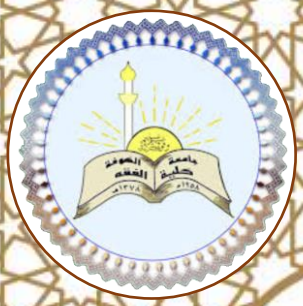

مجلة كلية الفقه

مجلة فصلية علمية محكّمة

تصدر عن كلية الفقه / جامعة الكوفة

الرقم الدولي: ISSN 1995-7971

العدد الحادي والثلاثون – السنة الحادية عشرة

ربيع الثاني / ١٤٤١هـ – كانون الأول / ٢٠١٩م

المشرف العام

الأستاذ الدكتور

ستار جبر الأعرجي

عميد كلية الفقه

رئيس التحرير

الأستاذ الدكتور

محمد صبار نجم

مدير التحرير

الأستاذ المساعد الدكتور

فاضل مدب متعب

مقوم اللغة العربية

الأستاذ المساعد الدكتورة

إنتصار راضي عليوي

جامعة الكوفة – كلية الفقه

مقوم اللغة الإنكليزية

الأستاذ المساعد الدكتورة

هناء غني خليف

الجامعة المستنصرية – كلية الآداب

هيئة التحرير

الأستاذ الدكتور	هادي حسين هادي الكرعاوي
الأستاذ الدكتور	محمد محمود زوين
الأستاذ الدكتور	رؤوف أحمد محمد الشمري
الأستاذ الدكتور	عباس علي كاشف الغطاء
الأستاذ الدكتور	حسين سامي عبد الصاحب
الأستاذ الدكتور	محمد علي هاشم الأسدي
الأستاذ الدكتور	كريم شاتي شبوط السراجي
الأستاذ المساعد الدكتور	حيدر محمد علي السهلاني
الأستاذ المساعد الدكتور	مهند مصطفى جمال الدين
الأستاذ المساعد الدكتورة	خولة مهدي شاكر الجراح

الهيئة الإستشارية

الأستاذ المتمرس الأول	محمد حسين علي الصغير	العراق
الأستاذ المتمرس الدكتور	عبدالأمير كاظم زاهد	العراق
الأستاذ الدكتور	حسن عيسى الحيكم	العراق
الأستاذ الدكتور	محمود محمد حسن المظفر	مكة المكرمة
الأستاذ المتمرس الدكتور	صاحب محمد حسين نصار	العراق
الأستاذ الدكتور	حازم سليمان الحلي	ألمانيا
الأستاذ الدكتور	علي حسين الجابري	جامعة بغداد / العراق
الأستاذ الدكتور	سلامة حسين محمد	جامعة بغداد / العراق
الأستاذ الدكتور	صباح عباس عنوز	جامعة الكوفة / العراق
الأستاذ الدكتور	علي ناصر غالب	العراق
الأستاذ المساعد الدكتور	أحمد فاضل السعدي	جامعة طهران / إيران

الشروط العامة للنشر

١- أن لا يكون البحث قد سبق نشره في أية مجلة علمية أو شارك في مؤتمر.

٢- أن لا يكون البحث مقدماً للنشر في مجلة أخرى.

٣- أن لا يزيد عدد صفحات البحث عن (٢٠) صفحة، حجم A4.

٤- يتضمن البحث الفقرات الآتية:

أسماء الباحثين ومراتبهم العلمية، أماكن عمل كل منهم، المستخلص (بالعربي والإنكليزي)، المقدمة (الموارد وطرائق العمل)، النتائج والمناقشة والمصادر.

٥- يحتوي البحث على المستخلص باللغة الإنكليزية على أن لا يتجاوز ٢٠٠ كلمة.

٦- تقدم البحوث مطبوعة باستعمال برنامج Microsoft Word وبخط Simplified Arabic وبحجم (١٤) للعنوان الرئيسي للبحث وبحجم (١٢) لإسم الباحث ومرتبته العلمية ومكان عمله، ونفس الحجم للنصوص والعناوين الفرعية (٨) لهوامش الجداول إن وجدت، ويكتب البحث على وجه واحد من الورقة مع ترك مسافة سطر واحد بين المواضع وسطر واحد بين المقاطع.

٧- يشار إلى المصدر في متن البحث بالأرقام، وتكون محصورة بقوسين مربعين (١) ولا يذكر بجانب الرقم في المتن أي شيء آخر.

٨- يترك مسافة الحواشي بمقدار ٢,٥ سم على الجوانب الأربع للصفحة.

٩- تكتب المصادر في نهاية البحث بحسب تسلسل ورودها في المتن وشروط البحث العلمي في ذلك.

١٠- تقدم البحوث مطبوعة مع قرص CD مسجل عليه البحث وفق المتطلبات المشار إليها.

١١- يسلم الباحث مبلغ (٢٠,٠٠٠) دينار عراقي أو ما يعادله كدفعة أولى لقاء إيصال رسمي إلى حسابات المجلة، ويكمل المبلغ بحسب الضوابط في حال قبول البحث للنشر في المجلة ويسقط حق الباحث بالمطالبة بالدفعة الأولى في حال رفض البحث.

١٢- يزوّد كل باحث بنسخة واحدة من العدد المنشور فيه بحثه، ولا يرد أصل البحث الذي أرسل إلى المجلة نشر أو لم ينشر.

كلمة التحرير

حائط الصدّ

تُشغلُ واقعَنا الفكريّ اليوم جملةٌ من المشاكلِ والتحدّياتِ الّتي تُؤشّر مساراته وتؤثّر فيها، وتحدّد طبيعةَ الحواراتِ والاشتغالاتِ الّتي يتوجّه إليها الباحثون والدارسون ويتفاعلوا معها، كلٌّ حسبَ منطلقاتِهِ وأُسسِ تفكيرِهِ ومنهجِهِ رَفْضَاً أو قَبُولاً، وتنعكِسُ المواقفُ منها في كثيرٍ من الأحيانِ على الساحةِ الفكريّةِ عُمُوماً وربّما تتشكّلُ المواقفُ والمتبنّياتُ على أساسِها.

وتبرزُ على أساسِ ذلك في الغالبِ كتلٌ معرفيّةٌ واتّجاهاتٌ فكريّةٌ تتصارعُ على من يُمثّلَ الواجهةَ في المشهدِ، ومن يعجزُ عنْ تَسيّدِها فيلوذُ إلى خلفيّتِهِ أو يَنْكَفِئ إلى الانعزالِ.

وعلى رأسِ مَا يُشْغِلُ واقعَنَا اليومَ الدعواتُ إلى إعادةِ التعاملِ معَ النصِّ الدينيّ وفسحُ المجالِ أمامَ تعدّدِ القراءاتِ.

وتَنزلُ الحداثةُ إلى الميدانِ بقُوّةٍ وتحتلُّ منَ المشهدِ واجِهَتَهُ دُونَ منافسٍ حقيقيٍّ أو قائمٍ بالزحزحةِ ودُونَ أنْ تَكونَ لها حقٌّ في الأهليّةِ الكاملةِ على أنْ تكونَ متسيّدَةً للميدان بهذا الشكلِ، وهذا ما يُؤشّر بوضوحٍ ضعفَ حضورِ البديلِ الموضوعيّ وفاعليتِهِ في المواجهةِ.

وليس هذا ضَعْفَاً في منظومةِ التراثِ أو قابلياتِ المرجعياتِ الّتي يُستمدُّ منها بقدرِ ماهو ضعفُ بلورةِ المفاهيمِ وقابلياتِ الإفهامِ على انتزاعِها وتشكيلِ ملامحِ المنظومةِ الفكريّةِ الّتي تُبْنى عليها وتنجحُ في استيعابِ ملامحِ الرؤيةِ الكونيّةِ المستمدّةِ منها والّتي تُؤمّن الفاعليةَ والقدرة على المواجهةِ.

