

مبدأ تخصيص الرهن (دراسة مقارنة)

رسالة تقدمت بها
خوله كاظم محمد راضي المعموري
الى مجلس كلية القانون – جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

اشراف

الدكتور ميري كاظم عبيد الخيكاني
أستاذ القانون المدني المساعد

2008م

شكر وتقدير

إن واجب الوفاء يحتم عليّ أن أقدم شكري وتقديري الى أستاذي الفاضل الدكتور ميري كاظم عبيد ، لما أولاني به من إرشاد وتوجيه منذ اختيار موضوع الرسالة ، واعداد الخطة ، وحتى إخراجها بصورتها النهائية ، فأفاض عليها من علمه الغزير ، وإحسانه ، ماجعلني عاجزة عن شكره بما يليق به ، فجزاه الله عني خيراً ، ومتعته بموفور الصحة والعافية ، كما ان واجب العرفان بالجميل يحتم عليه أن أثبت تقديري الى أستاذي الفاضل الدكتور عباس علي محمد ، والدكتورة ايمان طارق الشكري لمتابعتهما المستمرة وتوجيهاتهما السديدة لتذليل العقبات ، وإزالة العراقيل ليخرج سعيي بالصورة اللائقة.
كما أتقدم بالشكر والامتنان الى أستاذتي الأفاضل جميعاً في كلية القانون ، لما قدموا اليه من العون بشكل وافر من أجل اكمال دراستي.

كذلك أشكر لجنة المناقشة رئيساً وأعضاء لتفضلهم بقراءة هذه الرسالة ورفدها بملاحظاتهم القيمة وآرائهم السديدة.

كما يشرفني أن أقدم شكري وامتناني الى زوجي الذي تكافأ معي في مجالات الحياة كافة. ولايسعني إلا أن اشكر الموظفين العاملين في مكتبة كلية القانون ، ولاسيما الأخت عفاف . وأخيراً شكري وتقديري الى من تحمل عناء طبع الرسالة الأخت كوثر.

المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
1	المقدمة
6	الفصل الأول : التعريف بمبدأ تخصيص الرهن ونطاقه في القانون والفقہ الاسلامي
6	المبحث الأول: نشأة مبدأ تخصيص الرهن وتعريفه
8	المطلب الأول: نشأة مبدأ تخصيص الرهن في القانون والفقہ الاسلامي
9	الفرع الاول : نشأة مبدأ تخصيص الرهن في القانون
14	الفرع الثاني : نشأة مبدأ تخصيص الرهن في الفقہ الاسلامي
19	المطلب الثاني : التعريف بمبدأ تخصيص الرهن في القانون والفقہ الاسلامي
19	الفرع الاول: تعريف مبدأ تخصيص الرهن في القانون
35	الفرع الثاني : تعريف مبدأ تخصيص الرهن في الفقہ الاسلامي
40	المبحث الثاني : نطاق مبدأ تخصيص الرهن
40	المطلب الاول : نطاق مبدأ تخصيص الرهن التأميني
54	المطلب الثاني: نطاق مبدأ تخصيص الرهن الحيازي في القانون والفقہ الاسلامي
55	الفرع الاول : نطاق مبدأ تخصيص الرهن الحيازي في القانون
74	الفرع الثاني : نطاق مبدأ تخصيص الرهن الحيازي في الفقہ الاسلامي
86	الفصل الثاني: شروط تخصيص المال المرهون في القانون والفقہ الاسلامي
86	المبحث الاول : الشروط المتعلقة بتخصيص العقار المرهون في القانون

	والفقه الاسلامي
87	المطلب الاول : وجود المال المرهون أو قابليته للوجود في القانون والفقه الاسلامي
87	الفرع الاول : وجود المال المرهون او قابليته للوجود في القانون
103	الفرع الثاني : وجود المال المرهون او قابليته للوجود في الفقه الاسلامي
107	المطلب الثاني : تعيين المال المرهون تعييناً دقيقاً في القانون والفقه الاسلامي
108	الفرع الاول : تعيين المال المرهون تعييناً دقيقاً في القانون
116	الفرع الثاني : تعيين المال المرهون تعييناً دقيقاً في الفقه الاسلامي
120	المطلب الثالث : قابلية المال المرهون للتعامل في القانون والفقه الاسلامي
121	الفرع الاول : قابلية المال المرهون للتعامل في القانون
125	الفرع الثاني : قابلية المال المرهون للتعامل في الفقه الاسلامي
129	المبحث الثاني : الشروط المتعلقة بتخصيص الدين المضمون في القانون والفقه الاسلامي
130	المطلب الاول : وجود الدين المضمون او قابليته للوجود في القانون والفقه الاسلامي
131	الفرع الاول: وجود الدين المضمون او قابليته للوجود في القانون
138	الفرع الثاني وجود الدين المضمون او قابليته للوجود في الفقه الاسلامي
143	المطلب الثاني : تعيين الدين المضمون في القانون والفقه الاسلامي
144	الفرع الاول: تعيين الدين المضمون في القانون
152	الفرع الثاني: تعيين الدين المضمون في الفقه الاسلامي
156	الفصل الثالث: الآثار المترتبة على مبدأ تخصيص الرهن في القانون والفقه الاسلامي
159	المبحث الاول : أثر تخصيص المال المرهون
160	المطلب الاول : أثر تخصيص المال المرهون في القانون
186	المطلب الثاني : أثر تخصيص المال المرهون في الفقه الاسلامي
202	المبحث الثاني : أثر تخصيص الدين المضمون
203	المطلب الأول : أثر تخصيص الدين المضمون في القانون
214	المطلب الثاني : أثر تخصيص الدين المضمون في الفقه الاسلامي
221	الخاتمة
227	المصادر
2-1	الخلاصة باللغة الانجليزية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدَانَا لِهَذَا وَمَا كُنَّا لِنَشْكُرَهُ لَوْلَا رَحْمَتُ اللَّهِ عَلَيْنَا لَكُنَّا مِنَ الْخَاسِرِينَ

(يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسُبُّوا أَهْلَهُ مَا تَكْفُرُونَ إِنَّهُ يَمُنُّ بِهِ الَّذِينَ اتَّقَوْا وَعَلَى الْمَوْتِ حَافِظِينَ يَخْرُجُ فِيهِمْ مِنْ تَحْتِ الْأَرْضِ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقْوَاهُ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدَانَا لِهَذَا وَمَا كُنَّا لِنَشْكُرَهُ لَوْلَا رَحْمَتُ اللَّهِ عَلَيْنَا لَكُنَّا مِنَ الْخَاسِرِينَ

السورة / الآية 23
الأنعام / 23

الاهداء

الى الصادر من الصادر الأول
الى نور من النور الأول

الى نبعة الأيمان والتوحيد الصادق
الى سيدي سيد العارفين وسيد الأوصياء
الى الذي تقلب من عوالم النشأة الأولى الى نشأة عالم الدنيا
الذي قال في حقه سيد الرسل النبي الأعظم (ص) ((يا علي
لا يعرف الله إلا أنا وأنت ولا يعرفني إلا الله وأنت ولا يعرفك إلا
الله وأنا))
الى دين الحق والقرآن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب أقدم
هذا الجهد مستأذنة راجية القبول.

الباحثة

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، شرع الرهن للاستيثاق، وجعله طريقاً من طرق الضمان لقضاء الديون، وللوفاء بها.

والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين ، سيدنا محمد سيد الاولين ، والآخرين وعلى آله الطيبين الطاهرين ، وأما بعد .

قبل الخوض في دراسة مبدأ تخصيص الرهن ، لا بد من الوقوف عند جوهر فكرة البحث، وتحديد منهجيته ، فضلاً عن أسباب اختياره وأهمية الموضوع ، والتطرق أخيراً الى خطة بحثه ، وهذا ما ستتضمنه مقدمة الدراسة.

أولاً : جوهر فكرة البحث

فقد شرع الله تعالى الرهن ، وجعله وسيلة من وسائل التعاون بين الناس فيه يفرج عن كرب المكروب، وبه تقضي حاجات الملهور ، فهو وثيقة لتأمين حق الدائن المرتهن، وبها يكون مطمئناً على ماله .

حيث غدا الائتمان ضرورة اقتصادية في العصر الحديث ، فصاحب المشروع يبحث عن شخص يقترض منه ، وصاحب رأس المال يبحث بدوره عن شخص يقرضه، فالائتمان اذن يشجع انشاء المشروعات ، ويوظف رؤوس الاموال ، وهذه وتلك تؤديان الى الرواج وتدعيم الاقتصاد الوطني . ولاشك أن دراسة الرهن بنوعيه (التأميني، والحيازي) ينطوي على اهمية خاصة ، لانه من أهم وسائل الائتمان ، فحماية الدائن المقرض تتحقق عن طريق بعث الثقة في نفسه قبل القرض والارتهان ، وضمان الوفاء بدينه بعد الرهن ، وهذه الثقة يمكن توفيرها عن طريق نظام التسجيل الذي يستطيع بواسطته التحقق من ملكية الراهن للعين ، وكذلك عن طريق مبدأ تخصيص الرهن ، فيشتمل العقد على تحديد المال المرهون ، من حيث طبيعته ، وموقعه ، لان الرهن يرد على مال معين يعطي الدائن أولوية في استيفاء حقه ، ويعضد هذه الأولوية بالتتابع ، اذن الرهن يفتح في جوانبه ، لمصلحة الدائن، وأن العلة في تشديد تعيين المال المرهون تعييناً دقيقاً ، يساعد كلاً من الراهن ، والمرتهن على تحديد قيمة المال المرهون ، فتحديد هذه القيمة ضروري حتى يضمن الدائن كفايتها للوفاء بحقه ، وحتى لايقوم الراهن برهن ماتزيد قيمته على مبلغ دينه ، كذلك في تعيين المال المرهون يتمكن الغير الذي قد يرغب في التعامل مع الراهن ، من تمييز المال المرهون عن الاموال الاخرى المملوكة للراهن ، والتي لايتقلها رهن ، فلا يختلط الامر عليه . ويمثل تعيين المال المرهون احد شقي مبدأ تخصيص الرهن ، أما الشق الاخر هو الذي يقتضي تعيين الدين المضمون بذلك الرهن ، والتعيين يكون من حيث مقداره ، وذلك حماية لمصلحة الغير الذي يتعاملون مع الراهن ، اذ لا يكفي هؤلاء أن يعلموا أن المال مرهون ، بل يعنيهم أيضاً ، أن يعلموا مقدار الدين ليتبينوا الى أي حد استنفذ الراهن ائتمانه على المال المرهون، وبالتالي الى أي حد لايزال المال المرهون صالحاً لمنح الائتمان ، على ان تعيين الدين بمقدار لا يكفي لحماية الغير ، فيجب أيضاً أن يعين الدين المضمون بمصدره ، حتى تتحدد بذلك ذاتية الدين ويتاح لكل ذي مصلحة أن يعرف مايطراً على هذا الدين مما يؤثر في الرهن نفسه .

أذن مبدأ تخصيص الرهن يهدف الى غرضين هما :

أ- حماية الراهن ، بحمله عن طريق تخصيص الرهن أن يحدد الدين الذي يرهن له ، وعلى أن لايرهن من عقاراته إلا ما يكفي لضمان ذلك الدين ، فيحتفظ بالباقي منها خالياً من الرهن ليستطيع أن يقترض عليه مبالغ أخرى اذا احتاج الى ذلك .

ب- حماية من يتعاملون فيما بعد مع الراهن ، بتمكينهم من معرفة حقيقة مركز عقاراته ، ومقدار ما يثقل كلاً منها ، من ديون ، وما يتسع لتحمله بالرهن بعد ذلك ، لهذا أوجب المشرع تعيين المال المرهون تعييناً دقيقاً بالنسبة الى جنسها ، وطبيعتها ، كان يعين المال المرهون بأنه حق ملكية ، او حق انتفاع ، ويعين الشيء الوارد عليه هذا الحق ، بأنه ارض زراعية أو ارض مبنية ، ويعين البناء ، بأنه منزل ، أو مصنع ، أو ساحة لوقوف السيارات... الى اخره.

وبالنسبة الى محلها أو موقعها، فتعيين الجهة الواقع بها المرهون ، ومساحته ، وحدوده ، وعلامته المميزة له عن غيره ، فتذكر المدينة ، أو المحافظة ، والناحية ، والشارع ، ورقم المنزل ، ومساحة العقار ، وحدوده التي تحده من الجهات الاربعة ،... الى اخره .

ثانياً : منهجية البحث

ان دراستنا (لمبدأ تخصيص الرهن) ، ستتخذ المنهج المقارن سبباً لمعالجة موضوع البحث ، وستعقد المقارنة بين القانون المدني العراقي ، والفقه الاسلامي ، بمذاهبه المختلفة مع الاستعانة بكتب الفقهاء المحدثين من رجال الفقه الاسلامي ، ورجال القانون ، ممن كتبوا في الفقه الاسلامي ، مع الاشارة الى موقف بعض القوانين المدنية العربية ، كالقانون المدني المصري ، والقانون المدني الاردني ، القانون المدني اليمني ، القانون المدني الجزائري ، القانون المدني الليبي ، قانون الموجبات والعقود اللبناني ، والاشادة الى موقف القانون المدني الفرنسي من بين القوانين المدنية الغربية ، وقد تضمن البحث بعض القرارات الصادرة من القضاء العراقي ، والقضاء الفرنسي .

ثالثاً : أسباب اختيار البحث وأهميته

1- يهدف مبدأ تخصيص الرهن القضاء على فكرة الرهن العام الذي يرد على كل أموال المدين دون تخصيص ، لان الرهن العام له اضرار كثيرة بمصلحة الاطراف الخاصة، والمصلحة العامة ، فالمدين الذي يرهن كل امواله ضماناً للوفاء بدين الدائن يستنفذ في تصرف واحد كل ما يمكن الحصول عليه من ائتمان ، وتتعطل كذلك سلطته في التصرف في امواله ، لان الفرض أنها جميعاً مرهونة ، ومن الصعب التصرف في مال مرهون ، ويترتب على هذا مساس بفكرة الائتمان في المجتمع ، وتعطيل للتصرفات الواردة على العقارات ، وفي هذا ضرر للمصلحة العامة لاشك فيه .

