

رهن الورقة التجارية

"دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية"

الدكتور

حسين محروس قنديل

مدرس الشريعة الاسلامية كلية الحقوق جامعة عين شمس

بسم الله الرحمن الرحيم

ﻡ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق أجمعين، محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه ومن اتبع هداه إلى يوم الدين.

وبعد ،،،

فإن المعاملات بشتى صورها وكافة أشكالها، تعد أساساً من الأساسيات التي تقوم عليها الحياة، وضرورة من ضرورياتها لا يستغنى عنها سواء أكانت هذه المعاملات معاملات مالية أو غير مالية.

ولما كان للمعاملات المالية أهمية كبرى فقد أولاهها فقهاء الشريعة الإسلامية عناية خاصة، فوضعوا أبواباً خاصة لمعالجة الأحكام التي تتعلق بها، كما وضعوا العديد من الضوابط الشرعية والقواعد الفقهية لتنظيمها كي تتلاءم مع ما يقع من حوادث، ويستجد من وقائع، ومن هذه المعاملات التي أولاهها فقهاء الشريعة الإسلامية عناية خاصة المعاملات التجارية بشتى صورها، وكافة أشكالها، وهذا على الرغم من قلة النصوص الشرعية في هذا المجال، وكان هذا لحكمة ابتغاها الشارع الحكيم، ألا وهي إعمال الاجتهاد في استنباط الأحكام الشرعية التي تتعلق بالمعاملات المالية، حتى يواجه فقهاء الشريعة الإسلامية كل ما يستجد من أمور، وما يقع من محدثات، فلا ينضب معين الشريعة الإسلامية التي تصلح لكل زمان ومكان.

ومن القضايا الهامة في مجال المعاملات -التي حرص الشارع عليها- حقوق المتعاملين وضرورة وفاء كل طرف بما يقع عليه من التزامات في مواجهة الآخرين، وهنا تظهر أهمية الوفاء بالدين الناتج عن هذه التعاملات، سواء أكانت هذه التعاملات عقد قرض، أو عقد بيع أو غيره من العقود يكون الثمن فيه حالاً أو مؤجلاً؛ كما تظهر أيضاً أهمية وسائل الوفاء بهذا الدين فقد يقوم الشخص المدين بأداء الثمن بنفسه نقداً، كما يحق له أن ينيب شخصاً آخر غيره في أداء الثمن، وأجازت الشريعة الإسلامية للمدين الوفاء بالدين بوسائل عديدة منها - مثلاً - :

أن يحيل المدينُ الدائنَ على شخص آخر يستوفي منه حقه، متى توافرت شروط معينة، كما يجوز للمدين أن يقدم كفيلاً أو رهناً ضماناً للوفاء بالدين^(١). - كما يحق للدائن أن يطلب كفيلاً أو رهناً ضماناً لدينه-

ومن وسائل الوفاء بالدين التي استحدثتها المعاملات التجارية في الوقت المعاصر الأوراق التجارية، فالأوراق التجارية تقوم في الوقت المعاصر بدور هام ومؤثر في الحياة التجارية، حيث إن أساس التعامل في المعاملات التجارية يقوم على سرعة

(١) ولما توجد هذه الحالة لأن المدين يكون متبرعاً بفعله.

التعامل بين التجار والائتمان القائم بينهم، الأمر الذي يدعو إلى التعامل في كثير من الأحيان بالأوراق التجارية.

وتتعدد صور وأشكال هذه الأوراق في الوقت المعاصر فلا يقتصر التعامل بها على صورة واحدة أو شكل واحد، كما أن طريقة التعامل بهذه الأوراق تتعدد كذلك، فمنها ما هو ناقل لملكية هذه الأوراق، ومنها ما يقتصر فقط على نقل حيازة هذه الأوراق، ومنها ما يكون توثيقاً لضمان دين معين.

ولقد آثرت أن يكون موضوع هذا البحث يتعلق بنقل حيازة الأوراق التجارية توثيقاً لضمان دين معين.

كما آثرت أن تنصب دراسة هذا البحث على الكمبيالة المعروفة في القانون التجاري باعتبار أن هذه الورقة التجارية تعد من أهم أشكال الورقة التجارية، هذا من جانب ومن جانب آخر إن الأحكام التي تتعلق بها - الكمبيالة - أوسع نطاقاً من غيرها من الأوراق التجارية - الشيك، والسند لأمر/لإذن - فدراسة الأحكام الشرعية لهذا الشكل من أشكال الورقة التجارية يتضمن كذلك الأحكام التي تتعلق بغيرها من الأشكال، ووضعت له عنواناً سميته: "رهن الورقة التجارية دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية" سبب اختياري للموضوع:

إن اختياري لهذا الموضوع يرجع إلى عدة أسباب منها:

- (١) استظهار الأحكام الشرعية في موضوع رهن الأوراق التجارية.
- (٢) الدفاع عن الشريعة الإسلامية بما يهتمها به كثير من الحاقدين لها بعدم معرفتها للعديد من الموضوعات .
- (٣) أهمية موضوع الأوراق التجارية بصفة عامة، ورهن الأوراق التجارية بصفة خاصة، سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون المصري.
- (٤) عدم وجود بحث مستقل في الفقه الإسلامي في موضوع رهن الأوراق التجارية.
- (٥) كثرة التعامل بين التجار - وغيرهم - بالأوراق التجارية مما دفعني لبحث الأحكام الشرعية التي تتعلق بهذه التعاملات، وبيان مدى جوازها من عدمه.
- (٦) الإسهام في وضع القواعد والأسس في مجال الدراسة الفقهية الشرعية لموضوع رهن الأوراق التجارية.

منهج البحث:

لما كان هذا موضوع البحث يعد حديثاً نسبياً في مجال الفقه الإسلامي، فلقد اتبعت في هذا البحث المنهج الاستنباطي الذي اعتمدت فيه على استنباط الأحكام

الشرعية من الأدلة الشرعية، والقواعد الكلية في الشريعة الإسلامية، كما اتبعت المنهج الاستقرائي وذلك باستقراء القواعد الفقهية والأصولية وأقوال الفقهاء في المسألة موضوع البحث، ثم قارنت بعد ذلك بين آراء الفقهاء في الفقه الإسلامي وذلك في العديد من المسائل موضوع البحث. ملتزماً في ذلك بالمنهج العلمي وكان هذا على النحو الآتي :

عرض المسائل الفقهية محل البحث في المذاهب الفقهية المعتمدة عند أهل السنة، والجماعة، وغيرهم - كلما أمكن ذلك- ، وهي " المذهب الحنفي، والمذهب المالكي، والمذهب الشافعي، والمذهب الحنبلي، والمذهب الظاهري، والمذهب الشيعي- الإمامي الاثنا عشري، والزيدي-، والمذهب الإباضي.

- فإذا كانت المسألة محل اتفاق بين الفقهاء، أذكر اتفاقهم فيها، وأذكر الأدلة التي استدلوا بها من الكتاب أولاً، فمن السنة، فمن الإجماع، فمن القياس، فمن المعقول، مع ذكر أوجه الاستدلال من كل دليل على حدة.
- وأما إذا كان في المسألة اختلاف بين الفقهاء فأقارن بين آراء الفقهاء متبعاً الخطوات الآتية :

- (١) تحرير محل النزاع، ومناطه إن وجد.
 - (٢) ذكر الآراء الفقهية المختلفة.
 - (٣) الاعتماد عند ذكر المذاهب الفقهية على الكتب الأصلية لكل مذهب، وعدم الاعتماد على ما ينسبه أصحاب المذاهب الأخرى للمذهب الذي أعرض إليه.
 - (٤) جمع المذاهب الفقهية المتحدة في الرأي تحت رأي واحد.
 - (٥) مراعاة الترتيب الزمني للمذاهب الفقهية في الرأي الواحد، فأذكر مذاهب أهل السنة أولاً على هذا النحو " الأحناف، والمالكية، والشافعية، والحنابلة"، ثم أذكر المذهب الظاهري، ثم المذهب الشيعي- الإمامي الاثنا عشري، الزيدي- ، ثم المذهب الإباضي.
 - (٦) عرض الرأي المختار أولاً، - وهو الرأي الأول- دون تعصب لمذهب معين.
 - (٧) عرض الآراء الفقهية الأخرى -بعد عرض الرأي الأول- الأقل قوة، فالأقل.
 - (٨) توثيق آراء فقهاء المذاهب من كتبهم الأصلية، وعند ذكر المرجع لأول مرة اتبع منهج الشرعيين في كتابة المراجع الأصلية وذلك على النحو التالي :
- اسم المرجع، اسم المؤلف، رقم الطبعة- إن وجد-، تاريخ الطبعة- إن وجد-، دار النشر، مكان دار النشر، رقم الجزء، رقم الصفحة.
- (٩) توثيق آراء الباحثين المحدثين في الفقه الإسلامي، وعند ذكر المرجع لأول مرة اتبع المنهج الحديث في كتابة المراجع وذلك على النحو التالي :

اسم المؤلف، اسم المرجع، رقم الطبعة- إن وجد-، تاريخ الطبعة- إن وجد-، دار النشر، مكان دار النشر، رقم الصفحة.

١٠) ذكر الأدلة الشرعية التي استند إليها كل رأي من الآراء، ووجه الاستدلال منه. "الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، والمعقول".

١١) نسبة الآيات القرآنية إلى مواضعها من القرآن الكريم، وذلك بذكر اسم السورة الكريمة، ورقم الآية (...). وعند ذكر الشاهد فقط من الآية أذكر أنها جزء من الآية رقم (...).

١٢) تخريج الأحاديث النبوية الشريفة من كتب الأحاديث الأصلية، وذلك بذكر الحديث، ودرجته، فإذا وجدت الحديث قد ذكره الإمام البخاري في صحيحه، أو الإمام مسلم في صحيحه اكتفي بذكره، وأما إذا لم يروه أحدهما في صحيحه فأتبع الحديث ودرجته في كتب الحديث، فأذكر سند الحديث، ومتمه في الهامش، ودرجته كذلك.

١٣) مناقشة أوجه الاستدلال لكل دليل على حدة، من الأدلة التي استند إليها أصحاب الآراء غير المختارة.

١٤) اختيار أحد الآراء الفقهية التي ذكرتها عند المقارنة،- وهو غالباً الرأي الأول-، ويكون ذلك بعد المقارنة بين الآراء الفقهية، وأدلتهم، وأوجه الاستدلال، وبيان المناقشة، وأوجه الاعتراض، وهذا دون تعصب لمذهب على حساب مذهب آخر.

١٥) الاعتماد عند اختيار رأي معين على قوة الاستدلال من الأدلة الشرعية، وسلامة هذا الرأي من المعارضة، وعادة التجار ومقتضيات التجارة.

خطة البحث :

ولقد قسمت خطة الدراسة لهذا الموضوع إلى: مقدمة، ومبحث تمهيدي، وبابين، وخاتمة.

فأما المقدمة: فقد عرضت فيها لأهمية الموضوع محل البحث، ولأسباب اختياري للموضوع، وخطة البحث.

وأما المبحث التمهيدي: فأتناول فيه تعريف الورقة التجارية والتكييف الفقهي للورقة التجارية في الفقه الإسلامي.

وأما الباب الأول: فأتناول فيه القواعد العامة لرهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي، وقسمته إلى فصلين.

فأما الفصل الأول: فأتناول فيه التعريف بالرهن وصفته في الفقه الإسلامي, وقد قسمته إلى مبحثين أتناول في المبحث الأول: ماهية الرهن في الفقه الإسلامي, وأتناول في المبحث الثاني: صفة الرهن في الفقه الإسلامي.

وأما الفصل الثاني: فأتناول فيه عناصر رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي, وقد قسمته إلى مبحثين أتناول في المبحث الأول: أركان وشروط الرهن بصفة عامة في الفقه الإسلامي, وأتناول في المبحث الثاني: أركان وشروط رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي .

وأما الباب الثاني: فأتناول فيه آثار رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي, وقسمته إلى فصلين.

فأما الفصل الأول: فأتناول فيه آثار رهن الورقة التجارية بين أطرافه في الفقه الإسلامي, وقد قسمته إلى مبحثين أتناول في المبحث الأول: آثار رهن الورقة التجارية على المدين الراهن في الفقه الإسلامي, وأتناول في المبحث الثاني آثار رهن الورقة التجارية على الدائن المرتهن في الفقه الإسلامي.

وأما الفصل الثاني: فأتناول فيه آثار رهن الورقة التجارية لغير أطراف رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي, وقد قسمته إلى مبحثين أتناول في المبحث الأول: آثار رهن الورقة التجارية بالنسبة للمحيل في الفقه الإسلامي, وأتناول في المبحث الثاني: آثار رهن الورقة التجارية بالنسبة للمحال عليه في الورقة التجارية في الفقه الإسلامي.

وأما الخاتمة: فأتناول فيها أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث, وأهم التوصيات.

المبحث التمهيدي التعريف بالورقة التجارية وتكييفها الفقهي

تمهيد وتقسيم:

قبل الخوض في موضوع البحث وجدت أنه من المناسب التعرف على الورقة التجارية في الفقه الإسلامي، وبيان التكييف الفقهي - الوصف الشرعي - لها، وذلك لما لهذا الأمر من أهمية في مجال البحث، لذا خصصت هذا المبحث لتحديد ماهية الأوراق التجارية، وبيان وصفها الشرعي، وقسمته إلى مطلبين:
أتناول في المطلب الأول التعريف بالورقة التجارية في الفقه الإسلامي، وأتناول في المطلب الثاني التكييف الفقهي للورقة التجارية في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

التعريف بالورقة التجارية في الفقه الإسلامي

يعد مصطلح الأوراق التجارية من المصطلحات المستحدثة التي لم تكن مستخدمة في الفقه الإسلامي قديماً، فهو مصطلح حديث نسبياً على الفقه الإسلامي، الأمر الذي يدعو إلى التعرف على ماهية الورقة التجارية في الفقه الإسلامي.
فقد يكون مصطلح الأوراق التجارية مركباً إضافياً يتكون من كلمتين I الورقة، التجارية²، وقد يكون لقباً على أمر بعينه.
وسوف نتعرض - هنا إن شاء الله تعالى - لتعريف الأوراق التجارية باعتباره مركباً إضافياً، ثم باعتباره لقباً على أمر بعينه.

أ-تعريف الأوراق التجارية باعتباره مركباً إضافياً⁽¹⁾:

إن تعريف الأوراق التجارية باعتباره مركباً إضافياً يقتضي أن نتعرض لتعريف الأوراق، ثم لتعريف التجارة.

(1) يقصد باعتبار لفظ: "الورقة التجارية مركباً" إضافياً أي كونه يتكون من كلمتين: الأولى:

الورقة، والثانية: التجارية.

١- تعريف الأوراق: يقتضي تعريف الأوراق تعريفها في اللغة أولاً، ثم تعريفها في الاصطلاح.

أولاً : تعريف الأوراق في اللغة^(١) : الأوراق جمع ورق ككُتِف جمعها أُكْتَأَف، وجمع وِرْق بالكسْر وبالضَّم وبالتَّحْرِيك وِرَاق بالكسْر، وسُمِّيَت الفِضَّة وِرْقاً يقال : أعطاه ألفَ دِرْهَم رِقةً لا يُخَالِطُهَا شَيْءٌ من المَالِ غيرها، وتطلق الورق على الفضة مضروبة أو غير مضروبة؛ ومن هذا جاء قول الله تبارك وتعالى : {فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ} ^(٢) وقال ابن الهيثم إن الورق هو الدراهم المضروبة خاصة، وروي عن النبي ﷺ أنه قال : (في الرِّقَةِ ربع العِشْر) ^(٣)، ومنه أيضاً ما روي عن جابر بن عبد الله ﷺ أنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول : (لا صدقة في الرقة حتى تبلغ مائتي درهم) ^(٤)، والورقُ الرجل الكثير الورق.

ويطلق الورق على جلد رفاق يكتب عليها وهي مستعارة من ورق الشجرة ^(٥).

(١) مختار الصحاح : محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، الطبعة ١٤١٥ - ١٩٩٥م، مكتبة ناشرون، - لبنان - بيروت، الصفحة رقم ٧٤٠، باب الواو (نسخة محققة قام بها محمود خاطر)، لسان العرب : محمد ابن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، دار صادر - بيروت الطبعة الأولى، الجزء العاشر، الصفحة رقم ٣٧٤، كتاب القاف باب الواو، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي : أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، الجزء ٢، الصفحة رقم ٦٥٥، كتاب الواو.

(٢) سورة الكهف جزء من أية رقم (١٩).

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک: وذكر أنه "حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه هكذا- أي بهذا الإسناد- إنما تفرد بإخراجه الإمام البخاري من وجه آخر"

أنظر : المستدرک على الصحيحين : محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، الطبعة الأولى ، ١٤١١ - ١٩٩٠م، دار الكتب العلمية - بيروت، الجزء الأول، الصفحة ٥٤٨، رقم الحديث ١٤٤١. (نسخة محققة قام بها : مصطفى عبد القادر عطا)

(٤) المرجع السابق، ج ١، ص ٥٥٦، رقم الحديث ١٤٥٣، وذكر أنه حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(٥) المصباح المنير: للفيومي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٥٦، كتاب الواو.

ثانياً : تعريف الأوراق في اصطلاح الفقهاء: لم يتعرض فقهاء الشريعة الإسلامية لتعريف الورقة في الاصطلاح، إلا أنه يمكن أن نعرفها - بصفة عامة- بأنها: " الصك الذي يثبت فيه حق معين"
٢- تعريف التجارة. يقتضي تعريف التجارة تعريفها في اللغة أولاً، ثم تعريفها في الاصطلاح.

أولاً : تعريف التجارة في اللغة : التجارة مصدر الفعل تجر، يقال تجر تجر يتجر تجارة^(١)، والتجارة هي: " تقلب المال بالبيع والشراء بقصد الربح."، والتاجر: "هو من يبيع ويشترى بقصد الربح" والجمع تجارٌ بالكسر والتخفيف وتُجَّارٌ. وفي الحديث قال ρ (التاجر الصدوق الأمين المسلم مع الشهداء يوم القيامة)^(٢) .

ثانياً : تعريف التجارة في الاصطلاح : عرف العلماء -المفسرون، والفقهاء- التجارة بعدة تعريفات: فعرفت بأنها : "البيع والشراء طلباً للريح"^(٣)، كما عرفت بأنها : "طلب الربح بالبيع والشراء. والريح : الفضل على رأس المال"^(٤)، وعرفت أيضاً بأنها : "صناعة التجار، وهو التصدي للبيع والشراء لتحصيل الربح ، وهو الفضل على رأس المال"^(٥)، وعرفت أيضاً بأنها : " تقلب المال بالبيع والشراء لغرض الربح"^(٦)، كما

(١) لأن الفعل إذا دل على حرفة جاء مصدره على وزن فعالة كما في حاك حياكة، وزرع زراعة، وخاط خياطة. أنظر مقصوبات صرفية ونحوية : ثامر إبراهيم المصاروة، طبعة ٢٠٠٦/٢٠٠٧م ، مطبوعات جامعة مؤتة، ص ٤٥ .

(٢) المستدرک على الصحيحين : للحاكم النيسابوري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٧، رقم الحديث (٢١٤٢) كتاب البيوع، وهذا من طرق نافع عن عبد الله بن عمر، وروي الحديث من طريق الحسن عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله ρ (التاجر الصدوق مع النبيين والصديقين والشهداء) أنظر المستدرک : للحاكم، ذات المرجع، ج ٢، ص ٢٨، رقم الحديث (٢١٤٣) كتاب البيوع.

(٣) المرجع السابق، ج ٦، ص ٤٢٢ .

(٤) أنوار التنزيل وأسرار التأويل المعروف بتفسير البيضاوي : ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر ابن محمد الشيرازي البيضاوي (المتوفى : ٦٨٥هـ)، الجزء الأول ، ص ٣٦، عند تفسيره قول الله تعالى {أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرُوا الضَّلَالَةَ بِالْهَدَىٰ فَمَا رَبِحَتْ تِجَارَتُهُمْ وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ} الآية رقم (١٦) من سورة البقرة.

(٥) تفسير البحر المحيط : محمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١م، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الجزء السادس، ص ٤٢٢ (نسخة محققة قام بتحقيقها مجموعة)

عرفت بأنها: " صناعة التاجر الذي يتصرف في المال لطلب النمو والزيادة"^(٢) كما
عرفت بأنها: "عبارة عن التصرف في المال سواء كان حاضراً أو في الذمة لطلب
الربح"^(٣)

وعرفت أيضاً بأنها: " التصرف بالبيع والشراء لتحصيل ربح"^(٤)

وعرفت حديثاً بأنها: " وساطة بين المنتج والمستهلك "^(٥)

نظرة على التعريفات السابقة للتجارة :

• نجد أن تعريف التجارة في اصطلاح العلماء جاء متسقاً مع تعريفها
في اللغة من حيث المعنى وهو : " طلب الربح عن طريق البيع والشراء"
• كما نجد أن تعريف الفقهاء والمفسرين للتجارة جاء متقارباً – إن لم
يكن متطابقاً-.

• كما نجد أن من بين تعريفات الفقهاء للتجارة ما كان موجزاً ومنها ما
كان مفصلاً.

• إن من بين التعريفات^(٦) ما وجه له النقد باعتباره غير مانع لأنه لا
يمنع من دخول التصرف في المال بغير البيع والشراء , حيث إنه أطلق التصرف في
المال سواء أكان بالبيع والشراء أو بغيرهما.^(٧)

• ونجد أن من بين التعريفات التي عرفت التجارة ذكرت أنها "صناعة
التاجر", والصناعة يقتضي لها الاستمرار والاضطراد, فلا يكفي أن يوصف الشخص

(١) إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم المعروف بتفسير أبي السعود: لأبي السعود العمادي

محمد ابن محمد بن مصطفى (المتوفى : ٩٨٢هـ), الجزء الأول , ص ٥٩.

(٢) تفسير البحر المحيط : لأبي حيان التوحيدي, مرجع سابق, ج ١, ص ١٩٥.

(٣) تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب : أبو عبد الله محمد ابن عمر بن

الحسن ابن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى : ٦٠٦هـ),

الجزء الرابع : ص ٥٧ عند تفسيره قول الله تعالى { إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ } جزء

من الآية رقم (٢٨٢) من سورة البقرة.

(٤) الشرح الكبير : أبو البركات أحمد بن محمد العدوي, الشهير بالدردير (المتوفى : ١٢٠١هـ), دار

الفكر العربي, بيروت – لبنان, الجزء الثالث, ص ٥١٧.

(٥) تفسير : الشيخ محمد متولي الشعراوي, ج ١, ص ١٥٨, باب ٤١.

(٦) وهو تعريف التجارة بأنها : " التصرف في المال – سواء كان حاضراً أو في الذمة- لطلب الربح"

(٧) د/ سعيد أبو الفتوح محمد: المعاملات التجارية وضوابطها الشرعية, ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م ص ١٠.

بكونه تاجراً أن يقوم بالشراء والبيع لأجل الربح مرة أو مرتين، بل لا بد أن تكون صنعته طلب الربح عن طريق البيع والشراء.

وبعد تعريف كل من الأوراق، والتجارة، وبإضافة الأوراق إلى التجارة يمكن أن نعرف الأوراق التجارية- باعتبارها مركباً إضافياً- بأنها: "الصكوك التي تثبت حقاً في معاملة بين التجار - أو بين تاجر وغير تاجر- عن طريق البيع والشراء"^(١).

ب- تعريف الأوراق التجارية باعتباره لقباً على أمر معين:
لم يتعرض فقهاء الشريعة الإسلامية- القدامى- لتعريف الأوراق التجارية باعتبارها علماً على شكل معين في التعامل بين الناس- التجار خاصة-، بل تعرضوا لأشكال الأوراق التجارية بصورها المختلفة وعرفوا كل شكل من هذه الأشكال على حده^(٢).

ولقد حاول العديد من الباحثين المحدثين في الفقه الإسلامي وضع تعريف جامع لأشكال الأوراق التجارية مانع من غير دخول غيرها.
من هذه التعريفات تعريفها بأنها: "أدوات عادية للانتماء بين التجار، يستخدمها التجار في معاملاتهم كوسيلة لاستقضاء المبلغ المدون بها"^(٣).
كما عرفت بأنها: "عدد من الوثائق المكتوبة وفق اشتراطات شكلية، وتتضمن تعهداً أو أمر بدفع مقدار من النقود عند الاطلاع على الوثيقة أو في موعد معين أو قابل للتعيين" وعرفت بأنها: "محرر مكتوب قابل للتداول بالطرق التجارية (التظهير أو التسليم) ويمثل حقاً موضوعه مبلغ من النقود ويستحق الوفاء بمجرد الاطلاع أو في أجل ويجري العرف على قبوله كأداة للوفاء بدلاً من النقود"^(٤)

(١) ويعد هذا التعريف تعريفاً جامعاً لكل الأوراق التي يتم تداولها بين التجار سواء أكانت أوراقاً تجارية بالمعنى الفني الدقيق أم أوراقاً تنسب إلى التجار في التعامل فيما بينهم.

(٢) وسوف أتناول تعريف كل شكل من هذه الأشكال لاحقاً، أنظر ص من هذا البحث.

(٣) د/ محمد الشحات الجندي: التعامل المصرفي المعاصر من منظور إسلامي، ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٨م، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، ص ١٩٥.

(٤) د/ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، بيع الدين دراسة في فقه الشريعة الإسلامية، ٢٠٠٧م، دار الفكر العربي، الإسكندرية- مصر، ص ٢٤٢.

ويمكن تعريف الأوراق التجارية بأنها "محررات مكتوبة تصدر من شخص لآخر تتضمن دفع مبلغ نقدي في موعد محدد أو بمجرد الاطلاع عليه، ويجري العرف على قبولها." (١)

تعريف الأوراق التجارية في القانون التجاري: ومن المناسب في هذا المقام أن نتعرف على الأوراق التجارية في نظر أهل القانون.

وسوف نعرض لتعريفات الأوراق التجارية في الفقه التجاري المصري، ثم نعقبه ببيان موقف القضاء المصري من وضع تعريف للأوراق التجارية.

أولاً: تعريف فقهاء القانون التجاري للأوراق التجارية: حاول العديد من فقهاء القانون التجاري وضع تعريف للأوراق التجارية يكون جامعاً لكل أشكال الأوراق التجارية مانعاً من دخول غيرها.

فقد عرفها البعض بأنها: "محرر قابل للتداول بالطرق التجارية وتمثل حقاً موضوعه مبلغ من النقود يستحق الوفاء بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين، ويستقر العرف على اعتباره أداة للوفاء تقوم مقام النقود" (٢)، كما عرفها جانب آخر من الفقه بأنها: "صكوك مكتبة وفقاً لأوضاع قانونية محددة تتضمن التزاماً أو أمراً بدفع مبلغ معين من النقود في وقت معين أو قابل للتعيين تنتقل الحقوق الثابتة فيها بالتظهير أو بمجرد المناولة ويقبلها العرف التجاري كأداة لتسوية الديون بسبب سهولة تحويلها إلى نقود" (٣)، كما عرفها جانب من الفقه بأنها: "صكوك تمثل حقاً نقدياً لصالح حاملها ويجب الدفع في ميعاد معين أو قابل للتعين، وقابلة للتداول بالطرق التجارية، على أن يستقر العرف على قبولها خلفاً للدفع النقدي" (٤)، كما عرفها البعض بأنها: "صكوك قابلة للتداول تمثل حقاً نقدياً، وتستحق الدفع بمجرد الاطلاع أو بعد أجل قصير ويجري العرف على قبولها كأداة للوفاء" (٥).

(١) وهذا التعريف يتفق بقدر كبير مع التعريف الفني للأوراق التجارية.

(٢) د/ محسن شفيق: الموجز في القانون التجاري، طبعة ١٩٦٨-١٩٦٩، ص ١٥٦، والوسيط في القانون التجاري المصري، الطبعة الثالثة ١٩٥٧، ج ٢، ١٩٤، رقم ٢٢٥.

(٣) د/ أمين محمد بدر: الالتزام المصرفي في قوانين الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، طبعة ١٩٥٥-١٩٥٦، ص ١١: ١٣.

(٤) د/ سميحة القليوبي: الأوراق التجارية، الطبعة الرابعة ٢٠٠٥م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٩، رقم ٢.

(٥) د/ مصطفى كمال طه: الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م، طبعة ٢٠٠١م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص ١٤، ف ٨.

ثانياً : موقف القضاء من وضع تعريف للأوراق التجارية: عرفت محكمة النقض المصرية الأوراق التجارية بأنها : " الأوراق التي يتداولها التجار فيما بينهم تداول أوراق النقد خلفاً عن الدفع النقدي في معاملاتهم التجارية, والمعنى الجامع في هذه الأوراق أنها تتضمن دفع مبلغ معين من النقود في أجل معين, ويمكن نقل ملكيتها من إنسان لآخر بتظهيرها أو بمجرد تسليمها بغير حاجة إلى إجراء آخر يعطل تداولها أو يجعله متعزراً" (١).

بالنظر إلى التعريفات السابقة نجد أن فقهاء التجاري, وكذلك القضاء حاولوا وضع تعريف للأوراق التجارية بما يظهر خصائص هذه الأوراق (٢).

ومن الأوراق التجارية ذات الأهمية ما يعرف في الفقه الحديث - سواء عند فقهاء الشريعة الإسلامية, وكذلك عند فقهاء القانون - بالكمبيالة التي تعد نموذجاً جيداً تظهر فيه الأحكام الشرعية في مسألة رهن الورقة التجارية, فكان من المناسب - هنا - التعرف على هذا الشكل من الأوراق التجارية, وبيانها في الفقه الإسلامي - عند الفقهاء القدامى, والمحدثين - .

وتعد السفاتج هي المثال الأقرب لصورة - لشكل - الكمبيالة المعروفة في الوقت المعاصر, لذا سوف نتعرف على السفتجة في الفقه الإسلامي, ثم نعقبه بالتعرف على الكمبيالة في القانون التجاري.

أولاً تعريف السفتجة: إن تعريف السفتجة يقتضي تعريفها في اللغة, وكذلك في اصطلاح الفقهاء .

أ- تعريف السفتجة في اللغة : السفتجة بضم السين والتاء فيقال سفتجة كقرطقة, وقيل : بفتح السين التاء وسفتجة, وهو لفظ معرب من سفته : وهو الشيء المحكم, وسمي به هذا القرض لإحكام أمره, ومعناها : " أن يعطى آخر مالا وللآخر مال في بلد المعطي فيوفيه إياه هناك فيستفيد أمن الطريق" (٣), وعرفت بأنها : " قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق بأن يقرض ماله عند الخوف عليه ليرد عليه في موضع أمن" (٤)

(١) نقض مدني في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤م مجموعة محمود عمر : ج ١, ص ٥١٩.

(٢) وهذه الخصائص هي: (انها محرر مكتوب - تمثل مبلغاً من النقود - قابليتها للتداول بالطرق التجارية - واجبة الدفع بمجرد الاطلاع أو في أجل قصير - جريان العرف على قبولها كأداة وفاء).

(٣) المعجم الوسيط : قام بإعداده مجموعة, مرجع سابق, ج ١, ص ٤٢٣.

(٤) تاج العروس من جواهر القاموس : للزبيدي, مرجع سابق, ج ٦, ص ٣٩,

ب- السفتجة في اصطلاح الفقهاء : اختلفت عبارات الفقهاء في معنى السفتجة وفي صورتها، الأمر الذي أدى إلى اختلافهم أيضاً في حكمها، وسوف نعرض لبعض التعريفات عند الفقهاء :

- تعريف السفتجة عند الأحناف : عرف الأحناف السفتجة بأنها: "كتاب صاحب المال لو كيله أن يدفع مالا قرضاً يأمن به خطر الطريق"^(١).
 - تعريف السفتجة عند المالكية : عرف المالكية السفتجة بأنها : "الكتاب الذي يرسله المقرض إلى وكيله ليدفع لحامله ببلد آخر نظير ما تسلفه"^(٢).
 - تعريف السفتجة عند الشافعية : عرف الشافعية السفتجة بأنها : "كتابة من عليه الدين صكاً للدائن يستحق به المال في بلد آخر"^(٣).
 - تعريف السفتجة عند الحنابلة : يفهم معنى السفتجة عند الحنابلة بالصورة التي ذكروها - وهي : أن يدفع إلى إنسان شيئاً ويأخذ منه كتاباً إلى وكيله ببلد آخر ليستوفي منه ذلك المال بتلك البلد"^(٤).
- وعرفها جانب من الفقه الحديث بأنها : "معاملة مالية يقرض فيها إنسان قرضاً لآخر في بلد ليوفيه المقرض أو نائبه أو مدينه إلى المقرض نفسه أو نائبه أو دائنه في بلد آخر معين"^(١).

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق : زين الدين ابن نجيم الحنفي (سنة الولادة ٩٢٦هـ / سنة الوفاة ٩٧٠هـ) دار المعرفة، بيروت- لبنان، ج ٦، ٢٧٦ "كتاب الحوالة"، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان : الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، ١٤١١هـ - ١٩٩١م دار الفكر، ج ٣، ص ٢٩٤.

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل : لأبي عبد الله محمد بن علي الخرشي، كتاب القرض وما يتعلق به

(٣) الحاوي الكبير في فقه الشافعي : لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى : ٤٥٠هـ) الطبعة : الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ج ٦، ص ٤٦٧.

(٤) كشف القناع عن متن الإقناع : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر، طبعة عام ١٤٠٢، بيروت - لبنان، ج ٢، ص ٥٠١ "وفهم هذا فيما يجوز وما لا يجوز للشريك القيام به في الشركة" كتاب الشركة (نسخة محققة قام بها : هلال مصيلحي مصطفى هلال)

كما عرفها جانب آخر من الفقه بأنها : " بأنها : إعطاء مال لآخر مع اشتراط القضاء في بلد آخر، والقصد منها : ضمان السلامة من خطر الطريق"^(٢) وعلى الرغم من تعدد عبارات الفقهاء في تعريف السفتجة إلا أنهم متفقون على بعض صور التعامل بها.

وصورتها الظاهرة كما ذكرتها كتب الفقه- : "هي دفع إلى تاجر عشرة ليدفعها إلى صديقه وإنما يدفع على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق"^(٣)، وقيل إن صورتها : "أن يقرض إنسانا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق"^(٤) ويفهم من جملة التعريفات السابقة أن حاصلها عند الفقهاء أنها : "قرض استفاد به المقرض أمن خطر الطريق"^(٥)

ما استفاد من التعريفات السابقة^(٦): يتضح في التعريفات السابقة للسفتجة في الفقه الإسلامي الآتي : أنها تتضمن ثلاثة أطراف محرر السفتجة "الأمر"، المستفيد "الدائن بمبلغ السفتجة"، المأمور بدفع قيمة السفتجة "المؤدي لقيمة السفتجة".

(١) الفقه الإسلامي وأدلته "الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها" : د. وهبة الزحيلي، دار الفكر - سورية - دمشق، كتاب القرض ، باب السفتجة.

(٢) د/ محمد بن عبد الله الشباني : الربا والأدوات النقدية المعاصرة، بحث منشور في مجلة البيان، العدد ١٠٣، ص ٢٨.

(٣) الفتاوى الهندية : الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٩٤.

(٤) حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة : لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م، بيروت- لبنان، ج ٥، ص ٢٠٥.

(٥) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٦، ٢٧٦، الفتاوى الهندية : الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٩٤.

(ولقد كانت هذه الصورة معروفة في التعاملات عند العرب قبل الإسلام) أنظر : المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام : د/ جواد علي، الطبعة الرابعة ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م، دار الساقى، ج ١٤، ص ٩٩.

(٦) سوف أقتصر فقط في هذا المقام على بيان أطراف كل ورقة من الأوراق التجارية.

ومن اللازم أيضاً تعريف الكمبيالة عند فقهاء القانون حتى يتسنى لنا التعرف عليها ومعرفة مدى جواز التعامل بها.

ثانياً: تعريف الكمبيالة:

عرفت الكمبيالة بعدة تعريفات منها : أنها : " صك محرر وفقاً لشكل معين أوجبه متضمناً بيانات محددة يصدر فيه الساحب أمراً غير معلق على شرط إلى شخص آخر هو المسحوب عليه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لأمر المستفيد في تاريخ محدد أو قابل للتحديد"^(١) , كما عرفت بأنها : " ورقة تجارية تتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغاً معيناً من النقود بمجرد الاطلاع أو في تاريخ معين لإذن (لأمر) شخص ثالث"^(٢)

ما يستفاد من التعريفات السابقة : يتضح من تعريف الكمبيالة أنها تتضمن عند إنشائها بيانات يجب توافرها وذلك كونها محرراً مكتوباً يتضمن ثلاثة أطراف (الساحب, والمسحوب عليه, والمستفيد), يصدر فيه الطرف الأول (الساحب) أمراً إلى الطرف الثاني (المسحوب عليه) بأن يدفع مبلغاً من النقود إلى الطرف الثالث (المستفيد) بمجرد الاطلاع أو في تاريخ معين.

بالنظر إلى تعريف السفتجة, والكمبيالة نجد أن بين السفتجة - المعروفة في الفقه الإسلامي - والكمبيالة - المعروفة في القانون التجاري - تشابه في بعض الأمور أظهرها وأهمها أن كلا منهما يقوم بذات الوظيفة, وهي كونها أداة لتنفيذ عقد الصرف^(٣).

إلا أن الكمبيالة تطور استعمالها فلم تقف عند حد عقد الصرف فقط, بل اتسع استعمالها لتقوم مقام النقود في كثير من الأحيان. كما أن كلا من السفتجة والكمبيالة يتضمن ثلاثة أطراف المحيل - المحرر -, المحال له - المستفيد -, والمحال عليه - المسحوب عليه -.

(١) د/ سميحة القليوبي : الأوراق التجارية , مرجع سابق, ص ٤٣, ف ٢٨.

(٢) د/مصطفى كمال طه : الأوراق التجارية والإفلاس, مرجع سابق, ص ١٧, ف ١٤.

(٣) مع الأخذ في الاعتبار أن من بين الوظائف التي كانت تقوم عليها السفتجة في الفقه الإسلامي انها تنفيذ لعقد قرض بين المتعاملين به وهذا ما اعتمد عليه الفقهاء في حكم السفتجة .

المطلب الثاني

التكييف الفقهي للورقة التجارية في الفقه الإسلامي

يتوقف مدى جواز التعامل بالورقة التجارية على التكييف الفقهي لهذه الورقة، ولما كان مجال البحث هو رهن الورقة التجارية- الكمبيالة- فسوف نتناول التكييف الفقهي للورقة التجارية المعروفة عند فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى- السفتجة-، وكذلك سوف نتناول التكييف الفقهي للورقة التجارية المعروفة لدى الفقهاء المحدثين - الكمبيالة-(^١) ، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

التكييف الفقهي للسفتجة

باستقراء أقوال الفقهاء وتعريفاتهم للسفتجة نجد أن الفقهاء قد اختلفوا في الوصف الشرعي للسفتجة على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن السفتجة تعد عقد قرض يبرم بين شخصين: أحدهما "المقرض" الذي يدفع مالا إلى شخص آخر وهو المقرض الذي يتعهد بدفع المال في بلد آخر عن طرق وكيله.

وإلى هذا الرأي ذهب بعض الحنفية(^٢)، والمالكية(^١)، وأكثر الشافعية(^٢)، والحنابلة(^٣).

(١) وهذا اصطلاح استعمله فقهاء القانون التجاري المحدثين للدلالة على شكل من أشكال الورقة التجارية، واستعمله كذلك الباحثون المحدثون في الفقه الإسلامي .

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: للزيلعي، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٧٥، الهداية شرح بداية المبتدي: لأبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيباني(٥١١هـ - ٥٩٣هـ)

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن السفتجة عقد يضمن فيه المقرض خطر الطريق. وإلى هذا الرأي ذهب بعض الأحناف^(٤), وبعض الشافعية^(٥).
 الرأي الثالث: يرى أصحابه أن السفتجة تعد عقد حوالة تعقد بين المحيل: وهو محرر السفتجة، والمحال، أو المحتال: "هو رب الدين" والمحال عليه "والمحتال عليه" هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال، والمحال به نفس الدين.
 وإلى هذا الرأي ذهب بعض الحنفية^(٦), وبعض الشافعية^(٧).
 سبب اختلاف الفقهاء: إن سبب اختلاف الفقهاء راجع إلى اختلافهم في مدلول السفتجة ذاتها، فمن الفقهاء من اعتبرها أداة لتنفيذ عقد قرض، ومنهم من اعتبرها عقد يضمن به المقرض أمن خطر الطريق، ومنهم من اعتبرها عقد حوالة.

المكتبة الإسلامية، ج ٣، ص ١٠٠، الفتاوى الهندية: للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٩٤.

(١) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، الجزء الثاني، ص ص ٧٢٨ - ٧٢٩، نسخة محققة قام بها) محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني)، الذخيرة: لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، طبعة ١٩٩٤م، دار الغرب، بيروت - لبنان، الجزء الخامس، ص ٢٩٣، نسخة محققة قام بها (محمد حجي)

(٢) أنظر ما سبق من هذا البحث ص .

(٣) الإقناع في فقه الإمام أحمد: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٥٥، كشف القناع: للبهوتي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٠١" وكان هذا في معرض كلامه عن التصرفات التي يجوز للشريك ان يقوم بها في الشركة"

(٤) اللباب شرح الكتاب: للغنيمي، مرجع سابق، ج ١، ص ٢١٣، وقد ذكرها في كتاب الحوالة، إلا أنه ذكر أنها: قرض استقاد به أمن الطريق" البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٧٦.

(٥) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤٦٨، تكملة المجموع شرح المذهب: للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٣، ص ١٧٠.

(٦) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار: لابن عابدين، طبعة ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، ج ٥، ص ٣٥٠ وذكرها في آخر الحوالة "

(٧) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤٦٨، .

الرأي المختار في التكييف الفقهي للسفتجة:
 بإمعان النظر في مدلول السفتجة، والصور التي ذكرها الفقهاء لها نجد أن التكييف الفقهي للسفتجة يتوقف على معرفة عدة أمور:
 أولها: أساس المعاملة بين أطراف السفتجة". العقد المبرم بين أطراف السفتجة "عقد الأساس: " هل هو عقد قرض، أم عقد صرف، أم معاملة تحتوي على دين. ثانيها: أطراف السفتجة: فإذا أبرمت السفتجة بين شخصين على أن يدفع وكيل أحدهما المبلغ في بلد آخر، فلا تعد حوالة، لأن الحوالة لا بد فيها من وجود ثلاثة أطراف. أما في هذه الصورة فالسفتجة في الحقيقة لها طرفان فقط".
 ثالثها: الغرض الذي أبرم من أجله عقد السفتجة، هل هو أمن خطر الطريق، أم أنه قرض يدفعه المقرض إلى المقترض، أم أنه تنفيذ لعقد صرف يتم تنفيذه من قبل وكيل المحرر أو شخص آخر، أم أن المحرر لها يحيل الشخص المستفيد منها إلى شخص ثالث - ليس وكيلاً له- في الوفاء بقيمة السفتجة.

فأما بالنسبة للأمر الأول: أساس المعاملة بين أطراف السفتجة، "أساس العقد الذي أبرم بين أطراف السفتجة، هناك ثلاثة فروض في هذا الأمر
 أ-الفرض الأول: أن تبرم السفتجة تنفيذاً لعقد قرض .
 وصورتها: " أن يقترض شخص من آخر مالياً على أن يكتب له سفتجة بهذا المال إلى شخص ثالث- وكيله أو غيره- يقوم بالأداء في بلد آخر"
 الحكم : كانت السفتجة في هذه الصورة تنفيذاً لعقد قرض أمن به خطر الطريق، ولقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الصورة^(١) .
 ب-الفرض الثاني: أن تبرم السفتجة تنفيذاً لعقد صرف.
 وصورتها: " أن يدفع شخص مالياً لآخر - دراهم أو دنانير- على أن يكتب له سفتجة لتأخذ يقوم بالأداء بعملة أخرى في بلد آخر "
 الحكم : كانت السفتجة في هذه الصورة تنفيذاً لعقد صرف، إلا أنه من شروط عقد الصرف التقابض في المجلس^(٢) حتى لا تكن هناك شبهة الربا^(٣)
 ج-الفرض الثالث: أن تبرم السفتجة تنفيذاً لمعاملة بين أطرافها- عقد بيع مثلاً-

(١) راجع ما سبق من هذا البحث .

(٢) إلا أنه لا يتوافر هذا الشرط في هذه الصورة.

(٣) وهو ما يسمى بربا النسبية .

وصورتها: أن يشتري شخص سلعة من شخص، ثم يكتب له سفتجة بالثمن إلى شخص آخر يقوم بالوفاء بالثمن.
الحكم : فإن السفتجة في هذه الصورة تعد عقد حوالة بمقتضاه يقوم المحرر - محرر السفتجة - بإحالة الدائن المحال له - البائع - على شخص ثالث يسمى المحال عليه يقوم بالوفاء بالدين.

الفرع الثاني

التكييف الفقهي للكمبيالة

يتوقف معرفة التكييف الفقهي للكمبيالة على أمرين:

الأول : معرفة الوظيفة التي تقوم بها.

الثاني : طبيعة العلاقة التي تربط أطرافها.

فأما بالنسبة للأمر الأول: الوظيفة التي تقوم بها الكمبيالة: فإن الكمبيالة تقوم في نظر أهل القانون بعدة وظائف في النظام التجاري وأهم هذه الوظائف هي: أولاً : أداة لتنفيذ عقد الصرف^(١).

ثانياً: أداة وفاء بالديون.

ثالثاً: أداة ائتمان.

وبالتالي فإن الكمبيالة تقوم بوظائف هامة سواء في النظام المصرفي وذلك باعتبارها أداة، ووسيلة لتنفيذ عقد الصرف، كما أنها تعد وسيلة للوفاء بالديون - فإنها تقوم مقام النقود عند الوفاء بالديون، كما أنها أداة للائتمان حيث إن الغالب فيها أن تكون مضافة على أجل، فتقوم فيأتمن المستفيد محررها إلى وقت الأداء.

وأما بالنسبة للأمر الثاني: طبيعة العلاقة التي تربط أطرافها: فبالنظر إلى العلاقة التي تربط أطراف الكمبيالة ذاتها نجد أن:

أولاً : العلاقة التي تربط بين الساحب والمستفيد : العلاقة التي تربط بين الساحب والمستفيد - في الأصل - علاقة مديونية يكون الساحب فيها مديناً بمبلغ الكمبيالة للمستفيد^(٢).

ثانياً: العلاقة التي تربط بين الساحب والمسحوب عليه: العلاقة التي تربط بين الساحب والمسحوب - في الأصل - علاقة مديونية يكون فيها المسحوب عليه مديناً بمبلغ الكمبيالة للساحب^(١).

(١) د/ ابو زيد رضوان: الأوراق التجارية، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، ص ٢٣،

وما بعدها،، فقرة رقم (١٨) وما بعدها،

(٢) أنظر ما سبق من هذا البحث ص .

ثالثاً: العلاقة التي تربط بين المستفيد والمسحوب عليه: ونفرق في بيان معرفة هذه العلاقة بين حالتين:
الأولى: قبل قبول المسحوب عليه للكمبيالة: فهنا لا توجد علاقة تربط المستفيد والمسحوب عليه.
الثانية: بعد قبول المسحوب عليه للكمبيالة: فهنا تنشأ علاقة بين المستفيد والمسحوب عليه, وتكون العلاقة هي علاقة حوالة يكون فيها المسحوب عليه- محال عليه-, فيكون هو المدين الأصلي في الورقة التجارية.
والرأي المختار:- في هذه الحالة- هو: أن طبيعة العلاقة بين أطراف الورقة التجارية - الساحب, والمستفيد, والمسحوب عليه- هي حوالة يتم نقل الدين فيها من ذمة المحيل " الساحب" إلى ذمة المسحوب عليه.

(١) أنظر ما سبق من هذا البحث ص .

الباب الأول

القواعد العامة لرهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم :

إن الورقة التجارية تعد من الأدوات الهامة للتعامل في الحياة التجارية, حيث يتم تداولها بين التجار , أو بين التجار وغيرهم سواء أكان هذا التداول بنقل ملكيتها بالبيع والشراء , أو بتسليمها إلى شخص آخر , أو برهنها .
ولما كان رهن الورقة التجارية يعد شكلاً من أشكال هذا التعامل - وهو موضوع البحث - فكان من المناسب أن نتعرض للقواعد العامة لرهن الورقة التجارية, من حيث تعريف الرهن وأركانه, وشروطه, وصفته, ولقد خصصت هذا الباب لبحث هذه المسألة وقسمته إلى فصلين : أتناول في الفصل الأول : التعريف الرهن وصفته في الفقه الإسلامي, وأتناول في الفصل الثاني : أركان وشروط رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي .

الفصل الأول الرهن وصفته في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم :

لما كان موضوع بحثنا هو رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي، كان من اللازم علينا أن نتعرف على الرهن بصفة عامة وحكمه الشرعي، وما هي صفته في الفقه الإسلامي، وللتعرف على هذه النقاط أهمية في مجال البحث لذا خصصت لها هذا الفصل وقسمته إلى مبحثين :

أتناول في المبحث الأول: التعريف بالرهن، وحكمه في الفقه الإسلامي، وأتناول في المبحث الثاني: التكييف الفقهي للرهن في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

التعريف بالرهن، وحكمه في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم :

إن التعرف على الرهن في الفقه الإسلامي يقتضي بيان ماهيته وذلك بتعريفه، وكذلك بيان حكم الرهن من حيث كونه مشروعاً أم لا. ولقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: التعريف بالرهن في الفقه الإسلامي.
المطلب الثاني: الحكم الشرعي لعقد الرهن.

المطلب الأول

التعريف بالرهن في الفقه الإسلامي

يقتضي تعريف الرهن في الفقه الإسلامي تعريفه في اللغة أولاً، ثم تعريفه في اصطلاح الفقهاء .

