Journal of Libyan Academy Bani Walid 2025
مجلة الأكاديمية الليبية بني وليد
e-ISSN: 3104-3860
Volume 1، Issue 4، 2025، Pages: 799-811
Website: https://journals.labjournal.ly/index.php/Jlabw/index

The Problematic Aspects of Possession and Delivery in Murabaha Sale to the Purchase Orderer: An Analytical Study in Islamic Jurisprudence and Libyan Law

Ibrahim Mohammed Abuhararah Aburawi *
Department of Law, Faculty of Law and Political Science, University of Gharyan, Libya.
*Email: Ibrahimabohrar@gmail.com

إشكالية القبض والحيازة في بيع المرابحة للآمر بالشراء: دراسة تحليلية في الفقه الإسلامي والقانون الليبي

إبراهيم محمد أبوحرارة أبوراوي *
قسم القانون، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة غريان، ليبيا

Received: 18-09-2025	**Accepted:** 28-11-2025	**Published:** 22-12-2025
Copyright: © 2025 by the authors. This article is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Abstract

This study examines the problematic aspects of possession and delivery (qabḍ and ḥiyāzah) in Murabaha sale to the purchase orderer, as one of the most widely applied financing instruments in contemporary Islamic banking. The importance of this topic stems from the fact that possession and delivery constitute fundamental pillars for the validity of Islamic financial contracts and serve as decisive criteria distinguishing lawful sales from disguised usurious lending.

The research adopts a comparative analytical methodology by examining the concept of possession and delivery in Islamic jurisprudence—particularly within the Maliki school—and comparing it with the relevant provisions of Libyan legislation, especially the Libyan Civil Code and commercial laws. The study also analyzes modern banking practices in Murabaha transactions, focusing on both actual and constructive delivery and assessing their conformity with Sharia and legal requirements.

The findings reveal a significant theoretical convergence between Islamic jurisprudence and Libyan law regarding the necessity of possession and transfer of risk for the validity of sale contracts. However, the study highlights a substantial gap at the practical level, where excessive reliance on constructive possession and nominal ownership—especially in certain modern financing structures—undermines the essence of Murabaha as a genuine trade-based transaction, bringing it closer to prohibited interest-based financing.

The study concludes by recommending the development of clearer regulatory and supervisory frameworks governing possession and delivery in Islamic banking Murabaha operations, and

by strengthening the role of Sharia supervisory boards and legal oversight to ensure compliance with Islamic principles while accommodating contemporary financial practices.

Keywords: Possession, Delivery, Murabaha to the Purchase Orderer, Islamic Banking, Maliki Jurisprudence, Libyan Law.

الملخص

يهدف هذا البحث إلى دراسة إشكالية القبض والحيازة في عقد بيع المرابحة للآمر بالشراء، بوصفه أحد أكثر الصيغ التمويلية استخدامًا في المصارف الإسلامية المعاصرة، لما يثيره من تساؤلات فقهية وقانونية تتعلق بمدى تحقق التملك الحقيقي وانتقال الضمان. وتنبع أهمية الموضوع من كون القبض والحيازة يمثلان ركنًا جوهريًا في صحة العقود المالية الإسلامية، وضابطًا أساسيًا للفصل بين البيع المشروع والقرض الربوي المقنّع.

اعتمدت الدراسة المنهج التحليلي المقارن، من خلال تحليل مفهوم الحيازة والقبض في الفقه الإسلامي، مع تركيز خاص على اجتهادات فقهاء المالكية، ومقارنته بالنصوص القانونية ذات الصلة في التشريع الليبي، ولا سيما القانون المدني وقانون النشاط التجاري. كما تناول البحث التطبيقات المصرفية المعاصرة لعقد المرابحة، محللًا صور القبض الحقيقي والحكمي، ومدى توافقها مع الضوابط الشرعية والقانونية.

وتوصلت الدراسة إلى أن هناك توافقًا نظريًا ملحوظًا بين الفقه الإسلامي والقانون الليبي في اشتراط القبض وانتقال الحيازة لصحة البيع، غير أن الإشكالية الحقيقية تظهر في التطبيق العملي، حيث يفضي الإفراط في الاعتماد على القبض الحكمي أو التملك الصوري – خاصة في بعض صور التمويل الحديثة – إلى إفراغ عقد المرابحة من جوهره القائم على تحمل المخاطرة التجارية، وتقريبه من صور التمويل الربوي المحظور شرعًا.

وقد أوصى البحث بضرورة وضع ضوابط رقابية وتشريعية أكثر دقة لتنظيم إجراءات القبض والحيازة في المرابحة المصرفية، وتعزيز دور الهيئات الشرعية والرقابة المصرفية، بما يحقق التوازن بين متطلبات العمل المصرفي الحديث والمحافظة على مقاصد الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية : القبض، الحيازة، المرابحة للآمر بالشراء، الصيرفة الإسلامية، الفقه المالكي، القانون الليبي.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى أله وصحبه أجمعين

أما بعد:

تُعدّ المعاملات المالية من أبرز مجالات الفقه الإسلامي التي شهدت تطورًا ملحوظًا عبر العصور، نظرًا لارتباطها المباشر بحاجات الناس الاقتصادية، وسعي الشريعة الإسلامية الدائم إلى تحقيق العدل، ومنع الظلم، وصيانة الأموال من صور الاستغلال والربا. وقد أولى الفقه الإسلامي عناية خاصة بالعقود المالية، فجعل لها أركانًا وضوابط دقيقة، يأتي في مقدمتها تحقق الملكية الحقيقية، وتمام القبض، وانتقال الضمان، باعتبارها عناصر جوهرية لصحة العقد وآثاره الشرعية.

ومع تطور الأنظمة المصرفية الحديثة، وظهور الصيرفة الإسلامية كبديل مشروع للنظام الربوي، برز عقد بيع المرابحة للآمر بالشراء بوصفه أحد أكثر الصيغ التمويلية شيوعًا في المصارف الإسلامية، لما يتيحه من تلبية حاجات التمويل مع الالتزام – من حيث الأصل – بأحكام الشريعة الإسلامية. غير أن التطبيق العملي لهذا العقد أثار إشكالات فقهية وقانونية دقيقة، لا سيما فيما يتعلق بمسألتي القبض والحيازة، ومدى تحقق التملك الحقيقي للمصرف قبل إعادة بيع السلعة للعميل.

وتكمن خطورة هذه الإشكالية في أن القبض والحيازة لا يمثلان مجرد إجراء شكلي، بل يُعدّان الركيزة التي ينبني عليها التمييز بين البيع المشروع والقرض الربوي المقنّع. فانتفاء القبض الحقيقي أو الاكتفاء بصور صورية أو شكلية للحيازة قد يؤدي إلى إفراغ عقد المرابحة من مضمونه التجاري القائم على تحمل المخاطرة، وتحويله – من حيث الأثر – إلى معاملة تمويلية محرّمة، وهو ما يتعارض مع مقاصد الشريعة الإسلامية وروحها.

وقد ازدادت هذه الإشكالية تعقيدًا في ظل التطورات المتسارعة في المعاملات المصرفية، واعتماد المصارف الإسلامية على صور مستحدثة للقبض، كالقبض الحكمي، والتوكيل، واستلام المستندات، والتخلية والتمكين، الأمر الذي استدعى إعادة النظر في مدى مشروعية هذه الصور، وحدود اعتبارها قبضًا معتبرًا شرعًا وقانونًا، خاصة عندما تقترن بعدم تحمّل المصرف لمخاطر الهلاك أو الضمان.

ومن جهة أخرى، فإن التشريع الليبي – المستمد في جانب معتبر منه من الفقه المالكي – قد تناول مسألة الحيازة والقبض في القانون المدني وقوانين النشاط التجاري، واضعًا لها ضوابط قانونية تهدف إلى تنظيم انتقال الملكية وحماية الحقوق. غير أن التفاعل بين هذه النصوص القانونية والتطبيق المصرفي المعاصر يثير تساؤلات جوهرية حول مدى الانسجام بين الإطار الفقهي النظري والتنظيم القانوني من جهة، والممارسة المصرفية العملية من جهة أخرى.

