

3-15-2021

مدى انسجام الركن الشكلي في عقد رهن العقار مع قواعد "القبض" في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي The extent to which the formal element in the real estate mortgage contract is consistent with the rules of "seizure" in Islamic jurisprudence: a comparative study between Islamic jurisprudence and statutory law

Maan Alqasaymeh

College of Law, Sultan Qaboos University, Sultanate of Oman, maen@aqu.edu.com

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

 Part of the [Islamic Studies Commons](https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois)

Recommended Citation

Alqasaymeh, Maan (2021) "مدى انسجام الركن الشكلي في عقد رهن العقار مع قواعد "القبض" في الفقه الإسلامي" - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي The extent to which the formal element in the real estate mortgage contract is consistent with the rules of "seizure" in Islamic jurisprudence: a comparative study between Islamic jurisprudence and statutory law," *Jordan Journal of Islamic Studies*: Vol. 17: Iss. 1, Article 10.

Available at: <https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois/vol17/iss1/10>

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](https://digitalcommons.aaru.edu.jo/jois), an Elsevier platform. For more information, please contact rakan@aarj.edu.jo, marah@aarj.edu.jo, u.murad@aarj.edu.jo.

مدى انسجام الركن الشكلي في عقد رهن العقار مع قواعد "القبض" في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

د. معن القسايمة*

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٩/١٠/١٥ م تاريخ قبول البحث: ٢٠١٩/١٢/٢٩ م

ملخص

من المعلوم أنّ عقد رهن العقار في القوانين الحديثة لا ينعقد إلا بكتابة عقد الرهن وتوثيقه من قِبَل موظف عام. فكتابة عقد رهن العقار وتوثيقه له دور أساسي بعقد الرهن الرسمي أو التأميني. وهذا على خلاف الرهن الحيازي الذي يقع عادةً دون كتابة ودون توثيق، لكنه يستلزم نقل حيازة الشيء المرهون من الراهن إلى المرتهن. وهذا النوع -كما هو معلوم- لا يقع على عقار، بل على منقول. غير أنّ الفقه الإسلامي لم يُفرّق بين العقار والمنقول في نقل الحيازة، فأوجب نقل الحيازة - وهو ما يُعرف بـ"القبض" - من الراهن إلى المرتهن سواء كان الشيء المرهون منقولاً أو عقاراً. فنظّم الفقه الإسلامي القواعد التي يتم فيها قبض الشيء المرهون من الراهن إلى المرتهن، وبيّن كيف يتم القبض في المنقول وكيف يتم القبض في العقار. كما وضع مجموعة من القواعد والآثار التي تترتب على هذا القبض. إلا أنّ الفقه الإسلامي عند تنظيمه لرهن العقار لم يُنظّم الشكلية في هذا العقد، وذلك اكتفاءً منه بتنظيم القبض. فلا يوجب الفقه كتابة عقد رهن العقار، ولا يوجب أيضاً توثيقه من قِبَل الموظف العام، وإنما جعل القبض نفسه أداةً للتوثيق. تأتي هذه الدراسة لتبيّن مدى انسجام الشكل الذي تتطلبه القوانين الحديثة مع قواعد القبض التي نظمها الفقه الإسلامي. فهي تناقش إمكانية استبدال "القبض" بالتوثيق الكتابي في الفقه الإسلامي. وخُصت الدراسة بنتيجة مهمة مفادها أن التوثيق الكتابي في التشريع الإسلامي هو الأصل، والرهن استثناءً من هذا الأصل. كما خُصت الدراسة إلى أنّ القبض في التشريع الإسلامي لا يقع إلا على المنقول، فهو لا يقع على عقار. وهذه النتيجة جاءت على خلاف ما جاء به الفقهاء المسلمون السابقون، أي أنّ هذا البحث خالفهم في موضوع قبض العقار (تخليته)، وقد بُنيت هذه المخالفة على منهجية بحثية علمية سليمة، إذ اعتمد الباحث في منهجيته على المنهج التحليلي، فتمّ جمع كل ما هو متعلق بالبحث من آيات قرآنية وأحاديث شريفة وآراء فقهية، ثم تمّ تحليلها والوصول إلى النتيجة المذكورة.

* أستاذ مساعد، كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، سلطنة عُمان.

The extent to which the formal element in the real estate mortgage contract is consistent with the rules of "seizure" in Islamic jurisprudence: a comparative study between Islamic jurisprudence and statutory law

Abstract

It is known that the contract of pledge (mortgage), in which the real estate is an object, is not concluded without official procedures in the modern laws. So, if there are no official procedures, the contract is not considered concluded. However, if the object of the contract is movable thing, then there is no need to make the official procedures because the possession of the object is transferred from the pledger to the pledgee. But in Islamic Law, the possession of the object should be transferred from the pledger to the pledgee and there are no official procedures whether the object is movable or immovable thing, i.e. transferring the possession should happen in the movable and the immovable thing and the official procedures are not required. This research comes to discuss the feasibility of substituting and replacing the "transferring of the possession" of the immovable thing, in Islamic jurisprudence, by the official procedures. The research depends on the descriptive and analytical methodology. The research comes out with important results. First, we can replace "transferring the possession" in the official procedures in the immovable things in Islamic Law. Rather, the Holy Qur'an renders the official procedures as a fundamental principle. Second, according to some verses in the Holy Qur'an, transferring the possession of the item in the contract of pledge should happen in the movable things only. The classic Muslim jurists did not deduce this result although it is mentioned indirectly in some verses.

المقدمة.

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم النبيين والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد.

فقد نظمت القوانين الحديثة عقد الرهن الذي ينعقد بين طرفين، أحدهما يسمى الراهن، وهو المدين الذي يرهن الشيء محل العقد إلى الطرف الآخر، والذي يسمى المرتهن، وهو الدائن الذي له دين عند المدين الراهن. ومن المعلوم أن عقد الرهن ينعقد كضمان لدين معين، فوجود الرهن مرتبط بوجود الدين الذي أنشئ من أجله، أي أن الرهن لا ينشأ مستقلاً بذاته، بل إنه تابع لحق آخر وهو الدين الذي للدائن عند المدين. فلولا الدين لما قام الرهن، فوجود الدين هو السبب لوجود الرهن، وانتهاء الدين يؤدي إلى انتهاء الرهن.

وقد أولت الشريعة الإسلامية تنظيمًا خاصاً لعقد الرهن، فنجد بعض الآيات القرآنية المنظمة له. كما نجد العديد من الأحاديث النبوية الشريفة لتنظيم هذا العقد. وقد بنى الفقهاء المسلمون أحكامهم وتنظيماتهم لهذا العقد على هذه الآيات والأحاديث الشريفة، فنجدها مفصلة في كتب الفقه الإسلامي في مختلف المذاهب الفقهية.

وقد اختلف الفقه الإسلامي عن القوانين المعاصرة - كما سنرى لاحقاً - في أن الفقه الإسلامي أوجد قواعد موحدة للرهن، دون تفرقة بين منقول وعقار. فالعقد ينعقد في المنقول بالآلية نفسها التي ينعقد فيها في العقار، والأركان والشروط الموضوعية

في الرهن الذي يقع على منقول هي ذات الأركان والشروط الموضوعية التي يجب أن تتواجد في الرهن الذي يقع على عقار. فأحكام الأهلية التي تنطبق على المنقول هي ذات الأحكام التي تنطبق على العقار، وأحكام التراضي (الإيجاب والقبول) التي تنطبق على المنقول هي ذات الأحكام التي تنطبق على العقار. فلم يفرّق الفقه الإسلامي بين منقولٍ وعقارٍ في هذا الشأن. كما يُلاحَظ أن الفقه الإسلامي أوجد ما يُعرف بالقبض في عقد الرهن، ولم يفرّق في هذا الشأن بين منقولٍ وعقار. فإذا ما تمّ رهن منقولٍ ما أو عقارٍ ما فيجب أن يتم تسليم ذلك الشيء المرهون من الراهن إلى المرتهن. فالفقهاء كما سنلاحظ مُجمعون على ذلك، وإن كانوا قد اختلفوا في بعض الجوانب الفرعية للقبض.

أمّا القوانين المُعاصرة، فنجد أنّها فرّقت بين المنقول والعقار في الرهن. إذ إنّها خصّصت أحكاماً خاصّة برهن المنقول، ما يُعرف بالرهن الحيازي^(١). وفي هذا الرهن يتم نقل حيازة المنقول من الراهن إلى المرتهن على تفصيلٍ تُحدّده القوانين. فنتشابه فكرة نقل الحيازة هنا مع فكرة القبض التي نظّمها الفقه الإسلامي. في حين أنّ هذه القوانين لم تُنظّم فكرة الحيازة في العقار، إذ يتم رهن العقار دون نقل حيازته من الراهن إلى المرتهن. وفي هذا اختلاف بين هذه القوانين والفقه الإسلامي، حيث إن قواعد القبض لا تنطبق هنا.

وقد استبدلت القوانين الحديثة فكرة القبض في العقار بأركانٍ شكليةٍ يجب أن تتواجد في العقد منذ بدايته، إذ إنّ هذه الأركان الشكلية تُمثّل توثيقاً للعقد، فتضمن للدائن المرتهن حقّه لدى المدين الراهن دون اللجوء إلى نقل حيازة العقار. فعطّلت هذه القوانين فكرة تسليم العقار (تخلية العقار ليطم القبض) من الراهن للمرتهن، وفي الوقت نفسه ضمنت حق الدائن عن طريق التوثيق من خلال هذه الأركان الشكلية.

ويُلاحَظ أنّ "الشكلية في رهن العقار"، لم تظهر في التشريعات والقوانين كركن في العقد إلا في آخر عصور القانون الفرنسي القديم، إذ كان الرهن الذي يخلو من الركن الشكلي باطلاً لانعدام أحد أركانه. ثمّ انتقلت هذه القاعدة من القانون الفرنسي القديم إلى المجموعة المدنية الفرنسية، ومنها إلى سائر القوانين^(٢).

أمّا الفقه الإسلامي، فنجد أنه لم يول أهمية للأركان الشكلية في العقود بشكل عام، ولم يُنظّمها في الرهن بشكل خاص. إذ إنّ هذا الفقه، كما ذكرنا، جعل من القبض عنصراً مهماً في الرهن، ما يعني أنّ الرهن فيه عقد رضائي عيني لا عقد شكلي.

هذا هو الحال في الفقه الإسلامي كتشريع ناظم لأحكام الرهن. في حين أنّ النصوص التي اعتمد عليها الفقهاء المسلمون لم تخل من الشكلية في عقد رهن العقار. بمعنى أنّ الأركان الشكلية التي تُنظّمها القوانين الحديثة في عقد رهن العقار، وإن لم يُنظّمها الفقه الإسلامي، إلا أنّ النصوص الشرعية والتي هي الأصل والمرجع في الفقه، نظّمت الشكلية في هذا العقد. وهذا ما سيتم مناقشته في هذا البحث إن شاء الله.

