

التسليم عامل لاستثمار الشيء المرهون " دراسة مقارنة "

د. علي علوي القرويني

الباحث/ صفاء مكي حمزة ساجت

جامعة قم / الجمهورية الإسلامية الإيرانية

Safaa.alkufy@gmail.com

saalavi@ut.ac.ir

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٣/٥/١٣ تاريخ ارجاع البحث ٢٠٢٣/٦/٨ تاريخ قبول البحث ٢٠٢٣/٧/٣١

يُعد التسليم في عقد الرهن الحيازي أو ما يسمى بالقبض في الفقه الإسلامي النقطة التي تنطلق منها مباشرة المرتهن باستثمار الشيء المرهون ، لذا يعدُّ التسليم أو القبض أهمَّ عامل لاستثمار الشيء المرهون لقوله تعالى: " وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فراهان مقبوضة " ، وبما ان انتقال الحيازة تبرز أهميتها في الرهن الحيازي فقط دون الرهن التأميني ، لذا سنقتصر الكلام في هذا البحث على الرهن الحيازي فقط ، من خلال تقسيم هذا البحث إلى مبحثين نتعرض في المبحث الأول الى ان التسليم عامل لاستثمار الشيء المرهون في القانون اما المبحث الثاني فنخصه للتسليم عامل لاستثمار الشيء المرهون في الفقه الإسلامي

The delivery in the possessory mortgage contract or what is called the arrest in Islamic jurisprudence is the point from which the mortgagee directs the investment of the pledged thing. Possession highlights its importance in the possessory mortgage only without the insurance mortgage, so we will limit the talk in this research to the possessory mortgage only, by dividing this research into two sections. The mortgaged thing in Islamic jurisprudence.

الكلمات المفتاحية: الرهن، الرهن الحيازي، المرتهن، استثمار الشيء المرهون.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

إنّ دراسة الرهن تنطوي على أهمية خاصة لا سيما الرهن الحيازي ، لأنّه من أهمّ وسائل الائتمان، إذ يتميز الرهن الحيازي عن سائر الحقوق العينية بتسليم الشيء المرهون إلى يد المرتهن أو العدل، فالتسليم يعد نقطة الانطلاق لتفعيل التزام المرتهن باستثمار الشيء المرهون، فالغرض الأساس من نقل الحيازة الى المرتهن هو جعل الشيء المرهون بمنأى عن التصرفات التي يجريها الراهن والتي تضر بالمرتهن كإخفاء الشيء المرهون، أو التصرف الى شخص حسن النية لا يعلم بوجود حق الرهن الحيازي عليه إذ بإمكانه الاحتجاج بقاعدة الحيازة بالمنقول سند الملكية.

ثانياً: أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في كونه يتناول التسليم او القبض باعتباره عاملاً أساسياً لاستثمار المرتهن للشيء المرهون، فانتقال الحيازة الى يد المرتهن يحقق عدة فوائد منها تمكين المرتهن من حبس العين المرهونة كضمان لاستيفاء حقه، بالإضافة الى تمكنه من افساح المجال للمرتهن لاستثمار الشيء المرهون وادارته لغاية انتهاء الرهن ، كما يحقق الفائدة أيضاً أنّ انتقال الحيازة يعد بمثابة اعلان وشهر للرهن، فالشيء المرهون لم يعدّ من أملاك الراهن الحرة الخالية من حقوق الغير عليه.

ثالثاً: مشكلة البحث

أشارَ المشرّع العراقي إلى وجوب التسليم بوصفه ركناً في عقد الرهن، الا انه لم يبيّن الكيفية التي يتم بها التسليم في عقد الرهن كمكان التسليم و نفقاته على غرار ما فعل المشرع المصري الذي أحال مسألة تسليم الشيء المرهون الى المواد القانونية التي تنظم تسليم المبيع وهذا يعد نقصاً تشريعياً يجب تلافيه فضلاً عن اختلاف موقف الفقه القانوني والاسلامي حول طبيعة التسليم في عده ركناً في عقد الرهن ام التزام يقع على عاتق الراهن؟

رابعاً: منهجية البحث

سنعالج موضوع البحث وفقاً للمنهج التحليلي المقارن بين القوانين المدنية والفقه الإسلامي حيث سنعمد الى دراسة كل من القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي مع الإشارة الى القانون المدني الإيراني في موارد محددة.

خامساً: خطة البحث

تقتضي دراسة هذا البحث تقسيمه إلى مبحثين نخصص المبحث الأول لدراسة التسليم عامل لاستثمار الشيء المرهون في القانون وفق مطلبين نتناول في المطلب الأول المقصود بتسليم الشيء المرهون اما المطلب الثاني نوضح فيه الطبيعة القانونية للتسليم ،اما المبحث الثاني فنخصصه لبيان التسليم عامل لاستثمار الشيء المرهون في

الفقه الإسلامي وفق مطلبين تناول في المطلب الأول ماهية القبض وكيفيةه أما المطلب الثاني فنوضح فيه طبيعة القبض .

المبحث الأول: التسليم عامل لاستثمار الشيء المرهون في القانون

يعد تسليم الشيء المرهون عاملاً مهماً لبدء التزام المرتهن باستثمار الشيء المرهون فمنذ اللحظة التي ينتقل فيها الشيء المرهون يصبح واجباً على المرتهن استثماره ، لذا ومن اجل بيان المقصود بالتسليم ، وتوضيح طبيعته القانونية سنعمد الى تقسيم هذا المبحث على مطلبين نبين في المطلب الأول المقصود بتسليم الشيء المرهون اما المطلب الثاني فنوضح الطبيعة القانونية للتسليم .