2- أن مبدأ تخصيص الرهن يؤدي الى تنبيه للمدين ولحقيقة التصرف المقدم عليه مخالفاً بذلك ما اذا اورد الرهن عاماً دون تخصيص .

3- يؤدي مبدأ تخصيص الرهن الى التوافق بين مصالح الراهن ، والمرتهن مع كونها متعارضة، ويتوفيقه بين هذه المصالح ، يؤدي الرهن التأميني خدمة للاقتصاد القومي ، تتمثل فائدته بالنسبة للراهن بأنه لا يفقد ملكية المرهون ، ولا ما يتفرع عن هذه الملكية من مزايا الاستعمال ، والاستغلال ، والتصرف ، وأن بقاء المرهون في يده يمكنه من الاستفادة من قيمة العقار الائتمانية على نطاق اوسع ، أما ما يتعلق بالمرتهن ، فالرهن التأميني يقرر له ضماناً قوياً دون أن يحمله عبء ادارة المرهون ، واستغلاله ، ومن غير أن يترتب على بقاءه في يد الراهن ضرر له ، أما فيما يتعلق بالغير ، فان مبدأ تخصيص الرهن ، وتسجيله يحقق لهم الوسيلة لمعرفة الدين المضمون ، والمال المرهون على وجه التحديد ، فيكونون في معاملاتهم مع الراهن على بينة من الأمر .

4- أما الرهن الحيازي بما أنه يقوم على أساس فكرة انتقال حيازة المرهون من الراهن الى المرتهن ، وكذلك يمتاز بميزة اضافية من شأنها أن تقوي الضمان ، تتمثل في سلطته في حبس المرهون لحين الوفاء بالدين ، مما يترتب عليه أضرار بالنسبة لطرفي عقد الرهن ، وتتمثل هذه الاضرار في حرمان الراهن من الانتفاع بنفسه فيما يملك ، وبالنسبة للمرتهن فهو يتحمل عبء المحافظة على المرهون ، وصيانته، وادارته ، وبالنظر لعيوب الرهن الحيازي فان الاتجاهات الحديثة ، تدعو الى قصره على المنقولات ، ولاسيما تلك التي لاتخضع لاجراءات التسجيل ، (المنقولات ذات الطبيعة الخاصة) لان في انتقال حيازة المنقول المرهون من الراهن فيه ضمان لحق المرتهن ، مما قد يجريه الراهن من تصرفات تضره كما فيه اعلام للغير بان المرهون لم يعد من أموال الراهن الحرة .

5- مبدأ تخصيص الرهن في الرهن الحيازي يفقد كثيراً من اهميته العملية في ظل قانوننا المدني ، لان الرهن الحيازي ، عقد لا يتم ، ولاينفذ إلا بالتسليم ومن البديهي ان المرهون يتعين بتسليمه ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى اذا اشترط المشرع التسجيل فانه من الطبيعي ان لايشترط التخصيص ، لان التسجيل يتم عن طريق نقل البيانات الواردة في التخصيص.

6-نصوص المواد (1290) ، (1328) من القانون المدني العراقي ، لم تبين البيانات الواجب ذكرها عند تخصيص المال المرهون ، والدين المضمون ، تاركاً ذلك الى اجراءات التسجيل العقاري الكفيلة في بيان ذلك المبدأ ، لان المرهون لا يتم تسجيله الا بعد أن يكون خاضعاً لمبدأ تخصيص الرهن، وكذلك لم تتضمن نصوص تلك المواد على الجزاء المترتب عند الاخلال بمبدأ تخصيص الرهن .

7- ولما كان موضوع الرهن من الموضوعات المهمة ، ويعد من اهم عقود التوثيق والضمان في الفقه الاسلامي ، والقانون المدني ، لذا أخذتُ جزيئة مهمة تتعلق بعناصر هذا العقد وهي (مبدأ تخصيص الرهن) ، ولان هذه الجزيئة لم يتم التطرق لبحثها مسبقاً وأنها جديرة بالبحث من الناحية القانونية ، وقد تم تناول هذه الجزيئة بدراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وهم (الامامية ، والمالكية ، والحنفية ، والشافعية) ، وبيان موقف القانون المدني من هذه الموضوعات ، ومدى اتفاهه ، واختلافه مع احكام الفقه الاسلامي .

رابعاً : خطة البحث

سنوزع موضوع البحث على ثلاثة فصول ، نخصص الفصل الاول لتحديد التعريف بمبدأ تخصيص الرهن ونطاقه في القانون والفقه الاسلامي ، ومن خلال مبحثين ، نتولى في المبحث الاول نشأة مبدأ تخصيص الرهن وتعريفه ، ونجعل المبحث الثاني مخصصاً لنطاق مبدأ تخصيص الرهن . في حين سنكرس الفصل الثاني لدراسة شروط تخصيص المال المرهون في القانون والفقه الاسلامي . وعليه سنتم مناقشة شروط تخصيص المال المرهون في مبحثين ، المبحث الاول للشروط المتعلقة بتخصيص العقار المرهون في القانون والفقه الاسلامي ، اما المبحث الثاني ، الشروط المتعلقة بتخصيص الدين المضمون في القانون والفقه الاسلامي ، وسنناقش في الفصل الثالث ، الآثار المترتبة على مبدأ تخصيص الرهن في القانون والفقه الاسلامي ، فندرس في المبحث الاول أثر تخصيص المال المرهون ، اما المبحث الثاني فسيكون أثر تخصيص الدين المضمون . وبعد هذا كله نصل الى خاتمة الموضوع نضمنها أهم النتائج وأبرزها التي خلصنا اليها من هذا البحث .

Summary in English Language

Of principles, which dominates the quality of the mortgage, (insurance, and possessory that rank on the debtor's property can not be haphazard, but must be appointed by the real estate mortgage appointment enough, and the statement of the debt, which meant a statement documenting enough, and this is meant to be the principle of allocating mortgage and the allocation of capital asset such corner shop to hold the mortgage therefore required in the store to be carefully recruited, and to be present or capable of existence and be capable of being treated by the project, which is also in the mortgage insurance only if his response to drugs or really kind of real estate, Or transferee of special nature, which can deal may be sold at auction. The mortgage possessory since it is not only not required to extradite the extradition clause obviously a prostitute with the requirement that upon the appointment of delivery requires to be encumbered with me. And the appointment be encumbered in terms of location and nature, and have made a real estate asset, sex, type, land or houses or factories. If not designated as a mortgage applicant be void, and this applied to the general rules that require the contract be recruited strictly navia foolishness of adultery and not pay the contract void. And the appointment time in the mortgage contract represents the first part of the principle of allocating mortgage since it consists of two first appointment of the mortgaged property, and the second is the appointment of debt secured by a mortgage, which is why the PSC is the direct purpose of the contract, because the current mortgage decides not to obtain loan or order as being manufactured his property

or the right kind of insurance real estate debt and secured debt that is why the corner holding the mortgage and debt must be alive and investigacors, and must in any event be held in multiple mortgage amount of debt secured or ceiling,commentator on religion or probabilistic ,and the allocation of your brand and the amount of secured debt ,and it comes from ,interest and his appointment is accurate ,If they do not set the time of the contract shall appoint a ceiling or to appoint a certain conclusion of the debt ,such as opening a current account or open adeption .The imposition of privatization is to protect present ,as determined by money once secured obligation ,thus being able to benefit from the credit value of the mortgaged ,as well as, please the privatization to protect ordinary creditors ,and excellent in order for each of the right to know and the right receptacle .The impact of the allocation of mortgage It would be held valid and enforceable mortgage in the face of contractors and others in the case of non-allocation of mortgage entail the invalidity of the mortogage and the reason is due to a breach of either in the corner store or corner reason ,do not have any impact.

المصادر

- القرآن الكريم

- أولاً : معاجم اللغة

- 1- الدكتور احمد رضا ، معجم اللغة موسوعة لغوية حديثة ، منشورات مكتبة الحياة ، بيروت ، 1958.
- 2- بطرس البستاني ، كتاب قطر المحيط، المجلد الاول ، مكتبة لبنان ، بيروت ، 1286هـ.
- 3- الشيخ جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن منظور الانصاري ، لسان العرب ، الجزء التاسع ، الطبعة الاولى ، المطبعة الميرية ، القاهرة ، 1301هـ.
- 4- الزبيدي ، تاج العروس ، المجلد التاسع ، دار مكتبة لبنان ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع.
- 5- السيد عبد الوهاب السيد عوض الله ، والسيد محمد عبد العزيز القلماوي ، المعجم الوسيط لجمع اللغة العربية ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، مطبعة الأوفيسست ، بدون مكان طبع .
- 6- الدكتور عبد الفتاح مراد ، المعجم القانوني ، رباعي اللغة ، مطابع شنات ، الاسكندرية ، 2003.
- 7- الشيخ محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، المجلد الثاني ، مؤسسة الحلبي ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
- 8- الشيخ محمد الشربيني الخطيب ، على متن المنهاج ليحيى بن شرف النووي ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، مصطفى الحلبي ، القاهرة ، 1958.

ثانياً : كتب التفسير

- 1- الشيخ محمد بن احمد الانصاري القرطبي ،الجامع لاحكام القرآن ، المجلد الثاني ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1420هـ.

ثالثاً : كتب الحديث

- 1- الشيخ شهاب الدين أبو الفضل العقلاني (ابن حجر) ، فتح الباري لشرح البخاري ، الجزء السادس ، مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر ، 1959م.
- 2- الشيخ محمد بن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر ، 1337هـ.
- 3- الشيخ محمد بن اسماعيل الكحلاني الصغاني ، سبل السلام شرح بلوغ المراد ، الجزء الرابع ، مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر ، 1353هـ.
- 4- الشيخ محمد حسن ترميني العاملي ، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، الجزء الثالث عشر ، الطبعة الرابعة ، دار احياء التراث العربي،بيروت ، 1391هـ.

رابعاً : الكتب القانونية

- 1-الدكتور ابراهيم شحاته ، القانون الجوي الدولي ، بدون مطبعة ، القاهرة ، 1965.

- 2- الدكتور احمد سلامة ، دروس في التأمينات المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1968.
- 3-.....، التأمينات المدنية ، الرهن الرسمي ، دار التعاون للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1966.
- 4- الدكتور احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، إجازة العقد القابل للإبطال في الفقه والقضاء المصري والفرنسي ، جامعة المنصورة ، 2006.
- 5- الدكتور احمد محمد ابراهيم ، القانون المدني ، الطبعة الاولى ، دار المعارف ، الاسكندرية ، 1964.
- 6-الدكتور احمد محمود سعد ، التأمينات الشخصية والعينية في القانونين المصري واليمني ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990.
- 7-الدكتور اسعد دياب ، أبحاث في التأمينات العينية ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الجامعة للدراسات ، بيروت ، 1988.
- 8- الدكتور اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، مكتبة عبدالله وهبة ، مصر ، 1966.
- 9-الدكتور انو سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، دار الجامعة للنشر ، الاسكندرية ، 2005.
- 10.....، احكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1980.
- 11- الدكتور انور طلبة ، شرح قانون التمويل العقاري ، الجزء السادس ، المكتب الجامعي ، الاسكندرية ، 2001 .
- 12-الدكتور توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، بدون مطبعة، الاسكندرية ، 1981.
- 13-.....، النظرية العامة للالتزام ، نظرية العقد ، المكتب المصري ، الاسكندرية ، 1969.
- 14- الدكتور جبرائيل الينا ، دروس في القانون الروماني ، الطبعة الاولى ، مطبعة الاعتماد ، بغداد ، 1949.
- 15- الدكتور حامد مصطفى ، الحقوق العينية التبعية ، الجزء الاول ، بدون مطبعة ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع .
- 16- الدكتور حسام الدين كامل ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1975.
- 17-الدكتور حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الاول ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1976.
- 18-.....،، والدكتور محمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، دار وائل للنشر ، بغداد ، 2002.
- 19-الدكتور حسن كيرة ، اصول القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1972.
- 20-القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، التأمينات العينية ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي ، القاهرة ، 2005 .

- 21- الدكتور خالد الزعبي ، والدكتور منذر الفضل ، المدخل الى علم القانون ، الطبعة الاولى ، مطابع الارز ، عمان ، 1998.
- 22- الدكتور رمضان ابو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1986.
- 23- الدكتور سعيد سعد عبد السلام ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مطابع الولاء الحديثة ، القاهرة ، 2004.
- 24- الدكتور سليمان بو ذياب ، مبادئ القانون المدني ، المؤسسة الجامعية للدراسات ، بدون مكان طبع ، 2003.
- 25- الدكتور سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، الطبعة الخامسة ، بدون مطبعة ، القاهرة ، 1985.
- 26- ، شرح القانون المدني المدخل للعلوم القانونية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1967.
- 27- ، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد ، الطبعة الثانية ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1959.
- 28- الدكتور سميحة القيلوبي ، موجز القانون البحري ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
- 29- الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1991 .
- 30- ، التأمينات العينية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1967.
- 31- أ. شاکر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية العقارية ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1953.
- 32- ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الاول ، حق الملكية ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1969.
- 33- الدكتور صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، الطبعة الثانية ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1971.
- 34- ، محاضرات عن القانون المدني العراقي ، معهد الدراسات العالمية ، بدون مكان طبع ، 1961.
- 35- الدكتور عاطف الاخرس ، والدكتور حسن ابزاخ ، مبادئ القانون التجاري ، الطبعة الاولى ، دار البركة للنشر ، عمان ، 2001 .
- 36- الدكتور عامر خطاب عمر ، بيع العقار عن طريق المزاد ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، 1973 .
- 37- الدكتور عامر سليمان ، القانون في العراق القديم ، الجزء الاول ، دار الشؤون الثقافية ، بغداد ، 1987.
- 38- الدكتور عباس الصراف ، والدكتور جورج حزبون ، والدكتور بشار ملكاوي ، مقدمة النظرية العامة لمفهوم الحق الشخصي وتقسيمات العقود ، الطبعة الاولى ، دار وائل للنشر ، بغداد ، 2005.

