انتفاع المرتهن بالعين المرهونة

- دراسة فقهية مقارنة -

د. عبد الباري نبيل عزيز
أ.م.د. فتحي مولان عبد الواحد

المقـدمــة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين ... أما بعد ...

فهذا بحث موجز في مادة الفقه المقارن بعنوان « انتفاع المرتهن بالعين المرهونة « ذكرت فيه أقوال الفقهاء في المسألة ، وأدلة كل مذهب وتوجيهها ، وأثناء ذلك كنت أناقش كل دليل بأسلوب علمي دقيق غير متبع للهوى والتشهي ، مشيرا إلى المصادر والمراجع في كل ذلك من أمات الكتب العلمية التي تخص البحث ، وآثرت أن لا أذكر في الهامش المعلومات الكاملة عن الكتب ، لأن ذلك يثقل الهامش أولا ، ويتعب القارئ الكريم ثانيا ، ولأني أذكر تلكم المعلومات في ختام البحث .

وكانت خطتي في البحث كالآتي :

قسمت البحث إلى تمهيد ومبحثين وخاتمة :

أما التمهيد : فقد ذكرت فيه أمورا ينبغي معرفتها قبل البحث :

أولا : تعريف الرهن لغة واصطلاحا .

ثانيا : مشروعية الرهن .

ثالثا : تحرير محل النزاع في المسألة .

وأما المبحث الأول : فقد خصصته للكلام عن انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بإذن الراهن : وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مذاهب الفقهاء في المسألة .

المطلب الثاني : أدلة الفقهاء في المسألة ومناقشتها .

وأما المبحث الثاني : فقد جعلته للكلام عن انتفاع المرتهن بالعين المرهونة من «حيوان

الدر والركوب» بغير إذن الراهن

وفيه مطلبان أيضا :

المطلب الأول : مذاهب الفقهاء في المسألة .

المطلب الثاني : أدلة الفقهاء في المسألة ومناقشتها .

وأما الخاتمة : فقد ذكرت فيها أهم النقاط التي توصلت إليها من خلال البحث .

والله العلي القدير أسأل أولا وآخرا القبول في الدنيا والآخرة ، وإخلاص النية ، والسداد في القول العمل ، إنه ولي ذلك والقادر عليه ، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

تمـــهيد:

أولا : تعريف الرهن لغة واصطلاحا :

الرهن لغة : الراء والهاء والنون ، أصل يدل على ثبات شيء يمسك بحق أو غيره ، تقول «رهنت الشيء رهنا» والشيء الراهن أي الثابت الدائم ، ويسمى المهزول من الناس والإبل «راهنا» وكأنه من هزاله يثبت مكانه ولا يتحرك [١] .

ويلاحظ أن هذا المعنى للرهن يتوافق مع ما ذكره الفقهاء من معاني الرهن ، حيث قالوا «إن ملكية الراهن للعين تبقى ثابتة كما هي ولا تخرج عن ملكه بمقتضى العقد ، وإن حبسها المرتهن عنده ...» [٢] .

الرهن اصطلاحا : هو جعل عين مالية وثيقة بدين يمكن استيفائه منها أو من ثمنها [٣] .

فإذا دان شخص آخر دينا ، وأخذ الدائن من المدين عينا يستوثق بها لدينه ، كدار أو أي شيء آخر يمكنه بيعه ، فإن الدائن يحبس العين وثيقة بالحق ، ليستوفي الحق من ثمنها ، أو من ثمن منافعها ، عند تعذر أخذه من الغريم أي «المدين» .

والدائن في هذه الحالة يسمى «مرتهنا» والمدين «راهنا» والعين المرهونة التي هي وثيقة «مرهونة» والعقد «رهنا» تسمية له بالمصدر [٤] .

ثانيـا : مشروعية الرهن :

الرهن مشروع بالكتاب والسنة والإجماع :

---

(١) معجم مقاييس اللغة/ ١/ ٤٩٣ مادة رهن .

(٢) المغني لابن قامة/ ٤/ ٤٣١ – ٤٣٣ .

(٣) تكملة البحر الرائق للطوري/ ٨/ ٢٦٤ .

(٤) ينظر تفسير القرطبي/ ٣/ ٤٠٩ ، ومغني المحتاج/ ٢/ ١٢١ ، وتكملة البحر الرائق/ ٨/ ٤٦٣ .

فمن الكتاب : قوله تعالى : ﴿ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة ... الآية ﴾[1] .

ومن السنة :ما رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ: ((رهن درعه عند يهودي))[2].

والرهن من جملة عقود التوثيقات التي تيسر المعاملات المالية في المجتمع ، واجتمع الفقهاء على مشروعية هذا العقد [3] .

لكنهم اختلفوا في شروط مشروعيته على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : لا يشرع الرهن إلا في السفر ، مع عدم وجود كاتب يكتب الدين ، روي ذلك عن مجاهد ، والضحاك ، وآخرين من فقهاء السلف ، ونسب القول به لداود الظاهري [4] .

المذهب الثاني : لا يجوز اشتراط الرهن إلا في البيع والسلم والقرض ، وفي السفر خاصة ، ولا يجوز اشتراطه فيما عدا ذلك ، ولكن إذا تبرع به الراهن جاز ، وهذا قول ابن حزم [5] .

المذهب الثالث : يجوز الرهن في السفر والحضر ، سواء اشترطه المرتهن أو تبرع به ، وبه قال جمهور العلماء [6] .

---

(١) سورة البقرة/ ٢٨٣ .

(٢) البخاري بهامش الفتح/ ٥/ ١٤٣ .

(٣) رد المحتار لابن عابدين/ ٥/ ١٦٥ ، والأم للشافعي/ ٣/ ١٤٢ ، والمغني لابن قدامة/ ٤/ ٤٣١ ، وبداية المجتهد لابن رشد/ ٢/ ٢٧٦ ، وتكملة البحر الرائق/ ٨/ ٢٧١ .

(٤) المحلى لابن حزم/ ٨/ ٨٧ .

(٥) المصدر السابق نفسه .

(٦) المصدر السابق نفسه ، والمغني لابن قدامة/ ٤/ ٣٦٧ ، وفتح الباري/ ٥/ ٩٩ ، وتفسير

الأدلـة ومنـاقشتـها :

إذا كان المقصود من المذهبين الأول والثاني هو عدم جواز أخذ الرهن في الحضر أصلا ، فلا يعلم لهم دليل إلا أن يكون ظاهر الآية السابقة، وحينئذ الجواب ما يأتي :

إن الآية خرجت مخرج الغالب ، لأن الغالب هو مظنة العذر في عدم وجود كاتب يكتب الدين ، وليس المراد منها عدم جواز أخذ الرهن إلا في السفر [1] ، فقد صح في ذلك حديث سأذكره مع أدلة الجمهور .

وأما تخصيص ابن حزم جواز اشتراطه في السلم والبيع والقرض في السفر خاصة ، فدليله : هو وجود إذن من الشارع فيما ذكر فقط ، لذلك فإن اشتراطه في غيرها يدخل ضمن قوله ﷺ: {ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة مرة }[2] .

وأجيب : بأن المراد بقوله « ليس في كتاب الله « أي خالف الشرع ، بأن أحل حراما أو حرم حلالا ، بدليل قوله ﷺ: {المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما } [3] .

ورد ابن حزم الحديث بأن في إسناده « كثير بن عبد الله بن عمرو « وهو ضعيف جدا [4] .

القرطبي/ ٣/ ٤٠٧ .

(١) مسائل من الفقه المقارن/ أد. هاشم جميل/ ٢/ ٤٠ .

(٢) المحلى لابن حزم/ ٨/ ٨٧ ، والحديث رواه البخاري عن عائشة/ ١/ ١٧٤ برقم ٤٤٤ .

(٣) رواه الترمذي عن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده وقال حديث حسن صحيح/ ٣/ ٦٣٤ برقم ١٣٥٢ ، وعن نفس الراوي رواه الحاكم في المستدرك/ ٤/ ١١٣ برقم ٧٠٥٩ . .

(٤) المحلى/ ٨/ ٨٨ .

والصحيح أن الحديث رواه الحاكم وغيره عن « كثير بن زيد « وهذا وإن ضعفه النسائي ، فقد وثقه ابن حبان ، وقال أحمد « لا أرى به بأسا» وأكثر النقاد على ذلك [1] ، فخلط ابن حزم بين هذا والذي قبله ، كما قال الحافظ ابن حجر ، لذلك ضعف الحديث [2] ، فهو بهذا الإسناد مع طرقه الأخرى الكثيرة ، إذا لم يكن صحيحا فهو لا ينزل عن مرتبة الحسن .

