# مجلس العقود العينية في الفقه الإسلامي والقانون

**الدكتور**
**فراس بحر محمود**
**الجامعة العراقية / كلية القانون**

## المقـــدمة

الأصل في العقود أن تكون رضائية سواء في الفقه الإسلامي أم في القانون وان العقد ألرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده توافق وارتباط الإيجاب بالقبول على نحو يعتد به شرعا وقانونا فهو يتم بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين أيا كانت طريقة هذا التبادل مشافهة أو كتابة او حتى إشارة .[١]

إلا إن هذه القاعدة العامة ليست مطلقة ، وإنما ترد عليها استثناءات عديدة أخذت تتكاثر في العصر الحديث [٢] .واول هذه الاستثناءات الشكلية والعينية في العقود. فالعقد الشكلي هو ما يجب لانعقاده مع تراضي المتعاقدين أن يفرغ هذا التراضي في شكل معين يحدده القانون بحيث يعد هذا الشكل ركنا في انعقاد ذلك العقد لا يتم ولا يكون له وجود بدونه[٣]. أما العقد العيني فهو العقد الذي لا يكفي لانعقاده مجرد ارتباط الإيجاب بالقبول وتوافقهما ، بل لابد من قبض العين محل العقد وتسليمها من قبل احد المتعاقدين للآخر ، والعقد العيني يشبه العقد الشكلي من حيث انه لا ينعقد بمجرد التراضي بل يلزم أن يقترن التراضي بين طرفيه بتسليم الشيء الذي يتعلق به الاتفاق إلى احد المتعاقدين ، ففي هذه الحالة يتم إبرام العقد بالتراضي مع قبض العين محل العقد[٤] .

مما تقدم وبما إننا بصدد دراسة العقود العينية واثر قبض العين في تحديد زمان ومكان انعقاد هذه العقود لذا فإننا سوف نتعرض في دراستنا لهذا الموضوع لبيان مدلول العينية في الفقه

---

(١) الدكتور ياسين محمد الجبوري – المبسوط في شرح القانون المدني– المجلد الأول – نظرية العقد – مطبعة وائل للنشر والتوزيع – عمان – ج١ ص ١٢٥.

(٢) الدكتور سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – المجلد الأول – نظرية العقد والإرادة المنفردة – ط٤ – طبعة سنة ١٩٨٤.

(٣) الدكتور جلال علي العدوي ، الدكتور محمد لبيب شبيب – مصادر الالتزام – الدار الجامعية للطباعة والنشر – بيروت – طبعة سنة ١٩٨٥ ص ٥٣– ٥٤.

(٤) الدكتور ياسين محمد الجبوري – المبسوط – مصدر سابق ج١ ص ١٣٥.

الإسلامي والقانون المدني ثم نبين بعض النماذج التطبيقية للعقود العينية ، عليه فقد قسمنا بحثنا هذا إلى ما يلي :-

المبحث الأول : مدلول العينية في الفقه الإسلامي والقانون المدني .
المبحث الثاني : مجلس عقد الصرف .
المبحث الثالث : مجلس عقد السلم .
المبحث الرابع : مجلس عقد الرهن .
المبحث الخامس : مجلس عقد هبة المنقول .

## المبحث الأول
## مدلول العينية في الفقه الإسلامي والقانون المدني

يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية العقد العيني بأنه العقد الذي لا يتم ولا يلزم إلا بالقبض أو بتسليم العين المعقود عليها فلا يكفي في تمام هذه العقود وجود الصيغة الدالة على الرضا وإنما لابد لتمامه وترتيب آثاره قبض المعقود عليه ومن أمثلة هذه العقود الهبة والوديعة والقرض. [١]

أما فقهاء القانون فيعرفون العقد العيني بأنه العقد الذي لا يكفي لانعقاده مجرد الإيجاب والقبول بل يجب أن يقترن توافق الإرادتين بتسليم العين موضوع العقد من احد الطرفين إلى الأخر. [٢]

هذا ولقد ذهب بعض فقهاء القانون إلى إن العقد العيني ينعقد بمجرد اقتران الإيجاب والقبول مثله في ذلك مثل العقد ألرضائي وان تسليم الشيء المعقود عليه يكون لازما لتنفيذه أي انه يكون شرط لزوم. [٣]

هذا وقد اختلف فقهاء الشريعة والقانون حول طبيعة شرط القبض أو التسليم في العقد العيني فهناك من يرى انهُ شرط نفاذ ولزوم في حين يرى آخرون انه شرط انعقاد لا ينعقد العقد العيني بدونه ويبدو لنا انه يوجد في الفقه الإسلامي نوعان من العقود العينية نوع يكون فيه القبض شرط تمام ، والنوع الآخر يكون فيه القبض شرط صحة والنوع الأول لا يكفي لانعقاده مجرد توافق الإيجاب مع القبول وان القبض شرط تمام فلا يرتب هذا النوع من العقود آثاره إلا بالقبض ومن أمثلة هذا النوع من العقود عقد الهبة وعقد الوديعة وعقد القرض ، وهذا هو مذهب الحنفية والشافعية والمشهور عند الحنابلة [٤] ويرجع السبب في اشتراط القبض لتمام

---

[١] الدكتور عبد المجيد مطلوب – الوجيز في المال والملك ونظرية العقد – دراسة مقارنة– طبعة سنة ١٩٨٩م ص ١٨٩ ، الدكتور عيسوي احمد عيسوي – الفقه الإسلامي – المدخل ونظرية العقد – مطبعة دار التأليف – ط٢ ص٥٠٠– ٥٠١ ، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي – تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق – المطبعة الكبرى الأميرية بمصر – ط١ طبعة سنة ١٣١٤هـ ج٥ ص ٩١.

[٢] الدكتور عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام – دار النشر للجامعات المصرية – طبعة سنة ١٩٥٢ ج١ ص ١٥٣ ، الدكتور ياسين الجبوري – الوسيط – مصدر سابق ج١ ص ١٣٥.

[٣] الدكتور عاطف النقيب – نظرية العقد – منشورات عويدات – بيروت– ط١ – طبعة سنة ١٩٨٨م ص ٧٩.

[٤] الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – دار الفكر – بيروت – ط١– طبعة سنة ١٤١٧هـ – ١٩٩٦م ج٥ ص٣١٩ – ٣٢٠،عبد الله بن احمد بن قدامة – المغني – دار

هذه العقود إلى إنها من عقود التبرع ، والقاعدة تقضي بان التبرع لا يتم إلا بالقبض، والهدف من ذلك هو حماية المتبرع من طيشه وتسرعه ورعونته ودعوته من ثم إلى التأني والتبصر فيما هو مقدم عليه بالإضافة إلى إن التبرع عرضة للرجوع عنه فلا بد من شيء يؤكده ومن ثم كان القبض شرطاً لتمامها ولزومها. [١]

حيثً يرى المالكية أن صدور الصيغة يترتب عليه آثار العقد فمثلا في عقد الهبة يمتلك الموهوب له العين الموهوبة ويطالب الواهب أن يسلمها إليه غاية الأمر عندهم إن القبض يمنع بطلان الهبة بموت الواهب أو بإحاطة الدين به [٢] أما النوع الثاني من العقود العينية فهو لا يكفي لانعقاده مجرد توافق الإيجاب والقبول وإنما لابد من القبض في مجلس العقد فهذا النوع من العقود العينية يكون القبض فيه شرط صحة وليس شرط تمام ومن أمثلة هذا النوع من العقود العينية عقد الصرف وعقد السلم. [٣]

أما عقد الرهن فهو محل خلاف بين الفقهاء فمنهم من اعتبر القبض فيه شرط صحة والبعض الآخر اعتبر القبض فيه شرط تمام ،والبعض الآخر لم يعتبره لا شرط صحة ولا شرط تمام كما سنرى .

وعلى هذا الأساس فالنوع الأول من العقود العينية تنعقد سواء تحقق القبض في مجلس عقدها أم بعده ، عليه يمكن القول بان عقود الهبة والوديعة والقرض تنعقد وتصح بمجرد ارتباط الإيجاب والقبول وينتهي مجلس عقدها إلا انها تكون موقوفة على القبض فالقبض فيها شرط تمام ولزوم [٤]أما النوع الثاني من العقود العينية فان هذه العقود لا تنعقد صحيحة إلا إذا حصل القبض في مجلسها فلا يصح العقد طالما حدثً القبض بعد ذلك أو قبله كعقد الصرف

---

الغد العربي– بدون تاريخ ج٥ ص٥٩١–٥٩٢ – أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي – المهذب – مطبعة عيسى ألبابي ألحلبي وشركاؤه بمصر – بدون تاريخ ج١ ص ٤٧٧.

