كلية الحقوق
الدراسات العليا
قسم القانون المدني

حماية الراهن بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية

«دراسة مقارنة»

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون المدني

رسالة مقدمة من الباحث
هاني محمد شعبان حسن

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

الأستاذ الدكتور / جابر محجوب علي — **مشرفا ورئيسا**
أستاذ ورئيس قسم القانون المدني الأسبق- كلية الحقوق – جامعة القاهرة- ووكيل الكلية لشئون التعليم والطلاب الأسبق .

الأستاذ الدكتور / عبد الهادي فوزي العوضي — **عضوا**
أستاذ القانون المدني – ووكيل الكلية الكلية لشئون التعليم والطلاب والقائم بأعمال عميد كلية الحقوق – جامعة القاهرة.

الأستاذ الدكتور / محمد عبد الهادي عبد الستار محمد — **مشرفاوعضوا**
أستاذ الشريعة الإسلامية - كلية الحقوق- جامعة القاهرة والقائم بأعمال رئيس القسم .

الأستاذ الدكتور / حسين سيد مجاهد حسن — **عضوا**
أستاذ الفقه المقارن – كلية الشريعة والقانون – جامعة دمنهور.

1444هـ - 2023م

شكر وتقدير

وبعد، فمن باب الاعتراف بالفضل والإقرار بالجميل إلى من أسدى إليَّ معروفًا، وقدم لي نصائح غالية عز الزمان بمثلها؛ فإني أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذي الجليل، الأب الر حيم:

فضيلة الأستاذ الدكتور / جابر محجوب علي

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني الأسبق بكلية الحقوق – جامعة القاهرة، وكيل الكلية لشئون التعليم والطلاب الأسبق. ذلكم العلم الذي انتهت إليه الكلمة في القانون المدني، جبر الله به جموع القانونيين، فهو المرجع للمشرعين في مصر والبلاد العربية، وهو الذي آتت بحوثه ومؤلفاته ثمارها كاملة غير منقوصة، فواكب بها حاجة المجتمع وساير بها التقدم الحضاري فبحث كل مسألة وواقعة مبينا فيها الجواب الشافي من الناحية القانونية.

أشكره على ما أسداه إليَّ من نصح وتوجيه وإرشاد في هذه الرسالة؛ فكان دائمًا يحثني ويوجهني إلى ما فيه الخير والرشاد؛ كان يحفزني إذا تكاسلت، ويدفعني إذا توقفت، ويفتح لي مغاليق الأمور إذا استغلقت، فجزاه الله عني خير الجزاء، وبارك له في نفسه وماله وولده اللهم آمين.

كما أتوجه بالشكر والعرفان بالجميل إلى أستاذي الجليل: فضيلة الأستاذ الدكتور/ **محمد عبد الهادي عبد الستار محمد،** أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، الذي جعل الله له من اسمه نصيبا وافرا، فهو مُحمدِيّ الخُلُق مهديِّ المسيرة، فتح الله له آفاق البحث العلمي، وجاءت بحوثه لمعالجة قضايا المجتمع والأسرة معالجة شرعية، جمَّلَه الله بجميل سِتره وأمده بمدد من عنده.

أشكره على ما قدمه وأسداه إليَّ من نصح وإرشاد وتوجيه في هذه الرسالة؛ فقد كان دائم الحث، واسع الاطلاع، رحب الصدر، يقرأ بعين الناقد البصير، ويوجه بلقب الأب الرحيم؛ فجزاه الله عني خير الجزاء وبارك له في نفسه وولده، اللهم آمين.

كما أتوجه بالشكر إلى الأستاذين الفاضلين اللذين شرفاني بمناقشة هذه الرسالة:

معالي الأستاذ الدكتور / عبد الهادي فوزي العوضي، أستاذ القانون المدني، عميد كلية الحقوق، جامعة القاهرة. اختاره الله ليكون عميدا لكلية الحقوق، وعوض به ذلك الصرح الشامخ في القانون المدني، فجاءت بحوثه بمثابة النور المضيء للقضايا التي تمس إليها الحاجة مع انتشار ذلك الفضاء الالكتروني الذي يستوجب مواكبة القانون لحركته السريعة والمتسارعة، فأثرى المكتبة القانونية ببحوثه المتخصصة وفاز طلاب العلم والمشتغلون بالقانون بمعالجاته للقضايا في هدوء وتأن.

