

3-2-2019

-ضمان هلاك الرهن - دراسة مقارنة في الفقه والقانون **Mortgage Damage Guarantee - A Comparative Study in** **Jurisprudence and Law -**

Samra Mohammed Al-Omari
Yarmouk University, samira@yu.edu.jo

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois>



Part of the [Islamic Studies Commons](#)

Recommended Citation

Al-Omari, Samra Mohammed (2019) "ضمان هلاك الرهن - دراسة مقارنة في الفقه والقانون" Mortgage Damage Guarantee - A Comparative Study in Jurisprudence and Law -," *Jordan Journal of Islamic Studies*: Vol. 15: Iss. 1, Article 13.

Available at: <https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol15/iss1/13>

This Article is brought to you for free and open access by Arab Journals Platform. It has been accepted for inclusion in Jordan Journal of Islamic Studies by an authorized editor. The journal is hosted on [Digital Commons](#), an Elsevier platform. For more information, please contact rakan@aarj.edu.jo, marah@aarj.edu.jo, u.murad@aarj.edu.jo.

ضمان هلاك الرهن - دراسة مقارنة في الفقه والقانون -

د. سامرة محمد العمري*

تاريخ قبول البحث: ٢٠١٨/٢/٦م

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٧/١١/٢٩م

ملخص

سلّطت هذه الدراسة الضوء على حكم ضمان الرهن في يد المرتهن، وبيّنت أقوال الفقهاء، وأدلتهم فيها؛ للوصول إلى الراجح منها، وبيان ما عليه العمل في القانون المدني الأردني، وقد خلصت الدراسة إلى ترجيح الرأي القائل بأن يد المرتهن على الرهن يد أمانة لا ضمان عليها إلا في حال التعدي والتقصير، وأما إن كان التلف بغير ذلك فلا ضمان على المرتهن، كما لا ينقص ذلك من حقه شيئاً. **الكلمات المفتاحية:** ضمان الرهن، هلاك الرهن، يد المرتهن.

Abstract

This study highlighted the provision of mortgage guarantee in the hands of mortgagee, and the opinions have shown to reach the most likely.

The study has concluded that the hand of mortgage on mortgage is the hand of secretariate that cannot be guaranteed expect in case of infringement or default.

If the damage is unintentional, there is guarantee for the mortgages and also does not diminish the right of anything.

المقدمة.

إن الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد، فقد شرع الله - سبحانه - لعباده ما يبسر لهم أمور حياتهم ومعاملاتهم وينظمها لهم على نسق يسد حاجاتهم ويحفظ حقوقهم؛ لذا أقر ما كانوا عليه من تعامل بالدين وفق ضوابط تمنع وقوع الظلم على أحدهم ولو كان فيه مصلحة الطرف الآخر، فحرم الربا وأمر بتنظيم أمر التداين بينهم من خلال الأحكام الفقهية التي نظمت المعاملات بين البشر، ويكفيها لمعرفة ذلك النظر في آية الدين التي اشتملت على كثير من الأحكام المنظمة لمعاملة التداين، والتي ركزت على توثيق الدين بشتى الوسائل، حيث قال - سبحانه -: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقال أيضاً: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وهذا إن دل فإنما يدل على حرص الشارع الكريم على نفع كل من الدائن والمدين، فالدائن يحفظ حقه بتوثيقه، والمدين يقضي حاجته بالحصول على المال مطمئناً لصبر الدائن عليه حتى يتمكن من السداد.

ولما كان الشارع حريصاً أيضاً على حفظ الأموال، فقد شرع تكميلاً لذلك الضمان على متلفها؛ حماية لها، وجبرا للضرر الذي يلحق بصاحبها، فالمرهون وإن كان في يد المرتهن فما هو إلا توثيق لحقه عند المدين وليس ملكاً له، وحتى لا يضيع حق أي منهما كان الضمان على المعتدي أو المقصر اتفاقاً، وأما في حال عدم التقصير والاعتداء فمحل خلاف

* أستاذ مساعد، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك.

عند الفقهاء أقصد إلى بيان حكمه في هذا البحث.

أهمية الموضوع.

وتكمن أهمية هذا البحث في إظهار حكم الشارع الكريم فيما يتعلق بضمان هلاك الرهن عند المرتهن؛ وذلك بسبب ما آلت إليه أحوال الناس في هذا الزمان من ضيق وعسر مما دعاهم إلى الإكثار من التداين الأمر الذي أصبح لا غنى عنه، ومن جانب آخر ما ابتلينا به من سوء الأخلاق ووجود الحقوق، مما أدى إلى انعدام الثقة بين الناس، فعمدوا إلى المطالبة بتوثيق حقوقهم بالرهن بجميع أنواعه، وبإظهار حكم الشارع في هذه المسألة تندفع النزاعات وتحفظ الحقوق لأصحابها وتستقر المعاملات.

مشكلة الدراسة.

وتكمن مشكلة الدراسة في محاولة الإجابة عن التساؤلات الآتية:

- ما صفة يد المرتهن على الرهن؟
- ما الحكم الشرعي لضمان هلاك الرهن عند المرتهن؟
- ما كيفية ضمان الرهن عند الفقهاء وفي القانون؟

محددات الدراسة.

تتناول الدراسة المسألة بالبحث في المذاهب الفقهية السنية الأربعة، وكذلك بيان رأي القانون المدني الأردني فقط.

الدراسات السابقة.

المسألة محل البحث من المسائل الفقهية الموثقة في كتب الفقهاء القدامى، وهي أيضا من المسائل التي تناولها المعاصرون الذين ألفوا في باب المعاملات في الفقه الإسلامي، غير أنهم بحثوها بشكل مقتضب وليس على التفصيل الذي تناوله هذا البحث للمسألة، أما ما يتعلق بالبحوث المعاصرة فلم أخط بالعثور على بحث يتناول المسألة على النحو المبحوث هنا، إلا أنني اطلعت على بعض البحوث التي تناولت طرفا منه أو كانت على صلة بموضوعه، ومن هذه البحوث أذكر:

- بحث (التزام المرتهن بحفظ المرهون حيازا وصيانته دراسة مقارنة) للدكتور عبد العزيز سلمان اللصاصمة، ووجدته على الشبكة العنكبوتية الموقع (www.osamabahar.com).

وهو بحث قانوني تناول المسألة من الجانب القانوني، حيث تحدث فيه عن: الأساس القانوني لالتزام الدائن المرتهن أو العدل بحفظ وصيانة المرهون، وطبيعة التزام الدائن المرتهن بحفظ وصيانة المرهون، كما تناول الحديث عن الآثار المترتبة على الإخلال بواجب الحفظ والصيانة في القانون الوضعي بتوسع، والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي ولكن في اختصار شديد لا يتعدى الصفحة من البحث ذكر فيها آراء الفقهاء في المسألة مع الإشارة لبعض أدلتهم دون شرح وتوضيح أو مناقشة وتفصيل على النحو المبين في هذا البحث.

- بحث (الرهن الحيازي بين قواعد التكوين وقواعد التضمين للمرتهن) للباحث معتر محمود المعموري على موقع (mouhakig.com)، المنشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، عدد (٤)، سنة سبعة،

(٢٠١٥م).

تحدث فيه عن أحكام الرهن بشكل عام، ورهن الدين ورهن المشاع، وركز بحثه علي بيان العلاقة بين عقد الرهن الحيازي وضمن المرتهن للمال المرهون، وهل يُعدّ العقد أساساً لضمان المرتهن للرهن، ولم يتناول في بحثه أي من المسائل والمطالب التي تناولها هذا البحث، وإنما كان جل اهتمامه أن يبين أن عقد الرهن وحده لا يكفي أن نعدّه أساساً لضمان المرتهن للمال المرهون إن لم يقترن بالقبض.

– رسالة (الرهن الحيازي وأحكامه في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة) للباحث إبراهيم محمد زريقات، الجامعة الأردنية – عمان، ١٩٩٦م، تضمنت أربعة فصول: تناول في الفصل الأول: منها مفهوم الرهن ومشروعيته، كما تحدث عن الرهن الحيازي ومفهومه وأركانه، وفي الفصل الثاني: تحدث عن آثار عقد الرهن الحيازي بالنسبة للعاقدين وفي أحد مطالبه تحدث في صفتين منه عن أحكام هلاك المرهون، كما تناول الحديث عن طرق انقضاء الرهن الحيازي وصوره في الفصلين الثالث والرابع منه. وكما أشرت سابقاً لم يفصل الحديث في موضوع البحث، وإنما عرض له باقتضاب.

– رسالة (أحكام الرهن في الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق) للباحث توفيق إبراهيم أبو عقيل، جامعة الخليل – فلسطين، ٢٠٠٨م، تضمنت أربعة فصول تحدث في الفصل الأول: منها عن حقيقة الرهن ومشروعيته، أما الفصل الثاني: فقد تحدث فيه عن شروط عقد الرهن، أما أحكام الرهن وتطبيقاته فقد تحدث عنها في الفصلين الثالث والرابع من بحثه، وهو كسابقه لم يفصل في موضوع ضمان المرهون عند الهلاك، وإنما عرض له باقتضاب أيضاً.

منهجية البحث.

وقد اتبعت في البحث المنهج التحليلي المقارن من خلال تتبع آراء الفقهاء، وأدلتهم، ومناقشتها، وبيان الراجح منها، ومقارنة ذلك كله بما يجري عليه العمل في القانون المدني الأردني في المسألة محل البحث، والذي احتوت خطته على الآتي:

المقدمة.

التمهيد: في بيان مفردات البحث، ويتضمن:

المطلب الأول: تعريف الرهن في اللغة والاصطلاح الشرعي.

المطلب الثاني: تعريف الضمان في اللغة والاصطلاح الشرعي.

المبحث الأول: صفة يد المرتهن على الرهن. ويتضمن:

المطلب الأول: صفة يد المرتهن على الرهن عند الفقهاء.

المطلب الثاني: أدلة المذاهب مع المناقشة والترجيح.

المطلب الثالث: رأي القانون المدني الأردني في صفة يد المرتهن على الرهن.

المبحث الثاني: كيفية الضمان وشروطه. ويتضمن:

المطلب الأول: كيفية الضمان وشروطه في المذهب الحنفي.

