

أثر القبض في عقود التوثيق

دراسة فقهية مقارنة

(عقد الرهن)

إعداد الدكتور

جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، خلق الإنسان وعلمه البيان. والصلاة والسلام على
إمام المتقين وسيد المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد

فنظراً لما لموضوع القبض من فائدة عظيمة، وغاية جلية، إذ به تتم كثير
من العقود، وبه تصان الحقوق، وتقطع النزاعات والخلافات، أردت أن أسهم في
إبراز هذا الموضوع، وبيان ما يدور حوله من جميع الجهات والله أسأل أن يكون
سندي، فهو نعم المولى ونعم النصير.

وقد جاءت خطة البحث في سبعة فصول يسبقها تمهيد ويتبعها خاتمة:
التمهيد: ويشتمل على بيان معنى العقد وأقسامه، وبيان معنى عقود
التوثيق وهي الرهن، والحوالة، والضمان.

والفصل الأول: تناولت فيه معنى القبض، وأقسامه، وأنواعه ويشتمل

علي ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: معنى القبض.

المبحث الثاني: أقسام القبض وصفته.

المبحث الثالث: أنواع القبض ويشتمل علي مطلبين:

المطلب الأول: القبض بطريق الأمانة.

المطلب الثاني: القبض بطريق النيابة.

وفي الفصل الثاني: تكلمت عن شروط القبض مبيناً مدي اختلاف

الفقهاء فيها.

أما الفصل الثالث: فعرضت فيه معيار القبض في عقد الرهن

موضحاً هل القبض شرط في لزوم عقد الرهن أم شرط تمام له؟

الفصل الرابع: حق الحبس في مقابلة الدين ووضعت فيه مدي حق

المرتتهن في حبس المرهون بدينه.

وجاء موضوع الفصل الخامس: حكم اليد في عقد الرهن وقد

اشتمل علي ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: يد المرتتهن وما ينشأ عنها من حقوق وفيه مطلبان:

المطلب الأول: موجب اليد علي العين المرهونة.

المطلب الثاني: ما ينشأ عن حق حبس المرهون من حقوق للمرتتهن.

المبحث الثاني: يد العدل وما ينشأ عنها من حقوق.

المبحث الثالث: صفة اليد علي العين المرهونة.

وتكلمت في الفصل السادس عن: انتهاء القبض وضمنته ثلاثة مباحث.

المبحث الأول: انتهاء عقد الرهن.

المبحث الثاني: انتهاء الدين.

المبحث الثالث: هلاك المرهون ويشتمل علي مطلبين:

المطلب الأول: هلاك المرهون بأفة سماوية.

المطلب الثاني: هلاك المرهون بالتعدي.

أما الفصل السابع: فقد تحدثت فيه عن الاختلاف في القبض وعرضت ذلك

من خلال ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الاختلاف في أصل القبض.

المبحث الثاني: الاختلاف في غرض القبض.

المبحث الثالث: الاختلاف في رد القبض.

الخاتمة: وتشتمل علي أهم نتائج البحث:

التمهيد

أولاً : تعريف العقد.

العقد لغة: يطلق على الربط والشد والتوثيق والقوة والإحكام، تقول: عقدت الحبل عقداً إذا شددت بين طرفيه وجمعت بينهما، وعقدت العقد إذا أحكمته وأبرمته^(١).

واصطلاحاً: الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما صادرين من شخصين علي وجه يترتب عليه أثره الشرعي^(٢).
جاء في العناية علي الهداية: «الإنعقاد تعلق كلام أحد العاقلين بالآخر شرعاً علي وجه يظهر أثره في المحل»^(٣).

ثانياً: أقسام العقود:

تنقسم العقود باعتبارات متعددة أهمها تقسيمها باعتبار الأثر المترتب عليها أو الغرض من إنشائها وهي بهذا الاعتبار تنقسم إلي ما يأتي:

١- عقود التمليكات:

وهي العقود التي يكون المقصود منها التملك سواء أكان التملك لأعيان المال كما في البيع، أو لمنافعها كما في الإجارة، وهو بنوعيه قد يكون بعوض، وقد يكون بغير عوض، ومن ثم انقسمت عقود التمليكات إلي قسمين:

(١) لسان العرب لابن منظور ٣٠٣١/٤ المصباح المنير للفيومي ٥٧٥ مادة: عقد.

(٢) مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الحقيف ص ٢٠٠ - التعريفات

للجرجاني ١٣٣.

(٣) العناية علي الهداية بهامش شرح فتح القدير ٤٥٦/٥.

أ) معاوضات: أي مبادلات وهي إما مبادلة مال بمال كالبيع، والصلح عن المال، وإما مبادلة مال بمنفعة كالإجارة، وإما مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة كالنكاح، وإما مبادلة منفعة بمنفعة كالقسمة بطريق المهايأة الزمنية أو المكانية.

ب) تبرعات: وهي ما كان التملك فيها من أحد الطرفين بلا مقابل من الطرف الآخر. وهي إما تبرعات يترتب عليها آثارها في حياة المتبرع كالإعارة، والهبة بغير عوض، والكفالة، وإما تبرعات يترتب عليها آثارها بعد موت المتبرع كالوصية.

٢- عقود الإسقاطات:

وهي العقود التي يكون الغرض منها إسقاط الشخص ما يكون له من حق أو شيء منه علي الطرف الآخر، وهي إما إسقاطات محضة كالطلاق بغير مال. وإما إسقاطات فيها معنى التبرع كالإبراء من الدين، وعفو أولياء المقتول عن القاتل.

وإما إسقاطات فيها معنى المعاوضة كالطلاق في نظير مال تدفعه الزوجة، والعفو عن القصاص في نظير الدية.

٣- عقود الإطلاقات:

وهي عقود يترتب عليها إطلاق يد شخص في التصرف في شيء لم يكن له حق التصرف فيه قبل العقد كالوكالة، فإن الموكل ينيب الوكيل عنه ويطلق يده في التصرف الموكل فيه، وكذلك الولاية علي الصغير.

٤- عقود التقييدات:

وهي العقود التي يمنع فيها شخص من تصرف كان مباحاً له كعزل الأوصياء ونظار الوقف، والولاية، والوكيل، ومنع المحجور عليه والصبي من التصرف بعد الإذن لهما فيه.

٥- عقود التوثيق:

وهي العقود التي تؤمن الدائن علي دينه قبل المدين، وتضمن استيفاءه له في أجله المحدد كالرهن، والكفالة، الحوالة^(١).

بيان معني الرهن والحوالة والضمان.

أولاً: تعريف الرهن:

الرهن في اللغة: الثبوت والدوام تقول رهن لك الشيء أي أقام ودام، وطعام رهن أي مقيم، وكل أمر محتبس به شيء فهو رهينه كما أن الإنسان رهين عمله^(٢) قال تعالى: ﴿كل نفس بماكسبت رهينة﴾^(٣).

وفي الاصطلاح:

عند الحنفية: حبس شيء بحقه يمكن استيفاؤه منه كالدين^(٤).

عند المالكية: ما قبض توثقاً به في دين^(٥).

عند الشافعية: جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر وفائه^(٦).

(١) نظرية الملك والعقد في الفقه الإسلامي مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته دراسة مقارنة

تأليف الدكتور / محمد يوسف موسي. ص ٤٦٣.

(٢) لسان العرب ١٣٥٨/٣، المصباح المنير ٣٣٠، مختار الصحاح ٢٦٠ مادة رهن.

(٣) سورة المدثر الآية (٣٨).

(٤) تبين الحقائق ٦٢/٦ نتائج الأفكار والعناية والكفاية ٦٤/٩ مجمع الأنهر ٥٨٤/٢.

(٥) هذا التعريف بالمعني الاسمي وهو بالمعني المصدر: بذل من له البيع ما يباع ولو غرراً

ولو اشترط في العقد بحق، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٢٣١/٣ الخرشي علي

مختصر خليل ٢٣٦/٥ مواهب الجليل والتاج والإكليل ٣-٢/٥.

(٦) مغني المحتاج ١٢١/٢، بجيرمي علي الخطيب ٥٧/٣ حاشية البيجوري علي ابن

قاسم ٣٧٤/١.

عند الحنابلة: توثقة دين بعين يمكن استيفاؤه منها أو من ثمنها^(١).
عند الزيدية: جعل المال وثيقة في الدين يستوفي منه عند تعذره ممن هو عليه^(٢).

عند الإمامية: وثيقة للدين^(٣).

ثانياً: تعريف الحوالة:
الحوالة لغة: مصدر حال يحول حولاً، مشتقة من التحويل والانتقال، تقول
حال فلان عن العهد أي زال عنه، وحالت الأسعار أي تغيرت وانتقلت
عما كانت عليه^(٤).

وفي الاصطلاح:

عند الحنفية: نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى^(٥)
عند المالكية: نقل الدين من ذمة بمثله إلى ذمة أخرى تبرأ بها الأولي^(٦).
عند الشافعية: عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى أخرى^(٧).
عند الحنابلة: انتقال مال من ذمة المحال إلى ذمة المحال عليه بلفظها أو
بمعناها الخاص بها^(٨).

(١) كشف القناع ٣/ ٣٢٠ الروض المربع ٢٧١ شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٢٨.

(٢) البحر الزخار ٥/ ١١٠.

(٣) الروضة البهية ٤/ ٥١.

(٤) لسان العرب ٢/ ١٠٥٦ المصباح المنير ١/ ٢١٦ مادة: حول، تصحيح التنبيه للنووي
مطبوع بهامش التنبيه ٧٤.

(٥) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤/ ١٧١، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢/ ١٤٦
مجلة الأحكام شرح درر الأحكام ٥/ ٢ مادة رقم ٦٧٣.

(٦) حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٣/ ٣٢٥ الحرشي علي مختصر خليل ٦/ ١٦ التاج
والأكليل ٥/ ٩٠.

(٧) بجبري علي الخطيب ٣/ ٨٩ حاشية الشيخ عبدالله حجازي علي التحرير ٢/ ٦٩.

(٨) شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٥٦.

وبالنظر في تعريفات الحوالة السابقة نجد أن التعريف اللغوي أعم من التعريف الاصطلاحي، لأن التعريف اللغوي يجعل الحوالة بمعنى التفسير والتحويل من حال إلى حال، وأما التعريف الاصطلاحي فهو يجعلها تحويل وتغيير للدين فقط من ذمة إلى ذمة فهو أخص من التعريف الاصطلاحي.

وبالنظر في التعريف الاصطلاحي نجد أن التعريفات جميعها تتفق على أن الحوالة نقل دين من ذمة إلى ذمة أخرى، وقد زاد المالكية «تبرأ بها الأولي» ولكنها زيادة غير محمودة، لأنها تجعل التعريف غير منضبط وترتب على زيادتها الدور وهو عيب في التعريف لأن «تبرأ بها الأولي» أثر الحوالة وهو متوقف على معرفة المعرف أولاً والتعريف متوقف على معرفة كل لفظ فيه فيلزم منه الدور.

ثم بالنظر في تعريف الشافعية نجد أنه زاد كلمة «عقد» وهذه زيادة محمودة تضي على التعريف صفة الجدية والإلزام، لأنه يجعل الحوالة عقداً، ومن هنا أرى أنه التعريف المختار.

ثالثاً: تعريف الضمان:

الضمان لغة: مشتق من التضمين وهو تضمين الدين في ذمة من لادين عليه وهو مصدر ضمنته الشيء أضمنه ضمناً وضماناً إذا كفله، فأنا ضامن وضمن، والشيء مضمن ومضمون.

وضمن الشيء أودعه إياه، كما تودع الوعاء المتاع، والميت القبر^(١).

(١) لسان العرب ٤/ ٢٦١٠ المصباح المنير ٤٩٧ النظم المستعذب شرح غريب المذهب لابن

بطلال الركبي مطبوع بأسفل المذهب ١/ ٣٣٩.

واصطلاحاً:

عند الحنفية: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، وقيل ضم ذمة إلى ذمة في الدين (١).

عند المالكية: شغل ذمة أخرى بالحق (٢).

عند الشافعية: عقد يحصل به التزام حق ثابت في ذمة الغير أو احضار من هو عليه أو عين مضمونة (٣).

عند الحنابلة: التزام ما وجب علي غيره مع بقاءه وما قد يجب (٤).

عند الإمامية: التعهد بالمال من البريء (٥).

وبالنظر في التعريفات السابقة نجد أن تعريف الشافعية للضمان هو أوضح التعريفات وأكثرها جمعاً لأفراد المعرف، فلذا أرى أن يكون هو التعريف المختار.

(١) لأنه مطالب بالدين والمطالبة به ولا دين محال، وهذا لأن المطالبة بإيفاء الدين فرع وجوب الدين ولا يتصور الفرع بدون الأصل.

والتعريف الأول هو الأصح في المذهب، لأنه يستحيل أن يجب دينان ولا يستوفي إلا أحدهما، وأما وجوب المطالبة بدين علي غيره ممكن، ألا تري أن الوكيل بالشراء يطالب بالدين وهو علي الموكل حتي لو أبرأه البائع صح وكذا الولي والوصي يطالبان بدين علي الصغير وليس عليهما دين. تبين الحقائق ١٤٦/٤، شرح فتح القدير والعناية ٢٨٣/٦.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣٢٩/٣، الخرشي علي مختصر خليل / مواهب الجليل والتاج والإكليل ٩٦/٥.

(٣) حاشية الشيخ عبدالله حجازي علي التحرير ١١٧/٢-١١٨، مغني المحتاج ١٩٨/٢ حاشية بجيرمي علي الخطيب ٩٥/٣.

(٤) الروض المربع بشرح زاد المستقنع ٢٧٧.

(٥) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١١٣/٤.

الفصل الأول ويشتمل على ثلاثة مباحث

المبحث الأول: معنى القبض

القبض لغة: مصدر قبض يقبض قبضاً وهو ضد البسط والانقباض ضد الانبساط^(١).

والقبض: التناول باليد ملامسة تقول قبض الشيء قبضاً أخذه وتناوله بيده^(٢) ومنه قوله تعالى: «فقبضت قبضة من أثر الرسول»^(٣) أي أخذت قبضة من أثره في الأرض^(٤).

وقبضه المال بتشديد الباء أعطاه إياه، وتقبيض المال إعطاؤه لمن يأخذه^(٥).

ويطلق القبض على التصرف في الشيء وإن لم يكن فيه مراعاة اليد والكف وهو ما يسمى بالحوز، أي تحويلك المتاع إلى حيزك تقول: قبضت الدار والأرض أي حزتها وجعلتها في حيزك ومنه قوله تعالى: «والأرض جميعاً قبضته يوم القيامة»^(٦) أي في حوزة حيث لا تملك لأحد^(٧).

والقبض بالتحريك ما قبض من الأموال^(٨).

والقبض بالضم ما يعطي عند الحصاد قاله مجاهد^(٩).

(١) لسان العرب لابن منظور ٣٥١٢/٥ مادة: قبض.

(٢) القاموس المحيط للفيروز آبادي ٣٥٤/٢ فصل الفاء والقاف باب الضاد.

(٣) سورة طه الآية (٩٦).

(٤) بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز للفيروز آبادي ٢٢٨/٤.

(٥) لسان العرب لابن منظور ٣٥١٣/٥ مادة: قبض.

(٦) سورة الزمر الآية (٦٧).

(٧) بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز ٢٢٨/٤.

(٨) لسان العرب ٣٥١٣/٥.

(٩) لسان العرب ٣٥١٢/٥، بصائر ذوي التمييز ٢٢٨/٤ أحكام القرآن للقرطبي ٦٦/٧.

القبض في اصطلاح الفقهاء:

لم يتعرض الفقهاء في دراستهم للرهن بتعريف القبض تعريفاً دقيقاً يجمعه ويخرج ماسواه، وذلك لأنه ليس بعقد مستقل، وإنما تأتي دراسته ضمن دراسة عقد الرهن، أو عقد البيع، أو عقد الهبة، أو غير ذلك من العقود التي يشترط فيها القبض.

ونظراً لأن القبض يختلف باختلاف المقبوض من عقار ومنقول نرى أن الفقهاء قد اختلفت نظرتهم إليه باعتبار ما يمكن فعله فيه. ولذا نرى أن منهم من يقول القبض عبارة عن التخلية والتخلية هي إزالة الموانع والتمكين من القبض.

جاء في بدائع الصنائع: «القبض عبارة عن التخلي وهو التمكن من إثبات اليد وذلك بارتفاع الموانع»^(١).

وجاء في مختصر الخرقى: «والقبض فيه من وجهين فإن كان مما ينقل فقبض المرتهن له أخذه إياه من راحته منقولاً، وإن كان مما لا ينقل كالدور والأرضين فقبضه تخلية راحته بينه وبين مرتته لا حائل دونه»^(٢).

وهو بذلك يعتبر القبض فيما يمكن فيه النقل بالنقل إلى حيازة المرتهن، وأما ما لا يمكن نقله وتحويله عن مكانه كالعقار من الأراضي والدور ونحوهما فيكون القبض فيه بالتخلية.

وعرف الماوردي القبض بأنه: تسليم من الراهن أو وكيله إلى المرتهن أو وكيله^(٣).

وهذا التعريف هو أوضح تعريف للقبض وأصرح التعريفات في الدلالة عليه.

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٤١/٦.

(٢) مختصر الخرقى بشرح المغني لابن قدامة ٣٧١/٤.

(٣) الحاوي للماوردي ٨/٦.

وقد عبر الماوردي بالتسليم وهو البذل والدفع والإعطاء وهذه الأفعال تقع من الراهن لا من المرتهن بل الذي يقع من المرتهن هو الاستلام لا التسليم، وإنما عبر به علي اعتبار أن هذا هو الذي يطالب به الراهن، وأنه غاية ما يمكنه فعله، لأن القبض حقيقة هو فعل الغير فلا يكلف الراهن به.

وعلي ذلك يكون الإقباض هو فعل الراهن، والقبض هو فعل المرتهن. والمراد من التسليم هنا هو التمكين منه لا التسليم بالفعل، لأنه فعل الغير وهو لا يقدر عليه.

وعلي ذلك إذا وضع الراهن المرهون بحالة يتمكن المرتهن من أن يقبضه بلا مانع وأذن له بقبضه يعد هذا تسليماً. وبهذا يتحقق التسليم في المنقول والعقار.

المبحث الثاني

أقسام القبض وصفته

إذا نظرنا إلى القبض نجده ينقسم إلى قسمين، لأنه قد يكون حقيقة، وقد يكون حكماً.

أولاً: القبض حقيقه هو عبارة عن استلام المرتهن المرهون، ووضع يده علي المنقول، ودخوله العقار المرهون بعد تخليته.

ثانياً: القبض حكماً هو عبارة عن التخلية وهي التمكين من القبض بإزالة موانعه، وإنما تكفي التخلية فيه لأنها نهاية ما يمكن الراهن عمله، ولأن القبض حقيقة هو فعل الغير فلا يكلف الراهن به.

ثم إننا نري أن الله سبحانه وتعالى قد أمر بالقبض في الرهن فقال تعالى «فرهان مقبوضة»^(١) وقد أطلق الله سبحانه وتعالى القبض كما

(١) سورة البقرة الآية (٢٨٣).

أطلق التفرق في عقد البيع، والإحياء في الموات، والإحراز في السرقة، وذلك لاختلافها، وأن للناس عرفاً معتبراً فيها.

وإذا كان كذلك فالقبض يختلف بحسب اختلاف المقبوض، وفي ذلك يقول الخطابي: «القبوض تختلف في الأشياء حسب اختلافها في أنفسها، وحسب اختلاف عادات الناس فيها»^(١).

وإذا نظرنا في المقبوض وجدناه لا يخلو حاله من أحد أمرين، لأنه إما أن يكون منقولاً أو غير منقول (العقار).

فإن كان المقبوض عقاراً كان القبض فيه بالتخلية وهي أن يخلي الراهن بين المرهون والمرتهن حتي يتمكن المرتهن من قبضه ووضع يده عليه.

ويتم ذلك بإزالة الراهن عن الرهن موانع القبض ورفع يده عنه، ويجعله مهيناً لوضع المرتهن يده عليه، والتمكين من حيازته^(٢).

فإذا كان العقار المرهون شقة أو بيتاً خلي الراهن بينها وبين المرتهن وسلمه مفتاحها، وكذلك يجب علي الراهن تسليم المرتهن الأوراق الخاصة بالشقة أو البيت التي يتعذر بدونها بيعها فيما بعد، لأن الغرض من الرهن التوثق بإمكان بيع الشقة أو البيت إذا عجز الراهن عن السداد أو امتنع، فإذا لم يعطه ما يجعله قادراً علي البيع عند الأجل فإن هذا يكون مبطلاً للقبض لعدم الفائدة فيه حينئذ.

(١) معالم السنن للخطابي ١٣٧/٥.

(٢) بدائع الصنائع ١٤١/٦ المبسوط للسرخسي ٦٨/٢١ تبين الحقائق ٦٣/٦ المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢٤٨/٥ حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ١٤٤/٣، ١٤٥ مغني المحتاج ١٢٣/٢ الحاوي للماوردي ٩/٦ الأم ٢١١/٣ المغني لابن قدامة ٣٧١/٤ شرح منتهى الإرادات ٢٣٢/٢ وباب البيع ١٩٠/٢ الروضة البهية ٦٠/٤ المحلي لابن حزم ٨٩/٨.

ولكن إذا كانت الشقة أو البيت بها متاع للراهن فخلي بين المرتهن وبينها وأعطاه مفتاحها صح القبض، لأن اتصالها بملك الراهن لا يمنع صحة التسليم. وذهب الحنفية إلى أنه لا يصح القبض، لأن معنى القبض هو التخلية الممكنة من التصرف ولا يتحقق التصرف مع الشغل أي انشغال الدار أو الشقة بمتاع الراهن.

فإن أخرج الراهن المتاع من الشقة أو الدار ثم سلمها فارغة جاز وينظر إلى حال القبض لا إلى حال العقد، لأن المانع هو الشغل وقد زال فينفذ. ولو رهن المتاع الذي في الشقة دون الشقة وخلي بين الراهن وبين الشقة جاز وصح القبض.

والفرق بين هذا وبين ما سبق أن في رهن المتاع دون الدار لا يكون المتاع مشغولاً بالشقة فصح القبض، وأما في رهن الدار دون المتاع تكون الدار مشغولة بالمتاع فلم يصح القبض^(١).

وإذا رهن الدار والمتاع الذي فيها صفقة واحدة وخلي بين الراهن وبين الدار صح القبض فيهما جميعاً، لأنه رهن الكل وسلم الكل^(٢).

وكذلك إذا رهنه شقة وكان الراهن والمرتهن بداخلها فخلي الراهن بين المرتهن والشقة وأعطاه مفتاحها ثم خرج منها كان هذا قبضاً صحيحاً، وذلك لأن التخلية تصح بقول الراهن مع التمكين منها وعدم المانع فأشبهه لو كان الراهن والمرتهن خارجين عن الشقة^(٣).

(١) بدائع الصنائع ٦/ ١٤٠.

(٢) بدائع الصنائع المرجع السابق نفس الصفحة.

(٣) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٤/ ٣٧٢.

وذهب الحنفية إلى أنه لا يصح القبض حتى يخلي الراهن بين الشقة والمرتهن بعد خروجه منها، لأن معنى التسليم وهو التخلية لا يتحقق مع كونه في الشقة، لأنه لما كان في الشقة كانت يده عليها، فلم تحصل التخلية حتى يخرج منها ويسلم تسليماً جديداً^(١).

وقد رد ابن قدامة هذا الرأي واعترض عليه بقوله: «لا يصح ما ذكره ألا تري أن خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها ودخوله إلى دار غيره لا يثبت يده عليها، ولأنه بخروجه عنها محقق بقوله فلا معنى لإعادة التخلية»^(٢). وإن كان المرهون منقولاً فصفة الإقباض فيه من جهة الراهن تكون معتبرة بحال المرهون.

فإن كان المرهون مما يحتاج إلى كيل أو وزن كأن يرهنه قفيزاً من صبرة فلا يتم إقباض الراهن له بمجرد الإذن للمرتهن حتى يتولي كيله له بنفسه أو بوكيله ويتولي المرتهن اكتياله منه بنفسه أو بوكيله فيتم القبض بفعلهما جميعاً^(٣).

وذلك لما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري^(٤) وقوله ﷺ: «إذا سميت الليل فكل»^(٥).

وإن كان المرهون مما لا يحتاج إلى كيل ولا وزن ولا عد كأن يرهنه الصبرة جزافاً أو كان المرهون ثياباً أو حيواناً فقبضه نقله^(٦) لقول ابن عمر رضي

(١) بدائع الصنائع ٦/١٤٠.

(٢) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٤/٣٧٢.

(٣) المغني لابن قدامة ٤/٣٧١.

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب البيوع ٩/٣ برقم ٢٤.

(٥) رواه ابن ماجه في سننه كتاب التجارات باب بيع المجازفة ٢/٢١ برقم ٢٢٤٩.

(٦) الحاوي للماوردي ٦/٣٨ الأم للإمام الشافعي ٣/٢١١.

الله عنهما كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فنهاننا النبي ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه^(١).

وأما إن كان المرهون أثماناً أو أشياء خفيفة يمكن قبضها باليد فقبضها تناولها باليد^(٢).

ولكن هل يكتفي في المنقول بالتخلية؟ فإذا خلى الراهن بين المرتهن والمرهون وأزال له موانع القبض فهل يعتبر هذا قبضاً صحيحاً وبعد الراهن مقبضاً والمرتهن قابضاً أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذا علي مذهبين:

المذهب الأول: لا بد في المنقول من النقل ولا تكفي التخلية فيه فإن خلى الراهن بين المرهون والمرتهن لم يعد هذا قبضاً، ولا ترتب عليه آثاره إلا إذا نقله إليه.

وإلى هذا ذهب أبو يوسف من الحنفية^(٣) والشافعية في المشهور عندهم وبه قطع القاضي حسين^(٤) والحنابلة^(٥) وابن حزم الظاهري^(٦).

المذهب الثاني: إن المنقول يكتفي فيه بالتخلية وتعد قبضاً وإلى هذا ذهب الحنفية في ظاهر الرواية عندهم^(٧) وهو قول عند الشافعية رواه حرملة^(٨).

(١) الحاوي للماوردي ١٠/٦.

(٢) المغنى لابن قدامة ٣٧١/٤.

(٣) بدائع الصنائع ١٤١/٦ المبسوط ٦٨/٢١ شرح فتح القدير والعناية ٦٩/٩ تبين الحقائق ٦٣/٦.

(٤) فتح العزيز شرح الوجيز ٦٣/١٠ روضة الطالبين للنووي ٣٠٨/٣-١٧٥/٣.

(٥) المغنى لابن قدامة ٣٧١/٤ شرح منتهى الإرادات ٢٣٢/٢-١٩٠/٢.

(٦) المحلى لابن حزم الظاهري ٥١٨/٨.

(٧) المبسوط ٦٨/٢١ شرح فتح القدير والعناية ٦٩/٩ مجمع الأنهر ٥٨٥/٢.

(٨) روضة الطالبين للنووي ١٧٦/٣.

حرملة: هو حرملة بن يحيى التجيبى المصرى أبو عبد الله فقيه من أصحاب الشافعى

كان حافظاً للحديث وله فيه المبسوط والمختصر ولد بمصر سنة ١٦٦هـ وتوفى بها سنة

٣٤٣هـ الأعلام للزركلى ١٧٤/٢.

الأدلة والمناقشة

استدل أصحاب المذهب الأول علي عدم كفاية التخلية في قبض المنقول ولا بد من النقل بالكتاب والسنة والقياس والمعقول.

أولاً: من الكتاب العزيز:

قوله تعالى: «فرهان مقبوضة»^(١).

فقد أمر الله سبحانه وتعالى بالقبض في الرهن فيكون القبض شرطاً في صحة الرهن، وقد جاء هذا الأمر مطلقاً وهو القبض فينصرف إلي القبض الحقيقي ولا يتحقق ذلك إلا بالنقل، فأما التخلي فقبض حكماً لا حقيقة فلا يكفي بها^(٢).

ثانياً: من السنة النبوية المطهرة:

- ١- ماروي عن زيد بن ثابت- رضي الله عنه- «أن النبي ﷺ- نهى أن تباع السلع حيث تباع حتي يحوزها التجار إلي رحالهم»^(٣).
- ٢- ماروي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما- أنه قال: كان الناس يتبايعون الطعام جزافاً بأعلي السوق فنهاهم رسول الله- ﷺ - أن يبيعه حتى ينقلوه^(٤).

(١) سورة البقرة الآية (٢٨٣).

(٢) بدائع الصنائع ١٤١/٦.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع باب بيع الطعام قبل أن يستوفي ٣/٣٧٣.

الدارقطني في سننه كتاب البيوع ٣/١٣ برقم ٣٦. نيل الأوطار للشركاني ٥/١٥٧.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب البيوع باب من رأى إذا اشترى طعاماً جزافاً أن لا

يبيعه حتي يزويه إلي رحله ٤/٣٣ برقم ٢١٣٧.

وجه الدلالة من هذين الحديثين:

هذان الحديثان يفيدان أنه لا يجوز للمشتري أن يتصرف في السلعة المشتراه قبل قبضها، وبين أن القبض فيها يكون بالنقل عن المكان الذي اشتراها منه، إلى مكان آخر يتبع المشتري. وإن كان هذا قد جري في البيع وهو يعتمد الملك، فلأن يكون في الرهن الذي لا يعتمد فيه المرتهن الملك من باب أولي.

ثالثاً: من المعقول:

إن المنقول يسهل نقله وتحويله، فيكون هذا علامة القبض فيه حتى يتضح كمال تسليم الراهن له، وانقطاع يده عنه، فلا يكتفي فيه بالتخلية كالمكيل والموزون^(١).

رابعاً: من القياس:

قبض الرهن قبض موجب للضمان ابتداءً، لأنه لم يكن مضموناً علي الراهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه إلى المرتهن، وكل قبض هذا شأنه لا يكتفي فيه بالتخلية كما في الغصب، فإن المغصوب لا يصير مضموناً بالتخلية بدون النقل، فكذلك المرهون^(٢).

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

استدل أصحاب المذهب الثاني علي كفاية التخلية في قبض المنقول بأن التخلية وحدها - من غير نقل أو تحويل للمنقول - تعتبر قبضاً في الشرع والعرف.

(١) الحاوي للماوردي ٢٢٧/٥.

(٢) المبسوط للسرخسي ٦٨/٢١ العناية علي الهداية بشرح فتح القدير ٦٩/٩ البحر الرائق

فأما اعتبارها في الشرع فإنها تعتبر قبضاً في باب البيع فوجب اعتبارها كذلك في الرهن.

وأما اعتبارها قبضاً في العرف فلأنها تطلق علي ما لا يحتمل النقل والتحويل من العقارات وغيرها، فيقال مثلاً هذه القرية أو هذه الدولة في يد فلان، فلا يفهم من هذا الإطلاق عرفاً سوي التمكن من التصرف وهو يكتفي فيه بالتخلية، وإذا اكتفي بإطلاق القبض علي التخلية في العقار لزم إطلاقه علي التخلية في المنقول، حذراً من الاشتراك لو قصر القبض علي المنقول بغير ذلك، لأن الاشتراك خلاف الأصل فلا يصار إليه إلا للضرورة ولا ضرورة هنا (١). ولأن قبض الرهن قبض بحكم عقد مشروع فأشبهه قبض المبيع وقبض المبيع يكتفي فيه بالتخلية فكذلك ما هنا (٢).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشة هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: أن القول بأن التخلية قبض في العرف لا يدل علي أنها كذلك في المنقول، فإنها قبض في عقد البيع مع أنه يشترط في الصرف القبض بالبراجم ولا يكتفي فيه بالتخلية مع جريان الدليل فيه.

الوجه الثاني: إن القياس علي الشراء لا يصح، لأنه قياس مع الفارق، لأن القبض في الرهن قبض موجب للضمان علي المرتهن ابتداءً، والقبض في البيع قبض ناقل للضمان من البائع إلي المشتري، لأن المبيع قبل التسليم إلي المشتري كان مضموناً علي البائع بالثمن، فانتقل المبيع منه إلي المشتري بذلك الضمان علي المشتري بالتسليم إليه.

(١) بدائع الصنائع ١٤١/٦.

(٢) العناية علي الهداية وشرح فتح القدير ٦٩/٩.

الترجيح:

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم أري أن الرأي المستحق للترجيح هو ماذهب إليه أصحاب المذهب الأول، وهو أن التخلية لا تكفي في قبض المنقول عملاً بتوجيه الآية الكريمة، والأحاديث النبوية الشريفة، وقوة أدلتهم. ولأن أدلة المذهب الثاني لم تقو علي معارضة أدلة المذهب الأول، ولم تسلم من النقد.

ولأن القياس علي البيع فرض التسليم به عند الحنفية فهو لا يلزمهم، لأن عندهم لا تكفي التخلية أيضاً في قبض المنقول في عقد البيع.

المبحث الثالث

أنواع القبض

المطلب الأول: القبض بطريق الأمانة:

وهو أن يقبض صاحب العقد الشيء المقبوض بنفسه لنفسه، فإذا قام المرتهن بقبض المرهون بنفسه وهو في حالة يتأتى منه القبض، صح القبض وترتب عليه آثاره، ولا خلاف بين الفقهاء في هذا، لأن العقد وهو الرهن إنما هو لمصلحة المرتهن، حيث يتوثق به في سداد دينه، فلما قام هو بنفسه في تولي عملية القبض كان هذا قبضاً صحيحاً، لتولي العاقد القبض بنفسه لنفسه^(١).

المطلب الثاني: القبض بطريق النيابة:

إذا نظرنا في القبض بطريق النيابة وجدناه ينقسم إلي قسمين:

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٦٥/٣ بدائع الصنائع ١٤١/٦ الفتاوى الهندية ٤٣٣/٥ المنتقى شرح الموطأ للباي ٢٥٢/٥ الأم للإمام الشافعي ٢١١/٣ شرح منتهى الإرادات ٢٣٢/٢.

