COPYRIGHT© INTERNATIONAL ISLAMIC UNIVERSITY MALAYSIA

أحكام الملكية والالتزام والصيانة في الإجارة المنتهية بالتمليك: دراسة تحليلية في المصارف الإسلامية الماليزية واقتراح تطبيقها في المصارف الأفغانية

إعداد

بخت الرحمن عثماني بن عبد الحميد

بحث متطلب مقدم لنيل درجة الدكتوراه في المالية والمصرفية الإسلامية

معهد المالية والمصرفية الإسلامية
الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا

أغسطس ٢٠١٨م

ملخص البحث

تركزت الدراسة على أحكام الملكية والالتزام والصيانة في الإجارة المنتهية بالتمليك، وهي دراسةٌ تحليليةٌ لتلك الأحكام الواردة في هذا العقد المطبّق في مي بنك الإسلاميّ وبنك معاملات ماليزيا مع محاولة إمكانية تطبيق هذا العقد في أفغان ملي بانك، ونوي كابل بانك، ويمرّ تحليل هذه الأحكام في هذا العقد بثلاث مراحل: أولًا: في ضوء الفقه الإسلامي، وثانيًا: في ضوء القانون الماليزي بشأن البيع الإيجاري، وفي ضوء العقد المطبّق في المصارف الإسلامية الماليزية، وثالثًا: في ضوء القانون المدني الأفغاني، وقانون المصرف المركزي الأفغاني، ثم محاولة إمكانية تطبيق هذا العقد في أفغان ملي بانك، ونَوَيْ كابل بانك في ضوء تجربة المصارف الإسلامية الماليزية والقانون المدني الأفغاني. وليس القصد من هذه الدراسة مجرّد إلقاء أضواء على مفاهيم الأحكام الوارد في هذا العقد، بل الهدف من الدراسة هو الاطلاع على كيفية تفعيل الإجارة المنتهية بالتمليك في المصارف الإسلامية الماليزية، وتحليل مفاهيم الملكية، والالتزام، والصيانة فيها بغرض الوصول إلى مدى التوافق بين النظرية وبين التطبيق العملي لهذا العقد في تلك المصارف، ثم محاولة مدى إمكانية تطبيقات هذا المنتج في المصارف الأفغانية في ضوء القانون المدني الأفغاني. وتوصلت الدراسة إلى أن المصارف الإسلامية الماليزية في تطبيق الإجارة المنتهية بالتمليك وتفعيلها ترجع إلى القانون الماليزي الخاص بشأن البيع الإيجاري رقم: ٢١٢ "Hire-Purchase Act 1967". وكذلك توصلت إلى إمكانية تفعيل هذا العقد في المصارف الأفغانية في ضوء تجربة المصارف الماليزية الإسلامية، وأن وجوه الاختلاف بين تجربة المصارف الإسلامية الماليزية وبين القانون المدني الأفغاني العام وقانون المصرف المركزي الأفغاني لا تتناقض في تفعيل هذا العقد في المصارف الأفغانية. وتوصلت إلى أن أفغانستان بحاجةٍ عاجلةٍ إلى وجود الإطار القانوني، ووضوح الإطار التشريعي في مجال الصيرفة المالية الإسلامية وخاصةً في مجال منتج الإجارة المنتهية بالتمليك على سطح المؤسسات والشركات المالية، وأن يدرس رجال المصارف الإسلامية الأفغانية تجربة الصيرفة الإسلامية الماليزية "Malaysian Islamic Financial Services Act".

ABSTRACT

The study focused on the Ruling of Ownership, Commitments and Maintenance in *al-Ijārah al-Muntahiyyah Bittamlīk*. It is an analytical study of the *Sharīʿah* rulings of the contract applied in Maybank Islamic and Bank *Muʿāmalāt* Malaysia Berhad together with an attempt of feasibility in the implementation of the contract in Afghan National Bank and New Kabul Bank. The analysis of the rulings in such contract is carried out in three stages: firstly, the rulings are presented in the light of Islamic jurisprudence, secondly, they are presented in the light of Malaysia Hire-Purchase Law "Hire-Purchase Act 1967", and also presented in the light of the applied contract in Malaysian Islamic banks, and thirdly, these rulings are presented in the light of Afghan Civil Law and Afghanistan Central Bank's law together with the possibility of implementation of the contract in Afghan National Bank and New Kabul Bank in the light of the practical experiences of the Malaysian Islamic banks and Afghan civil law. The purpose of this study is not to highlight the concepts of the rulings regarding this contract, but to discover the means and the ways of operation of *al-Ijārah al-Muntahiyyah Bittamlīk* in Malaysian Islamic banks and to analyze the concepts of ownership, commitment and maintenance in such contract in order to find out the compatibility between the theoretical and practical implementations of the AITAB facility in the selected banks. The aim of this study is also to find out the extent of potential implementation of AITAB facility in the selected Afghan banks in the light of the Afghan civil law. The study concluded that the Malaysian Islamic banks in the implementation of *al-Ijārah al-Muntahiyyah Bittamlīk* refers to the Malaysian Hire-Purchase Law "Hire-Purchase Act 1967" and the study also concluded that there is a possibility of applying the contract in Afghan banks in the light of the practical experiences of Malaysian Islamic banks. The study found that the difference between the practical experiences of Malaysian Islamic banks and between the Afghan civil law and Afghanistan Central Bank's law regarding the operation of this contract in Afghan banks are not contradictory. The research concluded that Afghanistan is in urgent need to have a legal and clear legislative framework in the area of Islamic Banking and finance, especially in the field of *al-Ijārah al-Muntahiyyah Bittamlīk* based on multi financial institution and company levels through conducting conferences and researches as well as publishing scientific articles related to Islamic banking products. The study also concluded that the said country is in need to learn from Malaysian Islamic Financial Services Act and its Islamic banking finance and Takaful experiences.