المطلب الثاني: كيفية الضمان وشروطه عند الجمهور والمالكية.

المطلب الثالث: رأي القانون الأردني في كيفية الضمان.

الخاتمة.

التمهيد:**في بيان مفردات العنوان.**

إن من القواعد الأصولية المتفق عليها أن (الحكم على الشيء فرع عن تصوره) وهذا جار في جميع الأحكام الشرعية وغيرها من العلوم، فإذا أردنا معرفة حكم ضمان الرهن وعلى من يكون فلا بد أولاً من التعريف بمتعلقات هذا الحكم، وهي: الرهن والضمان، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الرهن في اللغة والاصطلاح الشرعي.

أولاً: الرهن في اللغة: من رهن، ويطلق على الشيء الملزم، وكذا يطلق على الدوام والثبوت، وكل شيء يحبس به شيء فهو رهينة ومُرْتَهَنَةٌ^(١).

ثانياً: الرهن في الاصطلاح الشرعي: اختلفت تعريفات الفقهاء للرهن اصطلاحاً، وهي لا تخرج عن معانيه الموضوعية في اللغة، وأعرض فيما يأتي لبعض منها:

- **تعريف الحنفية:** هو جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون^(٢). ومن هذا التعريف يتضح أن الحنفية يشترطون استمرار الحبس الذي وضع للاستيفاء.
- **تعريف المالكية:** هو بذل من له البيع ما يباع أو غرراً ولو اشترط في العقد وثيقة بحق^(٣). وهو يعني: إعطاء وثيقة للحق لها قيمة في نظر الشارع، وقوله (أو غرراً) تدارك فيه ما شرطه أولاً من قوله (ما يباع) حيث يخرج به ما فيه غرر مع أنه يجوز رهنه لذا عطفه عليه، وقوله (لو اشترطه في العقد) إشارة منه إلى جواز ترك الرهن من أصله^(٤).
- **تعريف الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦):** هو جعل عين مال متمولة وثيقة بدين؛ ليستوفى منها عند تعذر وفائه. ومن الملاحظ على التعريفين الأخيرين أنهما عرفا الرهن بأنه وثيقة، فهو مشروع للاستيثاق عندهم خلافاً للحنفية، فالشافعية ومن معهم^(٧) يقولون بتعلق الدين بعين المرهون؛ من أجل الاستيفاء من هذه العين بالبيع عند تعذر الاستيفاء، أما الحنفية فبناء على تعريفهم يرون أن الرهن محتبس بالدين وأن يد الاستيفاء عليه ثابتة^(٨).

المطلب الثاني: تعريف الضمان في اللغة والاصطلاح الشرعي.

أولاً: الضمان في اللغة: من ضمن الشيء أي: كفل به، ويقال: ضمنت الشيء تضميناً فتضمنته مثل غرمته^(٩).

ثانياً: الضمان في الاصطلاح الشرعي: يطلق الضمان عند الفقهاء على معنيين كما هو في اللغة، الأول: بمعنى الكفالة^(١٠). والثاني: بمعنى الغرامة^(١١).

والمعنى الثاني هو المراد هنا، فقد استعمله الفقهاء بمعنى تحمل تبعه الهلاك، ومنه قوله ﷺ: (الخارج بالضمان)^(١٢) الذي يقضي بأن الغلة والكراء لمالك الرقبة الذي هو ضامن لها، أي عليه تبعه هلاكها حين الهلاك.

المبحث الأول:**صفة يد المرتهن على الرهن.****تمهيد.**

قسم الفقهاء العقود من حيث الضمان إلى أربعة أقسام، هي:

- ١- عقد شرع للضمان مثل الكفالة^(١٣).

- ٢- عقد لم يشرع للضمان، بل للملك والريح، لكن الضمان يترتب عليه بوصفه أثراً لازماً لأحكامه، ويسمى عقد ضمان ويكون المال المقبوض فيه مضموناً على القابض سواء بالتلف أو الإلتلاف^(١٤) كعقد البيع^(١٥).
- ٣- عقود يبرز فيها طابع الحفظ والأمانة، وهي عقود الأمانة حيث يكون المال المقبوض فيها أمانة في يد القابض لا يضمنه إلا بالتعدي والتفريط في حفظه كعقد الوديعة^(١٦).
- ٤- عقود مزدوجة الأثر، تنشئ الضمان من وجه، والأمانة من وجه كعقد الرهن. ولما كان عقد الرهن من العقود المزدوجة الأثر^(١٧) فقد اختلف الفقهاء في اليد على الرهن بعد القبض^(١٨) هل هي يد أمانة أم ضمان؟ وقبل الشروع في بيان صفة يد المرتهن على الرهن لابد أولاً من تعريف كل من يد الأمانة، ويد الضمان، وأثرهما في العقود.

أولاً: يد الأمانة.

وهي ما كانت على ولاية شرعية، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها كيد الوديعة بالقبض^(١٩)، فواضع اليد هنا أمين يصدق فيما يدعيه من تلف الأمانة التي تحت يده، ولا يترتب عليه الضمان بالتلف بمجرد قبض المعقود عليه، وإنما بالتعدي أو التقصير في الحفظ، فتنقل اليد من الأمانة إلى الضمان^(٢٠).

ثانياً: يد الضمان.

وهي ما كانت اعتداءً، أو عن ولاية شرعية ودل دليل على ضمانها، أو كانت لمصلحة صاحبها خاصة^(٢١)، أما يد الاعتداء فيمثل لها بيد الغاصب^(٢٢)، وأما ما دل دليل على ضمانها فيمثل لها بالمبيع المحبوس عند البائع بالثمن إذا هلك قبل تسليمه للمشتري فعلى البائع ضمانه^(٢٣)، وما كانت لمصلحة صاحبها خاصة يعني أن مصلحة واضع اليد عليها راجحة^(٢٤).

ففي هذه الحالات تكون اليد يد ضمان، وهذه اليد تضمن صاحبها تلف المال وإتلافه سواء كان التلف بفعلها أو فعل غيرها ولو كان بأفة سماوية، إلا أنه إذا كان التلف بفعل غيرها كالأجنبي فإنه يجب الضمان على المتلف وخصمه في ذلك واضع اليد أي المرتهن في عقد الرهن، أما إن وقع التلف من صاحب المال أي الراهن كان ضمانه عليه، ولا شيء على واضع اليد. وكل ما سبق ذكره هو من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي، يقول ابن رجب في القواعد: (العين المتعلقة بها حق الله تعالى أو الآدمي إما أن تكون مضمونة أو غير مضمونة، فإن كانت مضمونة وجب ضمانها بالتلف أو الإلتلاف بكل حال، وإن لم تكن مضمونة لم يجب ضمانها بالتلف ووجب بالإلتلاف)^(٢٥)، وقد مثل ابن رجب للنوع الثاني بالرهن، وهذا يبنيني على قولهم بأن اليد على الرهن يد أمانة، وسيأتي بيانه إن شاء الله. وخلاصة ما سبق، أن عدّ اليد على الرهن يد أمانة يعني عدم ضمان المرتهن للرهن بالقبض إلا بالتعدي أو التفريط في الحفظ، وأما عدّها يد ضمان فيعني أن المرتهن ضامن للرهن تعدى أو لم يتعد، قصر أم لم يقصر، وكذا لو كان التلف بأفة سماوية لا يد له فيها.

المطلب الأول: صفة يد المرتهن على الرهن عند الفقهاء، ويتضمن:

أولاً: تحرير محل النزاع.

- اتفق الفقهاء على أن المرهون يكون مضموناً على الراهن قبل أن يقبضه المرتهن؛ لأنه ملكه وتحت يده^(٢٦).

ضمان هلاك الرهن

- كما اتفقوا على أن اليد على المرهون بعد لزوم العقد للمرتهن؛ لأنه وضع لتوثيق دينه، وليس للراهن استرداده إلا برضا المرتهن أو بأداء الدين^(٢٧).
- ولا خلاف بينهم أيضاً أن كل مقبوض في يد قابضه مضمون عليه بالتعدي والتقصير سواء كانت اليد أمانة أو ضمان؛ لذا فإن المرهون مضمون على المرتهن بالتعدي أو التقصير في حفظه بالاتفاق^(٢٨).
- اختلفوا في ضمان هلاك الرهن إذا لم يكن بتعد من الراهن أو تقصير في حفظه، وكذا لو كان الهلاك بأفة سماوية.

ثانياً: منشأ الخلاف.

منشأ الخلاف في هذه المسألة كما سبقت الإشارة إليه هو: أن عقد الرهن من العقود المترددة بين الأمانة والضمان^(٢٩).

ثالثاً: آراء الفقهاء في صفة يد المرتهن على الرهن.

اختلف الفقهاء في صفة يد المرتهن على الرهن، ولهم في ذلك مذاهب، هي:

المذهب الأول: للحنفية^(٣٠): يرى الحنفية أن يد المرتهن على الرهن يد أمانة بالنظر لعين المرهون، وأنها يد ضمان بالنسبة لمالية المرهون فيما يقابل الدين من مالية الرهن، فتكون مصيبته على المرتهن عند الهلاك، وعلى هذا إذا هلك الرهن عند المرتهن بالتلف أو الإتلاف كان المرتهن مستوفياً من دينه مقدار ما يساويه الرهن، وما زاد من قيمة الرهن على الدين فهو أمانة، يهلك هلاك الأمانة أي أنه لا يضمن إلا بالتعدي والتقصير، ورأيهم هذا ينبني على قولهم: بأن الرهن وثيقة وأنه محتسب بالدين وأن يد الاستيفاء عليه ثابتة.

المذهب الثاني: للمالكية^(٣١): ويرى المالكية أن يد المرتهن على الرهن يد أمانة وهو موافق لرأي الجمهور الذي سيأتي بيانه، إلا أنهم فصلوا في المسألة حيث قالوا: إنها يد أمانة فيما يغاب على الراهن أو لا يغاب^(٣٢)، وذلك إذا قامت البينة على أن الهلاك لم يكن بتعد منه أو تقصير، أما إذا قامت البينة على التعدي والتفريط وكان مما يغاب عليه فإنها يد ضمان.

