إنتفاع المرتهن بالعين المرهونة

د/ مصطفى فخرى أحمد
رئيس قسم الفقه المقارن

المقـــدمة :

وتشـــمل حكمة مشروعيـــة الرهن والتعـــريف بالرهن شرع الله المداينة(١) عند افتقار الناس الى المـــال لقضـــاء حاجاته الحالة فاذا كان أصل تشريع المعاملات لدفع الحرج عن الناس وتحقيق مصالحهم حتى اعتبر الاســـلام تلك المصـــالح من المقاصـــد الحاجية للتشريع الاســـلامى ٠

فقد شرع أيضـــا التوثيقات تأكيدا للثقـــة بين الناس فى ميدان التعامل وتنشيطا لحركة التجارية والاقتصاد بوجه عام ليطمئن المتعامل الى نتيجة تعامله وصـــون ماله خشـــية الجحود أو الضياع بالنسيان أو الموت المفاجىء فكان الرهن أهم وثيقة شرعها الاسلام لذلك فضلا عن الاشهاد والكتابة(٢) هذا والرهن كان معروفا فى الجاهلية غير أنه

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢ ٠

(٢) الهداية جـ ٤ ص ٩٤ ٠

كان على وضع يلحق ظلما بالمدين اذا كان المرتهن يمتلك الرهن كله بالدين محله حال عجز المدين عن الوفاء وغالبا ما تكون مالية الراهن أوفى من الدين قدرا لذا جاء النبى صلى الله عليه وسلم فقضى على هذا الوضع الظالم وهو غلق الرهن محافظة على مال المدين وحماية له من انتهاز المرتهن فرصة سوء حالته المالية فيزيد بذلك هلاكا الى هلاكه استغلالا فقال صلى الله عليه وسلم « لا يغلق الرهن عن صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه »(٣) .

يؤكد هذا ما جاء فى المغنى لابن قدامة(٤) « ان رجلا رهن دارا بالمدينة الى أجل مسمى فمضى الأجل فقال الذى ارتهن منزلى فقال النبى صلى الله عليه وسلم « لا يغلق الرهن »(٥) وبذلك يتضح أن الراهن لم يتمحض وسيلة استيثاق لمال الدائن يستوفى منه دينه

---

(٣) رواه الشافعى والدارقطنى والحاكم والبيهقى وابن حبان . نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٠٤ الغنم : منافع المرهون وزوائده والغرم : الهلاك والنقصان والنفقة التى بها بقاؤه لا يغلق الرهن : أى لا يستحقه المرتهن ولا يملكه فى نظير دينه حتى اذا عجز المدين عن الوفاء بيع المرهون واستوفى الدائن من ثمنه مقدما على سائر الغرماء وعلى هذا فحق المرتهن متعلق بمالية المرهون لا بعينه وجاء فى النهاية انه كان الراهن فى الجاهلية اذا لم يؤد ما عليه فى الوقت المعين ملك المرتهن الرهن فابطله الاسلام .

(٤) المغنى ج ٤ ص ٣٦٨ .

(٥) يقال غلق الرهن اذا خرج عن ملك الراهن واستولى عليه المرتهن بسبب عجزه عن أداء ما رهنه فيه سبل السلام ج ٣ ص ٥٢ .

عند عجز المدين ضمانا لحقه فحسب بل هو أيضا وسيلة للمحافظة على مال المدين من وجوه ثلاثة :

الأول : أنه تشريع لغير الواجد الاستدانة سدا لحاجته الحالة عند افتقاره فلا يضطر الى بيع عقاره أو منقوله بثمن بخس بل يحتفظ بهما عن طريق الرهن أملا فى يساره مستقبلا •

الثانى : تحريم غلق الرهن : قطعا للتوسل الى الاستغلال بتملكه من قبل المرتهن نظير الدين عند حلول الأجل انتهازا لفرصة افتقار المدين وعجزه عن الوفاء •

الثالث : عدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون دون عوض ولو أذن الراهن على الراجح(٦) وهذا هو التوازن فى تشريع المعاملات محافظة على الحقين معا حتى لا تطغى مصلحة على أخرى فيكون الظلم والاستغلال واقربا أو شبهته وهو محرم قطعا باطلاق أما من الناحية الاقتصادية ففى الرهن دفع حركة التعامل بتوفير الثقة فكأن المرتهن بما يحتبس من مرهون نظير الدين يحتفظ بماله فكأنه فى حوزته على الرغم من كون ماله قد أصبح دينا شغلت به ذمة المدين وهو أقوى صور التأمينات أو التوثيقات •

---

(٦) جاء فى المغنى لابن قدامة ولا ينتفع المرتهن من الرهن بشىء الا بإذن الراهن إذا كان مركوبا أو محلوبا فيركب ويحلب بقدر العلف جـ ٤ ص ٤٣١

التعريف بالرهن :

الرهن لغة أما الثبوت والدوام يقال ماء راهن أى راكد(٧) وحالة راهنة أى ثابتة وأما الحبس والالزوم قال تعالى « كل نفس بما كسبت رهينة »(٨) أى محبوسة والظاهر أن فى الحبس معنى الدوام والثبوت فأحد المعنيين تطوير للمعنى الآخر والظاهر أن المعنى الأول هو الحبس لأنه المعنى المادى وعلى كل حال فالمعنى الشرعى مرتبط بالمعنى اللغوى وقد يطلق الرهن لغة على الشىء المرهون وهو ما جعل وثيقة المدين من باب تسمية المفعول بالمصدر .

الرهن شرعا : عرفه الأحناف بأنه حبس شىء بحق يمكن استيفاؤه منه أى جعل عين(٩) لها قيمة مالية فى نظر الشرع وثيقة بدين بحيث يمكن أخذ الدين كله أو بعضه من تلك العين أو عقد وثيقة بمال أى عقد على أخذ وثيقة بمال لا بذمة شخص فامتاز عن الكفالة لأن التوثيق بها انما يكون بذمة الكفيل لا بمال يقبضه الدائن ومعنى وثيقة أى متوثق بها فقد توثق الدين وصار مضمونا محكما بالعين المرهونة وكون الوثيقة ذات قيمة مالية لاخراج العين النجسة والمتنجسة بنجاسة لا يمكن ازالتها فانها لا تجوز أن تكون وثيقة المدين .

---

(٧) كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٢٠ .

(٨) سورة المدثر آية رقم ٣٨ .

(٩) المبسوط جـ ٢١ ص ٦٣ الدر المختار جـ ٥ ص ١٣٩ ، اللباب جـ ٢ ص ٥٤ .

وعرفه المالكية بأنه شيء متمول يؤخذ من مالكه توثقا به في دين لازم أو صار الى اللزوم أي أنه تعاقد على أخذ شيء من الأموال عينا كالعقار والحيوان والسلع أو منفعه على أن تكون المنفعة معينة بزمن أو عمل وعلى أن تحسب من الدين ولابد من أن يكون الدين لازما كثمن مبيع أو بدل قرض أو قيمة متلف أو صائرا الى اللزوم كأخذ رهن من صانع أو مستعير خوفا من ادعاء ضياع فيكون الرهن في القيمة على ما يلزم وليس المراد من الأخذ عند المالكية التسليم الفعلي لأن التسليم بالفعل ليس شرطا عندهم في انعقاد الرهن ولا في صحته ولا في لزومه بل ينعقد ويصح ويلزم بالصيغة أي بمجرد الايجاب والقبول ثم يطلب المرتهن أخذه(١٠) .

وعرفه الشافعية بأنه جعل عين وثيقة بدين يستوفى منها عند(١١) تعذر وفائه وقولهم جعل عين يفيد عدم جواز رهن المنافع لأنها قد تتلف فلا يحصل بها استيثاق .

وعرفه الحنابلة بأنه المال الذى يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه أن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه(١٢) .

وسوف نتناول الآن بالبحث والمقارنة آراء المجتهدين والفقهاء في هذا الموضوع .

---

(١٠) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٣١ .

(١١) مغني المحتاج على تحفة الطلاب للأنصاري جـ ٢ ص ١٢٣ ، ١٢٤

(١٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٢٠ ، المغني لابن قدامة جـ ٤ ص ٢٢٦

أولا : مواطن اتفاق الفقهاء :

اتفق الفقهـاء على أن عقد الرهن لا يوجب الا مجرد اسـتيثاق الدين ضمانا لحق الدائن ليتمكن من اسـتيفائه من مالية المرهون عند حلول الأجل وعجز المدين عن الأداء(١٣) .