وأما الجمهور : فحجتهم الحديث السابق « المسلمون عند شروطهم « ، وكذلك ما صح عن أنس قال : رهن رسول الله ﷺدرعا له بالمدينة من يهودي ، وأخذ منه شعيرا لأهله [3] .

ثالثـــا : تحرير محل النزاع في المسألة :

اتفق الفقهاء على أن عقد الرهن لا يوجب إلا مجرد استيثاق الدين ، ضمانا لحق الدائن، ليتمكن من استيفائه من مالية المرهون عند حلول الأجل ، وعجز المدين عن الأداء .

ومن ثم فلا يوجب عقد الرهن تمليك الدائن غير الرهن ، ولا منفعته ولا زوائده بحال ، لا عند إنشاء العقد ، ولا عند حلول الأجل ، بل تبقى هذه العين ومنافعها وزوائدها على ملك الراهن ، ذلك هو مقتضى عقد الرهن شرعا بالإجماع [4] .

نعم يوجب للمرتهن حق الأولوية والتقدم على سائر الغرماء، كما يوجب له حق تتبع العين المرهونة في أي يد وقعت، ضمانا للاستيثاق[5].

---

(١) المستدرك على الصحيح للحاكم/ ٢/ ٤٩ ، والجامع الصغير للسيوطي/ ٦/ ٢٨٢ .
(٢) تهذيب التهذيب لابن حجر/ ٨/ ٤١٤ .
(٣) رواه البخاري عن عائشة/ ٢/ ٧٢٩ برقم ١٩٦٢ ، وكذلك مسلم/ ٣/ ١٢٢٦ برقم ١٦٠٣ .
(٤) المغني لابن قدامة/ ٤/ ٤٥٢ ، وبداية المجتهد لابن رشد/ ٢/ ٢٧٥ .
(٥) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله / أد . فتحي الدريني/ ٢/ ٤٦٨.

وتفرع عن هذا أن منافع العين وزوائدها المتصلة والمنفصلة ، المتولدة وغير المتولدة ، لمالك العين ، وهو الراهن ، لأنه نماء ملكه ، وتفرع أيضا أن نفقة العين ، ومؤنتها ومابه بقائها على مالكها ، لأن الغرم بالغنم ، وهذا يتصل بموضوع انتفاع الراهن بالعين المرهونة ، لا المرتهن ، وهو خارج عن محل النزاع .

واتفق الفقهاء على أن المرتهن كالأجنبي بالنسبة إلى الانتفاع بالعين المرهونة ، إذا لم يكن من الحيوان المركوب أو المحلوب ، فلا يحل له أن ينتفع بشيء منها ، إذا لم يأذن له مالكها .

واختلفوا في أمرين :

الأول : اختلفوا فيما إذا أذن الراهن للمرتهن أن ينتفع بالعين المرهونة عقارا كان أم منقولا ، من حيوان الدر أو الركوب ، أو غيره وبدون عوض .

الثاني : واختلفوا فيما إذا لم يأذن الراهن للمرتهن أن ينتفع بالعين المرهونة من حيوان الدر « المحلوب « أو الركوب [1] .

وهذان الأمران هما محل النزاع بين الفقهاء ، لذا سأفرد لكل منهما مبحثا خاصا بذكر مذاهب الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها وبالله التوفيق ...

المبحث الأول

إنتفاع المرتهن بالعين المرهونة بإذن الراهن

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مذاهب الفقهاء في المسألة .

المطلب الثاني : الأدلة ومناقشتها .

(١) الهداية للمرغيناني/ ٤/ ١٥٥ ، ومغني المحتاج/ ٢/ ١٢٢ ، والمغني لابن قدامة/ ٤/ ٤٣٤ .

المطلب الأول
مذاهب الفقهاء في المسألة

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : عدم الجواز مطلقا ، سواء أكان قد اشترط الانتفاع في صلب العقد وصيغته أم لا ، وسواء أكان الدين ناشئا عن قرض أم غيره، وهذا قول عند الحنفية [١] ، والشافعية في الأظهر [٢] ، وأحمد في رواية إذا اشترطه المرتهن في العقد [٣] .

ومن نصوص الحنفية في هذه المسألة : ما نقله ابن عابدين عن السمرقندي قوله « ولا يحل له أي – المرتهن – أن ينتفع بشيء منه بوجه من الوجوه ، وإن أذن له الراهن » [٤] .

ومن نصوص الشافعية : ما نص عليه النووي في المنهاج ، حيث قال « وإن شرط ما يضر المرتهن بطل الشرط ، وإن نفع المرتهن وضر الراهن ، كشرط منفعته للمرتهن بطل الشرط ، وكذا الرهن في الأظهر » [٥] .

وجاء في المغني : « فإن شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن ، فالشرط فاسد لأنه ينافي مقتضى الرهن » [٦] .

المذهب الثاني : الجواز مطلقا ، سواء أكان الدين ناشئا عن قرض أم غيره ، وسواء أكان

---

(١) رد المحتار لابن عابدين/ ٥/ ١٦٦ ، والبحر الرائق/ ٨/ ٢٧١ .
(٢) الأم للشافعي/ ٣/ ١٥٥ ، ومغني المحتاج/ ٢/ ١٢٢ .
(٣) المغني لابن قدامة/ ٤/ ٤٣٢ .
(٤) رد المحتار/ ٥/ ١٦٦ .
(٥) المنهاج بشرح المغني/ ٢/ ١٢٢ .
(٦) المغني لابن قدامة/ ٤/ ٤٣٢ .

شرط الإنتفاع في صلب العقد أم لا ، وهو قول آخر عند الحنفية [١] ، بل هو المنصوص عليه عند المتأخرين وعند بعض المتقدمين .

جاء في المبسوط « وليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون إلا بإذن الراهن ، فإذا أذن له جاز أن يفعل ماأذن له فيه « [٢] .

وفي الهداية «ليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا لبس إلا أن يأذن له المالك – الراهن – «[٣] .

وفصل بعضهم فقال « إذا شرط الإنتفاع في صلب العقد فلا يجوز ، لأنه فضل خال عن عوض ، وهو الربا بعينه ، ويجوز إذا لم يتضمن العقد شرطا ، لأنه ضرب من الإهداء « [٤] .

المذهب الثالث : الجواز المقيد بشروط ، وعلى التفصيل الآتي :

عدم الجواز إذا كان بدين ناشئ عن قرض ، والجواز إذا كان بدين ناشئ عن غير القرض « معاوضة كعقد البيع « وذلك بشرطين :

١ .أن يشترط الانتفاع في صلب العقد مقترنا به .

٢ .أن تكون المنفعة معلومة بتحديد مدتها .

وهذا قول المالكية [٥] ، والحنابلة [٦] ، ورأي الإمام الشافعي [٧] .

---

(١) رد المحتار/ ٥/ ١٦٦ ، وتكملة البحر الرائق/ ٨/ ٢٧١ ، ومجمع الأنهر/ ٢/ ٥٨٨ .

(٢) المبسوط للسرخسي/ ٢١/ ١٠٩ .

(٣) الهداية/ ٤/ ٩٦ .

(٤) رد المحتار/ ٥/ ١٦٥ .

(٥) الشرح الكبير لسيدي خليل/ ٣/ ٢٤٧ ، وشرح الدردير/ ٣/ ٢٤٦ ، وشرح الخرشي مع حاشية العدوي/ ٥/ ٢٤٩ – ٢٥٠ .

(٦) المغني لابن قدامة/ ٤/ ٤٣١ .

(٧) الأم/ ٣/ ١٤٧ .

فالمالكية : أجازوا الانتفاع بعد إذن الراهن ، وإذا كان الدين نتيجة معاوضة كالبيع ونحوه ، وكان المرهون مما له مؤونة كالعقار ، وبشرط تحديد المدة المحددة للانتفاع ، أما الانتفاع بالحيوان فيكره عندهم [1] .

جاء في الشرح الكبير لسيدي خليل « وجاز للمرتهن شرط منفعة الرهن لنفسه مجانا بشرطين : إن عينت مدتها ، للخروج من الجهالة في الإجارة، والثاني : وكان في عقد بيع فقط ، لا في عقد قرض ، لأنه في عقد بيع ، بيع وإجارة ، وهو جائز ، وفي القرض سلف جر نفعا ، وهو لا يجوز ، فيمنع شرطها والتطوع بها في القرض عينت أم لا ... « [2] .

وأما الشافعية : فأجازوا الانتفاع إذا كان مشترطا في العقد ، وحددت مدة الانتفاع ، وكان العقد عقد بيع ، أما إذا كان الشرط في عقد إجارة فلا يصح [3] .