المذهب الثالث: للشافعية^(٣٣) والحنابلة^(٣٤): ويرى هؤلاء أن يد المرتهن على الرهن يد أمانة وليست يد ضمان، فهو وثيقة محضة فلا يضمن المرتهن الرهن إلا بالتعدي أو التقصير في حفظه، أما الدين فهو متعلق بعين المرهون من أجل الاستيفاء منها بالبيع عند تعذر الوفاء، وبناء على هذا لا يسقط شيء من الدين عندهم بهلاك العين المرهونة إذا كان هذا الهلاك لا يد المرتهن فيه؛ لأن يده عليه يد أمانة فلا ضمان.

المطلب الثاني: أدلة المذاهب مع المناقشة والترجيح.

وقد استدل كل مذهب بعدد من الأدلة، أوردتها فيما يأتي:

أولاً: أدلة المذهب الأول.**١- من السنة الشريفة:**

- قوله ﷺ: (الرهن بما فيه، ذهب الرهان بما فيها)^(٣٥)، وفي رواية (إذا عمي الرهن فهو بما فيه)^(٣٦).

وجه الدلالة: أما الرواية الأولى للحديث فإن معنى ذهاب الرهن أي هلاكه، وعلى هذا يكون هلاك الرهن بما رهن به من الديون^(٣٧)، وعلى الرواية الثانية يكون المعنى: أي إذا اشتبهت قيمة الرهن بأن قال كل من الراهن والمرتهن لا أدري كم كانت قيمته، فإن هلاكه يكون بما رهنه فيه من الدين، أي أن مصيبته تكون على المرتهن^(٣٨).

المنافشة: نوقش هذا الدليل بأن الحديث لم يسلم من النقد فقد روي مسندا ومرسلا كما ذكر في نصب الراية^(٣٩)، أما المسند فقد رواه الدارقطني عن أنس رضي الله عنه قال رضي الله عنه: (الرهن بما فيه)، وذكر فيه رواية ضعفاء، قال: أخرجه إسماعيل بن أمية عن أنس مرفوعا. قال: وهذا باطل، وإسماعيل هذا يضع الحديث^(٤٠). أما المرسل فقد رواه أبو داود في مراسيله عن عطاء^(٤١). وقال ابن القطان: مرسل صحيح^(٤٢). قال ابن قدامة: (وحديث أنس إن صح فيحتمل أنه محبوب بما فيه)^(٤٣)، فثنين مما سبق أن الحديث في روايته المسندة توجه إليه الطعن في روايته بالضعف والكذب والوضع، وفي روايته المرسله وإن قالوا بصحتها إلا أنها ليست في قوة حديث (لا يعلق الرهن ...) ^(٤٤) الآتي في أدلة الجمهور إن شاء الله، فيحمل الحديث على ما ذكره ابن قدامة من كونه محبوباً بما فيه عند التعدي والتقصير جمعا بين الأدلة^(٤٥).

• ما ورد عن عطاء بن أبي رباح أنه حدث أن رجلا رهن فرسا فنفق^(٤٦) في يده فقال الرسول رضي الله عنه للمرتين: (ذهب حقك)^(٤٧).

وجه الدلالة: أن المراد من قوله رضي الله عنه (ذهب حقك) أي من الدين، وينتفي أي تفسير آخر له، قال في العناية: (ولا يقال: المراد به ذهب حقك من الإمساك، أو من المطالبة برهن آخر؛ لأن الأول مشاهد بلا فائدة في الإخبار عنه، والثاني ليس بحق له؛ لأنه ذكر الحق في أول الحديث منكرًا (أن رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتين فاختصما إلى النبي رضي الله عنه فقال للمرتين: ذهب حقك) فذكر الحق منكرًا، ثم أعاده معرّفًا، وفي ذلك يكون الثاني عين الأول)^(٤٨)، وهذا الذي ذكره استنادا إلى القاعدة التي تقول: (النكرة إذا أعيدت نكرة كانت غير الأولى، أما إذا أعيدت معرفة كانت عين الأولى)^(٤٩).

المنافشة: نوقش هذا الدليل بأنه مطعون في سنده، فمن ناحية السند، فقد وضعه علماء الحديث، فقد قال عنه عبد الحق: أنه مرسل وضعيف^(٥٠). وقال في المغني: حديث عطاء مرسل، وقول عطاء يخالفه^(٥١). كما جاء في الأم (ومما يدل على وهن هذا عن عطاء إن كان رواه أن عطاء يفتي بخلافه، ويقول فيه بخلاف هذا كله، ويقول: فيما ظهر هلاكه أمانة، وفيما خفي هلاكه يتردان الفضل وهذا أثبت الرواية عنه)^(٥٢) ثم لو سلمنا صحة الحديث لكان المفهوم ذهاب حقه من التوثق، أي لا يجب الإتيان برهن آخر بدليل أنه لم يسأل الرسول رضي الله عنه عن قدر الدين وقيمة الفرس^(٥٣). وبهذا يسقط ترجيحهم لما اختاروه من أن معناه سقوط الدين.

٢ - من الإجماع.

كما استدلوا بدعوى الإجماع، وذلك لما يأتي^(٥٤):

• ما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه ^(٥٥) وهو قول لابن عمر ^(٥٦) أيضا أنهما (يتردان الفضل في الرهن)^(٥٧)، وتفسير هذا أن المرهون إذا كانت قيمته أكثر فللراهن أن يرجع على المرتين بفضل القيمة، وإن كانت قيمته أقل فللمرتين أن يرجع على الراهن بفضل الدين^(٥٨).

• ما روي عن عمر بن الخطاب وابن مسعود -رضي الله عنهما- أنهما قالوا: إنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، فإذا كانت القيمة أكثر فالمرتين في الفضل أمين، وهي الرواية الثانية عن علي رضي الله عنه قال: (إن المرتين في الفضل أمين)^(٥٩).

• وما روي عن الحسن البصري وشريح والنخعي من أنه مضمون بما فيه قلت القيمة أو كثرت حتى لا يرجع واحد منهما على الآخر بعد هلاكه بشيء مطلقا^(٦٠).

فالأقوال السابقة متفقة جميعها على أصل الضمان إلا أنها اختلفت في الكيفية^(٦١)، يقول الكاساني (اختلفهم على هذا الوجه حجة على الشافعي في قوله: إن المرهون أمانة؛ لأن اختلفهم في كيفية الضمان وقدره اتفاق منهم على كونه مضمونا،

فإنكار الضمان أصلاً يرجع إلى مخالفة الإجماع فكان باطلاً^(٦٢).

المناقشة: ويرد على هذا الدليل: بأن قولهم معارض بقول غيرهم فقد (صح عن عطاء أنه قال: الرهن وثيقة إن هلك فليس عليه غرم يأخذ الدين الذي له كله)^(٦٣)، وعن الزهري (في الرهن يهلك أنه لم يذهب حق هذا، إنما هلك من رب الرهن له غنمه وعليه غرمه)^(٦٤).

- ما روي عن علي رضي الله عنه معارض بقول آخر له، فقد صح عنه أنه قال: (يترادان الفضل فإن أصابته جائحة بريء)^(٦٥)، فصح أنه لم يتراد الفضل إلا فيما تلف بجناية المرتهن، لا فيما أصابته جائحة، بل أنه يرى البراءة فيما أصابته جائحة.
- وأما رواية عمر فلم تصح عنه؛ لأنه من رواية عبيد بن عمير، وعبيد لم يولد إلا بعد موت عمر، أو أدركه صغيراً لم يسمع منه شيئاً^(٦٦)، قال البيهقي: ليس بمشهور عن عمر^(٦٧).
- وأما ابن عمر فلم يصح عنه؛ لأنه من رواية إبراهيم بن عمير عنه، وهو مجهول^(٦٨). فسقط بذلك ما استندوا إليه من دعوى الإجماع.

٣- واستدلوا أيضاً بأن الرهن محبوس بالدين فكان مضموناً كالمبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه^(٦٩).

ونوقش: بأن المبيع مضمون من قبل القبض، وهو ينتقض أيضاً بالعين المؤجرة فإنها محبوسة بحق مالكها ولا ضمان^(٧٠).

٤- واستدلوا كذلك بأن المرتهن جعل مستوفياً للدين عند الهلاك، فلا يملك الاستيفاء ثانياً؛ لأنه لو استوفاه ثانياً لأدى إلى الربا^(٧١)، ثم إن موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء، وهذا يحقق الصيانة^(٧٢).

ونوقش: بأن ثبوت يد الاستيفاء ليس بموجب عقد الرهن، وأن المستوفى يصير ملكاً للمستوفى له نماؤه وغنمه فكان عليه ضمانه وغمه بخلاف الرهن، ثم لو سلم بذلك للزم محذور آخر غير الربا وهو أنه إذا لم يستوفه ثانياً لأدى إلى ضياع بعض حقه وهو استيفاء الرقبة وهذا محذور شرعاً^(٧٣).

٥- قالوا إن الرهن مقبوض لضمان الدين؛ ولذا يقع التقاض بين الدائن والمدين، ولما كان قبض الدين مضموناً فالرهن المقبوض أيضاً لأجل الدين يكون ملحقاً بالدين، كالمبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه^(٧٤).

نوقش: بأنه لا يسقط شيء بهلاكه؛ لأنه في ذمة الراهن قبل التلف ولم يوجد ما يسقطه فبقي بحاله، وكما لو دفع إليه عبداً يبيعه ويأخذ حقه من ثمنه، وكحبس عين مؤجرة بعد الفسخ على الأجرة بخلاف حبس البائع المشتري على ثمنه فإنه يسقط في رواية بتلفه؛ لأنه عوضه والرهن ليس بعوض الدين؛ لأن الدين لا يسقط بتفاسخهما^(٧٥). وإن المرتهن أمين لذا لم يسقط الحق عن ذمة الراهن ولو شرط المرهون كونه مضموناً لم يصح الرهن^(٧٦).

ثانياً: أدلة المذهب الثاني.

١- استدلوها من السنة:

- بحديث (على اليد ما أخذت حتى ترد)^(٧٧).

