توثيــق الديــن بــالــرهــن

دراسة فقهية مقارنة بالقانون الكويتي

إعداد الدكتور:

أحمــد سعــود فهيد المرشــاد

مدرس منتدب في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

وكيل مركز دار القرآن الكريم العارضية، إدارة الدراسات الإسلامية وعلوم القرآن

وزارة الأوقاف الكويتية.

البريد الإلكتروني: m m.mostafa@Yahoo.com

الملخص

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين نبينا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وأصحابه أجمعين والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين أما بعد:

لقد حرصت الشريعة الإسلامية على توثيق الديون للمصالح الكثيرة الناتجة عنه، فإن في التوثيق صـيانة للأموال من أن تكون عرضـة للضـياع بإنكارها، وعدم التمكن من إثباتها. وفي التوثيق أيضـًا قطع المنازعة بين المتعاملين، ذلك أن الزمن كفيل بنسـيان أحد الأطراف مقدار الدين فيكون إنكاره للحق لا جحودا، ولكن نسـيانا، وهذا موجب للنزاع ووجود التوثيق يمنع كل ذلك غالبا؛ لأنهما يرجعان إليه، فيعرفان الحق من الباطل. وجاء هذا البحث لدراسـة حالات توثيق القرض بالرهن أثناء العقد وبعده، ودراستها دراسة فقهية مقارنة بالقانون الكويتي، فقمت بشـرح المسـائل شـرحًا مبسـطًا ووافيًا، وبينت أقوال الفقهاء وذكرت أدلتهم، وعزوتها إلى مصـادرها الفقهية، مع ذكر وجه الدلالة، ومناقشـتها، ثم أقارن بين القانون الكويتي وأقوال الفقهاء وأحدد مواضع الاتفاق ومواضع الاختلاف.

الكلمات المفتاحية: الرهن – الدين – التوثيق – صـيانة الأموال– الجحود – القرض –القانون الكويتي.

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية

Registration of Debts by Mortgage
A Jurisprudential Study in Comparison with the Kuwaiti Law

By: Ahmed Saud Fehaid Al-Mershad
Ph.D in Comparative Jurisprudence and its Fundamentals
College of Sharia and Islamic Studies
Kuwait University
e.mail: m m.mostafa@Yahoo.com

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية

Abstract

The Islamic *Sharia* is keen to register debts for the numerous resultant benefits. Registering debts also prevents funds from waste by repudiation or inability to retrieve them. In addition, registration of debts blocks the way before any disputes in between the involved parties since time may influence a party to the extent that he forgets the amount of debt something which entails going back to the registered debt as a must to know the truth. Therefore, this research is designed to study certain cases of debt registration by mortgage during and after the contract. Those cases are studied jurisprudentially in comparison with the Kuwaiti law. The researcher introduces a simplified explanation of the cases referring to the statements of the jurists and their clues stressing the aspects of reference through discussion and comparison with the Kuwaiti law. He also highlights the similar aspects as well as the different ones.

Key words: mortgage, debt, registration, protecting funds, repudiation, loan, Kuwaiti law.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين نبينا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وأصحابه أجمعين والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين أما بعد:

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية

فإن فقه الشريعة الإسلامية فقه عام وشامل يتعلق في كل نواحي الحياة البشرية بما يفي بمصالح البشر، ويتكفل بتحقيق الخير والاستقرار لجميع أفراد المجتمع، يأمن معها كل ذي حق على حقه، ومن مظاهر عناية الشريعة الإسلامية بالمجتمع، وقطعاً للنزاع بين أفراده، والمحافظة على الروابط والعلاقات الأخوية والمجتمعية، تولت الشريعة الإسلامية تشريع الأحكام الخاصة بتوثيق الديون بالرهن، ووضعت لها الأحكام والقواعد والضوابط.

قال الله تعالي: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلاَ يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللّهَ رَبَّهُ وَلاَ يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء أَن تَضِلَّ إْحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرى»(١)

وعن عائشة رضي الله عنها: أن النبي صلى الله عليه وسلم « اشترى من يهودي طعاما إلى أجل، ورهنه درعه »(٢)

---

(١) سورة البقرة، الآية ٢٨٢.

(٢) أخرجه البخاري كتاب الرهن، باب من رهن درعه رقم (٢٥٠٩).

ولقد حرص المختصون على صياغة أحكام الرهن على هيئة مواد قانونية، لتكون قانوناً يسير عليه القضاة في الحكم في كل ما يتعلق بأحكام الرهن.

وستكون الدراسة فقهية قانونية مقارنة مع القانون الكويتي تتضمن شرح المسائل شرحاً مبسطاً ووافياً، مع ذكر أقوال الفقهاء وذكرت أدلتهم، وعزوتها إلى مصادرها الفقهية، وبيان وجه الدلالة، ومناقشتها، ثم المقارنة بين القانون الكويتي وأقوال الفقهاء وتحديد مواضع الاتفاق ومواضع الاختلاف.

خطة البحث:

- **المقدمة:** وفيها بينت أهمية الموضوع وخطة البحث ومنهج البحث.

التمهيد: وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف مفردات العنوان:

المطلب الأول: تعريف التوثيق:

المطلب الثاني: تعريف الدين:

المطلب الثالث: تعريف الرهن:

المبحث الثاني: حكم عقد الرهن:

المبحث الثالث: التوثيق بالرهن مع عقد الدين:

المطلب الأول: حكم التوثيق بالرهن مع عقد الدين:

المطلب الثاني: التوثيق بالرهن مع عقد الدين في القانون الكويتي:

المطلب الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.

المطلب الرابع: اشتراط القبض للزوم الرهن:

المبحث الرابع: التوثيق بالرهن بعد تمام عقد الدين:

المطلب الأول: حكم التوثيق بالرهن بعد تمام عقد الدين:

المطلب الثاني: عقد الرهن بعد ثبوت الدين في القانون الكويتي:

المبحث الخامس: أثر القبض في عقد الرهن:

المطلب الأول: القبض في عقد الرهن في الفقه:

المطلب الثاني: القبض في عقد الرهن في القانون الكويتي:

المبحث السادس: اشتراط استدامة القبض:

المطلب الأول: الحكم في اشتراط استدامة القبض:

المطلب الثاني: الحكم في اشتراط استدامة القبض في القانون الكويتي:

المطلب الثالث: الموازنـــة بين أقول الفقهاء والقانون الكويتي:

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية

- **خاتمة:** ذكرت فيها أهم نتائج البحث.
- فهرس المصادر والمراجع.
- فهرس الآيات.
- فهرس الأحاديث.
- فهرس الموضوعات.

منهجي في البحث:

- أقوم بعزو الآيات بذكر السورة ورقم الآية.
- أقـــوم بتخـــريج الأحاديـــث مـــن مظانهـــا فـــإن كـــان في الصـــحيحين أو أحـــدهما اكتفى بعزو إليهما وإلا عزوته لمخرجه.
- عزو المسائل الفقهية إلى كتب المذاهب الأربعة والمذهب الظاهري.
- أقوم ببيان صورة المسألة عند الحاجة ثم أحرر محل النزاع.
- أذكر الأقوال في المسألة مع نسبتها ثم أبين دليل كل قول.
- أقوم بالترجيح وأذكر سبب الترجيح.

المبحث الأول

تعريف مفردات العنوان

المطلب الأول: تعريف التوثيق:

الفرع الأول: تعريف التوثيق في اللغة:

التوثيق له عدة معان في اللغة أهمها:

الأول: الإحكام، والتقوية: يقال: وثق الشيء إذا أحكم ويقال: وثق الأمر توثيقا: أحكمه وقواه، فهو وثيق أي ثابت محكم.

الثاني: الشد والربط والإلزام: فالتوثيق مصدر وثق الشيء إذا شده وربطه لأنها تربط المتعاقدين، أو من ألزم نفسه ما يلزمه ومنه سمي الحبل والقيد وثاقا[١].

الفرع الثاني: تعريف التوثيق في الاصطلاح:

هو: ما يزداد به الدين وكادة[٢].