قال الشافعي « إن من رهن ذات در وظهر لم يمنع الراهن درها وظهرها ، لأنه له رقبتها ، وهي محلوبة ومركوبة كما كانت قبل الرهن ، ولا يمنع الراهن برهنه إياها من الدر والظهر الذي ليس هو الرهن بالرهن الذي هو غير الدر والظهر « [4] .

وأما الحنابلة : فكالمالكية والشافعية ، ولا ننسى رواية أحمد بفساد الرهن إذا اشترط في عقد البيع انتفاع المرتهن ، لأنه شرط ينافي مقتضى الرهن، وقد مر ذكره في المذهب الأول .

وجاء في الشرح الكبير على المغني « لا يجوز شرط منفعة الرهن للمرتهن غلا بشرطين

---

(١) شرح الخرشي مع حاشية العدوي/ ٥/ ٢٥٠ .
(٢) الشرح الكبير لسيدي خليل/ ٣/ ٢٤٧ .
(٣) مغني المحتاج/ ٢/ ١٢٢ ، ونهاية المحتاج/ ٤/ ٢٣٠ – ٢٣١ .
(٤) الأم/ ٣/ ١٤٦ .

، أن يكون في عقد معاوضة لا عقد قرض ، وأن تكون معينة « [1] .

وفرق ابن قدامة بين دين القرض وغير القرض بقوله « فإن أذن الراهن للمرتهن بالنتفاع بغير عوض ، وكان دين الرهن من قرض لم يجز ، لنه يحصل قرضا يجر منفعة وذلك حرام ... وإن كان الرهن بثمن مبيع ، أو أجر دار ، أو دين غير القرض ، فأذن له الراهن في الانتفاع ، جاز ذلك» [2] .

وقال بهذا المذهب الحسن البصري ، وابن سيرين ، واسحاق بن راهويه [3] .

هذا مجمل الأقوال في المسألة ، ولكن ذكر الأستاذ هاشم جميل بعد عرضه للأقوال في المسألة أنه لا بد هنا من ملاحظة أمرين :

أحدهما : إن الجواز عند من يقول به يجب أن يكون مقيدا بمكون الانتفاع غير مشترط ، فإن اشترط لا يجوز ، سواء كان الاشتراط ضمن العقد أو خارجه ، قبل العقد أو بعده ، صراحة أو ضمنا .

ثانيهما : إن العين المرهونة مدة الإذن بالاستعمال للمرتهن لم تعد أمانة ، وإنما هي عارية ، فإذا تلفت كانت مضمونة عند من يقول بتضمين العارية [4] .

فإن قيل : إن الفقهاء الذين جوزوا الانتفاع جوزوه مع الاشتراط ، بل بعضهم قيد جوازه بالاشتراط ، كما سبق ، فكيف يقيد الجواز المنسوب إليهم بعدم الاشتراط .

أجابهم : بأن هذه مسألة أخرى . وتوضيحها : بأن تعتبر مدة الانتفاع إجارة تحتسب جزءا من الثمن ، لذلك أوجبوا تحديد الانتفاع بمدة معينة ، وقالوا بجواز ذلك في البيع

(١) الشرح الكبير على المغني/ ٤/ ٤٣٢ .
(٢) المغني لابن قدامة/ ٤/ ٤٣٢ .
(٣) المصدر السابق نفسه .
(٤) مسائل من الفقه المقارن/ د. هاشم جميل/ ٢/ ٤٥ – ٤٦ .

دون القرض [1] .

ومثال ذلك : أن يبيع شخص لآخر سلعة بثمن مؤجل لسنة أو نحو ذلك ، على أن يعطيه المشتري دارا معينة رهنا ، فيقول له : بعتك هذه السلعة «بألف دينار مؤجلة إلى سنة ، وسكنى الدار التي ترهنها عندي ستة أشهر « فيقبل ذلك المشتري ، فتكون سكنى الدار في هذه الحالة جزءا من الثمن ، ويكون كأنه باعه السلعة بـ « ألف دينار وسكنى الدار ستة أشهر « [2] ، فهذا الذي أجازه الفقهاء وقصدوه والله أعلم ...

(١) تفسير القرطبي/ ٣/ ٤١٣ ، ومغني المحتاج/ ٢/ ١٢٢ ، والمغني لابن قدامة/ ٤/ ٤٣٢ .
(٢) مسائل من الفقه المقارن/ أ.د . هاشم جميل/ ٢/ ٤٦ .

المطلب الثاني
الأدلة ومناقشتها

أولا : أدلة المذهب الأول « المانعين « :

١.ما رواه أبو هريرة عن رسول الله ﷺأنه قال: {لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه}[١].

شرح المفردات :

(غلق الرهن) هو أن يتملك المرتهن العين المرهونة كلها بالدين عند محله ، حال عجز المدين عن الوفاء ، وهذا كان معروفا في الجاهلية ، لذا جاء النبي ﷺفقضى على هذا الوضع الظالم ، محافظة على مال المدين ، وحماية له من انتهاز المرتهن فرصة سوء حالته المالية ، فيزيده بذلك هلاكا إلى إهلاكه استغلالا ، فقال ﷺ) لا يغلق الرهن) أي لا يمتلك المرتهن العين المرهونة ولا يستحقها .

)له غنمه(الغنم : هو منافع العين المرهونة وزوائدها .

)وعليه غرمه(الغرم : هو الهلاك والنقصان والنفقة التي بها بقائها [٢] .

وجه الاستدلال بالحديث :

إن الحديث صريح في أن نماء الرهن ، ومنافعه وزوائده ، ملك للراهن على سبيل الحصر ، وهذا مستفاد من تقديم الجا والمجرور « له غنمه وعليه غرمه « ، ولأنه هو

(١) رواه ابن حبان/ ١٣/ ٢٥٨ برقم ٥٩٣٤ ، والحاكم/ ٢/ ٥٨ برقم ٢٣١٥ وقال «صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه» والدارقطني/ ٣/ ٣٢ برقم١٢٦ وقال «هذا إسناد حسن متصل « .

(٢) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله/ د. الدريني/ ٢/ ٤٦٦ .

المكلف بالنفقات ، وإعطاء المرتهن حق الانتفاع يخالف هذا المبدأ [1] .

وأجيب :

بأنه على التسليم بصحة الحديث ، فإنه يقرر قاعدة عامة لا ينكرها أحد ، وهي أن الرهن يبقى على ملك صاحبه ، وله منافعه وعليه نفقاته ، وما نحن فيه غير هذا ، لأن الراهن المالك أذن للمرتهن بالانتفاع ، ولم ينازعه حقه [2] .

ثم إن الحديث رواه سعيد بن المسيب عن أبي هريرة ، والجزء الذي احتجوا به وهو « لهى غنمه وعليه غرمه « اختلف فيه المحدثون ، فمنهم من جعله من كلام رسول الله ﷺ، ومنهم من جعله من كلام سعيد بن المسيب أدرج مع كلام الرسول عليه السلام[3] .

ورد هذا بما يأتي :

بأنا نسلم أنه قد اختلف في هذا الحديث في وصله ورفعه ووقفه ، لكن الشافعي رواه ، وكذلك الدارقطني ، وقال « إسناده حسن متصل « وقال الشوكاني « إنه من مراسيل سعيد بن المسيب وهي مقبولة ، لأنه بعد البحث تبين أنها كلها مسانيد ، إذ كان لا يرسل إلا عن الثقات ، هذا فضلا عن أنه روي من طرق متعددة يقوي بعضها بعضا « [4] ، وفي الحديث كلام كثير سأذكره في المبحث الثاني إن شاء الله .

٢ .إن انتفاع المرتهن بالعين المرهونة يؤدي إلى الربا ، حيث إن المرتهن سيستوفي دينه كاملا ، وبالتالي تكون المنفعة التي حصل عليها فضلا دون عوض ، وهو ربا ، والقاعدة

---

(١) نيل الأوطار/ ٥/ ٢٦٥ .

(٢) مسائل في الفقه المقارن/ مجموعة أساتذة/ د . عبد الناصر أبو البصل/ ٢٦٦ .

(٣) عمدة القارئ على البخاري/ ١٣/ ٧٣ من مسائل من الفقه المقارن/ د . هاشم جميل/ ٢/ ٤٧ .

(٤) نيل الأوطار/ ٥/ ٢٣٤ .

تقول) كل قرض جر منفعة فهو ربا) [1] .