قسم يرجع إلى القابض وهو قبض من ينوب عنه، وقسم يرجع إلى القبض نفسه.

أولاً: القبض بطريق النيابة بالنسبة للقابض:

يجوز للمرتهن قبض المرهون بنفسه أو بوكيله، ويقوم قبض وكيله مقام قبض نفسه، حتي لو هلك الرهن بيد الوكيل بعد القبض فقد هلك بحكم الرهن فيضمنه المرتهن عند من يقول بضمان المرهون^(١). ولأن القبض مما يحتمل النيابة فجاز فيه التوكيل.

ولأن قبض الرهن قبض استيفاء الدين واستيفاء الدين مما يحتمل النيابة^(٢).

فيجوز لولي الصغير سواء كان أباً أو جداً أو وصياً وكذلك ولي السفیه والمجنون أن يتولي قبض المرهون، ويقوم قبضهم مقام قبض المرتهن^(٣). ولايجوز للمرتهن أن يوكل الراهن في قبض الرهن له من نفسه، وإذا فعل ذلك لم يصح، ولم يكن ذلك قبضاً، لأن الرهن وثيقة ليستوفي الحق منه عند تعذر استيفائه من الراهن، فإذا كان المرهون في يد الراهن لم يحصل معني الوثيقة^(٤).

ولأنه يؤدي إلى اتحاد القابض والمقبض وهو لايجوز، وكذلك لايجوز للمرتهن أن يوكل عبدالراهن، لأن يده كيد سيده، ولما لم يجز للمرتهن توكيل

(١) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٧٣/٤.

(٢) بدائع الصنائع ١٤١/٦ الفتاوي الهندية ٤٣٣/٥.

(٣) الحاوي للماوردي ٢٨/٦.

(٤) المغني لابن قدامة ٣٧٣/٤ المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢٥٢/٥.

سيد العبد وهو الراهن لم يجز أيضاً توكيل العبد سواء كان العبد مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون له فيها^(١).

وكذلك لو وكل الراهن رجلاً أن يقبض عنه الرهن ووكله المرتهن أن يقبض له صار ذلك الوكيل نائباً عن الراهن في الإقباض عنه، ونائباً عن المرتهن في القبض له لم يجز، وكان هذا قبضاً فاسداً لا يتم به الرهن، لأنه يصير قابضاً من نفسه وهذا لا يجوز^(٢).

وأما عكس ذلك وهو أنه لو أناب الراهن المرتهن أو وكيله أو عبده في قبض الرهن جاز وصح القبض، لأن إنابة الراهن هنا تعد إذناً منه بالقبض^(٣). وكذلك لا يجوز للمرتهن أن يوكل ابن الراهن إذا كان في حجر الراهن لعدم خروج المقبوض عن يد الراهن بهذا القبض.

وأما ابن الراهن الكبير البائن عنه فإنه يجوز توكيله في القبض، وكرهه ابن القاسم، لأن المعتاد من حال الابن أن لا يمنع أباه من مثل هذا فيضعف فيه والأول هو الأصح، لأن الابن مالك لأمر نفسه، بائن عن أبيه بملكه، فأشبهه الأجنبي^(٤).

ولا يجوز للمرتهن أيضاً أن يوكل زوجة الراهن في قبض المرهون، وقال المالكية يجوز ذلك ويكون قبضاً، لأن الزوجة يجوز أن تحوز لنفسها عن زوجها فكذلك يجوز أن تحوز لغيره، وتقبض عنه من زوجها^(٥).

(١) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢٥٢/٥، الكافي في فقه أهل المدينة ص ٤١٠، حاشية بجيرمي علي الخطيب ٦٢/٣.

(٢) الحاوي للماوردي ١٠/٦.

(٣) حاشية بجيرمي علي الخطيب ٦٢/٣ الحاوي للماوردي ٣٥/٦.

(٤) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢٥٢/٥. الحاوي للماوردي ٣٥/٦.

(٥) هذا الرأي منسوب إلي أصبغ من المالكية. المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢٥٢/٥.

ولكن الأول هو الأصح وهو رأي جمهور الفقهاء، لأن المرأة للزوج عليها نوع من الحجر، ولذلك هي ممنوعة فيما زاد علي الثلث فلم يجز أن تقبض منه، لأنه يؤدي إلي استمرار يد الراهن علي الرهن وعدم انقطاع سلطانه عنه، وهذا منافي للقبض فلم يجز^(١).

ولأن الزوجة لما جاز للزوج حفظ الوديعة بيدها ولم يكن هذا تفريط منه في الحفظ حتي إذا تلفت الوديعة بيدها لم يضمنها، لأن يدها كيده كان الأمر كذلك في الرهن، فتكون يدها كيد زوجها، فيؤدي إلي اتحاد القابض والمقبض وهو لا يجوز^(٢).

ولا يجوز للمرتهن أن يوكل في القبض شريك الراهن في شركة المفاوضة بدين التجارة، لأن يد كل واحد منهما يد صاحبه، فكان مافي يد كل واحد منهما كأنه في يد الآخر، فلم يتحقق الخروج من يد الراهن المقصود من القبض فلم يصح.

وكذلك أحد شريكي العنان لا يجوز أن يوكل بالقبض من شريكه إذا كان الرهن بدين في مال التجارة، وأما إذا كان الرهن بدين غير مال التجارة فهو جائز، لأن الشريك في غير مال التجارة أجنبي عن شريكه فيجوز^(٣).
وبعد هذا هل يجوز لهما توكيل عدل في قبض المرهون؟ وقبل أن نجيب عن هذا التساؤل يجب أن نبين معني العدل والمراد به هنا.

(١) المنتقى شرح الموطأ ٢/٢٥٢.

(٢) انظر هذه المسألة في باب الوديعة من الكتب الآتية.

البنية شرح الهداية ٧/٧٣٣، حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ٣/٤٢٣، روضة الطالبين للنووي ٥/٢٩٠ المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٤/٢٣٧ المنتزع المختار ٣/٥١٢.

(٣) بدائع الصنائع ٦/١٥٠.

أولاً: بيان معنى العدل:

العدل في اللغة: ما قام في النفوس أنه مستقيم وهو ضد الجور تقول
عدل الحاكم في حكمه أي حكم بالحق، وتقول: لم يعدل في حكمه إذا جار وبعد
عن الحق.

والعدل بين الناس: المرضي قوله وحكمه وقيل الذي لم تظهر منه
ريبة^(١).

وفي الاصطلاح:

يقول الإمام الغزالي في المستصفي: العدل أو العدالة عبارة عن
استقامة السيرة والدين، ويرجع حاصلها إلى هيئة راسخة في النفس تعمل على
ملازمة التقوي والمروءة جميعاً، حتى تحصل ثقة النفوس بصدقه^(٢).

وقال الجرجاني في كتابه التعريفات: العدل من اجتنب الكبائر
ولم يصر على الصغائر، وغلب صوبه واجتنب الأفعال الخسيصة كالأكل في
الطريق والبول^(٣).

والظاهر من هذين التعريفين أن المراد بالعدل منهما إنما هو عدل الشهادة
والمراد بالعدل في الرهن هو من يطمئن الراهن والمرتهن إليه ويرضيا بوضع
الرهن على يديه، وهو ما يكون غالباً لشهرته بين الناس بالأمانة وسيرته الحسنة.
وفي هذا يقول صاحب العناية: «المراد بالعدل هنا من رضي
الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده»^(٤).

(١) لسان العرب ٢٨٣٨/٤ المصباح المنير للفيومي ٥٤١/٢ مادة عدل.

(٢) المستصفي من علم الأصول للغزالي ١٥٧/١.

(٣) التعريفات للجرجاني ص ١٢٨.

(٤) العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ١٠٤/٩.

ويتضح من هذا أن المراد بالعدل هنا ليس هو عدل الشهادة وإنما هو من رضىه الراهن والمرتهن سواء كان رجلاً أو امرأة، مسلماً كان أو ذمياً، عدلاً كان أو فاسقاً، فكل من صحت وكالته صح وضع الرهن عنده.

ثانياً: قبض العدل للرهن:

اختلف الفقهاء في قبض العدل هل يصح، أم أنه لا بد من قبض المرتهن؟ ولعل السبب في ذلك يرجع إلي أن العدل لما كان له صفة النيابة من الطرفين فإن هذا يؤدي إلي أن يكون نائباً عن الراهن والمرتهن، فيؤدي إلي إتحاد القابض والمقبض وهو لا يجوز، فقال بعضهم لا يصح قبض العدل، وبعضهم غلب جانب النيابة في المرتهن وجعله نائباً عن المرتهن، وبعضهم قال بأنه نائب عن الراهن في الحفظ للعين المرهونة ونائب عن المرتهن في حق المالية، والقبض من حق المالية لأنه يستوثق به ببيعه عند حلول الأجل، فيغلب بذلك جانب المرتهن فجوز قبضه وإليك مذاهب الفقهاء وأدلتهم:

المذهب الأول: قبض العدل ليس بقبض ولا يصح حتي يتولاه المرتهن وبه قال الحكم^(١) وقتادة^(٢) وابن أبي ليلى^(٣)

(١) الإشراف علي مذاهب أهل العلم لابن المنذر ٢/٢٣.

والحكم هو الحكم بن عتيبة بن النحاس العجلي الكوفي تفقه علي إبراهيم النخعي حتي صار فقيهاً وتولي قضاء الكوفة.

قال المغيرة: كان الحكم إذا قدم المدينة أخلو له سارية النبي ﷺ يصلي إليها توفي رحمه الله - سنة ١١٥ هـ شذرات الذهب ١/١٥١.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/٢٦٥ أحكام القرآن للجصاص ٢/٧١٦ قتادة هو أبو الخطاب بن دعامة بن عمرو بن ربيعة بن الحارث السدوسي البصري، وكان أعمى، آية في الحفظ، له تفسير القرآن العظيم توفي سنة ١١٧ هـ شذرات الذهب ١/١٥٣ - الأعلام ٥/١٨٩.

(٣) المبسوط للسرخسي ٢١/٧٧، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦/٨٠.

وزفر بن الهزبل^(١) وابن شبرمة^(٢) والأوزاعي^(٣) وداود الظاهري^(٤) وابن حزم^(٥).

والمذهب الثاني: قبض العدل قبض وبه قال
عطاء^(٦) وعمرو بن دينار^(٧) وسفيان الثوري^(٨)

- (١) اختلف النقل عن زفر بن الهزبل حيث ذكره الجصاص في أحكام القرآن ممن أجاز قبض العدل حيث قال: اختلف الفقهاء في الرهن إذا وضع علي يد عدل فقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر والثوري: يصح الرهن إذا جعله علي يد عدل.
- وذكره صاحب تبیین الحقائق ممن منع ذلك فقال: وقال زفر وابن أبي ليلى لا يصح لأن يد العدل يد المالك». وكذلك صاحب مجمع الأنهر. الجامع لأحكام القرآن للجصاص ٧١٦/١ تبیین الحقائق ٨٠/٦ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٦٠٠/٢.
- (٢) الجامع لأحكام القرآن للجصاص ٧١٦/١.
- وابن شبرمة: هو عبدالله بن شبرمة البجلي الضبي الكوفي، كان قاضياً لأبي جعفر المنصور علي سواد الكوفة، توفي سنة ١٤٤هـ شذرات المذهب ٢١٥/١، ٢١٦.
- (٣) الجامع لأحكام القرآن للجصاص ٧١٦/١.
- (٤) الإشراف علي مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب ٥/٢.
- (٥) المحلي لابن حزم ٨٨/٨.
- (٦) أحكام القرآن لابن العربي ٣٤٤/١، أحكام القرآن للجصاص ٧١٦/١.
- عطاء هو عطاء بن أبي رباح من كبار التابعين وكان فقيهاً جليلاً روي عن ابن عباس وابن عمر وروي عنه جماعة من التابعين كالزهري وقتادة توفي رحمه الله سنة ١٥٠هـ.
- الأعلام للزركلي ٢٣٥/٤ تهذيب التهذيب ٩٩/٧.
- (٧) الإشراف علي مذاهب أهل العلم لابن المنذر ٢٢-٢٣.
- وعمر بن دينار هو أبو محمد الأثرم عمرو بن دينار الجمحي فقيه مكة ومفتي أهلها في زمانه، فارسي الأصل ولد بصنعاء اليمن سنة ٤٦هـ وتوفي بمكة سنة ١٢٦هـ شذرات المذهب ١٧١/١ الأعلام للزركلي ٧٧/٥.
- (٨) أحكام القرآن للجصاص ٧١٦/١ الإشراف علي مذاهب أهل العلم لابن المنذر ٢٢/٢، المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٨٧/٤.

وابن المبارك (١) واسحاق وأبو ثور (٢) وابن المنذر (٣) والحنفية (٤)
والمالكية (٥) والشافعية (٦) والحنابلة (٧) والزيدية (٨) والإمامية (٩).

الأدلة والمناقشة

أدلة المذهب الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول علي عدم جواز قبض العدل بما يأتي:

- (١) الإشراف علي مذاهب أهل العلم لابن المنذر ٢٢/٢.
وابن المبارك هو: أبو عبد الرحمن عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلي التميمي
المروزي له كتاب الجهاد، وهو أول من صنف فيه، وكتاب الرقائق توفي رحمه سنة
١٨١هـ. شذرات الذهب ١/٢٩٥-٢٩٦ الأعلام ٤/١١٥.
- (٢) الإشراف علي مذاهب أهل العلم لابن المنذر ٢٢/٢ المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير
٤/٣٨٧.
- (٣) الإشراف علي مذاهب أهل العلم لابن المنذر ٢٢/٢.
- (٤) المبسوط للسرخسي ٧٧/٢١، شرح فتح القدير والعناية ٩/١٠٤ تبين الحقائق ٦/٨٠.
مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢/٦٠٠ الفتاوي الهندية ٥/٤٤٠.
- (٥) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/٢٦٥ أحكام القرآن لابن العربي ١/٣٤٤ المدونة
الكبرى للإمام مالك ٥/٣٠٥ الإشراف علي مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب ٢/٦
والمعونة علي مذهب الإمام مالك ٢/١١٥٥ الكافي في فقه أهل المدينة ١٠/٤١.
- (٦) الأم للإمام الشافعي ٣/٢٥١-٢٥٢ الحاوي للماوردي ٦/١٤٠ رحمة الأمة في اختلاف
الأئمة ص ١٤٩.
- (٧) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٤/٣٨٧ كشف القناع عن متن الإقناع ٣/٣٤٣
شرح منتهى الإرادات ٢/٢٣٨.
- (٨) البحر الزخار ٥/١٢١.
- (٩) الخلاف لأبي جعفر الطوسي ٢/١٠٥.

أولاً: من الكتاب العزيز:

قوله تعالى: «وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة»^(١) فقد ذكر الله سبحانه وتعالى القبض في الرهن مع ذكره المتداينين في السفر إلى أجل عند عدم الكاتب، فوجب الوقوف عند النص فما حصل قبض وإقباض بهما فهو الصحيح، وما حصل بغيرهما فلا يصح لعدم ورود النص به^(٢).

ثانياً: من السنة:

ماروي عن السيدة عائشة أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه^(٣). أن الرسول ﷺ رهن درعه عند يهودي بدين له عليه. فقد أقبض رسول ﷺ الدرع لمن له الدين، فدل ذلك علي أن هذا هو القبض الصحيح، وهو أن يتولي طرفي العقد القبض والإقباض^(٤).

الاعتراض علي هذين الدليلين:

اعترض علي الاستدلال بالآية الكريمة والحديث الشريف بأن هذا الاستنتاج غير سليم، لأن الآية والحديث يفيدان أن الرهن مقبوض من الراهن وهذا متحقق في قبض العدل، ثم إن العدل قابض عن المرتهن بإذنه، والتوكيل في القبض جائز.

ثم إن غاية ما تفيده الآية الكريمة والحديث الشريف أن المرتهن إذا تولى القبض والراهن إذا تولى الإقباض جاز ذلك، ولم تتعرض لقبض العدل فحكمه مسكوت عنه إلي أن يثبت بدليل آخر، وقد ثبت بأدلة الفريق الآخر.

(١) سورة البقرة الآية (٢٨٣).

(٢) المحلي لابن حزم الظاهري ٨٨/٨.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الرهن باب من رهن درعه ١٦١/٣ برقم ٢٥٠٩.

(٤) المحلي لابن حزم الظاهري ٨٨/٨.

ثالثاً: من القياس:

- ١- إن القبض من تمام عقد الرهن فتعلق بأحد المتعاقدين كالإيجاب والقبول^(١).

مناقشة هذا الدليل:

نوقش هذا الدليل بأن هذا قبض في عقد فجاز التوكيل فيه كسائر القبض، ويفارق القبض لأن الإيجاب إذا كان لشخص كان القبض منه لأنه يخاطب به، ولو وكل في الإيجاب والقبول قبل أن يوجب صح أيضاً. وهذا أيضاً ينتقض بالقبض في البيع فيما يعتبر فيه القبض، فإن البائع إذا أبيع المبيع الي المشتري فجعله علي يد عدل ويكون محبوساً بالثمن جاز، فكذلك ما هنا^(٢).

- ٢- لوجعل المتعاقدان في عقد البيع المبيع علي يد عدل لم يخرج عن ضمان البائع، ولم يصح أن يكون العدل وكيلاً للمشتري في قبضه فكذلك المرتهن^(٣).

مناقشة هذا الدليل:

إن هذا القياس قياس مع الفارق فلا يصح، لأن العدل لو قبض للمشتري لزم البيع فيه، وفي تمام البيع سقوط حق البائع فيه فلامعني لبقاء المبيع بيد العدل، بل يجب أن يأخذه المشتري والبائع لم يرض بذلك وليس كذلك الرهن، لابد كون العدل وكيلاً عن المرتهن لا يوجب إبطال حق الراهن ألا تري أن حق

(١) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٨٧/٤.

(٢) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٨٧/٤.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٧١٦/١.

الراهن باق بعد قبض المرتهن، فكذلك قبض العدل، فلا فرق بين قبض العدل وقبض المرتهن^(١).

رابعاً: من المعقول:

إن العدل نائب عن الراهن فكذا إذا لحقه عهدة يرجع علي الراهن دون المرتهن، وكما أن الرهن لا يتم بقبض الراهن وإن أشفي عليه^(٢) فكذلك لا يتم بقبض العدل، وذلك لأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء، وبهذا القبض لم يثبت ذلك للمرتهن، لأنه لا يتمكن من إثبات يده علي العين، وموجب العقد لا يجوز أن يثبت بغير العاقد كالمالك في البيع^(٣).

مناقشة هذا الدليل:

نوقش هذا الدليل بما يأتي:

لانسلم لكم أن يد العدل كيد الراهن، لأنها لو كانت كذلك لتمكن الراهن من استرداد الرهن من العدل متى شاء، وهو لا يقدر علي ذلك فدل علي أن يد العدل غير يد الراهن.

وكذلك لو كان وكيلأ عنه لتمكن من عزله متى شاء بدون إذن المرتهن وهو لا يملك ذلك، فدل علي أنه ليس نائباً عنه.

وأما كون العدل يرجع بضمان العهدة علي الراهن دون المرتهن فإنه لا يدل علي أن يده هي يد المرتهن، لأن المستحق إنما يضمن للعدل بضمان الغصب،

(١) أحكام القرآن للجصاص ٧١٧/١.

(٢) أشفي عليه: أشرف عليه، ومنه أشفي المريض علي الموت، أي أشرف عليه. المصباح المنير ٤٣٤/١.

(٣) المبسوط للرخسي ٧٨/٢١ تبين الحقائق ٨٠/٦.

والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل وهو لم يوجد من المرتهن لا حقيقة ولا حكماً، بل وجد نقل العين من العدل والعدل في حق العين نائب عن الراهن، وفي حق المالية نائب عن المرتهن، فكانت العبرة لنقل العين لأنها الأصل فلذلك رجع بضمان الاستحقاق علي الراهن دون المرتهن^(١).

أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب المذهب الثاني وهم جمهور الفقهاء علي جواز قبض

العدل بما يأتي:

أولاً: من الكتاب العزيز:

قوله تعالى: «فرهان مقبوضة»^(٢).

فقد ذكر الله سبحانه وتعالى القبض مطلقاً ولم يقيده بكونه بيد المرتهن أو غيره، وهذا يقتضي أن الرهن إذا خرج من يد الراهن فهو قبض صحيح سواء تولاه المرتهن بنفسه أو بوكيله أو بعدل^(٣).

ثانياً: من المعقول:

١- إن الرهن إذا صار عند العدل صار مقبوضاً لغة وحقيقة، لأن العدل نائب عن صاحب الحق وبمنزلة الوكيل له^(٤).

٢- إن يد العدل في القبض والحبس كيد المرتهن، بدليل أن العدل يملك رد المرهون إلي الراهن متى شاء إذا أذن له المرتهن، وليست كيد الراهن

(١) المبسوط للسرخسي ٧٨/٢١، الكفاية والعناية وشرح فتح القدير ١٠٥/٩ تبين

الحقائق شرح كنز الدقائق ٨٠/٦.

(٢) سورة البقرة الآية (٢٨٣).

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٧١٦/١.

(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٦٥/٣.

لأنها لو كانت كيدته لتمكن من استرداده متى شاء بدون إذن المرتهن، وهو لا يملك ذلك، فدل علي أن العدل كيد المرتهن دون الراهن، فهو بمنزلة الوكيل للمرتهن وقبض وكيل المرتهن جائز فكذلك قبض العدل^(١).

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشة هذا الدليل بأنه لو كان العدل وكيلاً للمرتهن كما تقولون لجاز للمرتهن قبض الرهن من العدل وأخذه منه متى شاء، ولما كان للعدل أن يمنعه إياه.

الجواب عن هذه المناقشة:

إن عدم تمكن المرتهن من قبض الرهن من يد العدل بدون إذن الراهن لا يخرج عنه أن يكون العدل وكيلاً عنه وقابضاً له، لأنه إنما لم يكن له حق القبض من قبل أن الراهن لم يرض بيده وإنما رضي بيد وكيله، ألا تري أن الوكيل بالشري هو قابض للسلعة للموكل وله أن يحبسها بالثمن، ولو هلك قبل الحبس هلك من مال الموكل؟ وليس جواز حبس الوكيل في الرهن عن المرتهن علماً لنفي الوكالة وكونه قابضاً له^(٢).

الترجيح:

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم أري أن الرأي المستحق للترجيح هو الرأي الثاني رأي جمهور الفقهاء القائل بصحة قبض العدل لما يأتي:

١ - قوة أدلتهم وضعف أدلة المخالفين كما هو واضح من الرد عليها.

(١) المبسوط للسرخسي ٧٨/٢١ تبين الحقائق ٨٠/٦.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٧١٦/١.

٢- إن المرهون يكون في مقابلة الدين فهو محبوس به كالبيع يكون في مقابلة الثمن، ثم إن البائع إذا أبيع تسليم المبيع إلى المشتري فوضعه على يد عدل كانت يد العدل فيه كيد البائع الذي له حق الحبس حتى إذا هلك المبيع في يد العدل انفسخ البيع، فكذلك في الرهن تكون يد العدل كيد من له الحبس ومن له الحبس في الرهن المرتهن، فتكون يد العدل كيده، وإذا كانت يد العدل كيده فهو نائب عنه وقبضه جائز فيكون قبض العدل جائزاً.

٣- إن الحاجة تدعو إلى صحة قبض العدل، وذلك لأنه قد لا يأتمن الراهن المرتهن على عين ماله، والمرتهن لا يقبل أن يظل الرهن بيد الراهن، لأنه وثيقة ولا تتم الوثيقة إلا بالقبض من الراهن، فيكون السبيل إلى طمأنينة كل منهما هو وضع الرهن على يد رجل أجنبي يرضى به، فيكون قبضه جائزاً، لأنه قبض برضا من له الحق وهو المرتهن بمنزلة الوكيل عنه.

القسم الثاني: النيابة التي ترجع إلى نفس القبض فإذا كانت العين المعقود عليها في عقد الرهن عند المرتهن بسبب من الأسباب، فهل يعتبر هذا قبضاً لها وينوب القبض الأول عن القبض الرهن وتصير بهذا مقبوضة في عقد الرهن، ويتحول أمرها إلى عقد الرهن، تكون مرهونة عند المرتهن، أم أنه لا يكفي هذا القبض ولا ينوب عنه ولا بد من تجديد القبض مرة ثانية.

ولما كان القبض يختلف تبعاً لسبب القبض، لأنه قد يكون المقبوض أمانة إذا كان مقبوضاً بعقد أمانة كالوديعة مثلاً، وقد يكون مضموناً إذا كان مقبوضاً بعقد ضمان، أو كان مغصوباً.

أولاً: ما كان مقبوضاً على سبيل الأمانة:

إذا أودع رجل عند آخر وديعة فحصل للمودع دين على صاحب الوديعة فرهه الوديعة التي عنده بدينه عليه، والحال أن الوديعة تحت يد المرتهن، فهل

يعتبر قابضاً لها بهذا العقد، وتكون في عقد الرهن مرهونة بدلاً من العقد الأول وديعة أم لا؟

ذهب الحنفية إلى أن القبضين إذا تجانسا ناب أحدهما مكان الآخر، لأن المتماثلان غيران ينوب كل واحد منهما مقام صاحبه ويسد مسده، فتثبت المناوبة به مقتضى الماثلة.

وأما إذا اختلفا ناب الأقوي عن الأدنى، لأنه يوجد في قبض الأقوي المستحق وزيادة.

ولما كان عقد الوديعة عقد أمانة وكانت العين المودعة مقبوضة على سبيل الأمانة كان قبضها بعقد الإيداع قبض أمانة، وعقد الرهن عندهم عقد ضمان، حتى أن العين المرهونة عندهم تكون مضمونة بالدين فيكون القبض فيه قبض ضمان، وهو أعلي من قبض الأمانة فلا ينوب قبض الوديعة عن قبض الرهن ولا بد من تجديد القبض للرهن، ولأن في عقد الوديعة يد المودع هي يد المالك فلا بد من إزالة يد المالك حتى يتم القبض.

ولما كان القبض عندهم تكفي فيه التخلية فإنهم يرون أنه يكفي في هذا القبض أن يخلي المرتهن بين نفسه وبين العين بعد العقد.

وذهب الشافعية أيضاً إلى أنه لا بد من تجديد القبض، وتجديد القبض يكون بمضي زمان يتأتى فيه القبض، فإن كانت العين من المنقولات فالمعتبر زمان يمكن فيه النقل، وإن كانت من المكيلات أو الموزونات، فبمضي زمان يمكن فيه الكيل والوزن، وإن كانت غير منقولة كأن تكون عقاراً فبمضي مدة التخلية.

ولكن هل يشترط إذن الراهن بالقبض لهم فيه قولان:

الأول: أنه لا بد من إذن الراهن في القبض لأنه قبض يلزم به عقد غير لازم فلم يحصل بغير إذن كما لو كان في يد الراهن، وإقراره في يده لا يكفي كما لو أقر المصوب في يد غاصبه مع إمكان أخذه منه.

فعلي هذا يكون أول زمان القبض من بعد الإذن فيه من الراهن، فلو أذن له في القبض بعد العقد بمدة يراعي زمان القبض من وقت الإذن، ولم يكن مامضي من الزمان بعد العقد معتداً به. وعلي ذلك إذا أذن له في القبض ثم رجع عنه قبل مضي مدة يتأتي فيها القبض لم يلزم الرهن، حتي يعود فيأذن ثم تمضي مدة يقبضه في مثلها (١).
الثاني: إن القبض لا يفتقر إلي الإذن فيه، لأن إقراره له في يده بمنزلة إذنه في القبض.

وعلي هذا يكون أول زمان القبض من حين العقد، فإن مضي من حين العقد زمان يتأتي فيه القبض صار قابضاً ويلزم الرهن. وهذا فيما لو كانت الوديعة حاضرة. أما لو كانت الوديعة غائبة لم تصر مقبوضة حتي يوافقها هو أو وكيله ثم تمضي مدة يمكن القبض فيها، لأن العقد يفتقر إلي القبض والقبض إنما يحصل بفعله أو بإمكانه.

فيمضي المودع المرتهن بعد عقد الرهن إلي موضع الوديعة فيشاهدها باقية فيه، ولكن هل يحتاج إلي أن يمضي معه الراهن أم لا؟ علي وجهين:
الوجه الأول: أنه لا يحتاج إلي مضي الراهن معه إلي موضعها وإنما يحتاج إلي مضي المرتهن وحده ليعلم بقاءها علي حالها في حكم أصلها، فعلي هذا يكون مضي المرتهن وحده شرطاً في القبض.
الوجه الثاني: لابد من مضي الراهن معه، لأنه كاستئناف عقده فعلي هذا لو مضي أحدهما لمشاهدتها لم يصح (٢).

(١) الأم للإمام الشافعي ٢١٠/٣ الحاوي للماوردي ٣٣/٦-٣٤ روضة الطالبين للنووي

٣٠٨/٣ المذهب للشيرازي ٣٠٥/١

(٢) الحاوي للماوردي ٣٥/٦ المذهب ٣٠٦/١

ولكن هل يحتاج القبض إلى إذن الراهن؟ علي مذهبين:
المذهب الأول: لا يحتاج القبض إلى إذن الراهن، فعلى هذا يكون
القبض فيها بمشاهدة الوديعة فقط، ومضي زمان بعد المشاهدة يمكن فيه
القبض.

المذهب الثاني: يحتاج القبض إلى الإذن فيكون القبض فيها بالمضي
إليها منهما، والإذن من الراهن في القبض.
وعلى ذلك يجب أن يكون الإذن من الراهن بعد المضي إلى مشاهدة
الوديعة، فإن أذن قبل مشاهدتها لم يقع الإذن موقعه، واحتاج إلى إذن بعد
مشاهدتها ليتم القبض.

وأما على الوجه السابق الذي لا يشترط مضي الراهن مع المرتهن لمشاهدة
الوديعة، فإن الإذن يكون قبل مضي المرتهن لمشاهدتها.
فإن أذن له بعد المشاهدة لم يتم القبض، حتى يمضي زمان يمكن فيه
القبض بعد الإذن^(١).

وبهذا قال أيضاً الزيدية^(٢)، والقاضي من الحنابلة^(٣).
وذهب الحنابلة^(٤) والإمامية في الراجح عندهم^(٥) إلى صحة القبض في
هذا العقد ولزوم الرهن بمجرد العقد وتام القبض به، وذلك لأن اليد ثابتة
والقبض حاصل وإنما كل ما يحدث هو تغيير الحكم، وهذا يمكن مع استدامة
القبض، ألا تراه لو طُلب بالوديعة فجحدها تغيير الحكم من الوديعة إلى
الضمان من غير أمر زائد، ولو عاد فأقر بها وقال لصاحبها خذها فقال له: دعها
عندك وديعة عادت كما كانت أمانة لاضمان عليه فيها من غير أمر زائد
أيضاً، فكذلك الحال في الرهن بتغيير الحكم ويصح القبض بالعقد السابق.

(١) الحاوي للماوردي ٣٥/٦ المذهب ٣٠٥/١.

(٢) البحر الزخار ١١٢/٥.

(٣) المغني لابن قدامة مع الشرح ٣٧٢/٤.

(٤) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٧٢/٤ كشف القناع ٣٣٢/٣.

(٥) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٦٠/٤ الخلاف لأبي جعفر الطوسي ٩٨/٢.

وعلي ذلك لا يحتاج إلي مضي زمان يتأتي فيه القبض، وإنما يلزم الرهن بمجرد العقد لوقوع القبض حقيقة وحكماً.

ثانياً: ما كان مقبوضاً علي سبيل الضمان:

إذا غصب رجل من آخر شيئاً كعبد أو دابة أو ثوب ثم إن الغاصب حصل له علي المالك مال فرهه المالك المال المغصوب عنده.

وكذلك سائر الضمانات كالمقبوض في بيع فاسد، أو علي وجه السوم.

فعند الحنفية ينوب قبض الغصب عن قبض الرهن، لأن القبضان هنا تجانسا فينوب أحدهما عن الآخر، ولأن العين مقبوضة فعلاً^(١).

وذهب إلي ذلك أيضاً المالكية^(٢) والحنابلة^(٣) والإمامية^(٤) وقال الشافعية: لا تكون العين مقبوضة حتي يمضي زمان يتأتي فيه القبض بعد الإذن من المالك في القبض، لأن القبض إنما يحصل بالاستيفاء، أو التمكن من الاستيفاء ولهذا لو استأجر داراً لم يحصل له القبض في منافعها إلا بالاستيفاء أو بمضي زمان يتأتي فيه الاستيفاء فكذلك هاهنا^(٥).

ولكن هل يكون لهذا القبض أثر في ضمان الغصب أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذا علي مذهبين:

المذهب الأول: إذا تم هذا القبض بعقد الرهن لزم العقد وزال ضمان

(١) بدائع الصنائع ١٤٢/٦ شرح فتح القدير والعناية ٧٢/٩.

(٢) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١١٦٣/٢ الإشراف علي مذاهب الفقهاء ٣/٢.

(٣) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٧٣/٤.

(٤) الخلاف لأبي جعفر الطوسي ٩٨-٩٩.

(٥) الحاوي للماوردي ٣٩/٦-٤٠ المذهب ٣٠٦/١ روضة الطالبين للنووي ٣١٠/٣.

الغصب وإلي هذا ذهب الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والحنابلة^(٣) والمزني من الشافعية^(٤).

المذهب الثاني: لا يزول ضمان الغصب بهذا القبض وإلي هذا ذهب الشافعية^(٥) والإمامية^(٦).