أهمية الدراسة.

تظهر أهمية الدراسة عندما نُفرّق في رهن العقار بين حالتين: حالة تسليم العقار وإقباضه من الراهن إلى المرتهن عن طريق تخليته وإزالة الموانع من استلامه. وحالة توثيق رهن العقار كتابياً دون إقباضه وتخليته للدائن. ففي الحالة الأولى: تنتقل حيازة العقار من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن ويبقى تحت يده حتى ينتهي الرهن. أمّا في الحالة الثانية: فيبقى العقار

مدى انسجام الركن الشكلي في عقد رهن العقار

تحت يد المدين الراهن ولا تنتقل الحيازة للدائن المرتهن. ويترتب على الفرق بين الحالتين إمكانية استعمال أو استغلال العقار من قبل صاحبه الذي يملكه في الحالة الثانية فقط دون الحالة الأولى.

مشكلة الدراسة وأسئلتها.

المشكلة التي يناقشها هذا البحث هي هل أن تسليم وإقباض الشيء المرهون إجراء إلزامي لا مفر منه في الفقه الإسلامي؟ وهل ينطبق هذا على المنقولات والعقارات معاً؟ أم أنه يمكن الاستغناء عن القبض بالتوثيق الكتابي في بعض الحالات؟ ولو رجعنا إلى السند الذي استند عليه الفقهاء المسلمون في إلزامية القبض، فهل نجد فيه حلاً لهذه التساؤلات؟ هذا ما سيتم مناقشته في هذا البحث للوصول إلى نتيجة اجتهادية. والله الموفق.

منهجية البحث.

تعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي، حيث يقوم الكاتب بجمع البيانات من مصادرها، بدءاً بالآيات القرآنية الكريمة، ثم الأحاديث النبوية الشريفة، ثم يتم الاطلاع على آراء الفقهاء المسلمين للوقوف على تحليلهم لهذه الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة، ثم تُقارن تلك الآراء بالتنظيمات القانونية المعاصرة من أجل الوصول إلى نتيجة واضحة لمعرفة مدى إمكانية استبدال القبض بالتوثيق الكتابي في عقد الرهن في الفقه الإسلامي.

خطة البحث.

حتى نصل إلى نتيجة وأجوبة للتساؤلات المطروحة آنفاً، فلا بد من التعرف على مفهوم الرهن الرسمي الذي تنظمه القوانين، ثم نطلع على كيفية تعامل الشريعة الإسلامية لرهن العقار، وعلى القبض الذي يقع فيه. لذلك فإنه سوف يتم تقسيم البحث إلى مبحثين، وهما:

المبحث الأول: مفهوم الرهن الرسمي ودور الشكلية فيه.

المبحث الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من الشكلية في عقد رهن العقار.

المبحث الأول:

مفهوم الرهن الرسمي ودور الشكلية فيه.

سبق وأن قلنا بأن الفقه الإسلامي لم يُنظّم الركن الشكلي في رهن العقار، لكن هذا لا يعني أن رهن العقار غير مشمول بالتنظيم. بل إن أحكام الرهن في الفقه الإسلامي شاملة لرهن المنقول ورهن العقار. أمّا القوانين المعاصرة فقامت بتنظيم الركن الشكلي في رهن العقار، ما يُعرف بالرهن الرسمي. وميّزت هذه القوانين بين رهن العقار ورهن المنقول. ولمعرفة مفهوم الرهن الرسمي، لا بدّ بدايةً من تعريف الفقه الإسلامي للرهن، وذلك لمعرفة مدى شموليته لرهن العقار، ولا بدّ أيضاً من التعرف على مفهوم الرهن الرسمي في القوانين الحديثة. ثم بعد ذلك، لا بدّ من التعرف على مدى مشروعية هذا الرهن في الفقه الإسلامي وفي القانون، ولا بدّ لنا أيضاً من معرفة كيفية تنظيم الركن الذي يهمننا في هذا البحث، وهو الركن الشكلي. ولذلك سيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الرهن الرسمي.

المطلب الثاني: مشروعية الرهن الرسمي.

المطلب الثالث: دور الشكلية في الرهن الرسمي.

المطلب الأول: تعريف الرهن الرسمي.

أولاً: تعريف الفقه الإسلامي للرهن الرسمي.

الرهن لغة: يعني الحبس. فيقال: هذا رهنٌ لك، أي محبوسٌ لك على الدوام. وفي هذا المعنى جاء قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨]. وفي هذا المعنى أيضاً الآية الكريمة: ﴿كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١].^(٣)

وقد عرّف بعض اللغويين الرهن بطريقة أخرى، فقالوا الرهن (ما وُضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك)^(٤). وقال آخرون، الرهن (ما يوضع وثيقة للدين)^(٥). ويقال: رهنْتُ فلاناً داراً رهنأ. ويقال: ارتهننتُهُ إذا أخذهُ رهنأ. وتُجمع كلمة رهن برهون، أو رهان، أو رهن^(٦).

وقد تشابهت هذه المعاني اللغوية للرهن مع مفهوم الرهن في الفقه الإسلامي، فقد ركزت أغلب هذه التعريفات الفقهية على فكرة جوهرية، وهي أنّ الرهن عموماً هو توثيق للدين من أجل ضمان الوفاء به. ففكرة التوثيق كان لها الدور الأبرز في تعريف الرهن عند الفقهاء المسلمين. وفي الوقت نفسه، نجد أنّ هناك تعريفات فقهية أخرى جمعت بين فكرتي التوثيق والحبس. ويبدو أنّ هذه التعريفات جاءت بهذه الطريقة استناداً للآية القرآنية الكريمة -التي سنلقي الضوء عليها لاحقاً- والتي تعتبر هي الأساس في توثيق الدين عن طريق الكتابة وعن طريق الرهن.

فقد عرّف بعض الفقهاء الرهن: "أن يكون الشيء وثيقة من دين صاحب الدين، يعود بدينه فيه"^(٧). وفي هذا تأكيد على مسألة التوثيق كما ذكرنا. ونجد أيضاً أنّ هناك فقهاء آخرون يعرفونه تعريفاً مشابهاً، فقالوا "الرهن جعل المال وثيقة بدين"^(٨). وعرفه آخرون أيضاً بأنه "توثيق دين بعين"^(٩). وبهذا نجد أنّ هذه التعريفات تسلط الضوء على التوثيق، وذلك من منطلق أنّ الرهن جاء بديلاً عن الكتابة في الآية القرآنية الكريمة ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

أما الجانب الآخر الذي ألقى الضوء في تعريفه للرهن على فكرتي الحبس والتوثيق فهو الفقه الحنفي. فقد جاء في مجلة الأحكام العدلية أنّ الرهن "حبس مال محبوس وتوقيفه مقابل حق يمكن استيفاؤه منه"^(١٠). وعرفه مرشد الحيران بأنه "هو جعل شيء مالي محبوس في يد المرتهن أو في يد عدل بحق مالي يمكن استيفاؤه منه كلاً أو بعضاً"^(١١). كما عرفه فقهاء آخرون بأنه "جعل مال محبوساً وموقوفاً على وجه التبرع مقابل حق"^(١٢). فنلاحظ أنّ هذا الجانب من الفقه ركّز على مسألة حبس المرهون لدى الدائن المرتهن. إذ إنّه لا يجوز في الفقه الحنفي رد المرهون إلى المدين الراهن مادام الرهن قائماً، وهذا ما سنبينه لاحقاً.

ونلاحظ أنه وإن تباينت الألفاظ في التعاريف إلا أنها تعطي مفاهيم متشابهة للرهن بشكل عام، فاختلاف المبنى لم يؤدّ إلى اختلاف المعنى. ونلاحظ أيضاً أنّ التعاريف السابقة للرهن لم تميّز -بخصوص المرهون- بين منقول وعقار، فكانت تذكر التعاريف أنّ المرهون هو مال، بصرف النظر عن طبيعة هذا المال. فلم ترد تعاريف وتنظيمات للرهن الرسمي في الفقه

مدى انسجام الركن الشكلي في عقد رهن العقار

الإسلامي إلا في الآونة الأخيرة، وذلك بسبب حادثة هذا الرهن والذي جاء وليد القانون الفرنسي كما ذكرنا سابقاً. غير أن التعاريف العامة للرهن -والتي ذكرنا أبرزها آنفاً- والأحكام العامة له في الفقه الإسلامي شملت رهن العقار، وبيّنت كيفية التعامل معه من قِبَل طرفي عقد الرهن.

وكما لاحظنا، على الرغم من تباين تعريفات الفقهاء المسلمين للرهن إلا أن جُلَّ اهتمامهم كان في التوثيق والحبس. إذ إنَّ الهدف من ذلك التوثيق ومن ذلك الحبس هو ضمان الدائن لحقّه، وهو ما يحققه الركن الشكلي في عقد الرهن الرسمي كما سنلاحظ لاحقاً. أي أنَّ فكرتي التوثيق والحبس يتفقان مع الركن الشكلي في الرهن الرسمي الذي تتضمّنه القوانين المعاصرة من ناحية الهدف. إذ تهدف هذه الجوانب كلّها لضمان استرداد الدائن لدينه من المدين؛ ذلك لأنَّ الرهن هو في الحقيقة عقدُ ضمان، لا عقدُ تملك، ولا عقدُ منفعة.

ثانياً: تعريف التشريعات الحديثة للرهن الرسمي.

نبيّن مما ذكرنا سابقاً أنّ تعريف الفقه الإسلامي للرهن كان شاملاً يعكس على المنقول والعقار، فهو لم يُخصص تعريفاً لرهن العقار وتعريفاً آخرًا منفصلاً لرهن المنقول. أمّا القوانين المعاصرة، فنجد أنّها فرّقت في ذلك ما بين رهن العقار ورهن المنقول. فعرّفت الرهن الرسمي تعريفاً مستقلاً عن الرهن الحيازي. ونجد الكثير من القوانين العربية تعرف الرهن الرسمي تعريفات متشابهة، بل متطابقة تماماً في المعنى وفي المبنى، ومن هذه القوانين القانون المدني الأردني الذي عرّف الرهن الرسمي بأنّه: "عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص للوفاء بدينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون"^(١٣).