وفي تعريف آخر: هو مجموعة من الوسائل التي تؤدي إلى استيفاء الحق عند تعذره من المدين أو إثباته في ذمته عند الإنكار[٣].

المطلب الثاني: تعريف الدين:

الفرع الأول: تعريف الدين في اللغة:

الدين واحد الديون. تقول: دنت الرجل أقرضته، فهو مدين ومديون، ودان فلان يدين دينا: استقرض وصار عليه دين، فهو دائن، ورجل مديون: كثر ما عليه من الدين، ومديان، إذا كان عادته أن يأخذ بالدين ويستقرض، وأدان فلان إدانة، إذا باع من القوم إلى أجل فصار له عليهم

---

(١) لسان العرب ١٠/ ٣٧١، معجم مقايس اللغة ٦ / ٨٥.

(٢) أحكام القرآن للكيا هراسي ١/ ٤٢١.

(٣) مجلة البحث العلمي والتراث الإسلامي العدد (٦/ ٤١-٤٢)، بواسطة كتاب توثيق الديون للدكتور الهليل.

دين[١].

قال ابن فارس «الدال والياء والنون أصـل واحد إليه يرجع فروعه كلها. وهو جنس من الانقياد، والذل. فالدين: الطاعة، يقال دان له يدين دينا، إذا أصحب وانقاد وطاع. وقوم دين، أي مطيعون منقادون»[٢].

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية

الفرع الثاني: تعريف الدين في الاصطلاح:

اختلفت الفقهاء في تعريف الدين؛ تبعًا لاختلافهم في بعض أحكامه:

التعريف الأول: الدين ما يثبت في الذمة بدلاً عن شيء آخر[٣].

وبه قال الحنفية، فالمال الذي يثبت في الذمة دون أن يقابله شـيء آخر بدلاً عنه لا يكون دينـًا عندهم، لذا لم يجعلوا ما ثبت حقا لله من دون مقابل كالزكاة دينـًا.

ولذلك جاء في تبيين الحقائق « الزكاة ليست بدلاً عن شيء آخر، فلا تكون دينـًا»[٤]

التعريف الثاني: هو كل ما ثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته[٥].

وبه قال الجمهور، وعلى هذا القول فكل ما ثبت في الذمة فهو دين، فيدخل فيه ما ثبت في مقابل عين مالية، أو منفعة، أو ما ثبت حقـًا لله من دون مقابل كالزكاة ونحوها.

التعريف المختار:

هو تعريف جمهور الفقهاء، لأن ما ثبت في الذمة من مال سـواءً كان بدلاً عن شـيء آخر أو لم يكن بدلاً عن شـيء آخر فحكمه واحد في الثبوت في الذمة، ووجوب الأداء، فلا يخرج عن

---

(١) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ٥/ ٢١١٧.

(٢) مجمل مقاييس اللغة ٢/ ٣١٩.

(٣) مجلة الأحكام العدلية (المادة ١٥٨) ١/ ٣٣، رد المحتار على الدر المختار ٣/ ١٤٩، حاشية الشبلي على تبين الحقائق ٤/ ١٦٥.

(٤) حاشية الشبلي على تبين الحقائق ٤/ ١٦٥.

(٥) القوانين الفقهية ص٧١، نهاية المحتاج ٣/ ١٣٢، المغني ٣/ ٢٤٣.

مسمى الدين.

المطلب الثالث: تعريف الرهن:

الفرع الأول: تعريف الرهن في اللغة:

قال ابنُ فارس: "الراء والهاء والنون أصلٌ يدل على ثبات يُمسك بحق أو غيره، وكذلك يأتي بمعنى: الحبس، رهن الشيءَ بمعنى حبسَه" (١).

للرهن في اللغة عدة معان، من أهمها:

- الثبات والدوام: يقال: نعمة راهنة، أي: دائمة.

- الحبس: يقال: رهنت المتاع بالدين رهنًا، أي: حبسته فهو مرهونٌ.

قال تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ [المدثر: ٣٨]، وقال تعالى: ﴿كل امرئ بما كسب رهين﴾ [الطور: ٢١]، أي: محبوسة بكسبها وعملها.

- العين المرهونة: التي وضعت عند المرتهن مقابل ما أخذه الراهن منه(٢).

الفرع الثاني: تعريف الرهن في الاصطلاح:

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الرهن:

فعرفه الحنفية: حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤه منه، كلًا أو بعضًا(٣)، كالدَيْن حقيقةً أو حكمًا (٤).

وعرفه المالكية: بذل من له البيع ما يباع أو غررًا، ولو اشترط في العقد وثيقة بحق(٥).

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/ ٤٥٢.

(٢) لسان العرب لابن منظور (١٣/ ١٨٨)، وتهذيب اللغة للأزهري (٦/ ١٤٧)، والقاموس المحيط للفيروزآبادي (١/ ١٥٥١).

(٣) الدر المختار للحصكفي، ومعه رد المحتار (١٠/ ٦٨).

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر (٢/ ٥٣).

(٥) مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٥/ ٢)، وحاشية الخرشي على مختصر خليل (٥/ ٢٣٦)، والتاج والإكليل لمختصر خليل (٥/ ٢).

وعرفه الشافعية: جعل عين مال وثيقة بِدَيْنٍ يستوفى منها عند تعذرِ وفائِه(١).

وعرفه الحنابلة: المال الذي يجعل وثيقة بالدين يستوفى منه ثمنه إن تعذرَ استيفاؤه ممن هو عليه(٢).

بالنظر إلى تعريفات الفقهاء للرهن نجد أنها متقاربة ومدارها على ما وضع عند المرتهن مقابل ما أخذه الراهن منه.

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية

التعريف المختار للرهن:

هو عقدٌ مِن جائز التصرف يقتضي توثيقَ دَيْنٍ ماليٍّ لازم، أو عين مالية مضمونة بدين مالي لازم – على من هو عليه – أو عين مالية مضمونة، يمكن استيفاؤه منها أو من ثمنها، كله أو بعضه، عند تعذر الوفاء(٣).

المبحث الثاني

حكم عقد الرهن

الرهن جائز بالكتاب والسنة والإجماع.

قال تعالى: (وَإِنْ كُنتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ)(٤).

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: (أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اشْتَرَى طَعَامًا مِنْ يَهُودِيٍّ إِلَى أَجَلٍ وَرَهَنَهُ دِرْعًا مِنْ حَدِيدٍ)(٥).

وأجمع العلماء على جواز الرهن في الجملة وأنه ليس بواجب(٦).

---

(١) مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١٢١)، ونهاية المحتاج للرملي (٤/ ٢٣٤)، وحاشية البجيرمي على منهج الطلاب (٢/ ٤٦٨).

(٢) المعني لابن قدامة (٤/ ٢١٥).

(٣) الرهن في الفقه الإسلامي – مبارك الدعيلج (ص ٤٩).

(٤) البقرة ٢٨٣.

(٥) رواه البخاري (٢٠٦٨) ومسلم (١٦٠٣)

(٦) المغني (٤/ ٢١٥)، بدائع الصنائع (٦/ ١٤٥)، مواهب الجليل (٥/ ٢).

قال ابن قدامة: "الرَّهْنُ غَيْرُ وَاجِبٍ لَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالِفًا لِأَنَّهُ وَثِيقَةٌ بِالدَّيْنِ، فَلَمْ يَجِبْ كَالضَّمَانِ وَالْكِتَابَةِ ، وَقَوْل اللهِ تَعَالَى : { فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ} إرْشَادٌ لَنَا لاَ إيجَابٌ عَلَيْنَا ، بِدَلِيل قَوْله تَعَالَى : {فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ} وَلِأَنَّهُ أَمَرَ بِهِ عِنْدَ إعْوَازِ الْكِتَابَةِ ، وَالْكِتَابَةُ غَيْرُ وَاجِبَةٍ ، فَكَذَا بَدَلُهَا" (١).

المبحث الثالث

التوثيق بالرهن مع عقد الدين

المطلب الأول: حكم التوثيق بالرهن مع عقد الدين:

إذا تم عقد الرهن مع عقد الدين الذي كان سببا له، كأن يقول بعت كذا بخمسة دنانير إلى شهر وترهنني توثيقا للدين كذا من الأعيان، فيقول المشتري قبلت.

