



تضاد العقود عند المالكية وأثره في عقود التمويل

- الإجارة المنتهية بالتملك نموذجاً -

contract contradiction in the maliki doctrine and its effects on the financing contract -rental ownship-

د . ميمنت شودار

chouderamina@yahoo.fr

جامعة الجزائر 1

تاريخ القبول: 30-03-2021

تاريخ الإرسال: 20-05-2019

I. الملخص:

تتناول الورقة البحثية موضوع "تضاد العقود عند المالكية وأثره في عقود التمويل" ذلك أن "أن كل عقدين يتضادان وصفاً، ويتناقضان حكماً؛ لا يجوز اجتماعهما" وهو ضابط نص عليه المالكية في فروعهم الفقهية، أصله البيع والسلف، حيث يعد أصل بديع من أصول المعاملات المالية، وهو ضابط صحيح المبنى، حقيق بالمراعاة، جدير بالتعويل عليه.

غير أن بعض الفقهاء عمموا هذا الضابط ليشمل كل عقدين بينهما تضاد، مما جعلوا كثير من العقود تنطوي تحت هذا الضابط، وهي لا يصدق عليها معنى التضاد أو قد يصدق عليها التضاد من وجه دون آخر.

لكن من خلال التحقيق، تبين أن هذا الضابط مسلم من حيث الأصل ولكن يبقى التأكد عند تحقيق المناط من دخول الفروع المراد بيان حكمه في القاعدة الكلية المقررة.



تضاد العقود عند المالكية ----- د. بيمينة شوار

وعليه، فالخطور هو الجمع بين عقدين مختلفين في الأحكام إذا ترتب على ذلك تضاد في الموجبات والآثار، وذلك في حالة توارد عقدين على محل واحد في وقت واحد. الكلمات المفتاحية: العقود المتضادة، الفقه المالكي، الاجارة المنتهية بالتمليك، عقود التمويل.

I. ABSTRACT:

The paper deals with contract contradiction in the maliki doctrine and its effects on the financing contracts. when two contracts are inconsistent and contradictory in nature and run counter to tenets and teachings. they cannot gathered according to the maliki doctrine. Its origin is sale and credit .and is one of the fundamental principal if financial transaction. it is a true considerable and reliable restraint.

Some scholars generalized this restrictions to include any two contradictory contrcts. thus many contracts fell under this restriction when the contradiction is absent or not total.

Thorough study shows that restraint is true regarding the principal but the teaching and the rules should be deeply scrutinized when a case is examined.

Therefore. what is forbidden is to join between two contracts subject to different decisions that result in contradictory duties and effects and when two contracts intervening the same situation and the same time

Keywords: contract contradiction; the maliki doctrine; ..; the financing contracts.; rental ownship...;

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة على من لا نبي بعده وعلى آله صحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.



أما بعد،

فقد استجذت صور من المعاملات المصرفية، تتضمن عقودا مركبة تشمل مجموعة من العقود والشروط والوعود، مترابطة الأجزاء، متعاقبة المراحل، لا تقبل الانفصال. قد تكون صحيحة وقد تكون فاسدة، وذلك بحسب العقود المجتمعة، وما يفضي اجتماعها من آثار.

ولا شك أن للتركيب أثرا على أحكام العقود حال الاجتماع لا تكون في حالة الانفرد. إذ ليست كل العقود قابلة للاجتماع، ذلك أن لكل عقد أحكاما تختلف باختلاف طبيعته ومحلّه.

وعدم جواز اجتماع العقود المتضادة، ضابط نص عليه المالكية في فروعهم الفقهية، حيث يعد أصل بديع من أصول المعاملات عند المالكية، غير أن بعض الفقهاء توسعوا في تطبيق هذا الأصل، مما جعلوا كثير من العقود تنطوي تحت هذا الضابط، وهي لا يصدق عليها معنى التضاد أو قد يصدق عليها التضاد من وجه دون آخر.

وقد أشار د. حماد نزيه إلى ذلك بقوله: "أنظار الفقهاء واجتهاداتهم متباينة ومختلفة فيما يصدق عليه التنافي والتضاد من العقود المجتمعة، وإن كانوا متفقين في الجملة على أصل حظر الجمع بين كل عقدين متضادين وصفا وحكما، مما يوجب على فقهاء هذا العصر الفهم العميق، والنظر الفسيح، والاجتهاد الدقيق في سائر العقود المجتمعة التي يجري فيها التعامل أو يحتاج إليها في هذا العصر، للتأكد من انطباق هذا الأصل عليها أو عدمه قبل الإفتاء فيها بالجواز أو المنع شرعا".

فكثير من المعاملات المالية المستجدة تتوقف صحة اجتماعها على كونها غير متضادة. مما يستدعي البحث في مدى صحة العقود المجتمعة وعدم تنافيتها؟



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمينه شوار

وذلك من خلال بيان مفهوم العقود المتضادة التي لا تقبل الاجتماع ووجه تضادها وأثرها على الأحكام، خاصة عقود المعاملات المالية المصرفية، التي تحمل في ثناياها أكثر من عقد كالإجارة المنتهية بالتمليك وغيرها من العقود المركبة، التي يصدق عليها أصل التضاد وما لا يصدق عليها ذلك.

أهمية الموضوع: تكمن أهمية دراسة الموضوع في عدة نقاط منها:

- **أولاً:** دراسة الموضوع على نحو من التأصيل الفقهي، بتحرير مسائله وأحكامه من خلال ما سطره الفقهاء المتقدمون في مدوناتهم، وذلك بجمع الموضوع من بطون أمهات الكتب الفقهية، لما له من أهمية في تجلية أحكامه. وما دونه المعاصرون في دراساتهم المعاصرة.

- **ثانياً:** الأهمية العملية التي يتسم بها الموضوع، ذلك أن كثير من المعاملات المستجدة في المصاريف الإسلامية، هي عقود مركبة قد تم بحث كثير من جوانبها الفقهية في الجوامع الفقهية، تحتاج إلى تجلية بعض المسائل المتعلقة أو الغامضة، التي كانت مجال الاختلاف بين المعاصرين مما له علاقة بهذا البحث.

الدراسات السابقة: من الرسائل والأبحاث العلمية التي تناولت الموضوع ما يلي:

- العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، للباحث: عبد الله بن محمد العمراني، رسالة علمية لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: الفقه وأصوله، بجامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، من منشورات دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، 1428هـ. تناول الباحث في المبحث الثالث من الفصل الأول: مفهوم العقود المتضادة وذكر في الفصل الثاني ضوابط العقود المركبة، منها ضابط العقود المتضادة وأصل هذا الضابط.



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمين شودار

- اجتماع العقود المتعددة في صفقة واحدة، د: نزيه حماد، بحث منشور ضمن سلسلة "قضايا فقهية في المال والاقتصاد، دار القلم، الطبعة الأولى، 2001م. تناول الباحث في المبحث الثالث: ضوابط العقود المركبة ومنها ضابط العقود المتضادة، مدعما ذلك بأقوال الفقهاء من أمهات الكتب الفقهية.

- صناعة الهندسة المالية، نظرات في المنهج الإسلامي، د. سالم السويلم، بحث منشور بمركز البحوث، شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، 2004م. تناول قاعدة المنع من بيعتين في بيعة وأقسامها، حيث تعرض إلى معنى تنافي العقود والعلة من تضاد العقود وما لا يدخل في النهي .