وجه الدلالة: قال القرافي: (على ظاهره في اللزوم خص بما أجمعنا على عدم الضمان فيه (أي ما لا يغاب)، فيبقى حجة في صورة النزاع (أي ما يغاب)، وقوله (حتى ترد) أي إن وجد وإلا فالقيمة تقوم مقامه)^(٧٨) ومعنى (لا يغلق) أي لا ضمان على المرتهن فيما لا يمكن إخفاؤه، وبذلك يحمل الحديث الأول على ضمان المرتهن فيما يغاب كالحلي وغيره، والثاني: على عدم ضمانه فيما لا يغاب كالعقار وغيره.

وجميع هذا عند المالكية يعني أن خلافه خلاف الإجماع فيتعين^(٧٩)، يؤيد هذا أن هناك شبهة بين الرهن والضمان من جهة والأمانة من جهة أخرى، ولكن شبهة بالضمان أقوى لوجوه عدة^(٨٠) وهو مما يؤكد على صحة رأيهم فإذا تقرر هذا فإن عدو كونه مغيباً مرجحاً للضمان؛ لكونه مظنة التهمة وهو مناسب للحكم^(٨١).

ونوقش: بأنه معارض بقوله ﷺ: (الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه)^(٨٢) فقد دل على عدم ضمان المرتهن بقوله: (من رهنه) أي: من ضمانه^(٨٣).

• قوله ﷺ: (الرهن من رهنه، له غنمه وعليه غرمه)^(٨٤)(٨٥).

وجه الدلالة: يقول الإمام مالك: (عليه غرمه) أي: نفقته^(٨٦)، ويؤكد هذا قوله (الرهن مركوب ومحلوب)^(٨٧) أي: أجره ظهره لرهنه، ونفقته عليه^(٨٨).

نوقش: بأن المراد من (غرمه) أي: هلاكه ونقصانه^(٨٩).

٢- الأخذ بالاستحسان^(٩٠) وذلك بالجمع بين الأدلة المثبتة للضمان، والأدلة المثبتة للأمانة بحمل الأولى على ما يخفى والثانية على ما لا يخفى.

نوقش: بأن أدلة الضمان لم تصح، وإن صحت فالجمع يكون بحملها على التعدي والتفريط، وإن هذا التقسيم لا دليل عليه أصلاً^(٩١).

٣- حفظ حق الراهن؛ وذلك لأن ما يغاب عليه يكثر فيه ادعاء الضياع ولا يعلم صدق المرتهن لسهولة إخفائه، بعكس ما لا يغاب فإنه ظاهر وتلفه مشاهد؛ لذا وجدت التهمة فيما يغاب عليه دون ما لا يغاب فوجب الضمان في الصورة الأولى دون الثانية حفظاً للحقوق^(٩٢).

نوقش: بأنه مبني على التهمة والتهمة ظن كاذب يأثم صاحبه ولا يحل القول به، ثم إن التهمة موجهة إلى كل أحد وفي كل شيء^(٩٣) كما لا يصح أن يكون من الرهن ما هو مضمون وغير مضمون؛ لأن النبي ﷺ لم يخص رهناً دون رهن، كما أن الأشياء لا تعدوا أن تكون أمانة فما ظهر هلاكه وخفي من الأمانة سواء، أو مضمونة وما ظهر هلاكه أو خفي من المضمون سواء^(٩٤).

ثالثاً: أدلة المذهب الثالث.

١- حديث أبي هريرة عن الرسول ﷺ قال: (لا يعلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه)^(٩٥).

وجه الدلالة: قوله (لا يعلق) أي: لا يسقط الحق بتلفه^(٩٦) ويؤيد هذا رواية (الرهن من رهنه) أي: من ضمانه، وقوله (من صاحبه) أي: مالكه، يقول الشافعي (وهذا أفصح ما قاله العرب، الشيء من فلان، أي: من ضمانه)^(٩٧)، (له غنمه وعليه غرمه) أي: زيادته وهلاكه ونقصانه^(٩٨).

وبذلك، دل الحديث على أن الضمان من مالكه لا من المرتهن، وإنما يكون ضمانه من الراهن إذا هلك أمانة؛ لأنه عليه قضاء دين المرتهن بعكس لو هلك مضموناً فإن هلاكه يكون على المرتهن وليس هذا المعنى من الحديث^(٩٩).

نوقش: من وجوه عدة أوردتها الحنفية، وهي:

- إن الحديث مختلف في وصله وإرساله، ووقفه ورفع^(١٠٠)؛ لذا لا يصلح للاحتجاج به.

ورد عليه: بأن الحديث صححه كثير من العلماء، فقد أخرجه ابن حبان في صحيحه^(١٠١)، والحاكم في المستدرک، وقال: هذا حديث صحيح أعلى الإسناد على شرط الشيخين ولم يخرجاه^(١٠٢)، كما رواه الدارقطني في سننه وقال: إسناده حسن متصل^(١٠٣)،

وصححه عبد الحق في أحكامه^(١٠٤)، كما وصححه عبد البر^(١٠٥)، وذكر أن ابن المسيب وصله عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله أو مثل معناه من حديث أبي أنيسة^(١٠٦).

- قالوا: إن قوله (له غنمه وعليه غرمه) ليست من كلام الرسول ﷺ وإنما من كلام سعيد بن المسيب، نقله عنه الزهري^(١٠٧)، وقال: هذا هو الصحيح^(١٠٨) والاحتجاج إنما يكون بقول الرسول ﷺ لا بقول غيره.

نوقش: بأنه على فرض التسليم أنه ليس من قول الرسول ﷺ، وأنه من قول سعيد فإن ذلك لا يضرنا حيث يكفينا في الاستدلال صدر الحديث وهو قوله (الرهن من صاحبه) وصاحبه هو مالكة، يؤيد هذا تفسير ابن المسيب فيما رواه عبد الرزاق في مصنفه (اخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب أن الرسول ﷺ قال: (لا يغلق الرهن ممن رهنه) قلت للزهري: رأيت قول الرجل: لا يغلق الرهن، أهو الرجل يقول: إن لم آتك 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)^(١٠٩)

- قال الحنفية: لا نسلم لكم بأن معنى الصاحب في الحديث المالك بل يحتمل أن يكون هو المرتهن مجازا كما يقال للمضارب: صاحب المال^(١١٠)، ثم لو سلمنا أنه المالك لكان المعنى أن المرهون من ماله لا من ضمانه؛ لأن الحديث يبطل العادة الجاهلية التي كانت سائدة، وهي أن المرتهن كان إذا عجز الراهن عن الوفاء بالدين في الأجل المضروب يتملك العين المرهونة، فبين الرسول ﷺ أن المرتهن لا يملك المرهون حتى لو عجز الراهن عن الوفاء بل هو باق على ملك صاحبه^(١١١).

نوقش: بأن الأخذ بالحقيقة أولى من المجاز، والحقيقة هنا أظهر فلا يحمل الصاحب على المرتهن إلا بدليل، ولا دليل فينصرف إلى الراهن^(١١٢). وأما الثاني: فإن حمله على المعنى الذي ذهبتم إليه تكرار للكلام لا فائدة فيه، والرسول ﷺ منزه عن ذلك؛ لبلاغته وفصاحته -عليه الصلاة والسلام-، حيث أفاد الجزء الأول من الحديث (لا يغلق) المعنى الذي ذهبتم إليه فلا حاجة إلى التكرار.

- ومما أورده الحنفية أيضا: أن أحدا من أهل اللغة لم يفهم من الحديث نفي الضمان عن المرتهن، فقد ذكر الكرخي أن أهل العلم من السلف اتفقوا على أن المراد لا يحبس حبسا كلسا لا يمكن فكاكه بأن يصير مملوكا للمرتهن^(١١٣)، ودليله أن الحديث جاء؛ لإبطال عادة الجاهلية السابقة الذكر.

نوقش: أن علي وعطاء والزهري والأوزاعي فهموا ما فهمه الشافعي وأحمد حيث قالوا بقولهم^(١١٤) فلم تصح دعوكم بأن أحدا من أهل اللغة لم يفهمه.

٢- أن المرهون وثيقة بالدين فلا يضمن، كالزيادة على الدين إلا بالتعدي أو التفريط فلو أسقطنا الدين به فإن هذا يتنافى مع كونه وثيقة، ثم إنه وثيقة بدين وليس بعوض منه، فلم يسقط الدين بهلاكه كالضامن^(١١٥).

نوقش: بأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن يكون موصلا له ويثبت ذلك بملك اليد والحبس؛ ليقع الأمن من الجحود؛ مخافة جحود المرتهن الرهن، وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع إلى قضاء الدين أو لضجره فإذا ثبت هذا المعنى ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك، ولو استوفى الدين بعده لأدى إلى الربا^(١١٦)

٣- القياس على هلاك الصك وموت الشاهد، وهذا الدليل يذكره الحنفية للجمهور في كتبهم ويناقشونه^(١١٧) بقولهم: إنه قياس مع الفارق فيسقط الاستدلال به؛ وذلك أنه إذا هلك المرهون تحقق نوع من استيفاء، بخلاف هلاك الصك أو الشاهد فإنه لم يتحقق به أي نوع من أنواع الاستيفاء؛ لأن الاستيفاء مختص بالمال.

وعلى فرض استدلال الجمهور بهذا الدليل: فإنه لا يقبل اعتراض الحنفية الوارد عليه؛ لأنه مبني على وجهة نظرهم القائلة: إن موجب الرهن هو ثبوت يد الاستيفاء، والجمهور لا يقولون بذلك، بل موجب عقد الرهن عندهم هو يد الاستيثاق وهو طريق إلى الاستيفاء عندما يعجز الراهن عن الوفاء.

٤- استدلال الجمهور بالمصلحة؛ لأننا لو ضمناه (أي المرتهن) لامتتع الناس عن فعله خوفاً من الضمان، ولتعطلت المدائبات وهذا فيه ضرر عظيم، ثم إن الراهن قد رضي أمانة المرتهن فسلمه المرهون فأشبهه المودع عنده وإذا كان هذا لا يضمن هلاك الوديعة بغير تعد منه أو تقصير فإن المرتهن كذلك لا يضمنها^(١١٨).