أولاً : تعريف الرهن في اللغة ^(١): الرهن في اللغة مطلق الحبس، ويطلق على ما دام وثبت، فيقال ماء رهن أي راكد. ويطلق الرهن على الشيء المرهون فيكون معناه :

(١) القاموس المحيط : الفيروز آبادي، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٧٨ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت- لبنان، ج ١، ص ٢٤٢ باب الرء، المعجم الوسيط : قام بإخراجه مجموعة، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٧٨، تاج اللغة وصحاح العربية: إسماعيل بن حماد الجوهري (ت ٣٩٣هـ)، الطبعة الرابعة- يناير ١٩٩٠، دار العلم للملايين، بيروت- لبنان، ج ٦، ص ٤٠٦ مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، ١٤١٥ - ١٩٩٥، لبنان - بيروت ج ١، ص ٢٦٧، المخصص: لأبي الحسن علي بن

ما وُضِعَ عِنْدَكَ لِيُنُوبَ مَنَابٍ مَا أُخِذَ مِنْكَ وَالْجَمْعُ : رَهَانٌ وَرُهُونٌ وَرُهْنٌ بِضَمَّتَيْنِ وَرَهَيْنٌ. وَرَهْنَةٌ وَرَهْنٌ عِنْدَهُ الشَّيْءُ كَمَنْعٍ وَأَرْهَنَهُ : جَعَلَهُ رَهْنًا. وَارْتَهَنَ مِنْهُ أَخَذَ مِنْهُ رَهْنًا، وَالْمُرْتَهِنُ أَخَذَ الرَّهْنَ، وَفِي التَّنْزِيلِ قَوْلُ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ } (١)

ثانياً : تعريف الرهن في اصطلاح الفقهاء : عرف الفقهاء الرهن بعدة تعريفات وسوف أتناول بعضاً من هذه التعريفات عند الفقهاء :

أ- عند الأحناف : عرف الأحناف الرهن بعدة تعريفات منها أنه: " جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءؤه من الرهن كالديون (٢) "، كما عرفوه بأنه: " حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاءؤه منه كالدين (٣) "، وعرفوه أيضاً بأنه: " عقد وثيقة بمال (٤) "

ب- عند المالكية: عرف المالكية الرهن بعدة منها أنه : " بذل من له البيع ما يباع أو غرراً - ولو اشترط في العقد- وثيقة بحق (٥) وهذا التعريف بالمعنى المصدري وهو قليل الاستعمال عندهم، وعرفه ابن عرفه بأنه : " مال قبض توثق في

إسماعيل النحوي اللغوي الأندلسي المعروف بابن سيده، الطبعة : الأولى- ١٤١٧ هـ ١٩٩٦ م، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الجزء الرابع، الصفحة ١٧ (نسخة محققة قام بها : خليل إبراهيم جفال)

(١) سورة البقرة جزء من آية رقم (٢٨٣)

(٢) (الدر المختار ٤٧٨/٦)

(٣) (الفتاوى الهندية ٤٣١/٥)، الباب في شرح الكتاب: للغنيمي الدمشقي، دار الكتاب العربي، دون ذكر لتاريخ الطبعة، بيروت - لبنان، الجزء الأول، ص ١٦٢، نسخة محققة، والكتاب هو مختصر القدروي.

(٤) تحفة الفقهاء : علاء الدين السمرقندي، ١٤٠٥ - ١٩٨٤، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الجزء الثالث، ص ٣٧. ونص التعريف (عقد شرع وثيقة بمال)

(٥) مختصر العلامة خليل : خليل بن إسحاق الجندي (المتوفى : ٧٧٦ هـ)، الطبعة الأولى ١٤٢٦ هـ/ ٢٠٠٥ م، دار الحديث- القاهرة، ص ١٦٦، التاج والإكليل لمختصر خليل : أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري "الشهير بالمواق"، ١٣٩٨، دار الفكر، بيروت - لبنان، الجزء الثالث، ص ٢٧٨

دين^(١) وهو تعريف بالمعنى الاسمي وهو كثير الاستعمال. وكما يطلق الرهن على الشيء المبذول، ويطلق أيضاً على العقد لذا قد عرفه بعضهم بأنه: "عقد لازم لا ينقل الملك، قصد به التوثق في الحقوق"^(٢).

ج- عند الشافعية: عرف الشافعية الرهن بأنه: "جعل عين وثيقة بدين يستوفى منه عند تعذر وفائه"^(٣).

د- عند الحنابلة: عرف الحنابلة الرهن بعدة تعريفات منها أنه: "توثقة دين بعين يمكن أخذه أو بعضه منها أو من ثمنها إن تعذر الوفاء من غيرها"^(٤). كما عرف أيضاً بأنه: "المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاءه من ذمة الغريم"^(٥).

(١) البهجة في شرح التحفة: لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، الطبعة: الأولى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، الجزء الأول، ص ٢٦٧ (نسخة محقق قام بها محمد عبد القادر شاهين)

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: لأحمد الصاوي، كتاب الرهن

(٣) حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرّة العين بمهمات الدين: لأبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمايطي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان- بيروت، الجزء الثالث، ص ٤٨، فتح العزيز شرح الوجيز: أبو القاسم عبد الكريم ابن محمد بن عبد الكريم القزويني الرفاعي الشافعي، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الجزء العاشر، ص ١٠.

(٤) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي (المتوفى: ٩٦٠هـ)، دار المعرفة، بيروت - لبنان، الجزء الثاني، ص ١٥٠، (نسخة محققة قام بها: عبد اللطيف محمد موسى السبكي)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، الجزء الخامس، ص ١٠٥.

(٥) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني: للعلامة أبي محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ دار الفكر - بيروت، الجزء الرابع، ص ٢٩٧، الشرح الكبير: للعلامة شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر ابن أحمد بن قدامة المقدسي، طبعة ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الجزء الرابع، ص ٣٦٦، الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل: لأبي محمد عبد الله بن قدامة المقدسي، الجزء الثاني، ص ٧٢.

- هـ - عند الشيعة :
- ١- عرف الشيعة الإمامية الرهن بأنه : " وثيقة لدين المرتهن^(١) ".
- ٢- عرف الشيعة الزيدية الرهن بأنه : " جعل عين متمولة وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر الوفاء^(٢) "
- بالنظر إلى التعريفات السابقة للرهن عند الفقهاء نجد^(٣) :
- أ- إن من الفقهاء - الأحناف والمالكية - من عرف الرهن بأنه " عقد^(٤) " والعقد يقتضي وجود طرفين هما (الراهن والمرتهن)^(٥) , ويقصد من هذا العقد التوثق بدين على الراهن.
- ب- إن المالكية قد وصفوا العقد بكونه " لازماً " وذلك باعتباره لازماً لطرف واحد وهو المدين الراهن.
- ج- إن من تعريفات الأحناف للرهن أنه: " جعل الشيء محبوساً , " حبس شيء مالي , وهم بذلك يعرفون الرهن بالحال التي يكون عليها الشيء المرهون, وهو كون الرهن محبوساً فإذا لم يكن كذلك فإن الرهن يكون قد فقد شرطاً جوهرياً فيه.
- د- إن المالكية قد عرفوا الرهن بأنه: " بذل " وهو ما يشعر بأن الرهن تبرع من الراهن.
- هـ- إن الحنابلة قد عرفوا الرهن بأنه: " المال الذي يجعل وثيقة بالدين " وهم بهذا يعرفون الرهن بالمعقود عليه " محل الرهن وهو الشيء المرهون ذاته.
- و- إن الشافعية قد عرفوا الرهن بأنه: " جعل عين وثيقة بدين , " توثقة عين بدين " فهنا يكون التعريف قد قصر الشيء المرهون على العين فقط.

(١) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة: محمد جواد بن محمد الحسيني العاملي, الجزء الخامس, ص ٧١.

(٢) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير : شرف الدين الحسيني الحيمي اليمني الصنعاني , مطبعة السعادة, الجزء الثالث, ص ٣٧٢ .

(٣) لمزيد من التفاصيل من عرض تعريفات الفقهاء للرهن والتعليق عليها أنظر الرهن في الشريعة الإسلامية: د/ فرج توفيق الوليد, بحث فقهي مقارن, مطبعة القضاء في النجف, العراق, طبعة عام ١٩٧٣م / ١٣٩٣هـ , ص ١٧ , وما بعدها.

(٤) في بعض التعريفات التي قالوا بها.

(٥) وهذا في المعنى الخاص بالعقد, حيث يعرف العقد بهذا المعنى بأنه: ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يحدث أثره في المعقود عليه .

ز - إن المالكية ذكروا في تعريفهم للرهن بأنه: " وثيقة بحق " والحق يشمل الدين والعين, وبذلك يكون الحق المرهون يشمل العين والدين.
هذا وإن اختلفت العبارات إلا أن الفقهاء متفقون على أن الرهن هو: "عقد قصد به التوثق بدين على الراهن يستوفي المرتهن حقه من المرهون عند تعذر استيفاء حقه من الراهن" (فيتنقل حق المرتهن من الدين" ذمة الراهن " إلى عين الرهن)

المطلب الثاني

الحكم الشرعي لعقد الرهن

يقصد بالحكم الشرعي لعقد الرهن مدى كون عقد الرهن مشروعاً أم غير مشروع, ولقد اتفق الفقهاء جميعاً^(١) على مشروعية الرهن في الجملة, ولقد ثبتت مشروعية عقد الرهن بالكتاب, والسنة, والإجماع, والمعقول.
فأما الكتاب : فقولته تعالى {وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} (٢).

وجه الاستدلال: إن هذه الآية صريحة في جواز الرهن بالجملة, والأمر الوارد في الآية هو للإباحة بدليل قول الله تارك وتعالى {فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ} (٣). كما أن الأمر الوارد بالرهن هو بدل عن الكتابة عند عدم التمكن منها, والكتابة جائزة غير واجبة بناءً على رأي الجمهور, فيكون البديل غير واجب كذلك.

وأما السنة : فأحاديث منها :

(١) بدائع الصنائع : للكاساني, مرجع سابق, ج ٦, ص ١٣٥؛ مواهب الجليل : للحطاب, مرجع سابق, ج ٦, ص ٥٣٧؛ الحاوي الكبير : للماوردي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣؛ المغني: لابن قدامة, مرجع سابق, ج ٤, ص ٤٩٨؛ المحلى : لابن حزم الظاهري, مرجع سابق, ج ٨, ص ٨٧, مسألة رقم (١٢٠٨)؛ مفتاح الكرامة : للحر العاملي, مرجع سابق, ج ٥, ص ٧١؛ نيل الأوطار للشوكاني, مرجع سابق, ج ٢, ص ٢٨٩.

(٢) سورة البقرة جزء من الآية رقم (٢٨٣)

(٣) سورة البقرة جزء من الآية رقم (٢٨٣)

- ما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: (أن رسول الله اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل معلوم ورهنه درعا من حديد) [١]
 - ما روي عن أبي هريرة أنه قال: (قال رسول الله لا يعلق الرهن، لصاحبه غنمه وعليه غرمه) [٢].
 - ما روي عن أبي هريرة أنه قال: (قال رسول الله: ρ الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة.) [٣]
- وجه الاستدلال: إن هذه الأحاديث تدل على جواز الرهن في الجملة، بقوله ρ وفعله أيضاً وهذا يدل على الجواز.
- وأما الإجماع: فقد أجمعت الأمة من لدن النبي حتى يومنا هذا على جواز الرهن في الجملة من غير تكثير من أحد [٤].
- وأما المعقول: فإن الرهن قد شرع لحاجة الناس إليه فقد لا يجد المدين من يقرضه - مثلاً - أو يتعامل معه بالدين إلا إذا استوثق الدائن لدينه بوضع شيء تحت يده يستطيع أن يستوفي حقه منه إذا تعذر على المدين الوفاء بالدين، فيقدم المدين رهناً للدائن يكون وثيقة بهذا الدين.
- هذا وإن كان الفقهاء قد اتفقوا على جواز الرهن في السفر لصريح نص الآية - السابق ذكرها - إلا أنهم قد اختلفوا في مدى جواز الرهن في الحضر على ثلاثة آراء: الرأي الأول: يرى أصحابه أن الرهن في الحضر جائز مطلقاً، سواء أكان مشروطاً في العقد أم لا.

(١) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان: لحمد فؤاد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ٤٩٧، باب الرهن وجوازه في الحضر كالسفر، أخرجه البخاري في صحيحه ٣٤، كتاب البيوع ١٤، باب شراء النبي ρ بالنسيئة، وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب المساقاة باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر رقم (١٦٠٣)

(٢) المستدرک على الصحيحين: للحكام النسابوري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٨، كتاب البيوع، رقم الحديث (٢٣١٥) وذكر أن هذا الحديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه أنظر الجامع المختصر: لأبي عبد الله البخاري، مرجع سابق، كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومطلوب رقم الحديث (٢٣٧٧)

(٤) المغني: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٩٨، وقد نقل في هذا الموضع قول ابن المنذر أننا لا نعلم فيه خلافاً

وإلى هذا الرأي ذهب جمهور الفقهاء من : الأحناف^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، والشيعية الإمامية^(٥)، والزيدية^(٦).

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن الرهن في الحضر غير جائز مطلقاً سواء أكان مشروطاً في العقد أم لا.

وإلى هذا الرأي ذهب مجاهد، والضحاك، وداود الظاهري^(٧).
الرأي الثالث: يرى أصحابه أن الرهن في الحضر جائز إذا كان تبرعاً من الراهن، أما إذا شرطه المرتهن فلا يجوز.

وإلى هذا الرأي ذهب ابن حزم الظاهري^(٨).
الأدلة

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٦٥؛ بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٣٥.

(٢) مواهب الجليل: للحطاب، مرجع سابق، ج ٦، ص ٥٣٧؛ شرح الخرشي: لأبي عبد الله الخرشي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٠١.

(٣) حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب: للبجيرمي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٥٧؛ الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٥.

(٤) الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٧٤؛ المبدع شرح المقنع: لابن مفلح، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٠١.

(٥) مفتاح الكرامة: للحر العاملي، ج ٥، ص ٧١.

(٦) نيل الأوطار: للشوكاني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٨٩؛ الروضة الندية شرح الدرر البهية: لأبي لأبي الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي بن لطف الله الحسيني البخاري القنوجي (المتوفى: ١٣٠٧هـ)، دار المعرفة، ج ٢، ص ١٤٥.

(٧) الجامع لأحكام القرآن: لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ) طبعة: ١٤٢٣ هـ/ ٢٠٠٣ م، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ج ٣، ص ٣٠٧؛ الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل: لأبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ج ١، ص ٣٥٥؛ تفسير البحر المحيط: لأبي حيان التوحيدي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٧١.

(٨) المحلى: لابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ج ٨، ص ٨٧ - ٨٨، مسألة رقم (١٢٠٨)

استدل أصحاب الرأي الأول القائل بجواز الرهن في الحضر لما ذهبوا إليه بالسنة، والقياس، والمعقول.

فأما السنة: فما روي عن السيدة عائشة - رضي الله عنها- (أن رسول الله اشترى من يهودي طعاماً لبيته ورهنه درعه)^(١).

وجه الاستدلال: إن رهن النبي كان في المدينة حال إقامته، والمدينة حضر فيجوز الرهن في الحضر.

وأما القياس: فقياس الرهن على الكفالة بجامع أن كلا منهما يعد وثيقة بالدين. وأما المعقول: فالرهن قد شرع في السفر لحاجة الناس إلى التوثق بالدين، وقد تدعو الحاجة إليه في الحضر كالسفر فيكون مشروعاً كذلك.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: بأن الرهن في الحضر غير جائز لما ذهبوا إليه بالكتاب، والمعقول.

فأما الكتاب: فقوله تعالى {وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} (٢).

وجه الاستدلال: إن الرهن الجائز هو الرهن المقيد بحال السفر، فإذا كان الرهن مطلقاً عن هذا القيد لم يكن مشروعاً، وبهذا يكون الرهن حال الحضر غير مشروع بالمفهوم.

ويناقد هذا الاستدلال: بأن تقييد الرهن الوارد في الآية الكريمة قد جاء على سبيل غلبة الحاجة إليه حال السفر، وذلك لعدم التمكن من الكتابة والإشهاد، فلا يكون التقييد بالسفر شرطاً في الرهن.

واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل: بأن الرهن في الحضر جائز إذا كان تبرعاً من الراهن لما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة.

فأما الكتاب: فقوله تعالى: {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى} (٣)، وقوله تعالى {وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ} (٤).

(١) أخرجه البخاري أنظر صحيح البخاري: للإمام البخاري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٧٦٧، كتاب البيوع، باب شراء الطعام إلى أجل، رقم الحديث (٢٠٨٨)، وباب من رهن درعه رقم الحديث (٢٣٧٤)

(٢) سورة البقرة جزء من الآية رقم (٢٨٣)

(٣) سورة المائدة جزء من الآية رقم (٢)

(٤) سورة البقرة جزء من الآية رقم (١٩٥)

وجه الاستدلال: إن هاتين الآيتين عامتان لكل بر وإحسان ومن قبيل البر والإحسان تطوع الراهن بتقديم رهن للمرتهن فيكون الرهن في الحضر جائزاً لأن الشارع جل وعلا لم ينه عنه، وهو من قبيل الإحسان.

وأما السنة: فما روي من حديث السيدة عائشة - رضي الله عنها - (أن رسول اشترى من يهودي طعاماً لبيته ورهنه درعه)^(١)

وجه الاستدلال: أن ظاهر الأحاديث الواردة تدل على أن الرهن كان تطوعاً من النبي، ولو كان مشترطاً من المرتهن لنص عليه في الحديث.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الحديث قد روي بطريق آخر وذلك من طريق أبي رافع في بعثة النبي إياه إلى يهودي ليسلفه طعاماً لضيف نزل به، فأبى إلا برهن فرهنه درعه^(٢).

وفي هذا الحديث اشتراط الرهن من المرتهن، مما يدل على جواز أن يكون الرهن في الحضر باشتراط الدائن المرتهن، وليس تطوعاً.

وأجيب عن هذه المناقشة: بأن هذا الخبر قد انفرد به موسى بن عبيد الربذي وهو ضعيف ضعفه القطان، وابن معين، والبخاري، وابن المديني وقال أحمد بن حنبل: لا تحل الرواية عنه^(٣).

(١) سبق تخريجه ص

(٢) أنظر: إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة: لأحمد بن أبي بكر بن إسماعيل البوصيري، الطبعة: الأولى - ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م، دار الوطن، الرياض - السعودية، ج ٣، ص ١٠١، رقم الحديث (٢٨٨٢) ونصه قال إسحاق بن راهويه: أنبأنا وكيع ثنا موسى بن عبيدة الربذي عن يزيد بن عبد الله بن قسيط، عن أبي رافع قال: (نزل برسول الله - صلى الله عليه وسلم - ضيف، فبعثني إلى يهودي فقال: قل له: إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: بعني أو أسلفني إلى رجب، فأتيت فقلت له ذلك، فقال: والله لا أبيع ولا أسلفه إلا برهن. فأتيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأخبرته، فقال: والله لو باعني أو أسلفني لقضيت، إني لأمين في السماء أمين في الأرض، اذهب بدرعي الحديد إليه)، ومثل هذا قد ذكره الماوردي في كتابه الحاوي، ج ٦، ص ٥، حيث ذكر رواية عن الشافعي عن إبراهيم بن محمد عن يزيد بن عبد الله عن أبي رافع عن أبيه قال: نزل برسول الله ﷺ ضيف فقال لي: يا أبا رافع اذهب إلى فلان اليهودي فقل له: إن رسول الله ﷺ قال: بعني إلى رجب فأتيت، فقال: والله لا أبيع إلا برهن فأتيت رسول الله ﷺ فأخبرته، فقال: اذهب بدرعي الحديد إليه فرهنه بطعام)

(٣) المحلى: لابن حزم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٨٨، مسألة (١٢٠٨).

وأجيب عن هذا : بأن الإمام الشافعي قد روى هذا الحديث بطريق آخر لا مطعن فيه فيكون صالحاً للاستدلال^(١).

ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في مدى صحة الرهن في الحضر.

فبناءً على الرأي الأول إن الرهن في الحضر يصح مطلقاً - إذا توافرت أركانه, وشروطه.

وبناءً على الرأي الثاني فإن الرهن لا يصح في الحضر مطلقاً سواءً أكان الراهن متبرعاً أم غير ذلك.

وبناءً على الرأي الثالث فإن الرهن يكون صحيحاً في الحضر إذا كان الراهن متبرعاً به, أما إذا كان مشروطاً في العقد فإنه لا يصح.

الرأي المختار: هو الرأي الأول - وهو رأي جمهور الفقهاء - القائل بأن الرهن يجوز في السفر والحضر, لقوة استدلالهم, فيكون الرهن جائزاً في السفر والحضر سواءً أكان مشروطاً في العقد أم لا.

المبحث الثاني

التكليف الفقهي لعقد الرهن في الفقه الإسلامي

يقصد بالتكليف الفقهي للرهن : أي الوصف الشرعي لعقد الرهن من حيث كونه لازماً أو غير لازم, وكذلك الوصف الشرعي للمرهون - محل الرهن - فهل قبضه يكون على سبيل الأمانة, أم على سبيل الضمان.

ولمعرفة الوصف الشرعي لعقد الرهن, وكذلك المرهون في عقد الرهن أهمية تظهر هذه الأهمية واضحة في عدد من النقاط منها:

- مدى جواز إنهاء عقد الرهن بالإرادة المنفردة لأحد طرفي العقد.
- أثر موت أحد المتعاقدين - الراهن , والمرتهن - على عقد الرهن
- إذا هلك الرهن - محل الرهن - تحت يد المرتهن فهل يكون مضموناً أم لا.

(١) مسند الشافعي: محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي, دار الكتب العلمية, بيروت- لبنان, ص ١٤٨, رقم الحديث (٧١٦) ونصه: (أخبرنا عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن جعفر بن محمد عن أبيه قال : رهن رسول الله صلى الله عليه و سلم درعه عند أبي الشحم اليهودي).

ولما كان للوصف الشرعي لعقد الرهن هذه الأهمية فقد خصصت له هذا المبحث، وقمسته إلى مطلبين:

المطلب الأول: صفة عقد الرهن في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: صفة المرهون في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

صفة عقد الرهن في الفقه الإسلامي

يقصد بصفة عقد الرهن: أي مدى كون عقد الرهن جائزاً أم لازماً^(١). فهل يعد عقد الرهن عقداً جائزاً للطرفين، أم أنه عقد لازم للطرفين، أم أنه جائز لطرف ولأمر لطرف آخر.

ولمعرفة صفة عقد الرهن - من حيث جواز العقد ولزومه - نفرق بين طرفي العقد "الدائن المرتهن، والمدين الراهن".

فأما بالنسبة للدائن المرتهن: فقد اتفق الفقهاء على أن عقد الرهن جائز في حقه، فيجوز للدائن المرتهن أن يفسخ عقد الرهن بإرادته المنفردة دون أن تقع عليه تبعات^(٢).

واستدل الفقهاء على عدم لزوم الرهن في حق الدائن المرتهن بالمعقول.

فقالوا: إن العقد شرع لحظ الدائن المرتهن، ولا حظ فيه للراهن، فهو وثيقة للدائن المرتهن على الراهن فإن شاء الدائن أمضاه، وإن شاء فسخه.

وأما بالنسبة للمدين الراهن على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن عقد الرهن لازم في حق المدين الراهن.

والى هذا الرأي ذهب جمهور الفقهاء من الأحناف^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

(١) يقصد بجواز عقد الرهن أي جواز فسخ العقد دون أن تقع على من فسخه تبعات.

ويقصد بكون العقد لازماً أي أنه لا يجوز فسخ العقد - عقد الرهن - بإرادة أحد الطرفين منفرداً.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٦٥؛ حاشية الدسوقي على

الشرح الكبير: لمحمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٣١، الحاوي الكبير: للماوردي،

مرجع سابق، ج ٦، ص ٦، الشرح الكبير: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٧٨، المطلى:

لابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ج ٨، ص ٨٨، مسألة رقم (١٢٠٨)

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٦٥.

(٤) حاشية الدسوقي: لمحمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٣١.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن الرهن عقد جائز في حق المدين الراهن يجوز له فسخه.

والى هذا الرأي ذهب الظاهرية^(٣).

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل بأن الرهن لازم في حق المدين الراهن لما ذهبوا إليه بالمعقول.

فقالوا: إن عقد الرهن من عقود التوثيقات لأنه وثيقة بدين على المدين الراهن فيكون لازماً في حقه ويجبر عليه.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل بأن الرهن جائز في حق المدين الراهن لما ذهبوا إليه بالمعقول.

فقالوا: إن عقد الرهن عقد من عقود التبرع في حق المدين الراهن ولا يجبر عليه، فيجوز له أن يفسخه، كما يجوز له القيام بالتصرفات التي تخرج الرهن من تحت يد الدائن المرتهن دون أن يطالب بتقديم رهن آخر.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن عقد الرهن ليس من عقود التبرعات بل هو عقد من عقود التوثيقات، فهو وثيقة بدين على المدين الراهن، فيكون لازماً في حقه، ولأن المرتهن قد لا يرضى بمعاملة المدين إلا برهن، فلو قلنا بأنه تبرع لأدى هذا إلى حدوث ضرر بالدائن المرتهن.

الرأي المختار: هو الرأي الأول القائل بأن الرهن لازم في حق المدين الراهن لقوة استدلالهم.

ثم اختلف الفقهاء القائلون بلزوم الرهن في حق الراهن في كيفية اللزوم، فهل يلزم بالعقد أم بالقبض؟ وكان اختلافهم على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن الرهن يلزم بمجرد العقد سواء أكان متعيناً أم غير متعين، ولا يحتاج إلى أمر آخر.

والى هذا الرأي ذهب المالكية^(١).

(١) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٦.

(٢) الشرح الكبير: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٧٨.

(٣) المحلى: لابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ج ٨، ص ٩٣، مسألة رقم (١٢١٤) إلا أنهم قد اشترطوا أن يكون المدين الراهن مليئاً، أما إذا كان معسراً فلا يجوز له فسخه وكذلك لا يجوز له القيام بالتصرفات التي تبطل حق الدائن المرتهن في الرهن.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن الرهن يلزم بالقبض، وقبل القبض لا يكون لازماً بل جائزاً للطرفين.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة في رواية^(٤).
الرأي الثالث: يرى أصحابه أن الرهن يلزم بالقبض إذا كان المرهون مكيلاً أو موزوناً، أما إذا كان غير مكيلاً أو غير موزون فيكفي في لزومه مجرد العقد.
وإلى هذا الرأي ذهب الإمام أحمد في رواية الميموني عنه^(٥).

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: "بأن الرهن يلزم بمجرد العقد"، لما ذهبوا إليه بالقياس والمعقول.

فأما القياس: فمن وجهين:

أولهما: قياس عقد الرهن على عقد البيع بجامع أن كلاهما عقداً من العقود اللازمة، وأن كلاهما من الرهن والبيع يختص بالمال من الجانبين، فكما أن البيع يلزم بالإيجاب والقبول كذا عقد الرهن.

ثانيهما: قياس الرهن على الكفالة بجامع أن كلاهما عقد وثيقة بالدين فكما أن عقد الكفالة يلزم بالقول كذا عقد الرهن يلزم بالقول.

وأما المعقول: فمن ثلاثة وجوه:

أولها: إن الرهن يلزم بالعقد، والقبض والإقباض متأخران عن الرهن والمتأخر عن الشيء غيره ضرورة.

ثانيها: إن الرهن عقد لازم بعد القبض فيكون لازم قبله كالبيع.

ثالثها: إن الرهن يصح مؤجلاً، فوجب أن يكون لازماً كالإجارة.

(١) حاشية الدسوقي: لمحمد عرقة الدسوقي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٣١؛ حاشية الصاوي على

الشرح الصغير: لأحمد الصاوي، مرجع سابق، ج ٧، ص ١٩٦.

(٢) البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٦٤.

(٣) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٠؛ المجموع شرح المهذب: للنووي، مرجع

سابق، ج ١٣، ص ١٦٤.

(٤) المبدع شرح المقنع: لابن مفلح، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٠٦؛ المغني: لابن قدامة، مرجع

سابق، ج ٤، ص ٣٩٩.

(٥) المغني: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٩٩.

ونوقش قولهم هذا - إن الرهن يلزم بمجرد العقد-: بأن من تطبيقات الرهن أنه لو تراخى الدائن المرتهن عن المطالبة بالمرهون فأفلس الراهن، أو حدث ما يحول دون القبض سقط حق الدائن في الرهن وصار أسوة الدائنين فكيف يتفق هذا مع القول بأن الرهن يلزم بالعقد^(١).

ويرد على هذه المناقشة: بأن لزوم الرهن صفة للعقد، أما كون المرتهن أسوة الغرماء إذا أحيل بينه وبين قبض الرهن فهذا أثر للعقد وليس صفة له. واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بأن الرهن يلزم بالقبض" لما ذهبوا إليه بالكتاب، والقياس، والمعقول.

فأما الكتاب: فقول الله تعالى: (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ)^(٢) وجه الاستدلال: إن الرهن موصوف في الآية بأنه مقبوض فلا يلزم العقد إلا بكون الرهن مقبوضاً.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن وصف الرهن بأنه مقبوض قد خرج مخرج الغالب، فينعقد الرهن ويلزم بالقول كغيره من العقود.

ويرد على هذه المناقشة: بأنه لا خلاف إن الرهن عقد كغيره من العقود في كيفية انعقاده فهو ينعقد بالإيجاب والقبول، إلا أنه لا يكون لازماً إلا بالقبض. وأما القياس: فقياس عقد الرهن على عقد القرض بجامع أن كلاهما يفتقر إلى القبول فيفتقر إلى القبض للزومه.

ويناقش هذا الاستدلال: بأنه قياس مع الفارق لأن عقد الرهن هو عقد وثيقة بالدين أما القرض فهو عقد تبرع فافترقا.

وأما المعقول: فإن الرهن عقد إرفاق يفتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض كالقرض.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن عقد الرهن ليس عقد إرفاق وإنما هو عقد وثيقة بدين. واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل: "بأن الرهن يلزم في المكيل والموزون - أي غير المتعين - بالقبض، وفي المتعين بالعقد" لما ذهبوا إليه بالمعقول.

فقالوا: إن المكيل والموزون لا يتعين بالتعيين فيلزم الرهن فيهما بالقبض، أما غيرهما فيتعين فيلزم الرهن بمجرد العقد ويجبر الراهن على الإقباض.

(١) وقد ورد هذا الاعتراض في حاشية الدسوقي: لمحمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج ٣، ص

٢٣١، ٢٣٢؛ د/ محمد نجيب عوضين، مرجع سابق، ص ٤٠.

(٢) سورة البقرة جزء من آية رقم (٢٨٢)

ويناقش هذا الاستدلال: بأن المكيل والموزون إذا كانا - أو أحدهما - محلاً في عقد الرهن - مرهوناً - فيتعيّن في الرهن بالعقد عليهما, فيلزم الرهن بالعقد ويجبر على إقباضه, فيستوي أن يكون المرهون مكيلاً أو موزوناً أو غيرهما.

ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة "بم يكون الرهن لازماً في حق الراهن" في عدد من المسائل منها:

أ- إذا هلك الشيء المرهون بعد العقد وقبل القبض فهل يجبر الراهن على إقباض الدائن "المرتهن" شيئاً آخر أم لا.

ب- إذا أفلس المدين الراهن بعد العقد وقبل القبض فهل يكون الدائن أسوة الغرماء أم يكون له حق الأولوية على الشيء المرهون.

ج- إذا مات المدين الراهن بعد العقد وقبل القبض فهل يجبر الورثة على الإقباض أم لا.

الرأي المختار: هو الرأي القائل بأن الرهن يلزم بالعقد إلا أنه لا يكون تاماً إلا بالقبض, فيعد القبض شرط تمام للعقد, لقوة استدلالهم وسلامتها من المعارضة, واتساقها مع المعاملات التجارية, بما يتناسب مع طبيعة رهن الورقة التجارية . والله أعلم , , ,

المطلب الثاني

صفة المرهون في عقد الرهن في الفقه الإسلامي

يقصد بصفة الشيء المرهون في عقد الرهن مدى كون الشيء المرهون مضموناً أو غير مضمون " أي هل وضع الرهن في يد الدائن المرتهن يكون على سبيل الأمانة أم على سبيل الضمان ؟

فإذا هلك الرهن فهل يهلك يكون مضموناً على الدائن المرتهن - في حالة عدم تعد الدائن المرتهن - أم أنه أمانة تحت يد الدائن المرتهن, فلا يضمنه؟

قد اختلف الفقهاء في هذه المسألة " صفة الرهن - الشيء المرهون - في عقد الرهن" على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: فرق أصحابه بين ما يغاب وما لا يغاب, فإذا كان الرهن مما يغاب فإن المرتهن يكون ضامناً له إذا هلك تحت يده ما لم تكن له بينة تنفي الضمان, أما ما لا يغاب فلا يضمنه.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في ظاهر المذهب^(١).
الرأي الثاني: يرى أصحابه أن الرهن مضمون تحت يد الدائن المرتهن، فيد
الدائن المرتهن يد ضمان، فإذا هلك الرهن تحت يده ضمنه سواء أكان مما يغاب أو لا

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٢)، والمالكية في قول^(٣).
الرأي الثالث: يرى أصحابه أن الرهن أمانة في يد الدائن المرتهن، فإذا هلك في
يد الدائن المرتهن دون تعدٍ أو تقصير منه لا يضمنه.
وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥) والظاهرية^(٦)، والشيعة الزيدية^(٧).
سبب الاختلاف: يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى
اختلافهم في الوصف الفقهي لعقد الرهن فهل هو عقد أمانة أم عقد ضمان؟
فمن رأى من الفقهاء أن عقد الرهن يعد عقد أمانة ذهب إلى أن يد الدائن
المرتهن أمانة فإذا هلك المرهون دون تعدٍ منه أو تقصير لم يضمنه.
ومن الفقهاء من رأى أن عقد الرهن هو عقد ضمان - استيفاء - وتكون يد
الدائن المرتهن على المرهون يد ضمان فإذا هلك المرهون هلك في ضمانه.
ومن الفقهاء من رأى أنه إذا توافرت التهمة - بأن كان المرهون مما يغاب -
ذهب إلى أن يد الدائن المرتهن يد ضمان، وإذا انتفت التهمة - بأن كان المرهون مما
لا يغاب - وادعى الدائن هلاكه وكان الظاهر يصدقه ذهب إلى أن يد الدائن يد أمانة.
الأدلة:

-
- (١) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي : لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن
عاصم النمري القرطبي (المتوفى : ٤٦٣هـ) : الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م، مكتبة الرياض
الحديثة، الرياض - المملكة العربية السعودية، الجزء الثاني، ص ٨١٧،
(٢) البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٦٥.
(٣) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي : لأبي عمر القرطبي مرجع سابق، ج ٢، ص ٨١٧، وهو
قول أشهب - "سواء أقامت بينة على تلفه أم لم تقم بينة"
(٤) الحاوي الكبير : للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٧.
(٥) الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٢، ص ٧٤.
(٦) المحلى: لابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ج ٨، ص ٩٩.
(٧) البحر الزخار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٧٦.

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: "بأن الرهن مضمون في يد الدائن المرتهن إذا كان مما يغاب ولم تقم بينة على تلفه, أما إذا كان مما لا يغاب وهلك الرهن فلا يضمنه المرتهن" لما ذهبوا إليه المعقول.

فقالوا : إن الرهن إذا كان مما يغاب وادعى المرتهن هلاكه فلا يصدق في دعواه لأن الظاهر يكذبه ما لم تقم بينة على دعواه فيكون ضامناً للرهن ويده يد ضمان, أما إذا كان مما لا يغاب وادعى تلفه فلا يكون ضامناً لأن الظاهر يصدقه.

كما يمكن الاستدلال لأصحاب هذا الرأي بما استدل به أصحاب الرأيين الثاني, والثالث معاً : وذلك بالاستدلال على اعتبار أن يد الدائن المرتهن يد ضمان فيما يغاب ولا يوجد ما يصدق دعوى التلف, والاستدلال على اعتبار أن يد الدائن المرتهن يد أمانة فيما لا يغاب^(١) .

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بأن الرهن مضمون في يد الدائن المرتهن لما ذهبوا إليه بالسنة, والأثر, المعقول.

فأما السنة: فأحاديث منها :

• ما روي عن عمرو بن دينار عن أبي هريرة قال: قال رسول ρ : [الرهن بما فيه]^(٢)

وجه الاستدلال: إن معنى "إن الرهن بما فيه" أي بما فيه من الدين, فيكون قبض المرتهن له على جهة الضمان.

ويناقش هذا الاستدلال من هذا الحديث :

أولاً: من جهة السند قال أبو حازم أنه قد تقرد به حسان بن إبراهيم الكرمانى, كما أن في سنده انقطاع بين عمرو بن دينار وأبى هريرة.^(٣)

(١) وذلك لما يتناسب مع طبيعة رهن الورقة التجارية, واستقراراً للمعاملات التجارية.

(٢) السنن الكبرى: لأبى بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي, الطبعة : الأولى . ١٣٤٤هـ, مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد, الجزء السادس, ص ٤٠, رقم الحديث(١١٥٥٤)..

(٣) السنن الكبرى : للبيهقي, مرج سابق, ج ٦, ص ٤٠, كما أن هذا الحديث قد روي بسند آخر, ما رواه البيهقي قال أخبرنا أبو سعد الماليني أخبرنا أبو أحمد بن عدى الحافظ حدثنا زكريا الساجي قال سمعت إسماعيل بن أبى عباد الذارع يقول حدثنا حماد بن سلمة عن قتادة عن أنس أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال : [الرهن بما فيه]. إلا أن في سنده إسماعيل قال أبو الحسن الدارقطنى : إسماعيل هذا يضع الحديث وهذا لا يصح أخبرنا بذلك عنه أبو عبد الرحمن السلمى وأبو بكر بن الحارث.

ثانياً: ليس في الحديث ما يدل على أن قبض الرهن يكون على سبيل الضمان.
• وما روي عن مصعب بن ثابت عن عطاء أن رجلاً رهن رجلاً فرسا فهلك الفرس، فقال النبي p: [ذهب حقه]^(١)

وجه الاستدلال: إن الحديث يدل على أن الرهن مضمون على المرتهن لأنه لو لم يكن كذلك لما ذهب حق المرتهن إذا هلك الرهن، فيكون قبض المرتهن للرهن على سبيل الضمان.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الحديث قد رواه عطاء عن الحسن مرسلًا ومراسيل الحسن ضعيفة^(٢)، وقال الشافعي: إن عطاء كان يفتي بخلاف هذا القول، مما يدل على وهن هذه الرواية.^(٣)

ويمكن أن يناقش: بأنه قد يكون المراد بقوله p [ذهب حقه] أي ذهب حقه في حبس المرهون، ولا يكون المراد به ذهب حقه في الدين، فيبقى الدين قائماً^(٤).
وأما المعقول: فإن المرتهن بقبض الرهن يكون مستوفياً لحقه حكماً، فإذا هلك الرهن كان هالكاً في ضمان المرتهن لأنه قد استوفى حقه، فيكون مضموناً عليه.
ويناقش هذا الاستدلال: بأن القول بأن الرهن في ضمان المرتهن معارض بالحديث النبوي الشريف (لا يغلق الرهن من صاحبه له غنمه وعليه غرمه)^(٥) وبذلك يكون قبض الدائن للرهن قبض أمانة^(٦).

واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل: " بأن الرهن أمانة في يد الدائن المرتهن لما ذهبوا إليه بالسنة، والمعقول.

فأما السنة: فما روي عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن رسول الله p أنه قال: [لا يغلق الرهن من صاحبه له غنمه وعليه غرمه]^(٧).

أنظر سنن الدار قطني: لعلي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، ١٣٨٦ - ١٩٦٦، دار

المعرفة - بيروت، كتاب البيوع، الجزء الثاني، ص ٣٢، رقم الحديث (١٢٤)

(١) السنن الصغرى: للبيهقي: مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٧٨، رقم الحديث (٢٠٢٤)

(٢) المرجع السابق، ذات الصفحة.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

(٥) المرجع السابق، ذات الصفحة.

(٦) إذا كان مما لا يغاب.

(٧) المستدرک على الصحيحين: للحاكم النيسابوري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٨، كتاب البيوع، وقد

ورد الحديث بأسانيد عدة، وبألفاظ متعددة منها: [لا يغلق الرهن لك غنمه وعليك غرمه]، ومنها

وجه الاستدلال: واضح من الحديث، فلا يصير الرهن مضموناً بالدين، لأن الرهن ملك لصاحبه فإذا هلك هلك في ضمانه لأن الهلاك من قبيل الغرم فيكون على صاحبه، فتكون يد المرتهن أمانة وليست يد ضمان.

وأما المعقول: فإن الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين كما لو هلك الصك المثبت للدين فإذا هلك الصك لا يهلك الدين.

كما أن الدائن المرتهن قد قبض الرهن بإذن مالكة في حق قد أثبت له الشرع وهو التوثق ببقائها لديه في الدين الذي انتفع به مالكة. (١)

ثمرة الخلاف وتظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في حال هلاك الرهن في يد الدائن المرتهن من غير تعد منه أو تقصير.

فإذا هلك الورقة التجارية محل الرهن بأن سرقت أو ضاعت أو تلفت -

وجدها المدين (المسحوب عليه) فما الحكم؟

فبناءً على الرأي القائل بأن الرهن مضمون بالدين المرهون، فإذا هلك الرهن في يد الدائن المرتهن هلك بالدين المضمون حتى ولو لم يتعد الدائن المرتهن على الرهن.

وبناءً على الرأي القائل بأن الرهن أمانة في يد الدائن المرتهن، فإذا هلك الرهن - دون تعدٍ من الدائن المرتهن أو تقصير - فلا يكون مضموناً على الدائن المرتهن لأن

يد الدائن المرتهن يد أمانة، ويلزم المدين الراهن تقديم رهن آخر يكون ضماناً للدين المرهون.

وبناءً على الرأي القائل بأن الرهن إذا كان مما يغاب فتكون يد الدائن المرتهن يد ضمان، إذا هلك الرهن كان المرتهن ضامناً له حتى ولو لم يكن هناك تعد من

الدائن المرتهن أو تقصير منه أما إذا كان مما لا يغاب فلا يضمنه الدائن المرتهن إلا إذا كان متعدياً في فعله، أو مقصراً في حفظه.

الرأي المختار: هو الرأي الأول القائل بأن يد الدائن المرتهن يد ضمان إذا كان الرهن مما يغاب، ويده يد أمانة إذا كان الرهن مما لا يغاب لقوة استدلالهم، ولما في

ذلك من استقرار للمعاملات التجارية، ولانعدام التهمة . والله أعلم،،،

[لا يعلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه] ومنها [لا يعلق الرهن، الرهن لمن رهنه وعليه غرمه

[رقم الحديث (٢٣١٥ - ٢٣١٦ - ٢٣١٧ - ٢٣١٨ - ٢٣١٨ - ٢٣١٩) وذكر أن هذا الحديث

صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه لخلاف فيه على أصحاب الزهري.

(١) البحر الزخار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٧٧.

ثم اختلف الفقهاء القائلون بأن الرهن مضمون بم قيمته ضمانه، فهل يكون مضموناً بما فيه من الدين، أم بالأقل من القيمة - قيمة الدين، أم قيمة الرهن-، وكان اختلافهم على أربعة آراء: الرأي الأول: يرى أصحابه أن الرهن يكون مضموناً بالأقل من قيمته ومن الدين.

وإلى هذا الرأي ذهب عامة علماء الأحناف، وروي هذا جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل سيدنا عمر وعبد الله بن مسعود، وهو ما روي عن سيدنا علي رضي الله عنهم^(١).

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن الرهن يكون مضموناً بقيمته بالغة ما بلغت.

وهو مروى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما^(٢)

الرأي الثالث: يرى أصحابه أن الرهن يكون مضموناً بالدين بالغة ما بلغ، أي يذهب كل الدين قلت قيمة الدين أو كثرت. وهو مذهب القاضي شريح^(٣)

الرأي الرابع: يرى أصحابه أنهما يترادان الفضل فإن كانت قيمة الرهن أكثر فللراهن أن يرجع على المرتهن بفضل القيمة، وإن كانت قيمته أقل فللمرتهن أن يرجع على الراهن بفضل الدين.

وهي رواية عن الإمام علي^(٤).

سبب الاختلاف يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في تفسير قول النبي ρ (الرهن بما فيه) فهل المقصود بما فيه أي بما فيه من الدين، أو قيمة الرهن.

ثمرة الخلاف وتظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة إذا كانت قيمة الرهن أكبر من قيمة الدين، أو العكس بأن كانت قيمة الدين أكبر من قيمة الرهن.

فبناءً على الرأي القائل بأن الرهن يكون مضموناً بالأقل من القيمة - قيمة الرهن أو قيمة الدين - فإذا هلك الرهن هلك الدين سواء أكانت قيمة الدين أقل أو أكثر. وبناءً على الرأي القائل بأن الرهن يكون مضموناً بقيمته بالغة ما بلغت فإذا هلك الرهن وكانت قيمته أقل من الدين أو أكثر فلا يرجع الراهن على المرتهن بشيء.

(١) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٦٠

(٢) المرجع السابق، ذات الصفحة.

(٣) المرجع السابق، ذات الصفحة.

(٤) المرجع السابق، ذات الصفحة.

وبناءً على الراي القائل بأن الرهن يكون مضموناً بقيمة الدين فإذا هلك الرهن وكانت قيمته أقل من الدين أو أكثر فلا يرجع المرتهن على الراهن بشيء .
وبناءً على الراي القائل بأنهما - الراهن , والمرتهن - يترادان الفضل, فإذا هلك الرهن وكانت قيمته أقل من الدين جاز للدائن المرتهن أن يرجع على الراهن بباقي دينه, وإذا هلك الرهن وكانت قيمته أكثر من الدين جاز للمدين الراهن أن يطالب بالفضل.
الراي المختار : هو الراي القائل بأن الراهن والمرتهن يترادان الفضل, فالقدر الزائد يرده إلى صاحبه.
والله اعلم , , ,

الفصل الثاني

عناصر رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم:

إن رهن الورقة التجارية- باعتباره تصرفاً من التصرفات الشرعية- لابد فيه من توافر عناصر هذه العناصر هي الأركان والشروط حتى يكون حتى يكون صحيحاً منتجاً لأثاره.

ولما كان رهن الورقة التجارية له طبيعة خاصة حيث إنه يجمع بين عقدين الأول: عقد الرهن, والثاني : عقد الحوالة " المرهون". فيجب أن تتوافر أركان وشروط الرهن بصفة عامة , وكذلك أركان وشروط الحوالة " باعتبارها المرهون في عقد الرهن.

ولمعرفة أركان وشروط رهن الورقة التجارية أهمية, حيث يتم من خلاله تحديد مدى صحة رهن الورقة التجارية, ومدى كونه منتجاً لأثاره الشرعية.

ولما كان لهذه الأركان, وتلك الشروط أهمية فقد خصصت لها هذا الفصل وقسمته إلى مبحثين: أتناول في المبحث الأول أركان وشروط الرهن بصفة عامة في الفقه الإسلامي, وأتناول في المبحث الثاني أركان وشروط رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول أركان وشروط الرهن بصفة عامة في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم:

إن الرهن باعتباره تصرفاً من التصرفات الشرعية لا بد فيه من توافر أركان وشروط حتى يكون الرهن صحيحاً منتجاً لأثاره الشرعية، ولمعرفة هذه الأركان وتلك الشروط أهمية وذلك لأنه إذا اختل ركن من الأركان أو شرط من الشروط كان الرهن غير صحيح، ولا ينتج أثاره، لذا خصصت له هذا المبحث وقسمته إلى مطلبين :

المطلب الأول: أركان الرهن في الفقه الإسلامي.
المطلب الثاني: شروط الرهن في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

أركان الرهن في الفقه الإسلامي

إن لتحديد أركان الرهن أهمية حيث من خلاله يتم الحكم على العقد من حيث كونه صحيحاً ومنتجاً لأثاره أم باطلاً لا ينتج أي أثر من أثاره.
ولقد اختلف الفقهاء في تحديد أركان العقد بصفة عامة، بناءً على اختلافهم في المقصود بالركن^(١).

(١) فعند الأحناف ركن العقد هو الصيغة: "الإيجاب والقبول" أما عند الجمهور: فأركان العقد هي: "الصيغة، والعاقدان، والمعقود عليه".

وسبب اختلافهم راجع إلى تحديد المقصود بالركن فعند الأحناف الركن هو: "ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم، وكان داخلاً في ماهية الشيء"، أما عند الجمهور فالركن هو: "ما يلزم من

أما عن تحديد أركان عقد الرهن فقد اختلف فيه الفقهاء على رأيين:
 الرأي الأول: يرى أصحابه أن أركان عقد الرهن هي: "عاقدان - الراهن والمرتهن -
 والمعقود عليه - مرهون, ومرهون به-, والصيغة - الإيجاب والقبول- .
 وإلى هذا الرأي ذهب المالكية^(١), والشافعية^(٢), والحنابلة^(٣).
 الرأي الثاني: يرى أصحابه أن الرهن له ركن واحد فقط ألا وهو الصيغة .
 وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٤).
 موطن الاتفاق: نجد أن الفقهاء قد اتفقوا على أن الصيغة تعد ركناً في عقد الرهن.
 موطن الاختلاف: نجد أن الفقهاء قد اختلفوا في باقي العناصر (الراهن والمرتهن,
 والمرهون, والمرهون به) هل تعد أركاناً في عقد الرهن أم لا؟
 فذهب جمهور الفقهاء إلى أن هذه العناصر تعد أركاناً في عقد الرهن, بينما ذهب
 الأحناف إلى أن هذه العناصر لا تعد ركناً في عقد الرهن.
 سبب الاختلاف: ويرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم
 في المقصود بالركن.

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل : بأن أركان عقد الرهن هي العاقدان, والمعقود
 عليه, والصيغة بالقياس, والمعقول.
 فأما القياس: فقياس عقد الرهن على عقد البيع بجامع أن كلاهما عقداً من
 العقود, فكما أن هذه العناصر تعد أركاناً في عقد البيع كذلك فإنها تعد أركاناً في عقد
 الرهن.

وجوده الوجود ومن عدمه العدم", فلا يشترط أن يكون الركن - عند الجمهور - داخلاً في حقيقة
 الشيء فيمكن أن يكون مما يختص به الشيء .
 (١) **بلغة السالك لأقرب المسالك: للصاوي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٠١** وقد ذكرها إجمالاً أنها أربعة
 أما تفصيلاً فخمسة لأن "العاقد تحته الراهن والمرتهن"
 (٢) **إعانة الطالبين : لأبي بكر الدمياطي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٥٥**; الإقناع في حل ألفاظ أبي
 شجاع: مرجع سابق, ج ١. ص ٢٤٧; الشرح الكبير : للرافعي, مرجع سابق, ج ١٠, ص ٣ .
 (٣) **حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع: لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي, الطبعة
 الأولى ١٣٩٧هـ, ج ٥, ص ٥٣.**
 (٤) **البحر الرائق : لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٨, ص ٢٦٤**; بدائع الصنائع : للكاساني, مرجع
 سابق, ج ٦, ص ١٣٥.

وأما المعقول: فإن عقد الرهن لا يوجد، ولا يتحقق إلا إذا وجدت هذه العناصر، فإذا كانت كذلك فإنها تكون أركاناً في العقد لابد من توافرها فيه. واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: بأن ركن عقد الرهن هي الصيغة بالقياس، والمعقول.

فأما القياس: فقياس عقد الرهن على عقد البيع بجامع أن كلا منهما عقداً من العقود، فكما أن الصيغة في عقد البيع تعد ركناً في عقد البيع كذلك فإن الصيغة تعد ركناً في عقد الرهن.

وأما المعقول: فإن الصيغة هي جزء داخل في حقيقة العقد وما كان كذلك يعد ركناً في العقد، أما ما يخرج عن حقيقة العقد كالعاقدين، والمعقود عليه فإنها لا تعد أركاناً في العقد.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن العاقدين، والمعقود عليه وإن كانا غير داخلين في حقيقة العقد إلا أن العقد لا يتصور وجوده إلا بهما، وما كان كذلك فيكون ركناً في العقد، كما أن هذا اصطلاح ولا مشاحة في الاصطلاح.

