

البيع مع الاحتفاظ باللكية

دراسة فقهية مقارنة

مقدمه

د. عمرو محمد خانم محمد

مدرس الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون - القاهرة

١- البيع مع الاحتفاظ باللكية في الفقه الإسلامي

(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه المدني)

٢- البيع مع الاحتفاظ باللكية في الفقه الإسلامي

٣- البيع مع الاحتفاظ باللكية في الفقه الإسلامي

(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه المدني)

٤- البيع مع الاحتفاظ باللكية في الفقه الإسلامي

٥- البيع مع الاحتفاظ باللكية في الفقه الإسلامي

(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه المدني)

٦- البيع مع الاحتفاظ باللكية في الفقه الإسلامي

٧- البيع مع الاحتفاظ باللكية في الفقه الإسلامي

(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه المدني)

٨- البيع مع الاحتفاظ باللكية في الفقه الإسلامي

(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه المدني)

أسباب اختيار الموضوع

مما دعا الباحث إلى اختيار هذا الموضوع عدة أسباب، أهمها:

- ١- سرعة المعاملات المالية وتطورها، الذي يدعو بدوره إلى إيجاد أساليب أخرى للتحوط في حفظ الديون ثلاثم هذا التطور السريع، ولا تخالف الشريعة
- ٢- ضعف جدوى أساليب التحوط التقليدية أدى إلى محاولة الوصول إلى أسلوب جديد للتحوط يكون أكثر فاعلية في وصول الدائن إلى دينه
- ٣- هذا الموضوع قد ينظر إليه على أنه مخالف لما استقرت عليه الأصول الشرعية في مقتضيات العقود، من وجوب نقل الملكية نقلا تاما من البائع إلى المشتري منذ لحظة البيع؛ لذا فإنه يحتاج إلى دراسة من جوانبه المختلفة
- ٤- تنوع أساليب الضمان والاحتياط التي عن طريقها يمكن للبائع استرداد ما باعه دون كثير من الكلفة والأعباء عند عدم وفاء المشتري المدين بما عليه
- ٥- الإسهام في إيجاد حلول فقهية متعددة على أصول الشريعة، ومستهدمة الاجتهادات الفقهية للأئمة الأعلام، وتساور في الوقت ذاته التطور الاقتصادي والمالي الذي يعيشه الناس

الممولة أصبحت لا يهدد مصالح هذه الشركة؛ لأنها يمكن أن تسترد الأصل محل التمويل بصفقتها مالكة له، ولا يمكن للدائنين الآخرين التنفيذ عليه

ويقترَب من احتفاظ البائع بحق ملكية الأصل، الشرط المانع من التصرف في المبيع بنقل ملكيته للغير لحين الوفاء بكامل الأقساط؛ بغية تحقيق الضمان للبائع في الحصول على حقه وحفظه من الضياع لكن لما كان شرط الاحتفاظ بملكية عين المبيع فيه منع للمشتري من التصرف في المبيع تصرفا ناقلا للملكية، كما أن الملكية فيه لم تنتقل بعد من البائع إلى المشتري، فقد جعلته في المبحث الأول، أما الشرط المانع من التصرف فإن الملكية فيه قد انتقلت بالفعل، لكن يبقى عدم إباحة التصرف فيه تصرفا ناقلا للملكية؛ لذا جعلته في المبحث الثاني.

مشكلة البحث

يجيب هذا البحث عن عدة تساؤلات، أهمها: هل يمكن استعمال أسلوب جديد من الضمانات يوفر للدائن حماية أكبر ضد مخاطر عدم تنفيذ المدين لالتزامه؟ وما حكم احتفاظ البائع بملكية الأصل المبيع لحين الوفاء بالثمن، مع أن هذا يجعل ملكية المشتري للمبيع ملكية ناقصة؟ وما مدى جواز تأخير نقل الملكية إلى المشتري؟ وما حكم اشتراط البائع على المشتري أن لا يتصرف في المبيع ببيعه مرة أخرى إلى الغير مع أنه يفيد حرية المالك في التصرف في ملكه

وأما المبحثان، فهما كما يأتي:

المبحث الأول: الاحتفاظ بملكية عين المبيع

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الواقع العملي والقانوني للاحتفاظ بملكية عين المبيع، وتكييفه الشرعي

المطلب الثاني: حكم الاحتفاظ بحق ملكية عين المبيع
المطلب الثالث: أهمية الاحتفاظ بملكية المبيع، وجزاء الإخلال بالأقساط، وتبعية هلاك المبيع

المبحث الثاني: الشرط المانع من التصرف

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الشرط المانع من التصرف، وأهميته، والواقع القانوني له

المطلب الثاني: حكم الشرط المانع من التصرف
المطلب الثالث: الآثار المترتبة على القول بصحة الشرط المانع من التصرف

وأما الخاتمة: فتشتمل على أهم نتائج البحث، وتوصياته إن وجد

منهج البحث

يتبع هذا البحث المنهج الاستقرائي الذي يعني بتتبع النصوص الشرعية وأقوال الفقهاء في كتبهم عن الاحتفاظ بحق ملكية عين المبيع، والاحتفاظ بحق ملكية المنفعة، والشرط المانع من التصرف في المبيع؛ بغية الوصول إلى الحكم الفقهي لهذه القضايا

ويقوم البحث باتباع المنهج المقارن، الذي يقارن بين الأقوال الفقهية المختلفة؛ بهدف الوصول إلى الراجح في المسألة

كما يتبع هذا البحث المنهج الاستدلالي، الذي يعني بإبراز الأدلة، ووجوه الدلالة المختلفة على المسائل الفقهية محل البحث

كما يتبع هذا البحث المنهج الاستنباطي التحليلي، الذي يقوم بمناقشة استدلالات الآراء الفقهية، التي لم تكن محل ترجيح لدى الباحث، ثم بيان الراجح من المسائل ووجه الترجيح منه

خطة البحث

تشتمل خطة البحث على مقدمة، ومطلب تمهيدي، ومبحثين، وخاتمة

أما المقدمة: فتشتمل على أسباب اختيار الموضوع، وإشكالية البحث، والمنهج المتبع فيه

وأما المطلب التمهيدي: فهو في مفهوم الملكية، وطبيعتها، وخصائصها

مطلب تمهيدي: مفهوم الملكية، وطبيعتها، وخصائصها

الفرع الأول: مفهوم الملكية

الملكية لغة

الملكية نسبة إلى الملك، والملك يعني الاستبداد بالشئ، والافتراء به^١

الملكية اصطلاحاً:

تعريف الحنفية

لقد عرف الحنفية الملكية بأنها القدرة الشرعية على التصرفات الحسية والشرعية من الاستخدام والبيع والهبة والإجارة ونحوها^٢.

تعريف المالكية

عرفها المالكية بأنها: تمكن الإنسان شرعاً بنفسه أو بنبياة من الانتفاع بالعين أو المنفعة، ومن أخذ العوض عنها^٣

^١ الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض: تاج العروس من جواهر القاموس ٢٧/٣٤٦ - الناشر: دار الهداية. مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط ٢/٨٨٦ -

الناشر: دار الدعوة

^٢ الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، علاء الدين: بدائع الصنائع ١٠٧/٥ - الناشر: دار

الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م

^٣ ابن الشاطئ، قاسم بن عبد الله: إررار الشروق على أنواء الفروق - حاشية ابن الشاطئ ٣/٢٠٩ -

الناشر: عالم الكتب

قد يوجد الملك بدون التصرف، بينما يجتمع الملك والتصرف في حق البالغين الراشدين النافذين للكلمة، الكاملين الأوصاف، وهذه هي حقيقة الأعم من وجه والأخص من وجه: أن يجتمعا في صورة وينفرد كل واحد منهما بنفسه في صورة^١

وإن كان يمكن الاعتذار للحنفية بأنهم قد جعلوا التصرف عاما في الاستخدام والهبة، وهو لا يجوز إلا للمالك، وبذلك يكون الحنفية قد قصدوا بـ (التصرف) عموم اللفظ في الاستعمال، والاستغلال، والبيع ونحوه، لكن يبقى أن هناك مالك لا يحق له التصرف بالبيع أو الإجارة أو الهبة، كالمحجور عليه والصبي والمجنون، فيبقى التعريف غير جامع لأفراد المعرف

ويؤخذ على تعريف الشافعية ما أخذ على تعريف الحنفية والحنابلة، حيث جعل الشافعية الملكية هي تمكن الإنسان من الانتفاع وأخذ العوض، مع أن المالك المحجور عليه لا يتمكن من أخذ العوض أما المالكية، فقد جعلوا الملكية عبارة عن تمكن الإنسان بنفسه أو بنيابة، من الانتفاع، وأخذ العوض؛ فدخل المالك المحجور عليه في التعريف؛ لأنه يتمكن من أخذ العوض بنيابة؛ ولذا، فإن تعريف المالكية هو الأولى بالقبول، حيث حوى جمع أفراد المعرف

^١ القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن: الفروق - أنوار البروق في أنوار الفروق ٢٠٨/٣ بتصرف - الناشر: عالم الكتب. السبكي: الأشباه والنظائر ٢٣٢/١ ٢٧

تعريف الشافعية

عرفها الشافعية بأنها: حكم شرعي مقدر في عين أو منفعة يقتضي تمكن من ينسب إليه انتفاعه به، والعوض عنه من حيث هو كذلك.

تعريف الحنابلة

عرفها الحنابلة بأنها: القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة^١ وعند النظر إلى هذه التعريفات فإنها مع تقاربها في المعنى، وهو أن الملكية تقتضي تمكن الإنسان من الانتفاع بالملوك وأخذ العوض عنه، إلا أن بعضها قد جعل الملكية هي الحق في التصرف - وهم الحنفية والحنابلة-، وهذا يلاحظ عليه أن التصرف قد يوجد، بينما لا توجد الملكية كتصرف الوكيل والوصي والحاكم، فإنهم لهم الحق في التصرف، مع أنهم غير مالكين، وقد توجد الملكية ولا يوجد التصرف كما في المحجور عليه، فإنه مالك، لكنه لا يستطيع التصرف فيما يملك، فيبينهما عموم وخصوص وجهي، إذ كل من التصرف والمالك أعم من الآخر من وجه، وأخص من وجه، فقد يوجد التصرف بدون الملك، كما

السبكي، عبد الوهاب بن تقي الدين علي بن عبد الكافي، تاج الدين: الأشباه والنظائر ٢٣٢/١ - الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م
ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي، موفق الدين: المغني ٢٥٥/٥ - الناشر: مكتبة القاهرة تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد الحراني، تقي الدين: الفتاوى الكبرى ١٠٦/٤ - الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م ٢٦

الفرع الثاني: طبيعة الملكية، وخصائصها

أولاً: طبيعة الملكية

عرفت الملكية بأنها حكم شرعي، ومن ذلك يتضح أنها عبارة عن علاقة الإنسان بالمال وما في حكمه من المنافع، وذلك يدل على أنها صفة اعتبارية منتزعة من آثارها وأحكامها، فليس لها وجود مادي ولا حقيقة مادية، فحينما أقر الشرع هذه العلاقة الاختصاصية بين الإنسان والمال ثبت الملك، وحينما نفى الشرع هذه العلاقة انتفى الملك^٤

ثانياً: خصائص الملكية

يُسمّى حق الملكية بمجموعة من الخصائص التي ينفرد بها عن باقي الحقوق التي يمنحها الحق المدني، وهي:

- ١- يعتبر حق الملكية حقاً جامعاً، حيث يمنح هذا الحق الفرد جملة من السلطات التي تفرض سيطرتها على الشيء المملوك له، وهذه سمة جوهرية في الملكية.

^٤ البعلبي، عبد الحميد محمود: الملكية وضوابطها في الإسلام، دراسة مقارنة ص ٣١ ط دار التوفيقية النموذجية للطباعة والجمع الآلي - الناشر مكتبة وهبة - الطبعة الأولى، ربيع الثاني ١٤٠٥هـ يناير ١٩٨٥م

تعريف الملكية في القانون المدني

يعرف القانون المدني الملكية بأنها: حق عيني على شيء يعطي لصاحبه وحده الحق في الاستعمال والاستغلال والتصرف، دون التصرف في استعمال هذا الحق، وضمن الحقوق التي رسمها القانون والنظام العام.

وبهذا يتبين أن تعريف القانون المدني قريب من تعريف الحنفية الذي يخول للمالك الحق في الاستخدام والتصرف

ومن هنا يتبين أن الملكية التامة تحتوي على ثلاثة حقوق: الحق في الاستعمال، والحق في الاستغلال، والحق في التصرف^٥

والملك بطبيعة الحال حين يتعلق بالأعيان، فإن الأصل فيه أن يمتد إلى منافعها وثمراتها وجميع ما يتولد عنها.

^٥ بكير، نجيب محمد: الشرط الإرادي المانع من التصرف باعتباره أحد القيود التي قد ترد على حق الملكية ص ١٥، ١٦ - الناشر مكتبة عين شمس ١٩٩٥م

المبحث الأول: الاحتفاظ بملكية عين المبيع في عقد البيع

تمهيد: مفهوم الاحتفاظ بحق ملكية عين المبيع

يعرف القانونيون الاحتفاظ بملكية الرقبة عموماً، سواء كان في البيع أو غيره، بأنه: "الاتفاق الذي يتضمنه أحد التصرفات القانونية الناقلة للملكية، والذي يحفظ بمقتضاه المتصرف بملكية الشيء محل التعاقد لتحقيق غاية مشروعة يقضيها التصرف"^{١٠}

وهذا التعريف في القانون يشمل كافة التصرفات التي يمكن أن يرد فيها شرط الاحتفاظ بالملكية، سواء كان بيعاً أو هبة أو شركة أو غير ذلك، كما أنه يتضمن كافة الأهداف التي يقصدها أحد الطرفين من وراء هذا الشرط^{١١} والذي يبتغيه الباحث في هذا البحث هو الاقتصار على شرط الاحتفاظ بملكية الرقبة في عقد البيع فقط -الذي هو محل البحث-

لذا يعرف الاحتفاظ بحق ملكية الرقبة عند القانونيين في عقد البيع خاصة بأنه:

اتفاق على إرجاء نقل ملكية العين المبيعة إلى المشتري، ولو تم تسليمها إليه - إلى أن يستوفي البائع كامل الثمن^{١٢}

^{١٠} سعد ، حمدي أحمد: البيع الإيجاري -دراسة قانونية مقارنة بأحكام الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي ص ١١٨ دار الكتب القانونية -الحلة الكبرى-مصر- ٢٠٠٧م

^{١١} المرجع السابق ص ١١٨

^{١٢} المرجع السابق ص ١١٧

٢- يتسم حق الملكية بأنه مانع، أي تقتصر ملكيته على مالكه فقط، فمالك الحق هو الشخص الوحيد المخول له استخدام الحق واستغلاله دون مشاركة الآخرين له بذلك.

٣- يتميز حق الملكية بأنه حق دائم، حيث يصنف حق الملكية على أنه أحد الحقوق الدائمة، التي لا تنتهي صلاحية وأحقية استخدامها بتوقيت معين، حيث يبقى الحق الدائم قائماً ومملوكاً للفرد دون انتهاء، كحق السكن والعقار وغيرها من الأشياء المملوكة^١.

وإذا كان حق الملكية هو بهذه الخصائص في الأصل فهل يمكن تأخيرها لمدة معينة، أو تعليقه على شرط؟ أو تقييده بمدة، كان يحفظ البائع بملكية منفعة المبيع أو بعضها مدة من الزمن؟ هذا هو ما يجب عنه البحث

^١ بكير، نجيب محمد: الشرط الإرادي المانع من التصرف باعتباره أحد القواعد التي قد ترد على حق الملكية ص ١٨، ١٩

كله يجب تناوله، وصولاً إلى التكيف الفقهي للاحتفاظ بملكية الرقبة؛
لمعرفة حكمه الفقهي

الفرع الأول: الواقع العملي والقانوني للاحتفاظ بملكية عين المبيع
أولاً: الواقع العملي للمبيع مع الاحتفاظ بحق ملكية عين المبيع

يرد شرط حفظ حق الملكية في البيع بالتقسيط، حيث تشترط بعض

مؤسسات التمويل الإسلامي في البيع بالتقسيط أن تظل مؤسسة التمويل

-كالبندك أو معرض السيارات أو غيره- محتفظة بحق ملكيتها لرقبة

المبيع حتى تمام الوفاء بكامل القيمة^{١٥}

كما يرد أيضاً شرط حفظ حق الملكية في عقد المرابحة للأمر بالشراء-

باعتباره من بيوع الآجال- حيث يعطي البنك للمشتري حق الانتفاع فقط

بالمبيع مع بقاء البنك الإسلامي محتفظة برقبته لحين قيام المشتري بسداد

باقي ثمن المبيع ومن هنا ندرك أن المؤسسات المالية الإسلامية

تتجه في تعاملاتها الآجلة إلى ما يطلق عليه (البيع مع الاحتفاظ بحق

ملكية الرقبة، أو عين المبيع)

وهنا يثار السؤال عن مدى شرعية هذا الشرط الذي من شأنه أن يقيد

حرية المشتري في التصرف في المبيع، بعدم القدرة على بيعه للغير

مرة أخرى إلا بعد الوفاء بكامل الثمن

^{١٥} المرجع السابق ص ١١٩

والأصل أن انتقال الملكية إلى المشتري يكون بمجرد انعقاد العقد، لكن
هذه الأحكام في القانون تعتبر من قبيل القواعد المكملة التي لا تتعلق
بالنظام العام، ويجوز الاتفاق على مخالفتها، حيث يمكن للأطراف
الاتفاق على إرجاء انتقال الملكية إلى المشتري فوراً، وبظل البائع
محتفظاً بها إلى حين استيفائه لجميع أقساط الثمن^{١٦}.

وفي الفقه الإسلامي، يُعبر عن عين المبيع تارة بالرقبة، ويعبر عنه

تارة أخرى بالأصل^{١٧}

وبالبحث في كتب الفقه الإسلامي، لم يعثر الباحث على تعريف للفقه

للاحتفاظ بملكية عين المبيع، لكن يمكن للباحث-تعريفه بأنه: عدم

تمكين المشتري من التصرف في المبيع تصرفاً ناقلاً للملكية-مع قدرته

على الانتفاع به-؛- لحين الوفاء بالثمن

المطلب الأول: الواقع العملي والقانوني للاحتفاظ بملكية عين المبيع،

وتكليفه الفقهي

للاحتفاظ بملكية عين المبيع واقع عملي ملموس في تعاملات

الأفراد، وفي المؤسسات كذلك، كما أن له إطاراً قانونياً ينظمه، وهذا

المرجع السابق ص ١١٦، ١١٧

^{١٦} السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، شمس الأئمة: المبسوط ٩٢/١٥-الناشر: دار

المعرفة - بيروت ١٤١٤هـ-١٩٩٣م. الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، أبو

إسحاق: المهذب ٣٢٣/٢-الناشر: دار الكتب العلمية. ابن قدامة: المغني ٢٥٥/٥. ابن

تيمية: الفتاوى الكبرى ١٠٦/٤

ومن الجدير بالذكر أن البيع مع الاحتفاظ بحق ملكية الرقبة، له شبه في معناه بالبيع مع الشرط المانع من التصرف في المبيع، وهو ما سأعرض له بعد الكلام عن البيع مع الاحتفاظ بحق ملكية عين المبيع

ثانياً: الواقع القانوني للبيع مع الاحتفاظ بحق ملكية عين المبيع
لقد نص القانون المدني المصري والقانون التجاري على البيع مع شرط الاحتفاظ بحق الملكية، واعتبره بيعاً موقوفاً على شرط الوفاء بأقساط الثمن كاملة:

فالمادة ٤٣٠ من القانون المدني المصري تنص على:
"١- إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله، ولو تم تسليم المبيع.
٢-.....
٣- وإذا وفت الأقساط جميعاً فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستندا إلى وقت البيع.

وهذا يدل على أنه إذا تحقق الشرط الموقوف عليه تنفيذ الالتزام بنقل الملكية، وهو سداد كامل الثمن، انتقلت الملكية إلى المشتري بأثر رجعي من وقت البيع.

وفي المادة (١-١٠٦) من القانون التجاري المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م أيضاً ما يفيد جواز أن يتفق في عقد البيع بالتقسيط على احتفاظ البائع بملكية الشيء محل عقد البيع حتى أداء كامل أقساط الثمن، ويترتب على هذا الاتفاق تملك المشتري للمبيع عند أداء القسط الأخير،
٣٤

ويشترط القانون التجاري في المادة: (٢-١٠٦) لسريان شرط احتفاظ البائع بملكية الشيء المبيع في مواجهة الغير، أن يكون عقد البيع بالتقسيط ثابت التاريخ، وأن يكون هذا التاريخ الثابت سابقاً على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائن على الشيء المبيع.

وحظر القانون التجاري في المادة: (١-١٠٧) التصرف في المبيع قبل الوفاء بكامل أقساط الثمن، وذلك لحماية البائع من ضياع حقوقه المتمثلة في امتياز البائع والاسترداد في حالة الفسخ

كما نص القانون الفرنسي والألماني وبعض قوانين الدول العربية على العمل بشرط الاحتفاظ بالملكية^{١٦}.

وبشرط الاحتفاظ بحق الملكية، واعتبره شرطاً صحيحاً، يُستخدم ضماناً لحق البائع الدائن، ويترتب عليه استرداد البائع للمبيع في حالة عدم وفاء المشتري بكامل الثمن^{١٧}

^{١٦} منصور، محمد حسين: شرط الاحتفاظ بالملكية ص ٢٨، ١١٢-١٢٦ دار الجامعة

الجديدة-الإسكندرية-٢٠٠٧م

^{١٧} سعد، حمدي: البيع الإيجاري ص ١١٧

وتعنى هذه الصورة: أن يبيعه بيعا يتوقف فيه نقل الملكية إلى المشتري على دفع الثمن في مدة معلومة، -خلت هذه المدة أو كثرت-، مع أن المشتري قد تسلم المبيع بالفعل، وهذا يقتضي أن المشتري سينتفع بالمبيع، وهذه الصورة للبيع بشرط نقد الثمن، هي نفسها صورة البيع مع احتفاظ البائع بملكية الرقبة، التي يتم التعامل بها بين الناس، والتي يتسلم

ولا يقال إن البيع مع الاحتفاظ بملكية المبيع هو من بيع الثياب؛ وذلك لأن بيع الثياب قد عدما العاقدان على أنها بيع تام، لكن بها شرط، فقد جعل أن رشد (الجد) الذي توسع في بيع الثياب البيوع التي تشمل على شرط يقتضي الحجر على المالك في تصرف معين في المبيع، هي من بيع الثياب، مثل: أن يبيع السلعة على ألا يخرج بها المشتري من البلد، أو على ألا يبيع ولا يهب، وما أشبه ذلك من الشروط التي تقتضي التحجير على المشتري فيما اشترى

ابن رشد (الجد)، محمد بن أحمد القرطبي، أبو الوليد: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة ١٩٧/٨-الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان - الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م. ابن رشد (الجد) المقدمات المهدات ٦٤/٢ - الناشر: دار الغرب الإسلامي الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م
والثياب؛ لكونه بيما موقوفا على شرط، وهو الوفاء بالمبالغ المستحقة، فإذا تحقق الشرط أصبح المبيع ملكا للمشتري، يتصرف فيه بمطلق الحرية، دون حجر عليه في شيء
وقد جعل البعض بيع الثياب مقصورا على صورة معينة، وهي أن يقول له: ليبتك فبذو السلعة على أي أبتك بالثمن إلى مدة كذا، أو متى أبتك فألمبغ مضرؤف على عيش، محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله المالكي: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ٢٩٠/١، ٢٩١-الناشر: دار المعرفة وليس لهذه الصورة علاقة بالبيع مع الاحتفاظ بالملكية كما هو ظاهر من مفهومها.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي للاحتفاظ بحق ملكية عين المبيع

لقد قرر الفقهاء أن العبرة للمعاني، وليست للألفاظ والمباني^{١٨}، فالألفاظ قوالب للمعاني، ولذا فإن البحث في اللفظ لا يكون لذاته وإنما لما يفيد من معنى، وعند التأمل في البيع مع الاحتفاظ بملكية عين المبيع -كما سبق في نصوص القانونيين المدني والتجاري من أنه يحق للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله- فإن هذا البيع ليس بيعا باتا تنترب عليه كافة الآثار، بل هو عبارة عن بيع معلق على شرط، وهذا الشرط هو الوفاء بالمبالغ المستحقة؛ ولذلك فإنه يمكن تكيفه على أنه بيع معلق على شرط نقد الثمن، بمعنى أنه بيع معلق على شرط سداد كل المبالغ المستحقة للبائع، فإذا سدد المشتري كل الأقساط انتقل المبيع إلى ملكه، وصورة البيع المعلق على شرط نقد الثمن: أن يقول له: بعتك على أن تتقني الثمن إلى مدة معلومة، وإلا فلا بيع بيننا^{١٩}.