وانطلاقًا من ذلك، يسعى هذا البحث إلى دراسة إشكالية القبض والحيازة في بيع المرابحة للآمر بالشراء دراسة تحليلية مقارنة، من خلال استقراء أحكام الفقه الإسلامي – مع التركيز على اجتهادات فقهاء المالكية – وتحليل النصوص القانونية الليبية ذات الصلة، وبيان أوجه التوافق والاختلاف بينهما، مع تسليط الضوء على أبرز الإشكالات العملية التي تفرزها التطبيقات المصرفية المعاصرة، واقتراح سبل معالجتها بما يحقق التوازن بين متطلبات الواقع المالي الحديث والالتزام بالأصول الشرعية.

أسباب اختيار الموضوع:

اخترت هذا الموضوع بناءً على ارتباطه بالأسباب الرئيسية للنزاعات المتعلقة بالملكية، والتي تتعلق بالحيازة والتصرف في الأموال عبر ما يُعرف بـ "طول اليد" على الشيء. لذلك، رأيت ضرورة دراسة هذا الموضوع.

من المعروف أن كل عقد مالي شرعي يترتب عليه آثار ومقاصد معينة، ومنها ضرورة القبض؛ لأنه يعد الهدف الأساسي من أي عقد مالي، ويعبر عن الغاية التي يسعى المتعاقدان لتحقيقها. قال الله تعالى في كتابه الكريم" :يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"(المائدة:1)، وهذا يبين أهمية القبض كوسيلة للوصول إلى الهدف من العقد، مما يمنح الثقة والطمأنينة للطرفين.

ويعتبر القبض من الجوانب الحيوية في العقود المالية، خاصة المعاصرة، لا سيما في صورها المعاصرة المستجدة، مثل التعامل باستخدام بطاقات الائتمان والأوراق التجارية. لذلك، يجب دراسة ضوابط القبض وفقًا للفقه الإسلامي والقانون الليبي.

أهمية الموضوع:

إن دراسة الحيازة والقبض في المرابحة الإسلامية أمر بالغ الأهمية، بما له من تأثير مباشر على صحة العقد وآثاره الشرعية.

تتمثل أهمية هذا البحث في:

شرح مفهوم الحيازة في المرابحة الإسلامية، وأركانها وشروطها، وأنواع القبض وطرق تنفيذه.

التطرق للصور المعاصرة للقبض والحيازة في ظل التطورات المتسارعة في المعاملات المالية.

إظهار الحلول الشرعية التي تقدمها الشريعة الإسلامية وتطبيقها على العقود المعاصرة لضمان صحة المرابحة.

تحليل موقف القانون الليبي من أحكام القبض في المرابحة عبر التشريعات مثل القانون المدني الليبي وقانون النشاط التجاري.

منهجية الدراسة:

سيتبع البحث المنهج المقارن لمقارنة أحكام الحيازة بين المذاهب الفقهية (مع التركيز على المذهب المالكي) والنصوص القانونية، والمنهج التحليلي لدراسة إجراءات المرابحة المصرفية وتقييم مدى توافقها مع تلك الضوابط مع واستقراء الأحكام الفقهية من مصادرها.

الدراسات السابقة

استعرضت بعض الدراسات السابقة المتعلقة بالقبض وأثره في العقود المالية:

الحيازة للمال المرهون في القانون الليبي وتوافقها مع الشريعة الإسلامية- د محمد الحسن محمد حامد الحضيري مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية المملكة المتحدة 2024م.

"التقبض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة" - علاء الدين بن عبد الرزاق الجنكو، ماجستير من جامعة أم درمان الإسلامية، الخرطوم 2004م.

"القبض وأثره في العقود" - منصور عبد اللطيف منصور، ماجستير من جامعة النجاح، نابلس 2000م.

"ما يشترط فيه القبض من العقود وصوره المعاصرة" - أسماء محمد البيوك، ماجستير من الجامعة الإسلامية بغزة 2013م.

إشكالية الدراسة:

انطلاقاً من الأهمية التي يكتسيها مفهوم الحيازة والقبض كركن جوهري في صحة العقود المالية الإسلامية، ومواكبةً للتطورات المتسارعة في تطبيقات المصارف الإسلامية وخاصة عقد بيع المرابحة للآمر بالشراء، تبرز الإشكالية الرئيسية لهذا البحث في التساؤل عن: إلى أي مدى تتماشى الممارسات العملية لبيع المرابحة للآمر بالشراء - كما تطبقها المصارف الإسلامية - مع الضوابط الشرعية والقانونية الجوهرية للحيازة والقبض، وكيف يمكن معالجة الفجوة بين التنظير الفقهي والتطبيق المصرفي المعاصر في هذا المجال؟"

خطة الدراسة:

قسمت البحث إلى مقدمة، ومبحث تمهيدي ومبحثين رئيسيين، وخاتمة، على النحو التالي:

المبحث التمهيدي: ماهية الحيازة (التعريف، الأركان، التمييز):

المبحث الأول: تطبيقات الحيازة في بيع المرابحة
المبحث الثاني: المشكلات العملية في تطبيق مفهوم الحيازة وسبل معالجتها

المبحث التمهيدي: ماهية الحيازة
المطلب الأول: تعريف الحيازة:
الفرع الأول: تعريف الحيازة
الحيازة لغة هي الجمع والضم، حيث جاء في القاموس المحيط 1: الحوز والجمع وضم الشيء كالحيازة والاحتياز، كما جاء في لسان العرب: الحوز، الجمع، وكل من ضم شيئا إلى نفسه مالا أو غير ذلك فقد حازه حوزا أو حيازة، وحازه إليه واحتازه إليه2.
يتضح من ذلك أن المضمون الجوهري للحيازة في اللغة يعبّر عن قبض الشخص على شيء ما وضمه إلى ممتلكاته، سواء أكان هذا الشيء مالاً أم أي شيء آخر مما يجيز العرف والفقه والقانون التعامل به. غير أنه من المتفق عليه أن المفهوم القانوني للحيازة يتعدى هذا المعنى اللغوي البسيط، ليمتد إلى الإطار الاصطلاحي الأكثر دقة الذي وضعه الفقهاء، والذي يضيف إلى فكرة الاستيلاء المادي شرط النية والقصد في التصرف بذلك الشيء كمالك له.، حيث عرفها الأستاذ السنهوري بأنها سيطرة فعلية من طرف شخص على حق3، كماعرفها ابن معجوز على أنها وضع اليد من قبل الإنسان على شيء ويبقى تحت تصرفه مدة من الزمن4، وعرفها أيضا الأستاذ القدوري على أنها وضع اليد على شيء والتصرف فيه مدة من الزمن5.
يتبين من خلال التعاريف المذكورة سابقًا أنها قد اختلفت في الصياغة والألفاظ، ولكنها اجتمعت في الجوهر والمضمون. فجميعها يُؤَكِّد على أن حقيقة الحيازة تكمن في وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه. وعليه، يمكن الاستنتاج أن وضع اليد يمثل الركن الأساسي والمظهر الجوهري لقيام الحيازة، ويكون وجوده شرطًا لتحققها، وفي المقابل، يُعَدُّ غيابه دليلاً قاطعًا على انتفائها.
في الفقه: يطلق على لفظ وضع اليد على مال الغير ولم يظهر هذا اللفظ إلا عند بعض فقهاء المالكية حيث إن الفقه المالكي انفرد بدراسة الحيازة دراسة موسعة.
وقيل فيها6 هي أن يصير الشيء في حيز القابض، وجاء في حاشية العدوي7 : (ولا يتم الرهن إلا بالحيازة ظاهر أنه يصح قبل القبض لكن لا يختص المرتهن به عن الغرماء إلا بالقبض)
وفي أسنى المطالب 8(فلو حصلت شهادة بالملك والحيازة في كتاب تبايع أو وقف وشهدت البينة بأن فلان مالك حائز للمكان الفلاني).
وقال في كشاف القناع9 : (ولا يملكه قبل حيازته) .
وعلى هذا يمكن تعريف الحيازة اصطلاحا بأنها (وضع اليد على الشيء).
يظل المعنى اللغوي للحيازة هو السائد والمشترك بين عامة الفقهاء. إلا أن مصطلح "الحيازة" بمفهومه الفقهي الاصطلاحي الدقيق، الذي يتجاوز المعنى اللغوي العام إلى ضوابط وأشخاص محددة، لم يرد بشكلٍ مفصّل إلا في كتب فقهاء المالكية بشكلٍ خاص.
وقد ميّز فقهاء المالكية في تعريفهم للحيازة بين معنيين:
1 معنى عام: وهو المعنى الشائع الموافق لتعريف عامة الفقهاء، أي مجرد الاستيلاء على الشيء.
2 معنى خاص: وهو المعنى الأكثر دقةً وحجيةً عندهم، حيث قَصَروا مفهوم الحيازة على نوع معين منها، ألا وهو "الحيازة بقصد التملك"، أي التي تكون بهدف كسب الملكية.
ومن أشهر التعريفات التي اعتمدها المالكية لهذا المعنى الخاص، تعريف العلامة العدوي الذي عرّف الحيازة بأنها:
"وضع اليد على الشيء والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه، كالبناء فيه، أو الغرس، أو أي تصرف آخر من هذا القبيل".