APPROVAL PAGE

The thesis of Bakht Rahman Osmani Abdul Hamid has been approved by the following:

_____
Arif Ali Arif
Supervisor

_____
Aznan Hasan
Internal Examiner

_____
Mohamad Akram Laldin
External Examiner

_____
Engko Muhammad Tajuddin Engku Ali
External Examiner

_____
Mohamad Elwathig Saeed Mirghani
Chairperson

DECLARATION

I hereby declare that this thesis is the result of my own investigation, except whereby otherwise stated. I also declare that it has not been previously or concurrently submitted as a whole for any other degrees at IIUM or other institutions.

Bakht Rahman Osmani Abdul Hamid

Signature ……. Date: ……..

الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا

إقرار بحقوق الطبع وإثبات مشروعية استخدام الأبحاث غير المنشورة

حقوق الطبع ٢٠١٨م محفوظة لـ بخت الرحمن عثماني عبد الحميد

أحكام الملكية والالتزام والصيانة في الإجارة المنتهية بالتمليك: دراسة تحليلية في المصارف الإسلامية الماليزية واقتراح تطبيقها في المصارف الأفغانية.

لا يجوز إعادة إنتاج أو استخدام هذا البحث غير المنشور في أي شكل وبأي صورة (آلية كانت أو إلكترونية أو غيرها) بما في ذلك الاستنساخ أو التسجيل من دون إذن مكتوب من الباحث إلا في الحالات الآتية:

١- يمكن للآخرين اقتباس أية مادة من هذا البحث غير المنشور في كتابهم بشرط الاعتراف بفضل صاحب النص المقتبس وتوثيق النص بصورة مناسبة.

٢- يكون للجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا ومكتبتها حق الاستنساخ (بشكل الطبع أو بصورة آلية) لأغراض مؤسساتية وتعليمية، ولكن لأغراض البيع العام.

٣- يكون لمكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا حق استخراج نسخ من هذا البحث غير المنشور إذا طلبتها مكتبات ومراكز البحوث الأخرى.

٤- سيزود الباحث مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا بعنوانه مع إعلامها عند تغير العنوان.

٥- سيتم الاتصال بالباحث لغرض استحصال موافقته على استنساخ هذا البحث غير المنشور للأفراد من خلال عنوانه البريدي أو الإلكتروني المتوفر في المكتبة. وإذا لم يستجب الباحث خلال عشرة أسابيع من تاريخ الرسالة لموجهة إليه، ستقوم مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا باستخدام حقها في تزويد المطالبين به.

أكد هذا الإقرار: بخت الرحمن عثماني عبد الحميد

التوقيع: ..... التاريخ: .....

أهدي هذه الرسالة:

إلى والديّ العزيزين الكريمين، اللذَين قال الله في حقهما ولا تقل لهما أفٍ ولا تنهرهما، واللذَين لهما الفضل والمنة بعد الله تعالى في تربيتي وتوجيهي، وبذلا كل مرتخص وغال لأجلي متمنين مستقبلًا باهرًا لي حتى بلغت هذا المستوى، أسأل الله تعالى أن يجعل ثواب هذا الجهد في ميزان حسناتهما يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، وأسأل الله أن يرزق والدي المرحوم عبد الحميد جنة الفردوس الأعلى مع الذين أنعم الله عليهم من النبيين والشهداء والصالحين، وأسأل الله أن يحفظ أمي الحبيبة من كل مكروه، ويمتعها بالصحة والعافية، وأن يمتعني بطول عمرها، وإلى إخوتي الذين ساعدوني منذ صغري، وإلى زوجتي التي قامت بتربية الأولاد وأعانتني بكل قوتها وهيأت لي سبيل الراحة لإكمال هذه الرسالة، فلها مني كل الشكر والثناء، وإلى أولادي قُرَّةَ عيني، وأسأل أن يجعلهم صالحين علماء خادمين للأمة المحمدية فإنه رحيم كريم ودود، وإنه نعم المولى ونعم النصير.

الشكر والتقدير

الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد صلى الله عليه وسلم، وعلى أله، وأصحابه الذين اتبعوه بإحسان إلى يوم الدين.

يسرني أن أتقدم بالشكر الجزيل والتقدير الفائق للذين ساهموا معنويًا وماديًا في إنجار هذا البحث وخاصةً فضيلة الأستاذ الدكتور الفاضل عارف علي عارف القره داغي حفظه الله تعالى، ومتعه بالصحة والعافية وبارك في عمره وفي ذريته، وهو الذي منحني كثيرًا من وقته وجهده وآرائه العلمية السديدة القيمة فجزاه الله عني خير الجزاء. وكذلك يسرني أن أقدم بالشكر الجزيل للممتحنين كل واحد من الداخلي والخارجي الذين بذلوا جهدهم في تصحيح هذا البحث.

كما أزجي وأتوجه بأوفر الدعاء وأعطر الثناء والشكر إلى كل من قام بمراجعة وتصحيح هذا البحث، ولا يفوتني أن أتوجه بخالص الشكر إلى عميد كلية دراسات الإقتصاد الإسلامي معهد المالية والمصرفية الإسلامية IIBF، وكذلك أقدم أجزل الشكر إلى إدارة "الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا" الذين مدوا لي يد العون والمساعدة.