المطلب الأول: المقصود بتسليم الشيء المرهون

نصّت المادة (١/١٣٢٢) من القانون المدني العراقي على " يشترط لتتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون " ومن هذا النص يتضح ان المشرع العراقي الزم الراهن بتسليم الشيء المرهون الا انه لم يبين الكيفية التي يتم بها التسليم كما فعل المشرع المصري الذي أحال مسألة تسليم الشيء المرهون الى المواد القانونية التي تنظم تسليم المبيع في المادة (١٠٩٩) من القانون المدني المصري التي تنص على " ١- على الراهن تسليم الشيء المرهون الى الدائن او الى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه ٢- ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون احكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع " ومن هنا يتضح انه قد أحال تنظيم تسليم الشيء المبيع الى المادة (٤٣٥) مدني مصري التي تنص على " يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد اعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع ٢- ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استقبلي المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية " .

أما بالنسبة الى موقف المشرع الفرنسي فنجد أن انتقال الحيازة للمرتهن لاتعد أساساً في عقد الرهن ، فقد نصت المادة (٢٣٣٣) من القانون المدني الفرنسي على " إنَّ رهن المنقول هو اتفاق يعطي بمقتضاه منشيء الرهن الى الدائن حق استيفاء دينه على أموال او مجموعة من الأموال المنقولة المادية الحاضرة او المستقبلية بالأفضلية على سائر الدائنين يمكن أن تكون الديون المضمونة حاضرة او مستقبلية في الحالة الأخيرة يجب ان تكون قابلة للتحديد " وتأسيساً على ذلك يمكن انشاء الرهن الوارد على المنقول دون تجريد الراهن من الحيازة، وهذا الرهن لا يكون نافذاً بالنسبة للغير إلا اذا شهرة وفقاً للمادة (٢٣٣٧) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على " إنَّ اشهار الرهن من شأنه ان يجعل منه حجة على الغير " اما بالنسبة الى موقف المشرع الإيراني فقد أشار الى تسليم الشيء المرهون في المادة (٧٧٢) من القانون المدني الإيراني التي تنص على " يجب قبض المال المرهون من قبل المرتهن او من قبل الشخص الذي عينه الطرفان ولا يشترط استمرار الحيازة لصحة الرهن " .

بناءً على ما تقدم يكون تسليم الشيء المرهون بوضعه تحت تصرف المرتهن أو العدل بحيث يتمكن من حيازته،^(١) واستثماره دون عائق، لذا فالتسليم أما أن يكون التسليم فعلياً أو التسليم حكماً، ويتم حسب طبيعة الشيء المرهون، والتسليم الفعلي أما أن يكون مادياً أو رمزياً، ويقصد بالتسليم المادي هو انتقال الشيء المرهون مادياً من الراهن إلى المرتهن أو العدل ووضعه تحت تصرفهما بشكل فعلي أي بالمناولة اليدوية إذا كان منقول مثلاً، أما التسليم الرمزي فيكون بتسليم ما يرمز إلى الشيء المرهون كتسليم سند الشحن عند رهن البضاعة المحملة على متن السفينة، أو بتسليم مفتاح المخزن إذا كانت البضاعة داخله، وقد ذهب بعضهم أن تسليم المفتاح لا يعد نقلاً للحيازة فلا يمكن الاحتجاج به في مواجهة غير الحيازة هنا هي ليست ظاهرة، ولا تؤدي إلى إبراء ذمة الراهن، بل يحق للمرتهن المطالبة بالتسليم الحقيقي الذي يؤدي إلى انتقال الحيازة الفعلي للمرتهن أو إلى العدل، إلا إذا كان المرهون عقاراً فبالإمكان إبقاءه بيد الراهن على سبيل الإيجار بشرط تسجيله في القيد^(٢).

أما التسليم الحكمي فهو التسليم الذي يتم بالتراضي دون نقل الحيازة المادية للمرتهن، فهذا التسليم غير كافٍ، فلا بد من انتقال الشيء المرهون إلى المرتهن كي يصبح الرهن معلوماً وناظراً في حق غير^(٣). استناداً إلى ما سبق فإن تسليم الشيء المرهون يكون بزوال قبضة الراهن وإحلال قبضة المرتهن أو العدل محلها فنقل الحيازة وحده غير كافٍ؛ بل لا بد أن تكون الحيازة بصورة ظاهرة ومستمرة، فالحيازة الظاهرة تعني استحواذ المرتهن على الشيء المرهون وإخراجه من حيازة الراهن سواء كانت الحيازة سابقة لعقد الرهن أو معاصرة له أو لاحقة عليه، أما الحيازة المستمرة فيقصد بها بقاء الحيازة للمرتهن أو العدل طول مدة الرهن وذلك لغرض من الحيازة هو بيان أن أموال الراهن مثقلة بالرهن، وغير خالصة له، ومن ثم الاحتجاج بالحيازة في مواجهة غيره^(٤)، فالرهن ينتهي إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن إلا إذا تمّ الإثبات أن رجوع الشيء المرهون لا يقصد به انقضاء الرهن وهذا ما أشارت إليه المادة (١٣٣٧) من القانون المدني العراقي التي تنص على "١ - يستبقى المرتهن في الرهن الحيازي حيازة المرهون حتى انقضاء الرهن، وأذ عاد إلى حيازة الرهن لأي سبب كان، جاز للمرتهن أن يسترده ما دام عقد الرهن قائماً دون إخلال بما قد يكون للغير من حقوق... حيث كفل القانون حماية تلك الحيازة من خلال التأكيد على حق المرتهن باسترداد حيازته للشيء المرهون إذا خرج دون علمه وهذا ما أشارت إليه المادة (١٣٤٢) من القانون المدني العراقي التي تنص على " للمرتهن حبس المرهون دون إخلال بما للغيره من حقوق تمّ كسبها وفقاً للقانون، وإذا خرج المرهون من يده دون إرادته أو دون علمه، كان له استرداد حيازته دون وفق لأحكام الحيازة"، أما المشرع المصري فقد أعطى المرتهن الحق بحبس المرهون حين استيفاء الدين المضمون بالرهن في المادة (١١١٠) من القانون المدني المصري على " يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة، دون إخلال بما للغير من حقوق ثم حفظها وفقاً للقانون ٢٠-

وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة " .

ومما تجدر الإشارة إليه، أنّ انتقال الحيازة الى يد المرتهن يحقق عدة فوائد منها، تمكين المرتهن من حبس العين المرهونة كضمان لاستيفاء حقه، بالإضافة الى ذلك، تمكنه من افساح المجال للمرتهن لاستثمار الشيء المرهون وإدارته لغاية انتهاء الرهن، كما يحقق الفائدة أيضاً من حيث ان انتقال الحيازة يعد بمثابة اعلان وشهر للرهن، أي الشيء المرهون لم يعد من أملاك الراهن الحالية من حقوق الغير عليه^(٥).

فإذا كان الغرض الأساس من نقل الحيازة الى المرتهن هو جعل الشيء المرهون بمنأى عن التصرفات التي يجريها الراهن والتي تضر بالمرتهن كإخفاء الشيء المرهون، أو التصرف الى شخص حسن النية لا يعلم بوجود حق الرهن الحيازي عليه حيث بإمكانه الاحتجاج بقاعدة الحيازة بالمنقول سند الملكية^(٦).

ونجد من المناسب الإشارة هنا أنّه على الراهن تسليم الشيء المرهون الى المرتهن (أو العدل) بعد إبرام عقد الرهن لأنّه التزام ينشأ بموجب عقد الرهن، لذلك ينبغي فيه تسليم الشيء المرهون عند إبرام العقد، لكن ليس هنالك ما يمنع من تأخير التسليم ما دام الرهن قائماً أمّا بالنسبة لمكان التسليم والتزاماً بإحالة المادة (٢/١٠٩٩) على الاحكام الخاصة بتسليم الشيء المبيع فانه يجب على المرتهن تسليم الشيء المرهون في المكان الذي يوجد فيه وقت رهنه ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين على غير ذلك^(٧). وفيما يتعلق بنفقات تسليم المال المرهون فهي على الراهن وهذا ما نصت عليه المادة (٢/١٣٢٢) من القانون المدني العراقي "... نفقات العقد على الراهن، الا اذا اتفق على غير ذلك " .

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتسليم

إنّ معرفة الطبيعة القانونية لتسليم الشيء المرهون تتوقف على أهمية التسليم في عقد الرهن الحيازي، وهل يعد ركناً فيه، ولذا يكون العقد عينياً أو الزامياً يقع على عاتق الراهن وشرطاً لنفاذه، فيكون العقد رضائي ولبين هذا الدور للحيازة تقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الاول موقف التشريعات من الحيازة باعتبارها ركن في العقد اما الفرع الثاني فنوضح فيه موقف التشريعات التي تعد الحيازة التزام على الراهن .

الفرع الأول: التشريعات التي اعتبرت الحيازة ركن في العقد

يتوقف قيام الرهن الحيازي على وجود الحيازة وذلك في التشريعات التي عدت الحيازة ركن في عقد الرهن ولا يقوم العقد الا بوجودها ومن ثم يعد هذا العقد عقداً عينياً ومنها القانون المدني العراقي في المادة (١/١٣٢٢) والمادة (١٣٥٤) التي تنص على " لا يكون رهن الدين تاماً الا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ... " ومن هذه النصوص القانونية يتضح موقف المشرع العراقي بجعل التسليم ركن في عقد الرهن الحيازي، فالرهن لا ينقذ الا بالقبض، أي يعد من العقود العينية لا الرضائية استناداً الى المادة (١/٩٠) من القانون المدني العراقي

التي تنص على " اذا فرض القانون شكلا معيناً للعقد، فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك " اذ يعد قبض الشيء المرهون جزءاً من استيفاء الشكلية في العقود.

أما بالنسبة الى موقف المشرع المصري فهو من التشريعات التي عدت الحياة ركناً في عقد الرهن في القانون المدني المصري القديم ، في المادة (٥٤٠) ^٨ ، فالتسليم يعد ركن في العقد في القانون المدني المصري القديم، حيث كان الرهن الحيازي عقداً عينياً لا يكفي لقيامه تراضي الطرفين بل لابد من تسليم العين المرهونة الى المرتهن ، ويعد الرهن باطلاً اذا ثبت ان حياة الشيء المرهون لم تنتقل الى المرتهن باختياره او رجعت الى الراهن برضائه كما لو استأجر الراهن الشيء المرهون ، أما إذا كان عدم انتقال حياة الشيء المرهون بغير رضا المرتهن، فله المطالبة به من الراهن ولا يعد عقد الرهن باطلاً.

أما بالنسبة الى موقف المشرع الإيراني فقد عد الحياة ركن في عقد الرهن لا ينشأ العقد بدونها حيث عد القبض شرطاً لصحة الرهن ، بصريح نص المادة (٧٧٢) من القانون المدني الإيراني . كما أيد جانب من الفقه التشريعات التي عدت الحياة ركن وليس مجرد التزام ، فالرهن لا ينعقد الا بقبض الشيء المرهون ، أي أن عقد الرهن الحيازي يعد عقداً عينياً لا رضائياً ^(٩) .