[١] الدكتور أحمد فراج حسين – الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية – الدار الجامعية – طبعة سنة ١٩٨٧ص ٢٩٠ ، الدكتور عيسوي احمد عيسوي – الفقه الإسلامي – مصدر سابق ص ٥٠٠–٥٠١.

[٢] عبد الله محمد الخرشي – شرح الخرشي على مختصر خليل – المطبعة العامرة بمصر – طبعة سنة ١٣١٦هـ ج٥ ص ١٠٥–١٠٦.

[٣] الشيخ علي الخفيف – أحكام المعاملات الشرعية – دار الفكر العربي – ط٣ – طبعة سنة ١٩٧٤ ص ٢١٩.

[٤] المصدر أعلاه ص ٢١٨.

والسلم والرهن على خلاف بعض الفقهاء وعقد هبة المنقول في القانون ، وهذا النوع هو الذي يعنينا في هذا المقام وهو ما سنتناوله كنماذج تطبيقية لبيان أثر القبض في انعقاد هذه العقود.
هذا ومن الجدير بالذكر في هذا المقام انه كما يجوز الاتفاق على تحويل عقد رضائي إلى عقد شكلي وهذه هي الشكلية الاتفاقية لا القانونية ، كذلك يجوز الاتفاق على تحويل عقد رضائي إلى عقد عيني. [١]

ويتحقق القبض في العقود العينية وفقا للرأي الراجح بالقبض الحسي باليد فيما يمكن فيه ذلك كالمنقولات ، فالمنقول يكون قبضه بنقله وتحويله أو بالمناولة ، لان حقيقة القبض تكون بذلك،وأما ما لا يمكن نقله وتحويله كغير المنقول فيكتفى فيه بالتخلية وهي التمكين من إثبات اليد وذلك برفع الموانع أي بالتخلية بين المعقود عليه وبين من يكون منه القبض هذا ويرجع إلى العرف لبيان الأشياء التي تعد التخلية فيها قبضا حكميا من عدمه. [٢]

---

[١] الدكتور عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – مصدر سابق – ج١ ص١٥٤ ، الدكتور عبد المنعم فرج الصدة – نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي – دار النهضة العربية – طبعة سنة ١٩٩٠م ج١ ص١٢٢ ، الدكتور عمر السيد أحمد عبد الله – ابرام العقود في قانون المعاملات المدنية الإماراتي – دار النهضة العربية – طبعة سنة ١٩٩٥م ص ١٢.

[٢] الدكتور محمد وحيد الدين سوار – الشكل في الفقه الإسلامي – ط١ – طبعة سنة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥ م ص ٩١-٩٢.

## المبحث الثاني
## مجلس عقد الصرف

عقد الصرف هو مبادلة الذهب والفضة بعضها ببعض فهو عبارة عن بيع الأثمان بعضها ببعض ، ويشترط في صحة عقد الصرف قبض كل من البدلين في مجلس العقد لان الذهب والفضة أو الأثمان من الأموال الربوية التي يشترط فيها القبض في مجلسها ، ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك حيث اجمع أهل العلم على إن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا يكون الصرف فاسد بدليل قوله صلى الله عليه وسلم (( الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء )) [١]وقوله صلى الله عليه وسلم (( بيعوا الذهب والفضة كيف شئتم يدا بيد )) [٢]وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الذهب بالفضة دينا [٣] كما نهى أن يباع غائب منها بناجز[٤].

ويشترط في الصرف القبض في المجلس وان طال المجلس سواء أكان القبض في أول المجلس أو في آخره ، أما إذا تفرقا من المجلس قبل التقابض بطل الصرف لفوات شرطه ، وان قبض البعض ثم افترقا بطل فيما لم يقبض وفيما يقابله من العوض وأما في المقبوض ففيه رأيان الأول يرى إن ذلك لا يصح لتفرق الصفقة والثاني يصح لعدم تفرق الصفقة . [٥]

وبناء على ذلك يمكن القول بأنه يشترط في مجلس عقد الصرف أن يتم قبض كل من البدلين في المجلس قبل التفرق ويقصد بالافتراق هنا أن يفترق العاقدان بأبدانهما عن المجلس كلا في جهة ، أو يذهب احدهما ويبقى الآخر ، أو ينشغل كلاهما أو احدهما بعمل آخر مما يدل على الإعراض فيبطل عندئذ الصرف وينفض المجلس . [٦] وأيضا لو كان لرجل على إنسان ألف

---

[١] محمد بن علي الشوكاني – نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار – شركة مكتبة ومطبعة مصطفى ألبابي ألحلبي – بدون تاريخ ج٥ ص ٢١٧ ، الإمام مالك بن انس الاصبحي – الموطأ – دار إحياء الكتب العربية – بدون تاريخ ج٢ ص ٦٣٧.

[٢] ابن حجر العسقلاني – فتح الباري بشرح صحيح البخاري – دار الريان للتراث – ط١ – طبعة سنة ١٤٠٧هـ – ١٩٨٦م ج٤ ص ٤٤٨.

[٣] الإمام محمد بن إسماعيل البخاري – صحيح البخاري – دار الحديث بالقاهرة – بدون تاريخ ج٣ ص ٩٨.

[٤] الإمام مالك – الموطأ – مصدر سابق ج٢ ص ٦٣٣.

[٥] جماعة من علماء الهند– الفتاوى الهندية – المكتبة الإسلامية – تركيا – بدون تاريخ ج٣ ص ٢١٧ ، ابن قدامه – المغني – مصدر سابق ج٤ ص٣٩٧ ، الشيخ علي الخفيف – أحكام المعاملات الشرعية – مصدر سابق ص٢١٨–٢١٩.

[٦] الكاساني – بدائع الصنائع – مصدر سابق – ج٥ ص٣٢٠.

درهم وكذلك الرجل عليه خمسون دينارا ، فأرسل إليه رسولا فقال بعتك الدنانير التي لي عليك بالدراهم التي لك علي ، وقال قبلت فالصرف باطل لان حقوق العبد لا تتعلق بالرسول بل بالمرسل وهما هنا مفترقان بأبدانهما .

وكذلك لو نادى احدهما صاحبه من وراء جدار ، أو ناداه من بعيد لم يجز لأنهما مفترقان بأبدانهما عن العقد ، بخلاف البيع المطلق إذا أرسل رسولا إلى إنسان فقال بعت عندي الذي في مكان كذا منك بكذا فقبل ذلك الرجل فالبيع جائز لان التقابض في البيع المطلق ليس شرط لصحة العقد ، والمعتبر في الافتراق هو افتراق المتعاقدين سواء أكانا مالكين أم نائبين عنهما كالأب والوصي والوكيل ، لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقدين فيعتبر افتراقهما[١] كما وتجوز الحوالة ببدل الصرف إذا كان المحال عليه حاضرا في مجلس العقد وكذلك الكفالة والرهن ، فأن قبض من المحال عليه أو من الكفيل أو هلك الرهن في يد المرتهن في المجلس فالصرف ماضٍ على الصحة وان افترق المتصارفان قبل القبض وهلك الرهن بطل الصرف ، وعند زفر لا تجوز الحوالة والكفالة ببدل الصرف والعبرة لبقاء العاقدين في المجلس وافتراقهما عنه لا لبقاء المحال عليه والكفيل وافتراقهما لان القبض من حقوق العقد فيتعلق بالعاقدين فيعتبر مجلسهما ، وكذلك لو وكل كل واحد من العاقدين رجلا لينقد عنه يعتبر مجلس الموكلين بقاءً وافتراقاً لا مجلس الوكيل ولان القبض من حقوق العقد فيتعلق بالعاقدين.[٢]

اما عن موقف القانون بخصوص عقد الصرف فأننا نجد ان المشرع المدني العراقي قد نص في المادة ( ٥٠٦ ) من القانون المدني بصدد تعريفه لعقد البيع بأنه (( البيع مبادلة مال بمال)) وهو تعريف مقتبس من المادة ( ١٠٥ ) من مجلة الاحكام العدلية ، كما نصت المادة (٥٠٧ ) من نفس القانون بأنه (( البيع بأعتبار المبيع أما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف أو بيع العين بالعين وهي المقايضة )). ويلاحظ على التعريف المتقدم للمشرع العراقي بأنه يشمل البيع والمقايضة والصرف ذلك لأن فقهاء الشريعة الاسلامية عندما عرفوا البيع بأنه ( مبادلة مال بمال ) فلأنهم لايفرقون بين البيع والمقايضة أو الصرف او السلم وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا التقسيم كما رأينا في المادة ( ٥٠٧ )

---

[١] الأمام مالك – الموطأ – مصدر سابق ج٥ ص ٣٢٠.