ولهذه الدراسات جهد علمي هام لدراسة الموضوع، فهي أبحاث في غاية الأهمية والتنظيم، من حيث تتبع أقوال الفقهاء في المسائل الفقهية وتوثيقها، وقد استفدت منها كثيرا من خلال الإحالة إلى المصادر والمراجع، غير أن دراسة الموضوع كانت أحيانا مقتضبة، تحتاج على المزيد من التقسيم والتدليل وأحيانا يكتفي فيها بذكر مسائل جوهرية في الموضوع يحتاج إلى تحقيقها من مصادرها. وقد رعيت في موضوع البحث ما يلي :

- ذكر ضابط العقود المتضادة وأهميتها بتحرير مسائله وتحليل أحكامه وأثره عند الملكية خاصة، لأن هذا الضابط أصل نص عليه الملكية في فروعهم الفقهية.

- تعرض البحث إلى ذكر جانب تطبيقي للموضوع، وذلك بالنظر إلى الأعمال التي تطبقها البنوك الإسلامية في التعامل مع شتى العقود، التي يبدو ظاهرها الجمع بين عقدين متضادين ومناقشة بعض الجوانب التي تمس صورته، حيث يتناول دراسة لإحدى وسائل التمويل المتاحة عن طريق تملك المنفعة، ثم تملك العين نفسها في آخر المدة،



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمينة شودار

وذلك للنظر في شرعية التداخل بين طبيعة عقدي الإجارة والبيع ومدى صحة الجمع بين هذين العقدين.

- وقد تناولت الورقة البحثية الموضوع من خلال ثلاثة مباحث وخاتمة على

النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف العقود المتضادة وأنواعها.

المبحث الثاني: حكم العقود المتضادة.

المبحث الثالث: أثر التضاد في عقد الإجارة المنتهية بالتملك.

وخاتمة تضم أهم النتائج التي توصلت إليها الباحثة.

المبحث الأول: تعريف العقود المتضادة وأنواعها

المطلب الأول: تعريف العقود المتضادة لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: تعريف العقود المتضادة لغة

أولاً: تعريف العقد لغة

قال ابن فارس: "العين والقاف والداد أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها والعقد مصدر عقده يعقده عقداً، ويستعمل اسماً فيجمع على عقود"¹

ويطلق العقد على معان كثيرة في اللغة منها: الربط، والشد، والتوثيق، والإحكام،

والقوة، والجمع بين الشئيين، والعهد والضمان².

¹ - ابن فارس: مقاييس اللغة، ج 4 ص 86 .

² - انظر: ابن فارس: مقاييس اللغة، ج 4 ص 86، الفيروزآبادي: القاموس المحيط، ص 383، ابن منظور: لسان العرب، ج 3 ص 296، الفيومي: المصباح المنير 160، الجوهري: الصحاح، ج 2 ص 510 .



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمينه شودار

وعقدت البناء بالحصص، ألزقته . وعقد التاج فوق رأسه واعتقده، عصبه به. واعتقد بينهما الإخاء، إذا صدق وثبت، وعقد اليمين، توثيقها باللفظ مع العز عليها . وعقد كل شيء إبرامه.

وهذه المعاني متقاربة يجمعها معنى واحد الربط الذي هو نقيض الحل، فبعضها حسي كالشد والربط وبعضها معنوي كعقد البيع والعهد.

ثانيا : تعريف التضاد لغة

الضدُّ كلُّ شيءٍ ضادٌّ شيئاً ليغلبه، والسَّوادُ ضدُّ البياض، والموتُ ضدُّ الحياة؛ تقول: هذا ضِدُّه وضديده، واللَّيلُ ضدُّ النهار إذا جاءَ هذا ذهبَ ذلك، ويُجمع على الأضداد¹.

والضدُّ بالكسر والضديُّ: المثلُ والمخالفُ ضدُّ ويكونُ جمعا، ومنه: ﴿وَيَكُونُونَ عَلَيْهِمْ ضِدًّا﴾ مريم: 82، وضدّه في الخصومة: غلبه و- عنه: صرفه ومنعه برفق، والقربة: ملأها... وضادّه: خالفه²

والمضادان الشيطان لا يجوز اجتماعهما في وقت واحد كالليل والنهار³ ومن خلال ما سبق يتبين، أنّ للضد اطلاقات متقاربة من ناحية ومتباينة، فهو المثلُ والنظير والشبيه، وهو المخالفُ والمغالِبُ والتَّدُّ، ما يعني أنّ كلمة ضد نفسها من الأضداد.

¹ - انظر: ابن منظور: لسان العرب، ج3 ص 263، الرازي: مختار الصحاح، ابن فارس: مقاييس اللغة ج 3 ص 360 الفيروآبادي: القاموس المحيط، ص 376، الفيومي: المصباح المنير نص 136،

الجوهري: الصحاح، ج2 ص 501

² - ابن منظور: لسان العرب، ج 3 ص 263.

³ - ابن فارس: مقاييس اللغة، ج 3 ص 360، الفيومي: المصباح المنير، ص 136 .



الفرع الثاني: تعريف العقود المتضادة اصطلاحاً

أولاً: تعريف العقد اصطلاحاً

للعقد معنيان عام وخاص. فالمعنى العام يطلق على كل التزام تعهد به الإنسان على نفسه سواء كان يقابله التزام آخر أم لا، وسواء كان التزاماً دينياً كالنذر أو دينوياً كالبيع ونحوه¹

أما المعنى الخاص فيطلق العقد على كل اتفاق تم بين إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله، فهو لا يتحقق إلا من طرفين أو أكثر، وهذا هو المعنى الغالب عند إطلاق الفقهاء للعقد في الاصطلاح الفقهي²

ومن التعاريف الواردة على هذا المعنى تعريف العقد بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه مشروع يثبت أثره في المعقود عليه"³

ثانياً: تعريف التضاد اصطلاحاً

ويسميان بالمتضادين والضدين وهو من مصطلحات المتكلمين وعليه اصطلاح الفقهاء أيضاً⁴.

- "والضدان هما اللذان لا يجتمعان ويمكن ارتفاعهما مع اختلاف في الحقيقة كالسواد والبياض"¹

¹ - انظر: ابن رجب: القواعد، القاعدة الثانية والخمسين، ص78.

² - انظر: . خالد التركماني: ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق للنشر، ط1، 1401،

ص24، - عبد الحميد البعلي: ضوابط العقود، دراسة مقارنة، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، ص44

³ - محمد قدري باشا: مرشد الحيران، المادة 168.

⁴ - التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون، ج2 ص874 .



تضاد العقود عند المالكية ----- د. بيمينة شودار

- التضاد التقابل والتنافي في الجملة وفي بعض الأحوال²
- الضدان ما لا يصح اجتماعهما في محل واحد³.
- الفرع الثالث: تعريف العقود المتضادة عند الفقهاء
- لا نقف على تعريف جامع للعقود المتضادة عند الفقهاء، وإنما يمكن استخلاص تعريفها من خلال ما ورد من عبارتهم فيما يلي:
- جاء في الفروق: "الشيء الواحد بالاعتبار لا يناسب المتضادين، فكل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد"⁴
- جاء في تهذيب الفروق: "الشيء الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتضادين، لأن تنافي في اللوازم يدل على تنافي الملزومات"⁵.
- وورد في القبس: "كل عقدين يتضادان وصفا ويتناقضان حكما، فإنه لا يجوز اجتماعهما"⁶
- وجاء في شرح الخرشي: "وحرّم جمع بيع وصرف في عقد واحد...وعلل المشهور بتنافي الأحكام، لجواز الأجل والخيار في البيع دونه"⁷.

¹ - انظر: القرافي: شرح تنقيح الفصول، ص 57. سانو قطب: معجم مصطلحات أصول الفقه، ص 124.

² - المرجع السابق.

³ - الأصفهاني: معجم مفردات ألفاظ القرآن، ص 301.

⁴ - القرافي: الفروق، ج3 ص 142.

⁵ - ابن حسين: تهذيب الفروق، ج2 ص 177.

⁶ - ابن العربي: القيس، ج 2 ص 843.