الفرع الثاني: التشريعات التي عدت الحياة التزاماً على الراهن

ومن التشريعات التي أعدت الحياة التزاماً على الراهن القانون المدني المصري الجديد الذي عدل عن اتجاهه السابق بجعل انتقال الحياة التزام يقع على عاتق الراهن بعد أن كان ركن في الرهن، فقد نصت المادة (١/١٠٩٩) منه على "على الراهن تسليم الشيء المرهون الى الدائن او الى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه...." ومن هنا يتضح ان تسليم الشيء المرهون يعد التزاماً يقع على عاتق الراهن يترتب على تخلفه ان عقد الرهن يبقى صحيح مع إمكانية اجبار المدين على التنفيذ أن لم ينفذ اختياراً ما دام الاجبار على التنفيذ ممكناً فشأنه شأن العقود الرضائية الأخرى ^(١٠) .

وهكذا نجد أن التسليم في القانون المصري القديم يعد ركناً في عقد الرهن الحيازي، ويترتب على تخلفه بطلان عقد الرهن، أما في ظل القانون المدني المصري الجديد فقد اصبح التسليم مجرد التزام يقع على عاتق الراهن ولا يترتب على تخلفه سوى تطبيق القواعد العامة ، ولذا يكون المشرع المصري قد خطا خطوة موفقة بنقل عقد الرهن الحيازي من عقد عيني الى عقد رضائي .

ومن القوانين التي غيرت موقفها بشأن الحياة في الرهن الحيازي هو المشرع الفرنسي ، فالحياة ليست ركن في عقد الرهن ، ومن ثم بالإمكان رهن المنقولات دون نقل الحياة استناداً الى المادة (٢٣٣٣) السالف ذكرها .

نستخلص مما سبق، إن التشريعات محل المقارنة قد انقسموا الى اتجاهين عند تنظيم أحكام عقد الرهن الحيازي فمنهم من أعد التسليم ركن في عقد الرهن كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الإيراني، ومنهم من عد التزاماً يقع على عاتق الراهن كالقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي وبدورنا نرجح ما ذهب اليه المشرع

المصري والفرنسي الذي يعد التسليم التزاما يقع على عاتق الراهن وذلك؛ لأنّ تخلف التسليم في هذه الحالة لا يؤدي الى ابطال عقد الرهن بل يترتب على تخلفه ان عقد الرهن يبقى صحيحاً مع إمكانية اجبار المدين على تنفيذ التزامه

المبحث الثاني: التسليم عامل لاستثمار الشيء المرهون في الفقه الإسلامي

للتسليم دورٌ أساسٌ في استثمار الشيء المرهون في القانون، كما سبق أنّ بينّا أما في الفقه الإسلامي فالتسليم لديهم بمعنى القبض وهو يعد عاملاً مهماً للاستثمار وذلك لان فكرة الاستثمار تكاد تختفي لو لم يتم قبض الشيء المرهون من قبل المرتهن ، فبقاءه بيد مالكة يفوت على المرتهن فرصة استثماره ، فما هو القبض وما هي طبيعته ؟ وهذا ما سنوضحه من خلال تقسيم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول ماهية القبض وكيفيته أما المطلب الثاني فنوضح فيه طبيعة القبض .

المطلب الأول: مفهوم القبض

لبيان مفهوم القبض سنعمد الى تقسيم هذا المطلب على فرعين نخصص الفرع الاول لدراسة تعريف القبض والفرع الثاني لبيان الية القبض وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف القبض

يقصد بالقبض التخلية التي تمكن المرتهن من التصرف بالشيء المرهون وهي عبارة عن رفع الموانع من القبض^(١١) ، وقد عرّف بآته "عبارة عن التخلي وهو التمكين من إثبات اليد وذلك بارتفاع الموانع وانه يحصل بتخلية الراهن بين المرتهن والمرهون فاذا حصل ذلك صار الراهن مسلماً والمرتهن قابضاً" ^(١٢)

الفرع الثاني: الية القبض

تختلف آلية القبض باختلاف طبيعة الشيء المرهون ففي العقار يكون القبض بالتخلية بينه وبين الراهن بحيث يتمكن المرتهن من وضع اليد على العقار ، أي رفع الموانع التي تحول بينه وبين المرتهن فاذا كان العقار محل او دار فيجب اخلائها وتسليم المفاتيح للمرتهن ، وهذا يعد من قبيل القبض الفعلي للعقار ^(١٣). ويتضح مما سبق أنّ جمهور الفقهاء متفق على أنّ القبض في العقار يكون بالتخلية بينه وبين الراهن ، أي يتم بتسليم العقار الى المرتهن .

أما بالنسبة لقبض المنقول فنفرق بين قبض المنقول المادي و المعنوي ، ففي المنقول المادي اختلف الفقهاء المسلمون في طريقة قبضه على رأيين ، فقد ذهب الرأي الأول الى ان القبض في المنقولات المادية يكون بالنقل والتحويل استنادا الى قوله تعالى " فهران مقبوضة " ويقصد بالقبض هو القبض الحقيقي وهذا لا يتحقق الا بنقل الشيء المرهون الى المرتهن طالما كان ممكناً ، فالتخلية تعني القبض الحكمي وليس الحقيقي وحسب العرف الجاري بين الناس ، فقبض المنقول يكون معتبر عند نقله فقط ، فاذا كان محل الرهن من المكيلات او الموزونات او المعدودات، فيكون القبض من خلال كيله ، أو وزنه او عدده ، ومن ثم نقله الى يد المرتهن ^(١٤) .

وأما الرأي الثاني، فقد ذهب الى أن انتقال الحياة في المنقولات المادية يتم بالتخلية كما في العقارات فاذا كان محل الشيء المرهون أشياء مادية كأدوات المنزلية والأجهزة والملابس فان القبض يتم هنا بنقل الحياة من الراهن الى المرتهن فيصبح الراهن مسلم والمرتهن قابض (١٥).