^{١٨} البخاري: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين: كشف الأسرار شرح أصول الزدوي ٥٠/٤ - الناشر: دار الكتاب الإسلامي. الزليبي، عثمان بن علي بن محجن الجارعي، فخر الدين: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٥٣/٤ - الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ. ابن رشد (الجد): البيان والتحصيل ١١/٤. ابن الجوزي، يوسف بن قزوغلي بن عبد الله، أبو المظفر، شمس الدين، سبط أبي الفرج ابن الجوزي: إثمار الإصناف في آثار الخلاف ص ١٥١ - الناشر: دار السلام - القاهرة الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ

^{١٩} ابن قدامة: المغني ٥٠٤/٣

حكم البيع المعلق على نقد الثمن إلى أجل معلوم

لقد اختلف الفقهاء في حكم البيع المعلق على شرط نقد الثمن على أربعة أقوال:

القول الأول

يرى فساد البيع المعلق على شرط نقد الثمن، وهو رواية عند المالكية^{١١}، والصحيح عند الشافعية^{١٢}، وزفر من الحنفية^{١٣}.

القول الثاني

يرى جواز البيع المعلق على شرط نقد الثمن إذا كان نقد الثمن مؤجلا إلى ثلاثة أيام أو أقل، أما لو زاد على ثلاثة أيام كان العقد فاسدا، وهو

فيها المشتري المبيع بالفعل وينتفع به، لكن بشرط أن المشتري لو لم يؤد الأقساط المستحقة في موعدها، فإن للبائع حق استرداد المبيع مرة أخرى من يد المشتري، وهي نفسها الصورة التي نص عليها القانون المدني المصري - كما سبق - في المادة ٤٣٠ بقوله: "إذا كان البيع مؤجلا للثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع".

والبيع بشرط نقد الثمن الذي يتسلم فيه المشتري المبيع، يختلف عن البيع مع حبس المبيع لحين الوفاء بالثمن، حيث إن المبيع في الأول يقبضه المشتري، أما في الآخر فلا يقبضه المشتري، بل يظل عند البائع لحين الوفاء بالثمن وبما أن القانون هو الذي يصور عقد البيع مع الاحتفاظ بالملكية - باعتبار نصه عليه - فإنه قد اعتبره بيعا موقوفا، يترتب عليه أن المشتري إذا لم يسدد الأقساط، فإن للبائع فسخ العقد^{١٤}، فقد حظر القانون التجاري في المادة: (١٠٧-١) على المشتري، التصرف في المبيع تصرفا ناقلا للملكية قبل الوفاء بكامل أقساط الثمن؛ وذلك لحماية البائع من ضياع حقوقه المتمثلة في امتياز البائع والاسترداد في حالة الفسخ وإذا كان البيع مع الاحتفاظ بملكية الرقبة يمكن تكييفه على أنه بيع معلق على نقد الثمن إلى أجل معين، فإنه لا بد من بيان حكم البيع المعلق على شرط نقد الثمن إلى أجل معلوم في الفقه الإسلامي.

^{١١} الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، شمس الدين: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٤/٤١٦-الناشر: دار الفكر للطبعة: الثالثة ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م. عيش: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ١/٣٥٣ - الشرح الكبير الرافعي، عبد الكرم بن محمد القزويني: فتح العزيز بشرح الوجيز - الشرح الكبير ٨/٣١٣-الناشر: دار الفكر. المرادي، يحيى بن أبي الخير بن سالم، أبو الحسين: البيان في مذهب الإمام الشافعي ٥/٣٥٠-الناشر: دار المنهاج - جدة الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م. النووي، يحيى بن شرف، أبو زكريا، محيي الدين: المجموع شرح المهذب ٩/١٩٣-الناشر: دار الفكر. المنهاجي، محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق الأسيوطي، شمس الدين: جواهر العقود ومعين القضاء والموقنين والشهود (٥٠/٥٠-الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان الطبعة: الأولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

^{١٢} المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل القرطبي، أبو الحسن، برهان الدين: الهداية في شرح بداية المبتدي ٣/٢٩٩-الناشر: دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان ٣٩

أدلة القول الأول

استدل القائلون بفساد العقد بما يأتي:

- ١- إن شرط فسخ البيع إن لم ينقد الثمن هو شرط لا يقتضيه عقد البيع، فعقد البيع يقتضي انتقال الشيء من العاقد إلى الطرف الآخر، والشرط ينافيه، كما أن هذا الشرط فيه منفعة للبائع، وذلك لأن المبيع سيمود إلى ملكه متى لم ينقد المشتري الثمن، والأصل فساد العقد المشتمل على شرط بهذه الصفة^{٣٢}

المنقضة

يناقش القول بأن شرط فسخ البيع إن لم ينقد الثمن هو شرط لا يقتضيه عقد البيع لأن البيع يقتضي انتقال الشيء من العاقد إلى الطرف الآخر، بأن هذا منقوض بشرط الخيار، وشرط تأجيل الثمن أو المبيع؛ إذ كليهما تمنع انتقال الملكية حالاً إلى الطرف الآخر، فكذاك الأمر في البيع بشرط نقد الثمن الذي يتأجل فيه نقل ملكية المبيع حتى يتم دفع الثمن.

^{٣٠} السرخسي: المبسوط ١٧/١٣. المرغيناني: الهداية ٢٩/٣. الكاساني: بدائع الصنائع ١٧٥/٥

^{٣١} ابن قدامة: ٥٠٤/٣. ابن بطال: شرح صحيح البخاري ١٣٨/٨

^{٣٢} السرخسي: المبسوط ١٧/١٣. البخاري: المحيط البرهاني ٤٨٦/٦. الكاساني: بدائع الصنائع ١٧٥/٥

المذهب عند الحنفية^{٢٤}، ومقابل الصحيح عند الشافعية^{٢٥}

القول الثالث

يرى فساد الشرط وصحة البيع، وهي رواية أخرى عند المالكية^{٢٦}

القول الرابع

يرى جواز البيع والشرط ما دام إلى أجل معلوم، وهو رواية ثالثة عند المالكية^{٢٧}، وقول الحنابلة^{٢٨}، واختيار ابن القيم^{٢٩}، وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية^{٣٠}، وهو كذلك قول الثوري، وإسحاق، وشريح^{٣١}

^{٢٤} الطحاوي، أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأودي: مختصر اختلاف

العلماء ٨٦/٣ - الناشر: دار البشائر الإسلامية - بيروت الطبعة: الثانية ١٤١٧هـ -

بخاري، محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة، أبو المعالي، برهان الدين:

المحيط البرهاني في الفقه النعماني ٤٨٦/٦ - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان

الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م. الكاساني: بدائع الصنائع ١٧٥/٥

^{٢٥} النووي: المجموع ١٩٣/٩

^{٢٦} القيرواني، عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النخعي، أبو محمد: النوازل والزيادات على

ما في المدونة من غيرها من الأمهات ٤٠٥/٦ - الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت

الطبعة: الأولى ١٩٩٩م. المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبري

الغرناطي، أبو عبد الله: التاج والإكليل لمختصر خليل ٤٥٠/٦ - الناشر: دار الكتب العلمية

الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م. الحطاب: مواهب الجليل ٣١٤/٣

^{٢٧} عليش: فتح المليك ٣٥٣/١

^{٢٨} ابن قدامة: المفتي ٥٠٤/٣. المرادوي، علي بن سليمان المشقي الصالحي، أبو الحسن،

علاء الدين: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٣٥٨/٤ - الناشر: دار إحياء التراث

العربي العلمية: الثانية

^{٢٩} ابن القيم: إعلام الموقعين ١٤/٤

٢- ما روي أن عمر رضي الله عنه - أجاز البيع بشرط أن لم ينقده الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما^{٢٥}

وجه الدلالة

في الأثرين دلالة على جواز البيع بشرط نقد الثمن في مدة الثلاثة الأيام، وهذا خلاف القياس الذي يقتضي عدم الجواز؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، والمروي عن الصحابة فيما يخالف القياس له حكم المرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم، حيث لا يظن أن الصحابي يقول بالرأي ما يخالف القياس، فالظاهر أنه قاله سماعاً، فيجب الاقتصار عليه وعدم الزيادة، ويبقى ما سواه على القياس^{٢٦}

المناقشة

إن الأصل في المعاملات هو الاتفاقات إلى معانيها التي من أجلها شرعت الأحكام، وما ورد في الأثر ليس فيه ما يدل على الحصر أو قصر المدة على ثلاثة أيام، وإنما غاية ما فيه هو نكر الثلاثة الأيام، فيبقى ما سواها مسكوت عنه، فيكون الأصل فيه هو الإباحة والجواز

^{٢٥} السرخسي: المبسوط ١٧/١٣. البهاري: محمد بن محمد بن محمود، أبو عبد الله، أكل

الدين: العناية شرح الهدية ٣٠٥/٦ - الناشر: دار الفكر

^{٢٥} النووي: المجموع ١٩٣/٩

^{٢٦} السرخسي: المبسوط ١٧/١٣. البخاري: المحيط البرهاني ٤٨٦/٦

٢- إن هذا البيع من بيوع الغرر؛ لأنه علق فسخ البيع على شيء محتمل، وهو نقد الثمن، فقد يحدث، وقد لا يحدث، فلا يصح، كما لو علق البيع على قوم فلان من الناس، فإنه لا يصح^{٢٣}

المناقشة

يناقش القول إن البيع بشرط نقد الثمن من بيوع الغرر، بما سبق من شرط الخيار الذي يحتمل بعده إتمام العقد أو فسخه

كما أن علة تحريم الغرر إنما لما فيه من أكل أموال الناس بالباطل، فهذا قمار، أما البيع المعلق فلا قمار فيه، لأنه إن حصل المشروط فحقهما كما هو، وإن لم يحصل فمالهما كما هو، وليس فيه أكل لأموال الناس بالباطل

أدلة القول الثاني

استدل القائلون بجواز البيع المعلق على شرط دفع الثمن إذا كان الأجل إلى ثلاثة أيام أو أقل بما يأتي:
من الأثر

١- ما روي أن عبد الله بن عمر باع ناقه له من رجل بشرط أنه إن لم ينفذ الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما^{٢٤}

^{٢٣} النووي: المجموع ١٩٣/٩

الجواب عن المناقشة

يجاب عن هذه المناقشة بأن القياس إنما هو للمعنى الذي من أجله شرع الحكم، وهو الحاجة إلى التأمل والتروي في كليهما، أما الزائد على هذا المعنى الجامع فلا اعتبار له في القياس^{٣٩}، فهما سواء في المعنى، وإن كانا متغايرين في الصورة؛

من المعقول

١- إن الحاجة إلى البيع بشرط نقد الثمن أعظم من الحاجة إلى خيار الشرط المشروع بالنص^{٤٠}، وذلك لأن البيع بشرط نقد الثمن قد مست إليه الحاجة من الجانبين، أما البائع فلحاجته إلى التحرز عن مطاطة المشتري المدين بالثمن، وعدم رضاه بخروج المبيع عن ملكه بدون الثمن، وأما المشتري فلحاجته إلى التأمل في قدرته على

^{٣٩} ١٩٨٧م. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ١٠٧/٢ - الناشر: دار الكتاب العربي الطبعة: الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

^{٤٠} البخاري: العناية ٣٠٣/٦، ٣٠٤.

^{٤١} البخاري: المحيط البرهاني ٤٨٦/٦.

^{٤٢} ابن قدامة: المغني ٥٥٠/٣.

^{٤٣} هو ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن رجلاً ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم: أنه يُخدع في البيوع، فقال: «إِذَا بَايَعْتَ قَلَّ لَا خِلَافَةَ» متفق عليه: أخرجه البخاري كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيوع ٦٥٠/٣، ومسلم كتاب البيوع، باب من يخدع في البيوع ١١٦٥/٣.

من القياس

١- القياس على البيع بشرط الخيار ووجه القياس أنه في البيع المعلق على شرط النقد علق فيه فسخ البيع بشرط عدم النقد إلى ثلاثة أيام، وفي البيع بشرط الخيار علق انعقاد البيع على سقوط الخيار كما أن المشتري كما يحتاج إلى التأمل في المبيع بشرط الخيار هل يوافق المبيع أم لا، فإن البائع يحتاج إلى التأمل في البيع بشرط نقد الثمن هل يصل إليه الثمن في الثلاث أم لا^{٣٧}.

المناقشة

١- يناقش القياس على خيار الشرط بأنه قياس مع الفارق؛ وذلك لأنه في خيار الشرط لو سكت الذي شرط له الخيار حتى مضت المدة فقد انعقد العقد صحيحاً، بخلاف البيع بشرط نقد الثمن، فإن المشتري لو لم ينقد الثمن في المدة المحددة، فقد انفسخ البيع ولم ينقذ صحيحاً، وفرق بين الانعقاد والانفساخ ظاهر.

٢- إن المقيس عليه وهو خيار الشرط قد اختلف الفقهاء في مدته، فالقول بأن مدته ثلاثة أيام ليس قولاً متفقاً عليه حتى يصح القياس عليه^{٣٨}.

^{٣٧} السرخسي: المبسوط ١٧/١٣. الكاساني: بدائع الصنائع ١٧٥/٥.

^{٣٨} الطوفي، سليمان بن عبد القوي بن الكريم المرصري، أبو الربيع، نجم الدين: شرح مختصر الروضة ٢٩٢/٣-الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، ١٤٠٧هـ -/

١- إن شرط نقد الثمن فيه غرر ومخاطرة، وهذا لا يجوز.^{٤٥}

المنافسة

يناقش هذا الدليل بما نوقش به دليل القائلين بفساد البيع عند ذكرهم هذا الدليل

٢- إن في قوله: "أبيحك على إن جنتي بالثمن فالبيع ببني وبيبتك" إن البيع قد انعقد بقوله "أبيحك" ثم وقع الشرط الفاسد بعده، فلا يؤثر في صحته، فيقع البيع صحيحاً ويكون الثمن حالاً، ويبطل الشرط^{٤٦}

أدلة القول الرابع

استدل القائلون بصحة البيع والشرط بما يأتي:
من الأثر

إن البيع بشرط النقد إلى كذا وإلا فلا بيع، مروى عن عمر - رضي الله عنه -^{٤٧}

^{٤٥} عليش: فتح الملى للمالك: ٣٥٢/١
^{٤٦} عليش: فتح الملى للمالك: ٣٥٢/١
^{٤٧} ابن قدامة: المغني: ٥٠٥/٣

نقد الثمن في ثلاثة أيام لم لا؛ فإذا جاز خيار الشرط بالنص، جاز البيع بشرط نقد الثمن بدلالة النص^{٤٧}

٢- إن هذا شرط قد تعامل به الناس، فإنهم يشترطون فيما بينهم أنه إن لم ينفذ المشتري الثمن إلى أجل معين فلا بيع؛ لدفع الغبن عن أنفسهم^{٤٨}

المنافسة

إذا كانت مشروعية هذا الشرط تتعلق بالعرف، فإن الحكم فيه يدار على العرف، ولذلك فإن الناس إذا تعارفوا على هذا الشرط لأي أجل معلوم فلا مانع من جوازه

أما الدليل على فساد البيع فيما إذا زاد أجل نقد الثمن عن ثلاثة أيام، فهو:

إن شرط فسخ البيع إن لم ينفذ الثمن، هو في الأصل شرط لا يقتضيه العقد كما تقدم، والأصل فساد العقد الذي فيه هذا الشرط، لكن ترك هذا الأصل في مدة الثلاثة أيام استحساناً لأثر ابن عمر الذي فيه الجواز في مدة الثلاثة أيام^{٤٩}.

دليل القول الثالث

استدل القائلون بفساد الشرط وصحة البيع بما يأتي

^{٤٨} الكاساني: بدائع الصنائع ١٧٥/٥. البارتني: الخاية ٣٠٤، ٣٠٣/٦
^{٤٩} البخاري: المحیط البرهاني ٤٨٦/٦
^{٥٠} البخاري: المحیط البرهاني ٤٨٦/٦. الكاساني: بدائع الصنائع ١٧٥/٥

العمل بهذا الشرط، والمصلحة التي ترجع إلى البائع من حيث عدم ضياع ماله هدرا بلا مقابل

وإذا جاز البيع بشرط نقد الثمن إلى أجل معلوم يحدده العاقدان ويتراضيان عليه، فإنه يجوز البيع مع شرط الاحتفاظ بملكية رقية المبيع لحين الوفاء بالمبالغ المستحقة إلى أجل معلوم، باعتبار أن هذا الأخير هو في معنى البيع بشرط نقد الثمن إلى أجل معلوم

المطلب الثاني: حكم الاحتفاظ بحق ملكية عين المبيع

بعد البحث في كتب الفقهاء عن حكم الاحتفاظ بملكية عين المبيع، فإنني لم أجد نصا صريحا للفقهاء في كتبهم بخصوص هذا الشرط لكن تحدث الفقهاء كما سبق عن البيع بشرط نقد الثمن، كما تحدثوا عن الشروط عامة، سواء منها ما يقتضيه العقد، ومنها ما لا يقتضيه العقد وهو في ذات الوقت لا ينافي مقتضاه، ومنها ما ينافي مقتضى العقد

ولقد ذهبت بعض الهيئات العلمية المعاصرة إلى القول بعدم جواز شرط الاحتفاظ بملكية عين المبيع، ومن هذا الهيئات:

- 1- مجمع الفقه الإسلامي: فقد جاء في قراره: "لا يحق للبائع الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع"^{٥٠}

^{٥٠} مجمع الفقه الإسلامي: المؤتمر السادس - جدة - في الفترة من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ - ١٤-٢٠ مارس ١٩٩٠ م - قرار رقم: ٥١ (٦/٢) - بشأن البيع بالتقسيط
٤٩

من القياس

القياس على خيار الشرط

١- إن خيار الشرط يجوز إلى أي أجل معلوم يحدده المتعاقدان، فكذلك البيع بشرط نقد الثمن بجواز اشتراطه إلى مدة معلومة، بجامع الحاجة إلى التروي فيهما، فإنه إذا كان محتاجا في خيار الشرط إلى التروي في البيع، فإنه يحتاج هنا إلى التروي في الثمن^{٥١}

٢- القياس على عقد الصرف

يقاس البيع بشرط نقد الثمن، على عقد الصرف، فكما أن عقد الصرف ينفسخ بتأخير القبض، فكذلك عقد البيع، غاية الأمر أن الانقاسخ يتم في الصرف بمجرد التأخير ولو لم يوجد شرط، أما في البيع فلا بد من الشرط، إذ المباح بالشرع يجب بالشرط^{٥٢}

الترجيح

من خلال عرض الأقوال السابقة في حكم البيع بشرط نقد الثمن، فإنني أرى ترجيح قول من يقول إن البيع والشرط جائزان ما دامت المدة معلومة، وذلك لأن الأصل في العقود الإباحة، ولم يوجد من النصوص ما يخالف ذلك، فلا يوجد ما يمنع، بل يوجد ما يبيح وهو تعارف الناس

^{٥١} السرخسي: المبسوط ١٧/١٣

^{٥٢} ابن قدامة: المغني: ٥٠٥/٣

٢- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، فقد نصت في معيار الضمانات على أنه: "لا حق للبائع في اشتراط عدم انتقال ملكية المبيع بعد البيع ضممانا للثمن"^{٥١}

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

إن البيع مع شرط الاحتفاظ بملكية المبيع هو خلاف مقتضى عقد البيع؛ لأن المقتضى الشرعي لعقد البيع هو انتقال ملكية المبيع إلى المشتري^{٥٢}.

ولقد سبق ذكر أقوال الفقهاء في حكم البيع بشرط نقد الثمن إلى أجل مطلق، وكان الراجح فيه في نظر الباحث هو الجواز، وسيأتي ذكر أقوال الفقهاء في حكم المبيع إذا اشترط البائع على المشتري أن لا يبيعه أو لا يهبه

وتبني هذه الأقوال على أن هناك قسم من الشروط قد اتفق الفقهاء على جوازها، وهو الشروط التي يقتضيتها العقد، وكذلك الشروط التي لا

^{٥١} هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية - معيار الضمانات ص ٥٩ طبعة ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م

^{٥٢} هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية - معيار الضمانات ص ٥٩

يقتضيها العقد لكنها تلائم العقد وتؤكد مضمونه، كاشتراط الكفيل والرهن والخيار، فهذه الشروط قد اتفق الفقهاء على جوازها^{٥٣}

بينما هناك قسم من الشروط قد اختلف الفقهاء في جوازها، وهو الشروط التي لا يقتضيها العقد، وهي في الوقت ذاته لا تؤكد مضمونه، وذلك مثل أن يبيعه دارا على أن يسكنها البائع شهرا، أو يبيعه ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطبه قميصا

فهذه الشروط قد اختلف الفقهاء في جوازها على قولين:

القول الأول

لا يجوز اشتراط شرط في العقد ليس من مقتضاه، وهو مذهب الحنفية والشافعية؛ لأنه يؤدي إلى وجود زيادة لا يقابلها عوض، وهذا ريبا أو على الأكل فيه شبهة الربا، وهذا من شأنه أن يفسد العقد^{٥٤}

^{٥٣} السمرقندي: تحفة الفقهاء ٤/٩٩، ٥٠، الخريزي، محمد بن عبد الله، أبو عبد الله: شرح مختصر خليل ٥/٨٢ - الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت. النووي: المجموع ٩/٣٦٣، ٣٦٤. ابن قدامة: المغني ٤/٧٤. ابن حزم: المحلى ٧/٣١٩. الصنعاني، أحمد بن قاسم العنسي: البحر الزخار ٨/٢٩١ - الناشر: مكتبة العلوم والحكم الطبعة الأولى. الكركي، علي بن الحسين: جامع المقاصد ٦/٤٠٩، الناشر: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث - قم الطبعة الأولى - ربيع الأول ١٤٠٨هـ - المطبعة: المهدية - قم

^{٥٤} ابن مودود، عبد الله بن محمود الموصلي، أبو الفضل، مجد الدين: الاختيار لتعليل المختار ٧/٥٢ - الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م. السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر، علاء الدين: تحفة الفقهاء ٧/٥٢ - الناشر: دار الكتب

الأساس الأول

اتفاق الفقهاء على جواز اشتراط الرهن أو الكفيل في البيع

لقد اتفق الفقهاء على جواز اشتراط الرهن والضمين والخيار والأجل، وهي شروط لا يقتضيها العقد، ومع ذلك جازت للاستيثاق بالثمن^{٥٨}؛ لما تشتمل عليه من المصلحة، بل نكر ابن القيم أن شرط الخيار والأجل والرهن والضمين قد أجمع الفقهاء على جواز^{٥٩}، كما نكر النووي عدم الخلاف في ذلك^{٦٠}.

وإذا كان جواز اشتراط الرهن في البيع ضمناً للرفاء بالثمن محل اتفاق بين الفقهاء؛ فلا يوجد ما يمنع من باب أولى من جواز الاحتفاظ بملكية الرقبة، مع إعطاء الحرية الكاملة للمشتري في الانتفاع بالعين

فقد جاز الرهن في البيع مع ما فيه من منع الراهن عن الانتفاع بالعين المرهونة بسبب حبسها عند المرتهن^{٦١}، فمن باب أولى يجوز البيع مع

^{٥٨} السمرقندي: تحفة الفقهاء ٤٩/٢، ٥٠. الخرنسي: شرح مختصر خليل ٨٢/٥. النووي: المجموع ٣٦٣/٩، ٣٦٤. ابن قدامة: المغني ٧٤/٤. ابن حزم: المطى ٣١٩/٧. الصنعاني: البحر الزخار ٢٩١/٨ - الكركي: جامع المقاصد ٤٠٩/٦.

^{٥٩} ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، شمس الدين: إعلام الموقعين عن رب العالمين ٢٤٩/٢ - الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

^{٦٠} النووي: المجموع ٣٦٤/٩.

^{٦١} السرخسي ١٠٧/٢١. ابن قدامة: المغني ٢٩٣/٤ حيث إن الراهن يمنع عن الانتفاع بالرهن إلا بإذن المرتهن.

القول الثاني

يجوز اشتراط هذه الشروط لما فيها من المصلحة للعاقدين أو أحدهما أو المعقود عليه، وهو مذهب المالكية والحنابلة^{٥٥}.

ومن هذا لو اشترط عليه البائع أن لا يبيع المبيع أو لا يهبه حتى يسدد الثمن كاملاً، حيث ذهب مالك في إحدى الروايات عنه إلى جواز ذلك^{٥٦}، وكذلك ذهب أحمد في أكثر النصوص المروية عنه إلى الجواز^{٥٧}، وسيأتي نكر ذلك كله مفصلاً بأدلته في الشرط المانع من التصرف وبناء على ذلك فإن الباحث يرى جواز البيع مع شرط الاحتفاظ بملكية الرقبة لحين سداد كامل الثمن - كما تجرته المؤسسات التمويلية في البيع بالتقسيط، وفي بيع المرابحة للأمر بالشراء^{٥٨}، وذلك لما يأتي:

إن القول بجواز البيع مع شرط الاحتفاظ بملكية الرقبة يبنى على عدة أسس، بالإضافة إلى البيع بشرط نقد الثمن الذي تقدم تفصيله:

- العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الثانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م. الكاساني: دائع الصنائع ١٦٩/٥. النووي: المجموع ٣٦٧/٩. الأنصاري: زكريا بن محمد بن زكريا، أبو يحيى، زين الدين: أسنى المطالب في شرح روض الطالب ٣٧٢ - الناشر: دار الكتاب الإسلامي عيش، محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله: منح الجليل شرح مختصر خليل ٣٦٨/٨.

