإصلاح :

إن أسباب تعطل الأعيان المتعاقد على صيانتها ، لا تخرج - بحكم ما قرره الفقهاء من أسباب تلف الأعيان التي يتعاقد الأجير المشترك على القيام بعمل فيها ، وبحكم منطق الأمور وقواعد العادات، وبحسب فهمي لمفهوم الصيانة المعاصر - عن نوعين من الأسباب :

النوع الأول : أسباب لا يمكن للصائن التحرز منها :

وهذا النوع يشمل السببين التاليين :

1 - تعطل الأعيان المتعاقد على صيانتها بسبب خارجي لا صلة للصائن ولا للمصون له به ، ولا يمكن دفعه بحال من الأحوال ، وهو ما يسمى عند أهل القانون بالقوة القاهرة ، وذلك كالآفات السماوية من زلازل وصواعق ونحوهما . ومن ذلك أيضاً تعطل الطائرة بسبب دخول طائر أو جسم غريب في أحد محركاتها أثناء تحليقها في الجو ، أو تعطل السيارات المتعاقد على صيانتها بسبب الحوادث العارضة ، ونحو ذلك .

2 - تعطل الأعيان المتعاقد على صيانتها بسبب تعدي المالك أو المستخدم ، ومن ذلك الأعطال التي تحصل بسبب مخالفة قواعد الاستخدام والتشغيل المنصوص عليها في عقد الصيانة ، أو المتعارف عليها لكل نوع من الأعيان . وكذلك الأعطال التي تحصل بسبب تفريط المالك أو المستخدم في حفظ الأعيان ، أو تعريضها لأسباب التلف أو الهلاك أو التعطل .

إن تعطل الأعيان بهذا النوع من الأسباب ، بشقيه السابقين ، يعتبر أمراً لا يمكن للصائن التحرز منه ، ومن ثم فإنه لا يلتزم بإصلاح مثل هذه الأعطال ؛ ذلك أنه لا يعتبر ضامناً لها شرعاً . كما لا يجوز شرعاً أن ينص في عقود الصيانة على التزام الصائن بإصلاح الأعطال التي تنشأ عن هذا النوع من الأسباب ، ذلك أن حصولها أمر ينطوي على غرر وجهالة فاحشين ؛ إذ لا سبيل مطلقاً للعلم بها عند التعاقد . كما أن حصولها ليس متعلقاً بعمل الصائن حتى يمكن القول بأن إصلاحها يدخل في ضمانه كأجير مشترك .

وعليه فإذا ما اشترط على الصائن إصلاح الأعطال التي تنشأ عن هذا النوع من الأسباب ، كان ذلك سبباً لفساد العقد . والحقيقة أنني في كل ما اطلعت عليه من عقود الصيانة ، وجدت نصاً صريحاً في عدم التزام الصائن بإصلاح الأعطال إن حصلت بمثل هذا النوع الأسباب ، فإصلاحها لا يدخل في التزامات الصائن بحال من الأحوال [1] .

(1) لا يمنع هذا أن يطلب مالك الأعيان من الصائن إصلاحها بعد حصولها ، على أن لا يدخل ذلك في عقد الصيانة ، وإنما يقوم بتفحص العطل وتقديره تكاليف إصلاحه ، ومن ثم الاتفاق على ذلك مع مالك الأعيان اتفاقاً لا صلة له بعقد الصيانة .

النوع الثاني : أسباب يمكن للصائن التحرز منها :

وهذا النوع يشمل السببين التاليين :

1 - تعطل الأعيان بسبب انتهاء العمر الافتراضي لبعض القطع التي تدخل في تركيبها وتؤثر في عملها . وهذا السبب وإن كان ظاهره أنه لا يمكن التحرز منه ، إلا أنه في الحقيقة ليس كذلك ، فالعمر الافتراضي لكل قطعة من القطع الرئيسة التي تتركب منها الأعيان المختلفة ، والتي لها تأثير في عملها ، بات أمراً معلوماً ومحدداً في ظل التطور التقني الهائل الذي يشهده عصرنا الحاضر .

إن الشركات المصنعة للأعيان التي تحتاج للصيانة لكي تستمر في أداء عملها ، كالطائرات والسفن والسيارات وخطوط الإنتاج في المصانع ومحطات الكهرباء ومصافي النفط وغيرها ، عادة ما ترفق مع الأعيان التي تصنعها وثائق فنية تحدد قواعد التشغيل السليم ، والعمر الافتراضي للقطع الرئيسة ذات الصلة بعملها في ظل ظروف التشغيل السليم [1] ، وكذلك الصيانة الوقائية اللازمة لها ، والقطع التي لابد من استبدالها كل فترة محددة ، والإجراءات الاحترازية التي لابد للمستخدم والصائن من التقيد بها ، ونحو ذلك من تفاصيل دقيقة تنم عن تطور تقني وتصنيعي كبير ، ارتفعت به الجهالة عن كثير من الأمور التي كانت تعد حتى عهد قريب مجهولة جهالة فاحشة .

إذن فتحديد هذه القطع اللازمة للصيانة الوقائية أمر ممكن غير عسير ، بحكم ما تقدم ، وبحكم ما للصائن من خبرة في صيانة أنواع معينة من الأعيان ، لا سيما وأنه لا يقدم على التعاقد إلا بعد أن يتفحص خبراؤه وفنيوه الأعيان للوقوف على جودة تصنيعها ، وكذلك حالتها القائمة عند التعاقد .

وتقدم أن تحديد هذه القطع عند التعاقد هو من صميم التزامات الصائن ، وهو أمر لا مناص منه ؛ لأن الالتزام بتوفيرها يكيف على عقد الاستصناع . كما أنه أمر لابد منه ؛ لضرورة أن تستبدل القطع عندما يُشارف عمرها الافتراضي على الانتهاء ، دون انتظار حصول ذلك ، تفادياً للأضرار التي تنشأ عن تعطل الأعيان .

إن هذه القطع لو لم يكن تحديدها ممكنا بناء على عمرها الافتراضي ، بما يمكن من استبدالها قبل انتهائه فعلاً ، لوجدنا الطائرات يتكرر تعطلها في الأجواء بمثل هذا السبب ، ولوجدنا السفن تتعطل في البحار بمثل هذا السبب ، ولوجدنا مصافي النفط يتكرر اشتعال الحرائق فيها بسبب أن انتهاء العمر الافتراضي لبعض القطع المؤثرة فيها أمر لم يكن في مقدور الصائن تحديده .

ولما كان واقع الأمر على خلاف ذلك ، دل ذلك على أن الصائن قادر إن أخذ بالأسباب كلها ، وبذل العناية المطلوبة ، أن يحدد هذه القطع التي لابد من استبدالها بشكل دقيق .

وعليه فإذا ما تعطلت الأعيان بسبب انتهاء العمر الافتراضي لبعض القطع التي حددها الصائن عند التعاقد والتزم باستبدالها ، فإنه يكون ضامناً ، فيلتزم عندئذ بإصلاح هذه الأعطال واستبدال القطع التالفة ؛ لأنه كان من الواجب عليه القيام بذلك دون انتظار التعطل ، فلما تعطلت الأعيان دلّ ذلك على تقصيره فكان ضامناً .

---

(1) أما تعطل الأعيان بسبب ظروف التشغيل غير السليم ، فتقدم أن إصلاحها لا يدخل في التزامات الصائن . وسيأتي بيان الموقف في حال تنازع الطرفين في مدى مخالفة قواعد التشغيل السليم .

أما لو تعطلت الأعيان بسبب انتهاء العمر الافتراضي لبعض القطع التي لم يحددها الصائن عند التعاقد، بمعنى أنه إما غفل عن تحديدها ، أو اعتقد خطأ أن لا حاجة لاستبدالها ، فإنه في كلا الحالتين يكون ضامناً ؛ لأن ذلك دليل تهاونه أو خطئه أو تفريطه في التزاماته ، ومن ثم فإنه يلتزم بإصلاح الأعيان سواء تم الإصلاح بالعمل فقط ، أم احتاج إلى استبدال قطع جديدة بالتالفة . وتقدم أن الأجير المشترك لا يعذر بالجهل أو الخطأ أو التقصير .

وهنا قد يثور التساؤل : ماذا لو بالغ الصائن في تقدير القطع التي يلزم استبدالها ، حتى يكون بمأمن من تحمل تبعات الضمان ، خصوصاً وأن المصون له - عادة - ليس من أهل الخبرة في مثل هذه الأمور ؟ .

والجواب على هذا التساؤل : أن الصائن لا يمكنه - عادة - فعل ذلك ؛ لأنه سيلتزم باستبدال كل القطع التي حددها ، لكونها من لوازم الصيانة الوقائية ، ومن ثم فإن ذلك سينعكس ارتفاعاً في المقابل المالي الذي يطلبه للتعاقد ، وهو أمر لا يمكن تقبله في ظل الوضع التجاري القائم على المنافسة الشديدة ، لا سيما أن المصون له - فرداً كان أو مؤسسة أو وزارة من وزارات الدولة - لا يقدم عادة على إبرام عقد الصيانة إلا بعد أن يستطلع الأمر لدى أهل الخبرة في ذلك ، أو أن يطلب عروضاً للصيانة من أكثر من شركة من الشركات المتخصصة في أعمال الصيانة .

2 - تعطل الأعيان بسبب تعدي الصائن أو تفريطه أو خطئه في القيام بأعمال الصيانة الوقائية بشكلها الفعال، فإنه إذا ما انتفت الأسباب الثلاثة السابقة ، يمكن القول : إنه لا سبب آخر - عقلاً ولا عادة - لتعطل الأعيان إلا أن يكون الصائن لم يقم بعمله على الوجه المطلوب .

دليل ذلك أننا نرى أنه عندما تقوم شركات صيانة الطائرات أو السفن أو محطات توليد الطاقة الكهربائية أو مصافي النفط أو شبكات الاتصالات الدقيقة ونحوها ، بأعمال الصيانة الوقائية بشكل فعال ودقيق ، فإنه نادراً جداً ما تتعطل هذه الأعيان عن أداء مهامها ، وإذا ما تعطلت لم يخرج السبب عن واحد من هذه الأسباب ، ولو كان ثمة سبب آخر للأعطال ، أو كان حصول الأعطال أمراً لا يمكن تحديد أسبابه ، لكنا وجدنا مثل هذه الأعيان يتكرر تعطلها دون أن يتمكن الخبراء من تحديد أسباب العطل . ولما كان الواقع على خلاف ذلك ، كان تعطل الأعيان في حال انتفاء الأسباب الثلاثة السابقة ، راجعاً إلى عمل الصائن ، ومن ثم فإنه يكون ضامناً لما حصل من تلف أو تعطل ، فيلتزم بالإصلاح ، سواء تم بعمله فقط، أم استلزم استبدال قطع جديدة بالتالفة .

يشهد لهذا كثير من نصوص الفقهاء التي تقدم ذكرها ، من ذلك ما قرره الكاساني من أن القصار " لو بذل المجهود في النظر في آلة الدق ومحله وإرساله المدقة على المحل على قدر ما يحتمله ، مع الحذاقة في العمل ، والمهارة في الصنعة ، فإنه عند مراعاة هذه الشرائط لا يحصل الفساد ، فلما حصل دلّ أنه قصر" [1] .

---

(1) بدائع الصنائع 6 / 56 - 57 .

ثانياً : تعطل الأعيان قبل انتهاء عمرها الافتراضي :

قد يتساءل البعض عن تعطل الأعيان بسبب توقف بعض قطعها عن العمل (تلفها) قبل انتهاء عمرها الافتراضي المحدد من قبل الصانع لها ، وذلك لوجود خلل تصنيعي ما ، وهو أمر لا يمكن للصائن تحديده عند التعاقد ، ومن ثم فإنه ينطوي على قدر من الجهالة ، فكيف يلتزم الصائن بإصلاح مثل هذه الأعطال ؟ .

والجواب على ذلك : أن حصول الأعطال بمثل هذا السبب أمر نادر جداً ، خصوصاً بالنسبة للأعيان المعمرة التي هي في الحقيقة - دون سواها - تفتقر للصيانة كي تستمر في أداء العمل المرسوم لها . ولو كان حصول الأعطال بمثل هذا السبب ليس نادراً ، لوجدنا - على سبيل المثال - السيارات الجديدة التي يضمن المصنع لها كفاءتها وصلاحيتها للعمل مدة معينة ، يتكرر تعطلها في هذه المدة دون أن يكون ذلك راجعاً إلى واحد من الأسباب الأربعة التي تقدم ذكرها ، ولكنا وجدنا شبكات الهاتف مثلاً تتعطل مراراً دون أن يكون سبب التعطل راجعاً إلى الأسباب التي ذكرناها . ولما كان الواقع والمعتاد على خلاف ذلك ، دل على أن حصول الأعطال بمثل هذا السبب أمر نادر جداً ، والنادر كما هو معلوم ، لا حكم له في واقع الناس ولا في الفقه الإسلامي .

وإنني أرى أنه فيما لو حصل تعطل للأعيان بمثل هذا السبب ، فإن المصلحة تقتضي تضمين الصائن له ، بمعنى إلزامه بإصلاح العطل ؛ نظراً لكونه نادراً جداً ، فلا يشكل عبئاً على الصائن ، ونظراً لقيام التهمة في مثل هذا الموضع ؛ إذ إنه يسهل على الصائن ادعاء أن العطل أو التلف قد حصل بهذا السبب ، مع أن الحقيقة قد تكون خلاف ذلك ، بمعنى أن السبب الحقيقي قد يكون تقصيره في عمله . ولذلك فإنني أرى تضمين الصائن مثل هذه الأعطال النادرة ؛ احتياطاً لأموال الناس ، وتحرزاً من خيانة الأجراء التي تحدث عنها الفقهاء واعتبروها سبباً لوجوب الضمان .

ثالثاً : عبء إثبات سبب العطل يقع على الصائن :

إن الصائن هو الذي يقع عليه عبء إثبات السبب الذي أدى إلى تعطل الأعيان المتعاقد على صيانتها ، بمعنى أنه يكون ضامناً إصلاح جميع الأعطال ، إلا أن يثبت أن الأعطال قد حصلت بسبب لا يمكنه التحرز منه ، كالسبب الخارجي أو تعدي المالك أو المستخدم . وإثبات حصول الأعطال بمثل هذه الأسباب أمر ليس عسيراً، ولذلك يمكن للصائن بحكم خبرته إثبات ذلك ، ومن ثم نفي الضمان عنه .

وعليه فإذا ما حصل عطل بسبب خارجي ، أو بتعد من المالك ، وأمكن للصائن إثبات ذلك فوراً ، فإن من حقه أن يمتنع عن القيام بالإصلاح . أما لو تتطلب إثبات ذلك بعض الوقت ، فأرى أن يلزم الصائن بالإصلاح ؛ منعاً للضرر عن المصون له ، إذ لا ضرر ولا ضرار ، على أن يعود الصائن على المصون له بتكاليف هذا الإصلاح بعد أن يتمكن من إثبات سببه .

أما لو تنازع الطرفان في السبب الذي حصل به التلف ، فالفصل في ذلك لأهل الخبرة . يقول الخطيب الشربيني: "ومتى اختلفا في التعدي ، عمل بقول عدلين من أهل الخبرة" [1] . ويقول البهوتي : "فإن فعل الراعي فعلاً ، واختلفا في كونه تعدياً ، رجع فيه إلى أهل الخبرة ؛ لأنهم أدرى به" [2] .

---

(1) مغني المحتاج 2 / 352 .

(2) كشاف القناع 4 / 36 .

رابعاً : علاقة قبض الأعيان بضمان الإصلاح :

لا يشكل على وجوب الضمان على الصائن في الحالات التي سبق بيانها ، ما ذكره كثير من الفقهاء من اشتراط أن يكون الأجير المشترك قابضاً للأعيان المتعاقد على العمل فيها . بمعنى آخر ، أن كثيراً من الفقهاء لا يوجبون الضمان عليه ما لم تكن تلك الأعيان في قبضته .

ويقرر جمهور الفقهاء : الحنفية [1] والمالكية [2] والشافعية [3] والحنابلة [4] أن الأعيان إن كانت عقاراً – أي ما له أصل ثابت لا يمكن نقله – فإن قبضها يحصل بالتخلية والتمكين من اليد والتصرف .

أما إن كانت الأعيان من المنقولات ، كالطائرات والسفن والسيارات ونحوها ، فإن قبضها عند الحنفية ، والحنابلة في رواية لهم ، يحصل إما بالتناول أو بالتخلية على وجه التمكين ، ويسمى التناول باليد قبضاً حقيقياً ، والقبض بالتخلية قبضاً حكمياً ، وتكون الأحكام المترتبة عليه كأحكام القبض الحقيقي .

أما المالكية والشافعية والحنابلة في الرواية الأخرى ، فيشترطون التناول والنقل في قبض المنقول [5] .

وفي عقد الصيانة ، إن تمكن الصائن من نقل الأعيان المتعاقد على صيانتها إلى ورشته مثلاً للقيام بأعمال الصيانة ، فإنه يكون قابضاً لها ، وإن لم يتمكن من نقلها ، وإنما قام بعمله وهي في ملك المصون له، بحيث خلى المصون له بينه وبينها ، ومكّنه من القيام بعمله ، فإنه يكون قابضاً لها ، ومن ثم فإنه يكون ضامناً لما يتلف منها أثناء القبض .

أما بعد زوال القبض فإن كان سبب التلف راجعاً إلى عمله فإنه يكون ضامناً ؛ لأنه بعمله تسبب في حصول التلف خطأ أو تقصيراً . غاية ما في الأمر أن التلف لم يظهر أثناء القبض وإنما ظهر بعد مدة ، وهو أمر من طبيعة بعض الأعيان أن لا يظهر تلفها فور وقوع السبب المفضي للتلف .

وقد قدمنا أن التعدي يكون مباشرة وتسبباً ، وأنه لا يشترط لوجوب الضمان على الأجير المشترك أن يحصل تلف الأعيان فور قيامه بعمله ، وإنما يشترط أن يكون سبب التلف هو عمله ، وإن تراخي حصول التلف عن العمل .

هذا ولا ينفي الضمان عن الصائن حضور المصون له أثناء عمله ، كما قد يفهم من بعض نصوص المالكية في حق الأجير المشترك . ذلك أن ما يفهم من نصوص المالكية في هذا الخصوص ، هو أن مجرد حضور رب العمل لا ينفي التهمة عن الأجير ، وإنما ما ينفي التهمة هو اطلاع رب العمل على عمل الأجير بشكل لا خفاء فيه، أي بشكل يطمئن معه من أن التلف إن حصل ، فقد حصل بسبب لا يمكن للأجير أن يحترز عنه . وهذا يستدعي أن يكون رب العمل قادراً على إدراك أسرار عمل الصنعة ، وهو أمر إذا كان يسهل إدراكه في عمل الخياطة مثلاً ، فإن من المتعذر على المصون له إدراك أسرار عمل الصائن ، ومثل الصيانة سائر الأعمال الفنية الدقيقة . ولذلك وجدنا بعض المالكية ينصون على ثبوت الضمان على الأجير المشترك ، ولو كان عمله بحضرة رب العمل، كما قرر ذلك ابن رشد ، واعتبره الدسوقي هو المعتمد في المذهب [6] .

---

(1) انظر : حاشية ابن عابدين 4 / 361 ، ومرشد الحيران المواد 435 ، 437 ، 438 .

(2) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 145 .

(3) انظر : مغني المحتاج 2 / 71 – 72 .

(4) انظر : المغني والشرح الكبير 4 / 12 ، وكشاف القناع 3 / 247 .

(5) انظر المراجع السابقة كلها ، والحيازة في العقود في الفقه الإسلامي للدكتور نزيه حماد ص 40 – 49.

(6) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 28 .

وكذلك قرر الحنفية [1] ، والحنابلة في إحدى الروايتين [2] ، وجوب الضمان على الأجير المشترك ، ولو كان يعمل بحضرة رب العمل أو في ملكه .

خامساً : اجتماع المباشر والمتسبب :

يحصل أحياناً أن يقصر الصائن في عمله بشكل من شأنه أن يفضي عادة إلى تعطل الأعيان المتعاقد على صيانتها بعد مدة ، ثم يقوم مالك الأعيان أو مستخدمها بالتعدي في الاستخدام بما ينشأ عنه الضرر مباشرة ، كأن يخالف قواعد التشغيل السليم ، فيحصل تعطل الأعيان مباشرة .

إنه في مثل هذه الحالة لا يكون الصائن ضامناً للتلف أو التعطل ، وأن كان تقصيره أو خطؤه من شأنه أن يفضي إلى التلف ، وذلك لما تقرر شرعاً من أنه إذا اجتمع المتسبب والمباشر ، يضاف الضرر إلى المباشر دون المتسبب . ذلك أنه لولا التعدي المباشر من قبل مالك الأعيان ، لربما لم يحصل التلف بتسبب الصائن ، وأمام هذا الاحتمال لا يثبت الضمان ؛ لأن الضمان يثبت عن الضرر الواقع فعلاً لا المحتمل الوقوع [3] .

خلاصة القول في التكييف الفقهي لعقد الصيانة :

من كل ما تقدم ، يتقرر أن عقد الصيانة المعاصر يعتبر عقداً حادثًا ومركباً من عقد الإجارة مع أجير مشترك وعقد الاستصناع ، وهو يخضع لأحكام العقود العامة من جهة ، وتحكمه قواعد العقدين من جهة أخرى ، بحسب المرحلة التي يكيف فيها على أحد العقدين . كما يتقرر أيضا أن التزام الصائن بإصلاح الأعطال ، منه ما لا يسوغ شرعاً ، فلا يجوز التزام الصائن به ، ومنه ما يعتبر من قبيل ضمان الأجير المشترك.

ولما كان اجتماع عقدي الإجارة مع أجير مشترك والاستصناع في صورة تعاقدية واحدة ، يعد أمراً لم يعرفه الفقه الإسلامي في أي عقد من عقوده المسماة ، لذلك وجب القول باعتبار عقد الصيانة عقداً حادثاً مستقلاً لا نظير له في الفقه الإسلامي ، وإن كانت مشتملاته الأساسية تخرج كل واحدة منها على عقد من العقود المسماة .

وهنا قد يثور التساؤل عن مدى مشروعية عقد الصيانة في ظل كونه مركباً من عقدين يختلفان في كثير من الأحكام ، وكذلك مدى مشروعيته في ضوء قواعد العقود في الفقه الإسلامي .

إن هذا التساؤل هو ما سنجيب عنه في الفصل القادم - إن شاء الله تعالى - الذي يتناول مشروعية عقد الصيانة .

---

(1) انظر : الفتاوى الهندية 4 / 502 ، ومجلة الأحكام العدلية المادة 611 وشرحها لعلي حيدر .

(2) انظر : المغني والشرح الكبير 6 / 107 - 108 ، وكشاف القناع 4 / 34 . هذا ولم أعثر للشافعية على قول في المسألة .

(3) انظر : ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص 214 .

المبحث الثالث
التكييف القانوني لعقد الصيانة

سبق البيان – عند الكلام عن تعريف عقد الصيانة في القانون – أن القوانين المدنية لا تعرف عقداً بهذا الاسم، وإنما أدرجته القوانين ضمن ما يسمى بعقد المقاولة .

وعقد المقاولة : "عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض ، دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه" [1] .

كما سبق البيان أيضاً أن أهم ما يميز عقد المقاولة عن عقد العمل في القانون ، هو أن المقاول يعمل مستقلاً ، ولا يخضع لإدارة وإشراف رب العمل ، ولهذا فهو لا يعتبر تابعاً له ، ولا يعتبر رب العمل مسؤولاً عنه مسؤولية المتبوع عن التابع . أما في عقد العمل ، فإن العامل يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه ، ولا يعمل مستقلاً عنه، وإن كان كل من المقاول والعامل يعمل نظير أجر محدد في العقد .

إذن ، فإنه لكي يكيف أي عقد من العقود على أنه عقد مقاولة ، لابد أن يكون الغرض الأساسي الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين ، هو قيام أحدهما مستقلاً بإنجاز عمل معين لحساب المتعاقد الآخر ، في مقابل أجر معين ، فهاتان الخصيصتان : خصيصة القيام بالعمل استقلالاً ، وخصيصة كون العمل يتم في مقابل أجر، هما اللتان تميزان عقد المقاولة عن غيره من العقود التي قد تشتبه به في حالات خاصة ، كالبيع والإيجار والعمل والوكالة وغيرها [2] .

وعلى هذا الأساس ، يكون كل من المهندس والكهربائي والنجار مقاولاً ، إذا هو تعاقد مع صاحب العمل ، على أن يقوم بعمله مستقلاً عنه غير خاضع لإدارته ، ولا يتلقى منه تعليمات بخلاف ما هو مذكور في العقد ، ويكون كل من هؤلاء عاملاً لا مقاولاً ، إذا قام بعمله بإشراف رب العمل وتحت إدارته [3] .

وبالنظر إلى عقد الصيانة ، نجد أن الصائن في الغالب الأعم من العقود ، يقوم بأعمال الصيانة المختلفة لحساب المصون له ، دون أن يكون خاضعاً لإدارته أو إشرافه ، بل يعمل مستقلاً ، طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما ، كما أنه يقوم بالأعمال المتفق عليها نظير الأجر المتفق عليه .

وعليه ، فإن عقد الصيانة يكيف في القانون على أنه نوع من أنواع عقد المقاولة ، وينطبق عليه أحكام عقد المقاولة ، فإن كلاً من العقدين يتعهد فيه أحد المتعاقدين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر ، في مقابل أجر متفق عليه دون أن يكون تابعا له .

ولكن هل يؤثر التزام الصائن أو المقاول بتقديم المواد اللازمة للعمل على حسابه ومن ضمن مبلغ العقد ، على تكييف العقد على أنه عقد مقاولة ؟ .

---

(1) القانون المدني الكويتي ، مادة 661 .

(2) انظر : شرح أحكام عقد المقاولة لمحمد لبيب شنب ص 14 ، وأحكام عقد المقاولة لفتيحة قرة ص 21 .

(3) انظر : الوسيط للسنهوري 7 / 12 .

الحقيقة أن هذه المسألة تثير خلافاً كبيراً عند أهل القانون ، ولقد كان لهم في ذلك آراء عدة ، أهمها [1] :

الرأي الأول :

إن العقد عقد مقاولة دائماً ، والمادة ليست إلا تابعة للعمل ، فإن موضوع العقد هو التزام المقاول بعمل معين. والمواد التي تلزم للقيام بالعمل ، لا يتملكها رب العمل إلا نتيجة لكون المقاول (الصائن) يقوم بالعمل لحساب رب العمل ، فالأساس هو العمل والمادة تابعة له .

ويرى كثير من القانونيين ، أن هذا الرأي هو الأجدر بالاتباع [2] ، ويتفق مع مسلك القانون ، حيث قرر القانون المدني أنه :

1 - يجوز أن يقتصر التزام المقاول على تنفيذ العمل المتفق عليه ، على أن يقدم رب العمل المواد اللازمة لذلك .

2 - كما يجوز أن يلتزم المقاول بتقديم المواد كلها أو بعضها إلى جانب التزامه بالعمل [3] .

إذن فالمقاول قد يتوقف التزامه عند تقديم العمل المتعاقد عليه ، دون أن يلتزم بتوفير المواد اللازمة للعمل ، وذلك كما لو كان محل عقد المقاولة مجرد إصلاح آلة معطلة ، يقدم مالكها قطع الغيار اللازمة لها .

كما أن المقاول قد تتعدى التزاماته ذلك ، حيث يلتزم بتوفير المواد اللازمة للعمل ، كما لو كان محل عقد المقاولة صيانة آلات بكل ما تحتاج إليه من مواد وقطع غيار .

الرأي الثاني :

إن العقد هو عقد بيع لشيء مستقبل . ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن ما يواجهه المتعاقدان عند إبرام العقد ، ليس العمل المكلف به ، بل هو الشيء المصنوع . ولكن هذا الرأي يعيبه أنه لا ينظر سوى إلى أثر واحد من الآثار المترتبة على العقد ، وهو نقل ملكية الشيء المصنوع ، ويهمل التزام المقاول بالعمل ، مع أن هذا الالتزام ليس مجرد التزام تابع أو ثانوي ، إذا ما قيس بنقل الملكية ، بل هو جوهر العقد ، فالمقاول إنما تعاقد أصلا على العمل ، والمادة جاءت تابعة للعمل .

كما أن هذا الرأي بعيد جداً في حالة عقد الصيانة ؛ لأنه ليس عقداً على صنع شيء ، وإنما عقد على عمل قد يلزم له بعض المواد وقطع الغيار .

الرأي الثالث :

إن العقد يكون مقاولة أو بيعاً ، بحسب نسبة قيمة المواد إلى قيمة العمل ، فإذا كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المواد ، فالعقد مقاولة ، وإن كان العكس فالعقد بيع .

أما إن كانت قيمة المواد محسوسة إلى جانب قيمة العمل ، حتى ولو كانت أقل منه ، فإن العقد يصبح في هذه الحالة مزيجا من بيع ومقاولة ، سواء كانت قيمة المواد أكبر من قيمة العمل أو أصغر ، ويقع البيع على المواد وتسري أحكامه عليها ، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه [4] .

---

(1) انظر هذه الآراء بالتفصيل في : الوسيط للسنهوري 7 / 23 – 27 ، والعقود المسماة لمحمد كامل موسى 4 / 478 - 482، وعقد المقاولة لمحمد عبد الرحيم عنبر ص 36 ، وشرح أحكام عقد المقاولة ص 15 - 23 ، وأحكام عقد المقاولة ص 24 – 29 .

(2) انظر : شرح أحكام عقد المقاولة ص 22 ، وأحكام عقد المقاولة ص 28 .

(3) القانون المدني الكويتي ، مادة 662 .

(4) انظر : المراجع السابقة ، والوسيط للسنهوري ص 27 .

وقد رجح الدكتور السنهوري هذا الرأي ، ولكن بعضا من أهل القانون انتقدوه ، على اعتبار أن الأساس الذي يرتكز عليه غير محدد ؛ إذ ليس من السهل أن تحدد العنصر الأساسي في العقد ، هل هو العمل أم المواد اللازمة له .

فمثلاً : إذا عهد إلى فنان بعمل تحفة فنية ، فالذي يقال عادة إن هذا العقد يعتبر عقد مقاولة ، على أساس أن قيمة العمل الفني الذي يأتيه الفنان ، أكبر من قيمة المواد المستخدمة فيه وهي الحجارة مثلاً ، ولكن ما الحكم إذا كانت التحفة الفنية ستصنع من ذهب خالص تفوق قيمته بكثير الأجر الذي يتقاضاه الفنان عن عمله ؟ [1] .

وذات الأمر في عقد الصيانة ، فإن قيمة المواد وقطع الغيار التي قد تحتاج إليها الصيانة ، ربما تفوق الأجر الذي يتقاضاه الفني عن أعمال الصيانة ، كما أنها قد تقل عنه . وعليه سيكون عقد الصيانة متردداً - بحسب الأحوال - بين عقد المقاولة وعقد البيع ، وهو أمر غير مقبول في تحديد طبيعة أي عقد من العقود ؛ فإن طبيعة العقد يجب أن ترتبط بعناصر ثابتة لا تتغير ، عناصر واضحة ومحددة ، ولا يجوز أن تتوقف على قيمة المواد المستخدمة في العمل ، وبالتالي أن يختلف باختلاف هذه القيمة إذا ما قورنت بقيمة العمل ذاته.

الرأي الرابع :

إن العقد يكون عقداً مختلطاً في جميع الأحوال ، فهو مركب من المقاولة والبيع ؛ إذ لا يمكن اعتباره عقداً بسيطاً : مقاولة فقط ، أو بيعاً فقط ؛ وذلك لأن أحكام كل من هذين العقدين منفردة لا تكفي لمواجهة المسائل التي يثيرها هذا العقد المركب ، فهو مقاولة بالنظر إلى العمل ، وبيع بالنظر إلى المواد اللازمة له [2] .

وإنني أرى أن هذا القول لا يتفق مع ما نص عليه القانون ، حيث أجاز القانون أن يقتصر التزام المقاول على تنفيذ العمل المتفق عليه ، كما أجاز أن يلتزم مع العمل بتقديم المواد اللازمة له ، ولم يخرجه القانون في الحالتين عن أن يكون عقد مقاولة .

وعليه ، فإنني **أرى رجحان** قول من ذهب إلى اعتبار العقد على العمل ، الذي يكون فيه العامل مستقلاً عن رب العمل ، عقد مقاولة ، ولو اشتمل على التزام المقاول بالمواد اللازمة للعمل ؛ فإن نصوص القانون لا تمنع ذلك .

وبناءً عليه ، يكون عقد الصيانة الذي يلتزم فيه الصائن بقطع الغيار - وهي الحالة السائدة في العرف التجاري - نوعاً من أنواع عقد المقاولة .

وغني عن الذكر ، أن عقد المقاولة يعتبر من العقود المسماة في القانون ، وله أحكامه التي تميزه عن غيره من العقود ، وليس المقام هنا لذكرها ، وإنما لبيان التكييف القانوني لعقد الصيانة .

---

(1) انظر : أحكام عقد المقاولة ص 27 - 28 ، وشرح أحكام عقد المقاولة ص 19 - 20 .

(2) انظر : أحكام عقد المقاولة ص 29 ، وشرح أحكام عقد المقاولة ص 16 .

الفصل الخامس

مشروعية عقد الصيانة

تمهيد :

بعد أن انتهينا - في الفصل السابق - إلى بيان أن عقد الصيانة يعتبر عقداً حادثاً مستقلاً ، وأنه مركب من عقدين من عقود المعاوضات ، وكنا قبل ذلك قد أثبتنا ما قرره الفقهاء من أن الأصل في العقود هو الإباحة إلا ما حظره الشارع ، مما يصادم دليلاً شرعياً معتبراً ، أو قاعدة من قواعد العقود في الفقه الإسلامي ، نأتي في هـذا الفصل لبيان مدى مشروعية عقد الصيانة ، في ضوء كونه مركباً من عقود مختلفة الأحكام ، وفي ضوء قواعد العقود في الفقه الإسلامي .

ويمكن القول - بحسب ما قرره الفقهاء - : إن أهم قواعد العقود في الفقه الإسلامي هي :

1 - مراعاة المقاصد والمصالح .

2 - الرضا ومنع الظلم أو أكل المال بالباطل .

3 - منع الربا .

4 - منع الغرر والجهالة [1] .

هذا ولا ريب في أن عقد الصيانة يحقق مصالح الناس ، ويرتبط بضرورة حفظ المال التي هي إحدى الكليات الخمس .

كما أنه لا ريب أن عقد الصيانة ـ بحسب ما اطلعت عليه من نماذج كثيرة له ـ ، قائم على التراضي بين الطرفيـن ، ويخلو ـ من حيث الأصل ـ من الظلم أو أكل المال بالباطل .

أما قاعدة منع الربا ، فالأصل أن لا صلة لها بعقد الصيانة ، ذلك أنه لا يتصور أن يشتمل هذا العقد - من حيث الأصل - على صورة من صور الربا [2] .

أما قاعدة منع الغرر والجهالة في العقود فهي ذات صلة بمشروعية هذا العقد ؛ نظراً لكون بعض أعمال الصيانة الإصلاحية قد يعتريه قدر من الغرر أو الجهالة ، ولذلك كان لابد أن نبحث في مشروعية عقد الصيانة في ضوء هذه القاعدة .

وبناء عليه ، سيكون هذا الفصل متضمناً لمبحثين :

المبحث الأول : مشروعية عقد الصيانة في ضوء كونه مركباً من عقدين مختلفين .

المبحث الثاني : مشروعية عقد الصيانة في ضوء قاعدة منع الغرر أو الجهالة في العقود .

---

(1) نظراً لما بين الغرر والجهالة من عموم وخصوص وجهي - على ما سيأتي بيانه - فقد ارتأيت الجمع بينهما هنا ، لا سيما وأن كثيراً من الفقهاء - كما يقول القرافي - يتوسعون في استعمال المصطلحين ، فيستخدمون أحدهما في موضع الآخر . (انظر : الفروق 3 / 265) .

(2) قد يطرأ الربا على العقد في حال ما لو رتب العقد على المصون له فوائـد تأخيرية ، إن هو تأخر في سداد مستحقات الصائن عن المواعيد المحددة في العقد ، حيث إن مستحقاته هنا تكون ديناً في ذمة المصون له ، ومن ثم لا يجوز شرعاً أخذ عوض عن التأخير في سداد الدين ، إذ إن ذلك من صور ربا النسيئة المحرم شرعاً ، ولو تضمن العقد مثل هذا الشرط كان العقد فاسداً عند جمهور الفقهاء. (انظر : بدائع الصنائع 5 / 169- 170 ، ومغني المحتاج 2 / 33 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 93 - 95) . وسيأتي مزيد بيان عند الكلام عن الشرط الجزائي في عقد الصيانة ، وذلك في الفصل السادس إن شاء الله .

المبحث الأول
مشروعية عقد الصيانة
في ضوء كونه مركباً من عقدين مختلفين

إن العقدين اللذين يتركب منهما عقد الصيانة المعاصر ـ وهما : الإجارة مع أجير مشترك والاستصناع ـ وإن كان كل منهما عقداً من عقود المعاوضات المالية ، إلا أنهما يختلفان في كثير من الأحكام .
وأهم هذه الاختلافات ، هو اختلافهما من حيث الحكم الذي جعل الشارع العقد سبباً له ، فعقد الاستصناع حكمه تمليك العين للمستصنع في مقابل تمليك العوض المتفق عليه للصانع ، بينما عقد الإجارة مع أجير مشترك حكمه تمليك المنفعة – المتمثلة في عمل الأجير – للمستأجر ، في مقابل تمليك الأجرة للأجير.
وعليه فلما كان عقد الصيانة المعاصر يعتبر عقداً مركباً من عقدي معاوضة مختلفي الأحكام ، لذلك كان لزاماً أن نبحث في مشروعية هذا العقد في ضوء هذا الأمر ، ومن ثم فإن هذا المبحث سيتضمن مطلبين :

المطلب الأول : مذاهب الفقهاء في اجتماع عقود المعاوضة المختلفة في عقد واحد .

المطلب الثاني : دراسة لنصوص نبوية ذات صلة بالموضوع .

المطلب الأول
مذاهب الفقهاء في اجتماع
عقود المعاوضات المختلفة في عقد واحد

المراد باجتماع عدة عقود مختلفة الأحكام في عقد واحد هو : أن يكون العقد الذي تراضى الطرفان على إبرامه مشتملاً على عقدين أو أكثر ، كالبيع والإجارة والصرف والاستصناع والجعالة .. على سبيل الجمع أو التقابل [1]، بحيث تعتبر سائر موجبات تلك العقود المجتمعة أو المتقابلة ، وجميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها، جملة واحدة لا تقبل التفريق والتجزئة ، بمثابة آثار العقد الواحد [2] .

هذا ومعلوم أن للاجتماع تأثيراً في الأحكام لا يكون في حالة الانفراد . يقول الشاطبي : "إن الاستقراء من الشرع عرّف أن للاجتماع تأثيراً في أحكام لا يكون في حالة الانفراد .. فقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع وسلف ، وكل واحد منهما لو انفرد لجاز .. فدل ذلك على أن للانفراد حكماً ليس للاجتماع ، وللاجتماع حكماً ليس للانفراد" [3] .

والآن ، نعرض لمذاهب الفقهاء في اجتماع أكثر من عقد من عقود المعاوضة المختلفة الأحكام في عقد واحد بعوض واحد .

أولاً : مذهب الحنفية :

جاء في البحر الرائق : " وإذا أوجب في عقدين .. فقال : بعتك هذه الدار وأجرتك هذه الأرض ، فقال : قبلت .. يكون قبوله جواباً لهما" [4] .

وقال الكاساني عند كلامه عن اجتماع البيع والصرف : " إذا باع ذهباً وثوباً بفضة مفردة ، فالفضة تنقسم على الذهب والثوب ، فما قابل الذهب يكون صرفاً ، فيشترط فيهما القبض ، وما يقابل الثوب يكون بيعاً مطلقاً، فلا يشترط فيه القبض" [5] .

وقال أيضاً عن عقد الاستصناع : " فيه معنى عقدين جائزين ، وهما السلم والإجارة ؛ لأن السلم عقد على مبيع في الذمة ، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل ، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً " [6].

---

(1) العقود المجتمعة مثل أن يقول له : بعتك هذه السيارة وأجرتك هذه الدار سنة بألف دينار ، أما المتقابلة فهي مثل أن يقول له : بعتك هذه السيارة بألف دينار ، على أن تؤجرني دارك سنة بمائة دينار . هذا ولن نبحث هنا في اجتماع العقود على سبيل التقابل؛ لأن ذلك لا صلة له بعقد الصيانة .

(2) انظر : اجتماع العقود المتعددة في صفقة واحدة في الفقه الإسلامي ، بحث للدكتور نزيه حماد ضمن أعمال الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي عام 1998 ص 511 .

(3) الموافقات 3 / 192 - 193 .

(4) البحر الرائق شرح كنز الدقائق 5 / 287 .

(5) بدائع الصنائع 7 / 165 .

(6) المرجع السابق 6 / 68 .

أما ضابط الجمع بين العقود المختلفة الأحكام عند الحنفية ، فقد قرره السرخسي ، بعد أن ضرب مثالاً للجمع بين البيع والصرف ، حيث قال : " وهو جائـز ؛ لأنه جمـع بين عقدين ، يصـح كل واحد منهما بالانفراد " [1] .

ثانياً : مذهب المالكية :

للمالكية في هذه المسألة قولان :

الأول : وهو المشهور في المذهب ، ومفاده أنه لا يجوز الجمع بين العقود التي تتعارض أحكامها في عقد واحد، فلا يجوز أن يجتمع مع البيع في عقد واحد كل من : الصرف والجعالة والمساقاة والشركة والنكاح والقرض والقراض ؛ وذلك لأن أحكامها تضاد وتعارض أحكام البيع ، وكذلك لا يجوز أن يجتمع اثنان منها في عقد واحد، لافتراق أحكامها . وهذا القول هو قول الإمام مالك ومذهب ابن القاسم [2] .