الترجيح:

بعد استعراض رأي المذاهب الفقهية في المسألة يتبين للناظر فيها رجحان رأي الجمهور القائل بعدم ضمان المرتهن لما تحت يده من المرهون إلا في حال التعدي والتقصير؛ وذلك لما استندوا إليه من أدلة قوت مذهبهم، ولثبوت صحة ما نقلوه عن الرسول ﷺ من أن الرهن من ضمان صاحبه ولم يرد في تضمين المرتهن دليل ثابت، كما لم تصح دعوى الإجماع على ذلك، وأما القول بالتفريق بين ما يغاب وما لا يغاب عليه، فليس عليه من دليل، بالإضافة إلى عدم جدوى التفريق بين ما يغاب وما لا يغاب عليه خاصة في عصرنا هذا.

المطاب الثالث: رأي القانون المدني الأردني في صفة يد المرتهن على الرهن.

تناول القانون الأردني الحديث عن الرهن التأميني^(١١٩) والرهن الحيازي^(١٢٠) كنوعين من أنواع الحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية)^(١٢١)، وقد سبقت الإشارة إلى أن الرهن التأميني ليس محلاً للبحث هنا^(١٢٢)، وإنما مجال البحث هو الرهن الحيازي؛ وذلك لكونه داخل في حيازة المرتهن، وإلا فالرهن التأميني في حيازة مالكة، ومصيبته عليه بالاتفاق، وفيما يأتي أعرض للنصوص القانونية التي تناولت الرهن التأميني؛ لكونها هي المطبقة على الرهن الحيازي في حال هلاكه، وذلك في المادتين (١٣٣٨) و(١٣٣٩)، وقد نصت المادة (١٣٣٨) على أنه^(١٢٣): ١. إذا هلك العقار المرهون رهناً تأمينياً أو تعيب بخطأ من الراهن كان للمرتهن أن يطلب وفاء دينه فوراً أو تقديم ضمان كاف لدينه. ٢. فإذا كان الهلاك أو التعيب بسبب لا يد للراهن فيه كان له الخيار بين أن يقدم ضماناً كافياً للدين، أو وفائه قبل حلول الأجل).

وبهذا، تقضي المادة السابقة بأن ضمان هلاك الرهن التأميني على الراهن؛ لكونه في ملكه وحيازته، وسواء كان الهلاك بفعله أو بفعل غيره كالأفة السماوية، كما وينتقل الرهن إلى المال الذي يحل محل الرهن الهالك وهو مقتضى المادة (١٣٣٩) حيث نصت على أنه (ينتقل الرهن عند هلاك المرهون رهناً تأمينياً أو تعيبه إلى المال الذي يحل محله وللمرتهن أن يستوفي حقه منه وفقاً لمرتبته)^(١٢٤).

أما ضمان هلاك الرهن الحيازي فقد نصت المادة (١٣٨٩) على أنه (تسري على الرهن الحيازي أحكام تلف المرهون أو تعيبه بسبب خطأ الراهن أو قضاء وقدر المنصوص عليها في المادة (١٣٣٨) من هذا القانون)^(١٢٥)، وقد وضح ذلك في المادة (١٣٩١) التي نص فيها أن (على المرتهن أن يحفظ المرهون حيازياً بنفسه، أو بأمينه وأن يعتني به عناية الرجل المعتاد، وهو مسؤول عن هلاكه أو تعيبه ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب لا يد له فيه)^(١٢٦)، والمواد السابقة تدل على أن القانون المدني الأردني قد تبني رأي الحنفية في أن الرهن وثيقة موضوعة للاستيفاء وأن يد المرتهن عليه يد ضمان في حدود الدين وما زاد عن الدين فيده عليه يد أمانة لا يضمن فيها إلا عند تعديه أو تقصيره، وما يؤكد ذلك ما نصت عليه

المادة (١٣٩٦) من تفصيل لكيفية الضمان عند الحنفية، وهو ما سيأتي الحديث عنه في مطلب كيفية ضمان الرهن في المبحث الثاني من هذا البحث إن شاء الله.

المبحث الثاني: كيفية الضمان وشروطه.

المطلب الأول: كيفية الضمان وشروطه في المذهب الحنفي.

أولاً: كيفية الضمان^(١٢٧).

لما كانت يد المرتهن على الرهن يد ضمان عند الحنفية^(١٢٨) فإنهم قالوا: إن المرهون مضمون بأقل القيمة^(١٢٩) والدين، فأما أن تكون قيمة الرهن أقل أو مساوية أو أكثر من الدين وكل حالة لها حكمها.

- فإن كانت قيمة الرهن أقل من الدين فهو مضمون بالقيمة ويسقط من الدين بقدرها ويرجع المرتهن بالزائد على الراهن.
 - وإن كانت قيمة الرهن مساوية لقيمة الدين فقد صار المرتهن بالهلاك مستوفياً دينه حكماً؛ لأن قيمة الرهن معلقة بتمته.
 - أما إذا كانت قيمة الرهن أكثر من قيمة الدين فإن الزائد أمانة في يد المرتهن لا يضمه إلا بالتعدي أو التقريط في حفظه.
- ووجه قولهم بهذه الكيفية بوضحه الكاساني قائلاً: (لأن المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفاء؛ لأن قبض الرهن قبض استيفاء ويتقرر الاستيفاء عند الهلاك فيقرر الضمان بقدر الاستيفاء فإن كانت قيمة الرهن مثل الدين أمكن تحقيق الاستيفاء؛ لأن استيفاء الدين مثله صورة ومعنى، أو معنى لا صورة وإذا كانت قيمته أكثر لا يتحقق الاستيفاء إلا في قدر الدين ولا يتحقق في الزيادة؛ لأن استيفاء الأقل من الأكثر يكون ربا، وإن كانت قيمته أقل لا يمكنه تحقيق الاستيفاء إلا بقدر الدين؛ لأن الاستيفاء الأكثر من الأقل لا يتصور إذا كان المرهون شيئاً واحداً)^(١٣٠).

ومن الجدير هنا، أن نشير إلى أن الحنفية يرون في حال تعدد الرهن وهلاك بعضه أو تعييه عند المرتهن أنه يسقط من الدين بمقدار ما نقص من قيمة الرهن؛ بسبب هلاك بعضه أو تعييه ويكون الباقي رهناً بالباقي من الدين^(١٣١).

ثانياً: شروط الضمان.

- اشترط الحنفية للضمان على المرتهن شروطاً عدة، فإذا تخلف أحدها انتفى الضمان عن المرتهن وهي:
١. بقاء الدين: وهذا يعني بقاء الدين في ذمة الراهن عند هلاك الرهن، فإذا سقط الدين بالإبراء أو الوفاء ثم هلك المرهون فإنه يهلك بلا شيء ولا ضمان على المرتهن^(١٣٢).
 ٢. أن يكون هلاك المرهون في حالة قبض الرهن، فإذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضموناً، كأن يغصبه غاصب ويهلك بيده فإنه لا يسقط شيء من الدين؛ لأن قبض الغصب أبطل قبض الرهن، وكذا إذا أذن الراهن للمرتهن بالانتفاع منه فإنه إذا هلك قبل أن يأخذ في الانتفاع أو بعدما فرغ منه يهلك بالدين، وإن هلك في حال الانتفاع يهلك أمانة، ووجه الأول: أن المرهون قبل أن يأخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن وكذا بعد الانتهاء منه، وأما الثاني: فإن قبض الرهن قد انتقض بقبض الانتفاع، أي قبض الإعارة وذلك أن قبض الإعارة ينافي قبض الرهن من حيث هو أمانة وقبض الرهن قبض ضمان عندهم، كما أنه إذا استعاده الراهن من المرتهن لينتفع به فقبضه فإنه يخرج بذلك عن قبض الرهن فإذا هلك يهلك أمانة والدين على حاله^(١٣٣).

٣. أن يكون المرهون مقصودا بالرهن، فلا تكون الزيادة المتولدة أو ما هو في حكم المتولد كالولد والثمر مضمونا؛ وذلك لأنها ليست مرهونة قصدا بل تبعا للأصل والمرهون تبعا لا حصة له في الضمان، وهذا بخلاف الزيادة على الرهن فإنها مضمونة؛ لأنها مرهونة قصدا لا تبعا؛ وذلك أنها إذا صحت تلتحق بأصل العقد فيكون العقد قد ورد على الزيادة والمزيد عليه، إلا أن المعتبر في قيمة الزيادة هو يوم الفكاك؛ وذلك لأنه إنما يصير لها حصة من الضمان بالفكاك^(١٣٤).

المطلب الثاني: كيفية الضمان وشروطه عند الجمهور والمالكية.

من خلال المطالب السابقة، تبين لنا أن الجمهور يقولون بأن يد المرتهن على الرهن يد أمانة وهي اليد التي لا تضمن إلا في حال التقصير والتعدي وبذلك هم لا يسقطون شيئا من الدين بهلاك الرهن، وإنما عليه الضمان في حال التعدي بالقيمة يوم التعدي، وتكون القيمة رهنا مكان الهالك حتى يظل المرتهن صاحب امتياز على سائر الغرماء، غير أن بعض الشافعية قال ببطان الرهن إذا تلف بأفة سماوية، وذلك لفواته بلا بدل فلا يكلف الراهن عوضا مكان الرهن الهالك ولا يسقط شيئا من دين المرتهن^(١٣٥) أما المالكية القائلين بالتفريق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب، فإنهم يرون الضمان فيما يغاب عليه، فيضمن القيمة بالغة ما بلغت، وعلى هذا لو كانت قيمة الرهن مساوية لقيمة الدين فإنه يسقط دينه بالهلاك، ولا اعتبار القيمة عند المالكية لثلاثة أقوال^(١٣٦):

١. اعتبار القيمة يوم التلف وهو قول ابن القاسم^(١٣٧).
 ٢. اعتبار القيمة يوم القبض.
 ٣. اعتبار القيمة يوم عقد الرهن.
- أما شروط الضمان عندهم فهي^(١٣٨):
١. أن يكون الرهن بيد المرتهن.
 ٢. أن يكون الرهن مما يغاب عليه أي يمكن إخفاؤه كالحلي.
 ٣. أن لا تشهد البينة أن الهالك أو التلف بغير سببه؛ وذلك لأن الضمان عندهم للثمة.