ومن ثم فلا يوجب عقد الرهن تمليك الدائن عين الرهن ولا منفعته ولا زوائده بحال لا عند انشاء العقد ولا عنـد حلول الأجل بل تبقى هذه العين ومنافعها وزوائدها على ملك الراهن ذلك هو مقتضى عقد الرهن بالاجماع نعم يوجب للمرتهن حق الأولوية والتقدم على سـائر الغرماء(١٤) كما يوجب له حق تتبع العين المرهونة فى أى يد وقعت ضمانا للاسـتيثاق ويتفرع عن هذا أن منـافع العين(١٥) وزوائدها المتصـلة والمنفصـلة المتولدة وغير المتولدة مملوكة لمـالك العين وهو الراهن لأنها تمام ملكه .

ويتفرع عن هذا أيضا أن نفقة العين ومؤنتها وما به بقاؤها على مالكها لأن الغرم بالغنم وهذا المبدأ من أهم مبادىء العدل فى الاسلام غير أنهم اختلفوا بعد ذلك فيما يتحقق به الاستيثاق .

---

(١٣) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤٢٩ ، المبسـوط جـ ٢١ ص ٦٣ البدائع جـ ٦ ص ١٢٥ تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٦٤ وما بعدها ، تكملة فتح القدير جـ ٨ ص ١٩٤ ، الدر المختار جـ٥ ص ٣٤٥،المجمرع جـ ١٠ ص١٤٢

(١٤) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤٢٥ بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٧٥

(١٥) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٦١١ ، الروض المربع جـ ٢ ص ١٦

فقال الحنفية انه لا يتحقق الا بالحبس الدائم بما لا يدع للراهن سلطة فى الانتفاع بالرهن أو التصرف فيه تصرفا شرعيا الا اذا أذن المرتهن بشىء من ذلك ولكنه يخرج حينئذ عن كونه رهنا بفوات الحبس المادى الذى هو جوهر المقصود من الرهن وغايته اذ لايتحقق الاستيثاق فى اجتهادهم الا بالحبس والحيازة المادية(١٦) •

ويتفق مع الأحناف فى ذلك المالكية والحنابلة(١٧) •

أما الشافعية فذهبوا الى أن الاستيثاق يتحقق فى كون الرهن فى سلطة المرتهن وولايته وهذا الاختصاص لا يتعارض وامكان انتفاع الراهن بالمرهون الا اذا كان تصرفه فيه على نحو يزيل ملكه عنه بعقد ناقل للملكية أو باستهلاكه واتلافه أو بما ينقص من قيمته كالبناء والغرس فى الأرض المرهونة •

ولا يشترط الحبس الدائم ذلك أن رعاية الحقين أصل من أصول العدل فى المعاملات فالمرتهن لا يتضرر بانتفاع الراهن بحقوقه المشروعة وفى حرمانه منها ضرر راجح لا يقتضيه حق الاستيثاق الذى توفر للمرتهن بمنع الراهن من التصرف على نحو يمس أصل ملكية المرهون بالازالة أو الانتقاص وهذا ضرب من الجمع بين المصلحتين

---

(١٦) رد المحتار جـ ٥ ص ٤٧٨ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٤٥ ، الهداية جـ ٥ ص ٩٥ تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٦ ص ٦٧ وما يليها •

(١٧) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٧٢ المغنى جـ ٤ ص ٣٣١ •

وهو ما يقتضيه العدل فى التشريع كما سبق أن ذكرت(١٨) بل ان حرمان الراهن من الانتفاع بملكه المرهون بدون مسوغ أشد ضررا عليه من الربا فلا يزال عنه ضرر هو أيسر نتحمله ضررا أشد قد يعجزه عن وفاء دينه فعاد هذا الحكم على أصل مشروعية الرهن بالنقض والاختلاف فيما يتحقق فيه الاستيثاق كان منشأ لاختلاف الآراء فى فروع أخرى(١٩) .

هذا وجاء فى المغنى لابن قدامة(٢٠) ومؤنة الرهن على الراهن والمرتهن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفى حيا كان الراهن أو ميتا .

ثانيا : اتفقوا على أن المرتهن كالأجنبى بالنسبة الى الانتفاع بالمرهون اذا لم يكن من حيوان الدر أو الركوب فلا يحل له أن ينتفع بشىء منها اذا لم يأذن له مالكها .

مواضع الخلاف بين الفقهاء :

أولا : اختلفوا فيما اذا أذن الراهن للمرتهن أن ينتفع بالمرهون عقارا كان أو منقولا من حيوان الدر أو الركوب أو غيره وبدون عوض

---

(١٨) الوجيز جـ ١ ص ١٦٤ .

(١٩) الهداية جـ ٤ ص ١٩٤ .

(٢٠) المغنى جـ ٤ ص ٤٣٨ .

ثانيا : كما اختلفوا فيما اذا لم يأذن للمرتهن بالانتفاع والرهون من حيوان الدر أو الركوب(٢١) .

اختلف العلماء فى هذه المسألة على آراء :

١ ـ عدم الجواز مطلقا سواء كان شرط الانتفاع فى صلب العقد وصيغته أم لا وسواء كان الدر ناشئا عن قرض أو غيره وهو قول للحنفية(٢٢) عند عرض أدلتهم .

الأدلة :

أدلة الرأى الأول القائل بعدم الجواز مطلقا ووجوه الاستدلال بها استدلوا بالسنة فيما رواه أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه » .

---

(٢١) بان يكون حيوانا أو غير حيوان فأما غير الحيوان فمثل نتاج الرهون اذا انفصل أو تهدم فاذا أنفق المرتهن على عمارته فهو متبرع ولا يجوز له أن ينتفع به بعد عمارته لأن الراهن ليس مطالبا شرعا بعمارته اصلا فلا يحل للمرتهن محله فى أداء ما لا يجب عليه المغنى جـ ٤ ص ٤٥٢

(٢٢) رد المحتار جـ ٥ ص ٤٧٨ بدائع الصنائع جـ ٦ ص ١٤٥ ، تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٦ ص ٦٨ وهو الربا بعينه ويجوز اذا لم يتضمن العقد شرطا لأنه ضرب من الاهدار وجاء فى الهداية ليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا بالاستخدام ولا سكنى ولا لبس الا أن يأذن له المالك جـ ٤ ص ٩٦ .

وجه الاستدلال بالحديث : أنه صريح فى أن نماء الراهن ومنافعه وزوائده ملك للراهن على سبيل الحصر المستفاد من تقديم الجار والمجرور « له غنمه وعليه غرمه »(٢٣) وانتفاع المرتهن بمال الراهن وبدون عوض ربا محض لأنه فضل خال عن عوض وحرمة الربا من حقوق الله ونظامه الشرعى العام والاذن لا يحل الحرام بل لا يجوز الاتفاق على تحليله أو الاذن به أو التعامل فيه اذ لم يعهد فى الشرع أن الاذن أو التراضى يسقط حق الله فى التحريم بل المعهود والمقرر فى الشرع قطعا وجوب اعدام الحرام ومنع التسبب فى ايجاده بأى وجه من وجوه التصرف اذ من المعلوم بداهة أن مجرد التصرف القولى لا يتضمن بذاته قوة انشاء الحقوق والالتزامات بل الشارع هو الذى يكسبه هذه القوة وبدهى أنه لا يكتسب هذه القوة الا اذا كان موافقا لشرع الله والاذن بالرضا مناقض له فبطل الاذن للمناقضة والباطل لاأثر له شرعا ومن ثم لايحل للمرتهن الانتفاع بشىء من المرهون

---

(٢٣) سبل السلام جـ ٣ ص ٥١ ، الأم جـ ٣ ص ١٤٧ والحديث اخرجه الحاكم والبيهقى وابن حبان فى صحيحه واخرجه ابن ماجه من طرق اخرى غير أنه روى من بعض الطرق مرسلا وذلك فى بلوغ المرام ورجاله ثقات هذا وقال أبو داود فى المراسيل قوله « له غنمه وعليه غرمه » من كلام سعيد بن المسيب نقله عنه الزهرى وقوله لا تغلق الرهن يحتمل أن تكون لا نافية ويحتمل أن تكون ناهية نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٠٤ الغرم: الهلاك انفاقه الغنم المنافع والزوائد هذا وقد اختلف فى وصله وارساله ورفعه ووقفه قال الشافعى اسناده متصل الأم جـ ٣ ص

ولو أذن له الراهن سلمنا أن مناط حل الانتفاع بملك الغير هو رضا المالك وطيب نفسه واختياره الحر لكن الاذن هو فى واقع الأمر صورى لا حقيقى فالظاهر أن الراهن انما رضى تحت ضغط الاضطرار والحاجة وأنه يعلم لو لم يأذن للمرتهن بالانتفاع لما رضى بتأجيل الدين أو بالاقراض فتعين المنع(٢٤) لعدم تحقق مناط الحل وهو الرضا الحر • هذا وقد أشار النبى صلى الله عليه وسلم صراحة الى أن القرض الذى يجر نفعا للمقرض يعتبر ربا بقوله كل قرض جر نفعا فهو ربا(٢٥) •

ولا فرق بين دين ناشىء عن قرض وغيره لأن ظروف الحاجة والاضطرار قرينة على فساد الاذن والاختيار فى الحالين فهو نوع من هديه مديان وذلك منهى عنه لما فيه من معنى الاستغلال المحرم والأمور بمقاصدها خلافا للمالكية فى غير دين القرض وهكذا نرى أن النفع الزائد دون عوض قرينة على الاستغلال والباعث على الربا فاذا انتفع المرتهن بما ليس حقا له وجب أن يوضع عن الراهن بقدر ذلك فى مذهب الامام أحمد اذ يصبح دينا فى ذمته فتقع المقاصة بين قيمة المنفعة وما يساويها من الدين •

أدلة الرأى الثانى ووجوه الاستدلال بها « الجواز مطلقا » •

---

(٢٤) رد المحتار جـ ٥ ص ٤٧٨ •

(٢٥) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٣٦٠ وما بعدها •

سبل السلام جـ ٣ ص ٥٢ •

استدلوا بالكتاب والسنة :

أما الكتاب فقوله تعالى « الا أن تكون تجارة عن تراض منكم »(٢٦) .