- 39-الدكتور عباس العبودي ، تاريخ القانون ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، الموصل ، 1988.
- 40-الدكتور عكاشة محمد عبد العال ، القانون الروماني ، دار الجامعة ، الاسكندرية ، 1988.
- 41-الدكتور عبدالحكم فودة ، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1993.
- 42-.....، احكام الربيع في القانون المدني ، دار الالفي ، الاسكندرية ، 2005.
- 43- الدكتور عبد الحميد الشواربي ، الالتزامات والعقود التجارية ، الجزء الاول ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع .
- 44-الدكتور عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مصر ، 1953.
- 45- الاستاذ عبدة حسن الزيات ، مذكرات في القانون الروماني ، مطبعة العهد ، بغداد ، 1936.
- 46-الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر ، مطبعة دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1970.
- 47-.....، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الاول ، مطبعة جرينبرغ ، القاهرة ، 1952.
- 48-.....، الوسيط ، الجزء السابع ، المجلد الثاني ، عقود الغرر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1964.
- 49-الدكتور عبد السلام ذهني بك ، في التأمينات ، مطبعة الاعتماد ، مصر ، 1926.
- 50- الدكتور عبد المجيد الحفماوي والدكتور عكاشة محمد عبد العال ، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية والقانون الروماني ، مطبعة الحوادث ، بغداد ، 1989.
- 51- الدكتور عبد المجيد الحكيم ، دراسة في قانون التسجيل العقاري ، الجزء الاول ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، بغداد ، 1973.
- 52-.....، والاستاذ عبد الباقي البكري ، والاستاذ المساعد محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد ، 1980.
- 53-الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ، 1960.
- 54-الدكتور عبد الودود يحيى ، والدكتور نعمان جمعة ، دروس في مبادئ القانون ، جامعة القاهرة ، 1993.
- 55-الدكتور علي هادي العبيدي ، الحقوق العينية ، الطبعة الاولى ، مكتبة دار الثقافة للنشر ، عمان ، 2000.
- 56-الدكتور ماجد مزيم ، التأمينات العينية ، الجزء الاول والثاني ، دار الخلود ، لبنان ، 1990.
- 57-الدكتور محمد حسن قاسم ، الوجيز في نظرية الالتزام ، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ، 1994.

- 58- الدكتور محمد حسين منصور ، النظرية العامة للانتمان ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، 2005.
- 59-الدكتور محمد زهدي يكن ، القانون الروماني والشريعة الاسلامية ،دار يكن للنشر، بيروت ، 1975.
- 60-.....، السجل العقاري في لبنان والعالم ، الجزء الثاني ، دار الثقافة ، لبنان ، 1980.
- 61- الدكتور محمد سعد خليفة ، السجل العيني ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1997.
- 62-الدكتور محمد شتا ابو سعيد، التقنين المدني ، الجزء الرابع ، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ، بدون سنة طبع .
- 63- الاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، الطبعة الثالثة ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1974.
- 64-.....، والدكتور غني حسون طه ، الحقوق العينية ، مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، 1982.
- 65-.....، والدكتور هاشم الحافظ ، القانون الروماني ، مطبعة جامعة بغداد ، بغداد ، 1983.
- 66-الدكتور محمد علي امام ، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، 1956.
- 67-الدكتور محمد علي عبده ، نظرية السبب في القانون المدني ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2004.
- 68-الدكتور محمد فريد العريني ، القانون الجوي ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1986.
- 69-الدكتور محمد كامل مرسي ، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1949.
- 70-.....، الحقوق العينية التبعية ، الطبعة الثانية ، منشورات المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1951.
- 71-.....، شهر التصرفات العقارية ، بدون مطبعة ، بدون مكان طبع ، 1939.
- 72- الدكتور مروان كركبي ، والدكتور سامي منصور ، الاموال والحقوق العينية ، الطبعة الثانية ، المنشورات الحقوقية ، لبنان ، 1999.
- 73-الدكتور محمد لبيب شنب ، دروس في التأمينات العينية والشخصية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974.
- 74- الدكتور محمد المنجي ، دعوى بطلان العقود ، الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2006.
- 75- الدكتور محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، مكتبة دار الثقافة للنشر ، عمان ، 1995.
- 76-الدكتور محمد جمال الدين زكي ، الموجز في القانون الروماني ، الطبعة الثانية ، بدون مطبعة ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع .

- 77-الدكتور محمود سلام زناتي ، نظم القانون الروماني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1966. ،
- 78-الدكتور محمود عبد المجيد المغربي ، تاريخ القوانين ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان .
- 79- الدكتور مصطفى الجمال ، والدكتور نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للقانون، منشورات الحلبي ، لبنان ، 2002.
- 80-.....، والدكتور حمدي عبد الرحمن ، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق ، مكتبة مسيرة الحضارة ، مصر ، 1997.
- 81-الدكتور مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون البحري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1974.
- 82-الدكتور مصطفى مجدي هرجة ، العقد المدني ، دار المطبوعات للنشر ، بدون مكان طبع ، 2002.
- 83-الدكتور منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينية ، المطبعة العالمية ، الاسكندرية ، 1963.
- 84-الدكتور نبيل ابراهيم سعد ، والدكتور محمد حسن قاسم ، المدخل للدراسة القانونية ، منشورات الحلبي ، لبنان ، 2005.
- 85-.....، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2004.
- 86-.....، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1982.
- 87- الدكتور هاشم الحافظ والدكتور ميشيل قليمي ، القانون الروماني ، جامعة بغداد ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع .
- 88- الدكتور همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، التأمينات العينية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2004.
- 89-.....، التأمينات العينية والشخصية ، دار المعرفة الجامعية ، الاسكندرية ، 1999.

خامساً : كتب الفقه الاسلامي

أ- الفقه الجعفري

- 1- الشيخ أبو جعفر محمد بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الامامية ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية ، طهران ، 1387هـ.
- 2-.....، الخلاف ، الجزء الثاني ، مطبعة الحكمة ، طهران ، بدون سنة طبع.
- 3- السيد احمد الخوانساري ، جامع المدارك في شرح المختصر النافع ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، مكتبة الصدوق ، طهران ، 1405هـ.
- 4- الشيخ أبو منصور الحسن بن يوسف المطهر الاسدي ، (العلامة الحلبي)، مختلف الشيعة ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، 1415هـ.

- 5-.....، تحرير الاحكام ، الجزء الاول ، مؤسسة ال البيت (ع) ، قم ، 726هـ.
- 6- الشيخ جمال الدين ابو العباس احمد بن محمد بن فهد الحلبي ، المهذب البارع في شرح المختصر النافع ، الجزء الثاني ، مؤسسة النشر الاسلامية ، قم ، 1411هـ.
- 7- الشيخ جمال الدين الحسن بن يوسف المظهر (العلامة الحلبي) ، تبصرة المتعلمين في احكام الدين ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم 1468هـ.
- 8- الشيخ زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني) ، مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الاسلام ، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، مؤسسة المعارف الاسلامية ، قم ، 1423هـ.
- 9-.....، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، الجزء الثاني ، مطبعة الاداب ، النجف ، 1387هـ.
- 10- الشيخ زين الدين ابو علي الحسن بن ابي المجد اليوسفي ، كشف الرموز في شرح المختصر النافع ، مؤسسة النشر الاسلامية ، قم ، 672هـ.
- 11- الشيخ زين الدين أبو القاسم علي بن محمد بن طي العاملي الفقعاني ، الدر المنضود ، الطبعة الاولى ، مطبعة أمير ، قم ، 1418هـ.
- 12- الشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الاسيوطي ، جواهر العقود ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1417هـ.
- 13- الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي (الشهيد الاول) ، الدروس الشرعية في فقه الامامية ، الجزء الثالث ، مؤسسة النشر الاسلامية ، قم ، بدون سنة طبع.
- 14- السيد علي بن الحسن بن موسى الشريف المرتضي ، مسائل الناصريات ، مؤسسة الهدى ، ايران ، 1417هـ.
- 15- الشيخ علي بن الحسين الكركي ، جامع المقاصد في شرح القواعد ، الجزء الخامس ، مؤسسة ال البيت (ع) ، طهران ، 940هـ.
- 16- السيد علي الطباطبائي ، رياض المسائل في بيان الاحكام والدلائل ، مؤسسة ال البيت (ع) ، ايران ، 1404هـ.
- 17- الشيخ علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، الجزء الثالث ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 535هـ.
- 18- السيد السابق ، فقه السنة ، المجلد الثالث ، مطابع الامل للطباعة والنشر ، بدون مكان طبع ، 1409هـ.
- 19- الشيخ محمد جواد مغنية ، فقه الامام جعفر الصادق (ع) ، الجزء الثالث ، دار العلم للملايين ، بيروت ، بدون سنة طبع .
- 20- الشيخ محمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة ، الجزء الخامس ، المطبعة الرضوية ، مصر ، 1323هـ.
- 21- الشيخ محمد حسن ترحيني العاملي ، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ، الجزء السادس عشر ، الطبعة الرابعة ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 1319هـ.

- 22-.....، الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، دار الهادي ، بيروت ، 1416 هـ ، 1995م.
- 23- الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، الجزء الخامس والعشرون ، الطبعة السادسة ، دار الكتب الاسلامية ، ايران ، 1394 هـ.
- 24- الشيخ نجم الدين أبو القاسم جعفر بن سعيد الحلبي ، (المحقق الحلبي) ، شرائع الاسلام في الفقه الجعفري ، الجزء الاول ، منشورات دار مكتبة الحياة ، بيروت ، 1295 هـ.
- 25-.....،المختصر النافع في فقه الامامية ، الطبعة الثانية ، مطبعة وزارة الأوقاف ، مصر ، 1378 هـ ، 1958م.
- 26- الشيخ يحيى بن سعيد الحلبي ، الجامع للشرائع ، المطبعة العلمية ، قم ، 1405 هـ.
- 27-.....، الاشباه والنظائر ، مطبعة الآداب ، النجف ، 1386 هـ.

ب- الفقه الحنفي

- 1- الشيخ أبو بكر محمد السرخسي، المبسوط ، الجزء الحادي والعشرون، الطبعة الثانية ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، بدون سنة طبع .
- 2- الشيخ برهان الدين علي بن الحسين بن الحسين بن بكر المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدئ ، الجزء الثالث، والرابع ، مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر ، 1335 هـ ، 1963م.
- 3- الشيخ زين الدين بن نجم الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، الجزء الثامن ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، بدون سنة طبع .
- 4- الشيخ علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع ، الجزء الخامس،والسادس ، الطبعة الثانية ، دار الكتاب العربي ،بيروت ، 1394 هـ ، 1974م.
- 5- الشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيغلي ، تبين الحقائق شرح كنز الرقائق ، الجزء الخامس، والسادس ، المطبعة الميرية ، مصر ، 1313 هـ.
- 6- الشيخ محمد أمين بن عمر بن عبد الرحيم (بن عابدين) ، رد المحتار على الدر المختار ، الجزء الرابع، والخامس ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الكبرى ، مصر ، 1326 هـ.
- 7- الشيخ محمد بن حسين بن علي الحنفي ، تكملة البحر الرائق ، الجزء الثامن ، دار الكتب العربية الكبرى ، مصر ، 1306 هـ.
- 8- الشيخ محمد زين الدين أبو رأس ، شيخ جامع سيدي ابراهيم الدسوقي ، من الشرح المسمى بالجوهرة النيرة لمختصر القدوري في فقه مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة النعمان ، الطبعة الاولى ، المطبعة الخيرية ، القاهرة ، 1322 هـ.
- 9- الشيخ محمد علاء الدين ابن عادبدين ، تكملة حاشية رد المختار ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الكبرى ، مصر ، 1326 هـ.
- 10- القاضي محمد فرامر زين الدين علي الشهير بمنلاخسرو ، درر الحكام في شرح غرر الاحكام ، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، مطبعة محمد اسعد ، مصر ، 1300 هـ.

ج- الفقه الشافعي

- 1- الشيخ أبو اسحاق بن ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي ، المهذب ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر ، بدون سنة طبع .
- 2- الشيخ اساعيل المزين ، مختصر المزني ، الجزء السادس، بدون مطبعة ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع.
- 3- الشيخ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ، الوجيز ، الجزء الاول ، مطبعة الاداب ، مصر ، 1317هـ.
- 4- الشيخ أبو عبدالله محمد بن ادريس الشافعي ، الأم ، الجزء الثالث والسابع ، الطبعة الاولى ، الطباعة الفنية المتحدة ، مصر ، 1381هـ ، 1961م.
- 5- الشيخ سلمان بن عمر بن محمد البجيرمي ، حاشية البجرمي على شرح منهج الطلاب ، الجزء الثالث ، المكتبة الاسلامية ، تركيا ، بدون سنة طبع .
- 6- الشيخ شمس الدين محمد بن احمد الشربيني الخطيب ، الاقناع ، الجزء الثالث ، مطبعة الحلبي ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
- 7- الشيخ شهاب الدين القليوبي ، والشيخ عميرة ، قليوبي وعميرة ، مطبعة ومكتبة محمد صبيح ومطبعة عيسى الحلبي ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
- 8- الشيخ محمد بن أحمد الانصاري ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الجزء الثالث، والرابع ، مطبعة الحلبي ، مصر ، 1357هـ، 1938م.
- 9- الشيخ محمد بن أحمد الشربيني ، شرح مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، الجزء الثالث، والرابع ، مطبعة الحلبي ، القاهرة ، 1377هـ ، 1958م.
- 10- الشيخ محمد امين زين الدين ، كلمة التقوى ، الجزء السادس ، مطبعة الحلبي ، مصر ، بدون سنة طبع .