---

1 مجد الدين بن محمد الفيروز أبادي: القاموس المحيط، باب الزاي، فصل الحاء، ج 2 ص 706.
2 ابن منظور: لسان العرب، مطبعة دار الحديث، القاهرة الجزء الثاني، (ج .ح)، ط 2003، ص 655.
3 عبد الرزاق السنهوري :"الوسيط في شرح القانون المدني" ، أسباب كسب الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، الجزء9، المجلد 2، ط الثالثة سنة 2000 ص784.
4 محمد ابن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة ، الرباط، ط2/ 1999، ص110.
5 محمد القدوري: حيازة العقار وحيازة المنافع في ضوء الفقه المالكي والتشريع والقضاء المغربي، مطبعة دار الأمان الرباط ، ط 1 /2005، ص63.
6 محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي: المبسوط، ص 65/12 مطبعة السعادة، مصر.
7 أبو الحسن علي بن أحمد العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تح/ يوسف محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت – لبنان، بدون طبعة، 1414هـ - 1994م. 241/2.
8 زكريا الأنصاري: أسنى المطالب، المكتبة الإسلامية 397/4.
9 كشاف القناع على متن الإقناع، 160/3 161 لمنصر بن يونس البهوتي، مطبعة أنصار السنة، مصر.

وهذا التعريف يؤكد على عنصري السيطرة المادية (وضع اليد) والقصد المعنوي (التصرف كالمالك) كأساس لقيام الحيازة المقصودة قانونًا.

يقول الدسوقي في تعريفها: (هي وضع اليد على الشيء والاستلاء عليه، والتصرف يكون بواحد من أمور سكنة أو إسكان أو زرع أو غرس أو استغلال أو هبة أو صدقة أو بيع أو هدم أو بناء أو قطع شجر أو عتق أو كتابة أو وطء في رقيق10).

هذا فيما يخص تعريف الحيازة لغة وفقها، أما في الناحية القانونية فنجد أنها "تقوم على السيطرة الفعلية على الملك بنية اكتسابه، ولا تقوم هذه الحيازة لغير المواطن مهما طال أمدها".

يُلاحَظ أن التعريف القانوني الحديث للحيازة قد انفرد عن مفهومها الفقهي التقليدي بشرط جوهري ، وهو تقييد حق كسب الملكية بالمواطنين فقط، أي منحهم وحدهم الأهلية لاكتساب ملكية الشيء المحوز عبر الحيازة، وذلك استثناءً من القواعد العامة

يُمثّل هذا التقييد أحد أوجه التجديد التشريعي الذي أدخله المشرع القانوني على أصول الفقه المالكي، وذلك بهدف مواءمته مع متطلبات التطور الاجتماعي الحديث وانسجامًا مع النظريات السياسية المعاصرة التي تُعلي من مبدأ سيادة الدولة وسيطرتها على موارد الإقليم وتملك الأجانب، مما يعكس توجّهًا حديثًا لربط الحقوق العينية بالانتماء الوطني.

المطلب الثاني: أركان الحيازة وشروط صحتها

الفرع الأول: أركان الحيازة: من خلال التعاريف السابقة يتضح أن الحيازة لا يمكن أن تقوم إلا بوجود شخص حائز وشخص محوز عليه وشيء محوز وفعل الحوز.

1- الحائز (طرف الحيازة الأساسي)

باستقراء تعريف الحيازة، يتبين أن الحائز هو الشخص الذي يباشر وضع يده على الشيء ويستولي عليه فعليًا، سواء أكان هذا الشيء عقارًا (كالأرض والمباني) أم منقولا (كالمركبات والأموال).

ويمكن تصنيف الحائز من حيث علاقته بصاحب الحق الأصلي (المحوز عليه) إلى عدة أنواع:

ا .أنواع الحائزين من حيث صلة القرابة:

- أجنبي (غريب): وهو الذي لا تربطه بالمالك الأصلي أي صلة قرابة أو مصاهرة.
- قريب: وهو الذي بينه وبين المالك صلة دم، وتختلف أحكام الحيازة بحسب درجة القرابة:
- الأصول والفروع: كالآباء والأبناء (أقرب درجة قرابة).
- فروع الأصول (الأقارب من الدرجة الأخرى): كالأعمام والأخوال وأولادهم.

ب .أنواع الحائزين من حيث صلة المصاهرة أو الولاء:

- من الأصهار: كأقارب الزوج أو الزوجة.
- الموالي: في الإطار التاريخي للفقه الإسلامي، يشمل هذا المصطلح المعتَقين ومواليهم.

ويجوز أن يكون الحائز في كل هذه الحالات السابقة شريكًا لمالك الشيء الأصلي أو لشخص آخر، أو أن يكون منفردًا بالحيازة دون مشاركة أحد11.

2. المحوز عليه (صاحب المصلحة المعارضة)

هو الطرف المتأثر بالحيازة، ويمكن أن يكون:

المالك الأصلي للشيء الذي استولى عليه الحائز.

أي شخص آخر يدعي ملكية ذلك الشيء أو حقاً فيه.

من الممكن أن يكون المحوز عليه نفسه حائزاً سابقاً للشيء، إذا قام حائز جديد بالاستيلاء عليه (حيازة على الحيازة).

3. الشيء المحوز (محل الحيازة)

---

10 محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، 4/234_235 .

وجاء في الموسوعة الفقهية في مصطلح (قبض) 22/258 ما نصه: (الحيازة) : يقول أهل اللغة : كل من ضم إلى نفسه شيئا فقد حازه حوزا وحيازة . أما في الاصطلاح : فأكثر ما تستعمل هذه الكلمة في مذهب المالكية ،وإنهم يستعملونها في كتبهم بمعنيين أحدهما أعم من الآخر : أ- أما بالمعنى الأعم فهي اثبات اليد على الشيء والتمكن منه ، وهو نفس معنى القبض عند سائر الفقهاء. قال القيرواني : لا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلا بالحيازة أي إلا بالقبض ، وقال التسولي : الحوز وضع اليد على الشيء المحوز ، وقال الحسن بن رحال : الحوز والقبض شيء واحد ب - أما الحيازة بالمعنى الأخص عند المالكية : فعرفها أبو الحسن المالكي بقوله : الحيازة هي وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه بالبناء والغرس ، والهدم وغيره من وجوه التصرف ، وقال الحطاب الحيازة تكون بثلاثة أشياء أضعفها السكنة والازدراع ،والهدم والبنيان والغرس والاستغلال ، ويليها : التفويت بالبيع ، والهبة ، والصدقة ، والنحلة ، والعتق ، والكتابة ، والتدبير والوطء وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله. "والقبض مرادف للحيازة بالمعنى الأعم" ،الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية 19 ، د./ محمد الأحمد .

11 جواد الهروس: "الحيازة والاستحقاق في الفقه المالكي والتشريع المغربي"، رسالة نال بها المؤلف دبلوم الدراسات المعمقة في المعاملات في الفقه والقانون، مطبعة الكرامة، الرباط ط 1/2009 ص 81.