الناشر: دار الفكر - بيروت ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م. ابن رشد (الجد) البيان والتحصيل ٢٠١/٧، ٢٠٢، ٢٠٣. ابن قدامة: ٧٣/٤.

^{٥٥} ابن رشد (الحفيد): بداية المجتهد ١٧٩/٣. المواق: الناج والإكليل لمختصر خليل ٤٥٠/٦.

^{٥٦} ابن تيمية: الفتاوى الكبرى ٨١/٤، ٢٨٩/٥، ٢٧٢/٦.

٢- استدل ابن تيمية لتحكيم العرف في العقود أيضا بأن ما لم يكن له حد في الشرع ولا في اللغة كان المرجع فيه إلى عرف الناس وعاداتهم . فما سموه بيعا فهو بيع وما سموه هبة فهو هبة، ما لم يخالف نصا^{٦١}

وبالتأمل في شرط الاحتفاظ بحق ملكية الرقبة، نجد أن القوانين المعاصرة قد نصت على العمل به، وهذا ما يجعله عرفا قائما في الواقع، حيث لم يخالف نصا شرعيا فالقانون المدني المصري قد نص في المادة ٤٣٠ على أنه: "إذا كان البيع مؤجلا الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقفا على استيفاء الثمن كله، ولو تم تسليم المبيع" كما أجاز قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م في المادة (١-١٠٦) أن يتفق في عقد البيع بالتقسيط على احتفاظ البائع بملكية الشيء محل عقد البيع حتى أداء كامل أقساط الثمن كما نص القانون الفرنسي والألماني وبعض قوانين الدول العربية على العمل بشرط الاحتفاظ بالملكية؛ نظرا لما يحققه -في رأيهم- من مصالح اقتصادية من جهة، ولعدم مخالفته للنظام العام من جهة أخرى^{٦٢}.

^{٦١} ابن تيمية: الفتاوى الكبرى ١١٢/٤

^{٦٢} منصور، محمد حسين: شرط الاحتفاظ بالملكية ص ٢٨، ١١٣-١٢٢

من السنة

عن ابن مسعود -رضي الله تعالى عنه- قال: «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن»^{٦٥}

وجه الدلالة

إن العرف قاض على القياس بهذا الأثر؛ لأن الثابت بالعرف ثابت بديل شرعي وهو هذا الأثر الثابت عن ابن مسعود ولم يخالفه فيه أحد من الصحابة، أو ثابت بالإجماع -كما ذكر في البناية^{٦٦}-، فيكون العرف راجحا على القياس إما بالنص أو بالإجماع^{٦٧}

من المقفول

١- إن التفرع عن العادة الظاهرة حرج بين، والحرج مدفوع شرعا، فثبت جواز العمل بالعرف وترك القياس به^{٦٨}.

^{٦٥} أخرجه الحاكم في المستدرک، کتاب معرفة الصحابة -رضي الله عنهم- ٨٣/٣، وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وولقه الذهبي، وهو كما قالنا. انظر ابن حجر: الدررية ١٨٧/٢، السخاوي: المقاصد الحسنة ص ٥٨١

^{٦٦} العيني: البناية ١٨٢/٨

^{٦٧} البهارتي: العناية ٤٤/٦. محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي،

بئر الدين: البناية شرح الهداية ١٨٢/٨ -الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان

الطبعة: الأولى، ١٤٤٠هـ - ٢٠٠٠م. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد: البحر

الرائق شرح كنز الدقائق ٩٧/٦-الناشر: دار الكتاب الإسلامي

^{٦٨} البهارتي: العناية ٤٤٣/٦. العيني: البناية ١٨٢/٨. ابن نجيم: البحر الرائق ٩٢/٦

وقد تعاملت به المؤسسات التمويلية فيما بينها عند البيع بالتقسيط أو بيع المرابحة؛ لأنها وجدته أقوى ضماناً ائتمانية لها تقيها من مخاطر عدم الوفاء بالثمن^{٧١}

ومن هنا فإن العرف الحالي يقر التعامل بشرط الاحتفاظ بحق ملكية الرقبة، وبناء على ما ذكره الحنفية من جواز الشرط الذي لا يقضيه العقد وفيه مصلحة لأحد المتعاقدين إذا جرى به العرف^{٧٢}، فإن الباحث يجد هذا الشرط لا مانع من جوازه؛ نظراً لجريان العرف به

الأساس الثالث

جواز البيع مع اشتراط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع ولا يهبه حتى يسدد كامل الثمن، وهو ما ذهب إليه مالك وأحمد في إحدى الروايات عنهما، وهو أيضاً قول ابن سيرين، وابن شبرمة، وحماة بن أبي سليمان^{٧٣} - كما سيأتي في الشرط المانع من التصرف -.

وعند النظر إلى شرط الاحتفاظ بملكية الرقبة، فإننا نجد أن من آثار هذا الشرط أن لا يستطيع المشتري التصرف في المبيع بالبيع أو الهبة حتى

^{٧١} المرجع السابق ص ٢٤

^{٧٢} البائري: العناية ٤٤٣/٦، المعنى: البناء ١٨٢/٨. ابن نجيم: البحر الرائق ٩٢/٦

^{٧٣} ابن المنذر: الإشراف على مذاهب العلماء ١١٨/٦. ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد

١٧٩/٣، النووي: المجموع ٣٧٦/٩. ابن تيمية: الفتاوى الكبرى ٨١/٥، ٣٨٩/٦، ٢٧٢/٦

يسدد كامل الثمن ومن ثم، فإن شرط الاحتفاظ بملكية الرقبة يتفق مع الشرط المانع من التصرف في عدم التصرف في المبيع بالبيع أو الهبة حتى يسدد كامل الأقساط ويبقى وجه الفرق بينهما، وهو أن البيع مع الاحتفاظ بملكية الرقبة يبقي فيه ملك الرقبة للبائع، ولا ينتقل إلى المشتري إلا بعد الوفاء بكامل الثمن، ومن ثم فإن البائع يستطيع استرداد المبيع استيفاء لحقه إذا لم يوف المشتري بكامل الأقساط، أما البيع مع اشتراط المنع من التصرف، فإن الملكية تنتقل فيه إلى المشتري بمجرد العقد، لكنه مع ذلك لا يستطيع التصرف فيه أي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة لكن المعنى فيها واحد، وهو ضمان البائع الدائن الوفاء بالثمن، سواء في البيع مع الاحتفاظ بالملكية، أو فيما إذا اشترط عليه أن لا يبيع المبيع أو يهبه إلا بعد الوفاء بكامل الثمن فهما يشتركان في منع المشتري من التصرف في المبيع أي تصرف ناقل للملكية لحين سداد كامل الثمن، كما يشتركان في حرية المشتري في الانتفاع بالمبيع بالاستعمال أو الاستغلال

وإذا جاز البيع مع شرط أن لا يبيع المشتري المبيع أو يهبه حتى يسدد المبالغ المستحقة؛ ضماناً للوفاء بالثمن - كما هو مذهب بعض الفقهاء كما سبق -، فلا مانع من البيع مع الاحتفاظ بملكية المبيع ضماناً للوفاء بكامل الثمن، باعتبار أن كليهما فيه حجر على المشتري في التصرف في المبيع بالبيع أو الهبة، وكليهما فيه إباحة الانتفاع للمشتري من العين

ويستدل لهم بما يأتي:

من السنة

روى جابر، قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الثَّيِّبِ»^{٧٧}
وجه الدلالة إن البائع قد اشترط فعلا معلوما في المبيع فيجوز^{٧٨}

من المعقول

استلوا على جواز رهن المبيع بثمنه بما يأتي:

١- إن شرط الرهن قد حدث بعد ملك المشتري للمبيع، فصار كان

المشتري رهنه رهنا من غير المبيع

٢- إن البيع يقضي استيفاء الثمن مطلقا، سواء كان هذا الثمن

يستوفى من غير المبيع، أو من المبيع عند تعذر استيفائه من

غيره^{٧٩}

- أما القول: البيع يقضي تسليم المبيع قبل تسليم الثمن، فليس كذلك؛ إذ لا مزية أحدهما على الآخر. وعلى التسليم به فإنه لا يمنع أن يثبت بالشرط خلافة، كما أن مقتضى البيع حلول الثمن ووجوب تسليمه في الحال، ولو شرط التأجيل جاز، وكذلك مقتضى البيع ثبوت الملك في المبيع والتمكن من التصرف فيه، وينتفي ذلك بشرط الخيار ينظر: الماوردي، علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، أبو الحسن: الحاوي الكبير ١٨٨/٦، ١٩٦/٨، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٩٩٩م. ابن قدامة: المغني ٢٨٥/٤. المرادوي: الإصناف ٣٥٧/٤.

ابن القيم: إعلام الموقعين ٢٧/٤
٧٧ أخرجه مسلم كتاب البيوع باب النهي عن المحاقلة والمزينة وعن المخابرة، ١١٧٥/٣
بلفظ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الْمُحَاقَلَةِ، وَالْمَزَانَةِ، وَالْمَخَابَرَةِ وَعَنِ الثَّيِّبِ^{٧٨}

٧٨ البيهوتي: كشف القناع ١٩٠/٣

٧٩ ابن قدامة: المغني ٢٨٥/٤

٦١

الأساس الرابع

رهن المبيع بثمنه

يقصد برهن المبيع بثمنه أن يشتري الإنسان شيئا بثمن مؤجل ثم يرهنه عند البائع لحين الوفاء بالثمن^{٧٤}

وقد ذهب الحنفية إلى جواز رهن المبيع بثمنه إذا قبض المشتري المبيع ثم رهنه لحين الوفاء بالثمن^{٧٥}، كما أجاز الحنابلة في الصحيح المنصوص من المذهب، والإمامية، رهن المبيع على ثمنه مطلقا، سواء كان بعد قبض المشتري للمبيع أو قبله^{٧٦}

^{٧٤} الكاساني: بدائع الصنائع ١٣٥/٦، المغني: البناية ٥٢٦/١٢

^{٧٥} الحصكفي: الدر المختار ٤٩٧/٦

^{٧٦} ابن قدامة: المغني ٢٨٥/٤. ابن مفلح، محمد بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله

شمس الدين المقدسي: الفروع ١٨٩/٦-الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى ١٤٢٤هـ

- ٢٠٠٣م. المرادوي: الإصناف ٣٥٧/٤. المالبي، جمال الدين المكي: الدرر للشرعية

في فقه الإمامية ١٠/٦٨ مؤسسة النشر الإسلامي - قم - الطبعة: الثانية ١٤١٧هـ

وقد نص الشافعية على عدم جواز رهن المبيع على ثمنه، وهو رواية أخرى عند

الحنابلة، اختارها ابن حامد والقاضي

واستلوا على ذلك بأن الرهن قد تم قبل أن يملك المشتري المبيع؛ وذلك لأن المشتري

يملك المبيع بالمقد، والرهن قد تم قبل العقد على المبيع، فكان رهنه قبل الملك، فيكون باطلا

كما استلوا بأن عقد البيع يوجب تسليم المبيع، وعقد الرهن يوجب حبس المهرهون، فإذا

اشترط أن يكون المبيع رهنا فقد شرط في البيع تأخير التسليم، ويبيع الأعيان بشرط تأخير

التسليم باطلا

وقد نوقش هذا بأن الرهن قد حصل بعد الملك، ولم يحدث قبل الملك، بل الشرط قبط

هو الذي حصل قبل الملك

وعند النظر إلى شرط احتفاظ البائع بملكية الرقبة، فإن الباحث يرى جوازها؛ لأن المعنى الذي من أجله جاز رهن المبيع على ثمنه، هو نفسه المعنى الموجود في البيع مع الاحتفاظ بملكية الرقبة، وهو استئثار البائع بالثمن ليصل إلى حقه، بل إن الاحتفاظ بملكية رقة المبيع مع إياحة الانتفاع بها أولى بالجواز من رهن المبيع على ثمنه؛ وذلك لأن المبيع عند رهنه على ثمنه، فإن المشتري لا يتمكن من الانتفاع به لكونه محبوساً عند البائع بسبب الرهن الحيازي له، وذلك بخلاف البيع مع الاحتفاظ بملكية الرقبة، حيث لا تكون الرقبة محبوسة حبساً حيازياً عند البائع، بل تكون عند المشتري ينتفع بها، فكان معنى الحبس في المبيع المرهون على ثمنه -الذي أجازته بعض الفقهاء وأخذ به مجمع الفقه الإسلامي وهيئة المحاسبة والمراجعة وغيرهما- أشد وأعظم من معناه في المبيع الذي احتفظ فيه البائع بملكية رقبته، وذلك لعدم التمكن من الانتفاع في الأول، بخلاف الثاني حيث يتمكن المشتري المدين بالانتفاع بالمبيع الذي اشترط بائعه الاحتفاظ بملكية رقبته

والعبارة في العقود للمعاني، فإذا جاز الرهن على الثمن عند بعض الفقهاء ولدى بعض الهيئات الفقهية المعاصرة، فإنه يجوز الاحتفاظ بملكية الرقبة من باب أولى

^{٨٢} هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية -معايير الضمانات ص ٥٩ طبعة ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م

٣- لقد ذكر صاحب مطالب أولي النهى أن من الشروط الصحيحة في العقد هو ما كان فيه مصلحة لأحد المتعاقدين كتأجيل كل الثمن أو بعضه، أو اشتراط رهن، ولو كان الرهن هو المبيع نفسه، حيث يصح اشتراط رهن المبيع على ثمنه لما في ذلك من مصلحة الاستئثار بالثمن^{٨٠}

٤- القياس على جواز رهن غير المبيع
لقد اتفق الفقهاء على جواز رهن عين أخرى غير المبيع، توثيقاً للثمن وحفاظاً عليه من الضياع، فجاز رهن عين المبيع أيضاً لهذا الغرض^{٨١}

وقد أخذ مجمع الفقه الإسلامي بالرأي القائل بجواز رهن المبيع بثمنه، حيث جاء في قراره: 'يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة'^{٨٢}.

كما أخذت بذلك هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، فقد نصت في معيار الضمانات على أنه: 'يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة'^{٨٣}.

^{٨٠} الرجيباني: مطالب أولي النهى ٦٧/٣

^{٨١} الزيلعي: تبيين الحقائق ٦/٦٢٦. الدردير، أحمد العدوي: الشرح الكبير ٣/٢٣١- الثالث:

دار الفكر. الرافعي: فتح العزيز ١/٢٠٠. ابن قدامة: المغني ٤/٢٤٥. ابن القيم: إعلام

المؤمنين ٤/٢٦

^{٨٢} مجمع الفقه الإسلامي: المؤتمر السادس -جدة- في الفترة من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠هـ-

١٤-٢٠ مارس ١٩٩٠م- قرار رقم: ٥١ (٦/٢)-١- بشأن البيع بالتقسيط

الأساس الخامس

الرهن مع عدم اشتراط قبض المرهون

الرهن مع عدم اشتراط قبض المرهون في الفقه الإسلامي يطلق عليه في القانون المدني ما يعرف بـ "الرهن الرسمي، أو الرهن التأميني"^{٨٤}

ويعرفه القانون المدني المصري بأنه:

عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون.^{٨٥}

وبالبحث عن تعريف الرهن مع عدم اشتراط قبض المرهون في كتب الفقه، لم يجد الباحث له تعريفاً عند الفقهاء لكن يمكن تعريفه في الفقه

^{٨٤} ينظر القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المادة ١٠٣٠، والقانون المدني السوري في المادة ١٠٧١، وقانون الملكية العقارية اللبناني في مادته ١٢٠، والقانون المدني الجزائري في المادة رقم ٨٨٢، وكذلك القانون المدني العراقي المادة ١٢٨٥ الذي يسميه الرهن التأميني.

والأصل أن محل الرهن التأميني (الرسمي) في هذه القوانين هو العقار، إلا أن القانون المدني الأردني الحق المنقول بالعقار في سريان أحكام الرهن التأميني عليه في أحوال معينة، فقد ورد في القانون الأردني ٤٣ لسنة ١٩٧٦، المادة رقم (١٣٣٤) منه: "تسري أحكام الرهن التأميني على المنقول الذي تقتضي قواعده تسجيله كالسيارة والسفينة" وكذلك القانون المدني الفرنسي في المادة ٢٣٣٣ الذي توسع في رهن المنقولات عامة رهناً رسمياً ما دامت قابلة للرهن

^{٨٥} ينظر المادة ١٠٣٠ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ م

الإسلامي بأنه: عقد وثيقة بمال يبقى فيه المرهون في ملك المدين دون أن يترتب عليه نقل الحيازة إلى الدائن.

ويترتب على الرهن مع عدم اشتراط قبض المرهون، أنه يبيح للراهن المدين الحق في استعمال العقار المرهون بسكناه فيه ونحوه بشرط عدم الانتقاص من حقوق المرتهن بالإقلال من قيمة العقار أو إضعافه مثلاً، كما يبيح له الحق في استغلاله بالإجارة للغير بشرط عدم إلحاق الضرر بحقوق المرتهن، كما يبيح له الحق أيضاً في التصرف فيه تصرفاً ناقلاً للملكية، دون أن يؤثر ذلك على حق المرتهن، فإذا قام المدين الراهن ببيع العقار المحمل بالرهن، فإن البيع ينقل ملكية العقار إلى المشتري محملاً بالرهن، ولذلك فإنه يجوز للدائن المرتهن -البنك مثلاً- أن ينفذ على العقار المرهون في حالة عدم استيفاء دينه، تبعاً لحق التتبع؛ لاستيفاء حقه، مع أن العين المرهونة أصبحت في حيازة الغير^{٨٦}

^{٨٦} البرلوي، عبد المنعم: التأمينات العينية ص١٦٢، ١٦٣. ومن خصائص الرهن الرسمي في القانون المدني، أنه حق عيني؛ لأنه يتعلق بذات المرهون لا بثمة الراهن، حيث يعطي الدائن سلطة مباشرة على المرهون لاستيفاء حقه في الدين دون أن يتسلى مع بقية الدائنين، بل يتقدم على غيره من الدائنين بالنسبة للشيء المرهون والرهن الرسمي يتميز كذلك بأنه حق تبعي؛ لأنه يتطلب قيام التزام أصلي. يكون فيه الرهن الرسمي تبعاً له، ويترتب على ذلك أن في بطلان الحق الأصلي بطلان الرهن الرسمي تبعاً له

كما يتميز الرهن الرسمي بأنه يخول الدائن المرتهن حق التتبع، حيث يكون الدائن الحق في تتبع العين المرهونة في أي يد انتقلت إليها ملكية هذه العين. المرجع السابق ص١٦٢،

وناقشوا استدلال الجمهور من الآية، بأن المراد بالقبض في الآية هو القبض المعنوي وهو العقد، وليس القبض الحسي^{١٢}

كما نوقش الاستدلال من الآية، بأن الأمر فيها للإرشاد، فالآية ترشد الإنسان إلى التوثق من حقه إذا كان على سفر ولم يجد كاتباً ولا طريقة إلى التوثق بحقه في مثل هذه الحال إلا برهن مقبوض لأنه لو ارتهن شيئاً ولم يقبضه لأمكن إنكار الرهن، فلا طريق للتوثق بحقه إلا إذا كان الرهن مقبوضاً، وذلك بديل آخر الآية الذي يدل على أنه إذا لم يقبض وجب على من أؤتمن عليه أن يؤدي أمانته فيه، قال تعالى: **تَيْنَ أَمْنٍ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَادْرُؤْ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ** فإذا كان كذلك، فإن المرتهن قد أتمن الراهن بإبقائه عنده، فإذا كان قد ائتمنه فإن واجب الراهن أن يؤدي أمانته وذهب الإمامية في أحد القولين عندهم إلى أن القبض ليس بشرط لصحة الرهن ولا للزومه ولا لتمامه، بل يجوز أن يظل الراهن محتفظاً بالرهن عنده^{١٣}

^{١٢} الدردير: الشرح الكبير ٢٣١/٣. عليش: منح الجليل ٤١٩/٥
^{١٣} البحراني، يوسف: الحقائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة ٢٣٦/٨ - الناشر: جماعة المدرسين، رمدك - قم - إيران. الحلي، الحسن بن يوسف بن المطهر الأسددي: تنكرة الفقهاء ٢٥٧/١٠ مؤسسة آل البيت ع لإحياء التراث - إيران -

مشروعية الرهن مع عدم اشتراط القبض
لقد اختلف الفقهاء في حكم اشتراط القبض في الرهن على قولين:

فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن القبض شرط في صحة الرهن^{٨٧} واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: **قَرَاهَانَ مَقْبُوضَةً**^{٨٨}

وهذا يقتضي أن الرهن حتى يكون صحيحاً فإنه مقيد بشرط القبض ومن هنا فإنه لا يصح الرهن الرسمي عند جمهور الفقهاء لعدم تحقق شرط القبض فيه بينما ذهب المالكية^{٨٩}، والإباضية في أحد القولين^{٩٠} إلى أن القبض ليس بشرط لصحة الرهن ولا للزومه، بل هو شرط لتمامه فقط واستدلوا على ذلك بأن القبض يكون متأخراً عن العقد، والمتأخر عن الشيء يكون غيره بالضرورة^{٩١}

^{٨٧} المرعبياني: الهداية ٤١٢/٤. الشربيني، محمد بن أحمد، شمس الدين: معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ٥٨/٣ - الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م. المرادوي: الإنصاف ١٥٠/٥

^{٨٨} من الآية ٢٨٣ سورة البقرة

^{٨٩} الدردير: الشرح الكبير ٢٣١/٣. عليش: منح الجليل ٤١٩/٥

^{٩٠} أطفيش، محمد بن يوسف: شرح النيل وشفاء العليل ٢٠/٢١ - الناشر: وزارة التراث القومي والثقافة - عمان

^{٩١} عليش: منح الجليل ٤١٩/٥

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

١- إن الرهن كغيره من العقود يلزم بمجرد الإيجاب والقبول دون

حاجة إلى قبض

٢- إن دلالة الآية على أن الرهن لا يجوز غير مقبوض، هي دلالة

مفهوم، وهي ضمنية -عندهم-

٣- إن الآية سيقت لبيان الإرشاد إلى حفظ المال، وذلك إنما يتم

بالإقباض كما أنه لا يتم إلا بالارتهان، فالاحتياط يقتضى القبض

كما أن الاحتياط يقتضى الرهن، وكما أن الرهن ليس شرطاً في

الدين، فكذا القبض ليس شرطاً في الرهن^{١٠}

وإذا كانت الآية قد قيدت الأمر بقبض الرهن بحالة السفر وعدم وجود

الكاتب الذي يكتب الدين لتوثيقه؛ حتى لا يجحد المدين الدين، فإن كتابة

الرهن وتوثيقه الآن وشهره عن طريق القيد، يقوم مقام الكاتب الذي

قيدت الآية الوجود بعدم وجوده، بل أولى؛ لما في توثيق الرهن الآن

من الزيادة في ضمان عدم التلاعب والوجود

بل إن توثيق الرهن الآن في السجلات الرسمية يقوم مقام القبض

وزيادة؛ وذلك لأن اشتراط القبض ليس تعديداً، وإنما لتأمين وصول

الدائن إلى حقه، وقد أصبح قيد الرهن وتوثيقه يحقق هذا، مع زيادة

^{١٠} الطي، الحسن بن يوسف بن المطهر الأديني، مختلف الشبهة ٣٨٣/٦ الناشر: مؤسسة

النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم -البرهان- الطبعة: الأولى

١٣٧٢هـ. البحراني: الحقائق الناضرة ٢٨/٢٣٦

بسبب التوثيق والإشهار، حيث لا يستطيع المدين الإنكار، كما يستطيع

أي شخص يريد شراء المرهون مثلاً أن يعرف ما يتقل هذا المرهون

من حقوق^{١٠}

ولما كان عدم اشتراط القبض في الرهن هو مذهباً لبعض الفقهاء،

ولما كانت حاجيات الحياة العملية تقتضيه؛ لما فيه من حفظ الحقوق،

وضمان أداء الديون دون إضرار بالمدين الذي يظل منتقماً بملكه، فقد

أخذت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بهذا، حيث

لم تشترط القبض للرهن، ومن ثم فقد أجازت الرهن الرسمي، فقد نصت

في معيار الضمانات على: "الأصل أن يكون الرهن مقبوضاً لدى الدائن،

ويجوز أن يدعه لدى المدين (الرهن التأميني أو الرسمي) وتثبت له

جميع أحكام الرهن^{١١}

كما نصت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في

معيار المرابحة للأمر بالشراء على: "ينبغي أن تطلب المؤسسة من

العميل ضماناتٍ مشروعةٍ في عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء. ومن

ذلك حصول المؤسسة على... رهن السلعة محل العقد رهناً اتئمانياً

^{١٠} البرلوي، عبد المنعم: التأمينات العينية ص٧٤، ٧٥. أبو الخير، عبد السميع عبد

الوهاب: مدى شرعية الرهن الرسمي في ضوء أحكام الفقه ص٤٩، ٥٠.