أما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيبة من نفسه »(٢٧) .

وجه الاستدلال بالآية الكريمة والحديث الشريف أن الله تعالى قد جعل مناط انتقال الملكية وحل الانتفاع بمال الغير بعوض أو بغير عوض هو الرضا والاختيار الحر بتفويض من الشارع نفسه وقد وجد المقتضى وانتفى المانع فيحل للمرتهن الانتفاع ولا فرق بين أن يكون الرهن بدين قرض أو غيره(٢٨) .

أدلة القول الثالث ووجوه الاستدلال بها « القائل بالتفصيل استدل أصحاب هذا الرأي من المالكية والشافعية والحنابلة على عدم

---

(٢٦) سورة النساء آية ٢٩ .

(٢٧) الحديث رواه أبو يعلى ووثقه أبو داود وضعفه ابن معين مجمع الزوائد جـ ٤ ص ١٧٢ ، كنز الحقائق جـ ٢ ص ١٧٤ والحديث أخرجه أحمد وأبو داود ، الفتح الكبير جـ ٣ ص ٣٥٩ .

(٢٨) الهداية جـ ٤ ص ٩٦ وقد جاء فيها ما نصه وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا بالاستخدام ولا سكنى الا أن يأذن له المالك لأن له حق الحبس دون الانتفاع .

جواز الانتفـــاع اذا كان الرهن بدين ناشىء عن قرض بما روينا من القرض الذى جر نفعا » لأنه متواتر معنويا ومجمع عليه لزوميا •

واستدلوا على جواز انتفاع المرتهن بشرط تعين مدته واشتراطه فى صلب العقد اذا كان الرهن بدين غير قرض بما يلى :

أولا : بأن النهى ورد فى خصـــوص القرض فبقى ما عداه على أصل الاباحة وهذا رأى الشافعى(٢٩) وأحمد(٣٠) والمـــالكية(٣١)•

ثانيا : ان اشتراط الاذن بالانتفاع فى صلب العقد يجعل العقد عقد بيع واجاره وهو جائز(٣٢) لأن الانتفـــاع حينئذ يكون بالاجارة لا بالعوض فتكون المنفعة جزء من الثمن فتنتفى شبهة الربا الذى هو مناط التحريم واعتبارا بحديث جابر رضى الله عنه •

---

(٢٩) الأم جـ ٣ ص ١٤٧ •

(٣٠) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤٣٢ •

(٣١) الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٤٧ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٣٤ وما يليهـا •

الاجماع اللزومى هو الاجماع الذى يحكم العقل بلزومه نتيجة لعرف التعامل بموضوع الاجماع •

(٣٢) خلافا للحنفية الذين لا يجيزون هذا الشرط ما لم يجر به عرف لأنه صفقتان فى صفقة وذلك منهى عنه أما اذا جرى بذلك العرف فيجوز عندهم لأنه يصبح للمنفعة فى هذه الحالة حساب فى تقدير الثمن فتنتفى المحاباة أو شبهة الربا •

ثالثا : وأما اشتراط وجوب تعين مدة الانتفاع فذلك لنفى الجهالة عن مقدار الثمن وبدل المنفعة اذ الجهالة فيهما تفسد العقدين ومع فساد العقدين لا يحل الانتفاع على الرغم من اذن الراهن فلابد من تعين المدة نفيا للجهالة(٣٣) •

مناقشة الأدلة :

ورد على استدلالهم بأن قرينة الاضطرار قد جعلت هذا الاذن الصادر عن الراهن صوريا لا ينبىء عن اختيار حر بل يدل على ارادة الاستغلال من جانب المرتهن غالبا بدليل النهى عن كل قرض جر نفعا ولا فرق بين دين ودين ما دام قد أتحد أثر ظرف الاضطرار ومناط الأحكام هى الآثار والمآلات وعلى هذا فقد انتفى المقتضى وهو المناط فانتفى الحكم وهو الاباحة لوجود المانع وهو الاضطرار والحاجة وأثرهما وهو الاستغلال من جانب المرتهن وانعدام الرضا الحقيقى من جانب الراهن والأثر هنا يقتضى التحريم وهذا الذى يتفق وروح الشريعة •

وأيضا يرد على استدلالهم بالقياس بأنه قياس مع الفارق اذ شبهة الربا قائمة فى جانب المرتهن وليس كذلك الأجنبى لانتفاء ظرفه

---

(٣٣) الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٤٧ ويعتبر الحنفية مطلق اقتران الشرط بالعقد التقييدى صفقتين فى صفقة ولو لم يجب الشرط عقدا بينما يرى الحنابلة أن اقتران الشرط بالعقد لا يعتبر صفقتين فى صفقة الا اذا أوجب عقدا آخر •

حاجة المالك بالنسبة للأجنبى أو علامة الدائنية وبذلك تنتفى أثر الحاجة الذى يعدم الرضا وهو مناط الحل وبانتفاء الأثر الذى يعدم الرضا يتحقق الرضا وهو مناط الحل بالنسبة للأجنبى دون المرتهن فتبين الفرق بينهما •

ويلاحظ على أن هذا القياس فاسد الاعتبار من قبل أنه فى مقابل نص اذ ورد النهى عن القرض الذى يجر نفعا وكل دين فى معنى القرض وأيضا لا يقال أن دين غير القرض يحل الاذن فيه للمرتهن الانتفاع بالمرهون عملا بالمفهوم المخالف اذ لا مفهوم للقب على ما ذهب اليه جمهور الأصوليين(٣٤) •

سلمنا أنه قيد لكنه غير معتبر فى تشريع الحكم اذ أخرج مخرج الغالب لا لتنفيذ الحكم به فاستوى فى حكم التحريم أن يكون المرهون بدين قرض أو بدين ناشىء عن غير قرض والحديث صريح فى اعتبار المنفعة الزائدة الخالية عن عوض علة للتحريم لأنها قرينة عن ارادة الاستغلال والربا ولا يصرف عن حقيقة هذه الارادة بل وحقيقة الربا تغير صفة منشئة(٣٥) اذ العبرة بالحقائق والمآلات •

على أن تضعيف هذا الحديث من قبل المجيزين لا يفيدهم لأنه

---

(٣٤) المناهج الأصولية جـ ١ ص ٣٨٧ وما يليها ، مفهوم المخالفة للدكتور محمد فتحى الدرينى •

(٣٥) تغير صفة منشأ الربا من كونه ناشئا عن دين قرض أو غيره •

تواتر معنى اذ روى من عدة طرق يقوى بعضها بعضا فضلا على أنه قد عمل به الصحابة والسلف الصالح رضوان الله عليهم من غير نكير فكان اجماعا لزوميا(٣٦) وذلك كاف لصحة الاحتجاج به والعمل بمقتضاه .

مناقشة أدلة القائلين بالتفصيل :

ورد على استدلالهم بأن الجهالة لازالت متمكنة فى مقدار الأجرة والثمن مادام التحديد لم يتم لكل منهما على حدة والجهالة المتمكنة فى كل من الثمن وبدل المنفعة مفسدة للعقدين معا اذ المفروض فى هذه المسألة أن الانتفاع بدون عوض وتقييد اشتراط الانتفاع بمدة معينة فى صلب العقد غير كاف لأنه لا يقوم مقام بيان مقدار العوض فى كل من الثمن وبدل المنفعة وتحديده لشيوع وهى علة فساد العقدين معا وعدم الحل .