ولا يفوتني في هذه المناسبة الكريمة أن أتوجه بالشكر الجزيل إلى الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية " The International Shari'ah Research Academy for Islamic Finance (ISRA)" التي مدت لي يد العون ماديًا، وكذلك أتقدم بالشكر إلى إخواني وأصدقائي على تعاونهم ومساعدتهم في إنجاز هذا البحث.

وأخيرًا، أسأل الله الحي القيوم، لا إله إلا هو الحنان المنان بديع وقيوم ونور السموات والأرض ومن فيهن أن يتقبل مني عملي ويجعله خالصًا لوجهه الكريم، وأن يرزقني التوفيق والقبول والرضا والبركة إنه سميع مجيب قريب، وصلى الله على محمد وآله وسلم.

فهرس محتويات البحث

ملخص البحث ..... ب

ملخص البحث الإنجليزية ..... ج

صفحة القبول ..... د

صفحة التصريح ..... هـ

صفحة الإقرار بحقوق الطبع ..... و

الإهداء ..... ز

الشكر والتقدير ..... ح

فهرس محتويات البحث ..... ط

الفصل الأول: المدخل إلى البحث ١

المقدمة ١

سبب اختيار الموضوع ٢

إشكالية البحث ٢

أسئلة البحث ٤

أهداف البحث ٤

أهمية البحث ٥

فرضيات البحث ٦

حدود البحث ٧

إطار البحث: Research Framework ٨

منهج البحث ١١

الدراسات السابقة ١٣

الكتب العامة في الإجارة المنتهية بالتمليك ١٣

البحوث في الإجارة المنتهية بالتمليك في المصارف الإسلامية ١٦

كتب في الاقتصاد والمصارف الإسلامية ١٨
فتاوى في الإجارة المنتهية بالتمليك للمصارف الإسلامية ٢٠
البحوث الأجنبية "الإنجليزية" ٢٨

الفصل الثاني: الإجارة المنتهية بالتمليك: تعريفها– نشأتها– صورها– أركانها– مشروعيتها– ودورها كأداة للتمويل الإسلامي ٣١
المبحث الأول: الإجارة المنتهية بالتمليك: تعريفها – صورها– أركانها ٣١
المطلب الأول: تعريف الإجارة المنتهية بالتمليك لغة واصطلاحًا ونشأتها . ٣١
المطلب الثاني: صور الإجارة المنتهية بالتمليك ٤١
المطلب الثالث: أركان الإجارة المنتهية بالتمليك ٤٣
المبحث الثاني: مشروعية الإجارة المنتهية بالتمليك وشروطها ودورها في التمويل ٤٦
المطلب الأول: المشروعية العامة للإجارة في التشريع ٤٦
المطلب الثاني: مدى مشروعية الإجارة المنتهية بالتمليك ٤٨
المطلب الثالث: شروط الإجارة المنتهية بالتمليك في التشريع ٥٤
المطلب الرابع: دور الإجارة المنتهية بالتمليك في التمويل ٦٢

الفصل الثالث: أحكام وآثار الملكية في الإجارة المنتهية بالتمليك في الشريعة . ٦٨
المبحث الأول: مفاهيم الملكية، أقسامها وخصائصها في الشريعة الإسلامية... ٦٨
المطلب الأول: مفهوم الملكية في الشريعة ٦٨
المطلب الثاني: أقسام الملكية في الشريعة ٧١
المطلب الثالث: خصائص الملكية في الشريعة ٧٢
المبحث الثاني: أحكام الملكية وتكييفها الشرعي وأثر الغرر فيها في الشريعة... ٧٤
المطلب الأول: ملكية العين المؤجرة في الإجارة المنتهية بالتمليك ٧٥
المطلب الثاني: ملكية حق الانتفاع وحدوده في الإجارة المنتهية بالتمليك. ٨٣

المطلب الثالث: الغرر أنواعه وأثره في الملكية..... ٩٠
المبحث الثالث: آثار الملكية في الإجارة المنتهية بالتمليك..... ٩٤
المطلب الأول: آثار ملكية العين المؤجرة في الإجارة المنتهية بالتمليك.... ٩٤
المطلب الثاني: آثار ملكية حق الانتفاع وحدوده في الإجارة المنتهية بالتمليك ٩٦

الفصل الرابع: أحكام وآثار الالتزام في الإجارة المنتهية بالتمليك في الشريعة وإشكالاتها ٩٩
المبحث الأول: مفهوم الالتزام، وحكمه، وأسبابه في الشريعة في الإجارة المنتهية بالتمليك ٩٩
المطلب الأول: مفهوم الالتزام في الشريعة في الإجارة المنتهية بالتمليك وضوابطه ٩٩
المطلب الثاني: أحكام الالتزام في الإجارة المنتهية بالتمليك في الشريعة... ١٠١
المطلب الثالث: مصادر الالتزام، وأسبابه وأنواعه في الإجارة المنتهية بالتمليك في الشريعة ١١٢
المبحث الثاني: آثار الالتزام في الإجارة المنتهية بالتمليك في الشريعة وإشكالاتها ١١٩
المطلب الأول: آثار الالتزام في حق المؤجر في الإجارة المنتهية بالتمليك في الشريعة ١٢٠
المطلب الثاني: آثار الالتزام في حق المستأجر في الإجارة المنتهية بالتمليك في الشريعة ١٢٤

الفصل الخامس: أحكام وآثار الصيانة في الشريعة في الإجارة المنتهية بالتمليك ١٢٩
المبحث الأول: مفهوم الصيانة وحكمها وأسبابها في الفقه الإسلامي ١٢٩