الرأي المختار: والرأي المختار من هذه الآراء هو الرأي الأول القائل بأن أركان عقد الرهن تتكون من الصيغة، والعاقدين، والمعقود عليه. كغيره من العقود، لقوة استدلالهم وسلامتها من المناقشة، كما أن الأحناف قد اشتروا لصحة العقد توافر هذه العناصر. ثم اختلف أصحاب الرأي الثاني - الأحناف - في تكوين الصيغة التي تعد ركناً في عقد الرهن على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن الصيغة في عقد الرهن تتكون من إيجاب من الراهن، "وقبول من المرتهن". وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف في ظاهر الرواية "وهو ما عليه عامة مشايخ المذهب"^(١)

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن الصيغة في عقد الرهن تتكون من الإيجاب فقط دون القبول، فيعقد الرهن بإيجاب الراهن فقط دون حاجة إلى القبول من المرتهن. وإلى هذا الرأي ذهب شيخ الإسلام خواهر زاده من الأحناف^(٢).

سبب الاختلاف: يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء - الأحناف - في هذه المسألة إلى اختلافهم في الوصف الشرعي لعقد الرهن هل يعد عقد الرهن من عقود المعاوضة، أم من عقود التبرع.

(١) أنظر ما سبق من هذا البحث ص .

(٢) البحر الرائق : لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٦٤.

فمن رأي أن عقد الرهن من عقود المعاوضة ذهب إلى أن الصيغة تتكون من الإيجاب والقبول.
ومن رأي أن عقد الرهن من عقود التبرع ذهب إلى أن الصيغة تتكون من الإيجاب فقط.

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل : بأن الصيغة في عقد الرهن تتكون من الإيجاب والقبول بالقياس، والمعقول.
فأما القياس: فقياس عقد الرهن على عقد البيع بجامع أن كلا منهما عقد من العقود، فكما أن الصيغة في عقد البيع تتكون من الإيجاب والقبول كذلك فإن الصيغة في عقد الرهن تتكون من الإيجاب الصادر من الراهن والقبول الصادر من المرتهن.
وأما المعقول: فإن عقد الرهن يعد من العقود التي بها معنى المعاوضة، فهو عقد توثق بدين فيفتقر في انعقاده إلى إيجاب من طرف وقبول من طرف آخر، وبها تتكون الصيغة - الإيجاب والقبول-.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل : بأن الصيغة في عقد الرهن تتكون من الإيجاب الصادر من الراهن فقط دون حاجة إلى قبول من المرتهن بالقياس.
فقالوا: بقياس الرهن على الهبة والصدقة بجامع أن كلا منهما عقد تبرع، وعقود التبرعات يكفي لانعقادها الإيجاب دون القبول.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن عقد الرهن هو عقد توثق بالدين وليس عقد تبرع، وما كان كذلك فلا بد فيه من الإيجاب الصادر من الراهن والقبول من المرتهن.
ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في مدى جواز عقد الرهن بالإيجاب فقط، أم لا بد لانعقاده إلى طرفين - الإيجاب والقبول.
فبناءً على الرأي الأول القائل بأن عقد الرهن لا بد في انعقاده إلى إيجاب صادر من طرف وقبول من طرف آخر إذا لم يوجد القبول فلا ينعقد العقد.

وبناءً على الرأي الثاني القائل بأن عقد الرهن يكفي لانعقاده الإيجاب الصادر من الراهن فإن عقد الرهن يوجد ويتحقق بمجرد الإيجاب الصادر من الراهن دون حاجة إلى صدور القبول من المرتهن.

الرأي المختار: والرأي المختار من هذه الآراء هو الرأي الأول القائل بأن الصيغة في عقد الرهن تتكون من الإيجاب الصادر من الراهن والقبول الصادر من المرتهن.
كغيره من العقود، لقوة استدلالهم وسلامتها من المناقشة.

والله

اعلم ،،،

المطلب الثاني

شروط الرهن في الفقه الإسلامي

اشتراط الفقهاء في الرهن عدداً من الشروط حتى يكون صحيحاً منتجاً لأثاره، وهذه الشروط منها: منها ما يتعلق بالصيغة، وما يتعلق بالعاقدين، ومنها ما يتعلق بالمرهون به، ومنها ما يتعلق بالمرهون.

فأما الشروط التي تتعلق بالصيغة: فقد اتفق الفقهاء على جواز انعقاد عقد الرهن باللفظ - بالقول - وما يقوم مقامه من الكتابة، والإشارة المفهومة^(١).

ولقد اشترط الفقهاء في صيغة الرهن شرطين هما^(٢):

الشرط الأول: أن تكون منجزة: وقد اختلف الفقهاء في اشتراط أن تكون صيغة

عقد الرهن منجزة أم لا على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أنه يشترط في صيغة الرهن أن تكون منجزة، فلا

تصح أن تكون معلقة على شرط أو مضافة إلى أجل.

وإلى هذا الرأي ذهب جمهور الفقهاء " الأحناف"^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦).

الرأي الثاني: يرى أصحابه جواز تعليق صيغة الرهن على شرط، وإضافتها إلى

أجل.

وإلى هذا الرأي ذهب الزيدية^(٧)

(١) على التفصيل بين المذاهب في هذه المسألة في انعقاد العقد بصفة عامة.

(٢) وإلى جانب هذين الشرطين توجد شروط أخرى تتعلق بالصيغة بصفة عامة هي:

الشرط الأول: موافقة القبول للإيجاب.

الشرط الثاني: ألا يرجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول لمن وجه إليه.

الشرط الثالث: اتحاد مجلس العقد.

الشرط الرابع: ألا يصدر من أحد المتعاقدين ما يفيد الإعراض

(٣) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٣٥.

(٤) حاشية الدسوقي: لمحمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق ج ٣، ص ٢٣١.

(٥) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٨.

(٦) المبدع شرح المقنع: لابن مفلح، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٠١.

(٧) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني، مرجع سابق، ج ١، ص ٦١٥.

سبب الاختلاف: يرجع سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في مدى اعتبار عقد الرهن من العقود التي يقصد بها التملك فلا يصح تعليقه أو إضافته, أم أنه عقد لا يقصد به التملك فيصح فيه التعليق والإضافة.

فمن الفقهاء من رأى أن عقد الرهن من العقود التي قد يؤل إلى تملك الرهن اشترط لصحة العقد ألا يضاف إلى أجل , وألا يعلق على شرط.

ومن الفقهاء من رأى أن عقد الرهن من العقود التي لا يقصد بها انتقال الملك من الراهن إلى المرتهن فأجاز فيه الإضافة والتعليق.

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: " بعدم جواز إضافة الرهن إلى وقت, أو تعليقه على شرط" لما ذهبوا إليه بالمعقول.

فقالوا: إن الرهن إيفاء واستيفاء وهو يحمل معنى البيع, والبيع لا يحتمل التعليق على شرط أو الإضافة إلى أجل.

استدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بجواز إضافة الرهن إلى وقت, وتعليقه على شرط" لما ذهبوا إليه بالمعقول.

فقالوا: إن الرهن باق على ملك مالكة فلا مانع من تعليق الرهن أو إضافته شرعاً ولا عقلاً.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن الرهن وإن كان باقياً على ملك صاحبه إلا أن الغرض فيه التوثق للدين وبيعه عند عدم الوفاء بالدين, ففيه معنى التملك, فإذا كان كذلك فلا يجوز إضافته أو تعليقه.

ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إذا أضيف الرهن إلى أجل, أو تم تعليقه على شرط.

فبناءً على الرأي الأول القائل بأن بعدم جواز إضافة الرهن إلى أجل, أو تعليقه على شرط فإن تم إضافة الرهن أو تعليقه كان الرهن غير صحيح, ولا يرتب الرهن آثاره.

وبناءً على الرأي الثاني القائل بأن القائل بجواز إضافة الرهن, وتعليقه, فإن تمت الإضافة أو التعليق فإن الرهن يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره.

الرأي المختار: والرأي المختار من هذه الآراء هو الرأي الأول القائل بأنه يشترط في الصيغة في عقد الرهن أن تكون منجزة غير مضافة إلى وقت أو معلقة على شرط, لقوة استدلالهم وسلامتها من المناقشة, ولأن هذا العقد فيه إيفاء واستيفاء وهو يحمل معنى التملك.

اعلم ,,,

الشرط الثاني: استخدام لفظ الرهن خاصة لانعقاد الرهن: واختلف الفقهاء في مدى اشتراط استخدام لفظ الرهن خاصة في عقد الرهن على رأيين: الرأي الأول: يرى أصحابه عدم اشتراط استخدام لفظ معين في الرهن, فيصح انعقاد الرهن بكل لفظ يدل عليه.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(١), والمالكية في قول أشهب^(٢), والحنابلة^(٣). الرأي الثاني: يرى أصحابه أنه يشترط لصحة الرهن استخدام لفظ الرهن خاصة. وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في قول ابن القاسم^(٤), والشافعية^(٥), ورواية عند الحنابلة^(٦).

سبب الاختلاف: يرجع سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في مدى اشتراط استخدام ألفاظ معينة في انعقاد العقد. فمن الفقهاء من رأى أن العقد لا يشترط في انعقاده استخدام ألفاظ معينة فيكفي في انعقاده أي لفظ يدل عليه العرف. ومن الفقهاء من رأى أن العقد لا بد في انعقاده استخدام ألفاظ معينة فذهب إلى أن عقد الرهن لا بد في انعقاده استخدام ألفاظ الرهن خاصة. الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: "بعدم اشتراط لفظ معين في الرهن" لما ذهبوا إليه بالمعقول.

فقالوا: إن الرهن ينعقد بكل ما يدل على الرضى عرفا فيصح بالقول والإشارة المفهومة والكتابة لعموم الأدلة كسائر العقود, ولأنه لم ينقل عن النبي ρ ولا عن أحد من الصحابة استعمال ألفاظ معينة في معاملاتهم, ولو استعملوا ذلك لنقل إلينا شائعا. استدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "باشترط لفظ الرهن خاصة لانعقاد عقد الرهن" لما ذهبوا إليه بالمعقول.

(١) بدائع الصنائع: للكاساني, مرجع سابق, ج ٦, ص ١٣٥؛ الفتاوى الهندية: للشيخ نظام, مرجع سابق, ج ٥, ص ٤٣٢.

(٢) الشرح الصغير: للصاوي, مرجع سابق, ج ٧, ص ١٩٧.

(٣) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي, مرجع سابق, ج ٥, ص ١٣٧.

(٤) الشرح الصغير: للصاوي, مرجع سابق, ج ٧, ص ١٩٧.

(٥) فتح العزيز شرح الوجيز: للرافعي القزويني, مرجع سابق, ج ١٠, ص ٣٨.

(٦) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي, مرجع سابق, ج ٥, ص ١٣٧, وهو ما ذكره في الرعاية.

فقالوا: إن الرهن عقد مالي لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول الدالين عليه فيشترط في الصيغة أن تكون بالألفاظ التي ينعقد بها العقد خاصة، كما أن الرضا أمر خفي لا اطلاع لنا عليه فجعلت الصيغة دليلاً على الرضى.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن العرف يعد ضابطاً لما لا يوجد به نص في الشرع أو اللغة، ولم يوجد نص ينعقد الرهن به خاصة، فيصح انعقاده بكل لفظ يدل عليه العرف.

ثمرة الخلاف: وتظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في مدى انعقاد العقد بلفظ غير لفظ الرهن، ومدى اختصاص - الدائن - المرتهن بالرهن. فبناءً على الرأي القائل بأن العقد ينعقد بكل لفظ يدل عليه العرف فإن الرهن ينعقد ويختص المرتهن بالمرهون.

وبناءً على الرأي القائل بأن عقد الرهن لا ينعقد إلا بألفاظ الرهن خاصة ذهب إلى أن العاقدان إذا لم يتلفظا بلفظ الرهن لا ينعقد العقد، ويكون الدائن - المرتهن - أسوة الغرماء، ولا يختص بالمرهون.

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل بأن عقد الرهن لا يشترط في انعقاده استخدام ألفاظ معينة فيكفي في انعقاده أي لفظ يدل عليه، لقوة استدلالهم واتساقها مع العرف السائد. والله اعلم ،،،

ويثار هنا تساؤل مؤداه: هل يكفي لانعقاد رهن الورقة التجارية مناولة الورقة إلى الدائن المرتهن على سبيل الرهن، أم لا بد من استخدام لفظ الرهن، أو ما يقوم مقامه من الكتابة أو الإشارة^(١) ؟

وقد بحث الفقهاء هذه المسألة في مدى جواز الرهن بالمعاطاة، وقد اختلف الفقهاء في مدى جواز انعقاد عقد الرهن بالمعاطاة^(٢) على رأيين :

(١) وهذه الصورة قد ذكرتها كتب القانون التجاري وهي ما تعرف بالتظهير التأميني عن طريق التسليم. راجع في هذا د/ سميحة القليوبي: الأوراق التجارية د/ رضا السيد عبد الحميد : الأوراق التجارية، طبعة ٢٠١٤م، دار نصر للطباعة، ص ،

(٢) وصورة المعاطاة في الرهن كما صورتها كتب الفقه "أن يدفع رجل إلى آخر سلعة ولم يزد على قوله : أمسكها حتى أدفع لك حقاك"

أنظر بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٣٦؛ الشرح الصغير : للساوي، مرجع سابق، ج ٧، ص ١٩٨.

الرأي الأول: يرى أصحابه عدم جواز انعقاد الرهن بالمعاطاة.
وإلى هذا الرأي المالكية "في قول ابن القاسم"^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).
الرأي الثاني: يرى أصحابه جواز انعقاد الرهن بالمعاطاة.
وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٤)، والمالكية في قول أشهب^(٥)، ورواية عند
الحنابلة^(٦).

سبب الاختلاف: إن سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة راجع إلى اختلافهم
في مدى صحة انعقاد العقد - بصفة عامة - بالتعاطي.
فمن الفقهاء من رأى عدم صحة انعقاد العقد بالتعاطي بين الطرفين مطلقاً
وهؤلاء لم يجيزوا انعقاد عقد الرهن بالتعاطي.
ومن الفقهاء من أجاز انعقاد العقد بالتعاطي مطلقاً فأجاز انعقاد الرهن
بالتعاطي.
الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: "بعدم جواز انعقاد الرهن بالمعاطاة لما
ذهبوا إليه بالمعقول
فقالوا: إن عقد الرهن هو عقد مالي قائم على الرضا، والرضا أمر خفي لا يعرف
إلا بالإيجاب والقبول فلا ينعقد إلا بهما.
استدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بعدم جواز انعقاد الرهن بالمعاطاة" لما
ذهبوا إليه بالمعقول.
فقالوا: إن عقد الرهن من العقود المالية التي يجوز انعقادها بكل ما يدل عليه
العرف، والعرف يجيز انعقاد الرهن بالمعاطاة.

-
- (١) الشرح الصغير: للصاوي، مرجع سابق، ج ٧، ص ١٩٧
(٢) فتح العزيز لشرح الوجيز: للقزويني الرافعي، مرجع سابق، ج ٨، ص ٩٧ كتاب البيوع، وفي كتاب
الرهن ج ١٠، ص ٣٨ "حيث ذكر ان ما ذكر في كتاب البيع يذكر هنا"
(٣) حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع: للنجدي، مرجع سابق، ج ٥، ص ٥٢.
(٤) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٣٥؛ الفتاوى الهندية: للشيخ نظام، مرجع
سابق، ج ٥، ص ٤٣٢.
(٥) الشرح الصغير: للصاوي، مرجع سابق، ج ٧، ص ١٩٧
(٦) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٠٥، وذكر أنه
مذكور في الرعاية.

ويناقد هذا الاستدلال: بأن عقد الرهن قد يختلط بغيره من العقود - بعقد البيع خاصة - عند عدم استخدام ما يدل عليه, مما قد يؤدي إلى التنازع بين المتعاقدين, فيدعي أحدهما أن العقد عقد بيع, ويدعي الآخر أنه عقد الرهن, فاشتراط التلفظ - أو ما يقوم مقامه - يمنع التنازع بين الطرفين.

ثمرة الخلاف: وتظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في رهن الورقة التجارية - وتظهيرها - بالتسليم وهو ما يعرف بالمناولة, فهل يكفي تسليم الورقة التجارية على سبيل الرهن أم لا بد من انعقاد الرهن باللفظ أو ما يقوم مقامه - بذكر البيانات لهذا الرهن - .

فبناءً على الرأي الأول القائل بأن الرهن لا يصح انعقاده بالمعاطاة فلا يصح رهن الورقة التجارية بالتسليم - المناولة - .

وبناءً على الرأي الثاني القائل بأن الرهن انعقاده بالمعاطاة فإن رهن الورقة التجارية يصح بتسليم الورقة التجارية على سبيل الرهن.

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل بعدم جواز انعقاد عقد الرهن بالتعاطي لقوة استدلالهم وسلامتها من المعارضة, ولأن عقد قد يلتبس بغيره من العقود - كعقد البيع مثلاً - فيؤدي هذا اللبس إلى التنازع بين الطرفين, فيقول أحدهما دفعته لك رهناً ويقول الآخر بل بيعاً. والله اعلم ,,,

وأما الشروط التي تتعلق بالعاقدين: فنفرق فيها بين الشروط التي تتعلق بالراهن والشروط التي تتعلق بالمرتهن.

فأما بالنسبة للمرتهن فقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المرتهن في عقد الرهن أن يكون جائز التصرف - أي يصح وقوع البيع منه -, وذلك بأن يكون المرتهن عاقلًا, فإذا كان المرتهن غير عاقل فلا يصح الرهن, فلا يصح الرهن من المجنون والصبي غير المميز^(١).

لأن الرهن: من قبيل التجارة, وفيه معنى إيفاء الدين واستيفائه فيصح من العاقل^(٢).

(١) بدائع الصنائع: للكاساني, مرجع سابق, ج ٦, ص ١٣٥؛ حاشية الدسوقي: لمحمد عرفة الدسوقي, مرجع سابق ج ٣, ص ٢٣١؛ الحاوي الكبير: للماوردي, مرجع سابق, ج ٦, ص ٨؛ المبدع شرح المقنع: لابن مفلح, مرجع سابق, ج ٤, ص ١٠١.

(٢) المراجع سابق الإشارة إليها ذات الصفحات بدائع الصنائع: للكاساني, مرجع سابق, ج ٦, ص ١٣٥؛ حاشية الدسوقي: لمحمد عرفة الدسوقي, مرجع سابق ج ٣, ص ٢٣١؛ الحاوي الكبير:

أما البلوغ فليس بشرط فيصح الرهن من الصبي المميز إلا أنه يكون موقوفاً على الإجازة.

وأما بالنسبة للراهن: فيتعلق بالراهن ثلاثة شروط هي:
الشرط الأول: أن يكون جائز التصرف. فقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الراهن أن يكون ممن يصح منه التصرف^(١), وذلك بأن يكون عاقلاً فإذا كان الراهن غير عاقل بأن كان مجنوناً أو صبيّاً غير مميز فلا يصح الرهن^(٢).
الشرط الثاني: أن يكون الراهن أهلاً للتبرع. اختلف الفقهاء في اشتراط أهلية التبرع في الراهن, على رأيين:
الرأي الأول: يرى أصحابه عدم اشتراط أن يكون الراهن من أهل التبرع, فيكفي أن يكون ممن يصح بيعه.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية^(٣), والزيدية^(٤).
الرأي الثاني: يرى أصحابه اشتراط أن يكون الراهن من أهل التبرع أي ممن يصح تبرعه, فإذا لم يكن من أهل التبرع فلا يصح الرهن.
وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف, الشافعية^(٥), والحنابلة^(٦), والظاهرية^(٧).

للماوردي, مرجع سابق, ج ٦, ص ٨؛ المبدع شرح المقنع : لابن مفلح, مرجع سابق, ج ٤, ص ١٠١.

(١) المراجع سابق الإشارة إليها ذات الصفحات بدائع الصنائع: للكاساني, مرجع سابق, ج ٦, ص ١٣٥؛ حاشية الدسوقي: لمحمد عرفة الدسوقي, مرجع سابق ج ٣, ص ٢٣١؛ الحاوي الكبير: للماوردي, مرجع سابق, ج ٦, ص ٨؛ المبدع شرح المقنع : لابن مفلح, مرجع سابق, ج ٤, ص ١٠١.

(٢) وذهب الشافعية: إلى أنه يشترط في العاقدين "أهلية التصرف عند العقد وعند القبض" أنظر الحاوي الكبير: للماوردي, مرجع سابق, ج ٦, ص ٨.

(٣) التاج والأكلیل: للمواق, مرجع سابق, ج ٥, ص ٣؛ الشرح الكبير: للدرير, مرجع سابق, ج ٣, ص ٢٣١.

(٤) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني, مرجع سابق, ج ١, ص ٦١٥.

(٥) الوسيط في المذهب: للإمام الغزالي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٤٨٣.

(٦) كشف القناع عن متن الإقناع: للبهوتي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٢٢؛

(٧) المحلى: لابن حزم الظاهري, مرجع سابق, ج ٨, ص ٨٨, مسألة (١٢٠٨)

سبب الاختلاف: يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في صفة عقد الرهن ذاته هل هو عقد تبرع أم كونه وثيقة بدين فيه معنى المعاوضة.

فمن الفقهاء من رأي أن الرهن وثيقة بحق فيه معنى المعاوضة لم يشترط أن يكون الراهن من أهل التبرع.
ومن الفقهاء من رأي أن الرهن عقد تبرع اشترط أن يكون الراهن من أهل التبرع لصحة الرهن.

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: "بأنه لا يشترط في الراهن أن يكون من أهل التبرع، فيكفي أن يكون جائز التصرف" لما ذهبوا إليه بالقياس، والمعقول.
فأما القياس: فقياس أهلية الراهن في عقد الرهن على أهلية البائع في عقد البيع بجامع أن كلا منهما تصرف في المال فيه معنى المعاوضة.

وأما المعقول: فإن الرهن نوع تصرف في المال بعوض، وفيه معنى إيفاء الدين واستيفاؤه فيصح من العاقل، ولا يشترط أن يكون من أهل التبرع.

استدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بأنه يشترط في الراهن أن يكون من أهل التبرع، فلا يكفي أن يكون جائز التصرف" لما ذهبوا إليه بالقياس.
فقالوا بقياس الرهن على الهبة بجامع أن كلا منهما عقد من عقود التبرع، فكما أن الهبة يشترط في الواهب أن يكون من أهل التبرع يشترط كذلك في الراهن أن يكون من أهل التبرع.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن الرهن ليس من عقود التبرع بل هو من عقود التوثيق الذي يكون الغرض فيه توثيق الدين بشيء يمكن استيفاؤه منه عند التعذر.
ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة فيما إذا كان الراهن ليس أهلاً للتبرع.

فبناءً على الرأي الأول القائل: "بأنه يشترط أن يكون جائز التصرف فقط" فيكون الرهن صحيحاً.

وبناءً على الرأي الثاني القائل: "بأنه يشترط في الراهن أن يكون من أهل التبرع" فإن الرهن لا يكون صحيحاً بل فاسداً

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل بأنه لا يشترط في الراهن أن يكون من أهل التبرع، فيكفي أن يكون جائز التصرف لقوة استدلالهم، وسلامتها من المعارضة.
والله اعلم

”

الشرط الثالث: أن يكون الراهن مالكا للرهن أو مأذونا له في رهنه^(١) فقد اتفق الفقهاء في اشتراط هذا الشرط في حق الراهن فلا يصح الرهن ممن ليس له الحق في ذلك, فلا يصح رهن ملك الغير بغير إذنه^(٢).

وأما الشروط التي تتعلق بالمرهون به: فقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المرهون به لصحة الرهن أربعة شروط هي:

الشرط الأول: أن يكون ديناً. فقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المرهون به أن يكون مما يمكن استيفاؤه من المرهون كالدين, وثمان الأعيان وغير ذلك مما يصح استيفاؤه من المرهون, أما إذا كان المرهون به مما لا يمكن استيفاؤه من المرهون كالحدود والقصاص فلا يصح الرهن.

ثم اختلف الفقهاء بعد ذلك في مدى جواز أن يكون المرهون به عيناً على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى أصحابه جواز أن يكون المرهون به عيناً مضمونة بنفسها "كالغصب".

والى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٣), والحنابلة^(١).

(١) يقصد بأن يكون مأذوناً له في الرهن أي أن يأذن له المالك في الرهن أو أن يكون له ولاية شرعية في الرهن حتى أنه يصح الرهن من غير المالك كما في رهن الأب, والوصي مال الصبي بدينه, أو بدين على نفسه. بدائع الصنائع: للكاساني, مرجع سابق, ج ٦, ص ١٣٥

(٢) المحلى: لابن حزم الظاهري, مرجع سابق, ج ٨, ص ١٠٨, مسألة (١٢٢١)
فالشخص إذا لم يكن مأذوناً له في الرهن, أو لم تكن له ولاية شرعية في ذلك فإنه يكون فضولياً في هذا التصرف, ولقد اختلف الفقهاء في حكم تصرفات الفضولي على رأيين:
الرأي الأول ذهب أصحابه أن تصرفات باطلة.

والى هذا الرأي ذهب الشافعية.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن تصرفات الفضولي تكون موقفة على إذن من له الحق.

والى هذا الرأي ذهب الأحناف

(٣) العناية شرح الهداية: مرجع سابق, كتاب الرهن, فتح القدير: لابن الهمام, كتاب الرهن بدائع

الصنائع: للكاساني, مرجع سابق, ج ٦, ص ١٤٣, أما العين التي تضمن غيرها فقد اختلفت

الرواية في مدى جواز كونها مرهون به في عقد الرهن.

ففي ظاهر الرواية أن الرهن صحيح ذكره في كتاب الصرف.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أنه يشترط في المرهون به أن يكون ديناً، فلا يصح الرهن بالعين مضمونة كانت أو غير مضمونة.
 وإلى هذا الرأي ذهب المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والظاهرية^(٤).
 الرأي الثالث: يرى أصحابه إلى جواز أن يكون المرهون به عيناً مطلقاً سواء أكانت مضمونة أم غير مضمونة.
 وإلى هذا الرأي ذهب الزيدية^(٥).
 سبب الاختلاف: يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في مدى جواز استيفاء الرهن - المرهون به - من المرهون.
 فمن الفقهاء من رأى أن المرهون به إذا كان عيناً مضمونة بنفسها يجوز استيفاءه من المرهون ذهب إلى جواز أن يكون المرهون به عيناً مضمونة بنفسها.
 ومن الفقهاء من رأى أن المرهون به إذا كان عيناً لا يمكن استيفاءه من المرهون، ذهب إلى عدم جواز أن يكون المرهون به أن يكون عيناً سواء أكانت مضمونة أو غير مضمونة.

ووجه ظاهر الرواية: أن الاستيفاء إذا هلك المرهون يحصل من حيث المعنى لأن المبيع قبل القبض إن لم يكن مضموناً بالقيمة فهو مضمون بالثمن.
 وأما في غير ظاهر الرواية وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة - وهو ما أخذ به الكرخي - أن الرهن غير صحيح.
 ووجه هذه الرواية: أن قبض الرهن قبض استيفاء المرهون ولا يتحقق معنى الاستيفاء في المضمون بغيره لأن المشتري لا يصير مستوفياً شيئاً بهلاك الرهن إنما يسقط عنه الثمن لا غير.
 (١) مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى: للسيوطي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٥٨.
 (٢) الذخيرة: للقرافي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٩٣؛ مواهب الجليل: للحطاب، مرجع سابق، ج ٦، ص ٥٦٠. وحيث وقع في ألفاظ المذهب إضافته إلى عين مشار إليها فالمراد به أنه رهن بقيمة.
 قال في المدونة: يجوز الرهن بالعارية التي يغاب عليها لأنها مضمونة.
 (٣) الفتاوى الفقهية الكبرى: لابن حجر الهيتمي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٨١؛ السراج الوهاج شرح متن المنهاج: للغمراوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢١٤.
 (٤) المحلى: لابن حزم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٨٨، مسألة رقم (١٢٠٨).
 (٥) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني، مرجع سابق، ج ١، ص ٦١٧.

ومن الفقهاء من رأى أن المرهون به إذا كان عيناً يمكن استيفاؤه من المرهون ذهب إلى جواز أن يكون المرهون به أن يكون عيناً سواء أكانت مضمونة أو غير مضمونة.

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: بجواز أن يكون المرهون به عيناً مضمونة وعدم جوازه في العين غير المضمونة لما ذهبوا بالكتاب والقياس، والمعقول. فأما الكتاب: فقوله تعالى: {فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} (١).

وجه الاستدلال: إن الله عز وجل قد وصف الرهن بكونه مقبوضاً، ولم تفرق الآية بين رهن الدين ورهن العين.

وأشترط الفقهاء في الرهن عدداً من الشروط حتى يكون صحيحاً منتجاً لأثاره، وهذه الشروط منها: ما يتعلق بالصيغة، وما يتعلق بالعاقدين، ومنها ما يتعلق بالمرهون به، ومنها ما يتعلق بالمرهون.

ما القياس: فقياس كون المرهون به عيناً مضمونة على ما في الذمة بجامع الضمان في كل.

وأما المعقول: فإن المقصود بالرهن هو كونه وثيقة بالحق، وهذا متحقق في العين المضمونة؛ كما أن الرهن بهذه الأعيان يحمل الراهن على أدائها، وإن تعذر أدائها استوفى به لها من ثمن الرهن، فأشبهت ما في الذمة.

استدل أصحاب الرأي الثاني القائل: بأنه يشترط في المرهون به أن يكون ديناً، فلا يصح أن يكون عيناً لما ذهبوا إليه بالكتاب، والسنة، والمعقول.

فأما الكتاب: فقوله تعالى: {وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} (٢).

وجه الاستدلال: إن الرهن قد ورد ذكره بعد ذكر المداينة - المعاملة التي بها دين - وهو دليل على اشتراط كون المرهون به ديناً.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن ذكر الرهن بعد ذكر المداينة ليس فيه دليل على اشتراط أن يكون المرهون به ديناً، فيصح أن يكون المرهون به ديناً كما يصح أن يكون عيناً يمكن استيفاء الحق منها - وهي العين المضمونة -.

وأما السنة: فما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: (إن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل معلوم ورهنه درعا من حديد) (١)

(١) سورة البقرة جزء من الآية رقم (٢٨٣)

(٢) سورة البقرة جزء من الآية رقم (٢٨٣)

وجه الاستدلال: إن الأحاديث الواردة في هذا الباب تدل على أن الرهن كان وثيقة بدين على الراهن, فيكون شرطاً في المرهون به. ويناقد هذا الاستدلال: بأن الحديث فيه دليل على أن الرهن كان وثيقة بالثمن, ولا يوجد فيه دليل على عدم جواز أن يكون المرهون به عيناً مضمونة. وأما المعقول: فإن المقصود من الرهن هو جعل العين المرهونة وثيقة بدين, ولأنها لا تستوفي من ثمن المرهون, وذلك مخالف لغرض الرهن عند البيع. ويناقد هذا الاستدلال: بأن المقصود من الرهن هو كون المرهون وثيقة بحق على الراهن يتحقق كذلك إذا كان المرهون به عيناً مضمونة. واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل: بجواز أن يكون المرهون به عيناً بالمعقول. فقالوا: إن المقصود من المرهونة يتحقق في العين كما يتحقق في الدين, فلا فرق بين الدين والعين فيهما.

ويناقد هذا الاستدلال: بأن المرهون به إذا كان عيناً غير مضمونة وهلك الرهن فإن المرتهن لا يستطيع استيفاء حقه من هذه العين لكونها غير مضمونة في حقه, وبذلك لا يتحقق المقصود من الرهن. اشترط الفقهاء في الرهن عدداً من الشروط حتي يكون صحيحاً منتجاً لأثاره, وهذه الشروط منها: ما يتعلق بالصيغة, وما يتعلق بالعاقدين, ومنها ما يتعلق بالمرهون به, ومنها ما يتعلق بالمرهون. ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إذا كان المرهون به عيناً فهل يكون الرهن صحيحاً أم لا. وبناءً على الرأي الأول القائل بجواز أن يكون المرهون به عيناً مضمونة بنفسها فإن الرهن يكون صحيحاً منتجاً لأثاره. وبناءً على الرأي الثاني القائل بعدم جواز أن يكون المرهون به عيناً سواء أكانت مضمونة أو غير مضمونة, فإن الرهن لا يكون صحيحاً, ولا ينتج أثاره. وبناءً على الرأي الثالث القائل بجواز أن يكون المرهون به عيناً مطلقاً سواء أكانت مضمونة أو غير مضمونة, فإن الرهن يكون صحيحاً منتجاً لأثاره.

(١) سبق تخريجه ص , من هذا البحث

أنظر اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان: لحمد فؤاد عبد الباقي, مرجع سابق, ص ٤٩٧, باب الرهن وجوازه في الحضر كالسفر, أخرجه البخاري في صحيحه ٣٤, كتاب البيوع ١٤, باب شراء النبي p بالنسيئة, بالأرقام الآتية (١٩٦٢, ١٩٩٠, ٢٠٨٨, ٢١٣٣, ٢١٣٤, ٢٢٥٦, ٢٣٧٤, ٢٣٧٨, ٢٧٥٩, ٤١٩٧) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب المساقاة باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر رقم (١٦٠٣)

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل بجواز أن يكون المرهون به عيناً مضمونة لقوة استدلالهم، وسلامتها من المعارضة ولأن العين المضمونة تشبه الدين الذي يكون في الذمة من حيث الضمان، فيتساوى المرهون به مع المرهون في الضمان، أما إذا كان المرهون به عيناً غير مضمونة فإنه لا يتساوى مع المرهون لأن المرهون مضمون في عقد الرهن فكيف يكون المرهون به غير مضمون. والله اعلم ،،،

الشرط الثاني: أن يكون ثابتاً. فقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المرهون به أن يكون ثابتاً فإذا كان غير ثابت لم يصح الرهن^(١).

لأن: الرهن وثيقة بحق فلا يتقدم عليها كالشهادة.

الشرط الثالث: أن يكون معلوماً للمتعاقدين فإذا كان مجهولاً للمتعاقدين أو أحدهما فلا يصح الرهن^(٢).

الشرط الرابع: أن يكون لازماً أو آيلاً للزوم: فقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة الرهن أن يكون المرهون به لازماً أو آيلاً للزوم فإذا كان المرهون به غير لازم أو ليس آيلاً للزوم فلا يصح الرهن^(٣).

لأن: الرهن جعل للتوثق، والمال إذا كان غير لازمٍ فلصاحبه الفسخ متى شاء فيسقط به المال فلا معنى لتوثيقه بالرهن.

(١) وضع الأحناف شرطاً في المرهون به يجمع الشروط التي ذكرها الفقهاء وهو كون المرهون به مضموناً. "والمضمون يشترط أن يكون ثابتاً، لازماً، معلوماً".

أنظر بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٤٤

روضة الطالبين وعمدة المفتين: لمحيي الدين النووي، مرجع سابق، ج ٣، ص؛ المحلى: لابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ج ٨، ص ٩٣ مسألة رقم (١٢١٤)؛ السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني، مرجع سابق، ج ١، ص ٦١٦

(٢) الفتاوى الهندية: للشيخ نظام، مرجع سابق، ج ٥، ص ٤٣٢؛ مغني المحتاج: للخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٢٦

(٣) البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٧٨؛ التاج والإكليل: للمواق، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٦؛ الوسيط في المذهب: للإمام الغزالي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٧٦؛ الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٥٢؛ المحلى: لابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ج ٨، ص ٩٣ مسألة رقم (١٢١٤)؛ السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني، مرجع سابق، ج ١، ص ٦١٥.

وأما الشروط التي تتعلق بالمرهون : فقد اتفق الفقهاء على صحة الرهن إذا توافرت في المرهون عدد من الشروط هي^(١) :
الشرط الأول: أن يكون المرهون عيناً.
الشرط الثاني: أن يكون مما يصح استيفاء الحق منه عند حلوله.^(٢)
الشرط الثالث: أن يكون مقسوماً "مفرزاً".
الشرط الرابع أن يكون خالياً من تعلق حق الغير.
الشرط الخامس: أن يكون مقبوضاً.
ثم اختلف الفقهاء بعد ذلك مدى صحة الرهن إذا اختلف شرط من الشروط السابق ذكرها.

(١) وسوف نتناول هذه الشروط بشيء من التفصيل أنظر ص من هذا البحث المبحث الثاني
(٢) وقد عبر عنه بعض الفقهاء : بأنه يكون صالحاً للبيع, فيشترط فيه عدد من الشروط هي:
الشرط الأول: أن يكون مالاً.
الشرط الثاني: أن يكون متقوماً.
الشرط الرابع: أن يكون موجوداً وقت العقد. الشرط الخامس: أن يكون معلوماً.
الشرط السادس: أن يكون مقدوراً على التسليم.

المبحث الثاني صحة رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم :

لما كانت الورقة التجارية هي محل الرهن في مجال البحث فإنه يشترط لصحة رهن الورقة التجارية صحة الورقة التجارية ذاتها، فيجب أن تكون الورقة التجارية صحيحة، وذلك بتوافر أركان وشروط الورقة التجارية، وكذلك الشروط اللازمة لتوافرها في المرهون - محل الرهن-.

ولما كان لصحة الورقة التجارية، والشروط اللازمة لتوافرها في الورقة التجارية أهمية، حيث من خلالها يعرف مدى صحة رهن الورقة التجارية، فقد خصصت لها هذا المبحث، وقسمته إلى مطلبين:

المطلب الأول: صحة الورقة التجارية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: الشروط اللازمة لتوافرها في رهن الورقة التجارية في الفقه

الإسلامي.

المطلب الأول

صحة الورقة التجارية في الفقه الإسلامي

لما كان محل الرهن - المرهون - في مجال بحثنا هو الورقة التجارية، فإنه يشترط لصحة الرهن صحة الورقة التجارية ذاتها، وهذا الأمر يتطلب توافر أركان الورقة التجارية والشروط اللازمة لتوافرها فيها^(١) وسوف نتناولهما في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: أركان الورقة التجارية في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: الشروط اللازمة لتوافرها في الورقة التجارية في الفقه الإسلامي.

(١) ولما كان التكليف الفقهي للورقة التجارية اعتبارها عقد حوالة بين أطرافها لذا سوف نعتبر أن الأركان والشروط اللازمة لتوافرها في الحوالة هي ذات الأركان والشروط اللازمة لتوافرها في الورقة التجارية.

الفرع الأول

أركان الورقة التجارية في الفقه الإسلامي

ذكرنا فيما سبق أن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد أركان العقد بصفة عامة وكان اختلافهم على رأيين^(١)؛ ولما كان عقد الحوالة يعدّ عقداً من العقود فما أثير سابقاً يثار هنا أيضاً.

وسوف نتناول هنا ما يختلف فيه عقد الحوالة عن غيره من العقود. فبالإضافة إلى أن الفقهاء قد اختلفوا في أركان العقد بصفة عامة فقد اختلفوا كذلك في الصيغة التي يتكون منها عقد الحوالة .

فهل تتكون الصيغة في عقد الحوالة من الإيجاب والقبول من المحيل، والمحال، والمحال عليه فيلزم توافر رضا المحال، والمحال عليه؛ أم أن رضا المحال، أو المحال عليه ليس بلازم، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة آراء:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن صيغة عقد الحوالة تتكون من الإيجاب الصادر من المحيل، والقبول الصادر من المحتال والمحتال عليه معاً. وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٢) .

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن الصيغة في عقد الحوالة تتكون من الإيجاب الصادر من المحيل والقبول من المحال. وإلى هذا الرأي ذهب المالكية^(٣)، والشافعية^(٤).

الرأي الثالث: يرى أصحابه أن صيغة عقد الحوالة تتكون من الإيجاب الصادر من المحيل فقط. وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف في غير ظاهر الرواية^(٥)، والحنابلة^(١).

(١) راجع ما سبق، ص

(٢) البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٧١، وهو المعتمد في المذهب.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ)، الطبعة الرابعة، ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ج ٢، ص ٢٩٩. هو المشهور في المذهب وهذا في حال إذا لم تكن هناك عداوة بين المحال والمحال عليه وإلا فيشترط رضاه بالحوالة.

(٤) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤١٨، إعانة الطالبين: لأبي بكر الدميطي،

مرجع سابق، ج ٣، ص ٧٥

(٥) البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٧١. وذكر انه من شروط الظهيرية أن رضا

المحال عليه ليس بشرط إجماعاً.

الرأي الرابع: يرى أصحابه أن صيغة عقد الحوالة تتكون من الإيجاب الصادر من المحيل، والقبول الصادر من المحال عليه.
وإلى هذا الرأي ذهب داود (٢).

سبب الاختلاف: ويرجع سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في عقد الحوالة ذاته هل هو عقد بين المحيل والمحتال والمحال عليه، أم أنه عقد بين المحيل والمحال، " فهل هو نقل للحق أم أنه تقبيض "
فمن الفقهاء من رأي أن عقد الحوالة هو عقد بين المحيل، والمحال، والمحال عليه ذهب إلى أن الصيغة تتكون من الإيجاب والقبول من الصادر منهم جميعاً.
ومن الفقهاء من رأي أن الحوالة عقد بين المحيل والمحال فقط فقال إن الصيغة تتكون من الإيجاب والقبول الصادرين من المحيل والمحال فقط .
ومن الفقهاء من رأي أن الصيغة في الحوالة تتكون من الإيجاب الصادر من المحيل فقط.

ومن الفقهاء من رأي أن الصيغة في عقد الحوالة تتكون من الإيجاب الصادر من المحيل، والقبول من المحال.
ومن الفقهاء من رأي أن الصيغة تتكون من الإيجاب الصادر من المحيل، والقبول من المحال عليه.

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: بأن الصيغة تتكون من الإيجاب والقبول من المحيل، والمحال له، والمحال عليه" بالمعقول.

فقالوا: إن الدين حق للمحال والناس متفاوتون في إيفاء الدين، فرضا المحال لازم لأن الحوالة ليست واجبة في حقه، ورضا المحال عليه لازم ولو كان مدينا للمحيل، لأنه لا لزوم للدين بلا التزام، والناس متفاوتون في طلب الدين، فيجوز للمحال عليه الامتناع عن قبول الحوالة.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل بأن الصيغة تتكون من الإيجاب الصادر من المحيل والقبول من المحال، لما ذهبوا إليه بالمعقول

(١) الروض المربع شرح زاد المستقنع: للبهوتي، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٤٦، القواعد الفقهية:

لابن رجب الحنبلي، ج ١، ص ٧٤، الإقناع في فقه الإمام أحمد: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٨٩، ولقد اشترط الحنابلة شرطاً لعدم اعتبار رضا المحال: أن يكون المحال عليه مليوناً.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٩٩.

فقالوا: إن الحوالة في الحقيقة عقد بيع بين البائع والمشتري (المحيل والمحال) فلا بد من رضاها أما رضا المحال عليه فليس بلازم، لأنه ليس طرفاً في الحوالة. كما أن المحال عليه هو محل الحق، والمحيل هو صاحب الحق وله أن يستوفيه بنفسه أو بغيره.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن القول إن عقد الحوالة عقد بين المحيل والمحال قول فيه نظر لأن المحال عليه يعد طرفاً في العقد فهو الذي يقوم بالوفاء بالدين فلا بد من قبوله للحوالة، فقد يرضى بالوفاء للمحيل، ولا يرضى بغيره فلا بد من قبوله للعقد. واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل: بأن الصيغة تتكون من الإيجاب الصادر من المحيل لما ذهبوا بالقياس.

فقالوا: بقياس الحوالة على التوكيل بقبض الدين، فكما أن التوكيل بقبض الدين جائز بغير رضا المدين كذلك الحوالة تصح بالإيجاب الصادر من المحيل دون حاجة لرضا المحال عليه.

ويناقش هذا الاستدلال: بأنه قياس مع الفارق فالحوالة عقد يترتب عليه براءة ذمة المحيل من الدين، أما التوكيل بقبض الدين فلا يبرئ ذمة الموكل من الدين، وإنما يتم فيه توكيل شخص بقبض الدين فافترقا.

واستدل أصحاب الرأي الرابع القائل: بأن الصيغة تتكون من الإيجاب الصادر من المحيل والقبول من المحال عليه لما ذهبوا إليه بالسنة.

وذلك فيما روي عن أبي هريرة τ أن النبي ρ قال [مطل الغني ظلم وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع]^(١).

وجه الاستدلال: أن الأمر الوارد في الحديث على سبيل الوجوب، وهو صادر للمحال فبقي المحال عليه على الأصل وهو اشتراط اعتبار رضاه.

ويناقش هذا الاستدلال: إن الحديث وارد في مطل الغني، وذلك إذا كان المحيل مماتلاً في دفع الدين، والمحال عليه مليئاً؛ أما إذا كان غير ذلك فيبقى الأمر على أصله وهو رضا المحيل والمحال والمحال عليه للحوالة.

ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في عدد من الأمور منها:

(١) متفق عليه. أنظر صحيح البخاري: للإمام البخاري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٧٩٩، كتاب

الحوالة باب هل يرجع في الحوالة، رقم الحديث (٢١٦٦)

صحيح الإمام مسلم: للإمام مسلم مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٤، باب المساقاة باب تحريم مطل الغني

، وصحة الحوالة، رقم الحديث (٤٠٨٥)

- مدى انعقاد الحوالة - الورقة التجارية - , عند عدم توافر الرضا من المحال, أو من المحال عليه.
 - مدى جواز مطالبة المحال عليه بالدين المحال به قبل قبول الحوالة من المحال عليه.
 - حكم الحوالة إذا مات المحال عليه قبل قبول الحوالة.
- الرأي المختار: إن الرأي الأول القائل بأن الصيغة تتكون من الإيجاب والقبول من المحيل, والمحال له, والمحال عليه هو الرأي المختار لقوة استدلالهم وسلامتها من المعارضة, ولأن الحوالة عقد له ثلاثة أطراف- المحيل, والمحال له , والمحال عليه- فلا بد من صدور الإيجاب والقبول من أطرافه الثلاثة, وحدث الرضا منهم جميعاً.
- و
الله أعلم,,,

الفرع الثاني

الشروط اللازم توافرها في الورقة التجارية في الفقه الإسلامي يتعلق بالورقة التجارية عدد من الشروط حتى تكون هذه الورقة صحيحة ومنتجة لأثارها الشرعية؛ وهذه الشروط منها ما يتعلق بالصيغة, ومنها ما يتعلق بأطراف الورقة, ومنها ما يتعلق بالمعقود عليه في الورقة التجارية^(١). وسوف نتناول هذه الشروط في النقاط الآتية.

أولاً : ما يتعلق بالصيغة. ثانياً : ما يتعلق بأطراف الورقة التجارية.

ثالثاً: ما يتعلق بالمعقود عليه في الورقة التجارية.

- أولاً: ما يتعلق بالصيغة: فقد اتفق الفقهاء على جواز انعقاد الحوالة بلفظها أو ما يشق منه, ثم اختلفوا في مدى اشتراط لفظ الحوالة لانعقاد الحوالة على رأيين: الرأي الأول : يرى أصحابه عدم اشتراط لفظ معين لانعقاد عقد الحوالة فتعقد الحوالة بكل ما يدل على التحول في العرف.
- والى هذا الرأي ذهب الأحناف^(١) وأكثر المالكية^(٢) والمشهور عند الشافعية^(٣), والحنابلة^(٤)

(١) وهذه الشروط مستنبطة من التكييف الفقهي للورقة التجارية وذلك باعتبارها عقد حوالة. وذلك بما يتناسب مع الشروط التي تتعلق بعقد الحوالة, وكذلك بما يتناسب مع طبيعة التعامل للورقة التجارية.

الرأي الثاني : يرى أصحابه اشتراط لفظ الحوالة خاصة لانعقاد عقد الحوالة وإلى هذا الرأي ذهب بعض المالكية^(٥) , وبعض الشافعية^(٦) سبب الاختلاف: يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في مدى اختصاص عقد الحوالة بالألفاظ معينة, أم يجوز أن ينعقد بكل ما يدل عليه العرف.
الأدلة:

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: " بعدم اشتراط لفظ معين لانعقاد الحوالة بل تتعقد بكل لفظ يدل الحوالة بالمعقول.

فقالوا: العبرة في انعقاد الحوالة بالقصد الذي اتجهت له إرادة المتعاقدين, سواء اتخذ لفظ الحوالة أو ما يدل عليه, إذا العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني.
واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: " باشتراط استخدام لفظ الحوالة لانعقادها فلا تتعقد بغيره من الألفاظ بالمعقول.

فقالوا: إن العبرة بظاهر اللفظ فيشتراط استخدام لفظ حتى تتعقد الحوالة صحيحة منتجة لأثارها, كما أنها قد اختصت بلفظ في الشرع فلا ينعقد بما سواه.

(١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: لشيخ زاده, مرجع سابق, ج ٣, ص ١٨٤ ذكره في كتاب الكفالة"

(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك: لأحمد الصاوي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٢٦٨, حاشية الدسوقي: لمحمد عرفة الدسوقي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٢٧, **الشرح الصغير: لأحمد الصاوي, مرجع سابق, ج ٣, ص**

(٣) حاشية إعانة الطالبين : لأبي بكر الدمياطي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٧٥, أسنى المطالب : للشيخ زكريا الأنصاري, مرجع سابق, ج ٢, ص ٢٣٠" وفي انعقاد الحوالة بلفظ البيع وجهان عند الشافعية : قيل لا تتعقد باللفظ - لفظ البيع - اعتباراً للفظ, وقيل تتعقد باعتبار المعنى كالسلم." أنظر : مغني المحتاج : للخطيب الشربيني, مرجع سابق, ج ٢, ص ١٩٤.

(٤) الإقناع في فقه الإمام أحمد : للحجاوي, مرجع سابق, ج ٢, ص ١٨٧, كشف القناع : للبهوتي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٨٣

(٥) حاشية الخرشي : لأبي عبد الله الخرشي, مرجع سابق, ج ٦, ص ١٧, وذكر انه قول أبي الحسن.

(٦) الوسيط في المذهب: للغزالي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٢٢١

ويناقد هذا الاستدلال: بأن العبرة في العقد بصفة عامة بالمعاني لا باللفظ إلا ما اختص بألفاظ معينة.

ثمرة الخلاف : تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إذا وقع اختلاف بين المحيل والمحال في المقصود بالعقد هل هو الحوالة أم غيرها، ويتصور هذا في عدد من النقاط منها :

• إذا توى الدين في ذمة المحال عليه وكان العقد قد انعقد بلفظ غير لفظ الحوالة خاصة وادعى المحال أنها لم تكن حوالة بل وكالة بالقبض، وادعى المحيل أنها كانت حوالة^(١).

• إذا قال المحيل أحلت بالدين الذي لي عند فلان وادعى المحيل أنها كانت وكالة بالقبض.

الرأي المختار: هو الرأي الأول القائل بعدم اشتراط لفظ معين في انعقاد الحوالة فتتعد الحوالة بكل ما يدل عليه العرف، وكذلك ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، ولما في ذلك من توسعة على الناس في معاملاتهم.
والله أعلم،،،،،

• ثانياً : ما يتعلق بأطراف الورقة التجارية: يقصد بأطراف الورقة التجارية: "المحيل"^(٢)، والمحال^(٣)، والمحال عليه^(٤) "

ويتعلق بأطراف الورقة التجارية عدد من الشروط سوف نتناولها فيما يلي:

• الشروط التي تتعلق بالمحيل - الساحب - : فيشترط في الساحب في الورقة التجارية ما يشترط في المحيل في الحوالة، فيشترط فيه ثلاثة شروط :

الأول: أن يكون أهلاً للتصرف.