سلمنا أنه لا جهالة لكن الاذن بالانتفاع واو كان مشروطا فى صلب العقد مدة معينة ليس اذنا حقيقيا صادرا عن اختيار حر لقرينة الحاجة والاضطرار فانتفى أصل الحل لانتفاء تحقق مناطه .

---

(٣٦) اجماع اللزومى : وهو الاجماع الذى يحكم العقل بوقوعه نتيجة لعرف التعامل بموضوع الاجماع اذ لم يصرحوا بحجية هذا الحديث قولا فجريان العمل بالحديث دون القول كاف فى استخلاص هذا الاجماع عقلا ولزوما .

هـذا ولا نرى معنى للتقييد بكون الانتفـاع مشروطا فى صلب العقد اذ لا فرق بين أن يكون كذلك أو لا حقا على العقد مادام الاذن صوريا أو الجهالة متمكنة فى الحالين فلا ينهض بالتفـرقة بينهمـا ما قالوا من أن الأذن بالانتفاع اذا كان لاحقا على العقد دون عوض فشبهة الربا متمكنة لأنه حينئذ يكون هديه مديان(٣٧) •

وقد نهى عنها النبى صلى الله عليه وسـلم(٣٨) أقول لا فرق بين الحـالين لقرينة الاضـطرار التى يكون معهـا الاذن مفتعـلا مقهورا غير حقيقى سواء كان فى صلب العقد عند انشائه أم لاحقا له لأن الشرط فى هذه الصورة الأخيرة ملحوظا عند التعاقد وابان انشاء العقد والملحوظ كالملفوظ فى حكم الشرع فانهدم بذلك أساس استدلالهم من القواعـد •

سلمنا أنه لا يكون ملحوظا عند التعاقد لكن هذا أمر من الندورة بمكان اذ واقع حال الدائنين أو الغالب من أمرهم بل عرفهم الجارى قائم على ارادة الاستغلال التى يلحقها الراهن ولا يغير من هذا العقد صورية الاذن ولا صورية الاشتراط فى صلب العقـد وتعين المدة لأن الأمور بمقاصدها ولأن التشريع كما هو معلوم لا يقوم على النادر

---

(٣٧) هديه المدين لدائنه فى مقابل انتظاره لوفاء دينه منفعة زائدة خالية عن عوض لأن هذا هو الربا بعينه ولولا الدين ما كانت الهديه •

(٣٨) عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم اذا أقرض فلا يأخذ هدية أى قبل الوفاء رواه البخارى فى تاريخه ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٣٣

من الحالات ولا على الصور الذهنية المجردة بل على الأمر الغالب الوقوع فى حياة المجتمع والنادر لا حكم له واذا كان عرفا فان المعروف عرفا كالمشروط شرطا فتعين المنع فى الحالين(٣٩) اذ لا فرق كما ذكرنا

على أن شرط الانتفاع فى صلب العقد ولو باذن الراهن ولمدة معينة هو شرط ينافى مقتضى العقد بالنسبة للرهن والقرض معا •

ويقول ابن قدامة فى ذلك « ولنا أنه شرط فى الرهن ما ينافيه فلم يصح كما لو شرطه فى القرض »(٤٠) •

وبيان ذلك أن مقتضى عقد الرهن شرعا هو احتباس عين تحت يد المرتهن استيثاقا لدينه للاستيفاء من ماليتهما عند تعذر الوفاء فاشتراط المنفعة الزائدة بدون عوض تنافى هذا المقتضى فيفسد الشرط لهذه العلة أعنى علة المنافاة وايضا هو شرط منافى لمقتضى عقد القرض اذ مقتضاه شرعا تمليك مثل مثلى على أن يرد مثله دون زيادة أو نفع ابتغاء وجه الله تعالى والشرط المنافى فاسد اجماعا فضلا عن ورود النص بتحريم موجبه « كل قرض جر نفعا فهو ربا »(٤١) •

واذا كان واردا فى دين القرض فيلحق به غيره من الديون بدلالة مفهوم الموافقة أو دلالة النص اذ العلة متبادرة منه لغة لا استنباطا

---

(٣٩) رد المحتار جـ ٥ ص ٤٧٨ •

(٤٠) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤٣٢ •

(٤١) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤٣٢ •

حتى تكون دلالة قياسية وهى المنفعة الزائدة الخالية عن عوض فى كل منهما لأن الحالة الاضطرارية قرينة على ارادة الاستغلال الملحوظة عند التعاقد فضلا عن العرف التجارى بذلك كما سبق أن ذكرنا يؤكد هذا ما جاء فى المغنى لابن قدامة « فان شرط فى الرهن أن ينتفع به المرتهن فالشرط فاسد» (٤٢) لأنه ينفى مقتضى الرهن وهذا واضح •

الرأى الراجح :

يترجح الرأى القائل بعدم جواز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بدون عوض باطلاق ولو بأذن الراهن وسواء كان الدين عن قرض أو غيره وسواء كان مشروطا فى صلب العقد أم لاحقا له لوحدة العلة التى تقتضى وحدة الحكم وصورية الاذن فى جميع هذه الحالات وذلك لقوة أدلة هذا الرأى التى لا يستطاع نقضها اذ تقوم على أساس الحقائق لا على الظواهر والأمور بمقاصدها « وانما الأعمال بالنيات» وهى فى تحريها للواقع تبنى أحكامها على ما تبين من حقيقة ارادة المتعاقدين ودلالة العرف ومدى مطابقة ذلك لقصد الشرع فى التشريع

ونورد فيما يلى تأييدا لما رجحناه نص فتوى العلامة الشيخ يوسف الدجوى رحمه الله عضو جماعة كبار العلماء بالأزهر الشريف فى هذا الموضوع لأهميتها اذ يقول دل الكتاب والسنة واجماع الأمة على تحريم الربا بسائر أقسامه واتفق العلماء من السلف والخلف على

---

(٤٢) نفس المرجع السابق •

أن منها ربا القرض(٤٣) وقد اشتهر فى ذلك قولهم كل قرض جر نفعا فهو ربا بحيث صار كالضرورى(٤٤) بين أهل العلم وهـذا النوع من المعاملة الواردة فى السؤال وهو أن يعطى شخص شخصا آخر مائة دينار مثلا فى سـبيل أن يحبس قطعة من الأرض على سـبيل الرهن ويكون للمرتهن بمجرد العقد الانتفاع بالمرهون بوجه من الوجوه التى ذكرها السائل فيه ربا القرض من غير شك ومما يوضـح ذلك أن شرط الانتفاع بالمرهون شرط ينافى مقتضى القرض اذ هو تمليك مال على أن يرد مثله فقط ابتغاء الثواب الأخروى طالبا ارضاة الله تعـالى وينافى مقتضى الرهن اذ هو شرعا جعل عين متمولة تحت يد الدائن بدينـه يستوفى منها عند تعذر الوفاء واذا فلا سبيل لحل انتفـاع المقرض المرتهن بالمرهون فهو حرام لكان الزيادة التى لا حق له فيها .

والربا فى الأصل الزيادة وقد تقرر بالاتفاق التحريم لكل قرض اشترط فيه أن تكون منفعة المرهون للمقرض مطلقـا من غير تفصـيل الا ما يذكر عند الشـافعية من أن محل التحريم وقوع الشرط الباطل فى صلة العقد ولكن من المقرر عندهم أيضا أن المجلس حريم العقد(٤٥) فله حكمه فان توطأ المتعاقدان على ذلك قبل العقـد فلا حرمة(٤٦)

---

(٤٣) أى من أقسام الربا .

(٤٤) الضرورى ما لا يحتاج الى دليل .

(٤٥) الحريم : هو ما يكون محيطا بالشىء لتمام الانتفاع به كحريم البئر ويقصد به هنا مجلس العقد فيكون تابعا للعقد فى الحكم حتى ينقض

(٤٦) لأنه خارج عن العقد وحريمه وما كان خارجا عن حريم العقد لا يأخذ حكمه ولا يكون تابعا له .

على ما يراه كثير منهم لكن قال المحققون منهم أيضـا هذا من حيث الظـاهر (٤٧) .

أما من حيث الباطن فحرام(٤٨) لقوله صلى الله عليه وسلم «انما الأعمال بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى »(٤٩) .

هـذا وقول الحنفية نماء المرهون يتبعه ليس معنـاه أن المرتهن يسـتحقه ملكا كما قد يتوهم بعض الناس بل المعنى ان النمـاء يكون مرهونا كالأصل فالدائن المرتهن لا يسـتحق شـيئا من المنفعة(٥٠) ولا يحل له ذلك(٥١) .

حيث ان الزيادة لا يقابلها شيء من العوض ولكن هناك حالة يمكن أن يكون للمرتهن حق الانتفاع باعتبار آخر .

قال الامام ابن رشد فى بداية المجتهد « والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن »(٥٢) .

---

(٤٧) اى من حيث الحكم القضائى .

(٤٨) أى من حيث النية التى تنهض بالعلاقة بين المؤمن وربه وهو ما يطلق عليه الحكم ديانة .

(٤٩) رواه البخارى جـ ١ ص ٢ . الامام النووى شرح الأربعين ص٤٣

(٥٠) قضـاء .

(٥١) ديانة .

(٥٢) مجلة نور الاسلام جـ ١ المجلد الثانى شوال سنة ١٣٥٠هـ وهذه المجلة كان يتولى اصدارها مشيخة الأزهر انظر بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٠٨

حكم انتفاع المرتهن بالعين المرهونة باذن الراهن وبعوض :

(أ) قد يكون العوض رمزيا أو صوريا تحايلا على تحليل الربا فالشرط فاسد اذ لا يجوز الربا تحت ستار البيع أو الشرط لأنه من باب التصرف المشروع في الظاهر ولكنه ذريعة لتحقق غرض غير مشروع مآلا في الباطن فيفسد التصرف لعدم مشروعية الباعث عليه كما علمت والقرينة الدالة على الباعث هي صورية العوض أو رمزيته

أما اذا كان العوض أجر مثل المنفعة فقد انتفت شبهة الربا والاستغلال فيجوز ويصح للمرتهن في ذلك كما لو كان أجنبيا ويحل له الانتفاع سواء كان دين قرض أم غيره(٥٣) لأن الانتفاع بالاجارة لا بالقرض وبأجر المثل وهذا لا شيء فيه •

وجاء في المغني ما يؤكد هذا المعنى ما نصه « فأما ان كان الانتفاع بعوض مثل ان استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجر مثلها من غير محاباة جازة في القرض وغيره لكنه ما انتفع بالقرض بل بالاجارة وان حاباه في ذلك فحكمه حكم الانتفاع بغير عوض ولا يجوز في القرض ويجوز في غيره(٥٤) •

---

(٥٣) المغني مع الشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٣١ لابن قدامة يلاحظ أنه عبر عن الاستغلال بلفظ المحاباة •

(٥٤) المرجع السابق وقد وجهنا المناقشة والرد على جواز الانتفاع باذن الراهن اذا كان في دين غير قرض بأن الراجح المنع مطلقا •

وعلى هذا فكما لا يجوز انتفـاع المرتهن بالعين المرهونة بدون عوض ولو باذن الراهن لا يجوز للمرتهن كذلك أن ينتفع بهـا بعوض رمزى أو دون أجر المثل لمكان الربا أو الاسـتغلال الذى يطلق عليـه الفقهاء القدامى لفظ المحاباة(٥٥) أيضـا كما رأيت سـدا للذريعة ومحافظة على مال الراهن بالقـدر الذى يحـافظ فيه على حق المرتهن على السواء دون محاباة أو استغلال أو هضم لحق منهما وهو العدل الذى قامت على أساسه الشريعة الغراء والعدل لا يتجزأ وبهذا يتأكد لك أن مبدأ تحريم الربا أو الاسـتغلال مطبق فى الفروع الفقهيـة والوقائع العلمية حتى لا تجد فى أحكامها تناقضا بين الجزئى والكلى المبدأ العام والاختلاف الذى رأيت ليس منصبا على أصل المبدأ بل على تحقيق مناطه فى الفروع فى نظر كل مجتهد •

(ب) انتفاع المرتهن بالمرهون اذا لم يأذن له الراهن بالانتفاع وهو حيوان الدر والركوب(٥٦) •

---

(٥٥) لا عبرة باختلاف الأسماء اذا اتحد المضمون •

(٥٦) اتفق الأئمة على أن انتفاع المرتهن بالعين المرهونة لا يجوز بدون اذن الراهن وتسليط منه اذا كانت العين مما لا تحتاج الى المؤنة الضرورية حفظا لبقائه لأنه ضرب من الاستغلال أو أكل مال الغير بالباطل فيجب الضمان كالأرض أو الدار من العقارات أو المتاع مادام سليما لأنه ملك للراهن فكذا =

هذه هى المسألة الثانية التى اختلف فيها الفقهاء على أربعة أقوال:

القول الأول : لا يحل مطلقا بدون اذن الراهن سواء كان الانتفاع لتعنت الراهن وامتناعه بدون عذر وهو قادر حاضر أم كان غائبا وسواء كان الانتفاع بقدر النفقة أم كان زائد عنها وهو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية ورواية مرجوحه عن الامام أحمد وهو رأى ابن مسعود والشعبى وشريح •

القول الثانى جواز الانتفاع بشرط أن يكون بقدر نفقة المرهون تحريا للعدل(٥٧) ويتقاصان وما زاد فهو حق للراهن سواء كان سببه

=

منافعه ونمائه والرهن عقد يقتضاه مجرد حق الاحتباس للاستيثاق كما أسلفنا •

وحق الملكية حق ضمان لصاحبه لأنه فى مركز ممتاز قبل الكافة وهو يوجب التزاما عاما مرعيا فى مواجهة الناس كافة بعدم جواز التصرف أو الاستعمال أو الاستهلاك أو الانتفاع بنماء الملك وزوائده وهذا الالتزام العام يستوى فيه المرتهن والأجنبى لقوله صلى الله عليه وسلم « كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه » ولقوله صلى الله عليه وسلم « لا يغلق الرهن •• » الخ الهداية جـ ٣ ص ٩٣ وما بعدها •

(٥٧) المغنى مع الشرح الكبير جـ ٤ ص ٢٣٢ وقال ابن مسعود لرجل ركب فرسا رهنت عنده ما أصبت من ظهرها فهو ربا • وقال شريح حين سئل عن رجل ارتهن بقرة فشرب من لبنها ذلك شرب الربا •

امتناع الراهن وتعنته وهو مذهب الحنابلة واسحاق(٥٨) •

القول الثالث يحل الانتفاع بشرطين :

الشرط الأول : أن يكون الانتفاع بقدر النفقة دون زيادة ويتقاصان والزيادة حق للراهن •

الشرط الثانى : أن يتعذر الحصول على الاذن أو النفقة من مالكها الراهن لامتناعه وتعنته • أما اذا لم يتعذر فلا يحل اذ لا موجب لذلك وهذا الشرط هو فيصل بين هذا الرأى وسابقه وهو لمتقدمى الحنابلة وهو رأى أبى ثور والليث ابن سعد والأوزاعى(٥٩) •

القول الرابع : لا يحل الانتفاع الا بشرطين :

الشرط الأول : أن يكون المرهون من حيوان الدر والركوب •

الشرط الثانى : أن يمتنع الراهن من الانفاق •

---

(٥٨) المغنى جـ ٤ ص ٤٢٣ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٣٤ وقد جاء تقرير الرأى الاول فى المغنى عن أحمد رواية أخرى لا يحتسب له بما أنفق وهو المرتهن متطوع بها ولا ينتفع من الرهن بشىء وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى لقوله صلى الله عليه وسلم « الرهن من راهنه » هذا وحيوان الدر كالناقة والشاة وحيوان الركوب كالحصان والجمل ، كتاب الخلاف للطوسى جـ ١ ص ٢٣٥ ، المختصر النافع ص ١٣٨ ، البحر الزخار جـ ٤ ص ١٢٠ وما يليها •

(٥٩) نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٣٤ •

ولا يشترط التساوى بين النفقة والمنفعة فيدل مهما بلغ مقدار المنفعة دون مقاصة وهو مذهب ابن حزم وبعض الامامية(٦٠) يخالف هذا الرأى سابقيه بعدم اشتراط التساوى •

أدلة الجمهور القائلين بعدم الجواز مطلقا :

استدلوا بالكتاب والسنة والقياس •

أما الكتاب فقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم »(٦١) الآية •

وجه الاستدلال :

ان هذا انتفاع بنماء ملك الغير وزوائده دون اذنه وعموم الآية الكريمة شامل له وحكمه التحريم •

أما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم فى الرهن خاصة لا يغلق الرهن(٦٢) من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه وقوله صلى الله عليه وسلم « انما البيع عن تراض »(٦٣) •

---

(٦٠) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٩٠ ، ٩١ ، المختصر النافع ص ٢٣٨

(٦١) سورة النساء آية ٢٩ •

(٦٢) سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٨١٦ ، ١٦ كتاب الرهن (٣) باب لا يغلق الرهن والحديث رقم ٢٤٤١ •

(٦٣) فتح البارى جـ ٩ ص ١٣٢ ط مكتبة القاهرة ، سبل السلام جـ ٢ ص ٤ ، السنن الكبرى للبيهقى جـ ٦ ص ١٧٠ كتاب البيوع باب ما جاء فى بيع المضطر وبيع المكره •