هو الموضوع الذي ترد عليه الحيازة، وهو العين التي يستولي عليها الحائز ويتصرف فيها بكل أشكال التصرفات، ويصنف إلى نوعين رئيسيين:
عقار: مثل الأراضي، وما شُيّد عليها من مباني، أو ما غُرس فيها من أشجار.
منقول: مثل الحيوانات، السيارات، الآلات، والأموال الأخرى القابلة للنقل.
4. الحَوز (مادة الحيازة أو الفعل المادي)
هو الركن المادي للحيازة، ويتمثل في وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه مدة زمنية معينة، بقصد تملكه والانتفاع به.
وتتفاوت قوة الأفعال المادية الدالة على الحوز، ويصنفها الفقهاء حسب قوة الدلالة على نية التملك إلى:
أضعفها: أفعال مثل السكنى في عقار أو الزراعة في أرض، فهي تدل على الانتفاع ولكن قد لا تدل وحدها على نية التملك القوية.
أقوى منها: أفعال مثل الهدم أو البناء أو الغرس أو الاستغلال الاقتصادي المكثف، فهي استثمار وتصرفات لا يقوم بها الشخص العادي إلا في ملكه.
أقواها دلالة على الملكية: التصرفات التي تنقل الملكية أو تخاطر بها، مثل البيع، والهبة، والصدقة، وعتق الرقيق (في السابق)، لأنها لا تصدر إلا من مالك حقيقي. ويُضاف إلى ذلك الوطء (في حالة الجواري سابقاً) كنموذج للتصرف الخاص الذي لا يفعله الشخص إلا في ممتلكاته12.
الفرع الثاني: شروط الحيازة، والألفاظ ذات الصلة:
أولا: شروط الحيازة هي الأسس التي تنبني عليها الحيازة لتكون صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية وهي كالآتي:
1- وضع اليد على الملك: هو السيطرة الفعلية على الملك والذي يمثل العنصر المادي للحيازة13.
2- التصرف: وهو شيء زائد عن الحوز ويقصد به مباشرة الحائز لمختلف أنواع التصرفات الشرعية على الشيء المحوز14 من ازدراع ورعي وسكني الدار.
3- النسبة: من شروط الحيازة أن ينسب الحائز الملك المحوز إلى نفسه، وأن ينسبه الناس إليه أيضا بحيث يقول: "هو ملكي وحوزي"، ولو لم يبين السبب ويقول الغير في حقه "حوز فلان وملكه" ويمثل هذا الشرط العنصر المعنوي للحيازة.
4- عدم المنازعة: ويعني ذلك أن لا ينازع أحد الحائز في حيازته طول المدة المقررة في القانون، وإذا نازعه أحد أصبحت حيازته معيبة وغير منتجة لآثارها القانونية.
5- أن تستمر طول المدة المقررة في القانون: أي أن يستمر وضع اليد على الملك المحوز طول المدة المقررة في القانون.
6- عدم العلم بالتفويت: ويعني أن لا يخرج الشيء المحوز عن سيطرة الحائز بالتفويت، سواء كان هذا التفويت برضاه أو بسبب من أسباب التفويت الجبري15.
ثانيا: الألفاظ ذات الصلة
الفقرة الأولى: الحيازة والاستيلاء
تمييز الحيازة عن الاستيلاء بحيث أن الاستيلاء سبب من أسباب كسب ملكية الأشياء التي لا مالك لها عن طريق وضع اليد عليها بنية تملكها16.
من خلال التحليل السابق للتعريف، يتضح أن حق الاستيلاء (الحيازة بقصد التملك) لا يرد عمليًا إلا على المنقولات التي لا مالك لها، بينما يصبح شبه مستحيل تطبيقه على العقارات في المجتمعات الحديثة، وذلك وفقًا للأسباب التالية: بالنسبة للعقارات، فإن القوانين المدنية الحديثة - وعلى وجه التحديد القانون المدني الليبي في المادة (823) التي تنص على أن "الأراضي التي لا مالك لها تكون مملوكة للدولة" - قد جعلت من جميع الأراضي المباحة (الموات) التي لا مالك خاصًا لها مملوكة ملكية عامة للدولة. وبالتالي، لا يمكن لأي فرد وضع يده (الاستيلاء) على هذه الأراضي وادعاء ملكيتها بالمفهوم التقليدي، بل يحتاج إلى الحصول على ترخيص أو عقد استغلال من السلطات المختصة، وهذا الترخيص ليس "استيلاءً" بل هو مجرد إذن بالانتفاع أو الاستغلال لملك تظل ملكيته ثابتة للدولة. أما بالنسبة للمنقولات، فلا تزال بعض أنواعها قابلة للاستيلاء المباشر إذا كانت لا مالك لها، وذلك لطبيعتها التي تعيق حصر ملكيتها بالدولة، ومن أبرز أمثلتها: الأسماك في البحر والطيور في البرية، حيث يمكن للمواطن امتلاكها بمجرد صيدها واستيلائه عليها. وبناءً على ذلك، يمكن القول إن

12 ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق الشيخ: جمال عشلي، مطبعة دار عالم الكتب، الرياض، ط/ 1423-2003، ج2، ص93.
13 العنصر المادي للحيازة: يتمثل في السيطرة على الشيء المحوز واستعماله واستغلاله. سنية أحمد يوسف، حماية الحيازة بين النيابة العامة والقضاء المستعجل مطبعة دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001، ص10.
14 عبد الناصر الحمداوي، "الحيازة بين الفقه المالكي والقانون المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الماجستير في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية ولاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2009-2010، ص32.
15 محمد القدوري، م. س. ص91.
16 إدريس الفاخوري، مدونة الحقوق العينية على ضوء القانون 39.08، مطبعة الجسور وجدة، ط 2012/1، ص212.

مفهوم الاستيلاء لتملك العقارات قد تقلص دورته بشكل كبير في التشريعات الحديثة، ليقتصر نطاق تطبيقه الفعلي تقريبًا على المنقولات التي لا مالك لها، بينما أصبحت ملكية الدولة هي القاعدة العامة بالنسبة للأراضي والعقارات.
يستفاد مما سلف أن هناك فرقا واضحا وشاسعا بين الاستيلاء والحيازة بالرغم من كونهما سببان مكسبان للملكية ويشترط فيهما وضع اليد ونية التملك.
فالحيازة ترد على الأشياء المملوكة وغير المملوكة كما ترد على العقارات والمنقولات، أما الاستيلاء كما تبين فلا يرد إلا على المنقولات والتي لا مالك لها. ومنه فنطاق الحيازة أوسع من نطاق الاستيلاء.
الفقرة الثانية: الحيازة وأراضي الموات
من أحيا أرضا من الأراضي الموات بإذن من السلطة المختصة فله حق استغلالها.
الأرض الموات هي: الأرض التي لا عمارة فيها ولا يملكها أحد17. ويتم إحياؤها بجعلها صالحة للاستغلال عبر وسائل مثل الزراعة، أو الغرس، أو البناء، أو تفجير المياه فيها، أو تجفيفها.
ويشترط فقهاء المالكية في إحياء الأراضي الموات القريبة من العمران الحصول على إذن الإمام (السلطة العامة)، بينما لا يشترطون ذلك في الأراضي البعيدة عن مناطق العمران.
أما الحيازة، فكما سبق توضيحه، لا تشترط حصول الحائز على ترخيص مسبق لمباشرة أعمال الحيازة على الملك المحوز، على عكس إحياء الأراضي الموات الذي قد يستلزم – وفقاً لشروط المالكية – إذناً إدارياً.
وبعد أن اتضحت ماهية الحيازة من حيث التعريف والأركان والشروط، وتم تمييزها عن المفاهيم المشابهة التي قد تلتبس بها، يصبح من المناسب الانتقال إلى تطبيقات الحيازة والقبض في عقد البيع