في حين أنّ هناك قوانين عربية عرّفته بالمعنى نفسه، ولكن بصيغة مختلفة. فقد عرفه القانون اليمني بأنّه: "حق عيني على العقارات المخصصة لضمان وفاء التزام معين ويبقى هذا الحق بكامله على العقارات المخصصة له وعلى كل عقار منها وعلى كل جزء من هذه العقارات ويمنع التصرف في العقار إلا برضاء من له التأمين في العقارات"^(١٤).

وهناك قوانين لم تعرّف الرهن الرسمي بشكل مباشر، كما هو الحال في قانون الموجبات والعقود اللبناني. فقد أشار هذا القانون إلى الرهن الرسمي بطريقة غير مباشرة، فنصّ على "عندما تتضمن المصالحة إنشاء حقوق على أموال عقارية أو غيرها من الأموال القابلة للرهن العقاري، أو التفرغ عن هذه الحقوق أو إجراء تعديل فيها، يجب أن تُعقد خطأً. ولا يكون لها مفعول إلا إذا سُجّلت في السجل العقاري"^(١٥).

ويُلاحظ على هذه النصوص، سواء كانت تعريفات مباشرة أو غير مباشرة، أنّها ذكرت خاصية أساسية للرهن الرسمي، وهي أنّ الرهن الرسمي يقع على عقار. وهذا يعني أنّ محل هذا العقد دائماً عقار، فهو لا يقع على منقول. والسبب في ذلك هو أنّ المنقول يمكن نقله ويمكن إخفاؤه ويمكن تهريبه. فهو ليس من الثوابت التي تستقر بمكان معين، وبالتالي لا يمكن ضبطه بورقة رسمية. والأصل في الرهن الرسمي إلا يقع إلا على عقار كما ذكرنا. ومع ذلك نجد أنّ هناك استثناءات على هذه القاعدة، إذ قد يقع الرهن الرسمي على بعض أنواع من المنقولات التي لها طبيعة خاصة كما هو الحال في السفن والمحلات التجارية والطائرات^(١٦).

كما يُلاحظ أيضاً على هذه التعريفات أنّها ذكرت أنّ عقد الرهن يتولّد عنه حق عيني، أي أنّ هذا الحق يعطي صاحبه

معن القسامة

سلطة مباشرة على الشيء المرهون. كما أنه يُعطي صاحبه ميزتي التقدم والتتبع^(١٧). وهذا يعني أن صاحب الحق - وهو الدائن المرتهن - تكون له سلطة مباشرة على الشيء موضوع الحق، بحيث تخوِّله هذه السلطة استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون، وبحيث لا يُزاحمه أحد من الدائنين العاديين في استيفاء حقه من هذا الثمن. كما لا يُزاحمه عليه الدائنون الذين لهم حقوق عينية تبعية أخرى على ذات العقار المتأخرون عنه في المرتبة^(١٨). كما بينت التعريفات أن الدائن المرتهن له الأولوية بالثمن حتى وإن انتقلت ملكية العقار من الراهن إلى شخص آخر، وهو ما يُعرف بميزة التتبع^(١٩).

كما ذكرت التعريفات أن العقار المرهون يكون مُخصَّصاً للوفاء بالدين، أي أن العقار تمَّ رهنه بسبب دين للدائن المرتهن على المدين الراهن. وهو ما يُعرف بصفة التبعية بين العقار المرهون والدين، إذ لولا الدين لما رُهن العقار. فرهن العقار تابعاً لوجود الدين. وهذا يعني أنه إذا بطلَّ الدين أو انقضى فإن الرهن يبطلُّ ببطلانه أو ينقضي بانقضائه لأنه تبعاً له^(٢٠).

غير أن هناك خاصية مهمّة لم تذكرها التعريفات السابقة، وهي أن العقار المرهون لا تنتقل حيازته من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن. فالمعروف أن الرهن الرسمي للعقار يُبقي للعقار تحت حيازة مالكة الراهن^(٢١). فهذا الأمر لم تشمله التعريفات أعلاه، وإن كانت هذه القاعدة عادةً ما يتم ذكرها وتنظيمها في مواد قانونية لاحقة على التعريف. كما أن الراهن يبقى له الحق في أن يتصرف في العقار المرهون رغم رهنه. وهذا على خلاف ما جاء به الفقه الإسلامي بشكل عام، إذ أنه يمنع الراهن من التصرف بالعين المرهونة إلا إذا أذن المرتهن. فإن لم يأذن المرتهن فإن التصرف يكون غير نافذ بحقه، وهو ما سنلاحظه لاحقاً^(٢٢). ولذلك نجد أن القانون الأردني والكثير من القوانين العربية أخذت بالحكم المذكور آنفاً. فالمادة (١٣٣٥) من القانون المدني الأردني تنص على: "للراهن أن يتصرف في عقاره المرهون رهناً تأمينياً دون أن يؤثر ذلك على حقوق المرتهن". كما نصت المادة (١٣٣٦) أيضاً على:

١. للراهن رهناً تأمينياً حق إدارة عقاره المرهون والحصول على غلته حتى تاريخ نزع ملكيته جبراً عند عدم وفاء الدين.
٢. وتلحق غلته بالعقار المرهون من تاريخ نزع الملكية".

وجاء القانون المصري بالحكم نفسه الذي أورده القانون الأردني. فقد نصت المادة (١٠٤٣) من القانون المدني المصري على "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن". كما نصت المادة (١٠٤٤) من القانون ذاته على: "للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار"^(٢٣).

فهذه النصوص تُبين أنه، رغم وجود الرهن على العقار، تبقى للراهن الحقوق التي تُخوِّله إياها ملكية الشيء المرهون، فله أن يبيع ذلك العقار، وله أن يقايض عليه. لكن ملكية ذلك العقار تنتقل مثقلةً بالرهن. كما للراهن أن يرهنه رهناً تأمينياً جديداً، كما يجوز أن يقرر عليه حقوق ارتفاق^(٢٤).

ومن جانب آخر، نلاحظ أن النصوص القانونية أجازت للراهن أن يستبقي حق الإدارة، فيبقى له الحق في استعمال العقار المرهون، ولا تنتقل حيازة ذلك العقار إلى الدائن المرتهن. كما يبقى له الحق في استغلال العقار المرهون، كأن يقوم بتأجيريه وقبض أجرته^(٢٥). وفي هذا اختلاف ما بين هذه القوانين والقواعد التي وردت في الفقه الإسلامي والتي تقضي بضرورة تخلية العقار من أجل أن يتم القبض ونقل الحيازة، والتي سنتحدث عنه لاحقاً.

مدى انسجام الركن الشكلي في عقد رهن العقار

ولكن، بهذا الخصوص، هناك قوانين عربية لم تُجز أن يبقى العقار المرهون بيد الراهن. بل ألزمت المدين الراهن بتسليم العقار إلى الدائن المرتهن، وذلك تأثراً بالفقه الإسلامي. فقانون الموجبات والعقود اللبناني يُلزم الراهن بتسليم العقار إلى المرتهن^(٢٦)، فتنقل حيازة العقار من الراهن إلى المرتهن، بحيث يحق للمرتهن حبس العقار واستعماله واستغلاله، كما يحق للمرتهن الاستفادة من غلته ثم يقطعها من الدين الذي رهن العقار لأجله^(٢٧).

المطلب الثاني: مشروعية الرهن الرسمي.

أولاً: مشروعية رهن العقار في التشريع الإسلامي.

سبق وأن ذكرنا أن الفقه الإسلامي لم يُفرّق بين الرهن الحيازي والرهن الرسمي، بل تعامل الفقهاء المسلمون مع الرهن عموماً، ثم وضعوا تفاصيل للرهن الذي يقع على العقار، وأخرى للرهن الذي يقع على منقول. وفي هذا السياق، نجد أن الفقهاء متفقون على جواز الرهن، سواء وقع على منقول أو على عقار^(٢٨) فالفقهاء أجازوا رهن المال عموماً، دون النظر لطبيعته إن كان منقولاً أو عقاراً. وقد استدلت الفقهاء على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول. أما الكتاب الكريم، فنجد أن الفقهاء استدلوا بالآية القرآنية ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانًا مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: ٢٨٣] فهذه الآية القرآنية الكريمة تدل على جواز الرهن؛ وذلك لما فيه من توثيق للدين، وضمان للحقوق. غير أن بعض الفقهاء، وهم قلة، قالوا إن مدلول الآية يوحي بجواز الرهن بالسفر فقط، ومن هؤلاء الفقهاء مجاهد والضحاك وداوود والظاهرية^(٢٩).

أما السنة النبوية الشريفة، فقد روي في صحيح البخاري أن: (رسول الله ﷺ اشترى بالمدينة من يهودي طعاماً ورهنه درعاً من حديد)^(٣٠) فهذا الحديث يدل على جواز الرهن في التشريع الإسلامي، بل إن هذا الحديث كان هو المرجع للفقهاء المسلمين على جواز الرهن في السفر وفي الحضر، وكان هو الحجة على من قال بجوازه في السفر فقط^(٣١). كما روي عن النبي ﷺ أحاديث أخرى يُستدل منها على أن الرهن جائز في الإسلام، منها مثلاً أنه ﷺ قال: (لا يغلق الرهن، لا يغلق الرهن، لا يغلق الرهن، فهو لصاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه)^(٣٢).

فهذه أحاديث تدل على جواز الرهن عموماً، ودون تفرقة بين رهن حيازي أو رهن تأميني، أي سواء وقع الرهن على منقول أو وقع على عقار، كما تدل هذه الأحاديث على جواز أن تقع معاملة الرهن مع أهل الذمة، وهذا ما يتبين من الحديث الأول بوضوح.

وأما العقل، فالرهن في حقيقته وثيقة لضمان دين الدائن، فيحتاجه الدائن للاطمئنان على حقه لدى الراهن، كما يحتاجه الراهن ليتمكن من الاستدانة من الدائن ليلبي حاجته. وهذا يعني أنه يلبي حاجة الطرفين. كما أن للرهن دور في التعاون ما بين الأطراف، فيصبر الدائن على المدين، دون أن تقع في نفسه مخاوف على حقه^(٣٣).

ثانياً: مشروعية رهن العقار في القوانين الحديثة.