[٢] الكاساني – بدائع الصنائع – مصدر سابق ج٥ ص ٣٢٠.

من القانون المدني[1] وبهذا يكون المشرع المدني العراقي قد اخضع عقد الصرف للقواعد العامة العامة المنصوص عليها في القانون بصدد احكام عقد البيع .

خلاصة القول فان عقد الصرف هو عقد عيني يشترط فيه القبض في مجلسه وان هذا القبض هو شرط لصحة عقد الصرف ، وان زمان ومكان التعاقد يتمثل في اللحظة التي يحصل بينهما التقابض بين المتعاقدين في مجلس عقد الصرف ، وان هذا المجلس ينفض بالتفرق الحقيقي بالأبدان ، وكذلك بالإعراض عن التعاقد كالاشتغال بأي عمل أو فعل آخر يدل على ذلك الإعراض ويرجع إلى العرف في اعتبار الإعراض تفرقا من عدمه .

---

[1] الدكتور جعفر الفضلي – الوجيز في العقود المدنية – البيع – الناشر العاتك لصناعة الكتاب – القاهرة – ٢٠٠٧ ص ١٦.

## المبحث الثالث
## مجلس عقد السلم

السلم لغة السلف فأسلم أو أسلف بمعنى واحد[١] والسلم لغة أهل الحجاز والسلف لغة أهل العراق والسلم سمي سلما لتسليم رأس المال في المكان والزمان الذي حدث فيه التعاقد[٢] وفي الاصطلاح عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد. [٣]

ويسمى صاحب الثمن رب السلم والمسلم ، ويسمى الآخر المسلم إليه ، والشيء الذي أعطي الثمن لأجله المسلم فيه ، والثمن رأس المال [٤] .

ويشترط في رأس المال وهو الثمن أن يُقبَض في مجلس العقد فأن تفرق العاقدان من المجلس قبل قبضه بطل العقد وهذا مذهب جمهور الفقهاء ولان المسلم فيه دين فإذا افترق العاقدان قبل قبض رأس المال يكون الافتراق عن دين بدين ، وبيع الدين بالدين لا يصح فقد روى ابن عمر إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (( نهي عن بيع الكالئ بالكالئ )) [٥] أي النسيئة بالنسيئة. [٦]

أما المالكية فيرون جواز تأخير قبض رأس المال يوم أو يومين بشرط وكذلك يجوز تأخيره إلى ثلاثة أيام بدون شرط لأنه عقد معاوضة وتأخيره لا يخرجه عن كونه مسلما ما دامت المدة

---

[١] أبو الفضل جمال الدين محمد بن منظور – لسان العرب – المطبعة الميرية – ط٤ – طبعة سنة ١٤٠٣هـ ج٥ ص١٨٧.

[٢] محمد الشربيني الخطيب – مغني المحتاج – المكتبة التجارية الكبرى – مطبعة الاستقامة بالقاهرة – طبعة سنة ١٣٧٤هـ – ١٩٥٥م ج٢ ص١٠٢ ، شهاب الدين احمد بن سلامة القليوبي – حاشية قليوبي – دار إحياء الكتب العربية – عيسى ألبابي ألحلبي وشركاؤه – بدون تاريخ ج٢ ص٢٤٤.

[٣] شرف الدين موسى أبو النجى– الإقناع في فقه الإمام احمد بن حنبل – دار المعرفة للطباعة والنشر – بدون تاريخ ج٢ ص١٣٣ ، عبد الله بن محمود الموصلي – الأختيار لتعليل المختار – دار المعرفة للطباعة والنشر – بيروت – ط٣– طبعة سنة ١٣٩٥هـ –١٩٧٥م ج٢ ص٣٢٣.

[٤] احمد إبراهيم بك – المعاملات الشرعية – القسم ألأول– ط٣ – سنة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م ص١٤٥.

[٥] الحسين بن مسعود الشافعي البغوي – مصابيح السنة – المطبعة الخيرية – طبعة سنة ١٣٩٥هـ – ج٢ص٦.

[٦] فتاوى قاضي خان – بهامش الفتاوى الهندية – المكتبة الإسلامية بتركيا – ط٣ – طبعة سنة ١٩٧٣م ج٢ ص١١٥ ، عبد الغني الغنيمي الميداني – اللباب في شرح الكتاب – ط٤– طبعة سنة ١٣٨٣هـ – ١٩٦٣م ج٢ ص٤٤ ، شهاب الدين البرلسي الملقب بعميرة – حاشية عميرة – دار إحياء الكتب العربية – عيسى ألبابي ألحلبي وشركاؤه– بدون تاريخ ج٢ ص٢٤٥.

يسيرة ، لان المدة اليسيرة لا يخرجه عن كونها نقداً ، ولأن ما قرب من الشيء يأخذ حكمه فلا يكون من باب الدين بالدين وإنما من باب بيع الدين بالنقد. [١]

ويبدو لنا إن رأي الجمهور وهو الأرجح ذلك لان التفرق قبل القبض يكون من باب بيع الدين بالدين وذلك لا يصح عليه فان السلم لا يصح إلا إذا تم قبض رأس المال في مجلسه قبل التفرق ويحصل التفرق حقيقة بالأبدان أو حكما بالانشغال عن التعاقد قولا أو فعلا يدل على الإعراض ، جاء في الفتاوى الخانية (( ولو ناما أو نام احدهما إن كانا جالسين لم يكن ذلك فرقة لتعذر الاحتراز وان كانا مضطجعين فهو فرقة)). [٢]

وإذا كان رب السلم وكيلا بدفع رأس المال إلى المسلم فيه صح فان دفع الوكيل وهما في المجلس صح السلم وان قام الوكيل عن المجلس قبل الدفع وذهب وهما – أي رب السلم والمسلم إليه – في المجلس بعد لا يبطل السلم وان ذهب رب السلم عن المجلس أو المسلم إليه قبل دفع الوكيل بطل السلم ، وكذا لو كان المسلم إليه وكل رجلا بالقبض. [٣]

وتصح الحوالة برأس مال السلم على رجل حاضر في مجلس عقد السلم وكذلك تصح الكفالة برأس مال السلم على رجل حاضر في المجلس أيضا ، وان الحوالة والكفالة لا تخل بشرط القبض في المجلس بل تحققه لكونها وسائل استيفاء الحق فكانت مؤكدة له وهذا هو رأي جمهور الفقهاء . [٤] والى غير ذلك يذهب الإمام زفز فيرى انه لا تصح الحوالة والكفالة برأس مال السلم لأنهما شرعا لتوثيق حق يحتمل التأخير عن المجلس فلا يحصل ما شرع له العقد وهو القبض فلا يصح. [٥]

وإذا جازت الحوالة والكفالة برأس مال السلم فان قبض المسلم إليه برأس مال السلم من المحال عليه أو الكفيل أو من رب السلم في المجلس فقد تم العقد ، وان فارق رب السلم المسلم إليه مجلس العقد قبل القبض بطل العقد وان بقي الكفيل والمحال عليه في المجلس ، أما لو فارق

---

[١] سليمان بن خلف الباجي – المنتقى شرح موطأ الإمام مالك – مطبعة السعادة بمصر- ط١ – ج٤ ص ٣٠٠ ، احمد بن محمد الدر دير– الشرح الكبير بحاشية الدسوقي – دار إحياء الكتب العربية – عيسى ألبابي ألحلبي وشركاؤه – بدون تاريخ – ج٢ ص١٩٦.

[٢] قاضي خان – الفتاوى الخانية – مصدر سابق ج٢ ص ١١٧.

[٣] جماعة من علماء الهند – الفتاوى الهندية – مصدر سابق ج ٣ ص ١٧٩.

[٤] ابن قدامه المقدسي – الشرح الكبير بهامش المغني – دار الغد العربي – بدون تاريخ – ج٤ ص٥٨١ ، الكاساني – بدائع الصنائع – مصدر سابق – ج٥ ص٣٠٢.

[٥] الكاساني – بدائع الصنائع – مصدر سابق – ج٥ ص ٣٠٢.

الكفيل والمحال عليه مجلس السلم وكان المتعاقدان في المجلس فيصح العقد إذ إن العبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما لا لبقاء الكفيل والمحال عليه وافتراقهما لان القبض من حقوق العقد وقيام العقد بالعاقدين فكان المعتبر مجلسهما. [١] ويصح الرهن برأس مال السلم وفقا للرأي الراجح ، ولو فارق أحد المتعاقدين الآخر والرهن قائم لا يصح العقد لحصول الافتراق دون قبض لرأس المال ووجب رد الرهن لصاحبه. [٢]

اما عن موقف القانون فبالرجوع الى احكام القانون المدني العراقي نجدهُ قد اغفل بيع السلم[٣] فكان لا بد لنا ان نرجع الى القواعد العامة في هذا القانون والتي تتعلق بوجود المحل في عقد البيع ، وبالرجوع الى نص المادة ( ١/١٢٩ ) من هذا القانون نجدها قد نصت على انهُ ((يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر )) ، كما وان المادة (٥١٤ /٢ ) من نفس القانون قد نصت على انـــه (( ويصح بيع الاشياء والحقوق المستقبلة اذا كانت محددةً تحديداً يمنع الجهالة والغرر )) .

ومن خلال النصوص المتقدمة يمكن القول بأنهُ كما وقد يقع البيع على شيء موجود فعلاً وقت التعاقد فقد يقع ايضاً على شيء محتمل الوجود في المستقبل ، وبيع الاشياء المستقبلية جائز استناداً الى النصوص المتقدمة فيجوز بيع صاحب المصنع منتجات مصنعه قبل صنعها وبيع المزارع المحاصيل قبل اوانها وبيع المؤلف مؤلفهُ قبل اتمامه ما دام قد عينت تعيناً نافياً للجهالة والغرر. [٤] مما تقدم يتبين لنا إن عقد السلم هو عقد عيني يشترط فيه قبض رأس المال في مجلس السلم لان القبض فيه شرط لصحته وان هذا العقد ينعقد من اللحظة التي يتم فيها القبض في مكان وزمان مجلس السلم وان مجلس السلم ينتهي بالتفرق الحقيقي بالأبدان وكذلك

---

[١] نفس المصدر أعلاه ج٥ ص ٣٠٢.

[٢] أبن قدامة – المغني – مصدر سابق – جـ ٤ ص ٥٨١ ،الكاساني – بدائع الصانع – مصدر سابق – جـ ٥ ص ٣٠٢ ، قاضي خان – الفتاوى الخانية – مصدر سابق – جـ ٢ ص ١٢١.

[٣] غير ان بعض القوانين المدنية العربية قد نظمت احكام بيع السلم كالقانون المدني الاردني في المادة (٥٣٢) وما بعدها وقانون المعاملات الاماراتي في الماد (٥٦٨) وما بعدها والقانون المدني الكويتي في المادة (٥١٩ ) وما بعدها والقانون المدني اليمني في المادة ( ٥٩٢ ) وما بعدها ، واكتفى القانون المدني المصري بتنظيمه وفقاً للقواعد العامة في المواد (١٣١ – ١٣٣ ) منه.

[٤] الدكتور جعفر الفضلي – الوجيز في العقود المدنية – مصدر سابق ص ٥٨ – ٥٩.

بالتفرق الحكمي بالإعراض عن العقد كالقيام بعمل أو القول بما لا يتعلق بالسلم والقول الفصل في اعتبار الإعراض تفرقا يرجع إلى العرف كما في عقد الصرف .

## المبحث الرابع
## مجلس عقد الرهن

يعرف عقد الرهن في الفقه الإسلامي بأنه جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه . [١]

والحديث عن قبض العين وأثره في انعقاد عقد الرهن في الفقه الإسلامي يقتضي منا بيان موقف الفقه الإسلامي من نوعي الرهن المعروفين في القانون [٢]ثم بيان مدى عينية عقد الرهن في الفقه الإسلامي فنقول ان القانون المعاصريعرف نوعين من الرهن هما الرهن التأميني أو الرسمي الذي لا يتخلى فيه الراهن عن حيازة ماله المرهون ، والرهن الحيازي وهو الذي يتخلى فيه الراهن عن حيازة ماله المرهون ويذهب معظم فقهاء الفقه الإسلامي المعاصرين إلى إن الفقه الإسلامي لا يعرف الرهن التأميني ، وإنما يعرف الرهن الحيازي [٣]، وان كان البعض الآخر من الفقهاء يرى بأن الفقه الإسلامي لا يأبى الأخذ بنظام الرهن الذي لا يتخلى فيه الراهن عن حيازة ماله المرهون. [٤]

وفي الواقع ، فان معرفة وجود هذا الرهن في الفقه الإسلامي من عدمه يكمن في معرفة مدى اشتراط قبض المال المرهون في عقد الرهن وهل هو شرط صحة أم شرط لزوم أو ليس بشرط أصلا وهو ما نتناوله في الآتي .

### المطلب الأول : مدى عينية عقد الرهن في الفقه الإسلامي والقانون .

للوقوف على مدى عينية عقد الرهن في الفقه الإسلامي لا بد لنا من بيان موقف الفقهاء من اشتراط القبض في الرهن ، وفي الواقع فان هذا الموضوع هو محل خلاف بين الفقهاء ويمكن رد هذا الخلاف إلى عدة آراء وهي :

**الرأي الأول :**

---

[١] علي بن أبي بكر الرشداني المرغيناني – الهداية شرح بداية المبتدئ – دار الكتب العلمية – بيروت – ط١– طبعة سنة ١٤١٠هـ – ١٩٩٠م – ج٤ ص٤٦٦ ، الخطيب – مغني المحتاج – مصدر سابق ج٢ ص ١٢١.

[٢] أي الرهن التأميني ( الرسمي ) والرهن الحيازي.

[٣] الدكتور محمد وحيد الدين سوار – الشكل – مصدر سابق ص ٩٣.

[٤] زكي الدين شعبان – بحث خاص عن الرهن مشار إليه في محمد وحيد الدين سوار – الشكل – مصدر سابق ص٩٣.

وهو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية وعند بعض الحنابلة والمالكية[١] حيث يرون إن الرهن لا يلزم ولا يتم إلا بالقبض ، وعليه فان القبض عندهم شرط لزوم وتمام وقد استدل هؤلاء على ذلك بقوله تعالى (( فرهان مقبوضة )) [٢] حيث قالوا إن الآية وصفت الرهن بالقبض فدل ذلك على إن الرهن لا يلزم إلا بالقبض .

وبناءً على ذلك فالرهن طبقا لهذا الرأي عقد رضائي يكفي لانعقاده صحيحا مجرد التراضي بين الراهن والمرتهن وانه ليس عقدا عينيا فيشترط لصحة انعقاده القبض في المجلس ، كما انه من الممكن أن لا يتخلى الراهن عن ماله المرهون مما يفسح المجال للقول بوجود الرهن الذي لا يتخلى فيه الراهن عن ماله المرهون في الفقه الإسلامي .

**الرأي الثاني :**

وهو ما ذهب إليه المالكية حيث يرون بان عقد الرهن ينعقد بمجرد ارتباط وتطابق الإيجاب والقبول وان القبض ليس بشرط لزوم أو تمام للعقد ،حيث جاء في حاشية الدسوقي(( لا خلاف في المذهب إن القبض ليس من حقيقة الرهن ولا شرط في صحته ولا لزومه بل ينعقد ويصح ويلزم بمجرد القبول ثم يطلب المرتهن الاقباض )). [٣]

وقد استدلوا على ذلك بالعموميات الدالة على الوفاء بالعقود والعهود كقوله تعالى (( وأوفوا بالعقود )) [٤] ، وقوله تعالى (( وأوفوا بالعهد )) [٥] والرهن عقد وعهد فيجب الوفاء به بمجرد انعقاده دون التوقف على القبض. [٦]

**الرأي الثالث :**

---

[١] الكاساني – بدائع الصنائع – مصدر سابق ج٦ ص٢٠٧ ، الشيرازي – المهذب – مصدر سابق ج١ ص٣٠٥ ، ابن قدامة – المغني – مصدر سابق ج٤ ص ٦٠٣ ، الدسوقي ـ حاشية الدسوقي – مصدر سابق ج٣ ص٢٣١.

[٢] سورة البقرة الاية ٢٨٣.

[٣] الدسوقي – حاشية الدسوقي – مصدر سابق ج٣ ص ٢٣١.

[٤] سورة المائدة الآية ١.

[٥] سورة الإسراء الآية ٣٤.