أختلف الفقهاء في حكم الرهن في هذه الحالة إلى قولين:

القول الأول: يصح التوثيق بالرهن في هذه الحالة عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية(٢).

ووجه ذلك أن الحاجة تدعو إلى إشتراطه حال ثبوت دين الاستقراض فإن لم ينعقد الرهن مع ثبوت عقد الاستدانة ويشترط فيه لم يتمكن من إلزام المستقرض عقده(٣).

٢- لأن كل وثيقة صحت بعد ثبوت الدين صحت مع ثبوت الدين كالشهادة(٤).

---

(١) المغني (٤/ ٢١٥)

(٢) المرغناني، الهداية شرح البداية مع تكملة فتح القدير ، ج١٠ ، ص ١٣٥ الدسوقي الشرح الكبير هامش حاشية الدسوقي ج٣ ص ٢٥٣ الشيرازي المهذب ج١ ص ٤٠٣ ابن قدامه المغني ج٤ ص ٢٤٦ ، ابن حزم المحلي ج٨ ص١٠١.

(٣) ابن قدامه المغني ج٤ ص ٢٤١

(٤) [الحاوي ٦/ ١٦]

٣- واشـتراط التوثيق بالرهن في عقد الاسـتدانة هو شـرط في كتاب الله[١] قال تعالى (وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) سورة البقرة / ٢٨٣

فيجوز اشتراط الرهن حيث أجازه الله تعالى[٢].

القول الثاني: أنه فاسد وبه قال أبو اسحق من الشافعية[٣]:

١-وهو القياس فلا يصح الرهن قبل ثبوت الدين.

٢-لأن أحد شقي الرهن متقدم على ثبوت الدين.

واحتج له بأنه لو قال لعبده كاتبتك على ألف درهم وبعت منك هذا الثوب بكذا فقال قبلت الكتابة والبيع فإنه يستدعي ثبوت الكتابة أولاً، وقد جرى أحد شقي البيع قبل انعقاد الكتابة، ولا يصـير العبد من أهل المعاملة مع مولاه ما لم تتم الكتابة، فيخرج منع الرهن على هذا خروجاً ظاهراً[٤].

ونوقش هذا الدليل:

(**أولاً**) أن العبد لا يصير أهلا للمعاملة مع مولاه حتى تتم الكتابة.

(**وثانياً**) أن الرهن من مصالح البيع والبيع ليس من مصالح الكتابة، الرهن من مصلحة البيع، فإن نفذ مقترنـاً بالبيع، كان هذا لائقـاً بالمصلحة؛ من جهة أن البائع ربما كان يطلب وقوع الاستيثاق بالرهن مع وقوع البيع، والوجه مزج العقد بالعقد، والبيع ليس من مصلحة الكتابة، فجرى فساد البيع على القياس على المكاتبة[٥].

الراجح:

---

(١) الشيرازي المهذب ج١ ص ٤٠٢

(٢) [المحلى ٦/ ٢٦٣]

(٣) فتح العزيز بشرح الوجير ١٠/ ٣٢.

(٤) فتح العزيز بشرح الوجير ١٠/ ٣٢.

(٥) الشرح الكبير الرافعي ١٠/ ٣١ ـ نهاية المطلب ٦/ ٧٧، فتح العزيز بشرح الوجير ١٠/ ٣٢.

القول الأول هو الراجح لقوة أدلتهم، ولان هذا القول يحقق مقصد الشريعة بحفظ حقوق العباد وقط أسباب الخلاف والعداوة بينهم.

المطلب الثاني: التوثيق بالرهن مع عقد الدين في القانون الكويتي:

فقد نصَّ القانون الكويتي في المادة (٩٨٣ / ١) (يكون الرهن تابعـًا للدين المضمون في حصته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك(وجاء في المذكرة الإيضاحية: أن الرهن يكون تابعـًا للدين المضمون بصحته وفي انقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك ، فالأصل هو أن الارتباط ما بين الرهن والدين المرهون هو ارتباط التابع بالمتبوع ، إذا كان الدين صحيحـًا صح الرهن و إلا فهو باطل ، وإذا انقضى الدين انقضى الرهن تبعـًا له ، فالرهن حق تابع لا يوجد بحسب الأصل مستقلاً بذاته[١].

ولا يخلف الرهن التجاري[٢]عن مثيله المدني في أحكام ثبوت الرهن مع عقد الدين.

والتبعية تكون بأحد أمرين:

الأول: وجود الدين بوجود الرهن.

الثاني: أن الرهن يتبع الدين في انتقاله وانقضائه؛ أي في مصيره.

ولكن هذه التبعية ليست مطلقة ولذلك ذكر في نفس المادة (ما لم ينص القانون على غير ذلك) فيحدث أحيانـًا أن يختلفا في لحظة الوجود ويختلفا من حيث المصير بحيث يحدث بينهما الانفصال كما أن لو كان الرهن ضمانـًا لدين معلق على شرط أو لدين مستقبل أو دين احتمالي كما نصت على ذلك المادة (٩٨١) من القانون المدني (يجوز أن يترتب الرهن ضمانـًا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي، فيجوز أن يترتب ضمانـًا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي

(١) المذكرة الإيضاحية (٧٤٢).

(٢) يقصد بالرهن التجاري الرهن الذي تقرر على مال منقول ضمانا لدين تجاري بالنسبة للمدين. شرح قانون التجارة المصري لسميحة القليوبي (٢/ ١٨١)

ينتهي إليه هذا الدين)

وعليه يجوز لوجود الرهن أن يتعاصر معه في الوجود الحق الشخصي الذي يضمن الوفاء به وهذا هو ما يحدث عادة حيث يبرم الرهن والعقد المنشئ للالتزام في لحظة واحدة في مقتضى العقد الرسمي(١) .

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية

المطلب الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.

أوجه الاتفاق :

١-أن عقد الرهن عقد تبعي فهو يتبع الالتزام الأصلي (عقد بيع أو دين) الذي وجد الرهن لضمانه وهو الدين المضمون.

٢-صحة التوثيق بالرهن مع عقد الاستقراض عند جمهور الفقهاء خلافًا لأبي اسحق، ونص على صحة ذلك القانون الكويتي(المدني والتجاري).

المطلب الرابع: اشتراط القبض للزوم الرهن:

ثم إذا انعقد الرهن فالراهن مخير بين اقباضه الرهن للمرتهن أو عدم الاقباض فإن اقبضه للمرتهن لزم الرهن والبيع وان امتنع ثبت الخيار للبائع أن شاء امضي البيع بدون رهن وان شاء فسخ البيع واسترد المبيع وهذا عند الحنفية والشافعية والحنابلة

وقال المالكية : يجبر الراهن على الإقباض ، ولا يكون مخيرا ثم أن كان الرهن معينا عند العقد فعليه إقباضه بعينه وان لم يكن معينا فعليه أن يقبض المرتهن رهنا ثقة يكون ب وفاء الدين ، لكن لو هلك الرهن المعين أو استحق قبل القبض، لم يجبر الراهن على إحضار رهن بديل ويثبت للبائع الخيار.

ووافق المالكية في الاجبار زفر من الحنفية.

ووجهه عند المالكية واضح فإن عقد الرهن يلزم عندهم بمجرد العقد والقبض ليس الا شرط

---

(١) المذكرة الإضاحية للقانون المدني ص ٧٤٢ ، التأمينات العينية التبعية في القانون الكويتي لحسام الأهواني ص ١٥٩ ، الحقوق العينية التبعية لابراهيم أبو الليل ص ٣٤ ، المطول في شرح القانون المدني (١٤ / ٤٠٩).

تمام

وأما وجهة عند زفر : فهو أن الرهن إذا رد في البيع فقد صار حقا من حقوقه ، والجبر على التسليم من حقوق البيع فيجبر عليه

ونوقش : بأن الرهن عقد تبرع واشتراطه في البيع لا يخرجه عن ذلك والجبر على التبرع ليس بمشروع(١)

وسيأتي أن المذاهب الثلاثة ترى أن القبض شرط للزوم وأن الراهن بالخيار بين فسخ العقد وإمضائه ما لم يتم القبض .

