

الشرط التاسع في اشتراط أن يكون العقار غير مرهون

وقف المرهون صحيح معلق على استخلاصه من يد المرتهن.

حق المرتهن في مالية المرهون لا في عينه، والوقف يتعلق في عين المرهون وماليتيه.

إذا كان المال مرهوناً بدين، فقام الراهن بوقف الرهن بعد لزوم الرهن: أي بعد قبض المرتهن للعين المرهونة، فإن كان ذلك بإذن المرتهن صح الوقف؛ لأن المنع من التصرف في الرهن إنما كان لحق المرتهن، وقد أسقطه بإذنه^(١).

[م-١٥١١] وإن أوقف الراهن الرهن بعد لزومه ودون إذن المرتهن، فهل يصح الوقف؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

يصح وقف العقار المرهون، ولا يشترط لصحة الوقف عدم تعلق حق الغير به، فإن كان الراهن موسراً أجبر على دفع ما عليه من الدين، وفك الرهن، ولزم الوقف، وإن كان معسراً فإن أجاز المرتهن الوقف صح، وإلا بطل الوقف، وباعه فيما عليه، وهذا مذهب الحنفية، ووجه في مذهب الشافعية، وقول في مذهب الحنابلة^(٢).

(١) شرح منتهى الإرادات (٢/١٠٩)،

(٢) فتح القدير (٦/٢٠١)، حاشية ابن عابدين (٤/٣٩٧)، تنقيح الفتاوى الحامدية (١/١١١)، =

□ وجه القول بصحة وقف المرهون:

يصح للراهن وقف المرهون؛ لأنه يملكه، لكن يبقى حق المرتهن متعلقًا بالمرهون، فالرهن أثبت للمرتهن حق الاستيفاء من المرهون عند العجز عن السداد، والوقف أثبت للجهة الموقوف عليها حق الاستغلال في عين واحدة، وهما متنافيان بالنسبة إلى العين نفسها، وأحدهما سابق.

وقد كان مقتضى ذلك أن يتوقف الوقف الطارئ على رضى المرتهن وإجازته إلا فيما يزيد من العين عن مبلغ الدين إذا كان فيها زيادة.

لكن حق المرتهن إنما هو في مالية المرهون، لا في عينه حتى لو أراد الراهن وفاء الدين بمال آخر من مثله واستخلاص الرهن، ليس للمرتهن أن يختار الاستيفاء من المرهون ببيعته، وأخذ ثمنه، بل يجبر على الفكاك.

أما الوقف فمتعلق بعين الموقوف وبماليته، فإذا أمكن الجمع بين تنفيذ حق الجهة الموقوفة عليها، وحق المرتهن معًا وجب المصير إليه.

وعلى هذا كان من المقرر فقهاً أن الراهن إذا كان له مال آخر يمكن وفاء الدين منه ينفذ وقفه في المرهون، ويجبر قضاء على وفاء الدين، ويفك المرهون الموقوف.

وإن لم يكن له مال آخر في الدين، أو مات كذلك، ولم يترك ما يفي بالدين سوى المرهون، فإن أجاز المرتهن الوقف نفذ، وإلا بطل، فيباع المرهون لوفاء الدين^(١).

= البحر الرائق (٢٠٥/٥)، المذهب في فقه الإمام الشافعي (١٠٠/٢)، فتح العزيز (٩٦/١٠)، روضة الطالبين (٧٧/٤)، الإنصاف (١٥٥/٥).

(١) أحكام الأوقاف - مصطفى الزرقا (ص ٩٩).

القول الثاني:

لا يصح وقف المرهون حال تعلق حق الغير به، فإن قصد الواقف أن يكون موقوفاً بعد الخلاص من الرهن صح الوقف؛ لأنه لا يشترط في الوقف التنجيز، وهذا مذهب المالكية^(١).

جاء في الشرح الكبير للدردير: «وشرطه - يعني الوقف - ألا يتعلق به حق الغير، فلا يصح وقف مرهون ومؤجر وعبد جان حال تعلق حق الغير به»^(٢).
علق الدسوقي على ذلك بقوله: «(قوله: حال تعلق حق الغير به) أي بأن أراد الواقف وقف ما ذكر من الآن مع كونه مرتهناً، أو مستأجراً، وأما لو وقف ما ذكر قاصداً بوقفها من الآن أنها بعد الخلاص من الرهن والإجارة تكون وقفاً صح ذلك؛ إذ لا يشترط في الوقف التنجيز»^(٣).

القول الثالث:

لا يصح وقف المرهون بغير إذن المرتهن، وهذا مذهب الشافعية، والحنابلة^(٤).

جاء في روضة الطالبين: «وقف المرهون باطل على المذهب ...»^(٥).

(١) الشرح الكبير للدردير (٧٧/٤)، الفواكه الدواني (١٦٠/٢)، حاشية الدسوقي (٧٧/٤)، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٩٩/٤).

(٢) الشرح الكبير (٧٧/٤).

(٣) حاشية الدسوقي (٧٧/٤).

(٤) المهذب في فقه الإمام الشافعي (١٠٠/٢)، فتح العزيز (٩٦/١٠)، روضة الطالبين (٧٧/٤).

(٥) روضة الطالبين (٧٧/٤)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨١/٦)، الإنصاف (١٥٤/٥)، كشف القناع (٣٣٤/٣).

وجاء في الإنصاف: «وإن كان تصرف الراهن بغير العتق لم يصح تصرفه مطلقاً على الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب، قال المصنف هنا: وهو أصح، وجزم به كثير منهم. وقيل: يصح وقفه»^(١).

وجاء في كشف القناع: «وتصرف راهن في رهن لازم أي مقبوض بغير إذن مرتهن بما يمنع ابتداء عقده كهبة، ووقف وبيع ورهن ونحوه ... لا يصح؛ لأنه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة، وليس بمبني على السراية والتغليب فلم يصح بغير إذن المرتهن»^(٢).

□ الراجح من الخلاف:

أذهب إلى صحة قول المالكية، وذلك أن تصرف الراهن في الرهن إنما يمنع إذا كان ذلك يؤدي إلى إبطال حق المرتهن، وإذا كان التنجيز في الوقف ليس بشرط على الصحيح من أقوال أهل العلم فما المانع أن يكون الوقف صحيحاً بعد فك الرهن، وبهذا نكون قد حفظنا حق المرتهن وحق الموقوف عليهم، وعند حلول الدين إن كان الراهن موسراً وجب عليه سداد الدين، وفك الرهن، ولزم الوقف، وإن كان معسراً بطل الوقف لتعلق حق المرتهن في العين المرهونة، والله أعلم.



(١) الإنصاف (٥/١٥٤).

(٢) كشف القناع (٣/٣٣٤).