ء- الفقه المالكي

- 1- الشيخ ابو البركات سيدي احمد بن محمد بن أحمد بن حاكم العدوي الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الجزء الثالث، والرابع ، دار أحياء الكتب العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
- 2- القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي ، المنتقى شرح موطأ مالك ، الطبعة الثانية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1403هـ ، 1983م.
- 3- الشيخ ابو الوليد محمد بن احمد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الثاني، والثالث ، مطبعة الاستقامة ، القاهرة ، 1371هـ ، 1959م.
- 4- الشيخ ابو عبدالله محمد الخرشي ، شرح الخرشي على المختصر الجليل ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، مطبعة بولاق ، مصر ، 1317هـ.
- 5- الشيخ ابو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي المالكي ، المعروف بالحطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر ابي الضياء سيدي خليل ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، مطبعة السعادة ، مصر ، 1329هـ.

- 6- الشيخ علي العدوي ، حاشية العدوي على الخرشي ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، مطبعة بولاق ، مصر ، 1317هـ.
- 7- الشيخ مالك بن انس بن مالك الاصمعي ، المدونة الكبرى ، الجزء الرابع عشر ، مطبعة السعادة ، مصر ، 1323هـ.

و- الفقه الحنبلي :

- 1- الشيخ ابو القاسم عمر بن حسين الخرفي ، شرح المغني ، الجزء الرابع ، الطبعة الاولى ، دار المنار ، مصر ، 1367هـ.
- 2- الشيخ تقي الدين محمد بن أحمد الحنبلي المصري ، منتهى الارادات ، الجزء الاول ، دار العروبة ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
- 3- الشيخ موفق الدين ابو محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة ، الكافي ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، منشورات المكتب الاسلامي ، قطر ، بدون سنة طبع .
- 4- ، المغني والشرح الكبير ، الجزء الرابع ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1392هـ ، 1972م.

هـ- الفقه الزيدي

- 1- الشيخ احمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ، الجزء الثالث والرابع ، الطبعة الاولى ، السنة المحمدية ، مصر ، 1368هـ، 1949م.

و- الفقه الظاهري :

- 1- الشيخ ابو محمد علي بن احمد بن سعيد الظاهري ، المحلي ، الجزء الثامن ، مطبعة الامام ، القاهرة ، بدون سنة طبع .

سادساً: كتب الفقه الاسلامي الحديث والمقارن

- 1- الشيخ ابراهيم دسوقي الشهاوي ، المذاهب الفقهية في الرهن والشفعة، الطبعة الاولى ، شراكة الطباعة الفنية المتحدة ، مصر ، 1385هـ ، 1965م.
- 2- احمد ابو الفتح ، المعاملات في الشريعة الاسلامية والقوانين المصرية ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، مطبعة النهضة ن القاهرة ، 1922
- 3- الدكتور احمد فرج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الاولى ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع .
- 4- الدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مجلس العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديد للنشر ، الاسكندرية ، 2001
- 5- ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2005
- 6- الدكتور جمعة محمود الزريقي ، نظام الشهر العقاري في الشريعة الاسلامية ، دراسة مقارنة مع نظام السجل العيني ، منشورات دار الافاق الجديدة ، بيروت ، 1988.
- 7- الدكتور زكي الدين شعبان ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1968.

- 8- السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثالث ، المكتبة العصرية ، بيروت ، 2005.
- 9- الدكتور عبد الحلیم عبد اللطیف القوفی ، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، بدون مطبعة ، الاسكندرية ، 2004.
- 10- الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، الجزء الثاني ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1953.
- 11- الدكتور عبد الشافعي علي جابر ، بحوث في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة ، بدون مطبعة ، بدون مكان طبع ، 1990.
- 12- الدكتور عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، الطبعة الثانية ، المطبعة العربية ، بغداد ، 1966.
- 13- الدكتور علي احمد السالوس ، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي ومقارنة بالقانون ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، مؤسسة الريان ، مصر ، 2004.
- 14- الاستاذ علي حيدر افندي ، المجموعة الجديدة في الكتب الأربعة ، مطبعة أم الربيعين ، الموصل ، 1949 .
- 15- الاستاذ علي حيدر ، درر الحكام ، شرح مجلة الحكام ، تعريف المحامي فهمي الحسيني ، المجلد الثاني ، دار الجيل ، بيروت ، 1411 هـ ، 1991م.
- 16- الشيخ علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2005 .
- 17- الدكتور فرج توفيق الوليد ، الرهن في الشريعة الاسلامية ، مطبعة القضاء ، النجف ، 1973.
- 18- الدكتور الطيب الفكي ، حيازة العقار في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار الجيل ، بيروت ، 1991.
- 19- الدكتور محمد اسماعيل ابو الريش ، بيان مذاهب الفقهاء في عقد الرهن ، مطبعة الأمانة ، بدون مكان طبع ، 1986.
- 20- الدكتور محمد حسن عبد الرحمن ، مشتملات الشيء المرهون وتبديله وزيادته بعد العقد ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998.
- 21- الدكتور محمد زكي عبد البر ، احكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة ، قطر ، 1986.
- 22- الدكتور محمد نجيب عوضين المغربي ، آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.
- 23- الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية ، الجزء الاول ، شركة السعدون للطباعة والنشر ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع .
- 24- منير القاضي ، شرح المجلة ، الجزء الثاني ، مطبعة النقيض الأهلية ، بغداد ، 1942.

- 25-، شرح المجلة ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، مطبعة العاني
بغداد ، 1948.
- 26-الدكتور وحيد الدين سوارن الشكل في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، معهد
الادارة العامة ، ادارة البحوث ، 1985.

سابعاً : الرسائل والبحوث

- 1- الدكتور احمد سلامة ، الرهن الطليق للمنقول ، بحث منشور في مجلة العلوم
القانونية والاقتصادية ، تصدرها كلية الحقوق ، بجامعة عين شمس ، العدد الثاني ،
السنة العاشرة ، 1968.
- 2- أشواق عبد الرسول عبد الامير ، القيود الواردة على التعاقد ، دراسة مقارنة ،
رسالة ماجستير ، مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بابل ، 2005.
- 3- بيان يوسف رجب ، دورة الحيازة في الرهن الحيازي ، رسالة دكتوراه ، كلية
الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1986.
- 4- الدكتور جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، رسالة دكتوراه
مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1956.
- 5- حامد حسين حمدان ، الرهن الوارد على غير الاعيان ، بحث منشور في مجلة
القانون والاقتصاد ، العددان الثالث والرابع ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ،
1985.
- 6- الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات العينية على الطائرات حسب اتفاقية
جنيف لسنة 1948 ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدرها
كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، العدد الثاني ، السنة السابعة ، 1965.
- 7-الدكتورة سهام عبد الرزاق مجلي ، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية
القانونية له ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2000.
- 8- الدكتور صفاء تقي عبد نور ، الرهن البحري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير
مقدمة الى كلية النهريين للحقوق ، 1998.
- 9- عقيل مجيد كاظم ، رهن الاسهم في الشركات ، رسالة مقدمة الى كلية القانون ،
جامعة بابل ، 2005.
- 10- علي محمد البارودي ، المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، بحث منشور في مجلة
الحقوق القانونية والاقتصادية ، العددان الثاني والثالث ، السنة العاشرة ، مطبعة
جامعة الاسكندرية ، 1962.
- 11- علي يوسف صاحب ، عقد الرهن في القانون الانكليزي ، دراسة مقارنة ، بحث
مقدم الى مجلة جامعة بابل العلوم الادارية والقانونية ، المجلد الرابع ، العدد السادس ،
كانون الاول ، 1999.
- 12- عمار محسن كزار ، القبض في عقد الرهن ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير
مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بابل ، 2006.
- 13- فرج سيد سلمان ، رهن الطائفة ، دراسة قانونية دولية ، رسالة دكتوراه ،
1978.

- 14- الدكتور محمد جمال عطية ، الشكلية القانونية ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، 1993.
- 15- محمد عبد سليمان الحراشة ، فكرة عدم سريان التصرف القانوني ، رسالة ماجستير ، مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بابل ، 1999.
- 16- أ. محمود المظفر ، الرهن التأميني ، حكمه ومحتواه في الشريعة الاسلامية ، بحث مقدم للمؤتمر التاسع لاتحاد المحامين العرب ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، 1967.
- 17-الدكتور منصور حاتم محسن ، فكرة تصحيح العقد ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2006.
- 18- الدكتور نسيبة ابراهيم حمو ، رهن الدين في الشريعة والقانون ، بحث مقارنة ، منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، تصدرها كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد ، المجلد الرابع ، العدد الاول والثاني ، 1985.
- 19-الدكتور هادي حسين الكرعوي ، القبض في عقد الرهن وآثاره ، بحث غير منشور ، النجف ، 2004.
- 20- الدكتور وديع فرج ، أثر الرهن الرسمي في حقوق مالك العقار المرهون ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، صادر عن جامعة القاهرة ، العدد الثاني ، السنة السابعة ، 1937.

21- الدكتور ياسر احمد كامل الصيرفي ، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1992.

ثامناً : المجالات والدوريات

- 1- القاضي ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، القسم المدني ، بغداد ، 1988.
- 2-.....، المختار من محكمة التمييز ، قسم الاثبات ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 1999.
- 3-.....، المختار من قضاء محكمة التمييز ، الجزء الرابع ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 2000.
- 4-المحامي سلمان بيّات ، القضاء المدني العراقي ، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد ، 1962.
- 5-.....، القضاء المدني العراقي ، الجزء الثاني ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، 1962.
- 6- الدكتور فتحية محمود القرّة ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض خلال خمس سنوات ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1979 ، 1984.
- 7-الدكتور محمد احمد عابدين ، الجديد من احكام النقض المدني ، 1994 ، 1995.
- 8- الدكتور محمد شتا ابو سعد ، التقنين المدني ، الجزء الرابع ، مطبوعات الجامعة ، الاسكندرية ، 1997.
- 9- المستشار معوض عبد التواب ، التعليق على نصوص القانون المدني ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1996.

- 10-، التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الثالث، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996.
- 11- مصطفى مجدي هرجة، العقد المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2002.
- 12- مجلة القضاء، مجلة حقوقية، تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية، العدد الثاني، السنة الرابعة والعشرون، 1968.
- العدد الرابع، السنة الرابعة والعشرون، 1969.
- العدد الثالث، السنة السادسة والعشرون، 1971.
- العدد الاول والثاني، السنة الثالثة والخمسون، 1999.
- 13- مجموعة احكام النقض المصري، تصدر عن المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية، السنة الواحدة والعشرون، السنة الرابعة والثلاثون، الجزء الثاني، 1988.
- 14- النشرة القضائية، يصدرها المكتب الفني لمحكمة التمييز في العراق، العدد الثالث، السنة، 1972.
- العدد الرابع، السنة الرابعة، 1973.
- 15-مجلة ديوان التدوين القانوني يصدرها ديوان التدوين القانوني في وزارة العدل في جمهورية العراق
- العدد الثالث، السنة الاولى، 1962.
- العدد الثاني، السنة الاولى، 1962.
- العدد الثاني، السنة الخامسة، 1966.
- 16- مجموعة الاحكام العدلية، صادرة عن قسم الاعلام القانوني بوزارة العدل في جمهورية العراق
- العدد الثاني، السنة السادسة، 1975
- العدد الثالث، السنة السادسة، 1975
- العدد الرابع، السنة السابعة، 1976
- العدد الثالث والرابع، السنة الثامنة، 1977.
- العدد الاول، السنة التاسعة، 1978.
- العدد الرابع، السنة الثالثة عشرة، 1982.
- 17- القرارات القضائية غير المنشورة
- أ- قرار محكمة التمييز في جمهورية العراق رقم 335/م/1992 بتاريخ 1992/12/17.
- ب- قرار محكمة التمييز في جمهورية العراق رقم 1717/م/1999 بتاريخ 1999/2/28.
- ج- قرار محكمة بداءة الحلة رقم 617 /ب/ 2005 بتاريخ 2005/9/25 (غير منشور).
- قرار محكمة التمييز رقم 613/ب/2006 بتاريخ 2006/7/23 (غير منشور).

خامساً : القوانين

- 1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- 2- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971.

- 3- قانون التجارة العراقية رقم 30 لسنة 1984.
- 4- قانون الطيران المدني العراقي رقم 148 لسنة 1974.
- 5- قانون المرور العراقي رقم 48 لسنة 1971.
- 6- قانون المرور النافذ رقم 86 لسنة 2004.
- 7- قانون تسجيل السفن العراقي رقم 19 لسنة 1942.
- 8- مشروع القانون البحري العراقي لسنة 1998.
- 9- قانون كتاب العدول رقم 33 لسنة 1998.
- 11- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- 12- قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم 114 لسنة 1946.
- 13- قانون التسجيل المصري رقم 18 لسنة 1923.
- 14- القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976.
- 15- القانون المدني الجزائري رقم 75 لسنة 1975.
- 16- القانون المدني اليمني رقم 19 لسنة 1992.
- 17- القانون المدني الليبي لسنة 1953.
- 18- القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949.
- 19- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932.
- 20- القانون المدني الفرنسي 1804.

الفصل الاول

التعريف بمبدأ تخصيص الرهن ونطاقه في القانون والفقہ

الاسلامى

ان البحث في التعريف بمبدأ تخصيص الرهن يتطلب تقسيم هذا الفصل على مبحثين نتناول في المبحث الاول نشأته وتعريف مبدأ تخصيص الرهن وفي المبحث الثاني نتناول نطاق مبدأ تخصيص الرهن.