قال ابن العربي : " يتركب على حديث النهي عن بيع وسلف ، أصل بديع من أصول المالكية ، وهو أن كل عقدين يتضادان وضعاً ويتناقضان حكماً ، فإنه لا يجوز اجتماعهما .. ذلك أن البيع مبني على المغابنة والمكايسة ، والسلف مكارمة وقربة . ومن هذا الباب : الجمع بين العقد الواجب - أي اللازم - والجائز ، ومثاله : البيع والجعالة . ويزيد على ذلك أن أحد العوضين في الجعالة مجهول " [3] ، أي وهو ما لا يصح معه البيع .

أما العقود التي لا تضاد بينها ولا تعارض ، فيجوز اجتماعها في صفقة واحدة ؛ لعدم التنافي ، وذلك كاجتماع البيع مع الإجارة أو الهبة . قال ابن حسين المالكي : " وأما نحو الإجارة والهبة ، مما يماثل البيع في الأحكام والشروط ، ولا يضاده ، فإنه يجوز اجتماعه مع البيع ، كما يجوز اجتماع أحدهما مع الآخر في عقد واحد ؛ لعدم التنافي " [4] .

الثاني : وهو قول أشهب من المالكية ، حيث خالف المشهور ، وأطلق القول بجواز اجتماع العقود المختلفة الأحكام في عقد واحد ، وقد علل ذلك بأن العقد في هذه الحالة يكون مشتملا على عقود ، كل واحد منها يصح على انفراده ، فيكون العقد المشتمل عليها صحيحا . وقد ناصر ابن رشد قول أشهب ، واعتبره الأظهر ، وإن كان خلاف المشهور [5] .

ثالثاً : مذهب الشافعية :

مذهب الشافعية في مسألة اجتماع العقود المختلفة في عقد واحد ، ذو صلة وثيقة بكون هذه العقود المجتمعة من العقود اللازمة ، أو العقود الجائزة ، أو بعضها لازم وبعضها جائز .

---

(1) المبسوط 14 / 27 .

(2) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3/32 ، والبهجة شرح التحفة للتسولي 2/9 10-.

(3) القبس شرح الموطأ للقاضي ابن العربي 2 / 843 .

(4) القواعد السنية لابن حسين المالكي 3 / 178 . وانظر : جواهر الأكليل 2 / 73 .

(5) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 32 ، وشرح ميارة على التحفة 1 / 283 ، والمقدمات والممهدات 2 / 182 .

فإن كانت العقود المجتمعة كلها لازمة ، كما في اجتماع البيع والإجارة في عقد واحد بعوض واحد، كأن يقول له: أجرتك داري شهراً وبعتك ثوبي هذا ، بدينار ، فالأظهر في المذهب صحة العقد المشتمل على عقدين لازمين، ويقسط العوض عليهما بالقيمة . ووجه الصحة أن كل عقد منهما يصح منفرداً ، فلم يضر الجمع بينهما ، ولا أثر لاختلافهما ، من حيث اشتراط التأقيت في الإجارة ، وبطلان البيع به ، وانفساخ الإجارة بالتلف بعد القبض، دون البيع ؛ لأن ذلك الاختلاف غير ضار [1] .

أما إن كانت العقود المجتمعة غير لازمة ، كالجعالة والمضاربة ، فهو جائز عند الشافعية قولاً واحداً؛ ذلك أن العقود الجائزة بابها أوسع . أما إن اجتمعت عقود لازمة مع عقود غير لازمة في عقد واحد ، فمدار الحكم على التنافي في الأحكام ، فما لم تتناف أحكامها صح اجتماعها ، كالبيع مع الجعالة ؛ فإن البيع يجوز فيه تأخير القبض عن المجلس ، فلا ينافي الجعالة . أما إن تنافت أحكامها فلا يصح اجتماعها كالصرف والجعالة ؛ إذ الجمع بينهما غير ممكن ، وذلك لاشتراط قبض عوض الصرف في مجلس العقد ، أما عوض الجعالة فلا يستحق إلا بعد تمام العمل ، فحصل التنافي [2] .

رابعاً : مذهب الحنابلة :

الراجح لدى الحنابلة صحة العقد الذي يجمع عدة عقود معاوضة مختلفة الأحكام ، بعوض واحد، كالبيع مع الصرف أو الإجارة ، وتعليلهم هو نفس ما عللت به باقي المذاهب ، وهو أن كل عقد منها يصح منفرداً ، فلا يضر الجمع بينها ، واختلاف العقود لا يمنع الصحة . كما أن اشتراط القبض في المجلس لأحد العقدين المجموع بينهما ، كالصرف مع البيع ، لا يبطل البيع ، إذا تفرقا قبل التقابض ؛ لأن القبض ليس شرطاً فيه ، ويبطل عقد الصرف ، ويأخذ المشتري المبيع بقسطه من العوض [3] .

خلاصة القول في مذاهب الفقهاء :

من العرض السابق لمذاهب الفقهاء ، يتبين ما يلي :

1 - إذا كانت العقود المختلفة الأحكام لازمة ، كالبيع والإجارة والصرف ونحوها ، فإنه يصح عند جمهور الفقهاء من الحنفية ، والشافعية - في الأظهر - ، والحنابلة - في الراجح - ، وأشهب من المالكية ، جمعها في عقد واحد ، مع اشتراط قبض عوض الصرف في المجلس .

2 - إذا كانت العقود المختلفة الأحكام جائزة ، كالجعالة والمضاربة ، صح جمعها في عقد واحد عند الشافعية وأشهب من المالكية ، أما الحنفية والحنابلة فلم يعرضوا لهذه المسألة ، ولكنني أرى أنه قياساً على قولهم بالجواز في العقود اللازمة ، يكون الحكم هنا أولى بالجواز ؛ لأن باب العقود الجائزة أوسع .

3 - إذا كانت العقود المجتمعة بعضها لازم وبعضها جائز ، فإنه يصح اتفاقاً اجتماعها في عقد واحد ، إذا كان العقد اللازم لا يشترط قبض عوضه في المجلس ، فإن كان يشترط ذلك ، كما في الصرف مع الجعالة ، فيشترط قبض عوض الصرف في المجلس ، فإن لم يقبض ، فلعل **الراجح** ما ذهب إليه الحنابلة من القول

(1) انظر : مغني المحتاج 2 / 41 - 42 ، والمجموع شرح المهذب 9 / 388 ، وحاشية الشرواني والقاسم العبادي على تحفة المحتاج 4 / 328 - 329 .

(2) انظر : حاشية الجمل على شرح المنهج 3 / 98 - 100 ، ونهاية المحتاج 3 / 485 .

(3) انظر : المغني والشرح الكبير 4 / 291 ، وكشاف القناع 3 / 179 ، وشرح منتهى الإرادات 2 / 21 .

بفساد عقد الصرف ، وصحة عقد الجعالة بقسطه من العوض ، وذلك بناءً على قاعدة تفريق الصفقة ، كما أن الأصل في العقود حملها على الصحة ما أمكن ذلك .

وعليه ، يكون عقد الصيانة المعاصر عقداً مشروعاً ، في ضوء كونه مركباً من عقدي معاوضة مختلفي الأحكام ، فإن كلا منهما يصح منفـرداً ، فلا يضر الجمع بينهما ؛ لأن اختلاف العقود في الشروط والأحكام ، لا يمنع الصحة ؛ إذ لا دليل على الحظر . والأصل في العقود والمعاملات هو الإباحة ، ما لم يقم دليل شرعي مانع [1] .

(1) إذا تقرر هذا ، فالمحظور إنما هو الجمع بين العقود المختلفة الأحكام ، إذا ترتب على ذلك تناقض في الواجبات والآثـار . وهذا إنما يكون في حالة توارد العقود المختلفة على محل واحد ، كما في الجمع بين بيع عين وهبتها ، ونحو ذلك . (انظر : بحث الدكتور نزيه حماد الذي سبقت الإشارة إليه ، ص 528 - 529) .

المطلب الثاني
دراسة لنصوص نبوية ذات صلة بالموضوع

بعد أن انتهينا إلى مشروعية عقد الصيانة في ضوء كونه مركباً من عقدين مختلفي الأحكام ، قد يثور التساؤل عن مدى صحة القول بالمشروعية ، في ظل بعض النصوص النبوية الشريفة التي قد يفهم منها المنع من اجتماع أكثر من عقد في عقد واحد . ولذا كان لزاماً علينا أن نعرض لدراسة هذه النصوص دفعاً لما قد يشكل على مشروعية عقد الصيانة المعاصر . والحقيقة أننا في ذلك أمام حديثين شريفين .

الحديث الأول :

حديث أبي هريرة ﷺ قال : " نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة " [1] .

وفي رواية أخرى ، عن أبي هريرة أيضاً ، أن رسول الله ﷺ قال : " من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا" [2] .

إن ظاهر الحديث هو النهي عن جمع عقدي بيع في عقد واحد أو صفقة واحدة [3] ، ومع ذلك فقد اختلف الفقهاء في تفسيره على ثلاثة أقوال :

القول الأول : إن معنى الحديث يتناول اشتراط عقد في عقد آخر ، نحو أن يقول الرجل لآخر : بعتك بستاني هذا بكذا ، على أن تبيعني دارك بكذا ، فإذا وجب لك عندي وجب لي عندك . وهذا القول قول الحنفية والحنابلة في الأصح والشافعي في أحد قوليه [4] .

وعلة النهي عن هذه الصورة هي التفارق عن بيع بثمن مجهول ، كما يقرر ذلك الإمام الشافعي ، حيث يقول: "ولا خير في أن أبيعك تمراً بعينه ولا موصوفاً ، بكذا ، على أن تبتاع مني تمراً بكذا ، وهذا بيعتان في بيعة ؛ لأني لا أملك هذا بثمن معلوم ، إلا وقد شرطت عليك في ثمنه ثمناً لغيره ، فوقعت الصفقة على ثمن معلوم، وحصة في الشرط في هذا البيع مجهولة ، وكذلك وقعت في البيع الثاني ، والبيوع لا تكون إلا بثمن معلوم" [5] . فإنه لو أفرد كل بيع في عقد مستقل ، لم يتفقا في ثمنه على ما اتفقا عليه في البيعتين في عقد واحد [6] .

كما يعلل المنع أيضاً بأن توقف كل بيع على حصول الآخر ، يلزم منه الدور ، والدور باطل ، كما أنه تعليق للبيع بشرط مستقبل يحتمل وقوعه أو عدم وقوعه ، فلم يستقر الملك .

---

(1) أخرجه الترمذي في الجامع الصحيح ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة ، حديث رقم 1231. وقال الترمذي : حديث حسن صحيح ، والعمل على هذا عند أهل العلم . (انظر : عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي 5 / 190) .

(2) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب البيوع ، باب فيمن باع بيعتين في بيعة ، حديث رقم 3316 . وفي إسناد الحديث محمد بن عمرو بن علقمة ، وقد تكلم فيه غير واحد . (انظر : نيل الأوطار 5 / 249) .

(3) انظر : مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح للقاري 2/323 ، وعارضة الأحوذي 5 / 190 .

(4) انظر : المبسوط 13 / 16 ، وفتح القدير 5 / 218 ، والأم 3 / 67 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 290 .

(5) الأم 3 / 67 ، وانظر : عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي 5 / 190 .

(6) انظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد 2 / 153 .

وبناءً على ذلك ، ذهب الحنفية والحنابلة في الأصح والشافعي في قول له ، إلى عدم جواز اشتراط عقد في عقد آخر ؛ لأن ذلك يعتبر بيعتين في بيعة [1] .

القول الثاني : إن معنى الحديث هو أن يصدر العقد على الترديد بين شيئين ، كثمنين أو سلعتين في البيع ، كما لو قال : بعتك هذه السلعة بعشرة نقداً أو بخمسة عشر نسيئة ، ويفترقان دون تحديد الثمن. وهذا قول المالكية ، وهو أيضاً قول للشافعي وقول للحنابلة [2] . وعلة النهي هي الغرر الناشئ عن الجهل بمقدار الثمن . وبناءً على ذلك ، لم يمنع أصحاب هذا القول الجمع بين عقدين بعوضين متميزين متلازمين اشتراطاً في صفقة واحدة . جاء في المدونة " قلت : أرأيت إن اشتريت عبداً من رجل بعشرة دنانير ، على أن أبيعه عبدي بعشرة دنانير ، قال : قال مالك : ذلك جائز " [3] .

القول الثالث : إن معنى الحديث هو النهي عن بيع العينة ، وهو أن يقول : أبيعك هذه السلعة بمائة إلى سنة على أن أشتريها منك بثمانين حالة . وهذا القول هو قول ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة [4] .
قال ابن القيم : " وهذا معنى الحديث الذي لا معنى له غيره ، وهو مطابق لقوله ﷺ : "فله أوكسهما أو الربا"، فإنه إما أن يأخذ الثمن الزائد فيربي ، أو الثمن الأول فيكون هو أوكسهما ، فإنه قد جمع صفقتي النقد والنسيئة في صفقة واحدة ومبيع واحد ، وهو قصد بيع دراهم عاجلة بدراهم مؤجلة أكثر منها، ولا يستحق إلا رأس ماله، وهو أوكس الصفقتين ، فإن أبى إلا الأكثر فقد أخذ الربا" [5] . وبناءً على هذا التفسير لم يمنع ابن تيمية وابن القيم الجمع بين عقدين متلازمين اشتراطاً بعوضين متميزين في صفقة واحدة [6] .

القول الراجح :

لعل الراجح في تفسير النهي في الحديث هو أنه يعم كل الصور التي ذكرها الفقهاء في الأقوال الثلاثة؛ ذلك أن كل هذه الصور يحصل فيها اجتماع بيعتين في بيعة واحدة ، بشكل يترتب عليه حصول محظور شرعي يمنع صحة العقد .
فاشتراط عقد في عقد آخر - على ما ذكره أصحاب القول الأول - يلزم منه جهالة الثمن ، كما يلزم منه الدور، وهو باطل . كما أن صدور صيغة العقد على الترديد بين ثمنين أو سلعتين - على ما ذكره أصحاب القول الثاني - يؤدي إلى التفرق عن بيع بثمن مجهول . وكذلك فإن تفسير الحديث ببيع العينة - على ما ذكره أصحاب القول الثالث - مما يحتمله لفظ الحديث ؛ ذلك أن اشتراط الشراء بثمن حال في البيع بثمن آجل ، يؤدي إلى اجتماع بيعتين في بيعة واحدة ، مع حصول محظور شرعي هو الربا .

---

(1) انظر : المبسوط 13 / 16 ، والأم 3 / 67 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 290 .
(2) انظر : البهجة شرح التحفة 2 / 9 ، والمهذب 1 / 371 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 290، والسيل الجرار للشوكاني 3 / 61 .
(3) المدونة 3 / 188 .
(4) انظر : مختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية ص327 ، وإعلام الموقعين 3 / 134 - 135.
(5) تهذيب مختصر سنن أبي داود لابن القيم 5 / 106 .
(6) انظر : المراجع السابقة ، والاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص 122 .

وعليه يكون النهي شاملاً للصور كلها ، ويبعد حصر النهي في الحديث في صورة بيع العينة - كما ذكر الإمام ابن القيم - لا سيما وأنه قد استند في تفسيره لرواية : "فله أوكسهما أو الربا" ، وهي رواية ضعيفة كما تقدم .
وأياً كانت الصورة التي يتناولها النهي في الحديث ، فإن الحديث لا يشكلُ على مشروعية عقد الصيانة ؛ إذ إنه لا يمنع اجتماع عدة عقود معاوضة في عقد واحد ، ما دام ذلك ليس على سبيل الاشتراط . فالمحظور - على ما ذكره أصحاب القول الأول - هو الجمع بين العقود بطريق الاشتراط؛ لأن اشتراط عقد في عقد آخر يلزم منه الدور والجهالة ، وكلاهما لا تصح معه العقود .
وفي عقد الصيانة يجتمع عقدان في صيغة العقد ، دون أن يتوقف حصول أحدهما على حصول الآخر ، أو أن يكون اجتماعهما مؤدياً للجهالة . ولذلك ذهب جمهور الفقهاء - كما تقدم في المطلب السابق - إلى جواز اجتماع عدة عقود معاوضة في صيغة عقد واحد .

الحديث الثاني :

جاء في حديث سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه أنه قال : "نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة" [1] .
إن ظاهر الحديث ينهى عن اجتماع أكثر من صفقة [2] في صفقة واحدة ، أي ينهى عن اجتماع أكثر من عقد في عقد واحد . ومع ذلك فقد كان للفقهاء والمحدثين أكثر من قول في تفسير الحديث .
القول الأول : إن تفسير الحديث هو أن يبيع الرجل البيع فيقول : بعتك هذا بألف نقداً ، أو بألفين نسيئة ، فخذ أيهما شئت أنت وشئت أنا ، ويفترقان من غير أن يعين المشتري بأي الثمنين اشترى . وهذا التفسير هو تفسير سماك وتفسير عبد الله بن مسعود ، وهما رواة الحديث ، وبه أخذ الإمام الشافعي ، والإمام أحمد، وأبو عبيد القاسم بن سلام [3] . وهو التفسير نفسه الذي ذهب إليه المالكية ، والشافعي في أحد قوليه ، والحنابلة في قول لهم ، بخصوص حديث النهي عن بيعتين في بيعة .

القول الثاني : إن معنى الحديث هو النهي عن بيع العينة ، وهو قول ابن القيم والشوكاني [4] . وهو مطابق لما ذهب إليه ابن القيم في تفسير النهي عن بيعتين في بيعة . ويؤيد هذا التفسير رواية ابن حبان للحديث موقوفاً على ابن مسعود ﷺ : " الصفقة في الصفقتين ربا " [5] .

---

(1) أخرجه أحمد في مسنده (1 / 398) ، وقال عنه الهيثمي : رجال أحمد ثقات . (مجمع الزوائد 4 / 84 - 85) . وأخرجه البزار في مسنده عن أسود بن عامر ، وأعل بعض طرقه ورجح وقفه (2 / 90) . وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام . ويرى الحنفية أن الحديث موقوف على ابن مسعود . (انظر : فتح القدير 5 / 218 ، ونيل الأوطار 5 / 152 - 153) .

(2) الصفقة في اللغة : اسم مرة من الصفق ، وهو الضرب على يد الآخر عند البيع . وقد كانت عادة العرب إذا وجب البيع ضرب أحد المتبايعين يده على يد صاحبه ، ثم استعملت الصفقة بمعنى البيع نفسه . (انظر : المصباح المنير مادة صفق ص 468 ، ومرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح 2 / 323) .

(3) انظر : فتح القدير 5 / 218 ، والسيل الجرار للشوكاني 3 / 61 ، ونيل الأوطار 5 / 152 ، وتهذيب مختصر أبي داود 5 / 106 .

(4) انظر : تهذيب مختصر سنن أبي داود 5 / 106 ، ونيل الأوطار 5 / 153 ، والسيل الجرار 3 / 61 .

(5) انظر : فتح القدير 5 / 218 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 290 ، وشرح منتهى الإرادات 2 / 31 . والحديث أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه موقوفاً على ابن مسعود (6 / 199) ، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه موقوفاً أيضاً (8 / 138 - 139) ، وقد صحح الألباني هذه الرواية (انظر : سلسلة الأحاديث الصحيحة 5 / 420) .

القول الثالث : إن معنى الحديث المنع من كل شرط يؤدي إلى اجتماع عقدين في عقد واحد ، كبيع دابة واشتراط ركوبها . وهذا قول الحنفية ، وقد جعلوا الحديث عاماً وشاملاً لجميع الصفقات والعقود ، وأما حديث البيعتين في بيعة واحدة فهو بخصوص البيع . وقد ذكر الحنفية أن اشتراط الركوب - في المثال السابق - إن كان يقابله شيء من الثمن ، يكون إجارة في بيع ، وإن لم يكن يقابله شيء من الثمن ، يكون إعارة في بيع، وقد نهى الرسول ﷺ عن صفقتين في صفقة [1] .

القول الراجح :

إن الحديث في معناه يوافق حديث النهي عن بيعتين في بيعة ، وإن كان النهي هنا أعم ؛ لأن الحديث الأول خاص بنوع واحد من أنواع الصفقات هو البيع ، أما هذا الحديث فيشمل البيع وغيره ، كالإجارة أو الإعارة ونحو ذلك .

هذا والنهي في الحديث يصدق على كل الصور التي ذكرها الفقهاء في أقوالهم الثلاثة ، تماماً كما في النهي عن بيعتين في بيعة ، ولذات الأسباب التي ذكرتها هناك ؛ لأن لفظ الحديث يحتملها كلها .

ولكن أياً كانت الصورة التي يتناولها الحديث ، فإنه لا يمثل إشكالاً على مشروعية عقد الصيانة ؛ إذ إنه لا يمنع من اجتماع عدة عقود في عقد واحد ، ما دام ذلك ليس على سبيل الاشتراط . وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام عن حديث " النهي عن بيعتين في بيعة " ، فلا حاجة للإعادة هنا .

---

(1) انظر : فتح القدير 5 / 218 . ولا يعارض هذا ما قرره الحنفية من جواز اجتماع أكثر من عقد في عقد واحد إذا لم يكن ذلك على سبيل الاشتراط ؛ إذ إن الجمع المجرد ليس كالجمع على سبيل الاشتراط ، كما سبق بيانه .

المبحث الثاني
مشروعية عقد الصيانة
في ضوء قاعدتي منع الغرر والجهالة في العقود

سبق بيان [1] أن عقد الصيانة - في الغالب الأعم - يشتمل على التزام الصائن بنوعي الصيانة معاً: الوقائية والإصلاحية ، وأن أعمال الصيانة الإصلاحية - بخلاف الصيانة الوقائية - يعتريها قدر من الغرر أو الجهالة ، من حيث حصولها ومقدارها وما يلزم لها من قطع غيار ، ذلك أن من طبيعتها أنها تؤدى عند حصول الأعطال للأعيان المتعاقد على صيانتها ، وهو أمر لا يمكن تحديده عند التعاقد ، ولذلك فإن العقود لا تنص إلا على التزام الصائن بتقديم أعمال الصيانة الإصلاحية وما يلزم لها ، عند الحاجة إليها ، وذلك بخلاف الصيانة الوقائية التي تنص العقود عادة على تفصيلاتها ومشتملاتها ومواعيد تقديمها .

كما سبق بيان [2] أن أسباب تعطل الأعيان نوعان :

1 - أسباب لا يمكن للصائن التحرز منها ، وذلك كتعدي المالك أو المستخدم للأعيان ، أو إهماله في المحافظة عليها . إضافة إلى حصول القوة القاهرة أو السبب الأجنبي . والأعطال التي تنشأ عن هذا النوع من الأسباب لا يلتزم الصائن بإصلاحها بحسب ما جرت عليه عقود الصيانة ، كما أنه لا يجوز شرعاً أن يلتزم الصائن بإصلاح مثل هذه الأعطال ؛ نظراً للغرر الفاحش في حصولها ، وللجهالة الفاحشة في مقدارها لو حصلت .

والحقيقة أن إصلاح مثل هذه الأعطال ، أو التعويض عن الضرر الناشئ عنها ، إنما يدخل في عقود التأمين ، ولا صلة له مطلقاً بعقود الصيانة .

2 - أسباب يمكن للصائن التحرز منها ، وذلك كتعطل الأعيان بسبب انتهاء العمر الافتراضي لبعض قطعها ، أو تعطلها بسبب عمل الصائن أو خطئه أو تقصيره في القيام بأعمال الصيانة الوقائية . وألحقنا بهذه الأسباب تعطل الأعيان بسبب توقف بعض قطعها عن العمل قبل انتهاء العمر الافتراضي لها ، وذلك لوجود خلل تصنيعي ما في أحد أجزائها .

ولقد سبق بيان أن تحديد القطع التي يلزم استبدالها أثناء العقد بسبب انتهاء عمرها الافتراضي ، هو أمر ممكن عند التعاقد إذا بذل فيه الصائن الجهد المطلوب ، بل هو أمر لابد منه ، نظراً لكونه جزءاً من الأعمال الوقائية . فإذا ما تعطلت الأعيان بهذا السبب ، كان الصائن ضامناً لإصلاحها ، سواء أمكن إصلاحها بالعمل فقط ، أم احتاج إلى استبدال بعض قطع الغيار .

وسبب التزام الصائن القيام بذلك هو عدم قيامه بتحديد هذه القطع على الوجه المطلوب ، سواء كان ذلك بسبب إهماله ، أو بسبب خطئه في تقدير ما يحتاج من القطع إلى استبدال وما لا يحتاج ، تماماً كما لو أخطأ الصانع في تقدير المواد اللازمة في الاستصناع ، فإنه يلتزم بالصنع مقابل العوض المحدد في العقد .

---

(1) انظر : المبحث الأول من الفصل الرابع .

(2) انظر : المبحث الثاني من الفصل الرابع .

كما سبق أيضاً بيان أن تعطل الأعيان بسبب توقف بعض قطعها عن العمل قبل انتهاء عمرها الافتراضي يعتبر أمراً نادراً .

من العرض السابق يتبين أن ما يلتزم الصائن بإصلاحه من الأعطال ، قد يعتريه قدر من الغرر أو الجهالة ، فهناك غرر في حصول بعض الأعطال في حال ما لو كان تقدير الصائن للقطع التي لابد من استبدالها غير دقيق، أو في حال تعطل بعض القطع قبل انتهاء عمرها الافتراضي ، كما أنه توجد جهالة في مقدار الأعمال والقطع اللازمة لإصلاح مثل هذه الأعطال فيما لو وقعت [1] .

ومن ثم كانت مشروعية عقد الصيانة ذات صلة بقاعدتي منع الغرر والجهالة في عقود المعاوضات. وعليه كان لابد أن نبحث في مشروعية هذا العقد في ضوء هاتين القاعدتين الهامتين من قواعد العقود في الفقه الإسلامي، كما لابد أن نعالج ما قد يثار حول وجود شبهة تأمينية في عقد الصيانة .

بناء على ذلك ، سيتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الغرر والجهالة ، وبيان حكمهما ، وضوابط المؤثر منهما في عقود المعاوضات .

المطلب الثاني : هل الغرر والجهالة الموجودان في عقد الصيانة من النوع المؤثر في صحة العقد ؟ .

المطلب الثالث : علاقة عقد الصيانة بعقد التأمين .

---

(1) تحدث الدكتور منذر قحف عن صور أخرى للجهالة في عقد الصيانة ذكر منها :

أ - اشتراط بعض عقود الصيانة أن يقدم الصائن دورات تدريبية للعاملين لدى المصون له ، حسب طلبه وحاجته ، دون تحديد لتلك الدورات في العقد ، فتكون هذه الدورات جزءاً من التزاماته ، وهي مجهولة وقت التعاقد .

ب - اشتراط بعض عقود الصيانة أن يقوم الصائن بأي مقدار من العمل يلزم لاستمرار تشغيل النظم والأجهزة حسبما هو مراد لها .

(انظر : عقود الصيانة للدكتور منذر قحف ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة عام 1998م ، ص 6 - 8) .

والحقيقة أنني فيما اطلعت عليه من نماذج كثيرة لعقود الصيانة لم أجد شيئاً من ذلك ، فإنه لو اشترطت دورات يقدمها الصائن ، فإنها تكون محددة في العقد ، ومن ثم فإن الصائن يحسب تكاليفها ضمن مبلغ العقد . أما لو حصل ما ذكره الدكتور منذر قحف ، فهو بلا شك جهالة تفضي إلى النزاع ؛ لأن المصون له سيطالب بالحد الأعلى ، والصائن يريد الالتزام بالحد الأدنى ، فيمتنع تحقيق المقصود من العقد ، ومن ثم فإنه يجب القول بمنع مثل ذلك ، لا سيما وإنه يمكن تحديد هذه الدورات في العقد ، فلا مسوغ شرعاً للجهل بها .

أما بالنسبة لاشتراط ما يلزم لتشغيل الأنظمة ، فهو يدخل ضمن عقد التشغيل لا عقد الصيانة ؛ إذ المقصود من عقد الصيانة هو بقاء الأعيان في حالة صالحة للتشغيل ، لا القيام بتشغيلها فعلاً ، فإن ذلك من التزامات المشغل . وقد سبق إيضاح ذلك عند الكلام عن تعريف عقد الصيانة .

المطلب الأول

تعريف الغرر والجهالة ، وبيان حكمهما وضوابط المؤثر منهما في عقود المعاوضات

أولاً : تعريف الغرر والجهالة :

الغرر في اللغة : مصدر الفعل غرَّر ، وهو دائر على معاني : النقصان والخطر والتعرض للهلكة والجهل ، يقال: غرّر بنفسه وماله ، أي عرضهما للهلكة من غير أن يعرف [1] .

أما الغرر في اصطلاح الفقهاء : فقد عرفه الكاساني الحنفي بأنه : " الخطر الذي استوى فيه طرفا الوجود والعدم ، بمنزلة الشك " [2] . وعرفه ابن عرفة المالكي بأنه : " ما شك في حصول أحد عوضيه أو المقصود منه غالباً " [3] . هذا ولا تخرج تعاريف سائر الفقهاء عن هذين التعريفين .

إذن فالغرر إنما يكون في حالة الشك بحصول المعقود عليه ، أما إن كان حصوله مظنوناً ، فإنه لا يدخل في دائرة الغرر عند الفقهاء .

أما الجهالة في اللغة فهي : من جهلت الشيء خلاف علمته ، ومثلها الجهل [4] . **وعند الفقهاء** - في باب العقود والمعاملات - : ما علم حصوله وجهلت صفته أو مقداره [5] .

وقد ذكر القرافي أن العلماء قد يتوسعون في إطلاق عبارتي الغرر والجهالة ، فيستعملون إحداهما موضع الأخرى .

ولكن القرافي يفرق بينهما ، فيقول : أصل الغرر هو الذي لا يدرى هل يحصل أم لا ؟ كبيع الطير في الهواء، فإنه لا يدرى هل يتم البيع أم لا . وأما ما علم حصوله ، وجهلت صفته أو مقداره ، فهو المجهول ، كبيع الإنسان ما في كمه ، فهو يحصل قطعاً ، لكن لا يدرى ما صفة المبيع أو مقداره . وعليه فالغرر والمجهول بينهما عموم وخصوص وجهي ، بمعنى أن كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه ، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه .

أما وجود الغرر بدون الجهالة ، فكشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق ، فإنه لاجهالة فيه ، ولكنه غرر ؛ لأنه لا يدرى هل يحصل أم لا ؟ . وأما وجود الجهالة بدون الغرر فكشراء حجر لا يدرى أزجاج هو أم ياقوت؟ فمشاهدته تقتضي القطع بحصول البيع فلا غرر ، وعدم معرفته تقتضي الجهالة به . وأما اجتماع الغرر والجهالة ، فكالعبد الآبق المجهول الصفة قبل الإباق [6] .

وفي عقد الصيانة يجتمع الغرر والجهالة ، فهناك غرر في حصول بعض الأعطال بسبب انتهاء العمر الافتراضي لبعض القطع ، في حال ما لو كان تقدير الصائن لذلك ليس دقيقاً ، أو في حال تعطل بعض القطع قبل انتهاء عمرها الافتراضي . كما أنه توجد جهالة في مقدار الأعمال اللازمة لإصلاح مثل هذه الأعطال لو حصلت .

---

(1) انظر : معجم مقاييس اللغة مادة غرّ 4 / 380 – 382 ، ولسان العرب مادة غرر 5 / 13 – 14 .

(2) بدائع الصنائع 6 / 609 .

(3) شرح حدود ابن عرفة 1 / 350 .

(4) انظر : لسان العرب والمصباح المنير مادة جهل .

(5) انظر : الفروق 3 / 265 ، ونظرية العقد لابن تيمية ص 224 – 225 .

(6) انظر : الفروق 3 / 265 .

ثانياً : حكم الغرر والجهالة :

إن منع الغرر والجهالة أصل عظيم من أصول الشريعة في عقود المعاوضات ، والأصل فيه حديث أبي هريرة ﷺ أنه قال : " نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر " [1] . وقد دخل تحت هذا النهي بنصوص السنة مسائل كثيرة منها : بيع الملاقيح [2] والمضامين [3] وبيع الثمر قبل بدو صلاحه ، وبيع غير المقدور على تسليمه ونحو ذلك .

ولكن النهي لا ينحصر فيما ذكرته السنة من عقود مشتملة على الغرر أو الجهالة ، بل النهي يتناول كل عقد تحقق فيه ذلك المعنى الممنوع شرعاً ؛ ذلك أن المعتمد في الأصول أن الراوي إذا حكى واقعة بلفظ عام كقوله: "نهى عن الغرر" ، و "قضى بالشفعة" ، وما أشبه ذلك ، أنه على العموم [4] .

وعليه فالغرر والجهالة من القيود التي تحد من سلطان الإرادة ، أي تحد من حرية المكلفين بإنشاء العقود واشتراط الشروط ، كما أنهما من الأسباب العامة لبطلان العقود أو فسادها . وعلة هذا القيد كما بين الفقهاء هي منع أكل المال بالباطل ، ومنع النزاع الذي يحول دون تحقق المقصود من العقود [5]. وليست علة هذا القيد فقدان الرضا ؛ لأن الرضا كان موجوداً في صور العقود التي نهى الشارع عنها لكونها من عقود الغرر أو الجهالة ، لكن الشارع لم يعتبر هذا الرضا ، كما لم يعتبر الرضا الحاصل في عقود الربا [6] .

ثالثاً : ضوابط الغرر والجهالة المؤثرين في عقود المعاوضات :

إن نهي الشارع عن الغرر والجهالة لا يمكن حمله على إطلاقه ، بل يجب فيه النظر إلى مقصود الشارع ؛ ذلك أن حمل اللفظ على إطلاقه يؤدي إلى إبطال كثير من العقود والمعاملات التي لا غنى للناس عنها ، وليس ذلك مقصوداً للشارع ؛ إذ لا تكاد تخلو معاملة من شيء من الغرر أو الجهالة [7] . ولأجل ذلك وضع الفقهاء ضوابط للغرر والجهالة المؤثرين في عقود المعاوضات المالية ، أي الغرر والجهالة اللذين يكون معهما العقد غير صحيح، فإذا انتفت هذه الضوابط ، لم يكن الغرر أو الجهالة مؤثرين في صحة العقد ، رغم اشتماله على شيء منهما .

ومن خلال ما قرره الفقهاء في مسائل الغرر والجهالة [8] ، يمكن القول : إن ضوابط ذلك ثلاثة هي:

الضابط الأول : أن يكون الغرر أو الجهالة فاحشين :

اتفق الفقهاء على أن المؤثر من الغرر أو الجهالة في صحة العقد ، هو الفاحش منهما ، أي الكثير الغالب على

---

(1) أخرجه مسلم في صحيحه ، في كتاب البيوع ، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر ، حديث رقم 1513 .

(2) الملاقيح : جمع ملقوح ، وهو ما في بطون النوق من الأجنة . (انظر : النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ، مادة لقح 4 / 263) .

(3) المضامين : جمع مضمون ، وهو ما في أصلاب الفحول . (انظر : المرجع السابق ، مادة ضمن 3 / 102) .

(4) انظر : تكملة المجموع للسبكي 10 / 351 .

(5) انظر : أحكام القرآن للجصاص 2 / 219 – 220 ، وأحكام القرآن لابن العربي 1 / 323 ، ومجموع الفتاوى 29 / 99 – 100 ، وبدائع الصنائع 6 / 592 .

(6) انظر : الفروق 1 / 141 .

(7) انظر : المنتقى شرح الموطأ للباجي 5 / 41 ، والموافقات 2 / 14 .

(8) انظر : بدائع الصنائع 6 / 592 وما بعدها ، وبداية المجتهد 2 / 153 وما بعدها ، والمجموع 9 / 321 وما بعدها ، والمغني والشرح الكبير 4 / 24 وما بعدها ، ومجموع الفتاوى 29 / 226 وما بعدها ، وانظر أيضاً : الغرر وأثره في العقود ص 584 .

العقد ، أما اليسير فإنه لا يؤثر في صحة العقد ؛ ذلك أنه لا يمكن التحرز منه بالكلية [1] .

فالرسول ﷺ في حديث النهي عن بيع الغرر ، أضاف البيع إلى الغرر ، والإضافة هنا من قبيل إضافة الموصوف إلى صفته ، فيكون معنى النهي عن بيع الغرر ، النهي عن البيع الذي كثر فيه الغرر وغلب عليه ، حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر [2] ؛ ذلك أن الشيء إذا كان متردداً بين معنيين ، فإنه لا يوصف بأحدهما دون الآخر، إلا أن يكون أخص به وأغلب عليه [3] .

وعليه ، فما لم يكن الغرر - ومثله الجهالة - في العقد كثيراً غالباً ، فإنه لا يكون منهياً عنه ، ومن ثم فإنه لا يؤثر في صحة العقد . ولكن ، ما هو ضابط الكثير من اليسير ؟ .

الحقيقة أن الكثرة والقلة في هذه الأمور نسبية ، تختلف باختلاف الأنظار والأعراف والبيئات ، ولهذا فليس من السهل وضع حد فاصل بين الكثير واليسير ، ولعل هذا هو سبب اختلاف الفقهاء في الكثير من مسائل الغرر والجهالة ، فبينما نجدهم متفقين على منع بعض المعاملات لما فيها من غرر فاحش أو جهالة فاحشة ، كبيع الملاقيح مثلاً ، وإباحة بعض المعاملات لأن ما فيها من الغرر أو الجهالة يعتبر يسيراً لا يمكن التحرز منه، كالإجارة على دخول الحمام مع اختلاف أحوال الناس في المكث وفي استعمال الماء .

مع هذا نجد أن ما اختلف بشأنه الفقهاء من المسائل أكثر مما اتفقوا عليه ، وما ذلك إلا لأن الغرر والجهالة من الأمور النسبية التي يختلف تقديرها باختلاف الأنظار وأعراف الناس ، لا سيما إن كان الغرر أو الجهالة متوسطاً ، يلحقه البعض بالكثير فيفسد به العقد ، ويلحقه البعض باليسير فيصح معه العقد [4] .

وعليه فإنني أميل إلى القول بترك تحديد ذلك إلى عرف الناس وتعاملهم ، لاسيما وقد قرر الفقهاء أن "ما لا حد له لغة ولا شرعاً ، فتقديره يرجع فيه للعرف" [5] ، وأمثلة ذلك فيما يتعلق بما يحصل به القبض والتفرق عن المجلس وإحياء الموات معروفة في كتب الفقهاء ، فإن الشارع لمَّا لم يبين ما يكون به الإحياء ، وما يحصل به التفرق أو يتم به القبض ، دل ذلك على أن مرد هذه الأمور إلى عرف الناس ، فما عدوه إحياء فهو إحياء تثبت به الملكية [6] ، وما عدوه تفرقاً فهو تفرق ينتهي به خيار المجلس [7] ، وهكذا .. ذلك أن الشارع لا يعلق الحكم على ما ليس إلى معرفته طريق ، فلما لم يبينه ، تعين العرف طريقاً لمعرفته ؛ إذ ليس له طريق سواه [8] .

ولعل من أوضح الأمثلة على ذلك ، وأقربها لموضوع الغرر والجهالة ، هو ما قرره الفقهاء في تحديد ضابط الغبن الفاحش . فقد ذهب الحنفية في الصحيح عندهم ، والمالكية في الراجح ، والحنابلة ، والشافعية في قول إلى أن

---

(1) انظر : بدائع الصنائع 6 / 593 ، والمقدمات والممهدات 2 / 73 - 74 ، والمجموع 9 / 258 ، 301 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 24، ومجموع الفتاوى 29 / 226 .

(2) انظر : المنتقى شرح الموطأ للباجي 5 / 41 .

(3) انظر : المقدمات والممهدات 2 / 71 ، والغرر وأثره في العقود ص 82 - 83 .

(4) انظر : المراجع السابقة ، والفروق 3 / 265 ، وتهذيب الفروق 3 / 270 - 272 .

(5) مغني المحتاج 2 / 45 . وانظر مثل ذلك في : المغني والشرح الكبير 4 / 7 و 6 / 178 ، ومجموع الفتاوى 29 / 227 . وانظر أيضاً : مصادر الحق 3 / 51 ، حيث أيد الدكتور السنهوري ذلك واعتبره حسنة من حسنات الفقه الإسلامي تمكنه من التعامل مع المتغيرات .

(6) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال : قال رسول الله "ص" : " من أحيا أرضاً ميتة فهي له " . أخرجه الترمذي وقال : حديث حسن صحيح 6 / 149 .

(7) عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله "ص" : " إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا " متفق عليه ، أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب البيوع ، باب = إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع . حديث رقم 2006 . وأخرجه مسلم في صحيحه في كتاب البيوع ، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، حديث رقم 1513 .

(8) انظر : المغني والشرح الكبير 6 / 178 - 179 ، ونيل الأوطار 5 / 187 .

ضابط الغبن الفاحش يرجع فيه إلى عرف الناس وأهل الخبرة ، فما عدوه غبناً فهو غبن ، وما لا فلا [1] .
وإذا ما أردنا تحديد ضابط للغرر الفاحش المؤثر في العقود – ومثله الجهالة الفاحشة - ، بحسب الفهم لحديث النهي عن بيع الغرر ، وبحسب ما قرره الفقهاء من ضرورة الاحتكام إلى العرف وأهل الخبرة في مثل هذه الأمور ، فلا أفضل مما قرره الإمام أبو الوليد الباجي ، حيث ضبط الغرر الفاحش بأنه : " ما غلب على العقد حتى أصبح العقد يوصف به " [2] ، فلا شك أن وصف العقد بذلك ، إنما يرجع إلى عرف الناس وأهل الخبرة .
وعليه ، فما لم يكن الغرر أو الجهالة غالبين على العقد ، ومتمكنين منه ، فإن العقد لا يوصف بأنه من عقود الغرر أو الجهالة ، ومن ثم فإنه لا تأثير لهما على صحة العقد .