المطلب الأول: مفهوم الصيانة في الشريعة..... ١٢٩
المطلب الثاني: حكم الصيانة في الشريعة..... ١٣١
المطلب الثالث: أسباب الصيانة في الشريعة ١٤١
المبحث الثاني: أنواع الصيانة وأركانها وضوابطها وتكييفها الشرعي في
الإجارة المنتهية بالتمليك..... ١٤٤
المطلب الأول: أنواع الصيانة في الشريعة ١٤٤
المطلب الثاني: أركان الصيانة في الشريعة..... ١٤٧
المطلب الثالث: ضوابط ضمان التعدي والتقصير في الصيانة في الشريعة .١٤٨
المبحث الثالث: أحكام الصيانة وآثارها في الشريعة في الإجارة المنتهية
بالتمليك..... ١٥٢
المطلب الأول: أحكام صيانة العين المؤجرة في الإجارة المنتهية بالتمليك
في الشريعة في حق كل من المؤجر والمستأجر ١٥٣
المطلب الثاني: آثار الصيانة في الإجارة المنتهية بالتمليك في الشريعة
في حق كل من المؤجر والمستأجر ١٦٠

الفصل السادس: طبيعة مفاهيم الملكية والصيانة والالتزام في تمويلات الإجارة المنتهية بالتمليك في القانون العام الماليزي وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية في ماليزيا وضوابطها ١٦٦
المبحث الأول: القانون العام الماليزي، والمصارف الإسلامية: تعريفها – نشأتها
– خصائصها وأهدافها ١٦٦
المطلب الأول: القانون الماليزي ١٦٧
المطلب الثاني: مفهوم المصارف الإسلامية ونشأتها ١٧٥
المطلب الثالث: خصائص المصارف الإسلامية وأهدافها ١٨١

المبحث الثاني: تطبيقات الملكية، والصيانة، والالتزام في تمويلات الإجارة المنتهية بالتمليك في المصارف الإسلامية ماليزية- مي بنك الإسلام، بنك معاملات ماليزيا برحد وضوابطها ١٨٧
المطلب الأول: تعريف مي بنك الإسلامي ونشأته ١٨٨
المطلب الثاني: تعريف بنك معاملات ماليزيا برحد ونشأته ١٩٠
المطلب الثالث: تطبيقات الملكية والالتزام والصيانة في تمويلات الإجارة المنتهية بالتمليك: مي بنك الإسلامي، وبنك معاملات ماليزيا برحد وضوابطهما ١٩٣

الفصل السابع: اقتراح تطبيق الإجارة المنتهية بالتمليك في المصارف الأفغانية –دَ أَفْغَانْ مِلِيْ بانْكْ ,Da Afghan Mili Bank، ونَوَيْ كَابُلْ بَانْكْ New Kabul Bank في ضوء القانون العام الأفغاني، والتجربة الماليزية ٢٠٤
المبحث الأول: القانون المدني الأفغاني وقانون المصرف المركزي الأفغاني في الإجارة المنتهية بالتمليك ٢٠٤
المطلب الأول: القانون العام الأفغاني في المصرفية المالية الإسلامية ٢٠٥
المطلب الثاني: القانون المدني الأفغاني في الإجارة المنتهية بالتمليك ٢٠٦
المطلب الثالث: قانون المصرف المركزي الأفغاني في الإجارة المنتهية بالتمليك ٢٠٩
المبحث الثاني: المصارف الأفغانية تعريفها، ونشأتها ٢١٤
المطلب الأول: تعريف بأفغان ملي بانك ونشأته ٢١٤
المطلب الثاني: تعريف بكابل بنك الجديد ونشأته ٢١٩
المبحث الثالث: اقتراح تطبيق لأحكام الإجارة المنتهية بالتمليك في المصارف الأفغانية في ضوء القانون الأفغاني والتجربة المصارف الإسلامية الماليزية ٢٢٤
المطلب الأول: اقتراح تطبيق لأحكام الإجارة المنتهية بالتمليك في المصارف الأفغانية في ضوء القانون الأفغاني ٢٢٤

المطلب الثاني: اقتراح تطبيق لأحكام الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء
تجربة مي بنك الإسلامي وبنك معاملات ماليزيا برحد ٢٣١

الخاتمة **٢٤١**

قائمة المصادر والمراجع **٢٤٥**
الملحق **٢٥٨**

الفصل الأول
المدخل إلى البحث

المقدمة

إن المصارف الإسلامية هي الجذر الأسرع نمواً في الصناعة المالية والاقتصاد الإسلامي في العالم الإسلامي إذ توفر احتياجات الفرد والمجتمع. وأن أفغانستان بلد من البلدان التي فيها الأسواق المتنامية الناشئة لصناعة المالية الإسلامية. مثل مصرف أَفْغَانْ مِلِيْ بَانْكْ Afghan National Bank, "ANB" ومصرف نَوَيْ كَابُلْ بَانْكْ New Kabul Bank باعتبارها أكبر المصارف التجارية في أفغانستان الذي يحترم رغبة عدد متزايد من عملائها للتنمية وفق الاقتصاد الإسلامي. وهذا البحث محاولة لأجل تفعيل الإجارة المنتهية بالتمليك مراعيًا مفاهيم الملكية، والالتزام، والصيانة، وأحكامها وآثارها الشرعية فيها. فالمصارف الأفغانية لكي تتطور نحو الاقتصاد الإسلامي في تمويلاتها الإسلامية يمكن أن تستفيد من تجارب المصارف الإسلامية الماليزية التي تطورت في التمويلات الإسلامية.

