

المسؤولية عن هلاك الرهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

Liability of the Loss Mortgage in Islamic Jurisprudence and Algerian Civil Law

د. محمد طيب عمور

أستاذ محاضر "ب" كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة حسيبة بن بوعلي- الشلف-
taieb.amour@yahoo.fr

ملخص

يعتبر الرهن الحيازي من أهم التأمينات العينية التي توفر الحماية للدائن من إفسار المدين أو إفلاسه، أو تماطله عن الوفاء بالدين، غير أن الرهن الحيازي يستوجب خروج العين المرهونة من حيازة مالكها ووضعها بيد الدائن المرتهن أو العدل، ليتمكن الدائن المرتهن من استيفاء حقه منها عند حلول الأجل دون وفاء، غير أنه قد يحدث أن يهلك الرهن بيد المرتهن، فمن يتحمل مسؤولية هذا الهلاك، الراهن أم المرتهن؟ نحاول في هذا المقال الإجابة على هذه الإشكالية والوقوف على آراء المدارس الفقهية الإسلامية وموقف المشرع الجزائري من هذه المسألة.

الكلمات الدالة: الرهن الحيازي، هلاك الرهن، الشريعة، القانون.

Abstract

The possessive mortgage is one of the most important insurances that provides protection to the creditor from the debtor's bankruptcy or delay in paying back his debt. However, the possessive mortgage requires that the mortgaged is to be placed out of the hands of its owner, and put in the creditor hands or on thirds party hands, so that the mortgagee will be able to get his credit when the deadline is exceeded. However, it may happen that the mortgage gets lost from the mortgagee. In such a case who takes the responsibility of this destruction? The mortgagor or mortgagee?

In this article, we will try to answer this problem from the Islamic schools of jurisprudence and the Algerian legislator perspectives.

Keywords: Possessive Mortgage, the Loss of Mortgage, Shari'a- law.

مقدمة

يومنا هذا - رغم ظهور تأمينات أخرى - لما له من أهمية بالغة في تأمين الدائنين وتنشيط المعاملات التجارية، وحفظ أموال الناس من إفسار المدين أو إفلاسه، غير أن الرهن الحيازي يستوجب خروج العين المرهونة من يد مالكها وانتقال حيازتها إلى الدائن المرتهن أو العدل، ويترتب على ذلك مجموعة من الآثار والالتزامات، فالمرتهن ملتزم بالمحافظة على المرهون، ورده بعد وفاء الدين سالما من أي نقص أو تعيب، وقد يحدث أن يهلك المرهون بيده، فمن يتحمل مسؤولية هذا الهلاك، الراهن أم المرتهن؟

تسعى جميع القوانين والأنظمة إلى توفير الحماية الكافية للدائنين، لبعث روح الطمأنينة بين أفراد المجتمع، والوصول إلى توفير الجوّ الملائم لاستقرار المعاملات التجارية والمدنية، والرهن الحيازي كفيل بتحقيق هذه الغاية، وهو من أقدم التأمينات العينية التي عرفها الفكر القانوني، كما نصّت عليه النصوص الشرعية، وخصص له الفقهاء المسلمون بابا مستقلا في كتبهم، وتناولوه بالبحث والمناقشة، ولا زال معمولا به حتى

استيفاءه منه، بالتقدم على سائر الدائنين". ونقصد بكلمة: "عقد اتفاقي": أنه عقد رضائي ينشأ باتفاق الراهن والمرتهن، لا بنص القانون، وذلك احترازا عن الرهن الرسمي⁽¹²⁾ الذي ينشأ بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون⁽¹³⁾.

ثانيا: تعريف الرهن الحيازي في القانون

عرّف المشرع الجزائري الرهن الحيازي في المادة 948 من القانون المدني بقوله: «الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون».

ويفهم من هذا التعريف أن الرهن الحيازي هو التزام الراهن بأن يدفع إلى الدائن أو إلى شخص آخر (أجنبي). يتفقان عليه . مالا معينا (المهون) يخول الدائن حبسه حتى يستوفي دينه، متقدما على بقية الدائنين العاديين الذين ليس لهم تأمينات خاصة، بل وعلى الدائنين المرتهين الذين يلونه في المرتبة، كما يخوله أيضا تتبع الشيء المهون في أي يد يكون.

ملاحظات على هذا التعريف

- عرّف الرهن بأنه "عقد"، مغلبا بذلك معنى العقد على معنى الحق، مع أن حق الرهن هو المقصود؛ لأننا بصدد التأمينات العينية، وهي حقوق عينية تبعية، لذلك كان يحسن تعريف الرهن باعتباره حقا، لا باعتباره عقدا؛ لأن الحق هو المقصود⁽¹⁴⁾.

- ذكر المهون بكلمة "شيء" وهي كلمة عامة تشمل ما يمكن بيعه وما لا يمكن بيعه، مع أن المشرع الجزائري اشترط في المادة 949 من ق م ج أنه «لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول أو عقار، لذلك نقتح استبدال كلمة شيء بكلمة "عقار أو منقول».

المطلب الثاني: التزام المرتهن بحفظ المهون ومدى مسؤوليته عن هلاك العين المرهونة

الفرع الأول: التزام المرتهن بحفظ المهون

أولا: التزام المرتهن بحفظ المهون في الفقه الإسلامي

يجب على الدائن المرتهن أن يحفظ المهون الذي تحت يده؛ لأن من كانت له اليد كان عليه الحفظ؛ ولأن له مصلحة في حفظ الرهن وبقائه، كي يستوفي منه حقه إذا تعذر استيفاءه من الغريم، ويذهب أغلب الفقهاء إلى ضرورة أن يبذل الدائن المرتهن في حفظ المهون ما يبذله من عناية في حفظ أمواله الخاصة، باعتبار أن المهون كالوديعة لديه يحفظه بما تحفظ به، جاء في مجمع الضمانات «وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَحْفَظَ الرُّهْنَ بِنَفْسِهِ وَرُؤُوسِهِ وَوَلَدِهِ وَخَادِمِهِ الَّذِي فِي عِيَالِهِ»⁽¹⁵⁾، كما نصت على ذلك المادة 722 من مجلة الأحكام العدلية

المطلب الأول: تعريف الرهن الحيازي

الفرع الأول: تعريف الرهن الحيازي لغة

الرُّهْنُ هو ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه، والجمع رُهُونٌ ورِهَانٌ ورُهْنٌ، والرُّهْنُ هو الذي يأخذ الرهن، وللرهن في اللغة معان كثيرة من أشهرها معنيان:

أ/ الحبس: وهو أشهر معانيه، ومن معنى الحبس قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِيْنَةٌ﴾⁽¹⁾، أي محبوسة بعملها⁽²⁾.