أما المنقولات المعنوية كالديون فإن قبضها يتم بقبض الوثيقة التي تثبتها إذا كانت موثقة بسند، ومن ثم فإن بقاء هذه الوثيقة بيد الدائن يعد دليل على انه لم يستلم دينه، فاذا قام المدين بسداد دينه الثابت بوثيقة فإنه يأخذ هذه الوثيقة بعد السداد وهذا ما يجري عليه العمل في المعاملات (١٦).

ونخلص مما سبق أن الفقهاء المسلمون، فانفقوا على ان القبض بالعقار يكون بالتخلية؛ لكنهم اختلفوا في طريقة قبض المنقولات فمنهم من أعد التخلية كافية للقبض كما هو الحال في العقارات ومنهم من اشترط نقل الشيء المرهون الى المرتهن وهو ما نرجحه استنادا لقوله تعالى " فرهان مقبوضة " فالقبض يجب أن يكون حقيقياً لا حكماً، أما بالنسبة للديون فقد اتفق الفقه الإسلامي على أن قبض الدين يتحقق بقبض السند الذي يثبتته.

المطلب الثاني: طبيعة القبض

اتفق الفقهاء المسلمين على اشتراط القبض في عقد الرهن، لكنهم اختلفوا في طبيعة القبض الوارد على الرهن فمنهم من اعتبر القبض ركن في العقد كما هو الحال في بعض التشريعات التي عدت عقد الرهن من العقود العينية ومنهم من اعتبر القبض شرط لنفاذ الرهن كما هو الحال في التشريعات التي عدت عقد الرهن من العقود الرضائية، وهذا ما سنوضحه في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: الفقه الإسلامي الذي يعد القبض ركن في عقد الرهن

ذهب رأي من الفقهاء المسلمون الى ان القبض يعد ركن في عقد الرهن لقوله تعالى " فرهان مقبوضة " الا انهم انقسموا الى فريقين، يرى الفريق الأول ان القبض هو شرط في لزوم عقد الرهن من جهة الراهن وشرط لنفاذه في مواجهة الغير فالرهن لا يتم ولا يلزم الا بالقبض على الأخص اذا كان الشيء المرهون من المكيلات او الموزونات، فلا يعد الرهن ملزماً الا بالقبض، الا ان للراهن الرجوع عن الرهن والتصرف فيه قبل تسليمه للمرتهن، فالرهن ينعقد بإيجاب وقبول بين الراهن والمرتهن الا ان العقد لا يتم ولا يلزم الا بالقبض (١٧)، واستدل هذا الفريق من الفقهاء على ان القبض هو ركن في لزوم عقد الرهن بقوله تعالى " فرهان مقبوضة " والدلالة في هذه الآية من ثلاث أوجه، فالوجه الأول انه وصف الرهن بالقبض وبذا يكون شرطاً في صحة الرهن كوصف الاعتكاف في المسجد والرقبة بالإيمان والشهادة بالعدالة أما الوجه الثاني فان الله عز وجل قد ذكر العديد من العقود الا انه لم يصفها بالقبض وبذا يكون قد خص الرهن بالقبض لاختصاصه به، والثالث أن للقبض فائدة شرعية فلو مات الراهن قبل القبض لا يجبر الوارث على القبض، أما اذا كان الرهن لازماً بمجرد العقد لاستحق على الوارث الانقباض كالبيع مثلاً (١٨).

أمّا الفريق الثاني فيرى ان القبض في عقد الرهن يعد ركن أساسي لا ينعقد العقد بدونه و اشترطوا ان يتم قبض الشيء المرهون في مجلس العقد والا فلا يعد العقد موجود ولا اثر له بل ان البعض يرى ان العقد يعد غير منعقد اذا تأخرت عملية نقل الحيازة عن مجلس العقد^(١٩) ودليلهم قوله تعالى " فرهان مقبوضة " فلا يكون الرهن صحيح إلا إذا كان محرز ومقبوض، فإذا رجع الشيء المرهون الى صاحبه بعاريه أو غيرها بطل الرهن^(٢٠) كما أنه من موجبات عقد الرهن هو ثبوت استيفاء المرتهن للمرهون وهذا لا يتحقق الا بالقبض .
ومما تقدم نستخلص أنّ اتجاه الفقهاء المسلمين الذين أعدوا القبض ركناً في عقد الرهن يعد النهج الذي سار عليه المشرعون الذين عدوا التسليم ركناً في عقد الرهن كالقانون المدني المصري القديم، والقانون المدني العراقي، ولهذا يكون بالنسبة لهذا الاتجاه عقد الرهن من العقود العينية لا الرضائية .

وفي هذا الصدد نشير الى أنّ كون عقد الرهن الحيازي من العقود العينية يترتب عليه أمران ، الأول أنّ للراهن تصرفاً بالمرهون؛ لأنّ عقد الرهن غير لازم للراهن قبل تسليم الشيء المرهون للمرتهن ولا يحق للمرتهن الاحتجاج على هذه التصرفات ، ويبقى للمرتهن الخيار، أما بإمضاء العقد دون رهن او فسخه، أما الأمر الثاني فهو أنّ امتناع الراهن من تسليم الشيء المرهون للمرتهن فيؤدي الى حرمانه من حق التقدم على الدائنين الآخرين إذا افلس الراهن أو مات او نفذ الغرماء على المال الذي يتعلق به حق الرهن ، إذ يشارك المرتهن في الضمان العام للمدين وتقسّم الأموال قسمة غرماء .