المبحث الأول

نشأة مبدأ تخصيص الرهن وتعريفه

هنالك الفاظ وتعابير عديدة تدل على معنى الرهن ، وللاهمية الذاتية بين اللفظ والمعنى الى حد ذوبان المعنى في اللفظ من الناحية المنطقية على سبيل التداوي او العلاقة السببية كما يقول اهل المنطق رأينا ان نتطرق الى معنى الرهن ومدلوله من الناحية الجوهرية لكون اللفظ اصبح من ذات المعنى وملتبساً في حقيقته الذاتية ، ولانطباق هذا المعنى المنطقي العام، على المنطق القانوني بشكل خاص، ولكون هذه الالفاظ تتمتع بأهمية في حقيقة المدلول القانوني عن حقيقة الرهن ومن الواضح ان تعريف عقد الرهن ، وعلى العموم يعرف بأنه ايداع المنقولات، او البضائع كضمان لأداء دين ، او انجاز التزام معين ، يورد هذا التعريف بأنه يميز عن استخدام المصطلحات الدالة على نوع عقد الرهن ويستخدم الفاظاً مختلفة حسب ، ما اذا كان الشيء المرهون من طبيعة الاشياء المادية المحسوسة، أي التي لها كيان ملموس ومحسوس بالقوى الظاهرة للانسان ، وبين ما اذا كانت الاشياء المرهونة من طبيعة الاموال المعنوية او الرمزية التي ترمز لقيم مادية لها ذات مستقلة عن ذات هذه الاموال المعنوية كالاسهم ، والسندات ومن الواضح ان هذا التعريف يحدد عناصر عقد رهن المنقول ، ولايدخل ضمنه العقار لان لكل مصطلح موضوع من طبيعة خاصة⁽¹⁾. اما رهن العقار او مايسمى بالرهن التأميني ، فهو حق يتقرر على عقار بمقتضاه يخصص هذا العقار لوفاء التزام معين ، وكان تطور نظم التأمينات متوافقاً مع تطور المجتمعات ، لذا سوف يتم بحث نشأة مبدأ تخصيص الرهن وتعريفه حيث نقسم المبحث على مطلبين في المطلب الاول سنتناول نشأة مبدأ تخصيص الرهن في القانون ، والفقہ الاسلامي وسيكون ذلك من خلال فرعين الاول نتناول نشأة المبدأ في القانون وفي الثاني في الفقہ الاسلامي وفي المطلب الثاني سيتم تناول تعريف مبدأ تخصيص الرهن في القانون والفقہ الاسلامي ومن خلال فرعين ايضاً في الفرع الاول تعريف مبدأ تخصيص الرهن في القانون ، والفرع الثاني تعريف مبدأ تخصيص الرهن في الفقہ الاسلامي .

(1) انظر الدكتور عباس العبودي ، تاريخ القانون ، كلية القانون ، الموصل ، 1988، ص174، والدكتور محمود سلام زناتي ، نظم القانون الروماني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1966، ص173. والدكتور حسام الدين كامل ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، 1975، ص218.

المطلب الاول نشأة مبدأ تخصيص الرهن في القانون والفقہ الاسلامي

لقد نشأت فكرة مبدأ تخصيص الرهن نتيجة للتطور التاريخي لنظم التأمينات حيث كانت وسيلة حماية الدائن في القانون الروماني القديم تتمثل في نقل المدين ملكية مال للدائن ، على ان يتعهد الدائن بمقتضى بند يدرج في الاشهاد أو تصريح الدعوى الصورية، بإعادة نقل ملكية هذا المال الى المدين عندما يفي هذا الأخير بالدين ، وكانت تضمن هذه الوسيلة حماية كاملة للدائن ، أو يصبح بمقتضاها مالاً للمال موضوع التأمين بعيداً عن خطر تصرف المدين فيه (1). وكان يعيب هذه الوسيلة خطورتها على المدين ، حيث تجرد المدين من حيازته فيحرمه من استغلاله ،ومن استعماله ، وفي مرحلة لاحقة استطاع فقهاء الرومان بعقد الايجار ، أو يشبه العارية الأبقاء على الحيازة للمدين دون مساس بحق الدائن على المال موضوع التأمين ومالبث ان تفتق ذهن الرومان الى وسيلة اخرى أقل خطورة ، هي الرهن الحيازي، والذي لاينتقل بمقتضاه الى الدائن سوى حيازة المال موضوع التأمين وتبقى ملكية للمدين ، فيلجأ الى تسليم العين للدائن على أن يرد لها هذا الاخير ، اليه بعد وفاء الدين (2) ، واتجه التطور الى توفير حق للدائن في استيفاء حقه عند حلول الأجل من ثمن المال المرهون ، ومن ناحية ، وفي استرداد حيازته اذا سلبها منه المدين ، أو الغير من ناحية أخرى ، لتتحقق الغاية الاولى يدرج بند في العقد يملك الدائن بمقتضاه المال المرهون ، اذا لم يف المدين الدين عند حلول أجله ، فيكون الرهن في الحقيقة تصرفاً معلقاً على شرط وافق ، وهو عدم الوفاء وقد حرم هذا البند لخطورته على المدين ، وفي مرحلة لاحقه تطور القانون الروماني ، وعرف الرهن دون حيازة حيث ترتب على النوع الاول من الرهن تعطيل

(1) أنظر الدكتور عبد المجيد الحفماوي ، والدكتور عكاشة محمد عبد العال ، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، القانون الروماني ، مطبعة الحوادث ، بدون مكان طبع ، 1989 ، ص 182 . والدكتور محمود جمال الدين زكي ، الموجز في القانون الروماني ، الطبعة الثانية ، بدون مطبعة ، بدون مكان طبع ، بدون سنة ، ص 815 .
(2) أنظر الدكتور أحمد محمود سعد ، التأمينات الشخصية والعينية ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990 ، ص 570 .

نشاط المدين الاقتصادي نتيجة لتجرده عن الحيابة ، فأجيزه ، بمجرد الاتفاق تخصيص المنقولات التي يضعها المستأجر في الارض المؤجرة لضمان الوفاء بالأجرة دون ضرورة لدخولها فعلاً في حيازة المؤجر ، وانتهى التطور في ايجار الاراضي الزراعية الى تقرير حق للمالك تحميه دعوى جديدة على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، تحوله ميزة التقدم، وكذلك ميزة التتبع ، واتسع بعد ذلك نطاق هذا التأمين عندما تقررت على غرار الدعوى التي أعطت المؤجر الاراضي الزراعية ، دعوى خاصة الدائن الذي يتفق مع مدينه على تخصيص مال معين ، أياً كان نوعه هذا الاخير لوفاء الدين ، ومن هذا العرض الوجيز للتطور التاريخي بصدد التأمينات ، وبعد أن تطور الفكر القانوني وقدم وسائل فنية تؤدي الى تخصيص مال معين في ذمة المدين ضماناً لاستيفاء الدائن لحقه الشخصي (1)، سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين نشأة مبدأ تخصيص الرهن في القانون ، والثاني نشأة مبدأ تخصيص الرهن في الفقه الاسلامي .

الفرع الاول

نشأة مبدأ تخصيص الرهن في القانون

لم يكن مبدأ تخصيص الرهن معروفاً في القانون الروماني ، إذ يجوز ان يرهن الشخص عقاراته الحاضرة والمستقبلية جميعاً ولايخرج من ذلك إلا ما يتم الاتفاق على اخراجه(2).

وكذلك لم يكن معروفاً في القانون الفرنسي القديم الذي كان يجيز للمدين ان يرهن رهنأ عاماً أمواله الحاضرة والمستقبلية كلها ، وحيث ان أول طريق سلكه الرومان لانشاء الرهن هو طريق التصرف بالسبيكة والميزان ، او عقد القرض فقد شمل نطاق هذا التصرف الاشياء بعد ان كان قاصراً على الأشخاص ، وكان من اثر هذا التصرف ان يرهن المدين امواله عبيداً ، او ارضاً ، ولم يكن من مقتضى هذا الرهن ان يمتلك المرتهن المال المرهون وانما كانت تنقل اليه فقط حيازته ويحق له استعماله، كما انه كان يلتزم برده عند استيفاء دينه وفق اجراءات مماثلة لتلك التي أنشأت الرهن أي بسلك التصرف بالسبيكة والميزان ، أن فالصورة البدائية للرهن تقابل في مضمونها صورة الرهن الحيازي في تشريعنا المعاصر غير ان التصرف بالسبيكة والميزان كان يتطلب اجراءات معقدة كما انه كان يستجيب لبيئة بدائية تخطاها التطور وفيما بعد توقف الالتجاء اليه . وبجانب سلوك طريق السبيكة والميزان كان الرومان يلجؤون ايضاً لانشاء الرهن على طريق عقد الامانة في صورة الامانة التأمينية أو الائتمان التأميني ، الذي كان من العقود العينية وهو طريق يرجع بعض الفقهاء جذوره الى القانون المصري القديم ، وبمقتضاه كان الدائن يمتلك المرهون مع تعهده باعادة ملكية الى

(1) أنظر الدكتور عبد السلام ذهني بك ، في التأمينات ، مطبعة الاعتماد ، مصر ، 1929 ، ص 36 ، والدكتور محمود عبد المجيد المغربي ، تاريخ القوانين ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، بدون سنة طبع ، ص 40 .

(2) انظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1982، ص79، والدكتور نور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2005 ، ص194.

الراهن حين يقوم بسداد الدين المضمون⁽¹⁾. من خلال ذلك يتبين ان الرومان عرفوا الرهن في عصر متقدم بدليل ان قانون الالواح الاثني عشر تكلم عنه إلا ان الالتجاء اليه قد شاع في اواخر عهد الجمهورية ومن ثم بدأ يكتسب اهمية بحسبانه نطاقاً قانونياً مستقلاً ، سادت القواعد الرومانية في فرنسا بوصفها احد الاقاليم الداخلة في الامبراطورية ابتداءً من عام (58) قبل الميلاد، وبمقتضى هذه القواعد ورد الرهن دون تجرد من الحيازة على العقار ، وعلى المنقول ، ولكن هذا النظام القانوني اندثر باندماج الامبراطورية الرومانية الغربية على يد البربر فهؤلاء شأنهم في ذلك شأن أي فاتح قد أدخلوا معهم أنظمتهم القانونية، وهي انظمة تتعارض في اساسها مع الانظمة الرومانية وقد كان نظام الملكية عند البربر ، او الجرمان يفرق بين العقارات والمنقولات ففي العقارات لم يعترفوا بنظام ملكية الفردية بل كانت الملكية جماعية ، اما المنقولات فقد اعترفوا بالملكية الفردية⁽¹⁾

وقد اقتبس المشرع المصري احكام الرهن التأميني من القانون الفرنسي، اذ الشريعة الاسلامية لاتعرف هذا النوع من الضمان كما رأينا ان المشرع المصري لم ينقل احكام الرهن التأميني كما هو ، وانما اجرى عليه تعديلات كثيرة ، فجاء تنظيمه للرهن افضل بكثير من التنظيم الوارد في القانون الفرنسي ، فالقانون المدني الفرنسي يعرف ثلاثة انواع من الرهن الرسمي (التأميني) ، هي الرهن القانوني *hypothèque Legale* ، والرهن القضائي *hypothèque judiciaire* ، والرهن الاتفاقي - *hypothèque conventionnelle* .

والرهن القانوني ، هو المقرر بناء على نص القانون لمصلحة الزوجة على عقارات زوجها ، ولمصلحة القاصر، والمحجور عليهم ، على عقارات الأوصياء، وهذا يشمل عقارات المدين الحالية والمستقبلية جميعاً ، ولذلك فهو رهن عام وهذا يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن ، وكما انه لايلزم شهرة ، ولذلك فهو عام مستتر أو خفي ، أي يتعارض مع كل من مبدأ تخصيص الرهن ، وكذلك مبدأ علنيته أو شهره ، اما الرهن القضائي ، هو كذلك رهن عام يثبت بقوة القانون للديون الثابتة بمقتضى احكام ملزمة بها ، واخيراً الرهن الاتفاقي الذي يقوم بناء على اتفاق الطرفين الثابت في عقد رسمي ، وقد استبعد المشرع المصري الرهن القانوني من نطاقه وحسناً فعل اذ هو كما رأينا معيب من حيث عموميته ، وخفائه ، كما استبعد نظام الرهن القضائي الذي يثبت بقوة القانون لكل حكم متضمن لالتزام على المدين ، وقد أبقى على النوع الاخير وهو الرهن الاتفاقي وقد استمد احكامه عن القانون الفرنسي بعد ادخال بعض التعديلات عليه⁽²⁾. حيث ان الغرض من تخصيص حماية المدين بذكر عقاراته التي يشملها الرهن كي يتأنى ولايقدم على الرهن الا وهو مصمم عليه ، ولايرهن عقاراته الا بمقدار الدين

(1) انظر الدكتور احمد سلامة ، الرهن الطليق للمنقول ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، العدد الثاني ، السنة العاشرة ، 1968، ص16، والدكتور عكاشة محمد عبد العال ، القانون الروماني ، الدار العربية ، الاسكندرية ، 1988، ص188.

(1) انظر سهام عبد الرزاق علي ، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2001 ، ص 11 ، وانظر عبده حسن الزيات ، مذكرات في القانون الروماني ، مطبعة العهد ، بغداد ، 1936، ص25.

(2) انظر الدكتور محمد علي امام ، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، 1956، ص224.