المبحث الرابع

التوثيق بالرهن بعد تمام عقد الدين

المطلب الأول : حكم التوثيق بالرهن بعد تمام عقد الدين :

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

القول الأول :

رأي الظاهرية ومفاده أنه لا يصلح التوثيق بالرهن بعد تمام الاستدانة فليس له حكم الرهن ولراهنه أخذه متى شاء لأن الله تعالى لم يجعل الرهن الا في العقد ، وكل ما كان بعد ذلك فهو شرط باطل لأنه ليس في كتاب الله(٢).

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني (٧ / ٣٠٧٧ – ٣٠٧٨) الهداية للمرغيناني (٤ / ١٣٤) تبين القائق للزيلعي (٦ / ٧١) الذخيرة للقرافي باب الرهون (٨/ ٧٧) والكافي لابن عبدالبر (٢ / ٨١٢) فتح العزيز للرافعي شرح الوجيز للغزالي (١٠/ ٣٠) مغني المحتاج للشربيني (٢/ ١٢٦) المهذب للشيرازي (١/ ٤٠٣) الهداية لابي الخطاب (ص١٥٠) المغني لابن قدامه (٤/ ٣٦٣) الانصاف للمرداوي (٥/ ١٣٩) المبدع لابن مفلح (٤/ ٢١٢).

(٢) المحلى ، ج٨ ،ص ١٠١

القول الثاني :

وهو رأي جمهور الفقهاء[1] من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ويرون أن التوثيق بالرهن يقع بعد الاستدانة.

واستدلوا بما يلي :

الدليل الأول :

قوله تعالى (وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) سورة البقرة / ٢٨٣.

ووجه الدلالة : أن الله جعل التوثيق بالرهن بدلا عن الكتابة فيكون في محلها ومحلها بعد وجوب دين الاستدانة .

قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) سورة البقرة/ ٢٨٢.

وعطف الأمر بالكتابة على وقوع الدين بفاء التعقيب يدل على جواز التوثيق بالرهن بعد وقوع الاستدانة [2].

المناقشة والترجيح :

إن الأصـل في الشـروط الإباحة ، إلا شـرطا حرم حلالاً أو أصـلا فكما أن العقود والشـروط من أسباب الأفعال العارية والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل على التحريم فإن رأي جمهور الفقهاء هو الراجح ولقوة أدلتهم كما بين سابقا.

المطلب الثاني : عقد الرهن بعد ثبوت الدين في القانون الكويتي :

يتفق القانون مع الشريعة الإسلامية بأن القرض من إبرام عقد الرهن هو ضمان الوفاء بدين معيّن ولذلك يتعين إمكان انعقاد عقد الرهن أن يوجد الدين المراد بالرهن ضـمانه ، وقد ورد هذا في المادة رقم (٩٨٣ / ١) .

---

(١) المرغيناني الهداية شرح البداية ج١ ص ١٣٥ الدسوقي حاشية الدسوقي ج٣ ص ٢٥٣ الشيرازي المهذب ج١ ص ٤٠٣

(٢) – ابن قدامه المغني ج ٤ ص ٢٤٦

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية

المبحث الخامس

أثر القبض في عقد الرهن

المطلب الأول: القبض في عقد الرهن في الفقه:

اتفق العلماء على أن الرهن عقد جائز في حق المرتهن، لأنه شرع لمصلحته فله إسقاط حقه متى شاء، كما اتفقوا على انه عقد لازم في حق الراهن بعد القبض.

كما اتفقوا على أن القبض شرط في الرهن، إلا أنهم اختلفوا فيه هل هو شرط لزوم أو صحة أو تمام.

واختلف أهل العلم في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

وفيما يلي ذكر القولين وما بني عليه كل قول وما أورد على مدارك كل منهما في المناقشة:

القول الأول:

أن قبض الرهن شرط في لزومه، وممن قال بهذا القول: أبو الإمام حنيفة و أصحابه، و الإمام الشافعي وهو المعتمد عند الحنابلة[1]، قال المرغيناني: والقبض شرط اللزوم. وقال الكرخي: قال الإمام أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن: لا يجوز إلا مقبوضا. وقال المزني نقلا عن الإمام الشافعي: ولا معني للرهن حتى يكون مقبوضا. وقال المزني نقلا عن الإمام الشافعي: ولا معني للرهن حتى يكون مقبوضا من جائز الأمر حين رهن وحين أقبض.. ولو مات المرتهن قبل القبض فللراهن تسليم الرهن إلى وارثه ومنعه، وقال ابن قدامه: ولا يلزم الرهن إلا بالقبض

أدلة أصحاب القول الأول:

١- **أما الكتاب:** فقوله تعالى: {وَإِن كُنتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا -فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} سورة البقرة/ ٢٨٣.

وتقرير الاستدلال بالآية من وجهين:

---

(١) الهداية (٤/ ١٢٦)، تبين الحقائق (٦/ ٣٦)، العناية للبابرتي (١٠/ ١٣٧)، البناية للعيني (٦/ ٧٤٨)، الام (٣/ ١٢٣)، المهذب للشيرازي (١/ ٣٠٤)، المغني (٤/ ٤٦٤)، كشاف القناع (٣/ ٢٦٣).

الوجه الأول :

ما ذكره الإمام الشافعي رحمه الله بعد الاستدلال بهذه الآية قال : فلما كان معقولاً أن الرهن غير مملوك الرقبة للمرتهن ملك البيع ، ولا مملوك المنفعة ملك الإجارة ، لم يجز أن يكون رهنا إلا بما أجازه الله عز وجل به من أن يكون مقبوضا، ولما لم يجز فللراهن ما لم يقبضه المرتهن منعه منه ، وكذلك لو أذن في قبضــه فلم يقبض المرتهن حتى رجع الراهن في الرهن كان له ذلك لما وصفت من أنه لا يكون رهنا إلا بأن يكون مقبوضا .

وكذلك كل ما لم يقع إلا بأمرين، فليس يتم بأحدهما دون الآخر مثل: الهبات التي لا تجوز إلا مقبوضة وما في معناها[1] .

ويمكن أن يناقش ما ذكره الإمام الشافعي في بيان الاستدلال بالآية :

بأنه يلزم المدين بمقتضــي العقد أن يســلم ما اتفق عليه أن يكون رهنا إلى الدائن ليكون وثيقة بالدين، وهذا هو المفهوم من كون الآية خبراً بمعنى الأمر، إذ التقدير: إذا اتفق المســتدين مع الدائن على رهن في الدين لزمه أن يقبضه إياه.

وقولكم: كل ما لا يقع إلا بأمرين لا يتم بأحدهما صحيح، ولكن عقد البيع لأجل بشرط الرهن يتضمن أمرين:

الأول : إلـزام المدين بدفع الرهن ، وهذا مبني على الشرط.

والثاني : صحة الرهن وهي متوقفة على إبرام العقد من العاقدين.

الدليل الثاني:

أن الرهن عقد تبرع بدليل أن الإنسـان لا يجبر عليه فلا يتعلق به الاستحقاق إلا بشـيء ينضـم إليه كالهبة .

ونوقش: وأما القياس على الهبة ونحوها ، فغير صحيح ، لأن الهبة محض تبرع ، والرهن حق لازم وليس تبرعا، لكونه تابعا لعقد معاوضة مشروطا فيه فكان قياسا مع الفارق .

---

(١) الام (٣/ ١٢٣)، تكملة المجموع للمطيعي (١٣/ ١٨٣)

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية

الدليل الثالث:

أن الراهن لو مات قبل أن يقبض المرتهن الرهن لم تجبر ورثته على الاقباض ، فلو تعلق وجوب الاقباض بمجرد العقد للزم ورثته ذلك كما في البيع[١] .