ب/ الثبوت والدوام: يقال أَرَهَنْتُ لَهْمَ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ أَدَمْتَهُ لَهُمْ، وهو طعام رَاهِنٌ⁽³⁾.

والحيازة في اللغة هي الجمع والضم، وكل من ضم شيئا إلى نفسه من مال أو غيره فقد حازه حوزا وحيازة⁽⁴⁾، وفي اصطلاح الفقهاء هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: تعريف الرهن اصطلاحا

أولا: تعريف الرهن في الفقه الإسلامي

قبل تعريف الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي ينبغي أن أشير إلى أن الفقهاء المسلمين القدامى لا يعرفون إلا نوعا واحدا من الرهن، هو الرهن الحيازي، وإن لم يسموه بهذا الاسم؛ لأنهم يشترطون قبض المهون، وهذا ما يميز الرهن الحيازي عن غيره من أنواع التأمينات الأخرى. وقد اختلفت عبارات المذاهب الفقهية في تعريف الرهن، وودونك تعريفاتهم:

تعريف الحنفية: الرهن هو: "جَعَلَ الشَّيْءَ مَحْبُوسًا بِحَقِّ يَمْكُنِ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الرَّهْنِ كَالدُّيُونِ"⁽⁶⁾.

تعريف المالكية: عرّف المالكية الرهن بتعريفين: الأول بالمعنى الاسمي، والثاني بالمعنى المصدرى:

أ/تعريفه بالمعنى الاسمي: عرفه ابن عرفة بقوله "الرُّهْنُ مَالٌ قَبْضُهُ تَوْثُقٌ بِهِ فِي دَيْنٍ"⁽⁷⁾.

واعترض على هذا التعريف بأن ظاهره أن غير المقبوض لا يسمى رهنا، وليس كذلك، إذ لا خلاف في المذهب أن القبض ليس من حقيقة الرهن، ولا شرطا في صحته ولا لزومه⁽⁸⁾.

ب/تعريفه بالمعنى المصدرى: الرهن هو: "بَدَّلَ مَنْ لَهُ الْبَيْعُ مَا يَبَاعُ، أَوْ غَرَّرَا، وَكُوِ اسْتِرْطُ فِي الْعَقْدِ وَثِيقَةً بِحَقِّ"⁽⁹⁾.

تعريف الشافعية: عرّف الشافعية الرهن بأنه: "جَعَلَ عَيْنَ مَالٍ وَثِيقَةً بَدَيْنِ يَسْتَوْفِي مِنْهَا عِنْدَ تَعَدُّرِ وَقَائِهِ"⁽¹⁰⁾.

تعريف الحنابلة: عرّف الحنابلة الرهن بقولهم: "الرُّهْنُ تَوْثُقَةٌ دَيْنٍ بَعِيْنٍ يَمْكُنُ أَخْذُهُ أَوْ بَعْضُهُ مِنْهَا أَوْ ثَمْنُهَا"⁽¹¹⁾.

التعريف المقترح للرهن الحيازي: الملاحظ على هذه التعريفات التي أوردها الفقهاء أنها لم تذكر مزية الرهن وهي أولوية المرتهن في استيفاء حقه من المهون، على الرغم من أن هذا هو المقصود من الرهن، لذلك نرى تعريف الرهن الحيازي بأنه: "عقد اتفاقي، ينشئ الحق في احتباس مال بيد الدائن، أو يد عدل، ضمانا لحق يمكن

عند الاستحقاق، وفي إجراء الاحتجاج عند عدم الدفع، وإذا كان دارا وأصابها خلل، التزم المرتهن بإصلاحه⁽¹⁹⁾.

ومما يدخل في التزام المرتهن بالمحافظة على المرهون التزامه بعدم التصرف في المرهون بأي وجه من الوجوه، فليس له أن يبيعه أو يهبه أو يرهنه دون إذن من الراهن، فإن فعل كان تصرفه موقوفا على إجازة الراهن، فإن أجازه وإلا كان باطلا، ويستثنى من ذلك إذا كان المرهون منقولاً، وكان المتصرف له حسن النية، فإنه يكتسب ملكية المرهون أو حق الرهن - بحسب نوعية التصرف - ويكون المرتهن مسؤولاً عن الرهن وضامناً له.

ويدخل أيضاً في الالتزام بالحفظ واجب إخطار الراهن بكل ما من شأنه أن يهدد الشيء المرهون بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة، ولم ينص المشرع الجزائري على ذلك في باب الرهن اكتفاء منه بالقواعد العامة، ومن ذلك ما تنص عليه المادة 850 ق م ج بقولها: «إذا هلك الشيء أو تلف أو احتاج إلى إصلاحات كبرى مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته أو احتاج إلى اتخاذ إجراء يقبه من خطر غير متوقع فعلى المنتفع أن يبادر بإخطار المالك، وعليه إخطاره أيضاً إذا ادعى أجنبي بحق على الشيء نفسه».