أشكره على تفضله بقبول مناقشة هذا البحث على كثرة مشاغله وأعبائه، الله أسأل أن يجعل ما قدم في ميزان حسناته وأن يجزيه خير الجزاء إنه ولي ذلك والقادر عليه.

ولا يحسن الختام إلا بذكر ذلك العلم الأزهري سعادة الأستاذ الدكتور/ **حسين سيد مجاهد حسن**

أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر بدمنهور، وعضو لجنة الفتوى بالأزهر الشريف. ذلكم العلم الذي نتنفس من خلاله عبق الأزهر الشريف فهو حسين الخلق حسن البحث والنفع، جاهد في غمار البحث العلمي وخاض لججه وسيده الله ليفصل بين الناس ويفتيهم في شؤون دينهم ودنياهم، أثرى المكتبة العلمية بالعديد من المؤلفات التي عالجت النوازل الفقهية المعاصرة كالأوراق المالية والقضايا الطبية وغيرها. أشكره على تفضله بقبول مناقشة هذا البحث واللهَ أسألُ أن يجزيه خير الجزاء وأن يجعل ما يقدمه في ميزان حسناته إنه ولي ذلك والقادر عليه.

إِهْـدَاءٌ

ولا يسعني في هذا المقام إلا أن أهدي هذا البحث إلى أمّـــي التي طـالـما لاحظتني بدعـائها، وأثلجت صـــــدري بـــحـنـانـــها، وأفنت عمرها من أجل أداء رسالتها.

إلى أبي: الذي حثني على طلب العلم، وبذل النفس والنفيس من أجل مواصلة مسيرة التعليم.

إلى إخوتي الأعزاء: حبـًا وتـــقديرًا، واحـــترامًا، وعرفانًا بالجـــميل.

إليكم أولادي الأعزاء: أقدم لكم شيئًا بين يدي ربي ليكن لكم في خدمة دينه ورفعة وطننا نصيب.

إلى رفيقة الدرب زوجي الغالية: التي طالما ضحت وتحملت من أجل هـــذا البحث

إلى أهلي وأصدقائي، وزملائي، وكل من مد لي يد العون ... أهدي هذا البحث

مقدمـــة

الحمد لله الذي خلق الإنسان، وشرع له الأحكام ليعينه على القيام بمهمة التكليف، وزلل له الصعاب ليرفع عن كاهله مشقة العسر والتعنيف، ورخص له أمورًا تيسيرًا عليه في تعمير الكون، وإسعادًا له في الدارين.

وأصلى وأسلم على سيدنا محمد – ﷺ – خير من هدى الناس إلى الله، وبين لهم طريق الحق والنجاة، وعلمهم كيف يستنبطون الأحكام فيما يستجد في حياتهم وواقعهم من قضايا وموضوعات.

أما بعد؛

فإن الأصل في عقود التشريع أن يقوم الإنسان بالتصرف فيما يملك ويقع تحت تصرفه التام، وقد انتشرت معاملات كثيرة في حياة الناس تقتضي التيسير عليهم والبحث عن سبل تحقيق احتياجاتهم.

ومن المعلوم أن ذلك الميراث الفقهي للمسلمين قد تُرجم إلى مواد دستورية بدأت في عهد الدولة العثمانية بإصدار مجلة الأحكام العدلية، ثم تطورت فيما بعد تبعا لتطور العصور، وتعقيدات الحياة الإدارية فيها، ومن ثم استحدثت القوانين الموجودة حاليا والتي تراعي أحوال الناس وطرق معيشتهم.

ولما كانت المعاملات متعلقة بحياة الناس اليومية أولاها العلماء اهتماما بالغا لتواكب ذلك التطور المتسارع في الحياة اليومية؛ فشرعت قوانين تلائم تلك الحركة وتسايرها، ليظهر في الآفاق مرونة الشريعة الإسلامية في التشريع لكل المستجدات وانفتاحها على المنظومات القانونية الأخرى صياغة وتقنينا، وانتهاء إلى جعلها المرجعية الرئيسة في قوانيننا الحديثة بل والإسهام في إثراء المنظومات القانونية الغربية أيضا، وذلك كله شريطة تجديد دراسات ذلك التراث الفقهي الفريد، واستمرار تقنين نظرياته وتشييد قواعده والإبانة عن مبادئه وكلياته.