المطلب الثالث: رأي القانون الأردني في كيفية الضمان.

نص القانون الأردني على كيفية ضمان الرهن في المادة (١٣٩٦)، حيث جاء فيها^(١٣٩):

١. إذا هلك المرهون في يد المرتهن ضمن قيمته يوم القبض.
٢. فإذا كانت قيمته مساوية لقيمة ضمانه سقط الدين سواء كان الهالك بتعدي المرتهن أم لا.
٣. وإذا كانت قيمته أكثر من الدين يسقط الدين عن الراهن وضمن المرتهن الباقي، إن كان الهالك بتعديه أو تقصيره في حفظه.
٤. وإذا كانت قيمته أقل من الدين سقط من الدين بقدره ويرجع الدائن بما بقي له على الراهن.

ومقتضى المادة السابقة يدل على أن القانون أخذ برأي الحنفية في تضمين المرتهن هلاك الرهن وكيفية ذلك، حيث صرح بضمانه للهلاك سواء كان بتعديه أم لا (فقرة ٢) وهو مقتضى يد الضمان، ثم نص في الفقرة (٢) (٣) (٤) على سقوط الدين حال الهلاك بالأقل من قيمته وقيمة الدين، وما زاد عنه فإن يده عليه يد أمانة لا يضمنه إلا بتعديه أو تقصيره،

وأرى أن ما أخذ به القانون الأردني من تضمين للمرتهن قد يؤدي إلى عزوف الناس عن التعامل بالرهن الحيازي؛ لما له من أثر على الدائن، وهو ما يؤدي إلى إيقاع الضرر بالمعوزين.

الخاتمة.

- من خلال البحث في حكم ضمان الرهن خلص البحث إلى النتائج الآتية:
- ١- يرى جمهور الفقهاء أن الرهن موضوع للاستيثاق، وأن الدين معلق بعين الرهن للاستيفاء منها عند تعذر الاستيفاء، أما الحنفية فإنهم يرون أن الرهن محتبس بالدين وأن يد الاستيفاء عليه ثابتة.
 - ٢- صفة يد المرتهن على الرهن: عند الجمهور يد أمانة لا تضمن إلا بالتعدي أو التفريط في الحفظ، وعند الحنفية يد ضمان تعدى أم لم يتعد، قصر أم لم يقصر، وعند المالكية أصل اليد أمانة، ولكنهم فرقوا بين ما يغاب عليه، وما لا يغاب، فهي يد أمانة فيما لا يغاب عليه، ويد ضمان فيما يغاب عليه، والراجح من هذه الآراء هو رأي الجمهور؛ لقوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراض.
 - ٣- كذا يترجح الرأي القائل بعدم سقوط شيء من الدين بالهلاك، وأن على المتلف ضمان ما أتلف يوم الإلتلاف.
 - ٤- تبين لنا من خلال البحث أن القانون المدني الأردني قد تبني رأي المذهب الحنفي في تضمين المرتهن وكيفية الضمان، ويرى الباحث أن في تبني ذلك الرأي إيقاع الضرر بالدائن والمدين، من جهة الدائن، ما قد يسببه من عزوف الناس عن التعامل بالرهن الحيازي، ومن جهة المدين ما سيؤدي إليه من إيقاع الضرر بالمعوزين.

الموامش.

- (١) محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، بيروت، دار صادر، (د.ت)، (د.ط)، ج ١٣، ص ١٨٨.
- (٢) علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية، بيروت، دار إحياء التراث، ١٩٩٥م، (ط١)، ج ٤، ص ٤١٢. ومحمد أمين بن عمر ابن عابدين، رد المحتار، بيروت، دار الفكر، ١٩٩٢م، (ط٢)، ج ٦، ص ٤٧٧.
- (٣) محمد بن محمد الحطاب، مواهب الجليل، د.م، دار الفكر، ١٩٩٢م، (د.ط)، ج ٦، ص ٥٣٨.
- (٤) محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي، د.م، دار الفكر، (د.ت)، (د.ط)، ج ٣، ص ٢٣١.
- (٥) محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (د.ت)، (د.ط)، ج ٤، ص ٢٢٩. ومحمد بن أحمد الشريبي، مغني المحتاج، تحقيق: علي معوض، وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م، ط ١، ج ٣، ص ٣٨.
- (٦) عبد الله بن أحمد بن قدامة، الكافي، تحقيق: محمد فارس، ومسعد عبد الحميد، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩٤م، (ط١)، ج ٢، ص ٧٤. ومنصور البهوتي، كشاف القناع، د.م، دار الكتب العلمية، (د.ت)، (د.ط)، ج ٣، ص ٣٢٠.
- (٧) إلا أن المالكية وكما سيتضح لاحقاً يفرقون بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، سيبحث في موضعه إن شاء الله.
- (٨) وقد أدى هذا إلى اختلافهم في مسائل عدة، منها مسألة الانتفاع بالرهن فعند الحنفية الراهن ممنوع من الاسترداد للانتفاع؛ لأنه يفوت موجهه وهو الاحتباس على الدوام، وعند الشافعية لا يمنع منه؛ لأنه لا ينافي موجهه وهو تعيينه للبيع. المرغيناني، الهداية، ج ٤، ص ٤١٣. وعثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، (د.ت)، (ط٢)، ج ٦، ص ٦٥.
- (٩) ابن منظور، لسان العرب، ج ١٣، ص ٢٥٧.
- (١٠) الرملي، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٤١٨. وأبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٨٦م، (ط٢)،

- ج ٦، ص ٢. والحطاب، مواهب الجليل، ج ٧، ص ٣.
- (١١) محمد رواس قلنجي، معجم لغة الفقهاء، تحقيق: حامد قنبيبي، دم، دار النفائس، ١٩٨٨م، (ط ٢)، ج ١، ص ٢٨٥.
- (١٢) محمد بن عيسى الترمذي، السنن، حمص، مطابع الفجر الحديثة، ١٩٦٧م، (ط ١)، كتاب: البيوع، باب: ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا، ج ٤، ص ٢٨٤، وقال عنه: هذا حديث حسن صحيح. أحمد بن شعيب النسائي: السنن الكبرى، تحقيق: عبد الغفار بنداري، سيد حسن، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩١م، (ط ١)، كتاب: البيوع، باب: ١٤، ج ٤، ص ١١.
- (١٣) ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٧٣.
- (١٤) التالف هو الهلاك والعطب في كل شيء، أما الإلتلاف فهو بمعنى التالف، إلا أنه يكون بفعل اليد، بينما التالف يحدث بنفسه أو بفعل سماوي. ابن منظور، لسان العرب، ج ٩، ص ١٨.
- (١٥) ينظر: الكاساني، البدائع، ج ٥، ص ٢٣٨. والنووي، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٤٩٩.
- (١٦) الحسين شواط، عبد الحق عميش، فقه العقود المالية، إريد، دار الكتاب الثقافي، ٢٠١٦م، (د.ط)، ص ٢٦.
- (١٧) يُعد مناط التمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة الذي دل عليه استقراء الأحكام وعللها الفقهية هو المعاوضة، حيث إن فكرة الضمان تدور مع معنى المعاوضة فيه، فيكون العقد عقد ضمان من الناحية التي تتعلق بها المعاوضة ومن الناحية الأخرى هو عقد أمانة وعقد الرهن من العقود التي وجد فيها منفعة المالك والقابض، أي نفع المدين في الصبر عليه لأجله، ونفع الدائن بالتوثق لحقه. أيمن أبو العيال، فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق، مجلد (١٩)، عدد (٢)، ٢٠٠٣م، ص ٨٦.
- (١٨) القبض لغة: من قبض الشيء بمعنى أخذه، وشرعا: هو حيازة الشيء والتمكن منه سواء أكان مما يمكن تناوله باليد أم لا يمكن. ومن هذا يظهر أن القبض يكون بالحيازة للمنقول على اختلاف بين الفقهاء في كيفية قبضه، وليس هنا محل بسطه، أما قبض العقار المرهون فإنه يكون بالتخلية بينه وبين المرتهن مع تمكنه من وضع اليد عليه؛ لأن القبض فيه لا يتصور إلا بذلك وهو ما يطلق عليه الرهن الحيازي سواء في المنقول أو العقار، أما الرهن التأميني (المجرد) المتعارف عليه في أيامنا هذه فهو يرد على العقار كما نص على ذلك القانون، بالرغم من أنه يشمل المنقول والمنقولات المعنوية كالعلامة التجارية وفقا لأحكام القوانين الخاصة التي تنظم هذه المنقولات حيث جاء في المادة (١٣٣٤) سريان أحكام الرهن التأميني على المنقول الذي تقتضي قوانينه الخاصة تسجيله كالسيارة والعلامة التجارية، وهذا النوع من الرهن لا حيازة فيه وإن كان يشترط تسجيله، ويُعد هذا التسجيل بمثابة القبض إلا أنه لا يعطى أحكامه من حيث الهلاك فلا خلاف إذا في أن ضمان هلاكه على الراهن وإنما وقع الخلاف في ضمان الرهن بعد القبض. عامر أبو رمان، مدى خصوصية التزامات الراهن في عقد رهن العلامة التجارية دراسة مقارنة، مجلة دراسات الشريعة والقانون، ٢٠١٦م، الجامعة الأردنية، المجلد (٤٣)، الملحق (٣)، الجامعة الأردنية. نزيه حماد، الحيازة في العقود، دمشق، مكتبة دار البيان، ١٩٧٨م، (ط ١).
- (١٩) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دم، معهد البحوث والدراسات الإسلامية، ١٩٧١م، (د.ط)، ص ١٠٢. وحاتر القيسي، أحمد الخطيب، يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية، ٢٠١٠م، المجلد (١٨)، العدد (٢)، غزة.
- (٢٠) البهوتي، كشف القناع، ج ٤، ص ١٦٧.
- (٢١) علي الخفيف، الضمان، ص ١٠٣. وحاتر القيسي، أحمد الخطيب، يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، مجلد (١٨)، عدد (٢).
- (٢٢) عبد الله بن محمود الموصلي، الاختيار، بيروت، دار المعرفة، ١٩٧٥م، (ط ٣)، ج ٣، ص ٥٩.
- (٢٣) أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤م، (ط ١)، ج ٢، ص ٢٠٧.