القول الثاني :

أن القبض شـرط تمـام وكمـال بمعنى أن الرهن يلزم من جهـة الراهن بمجرد إبرام العقـد من العاقدين، وليس له بعد ذلك حق الفسـخ ، وعليه أن يقبض المرتهن العين المرهونة إلا أن القبض متمم للرهن بمعنى أن المرتهن لا يختص بالرهن دون بقية الغرماء إلا بالقبض ، و إذا امتنع الراهن من تسـليمه للمرتهن أجبره الحاكم على ذلك . وهذا هو مذهب الإمام مالك ورواية عن الإمام أحمد[٢] .

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية

الدليل الأول: قال تعالى: {وَإِن كُنتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} [البقرة:٢٨٣]

وجه الدلالة: ما ذكرة الباجي بقوله : فلنا من الآية دليلان :

أحدهما: أنه قال عز من قائل : (فرهان مقبوضة)

فأثبتها رهنا قبل القبض .

والآخر: قوله (فرهان مقبوضة) أمر ، لأنه لو كان خبرا لم يصح أن يوجد رهن غير مقبوض ، ومن قولهم : إن الراهن لو جن أو أغمي عليه ثم أفاق فسلم فيصح فيثبت أنه أمر .

ونوقش هذا الاستدلال: بأن اثباتها رهانا قبل القبض لا يلزم منه أن يكون الرهن لازما بالعقد إذ يمكن أن يضاف إليها هذا الوصف مع القول بالصحة .

---

(١) بدائع الصـنائع (٨ / ٣٧٢)، الهداية للمرغيناني (٣ / ١٢٣)، تبيين الحقائق للزيلعي (٦ / ٦٣)، الأم للشـافعي(٣ / ١٢٣)، المهذب للشـيرازي (١ / ٤٠٣)، المغني لابن قدامة (٤/ ٤٦٣) الرهن في الفقه الاسلامي (٢/ ٣٤٧) .

(٢) المنتقى للباجي (٥/ ٣٥٢)، الشـرح الكبير للدردير (٣/ ٢٣١)، شـرح الخرقي على مختصـر خليل (٥/ ٢٥٠)، منح الجليل لعليش (٣/ ٨٧) .

الوجه الثاني من الاستدلال بالآية :

أن الله تعالى أثبت رهانًا قبل القبض وجعل القبض وصـفًا للرهن، ومعلوم أن الوصـف قيد في موصوفه خارج عن حقيقته وبالتالي فإن اسم الرهن ثابت للعين التي ورد عليها العقد قبل قبضها مما يدل على أن مجرد العقد كاف لإيجاد حقيقة الرهن الشرعية .

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية

ونوقش هذا الاستدلال : بالتسليم أن الخبر بمعنى الأمر لكن لم يعمل بموجب الأمر الذي هو الوجوب واللزوم في حق نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على المديون بالإجماع – فوجب أن يعمل به في شرطه وهو القبض ونظير ذلك قوله عليه السلام (الحنطة بالحنطة مثلا بمثل)[1] بالنصب أي بيعوا فلم يعمل الأمر في نفس البيع ، لأن البيع مباح غير واجب فصرف إلى شرطه وهو المماثلة فيما يجري فيه الربا .

ونوقش هذا الجواب بأوجه :

أحدهما : يجوز أن يكون الأمر للإباحة بقرينه الإجماع فينصرف إلى الرهن لا إلى القبض .

وأجيب عنه : أن الأمر في الوجوب حقيقة كما هو معروف والإجماع لا يصـلح قرينه للمجاز ، لأن المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع فيه، والإجماع لم يكن حال استعمل هذا اللفظ وإعمال الحقيقة في الرهن غير ممكن فصرف إلى القبض .

الثاني : أن القبض إن كان شـرطا للجواز واللزوم وسـلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة إلى الدليل .

وأجيب عنه : بأن الدليل لإلزام مالك رحمه الله ، حيث لا يجعله شـرطا للزوم ولا للجواز، وذلك أن الله تعالى وصـف الرهن بالقبض كما وصـف التجارة بالتراضـي ، والتراضـي وصـف لازم في التجارة فكذا القبض في الرهن ولا يقال : هذا اسـتدلال بمفهوم الصـفة ، وهو ليس صـحيح عند من يقول به ، إما لأنه مذهب الجمهور من الحنفية ومن وافقهم وإما لأن عدم الصحة إنما يكون إذا لم تكن الصفة مقصودة وقد سبق أن الوجوب منصرف إليها .

---

(١) رواه مسلم في المساقات والترمذي والنسائي في البيوع وغيرهم

الثالث : أن الآية متروكة الظاهر ، لأن ظاهرها يدل على ان الرهن إنما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وداود وقد ترك ، ومتروك الظاهر لا يصلح حجة .

وأجيب عنه : بعدم التسليم ان متروك الظاهر بدليل ليس بحجة ، لأن النصوص المؤولة متروكة الظاهر وهي عامة الدلائل .

الدليل الثاني :

قوله تعالى : (يأيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود) سورة المائدة ، الأية١

قوله تعالى (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا) سورة الإسراء / الآية ٣٤

وجه الدلالة من الآية الأولى :

أن هذا عقد مأمور بالوفاء به ، والأمر يقتضي الوجوب

وجه الدلالة من الآية الثانية : أن هذا عهد أمر بالوفاء به والأمر يقتضي الوجوب .

ويمكن أن يجاب عن الاستدلال بالآيتين : بأنهما من الأدلة العامة في وجوب الوفاء بالعقود والعهود وأدلة اشتراط القبض في اللزوم خاص والأصل يقتضي حمل العام على الخاص واستثنائه منه .

ويرد الجواب : بأن أدلة اشتراط القبض في اللزوم لا تصلح لتخصيص هذه الأدلة ، كما تقدم من المناقشة التي لا ينهض معها الاحتجاج

الدليل الثالث : أن الرهن وثيقة بالدين فيكون لازمًا بمجرد العقد كالكفالة والحوالة .

ويناقش بأنه قياس مع الفارق لأن الاستيثاق بالكفالة والحوالة بالذمة لا بالعين ومن ثم فلا يحتاج فيها إلى قبض شيء بخلاف الرهن فإن الاستيثاق فيه بقبض العين فافترقا .

الدليل الرابع :

أن الرهن عقد يختص بالمال من الراهن والمرتهن فيلزم قبل القبض كما يلزم بعده كالبيع والإجارة .

ويناقش بأنه قياس مع الفارق لأن البيع والإجارة عقدا معاوضة والرهن عقد ارفاق وتبرع فلا يلزم من عدم توقف لزوم عقد المعاوضة على القبض عدم توقف عقد الارفاق عليه .

الدليل الخامس :

أن الرهن لو لم يصح قبل القبض لبطل بزوال الأهلية بعد العقد وقبل القبض لكنه لا يبطل بذلك بدليل أن الراهن لو جُنَّ بعد إبرام العقد وقبل الإقباض ثم أفاق وسلّم العين صح[١] .

ونوقش بأنا نمنع تلازم المذكور لأن لزوم العقد يتوقف على حصول القبض ولا يشترط اتصاله وبالتالي فلا يضر الفصل بين عقد الرهن وقبض العين سواء كان لفقدان أهلية أو غيره .

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية

القول الثالث :

يرى أن القبض في الرهن ركن لا يصح العقد إلا به ، وإلى هذا ذهب الإمام ابن حزم والإمام زفر من الحنفية[٢].

دليل هذا القول:

قال تعالى : {وَإِن كُنتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} سورة البقرة / ٢٨٣

وجه الدلالة: أجازت الآية الرهن مقبوضاً فلا يجوز على غير هذه الصفة[٣] .

الراجـح:

هو القول الثاني أن الرهن يلزم بمجرد العقد، وان القبض شرط للتمام والاستقرار لما يأتي:

١- الأصل في العقود أنها تنشأ بالإيجاب والقبول وإذا جعلنا القبض ركن في الرهن يؤدي ذلك الى إلغائهما إذا لم يحصل القبض.

٢- ولو جعلنا القبض شرطا للصحة، كان للراهن الرجوع بالرهن بعد قبض الدين وفي هذا إجحاف في حق المرتهن.

٣- عقد الرهن يترتب عليه التزامات في مقابل التزامات مالية، والمصلحة تقتضي أن يلزم بمجرد الإيجاب والقبول كسائر العقود.