الأدلة والمناقشة

أدلة المذهب الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول وهم الحنفية ومن معهم علي أن ضمان الغصب يزول بقبض الرهن بما يأتي:

- ١- إن المرتهن مأذون له من قبل الراهن المالك في إمساكه رهناً فهو قابض له بحكم عقد صحيح وقبض مأذون فيه، ولم يتجدد منه فيه بعد هذا القبض عدوان فلا يضمنه، كما لو قبضه الراهن منه ثم أقبضه إياه أو أبرأه من ضمانه^(٧).

(١) مجمع الضمانات ص ١٤٢.

(٢) المدونة الكبرى للإمام مالك ١٧٤/٤ الكافي في فقه أهل المدينة ص ٤١١-٤١٢ المعونة

للقاضي عبد الوهاب ١١٦٣/٢ الإشراف علي مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب ٣/٢.

(٣) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٧٣/٤ كشف القناع ٣٣٢/٣.

(٤) مختصر المزني مع الأم ١٣٨/٨.

(٥) الأم للإمام الشافعي ٢١٢/٣ الحاوي للماوردي ٣٩/٦ المهذب ٣٠٥/١ روضة الطالبين

٣١٠/٣.

(٦) الخلاف لأبي جعفر الطوسي ٩٩/٢.

(٧) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٧٣/٤.

٢- إن ابتداء إمساك العين بإذن مالئها يمنع أن تكون مضمونة ضمان الغصب، أصله إذا ابتداء إرهان شيء عنده ابتداء، وكذلك إذا قبضه منه ثم أعاده إليه.

لأنه إذا رهنه ابتداء وقال له: رهنك هذا الشيء علي أن يكون مضموناً عليك لم يصر مضموناً، فثبت بذلك أن ابتداء الرهن ينافي الضمان، وإذا تنافيا ابتداء لم يجتمعا، وكان أحدهما رافعاً للآخر، فلما ثبت عقد الرهن اتفاقاً انتفي ضمان الغصب حججاً^(١).

مناقشة هذا الدليل:

نوقش هذا الدليل بأن قولكم ابتداء الرهن مناف للضمان غير صحيح، لأن ابتداء الرهن إنما كان منافياً للضمان من ناحية الرهن، وكذلك في استدامته مناف للضمان من ناحية الرهن، فأما الضمان من غير جهة الرهن فلا ينافيه في ابتدائه كما لا ينافيه في استدامته^(٢).

٣- إن عقد الرهن عقد يقتضي إمساك العين بإذن مالئها فهو لا يقتضي ضمان الغصب، فوجب إذا ورد عليه أسقطه كالبيع، لأنه إذا باعه عليه سقط ضمان الغصب لأن العقد ينافيه، فكذلك في الرهن إذا رهنه إياه وجب أن يسقط عنه ضمان الغصب لأن العقد ينافيه^(٣).

مناقشة هذا الدليل:

نوقش هذا الدليل بأن قياسكم علي البيع لا يصح لوجود الفرق بينهما لأن المعنى في البيع أنه يزول ملك البائع، وإذا زال ملكه زالت أحكام ملكه،

(١) المعونة للقاضي عبدالوهاب ١١٦٣/٢.

(٢) الحاوي للماوردي ٤١/٦.

(٣) الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب ٣/٢.

والضمان من أحكام ملكه، فسقط وانتقل الملك إلى المشتري، وملك الإنسان لا يكون مضموناً عليه، وليس كذلك الرهن، لأنه لم ينتقل الملك فلم يزل الضمان، وعلي أن البيع لما كان منافياً للضمان في استدامته كان منافياً للضمان في ابتدائه، ولما كان الرهن غير مناف للضمان في استدامته كان غير مناف للضمان في ابتدائه^(١).

٤- أنه عقد يقتضي إمساك العين بإذن المالك فوجب أن ينتفي حكم الغصب حال حصوله كالوديعة^(٢).

مناقشة هذا الدليل:

إن هذا القياس لا يصح علي قول علي بن أبي هريرة وهو أن ضمان الغصب لا يسقط بالوديعة يصح علي ظاهر المذهب وهو أنه يسقط بالوديعة ولا يصح أيضاً لوجود الفرق بينهما من ناحيتين:

الأولي: أن يد المودع يد المالك فصار بالوديعة كالعائد إلي يد مالكة وليس كذلك المرتهن لأن يده لنفسه دون مالكة.

الثانية: أن الوديعة والضمان يتنافيان ألا ترى إذا تعدى في الوديعة خرج من أن يكون مودعاً وإذا تنافيا وصحت الوديعة سقط الضمان، وليس كذلك الرهن، لأن الرهن والضمان لا يتنافيان ألا ترى أنه لو تعدى في الرهن لم يخرج الرهن عن أن يكون مرتهناً فلم يسقط الضمان^(٣).

أدلة المذهب الثاني:

استدل الشافعية ومن معهم علي أنه لا يزول ضمان الغصب بما يأتي:

(١) الحاوي للماوردي ٤١/٦.

(٢) المعونة للقاضي عبدالوهاب ١١٦٣/٢ الإشراف علي مسائل الخلاف ٣/٢.

(٣) الحاوي للماوردي ٤١/٦.

أولاً: من السنة النبوية المطهرة:

ماروي عن النبي ﷺ أنه قال: «علي اليد ما أخذت حتي تؤديه» (١)
فقد أوجب ﷺ ضمان المصوب علي الغاصب حتي يؤديه، ولا يبرأ من
الضمان إلا بالأداء إلي المصوب منه فلا يبرأ منه بالرهن (٢).

ثانياً: من المعقول:

١- إن المصوب مضمون علي غاصبه وعقد الرهن لا ينافي ضمان الغصب
بدلالة أنه لو تعدي عليه بعد الرهن ضمنه ضمان الغصب، فلما لم يمنع
الرهن ضمان الغصب في الانتهاء، لم يمنع ضمان الغصب في
الابتداء (٣).

مناقشة هذا الدليل:

نوقش هذا الدليل بأن قولكم أنه لا تنافي بينهما ممنوع، لأن الغاصب يده
متعدية يجب عليه إزالتها، ويد المرتهن ليست كذلك بل هي محقة جعلها
الشرع له.

ثم إن يد المرتهن يد أمانة ويد الغاصب والمستعير ونحوهما يد ضمان،
ويد الضمان غير يد الأمانة فهما متنافيان (٤).

٢- إن العبد المصوب قد يصير مرهوناً بجنايته كما يصير مرهوناً بعقد
سيده، ثم ثبت أنه لو جني علي الغاصب جناية وجب أرشها في رقبته

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٢٤٨/٧ برقم ٢٠١٠٧ والحاكم في المستدرک ٤٧/٢

وقال: «صحيح علي شرط البخاري».

(٢) الخلاف لأبي جعفر الطوسي ٩٩/٢.

(٣) الحاوي للماوردي ٤٠/٦ روضة الطالبين للنووي ٣/٣١٠.

(٤) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٧٣/٤.

ولم يسقط ضمان الغصب وإن صار مرهوناً بجنايته، فوجب إذا رهنه بحق فصار وثيقة في رقبته ألا يسقط ضمان الغصب وإن صار مرهوناً في يده (١).

٣- إن ضمان الغصب لو سقط بارتهان الغاصب لسقط بارتهان غير الغاصب، فلما ثبت أن غير الغاصب إذا ارتهنه لم يسقط عن الغاصب ضمانه، وجب إذا ارتهنه الغاصب ألا يسقط ضمانه (٢).

ثالثاً: من القياس:

إن ضمان الغصب ضمان تعلق بعين فوجب ألا يسقط بالرهن كضمان الجناية.

الترجيح:

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم والمناقشة لها يتبين لي أن الرأي المستحق للترجيح هو رأي الشافعية والإمامية القائل بعدم سقوط ضمان الغصب عن الغاصب بالرهن، حتى يرد المصوب إلي مالكة فينشئ له قبضاً جديداً، لأن اليد بالرهن لاتزال علي يد الغاصب واليد في الرهن يد المرتهن.

(١) الحاوي للماوردي ٤٠/٦.

(٢) الحاوي للماوردي ٤٠/٦.

الفصل الثاني

شروط القبض

من المعلوم أن طرفي القبض وهما القابض والمقبض هما اللذان يتوليان معاً عملية القبض والإقباض، والقبض يكون من المرتهن أو وكيله، والإقباض يكون من الراهن أو وكيله^(١).

فمن هنا لما كان طرفي عقد الرهن الراهن والمرتهن هما اللذان يتوليان عملية القبض والإقباض اشترط الفقهاء شروطاً يجب أن تتوفر فيهما حتي يكون قبضهما صحيحاً يترتب عليها آثاره^(٢).

وكذلك اشترط الفقهاء في العين المقبوضة وهي العين المرهونة شروطاً منها ما هو محل اتفاق ومنها ما هو محل اختلاف.

الشرط الأول: أهلية المتقايضان للتصرف في مالهما:

يشترط في القابض في عقد الرهن والمقبض أهلية كل منهما للتعاقد وهذا يكون بجواز أمرهما في مالهما، لأنه عقد علي المال فلا بد من جواز أمرهما وتصرفهما فيه.

فلا بد أن يكونا عاقلين فلا يجوز القبض أو الإقباض من غير العاقل كالمجنون ولا يجوز أيضاً من الصبي الذي لا يعقل، فلا يجوز منهما أن يتوليا القبض أو الإقباض سواء كان لنفسهما أو لغيرهما.

(١) بدائع الصنائع ١٣٥/٦ حاشية الدسوقي الشرح الكبير ٢٣١/٣.

(٢) الحاوي للماوردي ٨/٦ روضة الطالبين للنووي ٣٠٤/٣ المغني لابن قدامة مع الشرح

ولكن هل يشترط البلوغ لصحة القبض والإقباض؟

ذهب الحنفية والمالكية إلى أن البلوغ ليس بشرط في صحة القبض في الرهن فيجوز الرهن من الصبي المأذون له في التجارة لأن ذلك من توابع التجارة، فيملكه من يملك التجارة^(١).

وذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم جواز رهن الصبي وكذلك قبضه وإقباضه سواء كان لنفسه أو لغيره، مميزاً أو غير مميز، مأذوناً من وليه فيه أو غير مأذون^(٢).

وكذلك ألا يكونا محجوراً عليهما سواء كان لصغر أو جنون أو سفه أو فلس. ويعتبر هذا وهو جواز تصرفهما في مالهما وعدم الحجر عليهما في حال العقد والقبض، لأن العقد والتسليم ليس بواجب وإنما هو إلى اختيار الراهن فإذا لم يكن له اختيار صحيح لم يصح، ولأنه نوع تصرف في المال فلم يصح من المحجور عليه من غير إذن كالبيع^(٣).

فإن كانا أو أحدهما غير جائز الأمر عند العقد لصغر أو جنون أو حجر حاكم ثم جاز أمرهما عند القبض كان القبض فاسداً وأخذ قابض الرهن برده، ولهما استئناف عقده وتجديد قبضه.

وإن كان جائز الأمر عند العقد ثم طرأ الحجر عليهما أو علي أحدهما عند القبض فتقابضا كان القبض فاسداً، لأنه قبض ممن لا يجوز إقباضه، أو إقباض إلي من لا يجوز قبضه، ولكن العقد علي حاله صحيح حتي يعقبه قبض صحيح^(٤).

(١) بدائع الصنائع ١٣٥/٦ حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير ٢٣١/٣.

(٢) الحاوي للماوردي ٨/٦ روضة الطالبين للنووي ٣٠٤/٣ المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٦٩/٤.

(٣) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٦٩/٤.

(٤) الحاوي للماوردي ٨/٦.

وأما إن كان جائزي الأمر عند العقد والقبض ولكن تخلل بين العقد وبين القبض حجر بأن جن أحدهما أو كلاهما بعد العقد وأفاق قبل القبض فقبض حال إفاقته، جاز الرهن وصح القبض ولزم العقد، لوجود صحة التصرف منهما حال العقد وحال القبض، ولم يكن مايتخللهما من الجنون أو السفه قادحاً في صحة القبض^(١).

وذهب أبو اسحاق المروزي إلي أنه يبطل عقد الرهن، لأن عقد الرهن من العقود الجائزة، وهي تبطل بالجنون، والموت كالوكالات والجعالات والشركات. والصحيح الأول لأن العقود التي تبطل بالجنون ونحوه هي العقود الجائزة التي لا تفضي إلي اللزوم، أما عقد الرهن وإن كان من العقود الجائزة إلا أنه يفضي إلي اللزوم فلا يبطل بالجنون كالبيع في مدة الخيار^(٢).

الشرط الثاني: أن يكون القبض بإذن الراهن أو وكيله:

لا يجوز للمرتهن قبض الرهن إلا بعد أن يأذن له الراهن في هذا القبض، لأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في البيع حتي لو قبض المشتري من غير إذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد، فلأن يكون في الرهن أولي، لأن البيع ليس من شرط صحته القبض وهو شرط في صحة الرهن. ولما كان الإذن بالقبض شرطاً لصحته فيما لا يتوقف صحته علي القبض وهو البيع، فلأن يكون شرطاً فيما يتوقف صحته علي القبض من باب أولي وهو الرهن^(٣).

(١) كشف القناع عن متن الإقناع ٣/٣٣٢ الخلاف لأبي جعفر ٩٧/٢.

(٢) الحاوي للماوردي ٩/٦.

(٣) بدائع الصنائع ٦/١٣٨.

ولأن الراهن لا يلزمه تقبيل المرتهن لأن عقد الرهن عقد جائز في حقه
مالم يقبض الرهن^(١) فاعتبر إذنه في قبضه كالأهـب، فإن تعدي المرتهن
فقبضه بغير إذن لم يثبت حكمه وكان بمنزلة من لم يقبض، وإن أذن الراهن في
القبض ثم رجع عن الإذن قبله زال حكم الإذن^(٢).

والإذن نوعان صريح ودلالة:

أما الصريح: فنحو أن يقول الراهن اقبض أو أذنت لك في القبض، أو
رضيت بقبضك، أو ما يجري مجراه.

فيجوز القبض سواء كان ذلك القبض بمجلس العقد، أو بعد التفرق
بحضرة الراهن، أو في غيبته.

وذلك لما روي أن النبي ﷺ حمل إليه ست بدنان فجعلن يزدلفن إليه
فقام عليه الصلاة والسلام فنحرهن بيده الشريفة وقال: «من شاء فليقطع»
وانصرف^(٣).

فقد أذن لهم رسول الله ﷺ بالقبض بعد الافتراق حيث أذن لهم
بالقطع، فدل على جواز القبض واعتباره بعد التفرق.

ولأن الإذن بالقبض ورد ممن له ذلك صريحاً، فيجوز في الحضور والغيبة
قياساً على البيع إذا أذن البائع للمشتري في قبض المبيع فإنه يجوز في
المجلس وبعده، فكذلك في قبض المرهون^(٤).

(١) وهذا عند غير المالكية لأن المالكية يقولون أن عقد الرهن يلزم بمجرد الانعقاد بالقول
ولا يفتقر في لزومه إلى القبض، بل يلزم بالعقد ويجبر الراهن على التسليم إذا امتنع
منه، المعونة للقاضي عبد الوهاب ١١٥٣/٢.

(٢) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٧١/٤.

(٣) أخرجه أبوداود في سننه كتاب المناسك باب الهدى إذا عطب قبل أن يبلغ ٨٢/٢ برقم
١٧٦٥.

(٤) بدائع الصنائع ١٣٨/٦.

وأما الإذن دلالة: فهو سكوت الراهن عند رؤيته قبض المرتهن الرهن أي عدم نهيه عن القبض، وهو يشترط أن يكون بحضرة الراهن، ولا يجوز في غيبته^(١).

الشرط الثالث: أن تكون العين المرهونة مما له قيمة مالية، لأن الغرض من الرهن هو الوثيقة بالدين المرهون فيه، والوثيقة إما أن تكون عبارة عن الاستيفاء كما هو عند الحنفية، أو القدرة علي الاستيفاء ببيع المرهون عند أجل الدين والاستيفاء من ثمنه كما هو عند الجمهور، فلا يجوز رهن الخمر، ولا الخنزير ولا الميتة، ومما ليس له قيمة مالية. وهذه الشروط محل اتفاق بين الفقهاء، وهناك شروط أخرى تختلف فيها الفقهاء فأجازها بعضهم ومنعها البعض الآخر ومنها ما يأتي:

الشرط الرابع: أن تكون العين المرهونة مفرزة:

اشترط هذا الشرط الحنفية فلا يصح عندهم قبض المشاع ولا يجوز رهنه سواء كانت العين المشاعة مما يقبل القسمة أولاً، وسواء كان الرهن من الشريك أو من أجنبي، وسواء كان الشيوع مقارناً للعقد أو كان الشيوع طارئاً عليه، وذهب أبو يوسف منهم إلى أن الشيوع الطاريء لا يمنع بقاء العقد علي الصحة ولا يفسد القبض به،

وذهب جمهور الفقهاء إلى عدم اشتراط كون العين المرهونة مفرزة بل يصح رهن المشاع وبهذا نرى أن للفقهاء في رهن المشاع وقبضه مذهبين:

المذهب الأول: يصح رهن المشاع ويجوز قبضه وإلي هذا ذهب الأوزاعي، وابن أبي ليلى، وعثمان البتي، وعبيد الله بن الحسين العنبري^(٢)

(١) الفتاوي الهندية ٤٣٣/٥.

(٢) عبيد الله بن الحسين العنبري: هو عبيد الله بن الحسين بن الحصين بن مالك

العنبري ولي قضاء البصرة، وقال عنه النسائي: إنه فقيه ثقة، توفي رحمه الله ١٦٨ هـ

بالبصرة. تهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني ٧/٧ تذكرة الحفاظ للذهبي ٥٢٤/٢.

وسوار^(١) وأبو ثور، والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) وداود
الظاهر^(٥) وابن حزم الظاهري^(٦) والإمامية^(٧).

المذهب الثاني: لا يصح رهن المشاع ولا يجوز قيضه وإلي هذا ذهب
الحنفية^(٨) والزيدية^(٩).

الأدلة والمناقشة

أدلة المذهب الأول:

استدل جمهور الفقهاء علي جواز رهن المشاع بالكتاب العزيز والقياس
والمعقول:

- (١) سوار: هو سوار بن عبدالله بن سوار بن عبدالله بن قدامة من بني العنبر من تميم
أبو عبدالله العنبري قاض وله علم بالفقه والحديث، من أهل البصرة، وسكن بغداد وولي
بها قضاء الرصافة وتوفي بها سنة ٢٤٥ هـ الأعلام للزركلي ١٤٥/٣.
- (٢) المنتقى شرح الموطأ للباقي ٢٤٩/٥، المعونة للقاضي عبد الوهاب ١١٥٥/٢.
- (٣) الأم للإمام الشافعي ٢٨٣/٣ روضة الطالبين للنووي ٢٨٢/٣ الحاوي للماوردي ١٥/٦
حاشية بجيرمي علي الخطيب ٥٨/٣.
- (٤) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٧٥/٤، كشف القناع عن متن الإقناع ٣٢٦/٣،
شرح منتهى الإرادات ٢٢٩/٢.
- (٥) الخلاف لأبي جعفر الطوسي ٩٧/٢ المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٧٥/٤.
- (٦) المحلي لابن حزم الظاهري ٨٨/٨.
- (٧) الخلاف لأبي جعفر الطوسي ٩٧/٢.
- (٨) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٣٨/٦، المبسوط للسرخسي ٦٩/٢١، شرح فتح
القدير والعناية ٨٢/٩ تبين الحقائق ٦٨/٦، البحر الرائق ٢٧٦/٨، مجمع الأنهر
٥٩١/٢.
- (٩) المنتزع المختار من الغيث المدرار لابن مفتاح ٣٩٩/٣، البحر الزخار ١١٥/٥، السيل
الجرار للشوكاني ٢٧١/٣.

أولاً: من الكتاب العزيز:

قوله تعالى: «فرهان مقبوضة»^(١).

فقد أجاز الله سبحانه وتعالى الرهن مقبوضاً، فكل ما كان مقبوضاً جاز الرهن فيه، وكذلك كل ما أمكن فهو جائز، ولا فرق في ذلك بين مشاع أو مقسوم لأن القبض جاء في الآية مطلقاً^(٢).

ثانياً: من القياس:

- ١- إن المشاع عين يجوز بيعها في محل الحق فيصح رهنها كالعين المفززة^(٣).
- ٢- إن صفة القبض في العقد متساوية لا تختلف باختلاف ما يوجبه العقد من كونه بيعاً أو رهنأً.
وقد ثبت أن بيع المشاع جائز وإن بيع ما لا يمكن قبضه لا يصح ويصح إن كان مما يمكن قبضه.
فدل هذا على أن قبض المشاع في البيع جائز فيكون كذلك في الرهن ويكون قبضه في البيع كقبضه في الرهن^(٤).
- ٣- لو رهن شيئاً عند رجلين جاز الرهن بالاجتماع أي حتي عند من يقول بعدم جواز رهن المشاع، وإن كان نصفه مشاعاً رهنأً عند كل واحد من الرجلين جاز الرهن بالإجماع أي حتي عند من يقول بعدم جواز رهن

(١) سورة البقرة الآية (٢٨٣).

(٢) المعونة للقاضي عبدالوهاب ١١٥٥/٢، المحلي لابن حزم الظاهري ٨٨/٨، الخلاف لأبي جعفر الطوسي ٩٧/٢.

(٣) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٧٥/٤، المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢٤٩/٥.

(٤) المعونة للقاضي عبدالوهاب ١١٥٥/٢-١١٥٦، المحلي لابن حزم ٨٩/٨.

المشاع وإن كان نصفه مشاعاً رهناً عند كل واحد من الرجلين فكذا إذا كان النصف مشاعاً رهناً، والنصف الآخر مطلقاً من باب أولى^(١).

مناقشة هذا الدليل:

نوقش هذا الدليل من قبل الحنفية بأن رهن المشاع غير الرهن من رجلين، لأن موجب العقد فيه وهو ثبوت يد الاستيفاء ثبت في جميع المحل غير متجزئ، ثم حكم التجزئ يثبت بين المرتهين عند تمام الاستيفاء بالهلاك للمزاحمة وبه لا يظهر التجزئ في المحل.

ألا تري أن نصف العين لا يستحق قصاصاً ثم يجب القصاص لاثنتين في نفس واحدة، ويكون كل واحد منهما مستوفياً للنصف عند العقل باعتبار أن لا يظهر حكم التجزئ في القصاص فكذلك فيما نحن فيه^(٢).

ثالثاً: من المعقول:

إن مقصود عقد الرهن هو توثق المرتهن بقبض المرهون ليضمن إلي سداد دينه إما من الراهن المدين وإلا فمن العين المرهونة ويكون ذلك ببيعها.

فإذا كانت العين المرهونة مما يصح بيعها فهي محققة الغرض من الرهن فيصح رهنها، والعين المشاعة مما يصح بيعها فيصح رهنها، ويكون القبض في عقد الرهن كالقبض في عقد البيع^(٣).

(١) الحاوي للمأوردي ١٥/٦ المعونة للقاضي عبدالوهاب ١١٥٦/٢ المحلي لابن حزم

٨٨/٨

(٢) المبسوط للسرخسي ٧١/٢١

(٣) الإشراف علي مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب ٣-٢/٢

أدلة المذهب الثاني:

استدل الحنفية ومن معهم علي عدم جواز رهن المشاع وعدم صحة القبض

فيه بما يأتي:

١- إن حكم الرهن هو ثبوت يد الاستيفاء علي ما تناوله العقد، لأن الرهن

وثيقة لجانب الاستيفاء، وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو

المشاع غير متصور، لأن اليد تثبت علي معين والمرهون من المشاع غير

معين، وهما مختلفان المعين وغير المعين.

فتكون اليد ثابتة في المشاع (غير المعين) علي غير المرهون وفي هذا

فوات لحكم الرهن فلا يصح^(١).

٢- إن موجب عقد الرهن دوام يد المرتهن عليه من وقت العقد إلي وقت

انفكاكه، وذلك لا يتحقق مع الشيوع، لأنه يحتاج إلي المهايأة^(٢) مع

المالك في الإمساك فينتفع المالك به يوماً بحكم الملك، ويحفظه المرتهن

يوماً بحكم الرهن، فهو بمنزلة قوله رهنك يوماً ويوماً لا، لأنه ينعدم

استحقاق اليد للمرتهن في يوم الراهن، وكان ذلك سبباً يقترن بالعقد

وهو الشيوع ومتى اقترن بالعقد ما يمنع موجه لم يصح العقد^(٣).

(١) بدائع الصنائع ١٣٨/٦، شرح فتح القدير والعناية والكفاية ٨١/٩.

(٢) المهايأة: المناوبة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهدى للشيء، وقد تبدل

الهمزة ألفاً فتصير مهايأة.

وفي عرف الفقهاء: قسمة المنافع.

المصباح المنير ٨٨٨/٢ تصحيح التنبيه للنووي مع التنبيه ص ٩٠ العناية علي الهداية

بشرح فتح القدير ٣٧٨/٨.

(٣) المبسوط للسرخسي ٦٩/٢١.

وكذلك لا يجوز ولو كان من الشريك، لأنه لو جاز لأمسكه يوماً بحكم الملك ويوماً بحكم الرهن، فيصير كأنه رهنه يوماً ويوماً لا. وهذا بخلاف الإجارة حيث تجوز في المشاع من شريكه، لأن حكمها التمكن من الانتفاع لا الحبس، والشريك متمكن من ذلك فيجوز بخلاف غير الشريك (١).

وكذلك يمنع بقاء حكم الرهن الشيعي الطاريء في رواية الأصل وهو كما لو رهن جميع العين ثم تفاسخا في بعضها، أو أذن الراهن في بيع الرهن كيف شاء فباع العدل نصف الرهن (٢).

لأن القبض لما وجب في الرهن ابتداءً وجب بقاءه، لأن ما تعلق بالمحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمة في النكاح.

إعتراض:

لو زوج الأب ابنته من مكاتبه جاز ولا يبطل النكاح بموت الأب، ولو تزوجت مكاتبها ابتداءً لا يجوز فاختلفا (٣).

الجواب عن هذا الاعتراض:

إن المكاتب لا يملك بسبب من أسباب الملك فكذا بالوراثه، وإذا تزوجت مكاتبها ابتداءً إنما لا يجوز لأن الملك ثابت لها من وجه، ونكاح المملوك من وجه لا يجوز (٤).

(١) شرح فتح القدير والكفاية ٨١/٩ تبين الحقائق ٦٩/٦.

(٢) بدائع الصنائع ١٣٨/٦ المبسوط للسرخسي ٧٢/٢١ شرح فتح القدير والعناية ٨٤/٩.

تبين الحقائق ٦٩/٦.

(٣) الكفاية علي الهداية بشرح فتح القدير ٨٤/٩.

(٤) الكفاية علي الهداية بشرح فتح القدير ٨٤/٩.

وذهب أبويوسف إلي أن الشيوخ الطاريء لا يمنع بقاء حكم الرهن كما لا يمنع بقاء حكم الهبة، لأن البقاء أسهل من الابتداء ألا تري أن صيرورة المرهون في ذمة غير المرتهن تمنع ابتداء الرهن ولا تمنع بقاءه، حتي إذا أتلّف المرهون إنسان أو بيع المرهون بثمن تكون القيمة أو الثمن رهناً في ذمة من عليه، وابتداء عقد الرهن مضافاً إلي دين في الذمة لا يجوز^(١).

مناقشة دليل أبي يوسف:

نوقش دليل أبي يوسف من قبل الحنفية أنفسهم بأنه لا يجوز القياس علي الهبة لوجود الفرق بين الرهن والهبة. لأنه في الهبة المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة، لأن إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم، ولا حاجة إلي اعتباره في حالة البقاء، ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن^(٢).

مناقشة أدلة الحنفية:

١- إن قولكم إن رهن المشاع يلزم منه أن يكون يوماً رهناً ويوماً غير رهن غير صحيح، لأنه رهن في جميع الأيام، وقبضه حكم مستدام، وخروجه في يوم المهايأة عن يده لا يزيل حكم قبضه عنه، وإن حصل في يد غيره فصار كمن رهن شيئاً علي أنه يكون في يد مرتته يوماً وعلي يد عدل

(١) المبسوط للسرخسي ٧٢/٢١ بدائع الصنائع ١٣٨/٦ شرح فتح القدير والعناية ٨٤/٩

البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٧٦/٨ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٥٩٢/٢.

(٢) الكفاية علي الهداية بشرح فتح القدير ٨٥/٩ البحر الرائق ٢٧٦/٨.

يوماً لم يمنع ذلك من صحة الرهن وكان هذا بخلاف قوله: أرهنتك يوماً واسترجعه منك يوماً^(١).

٢- لانسلم لكم أن مقصود عقد الرهن الحبس بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره والمشاع قابل لذلك^(٢).

التوجيه:

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم أرى أن ماذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز رهن المشاع وصحة قبضه هو الرأي الراجح لقوة أدلتهم وضعف أدلة الحنفية.

وقد اعترض ابن حزم الظاهري علي الحنفية فقال: «وقال أبوحنيفة وأصحابه لايجوز رهن المشاع، كان مما ينقسم أو مما لاينقسم، لا عند الشريك فيه ولا عند غيره.

وأجازوا أن يرهن اثنان أرضاً مشاعة بينهما عند إنسان واحد، ومنعوا من أن يرهن المرء أرضه عند اثنين داينهما ديناً واحداً في صفقة واحدة وهذا تخليط ناهيك به أول ذلك أنه قول لانعلم أحداً قاله قبلهم، والثاني أنه قول بلا دليل، والثالث أنهم تناقضوا فيه.

وأيضاً فإنهم لا يختلفون في أن بيع المشاع جائز فيما ينقسم وما لاينقسم من الشريك وغيره، ومنع أبوحنيفة من إجازة المشاع فيما ينقسم وما لاينقسم إلا من الشريك فيه وحده فأجازه له، وهذه تخاليط ومناقضات لاخفاء بها، ولانعلم لهم شيئاً موهوا به إلا أنهم قالوا: لا يصح القبض في المشاع.

(١) الحاوي للماوردي ١٥/٦-١٦.

(٢) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٧٥/٤.

ومن قولهم: إن البيع لا يتم إلا بالقبض وقد أجازوا البيع في المشاع فالقبض عندهم ممكن في المشاع حيث اشتهاوا وهو البيع، والقبض عندهم غير ممكن في المشاع حيث لم يشتهاوا وهو الرهن^(١). وعلي ذلك يكون القبض في المشاع عند من يقول بجواز رهنه يختلف باختلاف المشاع المرهون، لأنه قد يكون منقولاً وقد يكون غير منقول. فإن كان المشاع المرهون غير منقول كأرض أو دار رهن منها سهاماً مشاعاً فصحة القبض في هذا يكون مفتقراً إلى حضور الشريك، لأن من صحة القبض ألا يكون هناك منازع، وللشريك يد فكان حضوره شرطاً في صحة القبض.

فإذا حضر الشريك والراهن والمرتهن ورفع الراهن يده عن حصته المرهونة إلى المرتهن وصارت الحصة في يد المرتهن جاز. فإن تراضيا الشريك والمرتهن أن تكون الدار أو الأرض المشتركة بينهما جاز، وإن تراضيا أن تكون في يد الشريك جاز، وإن تراضيا أن تكون علي يد عدل وأقبضاه جاز^(٢).

وأما إذا كانت العين المشاعة منقولة كسهم من ثوب أو سيف أو جوهرة أو عبد أو حيوان فقبض ذلك غير مفتقر إلى حضور الشريك، لأن قبضه بالنقل والتحويل، فإن أذن الشريك للمرتهن في نقل جميعه صح، وإن أذن المرتهن للشريك في قبض جميعه له بالتحويل جاز، وإن أذنا لعدل في قبضه منهما فقبضه جاز^(٣).

(١) المحلي لابن حزم الظاهري ٨٨/٨ - ٨٩.

(٢) الحاوي للماوردي ٣٩/٦ حاشية بجيرمي علي الخطيب ٥٨/٣.

(٣) الحاوي للماوردي ٣٩/٦، روضة الطالبين للنووي ٢٨٣/٣.

الشرط الرابع: دوام الحبس:

اختلف الفقهاء في أنه هل يشترط دوام حبس المرهون بيد المرتهن أم أنه يكفي مجرد القبض؟ فإذا قبضه الراهن فقد تم القبض، ولا يشترط استمرار يده عليه حتى أنه إذا أعاده إلي الراهن مرة أخرى لا يبطل القبض، ويظل الرهن علي حاله بالقبض الأول أم لا.

خلاف بين الفقهاء ولعل هذا الخلاف يرجع إلي نظرة كل منهما إلي المقصود بقبض الرهن.

فبعضهم يري أن المقصود من قبض المرهون هو استيثاق المرتهن في وفاء دينه بتعلق الرهن بالمالية وقدرة المرتهن علي بيع المرهون والاستيفاء منه إذا تعذر الوفاء من ذمة الراهن.

ولهذا يري أصحاب هذا الرأي أن مجرد القبض يكفي لحصول الاستيثاق وتعيين العين للرهن فلا يضر خروجها عن يد المرتهن ورجوعها إلي الراهن ولينتفع بها ولا يؤثر هذا في القبض، لأن العين المرهونة مشغولة بالرهن والراهن ممنوع من التصرف فيها بعد إقباضها المرتهن.

ويري البعض الآخر أن المقصود هو ثبوت يد الاستيفاء، لأن ثبوت اليد علي العين يكون إما بالملك أو الانتفاع أو الحبس بالرهن، والأول أعلاها ويملك به مابعد، والثاني أوسطها ويملك بها مابعد أيضاً، بدليل أنه لو حبس العين المستأجرة دون الانتفاع مدة الإجارة كان مستوفياً، والثالث وهو أخصها وهو ثبوت يده للحبس فتكون اليد مقصودة لغرض وهذا صحيح ألا تري أن الغاصب يضمن المغصوب بتفويت اليد كما يضمنه المثلث بإتلاف العين.