الثالث: أن يكون مديناً للمحال .

(١) وأثر الاختلاف في هذه المسألة أن ذمة المحيل تبرأ بالحوالة حتى وإن توى الدين في ذمة المحال عليه إذا قلنا بأن العقد ينعقد بلفظ الحوالة وغيره ،

(٢) هو: فهو الذي كان الحق عليه فنقله بالحوالة إلى ذمة غيره؛ ويطلق عليه في اصطلاح القانونيين المعاصرين الساحب في الورقة التجارية .

(٣) هو: "صاحب الحق الذي نقله من ذمة المحيل إلى ذمة أخرى"؛ ويطلق عليه في اصطلاح القانونيين المعاصرين المستفيد من الورقة التجارية.

(٤) هو: "من انتقل الحق بالحوالة من ذمة المحيل إلى ذمته"؛ ويطلق عليه في اصطلاح القانونيين المعاصرين المسحوب عليه في الورقة التجارية.

فأما بالنسبة للشرط الأول: أن يكون المحيل أهلاً للتصرف: فيشترط في الساحب- المحيل - حتى تصح الورقة التجارية أن يكون أهلاً للتصرف: أي أن يكون ممن يصح منه التصرف على وجه مشروع.

فيشترط في المحيل أن يكون: عاقلاً, بالغاً.

أ- أن يكون المحيل عاقلاً: اتفق الفقهاء على عدم صحة التصرف الصادر من غير العاقل, فلا يصح أن يكون الساحب في الورقة التجارية صبيّاً غير مميز, أو مجنوناً أو من في حكمهم^(١).

وجه ذلك: إن عبارة الصبي غير المميز والمجنون غير معتبرة وملغاة فلا يصح منهما - ومن في حكمهما- التصرف وإن كان تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً^(٢).

ب- أن يكون المحيل بالغاً: اتفق الفقهاء على اشتراط البلوغ بالنسبة للمحيل, إلا أنهم قد اختلفوا في الوصف الشرعي لهذا الشرط فهل هو شرط لصحة الحوالة - الورقة التجارية-, أم أنه شرط نفاذ للحوالة, وكان اختلافهم على ثلاثة آراء: الرأي الأول: يرى أصحابه أن البلوغ يعد شرطاً لنفاذ الحوالة, ولا يعد شرطاً لصحتها, فتصح الحوالة الصادرة من الصبي المميز إلا أنها تكون موقوفة على إذن وليه.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٣), والمالكية^(٤)

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن البلوغ شرط لصحة الحوالة, فلا تصح الحوالة من الصبي غير البالغ, وإن أذن له وليه.

وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية^(٥).

(١) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٦, ص ٢٨٦,

(٢) حاشية رد المحتار: ابن عابدين, مرجع سابق, ج ٨, ص ٦, النخيرة: القرافي, مرجع سابق, ج ٩,

ص ٢٤٣, مغني المحتاج: الشربيني, مرجع سابق, ج ٢, ص ١٧٢, الإنصاف: المرادوي, ج ٥,

ص ١٦٦

(٣) العناية شرح الهداية: للمرغيناني, مرجع سابق, ج ١٠, ص ١٨١, بدائع الصنائع: للكاساني,

مرجع سابق, ج ٦, ص ١٦, الفتاوي الهندية: للشيخ نظام, مرجع سابق, ج ٣, ص ٢٩٥

(٤) مواهب الجليل: للحطاب, مرجع سابق, ج ٦, ص ٣١, وما بعدها" وهذا الشرط مستمد من

الشروط اللازم توافرها في العاقد بصفة عامة" أنظر في ذلك كتاب البيع.

(٥) الوسيط: للغزالي, مرجع سابق, ج ٣, ص ١٢, وهو مبني على اشتراط صحة التصرف بصفة

عامة في العقود " أنظر كتاب البيع"

الرأي الثالث: يرى أصحابه أن البلوغ شرط لصحة الحوالة، فلا تصح الحوالة من الصبي غير البالغ، إلا أنه إذا أذن له وليه صحت. وإلى هذا الرأي ذهب الحنابلة^(١).

سبب الاختلاف: يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في مناط التصرف هل هو العقل، أم البلوغ؟ فمن رأي من الفقهاء أن مناط التصرف هو العقل ذهب إلى صحة الحوالة من الصبي المميز، إلا أنها لا تكون نافذة إلا بالإذن من الولي. ومن رأي من الفقهاء أن مناط التصرف هو البلوغ ذهب إلى عدم صحة الحوالة من الصبي حتى مع وجود الإذن من وليه. ومن رأي من الفقهاء أن مناط التصرف هو البلوغ ذهب إلى عدم صحة الحوالة من الصبي إلا إذا وجد الإذن من وليه في التصرف، فإن أذن له صح تصرفه^(٢). الأدلة:

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: " بأن البلوغ شرط لنفاذ الحوالة وليس شرطاً لصحتها بالمعقول.

فقالوا: إن العقل والتمييز هما مناط صحة التصرف في العقود - إذا كان العقد من عقود المعاوضات - فيصح التصرف من الصبي المميز ومن في حكمه، إلا أن التصرف يكون موقوفاً على إذن وليه، أو إجازته للتصرف. واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: " بأن البلوغ شرط لصحة الحوالة بالمعقول. فقالوا: إن البلوغ شرط لصحة التصرف الصادر من الشخص، فلا تصح الحوالة من غير البالغ.

واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل: " بأن البلوغ شرط لصحة الحوالة إلا أذن له وليه بالمعقول.

فقالوا: إن البلوغ شرط لصحة التصرف الصادر من الشخص، فلا تصح الحوالة من غير البالغ، إلا إذا أذن له وليه لأن وجود الإذن من الولي يدل على وجود الصلاح في المال فيصح تصرفه.

ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في مدى صحة الحوالة - الورقة التجارية - الصادرة من الصبي المميز.

(١) الروض المربع بشرح زاد المستقنع: للنجدي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٣٣ " أنظر كتاب البيع"

(٢) ويظهر الفارق بين هذه الآراء في ثمرة الخلاف.

فبناءً على الرأي الأول القائل بأن الحوالة تصح من الصبي المميز إلا أنها لا تكون نافذة إلا إذا أذن له، فإن الورقة التجارية تكون صحيحة في ذاتها ولكنها لا تنفذ إلا بوجود الإذن من الولي.

وبناءً على الرأي الثاني القائل بأن الحوالة لا تصح من الصبي المميز وإن أذن له، فإن الورقة التجارية الصادرة من الصبي المميز لا تصح ولو مع وجود الإذن من الولي، ولا يلحقها إجازة.

وبناءً على الرأي الثالث القائل بأن الأصل في الحوالة أنها لا تصح من الصبي المميز إلا إذا أذن له، فإن الورقة التجارية الصادرة من الصبي المميز لا تكون صحيحة إلا أنها تصح مع وجود الإذن من الولي.

الرأي المختار: هو الرأي القائل بأن البلوغ شرط لنفاذ الحوالة، وليس شرطاً لصحتها، لما فيه من توسيع على الناس في المعاملات، وبناءً عليه فإن الورقة التجارية الصادرة من الصبي المميز ومن في حكمه تكون صحيحة في ذاتها. والله أعلم،،،، ويرتبط بهذا الشرط ما إذا كان إنشاء الحوالة يعد تصرفاً نافعاً أم ضاراً أم دائراً بين النفع والضرر.

ويتحدد نوع التصرف - مدى كون الحوالة تصرفاً نافعاً أم ضاراً أم دائرة بين النفع والضرر - في حق المحيل بالمقصود والغرض من الحوالة. وبالنظر إلى المقصود من إنشاء الحوالة نجد أن الغرض منها نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ومن ثم فإن عقد الحوالة يعد تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً في حق المحيل فيصح تصرفه وينفذ دون إذن وليه.

وأما بالنسبة للشرط الثاني: "رضا المحيل بالحوالة": فمن الشروط التي تتعلق بالمحيل أن يكون راضياً بالحوالة، ويتعلق بهذا الشرط أمران:

الأول: مدى جواز الحوالة إذا كان المحيل مكرهاً على الحوالة.

الثاني: مدى اشتراط رضا المحيل لصحة الحوالة.

فأما بالنسبة للأمر الأول: "مدى جواز الحوالة إذا كان المحيل مكرهاً": فقد

اتفق الفقهاء على عدم صحة الحوالة إذا كان المحيل مكرهاً.

وجه ذلك: إن الحوالة إبراء فيها معنى التملك فتفسد بالإكراه كسائر التمليكات^(١).

وأما بالنسبة للأمر الثاني "مدى اشتراط رضا المحيل لصحة الحوالة": فقد

اختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن رضا المحيل شرط لصحة الحوالة.

(١) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٦.

وإلى هذا الرأي ذهب بعض الأحناف^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).
الرأي الثاني: يرى أصحابه أن رضا المحيل ليس شرطاً لصحة الحوالة فتصح
الحوالة مع عدم الرضا من المحيل.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف في المعتمد في المذهب^(٥).
سبب الاختلاف: يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى
اختلافهم في انعقاد الحوالة هل هي عقد بين المحيل والمحال، والمحال عليه، ومن ثم
يشترط رضا كل واحد منهم أم لا؟
فمن رأي من الفقهاء أن الحوالة عقد بين المحيل، والمحال، والمحال عليه
اشترط رضا المحيل لصحة الحوالة.
ومن رأي من الفقهاء أن الحوالة عقد يمكن انعقاده بين المحال، والمحال عليه لم
يشترط رضا المحيل لصحة الحوالة.
الأدلة:

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: "بأن رضا المحيل شرط لصحة الحوالة

بالمعقول.

فقالوا: إن ذوي المروءة يأنفون أن يتحمل غيرهم دينهم عنهم فيكون رضا المحيل
شرطاً لصحة الحوالة.

-
- (١) اللباب في شرح الكتاب: للغنيمي دمشقي، دار الكتاب العربي، دون ذكر لتاريخ الطبعة، بيروت
- لبنان، الجزء الأول، ص ٢١٣، نسخة محققة، والكتاب هو مختصر القدوري، وذكر أنها رواية
القدوري، فتح القدير: لكمال الدين ابن الهمام، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٤٠.
- (٢) التاج والإكليل: للمواق، مرجع سابق، ج ٥، ص ٩٠، الشرح الكبير: للدريدي، مرجع سابق، ج ٣،
ص ٣٢٥، مواهب الجليل للحطاب، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢١.
- (٣) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٨٥، أسنى
المطالب شرح روض الطالب: للنوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣٠.
- (٤) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٨٩، شرح منتهى
الأرادات: للبهوتي، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٣٥.
- (٥) اللباب في شرح الكتاب: للغنيمي، مرجع سابق، ج ١، ص ٢١٣، وقد ذكر أن هذه رواية الإمام
محمد في الزيادات، البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٧٠، فتح القدير: لكمال
الدين ابن الهمام، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٤٠.

كما أن الحق ثابت في ذمة المحيل دون تحديد جهة معينة فهو مخير في جهات القضاء، إن شاء أذاه بنفسه، وإن شاء أذاه بواسطة المحال عليه، فلا يتعين عليه قضاؤه من محل بعينه.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بأن رضا المحيل ليس شرطاً لصحة الحوالة بالمعقول.

فقالوا: إن قضاء دين الحوالة التزام من المحال عليه، فيعتبر تصرفاً في حق نفسه، ولا يترتب عليه ضرر للمحيل؛ بل فيه نفع له؛ لأن ذمته تبرأ بذلك من الدين، ولا يرجع عليه المحال عليه بعد الأداء ما لم تكن بأمره، ولا يسقط دينه إن كان له دين عند المحال عليه^(١)

وبناقش هذا الاستدلال: بأن هذه الصورة المذكورة تخرج عن كونها حوالة، بل هي تبرع وإن تم استخدام لفظ الحوالة إذا العبرة في التصرفات بالمعاني بدليل عدم سقوط الدين، فيشترط لصحة الحوالة رضا المحيل بها.

وإذا اعتبرنا هذا التصرف حوالة يمكن لنا أن نقول: إن الشخص - المحال عليه - قد جمع بين صفتين في آن واحد هو كونه محيلاً ومحالاً عليه فهو قد أنشأ الحوالة وأحال على نفسه فيجب لصحة الحوالة أن يكون راضياً بها.

الرأي المختار: هو الرأي القائل بأن رضا المحيل شرط لصحة الحوالة، فلا تصح الحوالة بدون رضا المحيل، لأنه المدين الأصلي ولا ينتقل الدين من ذمته إلى ذمة غيره إلا برضاه حتى وإن كان متبرعاً.

وأما بالنسبة للشرط الثالث: أن يكون المحيل مدينياً للمحال : فقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مدينياً للمحال.

دليل ذلك: إن المقصود من عقد الحوالة هو نقل الدين - أو نقل المطالبة^(٢) - من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر، وهذا الأمر يقتضي أن يكون المحيل مدينياً للمحال فلا يتصور وجود الحوالة دون أن يكون هناك دين على المحيل^(٣).

(١) ولقد أجاز الأحناف عقد الحوالة بين المحال والمحال عليه، وضربوا لذلك مثلاً وهو: "إذا وقع الإيجاب من جانب المحال له والقبول من المحال عليه؛ أو إذا قال شخص لآخر أقبل الدين الذي لك على فلان البالغ كذا حوالة علي وقبل الآخر يعني إذا وقع الإيجاب من المحال عليه والقبول من المحال له فالحوالة صحيحة وناقذة"

(٢) وإلى جانب هذه الشروط شرط أن يكون المحال دائماً للمحيل " وهو الشرط الذي تم بحثه في حق المحيل".

(٣) وهذا الأمر مستنبط من تعريف الفقهاء للحوالة.

ويترتب على هذا الشرط أمران:
الأول: إذا تم الاتفاق بين المحيل والمحال على قبض المحال للدين الذي للمحيل على المحال عليه ولم يكن المحيل مديناً للمحال.
الثاني: إذا أحال شخصٌ آخرَ على ثالثٍ بالدين الذي عليه ثم تبين بطلان الدين الذي له عليه^(١).

فقد اتفق الفقهاء على بطلان الحوالة في هاتين الصورتين .
وجه ذلك: إنه قد تبين أن المحيل غير مدين للمحال, ومديونية المحيل للمحال شرط لانعقاد الحوالة لا تقوم بدونها^(٢).

• وأما بالنسبة الشروط التي تتعلق بالمحال له : فيتعلق بالمحال له عدد من الشروط حتى تصح الحوالة, وهذه الشروط هي^(٣):

الشرط الأول: العقل.

الشرط الثاني: البلوغ

الشرط الثالث: الرضا بالحوالة.

الشرط الرابع: حضور مجلس العقد.

فأما بالنسبة للشرط الأول: العقل: فقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المحال أن يكون عاقلاً فلا تصح حوالة الصبي غير المميز, ولا المجنون ومن في حكمهما.
وجه ذلك: إن عبارة الصبي غير المميز والمجنون- ومن في حكمهما- ليست معتبرة فلا تصح الحوالة الصادرة من أحدهما.

وأما بالنسبة للشرط الثاني: البلوغ: فقد اتفق الفقهاء على اشتراط البلوغ في حق المحال, ثم اختلفوا في الوصف الشرعي لهذا الشرط هل هو شرط صحة أم شرط نفاذ على رأيين :

الرأي الأول : يرى أصحابه أن بلوغ المحال شرط لنفاذ الحوالة, وليس شرطاً لصحة الحوالة .

وإلى هذا الرأي ذهب بعض الأحناف^(٤), والمالكية^(١).

(١) وصورة هذه المسألة أنه إذا أحال المشتري البائع بالثمن على ثالث، ثم استحق المبيع.

(٢) الموسوعة الفقهية: تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، مرجع سابق، ج ١٨، ص ٢٣٤.

(٣) الموسوعة الفقهية: تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، مرجع سابق، ج ١٨، ص ٢٣٤.

(٤) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٦.

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن بلوغ المحال شرط لصحة الحوالة .
وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية^(٢) .
الرأي الثالث: يرى أصحابه أن بلوغ المحال شرط لصحة الحوالة, فإن أذن له
وليه صحت .
وإلى هذا الرأي ذهب الحنابلة^(٣)
سبب الاختلاف: يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى
اختلافهم في مناط التصرف هل هو العقل, أم البلوغ^(٤)؟
ويرتبط بهذا الشرط ما إذا كان قبول الحوالة يعد تصرفاً نافعاً أم ضاراً أم دائراً
بين النفع والضرر .
ويتحدد نوع التصرف - مدى كون الحوالة نافعة أم ضارة أم دائرة بين النفع
والضرر - بمدى ملاءة المحال عليه.
فإذا كان المحال عليه أملاً من المحيل كان التصرف صحيحاً وناظراً دون حاجة
إلى إذن وليه.
وجه ذلك: إن الحوالة في هذه الصورة تعد تصرفاً نافعاً في حقه فينفذ تصرفه
دون حاجة إلى إذن وليه.
أما إذا كان المحيل أملاً من المحال عليه لم ينفذ قبول الحوالة في حق
المحال - الصبي المميز - وإن أذن له وليه.
وجه ذلك: إن الحوالة في هذه الصورة تعد تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً فلا ينفذ
في حق المحال - الصبي المميز - وإن أذن له وليه.
وإن تساوى حال المحال من حيث الملاءة مع المحيل فإن قبول الحوالة نفذ
التصرف بشرط إذن وليه.
وجه ذلك: إن هذا التصرف يعد دائراً بين النفع والضرر فينفذ التصرف غذا
أذن له وليه.

(١) التاج والإكليل: للمواق, مرجع سابق, ج ٥, ص ٩٠, الشرح الكبير: للدرديري, مرجع سابق, ج ٣,

ص ٣٢٥, مواهب الجليل للحطاب, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢١.

(٢) الوسيط: للغزالي, مرجع سابق, ج ٣, ص ١٢, وهو مبني على اشتراط صحة التصرف بصفة
عامة في العقود " أنظر كتاب البيع "

(٣) الروض المربع بشرح زاد المستقنع: للنجدي, مرجع سابق, ج ٤, ص ٣٣٣ " أنظر كتاب البيع "

(٤) راجع ما سبق من هذا البحث ص , " ما يتعلق بالشروط الخاصة بالمحيل.

وأما بالنسبة للشرط الثالث: رضا المحال بالحوالة: فقد اختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط وكان اختلافهم على ثلاثة أراء: (١) الرأي الأول: يرى أصحابه اشتراط رضا المحال بالحوالة لصحة الحوالة. وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف (٢)، والشافعية (٣). الرأي الثاني: يرى أصحابه أن رضا المحال ليس شرطاً لصحة الحوالة إذا كان المحال عليه مليوناً. وإلى هذا الرأي ذهب الحنابلة (٤). الرأي الثالث: يرى أصحابه أن القاعدة عدم اشتراط رضا المحال للحوالة لصحتها إلا إذا وجدت عدواة بين المحال والمحال عليه، فيشترط رضاه. وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في المشهور (٥). الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: "باشترط رضا المحال لصحة الحوالة بالمعقول.

فقالوا: أن الدين حقه والناس متفاوتون في إيفاء الحق، وأنه لما لم تتم البراءة من دينه إلا برضاه لم تتم الحوالة إلا برضاه. واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بأن رضا المحال ليس شرطاً لصحة الحوالة بالسنة.

وذلك بما روي عن أبي هريرة عن رسول الله ρ أنه قال [مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته، وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبّع] (١) وجه الاستدلال: إن الأمر الوارد في الحديث على سبيل الوجوب، وهو صادر للمحال فلا عبرة برضاه، وإن أبي أجبر على قبولها. ويناقش هذا الاستدلال: بأن الأمر الوارد في الحديث ليس على سبيل الوجوب، بل على سبيل الإباحة لأنه جاء بعد النهي عن بيع الدين بالدين (٢).

(١) راجع ما سبق من هذا البحث "أركان الحوالة".

(٢) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٦.

(٣) الحاوي في فقه الشافعي: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤١٨.

(٤) افقناع في فقه الإمام أحمد: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٨٩.

(٥) شرح الخرشي على مختصر خليل: لعلي الخرشي، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٦.

(٦) سبق تخريجه أنظر ص من هذا البحث.

(٧) الحاوي في فقه الإمام الشافعي: للماوردي، ج ٦، ص ٤١٨.

واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل: " بأن رضا المحال ليس شرطاً لصحة الحوالة إلا إذا وجدت عداوة بين المحال والمحال عليه بالمعقول. فقالوا: إن وجود العداوة بين المحال والمحال عليه قد يمنع من اقتضاء دينه لئلا يبالغ في إيذائه بعنف مطالبته فيشترط رضاه. ويناقش هذا الاستدلال: بأنه إذا وجدت عداوة بينهما جاز للمحال أن يوكل غيره في قبض دينه.

الرأي المختار: هو الرأي الأول القائل بأن رضا المحال شرط لصحة الحوالة, لأن الحوالة عقد بين المحيل والمحال والمحال عليه فيجب توافر رضا كل واحد منهم لصحة الحوالة. أعلم,,

وأما بالنسبة للشرط الرابع: "حضور المحال مجلس العقد": فقد اختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط وكان اختلافهم على رأيين: (١) الرأي الأول: يرى أصحابه أن حضور المحال مجلس العقد شرط لانعقاد الحوالة.

وإلى هذا الرأي ذهب الإمام أبو حنيفة, ومحمد بن الحسن من الأحناف, وهو الصحيح في المذهب^(٢). الرأي الثاني: يرى أصحابه أن حضور المحال مجلس العقد ليس شرطاً لصحة الحوالة, فتتعد الحوالة صحيحة موقوفة على إذنه. وإلى هذا الرأي ذهب الإمام أبو يوسف من الأحناف^(٣). الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: " بأن حضور المحال مجلس العقد شرط لصحة الحوالة بالمعقول فقالوا: إن قبول المحال للحوالة ركن فيها فيجب حضوره مجلس العقد. واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: " بأن حضور المحال مجلس العقد شرط لنفاذ الحوالة بالمعقول.

(١) مواهب الجليل: لحطاب, مرجع سابق, ج٧, ص ٢٢..

(٢) بدائع الصنائع: للكاساني, مرجع سابق, ج٦, ص ١٦, حاشية الدر المختار " حاشية ابن عابدين" : لابن عابدين, مرجع سابق, ج ٥, ص ٣٤١.

(٣) بدائع الصنائع: للكاساني, مرجع سابق, ج٦, ص ١٦, حاشية الدر المختار " حاشية ابن عابدين" عابدين" : لابن عابدين, مرجع سابق, ج ٥, ص ٣٤١.

فقالوا: إن الحوالة تتعقد صحيحة بالإيجاب من المحيل لكنها تكون موقوفة على رضا المحال، فيكون حضوره مجلس العقد شرط نفاذ وليس شرط صحة. ويناقد هذا الاستدلال: بأن عقد الحوالة لا يكفي لانعقاده الإيجاب الصادر من المحيل فقط بل إن رضا المحال ركن فيها فلا تتعقد الحوالة إلا إذا رضي بالحوالة وكان حاضراً في مجلس العقد.

الرأي المختار: هو الرأي الأول القائل بأن حضور المحال مجلس العقد شرط لانعقاد الحوالة لاشتراط رضا المحال للحوالة، لقوة استدلالهم. والله أعلم،،،

• الشروط التي تتعلق بالمحال عليه: يتعلق بالمحال عليه شروط هي:

الشرط الأول: العقل. الشرط الثاني: البلوغ.

الشرط الثالث: أن يكون مديناً للمحيل. الشرط الرابع: حضور مجلس العقد.

الشرط الخامس: الرضا بالحوالة.

فما بالنسبة للشرط الأول: "العقل": فقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المحال عليه أن يكون من أهل التصرف وذلك بأن يكون عاقلاً فلا تصح الحوالة من الصبي الذي لا يعقل، ولا من المجنون ومن في حكمه.

وجه ذلك: إن هؤلاء ليسوا من أهل التصرف فلا تصح عبارتهم، فعبارتهم ملغاة ولا اعتبار لها^(١).

وأما بالنسبة للشرط الثاني: "البلوغ": فقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المحال عليه أن يكون بالغاً فلا تصح الحوالة من الصبي المميز، سواء أكانت بأمر المحيل أم لا.

وجه ذلك: أنها إذا لم تكن بأمر المحيل فإنها تكون تبرع في حق المحال عليه ابتداءً، وانتهاءً، ولا يملك الرجوع على المحيل.

وإذا كانت بأمر المحيل فإنها تكون تبرعاً ابتداءً معاوضة انتهاءً فصارت كالكفالة^(٢).

وأما بالنسبة للشرط الثالث: "أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل"، فقد اختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط لصحة الحوالة على ثلاثة آراء:

(١) بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ١٦، الذخيرة: للقرافي، مرجع سابق، ج ٩، ص ٢٤٣، مغني المحتاج: للشربيني، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٧٢، الإنصاف: المرادوي، ج ٥، ص ١٦٦.

(٢) بدائع الصنائع: للكاساني: مرجع سابق، ج ٦، ص ١٦،.

الرأي الأول: يرى أصحابه اشتراط كون المحال عليه مديناً للمحيل لصحة الحوالة.

والى هذا الرأي ذهب المالكية^(١), والشافعية في وجه^(٢), والحنابلة^(٣).
الرأي الثاني: يرى أصحابه عدم اشتراط كون المحال عليه مديناً للمحيل لصحة الحوالة, سواء أكانت الحوالة مطلقة أم مقيدة^(٤).
والى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٥).

الرأي الثالث: يرى أصحابه عدم اشتراط كون المحال عليه مديناً للمحيل بشرط رضا المحال عليه بذلك.

والى هذا الرأي ذهب الشافعية في وجه^(٦)
الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: "باشتراط كون المحال عليه مديناً للمحيل

لصحة الحوالة بالمعقول

فقالوا: إن الحوالة بيع ما في الذمة بما في الذمة، فإذا أحال من لا دين له عليه كان بيع معدوم فلم تصح.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بعدم اشتراط كون المحال عليه مديناً

للمحال لصحة الحوالة بالسنة, والمعقول .

فأما السنة : فما روي عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال [مطل الغني

ظلم يحل عرضه وعقوبته, وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع]^(٧). وقد روي من طريق

(١) مواهب الجليل: للحطاب, مرجع سابق, ج٧, ص ٢٢, التاج والأكيل: للمواق, مرجع سابق, ج ٨, ص ١٤٩.

(٢) الشرح الكبير: للرافعي, مرجع سابق, ج ١٠, ص ٣٣٧.

(٣) كشف القناع: للبهوتي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٨٢.

(٤) والمقصود بكونها مطلقة أو مقيدة أي كونها مطلقة عند الدين أو مقيدة بالدين.

(٥) بدائع الصنائع: للكاساني, مرجع سابق, ج ٦, ص ١٦.

(٦) تكملة المجموع شرح المذهب: للمطيعي, مرجع سابق, ج ١٣, ص ٤٣٠.

(٧) سبق تخريجه أنظر ص من هذا البحث

ابن أبي الزناد عن أبيه وقال: [وإذا أحيى أحدكم على مليء فليحتل]^(١) وروي من حديث عبد الله بن عمر . وروي بلفظ [وإذا أحيى على مليء فاتبعه]^(٢) .

وجه الاستدلال: إن الحديث لم يفصل بين ما إذا كان على المحال عليه دين أم لا ، فتجوز الحوالة وتصح إذا لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل .
ويناقش هذا الاستدلال: بأنه إذا كان المحال عليه غير مدين للمحيل فإن العقد لا يعد عقد حوالة بل عقد ضمان بدليل رجوع المحال على المحيل بما أداه عليه من دين إذا كانت بأمره .

واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل: " باشتراط رضا المحال عليه للحوالة إذا لم يكن مديناً للمحيل بالمعقول

فقالوا: إن المحال عليه إذا رضي بالحوالة صار كأنه قال لصاحب الحق أسقط عنه حقه وأبرئه وعلى عوضه .

ويناقش هذا الاستدلال بما نوقش به أصحاب الرأي الثاني
ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إذا ما أحال شخص آخر على ثالث لا دين عليه فهل يعد هذا العقد حوالة أم لا؟
فبناءً على الرأي الأول القائل: " اشتراط كون المحال عليه مديناً للمحيل لصحة الحوالة لا يعد هذا التصرف من قبيل الحوالة، ثم اختلف أصحاب هذا الرأي في التكييف الفقهي لهذا التصرف . فذهب جانب من أصحاب هذا الرأي - وهم المالكية - إلى اعتباره من قبيل الحماله^(٣)، ومنهم - وهم الحنابلة - من اعتبره من قبيل الوكالة بالاقتران^(٤) .

وبناءً على الرأي الثاني القائل " بعدم اشتراط كون المحال عليه مديناً للمحيل لصحة الحوالة، سواء أكانت الحوالة مطلقة أم مقيدة فإن هذا التصرف يعد حوالة وتبرأ ذمة المحيل من الحوالة .

وبناءً على الرأي الثالث :القائل: " بعدم اشتراط كون المحال عليه مديناً للمحيل بشرط رضا المحال عليه بذلك " أن المحال عليه إذا رضي بالحوالة تصح الحوالة ويبرأ المحيل من الدين .

(١) السنن الصغرى: للبيهقي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٦٣، رقم الحديث (١٦٣٣) .

(٢) كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال: لعلاء الدين البرهاني، مرجع سابق، ج ٥، ص ٥٧٤، رقم الحديث (١٤٠١٢) .

(٣) وهم المالكية

(٤) وهم الحنابلة .

الرأي المختار: هو الرأي الأول القائل باشتراط كون المحال عليه مديناً للمحيل لصحة الحوالة, لأنه إذا لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل فإنه يكون ضامناً للدين فقط دون أن ينتقل الدين من ذمة - المدين - المحيل إلى ذمة المحال عليه, بل إن المحال عليه يكون كفيلاً بالدين, وليس محتالاً عليه, والعبرة في العقد بالمعنى لا بالقصد والمبنى.

والله أعلم,,,

وأما بالنسبة للشرط الرابع رضا المحال عليه بالحوالة^(١) فمن الشروط التي تتعلق بالمحال عليه رضا المحال عليه بالحوالة. ونفرق في اشتراط هذا الشرط بين أمرين: الأول: إذا كان المحال عليه مديناً للمحيل. الثاني: إذا كان المحال عليه غير مدين للمحيل. فأما بالنسبة للأمر الأول: إذا كان المحال عليه مديناً للمحيل: فقد اختلف الفقهاء في اشتراط رضا المحال عليه لصحة الحوالة على رأيين: الرأي الأول: يرى أصحابه يشترط لصحة الحوالة رضا المحال عليه بالحوالة. وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٢), وبعض الشافعية^(٣), وداود^(٤). الرأي الثاني: يرى أصحابه أن رضا المحال عليه ليس بشرط لصحتها فتتعدد الحوالة وتصح دون رضا من المحال عليه. وإلى هذا الرأي ذهب بعض الأحناف^(٥), والشافعية في ظاهر المذهب^(١), والحنابلة^(٢).

(١) راجع ما سبق في عرض هذه الآراء والرأي المختار ص من هذا البحث " أركان الحوالة", ولقد تم بحث هذه المسألة عند بحث أركان الحوالة .

(٢) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٦, ص ٢٧١, وهو المعتمد في المذهب.

(٣) الحاوي الكبير : للماوردي, مرجع سابق, ج ٦, ص ٤١٨, وبه قال المزني, وأبو عبد الله الزبيري, وأبو سعيد الإصطخري وأبو حفص بن الوكيل " إعانة الطالبين: لأبي بكر الدمياطي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٧٥

(٤) بدايو المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد, مرجع سابق, ج ١, ص ٦٣٨, مواهب الجليل : للحطاب, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٢.

(٥) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٦, ص ٢٧١, ونكرر أن هذا منكر في شروط الظهيرية.

الراي الثالث: يرى أصحابه اشتراط رضا المحال عليه إذا وجدت عدواة بين المحال والحال عليه.
وإلى هذا الرأي ذهب المالكية (٣) .

سبب الاختلاف: يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في انعقاد الحوالة هل هي عقد بين المحيل والمحال، والمحال عليه، ومن ثم يشترط رضا كل واحد منهم أم لا؟
فمن رأي من الفقهاء أن الحوالة عقد بين المحيل، والمحال، والمحال عليه اشترط رضا المحال عليه لصحة الحوالة.
ومن رأي من الفقهاء أن الحوالة عقد يمكن انعقاده بين المحيل، والمحال لم يشترط رضا المحال عليه لصحة الحوالة.
الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: " بأن رضا المحال عليه شرط لصحة الحوالة بالمعقول.

فقالوا: إنه لا لزوم للدين بلا التزام، والناس متفاوتون في طلب الدين فيشترط رضا المحال عليه - من عليه الدين - للحوالة.
كما أن المحال عليه ركن في الحوالة فيشترط رضاه بالحوالة لصحتها.
واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: " بأن رضا المحال عليه ليس شرطاً لصحة الحوالة بالسنة.

بما روي عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال [مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته، وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع] (٤).

(١) الحاوي الكبير : للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤١٨، وذكر أن قول أبي العباس بن سريج

وأبي إسحاق المروزي "إعانة الطالبين: لأبي بكر الدمياطي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٧٥

(٢) الإقناع في فقه الإمام أحمد : للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٨٩، كشاف القناع: للبهوتي،

مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٨٦

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٩٩، مواهب الجليل:

للحطاب، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٢٠، "كما اشترطوا كذلك رضا المحال عليه إذا لم يكن المحال

عليه مديناً للمحيل".

(٤) سبق تخرجه أنظر ص من هذا البحث

وجه الاستدلال: إن الحديث فيه ما يدل على الأمر للمحال إذا أُحيل على مليء، ولم يشترط رضا المحال عليه لصحة الحوالة.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن الحديث ليس فيه دلالة على عدم اشتراط الرضا من المحال عليه، فيبقى الأمر على أصله في حقه ألا وهو اشتراط رضاه.

واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل: "بأن رضا المحال عليه ليس شرطاً لصحة الحوالة إلا إذا وجدت عداوة بين المحال والمحال عليه بالمعقول.

فقالوا: إن وجود العداوة بين المحال والمحال عليه قد تؤدي إلى إيذاء المحال عليه إذا بالغ المحال في مطالبته فيشترط رضاه بها .

ويناقش هذا الاستدلال: بأنه إذا وجدت عداوة بينهما جاز للمحال عليه أن يوكل غيره في إيفاء الدين عنه.

الرأي المختار: هو الرأي الأول القائل بأن رضا المحال عليه شرط لصحة الحوالة، لأن الحوالة عقد بين المحيل والمحال والمحال عليه فيجب توافر رضا كل واحد منهم لصحة الحوالة.

والله أعلم،،،

وأما بالنسبة للأمر الثاني : إذا كان المحال عليه غير مدين للمحيل: فإذا كان المحال عليه غير مدين للمحيل فقد اشترط الفقهاء^(١) -القائلون بجواز هذه الصورة من الحوالة - رضا المحال عليه للحوالة.

دليلهم : إن المحال عليه يلتزم في الحوالة بأداء دين، ولا يكون هناك التزام أو لزوم بدون رضاه.

كما أن المحال عليه إذا كان غير مدين للمحيل فإنه يكون متبرعاً بأداء الدين، فيشترط توافر رضاه للحوالة، وتكون من قبيل الحماله^(٢).

(١) راجع ما سبق في أقوال الفقهاء من مدى اشتراط كون المحال عليه مديناً للمحيل.

هذا وقد اختلف الفقهاء في مدى صحة هذه الصورة " أن يكون المحال عليه غير مدين للمحيل " البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٧١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للدسوقي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٢٦، تكملة المجموع شرح المهذب: للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٣، ص ٤٣٢.

وقال الحنابلة في تكييف هذه الصورة أنها من قبيل الوكالة في الاقتراض وليست من الحوالة في شيء"

أنظر كشاف القناع : للبهوتي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٨٥.

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: لأحمد الصاوي، مرجع سابق، ج ٧، ص ٤٢٢،

وأما بالنسبة للشرط الخامس : "حضور المحال عليه مجلس العقد": فقد اختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط على ثلاثة آراء :^(١) الرأي الأول: يرى أصحابه أن حضور المحال عليه مجلس العقد ليس شرطاً لصحة الحوالة ولكنه شرط لنفاذها. وإلى هذا الرأي ذهب الإمام أبو يوسف من الأحناف^(٢). الرأي الثاني: يرى أصحابه أن حضور المحال عليه مجلس العقد شرط لانعقاد الحوالة. وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٣)، والمالكية في قول عندهم^(٤). الرأي الثالث: يرى أصحابه أن حضور المحال عليه مجلس العقد ليس شرطاً في الحوالة. والمالكية في المشهور في المذهب^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧).

الأدلة

- (١) راجع ما سبق من هذا البحث "أركان الحوالة".
- (٢) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٦، حاشية الدر المختار "حاشية ابن عابدين": لابن عابدين، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٤١. وذكر أن ظاهر الخلاف في قول أبي يوسف في المحتال فقط أما المحال عليه فحضوره ليس شرطاً بل يكفي رضاه، وأن حضور المحال عليه ليس شرطاً".
- (٣) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٦. "استناداً لما قيل في حق المحتال"
- (٤) مواهب الجليل: للحطاب، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٢ "وهو قول ابن الماجشون"
- (٥) مواهب الجليل: للحطاب، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٢ "وهو قول ابن القاسم"
- (٦) بناءً على رأيهم بأن رضا المحال عليه ليس شرطاً أصلاً. مغني المحتاج: للخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٩٤.
- (٧) الفروع: لابن مفلح، مرجع سابق، ج ١١، ص ٢٧١، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لأبي البركات مجد الدين عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد ابن تيمية الحراني، (المتوفى: ٦٥٢هـ)، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م مكتبة المعارف، الرياض - السعودية، ج ٢، ص ٢٣٦.

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: " بأن حضور المحال عليه مجلس العقد شرط لنفاذ الحوالة بالمعقول.

فقالوا: إن الحوالة تنعقد وتصح بالإيجاب الصادر من المحيل والقبول من المحال ولكنها لا تكون نافذة في حق المحال عليه إلا بعد قبوله, فلا يشترط حضوره مجلس العقد لصحة الحوالة.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن الحوالة تنعقد وتصح بالإيجاب الصادر من المحيل والقبول الصادر من المحال والمحال عليه, فرضا المحال عليه شرط في الحوالة. إلا أنه يمكن القول بأن رضا المحال عليه يمكن أن يوجد على التراخي فلا يشترط حضوره مجلس العقد.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: " بأن حضور المحال عليه مجلس العقد شرط لصحة الحوالة بالمعقول

فقالوا: إن المحال عليه إذا لم يكن حاضراً لم يعرف حاله من اليسار وعدمه, فإذا كان حاضراً مجلس العقد عرف حاله, وجاز له أن يثبت براءته من الدين فاشترط حضوره مجلس العقد.

واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل: " بأن حضور المحال عليه مجلس العقد ليس شرطاً في الحوالة بالمعقول.

فقالوا: إن رضا المحال عليه بالحوالة ليس شرطاً لصحتها, لذا لا يشترط حضوره في مجلس العقد.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن القول بأن رضا المحال عليه ليس شرطاً لصحة الحوالة قول فيه نظر, لما قد أثبتتها سابقاً من أن رضاه شرط لصحة الحوالة. فيكون القول بأن عدم اشتراط حضور المحال عليه مجلس العقد قول مبني على أساس غير سليم.

الرأي المختار: إن الرأي المختار في هذه المسألة هو الرأي القائل بأن حضور المحال عليه في مجلس العقد ليس شرطاً لصحة الحوالة, بل هو شرط لنفاذ العقد في حق المحال عليه, لما فيه من التوسعة على الناس في معاملاتهم, كما أنه يشترط لصحة الحوالة رضا المحال عليه للحوالة- طبقاً للرأي المختار- , وإذا أضفنا لهذا الأمر - رضا المحال عليه بالحوالة- شرطاً آخر ألا وهو: "علم المحال بحال المحال عليه, فإن المحال يكون في مأمن من ضياع حقه, ويمكنه الرجوع على المحيل إذا جدها المحال عليه.

والله أعلم,,,

• الشروط التي تتعلق بالمعقود عليه : يتعلق بالمعقود عليه - المحال - شروط

هي:

إن المعقود عليه في الورقة التجارية شقان :

الأول: المبلغ المحال^(١) الثاني: المبلغ المحال به^(٢)

فيشترط لصحة الحوالة عدد من الشروط في المعقود عليه " المبلغ المحال, والمحال به.

الشرط الأول: أن يكون ديناً. الشرط الثاني: أن يكون لازماً.

الشرط الثالث: أن يكون الدين المحال به حالاً .

الشرط الرابع : أن يكون الدين معلوماً.

الشرط الخامس" تساوي الدينين المحال به والمحال عليه- ما في ذمة المحيل

والمحال عليه- .

فأما بالنسبة للشرط الأول: أن يكون ديناً: فقد اتفق الفقهاء^(٣) على أنه يشترط

أن يكون المحال به ديناً فلا تصح الحوالة بالأعيان القائمة.

وجه ذلك :إن الحوالة نقل ولا يوجد نقل في الأعيان.

وأما بالنسبة للشرط الثاني: "أن يكون لازماً, أو صائراً إلى اللزوم" فقد اتفق

الفقهاء^(٤) على أنه يشترط أن يكون الدين لازماً في الذمة.

وجه ذلك : أنه إذا كان غير لازم فلا يسمى دين حقيقة, ولا تصح الكفالة به,

وما لا يصح الكفالة به لا يصح الحوالة فيه.

وأما بالنسبة للشرط الثالث: أن يكون الدين المحال به حالاً : فيشترط في

المحال به لصحة الحوالة أن يكون الدين المحال به حالاً, فإذا لم يكون حالاً لم تصح

الحوالة .

وجه ذلك :إنه إن لم يكن حالاً كان بيع ذمة بذمة فيدخله ما نهى عنه من الدين

بالدين ومن بيع الذهب بالذهب والورق إلا يدا بيد إن كان الدينان ذهباً أو ورقاً إلا أن

(١) هو الحق الذي يتحول من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه

(٢) هو الدين الذي يكون للمحيل في ذمة المحال عليه.

(٣) بدائع الصنائع: للكاساني, مرجع سابق, ج ٦, ص ١٦, التاج والإكليل: للمواق, مرجع سابق, ج

٥, ص ٩٣, الوسيط في المذهب: للغزالي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٢٢٢, الإنصاف في معرفة

الراجح من الخلاف: للمرداوي, مرجع سابق, ج ٥, ص ١٦٧.

(٤) بدائع الصنائع: للكاساني, مرجع سابق, ج ٦, ص ١٦, التاج والإكليل: للمواق, مرجع سابق, ج

ج ٥, ص ٩٣, الوسيط في المذهب: للغزالي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٢٢١, الإنصاف في

معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي, مرجع سابق, ج ٥, ص ١٦٧.

يكون الدين الذي ينتقل إليه حالاً ويقبض ذلك مكانه قبل أن يفترقا مثل الصرف فيجوز ذلك (١)

وأما بالنسبة للشرط الرابع: أن يكون الدين معلوماً: فيشترط في الدين أن يكون معلوماً فإذا كان مجهولاً فلا تصح الحوالة (٢).

وجه ذلك: لأن الدينين فيهما التسليم والتماثل والجهالة تمنعها (٣).

وأما بالنسبة للشرط الخامس: تساوي الدينين - الدين المحال به والدين المحال عليه - أي ما في ذمة المحيل والمحال عليه: فقد اختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه اشتراط تساوي الدين الذي في ذمة المحيل - المحال به - والدين الذي في ذمة المحال عليه - الدين المحال عليه - لصحة الحوالة.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية (٤)، الشافعية (٥) الحنابلة (٦).

الرأي الثاني: يرى أصحابه عدم اشتراط التساوي بين الدينين فتصح الحوالة مع عدم التساوي.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف (٧).

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائلين: "باشتراط التساوي بين الدينين - المحال به والمحال عليه - بالمعقول.

(١) التاج والإكليل: للمواق، مرجع سابق، ج ٥، ص ٩٣،

(٢) البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٧٠، حاشية الروض المربع: للنجدي، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٢٠،

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٢٣.

(٤) الشرح الكبير: للدرديري، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٢٧، الإقناع في جل ألفاظ أبي شجاع: للخطيب الشرييني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣١١،

(٥) الشرح الكبير: للدرديري، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٢٧،

(٦) حاشية الروض المربع: للنجدي، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٢٠، الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٢٣

(٧) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٦. "استناداً إلى عدم اشتراط أن يكون المحيل مديناً للمحال عليه"

فقالوا: إنه يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل دائماً للمحال عليه، ويشترط أن يكون الذي في ذمته مساوياً لما عليه للمحال حتى لا يقع في الربا إذا تمت المعاملة.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بعدم اشتراط التساوي بين الدينين - المحال به والمحال عليه- بالمعقول.

فقالوا: إن الحوالة تصح دون اشتراط أن يكون المحيل دائماً للمحال عليه، ومن ثم لا يشترط أن يتساوى الدينين.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن الحوالة إذا لم يكن المحيل دائماً للمحال عليه فتكون حينئذ وكالة بالإقراض، وليست عقد حوالة .

الرأي المختار: هو الرأي الأول القائل اشتراط التساوي بين الدينين، حتى لا تكن هناك شبهة في الوقوع في الربا إذا لم يتساويا . والله أعلم،،،

وذهب أصحاب الرأي الأول القائلون بالمساواة بين الدينين إلى أن المساواة تكون في عدد من الجوانب هي :

أ- أن يكون الدينان متساويين قدرًا^(١): فلا تصح الحوالة إلا إذا كان القدر بين المحال به والمحال متساوياً في القدر. فلا يكون المأخوذ من المحال عليه أكثر من الدين المحال به ولا أقل فلا يحيل بخمسة على عشرة وعكسه^(٢) .
وجه ذلك: حتى لا يكون ربا في الأكثر ومنفعة في التحول إلى الأقل فيخرج عن المعروف.

ب- أن يكونا متساويين جنسًا^(٣): ويقصد بالمساواة في الجنس بأن يكونا - المحال به والمحال عليه - متفقين في جنس المال بأن يكونا من الذهب، أو الفضة.

(١) الشرح الكبير: للدريبي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٢٧، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للخطيب الشريبي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣١١، الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٢٣.

(٢) وذهب أصحاب هذا الرأي: إلى أنه ليس المراد أنه لا بد من تساوي ما عليه لماله حتى يمتنع أن يحيل بخمسة من عشرة على مدينه أو بخمسة من عشرة عليه.

(٣) الشرح الكبير: للدريبي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٢٧، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للخطيب الشريبي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣١١، الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٢٣.

وجه ذلك : لأنه إذا لم يكونا متفقين كان صرفاً مؤخرًا، وسلفاً بزيادة فلا يصح^(١).

ج- أن يكونا متساويين صفة^(٢): ويقصد بالمساواة في الصفة من حيث الجودة والرداءة.

د- أن يكونا متساويين في الحلول والتأجيل: فيشترط لصحة الحوالة أن يكونا الدين المحال به والدين المحال عليه متساويين حلولاً وتأجيلًا، ويوجد ثلاثة فروض في مسألة الحلول والتأجيل.

الفرض الأول: إذا كان الدينان حالين : وهنا اتفق الفقهاء على جواز هذه الصورة.

وجه ذلك: إن الدينين قد اتفقا في الحلول فتساوى ما في ذمة كلٍ منهما، كما أنه بيع ليس فيه شبهة- الربا - وليس منهيًا عنه فيجوز.

الفرض الثاني: إذا كان الدينان مؤجلين: فقد اختلف الفقهاء في مدى صحة الحوالة في هذا الفرض على رأيين:

الرأي الأول : يرى أصحابه إلى عدم صحة الحوالة في هذا الفرض- إذا كان الدينان مؤجلين-.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية^(٣).

الرأي الثاني : يرى أصحابه إلى جواز الحوالة إذا كان الدينان مؤجلين بشرط التماثل في التأجيل.

وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

الأدلة:

(١) الشرح الكبير: للدريدي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٢٧،

(٢) الشرح الكبير: للدريدي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٢٧، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع:

للخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣١١، الكافي في فقه الإمام أحمد : لابن قدامة، مرجع

سابق، ج ٢، ص ١٢٣.

(٣) مواهب الجليل : للحطاب، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٤.

(٤) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤١٩

(٥) كشف القناع : للبهوتي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٨٥.

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: " بعدم صحة الحوالة إذا كان الدينان مؤجلين بالسنة والمعقول.

فأما السنة: فما روي عن عبد الله بن عمر أن النبي ρ (نهى عن بيع الكالئ بالكالئ)^(١)

وجه الاستدلال: إن الحديث قد نهى عن بيع الكالئ بالكالئ وهو النسئة بالنسئة^(٢), والنهي يقتضي عدم الصحة فيكون حوالة الأجل بالأجل غير صحيحة لأنها بيع وتكون داخلة في النهي.

وأما المعقول: فإن الحوالة قد جاءت على سبيل الاستثناء من البيع, وهو بيع ما في الذمة حالاً, والاستثناء لا يتوسع فيه.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: " بصحة الحوالة إذا كان الدينان مؤجلين بالمعقول.

فقالوا: إن الحوالة جائزة عند التساوي بين الدينين وقد تساويا في التأجيل فتصح إذا كانا قد تماثلا في التأجيل بأن يكونان في أجل واحد.

ويناقش هذا الاستدلال: بأنه إذا كان الدينان مؤجلين كان هذا بيع آجل بآجل فلا يصح.

ويرد على هذه المناقشة: بأن عقد الحوالة هو عقد إرفاق وليس بيعاً, فيرخص فيه ما لا يرخص في البيع فيجوز إذا كان الدينان مؤجلين.

ويرد على هذا: بأن عقد الحوالة إذا كان عقد إرفاق إلا أن فيه معنى البيع لأن المحيل نقل ما في ذمته إلى ذمة المحال عليه, وهذا النقل أساسه أن المحيل باع ما له في ذمة المحال عليه إلى المحال, ودليل ذلك أن ذمة المحيل تبرأ بمجرد تمام العقد.

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل بعدم صحة الحوالة إذا كان الدينان مؤجلين, لقوة استدلالهم, وسلامتها من المعارضة.

الفرض الثالث: إذا كان أحد الدينين حالاً والآخر مؤجلاً:

ويأخذ هذا الفرض إحدى صورتين:

الأولى: أن يكون الدين المحال به حالاً والمحال عليه مؤجلاً.

(١) المنة الكبرى شرح وتخريج السنن الصغرى: محمد ضياء الرحمن الأعظمي, طبعة ١٤٢٢هـ -

٢٠٠١م, مكتبة الرشد, السعودية/ الرياض, الجزء الخامس, ص ٦٥, رقم الحديث (١٨٦٣).

(٢) لسان العرب: لابن منظور, مرجع سابق, ج ١, ص ١٤٥, كتاب الكاف, فصل كلاً, معجم

مقاييس اللغة: لابن فارس, مرجع سابق, ج ٥, ص ١٣٢, كتاب الكاف, فصل الكاف واللام

والحرف المعتل أو الهمزة.