---

(١) المنتقى للباجي (٥ / ٢٤٨) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٤ / ٤١٠) ، بداية المجتهد (٢/ ٢٧٤).

(٢) المحلى (٨ / ١٠١)، بدائع الصنائع (٨/ ٣٧٢٠)

(٣) المحلى (٨ / ١٠١)

المطلب الثاني: القبض في عقد الرهن في القانون الكويتي:

يختلف الرهن الحيازي والتجاري عن والرهن الرسمي فيما يتعلق بلزوم الرهن بالعقد أو بالقبض:

أولاً : الرهن الرسمي :

تنص المادة (٩٧٢) من القانون المدني على أنه: (لا ينعقد الرهن الرسمي إلا إذا كان بورقة رسمية موثقة طبقًا للقانون) .

فالمشرّع اشترط لانعقاد الرهن الرسمي أن يتم في ورقة رسمية، وبهذا يتفق القانون في لزوم الرهن الرسمي مع مذهب المالكية والرواية الأخرى عند الحنابلة من أن الرهن يلزم بمجرد العقد.

ثانياً: الرهن الحيازي والرهن التجاري:

يتميز الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي بضرورة انتقال حيازة المال المرهون منقولاً كان أو عقاراً إلى الدائن المرتهن كي ينفذ في حق الغير لذلك يلتزم الراهن بتسليم المرهون إلى الدائن المرتهن ما لم يتفق مع الراهن على تسليمه لشخص آخر غيره هو العدل.

ولايختلف الرهن التجاري عن الرهن الحيازي في ضرورة انتقال الحيازة للمال المرهون الى المرتهن أو الى العدل حتى ينفذ في حق الغير كما نص على ذلك القانون التجاري في المادة رقم ٢٢٤/ ١ (لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا اذا انتقلت حيازة الشيء المرهون الى الدائن المرتهن أو إلى شخص آخر يعينه العاقدان، وفي حيازة من تسلمه منهما حتى انقضاء الرهن)

والتزام الراهن بتسليم المرهون ليس بركن أو شرط لانعقاد الرهن الحيازي أو التجاري وإنما هو التزام يقع على الراهن يلزمه بنقل حيازة المال المرهون على سبيل الرهن حتى يتمكن المرتهن من حبس هذا المال ضمانًا لاستيفاء حقه وفقًا لمادة (١٠٣٣ / ٢) من القانون المدني: (على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو العدل الذي عينه المتعاقدان لتسلمه) .

فإذا لم يتم التسليم كان الرهن على الرغم من صحته ونفاذه فيما بين المتعاقدين غير نافذ في

مواجهة الغير وهذا من شأنه أن يحول دون تمتع الدائن المرتهن بسلطتي التتبع و التقدم[١] .[٢]

ويظهر مما سـبق أن الرهن الحيازي والتجاري في القانون يوافقان أصـحاب القول الثاني وهو مذهب المالكية ورواية عند الحنابلة: أن الرهن يثبت ويلزم بـالعقد ولا يختص المرتهن بالرهن دون بقية الغرماء إلا بالقبض .

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية

المبحث السادس

اشتراط استدامة القبض

المطلب الأول: الحكم في اشتراط استدامة القبض:

اختلف الفقهاء في اشتراط استدامة القبض على قولين:

القول الأول : أن استدامة القبض شرط ، وممن قال بهذا : أبو الإمام حنيفة و الإمام مالك والإمام أحمد و الإمام ابن حزم ومن وافقهم من أهل العلم ، قال السمرقندي : ومنها أي : شروط جواز الرهن – دوام القبض بما به يكون محوزا في يده .

وقال الإمام أبو حنيفة : أنه إذا رجع بعارية أو وديعة لم يبطل[٣] .

وقال ابن حزم : يشترط دوام القبض .

وقال القرطبي بعد سياقه لرأي الإمام ابن حزم أنه شـرط قال : هذا هو المعتمد عندنا .وقال ابن رشد : وعند الإمام مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض وأنه متى عاد إلى يد الراهن

---

(١) المراد بالتقدم أن يكون للدائن المرتهن الأولوية في استيفاء أصل الدين الذي عقد الرهن تأمينًا له .

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد للسنهوري (١٠/ ٧٨٦) ، المذكرة الإضاحية للقانون المدني ص ٧٤٢ ، التأمينات العينية التبعية في القانون الكويتي لحسـام الأهواني ص ١٥٩ ، الحقوق العينية التبعية لابراهيم أبو الليل ص ٣٤ ، المطول في شرح القانون المدني (١٤ / ٤٠٩).

(٣) بدائع الصنائع (٨ / ٣٧٧٨)

بإذن المرتهن بعارية أو وديعة أو غير ذلك فقد خرج من اللزوم[١] .

وقال ابن قدامة : استدامة القبض شرط للزوم الرهن ، فإذا أخرجه المرتهن عن يده بإختياره زال لزوم الرهن وبقي العقد كأن لم يوجد به قبض سواء أخرجه بإجارة أو إعارة أو إيداع أو غير ذلك ، فإذا عاد فرده إليه عاد اللزوم بحكم العقد السابق[٢] .

وقال المرداوي على قول ابن قدامه : واستدامته شرط في اللزوم ، قال هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب يعني : حيث قلنا : لا يلزم إلا بالقبض[٣].

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية

أدلـــة هذا القول الأول :

الدليل الأول : قوله تعالى (فرهان مقبوضة).

وجه الاستدلال بالآية.

١- أنه إذا خرج عن يد القابض لم يصدق عليه ذلك اللفظ لغة فلا يصدق عليه حكمـًا.

٢- أنها إحدى حالتي الرهن فكان القبض فيها شرطا كالابتداء

ونوقش أنه هنا قد وُجد القبض ، فإذا رد المرتهن الرهن وجب أن لا يصـدق عليه أن مقبوض فيكون وصـفـًا لقبض المعدوم ، و الله تعالى قد اشـترطه في الرهن لأن الوصـف يجري مجرى الشرط ويلزم من عدمه عدم المشروط[٤] .

الدليل الثاني :

فإن مقصود الرهن هو الاستحقاق ولا يحصل هذا المقصود إلا بحبس المرهون وعدم خروجه

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل (٥ / ٢٤٥) ، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي (٣ / ٢٤١) ، منح الجليل لعليش (٣ / ٧٤) بداية المجتهد (٤/ ٥٤) .

(٢) المغني (٤ / ٤٠٤)

(٣) (الإنصاف) (٥/ ١٥٢)

(٤) بدائع الصنائع (٨ / ٣٧٣٩) ، المغني (٤ / ٣٦٧) ، الذخيرة للقرافي (٨ / ٧٧)

من حوزته[1].

ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأنهم قصروا سبيل الوصول إلى المقصود إلى الرهن على الحبس الحقيقي إلا أن هذا غير مسلَّم فإن الحبس الحكمي كاف في صيانة حق المرتهن .

الدليل الثالث:

إن القبض لما ثبت ابتداءً وقد ثبت بقاءً إذ هو متعلق بالمحل، وما يتعلق به فالابتداء و البقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح، و إذا ثبت أن وجوب القبض على سبيل الدوام قلنا لا معنى لحبس المرهون سوى دوام قبضه تحت يد المرتهن إلى قضاء الدين أو الإبراء[2] .

ونوقش هذا الدليل بأن قياس الدوام على الابتداء قياس مع فارق لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.

القول الثاني:

أن استدامة القبض ليست بشرط، وممن قال بهذا الإمام الشافعي ووافقه بعض أصحابه وهو رواية عن الإمام احمد، قال الربيع بن سليمان نقلا عن الإمام الشافعي : إذا قبض الرهن مرة واحدة فقد تم وصار المرتهن أولي به من غرماء الراهن ، ولم يكن للراهن إخراجه من الرهن حتى يبرأ مما في الرهن من الحق .. ومضي إلى أن قال : وسواء إذا قبض المرتهن الرهن مرة ورده ، وعنه : أن استدامته في المتعين ليست بشرط[3] ، واختاره في (الفائق)

واستدل لهذا القول بالكتاب والسنة والمعنى

الدليل الأول : قوله تعالى (فرهان مقبوضة)

وجه الدلالة : أن الرهن إذا وجد مرة فقد صح ولزم فلا يحل ذلك إعارته وغير ذلك من التصرف

---

(١) المبسوط (٢١ / ٦٩) ، بدائع الصنائع (٨ / ٣٧٢٣) ، الهداية للمرغيناني (٤ / ١٢٧) ، تبيين الحقائق للزيلعي (٦ / ٦٤) .