المبحث الأول: تطبيقات القبض والحيازة في بيع المرابحة للآمر بالشراء:
المطلب الأول: ماهية بيع المرابحة للآمر بالشراء وحكمه:
الفرع الأول: تعريف البيع والمرابحة:
أولا: البيع في اللغة العربية يُطلق على معنى البيع والشراء معاً، فهو من الأضداد. يُقال: "بَاعَ الشيءَ" أي قام ببيعه، ويُقال أيضاً: "بَاعَ الشيءَ" بمعنى اشتراه (وهو استعمال شاذ). المصدر القياسي للفعل هو "مَبِيعَة" (على وزن مَفْعِلَة)، ومصدره الشائع هو "بَيْعٌ، والابتياع: الاشتراء"18.
والبيع في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية تعددت آراؤهم على النحو الآتي:
فعند الحنفية هو: "مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله على وجه مخصوص".
وعند المالكية هو: "عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة، ذو مكايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة، معين غير العين فيه"[19].
وعند الشافعية هو: "عقد معارضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد لا على وجه القربة".
وعند الحنابلة هو: "مبادلة مال ولو كان في الذمة، أو مبادلة منفعة مباحة بمثل أحدهما على التأبيد، غير ربا وقرض"[20].
والملاحظ على المعاني السابقة أنها لم تخرج المقايضة؛ لأنها مبادلة عين بعين .
وأما البيع في القانون الليبي فقد نصت المادة 407 مدني على معناه بأنه: "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"، واشتراط الثمن النقدي يخرج المقايضة[21].
ثانيا: المرابحة فـ"لغة" من الربح، وهو الزيادة الحاصلة في البيع، يقال: بعته المتاع واشتريته منه مرابحة، إذا سميت لكل قدر من الثمن ربحا[22].
واصطلاحا تعددت عبارات فقهاء الشريعة الإسلامية حيالها، ولكنها متحدة المعنى والمدلول، وهي: نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح[23].
فبيع المرابحة للآمر بالشراء هو عبارة عن طلب يتقدم به شخص (الآمر) إلى طرف آخر (كالمصرف أو التاجر) لشراء سلعة معينة ذات مواصفات محددة، مع تعهده مسبقًا بشرائها وفق صيغة المرابحة، أي بسعر التكلفة مضافًا إليه هامش ربح متفق عليه بين الطرفين. ويتم دفع الثمن عادة على شكل دفعات أو أقساط مالية تتلاءم مع قدرة المشتري المادية وإمكانياته.

17 ابن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، مطبعة دار الاعتصام، القاهرة، ص 261، دون ذكر سنة الطبع .
18 لسان العرب، مادة (بيع)، 23/8.
19 محمد بن قاسم الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، بدون مكان النشر، ط1، 1350ه، ص 232.
20 كشاف القناع، 146/3.
21 ينظر: الوسيط، للسنهوري، 22/4.
22 ينظر: المصباح المنير، مادة (ربح)، 215/1، والمفردات، للراغب، مادة (ربح)، ص338.
23 بدائع الصنائع، 5/220 ، والقوانين الفقهية، ص174، ومغني المحتاج، 2/476، والمغني، 4/ 136.

الفرع الثاني: أركان العقد وحكمه .

بيع المرابحة للآمر بالشراء يتكون من أربعة عناصر أساسية[24]:

1: وعد ملزم من المشتري للمصرف بشراء السلعة .

2: عقد بيع بين المصرف والبائع، وهو المالك للسلعة .

3: عقد بيع مرابحة بين المصرف والمشتري، وإذا كان الثمن يدفع على أقساط زاد المصرف في الثمن لأجل التأجيل في دفع الثمن، ويسمى البيع بالتقسيط.

4: دمج هذه العقود مع بعضها البعض (اجتماع عقود مع بعضها البعض) .

وأبين حكم كل عنصر لأخلص إلى الحكم على هذا العقد (بيع المرابحة للآمر بالشراء).

1: وعد ملزم من المشتري للمصرف بشراء السلعة: تعددت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في إلزامية الوعد من عدم إلزاميته على النحو التالي:

القول الأول: ذهب الجمهور من بعض الحنفية 25والمالكية في قول26 والشافعية27 والحنابلة28 إلى أن الوعد ملزم ديانة لا قضاء.

القول الثاني: ذهب غالب الحنفية 29والمالكية في قول إلى أن الوعد ملزم قضاء إذا كان متعلقا بسبب، ولو لم يدخل الموعود بسبب العدة في شيء.

القول الثالث: ذهب المالكية في قول إلى أن الوعد ملزم قضاء مطلقا.

القول الرابع: ذهب المالكية في المشهور لديهم إلى أن الوعد ملزم قضاء إذا كان متعلقا بسبب، ودخل الموعود فيه.

وقد اعتمد هذا القول مجمع الفقه الإسلامي، وهو أن الوعد ملزم قضاء إذا كان متعلقا بسبب، ودخل الموعود فيه30، وتعمل المصارف الإسلامية بالقول الثالث، وهو رأي المالكية في قول لهم بإلزامية الوعد قضاء مطلقا"، وهو ما اعتمده فقهاء القانون المدني الليبي[31].

2: عقد بيع بين المصرف والبائع. وعقد البيع جائز شرعا وقانونا[32].

3: البيع بالتقسيط. والبيع بالتقسيط جائز شرعا وقانونا[33].

4: حكم اجتماع عقود مع بعضها البعض، تعددت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية على النحو التالي:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية وأكثر المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم الجواز.

القول الثاني: ذهب بعض المالكية إلى جواز ذلك.

يستنتج من ذلك جواز بيع المرابحة للآمر بالشراء شرعاً، استناداً إلى عدة أدلة أهمها: القول بإلزامية الوعد في الوعد بالشراء، وجواز البيع المطلق والبيع بالأقساط، وموافقة الرأي القائل بجواز اجتماع العقود، بالإضافة إلى مصادقة مجمع الفقه الإسلامي على هذا النوع من البيوع في قراره رقم (2،3) باشتراط القبض بعد التمليك، وتأييد عدد من الباحثين المعاصرين له.

ولا يعتبر هذا البيع من الربا، لأن الحكم على المعاملات يتم بموجب الوسائل لا النتائج، والوسيلة هنا عبارة عن بيع مشروع لسلعة مملوكة للمصرف تملكاً تاماً، حيث يقوم المصرف بدور التاجر الذي يشتري السلعة ليبيعها بربح معلوم، ومن حقه أن يبيعها نقداً أو مؤجلاً دون اشتراط بقاء السلعة في حوزته".

يرى فقهاء المالكية أن بيع المرابحة للآمر بالشراء يندرج تحت بيوع العينة غير الجائزة شرعاً لاشتماله على التحايل على الربا. في المقابل، يقدم الإمام الشافعي اجتهاداً مخالفاً حيث يرى جواز هذا البيع عندما يقول الشخص للآخر: "اشتر هذه السلعة وأربحك فيها كذا"، معتبراً أن عملية الشراء تكون جائزة، وأن الوعد بالإرباح يظل خياراً غير ملزم لأي من الطرفين، وبالتالي لا يعتبر من بيوع العينة.

---

24 المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، الشبير، ص 309 و 410.

25 مجلة الأحكام العدلية، المادة 84، وشرح المجلة، 87/1 ، ورد المحتار، 84/5.

26 محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تح/ عبد السلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط1، 1404ه - 1984م، ص154.

27 روضة الطالبين، 390/5 .

28 كشاف القناع، 3/363 .

29 ابن عابدين الدمشقي الحنفي: العقود الثرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة بدون مكان النشر ولا طبعة ولا تاريخ الطبع، 321/2 .

30 قرار مجمع الفقه الإسلامي، رقم (2، 3) بشأن الوفاء بالوعد، والمرابحة للآمر بالشراء بالشراء في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1 إلى 6 جمادى الأولى 1409ه الموافق 10 إلى 15 ديسمبر 1988م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ص715.

31 النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، لمحمد علي البدوي الأزهري، ص85 .

32 بدائع الصنائع،133/5 ، والشرح الكبير، 2/3، ومغني المحتاج، 319/2، وكشاف القناع، 145/3 ، والمادة 407 من القانون المدني الليبي .

33 فتح القدير،262/6 ، والشرح الكبير، 165/3 ، ومغني المحتاج،479/2 ، والمغني، 133/4، والمادة 419 من القانون المدني الليبي .