الضابط الثاني : أن يكون الغرر أو الجهالة في المعقود عليه أصالة :

الغرر أو الجهالة المؤثران في صحة العقد هما ما كانا في المعقود عليه أصالة ، أما ما كان منهما في المعقود عليه تبعاً ، فإنه لا يؤثر في صحة العقد كما قرر الفقهاء [3] ؛ ذلك أن من القواعد المقررة فقهاً أنه : " يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها " [4] .
ومن أمثلة ذلك ما قرره الفقهاء من أنه لا يجوز أن تباع الثمرة التي لم يبد صلاحها مفردة ؛ لما في ذلك من الغرر الفاحش ، ولكن لو بيعت مع أصلها جاز ، وقد علل ذلك ابن قدامة بأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع ، فلم يضر احتمال الغرر فيها [5] .

الضابط الثالث : ألا تدعو للعقد حاجة :

قرر الفقهاء أن الغرر أو الجهالة مهما كانت صفتهما – أي ولو كانا فاحشين أو واردين على المعقود عليه أصالة – فإنهما لا يؤثران في صحة العقد ، ما دام العقد مما تدعو إليه حاجة الناس ؛ ذلك أن العقود كلها إنما شرعت لحاجة الناس إليها ، ومن مبادئ الشريعة العامة رفع الحرج ، ومما لا شك فيه أن منع الناس من العقود التي هم في حاجة إليها يجعلهم في حرج كبير ، ولذا أباح الشارع بعضاً من العقود مع ما فيها من غرر كثير وارد على المعقود عليه أصالة ؛ نظراً لحاجة الناس إليها [6] .

والمراد بالحاجة عند الفقهاء : أن يصل المرء إلى حالة بحيث لو لم يتناول الممنوع يكون في جهد ومشقة ، ولكنه لا يهلك [7] . والحاجة معتبرة سواء كانت عامة لكل الناس أو خاصة بطائفة منهم ، كأهل بلد من البلدان ، وذلك لما قرره الفقهاء من أن : " الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة " [8] .

---

(1) انظر : البحر الرائق 7 / 169 ، وقوانين الأحكام لابن جزي ص 271 ، ومغني المحتاج 2 / 224 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 78.
(2) المنتقى شرح الموطأ 5 / 41 .
(3) انظر : بدائع الصنائع 6 / 607 ، والمبسوط 12 / 197 ، وبداية المجتهد 2 / 157 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 202 ، ومجموع الفتاوى 29 / 227 .
(4) المادة 54 من مجلة الأحكام العدلية .
(5) انظر : المغني والشرح الكبير 4 / 202 . وانظر أيضاً : مجموع الفتاوى 29 / 227 .
(6) انظر : المبسوط 15 / 75 ، ومجمع الضمانات ص 314 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 24 ، والمجموع 9 / 258 ، والقواعد النورانية ص 118 . وانظر أيضاً : الغرر وأثره في العقود ص 600 .
(7) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص 94 ، والموافقات 2 / 10 – 11 .
(8) المادة 22 من مجلة الأحكام العدلية . وانظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص 97 ، والمنثور في القواعد للزركشي 2 / 24 – 25 .

وعليه فالحاجة إلى عقد من العقود تكون في حالة ما إذا كان الناس إن لم يباشروا ذلك العقد ، كانوا في مشقة وحرج ، لفوات مصلحة من المصالح المعتبرة شرعاً . والحاجة دون الضرورة ، فالضرورة : أن يبلغ الناس حالة إن لم يتناولوا الممنوع هلكوا أو قاربوا على الهلاك [1] . ولذلك فإن معظم الفقهاء يستعملون مصطلح الحاجة في مسائل الغرر أو الجهالة ، إلا أن بعضهم يستعمل مصطلح الضرورة في موضع الحاجة . والواقع أن الضرورة بالمعنى المذكور آنفاً ، يندر وقوعها في باب المعاملات . ويمكن القول : إن معظم الحالات التي استعمل فيها الفقهاء مصطلح الضرورة في هذا الباب ، إنما يقصدون بها الحاجة ، بل إن من الفقهاء من فسر الضرورة بمجرد الحرج والمشقة ، وهو معنى الحاجة [2] .

ومن أمثلة ذلك عقد السلم ، فالأصل فيه أن لا يجوز ؛ لأنه بيع معدوم ، ولكنه شرع - بضوابطه وشروطه - لحاجة الناس إليه ، ذلك أن المزارع قد لا يكون عنده من المال ما يكفي لزراعة أرضه ، ولا يجد من يقرضه ، فيحتاج إلى السلم ليتمكن من الحصول على المال ، وإلا ضاعت عليه مصلحة استثمار أرضه ، وكان في حرج ومشقة [3] .

ولا شك أن الناس لا يهلكون ولا يوشكون على الهلاك إن هم لم يتعاملوا بعقد السلم ، ولكنهم سيكونون في مشقة وحرج . وقل مثل ذلك في مشروعية عقد الجعالة ، فعلى الرغم من الجهالة الفاحشة في مقدار العمل المتعاقد عليه ، وكونها واردة على المعقود عليه أصالة ، إلا أن جمهور الفقهاء قالوا بمشروعية عقد الجعالة لحاجة الناس إليه ، وهي حاجة - بلا شك - لا تبلغ حد الضرورة [4] .

هذا ولا يخفى أن الحاجة المعتبرة هي الحاجة المتعينة ، بمعنى أن تنسد جميع الطرق المشروعة للوصول إلى الغرض ، سوى ذلك العقد المشتمل على الغرر ؛ ذلك أنه لو أمكن الوصول إلى الغرض عن طريق عقد آخر لا غرر فيه ، فإن الحاجة للعقد الذي فيه غرر لا تكون موجودة في الواقع ، ولهذا لم تجز إجارة الغنم لشرب لبنها ، كما لم يجز بيع لبنها في ضرعها ؛ لأن الحاجة غير متعينة ؛ إذ بالإمكان شراء اللبن بعد أن يحلب ، بينما جازت إجارة الظئر باتفاق الفقهاء ؛ لأن الإرضاع لا يكون إلا عن هذا الطريق ، فالحاجة إلى العقد متعينة [5] .

وكذلك لا يخفى أن الحاجة تقدر بقدرها ، أي أن ما جاز للحاجة يقتصر فيه على ما يزيل الحاجة فقط ، ولذلك جازت الجعالة مع جهالة العمل ، ولم تجز مع جهالة الجعل ؛ لأن الحاجة وإن دعت إلى جهالة العمل، لكنها لا تدعو إلى جهالة الجعل [6] .

هذا ولا بد أن يصحب الحاجة تعامل الناس بالعقد المشتمل على الغرر أو الجهالة ، فالحاجة وحدها لا تكفي. والواقع أن الناس لا يتعاملون بعقد من العقود إلا إذا كانت هناك حاجة تدعوهم إلى التعامل ، فالتعامل دليل وجود الحاجة ، وعدمه دليل على عدمها .

وفي عبارات الفقهاء ما يؤكد هذا ، فقد قال العلامة ابن غانم البغدادي : "المزارعة باطلة عند أبي حنيفة..

---

(1) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص 94 ، والموافقات 2 / 8 ، ونظرية الإباحة للدكتور محمد سلام مدكور ص 342 .

(2) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 24 .

(3) انظر : بداية المجتهد 2 / 203 ، والمجموع 9 / 207 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 312 .

(4) سبق الكلام عن مشروعية عقد الجعالة عند الكلام عن تكييف عقد الصيانة ، فارجع إليه في المبحث الثاني من الفصل الرابع .

(5) انظر : الغرر وأثره في العقود ص 605 - 606 .

(6) انظر : المنتقى شرح الموطأ 5 / 113 .

وقالا : جائزة ، والفتوى على قولهما ؛ لتعامل الناس وللاحتياج إليها" [1] .

وبعد ، فهذه هي الضوابط الثلاثة للغرر والجهالة المؤثرين في صحة عقود المعاوضات المالية ، فإذا انتفى ضابط منها ، لم يكن الغرر أو الجهالة مؤثرين في صحة العقد .

ولنبحث الآن في مدى تحقق هذه الضوابط في الغرر أو الجهالة اللذين ينطوي عليهما عقد الصيانة.

(1) مجمع الضمانات ص 314 .

المطلب الثاني
هل الغرر والجهالة الموجودان في عقد الصيانة من النوع المؤثر في صحة العقد ؟

بعد استعراض ضوابط الغرر والجهالة المؤثرين في صحة عقود المعاوضات المالية ، نأتي الآن لبيان مدى تحقق هذه الضوابط في الغرر والجهالة اللذين ينطوي عليهما عقد الصيانة ، وصولاً إلى بيان مدى صحة هذا العقد ومشروعيته في ضوء قاعدة منع الغرر والجهالة في عقود المعاوضات .

*** المسألة الأولى : هل الغرر أو الجهالة في عقد الصيانة من النوع الفاحش أم اليسير ؟**

بعد دراستي لنماذج مختلفة من عقود الصيانة ، واطلاعي على ما كتبه أهل الاختصاص في هذا الشأن ، ودراستي أيضاً لصور عديدة من العقود التي قال جمهور الفقهاء بمشروعيتها ، رغم اشتمالها على غرر أو جهالة هما - في نظري - أكثر من الغرر أو الجهالة اللذين يشتمل عليهما عقد الصيانة ، ومع ذلك لم يعتبرهما الفقهاء فاحشين ومؤثرين في صحة العقد .

بعد كل ذلك يمكن القول : إن ما يشتمل عليه عقد الصيانة من غرر أو جهالة ، لا يعتبر بحال من الأحوال من النوع الفاحش المؤثر في صحة عقد الصيانة .

وإليك بيان ذلك مفصلاً :

أولاً : سبق أن أوضحنا أن هدف المصون له من العقد ، هو أن يقوم الصائن بكافة الأعمال الوقائية التي تحول دون تعطل الأعيان المتعاقد على صيانتها ، بما في ذلك استبدال القطع التي ينتهي عمرها الافتراضي أثناء العقد .

وعليه فالقدر الأكبر من الأعمال هي الأعمال الوقائية ، فهي التي يلتزم بها الصائن دورياً وبشكل مستمر طيلة مدة العقد ، وإذا ما قام بأدائها على الوجه المطلوب وبشكل دقيق ، فإن تعطل الأعيان يكون نادراً ، ولن يخرج عن الأسباب التي سبق ذكرها .

ولما كان التزام الصائن بالإصلاح مقتصراً على الأعطال التي تنشأ عن أسباب يمكنه التحرز منها ، وهي في الغالب تعود إلى ضمانه ما ينشأ عن فعله أو خطئه أو تقصيره ، لذلك فإنه لا مناص من تلازم نوعي الصيانة لضمان أداء الأعمال الوقائية بشكل فعال [1] ، ذلك أن الصائن لن يقوم بأعمال الصيانة الوقائية بشكل فعّال وصحيح ، ما لم يكن يعلم أن تبعة عدم قيامه بذلك ، ستكون قيامه بالصيانة الإصلاحية على حسابه ومن ضمن مبلغ العقد .

وعليه فالقدر الأكبر من الأعمال المتعاقد عليها في عقد الصيانة - وما يلزم لها من قطع الغيار - معلوم لطرفي العقد بشكل تام عند التعاقد ، وهي حاصلة لا شك في ذلك ، أما الأعمال الإصلاحية التي تنشأ الحاجة إليها بسبب بعض القطع التي تتعطل قبل انتهاء عمرها الافتراضي ، فهي أعمال قليلة جداً ، بل نادرة على ما سبق

(1) انظر : المبحث الأول من الفصل الرابع .

بيانه ، ومن ثم فإن الجهل بها لا يؤثر في صحة العقد . ومما قرره الفقهاء أن العقد الذي يحصل معه غالب المعقود عليه ، يغتفر الغرر في القدر الذي لم يحصل منه [1] .

ثانياً : يقرر أهل الخبرة والاختصاص في هذا الشأن ، أن أعمال الصيانة الإصلاحية ليست أمراً مجهولاً بالنسبة لهم [2] ، بل إنه يمكن بحكم الخبرة في الأعيان المختلفة وجودتها ، وبالاعتماد على الوثائق الفنية المجهزة من قبل الشركة المصنعة لهذه الأعيان ، إضافة إلى دراسة طبيعة أدائها في الفترة التي تسبق التعاقد على صيانتها، ونسبة استغلالها وما تبقى لها من العمر الافتراضي ، إضافة إلى ظروف التشغيل والاستعمال ، يمكن من خلال هذه العوامل تقدير ما قد يطرأ على الأعيان من أعطال في حال القيام بالصيانة الوقائية اللازمة لها ، بل وتحديد نوعية الأعطال المتوقعة ، بشكل مقبول يمكن الاعتماد عليه تجارياً ، وإن لم يكن بطبيعة الحال دقيقاً بصورة تامة ، فإن احتمالات الزيادة والنقصان تكون واردة ، إلا أنها لا تؤثر على التقدير العام ؛ إذ إن التفاوت لا يكون في العادة كبيراً [3] .

إن الصائن لا يقدم عادة على إبرام عقد الصيانة إلا بعد أن يتفحص خبراؤه وفنيوه الأعيان المتعاقد على صيانتها – وهذا ما تنص عليه كافة العقود التي اطلعت عليها - ، وما هذا إلا لأنه يتحتم على الصائن قبل أن يحدد مبلغ العقد ، أن يقدر بشكل يعتمد عليه تجارياً مقدار أعمال الصيانة اللازمة للأعيان طيلة مدة العقد، وكذلك ما تحتاج إليه من قطع غيار [4] . فالصائن لا يمكنه – في ظل المنافسة التجارية – أن يزيد من مبلغ التعاقد لكي يغطي فجوة عدم اليقين في تحديد مقدار الأعمال ، كما أنه لا يمكنه التهاون في تحديد مقدار هذه الأعمال ؛ لأنه سيؤدي إلى خسارة تجارية يحاذر منها التجار .

من كل ذلك يتضح أن الصيانة علم متكامل ، وفن دقيق ، وإقدام الصائن على التعاقد عليها لا يعتبر ضرباً من المخاطرة ، أو الإقدام على أمر مجهول ، بل إن معظم أعمال الصيانة الإصلاحية يمكن تقديرها والتخطيط لها مسبقاً، فقد اتضح من التجارب والدراسات أنه يمكن التخطيط مقدماً لما يصل إلى 80 % من أعمال الصيانة الإصلاحية [5] .

هذا ولا ريب أن العلم بالمعقود عليه يحصل بأي طريق من طرق العلم ، فإن الفقهاء لا يشترطون طرقاً محددة ، بل ذلك يختلف باختلاف الزمان والمكان ، وما يعده الناس في عصر من العصور مجهولاً ، قد يعد في عصر آخر – تطورت فيه العلوم – معلوماً .

---

(1) انظر : تهذيب الفروق للشيخ محمد علي 1 / 170 .

(2) أما بالنسبة للمصون له فإنه عادة ما يستطلع الأمر لدى أهل الخبرة للعلم بمقدار أعمال الصيانة التي تحتاجها الأعيان التي يملكها ، ومقدار تكاليفها ، وذلك قبل الإقدام على العقد ، كما أنه غالباً ما يستطلع ذلك لدى أكثر من شركة من شركات الصيانة ، حتى لا يكون عرضة للتغرير أو الغبن . أما إذا لم يفعل ذلك فإنه هو المفرط في حق نفسه .

(3) انظر : دليل الصيانة في المنشآت الصناعية ص -60 61 ، 171 ، والصيانة ص 68 ، 104 – 112 ، وتخطيط ومراقبة الإنتاج ص 266 ، 271 ، والتنظيم الصناعي وإدارة الإنتاج ص 226 – 227 .

(4) لمزيد من البيان أنقل ما ذكره الدكتور شريف أبو المجد من أنه : " في حالة التعاقد على صيانة مبنى من المباني ، فإنه يجب البدء بعمل فحص شامل وتقييم لمستوى أداء المبنى ، وسيكون تقدير احتمالات الأعطال ممكناً بشكل كبير بالاستعانة بنتائج هذا الفحص الشامل . فمثلاً إذا أثبت الفحص بدء حدوث التحول الكربوني للخرسانة السطحية ، فمن الممكن قياس معدله ، ومعرفة سمك الغطاء الخرساني يمكن تقدير المدة التي سيبدأ عندها صدأ الحديد ، وبأخذ الظروف البيئية المحيطة في الاعتبار يمكن تقدير معدل الصدأ كذلك ، وكل هذه المعدلات تعين على تقدير احتمالات العطل أو التصدع أو الانهيار ، وإن كانت تقريبية بالطبع . (انظر : تصدع المنشآت الخرسانية وطرق إصلاحها ص 483) .

(5) انظر : التنظيم الصناعي وإدارة الإنتاج ص 251 نقلاً عن Claude S.George , Management in Industry , Prentice Hall Inc P248 . 1959 . . . ، وانظر أيضاً : تخطيط ومراقبة الإنتاج ص 240 ، ودليل الصيانة في المنشآت الصناعية ص 24 .

يقول الإمام أبو بكر بن العربي : " اتفقت الأمة على أنه لا يجوز إلا بيع معلوم من معلوم بمعلوم، بأي طريق من طرق العلم وقع " [1] .

إن الناس قد صارت لهم في عصرنا الحاضر علوم وخبرات ، أصبح معها الغلط في التقديرات نادراً ، وأصبحت معها التقديرات العلمية مع كثرة التجربة والمشاهدة ودقة الفنون تفيد ظناً راجحاً [2] .

ثالثاً : قرر الفقهاء مشروعية العديد من العقود ، على الرغم من أن المعقود عليه عملاً كان أم عيناً ، يعتريه قدر من الجهالة في مقداره ، إلا أنها من الجهالة التي تزول - أو تصبح يسيرة - بالحساب والخبرة والمشاهدة كما قرر الفقهاء ، ومن ذلك :

1 - أجاز فقهاء الحنفية والشافعية التعاقد بالإجارة على حفر الآبار ، على الرغم من أن مقدار المعقود عليه - وهو أعمال الحفر - فيه نوع من الجهالة ؛ ذلك أن الأجير لا يعلم ما يصادفه أثناء الحفر ؛ فإن الأرض تتفاوت من مكان لآخر ، وقد تكون في موضع صلبة ، أو بها من الموانع ما يتطلب قدراً أكبر من العمل، ومع ذلك جاز العقد بشرط أن يعاين الأجير الأرض التي سيقع فيها الحفر ، وأن يحدد القدر المطلوب حفره طولاً وعرضاً وعمقاً ، وذلك سواء تم تقدير الإجارة على الحفر بالمدة أو بالعمل [3] .

يقول العلامة نظام من الحنفية : " ولو استأجره ليحفر له بئراً في داره ، وسمى عمقها وسعتها حتى جازت الإجارة ، فلما حفر بعضها وجد جبلاً أشد عملاً وأشد مؤنة ، فإن كان يقدر على حفرها بالآلة التي يحفر بها الآبار ، إلا أنه تلحقه زيادة مشقة وتعب ، فإنه يجبر على العمل " [4] . ثم يقول : " وإن استقبل الحفار في حفر البئر أو القبر صخرة ، لا يزاد له في أجره ، كما لا ينقص من أجره بسبب لين المكان " [5] .

وبهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية ، فقد جاء في شرح المادة 580 من المجلة ما يلي : " لو استأجر أحد آخر لحفر بئر عمقها كذا واتساعها كذا ، وبعد أن حفر ذلك الرجل مقداراً منها ، إذ اعترضته طبقة يستلزم حفرها مشقات كثيرة ونفقات باهظة ، ينظر ، فإذا كان حفرها بالآلات المستعملة لحفر الآبار ممكناً ، فلا ينظر إلى تلك المشقات والنفقات ، ويجبر الأجير على حفر البئر . أما إذا لم يكن الحفر ممكناً فليس بمجبر على ذلك" [6] .

ويقول الشيرازي من الشافعية : "وإن استأجر رجلاً ليحفر له بئراً أو نهراً ، لم يصح العقد حتى يعرف الأرض؛ لأن الحفر يختلف باختلافها ، ولا يصح حتى يذكر الطول والعرض والعمق ؛ لأن الغرض يختلف باختلافها" [7] .

إذن ، الواضح أن الفقهاء يعتبرون مثل هذه الجهالة في مقدار العمل المتعاقد عليه ، مما يزول أو ينحسر بخبرة العامل وتجربته ومعاينته للمعمول فيه ، وهي في ذلك تشابه الجهالة التي يشتمل عليها عقد الصيانة، من حيث إن بعض الأعمال الإصلاحية قد تنشأ بسبب تعطل الأعيان قبل انتهاء العمر الافتراضي ، وهي جهالة أقل بلا شك من الجهالة في حفر الآبار ، والتي اعتبر الفقهاء الأجير ملزماً فيها بالعمل ، وإن احتاج إلى مشقات أكبر ونفقات أكثر .

(1) القبس شرح الموطأ 2 / 791 .

(2) انظر : الالتزامات للعلامة أحمد إبراهيم ص 96 - 97 .

(3) انظر : الفتاوى الهندية 4 / 451 ، والمهذب 1 / 556 .

(4) الفتاوى الهندية 4 / 451 .

(5) المرجع السابق 4 / 453 .

(6) المادة 580 من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر 1 / 566 .

(7) المهذب 1 / 556 .

2 – ذهب المالكية إلى جواز التعاقد بالإجارة على تعليم القرآن الكريم ، ولو شرط على المعلِّم أن يصل بالمتعلِّم إلى الحذق ، مع أن القياس ألا تصح الإجارة ؛ لأن قدر الأعمال المتعاقد عليها مجهول لتفاوت الأفراد في الذكاء والبلادة .

يقول الدسوقي : "وجازت الإجارة على تعليم قرآن مشاهرة ، مثلاً كل شهر بدرهم أو كل سنة بدينار ، أو على الحذاق ، أي الحفظ لجميعه أو جزء معين ، بأجر معلوم ، وأشار بأو إلى أنه لا يجوز الجمع بينهما ، وهو المشهور ؛ إذ قد يمضي الشهر ولا يحفظ ما عينه ، أو يحفظ في أثنائه" [1] .

لا شك أن ما في مثل هذا العقد من الجهالة ، أكثر مما في عقد الصيانة ، ومع ذلك أجازه المالكية لأن الجهالة فيه نظرية إلى حد كبير ، أما في الواقع العملي ، وبحكم خبرة المعلِّم وتجربته ، فإن تقدير ذلك ليس أمراً متعذراً ، كما أنه لو لم يشترط الحذق ، لربما تهاون المعلم في أداء عمله ؛ إذ إن المتعلم لا سبيل له للحكم على أداء المعلم في العادة .

ومثل ذلك يقال في الصائن ، الذي لو لم يلتزم بالصيانة الإصلاحية – إلا ما كان منها بسبب لا يمكنه التحرز منه - ، لربما تهاون أو فرط في القيام بأعمال الصيانة الوقائية بشكل فعال ، ولا سبيل للمصون له – بحكم أنه في العادة ليس من أهل الخبرة في ذلك – إلى الحكم على أداء الصائن .

3 – ذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم جواز بيع المغيبات في الأرض قبل قلعها ؛ لأنها مجهولة لم تر ولم توصف، بينما ذهب الحنفية والمالكية وابن تيمية وابن القيم إلى جواز بيعها قبل قلعها ، كالبصل والثوم والجزر ونحوها ، بشرط أن يرى المشتري ظاهرها ، وأن يحزر إجمالاً – وأضاف المالكية شرط أن يقلع بعضه ليرى - ، فإنه إن حصل ذلك لم يكن المبيع مجهولاً ؛ لأن هذه هي طرق معرفته [2] .

وقد علل ابن تيمية ذلك بأن أهل الخبرة يستدلون برؤية ورق هذه المدفونات على حقيقتها ، والمرجع في كل شيء إلى أهل الخبرة ، وهم يقرون بأنهم يعرفون هذه الأشياء كما يعرف غيرها مما اتفق المسلمون على جواز بيعه [3] .

وقال ابن القيم – معلقاً على قول بعض الفقهاء : إن هذا غرر ومجهول - : " إن هذا ليس حظ الفقيه ، ولا هو من شأنه ، وإنما هو من شأن أهل الخبرة بذلك ، فإن عدّوه قماراً أو غرراً فهم أعلم بذلك ، وإنما حظ الفقيه أن يحل كذا لأن الله أباحه ، ويحرم كذا لأن الله حرمه" [4] .

إن وجه الشبه بين عقد بيع المغيبات وعقد الصيانة واضح جلي ، فإن المعقود عليه في كلا العقدين، جزء منه من طبيعته أنه ظاهر ومعلوم ومحدد ، وجزء آخر من طبيعته أنه ليس كذلك ، ولكن أهل الخبرة يستطيعون استظهاره وتقديره بما يرفع عنه صفة الغرر الفاحش .

---

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 16 – 17 .

(2) انظر : بدائع الصنائع 6 / 611 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 186 ، والقواعد النورانية ص 123 ، وإعلام الموقعين 4 / 2 – 3، والمجموع 9 / 288 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 109 .

(3) انظر : القواعد النورانية ص 123 – 125 .

(4) إعلام الموقعين 4 / 2 – 3 .

وواضح أيضاً أنه بينما اعتبر بعض الفقهاء ما يكمن في الأرض من المغيبات مجهولاً جهالة فاحشة ، اعتبره آخرون معلوماً ، أو ينطوي على جهالة يسيرة ، وما ذلك إلا لاختلاف البيئات والأزمان والأنظار .

رابعاً : إن من ضوابط الغرر الفاحش أو الجهالة الفاحشة التي قررها الفقهاء ، الإفضاء إلى النزاع الذي يمتنع معه تحقق المقصود من العقد [1] ، وعليه فما لم يفضيا إلى النزاع بين المتعاقدين في العادة ، دلّ ذلك على أنهما ليسا فاحشين ، ولا غالبيـن على العقد ؛ لأن ما كان فاحشاً أفضى للنزاع غالباً .

يشهد لذلك حديث زيد بن ثابت ﷺ قال : " كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون الثمار ، فإذا جذّ الناس وحضر تقاضيهم ، قال المبتاع : إنه أصـاب الثمر الدُمان ، أصابه مُراض ، أصابه قُشام – عاهات يحتجون بها – [2] فقال رسول الله ﷺ لما كثرت عنده الخصومة في ذلك : " فإما لا ، فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر" [3] .

فالتوجيه النبوي الكريم منبعث من واقع الخصومة التي كانت تقع بينهم [4] ، وليس من مجرد افتراض حصول الخصومة . والجهالة في بيع الثمار قبل بدو صلاحها جهالة فاحشة ؛ إذ إنها قد تتلف كلياً بسبب الجوائح ، ولذا منعه الرسول ﷺ .

أما بالنسبة لعقود الصيانة ، فإننا نجد الناس اليوم يتعاملون بها في مختلف المجالات ، وترصد لها الدول مبالغ طائلة دون أن يثور نزاع يمنع تحقيق المقصود من العقد ، فالخصومة والنزاع ليسا واقع المتعاقدين بعقود الصيانة ، بل إن ما قد يحصل من النزاع إنما هو في الحقيقة قليل أو نادر ، والنادر لا حكم له .

خامساً : إن عقود الصيانة – كما سبق إيضاحه – [5] تستثني من الأعمـال التي يلتـزم بها الصائن ، الأعمال الإصلاحية التي تنشأ الحاجة إليها بسـبب تعدي مالك الأعيان أو تفريطه ، أو حصول القوة القاهرة أو السبب الخارجي ، ذلك أن مثل هذه الأمور لا يمكن وضع تقدير مناسب لها عند التعاقد بالاعتماد على الخبرة والدراسات الفنية ، ومن ثم فإن التعاقد عليها يعتبر من قبيل المخاطرة ، ففيها غرر فاحش وجهالة فاحشة ، وهذا ما لا تقبله شركات الصيانة ؛ إذ إنه يعرضها إلى مخاطر لا قبل لها بها ، وليس التعامل معها من صميم أعمالها ، وإنما هو من أعمال شركات التأمين .

نعم ، لو كان عقد الصيانة يتضمن التزام الصائن بمثل هذه الأعمال ، لكان الغرر والجهالة فاحشين، ولكان عقد الصيانة ذا شبه قوي بعقد التأمين من الأضرار ، ويجرى فيه عند ذلك الخلاف المعروف في عقد التأمين [6] .

---

(1) انظر : الدرر شرح الغرر لملا خسرو 2 / 155 ، ومجموع الفتاوى 29 / 99 – 100 ، والمعاملات الشرعية المالية للعلامة أحمد إبراهيم ص 163 .

(2) الدمان : بضم الدال وفتحها وكسرها وتخفيف الميم ، فساد الطلع . والمراض : بضم الميم وكسرها ، اسم لجميع الأمراض . والقشام : بضم القاف ، أن ينتقض ثمر النخيل قبل أن يصير بلحاً . (انظر: عمدة القارئ 12 / 3 - 4) .

(3) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب البيوع ، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، حديث رقم 2081.

(4) انظر : الفروق للقرافي 3 / 265 .

(5) انظر : الفصل الرابع من الأطروحة .

(6) يرى أكثر الفقهاء المعاصرين تحريم التأمين التجاري بأنواعه ، كما صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بذلك في دورته الثانية عام 1985م، ويرى قلة من المعاصرين جواز بعض أنواع التأمين التجاري ، وليس الموضع لبيان ذلك .

خلاصة القول :

إن ما يشتمل عليه عقد الصيانة من الغرر أو الجهالة في مقدار أعمال الصيانة الإصلاحية ومشتملاتها من قطع الغيار ، والتي لا صلة لها بتعدي المالك للأعيان ، أو حصول السبب الخارجي ، لا يعتبر فاحشا ومؤثرا في صحة عقد الصيانة ، فإن القدر الأكبر من أعمال الصيانة المتعاقد عليها - وهو ما يتعلق بالصيانة الوقائية - معلوم عند التعاقد ، ومؤكد الحصول . أما ما يلتزم به الصائن من أعمال إصلاحية ، فهي وإن بدا للوهلة الأولى لمن لا يعرف حقيقتها أنها مجهولة عند التعاقد ، إلا أن هذه الجهالة مما يزول أو ينحسر بخبرة أهل الاختصاص الذين يعتمد عليهم الصائن ، ويرجع إليهم المصون له قبل مباشرته للعقد ، للاطمئنان إلى ما هو مقبل عليه [1] . وقد أقر الفقهاء بمشروعية كثير من العقود ، رغم اشتمالها على جهالة في مقدار المعقود عليه؛ نظراً لأن هذه الجهالة مما يزول بخبرة ذوي الشأن ؛ ونظراً لكونها لا تفضي إلى النزاع بين المتعاقدين عادة .

*** المسألة الثانية : هل يرد الغرر أو الجهالة على المعقود عليه أصالة في عقد الصيانة ؟**

المعقود عليه أصالة في عقد الصيانة - كما سبق بيانه عند الكلام عن تكييف العقد - هو أعمال الصيانة الوقائية ، وكذلك قطع الغيار اللازمة لها في حال التزام الصائن بقطع الغيار ، وهي الحالة الغالبة في العقود. أما في حال عدم التزام الصائن بقطع الغيار ، فالمعقود عليه أصالة هو أعمال الصيانة الوقائية . أما أعمال الصيانة الإصلاحية ، فأن ما يلتزم به الصائن من هذه الأعمال يدخل في ضمانه كأجير مشترك ، ذلك أن حصول الأعطال على الأعيان أمر طارئ عليها ، والصائن إنما يلتزم بإصلاح الأعطال التي كان عمله أو خطؤه أو تقصيره سبباً في حصولها .

وعليه ، فيمكن القول : إن التزام الصائن بها إنما يحصل تبعاً لالتزامه بأعمال الصيانة الوقائية ، فالمقصود الأساسي من عقد الصيانة لدى طرفيه هو الأعمال والقطع اللازمة للحيلولة دون تعطل الأعيان ، وهي أعمال وقطع معلومة عند التعاقد .

وعليه ، فإن ما يعتري أعمال الصيانة الإصلاحية وما يلزم لها من قطع غيار ، من الجهالة أو الغرر، يكون مغتفراً ، بناءً على ما قرره الفقهاء من أن الغرر المؤثر في صحة العقد هو ما كان في المعقود عليه أصالة ، وبناءً على دخولها في ضمان الصائن ، وبناء على أن كلا طرفي العقد يرجو أن لا تحتاج الأعيان إليها ، بل ويسعى إلى ذلك ، بخلاف الصيانة الوقائية التي يصر الطرفان على القيام بها بشكل فعال ، تفادياً لحصول الأعطال .

---

(1) لا يخفى أنه لا يشترط أن يكون طرفا العقد يعلمان المعقود عليه بالدرجة نفسها من التفصيل . فمثلاً في عقد الاستصناع ، يقتصر علم المستصنع على أثر عمل الصانع وهو المستصنع فيه ، ولكنه لا يعلم شيئاً عن مقدار العمل الذي سيبذله الصانع ، ولا مقدار المواد التي سيحتاج إليها ، بينما ذلك كله يعتبر معلوماً بشكل تفصيلي للصانع ، وتفاوت علم الطرفين بالتفاصيل لا يقدح في المشروعية . وقل مثل ذلك في الاستئجار على الحفر أو التعليم ، فإن الأجير يعلم مقدار العمل بحكم خبرته ، لكن رب العمل لا يعلم سوى الأثر الذي سيحصل عليه ، ولذلك جاء في المادة 423 من مجلة الأحكام العدلية : " المعقود عليه بالنسبة إلى الأجير المشترك هو العمل ، أو بعبارة أوضح أثره " . كما جاء في المادة 203 منها : " يكفي كون المبيع معلوماً عند المشتري " ، وعلل الشارح ذلك بأن جهالة المبيع لا تضر البائع ، بل تضر المشتري ، ولذلك يشترط أن يكون عالماً به .

والأمر نفسه يقال في عقد الصيانة ، فإنه لا يشترط أن يكون المصون له عالماً بتفاصيل الأعمال والقطع اللازمة لها ؛ لأنه لن يتضرر من الجهل بذلك ، بل يكفي علمه بأن الأثر المطلوب وهو بقاء الأعيان صالحة لعملها سيحققه الصائن .

وقريب من هذا ما قرره المالكية وبعض الحنفية وبعض الحنابلة منهم شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، من جواز بيع ما لم يوجد من الزرع مع ما وجد منه ، إذا كان الزرع مما تتلاحق أبعاضه في الوجود، كالبطيخ والخيار ونحوهما [1] . وقد عللوا ذلك بأنه يجعل الموجود أصلاً في العقد ، وما يحدث بعد ذلك تبعاً [2] .

وقريب منه أيضاً ما علل به ابن قدامة جواز بيع المغيبات في الأرض قبل قلعها - وهو ما أجازه جمهور الفقهاء - حيث أوضح أن المغيب في الأرض إذا كان مما تقصد فروعه وأصوله فالأولى جواز بيعه ؛ لأن المقصود منه ظاهر .. ويدخل ما لم يظهر في البيع تبعاً فلا تضر جهالته .. أما إن كان معظم المقصود منه أصوله ، لم يجز بيعه في الأرض لأن الحكم للأغلب ، وكذا إذا تساويا لأن الأصل المنع [3] .

ولما كانت أعمال الصيانة الوقائية هي أغلب المقصود من عقد الصيانة ، وهي معلومة للعاقدين ، فإنه يمكن القول إنها هي المعقود عليه أصالة في العقد ، وتكون أعمال الصيانة الإصلاحية تبعاً لها .

هذا ولا يشكل على دخول أعمال الصيانة الإصلاحية تبعاً في العقد ، أنه يذكر في العقد التزام الصائن بها، فإن من التوابع ما يذكر في العقد ، لا لأنه معقود عليه أصالة ، بل للتأكيد عليها ، وذلك كما في بيع الشاة الحامل إن ذكر في البيع دخول الحمل في المبيع ، كأن يقول : بعتك هذه الشاة وحملها ، فهو لا يعدو التأكيد والبيان [4] .

وليس من الضروري أن ما ينص عليه في العقد لا يصح أن يكون تابعاً ، أو أن ما يجوز إفراده بالعقد لا يصح أن يكون تبعاً لغيره . يقول القرافي في الذخيرة : " إفراد الشيء بالعقد لا يوجب عدم التبعية .. فليس كل ما يجوز إفراده بالعقد لا يصح أن يتبع غيره " [5] . ومعلوم أن حبر الناسخ ومرهم الطبيب وصبغ الصباغ وماء العجان، كلها تدخل تبعاً في الاستئجار على مثل هذه الأعمال [6] ، مع أنه يمكن العقد عليها منفردة بالبيع والشراء .

وقد منع المالكية بيع حمام البرج مستقلاً جزافاً - أي بدون تحديد العدد - إلا أن يحيط بها حزراً، ولكنهم أجازوا بيعه مع البرج ؛ لأنه يكون تبعاً [7] ، هذا مع أنه يمكن بيعه منفرداً ، ولكن ذلك لا يمنع جواز دخوله في البيع تبعاً لغيره .

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على أنه إذا اشتريت بقرة حلوب لأجل اللبن ، دخل فلوها الرضيع تبعاً ؛ لأنها لا تقبل الانفكاك عنه نظراً إلى غرض الاشتراء ، فيدخل في المبيع دون ذكر [8] . وتقدم أنه بالنظر إلى غرض المصون له من العقد ، فإن انفكاك الأعمال الإصلاحية عن الوقائية يبدو متعذراً .

---

(1) انظر : بداية المجتهد 2 / 157 ، والمنتقى شرح الموطأ 5 / 116 ، والمبسوط 12 / 197 ، ونظرية العقد لابن تيمية ص 233 .

(2) انظر : المبسوط 12 / 197 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 178 ، والذخيرة 5 / 192 ، وزاد المعاد 5 / 808 ، ومجلة الأحكام العدلية المادة 207 .

(3) انظر : المغني والشرح الكبير 4 / 207 - 208 .

(4) انظر : المجموع 9 / 323 - 324 ، والغرر وأثره في العقود ص 596 - 597 .

(5) الذخيرة للقرافي 5 / 156 .

(6) انظر : كشاف القناع 3 / 563 .

(7) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 22 .

(8) مجلة الأحكام العدلية المادة 231 .

*** المسألة الثالثة : هل تدعو الحاجة إلى عقد الصيانة ؟**

لعلي لا أكون متسرعاً إذا أجبت عن هذه المسألة بالقول : نعم ، إن حاجة الناس اليوم تدعو إلى عقد الصيانة، وهي حاجة متعينة ويصاحبها التعامل ، والعقد يلبيها بالقدر الذي تندفع به ، وما دامت كذلك، فإن ما ينطوي عليه عقد الصيانة من غرر أو جهالة - لو فرض جدلاً أنهما فاحشان - لا تأثير لهما في صحة العقد ، وإليك بيان ذلك مفصلاً :

أولاً : سبق بيان أهمية الصيانة في العصر الحديث ، ومدى ما لها من تأثير مباشر في مختلف المجالات [1] ، ولذلك فإن حاجة الناس لعقود الصيانة - سواء على مستوى الدول أو المؤسسات أو الأفراد - أصبحت حاجة ماسة لا غنى عنها .

إنه ليس كل من يملك عيناً تفتقر إلى الصيانة - آلة أو جهازاً أو منشأة أو نحو ذلك - يكون قادراً على القيام بالصيانة اللازمة لها ، أو التعاقد بالإجارة مع صائن خاص ليقوم بهذه المهمة بشكل متفرغ له . ذلك أن أعمال الصيانة أعمال فنية تحتاج إلى مهارات عالية ومتعددة ، وأجهزة متطورة ، ولا يقدر كل واحد على ذلك ، بل إنه حتى أصحاب الشركات الكبرى والمؤسسات الضخمة والمصانع لا يكون مجدياً لهم من الناحية الاقتصادية - في أحيان كثيرة - أن يتعاقدوا مع فريق من الفنيين ليتفرغوا للقيام بذلك [2] .

من أجل ذلك فرضت المسيرة الاقتصادية أن يتخصص قسم من المساهمين في الحركة الاقتصادية، من شركات ومؤسسات وأهل اختصاص ، في تقديم هذه الأعمال بشكل فني دقيق يضمن تحقيق الغاية المرجوة من هذا العقد [3] .

ثانياً : إن الحاجة إلى عقد الصيانة حاجة متعينة ، فالأهداف المرجوة من عقد الصيانة ، والمصالح التي يتوخاها الناس منه ، لا يمكن الوصول إليها بطريق عقد آخر ، ذلك أن أيّاً من العقـود المسماة في الفقه الإسلامي لا يمكنه منفرداً بحسب طبيعته أن يلبي الأغراض المرجوة من عقد الصيانة ، ولو كان ذلك ممكناً لكان من السهل تكييف هذا العقد على أنه واحد منها .

وعليه فإنه لا ريب أن الحاجة إلى هذا العقد حاجة متعينة ، ومن ثم وجب اغتفار ما قد يشتمل عليه من الغرر أو الجهالة . وإذا كانت عقود السلم والاستصناع والمزارعة والمضاربة ونحوها ، قد شرعت - على ما فيها من غرر أو جهالة - ؛ لأجل الحاجة إلى استنماء المال ، فإن الحاجة للمحافظة على المال أولى ، ومن ثم كان العفو عما في عقد الصيانة من غرر أو جهالة أولى .

---

(1) انظر : المبحث الثالث من الفصل الثاني من هذه الأطروحة .

(2) انظر : التنظيم الصناعي وإدارة الإنتاج ص 216 - 217 ، وتخطيط ومراقبة الإنتاج ص 254 - 256 ، وصيانة المركبات وتشخيص أعطالها ص 9 ، ودليل الصيانة في المنشآت الصناعية ص 108 .