(٢) المبسوط (٢١/ ٦٩) ، الهداية للميرغناني (٤ / ١٣٢) ، تبيين الحقائق (٦ / ٦٩) .

(٣) الأم (٣/ ١٢٤)

فيه .

الدليل الثاني :

قوله صلى الله عليه وسلم: لبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا ، والظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة [١].

وجه الدلالة : أن الراهن لا يركبها إلا وهي خارجة عن قبض المرتهن[٢]

ونوقش : بأن هذا الحديث يدل على إباحة الانتفاع في مقابل الانفاق وهذا يختص بالمرتهن ، لأن انتفاع الراهن بالمرهون بحكم الملك لا النفقة .

وأجيب عن ذلك : بأنه ورد ما يدل على أن المقصود به : الراهن ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه[٣].

الدليل الثالث :

فقياسه على البيع والهبة ، فكما يكون البيع مضمونا من البائع فإذا قبضه المشتري مرة صار في ضمانه فإن رده إلى البائع بإجارة أو وديعة فهو من مال المبتاع ولا ينفسخ ضمانه بما ذكر ، فكذلك الرهن وكما تكون الهبات وما في معناها غير تامة فإذا قبضها الموهوب له مرة ثم أعارها إلى الواهب أو إكراها منه أو من غيره لم يخرجها عن الهبة .

وقد يناقش قياسه على البيع : بأنه قياس مع الفارق فإن عقد البيع المستوفي للأمور المشروعة لتحقيقه وانتفاء موانعه ينفك الملك من البائع وتكون ذمة المشتري مشغوله بتملكه ، فإذا أعاده

---

(١) أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي.

(٢) الحاوي (٦ / ١٤) .

(٣) رواه ابن ماجه ، رقم (٢٤٤١) ، الإمام مالك في الموطأ ، رقم (١٣) ، عبد الرزاق ، رقم (١٠٥٣٣)، رواه الإمام الشافعي في (الأم) مرسلا ثم وصلة عن الثقة عن يحيي بن أبي أنيسة عن ابن شهاب عن ابن المسيب عن أبي هريرة ، وقال الحافظ ابن حجر في (البلوغ) : رواه الدارقطني والحاكم ورجاله ثقات ، إلا أن المحفوظ عند أبي داود وغيره إرساله.

إلى البائع أو غيره بعارية أو إجارة ونحو ذلك فهذه الإعارة عقد جديد لا صلة له بالعقد الأول وهذا بخلاف الرهن ، فإن ملكية الراهن لم تزل عنه ، وإنما انتقل إلى المرتهن على جهة الرقابة ، لأجل حفظ حقه ، فإذا رجع إليه اختيارا من المرتهن فقد رجع إلى من يملكه.

وأما قياسه على الهبة : فهو قياس مع الفارق وبيانه أن القبض في ابتدائها بتثبيت الملك فإذا ثبت استغني عن القبض ثانيا / والرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه فإذا لم يكن في يده لمي يتمكن من بيعه ولم تحصل وثيقة[1]

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية

الدليل الرابع :

أن الرهن يعتبر فيه القبض شرطًا للزومه فلم تكن استدامته شرطًا كالهبة [2].

ونوقش بأنه يقتضي دوام الحبس لا عدمه فكما أن الواهب ليس له الرجوع بهبته فكذلك الراهن ليس له أن يخرج الرهن من المرتهن كما أن مقصود الرهن التوثيق وزوال اليد ينافيه، ومقصود الهبة التملك وزوال اليد لا ينافيه فيكون قياسًا مع الفارق[3].

وأجيب بأن الواهب إنما لا يثبت له حق العود بمقتضى التملك الذي حصل حين القبض خلاف الراهن فإنه لا يمنعه من حق العود ملكٌ ، وأما قولكم أن زوال اليد ينافي مقصود الرهن فنقول : إن اليد ثابتة حكمًا وزواله حسًا لا يضر بدليل أنها لو زالت لغصب فلزوم الرهن باقٍ.

الراجح

---

(١) (تحفه الفقهاء) (١/ ٣ ،٥) و(قوانين الأحكام الشرعية) ص ٣٥٢ و(أحكام القرآن) لابن العربي (٣/ ٤١٠) و(الجامع لأحكام القرآن) للقرطبي على تفسير قوله تعالى(فرهن مقبوضة) و(بداية المجتهد) (٢/ ٢٢٨) و(الأم)(٣/ ١٢٤) و(مختصر المزني) بهامش (الأم) (٢/ ٢١٠) و(الوجيز) (١/ ٩٩٠) و(الروضة) (٤/ ٨٥ ، ٨٦) و(المنهاج) وشرحه (نهاية المحتاج) (٤/ ٢٧٠) وما بعدها ، و(المغني) و(الشرح الكبير) (٤/ ٤٢٢) و(الإنصاف) (٥/ ١٥٢) و(مختصر وشرح وتهذيب سنن أبي داود) (٥/ ١٨٠) و(الدرر السنية) (/ ١٢٢)

(٢) الحاوي (٦ / ١٤)

(٣) الذخيرة للقرافي (٨ / ٧٧)

الراجح هو ما ذهب إليه الشافعية فيما أن استدامة القبض ليس شرطًا في لزوم الرهن ولا لصحته لما فيه من مراعاة لمصلحة الراهن بدون الإضرار بالمرتهن فلا تتعطل منافع الرهن وتذهب سدىً .

المطلب الثاني: الحكم في اشتراط استدامة القبض في القانون الكويتي:

من أوجه الخلاف بين الرهن الرسمي وبين والرهن الحيازي والتجاري أن الرهن الرسمي لا يخول للدائن المرتهن حبس المال المرهون خلافًا للرهن الحيازي والتجاري.

وقد نصت المادة (١٠٤٣) من القانون المدني حق الدائن المرتهن في حبس المال المرهون بنصه على الآتي : (يخوّل الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون دون الإخلال بمال الغير من حقوق تمَّ حفظها وفقًا للقانون ، و إذا خرج الشيء من يد الدائن دون علمه كان له الحق في استرداده وفقًا لأحكام الحيازة) ، ولايكفي في أن تنتقل حيازة الشي المرهون الى الدائن المرتهن فقط بل يجب أن تبقى هذه الحيازة طوال مدة الرهن وقد نصت المادة (١٠٣٣) من القانون المدني (إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن. كل هذا دون الإخلال بحقوق الغير حسن النية)[١]

كما نص على ذلك القانون التجاري في المادة رقم ٢٢٤/ ١ (لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا اذا انتقلت حيازة الشيء المرهون الى الدائن المرتهن أو إلى شخص آخر يعينه العاقدان، وفي حيازة من تسلمه منهما حتى انقضاء الرهن)

يتضح مما سبق أن الرهن الحيازي والتجاري يخولان للدائن المرتهن أو العدل الذي انتقلت إليه حيازة المال المرهون سلطة حبس هذا المال والاحتفاظ بحيازته لحين استيفاء الدائن المرتهن لحقه المضمون للرهن كاملاً.

أما بالنسبة للعدل فإن حبس المال المرهون يُعد واجبًا عليه فيلتزم بمجرد تسلمه له بالامتناع

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (٧٦٦)

عن رده إلى الراهن قبل انقضاء حق الرهن و إلا تعرّض لمسؤولية تجاه الدائن المرتهن إذا أخلَّ بهذا الالتزام؛ إذ يغني حبس المال الدائن المرتهن عن تتبع مال المرهون ويمكنه من الحصــول على غلة المرهون المحبوس وثماره خصمـًا من الدين الذي يضمنه الرهن وملحقاته.