الفرع الثاني: الفقه الإسلامي الذي يعد القبض شرطاً لتتمام عقد الرهن

يرى بعض من الفقهاء المسلمين إنّ القبض هو شرط لتتمام عقد الرهن على أنّهم انقسموا أيضاً الى جانبين إذ يرى الجانب الأول أنّ عقد الرهن الحيازي يكون ملزم بمجرد صيغة العقد (الايجاب والقبول) اما القبض فهو التزام يجب على الراهن الوفاء به وتنفيذه ، اذ يحق للمرتهن المطالبة به واجبار الراهن على القبض اذا لم يتم به اختباراً، فلزوم العقد عندهم لا يتوقف على القبض وانما يتوقف عليه حق المرتهن بالاحتجاج بالرهن في مواجهة غيره، ويترتب على هذا الرأي نتائج عدة وهي أولاً بإمكان الراهن التصرف بالشيء المرهون قبل تسليمه الى المرتهن، بالبيع مثلاً ويكون البيع صحيح ونافذ في مواجهة المرتهن وذلك لان القبض يعد شرط لكي ينفذ العقد في مواجهة غيره، ثانياً إذا مات الراهن قبل تسليم الشيء المرهون الى المرتهن ينتهي حق المرتهن بالاختصاص بالشيء المرهون في مواجهة دائني الراهن ، ويشترك معهم في الضمان ، وتقسّم الأموال عليهم قسمة غرماء دون كون للمرتهن أي أفضلية، لأنّه لا يحق له الاحتجاج بالرهن في مواجهة غيره الا بعد القبض .

ثالثاً يحق لدائني الراهن بيع الشيء المرهون لاستيفاء حقوقهم ، فلا يحق للمرتهن الاحتجاج في مواجهة الغير مالم يتم القبض .^(٢١)

أما الجانب الثاني من الفقه ، فيرى أنّ عقد الرهن يصح ويلزم بمجرد الصيغة (الايجاب والقبول) وقبل القبض سواء في مواجهة الراهن او الغير ، ونتيجة لذلك فيكون من حق المرتهن الاحتجاج بحقه في مواجهة

الغير، كما يتمتع بالأفضلية على غيره من دائني الراهن، هذا بالإضافة الى انه ليس من حق الراهن اجراء أي نوع من التصرفات على الشيء المرهون قبل تسليمه الى المرتهن ، فالحيازة هي حق للمرتهن بإمكانه أن يطلبها أو يتنازل عنها للراهن (٢٢)، وبدورنا نرجح ما ذهب اليه هذا الاتجاه من الفقه استنادا لقوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ " (٢٣) " وحديث " المؤمنون عند شروطهم " ولذا يكون الحق للمرتهن في مواجهة الراهن وغيره بمجرد العقد وقبل القبض.

ونخلص القول إنَّ الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في طبيعة القبض (التسليم) في عقد الرهن وهل يعد ركن في العقد ام شرطا لتمامه ؟ فالرأي الأول يرى ان القبض هو ركن في عقد الرهن وهذا يتفق مع موقف القوانين التي عدت عقد الرهن عقدا عينيا كالقانون المدني العراقي ، اما الرأي الثاني يرى ان القبض شرط لتمام العقد، أي ان العقد يكون ملزم بمجرد الايجاب والقبول، وهذا يتفق مع موقف القوانين التي عدت عقد الرهن عقداً رضائياً كالقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ، وبدورنا نرجح ما ذهب اليه الراي الثاني من الفقه فلا يعد القبض للشيء المرهون ركن في عقد الرهن بل هو شرط لتمامه بالنسبة للمرتهن وهذا يتفق مع الأصل العام في عقد الرهن، لقوله تعالى " او فوا بالعقود".

ويرد في هذا الخصوص تساؤل مفاده ، هل يشترط لصحة القبض استمراره الى نهاية عقد الرهن ؟ كما ذهب جانب من الفقه إلى أنَّ استدامة القبض ليس من شروط صحة عقد الرهن ، فليس للمرتهن ان يحبس العين المرهونة على الداوم، ونتيجة لذلك يحق للراهن استعادة الشيء المرهون اذا كان الشيء مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه دون ضرر، ومن ثم لا يمنع القبض اعارة المرهون الى الراهن لاستخدامه في الركوب والسكنى وغير ذلك مما لا يضر به، اما اذا كان الشيء المرهون مما يتعرض للتلف والاستهلاك فلا يحق للراهن استرجاعه من المرتهن لان استدامة قبض الشيء المرهون واستمرار يده عليه يعد بمثابة الوثيقة التي تضمن له حقه فلا يجوز له ارجاعها الى الراهن والا تعرض القبض للزوال وعدم اللزوم وقد استدلل أصحاب هذا الراي بقول الرسول (ص) " الرهن يركب بنفقته اذا كان مرهونا وعلى الذي يركب ويشرب النفقة" (٢٤).

ويرى الجانب الاخر من الفقه الى انه يشترط لصحة القبض استمراره الى ان ينتهي الرهن، وبناء عليه فإذا ارجع المرتهن الشيء المرهون الى الراهن باختياره او اعاده اليه على سبيل الإعارة او الاجارة بطل عقد الرهن (٢٥)، وزال لزومه البعض (٢٦) وقد استدلل هذا الجانب من الفقه على استمرارية القبض بقوله تعالى " فرهان مقبوضة" فالمصدر المقترن بالفاء في جواب الشرط هو لمعنى الامر، ومن ثم فقد دلت الآية على شرط وجود القبض واستمراريته .