أصبح واضحاً أن موقف القوانين المعاصرة يختلف عن الفقه الإسلامي في موضوع التفرقة ما بين الرهن الرسمي الذي يقع على عقار والرهن الحيازي الذي يقع على منقول، فنجد أن هذه القوانين تتفق مع الفقه الإسلامي، بصورة

عامّة، بالقواعد التي تنظّم الرهن الحيازي الذي يقع على المنقول، لكنها تُنظّم الرهن الرسمي الذي يقع على عقار بشكل منفصل ومختلف عمّا ورد في الفقه الإسلامي، بل إننا نجد أنّ هذه القوانين غالباً ما تضع باباً خاصاً في نصوصها للرهن الرسمي. ففي القانون الأردني، نجد أنّ المشرع الأردني خصص باباً خاصاً لتنظيم الرهن الرسمي، وهو الباب الأول من الكتاب الرابع من القانون المدني الأردني، حيث احتوى هذا الباب على (٥٠) مادة قانونية لهذا الرهن^(٣٤). وكذلك هو الحال في القانون المصري، إذ تم تخصيص الباب الأول من الكتاب الرابع، للرهن الرسمي، حيث احتوى هذا الباب على (٥٥) مادة قانونية لتنظيم هذا الرهن^(٣٥). وكذا فعل المشرع الإماراتي، إذ خصص (٤٩) مادة قانونية لهذا الرهن، وذلك في الباب الأول من الكتاب الرابع من قانون المعاملات المدنية الإماراتي^(٣٦). كما انتهج المشرع العماني النهج نفسه، حيث خصص (٤٧) مادة قانونية لتنظيم الرهن الرسمي، وذلك في الباب الأول من الكتاب الرابع من قانون المعاملات المدنية العماني^(٣٧).

وهذه القوانين المذكورة هي أمثلة للقوانين المدنية العربية التي نظمت الرهن الرسمي بباب مستقل، فلا نجد قانوناً مدنياً يخلو من أفراد باباً خاصاً للرهن الرسمي. وبالأسلوب نفسه، نجد أنّ هذه القوانين تخصص باباً آخر لتنظيم الرهن الحيازي. وفي هذا تفرقة واضحة في أحكام كلّ منهما في هذه القوانين كما ذكرنا. ونكتفي هنا بذكر الأبواب والمواد، دون اللجوء إلى التفاصيل، إذ إنّ التفاصيل قد تُبعثنا عن المحور الأساسي لهذا البحث. فالأبواب والمواد المذكورة تدل دلالة واضحة على مشروعية الرهن الرسمي في القوانين الحديثة وتنظيمه بشكل كامل.

المطلب الثالث: دور الشكلية في الرهن الرسمي.

لكن يبقى لدينا تساؤل، وهو ما دور الشكلية التي تقتضها القوانين في الرهن الرسمي؟ هل هي ركنٌ في العقد؟ أم أنها ضرورة للإثبات؟ أيضاً، ما الهدف من تنظيم هذه الشكلية في القوانين الحديثة؟ وما الجزاء المترتب على عدم وجود الشكلية؟ هذا ما يتبيّن لنا في هذا المطلب.

أولاً: الشكلية ركن انعقاد

تتعامل القوانين الحديثة مع الشكلية في عقد الرهن الرسمي على أنها ركن انعقاد، وهذا يعني أنّ عقد رهن العقار لا ينعقد إلا إذا تواجّد العنصر الشكلي، فإن لم يتواجد فلا ينعقد العقد. وهذا ما نصّت عليه الكثير من التشريعات في العصر الراهن، فالمادة (١٣٢٣) من القانون المدني الأردني مثلاً تنص: "لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله...". كما نصّت المادة (١٠٣١) من القانون المصري على "لا ينعقد الرهن الرسمي إلا إذا كان بورقة رسمية"، وجاء قانون المعاملات المدنية العماني أيضاً بحكم مشابه، فقد نصت المادة (١٠١١) منه على "لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله..."^(٣٨).

فهذه النصوص المتشابهة جعلت من الرسمية ركناً في العقد، أي أنّ العقد إن خلا من التسجيل، فإنّ هذا يعني أنه لا وجود للعقد، وذلك بسبب انعدام أحد أركان العقد، فالعقد إن انعدم ركن فيه انعدم العقد كله^(٣٩). وفي هذا خروج على مبدأ التراضي في العقد، إذ إنّ الإيجاب والقبول لوحدهما لا يكفيان هنا لانعقاد العقد.

غير أنّ هناك من يرى أنّ هناك قوانين عربية لم تتفق مع هذا الحكم، فهذه القوانين لم تشترط أي شرط شكلي أو رسمي لانعقاد عقد رهن العقار، فالقانون اللبناني، وفقاً لهذا الرأي، لم يأت بالحكم المذكور، وإن كان يحتوي على حكم يقترب

مدى انسجام الركن الشكلي في عقد رهن العقار

منه كثيراً. فالعقد، محل هذه الدراسة، في هذا القانون ينعقد وإن لم يتم كتابته وتسجيله لدى جهة معينة في الدولة، فهو ينعقد بمجرد التراضي. ولكن القانون اللبناني جعل من الكتابة والتسجيل ضرورة لا بُدَّ منها حتى ينتج العقد أثره، أي أن عقد رهن العقار وإن كان ينعقد بمجرد التراضي، إلا أنه لا يُكسب الدائن إلا حقاً عينياً عقارياً غير كامل المفعول، يكتمل بتسجيله في السجل التجاري. فقيد العقد في السجل العقاري يكسبه قوةً ثبوتية مطلقاً وعلنية من شأنها حماية حقوق أطراف الرهن وتوفير الاطمئنان لهما للتعامل على أساسه. وهذا يعني أن هذه القوة الثبوتية المطلقة لا وجود لها إن لم يتم التسجيل^(٤٠).

ويُقصد بالرسمية التي تشترطها القوانين في عقد رهن العقار "أن يَنْصَبَ التراضي على الرهن في محرر، أي ورقة رسمية، يحررها الموظف المختص بتحرير العقود وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون"^(٤١). أي أن الرسمية ورقة يحررها موظف مختص بتحرير العقود، فهذا الموظف هو صاحب الاختصاص بتحرير عقد رهن العقار وفقاً للإجراءات التي يحددها القانون^(٤٢). وبناءً على ذلك، فإن ركن الرسمية لا يتحقق إذا قام به موظف آخر غير الموظف المعني والذي حدده القانون، كما لو جاءت الرسمية بحكم قضائي مثلاً، أو عن طريق محضر صلح تحت إشراف القضاء، فهذه الإجراءات لا تشكل ركن الرسمية لأنها لم تأت من الموظف صاحب الاختصاص لذلك، وهذا يعني أن عقد الرهن الرسمي لم ينعقد^(٤٣).

وبما أن الرسمية في رهن العقار هي ركن انعقاد في القوانين الحديثة، فإنه وتأكيداً لما سبق، فإن عدم وجود هذا الركن يؤدي إلى بطلان العقد بشكل مطلق، فلا يُنتج العقد أثره. إذ إن الرسمية ليست شرطاً من شروط الصحة، ولا شرطاً للإثبات. بل هو ركن، ولا ينعقد العقد إذا انعدم الركن. وبما أن العقد يبطل بطلاناً مطلقاً فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان. كما أن للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي به، ولا يزول هذا البطلان بإجازة الأطراف. فالطريقة الوحيدة لتكوين العقد هي كتابته وتسجيله لدى الجهة التي حددها القانون، ولا يكون العقد قد نشأ إلا من وقت تسجيله، وليس قبل ذلك^(٤٤).

ثانياً: الحكمة من الشكلية في عقد الرهن.

تهدف التشريعات من إيجاد الرسمية كركن في عقد رهن العقار لتحقيق مصلحة للدائن، ومصلحة للمدين. فبالنسبة للدائن، فإنه يكون في مأمن في تعامله مع المدين، إذ إن الرسمية تُمكنه من التأكد من أن المدين يملك العقار المرهون. كما أنها تُعتبر سند رسمي يخول صاحبه التنفيذ على العقار إذا تحققت بعض الشروط.

أما بالنسبة للمدين الراهن، فالرسمية تُنبهه إلى خطورة ال إجراء الذي هو مقبل عليه، إذ إنها فيها تنبيه لاحتمالية صعوبة سداد الدين. فإذا عجز المدين فعلاً عن سداد الدين المضمون بالرهن، فسيخرج العقار المرهون من ملكه. لذلك، كان وجود الرسمية شيء ضروري لتنبيه الراهن إلى خطورة ما هو مقدّم عليه.

كما أن الرسمية لها دور مهم للتأكد من صحة الرهن. إذ إن إبرام العقد يكون تحت إشراف موظف عام لا يقبل بتسجيله إلا بعد أن يتأكد من أهلية أطرافه، ومن سلامة رضائهم، وسلامة شروط العقد، وملكية الراهن للعقار المرهون^(٤٥).

كما أن هناك فائدة مهمة للرسمية ترتبط بمبدأ التخصيص، والذي يقصد به تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً في الرهن، وتعيين الدين المضمون تعييناً دقيقاً وإلا كان العقد باطلاً، وهذا المبدأ نظمته الكثير من القوانين^(٤٦). فإذا ما تم الرهن تحت إشراف موظف مختص يحدده القانون، فإن تخصيص العقار المرهون ووصفه وصفاً واضحاً لا لبس فيه يكون

أكثر دقة وأكثر وضوحاً عن حدوثه تحت أطرافه فقط. والقاعدة نفسها تنطبق على الدين المضمون^(٤٧).
وغالباً ما توكل القوانين موضوع تسجيل رهن العقار لدائرة معينة تكون مختصة لهذا الأمر، وذلك من أجل ضمان ضبط التصرفات التي تقع على العقار، وغالباً ما تكون هذه الدائرة هي الدائرة نفسها التي تُسجّل فيها ملكية العقار. ففي مصر مثلاً، أسندت عملية تسجيل رهن العقار إلى مكاتب التوثيق التابعة للشهر العقاري^(٤٨).

المبحث الثاني:

موقف الشريعة الإسلامية من الرسمية.

القاعدة العامة في الفقه الإسلامي أنّ العقود تقوم على مبدأ الرضا بين الأطراف، فيكفي أن يتراضى الطرفان بإيجاب وقبول حتى ينعقد العقد، وليس هناك ما يستلزم وجود أي عنصر شكلي كركن للانعقاد. وقد استند الفقهاء المسلمون في ذلك على الآية (٢٩) من سورة النساء، والتي تنص: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...﴾. ولهذا فإننا لا نجد تنظيمًا للركن الشكلي في موضوع رهن العقار في أمهات الكتب في الفقه الإسلامي. ولكن الفقهاء المسلمين سلطوا الضوء على القبض الذي لا بد من حدوثه في هذا العقد كما سبق وأن ذكرنا. إذ إنّ القبض إجراء لا بد منه في الرهن، سواء كان المرهون منقولاً أو عقاراً. وحتى نطلع على مفهوم القبض، وعلى إمكانية إحلال الركن الشكلي محلّه، فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: القبض في الرهن.

المطلب الثاني: مدى إمكانية إحلال الشكلية محل القبض في رهن العقار.

المطلب الأول: القبض في الرهن.