إنّ من واجباتِ الفكرِ الإسلاميّ اليومَ وأهمّ مسؤولياتِه أنْ يُبلورَ رؤيةً جديدةً وقراءةً معاصرةً تُؤمّنُ الاستجابةَ للتحدياتِ الفكريّةِ واستيعابَها للرؤيةِ الكونيّةِ والمنظورِ الاسلاميّ لتقدّمَ الاجابةَ

كلمة التحرير

الكاملةَ للتساؤلاتِ والاشكالاتِ المختلفةِ المطروحةِ اليومَ لأداءِ مَهَّمَةِ سدّ الطريقِ ومَلْإ الثغراتِ التي تُنتجُها مقولاتُ الحداثةِ وتتحرّكُ كإشكالاتٍ مُؤثّرةٍ ومُتبناةٍ من الكثيرينَ، وهكذا فإنَّ هذا التحدّي الكبيرَ يُلزمنا بمَهَمّتين رَئيستين:

١- بلورةِ المفاهيمِ وتأمينِها بمجموعِها لتكوّنَ ملامحَ الرؤيةِ الكونيّةِ وموقفَ المنظورِ الاسلاميّ في مختلفِ القضايا والمشكلاتِ والإشكالاتِ.

٢- تأمينِ حائطِ صدٍّ ومنظومةِ ردّ شبهاتٍ، وتحريرِ الأجوبةِ الواقعيّةِ للتساؤلاتِ والإشكالاتِ، وتشكيلِ منظومةِ الاستدلالِ الداعمةِ والموثّقةِ لهذهِ الرؤيةِ الكونيّةِ والمنظورِ الاسلاميّ مِنْ خلالِ انتزاعِ الأدلّةِ والحججِ والبراهينِ الموثقّةِ والمصدّقةِ لكلِّ مَلْمحٍ مِنْ ملامحِ الشريعةِ والعقيدةِ والتراثِ .

وهذا العدد من مجلتنا الغراء يستوعب هذه الحاجات ويلتفت الى لوازم الاستجابة لتحدياتها في العديد من بحوثه ويرسل رسالة واضحة للتنبيه الى ضرورة إعادة تشكيل منظومة الاستدلال والرد (حائط الصد) ليكون مؤهلاً بالكامل للوقوف في مواجهة الشبهات والاشكالات المعاصرة والانتقال من رد الفعل الى الفعل وتقديم الرؤية الكونية الإسلامية المؤمنة والمدعومة بالحجة والدليل.

أ.د. ستّار جبر الأعرجيّ
عميد الكلّيّة
المشرف العام

جدول المحتويات

١	دلالات النص على المعنى وما بعد المعنى قراءة في الإشكالية	١٣-٣١
	د. إحسان الأمين	
٢	مباني الشيخ الأنصاري في مباحث الحجة مباني القطع أنموذجاً وتطبيقاته الفقهية	٣٣-٤٤
	الباحث: حسنين بدر نجف أ.د. هادي حسين الكرعاوي	
٣	الأساس الفلسفي للقراءة التاريخية وانعكاسه على النص الديني	٤٥-٦٨
	م.د سعد جاسم الكعبي أ.د.كريم شاتي السراجي	
٤	المسؤولية الاجتماعية لدى موظفي كلية التربية	٦٩-٨٩
	م.م. سيف ناجح السلطاني أ.د. فاضل محسن الميالي	
٥	البعد الوظيفي التداولي للعلامات في رسائل الإمام علي (ع)	٩١-١٠٨
	م.د.مرتضى شناوة فاهم العرداوي أ.د. كريمة نوماس المدني	
٦	القدرة الشرعية والعقلية عند أصوليي الإمامية	١٠٩-١٢٩
	أ.م.د. صلاح عبدالحسين المنصوري	
٧	نظرية تعويض الأسانيد إشكال في بعض تطبيقاتها	١٣١-١٥٦
	الباحث: مصطفى زكي يحيى	
٨	مستند الاحتياط الوجوبي في الفقه الإسلامي	١٥٧-١٨٩
	بحث مشترك: ١- أ.م.د صادق حسن علي الطفيلي ٢- كامل كاطع غنتاب	
٩	قوانين عرض المعلومات في الفضاء المجازي الافتراضي في ضوء القواعد الفقهية	١٩١-٢٠٧
	أ.م.د. محمد حسين ملايكة بور قاسم سيد نور الدين مراديان وفايي	
١٠	فكر الإمامة وتأثيرها على الحضارة البشرية	٢٠٩-٢٣٣
	علي راد مهر طالب د. عبدالحسين خسرو بناه أ.د. أبو الفضل روحي	

جدول المحتويات

١١	جملة الشرط بين القدماء والمحدثين	٢٣٥-٢٤٧
	أ.م.د. انتصار راضي عليوي	
١٢	عقد الصيانة دراسة فقهية مقارنة	٢٤٩-٢٦٧
	إعداد: م.د. سهام علي حسين الناصري	
١٣	المحددات الأصولية لفهم النص التشريعي وعلاقتها بإشكالية المطلق والزمني دراسة تحليلية	٢٦٩-٢٩٠
	م.د. أسعد عبدالرزاق طعمة الأسدي	
١٤	الآراء الفقهية للسيد محمد باقر الصدر (نظرية خلافة الأمة وإشراف الفقيه إنموذجاً)	٢٩١-٣٢٩
	م.د. محمد فرحان عبيد النائلي	
١٥	هذه الرسالة في علم المعاني محلها عند قول صاحب "التلخيص" عند ورود الأمر للتعجيز نحو: (فأتوا بسورة من مثله) لخاتمة المحققين ببلد الله الأمين العلامة السيد أحمد بن زيني دحلان (ت١٣٠٤هـ)	٣٣١-٣٨٣
	تحقيق: م.د حسين عيدان مطر الشمري	
١٦	النفي في المناجاة الخمس عشرة الملحقة بالصحيفة السجادية - دراسة نحوية	٣٨٥-٤٠١
	م.د. وداد حامد عطشان السلامي	
١٧	نقد متن الروايات المفسرة للقرآن الكريم	٤٠٣-٤٢٥
	م.د. لواء حميزة كاظم العياشي	
١٨	مشكلة تدريس علم الاستعارة المعوقات والحلول المقترحة	٤٢٧-٤٤٨
	م.د. مصعب مكي زيبية	
١٩	دلالة الفصل عند المفسِّرين قراءةٌ في الآية (السابعة عشر) من سورة الحج	٤٤٩-٤٧٤
	م.م وسام فخري جويّح الحسناوي	
٢٠	الاجتهاد في الرؤية الحداثوية	٤٧٥-٥١٠
	م.د. حميد صبّار كاظم الأعرجي	

جدول المحتويات

٢١	التكافؤ الدينامي للترجمة من العربية إلى الفارسية في ضوء الدراسات النصية	٥١١-٥٢٩
	أ.م.د. سعد الله همايوني رضا بيات	
٢٢	الشعر والخطابة والأمثال من منظور إسلامي	٥٣١-٥٧٨
	م.د سناء لطيف عبدالرزاق الخرسان	
٢٣	المعالجات الأخلاقية عند محمد حسن القزويني	٥٧٩-٦١٣
	م.د. انتصار سلمان سعد	
٢٤	موقف أبي طالب من فجر الدعوة الإسلامية حتى وفاته - دراسة تاريخية -	٦١٥-٦٢٦
	الباحث: حسين نبيل جواد الخاقاني / رئاسة جامعة الكوفة	
٢٥	أساليب تهذيب النفس في النص القرآني دراسة تحليلية في البنى النحوية	٦٢٧-٦٤١
	م.م. انتصار عبدالأمير جبار الخالدي	
٢٦	مبدأ الزوجية في الخلق وأثره في بناء الأسرة الإسلامية (دراسة كلامية فقهية)	٦٤٣-٦٩١
	أ.م.د. رزاق حسين العرباوي	

عقد الصيانة دراسة فقهية مقارنة

إعداد: م.د. سهام علي حسين الناصري

ملخص البحث

بعد المطاف العلمي في موضوع البحث توصلت إلى نتائج تكاد تكون مهمة إدرجها كالآتي:

١- وضوح التجديد في معالم الفقه الإسلامي، بسبب استمرار حركة التطور وكثرة الأستفتاءات عن المسائل المستحدثة والقضايا الطارئة، والإجابة عنها.