[٦] أبو عبد الله بن احمد القرطبي – تفسير القرطبي – دار الفكر – بيروت – طبعة سنة ١٤١٥هـ – ١٩٩٥م – ج٣ ص٣٧٢.

واليه ذهب فقهاء الظاهرية حيث يرون إن القبض شرط لصحة الرهن لا يصح الرهن بدونه واستدلوا على ذلك بقوله تعالى (( فرهان مقبوضة )) [١] فالآية تدل على إن الرهن لا يصح إلا مقبوضاً وثيقة للمرتهن بدينه فلو صح بدون قبض لبطل معنى الوثيقة وكان الشيء المرهون بمثابة سائر أموال الراهن التي لا وثيقة للمرتهن فيها . [٢]

وعليه يكون عقد الرهن وفقا لهذا الرأي عقداً عينياً يشترط لانعقاده قبض المرتهن للعين المرهونة في مجلس عقد الرهن فان لم يحصل القبض قبل الافتراق بطل الرهن .

عليه فانه وفقا لهذا الرأي الأخير فان لحظة انعقاد عقد الرهن تتحدد بالمكان والزمان الذي يجري فيه التقابض بين الراهن والمرتهن في مجلس العقد وقبل التفرق الحقيقي أو الحكمي .

ويتحقق قبض المرهون المنقول حسب الرأي الراجح في الفقه بنقله و تحويله أو بالتناول لان حقيقة القبض تكون بذلك فإذا كان المرهون غير منقول كالعقار فيكون قبضه بالتخلية بينه وبين مرتهنه وذلك برفع الموانع والحوائل لان التخلية قبض حكمي لا يصار إليها إلا إذا تعذر القبض الحقيقي[٣] .أما في القانون المدني فان موضوع شكلية عقد الرهن التأميني أو الرسمي متفق عليها سواء أكان ذلك في القانون المدني العراقي أو المصري ذلك لان نص المادة (١٢٨٦ ) من القانون المدني العراقي قد حددت شكلية معينة لانعقاد الرهن التأميني وبتخلفها يبطل هذا الرهن حيث نصت على انه (( لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري.....)) إذا فهي حددت شكلية انعقاد الرهن بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري وهي تكاد تكون شكلية مماثلة للشكلية التي نصت عليها المادة ( ١٠٣١ ) من القانون المدني المصري بقولها (( لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية )) ويقصد الورقة الرسمية للرهن هاهنا أي الورقة التي يحررها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ويثبت فيها ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه. [٤]

---

[١] سورة البقرة الاية ٢٨٣.

[٢] علي بن احمد بن حزم الظاهري – المحلى – دار التراث – القاهرة– طبعة سنة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م ج٨ ص٨٨ ، احمد بن علي الجصاص – أحكام القرآن – الناشر دار المصحف – شركة مكتبة ومطبعة عبد الرحمن محمد – بدون تاريخ – ج٢ ص ٢٥٩.

[٣] الدسوقي – حاشية الدسوقي – مصدر سابق ج٣ ص٢٣١ ، الدكتور كمال جودة أبو المعاطي – توثيق الدين بالرهن والكفالة – دار الهدى للطباعة – طبعة سنة ١٩٨٨م ص٣٦.

[٤] المادة (١٠) من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

ولكن وحسب رأينا فان هذا الاتفاق على شكلية عقد الرهن التأميني في كلا القانونين قد ينقلب الى اختلاف حول عينية عقد الرهن الحيازي ، فالمشرع المدني العراقي وحسب ما هو واضح في نص المادة ( ١٣٢٢ ) يعتبر قبض العين المرهونة شرط لتمام العقد ولزومه حيث نصت هذه المادة في فقرتها الأولى على انه (( يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن أن يقبض المرتهن المرهون )) .حيث يتضح من نص هذه المادة إن المشرع المدني العراقي اعتبر القبض شرطا لتمام الرهن الحيازي ولزومه ولا بد لنا ان نفسر لفظ التمام الذي أورده النص ، بالقول إن القبض هنا يعتبر ركنا من أركان انعقاد الرهن الحيازي لان عبارة (( يشترط لتمام )) أي (( يشترط لانعقاد)) والسبب الذي حدا بنا لإعطاء هذا التفسير هو إن القانون المدني العراقي أقام للالتزامات نظرية عامة وأقام على الأسس التي قررها لهذه النظرية أحكام العقود والأموال جميعا ، ومن القواعد المسلم بها في فقه الالتزامات إن الشرط إذا كان معلقاً على مجرد إرادة المدين ومشيئته سمي شرطا إراديا محضا مما يجعل العقد باطلاً، ولا ريب في إن القبض شرط موقوف على ارادة المدين الراهن يبطل الرهن الحيازي بدونه ، عليه فان القبض وفقا لأحكام القانون المدني العراقي هو شرط انعقاد فالرهن الحيازي إذن في القانون المدني العراقي هو عقد عيني لا ينعقد إلا بالتسليم فهو قبل التسليم مجرد وعد بعقد ، والوعد بالعقد العيني باطل لا يحدث أثرا. [١]
أما في القانون المدني المصري فانه وبالرجوع إلى نص المادة ( ١٠٩٦ ) والتي نصت على انه (( الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه الدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين .....)) وكذلك المادة (١٠٩٩ ) من نفس القانون والتي تنص على انه (( على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه )) يتبين لنا من خلال هذين النصين بان عقد الرهن الحيازي في القانون المدني المصري هو عقد رضائي لا عقد شكلي ولا عيني ، فلم يشترط المشرع فيه إفراغ الرضا في شكل رسمي ، كما لم يشترط التسليم فيه لانعقاد العقد أو تمامه ، وإنما يعد التسليم فيه التزاما من الالتزامات التي يرتبها هذا النوع من الرهن وهذا واضح بشكل لا يقبل اللبس فيه من نص المادة (١٠٩٩) الأنفة الذكر. [٢] ولا يمكن

---

[١] انظر في هذا المعنى الدكتور – حسن علي الذنون – العقود المسماة – شركة الرابطة للطباعة والنشر – طبعة سنة ١٩٥٤ ص ١٥.

[٢] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م – مطبعة دار الكتاب العربي – ج٧ ص١٩٠ وما بعدها ، الدكتور سمير عبد السيد تناغو – التأمينات الشخصية والعينية – طبعة سنة ١٩٩٤

القول بوجود هذا الالتزام في القانون المدني العراقي وذلك لأننا سبق وان أشرنا إلى إن هذا القانون يجعل عقد الرهن الحيازي عقدا عينيا لا ينعقد إلا بالقبض أو التسليم ، فالقبض هو ركن من أركان انعقاد هذا العقد لا أثر أو التزام ناشئ من عقد تم بدونه كما يذهب إلى ذلك المشرع المدني المصري.ويتم تسليم العين بإعطائها فعلا إلى المرتهن وهذا هو القبض الحقيقي للعين المرهونة ، أو يتحقق التسليم أو القبض بمجرد الرضا إذا كان محل الرهن بيد المرتهن من قبل بان كان مودعا لديه أو كان قد قبضه باعتباره وكيلا عن الراهن ، وهذا هو التسليم الحكمي للعين المرهونة ويد العدل كيد المرتهن في القبض فلو اتفق الراهن أو المرتهن على إيداع المرهون عند أمين ورضي الأمين وقبض المرهون تم الرهن ولزم ، ولو اتفق حين العقد على قبض المرتهن المرهون ثم وضعه الراهن والمرتهن بالاتفاق على يد عدل جاز لهم ذلك ، وليس للعدل أن يعطي المرهون للراهن أو المرتهن بدون رضاء الآخر مادام الدين باقيا ، وان أعطاه كان له استرداده وإذا هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته. [1]

من خلال ما تقدم يتبين لنا بان موقف الفقه الإسلامي من عقد الرهن الحيازي أختلف بين من اعتبره عقد رضائي ينعقد بمجرد التراضي ولو لم يتم قبض العين المرهونة في مجلس عقد الرهن وبالتالي ينعقد العقد فيه في زمان ومكان حصول هذا التراضي دون انتظار التسليم أو القبض وبين من اعتبره عقد عيني لا يصح ولا ينعقد الا بقبض العين المرهونة في مجلس عقد الرهن وبالتالي ينعقد العقد فيه في زمان ومكان حصول القبض في المجلس لا بعده ، أما في القانون فقد اختلف الأمر بين القانونين العراقي والمصري فبينما اعتبره الأول عقد عيني لا يلزم أو يتم – أي لا ينعقد – إلا بالقبض في مجلس العقد ، اعتبره القانون المدني المصري عقداً رضائياً لا عقداً شكلياً أو عينياً وإنما يعد القبض أو التسليم فيه التزاما من الالتزامات التي يرتبها هذا العقد.[2]

---

ص ٣٣٦-٣٣٧ ، الدكتور محمد علي عمران – التأمينات المدنية – الكفالة والرهن – طبعة سنة ١٩٩٦ – ج١ ص١٦٦- ١٦٧ ، الدكتور همام محمد محمود زهران – التأمينات العينية والشخصية – دار المطبوعات الجامعية –طبعة سنة ١٩٩٧م ص ٣٤٥-٣٤٦.