أما عندما يكون قصد المشتري الحصول على النقود (وليس السلعة ذاتها)، فيقوم بشراء السلعة بأجل ليبيعها نقداً ويحصل على ثمنها، فإن هذه الصورة تُعرف بالتورق عند الحنابلة -والتي لها أحكامها الخاصة المنظمة- وهو جائز عندهم[34]".
وليس هذا البيع من قبيل البيعتين في بيعة؛ لأنه لا يوجد فيه بيعتان، بل بيعة واحدة مستندة إلى مواعدة بيع السلعة بالفعل[35].
وليس أيضا من قبيل بيع الشيء قبل تملكه؛ لأن المصرف يبيع السلعة للعميل المشتري بعد دخولها في ملكه.

المطلب الثاني: كيفية الحيازة في بيع المرابحة للآمر بالشراء

قد يلجأ المصرف أحيانا إلى توكيل عميله طالب شراء السلعة بالنيابة عنه في شرائها، ثم يبيع ما اشتراه لنفسه، أو قد يشتري المصرف السلعة بنفسه عن طريق موظفه، ثم يوكل العميل بقبضها لنفسه؛ اختصارا للوقت وخفضا للتكاليف[36].
فتوكيل المصرف العميل بشراء السلعة التي يرغب في شرائها من المصرف بعد ذلك وقبضها أيضا، لا يعدو أن يكون وكالة من العميل بشرائها أو قبضها للمصرف، والوكالة جائزة شرعا وقانونا[37]"، فيقوم قبض الوكيل مقام قبض الموكل.
وما يتعلق بمسألة توكيل العميل بالشراء والقبض ثم يبيع ويقبض لنفسه من نفسه مرابحة، فهذا يسمى باتحاد القابض والمقبض، وأجازه بعض فقهاء الشريعة الإسلامية وأجازه القانون المدني الليبي بشرط إذن الموكل[38]، ويكون قبض العميل قبضا حكميا يقوم مقام قبض المصرف.
في إطار بيع المرابحة، قد يقوم البنك بشراء السلعة التي يريدها العميل من خلال أحد موظفيه، مع الاتفاق على أن تظل السلعة بحوزة البائع الأصلي. ثم يبرم البنك عقد بيع مرابحة مع العميل طالب السلعة. بعد ذلك، إما أن يستلم العميل السلعة مباشرة من البائع الأول، أو يصدر البنك صكًا باسم العميل ليقدمه الأخير للبائع الأول مقابل تسلم السلعة.
يُعتبر هذا التصرف من قبيل بيع المبيع قبل قبضه، لأن البنك أصبح مالكًا للسلعة بالشراء لكنه لم يقبضها فعليًا، ثم باعها للعميل قبل أن يتم هذا القبض. وقد أجاز هذا العمل عدد من فقهاء الشريعة الإسلامية، وهو رأي مرجح لدى بعض الحنفية والمالكية والحنابلة، كما أقرّه فقهاء القانون المدني الليبي.
وإنما جاء الإلزام بالوعد والمرونة في صور القبض لتحقيق هدفين: حماية البنك من مخاطر التراجع, وتخفيض التكاليف التشغيلية, إلا أن هذه التطبيقات تثير إشكاليات عملية تحتاج إلى معالجة.
وبعد أن استعرضنا المفهوم النظري للحيازة والقبض وأحكامها العامة فإن التطبيق العملي الأبرز والأكثر إلحاحا لهذه الضوابط في العصر الحاضر يتمثل في بيع المرابحة للآمر بالشراء الذي تجريه المصارف الإسلامية
وينتقل بنا البحث لدراسة هذا التطبيق من خلال تحليل كيفية تحقق الحيازة والقبض في إجراءات هذا العقد , وهو ما سيكون محور المبحث التالي.

المبحث الثاني: القواعد والمشكلات في تطبيق الحيازة وسبل معالجتها

المطلب الأول: القواعد العامة التي تحكم مرحلتي التملك والقبض:

- الفرع الأول: مرحلة التملك:
- الشروط والإجراءات اللازمة للتملك الحقيقي للسلعة في بيع المرابحة

حتى يكون تملك البنك للسلعة في عقد المرابحة تملكاً حقيقياً وصحيحاً، يجب أن يمر بالمراحل والإجراءات التالية التي حددها المشرع:

1. التملك المسبق: يُحظَر على البنك بيع السلعة للعميل (بعقد المرابحة) قبل أن يمتلكها هو أولاً. أي يجب أن يتم عقد البيع بين البنك والبائع الأصلي، ويقبض البنك السلعة فعلياً أو حكماً (كأن يتم تمكينه منها أو تسليمه مستندات تملكها)، قبل إبرام عقد المرابحة مع العميل. إذا كان عقد الشراء الأول باطلاً، فإن عقد المرابحة اللاحق يكون غير صحيح.
2. طريقة التعاقد مع البائع: يتمتع البنك بمرونة في طريقة التعاقد مع البائع الأصلي، حيث يمكن أن يتم:

ا ٠ بالطريقة المباشرة التقليدية (مقابلة الطرفين والتوقيع على العقد).
ب٠ عبر وسائل الاتصال الحديثة (كالمراسلة الكتابية أو الإلكترونية) من خلال تبادل إشعاري "إيجاب" و "قبول" متطابقين، وفق الضوابط المعتمدة.

3. طريقة شراء البنك للسلعة:

---

34 كشاف القناع،3 /186 .
35 المعاملات المالية المعاصرة، للزحيلي، ص 71.
36 عبد العظيم أبو زيد: بيع المرابحة وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلامية، دار الفكر، دمشق - سورية، ط1، 1425ه - 2004م، ص95 و 96 .
37 البدائع،19/6 ، والشرح الكبير،377/3 ، ومغني المحتاج، 231/3 ، والمغني، 63/5 ، والمادة 699 من القانون المدني الليبي .
38 حيث نصت المادة 108 من القانون المدني الليبي على أنه: "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل"، فيلحق بالعقد أثره، وهو القبض، فيجوز قبض الوكيل لنفسه بإذن الموكل.

ا· الأصل: أن يشتري البنك السلعة بنفسه مباشرة.
ب· البديل: أن يوكل شخصاً آخر (غير العميل نفسه) لشراء السلعة نيابة عنه.
4. حظر توكيل العميل: لا يجوز للبنك أن يوكّل العميل (طالب المرابحة) لشراء السلعة من البائع الأصلي نيابة عن البنك.
5. الوكالة غير المعلنة: عند قيام البنك بتوكيل طرف ثالث (غير العميل) للشراء، يجوز أن تكون الوكالة "غير معلنة"، حيث يتعامل الوكيل مع السوق باسمه الشخصي (كأصيل) لكن لصالح البنك. مع التنبيه إلى أن إفصاح الوكيل عن أنه وكيل للبنك هو الأفضل والأولى.
6. التسجيل ليس شرطاً للملكية: لا يشترط تسجيل ملكية السلعة (كعقار أو مركبة) رسمياً باسم البنك لانتقال الملكية إليه، فملكية السلعة تنتقل للبنك بمجرد إبرام عقد الشراء الصحيح. والتسجيل يعتبر إجراءً شكلياً لتأكيد الحقوق وليس منشئاً للملكية.
7. اسم العميل في المستندات:
· ممنوع: إصدار مستندات الملكية الأساسية (كالعقود أو الفواتير) الخاصة بشراء البنك للسلعة باسم العميل.
· مسموح (بشروط): ذكر اسم العميل في مستندات الشحن (البوليصة) بجانب اسم البنك أو وكيله، ولكن هذا على سبيل الإعلام والإحاطة فقط وليس لنقل الملكية.