وجه الاستدلال :

ان الحديث صريح فى أن غنم المرهون حق مقصور على المالك وفيه المنافع باطلاق دون فصل بين ما اذا كان المرهون حيوانا للدر أو الركوب أو غير ذلك ومن ثم فلا يجوز للمرتهن أن ينتفع بملك غيره دون اذنه كما لا يجوز لغيره بل جاء نص الحديث بأسلوب الحصر المستفاد من تقديم الجار والمجرور كما أوضحنا كما أن الحديث يوجب تحقق الرضا فى البيع والمقاصة •

وأما القياس(٦٤) فالمرهون ملك الراهن كغير المرهون فكما لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بشىء غير مرهون من ملك الراهن دون اذنه اجماعا فكذلك المرهون اذ لا فرق لعموم الأدلة التى تحرم الانتفاع بملك الغير بدون اذنه باطلاق مرهونا كان أو غير مرهون •

ومن المعقول فلأن انتفاع المرتهن بملك الراهن دون اذن منه غصب محرم وحكمه وجوب الضمان والاثم •

أدلة المذهب الثانى القائل بحل الانتفاع بقدر النفقة

استدلوا بالسنة والقياس :

أما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم « الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا وعلى الذى يركب

---

(٦٤) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤٣٢ •

ويشرب النفقة(٦٥) .

وجـــه الاســـتدلال :

ان الباء فى نص هـــذا الحديث الشريف للعوض فهو صريح فى جعل منفعة المرهون فى نظـــير النفقة باطلاق دون تقييد بالتســـاوى بينهما ودون اشارة الى اذن الراهن وامتناعه غير أن هذا الاطلاق قد ورد فى الشرع ما يقيده من حيث وجوب التساوى فيما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذا ارتهن شاه شرب المرتهن من لبنها بقدر علفها فان استفضل من اللبن شيء بعد ثمن العلف فهو ربا(٦٦) وهذا دليل يبين على أن المعاوضة تقتضى المساواة بين البدلين .

وجاء فى المغنى لابن قـــدامة ما نصـــه :أما المحلوب والمركوب فالمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويحلب بقدر نفقتـــه متحريا العدل فى ذلك نص عليه أحمد فى رواية محمد بن الحكم وأحمـــد بن القاســـم واختاره الخرقى وهو قول اسحاق وسواء أنفق مع تعـــذر النفقة من الراهن لغيبته أو امتناعه عن الانفـــاق أو مع القدرة على أخـــذ النفقة من الراهن واستدانته(٦٧)

---

(٦٥) رواه البخارى فى كتاب الرهن باب الرهن مركوب ومحلوب برقم (١٢٣٨) وأبو داود فى البيوع برقم (٣٥٢٦) والترمذى فى البيوع برقم (١٢٥٤) ، سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٨١٦ ، ١٦ كتاب الرهن (٢) باب الرهن مركوب ومحلوب والحديث رقم ٢٤٤٠ .

(٦٦) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤٣٣ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٣٤

(٦٧) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤٣٢ .

أما القياس فمؤداه أن المرتهن يقاس على المرأة التى يجوز أخذ نفقتها من مال زوجها عند امتناعه دون اذنه متى أمكنها ذلك لتتوب عنه فى القيام بالواجب الذى كان من المفروض أن يؤديه من تلقاء نفسه بوازع دينى فلما تخلف عن أداء هذا الواجب المقرر عليه شرعا جاز لزوجته أن تقوم مقامه فى الانفاق على نفسها وأولادها بالمعروف وكذلك المرتهن يجوز له أن ينوب عن الراهن فى الانفاق الواجب عليه شرعا على المرهون وعليه غرمه عند الحاجة الى ذلك لبقاء حياته والأصل المقيس عليه ثابت بالسنة لقوله صلى الله عليه وسلم خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف » والحديث صريح فى جواز أن تتنصف المرأة(٦٨) لنفسها من مال زوجها ان ظفرت به بمقدار حقها بدون اذنه • والعلة المشتركة هى امتناع كل من الزوج والراهن عن أداء ما وجب عليه شرعا بحيث يفضى الى تلك صاحب الحق وأيضا للمرتهن حق الاستيثاق فى المرهون ولو لم ينفق عليه نيابة عن الراهن عند الحاجة لذهب حقه بفوات المرهون فهو معذور فى هذا الانفاق بل مضطر محافظة على حقه فى الاحتباس لاستيفاء دينه من ماليته والمرهون وان كان ملكاً للراهن لكن تعلق به حق الغير ومن ثم فلايجوز للمالك الراهن أن يتصرف فى ملكه على نحو يبطل حق الغير بما يؤدى الى تلف المرهون لاسيما اذا كان الملك فى يد هذا الغير وولايته •

---

(٦٨) تنتصف المرأة : انتصف لنفسه أخذ حقه لنفسه من غريمه عدلا وانصافا •

أدلة المذهب الثالث وهو القائل بحل الانتفـــاع بقدر النفقة عدلا وبشرط تعنت الراهن •

اســـتدلوا بالســـنة ما رواه البخارى وأبو داود والترمذى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا وعلى الذى يركب ويشرب النفقة(٦٩) •

وجه الدلالة أن الحديث جعل المنفعة بمقدار النفقة معاوضـــة وهو نص فى محل النزاع وخاص به عينا •

أدلة المذهب الرابع : حل الانتفـــاع بحيوان الدر والركوب دون سواه فى مقابل النفعة بالغا ما بلغ الانتفـــاع دون تحرى المســـاواة بشرط امتناع الراهن •

استدلوا بالمعقول حيث قالوا الأصل ان انتفاع الانسان بمال غيره بدون اذنه محرم لعموم قوله تعالى « يا أيهـــا الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالبـــاطل »(٧٠) الآية ولقوله صـــلى الله عليه وسلم لايحل مال امرىء الا عن طيبة من نفسه(٧١) ولقوله صلى الله عليه وسلم

---

(٦٩) الحديث سبق تخريجه •

(٧٠) سورة النساء آية ٢٩ •

(٧١) الحديث رواه ابو يعلى ووثقه أبو داود وضعفه ابن معين مجمع الزوائد جـ ٤ ص ١٧٢ ، كنز الحقائق جـ ٢ ص ١٧٤ والحـديث أخرجه أحمد وأبو داود •

« لا تحلب ماشية امرىء بدون اذنه »(٧٢) •

لكن ورد من السنة ما يفيد حل انتفـاع المرتهن بحيـوان الدر والركوب بوجه خاص على خلاف هذا الأصل محافظة على حياة الحيوان من جهـة وعلى حق المرتهن فيه من جهـة أخرى وهو قوله صلى الله عليه وسلم الظهر يركب بنفقته ولبن الدر يشرب بنفقته •

والحـديث مطلق فى مقدار الانتفـاع اذ لا يوجب التسـاوى فيجب اجراء المطلق على اطلاقه فليثبت هذا القدر ولبق ما عداه على أصل المنع والتحريم •

المناقشـة والرد عليهـا :

ناقش الجمهور عمدة المبيحين فى استدلالهم بحديث الظهر يركب بنفقته ولبن الدر يشرب بنفقته أنه منسوخ لأنه ورد قبل تحريم الربا ونسخ بحديث كل قرض جر نفعـا فهو ربا(٧٣) وأنه معارض لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن عمر فى البخـارى وغيره لا تحلب ماشية امرىء بدون اذنه » اذ يحرم الانتفاع بدون اذن المـالك فهو بعمومه يعارض الأول المبيح واذا تعارض الحاظر والمبيح قدم الحاظر

---

(٧٢) فتح البارى جـ ٥ ص ٨٧ والحديث من رواية البخارى فى كتاب اللقطة الباب السابع ومسلم فى كتاب اللقطة برقم « ١٧٢٦ » وابو داود •

(٧٣) المبسوط جـ ٢١ ص ١٠٨ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٣٤ ، سبل السلام جـ ٣ ص ٥٣ •

والحديث فيه انقطاع باطن(٧٤) فضلا عن أن السند فيه ارسال ووقف وبالتالى يخالف القواعد العامة للشريعة الاسلامية من وجهين :

الوجه الأول : الأصل تحريم الانتفاع بملك الغير بدون اذنه لقوله تعالى « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » .

ولقوله صلى الله عليه وسلم « لا تحلب ماشية امرىء الا باذنه » وهذا الحديث يبيحه .

الوجه الثانى ان الأصل فى الضمان أن يكون بالمثل فى المثليات أو القيمة فى القيميات وهذا الحديث يجعل الضمان بالنفقة .

وخلاصة القول بأن الحديث لا يصلح للاحتجاج لكونه منسوخا فضلا عن كونه مرسلا أو موقوفا أو منقطعا انقطاعا باطنيا أو معارضا للاصول الشرعية الثابتة التى لا خلاف فيها .

أجاب القائلون بالاباحة ردا على الاعتراض الموجه الى أدلتهم بنسخ حديث الظهر يركب بنفقته من انه كان قبل ورود التحريم فلما

---

(٧٤) نقد الحديث من وجهين من ناحية السند وهو سلسلة الرواة ومن ناحية المتن أى من حيث معناه والحديث ينقطع باطنا أى من حيث معناه اذا كان لا يتفق والقواعد الشرعية القاطعة أو الأحكام القاطعة فى القرآن والسنة الصحيحة .

ورد حديث كل قرض جر نفعا فهو ربا (٧٥) نسخة أنه مجرد دعوى لم تثبت اذ لم يعلم التاريخ على أن النسخ انما يكون عند التعارض وعدم امكان التوفيق وهنا قد أمكن على الندو الذى بيناه .

أجاب القائلون بالاباحة ردا على الجمهور من حديث الظهر يركب بنفقته يتعارض مع حديث ابن عمر فى البخارى من قوله « لا تحلبن ماشية امرىء بغير اذنه » وهذا الحديث حاظر والأول مبيح واذا تعارض الحاظر والمبيح قدم الحاظر بأنه لا تعارض مع امكان التوفيق وقد تم بحمل العام على ما عداه المرهون من حيوان الدر والمركوب لورود نص خاص بحل انتفاع المرتهن به والعام يبنى على الخاص جمعا بين الدليلين كما ذكرنا وعلى هذا تخصص سائر العمومات التى تحرم الانتفاع بملك الغير بدون اذنه بهذا الحديث .

أما قولهم بأن عمدة أدلة المبيحين للانتفاع حديث الظهر يركب

---

(٧٥) المبسوط جـ ٢١ ص ١٠٨ . نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٣٤، ٢٣٥ وأجاب الشوكانى دعوى الجمهور مخالفة هذا الحديث للأصول الشرعية وعن دعوى النسخ بما خلاصته أن دعوى المخالفة غير صحيحة لأن السنة الثابتة الصحيحة من الاصول الشرعية فلا يجوز ردها الا بما هو أرجح منها ان لم يكن التوفيق وأما حديث ابن عمر رضى الله عنه فهو عام وحديث أبى هريرة خاص ويمكن التوفيق بينهما بالتخصيص .

أما النسخ فلابد من معرفة التاريخ وتعذر الجمع وما نحن فيه التاريخ مجهول فلا يثبت النسخ بمجرد الاحتمال مع الامكان المرجع السابق ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ .

بنفقته وهو مخالف للقياس والقواعد العامة من وجهين :

أولا : ان الأصل تحريم الانتفاع بملك الغير بدون اذنه والحديث يجيز ذلك .

ثانيا : ان الأصل فى الضمان والتعويض أن يكون بالمثل فى المثليات والقيمة فى القيميات وهذا التضمين بالمنفعة .

فيجاب عن ذلك بأن السنة من أصول التشريع وللمشرع أن يورد أحكاما خاصة لحكمة ومصلحة يراها هو جدير بالاعتبار وهى أحكام أصلية وليست مستثناة كحديث المصراة مثلا والسنة هى المصدر الثانى من مصادر التشريع الاسلامى فلا ترد الا بما هو أرجح ويؤكد ابن القيم هذا المعنى بما يوضح وجوه الحكمة الشرعية من هذا الحديث الشريف فى كتابه أعلام الموقعين حيث يقول والصواب ما دل عليه الحديث وقواعد الشريعة وأصولها لا تقتضى سواه فان الرهن اذا كان حيوانا فهو محترم فى نفسه لحق الله سبحانه وتعالى ولمالك فيه حق الملك وللمرتهن حق الوثيقة وقد شرع الله سبحانه وتعالى الرهن مقبوضا بيد المرتهن فاذا كان بيده فلم يركبه ولم يحلبه ذهب نفعه باطلا وان أمكن صاحبه من ركوبه خرج عن يده وتوثيقه وان كلف كل وقت أن يأتى ليأخذ لبنه شق عليه غاية المشقة خصوصا مع بعد المسافة وان كلف المرتهن بين اللبن وحفظ ثمنه للراهن شق عليه فكان مقتضى العدل والقياس مصلحة الراهن والمرتهن والحيوان أن يستوفى المرتهن منفعة الركوب والحلب ويعوض عنها بالنفقة فى هذا جمع بين المصلحتين وتوفير للحقين فان نفقة الحيوان واجب على صاحبه والمرتهن اذا أدى واجبا وله فيه حق فله أن يرجع ببدله ومنفعة الحلب والركوب تصلح

لأن تكون بدلا وان قيل للمرتهن لا رجوع لك كان فى ذلك اضرارا به ولم تسمح نفسه بالنفقة على الحيوان فكان ما جاءت به الشريعة هو الغاية التى ما فوقها فى العدل والحكمة والمصلحة(٧٦) شىء يختاره.

مناقشة أدلة المذهب الثالث القائل حل الانتفاع بقدر النفقة عدلا وبشرط تعنت الراهن بما استدلوا به من حديث « الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهـونا » .

اعترض على دليلهم من قبل الجمهور بأن الحديث مجمل اذ يحتمل أن يكون نائب الفاعل والمنتفع وهو الراهن أو المرتهن ومع هذا الاحتمال يسقط الاستدلال به على حل انتفاع المرتهن فى نظير نفقته اذ ليس الحديث نصا فيه .

ويجاب عن ذلك بأن مجرد الاحتمال العقلى لا يؤخـذ به الا اذا كان ناشئا عن دليل والدليل هنا مرجح لأن يكون المنتفـع هو المرتهن لا الراهن لأمرين .

الأول : ان الراهن انما ينتفع بمقتضى حق الملكية لا عوضـا عن النفقـة .

---

(٧٦) اعلام الموقعين لابن القيم جـ ٢ ص ٢٣ .

أما المرتهن فلانه ليس مالكا كان انتفاعه على سبيل المعاوضة(٧٧)

وهو المعنى الذى أفاده نص الحديث بنفقته فالقرينة لفظية كما ترى(٧٨) لأن الباء للمعاوضة .

الثانى : انه ورد حديث آخر وهو نص فى هذا الموضوع يفصل هذا المجمل ويزيل الابهام وهو قوله صلى الله عليه وسلم « اذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها » وتعليل ذلك ان الراهن ينتفع لأنه مالك لا لأنه ينفق لأن نفقة الحيوان واجبة عليه سواء انتفع أم

---

(٧٧) وفى هذا المعنى يقول ابن قدامة فان قيل المراد به أى بحديث الظهر يركب بنفقته أن الراهن ينفق وينتفع قلنا لا يصح من وجهين :

أحدهما أنه قد ورد فى بعض الألفاظ اذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذى يركب ويشرب نفقته فجعل المنفق المرتهن فيكون هو المنتفع أى فلا اجمال ولا ابهام .

الوجه الثانى : ان قوله بنفقته يشعر أن الانتفاع عوض النفقة وانما ذلك حق المرتهن أما الراهن فانفاقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة لاحدهما بالآخر — المغنى مع الشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٣٣ ، سبل السلام جـ ٣ ص ٥١ ، ٥٢ .

(٧٨) الواقع أن الجمهور انما ادعى الاجمال فى الحديث ليسقط الاستدلال به وذلك بحمل المنتفع على الراهن لكن القرينة اللفظية وقواعد الشريعة وما ورد من السنة المفصلة لا يساعدهم على ذلك ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٣٤ .

لم ينتفع(٧٩) فالنص صريح في أن المنفق هو المرتهن فيكون هو المنتفع فجاء بيانا للحديث المجمل لأنهما نص في موضوع واحد .

واعترض على هذا بأن حل انتفاع المرتهن بحيوان الدر والركوب بنفقته وبدون اذن المالك جاء على خلاف القياس لأن مقتضى القياس العام « القاعدة العامة » أنه لا يجوز لأحد أن ينتفع بمال غيره بدون اذنه وما جاء على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره .

الجواب عن الاعتراض :

أجيب عن ذلك بأن هذا القياس جلي لأصولي أي من باب دلالة مفهوم الموافقة أو دلالة النص ونحواه .

وهي دلالة لغوية لتبادر العلة من النص لغة لا اجتهادا وهذه الدلالة ليس لها القياس الا صورته على نحو نص دلالة نص الآية الكريمة الواردة بتحريم التأفيف على تحريم ايذاء الوالدين بشتى صنوف أو أسباب الأذى ولأن دلالة النص تعمل عمل النص فيصح الالحاق عن طريقها بما جاء على خلاف القياس في حكمه اذ الممنوع هو التوسع عن طريق القياس الأصولي وهذا ليس منه(٨٠) .

---

(٧٩) حتى اذا امتنع الراهن المالك للحيوان على الانفاق وهو في حيازته بما يؤدي الى هلاكه بيع عليه اذ المحافظة على الحيوان من حقوق الله تعالى .

(٨٠) على أن نلاحظ أن المغني لابن قدامة يعتبر من أهم مصادر الفقه المقارن لانه لا يقتصر على فقه الحنابلة بل يتناول آراء المذاهب الأخرى وأدلتهم بأمانة علمية ويقارن بينها وبين وجهة نظره ويؤيدها بالدليل .

ورد على أدلة الرأى الرابع المناقشة التالية :

ورد على وجه استدلالهم بالحديث من قوله من أن الحديث مطلق فى مقدار الانتفاع اذ لا يوجب التساوى فيجب اطلاق المطلق على اطلاقه فليثبت هذا القدر وليبق ما عداه على أصل المنع والتحريم

بأن الاطلاق هذا غير مراد الشارع اذ ورد من السنة ما يبين ارادته الحقيقية وهو التقييد بالمساواة تحريا للعدل •

لكن ابن حزم رد هذا الحديث المقيد اذ ادعى أن الزيادة من رواية ابراهيم النخعى •

الجواب عن الاعتراض :

ويجاب عن ذلك بأن الضرورة اذا اقتضت الخروج عن سنن القياس فى حل الانتفاع بدون اذن المالك على سبيل المعاوضة فان المعاوضة أصلها التساوى والعدل ولا ضرورة تقتضى بالخروج عن قاعدة العدل اذ الضرورة تقدر بقدرها وخصوصا أن الراهن ضعيف الحال فلا يستغل ضعفه المادى استغلالا يعجزه عن أداء الدين وعن تخليص ملكه المرهون حتى لا يزداد هلاكا الى هلاكه فاطلاق الحديث الذى لا يوجب التساوى مقيد بقواعد الشريعة التى توجب العدل فى المعاوضات فضلا عن الحديث الخاص الذى لم يأخذ به ابن حزم(٨١)

---

(٨١) ابن حزم لم يأخذ برواية ويشرب المرتهن من لبنها بقدر ثمن علفها فان استفضل من اللبن بعد ثمن العلف فهو ربا اذ يقول هذه الزيادة من ابراهيم النخعى لا تقول بها • المحلى جـ ٨ ص ٩١ •

مناقشة أدلة الجمهور :

ورد على أدلة الجمهور القائلين بتحريم الانتفاع باطلاق بأن الحديث الذى جعل الغنم للراهن والغرم عليه على سبيل الحصر على الرغم من ارساله ووقفه لا يقوى على معارضة ما رواه البخارى الظهر يركب بنفقته (٨٢) •

ورد عليهم فى استدلالهم بالقياس بأنه فاسد الاعتبار (٨٣) ذلك لأن الانتفاع بما ليس مرهونا ولا حيوانا الدر والركوب من ملك الراهن باق على أصل التحريم فلا يحل الا باذنه فلا يقاس عليه حيوان الدر والركوب لأنه ورد فى نص خاص بحل انتفاع المرتهن به فهو قياس فى مورد النص فلا يجوز الاحتجاج به لأنه فاسد الاعتبار •

وتحليل ذلك أصوليا أن القياس طريق ظنى فى الاستدلال اذ العلة اجتهادية ظنية وما بنى على الظنى فهو ظنى فارادة المشرع فى حكم القياس اذن مفترضة أى مستنتجة عقليا وليست حقيقة واضحة أما النص فهو صريح فى ذلك هو مؤدى القاعدة الأصولية ان لا قياس فى مورد النص •

---

(٨٢) نيل الأوطار جـ ٥ ص ٣٢٤ وما يليها واجيب عن الارسال بأنه من مراسيل سعيد ابن المسيب وهى مقبولة لأنه بعد البحث انها كلها مسانيد اذ كان لا يرسل الا على ثقة هذا فضلا عن أنه روى من طرق متعددة يقوى بعضها بعضا •

(٨٣) القياس فى مورد النص غير معتبر اذ لا قياس مع نص •

مناقشـــة أدلة الرأى الرابع وبه قال ابن حزم أنه وان لم يثبت لديه الحديث الذى يوجب التساوى وينفى الزيادة ويحرمها لأنه ربا فان قواعد التشريع فى المعاوضات تقتضى هـــذا فيجب تحكيمها لأن الشريعة كل لا يتجزأ ٠

هذا ومن يشـــترط اذن الحاكم يغفل عن الأحوال التى لا يتيسر فيها ذلك كما فى القرى المتباعدة والصحارى بالاضـــافة الى ذلك أن الاجراءات المعقدة فى أيامنا لاستصـــدار هذا الاذن قد تضـــيع معها مصلحة الحيوان بل حياته المتوقفة على قوته اليومى وفى هذا اهدار لحق الله تعالى فى وجوب الانفاق على الحيوان وحفظ بقائه وتضييع للمال ولحق المرتهن ولحق الراهن فى أصل ماله ومنافعه على السواء لذا كان الراجح هو الرأى الثالث الذى تجنب هذه المـــآلات الضارة وجمـــع بين الأدلة فلم يهمل أيا منهـــا وجعل المعاوضـــة تقوم على التساوى والعدل الذى هو أساس المعاوضات ووفق بين هذه المصالح جميعا وهو الذى يجب المصير اليه بما يتفق وأصول التشريع ومقاصده واليك الجـــزء الثانى من نص الفتـــوى انســـابقة الذى يتعلق بهـــذا الموضوع(٨٤) مما يؤيد ما انتهى اليه بحثنا من الترجيح على خلاف رأى الجمهور ما يلى وقال قوم اذا كان الرهن حيـــوانا فللمرتهن أن

---

(٨٤) يقول ابن القيم اذا انفق المرتهن على الرهن صارت النفقة دينا على الراهن لأنه واجب أداؤه عنه ويتيسر عليه الاشهاد على ذلك فى كل وقت وكذلك استئذان الحاكم وخاصـــة اذ لوحظ ان رهن الشاة ونحوها انما يقع غالبا بين أهل البوادى ٠

يحلبه ويركب بقدر ما يعلفه وينفق عليه(٨٥) وهو قول أحمد واسحاق بما رواه أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال « الرهن محلوب ومركوب » وهذا الحديث روى بغير هذا اللفظ قال صلى الله عليه وسلم الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا وعلى الذى يركب ويشرب النفقة(٨٦) .

ورأى الجمهور انه يخالف أصولا مجمعا عليها وآثارا ثابتة لا يختلف فى صحتها كما فى شرح البخارى ونيل الأوطار وغيرها فقال بعضهم أنه منسوخ ويدل لذلك حديث ابن عمر رضى الله عنهما عن البخارى وغيره « لا تحلب ماشية امرىء بغير اذنه » .

وتعقب بأن التاريخ لا يعرف حتى يقال بالنسخ لذلك ذهب الأكثر الى التأويل فيتعين حمل الحديث على ما اذا امتنع الراهن من الانفاق على المرهون فيباح حينئذ للمرتهن وهو قول الأوزاعى والليث وأبى ثور رحمهم الله جميعا .

ومما يدل للجمهور أيضا حديث أبى هريرة لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه قال فى منتقى الاخبار رواه

---

(٨٥) خصوص مسألة انتفاع المرتهن بالعين المرهونة اذا كان من حيوان الدر والركوب وهى فتوى العلامة الشيخ يوسف الدجوى الذى سبقت الاشارة اليها .

(٨٦) أخرجه الدارقطنى والحاكم والبيهقى وابن حبان .

الشافعي والدارقطني(٨٧) وقال اسناده صحيح حسن متصل ومن هنا يظهر أنه صالح للاحتجاج به للجمهور بل الحديث اذا روى من طريق صحيح وآخر ضعيف كان أقوى مما اذا روى من طرق صحيح فقط

نتائج البحث :

ان التحريم متفق عليه فى غير مسألة المركوب : والمحلوب أما فيها فقد قيل بالحل ولكن الجمهور على خلافه ولا شك ان الأرض المرهونة ليست كالديوان حتى تقاس عليه فلا يجوز أن يكون القرض سببا فى الانتفاع بها اتفاقا فان محل الخلاف بين الجمهور وغيرهم انما هو الحيوان كما أوضحت(٨٨) .

أ.د/ مصطفى فخرى أحمد
أستاذ مساعد بكلية الدراسات
الاسلامية والعربية للبنات بسوهاج

---

(٨٧) نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢٣٥ .

(٨٨) مجلة نور الاسلام جـ ١ المجلد الثانى شوال سنة ١٣٥٠هـ .