- (٢٤) عبد الله بن قدامة، المغني، الرياض، مكتبة الرياض، ١٩٨١م، (د.ط)، ج٥، ص٣٥٤.
- (٢٥) عبد الرحمن بن أحمد بن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، بيروت، دار الجيل، ١٩٨٨م، (ط٣)، ص٣٣٣.
- (٢٦) محمد بن علي الحصكفي، الدر المختار مع رد المحتار، بيروت، دار الفكر، ١٩٦٦م، (ط٢)، ج٦، ص٤١٩. والصابوي، بلغة السالك، ج٢، ص١٥١. والشريبي، مغني المحتاج، ج٣، ص٦٧. وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٢٤٧. وينظر: نزيه حماد، الحيازة في العقود، ص٢٢١.
- (٢٧) الحصكفي، الدر المختار مع رد المحتار، ج٦، ص٤١٩. والصابوي، بلغة السالك، ج٢، ص١٥١. والشريبي، مغني المحتاج، ج٣، ص٦٧. والبهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣٢١.
- (٢٨) محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، ١٩٩٣م، (د.ط)، ج٢١، ص٦٤، ج٦٧. ومحمد الخرخشي، حاشية الخرخشي، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، ١٣١٧م، (ط٢)، ج٥، ص٢٥٧. وإبراهيم الشيرازي، المهذب، تحقيق: محمد الزحيلي، دمشق، دار القلم، ١٩٩٦م، (ط١)، ج٢، ص١٠٥. ومنصور البهوتي، الروض المربع، الرياض، مكتبة الرياض الحديثة، ١٩٧٠م، (د.ط)، ج١، ص٣٦٧.
- (٢٩) القرافي، الذخيرة، ج٨، ص١١١.
- (٣٠) المرغيناني، الهداية، ج٤، ص٤١٤. والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٥. والزليعي، تبیین الحقائق، ج٦، ص٦٣. ومحمد بن محمد البابر، العناية شرح الهداية، دم، دار الفكر، (د.ت)، (د.ط)، ج١٠، ص١٣٦. وعلي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، بيروت، دار العلم للملايين، (د.ت)، (د.ط)، ج٢، ص١٣٧.
- (٣١) الخرخشي، حاشية الخرخشي، ج٦، ص١٦٤. والقرافي، الذخيرة، ج٨، ص١١١. وعبيد الله الجلاب، التفریح، تحقيق: سيد كسروي حسن، بيروت، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٧م، (ط١)، ج٢، ص٢٧٤. ومحمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية، بيروت، دار القلم، ١٩٧٧م، (ط١)، ج١، ص٢١٣.
- (٣٢) معنى (ما يغاب عليه): أي ما يمكن إخفاؤه مثل الحلّي والثياب. ومعنى (ما لا يغاب عليه): ما لا يمكن إخفاؤه كالعقار. علي بن أحمد العدوي، حاشية العدوي، بيروت، دار الفكر، ١٩٩٤م، (د.ط)، ج٢، ص٢٧٢.
- (٣٣) الرملي، نهاية المحتاج، ج٤، ص٢٧٣. ومحمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع، بيروت، دار إحياء التراث، ١٩٩٥م، (د.ط)، ج١٢، ص٣٨٢.
- (٣٤) محمد بن أحمد بن النجار، منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله التركي، دم، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٩م، (ط١)، ج٢، ص٤١٢. وابن قدامة، المغني، ج٤، ص٤٤٢. وعلي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٩٥٦م، (د.ط)، ج٥، ص١٦٠.
- (٣٥) أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩٤م، (ط١)، كتاب: الرهن، باب: الرهن مضمون، ج٦، ص٦٧. وعلي بن عمر الدارقطني، السنن، كتاب: البيوع، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩٦م، (ط١)، ج٣، ص٢٩. كما أورده عبد الله بن يوسف الزليعي، نصب الراية، بيروت، مؤسسة الريان، ١٩٩٧م، (ط١)، ج٦، ص٢٧١.
- (٣٦) الزليعي، نصب الراية، ج٦، ص٢٧٠.
- (٣٧) السرخسي، المبسوط، ج٢١، ص٦٦.
- (٣٨) الزليعي، تبیین الحقائق، ج٦، ص٦٤. والمرغيناني، الهداية، ج٤، ص٤١٣.
- (٣٩) الزليعي، نصب الراية، ج٦، ص٢٧١.
- (٤٠) الدارقطني، السنن الكبرى، ج٣، ص٢٨.

- (٤١) سليمان أبو داود، **المراسيل**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٨م، (ط١)، ص ١٧٣.
- (٤٢) الزيلعي، **نصب الرأية**، ج ٦، ص ٢٧١.
- (٤٣) ابن قدامة، **المغني**، ج ٤، ص ٤٣٨.
- (٤٤) سيأتي تخريجه لاحقاً.
- (٤٥) عبد الرحمن بن قدامة المقدسي، **الشرح الكبير مع المغني**، تحقيق: محمد رشيد رضا، د.م، مطبعة المنار، ١٣٤٧م، (ط٢)، ج ٤، ص ٤١١.
- (٤٦) نفق ينفق نفوقاً: مات، وفي حديث ابن عباس: والجزور نافقة أي ميتة. ابن منظور، **لسان العرب**، ج ١٠، ص ٣٥٧.
- (٤٧) البيهقي، **السنن**، كتاب: الرهن، باب: الرهن مضمون، ج ٦، ص ٦٨. والزيلعي، **نصب الرأية**، ج ٦، ص ٢٧٠.
- (٤٨) البارتي، **شرح العناية**، ج ١٠، ص ١٤١.
- (٤٩) أحمد بن عمر الحازمي، **فتح رب البرية شرح نظم الاجرومية**، مكة المكرمة، مكتبة الأسدي، ٢٠١٠م، (ط١)، ج ١، ص ٤٥.
- (٥٠) الزيلعي، **نصب الرأية**، ج ٦، ص ٢٧٠.
- (٥١) ابن قدامة، **المغني**، ج ٤، ص ٤٣٨.
- (٥٢) محمد بن إدريس الشافعي، **الأم**، بيروت، دار الفكر، ١٩٨٠م، (ط١)، ج ٣، ص ١٩٢.
- (٥٣) ابن قدامة، **المغني**، ج ٤، ص ٤٤٣. والمقدسي، **الشرح الكبير**، ج ٤، ص ٤١١.
- (٥٤) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج ٦، ص ١٦٠. والزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج ٦، ص ٦٤. وعلي بن أحمد بن حزم، **المحلى**، تحقيق: عبد الغفار سليمان، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٨٨م، (د.ط)، ج ٨، ص ٩٦.
- (٥٥) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج ٦، ص ٦٤.
- (٥٦) عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، **المصنف**، دار الفكر، د.م، ١٩٩٤م، (د.ط)، كتاب: البيوع، باب: الرجل يرهن الرجل فيهلك، ج ٥، ص ٣٣٤.
- (٥٧) البيهقي، **السنن**، ج ٦، ص ٧١.
- (٥٨) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج ٦، ص ٦٤.
- (٥٩) ابن أبي شيبة، **المصنف**، كتاب: البيوع، باب: الرجل يرهن الرجل فيهلك، ج ٥، ص ٣٣٤.
- (٦٠) البيهقي، **السنن**، كتاب: الرهن، باب: الرهن مضمون، ج ٦، ص ٧٣. وينظر: الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج ٦، ص ٦٤. والسرخسي، **المبسوط**، ج ٢١، ص ٦٥.
- (٦١) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج ٦، ص ٦٤.
- (٦٢) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج ٦، ص ١٥٤.
- (٦٣) ابن حزم، **المحلى**، ج ٦، ص ٣٧٦.
- (٦٤) **المرجع السابق**، ج ٦، ص ٣٧٦.
- (٦٥) البيهقي، **السنن**، ج ٦، ص ٧١. وابن حزم، **المحلى**، ج ٦، ص ٣٧٨.
- (٦٦) ابن حزم، **المحلى**، ج ٦، ص ٣٧٧.
- (٦٧) البيهقي، **السنن**، ج ٦، ص ٧١.
- (٦٨) ابن حزم، **المحلى**، ج ٦، ص ٣٧٨.
- (٦٩) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج ٦، ص ٦٤.
- (٧٠) القرافي، **الذخيرة**، ج ٨، ص ١١٣.