وإذا كان الربا حراما فلا يحل أخذه ، وإن رضي بذلك المتعاقد الآخر ، لأن حرمة الربا من حقوق الله تعالى ، ونظامه الشرعي العام، والإذن لا يحل الحرام ، بل لا يجوز الاتفاق على تحليله أو الإذن به ، أو التعامل فيه ، إذ لم يعهد في الشرع أن الإذن أو التراضي يسقط حق الله في التحريم ، بل المعهود والمقرر شرعا وجوب إعدام الحرام ، ومنع التسبب في إيجاده ، فرضا الراهن وإذنه للمرتهن بالانتفاع إذن بالربا ، وهو أمر لا يملكه الراهن لثبوت حرمة الربا [2] .

وأجيب من وجهين :

الوجه الأول : قولهم « إن انتفاع المرتهن يؤدي إلى الربا « غير مسلم إلا في حالة واحدة وهي : ما إذا كان الدين نتيجة قرض ، أما إذا كان نتيجة معاوضة ونظر إلى مدة الانتفاع على أنها مقابل بعض الثمن ، فلا يمكن القول بالربا ، لأن الربا فضل خال عن عوض ، وفي المعاوضات لا يعد الانتفاع دون عوض ، بل له مقابل ينفي عنه شبهة الربا .

الوجه الثاني : ثم إن مناط حل الانتفاع بملك الغير هو رضا المالك ، وطيب نفسه ، واختياره الحر ، وقد وجد كل ذلك في مسألتنا هذه، وبالتالي يكون إذن الراهن بالانتفاع ليس إذنا بالحرام [3] .

---

(١) تذكر هذه القاعدة في بعض الكتب على أنها حديث نبوي ، والصواب أنها ليست كذلك ، فهي قاعدة ذكرها الحنفية في كتبهم ومعناها صحيح ، أما إسنادها للرسول ﷺفلم يثبت . ينظر مسائل من الفقه/ د. أبو البصل/ ٢٦٣ .

(٢) رد المحتار/ ٥/ ١٦٦ .

(٣) المصدر السابق نفسه ، وبحوث مقارنة في الفقه الإسلامي/ د. الدريني/ ٢/ ٤٧٣ .

ورد الجواب من وجهين :

الأول : لا فرق بين دين ناشئ عن قرض وغيره ، لأن ظرف الحاجة والاضطرار ، قرينة على فساد الإذن والاختيار في الحالين ، لما في ذلك من معنى الاستغلال المحرم ، والأمور بمقاصدها .

الثاني : إن الإذن هنا في واقع الأمر صوري لا حقيقي ، فالظاهر أن الراهن إنما اذن تحت ضغط الاضطرار والحاجة ، وإنه يعلم انه لو لم يأذن للمرتهن بالانتفاع لما رضي بتأجيل الدين ، أو بالإقراض ، فتعين المنع ، لعدم تحقق مناط الحل ، وهو الرضا الحر [1] .

ثانيا : أدلة المذهب الثاني « المجيزين مطلقا « :

استدلوا بالكتاب والسنة والقياس :

١ .دليل الكتاب : قوله تعالى : ﴿ ... إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ... الآية ﴾ [2] .

٢ .دليل السنة : قوله ﷺ: { لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه } [3] .

وجه الاستدلال من الآية الكريمة والحديث الشريف :

إن الله تعالى قد جعل مناط انتقال الملكية ، وحل الانتفاع بمال الغير بعوض أو بغير عوض ، هو الرضا والاختيار الحر ، بتفويض من الشارع ، وقد وجد المقتضي وانتفى المانع ، فيحل للمرتهن الانتفاع ، ولا فرق بين أن يكون الرهن بدين قرض أو غيره [4] .

وأجيب :

---

(١) رد المحتار/ ٥/ ٤٨٧ ، والمغني لابن قدامة/ ٤/ ٣٦٠ .

(٢) سورة النساء/ ٢٣ .

(٣) رواه مالك/ ٣/ ٢٤٢ ، ورواه الدارقطني عن أبي حرة الرقاشي عن عمه/ ٣/ ٢٦ برقم ٩٢ .

(٤) الهداية/ ٤/ ٩٦ .

بأن قرينة الاضطرار قد جعلت هذا الإذن الصادر عن الراهن صوريا ، لا ينبني عن اختيار حر ، بل يدل على إرادة الاستغلال من جانب المرتهن غالبا كما أسلفت ، ومناط الأحكام هي الآثار والمآلات ، وبهذا المعنى نفهم أن الحديث ليس على إطلاقه ، فهو مقيد بما لا يؤدي إلى الحرام ، فلا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن الحاصل نتيجة قرض ، لأنه في حكم الربا ، والرضا لا يحل الربا ، وذلك بدليل انتفاء المقتضي وهو المناط ، وانتفاء الحكم وهو « الإباحة « ووجود المانع وهو « الاضطرار والحاجة « وأثرها وهو الاستغلال من جانب المرتهن ، وانعدام الرضا الحقيقي من جانب الراهن ، والأثر في كل هذا يقتضي التحريم ، وهذا هو الذي يتفق وروح الشريعة [1] .

٣. بقياس انتفاع المرتهن على انتفاع الأجنبي ، فكما يجوز للأجنبي الانتفاع بمال الغير بإذنه بالاتفاق ، يجوز للمرتهن الانتفاع بإذن الراهن المالك [2] .

وأجيب :

إنه قياس مع الفارق ، إذ شبهة الربا قائمة في جانب المرتهن ، وليس كذلك الأجنبي ، لانتفاء ظرف حاجة المالك بالنسبة للأجنبي ، أو علاقة الدائنية [3] .

وأظن أن هذا بحاجة إلى توضيح :

فإن الإذن للغير من باب التعاون على البر ، ومن باب الصدقة والهبة ، ولا ضير في هذا ، أما المرتهن فانتفاعه ولو بإذن الراهن «والرهن نتيجة قرض» شبهة كبيرة ، إذ لولا إباحة الانتفاع لما أقرضه ، وهذا ربا ، وإذا لم يكن نتيجة قرض ، وكان العقد معاوضة فالمحاباة « أي الاستغلال « ظاهرة ، فالراهن لم يكن ليسمح للمرتهن بالانتفاع

(١) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي/ د. الدريني/ ٢/ ٤٧٤ .
(٢) المرجع السابق نفسه .
(٣) المرجع السابق نفسه .

لولا أنه يريد الاستدانة ولو عن طريق المعاوضة ، والبائع لم يكن ليؤجل ثمن البيع لولا إذن الراهن له بالانتفاع ، أو موافقته على شرط الانتفاع ، وبهذا يفترق المرتهن عن الأجنبي [1] .

ثالثا : أدلة المذهب الثالث « القائلين بالتفصيل « :

١ .استدلوا أولا بما ذكره أصحاب المذهب الثاني من الأدلة ، وتفيد في مجموعها جواز الانتفاع بالإذن دون تفصيل .

وأجيب بما أجيب به أصحاب المذهب الثاني.

٢ .دليلهم على اشتراط كون أصل الدين معاوضة وليس قرضا ، هو إن الانتفاع بالرهن الناتج عن قرض ، إنما هو قرض جر نفعا وهو محرم ، وأما في المعاوضة كالبيع ، فإن الانتفاع بالعين يكون في مقابلة بعض الثمن ، وبهذا يكون العقد عقد بيع وإجارة وهو جائز ، لأن المنفعة صارت جزءا من الثمن ، وانتفى بذلك شبهة الربا الذي هو مناط التحريم [2] .

٣.وأما دليلهم على اشتراط وجوب تعيين مدة الانتفاع ، فذلك لنفي الجهالة عن مقدار الثمن وبدل المنفعة ، إذ الجهالة فيهما تفسد العقدين ، ومع فساد العقدين لا يحل الانتفاع على الرغم من إذن الراهن ، فلا بد من تعيين المدة نفيا للجهالة [3] .

والجواب من وجوه :

أ-إن ما وضع من قيود إنما هو لإبعاد شبهة الربا عن العقد ، ولكن واقع الناس واستعمالهم لمثل هذا الطريق ، ينبئ بأن إذن الراهن بالانتفاع ولو حددت المدة واشترط

---

(١) مسائل من الفقه المقارن/ د . عبد الناصر أبو البصل/ ٢٦٦ .

(٢) المغني لابن قدامة/ ٤/ ٤٣١ – ٤٣٢ .

(٣) الأم/ ٣/ ١٤٧ ، ومغني المحتاج/ ٢/ ١٢٢ .

في صلب العقد ، إذن مشوب بضغط الحاجة ، فالمرتهن لا يبيع بالنسيئة إلا إذا قدم المدين رهنا ، واشترط عليه إباحة الانتفاع ، وتحديد المدة وإن كان الهدف منه رفع الجهالة عن عقد الإجارة ، إلا أنه لا يمنع استغلال ظرف المدين الراهن وحاجته [1] .