^{١١} هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية - معيار

الضمانات ص٥٩، طبعة ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م

رسمياً نون حيازة، أو مع الحيازة للسلعة وفك الرهن تدريجياً حسب نسبة السداد^{١٧}.

أوجه الاتفاق بين شرط الاحتفاظ بالملكية والرهن مع عدم اشتراط القبض عند التأمل في شرط الاحتفاظ بالملكية، فإننا نجد أنه يشترك مع الرهن مع عدم اشتراط القبض (الرهن الرسمي) فيما يأتي:

١- إن كليهما قد شرع لضمان استيفاء الدائن للثمن كاملاً
٢- إن كلا من شرط الاحتفاظ بحق الملكية والرهن الرسمي حق عيني تبعي، ويكتسب به الدائن البائع أو المرتهن حق التمتع والتقدم على غيره من الدائنين

٣- إنهما يشتركان في أن العين محل الانتفاع هي بيد المشتري المدين ينتفع بها بالاستعمال أو الاستغلال، فالرهن الرسمي، والبائع مع الاحتفاظ بالملكية يعطي فرصة للمدين من حيث الانتفاع بالعين باستعمالها أو استغلالها بما يتر عليه من غلة قد تساعد في وفاء دينه.

٤- إن منفعة الرهن والمبيع الذي يحتفظ البائع بملكية رقبته لم تدخل في عقد الرهن ولا في شرط الاحتفاظ بالملكية، ولا يضر استيفاؤها بالرهن أو المبيع، فبقيت على ملك الراهن في عقد الرهن، وعلى ملك المشتري في البيع مع الاحتفاظ بالملكية

^{١٧} هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية - معيار المراجعة للأمر بالشراء - ص ١١٥

ما يتميز به شرط الاحتفاظ بالملكية عن الرهن مع عدم اشتراط القبض يتميز شرط الاحتفاظ بالملكية عن الرهن مع عدم اشتراط القبض (الرهن الرسمي) في أن شرط الاحتفاظ بالملكية لا يخول المشتري أي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة، بينما الرهن الرسمي يخول للراهن المدين حق بيعه أو غيره من التصرفات الناقلة للملكية؛ وبناء على ذلك فإن الاحتفاظ بحق الملكية يعد أقوى في الائتمان وأقدر في الضمان من الرهن الرسمي ومن هنا، فإنه إذا جاز الرهن الرسمي للاستيثاق بالحق وهو في يد المدين المرتهن ينتفع به، فلا مانع من جواز شرط الاحتفاظ بالملكية لأنه يؤدي نفس المعنى من ضمان الوفاء بالثمن دون تأثير أيضاً على حق المدين المشتري في الانتفاع بالعين

ولا مجال للقول إن الفرق بين الاحتفاظ بحق الملكية والرهن الرسمي أن الأول تكون ملكية العين فيه للدائن (البائع)، أما الثاني فتكون ملكية العين فيه للمدين صاحب الملكية الحقيقية على المرهون لأن الدائن لا يكتسب إلا حق التنفيذ العيني عليه والتقدم على غيره من الدائنين عند عدم وفاء المدين بالدين

يرى الباحث أنه لا مجال لهذا الفرق؛ لأنه فارق غير مؤثر؛ إذ النتيجة والأثر المترتب على كليهما واحد، فإن الدائن في الاحتفاظ بحق الملكية إنما يكتسب لنفسه حق استرداد المبيع وفاء بدينه مرة أخرى، وهذا هو أصل حق التنفيذ العيني على المرهون والتقدم على سائر الدائنين.

ما يتميز به شرط الاحتفاظ بالملكية عن الرهن مع عدم اشتراط القبض

يتميز شرط الاحتفاظ بالملكية عن الرهن مع عدم اشتراط القبض (الرهن الرسمي) في أن شرط الاحتفاظ بالملكية لا يخول للمشتري أي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة، بينما الرهن الرسمي يخول للراهن المدين حق بيعه أو غيره من التصرفات الناقلة للملكية؛ وبناء على ذلك فإن الاحتفاظ بحق الملكية يعد أقوى في الائتمان وأقرب في الضمان من الرهن الرسمي ومن هنا، فإنه إذا جاز الرهن الرسمي للاستيثاق بالحق وهو في يد المدين المرتهن ينتفع به، فلا مانع من جواز شرط الاحتفاظ بالملكية لأنه يؤدي بنفس المعنى من ضمان الوفاء بالثمن دون تأثير أيضا على حق المدين المشتري في الانتفاع بالعين

ولا مجال للقول إن الفرق بين الاحتفاظ بحق الملكية والرهن الرسمي أن الأول تكون ملكية العين فيه للدائن (البايع)، أما الثاني فتكون ملكية العين فيه للمدين صاحب الملكية الحقيقية على المرهون لأن الدائن لا يكتسب إلا حق التنفيذ العيني عليه والتقدم على غيره من الدائنين عند عدم وفاء المدين بالدين

يرى الباحث أنه لا مجال لهذا الفرق؛ لأنه فارق غير مؤثر؛ إذ النتيجة والأثر المترتب على كليهما واحد، فإن الدائن في الاحتفاظ بحق الملكية إنما يكتسب لنفسه حق استرداد المبيع وفاء دينه مرة أخرى، وهذا هو أصل حق التنفيذ العيني على المرهون والتقدم على سائر الدائنين.

رسمياً دون حيازة، أو مع الحيازة للسلعة وفك الرهن تدريجياً حسب

نسبة السداد^{١٧}.

أوجه الاتفاق بين شرط الاحتفاظ بالملكية والرهن مع عدم اشتراط القبض عند التأمل في شرط الاحتفاظ بالملكية، فإننا نجد أنه يشترك مع الرهن مع عدم اشتراط القبض (الرهن الرسمي) فيما يأتي:

- ١- إن كليهما قد شرع لضمان استيفاء الدائن للثمن كاملاً
- ٢- إن كلا من شرط الاحتفاظ بحق الملكية والرهن الرسمي حق عيني تبعي، ويكتسب به الدائن البائع أو المرتهن حق التتبع والتقدم على غيره من الدائنين
- ٣- إنهما يشتركان في أن العين محل الانتفاع هي بيد المشتري المدين ينتفع بها بالاستعمال أو الاستغلال، فالرهن الرسمي، والبيع مع الاحتفاظ بالملكية يعطي فرصة للمدين من حيث الانتفاع بالعين باستعمالها أو استغلالها بما يدر عليه من غلة قد تساعده في وفاء دينه.

٤- إن منفعة الرهن والمبيع الذي يحتفظ البائع بملكية رقبته لم تدخل في عقد الرهن ولا في شرط الاحتفاظ بالملكية، ولا يضر استيفاءها بالرهن أو المبيع، فبقيت على ملك الراهن في عقد الرهن، وعلى ملك المشتري في البيع مع الاحتفاظ بالملكية

^{١٧} هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الفرعية - معيار المراجعة للأمر بالشراء - ص ١١٥

بدليل، وإذا ثبت أن العقود لا تحرم إلا بدليل؛ فإنها لا تكون فاسدة؛ لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة.^{١٠٠}

من السنة:

عَنْ أَبِي ثَعْلَبَةَ الْخُسَنِيِّ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ فَرَضَ فَرَائِضَ فَلَا تُضَيِّقُوهَا، وَحَرَّمَ حُرْمَاتٍ فَلَا تَنْتَهِكُوهَا، وَحَدَّ حُدُودًا فَلَا تَعْتَدُوهَا، وَسَكَتَ عَنْ أَشْيَاءَ مِنْ غَيْرِ نِسْيَانٍ فَلَا تَبْخُتُوا عَنْهَا"^{١٠١}

وجه الدلالة

إن المسكوت عنه لم ينكر بتحليل ولا بتحريم، فهو مما عفا الله عنه، ولا حرج في فعله

قال ابن القيم: فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها^{١٠٢}

^{١٠٠} ابن تيمية: الفتاوى الكبرى ٩/٤

^{١٠١} أخرجه الحاكم في المستدرک، کتاب الأطعمة ١٢٩/٤، والدارقطني في سننه، کتاب الرضاع ٣٢٥/٥، وهو حسن بشواهده. انظر الهيثمي: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ١٧١/١. البوصيري: إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة ٤٢٣/١. ابن حجر: إتحاف المهرة ٥٢/٤

^{١٠٢} ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين ٢٥٩/١
٧٣

الأساس السادس

الأصل في العقود الإباحة

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الأصل في العقود الصحة والإباحة^{١٠٨} واستدلوا على ذلك بما يأتي:

من الكتاب:

قال تعالى: "وَلَوْ فَصَلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ".

وجه الدلالة

إن ما لم يبين الله ولا رسوله صلى الله عليه وسلم - تحريمه من الأعيان والعقود والشروط لا يجوز تحريمه، لأن الله سبحانه قد فصل لنا ما حرم علينا، فدل ذلك على أن المحرمات مبيحة، والآية عامة في الأعيان والأفعال، فثبت بهذا أن العقود على الإباحة ما لم يثبت تحريمها

^{١٠٨} عبد العزيز البخاري: كشف الأسرار شرح أصول البرزوي ٣٦٠/٤. الخري: شرح مختصر خليل ٤٢/٦، التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر: التلويح على التوضيح ٨٩/١ - الناشر: مكتبة صبيح، ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، زين الدين القواعد ص ١٦٩ - الناشر: دار الكتب العلمية

^{١٠٩} من الآية ١١٩ سورة الأنعام

الأساس السابع

حس المبيع بالثمن^{١٠٢}

لقد أجاز جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والقرنول الثاني للحنابلة، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، والإباضية^{١٠٤}، وحس المبيع على ثمنه، استثناء للثمن وضمانا لحقه في البيع الحال، إذ قد يسلمه المبيع ثم يهرب المشتري بالثمن، فلا يجد البائع ما يوفي حقه، وجعل الفقهاء هذا الشرط لمصلحة العقد كاشتراط الرهن والكتيل^{١٠٥}

^{١٠٢} يفرق بين حس المبيع بثمنه، ورهن المبيع بثمنه بعدة فروق، أهمها:

- ١- حس المبيع بالثمن لا يجوز إلا في البيع الحال، بخلاف رهن المبيع بثمنه، حيث إن الرهن يكون في البيع المؤجل
- ٢- ملاك المبيع المحبوس يكون على البائع بالثمن وينسخ البيع، أما ملاك الرهن عند المرتن فالأصل أنه أمانة عنده لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، فإذا تعدى أو قصر فإنه يضمنه بالقيمة لا بالثمن؛ لأن البيع لا ينسخ. ينظر: الكاساني: بدائع الصنائع ٢٠٤/٤. الزيلعي: تبين الحقائق ٧٨/٦. الهيثمي: تحفة المحتاج ٣٠٥/٤

^{١٠٤} الكاساني: بدائع الصنائع ٢٨٨/٢. القرني، أحمد بن إبراهيم بن عبد الرحمن: ذخيرة الرياض - الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت الطبعة: الأولى، ١٩٩٤ م. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد، أبو عمر: الكافي في فقه أهل المدينة ٦٧٩/٢ - الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م. الماوردي: الحاوي ١٨٩/٦. البهوتي: كشاف القناع ١٩١/٣، ٢٤٠. ابن حزم: المحلى ٣١٤/٧. الصنعاني، أحمد بن قاسم العنسي: التاج المذهب لأحكام المذهب شرح من الأزمهر في فقه الأئمة الأطهار ٧٨/٤ - الناشر: دار الحكمة اليونانية للطباعة والنشر والتوزيع. الكركي، علي بن الحسين: جامع المقاصد ٢٨٧/٧. أطقش: شرح النيل وشفاء العليل ١٧٨/٨

من المعقول:

إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل في الأفعال العادية عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم وبناء على هذه القاعدة، فإنه لا يوجد من الأدلة المحرمة التي تقوى على معارضة الإباحة الأصلية في شرط الاحتفاظ بالملكية، فيبقى على الأصل وهو الإباحة، ومن ثم فإنه لا مانع من إباحة البيع مع شرط الاحتفاظ بملكية الرقبة

لحقه في استيفاء كامل الثمن، دون تخصيص على المشتري أو حجر عليه في الانتفاع بالعين^{١٠٧}

الأساس الثامن

التأجير المنتهي بالتمليك

تعريف التأجير المنتهي بالتمليك

يعرف التأجير المنتهي بالتمليك -الذي يطلق عليه عند سراج القانون المدني (البيع الإيجاري)^{١٠٨}- بأنه: "أن يفتق الطرفان على إجارة شيء لمدة معينة بأجرة معلومة قد تزيد على أجرة المثل، على أن تنتهي بتمليك العين المؤجرة للمستأجر"^{١٠٩}

ونظراً لتعدد صور التأجير المنتهي بالتمليك فقد عرفه بعض الباحثين تعريفاً جامعاً لصوره المتعددة بأنه: الاتفاق الذي يتسلم بموجبه أحد الطرفين شيئاً معيناً لينتفع به فترة محددة في صورة إيجار في مقابل مبالغ دورية محددة، ثم يصير هذا الاتفاق بيعاً يتملك بموجبه المنتفع الشيء الذي في يده، إما بسداده للمبالغ المنفق عليها، أو بإعلان رغبته في الشراء أو بوفاء المالك بوعده في حالة الاتفاق على ذلك^{١١٠}.

^{١٠٧} منصور، محمد حسين: شرط الاحتفاظ بالملكية ص ٢٤، ٢٨

^{١٠٨} سعد، حمدي: البيع الإيجاري ص ٦، وما بعدها

^{١٠٩} القره داغي، علي محي الدين: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٣١٦

^{١١٠} سعد، حمدي: البيع الإيجاري ص ٤٣

وقد اخذ القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، حيث نص في المادة ٤٥٩ منه على أنه: "إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع أن يجبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له"

كما أخذت بذلك هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، حيث نصت في معيار الضمانات على أنه: "يجوز للبائع حبس المبيع لاستيفاء ثمن البيع الحال"^{١١١}

وإذا كانت العلة التي من أجلها جوز الفقهاء حبس المبيع في البيع الحال هي الاستيثاق، واستيفاء الثمن، مع أن المشتري لا ينتفع بالمبيع المحبوس عند البائع في تلك الحالة، فإن الاستيثاق واستيفاء الثمن هو العلة أيضاً التي من أجلها كان شرط الاحتفاظ بملكية الرقبة، فلا مانع من الجواز، بل هو أولى لأن المشتري يتمكن من الانتفاع بالعين واستعمالها لكونها في يده

وإذا جاز حبس المبيع على ثمنه لما فيه من المصلحة، فإن شرط الاحتفاظ بالملكية يحقق مصالح اقتصادية مشروعة، أهمها: ضمان البائع

^{١١١} هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية - معيار الضمانات ص ٥٩ طبعة ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م بتصرف
٧٦

ومن هنا يتضح أن للتأجير المنتهي بالتمليك عدة صور، يمكن إجمالها فيما يأتي:

الصورة الأولى: سداد المنتفع للمبالغ المتفق عليها في مواعيدها الصورة الثانية: إعلان المنتفع رغبته في الشراء في نهاية المدة المتفق عليها، ودفعه لما يتبقى عليه من ثمن

الصورة الثالثة: وفاة المالك بوعده بالبيع

ومن خلال هذا التعريف وصوره نجد هناك اتفاقاً كبيراً بين البيع مع الاحتفاظ بحق ملكية الرقبة، وبين التأجير المنتهي بالتمليك، وذلك فيما يأتي:

١- إن كلا منهما يحقق للبائع الائتمان الكافي باحتفاظه بملكية

الشيء المعقود عليه، حتى حصوله على الثمن كاملاً

٢- إن كلا منهما يسمح للبائع باسترداد المبيع من المشتري حالة

تعرضه للإفلاس، وامتياز البائع عن بقية الدائنين في عم

مشاركتهم له في ثمن المبيع، لأن ملكية البائع للمعقود عليها لا

تزال موجودة في كلا الحالتين، ومن ثم يستطيع البائع الاحتجاج

بها في مواجهة الدائنين

وبالرغم من هذا التشابه الكبير، فإنه يوجد بعض الفروق بين البيع مع

الاحتفاظ بحق الملكية، وبين التأجير المنتهي بالتمليك، أهمها:

١- يكون التأجير المنتهي بالتمليك من عقدين: عقد الإجارة وعقد

البيع أو الوعد بالبيع أو الهبة، أما البيع مع الاحتفاظ بالملكية

فإنه يتكون من عقد واحد، هو عقد البيع

٢- البيع في البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية يمثل هدفاً أساسياً، وما

هذا الشرط إلا وسيلة لتنفيذ الالتزام الناشئ عنه وهو الوفاء

بالثمن، أما البيع في البيع في التأجير المنتهي بالتمليك، فإنه أمر

احتمالي، قد يوجد أو لا يوجد

٣- المقابل في التأجير المنتهي بالتمليك هو ثمن المبيع بالإضافة إلى

الأجرة التي هي مقابل الانتفاع بالعين مدة الإجارة، أما المقابل

في البيع مع الاحتفاظ بالملكية هو ثمن المبيع فقط^{١١١}

ولقد ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى جواز هذه الصور الثلاث حين

وضع ضوابط لجواز التأجير المنتهي بالتمليك، وهي اشتراط:

١- وجود عقدين منفصلين يستقل كل منهما عن الآخر، زماناً بحيث

يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتمليك

في نهاية مدة الإجارة، والخيار يوزي الوعد في الأحكام.

٢- أن تكون الإجارة فعلية وليست سائرة للبيع.

٣- أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر

وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من ضرر غير ناشئ من

^{١١١} القره داغي، علي محيي الدين: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢/٣١٦، سد، حمدي: البيع الإيجاري ص ١٢٤، ١٢٥.

اعتراضات، والجواب عنها

قد يقال إن المؤجر في الإجارة المنتهية بالتملك ينتفع بالعين مقابل الأجرة التي هي ليست ثمناً للمبيع، أما في البيع مع الاحتفاظ بالملكية فإنه ينتفع بالعين التي اشتراها مقابل ما يدفعه من أقساط هي ثمن للمبيع، فافترقا

كما أن الإجارة المنتهية بالتملك تتكون من عقدين مستقلين عن بعضهما، وليست عقدين في عقد - كما سبق -، حيث تبدأ بعقد الإجارة، وتنتهي بعقد البيع، أما البيع مع الاحتفاظ بالملكية فهو عقد واحد، وهو عقد معلق على شرط الوفاء بكامل الأقساط، وهذا يشكل عليه أن البيع مع الاحتفاظ بالملكية يكون من قبيل عقدين في عقد واحد أو بيعتين فيبيعة، وهو منهي عنه، بخلاف الإجارة المنتهية بالتملك التي تتكون من عقدين كلاهما مستقل عن الآخر في انعقاده

الجواب عن الاعتراضات

يجاب عن هذه الاعتراضات بما يأتي:

- إن الفارق الأول وهو أن المؤجر في الإجارة المنتهية بالتملك ينتفع بالعين مقابل الأجرة طوال الفترة المحددة لذلك:

فإن انتفاع المؤجر لا يكون مقابل الأجرة فقط، لأن هذه الأجرة في الواقع تعتبر جزءاً من ثمن المبيع؛ حيث يضاف إلى الأجرة جزء من

تعد المستاجر أو تفريطه، ولا يلزم المستاجر بشيء إذا فانت

المنفعة.

٤- إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة فيجب أن يكون التأمين تعاونياً إسلامياً لا تجارياً ويتحملة المالك المؤجر وليس المستاجر.

٥- يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتملك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة وأحكام البيع عند تملك العين.

٦- تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر لا على المستاجر طوال مدة الإجارة^{١١٢}

وإذا نظرنا إلى التأجير المنتهي بالتملك الذي أجازته مجمع الفقه الإسلامي بضوابطه السابقة، فإننا نجد من صورته أن تنتهي الإجارة بالبيع إذا سدد المؤجر المبالغ المستحقة عليه من ثمن العين، وهذا يتطابق مع مفهوم البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية الذي يكون نقل ملكية المبيع فيه معلقاً على الوفاء بكامل الثمن، مع أن العين تغطي للمشتري لينتفع بها طول فترة سداد الأقساط، كما يحدث في الإجارة المنتهية بالتملك

^{١١٢} قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي - الدورة الثانية عشرة، الرياض، الفترة من ٢٥ جمادى الآخرة ١٤٢١م إلى غرة رجب ١٤٢١ هـ (٢٣-٢٨ سبتمبر ٢٠٠٠م)

أما القول إن الإجارة المنتهية بالتملك تتكون من عقدين مستقلين عن بعضهما، فإن الحقيقة أنها تتكون من عقدين مرتب أحدهما على الآخر، حيث يترتب على عقد الإجارة عند الوفاء بالمتفق عليه أن يعقبه عقد بيع، كما في الصورتين الأولى والثالثة، فيكون العقد الثاني أثراً للعقد الأول، وليس مستقلاً عنه إلا في الشكل والصورة، أما المضمون فلا

بل إن الإجارة المنتهية بالتملك قد تتعقد بعقد واحد، حيث قد يتم نقل الملكية إلى المستأجر تلقائياً بمجرد دفع المبالغ الدورية المتفق عليها، سواء تحقق ذلك أثناء مدة الإيجار المتفق عليها أو في نهايتها^{١١٠}

وفي هذه الصورة تكون الإجارة المنتهية بالتملك عقداً واحداً، كالبيع مع الاحتفاظ بحق الملكية فضلاً عن أن النهي عن الجمع بين بيعتين في بيعة، أو عقدين في عقد ليس لذاته، وإنما لما يؤدي إليه من الربا أو الاستغلال، كالنهي عن بيع وسلف^{١١٦}؛ ولذا فإنه لا مانع عند الفقهاء من الجمع بين عقدين مختلفي الحكم في عقد واحد، كالجمع بين البيع

الكامل في أسماء الرجال ٣٣٥/٥ الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م

١١٠ سعد، حمدي: البيع الإيجاري ٩٦، ٩٧

١١٦ العيني: البناية ١٨٥/٨ البرزعي، خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القزويني، أبو سعيد: التهذيب في اختصار المدونة ١٤٢/٣ - الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي الطبعة: الأولى، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م. الأنصاري: أسنى المطالب ٣١/٢. ابن قدامة: المغني ١٧٧/٤

التمن الكلي للعين، فيستحق العين بعد سداد هذه الأجرة مضافاً إليها جزء من ثمن العين، فكان البيع في الإجارة المنتهية بالتملك مقابلاً للأجرة التي يعد جزء منها ثمناً للمبيع بالإضافة إلى ما يدفع من ثمن بعد ذلك في نهاية المدة^{١١٣}

فكانت الأجرة جزءاً من ثمن المبيع في الإجارة المنتهية بالتملك، وكذلك الأقساط المدفوعة في البيع مع الاحتفاظ بالملكية هي أجزاء من ثمن المبيع، بخاصة أن البيع الذي يعني انتقال الملكية معلق على دفع المبالغ المتفق عليها سواء في البيع مع الاحتفاظ بالملكية، أو في أكثر صور الإجارة المنتهية بالتملك، وهي الصورة الأولى، وهي ظاهرة أو الصورة الثالثة التي فيها وعد من المؤجر بالتملك حالة الوفاء بالشروط المتفق عليها، ومن المعلوم أن المصارف الإسلامية تطبق القول الفقهي القائل بالإلزام بالوعد^{١١٤} ومن هنا، فإنه لا يوجد فارق مؤثر بين كون المدفوع في مدة الانتفاع أجرة أو قسطاً من أقساط المبيع

١١٣ سعد، حمدي: البيع الإيجاري ص ٧٦، ٧٧

١١٤ فطر هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: المعايير الشرعية ص ١٣٩ - معيار رقم ٩ الإجارة المنتهية بالتملك، وفيه: "الوعد بالتملك ملزم لمن صدر منه"

وقد ذهب سمره ابن جندب من الصحابة، والحسن البصري من التابعين، وكذلك عمر بن عبد العزيز، وابن الأشوع - أحد قضاة الكوفة من التابعين - وابن شبرمة إلى الإلزام بالوعد ووجوب الوفاء به

انظر: ابن حزم: المحلى ٢٧٨/٦. البخاري: صحيح البخاري كتاب الشهادات، باب من لم يجهز لوعد ١٨٠/٣. ابن حجر: فتح الباري ٢٩٠/٥. مظاني: إكمال تہذیب

والإجارة، فالبيع يشترط فيه التأيد، أما الإجارة يشترط فيها التأيد، فجاز الجمع بينهما في عقد واحد^{١١٧}

- أما الفارق الثاني، وهو أن البيع مع الاحتفاظ بالملكية يكون من قبيل عقدين في عقد أو بيعتين فيبيعة، وهو منهي عنه، فإنه يجاب عنه بأن المراد بمعنى البيعتين فيبيعة قد اختلف الفقهاء في تفسيره، وكانت اختلافاتهم تنور على أحد المعاني الآتية:

- ١- أن يبيع سلعة لرجل على أن يبيعه سلعة أخرى^{١١٨}
- ٢- أن يبيعه السلعة بكذا نقداً، وبكذا نسيئة، ثم يفرقان دون تحديد أي الثمنين^{١١٩}

^{١١٧} ينظر: السرخسي: المبسوط ١٤/١٣. السمرقندي: تحفة الفقهاء ٥٢/٢، وفيه: "وإن شرطاً شرطاً لا يقضيه النقد ولا بلائمه، ولأحدهما فيه منقعة إلا أنه متعارف بأن لشري نعلًا وشراكا على أن يحضره البائع جاز استحساناً" فقد أجاز الحنفية في هذا النص البيع والاستصناع، لكنهم يقدرون الجواز بالمعرف. وينظر أيضاً: عيش: منح الجبل ٤٤٣/٧، وفيه بتصرف: "لا تقصد الإجارة المجتمعة مع بيع في عقد واحد لاتفاقهما في الأحكام، مثل كلامه صورتين إحداهما: كونها في محل واحد كشرائه جلوداً على أن يخزرها له البائع خفافاً. والثانية: كونها في محطين كشرائه جلوداً بكذا على أن يخيط البائع ثوباً فيجوز على المشهور فيهما". وينظر كذلك: الهيثمي: تحفة المحتاج ٣٢٨/٤. ابن قدامة: المغني ١٧٧/٤. البهوتي: الروض المربع ٣٧٧/٤، وفيه بتصرف: "جمع بين بيع وصرف أو إجارة، أو خلع أو نكاح، بموض واحد صح البيع وما جمع إليه، ويقسط الموض عليهما أي على المبيع وما جمع إليه بالقيم". وينظر كذلك: المرادوي: الإصناف ٣٢١/٤، وفيه بتصرف: "وإن جمع بين بيع وإجارة، أو بيع وصرف بثمن واحد، صح في أحد الوجهين".