ولما كانت الشريعة مبنية على التيسير، وكان الإنسان لا يملك من المال أحيانا ما يمكنه من تلبية احتياجاته وتحقيق طموحاته رخص له الشارع في رهن ما يملك حتى يوسع عليه في هذا الجانب، ولجأ الناس إلى رهن أصولهم أو كفالة غيرهم لتحقيق مآربهم، فشُرع الرهن لتحقيق مصلحة الراهن والمرتهن، فيحقق للراهن ما كان يرمى إليه من قرض، وما كان يهدف إليه من الشراء إلى أجَل عن طريق رهن عين مالية لدى المرتهن يستطيع ردها عند الوفاء بالدين المتفق عليه للمرتهن عند حلول الأجل المحدد، ويمنح المرتهن الثقة في الحصول على دينه إذا عجز المدين، أو امتنع

فهرس الموضوعات

م	الموضوع	الصفحة
1	المقدمة و التمهيد	1
2	**الباب الأول**	26
3	**الفصل الاول : حماية الراهن عند ابرام عقد الرهن**	27
4	**المبحث الأول: القواعد المتعلقة بالأهلية.**	31
5	**المطلب الأول: مفهوم الأهلية وأقسامها**	31
6	**المطلب الثانى: حكم صدور الرهن من قاصر أو محجور عليه**	34
7	**المبحث الثاني: تخصيص الرهن.**	52
8	**المطلب الأول: تخصيص العقار المرهون**	53
9	**المطلب الثاني: تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون**	61
10	**المبحث الثالث: الشكلية.**	72
11	**المطلب الأول: مفهوم الرسمية وحكمة اشتراطها .**	73
12	**المطلب الثانى: جزاء تخلف الشكلية عن الرهن**	77
13	**الفصل الثانى: حماية الراهن عند نفاذ الرهن في حق الغير .**	80
14	**المبحث الأول: وجوب القيد لنفاذ الرهن الرسمى**	81
15	**المطلب الأول: وجوب القيد لسريان الرهن في مواجهة الغير.**	86
16	**المطلب الثاني: أحكام القيد وإجراءاته:**	89
17	**المطلب الثالث: سقوط القيد**	94
18	**المطلب الرابع: مدى مسئولية الراهن عند سقوط القيد:**	96
19	**المطلب الخامس: تطهير العقار من القيود**	98
20	**المبحث الثانى: الحيازة كشرط لنفاذ الرهن الحيازى.**	106
21	**المطلب الأول: ملكية الراهن للمال المرهون .**	107
22	**المطلب الثاني: أثر قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز على حكم رهن ملك الغير**	123
23	**الباب الثاني**	132

24	الفصل الأول: مدى تأثر سلطات الراهن على العقار المرهون	133
25	المبحث الأول: حق الراهن في إدارة المال المرهون وقبض ثماره والتصرف فيه	134
26	المطلب الأول: حق الراهن فى إدارة المال المرهون.	135
27	المطلب الثانى: حق الراهن فى التصرف	145
28	المبحث الثانى: التزامات المرتهن في الرهن الحيازى	160
29	المطلب الأول: الالتزام بحفظ الرهن وصيانته	161
30	المطلب الثاني: الالتزام بإدارة الرهن واستغلاله	172
31	المطلب الثالث: الالتزام برد الرهن	190
32	الفصل الثانى: حماية الراهن فيما يتعلق بالتنفيذ وفيه أربعة مباحث .	201
33	المبحث الأول: عدم جواز التنفيذ إلا عند حلول الأجل .	202
34	المطلب الأول: موقف القانون من التنفيذ :	204
35	المطلب الثانى: موقف الفقه من جواز التنفيذ:	208
36	المبحث الثانى: وجوب التنفيذ وفقاً لقواعد الحجز العقارى.	215
37	المطلب الأول: بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء	218
38	المطلب الثاني: بطلان شرط الطريق الممهد	225
39	المبحث الثالث: حق التقدم على المال المرهون دون غيره .	234
40	المطلب الأول: حق التقدم فى القانون الوضعى	234
41	المطلب الثاني: حق التقدم فى الفقه الإسلامى	253
42	المبحث الرابع: حق التتبع .	258
43	المطلب الأول: حق التتبع فى القانون الوضعي	258
44	المطلب الثاني: حق التتبع فى الفقه الإسلامى	267
45	الخاتمة	274
46	قائمة المراجع	280
47	فهرس الموضوعات	299

مستخلص الرسالة

ومن المعلوم أن ذلك الميراث الفقهي للمسلمين قد تُرجم إلى مواد دستورية بدأت في عهد الدولة العثمانية بإصدار مجلة الأحكام العدلية، ثم تطورت فيما بعد تبعا لتطور العصور، وتعقيدات الحياة الإدارية فيها، ومن ثم استحدثت القوانين الموجودة حاليا والتي تراعي أحوال الناس وطرق معيشتهم.