ب-ثم إن الجهالة ما زالت متمكنة في مقدار الأجرة والثمن ، ما دام التحديد لم يتم لكل منهما على حدة ، والجهالة المتمكنة في كل من الثمن وبدل المنفعة مفسدة للعقدين معا ، إذ المفروض في هذه المسألة أن الانتفاع بدون عوض [2]

ه-إن شرط الانتفاع في صلب العقد ، ولو بإذن الراهن ولمدة معينة ، هو شرط ينافي مقتضى العقد .

قال ابن قدامة) ولنا أنه شرط في الرهن ما ينافيه ، فلم يصح ، كما لو شرطه في القرض) [3] .

توضيحه :

إن مقتضى عقد الرهن هو : إحتباس عين تحت يد المرتهن استيثاقا لدينه ، للاستيفاء من ماليتها عند تعذر الوفاء [4] .

واشتراط المنفعة الزائدة ،عوض تنافي هذا المقتضى ، فيفسد الشرط لهذه العلة ، أعني علة المنافاة ، ويؤكده ما جاء في المغني أيضا « فإن شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن ، فالشرط فاسد ، لأنه ينافي مقتضى الرهن » [5] .

---

(١) رد المحتار/ ٥/ ٤٧٨ .
(٢) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي/ د. الدريني/ ٢/ ٤٧٧ .
(٣) المغني لابن قدامة/ ٤/ ٤٣٢ .
(٤) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي/ د. الدريني/ ٢/ ٤٧٨ .
(٥) المغني لابن قدامة/ ٤/ ٤٣٢ .

ح-لا معنى للتقييد بكون الانتفاع مشروطا في صلب العقد ، إذ لا فرق بين أن يكون كذلك أو لاحقا على العقد ، مادام الإذن صوريا ، والجهالة متمكنة في الحالتين ، ولقرينة الاضطرار التي يكون الإذن معها مفتعلا غير حقيقي ، سواء أكان في صلب العقد عند إنشائه ، أم لاحقا له ، لأن الشرط في هذه الصورة ملحوظ عند التعاقد وإبان إنشاء العقد ، والملحوظ كالملفوظ في حكم الشرع [1] .

القول الراجح :

بعد ذكر الأقوال والأدلة في المسألة يتضح جليا ، بأن الرأي الأول القائل بعدم جواز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بدون عوض بإطلاق ، ولو بإذن الراهن ، وسواء أكان الدين عن قرض أم غيره ، وسواء أكان مشروطا في صلب العقد أم لاحقا له ، هو الراجح عند الباحث لأمرين :

١ . قوة الأدلة التي استدلوا بها ، حيث لا يستطاع نقضها ، إذ تقوم أساسا على الحقائق، لا على الظواهر ، ولقوة مناقشتهم لأدلة المذاهب الأخرى .

٢ . إن من أدلة الفقه وقواعدها في استنباط الأحكام قاعدة) سد الذرائع) وهي وإن لم تكن متفقا عليها ، إلا أنها قاعدة أصولية لها مكانتها ، وأرى من المناسب تطبيقها في هذه المسألة ، فبما أن انتفاع المرتهن بالعين المرهونة يؤدي إلى الربا ، أو أقله فيه شبهة ربا ، كان لزاما سد هذا الباب الذي يتذرع فيه إلى الحرام ، لأن الانتفاع وسيلة إليه ، والأمور بمقاصدها ، وإنما الأعمال بالنيات .

وهذا الحكم جار على انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بإذن الراهن وبعوض ، لأنه تحايل على تحليل الربا ، فالشرط فاسد ، إذ لا يجوز الربا تحت ستار البيع ، أو الشرط ،

(١) رد المحتار/ ٥/ ٤٧٨ .

لأنه من باب الترف المشروع في الظاهر ، ولكنه ذريعة لتحقيق غرض غير مشروع مآلا في الباطن ... والله أعلم ...

المبحث الثاني

انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بغير إذن الراهن والرهن من حيوان الدر أو الركوب

وفيه مطلبان :

- **المطلب الأول : مذاهب الفقهاء في المسألة .**
- **المطلب الثاني : الأدلة ومناقشتها .**

المطلب الأول
مذاهب الفقهاء في المسألة

إذا كانت العين المرهونة من غير المركوب والمحلوب ، فقد اتفق الفقهاء على عدم جواز انتفاع المرتهن إذا لم يأذن الراهن ، كما سبق الإشارة إليه في التمهيد عند تحرير محل النزاع .

أما إذا كانت العين من المركوب والمحلوب « حيوان الدر أو الركوب » ولم يأذن الراهن بالانتفاع فقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة إلى مذهبين :

المذهب الأول : عدم الجواز مطلقا ، فلا يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن إذا لم يأذن الراهن ، فإن فعل كان متعديا وضامنا ، وإن أنفق على المرهون، فلا يحق له الرجوع بما أنفق لأنه متطوع .

وهذا مذهب الجمهور من الحنفية [١] ، والمالكية [٢] ، والشافعية [٣] ، والحنابلة في رواية مرجوحة [٤] ، والزيدية ، ورواية عند الإمامية [٥] ، وقال به ابن مسعود والشعبي وشريح [٦] .

قال ابن مسعود لرجل ركب فرسا رهنت عنده «ماأصبت من ظهرها فهو ربا «[٧] ،

(١)تكملة البحر الرائق/ ٨/ ٢٧١ ، ومجمع الأنهر/ ٢/ ٥٨٨ .
(٢) شرح الدردير/ ٣/ ٢٤٧ ، وبداية المجتهد/ ٢/ ٢٧٦ .
(٣) مغني المحتاج/ ٢/ ١٢٣ ، وفتح الباري/ ٥/ ١٤٤ .
(٤) المغني لابن قدامة/ ٤/ ٤٣٢ .
(٥) نيل الأوطار/ ٥/ ٣٥٣ .
(٦) المغني لابن قدامة/ ٤/ ٤٣٢ .
(٧) المصدر السابق نفسه .

وقال شريح حين سئل عن رجل ارتهن بقرة فشرب من لبنها « ذلك شرب الربا »[1] .

المذهب الثاني : الجواز بشروط ، واختلفوا في تعيين الشروط :

قال الحنابلة ، واسحاق بن راهويه[2] « يجوز الانتفاع بشرط أن يكون بقدر نفقة المرهون ، تحريا للعدل ، ويتقاصان ، ومازاد فهو حق للراهن ، سواء أكان بسبب امتناع الراهن وتعنته أم لا .

وزاد أبو ثور والليث والأوزاعي[3] على هذا الشرط شرطا آخر وهو « أن يتعذر الحصول على الإذن أو النفقة من مالكها الراهن ، لامتناعه وتعنته ، أما إذا لم يتعذر فلا يحل ، إذ لا موجب لذلك ، وهو رأي متقدمي الحنابلة ونصره ابن قدامة[4] .

وهذا مذهب ابن حزم وبعض الامامية[5] ، إلا أنهم لم يشترطوا التساوي ، فيحل على قولهم الانتفاع مهما بلغ مقدار المنفعة دون مقاصة .

---

(١) المصدر السابق نفسه .

(٢) المصدر السابق نفسه ، وإعلام الموقعين/ ٢/ ٢٣ .

(٣) فتح الباري/ ٥/ ١٠٢ ، والمحلى لابن حزم/ ٨/ ٨٩ .

(٤) المغني لابن قدامة/ ٤/ ٤٣٢ .

(٥) ونيل الأوطار/ ٥/ ٣٥٣ .

المطلب الثاني
الأدلة ومناقشتها

أولا : أدلة المذهب الأول « المانعين « :

استدلوا بالكتاب والسنة والقياس والمعقول :

١.دليل الكتاب : قوله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ [١] .

وجه الاستدلال :

إن هذا الانتفاع انتفاع بنماء ملك الغير وزوائده دون إذنه ، وعموم الآية الكريمة شامل له ، وحكمه التحريم [٢] .

٢.أدلة السنة :

أ-قوله ﷺ{ لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه } [٣] .

وجه الاستدلال :

إن الرهن لا يخرج عن ملك صاحبه أي الراهنة ، ويثبت له منافعه وزيادته ، وعليه غرمه أي هلاكه ، وليس للمرتهن شيء من ذلك [٤] ، وقد جاء الحديث بأسلوب الحصر المستفاد من تقديم الجار والمجرور ، كما أشرت إليه في المبحث السابق .

وهذا الحديث لم يفصل المرهون فيما إذا كان حيوانا للدر أو الركوب أو غير ذلك ،

---

(١) سورة النساء/ ٢٣ .

(٢) المغني لابن قدامة/ ٤/ ٤٣٢ .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) نيل الأوطار/ ٥/ ٣٥٤ .

وجاء التفصيل في الأحاديث الأخرى الآتي ذكرها .

ب-قوله ﷺ: { الرهن مرهون ومركوب } [1] وفي رواية { الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب ويشرب النفقة } [2] .

وجه الاستدلال :

قال الإمام الشافعي) يشبه أن يكون المراد من رهن ذات در وظهر ، لم يمنع الراهن من درها وظهرها ، فهي محلوبة ومركوبة له كما كانت من قبل الرهن) [3] .

فالمراد بالمنتفع هنا هو « الراهن « لأنه هو الذي ينفق ، فيكون المعنى : إنها محلوبة ومركوبة كما كانت قبل الرهن .

ج- قوله ﷺ: { لا يحلبن أحد ماشية امرئ بغير إذنه } [4] .

وجه الاستدلال :

إن الراهن إذا لم يأذن للمرتهن أن يحلب العين المرهونة ، فلا يحل له ذلك ، وكذلك الركوب [5] .

وقد نوقش استدلال الجمهور بالسنة من وجوه :

الوجه الأول : حديث أبي هريرة « لا يغلق الرهن « لا يحتج به لثلاثة أسباب :

---

(١) رواه الدارقطني عن أبي هريرة/ ٣/ ٣٤ برقم ١٣٦ ، والبيهقي في السنن/ ٦/ ٣٨ برقم ١٩٠٨٩ ، وفي مصنف عبد الرزاق الصنعاني موقوفا على أبي هريرة/ ٨/ ٢٤٤ برقم ١٥٠٦٦ .

(٢) البخاري عن أبي هريرة/ ٢/ ٨٨٨ ، برقم ٢٣٧٦ .

(٣) فتح الباري/ ٥/ ١٤٥ ، ونهاية المحتاج/ ٤/ ٢٥٩ ، وسبل السلام/ ٥/ ٦٧ .

(٤) رواه مالك عن ابن عمر/ ٣/ ٣٣٠ برقم ٨٧١ ، والبخاري كذلك/ ٢/ ٨٥٨ برقم ٢٣٠٣ ، ومسلم/ ٣/ ١٣٥٢ برقم ١٧٢٦ .

(٥) نيل الأوطار/ ٥/ ٣٥٤ .

السبب الأول : إن الحديث مختلف في وصله وإرساله ورفعه ، فقد صحح ابو داود والبزار والدارقطني وابن قطان إرساله عن سعيد بن المسيب بدون ذكر أبي هريرة ، وكذلك ذكره البيهقي ، قال ابن حجر « وله طرق في الدارقطني والبيهقي كلها ضعيفة « وقال أيضا « إن رجاله ثقات غلا أن المحفوظ عند أبي داود وغيره إرساله « وقد روى الحديث ابن حزم وحسن إسناده ، إلا أن الحافظ ابن حجر قد تعقبه في هذا ، بأن أحد رواة الحديث واسمه « عبد الله بن نصر الأصم « قد تصحف عند ابن حزم إلى « نصر بن عاصم « والصواب هو الأول ، ومع ذلك فعبد الله بن نصر له أحاديث منكرة [1] .

ورد هذا : بأن الحديث من مراسل سعيد بن المسيب ، وهي مقبولة ، لأنه بعد البحث تبين أنها كلها مسانيد ، إذ كان لا يرسل إلا عن الثقات، هذا فضلا عن أنه روي من طرق متعددة يقوي بعضها بعضا [2] .

السبب الثاني : إن مستند الجمهور في الحديث هو قوله « له غنمه وعليه غرمه « وهذه الزيادة في ثبوتها نظر ، فقد بين ابن وهب وكذلك ابو داود أنها ليست من الحديث ، وإنما هي من قول سعيد بن المسيب [3] .

السبب الثالث : إن الحديث لا يقوى على معارضة ما رواه البخاري وأبو داود والترمذي من قوله ﷺ« الظهر يركب بنفقته»[4] .

ورد : بأن الحديث منسوخ لأنه ورد قبل تحريم الربا [5] ، وسيأتي بيانه .

---

(١) ينظر نيل الأوطار/ ٥/ ٣٥٤ – ٣٥٥ ، وبلوغ المرام/ ١٥٨ ، وسبل السلام ، والسنن الكبرى/ ٦/ ٣٩ .

(٢) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي / د. الدريني/ ٢/ ٤٩٥ .

(٣) مسائل من الفقه المقارن/ د. هاشم جميل/ ٢/ ٤٧ .

(٤) نيل الأوطار/ ٥/ ٣٤٣ .

(٥) المبسوط/ ٢١/ ١٠٨ .

الوجه الثاني : نوقش استدلالهم بحديث « الرهن مركوب ومحلوب « وكذلك « الظهر يركب بنفقته « من جهتين :

الأولى : إن القول بأن المراد من النص هو الراهن ، بعيد من حيث ما تقضي به قواعد الفقه الإسلامي ، فالراهن يركب ويشرب بمقتضى حق الملكية ، وليس بمقتضى إنفاقه ، والذي يظهر في النص أن المسألة معاوضة ، فالذي ينفق يشرب بمقابل إنفاقه ، وهو المرتهن

الثانية : إذا اعتبر الحديث مجملا فقد زال الإجمال وبين ، بورود نص آخر يوضحه ، وهو الحديث الوارد في مسند أحمد وفيه :{إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها...} [1] وأيضا في الحديث السابق قال «وعلى الذي يشرب نفقته» فيكون المرتهن الذي ينفق هو الذي يشرب[2].

الوجه الثالث : نوقش استدلالهم بحديث ابن عمر « لا يحلبن أحد ماشية امرئ بغير إذنه « وهو حديث صحيح ، بأنه معارض بحديث صحيح آخر وهو « الظهر يركب بنفقته « فيجمع بينهما : بأن يعتبر حديث ابن عمر من قبيل العام ، وحديث أبي هريرة من قبيل الخاص ، فيكون الأول مخصوصا بالثاني ، ولا ضير من هذا الجمع ، بل هو الواجب في مثل هذه الحالة [3] .

وقال الجمهور بالنسخ ، وسيأتي رد النسخ في عرض أدلة الفريق الثاني .

٣.دليل القياس :

---

(١) مسند أحمد عن أبي هريرة/ ٢/ ٢٨٢ برقم ٧١٢٥ ، وكذلك في الدارقطني / ٣/ ٣٤ برقم ١٣٥ ، وشرح معاني الآثار / ٤ / ٩٩ برقم ٥٤٤٠

(٢) ينظر الفتح الباري / ٥ / ١٤٤ ، والمغني لابن قدامة / ٤ / ٤٣٣ ، ونيل الأوطار / ٥ / ٣٥٣ .

(٣) المصدر السابق الثالث ، وبحوث مقارنة في الفقه الإسلامي / د. الدريني / ٢ / ٤٩٠ .

إن المرهون ملك الراهن كغير المرهون ، فكما لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بشيء غير مرهون من ملك الراهن دون إذنه إجماعا ، فكذلك المرهون ، إذ لا فرق لعموم الأدلة التي تحرم الانتفاع بملك الغير بدون إذنه بإطلاق ، مرهونا كان أم غير مرهون [1] .

وأجيب :

بأنه قياس فاسد الاعتبار ، لأنه ورد في مورد النص فلا يجوز الاحتجاج به ، ولو سلم فهو قياس مع الفارق ، فالعين المرهونة تكون تحت يد المرتهن ، وليست في يد الراهن ، وتحتاج أيضا إلى نفقة ، وإذا منع المرتهن من الانتفاع مقابل إنفاقه ، فسيضيع الانتفاع بالعين ، فلا ينتفع الراهن ولا المرتهن ، وقد يمتنع من الإنفاق على العين ، فلا بد حينئذ من القول بجواز انتفاع المرتهن مقابل ما سيدفعه من نفقته[2] .

٤ .دليل المعقول :

إن انتفاع المرتهن بملك الراهن دون إذن منه ، غصب وحرام ، وحكمه وجوب الضمان والإثم [3] .

ويمكن أن يجاب : بأنه إجتهاد في مورد النص .

ثانـــيا : أدلة المذهب الثاني « المجـيزيـن بشـروط « :

استدل هذا الفريق بنفس أدلة الفريق الأول تقريبا ، والذي تغير هو وجه الاستدلال ، مع أدلة اخرى تأيد الشروط التي اشترطوها :

١ .قوله ﷺ: { الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان

(١) المغني لابن قدامة / ٤ / ٤٣٢ .

(٢)ينظر بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي / د. الدريني / ٢ / ٤٩٥ ، ومسائل من الفقه المقارن / د. عبد الناصر أبو البصل / ٢٧٣

(٣) المغني لابن قدامة / ٤ / ٤٣٢ .

مرهونا ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة } [1] .

وجه الاستدلال :

إن الحديث يدل بمنطوقه على إباحة الانتفاع في مقابلة الإنفاق ، والذي ينتفع ركوبا أو حلبا هو الذي ينفق كائنا من كان ، إلا أن الراهن يستحق الركوب والشرب بمقتضى ملكيته للعين المرهونة ، لا بمقتضى الإنفاق ، وبهذا يكون المقصود بالذي يركب ويشرب هو المرتهن[2] .

وقالوا إن الباء في نص الحديث للعوض ، فهو صريح في جعل منفعة المرهون في نظير النفقة بإطلاق دون تقييد بالتساوي بينهما ، ودون الإشارة إلى إذن الراهن أو امتناعه [3] .

٢.قوله ﷺ: { إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ، ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقته } [4]

وجه الاستدلال :

الحديث نص واضح الدلالة على المسألة ، فهو يدل بمنطوقه على أن المرتهن هو الذي ينفق على المرهون ، وله بمقابل ذلك أن يشرب من لبن الشاة محل الرهن [5] .

وقد اتفق القائلون بالجواز فيما أعلم بهذا الجزء من الدليل .

٣.أما دليل من اشترط التساوي :

ما روي أن النبي ﷺقال : { إذا ارتهن شاة ، شرب المرتهن من لبنها بقدر علفها ، فإن

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) فتح الباري / ٥ / ١٤٣ ، وتحفة الأحوذي / ٤ / ٤٦١ .

(٣) المغني لابن قدامة / ٤ / ٤٣٣ ، ونيل الأوطار / ٥ / ٢٣٤ .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) مسائل من الفقه المقارن / د. عبد الناصر أبو البصل / ٢٧١ .

استفضل من اللبن شيء بعد ثمن العلف فهو ربا } [1] .

وجه الاستدلال :

قالوا هذا دليل واضح على أن المعاوضة تقتضي المساواة بين البدلين [2] ، جاء في المغني « فأما المحلوب والمركوب ، فللمرتهن أن ينفق عليه ، ويركب ويحلب بقدر نفقته ، متحريا العدل في ذلك ، نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وأحمد بن القاسم ، واختاره الخرقي ، وهو قول إسحاق ، وسواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبته ، أو امتناعه عن الإنفاق ، أم مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه » [3] .

٤ .وأما دليل من اشترط تعنت الراهن :

قياس المرتهن على المرأة التي يجوز أخذ نفقتها من مال زوجها عند امتناعه ، دون إذنه متى أمكنها ذلك ، لتنوب عنه في القيام بالواجب الذي كان من المفروض أن يؤديه هو من تلقاء نفسه بوازعه الديني ، فلما تخلف عن أداء الواجب ، جاز لزوجته أن تقوم مقامه في هذا الإنفاق على نفسها وأولادها بالمعروف ، فكذلك المرتهن يجوز أن ينوب عن الراهن في الإنفاق الواجب عليه شرعا على المرهون) وعليه غرمه) عند الحاجة إلى ذلك ، لبقاء حياته ، والأصل المقيس عليه ثابت بالسنة ، لقوله ﷺ: { خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف } [4] والعلة المشتركة هي : امتناع كل من الزوج والراهن عن أداء ما وجب عليه شرعا ، بحيث يفضي إلى تلف صاحب الحق [5] .

---

(١) فتح الباري / ٥ / ١٤٤ ، وتحفة الأحوذي / ٤ / ٣٨٧ .
(٢) بحوث مقارنة في الفقه / د. الدريني / ٢ / ٤٨٧ .
(٣) المغني لابن قدامة / ٤ / ٤٣٢ .
(٤) البخاري / ٢ / ٧٦٩ برقم ٢٠٩٧ .
(٥) بحوث مقارنة في الفقه / د. الدريني / ٢ / ٤٨٨ .

٥. وأما دليل من لم يشترط التساوي في الانتفاع ، وهو ابن حزم وغيره :

إطلاق مقدار الانتفاع فيما مضى من الأحاديث التي تثبت الانتفاع ، إذ لا توجب التساوي ، فيجب إجراء المطلق على إطلاقه ، وليبق ما عداه على أصل المنع والتحريم [١] .

ولم يأخذ ابن حزم بالرواية التي ذكرتها آنفا وهي « يشرب المرتهن من لبنها بقدر ثمنها ، فإن استفضل من اللبن بعد ثمن العلف فهو ربا «إذ قال» هذه الزيادة من إبراهيم النخعي ، لا نقول بها ، وعموم قول النبي ﷺأحب إلينا من تفسير أبي عمران رحمه الله برأيه ... « [٢] .

مناقشة الجمهور لأدلة المجوزين :

١ .مناقشتهم لحديث « الظهر يركب بنفقته «

قال ابن عبد البر) هذا الحديث عند جمهور الفقهاء يرده أصول مجمع عليها ، وآثار ثابتة لا يختلف في صحتها [٣] ومن ذلك ما يأتي :

الأول : إن الحديث خبر آحاد ، وخالف القياس من وجهين :

أ-التجويز لغير المالك أن يشرب ويركب بغير إذنه .

ب-إنه جعل تضمين ما انتفع به المرتهن من ركوب وشرب بالنفقة لا بالقيمة ، لأن الأصل في الضمان والتعويض أن يكون بالمثل في المثليات ، والقيمة في القيميات ، وهنا التضمين بالمنفعة [٤] .

---

(١) المحلى لابن حزم / ٨ / ٩١ .

(٢) المصدر السابق نفسه .

(٣) فتح الباري / ٥ / ١٤٤ ، ونيل الأوطار / ٥ / ٣٥٣ .

(٤) المصدران السابقان ، وسبل السلام / ٣ / ٦٧ ، وإعلام الموقعين / ٢ / ٢٢ .

وأجيب قولهم بمخالفة القياس بما يأتي :

إن الشرع قد يجيز التصرف في ملك الغير ، ولو لم يأذن في حالات منها ، أنه يباع ملك المدين المتمرد والمماطل عن الأداء بغير إذنه ، لئلا تتعطل المصالح [1] .

ثم إن السنة من أصول التشريع ، وللمشرع أن يورد أحكاما خاصة لحكمة ومصلحة يراها هو جديرة بالاعتبار ، وهي أحكام أصلية ، وليست مستثناة ، كحديث المصراة مثلا ، والسنة هي المصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي ، فلا ترد إلا بما هو أرجح [2] .

والقياس الشرعي إنما وجد لاستثمار النصوص المعللة ، لاستيعاب أكبر قدر ممكن من الوقائع غير المنصوص عليها ، لتحقيق المصلحة الشرعية .

وعليه فإذا وجدنا أن تطبيق القياس في حالة من الحالات لا يؤدي إلى المقصد الشرعي من الحكم ، وإنما يؤدي إلى نقيضه ، فالواجب حينئذ على المجتهد أن يعدل عن القياس إلى غيره ، فكيف إذا وجدت حالة كما ذكرنا ، ووجد نص صحيح صريح ثابت يؤدي للمصلحة المعتبرة ، ألا يجب المصير إلى هذا النص وتطبيقه ؟ هذا موجز كلام ابن القيم [3] .

الثاني : إن حديث « الظهر يركب بنفقته « منسوخ بحديث ابن عمر « لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه « قالوا : والحديث الأول يدل على الحظر ، والثاني على الإباحة ، فإذا تعارض الحاضر والمبيح قدم الحاضر [4] .

---

(١) بحوث مقارنة في الفقه / د. الدريني / ٢ / ٤٩٧ .

(٢) سبل السلام / ٣ / ٦٧ .

(٣) إعلام الموقعين / ٢ / ٢٣ .

(٤) المبسوط / ٢١ / ١٠٨ ، ونيل الأوطار / ٥ / ٢٣٤ – ٢٣٥ .

وأجيب قولهم بالنسخ بما يأتي :

إنه لا معارضة مع إمكان التوفيق ، وقد تم ذلك بحمل العام على ما عدا المرهون من حيوان الدر والركوب ، لورود نص خاص بحل انتفاع المرتهن به ، والعام يبنى على الخاص جمعا بين الدليلين كما أسلفت .

وأما النسخ فلا بد من معرفة التاريخ وتعذر الجمع ، وهذه المسألة قد جهل تاريخها ، ولا نسخ بمجرد الاحتمال [1] .

وأيد الشوكاني هذا المعنى بقوله « وأما حديث ابن عمر رضي الله عنه فهو عام ، وحديث أبي هريرة خاص ، ويمكن التوفيق بينهما بالتخصيص ، أما النسخ فلا بد من معرفة التاريخ وتعذر الجمع ، وما نحن فيه التاريخ مجهول ، فلا يثبت النسخ بمجرد الاحتمال ... « [2] .

الثالث : إن حديث « الظهر يركب بنفقته « محمول على أنه كان قبل تحريم الربا ، وأما بعد التحريم فقد نسخ حكمه ، لأن الربا محرم بجميع أشكاله ، من بيع اللبن في الضرع ، وقرض جر نفعا ، وغيره ، ويدخل فيه أيضا ما أبيح للمرتهن في هذا الحديث [3].

وأجيب :

بأنه مجرد دعوى لم تثبت ، وإن النسخ بالاحتمال لا يجوز ، ومعرفة التاريخ هنا متعذر ، والجمع بين الأحاديث ممكن كما سبق [4] .

---

(١) سبل السلام / ٣ / ٦٧ ، وبحوث مقارنة في الفقه / د. الدريني / ٢ / ٤٩٧ .
(٢) نيل الأوطار / ٥ / ٢٣٤ .
(٣) فتح الباري / ٥ / ١٤٣ ، وتفسير القرطبي / ٣ / ٤١٢ ، والمبسوط / ٢١ / ١٠٨ ، ونيل الأوطار / ٥ / ٢٣٤ .
(٤) المصدر السابق الأول .

٢.منا قشتهم لحديث) إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ، ولبن الدر يشرب، وعلى الذي يركب ويشرب نفقته) .

ضعف إسناده ابن حزم ، وقال) إنها من طريق إسماعيل بن سالم الصايغ عن هشيم ، فالتخليط من قبله لا من قبل هشيم فمن فوقه([١] ثم ذكر أنه روى الحديث من طريق « سعيد بن منصور « وهو أحفظ وأضبط لحديث هشيم ، ولم يذكر في روايته لفظ « المرتهن « [٢] .

وفات ابن حزم أن الحديث روي عند أحمد والدارقطني من طرق أخرى ، وقد فصل الحافظ ابن حجر الكلام على هذا في الفتح ، فقال ما مفاده : إن لفظة « المرتهن « لم ينفرد بروايتها إسماعيل المذكور ، فقد رواها الإمام أحمد في مسنده عن هشيم ، ورواها الدارقطني من طريق زياد بن أيوب عن هشيم ، وبهذا يتضح أن رواية سعيد بن منصور للحديث من طريق هشيم وعدم ذكره لهذه اللفظة ، رواية شاذة ، لأن ثلاثة من الأئمة الثقات خالفوه ورووها [٣] .

وبعد ذكر الأدلة ومناقشتها في هذه المسألة الشيقة أذكر الرأي الذي يراه الباحث أقرب إلى الصواب .

القول الراجح :

جواز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة من حيوان الدر أو الرِكوب بغير إذِن الراهن بشرطين :

١.أن يكون الانتفاع بقدر النفقة دون زيادة ، ويتقاصان والزيادة حق للراهن .

(١) المحلى لابن حزم / ٦ / ٣٦٩ .
(٢) المصدر السابق نفسه .
(٣) فتح الباري / ٥ / ١٤٦ .

٢.أن يتعذر الحصول على الإذن أو النفقة من مالكها الراهن ، لامتناعه وتعنته ، أما إذا لم يتعذر ، فلا يحل ، إذ لا موجب لذلك .

وهذا كما سبقت الإشارة إليه هو قول أبي ثور ، والليث بن سعد ، والأوزاعي ، ومتقدمي الحنابلة ، ونصره ابن قدامة .

وهو قول يجمع بين الأقوال والأدلة المتوافرة في هذه المسألة ، ويؤيد دعواي هذه أمور :

١.جملة الأدلة التي ساقها أصحاب هذا المذهب ، سواء على أصل الانتفاع ، أم على أصل شروطهم التي ذكروها ، وقوة مناقشتهم لأدلة المانعين .

٢.إن الرهن نفقته واجبة على الراهن ، فإذا امتنع عن الإنفاق ، كان من حق المرتهن أن ينفق عليه ، محافظة على الرهن من الهلاك ضمانا لمصلحته ومصلحة الراهن معا ، وبما أن الراهن ممتنع عن الدفع ، فإن من حق المرتهن أن يأخذ من ماله أينما ظفر به مقدار ما أنفق ، ولبن الماشية ومنفعتها مال للراهن ظفر به المرتهن ، فجاز له أن يأخذ حقه منه ، ولو بدون إذنه ، ونظير هذه المسألة هو جواز أن تأخذ المرأة نفقتها من مال زوجها بغير إذن منه إذا امتنع من الإنفاق عليها ، وبهذا يجمع بين حديث) الظهر يركب بنفقته) وبين حديث ابن عمر ينهى عن احتلاب الماشية بغير إذن صاحبها .

٣.إن هذا القول لا يترك مجالا للقول بالقرض الذي جر منفعة ، لأنه قدر المنفعة بمقدار ما ينفق دون زيادة ، وجعل المعاوضة تقوم على التساوي والعدل الذي هو أساس المعاوضات ، وهذا يتفق مع أصول التشريع ومقاصده .

بقي أن أجيب على ابن حزم في قوله بعدم اشتراط التساوي في الانتفاع والنفقة ، لأنه لم يأخذ برواية) فإن استفضل من اللبن بعد ثمن العلف فهو ربا) زاعما أنه من قول النخعي ، وقد سبق الإشارة إليه .

الجواب :

إن الضرورة إذا اقتضت الخروج عن سنن القياس في حل الانتفاع بدون إذن المالك ، على سبيل المعاوضة ، فإن المعاوضة أصلها التساوي والعدل ، ولا ضرورة تقضي بالخروج عن قاعدة العدل ، إذ الضرورة تقدر بقدرها ، ولا سيما أن الراهن ضعيف الحال ، فلا يستغل ضعفه المادي استغلالا يعجزه عن أداء الدين ، وعن تخليص ملكه المرهون ، حتى لا يزاد هلاكا إلى هلاكه.

وإطلاق الحديث الذي لا يوجب التساوي ، مقيد بقواعد الشريعة التي توجب العدل في المعاوضات ، فضلا عن الحديث الخاص الذي لم يأخذ به ابن حزم .

الخـاتمــة

أذكر أخيرا أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذه الجولة بين أقوال الفقهاء وأدلتهم في ثنايا هذا البحث الموجز :

١ .الرهن مشروع في السفر والحضر ، سواء اشترطه المرتهن أو تبرع به الراهن ، وهذا قول الجمهور .

٢ .إن محل النزاع في مسألة انتفاع المرتهن بالعين المرهونة ، هو في أمرين :

الأول : إذا أذن الراهن للمرتهن أن ينتفع بالعين المرهونة عقارا كان أم منقولا ، من حيوان الدر أو الركوب أو غيره .

الثاني : إذا لم يأذن الراهن للمرتهن أن ينتفع بالعين المرهونة من حيوان الدر أو الركوب .

٣.عدم جواز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بغير إذن الراهن بعوض أو بدون عوض بإطلاق ، وسواء أكان الدين عن قرض أو غيره ، وسواء أكان مشروطا في صلب العقد أو لاحقا ، وبذلك سد لذريعة الربا كما بينته في محله .

٤ .جواز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بإذن الراهن بشرطين :

الأول : أن يكون الانتفاع بقدر النفقة دون زيادة ، ويتقاصان والزيادة حق للراهن .

الثاني : أن يتعذر الحصول على الإذن أو النفقة من مالكها الراهن ، لامتناعه وتعنته ، أما إذا لم يتعذر فلا يحل له ، إذ لا موجب لذلك ، عملا بقول أبي ثور والليث والأوزاعي ومن تبعهم .

٥ .دليل أبي ثور والليث والأوزاعي هو القياس على مسألة جواز أخذ المرأة نفقتها من مال زوجها بغير إذنه إذا امتنع من الإنفاق عليها ، بعلة امتناع كل من الزوج والراهن عن

أداء ما وجب عليه شرعا ، بحيث يفضي إلى تلف صاحب الحق .

٦.دليل القول بالتساوي والعدل بين الانتفاع والنفقة هو أمران :

الأول : حديث) إذا ارتهن شاة ، شرب المرتهن من لبنها بقدر علفها ، فإن استفضل من اللبن شيء بعد ثمن العلف فهو ربا) .

الثاني : إن في الانتفاع بغير الإذن خروجا عن سنن القياس ، من باب الضرورة حتى لا تضيع الحقوق ، والضرورات تقدر بقدرها كما هو مقرر عند الفقهاء ، وإطلاق الحديث الذي يوجب التساوي مقيد بقواعد الشريعة التي توجب العدل في المعاوضات .