⁷ - الخرشي: شرح الخرشي، ج 4 ص 40.



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمين شوار

يتبين من عبارات الفقهاء في اطلاق المتضادين: "العقود التي لا يجوز اجتماعها في عقد واحد".

المطلب الثاني: أنواع العقود المتضادة

جمع فقهاء الملكية أسماء العقود المتضادة، التي لا يجوز اجتماعها مع البيع في قولهم (حبص، مشنق) فالجيم للجمالة والصاد للصرف والميم للمساقاة والشين للشركة والنون للنكاح والقاف للقرض أو القراض وبناء على ذلك، فقد منع جمهور المالكية الجمع بين البيع وبين الجمالة، أو الصرف، أو المساقاة، أو الشركة أو القراض، أو النكاح، وذلك لتضاد أحكامها معه وتنافيها.

جاء في القوانين الفقهية: "إن الجمع في صفقة واحدة بين البيع وبين أحد ستة العقود وهي الجمالة والصرف والمساقاة والشركة والنكاح بقولهم: حبص مشنق فمنع ذلك في المشهور"¹

وذكره ميارة في شرحه على التحفة "أنه لا يجتمع البيع مع واحد من هذه العقود السبعة وكذلك لا يجتمع اثنان فيها في عقد واحد، لافتراق أحكامها"²
وقد نظمها أبو بكر محمد بن عاصم في بيت الشعر:

وجمع بيع مع شركة ومع صرف وجعل ونكاح امتنع

ومع مساقاة ومع قارض وأشيب الجواز عنه ماض³

وزاد البعض فقال العلامة الدردير في شرح أقرب المسالك:

فهذي عقود سبعة قد علمتها ويجمعها في الرمز حبص مشنق

¹ - ابن جزري: القوانين الفقهية، ص 223 .

² - ميارة، محمد بن أحمد: شرح ميارة على تحفة الحكام، ج 1 ص 456

³ - التسولي، البيجة شرح التحفة، ج 2، ص 14



تضاد العقود عند المالكية ----- د. بيمينه شوار

وأشار بالباء في حبص للبيع والصواب أن يدلها بقاف بأن يقول جقص لتكون إشارة للقرض وتكون السبعة المرموز لها هي ماعدا البيع من العقود التي يمتنع جمعها في عقد واحد معه كما يمتنع اجتماع اثنين منها في عقد واحد لتضاد وأما تضاد النكاح له فمن جهة لزوم المسامحة في البيع دون النكاح فتجوز فيها لمكايسة في العوض والمعوض... وأما تضاد الصرف له فمن جهة بناء الصرف على التشديد وامتناع الخيار والتأخير وأمور كثيرة لا تشترط في البيع وأما تضاد المساقاة والقرض له فمن جهة أن في الغرر والجهالة كالجعالة بخلاف البيع وأما تضاد الشركة له فمن جهة أنه على وفق الأصول وفي الشركة مخالفة الأصول وأما تضاد القراض له فلقول الحرشي الذي يفيد كلام الغرياني في حاشيته على المدونة أن الحكم في التصديق إذا وقع في القرض الفسخ على ظاهر المدونة وفي البيع لأجل عدم الفسخ على ظاهرها كما قال عبدالحق إنها لأشبه بظاهرها. "اه" ()

- ووجه التضاد بين البيع والجعالة : - أن الجعالة عقد غير لازم، ولا يؤثر الغرر في محل العقد في الجعالة- وهو العمل- وهذا ينافي أحكام عقد البيع، فالبيع عقد لازم، والغرر الفاحش يفسد البيع

- ووجه التضاد بين البيع والصرف: أن الصرف مبني على التشديد، والتضييق حتى شرط فيه التماثل الحقيقي في الجنس والتقابض، فيمتنع فيه الخيار وتأخير أحد العوضين، بينما يصح اشتراط الخيارات وتأجيل دفع الثمن في عقد البيع.

- وأما تضاد بين عقد البيع والنكاح : أن النكاح قائم على المكارمة والمسامحة في المهر، لذا سمي الله الصداق نحلة وهي العطية لا في مقابل العوض، بينما البيع قائم على المشاحة في العوض.



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمينه شودار

- والمساقاة والقراض مبنيان على التوسعة، إذ هما مستثنيان من أصل ممنوع، وهو الإجارة المجهولة فصار كالرخصة بخلاف البيع، فإنه مبني على رفع الجهالة في الثمن والمثلن والأجل، وغير ذلك فأحكامه تنافي أحكامهما.

- وأما الشركة، فمن جهة مبناهما على المعروف والتعاون على إقامة المعاش للجانين بالنسبة إلى كل واحد من الشركيين، والبيع يضاد ذلك.

وكذلك اعتبار الكيل في المكيال قصد إلى غاية الممكن من العلم بالمكيال، والجزاف مبني على المسامحة في العلم بالمبيع، للاحتزاء فيه بالتخمين، فهما متضادان¹ وكذا في سائر العقود التي تنافي عقد البيع في أحكامها.²

المبحث الثاني: حكم العقود المتضادة

المطلب الأول: حكم اجتماع العقود

فيجوز اجتماع أكثر من عقد في صفقة واحدة، لأن الأصل في العقود الإباحة ولم يرد دليل شرعي يحرم اجتماع أكثر من عقد في صفقة واحدة، ولأنه لما جاز كل عقد منها على انفراد جاز هذا العقد مجتمعاً مع غيره.

فكل معاقدة تضمنت عقوداً جائزة شرعاً عند الانفراد، فإنها تكون كذلك عند الاجتماع قياساً للمجموع على آحاده. وقد أشار إلى ذلك الحنفية والحنابلة. ١).

والأساس في ذلك الاستقراء من الشرع عرف أن للاجتماع تأثيراً في الأحكام لا يكون في حالة الانفراد. فقد نهي النبي صل الله عليه وسلم عن بيع وسلف وكل واحد

¹ - القراني: الفروق، ج 3 ص 142، ابن رشد: المقدمات الممهدة، ج 2 ص 82، الونشوسي: عدة البروق، ص 550

² - الشاطبي: الموافقات، ج 3 ص 15، القراني: الفروق، ج 3 ص 142، الشرح الصغير للدردير ج 2 ص 18 "حيث فصل أوجه تضادها".



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمينة شوار

منهما لو انفرد لجاز ... وهو داخل بالمعنى في أن يكون للاجتماع حكم غير الانفراد ().
"و بذلك قال الشافعية في أظهر القولين (). ووافق أشهب من المالكية قول الجمهور أنه
لما جاز كل عقد على انفراده جاز مجتمعا .. ()

وبناء على أقوال الفقهاء، فإنه يجوز اجتماع العقود المتعددة في عقد واحد بشرط
ألا يرد النهي على هذا الجمع وأن لا يترتب على الجمع بينهما توسل بما هو مشروع إلى
ما هو محظور كالجمع بين السلف والبيع، وألا تكون العقود والالتزامات المجتمعة متضادة
وصفا أو متناقضة حكما، إذ لا يخفى أن للاجتماع في الشريعة من تأثير في أحكام لا
تكون في حالة الانفراد." ()

الأصل في حكم الصفقة الواحدة التي تضمنت أكثر من عقد الجواز والصحة ما لم
يرد نص أو قياس صحيح يمنع ذلك. قال ابن القيم: "الأصل في العقود والشروط الصحة،
إلا ما أبطله الشارع أو نهي عنه. أما الشروط والعقود والمعاملات فهي عفو حتى
يجرمها"¹.

فيجوز اجتماع أكثر من عقد في صفقة واحدة، لأن الأصل في العقود الاباحة ولم
يرد دليل شرعي يجرم اجتماع أكثر من عقد في صفقة واحدة، ولأنه لما جاز كل عقد
منها على انفرد جاز هذا العقد مجتمعا مع غيره.