بما أنّ القبض شرط لم يتنازل عنه الفقهاء المسلمون في الرهن^(٤٩)، فإنه من الأهمية أن نعرف ما هو المقصود بالقبض، ثمّ علينا أن نعرف ما هو دوره في العقد. وذلك لكي نتمكن من معرفة مدى إمكانية إحلال الركن الشكلي محلّه في رهن العقار. ولذلك، سنسلط الضوء على مفهوم القبض، ثمّ على دوره في عقد الرهن.

أولاً: المقصود بالقبض.

لا بدّ من افتتان الرهن بالقبض في الفقه الإسلامي، فأينما تواجد الرهن تواجد القبض، سواء وقع الرهن على منقول أو على عقار كما ذكرنا. وقد استند الفقهاء المسلمون في حكمهم هذا على الآية القرآنية الكريمة التي تنص (قِرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ) (٢٨٣: البقرة). فبناءً على هذه الآية الكريمة نجد أنّ القبض إجراء لا بدّ منه في عقد الرهن. ولا نجد خلافات فقهية في تعريف القبض، إذ يكاد يُجمع الفقه على مفهوم واحد للقبض. فقد عرّف بعض الفقه الإسلامي القبض على أنه: "عبارة عن التخلي والتمكّن من إثبات اليد، وذلك بارتفاع الموانع، وأنه يحصل بتخلية الراهن بين المرهون والمرتهن. فإذا حصل ذلك صار الراهن مسلماً والمرتهن قابضاً"^(٥٠). وهذا التعريف يشمل المرهون المنقول والعقار. وأضاف أبو يوسف الحنفي أنه يُشترط معه النقل والتحويل، فما لم يوجد نقل أو تحويل فإنّ القبض لم يقع^(٥١).

والقبض بهذا المفهوم هو ما ذهب إليه المذهب الحنفي، إذ بيّن فقهاء هذا المذهب ضرورة وقوع القبض بشكل حقيقي بحيث تنتقل حيازة الشيء المرهون من الراهن إلى المرتهن وتبقى تحت يد هذا الأخير حتى ينتهي الرهن. بل ذهب المذهب الحنفي إلى ما هو أبعد من ذلك. فالقبض، بموجب هذا المذهب، يجب أن يبقى مستمراً ويجب أن يبقى الشيء المرهون تحت حيازة المرتهن حتى ينتهي الرهن. وهذا يعني أنه لا يجوز للراهن استرداد الشيء المرهون من الدائن المرتهن مادام الرهن قائماً، فللمرتهن حق حبس المرهون حتى ينتهي الرهن^(٥٢). ولذلك، نجد أن مجلة الأحكام العدلية عندما عرّفت الرهن عرّفته بأنه: "حسب مال محبوس وتوقيفه..."، وكذلك هو الحال في مرشد الحيران، كما ذكرنا سابقاً.

وقد برر الحنفية موقفهم من ضرورة بقاء المرهون تحت يد المرتهن وحبسه بالآية الكريمة ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٥٣): ٢٨٣: البقرة. إذ إن صفة القبض في هذه الآية جاءت ملازمة للراهن، وهذا يعني أنه ما دام الرهن قائماً فالقبض يجب أن يبقى قائماً، كما برروا موقفهم هذا بالآية القرآنية الكريمة ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾^(٥٤): المائدة، ٣٨:، إذ أن لفظ رهينة هنا يعني حبسية، فالإنسان يبقى حبس أعماله حتى يحاسبه الله تعالى^(٥٥).

وقد اتفق المذهب المالكي مع المذهب الحنفي في هذا الشأن، إذ لا يجوز عند المالكية ردّ المرهون للراهن ما دام الرهن قائماً، فإذا استرده الراهن بإذن المرتهن، كأن يسترده بعارية أو وديعة أو غير ذلك، فقد خرج العقد عن اللزوم عندهم. أي أن عقد الرهن لا يصبح ملزماً لأطرافه^(٥٦).

وعلى النقيض من ذلك، نجد أن هناك مذاهب أخرى لم تعترف بفكرة حبس المرهون، فأجازت أن يتم استرداد المرهون بعد القبض وإن لم ينته عقد الرهن. فالمذهب الشافعي يُعطي الراهن الحق باسترداد المرهون بعد القبض مادام أن القبض قد حدث وإن كان الثمن مازال قائماً. وقد برر الشافعية موقفهم هذا بالحديث النبوي الشريف الذي ينص "لا يعلق الرهن، لا يعلق الرهن، لا يعلق الرهن، هو لصاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه". فقد فسر الشافعية الحديث "لا يعلق" أي لا يُحبس، بمعنى أنه لا يجوز للمرتهن حبسه، بل عليه أن يرده للراهن إذا أراد رده. كما أن الشافعية يرون في حبس المرهون تعطيل له، إذ لا يحق للمرتهن الانتفاع منه، وفي نفس الوقت لا يستطيع الراهن الانتفاع به ما دام محبوساً^(٥٧).

وقد بين الفقه الشافعي أن قبض المنقول يكون بالنقل، وقبض العقار وما لا يُنقل، كالأشجار الثابتة، يكون بالتخلية^(٥٨). وهذا يعني أن الفقه الشافعي يتفق في تعريف القبض مع الفقه الحنفي. فالقبض إذاً هو تسليم المرهون من الراهن إلى المرتهن على وجه يتناسب مع طبيعة الشيء المرهون، لذلك قال بعض الفقهاء "والمراد بالقبض: القبض المعهود في البيع"^(٥٩). فهو ذات ال إجراء الذي يتولد عن عقد البيع. ولهذا السبب، نجد أن الفقهاء المسلمين يشترطون أن يقع الرهن على شيء يقبل أن يكون محلاً لعقد البيع، فما لا يصح بيعه، لا يصح رهنه^(٦٠). وهذا الشرط الذي يشترطه الفقهاء المسلمون شرطاً منطقياً ينسجم مع طبيعة معاملة الرهن؛ وذلك لأن المقصود من الرهن الاستيثاق بالدين، ليتوصل إلى استيفائه من ثمن المرهون عند تعذر استيفائه من الراهن، وهذا يتحقق في كل عين يجوز بيعها، وهو لا يمكن أن يتحقق في المنفعة التي لا يمكن بيعها وتسليمها، وبالتالي لا يجوز رهنها^(٦١).

ولا بدّ من التأكيد مرة أخرى أن القبض، في الفقه الإسلامي، يجب أن يقع على المرهون سواء كان منقولاً أو عقاراً، فالفقه الإسلامي لم يفرّق بين المنقول والعقار في موضوع القبض، وبهذا يقول الفقه المالكي "إِنْ كَانَ عَقَارًا أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا لَا يُزَالُ بِهِ وَلَا يُنْقَلُ، فَقبض المرتهن ما كان للراهن فيه حيازة وحلّ فيه محلّه صح الرهن". ويضيف أيضاً "قال مالك: ومن

معن القسامة

كان له سهمٌ من دار فرهنه، صحَّ الرهن فيه إذا قبضه المرتهن...^(٦٠). وسئل الإمام مالكٌ فقيل له أرأيت إن ارتهنت سدس دار أو سدس حمام أو نصف سيف أو نصف ثوب أيجوز وكيف يكون القبض؟ قال "ذلك جائز وقبضه أن يحوزه دون صاحبه"^(٦١). فنلاحظ هنا أنَّ الإمام مالك -رحمه الله- عامل المنقول معاملة العقار في القبض.

كما ذهب الفقهاء الحنابلة إلى ذات المفهوم في القبض، واشتروا أن يتم القبض في الرهن، سواء كان المرهون منقولاً أو عقاراً، وفي هذا يقول جانب من الفقه الحنبلي "وصفة قبضه (أي قبض الرهن) كصفة قبض المبيع، فإن كان الرهن منقولاً، فقبضه نقله... وإن كان الرهن غير منقول كعقار، من أرض وبناء وغراس فقبضه بالتخلية بينه وبين مرتهنه من غير حائل..."^(٦٢).

فالقبض إذاً، هو التسليم في المنقول والتخلية في العقار. والتسليم هو ذات التسليم الذي يتم في عقد البيع والذي نظَّمه الفقهاء المسلمون في عقد البيع.

وسواء كان القبض بالتسليم للمنقول أو بالتخلية للعقار فإنَّ الهدف منه وضع الشيء المرهون تحت يد الدائن المرتهن حتى يضمن الدائن حقه في حال ماطلَّ المدين أو عجزَّ عن سداد الدين.

ثانياً: دور القبض في رهن العقار.

اتفق الفقهاء باختلاف مذاهبهم على أنَّ القبض شرطٌ في عقد الرهن^(٦٣)، وذلك بناءً على الآية الكريمة التي أوردناها سابقاً (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ) (٢٨٣: البقرة). إلا أنهم اختلفوا في دور القبض في هذا العقد. فمنهم من يرى أنَّ القبض شرطٌ لصحة العقد، ومنهم من يرى أنَّ القبض شرطٌ لتمام العقد، ومنهم من يرى أنَّ القبض ركنٌ في العقد، وذلك على التفصيل الآتي:

أ) القبض شرط صحة في الرهن:

وهو ما ذهب إليه عامَّة الفقهاء، وهم الحنفية^(٦٤)، والشافعية^(٦٥)، والحنابلة^(٦٦)، ومعنى أن يكون شرط صحة أنه ما لم يقع القبض فإن الرهن لم يلزم الراهن^(٦٧). أي أنَّ ركن تراضي الأطراف وحده، دون القبض، لا يلزم الراهن. فلو تصرفَ الراهن بالمرهون قبل أن يتم القبض، كأن يقوم الراهن ببيعه أو هبته أو غير ذلك، صحَّ تصرفه ونفذ، وانفسخ الرهن؛ وذلك لأنَّ الرهن لم يلزم بعد، فهو لا يلزم إلا بالقبض^(٦٨). ويبرر عامَّة الفقهاء رأيهم هذا بالآية الكريمة نفسها (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ) (٢٨٣: البقرة). فقد "وصف الرهن بكونه مقبوضاً، فيقتضي أن يكون القبض فيه شرطاً؛ صيانةً لخبره تعالى عن الخلف"^(٦٩).