ولهذا السبب وجهة الانتقاد الى الرهن القانوني، لانه رهن عام يقع على كل عقارات الشخص من غير تخصيص ، ولم يأت به القانون المدني المصري كما تقدم⁽¹⁾.
اما في بلاد وادي الرافدين فاننا على سبيل المثال ، لا الحصر نجد ان المواد (112-126) من قانون حمورابي قد نظمت احكام الائتمان كلها وكانت تدور في فلك الرهن الحيازي⁽²⁾. أي ان نشوء الرهن الحيازي ونفاذه يقوم على الحيازة لما لها من دور هام في نشوء الرهن الحيازي سواء اعتبرت ركناً فيه ، كما هو مسلك بعض التشريعات العربية التي اقتفت أثر جانب كبير من الفقه الاسلامي ، بما يجعل عقد الرهن الحيازي عقداً عينياً ، ام اعتبرت التزاماً على الراهن وشرط لنفاذ الرهن ، كما ذهبت الى ذلك تشريعات عربية اخرى ، منتهجة منهج جانب اخر من الفقه الاسلامي ، الامر الذي يجعل عقد الرهن الحيازي عقداً رضائياً، ولقد بدأ الفقه مؤخراً يتحدث عن تغيير مفهوم دور انتقال الحيازة (رفع يد الراهن من المرهون) في عقد الرهن الحيازي للمنقولات من جهة ، وبعبارة ادق الاتجاه نحو انشاء الرهن الحيازي دون حاجة لرفع يد الراهن عن المرهون على اعتبار ان انتقال الحيازة شرط للاحتجاج بالرهن من قبل الاغيار ، وليس بركن لازم لنشأة عقد الرهن الحيازي للمنقولات ، وهكذا تطور مفهوم دور انتقال الحيازة من حماية مصالح الدائن فحسب الى عدة الى جانب ذلك ، اجراءً وقائياً للأغيار⁽³⁾. وقد اكدت هذه الاتجاهات الفقهية على ان رفع يد المدين له دور مماثل للتسجيل المفروض في ميدان الرهن العقاري⁽¹⁾. كما عرف الرهن الحيازي تطوراً يمس طبيعته القانونية ، فقد كان يعد من العقود العينية التي تلزم لانعقادها تسليم الدائن محل الرهن وإلا لم يكن لها أي اثر، وهذه الفكرة ورثها القانون الفرنسي عن القانون الروماني ونقلها عنه القانون المصري ، واخذها عنه القانون العراقي بدوره من هذا الاخير ، وقد كان الامر مفهوماً في القانون الروماني حيث كانت العقود شكلية ، ولم يكن الرضا وحده كافياً في تكوين العقد ، ثم وجدت العقود العينية الى جانب العقود الشكلية ، فجعل التسليم منشأ لهذا الالتزام ، أما على اساس ان من استلم العين ولم يردّها ارتكب جريمة خيانة الامانة، وأما على اساس الكسب دون سبب⁽²⁾. أما الآن فان هذا المفهوم الروماني لعقد الرهن الحيازي لم يستطع البقاء الى يومنا هذا فقد عرف تعديلات جوهرية بعد ان فقد التسليم معناه في تكوين هذا العقد وهكذا وانطلاقاً عن رضائية

(1) انظر الدكتور محمد كامل مرسي ، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1949 ، ص127 . وانظر الدكتور خالد الزعبي ، والدكتور منذر الفضل ، المدخل الى علم القانون ، الطبعة الاولى ، مطابع الارز ، عمان ، 1998 ، ص179 .

(2) انظر الدكتور عامر سلمان ، القانون في العراق القديم ، الجزء الاول ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، 1987 ، ص227 .

(3) انظر بيان يوسف نجيب ، دور الحيازة في الرهن الحيازي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1986 ، ص189 والدكتور هاشم الحافظ ، والدكتور ميشيل فليمي ، القانون الروماني ، جامعة بغداد ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع ، ص103 .

(1) Faiq mahmoud Al -shammaa, Les suretes Reelles Du vendeur Acredit De Neubles corporeles , the'se , pour Le Doctorate, universite , De Droit et De , conomie et De sciences sociailes De paris (parisII) p.431-432.

(2) والدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الالتزامات (نظرية العقد) ، الجزء الاول ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 1952 ، ص116 . انظر حسن ابراهيم الحميري ، تطور فكرة الرهن في مشروع القانون المدني الجديد ، بحث مقدم الى العهد القضائي ، الدراسات القانونية المتخصصة العيا ، القسم المدني ، 1987 ، ص88 .

العقود ذهب الفقه الفرنسي الى اعطاء القوة الملزمة الى رضا الطرفين في عقد الرهن الحيازي مع تمسكهم بالمفهوم الروماني التقليدي ، اما الفقه العراقي فقد قيل انه (اذا كان الفقه المدني يميل الى التخلص من فكرة عينية العقود التي انحدرت الى التقنيات المدنية من الرومان فانه ينبغي علينا ان لانساير هذا الاتجاه الذي لايتفق مع مسلك المشرع العراقي ، فتشريعنا في هذا متأثر الى حد بعيد بالفقه الاسلامي الذي يتوسع في عينية العقود توسعاً ملموساً⁽³⁾ . وقد اقتبس الرهن التأميني من القانون المدني الفرنسي وادخل الى العراق لأول مرة بقانون صادر في زمن الدولة العثمانية وهو قانون وضع الاموال غير المنقولة توثيقاً للدين فلما صدر القانون المدني العراقي نهت الفقرة الرابعة من المادة (138) منه على انه (يلغي قانون وضع الاموال غير المنقولة توثيقاً للدين) ، فقد نظم القانون المدني احكام هذا الرهن تنظيمياً كاملاً بالمواد (1285-1320) وقد اقتبس المشرع العراقي معظم هذه المواد من القانون المدني المصري وقليلاً منها من قانون وضع الاموال غير المنقولة توثيقاً للدين⁽¹⁾ . يتبين لنا كان الرهن التأميني في الشريعة الرومانية جائز حتى في المنقولات ، غير ان القانون الفرنسي القديم قصره على الاموال غير المنقولة واستقر الامر على ذلك في القوانين الحديثة الفرنسية والمصرية والعراقية ، فالرهن التأميني وفقاً للقانون المدني العراقي ، لايقع الا على عقار فرهن الاموال المنقولة رهناً تأمينياً ، لاينعقد أصلاً ولان الرهن التأميني ليس من العقود الرضائية ولكنه من العقود التي لاتتعقد إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، وأن الرهن التأميني في العراق نوع واحد هو الرهن التأميني الاتفاقي⁽²⁾ . نلاحظ ان مبدأ تخصيص الرهن حديث العهد ، فهو لم يكن معروفاً في القانون الروماني ، ولا في القانون الفرنسي القديم ، حيث كان من الممكن رهن اموال المدين الحاضرة والمستقبلية جميعاً وهو من خلق التشريع الفرنسي في عهد الثورة الفرنسية ، وأخذت به مجموعة نابليون وان كانت قد استتنت فيه حالات الرهن القانوني ، والرهن القضائي ، وانتقل مبدأ تخصيص من القانون الفرنسي الى غيره من القوانين المدنية .

الفرع الثاني

نشأة مبدأ تخصيص الرهن في الفقه الاسلامي

لقد كان موضوع الرهن من الموضوعات المهمة بوصفه من اهم عقود التوثيق والضمان في الفقه الاسلامي وأن الرهن معناه هو أسم لجعل المال وثيقة في دين اذا تعذر أستيفاءه ممن عليه استوفى من ثمن الرهن ، وأنه عقد يدل على مشروعية القرآن الكريم ، والسنة ، والاجماع ، والمعقول ، استناداً الى قوله تعالى (وَأَنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجُوهَا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ⁽³⁾ . وفي السنة المباركة فقد روي ان الرسول (ص)

(3) انظر الدكتور حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، مطبعة المعارف ، بغداد، 1976، ص30.

(1) انظر الدكتور حامد مصطفى ، الحقوق العينية التبعية ، الجزء الاول ، بدون مطبعة ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع ، ص9.

(2) انظر محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية (دراسة تحليلية مقارنة) الطبعة الثانية ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1971، ص25. والدكتور همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، التأمينات العينية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1997، ص25.

(3) الآية رقم (283) من سورة البقرة .

ابتاع طعاماً من يهودي نسيئة ورهن عليه درعه⁽¹⁾. وفي رواية اخرى تقول انه قالت فاطمة عليها السلام لسلمان خذ درعي هذا ثم أقضي به الى شمعون اليهودي وقل له، تقول لك فاطمة بنت محمد (ص) أقرضني عليه صاعاً من تمر ، وصاعاً من شعير فأخذ اليهودي الدرع فرهن لفاطمة عليها السلام ، وفي رواية اخرى تقول نزل برسول الله (ص) ضيف فبعثني الى اليهودي فقال ، قل ان رسول الله (ص) يقول ، اقرضني كذا وكذا من الدقيق ، واسلفني الى هلال رجب فأنتيته فقلت له ، فقال والله لا أبيععه ، ولا أسلفه إلا برهن فأنتيت رسول الله (ص) ، فأخبرته فقال والله لو باعني وأسلفني لقضية وأني لأمين في السماء وأمين في الأرض إذهب بدرعي الحديد اليه⁽²⁾.

أما الاجماع حيث أجمع علماء المسلمين منذ صدور الاسلام على جواز توثيق الديون بالرهن اذا توافرت اركانه ، وشروطه ، وانتفت موانعه ، وكذلك المعقول حيث ان العقل السليم يقضي بجواز توثيق الديون المؤجلة لحقوق الدائنين واستبعاداً للخصومات⁽³⁾.

كما ان من اهم فوائد مشروعية الرهن ، تيسير التعامل بين الناس وبث الطمأنينة في نفوس الدائنين ، فقد لايقبل الكثير منهم إقراض الغير ، أو منح اجل لديونهم إلا بتقديم ضمان ، والشارع في هذا إنما ينظر الى غرائز الناس التي تبدو واضحة في تعاملاتهم مع اختلاف ذمهم وطبائعهم فكانت وسائل التوثيق عديدة في الشارع يتبين ان الرهن في الفقه الاسلامي له شكل واحد وضحته نصوص الكتاب والسنة هذا الشكل هو الرهن المقبوض سواء كان المرهون عقاراً او منقولاً⁽⁴⁾. وهو الرهن الحيازي ومن خلال الروايات التي وردت في السنة المباركة انها تؤكد على مبدأ التخصيص حيث نجد ان الرسول (ص) قد رهن درعه الحديد مقابل صاع من الدقيق يدل دلالة اكيدة على ان الرسول (ص) اكده على مبدأ تخصيص الرهن حيث ان الدرع يمثل المال المرهون ، والدقيق يمثل الدين المضمون بالرهن ، وهذا يؤكد ان فقهاء الفقه الاسلامي قد عرفوا عن الرسول (ص) مبدأ تخصيص الرهن منذ ذلك الحين ، حيث كانوا في زمن الرسول (ص) يقدمون الرهينة مقابل الدين ولم يرد عنه عليه الصلاة والسلام ما يخالفه او ينهي عنه ، واستمر حال المجتمع هكذا في زمن الرسول (ص) حتى بعد رحيله صلوات الله عليه عن الدنيا⁽¹⁾. وهكذا قد اتفق فقهاء الفقه الاسلامي على ان ما يصح بيعه يصح رهنه

(1) انظر الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ، الجزء الثامن عشر ، مؤسسة ال البيت لاحياء التراث ، 1104 ، ص388.

(2) انظر الشيخ شهاب الدين أبي الفضل المسقلاني (ابن حجر) ، فتح الباري لشرح البخاري ، الجزء السادس ، مطبعة الحلبي ، مصر ، 1378 هـ ، 66 ، والسيد السابق ، فقه السنة ، المجلد ، مطابع الامل للطباعة والنشر ، 1988 ، ص187.

(3) انظر الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية ، الجزء الاول ، شركة السعدون للطباعة والنشر والتوزيع المحدودة ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص204.

(4) انظر الدكتور فرج توفيق الوليد ، الرهن في الشريعة الاسلامية ، مطبعة القضاء ، النجف ، 1973 ، ص38.

(1) انظر مجد الدين ابا البركات عبد السلام بن تيمية الحراني ، المنتقى من اخبار المصطفى (ص) ، الجزء الثاني ، بدون مطبعة ، السعودية ، 1403 هـ ، ص360 ، وانظر الدكتور محمد عليوي ناصر ، خيانة الامانة واثرها في العقود المالية في الشريعة الاسلامية (دراسة مقارنة) ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001 ، ص237.

، وما لا يصح بيعه لا يصح رهنه وان الشروط فيما يرهن كالشروط فيما يباع⁽²⁾ . لان مقصود الرهن التوثيق للدين وذلك باستيفائه من ثمن المرهون عند تعذر تسديد المدين ، ويحصل ذلك بما يجوز بيعه اما الذي لا يصح بيعه كالخمر ، والخنزير ، والدم ، والميتة ، والمباحات فلا يصح رهنه حيث اشترط جمهور الفقهاء⁽³⁾، أن يكون المرهون عيناً مملوكة يمكن قبضها للمرتهن ويمكن بيعها ، واشترط الحنفية⁽⁴⁾، ان يكون مالاً متقوماً مقدور التسليم غير مشغول بملك الراهن واشترط المالكية⁽¹⁾. ان يكون المرهون مما يمكن ان يستوفي منه او من منافعه ، ومن هذا نفهم ان الرهن في يد المرتهن يقابل الدين ، فيقضي ان يكون المرهون له قيمة مالية في الخارج سواء أكان عيناً ، أم مالاً ، أم شيئاً يمكن الاستيفاء منه او من منافعه ، وعلى هذا فليس كل عين يصح رهنها ، فالخمر ، والخنزير ، والميتة أعيان ولكنها لاقيمة لها في الشرع فهي محرمة لذاتها وتضييع المال⁽²⁾.

وعلى ذلك نصت المادة (709) من المجلة على انه (يشترط ان يكون المرهون صالحاً للبيع بناءً عليه يلزم ان يكون موجوداً ومالاً متقوماً ومقدور التسليم وقت الرهن⁽³⁾) ، وكذلك لقد عرفوا شروط الرهن حيث تقسم على شروط انعقاد ، وشروط لزوم ، وشروط صحة ، وشروط نفاذ ، اما شروط انعقاد فمنها ما يعود الى نفس العقد وهو ألا يكون معلقاً على شرط ولا مضافاً الى المستقبل ، ومنا ما يعود الى الراهن والمرتهن وهو ان يكونا عاقلين مميزين ومنها يعود الى المرهون وهو ان يكون صالحاً للبيع بأن يكون مالاً موجوداً متقوماً مملوكاً في نفسه مقدور التسليم وقت الرهن ، ومنها ما يعود الى المرهون به ، وهو ان يكون ديناً صحيحاً ظاهراً او عيناً مضمونة بنفسها لانها بحكم الدين ، اما شروط الصحة ، حيث ان جميعها عائدة للمرهون وهي ان يكون المرهون معلوماً فلا يصح رهن فرس مجهولة ، وان يكون محرراً أي مجموعاً مميزاً غير مشاع . مفرغاً أي غير مشغول بملك الراهن فلا يصح الرهن اذا كان المرهون مفرقاً كالتمر على الاشجار ، وكحصاة شائعة من سيارة ، وكمخزن مشغول بأموال الراهن ، واخيراً ان يكون المرهون مما يتعين بالتعيين فلا يصح رهن النقود ابتداءً⁽⁴⁾.