فكل معاقدة تضمنت عقودا جائزة شرعا عند الانفراد، فإنها تكون كذلك عند
الاجتماع قياسا للمجموع على آحاده. و قد أشار إلى ذلك الحنفية والحنابلة. فكل
معاقدة تضمنت عقودا جائزة شرعا عند الانفراد، فإنها تكون كذلك عند الاجتماع
قياسا للمجموع على آحاده. **والأساس في ذلك** "أن الاستقراء من الشرع عرف أن
للاجتماع تأثيرا في الأحكام لا يكون في حالة الانفراد. ويستوي في ذلك الاجتماع بين

¹ - ابن القيم الجوزية: اعلام الموقعين، تح طه عبد الرؤوف دار الجبل لبنان، ج 1 ص 344.



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمينه شوار

مأمور ومنهي مع الاجتماع بين مأمورين ومنهين، فقد نهي النبي صل الله عليه وسلم عن بيع وسلف وكل واحد منهما لو انفرد لجاز...¹ وهو داخل بالمعنى في أن يكون للاجتماع حكم غير الانفراد.

المطلب الثاني: حكم اجتماع العقود المتضادة

اتفق الفقهاء على أن العقود التي لا تضاد بينها ولا تعارض يجوز اجتماعها في صفقة واحدة لعدم التنافي كاجتماع البيع والإجارة أو الهبة أو نحو ذلك.

جاء في تهذيب الفروق: "أما نحو الإجارة والهبة -مما يمثّل البيع في الأحكام والشروط ولا يضاذه- فإنه يجوز اجتماعه مع البيع، كما يجوز اجتماع أحدهما مع الآخر في عقد واحد لعدم التنافي". وأما نحو الإجارة والهبة مما يمثّل البيع في الأحكام والشروط ولا يتضادان، فإنه يجوز اجتماعه مع البيع، كما يجوز اجتماع أحدهما مع الآخر... لعدم التنافي" وكذلك الجمع بين العقد الواجب وال جائز (اللازم) ومثله البيع والجعل وذلك أن أحد العوضين في الجعالة مجهول ولا يجوز أن يكون معلوماً، فإنه عن كان معلوماً خرج عن باب الجعل والتحق بباب الإجارة وأمثال ذلك لا تحصى.

كما أجمع الفقهاء على حرمة اجتماع القرض مع البيع في صفقة واحدة²، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهي عن بيع وسلف.³

¹ - الشاطبي ابراهيم بن موسى اللخمي "الموافقات في أصول الشريعة تح محمد الاسكندراني، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان 2004م ص 555.

² - ابن لعري: القبس شرح الموطأ 2 / 842-843، الباجي: المنتقى، ج 5 ص 29.

³ - أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عندك رقم: 1234 حديث حسن صحيح، 535/3. مالك في الموطأ، رقم الحديث 1339، 357/2.



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمينة شودار

وذلك لتضاد العقدين، فإن البيع مبني على المشاحة والمغابنة، والسلف مبني على المعروف والمكارمة، وكل عقدين يتضادان وصفاً لا يجوز أن يجتمعا شرعاً. وأن هذا الحكم منسحب على الجميع بين القرض والسلم وبين القرض والصراف وبين الإجارة، لأنها بيوع مع قرض.¹

- وأما الجمع بين القرض وما سوى ذلك من العقود، فهو محل نظر الفقهاء. وقد اختلفت اجتهاداتهم وتباينت آراؤهم في كثير من صورته وضوابطه. ومن ذلك القاعدة عند الملكية: "أن كل عقدين يتضادان وصفاً، ويتناقضان حكماً؛ لا يجوز اجتماعهما".

- قال ابن العربي: "يتركب على حديث النهي عن بيع وسلف أصل بديع أصول الملكية، وهو أن كل عقدين يتضادان وصفاً ويتناقضان حكماً؛ فإنه لا يجوز اجتماعهما، أصله البيع والسلف، فركبه عليه في جميع مسائل الفقه عقود لا يجوز اجتماعها مع البيع وهي: الجعالة والصراف والمساقاة والشركة والنكاح والقراض والقرض، مجموعة في قولهم: "جص مَشْنَقٌ"².

وهذا الضابط الذي استنبطه فقهاء الملكية صحيح المبني، عميق المعنى، سديد المأخذ، حقيق بالمراعاة، جدير بالتعويل عليه.³

ووجه التضاد: أن العقود أسباب تفضي إلى تحصيل حكمتها وغايتها ومقصودها في مسباتها بطريق المناسبة.

¹ - نزيه حماد: العقود المستجدة، ص 490.

² - ابن العربي: القبس، ج 2 ص 843

³ - نزيه حماد: العقود المستجدة، ص 266



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمين شوار

قال الفروق "العقود أسباب لاشتمالها على تحصيل حكمتها في مسباتها بطريق المناسبة، والشئ الواحد بالاعتبار الواحد لا يناسب المتضادين، فكل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد"¹

وقد جمع فقهاء الملكية أسماء العقود المتضادة، التي لا يجوز اجتماعها مع البيع في قولهم (جص مشنق) وهي سبعة عقود: فالجيم للجعالة والصاد للصرف والميم للمساقاة والشين للشركة والنون للنكاح والقاف للقرض أو القراض .

وبناء على ذلك، فقد منع جمهور الملكية الجمع بين البيع وبين الجعالة، أو الصرف، أو المساقاة، أو الشركة أو القراض، أو النكاح، وذلك لتضاد أحكامها معه². حيث وسع الملكية مفهوم "النهي عن الجمع بين سلف وبيع" بناء على أن الأصل في القرض التبرع، وفي البيع المعاوضة، فيكون بين العقدين تضاد، فلا يجتمع تبرع ومعاوضة في عقد واحد، وفي وقت واحد، وبذلك عمموا هذا الضابط ليشمل كل عقدين بينهما تضاد، فمنعوا الجمع بين البيع والجعالة مثلاً، لأن الأول عقد لازم، والثاني عقد غير لازم، كما أن في الجعالة جهالة في العمل، والبيع يلزم عدم الجهالة في عمله .

ولكن بالتأمل في العقدين لا يظهر وجود تضاد من كل وجه بحيث لا يمكن اجتماعهما في عقد واحد فيمكن اجتماع البيع بثمن معلوم مع الجعالة على عمل مجهول

¹ - اقرابي: الفروق، ج 3 ص 142 ..

² - الفروق للقرابي، ج 3 ص 142، شرح الخرشي وشرح الصغير: "ويجوز فيما عدا ذلك كالباع مع الاجارة في المشهور من المذهب: الشرح الصغير للدردير ج 2 ص 18 ، الكافي ابن عبد البر 640/2 الفروق للقرابي 42/3 القوانين الفقهية 223 الخطاب: مواهب الجليل 145/6.



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمينة شودار

بنمن معلوم، فلا تضاد بين العقدين إنما بينهما الاختلاف في بعض الأحكام وكذلك سائر العقود التي منعوها¹.

كما أن بعض الفقهاء في قول عند الشافعية والحنابلة منعوا الجمع بين عقدين مختلفي الحكم بعوض واحد مثل البيع والصرف أو البيع والإجارة. وعللوا ذلك بأن أحكام العقدين متضادة ومختلفة²

وبالتأمل في الفروع التي ذكرها جمهور المالكية وغيرهم في السبب المانع من اجتماع العقود في صفقة واحدة، يتبين أنه لا يسلم دخول كثير منها في هذا الضابط، إذ جل التطبيقات التي ذكروها لا يصدق عليها أنها عقود متضادة من كل وجه، بحيث لا يمكن اجتماع العقدين.