٢- إنّ عقد الصيانة من العقود التي توجد لها عقود مشابهة من عقود الإسلام، ولكن لا تماثلها، وله عدد من الخصائص التي تميزه، فهو من العقود المستحدثة التي تنطبق عليها القواعد العامة للعقود، ويشترط فيه ما يشترط في العقود الأخرى من الشروط التي تنفي الجهالة (الغرر) والتعليق وغيرها.

٣- إذا كانت الصيانة شرطاً في ضمن عقد، فإنه شرط سائغ شرعاً تشمله أدلة الوفاء بالشروط.

٤- إن القانون العراقي – على ما يبدو من البحث وتتبعي القاصر لم يضع قواعد قانونية خاصة بهذا العقد، أو يعدّه نوعاً من أنواع المقاولة.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد وآله الطيبين الطاهرين وصحبه المنتجبين:

إن التجديد سنة من سنن الحياة الإنسانية، لتحقيق النهوض والرقي الحضاري، لأن حاجات الإنسان والمجتمع والأمم تتطلب ذلك.

فإن الحياة المعاصرة أصبحت تتشكل وتتغير بصورة سريعة في مختلف جوانبها ومجالاتها، ليظهر عقد الصيانة كأحد العقود المعاصرة الضرورية الملازمة للتطور التقني والاقتصادي.

وقد تميزت معالم الفقه الإسلامي بالحركة العلمية والفكرية، والاستجابة إلى دواعي الضرورة ورعاية المصلحة العامة الموافقة للشريعة الغراء، متمثلة بفتاوى الفقهاء الأعلام.

ولأهمية عقد الصيانة، لاتصاله بالواقع المعاصر لحياة الناس، فما من أحد إلا وهو محتاج إليه (غالباً)، لأنه أما أن يكون ملتزماً بالصيانة أو ملزما له، ولتبين الموقف الشرعي منه، لذا أختير موضوعاً للبحث.

وقد أنتظم البحث والدراسة على مقدمة ومبحثين وخاتمة ونتائج للبحث مع ذكر لأهم المصادر والمراجع المعتمدة، فكان المبحث الأول في عقد الصيانة، حقيقته، أهميته، والحاجة إليه، وأنواعه، فانتظم في مطلبين وقد وضحت ذلك، أما المبحث الثاني فقد تبنى عقد الصيانة وتكييفه الشرعي، وقد انتظمت دراسته في مطلبين، الأول في التكييف الفقهي لعقد الصيانة، والثاني في التكييف القانوني لعقد الصيانة.

المبحث الأول
عقد الصيانة حقيقته، وأهميته والحاجة إليه أنواعه

ولبيان ذلك تقتضي دراسة المبحث ما يأتي:

المطلب الأول: بيان ما هيته وأهميته والحاجة إليه:

ولتوضيح ذلك يقتضي ذكر الآتي:

أولاً: بيان المفهوم اللغوي والأصطلاحي لعقد الصيانة:

١- الصيانة (لغةً):

هي أن تقي شيئاً مما يفسده، والحر يصون عرضه كما يصون ثوبه[١].

وأورد أبن فارس: أن الصاد والواو والنون أصل واحد - صون – وهو كن وحفظ، ومن ذلك صنت الشيء أصونه صوناً صيانة[٢].

إنّ الواضح من المدلول اللغوي للصيانة أن المراد بها هو الحفظ والوقاية.

٢- الصيانة (أصطلاحاً):

إنّ عقد الصيانة من العقود المستحدثة والتي لم تكن موجودة في الفقه الإسلامي، لذا لم يوجد تعريف يبين حقيقته فهو ليس له معنى شرعي، ولكن مع ذلك فقد حصلت له تعاريف عديدة معاصرة منها:

١- **الصيانة:** هي الاتفاق في عقد مستقل أو في ضمن عقد معين بين الشركة أو المختص، وبين صاحب المال، للقيام بخدمات الإدامة وإصلاح المال في مدة معينة، لكي يبقى صالحاً للاستفادة المطلوبة في مقابل أجرة معينة [٣].

٢- إنّه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بصيانة شيء لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر [٤].

٣- هي عمل يحفظ الشيء في حالة صحيحة إذ يمكن الانتفاع به من غير أن يتطرق إليه الفساد [٥].

ويبدو مما تقدم أن التعريف الأول هو أقربها الى فكرة (عقد الصيانة)، وقد أشار إليه بصورة شاملة. وسيرد تعاريف أُخر في البحث إن شاء الله تعالى.

ثانياً: أهمية الصيانة:

إن تزايد أهمية الصيانة يرجع إلى عاملين رئيسين:

أولهما: زيادة الكثافة الرأسمالية في النشاطات المعيشية المعاصرة، بمعنى الإتجاه المطرد إلى استخدام الآلات والأجهزة لإنجاز عمل معين[٦].

ثانيهما: هو أعتماد كثير من الأجهزة والمعدات على معرفة تقانية (تكنولوجية) متقدمة، تجعل صيانتها وإصلاحها يتطلب مهارات بشرية وأعداد فنية خاصة كـ (أجهزة للأختبار والأصلاح ومواد الصيانة...)، وفي مجالات الصناعات التحويلية التي توجد فيها خطوط إنتاج، من جهة نتاج مرحلة معينة هو مادة وسيطة أو نصف مصنعة تستخدم في المرحلة الأساسية، فيكون ضبط عملية الصيانة مهما جداً، لأن تعطيل آلة معينة قد ينجم عنه خسارة كبيرة، لما يترتب عليه من تعطيل مراحل إنتاجية لا حقه وتعطيل إعداد من العاملين [٧].

ويتضح من ذلك أن الحاجة للصيانة هي واسعة الانتشار كما أنها إلى الازدياد.

ثالثاً: الحاجة إلى عقود الصيانة:

١- الحاجة إلى عقود الصيانة لدى الأفراد: الحالة العادية أن مالك آلة أو أصل إنتاجي يطلب اصلاحه بعد وقوع خلل

فيه، بعقد مستقل كلما وقع خلل ما، كما يفعله أكثر الناس المالكين لأدوات منزلية أو سيارات شخصية [٨].

٢- الحاجة إلى عقود الصيانة في المؤسسات والشركات: إذا كان عدد الآلات عند المالك كبيراً فقد يجد أن من مصلحته استئجار أُجراء خاصين يتفرغون عنده لشأن الصيانة، لكن واقع الحال يشهد بأن الشركات والمؤسسات – فضلاً عن الأفراد – قد ترى أن صيانة بعض تجهيزاتها تكلف أكثر إذا قامت بها نفسها، وأقل تكليف لو عهد بها الى أجير عام متخصص في الصيانة، يقدم خدماته لها ولغيرها، فمؤسسات الصيانة المتخصصة صارت مثلاً من أمثلة المزايا الاقتصادية لتقسيم العمل والتخصص [٩].

المطلب الثاني
أنواع عقد الصيانة وتطبيقه

وللإحاطة بالمطلب تستدعي دراسته ما يأتي:

أولاً: أنواع عقد الصيانة:

إنّ للاتفاق على الصيانة أشكال متعددة يمكن ذكرها إجمالاً، وهي كالآتي:

الشكل الأول: الصيانة الوقائية: ويطلق عليها (بالدورية)، وهي الصيانة التي تقوم على مراقبة الأجهزة والتأكد من صلاحيتها وجاهزيتها للعمل، وأكتشاف القطع التي تحتاج الى تبديل أو أضافة فيها قبل وقوع العطل، أو تزويد الآلات بالوقود وتبديل الزيوت، فهي تنطوي على الكشف على الشيء دورياً للتأكد من أنه يعمل بصورة صحيحة، واكتشاف ما يؤدي إلى الخلل وضبطه...، بما يقلل وقوع الخلل ويخفف تكاليف الإصلاح [١٠].