ولأن موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفي وثبوت اليد عليه، وموجب عقد الوثيقة بعض ذلك وهو ثبوت اليد واليد مقصودة لذاتها.

ولذلك يقول أصحاب هذا الرأي أنه لا بد من دوام القبض للمرهون واستمرار يد المرتهن عليه فإذا خرج من يده ورجع إلي الراهن بطل القبض.

وبهذا نرى أن الفقهاء يختلفون في هذا الشرط على مذهبين.

المذهب الأول: استدامة القبض ليس شرطاً في صحة الرهن فإذا خرج الرهن من يد المرتهن باستحقاق كالإجارة أو بغير استحقاق كالإعارة أو الغصب لم يبطل الرهن، وإلى هذا ذهب الشافعية^(١) والإمامية^(٢).

المذهب الثاني: داوم القبض شرط في صحة الرهن وإلى هذا ذهب الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والحنابلة^(٥)، والزيدية^(٦).

(١) الحاوي للماوردي ١٣/٦، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ١٤٨.

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٥٩/٤، الخلاف لأبي جعفر الطوسي ٩٧/٢.

(٣) يرى الحنفية أن استدامة القبض شرط في صحة الرهن فإذا خرج المرهون من يد المرتهن باستحقاق كالإجارة أبطل الرهن، وإن خرج من يده بغير استحقاق كالإعارة أو الغصب لم يبطل الرهن، لأنه لا يقدر على انتزاعه إذا خرج باستحقاق، ويقدر على انتزاعه إذا خرج بغير استحقاق.

المبسوط للسرخسي ٦٩/٢٠، بدائع الصنائع ١٤٢/٦، شرح فتح القدير والعناية على الهداية ٨٢/٩، الفتاوى الهندية ٤٣٣/٥.

(٤) يرى المالكية أن استدامة قبض المرهون شرط في صحة الرهن وأنه متى خرج عن يد المرتهن بإذنه وعاد إلى يد الراهن سواء كان ذلك بعارية أو ودیعة أو غيرهما بطل الرهن، فإن رده الراهن إلى المرتهن رهناً قبل موته أو فلسه، جاز وعاد رهناً على حاله. الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب ٢/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٤٢/٣، المعونة للقاضي عبد الوهاب ١١٥٤/٢، الكافي في فقه أهل المدينة ص ٤١٠، بداية المجتهد ٣٥٢/٢، البيان والتحصيل لابن رشد ٩٢/١١.

(٥) يرى الحنابلة أن استدامة قبض المرهون شرط لبقاء لزوم عقد الرهن فإذا خرج المرهون عن يد المرتهن باختياره زال اللزوم وبقي العقد، كأنه لم يوجد فيه قبض سواء خرج بإجارة أو إعارة أو إيداع أو غير ذلك، فإذا عاد فردّه إليه عاد اللزوم بحكم العقد السابق. وإذا خرج المرهون من يد المرتهن بغير اختياره كأن غصب المرهون أو أبعد أو شرد أو سرق لم يزل اللزوم عنه لثبوت يد المرتهن عليه حكماً.

المغنى لابن قدامة مع الشرح ٣٧٠/٤، كشاف القناع عن متن الإقناع ٣٣٣/٣ شرح منتهى الإرادات ٢٣٣/٢.

(٦) البحر الزخار ١١٢/٥.

الأدلة والمناقشة

أدلة المذهب الأول:

استدل الشافعية ومن معهم علي أن استدامة القبض ليست شرطاً
بالكتاب والسنة والقياس والمعقول:

أولاً: من الكتاب العزيز:

قوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾^(١).

فإن الله سبحانه وتعالى قد اشترط القبض ولم يشترط استدامته فدل
هذا علي أن القبض شرط في صحة الرهن فإذا تم صح الرهن وأن الاستدامة
ليست شرطاً لأنها لو كانت شرطاً لذكره^(٢).

مناقشة هذا الدليل:

هذه الآية القرآنية تفيد أن القبض شرط في الرهن، فإذا خرج المرهون عن
يد المرتهن خرج عن كونه مقبوضاً فقد زال الشرط، ولا يصدق عليه أنه مقبوض
فالآية لنا عليكم.

ثانياً: من السنة النبوية المطهرة:

- ١ - ماروي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ :
« لا يغلط الرهن، الرهن من صاحبه الذي رهته له غنمه وعليه غرمه »^(٣).
فقد أثبت ﷺ أن منافع المرهون وكذلك مؤنه تكون علي صاحبه وهو
الراهن، فيكون له بنص الحديث الحق في استيفاء منافع المرهون وهذا يثبت له

(١) سورة البقرة الآية (٢٨٣).

(٢) الخلاف لأبي جعفر الطوسي ٩٧/٢.

(٣) سبل السلام للصنعاني ٥٢/٣ نيل الأوطار للشوكاني ٢٣٥/٥.

الحق في استرداده عنده إذا تعذر عليه استيفاء هذه المنافع بدون استرداد، وهذا يتعارض مع استمرار القبض، فدل هذا على أن استمرار القبض ليس شرطاً^(١).

مناقشة هذا الدليل:

نوقش الاستدلال بهذا الحديث بأنه لا يفيد ما يدعونه من وجهين:

الوجه الأول: إن قوله ﷺ «لا يغلق الرهن» المراد به الاحتباس الكلي وهو أنه يصير مملوكاً للمرتهن بالدين، والدليل عليه ما روي عن الزهري أنه قال: إن أهل الجاهلية كانوا يرتهنون ويشترطون على الراهن إن لم يقض الدين إلي وقت كذا فالرهن مملوك للمرتهن، فأبطل رسول الله ﷺ ذلك بقوله: «لا يغلق الرهن».

وسئل سعيد بن المسيب عن هذا اللفظ ف قيل: أهو قول الرجل إن لم يأت بالدين إلي وقت كذا فالرهن بيع بالدين فقال: نعم.

الوجه الثاني: إن المراد بقوله ﷺ «له غنمه وعليه غرمه» أي أنه إذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص، وإن بيع بزيادة عن قدر الدين أخذ الراهن هذه الزيادة^(٢).

٢- ماروي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلي الذي يركب ويشرب النفقة»^(٣).

(١) الأم للإمام الشافعي ٢٠٩/٣.

(٢) المبسوط للسرخسي ٦٦/٢١، بدائع الصنائع ١٤٥/٦ شرح فتح القدير والعناية والكفاية على الهداية ٧٠/٩-٧١ نيل الأوطار للشوكاني ٢٣٦/٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الرهن - باب الرهن مركوب ومحلوب ١٦٢/٣ برقم

فقد جعل ^{عليه} الرهن مركوباً ومحلوباً ولا يخلو أن يكون ذلك للراهن أو للمرتهن، فلم يجر أن نجعل ذلك للمرتهن لأمرين:

الأول: إجماعهم على أن المرتهن لا يستحق ذلك ^(١).

الثاني: أنه جعل على الراكب والشارب نفقة الرهن، والنفقة واجبة على الراهن دون المرتهن، فثبت بهذين جواز ذلك للراهن، فصار مستحقاً لإزالة يد المرتهن عنه، ثم لم يزل حكم الرهن عنه فثبت أن استدامة قبضه ليست شرطاً في صحته ^(٢).

ثالثاً: من القياس:

١- أن عقد الرهن من شرط لزومه القبض، فوجب أن لا يكون من شرط صحته استدامة القبض كالهبة ^(٣).

مناقشة هذا الدليل:

إن هذا القياس لا يصح لأنه قياس مع الفارق، لأن القبض في ابتداء الهبة يشبث الملك فإذا ثبت استغني عن القبض ثانياً، والرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه فإذا لم يكن في يده لم يتمكن من بيعه ولم تحصل وثيقة ^(٤).

٢- إن القبض في الرهن أوسع من القبض في البيع بدليل جواز اشتراط الرهن على يدي عدل، فلما لم تكن استدامة القبض في البيع مع قوته شرطاً في صحته، فلأن لا تكون استدامة القبض في الرهن مع ضعفه شرطاً في صحته أولى ^(٥).

(١) الخلاف لأبي جعفر الطوسي ٩٧/٢.

(٢) الحاوي للماوردي ١٤/٦.

(٣) الحاوي للماوردي ١٤/٦.

(٤) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٧١/٤.

(٥) الحاوي للماوردي ١٤/٦.

رابعاً: من المعقول:

أننا لو جعلنا استدامة القبض شرطاً لصحة الرهن فلا يخلو هذا من أن يكون الشرط استدامة القبض مشاهدة أو حكماً، ولا يجوز أن يكون الشرط في صحة استدامة القبض في الرهن المشاهدة لجواز خروج المرهون من يد المرتهن بعارية أو علي يد عدل.

فثبت بهذا أن الشرط في صحة استدامة قبض المرهون حكماً، وهذا شرط معتبر عندنا، لأنه وإن خرج من يده باستحقاق فهو في حكم المقبوض له، لأنه لا يخرج عن سلطان المرتهن ولا يحال بينه وبينه^(١).

أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب هذا المذهب وهم جمهور الفقهاء علي أن استمرار القبض في الرهن شرط في صحته بالقرآن الكريم والمعقول:

أولاً: من القرآن الكريم:

قوله تعالى: «فرهان مقبوضة»^(٢).

فقد وصف الله - سبحانه وتعالى - الرهن بالقبض فدل هذا علي أن القبض شرط في صحة الرهن فإذا عاد الرهن، إلي الراهن فإنه يصدق عليه أنه رهن غير مقبوض، وقد زال عنه شرط القبض، وإذا زال الشرط انعدم المشروط وهو الرهن^(٣).

(١) الحاوي للماوردي ١٤/٦.

(٢) سورة البقرة الآية (٢٨٣).

(٣) المبسوط للسرخسي ٦٩/٢١، ٧٠ بدائع الصنائع ١٤٢/٦ الإشراف علي مسائل الخلاف

للقاضي عبدالوهاب المالكي ٢/٢ المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٧١/٤.

مناقشة هذا الدليل:

إن الآية الكريمة محل الاستدلال ليس فيها إلا أنها جعلت الرهن وثيقة بحصول القبض، فإذا حصل القبض مرة فقد حصل الرهن وثيقة أبداً. فهذا غاية ماتفيده الآية الكريمة، وليس فيها أن استمرار القبض شرط في الرهن^(١).

الجواب عن هذا الاعتراض:

إن القبض حيث كان شرطاً في الابتداء فإنه يكون شرطاً في الدوام والاستمرار، لأن الأصل إن كان شرطاً في الابتداء ظل شرطاً في الدوام مثل الطهارة بالنسبة للصلاة وزوال المحرمية بالنسبة لحل النكاح^(٢).

ثانياً: من المعقول:

١- إن الرهن في اللغة عبارة عن الحبس قال تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾^(٣) أي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي.

وقال الشاعر:

وفارقتك برهن لافكاك له

يوم الرداع فأمسي الرهن قد غلقا^(٤)

(١) الحاوي للماوردي ١٤/٦.

(٢) العناية علي الهداية بشرح فتح القدير ٨٤/٩.

(٣) سورة المدثر الآية (٣٨).

(٤) قائله زهير بن أبي سلمي.

انظر: شعر زهير بن أبي سلمي صنعة الأعلام الشنتمري ص ٦٣ منشورات دار الآفاق -

بيروت.

ومعناه أن قلبه قد بقي رهناً عند محبوبته فقد ارتهنته يوم الوداع فهو محبوس عندها رغم أنها قد افترقا، وهذا يدل على أن الرهن في اللغة ينبيء عن الحبس الدائم، والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الإنشاء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبثاً عن الحبس الدائم، لأنه المفهوم ولا مقتضي للعدول عنه^(١).

٢- إن المقصود بالرهن ضمان حق المرتهن عن التوي لجحود منه عليه فنقل الحكم من الكتاب والشهود إلى الرهن، فيكون المقصود بالمنقول إليه ماهو المقصود بالمنقول عنه وذلك لا يحصل إلا بدوام اليد عليه، لأنه إذا عاد إلي يد الراهن ربما يجحد الرهن والدين جميعاً^(٢).

٣- إن المقصود من الرهن هو إلقاء الراهن ليسارع إلى قضاء الدين، وإنما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه.

والدليل عليه: أن المرهون إذا كان شيئاً لا ينتفع به مع بقاء عينه فللمرتهن أن يحبسه عند إطلاق العقد، ولو لم يكن دوام اليد موجب العقد ما كان له أن يحبسه، لأن الراهن يقول أنا أشفق على مالي منك وحقق البيع في الدين، ولا يفوت ذلك عليك بيدي، وحيث كان المرتهن أحق بإمساكه عرفنا أن دوام اليد موجب هذا العقد^(٣).

الرجيع:

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم والمناقشة لها يتبين لي أن المذهب المستحق للترجيح هو المذهب الثاني القائل باستمرار قبض المرتهن للرهن، لقوة أدلته، وضعف أدلة المخالفين.

ولأن الرهن وثيقة يتمكن المرتهن باحتباسه من بيعه عند الأجل واستيفاء دينه منه، وكذلك يأمن من جحود الراهن الدين والرهن جميعاً إذا رجع الرهن إلي الراهن.

(١) المبسوط للسرخسي ٧٠/٢١، العناية على الهداية وشرح فتح القدير ٧١/٩ بدائع

الصنائع ١٤٥/٦.

(٢) المبسوط للسرخسي ٧٠/٢١.

(٣) المبسوط للسرخسي ٧٠/٢١ الهداية والعناية بشرح فتح القدير ٧١/٩.

الفصل الثالث

معيّار القبض في عقد الرهن

المرهون يكون مقبوضاً عند المرتهن يتوثق به في وفاء دينه، حتي أنه إذا عجز الراهن عن سداد الدين استوفي المرتهن دينه من هذا الرهن. وبالتالي لا يتم هذا العقد إلا بقبض المرهون ولكن ماهو معيار هذا القبض هل هو شرط في صحة العقد فلا يصح بدونه أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذا علي النحو التالي:

المذهب الأول: القبض شرط في عقد الرهن لا يصح العقد ولا يلزم بدونه وإلي هذا ذهب الحنفية^(١) والشافعية^(٢) وابن حزم الظاهري^(٣) والزيدية^(٤) والراجح عند الإمامية^(٥).

المذهب الثاني: القبض من تمام عقد الرهن وكماله وليس شرطاً في صحته ولا لزومه، بل يجوز العقد قبل القبض ويلزم ويجبر الراهن علي القبض بعد ذلك، وإلي هذا ذهب المالكية^(٦) وأبو ثور وبعض الإمامية^(٧).

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٣٧/٦ شرح فتح القدير والعناية ٦٦/٩ تبين

الحقائق شرح كنز الدقائق ٦٣/٦ المبسوط للسرخسي ٦٨/٢١.

(٢) المهذب للشرازي ٣٠٥/١ الحاوي للماوردي ٧/٦ مغني المحتاج ١٢٨/٢.

(٣) المحلى لابن حزم الظاهري ٨٨/٨.

(٤) البحر الزخار ١١٢/٥ المنتزع المختار ٣٩٧/٣.

(٥) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٥٦/٤.

(٦) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢٤٨/٥ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٣١/٣ الشرح

الصغير للدردير ٣٠٣/٣ بداية المجتهد ٣٥١/٢ الكافي في فقه أهل المدينة ٤١٠.

(٧) الخلاف لأبي جعفر الطوسي ٩٧/٢.

المذهب الثالث: إذا كان الرهن مكيلاً أو موزوناً فالقبض شرط فيه لا يصح ولا يلزم بدونه، وماعدهما ففيه روايتان الأولى: لا يلزم إلا بالقبض، والثانية: يلزم بمجرد العقد وإلى هذا ذهب الحنابلة^(١).

الأدلة والمناقشة

أدلة المذهب الأول:

استدل جمهور الفقهاء علي أن القبض شرط في صحة الرهن بالكتاب والمعقول.

أولاً: من الكتاب العزيز:

قوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾^(٢).

وجه الدلالة من هذه الآية الكريمة:

هذه الآية تدل علي أن القبض شرط في صحة الرهن من عدة وجوه:

الوجه الأول: أن الله سبحانه وتعالى وصف الرهن بالقبض فوجب أن يكون القبض شرطاً في صحته، لأن الله سبحانه وتعالى وصف الرقبة بالإيمان في الكفارة^(٣)، والاعتكاف بالمسجد^(٤) والشهادة بالعدالة^(٥) وهذه الأوصاف

(١) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٦٨/٤ شرح منتهي الإرادات ٢٣٢/٢ الروض المربع بشرح زاد المستقنع ٢٧١.

(٢) سورة البقرة الآية (٢٨٣).

(٣) قال تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلي أهله﴾ سورة النساء الآية (٩٢).

(٤) قال تعالى: ﴿ولا تبashروهن وأنتم عاكفون في المساجد﴾ سورة البقرة الآية (١٨٧).

(٥) قال تعالى: ﴿واشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله﴾ سورة الطلاق الآية (٢).

شروط في صحة هذه الأشياء، فإيمان الرقبة شرط في صحة الكفارة، والمسجد شرط في صحة الاعتكاف، وعدالة الشهود شرط في صحة الشهادة، فكذا القبض لما وصف به الرهن تبين أنه شرط في صحته^(١).

الوجه الثاني: أن قوله تعالى: «فرهان مقبوضة» مصدر والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الأمر كما في قوله تعالى: «ومن كان مريضاً أو علي سفر فعدة من أيام أخر»^(٢) أي فليصم، وكما في قوله تعالى: «ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة»^(٣) أي فليحرر فيكون تقديره هنا والله أعلم، وإن كنتم علي سفر ولم تجدوا كاتباً فارهنوا وارتهنوا، لكن ترك كونه معمولاً به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن علي المديون ولاقبوله علي الدائن بالاجماع، فوجب أن يعمل في شرطه، وهو القبض كما في قوله ﷺ: «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل» بالنصب أي بيعوا فلم يعمل الأمر في نفس البيع، لأن البيع مباح غير واجب فصرف إلي شرطه وهو المماثلة في أموال الربا فكذا هنا^(٤).

الاعتراض علي هذا الوجه:

أنه جعل الرهان مصدراً وهي جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال، ولأن قوله مقبوضة بالتأنيث دال علي أنه جمع وليس بمصدر.

(١) المهذب للشرازي ٣٠٥/١، والمبسوط للسرخسي ٦٩/٢١ أحكام القرآن للجصاص ٧١٤/٢.

(٢) سورة البقرة الآية (١٨٥).

(٣) سورة النساء الآية (٩٢).

(٤) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب المساقاة باب الصرف وبيع الذهب بالورق ١٧/٦ برقم ١٥٨٨.

يمكن الجواب عن هذا الاعتراض بجوابين:
الجواب الأول: أجاب صاحب العناية عن هذا فقال: «أنه مما يقتضي منه العجب، لأنه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك، وإسناد مقبوضة إلى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سيل مفعم» (١).

الاعتراض علي هذا الجواب:
هذا الجواب غير سديد، لأن كون رهان جمع رهن أمر مقرر في كتب اللغة والتفسير، وأما كونه جمع رهن بمعنى المصدر فكلا، بل هو جمع رهن بمعنى المرهون.

جاء في القاموس المحيط: الرهن ما وضع عندك ينوب مناب ما أخذ منك والجمع رهان ورهون ورهن بضمين (٢).

وجاء في الصحاح: الرهن معروف والجمع رهان مثل جبل وحبال (٣).
وجاء في تفسير القاضي: رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون (٤)، وأما إسناد مقبوضة إلى ضمير رهان مجازاً عقلياً خلاف الظاهر لا يصار إليه بلا ضرورة داعية إليه وهي منتفية في الآية المذكورة، إذ يصح المعنى ويحسن بحمل الرهان علي جمع الرهن بمعنى المرهون (٥).

الجواب الثاني:
إن الرهان جمع رهن صحيح ولكن المصدر المقترن بالفاء محذوف والتقدير فرهن رهان مقبوضة، كما في قوله تعالى: «فعدة من أيام أخر» (٦) والتقدير فصوص عدة من أيام أخر.

(١) العناية وشرح فتح القدير والهداية ٦٧/٩.

(٢) القاموس المحيط للفيروز آبادي ٢٣١/٤.

(٣) الصحاح في اللغة والعلوم معجم وسيط تجديد صحاح العلامة الجوهري ص ٤١٣.

(٤) تفسير البيضاوي: أنوار التنزيل وأسرار التأويل ص ٦٥.

(٥) شرح فتح القدير والعناية ٦٨/٩.

(٦) سورة البقرة الآية (١٨٤).

الوجه الثالث: أن الله سبحانه وتعالى ذكر الرهن في هذه الآية ووصفه بالقبض وذكر غيره من العقود ولم يصفها بذلك، فلا يخلو أن يكون هذا الوصف لاختصاص هذا العقد به، أو ليكون تنبيهاً علي غيره، وأيهما كان فهو دليل علي لزومه فيه^(١).

الوجه الرابع: أن ذكر القبض يوجب فائدة شرعية لا تستفاد بحذف ذكره، ولا فائدة في ذكره إن لم يجعل القبض شرطاً في صحة الرهن^(٢).
ثانياً: من المعقول:

- ١- إن الرهن عقد إرفاق من شرطه القبض فوجب أن يكون من شرط لزومه القبض كالقرض والهبة^(٣).
- ٢- إنه لو مات الراهن قبل الإقباض لم يجبر وارثه علي الإقباض، فلو كان لازماً بالقول كالبيع لاستحق علي وارثه الإقباض كالبيع، فلما لم يستحق علي وارثه الإقباض لم يستحق عليه في حياته الإقباض كالجعالة^(٤).

أدلة المذهب الثاني:

استدل المالكية علي أن الرهن يلزم بمجرد العقد بالكتاب العزيز والقياس والمعقول:

أولاً: من الكتاب العزيز:

- ١- قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٥).

(١) مغني المحتاج ١٢٨/٢.

(٢) الحاوي للماوردي ٧/٦ أحكام القرآن للجصاص ٧١٤/٢.

(٣) المهذب للشرازي ٣٠٥/١، المغني لابن قدامة ٣٦٩/٤.

(٤) المبسوط للسرخسي ٦٨/٢١، الحاوي للماوردي ٧/٦.

(٥) سورة البقرة الآية (٢٨٣).

وجه الاستدلال بهذه الآية:

هذه الآية تدل على أن الرهن يلزم بالعقد من وجهين:
الأول: أن الله سبحانه وتعالى قال: «فرهان مقبوضة» حيث سماها
رهاناً قبل القبض وهذا دليل على صحة الرهن قبل القبض، فلا يكون القبض
شرطاً في صحته^(١).

الثاني: أن قوله تعالى: «فرهان مقبوضة» أمر، لأنه لو كان خبراً
لم يصح أن يوجد رهن غير مقبوض، ومن قولهم إن الراهن لوجن أو أغمي عليه
ثم أفاق فسلم صح فيثبت أنه أمر^(٢).

مناقشة هذا الدليل:

أن قوله تعالى: «فرهان مقبوضة» بمعنى الأمر والتقدير فارهنوا أو
ارتهنوا رهاناً مقبوضة، ولا يمكن العمل بموجب هذا الأمر في نفس عقد الرهن
لأن موجب هذا الأمر هو الوجوب (اللزوم) ولم يقل أحد بأن الرهن واجب على
المدين فوجب أن يعمل بموجب هذا الأمر في شرطه وهو القبض، كما هو الحال
في قوله ﷺ: «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل» بالنصب والتقدير بيعوا فلم يعمل
بموجب الأمر في نفس عقد البيع، لأن البيع مباح غير واجب، فصرف هذا الأمر
إلى شرطه، هو الماثلة في أموال الربا، فكذلك الأمر هنا مصروف عن العقد
إلى الشرط وهو القبض وهو مانقول به^(٣).

(١) المنتقى شرح الموطأ للباقي ٢٤٨/٥، الإشراف علي مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب
٢/٢.

(٢) المنتقى شرح الموطأ للباقي ٢٤٨/٥، الإشراف علي مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب
٢/٢.

(٣) شرح فتح القدير والعناية علي الهداية ٦٧/٩.

٢- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١).
فقد أمر الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود وهذا عقد فيكون مأموراً
بالوفاء به، والأمر يقتضي الوجوب، فيجب الوفاء به ويجبر الراهن على الوفاء
بتسليم الرهن^(٢).

مناقشة هذا الدليل:

هذه الآية مخصوصة في الوفاء بالعقود بعد لزومها^(٣).
ثانياً: من القياس:
إن عقد الرهن عقد وثيقة فوجب أن يلزم بنفس القول كالكفالة^(٤).

مناقشة هذا الدليل:

نوقش هذا الدليل من قبل أصحاب المذهب الأول بأن هذا القياس لا
يصح، لأن الضمان لما تم بالضامن وحده من غير قبول تم بالقول وحده، والرهن
لما لم يتم بالراهن وحده حتي يقتصر به القول جاز أن لا يلزم بالقول وحده.
فافترقا^(٥).

(١) سورة المائدة الآية (١).

(٢) الخلاف لأبي جعفر الطوسي ٩٧/٢.

(٣) الحاوي للماوردي ٨/٦.

(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٦٥/٣ الإشراف علي مسائل الخلاف للقاضي

عبد الوهاب ٢/٢ المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢٤٨/٥.

(٥) الحاوي للماوردي ٨/٦.

ثالثاً: من المعقول:

إن عقد الرهن لا يخرج عن كونه عقداً، فلم يكن من شرط انعقاده قبض المعقود عليه كسائر العقود، ولأنه عقد لازم فوجب أن يلزم بنفس القول كالبيع^(١).

مناقشة هذا الدليل:

إن عقد البيع يلزم الورثة فلذلك كان لازماً للمتعاقدين وكذلك الحال في عقد النكاح، وأما عقد الرهن فلا يلزم الورثة قبل القبض، فلذلك لم يكن لازماً للمتعاقدين بمجرد القول^(٢).

التوجيه:

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أصحاب القول الأول القائل بأن الرهن يلزم بالقبض هو الراجح، وذلك لما يأتي:
أولاً: قوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراض.

ثانياً: أن عقد الرهن وثيقة في جانب الاستيفاء ولا يتحقق هذا إلا إذا كان الرهن مقبوضاً، فوجب أن يتوقف العقد علي هذا الشرط ويكون من شروط صحته ولزومه.

ثالثاً: أن عقد الرهن إذا تم بالقول ولم يحصل قبض ثم مات الراهن فإن الورثة لا يجبرون علي تسليم المرهون ولا يلزمه الرهن، فهذا دليل عني أن

(١) الإشراف علي مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب ٢/٢ المعونة علي مذهب عالم المدينة

الإمام مالك ١١٥٤/٢.

(٢) الحاوي للماوردي ٨/٦.

الرهن لم يكن يلزم مورثهم، لأنه لو لزمه للزمهم، وهذا بخلاف الرهن المقبوض فإنه يلزم الورثة ولا يكون صاحب الدين أسوة الغرماء بل ينتفع برهنه في سداد الدين بعيداً عن الغرماء، فبان أن عقد الرهن يختلف بالقبض.

رابعاً: أن عقد الرهن لما كان الراهن لا يستوجب بمقابلته علي المرتهن شيئاً ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من الإمضاء بعدم الرجوع كما في الوصية والصدقة والهبة، والإمضاء يكون بالقبض.

وبهذا نرى أن الفقهاء جميعاً متفقون في أن عقد الرهن عقد جائز في حق المتعاقدين قبل القبض، وذلك لأنه وثيقة بالدين فلم يجب كالضمان والكتابة.

وكذلك في حق المرتهن قبل القبض وبعده لأنه وثيقة له علي الراهن فيكون من حقه التنازل عنها، والرجوع فيها، لأن هذا حقه.

ولكنه لازم في حق الراهن بعد القبض أما قبله فليس بلام، وإنما هو جائز في حقه عند الفقهاء الثلاثة، فله الرجوع فيه ما لم يتعلق به حقوق أخرى كما لو كان مشروطاً في عقد بيع.

وأما علي مذهب الإمام مالك فهو لازم من جهة الراهن سواء قبل القبض أو بعده، فإن امتنع من الإقباض أجبره الحالكم عليه.

الفصل الرابع

حق الحبس في مقابلة الدين

لا خلاف بين الفقهاء في أن الرهن وثيقة للمرتهن بدينه علي الراهن، فيكون الرهن محبوساً بالدين كله، وبكل جزء منه، لا ينفك منه شيء حتى يقضي جميع الدين، سواء كان الرهن مما يمكن قسمته أولاً.

لأن الرهن وثيقة كالضامن فكما أن الضامن ذمته معقولة بجميع الحق وبكل جزء منه، فلا تهرأ ذمته مع بقاء شيء من الحق، فكذلك الرهن لا ينفك منه شيء حتى يقضي جميع الدين.

ولأنه لو تلف بعض الرهن كان جميع الرهن رهناً بما بقي منه، فكذلك إذا قبض المرتهن بعض الحق، كان جميع الرهن رهناً بما بقي من الدين^(١).

قال ابن المنذر: وأجمعوا أنه من رهن شيئاً أو أشياء بمال، فأدي بعض المال وأراد بعض الرهن، أن ذلك ليس له، ولا يخرج من الرهن شيء حتى يوفيه آخر حقه. أو يهرأ من ذلك^(٢).

فعلي هذا إذا أوفي الراهن مقداراً من الدين، أو أوفاه عنه رجل أجنبي، أو أسقط عنه من طرف الدائن، أو أبري منه، أو وهب له، أو بتعبير آخر يجمع ذلك إذا صار المدين (الراهن) بريئاً من بعض الدين، بسبب إحدي هذه الوجوه المذكورة فلا يجب علي المرتهن رد مقدار من الرهن إلي الراهن مقابل المقدار

(١) المبسوط للسرخسي ١٦٥/٢١ التاج والإكليل علي مختصر خليل للمواق هامش

مواهب الجليل ٢٩/٥. المعونة علي مذهب الإمام مالك ١١٦٣/٢، الحاوي للماوردي

٣٠/٦ المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٩٩/٤ المحلي لابن حزم الظاهري

١٠١/٨ - ١٠٢ الروضة البهية ٨٧/٤.

(٢) الإجماع لابن المنذر ص ٥٨.

الذي قضى من الدين، حتي ولو كان المرهون متعدداً بل يبقى كل الرهن محبوساً كما كان مقابل كل الدين، وتبقى للمرتهن صلاحية بحبس مجموع الرهن وإمساكه حتي يستوفي بقية دينه كاملاً.

وإنما جعل الرهن محبوساً بجميع الدين علي سبيل المبالغة في حمل الدائن وإجباره علي قضاء جميع الدين، كما في البيع إذا كان المبيع في يد البائع محبوساً بالثمن، فإذا أوفي المشتري جزءاً من الثمن لم يكن له قبض بعض المبيع حتي يوفي الثمن كله.

فمثلاً لو رهن شخص عند آخر لأجل دين له عليه يبلغ ألف جنيه ورهن فيها خاتمين أو دابتين قيمة كل واحد منهما خمسمائة، فإذا أدي إليه خمسمائة لم يكن له الحق في استرداد أحد الخاتمين أو إحدى الدابتين ويصير الرهن جميعه محبوساً بالخمسمائة الباقية من الدين، لا ينفك منه شيء حتي يوفي الدين كله. وعلي هذا إذا قال الراهن رهنك هذا الشيء علي أنني كلما قضيتك جزءاً من الدين انفك جزء من الرهن لم يكن له هذا. ويكون الشرط باطلاً لكونه منافياً لمقتضي العقد^(١).

وعلي هذا لو طالب المرتهن الراهن بقضاء الدين فقال الراهن لن أقضيه حتي تسلمني الرهن لم يكن له ذلك، وإن قال له لن أقضيك حتي تحضر المرهون كان له ذلك، ولا يجب علي المرتهن دفع الرهن إليه إلا بعد تسليمه جميع الدين فإذا قضاها جميع الدين أسلمه المرهون.

(١) المسوي للسرخسي ١٦٤/٢١ بدائع الصنائع ١٥٢/٦ شرح فتح القدير والعناية والكفاية علي الهداية ٩٩/٩ حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٢٥٧/٣ الخرشني علي مختص خليل ٢٥٩/٥ الحاوي للماوردي ٣/٦ المهذب ٣٠٧/١ كشاف القناع على متن الإقناع ٣٤٢/٣.

وإذا عين الراهن لكل دين رهناً بأن قال رهنتك هذا العبد في خمسمائة ورهنتك هذا العبد في الخمسمائة الباقية، فكل عبد معين في خمسمائة من الألف، فإن قضاؤه خمسمائة كان له أخذ العبد الذي في مقابلها، لأنه يصير كالرهنين المختلفين^(١).

وذهب بعض الحنفية إلى أنه ليس له ذلك، لأن العقد متحد لإتحاد الموجب والقابل وعند إتحادهما لا يتفرق العقد بتفرق التسمية كما في البيع^(٢).

ولكن يعترض علي هذا القياس بأنه لا يصح لوجود الفرق بين عقد الرهن وعقد البيع فهو قياس مع الفارق فلا يصح.

وذلك لأن البيع لا يتفرق بتفرق التسمية عند إتحاد العاقلين والرهن يتفرق، ولهذا لو قبل المشتري البيع في أحدهما دون الآخر لا يصح، ولو قبل المرتهن العقد في أحدهما عند تفرق التسمية صح.

وإنما افترقا أي الرهن والبيع في تفرق أحدهما بتفرق التسمية دون الآخر لأن ضم الجيد إلى الردي متعارف في البيع غير متعارف في الرهن، فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري أن يقبل البيع في أحدهما فيقبل الجيد فيتضرر به البائع، ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يتضرر به الراهن.

ولأن في البيع إذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطاً في الأولي وهو شرط فاسد والبيع يفسد به، أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لأنه تبرع كالهبة^(٣).

(١) المبسوط للسرخسي ١٦٥/٢١، شرح فتح القدير والعناية ١٠١/٩، المهذب ٣٠٧/١، الحاوي للماوردي ٢١٩/٦.