(3) لا شك أن مراعاة مبدأ التخصص ، وإسناد كل عمل إلى من هو حاذق فيه ، مبدأ دعت له الشريعة الإسلامية ، واهتمت به اهتماماً كبيراً قبل أن يصل الناس إلى عصر الثورة الصناعية التي فرضت هذا المبدأ . والشواهد على ذلك كثيرة منها قول الله تعالى : « نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضاً سخرياً « - سورة الزخرف : آية 32 - . = قال الشوكاني في تفسير الآية : " أي ليستخدم بعضهم بعضاً .. فإن كل صناعة دنيوية يحسنها قوم دون آخرين ، فجعل البعض محتاجاً إلى البعض ؛ لتحصل المواساة بينهم في متاع الدنيا ، ويحتاج هذا إلى هذا ، ويصنع هذا لهذا " (انظر : فتح القدير 4 / 554) .

ولمزيد من التفصيل في الموضوع انظر : الاهتمام بإتقان العمل في الاقتصاد الإسلامي للدكتور بيلي إبراهيم العليمي ص 197 وما بعدها، وفقه اقتصاد السوق ليوسف كمال ص 140 وما بعدها ، والإشارة إلى محاسن التجارة للدمشقي ص 19 - 22 ، وقواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام 1 / 58 - 59 .

ثالثاً : قد يقول قائل : ما دامت الحاجة تقدر بقدرها ، فإنه يجب أن تقتصر عقود الصيانة على الصيانة الوقائية فقط ؛ إذ إن الحاجة تندفع بذلك ، ولا حاجة لاشتمال العقد على التزام الصائن بأعمال الصيانة الإصلاحية .

والجواب على ذلك : أنه لا مناص من تلازم نوعي الصيانة معاً في العقد ، فإن هذا العقد لا يمكن أن يحقق الغرض الذي يتوخاه المصون له ، إلا إذا كان الصائن ملتزماً بنوعي الصيانة معاً ؛ إذ إنه لا سبيل إلى ضمان أن يؤدي الصائن أعمال الصيانة الوقائية بشكل فعال إلا بذلك . كما أن ما يلتزم به الصائن من الأعمال الإصلاحية، إنما يتعلق فقط بالأعطال التي سببها عمله أو خطؤه أو تقصيره في القيام بما أنيط به من أعمال وقائية .

ولكن لما كانت الحاجة تدعو إلى العفو عما قد يشتمل عليه عقد الصيانة من غرر أو جهالة ، فإنه إعمالاً لقاعدة "الحاجة تقدر بقدرها" ، يجب أن يحدد في العقد كل ما لا مسوغ للجهل به ، فتحدد أعمال الصيانة الوقائية وقطع الغيار اللازمة لها ، ويحدد العوض الذي يستحقه الصائن نظير عمله ، وغير ذلك مما سيأتي بيانه عند الكلام – في الفصل القادم- عن أركان وشروط عقد الصيانة .

خلاصة القول :

إن الغرر أو الجهالة اللذين قد ينطوي عليهما عقد الصيانة ، لا تتحقق فيهما ضوابط الغرر والجهالة المؤثرين في صحة عقود المعاوضات المالية ، ومن ثم فإنه ليس هناك ما يشكل على مشروعية عقد الصيانة في ضوء قاعدة منع الغرر والجهالة في العقود .

المطلب الثالث
علاقة عقد الصيانة بعقد التأمين

قد يشتبه على البعض مسألة لابد أن نجيب عليها : هل ثمة تشابه بين عقد الصيانة وعقد التأمين [1] ، أو بمعنى آخر : هل في عقد الصيانة شبهة تأمينية ؟ .

إنه لما كان عقد الصيانة يتضمن من خلال الصيانة الإصلاحية مواجهة ما يحدث للأعيان في المستقبل، لذلك فإنه قد يقال : إن عقد الصيانة يشبه بذلك عقد التأمين ، من حيث إنه يتضمن مواجهة ما يحدث في المستقبل من ضرر ، وإن ذلك ينبني على فكرة تحويل التكلفة المستقبلية المجهولة - وهي في عقد الصيانة تكلفة إصلاح ما قد يطرأ على الأعيان من أعطال - إلى مقدار معلوم هو البدل الذي يلتزم به المصون له [2] .

والحقيقة أنني بعد دراستي لأركان وخصائص عقد التأمين ، لم أجد علاقة حقيقية بين العقدين ، اللهم إلا إذا نظرنا إليهما من حيث الظاهر ، فقلنا : إن كلاً منهما يعقد لدفع الضرر ، فالصيانة عقد معاوضة لدفع الضرر - المتمثل بالأعطال - عن الأعيان المصونة ، والتأمين عقد معاوضة يقوم على دفع الضرر وترميم الكوارث التي تقع على المؤمن له ، بالتعويض الذي يقدمه المؤمِّن . وفيما عدا هذا ، فإن بين العقدين اختلافات جوهرية، أذكر بإيجاز أهمها :

1 - عقد الصيانة يرد على عمل حقيقي يلتزم به الصائن طيلة مدة العقد ، أما عقد التأمين فلا عمل فيه للمؤمِّن، وإنما يرد فقط على تعويض المؤمَّن له عن الخسارة التي لحقته بسبب وقوع الخطر المؤمن منه .

وعليه فإنه ولو كان الهدف النهائي من العقدين يتشابه من بعض الوجوه ، إلا أن طبيعة العقدين وحقيقتهما مختلفتين تماماً ، فحقيقة عقد الصيانة تتعلق بالمحافظة الحقيقية على الأعيان المصونة ، والعمل على بقائها صالحة لأداء وظيفتها ، أما حقيقة عقد التأمين فلا تتعلق بالمحافظة على الأعيان المؤمن عليها، وإنما تقتصر على القيام بتعويض صاحبها ، ليتمكن من إصلاحها أو شراء بدل لها فيما لو تضررت بسبب الخطر المؤمن منه .

2 - الغرر في عقد التأمين غرر فاحش ، ذلك أن من أركان عقد التأمين التي لا يوجد بدونها : الخطر . والخطر حادثة محتملة لا تتوقف على إرادة أحد الطرفين ، ولذا لا يجوز التأمين إلا من حادث مستقبل غير محقق الوقوع (3) . فالغرر عنصر ملازم لعقد التأمين ومن الخصائص التي يتميز بها ، ومما يدل على أن الغرر تمكَّن من عقد التأمين ، أن كثيرا من القوانين المدنية تذكره ضمن العقود الاحتمالية (4) ، أي عقود الغرر حسب اصطلاح الفقهاء .

---

(1) يعرف القانون عقد التأمين بأنه : « عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر ، في حالة وقوع الحادث ، أو تحقق الخطر المبين في العقد ، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن « . القانون المدني المصري مادة 747 ، ومثله القانون المدني الكويتي مادة 773 .

(2) انظر : بحث عقود الصيانة للدكتور منذر قحف ص 9 .

(3) انظر : التأمين في الشريعة والقانون لشوكت عليان ص 18 ، وحكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين للدكتور حسين حامد ص 98 ، والتأمين وأحكامه للدكتور سليمان ثنيان ص 65 .

(4) يعرف الدكتور السنهوري العقد الاحتمالي في القانون بأنه : « العقد الذي لا يستطيع كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى « . (انظر : الوسيط 1 / 164) . كما يعرفه الدكتور محمد كامل مرسي بأنه : « العقد الذي يكون تقدير المقابل فيه موكولاً للحظ والمصادفة « (انظر : شرح القانون المدني الجديد 1 / 33) . والعقود الاحتمالية في القانون هي: التأمين والرهان والمقامرة والمرتب مدى الحياة . (انظر : المادة 739 من القانون المدني المصري) .

إن اشتمال عقد الصيانة على أعمال الصيانة الوقائية يبعده عن مشابهة عقد التأمين ، ذلك أن من الشروط الجوهرية في عقد التأمين أن لا يتعلق وقوع الخطر بإرادة المؤمن أو المستأمن [1] ، بينما أعمال الصيانة الوقائية التي يؤديها الصائن تستهدف صراحة تفادي الحاجة إلى الصيانة الإصلاحية ، أي أن إرادة الصائن وعمله يلعبان دوراً هاماً في وقوع الأعطال .

نعم لو كان عقد الصيانة مقتصراً على أعمال الصيانة الإصلاحية وحدها - وهو نادر جداً - ، وكانت تلك الأعمال تشتمل على إصلاح ما قد يطرأ على الأعيان من أعطال بسبب سوء الاستخدام أو الحوادث والكوارث ونحوها ، لكان لعقد الصيانة وجه شبه قوي بعقد التأميـن ، أو لكان في الحقيقة ضرباً من ضروب التأمين .

3 - في عقد التأمين من الأضرار لا يمكن عند التعاقد تحديد مقدار العوضين أو أحدهما على الأقل ، وبصفة خاصة مبلغ التأمين ، بل إن تحديد مقداره يتم بالنظر إلى ما أصاب المؤمن له من ضرر عند وقوع الحادث المؤمن منه ، وهو أمر مجهول وقت التعاقد من حيث الحصول والمقدار [2] .

أما القول بأن كثرة عقود التأمين تؤدي إلى جعل الغرر يسيراً في علاقة المؤمِّن بمجمـوع المؤمَّن لهم، فهو قول مردود ؛ ذلك أن عقد التأمين يقتصر على إنشاء العلاقة القانونية بين المؤمِّن وكل مؤمَّـن له على حدة ، دون أن ينشئ أي علاقة بين المؤمِّن ومجموع المؤمَّن لهم . ومن ثم فإن كل عقد من عقود التأمين على حدة - كما يقرر شـراح القانون - يعتبر ضرباً من المقامرة والرهـان ؛ لمكان الغرر والمقامرة فيه [3] . وبدهي أن فساد العقد أو بطلانه لجهالة المعقود عليه جهالة فاحشة لا يرتفع لمجرد تكاثر العقود ، فتكاثر الباطل لا يصححه .

أما بالنسبة لعقد الصيانة فإن كلا العوضين معلوم عند التعاقد ، فإن ما يلتزم به المصون له من مبلغ مالي ، محدد في العقـد ، وأما ما يلتزم بـه الصائن من أعمال : فالقدر الأكبر منها ، وهـو الأعمال الوقائية، معلوم ومحقق الوقوع ، وأما القدر الآخر وهو الأعمال الإصلاحية فهو تابع للوقائية ، ويدخل في ضمان الصائن، كما أنه مقدر بحكم الخبرة في الأعيـان المصونة ، وما يحصل في تقديـره من تفاوت فهو يسير غير مؤثر، بخلاف عقد التأمين الذي قد لا يأخذ فيه أحد الطرفين شيئاً في كثير من الأحيان .

4 - إن تقدير حصول الأضرار في عقد التأمين لا يمكن إلا بالاعتمـاد على قانون الأعداد الكبيرة [4] ونظرية الاحتمالات ، وهذه الأسس لا تمنع الغرر الفاحش في بعض الأحيان . دليل ذلك ما تلجأ إليه شركات التأمين من إعادة التأمين لدى شركات تأمين أخرى أكبر منها ، لتغطية فروق الحسابات بين ما دلَّ عليه حساب الاحتمالات وبين ما تحقق في الواقع . ولذلك لا يقدم المؤمن على عقد التأمين إلا إذا توفر أحد شرطين هما :

أ - وجود أعداد كبيرة من راغبي التأمين يتعاقد معهـم ، بحيث تتحول الجهالة الفردية إلى ما يقرب العلم بالنسبة للمجموع ، بسبب تطبيق الاحتمال على الأعداد الكبيرة .

---

(1) انظر : التأمين التجاري والبديل الإسلامي لغريب الجمال ص 31 ، والتأمين وأحكامه ص 65.

(2) انظر : حكم الشريعة الإسلامية في التأمين ص 68 ، والتأمين في الشريعة والقانون ص 20 .

(3) انظر : الوسيط للسنهوري 1 / 1087 ، وعقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار للدكتور أحمد السعيد ص 180 ، وأحكام التأمين في القانون المدني ص 228 .

(4) يقضي هذا القانون بأن ملاحظة أكبر عدد من حالات موضوع البحث ، من شأنها أن تؤدي إلى نتيجة مقاربة للواقع ، (انظر : المراجع السابقة) .

ب – أن تكون قيمة العقد كبيرة بحيث تعوض فجوة عدم اليقين .

ولذلك فإن شركات التأمين التي تتمكن من الاستمرار في عملها ، هي الشركات التي تمتلك أعداداً كبيرة من المؤمنين .

أما بالنسبة لأعمال الصيانة الإصلاحية ، فتقديرها قائم على الخبرة والتجربة والأسس الفنية البحتة ، ومن ثم فإن الصائن لا يلجأ إلى إعادة التعاقد مع صائن أكبر ليتحمل تبعات ما قد يحصل للأعيان من أعطال. كما أن شركات الصيانة لا يتوقف عملها على وجود أعداد كبيرة من عقود الصيانة ؛ ذلك أن كل عقد تبرمه هو في العادة عقد رابح ، لما لها من قدرة على تحديد مقدار الأعمال المتعاقد عليها .

هذه هي أهم الفروق بين عقد الصيانة وعقد التأمين ، وهي فروق جوهرية ، يكون معها ما قد يظهر بين العقدين من تشابه هدراً لا أثر له .

خلاصة القول في مشروعية عقد الصيانة :

إن عقد الصيانة باعتباره من العقود المستجدة التي تعامل بها الناس تلبية لاحتياجاتهم ، يكون مشروعاً من حيث الأصل ؛ ذلك أن الأصل في العقود هو الإباحة ، إلا ما دل الدليل على منعه .

وإن قواعد العقود في الفقه الإسلامي ليس فيها ما يتصادم معه عقد الصيانة ، كما أن كون عقد الصيانة مركباً من عقدي معاوضة مختلفي الأحكام ، لا يحول دون القول بمشروعيته ؛ إذ لا يوجد من الأدلة الشرعية المعتبرة ما يعتبر مانعاً من ذلك ، كما أن جمهور الفقهاء لم ير في ذلك مانعاً من صحة العقد .

وعليه يمكن أن نقرر أن عقد الصيانة الذي يتعامل به الناس اليوم – في حدود ما ذكرناه من مشتملات وحيثيات – يعتبر عقداً مشروعاً وصحيحاً ، تشمله الأدلة الآمرة بالوفاء بالعقود .

والحقيقة أن مشروعية عقد الصيانة ترتبط بضرورة حفظ المال ، التي هي إحدى الكليات الخمس، ويقع عقد الصيانة - كغيره من عقود المعاوضات المالية - في مرتبة الحاجيات ، ومن ثم فإنه يعتبر متعلقا بحفظ المقاصد الضرورية كما يدل عليه كلام الشاطبي : "إن الحفظ للمقاصد الضرورية يكون بأمرين : أحدهما ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود ، والثاني : ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم" [1] .

إن التفريط في الصيانة يعد – بلا شك – سبباً في إضاعة المال ، وهو أمر منهي عنه شرعاً بنصوص عديدة ، منها ما رواه المغيرة بن شعبة ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : " إن الله عز وجل حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنعاً وهات ، وكره لكم ثلاثاً : قيل وقال وإضاعة المال وكثرة السؤال" [2] .

ولقد كان عمر رضي الله عنه إذا أعطى الرجل عطاءه في يده ، قال له : "اربط درهمك ، وأصلح مويلك، فإنك لا تدري كم يدوم لك هذا" [3] . وكان يقول : "عليكم باستصلاح المال ، وإياكم وقول أحدكم : لا أبالي" [4] .

---

(1) الموافقات 2 / 8 – 9 .

(2) أخرجه مسلم في صحيحه ، في كتاب الأقضية ، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة ، حديث رقم 593 .

(3) إصلاح المال لأبي بكر بن أبي الدنيا ص 211 . ومويلك : تصغير مال .

(4) المرجع السابق ص 216 .

الفصل السادس

أركان عقد الصيانة وشروطه

تمهيد :

بعد أن انتهينا إلى بيان أن عقد الصيانة بصورته التي يتعامل بها الناس اليوم ، يعتبر في الفقه الإسلامي عقداً حادثاً مستقلاً لا نظير له في العقود المسماة ، نأتي في هذا الفصل لبيان أركان هذا العقد وشروطه ، فعقد الصيانة – كغيره من العقود – له أركان لا يقوم إلا بها ، وشروط يتوقف ثبوت أحكامه على تحققها .

ولما كنا قد انتهينا أيضاً إلى بيان أن عقد الصيانة ، يعتبر في القانون نوعاً من أنواع عقد المقاولة ، فإنه لا حاجة تدعو للحديث عن أركانه وشروطه في القانون ؛ إذ هي ذاتها أركان عقد المقاولة وشروطه [1] .

وسأعمد في عرضي لأركان هذا العقد وشروطه في الفقه الإسلامي ، إلى الاختصار – ما أمكن – في ذكر ما يشترك فيه عقد الصيانة مع غيره من عقود المعاوضات المالية ؛ إذ ليس في تكرار التفصيل فيما هو معروف كبير فائدة، وسأفصل القول أكثر فيما يختص به عقد الصيانة عن غيره من عقود المعاوضات المالية .

هذا وسيكون الكلام في هذا الفصل في أربعة مباحث :

المبحث الأول : بيان ماهية ركن العقد وشرطه .

المبحث الثاني : صيغة العقد وشروطها .

المبحث الثالث : العاقدان وشروطهما .

المبحث الرابع : المحل وشروطه .

(1) للوقوف على ذلك انظر : أحكام عقد المقاولة لفتيحة قرة ص 81 وما بعدها ، وشرح أحكام عقد المقاولة للدكتور محمد لبيب شنب ص 66 وما بعدها، وعقد المقاولة لمحمد عبد الرحيم عنبر ص 70 وما بعدها ، والوسيط للسنهوري 7 / 51 وما بعدها .

المبحث الأول

بيان ماهية ركن العقد وشرطه

الركن في اللغة : الجانب الأقوى ، وأركان الشيء : جوانبه التي يستند عليها ويقوم بها [1] .

أما الركن في الاصطلاح فهو : ما لا وجود للشيء إلا به . فركن الشيء هو ما يقوم به ذلك الشيء ، بحيث لا يوجد ولا يتحقق بدونه ، كالركوع في الصلاة ، فإنه لا وجود لها شرعاً بدونه [2] .

ولما كان العقد – بمعناه الخاص – يتضمن ارتباطاً بين طرفين ، يتعلق بمحل من أجله أنشأ الطرفان العقد ، لذلك فإن الفقهاء يتفقون على أن العقد لا يوجد إلا إذا وجدت مقومات ثلاثة هي : الصيغة ، والعاقدان، والمحل الذي يرد عليه العقد . ولكن الفقهاء - مع ذلك – اختلفوا فيما يعد من هذه المقومات أركاناً للعقد، وما لا يعد . فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار هذه المقومات كلها أركاناً للعقد؛ لأنه لا يتحقق وجوده إلا بها [3] .

وذهب الحنفية إلى أن ركن العقد هو الصيغة فقط ، أما العاقدان والمحل فمما يستلزمه وجود الصيغة ، لا من الأركان ؛ وذلك لأن ما عدا الصيغة ليس جزءاً من حقيقة العقد ، وإن كان يتوقف وجوده عليه ، والركن عند الحنفية لابد أن يكون جزءاً من حقيقة الشيء [4] .

أما الشرط في اللغة فهو : مصدر الفعل شرط ، بمعنى لزم . فالشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، وجمعه شروط . والشريطة بمعنى الشرط ، وجمعها شرائط [5] .

وأما الشرط في الاصطلاح : فهو أنواع ، ولكل نوع تعريفه الاصطلاحي الخاص به ، وما يعنينا في هذا المقام [6] هو الشرط الشرعي .

(1) انظر : لسان العرب مادة ركن 13 / 185 – 186 ، والقاموس المحيط مادة ركن 4 / 220 .

(2) انظر : كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري 3/344 ، وأصول السرخسي 2 / 12 .

(3) انظر : مواهب الجليل 4 / 221 ، والشرح الصغير للدردير 2 / 3 ، ومغني المحتاج 2 / 5 ، وكشاف القناع 3 / 146 ، وشرح منتهى الإرادات 2 / 140 .

(4) انظر : الاختيار لتعليل المختار 2 / 4 ، ومجمع الأنهر لداماد أفندي 2 / 4 .

(5) انظر : القاموس المحيط مادة شرط 2 / 559 – 560 ، ولسان العرب مادة شرط 7 / 329 .

(6) إضافة للشرط الشرعي ، ثمة أربعة أنواع أخرى للشروط هي :

أ - الشرط الجعلي : وهو إلزام أحد المتعاقدين الآخر – بسبب العقد – ما له فيه منفعة ، وسمي جعلياً لأنه غير مشروط من قبل الشارع ، بل هو مجعول من قبل العاقد . (انظر : كشاف القناع 3 / 188 ، وشرح منتهى الإرادات 2 / 27) . ومثاله : أن يشترط المصون له منفعة بديلة في حال تأخر الصائن في القيام بأعمال الصيانة .

وسيأتي الكلام عن الشروط الجعلية في عقد الصيانة ، عند الكلام عن آثار عقد الصيانة .

ب – الشرط اللغوي : وهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى . (انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 367). ومثاله قول القائل : أكرم خالداً إن نجح ، فإنه ربط حصول الإكرام بحصول النجاح . وهذا الشرط هو ما يسميه الفقهاء تعليقاً ، وهو قسم من الشرط الجعلي ؛ إذ كل منهما مجعول من قبل العاقد ، إلا أن في هذا تعليقاً للعقد على حصول أمر ، وفي ذلك اشتراط أمر زائد. (انظر: حاشية البناني على شرح جمع الجوامع 2 / 21 ، وتبيين الحقائق 4 / 131) .

ج – الشرط العقلي : وهو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته عقلاً ، وذلك مثل الحياة بالنسبة للعلم، فإنه لا يتصور علم بدون حياة ، ولا يلزم من وجود الحياة وجود العلم بمعلوم مخصوص مثلاً . (انظر : حاشية البناني على شرح جمع الجوامع 2 / 21 – 22) .

د – الشرط العادي : هو ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته عادة. وذلك مثل الوسيلة – من سلّم أو غيره – للصعود إلى السطح ، فإنه يلزم من عدمها انعدام الصعود عادة ، ولا يلزم من وجودها وجود الصعود . (انظر المراجع السابقة) .

والشرط الشرعي هو : ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته بحكم الشرع ، وكان خارجاً عن حقيقة الشيء [1] .

ومثاله : أهلية العاقدين ، فإنها شرط في عقد البيع ، ولكن لا يلزم من وجودها وجود العقد ، وإن كان العقد شرعاً ينتفي بانتفائها . وظاهرٌ أن الأهلية أمر خارج عن حقيقة العقد .

هذا وقد آثرت السير في دراستي لعقد الصيانة على منهج جمهور الفقهاء في أركان العقد ؛ لأنه أكثر ملاءمة لعرض الموضوع وتنسيق مسائله وترتيب جزئياته .

وعليه تكون أركان عقد الصيانة ثلاثة هي : الصيغة والعاقدان والمحل . ولكل منها شروط لابد من تحققها ، لكي ينعقد عقد الصيانة صحيحاً نافذاً تترتب عليه آثاره .

(1) انظر : الفروق للقرافي 1 / 62 ، وشرح منتهى الإرادات 3 / 188 .

المبحث الثاني
صيغة العقد وشروطها

الصيغة هي : الألفاظ – أو ما يقوم مقامها – التي تعبر عن إرادة العاقدين بإنشاء عقد الصيانة ، وتتكون الصيغة من الإيجاب والقبول .

أما الإيجاب فهو : ما صدر أولاً من أحد العاقدين دالاً على الرغبة في إنشاء العقد ، سواء كان ذلك من الصائن أو المصون له .

أما القبول فهو : ما صدر ثانياً من أحد العاقدين – الصائن أو المصون له – دالاً على موافقته بما أوجبه الأول [1] .

وتتحقق صيغة عقد الصيانة – كغيره من عقود المعاوضات المالية – بواحد مما يلي :

أولاً : الكلام :

فالإيجاب والقبول بالقول هو الأصل في انعقاد العقود عند الفقهاء ؛ لأن الكلام هو الطريق الأصيل للتعبير عن الإرادة .

وينعقد عقد الصيانة باتفاق الفقهاء إذا كان الإيجاب والقبول بصيغة الماضي ، كما لو قال الصائن للمصون له: صنت لك هذه الآلات مدة سنة بألف دينار ، فقال المصون له : قبلت .

أما إذا كان الإيجاب والقبول بصيغة المضارع ، فإن العقد ينعقد بها عند الجمهور ، إذا اقترنت بما يدل على الحال ، وانتفى عنها إرادة الوعد والمساومة .

أما صيغة الاستفهام ، أو المضارع المراد به الاستقبال ، فلا ينعقد بها عقد الصيانة ، كما قد قرر ذلك جمهور الفقهاء في سائر عقود المعاوضات المالية [2] .

أما صيغة الأمر ، فقد اختلف الفقهاء بشأنها على قولين :

القول الأول : لا ينعقد العقد بهذه الصيغة ، وهذا قول الحنفية [3] ورواية عند الحنابلة [4] ، وهو مقابل الأظهر عند الشافعية [5] . وقد عللوا ذلك بأن صيغة الأمر تدل على الطلب ، وطلب الإيجاب والقبول لا يعتبر إيجاباً ولا قبولاً ؛ إذ يجوز أن يكون لاستبانة الرغبة والاستفهام .

---

(1) هذا هو مذهب الحنفية ، حيث يعتبرون ما صدر أولاً من أحد العاقدين إيجاباً ، وما صدر ثانياً من العاقد الآخر – دالاً على موافقته بما أوجبه الأول – قبولاً . (انظر : الاختيار لتعليل المختار 2 / 4 ، ومجمع الأنهر 2 / 4) . أما المالكية والشافعية والحنابلة فيرون أن ما صدر ممن يكون له التمليك كالبائع أو المؤجر أو المصون له هو الإيجاب ، سواء صدر أولاً أو آخراً . أما القبول : فهو ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولاً . (انظر : الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي عليه 2 / 3 ، ومغني المحتاج 2 / 5، والمبدع 4 / 4) . وقد اخترت مذهب الحنفية هنا لبعده عن الشكلية في العقود ، وهو ما يتسم به الفقه الإسلامي في عقود المعاوضات المالية بشكل عام .

(2) انظر : بدائع الصنائع 6 / 528 – 529 ، ومواهب الجليل 4 / 229 – 230 ، ومغني المحتاج 2 / 5 – 6 ، وشرح منتهى الإرادات 2 / 6 .

(3) انظر : الاختيار لتعليل المختار 2 / 4 ، والبحر الرائق 5 / 278 .

(4) انظر : كشاف القناع 3 / 146 ، وشرح منتهى الإرادات 2 / 7 .

(5) انظر : مغني المحتاج 2 / 5 ، والمجموع 9 / 163 – 164 .

القول الثاني : ينعقد العقد بهذه الصيغة ، وهذا مذهب المالكية [1] وهو الأظهر عند الشافعية [2] ، ورواية عند الحنابلة [3] . فصيغة الأمر تعبر عن الرضا من الطالب والمجيب ، وما كان كذلك ينعقد به العقد .

ولعل الراجح هو القول الثاني ؛ لسلامة ما عللوا به ، ولأن صيغة الأمر تصلح إيجاباً في النكاح ، فلأن تصلح في عقود المعاوضات المالية أولى ؛ لأن الأبضاع يحتاط فيها ما لا يحتاط في غيرها .

هذا وقد اختلف الفقهاء في انعقاد عقود المعاوضات المالية بصيغ أخرى عديدة ، وهو خلاف لا أرى حاجة لذكره في هذا المقام ، نظراً لأن جميع ما اطلعت عليه من عقود الصيانة ، لا تخرج الصيغة المستخدمة فيها عما أشرت له .

ويبقى أن نبين أن الأصل انعقاد عقد الصيانة بكل لفظ يدل على الإيجاب والقبول لغة أو عرفاً ، فلا يشترط في ذلك لفظ خاص ولا صيغة خاصة ، بل كل لفظ يدل على الرضا بإنشاء العقد ، ينعقد به ، بأي لغة كان، ما دام العاقدان يفهمانها ؛ إذ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني كما قرر جمهور الفقهاء [4] .

ثانياً : الكتابة أو الرسالة :

ينعقد عقد الصيانة بالكتابة وإرسال الرسول إذا تم الإيجاب والقبول بهما ، قال المرغيناني : " الكتاب كالخطاب، وكذا الإرسال" [5] . هذا والصحيح الذي عليه جمهور الفقهاء ، من الحنفية [6] والمالكية [7] والحنابلة [8] أن العقد ينعقد بالكتابة مطلقاً ، سواء أكان العاقد قادراً على النطق أم عاجزاً عنه ، ذلك أن القلم أحد اللِّسانين، وما دامت الكتابة مستبينة ، تبقى صورتها بعد الانتهاء منها ، كالكتابة على الصحيفة أو الورق ، وما دامت مرسومة بالطريقة المعتادة حسب العرف ، بحيث يفهمها كل من الصائن والمصون له، فإنها بذلك تكون وسيلة ظاهرة في التعبير عن الرضا بإنشاء العقد ، وما كان كذلك ينعقد به العقد ، فإن لم تكن كذلك لم ينعقد العقد بها.

والملاحظ أن الغالب الأعم من عقود الصيانة تنعقد بالكتابة ، حيث يصاغ العقد متضمناً ما اتفق عليه الصائن والمصون له من شروط ، ثم يقوم كل طرف بالتوقيع عليه بما يدل عرفاً على رضاه بإنشاء العقد.

والحقيقة أن الكتابة قد تكون أقوى من الكلام ، حيث إنها أبعد عن الارتياب أو اللبس في فهم العقود ، كما أنها وسيلة من وسائل التوثيق ، وقد حث الله المؤمنين على توثيق تعاملاتهم ، فقال تعالى : (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) إلى قوله : (ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا) [9] . ولذلك تعقد معظم العقود المعاصرة ومنها عقد الصيانة بالكتابة ، لاسيما وأنها عقود معقدة ، تنطوي على شروط عديدة ، فتكون الكتابة فيها أبعد عن النزاع الذي يمنع تحقق المقصود من العقد .

---

(1) انظر : مواهب الجليل 4 / 230 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 3 .

(2) انظر : مغني المحتاج 2 / 5 ، والمجموع 9 / 163 – 164 .

(3) انظر : كشاف القناع 3 / 146 ، وشرح منتهى الإرادات 2 / 7 .

(4) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 207 ، ومواهب الجليل 5 / 390 ، ومجلة الأحكام العدلية مادة 3 ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام 1 / 20 – 22 .

(5) شرح فتح القدير 5 / 79 . ومثله في : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 3 .

(6) انظر : تبيين الحقائق 4 / 4 ، وبدائع الصنائع 6 / 540 .

(7) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 3 ، وجواهر الإكليل 1 / 348 .

(8) انظر : كشاف القناع 3 / 148 ، والمبدع في شرح المقنع 4 / 6 .

(9) سورة البقرة : آية 282 .

ثالثاً : الإشارة :

ينعقد عقد الصيانة بالإشارة المفهومة والمعهودة ممن لا يقدر على النطق أو الكتابة ، ما دامت إشارته دالة على الرضا بإنشاء العقد ، ذلك أن إشارته معتبرة ضرورةً كما قرر الفقهاء ؛ لأن عدم الاعتداد بها يحرمه من حق إبرام العقود ، وفي هذا ضرر عليه ، والضرر مدفوع [1] .

أما القادر على النطق أو الكتابة ، فقد اختلف الفقهاء في انعقاد العقد بإشارته ، فذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم اعتبار إشارته ؛ لأن الأصل في التعبير عن الإرادة أن يكون بالكلام أو الكتابة ، ولا يلجأ إلى غيرهما إلا عند العجز .

أما المالكية وابن القيم من الحنابلة فقد ذهبوا إلى الاعتداد بإشارته ولو مع القدرة على النطق أو الكتابة ؛ لأن الإشارة المفهمة وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة [2] .

والحقيقة أن عقود الصيانة يصعب انعقادها بالإشارة ، لما تتضمنه من شروط عديدة وتفصيلات دقيقة ، ولذلك فإني أميل إلى **ترجيح** القول بعدم انعقاد عقد الصيانة بالإشارة لمن هو قادر على النطق أو الكتابة ؛ لأن ذلك أبعد عن النزاع الذي يمتنع معه تحقق المقصود من العقد .

وكذلك لا أتصور انعقاد عقد الصيانة بالتعاطي [3] ، فإن التعاطي وإن تصوره الفقهاء في بعض العقود كالبيع، ثم اختلفوا في انعقاده به ، إلا أن عقد الصيانة بتفصيلاته الدقيقة ، لا يتصور أن يتم بهذه الوسيلة ، ومن ثم فلا حاجة لذكر مذاهب الفقهاء في ذلك .

شروط الصيغة :

يشترط في صيغة عقد الصيانة – أياً كانت الوسيلة التي تمت بها – شروط لابد من تحققها ؛ لكي ينعقد العقد صحيحاً نافذاً تترتب عليه أحكامه وآثاره ، وهذه الشروط هي :

الشرط الأول : وضوح دلالة كل من الإيجاب والقبول :

فلابد أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على إرادة العاقدين إنشاء عقد الصيانة ، ويتحقق هذا بأن تكون مادة اللفظ المستعمل – نطقاً أو كتابة – تدل لغة أو عرفاً على قصد العاقدين إنشاء عقد الصيانة ، وذلك أياً كانت اللغة التي يستعملانها ، ما دامت مفهومة للطرفين . فإذا لم تكن لغة أحدهما مفهومة للآخر لم يصح العقد ؛ لأن مناط صحة العقد على الرضا ، ولم يوجد [4] ، ولأنه إذا لم يُعرف بيقين أن الصائن والمصون له قد قصدا التعاقد على الصيانة ، فإنه لا يمكن إلزامهما بأحكام عقد الصيانة الخاصة به .

---

(1) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 343 – 344 ، وجواهر الإكليل 1 / 349 ، ومغني المحتاج 2 / 7 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 9 .

(2) انظر : المراجع السابقة .

(3) التعاطي : التناول . وصورته في البيع : أن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع البائع المبيع ، فيدفع الآخر الثمن من غير تكلم ولا كتابة ولا إشارة . (انظر : تبيين الحقائق 4 / 4 ، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير 2 / 3 ، والمبدع في شرح المقنع 4 / 6) .

(4) انظر : الالتزامات في الشرع الإسلامي للعلامة أحمد إبراهيم ص 68 .

الشرط الثاني : موافقة القبول للإيجاب :

فقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط لانعقاد عقود المعاوضات ، أن يكون القبول موافقاً للإيجاب ، إلا إذا كانت مخالفته لصالح الإيجاب .

وعليه يشترط لانعقاد عقد الصيانة أن يقبل أحد الطرفين ما أوجبه الآخر بما أوجبه ، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه ، أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه ، لا ينعقد العقد من غير إيجاب مبتدأ موافق .

هذا ومخالفة القبول للإيجاب قد تكون في تفريق الصفقة ، أو في قدر البدل أو جنسه أو صفته ، فإن حصل واحد من هذه الأمور لم ينعقد العقد ؛ لأن ذلك يعتبر رداً للإيجاب لا قبولاً له [1] .

فلو قال المصون له للصائن : صن لي هذه السيارات العشر لمدة سنة بألف دينار ، أدفعها على دفعتين ، دفعة كل ستة أشهر ، فقال الصائن : قبلت صيانة خمس منها بخمسمائة دينار ، لم ينعقد العقد ؛ لأن القبول في بعضها تفريق للصفقة على المصون له ، قد يفوت معه الغرض من العقد .

وكذلك لو قال : قبلت صيانتها لمدة سنة بألفي دينار ، أو قال : قبلت صيانتها بألف دينار حالة كلها، فإن العقد لا ينعقد ؛ لأن مثل هذا القبول هو في الحقيقة رد للإيجاب .

ويستثنى من ذلك ما لو كانت مخالفة القابل لصالح الموجب ، فإن العقد ينعقد ؛ لأنها مخالفة شكلاً موافقة معنى ، والعبرة في العقود هي للمقاصد والمعاني دون الألفاظ والمباني .

وعليه فلو قال الصائن في المثال السابق : قبلت صيانتها بخمسمائة دينار ، انعقد العقد ؛ لأن المصون له إن قبل بالألف ، فقبوله بالخمسمائة أولى .

الشرط الثالث : اتصال القبول بالإيجاب :

يشترط لانعقاد عقد الصيانة أن يكون القبول متصلاً بالإيجاب ، ويحصل هذا الاتصال باتحاد مجلس العقد، ولمجلس العقد حالتان :

الحالة الأولى : أن يلتقي الطرفان في مجلس واحد ، ثم يصدر الإيجاب من أحدهما ، فيعتبر عندها هذا المجلس مجلس العقد ، ومن ثم فلابد لانعقاد العقد أن يصدر القبول من الآخر قبل أن ينفض المجلس، فإن صدر بعد ذلك لم ينعقد العقد [2] .

الحالة الثانية : أن يكون كل من طرفي العقد ، غائباً عن الآخر ، فلا يجتمعان في مجلس واحد ، كما لو أعدّ الصائن مثلاً عقد الصيانة بشروطه ومشتملاته بعد أن تفاهم عليها مع المصون له مشفاهة ، ثم قام الصائن – كما يحصل غالباً – بالتوقيع عليه بما يدل عرفاً على إيجابه العقد ، ومن ثم أرسله للمصون له بالفاكس مثلاً فبلغه ، فقبل المصون له العقد لفظاً أو بالتوقيع عليه ، فإن المجلس الذي بلغه فيه كتاب العقد يعتبر مجلس العقد . قال العلامة البهوتي : " وإن كان المشتري غائباً عن المجلس ، فكاتبه البائع أو راسله : إني بعتك داري بكذا ، فلما بلغه الخبر قَبِلَ البيع ، صح العقد " [3] .

---

(1) انظر : بدائع الصنائع 6 / 537 – 538 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 4 – 5 ، والمجموع 9 / 169 – 170 ، وكشاف القناع 3 / 146 - 147.

(2) انظر : بدائع الصنائع 6 / 539 – 540 ، ومواهب الجليل 4 / 240 – 241 ، وكشاف القناع 3 / 147 – 148 .

(3) انظر : كشاف القناع 3 / 148 ، ومثله الهداية مع فتح القدير 5 / 79 .

وحيث إن مجلس العقد في هذه الحالة هو مجلس بلوغ الإيجاب للطرف الآخر ، فالمعتبر في اتصال القبول بالإيجاب هو هذا المجلس ، فإذا صدر القبول فيه انعقد العقد ، وإذا انفض المجلس دون قبول لم ينعقد العقد .

هذا ويشترط في الحالتين لتحقيق اتصال القبول بالإيجاب الشرطين التاليين :

الأول : بقاء الموجب على إيجابه إلى أن يتصل به قبول الطرف الآخر ، فإن رجع عن إيجابه قبل ذلك بطل الإيجاب ، فلا ينعقد العقد إن صدر القبول لاحقاً . وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، من الحنفية والشافعية والحنابلة ، حيث اعتبروا الإيجاب غير ملزم ، وللموجب أن يرجع عنه قبل قبول الطرف الآخر [1] .

والحقيقة أنه في عقود الصيانة ، يحصل أحياناً أن يرجع الموجب عن إيجابه ، لرغبته في تعديل بعض بنود العقد بما يتوافق مع المصلحة التي يتوخاها من العقد ، بل إنه كثيراً ما يقدم الصائن للمصون له عقداً ابتدائياً ليدرسه ويبدي الرأي فيه ، ومن ثم يتباحث الطرفان في شروط العقد التفصيلية ، وقد يأخذ الأمر بعض الوقت، فيكون من حق الموجب أن يرجع عن إيجابه في المجلس ما دام القبول لم يصدر بعد .

الثاني : ألا يصدر من أحد العاقدين أو منهما معا ما يدل على الإعراض عن العقد . والمعتبر فيما يدل على الإعراض عند الفقهاء هو العرف ، قال البهوتي : " أن لا يتشاغلا بما يقطعه – أي العقد – عرفاً ، وإلا فلا ينعقد العقد ؛ لأن ذلك إعراض عن العقد ، فأشبه ما لو صرحوا بالرد " [2] .

هذا ولا يشترط عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة أن يكون القبول فورياً ، فما دام مجلس العقد قائماً ، يصح صدور القبول في أي وقت منه ، فلا يضر تراخي القبول عن الإيجاب [3] .

وخالف الشافعية فاشترطوا حصول القبول بعد الإيجاب مباشرة ، دون أن يطول الفاصل بينهما ؛ لأن طول الفاصل يخرج الثاني عن أن يكون جواباً للأول ، أما إذا تخللهما كلام يتعلق بالعقد فلا يضر [4] .

والراجح ما عليه الجمهور ، ففي اشتراط الفورية تعسير على المتعاقدين ، لاسيما إن كان العقد فيه من التفصيلات والشروط الدقيقة ما يحتاج لبعض الوقت لدراسته وإبداء الرأي فيه . وعقد الصيانة هو بلا شك من النوع الذي يحتاج إلى دراسة متأنية تحتاج بعض الوقت ، فلا وجاهة لاشتراط الفورية ما دام مجلس العقد قائماً .

أما لو توفي أحد العاقدين – الصائن أو المصون له – بعد صدور الإيجاب وقبل القبول ، فقد ذهب الجمهور إلى أن الإيجاب يبطل ، فلا ينعقد العقد بقبول من وجه إليه الإيجاب بعد موت الموجب ، ولا بقبول ورثة المخاطب بعد وفاته . ويلحق الجنون والإغماء بالوفاة في ذلك [5] .

---

(1) انظر : بدائع الصنائع 6 / 530 ، والمجموع 9 / 169 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 4 .