^{١١٨} الماوردي: الحاري الكبير ٣٤١/٥. الطبري: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأحملي، أبو جعفر: اختلاف الفقهاء ص ٥٦ - الناشر: دار الكتب العلمية. الشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله: السيل الجرار المنفق على حدائق الأزهار ص ٥٠٥ - الناشر: دار ابن حزم، الطبعة الأولى

٣- أن يبيعه بشرط الصرف، فيكون هناك عقدان، عقد بيع، وعقد صرف، وذلك كأن يقول له: بعك بكذا على أن آخذ منك الدينار بكذا^{١٢٠}

٤- أن يبيع المؤجل على المدين بزيادة إلى أجل آخر، كأن أسلفه ديناراً في قفيز إلى شهر، فلما حل الأجل وطالبه بالقفيز، قال له بعني القفيز الذي لك علي بقفيزين إلى شهر فهذا بيع ثان قد دخل على البيع الأول فصار بيعتين فيبيعة^{١٢١}

٥- بيع العينة: وهو أن يبيع السلعة إلى أجل بثمن معلوم، ثم يشتريها حالة بثمن أقل. وقد ذكر ابن القيم أن هذا مطابق لقوله -صلى الله عليه وسلم-: "فله أو كسهما أو الربا، فإنه إما أن يأخذ الثمن الزائد فيربي، أو الثمن الأول فيكون هو أو كسهما"^{١٢٢}.

فهذه المعاني التي ذكرها الفقهاء لا يوجد فيها ما ينطبق على الاحتفاظ بحق ملكية الرقبة، فلا ارتباط بين البيعتين فيبيعة، وبين الاحتفاظ بحق ملكية الرقبة، حيث لا يوجد في البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية معنى الربا، أو البيع بالعينة، أو الاستغلال لحاجة أحد الطرفين من الآخر، أو غير ذلك من الأمور المنهي عنها شرعاً

^{١١٧} الماوردي: الحاري الكبير ٣٤١/٥. الطبري: اختلاف الفقهاء ص ٥٦

^{١١٨} ابن قدامة: المغني ١٧٦/٤

^{١١٩} الخطابي، حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي، أبو سليمان: معالم السنن ١٢٢/٣-١٢٢/٣

^{١٢٠} ابن تيمية: مجموع الفتاوى ٤٣٢/٢٩. ابن القيم: إعلام الموقعين ١٣٥/٣

وهنا يثار تساؤل حول ما إذا أخل المشتري بالوفاء بأقساط الثمن في مواعيدها، وما يترتب عليه من آثار، كما يثار تساؤل آخر حول من يتحمل تبعه المبيع إذا هلك في الفترة التي يحتفظ فيها البائع بملكية العين

الفرع الأول: أهمية الاحتفاظ بملكية عين المبيع في عقد البيع

لقد أصبحت الملكية تقوم بوظيفة مهمة في الحياة، وهي أنها تستخدم باعتبارها أداة ضمان تساهم في تشجيع الائتمان، وذلك عن طريق شرط الاحتفاظ بحق الملكية.

فالاحتفاظ بحق الملكية بعد أداة من أدوات ضمان الحق، فإن الدائن من خلال حق الملكية الممنوح له، يصل إلى أرقى المراتب في الضمان؛ لأنه في الحقيقة لا يدخل في عداد الدائنين، وإنما يكون قد أخذ حقه بيده بما يكسبه حق الملكية لهذا الدائن من سلطات على الشيء الذي ثبتت عليه ملكيته، خاصة أن حق الملكية حق عيني.

فإذا لم يتم المشتري بدفع الثمن، فإن البائع يستطيع أن يطالب باسترداد الشيء المبيع باعتباره مالكا له، مما يجنبه مزاحمة باقي الدائنين، حيث لا يدخل في عداد سائر الدائنين، وإنما يقدم عليهم في المطالبة بحقه؛ حماية للبائع من ضياع حقوقه المتمثلة في استرداده للمبيع مرة أخرى في حالة الفسخ؛ وذلك لامتيازته على غيره من الدائنين، وهذا يعد من أهم مظاهر القوة في الضمان للوصول إلى الحق ضد مخاطر إفسار المدين، وهو سرريان شرط الاحتفاظ بملكية المبيع في مواجهة جماعة

فضلا عن أن النهي عن الجمع بين بيعتين في بيعة، أو عقدين في عقد ليس لذاته -- كما تقدم --، وإنما لما يؤدي إليه من الربا أو استغلال حاجة الطرف الآخر ومن هذا، فإن البيع مع الاحتفاظ بحق ملكية الرقبة ليس من قبيل البيعتين في بيعة، أو العقدين في عقد، بل هو عقد واحد مستقل، مقترن بشرط الاحتفاظ بحق ملكية الرقبة لحين الوفاء بالثمن، كما في الإجارة المنتهية بالتمليك التي يتوقف البيع في بعض صورها على مجرد الوفاء بالمبالغ المستحقة، التي يكون بعضها بدلا عن الأجرة، والبعض الآخر ثمنا للمبيع، سواء كان هناك عقدان مستقلان أو عقد واحد

ويخلص الباحث من هذا أنه إذا جازت الإجارة المنتهية بالتمليك، مع ما فيها من عدم نقل الملكية إلا بعد الوفاء بالمبالغ المتفق عليها، فإنه لا بأس بجواز البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية لحين الوفاء بكامل الأقساط؛ لما سبق؛ إذ العبرة للمعاني، لا للألفاظ والمباني^{١١٣}

المطلب الثالث: أهمية الاحتفاظ بملكية المبيع، وجزاء الإخلال بالأقساط، وتبعية هلاك المبيع

إن احتفاظ البائع بملكية عين المبيع لحين الوفاء بالأقساط يمثل له عدة فوائد، أهمها: ضمان حقه في الثمن

^{١١٣} البخاري: كشف الأسرار ٥٠/٤. الرلمي: تبيين الحقائق ١٥٣/٤. ابن رشد (الجد):

البيان والتحصيل ١١/١٤. ابن الجوزي: إثمار الإصناف في آثار الخلاف ص ١٥١

الدائنين، حيث إن عجز المدين عن الوفاء بأحد أقساط الدين الذي في نمته إلى الشركة الممولة، أصبح لا يهدد مصالح هذه المؤسسة بشدة؛ لأنها يمكن أن تسترد الأصل محل التمويل بصفتها مالكة له، ولا يمكن للدائنين الآخرين التنفيذ عليه^{١٢٤}

ويعتبر من أكثر الأمور التي يتميز بها الاحتفاظ بحق الملكية باعتباره وسيلة من وسائل الضمان عن غيره من الوسائل الأخرى أنه يعنى مؤسسات التمويل عن الحاجة إلى اشتراط الضمانات الأخرى التقليدية كاشتراط التأمينات العينية أو الشخصية^{١٢٥}، بالإضافة إلى الإجراءات المعقدة والبطيئة للتأمينات التقليدية في القانون الخاص؛ إذ من خصائص الحياة التجارية أنها تقوم على السرعة والالتزام فبالرغم أنه يمكن توفير قدر من الحماية للدائن ضد مخاطر عدم تنفيذ

^{١٢٤} ينظر المادة: (١٠٧-١) من القانون التجاري التي تحظر على المشتري، التصرف في المبيع تصرفاً ناقلاً للملكية قبل الوفاء بكامل أقساط الثمن؛ حتى يستطيع البائع استرداد المبيع في حالة الفسخ
^{١٢٥} التأمينات العينية أو الحقوق عينية هي التي تنشأ عن طريق تخصيص مال معين بالذات لضمان الوفاء بالدين، وهي تشمل الرهن بنوعيه: الحيازي، والرسمي، كما تشمل حق الاختصاص، وحق الامتياز
أما التأمينات الشخصية، فهي التي تحقق عن طريق ضم نعمة أو ندم أخرى إلى جانب نعمة المدين؛ لضمان الوفاء بالدين، ومعنى ذلك أن يتعهد المسؤولون عن الدين، ويتعهد الضامن العام للدائن بقدر تعدد هؤلاء المسؤولين. ينظر: البديوي، عبد المنعم: التأمينات العينية ص٥٥-٨-الناشر: مكتبة سيد عبد الله وهبه الطبعة الثانية ١٩٧٢م.

المدين لالتزامه عن طريق ما يسمى بحق الضمان العام^{١٢٦}، وكذلك التأمينات العينية، لكن هذه الوسائل التقليدية للتأمينات أثبتت عدم نجاعتها أحياناً، ويطلب إجراءاتها أحياناً أخرى، وهو ما لا يتناسب مع عمليات التمويل التي تنسم بالسرعة

ولا شك أن المشتغلين بالتجارة ينظرون إلى الضمانات نظرة اقتصادية تقوم على إلغاء أو تقليل المخاطر التي يتعرضون لها عند استيفاء حقوقهم، ومن هنا فقد فرضت فكرة الاحتفاظ بالملكية نفسها باعتبارها ضماناً فعالة لحماية حقوق البائعين والمؤسسات التمويلية من مخاطر عدم استيفاء الثمن فلم يعد أمام المؤسسات التمويلية من ضمان قوي - حتى الآن - أفضل من الاحتفاظ بملكية الأصل الممول، سواء كان عقاراً أو آلات إنتاجية منقولة، مقابل منح طالب التمويل حق الانتفاع بها

^{١٢٦} الضمان العام هو الذي يضمن فيه المدين الوفاء بدينه بمجموع أمواله، فيستأوى جميع الدائنين في هذا الضمان ويشاركون فيه، حيث لا امتياز لأحدهم على الآخرين، فإذا كان المدين مسعراً، فإن الدائن لن يقضي كامل حقه
ومن آثار الضمان العام أن المدين يستطيع التصرف في أي مال من أمواله تصرفاً ناقلاً للملكية، فإذا فعل هذا خرج المال من سلطان الدائنين، ولم يكن لهم الحق في تتيهه في بد من نقل إليه، بمعنى أن تصرفات المدين تنفذ في حق دائنيه
وقد وضع القانون المدني وسائل لحماية الضمان العام، حيث أجاز الدائن اتخاذ بعض الإجراءات الاحتياطية كتوقيع الحجر التحفظي على منقولات المدين، كما وضع القانون تحت يد الدائن دعوى تعصية من إعمال المدين أو غشه كدعوى كشف للصورية، لكن هذه الوسائل لا تكفي لحماية الدائن؛ لأن المدين قد يتصرف بمحض وبدون غش، هذا فضلاً عن أن جميع الدائنين يفتنون مما فعله هذا الدائن، فلا تقتصر فائدتها على من يشرها؛ لذا كان حق الضمان العام قاصراً عن حماية الدائن حماية كافية. المرجع السابق ص٣-٥

الملكية، إذا أخل بوفاء الأقساط في أجلها، فإن ذلك يخلف باختلاف ما تم الاتفاق عليه في الشرط من حيث أحد أمرين:

الأمر الأول: أن يتم الشرط على أن المشتري إذا لم يسدد الأقساط في مواعيدها المحددة، فإن العقد يكون منسوخا

الأمر الثاني: أن يتم الشرط على أن المشتري إذا لم يسدد الأقساط في مواعيدها المحددة، فإن للبائع الحق في فسخ المبيع، ولا يكون العقد منسوخا إلا بفسخ البائع له وكلا الشرطين إذا حدث بترتب عليه المشروط فإذا خالف المشتري الشرط في الحالة الأولى ولم ينقده الثمن انفسخ العقد في الحال

وفي الحالة الثانية يكون للبائع الحق في فسخ العقد واسترداد المبيع بعينه إلى حيازته مرة أخرى ويستل لذلك بما يأتي:

- ١- عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا حرم حلالا، أو أكل حراما، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا، أو أكل حراما»^{١٢٩}

^{١٢٩} ذكره البخاري في صحيحه مطلقا بصيغة الجرم، كتاب الإجارة، باب أجر المسرة ٩٧/٣ بلنظ «المسلمون عند شروطهم»، وأخرجه الترمذي، أبواب الأحكام، باب ما ذكر - ٩١

واستعمالها في نشاطه الاقتصادي طيلة مدة التمويل.

ومن ثم فقد أصبح للاحتفاظ بحق الملكية الدور البارز في منح الائتمان للشركات الممولة بدون الحاجة إلى ضمانات أخرى^{١٢٧}

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالوفاء بالأقساط في البيع مع شرط الاحتفاظ بملكية الرقبة

عند نكر الفقهاء للبيع بشرط نقد الثمن إلى أجل معلوم، لم أجد من صرح بجزاء الإخلال بشرط نقد الثمن في أجله إلا الحنابلة، حيث نكروا عند تعرضهم لهذه المسألة أن المشتري إذا أخل بشرط نقد الثمن إلى هذا الأجل، فإنه يترتب عليه المشروط، وهو الجزاء المنفق عليه، وهذا الجزاء قد يكون الفسخ المباشر بمجرد الإخلال بشرط دفع الثمن في أجله، دون أن يكون هذا حقا للبائع وقد يكون هذا الجزاء هو أن يخول للبائع الحق في الفسخ، فيكون الفسخ هنا موقوفا على إرادة البائع

وكلا الأمرين المشروطين يقع صحيحا عملا بما يقتضيه الشرط، فإذا أخل المشتري بدفع الثمن عند حلول الأجل، فإنه يطبق عليه الجزاء المشروط في العقد من الفسخ دون معرفة لإرادة البائع، أو حق البائع في الفسخ^{١٢٨} وبناء على ذلك، فإن المشتري في البيع مع الاحتفاظ بحق

^{١٢٧} سعد، حدي: البيع الإيجاري ص-١١٧
^{١٢٨} البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إبراهيم: كشاف القناع عن متن الإقناع ١٩٦/٣-الناشر: دار الكتب العلمية. البهوتي: دقائق لولي النهي لشرح المعتمد شرح منتهى الإرادات ٣٠/٢-الناشر: عالم الكتب العلمية: الأولى، ٤١٤-أب-٩٩٣م ٩٠

من المعقول

إن القاعدة من الاحتفاظ بالملكية هي حق امتياز البائع على المبيع والقدرة على استرداده حالة عدم الوفاء بكامل الثمن، كالرهن الرسمي، وإلا لم يكن للشرط فائدة، وكان هو وعدم سواء

ويرى القانونيون أن المشتري إذا أخل بالوفاء بالمبالغ المستحقة عليه فإن للبائع الخيار في أحد أمرين:

الأول: الحق في الفسخ واسترداد المبيع
الثاني: التمسك بالعقد والمطالبة بتنفيذه جبرا على المشتري، فيقتضي من المشتري ما تبقى من أقساط^{١٣١}

وبهذا، فإن القانون يتفق في الحالة الأولى مع ما نكره الفقهاء من حق البائع في الفسخ عند إرادته استعمال هذا الحق عندما ينص الشرط على هذا بينما يفارق القانون الفقه في الحالة الثانية التي يكون للبائع الحق فيها في المطالبة بالتنفيذ الجبري؛ وذلك لأن محض الشرط لا يدل على ذلك، بل إن ظاهر شرط الاحتفاظ بالملكية هو بقاء حق الملكية للبائع عند إخلال المشتري بالوفاء بالأقساط، حتى يسترد البائع عين المبيع مرة أخرى، دون أن يكون له حق التنفيذ الجبري على المشتري

^{١٣١} منصور، محمد حسين: شرط الاحتفاظ بالملكية ص ١٤١-١٤٣
٩٣

وجه الدلالة

إن الحديث قد دل على وجوب الوفاء بالشرط التي يشترطها المسلمون على أنفسهم، أو يشترطها بعضهم على بعض إذا تراضوا على ذلك، فكان للبائع استرداد المبيع جزاء الإخلال بالمشروط وهو الوفاء بكامل الثمن؛ لأن الشرط هو الاحتفاظ بالملكية ما لم يسدد الثمن كاملا، وإلا ما كان للشرط فائدة

٢- عن أبي هريرة، عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: «جاء أقرن الرجل، فوجد الرجل متاعه يتيبه، فهو أقرن به»^{١٣٠}

وجه الدلالة

الحديث يدل على أولوية الدائن في عين ماله وتقدمه فيه على سائر الغرماء حالة إفلاس المدين، وهذا فيه دلالة على أن الدائن أقر بعين ماله عند عدم وفاء المدين ببينه حتى لو كانت عدم الوفاء لسبب آخر غير الإفلاس من باب أولى كالمساطلة في السداد

عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في الصلح بين الناس، وقال: «ذا خيبت عا
صحيح ٦٦٦/٣
١٣٠ أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد كسر
الرجوع فيه ١١٩٤/٣

وكما لو هلك المبيع الموقوف على إجازة البائع بعد قبض المشتري له،

فإن البائع أيضا يضمنه تبعه هلاك المبيع^{١٣٣}

وقد رأى القانون المصري والقانون الألماني أيضا أن تبعه

الهلاك تكون متعلقة بقبض المشتري المبيع وتسليمه إليه، فإذا تسلم المشتري المبيع صار عليه تبعه هلاك المبيع، فقد نص القانون التجاري المصري في المادة (١٠٦-١) على أنه: "إذا احتفظ البائع بملكية المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأكملها اكتسب المشتري هذه الملكية بأداء القسط الأخير، ويحمل المشتري تبعه هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه"^{١٣٤}

المبحث الثاني: الشرط المانع من التصرف

إن الملكية التامة تحتوي على ثلاثة حقوق: الحق في الاستعمال، والحق في الاستغلال، والحق في التصرف، لكن قد بطراً على الملكية ما يخرجها عن وصف التمام بسبب وجود شرط يمنع المشتري من

^{١٣٣} الكاساني: بدائع الصنائع ١٥١/٥. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز: رد المحتار على الدر المختار ١١٥/٥ الناشر: دار الفكر-بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م. ابن قدامة: المغني ٤٨٧/٣. ابن مطح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، أبو إسحاق، برهان الدين: المدوع في شرح المقنع ٧٣/٤ - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م

^{١٣٤} منصور، محمد حسين: شرط الاحتفاظ بالملكية ص ١٢٦

الفرع الثالث: تبعه هلاك المبيع في البيع مع الاحتفاظ بملكية الرقبة
إن تبعه هلاك المبيع تؤسس على أمرين:

الأول: الحديث الذي رواه عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم:

"الخراج بالضمان"^{١٣٥}

فالذي يستحق غلة المبيع في فترة الوفاء بالمبالغ المستحقة، هو الذي يكون عليه تبعه الهلاك

والظاهر أن الذي يستحق ما يدره المبيع من غلة هو المشتري الذي ينتفع بالمبيع باستعماله أو استغلاله، ولذلك فإن المشتري هو الذي يجب عليه ضمان المبيع عند الهلاك أو التلف

الثاني: القبض

فإن المشتري إذا قبض المبيع، فقد دخل المبيع في ضمانه، ومن ثم فإن المبيع إذا هلك بعد قبض المشتري له فإنه يهلك على المشتري الذي يتحمل تبعه هذا الهلاك باعتبار الضمان، ويترتب على هلاك المبيع بطلان شرط الاحتفاظ بحق الملكية؛ إذ يصبح هذا الشرط عديم الفائدة حينئذ، ويجب ضمان المبيع على المشتري، وذلك كما لو هلك المبيع عند المشتري في مدة الخيار بعد قبض المشتري له، حيث يبطل شرط الخيار ويضمن المشتري قيمة المبيع أو مثله كما في قاعدة الضمانات

^{١٣٥} أخرجه الحاكم في المستدرک کتاب البيوع ١٨٠/٢. قال الذهبي في التلخيص: -

وأخرجه ابن حبان في صحيحه كتاب البيوع، باب خيار النجف ٢٩٨/١

ثانياً: مفهوم الشرط المانع من التصرف في الفقه الإسلامي

بالبحث في كتب الفقه الإسلامي عن مفهوم الشرط المانع من التصرف، فإنني لم أجد له تعريفاً اصطلاحياً، ومن خلال استقراء أقوال الفقهاء في حكمه^{١٢٧}، يمكن تعريفه بأنه:

منع المشتري من الحق في نقل ملكية المبيع مرة أخرى إلى الغير

ثالثاً: أهمية الشرط المانع من التصرف في البيع

تبرز أهمية الشرط المانع من التصرف في البيع حين يتعلق بمصلحة ترجع إلى العاقدين أو المعقود عليه

فمن المصلحة التي ترجع إلى البائع

الاستعانة بالشرط المانع من التصرف في البيع الائتماني، حيث يكون الباعث عليه في البيع الائتماني هو ضمان استيفاء الثمن كاملاً، وحث المشتري على الوفاء به، وذلك حين يشترط البائع عدم تصرف المشتري في البيع قبل الوفاء بكامل الثمن^{١٢٨}.

^{١٢٧} السرخسي: المبسوط ١٣/١٣، ١٤. ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ٣/١٧٩، ١٨٠. النووي: المجموع ٩/٣٦٨. ابن قدامة: المغني ٤/١٧١. ابن المنذر: الإشراف على مذاهب العلماء ٦/١١٨.

^{١٢٨} بكير، نجيب محمد: الشرط الإرادي المانع من التصرف باعتباره أحد القيود التي قد ترد على حق الملكية صـ ٩٧. أحمد، إبراهيم سيد: الشرط المانع من التصرف فقهاً وقضاء صـ ٥٦.

التصرف في المبيع، وهو ما يطلق عليه في القانون المدني: الشرط المانع من التصرف^{١٣٥}

المطلب الأول: مفهوم الشرط المانع من التصرف، وأهميته، والواقع القانوني له

للشرط المانع من التصرف مفهومه الفقهي، وكذلك القانوني، وله أهميته التي تدعو بعض الأفراد أو المؤسسات التمويلية للتعامل به. وكذلك للشرط المانع من التصرف حكمه الفقهي الذي يجعل الناس يقدمون عليه أو يجزمون عنه

الفرع الأول: مفهوم الشرط المانع من التصرف، وأهميته

أولاً: مفهوم الشرط المانع من التصرف في القانون المدني يعرف الشرط المانع من التصرف في القانون المدني بأنه: منع المالك الذي تنتقل إليه ملكية الشيء من التصرف فيه لمدة معينة، إذا كان هناك سبب قوي وباعث مشروع يؤدي إلى ذلك^{١٣٦}

^{١٣٥} بكير، نجيب محمد: الشرط الإرادي المانع من التصرف باعتباره أحد القيود التي

ترد على حق الملكية صـ ١٥، ١٦، ٨٠، ٨٢

^{١٣٦} بكير، نجيب محمد: الشرط الإرادي المانع من التصرف صـ ٧٤، ٧٥. أحمد، إبراهيم

سيد: الشرط المانع من التصرف فقهاً وقضاء صـ ٥٦. الناشر دار الكتب القانونية - دمشق

الكبرى - ٢٠٠٥ م. مبروك، مندرج محمد علي: حق الملكية ١٨٢/١٧٥ - الناشر دار

النهضة العربية ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م

فالمصلحة التي ترجع إلى البائع هنا هي: حق البائع في استرداد المبيع عند عدم وفاء المشتري بالثمن، حتى يستوفي البائع حقه منه^{١٣٩} ومن المصلحة التي ترجع إلى المشتري

كان يكون المشتري سميء التصرف أو كثير الغفلة، وهو يحتاج إلى المبيع للانتفاع به، لكنه لا يحسن التصرف فيه، حيث قد يبيعه إلى الغير بسبب تغرير هذا الغير له، فيشترط عليه البائع أن لا يبيعه إلى الغير حفاظاً لمصلحة المشتري من الضياع، حتى يظل منتفعاً به

ومن المصلحة التي ترجع إلى المعقود عليه

كان يكون المبيع حيواناً مثلاً، وخشى البائع أن يقع هذا المبيع في يد رجل معروف بالشر والفساد، فيشترط على مشتريه أن لا يبيعه من فلان - الفاسد - خاصة؛ خوفاً من أن يسيء إليه أو يحمله ما لا يطيق^{١٤٠} فهذه مصلحة ترجع إلى المعقود عليه

الفرع الثاني: الواقع القانوني للشروط المانع من التصرف

تنص المادة ٨٢٣ من القانون المدني المصري على أنه: ١- إذا تضمنت

١٣٩ سعد، حمدي: البيع الإيجاري ص ١١٧. مبروك، منور محمد علي: حق الملكية ص ١٧٩
١٤٠ الثمين، محمد بن صالح بن محمد: الشرح للمتع على زاد المستق ٢٤٤/٨ - النشر = دار ابن الجوزي الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ

العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة. ٢- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير.