الشكل الثاني: الصيانة العلاجية: ويطلق عليها (بالطارئة)، وهي الصيانة القائمة على إصلاح الأعطال بعد وقوعها [١١].

الشكل الثالث: الصيانة الوقائية والعلاجية: وهي الصيانة التي تضم النوعين السابقين، ويبدوا أن العرف التجاري يقصد بعقود الصيانة عند أطلاقها (النوع الثالث) وأكثر العقود التي تقع هي من هذا النوع [١٢].

والملاحظ هنا: أن الصيانة الوقائية (التي يحتاج فيها الى تبديل بعض القطع أو تبديل الزيوت وأشباهها) يُسهل تقديره من ذوي الخبرة، فيمكن أن يقال: أن الجهالة فيه منعدمة أو يسيرة جداً، ولكن الصيانة العلاجية التي تطرأ بقضاء وقدر ليس من السهل تقديرها، فتكون الجهالة فيها كبيرة [١٣].

ثانياً: مثال تطبيقي:

يبيع معدات طبية لمستشفى مع التعهد بصيانة مديدة:

أ- في هذا العقد يلتزم المشتري بدفع ثمن المعدات على دفعتين عند الأستلام والنصف الآخر بعد تركيب المعدات وأختبارها عملياً، مقابل ذلك يلتزم البائع بما يلي:

ب- تكاليف الشحن إلى الموقع وتركيب المعدات فيه.

جـ- تدريب موظفي المشتري على أستخدام المعدات.

د- ضمان قيام المعدات بعملها على الوجه السليم لمدة سنة ويشمل الضمان: الصيانة الوقائية الدورية والإصلاح وقطع الغيار أو الأستبدال الكلي عند اللزوم، دون أي تكلفة إضافية على المشتري.

هـ- يلتزم البائع بأن لا تتجاوز فترة التعطيل للمعدات (٣٪) من ساعات التشغيل المعتادة شهرياً، ويتعرض لجزاء نقدي إن تجاوز هذا الحد كما يلتزم أن لا يتجاوز الأستجابة لطلب التصليح (٢٤) ساعة.

و – لا يسري الضمان على الأعمال الناجمة عن سوء الأستعمال من قبل المشتري.

ز- يلتزم البائع بتوفير خدمات الصيانة وقطع الغيار، لمدة لا تقل عن عشر سنوات يحتفظ خلالها بمخزون كاف من هذه القطع. والمفهوم أن تكاليف هذا الألتزام المديد غير مشمولة بالثمن الأصلي، بل يأخذ البائع مقابلها ثمن القطع وأجرة المثل عن العمل [١٤].

ويلاحظ مما سبق:

١- التفريق بين الإصلاح والصيانة، فالإصلاح هنا يقصد به إعادة الآلة الى حالتها الصحيحة بعد خلل طرأ عليها.

أما الصيانة فهي: (العمل الذي يحفظ الشيء في حالته الصحيحة) [١٥] وهي أعم من الإصلاح، إذ تشتمل على أعمال الوقاية من وقوع الخلل، وإصلاح الخلل إذا وقع.

المبحث الثاني

عقد الصيانة وتكييفه الشرعي

ولبيان ذلك تنظيم دراسة المبحث كما يأتي:

المطلب الأول

التكييف الفقهي لعقد الصيانة

فقد ذكر لعقد الصيانة تكييفات فقهية مختلفة، بعد فرض توفر شروط الصحة المطلوبة في المتعاقدين والصيغة ومحل العقد (العضوين).

وذكرت أربعة تكييفات للعقد وهي:

أولاً: الإجارة: قد يكيف عقد الصيانة على أنه عقد إجارة على عمل، ولكن العامل وهو الصائن قد يكون أجيراً خاصاً وقد يكون (مشتركاً)(*) يؤجر عمله في الصيانة لجهات متعددة.

وهذا التكييف أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني، مع إسناد دليلها إلى كتب(**) فقهية للمذاهب الإسلامية [١٦].

نحو ما ورد في المغني: (على المكتري بناء حائط إن سقط وإبدال خشية أن أنكسر، وعليه تبليط الحمام وعمل الأبواب والبزل ومجرى الماء، لأن بذلك يتمكن المكتري من الانتفاع... وأن شرط هذا على المكتري فالشرط فاسد، لأن العين ملك المؤجر فنفقتها عليه) [١٧].

ويرد على هذا التكييف أمران:

١- الجهالة في مقدار العمل الذي يتصل بالصيانة العلاجية أما الصيانة الوقائية فهي لا جهالة فيها إذا قدر فيها الوقت المحدد للعمل.

٢- قيام المؤجر وهو الصائن بتقديم قطع الغيار والزيوت، وهو أمر مجهول أيضاً، والجهالة مضرة في عقد الإجارة.

وقد تصدى الدكتور الضرير لرفع الإشكال الثاني، فقال: (تكييف عقد الصيانة غير مقترن بعقد والمحتاج إلى مادة والمتعهد بالمادة هو الصائن)[١٨]، ثم قال: (هو عقد أجتمع فيه عقدان: البيع والإجارة)[١٩]، نسب هذا التوجيه إلى المالكية، فقال: (فتكييف هذا النوع من عقد الصيانة بالبيع والإجارة مقبول حسب مذهب المالكية، وهو الصواب عندي)[٢٠]. ثم قال: (ويجب إن أخذنا بهذا التكييف تحقق شروط كل من عقد البيع وعقد الإجارة في هذا النوع من عقد الصيانة، ولكن يبدوا لي أن تحقق شروط البيع غير ممكن، ولهذا فالأولى عندي إذا كان صاحب العمل لا يقدم المادة بنفسه، أن يوكل الصائن بشرائها فيكون تكييف العقد في هذه الصورة إجارة ووكالة بالشراء ولا مانع من هذا)[٢١].

وأشكل الجواهري على الضرير: بأنه يجب أن يلتزم بأن المبلغ المذكور في عقد الصيانة الذي يستحقه الصائن هو مقابل عمله، وأما الأدوات التي يحتاجها الصائن في عمله والزيوت التي يغيرها وأشباهها يجب على صاحب التجهيزات دفع قيمتها للصائن بعد ذلك، وهذا غير عقد الصيانة، وأن مبلغ المذكور في عقد الصيانة هو للعمل ولتبديل قطع الغيار وأشباهها معاً[٢٢].

وأشكل أيضاً على تكييف المالكية: بأن الصيانة هي إجارة وبيع حيث جهالة الآلات والأدوات التي يضعها الصائن عند الصيانة العلاجية الطارئة لأنه لا يدري كم من الأدوات التي يحتاجها عند الصيانة الطارئة، فلا يدري كمية المبيع لصاحب الأجهزة فيكون البيع فيه جهالة مضرة، وحتى لو أرتفع هذا الإشكال الثاني فيبقى الأشكال الأول وهو جهالة مقدار العمل الذي يتصل بالصيانة العلاجية وهو مضر في عقد الإجارة[٢٣].

ثانياً: الجعالة: قد يكيف عقد الصيانة على أنه جعالة على الصيانة والإصلاح، وذهب الى هذا التكييف الضرير بقوله: (وقد أخذت الندوة الفقهية الرابعة بالكويت (١٤١٦ هـ - ١٩٩٥م) برأي الأستاذة (*)... وهو في تكيفه الفقهي أقرب ما يكون إلى عقد الجعالة حيث أن معظم صور الصيانة لا يمكن فيها تحديد مقدار العمل بشكل دقيق) [٢٤].