(٢) المبسوط ١٦٥/٢١، شرح فتح القدير والعناية ١٠٠/٩، تبين الحقائق ٧٨/٦.

(٣) شرح فتح القدير والعناية ١٠٠/٩، تبين الحقائق ٧٨/٦.

مناقشة هذا الاعتراض:

إن هذا أيضاً موجود في حالة الإجمال فلم لم تقولوا بأنه إذا قضاء بعض الدين ينفك بعض الرهن فيها كما هنا (١).

أجيب عن هذا الاعتراض بما يأتي:

إن في حالة الإجمال حصة كل عبد من الدين فيها غير معلومة بيقين فربما كان قيمة أحدهما أكثر من قيمة الآخر، فقد يكون أحد الرهنين بما يساوي ألفين والثاني يساوي ألف والدين ثلاثة آلاف، فيقضي ألف ويقول قضيتها عن الرهن الذي يساوي ألفين، فيكون في هذا جهالة تفضي إلي المنازعة، فكان ممنوعاً وهذا بخلاف المعين فإن حصته معلومة لا تؤدي إلي منازعة (٢).

ولكن يعترض علي هذا بما يأتي:

بأنه ينطبق علي حالة الإجمال فيما يمكن قسمته بالتساوي وبلا ضرر ولايفضي الي المنازعة والجهالة، فلم لم تقولوا بفك مقابله من الرهن عند فكه (٣).

الجواب علي هذا الاعتراض:

بأن تفرق الصفقة إنما يتصور فيما إذا كان في كلام العاقد ما يتحمله كما في حالة التفصيل التي معنا، فإن تفرق التسمية فيها تتحمل تفرق الصفقة بخلاف حالة الإجمال إذ لم يوجد فيه شيء يتحمله (٤).

(١) شرح فتح القدير ١٠١/٩ تبين الحقائق ٧٨/٦.

(٢) المبسوط ١٦٥/٢١.

(٣) شرح فتح القدير ١٠١/٩ تبين الحقائق ٧٨/٦.

(٤) شرح فتح القدير ١٠٠/٩-١٠١ المبسوط ١٦٥/٢١.

وأما إذا رهن رجل واحد عيناً له عند رجلين بدين لهما عليه صح الرهن سواء كانا شريكين في الدين، أو لم يكونا شريكين فيه.
وفي هذا نرى أن الراهن واحد والمرتهن اثنين وهو جائز عند جمهور الفقهاء، وجائز أيضاً عند أبي حنيفة، رغم أنه فيما سبق منع رهن المشاع، ولعل السبب في جواز ذلك عنده أنه يرى أنه لا شيوخ فيه هنا، باعتبار تعدد المستحق وهو المرتهن، لأن موجب عقد الرهن هو جعل العين المرهونة محبوسة بالدين وهو لا يقبل الوصف بالتجزئ، فصار كله محبوساً بدين كل واحد منهما إذ لا تضايق في استحقاق الحبس، ولهذا الرهن لا ينقسم علي أجزاء الدين، بل يكون كله محبوساً بكل الدين وبكل جزء من أجزائه فكذا هنا يكون محبوساً بدينهما وبدين كل واحد منهما علي الإنفراد، وبكل جزء من أجزاء دينهما فلا شيوخ.

فإن تهاياً في الحبس جاز وكان كل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر.

وهذا فيما لو كان الرهن لا ينقسم كالدابة والعبد والأرض^(١).
وأما إذا كان الرهن مما يمكن قسمته وجب أن يحبس كل واحد منهما النصف علي قدر دينه علي الراهن.

فإذا برى الراهن من حق أحدهما بأداء أو إبراء لم ينفك شيء من الرهن ويكون الرهن كله محبوساً عند الآخر، لأن كل الرهن محبوس بكل الدين وبكل جزء من أجزائه، فلا يكون له استرداد شيء منه مادام جزء من الدين باقياً كما إذا كان المرتهن واحداً.

وكالمبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن لم يكن له أن يقبض شيئاً منه، وكان للبائع أن يحبسه كله حتي يستوفي ما علي الآخر فكذلك في الرهن.

(١) شرح فتح القدير ١٠٢/٩ تبين الحقائق ٧٩/٦ البحر الرائق ٢٨٨/٨ المبسوط ٢١/١١١.

ويري جمهور الفقهاء أنه إذا أدى حصته من الدين انفك ما يقابلها من الرهن، لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين، فكأنه رهن كل واحد منهما النصف على الإنفراد^(١).

وأما إذا رهن رجلان بدين عليهما رجلاً فهنا تعدد الراهن والمرتهن واحد فهذه المسألة عكس المسألة السابقة.

فهذا الرهن جائز سواء كان عند الجمهور أو كان عند أبي حنيفة الذي منع رهن المشاع، لأنه لما صح بيع عبدهما عليه صح رهن عبدهما عنده. فإن قضاة أحدهما نصف الدين لم يأخذ شيئاً من الرهن حتى يقضي صاحبه ماعليه، لأن جميع الرهن محبوس بكل جزء من الدين، وقد رضى بذلك لأنهما قصدا صحة الرهن، ولا يصح الرهن إلا بأن يجعل كل واحد منهما رهناً بكل الدين.

وهذا عند الحنفية وهو مبني عندهم على أصلهم في عدم جواز رهن المشاع فكما أن رهن المشاع لا يجوز في ابتداء العقد فكذا لا يجوز أن يصير الرهن مشاعاً في انتهاء فكه^(٢).
بينما يرى جمهور الفقهاء أنه إذا قضاة أحدهما أو أبري من دينه خرجت حصته من الرهن.

وعلى هذا إذا كان الدين مما لا ينقسم جبراً ولا صلحاً كالعبد والدابة فتكون الحصة الخارجة عن الرهن شائعة، ويكون لما لكها التصرف فيها كتصرف الشركاء في المال الشائع.

وإن كان الرهن مما ينقسم جبراً وهو ما تماثلت أجزاؤه كالحبوب المكيلة والمائعات الموزونة فإذا أراد الشريك القسمة أجبر المرتهن عليها.
وإن كان مما ينقسم صلحاً ولا ينقسم جبراً وهو ما اختلفت أجزاؤه وتفاضلت قيمته، كالأرض والعروض والنبات فلا تصح القسمة إلا برضى الراهن والمرتهن لما للراهن من حق الملك والمرتهن من حق الوثيقة^(٣).

(١) حاشية الدسوقي ٢٥٨/٣، المذهب ٣٠٧/١ الحاوي ٢١٨/٦ المغني ٤٤٩/٤.

(٢) المبسوط ١٦٥/٢١ شرح فتح القدير والعناية والكفاية ١٠٣/٩ تبين الحقائق ٧٩/٦.

(٣) حاشية الدسوقي ٣٥٨/٣ الحاوي ٢١٨/٦ - ٢٢٠ المذهب ٣٠٧/١ المغني ٤٤٩/٤.

الفصل الخامس حكم اليد في عقد الرهن

قد يتفق الراهن والمرتهن علي وضع الرهن علي يد المرتهن، وقد لا يرضي الراهن بيد المرتهن فيتفق علي وضعه علي يد عدل، وبهذا يتضح أن اليد علي المرهون إما أن تكون لمن له العقد أصلاً وهو المرتهن، وإما أن تكون لعدل ولا يصح أن تكون للراهن أو وكيله، وذلك كما سبق أن وضعنا أنه لا بد في القبض من الخروج عن يد الراهن، وبهذا يجب علينا تناول هذا الفصل في المباحث التالية:

المبحث الأول: يد المرتهن علي الرهن وما ينشأ عنها من حقوق.

المبحث الثاني: يد العدل علي الرهن وما ينشأ عنها من حقوق.

المبحث الثالث: صفة اليد علي العين المرهونة.

المبحث الأول

يد المرتهن علي المرهون وما ينشأ عنها من حقوق

عقد الرهن من العقود التي تنشأ لتوثيق الدين وإدخال الطمأنينة إلي قلب الدائن علي سداد دينه.

وبهذا العقد ينشأ للمرتهن حقاً في ملك الغير وهو حبس العين المرهونة، ووضع يده عليها بإذن مالكيها وهو الراهن ويصبح الراهن بهذا الحق ممنوع عن ملكه لا يحق له استرداده، ولا إخراجه عن ملكه بغير إذن المرتهن، لتعلق حق المرتهن بالعين والحبس الذي استجد عليها بالرهن.

وكذلك علي الجانب الآخر نري المرتهن ليس له في المرهون إلا حق الحبس وأما ملك الرقبة فما زال علي ملك صاحبها، وبهذا يكون ممنوعاً من جميع التصرفات التي تخرج المرهون عن ملك صاحبه.

وكذلك سائر حقوق المالك ولهذا وجب دراسة هذا الفصل في مطلبين:

المطلب الأول: موجب اليد علي العين المرهونة.

المطلب الثاني: ما ينشأ عن حق حبس المرهون من حقوق للمرتهن.

المطلب الأول: موجب اليد علي العين المرهونة:

لا خلاف بين الفقهاء في أن المراد من دفع الراهن الرهن إلي المرتهن

التوثق في سداد الدين.

وقد اختلفت نظرة الفقهاء إلي هذا الاستيثاق.

فيرى الحنفية أن عقد الرهن شرع وثيقة بالدين، وهو يوجب له ثبوت الاستيفاء، فيد المرتهن علي المرهون يد استيفاء، والمراد بيد الاستيفاء أنه إذا هلك المرهون في يد المرتهن أصبح مستوفياً لدينه^(١).

ويطلقون علي هذا الاستيفاء استيفاء حكمي، لأن الاستيفاء الحقيقي هو قبض مقابل الدين^(٢).

ويرى جمهور الفقهاء من المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) وابن حزم الظاهري^(٦) أن الثابت بالرهن للمرتهن هو أن موجب عقد الرهن هو موجب سائر عقود التوثيق كالكفالة والحوالة، والذي يثبت بهذه العقود هو زيادة المطالبة بإيفاء الدين، فكذلك الرهن الذي يثبت به هو حق المطالبة بإيفاء الدين

(١) أي مستوفياً بقدر قيمة الرهن التالف من الدين، فإن كانت قيمة الرهن تساوي قيمة الدين سقط الدين كله، وإن كان أقل سقط مقابله فقط.

(٢) المبسوط للسرخسي ٦٣/٢١، شرح فتح القدير والعناية علي الهداية ٧٣/٩.

(٣) المعونة علي مذهب عالم المدينة الإمام مالك ١١٦٣/٢.

(٤) مغني المحتاج ١٣٣/٢ روضة الطالبين للنووي ٣٢١/٣.

(٥) كشف القناع عن متن الإقناع ٣٢١/٣.

(٦) المحلي لابن حزم الظاهري ٨٩/٨.

من ماله، وذلك ببيعه في الدين عند تعذر الاستيفاء من ذمة الدائن، ووجه الفرق بين الرهن وسائر عقود التوثيق كالكفالة والحالة هو أن الكفالة والحالة عقد وثيقة مألوم، والذمة محل لالتزام المطالبة فيها، فيكون الثابت بهما بعض مائت حقيقة التزام الدين وهو المطالبة.

وأما في الرهن فهو عقد وثيقة بمال والمال محل لاستيفاء الدين منه^(١).

المطلب الثاني: ما ينشأ عن حق حبس المرهون من حقوق للمرتهن:

إذا تم عقد الرهن ولزم وكان المرهون تحت يد المرتهن أصبح من حق المرتهن إمساك المرهون تحت يده، ولا يردده علي مالكه، ولا يحق للمالك طلبه منه، وإن طلبه كان من حقه منعه عنه رغم أنه ملك للراهن، إلا أنه تعلق به حق المرتهن وهو الحبس في الدين إلي وقت سداذه.

وكذلك ينشئ حق الحبس للمرتهن حقاً في تقييد الراهن في ملكه فيقيد تصرفه فيه، حيث يصير ممنوعاً لحق المرتهن من كل تصرف يزيل الملك وينقل العين، كالبيع، والهبة ونحوهما.

وكذلك يمنع من كل تصرف ينقص المرهون، أو يقلل الرغبة فيه كالتزويج وهذا مما لا خلاف عليه بين الفقهاء فقد نقل ابن المنذر الإجماع علي هذا فقال: «وأجمعوا علي أن الراهن ممنوع من بيع الرهن، وهبته، وصدقته، وإخراجه من رهنه حتي يبرأ من حق المرتهن»^(٢).

فإذا تصرف المالك الراهن في العين المرهونة بتصرف يخرجها عن ملكه لم ينفذ تصرفه، ويكون موقوفاً علي وجازة المرتهن لتعلق حقه بالعين محل التصرف.

(١) المبسوط للرخسي ٦٣/٢١.

(٢) الإجماع لابن المنذر ص ٥٧.

فمثلاً إذا باع العين المرهونة يكون البيع موقوفاً علي إجازة المرتهن، وإنما يكون موقوفاً لأمرين:

الأول: تعلق حق المرتهن بالعين محل البيع، وكون المبيع ملكاً للراهن لا يمنع موقوفية البيع، ألا تري أنه إذا باع رجل في مرض موته مالاً لوارثه أو أوصي لأجنبي زيادة عن ثلث ماله تبقي تصرفاته هذه موقوفة.

الثاني: لاقدرة للراهن علي تسليم العين المرهونة، لأن يد المرتهن مانعة منه، فإذا أجاز المرتهن هذا البيع أصبح نافزاً ويلزم المرتهن تسليم المهرن للمشتري، فيخرج الرهن حينئذ عن الرهنية ويبقي الدين علي حاله.

وإنما بطل الرهن لأن البيع يزيل الملك، وزوال الملك مبطل للرهن كالعق، ولأن حق المرتهن إنما كان في حبس الرهن لحقه ومنع الراهن من بيعه وإذنه في البيع مبطل لمعني الرهن، فكذلك إذا بيع بإذنه بطل الرهن^(١).

ولكن هل يكون الثمن رهناً بالدين الذي علي الراهن؟ أم يكون حقاً خالصاً للراهن ويبقي الدين بلا رهن؟ ننظر في صيغة الإذن لأنها إما أن تكون مطلقة وإما أن تكون مقيدة.

فإن كان الإذن بالبيع من المرتهن للراهن مطلقاً فقد ذهب معظم الحنفية إلي أن الثمن يكون رهناً مقام المبيع سواء كان ذلك الثمن مقبوضاً أم باقياً في ذمة المشتري.

لأن الثمن بدل المال الذي تعلق به حق المرتهن وللبدل حكم المبدل، وبناء عليه وجب انتقال حق المرتهن إلي البدل، لأن الرضا بالبيع لا يستلزم الرضا

(١) بدائع الصنائع ١٤٦/٦ حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٢٤٢/٣ مواهب الجليل والتاج

والإكليل ١٣/٥، مغني المحتاج ١٣٣/٢، المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير

بسقوط الحق بالكلية كالعبد المديون المأذون إذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل، لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط فكذلك ما هنا^(١).
وذهب أبو يوسف من الحنفية، والشافعية والمالكية والحنابلة إلى أنه لا يكون رهناً ما لم يشترطه المرتهن عند الإذن بالبيع، لأن الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع بإجازة المرتهن بسبب جديد، فلا يصير رهناً من غير شرط^(٢).
وبهذا يتبين أن الراهن ممنوع من كل تصرف يضر بالمرتهن لقوله عليه السلام :
لا ضرر ولا ضرار^(٣).

ولاشك أن العين المرهونة في حبسها لدى المرتهن قد تكون لها منفعة، وكذلك قد يكون لها نماء فمن يملك هذه الأشياء فترة الرهن؟ هل هو الراهن بملك الرقبة، أم هو المرتهن مالك الحبس، خلاف بين الفقهاء علي النحو التالي:
ذهب الحنفية^(٤) والمالكية^(٥) والشافعية^(٦) والإمام أحمد في رواية عنه^(٧)، إلى أن جميع نماء المهرن ومنافعه من ثمرة ونتاج ودر وركوب وسكنى ملك للراهن دون المرتهن سواء أنفق المرتهن على المهرن أم لا.

(١) شرح فتح القدير والعناية ١١٠/٩ بدائع الصنائع ١٤٦/٦ تكملة البحر الرائق ٢٩٨/٨.
(٢) بدائع الصنائع ١٤٦/٦، العناية علي الهداية وشرح فتح القدير ١١٠/٩، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٤٢/٣ الخرشي علي مختصر خليل ٢٤٥/٥، الحاوي للماوردي ٧٠/٦، كشف القناع عن متن الإقناع ٣٣٨/٣.
(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٣٢٧/٥ والدارقطني في سننه كتاب البيوع ٧٧/٣ برقم ٢٨٨.

(٤) بدائع الصنائع ١٤٦/٦ المبسوط للسرخسي ١٠٦/٢١ مجمع الأنهر ٥٨٧/٢.
(٥) حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٢٤٦/٣ الخرشي علي مختصر خليل ٢٤٩/٥ مواهب الجليل والتاج والإكليل ١٧/٥.
(٦) الأم للإمام الشافعي ٢٤٤/٣ الحاوي للماوردي ٢٠٣/٦.
(٧) المغني لابن قدامة ٤٣١/٤.

وذلك لما روي عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ أنه قال: لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعلي غرمه (١).

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه، والحاكم في المستدرک عن سفيان بن عيينه عن زياد بن سعد عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه». قال الحاكم: هذا حديث صحيح أعلي الإسناد، علي شرط الشيخين ولم يخرجاه لاختلاف علي أصحاب الزهري. ورواه الدارقطني في سننه وقال: هذا إسناد حسن متصل. وأخرجه أيضاً عبد الله بن نصر الأصبهاني حدثنا شبابة حدثنا محمد بن عبد الرحمن بن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعاً فذكره، وصححه عبد الحق في أحكامه من هذا الطريق. قال ابن القطان: وأراه إنما تبع في ذلك أبا عمر بن عبد البر فإنه صححه، وبجيد الله بن نصر الأصبهاني البزار الأنطاكي ليس بذاك المعتمد. وأخرجه أيضاً أبوداود في مراسيله عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ قال أبوداود: وقوله «له غنمه وعليه غرمه» من كلام سعيد نقله عنه الزهري وقال: هذا صحيح.

ويؤيده أيضاً ما رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن ممن رهنه» قلت للزهري: رأيت قول الرجل، لا يغلق الرهن أهو الرجل يقول: إن لم أتك بمالك فالرهن لك؟ قال نعم، قال معمر: ثم بلغني عنه أنه قال: إن هلك لم يذهب حق هذا، إنما هلك من رب الرهن له غنمه وعليه غرمه.

ثم أخرجه من قول النبي ﷺ أخبرنا الشوري عن أبي ذئب عن الزهري عن ابن المسيب قال: قال عليه السلام: لا يغلق الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه.

ولم يروه عبد الرزاق مسنداً أصلاً وكذلك ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع حدثنا ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ وكذلك الشافعي في مسنده: حدثنا محمد بن إسماعيل بن أبي فديك عن ابن أبي ذئب... وزاد في آخره قال الشافعي ==

فقد جعل عليه السلام لملك الرهن وهو الراهن غنمه من نماء وزيادة، وجعل عليه غرمه من مؤونة ونقص ^(١).
قال الخطابي: وقوله «من صاحبه» أي لصاحبه والعرب تضع من موضع اللام كما في قولهم: أمن أم أوفي دمنة لم تكلم ^(٢).
وقال القرطبي: قد جاء صريحاً «لصاحبه» فلا حاجة للتأويل ^(٣).
ولأن كل ما كان له ملك، كان له نماء ذلك الملك، لأن الفروع تابعة للأصول، ولما كان الرهن علي ملك الراهن، وجب أن يكون النماء علي ملك الراهن كسائر الأملاك ^(٤).

== وغنمه زيادته، وغرمه هلاكه ونقصه.

وقد روي هذا الحديث متصلاً أيضاً من طرق أخرى عديدة ذكرها الدارقطني وأجود طرقة المتصلة ما ذكرناه.
قال صاحب التنقيح: وقد صحح اتصال هذا الحديث الدارقطني، وابن عبد البر وعبد الحق.

الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان كتاب الرهن ٥٧٠/٧ برقم ٥٩٠٤ المستدرک للحاکم
كتاب البيوع ٥١/٤، سنن الدارقطني كتاب البيوع ٣٢/٣ برقم ١٢٦، مراسيل أبي داود
كتاب الرهن ص ١٤٣ برقم ١٦٣، المصنف لعبد الرزاق الصنعاني كتاب الرهن
٢٣٧/٨ برقم ١٥٠٣٤، المصنف لابن أبي شيبه كتاب الرهن ١٦٩/٥، مسند الإمام
الشافعي مطبوع مع الأم ٥٧٥/٨، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية كتاب
الرهن ٣١٩/٤ - ٣٢٠ - ٣٢١.

(١) المبسوط للسرخسي ١٠٦/٢ الحاوي للماوردي ٢٠٤/٢ المغني لابن قدامة مع الشرح
الكبير ٤٣٢/٤.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٦٦/٣.

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٦٦/٣.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٠٦/٢١.

ولأن يد المرتهن عليه لاستيفاء حقه منه، وذلك لا يوجب تملك المنافع كحبس المبيع في يد البائع^(١).

ولأن حق المرتهن قد تعلق برقبة العبد المرهون كتعلق الجناية برقبة العبد الجاني، ثم لم يكن تعلق حق الجناية بالرقبة موجباً لتمليك المنافع، وجب أن لا يكون تعلق حق المرتهن بالرهن موجباً لتمليك المنافع^(٢).

وذهب أبو ثور^(٣) إلى أن منافع المرهون وفائه تكون لمن ينفق عليه سواء أنفق عليه الراهن أو المرتهن، وذلك لما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»^(٤).

فقد جعل ﷺ النماء تبعاً للنفقة، فعلم أنها ملك لمن تولي الإنفاق على المرهون، ولأن النماء في مقابلة النفقة، لأن النفقة نقص وغرم والنماء زيادة وكسب، فوجب أن يكون كسب النماء لمن جعل عليه نقص النفقة^(٥).

وذهب الإمام أحمد بن حنبل في رواية عنه^(٦)، وإسحاق بن راهوية^(٧)، واختاره الخرقى من الحنابلة^(٨)، وابن حزم والظاهر^(٩) إلى أن الرهن إذا كان مركباً ومحلوباً جاز انتفاع المرتهن بالركوب والحلب مقابل الإنفاق عليه.

(١) بدائع الصنائع ١٤٦/٦.

(٢) الحاوي للماوردي ٢٠٤/٦.

(٣) الإشراف علي مذاهب أهل العلم لابن المنذر ٢٧/٢، المحلي لابن حزم الظاهري ٩١/٨.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الرهن باب الرهن مركوب ومحلوب ١٦٢/٣ برقم

٢٥١٢.

(٥) الحاوي للماوردي ٢٠٤/٦.

(٦) وهي رواية محمد بن الحكم وأحمد بن القاسم، المغني لابن قدامة مع الشرح ٤٣٢/٤.

(٧) الإشراف علي مذاهب أهل العلم لابن المنذر ٢٧/٢، المحلي لابن حزم الظاهري ٩١/٨.

(٨) مختصر الخرقى بشرح المغني لابن قدامة ٤٣١/٤.

(٩) المحلي لابن حزم الظاهري ٨٩/٨.

وقال الإمام أحمد يكون الركوب والحلب بما يساوي الإنفاق ويتحري العدل في ذلك.

وقال ابن حزم يكون الإنفاق في مقابلة منفعة المرهون من الركوب والحلب بالغة ما بلغت. وهذا كله إذا نوي المرتهن الرجوع علي الراهن بقدر الإنفاق، أما إذا أنفق متطوعاً لم يجز له الانتفاع به.

واستدل أصحاب هذا المذهب بما يأتي:

من الكتاب العزيز: قوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»^(١).

فقد حرم الله سبحانه وتعالى علي الإنسان أن يأكل مال غيره بغير وجه، وقد حرم الرسول ﷺ مال الغير أيضاً فقال: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مِّنْ أُمَّةٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ»^(٢) وملك المرهون لراهنه بالإجماع لا ينتقل شيء من الملك بالرهن عن الراهن وليس للمرتهن في الرهن إلا حق الحبس، فلا يجوز له أن ينتفع من الرهن بشيء، وإنما جاز الانتفاع بالركوب والحلب فقط إذا أنفق المرتهن علي المرهون بالنص علي ذلك.

(١) سورة آل عمران الآية (٢٩).

(٢) أخرجه الإمام أحمد والدارقطني والبيهقي وابن حجر الهيتمي.

يراجع: مسند الإمام أحمد ٧٢/٥، سنن الدارقطني كتاب البيوع ٢٦/٣ برقم ٩٠، السنن الكبرى مع الجوهر النقي ١٠٠/٦، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد باب الغصب وحرمة مال المسلم ١٧٢/٤ تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني ٥٢/٣.

فقد جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلي الذي يركب ويشرب النفقة».

فقد بين النبي ﷺ أن الظهر المرهون ينتفع به في الركوب والحلب ويكون ذلك مقابل الإتفاق عليه^(١).

الاعتراض علي الاستدلال بهذا الحديث:

اعتراض علي الاستدلال بهذا الحديث من قبل جمهور الفقهاء باعتراضين:
الاعتراض الأول: بأن المراد بمن يركب ويشرب في الحديث الراهن لوجهين:
الأول: قوله ﷺ: «الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه».
الثاني: أن الرسول ﷺ جعل ذلك لمن تجب عليه النفقة ولم يجعله لمن تطوع بها، والنفقة واجبة علي الراهن دون المرتهن^(٢).

الجواب عن هذا الاعتراض:

أنه لا يصح أن يكون المراد بمن يركب ويشرب في الحديث الراهن وإنما المراد به المرتهن لوجهين:

الأول: أنه قد جاء في بعض الألفاظ «إذا كانت الدابة مرهونة فعلي المرتهن علفها، ولبن الدر يشرب وعلي الذي يركب ويشرب نفقته» فجعل المنفق هو المرتهن فيكون هو المنتفع.

الثاني: أن قوله ﷺ بنفقته يشير إلي أن الانتفاع عوض النفقة وإنما ذلك حق المرتهن، أما الراهن فانفاقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة لأحدهما بالآخر.

(١) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٤/٤٣٣.

(٢) الحاوي للماوردي ٦/٢٠٤.

وأما قولهم إن الرسول جعل ذلك لمن يحب عليه النفقة وهو الراهن، إنما نقول أنها يجب أيضاً على المرتهن في حال امتناع الراهن عن الإنفاق، أو تعذر الإنفاق منه فهي يجب على المرتهن إحياء للرهن، لأنه لو امتنع من الإنفاق ذلك الرهن وقد نهى ﷺ عن إضاعة المال^(١).

الاعتراض الثاني:

لو سلمنا لكم أن المراد بمن يركب ويشرب المرتهن فقد كان هذا وقت كون الربا مباحاً ولم ينه عن قرض جر منفعة، ولا عن أخذ الشيء بالشيء وإن كانا غير متساويين، ثم حرم الربا بعد ذلك، فهو منسوخ به. وما يزيد هذا ويقويه أن الشعبي وهو أحد رواة الحديث قد كان يقول: «لا ينتفع من الرهن بشيء» وما يسوغ له أن يخالف رسول الله ﷺ فيما يرويه عنه، وثبت عنده، إلا وقد ثبت عنده أنه منسوخ^(٢).

الجواب عن هذا الاعتراض:

لأنكم لكم وجود الربا في انتفاع المرتهن، لأنه ينتفع بالنص، ثم هو في مقابل الإنفاق على المرهون فمن أين الربا؟
ويزيد هذا قول إبراهيم النخعي فيما روي عنه من طريق حماد بن سلمة عن حماد بن أبي سليمان أنه قال فيمن ارتهن شاة لبن قال يشرب من لبنها بقدر ثمن علفها، فإن استفضل من اللبن بعد ثمن العلف فهو ربا.

(١) أخرجه البخاري ومسلم وأحمد والدارمي.

صحيح البخاري - كتاب الاستقراض باب النهي عن إضاعة المال ١٢٣/٣ برقم

٢٤٠٨، صحيح مسلم كتاب الأقضية باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة

١٣٤١/٣ برقم ١٧١٥، مستند الإمام أحمد بن حنبل ٢٤٦/٤ سنن الدارمي كتاب

الرقائق باب إن الله كره لكم قيل وقال ٣١٠/٢.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٦٦/٣.

ثم إن قولكم إن الشعبي يخالف ما يرويه لا يكون فيه حجة، لأن الحجة في كلام رسول الله ﷺ لافي كلام غيره، ثم إن أبا هريرة قد قال بهذا فيكون حجة علي الشعبي (١).

ومن المعقول:

إن نفقة الحيوان واجبة والمرتهن فيه حق وقد أمكنه استيفاء حقه من نماء الرهن، والنيابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافعه، فجاز ذلك كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها عند اقتناعه بغير إذنه والنيابة عنه في الإنفاق عليها (٢).

الترجيح:

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم يتبين لي أن الرأي الراجح هو الرأي القائل بجواز انتفاع المرتهن بالرهون بقدر إنفاقه عليه، إذا كان المرهون مركوباً أو محلوباً ويجب تحري العدل في ذلك لما يأتي:

أولاً: أن أدلة القائلين بعدم جواز الانتفاع مطلقاً يعتمدون علي الحديث القائل: «لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه» المراد به أنه لا يغلق أي لا يملك إلي المرتهن إذا عجز المدين في الوفاء بالدين عند الأجل، وهذا كان معتاداً في الجاهلية فمنعه ﷺ بهذا الحديث، وبين أنه لا يغلق أبداً عن راهنه ويكون علي ملكه.

ثم إنه معارض بما هو أقوى منه وهو حديث أبي هريرة الذي أخرجه البخاري في صحيحه، فيكون العمل بما في صحيح البخاري أولى.

(١) المحلي لابن حزم الظاهري ٩٢/٨-٩٣.

(٢) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٤/٤٣٣.

ثانياً: إن في القول بهذا تمشياً مع روح التسامح والتيسير التي يتصف بها التشريع الإسلامي، لأن الراهن قد يغيب وقد يطول أجل الدين فهل يمتنع المرتهن عن الإنفاق حتي يهلك الرهن أم ينفق بلا عوض؟ والقول بالأول غير معقول للنهي عن إضاعة المال، والقول بالثاني يكون فيه تنفير عن الرهن والارتهان، لأن الرهن وثيقة فإذا غرم المرتهن الإنفاق فإنه يكون مكلفاً له فوق دينه الذي لا مقابل له.

ثالثاً: القول بهذا الرأي فيه صيانة لمال الراهن، وكذلك صيانة لحق المرتهن من الوثيقة وبقائها، وكذلك ليس فيه تغريم للراهن ولا للمرتهن، لأن الراهن عليه حق الإنفاق وله حق الانتفاع، فإذا امتنع مما عليه سقط عنه مقداره من مقابله وهو الانتفاع، ويثبت لمن ناب عنه فيه.

المبحث الثاني

يد العدل علي الرهن وما ينشأ عنها من حقوق

إذا اتفق الراهن والمرتهن علي وضع الرهن عند عدل جاز ذلك فإذا قبضه العدل ووضع يده عليه فهل هذه اليد تكون نائمة عن يد المرتهن الذي له حق الحبس، أم عن يد الراهن الذي له ملك الرقبة؟

لا خلاف بين الفقهاء علي أن يد العدل علي المرهون تكون ذات صفتين أنها يد الراهن من جهة حفظ المرهون ورعايته، وتكون يد المرتهن من حيث الحبس بالدين.

وبجوز أن تجعل اليد الواحدة في حكم اليدين، كما لو عجل أحد زكاة ماله إلي الساعي، كانت يد الساعي يد صاحب المال من وجه، حتي لو انتقص المال عن النصاب قبل حولان الحول أو هلك النصاب كان لصاحب المال استرداد ما دفعه إلي الساعي، إذا كان ما دفعه إليه قائماً في يده.

وتكون يد الساعي كيد الفقير من وجه آخر، حتى لو هلكت الزكاة في يد الساعي وبقي النصاب إلي آخر الحول يقع الجزء المؤدي زكاة، كما لو دفعه صاحب المال بنفسه إلي الفقير، فكذلك يد العدل هنا (١).

وقد عبر الحنفية عن هذا فقال صاحب تكملة شرح فتح القدير: «يد العدل علي الصورة يد المالك في الحفظ إذ العين أمانة، وفي حق المالية يد المرتهن، لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقاً لما قصده من الرهن» (٢).

وينشأ عن هذه اليد حق الإمساك علي يد العدل ولا يجوز له رد الرهن إلي أحدهما دون الآخر، لو طلبه أحدهما دون علم الآخر وإذنه كان للعدل أن يمتنع عن الدفع إليه وإعلام الآخر، لأن في الدفع لأحدهما إبطال حق الآخر.

وإذا أذن له في بيع المرهون وإيفاء المرتهن من دينه جاز له البيع بما حددا له من ثمن أو نقد، وإلا فبنقد البلد وثمان المثل (٣).

وإذا عزل الراهن العدل عن البيع لم ينعزل بعزله إذا كانا قد شرطاه في عقد الرهن، لأنه صار وصفاً من أوصاف عقد الرهن وحقاً من حقوقه، ألا تري أنه أي التوكيل لزيادة الوثيقة، فيلزم بلزوم أصله (٤).

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٨٠/٦ المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢٥٣/٥ قليوبي

وعميرة ٢٧٣/٢ المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٨٦/٤.

(٢) شرح فتح القدير مع العناية ١٠٤/٩.

(٣) المبسوط للسرخسي ٨٤/٢١ بدائع الصنائع ١٤٩/٦، حاشية الدسوقي والشرح الكبير

٣٨٢/٣ فتح العزيز مع تكملة المجموع ١٣٣/١٠ المغني لابن قدامة مع الشرح

٣٩٣/٤.

(٤) شرح فتح القدير والكفاية ١٠٦/٩.