(2) انظر عن فقهاء الامامية الشيخ محمد جواد مغنية ، شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفري ، منشورات دار مكتبة الحياة ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص194.

(3) انظر عن فقهاء الامامية الشيخ مكي العاملي ، الدروس الشرعية في فقه الامامية ، الجزء الثالث ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، بدون سنة طبع ، ص378. وعن فقهاء الحنفية ، الشيخ ابو علاء بن مسعود الكاساني ، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1328 هـ ، ص135 . وعن فقهاء الشافعية الشيخ محمد بن احمد الانصاري ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الجزء الرابع ، مطبعة الحلبي ، مصر ، 1357 هـ ، ص223، وعن فقهاء المالكية الشيخ او عبدالله محمد الخراسي ، شرح الخراسي على المختصر الجليل ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، مطبعة بولاق ، مصر ، 1329 هـ ، ص5.

(4) انظر الخراسي ، الجزء الخامس ، نفس المصدر ، ص5.

(1) انظر الشيخ احمد بن محمد الدردير ، الشرح الصغير ، الجزء الثالث ، مطبعة مصطفى الحلبي ، 1372 هـ ، ص109.

(2) انظر الشيخ احمد بن المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب الامصار ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، مطبعة السنة المحمدية ، مصر ، 1949 ، ص114.

(3) انظر منير القاضي ، شرح المجلة ، الجزء الثاني ، مطبعة النقيض الاهلية ، بغداد ، 1943.

(4) انظر الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية ، مصدر سابق ، ص210

اما شروط اللزوم فهو قبض المرهون باذن الراهن قبضاً كاملاً ، وشروط النفاذ فهو ان يكون كل من الراهن والمرتهن بالغاً او مأذوناً ، فاذا استكمل عقد الرهن هذه الشروط انعقد صحيحاً لازماً نافذاً فترتب عليه جميع الاحكام⁽¹⁾. يتبين لنا ان فقهاء الفقه الاسلامي عرفوا الرهن بكل شروطه، واحكامه والزموا ان يكون المرهون محلاً للبيع أي صالحاً له وهو أن يكون موجوداً وقت العقد ، مالاً متقوماً ، مملوكاً بنفسه مقدور التسليم ، معلوماً فلا يجوز رهن ماليه بموجود ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم ، كما إذا رهن ما تثمر نخلة ، او ما ينتجه مصنع من الثياب والاقمشة ، او ما ستلده فرس ، وانعام السنة ونحو ذلك ، ولا رهن الميتة والانسان الحر ، والدم ، لانعدام ماليتها ولا رهن الخمر لان الرهن يتضمن ايفاء للدين والارتهان استيفاء ولايجوز رهن المباحات كالماء في النهر ، والصيد ، والزرع الذي لم يزرع بعد ، لان المباحات غير مملوكة بنفسها وانما تملك بحيازتها⁽²⁾. ونتيجة لتفاعل الافكار والاراء عبر المراحل التاريخية المتعاقبة اخذ نظام الرهن بالتطور حتى وصل الى ما عليه الان الامر الذي ادى الى تطور مبدأ تخصيص الرهن وحيث انه استمد جذوره من الفقه الاسلامي حتى وصل الى فقهاء القانون الوضعي بالشكل الذي بيناه سابقاً.

المطلب الثاني

التعريف بمبدأ تخصيص الرهن في القانون والفقه الاسلامي

الدراسة القانونية لاي نظام قانوني ، تبدأ عادة بتعريف هذا النظام ، حيث ينصب شغل فقهاء القانون على التعريف بالشيء ، بهدف تأصيله ، والكشف عن الشروط التي تميزه عن سائر النظم القانونية الاخرى ولما كان عمل المشرع ، لاينصب على التعريف بالشيء ، وانما يعتني بالاحكام القانونية التي تسري عليه ، لذا يعد التعريف بالشيء من صميم عمل الفقه ، ولاجل هذه الاعتبارات ، فقد شرعنا في بداية التعريف على مبدأ تخصيص الرهن هو الكشف عن هويته من خلال المادة التي يتكون منها حتى نستطيع ان نضع امام القارئ الشروط والخصائص التي يتميز بها ، لذا فاننا سنتعرف على مبدأ تخصيص الرهن في هذا المطلب ، وهذا يتطلب تقسيمه الى فرعين الاول نتناول

(1) انظر عبد الرحمن الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الاربعية ، الجزء الثاني ، المعاملات ، دار التقوى للطبع والنشر ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع ، ص321.

(2) انظر علي حيدر افندي ، المجموعة الجديدة في الكتب الاربعية ، مطبعة ام الربيعين ، الموصل ، 1949، ص88. وابي منصور الحسن بن يوسف بن المظهر الاسدي (العلامة الحلي) ، مختلف الشيعة ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، بدون مطبعة ، بدون مكان طبع ، 1415هـ ، ص419.

التعريف بمبدأ تخصيص الرهن في القانون وفي الفرع الثاني التعريف بمبدأ تخصيص الرهن في الفقه الاسلامي .

الفرع الاول

تعريف مبدأ تخصيص الرهن في القانون

ان التعريف بمبدأ تخصيص الرهن يستوجب التطرق اولاً الى تعريفه اللغوي وصولاً الى التعريف في القانون لذا سنتناول اولاً التعريف اللغوي ومن ثم ثانياً التعريف بمبدأ تخصيص الرهن في القانون ومن خلال فقرتين :

اولاً : التعريف اللغوي لمبدأ تخصيص الرهن:

يعرف الرهن في اللغة⁽¹⁾ ، بمعنى الدوام والثبوت ، فيقال رهن الشيء أي دام وثبت ، وأرهننت لهم الطعام، والشراب أي ادمته لهم ، ومنه الحالة الرهنة أي الثابتة⁽²⁾ ، ونعمة رهنة أي دائمة ، ومن معاينة في اللغة ايضاً الحبس ومن ذلك قوله تعالى ((كل نفس بما كسبت رهينة))⁽¹⁾ يعني محبوسة ، فالرهن يحمل في معانيه اللغوية معاني الدوام ، والثبوت ، والحبس ، وسنرى ارتباط هذه المعاني اللغوية بالمفهوم الاصطلاحي للرهن ، فما سمي المرهون رهنًا الا لثبوته في يد المرتهن ودوامه واحتباسه لديه⁽²⁾ . والرهن اسم مصدر للشيء المرهون ، ومنه قولهم (رهن الشيء اذا ثبت ودام)⁽³⁾ ، وهو يدل من حيث المفهوم على الحبس للمرهون وبأي سبب تحقق ذلك ، ومن مستلزمات الثبوت بالمكان وعدم مفرقة له ، وهذا المعنى ورد ذكره في القرآن الكريم ، والسنة المطهرة ، فقوله تعالى اعلاه يدل على انه كل نفس محبوسة بما كسبته من خير او شر فهي رهينة اعمالها ، وقول رسول الله (ص) (انفسكم مرهونة باعمالكم)⁽⁴⁾ ، والمعنى المتقدم لتحديد مصطلح الرهن لغوياً محل اتفاق عند علماء اللغة ومن غير خلاف بينهم وهذا ما هو ظاهر من خلال اقوالهم ، فقد اتفقوا على انه (ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك)⁽⁵⁾ ، وهذا ما ثبت لغة واستعملوا في مدياناتهم ورهونهم ، يتبين ان معاني الرهن هي الاحتباس ، والثبوت والدوام والاستقرار والحبس واللزوم بأي سبب كان ، هذا ما ثبت لغة .

اما معنى تخصيص الرهن ، فهو بيان يحرر عن الاعيان المنقولة فتبسط فيه هذه الاعيان فتوصف وصفاً مسهباً مبيناً الى جانبها مبلغ مقدر ثمناً لها ، ومثل هذا البيان

(1) انظر الامام محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار اسامة ، دمشق ، بدون سنة طبع ، ص260.

(2) الشيخ محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، الطبعة الثانية ، الجزء الثاني ، مؤسسة الحلبي ، القاهرة ، 1958 ، ص121.

(1) الاية (38) من سورة المدثر .

(2) انظر شمس الدين بن شهاب الرملي ، نهاية المحتاج بشرح المنهاج ، الجزء الثالث ، مؤسسة الحلبي ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص333.

(3) انظر الشيخ جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن منظور الانصاري ، لسان العرب ، الجزء التاسع ، الطبعة الاولى ، الميرية ، القاهرة ، 1301 هـ ، ص79 ، وانظر السيد عبد الوهاب السيد عوض الله والسيد محمد عبد العزيز العلماي ، المعجم الوسيط لجمع اللغة العربية ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، مطبعة الاوقسييت ، بلا مكان طبع ، 1985 ، ص392.

(4) انظر الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ، الجزء الثامن عشر ، الطبعة الرابعة ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 1104 هـ ، ص212.

(5) انظر الشيخ محمد بن يعقوب الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، مادة الرهن ، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الحلبي ، القاهرة ، 1952 ، ص230.

واجب أدراجه في بعض العقود امثال عقد الهبة ، وعقد الرهن الحيازي أو هو عبارة عن قائمة تشمل على بيانات يفرضها القانون لاجل قيد الامتياز ، او الرهن في السجل الخاص فاذا كانت لقيد الرهن فهي ، اما البيانات التي يجب ان تشمل عليها اسماء المتعاقدين وأسهمهم ، ومحل اقامتهم ومهنتهم ، وتاريخ العقد الذي ابرم بينهم وطبيعته ، وقيمة الدين ، وطريقة دفعه ، وتحديد العقار الذي ينصب عليه الرهن تحديداً دقيقاً نافياً للجهالة⁽¹⁾. وكذلك هناك من يطلق عليه مصطلح خصوصية الرهن وهو الاساس المبني عليه الرهن ، بمعنى ان الرهن يجب ان يرد على عقار محدود مبين نظيره دين محدد في عقد الرهن أي ان هذه الخصوصية تكون في العين المرهونة ، والدين المضمون فالاملاك المرهونة يجب ان تكون موضحة توضيحاً خاصاً ببيان طبيعتها وماله المرهون بشكل لا لبس فيه كالحود ، ومكان الوجود ونوع العقار الى اخره ، كل ذلك يذكر في عقد الرهن نفسه .

اما خصوصية الدين المضمون في الرهن ، يجب ان يكون الدين المضمون محدداً أو اياً للتحديد ولازماً أو اياً للزوم وقت الرهن ، أي يجب ان يكون الدين محدداً بحدود ومعالم بينة وظاهرة لاتخفى على احد عند التنازع⁽²⁾.

ثانياً : تعريف مبدأ تخصيص الرهن في القانون

لقد عني الفقه في العراق بمبدأ تخصيص الرهن وبينوا معناه من خلال تعريفات عديدة منها ان مبدأ تخصيص الرهن ، هو عبارة عن البيانات التي تبين العقار او العقارات المرهونة ، وتحدد الدين او الديون المضمونة ، كطبيعة العقار او جنسه وموقعه، ومساحته، وحدوده ، ومصدر الدين ، وتاريخه ، وسببه، ومقداره، ويجب ان تكون هذه البيانات كافية لتميز العقار المرهون من غيره ، وتخصيص الدين المضمون ومقداره والأفان الرهن لاينعقد⁽¹⁾.

وعرف أيضاً ، هو مبدأ يقتضي ان يكون الرهن وارداً على مال معين بالذات من وقت العقد وان يكون مقصوراً على ضمان دين معين بالذات ومحدداً مقداره وجزاء مخالفة هذا المبدأ بطلان الرهن⁽²⁾.

اما الفقه في مصر ، فقد عرفوا مبدأ تخصيص الرهن ، هو ان يتقرر الحق على عقار بالذات وليس على كل اموال المدين الحاضرة والمستقبلية ، فالرهن في صورته الحديثة هو رهن خاص وليس رهنأ عاماً ، ومبدأ تخصيص الرهن المقصود به القضاء على

(1) انظر الدكتور احمد رضا ، معجم متن اللغة ، موسوعة لغوية حديثة ، منشورات مكتبة الحياة ، بيروت، 1958، مادة (رهن) ، والدكتور عبد الفتاح مراد ، المعجم القانوني رباعي اللغة ، مطابع شتات ، الاسكندرية ، 2003، ص177 ، ص101، وانظر الشيخ محمد الشربيني الخطيب ، مصدر سابق ، ص121.

(2) انظر الزبيدي ، تاج العروس ، المجلد التاسع ، دار مكتبة الحياة، لبنان ، بدون سنة طبع ، ص221 ، انظر الشيخ محمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة ، الجزء الخامس ، المطبعة الرضوية ، مصر، 1323هـ ، ص69.

(1) انظر محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه ، الحقوق العينية ، مطبعة دار الكتب ، الموصل ، ص412، وانظر الدكتور صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، دراسة تحليلية مقارنة ، الطبعة الثانية ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1971، ص52.

(2) انظر محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، الطبعة الثانية ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1971، ص52. والدكتور همام محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، هامش رقم (2) ، ص46.