وفي المقابل فإن بعض المالكية، وجمهور الفقهاء أجازوا الجمع بين هذه العقود التي ذكر جمهور المالكية أنها عقود متضادة، كما أجازوا الجمع بين العقود المختلفة الأحكام والمتباينة الشروط في عقد واحد وذلك لعدم افضاء ذلك مطلقاً إلى تناقض في الأحكام وتضاد في الآثار³.

جاء في القوانين الفقهية: (وأجازوه أشهب وفاقاً لهم)⁴ وعللوا ذلك بأن اختلاف حكم العقدين لا يمنع صحة العقد. بل إن بعض الفقهاء كسحنون وأشهب أجازوا الجمع بين بعض العقود المتنافية في عقد واحد¹

¹ - نزيه حماد: العقود المستجدة ص 267.

² - انظر: النووي: المجموع، 483/9 الشريبي: مغني المحتاج 2/ 41، ابن قدامة: المغني 6/335، ابن مفلح: الفروع، 35/4، المرادوي: الانصاف 4، 321.

³ - السرخسي: المبسوط، ج 12 ص 64، النووي: المجموع، ج 9 ص 388.

⁴ - ابن جزري: القوانين الفقهية، ص 223



تضاد العقود عند المالكية ----- د. بيمينه شوار

ومن المعلوم، أن الاختلاف والتباين² غير التضاد والتناقض، فالضدان لا يمكن اجتماعهما. أما المختلفان والمتباينان فقد يجتمعان وتترتب عليها أحكامها دون وقوع أي اشكال ولا تضاد بينهما مثالا: منع المالكية الجمع بين البيع والشركة والبيع والقراض والبيع والمساقاة لوجود التنافي في بعض أحكامها وهذا التنافي لا يستلزم وجود التضاد. وجمهور المالكية الذين منعوا الجمع بين البيع وبين الجعالة. والصرف والشركة والمساقاة والقراض. أجازوا الجمع بين الإجارة والبيع في عقد واحد وهو المشهور من المذهب³، ويوجد بينهما من التنافي، كما أجازوا الجمع بين البيع والهبة لتماثلهما في الأحكام والشروط وبينهما من التنافي مثل ما هو موجود في العقود التي منعوا اجتماعها، ولذلك فإن بعض الفقهاء منع اجتماع البيع والإجارة لوجود الاختلاف والتضاد. فالبيع يخالف حكمه حكم الإجارة، من حيث إن الضمان ينتقل في البيع بالتسليم العين بخلاف الإجارة، وأيضا فإن البيع يرد على عين قائمة بالإجارة يبيع معدوم، إذ العقود عليه وهو المنافع غير موجود وقت التعاقد وإنما يحدث شيئا فشيئا .

- كما أنهم أجازوا اجتماع البيع والهبة، وعللوا ذلك بأنها تماثل البيع في الأحكام والشروط ولا تضاده فيه - كما تقدم - وبالتأمل في أحكام البيع والهبة، يتبين أن بينهما

¹ - راجع: التسولي: البهجة على شرح التحفة، ج 2 ص 9، المقدمات الممهدة، ج 2 ص 182 .

² - المراد بالعقود المختلفة: "هو أن يجتمع عقدان بينهما اختلاف في الأحكام أو في بعضها كالاختلاف بين البيع والإجارة" فكل ضدتين مختلفان وليس كل مختلفين متضادين. انظر: الكفوي: الكليات، ص 426.

³ - ابن جزى: القوانين الفقهية، ص 223، ابن عبد البر: الكافي 2/640، القراني: القروق، 3/142، الخطاب: مواهب الجليل، 6/145، التسولي: البهجة على شرح التحفة، ج 2 ص 9.



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمين شودار

اختلافاً في الأحكام مثل الاختلاف بين البيع والنكاح الممنوع عندهم، وكذلك الجمع بين (بيع وسلف) حسب مفهومه الواسع عندهم وذلك أن الهبة من عقود التبرعات بينما البيع من عقود المعاوضات.

وبالتحقيق في تلك المسائل، تبين جواز اجتماعها؛ لوجود التضاد، بحيث لا يمكن اجتماع العقدين، ويكون ذلك في حالة توارد العقدين في وقت واحد على محل واحد، وأحكامهما مختلفة متضادة،

فالمحظور إنما هو الجمع بين عقدين مختلفين في الشروط والأحكام، إذا ترتب على ذلك تضاد في الموجبات والآثار، وهذا يكون في حالة توارد العقدين على محل واحد في وقت واحد، وأحكامهما مختلفة متضادة، كما في الجمع بين هبة عين وبيعها أو الجمع بين المضاربة وإقراض رأس المال للمضارب، ونحو ذلك.¹

وخلاصة ما سبق، أن هذا الضابط مسلم من حيث الأصل ولكن يبقى التأكد عند تحقيق المناط من دخول الفروع المراد بيان حكمها في القاعدة الكلية المقررة. ومما تقدم يتبين أن المحظور هو الجمع بين عقدين مختلفين في الأحكام إذا ترتب على ذلك تضاد في الموجبات والآثار، وذلك في حالة توارد عقدين على محل واحد في وقت واحد.

المبحث الثالث : أثر التضاد في عقود التمويل

يتناول المبحث الشق التطبيقي للموضوع، وذلك بالنظر إلى الأعمال التي تطبقها البنوك الإسلامية في التعامل مع شتى العقود التي يبدو ظاهرها الجمع بين عقدين متضادين ومناقشة بعض الجوانب التي تمس صورته، حيث يتناول دراسة لإحدى وسائل التمويل

¹ - انظر نزيه حماد: اجتماع العقود المتعددة في صفقة واحدة، بحث منشور ضمن قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1421، ص 261



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمينه شوار

المتاحة عن طريق تملك المنفعة، ثم تملك العين نفسها في آخر المدة، للنظر في شرعية ذلك
تداخل بين طبيعة عقدي الإجارة والبيع ومدى صحة الجمع بين هذين العقدين.

المطلب الأول: ملامح عقد الإيجار المنتهي بالتمليك

موضوع الإيجار المنتهي بالتمليك، دقيق تناوله فقهاء القانون منذ عرفت صيغة
(البيع الإيجاري) سنة 1846م حتى الآن بالدراسة والبحث، وتناولوا صورته مبينين آراءهم
في تكييف هذا العقد على ضوء ما اتفق عليه أطراف التعاقد، وما احتوته صيغته من
شروط، وما أحاط به من قرائن.

وللإيجار المنتهي بالتمليك عدة صور تدور حول ما اتفق عليه المتعاقدان، وما
أراداه بهذا التعاقد، من إجارة أو بيع، أو إجارة ووعد بالبيع، وما حدده أجره في
الإجارة، وثمناً في البيع... والوقت الذي تنتقل فيه الملكية.

صور عقد الإجارة المنتهية بالتمليك: هناك صور عدة، منها ما يلي:¹

1. عقد تأجير ينتهي بتملك المستأجر للشيء المؤجر، مقابل دفع عدد من
الأقساط، يصبح المستأجر مشترياً للشيء ويملكه بمجرد دفعه للقسط الأخير دون
الحاجة إلى عقد بيع جديد.

2. عقد إيجار بين المؤجر والمستأجر، عن طريق البيع بثمن رمزي أو غير رمزي
يحدد في العقد، ويحتوي الاتفاق على:

أ - عقد إجارة: تحدد فيه مدة الإجارة، والأقساط، وينتهي بانتهاء مدة الإجارة
ب- وعد بإبرام عقد بيع في نهاية مدة الإجارة في حالة رغبة المستأجر بذلك،
ودفعه للمبلغ المتفق عليه. ويتمكن بموجبه المستأجر من الانتفاع بالمأجور مقابل أجره

¹ - محمد جبر الألفي: الإيجار المنتهي بالتمليك، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، العدد
الثاني عشر، 1421، ج 1 ص 600.