ولما كانت الشريعة مبنية على التيسير، وكان الإنسان لا يملك من المال أحيانا ما يمكنه من تلبية احتياجاته وتحقيق طموحاته رخص له الشارع في رهن ما يملك حتى يوسع عليه في هذا الجانب، ولجأ الناس إلى رهن أصولهم أو كفالة غيرهم لتحقيق مآربهم، فشُرع الرهن لتحقيق مصلحة الراهن والمرتهن، فيحقق للراهن ما كان يرمى إليه من قرض، وما كان يهدف إليه من الشراء إلى أجَل عن طريق رهن عين مالية لدى المرتهن يستطيع ردها عند الوفاء بالدين المتفق عليه للمرتهن عند حلول الأجل المحدد، ويمنح المرتهن الثقة في الحصول على دينه إذا عجز المدين، أو امتنع عن الوفاء، فلا يخشى على أمواله نتيجة مساعدة المحتاج.

وربما يخشى صاحب المال من إعسار المدين، فيؤدى إلى امتناعه عن إعطاء المال بدون وجود ضمانات كافية يسترد بها ماله عند تعذر الوفاء؛ فشرعت الكفالة دفعا لذلك الضرر وضمانا لمصالح العباد تفريجا للكروب وتخفيفا للهموم، وتحقيقا للتعاون فيما بينهم.

وعلى الرغم من هذه الفوائد التي تنطوي على أهمية الرهن، فإن الراهن قد يلحقه ضرر يفوت عليه المصلحة التي لجأ إلى الرهن من أجلها، وقد تتنوع هذه الأضرار فقد تكون قبل إبرام العقد أو عند إبرامه أو بعد إبرامه، ومن هنا بدت أهمية البحث في بيان طرق حماية الراهن بين الشريعة والقانون.

الكلمات الدالة:

- الميراث الفقهي- تعقيدات الحياة الإدارية- رهن أصولهم أو كفالة- عجز المدين، أو امتنع عن الوفاء- أهمية الرهن- طرق حماية الراهن بين الشريعة والقانون.

Abstract

it is well known that this jurisprudential inheritance of Muslims has been translated into constitutional articles that began in the era of the Ottoman Empire with the issuance of the Journal of Justice Rulings, and then developed later according to the development of ages and the complexities of administrative life in it, and then the laws that currently exist were introduced that take into account the conditions of people and their ways of living.

And since the Sharia is based on facilitation, and a person sometimes does not have enough money to meet his needs and achieve his aspirations, the Lawgiver authorized him to mortgage what he owns so that he can expand on it in this aspect, and people resorted to mortgaging their assets or guaranteeing others to achieve their goals. The mortgagor and the mortgagee, so the mortgagor achieves what he was aiming for in terms of a loan, and what he was aiming for in terms of buying on a deferred date by mortgaging a financial asset with the mortgagor, which he can return upon fulfillment of the debt agreed upon to the mortgagor when the specified term comes, and it gives the mortgagor confidence in obtaining his debt if the debtor is incapacitated. Or he refuses to pay, so he does not fear for his money as a result of helping the needy.

Perhaps the owner of the money fears the insolvency of the debtor, and this leads to his refraining from giving the money without the presence of sufficient guarantees by which he will recover his money when payment is not possible. So the bail was prescribed to ward off that harm and guarantee the interests of the servants, relieving distress and alleviating worries, and achieving cooperation among them.

In spite of these benefits that involve the importance of the mortgage, the mortgagor may suffer damage that makes him miss the interest for which he resorted to the mortgage, and these damages may vary, as they may be before the conclusion of the contract, when it is concluded, or after its conclusion. Protecting the present between Sharia and the law.

Key words:

- Jurisprudential inheritance - The complexities of administrative life - Mortgaging their assets or guaranteeing them - The debtor’s inability or refusal to pay - The importance of mortgage - Ways to protect the mortgager between Sharia and the law.