والالتزام المرتهن بإخطار الراهن بكل ما يهدد المرهون راجع إلى أن المرتهن - أو العدل - هو الذي انتقلت إليه حيازة المرهون، فيعلم بطبيعتها الحال حالة هذا الشيء، وما إذا كان مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة، فإذا كان كذلك كان الأمر خطيراً، ولا يجوز السكوت عن ذلك، بل عليه أن يبادر بإخطار الراهن⁽²⁰⁾.

الفرع الثاني: المسؤولية عن هلاك المرهون

أولاً: المسؤولية عن هلاك المرهون في الفقه الإسلامي

هالك المرهون قد يكون بسبب الراهن، أو المرتهن، أو عائداً لسبب أجنبي لا يد للراهن ولا للمرتهن فيه، فالحالات ثلاث:

الحالة الأولى: هلاك المرهون بسبب الراهن: إذا تصرف الراهن في الرهن دون إذن المرتهن فهلك الرهن هالكا كلياً أو جزئياً، ضمن الراهن للمرتهن مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً، جاء في المدونة: "قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ بَاعَهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ فَقَالَ الْمُرْتَهِنُ: لَمْ أَذَنْ لِلرَّاهِنِ فِي الْبَيْعِ لِيَأْخُذَ الرَّاهِنُ الثَّمَنَ. قَالَ: يُحْلَفُ فَإِنْ حَلَفَ، فَإِنْ أَتَى الرَّاهِنُ بِرَهْنٍ ثَقَّةٍ يُشْبَهُ الرَّهْنَ الَّذِي بَاعَ أَخَذَهُ الْمُرْتَهِنُ وَوَقَفَا لَهُ رَهْنًا وَأَخَذَ الرَّاهِنُ الثَّمَنَ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى رَهْنٍ مِثْلَ رَهْنِهِ الْأَوَّلِ، تَكُونُ قِيمَتُهُ قِيمَةَ الرَّهْنِ الْأَوَّلِ، وَقَفَ هَذَا الثَّمَنُ إِلَى مَحَلِّ أَجَلٍ دَيْنِهِ وَلَمْ يُعْجَلْ لِلْمُرْتَهِنِ الدَّيْنُ"⁽²¹⁾. وجاء في المادة 741 من مجلة الأحكام العدلية: «إذَا هَلَكَ الرَّاهِنُ الرَّهْنُ أَوْ أُخِذَ فِيهِ عَيْبًا لَزِمَهُ الضَّمَانُ»⁽²²⁾.

الحالة الثانية: هلاك المرهون بسبب الدائن المرتهن: لا خلاف بين الفقهاء أنه إذا تعدى المرتهن في حفظ المرهون أو فرط في حفظه وصيانته، ضمنه بمثله إن كان مثلياً، أو بقيمته إن كان قيمياً⁽²³⁾.

التي جاء فيها: «عَلَى الْمُرْتَهِنِ أَنْ يَحْفَظَ الرَّهْنَ بِنَفْسِهِ أَوْ بِمَنْ هُوَ أَمِينُهُ كَعِيَالِهِ أَوْ شَرِيكِهِ أَوْ خَادِمِهِ»⁽¹⁶⁾.

ويتضح من خلال هذه النصوص الفقهية أن الفقه الإسلامي قد اختار معياراً شخصياً في درجة العناية اللازمة للحفظ، وبما أن الناس يتفاوتون في نوع العناية اللازمة في حرصهم على أموالهم الخاصة، بين حريص متشدد، ومهمل متساهل، نرى أن هذا المعيار إذا ما كان سائغاً الأخذ به في زمن كانت فيه النفوس تتشدد في بسط العناية اللازمة لحفظ أموال الآخرين التي هي تحت أيديهم، خشية لله تعالى، فإن هذا المعيار لا يسوغ الأخذ به في هذا الزمان الذي ضعف فيه الوازع الديني، وقلت فيه الأمانة، ولهذا كان لا بد من اختيار معيار موضوعي يقع تحته الكافة، صيانة لأموال الناس، وحتى يسهل التحقق من قيام الدائن المرتهن بالحفظ المطلوب.

ومما يدخل في العناية اللازمة لحفظ المرهون أن من ارتهن شيئاً فخاف فساده، كعصير خيف أن يصير خمراً، أو ثمرة خيف عليها الهلاك، أو غير ذلك، وجب عليه أن يعلم الراهن بذلك ليبيعه، فإن كان الراهن غائباً ولم يتمكن من استئذانه رفع الأمر إلى القاضي ليبيعه، فإن بيع ولم يكن أجل الدين قد حل بعد جعل ثمنه رهناً مكانه⁽¹⁷⁾.

ثانياً: التزام المرتهن بحفظ المرهون في القانون المدني الجزائري

اعتمد القانون المدني الجزائري معياراً موضوعياً لبيان درجة العناية اللازم بذلها من الدائن المرتهن لحفظ المرهون وصيانته، وحدد هذه العناية بـ«عناية الرجل العادي»، حيث نصت المادة 955 على أنه: «إذَا تَسَلَّمَ الدَّائِنُ الْمُرْتَهِنَ الشَّيْءَ الْمُرْهُونُ فَعَلَيْهِ أَنْ يَبْدُلِي حِفْظَهُ وَصِيَانَتَهُ مِنَ الْعِنَايَةِ مَا يَبْدُلُهُ الشَّخْصُ الْمَعْتَادُ، وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنِ هَلَاكِ الشَّيْءِ أَوْ تَلْفِهِ، مَا لَمْ يَثْبُتْ أَنَّ ذَلِكَ يَرْجِعُ لِسَبَبٍ لَا يَدُ لَهُ فِيهِ».

وقد كان المقنن الجزائري موقفاً إلى حد بعيد عندما اعتمد هذا المعيار الموضوعي، وذلك أن الناس يختلفون في درجة العناية، فمنهم المتشدد، ومنهم المفرط، لذلك كانت العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد، دون زيادة ولا نقصان، ولهذا لو كان الدائن المرتهن معروفاً بالحرص والحيطة في حفظ أموره الخاصة، لم يطلب منه بذل ذات العناية في حفظ محل الرهن وصيانته، ما دام قد بذل عناية الرجل العادي، وإذا كان معروفاً بالإهمال وعدم الحيطة في أموره الخاصة، لم يُكْتَفَ منه بذلك، بل يجب عليه أن يرفع درجة عنايته حتى تصل إلى درجة عناية الشخص العادي.