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمينه شودار

محددة ولمدة محددة، يحق بموجب هذا العقد للمستأجر أن يملك المأجور في نهاية المدة المحددة، إذا قام بدفع مبلغ معين للمؤجر في نهاية مدة الإجارة. مثال: أن يقوم المؤجر بإبرام عقد مع المستأجر لتأجير شقة معينة، وبأجرة سنوية 2000 دينار مثلا، ولمدة 10 سنوات. ويقول له إذا قمت بسداد الأقساط السنوية كاملة، وفي مواعيدها، فإني أبيعك الشقة إذا رغبت مقابل دفع 5000 دينار مثلا، علاوة على الأقساط. والهدف من ذلك إظهار أن العقد عقد إيجار في البداية، ثم عقد بيع في النهاية. فهو عقد إيجار ليضمن حقوق المؤجر الذي قام بشراء السلعة من أجل تأجيرها. ومصلحة المستأجر الذي يحتاج للسلعة بعد انتهاء مدة الإجارة، فيستطيع تملكها بسعر رمزي. ويرى البعض أن بيعها بسعر رمزي قد أثر على عقد الإيجار إذ جعله مرتفعا مقارنة بمثيلاته من السلع المؤجرة. ويجب أن يتم صياغة العقد بأنه عقد إيجار، يحق للمستأجر في نهاية مدة الإيجار، أن يختار من بين أحد البدائل التالية: - تملك المأجور مقابل دفع ثمن محدد مع أخذ الأقساط الإيجارية في الحسبان، على أن يكون الثمن محددًا عند عقد الإيجار.

- تحديد مدة الإجارة لفترة أخرى.

- إعادة الشيء المستأجر إلى مالكة الأصلي (المؤجر).

3- أن تنتهي الإجارة عن طريق الهبة: وهو وعد من المؤجر للمستأجر بأن يهبه السلعة في نهاية مدة الإجارة بعد سداد الأقساط المتفق عليها. ويكون الوعد هنا ملزم برأي المالكية، حيث تنتقل ملكية المأجور إلى المستأجر تلقائيا بمجرد سداد كافة الأقساط.

4- أن تنتهي الإجارة عن طريق البيع قبل انتهاء مدة العقد، بمبلغ يعادل باقي الأقساط. وهو عقد إجارة مع وعد من المالك ببيع المأجور للمستأجر في أي وقت



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمينه شودار

يرغب المستأجر فيه خلال مدة الإجارة بحيث يكون ثمن المأجور بقية الأقساط عند الرغبة في الشراء من قبل المستأجر.

5- أن تنتهي الإجارة عن طريق البيع التدريجي: كأن يمتلك المؤجر عمارة سكنية بها عدد من الشقق يقوم بتأجير العمارة للمستأجر مع وعد بأن يبيعه أجزاء منها (بعض الشقق) بالتدريج، إلى أن يتم تملكه العمارة بأكملها، وهنا لا بد من تحديد ثمن العمارة، وتقسيمه على مدة الإيجار، بحيث يحق للمستأجر أن يملك في كل فترة جزءا منها مقابل نسبة من ثمنها الكلي، بحيث يستكمل ملكية العمارة مع انتهاء مدة الإجارة. وهنا لا بد من عمل عقد بيع لكل جزء (شقة). وتتناقص قيمة الأجرة مع تزايد نسبة ما يملكه المستأجر من العين المؤجرة. وفي حالة فسخ عقد الإجارة قبل انتهاء مدة الإيجار لأي سبب كان، وقبل استكمال تملك العين من قبل المستأجر، تكون ملكية العين شائعة بين المالك الأصلي والمستأجر الذي آلت إليه ملكية جزء من العين المؤجرة.

المطلب الثاني: التكيف الفقهي للعقد

يتبين من خلال صور الإيجار المنتهي بالتمليك أنهما من العقود المالية المركبة، فهي عقد مركب من إجارة و بيع في أشهر صورها. وهي من قبيل اجتماع صفتين في صفقة، أحد العقدين معلق على شرط أو مقترن بشرط "سداد كامل الثمن"¹ أو إجارة وهبة .

أولاً: الصورة الأولى عقد مركب من إجارة وبيع معلق على شرط سداد الثمن وعلى هذا التكيف فإن صورة المعاملة: عقد مركب من عقد إجارة وبيع معلق على شرط سداد كامل الثمن .

¹ - الشاذلي، حسن علي : التأجير المنتهي بالتمليك، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، 1409، 2639/2.



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمينه شودار

- عقد إجارة ناجز حددت فيه الأجرة، ومدة الإجارة، فإذا انتهت المدة انفسخت الإجارة أو إذا امتنع عن سداد الأقساط الإيجارية المتفق عليها.
- عقد بيع - يتم في نهاية مدة الإجارة- إذا دفع المستأجر الثمن الذب اتفق عليه.
وعقد البيع معلق على شرط سداد أقساط الإيجارية المتفق عليها خلال مدة¹. وهو الراجح.

فهو عقد مركب من عقدين على عين واحدة: عقد إجارة وعقد بيع معلق على سداد الثمن، حيث ينقلب عقد الإجارة بيعا في نهاية المدة عند سداد كامل الثمن وتتحول أقساط الإجارة إلى ثمن المبيع. فالعقد احتوى على عقدين على محل واحد. وهذا التركيب له أثر في حكم المعاملة، حيث يؤدي إلى منعها وضابط المنع:
- أن العقدين: عقد الإجارة والبيع متواردان على محل واحد في زمن واحد، وبذلك يتبين وجود التنافي والتضاد بين العقدين في بعض الآثار والأحكام. حيث استدلوا بما يلي:

- حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ²

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن بيعتين في بيععة، وهذا يصدق على بيع الإجارة المنتهي بالتملك حيث إنه جمع بين عقدين على عين

¹ - المرجع نفسه.

² - رواه الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيععة، برقم 1231، والنسائي، كتاب البيوع، باب بيعتين في بيععة، برقم 4632، وأحمد، مسند أبي هريرة رضي الله عنه، برقم 9584. والحديث صححه الترمذي، وابن عبد البر. وقد تفرد بهذا الحديث محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة، ومحمد بن عمرو ضعفه غير واحد من الأئمة، وذكره العقيلي وابن عدي في الضعفاء.



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمينة شودار

واحدة، وهو غير مستقر على أحدهما، وهما مختلفان في الحكم متنافيان فيه، فالبيع يوجب انتقال العين بمنافعها إلى المشتري، والإجارة توجب انتقال منافع العين فقط إلى المستأجر، والمبيع مضمون على المشتري بعينه ومنافعه، والعين المستأجرة من ضمان مؤجرها¹

- وجود التنافي والتضاد بين العقدين في بعض الآثار والأحكام من حيث الضمان والصيانة، ذلك أن الضمان والصيانة في عقد الإجارة تكون على المؤجر، بينما في الواقع العملي يكون الضمان والصيانة على المستأجر، مما يدل على حقيقة المعاملة أنها بيع وليست إجارة أو أنها إجارة لكن اشترط فيها ما ينافي أحكامها. وعليه، فلا يصح توارد العقدين على محل واحد في وقت واحد مع تنافي الأحكام والآثار. وهذا ما ورد في مناقشات الجمع: "عقد مركب شكلا لا قصدا من إجارة وبيع... فهو عقد مركب من إجارة وبيع والأقساط التي تدفع تختلط فيها القيمة الإيجارية مع قيمة البيع"².

- كما اختلف هل العقدان في وقت واحد أم في وقتين

- قد يقال: أنهما في وقت واحد من حيث بعض الآثار، وذلك أن الأقساط التي تدفع تختلط فيها القيمة الإيجارية مع قيمة المبيع .