كما تنص المادة ٨٢٤ على أنه: إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً وبناءً على ذلك فإن القانون المدني المصري قد نص على اعتبار الشرط المانع من التصرف صحيحاً مادام قد وقع وفقاً لشروطه

الشروط اللازمة لصحة الشرط المانع من التصرف

من خلال المادة السابقة التي نص عليها القانون المدني، فإنه يشترط لصحة الشرط المانع من التصرف ما يلي:

١- أن يكون الشرط مبنياً على باعث مشروع

ويكون كذلك، إذا هدف المتصرف (المالك) إلى تحقيق أو حماية مصلحة مشروعة له، كأن يهب المتصرف أحد أمواله إلى أحد أقاربه ويشترط ضمن عقد الهبة احتفاظه بحق الانتفاع بهذا المال طول حياة المتصرف، وضمناً لذلك يشترط المتصرف على المتصرف إليه عدم جواز التصرف في هذا المال

٢- أن يكون الشرط محددًا بمدة معقولة

يجب أن يكون المنع من التصرف مقصوراً على مدة معقولة، فلا يجوز أن يكون مؤبداً؛ لأنه في هذه الحالة يُجرد حق الملكية من مضمونه الرئيسي وهو سلطة التصرف، كما أنه يجسبُ المال من التداول والمدة المعقولة هي المدة التي قد تمتد إلى حياة المتصرف أو حياة المتصرف إليه أو مدى حياة الغير ومع ذلك فإنه يرجع في كل الأحوال في تقدير ما إذا كانت مدة المنع من التصرف معقولة أم غير ذلك إلى قاضي الموضوع^{١٤١}

المطلب الثاني: حكم الشرط المانع من التصرف

إن الأصل في المالك أن يكون له الحق في استعمال المبيع، وأن يكون له الحق في استغلاله، وفي التصرف فيه، حتى تكون ملكيته للمبيع ملكية تامة، والشرط المانع من التصرف يحرم المالك من أهم عناصر الملكية، وهو أن يكون للمالك حق التصرف في ملكه تصرفاً ناقلاً للملكية، ومن ثم فهو شرط وارد على خلاف الأصل الذي يقضي بحرية المالك في التصرف في ملكه بالبيع أو الهبة^{١٤٢}

^{١٤١} بكبر، نجيب محمد: الشرط الإرادي المانع من التصرف ص ٧٤، ٧٥. أحمد، إبراهيم سيد: الشرط المانع من التصرف فقهاً وقضاءً ص ٥٦، مبروك، منوح محمد علي: حق الملكية ١٧٥-١٨٢
^{١٤٢} بكبر، نجيب محمد: الشرط الإرادي المانع من التصرف ص ٨٠، ٨٢
١٠٠

ومن ثم فقد اختلف الفقهاء في حكم الشرط المانع من التصرف على أربعة أقوال، كما يأتي:

القول الأول

ذهب هذا القول إلى أن البيع فاسد بهذا الشرط، وهذا قول أبي يوسف من الحنفية في غير ظاهر الرواية^{١٤٣}، ورواية عن ابن القاسم من المالكية^{١٤٤}، ومذهب الشافعية^{١٤٥}، ورواية عن أحمد^{١٤٦}، ومذهب الزيدية^{١٤٧}، وهو قول ابن عمر، وعكرمة، والأوزاعي^{١٤٨}

القول الثاني

ذهب هذا القول إلى أن الشرط المانع من التصرف في المبيع شرط فاسد، لكنه لا يفسد البيع، فالبيع مع هذا الشرط صحيح، ويلغو الشرط، وهذا هو المذهب عند الحنفية^{١٤٩} وهو رواية أخرى عند المالكية^{١٥٠}، وقول ضعيف عن الشافعي وصفه النووي بالفراية^{١٥١}، ورواية أخرى

^{١٤٣} السرخسي: المسبوط ١٣/١٣، ١٤. السمرقندي: تحفة الفقهاء ٥٣/٢
^{١٤٤} ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ١٧٩/٣، ١٨٠. الدرر: الشرح الكبير ٣٠٩/٣
^{١٤٥} الشافعي: الأم ١٠٧/٧. الحاوي الكبير ٦٦/٥. النووي: المجموع ٣٦٨/٩
^{١٤٦} ابن قدامة: المغني ١٧٦/٤
^{١٤٧} الصنعاني: البحر الزخار ٢٢٧/٨
^{١٤٨} النووي: المجموع ٣٧٦/٩
^{١٤٩} السمرقندي: تحفة الفقهاء ٥٣/٢
^{١٥٠} ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ١٧٩/٣، ١٨٠
^{١٥١} النووي: المجموع ٣٦٩/٩
١٠١

عن أحمد^{١٥٢}، وهو قول الحسن البصري والشعبي والنخعي والحكم عن
أبي ليلى وأبي ثور^{١٥٣}

القول الثالث

ذهب هذا القول إلى أنه لو باع شيئاً بشرط أن لا يبيعه المشتري إلا
بإيمانه، جاز الشرط والبيع، وهو رواية عن مالك^{١٥٤}، لكن الشرط المانع
من التصرف في المبيع مقيد على هذه الرواية يدفع الثمن كاملاً. بل إذا
دفع المشتري الثمن كاملاً كان له حرية التصرف في المبيع أي تصرف
ناقل للملكية كما يشاء، كما أجاز بعض المالكية اشتراط أن لا يبيعه
المشتري لشخص معين مطلقاً^{١٥٥}، وما سبق هو قول الإمامية الذين
أجازوا الشرط المانع من التصرف إذا كان مقيداً بوقت محدد^{١٥٦}، وقول
الإباضية الذين أجازوا الشرط إذا كان مؤقتاً بمدة، كما أجاز الإمامية
اشتراط أن لا يبيعه المشتري لشخص معين^{١٥٧}

^{١٥٢} ابن قدامة: المغني ١٧١/٤

^{١٥٣} السرخسي: المبسوط ١٣/١٣. ابن المنذر: الإشراف على مذاهب العلماء ٢٨٦/٦

قدامة: المغني ١٧١/٤

^{١٥٤} ابن رشد (الحفيد): بداية المجتهد ١٧٩/٣. الموق: لتاج الإكمال لمختصر

٤٥٠/٦

^{١٥٥} عيش: منح الجليل ٥٢/٥

^{١٥٦} الكركي: جامع المقاصد ٤١١/٦

^{١٥٧} الطيئبي: شرح النيل وشفاء ٢٧٣/١٤، ٢٧٤، ٢٧٧، وقد جاء في ٢٧٤/١٤: "ممنوع

أن يخرج من الشرط المُشْتَرَطُ للبيع هو وقوعه في نفس المبيع حال انعقد عند الجمهور

مقتضى العقد، كبيع دارٍ واشترطت مكافأها، والتحقق أن المتلقي يقبضه المبيع ما إذا

والقول بجواز الشرط المانع من التصرف مطلقاً - دون تقيد بدفع الثمن
أو غيره - هو قول ابن سيرين، وابن شبرمة، وحمام بن أبي سليمان^{١٥٨}،
وهو اختيار ابن تيمية، وقد ذكر ابن تيمية أن أكثر النصوص المروية
عن أحمد تجوز ذلك^{١٥٩}

القول الرابع

ذهب هذا القول إلى فساد البيع المشتمل على الشرط المانع من التصرف
في المدة البعيدة، دون المدة القريبة، وهو قول رابع عند المالكية^{١٦٠}

أدلة القول الأول

استدل القائلون بفساد العقد الذي يشتمل على الشرط المانع من التصرف
بما يأتي:

مَنَّا في بيع الجارية أن لا يطأها، أو الدار أن لا يسكنها، أو في لعن أن لا يستخيمه،
وفي الدابة أن لا يركبها، أما إذا اشترط شيئاً مَنَّا لوقتٍ مُعَيَّنٍ فلا منافاة. وقول في
٢٧٦/١٤: "ومن باع شيئاً على أن لا يبيعه المشتري أو لا يعطي مئة بطل الشرط وحده أو
هنا. اهـ" وهذا يدل على أن الشرط الذي يبطل إما هو الشرط المطلق، كما إذا اشترط
البايع على المشتري أن لا يبيعه مطلقاً، أما إذا كان هذا الشرط مؤقتاً فإنه يجوز

^{١٥٨} ابن المنذر: الإشراف على مذاهب العلماء ١١٨/٦. النووي: المجموع ٣٧٦/٩

^{١٥٩} ابن تيمية: الفتاوى الكبرى ٨١/٤، ٣٨٩/٥، ٢٧٢/٦

^{١٦٠} ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ١٧٩/٣

وإطلاق النووي على الحديث لفظ "غريب" لا يعني الغريب الذي اصطلح عليه المحققون، وهو ما انفرد بروايته راو واحد^{١٦٤}، وإنما المراد بالغربة هنا ما لم يجده النووي ولم يعثر عليه من الأحاديث بعد بحثه عنها في مظانها، ويعبر السيوطي عن ذلك بقوله عن النووي في استعماله للفظ "غريب": "هذه العبارة يستعملها فيما لا يجده"^{١٦٥}.

وقال ابن حجر عن حديث النهي عن بيع وشرط: وأما حديث النهي عن بيع وشرط ففي إسناده مقال، وهو قابل للتأويل^{١٦٦}.

وكذلك نكر الشوكاني أن الحديث فيه مقال^{١٦٧}.

الوجه الثاني

مخالفة الحديث للسنة الصحيحة، والإجماع

أما مخالفته للسنة الصحيحة: فهي حديث جابر الصحيح الذي سيأتي نكره في أدلة المعجزين، وحديث سالم، عن أبيه، عن النبي صلى الله عليه وسلم - قال: «مَنْ ابْتِاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تَوَوَّعَ، فَفَمَرَّتْهَا لِبَنَاتِهِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُتَبَاعُ، وَمَنْ ابْتِاعَ عَبْدًا وَكَلَهُ مَالَ، فَعَالَهُ لِذِي بَاعَهُ، إِلَّا أَنْ

^{١٦٤} السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين: تريب الروي في شرح تقريب النووي ١٢٣/٢، الناشر: دار طيبة

^{١٦٥} السيوطي: تحفة الأبرار بكت الأتكار ص ٩٨

^{١٦٦} ابن حجر: فتح الباري ٣١٥/٥

^{١٦٧} الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله: نيل الأوطار ٢١٢/٥، الناشر: دار الحديث الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م

من السنة

الدليل الأول

عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع وشرط^{١٦١}.

وجه الدلالة

إن النهي عن بيع وشرط عام في جميع الشروط، فلا يخص منها إلا ما كان من مقتضى العقد؛ لأن وجوده وعدمه سواء، وما قد جاء الشرح بجوازه من الشروط، فيبقى ما عداه على العموم^{١٦٢}.

المنافسة

بناقش الاستدلال بهذا الحديث من عدة أوجه:

الوجه الأول: ضعف الحديث

لقد قال النووي عن حديث النهي عن بيع وشرط: "أما الحديث فغريب"^{١٦٣}.

^{١٦١} أخرجه الحاكم في معرفة علوم الحديث ص ١٢٨. والطبراني في المعجم الأوسط ٣٣٥/٤ باب العين من اسمه عبد الله، وهو ضعيف. انظر ابن القطان: بيان الوهم والإيهام ٥٢٧/٣. الزيلعي: نصب الراية ١٧/٤. ابن الملقن: البدر المنير ٤٩٩/٦

^{١٦٢} النووي: المجموع ٣٦٢/٩، ٣٦٧

^{١٦٣} النووي: المجموع ٣٦٨/٩

ومن ثم فإن حديث النهي عن بيع وشرط محصول على عدة وجوه،
 منها: المراد به الشرط الذي يناقض مقتضى العقد، وهو الشرط الذي
 يخالف مقصود البيع، كاشتراط الفسخ في العقد
 ومنها: الشرط الذي يرجع إلى خلل في الثمن، بأن يؤدي إلى جهالة فيه،
 كبيع بشرط السلف، فإن هذا يؤدي إلى نقص في الثمن إن كان المتسلف
 هو البائع، وزيادة فيه إن كان المتسلف هو المشتري^{١٧١}

ومنها: الشرط الذي يؤدي إلى محذور
 ومنها: الشرط المجهول^{١٧٢}.

ونحو ذلك من الشروط الباطلة، فهذه الشروط يمكن أن يحصل عليها
 الحديث -حال التسليم بصحته.

الدليل الثاني

عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم - قال: "مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ
 لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ"^{١٧٣}.

^{١٧١} عيش: منح الجليل ٥٢/٥، التدبير، أحمد العدوي: الشرح الصغير ١٠٣/٣، الناشر: دار
 المعارف. الصلوي، أحمد بن محمد الخلوتي، أبو العباس: بغية السالك لأقرب المسالك
 حاشية الصلوي على الشرح الصغير ١٠٣/٣ - الناشر: دار المعارف
^{١٧٢} الرباعي الصناعي: فتح الغفار الجامع لسنة نبينا المختار ١١٨٥/٣
^{١٧٣} متفق عليه: أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تخل
 ٧٣/٣، واللفظ له، ومسلم كتاب العتق، باب إذا أعتق لمن أعتق ١١٤/٢
 ١٠٧

يَشْتَرِطُ الْمُتَبَاعُ"^{١٧٤}. فقد أجاز النبي صلى الله عليه وسلم - للمشتري أن
 يحصل على ثمرة النخل المؤبر بالشرط، وكذلك للمشتري أن يحصل
 على كسب العبد بالشرط، وهذا كله بيع وشرط وأما مخالفة هذا الحديث
 للإجماع: فقد قام الإجماع على جواز اشتراط الرهن والكفيل والضمين
 والتأجيل والخيار ثلاثة أيام، ونقد غير نقد البلد، فهذا بيع وشرط متفق
 على صحته^{١٧٥}.

الوجه الثالث: التخصيص

يقول الشوكاني:
 "حديث النهي عن بيع وشرط مع ما فيه من المقال هو أعم من
 حديث الباب مطلقا بقصد حديث جابر -، فبينى العام على الخاص^{١٧٦}."

فلو سلمنا صحة الحديث لكان الأولى العمل بالحديثين معا، فحديث
 النهي عن بيع وشرط عام، وحديث جابر - الذي فيه أنه باع النبي صلى
 الله عليه وسلم جملا واشترط ظهره إلى المدينة - خاص، فيخص به
 العام، وسيأتي ذكر الحديث وتخريجه بالتفصيل في آئلة المجوزين

^{١٧٤} متفق عليه: أخرجه البخاري كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له معر أو شرب في
 حائط أو في نخل ١١٥/٣ واللفظ له، ومسلم كتاب البيوع، باب من باع نخلا عليها شرب
 ١١٧٣/٣
^{١٧٥} ابن القيم: إعلام الموقعين ٢٥٠/٢
^{١٧٦} الشوكاني: نيل الأوطار ٢١٢/٥
 ١٠٦

لحكم الله، فيكون باطلا، فلا يتناول حكم ما سكت عنه الشرع، فيبقى

على الإباحة^{١٧٦}.

الثاني: إن ماليس في كتاب الله هو ما لم يأت ذكره بعمومه ولا بخصوصه، وقد ورد عموم الأدلة بجواز الشرط المانع من التصرف، ومنها حديث: "المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ"^{١٧٧}.

من القياس

١- القياس على اشتراط عقد آخر

يقاس الشرط المانع من التصرف في المبيع على ما لو اشترط

عقداً آخر في العقد -كبيع وسلف- حيث يفسد العقد^{١٧٨}، فكذاك

الشرط المانع من التصرف في المبيع؛ لأنه في الحقيقة شرط لا

يقتضيه العقد^{١٧٩}.

٢- القياس على جهالة الثمن

^{١٧٦} ابن تيمية، أحد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد الحراني، أبو العباس، تقي الدين؛ القواعد التوراثية الفقهية ص ٢٨٤ - الناشر: دار ابن الجوزي - السعودية الطبعة: الأولى ١٤٢٢هـ - ابن القيم: إعلام الموقعين ٢٦٢/١

^{١٧٧} ذكره البخاري في صحيحه مطلقاً بصيغة الجزم، كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة ٩٧/٣، وأخرجه الترمذي، أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، وقال: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ٦٢٦/٣

^{١٧٨} للسرخسي: المبسوط ٤٠/١٤. الأخصاري: أسنى المطالب ٣١/٢

^{١٧٩} الكاساني: بدائع الصنائع ١٧٠/٥. ابن مفلح: المبدع ٥٦/٤

وجه الدلالة

إن النبي -صلى الله عليه وسلم- قد جعل الشرط الذي لم ينص عليه القرآن أو السنة يكون باطلاً، أما القرآن، فيستفاد من منطوق الحديث، وأما السنة فلأن الله تعالى أمر في كتابه بطاعة رسوله، فكان الشرط الوارد في السنة داخلاً في مفهوم كتاب الله، والشرط المانع من التصرف لم ينص عليه في كتاب الله -تعالى- ولا في سنة رسوله -صلى الله عليه وسلم- فيكون باطلاً^{١٧٤}.

المنافسة

يناقش القول بأن أي شرط لم ينص عليه في الكتاب أو السنة يكون باطلاً، بأحد وجهين:

الأول: إن المراد بالشرط الذي ليس في كتاب الله، هو الشرط الذي يخالف حكم كتاب الله، وليس المراد به ما لم ينص عليه القرآن أو السنة لفظاً، قال تعالى كتاب الله عليكم^{١٧٥} بمعنى حكمه، فيكون المعنى: من شرط شرطا ليس في حكم الله فهو باطل، وما كان كذلك، هو المخالف

^{١٧٤} ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأنطلي القرطبي الظاهري، أبو محمد: المحلى بالآثار ٢٧٠/٧ - الناشر: دار الفكر - بيروت

^{١٧٥} الآية ٢٤ من سورة النساء

مصلحة العقد^{١٨٦}، فالعبرة في جواز الشرط هي المصلحة، مع عدم مخالفة الشرط لنصوص الشرع، لا كون الشرط مما يقتضيه العقد

أدلة القول الثاني

استدل القائلون بصحة البيع، وإلغاء الشرط المانع من التصرف في المبيع بما يأتي:

من السنة

عن عائشة رضي الله عنها - قالت: جاءت بربيرة، فقالت: إني كاتبتُ أهلي على تسع أواق في كلِّ عامٍ وقيَّة، فأعيبيني، فقالت عائشة: إن أحبَّ أهلك أن أعدها لهم عدَّةً واحدةً وأعتقك، فعلت، ويكون ولاؤك لي، فذهبت إلى أهلها فأبوا ذلك عليها، فقالت: إني قد عرضتُ ذلك عليهم فأبوا، إلا أن يكون الولاة لهم، فسمع بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسألني فأخبرته، فقال: «خذيها، فأعتقها، واشترطي لهم الولاة، فإنما الولاة لمن أعتق»^{١٨٧}

^{١٨٦} المرجع السابق ٤٩/٢، ٥٠. الخري: شرح مختصر خليل ٨٢/٥. النوري: المجموع ٣٦٣/٩، ٣٦٤. ابن قدامة: المغني ٧٤/٤

^{١٨٧} متفق عليه: أخرجه البخاري كتاب المكاتب، باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس ١٥٢/٣، واللفظ له، ومسلم كتاب العتق، باب إنما الولاة لمن أعتق ١١٤٢/٢

بالتملك التي يتمتع فيها تمام الملك إلا بعد الوفاء بكامل الثمن، وأشبه رهن المبيع مع عدم القبض - على قول المجوزين للرهن مع عدم اشتراط القبض كما سبق - حيث يتمتع فيه تمام الملك إلا بعد الوفاء بكامل الثمن أيضا.

الثاني: إن عدم صحة الشرط لا ترجع إلى أنه شرط لا يقتضيه العقد، وإنما عدم الصحة ترجع إلى أنه شرط مخالف لنصوص الشرع، بدليل أن الحنفية أنفسهم - وهم ممن قال بفساد العقد لوجود الشرط الذي لا يقتضيه العقد - أجازوا الشرط الذي لا يقتضيه العقد إذا أعاده الناس وتعاملوا به وجرى به عرفهم

يقول السمرقندي:

وإن شرطا شرطا لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولأحدهما فيه منفعة إلا أنه متعارف..... جاز استحصانا، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر،^{١٨٥} ولكن أخذنا بالاستحصان لتعارف الناس

الثالث: إن المانع للشرط المانع من التصرف لكونه شرطا لا يقتضيه العقد، قد أجازوا شرط الخيار والأجل والرهن والضمين، مع أنها شروط لا يقتضيهما العقد، وقد نصوا على ذلك؛ لما يشتمل عليه من

الجواب عن المناقشة

يجاب عن المناقشة السابقة بما يأتي:

١- يجاب عن رواية الحديث من طريق هشام بن عروة، بأن هشاما

لم يتقرد برواية الحديث، فقد روي الحديث بمعناه من طريق

إبراهيم النخعي، وابن شهاب وغيرهما، كما عند البخاري

ومسلم^{١٩٢}، وهذا يدل على أن هشاما لم يهم عندما روى الحديث

بهذا اللفظ؛ لأن غيره قد روى الحديث بمثله

٢- القول إن لفظة "اشترطي لهم الولاء: فيها تغرير من النبي -

صلى الله عليه وسلم-، مردود بأن الإسلام قد تشوف إلى

الحرية والعق، فكان هذا موقفه -صلى الله عليه وسلم- أمام

الشرط التعسفي الذي يشترطه من ليس له بحق

٣- القول إن اللام محمولة على معنى (على) مردود لأمر:

الأول: إنه خلاف ظاهر الحديث، إذ الأولى حمل الكلام على

الحقيقة، ولا يصر إلى المجاز إلا عند تغرر حمله على الحقيقة، ولا

تغرر هنا

^{١٩٢} انظر البخاري: صحيح البخاري كتاب الزكاة، باب الصدقة على موالي أزواج النبي -

صلى الله عليه وسلم - ١١٢٨/٢، مسلم: صحيح مسلم كتاب المتق، باب إنما الولاء لمن

أعتق ١١٤١/٢

وجه الدلالة

إن النبي -صلى الله عليه وسلم- قد أجاز البيع، وألغى الشرط الفاسد، وهو أن يكون ولاء المعتق لغير معتقه، فدل ذلك على أن الشرط الفاسد في العقد لا يؤثر في صحته، إنما يلغى الشرط ويصح العقد^{١٨٨}

المناقشة

نوقش الاستدلال بالحديث من وجهين:

الأول: إن الحديث ضعيف، حيث إنه من رواية هشام بن عروة، وقد وهم فيه هشام؛ لأن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لو أمر عائشة أن تشتري لهم الولاء لكان هذا تغريرا من النبي -صلى الله عليه وسلم- لهم، ولا يليق مثل هذا بحاله^{١٨٩}

الثاني: على التسليم بصحة الحديث، فإنه محمول على أن اللام في قوله -صلى الله عليه وسلم-: "اشترطي لهم الولاء" بمعنى (على) فيكون المعنى: اشترطي عليهم الولاء؛ وذلك لأن اللام تأتي بمعنى (على)، كما في قوله تعالى: "أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ"^{١٩٠، ١٩١}

^{١٨٨} السرخسي: المبسوط ١٣/١٣. الدرر: الشرح الكبير ٦٥/٣

^{١٨٩} السرخسي: المبسوط ١٣/١٤

^{١٩٠} سورة الرعد من الآية ٢٥

^{١٩١} السرخسي: المبسوط ١٣/١٤. النووي: المجموع ٣٧٧/٩

الثاني: إن الولاية ثابتة لعائشة -رضي الله عنها- بالإعتاق، فلا معنى لاشتراطه عليهم؛ لأنه حقها

الثالث: إنهم امتنعوا من البيع إلا أن يُستَترَط لهم الولاء، فلا معنى لأن يأمرها النبي -صلى الله عليه وسلم- بما علم أنهم لا يقبلونه منها^{١٩٣}

من المعقول

١- إن الشرط المانع من التصرف في المبيع شرط ليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين، فلا يفسد به العقد، ولكن يلغو الشرط ويصح العقد؛ لأن الشرط الذي يفسد به العقد هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين؛ لأنه يشتمل على الربا أو شبهته، لما فيه من زيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض، فيفسد العقد؛ إذ العقد صار عقدا ربويا، ولم يوجد هذا في الشرط المانع من التصرف؛ لأنه خال عن الفائدة، حيث لا منفعة فيه لأحد، فيبقى شرطا فاسدا في نفسه لا يؤثر في العقد^{١٩٤}

٢- إن فساد العقد بسبب الشرط إنما يكون بسبب النزاع الذي يحدث بين طرفيه، وهذا يكون في الشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين، لأن المشروط له يطالب بحكم الشرط، والآخر يتمتع بحكم الشرع؛ لأن

^{١٩٣} ابن مفلح: المبدع ٥٦/٤

^{١٩٤} ابن مودود: الاختيار لتعميل المختار ٢٥/٢. السمرقندي: تحفة الفقهاء ٥٣٢. الكاساني: بدائع الصنائع ١٩٥/٥، ١٧٠/٥. البهوتي: العناية ٤٤٣/٦

الشرع نهى عن بيع وشرط، فينتازعان، بخلاف الشرط المانع من التصرف في المبيع؛ لأنه لا منفعة فيه لأحد، فلا مطالبة؛ فصار وجود هذا الشرط والعدم سواء^{١٩٥}.