[1] المادة ( ١٣٢٣ ) فقرة ( ١ ، ٢ ) من القانون المدني العراقي.

[2] تنص المادة ( ١٠٩٩ ) من القانون المدني المصري على انه (( ١- على الراهن تسليم الشيء المرهون الى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه ٢- ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع )).

## المبحث الخامس
## مجلس عقد هبة المنقول

للهبة معنيان ، معنى في اللغة ومعنى في الاصطلاح فمعناها في اللغة التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا أي سواء أكان مالا أو غير مال [١] ومعناها في اصطلاح الفقهاء تمليك العين في الحال بلا عوض. [٢]

وقد اختلف الفقهاء المسلمون في طبيعة الهبة وهل هي عقد لا يتحقق الا بايجاب وقبول أم إنها عمل إرادي من جانب واحد يكتفي فيها بإرادة واحدة هي إرادة الواهب ولو لم يقبل الموهوب له ، فذهب الإمام زفر من الحنفية إلى إن الهبة تمليك فلا يفيد عقدها الملك إلا بالقبول فهي عقد من عقود التمليكات كالبيع فلابد فيها من إيجاب وقبول[٣] وذهب أبو حنيفة وصاحباه إلى أن الهبة أسم لإيجاب ملك من جانب واحد وهو الواهب المالك غير إن القبول شرط ثبوت الملك للموهوب له لا شرط لوجود الهبة ، ولا وجه لمقارنتها بالبيع فالبيع عقد تمليك من الجانبين فلا يتم الإبأيجاب وقبول. [٤]

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في اشتراط القبض في الهبة من عدمه ويمكن حصر آرائهم فيما يأتي :-

**الرأي الأول** : واليه ذهب فقهاء الحنفية والشافعية والأمامية والزيدية في إن الهبة عقد عيني لا يتم إلا بالقبض ، وقد استدلوا على ذلك بما روي عن الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام من انه قال (( لا تجوز هبة ولا صدقة ولا معلومة مقسومة مقبوضة إلا أن تكون صدقة أوجبها الرجل على نفسه فيجب عليه أن يؤديها لله خالصة كما اوجب على نفسه )) وبما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه انه نحل عائشة أم المؤمنين جذاذعشرين وسقا من ماله بالغابة فلما حضرته الوفاة قال (( والله يابنية ما من احد أحب إلى غني بعدي منك ولا اعز على فقر

---

[١] ابن منظور – لسان العرب – مصدر سابق – ج١٨ ص ١٩٠.

[٢] ابن قدامة – المغني – مصدر سابق ج٥ ص ٢٨٥.

[٣] المصدر أعلاه ص ٣٢٥.

[٤] المصدر أعلاه ص ٣٢٦.

بعدي منك ،واني كنت نحلتك من مالي جذاذ عشرين وسقا فلو كنت حزتيه أو قبضتيه كان لك وإنما هو اليوم مال الوارث أخواك وأختاك فاقتسموا على كتاب الله عز وجل)). [١]

**الرأي الثاني** : واليه ذهب أهل الظاهر والإمام مالك إلى إن الهبة تصح بالقبض وليس القبض من شروطها وبهذا المعنى يقول صاحب المحلى (( من وهب وهبة سالمة من شرط الثواب أو غيره أو أعطى عطية كذلك أو تصدق بصدقة فقد تمت باللفظ ولا معنى لحيازتها ولا لقبضها)).[٢] وحجة هذا الفريق من العلماء في إن الهبة عقد تمليك فلا يتوقف ثبوت الملك به على القبض كعقد البيع بل أولى ، لان هناك حاجة إلى إثبات الملك من جانبين وهنا من جانب واحد فإذا كان مجرد القول يوجب الملك من الجانبين فمن باب واحد أولى ، كما وان الأصل في العقود إن القبض لا يعتبر شرطا لصحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض. [٣]

الرأي الثالث :- ويرى بان الهبة عقد مزدوج الصفة فهو في بعض الحالات عقد رضائي يتم بمجرد اتحاد الإيجاب والقبول ولا يتم أحيانا أخرى إلا بالقبض ، فالهبة عقد رضائي إذا انصبت على عين معينة بالذات ، وهي عقد عيني إذا انصبت على عين معينة بالنوع وهذا هو الراجح في مذهب الحنابلة فقد جاء في كتاب المغني للفقيه ابن قدامه (( ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال او يوزن الا بقبضة ويصح غير ذلك بغير قبض إذا قبل كما يصح البيع )). [٤]

أما عن موقف القانون ، فانه وبالرجوع إلى القانون المدني العراقي نجده قد فرق بين هبة العقار وبين هبة المنقول فجعل هبة العقار عقدا شكليا لا ينعقد إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري ولم يشترط هذه الشكلية في هبة المنقول ولكنه اشترط القبض لتمامها ، حيث نصت المادة (٦٠٢ ) منه على انه (( إذا كان الموهوب عقارا وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة )) ونصت المادة ( ٦٠٣ ) منه على انه (( ١- لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة أو دلالة ٢- وإذا أذن الواهب صراحة صح القبض في

---

[١] محمد بن علي الشوكاني – نيل الاوطار – مصدر سابق ج٥ ص٢٩٥ ، ابن قدامة – المغني – مصدر سابق ج٥ ص٥٩٧ ،شرف الدين الحسين بن احمد السياغي – الروض النضير شرح مجموعة الفقه الكبير – دار الجبل – بيروت ج٣ ص ٣٨٣.

[٢] ابن حزم الظاهري – المحلى – مصدر سابق – ج٩ ص ١٢١ ، الإمام مالك – الموطأ – مصدر سابق ج٣ ص٢٣٧.

[٣] ابن حزم الظاهري – المحلى – مصدر سابق ج٩ ص ١٢٢.

[٤] ابن قدامة – المغني – مصدر سابق ج٥ ٥٩١.

مجلس الهبة أو بعده وأما إذنه بالقبض دلالة فمقيد بمجلس الهبة وعقد الهبة إذن بالقبض دلالة )) .

يتضح من نص المادة ( ٦٠٣ ) التي تقدم ذكرها أن المشرع العراقي اخذ بالرأي الأول فاعتبر القبض شرطا لتمام الهبة وكما سبق القول عند الكلام عن موقف المشرع المدني العراقي من اشتراط القبض لانعقاد الرهن الحيازي ،فإننا نقول بصدد عقد الهبة إن لفظ (( لا تتم الهبة )) الواردة في النص اعلاه اراد به المشرع عدم انعقاد الهبة، فالهبة في فقه القانون المدني العراقي إذا انصبت على منقول ،فهي بلا شك عقد عيني لا ينعقد إلا بالتسليم ، ذلك لان من القواعد المسلم بها في فقه الالتزامات إن الشرط إذا كان موكولا لإرادة المدين سمي شرطا إراديا محضا وهذا الشرط يبطل العقد ، ولا ريب في إن القبض شرط موكول إلى إرادة الواهب المدين تبطل الهبة بدونه ، ولهذا فإننا نقول أن القبض وفقا لأحكام القانون المدني هو شرط انعقاد لا شرط صحة ، وبعبارة أخرى نقول إن هبة المنقول في القانون المدني العراقي هو عقداً عينياً لا ينعقد إلا بالتسليم فهو قبل التسليم مجرد وعد بعقد ، والوعد بالعقد العيني باطل لا يحدث أثرا. [١]

ولا عبرة بالقبض إلا إذا أذن به الواهب ، لان القبض لما كان تصرفا في ملك الواهب فانه لا يكون صحيحا من غير إذنه صراحة أو دلالة .