وهذه الدراسة تحاول مدى إمكانية تطبيق لأحكام الإجارة المنتهية بالتمليك في المصارف الأفغانية بناءً على ضوءٍ تجربة المصارف الإسلامية الماليزية. وأذكر اثنين منها وهما مي بنك الإسلامي ''Maybank Islamic'' لكونه أكبر المصارف في ماليزيا، وبنك معاملات ماليزيا برحد "BankMuamalat Malaysia Berhad Berhad" لكونه أصغرها في ماليزيا.[١]

ولما كان المنشأ لهذا العقد المسمى بـ"الإجارة المنتهية بالتمليك" هو الغرب تحت البيع التأجيري الذي استحدث في بريطانيا عام ١٨٠٠م، ثم تطور في أمريكا عام ١٩٥٣م، والذي طبقته المصارف والمصارف، ولا يزال تطبيقه في الدول الإسلامية فلا بد من النظر في مفاهيم الملكية، والالتزام، والصيانة، وآثارها الشرعية في تمويلاتها، وكذلك لابد من خلو هذا العقد من مفاهيمه الباطلة التي لا تستقيم مع القيم الإسلامية ومبادئها. فبناء على هذا لا بد

---

[١] أستاذ المساعد. الدكتور: أذنان بن حسن- معهد المصرفية والتمويل الإسلامي- الجامعة العالمية الإسلامية بماليزيا-، الرئيس والمستشار الشرعي لمي بنك الإسلامي.

من خضوع هذا العقد للبحث في ضوء الدراسة الشرعية، والنظر إلى التجربة الماليزية في المصارف الإسلامية.

إذاً يهدف هذا البحث إلى دراسة الأحكام الشرعية للملكية، والالتزام، والصيانة، وآثارها الفقهية في الإجارة المنتهية بالتمليك في ضوء تجربة المصرفين الإسلاميين بماليزيا – مي بنك الإسلامي Maybank Islamic، وبنك معاملات ماليزيا برحد BankMuamalat Malaysia Berhad–، وفي ضوء إطار القانون الماليزي في ذلك، ثم محاولة إمكانية تطبيقها في المصارف الأفغانية – أفغان ملي بانك Afghan National Bank، ونوي كابل بانك New Kabul Bank، ومحاولة تقديم مشروع مقترح بذلك في ضوء إطار القانون الأفغاني.

سبب اختيار الموضوع

تبحث هذه الدراسة في موضوع "الأحكام الشرعية للملكية والالتزام والصيانة في العقد التمويلي في الإجارة المنتهية بالتمليك" من حيث بيان حقيقتها وكيفية ممارستها في المصارف الإسلامية. والإجارة المنتهية بالتمليك عقد استحدث وله صور مستجدة ومتنوعة ومعقدة في كل مجالات المعاملات[٢]، ومازال بعض الإشكاليات الشرعية يدور حول انتقال ملكية العين المؤجرة في الإجارة المنتهية بالتمليك للمستأجر، وحول إلزامية الوعد وعدمه في العقد. وكذلك مازالت الإشكاليات موجودة في التزام المتعاقدين في العقد، وبالتالي تطرح التساؤلات حول تبعة الهلاك، والتعيب، وصيانة العين المأجورة في هذا العقد، فحري أن نستقل بالكتابة في هذا الموضوع ببحث خاص يفيه ولو بعض حقه، ويبلغ مراده.

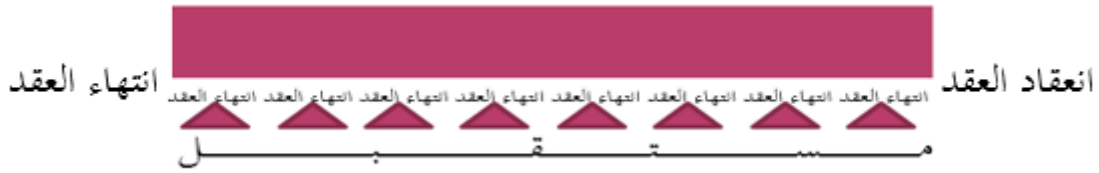
مشكلة البحث

إن إشكالية هذا البحث في التركيز على أحكام الملكية، والالتزام، والصيانة في هذا العقد لمعالجة الإشكاليات التشريعية.

---

[٢] انظر: ريان، أحمد، **فقه البيوع المنهي عنها مع تطبيقاتها الحديثة في المصارف الإسلامية**، (جدة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط:٣، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م)، ص٦٧.

فإشكالية البحث تكمن في وجود الغرر في انتقال ملكية العين المؤجرة في الإجارة المنتهية بالتمليك للمستأجر في المآل، حيث إن انتقال الملكية سيتم في المستقبل، ويكون بعقدٍ آخرٍ يحدث المستقبل وذلك غيرُ متيقنٍ، أيحدث ذلك العقد في المآل أم لا؟ ومتى؟؛ لأن الفترة الزمنية للمستقبل تبدء من انعقاد العقد إلى انتهائه. وذلك يفضي إلى اختلاف المتعاقدين والخصومة في العقد، وبالتالي يؤثّر على التزامات المتعاقدين، وخاصة في صورة شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة؛ لأن العين تختلف أسعارها في الماضي عن الأسعار التي تكون في المستقبل. وتوضيحه في الشكل التالي.