٣- استدل ابن أبي ليلى على صحة العقد وفساد الشرط بأن الشرط الفاسد هو شرط زائد على العقد، فإذا ما شرط في عقد من العقود، فإنه لا يؤثر في صحته، فيبقى العقد صحيحا بمعزل عن الشرط، بينما يلغو الشرط ويعتبر بمنزلة العدم^{١٩٦}

المنافسة

يناقش الاستدلال بالمعقول بما يأتي:

١- لا يسلم القول إن الشرط المانع من التصرف في المبيع شرط ليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين، بل فيه منفعة غالبا لأحد المتعاقدين، وإلا فما الفائدة من اشتراطه إذا لم يشتمل على منفعة؟ فقد يكون البيع بشمن أجل، ويحتاج البائع إلى الاستيثاق بالشمن، فيشترط على المشتري عدم التصرف في المبيع بالبائع إلا بعد الوفاء بكامل الثمن^{١٩٧}، وقد يكون فيه منفعة للمعقود عليه، كما إذا كان المبيع

^{١٩٥} برهان الدين البخاري: المحيط البرهاني ٣٩١/٦، ٣٩٢

^{١٩٦} السرخسي: المبسوط ١٣/١٢. الدرر: الشرح الكبير ٦٥/٣

^{١٩٧} بكير، نجيب محمد: الشرط الإرادي المانع من التصرف باعتباره أحد القيود التي ترد على حق الملكية ص ٩٧. أحمد، إبراهيم سيد: الشرط المانع من التصرف فيها وقضاء

٢- إن الشرط ليس زائداً على العقد، بل لما اشترطه أصبح لازماً للعقد، بحيث لا يتصور وجود العقد في نظر المتبايعين إلا به، وعلى التسليم بأنه زائد على العقد، فإنه مؤثر تأثيراً جوهرياً في العقد، لأنهما ما تراضيا على البيع إلا بهذا الشرط، فلو لاه ما أقدمنا على العقد، وما رضيا بالبيع، فكان الإيجاب والقبول الذي هو ركن العقد مبنياً على هذا الشرط، وإلا ما كان للإيجاب والقبول وجود في العقد

دليل القول الثالث

استدل القائلون بصحة البيع والشرط المانع من التصرف في المبيع بما يأتي:

من الكتاب

- ١- قال تعالى: **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ٢٠٣
- ٢- قال تعالى: **وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً** ٢٠٤

مذاهب، وينظر ابن رجب: فتح الباري (١/٢٢٦)، وفيه: "أنواع الشبه تختلف بقوة قربها من الحرام ويعدّها عنه..... فكل هذه الأنواع من كان عنده علم يبطله علم على حكم الله ورسوله فيها فتنبيه فهو المصيب، ومن اشتبهت عليه فإن اتقاهما واجتنبها فقد فعل الأولى واستبرأ لدينه وعرضه"
 ٢٠٣ من الآية ١ سورة المائدة
 ٢٠٤ الآية ٣٤ من سورة الإسراء

حيواناً، فإن الناس يتفاوتون في الإحسان في حق ذوابهم، فالمشتري ربما يكون أكثر تعاهداً بالمعقود عليه من غيره، فيشترط عليه البائع عدم التصرف فيه بالبيع أو الهبة^{١٩٨}، وإذا كان الشرط المانع من التصرف فيه مصلحة لأحد المتعاقدين، أو للمعقود عليه، ولا يخالف مقصود العقد - كاشتراط الفسخ في البيع، أو الطلاق في النكاح - فلا مانع من جوازها^{١٩٩}

أما القول إن الشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين يجعل العقد من قبيل الربا، فلا يسلم هذا من المناقشة؛ إذ الجنسان مختلفان ولا تجمعهما علة الربا، بخاصة أن المنفعة عند الحنفية - القائلين بهذا القول - ليست مالا في الأصل^{٢٠٠}، فكيف تكون هنا مالا ربوياً لا يقابله عوض؟ بل قد أجاز المانعون الشرط الذي لا يقتضيه العقد إذا جرى به عرف الناس^{٢٠١}، فكيف يكون العرف مجوزاً للربا لو سلمنا أن هذا الشرط يؤدي إلى الربا وقد جرى به العرف؟ ولو سلمنا أن فيه شبهة الربا، فإن الاحتراز عن الشبهات هو مندوب إليه، ولا يصل إلى حد الوجوب على الراجح^{٢٠٢}

١٩٨ البخاري: المحيط البرهاني ٣٩١/٦
 ١٩٩ ابن تيمية: الفتاوى الكبرى ٤/٨٢، ٥/٣٨٩، ٦/٢٧٢
 ٢٠٠ الكاساني: بدائع الصنائع ٢/٢٧٨
 ٢٠١ المرعشياني: الهداية ٦/٤٤٣، البهارتي: العناية ٦/٤٤٣
 ٢٠٢ ينظر في حكم اجتناب الشبهات: النووي، شرح صحيح مسلم ١١/٢٨، وفيه: "مالم يظهر للمجتهد فيه شيء، وهو مشتبه، فهل يؤخذ بالحل أو الحرمة؟ أو يتوقف فيه؟ ثلاثة"
 ١١٨

المنافشة

لقد ناقش ابن حزم هذا الحديث فأعله بالضعف؛ لضعف بعض رواته تارة، وإرساله تارة أخرى^{٢٠٧}

الجواب عن المنافشة

يجاب عن ضعف الحديث، بأن هذا الحديث قد خرجه الترمذي وقال إنه حسن صحيح - كما سبق في تخريج الحديث - في الحاشية وإن ما ذكره ابن حزم من ضعف بعض رواته مثل كثير بن عبد الله، فقد وثقه آخرون كأبي زرعة وحماد بن معين - كما ذكر الشوكاني -^{٢٠٨}

وقد ذكر البخاري هذا الحديث في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم، حيث قال: قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»^{٢٠٩} وهذا يدل على صحة الحديث عند البخاري - كما هي طريقته في ذكر المعلمات بصيغة الجزم -؛ لأن البخاري لا يستجيز لنفسه أن يجزم بالحديث إلا وقد صح عنده^{٢١٠}

قال السخاوي: "علقه البخاري جازماً به، فهو صحيح على ما تقرر في علوم الحديث"^{٢١١} يقصد أن البخاري إذا علق في صحيحه حديثاً بصيغة

٢٠٧ ابن حزم: المحلى ٣٢٢/٧

٢٠٨ الشوكاني: نيل الأوطار ٣٠٤/٥

٢٠٩ ذكره البخاري معلقاً، كتاب الإجازة، باب أجر المسرة ٩٧/٣

٢١٠ السيوطي: تريب الروي ١٢٥/١

٢١١ انظر السخاوي: المقاصد الحسنة ص ٦٠٧ - ١٢١

وجه الدلالة

إن الشرع قد أمر بالوفاء بالعقود والعهود، وهذا عام في كل العقود أو العهود التي لا تخالف مقصود العقد^{٢٠٥}

من السنة

استدلوا من السنة بما يأتي:

- ١- عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً حرم كلاً، أو أكل حراماً، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم كلاً، أو أكل حراماً"^{٢٠٦}

وجه الدلالة

إن الحديث عام في وجوب الوفاء بالشروط، والوجوب يستتبع القول بصحة هذه الشروط ما لم تخالف الشرع، فيكون العقد المشتمل على شرط المنع من التصرف لحين الوفاء بالثمن صحيحاً

٢٠٥ ابن تيمية: الفتاوى الكبرى ٨٣/٤

٢٠٦ ذكره البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم، كتاب الإجازة، باب أجر المسرة

٩٧/٣، وخرجه الترمذي، أبواب الأحكام، باب ما نكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، وقال: هذا حديث حسن صحيح ٦٢٦/٣

٢- عن جابر رضي الله عنه - أنه كان يسير على جبل له قد أعيا، فمرَّ النبي صلى الله عليه وسلم، فصرَّته فدعا له، فسار يسير ليس يسير مثله، ثم قال: «بعثه بوقية»، قلت: لا، ثم قال: «بعثه بوقية»، فبعثه، فاستنبت حُمَّلته إلى أهلي^{٢١٦}

وجه الدلالة
إن جابرا قد اشترط ظهر بعيره إلى المدينة، فأقره النبي صلى الله عليه وسلم - على هذا الشرط، فدل على جواز الشروط ما لم تناف الشرع

المنافسة

يناقش الاستدلال بالحديث على صحة الشرط المانع من التصرف، بأن هذا الاستدلال غير مسلم من وجوه:

الأول: إن اشتراط جابر منفعة بعيره إلى المدينة، إنما كان مفصولا عن عقد البيع؛ لأنه كان بعد العقد لا أثناءه، فيحمل ذلك على التبرع والعارية من رسول الله صلى الله عليه وسلم - لجابر، فيكون الحديث وردا في غير محل النزاع؛ لأن محل النزاع هو اشتراط الشرط في العقد لا بعده، وكان جابرا رضي الله عنه - لما تلفظ للنبي صلى الله

^{٢١٦} متفق عليه: أخرجه البخاري، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز ١٨٩/٣ واللفظ له، ومسلم، كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه ١٢٢١/٣

الجزم فقد أفاد صحته، وإن لم يكن على شرطه ومع التسليم بضعف بعض رواة الحديث فإنه قد جاء من طرق عدة يشد بعضها بعضا، فيصلح للاحتجاج به، يقول ابن تيمية بعد أن ذكر بعض طرق هذا الحديث وشواهد:

"وهذه الأسانيد، وإن كان الواحد منها ضعيفا، فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضا، وهذا المعنى هو الذي يشهد له الكتاب والسنة"^{٢١٢}

وقال ابن حجر: "وكانه - أي الترمذي - اعتبره بكثرة طرقة"^{٢١٣}

وقال الشوكاني بعد ذكره طرق الحديث: "ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض، فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسنا"^{٢١٤}

والمقصود بالطرق التي جاء منها هذا الحديث هو شواهد الكثيرة، حيث جاء من حديث أبي هريرة، وأنس بن مالك، وعبد الله بن عمر، ورافع بن خديج وعمرو بن عوف^{٢١٥}

^{٢١٢} ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد الحراني، أبو العباس، تقي الدين: القواعد النورانية الفقهية ص ٢٧٣ - الناشر: دار ابن الجوزي - السعودية الطبعة: الأولى ١٤٢٢هـ

^{٢١٣} ابن حجر: بلوغ المرام ص ٢٥٨

^{٢١٤} الشوكاني: نيل الأوطار ٣٠٤/٥

^{٢١٥} ابن حجر: أحمد بن علي بن محمد بن أحمد السقلاقي، أبو الفضل: تغليق التعليق على صحيح البخاري ٢٨١/٣ - الناشر: المكتب الإسلامي، دار عمار - بيروت، عمان -

الأردن الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ

الجواب عن المناقشة

يجاب عن مناقشة الاستدلال بحديث جابر بما يأتي:

١- يجاب عن القول إن الشرط في حديث جابر كان بعد العقد، بأن

هذا ترده رواية البخاري في الصحيح التي تدل على أن الشرط

كان أثناء العقد، حيث يقول جابر في رواية البخاري ومسلم:

«قَبِعْتُهُ عَلَى أَنْ لِي فَقَارَ ظَهْرِهِ»^{٢١٨}، حَتَّى أُبْلِغَ الْمَدِينَةَ^{٢١٩}

٢- يجاب عن القول إن هذه المعاملة لم تكن بيعاً، وإنما مجرد

مساومة، بأن الحديث نص واضح في البيع، فالروايات المتعددة

في صحيح البخاري التي منها ما سبق، ومنها: «اشْتَرَاهُ النَّبِيُّ -

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بَوَقِيَّةٍ» تؤكد أن البيع قد وقع حقيقة

بأركانه، ثم كان من النبي -صلى الله عليه وسلم- أن تطوع

بالمبيع لجابر مرة أخرى بعد دفع النبي للنمن وإتمام العقد؛ لما

يعلم من ضيق حال جابر -رضي الله عنه-، فقد جاء في نهاية

الحديث قول جابر: «فَلَمَّا قَدِمْنَا أَيْتَنُهُ -أبي النبي صلى الله عليه

وسلم- بِالْجَمَلِ وَنَقَدَنِي نَمَنَهُ، ثُمَّ انْصَرَفْتُ، فَأَرْسَلَ عَلَيَّ إِثْرِي،

قَالَ: «مَا كُنْتُ لَأَخَذَ جَمَلَكَ، فَخَذَ جَمَلَكَ نِزَاكَ، فَهُوَ مَالِكَ» فدل

^{٢١٨} فقار ظهره: مفاصل عظامه. انظر النووي: شرح صحيح مسلم ٣٢/١١

^{٢١٩} أخرجه البخاري، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى

جار ١٨٩/٣ والنظ له، ومسلم، كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه ١٢٢١/٣

عليه وسلم - بالبيع ثم رأى نفسه محتاجاً إلى ركوبه طلب من النبي -
صلى الله عليه وسلم - أن يعيره البعير ليركبه إلى المدينة، فأعاره النبي
صلى الله عليه وسلم -.

الثاني: إن ما حدث بين جابر، ورسول الله -صلى الله عليه وسلم- لم
يكن بيعاً حقيقياً، وإنما كان مساومة ظنها جابر بيعاً، وإنما أراد النبي -
صلى الله عليه وسلم - الإحسان إليه بالنمن على وجه لا يستحي من
أخذه، بدليل أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال له: «خذ جملك وأك
نمته» ومن ثم فإن الشرط الذي اشترطه جابر، إنما هو اشتراط في ملكه؛
حيث إن النبي -صلى الله عليه وسلم- لم يملك البعير على جابر

الثالث: إن حديث جابر قضية عين يتطرق إليها احتمالات ولا عموم
لها، فلا دلالة فيها.

الرابع: حديث جابر لا يصح الاستدلال به؛ لما فيه من الاضطراب، لأن
في بعض رواياته «أَنَّهُ بَاعَهُ وَاشْتَرَطَ ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ»، وفي بعضها
أَنَّهُ أَعَارَهُ ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ^{٢١٧}

^{٢١٧} الطحاوي: شرح معاني الآثار ٤١/٤. الخرجي، علي بن يحيى زكريا بن مسعود
الأنصاري، أبو محمد، جمال الدين: اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ٥٠٣/٢
الناشر: دار القلم - الدار الشامية - سوريا / دمشق - لبنان / بيروت الطبعة: الثانية
١٤١٤هـ - ١٩٩٤م. ابن رشد: بداية المجتهد ١٧٩/٣. النووي: المجموع ٣٧٧/٩
المعراتي: البيان في مذهب الإمام الشافعي ١٣٦/٥
١٢٤

الترجيح بين الروايات. ويؤكد ابن حجر ترجيح روايات
 الاضطراب، ويعلق على قول البخاري "لاضطراب أكثر وأصح
 عندي"^{٢٢١}، فيقول: أي أكثر طرقاً وأصح مخرجاً، وأشار بذلك
 -أي البخاري- إلى أن الرواة اختلفوا عن جابر في هذه الواقعة
 هل وقع الشرط في العقد عند البيع أو كان ركوبه للجمل بعد
 بيعه إياحة من النبي - صلى الله عليه وسلم - بعد شراؤه على
 طريق العارية....وما جنح إليه البخاري من ترجيح رواية
 الاضطراب هو الجاري على طريقة المحققين من أهل الحديث
 لأنهم لا يتوقفون عن تصحيح المتن إذا وقع فيه الاختلاف إلا
 إذا تكافأت الروايات، وهو شرط الاضطراب الذي يردّ به
 الخبر، وهو مفقود هنا مع إمكان الترجيح، قال ابن دقيق العيد .
 إذا اختلفت الروايات وكانت الحجة ببعضها دون بعض توقف
 الاحتجاج بشرط تعادل الروايات، أما إذا وقع الترجيح لبعضها
 بأن تكون روايتها أكثر عدداً أو أتقن حفظاً، فيتعين العمل
 بالراجح ، إذ الأضعف لا يكون مانعاً من العمل بالأقوى،
 والمرجوح لا يمنع التمسك بالراجح.^{٢٢٢}

^{٢٢١} البخاري: صحيح البخاري ١٨٩/٣

^{٢٢٢} ابن حجر: فتح الباري ٣١٨/٥

ذلك على أن النبي -صلى الله عليه وسلم- وهب جابراً الجمل
 بعد تمام البيع

٣- القول إن الحديث قضية عين لا عموم لها، قول مردود؛ لأن
 الأصل في أحكام الشرع ونصوصه العموم، فالأصل أن كل ما
 ثبت لوحد في زمن النبي -صلى الله عليه وسلم- فإنه يثبت
 لغيره حتى يثبت التخصيص؛ إذ الأصل في النص أنه قانون
 عام يجري على كل الأشباه والنظائر التي جاء النص لأجلها؛
 ولهذا كانت القاعدة الشرعية: العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص
 السبب، فإذا ورد اللفظ العام على سبب خاص فهو على عمومه
 حتى يدل دليل على إرادة القصر على السبب، فالأصل أن
 الحكم عام للأمة.^{٢٢٠}

٤- القول إن حديث جابر لا يقوى على الاحتجاج به لما فيه من
 الاضطراب، يجاب عنه بأن البخاري بعد أن ذكر الروايات
 المتعددة في التصريح باضطراب ظنير البعير، أو عدمه، قد رجح
 رواية الاضطراب بقوله: "لاضطراب أكثر وأصح عندي". فلا يبقى
 مكان للاضطراب؛ لأن الاضطراب لا يكون إلا عند تعذر

^{٢٢٠} السمعاني، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي، أبو المظفر: قواطع
 الأئمة في الأصول ١٩٣/١-الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان الطبعة: الأولى
 ١٤١٨هـ/١٩٩٩م. عبد العزيز البخاري: كشف الأسرار شرح أصول البيهقي ٢٦٦/٢.
 محمد بن محمد الطوسي، أبو حامد: المستصفى ص٢٣٦-الناشر: دار الكتب
 العلمية الطبعة: الأولى ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م

حرم عليكم^{٢٢٠}، وهذا عام، والإباحة يتبعها صحة العقد؛ لأن فساد العقد إنما ينشأ من التحريم^{٢٢١}

دليل القول الرابع

استدل القائلون بفساد البيع المشتمل على الشرط المانع من التصرف في المدة البعيدة، دون المدة القريبة بما يأتي:

القياس على عدم جواز اشتراط منفعة المبيع في المدة البعيدة؛ لما فيه من الغرر، فكذا لا يجوز الشرط المانع من التصرف في المدة البعيدة للغرر، وذلك دون المدة القريبة التي يخلو معها الغرر غالباً^{٢٢٢}

يقول ابن رشد مستدلاً لهذا القول:

"إنه شرط يمنع المشتري التصرف في المبيع بالمدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها، فوجب أن يمنع صحة البيع؛ ولذلك قال ابن المواز: إنه جائز في الأمد القصير^{٢٢٣}

المناقشة

بناقش هذا القياس بعدم التسليم بالأصل، إذ المدة المعلومه تنفي وجود الغرر الفاحش الذي يؤثر في العقد، سواء طالت هذه المدة أو قصرت

^{٢٢٠} من الآية ١١٩ سورة الأعمام

^{٢٢١} المرجع السابق ٨٩/٤، ٩٠

^{٢٢٢} ابن رشد (الحفيد): بداية المجتهد ١٧٩/٣

^{٢٢٣} المرجع السابق ١٧٩/٣

من القياس

١- القياس على الرهن

إن البائع له الحق في أن يحبس الرهن لحين استيفاء الثمن كاملاً من المشتري المدين، فكذا يجوز له منعه من التصرف في المبيع حتى يستوفي البائع حقه كاملاً من الثمن، بجامع الاستيثاق بالثمن في كل^{٢٢٢}

٢- القياس على استثناء بعض المبيع

إن استثناء بعض المبيع في العقد لا خلاف في جوازه ما دام معلوماً، فيقياس عليه استثناء بعض التصرفات التي ترد على المبيع كالبيع أو الهبة، بجامع أن كليهما استثناء لمنفعة معينة معلومة في العقد^{٢٢٤}

من المعقول

استصحاب الأصل

إن الأصل في العقود والشروط الإباحة؛ لأنها من باب الأفعال العادية، والأصل في الأفعال العادية الإباحة ما لم يدل دليل على التحريم، فقد فصل الشرع المحرمات بقوله تعالى: أوقد فصل لكم ما

^{٢٢٢} ابن رشد (الحفيد): بداية المجتهد ١٧٩/٣

^{٢٢٤} ابن تيمية: الفتاوى الكبرى ٨٢/٤

يقول ابن رشد (الجد): "البيع لا تنفك عن الغرر اليسير، فهو مستحلف فيها مستحجاز"^{٢٣١}

الترجيح

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم في حكم الشرط المانع من التصرف، أرى أن القول الأول بالقبول، هو القول بجواز الشرط المانع من التصرف في المبيع إذا كان معلقا على مصلحة معتبرة، مادية كانت أو مخبرية، ومن المصلحة المادية المعتبرة التي يحققها الشرط المانع من التصرف، الوفاء بكامل الثمن في حالة البيع بالتقسيط؛ حفظا لحق البائع من الضياع، حيث لم يرض بخروج المبيع عن ملكه بدون ثمنه الحقيقي الذي يرتضيه البائع

ومن المصلحة الأدبية المعتبرة التي يحققها الشرط المانع من التصرف أن يشترط البائع عليه عدم التصرف في المبيع لأجنبي، فلا يبيع لشخص معين بالذات كفلان، أو بالوصف كأن لا يبيع لرجل من خارج البلدة؛ وذلك لأن البائع يقصد هنا تحقيق مصلحة أدبية وهي حفظ حق الجوار بأن لا يدخل رجل آخر في نطاق البلدة؛ حتى لا يتضرر الآخرون ومن ذلك تعليق حرية التصرف في المبيع ببلوغ المشتري سنا معينة من النضج، إذا كان صغيرا

^{٢٣١} ابن رشد (الجد): البيان والتحصيل ٣٨٥/٩
١٣١

كما أن الأصل، وهو جواز اشتراط استثناء منفعة المبيع في المدة القريبة دون البعيدة هو محل اختلاف بين الفقهاء^{٢٣٢}، والأصل المقيس عليه يشترط فيه أن يكون محل اتفاق، وإلا لأمكن المنازعة في الأصل نفسه كما هنا^{٢٣٠}

فالجواز في المدة القريبة دون البعيدة محل نظر، فقد يحتاج الإنسان إلى المنفعة في المدة البعيدة أيضا؛ لأنها تمثل له أهمية ما في حياته، كالاتفاظ بمنفعة العقار أو المصنع مدة بعيدة معلومة من الزمن، فقد لا يستطيع شراء مسكن آخر في المدة القريبة، أو يستطيع لكن هذا المسكن ذاته يمثل له حاجة مهمة في القيام بمصالحه المختلفة، قياسا على جواز إجارة العين للحصول على منفعتها مدة بعيدة من الزمن يحتاج إليها المستأجر، وهكذا في الشرط المانع من التصرف، فقد يحتاج الإنسان إلى هذا الشرط في المدة البعيدة ضمنا لحقه في الثمن، ما دام المشتري قد تبقى عليه أقساط مستحقة لم يدفعها بعد، فالحاجة كما توجد في المدة القريبة، فإنها توجد في المدة البعيدة أما الغرر فإنه ينتفي بكثر المدة، فإذا بقي بعد ذلك غرر، فإنه يسير، ومن المعلوم أن العقد يفسد بالفاحش من الغرر، وليس اليسير منه.

