

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة -

كلية لشريعة و الاقتصاد

قسم الشريعة و القانون

مقياس فقه المقارن

لطلبة سنة أولى ماستر شريعة و قانون

الدكتورة : صورية عائشة باية بن حسين

2019-2020م

المحاضرة الأولى : انتفاع المرتهن بالعين المرهونة

أولاً تعريف الرهن :

تعريف الرهن: الرهن لغة: إما الثبوت والدوام، يقال: ماء راهن أي راكد، وحالة راهنة: أي ثابتة. وإما الحبس واللزوم، قال تعالى: { كل نفس بما كسبت رهينة } [المدثر: 38/ 74] أي محبوسة. والظاهر أن في الحبس معنى الدوام والثبوت، فأحد المعنيين تطور للمعنى الآخر، والظاهر أن المعنى الأول هو الحبس؛ لأنه المعنى المادي. وعلى كل حال، فالمعنى الشرعي ذو صلة بالمعنى اللغوي، وقد يطلق الرهن لغة على الشيء المرهون: وهو ما جعل وثيقة للدين، من باب تسمية المفعول بالمصدر.

وعقد الرهن شرعاً : حبس شيء بحق يمكن استيفاءه منه، أي جعل عين لها قيمة مالية في نظر الشرع وثيقة بدين بحيث يمكن أخذ الدين كله أو بعضه من تلك العين. أو هو عقد وثيقة بمال، أي عقد على أخذ وثيقة بمال، لا بذمة شخص، فامتاز عن الكفالة؛ لأن التوثق بها إنما يكون بذمة الكفيل، لا بمال يقبضه الدائن، ومعنى «وثيقة» أي متوثق بها، فقد توثق الدين وصار مضموناً محكماً بالعين المرهونة، وكون الوثيقة ذات قيمة مالية لإخراج العين النجسة والمتنجسة بنجاسة لا يمكن إزالتها، فإنها لا يجوز أن تكون وثيقة للدين.

وعرفه الشافعية بقولهم: جعل عين وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه. وقولهم «جعل عين» يفيد عدم جواز رهن المنافع؛ لأنها تتلف فلا يحصل بها استيثاق

وعرفه الحنابلة بأنه: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاءه ممن هو عليه.

وعرفه المالكية : بأنه شيء متموّل يؤخذ من مالكه، توثقاً به، في دين لازم، أو صار إلى اللزوم، أي أنه تعاقد على أخذ شيء من الأموال عيناً كالعقار والحيوان والعروض (السلع)،

أو منفعة، على أن تكون المنفعة معينة بزمن أو عمل، وعلى أن تحسب من الدين. ولا بد من أن يكون الدين لازماً كئتمن مبيع، أو بدل قرض، أو قيمة متلف، أو صائراً إلى اللزوم، كأخذ رهن من صانع أو مستعير، خوفاً من ادعاء ضياع، فيكون الرهن في القيمة على ما يلزم.

ثانياً : مشروعية الرهن

فقوله تعالى: { وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ } [البقرة: 283/2].

والرهن باتفاق الفقهاء جائز في الحضر والسفر، خلافاً لمجاهد والظاهرية، لإطلاق مشروعيته في السنة، وذكر السفر في الآية خرج مخرج الغالب، لكون الكاتب في الماضي غير متوافر في السفر غالباً، ولا يشترط أيضاً عدم وجود الكاتب، لثبوت جوازه في السنة مطلقاً. والآية أرادت إرشاد الناس إلى وثيقة ميسرة لهم عند فقدان كاتب يكتب لهم الدين.

وأما السنة: فروى البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً، ورهنه درعاً من حديد» وعن أنس قال: «رهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعاً عند يهودي بالمدينة، وأخذ منه شعيراً لأهله»

ثالثاً: انتفاع المرتهن بالعين المرهونة

يرى الجمهور غير الحنابلة: أنه ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن. وحملوا ما ورد من جواز الانتفاع بالملحوب والمركوب بمقدار العلف على ما إذا امتنع الراهن من الإنفاق على الرهن، فأنفق عليه المرتهن، فله الانتفاع بمقدار علفه. والحنابلة يجيزون الانتفاع للمرتهن بالرهن إذا كان حيواناً، فله أن يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه. وتفصيل المذاهب كما يأتي:

1 - قال الحنفية : ليس للمرتهن أن ينتفع بالرهون استخداماً ولا ركوباً ولا سكنى ولا لبساً ولا قراءة في كتاب، إلا بإذن الراهن؛ لأن له حق الحبس دون الانتفاع. فإن انتفع به، فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته، لأنه صار غاصباً.

وإذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالرهون، جاز مطلقاً عند بعض الحنفية. ومنهم من منعه مطلقاً؛ لأنه ربا أو فيه شبهة الربا، والإذن أو الرضا لا يحل الربا ولا يبيح شبهته. ومنهم من فصل فقال: إن شرط الانتفاع على الراهن في العقد، فهو حرام؛ لأنه ربا، وإن لم يشرط في العقد، فجائز؛ لأنه تبرع من الراهن للمرتهن. والاشترط كما يكون صريحاً، يكون متعارفاً، والمعروف كالمشروط.

وهذا التفصيل هو المتفق مع روح الشريعة، والغالب من أحوال الناس أنهم عند دفع القرض إنما يريدون الانتفاع، ولولاه لما أعطوا الدراهم، وهذا بمنزلة الشرط؛ لأن المعروف كالمشروط، وهو مما يُعيّن المنع، كما قال ابن عابدين.

2-وفصل المالكية فقالوا: إذا أذن الراهن للمرتهن بالانتفاع أو اشترط المرتهن المنفعة، جاز إن كان الدين من بيع أو شبهة (معاوضة)، وعينت المدة بأن كانت معلومة، للخروج من الجهالة المفسدة للإجارة، لأنه بيع وإجارة، وهو جائز. والجواز كما قال الدردير بأن يأخذ المرتهن المنفعة لنفسه مجاناً، أو لتحسب من الدين على أن يعجل دفع باقي الدين. ولا يجوز إن كان الدين قرضاً (سلفاً)؛ لأنه قرض جر نفعاً. ولا يجوز الانتفاع في حالة القرض إن تبرع الراهن للمرتهن بالمنفعة أي لم يشترطها المرتهن؛ لأنها هدية مديان، وقد نهي عنها النبي صلى الله عليه وسلم .

3- وقال الشافعية كالمالكية إجمالاً: ليس للمرتهن أن ينتفع بالعين المرهونة لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يعلق الرهن من صاحبه، الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه» قال

الشافعي: غنمه: زيادته. وغرمه: هلاكه ونقصه. ولا شك أن من العُثم سائر وجوه الانتفاع. وهذا رأي ابن مسعود.

فإن شرط المرتهن في عقد القرض ما يضر الراهن، كأن تكون زوائد المرهون أو منفعته له، أي للمرتهن، بطل الشرط، والرهن في الأظهر، لحديث «كل شرط ليس في كتاب الله تعالى، فهو باطل». وأما بطلان الرهن فلمخالفة الشرط مقتضى العقد، كالشرط الذي يضر المرتهن نفسه.

أما إن كانت المنفعة مقدرة أو معلومة، وكان الرهن مشروطاً في بيع، فإنه يصح اشتراط جعل المنفعة للمرتهن؛ لأنه جمع بين بيع وإجارة في صفقة، وهو جائز. مثل أن يقول شخص لغيره: بعثك حصاني بمئة بشرط أن ترهنني بها دارك، وأن تكون منفعتها لي سنة، فبعض الحصان مبيع، وبعضه أجرة في مقابلة منفعة الدار.

فإن لم يكن الانتفاع مشروطاً في العقد، جاز للمرتهن الانتفاع بالرهن، بإذن صاحبه، لأن الراهن مالك، وله أن يأذن بالتصرف في ملكه لمن يشاء، وليس في الإذن تضييع لحقه في المرهون؛ لأنه لا يخرج عن يده، ويبقى محتسباً عنده لحقه.

وأما الحنابلة فقالوا في غير الحيوان: ما لا يحتاج إلى مؤنة (قوت) كالدار والمتاع ونحوه، لا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهن بحال؛ لأن الرهن ومنافعه ونمائه ملك الراهن، فليس لغيره أخذها بغير إذنه، فإن أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض، وكان دين الرهن من قرض لم يجز؛ لأنه قرض جر منفعة، وذلك حرام، قال أحمد: أكره قرض الدور وهو الربا المحض، يعني إذا كانت الدار رهناً في قرض ينتفع بها المرتهن. وعبارتهم في الموضوع: «لا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء، إلا ما كان مركوباً أو مخلوباً، فيركب ويحلب بقدر العلف». وإن كان الرهن بثمان مبيع، أو أجر دار أو دين غير القرض، فأذن له الراهن في الانتفاع، جاز، أي

ولو مع المحاباة في الأجرة. وإن كان الانتفاع بعوض هو أجر المثل من غير محاباة، جاز في القرض وغيره، لكونه لم ينتفع بالقرض، بل بالإجارة. وإن حاباه لا يجوز في القرض، ويجوز في غيره.

والخلاصة في المذهب الحنبلي : أن الانتفاع إن كان بعوض جاز في القرض وغيره إن كان بأجر المثل، وإن كان بغير عوض لا يجوز في القرض، وإذا انتفع المرتهن من غير إذن الراهن، حسب من دينه.