الشكل التوضيحي ١

وكذلك تكمن إشكالية البحث في تحويل صيانة العين المؤجرة بأنواعها –الصيانة الأساسية والصيانة التشغيلية– إلى المستأجر في العقد وهذا يخالف للقواعد الفقهية: "الكراء والضمان مكروه"، و"لا يصلح الكراء بالضمان"[٣]، "الأجرة والضمان لا يجتمعان"[٤]، و"الغنم بالغرم"، و"الخراج بالضمان" حيث إن القواعد الفقهية المذكورة طالب المؤجر بصيانة العين المؤجرة، وبإبقائها بحالة يستطيع معها المستأجر التمكن من منافعها المتعاقد عليها بصورة كاملة. ومن ناحية أخرى هناك أصول فقهية تدل على ما اتفق عليه المتعاقدين في العقد، وما

---

[٣] ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، **المغني**، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي وعبدالفتاح محمد الحلو (الرياض: دار عالم الكتب، ط٣، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م)، ج٨، ص١١٤.

[٤] الزرقا، أحمد بن محمد، **شرح القواعد الفقهية**، تحقيق: مصطفى أحمد الزرقا (دمشق: دار القلم، ط٢، ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩م)، ص٤٣١.

جرى به العرف ألا وهي: "حرية التعاقد وصحة الشروط"[٥]، و"رضا المتعاقدين في المعاملات المالية"[٦]، و"مقاطع الحقوق عند الشروط"[٧].

وإن الإشكالية تظهر في وجوب الضمان عند التعدي؛ لأن التعدي أمرٌ خفيٌ غير معلوم، فتأتي الجهالة في مقدار التعدي أوالتقصير، وبالتالي تأتي الجهالة في مقدار الضمان مما يفسد به العقد.

أسئلة البحث

١. ما مفهوم الملكية، وأحكامها وآثارها الشرعية، وكيف يعالج من خلال مفهومها وضوابطها الإشكاليات الشرعية في الإجارة المنتهية بالتمليك المطبقة في المصارف الإسلامية كي ترفع عنها الغرر الواقع في انتقال الملكية في العقد؟
٢. ما مفهوم الالتزام، وأحكامه وآثاره الشرعية، وكيف يعالج من خلال معاييره الإشكاليات الشرعية في الإجارة المنتهية بالتمليك في المصارف الإسلامية، وما أثر الغرر الناشئ من انتقال الملكية على التزامات كل من المؤجر والمستأجر؟
٣. ما حقوق ومسؤوليات كل من المؤجر والمستأجر في الصيانة وما يلحق بها كتبعة الهلاك، والتعيب، وما أقوال المعاصرين في الصيانة، وما القول الراجح والأنسب لمصلحة الطرفين مع مراعاة الأصول الفقهية الواردة فيها، وهل للعرف أو اتفاق الطرفين أثر في ذلك، وما ضوابط ضمان التعدي، وتقصير المستأجر في العين المستأجرة؟

---

[٥] انظر: ابن تيمية، **مجموع فتاوى**، ترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ومحمد، (المصحف الشريف: د.ط، ١٤١٥هـ)، ج٢٩، ص١٢٦-١٨٠، وانظر: الشاذلي، حسن علي، **اجتماع العقود المتفقة أو المختلفة الأحكام في عقد واحد**، الندوة الفقهية الخامسة لبيت التمويل الكويتي، نوفمبر ١٩٩٨م، ص٢٦.

[٦] يقول الله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم" سورة النساء، الآية:٢٩، وانظر: علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** (الرياض: دار عالم الكتب، د:ط، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م)، ج١، ص٥٠١.

[٧] أبو عبد الرحمن، عبد المجيد الجزائري، **القواعد الفقهية المستخرجة من أعلام الموقعين**، تحقيق: بكر أبو زيد، (دار ابن القيم، ط.١، ١٤٢١هـ)، ص٥٥٩.

٤. ما خطوات تطوير منتج الإجارة المنتهية بالتمليك التي قامت بها المصارف الإسلامية الماليزية، وما الوسائل لنقل تجاربها إلى المصارف الأفغانية؟
٥. ما اقتراح تطبيق الإجارة المنتهية بالتمليك في المصارف الأفغانية في ضوء القانون المدني الأفغاني، وتجربة المصارف الإسلامية الماليزية؟

أهداف البحث

١. يهدف هذا البحث إلى مناقشة مفاهيم الملكية، وآثارها الشرعية، وكيفية معالجة الإشكاليات الشرعية من خلال مفاهيمها وضوابطها في الإجارة المنتهية بالتمليك المطبقة في المصارف الإسلامية كي ترفع عنها الغرر الواقع في انتقال الملكية في العقد.
٢. بيان مفهوم الالتزام، وآثاره الشرعية، وكيفية معالجة الإشكاليات الشرعية من خلال ضوابطه ومعاييره في الإجارة المنتهية بالتمليك في المصارف الإسلامية مع بيان مدى أثر الغرر الناشئ من انتقال الملكية على التزامات المتعاقدين، وبيان أثر العرف أو اتفاق الطرفين في ذلك.
٣. بيان حقوق ومسؤوليات كل من المؤجر والمستأجر في الصيانة وما يلحق بها كتبعة الهلاك، والتعيب في ضوء القواعد الفقهية، وبيان أقوال المعاصرين في الصيانة مع بيان القول الراجح والأنسب لمصلحة الطرفين مع مراعاة مقاصد الشرع والعرف فيها، وكذلك بيان ضوابط ضمان التعدي، وتقصير المستأجر في العين المستأجرة.
٤. محاولة بيان خطوات تطوير منتج الإجارة المنتهية بالتمليك التي قامت بها المصارف الإسلامية الماليزية، وبيان الوسائل لنقل تجاربها إلى المصارف الأفغانية في هذه المسألة.
٥. بيان اقتراح تطبيق الإجارة المنتهية بالتمليك في المصارف الأفغانية في ضوء القانون المدني الأفغاني، وتجربة المصارف الإسلامية الماليزية.

أهمية البحث

١. تكمن أهمية هذا البحث في بيان مفاهيم الملكية، وأهم أحكامها وآثارها الشرعية في الإجارة المنتهية بالتمليك لمعالجة الإشكاليات الشرعية فيها، ثم ربط تلك المفاهيم بهذا العقد المطبق في المصارف الإسلامية لمحاولة معرفة مدى أثر الغرر الواقع في انتقال الملكية في العقد.

٢. بيان ضوابط، ومعايير الالتزام في الإجارة المنتهية بالتمليك كي تستفيد منها المصارف الإسلامية، والعاملين في الصناعة المالية، ومحاولة فحص طُرُقِ الحل للإشكاليات الشرعية التي تدور حول الغرر الذي نشأ من انتقال الملكية في المآل على التزامات كل من المؤجر والمستأجر، وكذلك تظهر أهميته في بيان هل الشرع مصدر ملزم فقط على التزاماتهما في الملكية الناقصة أم للعرف واتفاق الطرفين أثر في العقد.

٣. تجلية حقوق ومسؤوليات كل من المؤجر والمستأجر في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك في الصيانة وما يلحق بها كتبعة الهلاك، والتعيب في ضوء الأصول والقواعد الفقهية الواردة فيها، وكذلك بيان أقوال العلماء فيها مع بيان الرأي الراجح الذي يناسب مصلحة الطرفين المتفق مع المبادئ الشرعية، والأصول الفقهية. وكذلك معرفة حد التعدي أوالتقصير، وذكر أسبابهما في تعيين الضمان اللازم على المستأجر.

٤. محاولة بيان خطوات تطوير منتج الإجارة المنتهية بالتمليك التي قامت بها المصارف الإسلامية الماليزية، وبيان الوسائل لنقل تجاربها إلى المصارف الأفغانية في هذه المسألة.

٥. اقتراح تطبيق الإجارة المنتهية بالتمليك المطبقة في المصارف الإسلامية الماليزية، وإمكانية تطبيق ذلك المشروع في المصارف الأفغانية.

فرضيات البحث

إن ما يتوقع من خلال بحث "أحكام الملكية والالتزام والصيانة في الإجارة المنتهية بالتمليك" ما يأتي:

١. يتوقع من البحث إلقاء الضوء على مفاهيم الملكية، والالتزام، والصيانة، وآثارها الشرعية، وكيفية حل الإشكاليات الشرعية التي تدور حول الملكية، والالتزام، والصيانة بفحص التوجيهات الواضحة في ضوء ضوابطها ومعاييرها بحيث يرتفع به منشأ الغرر في العقد المطبق في المصارف الإسلامية ويستفيد منه المصارف الإسلامية والعاملين فيها.

٢. الوصول إلى مدى أثر الغرر الموجود في انتقال الملكية في المآل على التزامات كل من المؤجر والمستأجر من حيث الإيجابية والسلبية، وكذلك الوصول إلى مصدرية العرف وأثر اتفاق الطرفين الملزمة على التزاماتهما في الملكية الناقصة وذلك من خلال ذكر آراء الفقهاء والعلماء المعاصرين ومحاولاتهم في هذا المجال.

٣. الوصول إلى التحقق من مسؤوليات كل من المؤجر والمستأجر في الصيانة وما يلحق بها في ضوء أقوال الفقهاء والعلماء المعاصرين وآرائهم من خلال الأصول والقواعد الفقهية، وكذلك تجلية مسألة تحويل الصيانة إلى المستأجر وتحميله عليه مع بيان سبب خلاف الشيخ علي القره داغي معهم في المسألة- كما يدعي بعضهم-، والوصول إلى القول الراجح الذي يناسب مصلحة المتعاقدين طبق مبادئ مقاصد الشرع والأصول الفقهية الواردة فيها. وكذلك يتوقع من البحث ضبط ضمان التعدي، وتقصير المستأجر في العين المأجورة، وكشف أسبابها في ضوء خبرة الخبراء، والماهرين، وأصحاب التجربة.

٤. الاطلاع على خطوات التطور والوسائل التي قامت بها المصارف الإسلامية الماليزية في منتج الإجارة المنتهية بالتمليك، ثم نقلها إلى المصارف الأفغانية في هذه المسألة.

٥. الكشف على اقتراح تطبيق الإجارة المنتهية بالتمليك، وإمكانية تطبيقها في المصارف الأفغانية في ضوء القانون المدني الأفغاني، وتجربة المصارف الإسلامية الماليزية.

حدود البحث

للبحث مجالان:

الأول نظري من حيث بيان مفهوم الإجارة المنتهية بالتمليك وأحكامها ومشروعيتها ودورها في التمويل الإسلامي، ومن حيث بيان وتوضيح مفاهيم الملكية، والالتزام، والصيانة مع بيان أحكامها وآثارها الشرعية في الإجارة المنتهية بالتمليك. وكذلك من حيث بيان أهم ضوابط الملكية والالتزام والصيانة ومعاييرها في هذا العقد في المصارف الإسلامية مع بيان مفهوم التعدي أوالتقصير، والضمان وأنواعه وأسبابه، وفهم طبيعتها في تمويلات الإجارة المنتهية بالتمليك.