وقد أشكل الضرير على هذا التكييف بقوله: (تكييف عقد الصيانة على أنه عقد جعالة غير مقبول، لأن عقد الصيانة عقد لازم بالنسبة للطرفين وعقد الجعالة غير لازم بالنسبة للمجعول له، فله أن يتخلى عن العمل في أي وقت شاء، وغير لازم أيضاً بالنسبة للجاعل قبل شروع المجعول له في العمل، وهذا وحده يكفي لبطلان التكييف بالجعالة، وزيادة على ذلك فإن عقد الجعالة يجوز أن يكون العمل فيه مجهولاً وعقد الصيانة يشترط فيه معرفة العمل) [٢٥].

وذكر الجواهري إشكالات أخرى تدور حول الفرق بين الجعالة والصيانة وهي:

١- في الجعالة لا يتحقق الجعل إلا بتمام العمل - كما في رد الضالة - ولذا لا يستحق المجعول له الجعل إذا عمل قسماً من العمل ولم ينجزه، فإذا تم العمل استحق الأجرة، أما في عقد الصيانة فإن القصد من جعله هو أن يكون بعض العمل يفي ببعض غرض الجاعل، فإن ربّ الآلة ينتفع بقيام الصائن عليها بعض مدة العقد، إذا أنجز العمل، ولهذا يجعل الأجر في بعض القيود نجوماً، وهذا ينسجم مع الإجارة لا مع الجعالة.

٢- إن عقد الصيانة عقد زمني بلا إشكال كعقد إجارة الأعيان والأبدان، وليس الجعالة كذلك، بل الهدف منها تحقق نتيجة معينة ولو في مدة قصيرة، فيكون أنفع للجاعل من تحققها في مدة طويلة.

٣- إن في عقد الصيانة العلاجية الطارئة، لو فرض عدم تطرق الخلل في

الجهاز طوال المدة المتفق عليها، فإن الصائن يستحق الأجر الذي جعل له مقابل هذه الصيانة العلاجية الطارئة، بينما الجعالة ليست كذلك، لأن الهدف منها تحقق نتيجة معينة وهي إصلاح الجهاز، وهو لم يحصل، فمقتضى عقد الجعالة أن لا يستحق الصائن الجعل [٢٦].

أذاً هنالك أختلاف كبير بين عقد الصيانة وعقد الجعالة، فالدليل على صحة عقد الجعالة في الفقه الإسلامي لا يكون دليلاً على صحة عقد الصيانة.

ثالثاً: التأمين:

قد يكون عقد الصيانة على أنه عقد تأمين على التجهيزات يلتزم فيه طالب التأمين دفع مبلغ معين لقاء إلتزام شركة الصيانة إصلاح العطل وتبديل القطع التالفة حيثما لزم في مدة معينة.

والأشكال على هذا التكييف أنه يشمل تكييف عقد الصيانة العلاجية فقط دون الوقائية، وأن يكون عقد الصيانة مستقلاً عن بيع الأصل المراد صيانته، مع أن الكلام في الأعم من الصيانة الوقائية والعلاجية سواء كانت بصورة مستقلة أم مشروطة في عقد الأصل، وسواء كان بيعاً أم إجارة أو مقاولة [٢٧].

وقد يشكل على هذا التكييف بعدم جواز التأمين التجاري [٢٨] كما ذهب الى ذلك كثيرون. الى أن هذا الأشكال لا يرد على من ذهب إليه الإمامية من الجواز [٢٩].

ولكن على الرغم من وجود وجه للتشابه بين العقدين، إلا أنه يوجد اختلاف بينهما، فإن عقد التأمين (عادة) موضوعه التعويض المالي عما يحصل من ضرر أو تلف، وإن موضوع عقد الصيانة أصلاح ما يطرأ من عطل.

رابعاً: عقد استصناع:

قد يكيف عقد الصيانة على أنه عقد استصناع (كما أشار إلى ذلك القانون المدني الأردني)[٣٠]، وهذا التكييف ينسجم مع من يقول بأن الأستصناع محله العمل [٣١]، وأن مادة الأستصناع يقدمها الصانع، فعلى هذا يكون عقد الصيانة هو عقد استصناع لأن الصائن يقدم العمل والمواد وقطع الغيار في مقابل المال سواء كان معجلاً أو مؤجلاً أو نجوماً.

وقد ردّ على هذا التكييف:

١- إن التكييف الآخر للأستصناع وهو الأشهر بأن محله هو المصنوع وهو الموصوف في الذمة (كالطائرات أو القطار أو السفينة...)، فعلى هذا لا يكون عقد صيانة، لعدم وجود مصنوع (موصوف في الذمة).

٢- إن الصيانة عقد زمني، أما الأستصناع فهو ليس كذلك، بل المراد منه تحقق المصنوع ولو كان في مدة قصيرة، قد يذكر في عقد الإستصناع الزمن كتحديد لمدة المصنوع إلا أن هذا التحديد لا يجعل العقد زمنياً كالصيانة.

٣- يكون مقابل عقد الصيانة الطارئة مستحقاً للصائن ولو لم يطرأ أي خلل في الأجهزة، بينما الإستصناع هو عقد على عمل فلا بد فيه من العمل لاستحقاق ما يقابله [٣٢].

ولعل هذا الفرق هو أهم الفروق بين عقد الصيانة والأستصناع.

الرأي الراجح:

إن المرجع في تشخيص حقيقة المعاملات العرف وكيفية الأنشاء الرائج بين الناس والعرف لا يرى عقد الصيانة داخلاً في باب الإجارة، لأن الإجارة في نظر العرف تقوم بحصول سلطة فعلية منجزة على المنفعة، وأن عقد الصيانة لا ينتج سلطة من هذا القبيل.

كذلك عقد الجعالة والتأمين والإستصناع، فمجرد التشابه بين عقدين في بعض الأركان لا يجعلهما يحملان عنواناً واحداً، والعرف لا يساعد على ذلك.

فالصحيح هو أن عقد الصيانة من العقود المستحدثة التي لها خصوصياتها تجعلها متميزة عن العقود الأخرى. فهو عقد مستقل له كيانه الخاص وشروطه وآثاره الخاصة به، ولا بد من توافر أركانه وهي: العاقدان والمعقود عليه، والأيجاب والقبول [٣٣].

فبعد عرض عقد الصيانة على المعاملات الشرعية التي كانت قائمة في ذلك الوقت وتبين أنه عقد مستقل.

اندراج عقد الصيانة تحت القواعد العامة:

إنّ عقد الصيانة وإن كان عقداً مستحدثاً ولكنه عقد شرعي كسائر العقود التي لا أشكال في شرعيتها، لأنه مشتمل على الأركان والشرائط اللأزمة لصحة العقد [٣٤]، فيكون مشمولاً للعمومات القاضية بالوفاء بالعقد مثل: قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [٣٥].

وقول النبي (ﷺ): ((المؤمنون عند شروطهم)) [٣٦]. ((والمسلمون عند شروطهم)) [٣٧].

فإن الظاهر من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أن موضوع الوفاء كل أنشاء أمكن أتصافه بكونه عقداً سواء كان متداولاً أم غير متداول مالم يكن فيه خلل ممنوع شرعاً من قبيل الربا أو الغرر أو نحوه.

الأشكال الأول:

ولكن قد يشكل في صحة هذه المعاملة من جهة كونها مشتملة على الغرر والتعليق، أما الغرر فلعدم معلومية مقدار الحاجة إلى الإصلاح، وتبديل ما ينبغي تبديله من قطع الغيار، وأما التعليق فلكون التعمير والإصلاح معلقاً على طرؤ العيب، فالمعاملة باطلة من ناحية أشتمالها على ما هو محظور شرعاً من الغرر والتعليق [٣٨].

الجواب:

إنّ ما ذكر لا يصلح أن يكون موجباً لفساد المعاملة:

في لزوم الغرر وذلك:

أولاً: إنّ متعلق العقد ليس هو الصيانة الخارجية، بل هو عبارة عن أستعداد الشركة أو الشخص للقيام بالخدمات اللازمة للإدامة وإصلاح الأجهزة وتبديل قطع الغيار عند الحاجة، وهو أمر معلوم معين ليس جهالة في نظر العرف، نظير أستئجار شخص للحراسة فإن الحراسة هي القيام بالحفظ، والأستعداد للمواجهة مع اللصوص، وعدم معلومية وجود لص لا يوجب الجهالة في متعلق العقد وهو الحراسة عرفاً.