وأما الحيوان: فيجوز للمرتهن أن ينتفع به إن كان مركوباً أو مخلوباً، على أن يركب ويحلب، بقدر نفقته، متحريراً العدل في النفقة، وإن لم يأذنه الراهن ودليلهم الحديث السابق: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولَبَنَ الدَّرَّ يُشْرَبُ بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة» وجملة «الظهر يركب، والدر يشرب» جملة خبرية في معنى الإنشاء مثل:

{والوالدات يرضعن أولادهن} [البقرة: 233/2]، ولأن التصرف معاوضة، والمعاوضة تقتضي المساواة بين البدلين. لكن قال ابن القيم في أعلام الموقعين: لا ضرورة إلى المساواة بين البدلين؛ لأن الشارع ساوى بينهما، ويعسر علينا أمر الموازنة بين الركوب واللبن وبين النفقة. ولم يعمل الجمهور بهذا الحديث، وقالوا: إنه حديث ترده أصول وآثار صحيحة. ويدل على نسخه حديث: «لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه»، وحديث: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه». وأجاب الحنابلة: بأن السنة أصل، فكيف تردها الأصول؟! وأما الحديث الناسخ فهو عام، وحديث الرهن خاص، فيكون الخاص مقيداً له.

وأرى الأخذ بهذا الاستثناء الوارد عند الحنابلة؛ لأن الحديث صحيح. وفيما عداه القول الراجح هو ما عليه اتفاق المذاهب، بدليل أن الحنابلة قالوا:

إن شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن، فالشرط فاسد؛ لأنه يناهض مقتضى الرهن، وأما الرهن في البيع فجائز لأنه بيع وإجارة كما قال الشافعية.

المحاضرة الثانية: القضاء باليمين مع الشاهد

إذا أقام المدعي شاهداً، وعجز عن تقديم شاهد آخر وحلف مع شاهده، هل يقضى به بشاهده ويمينه؟

1 - قال الحنفية : لا يقضى بالشاهد الواحد مع اليمين في شيء، لقوله تعالى: {واستشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين، فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء} [البقرة: 282/2] وقوله سبحانه: {وأشهدوا ذوي عدل منكم} [الطلاق: 2/65] طلب القرآن الكريم إشهاد رجلين أو رجل وامرأتين، فقبول الشاهد الواحد ويمين المدعي زيادة على النص، والزيادة على النص نسخ، والنسخ في القرآن الكريم لا يجوز إلا بمتواتر أو مشهور، وليس هناك واحد منهما

واستدلوا بالسنة أيضاً بقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه مسلم وأحمد: «ولكن اليمين على المدعى عليه» وفي لفظ «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر» وقال صلى الله عليه وسلم مدعٍ: «شاهدك أو يمينه» (1).

فالحديث الأول أوجب اليمين على المدعى عليه، فلو جاز القضاء بشاهد ويمين المدعي، لما بقيت اليمين واجبة على المدعى عليه. ثم إنه في هذا الحديث وفي الحديث الثاني جعل الرسول عليه الصلاة والسلام جنس اليمين حجة للمنكر، فإن قبلت يمين المدعي، لم يكن جميع أفراد اليمين على المنكرين. وكذلك تضمن الحديث الثاني قسمة وتوزيعاً بين المتخاصمين، والقسمة تنافي اشتراك الخصمين في أمر وقعت القسمة فيه. والحديث الثالث خير المدعي بين أمرين لا ثالث لهما: إما البينة أو يمين المدعى عليه، والتخيير بين أمرين يمنع تجاوزهما إلى غيرها أو الجمع بينهما.

2- وقال جمهور الفقهاء : يقضى باليمين مع الشاهد في الأموال، واستدلوا بما ثبت عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أنه قضى بشاهد ويمين» .

قال الشافعي: وهذا الحديث ثابت لا يردده أحد من أهل العلم لو لم يكن فيه غيره، مع أن معه غيره مما يشده. وقال النسائي: إسناده جيد. وقال البزار: في الباب أحاديث حسان، أصحها حديث ابن عباس وقال ابن عبد البر: لا مطعن لأحد في إسناده، ولا خلاف بين أهل العلم في صحته.

المحاضرة الثالثة : تضمين أصحاب الحرف

الضمان عند الفقهاء على وجهين : بالتعدي ، أو لمكان المصلحة ، وحفظ الأموال .

أولاً : التضمين بالتعدي

فأما بالتعدي : فيجب على المكري باتفاق ، والخلاف إنما هو في نوع التعدي الذي يوجب ذلك أو لا يوجبه وفي قدره ، فمن ذلك اختلاف العلماء في القضاء فيمن أكثرى دابة إلى موضع ما فتعدى بها إلى موضع زائد على الموضع الذي انعقد عليه الكراء .