- أو أنهما في وقتين، وذلك أن العقد أولا عقد إجارة ينقلب إلى عقد بيع في آخر المدة مع سداد الثمن، فالإجارة في وقت والبيع في وقت آخر.

- وقد يقال إنهما عقدان في عقد واحد غير مستقر على واحد منهما. وقد يقال أنه مستقر على عقد إجارة ومعلق على عقد بيع عند سداد الأقساط، لكنه عند عدم

¹ - انظر: قرار هيئة كبار العلماء رقم 198، وتاريخ: 6 / 11 / 1420 هـ. يراجع نص القرار على

الرابط التالي: www.wahet_aeslem.com

² - بكر أبو زيد: العدد الثاني ج 1 ص 655 .



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمينه شودار

السداد بنسخ عقد الإجارة ولا ينعقد عقد البيع، مما يدل على أنه متردد بين العقدين غير مستقر على أحدهما.¹

وبالنظر إلى تصحيح الصورة بتطبيق أحكام الإجارة طيلة المدة، أي أن العقدين لا يتواردان في وقت واحد تبقى المعاملة محل نظر وبحث لان المعاملة لبس فيها هذا الانفصال، مما يدل على منعها.

الصورة الثانية: عقد إجارة مع هبة معلقة على سداد كامل الثمن.²
ذلك أن العقد يكون عقد إجارة وفي نهاية المدة إذا تم سداد كامل الثمن تنقلب هبة. وقد نوقش بأن الهبة في حقيقتها غير مرادة وإنما المعاوضة.³
ولهذا صدرت الفتاوى والقرارات بمنع هذه المعاملة مثل قرار هيئة كبار العلماء⁴ وقرار مجمع الفقه الإسلامي.⁵

¹ - الشاذلي: التأجير المنتهي بالتملك، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، 2646/4.

² - الشاذلي: التأجير المنتهي بالتملك، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، 2646/4، الدخيل، سلمان بن صالح: التأجير المنتهي بالتملك، رسالة علمية لنيل شهادة الماجستير بالمعهد العالي للقضاء، الرياض، 1418، ص32

³ - سليمان بن صالح الخميس: الإجارة الطويلة والمنتهية بالتملك، رسالة علمية لنيل شهادة الماجستير، نخصص الفقه وأصوله، ص 410.

⁴ - القرار/198 بتاريخ 1420/6/11.

⁵ - قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة العدد الخامس القرار رقم 110/4/12. بشأن موضوع "الإيجار المنتهي بالتملك وصكوكا لتأجير الصادر بتاريخ: 25 جمادى الآخرة 1421هـ الموافق لـ: 23 سبتمبر 2000م انظر نص القرار في موقع المجمع على الرابط التالي: www.fiqhacademy.com



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمينه شوار

وقد اقترح لتصحيح هذه الصورة، كما في توصيات الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي¹ بمراعاة ضوابط أبرزها:

- أن يكون العقد عقد إجارة تترتب عليه أحكامه طيلة مدة الإجارة.
 - في حالة فسخ العقد يرجع المستأجر على المؤجر بما زاد عن أجره المثل.
- لكن بالتأمل في الصورة المصححة، يتبين أنها لا تكون صحيحة إلا بتطبيق أحكام الإجارة طيلة المدة، أي أن العقدين لا يتواردان في وقت واحد، لكن الصورة محل البحث لا يوجد فيها هذا انفصال، مما يدل على تحريم هذه الصورة².

ومما تجدر الإشارة إليه أن البحث في صور الإجارة المنتهية بالتملك، أن التركيب فيها مما يؤدي إلى التناهي والتضاد في الأحكام والآثار. والملاحظ على جل الأبحاث إما التعميم، فرأى بتحريم المعاملة، لأنها من قبيل اشتراط عقد في عقد مع أن المسئلة فيها تفصيل. ومنهم من أجاز المعاملة لأنه رجح جواز اشتراط عقد في عقد بناء على كلام الفقهاء مع أن الفقهاء نصوا على جواز الجمع بين الإجارة والبيع على محلين³ والمسألة محل البحث إنما هي على محل واحد في وقت واحد أو في وقتين.

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة 1421 إلى غرة 23 رجب 1421هـ (28-سبتمبر 2000م) بعد اطلاعه على الأبحاث المقدمة إلى المجمع بخصوص موضوع (الايجار المنتهي بالتملك، وصكوك التأجير). وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول الموضوع بمشاركة أعضاء المجمع وخبراته وعدد من الفقهاء.

¹ - أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي ملحق الفتاوى والتوصيات.

² - العمراني: العقود المالية المركبة، ص 219 .

³ - الحافي: الإجارة المنتهية بالتملك ص 164.



قرر ما يلي : - الإيجار المنتهي بالتمليك :

أولاً : ضابط الصورة الجائزة والممنوعة ما يلي :

(أ) ضابط المنع : - أن يرد عقدان مختلفان, في وقت واحد على عين واحدة في

زمن واحد

(ب) ضابط الجواز :

1- وجود عقدين منفصلين مستقل كل منهما عن الآخر، زمانا بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتمليك في نهاية مدة الإجارة، والخيار يوازي الوعد في الأحكام.

2- أن تكون الإجارة فعلية وليست سائرة للبيع.

3- أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر، وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من الضرر غير ناشئ من تعدي المستأجر أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة.

4- إذا اشتمل العقد على تامين العين المؤجرة فيجب أن تكون التامين تعاونيا إسلاميا لا تجاريا، ويتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر.

5- يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتمليك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة، وأحكام البيع عند تملك العين.

6- تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر لا على المستأجر طوال مدة

الإجارة .

الخاتمة

- إن العقود المتضادة هي العقود التي لا يجوز اجتماعها في عقد واحد.



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمينة شودار

- عدم جواز اجتماع العقود المتضادة أصل بديع من أصول المعاملات المالية، وهو ضابط صحيح المبني، عميق المعنى، شديد المأخذ، حقيق بالمراعاة، جدير بالتعويل عليه.
- توسع الفقهاء في تطبيق هذا الأصل، مما جعلوا كثير من العقود تنطوي تحت هذا الضابط، وهي لا يصدق عليها معنى التضاد أو قد يصدق عليها التضاد من وجه دون آخر.
- منع جمهور المالكية الجمع بين البيع وبين الجعالة، أو الصرف، أو المساقاة، أو الشركة أو القراض، أو النكاح، وذلك لتضاد أحكامها معه وتنافيها.
- اتفاق الفقهاء على أن العقود التي لا تضاد بينها ولا تعارض يجوز اجتماعها في صفقة واحدة لعدم التنافي كاجتماع البيع والإجارة أو الهبة أو نحو ذلك.
- أجمع الفقهاء على حرمة اجتماع القرض مع البيع في صفقة واحدة، ذلك لتضاد العقدين فإن البيع مبني على المشاحة والمغابنة، والسلف مبني على المعروف والمكارمة، و كل عقدين يتضادان وصفاً لا يجوز أن يجتمعا شرعاً.
- الفروع التي ذكرها جمهور المالكية وغيرهم في السبب المانع من اجتماع العقود في صفقة واحدة لا يسلم دخول كثير منها في هذا الضابط، إذ جل التطبيقات التي ذكروها لا يصدق عليها أنها عقود متضادة من كل وجه، بحيث لا يمكن اجتماع العقدين.
- لا يمكن اجتماع العقدين في حالة توارد العقدين في وقت واحد على محل واحد، وأحكامهما مختلفة متضادة.