- **الفرع الثاني: كيفية تحقق القبض والحيازة في المرابحة المصرفية:**
- **إجراءات القبض في بيع المرابحة**

لضمان صحة عملية المرابحة، يجب أن يتم قبض البنك للسلعة قبضاً سليماً قبل بيعها للعميل، وذلك وفق الإجراءات التالية:
1. شرط أساسي للبيع: يجب على البنك أن يتأكد من قبضه للسلعة (حقيقةً أو حكماً) بشكل تام قبل إبرام عقد بيع المرابحة مع العميل.
2. انتقال الضمان (المخاطرة):
· ينتقل ضمان السلعة (أي تحمل مخاطر تلفها أو هلاكها) من البائع الأصلي إلى البنك في لحظة القبض أو التمكين منها.
· ثم تنتقل من البنك إلى العميل بعد إتمام بيع المرابحة وقبض العميل لها.
· يجب أن تكون مراحل انتقال الضمان واضحة ومحددة.
3. أنواع القبض (الحسي والحكمي):
· القبض الحسي (المادي): يتم بالاستلام المادي للسلعة، أو نقلها إلى مستودعات البنك، أو أي فعل ملموس ينقل الحيازة.
· القبض الحكمي (الاعتباري): يتحقق بمجرد "التخلية والتمكين"، أي أن يمنح البائع البنك القدرة الكاملة على التصرف في السلعة والوصول إليها، حتى لو لم يتم استلامها مادياً، إذا جرى العرف بذلك.
4. أمثلة على القبض الحكمي:
· تسلُّم البنك (أو وكيله) لمستندات الشحن (مثل بوليصة الشحن) عند شراء البضائع من الخارج.
· تسلُّم شهادات التخزين من مخازن موثوقة ومعروفة، بشرط أن تكون هذه الشهادات محددة ومعينة للبضاعة.
5. القبض عن طريق الفرز في مخازن البائع:
يُعتبر فرز البضاعة وتمييزها في مخازن البائع قبضاً صحيحاً، إذا صاحبها أحد الإجراءات التالية:
· معاينة البضاعة المفرزة من قبل مندوب البنك.
· استلام البنك لمستندات تثبت ملكيته للبضاعة المفرزة.
· ترقيم السلع وتسجيل هذه الأرقام رسمياً باسم البنك.
6. طرف الاستلام:
· الأصل: أن يستلم البنك السلعة بنفسه مباشرة من مكان التسليم المتفق عليه.
· البديل: يجوز للبنك توكيل طرف ثالث (غير البائع الأصلي وغير العميل نفسه) لاستلام السلعة نيابة عنه.
7. التأمين على السلعة:
· المسؤولية: تكون مسؤولية البنك بالكامل خلال فترة تملكه للسلعة (قبل بيعها للعميل).
· التكلفة والمخاطر: يقوم البنك بالتأمين على نفقته الخاصة، ويتحمل كافة المخاطر، وأي تعويض ينتج عن حادث خلال هذه الفترة يكون حقاً للبنك وحده.
· شروط التأمين: يجب أن يكون التأمين من النوع "التعاوني" (التكافلي) ليتوافق مع أحكام الشريعة.
· إضافة التكلفة: يحق للبنك إضافة تكلفة هذا التأمين إلى التكلفة الإجمالية للسلعة، والتي على أساسها يُحسب سعر بيع المرابحة للعميل.[39]

---

1. /http://www.kantakji.com 39
2. http://www.yasaloonak.net

المطلب الثاني: المشكلات العملية في تطبيق مفهوم الحيازة وسبل معالجتها

الفرع الأول: المشكلات العملية في تطبيق مفهوم الحيازة

رغم وجود ضوابط فقهية واضحة لعقد المرابحة (كالحيازة الفعلية والوعد الملزم)، إلا أن التطبيق العملي في البنوك الإسلامية يواجه إشكاليات حقيقية تحتاج إلى حلول مرنة دون التفريط بالأصول الشرعية.

أبرز المشكلات والحلول المقترحة:

أ- مشكلات تنفيذية

1. مشكلة تغرير العميل بالبنك:

· الوصف: قد يوجه العميل البنك لشراء سلعة من مورد غير موثوق، مما يعرض أموال البنك للضياع.

2. مشكلة التفلت من الوعد الملزم:

· الوصف: قد يتراجع العميل عن وعده الملزم بشراء السلعة، مما يرغم البنك على رفع دعاوى قضائية مطولة لتعويض الأضرار.

الضابط الأساسي: يجب أن تظل أي حلول مقترحة ضمن الإطار الشرعي، وألا تحول عملية المرابحة إلى مجرد "قرض بفائدة" خالٍ من المخاطرة التجارية الحقيقية.

ب- إشكالية هيكلية

نموذج تطبيقي إشكالي: تمويل الطاقة والبترول

لتوضيح هذا الضابط، تأمل هذه الصورة:

· الوصف: يطلب عميل من البنك تمويل شراء طاقة كهربائية. يشترونها من المنتج، لكن البنك لا يتسلمها فعلياً، حيث تنتقل مباشرة عبر خطوط النقل إلى شركة العميل.

· الإشكال: كيف تتحقق ملكية البنك للكهرباء وضمانه لها إذا كان لا يتسلمها أصلاً؟ وكيف يتحمل مخاطر هلاكها أو ردها لعيوب خفية؟

· الحكم الشرعي: هذه الصورة غير جائزة في بيع المرابحة، لأن البنك هنا لا يقوم إلا بدور المقرض (يدفع المال ويسترده بزيادة) دون أن يتحمل أي مخاطرة تجارية حقيقية تترتب على الملكية والحيازة. وينطبق الحكم نفسه على تمويل شراء البترول الذي ينقل عبر أنابيب مباشرة من المنتج إلى العميل دون تملك أو تدخل حقيقي من البنك.[40]

بناءً على الحكم السابق، يُقاس على حالة تمويل الطاقة كل معاملة مماثلة لا يتحقق فيها التملك والقبض الحقيقيان من قبل البنك. وفي إطار سعيهم لتلبية احتياجات العصر، يحاول الفقهاء تطوير صيغ مقبولة شرعاً لمثل هذه الأنواع من الاستثمار.

نموذج مقترح وحكمه:

اقترح الدكتور سامي حمود فكرة تمثلت في قيام البنك بتفويض العميل (الآمر بالشراء) للتفاوض مع البائع، على أن تُحرر الفواتير باسم البنك الذي يدفع قيمتها للبائع مباشرة. لكن الملاحظ هنا أن البنك يتجنب تماماً استلام البضاعة أو تحمل أي مخاطر فعلية ناتجة عن ملكيتها، ويقتصر دور مندوبه على "الإشراف" على تسليم البضاعة مباشرة من البائع إلى العميل. أي أن ملكية البنك للسلعة تظل صورية وقائمة على الإيجاب والقبول الورقي فقط دون حيازة أو تحمل للمخاطرة التجارية.

ج- انحرافات نظامية

الانحراف الخطير والتحايل على العقد:

للأسف، يتم استغلال هذه الثغرة في بعض الأحيان للتحايل على النظام، حيث يتواطأ بعض العملاء مع البائعين على:

· تضخيم قيم الفواتير بشكل مزيف.

· بعد أن يدفع البنك المبالغ المُضخمة إلى البائع، يقوم الأخير بإعادة هذه الأموال الزائدة سراً إلى العميل.

الغرض والنتيجة: الهدف من هذا التحايل هو حصول العميل على "سيولة نقدية" غير مشروعة يستخدمها لأغراض أخرى، مثل دفع أجور مقاولي البناء. وهكذا تتحول عملية المرابحة - في جوهرها - إلى قرض ربوي صريح يتم تحت غطاء عقد بيع، وهذا منكر عظيم.[41]

الفرع الثاني: سبل معالجة المشكلات العملية

أبرز الحلول المقترحة

1- مشكلة تغرير العميل بالبنك:

الحل المقترح: البحث عن صيغة شرعية لكفالة العميل تجاه التزامات البائع، لضمان تعويض البنك في حال تخلف المورد عن تسليم السلعة

2- مشكلة التفلت من الوعد الملزم:

40 البنك الإسلامي الأردني، ندوة البركة الخامسة ، القاهرة وذلك بطريق سؤال طرح في الندوة.

41 مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة.

الحلول المقترحة:
· تطبيق بيع الخيار (مثل بيع المخابرة) بين البنك والبائع الأصلي، مما يمنح البنك مهلة بعد تملك السلعة للتفاهم مع العميل المتراجع.
· أخذ عربون من العميل (الآمر بالشراء) ضمن تكييف شرعي سليم، لضمان جدية التزامه.