ب) القبض شرط تمام في الرهن:

وهو ما ذهب إليه المذهب المالكي^(٧٠). ومعنى شرط تمام، فهو أنَّ الرهن يلزم الراهن بالإقباض، أي أنَّ عليه أن يسلم المرهون للمرتهن لأنَّ العقد قد انعقد. ولا يعفيه من هذا الالتزام إلا أن يتراخى المرتهن بالمطالبة بالقبض أو أن يموت. بمعنى آخر، عقد الرهن هنا انعقد ويصبح ملزماً لأطرافه بمجرد أن يتراضى الطرفان ويتطابق الإيجاب مع القبول. وعندها، لا يستطيع الراهن أن يتراجع ويفسخ العقد، بل هو ملتزم بالعقد الذي انعقد، وعليه أن يُنفذ العقد بأن يقوم بتسليم المرهون للمرتهن^(٧١). وهذا يعني أنَّ القبض، وفقاً للمذهب المالكي، هو أثر يتولَّد عن العقد، وليس له دور في الانعقاد. وقد استند المالكية في اعتبار القبض شرطاً تمام على أنَّ المبدأ العام في العقود هو التراضي، فإذا تراضى الطرفان واقترن

الإيجاب بالقبول لزم العقد فأصبح واجباً على طرفيه إتمامه^(٧٢).

ج) القبض ركن في الرهن:

وهناك فقهاء آخرون قلة يرون أنه ركن في العقد، وهو قول زفر -رحمه الله-^(٧٣). وهذا القول لا ينسجم مع الآية الكريمة ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^[٢٨٣: البقرة]، والتي هي أساس الحكم بوجوب وقوع القبض. "قلو كان القبض ركناً لصار منكر الرهن، فلم يكن لقوله تعالى عز شأنه (مقبوضة) معنى، فدل ذلك القبض مقروناً بنكر الرهن على أنه شرط، وليس بركن"^(٧٤). وإذا جاز لنا أن نُقدّم رأياً في هذا الجانب، فإننا ننحاز إلى ما ذهب إليه المذهب المالكي. فالرهن كسائر العقود، ينعقد بالتراضي، ويلزم أطرافه بالتراضي. فإذا تراضى الطرفان التزم كل منهما بالتفويض. ليس هذا فحسب، بل إن الهدف من الرهن هو ضمان دين الدائن، ودَيْن الدائن لا يُضمن بمجرد التراضي بالرهن لوحده، بل يُضمن بالتراضي مع القبض. فلو كان ركن تراضي الأطراف لوحده -من غير القبض- لا يلزم الرهن كما هو الحال عند عامة الفقهاء فإن الغاية من الرهن لم تتحقق؛ وذلك لأن دين الدائن لا يُضمن عندهم إلا بالقبض، وليس بالرهن. بمعنى آخر، إن حق الدائن عند المالكية يُضمن بالرهن، لا بالقبض. أمّا عند جمهور الفقهاء فيُضمن بالقبض لا بالرهن. وحالة الضمان بالرهن أضمن للحق من الضمان بالقبض؛ وذلك لأن الرهن يشمل القبض، أما القبض لا يشمل الرهن، والله تعالى أعلم.

المطلب الثاني: تأصيل القبض في عقد الرهن.

بعد أن اطلعنا على أهمية ودور القبض في الرهن في الفقه الإسلامي، لا بدّ لنا من تأصيل هذا الشرط الذي لم يستغن عنه أي اتجاه فقهي. بمعنى أنه من الضروري العودة إلى الأصل الذي اعتمد عليه كبار الفقهاء وأوردوه في أمهات الكتب الفقهية وبنوا عليه فكرة ضرورة وجود القبض في الرهن، ثم بعد ذلك نرى مدى إمكانية استبدال القبض بالركن الشكلي الذي نظّمته القوانين المعاصرة.

أولاً: القبض في القرآن الكريم.

على الرغم من أن الفقهاء المسلمين ذهبوا إلى إلزامية وجود القبض في عقد الرهن حتى يُنتج الرهن أثره، إلا أن الحكم بلزوم وجود القبض لم يأت عن رأي أو عن قياس، أو استحسان، أو أي مصدر آخر من مصادر التشريع غير الأساسية. بل إن هذا الحكم جاء من المصدر الأول في التشريع الإسلامي وهو القرآن الكريم. فنجد أن هذا الحكم ورد في الآية الكريمة التي ذكرناها سابقاً، وهي ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^[٢٨٣: البقرة]. فهذه الآية الكريمة هي السند الذي استند عليه كافة الفقهاء في إلزامية وجود القبض في الرهن. فبناءً على هذه الآية، جعل بعض الفقهاء القبض شرطاً في صحة الرهن، ومنهم من جعله أثراً في الرهن، وقليل منهم من جعله ركناً كما سبق وأن ذكرنا.

وحيث إن القرآن الكريم هو المرجع الأول في التشريع الإسلامي، قبل السنّة النبوية الشريفة، وقبل المصادر الأخرى، فلا بدّ لنا من إعادة النظر في الآية الكريمة التي بنى عليها الفقهاء المسلمون شرط وجود القبض في الرهن. فعمق المعاني في الآيات القرآنية الكريمة قد يقودنا ويوصلنا إلى حكم جديد لم يصل إليه الفقهاء من قبل.

والآية الكريمة التي نُسلط الضوء عليها جاءت بعد آية التداين التي أوضحت كيف يتم توثيق الدين في المعاملات المالية^(٧٥)، فأمر الله تعالى عباده فيها أن يقوموا بتوثيق المعاملات التي يتولّد عنها دين، ويكون التوثيق بكتابة ذلك

معن القسامة

الدَّيْنِ مِنْ قِبَلِ شَخْصٍ ثَالِثٍ لَيْسَ طَرَفًا فِي الْعَقْدِ. كَمَا بَيَّنَّ اللَّهُ تَعَالَى أَنَّهُ فِي حَالَةِ التَّوْثِيقِ الْكُتَابِيِّ فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَتِمَّ اسْتِشْهَادُ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَانِ لِيَشْهَدُوا عَلَى هَذَا الدَّيْنِ الَّذِي تَوَلَّدَ عَنْ مَعَامَلَةٍ مَالِيَةٍ بَيْنَ طَرَفَيْنِ. فَهَذِهِ الطَّرِيقَةُ هِيَ الطَّرِيقَةُ الْأُولَى وَالْأَسَاسِيَّةُ فِي تَوْثِيقِ الْمَعَامَلَاتِ الَّتِي يَتَوَلَّدُ عَنْهَا دَيْنٌ^(٧٦).

ثُمَّ جَاءَتِ الْآيَةُ مَحَلَّ دِرَاسَتِنَا بَعْدَ آيَةِ التَّدَايِنِ مَبَاشَرَةً لِتَبْيِينِ طَرِيقَةٍ أُخْرَى غَيْرِ التَّوْثِيقِ الْكُتَابِيِّ يَضْمَنُ بِهَا الدَّائِنُ اسْتِرْدَادَ دِينِهِ، فَيَبِينُ اللَّهُ تَعَالَى فِيهَا أَنَّهُ فِي حَالِ كَانِ الطَّرْفَانِ مَسَافِرَيْنِ وَلَمْ يَجِدَا مِنْ يَكْتُبُ لِهَمَا، فَعَلَى الْمَدِينِ أَنْ يَقُومَ بِرَهْنِ شَيْءٍ مَعْيِنٍ لِلدَّائِنِ لِطَمَئِنِّ الدَّائِنُ عَلَى حَقِّهِ لَدَى الْمَدِينِ. فَالْرَهْنُ هُنَا وَسِيلَةٌ لِتَوْثِيقِ الدَّيْنِ كَمَا ذَكَرْنَا سَابِقًا، وَذَلِكَ لِضَمَانِ حَقِّ الدَّائِنِ الْمَرْتَهِنِ لَدَى الْمَدِينِ الرَّاهِنِ. وَبِنَاءٍ عَلَى وَصْفِ (مَقْبُوضَةٍ) أَلَزَمَ الْفَقْهَاءُ الرَّاهِنَ بِإِقْبَاضِ الْمَرهُونِ عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ، وَلَمْ يَفْرُقِ الْفَقْهَاءُ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْمَنْقُولِ وَالْعَقَارِ، فَيَجِبُ أَنْ يَتِمَّ الْقَبْضُ فِي الْمَنْقُولِ وَفِي الْعَقَارِ كَمَا تَمَّ تَبْيَانُهُ.

لَكِنَّ الَّذِي نُرِيدُ أَنْ نُضَيِّفُهُ هُنَا أَنَّ صِفَةَ (الْقَبْضِ) جَاءَتْ فِي سِيَاقِ الْحَدِيثِ عَنِ السَّفَرِ، فَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى (وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةً) (البقرة: ٢٨٣). وَمِنَ الْمَعْلُومِ أَنَّ الْمَسَافِرَ لَا يَأْخُذُ مَعَهُ فِي سَفَرِهِ إِلَّا شَيْءٌ يُمَكِّنُ نَقْلَهُ، إِذْ إِنَّهُ لَيْسَ مِنَ الْمُمْكِنِ أَنْ يَتِمَّ نَقْلُ الْعَقَارِ مَعَ الْمَسَافِرِ، فَالشَّخْصُ عِنْدَمَا يَسَافِرُ مِنْ مَكَانٍ إِلَى آخَرَ قَدْ يَأْخُذُ مَعَهُ أَمْتَعَةً أَوْ بَضَائِعَ، أَوْ أَيَّ شَيْءٍ مِنَ الْمَنْقُولَاتِ بِشَكْلِ عَامٍ. لَكِنْ لَيْسَ مِنَ الْمَعْقُولِ أَنْ يَأْخُذَ الْمَسَافِرُ عَقَارًا يَمْلِكُهُ مَعَهُ فِي سَفَرِهِ. فَلَمْ يَحْدِثْ أَنْ سَافَرَ شَخْصٌ مَا وَأَخَذَ مَعَهُ بَيْتَهُ فِي رِحْلَتِهِ، أَوْ أَخَذَ مَعَهُ قِطْعَةً مِنْ أَرْضٍ يَمْلِكُهَا. فَالْعَقَارُ ثَابِتٌ وَلَا يَنْتَقِلُ بِسَفَرِ صَاحِبِهِ. وَهَذَا يَعْنِي أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِأَنْ يَكُونَ الْقَبْضُ فِي الشَّيْءِ الْمَنْقُولِ الَّذِي يُمَكِّنُ نَقْلَهُ فِي حَالَةِ السَّفَرِ. أَمَا مَا لَا يُمَكِّنُ نَقْلَهُ فِي السَّفَرِ فَلَا قَبْضَ فِيهِ. فَالْآيَةُ الْكَرِيمَةُ الْمَذْكُورَةُ لَا تَشْمَلُهُ فِي الْقَبْضِ.