المطلب الثالث: الموازنـــة بين أقول الفقهاء والقانون الكويتي:

وبهذا يظهر مما سبق أن الرهن الرسمي لا يتضمن قبضـًا بل يلزم بمجرد العقد.

أما الرهن الحيازي والرهن التجاري فإنه يخوّل للدائن المرتهن حق حبس المال لاســتيفاء دينه منه عند تعذر الوفاء

وبهذا يكون القانون الكويتي في أحكام الرهن الحيازي والتجاري مقاربـًا للقول الأول من أقوال الفقهاء الذي جعل استدامة القبض شرطـًا في صحة الرهن .

وجه الاتفاق أن باسـتدامة القبض يضـمن صـاحب الدين حقَّه وفي حال عدم اسـتدامة القبض لا يضمن ذلك .

الخاتمـة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على خير من بعث للبشر بالرحمات، سيد الأولين والآخرين وإمام المرسلين، عليه وعلى آله أفضل الصلوات وأتم التسليم، وبعد.

فإن ثمرة البحث تظهر في نتائجه، ومن أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث، ما يأتي:

١-أجمع العلماء على جواز الرهن في الجملة وأنه ليس بواجب.

٢-يصح التوثيق بالرهن مع عقد الدين وهو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية، ونص على صحة ذلك القانون الكويتي (المدني والتجاري).

٣-أخذ القانون بقول جمهور الفقهاء من إمكان انعقاد عقد الرهن بعد أن يوجد الدين المراد ضمانه بهذا الرهن.

٤-أن الرهن يلزم بمجرد العقد، وان القبض شرط للتمام والاستقرار.

٥-أن الرهن يثبت ويلزم بالعقد ولا يختص المرتهن بالرهن دون بقية الغرماء إلا بالقبض وهذا مذهب المالكية ورواية عند الحنابلة، وبهذا أخذ القانون الكويتي في الرهن الحيازي والتجاري.

٦-أن استدامة القبض ليس شرطًا في لزوم الرهن ولا لصحته لما فيه من مراعاة لمصلحة الراهن بدون الإضرار بالمرتهن فلا تتعطل منافع الرهن وتذهب سدىً وهو ما ذهب إليه الشافعية، وبهذا أخذ القانون الكويتي في الرهن الحيازي والرهن التجاري فإنه يخوّل للدائن المرتهن حق حبس المال لاستيفاء دينه منه عند تعذر الوفاء، أما الرهن الرسمي لا يتضمن قبضًا بل يلزم بمجرد العقد.

المراجع والمصادر

١. الاختيار لتعليل المختار، للعلامة عبد الله بن محمد الموصلي الحنفي، تعليف الشيخ/ خالد عبد الرحمن العك، دار المعرفة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢م.

٢. الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي، دار ابن حزم.

٣. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، لعلاء لدين المرداوي السعدي الحنبلي، تحقيق محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، ودار إحياء التراث العربي.

٤. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

٥. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني، تحقيق محمد ميرطعمة حلبي، دار المعرفة، بيروت.

٦. الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد القرطبي، دار الحديث، القاهرة، تحقيق محمد الخضاري ومحمود عثمان، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ، والثانية ١٤١٦هـ.

٧. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، تحقيق محمد عبدالله شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٨. حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين الشهير بابن عابدين، المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة.

٩. الحاوي الكبير (شرح مختصر المزني، أبي الحسن علي بن محمد الماوردي البصري، تحقيق جمع من أهل العلم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.

١٠. روضة الطالبين، أبي زكريا يحيي بن شرف النووي الدمشقي، تحقيق الشيخ عادل عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١١. زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم الجوزية، تحقيق بإشراف مكتب التحقيق في مؤسسة الريان، الطبعة الثالثة ١٤٢٩هـ- ٢٠٠٨م، جمعية أحياء التراث الإسلامي.

١٢. سراج المسالك شرح أسهل المسالك، السيد عثمان بن حسنين العلي المالكي، دار الفكر للطباعة، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

١٣. سنن ابن ماجة، الحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، دار السلام الرياض الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، تحقيق بإشراف الشيخ صالح آل الشيخ.

١٤. سنن الترمذي المسمى (جامع الترمذي) أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، شركة بيت الأفكار الدولية، الطبعة ٢٠٠٤م، لبنان.

١٥. سنن النسائي الصغرى، الحافظ أبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي، دار السلام الرياض، دار الفيحاء دمشق، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

١٦. شرح صحيح الأدب المفرد للبخاري، تخريج محمد ناصر الدين الألباني بقلم حسين بن عوده العوايشة، المكتبة الإسلامية، دار ابن حزم، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

١٧. صحيح البخاري المسمى بالجامع الصحيح، الحافظ أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، دار ابن حزم، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ٢٠٠٣م.

١٨. صحيح مسلم للإمام أبي الحسين سلم بن الحجاج القشري النيسابوري، مكتبة الثقافة الدينية، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

١٩. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، جلال الدين عبدالله بن نجم بن شاس، تحقيق جمع من أهل العلم، دار المغرب الإسلامي، منظم المؤتمر الإسلامي.

٢٠. لسان البيان، تهذيب لسان العرب، أبي الفضل جمال الدين بن منظور، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

٢١. مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد ١٤١٤هـ.

٢٢. المذهب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق الشيرازي، تحقيق د. محمد الزحيلي، دار القلم، ودار الشامية.

٢٣. مســـند إمام أحمد بن حنبل، تحقي جمع من العلماء، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٢٤. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. عبدالرحمن عبدالمنعم، دار الفضيلة.

٢٥. المعجم الوسيط، تأليف جمع من العلماء، الطبعة الثانية.

٢٦. المغني، موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة، وله الشـرح الكبير لشـمس الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن أبو عمر بن قدامة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢٧. منـار الســبيـل في شــرح الـدليـل، ابراهيم بن محمـد بن ســالم بن فيويـان، الطبعـة الرابعة١٤٢٩هـ.

٢٨. الهداية شــرح بداية المبتدي، برهان الدين أبي الحســن علي بن أبي بكر الرشــداني المرغياني، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى لبابي الحلبية، الطبعة الأخيرة.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
الملخص	٢٣٩٥
المقدمة	٢٣٩٧
المبحث الأول: تعريف مفردات العنوان	٢٤٠٠
المطلب الأول: تعريف التوثيق	٢٤٠٠
المطلب الثاني: تعريف الدين	٢٤٠٠
المطلب الثالث: تعريف الرهن	٢٤٠٢
المبحث الثاني: حكم عقد الرهن	٢٤٠٣
المبحث الثالث: التوثيق بالرهن مع عقد الدين	٢٤٠٤
المطلب الأول: حكم التوثيق بالرهن مع عقد الدين	٢٤٠٤
المطلب الثاني: التوثيق بالرهن مع عقد الدين في القانون الكويتي	٢٤٠٦
المطلب الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.	٢٤٠٧
المطلب الرابع: اشتراط القبض للزوم الرهن	٢٤٠٧
المبحث الرابع: التوثيق بالرهن بعد تمام عقد الدين	٢٤٠٨
المطلب الأول: حكم التوثيق بالرهن بعد تمام عقد الدين	٢٤٠٨
المطلب الثاني: عقد الرهن بعد ثبوت الدين في القانون الكويتي	٢٤٠٩
المبحث الخامس: أثر القبض في عقد الرهن	٢٤١٠
المطلب الأول: القبض في عقد الرهن في الفقه	٢٤١٠

المطلب الثاني: القبض في عقد الرهن في القانون الكويتي	٢٤١٦
المبحث السادس: اشتراط استدامة القبض	٢٤١٧
المطلب الأول: الحكم في اشتراط استدامة القبض	٢٤١٧
المطلب الثاني: الحكم في اشتراط استدامة القبض في القانون الكويتي	٢٤٢٢
المطلب الثالث: الموازنـــة بين أقول الفقهاء والقانون الكويتي	٢٤٢٣
الخاتمة	٢٤٢٤
المصادر والمراجع	٢٤٢٥
فهرس المواضيع	٢٤٢٨

مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية