ملخص البحث

لما كان مقصود الرهن , الاستيثاق باليدن للتوصل لاستيفاءه من ثمن المرهون , إذا عجز الراهن عن الوفاء به في الأجل المحدد للوفاء , فلا يتحقق هذا المقصود الى اذا قام اطراف العقد بتنفيذ ما عليهم من التزامات مصدرها الاتفاق الذي المبرم بينهما , والذي يعد أي اخلال ببنوده من قبل المرتهن موجباً لضمانهِ , لذا فإن لقواعد الرهن الحيازي صلة وثيقة بضمان المرتهن للمال المرهون , تلك الصلة التي عالجها الفقهاء المسلمون في كتاباتهم ونصوص القوانين المدنية المقارنة , ولأهمية هذا الموضوع والاشكاليات التي يثيرها كونه لم يتم بحثه سابقاً سنبحثه في ثلاث مباحث , نخصص المبحث الاول منها للتعريف بالرهن الحيازي , ونقسمة على مطلبين , ونعقد المبحث الثاني لتكوين الرهن الحيازي ونقسمه على مطلبين , ثم نفرد المبحث الثالث لعلاقة الرهن الحيازي بقواعد ضمان المرتهن ونقسمه على مطلبين. ونتبعها بخاتمة نضمنها ابرز النتائج والمقترحات التي توصلنا اليها من خلاله.

المقدمة

بما إن الإنسان كائن اجتماعي يؤثر بالمجتمع ويتأثر به في جميع معاملاته المالية والاجتماعية وهو في بعض الأحيان لا يجد الإمكانية الكافية لسد حاجته الضرورية للمال لمباشرة أعماله مع وجود من يمتلك الإمكانية المادية التي تفيض عن حاجته ووجود الرغبة لديه في استثمارها وتنميتها بطريق مأمون , ذلك ما يدعو ا إلى وجود تعامل بين الطرفين غالباً ما يستند الطرف الأول في ذلك التعامل على درجة القرابة والمكانة الاجتماعية التي يتمتع بها فتعد ضماناً كافياً في نظر الطرف الثاني لإيفائه بالتزاماته , إلا أنه قد لا يكتفي من يمتلك المال بتلك الضمانات وهو حقٌ مشروع كفلته الشريعة والقانون فيتمكن من طلب ضمان إضافي للإيفاء بالتزام المدين ويتمثل هذا الضمان بالمال الذي يقدمه المدين الراهن على سبيل الرهن إلى الدائن المرتهن بموجب عقد الرهن الذي يبرم بينهما المنصب على حق عيني تبعي يتبع في نشأته وانقضاءه حقاً أصلياً , ويستمد موضوع البحث أهميته من أهمية الحقوق العينية بصورة عامة والرهن بصورة خاصة , ويبدو ذلك جلياً من خلال التأثير في زيادة سرعة تداول الأموال باعتباره من أهم وسائل الائتمان في المعاملات المدنية في العصر الحديث فهو يوفر لأصحاب رؤوس الأموال طريق مأمون لاستثمار أموالهم والحصول على مردود مُجدي إضافة إلى أنه يكفل للمدين الحصول على الثقة

التي تمكنه من امتلاك الأموال الكافية لتطوير أعماله , حيث أن المشروع الاقتصادي نادراً ما يرتكز على القدرة المالية للقائمين به , كما إن ذلك الضمان الملقى على عاتق الدائن المرتهن يحقق للراهن فائدة تتمثل في عدم اضطراره لبيع المال المرهون بأبخس الأثمان تحت ضغط الحاجة إلى رأس المال مع ضمان سلامة المال المرهون عند استرداده من الدائن المرتهن . لذا سنقسم هذا البحث على ثلاث مباحث , نتناول في الاول التعريف بالرهن الحيازي ونقسمه على مطلبين لتعريفه في الاصطلاح الشرعي والقانوني , ونخصص المبحث الثاني لتكوين الرهن الحيازي , ونقسمه على مطلبين لبحث موقف الفقه الاسلامي والقوانين المدنية المقارنة منه. ونفرد المبحث الثالث لعلاقة الرهن الحيازي بقواعد ضمان المرتهن للمال المرهون في مطلبين, وننهي البحث بخاتمة تتضمن عدداً من النتائج والمقترحات التي توصلنا اليها من خلال البحث.

.

المبحث الأول
التعريف بالرهن الحيازي

ان التعريف بالرهن الحيازي يقتضي تعريفه في الاصطلاح الشرعي والقانوني وهو ما سنبينه من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نخصص المطلب الاول لتعريف الرهن الحيازي في الاصطلاح الشرعي ونبحث في المطلب الثاني تعريف الرهن الحيازي في الاصطلاح القانوني .

المطلب الاول
تعريف الرهن الحيازي في اللغة والاصطلاح الشرعي

للرهن الحيازي في اللغة معاني كثيرة قد تتطابق مع ما ذهب إليه الفقهاء المسلمون في تعريفهم للرهن الحيازي وقد تختلف عنه , وهذا ما يقتضي ما سنبينه من خلال ما يأتي :

أولاً / معنى الرهن الحيازي لغةً:

للرهن في اللغة عدة معانٍ منها قال أبن سيده "الرهن ما وضع عند الانسان ما ينوب عن مناب ما أخذ منه , يقال رهنت فلان داراً رهناً , وارتهنه احد اخذه رهناً , كما يقال رهن الشيء رهونا ثبت ودام , ويقال رهن بالمكان ".. اقام الرجل والدابة رهونا . وفلان عند فلان الشيء . حبسه عنده بدين . وقال الاصمعي لا يجوز ارهنته ورهن الشيء دام واثبت وهو راهن إذا به أيضاً قصداً والمرتهن الذي يأخذ الرهن[١].

ثانياً / تعريف الفقهاء المسلمون للرهن الحيازي :

تعددت تعريفات فقهاء المسلمون للرهن الحيازي فذهب فقهاء الإمامية إلى تعريفه بأنه "عقد يتضمن جعل مال وثيقة للتأمين على دين أو عين مضمونة وهو مشروع بلا اشكال"[٢].

ويلاحظ على هذا التعريف إبرازه للصفة العقدية للرهن , كما ان التخصيص والمشروعية هما صفتان أكد على نسبتهما للرهن هذا التعريف , بينما عرفه فقهاء الزيدية بأنه "عقد على عين مخصوصة يستحق به من صارت في يده استمرار قبضها لاستيفاء مال مخصوص أو ما في حكمه"[٣] . وقد أضاف في هذا التعريف إلى الصفة العقدية وتخصيص الرهن لضمان الدين المضمون التركيز على استمرار حياة المرتهن . وعرفه فقهاء الشافعية بأنه "المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاءه من ذمة الغريم" [٤] , ويلاحظ على هذا التعريف ان

الشافعية ركزوا على المال المرهون باعتباره وسيلة لضمان ما للمرتهن من دين في ذمة مدينه , إلا انه يؤخذ عليه عدم الاشارة لتطابق الارادتين في انشاء عقد الرهن. وعرفه الحنفية بأنه "عقد وثيقة بمال"[٥] , ويلاحظ على هذا التعريف ابراز الصفة العقدية للرهن , غير انه ويؤخذ عليه عدم التطرق للدين المضمون الذي انشأ الرهن لاجل ضمانه. وعرفه المالكية بأنه "جعل مال وثيقة على دين"[٦] , ويلاحظ على هذا التعريف أنه قد ركز على محل الراهن وسببه دون الاشارة إلى اطرافه , بينما عرفه الحنابلة بأنه "الرهن وثيقة بدين يمكن استيفاءه منها او من ثمنها"[٧], ويلاحظ على هذا التعريف انه استبدل المال المرهون بالوثيقة , كما انه لم يشر إلى اطراف العقد اللذين يعدان من العناصر الاساسية في تكوينه . ويؤخذ على تلميحه امكانية استيفاء الدين من العين المرهونة نفسها او من ثمنها , وهذا يعني إلى امكانية تملك المرهون عند عجز الراهن عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق وهو أمر غير دقيق. وعرفه الأباضية بأنه "بذل من له البيع ما يباع بحق علق عليه"[٨] , ويلاحظ على هذا التعريف انه ربط مصير المرهون (المبيع) بالثمن الذي في ذمة المشتري , ويؤخذ عليه انه قصر الرهن على البيع دون غيره مع أن من الممكن تقديم رهن لضمان دين قرض مثلاً لدى الفقهاء المسلمون.

ومن الممكن القول بأن التعريف الأول هو الراجح للأسباب الآتية :

١. إبرازه لالتقاء ارادتي الراهن والمرتهن والذي نتيجته نشوء عقد الرهن الحيازي.
٢. تعيينه للمرهون كوثيقة لتحقيق الامان للمرتهن ممن جهة والائتمان للراهن من جهة أخرى.
٣. تحدد بدقة سبب الرهن والمتمثل بالدين المضمون سواء اكان عيناً أو ديناً.
٤. إبرازه لمشروعية الرهن من خلال التعريف بلا شائبة اعتراض.

المطلب الثاني

تعريف الرهن الحيازي في الاصطلاح القانوني

تعرضت التقنينات المدنية المقارنة لتعريف الرهن الحيازي , فعرفه المشرع الفرنسي في قانونه المدني في المادة (٢٠٧١) بقوله "الرهن عبارة عن عقد يضع المدين عند رب الدين شيئاً ليؤمن على ما اقترضه من الدين منه"[٩] . ويلاحظ على التعريف تأكيدهُ على الصفة العقدية للرهن , إلا انه مما يؤخذ عليه ان العقد هو وسيلة لإثبات غاية متمثلة بالحق فكان من الاولى ان يعرف الرهن بانه حق وليس عقد كما انه اقر بضرورة انتقال حيازة المرهون من راهنه إلى المرتهن لضمان دينه الذي في ذمة مدينه ويؤخذ عليه انه قصر تعريف الرهن على المتراهنين دون ان

يشير إلى الاطراف الاخرى كالكفيل العيني والعدل , اما التقنينات المدنية العربية فقد انقسمت إلى اتجاهين في تعريف الرهن الحيازي .

الاتجاه الاول: غلب في تعريف الرهن الصفة العينية على الصفة الرضائية , وتبنى هذا الاتجاه التقنين المدني المصري الملغي والتقنينات المدنية العربية التي سارت على نهجه[١٠] . حيث عُرف الرهن في المادة (١/٥٤٠ و اهلي ١/٦٦٢ مختلط) رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ بأنه "عقد به يضع المدين شيئاً في حيازة دائنه أو في حيازة من اتفق عليه العاقدان تأمينا للدين , وهنا العقد يعطي للدائن حق حبس الشيء المرهون لحين الوفاء بالتمام , وحق استيفاء دينه من ثمن المرهون مقدماً بالامتياز على من عداه" . وهذا التعريف منتقد من قبل فقهاء القانون كونه خلا من ميزة تتبع المرهون اذا خرج من ملكية الراهن للتنفيذ عليه عند عجزه عن وفاء ما في ذمته من دين للمرتهن وجعله تقديم المرهون للمرتهن امراً مقصوراً على مدينه فحسب ، دون ان يشير الى إمكانية تقديمه من الكفيل العيني لضمان الدين[١١] . فبالنسبة للانتقاد الاول , من الممكن القول بإمكانية رده من جهتين اولهما ما استلزمه القانون لتوثيق الرهن من اجراءات لإثبات الحق المثقل له كالتأشير في الدائرة المختصة , او تثبيته في ورقة ثابتة التاريخ , وثانيهما تتبلور في حق المرتهن في حبس المرهون حتى استيفاء دينه إضافة إلى امكانية استرداد المرهون قانوناً اذا نزع من تحت يده فما سبق كفيل ايضاً بضمان حق المرتهن قبل الراهن وقبل الغير , ونحن نؤيدهم بالنسبة لانتقادهم الثاني للتعريف المذكور .

الاتجاه الثاني: يتمثل بالتقنين المدني المصري الحالي و وبعض القوانين المدنية الاخرى التي وافقته فقد تخلت عن فكرة عينية الرهن واستعاضت عنها بالرضائية فمجرد التراضي بين ارادة العاقدين . يكفي لابرام عقد الرهن وترتيبه لاثاره بين المتعاقدين وبالنسبة للغير[١٢] . وقد حاول المشرع المصري تلافي الانتقادات التي وجهت للتقنين الملغي فعرف الرهن في المادة (١٠٩٦) بانه "الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ضامناً لدين عليه او على غيره ان يسلم إلى الدائن او إلى اجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه الرهن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين , وان يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون" واعتبر فقهاء القانون الراهن الحيازي بموجب نص المادة اعلاه قد تحول من عقد عيني إلى عقد رضائي ملزم لجانبين , وبعد ان كان التسليم ركنا فيه اصبح التزاما على عاتق الراهن[١٣] . ويلاحظ على المادة المذكورة ان المشرع المصري قد تجاوز اغلب الانتقادات التي وجهت للنص الملغي كتقديم الرهن من الراهن وحده واستبعاد مزية التتبع , الا انه مع ذلك هنالك بعض المآخذ على هذا التعريف منها على سبيل المثال اطلاقه من يوضع الرهن على يديه ان كان غير المرتهن لفظ الاجنبي وفيه امرين نود لفت النظر اليها اولهما

ان هذا الشخص من الممكن ان يعينه القاضي اذا اختلف المتعاقدان على اختياره وقد خلا النص من الاشارة إلى ذلك. وثانيهما هو استعاضة المشرع المصري بلفظ الاجنبي عن العدل الذي عبر به الفقهاء المسلمون عن الشخص الثالث الذي قد وضع المرهون عنده , ومن الممكن القول ان المشرع المصري حاول الابتعاد عن الشروط التي اوجب الفقهاء المسلمون توافرها في الشخص كي يكون عدلا وقد اشير اليها سابقاً , في حين ان مجلة الاحكام العدلية قد عرفت الرهن في المادة (٧٠١) بأن " الرهن حبس مال وتوقيفه في مقابله حق يمكن استيفائه منه ويسمى ذلك المال مرهوناً ورهناً "[١٤] . ويلاحظ على التعريف الذكور ابرازه لمزية حبس المال المرهون والعناصر التي يتكون منها الرهن وعدم التطرق للصفة العقدية وهذا امر يحسب للمجلة ، اما المشرع العراقي فقد عرف الرهن الحيازي في المادة (١٣٢١) حيث جاء فيها " الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن او في يد عدل , بدين بمكن للمرتهن استيفاءه منه كلاً او بعضاً مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال" وقد اختلف فقهاء التقنين المدني العراقي في تكييف عقد الرهن الحيازي , فمنهم من ذهب إلى القول بانه عقد عيني وان تسليم المرهون هو ركن فيه لابد منه مستدلين بالفقرة الاولى من المادة (١٣٢٢) من القانون المدني العراقي[١٥] , ومنهم من ذهب إلى القول ان ذلك العقد هو عقد رضائي يكفي لانعقاده مجرد تطابق الارادتين وما جاء في الفقرة الاولى من المادة (١٣٢٢) ليس الا لتمام العقد ولزومه أي انه انعقد بمجرد تطابق الارادتين والتسليم شرط لزومه[١٦]. ويلاحظ ان الخلل في صياغة الفقرة المذكورة هو الذي ادى إلى ذلك الاختلاف بين فقهاء التقنين المدني العراقي حيث جاء نصها على نحو لا يكون قاطعاً للقول بأن قبض المرهون هو شرط اللزوم العقد فقط , للأسباب التالية :

١) ان صياغة الفقرة جاءت بمصطلح يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه , وبذلك فإن مرحلة التمام هي مرحلة متميزة عن مرحلة اللزوم وبالتالي لا يمكن القول بوحدة المعنى كون ذلك يعد لغواً لا فائدة منه من جهة , كما ان الاقتصار على احد اللفظين دون الاخر في صياغة الفقرة ان كانا يدلان على معنى واحد هو اجدى من جهة اخرى.

٢) تواترت قرارات محكمة التمييز العراقية في هذا الشأن فعلى سبيل المثال لا الحصر , قضت محكمة التمييز العراقية بانه " لا يصبح الرهن الحيازي لازما على المدين الراهن الا بتسليم المرهون ..."[١٧] . كما قضت في قرار آخر "يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه ان يقبض المرتهن المرهون فإن لم يتم القبض عند العقد فليس للمرتهن مطالبة الراهن بتسليم المرهون ومنع معارضة له بالمنفعة"[١٨]. فهذه القرارات وغيرها الكثير تدل على ما ذكرناه.

٣) لما كان الرهن الحيازي عقد ملزم الجانبين[١٩], ولم يدرج الاقباض ضمن التزامات الراهن لذا .

وتأسيساً على ما تقدم يمكن القول بأن عقد الرهن الحيازي في التقنين المدني العراقي هو عقد عيني.

ويؤخذ على تعريف المشرع العراقي للرهن الحيازي بأنه عقد، بينما هو في حقيقته حق , وما العقد الا وسيلة لإثبات ذلك الحق وهو ما ذهب إليه فقهاء هذا القانون[٢٠]. ونحن نؤيدهم في هذا التوجه , والدليل على ذلك ان المشرع العراقي لم يتناول الرهن الحيازي ضمن العقود المسماة , وانما نظم احكامه عند تعرضه للحقوق العينية التبعية , ونضيف إلى ما تقدم ان المشرع العراقي قد خص المدين الراهن بتقديم الرهن كضمان لما عليه من دين للمرتهن، بينما من الممكن ان يقدم الرهن غير المدين وهو الكفيل العيني , كما انه لم يشر إلى امكانية تنصيب العدل الذي يوضع على يديه الرهن من قبل القاضي اذا اختلف المتعاقدان على اختياره ، ويلاحظ تأثر المشرع العراقي في تعريفه للرهن بالفقه الاسلامي متمثلاً بمجلة الاحكام العدلية في مسألة وضع المرهون على يد عدل[٢١]. وتجدر الاشارة إلى امكانية اخذ المشرع العراقي بمبدأ الرضائية الذي ذهب إليه القانون المدني المصري الحالي باعتباره اكثر ملائمة للتوجهات الحديثة في ابراز دور الارادة في التعبير عن نفسها في انشاء العقود , لذا نقترح على المشرع العرقي اعادة صياغة المادة (١٣٢١) لتلافي الانتقادات الموجه إليها بالشكل التالي: (الرهن الحيازي هو حق عيني تبعي للمرتهن وارد على مال يسلم اليه او إلى عدل يختاره المتراهنان او تعينه المحكمة اذا اختلفا في اختياره , من قبل المدين او الكفيل العيني ضماناً لدى المرتهن يخوله ذلك الحق , حبس المرهون حتى استيفاء الدين وان يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من قيمة هذا المال او ما يحل محله في أي يدٍ يكون" . وهذا التعريف يمتاز بعدة مزايا منها تعريف الرهن بانه حق وهو ينصب على مال والمال قد يكون عقارا او منقولا او دينا والذي يقدمه هو الراهن او الكفيل العيني، والذي يحوزه هو اما المرتهن او العدل المختار او المعين من قبل القضاء , ثم ان للمرتهن مزيتي التتبع والتقدم اللتان تخولانه استيفاء حقه من قيمة المرهون ان عجز الراهن عن الوفاء في اجل الاستحقاق فضلاً عن الحق في الحبس , ومن الممكن القول بأن تعريفنا للرهن جامع مانع اذا ما قورن بالتعريفات السابقة..

المبحث الثاني
تكوين الرهن الحيازي

ان بحث مسألة تكوين الرهن الحيازي يقتضي التطرق الى العناصر الاساسية التي يتكون منها هذا الرهن في الفقه الاسلامي والقانون المدني وهو ما يفرض علينا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول موقف الفقه الاسلامي من العناصر المكونة للرهن الحيازي ، ونخصص المطلب الثاني لموقف القانون المدني من العناصر المكونة للرهن الحيازي .

المطلب الاول
موقف الفقه الاسلامي من العناصر المكونة للرهن الحيازي

تمثل هذه المسألة نقطة اختلاف لدى الفقهاء المسلمون , إذ انقسموا بشأنها إلى اتجاهين:

الاتجاه الاول : ذهب فيه جمهور الفقهاء إلى القول بتعدد أركان العقد مع اتفاقهم على التعدد نجدهم قد اختلفوا في عدد تلك الاركان , ففي القول الأول اعتبروا أركان العقد أربعة هي : الصيغة والعاقدان والمرهون و المرهون به , وفي القول الثاني جعلوها خمسة بالفصل بين العاقدين , وفي القول الثالث قصروها على ثلاثة أركان بدمج المرهون والمرهون به , وقد عرفوا ركن العقد بأنه ما توقف عليه وجود الشيء ولا يمكن تصوره إلا به سواء كان جزءاً منه أم لا , فالعاقد يعد ركناً في العقد إذ لا يمكن تصور العقد إلا به[٢٢] .

الاتجاه الثاني : يذهب فيه فقهاء الحنفية إلى القول بوحدة ركن العقد وهو يقتصر لديهم على الصيغة وفيها قولين:

القول الاول انها تتمثل في الإيجاب وحده , والقول الثاني انها تتمثل بالإيجاب والقبول وهو الأرجح , اما الراهن والمرتهن والمرهون به والدين المضمون فكلها شروط , باعتبارهم يعرفون ركن العقد بأنه " ما كان جزءاً من شيء , فيتوقف وجوده عليه لأن من الاشياء ما يتوقف عليه الوجود , ومنها ما لا يتوقف عليه الوجود"[٢٣] . وبذلك فإن ركن الرهن الحيازي لدى الجمهور أوسع منه لدى الحنفية لذا سنتناول تكوين العقد لدى الجمهور مبيناً نقاط الالتقاء والاختلاف بين الاتجاهين:

١. صيغة عقد الرهن وهي مسألة اجماع عند الفقهاء المسلمون باعتبارها ركن العقد الذي يتكون من الايجاب وهو ما يصدر عن المدين او من يقوم مقامه , ويفيد انصراف قصده إلى انشاء عقد الرهن , أما القبول فهو ما يصدر من الدائن المرتهن ويفيد انصراف

قصده إلى القبول بما اوجبه الراهن[٢٤]. والايجاب والقبول يكونان بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة المفهمة أو بالمعاطات وكما يأتي :

أ- اللفظ : ومثال الصيغ اللفظية المستخدمة في الايجاب (رهنتك أو وثقتك أو ارهنتك وخذ هذا رهناً عندك أو اقبضه بدينك أو امسكه بمالك أو اخذه على مالك , أو خذه وثيقتاً عندك) قاصداً المال المرهون وأي لفظ آخر يفيد المعنى نفسه , أما صيغ القبول اللفظية فمثالها (قبلت أو رضيت أو وافقت او لا مانع من ذلك , أو آخذه على ذلك , أو ارتهنت أو امسكت قاصداً به المال المرهون) وما يماثل ذلك من الفاظ تدل على القبول بالايجاب[٢٥] .

ب- الكتابة : اتفق الفقهاء المسلمون على اجازة ان تكون صيغة الايجاب والقبول مكتوبة[٢٦] .

ج- الإشارة المفهمة معنى العقد: وتصح الاشارة إن كانت إيجاباً أو قبولاً من كلا المتعاقدين شريطة ان تكون مفهمة معنى العقد وان كانت صادرة من غير الأخرس , وتصح كذلك ان صدرت من الاخرس وإن احسن الكتابة[٢٧] .

د- المعاطات : هي فعل دال على الرضى[٢٨]. واختلف بشأن انعقاد الرهن بها الفقهاء المسلمون , فأجازه جمهورهم باعتباره ينعقد بكل ما يدل على الرضى لعموم الأدلة في سائر العقود ولعدم النقل عن الرسول الأكرم (A) أو عن صحابته تحديد صيغ الايجاب والقبول بشكل معين دون غيره من الاشكال الأخرى , كما ان المسلمون منذ صدر الإسلام وما تلاه من مراحل لا يزالون يتعاملون بإنشاء العقد بالمعاطات ولو كان أمرها ممنوعاً لشاع ذلك[٢٩] .

وذهب الشافعية والظاهرية إلى ان عقد الرهن لا ينعقد إلا بايجاب وقبول متطابقين صادرين من اهل لهما ولكونه عقد مالي فهو يفتقر إلى الايجاب والقبول , ولأن الرضا أمر خفي فلا يمكن الاطلاع عليه وتعبير العاقد باللفظ الصريح او بالكتابة أو بالإشارة المفهمة يورد الثقة لدى العاقد الآخر ولا يكون هذا بالتعاطي[٣٠]. ويمكن ترجيح الاتجاه الاول لقوة استدلاله من المنقول والمعقول , ولكون التعاطي مثله مثل الاشارة المفهمة إن كانت صادرة من غير الاخرس فلا فرق كبير بينهما.

وقد يشترط احد المتعاقدين شرطاً في طلب العقد يقتضيه ذلك العقد أو يؤكد مقتضاه او جاء به دليل نقلي او عرف , فهذا شرط جائز يجب الوفاء به , كاشتراط المرتهن استيفاء دينه من ثمن المرهون إذ عجز المدين عن الوفاء عند حلول ميعاد الاستحقاق. ومن الشروط ما لا يقتضيه العقد ولا يؤكد مقتضاه , أو لم ياتي بها دليل نقلي أو عرف وهذه حكمها أن يبطل

الشرط ويبقى العقد قائماً كاشتراط الراهن عدم استيفاء المرتهن حقه من ثمن المرهون بعد بيعه عند عدم الوفاء عند حلول ميعاد الاستحقاق , او اشتراط المرتهن تملك المرهون إذا عجز المدين عن الوفاء , أما إذا كان العقد لا يقوم إلا بالوفاء بهذه الشروط بطل الشرط والعقد معاً[٣١] .

٢. المتعاقدان : على الرغم من اختلاف جمهور الفقهاء مع الحنفية في اعتبار المتعاقدين ركناً في العقد او شرطاً له فقد اتفقوا على ضرورة توافر شروط معينة في كل منهما إذا انعدم أحدها أدى ذلك إلى بطلان العقد وسقوط الضمان ولا يستقيم العقد إلا بتوافرها لذلك سنتناول كل منهما على حدة لنرى ما هي الشروط التي اوجب الفقهاء المسلمون توافرها فيه:

أ. الراهن : ويعرف بأنه هو "الذي دفع ذلك الشيء وأجرى عليه المعاملة ووثق به دين الدائن"[٣٢]. والراهن قد يكون المدين او غيره كالولي او الوصي أو شخص له مصلحة مع المدين أو متبرعاً عنه[٣٣] , فإن كان المدين هو الراهن فيشترط فيه ما يأتي :

الشرط الاول/ البلوغ : وهو أمر جعله فقهاء الإمامية محتوماً مع توافر الشروط الاخرى ووافقهم في ذلك فقهاء الشافعية[٣٤] . اما باقي الفقهاء فأجازوا لمن كان صبياً مميزاً أو سفيهاً أن يكون راهناً واعتبروا معاملته صحيحة موقوفة على إذن الولي[٣٥] .

الشرط الثاني / العقل : اجمع الفقهاء المسلمون على عدم أجازة عقد من كان مجنوناً أو صبياً غير مميز[٣٦] .

الشرط الثالث/ الاختيار: اجمع الفقهاء المسلمون على أن يكون الراهن مختاراً غير مكرهاً واعتبر جمهورهم معاملته التي اجراها تحت الاكراه باطلة[٣٧], واعتبرها الحنفية موقوفة على اجازته بعد زوال الاكراه[٣٨] .

الشرط الرابع / عدم الحجر للفلس : والمفلس هم من وضع الحجر عليه بحكم القضاء لأحاطته الدين بماله وعدم قدرته على السداد , وحكمه قبل الحجر انه يجوز رهنه , أما بعد الحجر ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم إجازة رهنه[٣٩]. وذهب ابو حنيفة في قول له إلى جواز رهنه[٤٠] . وأضاف الإمامية لما سبق ذكره من شروط ان يكون المدين قاصداً إنشاء الرهن غير هازلاً[٤١]. وأضاف المالكية ان لا يكون المدين مريضاً مرض الموت وأنشأ الرهن وهو في تلك الحالة لدين سبق ترتبه المرض , محاباة للدائن على حساب الدائنين الآخرين[٤٢] .

وبناءاً على ما تقدم يمكن القول ان الراهن لدى فقهاء الإمامية والشافعية هو مطلق التصرف من تحققت له اهلية التصرف الكاملة , بينما لدى باقي الفقهاء فالراهن هو من كان جائز التصرف ويدخل ضمن هذا المعنى من كان محجوراً عليه لسفه أو النقص في التميز.

اما رهن غير المدين ماله على دين المدين هو امر جائز عند فقهاء المسلمون[٤٣] , وأما من حجر عليه لانعدام تمييزه او لجنونه فإن رهن ماله من قبل الولي أو الوصي أو القيم أو القاضي أو الوكيل فلم يجيزوا رهن القيم أو الوكيل إلا بأذن الحاكم الشرعي[٤٤] . أما الولي فيجوز رهنه إذا كان لضرورة كخشيته على المال من التلف او السرقة أو للمصلحة وهي ما يدعونه بالغبطة الظاهرة , مثالها رهن المال الذي قيمته مئة دينار بدين مبلغه مئتي دينار , وإن كان ذلك بنسيئة على ان يكون المرتهن مليئاً ومحل ثقة , وأن يكون الولي الأب أو الجد أب لأب أو القاضي الشرعي , وأن يكون الرهن بدين على المحجور لا على الولي عند جمهور الفقهاء[٤٥]. أما لدى الإمامية والحنفية فمن الجائز ان يكون الرهن بدين على الولي[٤٦]. على تفصيل لا مجال لذكره هنا , وما ينطبق على الولي من شروط ينطبق على الوصي بتشدد أكثر في منح الاذن من القاضي[٤٧].

ب. المرتهن : وهو "الدائن الذي اخذ الشيء من صاحبه واستوثق به لدينه"[٤٨] وذهب الإمامية والشافعية إلى اشتراط البلوغ في المرتهن لخطورة المسؤولية التي يتحملها في ضمان المال المرهون إضافةً إلى العقل , وقصد أنشاء الرهن والاختيار وعدم الحجر لصغر سن أو سفه أو جنون , ويجوز للمرتهن توكيل الغير بالارتهان له كما يجوز للولي الارتهان لمن كان محجوراً بدينه الذي على الغير لضرورة اوغبطة ظاهرة او منفعة[٤٩] . أما لدى باقي الفقهاء يجوز ان يكون المرتهن مميزاً أو سفيها فيكون رهنه صحيحاً موقوفاً على إجازة الولي واشترطوا بالمرتهن ان يكون جائز التصرف مأذوناً بالتجارة وأن يكون عاقلاً غير محجور عليه لصغر سن أو جنون وأن يكون مختاراً لا مكرهاً , ويجوز للولي أن يرتهن بماله في ذمة الغير من دين ان كان محجوراً عليه شريطة وجود الضرورة أو الغبطة الظاهرة[٥٠].

٣. المال المرهون : وعرفوه بأنه "هو كل ما يمكن ان يستوفى منه او من ثمنه او من منافعه الدين المرهون به , ولو كان الشيء المرهون ديناً لأن الغاية من الرهن هي استيفاء الدين فما يمكن استيفاء الدين منه يكون رهناً , وما لا يمكن استيفاء الدين منه لا يكون رهناً"[٥١] , وجاء في مستدرك الوسائل "عن أبي عبد الله (C) انه قال : ولا بأس برهن الحلي والطعام والأموال كلها ان قبضت وإن لم تقبض فليس برهن"[٥٢] , وقد أورد الفقهاء المسلمون قاعدة مضمونها ما يصح بيعه يصح رهنه , وما لا يصح بيعه لا يصح

رهنه. وبناءاً عليها اوجبوا تحقق شروط معينة بالشيء كي يكون مرهوناً، هي ان يكون مالاً مملوكاً متقوماً موجوداً او معلوماً مقدور التسليم ومما يصح بيعه[٥٣]. وبتحقق هذه الشروط تضفى صفة المرهون على الشيء باعتباره مالاً عند الفقهاء المسلمون وهو ينقسم إلى نوعين , هما العين وتشمل العقار والمنقول وفي كلتا الحالتين فهي اما تكون مملوكة ملكية خاصة للراهن أو ملكية مشاعة , فإن كانت ملكاً خاصاً للراهن, فقد أجمع الفقهاء المسلمون على إجازة رهنها. فإن كانت عقاراً فينبغي اخلائها وتسليمها إلى المرتهن غير مشغولة بسكنى الراهن وإن كانت منقولاً فينبغي نقلها إلى محل المرتهن سواء كانت مكيلاً أو معدوداً أو موزوناً أو مذروعاً قيميةً كانت أم مثلية كما أجازوا رهن ما يسرع إليه الفساد بقيود منها أن تكون مدة العقود قصيرة , وإذا كانت طويلة فيسمح للمرتهن ببيعه قبل فساده من قبل الراهن وإيداع ثمنه لدى الحاكم أو عند أمين كضمان للدين[٥٤]. وكان لكل منهم أكثر من قول في رهن والثمار قبل بدء نضوجها[٥٥]. فحاول من اجاز منهم ان يضع القيود , وذهب جمهور الفقهاء إلى عدم إجازة رهن المجهول[٥٦]. وأجازه المالكية بشرط وجود غرر يسير , وحجتهم في ذلك ان الحصول على شيء كضمان للدين خير من لا شيء[٥٧]. وأجمعوا على عدم إجازة رهن المنفعة كونها تستهلك بمضي الزمن وعدم إجازة رهن الميتة والخمر لانعدام المالية شرعاً وعدم إجازة رهن السمك في الماء والطير في الهواء وجنين الحيوان لجهالة المحل[٥٨] .

وانقسم الفقهاء المسلمون بشأن اجازة رهن المال المشاع الى اتجاهين:

الاتجاه الاول : ذهب فيه فقهاء الحنفية والأباضية وبعض الزيدية إلى القول بعدم إجازة رهن المشاع سواء كان قابلاً للقسمة أم لا وسواء رهنه من أجنبي أو من شريك واستدلوا لقولهم بما يلي:

أ- ان الاشاعة تمنع استدامة قبض المرهون إذ لا بد فيها من المهايأة بين الشركاء , والمهايأة هي نقيض الاستدامة.

ب- ان موجب الرهن هو الحبس الدائم كونه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص.

ج- إن اجازة رهن المشاع قد تؤدي إلى تفويت دوام الحبس فكأنما يقول الراهن للمرتهن رهنتك يوماً ويوماً لا , وبناءاً عليه لم يجيزوا رهن المشاع سواء احتمل القسمة أو لم يحتملها , ولا يجوز كذلك رهن المتصل بغيره كرهن النخل دون الثمر والأرض دون النخل ولا فرق بين الشيوع الاصلي والشيوع الطارئ ، ويقصد بالشيوع الطارئ كأن يرهن جميع العين ثم يتقاسمان ببعضهما[٥٩]. واستدلوا أيضاً بقوله تعالى { فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ }[٦٠] على دوام الحبس.

الاتجاه الثـــاني : يذهب فيه فقهاء الامامية والشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية , والقول الثاني للزيدية إلى القول بإجازة رهن المشاع ويستندون إلى الأدلة الآتية:

أ- قاعدة ما جاز بيعه جاز رهنه وما لم يجز بيعه لم يجز رهنه فما دام الشريك على الشيوع قادر على بيع حصته في الملك الشائع فله ان يرهنها ضماناً لدين عليه.

ب- ان استدلال الحنفية باستدامة القبض في منع رهن المشاع بالآية الكريمة هو استدلال باطل لعموم الآية واحتمال القبض لأكثر من نوع , فمنه القبض الحقيقي ومنه القبض الحكمي وبالتالي فمن الممكن اتفاق الراهن مع شركائه على تسليم المشاع للمرتهن ليحوزه بصفقة هذه او يتفق مع المرتهن كي يحوزه الشركاء بصفة عدلاً فإن لم يتفقوا رفع الامر إلى القاضي فيعين عدلاً يحوزه عن الجميع ويد العدل كيد المرتهن فيتحقق القبض الحكمي في هذه الحالة[٦١] .

ج- أما قولهم بعدم جواز رهن المشاع سواء كان مما ينقسم أو مما لا ينقسم لا عند الشريك فيه ولا عند غيره فهو قول مردود , إذ انهم اجازوا رهن شريكين اثنين أرضاً مشاعةً عند شخصٍ واحدٍ وأن يرهن شريكين مالاً مشاعاً عند اثنين ثم انهم اجازوا بيع الحصة الشائعة سواء كان المال المشاع مما ينقسم أو لا ينقسم[٦٢] . وسواء كان ذلك للشريك أو لغيره.

د- ومما رد به أصحاب الاتجاه الثاني على الاستدلال أصحاب الاتجاه الاول بقولهم "وهذه تخاليط ومناقضات لا خفاء بها وما نعلم لهم شيئاً موهوا به إلا انهم قالوا لا يصح القبض في المشاع ومن قولهم: ان البيع لا يتم إلا بالقبض ، وقد اجازوا البيع في المشاع فالقبض عندهم ممكن في المشاع حيث اشتهوا، وهو البيع، والقبض عندهم غير ممكن في المشاع حيث لم يشتهوا وهو الرهن وحسبنا الله ونعم الوكيل , ويقال لهم: كما يقبض في البيع كذلك يقبض في الرهن ولا فرق"[٦٣] . وذكروا أيضاً "ولو كان القبض لا يصح في المشاع لكان الشريكان فيه غير قابضين له , ولو كان غير قابضين له لكان مهملاً لا يد لأحد عليه وهذا أمر يكذبه الدين والعيان , أما الدين فتصرفهما فيه تصرف ذي الملك في ملكه , واما العيان فكونه عند كل واحد مدة يتفقان فيها أو عند من يتفقان على كونه عنده وبالله تعالى التوفيق"[٦٤].

ه- وقالوا أيضاً المشاع "يجوز فيه الرهن والذي يخالف لا يحتج فيه بمتقدم من اثر فيلزم اتباعه ولا بقياس و معقول"[٦٥]. وبنوا على ما تقدم ضعف اعتبار ملك اليد والحبس الدائم من احكام الرهن لكون "المقصود من الرهن بيع المرهون ليقضى منه الدين عند تعذر الوفاء من الراهن وهو متحقق في المشاع"[٦٦] , ويمكن القول ان الاتجاه الثاني اكثر رجحاناً من الاتجاه الأول للأسباب التالية:

١) ضعف استدلال اصحاب الاتجاه الاول إذا ما قورن بما ساقه اصحاب الاتجاه الثاني من حجج معتبرة.

٢) التناقضات المثيرة التي شابت مواقف اصحاب الاتجاه الاول فجعلته غير مقبول , فهم تارة يجيزون رهن المشاع وطوراً يمنعونه , والدليل على ما نقول ما جاءت به كتبهم حيث جاء في البدائع "وروي عن ابي يوسف ان الشيوع الطارئ على العقد لا يمنع بقاء العقد على صفة رهنه"[٦٧] . وذكروا في محل الشاهد ان طلب الراهن من المرتهن او العدل بيع ثلث المرهون او استحقاق جزء من المرهون للغير يبقى معه الرهن صحيحاً وتأسيساً عليه فانهم اجازوا رهن المشاع وناقضوا ما ذهبوا إليه.

أما رهن ملك الغير فان كان عارية فلا يجوز رهنها الا بإذن مالكها عند الفقهاء المسلمون[٦٨].اما رهن الدين فقد انقسم فيه الفقهاء المسلمون إلى اتجاهين:

الاتجاه الاول: عدم اجازته بحجة ان الغرض من الرهن هو ضمان حق المرتهن بالتنفيذ على العين المرهونة اذا عجز المدين عن الوفاء ولا يمكن تصور ذلك في الدين ان كان مرهوناً , كونه غير مضمون التسليم لوجوده في ذمة مدين المدين , والعين يمكن بيعها واستيفاء حق المرتهن من ثمنها بينما الدين لا يمكن بيعه[٦٩].

الاتجاه الثاني: ذهب إلى اجازة رهن الدين واعتبر حيازة وثيقته حيازةً له , وهو يضمن حق المرتهن كضمان العين لذلك الحق وأوجبوا لرهنه تحقق قيود معينة منها ان يكون الدين المرهون في ذمة مليء(غني) وان يثبت مبلغ الدين المرهون والدين المضمون في وثيقة يتم الاشهاد عليها يحوزها المرتهن ليتمكن اذا جحد المدين حقه ان يلجأ إلى القضاء لإثبات الحق وان كون اجل الدين المرهون اقرب من اجل الدين المضمون[٧٠] . ومن الممكن القول ان الاتجاه الثاني هو اولى بالاعتبار في الوقت الحاضر في شتى الميادين وخصوصاً ميدان المعاملات المالية التي تمثل عصب الاقتصاد في الوقت الحاضر , فالأوراق المالية المتداولة لا يقتصر دورها على اثبات الدين انما تعتبر ادوات تنفيذ في يد الدائن.

١. المرهون به : وهو ما للدائن المرتهن في ذمة مدينه , وقد واتفقت كلمة الفقهاء المسلمين على اعتباره في الدين , واختلفوا في اعتباره في العين فمنهم من منع ان يكون الحق المضمون عيناً ومنهم من اجازه , إذ انقسم بشأنه الفقهاء المسلمون إلى اتجاهين نبينهما في ما يأتي:

الاتجاه الاول : لا يجيز الارتهان بالعين اياً كانت مضمونة بنفسها او بغيرها أو امانة كالمال المغصوب او الوديعة او العارية او غير ذلك , لان الرهن قد ورد في آية المداينة لذلك لا يمكن شمول العين واعتبارها حقاً مضموناً به[٧١]. وان الغرض من انشاء الرهن هو استيفاء

الدين من العين المرهونة فلا يمكن استيفاء العين من العين وبناءاً على ذلك اذا هلكت العين في يد المدين بلا تعد منه فلا يمكن استيفاء قيمتها من الرهن , بينما الدين لا يتصور هلاكه كونه ثابتاً في ذمة المدين فان عجز المدين عن رده امكن استيفاءه من قيمة العين المرهونة. وإذا كان الحق المضمون به عيناً فان ذلك لا يستقيم مع الهدف من انشاء عقد الرهن ان كانت المعاملة بيعا باعتبار رهن المبيع لدى البائع ضامنا للثمن الذي هو دين في ذمة المشتري يمكن استيفاءه من قيمة المبيع و لا يمكن ذلك ان كان الثمن عيناً لوجوب التقابض مباشرة , وذلك يتنافى مع الحكمة من انشاء الرهن , وهو الرأي الراجح لدى فقهاء الامامية واجمع عليه فقهاء الشافعية والزيدية والظاهرة والاباضية وذهب اليه زفر من فقهاء الحنفية[٧٢] .

الاتجاه الثاني : فقد ميز بين ثلاثة انواع من الاعيان:

النوع الاول: العين المضمونة بنفسها عند هلاكها كالمغصوب في يد الغاصب والمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المرأة وبدل الصلح من دم العمد في يد العاقلة.

النوع الثاني : العين المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع.

النوع الثالث : العين غير المضمونة كالوديعة والعارية ومال المضاربة والشركة ونحوها , فيقتصر الحق المضمون به على النوع الاول لدى اصحاب هذا الاتجاه لكون الثاني مضمون بالثمن والثالث امانة غير مضمونة ويستدلون لرأيهم بالقول , ان الحق المضمون يتعلق بمالية العين المضمونة فان وجدت امكن استردادها عند حلول ميعاد الاستحقاق وان هلكت فأنها تكون مضمونة اما بمثلها او بقيمتها فبالإمكان بهذا الاعتبار عدها دين في ذمة المدين الراهن إذا هلك المرهون بيد المرتهن فهو يهلك بقيمة مقارنة بقيمة العين المضمونة أي الحق المضمون به فان كانت القيمة متساوية سقط الدين وان كانت قيمة احداهما اعلى من الاخرى يترادان الفضل , وذهب إلى هذا الرأي فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة , وهو الرأي المرجوح لدى فقهاء الامامية والاباضية [٧٣] .

ومن خلال الاطلاع على ادلة الفريقين وتحليلها نرى إنّ ادلة الاتجاه الاول هي الارجح من ادلة الاتجاه الثاني واقوى من حيث الاحتجاج , فمما يؤخذ على الاتجاه الثاني اجازة كون الدين المضمون عيناً وان كانت مضمونة بنفسها فان هلاكها بزلزال او حريق او هدم او ما يدعى في الفقه الاسلامي آفة سماوية يؤدي إلى براءة ذمة المدين الراهن. ويستلزم ذلك خسارة المرتهن حقه المضمون بالرهن فيتحول من دائن إلى مدين مع بقاء ضمانه للمال المرهون وسقوط حقه لا إلى بدل , بينما لو كان ذلك الحق دينا لا عينا فيستحيل هلاكه وان توفي المدين الراهن لتعلقه بذمته وهو واجب السداد من قيمة العين المرهونة متقدماً على باقي الدائنين وحقوق الورثة والموصى لهم ان لم يوجد مال غيره للراهن عند وفاته يمكن ان يفي بالغرض.

المطلب الثاني

موقف القانون المدني من العناصر المكونة للرهن الحيازي

إن الرهن الحيازي لدى فقهاء القانون لا يتكون الا اذا توافقت ارادتي الراهن والمرتهن المعبر عنه بارتباط القبول بالإيجاب ، وتطبيقاً للقواعد العامة يجب ان يكون رضا كل طرف من طرفيه خالياً من عيوب الارادة كالإكراه والغلط والغبن الفاحش الناشئ عن تغرير أو استغلال(٧٤).

والعناصر التي يتكون منها العقد هي نفسها التي سبق بحثها في الفقه الاسلامي , غير ان تبويبها اطلقت عليه الاصطلاحات القانونية فادرج العاقدان في الركن الاول وهو التراضي والمال المرهون في المحل والدين المضمون في السبب لنشوء عقد الرهن وهو ما سنبينه تباعاً:

١) العاقدان : الاصل في العاقدين ان يكونا الراهن والمرتهن ويشترط ان يكونا اهلا لإجراء التصرفات القانونية , فالأهلية المطلوبة هنا هي اهلية الاداء لا اهلية الوجوب(٧٥) . اما التصرفات التي من الممكن ان يجروها ان اكتملت اهليتها فهي على ثلاثة انواع:

النوع الاول : التصرفات النافعة نفعا محضا : كقبول الهبات

النوع الثاني : التصرفات الضارة ضررا محضا : كالتبرع إلى للغير.

النوع الثالث التصرفات الدائرة بين النفع والضرر : كالمعاوضات.

والرهن يختلف تكييفه من حيث اعتباره تصرفاً نافعاً او ضاراً او دائراً بين النفع والضرر بحسب اختلاف اهلية اطرافه المطلوبة قانوناً(٧٦) . وهو ما سنبحثه من خلال ما يلي:

أ- اهلية الراهن : والراهن قد يكون المدين او الكفيل العيني ففي كلتا الحالتين ينبغي ان يكون اهلاً للتصرف باعتبار الرهن بالنسبة له من اعمال التصرف , فقد يكون نتيجته بيع المرهون في المزاد العلني إذا لم يتم وفاء الدين فإن كان الراهن المدين يعد الرهن بالنسبة له من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر. باعتباره تصرفاً بمقابل وهو حق المرتهن . وبناءاً على ذلك يجب ان يكون الراهن بالغاً عاقلاً رشيداً او صبياً مأذونا بالتجارة ان كان التصرف داخلاً في حدود الاذن فان كان محجوراً عليه لعارض من عوارض الاهلية كالسفه او كان صبياً مميزا غير مأذون عد تصرفه صحيحاً موقوفاً على اجازة الولي , اما ان كان مجنوناً او صغيرا عديم التمييز عد تصرفه باطلاً ولا عبرة بإجازة وليه(٧٧) . وللولي ان يرهن لحاجة الصغير او حاجته قانوناً(٧٨). اما ان كان الراهن كفيلاً عينياً فإن ما يتعلق به وفقاً للفقه فهو عنصر المسؤولية لا عنصر المديونية فيكون مسؤولاً في حدود ما قدمه من مال على سبيل الرهن لضمان دين المدين ولا يسأل في ما زاد عن ذلك من أمواله الأخرى(٧٩) . اما الرهن فيعد من التصرفات الضارة ضرراً محضاً بالكفيل العيني

او الدائرة بين النفع والضرر بحسب كونه تقديمه للرهن على سبيل التبرع او بدلا لمعاملة بينه وبين المدين وبالتالي فان اهليته في الحالة الاولى , يجب ان تكون اهلية البالغ العاقل الرشيد الذي يعد تصرفه باطلاً ان كان محجوراً عليه لسفه او ان كمان صبياً مميزاً , اما في الحالة الثانية فيعد تصرفه موقوفاً على اجازة الولي لكونه دائراً بين النفع والضرر[٨٠].

ب-أهلية المرتهن : هنالك فرق أساسي بشأن أهلية المرتهن في الرهن التأميني عنه في الرهن الحيازي , ففي الرهن التأميني تعد المعاملة نافعة نفعاً محضا فلا يستلزم ذلك من المرتهن الا ان يكون اهلا للاغتناء كون عقد الرهن لا يرتب عليه أي التزام , بينما في الرهن الحيازي يلتزم المرتهن بجملة من الالتزامات والتي يعد أي اخلال بها شرطاً لقيام ضمان المرتهن للمال المرهون, لذا يعد الرهن من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر والتي تتطلب كمال اهلية المرتهن ليكون العقد صحيحاً , منتجاً لآثاره فان حجر عليه لسفه او لغفله او لصغر سن عد العقد صحيحاً موقوفا على اجازت وليه ويبطل رهنه ان كان مجنونا او صغيراً غير مميز[٨١] .

٢) الشيء المرهون : الاصل في الاشياء انها تنقسم إلى عقارات ومنقولات , وترجع جذور هذا التقسيم إلى القانون الروماني , وقد عرفته الشريعة الاسلامية ونظمته القوانين المدنية الحديثة كما سبق بيان المقصود به فيها في عناصر ضمان المرتهن , وقد وضع فقهاء القانون شروطاً ينبغي تحققها كي يمكن ان يكون الشيء مرهوناً:

أ) ان يكون المال المرهون مما يمكن بيعه عقاراً كان أم منقولاً أم دينا فما جاز بيعه جاز رهنه ويستثنى من ذلك ما لا يمكن الحجز عليه كالمرافق العامة ودين النفقة والمرتبات والديون والسندات غير القابلة للتحويل والحجز والحقوق العينية التبعية كحق الرهن الحيازي والتأميني والامتياز وحقوق الارتفاق لعدم إمكانية بيعها مستقلة عن العقار المرتفق[٨٢] .

ب) أن يكون المرهون موجودا عند انشاء الرهن او قابلا للوجود فان كان مستحيل الوجود عد العقد باطلا , وكذلك ان كان المال مستقبلا في التقنين المدني المصري وهو ما ذهب اليه فقهاء القانون[٨٣]. اما في القانون المدني العراقي فلم نجد ما يدل على بطلان رهن المال المستقبل بل ان القواعد العامة قد اجازت ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد في المادة (١٢٩) من هذا القانون , الا ان قانون التسجيل العقاري رقم(٤٣) لسنة ١٩٧١ قد منع من رهن الاموال المستقبلية[٨٤] وقد اصاب المشرع العراقي في ذلك لتحقق العلة التي من اجلها منعت القوانين المدنية رهن المال المستقبل خشية عدم ايلولة ملكيته للراهن او لكونه مال غير معين[٨٥] .

ج) ان يكون المال المرهون معيناً تعينا كافيا , فإن لم يرد نص في احكام الرهن الحيازي يقضي بذلك وان لم يحل إلى احكام الرهن التأميني يلزم الرجوع إلى ما تقضي به القواعد العامة للقانون المدني وهو ما ذهب اليه فقهاء القانون(٨٦).

د) أن يكون المرهون مما يمكن حيازته سواء كان عقارا ام منقولاً أم دينا كون الحيازة شرط لتمام الرهن الحيازي سواء كان من انتقلت اليه حيازة المرتهن ام العدل فان كان المرهون غير قابل لنقل الحيازة حقيقة او حكما , كالدين غير الثابت بالكتابة , فلا يمكن رهنه رهناً حيازياً لعجز الراهن عن نقل حيازته للمرتهن قانوناً(٨٧) .

ه) ان يكون المرهون مملوكاً للراهن لكون الرهن ليس من اعمال الاستغلال او الادارة وإنما هو من اعمال التصرف التي لا تجوز الا من المالك , فأن اجرى التصرف غير المالك كان موقوفاً على اجازة المالك , فأن اجازه نفذ والا لم ينفذ ما لم يتملك الراهن المرهون(٨٨). ويجوز رهن المشاع حيازيا , ومن التقنينات من صرحت بذلك بأن احالت إلى الرهن التأميني بشأنه(٨٩).

٣) الدين المضمون بالرهن : ان كل دين صحيح مستوفي لما تطلبه القانون لاجل اثباته من الجائز ان يكون دينا مضمونا بالرهن سواء كان منجزا او معلقاً على شرط او مستقبلا او احتماليا , كما يجوز اعطاء الرهن لضمان اعتماد مفتوح او لفتح حساب جاري شريطة تحديد مبلغ الدين , او الحد الاقصى الذي من الممكن ان يصل اليه. ويلزم تحديد مصدر الدين ان كان عقداً او إرادة منفردة او عمل غير مشروع او كسب بلا سبب او نص القانون , وقد يكون الدين قرضاً او مرتباً مدى الحياة أو ثمن مبيع(٩٠). وفي القانون المدني الفرنسي نلاحظ ان نص المادة (٢٠٧١)(٩١) . التي عُرف فيها الرهن الحيازي وقد بينت العناصر المكونة للرهن والتي يمكن القول بشأنها ان الرهن الحيازي في هذا القانون ينعقد بتطابق ارادتي الراهن والمرتهن واذا ما اريد تحليل ما ورد في المادة المشار إليها نجد ان الرهن يتكون من العناصر الآتية:

أولها انطباق الارادتين (الصيغة) , وثانيها الراهن , وثالثها المرتهن ورابعها الشيء المرهون , وخامسها الدين المضمون , في حين ان تكوين الرهن الحيازي لدى المشرع المصري يمكن استنباط عناصره من نص المادة (١٠٩٦) من القانون المدني المصري حيث تضمنت صيغة العقد والراهن والمرتهن والمال المرهون والدين المضمون , ومن يقوم بتقديم الرهن ان كان غير الراهن والشخص الثالث الذي يوضع على يده الرهن وهو الاجنبي(٩٢). بينما ركزت مجلة الاحكام العدلية في تعريف الرهن على المال المرهون والدين المضمون دون التعرض لاطراف العقد(٩٣) . وعناصر تكوين الرهن الحيازي نجدها متوافرة لدى المشرع العراقي في تعريفه الوارد في نص

المادة (١٣٢١) [٩٤] . فمن الصيغة إلى العاقدين والمال المرهون والدين المـــضمون والعـــدل , ولا ينقص هذه العناصر الا غير الراهن أي الكفيل العيني اذ لم يشر إليه بضمن العناصر المكونة للعقد في التعريف اعلاه.

المبحث الثالث

علاقة الرهن الحيازي بقواعد ضمان المرتهن للمال المرهون

للرهن الحيازي علاقة وثيقة بقواعد ضمان المرتهن للمال المرهون تلك العلاقة التي تثير تساؤل مفاده هل يصلح الرهن الحيازي كي يكون اساس لضمان المرتهن للمال المرهون في جميع الاحوال ؟ والاجابة عن هذا التساؤل تقتضي تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نخصص المطلب الاول منهما للعقد كأساس لضمان المرتهن في الفقه الاسلامي ، ونفرد الثاني للعقد كأساس لضمان المرتهن في القانون المدني

المطلب الأول

العقد كأساس لضمان المرتهن في الفقه الإسلامي

إن لعقد الرهن أهمية كبيرة حيث يكتسب اطرافه صفتهم , كمرتهن وراهن من خلاله فلولاه لما كانت يد المرتهن على المال المرهون لدى الفقهاء المسلمون توصف بكونها مشروعة , باعتبار من حاز مالاً مملوكاً للغير خلسة او جبراً كالسارق او الغاصب , يضمنه في جميع الاحوال ان لم يرده إلى مالكه سواء هلك بيده بتعديه او بلا تعد منه لكونه فعله في حد ذاته يعد تعديا لديهم , ومن فقهاء المسلمون من يرى عدم تحول ضمان الغصب إلى ضمان الرهن وان اقره المالك على ابقاء المال تحت يده , فهو يشترط لتغير الضمان عودة المال إلى مالكه واقباضه مجدداً لمن قام بغصبه اولاً[٩٥] .

أو ان يكون الحائز للمال بصفة مشروعة باعتباره مستأجراً أو وديعاً أو غير ذلك فلا ينهض ضمانه عند الفقهاء المسلمون الا بتعديه او تقصيره على حد سواء[٩٦] . ولما كانت حيازة المرتهن للمرهون تستمد مشروعيتها من عقد الرهن الحيازي الذي يعتبره الفقهاء المسلمون من اهم عقود الضمان , فبذلك لا يمكن انكار اهمية علاقته بضمان المرتهن للمال المرهون , فبدونه لا وجود لمرتهن[٩٧] . ومع ذلك من الممكن القول باستبعاد عقد الرهن من ان يكون اساساً لضمان المرتهن , في حالات معينة يكون فيها هذا العقد قائماً ومرتباً لجميع آثاره باستثناء ما يتعلق منها بضمان المرتهن للمال المرهون , ومن هذه الحالات وضع المرهون في يد عدل حيث يكون العدل هو من يضمن ما يحصل للمرهون ولا يضمنه المرتهن لعدم حيازته له[٩٨] . وهذا ينطبق على حالة خروج المرهون من حيازة المرتهن إلى راهنه او إلى غيره برضى المرتهن بإعارة او اجارة او لغرض الانتفاع او اذا غصبه الراهن وهلك بيده , اذ يكون الضامن هنا هو من حاز المرهون

راهنا كان ام غيره وليس المرتهن[٩٩] , وذلك يعني استبعاد العقد من ان يكون اساساً للضمان في هذه الحالات.

المطلب الثاني

العقد كأساس لضمان المرتهن في القانون المدني

يمكن القول بأن لهذا العقد أهمية كبيرة للدائن والمدين فهو الذي يضفي عليهما , صفة الراهن والمرتهن وبدونه لا يمكن تصور مثل هذه الصفة في من وضع يده على مال مملوك للغير , فقد يكون ذلك الحائز يحوز المال بصفة غير مشروعة باعتباره سارقاً او غاصباً , فيضمنه في جميع الاحوال ان لم يرده إلى مالكه أو ان يكون الحائز للمال بصفة مشروعة باعتباره مستأجراً أو وديعاً أو غير ذلك فلا ينهض ضمانه الا بتعديه أو تقصيره[١٠٠] . اما حيازة المرتهن للمال المرهون فيمكن توصيفها بأنها حيازة مشروعة , لاستنادها إلى عقد مشروع وهو عقد الرهن الحيازي كونه من اهم عقود الضمان التبادلية لتحقيق مصالح متقابلة لكل من طرفيه فهو يحقق الامان للمرتهن والأتمان للراهن[١٠١] .

وتأسيساً على ما تقدم لا يمكن انكار اهمية عقد الرهن وعلاقته بضمان المرتهن فلولاه ما كان هنالك مرتهن , غير انه مع وجود هذه الاهمية لعقد الرهن لا يمكن التسليم باعتباره اساساً لضمان المرتهن للمال المرهون في الحالات التالية:

١. اذا وضع المرهون في يد عدل اختاره المرتهن والراهن باتفاقهما او نصبته المحكمة ان اختلفا في اختياره , يكون عقد الرهن قائماً وتثبت لكل من طرفيه الصفة التي يضفيها عليه هذا العقد ككونه راهنا أو مرتهناً , ويظل المال المرهون ضامناً للدين الذي في ذمة المدين وتبقى للدائن الاولوية على ثمن ذلك المال ان لم يفي المدين بما عليه في الوقت المحدد للوفاء , ومع ذلك كله لا يعد المرتهن ضامناً للمال المرهون لأن من يكون ضامناً للمرهون في هذه الحالة هو العدل وبالتالي لا يمكن القول بأن العقد هو أساس ضمان المرتهن هنا[١٠٢].
٢. إذا استرد الراهن المرهون بأذن المرتهن او رغما عنه , وثبت ان المرتهن لم يتنازل عن حق الرهن خلال مدة العقد يبقى عقد الرهن مرتباً لجميع آثاره ولا ضمان على المرتهن فليس العقد هنا اساساً للضمان[١٠٣] .
٣. ويلحق بما تقدم اذا خرج المرهون لغير الراهن بطريق مشروع كإعارته وايداعه او اجارته لذلك الغير بإذن الراهن , فلا يمكن اعتبار عقد الرهن اساساً لضمان المرتهن

لعدم وجود الضمان لما يحصل للمرهون وهو في يد من انتقلت إليه الحيازة إذ يكون هو الضامن لا المرتهن على الرغم من بقاء عقد الرهن قائما ومرتباً لآثاره[١٠٤] .

٤. مع اضفاء صفة المرتهن على الراهن بمجرد انشاء الرهن الحيازي , فأنه لا يعد ضامناً لما قد يحصل للمرهون بعد العقد وقبل تسلمه له وهو ما اقرت به القوانين المدنية ومجلة الاحكام العدلية والقانون المدني العراقي[١٠٥] . ورسخته قرارات محكمة التمييز إذ قضت في قرار لها بأنه "يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه ان يقبض المرتهن المرهون فأن لم يتم القبض عند العقد فليس للمرتهن مطالبة الراهن بتسليم المرهون , ومنع معارضته له بالمنفعة"[١٠٦] .

ويستفاد من القرار المذكور ان عقد الرهن وحده لا يكفي لإلزام الراهن بإجابة المرتهن لطلبه بتسليم المرهون , فكيف يمكن ان نعتبره وحده اساساً لضمان المرتهن للمال المرهون ان لم يقترن بالقبض.

الخاتمة

توصلنا من خلال البحث الى عدة نتائج وتوصيات نورد منها ما يأتي :

١. توصلنا إلى إمكانية تعريف الرهن الحيازي بأنه (حق عيني تبعي للمرتهن وارد على مال يسلم اليه او إلى عدل يختاره المتراهنان او تعينه المحكمة اذا اختلفا في اختياره , من قبل المدين او الكفيل العيني ضماناً لدى المرتهن يخوله ذلك الحق , حبس المرهون حتى استيفاء الدين وان يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من قيمة هذا المال او ما يحل محله في أي يدٍ يكون) . وهذا التعريف يمتاز بعدة مزايا منها تعريف الرهن بانه حق وهو ينصب على مال والمال قد يكون عقارا او منقولا او دينا والذي يقدمه هو الراهن او الكفيل العيني، والذي يحوزه هو اما المرتهن او العدل المختار او المعين من قبل القضاء , ثم ان للمرتهن مزيتي التتبع والتقدم اللتان تخولانه استيفاء حقه من قيمة المرهون ان عجز الراهن عن الوفاء في اجل الاستحقاق فضلاً عن الحق في الحبس

٢. ظهر ان الفقهاء المسلمون اختلفوا في تكوين عقد الرهن , فمنهم من قصر اركانه على ركن واحد , ومنهم من قال بتعدد اركان العقد , على تفصيل سبق بيانه ، وهو ما اعتمده فقهاء القانون عند تناولهم اركان العقد.

٣. اتضح لنا اتفاق مواقف التشريعات المدنية مع موقف جمهور الفقهاء المسلمون في اجازة رهن الصبي المميز والسفيه اذا اذن له الولي بذلك الرهن وتعدت ذلك بإجازة رهن الصبي المأذون بالتجارة بلا اذن .

٤. اتضح لنا عدم التوافق بين موقف التقنينات المدنية و موقف جمهور الفقهاء المسلمون حيث منعوا من رهن الدين , انما وافق موقف بعض فقهاء الامامية والزيدية والشافعية والمالكية في اجازتهم لرهن الدين كما تم بيانه سابقاً.

٥. تبين من خلال البحث موافقة موقف القوانين المدنية موقف الفقه الاسلامي في الاقرار بوجود ارتباط بين عقد الرهن الحيازي وضمان المرتهن للمال المرهون ومع ذلك لا يمكن ان نجزم باعتبار عقد الرهن الحيازي وحده اساساً لضمان المرتهن للمال المرهون في جميع الاحوال ان لم يقترن بالقبض للأسباب التي سبق بيانها.

٦. وافق موقف التشريعات المدنية موقف جمهور الفقهاء المسلمون في اجازة رهن المشاع على الرغم من خلو اغلب التشريعات المدنية من نصوص تفصيلية لرهن المشاع حيازياً واحالتها على احكام الرهن التأميني بخصوص ذلك ومنها القانون

المدني العراقي , ومن الممكن القول ان هذا الموقف هو موقف غير سليم , لكون اغلب الاشكالات تثار ضمن اطار الرهن الحيازي , باعتبار قوامه يتمثل في انتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن ضماناً لحقه , وللاستيثاق من استيفاء دينه عند عجز المدين عن الوفاء , ولضمان عدم تصرف المدين بالمرهون بما يؤدي إلى الاضرار بالمرتهن , بينما في نطاق الرهن التاميني لا نجد مثل هذه الاشكالات اذ ان المرهون يبقى في حيازة راهنه حتى حلول اجل الدين , فيد المدين ويد الشركاء المشتاعين تبقى على المال المرهون ولا تتغير فلا اشكال يذكر , لذا نوصي المشرع العراقي بتعديل نص المادة (١٣٢٩) بما يتفق واهمية رهن المشاع حيازياً.

الهوامش

١. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري , لسان العرب , ج٢٠ , دار المعارف , القاهرة , بدون سنة طبع , ص١٧٥٧. إبراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات ومحمد علي النجار , المعجم الوسيط , ج١, المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر , اسطنبول – تركيا , بدون سنة طبع , ص٣٧٨. محمد بن ابي بكر الرازي , مختار الصحاح , دار الرضوان , ٢٠٠٦م , ص١٩٠.

٢. أنظر : دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي , المصدر السابق , ج٢ , ص١٥٨.

٣. راجع : التاج المذهب , المصدر السابق , ج٣ , ص٢٢٦.

٤. أنظر : المجموع شرح المهذب , المصدر السابق , ج١٣ , ص٢٤٨.

٥. أنظر : الجوهرة النيرة , المصدر السابق , ج١ , ص٥١٤.

٦. أنظر : الاقناع في مسائل الاجماع , المصدر السابق , ج٢ , ص٢٥٤.

٧. أنظر : الروض المربع , المصدر السابق , ج١ , ص٥٤٥.

٨. أنظر : شرح النيل , المصدر السابق , ج١١ , ص٥.

٩. نظر النص الاصلي للمادة (٢٠٧١) :

"Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette".

بينما عرف المشرع الالماني في تقنينه المدني الرهن في النص المادة (١١١٣ ف١) فجاء فيها " الرهن العقاري هو عبارة عن تكليف بسببه يكون هنالك مالك عقار ملزم بدفع مبلغ معين , لصالح صاحب الحق من اجل ابراء دين يخصه" ويلاحظ على هذا التعريف ان المشرع الالماني عبر عن الرهن بالتكليف (الالتزام) مرجحاً جانب المسؤولية والمديونية على الصفة العقدية للرهن وهو امر يحسب له لا عليه كون العقد وسيلة للوصول إلى حق المرتهن في ذمة الراهن ويؤخذ على هذا التعريف قصره معنى الرهن الحيازي على الرهن العقاري دون غيره فلو كانت العبارة عامة لكان افضل لوجود رهون اخرى كرهن المنقول او رهن الدين , كما انه لم يشر إلى امكانية تقديم الرهن من غير المدين (كفيل عيني) او امكانية وضعه على يد غير الدائن (العدل) وعلى العموم فهو يعتبر من وجهة نظرنا ارجح من التعريف الفرنسي للرهن لتجاوزه مرحلة العقد.

١٠. انظر : المواد (١٣٧٢) من القانون المدني الاردني , (١١٧٠) التزامات والعقود المغربي , (١٠٢٨) من القانون من القانون المدني السوري , (١٤٤٨) من القانون المعاملات المدنية الاماراتي , (١٠١) من القانون الملكية العقارية اللبناني.

١١. أنظر : د. السنهوري , الوسيط , المصدر السابق , ج١٠ , ص٧٣٨. د. محمود جمال الدين زكي , التأمينات , المصدر السابق , ص٣٦٠-٣٦١. د. محمد كامل مرسي , المصدر السابق , ص٣٥٥.

١٢. انظر : المواد (١٠٢٧) من القانون المدني الكويتي , (١١٠٠) من القانون المدني الليبي , (٩٤٨) من القانون المدني الجزائري.

١٣. انظر : د. سمير تناغو ,التأمينات، المصدر السابق , ص٣٤٠. د. سعيد عبد السلام , المصدر السابق , ص٥٤٥. د. محمود جمال الدين زكي , التأمينات , المصدر السابق , ص٣٦١.د. محمود كامل مرسي , المصدر السابق , ص٣٥٥.

١٤. راجع في شرح المادة : منير القاضي ، المصدر السابق ، ج٢ ، ص ٩٠ .

١٥.نصت المادة الفقرة الأولى من المادة (١٣٢٢) من القانون المدني العراقي على انه "يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون". وينظر بشأنها أ. محمد طه البشير , المصدر السابق , ص١٨١-١٨٣. مصطفى مجيد , المصدر السابق , ص٤٤٠-٤٤١.

١٦.انظر : د. صلاح الدين الناهي , المصدر السابق , ص١٠٤. د. عادل السيد فهيم , المصدر السابق , ص٢١٤.

١٧.قرارها رقم (١٤٤١ / م٤ / ٩٧١ بتاريخ ١٢ / ١٢ / ١٩٧١) منشور في النشرة القضائية , العدد الثاني , السنة الرابعة , ص٨٥. وينظر في المعنى نفسه القرار رقم (١٨٤،١٨٧ / هيئة عامة اولى / ٧٣ تاريخ القرار ٢٣ / ٦ / ١٩٧٣) منشور في النشرة القضائية , العدد الرابع , السنة الثانية , ص٦٤. صدرا عن المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز , القسم المدني , المصدر السابق , ص٣٦٤-٣٦٦.

١٨. قرارها رقم (٢٥٣٣ / م٣ / ٩٧٥ تاريخ القرار ٢ / ٦ / ١٩٧٧) منشور في مجموعة الاحكام العدلية , العدد الثاني , السنة الثامنة , ص٣ , صدر عن المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز , القسم المدني , المصدر السابق , ص٣٧٥.

١٩.انظر : المواد (١٣٣٤ , ١٣٤٠، ١٣٥٠) من القانون المدني العراقي .

٢٠.انظر : د. صلاح الدين الناهي , المصدر السابق , ص١٠٤. أ. محمد طه البشير , المصدر السابق , ص١٨٣.

٢١.نصت المادة (٧٠٥) من المجلة على انه "العدل هو الذي ائتمنه الراهن والمرتهن وسلماه واودعاه الرهن" شرح المجلة لسليم رستم باز , المصدر السابق , ص٣٣١.

٢٢.أنظر : انظر الفقه على المذاهب الأربعة مع مذهب أهل البيت (D) , المصدر السابق , المجلد الثاني , ص٣٧٦. مصباح الفقيه , المصدر السابق , ج١٤ , ص٥٤٧. الديباج في توضيح المنهاج , المصدر السابق , ج١ , ص٣٩٤. احمد الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيد احمد الدردير , ج٣ , لطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة طبع ، ص١٩٠. الروض المربع , المصدر السابق , ج١ , ص٥٤٥-٥٤٦. موسوعة الفقه الإسلامي. د. وهبة الزحيلي , المصدر السابق , ص٨٠-٨١.

٢٣.ذهب الحداد الحنفي إلى القول "وهو ان يقول الراهن , ورهنتك هذا الشيء بدينك الذي لك علي , إنما جعل الركن مجدد الايجاب من غير قبول لأن الرهن عقد تبرع" الجوهرة النيرة , المصدر السابق , ج١ , ص٥١٥. خزانة الفقه, المصدر السابق , ص١٨٤. الموسوعة الفقهية , د. وهبة الزحيلي , المصدر السابق , ص٨٠-٨١.

٢٤.أنظر : الفقه على المذاهب الاربعة مع مذهب اهل البيت (D) , المصدر السابق , المجلد الثاني , ص٣٧٦ وما يليها. موسوعة الفقه الإسلامي , د. وهبة الزحيلي , المصدر السابق , ص٨٠-٨١.

٢٥.أنظر : الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية , المصدر السابق , ج٢ , ص٣٧٠-٣٧١. الشرح الصغير المطبوع مع بلغة السالك , المصدر السابق , ج٣ , ص١٩٠ وما يليها.

٢٦.راجع : الحدائق الناضرة , المصدر السابق , ج٢٠ , ص٢٠٧-٢٠٨. التاج المذهب , المصدر السابق , ص٢٢٦-٢٢٧.حاشية البيجوري , المصدر السابق , ج١ , ص٦٩٠. شرح النيل , المصدر السابق , ج١١ , ص٥ وما يليها.

٢٧.أنظر : الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية , المصدر السابق , ج٢ , ٣٧٠-٣٧١. شرح فتح القدير , المصدر السابق , ج٨, ص١٨٩. مدونة الفقه المالكي , المصدر السابق , ج٣ , ص٦٣٦. المغني , المصدر السابق , ج٤ , ص٣٦٧. المحلى , المصدر السابق , ج٨ , ص٨٧.

٢٨.ذكر صاحب كلمة التقوى في معنى المعاطات "يصح ان ينشأ عقد الرهن بالفعل ان كان الفعل دالاً في متفاهم أهل المحاورة على المعنى المقصود فإذا دافع الراهن الشيء المعين وقصد بدفعه إنشاء الرهن على الدين الخاص وقبض الدائن الشيء المدفوع إليه بقصد قبول الرهن صح العقد وثبتت احكامه" كلمة التقوى , المصدر السابق , ج٦ , ص٣٦.

٢٩.راجع : تفصيل الشريعة , المصدر السابق , ص٢٣٦. التاج المذهب , المصدر السابق , ج٣ , ص٢٢٦-٢٢٧. بدائع الصنائع , المصدر السابق , ج٥ , ص١٩٥. مدونة الفقه المالكي , المصدر السابق , ج٣ , ص٦٣٨. بلغة الساغب وبغية الراغب , المصدر السابق , ص٢٠٦.

٣٠.أنظر : النجم الوهاج , المصدر السابق , ج٤ , ص٢٩٤. الديباج , المصدر السابق , ج١ , ص٣٩٤. المحلى , المصدر السابق , ج ٨, ص٨٧ وما يليها.

٣١.أنظر : مفتاح الكرامة , المصدر السابق , ج١٥ , ص٢٣٢. البحر الزخار , المصدر السابق , ج٥ , ص١٦٨. سليمان بن محمد بن عمر , حاشية البيجرمي على شرح منهاج الطلاب لزكريا الانصاري , ج٢ , الطبعة الاولى , دار الكتب العلمية , بيروت – لبنان , ١٤٥٢٠هـ - ٢٠٠٠م , ص٤٧٠. البدائع , المصدر السابق , ص١٩٥-١٩٦. مدونة الفقه المالكي , المصدر السابق , ج٣ , ٦٣٧. الاقناع لطالب الانتفاع , المصدر السابق , ج٢ , ص٣٠٩ وما يليها . المغني والشرح الكبير على متن المقنع , المصدر السابق , ج٤ , ص٤٢٢-٤٢٣. المحلى , المصدر السابق , ج٨ , ص١٠٠-١٠٢. شرح النيل , المصدر السابق , ج١١ , ص٤٤.

٣٢.أنظر : كلمة التقوى , المصدر السابق , ج٦ , ص٣٥ , وقريب من الحطاب , المصدر السابق , ج٥ , ٣٧٠.

٣٣.أنظر : مسالك الافهام , المصدر السابق , ج٤ , ص٣٣-٣٤ . التاج المذهب , المصدر السابق , ج٣ , ٢٢٧. حاشية البيجرمي , المصدر السابق , ج٨ , ص٤٧١-٤٧٢.

٣٤.أنظر : مصطلحات الفقه , المصدر السابق , ص٢٧٨., بدر الدين محمد بن ابي بكر بن سلمان البكري الشافعي , الاعتناء ، ج١ , الطبعة الاولى , دار الكتب العلمية , بيروت – لبنان , ١٤١١هـ - ١٩٩١م , ص٥٠١.

٣٥. أنظر : التاج المذهب , المصدر السابق , ج٣ , ص٢٢٧. بدائع الصنائع , المصدر السابق , ج٥ , ١٩٦. مدونة الفقه المالكي , المصدر السابق , ج٣ , ٦٢٩. المغني , المصدر السابق , ج٤ , ٣٦٤-٣٦٥.

٣٦. أنظر : الحدائق الناضرة , المصدر السابق , ج٢٠ , ص٢٣٦. التاج المذهب , المصدر السابق , ج٣ , ص٢٢٧. حاشية البيجوري , المصدر السابق , ج١ , ٦٩٠. البدائع , المصدر السابق , ج٥ , ص١٩٦. الحطاب , المصدر السابق , ج٥ , ٣٧٠. المغني والشرح الكبير , المصدر السابق , ج٤ , ص٤١٨.

٣٧. أنظر : دروس تمهيدية في الفقه , المصدر السابق , ج٢ ,١٥٨. التاج المذهب , المصدر السابق , ج٣ , ص٢٢٧. حاشية البيجرمي , المصدر السابق , ج٨ , ص٤٧١-٤٧٢. الحطاب , المصدر السابق , ج٥ , ص٣٧٠. المغني , المصدر السابق , ج٤ , ص٣٦٤-٣٦٥.

٣٨. أنظر : فتح القدير , المصدر السابق , ج٨ , ص١٨٩-١٩٠. بدائع الصنائع , المصدر السابق , ج٥ , ص١٩٦ــ١٩٧.

٣٩. أنظر : تفصيل الشريعة , المصدر السابق , ص٢٣٦ , الاعتناء في الفرق والاستثناء , المصدر السابق , ص٥٠١. التاج المذهب , المصدر السابق , ج٣ , ص٢٢٧. بداية المجتهد , المصدر السابق , ج٥ , ص٢٣٦. المغني والشرح الكبير على متن المقنع. , المصدر السابق , ج٤ , ٤١٨.

٤٠. أنظر : بدائع الصنائع , المصدر السابق , ج٥ , ص١٩٦.

٤١. أنظر : تحرير المجلة , المصدر السابق , ج٢ , ص٣٤٣.

٤٢. أنظر : مدونة الفقه المالكي , المصدر السابق , ج٣ , ص٦٢٩.

٤٣. أنظر : بلغة الساغب وبغية الراغب , المصدر السابق , ص٢٠٧. الاقناع لطالب الانتفاع , المصدر السابق , ج٢ , ٣٠٩. النجم الوهاج , المصدر السابق , ص٣٠٠.

٤٤. أنظر : البدائع , المصدر السابق , ج٥ , ص١٩٦ وما يليها . الشرح الصغير المطبوع مع بلغة السالك , المصدر السابق , ج٣ , ص١٩٥.المغني والشرح الكبير على متن المقنع , المصدر السابق , ج٤ , ص٤١٨-٤١٩.

٤٥. أنظر : تفصيل الشريعة , المصدر السابق , ص٢٣٦-٢٣٧. حاشية الشرقاوي , المصدر السابق , ج٣ , ص٢٦٣. الهداية شرح بداية المبتدئ , المصدر السابق , ج٣ ,ص ٤٢٢-٤٢٣. لباب اللباب , المصدر السابق , ص٥٠٥. المغني والشرح الكبير , المصدر السابق ,ص ٤١٨-٤١٩. النيل وشفاء العليل , المصدر السابق , ج١١ , ص١٨٢-١٨٣.

٤٦. أنظر : تفصيل الشريعة , المصدر السابق ,ص ٢٣٦-٢٣٧. بدائع الصنائع , المصدر السابق , ج٥ , ص ١٩٦.

٤٧. أنظر : التنقيح الرائع لمختصر الشرائع , المصدر السابق , ج٢ , ١٦٩-١٧٠. حاشية الشرقاوي , المصدر السابق , ج٣ ,ص ٢٦٣. مجمع الانهر , المصدر السابق , ج٤ , ص٢٢٦. بداية المجتهد , المصدر السابق , ج٥ , ص٢٣٦-٢٣٧. المغني , المصدر السابق , ج٤ , ص٢٦٤-٢٦٥. شرح النيل , المصدر السابق , ج١١ ,ص ١٨٢-١٨٣.

٤٨. أنظر : كلمة التقوى , المصدر السابق , ج٦ , ص٣٥ .وفي المعنى نفسه الحطاب , المصدر السابق,ج٥ , ص٣٧٠.

٤٩. أنظر : جامع المدارك , المصدر السابق , ج ٣،ص٣٥١. تفصيل الشريعة , المصدر السابق , ص٢٣٦. المجموع شرح المهذب , المصدر السابق , ج١٣ , ص٢٥٢.

٥٠.أنظر : التاج المذهب , المصدر السابق , ج٣ , ص٢٢٧. بدائع الصنائع , المصدر السابق , ج٥ , ص١٩٦. مدونة الفقه المالكي , المصدر السابق , ج٣ , ص٦٢٩. شرح الزركشي , المصدر السابق , ج٢ , ص٤٥٩ .المحلى بالآثار , المصدر السابق , ج٦ , ص٣٨٣-٣٨٤. النيل وشفاء العليل , المصدر السابق , ج١١ , ص١٨٢-١٨٣. د. القليصي , المصدر السابق , ص٥٥-٥٦.

٥١.أنظر : مدونة الفقه المالكي , المصدر السابق , ج٣ , ص٦٣٠.

٥٢.أنظر : مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل , المصدر السابق , ج١٣ , ص٤١٩.

٥٣.أنظر : مصباح الفقيه , المصدر السابق , ج١٤ , ص٥٧٥. البحر الزخار , المصدر السابق , ج٥ , ١٧٦وما يليها. حاشية البيجوري , المصدر السابق , ج١ ,٦٩١. مجمع الانهر , المصدر السابق , ج٤ , ص٢١٣-٢١٤. النوادر والزيادات , المصدر السابق , ج٨ , ص٣٦٠. إبراهيم بن محمد بن سالم, منار السبل المطبوع مع المغني , ج١ , مكتبة المعارف , الرياض , ١٤٠٥هـ , ص٣٣٠. المحلى بالآثار , المصدر السابق , ج٦ , ٣٦٥. شرح النيل , المصدر السابق , ج١١ , ص٤٦-٤٧.

٥٤.أنظر : مسالك الافهام , المصدر السابق , ج٤ , ص١٩ وما يليها. البحر الزخار , المصدر السابق , ج٥ , ص١٧٣-١٧٥. النجم الوهاج , المجلد الرابع , المصدر السابق , ٣٩٦-٣٩٨. الهداية شرح بداية المبتدئ , المصدر السابق , ج٣ , ص٤٢٠-٤٢٣. لباب اللباب , المصدر السابق , ص٥٠٥-٥٠٦. الروض المربع , المصدر السابق , ج١ , ٥٤٥-٥٤٧. المحلى بالآثار , المصدر السابق , ج٦ , ٣٦٤-٣٦٥. النبيل وشفاء العليل , المصدر السابق , ج١١ , ص٤٩ وما يليها.

٥٥.1) أنظر : المحرر في فقه لشافعي ، المصدر السابق ، ص١٦٧. الروضة البهية ، المصدر السابق ،ج٢، ص٣٧٥ وما يليها. خزانة الفقه المصدر السابق ، ص١٨٤- ١٨٦ . حاشية الدسوقي على الشرح لكبير ، المصدر السابق ،ج٣ نص٣٥٩- ٣٦١.

٥٦.أنظر : مفتاح الكرامة , المصدر السابق , ج١٥ , ص٢٥٣. البحر الزخار , المصدر السابق , ج٥ , ص١٧٤. النجم الوهاج , المصدر السابق , المجلد الرابع , ص٢٩٦. البدائع , المصدر السابق , ج٥ , ص٢٠٠. الاقناع لطالب الانتفاع , المصدر السابق , ج٢ , ٣١٤. شرح النيل , المصدر السابق , ج١١ , ٤٧.

٥٧. أنظر : بلغة السالك لأقرب المسالك , المصدر السابق , ج٣ , ص١٩٠. لباب اللباب , المصدر السابق , ص٥٠٨ــ٥٠٩ .

٥٨. أنظر : تحرير المجلة , المصدر السابق , ج٢ , ص٣٤٣-٣٤٥. التاج المذهب , المصدر السابق , ج٣ , ص٢٣٠ وما يليها. مجمع الانهر , المصدر السابق , ج٤ , ص٢١٤, ٢٢٤, مدونة الفقه المالكي , المصدر السابق , ج٣,ص٦٣٢.المجلى في الفقه ,المصدر السابق,ج٢ , ص١٠٧. المحلى بالآثار , المصدر السابق , ج٦ , ص٣٦٥.

٥٩.أنظر : الجوهرة النيرة , المصدر السابق , ص٥٢٠. الهداية شرح بداية المبتدئ , المصدر السابق , ج٣ , ص٤٢٠. شرح النيل , المصدر السابق , ج١١ , ص٤٤. التاج المذهب , المصدر السابق , ج٣ , ص٢٣٠-٢٣١.

٦٠.أنظر : سورة البقرة : من الآية (٢٨٣) .

٦١. أنظر : مفتاح الكرامة , المصدر السابق , ج١٥, ص٢٧٥. نهاية المحتاج , المصدر السابق , ج٤ , ص١٤١. بداية المجتهد ونهاية المقتصد , المصدر السابق , ج٥ , ص٢٤٧. منار السبل المطبوع مع المغني , المصدر السابق , ج١ , ص ٣٣٠-٣٣١. المحلى بالآثار , المصدر السابق , ج٦ , ص٣٦٥وما يليها. شرح التجريد , المصدر السابق , ج٤ , ص ٣٨١.

٦٢. أنظر : التاج المذهب , المصدر السابق ,ج٣، ص٢٣١. الهداية , المصدر السابق , ج٣ , ص٤٢٠-٤٢١ .

٦٣. أنظر : المحلى بالآثار , المصدر السابق , ج٦ , ص٣٦٤- ٣٦٥.

٦٤. أنظر : المحلى بالآثار , المصدر نفسه , ج٦ , ص٣٦٥.

٦٥. أنظر : تكملة المجموع شرح المهذب , المصدر السابق , ج١٣ , ص٣٧٧.

٦٦. أنظر : تكملة المجموع شرح المهذب , المصدر السابق , ج١٣ , ص٣٧٧. المغني والشرح الكبير على متن المقنع , المصدر السابق , ج٤ , ص٤١٢.

٦٧. أنظر : البدائع , المصدر السابق , ج٥ , ص٢٠٠.