^{٢٣٢} ذهب الشافعية في أحد الوجهين عندهم، والحنابلة في المشهور، إلى جواز استثناء منفعة المبيع مدة معلومة، وهو اختيار ابن تيمية النووي: المجموع ٣٦٩/٩. ابن قدامة: المغني ٧٣/٤. ابن تيمية: الفتاوى الكبرى ١٠٠/٤
^{٢٣٠} الطوفي: شرح مختصر الروضة ٢٩٧/٣. الشراكبي: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ١٠٧/٢. ١٣٠

وذلك، لأن الأصل في المعاملات الإباحة، ما لم يوجد ما يدل على الحرمة، ولا يقاس الشرط المانع من التصرف على الشروط التي جاءت النصوص بالنهي عنها، إذ لا يوجد الجامع المشترك بين الأصل والفرع كما ظهر من المناقشات الواردة على الأقيسة

ولا يقال إن هذا الشرط لا يقتضيه العقد؛ لأن علة عدم الجواز - وهي أنه لا يقتضيه العقد - فضلا عن أنه لا يوجد نص صريح بخصوصها، فضلا عن أن التعليل بها وقع فيه الخلاف بين الفقهاء - كما ظهر من اختلافهم -، فإن القائلين بأن الشروط التي لا يقتضيهما العقد لا تجوز، هم أنفسهم القائلون بجواز شرط الضمين والرهن، وهي شروط لا يقتضيهما العقد عندهم، لكن تلائم مقتضاه وتؤكد، أقول: وكذلك الشرط المانع من التصرف، فإنه وإن كان شرطا لا يقتضيه العقد لكنه يلائم مقتضاه تارة، حيث تظهر فائدته وأهميته في كونه موضوعا للاستيثاق بالدين عندما يكون في عقد البيع الأجل، وهذا يؤكد مقتضى العقد وهو تسلم البائع للثمن كاملا وتارة لا يؤكد مقتضى العقد لكن فيه مصلحة لأحد المتعاقدين أو غيرهما، كما في المنع من التصرف لشخص معين، وكما في المنع من التصرف إلا بعد بلوغ سن معينة من النضج - كما سبق - وقد رخص المانعون في الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه إذا جرى به العرف^{٢٣٢}، وبالتالي في الشرط المانع من التصرف فإننا نجد أنه قد جرى به العرف بين الناس، حيث نص عليه القانون المدني من

^{٢٣٢} البائري: العناية ٤٤٣/٦

بين نصوصه، فقد نصت المادة (١/٨٢٣) من القانون المدني المصري على صحة الشرط المانع من التصرف، ما دام مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة كما نصت عليه القوانين المعاصرة الأخرى، كقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م، والتقنين المدني الكويتي في المادة ٨١٥، والتقنين المدني الأردني في المادة ١٠٢٨، وانتهى الأمر بالقضاء الفرنسي إلى الأخذ به^{٢٣٣}

ومن هنا أصبح الناس يتعاملون به فيما بينهم دون أن ينكر أحد على أحد، وجرت به معاملات الناس فيما بينهم؛ ولذا كان القول بجوازه مضافا إلى أجل أو مدة هو الأولى بالقبول أما كون الشرط المانع من التصرف مطلقا كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع أبدا أو لا يهبه أبدا فلا يجوز؛ لما فيه من تفريغ العقد من مقصوده، وتجريد المالك من سلطة التصرف، وهذا يؤدي إلى حبس المال عن التداول، وهو من شأنه إلحاق الضرر بالغير، وقد نهت الشريعة عن الضرر، كما نهت عن إلحاق الضرر بالآخرين وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية حين اعتبرت المنع من التصرف لمدة حياة المتصرف إليه باطلا خلافا لما استقر عليه التقنين المدني المصري في المادة (٣/٨٢٣) التي نصت على أن: "المدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى

^{٢٣٣} بكير، نقيب محمد: الشرط الإرادي المانع من التصرف باعتباره أحد القيود التي قد

ترد على حق الملكية ص ٧٨، ٨١. مبروك، مبروح محمد علي: حق الملكية ص ١٧٥

حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير^{١٣٤}
العلاقة بين الشرط المانع من التصرف والرهن الرسمي

لقد سبق القول إن القانون المدني يجوز للمدين الراهن رهنا رسميا أن يتصرف في المرهون بالبيع^{١٣٥}، وهذا يدل على أن التصرف في المرهون بالبيع من قبل المدين الراهن، أو تقييد حرية المدين في اشتراط عدم البيع أو أي تصرف ناقل للملكية ليس من القواعد الآمرة في القانون المدني، وإنما هو قاعدة مكملة يجوز فيها الاتفاق على أي الطريقتين من حرية التصرف بالبيع أو تقييد هذه الحرية بعدم التصرف فإذا اشترط المرتهن على الراهن رهنا رسميا عدم جواز بيع المبيع المرهون، أصبح ذلك كالشرط المانع من التصرف الذي يشترط فيه البائع عدم جواز بيع المبيع أو نقل ملكيته بأي طريق إلى حين الوفاء بالأقساط، وهذه هي الصورة التي يغلب التعامل بها في الرهن الرسمي ومن ثم فإن الشرط المانع من التصرف والرهن الرسمي يجتمعان في هذه الصورة التي يشترط فيها البائع الدائن على المشتري المدين عدم بيع المبيع أو التصرف فيه تصرفا ناقلا للملكية

^{١٣٤} مبروك، مدوح محمد علي: حق الملكية ص ١٨٢
^{١٣٥} البيراي، عبد المنعم: التأمينات العينية ص ١٦٢، ١٦٣
١٣٤

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على القول بصحة الشرط المانع من التصرف

يترتب على القول بصحة الشرط المانع من التصرف في المقدم أنه يجب على المشتري الوفاء به، وعدم الإخلال بما يقتضيه هذا الشرط من عدم التصرف في المبيع أي تصرف ناقل للملكية، حيث لا يجوز للمشتري أن يبيع العين، أو يهبها، أو يقدم العين حصة في شركة، أو يرهنها رهنا رسميا أو حيازيا، كما لا يجوز الحجز على العين أثناء المدة التي يبقى الشرط المانع قائما؛ لأن العين تصبح غير قابلة للحجز عليها ما دامت غير قابلة للتصرف فيها

جزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف

لقد اختلف القائلون بصحة الشرط المانع من التصرف في جزاء مخالفة هذا الشرط على وجهين عند الحنابلة:

الوجه الأول: يجبر المشتري على تنفيذ مقتضى الشرط كما سبق

ويستدل له بالنصوص الواردة في وجوب الوفاء بالعهود، والتي سبق نكرها في أئمة القائلين بجواز البيع مع الشرط المانع من التصرف في المبيع، مع بيان وجه دلالتها، ومنها:

الخاتمة

١- إن الاحتفاظ بحق ملكية الأصل أصبح غاية ينشدها الدائن في مواجهة مدينه؛ لما يوفره له من ضمان ضد المخاطر المتوقعة لإعسار المدين ومزاحمة باقي الدائنين له، ومن هنا، فقد أصبحت للملكية وظيفة جديدة تتمثل في الاستيثاق بالحق وتوفير الضمان للدائن، بالإضافة إلى مفهومها التقليدي باعتبارها حقا عينيا أصليا يخول للمالك حرية التصرف فيها كما يشاء، خاصة أن النظام القانوني للتأمينات التقليدية أثبت قصوره عن توفير الحماية الكافية للدائن ضد مخاطر إعسار المدين

٢- يخلص البحث إلى جواز البيع الآجل مع اشتراط البائع الاحتفاظ بملكية المبيع وعدم نقل هذه الملكية إلا بعد الوفاء بكامل الأقساط، بالرغم من تسليمه للمشتري للانتفاع به

٣- يبيّن جواز البيع الآجل مع اشتراط البائع الاحتفاظ بملكية المبيع على عدة أسس، أهمها: البيع المعلق على شرط النقد، اتفاق الفقهاء على جواز اشتراط الخيار والكفيل والرهن في البيع مع أنها شروط لا يقتضيها العقد، مشروعية الإجارة

قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" ^{٢٣٦} وقوله تعالى: "وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا" ^{٢٣٧}

الوجه الثاني: لا يجبر المشتري على تنفيذ مقتضى الشرط، ولكن يكون للبائع الخيار بين فسخ العقد واسترداد المبيع مرة أخرى، وبين الرضا بالعقد دون وجود الشرط المانع من التصرف ^{٢٣٨}

واستدل على ذلك بأن الشرط لا يوجب فعل المشروط، كما لو شرط الرهن أو الضمين ^{٢٣٩}

وقد أخذ القانون المدني المصري بالوجه الثاني الذي يرى للبائع الحق في استرداد المبيع، عند مخالفة المشتري للشرط المانع من التصرف؛ حتى يتقضى إجراءات التتبع في مواجهة الغير ^{٢٤٠}

كما نص في المادة ٨٢٤ منه على بطلان كل تصرف يقع مخالفًا للشرط المانع

^{٢٣٦} من الآية ١ سورة المائدة

^{٢٣٧} من الآية ٣٤ سورة الإسراء

^{٢٣٨} ابن قدامة: المغني ٤/١٧١. ابن تيمية: الفتاوى الكبرى ٥/٣٨٩. بكر، نجيب محمد:

الشرط الإرادي المانع من التصرف ص ١٠٨.

^{٢٣٩} ابن قدامة: المغني ٤/١٧١

^{٢٤٠} مبروك، مدوح محمد علي: حق الملكية ص ١٧٩

المراجع

كتب الحديث

- ١- ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خوستي العبسي: المصنف في الأحاديث والآثار - الناشر: مكتبة الرشد - الرياض
- ٢- ابن الملقن، عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، أبو حفص، سراج الدين: البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير الناشر: دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض - السعودية الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م
- ٣- ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد، أبو حاتم: صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان تحقيق: شعيب الأرنؤوط الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٤ - ١٩٩٣
- ٤- ابن حجر: أحمد بن علي بن محمد بن أحمد العسقلاني، أبو الفضل: تغليق التعليق على صحيح البخاري - الناشر: المكتب الإسلامي، دار عمار - بيروت، عمان - الأردن الطبعة: الأولى، ١٤٠٥هـ

المنتهية بالتمليك بضوابطها، جواز الرهن مع عدم اشتراط قبض المرهون عند بعض الفقهاء، جواز البيع مع اشتراط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع ولا يهبه حتى يسدد كامل الثمن عند بعض الفقهاء، جواز حبس المبيع لاستيفاء الثمن، جواز رهن المبيع على ثمنه

٤- إن الشرط المانع من التصرف في المبيع يجوز إذا كان معقلاً على مصلحة معتبرة، كوفاء المشتري (المدين) بكامل الأقساط؛ لما يقوم به هذا الشرط من مصلحة حقيقية، وهي استيفاء البائع بالثمن، حيث لم يرض بخروج المبيع عن ملكه إلا بالثمن الذي انعقد عليه العقد، ولا يجوز أن يكون الشرط المانع من التصرف في المبيع مطلقاً؛ لما فيه من تفرغ العقد من مقصوده، وهو حرية المالك في التصرف

- ٥- ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد العسقلاني: التلخيص الحبير - الناشر: مؤسسة قرطبة - مصر الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م
- ٦- ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد العسقلاني: فتح الباري - نشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ
- ٧- ابن حنبل، أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، أبو عبد الله: مسند أحمد - نشر مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م
- ٨- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد، أبو عمر: الاستنكار - الناشر دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م
- ٩- ابن منصور، سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني، أبو عثمان: سنن سعيد بن منصور - الناشر: دار السلفية - الهند الطبعة: الأولى، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٢م
- ١٠- أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني: سنن أبي داود: الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت
- ١١- البخاري، محمد بن إسماعيل، أبو عبدالله الجعفي: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم

- وستنه وأيامه = صحيح البخاري - الناشر: دار طوق النجاة الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ
- ١٢- الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، أبو عيسى: سنن الترمذي الطبعة: الثانية، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م
- ١٣- الحاكم، محمد بن عبد الله بن محمد بن حمويه بن نعيم بن الحكم النيسابوري، أبو عبد الله: المستدرک علی الصحیحین - الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١١ - ١٩٩٠
- ١٤- الخطابي، حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي، أبو سليمان: معالم السنن - الناشر: المطبعة العلمية - حلب
- ١٥- الدارقطني، علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن نعمان بن دينار البغدادي، أبو الحسن: سنن الدارقطني: الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م
- ١٦- الزيلعي، عبد الله بن يوسف بن محمد، جمال الدين، أبو محمد: نصب الراية لأحاديث الهداية - الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م
- ١٧- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين: تحفة الأبرار بنكت الأذكار للنووي - الناشر: مكتبة دار التراث، المدينة المنورة الطبعة: الأولى، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م

- ١٨- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين: تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي - الناشر: دار طيبة
- ١٩- مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري: المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم - الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت
- ٢٠- النووي، يحيى بن شرف، أبو زكريا، محيي الدين: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج - الناشر: دار إحياء التراث العربي بيروت الطبعة: الثانية، ١٣٩٢هـ -

أصول الفقه وقواعده

- ١- ابن الجوزي، يوسف بن قزواغلي بن عبد الله، أبو المظفر، شمس الدين، سبط أبي الفرج ابن الجوزي: إيثار الإنصاف في آثار الخلاف - الناشر: دار السلام - القاهرة الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ -
- ٢- ابن الشاط، قاسم بن عبد الله: إررار الشروق على أنواء الفروق - الناشر: عالم الكتب
- ٣- ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، شمس الدين: إعلام الموقعين عن رب العالمين - الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م

- ٤- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد الحراني، أبو العباس، تقي الدين: القواعد النورانية الفقهية - الناشر: دار ابن الجوزي - السعودية الطبعة: الأولى ١٤٢٢هـ -
- ٥- ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، زين الدين: القواعد - الناشر: دار الكتب العلمية
- ٦- البخاري: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين: كشف الأسرار شرح أصول البزدي - الناشر: دار الكتاب الإسلامي
- ٧- الفتازني، سعد الدين مسعود بن عمر: التلويح على التوضيح - الناشر: مكتبة صبيح
- ٨- السبكي، عبد الوهاب بن تقي الدين علي بن عبد الكافي، تاج الدين: الأشباه والنظائر - الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م
- ٩- السمعاني، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المرزوي، أبو المظفر: قواطع الأئمة في الأصول - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان الطبعة: الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٩م
- ١٠- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليميني: إرشاد القول إلي تحقيق الحق من علم الأصول - الناشر: دار الكتاب العربي الطبعة: الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م

كتب الفقه

أولاً: الفقه الحنفي

- ١- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز: رد المحتار على الدر المختار الناشر: دار الفكر بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م
- ٢- ابن مودود، عبد الله بن محمود الموصلبي، أبو الفضل، مجد الدين: الاختيار لتعليل المختار - الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م
- ٣- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد: البحر الرائق شرح كنز الدقائق - الناشر: دار الكتاب الإسلامي
- ٤- البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، أبو عبد الله، أكمل الدين: العناية شرح الهداية - الناشر: دار الفكر
- ٥- البخاري، محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة: المحيط البرهاني في الفقه النعماني، أبو المعالي، برهان الدين - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م
- ٦- الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ - ١٤٥

- ١١- الطوفي، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين: شرح مختصر الروضة - الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م
- ١٢- الغزالي، محمد بن محمد الطوسي، أبو حامد: المستصفى - الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م
- ١٣- القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن: الفروق أنوار البروق في أنواء الفروق الناشر: عالم الكتب

ثانياً: الفقه المالكي

- ١- ابن رشد (الجد)، محمد بن أحمد القرطبي، أبو الوليد: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة - الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان - الطبعة: الثانية، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م
- ٢- ابن رشد (الحفيد)، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد الناشر: دار الحديث - القاهرة ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م
- ٣- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد، أبو عمر: الكافي في فقه أهل المدينة - الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م
- ٤- ابن عبد الوهاب، محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمي النجدي: مختصر الإنصاف والشرح الكبير - الناشر: مطابع الرياض - الرياض الطبعة: الأولى
- ٥- البرادعي، خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد: التهذيب في اختصار المدونة - الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي الطبعة: الأولى ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م

- ٧- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، شمس الأئمة: المبسوط - الناشر: دار المعرفة - بيروت ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م
- ٨- السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر، علاء الدين: تحفة الفقهاء - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الثانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- ٩- العيني، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغنائي، بدر الدين -: البناية شرح الهداية الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م
- ١٠- الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، علاء الدين: بدائع الصنائع - الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م
- ١١- المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، أبو الحسن، برهان الدين: الهداية في شرح بداية المبتدي - الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان

- ١٥- القيرواني، عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي، أبو محمد:
النوار والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات -
الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت الطبعة: الأولى، ١٩٩٩ م
- ١٦- المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري
الغرناطي، أبو عبد الله: التاج والإكليل لمختصر خليل -الناشر:
دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ- ١٩٩٤ م

ثالثاً: الفقه الشافعي

- ١- الأنصاري: زكريا بن محمد بن زكريا، أبو يحيى، زين الدين:
أسنى المطالب في شرح روض الطالب -الناشر: دار الكتب
الإسلامي
- ٢- الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد، شمس الدين: مفتي المحتاج
إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج -الناشر: دار الكتب العلمية
الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤ م
- ٣- الرافعي، عبد الكريم بن محمد القزويني: فتح العزيز بشرح
الوجيز = الشرح الكبير -الناشر: دار الفكر
- ٤- الشافعي، محمد بن إبريس بن العباس بن عثمان بن شافع، أبو
عبد الله: الأم -الناشر: دار المعرفة - بيروت - ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠ م

- ٦- الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي،
شمس الدين: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل -الناشر: دار
الفكر الطبعة: الثالثة ١٤١٢هـ - ١٩٩٢ م
- ٧- الخرشبي، محمد بن عبد الله، أبو عبد الله: شرح مختصر خليل
للخرشبي -الناشر: دار الفكر للطباعة - بيروت
- ٨- الدريد، أحمد العدوي: الشرح الصغير الناشر: دار المعارف.
- ٩- الدريد، أحمد العدوي: الشرح الكبير -الناشر: دار الفكر
- ١٠- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح
الكبير -الناشر: دار الفكر
- ١١- الصاوي، أحمد بن محمد الخلوئي، أبو العباس: بلغة السالك
لأقرب المسالك = حاشية الصاوي على الشرح الصغير -الناشر:
دار المعارف
- ١٢- عيش، محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله المالكي: فتح العلي
المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك -الناشر: دار المعرفة
- ١٣- عيش، محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله: منح الجليل شرح
مختصر خليل - الناشر: دار الفكر - بيروت - ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩ م
- ١٤- القرافي، أحمد بن إبريس بن عبد الرحمن: الذخيرة -الناشر: دار
الغرب الإسلامي - بيروت الطبعة: الأولى، ١٩٩٤ م

- ٤- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، أبو إسحاق، برهان الدين: المدح في شرح المقنع - الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م
- ٥- ابن مفلح، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي: الفروع - الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م
- ٦- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إبريس: دقائق أولي النهى لشرح المنتهى = شرح منتهى الإرادات الناشر: عالم الكتب الطبعة: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م
- ٧- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إبريس: كشف القناع عن متن الإقناع - الناشر: دار الكتب العلمية
- ٨- الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى - الناشر: المكتب الإسلامي الطبعة: الثانية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م
- ٩- الكلوذاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطاب: الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني - الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع الطبعة: الأولى، ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤م

- ٥- العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني البيني، أبو الحسين: البيان في مذهب الإمام الشافعي - الناشر: دار المنهاج - جدة الطبعة: الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م
- ٦- المنهاجي، محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق الأسيوطي، شمس الدين: جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود - الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م
- ٧- النووي، يحيى بن شرف، أبو زكريا، محيي الدين: المجموع شرح المهذب - الناشر: دار الفكر
- رابعا: الفقه الحنبلي
- ١- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد الحراني، تقي الدين: الفتاوى الكبرى - الناشر: دار الكتب العلمية
- ٢- ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد، أبو الفرج، شمس الدين: الشرح الكبير على متن المقنع - الناشر: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع
- ٣- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي، موفق الدين: المغني - الناشر: مكتبة القاهرة تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م

١٠- المرادوي، علي بن سليمان المشقي الصالح، أبو الحسن، علاء الدين: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف - الناشر: دار إحياء التراث العربي الطبعة: الثانية

خامسا: فقه الظاهرية

ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي

الظاهري، أبو محمد: المحلى بالآثار - الناشر: دار الفكر - بيروت

سادسا: فقه الإباضية

أطقيش، محمد بن يوسف: شرح النيل وشفاء العليل ١٧٨/١٨ - الناشر:

وزارة التراث القومي والثقافة - عمان

سابعاً: فقه الزيدية

١- الصنعاني، أحمد بن قاسم العنسي: البحر الزخار - الناشر: مكتبة

العلوم والحكم؛ الطبعة الأولى

٢- الصنعاني، أحمد بن قاسم العنسي: التاج المذهب لأحكام المذهب

شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار - الناشر: دار الحكمة

البيمانية للطباعة والنشر والتوزيع.

ثامناً: فقه الإمامية

١- البحراني، يوسف: الحقائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة

٢٣٦/٢٨ - الناشر: جماعة المدرسين، ردمك. - قم - إيران.

٢- الحلي، الحسن بن يوسف بن المطهر الأودي: تذكرة الفقهاء

٢٥٢/١٠ مؤسسة آل البيت لإحياء التراث - إيران -

٣- الحلي، الحسن بن يوسف بن المطهر الأودي: مختلف الشيعة

٣٨٣/٦ الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين

بقم - إيران - الطبعة: الأولى ١٣٧٢هـ -

٤- الكركي، علي بن الحسين: جامع المقاصد الناشر: مؤسسة آل

البيت لإحياء التراث - قم الطبعة: الأولى - ربيع الأول

١٤٠٨هـ - المهدية - قم.

تاسعاً: كتب فقهية عامة

١- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله: السيل الجرار

المتدفق على حدائق الأزهار - الناشر: دار ابن حزم، الطبعة

الأولى

٢- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله: نيل الأوطار

الناشر: دار الحديث، مصر الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م

٣- الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو

جعفر: اختلاف الفقهاء - الناشر: دار الكتب العلمية

- ٥- بكير، نجيب محمد: الشرط الإرادي المانع من التصرف باعتباره أحد القيود التي قد ترد على حق الملكية - الناشر مكتبة عين شمس ١٩٩٥م
- ٦- سعد ، حمدي أحمد: البيع الإيجاري - حراسة قانونية مقارنة بأحكام الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي - الناشر : دار الكتب القانونية - المحلة الكبرى - مصر - ٢٠٠٧م
- ٧- العثيمين، محمد بن صالح بن محمد: الشرح الممتع على زاد المستقنع - الناشر: دار ابن الجوزي الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ -
- ٨- مبروك، ممدوح محمد علي: حق الملكية - الناشر دار النهضة العربية ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م
- ٩- منصور، محمد حسين: شرط الاحتفاظ بالملكية ص ٢٨، ١١٣ - ١٢٢ - الناشر: دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - ٢٠٠٧م

- ٤- الطحاوي، أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي: مختصر اختلاف العلماء - الناشر: دار البشائر الإسلامية - بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٧هـ -

كتب اللغة

- ١- الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض: تاج العروس من جواهر القاموس - الناشر: دار الهداية
- ٢- مجمع اللغة العربية بالقاهرة: المعجم الوسيط - الناشر: دار الدعوة كتب معاصرة
- ١- أبو الخير، عبد السميع عبد الوهاب: مدى شرعية الرهن الرسمي في ضوء أحكام الفقه الإسلامي - الناشر مكتبة وهبة ١٩٨٨م
- ٢- أحمد، إبراهيم سيد: الشرط المانع من التصرف فقها وقضاء - الناشر دار الكتب القانونية - المحلة الكبرى - ٢٠٠٥م.
- ٣- البراوي، عبد المنعم: التأمينات العينية - الناشر: مكتبة سيد عبد الله وهبه الطبعة الثانية ١٩٧٢م.

- ٤- البعلبي، عبد الحميد محمود: الملكية وضوابطها في الإسلام، دراسة مقارنة - ط دار التوفيقية النموذجية للطباعة الجمع الآلي - الناشر مكتبة وهبة - الطبعة الأولى، ربيع الثاني ١٤٠٥هـ - يناير ١٩٨٥م

4-prevented conditions from saling to others ,permissible if it can depend on the important need .as payment of purchaser with compelet debts ,because this condition lead to important need ,documentation of price and its illegal prevented condition from payment to others , because of lack in owner freedom with sell.

Conclusion

1-keeping of ownership became hope of the creditors for facing up his debtor ,because the ownership provide him the gurantee against the expected problems to the debtor bankruptcy and competition other creditors ,so the ownership have become new new positions which represented in documentation of right and provide gurantee for creditors In addition,classic defention by consideration of main right which provide the owner free act what he need ,especially ,the legal system for classic instrution have side effects for providing the protection for creditors.

2-In summary of this research ,the passport of payment installment sales with requirement of keeping the ownership of the owner and don't move this ownership except the payment of debts Although,provide it to purchaser to used it.

3-The sale passport of installment depend on several basis ,the main of these , the payment depending on cash requirement ,agreement of jurists on passport of condition of options ,gurantor and moratgage in sale ,Although conditions not need in contact ,legitimacy of ended rent with owner of regulations, passport of mortgage without take of these mortgage ,passport of sale with saler on purchaser that don't sale and gift untile preventing the goods pay price .