ويعتبر صدور الإيجاب من الواهب إذنا بالقبض دلالة ، ويترتب على هذا انه لو قبض الموهوب له العين الموهوبة بعد صدور الإيجاب مباشرة عد هذا قبولا معتبرا ، ناقلا للملكية ، وإذا أذن الواهب صراحة بالقبض يصح القبض في مجلس الهبة أو بعده وذلك لان إذن الواهب بالقبض مطلق فلا يتقيد بمجلس العقد ويجري على إطلاقه ، أما الإذن دلالة بالقبض فيتقيد بمجلس العقد. [٢]

ويترتب على هذا إن الموهوب له إذا قبض العين الموهوبة في المجلس المذكور وكان الموهوب عينا كان القبض معتبرا تتم به الهبة ، أما بعد الافتراق فلا عبرة بالقبض. [٣]

أما في القانون المدني المصري فانه بالرجوع إلى نصوص هذا القانون نجد إن الأصل العام فيه بخصوص عقد الهبة انه عقد من العقود الشكلية ، حيث إن هذا العقد لا ينعقد إلا بورقة رسمية وإلا كانت الهبة باطلة بطلانا مطلقا وبذلك يكون الأصل في عقد الهبة كما أسلفنا انه عقد

---

[١] الدكتور حسن الذنون – العقود المسماة – مصدر سابق ص١٥.

[٢] المادة ( ٢/٦٠٣ ) مدني عراقي التي سبق ذكرها.

[٣] الدكتور حسن الذنون – العقود المسماة – مصدر سابق ص١٦-١٧.

شكلي ولكن المشرع المصري استثنى من هذا الأصل هبة المنقول وأشار إلى إن القبض سواء أكان حقيقيا أم حكميا يغني عن الرسمية ، فقد نصت المادة ( ٤٨٨ ) من القانون المدني المصري على انه (( ١- تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر ٢- ومع ذلك يجوز في المنقول ان تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية )).[١]

ويسري على قبض الموهوب أو تسليمه الأحكام المتعلقة بتسليم أو قبض المبيع في عقد البيع[٢]، وتقضي هذه الأحكام انه إذا كان الشيء منقولا فيكون تسليمه بوضعه تحت تصرف من له حق التسليم بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به دون عائق أيا كانت الوسيلة إلى ذلك ، فقد يكون التسليم حقيقيا بوضع الشيء المنقول تحت سيطرة من له الحق في التسليم وقد يكون التسليم حكميا كتسليم مفتاح الصندوق الذي به الشيء أو تسليم الأوراق والمستندات التي تخول تسليم الشيء على انه يرجع في بيان طرق التسليم إلى العرف والعادات المتبعة بهذا الشأن[٣].

مما تقدم يتبين لنا إن المشرعين المدنيين العراقي والمصري اعتبرا هبة المنقول عقداً عينياً يشترط لانعقاده قبض المنقول الموهوب في مجلس العقد أي إن زمان ومكان انعقاد هذا العقد هو لحظة وقوع القبض في مجلس عقد الهبة بين المتعاقدين أو من ينوب عنهما فان تخلف القبض في المجلس وقعت الهبة باطلة . [٤]

---

[١] لمزيد من التفصيل يراجع – مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري – مصدر سابق ج٤ ص٢٤٨ وما بعدها.

[٢] تنص المادة (٤٩٣) من القانون المدني المصري على انه ((اذا لم يكن الموهوب له قد تسلم الشيء الموهوب ، فان الواهب يلزم بتسليمه اياه ، وتسري في ذلك الاحكام المتعلقة بتسليم المبيع)).

[٣] الدكتور أنور سلطان – العقود المسماة – شرح عقدي البيع والمقايضة – طبعة – سنة ١٩٩٢ ص ٢٣٦ ، ٢٧٧ ، الدكتور مصطفى الجمال – عقد البيع – دار الفتح للطباعة والنشر – طبعة سنة ١٩٩١ ص ١٦٨ ، الدكتور برهام محمد عطا الله – العقود المسماة – عقد البيع – الدار الجامعية المصرية بالإسكندرية – طبعة سنة ١٩٨١ ج١ ص ٩٨.

[٤] هذا مع عدم الإخلال بالإحكام المنصوص عليها في المادة ٢/٦٠٣ من القانون المدني العراقي والتي تناولنا شرحها بالتفصيل – يراجع ما تقدم من هذا البحث ص ١٥.

# الخاتمة

من خلال بحثنا هذا توصلنا إلى نتائج مهمة نذكرها على النحو الآتي :-

١- الأصل في العقود سواء في الفقه الإسلامي أو القانون إنها رضائية تنعقد بتوافق وارتباط الإيجاب والقبول على نحو يعتد به شرعا وقانونا وان عينية العقد هي استثناء على هذا الأصل .

٢- إن العقد العيني هو ذلك العقد الذي لا يكفي لانعقاده مجرد ارتباط وتوافق الإيجاب والقبول ، بل لابد من قبض العين محل العقد وتسليمهما من قبل احد المتعاقدين للآخر.

٣- يرى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ومثلهم بعض فقهاء القانون إن قبض العين أو تسليمها في العقد العيني يمثل شرطا لنفاذ ولزوم لهذا العقد ، في حين يرى آخرون إن القبض أو التسليم هو شرط لانعقاد العقد لا ينعقد العقد العيني بتخلفه ، ويترتب على ذلك انه وفقا للرأي الأول فان العقد العيني ينعقد صحيحا بمجرد ارتباط الإيجاب والقبول وينتهي مجلس عقده إلا انه يكون موقوفا لا يرتب آثاره إلا بعد القبض ، ووفقا للرأي الثاني فان العقد العيني لا ينعقد ولا يرتب أي آثار إلا إذا حصل القبض في مجلسه فلا يصح العقد طالما حدث القبض بعد ذلك أو قبله.

٤-عقد الصرف هو عقد عيني يشترط فيه القبض في مجلسه وان هذا القبض هو شرط لصحة عقد الصرف ، وان زمان ومكان التعاقد يتمثل في اللحظة التي يحصل فيها التقابض في مجلس ذلك العقد ، وأن المجلس ينفض بالتفرق الحقيقي بالأبدان ، أو بالتفرق الحكمي كالانشغال عن التعاقد بقول أو فعل معين يدل على الإعراض .

٥- عقد السلم هو عقد عيني وفقا للراجح في الفقه الإسلامي يشترط لصحة انعقاده قبض رأس المال في مجلس السلم ، وان هذا العقد ينعقد من لحظة القبض في زمان ومكان مجلس السلم وان هذا المجلس ينتهي بالتفرق الحقيقي أو الحكمي على نحو ما ذكرناه عن كيفية انفضاض مجلس عقد الصرف .

٦-اعتبر بعض فقهاء الشريعة الإسلامية عقد الرهن الحيازي من العقود الرضائية والتي تنعقد بمجرد ارتباط الإيجاب والقبول وتوافقهما ، دون انتظار التسليم أو القبض ، بينما اعتبره آخرون من العقود العينية والتي لا تنعقد إلا بقبض العين في المجلس أي أن العقد ينعقد من زمان ومكان حصول هذا القبض في المجلس لا بعده .

٧-اعتبر المشرع المدني العراقي وحسب الراجح في الفقه بان عقد الرهن الحيازي عقد عيني لا ينعقد إلا بالقبض ، في حين اعتبره المشرع المدني المصري عقداً رضائياً لا يعد القبض فيه شرط انعقاد وصحة بل عد القبض أو التسليم التزاما من الالتزامات التي يرتبها هذا العقد [١] .

٨-اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول طبيعة هبة المنقول بين من عده عقد من عقود التمليكات لابد فيه من ايجاب و قبول حتى ينعقد هذا العقد ، وبين من عده عمل ارادي من جانب واحد ارادة منفردة ـ وبالتالي القبول فيه ليس بشرط لوجود هذه الهبة.

٩- كما واختلف فقهاء الشريعة الاسلامية حول عينية عقد هبة المنقول بين من عده عقدا عينيا لايتم الابالقبض ، وبين من لم يعتبر القبض من شروط صحته كون الهبة من عقود التمليك فلا يتوقف ثبوت الملك به على القبض،وبين من عده عقدا ذو طبيعة مزدوجة ، فهو رضائي ان انصب على عين معينة بالذات ، وعيني ان انصب على عين معينة بالنوع.

١٠-ان المشرع المدني العراقي وكذلك المصري متفقان على ان هبة المنقول هو عقد عيني لا ينعقد الا بالقبض في مجلس العقد و ان زمان و مكان انعقاد هذا العقد هو لحظة و قوع القبض في المجلس بين المتعاقدين او من ينوب عنهما فان تخلف القبض في المجلس وقعت الهبة باطلة .

---

[١] يراجع في ذلك ما تقدم من هذا البحث ص ١١،١٢ والمواد ( ١٣٢٢ ) مدني عراقي و ( ١٠٩٦-١٠٩٩ ) مدني مصري.

# قـائـمـة الـمـصـادر

## أولا :- القرآن الكريم

## ثانيا :- مراجع اللغة


١- ابن منظور – أبو الفضل جمال الدين محمد بن منظور – لسان العرب – المطبعة الميرية – ط٤ – طبعة سنة ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م .


## ثالثآ :- مراجع فقه الشريعة الإسلامية


١-ابن قدامة – عبد الله بن احمد بن قدامة – المغني – دار الغد العربي – بدون تاريخ .

٢-ابن قدامه المقدسي – عبد الرحمن محمد بن احمد قدامه المقدسي – دار الغد العربي – بدون تاريخ .

٣- ابن حزم– ابو محمد علي بن سعيد بن حزم– المحلى– دار التراث– القاهرة– طبعة سنة١٤٠٥هـ–١٩٨٥م.

٤-أبو النجا – شرف الدين موسى أبو النجا – الإقناع في فقه الإمام احمد بن حنبل – دار المعرفة للطباعة والنشر – بدون تاريخ .

٥-الباجي – سليمان بن خلف الباجي – المنتقى شرح موطأ الإمام مالك – مطبعة السعادة بمصر – ط١– بدون تاريخ .

٦-البخاري – محمد بن إسماعيل البخاري – صحيح البخاري – دار الحديث بالقاهرة – بدون تاريخ .

٧-البرلسي – شهاب الدين البرلسي الملقب بعميرة – حاشية عميرة – دار إحياء الكتب العربية – عيسى ألبابي ألحلبي وشركاؤه – بدون تاريخ .

٨-البغوي – الحسين بن مسعود الشافعي البغوي – مصابيح السنة – المطبعة الخيرية – طبعة سنة ١٣٩٥هـ .

٩-الجصاص – احمد بن علي الجصاص – أحكام القرآن – الناشر دار المصحف – شركة ومكتبة ومطبعة عبد الرحمن محمد – بدون تاريخ .

١٠- جماعة من علماء الهند – الفتاوى الهندية – المكتبة الإسلامية – تركيا – بدون تاريخ .

١١- الخرشي – عبد الله محمد الخرشي – شرح الخرشي على مختصر خليل – المطبعة العامرة بمصر – طبعة سنة ١٣١٦ هـ .

١٢–الخطيب – محمد الشربيني الخطيب – مغني المحتاج – المكتبة التجارية الكبرى – مطبعة الاستقامة بالقاهرة – طبعة سنة ١٣٧٤هـ – ١٩٥٥م .

١٣– الدردير – احمد بن محمد الدردير– الشرح الكبير بحاشية الدسوقي – دار إحياء الكتب العربية – عيسى ألبابي ألجلبي وشركاؤه – بدون تاريخ .

١٤– الزيلعي – فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي – تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق – المطبعة الكبرى الأميرية بمصر – ط١ – طبعة سنة ١٣١٤هـ .

١٥- السياغي – شرف الدين الحسين بن احمد السياغي – الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير – دار الجبل – بيروت – بدون تاريخ .
١٦- الشيرازي – أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي – المهذب – مطبعة عيسى ألبابي ألحلبي وشركاؤه بمصر – بدون تاريخ .
١٧- الشوكاني – محمد بن علي الشوكاني – نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار – شركة مكتبة ومطبعة مصطفى ألبابي ألحلبي – بدون تاريخ .
١٨- العسقلاني – ابن حجر العسقلاني – فتح الباري بشرح صحيح البخاري – دار الريان للتراث – ط١ – طبعة سنة ١٤٠٧هـ – ١٩٨٦م .
١٩- القرطبي – أبو عبد الله بن احمد القرطبي – تفسير القرطبي – دار الفكر – بيروت – طبعة سنة ١٤١٥هـ .
٢٠- قاضي خان – فتاوى قاضي خان – بهامش الفتاوى الهندية – المكتبة الإسلامية – تركيا – ط٣ – طبعة سنة ١٩٧٣ .
٢١- قليوبي – شهاب الدين احمد بن سلامة القليوبي – حاشية قليوبي – دار إحياء الكتب العربية – عيسى ألبابي ألحلبي وشركاؤه – بدون تاريخ .
٢٢- الكاساني – الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – دار الفكر – بيروت – ط١ – طبعة سنة ١٤١٧هـ – ١٩٩٦م .
٢٣-مالك بن أنس– الإمام مالك بن انس الاصبحي–الموطأ– دار إحياء الكتب العربية– بدون تاريخ .
٢٤- الميرغيناني – علي بن أبي بكر الرشداني المرغيناني – الهداية شرح بداية المبتدئ – دار الكتب العلمية – بيروت – ط١ – طبعة سنة ١٤١٠ – ١٩٩٠ م .
٢٥- الموصلي – عبد الله بن محمود الموصلي – الاختيار لتعليل المختار – دار المعرفة للطباعة والنشر – بيروت –ط٣ – طبعة سنة ١٣٩٥هـ – ١٩٧٥م .
٢٦- الميداني–عبد الغني الغنيمي الميداني– اللباب في شرح الكتاب– ط٤– طبعة سنة ١٣٨٣هـ ١٩٦٣م .

**رابعا :– مراجع القانون وفقهاء الشريعة المعاصرون .**

١- احمد إبراهيم بك – المعاملات الشرعية – القسم الأول – ط٣– طبعة سنة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م
٢- الدكتور احمد فراج حسين – الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية – الدار الجامعية – طبعة سنة ١٩٨٧م .
٣- الدكتور جعفر الفضلي – الوجيز في العقود المدنية – البيع – الناشر العاتك لصناعة الكتاب – القاهرة ٢٠٠٧م .
٤- الدكتور جلال علي العدوي ، الدكتور محمد لبيب شنب – مصادر الالتزام – الدار الجامعية للطباعة والنشر – بيروت – طبعة سنة ١٩٨٥م .

٥- الدكتور حسن علي الذنون– العقود المسماة– شركة الرابطة للطباعة والنشر – طبعة سنة ١٩٥٤ .
٦- الدكتور سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – المجلد الأول – نظرية العقد والإرادة المنفردة – ط٤ – طبعة سنة ١٩٨٤ .
٧- الدكتور سمير عبد السيد تناغو – التأمينات الشخصية والعينية – طبعة سنة ١٩٩٤ .
٨- الدكتور عاطف النقيب– نظرية العقد – منشورات عويدات – بيروت – ط١ – طبعة سنة ١٩٨٨.
٩- الدكتور عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام – دار النشر للجامعات المصرية – طبعة سنة ١٩٥٢م .
١٠-الدكتور عبد المجيد مطلوب – الوجيز في المال والملك ونظرية العقد – دراسة مقارنة – طبعة سنة ١٩٨٩ .
١١- الدكتور عبد المنعم فرج الصدة – نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي – دار النهضة العربية – طبعة سنة ١٤١٦هـ – ١٩٩٥م .
١٢- الشيخ علي الخفيف – أحكام المعاملات الشرعية – دار الفكر العربي – ط٢ – طبعة سنة ١٩٧٤م .
١٣- الدكتور عمر السيد احمد عبد الله – إبرام العقود في قانون المعاملات المدنية الإماراتي – دار النهضة العربية – طبعة سنة ١٩٩٥م .
١٤- الدكتور عيسوي احمد عيسوي – الفقه الإسلامي – المدخل ونظرية العقد – مطبعة دار التأليف – ط٢ – بدون تاريخ .
١٥- الدكتور كمال جودة أبو المعاطي – توثيق الدين بالرهن والكفالة – دار الهدى للطباعة – طبعة سنة ١٩٨٨م .
١٦- الدكتور محمد علي عمران – التأمينات المدنية – الكفالة والرهن – طبعة سنة ١٩٩٦م
١٧- الدكتور محمد وحيد الدين سوار – الشكل في الفقه الإسلامي – ط١ – طبعة سنة ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م .
١٨- الدكتور همام محمد زهران – التأمينات العينية والشخصية – دار المطبوعات الجامعية – طبعة سنة ١٩٩٧م .
١٩- الدكتور ياسين محمد الجبوري – المبسوط في شرح القانون المدني – المجلد الأول – نظرية العقد – مطبعة وائل للنشر والتوزيع – عمان .

خامسا : القوانين .

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٣- قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .
٤- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري – مطبعة دار الكتاب العربي .