٦٨. أنظر : مسالك الافهام , المصدر السابق , ج٤ , ص١٩-٢٠. البحر الزخار , المصدر السابق , ج٥ , ص١٧٢ وما يليها. النجم الوهاج , المجلد الرابع , المصدر السابق , ص٣٠٠. شرح فتح القدير , المصدر السابق , ج٨ , ص١٨٩ وما يليها. الشرح الصغير المطبوع مع بلغة السالك , المصدر السابق , ج٣ , ص١٩٢-١٩٤. الاقناع لطالب الانتفاع , المصدر السابق , ج٢ , ص٣٠٩. المحلى , المصدر السابق , ج٨ , ص١٠٢.

٦٩. أنظر : كفاية الفقه , المصدر السابق , ص٥٥٦. التاج المذهب , المصدر السابق , ج٣ , ص٢٢٩. حاشية البيجرمي , المصدر السابق ,ج٨ , ص٤٧٣. البدائع ,المصدر السابق , ج٥ , ص١٩٥. بلغة الساغب وبغية الراغب , المصدر السابق, ص٢٠٧.المحلى , المصدر السابق , ج٨ , ص٨٨-٨٩. شرح النيل , المصدر السابق , ج١١ , ص٤٦-٤٧.

٧٠. أنظر : الزبدة الفقهية , المصدر السابق , ج٥ , ص٦٧. البحر الزخار , المصدر السابق , ج٥ , ص١٧٣. النجم الوهاج , المصدر السابق , ج٤ , ص٢٩٦-٢٩٧. الديباج في توضيح المنهاج , المصدر السابق , ج١ , ص٣٩٥. النوادر والزيادات , المصدر السابق , ج٨ , ص٣٢٠.

٧١. أنظر : جمال الدين عبد الرحيم الاسنوي , طراز المحافل في الغاز المسائل , ط١ , مكتبة الرشد للطبع والنشر , ١٤٢٣هـ ٢٠٠٣م , ص٣٢٠. اتحاف الابرار لتهذيب كفاية الاخيار , مؤسسة المختار للنشر , ٢٠٠٥م , ص٣٥٠. . شرح التجريد , المصدر السابق , ج٤ , ص٣٨٣-٣٨٤.

٧٢. أنظر : أصباح الشيعة , المصدر السابق , ص٢٨٧. تحرير المجلة , المصدر السابق , ج٢ , حاشية رقم ٣ , ص٣٤٥. تقي الدين ابي بكر الدمشقي الشافعي , حاشية البيجوري , المصدر السابق , ج١ , ص٦٩٣. حاشية الشرقاوي , المصدر السابق , ج٣ , ص٢٦٣-٢٦٤. البحر الزخار , المصدر السابق , ج٥ , ص١٧٩. وذكر "ولا يصح في عين مطلقاً اذا خصه الله تعالى بالدين فقال {إِذَا تَدَايَنتُم}, المحلى , المصدر السابق , ج٨ , ص١٠١. النيل وشفاء العليل المطبوع مع شرح النيل , المصدر السابق , ج١١ , ص٥١-٥٢. بدائع الصنائع , المصدر السابق , ج٥ , ص٢٠٦-٢٠٧.

٧٣. أنظر : بدائع الصنائع , المصدر السابق , ص٢٠٧. الجوهرة النيرة , المصدر السابق , ج١ , ص٥١٨-٥١٩. الحطاب مواهب الجليل , المصدر السابق , ج٥ , ص٣٨٦. الشرح الكبير المطبوع مع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير , المصدر السابق , ج٣ , ص٣٥٦. الاقناع لطالب الانتفاع , المصدر السابق , ج٢ , ص٣١١. المجلى في الفقه الحنبلي , المصدر السابق , ج٢ , ص١٠٧. ويذهب إلى القول " ويصح الارتهان بعين مضمونة كالمغصوب والعارية والمقبوض على وجه السوم والمقبوض بعقد فاسد...". كلمة التقوى , المصدر السابق , ج٦ , ص٤٦. مسالك الافهام , المصدر السابق , ج٤ , ص٢٨-٢٩. شرح النيل , المصدر السابق , ج١١ , ص٤٩-٥٠.

٧٤. انظر في ذلك :

Ghestin, traite de droit civil, le contrat, formation 1988, P203

وراجع في الشأن نفسه د. محمود جمال الدين , التامينات , المصدر السابق , ص٣٦٦. د. محي الدين اسماعيل , اصول القانون المدني , المصدر السابق , ص٥٧٩-٥٨٠.

٧٥. وتعرف أهلية الوجوب بانها " صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له أو عليه " بينما تعرف أهلية الاداء بأنها " صلاحية الشخص لممارسة الحقوق التي يتمتع بها من حيث اعمال ارادة الشخص اعمالا يستلزم ترتيب اثر قانوني" ينظر بشأن ذلك د. باسم عاطف المختار , المصدر السابق , ص٤٩-٥٠.

٧٦. أنظر : د. محمود جمال الدين , التأمينات , المصدر السابق , ص٣٦٦. أ. محمد طه البشير , المصدر السابق , ص١٨٦-١٨٧.

٧٧. أنظر : أ. محمد طه البشير , المصدر السابق , ص١٨٧-١٨٨. د. انور العمروسي , المصدر السابق , ص٣١٢.

٧٨. أنظر : د. سعيد عبد السلام , المصدر السابق , ص٥٤٧. د. يوسف عبيدات , المصدر السابق , ص٢٩٥-٢٩٦. د. محي الدين اسماعيل , المصدر السابق , أصول القانون المدني , ص٥٧٨.

٧٩. انظر :د. محمد لبيب شنب , المصدر السابق , ص١٤٧-١٤٨. د. محمد كامل مرسي , المصدر السابق , ص٤٧٥.

٨٠. راجع : د. نبيل ابراهيم , المصدر السابق , ص١٧٩. د. سمير تناغو , التأمينات , المصدر السابق , ص٣٤٦. أ. محمد طه البشير وغني حسون طه ،المصدر السابق , ص ٤٩٤- ٤٩٥.

٨١. أنظر : أ. محمد طه البشير , المصدر السابق , ص١٨٨-١٨٩. د. محي الدين اسماعيل , شرح التمويل العقاري, المصدر السابق , ص١٧٧.

٨٢. راجع : د. محود جمال الدين , التأمينات , المصدر السابق , ص٣٧٥. د. محي الدين اسماعيل , أصول القانون المدني , المصدر السابق , ص٥٨٠-٥٨١.

٨٣. أنظر : د. محمد كامل مرسي , المصدر السابق , ص٤٧٥. د. سمير تناغو ,التأمينات ،المصدر السابق , ص٣٧٠-٣٧١. المستشار فاروق اسماعيل , المصدر السابق , ص١٠٩.

٨٤. راجع المواد (٢٥ , ٢٦ , ٧٦) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

٨٥. أنظر : أ. محمد طه البشير ود. غني حسون طه , المصدر السابق , ص٥٠٤.

٨٦. راجع : د. محمود جمال الدين , التأمينات , المصدر السابق , ص٣٧٥. د. محمد لبيب شنب , المصدر السابق , ص١٤٧-١٤٨. د. محمد كامل مرسي , المصدر السابق , ص٤٧٥.

٨٧.أنظر: د. حسام الدين كامل الاهواني , المصدر السابق , ص٣٩٣-٣٩٤. أ. محمد طه البشير ود. غني حسون طه , المصدر السابق , ص٥٠٤.

٨٨.راجع: د. محمد لبيب شنب, المصدر السابق,ص١٤٧-١٤٨.القاضي حسين عبد اللطيف ,المصدر السابق,ص١٦٣.

٨٩.أنظر في ذلك:

Tabbah Bicara, Broprite privee et registre foncier, tom 2, 1950 , Page 54.

Josser and , op , cit , Page 888.

وراجع أيضاً أ. محمد طه البشير , المصدر السابق , ص١٩٩-٢٠٠. د. محمد مرسي زهرة , ضمانات الائتمان العينية في قانون المعاملات لدولة الامارات العربية المتحدة , المجلد الثاني (الرهن الحيازي وحقوق الامتياز) , ١٩٩٧م , ص٧٤٩. وقارن المواد (٢٠٨٣) من القانون المدني الفرنسي. (١١١٤) من القانون المدني الالماني. (٨٠٠) من قانون الالتزامات السويسري, (١٠٩٨) من القانون المدني المصري. (١٣٢٩) من القانون المدني العراقي.

٩٠.راجع : د. نبيل ابراهيم سعد , المصدر السابق , ص١٨١. د. محي الدين اسماعيل , اصول القانون المدني , المصدر السابق , ص٥٨٩. أ. محمد طه البشير ود. غني حسون طه , المصدر السابق , ص٥٠٧ وما يليها.

٩١.نصت المادة (٢٠٧١) من القانون المدني الفرنسي على انه "الرهن هو عبارة عن عقد به يضع المدين عن درب الدين شيئاً للأمن على ما اقترضه من الدين منه".

٩٢.نصت المادة (١٠٩٦) من القانون المدني المصري "الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص , ضماناً لدين عليه او على غيره , ان يسلم إلى الدائن او إلى اجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه الرهن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ....". , ويقابل هذه المادة في التقنينات المدنية العربية المواد (١١٧٠) من قانون الالتزامات والعقود المغربي , (٩٤٨) من القانون المدني الجزائري , (١١٠٠) من القانون المدني الليبي (١٣٧٢) من القانون المدني الاردني , (١٠٢٨) من القانون المدني السوري , (١٠٢٧) من القانون المدني الكويتي. (١٤٤٨) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي. (١٠١) من قانون الملكية العقارية اللبناني.

٩٣. أنظر : المادة (٧٠١) من مجلة الاحكام العدلية وينظر في شرحها سليم رستم باز , المصدر السابق , ص٣٣١.

٩٤.جاء في المادة (١٣٢١) من القانون المدني العراقي "الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالا محبوساً في يد المرتهن او في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه ...".

٩٥.أنظر : قال ابن رشد " رهنا في يد الغاصب قبل قبضه وقال الشافعي , لا يجوز بل يبقى على ضمان الغصب إلى ان يقبضه" بداية المجتهد , المصدر السابق , ج٥ , ص٢٣٧.

٩٦.أنظر : مصباح الفقيه , المصدر السابق , ج١٤ , ص٥٩٠-٥٩١. الروض النضير , المصدر السابق , ج٤ , ص٢٥. الجمع والفرق للجويني , المصدر السابق , ج٢ , ص٥١٩. شرح فتح القدير , المصدر

السابق , ج٨ , ص٢٠٦. المعونة , المصدر السابق , ج٢ , ص١١٦٣-١١٦٤. الاقناع لطالب الانتفاع , المصدر السابق , ج٢ , ٣٢٦. المحلى بالآثار , المصدر السابق , ج٦ , ص٣٨٢. شرح النيل , المصدر السابق , ج١١ , ص١٨٧-١٨٨. مصطلحات الفقه , المصدر السابق , ص٣٧. د. السنهوري , مصادر الحق , المصدر السابق , ج٦, ص٨٧-٨٨.

٩٧. راجع : الشروط اوالالتزامات التبعية , المصدر السابق , ص٥٣. التاج المذهب , المصدر السابق , ج٣ , ص٢٢٦. المجموع , المصدر السابق , ج١٣ , ٢٤٨-٢٤٩. الجوهرة النيرة , المصدر السابق , ج١ , ص٥١٤. الاقناع في مسائل الاجماع , المصدر السابق , ج٢ , ص٢٥٤. الروض المربع , المصدر السابق , ج١ , ص٥٤٥. شرح النيل , المصدر السابق , ج١١ , ص٥ وما يليها.

٩٨. أنظر : تحرير الاحكام , المصدر السابق , ج٢ , ص٤٦٥. كنز الدقائق , المصدر السابق , ص١٢٩. النوادر والزيادات , المصدر السابق , ج٨ , ص٣٢٢. الروض المربع , المصدر السابق , ج١ , ٥٥٢.

٩٩. راجع : الزبدة الفقهية , المصدر السابق , ج٥ , ص٦٦-٦٧. التاج المذهب , المصدر السابق , ج٣ , ص٢٤٦. الحاوي الكبير , المصدر السابق , ج٦ , ص١٣-١٥. بدائع الصنائع , المصدر السابق , ج٥ , ٢٢٦-٢٢٧. الحطاب , المصدر السابق , ج٥ , ص٣٨٥. المغني , المصدر السابق , ج٤ , ص٣٦٨-٣٦٩. المحلى بالآثار , المصدر السابق , ج٦ , ص٢٨٣. النيل وشفاء العليل , المصدر السابق , ج١١ , ص١٨٧-١٨٨.

١٠٠. أنظر في الفقه الفرنسي : جاك مستر , عما نؤيل بوتمان , مارك بيو , المطول في القانون المدني , قانون التامينات ،القسم الخاص , المصدر السابق , ص٣٢٠-٣٢١. د. السنهوري , الوسيط , المصدر السابق , ج٦ , ص١٥٤٥،١٥٣٦. د. جعفر الفضلي , المصدر السابق , ص٢٧٣ .

١٠١. راجع : د. حسام الدين كامل الاهواني , المصدر السابق , ص٣٠٩. د. سعيد عبد السلام , المصدر السابق , ص٤٤٥. أ. محمد طه البشير , المصدر السابق , ١٨٠-١٨١. وقارن في الشان نفسه المواد (٢٠٧١) من القانون المدني الفرنسي. (١١١٣) من القانون المدني الالماني. (٧٩٩) من قانون الالتزامات السويسري. (١٠٩٦) من القانون المدني المصري. (١٣٢١) من القانون المدني العراقي.

١٠٢. راجع : د. محمد لبيب شنب ،المصدر السابق ، ص١٥٣. د. سميرتناغو ،التأمينات ، المصدر السابق ،ص٢٤٦.د.محمد طه البشير ، غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص ٥١٣ وما يليها.

١٠٣. قارن المواد (٢٠٧٩) من القانون المدني الفرنسي. (١١٠٠ , ١١٠٢) من القانون المدني المصري , (١٣٣٦ف١ , ١٣٣٧ف١) من القانون المدني العراقي.

١٠٤. راجع : د. السنهوري , الوسيط , المصدر السابق , ج١٠ , ص٧٩٥. د. محي الدين اسماعيل , اصول القانون , المصدر السابق , ص٦٢٦-٦٢٧.

١٠٥. قارن المواد (٢٠٧٦) من القانون المدني الفرنسي , (١٢٠٥) من القانون المدني الالماني , (١٠٩٦) من القانون المدني المصري , (١١٧٤) من قانون الالتزامات والعقود المغربي , ((١٣٧٥) من القانون المدني الاردني , وقد نصت المادة (٧٠٦) من مجلة الاحكام العدلية "ينعقد الرهن بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن ولكنه لا يتم ولا يلزم الا بالقبض فللراهن ان يرجع عن الرهن قبل التسليم" . والمادة (١٣٢٢) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها "يشترط اتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون".