أما الثاني فهو تطبيقي وهو اقتراح مشروع في تمويلات الإجارة المنتهية بالتمليك المطبقة في المصارف الإسلامية الماليزية – مي بنك الإسلامي Maybank Islamic، وبنك معاملات ماليزيا برحد BankMuamalat Malaysia Berhad، وإمكانية تفعيل المشروع المقترح في المصارف الأفغانية –د أفغان ملي بانك Afghan National Bank، نوي كابل بانك New Kabul Bank مع بيان ملاحظات عليه.

إطار البحث: Research Framework

الدراسة تحتوي على الإطار النظري والإطار التطبيقي والقانوني.

الإطار النظري: Theoretical Framework

لم تتناول الدراسة بصورة مفصلة بيان مفهوم الإجارة المنتهية بالتمليك وحقيقتها وأحكامها ومشروعيتها ودورها في التمويل الإسلامي بل إن الدراسة ركزت على ثلاثة محاور رئيسية

أخرى التي لا يمكن الاستغناء عن واحد منها لغرض الوصول إلى تحقيق الأهداف الرئيسية من هذه الدراسة.

المحور الأول يدور حول مفاهيم الملكية، وآثارها الشرعية، ومناقشتها من خلال مفهومها وضوابطها في كيفية معالجة الإشكاليات الشرعية في الإجارة المنتهية بالتمليك المطبقة في المصارف الإسلامية لغرض محاولة رفع الغرر الواقع في انتقال الملكية في العقد. والمحور الثاني عبارة عن بيان مفهوم الالتزام، وآثاره الشرعية، ثم مناقشته من خلال ضوابطه ومعاييره في الإجارة المنتهية بالتمليك في المصارف الإسلامية لمحاولة معالجة الإشكاليات الشرعية المتعلقة بالغرر الناشئ من انتقال الملكية، وأثره على التزامات المتعاقدين. والمحور الثالث يحاول تجلية على حقوق ومسؤوليات كل من المؤجر والمستأجر في الصيانة وما يلحق بها كتبعة الهلاك، والتعيب. ووتتناول الدراسة في هذا المحور إلى بيان أحكام الصيانة وما يتعلق بها في ضوء القواعد الفقهية، وأقوال العلماء المعاصرين في الصيانة مع مراعاة مقاصد الشرع والعرف فيها، وكذلك بيان ضوابط ضمان التعدي، وتقصير المستأجر في العين المستأجرة.

فالدراسة لم تقم على الإطار النظري فقط بل تطرقت الدراسة إلى التحليل في مناقشة مفاهيم الملكية والالتزام والصيانة من خلال ضبط معاييرها في ضوء آراء الفقهاء والباحثين المعاصرين في تمويلات الإجارة المنتهية بالتمليك في المصارف الإسلامية التي تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها. وارتكزت الدراسة في هذه المحاور على المنهج الاستقرائي "Inductive Method" من خلال البحث في المصادر الأصلية القديمة لأحكام الملكية والالتزام والصيانة ومقاصدها الشرعية، ومن خلال المؤلفات الحديثة المعاصرة من الدراسات وقرارات مجامع الفقه الإسلامي ومراكز البحوث والمؤسسات المالية الإسلامية والباحثين التي يتطلبها الموضوع في هذه الدراسة.

الإطار التطبيقي والقانوني: Practical and Legal Framework

ارتكزت الدراسة في الإطار التطبيقي والقانوني على محورين أساسيين. المحور الأول عبارة عن دراسة القانون الماليزي بشأن البيع الإيجاري "hire-Purchase act 1967"[٨] للوصول إلى مدى توافق القانون الماليزي بشأن البيع الإيجاري مع مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصد الشرع. وكذلك دراسة تفعيل الإجارة المنتهية بالتمليك، وخطواتها في ضوء التجربة الماليزية في المصارف الإسلامية – مي بنك الإسلامي Maybank Islamic، وبنك معاملات ماليزيا برحد BankMua'malat Malaysia Berhad للوصول إلى الهدف الرئيسي للبحث وهو مدى توافق الإجارة المنتهية بالتمليك من الناحية النظرية مع التطبيق العملي.

بما أن البحث ارتكز على دراسة الإجارة المنتهية بالتمليك المطبقة في المصارف الإسلامية الماليزية – مي بنك الإسلامي Maybank Islamic، وبنك معاملات ماليزيا برحد BankMua'malat Malaysia Berhad في ضوء القانون الماليزي بشأن البيع الإيجاري "hire-Purchase act 1967"[٩] فبناءً على ذلك فإن المحور الثاني هو دراسة المصارف الأفغانية واقتراح تطبيق الإجارة المنتهية بالتمليك وإمكانيتها في المصارف الأفغانية (دَ أَفْغَانْ مِلِيْ بَانْكْ Afghan National Bank، ونَوَيْ كَابُلْ بَانْكْ New Kabul Bank)، في ضوء القانون المدني الأفغاني.

وارتكزت الدراسة في هذا الإطار على المنهج التطبيقي، وذلك بتحديد المصارف الإسلامية في ماليزيا التي لديها تمويلات الإجارة المنتهية بالتمليك. فيقوم بتحليل المشروع بدراسة موقف أعضاء هيئة الرقابة الشرعية، والموظفين في تلك المصارف من خلال إجراء المقابلات الشخصية في حدود المستطاع، ثم القيام باقتراح تطبيق المشروع المقترح في المصارف الأفغانية من خلال دراسة طبيعة المصارف الأفغانية في ضوء القانون المدني الأفغاني.

---

[8] Law of Malaysia, Act 212: hire-Purchase act 1967, by the commissioner of law revision, percetakan nasional Malaysia bhd.

[9] Ibid.