تضاد العقود عند الملكية ----- د. بيمينة شودار

- الإجارة المنتهية بالتملك من العقود المالية المركبة في أشهر صورها، وهي من قبيل اجتماع عقدين في عقد واحد، أحد العقدين معلق على شرط، أو مقترن بشرط هو سداد كامل الثمن
- من صور الإجارة المنتهية بالتملك: أهما عقد مركب فيها جمع بين الإجارة والبيع المعلق على سداد كامل الثمن، وهذا التركيب له أثر في حكم هذه المعاملة، حيث إنه يؤدي إلى عدة أمور تؤدي إلى التحريم، منها:
- أن العقدين، عقد الإجارة، والبيع، متواردان على عين واحدة، وبالنظر للواقع العملي لهذه المعاملة يتبين وجود التنافي بين العقدين في بعض الآثار، والأحكام، كالضمان، والصيانة، وغيرها من الأحكام.
- لتصحيح هذه المعاملة لا بد من بتطبيق أحكام الإجارة طيلة المدة، أي أن العقدين لا يتواردان في وقت واحد.
- ضرورة اتمام الشرط الثاني من شروط العقود المركبة بقولهم: "أن يكون العقدان متضادين وضعاً ومتناقضين حكماً، بإضافة قيد: "إذا كانا في محل واحد وفي وقت واحد".

المصادر والمراجع:

- الإجارة الطويلة والمنتهية بالتملك، سليمان بن صالح الخميس، رسالة علمية لنيل شهادة الماجستير، نخصص الفقه وأصوله جامعة الإمام سعود، الرياض.
- اجتماع العقود المتعددة في صفقة واحدة، يزيه حماد بحث منشور ضمن قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1421.
- علام الموقعين، ابن القيم الجوزية، تحطه عبد الرؤوف دار الجليل لبنان.
- البهجة شرح التحفة التسولي، أبي الحسن علي بن عبد السلام، د.ط، دار الفكر، بيروت



لبنان، 1991م

- تاج العروس من جواهر القاموس، مرتضى الزبيدي، تح: على شيري، ط1، 1994 مدار الفكر، بيروت لبنان

- التاج والإكليل، محمد بن يوسف الغرناطي أبو عبد الله المواق، دار الفكر بيروت ط3، سنة 1992 م .

- التأجير المنتهي بالتمليك، الشاذلي، حسن علي، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، 1409

- التهانوي، محمد بن علي: كشاف اصطلاحات الفنون، ط - 1996م، لبنان: بيروت.

- حاشية الخرشبي على مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، ط1، 1998 مدار الكتب العلمية بيروت

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ابن عرفة محمد بن أحمد، د.ط، دار الفكر، بيروت.

- الدخيل، سلمان بن صالح: التأجير المنتهي بالتمليك، رسالة علمية لنيل شهادة الماجستير بالمعهد العالي للقضاء، الرياض، 1418.

- الذخيرة، القرافي، شهاب الدين أحمد بن ادريس الصنهاجي، تح: محمد أبو خبزة، دار الغرب الإسلامي، ط 1، 1992م.

- سنن الترمذي، أبو عيسى محمد بن سورة، تح: أحمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي، د.ط، دار الكتب العلمية بيروت.

- سنن النسائي، أحمد بن سعيد النسائي، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

- الشاذلي: التأجير المنتهي بالتمليك، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، 1409هـ.

- الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي "الموافقات في أصول الشريعة تح محمد الاسكندراني، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان 2004م.



- شرح ميارة على تحفة الحكام، الفاسي أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد، ط1، 1430، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- الشرح الكبير على مختصر خليل، الدردير أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي الحكم، د.ط، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.
- الشرح الصغير على أقرب المسالك، الصاوي أحمد بن محمد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، د.ط.
- شرح المجلة، سليم رستم، دار احياء التراث العربي بيروت لبنان ط3.
- ضوابط العقود، عبد الحميد البعلي، دراسة مقارنة، مكتبة وهبة، القاهرة، ط 1، 2001م.
- ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، خالد التركماني، دار الشروق للنشر، ط1 سنة 1401.
- العقود المستجدة، ضوابطها ونماذج منها نزيه حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة الدورة العاشرة 1418.
- العقود المالية المركبة العمراني، عبد الله محمد بن عبد الله، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع الرياض ط2 2010م .
- القبس في شرح موطأ مالك بن أنس ابن العربي، أبي بكر محمد بن عبد الله، تح: محمد عبد الله، دار الغرب الاسلامي، بيروت لبنان، ط 1، 1992.
- القاموس المحيط، الفيروزآبادي، لمجد الدين محمد بن يعقوب: ، تح: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط2-1407هـ-، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان.
- القواعد، ابن رجب، أبي الفرج عبد الرحمن، دار الفكر، د.ط
- الكليات، الكفوي، ابي البقاء ايوب بن موسى بن الحسين تح "عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1419
- لسان العرب، ابن منظور، جمال الدين بن محمد بن مكرم، طبعة سنة 1424، دار عالم الكتب، بيروت لبنان.



- المبسوط، السرخسي، ابي بكر محمد بن أحمد دار الكتب العلمية / ط 1، 1414/ بيروت لبنان.
- المجموع شرح المهذب، النووي "أبي زكريا محي الدين بن شرف مكتبة الرشد، جدة د. ط
- مختار الصحاح، الزبيدي، ط 1 2001، مؤسسة الكتب الثقافية
- المستدرک علی الصحیحین، أي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، دار المعرفة بيروت لبنان، ط 1، 1998م
- المصباح المنير، الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ، ط 1 1417هـ، المكتبة العصرية، بيروت
- المقدمات الممهديات، ابن رشد الجدي، تح: محمد الحجي، دار الغرب الإسلامي، ط 2، 1408.
- مقاييس اللغة، ابن فارس، تح: شهاب الدين أبو عمرو، ط 2-1 1418، دار الفكر: بيروت.
- المبدع في شرح المقنع، عبد الله بن مفلح أبي اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد، المكتب الاسلامي
- معجم مصطلحات أصول الفقه، سانو قطب دار الفكر المعاصر، بيروت لبنان، ط 1، 1430.
- المغني، موفق الدين أبي محمد عبدالله بن احمد محمد، دار هجر للطباعة والنشر القاهرة مصر، ط 1، 1408
- منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد عليش، دار الفكر بيروت لبنان، د. ط، 1409 .
- مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الخطاب أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبد الله المغربي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط 1، 1995م
- مغني المحتاج إلى معرفة ألقاظ المنهاج، الشريبي شمس الدين محمد بن احمد الخطيب، مطبعة الباي الحلبي القاهرة 1985م
- نهاية المحتاج الرملي شمس الدين محمد بن احمد بن حمزة بن العباس شهاب الدين، دار المعرفة بيروت، د. ط 1984م



مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة الجزائر -

رت م د: 4040-1112، رت م د إ: X204-2588

المجلد: 35 العدد: 01 السنة: 2021 الصفحة: 170-202 تاريخ النشر: 27-06-2021

تضاد العقود عند الملكية ----- د. يمينة شوار

- المهذب، الشيرازي، تح: محمد الزحيلي، دار القلم دمشق ط 1992م
- المنتقى شرح الموطأ، الباجي أبو الوليد سلمان بن خلف، ط1، 1985م، دار الكتاب الإسلامي
- المبدع في شرح المقنع، عبد الله بن مفلح أبي اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد، المكتب الإسلامي
- معجم مصطلحات أصول الفقه، سانو قطب دار الفكر المعاصر بيروت لبنان، ط1، 1430.
- المغني: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد محمد / المغني تح / دار هجر للطباعة والنشر القاهرة مصر ط 1، 1408
- مفردات ألفاظ القرآن، الراغب الأصفهاني للحسين بن محمد: مفردات القرآن. ط1، 1412، تح: صفوان عدنان داوودي، دار القلم: دمشق، والدار الشامية، بيروت
- المقدمات الممهيات، ابن رشد الجدي، تح: محمد الحججي، دار الغرب الإسلامي، ط2، 1408.