فقال الشافعي ، وأحمد : عليه الكراء الذي التزمه إلى المسافة المشتركة ، ومثل كراء المسافة التي تعدى فيها . **وقال مالك :** رب الدابة بالخيار في أن يأخذ كراء دابته في المسافة التي تعدى فيها ، أو يضمن له قيمة الدابة . **وقال أبو حنيفة :** لا كراء عليه في المسافة المتعداة ، ولا خلاف أنها إذا تلفت في المسافة المتعداة أنه ضامن لها .

فعمدة الشافعي : أنه تعدى على المنفعة ، فلزمه أجره المثل ، أصله التعدي على سائر المنافع وأما مالك فكأنه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى أنه قد تعدى عليها فيها نفسها فشبهه بالغاصب ، وفيه ضعف . وأما مذهب أبي حنيفة فبعيد جدا عما تقتضيه الأصول الشرعية ، والأقرب إلى الأصول في هذه المسألة هو قول الشافعي .

ثانياً : التضمين من جهة المصلحة وهم الصناع

وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعدد إلا من جهة المصلحة فهم الصناع ، ولا خلاف عندهم أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى ما عدا حامل الطعام ، والطحان ، فإن مالكا ضمنه ما هلك عنده ، إلا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سبب .

أما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم ، فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك ، وابن أبي ليلى ، وأبو يوسف : يضمنون ما هلك عندهم . وقال أبو حنيفة

: لا يضمّن من عمل بغير أجر ، ولا الخاص ، ويضمّن المشترك ، ومن عمل بأجر .

وللشافعي قولان في المشترك . والخاص عندهم هو الذي يعمل في منزل المستأجر ، وقيل :

هو الذي لم ينتصب للناس ، وهو مذهب مالك في الخاص ، وهو عنده غير ضامن ،

وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصناع المشترك يضمّن ، وسواء عمل بأجر أو بغير أجر

. وبتضمين الصناع قال علي وعمر ، وإن كان قد اختلف عن علي في ذلك

وعمدة من لم ير الضمان عليهم أنه شبه الصناع بالمودع عنده ، والشريك ، والوكيل ،

وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة .

وأما من فرق بين أن يعملوا بأجر أو لا يعملوا بأجر : فالأن العامل بغير أجر إنما قبض

المعمول لمنفعة صاحبه فقط ، فأشبه المودع ، وإذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليهما ،

فغلبت منفعة القابض ، أصله القرض والعارية عند الشافعي ، وكذلك أيضا من لم

ينصب نفسه لم يكن في تضمينه سد ذريعة .

والأجير عند مالك كما قلنا لا يضمّن إلا أنه استحسّن تضمين حامل القوت وما يجري مجراه

، وكذلك الطحان ، وما عدا غيرهم فلا يضمّن إلا بالتعدي ، وصاحب الحمام لا يضمّن

عنده ، هذا هو المشهور عنه ، وقد قيل : يضمّن . وشذ أشهب فضمن الصناع ما قامت

البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط ، وهو شذوذ ، ولا خلاف أن الصناع

لا يضمنون ما لم يقبضوا في منازلهم .

واختلف أصحاب مالك إذا قامت البيئة على هلاك المصنوع ، وسقط الضمان عنهم؛ هل تجب لهم الأجرة أم لا ، إذا كان هلاكه بعد إتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها؟ فقال ابن القاسم : لا أجرة لهم ، وقال ابن المواز : لهم الأجرة

ووجه ما قال ابن المواز أن المصيبة إذا نزلت بالمستأجر فوجب أن لا يمضي عمل الصانع باطلا ، ووجه ما قال ابن القاسم أن الأجرة إنما استوجبت في مقابلة العمل ، فأشبه ذلك إذا هلك بتفريط من الأجير ، وقول ابن المواز أقيس ، وقول ابن القاسم أكثر نظرا إلى المصلحة؛ . لأنه رأى أن يشتركوا في المصيبة.

ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة : فقال مالك : لا ضمان عليه ، وقال أبو حنيفة : عليه الضمان إلا من الموج.

وأصل مذهب مالك : أن الصانع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق ، أو كسر في المصنوع ، أو قطع إذا عمله في حانوته ، وإن كان صاحبه قاعدا معه ، إلا فيما كان فيه تغرير من الأعمال ، مثل ثقب الجواهر ، ونقش الفصوص ، وتقويم السيوف ، واحتراق الخبز عند الفرن ، والطبيب يموت العليل من معالجته ، وكذلك البيطار ، إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ.

وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله ، وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس ، والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث . وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب ، والسجن ، والدية ، قيل : في ماله ، وقيل : على العاقلة.