ولأنه تعلق به حق المرتهن وهو تولي العدل بيع الرهن وإقباضه الثمن وفي عزله بعزل الراهن إبطال هذا الحق فلم يجز^(١).

ولأن العدل المأذون له بالبيع يصير كالوكيل بالخصومة يطلب المدعي، فإنه لا يملك عزله بغير محضر من الخصم، لأنه تعلق به حق المدعي فكذلك العدل^(٢).

وبهذا قال الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والإمام أحمد في رواية عنه^(٥). وقال الشافعية^(٦) وهو النصوص عند الحنابلة^(٧) إذا عزله الراهن عن البيع انعزل، لأن العدل لا يخرج عن كونه وكيلًا للراهن، والوكالة عقد جائز فلم يلزم المقام عليها.

ولكن الأول هو الأصح، لأنه وإن كان وكيلًا للراهن إلا أنه قد تعلق بالوكالة حق للمرتهن لا يجوز إبطاله، لأنه أصبح من أوصاف العقد لا شرطه فيه، ولو قلنا بجواز عزله بعزل الراهن لما كان في اشتراطه في عقد الرهن أي فائدة، لأن الراهن يشترط ذلك ثم بعد تمام العقد يعزله عن البيع.

(١) الإشراف علي مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب ٦/٢.

(٢) شرح فتح القدير والكفاية ١٠٦/٩.

(٣) شرح فتح القدير والعناية ١٠٦/٩.

(٤) الإشراف علي مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب ٦/٢.

(٥) المغني لابن قدامة مع الشرح ٣٩٠/٤.

(٦) روضة الطالبية للنووي ٣٢٩/٣.

(٧) المغني لابن قدامة مع الشرح ٣٩٠/٤.

المبحث الثالث

صفة اليد علي العين المرهونة

العين المرهونة إما أن تكون علي يد أمين يتفق الراهن والمرتهن علي وضعها عنده، وإما أن تكون علي يد المرتهن:

فإن كانت العين المرهونة علي يد رجل يتفق الراهن والمرتهن علي وضع الرهن عنده فهو أمين، ويده علي العين المرهونة يد أمانة، فلا يضمن العين المرهونة إذا تلفت عنده إلا إذا كان التلف بسببه، سواء قصر في حفظها فجاء التلف بسبب هذا التقصير، أو تعدي هو عليها فأتلفها.

وذلك لأن العدل قابض لمنفعة غيره وهو الراهن والمرتهن، فلا يكون ضامناً ماتلف تحت يده من غير تعد منه، أو تفريط في الحفظ كالمودع في عقد الوديعة^(١).

ولكن إذا تلفت العين المرهونة في يده ولم يضمنها العدل، فعلي من يكون إذا تلفها؟

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأبو ثور إلي أنه يهلك علي مال الراهن، لأن المرتهن إنما يضمن بالقبض والحوز وهذا معدوم، والأمين العين في يده أمانة، لأنه قبضها لمنفعة غيره لا لمنفعة نفسه فلم يضمنها. ولأن الراهن لم يرض بأمانة المرتهن، فلم يكن له عليه سبيل^(٢).

(١) قد نقل صاحب المغني عدم الخلاف في هذا.

المغني لابن قدامة ٤/ ٣٩٤، الإشراف علي مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب ٦/ ٢.

(٢) الإشراف علي مسائل الخلاف ٦/ ٢، الإشراف علي مذاهب أهل العلم لابن المنذر ٢٣/ ٢.

روضة الطالبين للنووي ٣/ ٣٣٠، المغني لابن قدامة مع الشرح ٤/ ٣٩٤.

وذهب الحنفية إلى أنه يكون تلفها على المرتهن فيضمنها، لأن يد العدل في حق المالية هي يد المرتهن، والمالية هي المضمونة^(١).

وأما إذا باع العدل الرهن المأذون له في بيع الرهن فقبض الثمن فهلك في يده، فإنه يهلك من ضمان الراهن عند الشافعية والحنابلة، ويهلك من ضمان المرتهن عند الحنفية والمالكية^(٢).

وتعلل المالكية في خروجهم هنا عن قولهم السابق بأنه فيما مضى كان العدل أميناً لهما (الراهن والمرتهن) والرهن مازال على ملك الراهن فيهلك من ماله.

وأما إذا باع العدل الرهن فإنما يبيعه في حق أمانته للمرتهن فوجب إذا هلك يهلك من ماله، لأن الثمن ملكه لأن يبيعه قد خرج من ملك الراهن وبرت ذمته^(٣).

وأما إن كانت العين المرهونة على يد المرتهن فقد اختلف الفقهاء في صفة هذه اليد عليها على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يد المرتهن على الرهن يد أمانة لا يضمنه إلا إذا فرط في حفظه أو تعدي عليه فأتلفه.

وهذا قال أبو هريرة، وسعيد بن المسيب^(٤)، وعطاء، والزهرى، والأوزاعي^(٥)

(١) شرح فتح القدير مع العناية ١٠٥/٩ تبين الحقائق شرح كنز الرقائق ٨٠/٦.

(٢) المراجع السابقة نفس الصفحة.

(٣) الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب ٦/٢.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٢٥٤/٦.

(٥) المغني والشرح الكبير ٤٤٢/٤ المحلي لابن حزم ٩٧/٨ الخلاف لأبي جعفر الطوسي

١١٠/٢

والشافعية^(١) والحنابلة^(٢)، والظاهرية^(٣)، والإمامية^(٤)، واختاره أبو ثور، وأبو بكر بن المنذر^(٥).

المذهب الثاني: يد المرتهن علي الرهن يد ضمان فإذا تلف علي يده كان مضموناً عليه، سواء تلف بسبب تفريطه في حفظه أو تعديه عليه أو لا، ولكن أنصار هذا المذهب اختلفوا فيما يضمن به الرهن إذا تلف علي ثلاثة آراء:

الرأي الأول: الرهن مضمون بالدين كله حتي ولو كانت قيمة الرهن جنيته واحد والدين عشرة آلاف جنيته ثم تلف الرهن سقط الحق كله، ومن قال بهذا شريح، والشعبي، والنخعي، والحسن البصري^(٦).

الرأي الثاني: الرهن مضمون بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الحق المرهون فيه.

-
- (١) الأم ومختصر المزني ٢٤٨/٣-١٤٩/٨ المذهب ٣١٦/١ فتح العزيز مع تكملة المجموع ١٣٨/١ الحاوي للماوردي ٢٥٤/٦ روضة الطالبين ٣٣٤/٣ مغني المحتاج ١٣٦/٢ حاشية الشرقاوي علي التحرير ١٢٧/٢ حاشية البيجوري علي ابن قاسم ٣٧٨/١ حاشية بجيرمي علي الخطيب ٦٥/٣.
- (٢) المغني والشرح الكبير ٤٤٢/٤-٤١٠/٤ كشف القناع ٣٤٢/٣ شرح منتهي الإرادات ٢٣٦/٢ الروض المربع بشرح زاد المستقنع ٢٧٣.
- (٣) المحلي لابن حزم الظاهري ٩٦/٨-٩٩.
- (٤) الروضة البهية ٩٠/٤ الخلاف لأبي جعفر ١١٠/٢.
- (٥) حيث جاء في كتابه الإشراف علي مذاهب أهل العلم ٢٢/٢ بعد عرضه لمذاهب الفقهاء قال: بقول الشافعي أقول، لأن ملك الراهن ثابت عليه، ولم يملكه المرتهن، وإذا تلف فتلفه من مال مالكه، والزيادة والنقصان له وعليه «أ.هـ».
- (٦) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ١٥١ المغني والشرح الكبير ٤٤٢/٤-٤١٠/٤ البحر الزخار ١١٣/٥ الخلاف لأبي جعفر ١١١/٢ المنتزع المختار ٤٠٤/٣.

فإن كانت قيمة الرهن ألف حنيه والحق المرهون فيه خمسمائة ضمن المرتهن قدر الحق المرهون فيه، وتكون الزيادة أمانة تتلف من ضمان الراهن، وإن كان الحق ألفاً وقيمة الرهن خمسمائة سقط عنه من الدين قدر قيمة الرهن وهي خمسمائة.

وبهذا قال عمر بن الخطاب^(١)، وسفيان الثوري^(٢)، والحنفية^(٣).

الرأي الثالث: الرهن مضمون بقيمته قلت أو كثرت وبه قال زفر بن الهزيل^(٤)، والزيدية^(٥).

المذهب الثالث:

يفرق بين ما لا يخفي هلاكه وبين ما يخفي هلاكه وبه قال المالكية حيث قالوا: إن كان الرهن مما لا يخفي هلاكه كالحياوان والعقار فهو أمانة غير مضمون.

(١) جاء في سنن الدارقطني عن عطاء بن أبي رباح عن عبيد بن عمير أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في الرجل يرتهن فيضيع قال: إن كان أقل مما فيه رد عليه تمام حقه، وإن كان أكثر فهو أمين.

سنن الدارقطني كتاب البيوع ٣١/٣ برقم ١١٩.

(٢) الإشراف علي مذاهب أهل العلم ٢٢/٢.

(٣) بدائع الصنائع ١٥٤/٦ تبين الحقائق وحاشية الشيخ أحمد الشلبي ٦٤/٦ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٥٨٦/٢ شرح فتح القدير والعناية علي الهداية ٧٥/٩ مجمع الضمانات ٩٣.

(٤) وتعتبر القيمة يوم القبض.

مجمع الأنهر ٥٨٦/٢.

(٥) والمعتبر في القيمة الأعلى منهما وقت القبض ووقت الهلاك.

المنتزع المختار ٤٠٤/٣ البحر الزخار ١١٣/٥.

وإن كان مما يخفي هلاكه كالشباب والحلي وغيرهما فهو مضمون علي المرتهن بقيمته (١).

الأدلة والمناقشة

أدلة المذهب الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول وهم الشافعية والحنابلة ومن معهم علي أن الرهن أمانة بالسنة والمعقول:

أولاً: من السنة:

ماروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يفلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه».

وجه الدلالة من هذا الحديث:

بين ﷺ أن الرهن من ضمان صاحبه الذي رهنه وهو الراهن حيث قال ﷺ «الرهن من صاحبه» أي من ضمانه، ثم أكد هذا أيضاً بقوله: «له غنمه وعليه غرمه» قال الشافعي: غنمه زيادته وغرمه هلاكه، فيكون المعني الرهن من ضمان راهنه له زيادته، وعليه نقصانه وهلاكه (٢).

(١) ما لم يقر المرتهن بينة علي أنه هلك بدون دخل منه، فإن أقام البينة علي هلاك المرهون بدون تفريط منه فإنه لا يضمنه عند ابن القاسم، وروي عن أشهب تضمينه أيضاً.

المدونة الكبرى للإمام مالك ١٥٢/٤ المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢٤٤/٥ التاج والأكليل ومواهب الجليل ٢٥/٥-٢٦ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢٥٤/٣ الخرشي علي مختصر خليل ٢٥٦/٥ بداية المجتهد ٣٥٥/٢ الكافي في فقه أهل المدينة ٤/٣.

(٢) الأم للإمام الشافعي ٢٤٨/٣ مختصر المزني مطبوع مع الأم ١٤٩/٨.

الاعتراض علي الاستدلال بهذا الحديث:

اعترض أصحاب المذهب الثاني علي استدلال الشافعية ومن معهم بهذا الحديث بما يأتي:

- ١- إن المراد بصاحبه في قوله ﷺ : « من صاحبه » من في يده الرهن وهو المرتهن، كما يقال للمضارب الذي في يده مال المضاربة صاحب المال، فلا يدل الحديث علي ما تقولون به (١).

الجواب عن هذا الاعتراض:

اجيب عن هذا الاعتراض بما يأتي:

- أ- إذا أطلق لفظ صاحب الشيء، تبادر إلي ذهن مالكه، فإذا أطلق لفظ صاحب الرهن كان المراد به مالكه وهو الراهن.

وأما قياسكم علي المضارب فقير شديد، لأنه إنما جاز إطلاق صاحب المال علي المضارب، لأن يده علي المال كيد صاحبه في تحريك المال والمتاجرة به فهو كصاحبه.

ولأنه ربما يكون المال قد تغير في يد المضارب عن صفته التي أخذه عليها من صاحبه، فيطلق عليه صاحب المال باعتبار الصفة الجديدة، وكل هذا غير موجود في الرهن فلا يصح قياسه عليه.

- ب- إن ما قلتموه مردود بما قبل هذه اللفظة من الحديث وما بعدها، حيث إن ما قبلها وهو قوله ﷺ « لا يغلق الرهن » أي لا يملكه المرتهن وجاء هذا لإبطال عادة الجاهلية من تملك المرتهن للرهن إذا عجز الراهن عن الوفاء بالدين.

ومابعدا من قوله ﷺ : « الذي رهنه » فإن كان المراد بصاحبه المرتهن

كما تقولون فهل يرهن المرتهن نفسه؟!

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦/٦٥.

٢- ما تأول به الشافعي قول النبي ﷺ: «له غنمه وعليه غرمه» بأنه له زيادته وعليه نقصانه، تأويل خارج عن أقاويل الفقهاء خطأ في اللغة. وذلك لأن الغرم في أصل اللغة هو اللزوم قال تعالى: «إن عذابها كان غراماً»^(١). يعني ثابتاً لازماً.

والغريم الذي لزمه الدين، وقد كان النبي ﷺ يستعيز بالله من المأثم والمغرم فقبل له في ذلك فقال ﷺ: إن الرجل إذا غرم حدث فكذب، ووعد فأخلف»^(٢).

وقد روي عن أبي عمر غلام ثعلب^(٣) عن ثعلب^(٤) عن ابن الأعرابي^(٥)

(١) سورة الفرقان الآية (٦٥).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي اليمان قال: أخبرنا شعيب عن الزهري قال: أخبرنا عروة بن الزبير عن عائشة.

صحيح البخاري كتاب صفة الصلاة- باب الدعاء قبل السلام ١/ ٢٥٠-٢٥١ برقم ٨٣٢.

(٣) أبو عمر غلام ثعلب: محمد بن عبد الواحد بن أبي هشام أبو عمر الزاهد المطرز اللغوي غلام ثعلب، له مصنفات كثيرة منها اليواقيت شرح الفصيح، غريب مستند أحمد وغيرها توفي- رحمه الله- سنة ٣٤٥هـ ببغداد.

بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة ١/ ١٦٤ برقم ٢٧٩.

(٤) ثعلب: أحمد بن يحيى بن زيد يسار الشيباني بالولاء أبو العباس إمام الكوفيين في النحو واللغة، له تصانيف كثيرة منها الفصيح- قواعد الشعر- مجالس ثعلب توفي- رحمه الله ١٩٢هـ.

الأعلام ١/ ٢٦٧ بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة ١/ ٣٩٦ برقم ٧٨٧.

(٥) ابن الأعرابي: أبو عبد الله محمد بن زياد، عالم باللغة من أهل الكوفة، له تصانيف كثيرة منها: أسماء الخيل وفرسانها- تاريخ القبائل- النوادر، توفي- رحمه الله- سنة ٢٣١هـ.

الأعلام ٦/ ١٣١ بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة ١/ ١٠٥ برقم ١٧٤.

أنه قال: أخطأ من قال إن هلاك المال ونقصانه يسمى غرمًا، لأن الفقير الذي ذهب ماله لا يسمى غريمًا، وإنما الغريم من توجهت عليه المطالبة للأدعي بدين (١).

الجواب عن هذا الاعتراض:

- إن المراد بالغرم في الحديث الهلاك، وما تقولونه من أن لفظ الغرم لا يطلق علي الهلاك مردود بما يأتي:
- أ- ماجاء عن ابن حزم حيث قال: «وقد صح في ذم قوم في القرآن قوله تعالى: ﴿ومن الأعراب من يتخذ ما ينفق مغرمًا﴾» (٢) أي يراه هالكا بلا منفعة فالقرآن أولي من رأي المطرز غلام ثعلب (٣).
- ب- ماجاء عن أبي عبيدة (٤) أنه قال بأن الغرم الهلاك وفسر به الآية الكريمة «إن عذابها كان غرامًا» (٥) أي هلاكًا (٦).
- ج- ماجاء عن النحاس أنه قال: «إنه معروف في كلام العرب أنه يقال للعذاب والهلاك: غرام» (٧) وبه فسر قوله تعالى «إنا لمغرمون» (٨).

(١) بدائع الصنائع ٦/١٥٥ أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٦٦.

(٢) سورة التوبة الآية (٩٨).

(٣) المحلي لابن حزم ٨/٩٩.

(٤) أبو عبيدة هو معمر بن المثنى التميمي بالولاء البصري من أئمة العلم بالأدب واللغة له نحو ٢٠٠ مؤلف ولد بالبصرة ومات بها سنة ٢٠٩ هـ.

الأعلام ٧/٢٧٢، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة ٢/١٩٤ برقم ٢٠١٠.

(٥) سورة الفرقان عجز الآية ٦٥.

(٦) مجاز القرآن لأبي عبيدة ٢/٨٠ طبع دار غريب.

(٧) إعراب القرآن للنحاس ٤/٣٤١.

(٨) سورة الواقعة آية (٦٦).

وبهذا يتبين أن الغرم يطلق علي الهلاك وما اعترض به من منع ذلك غير
سديد.

٣- لو سلمنا لكم أن الغرم يطلق علي الهلاك لما كان في الحديث أيضاً حجة
لكم، وذلك لأن هذه اللفظة وهي (له غنمه وعليه غرمه) ليست من كلام
النبي ﷺ وإنما هي من كلام سعيد بن المسيب، والحجة في كلام
النبي ﷺ لا في كلام غيره. (١).

الجواب عن هذا الاعتراض:

لقد صحح كثير من رجال الحديث رفع هذا الحديث كاملاً إلي النبي ﷺ
بما فيه لفظه «له غنمه وعليه غرمه».

ثم علي فرض أن هذه اللفظة من كلام سعيد بن المسيب فليست الحجة
فيها وحدها بل يكفي قوله ﷺ «الرهن من صاحبه» أي من ضمانه (٢).

الاعتراض علي هذا الجواب:

لا نسلم لكم أن الحديث معناه من ضمان صاحبه بل المراد من ملك
صاحبه، لأن الحديث جاء لإبطال حالة كانت سائدة في الجاهلية، وهي تملك
المرهون إذا عجز المدين عن الوفاء (٣).

الجواب عن هذا الاعتراض:

يمكن الجواب عن هذا الاعتراض بما يأتي:

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٧٢٠.

(٢) الحاوي للماوردي ٦/ ٢٥٧ المحلي لابن حزم ٨/ ٩٩.

(٣) المبسوط للسرخسي ٢١/ ٦٦.

أولاً: إن لفظه «من» مستعملة في الضمان يقال: هذا من فلان أي من ضمانه، فعلي ذلك يكون معني الحديث «من صاحبه» أي من ضمان صاحبه، وليس كما تقولون من ملك صاحبه لأن حرف التملك هو «اللام» ولو أراد من ملك صاحبه لقال ﷺ «لصاحبه».

ثانياً: إن حمل قوله ﷺ علي ماتقولون يجعله لا يفيد شيئاً جديداً بل يكون تكراراً، حيث أن المعني الذي تفيده هذه اللفظة قد استفيد من اللفظة التي قبلها وهي قوله ﷺ «لا يغلط الرهن»، لأن معناه لا يخرج الرهن عن ملك صاحبه.

والتكرار يبعد بالكلام عن البلاغة وهذا في كلام عامة الفصحاء، فما بالك بكلام أفصح الناس رسول الله ﷺ الذي أوتي جوامع الكلم^(١).

الدليل الثاني من السنة

ماروي عن النبي ﷺ أنه قال: «الحراج بالضمان»^(٢).

(١) الحاودي للماوردي ٢٥٦/٦-٢٥٧.

(٢) الحديث رواه الشافعي عن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف عن عروة بن الزبير عن عائشة

رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال «الحراج بالضمان».

ورواه الدارقطني وصححه الترمذي وابن حبان والحاكم.

مسند الإمام الشافعي مع الأم ٨٣٢/٨ سنن الدارقطني ٥٣/٣ برقم ٢١٣.

الجامع الصحيح للترمذي كتاب البيوع باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به

عيباً ٥٨١/٣ برقم ١٢٨٥ الإحسان بترتيب صحيح بن حبان كتاب البيوع باب خيار

العيب ٢١١/٧ برقم ٤٩٠٦ المستدرک للحاكم ١٥/٢- تلخيص الحبير ٧٢/٣.

وجه الدلالة من هذا الحديث:

بين عليه السلام: أن من يكون له الخراج يكون عليه الضمان، والخراج في الرهن للراهن فيكون عليه ضمانه (١).

ثانياً: أدلة أصحاب المذهب الأول من المعقول:

استدل أصحاب هذا المذهب من المعقول بما يأتي:

١- إن الله سبحانه وتعالى قد جعل الرهن بدل الكتاب قال تعالى: ﴿ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾ (٢).

والمبدلات في عام أحكامها في حكم المبدل منه، كالصيام في الكفارة لما كان بدلاً من العتق كان في الوجوب كالعتق، والتميم لما كان في الطهارة بدلاً من الماء كان في الوجوب كالطهارة بالماء.

وإذا وجب أن يكون حكم البديل حكم المبدل منه وجب أن يكون حكم الرهن حكم الكتاب لأنه بدل منه.

ولما كان تلف الكتاب لا يوجب سقوط الحق، وجب أن يكون حكم تلف الرهن لا يوجب سقوط الحق (٣).

٢- إن الرهن وثيقة للمرتهن بدينه، فلو كان مضموناً عليه لكان الرهن وثيقة عليه لا له وفي هذا إبطال للمعني الذي شرع من أجله الرهن (٤).

(١) الخلاف لأبي جعفر ١١١/٢.

(٢) سورة البقرة الآية (٢٨٣).

(٣) الحاوي للماوردي ٢٥٧/٦.

(٤) المهذب ٣١٦/١ والحاوي للماوردي ٢٥٨/٦.

ثالثاً: أدلة أصحاب المذهب الأول من القياس:

الرهن كالشاهد والضامن لأن الكل وليقة بالحق، والشاهد إذا مات لم يسقط الحق، وكذلك الضامن، فوجب أن يكون الرهن كذلك إذا تلف لم يسقط بثقله الدين (١).

أدلة أصحاب المذهب الثاني:

استدل أصحاب المذهب الثاني وهم الخنفسية ومن معهم على القول بالتضمن بالسنة والمعقول والقياس،
أولاً: من السنة:

ماروي عن عطاء بن أبي رباح أن رجلاً ارتهن فرساً فمات الفرس في يد المرتهن فاخصم إلى النبي ﷺ فقال النبي ﷺ للمرتهن «ذهب حقلك» (٢).

وجه الدلالة من هذا الحديث:

إن قول النبي ﷺ للمرتهن «ذهب حقلك» وحق المرتهن الدين دليل على أن الدين يذهب بهلاك المرهون (٣).

(١) مغني المحتاج ١٣٧/٢ المغني والشرح الكبير ٤/٤٤٣-٤/٤١٠ المبدع في شرح المقنع ٤/٢٢٧.

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في مراسيله عن ابن المبارك عن مصعب بن ثابت قال: سمعت عطاء يحدث أن رجلاً رهن فرساً فنفق في يده فقال رسول الله ﷺ للمرتهن ذهب حقلك، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه، والبيهقي في سننه، والطحاوي في شرح معاني الآثار. مراسيل أبي داود مع سلسلة الذهب كتاب الرهن ص ١٤٣ المصنف لابن أبي شيبة ١٨٣/٧ برقم ٢٨٢٧ السنن الكبرى مع الجوهر النقي للبيهقي كتاب الرهن ٦/٤١ شرح معاني الآثار للطحاوي كتاب الرهن ٤/١٠٢. نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية كتاب الرهن ٤/٣٢١.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٢/٧١٩.

ولا يجوز أن يقال ذهب حقه من الإمساك أو من المطالبة برهن آخر، لأن الأول مشاهد فلا فائدة في الإخبار عنه، والثاني ليس بحق له. ولأنه ذكر الحق أول الحديث منكراً ثم أعاده معرفاً فيكون الحق الثاني عين الحق الأول، لأن النكرة إذا أعيدت نكرة كان الثاني غير الأول، وإذا أعيدت معرفة كان الثاني عين الأول^(١) وذلك كقوله تعالى: ﴿كَمَا أَرْسَلْنَا إِلَىٰ فِرْعَوْنَ رَسُولًا فَعَصَىٰ فِرْعَوْنَ الرَّسُولَ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾^(٣).

الاعتراض علي الاستدلال بهذا الحديث:

يمكن الاعتراض علي الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

الوجه الأول: من ناحية السند:

هذا الحديث يرويه مصعب بن ثابت وهو ضعيف، ضعفه يحيى بن معين والامام أحمد.

جاء في الكامل في ضعفاء الرجال لابن عدي: سألت يحيى بن معين عن مصعب بن ثابت كيف حديثه قال: ضعيف^(٤).

(١) العناية علي الهداية من تكملة شرح فتح القدير ٧٠ / ٩ حاشية الشيخ أحمد الشلبي مع تبين الحقائق ٦٤ / ٦.

(٢) سورة المزمل الآية (١٥) وصدر الآية (١٦).

(٣) سورة الشرح الآيتين (٥-٦).

(٤) الكامل في ضعفاء الرجال لابن عدي ٣٦١ / ٦ ميزان الاعتدال للذهبي ٣٤٣ / ٥.

ثم إن هذا الحديث مع ضعفه مرسل عن عطاء ومثل هذه المراسيل لا يجب العمل بها عند الشافعية فلا يجوز احتجاجهم به.
هذا وقد اعترف الحنفية أنفسهم بوهن هذا الحديث حيث جاء عن العيني:
«الاحتجاج بإجماع الصحابة أولي، لأن الحديث الذي احتج به أصحابنا له طرق فيها: إسماعيل بن أبي أمية، وسعيد بن راشد، وهشام بن زياد، وعبدالكريم، واتفق الحفاظ علي تكذيب هؤلاء كابن معين والنسائي وابن حبان، وابن أبي حاتم، وابن عدي، والدارقطني»^(١).

الوجه الثاني: من ناحية المتن:

إن قولكم النكرة إذا أعيدت معرفة كان الثاني عين الأول (والحق) ذكر نكرة ثم أعيد معرفاً في الحديث فيكون الحق الثاني عين الأول غير سديد لأمرين.
الأول: إن الحق الأول ليس من الحديث، وإنما هو من كلام الراوي، فلا يقاس هذا علي ماقولونه.

(١) الحديث المرسل: هو ماسقط منه الصحابي.

وأما عن حجية العمل به فيقول النواوي: «المرسل حديث ضعيف عند جماهير المحدثين والشافعي، وكثير من الفقهاء، وأصحاب الأصول.
وقال مالك وأبو حنيفة في طائفة: صحيح.
وقال السيوطي في تفسير قوله (في طائفة): أحمد في المشهور عنه.
مقدمة ابن الصلاح ومحاسن الاصطلاح طبع دار الكتب المصرية ص ١٣٠ تقريب النواوي وشرحه المعروف بتدريب الراوي للسيوطي ١/١٩٨-٢٠٧ منشورات المكتبة العلمية بالمدينة المنورة. فتح العين علي منلا مسكين للقاضي أبي السعود المصري ٣/ ٤٣٦ طبع جمعية المعارف المصرية.

الثاني: إن ماتقولونه من أن النكرة إذا أعيدت معرفة كان الثاني عين الأول، إنما هو رأي لبعض اللغويين^(١) لم يرتضه غيرهم^(٢) لأن ذلك يلزم أنك لو قلت إن مع الفارس سيفاً، إن مع الفارس سيفاً يلزم منه أن الفارس واحد والسيف اثنين، وهو غير الحقيقة فلا يسلم ماتقولونه.

٢- ماروي عن أنس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الرهن بما فيه»^(٣).

وجه الاستدلال من هذا الحديث:

بين ﷺ أن الرهن إذا هلك يهلك بما فيه وما فيه، هو الدين، فالرهن مضمون بالدين المرهون به.

-
- (١) منهم الزجاج. معاني القرآن وإعراجه للزجاج ٣٤١/٥ طبع عالم الكتب بيروت.
- (٢) منهم الجرجاني، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٧٣/٢ مفاتيح الغيب للرازي ٧/٣٢.
- (٣) هذا الحديث رواه الدارقطني في سننه: حدثنا محمد بن مخلد حدثنا أحمد بن غالب حدثنا عبد الكريم بن روح عن هشام بن زياد عن حميد عن أنس عن النبي ﷺ قال «الرهن بما فيه».

وأخرجه إسماعيل بن أبي أمية حدثنا حما بن سلمة عن قتادة عن أنس مرفوعاً نحوه قال: وهذا باطل عن حماد وقتادة، وإسماعيل هذا يضع الحديث.

وقال ابن الجوزي: الأول فيه أحمد بن غالب وهو غلام خليل وكان كذاباً يضع الحديث وعبد الكريم بن روح ضعفه الدارقطني، وقال أبرحتم الرازي: مجهول، وهشام بن زياد قال يحيى: ليس بشيء، وقال النسائي: متروك الحديث، وقال ابن حبان: ينفرد عن الثقات بالمعضلات، وفي الثاني إسماعيل بن أبي أمية قال الدارقطني: يضع الحديث، وسعيد بن راشد قال يحيى بن معين ليس بشيء، وقال النسائي: متروك الحديث، وقال ابن حبان: لا يجوز الاحتجاج به.

سنن الدارقطني ٣٢/٣ برقم ١٢٣-١٤٣ والمغني علي الدارقطني نفس الورقة، السنن الكبرى مع الجوهر النقي ٤٠/٦. نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ٣٢١/٤.

الاعتراض علي هذا الاستدلال بهذا الحديث:

أ- من ناحية السند:

هذا الحديث ضعيف ضعفه الدارقطني وغيره فلا يصح الاحتجاج به (١).

ب- من ناحية المتن:

قول النبي ﷺ «الرهن بما فيه» معناه أنه وثيقة بما فيه، ولا يجوز حمله

علي أنه مضمون بما فيه لأمرين:

١- إنه زيادة لضمان لا يقتضيه اللفظ.

٢- إنه جعل الرهن بما فيه مع بقائه وهو علي بقائه غير مضمون علي مرتته

حين يتلف وإنما هو مع بقائه وثيقة بما فيه، فلم تصح الدلالة منه (٢).

ثانياً: من الإجماع:

أجمع الصحابة والتابعين علي أن الرهن مضمون وإن اختلفوا في

الضمان (٣).

الاعتراض علي هذا الدليل:

تعقب ابن حزم الظاهري ما ادعاه الحنفية من إجماع الصحابة والتابعين

علي أن الرهن مضمون فقال: «وأما قولهم أجمع الصحابة علي تضمين الرهن

فقول جروا فيه علي عاداتهم الخفيفة علي ألسنتهم من الكذب علي الصحابة

بلا مؤنه، وبالمسلمين هل جاء في هذا كلمة عن أحد من الصحابة إلا عن عمر

وعلي وابن عمر فقط.

أما عمر: فلم يصح عنه ذلك، لأنه من رواية عبيد بن عمير، وعبيد لم

يولد إلا بعد موت عمر أو أدركه صغيراً لم يسمع منه شيئاً.

(١) سنن الدارقطني والمغني عليه ٣/٣٢.

(٢) الحاوي للماوردي ٦/٢٥٨.

(٣) تكملة شرح فتح القدير والعناية ٩/٧٠ تبين الحقائق ٦/٦٤ مجمع الأنهر ٢/٥٨٦

المبسوط ٢/٦٥ أحكام القرآن للجصاص ٢/٧١٨.

وأما ابن عمر فلا يصح عنه لأنه من رواية إبراهيم بن عمير عنه وهو مجهول، وقد روي عنه «يتراذان الفضل».

وأما علي: فمختلف عنه في ذلك - واضح الروايات عنه إسقاط التضمن فيما أصابته جائحة.

ثم أعجب شيء دعواهم أن الصحابة أجمعوا علي تضمين الرهن فإن صح ذلك فهم قد خالفوا الإجماع، لأنهم لا يضمنون بعض الرهن وهو مازاد من قيمته علي قيمة الدين فهذا حكمهم علي أنفسهم^(١) أ.هـ.
ثالثاً: من القياس:

الدين في الرهن كأرث جنابة^(٢) العبد، لأن كلاهما حق تعلق بعين، وأرث جنابة العبد يسقط بتلفه، فوجب أن يسقط الدين بتلف الموهون^(٣).
الاعتراض علي هذا الدليل:

هذا القياس لا يصح للفرق بين أرث جنابة العبد ودين الرهن، وذلك لأن سقوط أرث الجنابة بتلف العبد إنما هو لتعلق الأرض بجهة احدة وهي رقبة العبد الجاني، فإذا ذهب العبد ذهب ماتعلق برقبته.

وهذا بخلاف الدين فإنه متعلق بمحليين:
أحدهما: ذمة الراهن، والثاني: رقبة الرهن.

فإذا تلف الرهن فقد تلف أحد المحليين وبقي الآخر فلم يتلف الحق لبقاء أحد محلية، كالدين المضمون فإنه إذا تلف الضامن لم يسقط الدين لبقاء المحل الآخر وهو المضمون عنه^(٤).

(١) المحلي لابن حزم ٩٨/٨.

(٢) الأرض: الدية، وفي البيع ما يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر به عيب.

المصباح المنير ١٢، روضة الطالبين ٤٧٢/٣.

(٣) المبسوط للسرخسي ٧٦/٢١.

(٤) الحاوي للماوردي ٢٥٨/٦، ٢٥٩.

رابعاً: من المعقول:

الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء فإذا تلف عند المرتهن صار المرتهن مستوفياً لدينه فلا يملك الاستيفاء مرة ثانية^(١).