١٠٦. قرارها رقم (٢٥٣٣ / م٣ / ٧٥ تاريخ القرار ٢ / ٦ / ١٩٧٧) مجموعة الاحكام العدلية , العـــدد الثاني , السنة الثامنة , ص٣ وأنظر في الشأن نفسه قرار محكمة التمييز العراقية رقـــم (٣٢٣٥ / م٢ / عقار / ٧٤ تاريخ القرار ١٨ / ٨ / ١٩٧٥, مجموعة الاحكام العدلية , العدد الثالث , السنة السادسة , ص٣٦, صدرا عن المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز , المصدر السابق , ص٣٧٢, ٣٧٥.

المصادر

- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤م.
- القانون المدني الالماني لسنة ١٩٠٠م.
- القانون المدني السويسري لسنة ١٩٠٧م
- قانون الالتزامات والعقود المغربي ١٩١٣م
- قانون الملكية العقارية اللبناني لسنة ١٩٣١م
- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م
- القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩م
- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
- القانون المدني الليبي لسنة ١٩٥٣
- القانون المدني الجزائري رقم (٨٥) لسنة ١٩٧٥
- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦
- قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥
- إبراهيم بن محمد بن محمد بن سالم ابن ضويان , منار السبل المطبوع مع المغني , ج١ , مكتبة المعارف , الرياض , ١٤٠٥هـ
- إبراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات ومحمد علي النجار , المعجم الوسيط , ج١, المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر , اسطنبول – تركيا , بدون سنة طبع .
- ابو البركات محمد بن نافع الدميري , النجم الوهاج في شرح المنهاج , المجلد الرابع , دار المنهاج للطباعة والنشر , بدون سنة طبع
- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري , لسان العرب , ج٢٠ , دار المعارف , القاهرة , بدون سنة طبع .
- ابو القاسم عبد الكريم بن محمد القزويني , المحرر في فقه الشافعي , الطبعة الاولى , بدون مكان وسنة طبع
- ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة , المغني , ج٢-٤ , الناشر مكتبة الرياض الحديثة , بدون سنة طبع
- ابو محمد علي بن حزم الاندلسي , المحلى بالآثار , ج٦ , دار النسر للطباعة والنشر , بدون سنة طبع

- ابي الليث نصر بن محمد بن احمد السمرقندي , خزانة الفقه , الطبعة الاولى , منشورات دار الكتب العامية , بيروت – لبنان , ١٤٢٦ه – ٢٠٠٥م
- ابي الوليد محمد بن احمد الملقب بابن رشد القرطبي الاندلسي , بداية المجتهد ونهاية المقتصد , ج٥ , الطبعة الثانية , دار الكتب العلمية , بيروت – لبنان , ١٤٢٤ه – ٢٠٠٣م
- ابي بكر علي بن محمد الحداد الزبيدي , الجوهرة النيرة , شرح مختصر القدوري في فروع الحنفية , ج١ , الطبعة الاولى , دار الكتب العلمية , بيروت – لبنان , بدون سنة طبع
- ابي عبد الله محمد بن محمد الشهير بالحطاب , الحطاب مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل بن اسحاق الجندي,المجلد الخامس,الطبعة الاولى, دار الرضوان,نواكشوط – موريتانيا,٢٠١١م
- ابي محمد عبد الله بن ابي زيد القيرواني , النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الامهات , ج٨ , الطبعة الاولى , دار الكتب العلمية , بيروت – لبنان , ٢٠١٠م
- ابي محمد علي بن حزم الاندلسي , المحلى , ج ٢– ٥ – ٨ , دار الجيل – دار الافاق الجديدة , بيروت , بدون سنة طبع
- احمد الصاوي , بلغة السالك للأقرب المسالك على الشرح الصغير للقطب سيد احمد الدردير , ج٣ , دار الكتب العلمية , بيروت - لبنان , بدون سنة طبع
- احمد بن الحسين الهاروني الحسني , شرح التجريد في فقه الزيدية , ج٤ , الطبعة الاولى , مركز الدراسات والبحوث اليمني , ١٤٢٧ه – ٢٠٠٦م
- احمد بن القاسم العنسي اليماني الصنعاني , التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الازهار في فقه الأئمة الأطهار , ج٣ , مكتبة اليمن الكبرى , ١٣٦٠ه – ١٩٤٧م
- احمد بن يحيى المرتضى , البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار , ج٥-٦ , دار الكتب العلمية , بيروت – لبنان , بدون سنة طبع
- د. انور العمروسي , شرح الحقوق العينية التبعية في التأمينات العينية في القانون المدني, منشأة المعارف , مطبعة رمضان , ٢٠٠٣م
- باقر الأيرواني , دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي, ج١, الطبعة الثالثة , مطبعة توحيد, قم المقدسة , ١٣٨٣ه
- بدر الدين الزركشي , الديباج في توضيح المنهاج شرح منهاج الطالبين للنووي , ج١ , الطبعة الاولى , دار الكتب العلمية , بيروت – لبنان , ٢٠٠٩م
- برهان الدين ابي الحسن الفرغاني الميرغيناني , الهداية شرح بداية المبتدئ , ج٣ , مطبعة

دار الارقم بن ابي الارقم , بيروت – لبنان , بدون سنة طبع

- جاك مستر , عما نؤيل بوتمان , مارك بيو , المطول في القانون المدني , باشراف جاك غستان , قانون التأمينات العينية , القسم العام , الطبعة الأولى , مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , بيروت – لبنان , ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٦م
- جمال الدين عبد الرحيم الاسنوي , طراز المحافل في الغاز المسائل , ط١ , مكتبة الرشد للطبع والنشر , ١٤٢٣هـ ٢٠٠٣م
- جمال الدين مقداد بن عبد الله السوري الحلي , التنقيح الرائع لمختصر الشرائع , ج٢ , الطبعة الاولى , مطبعة الخيام , قم المقدسة , ١٤٠٤ه
- د. حسام الدين كامل الاهواني , الوجيز في الحقوق العينية التبعية , بدون مكان وسنة طبع
- حسن النوري الطبرسي , مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل , ج١٣ , الطبعة الرابعة , مؤسسة أهل البيت (ع) , مطبعة دار التراث , بيروت – لبنان , ٢٠٠٨م
- تقي الدين ابي بكر الدمشقي الشافعي , اتحاف الابرار لتهذيب كفاية الاخيار , مؤسسة المختار للنشر , ٢٠٠٥م
- رضا بن هادي الهمداني , مصباح الفقيه , ج١٤ , الطبعة الاولى , تحقيق المؤسسة الجعفرية , مؤسسة التأريخ العربي , بيروت – لبنان , ٢٠١١م
- زكريا بن يحيى بن شرف النووي , المجموع شرح المهذب , ج١٣ , دار الفكر للنشر والتوزيع , بدون سنة طبع
- زين الدين الجبعي العاملي الشهيد السعيد , الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية , ج٢-٤ , بدون مكان وسنة طبع
- زين الدين بن علي العاملي الشهيد الثاني , مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام , ج٤ , الطبعة الثالثة , تحقيق ونشر مؤسسة المعارف الإسلامية , ١٤٢٥ه
- د. سعيد سعد عبد السلام , الوجيز في الحقوق العينية التبعية , ٢٠٠٤م
- سليمان بن محمد بن عمر , حاشية البيجرمي على شرح منهاج الطلاب لزكريا الانصاري , ج٢ , الطبعة الاولى , دار الكتب العلمية , بيروت – لبنان , ١٤٢٠ه – ٢٠٠٠م
- سمير عبد السيد تناغو , التأمينات الشخصية والعينية , منشأة المعارف الاسكندرية . ١٩٩٦م
- شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي , الاقناع لطالب الانتفاع , ج٢ , الطبعة الثالثة , طبعة دائرة الملك عبد العزيز , ١٤٢٣ه – ٢٠٠٢م
- شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن شهاب الدين الرملي المصري المعروف

بالشافعي الصغير , نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج , ج٤ , بدون مكان وسنة طبع

- شيخي زادة عبد الرحمن المعروف بداماد افندي , مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر , ج٢ , الطبعة الاولى , دار احياء التراث العربي , بدون وسنة طبع
- د. صادق عبد الرحمن الغرياني , مدونة الفقه المالكي وادلته , ج٣ , مؤسسة الريان للطبع والنشر , ١٤٢٦ه- ١٤٢٧ ه– ٢٠٠٦م
- د. صلاح الدين الناهي , الوجيز في التأمينات العينية والشخصية , مطبعة المعارف , بغداد , ١٩٥٣م
- د. عادل السيد فهيم , محاضرات في نظرية التأمين العيني، جامعة البصرة , ١٩٦٧
- عبد الرحمن الجزيري , الفقه على المذاهب الأربعة مع مذهب أهل البيت(ع), تأليف السيد محمد الغروي والشيخ ياسر مازح , المجلد الثاني , الطبعة الأولى , دار الثقلين للنشر , بيروت – لبنان , ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨م
- د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , ج١-٦-٧-١٠, دار النهضة العربية , ١٩٧٠م
- عبد الله بن احمد النسفي , كنز الدقائق , المكتبة العصرية للطباعة والنشر , ١٤٢٥ه – ٢٠٠٥م
- عبد الله بن حجاز بن ابراهيم الشافعي الأزهري , حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب شرح تحقيق تنقيح اللباب , ج٣ , الطبعة الأول , دار الكتب العلمية , بيروت – لبنان , ١٩٩٧م
- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي , بدائع الصنائع في تريب الشرائع , ج٥ , طبعة جديد الطبعة الثالثة , دار احياء التراث العربي , بيروت – لبنان , ٢٠٠٠م
- علي المشكيني , مصطلحات الفقه ومعظم عناوينه الموضوعية على طريقة كتب اللغة فقه موضوعي تام على مذهب الجعفرية الإمامية , قم , ١٤١٩ه
- فخر الدين ابي عبد الله محمد بن ابي القاسم , بلغة الساغب وبغية الراغب , الطبعة الأولى , دار العاصمة للنشر والتوزيع , ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م
- قطب الدين البهيقي الكيدري , اصباح الشيعة بمصباح الشريعة , الطبعة الاولى , مؤسسة الإمام الصادق (ع) , ١٤١٦ه
- محمد امين زين الدين , كلمة التقوى , ج٦ , بدون مكان وسنة طبع
- محمد باقر السبزواري , كفاية الفقه الشهير بكفاية الاحكام , ج١ , الطبعة الاولى , مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم المقدسة , ١٤٢٣ه

- محمد بن إبراهيم النيسابوري , الاقناع , دار الكتب العلمية , بدون مكان وسنة طبع
- محمد بن ابي بكر الرازي , مختار الصحاح , دار الرضوان , ٢٠٠٦م , ص١٩٠.
- محمد بن يوسف اطفيش , شرح النيل وشفاء العليل المطبوع مع النيل وشفاء العليل , لضياء الدين التميمي , ج ١١ , مكتبة الارشاد , جدة , ١٤٠٥هـ , ١٩٨٥م
- محمد تقي الخوئي , الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود , ج٢ , الطبعة الأولى , در المؤرخ العربي , ١٤١٤ه -١٩٩٣م
- محمد حسن العاملي , الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية , ج٥ , الطبعة السادسة , مطبعة ذوي القربى , ١٤٢٥ه.
- محمد حسين آل كاشف الغطاء , تحرير المجلة , ج٢ , الطبعة الاولى , المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية , قم المقدسة , إيران , ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م
- أ. محمد طه البشر ود. غني حسون طه , الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية , حقوق الطباعة والنشر محفوظة لدى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي , ١٩٨٢.
- أ. محمد طه البشير , الوجيز في الحقوق العينية التبعية دراسة تحليلية مقارنة , الطبعة الثالثة , دار الحرية للطباعة , مطبعة الحكومة , بغداد , ١٩٧٤م
- محمد فاضل اللنكراني , تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة , الطبعة الأولى , مركز فقه الأئمة الأطهار (ع) , قم المقدسة , بدون سنة طبع
- د. محمد كامل مرسي , شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية ، التأمينات العينية , الطبعة الثانية , ١٩٥١م
- د. محمد لبيب شنب , دروس في التأمينات العينية والشخصية , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٧٤م
- د. محمود جمال الدين زكي , التأمينات الشخصية والعينية ,الطبعة الثالثة , مطابع دار الشعب , القاهرة , ١٩٧٩م
- د. محمود جمال الدين زكي , الوجيز في النظرية العامة للالتزام , بدون مكان وسنة طبع
- د. محي الدين اسماعيل علم الدين , اصول القانون المدني الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، بدون مكان وسنة طبع
- مصطفى مجيد , شرح قانون التسجيل العقاري , ج٣ , المكتبة القانونية، بغداد ، ٢٠٠٨م
- منصور بن يونس البهوتي , الروض المربع شرح زاد المستنقع , ج١ , الطبعة الثانية , دار المؤيد , ١٩٩٧
- منير القاضي , شرح مجلة الاحكام العدلية , ج٢ , الطبعة الأولى , مطبعة العاني ,

١٩٤٩م .

- د. نبيل ابراهيم سعد , التأمينات العينية والشخصية , منشاة المعارف بالإسكندرية , بدون سنة طبع
- د. وهبة الزحيلي , نظرية الضمان في الفقه الإسلامي , الطبعة الثانية , دار الفكر المعاصر , بيروت – دمشق , ١٩٩٨م

Abstract

What was intended foreclosure, ascertained Balidn to reach Kims of the price of the mortgaged , if the inability of the current meet him at the deadline to meet , then this is achieved is intended to if the parties to the contract to implement what they have obligations originating from the agreement concluded between them , which is any breach of its terms of pre-bonded positive for guaranteed , so the rules of the foreclosure possessory closely related to ensuring the mortgagee for money mortgaged , those relating addressed by Muslim jurists in their writings and texts of the laws of the comparator , and the importance of this topic and the dilemmas posed by being not been discussed previously Senbgesh in three sections , we devote section of which the first the definition of mortgage- possessory , and divide it by two demands , and we hold the second section of the formation possessory lien and divide it by two demands , then single out the third section of the relationship of possessory mortgage rules to ensure the mortgagee and divide it by two demands . And we follow the most prominent conclusion Ndmnha results and proposals that we reached through.

Mortgage possessory between configuration rules and the rules of inclusion of the mortgagee

(Legal comparative study of Islamic jurisprudence)

Moataz Mahmoud Al-Mamouri