(2) كشاف القناع 3 / 148 ، وانظر : حاشية ابن عابدين 7 / 45 ، ومواهب الجليل 4 / 240 ، والمجموع 9 / 169 .

(3) انظر : بدائع الصنائع 6 / 539 ، ومواهب الجليل 4 / 240 ، وكشاف القناع 3 / 147.

(4) انظر : مغني المحتاج 2 / 5 – 6 ، والمجموع 9 / 169 .

(5) انظر : حاشية ابن عابدين 7 / 44 ، والمجموع 9 / 169 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 9 .

الشرط الرابع : عدم التعليق :

الأصل في صيغة عقد الصيانة أن تكون منجَّزة ، فإذا لم يوجد ما يصرف الصيغة عن التنجيز ، أو لم ينص على بداية العقد ، فإن عقد الصيانة يبدأ من وقت التعاقد ، ويكون منجَّزاً ، فتترتب آثاره عليه في الحال، ويكون الصائن ملزماً بالقيام بأعمال الصيانة منذ ذلك الحين .

ومع ذلك ، يصح عقد الصيانة مضافاً إلى زمن في المستقبل ، كأن ينص على أن مدة العقد سنة واحدة ، تبدأ من مطلع الشهر القادم مثلاً ، وفي هذه الحالة يتأخر ترتب آثار العقد إلى مجئ ذلك الوقت .

فقد قرر الفقهاء أن العقود الواردة على المنافع كالإجارة والمضاربة والمزارعة ونحوها تقبل الإضافة ؛ لأن المنافع لا توجد فيها مرة واحدة ، بل توجد متدرجة مع الزمن ، فإضافتها لا تنافي وضعها ، بل معنى الإضافة ملاحظ فيها [1] ، وعقد الصيانة عقد وارد على منفعة يقدمها الصائن للمصون له ؛ إذ العمل منفعة .

وإذا كان عقد الصيانة يقبل الإضافة ، إلا أنه لا يقبل التعليق ، فيشترط ألا تكون صيغته معلقة على أمر يحصل في المستقبل ، بحيث إن وجد الأمر وجد العقد حين وجوده ، وإن لم يوجد فلا يوجد العقد .

فقد قرر جمهور الفقهاء أن عقود التمليكات لا تقبل التعليق ، سواء كانت واردة على الأعيان كالبيع ، أم على المنافع كالإجارة والمزارعة ؛ ذلك أن تعليقها على أمر محتمل يجعلها مترددة بين الوجود والعدم ، وهو غرر فاحش لا تصح معه العقود [2] .

ومن صور تعليق الصيغة في عقد الصيانة أن يقول الصائن للمصون له : إن ربحت تجارتي فقد صنت لك هذا المصنع مدة عام بخمسة آلاف دينار ، فيقول المصون له : قبلت . والعقد بهذه الصيغة لا ينعقد حتى ولو تحقق الشرط الذي علق عليه العقد ، بل لابد عند تحقق الشرط من إيجاب وقبول جديدين .

والفرق بين الإضافة والتعليق ، أن العقد في حالة الإضافة يحصل عند التكلم ، ولكن أحكامه وآثاره تتأخر إلى الزمن المضاف إليه ، أما في حالة التعليق ، فالعقد وآثاره كلاهما غير حاصل عند التكلم ، وإنما يوجدان عند تحقق الأمر المعلق عليه .

هذا والتعليق المانع من انعقاد عقد الصيانة ، هو التعليق على أمر معدوم عند التعليق ممكن الوجود في المستقبل ، كالمثال الذي ضربناه آنفاً ، أما إن كان المعلَّق عليه موجوداً وقت التكلم فالتعليق صوري، وهو في الحقيقة تنجيز ، وذلك كما لو قال الصائن : إن وفيت لي مستحقاتي ، صنت لك المصنع ، وكان في هذا الوقت قد وفاها .

---

(1) انظر : الفتاوى الهندية 4 / 410 ، والشرح الصغير 4 / 30 ، ونهايةالمحتاج 5 / 263 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 6 .

(2) انظر : تبيين الحقائق 4 / 131 ، ونهاية المحتاج 5 / 259 ، ومطالب أولي النهى 3 / 77 .

المبحث الثالث

العاقدان وشروطهما

المراد بالعاقدين : كل من يتولى العقد ، إما أصالة عن نفسه ، كمن يعقد العقد لمصلحته الشخصية، أو نيابة عن الغير ، كالوكيل أو الولي أو الوصي الذي يعقد العقد لمصلحة الغير نيابة عنه .

والعاقدان في عقد الصيانة هما :

1 - **الصائن** : وهو الطرف المختص بالقيام بأعمال الصيانة . وهذا الطرف قد يكون شخصاً حقيقياً ، كأن يكون مهندساً أو فنياً مختصاً بهذه الأعمال ، يقوم بها لمن يحتاج إليها ، ومن ثم فهو يباشر العقد مع المصون له أصالة عن نفسه ، فهو المباشر للعقد ، وهو ذاته من سيقوم بأعمال الصيانة ، وقد يعهد لآخر بالقيام بذلك بالباطن .

وقد يكون هذا الطرف شخصاً اعتبارياً ، كشركة متخصصة في القيام بهذه الأعمال ، وهذا هو الغالب في عقود الصيانة ، نظراً لطبيعتها الفنية الدقيقة ، واحتياجها لتكامل خبرات عديدة ، وحاجتها للمواد وقطع الغيار وأجهزة الفحص والاختبار ، وفي هذه الحالة يكون المباشر للعقد وكيلاً عن الشركة ، ومفوضاً من قبلها بالتعاقد مع المصون له ، فيتعاقد معه في حدود التوكيل الممنوح له .

2 - **المصون له** : وهو الطرف المالك أو المستخدم للأعيان المراد صيانتها . وهذا الطرف أيضاً ، قد يكون شخصاً حقيقياً يباشر العقد مع الصائن أصالة عن نفسه ، ولأجل مصلحته ، وقد يكون شخصاً اعتبارياً ، كشركة أو مؤسسة أو وزارة من وزارات الدولة ، تملك أعياناً تفتقر إلى الصيانة لكي تؤدي الغرض المتوقع منها ، ومن ثم فإنها توكل أحد موظفيها أو مدرائها للتعاقد مع الصائن نيابة عنها ، فيتعاقد معه في حدود التوكيل الممنوح له .

شروط العاقدين :

يشترط في العاقدين - الصائن والمصون له - لكي ينعقد العقد صحيحاً نافذاً تترتب عليه آثاره الشروط التالية :

الشرط الأول : أهلية التصرف :

الأهلية لغة : الصلاحية . يقال : فلان أهل لهذا العمل ، أي صالح له [1] .

أما في الاصطلاح فهي : صفة يقدرها الشارع في الشخص ، تجعله صالحاً لأن تثبت له الحقوق ، وتترتب عليه الواجبات ، وتصح منه التصرفات .

---

(1) انظر : لسان العرب ، مادة " أهل " 11 / 28 - 29 .

والأهلية نوعان : أهلية الوجوب ، وأهلية الأداء أو التصرف .

وما يعنينا في هذا المقام هو أهلية الأداء أو التصرف ، وهي : صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعاً. ومناط هـذه الأهلية العقـل والتمييز . وهي تثبت للإنسان عند سن التمييز (1) ، إلا أنها تكون ناقصة ، فإذا بلغ واكتملت له قوة العقل بالبلوغ تمت له أهلية الأداء [2] .

وعليه فإنه يشترط في كل من الصائن والمصون له أن يكون متصفاً بهذه الأهلية ، حتى يكون صالحاً لإنشاء العقد على وجه يعتد به شرعاً .

ولما كان مناط أهلية التصرف هو العقل والتمييز ، فقد اتفق الفقهاء على أن الذي لا يعقل كالمجنون ، أو لا يميز كالصبي غير المميز ، لا يعتد بتصرفاته مطلقاً [3] ، وعليه فإنه لا يصح أن يباشر عقد الصيانة ، سواء كان صائناً أم مصوناً له ، فإذا باشره وقع العقد باطلاً . وذلك لأن الرضا أساس العقود ، والمجنون وغير المميز ليسا من أهل الرضا ، فلا يكونان أهلاً للعقد .

أما بالنسبة للسكران ، فللفقهاء في شأنه تفصيل كبير ، خلاصته أنه إن كانت الخمر لم تستول عليه، فما عليه الجمهور هو صحة عقده ، أما إن كانت قد استولت عليه ، حتى لا يفرق بين السماء والأرض ، فهو كالمجنون لا عقل له ، فلا تصح عقوده . وأما من كان في حالة بينهما ، قد اختلطت أحواله ، فإن كان سـكره بمباح ، أو أكره على السكر بمحرم ، فلا يعتد بعبارته ولا تصح عقوده ؛ صيانة لحقوقه . أما إن كان سكره بمحرم فقد اختلف بشأنه الفقهاء ، فذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار عبارته في العقود ، فتصح عقوده وتترتب عليها آثارها كالصاحي ؛ ذلك أنه أزال عقله بسبب هو معصية ، فجعل عقله باقياً حكماً زجراً له [4] . وذهب المالكية إلى عدم صحة عقده ، ولعل هذا هو **الراجح** ؛ لأن للسكران عقوبته الخاصة ، وليس منها صحة عقوده ، ولأن الأخذ بهذا القول ينأى بالعقود عن الاضطراب وحصول النزاع .

أما بالنسبة لاشتراط البلوغ في أهلية التصرف ، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : لا يشترط البلوغ ، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية وإحدى الروايتين عند الحنابلة [5] . وقد اعتبر الجمهور أن الصبي المميز [6] غير البالغ له أهلية تصرف إلا أنها ناقصة، ولذلك فإن تصرفاته وعقوده تصح وتنفذ إن كانت نافعة له نفعاً محضاً ، دون توقف على إذن الولي ، على تفصيل ليس هنا محله .

---

(1) من الفقهاء من جعل للتمييز سناً ، متى بلغها الإنسان عد مميزاً . فقد ذهب بعض الحنفية وجمهور الحنابلة إلى تحديد سن التمييز بسن السابعة ؛ لأن الغالب في الصبي المعتدل إذا بلغ تلك السن أن يصيب ضرباً من الفهم يكون به مميزاً . (انظر : المبسوط 24 / 162 ، وكشاف القناع 1 / 204) .

(2) انظر في تعريف الأهلية وأنواعها : كشف الأسرار للبخاري 4 / 237 ، والتقرير والتحبير 2 / 230 – 231 ، وأصول الفقه للأستاذ بدران أبو العينين ص 419 ، وعوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية للدكتور حسين النوري ص 17 وما بعدها .

(3) انظر : بدائع الصنائع 6 / 533 ، ومواهب الجليل 4 / 241 ، وروضة الطالبين 3 / 5 ، وكشاف القناع 3 / 151 .

(4) انظر : الفتاوى الهندية 3 / 561 ، وحاشية الخرشي على مختصر خليل 5 / 266 - 267 ، ومغني المحتاج 2 / 7 ، وكشاف القناع 3 / 152 .

(5) انظر : بدائع الصنائع 6 / 533 ، ومواهب الجليل 4 / 241 ، والمبدع في شرح المقنع 4 /80

(6) الصبي المميز : هو الذي يعقل البيع والشراء ، بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ، أو الذي يفهم الخطاب ويحسن رد الجواب ومقاصد الكلام . (انظر : تبيين الحقائق 4 / 254 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 2 / 3 ، والمجموع 7 / 26) .

أما عقوده وتصرفاته الضارة له ضرراً محضاً ، فلا تصح ولو أجازها وليه ، أما ما كان دائراً بين النفع والضرر، كعقود المعاوضات المالية ومنها عقد الصيانة ، فإن كان مأذوناً له من وليه صح العقد ونفذ ، فإن لم يكن كذلك، صح العقد وتوقف نفاذه على إجازة الولي ، فإن أجازه نفذ وإلا بطل .

القول الثاني : يشترط البلوغ في أهلية التصرف ، وهذا مذهب الشافعية ورواية عند الحنابلة [1] ، وعليه فلا يصح عقد الصبي المميز أو تصرفه مطلقاً .

ولكل من الفريقين أدلته ، وهي مبسوطة في مظانها . ولكن **الراجح** ما ذهب إليه الجمهور ؛ ذلك أن الصبي المميز له أصل أهلية ، وعقود المعاوضات المالية – ومنها عقد الصيانة – تحتمل النفع له ، فإذا أجازها من له حق الإجازة ، عرفنا أن جهة النفع فيها راجحة ، وإذا رفضها عرفنا أن جهة الضرر فيها راجحة، ومن ثم كان وجيهاً القول بصحة عقد الصبي المميز موقوفاً على إجازة من له حق الإجازة ؛ صوناً للأقوال والأفعال عن أن تذهب هدراً .

الشرط الثاني : ولاية التصرف :

الولاية لغة : السلطنة والقيام على الشيء . يقال : ولّيته الأمر ، أي جعلت له سلطاناً عليه . وتولى الأمر : قام به [2] .

أما في اصطلاح الفقهاء : فهي سلطة شرعية تخول صاحبها القدرة على إنشاء التصرفات وتنفيذها دون الرجوع إلى أحد [3] .

هذا ويشترط في كل من الصائن والمصون له ، أن يكون له ولاية التصرف بإنشاء عقد الصيانة ، وذلك بأن يكون مالكاً لما يتصرف فيه ، أي أنه يتصرف أصالة عن نفسه ، أو نيابة عن الغير بإذن منه .

ولكن ما الحكم فيما لو باشر فضولي [4] عقد الصيانة ، كأن تعاقد مع صائن على صيانة سيارة جاره مثلاً بدون إذن منه ؟ .

إن الفقهاء وإن اتفقوا على اشتراط ولاية التصرف في طرفي أي عقد من عقود المعاوضات ، إلا أنهم اختلفوا في طبيعة هذا الشرط ، ومن ثم اختلفوا في حكم عقد الفضولي ، ولهم في ذلك قولان :

القول الأول : يعتبر هذا الشرط شرطاً لنفاذ العقد لا لصحته ، ومن ثم يصح عقد الفضولي موقوفاً على إجازة المالك ، فإن أجازه نفذ وإلا بطل ؛ ذلك أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . وهذا قول الحنفية [5] والمالكية[6]، والإمام الشافعي في القديم وهو قول في الجديد [7] ، وهو رواية عند الحنابلة [8] .

---

(1) انظر : مغني المحتاج 2 / 7 ، وروضة الطالبين 3 / 5 ، والمبدع في شرح المقنع 4 / 8 .

(2) انظر : القاموس المحيط ، مادة " ولي " 4 / 464 – 465 .

(3) انظر : النظريات الفقهية لأستاذي الدكتور محمد الزحيلي ص 157 .

(4) الفضولي هو : من يتصرف في حق غيره بدون إذن شرعي ، بيعاً أوشراءً أوإجارة أواستئجاراً أونحو ذلك . (انظر : تبيين الحقائق 4 / 103 ، والبحر الرائق 6 / 161) .

(5) انظر : المراجع السابقة ، وبدائع الصنائع 6 / 573 – 575 .

(6) انظر : حاشية الخرشي على مختصر خليل 5 / 284 ، وجواهر الإكليل 2 / 5 .

(7) انظر : المجموع 9 / 172 ، ومغني المحتاج 2 / 15 .

(8) انظر : شرح منتهى الإرادات 2 / 9 ، والمبدع في شرح المقنع 4 / 16 .

القول الثاني : يعتبر هذا الشرط شرطاً لصحة العقد ، ومن ثم فإن عقد الفضولي يقع باطلاً . وإلى هذا ذهب الإمام الشافعي في الأصح من قوليه في الجديد ، والحنابلة في أصح الروايتين .

هذا وقد استدل كل فريق بأدلة عديدة مبسوطة في مظانها ، لا حاجة للاستطراد في ذكرها [1] .

هذا ولعل **الراجح** هو القول الأول ، ألا وهـو صحة عقد الفضولي موقوفاً على إجازة المالك للتصرف، فإن أجازه نفذ وإلا بطل . وذلك لما جاء في حديث عروة البارقي ﷺ : "أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين ، فباع إحداهما بدينار ، وجاء بدينار وشاة ، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه" [2] .

فعروة عندما باع إحدى الشاتين فإنه قد تصرف في ملك غيره بدون إذنه ، فإذن النبي ﷺ إنما كان في الشراء. فعروة ﷺ بتصرفه كان فضولياً ، وقد أجاز الرسول ﷺ تصرفه فنفذ ، فدل على أنه انعقد صحيحاً موقوفاً.

كما أن الفضولي يتمتع بأهلية التصرف - وإن لم يكن له الولاية عليه - ، وتصرفه لا ضرر فيه على المالك ؛ لأن المالك مخير بين أن يجيز التصرف والعقد إن رأى فيه مصلحة له ، فينفذ عند ذلك ، أو يرده إن رأى فيه ضرراً عليه فيبطل .

وعليه ، إذا باشر فضولي عقد الصيانة ، فإن عقده يكون موقوفاً على إجازة من له حق الإجازة ، فإن أجازه نفذ ، وإلا كان كأن لم يكن .

هذا والفضول لا يكون إلا في حق التصرف القولي ، أما إذا أعقبه تنفيذ فعلي ، كما لو تعاقد فضولي مع صائن على صيانة آلة لا يملكها ، ثم أخذها وسلمها للصائن ليقوم بالصيانة اللازمة ، فإنه عندئذ يصير غاصباً ، ويأخذ عمله حكم الغصب .

الشرط الثالث : الرشد وعدم السفه :

الرشد لغة : الصلاح وإصابة الحق ، خلاف الغي والضلال [3] .

والمراد به عند جمهور الفقهاء : الصلاح في المال ، أي إنفاقه والتصرف فيه بموجب مقتضى العقل [4] .

أما السفه فهو : خفة تعتري الإنسان فتبعثه على التصرف في المال بخلاف مقتضى العقل [5] .

وقد اختلف الفقهاء في الحجر على السفيه ومنعه من مباشرة العقود والتصرفات المالية ، ولهم في ذلك قولان :

القول الأول : لا يحجر عليه ، وهذا مذهب الإمام أبي حنيفة ، وعليه تكون عقوده وتصرفاته المالية صحيحة نافذة كالرشيد [6].

---

(1) انظر الأدلة في المراجع السابقة .

(2) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب المناقب ، باب سؤال المشركين أن يريهم النبي "ص" آية ، فأراهم انشقاق القمر ، حديث رقم 3443 .

(3) انظر : المصباح المنير مادة « رشد « ص 310 .

(4) انظر : حاشية ابن عابدين 5 / 95 ، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير 3 / 383 ، والإنصاف 5 / 322 . هذا وقد خالف الشافعية في ذلك فقالوا : إن الرشد هو الصلاح في المال والدين معاً (انظر : المجموع 13 / 367) .

(5) انظر : المصباح المنير مادة « سفه « ص 380 ، وكشف الأسرار للبخاري 4 / 369 .

(6) انظر : بدائع الصنائع 10 / 82 – 86 .

القول الثاني : إذا بلغ الشخص سفيهاً تبقى الولاية عليه ، ولا يسلّم إليه ماله ، بل يحجر عليه ويمنع من التصرفات المالية حفاظاً على ماله ، وكذا الحال لو بلغ رشيداً ثم عرض له السفه . وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وصاحبي الإمام أبي حنيفة [1] .

وقد استدل أصحاب القولين بأدلة عديدة مبسوطة في مظانها ، لا حاجة لذكرها في هذا المقام ، ولعل **الراجح** ما ذهب إليه الجمهور ، لقوله تعالى : (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً) [2] ، فالآية صريحة في أن السفيه يمنع عنه ماله .

ولكن الجمهور مع ذلك قد اختلفوا فيما لو باشر السفيه بعد الحجر عليه عقداً من العقود المالية ، فذهب المالكية وصاحبا الإمام أبي حنيفة ، والإمام أحمد في رواية عنه ، إلى أن عقده يكون صحيحاً موقوفاً على إجازة وليه ، فإن أجازه نفذ وإلا بطل . وذهب الشافعية والإمام أحمد في الرواية الثانية عنه إلى بطلان عقده [3] .

والراجح مذهب المالكية ومن معهم ؛ لأن الولي إن رأى في عقد السفيه مصلحة له أنفذه ، وإلا أبطله ، ولأن في الأخذ به صوناً لكلام العاقدين - ما أمكن - عن أن يذهب هدراً .

هذا ، ويلحق الفقهاء بالسفيه ذا الغفلة ، وهو الذي لا خبرة له في المعاملات ، بل يخدع بسهولة ويلحقه الغبن في معاملاته .

وعليه ، فإنني أرى أن الأصل أن يمنع السفيه وذو الغفلة من مباشرة عقد الصيانة ، ولكن إن باشراه، كان عقد الصيانة صحيحاً موقوفاً على إجازة الولي ، فإن أجازه نفذ وإلا كان كأن لم يكن .

الشرط الرابع : الرضا والاختيار :

لا خلاف بين الفقهاء في أن الرضا أساس العقود ، ومن ثم اشترط الفقهاء رضا العاقدين لكي ينعقد العقد صحيحاً نافذاً تترتب عليه آثاره [4] ويستدل الفقهاء على ذلك بالعديد من الأدلة ، منها قول الله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) [5] . وقوله ﷺ : " إنما البيع عن تراض " [6] ، فلفظ الحديث مركب يفيد الحصر ، فيدل على صحة البيع مع التراضي ، وعدمها عند عدم التراضي [7] .

---

(1) انظر : مواهب الجليل 5 / 62 ، ومغني المحتاج 2 / 7 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 522 ، وبدائع الصنائع 10 / 82 - 86 .

(2) سورة النساء : آية 5 .

(3) انظر المراجع السابقة .

(4) انظر : بدائع الصنائع 5 / 538 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 6 ، ومغني المحتاج 2 / 7 ، وكشاف القناع 3 / 148 ، والمبدع في شرح المقنع 4 / 7 .

(5) سورة النساء : آية 29 .

(6) أخرجه ابن ماجه في سننه من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ، في كتاب التجارات ، باب بيع الخيار ، حديث رقم 2185 . وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في بيع المضطر وبيع المكره 6 / 17 . وقد صححه الألباني . (انظر : صحيح الجامع الصغير 2 / 460 ، حديث رقم 2323 ، وإرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل حديث رقم 1283) .

(7) انظر : المهذب 1 / 358 .

والرضا أمر باطني لا يظهر إلا بما يدل عليه ، ومن ثم فإن الذي يرغب في إنشاء عقد الصيانة مثلاً ، لا تعرف رغبته إلا إذا جاء بما يدل على ذلك من قول أو ما يقوم مقامه ، ولذلك فإن التراضي لا يتم إلا بوجود أمرين :

الأول : الرغبة في آثار العقد ، وهو ما يسميه الفقهاء المعاصرون وأهل القانون بالإرادة الباطنة .

الثاني : ما يدل على هذه الرغبة من لفظ أو كتابة أو إشارة ، وهذا ما يسمى بالإرادة الظاهرة ، وهي وسيلة التعبير عن الإرادة الباطنة [1] .

وحيث إن الرضا هو أساس انعقاد العقد ، والإيجاب والقبول وسيلة التعبير عنه ، فينبغي لانعقاد العقد صحيحاً نافذاً أن يكون الرضا الذي دل عليه التعبير خالياً عن العيوب . ولعل أبرز العيوب التي تؤثر في صحة رضا العاقدين بإنشاء العقد هي : الإكراه والتدليس والغبن ، وإليك بيانها بإيجاز :

أولاً : الإكراه :

والإكراه هو : حمل الإنسان على أمر يمتنع عنه ، بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه [2] ، وقد قسمه الفقهاء إلى قسمين :

الأول : إكراه بحق : وهـو الإكراه المشروع ، أي الذي لا ظلم فيه . وقد اتفق الفقهاء على صحة التصرف الذي ينتج عنه [3] . ومثاله في عقد الصيانة : أن يفرط ناظر الوقف في صيانة الأعيان الموقوفة ، مما يخشى معه تلفها أو نقصان ريعها ، فيجبره القاضي عندئذ على التعاقد مع صائن ليقوم بذلك ، أو يعقد القاضي عقد الصيانة بغير إذن ناظر الوقف ؛ ذلك أن تصرف ناظر الوقف منوط بمصلحة الوقف والموقوف عليه ، وهو قد فرّط في ذلك [4] .

كما قد يحصل الإكراه بحق ، فيما لو امتنع المختصون في أعمال الصيانة عن القيام بذلك ، ولم يوجد غيرهم ، فإن لولي الأمر أن يجبرهم على التعاقد على تلك الأعمال نظير أجر المثل ، فقد قرر الفقهاء ذلك في حق أرباب الحرف الضرورية للناس [5] .

الثاني : إكراه بغير حق : وهو الإكراه ظلماً ، وهو محرم شرعاً . وهو نوعان : إكراه تام ، كالإكراه بإتلاف النفس أو عضو من الأعضاء، وإكراه ناقص ، كالإكراه بحبس أو ضرب غير مبرح .

وإذا كان الحنفية قد فرقوا بين النوعين في بعض الأحكام ، إلا أن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة لم يفرقوا بينهما من حيث الحكم مطلقاً ، بل كلاهما يعدم الرضا ، كما أنهم لا يفرقون بين الرضا والاختيار ، بل هما متلازمان ، فلا اختيار لمن لا رضى له [6] .

---

(1) انظر : التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي لوحيد الدين سوار ص 446 – 448 ، ومصادر الحق 2 / 97 .

(2) انظر : المصباح المنير مادة « كره » ص 730 ، وكشف الأسرار للبخاري 4 / 382 .

(3) انظر : مجمع الأنهر 2 / 430 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 6 ، والمجموع 9 / 160 ، وشرح منتهى الإرادات 2 / 7 .

(4) قرر الفقهاء أن عمارة الوقف الضرورية ، أي ترميمه وإصلاحه ، هي أول ما يبدأ به ناظر الوقف ، فينفق على ذلك من غلته ، سواء شرط الواقف ذلك أم لا ، حتى أن المالكية نصوا على أنه لا يقبل شرط الواقف عدم البدء من غلة الوقف بإصلاحه ؛ إذ ليس من النظر خراب الأعيان الموقوفة لأجل صرف ريعها على المصارف الأخرى . ولذا لو قصّر الناظر في ذلك أكره عليه ؛ لأن تصرفه منوط بالمصلحة. (انظر : الإسعاف في أحكام الأوقاف ص 56 ، ومغني المحتاج 3 / 394 ، وجواهر الإكليل 2 / 209) .

(5) انظر : الشرح الصغير 4 / 39 ، ونهاية الرتبة في طلب الحسبة ص 23 ، 87 .

(6) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبر 3 / 6 ، والمجموع 9 / 160 ، وشرح منتهى الإرادات 2 / 7 .

هذا ، وقد اختلف الفقهاء في أثر الإكراه على العقد ، وكان لهم في ذلك ثلاثة أقوال :

القول الأول : ينعقد العقد فاسداً ، ويثبت به الملك بالقبض ، كما لو قبض الصائن الأجرة من المصون له بعد أن قام له ببعض الأعمال . وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة وصاحباه [1] .

القول الثاني : ينعقد العقد موقوفاً على إجازة المكره بعد زوال الإكراه عنه . فإن أجازه نفذ وإلا بطل ، وهذا ما ذهب إليه المالكية [2] وزفر من الحنفية [3] .

القول الثالث : عقد المكره باطل ، وهو كالعدم . وهذا مذهب الشافعية [4] والحنابلة [5] .

هذا وقد استدل أصحاب كل قول بأدلة عديدة مبسوطة في مظانها ، ولا أرى حاجة لذكرها في هذا المقام ، ولكن لعل **الراجح** ما ذهب إليه المالكية وزفر من الحنفية ، من القول بأن عقد المكره يكون موقوفاً على إجازته بعد زوال الإكراه عنه ، فإن أجازه نفذ وإلا بطل ، وذلك قياساً على الفضولي ، وتصحيحاً للعقود ما أمكن . وعلى هذا يتقرر حكم عقد الصيانة فيما لو باشره أحد العاقدين مكرهاً .

ثانياً : التدليس :

التدليس لغة : الكتمان ، ومنه التدليس في البيع : كتمان عيب السلعة عن المشتري [6] .

والمعنى الاصطلاحي عند الفقهاء لا يخرج عن المعنى اللغوي .

والتدليس حرام باتفاق الفقهاء ، لحديث الرسول ﷺ : " البيِّعان بالخيار ما لم يتفرقا ، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما ، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما " [7] .

ولا خلاف بين الفقهاء في أن كل تدليس يختلف الثمن أو العوض لأجله في المعاملات ، يثبت به الخيار للمدلَّس عليه ، فإن شاء أمضى العقد ، وإن شاء رده [8] .

ويشترط لثبوت الخيار أن لا يعلم المدلَّس عليه بالعيب قبل العقد ، فإن كان عالماً به فلا خيار له لرضاه به ، كما يشترط ألا يكون العيب ظاهراً أو مما يسهل معرفته .

وفي عقد الصيانة ، يشترط الصائن دائماً - كما جاء في العقود التي اطلعت عليها - أن تكون الأعيان المتعاقد على صيانتها في حالة سليمة عند التعاقد ، فإن كان بها عيب ، وجب أن يطلع المصون له الصائن عليه؛ لأن ذلك مما يختلف به العوض الذي سيشترطه الصائن في العقد .

وعليه فإن حصل أن دلَّس المصون له على الصائن ، فأخفى عنه عيوباً يعلمها في الأعيان ، كان الصائن بالخيار في أن يمضي العقد أو يرده ، ما لم تكن العيوب ظاهرة أو يسهل معرفتها ، فعند ذلك لا خيار له ؛ لأنه هو الذي قصر في إدراك ذلك .

---

(1) انظر : بدائع الصنائع 10 / 126 ، ومجمع الأنهر 2 / 428 – 430 .

(2) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 6 ، وجواهر الإكليل 2 / 2 - 3 .

(3) انظر : بدائع الصنائع 10 / 126 ، ومجمع الأنهر 2 / 428 - 430 .

(4) انظر : مغني المحتاج 2 / 7 ، والمجموع 9 / 158 – 160 .

(5) انظر : شرح منتهى الإرادات 2 / 7 ، والمبدع في شرح المقنع 4 / 7 .

(6) انظر : المصباح المنير مادة « دلس « ص 270 ، ولسان العرب مادة « دلس « 6 / 86 – 87

(7) متفق عليه . أخرجه البخاري في صحيحه واللفظ له ، في كتاب البيوع ، باب إذا بيَّن البيعان ولم يكتما ونصحا ، حديث رقم 1973 . وأخرجه مسلم في صحيحه في كتاب البيوع ، باب الصدق في البيع والبيان ، حديث رقم 1532 ، كلاهما من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه .

(8) انظر : حاشية ابن عابدين 7 / 223 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 228 ، وروضة الطالبين 3 / 122 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 243 .

ثالثاً : الغبن :

الغبن لغة : الغلب والنقص والخداع [1] .

والمراد به في العقود عند الفقهاء : أن يعقد الإنسان مع غيره عقداً بأكثر مما جرت عادة الناس أن يتعاقدوا به . وهو نوعان : غبن يسير ، وهذا لا يمكن الاحتراز عنه في العقود والمعاملات ، وغبن فاحش ، وهو المحرم شرعاً ؛ لأنه من قبيل الغش المنهي عنه . وضابط الغبن الفاحش أنه لا يدخل تحت تقويم المقومين ، ولعرف أهل السوق دور كبير في تحديد ذلك عند الفقهاء . أما أثره على العقد ، فما عليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية ، أن مجرد الغبن الفاحش - أي الذي لا يصاحبه تغرير - لا يثبت الخيار في العقد؛ لأن المغبون هو الذي قصّر ، حيث لم يراجع أهل الخبرة [2] .

وعليه فلو تعاقد الصائن مع المصون له على صيانة أعيان يملكها مدة عام بعشرة آلاف دينار ، وكان مثلها يصان في العام بخمسة آلاف دينار ، فإن الخيار لا يثبت للمصون له ؛ لأنه المقصر ، حيث كان عليه أن يتحرى سعر السوق ، أو يرجع إلى أهل الخبرة في ذلك .

والحقيقة أن ذلك نادراً ما يحصل في عقد الصيانة ؛ لأن المصون له عادة يطلب عروض الأسعار من أكثر من صائن ؛ ليتحرى الخبرة والسعر معاً .

الشرط الخامس : قدرة الصائن على القيام بالعمل :

فيشترط في الصائن أن يكون قادراً على القيام بأعمال الصيانة المتفق عليها في العقد ، سواء كان قيامه بذلك بنفسه أو بعماله القائمين عند التعاقد على الصيانة .

فقد قرر الفقهاء عدم صحة استئجار القطع والأشل للخياطة أو للكتابة بنفسه ؛ لأن منفعة الخياطة أو الكتابة لا تحدث إلا عند سلامة الأسباب ، ومن ثم فإن المنفعة هنا غير مقدورة الاستيفاء حقيقة [3] .

هذا ، ولما كانت أعمال الصيانة من الأعمال الفنية التي تتطلب مهارات خاصة ، فإن تحديد كون الصائن مؤهلاً لهذه الأعمال أم لا ، يحتاج إلى تدقيق وتحرٍ من قبل المصون له ، حتى لا يكون العقد عبثاً لا فائدة فيه ، أو يتحول مصدراً للنزاع .

ولذلك تنص معظم عقود الصيانة على إقرار من الصائن بأنه أهل للقيام بأعمال الصيانة المتعاقد عليها، كما تنص كثير من العقود على حد أدنى من الكفاءة الفنية تشترط في القائمين بأعمال الصيانة ، بل إنه في كثير من الأحيان يشترط المصون له مقابلة المختصين في أعمال الصيانة للتأكد من كفاءتهم والاطلاع على شهادات الخبرة لديهم ، وكل ذلك مطلوب ومندرج ضمن التأكد من قدرة الصائن على القيام بالتزاماته التعاقدية .

---

(1) انظر : المصباح المنير مادة « غبن » ص 605 ، والقاموس المحيط مادة « غبن » 4 / 252 .

(2) انظر : تبيين الحقائق 4 / 272 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 140 ، ومغني المحتاج 2 / 224 .

(3) انظر : بدائع الصنائع 5 / 523 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 19 ، ونهاية المحتاج 5 / 271 ، والمهذب 1 / 552 - 553 ، وكشاف القناع 3 / 565 .

المبحث الرابع
المحل وشروطه

محل العقد - أو المعقود عليه : هو ما يقع عليه العقد ، وتظهر فيه آثاره وأحكامه .

والمحل في عقود المعاوضات المالية ، قد يكون عيناً مالية ، كالمبيع في عقد البيع ، وقد يكون عملاً من الأعمال، كعمل الأجير في عقد الإجارة ، وقد يكون منفعة شيء معين ، كمنفعة المأجور في عقد الإجارة .

ومحل العقد في عقد الصيانة هو العمل ، فعقد الصيانة على ما سبق أن عرفناه به هو : عقد على الأعمال اللازمة لبقاء عين صالحة لأداء وظيفتها ، مقابل عوض [1] .

فعقد الصيانة يرد على أعمال الصيانة التي يقوم بها الصائن ، فهذه الأعمال هي التي من أجلها أنشئ العقد، وهي تشمل أعمال الصيانة الوقائية التي تهدف للحيلولة دون تعطل الأعيان ، أما أعمال الصيانة الإصلاحية التي يلتزم بها الصائن فيما لو كان تعطل الأعيان بسبب راجع إليه ، فهي تدخل تبعاً في العقد ؛ إذ هي تدخل في ضمان الصائن كأجير مشترك .

أما بالنسبة لقطع الغيار التي تلزم لأعمال الصيانة الوقائية ، فإن التزم بها الصائن من ضمن مبلغ العقد ، فإنها تكون جزءاً من المعقود عليه في عقد الصيانة ، وإن كان الأصل في العقد أنه عقد على عمل .

وفي نظير التزام الصائن بهذه الأعمال ، وما يلزم لها من قطع الغيار ، يلتزم المصون له ببدل مالي يدفعه للصائن، يكون عوضاً عن التزاماته .

هذا ، ولكل من محل العقد وبدله ، شروط لابد من تحققها ، لكي ينعقد عقد الصيانة صحيحاً نافذاً تترتب عليه آثاره وأحكامه ، وإليك بيانها :

أولاً : شروط العمل في عقد الصيانة :

يشترط في العمل لكي ينعقد عقد الصيانة صحيحاً الشروط التالية :

الشرط الأول : أن يكون العمل مشروعاً :

فيشترط لصحة عقد الصيانة أن تكون أعمال الصيانة المتعاقد عليها مشروعة ، غير محظورة في الشريعة الإسلامية ولا في القوانين الوضعية النافذة ؛ لأن ذلك شرط العقود كلها .

فلقد اتفق الفقهاء على اشتراط أن يكون محل العقد قابلاً لحكم العقد شرعاً [2] ، ومحل العقد في عقد الصيانة هو أعمال الصيانة ، وحكم العقد وجوب استيفاء هذه الأعمال وتسليمها . فإذا لم تكن هذه الأعمال مشروعة الاستيفاء ، كان المحل غير قابل لحكم العقد شرعاً ، ومن ثم كان العقد باطلاً .

والأصل في اشتراط الفقهاء هذا الشرط ، حديث جابر بن عبد الله ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : " إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام" (3) . فتحريم بيع الأعيان المذكورة في الحديث إنما يعود

---

(1) انظر : تعريف عقد الصيانة وشرحه ، في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذه الأطروحة.

(2) انظر : الفتاوى الهندية 4 / 411 ، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير 4 / 10 ، وروضة الطالبين 3 / 12 ، 16 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 41 – 42 .

(3) متفق عليه . أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب البيوع ، باب بيع الميتة والأصنام ، حديث رقم 2121 ، وأخرجه مسلم في صحيحه في كتاب المساقاة ، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، حديث رقم 1581 .

لكونها محرمة شرعاً ، ومن ثم لم يصح تملكها أو تمليكها ، والتملك والتمليك للأعيان هو حكم عقد البيع ، فلم يكن المحل قابلاً لحكم العقد شرعاً ، فكان البيع باطلاً .

وكما لا يصح بيع الأعيان المحرمة أو استئجارها ، لا يصح التعاقد على صيانتها ؛ إذ الغرض من الصيانة المحافظة على الأعيان وإبقاؤها في حالة صالحة لأداء الغرض المرسوم لها . والمحافظة على الأعيان المحرمة إعزاز لها ، وهو لا يناسب نهي الشارع عن تملكها أو الانتفاع بها ، فيكون مقصود العقد منافياً للشرع، فيكون العقد باطلاً .

وعليه فإنه لا يصح التعاقد على صيانة مصانع الخمور أو دور الفساد ، وكذا أدوات القمار أو آلات اللهو المحرم شرعاً ونحو ذلك ، فإن حصل التعاقد على مثل ذلك كان العقد باطلاً شرعاً .

الشرط الثاني : أن يكون العمل معلوماً :

لما كان عقد الصيانة يعتبر عقداً حادثاً مستقلاً ، ومركباً من عقدين من عقود المعاوضات ، وكان بالنظر إلى التزام الصائن بأعمال الصيانة الوقائية يعتبر عقد إجارة مع أجير مشترك ، لذلك فإنه يشترط في أعمال الصيانة الوقائية أن تكون معلومة نوعاً ومقداراً وصفة ، كما هو شرط العمل في عقد الإجارة مع أجير مشترك . أما قطع الغيار اللازمة لأعمال الصيانة الوقائية ، والتي يلتزم بها الصائن ، فإن الالتزام بها يكيف على على أنه عقد استصناع ، ومن ثم وجب أن تكون معلومة نوعاً ومقداراً وصفة ، بشكل تنتفي معه الجهالة المفضية إلى النزاع .

أما بالنسبة لأعمال الصيانة الإصلاحية بالقدر الذي يلتزم به الصائن ، فهي معلومة الغاية ؛ إذ غايتها إعادة الأعيان صالحة لعملها حال تعطلها ، ولا يضر الجهل بمقدار هذه الأعمال عند التعاقد ؛ نظراً لأنها تعتبر في حقيقة الأمر من ضمان الصائن لأعماله الوقائية .

هذا ويحصل العلم بأعمال الصيانة بالأمور التالية :

1 - تعيين محل العمل ، وذلك بتحديد الأعيان المتعاقد على صيانتها ، ويحصل التعيين بالإشارة إلى هذه الأعيان ورؤيتها إن كانت حاضرة ، أو بيان جنسها ونوعها ووصفها وصفاً رافعاً للجهالة إن كانت غائبة ، وذلك قياساً على ما قرره الفقهاء من اشتراط تعيين محل العمل في استئجار الصناع ؛ لأن العمل لا يكون معلوماً بدون ذلك [1] .

وإذا ما حددت الأعيان بالوصف حال كونها غائبة عن مجلس التعاقد ، وهو كثيراً ما يحصل في العقود المعاصرة ، فإن ظهر مخالفتها للوصف ، يثبت للصائن خيار الرؤية عند رؤية الأعيان المتعاقد على صيانتها إن كان الوصف مؤثراً . فلو وصفها المصون له مثلاً بأنها أجهزة كهربائية من نوع معين وصنع معين مشهور بالإتقان ، ثم بانت خلاف ذلك ، كان للصائن الخيار بين فسخ العقد أو إمضائه، وذلك بناء على ما قرره جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة من أن للأجير المشترك خيار الرؤية في كل عمل يختلف باختلاف المحل [2] .

---

(1) انظر : بدائع الصنائع 5 / 551 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 13 ، والمهذب 1 / 556 ، وكشاف القناع 4 / 12 .

(2) انظر : بدائع الصنائع 5 / 552 ، والفتاوى الهندية 4 / 420 ، والمهذب 1 / 559 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 91 .