وَنَحْنُ لَا نَتَحَدَّثُ هُنَا عَنْ مَوْضُوعِ مَنَعِ الرَّهْنِ فِي الْحَضَرِ وَإِجَازَتِهِ فِي السَّفَرِ، كَمَا قَالَ بِهِ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ^(٧٧). فَقَدْ سَبَقَ وَأَنْ ذَكَرْنَا أَنَّ الرَّهْنَ جَائِزٌ فِي الْحَضَرِ وَالسَّفَرِ، وَذَلِكَ بِصَرِيحِ نَصِّ الْحَدِيثِ الَّذِي وَرَدَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ^(٧٨). وَلَكِنَّا نَتَحَدَّثُ هُنَا عَنْ مَوْضُوعِ أَنَّ الْقَبْضَ لَا يَتِمُّ إِلَّا عَلَى مَا يُمْكِنُ نَقْلَهُ مَعَ الْمَسَافِرِ فِي السَّفَرِ. أَوْ بِمَعْنَى آخَرَ، إِنَّ الْقَبْضَ لَا يَقَعُ إِلَّا عَلَى مَنْقُولٍ. فَالْقَبْضُ هُوَ الشَّيْءُ الْجَوْهَرِيُّ الَّذِي تُلْقَى عَلَيْهِ الضَّوْءُ فِي ظِلِّ هَذِهِ الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ. فَقَدْ ذَكَرَتِ الْآيَةُ الْكَرِيمَةُ أَنَّ "الرَّهَانَ الْمَقْبُوضَةَ" تَقَعُ فِي حَالَةِ "وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ". فَهَذَا يَعْنِي بِشَكْلِ وَاضِحٍ أَنَّ الْقَبْضَ فِي الرَّهْنِ يَقَعُ فَقَطْ عَلَى مَا يُمَكِّنُ نَقْلَهُ فِي السَّفَرِ، وَهُوَ الْمَنْقُولَاتُ وَلَيْسَ الْعَقَارَاتُ.

وَإِذَا سَلَّمْنَا بِهَذَا الْحُكْمِ الَّذِي بَنَيْنَاهُ عَلَى الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ، يَظْهَرُ لَدَيْنَا تَسَاوُلٌ، وَهُوَ كَيْفَ يَتِمُّ رَهْنُ مَا لَا يُمَكِّنُ نَقْلَهُ فِي السَّفَرِ؟ أَوْ بِصِيغَةٍ أُخْرَى، كَيْفَ يَتِمُّ رَهْنُ الْعَقَارِ؟ هَذَا مَا يُمَكِّنُ الْإِجَابَةَ عَلَيْهِ فِي الْفَرْعِ التَّالِيِ.

ثانياً: مدى إمكانية إحلال الشكلية محل القبض في رهن العقار.

يقول الرازي رحمه الله- في تفسير الآية (٢٨٣) من سورة البقرة "اعلم أنه تعالى جعل البياعات في هذه الآية على ثلاثة أقسام: بيع بكتاب وشهود، وبيع برهان مقبوضة، وبيع الأمانة"^(٧٩). وقد بنى الرازي رحمه الله تعالى قوله هذا على التسلسل الذي ورد في الآيات الكريمة، إذ إنَّ الله تعالى ذكر التوثيق الكتابي والذي يرافقه شهود في آية التداين، ثم بيَّنَّ الله تعالى في الآية التي تليها أنَّه في حال عدم إمكانية كتابة الدين (وهذا يقع غالباً في السفر) فيمكن للدائن أن يضمن حقَّه عن طريق الرهن، فيطالب الدائن المدين برهن شيء معين، وعندها يجب أن يتم القبض. ثم تستمر الآيات وتذكر أنه في حال أن

ووثق كل منهما بالآخر وأمن جانبه، فيمكن لهما أن يقوموا بالمعاملة المالية دون كتابة ودون رهن ما دامت الثقة متواجدة بين الطرفين، وهذا ما ذكرته الآية الكريمة نفسها ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ...﴾ [٢٨٣: البقرة].

وهذا يعني أنّ الأصل في التوثيق هو الكتابة والشهود، أمّا الرهن المقبوض فهو استثناء من أصل، وهو لا يقع إلا على منقول، وفقاً لما تبين معنا سابقاً. وبناءً على ذلك، فإنّ الرهن الذي لا قبض فيه، وهو الذي يقع على كل ما لا يمكن نقله في السفر كالعقار، فإنّ هذا النوع من المعاملات يتم توثيقه عن طريق الكتابة والشهود، أي أننا رددناه إلى الطريقة الأساسية في التوثيق، وهي الكتابة والشهود، فهي الأصل في توثيق الديون.

وبناءً على ذلك، يمكن القول إنه يُمكن أن تحلّ الشكلية محل القبض في رهن العقار. بل إنّ الأصل في رهن العقار أن يتم بكتابة وشهود، وليس عن طريق القبض. فإننا إن قمنا بإلغاء فكرة القبض عن العقار بحكم أنه لا يمكن نقله في السفر، فعلينا أن نرجع إلى الأصل في التوثيق. والأصل في التوثيق هو الكتابة والشهود. فأية التداين وضعت قاعدة عريضة مفادها أنّ الأصل أن يتم توثيق كل معاملة يتولد عنها دين بكتابة وشهود. وهذا الأصل ينطبق على رهن العقار فيتم توثيقه بالكتابة والشهود، وليس عن طريق القبض الذي يقع بالتخلية وإزالة الموانع. وهنا يتصّب مفهوم الرهن، من وجهة نظرنا، على ضمان الحق، وليس التوثيق. أي أنّ الرهن هنا ليس المقصود منه توثيق دين معين؛ لأنّ التوثيق تمّ كتابياً. فيكون الهدف من الرهن ضمان الحق، وليس التوثيق. فيضمن الدائن حقه الذي عند المدين، بحيث إذا عجز المدين عن سداد دين الدائن، فعندها يحق للدائن التنفيذ على العقار المرهون لاسترداد حقه، ودون مزاحمة دائنين آخرين.

ولا بد من القول هنا إنّ إحلال الشكلية محل القبض لا تكون فقط بالعقار، بل بكل ما لا يمكن نقله في السفر. وهذا ينطبق على بعض أنواع المنقولات المعنوية التي لا تنتقل مع المسافر في سفره، كالعلامة التجارية^(٨١)، وبراءة الاختراع^(٨٢)، والمحل التجاري^(٨٣)، وغير ذلك. ومن جهتنا نرى أنّ هذا يتفق مع ما هو منظم بالقوانين الحديثة. لكنّ القرآن الكريم كان أسبق بالتنظيم لهذه المعاملات من هذه القوانين. فالقرآن الكريم هو الأسبق بتنظيمه لها وإن تأخرنا باستنباط الحكم منه. فأصبح واضحاً أنّ الآيات الكريمة المذكورة سابقاً قد احتوت الحكم الذي تم استنتاجه.

الخاتمة والنتائج.

- تبين لنا من خلال الاطلاع الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة، ومن خلال الاطلاع على الأحكام العامة لرهن العقار في القوانين الحديثة وعلى الركن الشكلي الذي تنظمه هذه القوانين نتائج، نوجزها بما يأتي:
- إنّ الركن الشكلي لرهن العقار والذي تنظمه القوانين الحديثة يمكن أن يحل محل القبض في رهن العقار في الفقه الإسلامي. بل إنّ الركن الشكلي هو الأصل في رهن العقار وليس التخلية من أجل القبض. إذ إنّ المولى ﷺ أورد التوثيق الكتابي كأصل في التوثيق، ثمّ أورد سبحانه الرهن في حالات أخرى.
 - وبناءً على النتيجة السابقة يتبين أيضاً أنّ الأصل في رهن العقار أن يتم من غير قبض (من غير تخلية وإزالة الموانع أمام الدائن). فالأصل أنّ القبض في الرهن لا يقع إلا على ما يمكن نقله في السفر (أي على منقول). وذلك بدلالة الآية الكريمة التي استند عليها كافة الفقهاء في تنظيم الرهن. وهذه النتيجة وإن كانت مخالفة لما جاءت به كتب الفقه

معن القسامة

الإسلامي، إلا أنها مبنية على الآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة التي اعتمد عليها الفقهاء المسلمون السابقون في تنظيم عقد الرهن.

الهوامش.

- (١) عبد الهادي فوزي العوضي، المدخل لدراسة القانون العماني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٣٢٤.
- (٢) حسني محمود عبد الدايم، الائتمان العقاري بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٧م، (ط١)، ص ٦٠.
- (٣) محمد بن يعقوب بن إبراهيم بن عمر أبو طاهر مجد الدين الشيرازي المعروف بالفيروزآبادي (ت ٨١٧هـ)، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق: التراث في مؤسسة الرسالة، بيروت، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر، ٢٠٠٥، ج ١، ص ١٢٤٣-١٢٤٤.
- (٤) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ج ٤، ص ٢٣١.
- (٥) أبا القاسم الحسن بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (ت ٥٠٢هـ)، المفردات في غريب القرآن، دار المعرفة للطباعة والنشر، دون تاريخ نشر، ص ٢٠٤.
- (٦) الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، المرجع السابق.
- (٧) أبو عمر يوسف عبد الله بن محمد القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، بيروت، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٢م، (ط٣)، ص ٤١٠.
- (٨) كمال الدين أبي البقاء محمد بن موسى بن عيسى اليميني (ت ٨٠٨هـ)، النجم الوهاج في شرح المنهاج، دار المنهاج، ٢٠٠٤م، (ط١)، ج ٤، ص ٢٩٣.
- (٩) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الأئمة، بيروت، عالم الكتب، ١٩٨٣م، ج ٣، ص ٣٢٠.
- (١٠) المادة ٧٠١ من مجلة الأحكام العدلية.
- (١١) محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الانسان، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، دون تاريخ نشر، (ط٢)، ص ١٤٢.
- (١٢) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠م، (ط١)، ج ٢، ص ٦٣.
- (١٣) ينظر: المادة (١٣٢٢) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦. وينظر أيضاً: المادة (١٠٣٠) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨. وينظر: المادة (١٠١٠) من قانون المعاملات المدنية العماني رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٣. وينظر: المادة (١٢٨٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١. ينظر أيضاً: المادة (٩٧١) من القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠. ينظر أيضاً: المادة (١٣٩٩) من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (٥) لسنة ١٩٨٥. وينظر: المادة (١٠٥٨) من القانون المدني القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤.
- (١٤) ينظر: المادة (١٣٨١) من القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م.
- (١٥) المادة (١٠٤١) من قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي صدر سنة ١٩٣٢م.
- (١٦) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠م، (ط١)، ص ٤٢.
- (١٧) عبد الهادي فوزي العوضي، المدخل لدراسة القانون العماني، مرجع سابق، ص ٣٠٠.