الثانية : أن يكون الدين المحال به مؤجلاً والمحال عليه حالاً .
فقد اختلف الفقهاء في مدى صحة الحوالة في هذا الفرض على رأيين:
الرأي الأول: يرى أصحابه صحة الحوالة إذا كان أحد الدينين حالاً والآخر مؤجلاً.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(١)، والمالكية^(٢).
الرأي الثاني: يرى أصحابه عدم صحة الحوالة إذا كان أحد الدينين حالاً والآخر مؤجلاً.

وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).
الأدلة:

يمكن أن يستدل لأصحاب الرأي الأول القائل: " بصحة الحوالة إذا كان أحد الدينين حالاً والآخر مؤجلاً بالمعقول.
بأن النهي الذي ورد في الشرع محله الكالئ بالكالئ - والنهي يقتضي عدم الجواز - ويبقى الحكم بالجواز فيما عدا ذلك، فيكون حكم الحوالة بالدين الحال على المؤجل أو عكسه جائزاً.
واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: " بعدم صحة الحوالة إذا كان أحد الدينين حالاً والآخر مؤجلاً بالمعقول.

(١) البحر الرائق : لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٧٠، وضربوا لذلك مثلاً : "ولو كان المال حالاً على الذي عليه الأصل من قرض أو غصب فأحاله به على رجل إلى سنة فهو جائز وإن مات المحتال عليه قبل انقضاء الأجل عاد المال إلى المحيل حالاً".

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٩٩، ويشترط لصحة الحوالة ألا يكون الدين طعاماً من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين المستحل به على مذهب ابن القاسم، وإذا كان الطعامان جميعاً من سلم فلا تجوز الحوالة بأحدهما على الآخر، حلت الأجال أو لم تحل ، أو حل أحدهما ولم يحل الآخر، لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى، وذهب أشهب إلى : إنه إذا استوت رءوس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية . وابن القاسم لا يقول ذلك كالحال إذا اختلفت .

(٣) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤٢٠.

(٤) الكافي في فقه الإمام أحمد : لابن قدامة ، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٢٣، كشف القناع : للبهوتي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٨٥.

فقالوا: إن من شروط صحة الحوالة التماثل بين الدينين فإذا لم يتمثلاً في الحلول والتأجيل فقد فقدت الحوالة شرط من شروط الصحة، فلا تجوز الحوالة .
ويناقش هذا الاستدلال: بأن الحوالة هي نقل للدين الذي في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه سواء أكان الدين المحال حالاً أو مؤجلاً، وسواء أكان الدين المحال عليه حالاً أو مؤجلاً، إلا أنه إذا كان الدينان مؤجلين فإن الشرع قد نهى عن ذلك - الكالئ بالكالئ- ويبقى حكم الحوالة جائز إذا كان الدين المحال به حالاً والمحال عليه مؤجلاً، أو العكس.
الرأي المختار: هو الرأي الأول القائل بعدم اشتراط التماثل بين الدينين في الحلول والتأجيل، فنصح الحوالة إذا كان أحد الدينين حالاً والآخر مؤجلاً، لقوة استدلالهم وسلامتها من المعارضة.
والله أعلم،،،

المطلب الثاني

الشروط اللازم توافرها في رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي
يشترط في المرهون في عقد الرهن عدد من الشروط لصحة الرهن، ولقد ذكرت فيما سبق أن الفقهاء قد اتفقوا على صحة الرهن إذا توافر في المرهون عدد من الشروط هي^(١):

الشرط الأول: أن يكون المرهون عيناً.

الشرط الثاني: أن يكون مما يصح استيفاء الحق منه عند حلوله.

الشرط الثالث: أن يكون مقسوماً "مفرزاً".

الشرط الرابع: أن يكون خالياً من تعلق حق الغير.

الشرط الخامس: أن يكون مقبوضاً.

ثم اختلف الفقهاء بعد ذلك مدى صحة الرهن إذا اختلف شرط من الشروط السابق ذكرها، وذلك إذا كان المرهون ديناً، أو شائعاً "غير مفرز"، أو تعلق به حق الغير، أو غير مقبوض.

ولما كانت الورقة التجارية - محل الرهن - لها طبيعة خاصة حيث إنها - وفقاً للرأي المختار- تعتبر عقد حوالة فإننا سوف نبحث في هذا المطلب الشروط التي وضعها الفقهاء لصحة الرهن، ومدى توافرها في الورقة التجارية.

(١) راجع ما سبق ص من هذا البحث

أولاً : بالنسبة للشرط الأول: أن يكون المرهون عيناً, اتفق الفقهاء على صحة الرهن إذا كان المرهون عيناً, أما إذا كان المرهون ديناً فقد اختلف الفقهاء في مدى صحة الرهن الدين.

ولما كانت الورقة التجارية تعتبر عقد حوالة- حوالة دين - فإن ما أثير من خلاف بين الفقهاء في مدى صحة رهن الدين يثار هنا أيضاً, وكان اختلاف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة آراء:

الرأي الأول: يرى أصحابه جواز رهن الدين- رهن الورقة التجارية باعتبارها ديناً- مطلقاً سواء أكان الرهن لمن عليه الدين أو لغيره. وإلى هذا الرأي ذهب المالكية^(١), والزيدية^(٢).

الرأي الثاني: يرى أصحابه عدم صحة رهن الدين - الورقة التجارية باعتبارها ديناً- مطلقاً - أي سواء أكان ممن عليه الدين أو غيره-. وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية في أصح الوجهين عندهم^(٣), والرواية الثانية عند الحنابلة^(٤).

الرأي الثالث: يرى أصحابه جواز رهن الدين - الورقة التجارية باعتبارها ديناً- لمن عليه الدين فقط, أما إذا كان الرهن لغيره فلا يصح. وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية في وجه^(٥), والحنابلة في إحدى الروايتين^(٦).

(١) الذخيرة: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي, طبعة ١٩٩٤م, دار الغرب, بيروت- لبنان, ج ٨, ص ٧٩؛ الشرح الكبير: للدريز, مرجع سابق, ج ٣, ص ٢٣١؛ مواهب الجليل: للحطاب, مرجع سابق, ج ٦, ص ٥٣٩.

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني, مرجع سابق, ج ١, ص ٦١٥.

(٣) العزيز شرح الوجيز: للقزويني, مرجع سابق, ج ١٠, ص ٣.

(٤) كشاف القناع: للبهوتي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٠٧, وذكر أن صريح قول الحنابلة في ذلك عدم الجواز لأن الرهن هو توثقة دين بعين, وذكر أن صاحب المجد صرح في شرحه بعدم الصحة.

(٥) المهذب: للشيرازي, مرجع سابق, ج ١, ص ٣٠٩؛ العزيز شرح الوجيز: للقزويني, مرجع سابق, ج ١٠, ص ٣.

(٦) كشاف القناع: للبهوتي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٠٧, وذكر ان هذا القول عليه أكثر الأصحاب", وذكر أنه قد ذكر في الإنصاف أن الأولى الجواز.

الرأي الرابع: يرى أصحابه عدم صحة رهن الدين - رهن الورقة التجارية باعتبارها ديناً - ابتداءً ويصح في البقاء . وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(١).

سبب الاختلاف: يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في مدى جواز التصرف في الدين ببيعه وتسليمه إلى المشتري . فمن رأي من الفقهاء جواز التصرف في الدين بالبيع، وذلك باعتبار أنه مقدور على تسليمه، ذهب إلى جواز رهن الدين . ومن رأي من الفقهاء أن بيع الدين لا يجوز لأنه غير مقدور على تسليمه، ذهب إلى عدم جواز رهن الدين .

الأدلة:

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: " بأن رهن الورقة التجارية باعتبارها ديناً جائز لما ذهبوا إليه، بالقياس، والمعقول .
فأما القياس: فقياس رهن الدين على شراء ما في الذمة وبيعه سلماً بجامع أن كلاً منهما تصرف في ما في الذمة، فكما يجوز بيع ما في الذمة وشراؤه يجوز كذلك رهنه .

وأما المعقول: فتتزيل ما في الذمة منزلة الأعيان، فكما يجوز التصرف في الأعيان يجوز التصرف في ما في الذمة .
واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: " بأن رهن الورقة التجارية باعتبارها ديناً لا يصح لما ذهبوا إليه بالقياس، والمعقول .

فأما القياس: فقياس رهن الدين على بيع الدين بجامع أن كلاً منهما تصرف في ما في الذمة، فكما أن بيع الدين لا يجوز كذلك رهن الدين غير جائز، بل إن رهن الدين أولى بعدم الجواز لأن الرهن لا يلزم إلا بالقبض والقبض لا يصادف ما تناوله العقد ولا مستحقاً بالعقد والقبض في البيع يصادف مستحقاً بالعقد لان البيع سبب الاستحقاق .

(١) تحفة الفقهاء : للسمرقندي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٣، فذهب جانب من المذهب الحنفي إلى أن رهن الدين لا يصح ابتداءً، ويصح في البقاء ، ويعد هذا تطبيقاً للقاعدة التي تنص على أنه: " يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء " أنظر المادة (٥٥) من درر الحكام شرح مجلة الأحكام : لعلي حيدر، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٥٥، المادة (٥٥) .

ويناقش هذا الاستدلال: بأن المقيس عليه وهو بيع الدين أمر مختلف فيه بين الفقهاء - محل خلاف بين الفقهاء - فلا يجوز القياس عليه؛ فنحن لا نسلم بعدم جواز بيع الدين فبيع الدين جائز سواء أكان البيع لمن عليه الدين أو غيره. وأما المعقول: فمن وجوه منها:

الأول: إن الدين غير مقدور على تسليمه فلا يصح التصرف فيه بالرهن. ويناقش هذا الاستدلال: بأن الدين إذا كان غير مقدور على التسليم في الحال - أي وقت العقد - فإنه يكون مقدوراً على التسليم وقت الاستحقاق، فيصح التصرف فيه كالسلم.

الثاني: إن في رهن الدين غرراً لأن الدائن قد يحصل على الدين وقد لا يحصل فهذا غرر يمنع صحة العقد.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن الغرر في هذا العقد يكون يسيراً - وهو في الغالب كذلك - فإذا كان كذلك فلا يمنع صحة العقد، كما أنه قد يتعذر الوفاء من المدين الأصيل، ولا يتعذر من غيره فيصح.

الثالث: إن القبض شرط في الرهن لأنه لا بد أن يستوفي الحق منه عند حلول أجل وفاء الدين المرهون به، ويكون الاستيفاء من مالية المرهون لا من عينه، ولا يتصور ذلك في الدين.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن القول إن القبض شرط في الرهن محل خلاف، فلا يؤثر ذلك على صحة الرهن.

كما أن قبض الورقة التجارية يعد قبضاً للدين، فيكون الدين مقبوضاً حكماً. واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل: "بأن رهن الورقة التجارية باعتبارها ديناً يصح إذا كان الرهن لمن عليه الدين أما إذا كان لغيره فلا يصح لما ذهبوا إليه بالمعقول.

فقالوا: إن حكم الرهن يبقى في الدين الذي صار خلفاً عن العين، ولا يكون ذلك إلا إذا كان الرهن ممن كان عليه الدين.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن رهن الدين يتحقق ويوجد لا فرق في ذلك إذا كان الرهن لمن عليه الدين أو من غيره.

واستدل أصحاب الرأي الرابع القائل: "بأن رهن الورقة التجارية باعتبارها ديناً لا يصح في الابتداء ويصح في البقاء لما ذهبوا إليه بالمعقول.

فقالوا: إنه يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء، فيصح في رهن الدين في البقاء ولا يصح في الابتداء.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن رهن الدين يستوي فيه البقاء والابتداء, فكما يصح في البقاء يصح كذلك في الابتداء.

ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في مدى جواز رهن الورقة التجارية - باعتبارها عقد حوالة دين-.

فبناءً على الرأي الأول القائل: "بصحة رهن الدين مطلقاً", فيصح رهن الورقة التجارية مطلقاً أي سواء لمن عليه الدين أو لغيره.

وبناءً على الرأي الثاني القائل: "بأن رهن الدين غير جائز" لا يصح رهن الورقة التجارية مطلقاً أي سواء لمن عليه الدين أو لغيره.

وبناءً على الرأي الثالث القائل بأن رهن الدين جائز لمن عليه الدين فقط يصح رهن الورقة التجارية لمن عليه الدين فقط - أي المدين في الورقة التجارية.

وبناءً على الرأي الرابع القائل: "بأن رهن الدين يصح في البقاء ولا يصح في الابتداء" يصح رهن الورقة التجارية بعد وجود الدين إذا تم إنشاء الدين أولاً ثم تم تحرير الورقة التجارية بعد ذلك.

الرأي المختار: هو الرأي الأول القائل بأن رهن الورقة التجارية باعتبارها حوالة دين جائز لقوة استدلالهم, ولحاجة الناس - التجار خاصة - الماسة إلى ذلك^(١), ولأن ما في الذمة ينزل منزلة الأعيان فكما يجوز التصرف في الأعيان يجوز التصرف في ما في الذمة عند توافر الشروط الشرعية اللازمة لذلك. والله أعلم,,,

ثانياً: بالنسبة للشرط الثاني: أن يكون مما يصح استيفاء الحق منه عند حلوله: إن الناظر المدقق في طبيعة الورقة التجارية ذاتها يجد توافر هذا الشرط فيها, فإذا حل أجل الدين في الورقة التجارية - الحوالة - جاز للمحال له أن يستوفي حقه من المحال عليه, وذلك بالمطالبة بالدين. وينتقل هذا الحق من المحال له إلى الدائن المرتهن إذا تم رهن الورقة التجارية.

(١) ويعد هذا الحكم تطبيقاً حديثاً للقاعدة الأصولية التي تنص على: "أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة", فكما أن الفقهاء أفتوا في العديد من المسائل بالجواز للحاجة والضرورة, كذلك يمكن أن نقول هنا بالجواز.

أنظر بعض التطبيقات لهذه القاعدة الأشباه والنظائر : لابن نجيم الحنفي, مرجع سابق, ص ١١٤.

ونفرق في بحث هذا الشرط بالنسبة للورقة التجارية إذا قام الدائن المرتهن بمطالبة المدين الراهن، أو المحال عليه بمبلغ الورقة التجارية^(١) بين فرضين:

الأول: إذا طالب الدائن المرتهن المدين الراهن، أو المحال عليه بدين الورقة التجارية وقام أحدهما بالوفاء بدين الورقة التجارية: ففي الفرض يكون الشرط - المذكور - قد تحقق ولا تثار بشأنه صعوبة، حيث استوفى الدائن المرتهن الدين المضمون - في الرهن - من الورقة التجارية.

الثاني: إذا طالب الدائن المرتهن المدين الراهن، أو المحال عليه بمبلغ الورقة التجارية بالدين المضمون - في الرهن - ولم يتم أيهما بالوفاء بالدين. فهذا الفرض يثير مسألة ألا وهي مدى صحة بيع الورقة التجارية باعتبارها ديناً لغير المدين - المدين الراهن، والمحال عليه - وقد اختلف الفقهاء في مسألة بيع الدين على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى أصحابه جواز بيع الدين لغير المدين عند تحقق شروط معينة. وإلى هذا الرأي ذهب المالكية^(٢)، والشافعية في أحد القولين^(٣).
الرأي الثاني: يرى أصحابه جواز بيع الدين لغير المدين بثن حال مطلقاً. وإلى هذا الرأي ذهب الحنابلة في إحدى الروايتين^(٤)، وقول عند الإمامية في المشهور عندهم^(٥).

(١) ويعد هذا حقاً من الحقوق التي تترتب على رهن الورقة التجارية، أنظر آثار رهن الورقة التجارية بالنسبة للدائن المرتهن ص من هذا البحث

(٢) التاج والإكليل: للمواق، مرجع سابق، ج ٤، ص ٥٤٣، حاشية الدسوقي: لمحمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٦٣.

(٣) أسنى المطالب شرح روض الطالب: لذكريا الأنصاري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٨٥، وذكر أن هذا ما صححه في الروضة، المجموع شرح المهذب للشيرازي: للإمام النووي، مرجع سابق، ج ٩، ص ٢٧٥، وهو ما صححه الإمام النووي.

(٤) المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لأبي البركات مجد الدين عبد السلام بن عبد الله ابن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، الطبعة الثانية، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م، مكتبة المعارف، الرياض - السعودية، ج ١، ص ٣٣٩، النتف في الفتاوى: لأبي الحسن علي بن الحسين بن محمد السعدي، ١٤٠٤ - ١٩٨٤، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، عمان - الأردن، بيروت - لبنان، ج ١، ص ٤٧٥.

(٥) مفتاح الكرامة: للعامل، مرجع سابق، ج ١١، ص ٣٤، ص ١١٠.

الرأي الثالث: يرى أصحابه عدم جواز بيع الدين لغير المدين مطلقاً. وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(١)، والشافعية في أصح القولين^(٢) والحنابلة في الرواية الثانية^(٣)، والظاهرية^(٤)، الزيدية^(٥)، وبعض الإمامية^(٦). سبب الاختلاف: يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في مدى توافر شرط القدرة على التسليم في الدين. فمن الفقهاء من رأى أن الدين إذا تحققت فيه شروط معينة يكون مقدوراً على تسليمه، فيصح بيعه.

ومن الفقهاء من رأى أن الدين مقدور على تسليمه مطلقاً، فيجوز بيعه. ومن الفقهاء من رأى أن الدين غير مقدور على تسليمه، فلا يصح بيعه مطلقاً.

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: "بأن بيع الدين لغير من عليه جائز إذا تحققت شروط معينة لما ذهبوا إليه بالسنة، والأثر، والقياس، والمعقول. فأما السنة: فما روي أن عمر بن عبد العزيز قضى في مكاتب اشترى ما عليه بعرض فجعل المكاتب أولى بنفسه ثم قال: (إن رسول الله ﷺ قال من ابتاع ديناً على رجل فصاحب الدين أولى إذا أدى مثل الذي أدى صاحبه)^(٧)

(١) حاشية رد المختار لابن عابدين، مرجع سابق، ج ٤، ص ٥٠٥؛ بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٤٨.

(٢) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٥٦ وهو ما رجحه في المنهاج، المجموع شرح المذهب للشيرازي: للإمام النووي، مرجع سابق، ج ٩، ص ٢٧٥
(٣) المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مجد الدين (المتوفى: ٦٥٢هـ) الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، مكتبة المعارف، الرياض - السعودية، ج ١، ص ٣٣٩،

(٤) المحلى: لابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ج ٩، ص ٦، مسألة رقم (١٥١٠)

(٥) البحر الزخار: مرجع سابق، ج ٤، ص ١١٧، الدراري المضية شرح الروضة البهية: للشوكاني، للشوكاني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٥٤، الروضة الندية شرح الروضة البهية: للفتوح، مرجع سابق، ج ٢، ص ٩٩

(٦) مفتاح الكرامة: للعالمي، مرجع سابق، ج ١١، ص ٣٤.

(٧) كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال: لعلاء الدين البرهاني، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٤٠، رقم الحديث (١٥٥٢٣) وذكر أن عمر بن عبد العزيز رواه مرسلاً، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه أنظر

وجه الاستدلال: إن النبي ﷺ أقر البيع وجعل المدين أولى من المشتري إذا دفع مثل ما دفع المشتري ليستخلصه منه ويبرئ ذمته ولو لم يكن البيع إلى غير المدين صحيحاً لم يقره بل لأنكره حتى يتبين الحق ولأمره بفسخه لأن البيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة^(١).

ونوقش هذا الاستدلال: من وجهين^(٢):

أولهما: إن في إسناده رجل مبهم غير معروف، والجهالة تعد سبباً من أسباب تضعيف الحديث.

ثانيهما: إن الحديث رواه عمر بن عبد العزيز مرسلًا عن رسول الله ﷺ. وأجيب على هذه المناقشة: بأن الحديث وإن كان مرسلًا إلا أنه قد وردت أحاديث من طرق أخرى تفويه منها ما روي (أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة في الدين وهو الرجل يكون له الدين على رجل فيبيعه فيكون صاحب الدين أحق به)^(٣) وأما الأثر: فما روي عن جابر بن عبد الله أنه سئل عن له دين فابتاع به غلاماً؟ قال لا بأس به.^(٤)

وما روي عن جريج قال: قال لي عطاء من بيع عليه دين فهو أحق به يأخذه بالثمن إن شاء.^(٥)

وما روي عن معمر عن الزهري قال: لم أر القضاة إلا يقضون من اشترى على رجل ديناً فصاحب الدين أولى به^(١).

مصنف عبد الرزاق : لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، الطبعة الثانية ، ١٤٠٣ ، المكتب الإسلامي - بيروت، الجزء الثامن، كتاب البيوع باب هل في الحيوان أو البئر أو النخل أو الدين شفعة، ص ٨٨، رقم الحديث (١٤٤٣٢)، وكذلك حديث رقم (١٥٧٩١) كتاب المكاتب باب المكاتب يباع ما عليه وإعطاء المكاتب وإن عجز وتفريق بين المكاتب وامراته، ج ٨، ص ٤٢٦، نسخة محققة قام بها (حبيب الرحمن الأعظمي)

(١) د/ ناصر النشوي: بيع الدين دراسة في فقه الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٢) المحلى: لابن حزم، مرجع سابق، ج ٩، ص ٦، مسألة رقم (١٥١٠).

(٣) المحلى: لابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ج ٨، ص ٦، مسألة رقم (١٥١٠)، أخرجه عبد الرزاق في مصنفه أنظر مصنف عبد الرزاق: لعبد الرزاق، مرجع سابق، ج ٨، ص ٨٨، (١٤٤٣٣)

(٤) المحلى: لابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ج ٩، ص ٦، مسألة رقم (١٥٠١٠).

(٥) أنظر مصنف عبد الرزاق: لعبد الرزاق، مرجع سابق، ج ٨، ص ٤٢٦، (١٥٧٨٨)

وجه الاستدلال: تدل هذه الآثار متضافرة على صحة شراء الدين، ومن هذه الآثار قول لصحابي- جابر بن عبد الله- ولم يعلم له مخالف فدل ذلك على جواز بيع الدين والشراء به.

وأما القياس: فقياس بيع الدين لغير من عليه الدين على الاستبدال- وهو بيع الدين لمن عليه الدين بثمان حال - بجامع أن كلاً منهما تصرف في الدين. ونوقش هذا الاستدلال من وجهين^(٢):

أولهما: إن المقيس عليه - وهو بيع الدين لمن عليه الدين - أمر مختلف فيه بين الفقهاء فلا يصح إثبات أمر مختلف فيه بأمر مختلف فيه.

ثانيهما: إن هذا القياس قياس مع الفارق حيث إن المقيس عليه وهو بيع الدين لمن عليه الدين بثمان حال إنما هو بيع لما هو مقبوض فهو مقدور على تسليمه، أما بيع الدين لغير من عليه الدين فليس مقدوراً على تسليمه فافتراقاً^(٣).

ويمكن أن يجاب على هذه المناقشة: بأن بيع الدين لغير من عليه الدين إذا توافرت فيه الشروط التي وضعها الفقهاء يكون مقدوراً على تسليمه فيصح. وأما المعقول: أنه إذا تحققت الشروط التي وضعها الفقهاء في هذه المسألة لا يكون الدين غير مقدور على تسليمه، فإذا كان كذلك كان مقدوراً على تسليمه وجاز بيعه.

ولقد وضع أصحاب هذا الرأي شروطاً لجواز بيع الدين من غير من عليه الدين، وقد انقسموا إلى فريقين:

فأما المالكية: فقد اشترطوا شروطاً لصحة بيع الدين منها ما يتعلق بالدين، ومنها ما يتعلق بالمدين، ومنها ما يتعلق بالعرض، ومنها ما يتعلق بالمشتري هي^(٤):
فأما الذي يتعلق بالدين: وهو ألا يكون طعاماً بعرض^(٥).
وأما الذي يتعلق بالمدين: فشرطان:
الأول: أن يكون حاضراً في البلد^(١). الثاني: أن يكون مقراً بالدين^(٢).

(١) أنظر مصنف عبد الرزاق: لأبي بكر عبد الرزاق، مرجع سابق، ج ٨، ص ٨٨، (١٤٤٣١)

(٢) د/ ناصر النشوي: بيع الدين دراسة في فقه الشريعة الإسلامية مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٣) بدائع الصنائع: للكاساني مرجع سابق، ج ٥، ص ١٤٨.

(٤) التاج والإكليل: للمواق، مرجع سابق، ج ٤، ص ٥٤٣، حاشية الدسوقي: لمحمد عرفة الدسوقي،

مرجع سابق، ج ٣، ص ٦٣، البهجة في شرح التحفة: للتسولي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦، ص

٧٨ وما بعدها

(٥) وهذا الأمر متحقق بداهة في بيع الورقة التجارية لأنها تمثل مبلغاً من النقود.

وأما الذي يتعلق بالعووض: فشرطان:
الأول: أن يكون الثمن بغير جنس الدين. الثاني: أن يكون الثمن نقداً.
وأما الذي يتعلق بالمشتري: وهو أن لا يكون عدواً للغريم^(٣).
وأما الشافعية فقد اشترطوا لصحة بيع الدين شروطاً: منها ما يتعلق بالمدين،
ومنها ما يتعلق بالدين، ومنها ما يتعلق بالعووض.
فأما الشروط التي تتعلق بالمدين فشرطان:
الأول: أن يكون المدين مليئاً. الثاني: أن يقر المدين بالدين.
وأما الشروط التي تتعلق بالدين فشرطان:
الأول: أن يكون الدين حالاً. الثاني: أن يكون الدين مستقراً.
وأما ما يتعلق بالعووض: فهو قبضه في مجلس العقد.
واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "بأن بيع الدين لغير من عليه جائز مطلقاً
لما ذهبوا إليه لما استدل به أصحاب الرأي الأول من السنة والأثر والقياس - إلا أنهم لم
يضعوا شروطاً لصحة بيع الدين لغير من عليه الدين، فبيع الدين عندهم لغير من عليه
الدين جائز مطلقاً دون التقيد بشرط.
ويناقش هذا: بأن بيع الدين لغير من عليه الدين يؤدي إلى التنازع والخصومة إلا
إذا وضعت شروطاً تمنع من وقوع مثل هذه الخصومات.
واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل: "بأن بيع الدين لغير من عليه غير جائز
لما ذهبوا إليه بالسنة، والمعقول.
فأما السنة: فما روي عن موسى بن عبيدة الزبيدي عن نافع وعبد الله بن دينار
عن عبد الله بن عمر أن النبي ρ (نهى عن بيع الكالئ بالكالئ)^(٤)
وجه الاستدلال: أن النبي ρ قد نهى عن بيع الكالئ بالكالئ وقد فسر بأنه بيع
الدين بالدين، فيكون بيع الدين غير جائز بنص الحديث^(١).

(١) وإن لم يكن حاضراً في المجلس: والغرض من هذا الشرط أن يعلم ملاءة المدين من عدمها
لاختلاف مقدار عوض الدين باختلاف حال الناس.
(٢) حتى لا ينكره بعد ذلك منعاً للخصومة.
(٣) حتى لا يتسلط عليه مما يؤدي إلى الإضرار به.
(٤) المنة الكبرى شرح وتخريج السنن الصغرى: محمد ضياء الرحمن الأعظمي، طبعة ١٤٢٢هـ -
٢٠٠١م، مكتبة الرشد، السعودية/ الرياض، الجزء الخامس، ص ٦٥، رقم الحديث (١٨٦٣).

ونوقش هذا الاستدلال : من وجوه منها :

الأول: إنه حديث ضعيف لأن في سنده موسى بن عبيدة الزبدي، وقال عنه الإمام أحمد "لا تحل عندي الرواية عنه" وقال الشافعي أهل الحديث يوهنون هذا الحديث، وقد جزم الدارقطني في العلل بأن موسى بن عبيدة تفرد به^(٢). وأجيب على هذه المناقشة: بأنه قد روي الحديث عن طريق آخر يقويه، وهو ما أخرجه الطبراني عن رافع بن خديج (أن النبي ρ نهى عن بيع كالي بكالي دين بدين)^(٣)

ويرد على هذه الإجابة: بأن الحديث في إسناده موسى بن عبيدة الزبدي أيضاً. الثاني: إن هذا الحديث ليس في محل النزاع، حيث إن النزاع في بيع الدين بالثمن الحال، أما الحديث فالنهى فيه عن بيع الدين بالدين (الأجل بالأجل). وأما المعقول: إن بيع الدين لغير من عليه الدين لا ينعقد، لأن الدين إما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة، وإما أن يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه، وكل ذلك غير مقدور التسليم في حق البائع، ولو شرط التسليم على المديون لا يصح أيضاً؛ لأنه شرط التسليم على غير البائع فيكون شرطاً فاسداً فيفسد البيع^(٤). ويناقش هذا الاستدلال: بأن الدين إذا توافرت فيه الشروط - التي وضعها أصحاب الرأي الأول - كان مقدوراً على التسليم فيصح. ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في مدى جواز بيع الورقة التجارية لغير من عليه الدين - الزاهن، والمحال عليه - بثمن حال. فبناءً على الرأي الأول القائل: "بجواز بيع الدين لغير من عليه الدين إذا تحققت شروط معينة" يجوز بيع الورقة التجارية عند تحقق شروط معينة لذلك.

(١) التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ، ١٩٨٩م، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الجزء الثالث، ص ٧٠، رقم الحديث (١٢٠٥)

(٢) التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: لابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ج ٣، ص ٧١؛ وقد ذكر أن بعض الحفاظ - الحاكم في المستدرک - توهم أن راوي الحديث هو موسى بن عقبة "إلا أنه ليس لموسى بن عقبة فيه رواية بل هي لموسى بن عبيدة الزبدي"

(٣) المعجم الكبير: لسليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني، الطبعة الثانية، ١٤٠٤ - ١٩٨٣، مكتبة العلوم والحكم - الموصل - العراق، الجزء الرابع، ص ٢٦٧، رقم الحديث (٤٣٧٥).

(٤) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٤٨.

وبناءً على الرأي الثاني القائل بأن بيع الدين لغير من عليه الدين جائز مطلقاً يجوز بيع الورقة التجارية لغير المدين في الورقة التجارية - الرهن، والمحال عليه. . . وبناءً على الرأي القائل بأن بيع الدين غير جائز لغير من عليه الدين مطلقاً لا يجوز بيع الورقة التجارية مطلقاً.

الرأي المختار: إن الرأي الأول القائل بأن بيع الدين جائز لغير من عليه الدين إذا تحققت شروط معينة هو الرأي المختار، لقوة استدلالهم وسلامتها من المعارضة، ولأن بيع الدين إذا تحققت الشروط التي وضعها أصحاب هذا الرأي فإنه يكون بعيداً عن البيع الذي يكون فيه شبهة الربا، أو شبهة الغرر.

والله أعلم،،،

ويمكن أن نضع شروطاً لبيع الورقة التجارية في حالة عدم وفاء الرهن أو المحال عليه بقيمة الورقة التجارية^(١)

الشرط الأول: أن يكون الثمن نقداً.

الشرط الثاني: أن يكون الثمن حالاً^(٢).

الشرط الثالث: أن يكون الثمن مساوياً لقيمة الورقة التجارية^(٣).

الشرط الرابع: أن يتم قبض الثمن في مجلس البيع.

الشرط الخامس: أن يكون المحال عليه في الورقة التجارية مليئاً^(٤).

ثالثاً: بالنسبة للشرط الثالث: أن يكون مقسوماً "مفرزاً" اتفق الفقهاء على جواز الرهن إذا كان المرهون مقسوماً غير شائع، ثم اختلفوا في مدى صحة الرهن إذا كان المرهون شائعاً^(١) غير مقسوم .

(١) وهذه الشروط مستنبطة من الشروط التي وضعها الفقهاء في بيع الدين بما يتناسب مع طبيعة الورقة التجارية، وطبيعة التعامل بها في الحياة التجارية.

(٢) حتى لا يكون البيع بيع دين بدين وهو منهي عنه.

(٣) وقد يعترض على هذا الشرط بأنه يمكن أن يكون الدين المضمون في الرهن أقل من قيمة الورقة التجارية فكيف يجوز للمرتهن أن يبيع الورقة التجارية بقيمة أكبر من قيمة الدين المضمون ويحصل على ثمنها، فيكون قبض الزائد على قيمة الدين المضمون قبض غير المستحق.

ويمكن أن يرد على هذا الاعتراض بأن قبض الزائد على الدين المضمون في الرهن قبض على سبيل الأمانة يرده للمدين الرهن.

(٤) لأنه هو المدين الأصلي في الورقة التجارية، بعد قبولها والرضا بها. أما إذا كان غير مليء فإن بيع الورقة التجارية يكون من باب التدليس على المشتري وهذا لا يجوز.

وفي مجال رهن الورقة التجارية يمكن تصور هذا الشرط، وذلك إذا تعدد المستفيدون - المحال لهم - في الورقة التجارية، وقام أحدهم برهن الورقة التجارية مستقلاً عن الآخرين^(٢)، وكان اختلاف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين: الرأي الأول: يرى أصحابه صحة الرهن إذا كان المرهون مشاعاً، فلا يشترط في الرهن أن يكون المرهون مقسوماً. وإلى هذا الرأي ذهب المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، ورواية عند الحنابلة^(٥)، والظاهرية^(٦).

الرأي الثاني: يرى أصحابه عدم صحة الرهن إذا كان المرهون مشاعاً من غير الشريك^(٧)، فيشترط في الرهن أن يكون مقسوماً إذا كان المرتهن غير شريك. وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٨)، ورواية عند الحنابلة^(٩)، والزيدية^(١٠). سبب الاختلاف: يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في مدى اشتراط قبض المرهون لصحة الرهن.

-
- (١) ويرتبط هذا الشرط - أن يكون المرهون مقسوماً غير مشاع - بشرط القبض في الرهن.
(٢) وهو فرض نادر الحدوث.
(٣) التاج والأكليل: للمواق، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢، الكافي في فقه أهل المدينة: لأبي عمر القرطبي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٨١٢، ٨١٣.
(٤) الأم: للإمام الشافعي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٩١، ١٩٢، الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٥.
(٥) الإقناع في فقه الإمام احمد بن حنبل: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٥٢؛ حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع: للنجدي، مرجع سابق، ج ٥، ص ٥٧؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٤١ "وذكر ان هذا ما عليه أكثر الأصحاب"
(٦) المحلى: لابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ج ٨، ص ٨٨.
(٧) ويمكن أن يتصور أن يكون الشريك في الورقة التجارية هو أحد المستفيدين - أحد المحال لهم -، أما غير الشريك فهو شخص لا يعتبر طرفاً في الورقة التجارية.
(٨) البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٧٥؛ الفتاوى الهندية: للشيخ نظام، مرجع سابق، ج ٥، ص ٤٣٣، ٤٣٢.
(٩) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٤١ "وذكر انه احتمال قول القاضي، وجزم في التلخيص.
(١٠) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني، مرجع سابق، ج ١، ص ٦١٥.

فمن رأى من الفقهاء اشتراط قبض المرهون اشترط كون المرهون مقسوماً لصحة الرهن.

ومن رأى من الفقهاء عدم اشتراط قبض الرهن قال بجواز الرهن إذا كان المرهون مشاعاً غير مقسوم.
الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: " بأن رهن المشاع جائز , ولا يشترط لصحة الرهن أن يكون المرهون مقسوماً لما ذهبوا إليه بالمعقول.

فقالوا: إن موجب الرهن بيعه, والمشاع لا يمتنع بيعه فيصح الرهن.
واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: " بأن رهن المشاع غير جائز فيشترط لصحة الرهن أن يكون المرهون مقسوماً لما ذهبوا إليه بالمعقول.
فقالوا: إن موجب الرهن شيئان:

الأول: ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد وذلك باعتبار الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء, وثبوت يد الاستيفاء على المشاع غير متصور لأن اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين, فتكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه.

الثاني: إن لازم حكم الرهن هو الحبس الدائم لأن الرهن لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص وهو قوله تعالى (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ) أو بالنظر إلى المقصود, والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام فكان دوام الحبس لازماً بحكم الرهن ويفوت ذلك في المشاع.
ويناقش هذا الاستدلال: بأن الموجب للرهن ليس الحبس فقط وإنما موجبه بيع المرهون وإمكان استيفاء الحق منه وهذا متصور في المشاع لأنه يجوز بيعه وما يجوز بيعه يجوز رهنه.

ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في حكم رهن الورقة التجارية إذا تعدد المستفيدين لها.

فبناءً على الرأي القائل بأن رهن المشاع جائز يجوز رهن الورقة التجارية دون حاجة إلى بيان المقدار المرهون به في الورقة, ويترتب عليه كافة آثار الرهن, واختصاص المرتهن بالرهن.

وبناءً على الرأي القائل بأن رهن المشاع غير جائز لا يصح رهن الورقة التجارية في هذا الفرض إلا إذا تم تحديد المبلغ المرهون, ويكون الرهن فاسداً لعدم توافر شرط الإفراز في المرهون " الورقة التجارية"

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل بصحة رهن المشاع, فلا يشترط أن يكون المرهون مقسوماً, لأن الغرض الأصلي في الرهن كون الرهن وثيقة

بالدين وإمكان استيفاء الدين منه، وهذا متحقق في المشاع كما يتحقق في غير المشاع، فيجوز رهن الورقة التجارية دون حاجة إلى بيان المقدار المرهون به في الورقة التجارية إذا تعدد المستفيدون في الورقة التجارية.

رابعاً: بالنسبة للشرط الرابع: أن يكون خالياً من تعلق حق الغير: فيشترط في المرهون ألا يكون قد تعلق حق الغير به فإذا تعلق به حق الغير كالرهن أو الهبة أو غير ذلك فما حكم الرهن، فهل يكون الرهن جائزاً أم لا؟

ولقد اختلف الفقهاء في مدى صحة الرهن إذا تعلق به حق الغير، كما لو قام الراهن برهن الورقة التجارية- محل الرهن- ثم قام برهنها إلى شخص آخر، فما حكم الرهن حينئذ^(١)؟

خامساً: بالنسبة للشرط الخامس: أن يكون مقبوضاً. فقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الرهن أن يكون مقبوضاً، فالقبض يعد أمراً لازماً في الرهن إلا أنهم قد اختلفوا في الوصف الشرعي للقبض هل هو شرط انعقاد، أم شرط صحة، أم أنه شرط للزوم العقد، أم أنه شرط لتمام العقد وكان اختلافهم أربعة على أراء: الرأي الأول: يرى أصحابه أن القبض شرط للزوم الرهن، فالرهن ينعقد باللفظ، إلا أنه لا يكون لازماً إلا بالقبض، فإذا تم القبض لم يجز للراهن الفسخ، أما إذا لم يتم القبض جاز للراهن فسخ الرهن.

وإلى هذا الرأي ذهب بعض الحنفية^(٢)، "وهو ما اختاره شيخ الإسلام "خواهر زاده زاده من الأحناف"^(٣)، والحنابلة^(٤).

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن القبض شرط من شروط صحة عقد الرهن، فينعقد العقد باللفظ إلا أنه لا يكون صحيحاً إلا بالقبض.

(١) أنظر لاحقاً في أثار رهن الورقة التجارية "التزامات الراهن"

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٦٣.

(٣) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: لشيخ زاده، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٧٠؛ العناية شرح بداية المبتدي، مرجع سابق، ج ١٤، ص ٤٤٨.

(٤) الروض المربع شرح زاد المستتبع: للبهوتي، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٣٩، وقد ذكر "والرهن قبل القبض صحيح وليس بلازم للراهن فسخه والتصرف فيه" المغني: لابن قدامة مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٩٩، وقد ذكر أن: "ولا يصح الرهن إلا أن يكون مقبوضاً من جائز التصرف، أي لا يلزم الرهن إلا بالقبض" فتكون الصحة عنده بمعنى اللزوم وقد نسب هذا القول إلى الإمام أبي حنيفة، والإمام الشافعي. إلا أن نسبته إلى هذه المذاهب الفقهية تحتاج إلى نظر.

وإلى هذا الرأي ذهب بعض الحنفية "محمد بن الحسن من الأحناف"^(١)،
والشافعية^(٢)، والظاهرية^(٣).

الرأي الثالث: يرى أصحابه أن القبض في عقد الرهن يشبه الركن فلا ينعقد
الرهن إلا به.

وإلى هذا الرأي ذهب الإمام زفر من الأحناف^(٤).
الرأي الرابع: يرى أصحابه أن القبض ليس من شروط الصحة أو اللزوم، فينعقد
العقد ويصح ويلزم بالقول، ولكنه شرط لتمام الرهن، يجبر الراهن عليه.
وإلى هذا الرأي ذهب المالكية^(٥).

سبب الاختلاف: يرجع سبب الاختلاف في هذه المسألة إلى اختلافهم في تفسير
الآية الكريمة {فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ}

فمن الفقهاء من رأى أن القبض الوارد في الآية هو شرط للزوم العقد - الرهن -
فيكون العقد صحيحاً إلا أنه لا يكون لازماً إلا بالقبض.

ومن الفقهاء من رأى أن القبض الوارد في الآية هو شرط لصحة العقد - الرهن -
فينعقد الرهن إلا أنه لا يكون صحيحاً إلا بالقبض.

(١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: لشيخ زاده، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٧٠، وذكر أنه مذكور
في الذخيرة". العناية على الهداية: للبابرتي، مرجع سابق، ج ١٤، ص ٤٥١. وذكر أن الكرخي
قال في مختصره: قال الإمام أبو حنيفة، وزفر، وأبو يوسف، ومحمد ابن الحسن أن الرهن لا يجوز إلا
مقبوضاً

(٢) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ١١.

(٣) المحلى: لابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ج ٨، ص ٨٨ مسألة رقم (١٢٠٩).

(٤) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٣٨. وهذا نص قوله: "والثاني نحو أن يقبض
المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهاه فيصح قبضه استحساناً وقياس قول زفر في الهبة أن لا
يصح كما لا يصح بعد الافتراق لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول فلا يجوز من غير إذن
كالقبول". تحفة الفقهاء: للسمرقندي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٧" وظاهر كلامه أن القبض ركن
في الرهن"

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٣١؛
حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرياني: علي الصعيدي العدوي المالكي، طبعة ١٤١٢،
دار الفكر، بيروت - لبنان، ج ٢، ص ٣٥٠ (نسخة محققة قام بها يوسف الشيخ محمد البقاعي).

ومن الفقهاء من رأى أن القبض الوارد في الآية هو شرط لانعقاد العقد -
الرهن- يشبه الركن فلا ينعقد العقد إلا بالقبض.
ومن الفقهاء من رأى أن القبض الوارد في الآية لا يعد شرط انعقاد أو صحة، أو
لزوم للعقد فيكون العقد صحيحاً، ولازماً باللفظ إلا أنه لا يكون تاماً إلا بالقبض، ويجبر
الراهن عليه.
الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: "بأن القبض شرط للزوم الرهن لما ذهبوا إليه
بالكتاب، المعقول.

فأما الكتاب: فقوله تعالى {قَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} (١).
وجه الاستدلال: إن القبض الوارد في الآية، هو شرط للزوم العقد- الرهن- لأن
الرهن يمكن أن يوجد ويتحقق بدون القبض، فيجوز للراهن أن يفسخ العقد إذا لم يتم
القبض.

وأما المعقول: فإن الرهن لا يلزم بالقول لأنه لو كان لازماً بالقول كالبيع
لاستحق وارثه - أي وارث العاقد "الراهن"- الإقباض، فلما لم يستحق على وارثه
الإقباض لم يستحق عليه حال حياته.

كما أن الرهن عقد إرفاق من شرطه القبول، فوجب أن يكون من شرط لزومه
القبض كالقرض (٢).

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل بأن القبض شرط من شروط الصحة لما
ذهبوا إليه بالكتاب، والقياس، والمعقول.

فأما الكتاب: فقوله تعالى {قَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} (٣).
وجه الاستدلال من ثلاثة أوجه (٤):

أحدها: أنه وصف الرهن بالقبض فوجب أن يكون شرطاً في صحته كوصف
الرقبة بالإيمان، والاعتكاف بالمسجد، والشهادة بالعدالة، فكما كانت هذه الأوصاف
شروطاً، فكذا القبض.

(١) سورة البقرة جزء من الآية رقم (٢٨٣)

(٢) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٧.

(٣) سورة البقرة جزء من الآية رقم (٢٨٣)

(٤) العناية على الهداية: للبارتني، مرجع سابق، ج ١٤، ص ٤٥١، الحاوي الكبير للماوردي، مرجع

سابق، ج ٦، ص ٧.

ثانيها: أنه ذكر غير الرهن من العقود ولم يصفها بالقبض، وذكر الرهن ووصفه بالقبض فلا يخلو أن يكون وصف الرهن بالقبض إما لاختصاصه به، أو ليكون تنبيهاً على غيره، وأيهما كان فهو دليل على لزومه فيه.

ثالثها: إن ذكر القبض يوجب فائدة شرعية لا تستفاد بحذف ذكره ولا فائدة في ذكره إن لم يكن القبض شرطاً في صحة الرهن.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن القبض المذكور في الآية الكريمة قد خرج مخرج الغالب، لأن الرهن الغالب فيه أن يكون مقبوضاً فيكون الرهن منعقداً صحيحاً إلا أنه لا يكون لازماً إلا بالقبض.

وأما القياس: فقياس الرهن في افتقاره للقبض على الهبة بجامع أن كلاهما عقد تبرع.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن هذا القياس قياس مع الفارق ذلك لأن الرهن عقد وثيقة بالدين أما الهبة فهي عقد تبرع فافترقا.

وأما المعقول: فإن الرهن عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات، فيكون القبض شرطاً فيه.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن الرهن ليس عقد تبرع بل عقد وثيقة بدين.

واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل: بأن القبض في عقد الرهن يشبه الركن لما ذهبوا إليه بالقياس.

فقالوا: بقياس عقد الرهن على عقد الهبة بجامع أن كلاهما عقد تبرع، فكما أن القبض ركن في الهبة يكون ركناً في الرهن كذلك.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن القبض لو كان ركناً في الرهن لكان منكوراً بذكر الرهن في الآية الكريمة وما كان لذكر "مقبوضاً" معنى، فدل ذكر القبض على أنه شرط وليس ركناً^(١).

ويناقش كذلك: بأن هذا القياس قياس مع الفارق ذلك لأن الرهن عقد وثيقة بالدين أما الهبة فهي عقد تبرع فافترقا.

استدل أصحاب الرأي الرابع القائل: "بأن القبض شرط لتمام العقد وليس شرطاً لصحة العقد أو للزومه لما ذهبوا إليه بالمعقول.

فقالوا: إن القبض ليس من حقيقة الرهن فينعقد العقد بالقول، ويصح من جائز التصرف، ويلزم الراهن به، ولكن العقد لا يتم إلا بالقبض، فيطلب المرتهن الإقباض ويجاب إليه.

ويناقش هذا الاستدلال من وجوه:

(١) العناية على الهداية: للبابرتي، مرجع سابق، ج ١٤، ص ٤٥٠، ٤٥١.

أولاً: إن القبض إذا لم يكن من حقيقة الرهن لما كان لذكره في الآية فائدة، فدل هذا على أن القبض شرط في الرهن.

ثانياً: إذا لم يكن الرهن لازماً بالقبض فلماذا يجبر الراهن عليه إذا طلبه المرتهن، فدل هذا على أن القبض شرط للزوم الرهن.

ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في أمرين:

الأول: إذا لم يتم القبض في عقد الرهن.

فبناءً على الرأي القائل بأن القبض شرط لزوم في الرهن فإن تخلف القبض كان العقد صحيحاً إلا أنه يجوز للراهن فسخ العقد.

وبناءً على الرأي القائل بأن القبض شرط صحة في الرهن فإن تخلف القبض كان العقد فاسداً.

وبناءً على الرأي القائل بأن القبض شرط انعقاد يشبه الركن في الرهن فإن تخلف القبض كان العقد باطلاً ولا ينتج أثراً.

وبناءً على الرأي القائل بأن القبض شرط تمام في الرهن، فإن تخلف القبض كان العقد صحيحاً ولازماً، ويجبر الراهن على إقباض الرهن للمرتهن.

الثاني: إذا تصرف المدين الراهن في الرهن قبل قبضه المرتهن له.

فبناءً على الرأي القائل إن القبض شرط لزوم للرهن، فإن تصرف الراهن في الرهن قبل قبضه يكون جائزاً لأن الرهن لم يلزم في حقه بعد.

وبناءً على الرأي القائل بأن القبض شرط صحة في الرهن فإن تصرف الراهن في الرهن يكون صحيحاً ويبطل الرهن.

وبناءً على الرأي القائل بأن القبض شرط تمام في الرهن فإن تصرف الراهن في الرهن لا يكون نافذاً في المرتهن إلا إذا أجازه.

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل بأن القبض الوارد في عقد الرهن هو شرط لزوم للرهن، - فيصح للراهن فسخ الرهن إذا لم يحدث القبض، كما يصح له التصرف في الرهن، لأن حق المرتهن لم يثبت بعد في الرهن - لقوة استدلالهم وسلامتها من المناقشة.

ويتعلق بقبض الرهن - الورقة التجارية - أمر هام ألا وهو ما حكم استدامة قبض الورقة التجارية إذا تم رهنها، فهل هو شرط في رهن الورقة التجارية أم لا؟

ولقد اختلف الفقهاء في استدامة قبض الرهن بصفة عامة، هل هو شرط في الرهن أم لا، وكان اختلافهم على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن دوام القبض ليس شرطاً في الرهن، فيصح الرهن ولو لم يتم قبض الرهن.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في قول^(١)، والشافعية^(٢).
الرأي الثاني: يرى أصحابه أن دوام القبض شرط في الرهن.^(٣)
وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٤)، والمالكية في المشهور^(٥)، والحنابلة^(٦).
سبب الاختلاف: يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم
في وصف الرهن إذا خرج من تحت يد المرتهن فهل ينطبق عليه وصف كونه مقبوضاً
أم لا.

فمن الفقهاء من رأى أن الرهن إذا خرج من تحت يد المرتهن فلا يوصف بأنه
مقبوض فاشتراط استدامة القبض في الرهن.
ومن الفقهاء من رأى أن الرهن يظل موصوفاً بكونه مقبوضاً إن خرج من تحت يد
المرتهن ثم عاد إليه مرة أخرى، فلم يشترط استدامة القبض في الرهن.

الأدلة:

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: "بعدم اشتراط استدامة القبض لصحة الرهن
لما ذهبوا إليه بالسنة، والمعقول.

فأما السنة: فما روي عن أبي هريرة τ أن رسول الله ρ قال: [الرهن يركب
بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب
ويشرب النفقة]^(٧)

وجه الاستدلال: إن رسول الله ρ جعل الرهن مركوباً ومحلوباً ولا يخلو أن يكون
ذلك للراهن أو للمرتهن فلم يجز أن نجعل ذلك للمرتهن لأمرين:

(١) الذخيرة: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، طبعة ١٩٩٤م، دار الغرب، بيروت - لبنان، ج ٨، ص ١٢٤.

(٢) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٣.

(٣) وقد اختلف أصحاب هذا الرأي في الوصف الشرعي لاستدامة القبض في الرهن هل هو شرط
صحة أم شرط لزوم.

(٤) البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٦٥.

(٥) القوانين الفقهية: لابن جزي الكلبي، مرجع سابق، ص ٢١٣.

(٦) المغني: لموفق الدين ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٠١ الشرح الكبير: لشمس الدين
ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٦٩.

(٧) صحيح البخاري: للإمام البخاري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٨٨٨، كتاب الرهن، باب الرهن
مركوب ومحلوب، ورقم (٢٣٧٦)، ورقم (٢٣٧٧).

أحدهما: إجماعهم على أن المرتهن لا يستحق ذلك.

والثاني : أنه جعل على الراكب والشارب نفقة الرهن، والنفقة واجبة على الراهن دون المرتهن، فثبت بهذين جواز ذلك للراهن، فصار مستحقاً لإزالة يد المرتهن عنه، ثم لم يزل حكم الرهن عنه فثبت أن استدامة قبضه ليست شرطاً في الرهن، ولأنه عقد من شرط لزومه القبض، فوجب أن لا يكون من شرط صحته استدامة القبض.

وأما المعقول: فإن جعل استدامة القبض في الرهن شرطاً لا يخلو أن تكون استدامة قبضه مشاهدة أو حكماً، فلا يجوز أن يكون الشرط في صحة استدامة قبضه مشاهدة، لجواز خروجه من يده بعارية أو على يد عدل، فثبت أن الشرط في صحة استدامة قبضه حكماً، وهذا شرط معتبر، لأنه وإن خرج من يده باستحقاق فهو في حكم المقبوض له، لأنه لا يخرج عن سلطان المرتهن ولا يحال بينه وبينه .

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: "باشترط استدامة القبض لصحة الرهن لما ذهبوا إليه بالكتاب، والسنة، والقياس، والمعقول.

فأما الكتاب: فقولته تعالى (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ)^(١)

وجه الاستدلال: إن الله تعالى جعل القبض وثيقة للمرتهن، فدل على أن زوال القبض يزيل وثيقة المرتهن.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الرهن جعل وثيقة بحصول القبض، فإذا حصل القبض مرة فقد استقر القبض وحصل الرهن وثيقة أبداً.

وأما القياس: فقياس المقصود بالرهن على المقصود بالبيع فكما أن المقصود بالبيع حصول الملك واليد ثم كانت استدامة الملك في البيع من موجهه ومقتضاه فكذلك وجب أن تكون استدامة القبض في الرهن من موجهه ومقتضاه.^(٢)

ونوقش هذا الاستدلال: بأن المقصود بعقد الرهن حصول الاحتباس والقبض كالملك في البيع، فحجة تعكس عليهم لأنه لما لم تكن استدامة الملك في البيع شرطاً في صحة العقد، بل لو شرط ألا يزيل المشتري ملكه عن المبيع بطل العقد وجب ألا تكون استدامة القبض في الرهن شرطاً في صحة العقد^(٣).

وأما المعقول: فمن أوجه منها:

أولاً: إن الرهن محتبس بحق الاستيفاء فوجب أن يكون زوال اليد عنه مزيلاً لحق الاستيفاء منه.

(١) سورة البقرة جزء من أية رقم (٢٨٣)

(٢) الحاوي الكبير : للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٣.

(٣) المرجع سابق، ج ٦، ص ١٣.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الرهن محبوس بحق العقد والقبض، فإذا زال استصحابه لم يبطل العقد المقترن به كقبض الهبات والصرف^(١).

ثانياً: إن الرهن قبل القبض غير لازم، فإن قبض صار لازماً، فلما كان لزومه بالقبض، وجب أن يزول لزومه بزوال القبض.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن هذا القول باطل بالعارية فإنه قد زال بها القبض ولم يزل بها لزوم الرهن^(٢).

ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إذا خرج المرهون من تحت يد المرتهن ثم عاد إليه مرة أخرى فهل يحتاج إلى تجديد العقد مرة أخرى أم أن الرهن باقٍ.

فبناءً على الرأي الأول إن الرهن باقٍ ولم يبطل ولا يحتاج المرتهن إلى تجديده مرة أخرى.

وبناءً على الرأي الثاني فإن خروج الرهن من تحت يد المرتهن يبطل الرهن فإذا عاد إلى المرتهن احتاج إلى تجديد الرهن مرة أخرى.

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل بأن دوام القبض ليس شرطاً في الرهن لقوة استدلالهم، وسلامتها من المعارضة، كما قد أن المرتهن قد قام بقبض الرهن فتحقق في الرهن وصف كونه مقبوضاً والله اعلم ،،،

(١) المرجع سابق، ج ٦، ص ١٤.

(٢) المرجع سابق، ج ٦، ص ١٥، وهذه المناقشة ترد في الرهن بصفة عامة حيث لا يتصور وجود الإعارة في رهن الورقة التجارية .

الباب الثاني أثار رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم:

يقصد بأثار رهن الورقة التجارية : الأحكام التي تترتب على رهن الورقة التجارية من حقوق والتزامات.

ولما كانت الورقة التجارية- الكمبيالة - لها ثلاثة أطراف في الأصل, فإن رهن هذه الورقة يحدث أثاراً بالنسبة لأطراف الرهن, وكذلك يحدث أثاراً بالنسبة لمن كان طرفاً في الورقة التجارية وليس طرفاً في الرهن.

ولأثار رهن الورقة التجارية أهمية في مجال البحث, حيث يترتب على رهن الورقة التجارية حقوق والتزامات بالنسبة لأطراف الرهن, وقد يترتب على رهن الورقة التجارية بعض الأثار بالنسبة لمن كان طرفاً في الورقة التجارية وليس طرفاً في الرهن. لذا سوف نبحث - إن شاء الله تعالى- الأثار التي تترتب على رهن الورقة التجارية لمن كان طرفاً في الرهن, وكذلك لمن لم يكن طرفاً في الرهن, وذلك في الفصلين الآتيين:

أتناول في الفصل الأول: أثار رهن الورقة التجارية بين أطراف الرهن في الفقه الإسلامي, وأتناول في الفصل الثاني أثار رهن الورقة التجارية لغير أطراف الرهن في الفقه الإسلامي.

الفصل الأول

آثار رهن الورقة التجارية بين أطراف الرهن في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم:

يحدث رهن الورقة التجارية عدداً من الأثار الهامة فيما بين أطرافه، فيرتب رهن الورقة التجارية حقوقاً والتزامات بالنسبة للمدين الراهن كما يرتب حقوقاً والتزامات بالنسبة للدائن المرتهن، ولمعرفة هذه الحقوق وتلك الالتزامات أهمية في مجال البحث لذا سوف نبحث - إن شاء الله تعالى- الأثار التي تترتب على رهن الورقة التجارية بين أطراف الرهن وذلك في مبحثين: أتناول في المبحث الأول: أثار رهن الورقة التجارية بالنسبة للمدين الراهن في الفقه الإسلامي، وأتناول في المبحث الثاني أثار رهن الورقة التجارية بالنسبة للدائن المرتهن في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

أثار رهن الورقة التجارية بالنسبة للمدين الراهن في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم:

يترتب على رهن الورقة التجارية عدد من الأثار بالنسبة للمدين الراهن، هذه الأثار منها ما يعد حقوقاً للمدين الراهن يحق له التمسك به في مواجهة الدائن المرتهن وغيره، ومنها ما يعد التزاماً يقع على عاتق المدين الراهن.

وسوف نتناول أثار رهن الورقة التجارية بالنسبة للمدين الراهن في هذا المبحث،

وقسمته إلى مطلبين :

المطلب الأول: حقوق الراهن في رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: التزامات الراهن في رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

حقوق الراهن في رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي

يترتب على الرهن -بصفة عامة- حقوق للمدين الراهن في مواجهة الدائن

المرتهن، وكذلك يترتب على رهن الورقة التجارية حقوق من هذه الحقوق:

أ- مطالبة المدين الراهن الدائن المرتهن المحافظة على المرهون "الورقة

التجارية ذاتها".

ب- مطالبة المدين الراهن الدائن المرتهن باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة

على الحق الثابت في الورقة التجارية.

أ-الحق في مطالبة الدائن المرتهن المحافظة على الورقة التجارية محل الرهن:

من الحقوق التي تثبت للمدين الراهن في عقد الرهن - سواء أكان الرهن ورقة تجارية

أم غيرها- مطالبة الدائن المرتهن بالمحافظة على المرهون تحت يده وله في المطالبة بهذا الحق استخدام كافة الوسائل التي تكفل له المحافظة على هذا الحق منها:

- اشتراط المحافظة على الورقة التجارية محل الرهن في عقد الرهن ذاته^(١).
- جواز مطالبة الدائن المرتهن بالمحافظة على الورقة التجارية بإنذاره في وقت لاحق بعد انعقاد عقد الرهن.

ب- الحق في مطالبة الدائن المرتهن باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على الحق الثابت في الورقة التجارية : يرتبط هذا الحق بالحق السابق, فيحق للمدين الراهن بجانب مطالبة الدائن المرتهن بالمحافظة على الورقة التجارية ذاتها من الضياع أو التلف وغير ذلك, مطالبة الدائن المرتهن باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على الحق الثابت في الورقة التجارية.

لأنه لما كانت الورقة التجارية في ذاتها تمثل عقد حوالة يكون فيها المدين الراهن - محالاً^١ مستقيداً-, وهي بذلك تثبت الحق للمدين الراهن في مواجهة المحال عليه- المسحوب عليه- فيجوز للمدين الراهن حفاظاً لحقه الثابت في الورقة التجارية أن يطالب الدائن المرتهن بالمحافظة على الحق الثابت فيها, وذلك لأن الورقة التجارية مرهونة عند المرتهن, فلا يمكن للمدين الراهن المطالبة بقيمة الورقة التجارية مباشرة, ومن ثم تنتقل المطالبة بقيمة الورقة التجارية إلى الدائن المرتهن, الذي يحق للمدين الراهن مطالبته باتخاذ ما يراه مناسباً للحصول على الحق الثابت في الورقة التجارية.

المطلب الثاني

التزامات الراهن في رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي

يترتب على رهن الورقة التجارية عدد من الالتزامات التي يلتزم بها المدين الراهن في مواجهة الدائن المرتهن, وتتعدد هذه الالتزامات إلى عدد من الالتزامات, من هذه الالتزامات:

الالتزام الأول: الالتزام بتسليم الورقة التجارية محل الرهن.

الالتزام الثاني: الالتزام بعدم التصرف في الورقة التجارية بما يخل بحق الدائن المرتهن.

الالتزام الثالث: الالتزام بضمان وجود قيمة الورقة التجارية عند حلول الأجل.

(١) وإن كان هذا الحق يفترض وجوده بمقتضى عقد الرهن, إلا أن اشتراط الراهن على المرتهن المحافظة على الورقة التجارية تجعل التزام الدائن المرتهن أشد بمقتضى الشرط.

الالتزام الرابع : الالتزام بالوفاء بقيمة الرهن عند حلول أجله.

الالتزام الخامس: الالتزام بالإفناق على الرهن.

أ- الالتزام بتسليم الورقة التجارية محل الرهن. من الالتزامات التي تقع على عاتق المدين الراهن في رهن الورقة التجارية الالتزام بتسليم الورقة التجارية محل الرهن إلى الدائن المرتهن, ويرتبط بهذا الالتزام عدد من الأمور منها:

أ- كيفية تسليم الرهن - الورقة التجارية - إلى الدائن المرتهن, ويقصد بذلك ما هو ضابط القبض في الرهن: فقد اتفق الفقهاء على أن ضابط القبض في الرهن كضابطه في البيع. إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في مسألة تتعلق بالقبض ألا وهي : بم يكون القبض في الرهن إذا كان المرهون منقولاً, فهل يكون القبض بالتخلية بين المرتهن والمرهون, أم لا بد من النقل والتحويل؟ وكان اختلافهم على ثلاثة آراء: الرأي الأول: يرى أصحابه أن قبض المرهون يكون في المنقول بالنقل والتحويل فلا يكفي فيه التخلية.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف في غير ظاهر الرواية - وهو قول الإمام أبي يوسف -^(١), والمالكية^(٢), ووجه عند الشافعية "جزم به القاضي"^(٣), ورواية عند الحنابلة^(٤)

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن قبض المرهون يكون بالتخلية بين المرتهن وبين المرهون^(٥).

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف في ظاهر الرواية^(٦), وهو وجه عند الشافعية^(٧).

(١) البحر الرائق : لابن نجيم .مرجع سابق, ج ٨, ص ٢٦٥.

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير : لأحمد الصاوي, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٢ وذكر أن العرف هو الذي يحدد بم يكون القبض كتسليم الثوب, وزمام الدابة... والعرف يقضي أن قبض المبيع إذا كان منقولاً يكون بالنقل والتحويل.

(٣) فتح العزيز بشرح الكبير : للرافعي القزويني, مرجع سابق, ج ١٠, ص ٦٣.

(٤) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: للحجاوي, مرجع سابق, ج ٢, ص ١٥٥,

(٥) معنى التخلية : رفع الموانع والتمكين من القبض, أما القبض فهو فعل المتسلم, ولا يكلف به الراهن, رد المحتار : لابن عابدين, مرجع سابق, ج ٦, ص ٤٧٩.

(٦) البحر الرائق : لابن نجيم .مرجع سابق, ج ٨, ص ٢٦٥.

(٧) الوسيط : للغزالي, مرجع سابق, ج ٣, ص ١٥٣ "وذلك عند ذكره القبض في كتاب البيع"

الرأي الثالث: يرى أصحابه أن قبض الرهن إذا كان منقولاً يكون بمضي مدة يمكن نقله فيها.

والى هذا الرأي ذهب الحنابلة^(١).

سبب الاختلاف يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في كيفية قبض المبيع في عقد البيع إذا كان المبيع منقولاً.

فمن رأى من الفقهاء أن قبض المبيع في عقد البيع إذا كان منقولاً يكون بالعرف، والعرف يقضي بأن قبض المبيع يكون بالنقل والتحويل ذهب إلى أن قبض الرهن إذا كان منقولاً يكون بالنقل والتحويل.

ومن رأى من الفقهاء إن قبض المبيع إذا كان منقولاً يكفي فيه التخلية ذهب إلى أن قبض الرهن يكون بالتخلية.

ومن رأى من الفقهاء أن قبض المبيع إذا كان منقولاً يكون بمضي مدة يتم نقل المبيع فيها ذهب إلى أن قبض الرهن يكون بمضي مدة يمكن نقل الرهن فيها.

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل بأن القبض في عقد الرهن يكون بالنقل

والتحويل لما ذهبوا إليه بالقياس، والمعقول.

فأما القياس: فقياس الرهن على الغصب بجامع أن كلاً منهما يوجب الضمان بعد القبض، فكما أن الغصب لا يجب فيه الضمان إلا بالنقل والتحويل فكذلك الرهن يجب في قبضه النقل والتحويل.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه قياس مع الفارق وذلك لأن القبض في الغصب قائم على سبب غير مشروع - لا يقره الشرع -، أما القبض في الرهن قائم على سبب مشروع - يقره الشرع - فافترقا.

ويمكن الرد على هذه المناقشة: بأننا سلمنا بالقول بأن الغصب قائم على سبب غير مشروع إلا أنه لا يكون مضموناً قبل القبض لعدم وجود سبب الضمان فيه وهو النقل والتحويل، كذلك الرهن لا يكون مضموناً قبل قبضه لعدم وجود سبب الضمان فيه فلا يكون مضموناً قبل نقله وتحويله.

وأما المعقول فمن وجهين:

الأول: إن قبض الرهن قبض موجب للضمان ابتداءً لأنه لم يكن مضموناً على الراهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه إلى المرتهن، وكل قبض هذا شأنه لا يكتفى فيه بالتخلية.

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٥، ص ١١٦

ونوقش هذا الاستدلال: بأن القبض بعقد التبرع - الرهن - لم يعهد موجباً للضمان وبين التبرع والضمان منافاة فلا يشترط في قبض الرهن النقل والتحويل^(١). ويمكن الرد على هذه المناقشة: بأننا لا نسلم القول بأن الرهن عقد تبرع بل هو عقد توثق فيه معنى الإيفاء والاستيفاء فيكون فيه معنى الضمان، ولا يكون بينه وبين الضمان منافاة، فيشترط في قبضه النقل والتحويل.

الثاني: إن القبض الوارد في الآية ليس له ضابط في الشرع أو اللغة، وما كان كذلك فيكون الضابط فيه العرف، والعرف يقضي في قبض المنقول يكون بنقله إلى المرتهن.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل بأن القبض في عقد الرهن يكون بالتخلية بين الدائن المرتهن، والرهن لما ذهبوا إليه بالقياس، والمعقول.

فأما القياس: فقياس القبض في عقد الرهن على القبض في عقد البيع، فكما أن القبض في عقد البيع يكفي فيه التخلية بين المشتري والمبيع كذلك في عقد الرهن، بجامع أن كلاهما عقد ضمان .

ويناقش هذا الاستدلال بوجهين:

الأول: أننا لا نسلم القول بأن القبض في البيع يكون بالتخلية، فالعرف هو الذي يحدد كيفية قبض المبيع، والعرف يقضي بأن قبض المبيع لا بد فيه من نقل المبيع وتحويله حتى يدخل في ضمان المشتري.

الثاني: سلمنا لكم بأن القبض في البيع يكون بالتخلية، إلا أن قياس القبض في عقد الرهن على القبض في عقد البيع قياس فيه نظر، وذلك لأن عقد الرهن عقد قصد به التوثق للدائن فالقبض فيه قبض توثق بالدائن فلا يثبت للدائن المرتهن - إلا بعد إقباض المدين - الرهن - له بالنقل والتحويل، أما عقد البيع فقصد به التملك فالقبض فيه قبض تملك فيكفي فيه التخلية فافتراقاً.

وأما المعقول: فإن التخلية يتعلق بها جواز التصرف فإذا ثبت ذلك تعلق بها الضمان فتكفي التخلية في قبض الرهن.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن التخلية ليست قبضاً تاماً، ولا يلزم من إباحة التصرف في المعقود عليه تمام القبض^(٢).

ويمكن الاستدلال لأصحاب الرأي الثالث القائل بأن قبض المنقول يكون بمضي مدة يمكن نقله فيها بالمعقول.

(١) العناية شرح الهداية: للبابرتي

(٢) الشرح الكبير: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٥٦.

وذلك: لأن المرتهن بمضي المدة يكون قد تمكن من القبض فتقوم المدة مقام القبض ذاته.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن إقامة مدة النقل مقام النقل لا تكفي في قبض الرهن فلا بد من تمام القبض، ويكون ذلك بنقل الرهن حتى يدخل في ضمان المرتهن. ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في عدد من المسائل منها:

• كيفية قبض الرهن - بصفة عامة - وقبض الورقة التجارية حال رهنها.

فبناءً على الرأي الأول القائل بأن القبض لا بد فيه من النقل والتحويل فإن رهن الورقة التجارية لا يكفي فيه التخلية بين الدائن المرتهن والورقة التجارية بل لا بد من تسليمها إليه.

وبناءً على الرأي الثاني القائل بأن القبض يكفي فيه التخلية فإن قبض الورقة التجارية إذا تم رهنها يكون بالتخلية بين الدائن المرتهن والورقة التجارية. وبناءً على الرأي الثالث القائل بأن القبض يكفي فيه مضي مدة يمكن نقل الرهن فيها فإن قبض الورقة التجارية يكفي فيه مضي هذه المدة.

• إذا كان المرهون منقولاً وله مؤنة في حمله وكان موجوداً في مكان آخر غير الذي تم العقد فيه، فهل يلزم المرتهن بنقله إذا انفك الرهن بالوفاء أو الفسخ، أو الإذن، أم يكفي فيه التخلية؟

فبناءً على الرأي الأول القائل بأن القبض لا بد فيه من النقل والتحويل فإن المرتهن يلزم بالنقل والتحويل.

وبناءً على الرأي الثاني القائل بأن القبض يكفي فيه التخلية فإن المرتهن لا يلزم بالنقل والتحويل بل يلزم بالتخلية بين الراهن وبين المرهون.

وبناءً على الرأي الثالث القائل بأن القبض يكفي فيه مضي مدة يمكن نقل الرهن فيها فإن الراهن لا يلزم بنقل الرهن إذا مضت هذه المدة.

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل بأن القبض في رهن - المنقول - الورقة التجارية يكون بالعرف، والعرف التجاري يقضي بأن قبض الورقة التجارية حال رهنها يكون بالنقل والتحويل "بتسليمها"، لقوة استدلالهم وسلامتها من المعارضة.

ب - لمن يكون تسليم الورقة التجارية: هل يلتزم المدين الراهن بتسليم الورقة التجارية محل الرهن للدائن المرتهن، أم يجوز له أن يقوم بتسليم الورقة التجارية لمن ينوب عن الدائن المرتهن "الوكيل - أو العدل"

يثار في هذا المقام تساؤلٌ مؤداه : مدى جواز اشتراط وضع الورقة التجارية - محل الرهن- تحت يد شخص آخر غير العاقدين, -وغالباً ما يكون بنكاً-.
بحث الفقهاء هذه المسألة تحت عنوان "وضع الرهن تحت يد عدل." وقد اختلف الفقهاء في مدى صحة الرهن إذا كان القبض من شخص غير المرتهن- العدل- على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه جواز أن يكون قبض الرهن من شخص آخر غير العاقدين ويتم وضع الرهن تحت يده- ويسمى هذا الشخص عدلاً-.
وإلى هذا الرأي ذهب جمهور الفقهاء من الأحناف^(١), والمالكية^(٢), والشافعية^(٣), والحنابلة^(٤), والزيدية^(٥).

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن القبض لابد أن يقع من صاحب الدين- المرتهن- فلا يصح الرهن إذا كان المرهون تحت يد شخص غير الراهن أو المرتهن.
وإلى هذا الرأي ذهب الظاهرية^(٦).

سبب الاختلاف يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في الشروط التي يجوز أن تقترن بالعقد.

فعند أصحاب الرأي الأول: "جمهور الفقهاء" يجوز اشتراط الشروط التي جاء بها نص في الشرع, أو تكون موافقة لمقتضى العقد, أو ملائمة للعقد, أو جاء بها العرف, واشتراط أن يكون القبض من عدل من الشروط التي تلائم العقد, وبذلك يكون اشتراطه في الرهن جائز.

(١) البحر الرائق : لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٨, ص ٢٩٠؛ الفتاوى الهندية: للشيخ نظام, مرجع سابق, ج ٥, ص ٤٤٠.

(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك: لأحمد الصاوي, مرجع سابق, ج ٣, ص ١٩٦, حاشية الدسوقي: لمحمد عرفة الدسوقي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٢٤٤.

(٣) فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: لأبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري, ١٤١٨ هـ, دار الكتب العلمية, بيروت- لبنان, الجزء ١, ص ٣٣٤.

(٤) شرح منتهى الأرادات: للبهوتي, مرجع سابق, ج ٢, ص ١١٤, مطالب أولي النهى: للرحباني, مرجع سابق, ج ٣, ص ٢٣٧.

(٥) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني, مرجع سابق, ج ١, ص ٦١٩.

(٦) المحلى: لابن حزم, مرجع سابق, ج ٨, ص ٨٨.

أما أصحاب الرأي الثاني: فإن الشروط التي يجوز اشتراطها في العقد عندهم هي الشروط التي جاء بها نص في الشرع فقط، أما ما عدا ذلك فلا يصح اشتراطه في العقد، ولم ينص الشرع على جواز اشتراط قبض شخص غير العاقدين.

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: بصحة القبض إذا كان الرهن تحت يد عدل بالكتاب، والمعقول.

فأما الكتاب: فقوله تعالى {فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} ^(١).

وجه الاستدلال: إن الرهن المذكور في الآية موصوف بأنه مقبوض، وإذا قبض العدل الرهن فقد تحقق فيه هذا الوصف، ويكون العدل نائباً عن المرتهن في القبض. وأما المعقول: فإن قبض العدل للرهن هو كقبض المرتهن للرهن، فيكون العدل وكياً عن العاقدين في ذلك وهو جائز.

كما أن كلاً منهما قد لا يثق بالآخر في الحفظ فيجوز أن يوضع تحت يد شخص آخر ينوب عنهما في الحفظ. وفي اشتراط الرهن أن يكون تحت يد عدل ليس فيه منافاة للعقد فيصح اشتراطه.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل بأن القبض لا بد أن يقع من صاحب الدين، ولا يصح من غيره لما ذهبوا إليه بالكتاب، والسنة.

فأما الكتاب: فقوله تعالى: {فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} ^(٢).

وجه الاستدلال: إن القبض الوارد في الآية قد ذكر مع المتدائنين وهذا هو القبض الصحيح، أما شرط أن يكون القبض تحت يد شخص آخر غير المتدائنين فلم يأت به نص أو إجماع فلا يصح.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن القبض الوارد في الآية ليس قاصراً على المتدائنين فالقبض عام يشمل القبض من المرتهن أو الراهن أو من غيرهما، وتخصيص القبض على المتدائنين تخصيص بلا مخصص لم يدل عليه الدليل، فيبقى العام على عمومه. كما أن العدل يعد نائباً عن المرتهن في القبض فكما يجوز القبض من المرتهن يجوز من نائبه.

وأما السنة: فما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها: أن النبي μ (اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل فرهنه درعه) ^(٣)

(١) سورة البقرة جزء من الآية رقم (٢٨٣)

(٢) سورة البقرة جزء من الآية رقم (٢٨٣)

(٣) سبق تخريجه، أنظر ص من هذا البحث.

وجه الاستدلال: إن ما ورد في السنة أن النبي p قد أقبض درعه عند صاحب الدين.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن الحديث فيه ما يدل على أن المرتهن لم يرض بوضع الرهن عند أحد، وذلك لأنه كان يهودياً - حيث إنه لم يرض بإقراض خير البشر - النبي p - من غير رهن، فكيف يرضى بأن يوضع الرهن تحت يد شخص آخر. وأما المعقول: فإن اشتراط كون الرهن تحت يد شخص آخر غير المتدائنين هو شرط ليس في كتاب الله ولا السنة المطهرة، ولا الإجماع فيكون باطلاً.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن كون الشرط - وضع الرهن تحت يد عدل - لم يأت به نص في الشرع باطلاً قول فيه نظر، فقد يكون الشرط لم يأت به نص في الشرع ولكنه يكون موافقاً لمقتضى العقد، أو ملائماً للعقد، أو جاء به العرف ويكون صحيحاً.

ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إذا اشترط في الرهن أن تكون الورقة التجارية تحت يد شخص آخر غير المتعاقدين، فهل يجوز اشتراط هذا الشرط ويكون الرهن صحيحاً أم أنه لا يجوز ويؤثر هذا الشرط على صحة الرهن؟

فبناءً على الرأي الأول القائل بجواز اشتراط وضع الرهن - الورقة التجارية - تحت يد عدل فإن الرهن يكون صحيحاً.

وبناءً على الرأي الثاني القائل بعدم صحة اشتراط وضع الرهن تحت يد عدل - شخص غير المتعاقدين - فإن الرهن لا يكون مقبوضاً، والرهن لا يكون صحيحاً.

الرأي المختار: الرأي الأول القائل بجواز وضع الرهن تحت يد عدل، وقبض العدل يقوم مقام المرتهن، لقوة استدلالهم وسلامتها من المعارضة.

وبتطبيق هذا على رهن الورقة التجارية: فإنه يجوز وضع الورقة التجارية تحت يد عدل، فيقوم قبضه مقام قبض المرتهن.

ب- الالتزام بعدم التصرف في الورقة التجارية بما يخل بحق الدائن المرتهن: من الالتزامات التي تقع على عاتق الراهن في الورقة التجارية الالتزام بعدم التصرف في الورقة التجارية - محل الرهن - بما يخل بحق الدائن المرتهن استيفاء حقه من الورقة التجارية محل الرهن، سواء أكان هذا التصرف بيعاً أو رهناً، أو أي تصرف آخر^(١).

(١) ومن التصرفات التي قد تؤدي إلى إبطال حق الدائن المرتهن في الورقة التجارية إبراء المدين الراهن المحال عليه من الدين بعد قبول الورقة التجارية.

ويثار هنا تساؤل مؤداه : ما هو أثر الإخلال بهذا الالتزام وذلك إذا قام الراهن بالتصرف في الورقة التجارية بما يخل بحق الدائن المرتهن, فما حكم هذا التصرف؟ نفرق في الإجابة على هذا السؤال بين فرضين:

الفرض الأول: إذا قام الراهن بالتصرف في الرهن قبل قبض المرتهن للرهن.
الفرض الثاني : إذا قام الراهن بالتصرف في الرهن بعد قبض المرتهن للرهن.
فأما بالنسبة للفرض الأول : إذا قام الراهن بالتصرف في الرهن قبل قبض المرتهن, فقد اختلف الفقهاء في حكم تصرف الراهن في الرهن قبل قبضه على رأيين^(١):

الرأي الأول يرى أصحابه التفرقة في تصرف الراهن في الرهن قبل قبض المرتهن بين أمرين:

الأول: إن فرط المرتهن في الطلب فيكون تصرف الراهن صحيحاً.
الثاني : إن لم يفرط المرتهن في طلب الرهن فتأويلان^(٢).
وإلى هذا الرأي ذهب المالكية^(٣).
الرأي الثاني: يرى أصحابه إن تصرف الراهن قبل قبض المرتهن للرهن صحيح, ويبطل الرهن.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٤), والشافعية^(٥), والحنابلة^(٦), والظاهرية^(٧).

-
- (١) راجع ما سبق ص من هذا البحث. " الأثر المترتب على شرط القبض في الرهن"
(٢) والتأويلان هما : بطلان التصرف وصحة الرهن, أو صحة الرهن وبطلان التصرف .
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد عرفة الدسوقي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٢٤٨؛ مواهب الجليل : للحطاب, مرجع سابق, ج ٦, ص ٥٦٤, التاج والإكليل: للمواق, مرجع سابق, ج ٥, ص ١٩.
(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم , مرجع سابق, ج ٨, ص ٢٦٣, مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: لشيخ زاده , مرجع سابق, ج ٤, ص ٣٧٠.
(٥) الحاوي الكبير: للماوردي, مرجع سابق, ج ٦, ص ١١.
(٦) الروض المربع شرح زاد المستتبع: للبهوتي, مرجع سابق, ج ١, ص ٢٣٩, وقد ذكر " والرهن قبل القبض صحيح وليس بلازم للراهن فسخه والتصرف فيه" المغني: لابن قدامة مرجع سابق, ج ٤, ص ٣٩٩, وقد ذكر أن : " ولا يصح الرهن إلا أن يكون مقبوضاً من جائز التصرف, أي لا يلزم الرهن إلا بالقبض" فنكون الصحة عنده بمعنى اللزوم وقد نسب هذا القول إلى الإمام أبي حنيفة, والإمام الشافعي. إلا أن نسبته إلى هذه المذاهب الفقهية تحتاج إلى نظر.

سبب الاختلاف يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في صفة عقد الرهن ذاته هل هو عقد جائز قبل القبض ومن ثم يجوز للراهن أن يقوم بتصرف يبطل العقد في حق المرتهن، أم أنه عقد لازم في حق الراهن بمجرد انعقاد العقد فلا يجوز له القيام بأي تصرف يبطل حق المرتهن. فمن رأى من الفقهاء أن عقد الرهن عقد لازم بمجرد انعقاد - ومن ثم يجبر الراهن على إقباض المرتهن للرهن - ذهب إلى أن تصرف الراهن في الرهن غير نافذ في حق المرتهن إذا لم يفرط المرتهن. ومن رأى من الفقهاء إن عقد الرهن عقد جائز - غير لازم - في حق الراهن قبل قبض المرتهن للرهن ذهب إلى أن تصرف الراهن في الرهن تصرف جائز وإن وقع من الراهن بطل الرهن.

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل : بالترقية بين تصرف الراهن في الرهن عند عدم تفریط المرتهن له فيكون غير صحيح، وبين تصرف الراهن فيه عند تفریط المرتهن ويكون التصرف صحيحاً بالمعقول. فقالوا: إن عقد الرهن عقد لازم بمجرد انعقاده فإذا تم أجبر الراهن على إقباضه للمرتهن، فإذا قام الراهن بالتصرف في الرهن لم ينفذ في حق المرتهن إذا لم يفرط في طلبه، أما إذا فرط سقط حقه في قبض الرهن وجاز للراهن التصرف فيه. واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل : بأن تصرف الراهن في الرهن قبل قبض المرتهن صحيح ويبطل الرهن بالمعقول. فقالوا: إن عقد الرهن قبل القبض هو عقد جائز للراهن، فيحق للراهن أن يفسخه، فإذا كان كذلك جاز للراهن أن يتصرف فيه .

ثمرة الاختلاف : تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في حكم تصرف الراهن في الرهن قبل قبض المرتهن للرهن فهل يكون صحيحاً ويفسخ الرهن، ويكون دين المرتهن غير مضمون برهن، أم أن تصرف الراهن في الرهن يكون موقوفاً لصالح المرتهن، فلا يكون للراهن القيام بالتصرف في الرهن بما يتنافى مع مصلحة المرتهن، ويجبر الراهن على إقباض الرهن للمرتهن.

فمن رأى من الفقهاء أن عقد الرهن عقد لازم بمجرد الانعقاد ذهب إلى أن الدائن المرتهن له الحق في طب قبض الرهن، وإذا طلبه كان تصرف الراهن في الرهن

(١) المحلى : لابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ج ٨، ص ٨٨ مسألة رقم (١٢٠٩) .

غير نافذ في حق, أما إذا فرط في الطلب سقط حقه وكان تصرف الراهن صحيحاً ونافذاً في حقه.

ومن رأى من الفقهاء أن عقد الرهن عقد جائز ذهب إلى أن تصرف الراهن صحيح ونافذ في حق المرتهن, ويفسخ الرهن حينئذ.

الرأي المختار : هو الرأي الأول القائل بتالفرقة بين أمرين :

الأول: إذا لم يفرط الدائن المرتهن في طلب القبض فيكون تصرف الراهن غير نافذ في حقه.

الثاني: إذا فرط الدائن المرتهن في قبض الرهن سقط حقه وكان تصرف الراهن صحيحاً ونافذاً في حقه.

وذلك لقوة استدلالهم, ولأن عقد الرهن - طبقاً للرأي المختار- هو عقد لازم بانعقاد العقد, فلا يجوز للراهن أن يتصرف في الرهن بما يخل بحق الدائن المرتهن. وإلى جانب هذا الأمر يمكن لنا إضافة ما يتناسب مع رهن الورقة التجارية - لأنها قائمة على التجارة, وعلى العرف التجاري- أن المرتهن يكون مخيراً بين عدة :

أ- إما أن يبقى على دينه بغير رهن.

ب- وإما أن يطالب الراهن بتقديم رهن آخر يماثل قيمة الرهن فإن أجابه الراهن فلا يكون للمرتهن حق آخر.

ج- وإما أن يطالب الراهن بأداء دينه لأن ضمانه قد سقط. والله أعلم

”

وأما بالنسبة للفرض الثاني: إذا قام الراهن بالتصرف في الرهن بعد قبض المرتهن له تصرفاً يمنع المقصود من الرهن فنفرق بين أمرين :

الأمر الأول: إذا لم يكن التصرف بإذن من المرتهن.

الأمر الثاني: إذا كان التصرف بإذن من المرتهن.

فأما بالنسبة للأمر الأول: " إذا لم يكن التصرف بإذن من المرتهن": فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه إن تصرف الراهن في الرهن موقوف على إذن المرتهن, أو قضاء الدين.

والى هذا الرأي ذهب الأحناف^(١), والمالكية^(١) والشافعية^(٢), والحنابلة^(٣), والزيدية^(٤).

(١) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٨, ص ٢٩٨, حاشية رد المحتار: لابن عابدين

مرجع سابق, ج ٦, ص ٥٠٨, " المعروف بحاشية ابن عابدين"

الرأي الثاني: يرى أصحابه إن تصرف الراهن صحيح دون التوقف على إذن المرتهن, ويبطل الرهن حينئذ.

وإلى هذا الرأي ذهب الإمام أبو يوسف من الحنفية^(٥), والظاهرية^(٦).
سبب الاختلاف : يرجع سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى مدى صحة تصرف المالك في ملكه إذا تعلق به حق الغير هل يكون صحيحاً أم لا؟
فمن رأى من الفقهاء عدم صحة تصرف المالك في ملكه إن تعلق به حق الغير ذهب إلى عدم صحة تصرف الراهن في الرهن لتعلق حق المرتهن بالرهن.
ومن رأى من الفقهاء إن تصرف المالك في ملكه لا يتوقف على إجازة أحد, وإن تعلق حقه به ذهب إلى صحة تصرف الراهن في الرهن دون التوقف على إجازة المرتهن.

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل : بأن تصرف الراهن في الرهن موقوف على إذن المرتهن, أو قضاء الدين بالسنة, والمعقول.

فأما السنة: فما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال (لا ضرر ولا ضرار)^(٧) .
وجه الاستدلال : إن القاعدة المستنبطة من الحديث هي عدم الضرر, فإذا كان تصرف الراهن يضر بالمرتهن فإنه يمنع من هذا التصرف, لعدم جواز إلحاق الضرر بالغير.

وأما المعقول فمن وجهين:

الأول: إن الراهن عاجز عن التسليم فحق المرتهن في الحبس لازم, فلا ينفذ تصرف الراهن في الرهن إلا إذا أذن له .

(١) التاج والإكليل: للمواق, مرجع سابق, ج ٥, ص ١٣.

(٢) تكملة المجموع شرح المذهب: للمطيعي, مرجع سابق, ج ١٣, ص ٢٣٩.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل: لابن قدامة, مرجع سابق, ج ٢, ص ٨١.

(٤) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني, مرجع سابق, ص ٦١٨.

(٥) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: لشيخ زاده, مرجع سابق, ج ٤, ص ٢٩٤.

(٦) المحلى : لابن حزم الظاهري, مرجع سابق, ج ٨, ص ٩٣, رقم المسألة (١٢١٤)

(٧) كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال: لعلاء الدين الهندي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٩١٩, رقم

الحديث (٩١٦٧), الموطأ: للإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة, دار إحياء التراث , القاهرة -

مصر, باب الأفضية, ج ٢, ص ٧٤٥, رقم الحديث (١٤٢٩)

الثاني :إن الدائن المرتهن قد تعلق حقه بالرهن فيمنع الراهن من التصرف فيه كما يمنع من أوصى بجميع ماله فيما زاد عن الثلث لتعلق حق الورثة به.
واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: بأن تصرف الراهن في الرهن صحيح دون التوقف على الإذن, ويبطل الرهن حينئذ بالمعقول
فقالوا: إن الراهن بتصرفه في الرهن قد تصرف في خالص ملكه فيصح كسائر تصرفاته.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن الراهن قد تصرف في ملكه إلا أن هذا الملك قد تعلق به حق الغير - الدائن المرتهن - فيكون صحيحاً ولكنه لا ينفذ في مواجهة الدائن المرتهن إلا بإجازته .

ثمرة الاختلاف : تظهر ثمرة الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة في مدى صحة التصرف الصادر من الراهن في الرهن هل هو صحيح ونافذ في حق المرتهن, أم أنه موقوف على إذن المرتهن, ومن ثم يجوز له فسخه؟
فبناءً على الرأي القائل بأن حق المرتهن قد تعلق بعين الرهن ذهب إلى أن تصرف الراهن في الرهن يكون موقوفاً على إذن المرتهن.
وبناءً على الرأي القائل بأن الراهن قد تصرف في خالص ملكه ذهب إلى صحة تصرفه ونفاذه في حق المرتهن, دون التوقف على إجازة من المرتهن.
الرأي المختار: هو الرأي القائل بأن تصرف الراهن في الرهن بعد قبض المرتهن يكون غير نافذ في حق المرتهن إلا بإذنه, لقوة استدلالهم وسلامتها من المعارضة.

و
الله أعلم

وأما بالنسبة للأمر الثاني: "إذا تصرف الراهن في الورقة التجارية محل الرهن بإذن من المرتهن" فيثار تساؤل مؤداه : ما هو أثر إذن المرتهن للراهن بالتصرف في الرهن على حق المرتهن, وعلى التصرف الصادر من الراهن؟
نفرق في الإجابة على هذا التساؤل بين أمرين:
الأول: إذا كان الإذن مطلقاً عن الشرط. الثاني: إذا كان الإذن مقيداً بشرط.

فأما بالنسبة للأمر الأول: إذا كان الإذن من المرتهن مطلقاً " فقد اختلف الفقهاء في أثر الإذن إذا كان مطلقاً على ثلاثة أراء:
الرأي الأول: يرى أصحابه إن إذن المرتهن صحيح, وجاز للراهن بيع الرهن, ويجوز للمرتهن مطالبة الراهن بحقه, ويقوم الراهن بالوفاء رضي أم أبي.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية^(١).
 الرأي الثاني: يرى أصحابه إن الإذن صحيح والبيع نافذ، وحق المرتهن ينتقل إلى البديل، وهو الثمن.
 وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٢).
 الرأي الثالث: يرى أصحابه إن الإذن صحيح والبيع نافذ، ويسقط حق المرتهن في الرهن، ولا ينتقل الرهن إلى الثمن.
 وإلى هذا الرأي ذهب الإمام أبو يوسف من الأحناف^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: بأن إذن المرتهن صحيح، وجاز للراهن بيع الرهن، ويجوز للمرتهن مطالبة الراهن بحقه، ويقوم الراهن بالوفاء رضي أم أبى بالمعقول.

فقالوا: إن المرتهن لم يرض بذمة الراهن فيعجل حقه لأن المنع لأجله، فإذا أذن المرتهن للراهن بالبيع جاز للراهن البيع، وللمرتهن مطالبته بحقه، ويقوم الراهن بالوفاء بحق المرتهن، فإن أبى أجبر على ذلك، إلا إذا قدم رهناً مثله للمرتهن، وإن لم يأت برهن مثله وقف الثمن محل الرهن .

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: يرى أصحابه إن الإذن صحيح والبيع نافذ، وحق المرتهن ينتقل إلى البديل، وهو الثمن بالمعقول.
 فقالوا: إن حق المرتهن قد تعلق بالمالية وهو الرهن -وهو المبدل-، والبديل له حكم المبدل فإذا بيع الرهن انتقل إلى البديل.

(١) التاج والإكليل: للمواق، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٣،

(٢) اللباب في شرح الكتاب: للغنيمي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦٣، الفتاوى الهندية: للشيخ نظام، مرجع سابق، ج ٣، ص ١١٠، ١١١.

(٣) اللباب في شرح الكتاب: للغنيمي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦٣، الفتاوى الهندية: للشيخ نظام، مرجع سابق، ج ٣، ص ١١٠، ١١١.

(٤) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٧٠، ٧١، تكملة المجموع شرح المهذب: للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٣، ص ٢٣٩ .

(٥) الإنصاف في معرفة الراجح من خلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٥، ص ١١٩، الشرح الكبير: الكبير: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٠٥.

ونوقش هذا الاستدلال: إن الرهن لا ينتقل إلى الثمن لأن في هذا استتفاف رهن- عقد رهن جديد-، وعقد الرهن لا يصح إلا باختيار المتعاقدين والراهن غير مختار فلم يلزمه رهنه.

ويرد على هذه المناقشة: بأن انتقال الرهن من عين الرهن إلى البديل ليس فيه استتفاف للرهن بل هو في ذات العقد الذي عقد بين الراهن والمرتهن، وهذا يعد أثراً له، إلا أن هذا الأمر لا يظهر إلا إذا لم يقدم الراهن رهنه آخر للمرتهن، فإذا قدم الراهن رهنه ينتقل حق المرتهن إليه.

واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل: بأن الإذن صحيح والبيع نافذ، ويسقط حق المرتهن في الرهن، ولا ينتقل حقه إلى الثمن بالمعقول.

فقالوا: إن إذن المرتهن للراهن بالبيع مسقط لحقه في حبس الرهن، فإذا باع الراهن الرهن زال ملكه، وزوال الملك مبطل للرهن كالعق^(١)، ولأن حق المرتهن إنما كان في حبس الرهن بحقه ومنع الراهن من بيعه، وإذنه في البيع مبطل لمعنى الرهن فكذلك إذا بيع بإذنه بطل الرهن.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن إذن المرتهن للراهن ببيع الرهن ليس مسقطاً لحق المرتهن في الرهن، فحق المرتهن قد تعلق بعين الرهن إذا كان قائماً وببذله إذا أتلّف، فينتقل حق المرتهن من عين الرهن إلى الثمن كما ينتقل حقه من عين الرهن إلى بدله إذا أتلّف.

كما أن القياس على العتق قياس مع الفارق لأن العتق مخرج للرهن من ملك الراهن بلا عوض، أما البيع ففيه عوض، فينتقل الرهن إلى العوض. ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة أثر إذن الدائن المرتهن على حقه في الرهن.

فبناءً على الرأي القائل بأن للدائن المرتهن حق مطالبة الراهن بالدين، فإنه يجوز للدائن المرتهن مطالبة الراهن بالدين ويجبر الراهن على الوفاء، وإذا لم يقم بالوفاء جاز للراهن أن يقدم رهنه مثله، وإن لم يأت برهن وقف ثمن الرهن محل الدين. وبناءً على الرأي القائل بأن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى الثمن، فإن ثمن الرهن يكون رهنه عند الدائن المرتهن، ويحق للدائن المرتهن حبسه عن الراهن.

(١) وهذا إذا كان محل الرهن عبداً وقاس الفقهاء على العبد حال العتق لأن العتق مزيل لملك الراهن بلا عوض

وبناءً على الرأي القائل بأن حق الدائن المرتهن يسقط بوجود الإذن فلا يحق للدائن المرتهن مطالبة المدين الراهن بتعجيل الدين - إذا كان مؤجلاً-، أو مطالبته بتقديم دين آخر يحل محل الرهن، كما أن حقه لا ينتقل من الرهن إلى الثمن.

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل بأنه يجوز للدائن المرتهن أن يأذن للراهن ببيع الرهن ويحق له مطالبة الراهن بالدين، ويجب على الراهن الوفاء بالدين، رضي أم أبى، وإذا لم يقدّم بالوفاء جاز للراهن أن يقدم رهناً مثله، وإن لم يأت برهن وقف ثمن الرهن محل الدين، لما في هذا الرأي من توسعة على المرتهن والراهن^(١)، ولأن الرهن إذا كان تجارياً، يحكمه العرف التجاري، والعرف يقضي بأن المرتهن إذا أذن للراهن في التصرف في الورقة التجارية محل الرهن يكون بقصد ضمان حقه.

و

الله أعلم،،،

وأما بالنسبة للأمر الثاني: "إذا كان الإذن الصادر من المرتهن مقيداً بشرط، فما حكم الإذن الصادر من المرتهن، وأثره على البيع، ونفرق في حكم الإذن المقترن بالشرط، وأثره على البيع بين نوعين^(٢):"

أ- إذا كان الإذن مقترناً بشرط تعجيل الدين.

ب- إذا كان الإذن مقترناً بشرط جعل الثمن رهناً.

أ- إذا كان إذن المرتهن مقيداً بشرط تعجيل الدين^(٣): فقد اختلف الفقهاء في مدى صحة الإذن الصادر من المرتهن، وأثره على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن إذن المرتهن بالبيع بشرط تعجيل الدين، إن الإذن جائز والشرط جائز، ويجوز للراهن بيع الرهن .

والى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٤)، والمالكية^(١)، وأحد القولين عند الشافعية^(٢)، والأصح عند الحنابلة^(٣) .

(١) وتظهر التوسعة على المرتهن في حفظ حقه في الثمن، وتظهر التوسعة على الراهن في جواز التصرف في الرهن .

(٢) ويظهر حكم هذا الأمر جلياً إذا كان الدين مؤجلاً أما إذا كان الدين حالاً فإن حق المرتهن قد تعلق بالثمن لأن حقه قد حل.

(٣) وهذا إذا كان الدين - دين المرتهن- غير حال.

(٤) بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج، ٦، ص ١٤٥، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، ١٣١٣هـ، دار الكتب الإسلامي، القاهرة. ج ٦، ص ٨٤.

الرأي الثاني: يرى أصحابه إن إذن المرتهن ببيع الرهن بشرط تعجيل الدين, إن الإذن فاسد, والشرط فاسد, والبيع فاسد كذلك.
 وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية في أظهر القولين^(٤), ورواية عند الحنابلة^(٥).
 الرأي الثالث: يرى أصحابه إن إذن المرتهن ببيع الرهن بشرط تعجيل الدين, إن الإذن جائز, والبيع جائز, والشرط لاغ.
 وإلى هذا الرأي ذهب المزني من الشافعية^(٦), والحنابلة في رواية^(٧)
 الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: بأن إذن المرتهن بالبيع جائز والشرط جائز كذلك بالمعقول.

فقالوا: إنه شرط ملائم للعقد قد تدعو الحاجة إليه, ولا يوجد ما يمنعه, فيصح الشرط كما لو أذن المرتهن للراهن ببيع الرهن بشرط أن يكون الثمن رهناً, والبيع جائز كذلك لأنه قد صدر ممن يملكه وصادف محله فيجوز.
واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: بأن إذن المرتهن بشرط تعجيل الدين فاسد, والبيع فاسد" بالمعقول:

فقالوا: إن المرتهن لم يأذن للراهن بالبيع إلا بتعجيل الدين, وهذا الأمر لم يسلم للمرتهن, لأن دين المرتهن مؤجل فلا يجوز تعجيله فيكون الشرط باطل, وإذا بطل الشرط بطل الإذن, فيصير البيع بغير إذن فيبطل.

-
- (١) التاج والإكليل: للمواق, مرجع سابق, ج ٥, ص ١٣.
 (٢) روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي, طبعة ١٤٠٥هـ, المكتب الإسلامي, ج ٤, ص ٨٣.
 الحاوي الكبير: الماوردي, مرجع سابق, ج ٦, ص ٧٣.
 (٣) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي, مرجع سابق, ج ٥, ص ١١٩, وبه جزم المغنى والشرح والمحرر والرعايتين والحاويين والوجيز وغيرهم,
 (٤) روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي, طبعة ١٤٠٥هـ, المكتب الإسلامي, ج ٤, ص ٨٣,
 تكملة المجموع شرح المذهب: للمطيعي, مرجع سابق, ج ١٣, ص ٢٤٠.
 (٥) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي, مرجع سابق, ج ٥, ص ١١٩.
 (٦) الحاوي الكبير: الماوردي, مرجع سابق, ج ٦, ص ٧٣.
 (٧) مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى: للرحيبياني, مرجع سابق, ج ٣, ص ٢٦٣, وإذا فسد الشرط كان الثمن رهناً .

ويناقش هذا الاستدلال: بأن حق الدائن المرتهن متعلق بالحق الثابت في الرهن - الورقة التجارية-، وللراهن الحق في أجل الدين فإذا تراضيا على أن يسقط الدائن المرتهن حقه في حبس الرهن على أن يعجل الراهن الدين فلهما ذلك لما يكون في ذلك من تحقيق مصلحة لكل منهما، فيكون الإذن صحيح والشرط صحيح كذلك.

واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل: بأن إذن المرتهن ببيع الرهن بشرط تعجيل الدين، إن الإذن جائز والشرط لاغ، وإذا باع الراهن فالبيع جائز، بالمعقول: فقالوا: إن إذن المرتهن ببيع الرهن صحيح لأن حقه، أما الشرط فباطل لأن الدين مؤجل وهو حق الراهن ولا يسقط حق الراهن إلا برضاه وهو لم يرض بذلك فيبقى الأجل، والبيع صحيح لأنه مبني على إذن المرتهن.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن الدائن المرتهن لم يرض بالإذن إلا بشرط تعجيل الدين، وهو شرط معتبر فلا يلغو لما فيه من المصلحة فيجب الوفاء به.

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل بأن إذن المرتهن للراهن بالتصرف في الرهن بشرط تعجيل الدين، فيصح التصرف والشرط، فيلتزم الراهن بالشرط- تعجيل الدين - لأنه شرط ملائم للعقد الذي عقد بين الراهن والمرتهن، وإذا كان كذلك فيكون جائزاً، استناداً لقول الله تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ }^(١)، وقول النبي ﷺ (المسلمون عند شروطهم)^(٢)

والله أعلم ،،،

ب- إذا كان إذن المرتهن مقيداً بشرط جعل الثمن رهناً: فإذا أذن المرتهن للراهن بالبيع وشرط أن يكون الثمن رهناً فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول: يرى أصحابه إن إذن المرتهن للراهن بالبيع بشرط جعل الثمن رهناً ، الإذن صحيح، والشرط صحيح، ويجوز للراهن البيع. وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٣)، والمالكية^(١)، وأحد القولين عند الشافعية^(٢)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٣).

(١) سورة المائدة جزء من أية رقم (١)

(٢) صحيح البخاري: للإمام البخاري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٩٤ "باب الإجارة، كتاب أجر السمسرة"

(٣) البحر الرائق : لابن نجيم ، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٨٩ ، وهذا مقتضى ما ذهب الإمام أبو

حنيفة، والإمام محمد بن الحسن ، وذلك إذا كان الإذن مطلقاً، ومن ثم إذا كان هذا مشروطاً في الإذن.

أما الإمام أبو يوسف فنذكر أن الإذن "

الرأي الثاني: يرى أصحابه إن إذن المرتهن للراهن بالتصرف في الرهن بشرط جعل الثمن رهناً فاسد، ويفسد البيع.

وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية في الأصح^(٤).

الرأي الثالث: يرى أصحابه إن إذن المرتهن للراهن بالتصرف في الرهن بشرط جعل الثمن رهناً إن الإذن صحيح والشرط فاسد، ويجوز للراهن البيع.

وإلى هذا الرأي ذهب الحنابلة في رواية^(٥).

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: بأن إذن المرتهن بالبيع بشرط جعل الثمن رهناً جائز، ويجوز للراهن البيع بالمعقول.

فقالوا: إن إذن المرتهن بجعل الثمن مكان الرهن صحيح لأن نقل الرهن من عين الرهن إلى بدله جائز، كما إذا أتلّف الرهن متلف فأغرم القيمة، فإن الرهن ينتقل إليها.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: بأن إذن المرتهن بشرط جعل الثمن رهناً فاسد والإذن فاسد. بالمعقول:

فقالوا: إن الإذن يقتضي ارتهان الثمن، والثمن يحصل فيه مجهول ورهن المجهول غير جائز، وإذا كان كذلك فلا يجوز للراهن البيع لأنه قائم على سبب غير مشروع، ويبقى الرهن على حاله.

ويناقش هذا الاستدلال: إن الجهالة في هذه الحالة^(٦) - إن حدثت - فتكون يسيرة، والجهالة اليسيرة لا تبطل الرهن، لأنها لا تقضي إلى التنازع.

(١) الشرح الكبير: للدردير، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٤٨، التاج والإكليل: للمواق، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٣.

(٢) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٧٤.

(٣) الشرح الكبير: لابن قدامه، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٠٥، الإقناع في فقه الإمام أحمد: للحجاوي، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٦٠، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٢٠.

(٤) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٧٤.

(٥) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٢٠.

(٦) كما أن الجهالة حال التصرف في الورقة التجارية منتفية لأن قيمة الرهن - الورقة التجارية - معلوم سلفاً.

واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل: بأن إذن المرتهن بالبيع بشرط جعل الثمن رهناً إن الإذن صحيح والشرط فاسد، والبيع صحيح بالمعقول.
فقالوا: إن شرط جعل الثمن رهناً لا يقتضيه العقد، وإذا كان كذلك فيبطل الشرط ويبقى الإذن صحيحاً، ويكون البيع صحيحاً، ومن ثم لا يجب الوفاء بالشرط، فيصبح دين الدائن بلا رهن.

ويناقد هذا الاستدلال: بأن شرط جعل الثمن رهناً إذا كان لا يقتضيه العقد إلا أنه ملائم للعقد فيصح، ولما فيه من مصلحة فيجب الوفاء به.

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل بأن إذن المرتهن للراهن بالتصرف في الرهن بشرط جعل الثمن رهناً صحيح، فيصح التصرف والشرط، فيلتزم الراهن بالشرط- جعل الثمن رهناً - لأنه شرط ملائم للعقد الذي عقد بين الراهن والمرتهن، وإذا كان كذلك فيجب على الراهن الالتزام به. والله أعلم ،،،

ج- الالتزام بضمان وجود قيمة الورقة التجارية عند حلول أجل الدين^(١):
من الالتزامات التي يلتزم بها المدين الراهن - في رهن الورقة التجارية- الالتزام بضمان وجود قيمة الورقة التجارية عند حلول أجل الدين.

إلا أنه يثار هنا تساؤل مؤداه: ما هو مدى التزام المدين الراهن بوجود قيمة الورقة التجارية لدى المحال عليه عند حلول أجل الوفاء بقيمة الورقة التجارية، فهل يكون الراهن ضامناً لوجود الحق- قيمة الورقة التجارية- حتى يستطيع الدائن المرتهن الحصول على حقه من الورقة التجارية، أم لا؟

القاعدة في هذا الأمر إن المدين الراهن يكون ضامناً لوجود قيمة الورقة التجارية سواء اشترط الدائن المرتهن يسار المحال عليه أم لم يشترط^(٢).

(١) ويرتبط هذا الحق ارتباطاً وثيقاً بتعلق حق الدائن المرتهن في الرهن، فإن حق الدائن المرتهن يتعلق بعين الرهن- الورقة التجارية- ، وبذمة الراهن كذلك، فإذا لم يستطع الدائن المرتهن الحصول على حقه من عين الرهن- الورقة التجارية- كان له الحق في مطالبة المدين الراهن بالدين المضمون.

(٢) إلا ان الفارق بين الأمرين أن الدائن المرتهن حال اشتراطه يسار المحال عليه على المدين الراهن قد احتفظ بحقه في الرجوع على المدين الراهن مباشرة سواء أفلس المحال عليه، أم توى الدين. أما إذا لم يشترط الدائن المرتهن على المدين الراهن يسار المحال عليه فإنه يمكن للمدين الراهن أن يطالب الدائن المرتهن الرجوع على المحيل قبل أن يرجع عليه بقيمة الورقة التجارية

فإذا اشترط الدائن المرتهن على المدين الراهن يسار المحال عليه في الورقة التجارية عند حلول أجل الدين فإن المدين الراهن يلتزم حينئذٍ بيسار المحال عليه، وكذلك بوجود قيمة الورقة التجارية وقت حلول أجل الدين.

والعلة : في التزام المدين الراهن بيسار المحال عليه - أي وجود قيمة الورقة التجارية عند حلول أجل الدين - لوجود الشرط بين المدين الراهن، والدائن المرتهن، وحتى يستطيع الدائن المرتهن الحصول على الدين من المحال عليه إذا حل أجل الدين في الورقة التجارية .

أما إذا لم يشترط الدائن المرتهن على المدين الراهن يسار المحال عليه فإن المدين الراهن يلتزم كذلك بالوفاء بقيمة الدين للدائن المرتهن.

العلة: لأن العلاقة بين كلٍ من الدائن المرتهن، والمدين الراهن علاقة مديونية فإذا لم يستطع الدائن المرتهن الحصول على حقه من الرهن - الورقة التجارية - فإنه يطالب المدين الراهن بالوفاء بدينه، فينتقل الحق من عين الرهن - الورقة التجارية - إلى ذمة الراهن.

د- الالتزام بالوفاء بقيمة الدين المرهون عند تعذر استيفاء الدائن " المرتهن" قيمة الرهن من الورقة التجارية ^(١): من الالتزامات التي يلتزم بها المدين الراهن الالتزام بضمان وجود قيمة الورقة التجارية عند حلول أجل الدين، حيث إن قيمة الرهن - في رهن الورقة التجارية - يتحقق في قيمة الورقة التجارية ذاتها فإذا كانت الورقة التجارية غير ذات قيمة ترتب على هذا الأمر أن الرهن ذاته لا يكون له فائدة فيجب أن يكون للورقة التجارية قيمة، فيلتزم الراهن في رهن الورقة التجارية بالوفاء بقيمة الرهن إذا تعذر على المرتهن استيفاء حقه - دينه - من الورقة التجارية.

والعلة في ذلك : إن المدين الراهن في الورقة التجارية ضامن لقيمة الورقة التجارية، وكذلك ضامن لقيمة الدين المرهون للدائن، فإذا لم يستطع الدائن المرتهن الحصول على حقه من الورقة التجارية - من المحال عليه في الورقة التجارية - جاز له مطالبة المدين الراهن في الورقة التجارية بالوفاء بقيمة الدين.

ه- الالتزام بالإففاق على الرهن : من الالتزامات العامة التي يلتزم بها المدين الراهن الالتزام بالإففاق على الرهن، ولكن ما هي النفقات التي يلتزم الراهن بها؟ وللإجابة على هذا التساؤل نفرق بين نوعين من النفقات التي يمكن أن تنفق على الرهن:

(١) ويرتبط هذا الالتزام بالالتزام السابق " الالتزام بضمان وجود قيمة الورقة التجارية عند حلول أجل

الدين "

النوع الأول: نفقات لحفظ الورقة التجارية محل الرهن.
 النوع الثاني: نفقات لتحصيل قيمة الورقة التجارية محل الرهن.
 فأما بالنسبة للنفقات التي تنفق لحفظ الورقة التجارية محل الرهن^(١): فعلى من
 تجب هل تجب على الراهن، على المرتهن؟
 اختلف الفقهاء في حكم النفقة التي تنفق على الرهن لحفظه على رأيين :
 الرأي الأول: يرى أصحابه إن نفقات حفظ الرهن يلتزم الدائن المرتهن بها.
 وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف^(٢).
 الرأي الثاني: يرى أصحابه إن نفقات حفظ الرهن يلتزم بها المدين الراهن.
 وإلى هذا الرأي ذهب المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، والظاهرية^(٦)،
 والزيدية^(٧)، والإمامية^(٨).

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: بأن نفقات حفظ الرهن يلتزم بها الدائن المرتهن بالمعقول.
 فقالوا: إن النفقات حفظ تكون على صاحب اليد، ولما كان الدائن المرتهن هو
 من يضع يده على الرهن فيلتزم بالنفقات التي تحفظ الرهن، وأنه لما كان للدائن
 المرتهن حق الحبس كان عليه حفظه ولا يتم إلا بالنفقة عليه فوجبت عليه.
واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: بأن نفقات حفظ الرهن يلتزم بها المدين
الراهن بالسنة، والقياس، والمعقول.

-
- (١) ويقصد بها مؤنة حفظ الرهن إذا كان له مؤنة .
 (٢) الفتاوى الهندية: للشيخ نظام، مرجع سابق، ج ٥، ص ٤٥٥، تحفة الفقهاء: لعلاء الدين
 السمرقندي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٣،
 (٣) التاج والإكليل: للمواق، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٣، شرح الخرشي على مختصر خليل: لأبي
 عبد الله الخرشي، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٥٤،
 (٤) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٤،
 (٥) الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامه، مرجع سابق، ج ٢، ص ٨١، الشرح الكبير: لشمس
 الدين ابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٠٧،
 (٦) المحلى: لابن حزم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٨٩، وما بعدها، مسألة رقم (١٢١٣)
 (٧) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني، مرجع سابق، ص ٦١٦
 (٨) مفتاح الكرامة: للحر العاملي، مرجع سابق، ج ٥، ص ١١٦ .

فأما السنة : فما روي عن أبي هريرة أنه قال: (قال رسول الله لا يغلق الرهن, لصاحبه غنمه وعليه غرمه) [١].

وجه الاستدلال: إن نفقة الحفظ نوع من أنواع النفقة فتجب على مالكة وهو الراهن لأن غرم الرهن عليه.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن من المعاني المقصودة في الحديث "عليه غرمه" النفقات التي تجب لبقاء الرهن فإذا بقي كان له غنمه, وإن هلك كان عليه غرمه, أما نفقات الحفظ تحت يد المرتهن فتجب على المرتهن لثبوت يده على الرهن.

وأما القياس: فقياس نفقات حفظ الرهن على الراهن على نفقات حفظ الوديعة على المودع بجامع ثبوت اليد في كل.

ويناقش هذا الاستدلال: بأنه قياس مع الفارق لأن يد المرتهن على الرهن هي يد وثيقة واستيفاء فيجب عليه نفقة الحفظ, أما يد المودع لديه في الوديعة فهي يد أمانة فلا يجب عليه نفقة الحفظ, وإنما تجب على المودع.

وأما المعقول: فإن الرهن باقٍ على ملك صاحبه فيجب عليه كافة النفقات كسائر ملكه.

ويناقش هذا الاستدلال: بأننا نسلم بأن الرهن ما زال على ملك صاحبه, إلا أن يد المرتهن قد ثبتت عليه فتجب عليه نفقات الحفظ.

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل بأن نفقات حفظ الرهن على المرتهن لأنه تحت يده , ويده يد استيفاء فيجب عليه حفظه ونفقات الحفظ كذلك.

والله أعلم , , ,

وأما بالنسبة للنفقات التي تنفق لتحصيل قيمة الورقة التجارية: (٢) فهذا النوع من النفقات اتفق الفقهاء على التزام المدين الراهن بها, واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول.

فأما السنة : فما روي عن أبي هريرة أنه قال: [قال رسول الله لا يغلق الرهن, لصاحبه غنمه وعليه غرمه] [١].

(١) المستدرک على الصحيحين: للحکام النسابةوري, مرجع سابق, ج ٢, ص ٥٨, کتاب البيوع, رقم الحديث(٢٣١٥) وذكر أن هذا الحديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(٢) ويمائل هذا النوع في الرهن بصفة عامة النفقات التي تنفق على الرهن لبقائه.

مثالها : توجيه الإنذار للمحال عليه, ومصاريف رفع الدعوى عند الحبود والإنكار, مصاريف رفع الدعوى إن أفلس المحال عليه"

وجه الاستدلال: إن الراهن هو المالك للرهن فلا يعلق الرهن منه فله غرمه, ومن غرم الرهن الالتزام بالنفقات التي تجب لبقائه.
وأما المعقول: فإن الرهن على ملك الراهن فيجب عليه النفقة لبقاء الرهن كسائر ممتلكاته .

المبحث الثاني

أثار رهن الورقة التجارية بالنسبة للدائن المرتهن في الفقه الإسلامي
يترتب على رهن الورقة التجارية عدد من الآثار بالنسبة للدائن المرتهن, هذه الآثار منها ما يعد حقوقاً للدائن المرتهن يحق له التمسك به في مواجهة المدين الراهن

(١) المستدرك على الصحيحين: للحكام النسابوري, مرجع سابق, ج ٢, ص ٥٨, كتاب البيوع, رقم الحديث(٢٣١٥) وذكر أن هذا الحديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

وغيره , ومنها ما يعد إلزاماً يقع على عاتق الدائن المرتهن يلتزم به تجاه المدين الراهن وغيره.

وسوف نتناول آثار رهن الورقة التجارية بالنسبة للدائن المرتهن في هذا المبحث, وقسمته إلى مطلبين :

المطلب الأول: حقوق المرتهن في رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي.
المطلب الثاني: التزامات المرتهن في رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

حقوق المرتهن في رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي
يترتب على الرهن بصفة عامة عدد من الحقوق للدائن المرتهن^(١), إلا أنه لما كان رهن الورقة التجارية يتميز ببعض الأحكام التي تتناسب مع طبيعة الورقة التجارية, فإن الحقوق التي تثبت للدائن المرتهن في الورقة التجارية لا بد أن تتناسب مع محل الرهن وهو الورقة التجارية, فمن الحقوق التي تثبت للدائن المرتهن في الورقة التجارية :

- أ- الحق في حبس الورقة التجارية محل الرهن.
- ب- الحق في مطالبة الراهن بالدين.
- ج- الحق في استيفاء الدين من الورقة التجارية
- د- الحق في التقدم عن سائر الغرماء.

أ- الحق في حبس الورقة التجارية محل الرهن^(٢): من الحقوق التي تثبت للدائن المرتهن الحق في حبس الرهن, ويقصد بحبس الورقة التجارية محل الرهن أمران :
الأول: قبض الورقة التجارية محل الرهن.
الثاني : استدامة قبض الورقة التجارية محل الرهن.

(١) من الحقوق التي تثبت للدائن المرتهن :

- أ- الحق في حبس المرهون ووضعه تحت يده.
 - ب- الحق في استيفاء الدين مقدماً عن سائر الغرماء .
 - ج- الحق في الانتفاع بالرهن " مع وجود خلاف بين الفقهاء في هذه المسألة"
 - د- الحق التصرف في الرهن عند حلول الأجل.
- (٢) ويقصد بحبس الورقة التجارية أي قبضها ووضعها تحت يده .

فأما بالنسبة للأمر الأول: قبض الدائن للورقة التجارية فمن الحقوق التي اتفق الفقهاء على ثبوتها للدائن المرتهن الحق في قبض الرهن، فيحق للدائن المرتهن مطالبة المدين الراهن بقبض الرهن - إذا لم يقر الراهن بإقباضه للمرتهن - بل إن بعض الفقهاء قد ذهب إلى أن قبض الرهن يعد شرطاً من شروط الصحة التي يتوقف صحة الرهن عليها^(١).

وأما بالنسبة للأمر الثاني: استدامة قبض الورقة التجارية محل الرهن فمن الحقوق التي تثبت للدائن المرتهن الحق في حبس الرهن^(٢)

ويتعلق باستدامة الرهن عدد من الفروض تتعلق برهن الورقة التجارية منها:

- إذا خرجت الورقة التجارية من تحت يد الدائن المرتهن - بأي صورة من الصور " غصب أو إيداع مثلاً - فهل يؤثر هذا على عقد الرهن أم لا؟

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل بأن دوام القبض ليس شرطاً في الرهن لقوة استدلالهم، وسلامتها من المعارضة.

وبناءً على هذا إذا خرجت الورقة التجارية من تحت يد المرتهن بغصب أو إيداع أو تظهير ثم عادت الورقة التجارية إلى الدائن المرهن فلا يؤثر هذا على رهن الورقة التجارية.

والله أعلم ,, ,

ب- الحق في مطالبة الراهن بالدين: من الحقوق التي تثبت للدائن المرتهن الحق في مطالبة الراهن بالدين^(٣) لأنه هو المدين الأصلي في الرهن، فيجوز للدائن المرتهن مطالبة المدين الراهن بالدين، ولأن حق الدائن المرتهن يتعلق بأمرين^(٤) :

الأول: ذمة الراهن. الثاني: عين الرهن - الورقة التجارية - .

ويظهر هذا الحق جلياً عند رهن الورقة التجارية في حالتين:

الأولى: إذا كان أجل الدين المضمون قد حل قبل حلول أجل الوفاء بالورقة التجارية.

(١) راجع ما سبق في شرط القبض ومدى اشتراطه في الرهن

(٢) راجع ما سبق في استدامة القبض من هذا البحث ص

(٣) اللباب في شرح الكتاب: للغيمي، مرجع سابق، ج ١، ص ١٦٣، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٧٠،

(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٦٣، بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٤٥، ص ١٥٣، الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٥٠، ٥١، المغني: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٠٧، .

الثانية: إذا أفلس المحال عليه في الورقة التجارية قبل الوفاء بها. فيجوز للدائن المرتهن الرجوع على المدين الراهن بقيمة الدين متى تعذر عليه استيفاء الدين من الرهن - الورقة التجارية - .

ج- الحق في استيفاء الدين من الورقة التجارية محل الرهن: اتفق الفقهاء^(١) على ثبوت حق الدائن المرتهن - بصفة عامة - في استيفاء حقه من الرهن, ولما كانت الورقة التجارية هي محل الرهن فيجوز للدائن المرتهن أن يستوفي حقه منها, وذلك بمطالبة المحال عليه بقيمة الورقة, ويجوز للدائن المرتهن استيفاء حقه من الورقة التجارية في عدد من الحالات منها:

- إذا حل أجل الدين في الرهن وحل أيضاً أجل الورقة التجارية.
- إذا أفلس المدين الراهن بعد رهن الورقة التجارية.
- إذا مات الراهن قبل الوفاء بالدين المضمون^(٢).

ففي هذه الحالات يتقلد حق الدائن المرتهن من ذمة الراهن إلى عين الرهن - الورقة التجارية - فيجوز له أن يستوفي حقه من الرهن. إلا أنه يثار هنا تساؤل ألا وهو ما حكم بيع الورقة التجارية لغير المحال عليه, فهل يجوز للدائن المرتهن أن يبيع الورقة التجارية لغير المحال عليه - المدين - إذا حل أجل الوفاء بالورقة التجارية ولم يقم المحال عليه - في الورقة التجارية بالوفاء بقيمة الورقة التجارية, أم لا؟

بحث الفقهاء هذه المسألة فيما يعرف في الفقه ببيع الدين, وذلك باعتبار أن الورقة التجارية تعد عقد حوالة يكون المحال عليه مديناً للمحال - الراهن, ومن يأخذ حكمه -, ولقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على ثلاثة آراء^(٣):
الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي القائل بأن يبيع الدين جائز لغير من عليه الدين إذا تحققت شروط معينة, لقوة استدلالهم وسلامتها من المعارضة, ولأن يبيع الدين إذا تحققت الشروط التي وضعها أصحاب هذا الرأي فإنه يكون بعيداً عن البيع الذي يكون فيه شبهة الربا, أو شبهة الغرر.

(١) بدائع الصنائع: للكاساني, مرجع سابق, ج ٦, ص ١٤٥, تبين الحقائق: للزليعي, مرجع سابق, ج

٦, ص ٦٥.

(٢) إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في حكم هذه الحالة, وكان محل الاختلاف بين الفقهاء في مدى أحقية

الدائن المرتهن في التقدم على غيره من الغرماء في استيفاء حقه من الرهن.

(٣) راجع ما سبق تفصيلاً ص من هذا البحث.

د- الحق في التقدم على سائر الغرماء في استيفاء حقه من الرهن^(١): من الحقوق التي اتفق عليها الفقهاء جميعاً^(٢) والتي تثبت للدائن المرتهن بصفة عامة هي ثبوت حق التقدم للدائن المرتهن على غيره من الغرماء في استيفاء حقه من الرهن.

وجه ذلك : إن حق الدائن المرتهن قد تعلق بذمة المدين الراهن وبعين الرهن^(٣), ولما كان محل الرهن هو الورقة التجارية نجد أنه يحق للدائن المرتهن استيفاء حقه- دينه- من الورقة التجارية محل الرهن متقدماً على غيره من الغرماء, وذلك لأن حقه قد تعلق بقيمة الورقة التجارية, بجانب ذمة المدين الراهن. وتظهر ثمرة هذا الحق: إذا حل أجل الوفاء بالورقة التجارية وقام المحال عليه بالوفاء بمبلغ الورقة التجارية, ولم يكن للمدين الراهن- في الورقة التجارية- مال آخر, فإن الدائن المرتهن يكون أحق بهذا المبلغ عن غيره من الغرماء. وجه ذلك : إنه قد ثبت له بعقد الرهن الاختصاص بالمرهون, فإذا ثبت له ذلك ثبت له اختصاصه بثمنه^(٤).

وينظر بعد ذلك : إذا كان الدين المضمون مساوياً لمبلغ الورقة التجارية, أو أكثر, أو أقل.

أ- فإذا كان الدين المضمون مساوياً لمبلغ الورقة التجارية يكون الدائن قد استوفى حقه من الورقة التجارية.

ب- وإذا كان الدين المضمون أقل من مبلغ الورقة التجارية: رد الفاضل إلى الراهن.

ج- وإذا كان الدين المضمون أكبر من مبلغ الورقة التجارية: فإن الدائن المرتهن يكون قد استوفى دينه من مبلغ الورقة التجارية ويتبع الراهن فيما زاد على ذلك ويكون الدائن أسوة الغرماء في القدر الزائد"

ويثار هنا تساؤل مؤداه : هل يثبت حق تقدم الدائن المرتهن على الغرماء حال حياة الراهن, وحال مماته, أم يثبت له هذا الحق حال الحياة فقط, ويسقط حال موت الراهن؟

اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل على رأيين :

(١) ويرتبط هذا الحق ارتباطاً وثيقاً بالحق السابق.

(٢) اللباب في شرح الكتاب: للغيمي, مرجع سابق, ج ١, ص ١٦٣, البحر الرائق شرح كنز الدقائق:

لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٨, ص ٢٧٠,

(٣) كما سبق ذكره أنظر ص

(٤) بدائع الصنائع: للكاساني, مرجع سابق, ج ٦, ص ١٥٣, .

الرأي الأول: يرى أصحابه إن حق الدائن المرتهن في التقدم على غرماء المدينين يثبت حال حياة الراهن، ومماته.

والى هذا الرأي ذهب الأحناف^(١)، والأصح عند الشافعية^(٢)، والصحيح عند الحنابلة^(٣).

الرأي الثاني: يرى أصحابه إن حق الدائن المرتهن في التقدم على غرماء المدينين يثبت له حال حياة الراهن فقط، ويسقط إذا مات الراهن، فلا يتقدم عليهم.

والى هذا الرأي ذهب المالكية^(٤)، وبعض الشافعية^(٥)، ورواية عند الحنابلة^(٦)، والظاهرية^(٧).

سبب الاختلاف: يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في مدي بقاء عقد الرهن حال موت الراهن^(١).

(١) البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٦٣، بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق،

ج ٦، ص ١٤٥، تحفة الفقهاء: لعلاء الدين السمرقندي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٣.

(٢) الأم: للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الطبعة الثانية: ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م، دار

الفكر للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، ج ٣، ص ٢٠٢، الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق،

ج ٦، ص ١٩، الإقناع في فقه الشافعي: للماوردي، ص ١٠٢، تكملة المجموع شرح المهذب:

للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٣، ص ١٩٣.

(٣) المغني: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٩٩، الشرح الكبير: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤

ص ٣٨٦، المسائل الفقهية: للقاضي أبي يعلى الفراء، مكتبة المعارف. الرياض - السعودية، ج ١،

ص ٣٦٦ "وهو ما نقل عن أبي طالب، وابن منصور"

(٤) مواهب الجليل: للحطاب، مرجع سابق، ج ٦، ص ٥٤٩، الشرح الكبير: للدردير، مرجع سابق،

ج ٣، ص ٢٤١.

(٥) الأم: للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الطبعة الثانية: ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م، دار

الفكر للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، ج ٣، ص ٢٠٢، الإقناع في فقه الشافعي: للماوردي، ص

١٠٢، الوسيط في المذهب: للغزالي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٩١

(٦) الإنصاف: في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٠٥، "ونكر إن

المذكور في الرعاية الكبرى أنه أسوة الغرماء مطلقاً" المسائل الفقهية: للفراء، مرجع سابق، ج ١،

ص ٣٦٦ "وهو ما نقل عن احمد بن سعيد"

(٧) المحلى: لابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٢١٥.

فمن رأى من الفقهاء : إن حق الدائن المرتهن في التقدم على الغرماء ثابت على عين الرهن ذهب إلى عدم سقوط حق الدائن إذا مات الراهن .
ومن رأى من الفقهاء : إن حق الدائن المرتهن في التقدم على الغرماء يرتبط بوجود العقد ذهب إلى أنه بموت الراهن يكون الرهن قد فسخ ويسقط حق الدائن في التقدم على الغرماء .

الأدلة

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: بأن حق الدائن المرتهن في التقدم على سائر الغرماء ثابت حال حياة الراهن وحال موته بالمعقول .
فقالوا: إن عقد الرهن صار لازماً بالقبض فلا يفسخ بموت الراهن أو المرتهن ,
وحق المرتهن قد ثبت على الرهن واختص به حال حياة الراهن حال حياة الراهن فكذلك حال مماته .

استدل أصحاب الرأي الثاني القائل: بأن حق الدائن المرتهن في التقدم على سائر الغرماء ثابت حال حياة الراهن , ويسقط حال موته بالمعقول .
فقالوا: إن عقد الرهن قد انفسخ بموت الراهن فلا يكون المرتهن أحق بثمن الرهن من غيره من الغرماء .

ويناقش هذا الاستدلال: بأن عقد الرهن بعد قبض المرتهن صار عقداً لازماً فلا يفسخ بموت الراهن - طبقاً للرأي المختار - , ولأن حق المرتهن قد تعلق بذمة الراهن - التي خربت بموته - وبعين الرهن , فإذا خربت ذمة الراهن فيبقى حق المرتهن متعلق بعين الرهن , فيختص بثمن الرهن حال موت الراهن كذلك .

ثمرة الخلاف : تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إذا مات الراهن , وكان عليه دين آخر ولم يكن له مال غير الرهن - الورقة التجارية - فهل يكون الدائن المرتهن متقدماً على غيره من الدائنين , أم يكون أسوة الغرماء .
فبناءً على الرأي القائل بأن حق الدائن المرتهن في التقدم على غيره من الغرماء ثابت حال حياة الراهن وحال مماته فيكون للدائن المرتهن الحق في استيفاء دينه متقدماً على غيره من الدائنين .

(١) وقد وقع خلاف بين الفقهاء في مدى أثر موت الراهن أو المرتهن على عقد الرهن , قبل أن يصير الرهن لازماً .

وبناءً على الرأي القائل بأن حق الدائن المرتهن في التقدم على غيره من الغرماء يسقط بموت الرهن فإن الدائن المرتهن يكون أسوة الغرماء في استيفاء الدين ولا يتقدم على غيره من الدائنين، ولا يجوز له أن يختص بالرهن.

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل بأن حق الدائن المرتهن في التقدم على غيره م الغرماء يثبت حال حياة الرهن وحال موته، لقوة استدلالهم، وسلامتها من المعارضة، ولأن حق الدائن المرتهن قد تعلق بالرهن - الورقة التجارية- وبذمة الرهن كذلك، فإذا مات الرهن فقد خربت ذمته فيبقى حق الدائن المرتهن متعلقاً به بين المرتهن والرهن.

والله أعلم ،،،

المطلب الثاني

التزامات المرتهن في رهن الورقة التجارية في الفقه الإسلامي

يترتب على الرهن بصفة عامة عدد من الالتزامات التي يلتزم بها الدائن المرتهن، إلا أنه لما كان رهن الورقة التجارية يتميز ببعض الأحكام التي تتناسب مع طبيعة الورقة التجارية، فإن الحقوق التي تثبت للدائن المرتهن في الورقة التجارية لا بد أن تتناسب مع محل الرهن وهو الورقة التجارية، لذا سوف نقصر في بحثنا على ما يتناسب مع الورقة التجارية محل الرهن، فمن الالتزامات التي تقع على الدائن المرتهن في الورقة التجارية :

- أ- الالتزام بالمحافظة على الورقة التجارية محل الرهن.
 - ب- الالتزام بالإتفاق على الرهن.
 - ج- الالتزام بالمطالبة بقيمة الرهن- الورقة التجارية - عند حلول الأجل.
 - د- الالتزام برد الورقة التجارية إلى الرهن عند انفكاك الرهن.
- أ- الالتزام بالمحافظة على الورقة التجارية محل الرهن: من الالتزامات التي يلتزم بها الدائن المرتهن في رهن الورقة التجارية " المحافظة على الورقة التجارية محل الرهن " ويتعلق بهذا الالتزام عدد من المسائل أهمها:

أ- كيفية محافظة الدائن المرتهن للورقة التجارية محل الرهن.

ب- العناية المطلوبة في حفظ الورقة التجارية محل الرهن.

أ- كيفية محافظة الدائن المرتهن للورقة التجارية محل الرهن: يجب على الدائن المرتهن المحافظة على الورقة التجارية محل الرهن، والذي يحدد كيفية المحافظة على الورقة التجارية محل الرهن وهو طبيعة المرهون وهو هنا الورقة التجارية ذاتها.

ويقصد بالمحافظة على الورقة التجارية شقان:

الشق الأول: المحافظة المادية. وذلك بالمحافظة على الورقة التجارية من التلف والضياع "

الشق الثاني: المحافظة على الحق الثابت في الورقة التجارية " ويكون ذلك بالمطالبة بقيمة الورقة وقت استحقاقها (1)

ب- العناية المطلوبة في حفظ الورقة التجارية: يقصد بذلك معرفة المعيار

الذي من خلاله يعرف مدى التزام الدائن المرتهن بحفظ الورقة التجارية محل الرهن.

لما كان رهن الورقة التجارية يعد عملاً ينسب إلى التجارة - عملاً تجارياً- فإن العرف التجاري هو الذي يحدد العناية المطلوبة في حفظ الورقة التجارية محل الرهن.

فالمضابط في ذلك: هو العرف التجاري فإذا اعتبر العرف التجاري أن الدائن قد قام بالعناية المطلوبة، فهنا يكون الدائن المرتهن قد وفى بالتزامه.

أما إذا اعتبر العرف أن الدائن المرتهن لم يوفَّ بالتزامه في المحافظة على الورقة التجارية محل الرهن فيكون قد أخل بالتزامه، ويلتزم بالضمان.

ويتعلق بالتزام الدائن المرتهن بالمحافظة على الورقة التجارية - محل الرهن- مسألة هامة ألا وهي: ما الحكم إذا هلكت الورقة التجارية تحت يد الدائن المرتهن،

فهل يكون ضامناً لقيمة الورقة التجارية- محل الرهن- أم لا(2)؟

للإجابة على هذا التساؤل نفرق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا هلكت الورقة التجارية - محل الرهن- بالتعدي عليها من

الدائن المرتهن.

الفرض الثاني: إذا هلكت الورقة التجارية - محل الرهن- دون تعدد عليها من

الدائن المرتهن.

(1) أنظر لاحقاً ص من هذا البحث.

(2) والمقصود بهلاك الورقة التجارية: هلاك الورقة التجارية ذاتها، وهلاك الحق الثابت فيها" ويكون

ذلك إذا أنكر المحيل، والمحال عليه وجود الحق.

فأما بالنسبة للفرض الأول: إذا هلكت الورقة التجارية - محل الرهن - بالتعدي عليها من الدائن المرتهن" فإذا قام الدائن المرتهن بالتعدي على الورقة التجارية - محل الرهن - فإنه يكون ضامناً لقيمة الورقة التجارية كاملة لأنه متعد بفعله والمتعدي ضامن^(١).

وقد يتخذ التعدي الصادر من المرتهن للورقة التجارية إحدى صورتين: الصورة الأولى: التعدي المادي: وذلك بإتلاف الورقة التجارية - محل الرهن - بإحراقها، أو إتلافها، أو غير ذلك، ولا يوجد ما يثبت الحق في ذمة المدين - المحال عليه - .

حكم هذه الصورة: إن المرتهن يكون ضامناً لقيمة الورقة التجارية كاملة لأنه باشر التعدي في هذه الصورة، والمباشر ضامن وإن لم يتعمد.^(٢) الصورة الثانية: التعدي المعنوي: ويتصور هذا في الورقة التجارية إذا لم يقوم الدائن المرتهن بتحصيل قيمة الورقة التجارية في ميعاد استحقاقها، حتى أفلس المحال عليه.

حكم هذه الصورة: إن المرتهن يكون ضامناً لقيمة الورقة التجارية كاملة لأنه قد تسبب في هلاك الحق الثابت في الورقة التجارية، إلا أنه يشترط لضمان الدائن المرتهن قيمة الورقة التجارية في هذه الصورة أنه يكون متعمداً في ضياع الحق لأنه متسبب والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمداً.^(٣)

وأما بالنسبة للفرض الثاني: إذا هلكت الورقة التجارية - محل الرهن - دون تعد أو تقصير من الدائن المرتهن" فإذا هلكت الورقة التجارية بالتلف تحت يد الدائن المرتهن، أو قام أحد بغصبها وأنكر المحال عليه الورقة التجارية فهل يكون الدائن المرتهن ضامناً لقيمة الورقة التجارية في هذا الفرض أم لا؟ تتعلق الإجابة على هذا التساؤل بالتكييف الفقهي للدائن المرتهن، فهل تكون يده يد أمانة أم يد ضمان؟

(١) وذلك تطبيقاً للقواعد الفقهية منها: (الضرر يزال) راجع في ذلك، رسالة الدكتوراة: مسؤولية مدير الشركة التجارية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي: للمؤلف د/ حسين محروس عبد الجواد قنديل، رسالة دكتوراة قدمت إلى جامعة الأزهر - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة-، عام ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م، ما يتعلق بالقواعد المتعلقة بالضمان" ص ٣٧٧، وما بعدها، والمراجع المثبتة بها.

(٢) المرجع السابق، ص ٣٨٥.

(٣) المرجع السابق، ص ٣٨٥ - ٣٨٦.

ولقد اختلف الفقهاء في التكييف الفقهي للدائن المرتهن^(١) , والرأي المختار في هذه المسألة أن يد الدائن المرتهن يد ضمان, فإذا هلك الرهن - الورقة التجارية وأنكر المحيل, والمحال عليه -^(٢) كان الدائن المرتهن ضامناً له, ويترادان الفضل^(٣), ويتعلق بهذا الفرض إحدى ثلاث صور:

الأولى: إذا كان الحق الثابت في الورقة التجارية مساوياً لقيمة الدين المضمون: فلا تثير هذه الصورة صعوبة فإن الدائن المرتهن يكون قد استوفى حقه من الورقة التجارية.

الثانية: إذا كان الحق الثابت في الورقة التجارية أكبر من الدين المضمون : فإن الدائن المرتهن يكون قد استوفى دينه من الورقة التجارية, أما الزائد فيكون أمانة تحت يده ويجوز للمدين الراهن أن يطالبه به.

الثالثة: إذا كان الحق الثابت في الورقة التجارية أقل من الدين المضمون : فإن الدائن المرتهن يكون قد استوفى حقه من الورقة التجارية, ويرجع على المدين الراهن بالقدر الزائد, ويكون أسوة الغرماء في القدر الزائد.

ب- الالتزام بالإتفاق على الورقة التجارية للمحافظ عليها: من الالتزامات التي تقع على عاتق الدائن المرتهن : التزامه بالإتفاق على الورقة التجارية محل الرهن للمحافظة عليها^(٤).

ولقد ذكرت فيما سبق أن النفقات التي تنفق على الرهن - الورقة التجارية محل الرهن - تتوعين إلى نوعين: فقد تكون هذه النفقات للمحافظة على الورقة التجارية ذاتها, وقد تكون لتحصيل قيمة الورقة التجارية محل الرهن^(٥).

ولقد اختلف الفقهاء في النفقات التي تنفق على الرهن للمحافظة عليه على من تجب فهل تجب على الراهن باعتباره المالك للرهن, أم تجب على المرتهن باعتبار أن الرهن تحت يده^(٦).

(١) راجع ما سبق من هذا البحث ص

(٢) أما إذا هلكت الورقة التجارية ولم يجدها المحيل أو المحال عليه فلا يكون هلاكاً للحق الثابت في الورقة التجارية .

(٣) راجع ما سبق ص من هذا البحث.

(٤) وهذا الالتزام محل اختلاف بين الفقهاء

(٥) راجع ما سبق ص من هذا البحث

(٦) راجع ما سبق ص من هذا البحث

والرأي المختار في هذه المسألة هو القائل بأن النفقات التي تلزم للمحافظة على الرهن - الورقة التجارية - تجب على المرتهن. (١)

وبهذا يلتزم الدائن المرتهن بالإفناق على الورقة التجارية للحفاظ عليها من الضياع والتلف بما يتناسب مع طبيعة الورقة التجارية محل الرهن.

ج- الالتزام بالمطالبة بقيمة الورقة التجارية عند حلول الأجل : من الالتزامات التي تقع على عاتق الدائن المرتهن : التزامه بالمطالبة بقيمة الورقة التجارية محل الرهن عند حلول الأجل, لأن العلاقة في الورقة التجارية - كما سبق بحثه - تكون بين ثلاثة أطراف : " المحيل, والمحال له - وهو الراهن (٢) - والمحال عليه", والمستفيد في الورقة التجارية لا يقوم بنقل ملكية الورقة التجارية إلى الدائن المرتهن وإنما يقوم برهنها فقط إليه مع بقاء ملكيته للورقة التجارية.

والدائن المرتهن ينوب عن الراهن في المطالبة بقيمة الورقة التجارية لأن الورقة التجارية - في الأصل - تكون تحت يد المرتهن, فلا يستطيع المدين الراهن المطالبة بقيمة الورقة التجارية لأنها قد خرجت من تحت يده.

فإذا لم يقم الدائن المرتهن في الورقة التجارية بالمطالبة بقيمة الورقة التجارية عند حلول أجلها فإن هذا سوف يؤدي إلى تعريض حق الراهن إلى المخاطر الأمر الذي قد يؤدي إلى ضياع حق المدين الراهن في الحصول على قيمة الورقة التجارية (٣), فيلتزم المرتهن بالمطالبة بقيمة الورقة التجارية في ميعاد استحقاقها.

وهذا الالتزام يظهر بصورة واضحة وجلية إذا كان ميعاد استحقاق الورقة التجارية بعد أجل الرهن في الورقة التجارية (٤).

ولكن يثار هنا تساؤل مؤداه: ما هو الأثر المترتب على مطالبة الدائن بقيمة الورقة التجارية عند ميعاد استحقاقها, فهل يقوم الدائن بقبض قيمة الورقة التجارية, وإذا قام بذلك فما هو الأساس الفقهي لذلك؟

(١) راجع ما سبق ص من هذا البحث

(٢) سواء أكان هذا المستفيد - الراهن - من الورقة التجارية هو المستفيد الأول أم تم تظهير الورقة التجارية إليه, توالي تظهير الورقة.

(٣) ويرتبط هذا الالتزام بالتزام الدائن المرتهن بالمحافظة على الورقة التجارية محل الرهن, وذلك لأن من قبيل المحافظة على الرهن تحصيل قيمة الورقة التجارية عند حلول ميعاد استحقاقها.

(٤) مثال ذلك : إذا كان ميعاد استحقاق قيمة الورقة التجارية يوم ١/١/٢٠١٣, وقام المستفيد في الورقة التجارية برهنها قبل ميعاد الاستحقاق, وكان ميعاد استحقاق الرهن يوم ٣/٣/٢٠١٣.

فإذا قام الدائن المرتهن بالمطالبة بقيمة الورقة التجارية وقبض مبلغ الورقة التجارية، فإن قبض الدائن المرتهن لقيمة الورقة التجارية يجد أساسه الفقهي في العقد الذي أبرمه الدائن المرتهن مع المدين الراهن فكأن الدائن المرتهن يعد نائباً عن الراهن في المطالبة وقبض الورقة التجارية، وهذه النيابة تستند إلى عقد الرهن الذي أبرم بين المدين الراهن والدائن المرتهن، فكأن الراهن قد وكلّ الدائن في قبض قيمة الورقة التجارية محل الرهن عند حلول ميعاد استحقاق الورقة التجارية^(١).

كما يثار هنا تساؤل أيضاً - يرتبط بما سبق - هل ينتقل الرهن إلى مبلغ الورقة التجارية، أم لا، وما أثر ذلك؟

إذا قبض الدائن المرتهن مبلغ الورقة التجارية فإن الرهن ينتقل حينئذ من الورقة التجارية ذاتها إلى مبلغ الورقة التجارية، وذلك لعدم وجود الورقة التجارية في التعامل حيث قام المدين فيها - المحال عليه - بالوفاء بقيمة الورقة^(٢)، ولكن ما أثر هذا القبض الذي قام به الدائن على حق الراهن؟

نفرق في الحكم في الصورة بين ثلاث حالات :

الحالة الأولى: إذا كان مبلغ الورقة التجارية مساوياً للدين المضمون في الرهن.

(١) وهذا الحكم مستنبط مما يعرف عند الفقهاء بقلب الرهن وصورتها: " أن يكون بيد إنسان رهن في دين مؤجل فيحتاج إلى دينه قبل الأجل فيبيعه بما يباع به ولو مع غيبة راهنه، ويحل المشتري للدين محل بائعة في حوز الرهن والمنفعة إن كانت المنفعة جعلت له والبيع للرهن بالتفويض الذي جعل للمرتهن البائع للدين وغير ذلك ويكتب بظهر الوثيقة أو طرفتها: اشترى فلان جميع الدين أعلاه أو محوله بكذا وقبض البائع جميع الثمن معاينة أو باعترافه بعد التخليب والرضا كما يجب ، وأحل المشتري محله في الرهن والانتفاع به والحوز له والتفويض وتملك المشتري مشتراه إلى آخر " أنظر البهجة في شرح التحفة: للتسولي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٨٠.

(٢) يعد الوفاء بقيمة الورقة التجارية إنهاءً للتعامل بالورقة التجارية، ويعتبر هذا تصرفاً في الورقة التجارية، وينتقل الحق في الرهن من الورقة محل الرهن إلى مبلغ الورقة.

ولقد تناول الفقهاء حكم التصرف في الرهن تحت يد الدائن المرتهن وأثر ذلك على انتقال حق المرتهن من الرهن ذاته إلى قيمة الرهن.

مثال ذلك: إذا كان الرهن هو دار وقام الراهن ببيعها، وإجاز المرتهن البيع حتى جاء وسلم الدار إلى المشتري فالثمن يكون رهنا عند المرتهن قائماً مقام الدار؛ لأن حق حبس العين كان ثابتاً له ما دامت في يده، وبذل العين قائم مقام العين فثبت له حق حبسه.

الحالة الثانية: إذا كان مبلغ الورقة التجارية أكبر من الدين المضمون في الرهن.

الحالة الثالثة: إذا كان مبلغ الورقة التجارية أقل من الدين المضمون في الرهن^(١) فأما بالنسبة للحالة الأولى : إذا كان مبلغ الورقة التجارية مساوياً للدين المضمون في الرهن فهنا كأن الدائن المرتهن قد استوفى حقه من الرهن - الورقة التجارية محل الرهن-، إلا أنه لما كان أجل الدين في الرهن لم يحل بعد فإنه يجوز للمدين الراهن في هذه الحالة أن يستبدل الرهن بشئ آخر يكون مساوياً لقيمة الورقة التجارية، ويحصل على مبلغ الورقة التجارية .

وأما بالنسبة للحالة الثانية: إذا كان مبلغ الورقة التجارية أكبر من الدين المضمون في الرهن" فإن الدائن المرتهن في هذه الحالة يكون قد استوفى حقه من الورقة التجارية محل الرهن بما كان مساوياً لقيمة الدين المضمون ويأخذ حكم الحالة السابقة.

أما عن المبلغ الزائد عن الدين المضمون فيلزم المرتهن برده إلى الراهن، إلا أنه يثار تساؤل ألا وهو: هل تكون يد الدائن المرتهن علي المبلغ الزائد يد أمانة أم يد ضمان^(٢).

الرأي المختار: إن المبلغ الزائد عن الدين المضمون في الرهن يكون أمانة عند المرتهن فإذا هلك تحت يد المرتهن دون تعدٍ منه أو تقصير فلا يضمنه. وأما بالنسبة للحالة الثالثة: إذا كانت قيمة الورقة التجارية أقل من الدين المضمون في الرهن: فإن الدائن في هذه الحالة يكون قد استوفى جزءاً من حقه، فيجوز له حينئذٍ أن يرجع على الراهن بباقي حقه.

د- الالتزام برد الورقة التجارية إلى الراهن عند انفكاك الرهن: من الالتزامات التي اتفق الفقهاء عليها التزام الدائن المرتهن برد الرهن إلى المدين الراهن بعد انفكاك الرهن^(٣)، وقد ينفك الرهن بأداء الدين المرهون، وقد ينفك الرهن كذلك إذا أبرأ الدائن المرتهن المدين الراهن.

(١) وهذا فرض نادر الوقوع، إلا أنه قد يوجد في الحياة التجارية إذا وجدت للمرتهن مصلحة أكيدة في الرهن عند توافر ما يقتضيه.

(٢) راجع التكييف الفقهي لقبض الدائن المرتهن على الرهن، فهل تكون يد المرتهن يد أمانة، أم يد ضمان، وهذا فيما إذا كانت قيمة الرهن زائدة عن الدين المضمون. (ولقد اختلف الفقهاء في التكييف الفقهي لقبض الدائن المرتهن)

(٣) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج٦، ص ١٤٥،

فإذا انفق الرهن بإبراء الدائن المرتهن للمدين الرهن فلا يثير هذا الأمر صعوبة فيقوم الدائن المرتهن حينئذ بتسليم الورقة التجارية مح الرهن للمدين الرهن.

أما إذا قام المدين الرهن بأداء الدين المضمون، فيتعلق بهذا الأمر فرضان :

الفرض الأول: إذا قام المدين الرهن بدفع الدين المضمون كاملاً.

الفرض الثاني: إذا قام المدين الرهن بدفع جزء من الدين المضمون.

فأما بالنسبة للفرض الأول: إذا قام المدين الرهن بدفع الدين المضمون كاملاً : فلا يثير الأمر صعوبة فيلتزم الدائن المرتهن برد الورقة التجارية - محل الرهن - إلى المدين الرهن.

وجه ذلك : لزوال المانع من التسليم، ولأن الرهن وثيقة بالدين وقد قضى الرهن الدين^(١).

وأما بالنسبة للفرض الثاني: إذا قام المدين الرهن بدفع جزء من الدين المضمون، فهنا يثار تساؤل مؤداه: ما مدى التزام الدائن المرتهن برد الورقة التجارية محل الرهن في هذا الفرض فهل يلتزم الدائن المرتهن برد الورقة التجارية أم لا؟

اتفق الفقهاء على أن الرهن ضامن لكل الدين فإذا قام الرهن بأداء جزء من الدين لم ينفك الرهن^(٢).

وجه ذلك : إن جميع الدين مضمون بجمع الرهن، فحق الوثيقة يتعلق بجميع الرهن فيصير محبوساً بكل الحق وبكل جزء منه لا ينفك منه شيء حتى يقضى جميع الدين سواء كان مما يمكن قسمته أولاً

(١) البحراني: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٧٠.

(٢) تبيين الحقائق: للزيلعي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٦٧، بلغة السالك لأقرب المسالك: لأحمد الصاوي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢١٣، حاشية الدسوقي: لمحمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٨٥، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٩٩، المجموع شرح المذهب : للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٣، ص ١٩٥، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٢٢، الشرح الكبير: لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤١٢، وحكى عن ابن المنذر قوله أجمع من نحفظ عنه العلم هذا.