- (٧١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٥٤. والزيلعي، تبين الحقائق، ج٦، ص٦٤.
- (٧٢) أحمد قاضي زاده، تكملة فتح القدير، ج١٠، ص١٤١.
- (٧٣) ابن قدامة، المغني، ١٩٦٨م، ج٤، ص٢٩٨.
- (٧٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص١٥٥.
- (٧٥) ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩٧م، (ط١)، ج٤، ص٢١٥. وابن قدامة، المغني، ١٩٦٨م، ج٤، ص٢٩٨.
- (٧٦) الشرييني، مغني المحتاج، ج٤، ص٢٤٦.
- (٧٧) سليمان أبو داود، السنن، بيروت، دار الجنان، ١٩٨٨م، (ط١)، كتاب: أبواب الإجارة، باب: في تضمين العور، ج٢، ص٣١٨. والحديث ضعفه: محمد ناصر الألباني، صحيح وضعيف سنن أبي داود، برنامج منظومة التحقيقات الحديثة، الإسكندرية، مركز نور الإسلام، (د.ت)، (د.ط).
- (٧٨) القرافي، النخيرة، ج٨، ص١١١.
- (٧٩) المصدر السابق نفسه.
- (٨٠) ذكر هذه الوجوه القرافي قائلاً: (شبه الضمان أقوى بوجوه منها: أن المرتهن أحق به، وليس للراهن التصرف فيه، ومنها أن تعلق الحق برفقته كالجاني، ومنها حبسه للاستيفاء والبيع كالمبيع في يد البائع، ومنها انه لا يقبل قوله في رده كالغاصب بخلاف المودع، ومنها لا يثبت إلا عن مال في الذمة كالمعاوضات، ومنها أنه شرط في أصل البيع كالثمن فهذه ستة أوجه)
- القرافي، النخيرة، ج٨، ص١١٢.
- (٨١) القرافي، النخيرة، ج٨، ص١١٢.
- (٨٢) روي بلفظ (الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه). البيهقي، السنن، كتاب: الرهن، باب: الرهن غير مضمون، ج٦، ص٦٦، وقال: هذا حديث قد أسنده زياد بن سعد موصولاً بذكر أبي هريرة فيه، وزيد بن سعد من الثقات (السنن الصغير، ج١٠، ص٩٤٠).
- الدارقطني، السنن، كتاب: البيوع، ج٣، ص٣٢.
- (٨٣) سيأتي في أدلة الجمهور إن شاء الله.
- (٨٤) سبق تخريجه.
- (٨٥) هذا الحديث ذكره القرافي بهذا اللفظ في النخيرة، ج٨، ص١١٢. وعبد الوهاب بن علي البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميش عبد الحق، مكة، المكتبة التجارية، (د.ت)، (د.ط)، ج١، ص١١٥١.
- (٨٦) محمد بن رشد محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد، تحقيق: عبد المجيد طعمة، القاهرة، دار الحديث، ٢٠٠٤م، (د.ط)، ج٤، ص٦٠.
- (٨٧) الدارقطني، السنن، كتاب: البيوع، ج٣، ص٣٠. والحاكم محمد النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، حلب، مكتب المطبوعات الإسلامية، (د.ت)، (د.ط)، كتاب: البيوع، ج٢، ص٥٨، وقال: هذا إسناد صحيح على شرط الشيخين.
- (٨٨) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢٠٠٤م، ج٤، ص٦٠.
- (٨٩) محمد بن رشد، بداية المجتهد، بيروت، دار المعرفة، ١٩٩٧م، (ط١)، ج٤، ص٧٠.
- (٩٠) اختلفوا في معنى الاستحسان عند الإمام مالك وقيل هو جمع بين الأدلة المتعارضة. ابن رشد، بداية المجتهد، ج٤، ص٧٢.
- (٩١) الحسين بن أحمد الصنعاني، الروض النضير، بيروت، دار الجيل، (د.ت)، (د.ط)، ج٣، ص٣٧٥.
- (٩٢) القرافي، النخيرة، ج٨، ص١١٢.
- (٩٣) ابن حزم، المحلى، ج٦، ص٣٧٦.

- (٩٤) الشافعي، الأم، ج٣، ص ١٧٠.
- (٩٥) محمد بن ماجه محمد بن يزيد بن ماجه، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ١٩٧٥م، (د.ط.)، كتاب: الرهن، باب، لا يغلق الرهن، ج٢، ص ٨١٦. والبيهقي، السنن، كتاب: الرهن، باب: الرهن غير مضمون، ج٦، ص ٦٦. والدارقطني، السنن، كتاب: البيوع، ج٣، ص ٤٣٧.
- (٩٦) المطيعي، تكملة المجموع، ج١٢، ص ٣٨٣.
- (٩٧) الشافعي، الأم، ج٣، ص ١٧٠. والشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص ٧٣.
- (٩٨) الزيلعي، نصب الرأية، ج٦، ص ٢٦٨.
- (٩٩) الرملي، نهاية المحتاج، ج٤، ص ٢٧٣. ويحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، دم، المكتب الإسلامي، (د.ت.)، (د.ط.)، ج٤، ص ٩٦. والمطيعي، تكملة المجموع، ج١٢، ص ٣٨٢.
- (١٠٠) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، دمشق، دار الخير، ١٩٩٦م، (ط١)، ج٥، ص ٢٦٤.
- (١٠١) أبو حاتم بن حبان، صحيح ابن حبان، دم، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٣م، (ط٢)، كتاب: الرهن، باب: نكر ما يحكم للراهن والمرتهن في الرهن إذا كان حيوانا، ج١٣، ص ٢٥٧.
- (١٠٢) الحاكم النيسابوري، المستدرک، ج٢، ص ٥١.
- (١٠٣) الدارقطني، السنن، ج٣، ص ٢٩.
- (١٠٤) عبد الحق بن الخراط، الأحكام الوسطى من حديث النبي ﷺ، كتاب: البيوع، باب: الرهن، السعودية، مكتبة الرشد، ١٩٩٥م، (د.ط.)، ج٣، ص ٢٧٩.
- (١٠٥) الزيلعي، نصب الرأية، ج٦، ص ٢٦٨.
- (١٠٦) ابن قدامة، المغني، ج٤، ص ٤٣٨.
- (١٠٧) الشوكاني، نيل الأوطار، ج٥، ص ٢٨٠.
- (١٠٨) الزيلعي، نصب الرأية، ج٣، ص ٣٢٠.
- (١٠٩) عبد الرزاق بن الهمام، المصنف، كتاب: البيوع، باب: الرهن لا يغلق، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الهند، المجلس العلمي، ١٤٠٣هـ، (ط٢)، ج٨، ص ٢٣٧. والزيلعي، نصب الرأية، ج٦، ص ٢٦٨. والكاساني، بدائع الصنائع، ج٦، ص ١٥٥.
- (١١٠) الزيلعي، تبين الحقائق، ج٦، ص ٦٥.
- (١١١) محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام، بيروت، دار الكتاب العربي، ١٩٨٧م، (ط٤)، ج٣، ص ٩٧. والسرخسي، المبسوط، ج٢١، ص ٦٦.
- (١١٢) ابن حزم، المحلى، ج٦، ص ٣٧٨.
- (١١٣) السرخسي، المبسوط، ج٢١، ص ٦٦.
- (١١٤) سبق ذكر أقوالهم.
- (١١٥) المطيعي، تكملة المجموع، ج١٢، ص ٣٨٢. وابن قدامة، المغني، ج٤، ص ٤٤٣.
- (١١٦) الزيلعي، تبين الحقائق، ج٦، ص ٦٤.
- (١١٧) المرغيناني، الهداية، ج٤، ص ٤١٣. والزيلعي، تبين الحقائق، ج٦، ص ٦٥.
- (١١٨) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٤، ص ٦٠.
- (١١٩) أو الرهن المجرد كما يسميه بعضهم؛ نظرا لخلوه من القبض أو الحيازة ويعرف في القانون بأنه: عقد يكسب به الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في

- استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون (م ١٣٢٢). ويلحق بالعقار أيضا العلامة التجارية وبعض المنقولات كما أشرت لذلك في بداية البحث.
- (١٢٠) يعرف القانون الرهن الحيازي بأنه: احتباس مال في يد الدائن أو يد عدل ضمناً لحق يمكن استيفاؤه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين، (م ١٣٧٢).
- (١٢١) المراد بها في القانون: الرهن التأميني، والرهن الحيازي، وحقوق الامتياز.
- (١٢٢) ينظر هامش ١٨ من هذا البحث.
- (١٢٣) القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦م. جمال مدغمش، محمد مناجرة، موسوعة التشريع الأردني، عمان، دار البشير، ١٩٩٨م، (ط١)، ج ٢٠، ص ٢٦٥.
- (١٢٤) القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦م. جمال مدغمش، محمد مناجرة، موسوعة التشريع الأردني، ج ٢٠، ص ٢٧٤.
- (١٢٥) المرجع السابق نفسه.
- (١٢٦) المرجع السابق نفسه.
- (١٢٧) علي بن زكريا المنبجي، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، تحقيق: محمد فضل، السعودية، دار الشروق، ١٩٨٣م، (ط١)، ج ٢، ص ٥٣٤. والكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٥٥. والزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ٦٦.
- (١٢٨) خالف في كيفية الضمان عند الحنفية زفر، حيث يرى أنه مضمون بكل قيمته. أحمد قاضي زاده، تكملة فتح القدير، بيروت، دار الفكر، ١٩٧٧م، (ط٢)، ج ١٠، ص ١٤٦.
- (١٢٩) يضمن المرتهن عند الحنفية قيمة الرهن يوم القبض؛ لأنه يومئذ دخل في ضمانه، وفيه يثبت الاستيفاء يدا، ثم يتقرر بالهلاك، ويكون المضمون رهنا مكان أصله؛ لأنه بدله، أما إذا كان الهالك من أجنبي أو آفة سماوية فإن اعتبار القيمة يكون يوم الهلاك. وابن عابدين، رد المحتار، ج ٦، ص ٥١٠. والموصلي، الاختيار، ج ٢، ص ٦٥. والزيلعي، تبين الحقائق، ج ٦، ص ٨٧.
- (١٣٠) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٦٠. وابن عابدين، رد المحتار، ج ٦، ص ٤٨٠.
- (١٣١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٦١.
- (١٣٢) المرجع السابق، ج ٦، ص ١٥٥.
- (١٣٣) المرجع السابق، ج ٦، ص ١٥٥.
- (١٣٤) الفرق بين المضمون بالقبض والمضمون بالفكك: أن المضمون بالفكك تتغير القيمة حسب تغير قيمة الزيادة على الرهن إلى الزيادة أو النقصان في السعر والبدن، أما المضمون بالقبض فلا تتغير فيه القيمة؛ لأن القبض لا يتغير وبذلك لا يتغير الضمان. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٥٧.
- (١٣٥) الرملي، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٢٨٦. وأحمد القليوبي، أحمد عميرة، حاشيتا قليوبي وعميره، بيروت، دار الفكر، ١٩٩٥م، د. ط، ج ٢، ص ٣٣١.
- (١٣٦) صالح عبد السميع الأزهرى، جواهر الإكليل، بيروت، دار الفكر، (د.ت)، (د.ط)، ج ٢، ص ٨٧. والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٢٦٠. والقرافي، الذخيرة، ج ٨، ص ١١٤. والعدوي، حاشية العدوي، ج ٢، ص ٢٧٢.
- (١٣٧) علي العدوي، حاشية العدوي، ج ٢، ص ٢٧٢.
- (١٣٨) الأزهرى، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ٨٧. والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٢٦٠. والقرافي، الذخيرة، ج ٨، ص ١١٤. والعدوي، حاشية العدوي، ج ٢، ص ٢٧٢.
- (١٣٩) القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦م. جمال مدغمش، محمد مناجرة، موسوعة التشريع الأردني، ج ٢٠، ص ٢٧٤.