والالتزام الدائن المرتهن - ومثله العدل - بالمحافظة على المرهون يختلف بحسب طبيعة الأشياء، فإذا كان الشيء المرهون ديناً، وجب على المرهون استيفاءه عند حلول الأجل، وإذا كان مهدداً بعدم سماع الدعوى بالتقادم، وجب عليه قطعه ()، وإذا كان المرهون حيواناً، وجب على المرتهن أن يقدم له العلف الكافي، وإذا كان ورقة تجارية، وجب عليه أن لا يتأخر في المطالبة بالوفاء

وغنمه سلامته وزيادته، وغرمه عطبه ونقصه، فلا يجوز فيه إلا أن يكون ضمانه من مالكة لا من مرتبه⁽³⁴⁾، والدليل على أن الغرم هو الهلاك قوله تعالى ﴿وَمِنَ الْأَعْرَابِ مَنْ يَخُذُ مَا يُنْفِقُ مَغْرَمًا﴾⁽³⁵⁾ أي يراه هالكا بلا منفعة⁽³⁶⁾.

الدليمن القياس: القياس على الوديعة؛ لأن صاحبه دفعه غير مغلوب عليه وسلط المرتهن على حبسه، ولم يكن له إخراج من يده حتى يوفيه حقه، فلا وجه لأن يضمن⁽³⁷⁾.

الدليل من المعقول: الاستدلال بالمعقول من عدة وجوه:

الوجه الأول: أن الرهن مقبوض بعقد واحد، فإذا كان بعضه أمانة وجب أن يكون كله أمانة كالوديعة⁽³⁸⁾. **الوجه الثاني:** أن الضمان إنما يكون بما تعدى الحابس بحبسه كالغصب، أو بالمخاطرة بالمال كالمضارب بماله، والمرتهن غير متعد بحبسه، ولا مخاطر بارتهاؤه، والرهن ليس بهذا المعنى، وإنما هو وثيقة عند المرتهن، فلا يضمن⁽³⁹⁾.

الوجه الثالث: أنه لو ضمن المرتهن الرهن لامتنع الناس منه خوف ضمانه فتتعطل المداينات، وفيه ضرر عظيم⁽⁴⁰⁾.

القول الثاني: يد المرتهن يد ضمان، فيضمنه إن هلك، ولو لم يكن منه تعد ولا تقصير؛ وهذا قول أبي حنيفة وجمهور الكوفيين، غير أن أصحاب هذا الرأي انقسموا قسمين:

فمنهم من رأى أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته أو قيمة الدين، فلو هلك كل الرهن في يد المرتهن والدين والرهن سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه حكما، وإن كانت قيمته أكثر من الدين فالزائد أمانة في يد المرتهن، إن نقصت عنه سقط بقدره من الدين، ويرجع المرتهن بالفضل على الراهن وبه قال الأحناف⁽⁴¹⁾. ومنهم من قال هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت، إن فضل للراهن شيء فوق دينه أخذه من المرتهن، وبه قال علي بن أبي طالب وإسحاق⁽⁴²⁾.

أدلة هذا القول: استدلت أصحاب هذا القول بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول الدليل من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَأِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كِتَابًا فَرِهَانًا مَّقْبُوضًا﴾⁽⁴³⁾.

وجه الاستدلال: أن الله تعالى عطف بذكر الأمانة على الرهن، فذلك يدل على أن الرهن ليس بأمانة، وإذا لم يكن أمانة كان مضمونا، إذ لو كان الرهن أمانة لما عطف عليه الأمانة؛ لأن الشيء لا يعطف على نفسه وإنما يعطف على غيره⁽⁴⁴⁾.

الدليل من السنة: عدة أحاديث منها:

- ما روي أن رجلاً رهن فرساً، فنفق في يده، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمُرْتَهِنِ: «ذَهَبَ حَقُّكَ»⁽⁴⁵⁾.

وجه الاستدلال: أن المقصود بالحق في الحديث هو الدين، ولا يجوز أن يقال ذهب حقك في الحبس؛ لأن هذا مما لا يُشكَل؛ بدليل أنه ذكر الحق منكراً في أول الحديث ثم أعاده معرّفاً، فيكون المراد بالمعروف ما هو المراد بالمنكر⁽⁴⁶⁾.

وعلى رأي جمهور الفقهاء يقع عبء إثبات تعدي المرتهن أو تضريته في الحفظ على عاتق الراهن، فإن لم يثبت ذلك فلا ضمان على المرتهن، وذلك أن الراهن هو الذي يدعي تضريط المرتهن وتقصيره، والقاعدة أن البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر⁽²⁴⁾.

وعلى رأي المالكية فإنه يجب التفريق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه، فأما ما يغاب عليه كالحلي والثياب ونحوها، فيقع عبء إثبات الهلاك على المرتهن، فإذا ادعى أن الهلاك عائد لسبب أجنبي لا يد فيه كالحرق ونحوه فلا يصدق إلا ببيّنة، وأما ما لا يغاب عليه كالذور والحيوان ونحوهما مما يظهر هلاكه، فلا يضمنه المرتهن إلا إذا أقام الراهن البيّنة على تعديته⁽²⁵⁾.

الحالة الثالثة: هلاك المرهون بسبب أجنبي لا يد للراهن ولا للمرتهن فيه: اختلف الفقهاء في الرهن إذا هلك بيد المرتهن، وكان الهلاك عائداً لسبب لا يد للراهن أو المرتهن فيه، كأن يهلك بأفة سماوية أو نحوها ممن ضمانه، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يد المرتهن يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي: ذهب الشافعية⁽²⁶⁾ والحنابلة⁽²⁷⁾ والظاهرية⁽²⁸⁾ إلى أن يد المرتهن يد أمانة، فلا يضمن المرتهن العين المرهونة، ولا يسقط عن الراهن شيء بمقابله هلاك الرهن، إلا إذا تعدى المرتهن في هلاك الرهن أو فرط، قال الشافعي: «لَا يَضْمَنُ الْمُرْتَهِنُ وَلَا الْمَوْضُوعُ عَلَىٰ يَدَيْهِ الرَّهْنُ مِنَ الرَّهْنِ شَيْئًا إِلَّا فِيمَا يَضْمَنَانِ فِيهِ الْوَدِيعَةُ وَالْأَمَانَاتُ مِنَ التَّعَدِّيِّ، فَإِنْ تَعَدَّى فِيهِ فَهَمَّا ضَامِنَانِ، وَمَا لَمْ يَتَعَدَّ فَالرَّهْنُ بِمَنْزِلَةِ الْأَمَانَةِ»⁽²⁹⁾. ولو ارتهن بشرط أن يضمن المرهون فسد الرهن لفساد الشرط⁽³⁰⁾. ويظهر أن أصحاب هذا القول قد جعلوا التزام المرتهن بحفظ العين المرهونة التزاماً ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، فلا يسأل المرتهن عن هلاك الرهن ما لم يقع منه تعد أو تضريط في الحفظ.

أدلة هذا القول: استدلت هذا الفريق على القول بأن يد المرتهن يد أمانة بالسنة والقياس والمعقول:

الدليل من السنة: ما رواه سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لَا يَغْلُقُ الرَّهْنُ مِنْ مَرَاهِنِهِ، لَدُّ غَنَمِهِ وَعَلَيْهِ غَرْمُهُ»⁽³¹⁾.

وجه الاستدلال: استدلتوا بهذا الحديث من عدة وجوه:

الوجه الأول: قوله: «لا يخلق الرهن» له ثلاثة تأويلات⁽³²⁾:

أحدها: لا يكون الرهن للمرتهن بحقه إذا حل الحق والتأويل الثاني: لا يسقط الحق بتلفه. والثالث: لا يخلق حتى لا يكون للراهن فكه عن الرهن بل له فكه.

الوجه الثاني: قوله صلى الله عليه وسلم «من رهنه» يعني من ضمانه، قال الشافعي: وهذه أبلغ كلمة للعرب في أنهم إذا قالوا هذا الشيء من فلان يريدون من ضمانه⁽³³⁾.

الوجه الثالث: قوله صلى الله عليه وسلم «له غنمه وعليه غرمه»،

– ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ﴿:الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ﴾⁽⁴⁷⁾.

وجه الاستدلال: معنى ذلك أن الرهون إذا هلكت فقد ذهبت بما فيها من الديون⁽⁴⁸⁾.

الدليل من الإجماع: الصحابة والتابعون من بعدهم قد أجمعوا على أن الرهن مضمون، وإنما حصل الاختلاف بين العلماء المتقدمين على ثلاثة أقوال – في كيفية تضمين المرتهن – إلى أن أحدث الشافعي قولاً رابعاً أنه أمانة ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه، فاتفقهم على ثلاثة أقاويل يكون إجماعاً منهم على أنه ليس فيه قول رابع⁽⁴⁹⁾. **الدليل من المعقول:** الاستدلال بالمعقول من وجهين:

الوجه الأول: المرهون مقبوض للاستيفاء، فوجب أن يكون مضموناً ضمان الاستيفاء؛ لأن كل شيء مقبوض على وجهه فإنما يكون هلاكه على الوجه الذي هو مقبوض به، كالمغصوب متى هلكه على ضمان الغصب، فلما كان الرهن مقبوضاً للاستيفاء وجب أن يكون هلاكه على ذلك الوجه، فيكون مستوفياً بهلاكه لدينه، والدليل على أنه مقبوض للاستيفاء اتفاق الجميع على أن المرتهن أحق به بعد الموت من سائر الغرماء حتى يباع فيستوفي دينه منه⁽⁵⁰⁾.

الوجه الثاني: كما أن المرتهن جعل مستوفياً للدين بالفكك، فإنه يكون مستوفياً بهلاكه، فلا يملك الاستيفاء ثانياً؛ لأنه مدعاة إلى الربا⁽⁵¹⁾.

القول الثالث: التفريق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه: فرق أصحاب هذا القول بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار والسيارات ونحوها، فلا يضمن، وبين ما يغاب عليه من العروض، نحو الذهب والفضة والثياب وسائر ما يغاب عليه من المتاع ويخفى هلاكه فيضمن، وهذا قول مالك والأوزاعي وعثمان البتي⁽⁵²⁾⁽⁵³⁾، لكن هل يضمن المرتهن إذا أقام بينة بأن ما يغاب عليه هلك من غير تفريط؟

قال مالك لا يضمن، وهو قول ابن القاسم⁽⁵⁴⁾ من المالكية، وعليه الفتوى⁽⁵⁵⁾، وقال الأوزاعي وعثمان البتي: بل يضمن على كل حال، قامت بينة أو لم تقم، وبقولهما قال أشهب⁽⁵⁶⁾. ويظهر من هذا أن المالكية قد جعلوا التزام المرتهن بحفظ ما يغاب عليه التزاماً بتحقيق نتيجة، والتزامه بحفظ ما لا يغاب عليه التزام ببذل عناية.

أدلة هذا القول: استدلال هذا الفريق بما يلي:

1/ التفريق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه هو الاستحسان، وذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه، فالضمان تهمة ينتفي بإقامة البينة⁽⁵⁷⁾.

2/ إن الرهن قد أخذ شبهاً من المضمون وشبهاً من الأمانة، فصار المرتهن غير مؤتمن ولا متعد، فلا يعطى حكم أحدهما على التجريد، والجمع بين الأمرين ممكن، وذلك بأن يضمن ما خفي هلاكه، ويكون أميناً فيما ظهر هلاكه، ومما يدل على

أن الرهن يجمع بين الشبهين أن الأمانة المحض ما لا نفع فيها لقابضها، بل النفع كله للمالك كالوديعة، والمضمون المحض ما يكون النفع فيه كله لقابضه كالمشتري أو بتعدي جنائية كالغصب، ومسألتنا عارية من كل ذلك، فلم يكن له حكم أحدهما على التجريد، فيجب الفصل بينهما، وذلك بالتفريق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه⁽⁵⁸⁾.

3/ المصلحة تقتضي التفريق بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، حفظاً لأموال الناس⁽⁵⁹⁾.

الترجيح: بعد ذكر الأدلة تبين سقوط الاستدلال بالأخبار والآثار لعدم صحتها وعدم صراحتها وتعارضها، لذلك لم يبق إلا النظر، فعليه بينى الترجيح، وبعد النظر يظهر رجحان مذهب مالك لما يلي:

– إن المصلحة تقتضيه لحفظ أموال الناس ودفع الضرر عنهم، وهذا مبدأ عظيم راعاه الصحابة رضوان الله عنهم في تضمين الصناع ونحوهم⁽⁶⁰⁾.

– لا يمكن قياس الرهن على المضمون أو الأمانة؛ لأنه قد جمع الشبهين معاً، فلا يمكن أن يعطى حكم أحدهما بلا دليل⁽⁶¹⁾.

– إن هذا الرأي جمع مناسب بين الأدلة المتعارضة، وليس قولاً بلا دليل⁽⁶²⁾.

ثانياً: المسؤولية عن هلاك المرهون في القانون: هلاك الشيء المرهون أو تلفه إما أن يكون عائداً إلى الراهن، أو المرتهن، أو عائداً لسبب أجنبي، فالحالات ثلاث:

الحالة الأولى: هلاك المرهون بسبب الراهن:

إذا هلك الشيء المرهون أو تلف بسبب الراهن كان ضمناً له، حيث نصت المادة 1/954 ق م ج على أنه: «يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كانا هلاكاً أو التلف راجعاً لخطئه أو ناشئاً عن قوة قاهرة». ويكون الدائن المرتهن مخيراً بين أن يطلب تأميناً كافياً بدلاً عن الرهن الهالك أو التالف، أو أن يسقط أجل الدين فيصبح الدين حالاً ويتقاضاه فوراً، وقد جاء في المادة 2/954 ق م ج «ويسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين 899 و 900 المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه، و بانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق»، وتنص المادة 1/899 للمحال عليها على أنه: «إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً». وهذه الرعاية التي حظي بها الدائن المرتهن تعود إلى أن الهلاك أو التلف كان بسبب الراهن، فوجب أن يكون الخيار للدائن المرتهن.

الحالة الثانية: هلاك المرهون بسبب الدائن المرتهن

إذا هلك الشيء المرهون أو تلف بخطأ الدائن المرتهن أو تقصيره، فلا يجوز أن يطلب شيئاً؛ بل يجب عليه أن يدفع تعويضاً عما أتلفه بخطئه، طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، ويحل هذا

العناية ما يبذله الشخص المعتاد، ثم عادت في الأخير لتحمله مسؤولية هلاك المرهون أو تلفه إذا لم يثبت أن الهالك أو التلف يعود لسبب أجنبي لا يد له فيه، حيث تنص على أن المرتهن: «مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب لا يد له فيه»، فكان هذه المادة تجعل التزام المرتهن في أوله التزاماً ببذل عناية "بوسيلة" وفي آخره التزاماً بتحقيق نتيجة، فهل المطلوب من الدائن المرتهن هو بذل عناية، أم تحقيق نتيجة؟ اختلف فقهاء القانون حول هذه المسألة إلى عدة اتجاهات أهمها:

الاتجاه الأول: التزام المرتهن بالحفظ هو التزام بتحقيق نتيجة: يرى أنصار هذا الاتجاه أن التزام المرتهن هو التزام بتحقيق نتيجة، وهو مسؤول عن هلاك المرهون أو تلفه، ما لم يثبت أن الهالك أو التلف راجع لسبب أجنبي لا يد له فيه، وأساس ذلك أن المرتهن ملتزم برد محل الرهن إلى راهنه بعد استيفاء حقه، وهذا بنص المادة 959 التي جاء فيها: «يجب على الدائن أن يرد الشيء المرهون إلى الراهن بعد استيفاء كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصاريف وتعويزات».

ولذلك فالأصل أن تبعته هلاك المرهون أو تلفه تقع عليه، ما لم يثبت أن ذلك قد حدث بفعل الراهن أو بقوة قاهرة، أو بفعل أجنبي، فإن عجز عن إثبات شيء من ذلك كان مسؤولاً؛ لأنه ملزم برد الشيء بالحالة التي تسلمه عليها وقت الرهن، ومن واجبه أن يثبت السبب الأجنبي الذي منعه من تنفيذ التزامه بالرد⁽⁶⁵⁾.

الاتجاه الثاني: التزام المرتهن بالحفظ هو التزام ببذل عناية

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن التزام الدائن المرتهن بالحفظ هو التزام ببذل عناية، وليس التزام بتحقيق نتيجة، والواقع أن الهالك أو التلف إذا لم يكن يرجع إلى تقصير المرتهن، فهو يرجع حتماً إلى سبب أجنبي، كقوة قاهرة، أو خطأ الغير، أو خطأ الراهن، وإذا نفي المرتهن ذلك عن نفسه أدى ذلك ضرورة إلى إرجاع الهالك أو التلف إلى السبب الأجنبي⁽⁶⁶⁾.

الترجيح: الالتزام الملقى على عاتق الدائن المرتهن هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، وذلك تماشياً مع القواعد العامة، فقد نص القانون المدني الجزائري في المادة 172 على أنه: «في الالتزامات بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطته في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك. وعلى كل حال يبقى المدين مسئولاً عن غشه، أو خطئه الجسيم». فهذه المادة تنص بوضوح على أن المقصود بالحفظ هو بذل عناية الشخص العادي، فإذا فعل ذلك يكون قد وفى بالالتزام... ولو لم يتحقق الغرض المقصود».

ولكن القانون افترض أن الدائن المرتهن لم يقم بالعناية

التعويض محل الرهن الهالك أو التالف، ويصبح مرهوناً مثله في دين الدائن المرتهن⁽⁶³⁾.

ولم يبين القانون المدني الجزائري مقدار هذا التعويض، وهل يكون مثل الرهن الهالك، وعليه ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالتعويض عن الضرر، ومنها ما نصت عليه المادة 131 ق م ج بأنه: «يقدّر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادة 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف والملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير».

الحالة الثالثة: هلاك المرهون بسبب أجنبي

إذا هلك المرهون أو تلف بسبب أجنبي، لا يد للراهن ولا للمرتهن فيه، كأن يهلك بفعل قوة قاهرة، أو يسرق، أو ينزع للمنفعة العامة، وما إلى ذلك، كان ضمانه من الراهن، حيث نصت المادة 1/954 على أنه: «يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كانا هلاكاً أو التلف راجعاً أو ناشئاً عن قوة قاهرة».

ولكن ينبغي على الدائن المرتهن أو العدل أن يثبت أن الهالك يعود إلى سبب أجنبي لا يد لهما فيه، وعلى هذا نصت المادة 955 ق م ج: «إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذلني حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب لا يد له فيه».

فإذا أثبت الدائن المرتهن أو العدل أن الهالك أو التلف يعود لسبب أجنبي لا يد له فيه، لم يتحمل مسؤولية الهالك، وكان الراهن هو المسؤول عن ذلك، ويثبت للراهن الخيار بين إسقاط أجل الدين ودفع الدين فوراً، أو تقديم تأمين كاف بدل الرهن الهالك أو التالف، وهذه الرعاية لجانب الراهن سببها أن الهالك أو التلف لم يكن بخطئه، بل كان بسبب أجنبي، فوجب أن يكون له الخيار⁽⁶⁴⁾.

ويلاحظ هنا أن القانون المدني الجزائري قد ألقى عبء إثبات السبب الأجنبي على عاتق الدائن المرتهن، وكان مقتضى القواعد العامة أن يتحمل الراهن عبء إثبات أن هلاك الرهن أو تلفه يعود لخطأ المرتهن ولا يعود لسبب أجنبي؛ ما دام أن الراهن هو الذي يتحمل هلاك المرهون لسبب أجنبي، كما أشارت إلى ذلك المادة 954 بقولها «يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كانا هلاكاً أو التلف راجعاً لخطئه أو ناشئاً عن قوة قاهرة».

ولكن المشرع الجزائري قد خرج عن هذه القاعدة حين ألزم الدائن المرتهن بإثبات السبب الأجنبي، وإلا كان هو المسؤول عن هلاك المرهون أو تلفه أو نقص قيمته، وهذا ما جعل فقهاء القانون يختلفون في تأصيل هذه المسألة، وسبب الاختلاف أن المادة 955 أوجبت في صدرها على الدائن المرتهن أن يبذل في حفظ المرهون عناية الرجل المعتاد، بقولها: «إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذلني حفظه وصيانته من

- المطلوبة إذا لم تتحقق النتيجة، ويستطيع أن يدرك هذه التهمة ويتحلل من مسؤولية هلاك المرهون أو تعيينه إذا أثبت أن ذلك عائد لسبب أجنبي لا يد له فيه.
- الهوامش**
- 1- سورة المدثر، الآية 38.
 - 2- ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1، ج 1، ص 188.
 - 3- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت، ط1، 1991، ج2 ص452.
 - 4- ابن منظور، لسان العرب، ج5 ص339.
 - 5- الدردير، أبو البركات سيدي أحمد، الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، ج4 ص233.
 - 6- نظام الدين البلخي المعروف بالهام، الفتاوى الهندية، دار صادر، بيروت، ط2، 1991، ج5 ص431.
 - 7- الرصاع محمد بن قاسم، شرح حدود ابن عرفة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993، ص409.
 - 8- الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: محمد عبد الله شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1996، ج4 ص374.
 - 9- خليل بن إسحاق الجندي، مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995، ص172.
 - 10- الأنصاري، زكريا بن محمد، الغرر البهية في شرح المنظومة الوردية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997، ج5 ص197.
 - 11- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، دقائق أولي النهى شرح المنتهى، عالم الكتب، بيروت، ط2، 1996، ج2 ص103، 104.
 - 12- الرهن الرسمي: "عقد يكسب به الدائن حقا عينيا، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له فيالترتبة فياستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان". المادة 882 من ق م ج.
 - 13- المادة 883 من القانون المدني الجزائري.
 - 14- حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2005، ص60.
 - 15- غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات، تحقيق: محمد أحمد سراج وعلي جمعة محمد، دار السلام، القاهرة، ط1، 1990، ج1 ص273.
 - 16- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي كمال فهمي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2 ص108.
 - 17- انظر: السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1993، ج21 ص109. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار الفكر، بيروت، طبعته: 1990، ج3 ص195. ابن حزم علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البغدادي، دار الفكر، بيروت، ج6 ص381. محمد بن مفلح المقدسي، كتاب الضروع، عالم الكتب، بيروت، ط4، 1985، ج4 ص212.
 - 18- تنص المادة 2/978 على أنه: "يلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون، فإذا كان له أن يحصل شيئا من هذا الدين دون تدخل الراهن، وجب عليه أن يحصله في الزمان والمكان المعينين للاستيفاء وأن يبادر بإخطار الراهن بذلك".
 - 19- محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعته: 1995، ص216.
 - 20- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3، 1998، ج10 ص812.
- 21- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، تحقيق: السيد علي بن السيد عبد الرحمن الهاشمي، طبع دولة الإمارات 1422هـ، ج9 ص247.
 - 22- علي حيدر، درر الحكام، ج2 ص137.
 - 23- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1996، ج6 ص129.
 - 24- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، ج6 ص88. شهابالدين الرملي، نهاية المحتاج في شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1992، ج4 ص284. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997، ج3 ص411.
 - 25- الخرشي محمد بن عبد الله بن علي، حاشية الخرشي على مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997، ج6 ص161. العدوي أبو الحسن علي بن ناصر، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، تحقيق: محمد عبد الله شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997، ج2 ص355.
 - 26- الرملي، نهاية المحتاج، ج4 ص282.
 - 27- ابن مفلح، الفروع، ج4 ص228. المرادوي، الإنصاف، ج5 ص121.
 - 28- ابن حزم، المحلى، ج6 ص379.
 - 29- الشافعي، الأم، ج3 ص170.
 - 30- الرملي، نهاية المحتاج، ج4 ص281.
 - 31- رواه: ابن ماجة (سنن ابن ماجة، مكتبة المعارف، الرياض، ط1) كتاب الرهن، باب لا يغلق الرهن، رقم: 2441، ص416. والحاكم (المستدرک علی الصحیحین، دار المعرفة، بیروت، ط1، 1998) وقال: "صحیح علی شرط الشیخین ولم یخرجاه"، رقم: 2362، ج2 ص360. والبیهقی (معرفة السنن والآثار، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2001) وقال: "وهذا إسناده حسن متصل" رقم الحديث: 3620، ج4 ص438.
 - 32- محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع للنووي، دار النفائس، الرياض، طبعته: 1995، ج13 ص383.
 - 33- المرجع نفسه، ج13 ص383.
 - 34- الشافعي، الأم، ج3 ص170.
 - 35- سورة التوبة، الآية 98.
 - 36- ابن حزم، المحلى، ج6 ص379.
 - 37- الشافعي، الأم، ج3 ص170.
 - 38- ابن قدامة، المغني، ج6 ص130.
 - 39- مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط3، 1999، ص77.
 - 40- البهوتي، دقائق أولي النهى، ج2 ص112.
 - 41- السرخسي، المبسوط، ج21 ص64.
 - 42- هو أبو يعقوب إسحاق (ابن راهويه) بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي التميمي، عالم خراسان في عصره، وأحد كبار الحفاظ، روى عنه ابن حنبل والبخاري ومسلم والترمذي والنسائي وغيرهم، ولد: 161 هـ. توفى: 238 هـ. انظر ترجمته في: الذهبي أبو عبد الله شمس الدين، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسال، بيروت، ط9، 1993، ج11 ص358.
 - 43- سورة البقرة، الآية 283.
 - 44- الجصاص أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1 ص638.
 - 45- أخرجه البيهقي، من طريق ابن المبارك عن مصعب بن ثابت عن عطاء، وقال

- 55- الخرشي، حاشية الخرشي، ج 6 ص 164.
- 56- ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2 ص 332.
- 57- الخرشي، حاشية الخرشي، ج 6 ص 164. ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2 ص 332.
- 58- القاضي عبد الوهاب أبو محمد علي بن نصر البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق الحبيب بن الطاهر، دار ابن حزم، ط 1، 1990، ج 2 ص 582.
- 59- مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها، ص 79.
- 60- محمد المدني بوساق، المسائل التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات، ط 1، 2000، ج 2 ص 821.
- 61- القاضي عبد الوهاب أبو محمد علي بن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1998، ج 2 ص 148، 149.
- 62- ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2 ص 333.
- 63- السنهوري، الوسيط، ج 10 ص 84.
- 64- السنهوري، الوسيط، ج 10 ص 804.
- 65- المصرية، القاهرة، 1954، ص 278.
- 66- انظر: سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 347.
- عنه: "وقد كفانا الشافعي رحمه الله بيان وهن هذا الحديث". انظر: السنن الكبرى للبيهقي، باب الرهن غير مضمون، حديث رقم: 11225، ج 6 ص 68.
- 46- السرخسي، المبسوط، ج 21 ص 66.
- 47- رواه: الدارقطني في سننه، من طريق عبد الكريم بن روح عن هشام بن زياد عن حميد عن أنس، وقال: "هذا لا يثبت عن حميد، ومن بينه وبين شيخنا كلهم ضعفاء" رقم: 123، ج 3 ص 32، والبيهقي في السنن الكبرى، من طريق يزيد بن إبراهيم التستري عن عمرو بن دينار عن أبي هريرة مرفوعا، وقال: "منقطع بين عمرو بن دينار وأبي هريرة". رقم: 11223، ج 6 ص 67.
- 48- السرخسي، المبسوط، ج 21 ص 66. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 2، 1982، ج 6 ص 154.
- 49- السرخسي، المبسوط، ج 21 ص 65. الجصاص، أحكام القرآن، ج 1 ص 639.
- 50- الجصاص، أحكام القرآن، ج 1 ص 640.
- 51- الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6 ص 154.
- 52- هو أبو عمرو بن سليمان بن جرموز، لُقِبَ بالبتي لأنه كان يبيع البتوت (الأكسية الغليظة)، فقيه ثقة مأمون، حدث عن أنس بن مالك والشعبي، انظر ترجمته في: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 6 ص 148.
- 53- بن رشد الحفيد أبو الوليد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار العقيدة، مصر، ط 1، 2004، ج 2 ص 332.
- 54- هو أبو عبد الرحمان بن القاسم العتقي المصري، أثبت الناس في مالك، وأعلمهم بأقواله، صحبه عشرين سنة، ولد: 133هـ وقيل: 129 هـ، توفي: 191هـ. انظر ترجمته في: مخلوف محمد بن محمد بن عمر بن قاسم، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تحقيق: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2003، ج 1 ص 88.