الفصل الثاني

آثار رهن الورقة التجارية لغير أطراف الرهن في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم

قد يحدث رهن الورقة التجارية أثراً لغير أطراف الرهن، وقد تظهر هذه الآثار في العلاقة بين أطراف الرهن - المدين الراهن، والدائن المرتهن - وأحد أطراف الورقة التجارية، ولآثار رهن الورقة التجارية لغير أطراف الرهن أهمية فقد يتأثر من لم يكن طرفاً في رهن الورقة التجارية برهن الورقة التجارية، ولما كان لهذه الآثار هذه الأهمية فقد خصصت لها هذا الفصل وقسمته إلى مبحثين:

أتناول في المبحث الأول: آثار رهن الورقة التجارية بالنسبة للمحيل في الفقه الإسلامي، وأتناول في المبحث الثاني: آثار رهن الورقة التجارية بالنسبة للمحال عليه وأطراف الرهن في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

آثار رهن الورقة التجارية بالنسبة للمحيل في الورقة التجارية

تمهيد وتقسيم

قد يترتب على رهن الورقة التجارية آثار بالنسبة للمحيل في الورقة التجارية باعتباره طرفاً في الورقة التجارية، وترتبط آثار رهن الورقة التجارية بالآثار التي تترتب على الورقة التجارية ذاتها، ولما كانت الورقة التجارية باعتبارها عقد حوالة فإنها تحدث أثراً فيما بين أطرافها ومنهم المحيل، فكان من المناسب بحث ومعرفة آثار الورقة التجارية بالنسبة للمحيل، ومدى آثار رهن الورقة التجارية بالنسبة للمحيل. ولمعرفة رهن الورقة التجارية أهمية في مجال البحث لذا قد خصصت هذا المبحث لبحث ومعرفة آثار الورقة التجارية ورهنها بالنسبة للمحيل، ولقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: آثار صحة الورقة التجارية بالنسبة للمحيل في الفقه الإسلامي.
المطلب الثاني: آثار رهن الورقة التجارية بين المحيل وأطراف الرهن في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

آثار صحة الورقة التجارية بالنسبة للمحيل في الورقة التجارية في الفقه الإسلامي إذا وجدت الورقة التجارية مستكملة لأركانها وشروطها المعتمدة ترتب على هذا آثار للورقة التجارية فيما بين أطرافها - المحيل، والمحال له، والمحال عليه - .
ويثار هنا تساؤل مؤداه : ما هي آثار الورقة التجارية بالنسبة للمحيل، إذا وجدت الورقة التجارية صحيحة، مستكملة لأركانها وشروطها ؟
إن من أهم الآثار الهامة التي بحثها الفقهاء في أثر الحوالة: مدى براءة ذمة المحيل في الحوالة من الدين الثابت فيها^(١) فهل تبرأ ذمة المحيل من الدين مطلقاً، أم لا؟

اختلف الفقهاء في القول ببراءة ذمة المحيل من الدين على خمسة أراء^(٢):

- (١) وذلك استناداً على أن الورقة التجارية عقد حوالة، راجع ما سبق ص من هذا البحث.
- (٢) ونلاحظ أن بين الأربعة أراء الأولى تداخل : حيث إن القاعدة في هذه الأراء هي براءة ذمة المحيل من الدين إذا انعقدت الحوالة صحيحة مكتملة لأركانها وشروطها المعتمدة شرعاً، إلا أنني

الرأي الأول : يرى أصحابه أن الأصل براءة ذمة المحيل من الدين إلا في حالتين:

الأولى :إذا اشترط المحال يسار المحال عليه, وتبين عدم يساره.
الثانية : إذا لم يرض المحال بالحوالة ولم يكن على علم بأن المحال عليه مفلساً^(١).

وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية في وجه^(٢) , والحنابلة في ظاهر المذهب وبه قال عامة علماء المذهب^(٣).

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن الأصل براءة ذمة المحيل من الدين, ولا يطالب بالدين إلا إذا غره المحيل, ويكون ذلك إذا علم المحيل - وحده - بإفلاس المحال عليه, أو بعلمه بجحد المحال عليه للدين.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية^(٤), والظاهرية^(٥).
الرأي الثالث : يرى أصحابه أن ذمة المحيل تبرا من الدين, إلا أن هذه البراءة مقيدة بسلامة حقه^(٦). فإذا توى الدين فلا تبرا ذمة المحيل من الدين, ويتحقق توى الدين بإحدى ثلاث حالات:

الأولى: إذا مات المحتال عليه مفلساً.
الثانية : إذا جحد الحوالة وحلف على ذلك ولا توجد بينة عليها^(١).

-
- أثرت أن أفرد لكل واحد منها رأياً مستقلاً, وذلك لأن لكل رأي من هذه الأراء حالات لا تبرا ذمة المحيل من الدين فيها, بحيث يختلف كل رأي عن الآخر ويستقل بهذه الحالات.
- (١) والمقصود بفلس المحال عليه " الفليس المعاصر للحوالة " أما إذا أفلس المحال عليه بعد انعقاد الحوالة فتبرا ذمة المحيل, ولا يرجع المحال على المحيل حينئذٍ.
- (٢) الوسيط : للغزالي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٢٢٤, وقد ذكر الإمام الغزالي هذا الوجه إذا كان المحال عليه مفلساً وقت الحوالة ولم يعلم المحال بإفلاس المحال عليه.
- (٣) المغني : لابن قدامة, مرجع سابق, ج ٥, ص ٥٧.
- (٤) شرح الخرشي على مختصر خليل: لعلى الخرشي, مرجع سابق, ج ٦, ص ٢٠, الفوائين الفقهية : لابن جزى الكلبي, مرجع سابق, ص ٢١٥, الذخيرة : للقرافي, مرجع سابق, ج ٩, ص ٢١٥.
- (٥) المحلى : لابن حزم الظاهري, مرجع سابق, ج ٨, ص ١٠٨ مسألة رقم (١٢٢٦), وأضاف ابن حزم أن المحال يجوز له أن يرجع على المحيل إن غره وأحاله على غير مليء علم المحيل بأنه غير مليء أم لا.
- (٦) ويقصد بسلامة الحق : عدم توى الدين.

الثالثة: إذا حكم الحاكم بإفلاس المحال عليه^(٢).
 وإلى هذا الرأي ذهب الإئمة الثلاثة من الأحناف" الإمام أبو حنيفة، والإمام أبو
 يوسف، والإمام محمد بن الحسن"^(٣)
 الرأي الرابع: يرى أصحابه براءة ذمة المحيل من الدين مطلقاً، ولا يطالب بالدين
 ولو تعذر استيفاء الدين بمطل أو فلس أو موت أو غيره.
 وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية^(٤).
 الرأي الخامس: يرى أصحابه أن ذمة المحيل لا تبرأ من الدين مطلقاً.
 وإلى هذا الرأي ذهب الإمام زفر من الأحناف^(٥).

سبب الاختلاف: يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى
 اختلافهم في الوصف الفقهي للحوالة فهل هي عقد بيع، أم أنها استيفاء للدين، أم أنها
 وثيقة بالدين.

فمن رأى من الفقهاء : إنها استيفاء قال بعدم براءة ذمة المحيل إذا لم يستطع
 المحال الوصول إلى حقه- مع اختلافهم في حالات الرجوع على المحيل^(٦)-.
 ومن رأى من الفقهاء : أنها عقد بيع قال بالبراءة مطلقاً.
 ومن رأى من الفقهاء : إنها وثيقة بالدين قال بأن ذمة المحيل لا تبرأ بالحوالة.

الأدلة

-
- (١) وهاتان الحالتان يتحقق بهما توى الدين عند الأئمة الثلاثة.
 (٢) وهذه الحالة لا يتحقق فيها توى الدين عند الإمام أبي حنيفة، لأنه يذهب إلى القول بعدم جواز
 الحجر على المدين بالحكم عليه بالإفلاس.
 (٣) العناية شرح الهداية: ١٠/١٨٧، الهداية شرح بداية المبتدي : لأبي الحسن المرغيناني، مرجع
 سابق، ج ٣، ص ٩٩، بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٧، مجمع الأنهر شرح
 ملتقى الأبحر : لشيخ زاده، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٠٦.
 (٤) الحاوي الكبير : للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤٢١، الشرح الكبير : للرافعي، مرجع سابق،
 ج ١٠، ص ٣٤٤
 (٥) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٧،
 (٦) أنظر الآراء السابق ذكرها

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: ببراءة ذمة المحيل إلا إذا شرط المحال على المحيل يسار المحال عليه وتبين عدم يساره، أو بكونه مفلساً ولم يكن المحال على علم بذلك ولم يكن قد رضي بالحوالة بالسنة، والمعقول:

فأما ما يتعلق باشتراط يسار المحال عليه فقد استدلوا عليه بالسنة والمعقول. فأما السنة فما روي عن السيدة عائشة - رضي الله عنها - عن رسول الله ﷺ أنه قال: [المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق]^(١)

وجه الاستدلال: إن الحديث يدل على وجوب الوفاء بالشرط مادام الشرط قد وافق الحق، ويكون الشرط كذلك إذا كان لا يحل حراماً، أو يحرم حلالاً. واشتراط يسار المحال عليه ليس فيه مخالفة شرعية فيجوز اشتراطه ويجب الوفاء به.

وأما المعقول: فإن شرط المحتال اليسار على المحيل ولم يستطع الوصول إلى حقه من المحتال عليه جاز له الرجوع على المحيل في هذه الحالة لوجود الشرط، لأن المقصود من الحوالة هي وصول المحتال إلى الحق، ويكون ذلك إما باسيفائه من المحال عليه، أو من المحيل عند التعذر ووجود الشرط، ووجود مثل هذا الشرط يدل على أن المحال ليس مقصراً في استيفاء حقه فيجاب إليه.

وأما ما يتعلق بكون المحال عليه مفلساً ولم يكن المحال على علم بذلك ولم يكن قد رضي بالحوالة فقد استدلوا عليه بالسنة، والمعقول.

فأما السنة: فما روي عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال [مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته، وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبّع]^(٢).

وجه الاستدلال: إن الحديث يدل على اتباع المحال عليه إذا كان مليئاً وبذلك تبرأ ذمة المحيل، أما إذا كان المحال عليه غير مليئاً بأن كان مفلساً ولم يكن المحال على علم بفلسه، ولم يكن قد رضي بالحوالة فلا تبرأ ذمة المحيل حينئذ فيجوز للمحال أم يرجع على المحيل لأن الحوالة لم تتعقد في حق المحال.

وأما المعقول: فإن الفلس عيب في المحال عليه فكان للمحال الرجوع على المحيل إن وجد المحال عليه مفلساً كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن المحال قد دخل الحوالة على توقع الفلس والموت وهما لا يبطلان العقد^(١)

(١) المستدرک علی الصحیحین: للحاکم النیسابوری، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٧، رقم الحديث (٢٣١٠)

(٢) وبيان ذلك: أن في الحوالة يكون المحتال قد قبض البذل فيها وذلك بنقل الدين من ذمة إلى أخرى، وفي عقد المعاوضة - البيع مثلاً - فإن البائع قد قبض العوض فيها وهلك تحت يده.

ويجاب على هذه المناقشة: بأن العقد لم ينعقد في حق المحال لأنه لم يرض بالحالة مع وجود الفلاس المعاصر للحالة من المحال عليه، فتظل ذمة المحيل مشغولة بالدين الذي في ذمته.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: ببراءة ذمة المحيل إلا إذا غره المحيل بعلمه بفلس المحال عليه، أو بجحوده الدين بالمعقول:

فقالوا: إنَّ علمَ المحيل بفلس المحال عليه يكون قد غر بالمحال ودلّس عليه، والتغريب في العقود يبطل المقصود منها، فيجوز للمحال أن يرجع على المحيل إن غره بذلك، رداً عليه قصده السيئ.

أما إذا كان المحيل لا يعلم بفلس المحال عليه، ولا بجحوده فلا يتوافر الغرر في حقه فلا يرجع عليه المحال.

كذلك لا يرجع المحال على المحيل إذا علم بفلس المحال عليه ورضي به.
واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل: ببراءة ذمة المحيل من الدين إلا إذا تحقق التوي بالأثر، والمعقول.

فأما الأثر: فما روي عن أبي إياس معاوية بن قرّة عن عثمان بن عفان τ أنه قال [ليس على مسلم توي^(٢)]

وجه الاستدلال: إن الأثر واضح في أنه لا توي على مال مسلم، وبه إذا توي الدين المحال جاز للمحال أن يرجع على المحيل إذا أفلس المحال عليه أو جحد الدين.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن هذا الأثر فيه انقطاع بين أبي إياس، وعثمان رضي الله عنه، لأن أبا إياس لم يدرك عثمان رضي الله عنه.

كما يناقش كذلك: بأنه-إن ثبت- فإنه قول لصحابي عارضه قول صحابي آخر - قول علي بن أبي طالب- فتعارضاً في محل واحد، ولا حجة لأحدهما دون الآخر فلا يقدم أحدهما على الآخر.

وأما المعقول: فالأصل أن الدين لا يسقط إلا بالقضاء لقول النبي عليه الصلاة والسلام (الدين مقضي)^(١)، وقد ألحق الإبراء بالقضاء في السقوط، والحالة

(١) الذخيرة: للقرافي: مرجع سابق، ج ٩، ص ٢٥١

(٢) السنن الصغرى: للبيهقي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٦٤، رقم الحديث (١٦٣٤)، السنن الكبرى

للبيهقي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٧١، رقم الحديث (١١١٧٣) (باب من قال يرجع على المحيل لا

توي على مسلم)

ليست بقضاء ولا إبراء فبقي الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة، إلا أن بالحوالة انتقلت المطالبة إلى المحال عليه لكن إلى غاية التوى لأن حياة الدين بالمطالبة فإذا توى لم تبق وسيلة إلى الأحياء فعادت إلى محلها الأصلي وهو ذمة المحيل. ويناقش هذا الاستدلال: بأن الحوالة انتقل الدين وحق المطالبة فيها من ذمة المحيل إلى المحال عليه، لأن المحال قد رضي بنقل دينه من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فلا يرجع إلى ذمة المحيل مرة أخرى.

واستدل أصحاب الرأي الرابع القائل: ببراءة ذمة المحيل مطلقاً بالسنة، والأثر، والقياس، والمعقول.

فأما السنة: فما روي عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال [مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته، وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبّع] (٢).
وجه الاستدلال: من وجهين: (٣)

الأول: أنه لو كان له الرجوع لما كان لاشتراط الملاءة فائدة - لأنه إن لم يصل إلى حقه رجوع - فلما شرط الملاءة علم أن الحق قد انتقل بها انتقالاً لا رجوع له به فاشتراط الملاءة حراسة لحقه .

الثاني: إن ظاهر الحديث يوجب اتباع المحال عليه مطلقاً سواء أفلس أم لم يفلس، أنصف أم لم ينصف، فلم يخص حالة دون حالة.
ويناقش هذا الاستدلال: بأن الظاهر من الحديث إن المحال عليه يكون مليئاً حتى يتحقق المقصود من الحوالة - وهو براءة ذمة المحيل من الدين، ووصول المحال إلى دينه -، فإذا لم يكن المحال عليه مليئاً بإفلاسٍ أو غيره جاز للمحال أن يرجع على المحيل بالدين.

وأما الأثر: فما روي أنه كان لحزن جد سعيد بن المسيّب على علي بن أبي طالب ع مال، فأحاله به على إنسان، فمات المحال عليه، فرجع حزن إلى علي ع

(١) السنن الكبرى: للبيهقي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٨٨، رقم الحديث (١١٨٠٨)، ونص الحديث: "الدين مقضي، والعارية مؤداة، والمنحة مردودة والزعيم غارم".

(٢) وبيان ذلك: أن في الحوالة يكون المحتال قد قبض البديل فيها وذلك بنقل الدين من ذمة إلى أخرى، وفي عقد المعاوضة - البيع مثلاً - فإن البائع قد قبض العوض فيها وهلك تحت يده.

(٣) الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٩١٨.

وقال : قد مات من أكلتني عليه، فقال : " قد اخترت علينا غيرنا، أبعذك الله، ولم يعطه شيئاً^(١) .

وجه الاستدلال : إن علياً بن أبي طالب كرم الله وجهه لم يعط المحال شيئاً بعد ممات المحال عليه، وفي ذلك دلالة على براءة ذمة المحيل من الدين مطلقاً بمجرد انعقاد عقد الحوالة حتى وإن مات المحال عليه^(٢) .

ويناقش هذا الاستدلال: بأنه قد يحتمل أن يكون المحال عليه في هذه الصورة كان مليئاً، ويدل على هذا أن صاحب الذخيرة - الإمام القرافي - ذكر عند عرض هذا الأثر أن المحال زعم أن المحال عليه قد أفلس^(٣)، مما يدل على أن إفلاسه لم يثبت فعلاً.

وأما القياس : فمن وجهين^(٤) :

الأول: قياس الحوالة - وإن تعذر أخذ الدين فيها بفلس أو غيره- على البائع إذا أخذ عوضاً عن الدين وتلف تحت يده بجامع قبض البديل في كل. الثاني : قياس المحال إن شرط يسار المحال عليه، أو جهل فلسه على من اشترى شيئاً وهو مغبون فيه بجامع عدم الرجوع في كل.

وأما المعقول: فإن الغرض من الحوالة هي نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وقد تحقق فتبرأ بالحوالة ذمة المحيل، وقد عقدت الحوالة مطلقة عن شريطة السلامة فتقيد البراءة مطلقاً.

ولأن الدين بالحوالة قد سقط عن المحيل، وإذا سقط الدين فلا يعود على المحيل لأن الساقط لا يعود.

واستدل أصحاب الرأي الخامس القائل: بعدم براءة ذمة المحيل مطلقاً بالقياس. فقالوا: بقياس الحوالة على الكفالة بجامع أن كلاهما عقد يراد به التوثق للدين، فكما أن الكفالة لا تبرأ فيها ذمة المدين - المكفول عنه - من الدين كذا في الحوالة لا تبرأ ذمة المحيل من الدين، فيظل الدين باقٍ في ذمته من غير تغيير^(١).

(١) لم أطلع على هذا الأثر قد استطاعتي في كتب السنن والآثار إلا أنني قد وجدته في كتب الفقه .
أنظر : الحاوي الكبير : للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤٢١ .

(٢) وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى هذا الأثر لإثبات الإجماع على صحة دعواهم لانتشاره بين الصحابة دون وجود نكير من الصحابة أنظر الحاوي الكبير: للماوردي، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤٢١، تكملة المجموع : للمطيعي، مرجع سابق، ج ١٣، ص ٤٣٦ .

(٣) الذخيرة : للقرافي، مرجع سابق، ج ٩، ص ٢٥١ .

(٤) الإقناع : للخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣١١ .

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازماً فيها والشيء إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في المحل الأول ضرورة ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملاءة فافتراقاً^(٢).

ثمرة الخلاف : تظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في مدى براءة ذمة المحيل من الدين إذا تم عقد الحوالة مكتملاً لأركانه وشروطه المعتمدة شرعاً، ولم يستطع المحال الوصول إلى حقه بفلس المحال عليه، أو بموته، أو بجحوده للدين، أو غير ذلك. فبناءً على الرأي القائل ببراءة ذمة المحيل إذا لم يشترط المحال يسار المحال عليه فلا تبرأ ذمة المحيل من الدين إذا وجد هذا الشرط، أما إذا لم يوجد فتبرأ ذمته من الدين.

وبناءً على الرأي القائل ببراءة ذمة المحيل إذا لم يكن المحال على علم بفلس المحال عليه، فإذا أفلس المحال عليه وكان المحال غير عالم بفلسه ولم يرضى بالحوالة فلا تبرأ ذمة المحيل من الدين.

وبناءً على الرأي القائل ببراءة ذمة المحيل إذا لم يكن المحيل على علم بفلس المحال عليه، فإذا أفلس المحال عليه وكان المحيل عالماً بفلسه فلا تبرأ ذمة المحيل من الدين.

وبناءً على الرأي القائل ببراءة ذمة المحيل إلا إذا توى الدين على المحال، فإذا توى الدين بفلس المحال عليه أو بموته، أو بجحوده الدين فلا تبرأ ذمة المحيل فيجوز للمحال الرجوع على المحيل بالدين.

فبناءً على الرأي القائل ببراءة ذمة المحيل مطلقاً فتبرأ ذمته من الدين بوصول المحال إلى حقه أم لا.

وبناءً على الرأي القائل بعدم براءة ذمة المحيل مطلقاً فيجوز للمحال الرجوع على المحيل سواء أفلس المحال عليه أم لم يفلس.

الرأي المختار: بعد عرض الآراء في هذه المسألة أرى أنه يمكن لنا أن نجتمع بين رأيين بحيث يكمل كل منهما الآخر، ويكونا هما الرأيان الراجحين.

وهذان الرأيان هما : الرأي القائل : بأن ذمة المحيل تبرأ من الدين إلا إذا شرط المحال على المحيل يسار المحال عليه، أو كان المحال عليه مفلساً ولم يكن المحال على علم بفلسه ولم يرض بالحوالة، وكذلك الرأي القائل : بأن ذمة المحيل تبرأ من

(١) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٧.

(٢) بدائع الصنائع : للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٧.

الدين إلا إذا غرَّ المحيلُ المحالَ بأن كان المحيل عالماً بفلس المحال عليه وقت الحوالة، أو بجحوده الدين.

وذلك لقوة استدلال أصحاب هذين الرأيين، كما أن فيهما تحقيق مصلحة المحال عند عدم تقصيره في استيفاء حقه، وعدم علمه بفلس المحال عليه المعاصر للحوالة، كما أن القول بعدم براءة ذمة المحيل إذا كان يعلم بفلس المحال عليه أو بجحوده الدين، فيه رد على قصده السيء، وإبعاد للغرر في العقود، وحفاظ لحق المحال.

فيكون الرأي كالآتي: "براءة ذمة المحيل في الحوالة إلا في ثلاث حالات : الأولى : إذا اشترط المحال على المحيل يسار المحال عليه، ثم تبين عدم يساره وقت الوفاء.

الثانية: إذا كان المحال عليه مفلساً وقت الحوالة ولم يكن المحال على علم بفلسه، ولم يرض بالحوالة.

الثالثة: إذا غرَّ المحيل المحال بأن كان يعلم وقت الحوالة بفلس المحال عليه، أو بجحوده للدين.

المطلب الثاني

آثار رهن الورقة التجارية بين المحيل وأطراف الرهن في الفقه الإسلامي المحيل في الورقة التجارية- كما سبق ذكره- هو المدين الأصلي في الورقة التجارية، ويثار تساؤل هام في مجال البحث ألا وهو: ما هي آثار رهن الورقة التجارية في حق المحيل، فهل تنشأ علاقة بين المحيل وأطراف الرهن - المدين الراهن، الدائن المرتهن - أم لا؟

وترتبط آثار رهن الورقة التجارية ارتباطاً وثيقاً - بالنسبة للمحيل - بالآثار التي تترتب على الورقة التجارية ذاتها، لذا سوف نفرق في الإجابة على هذا التساؤل بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كانت الورقة التجارية صحيحة مستجمة لأركانها وشروطها المعتمدة .

الفرض الثاني: إذا فقدت الورقة التجارية ركناً من أركانها أو شرطاً من شروط الصحة.

فأما بالنسبة للفرض الأول: "إذا كانت الورقة التجارية صحيحة مستجمة لأركانها وشروطها المعتمدة" فإذا صدرت الورقة التجارية صحيحة، ومستجمة لأركانها

وشروطها المعتمدة ترتب على هذا الأمر براءة ذمة المحيل من الدين^(١)، وبالتالي لا يحدث رهن الورقة التجارية بالنسبة للمحيل أي أثر من الأثر لأن المحيل برأت ذمته من الدين الذي كان في ذمته^(٢) فصار أجنبياً عن الورقة التجارية ولا يجوز مطالبته بأي التزام فيها^(٣).

وأما بالنسبة للفرض الثاني: "إذا فقدت الورقة التجارية ركناً من أركانها أو شرطاً من شروط صحتها فإن الورقة التجارية لا تنتج أثارها في حق المحيل - ومن أهم آثار صحة الورقة التجارية براءة ذمة المحيل -^(٤).

وبناءً على هذا إذا صدرت الورقة التجارية غير صحيحة فلا تبرأ ذمة المحيل من الدين فيظل هو المدين في الورقة التجارية.

كما أنه لا تبرأ ذمة المحيل إذا توافرت إحدى الحالات الآتية^(٥):

الأولى : إذا اشترط المحال على المحيل يسار المحال عليه تبين عدم يساره.
الثانية: إذا كان المحال عليه مفلساً وقت الحوالة ولم يكن المحال على علم بفلسه، ولم يرض بالحوالة.

الثالثة: إذا غرّ المحيل المحال بأن كان يعلم وقت الحوالة بفلس المحال عليه، أو بجحوده للدين.

فإذا لم تبرأ ذمة المحيل من الدين -بأن كانت الورقة التجارية قد فقدت ركناً من أركانها أو شرطاً من شروط الصحة، أو توافرت إحدى الحالات السابق ذكرها- ترتب على هذا أن العلاقة التي تنشأ من الورقة التجارية علاقة ثنائية، أي تكون العلاقة بين المحيل والمحال له - الراهن للورقة التجارية - ومن ينوب عنه، ولما كان الدائن المرتهن يعد نائباً عن الراهن - المحال له - فيجوز للدائن مطالبة المحيل - المدين في الورقة التجارية - بالدين - لأنه هو المدين الوحيد في هذه الورقة التجارية^(٦).

(١) راجع ما سبق ص من هذا البحث . "المطلب السابق"

(٢) مع الوضع في الاعتبار أنه يجوز للمحال له أن يشترط على المحيل ان يكون ضامناً في الورقة التجارية، إلا أنه في هذه الصورة تكون الورقة التجارية جامعة لعقد الحوالة والكفالة، وهذه الصورة المعهودة في القانون التجاري.

(٣) وهذا بناءً على الرأي المختار في براءة ذمة المحيل من الدين في حال صحة الورقة التجارية .

(٤) راجع ما سبق ص من هذا البحث.

(٥) راجع ما سبق ص من هذا البحث.

(٦) فتكون العلاقة ثنائية الأطراف - المدين "المحيل"، والدائن " المحال له" وليست بين ثلاثة أطراف المحيل، والمحال له، والمحال عليه.

المبحث الثاني

آثار رهن الورقة التجارية بالنسبة للمحال عليه في الفقه الإسلامي

تمهيد وتقسيم

قد يترتب على رهن الورقة التجارية آثار بالنسبة للمحال عليه في الورقة التجارية باعتباره طرفاً في الورقة التجارية، ويتوقف معرفة هذه الآثار على معرفة آثار الورقة التجارية ذاتها بالنسبة للمحال عليه، لذا فإن من المناسب معرفة وبحث آثار الورقة التجارية بالنسبة للمحال عليه لما لها من أهمية في مجال البحث، ولقد خصصت هذا المبحث لبحث ومعرفة آثار الورقة التجارية، ورهن الورقة التجارية بالنسبة للمحال عليه، ولقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: أثار صحة الورقة التجارية بالنسبة للمحال عليه في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أثار رهن الورقة التجارية بين المحال عليه وأطراف الرهن في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

أثار صحة الورقة التجارية بالنسبة للمحال عليه في الفقه الإسلامي يترتب على صحة الورقة التجارية أثر هام بالنسبة للمحال عليه ألا وهو انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، ونفرق في بحث هذا الأمر بين فرضين: الفرض الأول: عدم قبول المحال عليه الوفاء بالورقة التجارية. الفرض الثاني: إذا قبل المحال عليه الوفاء بالورقة التجارية. فأما بالنسبة للفرض الأول: عدم قبول المحال عليه الوفاء بالورقة التجارية^(١): ونفرق في هذا الفرض بين حالتين: الحالة الأولى: إذا لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل. الحالة الثانية: إذا كان المحال عليه مديناً للمحيل.

فأما بالنسبة للحالة الأولى: إذا لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل ولم يقبل الوفاء بالورقة التجارية: فإن المحال عليه في هذا الفرض لا يلتزم بالوفاء بقيمة الورقة التجارية لأنه لا يكون طرفاً فيها سواء في مواجهة المستفيد - المحال - أم في مواجهة المحيل - الساحب -، فيستطيع المحال عليه رفض الوفاء بقيمة الورقة التجارية إذا لم يكن مديناً للساحب - المحيل -.

وأما بالنسبة للحالة الثانية: إذا كان المحال عليه مديناً للمحيل ولم يقبل المحال عليه الوفاء بالورقة التجارية: فيثار هنا تساؤل مؤداه: ما الحكم في هذه الحالة فهل يستطيع المحال عليه رفض الورقة التجارية، وعدم الوفاء بقيمة الورقة التجارية للمحال له - ومن في حكمه -، أم يجبر على قبولها بناءً على العلاقة التي تربطه بالمحيل - أي علاقة المديونية -.

(١) ويلاحظ أن هذا الفرض يكون متوافقاً إذا كان المحال عليه غير مدين للمحيل، فإذا كان مديناً له فلا يستطيع الامتناع عن قبول الورقة التجارية بناءً على من يقول أن رضا المحال عليه ليس بشرط في الحوالة.

والإجابة على هذا التساؤل ترتبط بأمر هام ألا وهو : هل رضا المحال عليه في عقد الحوالة أمر لازم فيها, أم أنه أمر غير معتبر, فتتعدد الحوالة وتصح ولو لم يوجد رضا المحال عليه, ومن ثم يجبر على الوفاء بقيمة الورقة التجارية للمحال له.

ولقد اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل على أربعة آراء:^(١)

الرأي المختار: إن رضا المحال عليه معتبر لصحة الورقة التجارية, ومن ثم إذا لم يتوافر رضا المحال عليه فإن الورقة التجارية تفقد ركناً هاماً فيها^(٢), يترتب على فقده عدم صحة الورقة التجارية, وعدم ترتيبها لأثارها في حق المحال عليه.

وأما بالنسبة للفرض الثاني: قبول المحال عليه الوفاء بالورقة التجارية: ونفرق في هذا الفرض بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا قبل المحال عليه الوفاء بالورقة التجارية وكان مديناً للمحيل.

الحالة الثانية: إذا قبل المحال عليه الوفاء بالورقة التجارية ولم يكن المحال عليه

مديناً للمحيل.

فأما بالنسبة للحالة الأولى: إذا قبل المحال عليه الوفاء بالورقة التجارية وكان

مديناً للمحيل : فهذه الحالة لا تثير مشكلة حيث إن المحال عليه في هذه الحالة يكون قد التزم الدين الذي في ذمته, ومن ثم ينتقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه, ويكون المحال عليه هو المدين الأصلي في الورقة التجارية بعد قبولها, هذا إذا توافرت أركان الورقة التجارية وشروطها المعتبرة, فتحدث أثارها في حق المحال عليه.

وأما بالنسبة للحالة الثانية: إذا قبل المحال عليه الوفاء بالورقة التجارية ولم يكن

المحال عليه مديناً للمحيل : فإذا قبل المحال عليه الوفاء بالورقة التجارية ولم يكن مديناً للمحيل فتثير هذه الحالة أمرين هما :

الأول: مدى اشتراط أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل لصحة الورقة التجارية- الحوالة-

الثاني: مدى التزام المحال عليه بالوفاء بالورقة التجارية إذا لم يكن مديناً للمحيل.

فأما بالنسبة للأمر الأول: مدى اشتراط كون المحال عليه مديناً للمحال لصحة

الورقة التجارية, فقد اختلف الفقهاء في اشتراط أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل على ثلاثة آراء^(٣):

(١) راجع ما سبق ص من هذا البحث.

(٢) راجع ما سبق ص من هذا البحث .

(٣) راجع ما سبق, من هذا البحث, ص .

الرأي المختار: هو اشتراط كون المحال عليه مديناً للمحيل لصحة الورقة التجارية باعتبارها عقد حوالة، فإذا لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل فإن عقد الحوالة يكون قد فقد شرطاً من شروط صحته.

وأما بالنسبة للأمر الثاني: مدى التزام المحال عليه بالوفاء بالورقة التجارية إذا لم يكن مديناً للمحيل: فإذا لم يكن مديناً للمحيل وقبل الوفاء بالورقة التجارية فإن قبوله الوفاء بالورقة التجارية يعد صحيحاً، إلا إن قبوله لها لا يعد من قبيل حوالة الحق، أو الدين بل يكون من قبيل الحماله- الكفالة- القائمة على التبرع^(١)، فلا ينتقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، بل يكون من قبل الحوالة كفيلاً عن المدين الأصلي - المحيل- فيجوز للمحال له، ومن في حكمه مطالبة المدين الأصلي، والكفيل بالدين.

المطلب الثاني

أثار رهن الورقة التجارية بين المحال عليه وأطراف الرهن في الفقه الإسلامي إذا اكتملت أركان الورقة التجارية وشروطها فإنه بمقتضى عقد الحوالة تبرأ ذمة المحيل الساحب- على النحو السابق بيانه^(٢)، وتُشغل ذمة المحال عليه بالدين الذي كان في ذمة المحيل، فيلزمه أداء الدين الذي انتقل إلى ذمته، ومن ثم تنشأ العلاقة بين المحال والمحال عليه، ولما كان المرتهن يقوم مقام المحال له -المستفيد- الراهن، فإنه تقوم العلاقة بين المرتهن وبين المحال عليه، وتتجلى هذه العلاقة في عدد من الأمور:

أولاً: ثبوت ولاية مطالبة المحال عليه بقيمة الورقة التجارية .

ثانياً: ثبوت الحق في ملازمة المحال عليه .

ثالثاً عدم جواز امتناع المحال عليه من الوفاء بقيمة الورقة التجارية.

رابعاً: جواز مطالبة الدائن المرتهن المحال عليه عدم الوفاء بقيمة الورقة

التجارية للمحال له - المستفيد- الراهن.

(١) راجع ما سبق، من هذا البحث، ص ، بناءً على الرأي المختار في قول المالكية.

(٢) راجع ما سبق، من هذا البحث، ص .

أولاً : ثبوت ولاية مطالبة المحال عليه بقيمة الورقة التجارية: اتفق الفقهاء على أنه يترتب على صحة - الحوالة - ثبوت مطالبة المحال عليه بالدين المحال به^(١), ولما كانت الورقة التجارية هي عقد حوالة بين أطرافها فإنه يترتب على صحتها ثبوت مطالبة المحال عليه بقيمة الورقة التجارية, ويثبت هذا الحق في مواجهة المحال عليه سواء أكان المطالب بقيمة الورقة التجارية هو المحال له, أو من يحل محله - من يأخذ حكمه -^(٢) - ويبقى هذا الحق قائماً إلا إذا سقط هذا الحق بالأداء أو الإبراء^(٣).

ثانياً: ثبوت الحق في ملازمة المحال عليه : من الآثار التي تترتب على صحة الورقة التجارية في حق المحال عليه ثبوت الحق في ملازمة المحال عليه, فيجوز للمحال له - أو من ينوب عنه - ملازمة المحال عليه حتى يقضيه الدين^(٤).

ثالثاً : عدم جواز امتناع المحال عليه الوفاء بقيمة الورقة التجارية : فإذا وجدت الورقة التجارية صحيحة فإن المحال عليه يجبر بالوفاء بقيمة الورقة التجارية, ولا يجوز له أن يمتنع عن الوفاء بقيمة الورقة التجارية سواء أكانت الورقة التجارية قد انعقدت بين المحيل والمحال له ورضي بها المحال عليه, أو انعقدت بين المحال والمحال عليه^(٥).

لأن المحال عليه أصبح هو المدين الأصلي في الورقة التجارية فلا يجوز له أن يمتنع عن الوفاء بها, وإذا امتنع عن الوفاء أجبر على ذلك بالطرق الشرعية^(٦).

(١) راجع ما سبق, من هذا البحث, ص .

(٢) ويعد الدائن المرتهن نائباً عن المحال له في المطالبة بقيمة الورقة التجارية.

(٣) ومثال سقوط الحق بالأداء: إذا قام المحيل في الورقة التجارية بأداء الدين قبل أداء المحال عليه به.

ومثال سقوط الحق بالإبراء : إذا أبرأ المحيل المحال عليه من أداء الدين - قيمة الورقة - بعد انعقاد العقد, وقبل استيفاء المحال له قيمة الورقة - إلا أنه في هذه الصورة يلتزم المحيل بأداء الدين للمحيل - ومن في حكمه -.

(٤) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٦, ص ٢٤٥, بدائع الصنائع: للكاساني, مرجع سابق, ج ٦, ص ١٨, الموسوعة الفقهية الكويتية: تصدرها وزارة الأوقاف الكويتية, مرجع سابق, ج ١٨, ص ٢٣٥.

(٥) وهذا عند من يقول إن الحوالة يجوز أن تتعقد بين المحال له والمحال عليه. "الأحناف"

(٦) ومن الطرق الشرعية التي يجوز إجبار المحال عليه بالوفاء بقيمة الورقة التجارية بها: الحجز على أمواله - حبس المدين للوفاء بالدين الذي عليه - الحكم بإفلاسه والحجر عليه -.

رابعاً : جواز مطالبة الدائن المرتهن المحالّ عليه عدم الوفاء بقيمة الورقة التجارية للمحال له - المستفيد - الراهن^(١): من الآثار التي تترتب على صحة رهن الورقة التجارية أنه يجوز للدائن المرتهن مطالبة المحالّ عليه عدم الوفاء بقيمة الورقة التجارية للمحال له - الراهن في الورقة التجارية-^(٢).

لأن حق الدائن المرتهن قد تعلق بالحق الثابت في الورقة التجارية, فيحق له أن يطالب المحالّ عليه بعدم الوفاء بقيمة الورقة التجارية للمحالّ له, ويقوم الدائن المرتهن بقبض قيمة الورقة التجارية ويضعها تحت يده.^(٣)

ويثار هنا تساؤل مؤداه إذا قام المحالّ عليه بالوفاء بقيمة الورقة التجارية للمحالّ له - المدين الراهن - فما حكم هذا الوفاء, فهل تبرأ ذمة المحالّ عليه بهذا الوفاء, أم تظلّ ذمته مشغولة بهذا الدين؟

نفرق في الإجابة على هذا التساؤل بين فرضين :

الفرض الأول: إذا طالب الدائن المرتهن المحالّ عليه عدم الوفاء بقيمة الورقة التجارية للمحالّ له - المدين الراهن -.

الفرض الثاني: إذا لم يطالب الدائن المرتهن المحالّ عليه عدم الوفاء بقيمة الورقة التجارية للمحالّ له.

فأما بالنسبة للفرض الأول: "إذا طالب الدائن المرتهن المحالّ عليه عدم الوفاء بقيمة الورقة التجارية للمحالّ له"

فهنا تدق المسألة : فهل يلتزم المحالّ عليه بما طالبه به الدائن المرتهن, أم لا؟ ونميل في الإجابة على هذا التساؤل إلى التزام المحالّ عليه بما طالبه به الدائن المرتهن على أساس أن الدائن المرتهن قد تعلق حقه بالورقة التجارية- أي له صفة في هذه المطالبة- , ومن ثمّ إذا قام المحالّ عليه بالوفاء بقيمة الورقة التجارية للمحالّ له- الدائن الأصلي- يكون قد أخل بحق الدائن المرتهن, ويترتب على هذا عدم نفاذ هذا الوفاء في مواجهة الدائن المرتهن, مما يعطي الحق للدائن المرتهن مطالبة المحالّ عليه

وهذا استناداً لقول النبي p (مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته)

(١) ويرتبط هذا الأثر ارتباطاً وثيقاً بالآثر السابق .

(٢) ويظهر هذا الأثر جلياً إذا كان أجل الوفاء بالرهن لاحقاً على أجل الوفاء بقيمة الورقة التجارية .

(٣) راجع ما سبق من هذا البحث ص .

بالوفاء له بقيمة الورقة التجارية^(١) ويقوم بحبسه عنده حتى يستوفي حقه من قيمة الورقة التجارية^(٢).

وأما بالنسبة للفرض الثاني: "إذا لم يطالب الدائن المرتهن المحال عليه عدم الوفاء بقيمة الورقة التجارية للمحال له" فهنا يكون الدائن المرتهن قد قصر في استخدام حقه فينفذ وفاء المحال عليه للمحال له - المدين الراهن - في مواجهته، ولا يجوز له مطالبة المحال عليه بشيء.

الخاتمة

وفي هذه الخاتمة سوف نعرض لأهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث، ثم أعقبها بأهم التوصيات التي يمكن أن تكون محلاً للتنفيذ في مجال الأوراق التجارية ورهن الورقة التجارية خاصة.

وأهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث تتمثل فيما يلي:

- معرفة فقهاء الشريعة الإسلامية قديماً التعامل بالأوراق التجارية، وقد وضعوا لها أحكاماً ومسميات تتناسب مع ما كان قائماً حينئذٍ، وكان من أشهر الأوراق التي عرفت وقتها ما عرف "بالسفتجة"
- اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في التكييف الفقهي - الوصف الشرعي - للسفتجة، وكان اختلافهم راجعاً إلى الصورة التي يتم التعامل بها بالسفتجة ذاتها، فمن الفقهاء من اعتبرها عقد قرض يضمن فيه أحد أطرافه خطر

(١) يمكن لنا أن نقيس هذا الفرض على مسألة تصرف الراهن في الرهن بالبيع، لأن كلاً منهما يعد تصرفاً يبطل حق الدائن المرتهن، فكما أن تصرف الراهن في الرهن بالبيع يجعل حق الدائن المرتهن خالياً من الرهن فلا ينفذ البيع في حق الدائن المرتهن - طبقاً للرأي المختار - كذلك فإن وفاء المحال عليه بقيمة الورقة التجارية للمحال له - الراهن - يجعل حق الدائن المرتهن خالياً من الرهن فلا ينفذ الوفاء في حقه.

(٢) وهذا الرأي يتناسب مع استقرار المعاملات التجارية والثقة التي تقوم عليها هذه المعاملات.

الطريق، ومنهم من اعتبرها أداة لتنفيذ عقد الصرف، ومنهم من اعتبرها عقد حوالة بين ثلاثة أطراف، والتكييف المختار للسفتجة يتوقف على أساس المعاملة بين أطرافها، والغرض الذي أبرمت السفتجة من أجله.

- تشابه الكمبيالة - المعروفة في القانون التجاري حالياً- مع السفتجة في كونها عقداً يتم بين ثلاثة أطراف، كما أن كلاهما قد مر في التعامل به بمراحل باعتبارها أداة لتنفيذ عقد صرف، ثم اعتبار كل منهما عقد حوالة.
 - إن الرهن بصفة عامة- ورهن الورقة التجارية - هو عقد توثيق للدين الذي على المدين الراهن لصالح الدائن المرتهن بمقتضاه يتوثق الدائن المرتهن للدين الذي له على المدين.
 - إن عقد الرهن من حيث الجواز واللزوم له طبيعة مزدوجة⁽¹⁾، فهو عقد جائز في حق الدائن المرتهن فيجوز له فسخه بإرادته المنفردة دون أن تقع عليه تبعات، وعقد لازم - طبقاً للرأي المختار - في حق المدين الراهن فلا يجوز له فسخه بعد أن صار لازماً في حقه.
 - إن لزوم عقد الرهن في حق المدين الراهن - طبقاً للرأي المختار - يكون بانعقاد العقد سواء أكان المرهون متعيناً أم غير متعين.
 - لا بد في عقد الرهن حتى يكون صحيحاً منتجاً لأثاره توافر أركان العقد وشروطه، وقد اختلف الفقهاء فيما يعد ركناً في العقد بصفة عامة وفي عقد الرهن كذلك، والرأي المختار في ذلك إن أركان العقد بصفة عامة، وأركان عقد الرهن هي الصيغة، والعاقدان، والمعقود عليه.
 - يشترط لصحة رهن الورقة التجارية أمران الأول: صحة الورقة التجارية ذاتها، الثاني: توافر شروط الرهن.
- ولما كانت الورقة التجارية - طبقاً للرأي المختار - عقد حوالة فإنه يشترط لصحتها توافر أركان وشروط الحوالة.
- كذلك يشترط لصحة رهنها توافر شروط الرهن بصفة عامة، وشروط تتعلق برهن الورقة التجارية.
- فأما الشروط العامة في الرهن: فمنها ما يتعلق بالصيغة، وما يتعلق بالعاقدين، ومنها ما يتعلق بالمرهون به، ومنها ما يتعلق بالمرهون.
- فأما ما يتعلق بالصيغة فشرطان هما: أن تكون الصيغة منجزة، وأن يتم استخدام ما يدل على الرهن.

(1) ويمكن أن يعبر عنه بأنه عقد لازم لجانب واحد.

وأما ما يتعلق بالعاقدين (الراهن - والمرتهن) فيشترط في الدائن المرتهن أن يكون جائز التصرف، ويشترط في المدين الراهن أن يكون جائز التصرف، وأن يكون من أهل التبرع، وأن يكون مالكا للرهن أو مأذونا له في الرهن.

وأما ما يتعلق بالمعقود عليه (المرهون - والمرهون به) فقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المرهون عدداً من الشروط هي: أن يكون عيناً، وأن يكون مما يصح استيفاء الحق منه عند حلوله، وأن يكون مقسوماً "مفرزاً"، وأن يكون خالياً من تعلق حق الغير، وأن يكون مقبوضاً، ثم اختلفوا في مدى صحة الرهن إذا اختلف شرط من هذه الشروط.

كما اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المرهون به: أن يكون ديناً، ثم اختلفوا في مدى صحة أن يكون المرهون به عيناً والرأي المختار هو صحة أن يكون المرهون به عيناً مضمونة، كما يشترط أن يكون ثابتاً، وأن يكون معلوماً للمتعاقدين.

وأما الشروط التي تتعلق برهن الورقة التجارية فإن الناظر المدقق في طبيعة الورقة التجارية، وما يتعلق برهنها يجد أن الشروط التي وضعها الفقهاء في الرهن بصفة عامة^(١) تنطبق كذلك على رهن الورقة التجارية، وذلك طبقاً للرأي المختار.

وأما الشروط التي تتعلق ببيع الورقة التجارية حال عدم وفاء المدين الراهن بقيمة الرهن - فهي: أن يكون الثمن نقداً، وأن يكون حالاً، وأن يكون مساوياً لقيمة الورقة التجارية، وأن يتم قبضه في مجلس العقد، وأن يكون المحال عليه في الورقة التجارية مليئاً.

• وجود خلاف بين الفقهاء في مدى كون الرهن - بصفة عامة - مضموناً أم غير مضمون، والراجح في رهن الورقة التجارية أنها مضمونة على المرتهن، لأنها مما يغاب، فإذا هلكت الورقة التجارية محل الرهن ولم يوجد ما يثبت الحق الثابت فيها وأنكرها المحال عليه، جاز للمدين الراهن أن يرجع على الدائن المرتهن بقيمة الورقة التجارية، ويترادان الفضل.

• يرتب رهن الورقة التجارية أثراً عديدة منها ما يكون في مواجهة أطراف الرهن (المدين - الراهن -، والدائن - المرتهن -)، ومنها ما يكون في مواجهة غير أطراف الرهن (المحيل - والمحال عليه)

فأما الأثار التي تتعلق بأطراف رهن الورقة التجارية

أ- فيرتب رهن الورقة التجارية في حق المدين الراهن حقوقاً، كما يرتب التزامات، ومن الحقوق التي يرتبها رهن الورقة التجارية في حق المدين الراهن: الحق في مطالبة الدائن المرتهن المحافظة على الورقة التجارية، الحق في مطالبة الدائن المرتهن باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على الحق الثابت في الورقة التجارية، ومن

(١) السابق ذكرها

الالتزامات التي يربتها رهن الورقة التجارية في مواجهة المدين الراهن: الالتزام بتسليم الورقة التجارية محل الرهن، الالتزام بعدم التصرف في الورقة التجارية بما يخل بحق الدائن المرتهن، الالتزام بضمان وجود قيمة الورقة التجارية عند حلول الأجل، الالتزام بالوفاء بقيمة الرهن عند حلول أجله، الالتزام بالإففاق على الرهن.

ب- ويرتب رهن الورقة التجارية في حق الدائن المرتهن حقوقاً، كما يرتب التزامات، ومن الحقوق التي يربتها رهن الورقة التجارية في حق الدائن المرتهن: الحق في حبس الورقة التجارية محل الرهن، الحق في مطالبة الراهن بالدين، الحق في استيفاء الدين من الورقة التجارية، الحق في التقدم عن سائر الغرماء؛ ومن الالتزامات التي يلتزم بها الدائن المرتهن: الالتزام بالمحافظة على الورقة التجارية محل الرهن، الالتزام بالإففاق على الرهن، الالتزام بالمطالبة بقيمة الرهن - الورقة التجارية - عند حلول الأجل، الالتزام برد الورقة التجارية إلى الراهن عند انفكاك الرهن.

وأما الآثار التي تتعلق بغير أطراف الرهن

أ- فيترتب على صحة الورقة التجارية ذاتها في حق المحيل براءة ذمته من الدين، وبذلك يكون المحيل بمنأى عن الآثار التي يربتها رهن الورقة التجارية بعد ذلك، أما إذا كانت الورقة التجارية غير صحيحة - كأن فقدت أحد أركانها أو أحد شروطها- فإن المحيل يظل هو المدين الأصلي في الورقة التجارية.

ب- ويترتب على صحة الورقة التجارية بالنسبة للمحال عليه أثر هام ألا وهو انتقال الدين إلى ذمة المحال عليه فيصبح المحال عليه هو المدين في الورقة التجارية، ويترتب على رهن الورقة التجارية عدد من الآثار بالنسبة للمحال عليه، هذه الآثار هي: ثبوت ولاية مطالبة المحال عليه بقيمة الورقة التجارية، ثبوت الحق في ملازمة المحال عليه، عدم جواز امتناع المحال عليه من الوفاء بقيمة الورقة التجارية، جواز مطالبة الدائن المرتهن المحال عليه عدم الوفاء بقيمة الورقة التجارية للمحال له - المستفيد - الراهن.

التوصيات

نخلص في هذا البحث إلى نوعين من التوصيات :

أولاً التوصية العامة : وتتمثل في وجوب تطبيق الأحكام الشرعية في شتى نواحي الحياة سواء ما يتعلق منها بالمعاملات المالية أو غيرها, وذلك رجوعاً لمحراب الشريعة الإسلامية والابتعاد عن الإبتداعات الأجنبية.

ثانياً التوصيات الخاصة بمجال البحث: فتمثل في عدد من النقاط أهمها:

- ما يتعلق بالحكم بصحة رهن الورقة التجارية : فيشترط لصحة رهن الورقة التجارية توافر أركان وشروط كلا العقدين (عقد الرهن - وعقد الحوالة).
 - ما يتعلق بشروط الرهن بصفة عامة, ورهن الورقة التجارية بصفة خاصة : لا بد من استخدام لفظ يدل على الرهن خاصة حتى يتميز عقد الرهن عن غيره, وذلك قطعاً للنزاع بين الدائن المرتهن والمدين الراهن, فلا يدعي الدائن المرتهن أن المدين الرهن قد قام بنقل ملكية الورقة التجارية إليه^(١), كما لا يدعي المدين الراهن أنه قد وكل الدائن المرتهن في تحصيل قيمة الورقة التجارية لمصلحته^(٢).
 - عدم جواز رهن الورقة التجارية - طبقاً للراي المختار - عن طريق المناولة^(٣), فلا يكفي لصحة رهن الورقة التجارية تسليم الورقة التجارية من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن.
- يجب أن تتوافر في بيع الورقة التجارية عند عدم وفاء المدين الراهن بقيمة الرهن عدد من الشروط هي أن يكون الثمن نقداً, وأن يكون حالاً, وأن يكون مساوياً لقيمة الورقة التجارية, وأن يتم قبضه في مجلس العقد, وأن يكون المحال عليه في الورقة التجارية مليئاً.

(١) وهو ما يعرف في القانون بالتظهير التام " الناقل للملكية".

(٢) وهو ما يعرف في القانون بالتظهير التوكيلي.

(٣) وهو ما يعرف بالرهن عن طريق المعاوضة.