وبناءً على هذا الشرط أيضاً ، لا يصح التعاقد على صيانة أحد المصنعين ، أو أحد العقارين ؛ لأن جهالة محل العمل جهالة فاحشة تفضي للنزاع المانع من تحقيق المقصود من العقد [1] .

2 - تحديد مدة العقد ، وتاريخ ابتدائه وانتهائه ، فعقد الصيانة عقد زمني مستمر ، ومدة العقد تعتبر معياراً أساسياً في تقدير محل العقد ، ذلك أن الصائن يلتزم بالقيام بأعمال الصيانة طيلة مدة العقد ، ومن ثم فإن مقدار العمل سيختلف باختلاف مدة العقد ، وبدوره يتأثر مقدار البدل المالي الذي يلتزم به المصون له للصائن .

ولذلك فإن جهالة مدة العقد تعتبر جهالة فاحشة تفضي إلى النزاع ، ومن ثم إلى فساد العقد ، ولذا وجب تحديد هذه المدة بناء على ما قرره الفقهاء من أن عقد الإجارة مع أجير مشترك ، يشترط فيه بيان مدة العقد إذا كان العمل المتعاقد عليه ممتداً ، كما في استئجار الراعي المشترك ؛ وذلك لأن قدر المعقود عليه لا يصير معلوماً بدون بيان مدة العقد [2] .

3 - تحديد كيفية وطبيعة الصيانة المطلوبة بشكل دقيق يمنع إثارة النزاع . ويكون ذلك بتحديد الشروط الفنية لأعمال الصيانة ، وكذا التقارير التي يطلب من الصائن تقديمها للمصون له ، ونحو ذلك .

4 - تحديد وصف ورتبة العامل الذي يقوم بأعمال الصيانة ، مهندساً كان أو عاملاً فنياً ، فإذا أمكن تحديده بشخصه كان أولى . وذلك لأن خبرة الصائن وإتقانه لهما أثر كبير في تحقيق غرض المصون له من العقد، بل إنه لولا تلك الخبرة والقدرة على العمل ما أبرم المصون له معه العقد . ولذا كان الأبعد عن النزاع تحديد شخص الصائن ، فإن تعذر فلابد من تحديد الخبرة الفنية المطلوبة فيمن يباشر الأعمال .

5 - تحديد فترات الصيانة الوقائية التي تجرى بشكل دوري ، كأن تكون يوميةً أو أسبوعيةً أو شهريةً ونحو ذلك ، فإن ذلك مما يؤثر على التزامات الصائن ، وعلى تقديره للبدل الذي يطلبه في العقد ، كما أنه يؤثر أيضاً على كفاءة الأعيان في القيام بالعمل المرسوم لها . ومن ثم وجب تحديد ذلك بشكل لا لبس معه ؛ منعاً للنزاع .

6 - تحديد الحد الأقصى للمدة الزمنية التي على الصائن أن يلتزم خلالها بإصلاح الأعيان التي أصابها العطل، وذلك لأن تأخره في إصلاح الأعيان المتعطلة يترتب عليه غالباً ضرر يلحق مالك الأعيان أو مستخدمها.

7 - تحديد الآلات اللازمة لأعمال الصيانة، والطرف الذي عليه تأمينها، وذلك كالعدد وسيارات النقل والورش المتنقلة ونحو ذلك مما قد تتطلبه أعمال الصيانة . وهذه الأمور يمكن من الناحية الفنية تحديدها ، فلا يسوغ شرعاً أن تكون مجهولة ، أو أن يكون الطرف الذي عليه تأمينها مجهولاً ؛ لأن ذلك مفضٍ للنزاع لا محالة .

8 - يستثنى من أعمال الصيانة الإصلاحية ، الأعمال التي تظهر الحاجة إليها بسبب تعدي المالك أو إهماله أو سوء استعماله غير المتوقع ، وكذا الحوادث والكوارث ونحو ذلك من الأسباب ؛ لأن مثل هذه الأمور لا سبيل إلى العلم بها مطلقاً ، فإن اشترطت هذه الأعمال في العقد ، فسد العقد كله ؛ لما فيها من الجهالة الفاحشة المفضية للنزاع .

---

(1) انظر : المراجع في هامش الصفحة السابقة .

(2) انظر : بدائع الصنائع 5 / 550 ، ومنح الجليل 3 / 758 .

هذه هي الأمور التي يتحقق بها العلم بأعمال الصيانة . أما بالنسبة لقطع الغيار التي يلتزم بها الصائن ، فما كان منها متعلقاً بالصيانة الوقائية ، فلابد أن يكون معلوماً نوعاً ومقداراً وصفة عند التعاقد ؛ إذ لا مسوغ للجهل به ما دام تحديده ممكناً . أما ما يتعلق منها بالصيانة الإصلاحية ، فلابد أن يكون معلوماً من حيث النوع ، أي أن يبين في العقد أنه في حالة استخدام قطع غيار للإصلاح ، فلابد أن تكون من نوع معين، وصنع معين .

ثانياً : شروط البدل في عقد الصيانة :

يشترط في البدل الذي يلتزم به المصون له تجاه الصائن نظير أعماله ، ما يشترط في البدل في أي عقد من عقود المعاوضات المالية ، كالثمن في البيع ، والأجرة في الإجارة ، ويمكن إيجاز هذه الشروط فيما يلي [1] :

1 – أن يكون البدل مالاً متقوماً شرعاً ، أي له قيمة معتبرة في نظر الشرع ، ومن ثم فلا يصح أن يكون البدل خمراً أو خنزيراً في حق المسلم ؛ لأنه لا قيمة له في حكم الشرع ؛ إذ لا يجوز الانتفاع به .

هذا ويجوز شرعا أن يكون البدل منفعة " عملاً " من جنس المنفعة " العمل " المعقود عليه أو من جنس آخر ، كما قرر ذلك الفقهاء في الأجرة في عقد الإجارة [2] . وعليه يصح أن يكون البدل الذي يلتزم به المصون له للصائن ، هو أن يصون له أعياناً يملكها يكون مختصاً في صيانتها ، أو أي خدمة أخرى .

2 – أن يكون البدل معلوماً ، وذلك لقول النبي ﷺ : " من استأجر أجيراً فليعلمه أجره " [3] . والأجر : اسم للعوض المعطى عن العمل [4] . والبدل الذي يعطى للصائن هو عوض عن عمله ، فوجب أن يكون معلوماً؛ ذلك أن جهالة البدل في عقد الصيانة ستفضي للنزاع لا محالة ، والنزاع يمنع تحقيق المقصود من العقد، ومن ثم يؤدي إلى فساد العقد . وإذا فسد العقد وجب أجر المثل ، وهو ما يقدره أهل الخبرة الخالون عن الغرض .

هـذا ويحصل العلم بالبدل إن كان مما يثبت ديناً في الذمة ، كالنقود والمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ، ببيان جنسه ونوعه وقدره وصفته ، أما إن كان مما لا يثبت ديناً في الذمة كالمعدودات المتفاوتة، فيكون العلم به بتعيينه والإشارة إليه .

3 – أن يكون البدل مقدور التسليم ، بأن يكون مملوكاً للمصون له أو مأذوناً له بالتصرف فيه ، وأن يكون قادراً على تسليمه للصائن عند استحقاقه ، وعليه فلا يصح أن يكون البدل طيراً في الهواء أو سمكاً في الماء أو نحو ذلك .

4 – أن تحدد طريقة دفع البدل ، من حيث الحلول والتأجيل ، وإن كان البدل منجماً على دفعات ، فلابد من بيان أجل استحقاق كل دفعة ؛ لأن الجهل بذلك يفضي للنزاع المفسد للعقد .

---

(1) انظر : الفتاوى الهندية 4 / 412 ، والاختيار 2 / 51 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 15 ، ونهاية المحتاج 5 / 266 – 267 ، والمبدع 4 / 34 – 35 .

(2) انظر : المراجع السابقة .

(3) أخرجه البيهقي من حديث أبي هريرة τ ، ورواه عن أبي سعيد وهو منقطع ، وتابعه معمر عن حماد مرسلاً . ورواه أبوداود في المراسيل من وجه آخر ، وهو عند النسائي غير مرفوع . (انظر : تلخيص الحبير 3 / 60) .

(4) انظر : لسان العرب مادة « أجر » 4 / 10 – 11 .

الفصل السابع

آثار عقد الصيانة وانتهاؤه

تمهيد :

عقد الصيانة – كغيره من العقود – له آثار أو أحكام تترتب على انعقاده صحيحاً نافذاً ، وهذه الآثار هي ما يهدف إليه العاقدان من العقد ، فهي المقصود الأصلي لهما من إبرام عقد الصيانة .

ولما كان عقد الصيانة يكيف في الفقه الإسلامي على أنه عقد مركب من عقد الإجارة مع أجير مشترك وعقد الاستصناع ، ويكيف في القانون على أنه أحد أنواع عقود المقاولات ، لذلك فإن آثار عقد الصيانة لا تخرج في حقيقة الأمر عن الآثار المترتبة على هذه العقود .

ولعقد الصيانة أسباب ينتهي بحصولها ، وهي لا تخرج - في الجملة - عن الأسباب التي تنتهي بها عقود المعاوضات المالية عموماً .

ولبيان ذلك ، كان هذا الفصل متضمناً مبحثين :

المبحث الأول : آثار عقد الصيانة .

المبحث الثاني : انتهاء عقد الصيانة .

المبحث الأول

آثـار عـقـد الصيانـة

إذا انعقد عقد الصيانة صحيحاً نافذاً ، كان ملزماً لطرفيه ، وترتب على ذلك حصول الآثار التي قصدها العاقدان من إبرام العقد . وآثار عقد الصيانة تشمل التزامات كل من الصائن والمصون له التي ترتبت عليهما بموجب العقـد ، والتي يتوقع كل طرف من الآخر القيام بها ، وإليك بيانها : -

المطلب الأول

التزامـات الصـائـن

يترتب على الصائن بموجب عقد الصيانة الالتزامات التالية :

الالتزام الأول : إنجاز العمل :

هذا هو الالتزام الرئيسي الذي يترتب في ذمة الصائن ، وهو ينطوي على واجبات يتعين عليه القيام بها ، ألا وهي :

أولاً : إنجاز العمل بالطريقة المتفق عليها في العقد : وذلك طبقاً للشروط الواردة فيه ، فإن خلت بعض جزئيات العمل عن الشروط الضابطة لها ، وجب اتباع العرف المعمول به في ذلك ، وبخاصة أصول الصنعة ، وذلك لما تقرر شرعاً من أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

ويشمل إنجاز العمل القيام بأعمال الصيانة الوقائية المفصلة في العقد ، وتوريد قطع الغيار اللازمة لها في حال التزام الصائن بذلك ، وكذلك القيام بإصلاح الأعيان عند تعطلها ، ما لم يكن سبب تعطلها مما لا يمكن للصائن الاحتراز منه .

وكل ما كان من توابع العمل لزم الصائن بحسب عرف الصنعة ، ما لم يشترط خلاف ذلك . والمتعارف في عقود الصيانة أن الصائن يلزمه توفير كل ما يحتاجه للقيام بأعمال الصيانة من عدد وآلات وزيوت ونحو ذلك ، ولكن لا يلزمه توفير قطع الغيار اللازمة لأعمال الصيانة الوقائية إلا باشتراط المصون له ذلك .

والأصل في ذلك ما قرره الفقهاء من أن ما كان من توابع العمل لزم الأجير المشترك بحسب العرف، كالخيط في الخياطة ، والصبغ في الصباغة ، إلا إذا اشترط في العقد خلاف ذلك [1] .

---

(1) انظر : الفتاوى الهندية 4 / 455 – 456 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 23 ، وحاشيتا القليوبي وعميرة على منهاج الطالبين 3 / 77 – 78 ، وكشاف القناع 4 / 14 .

وقد ذهب القانون إلى مثل هذا ، فقد نصت المادة 666 من القانون المدني الكويتي على أنه : "على المقاول أن ينجز العمل طبقاً للشروط الواردة في عقد المقاولة .. فإن لم تكن هناك شروط .. التزم بإنجازه وفقاً للأصول المتعارف عليها ، مع مراعاة عرف الحرفة . وعليه أن يأتي على نفقته بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من عمالة وأدوات ومهمات ، ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك" [1] .

ثانياً : بذل العناية اللازمة في إنجاز العمل : والعناية الواجبة على الصائن في قيامه بأعمال الصيانة هي عناية الشخص المعتاد الذي في مستواه المهني وفي مثل ظروفه ، وهذا ما يسميه الفقهاء بالسلوك المعتاد [2] ، أي السلوك المتعارف في كل مجال من مجالات العمل . ويتفق هذا المعيار الفقهي مع نظيره الذي تبناه القانون بعنوان " سلوك الرجل العاقل أو الحريص " [3] .

ذلك أن المعتاد فيمن انتصب للقيام بعمل لقاء أجر ، أن يبذل لأجل القيام بالعمل عناية الرجل الحريص على إنجاح عمله ، ولذا اعتبر الفقهاء – وكذا أهل القانون – التقصير والإهمال من أسباب الضمان ، ولا معنى للإهمال إلا النقص والتقصير في بذل العناية عن المستوى المطلوب ، بحسب ظروف العمل .

هذا ولا يخفى أن وأجب العناية المأمور به الصائن شرعاً وعرفاً ، يختلف باختلاف المواقف وأنواع الخطر المحتملة الوقوع . فمن يتعاقد على صيانة طائرة مثلاً ، يكون مطالباً باتباع درجة من الحذر والتحوط أكبر بكثير مما يجب على من يتعاقد على صيانة أجهزة منزلية مثلاً . يشهد لهذا ما جاء في مجمع الضمانات: " من دخل دار آخر بأمره ، فعثر على جرة فانكسرت لا يضمن ، ولو عثر على صبي يضمن" [4] . وتوضيح ذلك أنه لا فرق بين التعثر على جرة أو على صبي من جهة الإذن في الدخول ، أو من جهة مباشرة العاثر ، وإنما الفارق الذي اقتضى الحكم بالضمان في صورة دون الأخرى هو أن الاحتياط الواجب بالنسبة للجرة أقل من الواجب بالنسبة للصبي . والمبدأ الذي يستنبط من ذلك أن النظر الواجب شرعاً وعرفاً يزيد بزيادة الضرر المحتمل حدوثه، ودرجة العناية والتحوط تزداد بحسب ذلك [5] .

وعليه فإنه يجب على الصائن بذل عناية الرجل المهني في مثل ظروفه وتخصصه أثناء قيامه بأعمال الصيانة الوقائية ، فإنه إذا بذل العناية اللازمة لم تتعطل الأعيان إلا بسبب لا يمكنه التحرز منه ، وعندئذ فإنه لا يكون ضامناً إصلاح مثل هذه الأعطال .

أما إذا تعطلت الأعيان المتعاقد على صيانتها ، وكان ذلك بسبب يعود إلى إهمال الصائن أو تقصيره، فإنه يكون ملزماً بإصلاح الأعطال ويكون التزامه هنا هو التزام بتحقيق غاية ، وليس التزاماً ببذل عناية كما يذكر أهل القانون ، فلا يكفي أن يبذل ما في وسعه من عناية لأجل إصلاحها ، بل لابد أن يقوم بالإصلاح فعلاً ، ذلك أن التزامه بالإصلاح يدخل في ضمانه كأجير مشترك ، والمصون له إنما ينتظر منه بموجب العقد أن يحقق له هذه

(1) وقد جاء مثل ذلك في المادة 649 من القانون المدني المصري .

(2) انظر : مجمع الضمانات ص 17 – 18 ، 47 .

(3) انظر : الوسيط 1 / 799 ، وضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص 126 و Tort law , Diasand markesinis p 40 .

(4) مجمع الضمانات ص 152 .

(5) انظر : ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص 317 – 318 .

الغاية ، تماماً مثلما ينتظر رب العمل من الخياط القيام بخياطة الثوب ، فإن هو قام بخياطة الثوب استحق الجر ، وإلا فلا أجر له [1] .

هذا ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام ، أنه لما كان الصائن من أهل الاحتراف والتخصص بوصفه مهنياً تمرس في أعمال الصيانة ، وهذا التخصص قد يوجد نوعاً من عدم المساواة بين طرفي العقد ، من حيث المعلومات والخبرات المتعلقة بمجال العقد ، لذلك فإن القانون قد ذهب إلى التشديد في التزامات من توافر لديه الاحتراف والتخصص ، لصالح الطرف الآخر ، وبذلك تعتبر الثقة التي يراها المصون له في الصائن ، وينتظرها منه ، سياجاً يحوط الصائن في أدائه لالتزاماته نحو المصون له ، وخصوصاً فيما يتعلق ببذل العناية اللازمة في الأعمال الوقائية .

إن كون الصائن هو الطرف الأقوى في العقد بما يحوزه من معلومات وخبرات ، يؤدي إلى ضرورة التأكيد على مراعاة مبدأ الثقة وحسن النية . ويدخل في ذلك أيضاً أن يبين الصائن للمصون له مدى الجدوى الاقتصادية من التعاقد على صيانة الأعيان ، فربما كانت الأعيان في حالة فنية لا تجدي معها الصيانة ، وإنما الأفضل من الوجهة الاقتصادية استبدالها ، ولذلك فإنه يجب في مثل هذه الحالات أن يقوم الصائن بحكم خبرته واختصاصه ، ومراعاة لمبدأ الثقة وحسن النية بتوجيه النصح للمصون له في هذا الشأن [2] .

هذا ولا شك أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القانون إلى تقرير مثل هذه المبادئ ، حيث نهت عن كل مظاهر الغش والتدليس والظلم ، وأكدت على معاني الأمانة والثقة .

ثالثاً : عدم التأخر في إنجاز العمل : حيث يلتزم الصائن بإنجاز أعمال الصيانة حسب المواعيد المحددة في العقد . فعادة ما تنص عقود الصيانة على أنه في حال تعطل بعض الأعيان ، يلتزم الصائن بإصلاحها خلال مدة محددة ، مثلاً خلال أربع وعشرين ساعة . فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة ، فالواجب أن ينجز الصائن الإصلاح في المدة المعقولة حسب أصول الصنعة ، وذلك لما تقرر شرعاً من أن ما لا ضابط له فضابطه العرف [3] .

والتزام الصائن بإنجاز الإصلاح في مدة محددة يعتبر في القانون التزاماً بتحقيق غاية ، وليس مجرد التزام ببذل عناية ، فلا يكفي لإعفاء الصائن - بحكم أنه مقاول - من المسؤولية عن التأخير ، أن يثبت أنه بذل العناية المطلوبة في إنجاز العمل في الموعد المحدد ، ولكنه لم يتمكن من ذلك ، بل يجب عليه حتى تنتفي مسؤوليته عن التأخير أن يثبت السبب الأجنبي ، فإذا أثبت القوة القاهرة أو فعل الغير كسبب للتأخير، انتفت المسؤولية عنه [4] .

---

(1) انظر : المسؤولية المدنية للمسؤولين عن أماكن إيواء السيارات ، للدكتور محمد عبد الظاهر حسين ص 42 - 43 ، وأحكام عقد المقاولة لفتيحة قرة ص 109 - 110 .

(2) انظر : مصادر الالتزام للدكتور توفيق فرج ص 144 ، والمسؤولية المدنية للمسئولين عن أماكن إيواء السيارات ص 50 - 51 و Ghestain , les obligation , 1980 p 409

(3) انظر : مغني المحتاج 2 / 45 ، والمغني والشرح الكبير 4 / 7 ، ومجموع الفتاوى 29 / 227 .

(4) انظر : أحكام عقد المقاولة ص 118 - 119 ، وشرح أحكام عقد المقاولة ص 93 .

وقد فصلنا القول في هذا عند الكلام عن تكييف هذا الالتزام في الفقه الإسلامي . كما أن اشتراط عقد الصيانة أن يقوم الصائن بالإصلاح خلال مدة محددة ، ينسجم مع ما قرره الصاحبان من الحنفية ، والمالكية والحنابلة في رواية عندهم ، من جواز الجمع بين المدة والعمل في إجارة الأجير المشترك [1] .

ولتفادي الأضرار التي قد تنجم عن تأخر الصائن في إصلاح الأعيان المتعطلة عن الموعد المحدد في العقد ، تشترط بعض العقود أنه في حالة حصول التأخير ، يلتزم الصائن بتوفير بديل للأعيان المتعطلة ، بحيث يمكن للمصون له استخدام الأعيان البديلة حتى يتم إصلاح الأعيان المتعطلة . يحصل هذا كثيراً في صيانة أجهزة الحاسب الآلي وصيانة السيارات ونحو ذلك .

وأرى أن هذا الشرط يعتبر شرطاً صحيحاً يجب الوفاء به ، لأنه لا ينافي مقتضى عقد الصيانة ، وفيه مصلحة للعقد من حيث إنه يحفز الصائن على القيام بعمله دون تأخير ، كما أن فيه مصلحة للمصون له ، وهي مصلحة مشروعة ، وقد جرى العرف بمثل هذا الشرط عند المفتقرين إليه .

وقد قرر جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أن اشتراط ما لا ينافي مقتضى العقد ، مما يحقق مصلحة مشروعة لأحد العاقدين ، جائز شرعاً ، ويجب الوفاء بمثل هذا الشرط . وبمثل هذا قال الحنفية فيما لو جرى التعامل على اشتراط مثل هذا الشرط [2] .

الالتزام الثاني : تسليم العمل :

المحل الذي يقع عليه التسليم هو العمل المطلوب إنجازه ، وكذلك قطع الغيار في حال التزام الصائن بها ، وهو الغالب .

وتسليم العمل يكون في حال إجراء الصيانة في ملك المصون له - كما في التعاقد على صيانة مصنع مثلاً - بأن يخلي الصائن السبيل أمام المصون له ؛ لينتفع بالأعيان المصونة التي تم العمل فيها . أما في حالة قيام الصائن بنقل الأعيان لورشته لأجراء الصيانة لها - كما في صيانة أجهزة الحاسب الآلي مثلاً - فإن تسليم العمل يكون بتسليم محل العمل إلى المصون له [3] . وتحدد عقود الصيانة عادة الطرف الذي عليه نقل الأعيان لورشة الصائن ، ومن ثم إرجاعها إلى المصون له ، وغالباً ما تنص العقود على أن ذلك يدخل في التزامات الصائن . أما إذا لم ينص في العقد على بيان ذلك ، فالمرجع في تحديده يكون للعرف .

وكذلك يلتزم الصائن برد ما تسلمه من المصون له من وثائق متعلقة بالأعيان المتعاقد على صيانتها؛ إذ إن حاجته إليها عند إجراء الصيانة ، تنتهي بانتهاء أعمال الصيانة .

---

(1) انظر : بدائع الصنائع 5 / 551 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 12 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 8 - 9 .

(2) انظر : تبيين الحقائق 4 / 131 - 134 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 265 ، 239 - 240 ، والمجموع 9 / 364 ، وكشاف القناع 3 / 189 - 190 .

(3) انظر: الفتاوى الهندية 4 / 437 - 438 ، وحاشيتا القليوبي وعميرة على منهاج الطالبين 3 / 78 - 79 ، وكشاف القناع 4 / 14 ، 26 ، وانظر أيضاً : أحكام عقد المقاولة ص 131 - 133 ، وشرح أحكام عقد المقاولة ص 97 - 100 .

أما بالنسبة لقطع الغيار التي يلتزم الصائن بتوفيرها كبديل لتلك القطع التي ينتهي عمرها الافتراضي أثناء العقد، فإن الصائن يلتزم بتركيبها في المواعيد المحددة لأعمال الصيانة الوقائية ، وبمجرد تركيبها تصبح ملكاً للمصون له ، ما دامت مطابقة للمواصفات المتفق عليها في العقد ، فإن لم تكن مطابقة كان للمصون له ردها .

الالتزام الثالث : الضمان :

تكلم الفقهاء بتفصيل كبير عن ضمان الأجير المشترك لعمله ، ولما يتلف من الأعيان المتعاقد على العمل فيها. وكنا قد فصلنا القول في ذلك عند الكلام عن تكييف التزام الصائن بإصلاح الأعطال التي تطرأ على الأعيان ، وبينا أن حصول الأعطال يكون نادراً في حالة القيام بأعمال الصيانة الوقائية - وهي الأعمال الأساسية التي تم التعاقد لأجلها - بشكل فعال ، فإذا حصل أن تعطلت الأعيان ، فإن الصائن يلتزم بحكم ضمانه لأعماله الوقائية بإصلاح الأعطال ، إن كانت قد وقعت بسبب يمكن له التحرز منه .

أما إن تلفت الأعيان كلياً بسبب كان يمكن للصائن التحرز منه ، فإنه يضمن قيمتها للمصون له ، والمعتبر في تقدير الضمان هو قيمة الأعيان يوم حصول التلف كما قرر جمهور الفقهاء [1] .

وكذلك تكلم أهل القانون عن ضمان المقاول لعمله ، فاعتبروا أنه إذا خالف الشروط والمواصفات المتفق عليها أو خالف أصول الصنعة ، أو أخل بالعناية المطلوبة في العمل ، فإنه يكون مسؤولاً في مواجهة رب العمل عن كل الأضرار التي تنشأ عن ذلك ، أي أنه يكون ضامناً لكل عطل أو تلف يصيب محل العمل، ويكون ضمانه بالإصلاح على نفقته ، وكذلك التعويض في حال كون الإصلاح لا يؤدي إلى جبر كل الضرر .

ويعتبر القانون - كما قرر الفقهاء - أن الصائن بحكم كونه مقاولاً ، يكون مسؤولاً عن كل عطل يصيب الأعيان ، ما لم يثبت أن حصول ذلك كان بسبب أجنبي لا قِبَل له بدفعه [2] .

هذا وفي كل الأحوال ، يكون من حق المصون له - فقهاً وقانوناً - في حال امتناع الصائن عن القيام بالتزاماته التعاقدية ، أو في حال الإخلال بها بشكل جسيم ، أن يتوقف عن دفع الأجرة المنصوص عليها في العقد إن لم يكن قد دفعها مسبقاً ، وإن لم يصبه من ذلك ضرر . فإن أصابه من ذلك ضرر كان له مع التوقف عن الدفع فسخ العقد بإرادته المنفردة ، واسترداد ما دفعه من أجرة للصائن من أول المدة ، إلا أن يكون قد حصل له من العمل السابق منفعة معتبرة ، فإن كان كذلك فإنه يستردها بعد حسم مقدار حصة تلك المنفعة منها .

كما أنه في كل الأحوال يثبت للمصون له الحق في المطالبة بالتعويض إن أصابه ضرر جراء امتناع الصائن عن القيام بعمله ، وقد يكون العقد مشتملاً على شرط جزائي [3] فتسري أحكامه ، إلا أن التعويض ينبغي أن يكون دائماً في حدود الضرر الواقع فعلاً ، وإذا ما تنازع طرفا العقد في ذلك ، كان الفصل للقضاء [4] .

---

(1) انظر : الفتاوى الهندية 4 / 500 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 109 - 110 .

(2) انظر : أحكام عقد المقاولة ص 120 - 121 ، وشرح أحكام عقد المقاولة ص 89 - 92 .

(3) سيأتي بعد قليل الكلام عن الشرط الجزائي .

(4) انظر : المراجع السابقة ، ومسؤولية المهندس المعماري لثروت أنيس الأسيوطي ص 16 .

عقد الصيانة من الباطن

والآن وبعد أن فصلنا القول بشأن التزامات الصائن بموجب عقد الصيانة ، قد يثور التساؤل عن مدى مشروعية أن يتعاقد الصائن مع صائن آخر بالباطن ، ليقوم بتنفيذ جميع هذه الالتزامات أو بعض منها ؟.

ينص القانون المدني الكويتي في المادة 681 منه [1] على أنه :

1 - يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد ، أو كان من شأن طبيعة العمل أن تكون شخصية المقاول محل اعتبار .

2 - ولا تؤثر المقاولة من الباطن في التزامات المقاول الأصلي قِبَل رب العمل ، كما يسأل قِبَله عن أعمال المقاول من الباطن .

ولما كان الصائن مقاولاً ، فإن له بحكم القانون أن يتعاقد مع صائن آخر ليقوم بكل العمل أو جزء منه ، وذلك ما لم ينص عقد الصيانة على منعه من ذلك صراحة ، أو أن يستخلص ذلك ضمناً من ظروف التعاقد ، كما لو كانت أعمال الصيانة المتعاقد عليها دقيقةً جداً ، ومتعلقة بأعيان تحتاج إلى مهارات خاصة جداً لا تتوافر إلا في عدد قليل من المختصين بأعمال الصيانة ، أفراداً أو شركات ، فإنه في مثل هذه الحال يكون هناك شرط ضمني مانع من أن يكل الصائن العمل أو جزءاً منه إلى صائن آخر بالباطن ، بل يتحتم أن يقوم هو بالعمل كاملاً ؛ نظراً لأن المصون له إنما تعاقد معه لما له من كفاءة خاصة [2] .

وعادة ما تنص عقود الصيانة على منع الصائن من القيام بذلك إلا بإذن من المصون له ، فإن أذن له - وعادة ما يكون ذلك بعد تأكد المصون له من كفاءة الصائن بالباطن - كان له أن يكل العمل كله أو جزءاً منه لصائن بالباطن .

وهذا الذي قرره القانون هو ذاته ما قرره الفقه الإسلامي ، فقد قرر الفقهاء أن رب العمل إن اشترط على الأجير المشترك أن يعمل بنفسه لزمه ذلك ؛ لأن العامل تعين بالشرط ، فإن لم يشترط ذلك كان للأجير المشترك أن يستأجر من يعمله ؛ لأن المستحق عمل في الذمة ، إلا إن كان العمل لا يقوم فيه غيره مقامه ، كالنسخ ؛ لأن الغرض لا يحصل من غيره كحصوله منه ، وكذا كل ما يختلف باختلاف العامل [3] .

وعليه فإذا لم يكن هناك شرط مانع صريح أو ضمني ، أو كان هناك شرط مانع وتنازل عنه المصون له ، وعقد الصائن عقد صيانة من الباطن مع صائن آخر ، فإن عقد الصيانة من الباطن يكون صحيحاً ، وينفذ في حق المصون له .

وعادة ما يلجأ الصائن إلى ذلك في عقود الصيانة الكبيرة ، حيث تتعدد الأعمال وتتشعب ، فيعهد الصائن لصائنين من الباطن بأجزاء من العمل ، كما في صيانة مجمع تجاري ضخم بما فيه من بناء وأنظمة تكييف وكهرباء ومصاعد ونحو ذلك ، ويقوم الصائن الأصلي بالتنسيق بين أعمال الصائنين من الباطن .

---

(1) وقد جاء مثل ذلك في المادة 661 من القانون المدني المصري .

(2) انظر : أحكام عقد المقاولة ص 235 - 237 ، وشرح أحكام عقد المقاولة ص 88 ، ومجموعة الأعمال التحضيرية ، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري 5 / 50 .

(3) انظر : الهداية 3 / 234 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 34 .

وتكون علاقة الصائن الأصلي بالصائن من الباطن هي علاقة رب العمل بأجير مشترك أو مقاول، ينظمها عقد الصيانة من الباطن ، فيكون الصائن الأصلي بالنسبة إلى الصائن من الباطن رب عمل ، عليه جميع التزامات رب العمل ، ويكون الصائن من الباطن بالنسبة للصائن الأصلي أجيراً مشتركاً أو مقاولاً يؤدي جميع الالتزامات الواجبة عليه .

وليس من الضروري أن يكون عقد الصيانة الأصلي وعقد الصيانة من الباطن متطابقين أو متقاربين، بل يغلب أن يكونا مختلفين من وجوه كثيرة ، كمقدار الأجرة وشروط العقد .. وقد لا يوجد الشرط المانع في عقد الصيانة الأصلي ، ويوجد هذا الشرط في العقد بالباطن .

وفي كل الأحوال يبقى الصائن الأصلي مسؤولاً عن الصائن من الباطن نحو رب العمل ، فإذا ما أخل الصائن من الباطن بالتزاماته المتعلقة بإنجاز العمل ، كان الصائن الأصلي مسؤولاً عن ذلك تجاه المصون له .

ولا يجوز للمصون له مطالبة الصائن بالباطن بالقيام بأي نوع من الأعمال ؛ إذ ليس بينه وبينه عقد ، وإنما يطالب المصون له الصائن الأصلي ، وهو يعود بدوره على الصائن بالباطن [1] .

(1) انظر : أحكام عقد المقاولة ص 238 – 240 ، وشرح أحكام عقد المقاولة ص 190 ، والقانون المدني الكويتي مادة 681 ، والقانون المدني المصري مادة 661 .

المطلب الثاني
التزامات المصون له

يترتب على المصون له بموجب عقد الصيانة الالتزامات التالية :

الالتزام الأول : تمكين الصائن من إنجاز العمل :

إن أولى التزامات المصون له هو أن يبذل كل ما في وسعه لتمكين الصائن من البدء في تنفيذ أعمال الصيانة ، ومن المضي في التنفيذ حتى انتهاء العقد . وتمكين الصائن من إنجاز عمله يكون بتسليمه الأعيان المتعاقد على صيانتها ليباشر العمل فيها ، ويحصل هذا التسليم للأعيان بالتخلية بين الصائن وبينها ، إن كانت مما لا يمكن نقله وتحويله من مكانه ، وبتسليمها له تسليماً حقيقياً إن كانت مما يمكن نقله وتحويله .

كما أنه إذا احتاجت أعمال الصيانة إلى الاستعانة بالوثائق الفنية التي يرفقها الصانع عادة مع الأعيان المصنعة، وكان العقد ينص على أن يقدمها المصون له للصائن ، وجب عليه تقديمها له في الوقت المحدد في العقد ، ومثل ذلك كل ما يتعلق بأعمال يطلب من المصون له القيام بها بحسب عرف الصنعة .

وكذلك إذا التزم المصون له بتوفير بعض قطع الغيار اللازمة لأعمال الصيانة ، وجب عليه توفيرها عند الحاجة إليها دون إبطاء ، وذلك حتى يتمكن الصائن من إنجاز العمل دونما تأخير [1] .

الالتزام الثاني : تسلم العمل :

يلتزم المصون له بتسلم العمل بعد أن يقوم الصائن بإنجازه ، وتسلم العمل يحصل بتسلم محله . فإن كان الصائن قد قام بأعمال الصيانة في ملكه ، أي في ورشته مثلاً ، فإن على المصون له أن يبادر إلى تسلم الأعيان فور إعلام الصائن له أنه قد أتم العمل المتعاقد عليه ، وذلك ما لم ينص العقد على أن يقوم الصائن بتسليم الأعيان للمصون له في ملكه . أما إذا كان الصائن يقوم بعمله في ملك المصون له ، كما في صيانة مصنعه مثلاً، فإن تسلم المصون له للعمل يكون بأن يمكنه الصائن من الانتفاع بالأعيان بعد إتمام أعمال الصيانة فيها .

وتسلّم المصون له للعمل يفيد قبوله به ، ومن ثم استحقاق الصائن للأجر المتفق عليه في العقد، ذلك أن المصون له عادة ما يقوم عند تسلمه للأعيان بعد صيانتها بفحصها والتأكد من مطابقة العمل للشروط المتفق عليها ، إلا أنه في بعض العقود قد ينص على إعطاء المصون له فرصة زمنية محددة للقيام بفحص الأعيان بعد صيانتها ، ومن ثم فإن تسلمه للعمل لا يفيد قبوله له ، ويكون المعتبر في هذه الحالة – من حيث استحقاق الصائن للأجر- هو وقت التقبل لا التسلم [2] .

---

(1) انظر : أحكام عقد المقاولة ص 176 – 177 ، وشرح أحكام عقد المقاولة ص 149 .

(2) انظر : المراجع السابقة ، ومجموعة الأعمال التحضيرية ، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري 5 / 33 – 34 ، والمادة 655 من القانون المدني المصري ، والمادة 672 من القانون المدني الكويتي .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن تسلم المصون له للأعيان وقبوله للعمل ، لا يعفي الصائن من ضمان الأعطال التي تحصل بسبب فني كان ينبغي عليه تداركه ، والاحتراز منه ؛ ذلك أن حصول الأعطال قد يكون متراخياً عن أسباب حصولها ، وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام عن تكييف التزام الصائن بإصلاح الأعطال .

الالتزام الثالث : دفع الأجر :

يلتزم المصون له بدفع الأجر المحدد في العقد للصائن ، وذلك حسب المواعيد المتفق عليها . ولما كان الصائن يعتبر في الفقه الإسلامي أجيراً مشتركاً ، ويعتبر في القانون مقاولاً ، فإن الأصل أنه لا يستحق الأجر إلا بعد تمام العمل المتعاقد عليه وتسليمه [1] .

إلا أنه لما كان عقد الصيانة عقداً زمنياً مستمراً ، ينتفع فيه المصون له بأعمال الصائن حيناً بعد حين ، فإنه قد جرت عقود الصيانة على أن يقسط أجر الصائن على دفعات ، تدفع كل فترة زمنية محددة ، كشهر أو ثلاثة أشهر ونحو ذلك . وتنص بعض العقود على أن يلتزم المصون له بتسليم الدفعات المالية للصائن مقدماً ، أي قبل بداية كل فترة زمنية ، بينما تنص عقود أخرى على أن تسليم الدفعات يكون في نهاية الفترات الزمنية المحددة في العقد ، وكلاً الطريقتين جائزة شرعاً على ما قرره الفقهاء .

فقد ذهب الحنفية [2] إلى أن الأجرة لا تستحق بالعقد ، وإنما تستحق بتعجيلها ، أو باشتراط تعجيلها ، أو باستيفاء العمل المعقود عليه .

وذهب المالكية [3] إلى أن الأصل تأجيل استحقاق الأجرة إلى حين تسليم العمل المتعاقد عليه ، واستثنوا من ذلك ما لو شرط الأجير تعجيل الأجرة أو جرى العرف بذلك ، ورضي بتعجيلها رب العمل .

وذهب الشافعية والحنابلة [4] إلى أن الأجرة تملك بالعقد ، ولكن لا يستحق تسليمها إلا عند تسليم العمل ، وذلك ما لم يكن بين العاقدين شرط بتعجيلها أو تأجيلها ، فتكون مستحقة بحسب الشرط .

إذن فجمهور الفقهاء متفقون على جواز اشتراط تعجيل الأجرة أو تأجيلها ، وعلى أنه يلزم رب العمل (المصون له) دفعها بحسب ما تم الاتفاق عليه ، إلا أنه إذا تنازع الصائن والمصون له في اشتراط التعجيل أو التأجيل ، ولم ينص العقد على ما يوضح ذلك ، فالأصل أن الصائن لا يستحق الأجر إلا بتمام العمل.

ولما كان العمل في عقد الصيانة ممتداً ، ويحصل للمصون له الانتفاع بعمل الصائن كل فترة زمنية تمضي من العقد ، لذا وجب القول أن الصائن يستحق الأجر في نهاية كل فترة زمنية من العقد ، ويرجع في تحديد الفترات الزمنية إلى العرف .

---

(1) انظر : بدائع الصنائع 6 / 42 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 4 ، والمجموع 15 / 33 وكشاف القناع 4 / 27 ، والقانون المدني الكويتي المادة 676 ، والقانون المدني المصري المادة 656 .

(2) انظر : بدائع الصنائع 6 / 37 – 39 ، والفتاوى الهندية 4 / 413 .

(3) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 403 ، ومواهب الجليل 5 / 392 .

(4) انظر : المجموع 15 / 33 ، وكشاف القناع 4 / 27 .

وبمثل ما قرر الفقهاء عمل القانون ، فنص على أنه : "يستحق المقابل عند تسلم العمل ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك" [1] .

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه إذا أنه لم يكن مقدار الأجر محدداً في عقد الصيانة ، كان العقد فاسداً شرعاً ، فإن قام الصائن بعمله ، واستوفى المصون له منافع عمل الصائن ، وجب عندئذ أجر المثل ، وهو ما يقدره أهل الخبرة الخالون عن الغرض ، أو يقدره القضاء . ولا شك أن تحديد أجر المثل يكون بالرجوع إلى قيمة العمل وقطع الغيار والمواد التي قدمها الصائن [2] .

وفي كل الأحوال يجوز للمصون له الامتناع عن دفع أجر الصائن في الموعد المحدد ، إذا تأخر الصائن في تسليم العمل ، أو امتنع عن القيام به ، ذلك أن الأجر عوض عـن أعمال الصائن ، فما لم يقم الصائن بأداء ما التزم به جاز للمصون له التوقف هو أيضاً عن أداء التزاماته .

أما إذا أدى الصائن التزاماته ، وقام بالعمل على وجهه ، ولم يلتزم المصون له بأداء مستحقات الصائن المالية في مواعيدها المقررة ، فإنه يجوز للصائن حبس الأعيان المتعاقد على صيانتها ، أو بعض منها، إن كانت هذه الأعيان في يده ، كما لو كانت في ورشته مثلاً ، وذلك إلى أن يستوفي مستحقاته المالية من المصون له .

والأصل في ذلك ما قرره جمهور الفقهاء من أن لكل صانع لعمله أثر في العين أن يحبس العين لاستيفاء الأجر [3] .

وبهذا أخذ القانون ، فأجاز في مثل هذه الأحوال أن يقوم أحد طرفي العقد بحبس الأعيان التي يملكها الطرف الآخر ، حتى يستوفي العوض المقرر له [3] .

وكقاعدة عامة في استعمال أي حق ، ينبغي عدم المغالاة أو التعسف من جانب الصائن في استعمال حقه في الحبس ؛ إذ إن مبدأ الثقة الذي تدخل في إطاره علاقة العاقدين ، يمنع على الصائن الإضرار بالمصون له ، ويفرض عليه إمهاله لحين ميسرة ، إذا اتضح له من ظروف الحال ومؤشرات الواقع احتمال انفراج أزمته ، واتجاه نيته نحو سداد مستحقاته ، ولاسيما إذا كانت الأعيان تمثل مورداً للرزق بالنسبة للمصون له ، كما لو كانت سيارات يمكن تأجيرها ، فإن الأولى في مثل هـذه الحال أن يعيدها الصائن للمصون له ليقوم بتأجيرها وسداد الأجرة المستحقة من ريعها .