الخاتمة

خلصت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات

أولاً: أبرز النتائج:

1. أن مفهوم الحيازة في الفقه الإسلامي - خاصة عند المالكية - يتجاوز المعنى اللغوي البسيط (الجمع والضم) ليُشكِّل نظاماً قانونياً متكاملاً، قائماً على ركنين جوهريين: السيطرة المادية على الشيء (وضع اليد)، والقصد المعنوي بالتصرف فيه كمالك. وقد تبنى المشرع الليبي هذا المفهوم مع تقييده بحق المواطنين فقط في كسب الملكية بالحيازة الطويلة الأمد.
2. تبيَّن أن التطبيق المعاصر لبيع المرابحة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية يواجه تحدياً حقيقياً في تحقيق الحيازة الحقيقية للمصرف على السلعة, بينما أجاز الفقه والقانون الليبي صوراً للقبض الحكمي (كالتوكيل واستلام المستندات) لتيسير المعاملات، فإن الإفراط في الاعتماد عليها - خاصة في السلع غير المادية أو التي تنتقل مباشرة من البائع الأصلي للعميل - يفرغ العقد من مخاطرة التملك الجوهرية، ويقرّبه من صورة القرض الربوي المقنَّع.
3. أظهرت المقارنة وجود توافق كبير بين الضوابط الفقهية للقبض وبين النصوص القانونية الليبية (في القانون المدني) التي تشترط نقل الحيازة لصحة البيع. إلا أن الفجوة تظهر في التطبيق العملي والرقابي، مما يستدعي تضافر الجهود بين الفقهاء والمشرعين والمصرفيين لسدها.
4. كشف البحث عن إشكاليات عملية بارزة، أهمها:
· التملك والقبض الصوري في بعض الأصول (كتمويل الطاقة).
· تحايل بعض الأطراف عبر تضخيم الفواتير.
· الغموض في لحظة انتقال ضمان الهلاك من البنك إلى العميل.
· التناقض بين الإلزام القضائي للوعد وبين صعوبة تنفيذه عملياً أمام تراجع العملاء.

ثانياً: التوصيات:

1. توصيات للهيئات الشرعية والمصارف الإسلامية:
· وضع ضوابط عملية صارمة للتمييز بين القبض الحكمي المقبول وبين التملك الصوري الباطل، مع وضع قائمة بأنواع الأصول التي لا تصلح للمرابحة التقليدية.
· التقنين الداخلي لصيغ بديلة أكثر ملاءمة للمعاملات عالية السرعة أو غير المادية، مثل المرابحة المباشرة (الوكالة بالشراء) أو المشاركة المنتهية بالتمليك، مع الإفصاح الكامل للعميل.
· تفعيل دور الرقابة الشرعية الداخلية للتأكد من تحقق الحيازة الفعلية أو الحكمية المعتبرة قبل توقيع عقد المرابحة.
2. توصيات للمشرع الليبي:
· تطوير تشريع خاص بالصيرفة الإسلامية، أو إضافة فصول مفصلة في القانون التجاري أو قانون النشاط المصرفي، تنظم بشكل دقيق إجراءات التملك والقبض في بيوع المرابحة والأقساط، مما يحد من الاجتهادات القضائية المتضاربة.
· تعزيز الحماية القانونية للبنك في حال تراجع العميل عن الوعد الملزم، عبر آليات تنفيذية سريعة، مع المراعاة الكاملة للضوابط الشرعية.

المصادر والمراجع

أولا:القرءان الكريم برواية حفص عن عاصم
ثانيا: كتب الحديث
1.البخاري، محمد بن إسماعيل. (1422هـ). الجامع المسند الصحيح (صحيح البخاري). تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر. (ط. 1). بيروت: دار طوق النجاة.
2. مسلم بن الحجاج، أبو الحسين. الجامع الصحيح (صحيح مسلم). تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. القاهرة: دار الحديث.
3. الترمذي، محمد بن عيسى. (1975). الجامع الصحيح (سنن الترمذي). تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون. القاهرة: دار الحديث.
4. ابن ماجة، محمد بن يزيد. السنن. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. القاهرة: دار إحياء الكتب العربية.
ثالثا: المصادر والمراجع العربية التراثية والفقهية:
1. ابن منظور، جمال الدين. لسان العرب. بيروت: دار صادر.

2. الفيروزآبادي، مجد الدين. القاموس المحيط. بيروت: دار الفكر.
3. السرخسي، محمد بن أحمد. (1993). المبسوط. بيروت: دار المعرفة.
4. الكاساني، علاء الدين. (1986). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. (ط. 2). بيروت: دار الكتب العلمية.
5. ابن قدامة، موفق الدين. (1997). المغني. تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو. (ط. 3). الرياض: دار عالم الكتب.
6. النووي، يحيى بن شرف. روضة الطالبين. تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض. بيروت: المكتب الإسلامي.
7. الشربيني الخطيب، محمد. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. بيروت: دار الكتب العلمية.
8. مالك بن أنس، الإمام. (1994). المدونة الكبرى. بيروت: دار الكتب العلمية.
9. الدسوقي، محمد بن أحمد. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. بيروت: دار الفكر.
10. العدوي، أبو الحسن علي. (1994). حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني. تحقيق: يوسف البقاعي. بيروت: دار الفكر.
11. الأنصاري، زكريا. أسنى المطالب. بيروت: المكتب الإسلامي.
12. البهوتي، منصور بن يونس. كشاف القناع عن متن الإقناع. القاهرة: مطبعة أنصار السنة.
13. ابن رشد، محمد بن أحمد. (2004). بداية المجتهد ونهاية المقتصد. القاهرة: دار الحديث.
14. ابن عابدين، محمد أمين. (1992). رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين). بيروت: دار الفكر.

رابعا: المراجع القانونية والدراسات المعاصرة:

1. السنهوري، عبد الرزاق. (2000). الوسيط في شرح القانون المدني: أسباب كسب الملكية. (ط. 3). بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
2. ابن معجوز، محمد. (1999). الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي. (ط. 2). الرباط: مطبعة النجاح الجديدة.
3. القدوري، محمد. (2005). حيازة العقار وحيازة المنافع في ضوء الفقه المالكي والتشريع والقضاء المغربي. (ط. 1). الرباط: مطبعة دار الأمان.
4. أبو زيد، عبد العظيم. (2004). بيع المرابحة وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلامية. (ط. 1). دمشق: دار الفكر.
5. الصاوي، محمد صلاح. (1990). مشكلة الاستثمار في المصارف الإسلامية. (ط. 1).
6. الهروس، جواد. (2009). "الحيازة والاستحقاق في الفقه المالكي والتشريع المغربي". رسالة دبلوم الدراسات المعمقة في المعاملات. الرباط: مطبعة الكرامة.

خامسا: المجلات والقرارات:

1. مجمع الفقه الإسلامي الدولي. (1988). "قرار رقم (2،3) بشأن الوفاء بالوعد، والمرابحة للآمر بالشراء". مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (5)، ص 715.
2. مجمع الفقه الإسلامي الدولي. (1990). "قرار رقم (55/4/6) بشأن القبض: صوره وبخاصة المستجدة منها، وأحكامها". مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (6)، ص 346 وما بعدها.
3. الضرير، الصديق. (1990). "القبض وصوره المستجدة وأحكامها". مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (6)، ص 346-380.
4. حماد، نزيه. (ب.ت). "القبض الحقيقي والحكمي للأموال". في: دراسات فقهية, مجلة مجمع الفقه الإسلامي.
5. الحضيري، محمد الحسن. (2024). "الحيازة للمال المرهون في القانون الليبي وتوافقها مع الشريعة الإسلامية". مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية.

رابعاً: القوانين والتشريعات:

1. ليبيا. القانون المدني الليبي. المواد: 407، 419، 699، 823.

المواقع الالكترونية:

1 /http://www.kantakji.com
http://www.yasaloonak.net

Compliance with ethical standards

Disclosure of conflict of interest

The authors declare that they have no conflict of interest.

Disclaimer/Publisher's Note: The statements، opinions، and data contained in all publications are solely those of the individual author(s) and contributor(s) and not of **JLABW** and/or the editor(s). **JLABW** and/or the editor(s) disclaim responsibility for any injury to people or property resulting from any ideas، methods، instructions، or products referred to in the content.