ونخلص ممَّا سبق أنَّ الفقهاء المسلمين، قد انقسموا فيما بينهم فيما يتعلق باستمرار القبض فمنهم من يرى أنَّ استمرار قبض المرتهن للشيء المرهون لا يعد شرطا في صحة العقد ولزومه ، ومنهم من يرى ان القبض يجب ان يكون مستمر، أي يجب ان يكون الشيء المرهون بيد المرتهن الى انتهاء مدة الرهن وبدورنا نرجح ما ذهب

اليه الجانب الأول من الفقه من القبض ليس شرط وبالإمكان ارجاعه للراهن ما دامه غير معرض للاستهلاك والتلف ومن ثم لا يضر ارجاعه في ائتمان المرتهن

ويثار التساؤل هنا إذا كان الشيء المرهون في يد المرتهن بإعارة أو إجازة أو غصب أو ايداع، فهل يكفي القبض السابق على عقد الرهن أو يجب تجديد القبض على الشيء المرهون بعد عقد الرهن مرة أخرى؟ وفيها رأيان، يرى الجانب الأول الاكتفاء بالقبض السابق على عقد الرهن ومن ثم لا حاجة لتجديد القبض فيجوز مثلاً رهن العين المستأجرة على المستأجر قبل ان تنتهي مدة الايجار^(٢٧)، اما الجانب الاخر فيرى ان القبض الذي يسبق عقد الرهن يكفي الا انه لا يصبح الشيء المرهون مقبوضاً حتى تمضي مدة لإيتاء القبض، فإن كان الشيء المرهون من المنقولات، فبمضي مدة يمكن نقله فيها، وإن كان من المكيلات فبمضي مدة يمكن اكتياله فيها، وبمضي مدة التخلية إن كان الشيء المرهون غير منقول.^(٢٨)

الخاتمة :

إنَّ ما توصلنا إليه في هذا البحث سوف نلخصه بما يأتي من النتائج والتوصيات .

أولاً : النتائج

١. إنَّ المشرّع العراقي نصَّ على الزام الراهن بتسليم الشيء المرهون؛ لكنه لا أنَّه لم يبين كيفية التي يتم بها التسليم كما فعل المشرّع المصري الذي أحال مسألة تسليم الشيء المرهون الى المواد القانونية التي تنظم تسليم المبيع أما بالنسبة الى موقف المشرّع الفرنسي فنجد ان انتقال الحيازة للمرتهن لاتعد أساسا في عقد الرهن ومن ثم يمكن انشاء الرهن الوارد على المنقول دون تجريد الراهن من الحيازة ، أما بالنسبة الى موقف المشرّع الإيراني فقد أشار الى الزام الراهن تسليم الشيء المرهون في المادة (٧٧٢) من القانون المدني الإيراني
٢. إنَّ تسليم الشيء المرهون يكون بزوال قبضة الراهن واحلال قبضة المرتهن او العدل محلها فنقل الحيازة وحده غير كافٍ؛ بل لا بد ان تكون الحيازة بصورة ظاهرة ومستمرة .
٣. على الراهن تسليم الشيء المرهون الى المرتهن (او العدل) بعد إبرام عقد الرهن؛ لأنَّه التزام ينشأ بموجب عقد الرهن، لذلك ينبغي فيه تسليم الشيء المرهون فور ابرام العقد ، الا انه ليس هنالك ما يمنع من تأخير التسليم ما دام الرهن قائماً
٤. عند بيان الطبيعة القانونية للتسليم وجدنا ان التشريعات محل المقارنة عند تنظيمها لإحكام عقد الرهن الحيازي قد انقسمت الى اتجاهين فمنهم من اعدَّ التسليم ركن في عقد الرهن كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الايراني ومنهم من عدّه التزاماً يقع على عاتق الراهن كالقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي .

٥. إنَّ الفقهاء المسلمون قد اتفقوا على أنَّ القبض بالعقار يكون بالتخلية لكنهم اختلفوا في طريقة قبض المنقولات، فمنهم من اعد التخلية كافية للقبض كما هو الحال في العقارات ومنهم من اشترط نقل الشيء المرهون الى المرتهن وهو ما نرجحه استنادا لقوله تعالى " فرهان مقبوضة " فالقبض يجب ان يكون حقيقي لا حكمي ، اما بالنسبة للديون فقد اتفق الفقه الاسلامي على ان قبض الدين يتحقق بقبض السند الذي يثبتته .

٦. اختلف الفقهاء المسلمين في طبيعة القبض (التسليم) في عقد الرهن فمنهم من يرى ان القبض هو ركن في عقد الرهن وهذا يتفق مع موقف القوانين التي عدت عقد الرهن عقدا عينيا كالقانون المدني العراقي ، اما الرأي الثاني فيجد ان القبض شرط لتمام العقد، أي ان العقد يكون ملزم بمجرد الايجاب والقبول، وهذا يتفق مع موقف القوانين التي عدت عقد الرهن عقدا رضائيا كالقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي .

٧. اختلف الفقهاء المسلمين فيما بينهم فيما يتعلق بوجوب استمرارية القبض من عدمها فمنهم من يرى ان استمرار قبض المرتهن للشيء المرهون لا يعد شرطا في صحة العقد ولزومه ، ومنهم من يرى ان القبض يجب ان يكون مستمر، أي يجب ان يكون الشيء المرهون بيد المرتهن الى انتهاء مدة الرهن

ثانياً : التوصيات

١. تأمل من المشرع العراقي بيان الكيفية التي يتم بها التسليم كمكان التسليم و نفقاته مثلا كما فعل المشرع المصري الذي أحال مسألة تسليم الشيء المرهون الى المواد القانونية التي تنظم تسليم المبيع .
٢. ندعو المشرع العراقي السير على خطى المشرع المصري والفرنسي الذي عد التسليم التزاما يقع على عاتق الراهن وليس ركن في العقد وذلك لان تخلف التسليم في هذه الحالة لا يؤدي الى ابطال عقد الرهن بل يترتب على تخلفه ان عقد الرهن يبقى صحيحاً مع إمكانية اجبار المدين على تنفيذ التزامه.

المصادر والمراجع:

- (١) عرفت المادة (١١٤٥) من القانون المدني العراقي " الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق. " وقد عرفت بانها " سلطة فعلية لشخص على شيء من الأشياء تبدو في ظهوره بمظهر مالك هذا الشيء او صاحب حق عيني عليه وممارسة الاعمال والامتيازات التي تترتب عادة على الصفة التي يظهر بها بالنسبة لهذا الشيء " جميل شرقاوي ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية ، منشورات دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٢٧٥-٢٧٦ .
- (٢) د. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، ط ٢، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٥٩، ص ٥٠٦ .
- (٣) د. نبيلة إسماعيل رسلان ، العقود المسماة ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠٠٧ ، ص ١٦٣-١٦٤ .
- (٤) د. خالد السيد محمد ، استثمار الدائن المرتهن للشيء المرهون وادارته دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠١٧ ، ص ١٧٠-١٧٤ .

- (٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، ج ١٠، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧ ص ٧٨٩.
- (٦) د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار اخبار اليوم، ١٩٤٥، ص ٤٤٢.
- (٧) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ١٠، ص ٧٩٦ و د. محمد كامل مرسي، التأمينات الشخصية والعينية، اثبات الحقوق العينية واحكام التسجيل، مطبعة نصر، مصر، ١٩٢٧، ص ٣٠٠.
- (٨) التي تنص على ان "الرهن الحيازي هو عقد به يضع المدين شيئا من حيازته او في حيازة من اتفق عليه المتعاقدان تامينا للدين".
- (٩) د. محمد طه البشير د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج ١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، ص ٥١٢ و شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية العقارية، الطبعة الاولى، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٣، ص ١٨٦٠.
- (١٠) د. عبد المنعم البدر اوي، التأمينات العينية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٨٠، ص ٣٣٨.
- (٨) بيان يوسف رجب، دور الحيازة في الرهن الحيازي، دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والشريعة الاسلامية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٦، ص ٢٨٣.
- (١١) الشيخ ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الامامية، ج ١، المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية، طهران، ١٣٨٧ هـ، ص ٢٠٣.
- (١٢) علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاشاني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٦، المكتبة الحبيبية، باكستان، ١٩٨٩ ص ١٤١.
- (١٣) "واما غير المنقول فانه يكفي فيه بالتخلية" انظر زين الدين بن علي العاملي المعروف بالشهيد الثاني، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الإسلام، ج ٤، ص ١٧ و السيد محمد جواد العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ٥، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ص ١٥١ و العلامة الحلي أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسيدي، تذكرة الفقهاء، ج ١٣ مؤسسة آل البيت ع لإحياء التراث، قم، ١٤١٤ هـ، ص ١٨٣ و محمد امين الملقب بابن عابدين، حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار ج ٤، دار الفكر، بيروت، ص ٥٦١ و شمس الدين، محمد بن محمد، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٢، دار احياء التراث، لبنان، ١٩٥٨ ص ٧١ و محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، دار الفكر، ج ٣، ص ١٤٥ و شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٤، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤، ص ٢٥٤ و منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج ٣، دار الفكر ببيروت، ص ٣٣١.
- (١٤) الشهيد الثاني زين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية، ج ٤، الطبعة السادسة، نينوى، ١٤٢٦ هـ، ص ١٧ و الدسوقي، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٤٥ و الرملي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٣٤. ابو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي ج ٤، دار الكتب العلمية، ص ١٣ و الشربيني، المصدر السابق، ج ٣، ص ١٢٣ و البهوتي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٣١.
- (١٥) الكاساني، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٣٨ و الشربيني، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٢٨ و أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٢، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٦٩.
- (١٦) ابو البركات سيدي احمد بن محمد بن احمد بن حاكم العدوي الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ص ١١١ و الدسوقي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٣١ و ابي عبد الله محمد الخرشني، شرح الخرشني على مختصر الجليل، ج ٥، مطبعة بولاق، القاهرة، ١٣١٧، ص ٢٣٦.
- (١٧) محمد جواد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، ج ٥، مصدر سابق، ص ١٣٨.

(١٨) الشهيد الثاني زين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ٥، مصدر سابق، ص ١٣٨ والكاساني، مصدر سابق، ص ٢٠٧ و أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير، ج ٦، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٩٩٩، ص ٧ و أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغدادي الشافعي، مصدر سابق، ص ٦ و أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني لابن قدامة، ج ٤، مكتبة القاهرة، ١٩٦٩، ص ٣٥٠، ص ٤٠٠

(١٩) " ولا يجوز الرهن الا مقبوضا في نفس العقد " أبو بكر الرازي الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، ج ٣، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، ٢٠١٠، ص ١٤٧.

(٢٠) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص ٨١٣.

(٢١) محمد جواد الحسيني العاملي، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٣٨ السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج ٢، دار المؤرخ العربي، لبنان ص ٢٨٨ و أبو عبد الله محمد الخرخشي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٤٥. الدسوقي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٣١ و أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج ٢، ص ١١٢ و

(٢٢) ذهب الى هذا الرأي البعض من الامامية، انظر محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق ع، ج ٤، ص ٢٦.

(٢٣) سورة المائدة، الآية: ١

(٢٤) " و ليس استدامة القبض شرطا، فلو عاد إلى الراهن أو تصرف فيه لم يخرج عن الرهانة " زين الدين بن علي العاملي المعروف بالشهيد الثاني، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الإسلام، ج ٤، ص ١٥ وابن عابدين، مصدر سابق، ج ٦، ص ٥١١ و أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي ج ١، دار الكتب العلمية، ص ٣١١ و شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٣٠.

(٢٥) أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٣٠ و أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ص ٣٥٢.

(٢٦) البهوتي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٧٤.

(٢٧) الكاساني مصدر سابق، ج ٦، ص ١٤٢ و الدردير، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٣٦ و الصاوي المالكي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٠٩ و القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٦٩.

(٢٨) الشيرازي، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٠٦