---

(1) المادة 676 من القانون المدني الكويتي ، ومثلها المادة 656 من القانون المدني المصري .

(2) انظر : الفتاوى الهندية 4 / 412 ، والاختيار 2 / 507 ، وأحكام عقد المقاولة ص 188 – 190 ، والمادة 678 من القانون المدني الكويتي، والمادة 659 من القانون المدني المصري .

(3) انظر : بدائع الصنائع 6 / 42 ، وتبيين الحقائق 5 / 111 ، ومواهب الجليل 5 / 431 ، والمهذب 1 / 573 .

(3) انظر : الوسيط للسنهوري 2 / 642 ، والمادة 318 من القانون المدني الكويتي ، والمادة 246 من القانون المدني المصري .

المطلب الثالث

الشرط الجزائي في عقد الصيانة

بعد أن فصلنا القول بشأن التزامات طرفي عقد الصيانة ، نتكلم هنا عن مدى مشروعية الشرط الجزائي في حال إخلال أحد الطرفين بأداء ما يترتب عليه من التزامات .

والشرط الجزائي هو : اتفاق يقصد منه العاقدان سلفاً تحديد التعويض الذي يستحقه الدائن ، إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه .

فالشرط الجزائي هو في حقيقته بند أو شرط تبعي ، يدرج بالعقود بقصد ضمان تنفيذ ما ينشأ عنها من التزامات ، ويكون ذلك بتحديد جزاء معين ، هو غالباً مبلغ من المال يتحمله الطرف المخل . فالقصد من الشرط الجزائي حمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته [1] .

وإذا كان الشرط الجزائي في حقيقته تقديراً اتفاقياً للتعويض الذي يستحق على أحد طرفي العقد ، نتيجة إخلاله بالتزامه مما ألحق ضرراً بالطرف الآخر ، فإن هذا الشرط - كما يقرر أهل القانون - قد يتضمن أيضاً معنى العقوبة والجزاء ، ويتحقق ذلك بصفة خاصة عندما تكون قيمته أعلى من الضرر الذي وقع فعلاً ، فيمثل الفرق بينهما نوعاً من الجزاء يتحمله من أخل بالتزاماته ، ويكون ذلك وسيلة من وسائل ضمان تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد ، عن طريق إجبار المخل على تنفيذ ما التزم به نتيجة التهديد بتوقيع العقوبة أو الجزاء المتفق عليه [2] .

ولذلك فكثيراً ما يستعان بالشرط الجزائي في عقود الصيانة ، خصوصاً في حق الصائن ؛ نظراً لأن إخلاله بأداء التزاماته يفوت على المصون له الغرض الذي من أجله أنشأ العقد ، ومن ثم فإنه غالباً ما يلحق به ضرراً ، كما أنه قد يترتب على ذلك إلحاق ضرر بغير المصون له ، كما لو تحطمت الطائرة المتعاقد على صيانتها بسبب إخلال الصائن في القيام بالتزاماته . ولأجل ذلك تتشدد عقود الصيانة عادة في الشرط الجزائي في حق الصائن .

وقد اتفقت القوانين المدنية على جواز العمل بالشرط الجزائي فيما لو كان محل الالتزام ليس مبلغاً من المال ، كما هو الحال بالنسبة للصائن ، فإن محل التزامه هو العمل الذي يقدمه . أما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من المال ، كما هو الشأن بالنسبة لالتزام المصون له ، فقد ذهبت القوانين المدنية في بعض الدول العربية كمصر وسوريا إلى جواز العمل بالشرط الجزائي ، ومن ثم أجازت الاتفاق على مقدار التعويض الذي يلتزم به المصون له في حال تأخره في أداء التزاماته المالية تجاه الصائن . بينما ذهبت القوانين المدنية في دول أخرى كالكويت والأردن إلى عدم جواز ذلك [3] ، وإنما تركت للصائن الحق في رفع أمره للقضاء طالباً التعويض عن الضرر الذي أصابه - إن أمكن إثباته - جزاء تأخر المصون له في أداء التزاماته المالية .

---

(1) انظر : الشرط الجزائي في العقود والتصرفات القانونية للدكتور عبد المحسن الرويشد ص 30 ، ونظرية الالتزام في القانون المدني المصري لأحمد حشمت أبو ستيت ص 442 ، والنظرية العامة للالتزام لجميل الشرقاوي 2 / 56 .

(2) انظر : المراجع السابقة ، والوسيط للسنهوري 2 / 866 .

(3) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ص 276 ، والمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني 1 / 400 .

جاء في المادة 302 من القانون المدني الكويتي : "إذا لم يكن محل الالتزام مبلغاً من النقود ، يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدماً التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق" . وجاء في المادة 306 من القانون نفسه: " إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، ولم يقم المدين بالوفاء به بعد إعذاره ، مع قدرته على الوفاء ، وأثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف ، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة" .

ولذلك فإن القانون المدني الكويتي لا يجيز ترتيب فوائد تأخيرية في العقد على المصون له في حال تأخره في أداء التزاماته المالية ، فقد جاء في المادة 305 من القانون المدني الكويتي : " يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود ، أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به" .

هذا وقد قررت القوانين المدنية أنه إذا كان الشرط الجزائي مبالغاً فيه ، جاز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المشترط ليتناسب مع الضرر الواقع فعلاً ، وذلك كي يقضي على التعسف الذي قد يقع في مثل هذه الأحوال [1] .

هذا هو بإيجاز ما قرره القانون بخصوص الشرط الجزائي في العقود .

أما في الفقه الإسلامي ، فإن الفقهاء وإن تكلموا عن التعزير بالمال، إلا أن الشرط الجزائي لم يكن معروفاً بهذا الاسم لدى فقهائنا الأقدمين ، ومع ذلك وردت حقيقته في بعض المسائل الفقهية . من ذلك ما أخرجه البخاري في صحيحه عن محمد بن سيرين : " أن رجلاً قال لكريِّه : أدخل ركابك ، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم ، فلم يخرج . فقال شريح : من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه". وقال أيوب عن ابن سيرين : "إن رجلاً باع طعاماً ، قال : إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع ، فلم يجئ ، فقال شريح للمشتري : أنت أخلفت ، فقضى عليه" [2] .

أما الفقهاء المعاصرون فقد تعرضوا لبحثه في كتبهم بهذا الاسم ، وبينوا العوامل التي أدت إلى التوسع في الأخذ به . قال العلامة الجليل مصطفى الزرقا : "في أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوربا ، وتطورت أساليب التجارة الداخلية ، والصنائع ، وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة .. وقد ضاعف هذا احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه ، ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي بالشرط الجزائي" [3] .

إن الآثار المتقدمة تدل على مشروعية الشرط الجزائي لاسيما وأنه بتطبيق الشرط الجزائي على أنواع الشروط التي تكلم عنها الفقهاء ، يظهر أنه من الشروط الملائمة لمقتضى العقد ، والتي هي من مصلحته ؛ إذ هو حافز لتنفيذ الالتزامات التعاقدية ، ومانع من الإخلال بها ، والذي هو مظنة الضرر وتفويت المنافع المرجوة من العقد ، وما دام كذلك فهو شرط صحيح كما قرر جمهور الفقهاء [4] ، كما أن القول بمشروعية الشرط الجزائي وصحته يسد أبواب الفوضى ويمنع التلاعب بحقوق الناس ، وهو منسجم مع الأمر بالوفاء بالعقود .

---

(1) انظر : الوسيط للسنهوري 2 / 870 ، ولنظرية العامة للالتزام للشرقاوي 2 / 61 ، والقانون المدني المصري مادة 430 ، والقانون المدني الكويتي مادة 303 .

(2) صحيح البخاري مع فتح الباري ، كتاب الشروط 5 / 345 ، وعمدة القارئ مع صحيح البخاري 14 / 21 . وانظر : إعلام الموقعين 3 / 2 .

(3) المدخل الفقهي العام 1 / 386 .

(4) انظر : الفتوى الهندية 3 / 133 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 239 – 240 ، وجواهر الإكليل 2 / 25 ، والمجموع 9 / 362 – 364 ، وكشاف القناع 3 / 189 – 190 .

هذا وقد أفتى بمشروعية الشرط الجزائي إذا كان محل الالتزام عملاً من الأعمال ، كثير من العلماء والهيئات ولجان الفتوى ، منهم : إدارة البحوث والإفتاء في المملكة العربية السعودية ، ودار الإفتاء المصرية ، والهيئة الشرعية في بيت التمويل الكويتي ، والدكتور زكي الدين شعبان وغيرهم [1] .

إلا أنه إذا كان الشرط الجزائي مبالغاً فيه ، بحيث يراد منه التهديد ، فإنه يجب الرجوع فيه إلى العدل والإنصاف ، فيكون التعويض الذي يلتزم به الصائن في حدود الضرر الواقع فعلاً على المصون له ، ويرجع في تقدير ذلك إلى أهل الخبرة ، وإلى القضاء عند النزاع .

أما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من المال ، كما في التزام المصون له في عقد الصيانة ، فإنه لا يجوز شرعاً الاتفاق في العقد على أن يقوم المصون له بتعويض الصائن مبلغاً معيناً عن كل يوم يتأخر فيه عن تسديد التزاماته المالية ؛ إذ إن ذلك يعتبر من الربا الصريح . قال الحطاب : "إذا التزم المدعى عليه للمدعي أنه إذا لم يوفه حقه في كذا ، فله عليه كذا وكذا ، فهذا لا يختلف في بطلانه ؛ لأنه صريح الربا ، وسواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره ، وسواء كان شيئاً معيناً أو منفعة" [2] .

ومع ذلك فإن المصون له إذا تأخر في الوفاء بالتزاماته المالية تجاه الصائن ، وترتب على ذلك ضرر أصاب الصائن ، وأمكن إثبات هذا الضرر ، جاز شرعاً للصائن أن يرفع أمره للقضاء طالباً التعويض عن الضرر الذي أصابه ، ويكون التعويض عندئذ في حدود الضرر الفعلي الذي أصاب الصائن ، ويقع على الصائن عبء إثبات حصول هذا الضرر .

وقد ذهب إلى جواز هذا التعويض كثير من العلماء المعاصرين ، منهم العلامة الجليل مصطفى الزرقا ، والدكتور الصديق الضرير ، والشيخ عبد الحميد السائح [3] وغيرهم . يقول الدكتور الصديق الضرير: "يجوز شرعاً إلزام المدين المماطل في الأداء ، وهو قادر على الوفاء ، بتعويض الدائن عن ضرره الناشئ عن تأخر المدين في الوفاء دون عذر مشروع ؛ لأن مثل هذا المدين ظالم ... فيكون حاله كحالة الغصب التي قرر الفقهاء فيها تضمين الغاصب منافع الأعيان المغصوبة ، علاوة على ردِّ الأصل" [4] .

وقد استدل هؤلاء العلماء على ما ذهبوا إليه بأدلة عديدة ليس هنا مجال ذكرها [5] .

---

(1) انظر : بحث الشرط الجزائي ضمن أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية 1 / 214 ، والشرط الجزائي للشيخ عبد الحميد السائح ، بحث منشور في مجلة البنوك في الأردن ص 10 ، والشرط الجزائي للدكتور زكي الدين شعبان ، بحث ضمن مجلة الحقوق والشريعة العدد الثاني ص 140 ، وفتاوى بيت التمويل الكويتي 1 / 21 .

(2) تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص 176 . وانظر : إعلام الموقعين 2 / 154 ، وأحكام القرآن لابن العربي 1 / 242 .

(3) انظر : قول العلامة الزرقا في مقال له بعنوان : هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن ، ضمن مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي ، العدد الثاني ، المجلد الثاني ص 97 . وانظر قول الدكتور الضرير في فتوى له على سؤال موجه له من بنك البركة، وهي منشورة في مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي ، العدد الأول ، المجلد الثالث ص 112 . وانظر قول الشيخ السائح في فتوى له على سؤال موجه من البنك الإسلامي الأردني ، ومجلة البنوك في الأردن ، مقال بعنوان الشرط الجزائي ص 11 .

(4) فتوى الدكتور الضرير المشار لها آنفاً .

(5) انظرها في المراجع سابقة الذكر .

المبحث الثاني

انتهاء عقد الصيانة

ينتهي عقد الصيانة بالأسباب التي تنتهي بها عقود المعاوضات المالية عموماً ، ويمكن إيجاز هذه الأسباب فيما يلي :

السبب الأول : الفسخ :

والفسخ هو : حل ارتباط العقد ورفع حكمه بإرادة أحد العاقدين [1] .

وعقد الصيانة وإن كان عقداً لازماً لطرفيه ، إلا أنه يدخله الخيار ، فيجوز لكل من طرفيه ، الصائن والمصون له ، أن يشترط لنفسه الخيار مدة محددة ، فيكون لصاحب الخيار فسخ العقد في المدة المشروطة منفرداً ، ما لم يسقط خياره صراحة أو دلالة . ويكون إسقاط الخيار صراحة بالتصريح بذلك ، أما إسقاطه دلالة فيكون في حالة ما لو كان الخيار للصائن بأن يقوم فيباشر العمل المتعاقد عليه ، وكذلك لو كان الخيار للمصون له ، ثم سمح للصائن بمباشرة العمل ورضي بذلك .

كذلك يثبت خيار الفسخ للصائن في حال ما لو كانت الأعيان المتعاقد على صيانتها غائبة عن مجلس العقد، وأقدم الصائن على التعاقد على صيانتها بناء على وصف المصون له للأعيان وصفاً رافعاً للجهالة ، ثم لما أراد الصائن مباشرة العمل ، تبين له أن الأعيان تختلف أوصافها عما حدده المصون له ، وكان هذا الاختلاف مؤثراً في التزامات الصائن ، أي مؤثراً في مقدار أعمال الصيانة الوقائية وقطع الغيار التي تحتاج إليها الأعيان لكي تستمر في أداء عملها المتوقع منها ، ومن ثم يكون هذا الاختلاف مؤثراً في مقدار العوض المالي الذي كان الصائن سيشترطه ، فيما لو علم الأوصاف الحقيقية للأعيان المتعاقد على صيانتها . ففي هذه الحالة يثبت للصائن الخيار في فسخ العقد أو إمضائه ، كما أنه يجوز أن يتراضى الطرفان على زيادة العوض الذي يستحقه الصائن بمقدار زيادة الأعمال المترتبة على ذلك .

والأصل في هذا ما قرره الفقهاء من أن للأجير المشترك خيار الرؤية في كل عمل يختلف باختلاف المحل [2].. ولذلك تنص عقود الصيانة عادة على إقرار الصائن بأنه قد عاين الأعيان المتعاقد على صيانتها ؛ وذلك تفادياً لثبوت خيار الفسخ .

كذلك يثبت حق الفسخ لكل من طرفي العقد ، في حال ما إذا امتنع الطرف الآخر عن الوفاء بالتزاماته ، وترتب على ذلك حصول الضرر ، فيكون للطرف المتضرر عندئذ فسخ العقد بإرادته المنفردة . ولا يختلف الفقه والقانون في تقرير هذا الحق [3] .

---

(1) انظر : حاشيتا القليوبي وعميرة على منهاج الطالبين 2 / 195 ، 280 .

(2) انظر : بدائع الصنائع 5 / 552 ، والفتاوى الهندية 4 / 420 ، والمهذب 1 / 559 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 91 .

(3) انظر : كشاف القناع 4 / 25 ، وأحكام عقد المقاولة لفتيحة قرة ص 261 .

السبب الثاني : الإقالة :

والإقالة هي : رفع العقد وإلغاء حكمه وآثاره بتراضي الطرفين [1] .

وعليه فإذا تراضى الصائن والمصون له على إنهاء عقد الصيانة ، انتهى العقد ، وذلك سواء كانت الإقالة تحقق المصلحة لطرفي العقد ، أو كان أحد العاقدين بقبوله الإقالة يحقق للآخر رغبته في إنهاء العقد .

والأصل في مشروعية الإقالة ، حديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : " من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة" [2] .

السبب الثالث : انقضاء مدة العقد :

لما كان عقد الصيانة عقداً زمنياً مؤقتاً بمدة محددة من الزمان ، لذلك فإنه ينتهي بانتهاء مدته المتفق عليها في العقد ، شأنه في ذلك شأن عقد الإجارة مع أجير مشترك إذا كان العمل المتعاقد عليه ممتداً . إلا أنه إذا وجد عذر يقتضي امتداد مدته ، كأن تتعطل الأعيان المتعاقد على صيانتها في اليوم الأخير من العقد مثلاً ، وتكون أعمال الصيانة اللازمة لها تستلزم بضعة أيام ، بحيث تنتهي مدة العقد ولا تكون الأعيان في حالة صالحة لأداء الغرض المرسوم لها ، فإنه يجب عند ذلك تمديد مدة العقد بالقدر اللازم لإصلاح الأعيان وإعادتها لحالتها المعهودة ، ويستحق الصائن عندئذ زيادة في العوض بمقدار تلك الزيادة في المدة ، وذلك بناء على ما قرره الفقهاء في حالة ما لو وجد عذر يقتضي امتداد مدة عقد الإجارة [3] .

هذا وتنص كثير من عقود الصيانة على أنه ما لم يبلغ أحد الطرفين الآخر رغبته عدم تجديد العقد قبل مدة محددة من انتهائه ، فإن العقد يتجدد تلقائياً لمدة مماثلة ، وبالشروط نفسها . ولا مانع شرعاً من ذلك ؛ إذ إنه يعتبر اتفاقاً على تمديد مدة العقد ، ولا يعتبر عقداً جديداً يحتاج إلى إيجاب وقبول جديدين .

وبمثل ما سبق أخذ القانون ، فقال بانتهاء عقود المقاولات إن كان محلها عملاً ممتداً – ومنها عقد الصيانة – بانتهاء مدتها ، مع جواز الاتفاق على تمديدها لمدة أخرى [4] .

السبب الرابع : هلاك الأعيان المتعاقد على صيانتها :

إذا هلكت الأعيان المتعاقد على صيانتها ، كأن احترقت أو غرقت أثناء عملها ، انفسخ عقد الصيانة دونما توقف على إرادة العاقدين ؛ وذلك لتعذر استمرار العقد ؛ إذ إن الصائن لا يمكنه القيام بالأعمال المتعاقد عليها، كما أن المصون له لا نفع له من استمرار العقد .

---

(1) انظر : البحر الرائق 6 / 110 ، والأم 3 / 67 .

(2) أخرجه أبو داود وابن ماجه والحاكم ، كلهم من حديث أبي هريرة ﷺ . وقال الحاكم : هو على شرط الشيخين . (انظر : فيض القدير 6 / 79) .

(3) انظر : الفتاوى الهندية 4 / 414 ، 416 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 67 – 68 .

(4) انظر : أحكام عقد المقاولة ص 261 – 262 .

والأصل في ذلك ما قرره الفقهاء من أنه إذا هلكت الأعيان المستأجرة ، أو هلك محل العمل المتعاقد مع الأجير المشترك على العمل فيه - كأن احترق الثوب المتعاقد على خياطته - انفسخ عقد الإجارة [1] .

وفي مثل هذه الحالة يكون للصائن أجره عن المدة التي سبقت هلاك الأعيان فقط ، أما إن كان المصون له قد عجل له أجره عن المدة التي تلت هلاك الأعيان ، فإنه يلزم الصائن ردها للمصون له ؛ إذ إنه غير مستحق لها .

وبمثل هذا أخذ القانون ، فقد اعتبر أن العمل المتعاقد عليه قد أصبح مستحيل التنفيذ في مثل هذه الحالة ، ولذا انفسخ العقد [2] .

وكذا الحكم شرعاً فيما لو غصبت الأعيان المتعاقد على صيانتها ، وبقي الغصب قائماً طيلة مدة العقد ، أما لو كان الغصب بعض مدة العقد فإن العقد يبقى قائماً ، ويسقط من العوض الذي يستحقه الصائن بقدر مدة الغصب ؛ وذلك لتعذر استيفاء أعمال الصيانة في هذه المدة . وعقد الصيانة في هذا لا يخرج عما قرره الفقهاء بشأن عقد الإجارة [3] .

السبب الخامس : الأعذار الطارئة :

إذا طرأت ظروف قاهرة منعت الصائن أو المصون له من الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، أو جعلت وفاءه بها أمراً عسيراً ، فإنه تطبق عندئذ قاعدة الأعذار الطارئة التي فصّل الحنفية القول فيها ، ووافقهم في ذلك - من حيث الأصل - المالكية .

وبيان ذلك : أن الفقهاء قد اختلفوا في جواز فسخ عقد الإجارة بالأعذار الطارئة ، فذهب الحنفية إلى جواز ذلك ؛ إذ إن طروء الأعذار التي يصبح معها استيفاء العمل المتعاقد عليه عسيراً ، يقاس على هلاك الأعيان المستأجر على العمل فيها ؛ ذلك أنه يشترط في المنفعة (العمل) المعقود عليها في عقد الإجارة ، لكي يكون العقد لازماً ، ألا يطرأ عذر يمنع استيفاء المنفعة ، كما يرى الحنفية ؛ لأن الإجارة وإن كان الأصل فيها اللزوم ، وأنه لا يجوز فسخها بالإرادة المنفردة ، إلا أنها شرعت للانتفاع ، فاستمرارها مقيد بذلك . فإذا تحول العقد مصدر ضرر لأحد طرفيه بسبب لم يكن متوقعاً عند التعاقد ، لا يبقى العقد لازماً في حقه ، بل له فسخه ؛ إذ الحاجة تدعو إلى ذلك عند العذر ، فإنه لو لزم العقد حينئذ ، للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد . واعتبر الحنفية أن امتناع الفسخ عند تحقق العذر خروج عن الشرع والعقل ؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه ، فاستأجر رجلاً ليقلعها ، فسكن الوجع ، أنه يجبر على القلع ، وهذا قبيح شرعاً وعقلاً [4] .

ويقترب المالكية من الحنفية في أصل الفسخ بالعذر ، وإن كانوا لم يتوسعوا فيه بمثل ما توسع فيه الحنفية ، فقال المالكية : لو كان العذر بغصب محل العمل أو أمر ظالم لا تناله الأحكام ، كإغلاق الحوانيت المكتراة ، أو حمل ظئر - لأن لبن الحامل يضر الرضيع - أو مرضها ، حق للمستأجر الفسخ أو الإبقاء [5] .

---

(1) انظر : الفتاوى الهندية 4 / 461 ، والشرح الصغير 4 / 49 ، وكشاف القناع 4 / 27 .

(2) انظر : أحكام عقد المقاولة ص 261 ، والقانون المدني المصري مادة 664 ، والقانون المدني الكويتي مادة 685 .

(3) انظر : الفتاوى الهندية 4 / 461 ، والشرح الصغير 4 / 49 ، وكشاف القناع 4 / 27 .

(4) انظر : بدائع الصنائع 6 / 28 - 30 ، والهداية 3 / 250 ، والفتاوى الهندية 4 / 458 .

(5) انظر : بداية المجتهد 2 / 251 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 31 .

أما الشافعية والحنابلة فلا يرون فسخ الإجارة بالأعذار ؛ لأنها بيع فتكون لازمة ، على تفصيل في ذلك [1] .

والراجح ما ذهب إليه الحنفية والمالكية ، وعليه فيجوز فسخ عقد الصيانة بالأعذار الطارئة التي تلحق أحد العاقدين ، مما لم يكن متوقعاً عند التعاقد ، بحيث يصبح استمراره في العقد عسيراً ، أو مضراً ضرراً لا يلتزم في العقود عادة .

ومن أمثلة ذلك أن تحدث حرب تمنع استيراد قطع الغيار اللازمة للصيانة ، أو يشب حريق في الشركة الصائنة يتلف كل معدات الصيانة ، أو تمنع الدولة الشركة الصائنة من ممارسة عملها ، ونحو ذلك . ففي مثل هذه الحالات أرى أن يكون من حق الصائن فسخ العقد ، ما لم يقبل المصون له الانتظار مدة من الزمن يتمكن فيها الصائن من القيام بعمله . ولكن حق الصائن في الفسخ يكون متوقفاً على تراضي الطرفين أو القضاء ، لاسيما إن كان العذر خفياً ، أو حصل خلاف بين العاقدين في كونه عذراً قاهراً أو لا ، على ما قرره كثير من فقهاء الحنفية واستحسنه الكاساني وغيره [2] .

السبب السادس : وفاة أحد العاقدين :

عقد الصيانة من عقود المعاوضات المالية ، ولذلك فالأصل فيه أن شخصية كل من طرفيه ليست محل اعتبار في التعاقد ، وينطبق هذا الأصل بصفة مطلقة فيما يتعلق بالمصون له ، فلا أثر لموته على العقد، بل يستمر العقد رغم ذلك قائماً ملزماً لورثته .

وكذلك بالنسبة للصائن ، فالأصل أن عقد الصيانة لا ينتهي بموته ، اللهم إلا إذا كانت مؤهلات الصائن الشخصية محل اعتبار في العقد ، ولم تتوافر هذه المؤهلات في ورثته ، فعندئذ ينتهي العقد بموته . فإن ما يهم المصون له هو أن يتم العمل وفقاً للمواصفات المتفق عليها ، بصرف النظر عمن يقوم بهذا العمل .

ولذلك إذا توفي الصائن وكان له ورثة يستطيعون القيام بأعمال الصيانة وفقاً لما هو متفق عليه ، فالأصل استمرار العقد ، أما إذا لم تتوافر في ورثة الصائن الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل ، سواء في ذلك المؤهلات الفنية أوالخبرات اللازمة أو الأمانة ، فإنه يكون للمصون له أن يطلب فسخ العقد بسبب وفاة الصائن، ولا يتقرر الفسخ إلا إذا قبله الورثة أو حكم به القضاء .

والأصل في استمرار العقد – إن كان استمراره ممكناً – في حال وفاة أحد العاقدين ، ما قرره جمهور الفقهاء من أن عقد الإجارة لا يبطل بموت أحد العاقدين أو كليهما [1] .

وبمثل هذا أخذ القانون ، فقرر أن عقود المقاولات – ومنها عقد الصيانة – لا تنتهي بموت رب العمل (المصون له) ، ولا بموت المقاول (الصائن) إلا إذا كانت مؤهلات الصائن الشخصية محل اعتبار في العقد ، ولم تتوفر مثل هذه المؤهلات في ورثته ، فعند ذلك ينتهي العقد بموته [3] .

---

(1) انظر : حاشيتا القليوبي وعميرة على منهاج الطالبين 3 / 81 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 21 .

(2) انظر : بدائع الصنائع 6 / 35 ، والهداية 3 / 251 ، والفتاوى الهندية 4 / 459 .

(1) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 33 ، وحاشيتا القليوبي وعميرة على منهاج الطالبين 3 / 84 ، والمغني والشرح الكبير 6 / 42 .

(2) انظر : أحكام عقد المقاولة ص 263 – 265 والوسيط 7 / 253 وما بعدها والقانون المدني المصري مادة 666 .

أما إذا كان الصـائن أو المصون له شخصية اعتبارية كشركة مثلاً ، فإن انحلال الشركة وانتهاء وجودها القانوني يؤدي إلى انتهاء عقد الصيانة ؛ نظراً لتعذر استمراره ، وعندها تطبق على هذه الحالة أحكام امتناع أحد طرفي العقد عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية .

الخاتمة

بعد أن انتهيت من الدراسة التفصيلية لعقد الصيانة في الفقه الإسلامي ، والتي أردتها دراسة فقهية مقارنة بالقانون ، ومستوعبة لكافة جوانب هذا العقد - وأرجو أن أكون قد وفقت إلى هذا - ، أعرض في هذه الخاتمة أهم النتائج المستخلصة من هذه الدراسة :

1 - الأصل في العقود - في الفقه الإسلامي - هو الإباحة إلا ما دلّ الدليل الشرعي على منعه . وبمثل هذا أخذ القانون ، فأقر كل عقد لا يصادم نصوصه ، ولا يخالف النظام العام أو الآداب .

2 - عقد الصيانة لابد أن يكون تصرفاً إرادياً ، تلتقي فيه إرادتان أو أكثر على إحداث الأثر المتعاقد عليه . فإن لم يكن إرادياً ، أو لم يكن المراد منه إحداث الأثر المتعاقد عليه ، فإنه يخرج عن كونه عقداً ، فقهاً وقانوناً .

3 - الصيانة في اللغة هي : القيام على الشيء بما فيه حفظه ووقايته من التلف . أما عند أهل الاختصاص فهي : مجموعة الفعاليات الفنية والإدارية التي تهدف إلى حفظ الجزء ، أو إعادته إلى حالته الطبيعية لأداء الغرض المطلوب .

4 - يتضمن مفهوم الصيانة ثلاثة أنواع من الصيانة هي : الصيانة التشغيلية ، والصيانة الوقائية ، والصيانة الإصلاحية .

5 - لا تدخل أعمال الصيانة التشغيلية في عقود الصيانة ، وإنما تدخل في عقود التشغيل المتلازمة مع الصيانة. وعليه فعقود الصيانة المعاصرة تشتمل على الأعمال الوقائية والإصلاحية .

6 - أول ظهور لمفهوم الصيانة الحديث ، بدأ بعد الثورة الصناعية ، حيث تزايد الاعتماد على الآلة في مختلف مجالات الحياة .

7 - لعقود الصيانة في العصر الحديث أهمية كبيرة ؛ نظراً للعلاقة الوثيقة للصيانة بالإنتاج ، والمحافظة على الاستثمارات والموارد الطبيعية ، وارتباطها بالنشاط التجاري والدورة الاقتصادية .

8 - ترتبط أهمية الصيانة بضرورة حفظ المال ، التي هي إحدى الكليات الخمس .

9 - عقد الصيانة من العقود المستحدثة التي لا عهد للفقهاء قديماً بها .

10 - يعرف عقد الصيانة فقهاً بأنه : اتفاق على الأعمال اللازمة لبقاء عين صالحة لأداء وظيفتها ، مقابل عوض .

11 - لا يوجد في قوانين الدول العربية عقد بهذا الاسم ، وإنما أدرجته القوانين ضمن عقد المقاولة . وعليه يمكن تعريفه بناءً على ذلك بأنه : " عقد يلتزم بمقتضاه أحد العاقدين بالقيام لحساب العاقد الآخر بالأعمال اللازمة لبقاء عين صالحة لأداء وظيفتها ، مقابل عوض مالي ، دون أن يكون تابعاً له ، أو نائباً عنه " .

12 - يتسم عقد الصيانة - في الفقه والقانون - بالخصائص التالية : عقد رضائي ، وعقد معاوضة ، وعقد زمني ، وعقد لازم .

13 - الغالب الأعم من عقود الصيانة يشتمل على التزام الصائن بالصيانة الوقائية والإصلاحية معاً ، وكذلك التزامه ببعض أو كل قطع الغيار اللازمة لذلك . كما أن جميع عقود الصيانة تستثني إصلاح الأعطال التي تنشأ بسبب سوء الاستعمال أو القوة القاهرة أو السبب الأجنبي .

14 - لعقد الصيانة طبيعة خاصة تجعل من الصعوبة بمكان تخريجه على عقد من العقود المسماة في الفقه الإسلامي ، ولذلك فإنه يعتبر عقداً حادثاً مستقلاً ، وهومركب من عقد الإجارة مع أجير مشترك وعقد الاستصناع . ذلك أن التزام الصائن بأعمال الصيانة الوقائية يكيف فقهاً على أنه عقد إجارة مع أجير مشترك ، أما التزامه بتوفير قطع الغيار اللازمة لأعمال الصيانة الوقائية ، فيكيف فقهاً على أنه عقد استصناع . أما بالنسبة لالتزامه بإصلاح الأعيان حال تعطلها ، فما كان سبب تعطله مما لا يمكن للصائن التحرز منه ، فإنه لا يجوز شرعاً أن يلتزم الصائن بإصلاحه ؛ إذ إن ذلك ينطوي على غرر وجهالة فاحشين، كما أنه لا يدخل في ضمانه كأجير مشترك . أما ما يحصل من الأعطال بسبب يمكن للصائن التحرز منه ، فإنه يلتزم بإصلاحها ؛ إذ إنها تدخل في ضمانه كأجير مشترك ، وذلك سواء تم الإصلاح بالعمل فقط ، أم احتاج أيضاً إلى قطع غيار .

15 - يقع على الصائن عبء إثبات سبب تعطل الأعيان ، كما هو الحال في الأجير المشترك ، ويتفق القانون مع الفقه الإسلامي في ذلك .

16 - عقد الصيانة يعتبر في القانون عقد مقاولة ، سواء التزم الصائن بقطع الغيار أم لا .

17 - عقد الصيانة عقد مشروع في الفقه الإسلامي ؛ ذلك أن الأصل في العقود هو الإباحة ، كما أن العقد لا يصادم قاعدة من قواعد العقود في الفقه الإسلامي .

18 - لا يشكل على مشروعية عقد الصيانة كونه مركباً من عقدي معاوضة مختلفي الأحكام ؛ فإن كلا منهما يصح منفرداً ، فلا يضر الجمع بينهما .

19 - إن الغرر أو الجهالة اللذين ينطوي عليهما عقد الصيانة ، ليسا من النوع المؤثر في صحة العقد ؛ إذ هما ليسا فاحشين ، ولا واردين على المعقود عليه أصالة في العقد ، كما أن العقد مما تدعو إليه الحاجة ، فلا يضر وجود قدر من الغرر أو الجهالة فيه .

20 - يفارق عقد الصيانة عقد التأمين من وجوه جوهرية عديدة ، وما يظهر بينهما من وجه شبه يعد هدراً .

21 - أركان عقد الصيانة ثلاثة ، هي : الصيغة (الإيجاب والقبول) ، والعاقدان (الصائن والمصون له) ، والمحل (المعقود عليه) .

22 - شروط عقد الصيانة في الفقه الإسلامي لا تختلف - في الجملة - عن شروط أي عقد من عقود المعاوضات المالية ، أما في القانون فشروطه هي ذات شروط عقد المقاولة .

23 - التزامات الصائن بموجب العقد هي : إنجاز العمل بالطريقة المتفق عليها ، مع بذل العناية اللازمة في ذلك ، وكذلك تسليم العمل بعد الانتهاء منه ، إضافة للضمان .

24 - يجوز للصائن أن يعهد لصائن بالباطن إنجاز جميع التزاماته أو بعضاً منها ، وذلك ما لم ينص عقد الصيانة على منعه من ذلك صراحة ، أو يستخلص ذلك ضمناً من ظروف التعاقد ، وهذا الأمر محل اتفاق فقهاً وقانوناً .

25 - التزامات المصون له بموجب العقد هي : تمكين الصائن من إنجاز العمل ، وتسلم العمل ، ودفع الأجر المتفق عليه في مواعيده المحددة .

26 - لا مانع شرعاً من اشتراط المصون له شرطاً جزائياً على الصائن ، في حال إخلاله بالتزاماته التعاقدية ، ولكن لا يجوز شرعاً اشتراط مثل هذا الشرط في حال تأخر المصون له في دفع مستحقات الصائن المالية ؛ لأنه عين الربا . ومع هذا يجوز للصائن أن يرفع أمره للقضاء طالباً التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء تأخر المصون له في أداء مستحقاته .

27 - ينتهي عقد الصيانة بالأسباب التي تنتهي بها عقود المعاوضات المالية عموماً .

وبعد ، فهذه هي أهم نتائج هذه الدراسة ، التي أسأل الله عز وجل أن ينفعني بها ، وأن ينفع بها ، وأن يجعلها عملاً خالصا لوجهه الكريم .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

الفهارس

وتشمل ما يلي (*) :

أولاً : فهرس المراجع .
ثانياً : فهرس الموضوعات .

(*) لصعوبات فنية تم حذف فهرس الأيات والأحاديث والأثار من الرسالة مع الإبقاء على فهرس المراجع والموضوعات (الجهة المشرفة على الطباعة)

أولاً : فهرس المراجع

أولاً : القرآن الكريم وعلومه :

1- القرآن الكريم .

2- أحكام القرآن للإمام أبي بكر أحمد بن علي الجصاص ، المتوفى ٣٧٠ هـ .
ضبط وتخريج عبد السلام محمد شاهين - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م .

3- أحكام القرآن للقاضي محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ، المتوفى ٥٤٣ هـ
مراجعة محمد عطا - دار الكتب العلمية - بيروت ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م .

4- تفسير القرآن العظيم للإمام إسماعيل بن كثير القرشي ، المتوفى ٧٧٤ هـ .
دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت ١٣٨٨ هـ .

5- تفسير المنار للشيخ محمد رشيد رضا ، المتوفى ١٣٥٤ هـ .
طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٧٣ م .

6- الجامع لأحكام القرآن للإمام محمد بن أحمد القرطبي ، المتوفى ٦٧١ هـ .
مراجعة وضبط وتخريج الدكتور محمد إبراهيم الحفناوي ، والدكتور محمود حامد عثمان - دار الحديث - القاهرة - الطبعة الثانية ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م .

7- روح المعاني للعلامة أبي الفضل محمود الألوسي ، المتوفى ١٢٧٠ هـ .
دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة الرابعة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

8- عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ للعلامة أحمد الحلبي ، المتوفى ٧٥٦ هـ .
تحقيق الدكتور محمد التونجي - دار عالم الكتب - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .

ثانياً : الحديث الشريف وعلومه :

1- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني .
المكتب الإسلامي - الطبعة الأولى ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

2- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، للحافظ أحمد بن علي العسقلاني ، المعروف بابن حجر ، المتوفى ٨٥٢ هـ .
تحقيق عبد الله اليماني - شركة الطباعة الفنية - القاهرة - ١٣٨٤ هـ .

3- جامع الأصول للعلامة ابن الأثير الجزري ، المتوفى ٦٠٦ هـ .
تحقيق عبد القادر الأرناؤوط - مكتبة الملاح والحلواني ودار البيان - ١٣٩٩ هـ .

4- الجامع الصحيح للإمام محمد بن إسماعيل البخاري ، المتوفى ٢٥٦ هـ .
ضبطه ورقم أحاديثه وشرح ألفاظه الدكتور مصطفى البغا - دار ابن كثير ودار اليمامة - دمشق ، بيروت - الطبعة الخامسة ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .

5- الجامع الصحيح للإمام محمد بن عيسى الترمذي ، المتوفى ٢٧٩ هـ .
تحقيق أحمد شاكر وآخرين - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة - الطبعة الأولى ١٣٥٦ هـ .

6- الجامع الصحيح للإمام مسلم بن حجاج القشيري ، المتوفى ٢٦١ هـ .
تحقيق وترقيم وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي - دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة الثانية ١٩٧٢ م .

7- سنن أبي داود للإمام سليمان بن الأشعث الأزدي ، المتوفى ٢٧٥ هـ .
ومعه معالم السنن للإمام حمد بن محمد الخطابي ، المتوفى ٣٨٨ هـ .
تحقيق عزت الدعاس و عادل السيد - دار الحديث - حمص - الطبعة الأولى ١٣٨٨ هـ .

8- سنن النسائي للحافظ أحمد بن شعيب النسائي ، المتوفى ٣٠٣ هـ .
تحقيق الدكتور عبد الغفار البنداري وسيد كسروي . دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١١ هـ .

9- صحيح الجامع الصغير وزياداته للشيخ محمد ناصر الدين الألباني .
المكتب الإسلامي - الطبعة الثالثة ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .

10- عارضة الأحوذي شرح صحيح الترمذي للقاضي محمد بن عبد الله ، المعروف بابن العربي ، المتوفى ٥٤٣ هـ .
دار الكتاب العلمية - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

11- عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، للإمام محمد العيني ، المتوفى ٨٥٥ هـ .
إدارة المطبعة المنيرية - القاهرة (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

12- فتح الباري شرح صحيح البخاري للحافظ أحمد بن علي العسقلاني ، المعروف بابن حجر ، المتوفى ٨٥٢ هـ .
تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - المكتبة السلفية - القاهرة الطبعة الثالثة ١٤٠٧هـ

13- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين الهيثمي ، المتوفى ٨٠٧ هـ .
دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة الثالثة ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .

14- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح للملا علي القاري ، المتوفى ١٠١٤ هـ .
إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

15- المستدرك على الصحيحين للإمام أبي عبد الله الحاكم ، المتوفى ٤٠٥ هـ .
وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي - مكتب المطبوعات الإسلامية - الطبعة الثانية .

16- المسند للإمام أحمد بن حنبل ، المتوفى ٢٤١ هـ .
تحقيق أحمد محمد شاكر . دار المعارف - القاهرة - الطبعة الثانية ١٣٦٨ هـ .

17- النهاية في غريب الحديث والأثر ، للإمام ابن الأثير الجزري ، المتوفى ٦٠٦ هـ .
دار الكتاب المصري ، دار الكتاب اللبناني (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

18- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، للقاضي محمد الشوكاني ، المتوفى ١٢٥٠ هـ
دار الحديث - القاهرة (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

ثالثاً : الفقه الإسلامي وأصوله :

1- إحكام الفصول في أحكام الأصول ، للإمام أبي الوليد الباجي ، المتوفى ٤٧١ هـ .
تحقيق الدكتور عبد الله الجبوري - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م .

2- الإحكام في أصول الأحكام للإمام علي بن حزم الأندلسي ، المتوفى ٤٥٦ هـ .
تحقيق لجنة من العلماء - دار الجيل - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٧ هـ .

3- الاختيار لتعليل المختار ، للشيخ عبد الله بن محمود الموصلي ، المتوفى ٦٨٣ هـ .
تعليق الشيخ محمود أبو دقيقة - دار الفكر العربي (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

4- الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، للعلامة علاء الدين البعلي .
دار الفكر - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

5- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، للعلامة محمد بن علي الشوكاني ، المتوفى ١٢٥٠ هـ .
دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

6- الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين السيوطي ، المتوفى ٩١١ هـ .
دار إحياء الكتاب العربي (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

7- الأشباه والنظائر للعلامة زين الدين بن نجيم ، المتوفى ٩٧٠ هـ .
دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .

8- إصلاح المال لأبي بكر بن أبي الدنيا .
دار الوفاء - مصر - الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م .

9- أصول السرخسي للإمام محمد بن أحمد السرخسي ، المتوفى ٤٩٠ هـ .
تحقيق أبي الوفا الأفغاني - دار الكتاب العربي - القاهرة ١٣٧٢ هـ .

10- الاعتصام للإمام أبي إسحاق الشاطبي ، المتوفى ٧٩٠ هـ .
تحقيق محمد رضا - المكتبة التجارية الكبرى - القاهرة (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

11- إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية ، المتوفى ٧٥١ هـ .
تحقيق محمد البغدادي - دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ

12- الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي ، المتوفى ٢٠٤ هـ .
دار الفكر - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

13- الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى .
دار الكتاب العربي - القاهرة ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٢ م .

14- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، للقاضي علي بن سليمان المرداوي ، المتوفى ٨٨٥ هـ .
تحقيق محمد حامد الفقي - دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة الأولى ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٧ م .

15- الاهتمام بإتقان العمل في الاقتصاد الإسلامي للدكتور بيلي العليمي .
الطبعة الأولى ٢٠٠٠ م .

16- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة زين الدين بن نجيم ، المتوفى ٩٧٠ هـ .
دار المعرفة - بيروت - الطبعة الثالثة ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م .

17- البحر المحيط في أصول الفقه للإمام محمد الزركشي ، المتوفى ٧٩٤ هـ .
حرره الدكتور عبد الستار أبو غدة - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت - الطبعة الثانية ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م .

18- بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ، لمجموعة من العلماء .
دار النفائس - الأردن - الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م .

19- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين الكاساني ، المتوفى ٥٨٧ هـ .
تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض ، والشيخ عادل عبد الموجود - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م .

20- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام ابن رشد الحفيد ، المتوفى ٥٩٥ هـ .
دار المعرفة - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

21- البهجة في شرح التحفة للشيخ علي بن عبد السلام التسولي ، المتوفى ١٢٥٨ هـ .
دار الفكر - بيروت - الطبعة الثانية ١٣٧٠ هـ - ١٩٥١ م .

22- التأمين التجاري والبديل الإسلامي للدكتور غريب الجمال .
دار الاعتصام (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

23- التأمين في الشريعة والقانون ، لشوكت عليان .
دار الرشيد - الرياض - الطبعة الثانية ١٤٠١ هـ .

24- التأمين وأحكامه للدكتور سليمان بن إبراهيم الثنيان .
دار العواصم المتحدة - قبرص - بيروت - الطبعة الأولى ١٩٩٣ م .

25- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة عثمان بن علي الزيلعي ، المتوفى ٧٤٢ هـ . ومعه حاشية الشلبي للشيخ أحمد بن محمد السعودي ، المعروف بابن الشلبي ، المتوفى ١٠٢١ هـ .
دار الكتاب الإسلامي - مصر - الطبعة الثانية .

26- تحرير الكلام في مسائل الالتزام للعلامة محمد الحطاب ، المتوفى ٩٥٤ هـ .
تحقيق عبد السلام الشريف - دار الغرب الإسلامي - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ .

27- تحفة الحبيب على شرح الخطيب للشيخ سليمان البجيرمي ، المتوفى ١٢٢١ هـ .
دار المعرفة - بيروت ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م .

28- تحفة الفقهاء للعلامة محمد بن أحمد السمرقندي ، المتوفى ٥٣٩ هـ .
دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ .

29- تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج ، لابن الملقن .
تحقيق عبد الله بن سعاف اللحياني - دار حراء للنشر والتوزيع - مكة المكرمة - الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

30- تحفة المحتاج بشرح المنهاج للعلامة بن حجر الهيثمي ، المتوفى ٩٧٤ هـ .
ومعه حاشية الشيخ عبد الحميد الشرواني على التحفة ، المتوفى ١٢٨٩ هـ .
ومعه حاشية الشيخ ابن قاسم العبادي على التحفة ، المتوفى ٩٩٤ هـ .
دار الفكر - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

31- تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة للشيخ عز الدين توني .
بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ١٩٩٥ م .

32- تطبيقات الإجارة والجعالة على عقود الصيانة للدكتور يوسف قاسم .
بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي ١٩٩٥ م .

33- التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي للدكتور محمد وحيد الدين سوار .
دار الثقافة - عمان - الطبعة الثانية ١٩٨٨ م .

34- التقرير والتحبير في شرح كتاب التحرير لابن أمير الحاج ، المتوفى ٨٧٩ هـ .
دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م .

35- التمهيد في أصول الفقه للإمام محفوظ بن أحمد الكلوذاني ، المتوفى ٥١٠ هـ .
تحقيق الدكتور محمد بن إبراهيم - مؤسسة الريان - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٢١ هـ .

36- الجعالة وأحكامها للدكتور خالد رشيد الجميلي .
دار عالم الكتب - بيروت ١٩٨٦ م .

37- الجعالة والاستصناع ، للدكتور شوقي أحمد دنيا .
منشورات البنك الإسلامي للتنمية - جدة ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م .

38- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ، للشيخ صالح بن عبد السميع الأبي .
دار الفكر - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

39- حاشية الجمل على شرح المنهج ، للشيخ سليمان بن عمر العجيلي ، الشهير بالجمل ، المتوفى ١٢٠٤ هـ .
ومعه شرح منهج الطلاب للقاضي زكريا الأنصاري ، المتوفى ٩٢٦ هـ .
دار الفكر - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

40- حاشية الخرشي على مختصر خليل ، للشيخ محمد الخرشي ، المتوفى ١١٠١ هـ .
ضبط وتخريج زكريا عميرات - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م .

41- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، للشيخ محمد الدسوقي ، المتوفى ١٢٣٠ هـ .
دار الفكر - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

42- حاشيتا القليوبي وعميرة ، للشيخ شهاب الدين أحمد البرلسي ، المعروف بعميرة ، المتوفى ٩٥٧ هـ ، والشيخ أحمد بن أحمد القليوبي ، المتوفى ١٠٦٩ هـ .
ضبط وتصحيح عبد اللطيف بن عبد الرحمن - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م .

43- حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين للدكتور حسين حامد حسان .
دار الاعتصام - القاهرة (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

44- الخطر والتأمين لإبراهيم عبد ربه .
دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ١٩٨١ م .

45- درر الحكام شرح مجلة الأحكام للعلامة علي حيدر .
تعريب المحامي فهمي الحسيني - دار الجيل - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م .

46- الذخيرة للإمام شهاب الدين القرافي ، المتوفى ٦٨٤ هـ .
تحقيق الدكتور محمد حجي - دار الغرب الإسلامي - بيروت - الطبعة الأولى ١٩٩٤ م .

47- رد المحتار على الدر المختار للعلامة ابن عابدين ، المتوفى ١٢٥٢ هـ .
ومعه الدر المختار شرح تنوير الأبصار للعلامة إبراهيم بن علي الحصكفي ، المتوفى ١٠٨٨ هـ .
تحقيق عبد المجيد حلبي - دار المعرفة - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ .

48- روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام يحيى بن شرف النووي ، المتوفى ٦٧٦ هـ .
تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ - ١٩٩٣ م .

49- الروض المربع بشرح زاد المستقنع ، للعلامة منصور البهوتي .
دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الثامنة .

50- الشرح الصغير على أقرب المسالك ، للعلامة أحمد الدردير ، المتوفى ١٢٠١ هـ .
ومعه حاشية الصاوي للعلامة أحمد بن محمد الصاوي ، المتوفى ١٢٤١ هـ .
دار المعارف - القاهرة ١٣٩٢ هـ - ١٩٨٦ م .

51- شرح منتهى الإرادات للعلامة منصور البهوتي ، المتوفى ١٠٥١ هـ .
دار عالم الكتب - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م .

52- الشكل في الفقه الإسلامي للدكتور محمد وحيد الدين سوار .
دار الثقافة - عمان - الطبعة الثانية ١٩٩٨ م .

53- الضوابط التي تحكم عقد صيانة العين المؤجرة ، وتبعة ذلك على المؤجر والمستأجر للدكتور محمد سليمان الأشقر .
بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي ١٩٩٣ م .

54- الضوابط التي تحكم عقد صيانة العين المؤجرة ، وتبعة ذلك على المؤجر والمستأجر ، للدكتور محمد عثمان شبير .
بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي ١٩٩٣ م .

55- ضوابط العقود في الفقه الإسلامي للدكتور عدنان التركماني .
دار الشروق - جدة - الطبعة الأولى ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .

56- العزيز شرح الوجيز للإمام عبد الكريم بن محمد الرافعي ، المتوفى ٦٢٣ هـ .
تحقيق الشيخ علي محمد معوض ، والشيخ عادل عبد الموجود - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م .

57- عقد الاستصناع للدكتور كاسب عبد الكريم البدران .
دار الدعوة - مصر (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

58- عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار للدكتور أحمد شرف الدين .
مطبعة حسان - مصر ١٩٨٦ م .

59- عقود الصيانة للدكتور أحمد الحجي الكردي .
بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي - الكويت ١٩٩٥ م .

60- عقود الصيانة للدكتور منذر قحف .
بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة - البحرين ١٩٩٨ م .

61- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور الصديق الضرير .
بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة - البحرين ١٩٩٨ م .

62- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور محمد أنس الزرقا والدكتور سامي إبراهيم السويلم .
بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة - البحرين ١٩٩٨ م .

63- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للشيخ محمد المختار السلامي .
بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة - البحرين ١٩٩٨ م .

64- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي لآية الله محمد علي تسخيري .
بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة - البحرين ١٩٩٨ م .

65- الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي للدكتور الصديق الضرير .
سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية - الطبعة الثانية ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م .

66- الفتاوى الهندية ، لمجموعة من علماء الهند بإشراف الشيخ نظام الدين .
ومعه فتاوى قاضيخان للشيخ حسين الفرغاني ، المتوفى ٢٩٥ هـ .
دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة الرابعة ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

67- فتح العلي المالك للشيخ محمد عليش ، المتوفى ١٢٩٩ هـ .
دار المعرفة - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

68- فتح القدير للإمام كمال الدين بن الهمام ، المتوفى ٨٦١ هـ .
المطبعة الكبرى الأميرية - مصر - الطبعة الأولى ١٣١٦ هـ .

69- الفروق للإمام شهاب الدين القرافي ، المتوفى ٦٨٤ هـ .
وبهامشه تهذيب الفروق للشيخ محمد علي بن الحسين ، المتوفى ١٣٦٧ هـ .
دار المعرفة - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

70- الفصول في الأصول للإمام أحمد بن علي الجصاص ، المتوفى ٣٧٠ هـ .
تحقيق الدكتور عجيل النشمي ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت - الطبعة الثانية ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م .

71- فقه اقتصاد السوق ليوسف كمال محمد .
دار النشر للجامعات المصرية - مصر - الطبعة الثانية - ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م.

72- القواعد في الفقه الإسلامي للحافظ ابن رجب الحنبلي ، المتوفى ٧٩٥ هـ .
دار الكتب العلمية - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

73- قواعد الأحكام لسلطان العلماء عبد العزيز بن عبد السلام ، المتوفى ٦٦٠ هـ .
دار المعرفة - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

74- القواعد النورانية لشيخ الإسلام أحمد عبد الحليم بن تيمية ، المتوفى ٧٢٨ هـ .
تحقيق محمد حامد الفقي . دار المعرفة - بيروت ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

75- القوانين الفقهية للعلامة محمد بن أحمد الجزي ، المتوفى ٧٤١ هـ .
دار العلم للملايين - بيروت ١٩٧٩ م .

76- كشاف القناع عن متن الإقناع للعلامة منصور البهوتي ، المتوفى ١٠٥١ هـ .
راجعه الشيخ هلال مصيلحي . دار الفكر - بيروت ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .

77- كشف الأسرار للإمام عبد العزيز البخاري ، المتوفى ٧٣٠ هـ .
دار الكتاب الإسلامي - القاهرة (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

78- كفاية الطالب الرباني للعلامة أبي الحسن علي بن خلف ، المتوفى ٩٣٩ هـ .
ومعه حاشية العدوي للشيخ علي الصعيدي العدوي ، المتوفى ١١٨٩ هـ .
ضبط وتصحيح محمد عبد الله شاهين . دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م .

79- المبدع في شرح المقنع للعلامة إبراهيم بن مفلح ، المتوفى ٨٨٤ هـ .
المكتب الإسلامي - بيروت ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .

80- المبسوط للإمام محمد بن أحمد السرخسي ، المتوفى ٤٨٣ هـ .
دار المعرفة - بيروت ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

81- مجمع الأنهر شرح ملتقىالأبحر ، للشيخ عبد الله بن محمد بن سليمان ، المعروف بداماد أفندي المتوفى ١٠٧٨ هـ .
ومعه البدر المنتقى في شرح الملتقى للشيخ محمد علاء الدين الحصكفي .
دار إحياء التراث العربي - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

82- مجمع الضمانات للشيخ محمد بن غانم البغدادي ، المتوفى ١٠٢٧ هـ .
دار الكتاب الإسلامي - القاهرة - الطبعة الأولى ١٣٠٨ هـ .

83- المجموع شرح المهذب للإمام يحيى بن شرف النووي ، المتوفى ٦٧٦ هـ .
ومعه تكملة المجموع للإمام علي بن عبد الكافي السبكي ، المتوفى ٧٥٦ هـ .
دار الفكر - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

84- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، المتوفى ٧٢٨ هـ .
جمعها عبد الرحمن بن محمد بن قاسم - مؤسسة قرطبة - القاهرة (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

85- المحرر في الفقه للإمام مجد الدين أبي البركات ، المتوفى ٦٥٢ هـ .
دار الكتاب العربي - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

86- المحصول في علم الأصول للإمام الفخر الرازي ، المتوفى ٦٠٦ هـ .
تحقيق الدكتور طه جابر العلواني . مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الثانية ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م .

87- المحلى للإمام علي بن أحمد بن حزم ، المتوفى ٤٥٦ هـ .
تحقيق لجنة إحياء التراث العربي - دار الجيل ودار الآفاق الجديدة - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

88- المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى أحمد الزرقا .
مطبعة طربين - دمشق - الطبعة العاشرة ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٨ م .

89- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس ، المتوفى ١٧٩ هـ .
مطبعة السعادة - مصر - الطبعة الأولى ١٣٢٣ هـ .

90- المسؤولية عن أعمال الصيانة في إجارة المعدات للدكتور حسين حامد حسان .
بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي - الكويت ١٩٩٠ م .

91- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، للشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني ، المتوفى ١٢٤٣ هـ .
المكتب الإسلامي - دمشق - الطبعة الأولى ١٣٨٠ هـ .

92- المطلع على أبواب المقنع للعلامة محمد بن أبي الفتح البعلي ، المتوفى ٧٠٩ هـ .
المكتب الإسلامي - دمشق - الطبعة الأولى ١٣٨٥ هـ - ١٩٦٥ م .

93- المعاملات التأمينية بين الفقه والقانون للدكتور عثمان الحقيل .
مطبعة الفرزدق التجارية - الرياض - الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ .

-94 المعيار المعرب والجامع المغرب للإمام أحمد الونشريسي ، المتوفى ٩١٤ هـ .
تحقيق الدكتور محمد حجي وآخرين - وزارة الأوقاف - المغرب ١٤٠١ هـ .

-95 المغني شرح مختصر الخرقي للإمام عبد الله بن قدامة ، المتوفى ٦٢٠ هـ .
ومعه الشرح الكبير للعلامة عبد الرحمن بن أبي بكر المقدسي .
دار الكتاب العربي - بيروت ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م .

-96 مغني المحتاج شرح المنهاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب ، المتوفى ٩٧٧ هـ .
مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م .

-97 المقدمات والممهدات للإمام محمد بن رشد القرطبي الجد ، المتوفى ٥٢٠ هـ .
تحقيق سعيد أحمد - دار الغرب الإسلامي - بيروت ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨ م .

-98 المنتقى شرح الموطأ للقاضي سليمان بن خلف الباجي ، المتوفى ٤٧١ هـ .
مطبعة السعادة - القاهرة - الطبعة الأولى ١٣٣٢ هـ .

-99 المنثور في القواعد الفقهية للإمام محمد بن بهادر الزركشي ، المتوفى ٧٩٤ هـ .
تحقيق الدكتور تيسير فائق - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت - الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

-100 منح الجليل على مختصر خليل للشيخ محمد عليش ، المتوفى ١٢٩٩ هـ .
دار الفكر - بيروت ١٤٠٩ هـ ١٩٨٩- م .

-101 المهذب في فقه الإمام الشافعي ، لأبي إسحاق الشيرازي ، المتوفى ٤٧٦ هـ .
دار الفكر - بيروت ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م .

-102 الموافقات في أصول الشريعة للإمام أبي إسحاق الشاطبي ، المتوفى ٧٩٠ هـ .
تعليق الشيخ عبد الله دراز . دار المعرفة - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

-103 مواهب الجليل شرح مختصر خليل للإمام محمد الحطاب ، المتوفى ٩٥٤ هـ .
دار الفكر - بيروت - الطبعة الثالثة ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م .

-104 الموسوعة الفقهية لمجموعة من العلماء .
وزارة الأوقاف - الكويت - الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٣ م .

-105 نظرية التقريب والتغليب للدكتور أحمد الريسوني .
دار الكلمة - مصر - الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م .

-106 نظرية الشرط في الفقه الإسلامي للدكتور حسن الشاذلي .
دار الاتحاد العربي - مصر (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

-107 نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام للدكتور فوزي فيض الله .
دار التراث - الكويت - الطبعة الثانية ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

-108 نهاية المحتاج للعلامة شمس الدين الرملي ، المتوفى ١٠٠٤ هـ .
طبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧ م .

-109 الهداية شرح بداية المبتدئ للإمام علي بن بكر المرغيناني ، المتوفى ٥٩٣ هـ .
مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر - الطبعة الأخيرة .

رابعاً القانون :

1- أحكام عقد المقاولة لفتيحة قرة .
نشر منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٧ م .

2- شرح أحكام عقد المقاولة للدكتور محمد لبيب شنب .
دار النهضة العربية ١٩٦٢ م .

3- شرح قانون العمل الكويتي للدكتور السيد محمد عمران .
منشورات كلية الحقوق بجامعة الكويت - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م .

4- شرح القانون المدني الجديد للدكتور محمد كامل موسى .
الطبعة الأولى ١٩٥٣ م .

5- ضمان العقد أو المسؤولية العقدية للدكتور محمد الشحات الجنيدي .
دار النهضة العربية - القاهرة ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م .

6- ضمان العدوان للدكتور محمد أحمد سراج .
دار الثقافة - القاهرة ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م .

7- عقد الإيجار للدكتور أحمد السعيد الزقرد والدكتور فايز الكندري .
منشورات كلية الحقوق - جامعة الكويت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

8- العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري للدكتور حسني المصري .
مكتبة الصفار - الكويت - الطبعة الأولى ١٩٨٩ م .

9- قانون التجارة الكويتي الصادر عن مجلس الوزراء - إدارة الفتوى والتشريع - الطبعة الثالثة - الكويت .

10- القانون المدني الكويتي الصادر عن مجلس الوزراء - إدارة الفتوى والتشريع - الطبعة الثانية - الكويت .

11- المسؤولية المدنية للمسؤولين عن أماكن إيواء السيارات ، الدكتور محمد عبد الظاهر
دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٣ م .

12- مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق السنهوري .
دار إحياء التراث العربي - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

13- نظرية الالتزام في القانون المدني المصري لأحمد حشمت أبو ستيت .
مطبعة مصر - القاهرة ١٩٤٥ م .

14- النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف ، للدكتور صلاح الدين الناهي .
طبعة بغداد ١٩٦٨ م .

15- الوجيز في قانون العمل الكويتي ، للدكتور عبد الرسول عبد الرضا .
نشر كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت - ١٩٧٨ م .

16- الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق السنهوري .
دار إحياء التراث العربي - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

خامساً : المعاجم اللغوية:

1- الأعلام لخير الدين الزركلي ، المتوفى ١٣٩٧ هـ .
دار العلم للملايين - بيروت - الطبعة الثامنة ١٩٨٩ م .

2- تذكرة الحفاظ للإمام أبي عبد الله الذهبي ، المتوفى ٧٤٨ هـ .
دار الكتب العلمية - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

3- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ، للحافظ ابن حجر ، المتوفى ٨٥٢ هـ .
دار المعارف - حيدر آباد - الهند ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م .

4- الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب ، للعلامة برهان الدين بن فرحون .
دار الكتب العلمية - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

5- الذيل على طبقات الحنابلة للحافظ زين الدين بن رجب ، المتوفى ٧٩٥ هـ .
دار المعرفة - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

6- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، للشيخ محمد مخلوف .
دار الفكر - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

7- شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، لأبي الفلاح بن العماد ، المتوفى ١٠٨٩ هـ .
دار الكتب العلمية - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

8- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع ، لمحمد السخاوي ، المتوفى ٩٠٢ هـ .
دار مكتبة الحياة - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

1- أنيس الفقهاء للشيخ قاسم القونوي ، المتوفى ٩٧٨ هـ .
تحقيق الدكتور أحمد الكبيسي - دار الوفاء - جدة - الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ .

2- التعريفات للشريف علي بن محمد الجرجاني ، المتوفى ٨١٦ هـ .
تحقيق إبراهيم الأبياري - طبعة دار الريان للتراث (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

3- التوقيف على مهمات التعاريف ، للعلامة محمد المناوي ، المتوفى ١٠٣١ هـ .
تحقيق الدكتور محمد الداية . دار الفكر المعاصر - بيروت ، دار الفكر - دمشق - الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م .

4- شرح حدود ابن عرفة ، للشيخ محمد الأنصاري ، المعروف بالرصاع ، المتوفى ٨٩٤ هـ . ومعه الحدود للإمام محمد بن عرفة ، المتوفى ٨٠٣ هـ .
طبعة وزارة الأوقاف - المغرب ١٤١٢ هـ .

5- القاموس المحيط للإمام محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، المتوفى ٨١٧ هـ .
دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م .

6- كشاف اصطلاحات الفنون للعلامة محمد أعلى التهانوي ، المتوفى ١١٥٨ هـ .
مطبعة خياط - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

7- لسان العرب للإمام محمد بن مكرم بن منظور ، المتوفى ٧١١ هـ .
دار صادر - بيروت - الطبعة الثالثة ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م .

8- مختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر الرازي ، المتوفى ٦٦٦ هـ .
مكتبة لبنان - بيروت ١٩٨٥ م .

9- المصباح المنير للعلامة أحمد بن محمد الفيومي ، المتوفى ٧٧٠ هـ .
المطبعة الأميرية - القاهرة - الطبعة الخامسة ١٩٢٢ م .

10- معجم لغة الفقهاء للدكتورين محمد رواس قلعه جي وحامد قنيبي .
دار النفائس - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م .

11- معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال ، للمحامي نبيه غطاس .
مكتبة لبنان - الطبعة الأولى ١٩٩٧ م .

12- معجم مصطلحات العلوم الإدارية الموحدة ، للدكتور بشير عباس العلاق .
الدار العربية للموسوعات - الطبعة الأولى ١٩٨٣ م .

13- معجم مقاييس اللغة لأحمد بن فارس ، المتوفى ٣٩٥ هـ .
تحقيق عبد السلام هارون - دار الجيل - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١١ هـ .

14- المعجم الوسيط ، لمجموعة من العلماء - الطبعة الثانية .

سادساً : السيرة والتاريخ والرجال:

1- الأعلام لخير الدين الزركلي ، المتوفى ١٣٩٧ هـ .
دار العلم للملايين - بيروت - الطبعة الثامنة ١٩٨٩ م .

2- تذكرة الحفاظ للإمام أبي عبد الله الذهبي ، المتوفى ٧٤٨ هـ .
دار الكتب العلمية - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

3- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ، للحافظ ابن حجر ، المتوفى ٨٥٢ هـ .
دار المعارف - حيدر آباد - الهند ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م .

4- الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب ، للعلامة برهان الدين بن فرحون .
دار الكتب العلمية - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

5- الذيل على طبقات الحنابلة للحافظ زين الدين بن رجب ، المتوفى ٧٩٥ هـ .
دار المعرفة - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

6- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، للشيخ محمد مخلوف .
دار الفكر - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

7- شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، لأبي الفلاح بن العماد ، المتوفى ١٠٨٩ هـ .
دار الكتب العلمية - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

8- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع ، لمحمد السخاوي ، المتوفى ٩٠٢ هـ .
دار مكتبة الحياة - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

9- طبقات الحفاظ للحافظ جلال الدين السيوطي ، المتوفى ٩١١ هـ .
مكتبة وهبة - مصر - الطبعة الأولى ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م .

10- طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين السبكي ، المتوفى ٧٧١ هـ .
تحقيق علي عبد الفتاح ومحمود الطناحي - دار إحياء الكتب العربية - القاهرة (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

11- فوات الوفيات والذيل عليها ، لمحمد بن شاكر الكتبي ، المتوفى ٧٦٤ هـ .
تحقيق الدكتور إحسان عباس - دار صادر - بيروت ١٩٧٣ م .

12- معجم المؤلفين لعمر رضا كحّالة .
دار إحياء التراث العربي - بيروت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

13- الوافي بالوفيات ، لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي ، المتوفى ٧٦٤ هـ .
دار النشر فرانز شتاينز ١٣٨١ هـ - ١٩٦٢ م .

14- وفيات الأعيان وأنباء أبناء زمان ، لأحمد بن خلكان ، المتوفى ٦٨١ هـ .
تحقيق الدكتور إحسان عباس - دار صادر - بيروت ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م .

سابعاً : كتب أخرى :

1- أجهزة تكييف الهواء : أسس التشغيل والصيانة والإصلاح ، للمهندس إبراهيم عطية
نشر الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٥ م .

2- الأجهزة الكهربائية : مبدأ العمل والأنواع وطرق الصيانة ، لصباح عبد الهادي .
مطبعة الديواني - بغداد ١٩٨٩ م .

3- إدارة التسويق للدكتور محمد صادق بازرعة .
دار النهضة العربية - بيروت - الطبعة الثامنة ١٩٨٨ م .

4- الاقتصاد الصناعي والجودة الإنتاجية للدكتور ناظم سعود .
منشورات جامعة حلب ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م .

5- تخطيط ومراقبة الإنتاج للدكتورة سونيا محمد البكري .
الدار الجامعية - الإسكندرية ١٩٨٨ م .

6- تصدع المنشآت الخرسانية وطرق إصلاحها للدكتور شريف أبو المجد وآخرين .
دار النشر للجامعات المصرية - مصر - الطبعة الثانية ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م .

7- التنظيم الصناعي وإدارة الإنتاج للدكتور عادل حسن .
دار النهضة العربية - بيروت ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .

8- التنظيم والإدارة في قطاعات الأعمال للدكتور صلاح الشنواني .
مؤسسة شباب الجامعة - مصر ١٩٨٣ م .

9- دليل إعداد أنظمة الصيانة - المركز القومي للاستشارات والتطوير الإداري - بغداد ١٩٨٥ م .

10- دليل الصيانة في المنشآت الصناعية . إعداد فريق خبراء من المنظمة العربية للتنمية الصناعية ، وغرفة تجارة وصناعة دبي ، ومنظمة الخليج للاستشارات الصناعية ١٩٩٠ م .

11- دليل المصطلحات القياسية في إدارة الصيانة .
وزارة الصناعة العراقية - بغداد - الطبعة الأولى ١٩٨٨ م .

12- الصيانة للمهندس جعفر محمد سعيد .
مطابع سحر - المملكة العربية السعودية (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

13- صيانة السيارات للمهندس محمد إبراهيم الشبيب .
دار الحرية - بغداد - الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .

14- صيانة المركبات وتشخيص أعطالها لسفيان أحمد سعيد .
دار الصفاء - عمان - الطبعة الأولى ١٩٩٩ م .

15- الضبط المتكامل لجودة الإنتاج للدكتور محمود سلامة عبد القادر .
وكالة المطبوعات - الكويت (دون تاريخ أو رقم الطبعة) .

16- الموسوعة العربية العالمية .
نشر مؤسسة أعمال الموسوعة - الرياض ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م .

17- الميزة التنافسية في مجال الأعمال للدكتور نبيل موسى خليل .
مركز الإسكندرية للكتاب - مصر ١٩٩٨ م .

18- الموسوعة الاقتصادية للدكتور سميح مسعود .
شركة المطبوعات - بيروت - الطبعة الأولى ١٩٩٣ م .

19- الوثوقية وكشف الأعطال للدكتور إلياس فرج الله طوشان .
منشورات جامعة حلب - سوريا ١٩٩٥ م .

ثانياً : فهرس الموضوعات

الموضـــوع	الصفحة
المقـدمـــة	7
الفصل الأول: تعريف العقد وبيان الأصل في العقود	13
المبحث الأول : تعريف العقد	15
المبحث الثاني : بيان الأصل في العقود	17
المطلب الأول : أقوال الفقهاء في المسألة	18
المطلب الثاني : أدلة الفريقين	20
المطلب الثالث : القول الراجح	24
الفصل الثاني: مفهوم الصيانة : حقيقته ونشأته وأهميته في العصر الحديث	25
المبحث الأول : المفهوم اللغوي للصيانة	27
المبحث الثاني : المفهوم الفني للصيانة عند أهل الاختصاص	28
المطلب الأول : تعريف الصيانة عند أهل الاختصاص	29
المطلب الثاني : أنواع الصيانة	30
أولاً : الصيانة التشغيلية	30
ثانياً : الصيانة الوقائية	31
ثالثاً : الصيانة الإصلاحية	33
المبحث الثالث : نشأة مفهوم الصيانة وأهميته في العصر الحديث	34
أولاً : المحافظة على كفاءة الإنتاج	35
ثانياً : المنافسة وخفض تكاليف الإنتاج	35
ثالثاً : المحافظة على الاستثمارات	35
رابعاً : المحافظة على السلامة وتفادي المشاكل الحقوقية	36
خامساً : صيانة الموارد الطبيعية	36
الفصل الثالث: تعريف عقد الصيانة وخصائصه	38
المبحث الأول : تعريف عقد الصيانة في الفقه الإسلامي	40

الموضـــوع	الصفحة
أولاً : تعريف الأستاذ الدكتور أحمد الحجي الكردي	42
ثانياً : تعريف الدكتور يوسف قاسم	42
ثالثاً : تعريف الدكتور منذر قحف	43
رابعاً : تعريف العلامة محمد المختار السلامي	43
التعريف المختار	44
المبحث الثاني : تعريف عقد الصيانة في القانون	46
المبحث الثالث : خصائص عقد الصيانة	48
المطلب الأول : عقد رضائي	49
المطلب الثاني : عقد معاوضة	51
المطلب الثالث : عقد زمني	52
المطلب الرابع : عقد لازم	54
الفصل الرابع: التكييف الفقهي والقانوني لعقد الصيانة	56
المبحث الأول : تحليل عقد الصيانة وبيان أهم مشتملاته	58
المبحث الثاني : التكييف الفقهي لعقد الصيانة	61
المطلب الأول : تكييف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة	62
الفرع الأول : تعريف عقد الجعالة ومشروعيته	63
الفرع الثاني : أوجه الشبه بين عقدي الجعالة والصيانة	65
الفرع الثالث : أوجه الاختلاف بين عقدي الجعالة والصيانة	66
أولاً : عقد الجعالة عقد غير لازم	66
ثانياً : عقد الجعالة ليس عقداً زمنياً	67
ثالثاً : الانتفاع ببعض العمل	69
رابعاً : تعجيل العوض	70
خلاصة القول	70
المطلب الثاني : تكييف عقد الصيانة على أنه عقد إجارة مع أجير مشترك	72
الفرع الأول : تعريف الإجارة وأنواعها ومشروعيتها	73
الفرع الثاني : أوجه الشبه بين العقدين	74
أولاً : كلاهما عقد على عمل	74
ثانياً : كلاهما عقد لازم	75
ثالثاً : كلاهما عقد زمني	75

الموضـــوع	الصفحة
رابعاً : استحقاق العوض	76
الفرع الثالث : أوجه الاختلاف بين العقدين	77
أولاً : العلم بمقدار العمل	77
ثانياً : الالتزام بقطع الغيار	77
خلاصة القول	78
المطلب الثالث : تكييف عقد الصيانة على أنه عقد استصناع	80
الفرع الأول : تعريف الاستصناع ومشروعيته ومحله	80
الفرع الثاني : أوجه الشبه بين عقد الصيانة وعقد الاستصناع	82
الفرع الثالث : أوجه الاختلاف بين عقد الصيانة وعقد الاستصناع	82
أولاً : العلم بمحل العقد	82
ثانياً : عقد الاستصناع ليس عقداً زمنياً	82
خلاصة القول	83
المطلب الرابع : التكييف الراجح : عقد الصيانة عقد مستقل	84
الالتزام الأول : التزام الصائن بأعمال الصيانة الوقائية	85
الالتزام الثاني : التزام الصائن بتوفير قطع الغيار اللازمة لأعمال الصيانة الوقائية	86
الالتزام الثالث : التزام الصائن بإصلاح الأعيان حال تعطلها	88
ضمان الأجير المشترك في مذاهب الفقهاء	89
أولاً : ضمان الأجير المشترك لما تلف بفعله	89
ثانياً : ضمان الأجير المشترك لما تلف بغير فعله	90
ما يترتب على القول بأن يد الأجير المشترك يد ضمان	92
الأسباب التي لا يمكن التحرز منها في نظر الفقهاء	94
نتائج الدراسة فيما يتعلق بالتزام الصائن بإصلاح الأعيان	96
أولاً : أسباب تعطل الأعيان ومدى التزام الصائن بالإصلاح	96
النوع الأول : أسباب لا يمكن للصائن التحرز منها	96
النوع الثاني : أسباب يمكن للصائن التحرز منها	97
ثانياً : تعطل الأعيان قبل انتهاء عمرها الافتراضي	99
ثالثاً : عبء إثبات سبب العطل يقع على الصائن	99
رابعاً : علاقة قبض الأعيان بضمان الإصلاح	100
خامساً : اجتماع المباشر والمتسبب	101
خلاصة القول في التكييف الفقهي لعقد الصيانة	101

الموضـــوع	الصفحة
المبحث الثالث : التكييف القانوني لعقد الصيانة	102
الفصل الخامس: مشـروعية عقـد الصيانة	105
المبحث الأول : مشروعية عقد الصيانة في ضوء كونه مركباً من عقدين مختلفين	106
المطلب الأول : مذاهب الفقهاء في اجتماع عقود المعاوضات المختلفة في عقد واحد	107
خلاصة القول في مذاهب الفقهاء	110
المطلب الثاني : دراسة لنصوص نبوية ذات صلة بالموضوع	112
الحديث الأول : « نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة »	112
الحديث الثاني : « نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة »	114
المبحث الثاني : مشروعية عقد الصيانة في ضوء قاعدتي منع الغرر والجهالة	116
المطلب الأول : تعريف الغرر والجهالة وبيان حكمهما ، وضوابط المؤثر منهما	118
أولاً : تعريف الغرر والجهالة	118
ثانياً : حكم الغرر والجهالة	119
ثالثاً : ضوابط الغرر والجهالة المؤثرين في عقود المعاوضات	119
الضابط الأول : أن يكون الغرر أو الجهالة فاحشين	119
الضابط الثاني : أن يكون الغرر أو الجهالة في المعقود عليه أصالة	121
الضابط الثالث : ألا تدعو للعقد حاجة	121
المطلب الثاني : هل الغرر أو الجهالة في عقد الصيانة من النوع المؤثرفي صحته؟	124
المسألة الأولى : هل الغرر أو الجهالة من النوع الفاحش أم اليسير ؟	124
المسألة الثانية : هل يرد الغرر أو الجهالة على المعقود عليه أصالة ؟	129
المسألة الثالثة : هل تدعو الحاجة إلى عقد الصيانة ؟	131
المطلب الثالث : علاقة عقد الصيانة بعقد التأمين	133
خلاصة القول في مشروعية عقد الصيانة	135
الفصل السادس: أركان عقد الصيانة وشروطه	136
المبحث الأول : بيان ماهية ركن العقد وشرطه	137
المبحث الثاني : صيغة العقد وشروطها	140
أولاً : الكلام	140
ثانياً : الكتابة أو الرسالة	141
ثالثاً : الإشارة	142

الموضـــوع	الصفحة
شروط الصيغة	142
الشرط الأول : وضوح دلالة كل من الإيجاب والقبول	142
الشرط الثاني : موافقة القبول للإيجاب	143
الشرط الثالث : اتصال القبول بالإيجاب	143
الشرط الرابع : عدم التعليق	145
المبحث الثالث : العاقدان وشروطهما	146
الشرط الأول : أهلية التصرف	146
الشرط الثاني : ولاية التصرف	148
الشرط الثالث : الرشد وعدم السفه	149
الشرط الرابع : الرضا والاختيار	150
الشرط الخامس : قدرة الصائن على القيام بالعمل	153
المبحث الرابع : المحل وشروطه	154
أولاً : شروط العمل في عقد الصيانة	154
الشرط الأول : أن يكون العمل مشروعاً	154
الشرط الثاني : أن يكون العمل معلوماً	155
ثانياً : شروط البدل في عقد الصيانة	157
الفصل السابع: آثار عقد الصيانة وانتهاؤه	158
المبحث الأول : آثار عقد الصيانة	160
المطلب الأول : التزامات الصائن	160
الالتزام الأول : إنجاز العمل	160
أولاً : إنجاز العمل بالطريقة المتفق عليها في العقد	160
ثانياً : بذل العناية اللازمة في إنجاز العمل	161
ثالثاً : عدم التأخر في إنجاز العمل	162
الالتزام الثاني : تسليم العمل	163
الالتزام الثالث : الضمان	164
عقد الصيانة من الباطن	165
المطلب الثاني : التزامات المصون له	167
الالتزام الأول : تمكين الصائن من إنجاز العمل	167
الالتزام الثاني : تسلم العمل	167
الالتزام الثالث : دفع الأجر	168

الموضـــوع	الصفحة
المطلب الثالث : الشرط الجزائي في عقد الصيانة	170
المبحث الثاني : انتهاء عقد الصيانة	173
السبب الأول : الفسخ	173
السبب الثاني : الإقالة	174
السبب الثالث : انقضاء مدة العقد	174
السبب الرابع : هلاك الأعيان المتعاقد على صيانتها	174
السبب الخامس : الأعذار الطارئة	175
السبب السادس : وفاة أحد العاقدين	176
الخاتمـــة	178
الفهـــارس	181
أولاً : فهرس المراجع	182
ثانياً : فهرس الموضوعات	196

الشيخ/ محمد يونس البيرقدار
(١٩٦٨-٢٠١٣)

أولا : التحصيل العلمي :

- حصل على الاجازة الجامعية (البكالوريوس) في الفقه المقارن وأصول الفقه من كلية الشريعة بجامعة الكويت عام ١٩٩٤ بتقدير امتياز وكان الأول على الدفعة.
- حصل على درجة (الماجستير) في الفقه المقارن وأصول الفقه من جامعة الكويت عام ٢٠٠٢ بتقدير امتياز وكان الأول على الدفعة، وكان موضوع الأطروحة: عقد الصيانة في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة بالقانون (هذا الكتاب)
- سجل في معهد البنوك الإسلامية والتمويل التابع للجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا للحصول على درجة (الدكتوراه)، وكان عنوان رسالته « التحوط باستخدام عقود الاختيارات وعقود المبادلات في ضوء الفقه الإسلامي»، لكن مرضه حال دون إتمامه الرسالة.

ثانيا : المسيرة الوظيفية :

- عمل في الفترة (١٩٩٤- ٢٠٠٣) نائب مدير البرامج الشرعية لدى شركة صخر لصناعة برمجيات الحاسوب، حيث ساهم في إعداد المادة العلمية لبرامج الحاسوب التي تخدم العلوم الشرعية، ومن أهمها جامع الفقه الإسلامي الذي يعد أكبر موسوعة للفقه الإسلامي.
- انتقل إلى العمل في القطاع المالي الإسلامي، فعمل في الفترة (٢٠٠٤-٢٠٠٦) مديرا للرقابة الشرعية في شركة أصول للإجارة والتمويل . ثم في شركة مسعى العقارية بمنصب مدير أول الرقابة الشرعية والشؤون القانونية.
- عمل منذ عام (٢٠٠٧ وحتى وفاته رحمه الله) بمنصب المستشار الشرعي وعضو الهيئة الشرعية في شركة السراج للاستشارات الشرعية المالية، وكان الشيخ محمد يونس رحمه الله بحق العمود الفقري لشركة السراج حتى وفاته رحمه الله.

ثالثا : الأعمال الاستشارية :

- من خلال عضويته بلجنة المعايير الشرعية بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI) ساهم في الاعداد والمراجعة والدراسة لعدد من المعايير الشرعية.
- عمل مستشار شرعيا لعدد من الشركات والمؤسسات المالية، كما كان رحمه الله عضو هيئة الرقابة الشرعية للعديد من المؤسسات المالية والصناديق الاستثمارية.
- أشرف بشكل كامل على تحول ٥ مؤسسات مالية من العمل المالي التقليدي إلى العمل المالي الإسلامي، بما يتضمنه من تخطيط لعملية التحول ومتابعة للتنفيذ.
- له العديد من الأبحاث والدراسات المتميزة قدمها في المؤتمرات والندوات والملتقيات المتخصصة في المصرفية الإسلامية.