الاعتراض علي الاستدلال بهذا الحديث:

لاتسلم لكم أن هلاك الرهن عند المرتهن بدون تعديه أو تفريطه يعد استيفاء لدينه، لأنه لا يكون كذلك لا حقيقة ولا حكماً.

٢- إن المرتهن عندما يقبض الرهن يريد بذلك أن يطمئن إلي الوفاء بدينه، فيده علي الرهن يد استيثاق، ولو جعلناه مضموناً عليه، يسقط حقه بهلاكه، لكان الرهن عبئاً علي المرتهن وثيقة عليه لا له، فمن أجل ذلك لا يكون الرهن مضموناً علي المرتهن بل هو علي سبيل الأمانة كما في القدر الزائد علي قدر الدين^(٢).

أدلة المذهب الثالث:

استدل أصحاب المذهب الثالث وهم المالكية بما يأتي:

أن الرهن ليس بجار مجري الأمانات المحضة ولا مجري المضمون المحض لأنه قد أخذ شبهاً من الأمرين فلم يكن له حكم أحدهما علي التحديد. وذلك أن الأمانة المحضة هي ما لانفع فيه لقابضه بل النفع كله للمالك كالوديعة، والمضمون المحض هو ما يكون نفعه كله لقابضه كالمشتري أو بتعد أو جناية، وما خرج عن هذا وأخذ شبهاً من الأمرين ترجح الأمر فيه ولم يكن له حكم المحض منهما، وهنا لم يكن تعد ولا جناية فيضمن، ولأما ينفرد المالك بالمنفعة به فيسقط الضمان عن المرتهن بل المنفعة لهما.

(١) بدائع الصنائع ١٥٤/٦ تبين الحقائق ٦٥/٦ مجمع الأنهر ٥٨٦/٢.

(٢) بداية المجتهد ٣٥٦/٢ المبدع في شرح المقنع ٢٢٧/٤ المحلي لابن حزم ٩٨/٨.

للمالك بأن حصل له ما ابتاعه أو ملك ونفي الدين في ذمته لإجل الرهن ولولاه لم يملكه فقد انتفع له.

وللمرتهن بحصول التوثيق به فلم يقبضه لمالكه كالوديعة، وإنما قبضه ليكون علي وثيقة بحقه.

وإذا أخذ شيئاً من الأمرين لم يجز أن ينفرد بحكم أحدهما علي التحديد فيجب الفصل بينه وبينها، فيجعل لما يغاب عليه حكم الضمان وما لا يغاب عليه حكم الأمانة^(١).

ثم إن ما يغاب عليه يسهل ادعاء الضياع فيه علي وجه لا يعلم معه كذب مدعيه فالقول بجعله أمانة فيه تضييع لأموال الناس مع أن المرتهن قابض لنفع نفسه وله أن يخلص من هذا الضمان بجعله علي يد عدل.

أما ما لا يغاب عليه فلا يمكن ادعاء الضياع فيه أو التلف، لأن القرينة تكذبه فيكون فيها أميناً^(٢).

الاعتراض علي هذا الدليل:

اعترض الشافعي - رضي الله عنه - علي ما قاله المالكية فقال: «وما ظهر هلاكه وخفي سواء، لا يضمن المرتهن ولا الموضوع علي يديه من الرهن شيئاً إلا فيما يضمنان فيه من الوديعة بالتعدي»^(٣).

وتبعه الماوردي معترضاً علي ما قاله المالكية فقال: «وهذا خطأ، لأنه لو وجب اعتبار هذا المعني في الرهن خوفاً من ادعاء تلف الرهن مع بقاءه لوجب اعتباره في الودائع والمضاريات والشرك والأمانات، فيجب ضمان ما خفي هلاكه منها، ويسقط ضمان ما ظهر لا غير مثله في العواري والغصب.

(١) المعونة علي مذهب عالم المدينة الإمام مالك للقاضي عبد الوهاب ١١٥٧/٢.

(٢) المنتقى شرح الموطأ ٢٤٤/٥ بداية المجتهد ٣٥٦/٢.

(٣) الأم ٢٤٨/٣، ٢٤٩ - مختصر المزني مطبوع مع الأم ١٤٩/٨.

فلما كانت الأمانات غير مضمونة فيما خفي هلاكه أو ظهر، والعواري والغصوب مضمونة فيما خفي هلاكه أو ظهر، فيجب أن يكون الرهن لاحقاً لأحدهما في وجوب ضمانه أو سقوطه، إذ هما أصلان ليس لهما ثالث فيرد الرهن إليه» (٢).

واعترض ابن حزم الظاهري علي ماقاله المالكية فقال: «وأما تفريق مالك بين ما يخفي هلاكه وبين ما لا يخفي هلاكه فقول لا برهان علي صحته من القرآن ولا من سنة، ولا من رواية سقيمة، ولا من قياس، ولا من قول أحد نعلمه فسقط، وإنما بنوه علي التهمة، والتهمة ظن كاذب يأتى صاحبه، ولا يحل القول به، والتهمة متوجهة إلي كل أحد وفي كل شيء» (٣).

ثم إن المالكية أنفسهم قالوا بعدم ضمان المرتهن فيما يغاب عليه أيضاً إذا قامت البينة علي هلاكه بدون تفريط منه أو تعديه حيث جاء في الخرشي علي مختصر خليل: «إن الرهن إذا حازه المرتهن وكان مما يغاب عليه كالحلي ونحوه فإنه يضمنه إذا ادعي تلفه أو ضياعه إلا أن تشهد له البينة أنه تلف أو هلك بغير سببه فلا ضمان عليه» (٣).

الترجيح:

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم والمناقشة لها لا يسعني إلا القول بأن ماذهب إليه الشافعية والحنابلة ومن معهم من أن الرهن أمانة في يد المرتهن لا يضمنه إلا إذا فرط في حفظه، أو تعدي عليه فأهلكه وذلك لما يأتي:

١- قوة أدلتهم وضعف أدلة من خالفهم من الحنفية والمالكية وغيرهم.

(١) الحاوي للماوردي ٢٥٩/٦.

(٢) المحلي لابن حزم الظاهري ٩٧/٨.

(٣) الخرشي علي مختصر خليل ٢٥٦/٥.

٢- إن الراهن دفع الرهن إلى المرتهن باختياره غير مغلوب عليه، مسلطاً إياه علي حبسه، وليس له إخراجه من يده حتي يوفيه حقه، فلا وجه لأن يضمن، من قبل أنه إنما يضمن ماتعدي الحابس بحبسه من غصب أو بيع يجب عليه تسليمه فلا يسلمه، والرهن ليس في شيء من ذلك فلا يضمنه المرتهن.

٣- الرهن وثيقة لدي المرتهن يطمئن به إلى سداد دينه والقول بتضمين المرتهن له إذا تلف بدون تعد منه أو تفريط في حفظه فيه إضعاف لهذا المعنى، وضياح الغرض من الرهن، وكذلك القول بالتفرقة بين ما يغاب عليه، وما لا يغاب عليه.

٤- إن المرتهن إذا لم يفريط في الحفظ ولم يتعد في الرهن فهو محسن، والله تعالى يقول: ﴿مَاعْلَى الْحَسَنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ (١).

٥- إن القول بتضمين المرتهن للرهن الذي يتلف عنده بدون تفريطه أو تعديه قد يجعل الكثير من الناس يحجم عن هذه المعاملة خوفاً من الضمان فتتعطل بذلك المداينات والقروض، ولا يخفى مافي هذا من الضرر الكبير.

٦- إن تضمين المرتهن الرهن إذا تلف بأمر ليس في وسعه منعه أمر فيه قسوة علي المرتهن ومؤاخذه له بما لم يفعل، بل إن هذه القسوة تبلغ ذروتها عند من يقول بأن الرهن مضمون بالدين كله مهما بلغ قدر الدين وقيمة الرهن.

وفي هذا يقول الشوكاني: «فمن ساقط التفريع وزائف الرأي، وخطب الاجتهاد بالله العجب كيف يكون هذا الضمان المشدد المؤكد الذي جاوز حد كل ضمان في الأبواب التي قد حصل فيها سبب من أسباب الضمان الشرعية كالغصب؟» (٢).

(١) سورة التوبة الآية (٩١).

(٢) السيل الجرار ٣/ ٢٧٦.

الفصل السادس انتهاء القبض

القبض في عقد الرهن يكون من حق المرتهن إذ به يطمئن إلي سداد دينه سواء كان من ذمة الراهن إذا كان موسراً، أو من رقبة المرهون إذا عجز عن الاستيفاء من ذمته.

وهذا الحق قد جعله الشارع للمرتهن ما دام دينه قائماً لم يوف إذ أن الرهن في مقابلة الدين، فهو ينتهي بانتهاء الدين، وكذلك جعل الشارع من حق المتعاقدين فيه إنهاء هذا القبض وهو ما يعبر عنه بالتفاسخ، وكذلك ينتهي القبض بهلاك المقبوض ولهذا وجب دراسة هذا الفصل في المباحث التالية:

المبحث الأول: إنهاء عقد الرهن.

المبحث الثاني: انتهاء الدين.

المبحث الثالث: هلاك المرهون.

المبحث الأول

إنهاء عقد الرهن

لا شك أن عقد الرهن إنما ينشأ لمصلحة طرفيه، فالراهن إنما أراد به الوصول إلي ما يحتاجه من المال ولا سبيل إلي ذلك من الدائن إلا بالرهن خاصة إذا لم يكن يثق الدائن بقدرة المدين علي الوفاء أو لا يعرفه أصلاً، والمرتهن يستفيد من الرهن أنه يطمئن علي ماله ويطمئن إلي سداده سواء كان من ذمة المدين أو مما تحت يده من الرهن.

وبهذا يتضح أن الحق في انعقاد عقد الرهن إنما هو للراهن والمرتهن، وإذا كان الحق لهما فيه كان لهما إذا تنازلا عن هذا الحق جاز هذا التنازل، فإذا تفاسخ العقد جاز ذلك وانفسخ عقد الرهن لأن الحق لهما.

وإذا انفسخ عقد الرهن وقام المرتهن برد المرهون إلي الراهن فقد انتهى حكم القبض، ولكن لما كان عقد الرهن تكون اليد فيه من حق المرتهن وأنه بمجرد وضعها عليه ينتقل العقد بها من صفة الجواز إلي صفة اللزوم في حق الراهن، فإنه يجب أن لا يكون معتبراً فسخ الراهن للرهن مالم يرض بذلك المرتهن، لأن في الفسخ إبطال حق الغير وهو الوثيقة، وإزالة يده عنه بغير وجه حق، فإن فعل ذلك وأخذه من المرتهن بغير إذنه كان غصباً.

ولكن لما كان الحق للمرتهن في الحبس كان الرهن جائزاً في حقه ولا يلزم عليه، لأنه يجوز له أن يتنازل عن هذا ويرد الرهن ويرضي بأن يكون دينه بلا رهن، فإن فعل هذا انتهى حكم القبض.

ولكن لا ينتهي حكم القبض إذا فسخ المرتهن الرهن من جهته حتي يرد الرهن إلي الراهن، وذلك لأنه لما كان عقد الرهن لا يلزم بالقول أي بمجردده وإنما يلزم بالقبض أي بفعله لم يكن له أي ينتهي بمجرد القول، وإنما كان لا بد من وجود الفعل وهو الرد حقيقة إلي الراهن^(١).

المبحث الثاني

إنهاء الدين

القبض للرهن إنما يكون في مقابلة الدين الذي للمرتهن علي الراهن، وعلي ذلك يكون الرهن باقياً، وحق الحبس سارياً مادام الدين كذلك، فإذا انتهى الدين بأحد أسباب انتهائه انتهى حق الحبس لزوال المسوغ له وهو وجود الدين.

(١) بدائع الصنائع ١٧٠/٦، شرح فتح القدير والعناية ٧٩/٩ فتح العزيز للرافعي مع

تكملة المجموع ١٥٠/١٠ روضة الطالبين للنووي ٣٤٢/٣ البحر الزخار ١٢٣/٥.

وينتهي الدين إما بالقضاء سواء كان من الراهن أو من غيره تبرعاً عليه، وكذلك بالإبراء أي إذا أبرأ المرتهن الراهن من جميع الدين وقبل الراهن هذا الإبراء، فإذا أبرأه من بعضه لم يفتك من الرهن شيئاً علي ما سبق بيانه (١). وكذلك ينتهي الدين بهبته من المرتهن إلى الراهن وقبول الراهن هذه الهبة (٢).

وكذلك ينتهي بحوالة المرتهن أحد دائنيه بالحوالة المقيدة بالدين علي الراهن، وإنما قلنا بإنتهاء الدين بالحوالة، لأنه بها يصير المحيل بريئاً من دينه، لأن معني الحوالة النقل والتحويل، والنقل والتحويل أي للدين من ذمة المحيل إلي ذمة المحال عليه وهما يتحققان بفراغ ذمة الأصيل وهو المحيل (٣). وإذا كانت قد فرغت ذمة الأصيل من الدين الذي كان عليها بالحوالة فقد صار في حكم الموفي للدين وبذلك إذا أحال المرتهن أحداً علي الراهن بدين له عليه يساوي دين الرهن فقد صار المرتهن مستوفياً لدينه بالمقاصة بين الدائنين فيسقط دينه علي الراهن في مقابلة حوالة دائن له عليه. وأما إذا أحال الراهن المرتهن بدين الرهن علي رجل آخر فإنه لا ينفك الرهن، لأن الدين لم ينته حقيقة وإنما ثبت مثله في ذمة المحال عليه ولم يصر المرتهن قابضاً لدينه بالفعل فيظل حق الحبس إلي أن يتوصل إلي دينه ويقبضه منه (٤).

(١) بدائع الصنائع ١٧١/٦ فتح العزيز مطبوع مع تكملة المجموع ١٥٠/١٠ البحر الزخار ١٢٣/٥.

(٢) شرح فتح القدير ٧٨/٩ روضة الطالبين للنووي ٣٤٦/٣.

(٣) شرح فتح القدير والعناية ٣٤٥/٦ حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٣٢٥/٣ مغني المحتاج ١٩٣/٢ شرح منتهي الإرادات ٢٥٦/٢.

(٤) شرح فتح القدير والعناية ١٣٦/٩، تبين الحقائق ٩٦/٦ الحاوي للماوردي ٢٦٢/٦ الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٨٧/٤.

فعلي هذا إذا انتهى الدين بالحالة من المرتهن انتهى الدين فقد برئت
ذمة الراهن ووجب علي المرتهن رد العين المرهونة إلي الراهن، لأن القبض الموجب
لحبس العين عند المرتهن إنما هو كان لحق الدين الذي علي الراهن وقد انتهى
الدين فوجب أن ينتهي ما وجب لأجله وهو حق الحبس.

وإذا سقط حق الحبس كانت العين المرهونة في يده أمانة فإذا تلفت تلفت
علي الأمانة، لا يضمنها المرتهن كسائر الأمانات من الودائع وغيرها.
فإذا تأخر في ردها إلي ربها فهلكت فإن كان هذا التأخير لعذر منعه من
الرد، كأن يكون مريضاً أو غائباً ونحوهما من الأعذار التي لا تخرج الأمين عن
حكم الأمانة بالتأخير في ردها، هلكت علي سبيل الأمانة ولا يضمنها
المرتهن^(١).

وقد ذهب إلي هذا أيضاً الحنفية فيما لو سقط الدين بالإبراء أو الهبة،
وذلك لأن ضمان الرهن عندهم ثبت باعتبار القبض والدين جميعاً، لأنه ضمان
استيفاء فلا يتحقق ذلك إلا باعتبار بقاء الدين وبالإبراء عن الدين انعدم أحد
المعنيين وهو الدين، والحكم الثابت بعله ذات وصفين ينعدم بانعدام أحدهما، ألا
تري أنه لو رد المرهون إلي الراهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين،
فكذلك إذا أبرأه عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض.
ولأنه لما لم يبق الدين بالإبراء أو الهبة ولا جهة الدين لم يبق
الضمان^(٢).

أما إذا انتهى الدين بطريق القضاء بأن قام الراهن بقضاء الدين أو تبرع به
غيره عنه لم يسقط الضمان عن العين بعد هذا القضاء، وتكون مضمونة علي

(١) الحاوي للماوردي ٦/ ٢٦٠ المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٤/ ٤٤٣-٤٤٤.

(٢) شرح فتح القدير والعناية والكفاية علي الهداية ٩/ ١٣٥، بدائع الصنائع ٦/ ١٥٥.

المبسوط ٢١/ ٨٩-٩٠.

المرتهن بعد قضاء الدين فإذا هلكت تهلك بالدين، ويجب علي المرتهن رد ما استوفي إلي ما استوفي منه وهو من عليه الدين أو المتطوع به، وهذا بخلاف ماسبق من الإبراء.

ووجه الفرق بين الأداء والإبراء، أن الرهن إنما يكون مضموناً بالدين عند قيامه أو توهم ثبوته كما في الدين الموعود، وبالإبراء أو الهبة وأخواتهما لا يبقى الدين لايتوهم قيامه وهذا بخلاف مالو أدي الراهن الدين أو تبرع به غيره، لأن الدين في فصل الإيفاء قائم بدليل أنه إذا أبرأ رب الدين المديون من الدين بعد الأداء يتمكن المديون من استرداد ما أدي وعدم ولاية المطالبة لخلوها عن الفائدة لأنها تعقب مطالبة قبله^(١).

وذهب زفر بن الهزيل إلي أن الضمان لا ينفك عن العين المرهونة بعد انتهاء الدين سواء انتهى بالقضاء أو بالإبراء أو بالهبة، لأن الضمان في الرهن إنما يجب باعتبار القبض، فوجب أن يبقى ما بقي القبض^(٢)، وهو قول المالكية أيضاً^(٣).

وأما إذا طالب رب الرهن المرتهن برده بعد انتهاء الدين فامتنع من رد ضمنه عند الجميع - وإن اختلفت طريقة الضمان بينهم - لأنه زالت عنه ولاية الامتناع من رده فصار بهذا متعدياً فيضمن كالغاصب، وكالمودع إذا امتنع من أداء الوديعة إلي صاحبها بلا عذر^(٤).

(١) بدائع الصنائع ١٥٥/٦، شرح فتح القدير والعناية والكفاية علي الهداية ١٣٥/٩.

(٢) بدائع الصنائع ١٥٥/٦ تبين الحقائق ٩٦/٦، المبسوط للسرخسي ٩٠/٢١.

(٣) المنتقى شرح الموطأ للباقي ٢٤٥/٥.

(٤) بدائع الصنائع ١٥٥/٦ شرح فتح القدير والعناية ١٣٥/٩ الحاوي للماوردي ٢٦٠/٦،

المغني لابن قدامة مع الشرح ٤٤٤/٤.

المبحث الثالث: هلاك المرهون؛

إذا قبض المرتهن الرهن من الراهن فقد تعين الرهن وصار محبوساً في يده بدينه علي الراهن، فإذا هلك المرهون، فإما أن يهلك بأفة سماوية أو يهلك بالتعدي.

المطلب الأول: هلاك الرهن بأفة سماوية:

إذا هلك الرهن بأفة سماوية فقد زال القبض لزوال محله وهو العين المرهونة، سواء قلنا أن يد المرتهن علي الرهن يد أمانة أو يد ضامنة، لأنها إن كانت يد أمانة تلف بلا ضمان علي المرتهن ويسقط حقه في الوثيقة، وإن كانت ضامنة سقط مقابلها من الدين ويسقط حقه أيضاً في الوثيقة، وهذا فيما لو كان هلاك المرهون مهدرًا لكل قيمته كما لو كان عبداً فمات^(١).

وأما إذا لم يكن الهلاك مهدرًا كل قيمته كما لو كان الرهن داراً فانهدمت، فإن القبض لا ينفك عن الرهن كلية وإنما ينفك عن التالف فقط لبقاء ما يمكن إثبات اليد عليه فيبقي ما يخرج من أنقاضها رهناً بحكم القبض الأول، سواء كان من حطامها أو من الخشب الذي يخرج منها^(٢).

فإن قيل أليس لو استأجر داراً فانهدمت بطلت الإجارة؟ فهلا كان الأمر كذلك في الرهن؟.

قيل: الفرق بينهما: أن عقد الإجارة يرد علي منافع الدار وبانهدام الدار زالت المنافع، فبطلت الإجارة لزوال المقصود من العقد وهو الانتفاع.

(١) شرح فتح القدير والعناية والكفاية علي الهداية ١٣٦/٩ تبين الحقائق ٩٦/٦، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٨٧/٤.

(٢) الخلاف لأبي جعفر ١٠٣/٢ المحلي لابن حزم ٩٣/٨.

أما في الرهن فإن العقد يرد علي العين وما اشتملت عليه من خشب وطوب أي القيمة المالية للدار التي هي الهدف من الرهن، ألا تري أنه لو استأجر داراً مهدومة لا يمكن الانتفاع بها لم تصح الإجارة، ولو ارتهن نفس الدار صح الرهن^(١).

المطلب الثاني: إذا هلك الرهن بالتعدي:

التعدي الذي يهلك به الرهن إما أن يكون من المرتهن علي العين المرهونة وإما أن يكون من الراهن.

أ- إذا تعدي المرتهن في الرهن:

العين المرهونة تكون بعد القبض تحت يد المرتهن محفوظة بحفظه لها بما يحفظ به ماله عادة.

فإذا قصر في الحفظ فأدي هذا التقصير إلي تلفها، أو تعدي عليها فأهلكها كأن تكون دابة فقتلها، أو ثوباً فأتلفه فهو ضامن لها بلا خلاف بين الفقهاء في الضمان، سواء عند من يقول بأنها مضمونة عليه أو من يقول بأنها أمانة، لأن من يقولون بأن يده عليها يد أمانة فهم يقولون أيضاً بتضمينه بالتعدي عليها كما يضمن المودع الدويعة بتعدي عليها.

وفي هذا يقول صاحب المغني: «إذا تعدي المرتهن في الرهن أو فرط في الحفظ للرهن الذي عنده حتي تلف فإنه يضمن، لا نعلم في وجوب الضمان عليه خلافاً»^(٢).

(١) هذا علي رأي من يقول بأن الرهن غير مضمون أما من يقول بأنه مضمون كالحنفية فإنه عندهم يسقط الدين بهلاك الرهن فيبطل القبض ولا يعود.

الحاوي للماوردي ٤٤/٦، المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٧٤/٤.

(٢) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٤٤٢/٤.

وإذا قلنا بوجوب الضمان عليه فإن كان الدين حالاً استوفى قدر دينه ورد الزائد، وإن كان مؤجلاً كانت القيمة أو المثل رهناً بالدين إلى وقت حلوله^(١).

ب- إذا تعدي الراهن على الرهن فأهلكه:

إذا تعدي الراهن على المرهون في يد المرتهن فأهلكه فإنه يضمن مثله إن كان له مثل وإلا ضمن له قيمته، وإنما قلنا بالضمان رغم أنه ملكه إلا أنه قد تعلق به حق الغير والضمان إنما هو لإبطال حق الغير من الوثيقة، فيدفع الراهن المثل أو القيمة فتكون رهناً إلى حلول أجل الدين، وينفك القبض في الأول بالهلاك ويتجدد في القيمة^(٢).

وكذلك إذا جني أجنبي على الرهن فهو مضمون عليه بمثله أو قيمته وتكون القيمة أو المثل رهناً بدلاً عن المرهون التالف، ويتجدد فيها القبض^(٣).

(١) بدائع الصنائع ١٦٣/٦، شرح فتح القدير والعناية ١١٥/٩.

(٢) بدائع الصنائع ١٦٣/٦ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٤٢/٣.

(٣) شرح فتح القدير والعناية ١١٤/٩-١١٥.

الفصل السابع الاختلاف في القبض

قد تحدث منازعات بين الراهن والمرتهن بسبب القبض، فقد يدعيه أحدهما وينكره الآخر، كما قد يدعي أحدهما أنه أقبض شيئاً غير الذي جاء به من هو علي يده ويريد رده، كما أنه قد يدعي أحدهما الإذن بالقبض عن الرهن ويدعي الآخر عدم الإذن وأنه غصبه منه، وغير ذلك مما قد يحدث بينهما اختلافات ومنازعات، ولهذا تكون الدراسة في هذا المبحث مشتملة على ما يأتي:

المبحث الأول: الاختلاف في أصل القبض.

المبحث الثاني: الاختلاف في غرض القبض.

المبحث الثالث: الاختلاف في رد المقبوض.

المبحث الأول الاختلاف في أصل القبض

قد يتفق الراهن والمرتهن على قيام عقد الرهن بينهما، ولكن يختلفان في القبض للمرهن فيدعيه الراهن ويقول أقبضتك المرهون وينكر المرتهن ذلك ويقول لم تقبضني شيئاً، فإن كان لأحدهما بينة على ما يدعيه عمل بها وترجح قوله على قول الآخر.

أما إذا لم يكن لأحدهما بينة كان القول قول المرتهن بأنه لم يقبض منه شيئاً، وإنما هلك الرهن في يد الراهن، لأن الأصل عدم القبض فيكون القول قول من يدعيه وهو المرتهن، وكذلك لأن الراهن يدعي على المرتهن دخول الرهن في ضمانه - على قول من يقول بضمان الرهن - والمرتهن ينكر ذلك^(١).

(١) بدائع الصنائع ١٧٤/٦ المبسوط للسرخسي ١٣٠/٢١، الشرح الصغير للدردير

٣٤٠/٣ حاشية الشيخ العدوي على الخرشي ٢٥٩/٥ - ٢٦٠ روضة الطالبين للنووي

٣٤٩/٣ كشف القناع عن متن الإقناع ٣٥٣، ٣.

وإذا ادعى المرتهن الإقباض للراهن وأنه هلك علي يده، وأنكر الراهن القبض وادعى أنه هلك علي يد المرتهن كان القول قول الراهن، لأن الراهن والمرتهن قد اتفقا علي دخول الرهن في ضمان المرتهن بقبضه للمرهون ثم المرتهن يدعي البراءة من الضمان والراهن ينكر ذلك فيكون القول قوله^(١).

فلو أقام كل واحد منهما بينة علي دعواه قدمت بينة الراهن أيضاً، لأنها تثبت استيفاء المرتهن الدين بضمانه المرهون التالف، وبينة المرتهن تنفي ذلك وبينة الإثبات مقدمة علي بينة النفي^(٢).

وأما إذا كان الرهن باقياً غير تالف، فإن كان الرهن بيد الراهن وادعى المرتهن الرهن وأنكر الراهن ذلك كان القول قول الراهن، لأن المرتهن يدعي حقاً له في العين التي بيد المالك والأصل عدم ذلك، فيكون القول قول المالك.

وإن كانت العين بيد المرتهن فادعى الراهن أنها رهن بدين له علي المرتهن فأنكر المرتهن ذلك كان القول قول المرتهن، لأن الرهن لا يلزم من جهة المرتهن فإذا سلمنا قيام الرهن فأنكر المرتهن أن تكون العين رهناً فإن إنكاره هذا لا يخرج عن كونه إبطالاً للرهن وهو يملكه، لأن حق إمساك العين له وقد أسقطه^(٣).

وإذا اتفق الراهن والمرتهن علي عقد الرهن وأنهما عينا عدلاً لقبض المرهون وأنهما أقبضاه ذلك الرهن، وأنكر العدل أن يكون قبض منهما، كان القول لهما ويلزم الرهن في حقهما، لأنهما العاقدان والحق لهما، ولا يلزم العدل

(١) هذا الخلاف يكون علي رأي من يقول بضمان المرهون، لأن علي رأي من يقول بأنه أمانة فالأمين لا يضمن، ويصدق في دعوي التلف، فلا فائدة من الخلاف عندهم.

(٢) بدائع الصنائع ١٧٤/٦، المبسوط للسرخسي ١٣٣/٢١.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٣٠/٢١ روضة الطالبين للنووي ٣٤٩/٣.

شيئاً وإنما يكون القول قوله في براءة نفسه عما يصفانه به، فلا يثبت في حقه القبض، بل يكون القول قوله في إنكاره في حق نفسه (١).
فإن كان هذا الرهن مشروطاً في عقد بيع لزم المتعاقدان العقد، ولم يكن للمرتهن حق في فسخه لإقراره بقبض الرهن، ولا للراهن الرجوع فيه لإقراره بالإقباض.

وإن أقر المرتهن والعدل بقبض الرهن، وأنكر الراهن الإقباض كان القول قول الراهن مع يمينه بالله ما أقبض، فإن كان الرهن باقياً فله أخذه ممن هو عنده، فإن كان مشروطاً في عقد بيع قيل له إما أن تقبضه فلا يثبت الخيار للمرتهن، وإما لا فيثبت له الحق في إمضاء عقد البيع وفسخه.
وإن كان الرهن تالفاً فله الرجوع بقيمته علي من شاء منهما العدل أو المرتهن، لأن كل واحد منهما مقر بقبضه، والراهن ينكر الإقباض عن جهة الرهن فيكون مقبوضاً علي وجه التعدي فيلزمهما ضمانه.

فإن رجع الراهن علي العدل وأغرمه قيمة الرهن لم يكن للعدل أن يرجع علي المرتهن، لأنه يعترف بأن الراهن ظلمه بتفريغه قيمة الرهن، ولا يرجع المظلوم علي غير من ظلمه، ولا خيار للمرتهن في فسخ عقد البيع، لأنه مقر بقبض ما شرطه من الرهن في عقد البيع.

وإن رجع الراهن علي المرتهن فأغرمه قيمة الرهن لم يكن للمرتهن أن يرجع علي العدل، لأنه يعترف بأنه أمين، والأمين لا يضمن، وأن الراهن ظالم، فإذا غرم المرتهن ثبت له حق الخيار بين فسخ عقد الرهن أو إمضائه، لأن الحكم عليه بغرم قيمة الرهن يعتبر حكم برد عقد الرهن وعدم الاعتراف بوجوده وهذا يثبت له حق الخيار، ولا يكون ماتقدم من إقراره بالقبض مانعاً من هذا الاختيار، وهذا بخلاف مالو غرم العدل، لأنه ليس فيه حكم برد الرهن.

(١) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٤/٤٤٨، المنتزع المختار ٣/٤٢١.

ولو أقر الراهن والعدل بقبض الرهن وأنكر المرتهن ذلك فإن كان الرهن باقياً لم يكن للخلاف فائدة ويقبضه الراهن، فإن امتنع من القبض حتى تلف سقط حقه في الخيار في عقد البيع.

وإن كان الرهن تالفاً فالقول قول المرتهن مع يمينه إنه ما قبض الرهن، لأنه منكر لما يدعيه الراهن من الإقباض، فإن حلف ثبت له الخيار بين إمضاء عقد البيع أو فسخه، لعدم قبضه الرهن المشروط فيه^(١).

وإن باع العدل الرهن وادعي إقباض الثمن فيما أن يدعي إقباض الثمن للراهن، أو للمرتهن، أولهما معاً:

أولاً: إذا ادعى العدل إقباض الثمن إلي الراهن:

إذا ادعى العدل إقباض الثمن إلي الراهن والحال أن المرتهن قد أذن له بدفع الثمن إلي الراهن والراهن مقر بالقبض فقد بريء العدل من مطالبتهما جميعاً، فأما براءته من مطالبة المرتهن فبسبب إذنه له بالدفع إلي الراهن، وأما الراهن فلأنه مقر بالقبض.

وأما إذا أقر المرتهن بالإذن للعدل في دفع الثمن إلي الراهن وأنكر الراهن القبض؛ بريء العدل من مطالبتهما جميعاً.

فأما المرتهن فبإذنه له بالدفع إلي الراهن، وأما الراهن فلأن قول العدل مقبول عليه في الدفع إليه، لأنه وكيل له وأمين عليه وقول الوكيل مقبول علي موكله بيمينه.

وأما إذا أقر الراهن بقبض الثمن من العدل وأنكر المرتهن الإذن للعدل في دفع الثمن إلي الراهن بريء العدل من مطالبة الراهن بإقراره بالقبض، ويكون مسئولاً عن الثمن للمرتهن، لعدم إذنه له في الدفع إلي الراهن والثمن حق المرتهن إلي قضاء الدين، ويكون من حق المرتهن مطالبة أيهما شاء العدل أو الراهن.

(١) الحاوي للماوردي ١٩١/٦.

فإن طالب الرهن وأقبضه بريء العدل والراهن جميعاً، وإن طالب العدل وأقبضه بريء العدل والراهن جميعاً، وكان من حق العدل الرجوع علي الراهن بما غرمه للمرتهن، لأنه غرمه بحق نيابته عنه ووكالته له. وأما إن أنكر الراهن القبض والمرتهن الإذن بريء العدل من مطالبة الراهن، لأن قوله عليه مقبول لأنه أمينه، وقول الأمين مقبول فيما يدعيه من الرد أو التلف أو الضياع، ولا يبري من مطالبة المرتهن لتصرفه بالدفع إلي الراهن بدون إذنه، ويكون للمرتهن حق الرجوع علي أيهما شاء ومطالبته بالثمن^(١).

ثانياً: إذا ادعى العدل إقباض الثمن إلي المرتهن:

إذا ادعى العدل تسليم الثمن إلي المرتهن فإما أن يكون هذا بإذن الراهن أولاً، وفي كل إما أن يقر المرتهن بالقبض أو ينكره. فإذا ادعى العدل إقباض الثمن إلي المرتهن وكان هذا بإذن الراهن فإن أقر المرتهن بالقبض فقد بريء العدل من مطالبتها جميعاً، أما الراهن فلاذنه للعدل بالدفع إلي المرتهن، وأما المرتهن فلاقراره بالقبض. وأما إذا أنكر المرتهن القبض فقد ذهب المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والقاضي وأبو الخطاب من الحنابلة^(٤) إلي أن القول قول المرتهن مع يمينه أنه لم يقبض، ولا يبرأ العدل من مطالبة المرتهن.

(١) الحاوي للماوردي ١٤٦/٦.

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة ص ٤١٦.

(٣) الحاوي للماوردي ١٤٦/٦.