- (١٨) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص ٤١.
- (١٩) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق.
- (٢٠) حسني محمود عبد الدايم، الائتمان العقاري بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مرجع سابق، ص ٣٧.
- (٢١) حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص ٣٨.
- (٢٢) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨، (ط٢)، ج ١، ص ٣٥.
- (٢٣) وبذات الحكم جاءت أغلب القوانين العربية، فقد نصت المادة (١٠٢١) من قانون المعاملات المدنية العماني على "للاهن أن يتصرف في عقاره المرهون دون أن يؤثر ذلك على حقوق الدائن المرتين". كما نصت المادة (١٠٢٢) من القانون العماني على: "١) للاهن حق إدارة عقاره المرهون والحصول على غلته حتى تاريخ نزع ملكيته جبراً عند عدم الوفاء بالدين. ٢) تلحق الغلة بالعقار المرهون من تاريخ نزع ملكيته". ونفس الحكم جاء في قوانين أخرى. ينظر: مثلاً المادة (١٢٩٥) من القانون المدني العراقي، ينظر أيضاً: المادتين (١٤١٢) و (١٤١٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.
- (٢٤) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، تنقيح: محمد علي سكيكر ومعتز كامل مرسي، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٥م، ص ١٦١.
- (٢٥) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص ١٦٢.
- (٢٦) ينظر: المادة (٢٧٢) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.
- (٢٧) د أحمد سفر، التأمينات العينية، بيروت، وزارة التعليم العالي، كلية الشريعة والقانون، ٢٠٠٣م، (ط١)، ص ٢٨.
- (٢٨) ينظر: في الفقه الحنفي برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازة البخاري، (ت ٦١٦هـ)، المحيط البرهاني، تقديم: نعيم أشرف نور أحمد، بيروت، المجلس العلمي، ٢٠٠٤م، ج ١٨، ص ٦٤. وينظر: في الفقه المالكي شمس الدين الشيخ محمد عرفة السوقي، حاشية السوقي على الشرح الكبير، دون مكان نشر، دار احياء الكتب العربية، دون تاريخ نشر، ج ٣، ص ٢٣١. وينظر: في الفقه الشافعي الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، مرجع سابق، ص ٢٩٣. وينظر: في الفقه الحنبلي البهوتي، كشاف القناع عن متن الأقتناع، مرجع سابق، ص ٣٢٠.
- (٢٩) محمد المنتصر بالله بن محمد الزمزمي الكتاني الحسني، معجم فقه ابن حزم الظاهري، بيروت، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٩، (ط١)، ج ١، ص ٣٤٦. ينظر أيضاً: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تفسير الآية ٨٣ من سورة البقرة. ينظر أيضاً: الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ج ٤، مرجع سابق، ص ٢٩٣. وينظر أيضاً: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني (ت ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تقديم عبد الرزاق الحلبي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ٢٠١٠، (ط١)، ج ٥، ص ١٩٥. وينظر أيضاً: أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩٧م، (ط١)، ج ٤، ص ٣. وينظر أيضاً: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي (ت ٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: ماجد الحموي، بيروت، دار ابن حزم، ١٩٩٥، (ط١)، ج ١، ص ١٤٣٦.
- (٣٠) أخرجه البخاري، (٤/٣٠٢)، كتاب البيوع، باب شراء النبي بالنسيئة، حديث (٢٠٦٩).
- (٣١) ينظر: في ذلك القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تفسير الآية ٢٨٣ من سورة البقرة. ينظر أيضاً: الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٩٣. وينظر أيضاً: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٩٥. وينظر أيضاً: البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣. وينظر أيضاً: ابن رشد القرطبي،

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج ١، ص ١٤٣٦.
- (٣٢) أخرجه الشافعي في "ترتيب المسند"، (١٦٣، ١٦٤) كتاب الرهن، رقم (٥٦٧، ٥٦٩). وأخرجه ابن حبان والحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يُخرجاه. ينظر: أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، تحقيق: مصطفى عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩٠م، (ط١)، ج ٢، ص ٥٨. وينظر أيضاً: ابن حبان، صحيح ابن حبان، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٨، (ط١)، ج ١٣، ص ٢٥٨.
- (٣٣) حسني محمود عبد الدايم، الائتمان العقاري بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مرجع سابق، ص ٥٢.
- (٣٤) المواد (١٣٢٢-١٣٧١) من القانون المدني الأردني.
- (٣٥) المواد (١٠٣٠-١٠٨٤) من القانون المدني المصري.
- (٣٦) المواد (١٣٩٩-١٤٤٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.
- (٣٧) المواد (١٠١٠-١٠٥٦) من قانون المعاملات المدنية العماني.
- (٣٨) ينظر أيضاً: القانون المدني العراقي المادة (١٢٨٦)، إذ نصت على "لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري...". ينظر أيضاً: المادة (١٤٠٠) من القانون المدني الإماراتي.
- (٣٩) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨م، (ط٣)، ج ١، ص ١٦٣، ٥٣٢.
- (٤٠) أحمد سفر، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص ٣٨، ٣٩، ٤٠.
- (٤١) حسني محمود عبد الدايم، الائتمان العقاري بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مرجع سابق، ص ٦١. ينظر أيضاً: عبد الهادي فوزي العوضي، المدخل لدراسة القانون العماني، مرجع سابق، ص ٣٢٢.
- (٤٢) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص ٨٨.
- (٤٣) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق.
- (٤٤) حسني محمود عبد الدايم، الائتمان العقاري بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مرجع سابق، ص ٧٦. ينظر أيضاً: علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩م، ص ٢٢٠.
- (٤٥) حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص ٦٢-٦٣.
- (٤٦) ينظر: المادة (١٠٣٥) من القانون المدني المصري.
- (٤٧) نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص ٩٠.
- (٤٨) وفقاً لقانون مكاتب التوثيق التابعة للشهر العقاري رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧.
- (٤٩) ينظر: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، مرجع سابق، ج ١٨، ص ٦٤. وينظر: شمس الدين الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٣١. وينظر: الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٩٣. وينظر: البهوتي، كشف القناع عن متن الأفتناع، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٢٠.
- (٥٠) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٠٤.
- (٥١) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق.
- (٥٢) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج ٥، ص ٢٠٥.
- (٥٣) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج ٥، ص ٢٠٥، ٢١٠، ٢٢١.

- (٥٤) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج ١، ص ١٤٣٦.
- (٥٥) للزيادة في هذا الموضوع ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج ٥، ص ٢٠٥، ٢١٠، ٢٢١.
- (٥٦) البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٣. ينظر أيضاً: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي دمشقي، روضة الطالبين، بيروت، دار ابن حزم، ٢٠٠٢م، (ط)، ص ٦٢٣.
- (٥٧) الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٠٧.
- (٥٨) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٩٥. ينظر أيضاً: ولي الدين أبي زرعة الشافعي، تحرير الفتاوي على التنبيه والمنهاج والحاوي، تحقيق: عبد الرحمن فهمي الزواوي، بيروت، دار المنهاج، ٢٠١١م، (ط)، ج ١، ص ٨٢٥. ينظر أيضاً: أبو عمر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مرجع سابق، ص ٤١٠.
- (٥٩) البهوتي، كشف القناع عن متن الأفتاع، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٣١.
- (٦٠) أبو عمر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مرجع سابق، ص ٤١١.
- (٦١) سحنون بن سعيد التتوحي، المدونة الكبرى، المملكة العربية السعودية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، دون تاريخ نشر، ج ٤، ص ١٠.
- (٦٢) البهوتي، كشف القناع عن متن الأفتاع، المرجع السابق، ج ٣، ص ٣٣١.
- (٦٣) برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني، مرجع سابق، ج ١٨، ص ٦٤. وينظر أيضاً: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٣١. وينظر أيضاً: الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٩٣. وينظر: البهوتي، كشف القناع عن متن الأفتاع، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٢٠. وينظر أيضاً: د. أحمد محمد السعد، فقه المعاملات، إريد، دار الكتاب الثقافي، ٢٠١٩، ج ١، ص ٢٠٤.
- (٦٤) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٩٨.
- (٦٥) الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٠٧.
- (٦٦) البهوتي، كشف القناع عن متن الأفتاع، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٣١.
- (٦٧) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج ١، ص ١٤٣٥.
- (٦٨) منصور بن يونس البهوتي، مرجع سابق، ص ٣٣١.
- (٦٩) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٩٨.
- (٧٠) أبو عمر يوسف القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مرجع سابق، ص ٤١٠.
- (٧١) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج ١، ص ١٤٣٥.
- (٧٢) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج ١، ص ١٤٣٥.
- (٧٣) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الصنائع، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٩٨.
- (٧٤) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الصنائع، المرجع السابق.
- (٧٥) وهي الآية رقم (٢٨٢) من سورة البقرة.
- (٧٦) ينظر: في تفسير الآية رقم (٢٨٢، ٢٨٣) من سورة البقرة في جامع البيان في تفسير القرآن، للطبري. ينظر أيضاً: الكشاف، للزمخشري. ينظر أيضاً: مفاتيح الغيب، للتفسير الكبير، للرازي، وغيرهم من المفسرين.
- (٧٧) سبق وأن ذكرنا أن هناك قلة من الفقهاء تمسكوا بظاهر نص الآية الكريمة، فقالوا لا يجوز الرهن إلا في السفر. ينظر: ص ١٤

- من البحث.
- (٧٨) مذكور سابقاً. ينظر: ص ١٤ من البحث.
- (٧٩) ينظر: في تفسير الآية المذكورة الإمام محمد الرازي فخر الدين بن العلامة ضياء الدين عمر (ت ٦٠٤هـ)، التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، بيروت، دار الفكر للطباعة والتوزيع، ١٩٨١م، (ط١)، ج٧، ص١١٧.
- (٨٠) وهي وسيلة التاجر لتمييز منتجاته عن غيرها من المنتجات المشابهة لها. ينظر: عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١م، (ط١)، ج١، ص٢٣٦.
- (٨١) وهي الشهادة التي يتم منحها للمخترع من الجهات المختصة، وتُعد سنداً قانونياً لاختراعه، بحيث يستطيع المخترع احتكار استثمار هذا الاختراع الذي توصلَ له لوحده. ينظر: عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، المرجع السابق، ج١، ص٢٣٩.
- (٨٢) ويقصد بالمحل التجاري مجموعة من الأموال المنقولة المعنوية والمادية تألفت معاً بقصد الاستغلال التجاري وجذب العملاء للمتجر وتمييزهم والاحتفاظ بهم، وهذه المجموعة من الأموال المنقولة تشكل في مجموعها مالاً منقولاً معنوياً له قيمة مالية مستقلة ومختلفة عن قيمة العناصر الداخلة في تكوينه. ينظر: عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، المرجع السابق، ج١، ص٢١٧.