ثانياً: النسبة المؤية لاحتمال طروء العيب في الأجهزة معلومة قابلة للتخمين، وذلك في أثناء التجربة والإحصائيات والاختبارات العلمية الحديثة، ومع أمكانية كهذه لا يكون الإقدام على عقد من هذا القبيل إقداماً على أمر مجهول فيه خطر [٣٩].

كما أن الدليل على ممنوعية الغرر في المعاملة هو الحديث المروي عن النبي (ﷺ): بأنه ((نهى عن بيع الغرر...)) [٤٠].

والحديث مع ما في مناقشة في سنده، فهو مختص بباب البيع ولا مجال للتعدي عن بيع المعاملات الأخرى نبه عليه الفقهاء في كتبهم [٤١].

أما لزوم التعليق:

فإنّ متعلق المعاملة في عقد الصيانة هو الصيانة، أي استعداد الشركة أو الشخص للقيام بالخدمات اللأزمة عند الحاجة، وهو أمر منجز غير معلق على شيء مثل الحراسة، نعم القيام بالإصلاح الذي هو من لوازم الصيانة المنجزة معلق على طروء العيب، ولكنه ليس متعلق العقد عرفاً، بل هو لازم العقد [٤٢].

الأشكال الثاني:

وله صور عدة:

الصورة الأولى: الجمع بين البيع والإجارة: يمكن أن يشكل في صحة عقد الصيانة بأنه جمع فيه بين تمليك منفعة وعين، فيكون إيجاراً وبيعاً معاً، وهذا لا

يصح لأنه يكون من باب الصفقتين في صفقة واحد، وقد روي عن النبي (ﷺ) أنه نهى عن ((صفتين في صفقة واحدة)) [٤٣].

أي أن الصائن يقوم بأمرين:

الأمر الأول: هو الإصلاح وخدمات الإدامة مما يرجع الى تمليك المنفعة.

الأمر الثاني: تبديل قطع الغيار، وهو يرجع إلى تمليك العين الخارجية.

فيكون إجارة وبيعاً معاً.

الجواب:

إنّ هذه الملاحظة غير تامة، لأن الجمع بين تمليك العين والمنفعة لا يوجب تعدد الصفقة ما لم يوجب تعدد الإيجاب والقبول، والثمن والمثمن فيها ايضاً متحد، فقد أورد الشهيد الثاني: (فإن التعدد في البيع بتحقق بتعدد البائع وبتعدد البائع وبتعدد المشتري، وبتعدد العقد) [٤٤].

أما الجمع بين الصفتين يصدق إذا كان لكل منهما إيجاب وقبول، وثمن ومثمن، ولكن ربط أحدهما بالآخر في مقام الإنشاء، كأن يبيع أحد المتعاملين شيئاً للأخر على أن يبيع الآخر شيئاً منه كأن يقول أبيعك داري على أن تبيعني سيارتك مثلاً، أو أن يبيع شيئاً بثمنين أحدهما نقداً والآخر نسئة بأيهما شاء المشتري أخذ من دون أن يوجب أحدهما ويجعله قطعياً، وقد ورد النهي عنه في روايات كثيرة، وقد فسر هذا الحديث – نهى النبي (ﷺ) ((عن صفقتين في صفقة)) – وكذلك نهى النبي (ﷺ) ((عن بيعتين في بيع)) بأحد هذين المعنيين غير واحد من فقهاء المذاهب الإسلامية [٤٥].

وقد صرح أكثر فقهاء الإمامية بصحة الجمع بين البيع والإجارة في صفقة واحدة، فقد ذكر المحقق الحلي: (لو جمع بين شيئين مختلفين، في عقد واحد، بثمن واحد، كبيع وسلف، أو إجارة وبيع، أو نكاح وإجارة، صح) [٤٦].

وقال الشهيد الثاني: (لا خلاف عندنا في صحة ذلك كله، لأن الجميع بمنزلة عقد واحد، والعوض فيه معلوم بالإضافة إلى الجملة، وهو كاف في انتفاء الغرر والجهالة) [٤٧].

فيبدو مما ذكر أن الصيانة عقد مستقل من العقود المستحدثة تشمله أدلة الوفاء بالعقود، وليس فيه خلل يؤدي الى الحكم بالفساد شرعاً.

الصورة الثانية: الاتفاق على الصيانة كشروط في ضمن البيع أو الإجارة (بنحو شرط الفعل): كما لو أشترى جهازاً بشرط أن يكون البائع أو وكيله ملزماً بالقيام بخدمات الإدامة والإصلاح إلى مدة معينة

(بدون أخذ أجرة الإصلاح أو ثمن قطع الغيار مستقلاً أو مع أخذها بنحو شرط الفعل (*).

ولكن قد يشكل في صحة هذا النوع من التعاقد من جهة الأشكالات نفسها التي ذكرت في الصورة الأولى، أي الغرر والتعليق، وكونه صفقتين في صفقة واحدة.

الجواب: يمكن الأجابة عليه بالأجوبة في الصورة الأولى، فضلاً عن ذلك: أن ممنوعية الغرر شرعاً الثابت بحديث، نهي النبي (ﷺ) عن بيع الغرر، تختص بالقرار الأصلي المعاملي أي المبادلة بين الثمن والتثمين، أما الشروط الضمنية فما دامت لا توجب حصول الغرر في المشروط أي الغرار الأصلي في المعاملة، فلا يشمله النهي[٤٨].

أما التعليق: فلا يسلم بوجود تعليق في مثل هذه الشروط التي يلتزم أحد المتبايعين بالقيام بفعل على تقدير حصول شيء في الخارج، لأن الشرط هو (الإلتزام) والإلتزام أمر فعلي منجز يعلمان بتحققه، إنما التعليق في متعلق هذا الإلتزام وهو الفعل في الخارج، كما هو في الواجب المعلق في التكاليف، أو وقوع إلتزام مطلق من أحد المتبايعين بحصة خاصة من الفعل لا الفعل المطلق حتى يكون أصل الألتزام معلقاً، فقد ذكر الشيخ الأنصاري: إن التنجيز في الشروط يندفع (بأن الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء لا الخياطة المطلقة ليرجع التعليق إلى أصل المعاوضة خاصة) [٤٩]، كما لو باع شيئاً بشرط الخياطة على تقدير مجيء زيد مثلاً.

ثانياً: لا دليل على عدّ التنجيز في المعاملات غير الإجماع المدعي على بطلان التعليق يختص بالقرارات المستقلة في العقود والإيقاعات، ودعوى سريان التعليق من الشرط إلى العقد المتضمن له، لأنه جزء من أحد العوضين أو استلزامه المبادلة بتثمين على تقديرين، مما لا دليل عليه عرفاً وشرعاً [٥٠].

كما وتدل على صحة التعليق في الشرط، بعض الروايات عن الأئمة المعصومين (عليهم السلام)، كصحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: ((سألته عن رجل كان له أب مملوك وكانت لأبيه أمرأة مكاتبة قد أدت ما عليها، فقال لها أبن العبد: هل لك أن أعيتك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت نعم،

فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ما ملك؟ قال: لا يكون لها الخيار، والمسلمون عند شروطهم)) [٥١].

الصورة الثالثة: ضمان الصيانة لمدة معلومة:

فيما إذا كان عقد البيع أو الإجارة مشروطاً بتبديل أو أصلاح المبيع أو المال المستأجر عليه لو طرأ عليه عيب معين إلى مدة معلومة بدون أخذ أجرة أو ثمن على ذلك، والشرط هنا بنحو شرط النتيجة لا الفعل، وذلك لو لم يقم البائع بتبديل أو إصلاح السلعة المباعة وفقاً للشرائط المعينة يعد مديوناً، أي تكون ذمته مشغولة بذلك، فالشرط هنا أولاً هو الحكم الوضعي، أي كون ذمة البائع مشغولة بالتبديل، ويترتب على ذلك الحكم التكليفي ثانياً، من وجوب القيام بتفرغ الذمة عند طلب من له الشرط [٥٢].

وهذا الشرط أيضاً صحيح، لشمول الأدلة العامة للوفاء بالعقود والالتزام بالشروط له، أما من ناحية وجود خلل فيه من جهة الغرر والتعليق، فجوابه كما مر ذكره في الصور السابقة.

المطلب الثاني

التكييف القانوني لعقد الصيانة

فقد كيف عقد الصيانة على أنه نوع من أنواع عقد المقاولة، وعقد المقاولة عقد مستحدث نص عليه القانون السوداني والأردني والمصري [٥٣] - والقانون العراقي -.

وقد نقل الضرير تعريف عقد المقاولة المدنية لسنة ١٩٨٤ م (السوداني) بأن: (المقاولة عقد يتعهد أحد الطرفين بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً، لقاء مقابل يتعهد به الطرف الآخر) [٥٤].

أما القانون المصري:

فقد عدّ عقد الصيانة نوع من المقاولة [٥٥]، - وأخذ عنه القانون الأردني - ينطبق عليه أكثر ما ينطبق على عقد المقاولة، وكل من عقد المقاولة وعقد الصيانة قد يتعهد فيه أحد المتعاقدين قد يتعهد فيه أن يصنع شيئاً [٥٦]. فعقد المقاولة أعم من عقد الصيانة، فكل عقد صيانة هو عقد مقاولة وليس العكس.

وفي ضوء ما تقدم يمكن تطبيقه على القانون المدني العراقي:

فقد عرفت المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي بأنه:

(عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر).

فيبدوا أن عقد الصيانة يقترب كثيراً من عقد المقاولة، حيث إنّ في كلا العقدين يتعهد أحد الطرفين أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر، وفي كلا العقدين قد يقتصر دور أحدهما على تقديم العمل، ويقوم صاحب العمل بتقديم المادة، وقد يتولى الصائن أو المقاول بتقديم المادة والعمل معاً.

والقانون يعدّ عقد الصيانة عقداً مستقلاً له خصائصه التي تميزه عن غيره من العقود، وقد بيّن السنهوري هذه الخصائص [٥٧]:

١- يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم ربّ العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله.

٢- يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل معاً.

وتكييف القانون لعقد المقاولة هو نفس تكييف القانون نفسه لعقد الصيانة.

ومن طريق البحث والدراسة والمتابعة يمكن ذكر بعض الخصائص العامة لعقد الصيانة ومن هذه الخصائص:

١- إنه عقد رضائي، لا يشترط في انعقاده شكل معين، فيجوز ابرامه مشافهة وبالكتابة، وإنّ التراضي في عقد الصيانة يرد على طبيعة العقد - عقد الصيانة – وعلى العمل المطلوب القيام به (الصيانة)، والأجر الذي يتعهد المصون له بدفعه.

٢- إنه عقد ملزم للطرفين، الصائن والمصون له.

٣- إنه من عقود المعاوضات، إذ يأخذ كل من المتعاقدين مقابل لما يعطي.

٤- إنه في الأساس عقد عمل يتفق على كميته ونوعيته في العقد، فالعمل المطلوب هو (الصيانة).

٥- إنه من العقود الجديدة غير المسماة من قبل - أي لا ينطبق عليها أي أسم من أسماء العقود المعروفة – والتي يجوز العمل بها تماماً كالعقود المسماة، لأنها من مصاديق الأدلة العامة للعقود [٥٨].

Research Summary

After scientific research in the subject of the research, the research concluded that the results are almost as important as the following:

1 -clarity of innovation in the parameters of Islamic jurisprudence, because of the continuation of the movement of development and the large number of referendums on new issues and emergency issues, and answer them.

2 -The contract of maintenance of contracts that have similar contracts of Islam, but not identical, and has a number of characteristics that distinguish it, is one of the contracts that apply to the general rules of contracts, and stipulate what is required in other contracts of conditions that denies ignorance (Gharar) and commentary and others.

3 -If maintenance is a condition in a contract, it is a condition that is legally permissible and covered by evidence of fulfillment of the conditions.

4 -The Iraqi law - apparently from the search and follow the minor did not establish legal rules specific to this contract, or consider it a type of enterprise.

الهوامش:

(١) الفراهيدي، الخليل بن أحمد (ت ١٧٥هـ): العين، ط٢، مؤسسة الهجرة، ١٤١٠هـ، ١٥٧/٧، مادة (صوت).

(٢) أحمد بن زكريا (ت ٣٩٥هـ): معجم مقاييس اللغة، تح، عبد السلام محمد هارون، مكتبة الإعلام الإسلامي، ٣٢٤/٣، مادة (صون).

(٣) التسخيري، محمد علي (معاصر): عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد: (١١) ١٩٩٨م، ٣٥٦.

(٤) مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي: موسوعة الفقه الإسلامي، ط١، ١٤٢٦ هـ، ٢٢/٤.

(٥) الضرير، الصديق محمد: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة الفقه الإسلامي، العدد (١١)، ٣٤٥.

(٦) الزرقاء، محمد أنس، السويلم، سامي إبراهيم: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (١١)، لسنة ١٩٩٨م، ٣٩٧.

(٧) المصدر نفسه، ٣٩٧.

(٨) المصدر نفسه، ٣٩٧.

(٩) الزرقاء، محمد أنس، السويلم، سامي إبراهيم: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، ٣٩٧.

(10) Garl Heyel. Edior. The. Encylopedia of management. 3rd ed. van nostar and N. Y.

نقلاً عن الزرقاء، محمد، السويلم، سامي: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، ٣٩٧. (بتصرف).

(١١) الزرقاء، محمد، السويلم، سامي: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، ٤٠٠.

(١٢) الجواهري، حسن (معاصر): بحوث في الفقه المعاصر، ط١، مجمع الذخائر الإسلامية، ١٤٢٢هـ، ٢٢٦/٣.

(١٣) الجواهري، حسن: بحوث في الفقه الإسلامي المعاصر.

(١٤) الزرقاء، محمد، السويلم، سامي: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، ٣٩٥.

(١٥) قاموس هيرتج (Heritage). نقلاً عن المصدر نفسه، ٣٩٧.

(*) الأجير الخاص: هو من يستأجر مدة محددة لأداء عمل شخص معين إذ لا يتقبل عملاً من غيره مدة الإجارة، والأجير المشترك: هو من يستأجر لإداء عمل معين ولم يختص به شخص معين كالمهندس والخياط والصائن إذا لم يكن عملهم مقصوراً على معين، وعقد الصيانة على نحو يكون الصائن أجيراً مشتركاً هو الغالب في عقود الصيانة في الوقت المعاصر لنكات اقتصادية. الجواهري، حسن، بحوث في الفقه المعاصر، ٢٦١/٣.

(**) مالك بن أنس: المدونة الكبرى، ٥٠٩/٤.

(١٦) الضرير، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، ٣٥٠/١١.

(١٧) أبن قدامة، عبد الله (ت ٦٢٠هـ): دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان، ٣١/٦ – ٣٣.

(١٨) الصديق محمد: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، ٣٥٠/١١.

(١٩) المصدر نفسه، ٣٥٠/١١.

(٢٠) المصدر نفسه، ٣٥٠/١١.

(٢١) المصدر نفسه، ٣٥٠/١١.

(٢٢) حسن: بحوث في الفقه المعاصر، ٢٤١/٣.

(٢٣) الجواهري، حسن: بحوث في الفقه المعاصر، ٢٤١/٣.

(*) هم الأستاذ الدكتور يوسف قاسم، والأستاذ عز الدين محمد النوين. ينظر: مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد: ١٧٧، لسنة (١٥) ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م، ٥٧٩.

(٢٤) الصديق محمد: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، ٣٥٤/١١.

(٢٥) المصدر نفسه، ٣٥٤/١١.

(٢٦) حسن: بحوث في الفقه الإسلامي المعاصر، ٢٤٣/٣.

(٢٧) حسن: بحوث في الفقه الإسلامي المعاصر، ٢٤٣/٣.

(٢٨) إن مجمع الفقه الإسلامي بجدة ذهب في قراره التاسع بشأن التأمين في دورته الثانية بجدة، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥ م، الى عدم جواز عقد التأمين التجاري، وجواز التأمين التبادلي والتعاوني بدلاً عنه. التأمين التبادلي التعاوني: هو تأمين مجموعة من الناس أنفسهم ضد مخاطر مشتركة وظروف متشابهة،

عبر تأسيس صندوق، وتكون الجهة المشرفة هم المشتركون بصورة جمعية أو شركة، ولا يهدفون الى الربح، وإنما لغرض حصول الأعضاء على خدمات التأمين. د. الزعتر، علاء الدين: التأمين التبادلي والتعاوني، شبكة المعلومات (الأنترنت).

(٢٩) ينظر السيد السيستاني، علي: منهاج الصالحين، ط١، ١٤١٤هـ، ٤٤٩/١.

(٣٠) الضرير، الصديق محمد: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، ٣٤٦/١١.

(٣١) ينظر، الكاساني: بدائع الصنائع، ١٠٦/٥.

(٣٢) الجواهري، حسن: بحوث في الفقه المعاصر، ٣٤٥/٣.

(٣٣) التسخيري، محمد علي: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، ٣٥٨/١١.

(٣٤) التسخيري، محمد علي: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، ٣٥٨/١١. (بتصرف).

(٣٥) المائدة: ١.

(٣٦) الحر العاملي، محمد بن الحسن (ت ١١٠٤هـ): وسائل الشيعة (الإسلامية)، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ٣٠/١٥، باب (٢) ح (٤).

(٣٧) الكليني، محمد بن يعقوب (ت ٣٢٩هـ): الكافي، دار الكتب الإسلامية، ١٨٨/٦، باب المكاتب، ح (١٣).

(٣٨) التسخيري، محمد علي: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، ٣٦١/١١.

(٣٩) التسخيري، محمد علي: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، ٣٦١/١١.

(٤٠) أبن حنبل، أحمد (ت ٢٤١هـ): مسند أحمد، دار صادر – بيروت – لبنان، ٣٧٦/٢ (مسند أبي هريرة)

(٤١) ينظر، النجفي، محمد حسن (ت ١٢٦٢هـ): جواهر الكلام، ط٩، دار الكتب الإسلامية، ٣٨٨/٢٢.

(٤٢) التسخير، محمد علي: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، ٣٦١/١١.

(٤٣) أبن حنبل، أحمد: مسند أحمد، ٣٩٨/١. (مسند أبن مسعود).

(٤٤) زين الدين بن علي (ت ٦٩٥هـ): مسالك الأفهام، ط٩، مؤسسة المعارف الإسلامية، ٣٨٦/٣.

(٤٥) أبن حجر، شهاب الدين أحمد بن علي (ت ٨٥٢هـ): الدراية في تخريج أحاديث الهداية، دار المعرفة، بيروت، ١٥٢/٢، رقم (٧٧٩).

(٤٦) نجم الدين جعفر بن الحسن (ت ٦٧٦هـ): شرائع الإسلام، ط٢، استقلال، طهران، ٢٩٠/٢.

(٤٧) زين الدين: مسالك الإفهام، ٢٨٠/٣.

(*) أي كون المشروط عليه (البائع) ملتزماً بالقيام بفعل دون أن تكون ذمته مشغولة وضعاً بشيء فيما لم يقم ذلك بإختياره، أو لمانع إذ شرط الفعل في العقود يقتضي الوجوب التكليفي والعصيان عند المخالفة بخلاف شرط النتيجة والغاية من فعل، نحو كون المال الفلاني لأحد المتعاقدين، فهو اشتراط كون ذمة المشروط مشغولة بشيء وضعاً. التسخيري: عقود الصيانة، ١١/ ٣٦٢.

(٤٨) التسخيري، محمد علي: عقود الصيانة، ٣٦٣/١١.

(٤٩) مرتضى (ت ١٢٨١هـ): المكاسب، ط، المؤتمر العالمي، ١٤٢٠هـ، ٥٨/٦.

(٥٠) التسخيري، محمد علي: عقود الصيانة، ٣٦٧/١١.

(٥١) الكليني: الكافي، ١٨٨/٦، (باب المكاتبة)، ح (١٣).

(٥٢) التسخيري: عقود الصيانة، ٣٦٧/١١.

(٥٣) الضرير: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، ٣٤٤/١١.

(٥٤) المادة (٣٧٨) من قانون المعاملات السوداني، نقلاً عن المصدر نفسه، ٣٤٤/١١.

(٥٥) السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون، ٧/٣١.

(٥٦) الضرير: عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، ٣٤٥/١١.

(٥٧) السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون، ٧/٥.

(٥٨) مغنية، محمد جواد (١٤٠٠هـ): فقه الإمام الصادق (عليه السلام)، ط٢، مؤسسة الأنصاريان للطباعة والنشر، ١٣/٣، ٤/، ٤٥/٤. ينظر، قحف، منذر: عقود الصيانة.

المصادر والمراجع:

خير ما نبتدئ به، القرآن الكريم

الأنصاري، مرتضى (ت ١٢٨١هـ):

١- المكاسب، المؤتمر العلمي لذكرى ميلاد الشيخ الأعظم، ١٤٢٠هـ.

التسخيري، محمد علي (معاصر):

٢- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: (١١) ١٩٩٨م.

الجواهري، حسن (معاصر):

٣- بحوث في الفقه الإسلامي المعاصر، ط١، مجمع الذخائر الإسلامية، ١٤٢٢هـ.

أبن حجر، شهاب الدين (ت ٨٥٢هـ):

٤- الدراية في تخريج أحاديث الدراية، دار المعرفة، بيروت.

الحر العاملي، محمد بن الحسن (١٤٠٤هـ):

٥- وسائل الشيعة الإسلامية، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان.

الزرقاء، محمد أنس، السويلم، سامي إبراهيم:
٦- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: (١١)، ١٩٩٨م.
السنهوري، عبد الرزاق:
٧- الوسيط في شرح القانون المدني، ط٣، دار النهضة، مصر.
السيد السيستاني، علي (معاصر):
٨- منهاج الصالحين، ط١، ١٤١٤هـ.
الشهيد الثاني، زين الدين بن علي (ت ٩٦٥هـ):
٩- مسالك الإفهام، ط٩، مؤسسة المعارف الإسلامية.
الضرير، الصديق محمد (معاصر):
١٠- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: (١١) ١٩٩٨م.
أبن فارس، أحمد بن زكريا (ت ٣٩٥هـ):
١١- معجم مقاييس اللغة، تح، عبد السلام محمد هارون، مكتبة الإعلام الإسلامي.
الفراهيدي، الخليل بن أحمد (ت ١٧٥هـ):
١٢- العين، ط٢، مؤسسة الهجرة، ١٤١٠هـ.
أبن قدامة، عبد الله (ت ٦٢٠هـ):
١٣- المغني، دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان.
الكليني، محمد بن يعقوب (ت ٣٢٩هـ):
١٤- الكافي، دار الكتب العلمية.
المحقق الحلي، نجم الدين جعفر بن الحسن (ت ٦٧٦هـ):
١٥- شرائع الإسلام، ط٢، استقلال، طهران.
النجفي، محمد بن الحسن (ت ١٢٦٦هـ):
١٦- جواهر الكلام، ط٩، دار الكتب الإسلامية.