(٤) المغني لابن قدامة مع الشرح ٣٩٦/٤.

وذهب الحنفية^(١) وبعض الحنابلة^(٢) إلى أنه يقبل قول العدل علي المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه، ولا يقبل قوله في إيجاب الضمان علي غيره، لأنه أمين فقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه كالمودع يدعي رد الوديعة، فإذا حلف العدل سقط عنه الضمان، ولم يثبت عن المرتهن أنه قبضه. وأما الراهن فإن كذبه في دفع الثمن إلي المرتهن لم يبرأ العدل من مطالبته، أيضاً، لأنه وإن كان أمينه إلا أنه يبرأ فيما يدعيه من التسليم إليه لافيما يدعيه من التسليم إلي غيره.

وأما إن صدقه في الدفع إلي المرتهن فإن كان الراهن حاضراً الدفع بريء العدل من مطالبته ولا يبرأ من مطالبة المرتهن.

وأما إن كان غائباً فقد ذهب بعض الفقهاء إلي براءته، من مطالبة الراهن بتسديقه بالدفع كما لو كان حاضراً، وذهب بعضهم إلي عدم براءته لأنه مفرط بترك الإشهاد علي الإقباض إلي المرتهن.

وأما إذا كان الراهن لم يأذن له في الدفع إلي المرتهن وادعي العدل الدفع إليه وأقر المرتهن بالقبض فقد بريء العدل من مطالبة المرتهن، وفي براءته من مطالبة الراهن وجهين:

الأول: يبرأ من مطالبة الراهن، لحصول الإبراء له من الدين بإقرار المرتهن بالقبض.

والثاني: لا يبرأ لأنه متعدد بدفع الثمن إلي المرتهن بدون إذن الراهن متطوع بالأداء، فلزمه الغرم بتعديده، ولم يسقط عنه بتطوعه كما لو تطوع بقضاء الدين من ماله الخاص فإنه لا يرجع علي الراهن به فكذلك هنا.

(١) المبسوط للرخسي ٨١/٢١.

(٢) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٣٩٦/٤.

وأما إذا أنكر المرتهن القبض كان القول قوله مع يمينه، ولا يبرأ العدل من مطالبتهما ويكون من حقهما الرجوع عليه أما الراهن فلعدم الإذن له بالدفع الذي يدعيه، وأما المرتهن فلإنكاره القبض، وإذا غرم الثمن لأحدهما لم يكن له حق الرجوع على الآخر، لأنه يعترف أنه ظلمه والمظلوم لا يرجع على غير من ظلمه^(١).

ثالثاً: إذا ادعى العدل إقباض الثمن إلى الراهن والمرتهن جميعاً:
إذا ادعى العدل تسليم الثمن إلى الراهن والمرتهن جميعاً فصدقاه في ذلك بريء العدل، وإن كذبا كان القول قول العدل فيما يدعيه على الراهن لأنه أمينه، ولا يبرأ من مطالبة المرتهن، ويثبت للمرتهن حق الرجوع على أيهما شاء العدل أو الراهن.

وإن أقر المرتهن بالقبض وأنكر الراهن كان القول قول العدل ويبرأ من مطالبتهما جميعاً، أما الراهن فلأن قول العدل عليه مصدق، وأما المرتهن فإقراره بالقبض من العدل، وإن أنكر المرتهن وأقر الراهن لم يبرأ العدل من مطالبة المرتهن، ويكون القول قوله ويثبت له حق الرجوع على أيهما شاء^(٢).
وإن ادعى العدل قبض الثمن وإقباضه إلى الراهن والمرتهن فأنكر الراهن والمرتهن أن يكونا قد قبض الثمن من المشتري فيه وجهان:

الأول: يقبل قول العدل لأنه أمين فهو مصدق فيما يدعيه من قبض الثمن.

الثاني: لا يقبل قوله لأن هذا إبراء للمشتري من الثمن فلا يقبل قوله فيه كما لو أبرأه من غير الثمن^(٣).

(١) الحاوي للماوردي ١٤٦/٦.

(٢) الحاوي للماوردي ١٤٧/٦.

(٣) المغني لابن قدامة والشرح الكبير ٤/٣٩٤-٤١٧.

المبحث الثاني الاختلاف في غرض القبض

إذا كانت عين مالية تحت يد رجل كسيارة مثلاً أو عبد فادعي من تحت يده العين أنه قبضها من مالكة عن جهة الرهن، لأن له عليه ديناً وقد أقبضه هذه العين عن الرهن فهي مرهونة عنده بهذا الدين.

وأنكر المالك ذلك وقال بل غصبها مني، كان القول قول المالك مع يمينه أنه مارهنه، لأن عقد الرهن لا يتم إلا بالقبض، فكان الخلف في القبض، خلفاً في أصل العقد، ولو اختلفا في عقد الرهن كان القول قول الراهن، وكذلك إذا اختلفا في القبض بعد العقد يجب أن يكون القول فيه قول الراهن وبهذا قال عامة الفقهاء (١).

وذهب بعض الشافعية إلى أنه يكون القول قول المرتهن لحصول اليد، لأنه لو اشترى داراً ثم وجدت الدار في يد المشتري فقال المشتري: أقبضنيها البائع، وقال البائع بعته ولم أقبضه ولكن غصبها مني، كان القول قول المشتري لحصول يده، وكذلك المستأجر إذا كانت الدار في يده، وقال أقبضنيها المؤجر، وقال المؤجر: بل غصبها مني، كان القول قول المستأجر لحصول يده، فكذلك يكون القول قول المرتهن في قبض المرهون لحصول يده (٢).

(١) المبسوط للسرخسي ١٣٠/٢١، الفتاوى الهندية ٤٩٢/٥ حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٢٥٨/٣، الخرشي علي مختصر خليل ٢٥٩/٥-٢٦٠، الكافي في فقه أهل المدينة ص ٤١٥-٤١٦، الشرح الصغير للدردير ٣٤٠/٣ المذهب للشيرازي ٣١٧/١ فتح العزيز مطبوع مع تكملة المجموع ١٧٨/١٠ حاشية بجيرمي علي الخطيب ٦٦/٣ كشاف القناع ٣٥٢/٣، المغني مع الشرح الكبير ٤٤٨/٤، المنتزع المختار ٣٢١/٣، الروضة البهية ٩٢/٤ شرح كتاب النيل ٣٩٧/١١.

(٢) روضة الطالبين للنووي ٣٥٣/٣.

الاعتراض علي هذا الدليل:

إن القياس هنا لا يصح لأنه قياس مع الفارق، وذلك لوجود الفرق بين القبض هنا والقبض في البيع والإجارة، لأن القبض في الرهن شرط في تمامه لا يصح أن يجبر عليه الراهن، فليست يد المرتهن علي المرهون دليلاً علي اختياره، والقبض في البيع والإجارة واجب يجبر البائع والمؤجر عليه فكانت يد المشتري والمستأجر دليلاً علي حصوله^(١).

وبهذا يتبين أن رأي جمهور الفقهاء هو الراجح.

وإن قال مالك العين المرهونة بعثتها بألف وقال من بيده العين بل هي رهن بها عندي كان القول قول كل واحد منهما فيما ينكره من العقد، فأما المالك فالقول قوله في نفي الرهنية، وأما من بيده العين فالقول قوله في نفي البيع، لأن الأصل عدم العقد فيكون القول قول من يدعيه فيتحالفا وترد العين إلي مالكتها^(٢).

وإن قال مالك العين أودعته أو أعرتكها أو أكرتها من فلان فأكرها منك وقال من بيده العين بل هي رهن عندي بدين لي عليك كان القول قول الراهن، لأن الأصل عدم اللزوم وعدم إذنه في القبض عن الرهن^(٣).
وذهب بعض الشافعية إلي أن القول قول المرتهن لأنهما اتفقا علي قبض مأذون فيه وأراد المالك أن يصرفه إلي جهة أخرى والظاهر خلافه لتقدم العقد المحوج إلي القبض^(٤).

(١) فتح العزيز مطبوع مع تكملة المجموع ١٧٨/١٠.

(٢) الأم للإمام الشافعي ٢٢٠/٣.

(٣) المهذب للشيرازي ٣١٧/١، المغني لابن قدامة مع الشرح ٤٤٨/٤.

(٤) الفتاوي الهندية ٤٩٢-٤٩٣، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٢٥٨/٣ فتح العزيز

مع تكملة المجموع ١٧٨/١٠ كشف القناع ٣٥٣/٣.

وأما إذا كان لرجل علي آخر مال فقال المدين للدائن أحلتك علي فلان فاقبضه منه، فقبضه منه ثم اختلفا فقد يدعي المحيل الوكالة في القبض وقد يدعي الحوالة.

أولاً: أن يدعي المحيل الوكالة في القبض:

إذا أحال المدين دائنه علي رجل آخر له عليه دين فقبض منه فقال المحيل: إنما قصدت أنك وكيل في قبض هذا المال فهو من حقي وهو لي في يدك، وقال المحتال: إنما أحلتني به وهو لي بما لي عليك ولست نائباً في قبضها عنك، ولا وكيلاً لك، وإنما قبضتها لنفسي بديني عليك ففيه مذهبان:

المذهب الأول:

القول قول المحيل لأنه يدعي بقاء الحق في الذمة، والأصل بقاءه فيكون القول قوله لموافقة دعواه للأصل المدعي به، ولأن المحتال يدعي انتقال الحق من الذمة والمحيل ينكر هذا الانتقال، فيكون القول قوله^(١). فإن كان المحتال لم يقبض لم يكن له أن يقبضها، لأن المحيل وإن كان مقرأ بوكالته له إلا أن المحتال ينكر هذه الوكالة. فإن خالف وقبضها فهل تكون من ضمانه أم لا؟ اختلف فيها إعتباراً للاختلاف هل هي حوالة فاسدة أم وكالة فاسدة.

(١) وإليه ذهب الحنفية والمالكية والمزني من الشافعية وبعض الحنابلة وبعض الزيدية، المبسوط للسرخس ٥٧/٢٠، حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٣/٣٢٩، الشرح الصغير ٣/٤٢٨ مختصر المزني مطبوع مع الأم للإمام الشافعي ٨/١٥٨-١٥٩، المهذب ١/٣٣٩ المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٥/٦٤، البحر الزخار ٦/٦٩.

فإن قيل إنها حوالة فاسدة كانت مضمونة عليه، وإن قيل: إنها وكالة فاسدة لم تكن مضمونة عليه.

وإن كان قد قبضها فقد برىء المحال عليه منها، لأنه دفعها عن إذن مالِكها.

فإن كانت باقية في يد المحتال كان للمحيل انتزاعها من يده، ولم يكن للمحتال منعه منها إلا أن لا يصل إلى حقه لمطله إلا بها، فيجوز له فيما بينه وبين الله تعالى أن يحبسها عليه ليستوفي حقه منها.

وإن كانت تالفة فقد برىء كل واحد منهما من صاحبه، ولا ضمان علي المحتال سواء تلف بتفريطه أو غيره، لأنه إن تلف بتفريط وكان المحتال محققاً فقد أُلِف ماله، وإن كان مبطلاً ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في ذمته له فيتقاصان ويسقطان، وإن تلف بغير تفريط فالمحال قد قبض حقه وتلف في يده وبرىء منه المحيل^(١).

المذهب الثاني:

القول قول المحتال لأن الظاهر معه فإن اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة، فيجب حمل اللفظ علي ظاهره كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما كان القول قول صاحب اليد لتقوية جانبه بظاهر الحال، فإن كان قد قبضها فقد برىء المحال عليه منها، وليس للمحيل أن يرجع بها سواء كانت تالفة أو باقية.

وإن لم يكن قد قبضها، فله أن يقبضها، لأن قول المحيل لم يقبل في إبطال الحوالة^(٢).

(١) المذهب ٣٣٩/١، روضة الطالبين للنووي ٤٧٠/٣، المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير

٦٤/٥ شرح منتهي الإرادات ٢٥٩/٢، البحر الزخار ٦٩/٦.

(٢) وإليه ذهب بعض المالكية وبعض الشافعية منهم القاضي حسين حيث نقل النووي أنه

قطع به، وبه قال أيضاً ابن سريج من الشافعية، وكذلك بعض الحنابلة، الشرح الصغير

٤٢٨/٣، روضة الطالبين للنووي ٤٧٠/٣، المغني لابن قدامة ٦٤/٥.

ثانياً: أن يدعى المحيل الحوالة في القبض:

وإن اختلفا فقال المحيل أحلتك بمالك علي، وقال المحتال بل أحلتني لأقبضه لك نيابة عنك فأنا وكيلك في القبض، وديني باق عليك، فقد اختلف الفقهاء فيها مذهبين كالمسألة السابقة.

المذهب الأول:

القول قول المحتال، لأن المحيل مدعي للبراءة من حقه فكان القول قول المحتال بيمينه، فإن حلف ولم يكن قد قبضها لم يجز له أن يقبضها ورجع بحقه علي المحيل وهل للمحيل أن يرجع بها علي المحتال عليه؟ علي وجهين:
الأول: لا يرجع عليه بها، لأنه بادعاء الحوالة معترف بها للمحتال، فلم يجز أن يرجع بحق قد اعترف به لغيره.

الثاني: له حق الرجوع بها عليه، لأن اعترافه بها للمحتال مشروط بسقوط حقه من ذمته، فلما لم يسقط من ذمته كان مال الحوالة باقياً علي ملكه فيرجع به.

وإن كان المحتال قد قبضها وكانت باقية فهي في الحكم علي ملك المحيل، ويقال للمحتال استوف حقه منها، لأن إدعاء المحيل أنه أحاله بها من حقه إذن منه بقبضها من حقه.

وإن كانت تالفة كان تلفها من مال المحيل، وحق المحتال باق في ذمة المحيل، وليس للمحيل أن يرجع بالحوالة علي المحتال عليه لأنه دفعها بإذنه^(١).

المذهب الثاني:

القول قول المحيل اعتباراً بظاهر اللفظ، فإن لم يكن قبض الحوالة فله أن يقبضها، ولا يكون إنكاره لها من قبل بمانع لقبضها من بعد، ويصير كالمبتديء لها بعد الخلاف.

وإن كان قد قبضها فقد استقرت وبريء المحيل منها سواء كانت باقية في يده أو تالفة^(٢).

(١) مغني المحتاج ١٩٨/٢ شرح منتهي الإرادات ٢٥٩/٢، البحر الزخار ٦٩/٦.

(٢) المهذب للشيرازي ٢٣٩/١، مغني المحتاج ١٩٨/٢، المغني لابن قدامة ٦٥/٥.

المبحث الثالث الاختلاف في رد المقبوض

إذا رهن رجل عند آخر عيناً في دين له عليه ثم أقبضه هذه العين، فلما حل أجل الدين وقضاه الدين طالب الراهن المرتهن برد العين التي هي محل الرهن، فقال المرتهن قد رددتها عليك فأنكر ذلك وقال لم تردها، كان القول قول الراهن في عدم الرد^(١) وذلك لما يأتي:

أولاً: أن الأصل بقاء الرهن بيد المرتهن وعدم رده فيكون القول قول من يدعيه وهو الراهن^(٢).

ثانياً: أن المرتهن يدعي رد العين المرهونة والراهن ينكر ذلك فيكون القول قوله^(٣).

ثالثاً: أن المرتهن قبض العين المرهونة لمنفعة نفسه وهي التوثق بها في وفاء دينه فلا يقبل قوله في الرد كالمستأجر^(٤).

وقد خرج بعض الحنابلة وجهاً آخر وهو أن يكون القول قول المرتهن قياساً على المضارب والوكيل بجعل^(٥).

ولكن يجاب عنه بأن قياس المرتهن على المضارب والوكيل بجعل قياس مع الفارق، وذلك لأن منفعة المرتهن في الرهن تكون بعينه، وأما منفعة المضارب والوكيل بجعل فليست بنفس العين، وإنما هو في المضارب يكون بالريح، وفي الوكالة بجعل يكون بالجعل، فلا يصح قياس الرهن عليهما^(٦).

(١) الشرح الصغير ٣/٣٣٨، المهذب ١/٣١٩، مغني المحتاج ٢/١٣٨، حاشية بجيرمي

علي الخطيب ٣/٦٥ المغني لابن قدامة والشرح الكبير ٤/٤٣٢، كشاف القناع

٣/٣٥٢، المنتزع المختار ٣/٤٢١، البحر الزخار ٥/١٢٤.

(٢) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٤/٤٤٦-٤/٤٣٢.

(٣) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٤/٤٤٦-٤/٤٣٢.

(٤) المهذب ١/٣١٩، حاشية البيجوري علي ابن القاسم ٢/٣٧٨، الروض المربع ص ٢٧٥.

(٥) وهو أبو الخطاب. المغني لابن قدامة مع الشرح ٤/٤٤٦.

(٦) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٤/٤٤٦-٤/٤٣٢.

الحاققة (١)

من خلال دراستي لهذا البحث، والاشتغال به، والطواف في جنباته، يتضح لي ما يأتي:

أولاً: أن القبض عبارة عن التخلي وهو التمكن من إثبات اليد، وذلك يكون بارتفاع الموانع منه .

ثانياً: يتم القبض بطريقة الأصالة، وهو أن يتولي العاقد القبض بنفسه لنفسه، وقد يتم بطريق النيابة ويكون بطريقة قبض الوكيل أو العدل أو يكون الشيء مقبوضاً بعقد آخر، فينوب هذا القبض عنه، ويشترط الشافعية أن يمر زمان يمكنه القبض فيه.

ثالثاً: لا بد أن يكون القابض أهلاً للتصرف في ماله، وكذلك المقبض، ولا بد من اعتبار إذن المقبض وإلا كان غصباً.

رابعاً: القبض شرط في لزوم عقد الرهن عند جمهور الفقهاء، ويرى المالكية أن عقد الرهن يلزم بمجرد الانعقاد، ويجبر الراهن علي إقباض الرهن.

خامساً: عقد الرهن يكون في مقابلة الدين، ويكون الشيء المرهون محبوساً بجميع الدين لا ينفك منه شيء إلا بانفكاك جميع الدين مالم يكن الرهن معيناً في أجزاء الدين فيتعلق المعين بالجزء المرهون فيه.

سادساً: ينتهي القبض باتفاق المتعاقدان علي فسخه، أو بانتهاء الدين أو هلاك المرهون.

سابعاً: إذا اختلف الراهن والمرتهن في أصل القبض والإقباض كان القول قول من ينكره، لأن الأصل عدمه.

فهرس أهم مصادر البحث

أولاً: القرآن وعلومه:

- ١- أحكام القرآن لابن العربي: طبع دار الكتب العلمية بيروت.
- ٢- أحكام القرآن للجصاص: طبع دار الفكر بيروت.
- ٣- أنواع التنزيل وأسرار التأويل: طبع دار الجيل بيروت.
- ٤- تفسير القرآن العظيم: للإمام الحافظ أبي الفداء إسماعيل بن كثير المتوفى ٧٧٤هـ طبع دار الأندلس بيروت.
- ٥- التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب: للرازي، طبع دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤١١هـ.
- ٦- الجامع لأحكام القرآن: لأبي عبدالله محمد بن أحمد القرطبي المتوفى ٦٧١هـ طبع دار الكتب العلمية بيروت.
- ٧- مجاز القرآن: لأبي عبيدة معمر بن المثنى التميمي طبع دار غريب.
- ٨- المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم: بحاشية المصحف الشريف وضعه محمد فؤاد عبدالباقي طبع دار الحديث - القاهرة.

ثانياً: مصادر الحديث وعلومه:

- ١- سبل السلام: شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني - المكتبة العصرية صيدا - بيروت.
- ٢- السنن الكبرى: للإمام المحدث أبي بكر بن الحسين البيهقي المتوفى ٤٥٨هـ طبع مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد - الهند.
- ٣- سنن النسائي: ومعه حاشية الإمام السندي - طبع دار الكتب العلمية بيروت.
- ٤- صحيح البخاري: طبع دار الكتب العلمية بيروت - لبنان الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.
- ٥- صحيح مسلم: طبع دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي ١٣٣٦هـ - ١٩٨٨م.
- ٦- المستدرک على الصحيحين: للإمام الحافظ أبي عبدالله الحاكم النيسابوري طبع دار المعرفة بيروت.

- ٧- مسند الإمام أحمد: طبع المكتب الإسلامي.
- ٨- نبيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار: طبع دار الحديث بمصر.

ثالثاً: مصادر اللغة:

- ١- بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز: تأليف محمد بن يعقوب الفيروز آبادي المتوفى ٨١٧هـ- طبع المجلس العلمي الأعلى للشئون الإسلامية.
- ٢- تصحيح التنبيه: للإمام النووي مطبوع بهامش التنبيه للشيرازي- مصطفى البابي الحلبي.
- ٣- الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي: لأبي منصور محمد بن أحمد بن الأزهر بن طلحة الهروي المتوفى ٣٧٠هـ مطبوع مع مقدمة كتاب الحاوي للماوردي طبع دار الكتب العلمية بيروت.
- ٤- الصحاح في اللغة والعلوم: معجم وسيط تجديد صحاح العلامة الجوهري تقديم الشيخ عبدالله العلابلي- طبع دار الحضارة العربية بيروت الطبعة الأولى ١٩٧٥م.
- ٥- القاموس المحيط: محمد بن يعقوب الفيروز آبادي المتوفى ٨١٧هـ طبع مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
- ٦- لسان العرب: لمحمد بن مكرم بن علي جمال الدين بن منظور المتوفى ٧١١هـ.
- ٧- مختار الصحاح: للإمام محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي طبع المطبعة الأميرية بالقاهرة.
- ٨- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: العلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ المتوفى ٧٧٠- طبع المطبعة الأميرية.
- ٩- النظم المستعذب في شرح غريب المذهب: للعلامة محمد بن أحمد بن بطلال الركي مطبوع بأسفل المذهب للشيرازي- طبع مطبعة عيسى الحلبي.

رابعاً: مصادر الفقه:

- ١- مصادر الفقه الحنفي:
١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: للعلامة زين الدين ابن نجيم الحنفي -
طبع دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
- ٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: تأليف علاء الدين أبي بكر بن
مسعود الكاساني الحنفي المتوفى سنة ٥٨٧هـ - طبع دار
الكتب العلمية بيروت.
- ٣- البناية شرح الهداية: لأبي محمد محمود بن أحمد العيني - طبع دار
الفكر بيروت.
- ٤- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: تأليف فخر الدين عثمان بن علي
الزيلعي المتوفى ٨٢٤هـ طبع المطبعة الأميرية ببغداد.
- ٥- درر الحكام شرح مجلة الأحكام: تأليف علي حيدر - طبع دار الجيل
بيروت.
- ٦- الدر المختار شرح تنوير الأبصار: لإبراهيم بن أحمد بن علي الحنفكي
المتوفى سنة ١٠٨٨هـ بهامش رد المحتار على الدر المختار طبع
مصطفى الحلبي.
- ٧- رد المحتار على الدر المختار تنوير الأبصار: لمحمد أمين الشهير بابن
عابدين المتوفى ١٢٥٢هـ طبع مطبعة مصطفى الحلبي.
- ٨- شرح فتح القدير: تأليف الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن
عبد الحميد السيواس المعروف بابن الهمام المتوفى ٨٦١م طبع
دار إحياء التراث العربي بيروت.
- ٩- العناية شرح الهداية: للإمام محمد بن محمود البابرقي المتوفى ٧٨٦هـ
بهامش شرح فتح القدير دار إحياء التراث العربي بيروت.
- ١٠- الفتاوى الهندية: للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند طبع المطبعة
الأميرية ببغداد.
- ١١- المبسوط: لشمس الدين أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي المتوفى ٤٩٠هـ
- طبع دار المعرفة بيروت.

- ١٢- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: تأليف عبدالله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بدماد أفندي نشر دار إحياء التراث العربي بيروت.
- ١٣- مجمع الضمانات: تأليف العلامة أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي طبع عالم الكتب بيروت.
- ١٤- معين الحكام فيما يتردد على الخصمين من الأحكام: تأليف الإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي طبع مطبعة مصطفى الحلبي.
- ١٥- منحة الخالق على البحر الرائق: للسيد محمد أمين الشهير بابن عابدين مطبوع بهامش البحر الرائق نشر دار الكتاب الإسلامي.
- ١٦- الهداية بشرح بداية المبتدئ: لعلي بن عبد الجليل أبي بكر المرغيناني المتوفى ٥٩٣هـ مطبوع مع شرح فتح القدير طبع دار إحياء التراث العربي بيروت.
- ٢- مصادر الفقه المالكي:
- ١- الإشراف على مسائل الخلاف: للقاضي عبدالوهاب بن علي ابن نصر البغدادي المتوفى ٤٢٢هـ مطبعة الإرادة- مكتبة الحرم المكي- السعودية.
- ٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: للإمام أبي الوليد محمد ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الرطبي المعروف بابن رشد الحفيد، مطبعة حسان بالقاهرة.
- ٣- التاج والإكليل في شرح مختصر خليل: لمحمد بن يوسف العبدري المعروف بالموافق المتوفى سنة ٨٩٧هـ بهامش مواهب الجليل للحطاب طبع دار الفكر بيروت.
- ٤- حاشية البناني على شرح الزرقاني: للشيخ محمد البناني طبع دار الفكر بيروت.
- ٥- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للعالم شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي وبهامشه الشرح الكبير طبع دار إحياء الكتب العربية.

- ٦- حاشية الصاوي على الشرح الصغير: تأليف الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي طبع دار المعارف المصرية.
- ٧- حاشية العدوي على الخرشى على مختصر خليل: للشيخ على الصعدي العدوي المتوفى ١٩٨٩هـ طبع دار صادر بيروت.
- ٨- الخرشى على مختصر خليل: لأبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالله الخرشى المتوفى ١١٠٣هـ طبع دار صادر بيروت.
- ٩- الشرح الصغير على أقرب المسالك على مذهب الإمام مالك: تأليف العلامة أبي البركات أحمد بن محمد الدردير طبع دار المعارف المصرية.
- ١٠- الشرح الكبير على مختصر خليل: لأبي البركات سيدي أحمد الدردير طبع دار إحياء الكتب العربية.
- ١١- القوانين الفقهية: لأبي القاسم محمد بن أحمد المعروف بابن جزى المتوفى سنة ٧٤١هـ، طبع مكتبة النهضة بتونس.
- ١٢- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: تأليف أبي عمر يوسف بن عبدالله بن عبدالبر القرطبي طبع دار الكتب العلمية بيروت.
- ١٣- المدونة الكبرى: لإمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس الأصبحي، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبدالرحمن بن القاسم العتقي مطبعة السعادة.
- ١٤- المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس: تأليف القاضي عبدالوهاب البغدادي المتوفى ٤٢٢هـ- طبع دار الفكر- بيروت لبنان.
- ١٥- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك: تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي الأندلسي المتوفى سنة ٤٩٤هـ طبع مطبعة السعادة.
- ١٦- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: لأبي عبدالله محمد بن عبدالرحمن المغربي المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤هـ طبع دار الفكر بيروت.

٣- مصادر الفقه الشافعي:

١- الأم، للإمام محمد بن أدریس الشافعی المتوفى سنة ٢٠٤هـ - نشر دار الفد العربی.

٢- حاشية بيجرمي على الخطيب؛ للشيخ سليمان البجيرى على شرح الخطيب المعروف بالإقناع فى حل ألفاظ أبى الشجاع للشيخ محمد الشربيني الخطيب، طبع مطبعة مصطفى الحلبي.

٣- حاشية الشرقاوى على التحرير؛ للشيخ عبدالله بن حجازى ابن إبراهيم الشافعى الأزهرى الشهير بالشرقاوى المتوفى سنة ١٢٢٦هـ على شرح التحرير للشيخ زكريا الأنصارى طبع مطبعة مصطفى الحلبي.

٤- الحاوى الكبير فى فقه الإمام الشافعى؛ وهو شرح مختصر المزنى تصنيف أبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى - طبع دار الكتب العلمية بيروت.

٥- رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة: تأليف أبى عبدالله محمد بن عبدالرحمن الدمشقى العثمانى طبع مطبعة مصطفى الحلبي .

٦- روضة الطالبين: للإمام أبى زكريا يحيى بن شرف النووى الدمشقى المتوفى سنة ٦٧٦هـ - طبع دار الكتب العلمية بيروت.

٧- شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين: للنووى بهامش قليوبى وعميرة طبع مطبعة دار إحياء الكتب العربية.

٨- فتح العزيز شرح الوجيز: لأبى القاسم عبدالكريم بن محمد الرافعى المتوفى سنة ٦٢٣هـ - طبع دار الفكر بيروت - مطبوع بأسفل المجموع.

٩- قليوبى وعميرة حاشيتا الإمامين المحققين المدققين: الشيخ شهاب الدين القليوبى، والشيخ عميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووى طبع دار إحياء الكتب العربية.

١٠- مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: شرح الشيخ محمد الشربيني الخطيب على متن المنهاج للنووى طبع مطبعة مصطفى الحلبي.

١١- المذهب في فقه الإمام الشافعي: للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الفيروز آبادي طبع دار إحياء الكتب العربية.

٢- مصادر الفقه الحنبلي:

١- الروض المربع للبهوتي بشرح زاد المستقنع: لأبي النجا الحجاوي- نشر دار التراث بالقاهرة.

٢- الشرح الكبير على متن المقنع: تأليف الشيخ الإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢هـ طبع دار الكتاب العربي بيروت.

٣- شرح منتهى الإرادات المسمى: دقائق أولى النهى، شرح المنتهى، للشيخ العامة منصور بن إدريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١هـ طبع دار الفكر بيروت.

٤- كشف القناع عن متن الإقناع: للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي طبع مطبعة عالم الكتب بيروت.

٥- المغنى على مختصر الخرقي: تأليف الشيخ العلامة موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠هـ على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقي المتوفى سنة ٣٣٤هـ طبع دار الكتاب العربي بيروت.

٥- مصادر الفقه الظاهري:

١- المحلى: تصنيف الإمام الجليل المحدث الفقيه أبي محمد علي بن أحمد بن عبد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦هـ- طبع دار التراث.

٦- مصادر الفقه الزيدي:

١- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار: لأحمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠هـ نشر دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة.

٢- السبل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: لشيخ الإسلام محمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠هـ- طبع المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.

٣- المنتزع المختار من الفيث المدرار المفتح لكثائم الأزهار: لأبي الحسن عبدالله بن مفتاح طبع مطبعة المعاهد العلمية ١٣٤١هـ.

٧- مصادر الفقه الأصاغر:

١- كتاب الخلاف: تأليف شيخ الطائف أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي المتوفى سنة ٤٦٠هـ- طبع شركة دار المعارف الإسلامية طهران.

٢- جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام: للشيخ محمد حسن النجفي المتوفى سنة ١٢٦٦هـ، طبع دار العالم الإسلامي بيروت.

٣- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية: للشهيد زين الدين الجبعي العاملي المتوفى سنة ٩٦٥هـ- طبع دار العالم الإسلامي بيروت.

خامساً: مصادر عامة:

١- الإجماع: لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري الشافعي المتوفى سنة ٣١٨هـ- طبع دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.

٢- الإشراف على مذاهب العلم: لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري الشافعي المتوفى ٣١٨هـ- دار الفكر.

٣- التعريفات: للسيد الشريف علي بن محمد بن علي السيد الزين أبي الحسن الحسيني الجرجاني الحنفي المتوفى سنة ٨١٦هـ- مطبعة مصطفى الحلبي.

٤- الفقه على المذاهب الأربعة: لعبد الرحمن الجزيري دار الكتب العلمية- بيروت.

٥- مختصر أحكام المعاملات الشرعية: للشيخ علي الخفيف طبع مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٧٤هـ- ١٩٥٤م.

٦- المذاهب الفقهية في الرهن والشفعة: للأستاذ الدكتور إبراهيم الشهاوي طبع سنة ١٩٦٥م.

٧- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: للدكتور أحمد فراج حسين أستاذ الشريعة الإسلامية طبع دار الكتب الجامعية ١٩٨٧م.

- ٨- نظرية الملك والعقد في الفقه الإسلامي مع مدخل لدراسة الفقه
فلسفته: دراسة مقارنة للدكتور محمد يوسف موسى طبع دار
الفكر العربي سنة ١٩٨٧.
- ٩- الإصابة في تمييز الصحابة: للإمام شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد
بن علي الكنانى العسقلانى الشافعى المعروف بابن حجر
المتوفى سنة ٨٥٢هـ نشر دار الكتاب العربى بيروت.
- ١٠- الاعلام: تأليف خير الدين الزركلى طبع دار العلم للملايين، الطبعة
التاسعة ١٩٩٠م.
- ١١- تهذيب التهذيب: لأبى الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلانى المتوفى
سنة ٨٥٢هـ - طبع مطبعة دار صادر بيروت.
- ١٢- سير أعلام النبلاء: تأليف الإمام شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي
المتوفى سنة ٧٤٨هـ، طبع مؤسسة الرسالة بيروت.
- ١٣- شذرات الذهب في أخبار من ذهب: للمؤرخ الفقيه عبد الحمى ابن عماد
الحنبل المتوفى سنة ١٠٨٩هـ - طبعة دار الفكر - بيروت.
- ١٤- الكامل في ضعفاء الرجال: للإمام الحافظ أحمد بن عبدالله بن عدى
الجرجاني المتوفى سنة ٣٦٥هـ الفكر الطبعة.
- ١٥- لسان الميزان: للإمام الحافظ شهاب الدين أبى الفضل ابن حجر
العسقلانى المتوفى ٨٥٢هـ - طبع دار الفكر بيروت.
- ١٦- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: لأبى العباس أحمد بن محمد
بن أبى بكر بن خلكان المتوفى ٦٨١هـ - طبع دار صادر
بيروت.

هذا بالإضافة إلى مصادر ذكرت في صفحاتها خلال البحث.