فكرة الرهن العام الذي يرد على اموال المدين كلها دون تخصيص وكذلك عرف ايضاً بأنه البيانات اللازمة والمقيدة في تعيين العقار وعلى الأخص بيان موقعه ، ومساحته، وحدوده، فان كان من الاراضي الزراعية وجب ذكر اسم الناحية ورقم القطعة ، وأن كان من اراضي البناء، أو من العقارات المبنية فيها ، وجب ذكر اسم الشارع ، والمنطقة ، ورقم القطعة ، وحدودها ، ومساحتها ، وما يحيطها من الجهات الاربعية، وتحديد الدين المضمون من حيث مصدر الدين فيجب تحديد المصدر هل هو عقد ام عمل غير مشروع ، او اثناء بلا سبب ، او الارادة المنفردة، او القانون ، وقد يكون ديناً معلقاً على شرط ، او مضافاً الى أجل او منجز ، كما قد يكون ديناً مستقبلاً. او ديناً احتمالياً ، وكذلك تحديد مقدار الدين فيحدد هذا المقدار من رأس مال وفوائد ، ومتى يبدأ سريان الفوائد ، ويستوي في الدين المنجز ، والدين المعلق على شرط ، واذا كان الدين مستقبلاً كاعتماد مفتوح في مصرف ، او دين احتمالي كفتح حساب جارٍ يجب تحديد مقداره في عقد الرهن بتحديد حد اقصى ينتهي اليه الدين ، وجزء عدم تحديد الدين المضمون بالرهن على الوجه الذي بيناه يترتب عليه بطلان عقد الرهن والبطلان هنا بطلان مطلق يتمسك به كل ذي مصلحة⁽¹⁾. ولايكفي لانعقاد الرهن ان يعين العقار المرهون بالنوع ولو كان من المثليات بل يجب تعيين هذا العقار بالذات، وان يكون تعيينه دقيقاً ، أي بيان اوصافه التي تميزه عن غيره من العقارات ويتم هذا التعيين ببيان طبيعة هذا العقار وموقعه ، وهذا المبدأ الذي يوجب في شق اخر تعيين او تخصيص الالتزام المضمون بالرهن⁽²⁾. وعرف جانب اخر من الفقه المصري بانه تعيين العقارات المرهونة تعييناً دقيقاً أولاً بالنسبة الى طبيعتها كان يذكر ما اذا كانت ايضاً مزروعة او بناءً او منزلاً ، او معملاً ، او حديقة ، ويجب ايضاً ذكر ما اذا كان الرهن واقعاً على الملكية او حق الانتفاع او الرقبة الى اخره ، وثانياً : بالنسبة الى موقعها ، كأن يذكر القرية والشارع ورقم المنزل واذا كان العقار المرهون مكوناً من جملة قطع وكان معروفاً باسم خاص ، فانه يكفي لتعيينه ان يذكر بهذا الاسم مع بيان الجهة الواقع فيها من غير حاجة الى ذكر القطع المختلفة التي يتكون منها ولايكفي ان يذكر في عقد الرهن العقار المرهون وانما يذكر ايضاً الدين المضمون .

اما ما ذهب اليه الفقه الاردني⁽³⁾ في تعريف مبدأ تخصيص الرهن بأنه لا بد من تعيين العقار الذي يراد رهنه تعييناً كافياً ، وبيان الدين الذي يراد توثيقه بياناً كافياً ، وهذا هو

(1) انظر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1970 ، ص 446 ، ص 776.

(2) انظر الدكتور محمد لبيب شنب ، دروس في التأمينات العينية والشخصية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974 ، ص 28 و ص 38. وانظر الدكتور محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص 128. والدكتور احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، الرهن الرسمي ، دار التعاون للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1966 ، ص 182.

(3) انظر الدكتور محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، الجزء الثالث ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، 1995 ، ص 78. وانظر الدكتور علي هادي العبيدي ، الحقوق العينية ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005 ، ص 331 . ولا بد من الاشارة الى ان القانون المدني الاردني استعمل تسمية (الرهن المجرد) بل من تسمية (الرهن التأميني) التي اخذ بها القانون المدني العراقي ، والقانون المدني السوري ، والقانون المدني اليمني ، كما اخذ القانونان السوداني والاماراتي بتسمية الرهن المجرد وذلك للأسباب التالية أ- ان تسمية الرهن المجرد تتضمن مميلاً للمسمى إذ عبارة (المجرد) تقيد تجرد الرهن من حيازة المرتهن وهذا ما يميز الرهن المجرد عن الرهن الحيازي الذي يحتم حيازة المرتهن للشيء المرهون وتعد هذه الحيازة شرطاً لتتمام الرهن ولزومه . ب- ان تسمية الرهن التأميني بالاضافة الى كونها لا تتضمن مميلاً للمسمى هي = = تسمية غير مانعة

المراد بمصطلح مبدأ تخصيص الرهن وقد نصت المادة (2/1329) بوجود تعيين العقار المرهون ووردت الإشارة الى تخصيص الدين المضمون في المادة (1332) جاء في الاولى (ويجوز للمحكمة ان تبطل عقد الرهن المجرد (التأميني) إذا لم يكن العقار المرهون معيناً تعييناً كافياً) ، وجاء في الثانية (يشترط في مقابل الرهن التأميني ان يكون ديناً ثابتاً في الذمة او موعوداً به ، محدداً او عيناً من الاعيان المضمونة) ، وظاهر هذين النصين ان المشرع الاردني أوجز في عرض مبدأ تخصيص الرهن المجرد ولم يفصل ، ثم ان جزاء تخلف التخصيص في النص الاول جاء جوازياً للقاضي وليس وجوبياً ، هذا وتشير الى ان النص الثاني جاء خالياً من تحديد الجزاء المترتب على تخلف تخصيص الدين ، ولعل مرد ذلك تعويل المشرع على اجراءات التسجيل في دائرة التسجيل الكفيلة بتحقيق هذا المبدأ ومن خلال التعاريف نلاحظ ان موقف الفقه العراقي جاء مطابقاً للفقه الاردني اما القانون المدني المصري فقد فصل هذا المبدأ وبين الامور التي يجب ذكرها ، فأوجب ان يكون العقار المرهون (معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه والا وقع الرهن باطلاً) نص المادة (1035) منه كما اوجب ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الاقصى الذي ينتهي اليه الدين المادة (1040)، اما بالنسبة الى موقف الفقه اليمني . لابد الإشارة الى انه وحدة المشرع اليمني الرهن الحيازي والرهن التأميني تحت اسم الرهن الحيازي والذي يشمل رهن المنقول ورهن العقار⁽¹⁾. حيث عبر عن ذلك في المادة (955) في قانونه المدني ، وبما ان المادة (990) نصت على انه (الرهن عقد يقدم به المدين او غيره بأذنه عيناً مخصوصة الى الدائن او عدل يختاره الطرفان لحبسها لاستيفاء مال مخصوص) . من خلال التعريف نلاحظ ان المشرع اليمني اشارة الى مبدأ تخصيص الرهن من خلال عبارة (مال مخصوص) فان تعريفه الرهن يعكس رؤيا المشرع للعناصر الجوهرية للرهن ، وماهيته والمادة التي يتكون منها ، ولما كان الرهن الحيازي يرد على عقار ومنقول في القانون المدني اليمني الذي يستوجب التسليم كركن من اركان عقد الرهن الحيازي ، ولما كان تخلي الراهن عن حيازة الشيء المرهون وتسليمه الى الدائن المرتهن او الى عدل امراً واجباً فان ذلك يقتضي بالضرورة تعيين المال المرهون ، فنقل الحيازة يتم به هذا التعيين الكامل لذا اذا كان التعيين على النحو السابق امراً لازماً لانعقاد الرهن الحيازة الا انه لايشترط لذلك ان يكون هذا التعيين في العقد ذاته⁽¹⁾.

اما بالنسبة الى موقف المشرع العراقي فقد نصت المادة (1290)⁽²⁾ ، من القانون المدني العراقي على انه (1- لايجوز ان يرد الرهن التأميني الا على عقار او حق

لان كل رهن بما فيه (الرهن الحيازي) ماهو الا تأمين الوفاء بالالتزام ، فهي اذن تسمية مشتركة . ج - ان اطلاق تسمية (التأمين) على (الرهن المجرد) يؤدي الى الخلط بين هذا العقد وعقد التأمين .

(1) انظر الدكتور احمد محمود سعد ، التأمينات الشخصية والعينية في القانونين المصري واليمني (دراسة مقارنة) ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990 ، ص580.

(1) انظر الدكتور احمد محمود سعد ، مصدر سابق ، ص652.

(2) تقابل المادة (1035) مدني مصري والتي تنص على انه (1- لايجوز ان يرد الرهن الرسمي إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك . 2- ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، وان يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وان يرد هذا التعيين اما في عقد الرهن ذاته او في عقد رسمي لاحق ، والا وقع الرهن باطلاً) تقابل المادة (1329) من القانون المدني الاردني (1- لايجوز ان يقع الرهن التأميني إلا على عقار يصح التعامل فيه او حق عيني على عقار . 2- ويجوز للمحكمة ان تبطل عقد الرهن التأميني

عيني على عقار ، 2- ويجب ان يكون العقار المرهون ، مما يصح التعامل فيه وبيعه (وان يكون معيناً) يتبين ان الرهن التأميني لا يرد الا على عقار مملوك الراهن يصح التعامل فيه وبيعه في المزاد العلني ، ويجب ان يذكر في عقد الرهن التأميني ماهية العقار او العقارات التي وضعت توثيقاً لدين الدائن ، فلا يكفي ان تذكر بصورة عامة دون تحديد وافي لتمييز العقار المرهون عن بقية عقارات الراهن ، فيجب ذكر اوصاف المرهون وموقعه ، ومساحته وجنسه ، وطبيعته والبيانات والمعلومات المتعلقة به كافة ، ثم ذكر هل ان الرهن واقع على حق الملكية او حق الانتفاع. ان الرهن في صورته الحديثة هو رهن خاص وليس رهنأ عاماً ومبدأ تخصيص الرهن المقصود به القضاء على فكرة الرهن العام الذي يرد على اموال المدين كلها دون تخصيص (1). والبيانات المتعلقة بالمرهون يجب ذكرها في العقد ابتداءً ، واغفال ذكرها ان كانت من البيانات الجوهرية يؤدي الى بطلان العقد ويحق لكل ذي مصلحة ان يتمسك بهذا البطلان ، والعبرة بتعيين المرهون هي تعيينه بما ينفي عنه الجهالة ويميزه عن غيره من العقارات سواء اكانت للراهن أم لغيره(2). والفقرة الثانية من المادة (1290) من القانون المدني العراقي تنص على انه (2- ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وان يكون معيناً) فلم تذكر المادة ماهي البيانات التي يجب ذكرها لتعيين المرهون واكتفت بالقول ان يكون العقار المرهون معيناً(3). وكذلك نصت المادة (1293)(4) من القانون المذكور على تخصيص الدين المضمون بالرهن (يجوز ان يترتب الرهن التأميني ضماناً لدين مستقبلي او دين معلق على شرط او دين احتمالي فيجوز ان يترتب لاعتماد مقترح او لفتح حساب جارٍ على ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الاقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين) يتبين من خلال النص ان مبدأ تخصيص الرهن يقضي في الشطر الثاني منه تخصيص الدين وبناء على ذلك يشترط في الدين المضمون وهو ركن السبب في عقد الرهن ان يكون موجوداً ومخصصاً ، أي يجب ان يكون الدين موجوداً وقت الرهن او قابلاً للوجود ، لا يتوافر هذا الشرط الا اذا كان الدين المضمون قد نشأ صحيحاً ثم بقي قائماً الى حين انعقاد

اذا لم يكن العقار المرهون معيناً تعييناً كافياً) ، تخالف المادة (996) من القانون المدني اليمني (ما يصح بيعه يصح رهنه الا الوقف والهدى والاضحية التي لايجوز بيعها والنابت دون المنبت والعكس بعد القطع) تقابل المادة (886) مدني جزائري (لايجوز ان ينعقد الرهن الا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ، ويجب ان يكون العقار معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وان يرد هذا التعيين اما في عقد الرهن ذاته او في عقد رسمي لاحق والا كان الرهن باطلاً).

(1) انظر شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية العقارية ، الطبعة الاولى ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1953 ، ص117.

(2) انظر الدكتور عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص266.

(3) انظر القرار التدويني المرقم 7/53 والمؤرخ 1959/1/10 ، اشار اليه سلمان بيان ، القضاء المدني العراقي ، الجزء الثاني ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بدون مكان طبع ، 1992 ، ص699.

(4) تقابلها المادة (1040) من القانون المدني المصري (يجوز ان يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط او دين مستقبلي او دين احتمالي ، كما يجوز ان يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح او لفتح حساب جاري على ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الاقصى الذي ينهي اليه هذا الدين) ، تقابلها المادة (1332) من القانون المدني الاردني (يشترط في مقابل الرهن التأميني ان يكون ديناً ثابتاً في الذمة او موعوداً به محدداً او عينياً من الاعيان المضمونة) تقابل المادة (1000) من القانون المدني اليمني (يشترط في المرهون فيه ان يكون ديناً ثابتاً في الذمة وعينياً مضمونة وان يكون معلوماً ، فان كان ديناً موعوداً به فلا يلزم الرهن الا بثبوت الدين وتجديد القبض ، تقابل المادة (891) مدني جزائري .

الرهن ، فاذا تبين ان الدين المضمون لم ينشأ صحيحاً بأن نشأ عن عقد باطل او من عقد تقرر ابطاله لأي سبب من اسباب البطلان كانهضام الرضا ، او وجود عيب فيه او عدم مشروعية محل العقد او سببه ، فان ذلك يؤدي الى عدم وجود الدين ويجعل سبب الرهن معدوماً ، ومن ثم يقع الرهن باطلاً ولا يكون له اثر⁽¹⁾. ولا يشترط في وجود الدين المضمون ان يكون متجزاً بل يصح ان يكون الدين معلقاً على شرط او ديناً مستقبلاً او ديناً احتمالياً كما تقرير الرهن ضماناً لوعده بقرض، او لقرض لم يتم تنفيذه، او لاعتماد مفتوح ، او لحساب جاري ، واذا لم يمكن تعيين مقدار الدين وقت الرهن كما في الاعتماد المفتوح والحساب الجاري يجب تعيين الحد الاقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين ، وفي هذه الحالة لا يضمن الرهن الدين المذكور الا في حدود النهاية القصوى ، واذا عين للحساب الجاري ، او الاعتماد المفتوح ميعاد يقفل فيه فلا يضمن الرهن الا المبالغ المستحقة في هذا الميعاد ولو لم تصل الى الحد الاقصى المتفق عليه⁽²⁾.

واذا اتفق الطرفان فيما بعد على مد الميعاد الذي يقفل فيه الحساب او الاعتماد فان هذا الاتفاق لا ينفذ في حق الغير ، بمعنى ان الرهن لا يشمل المبالغ التي تسلمها الراهن بعد الميعاد الاصيل المتفق عليه ، ولو كانت جملة هذه المبالغ مضافة الى ما تسلمه في الميعاد لا تتجاوز الحد الاقصى المرخص به في العقد الاصيل⁽³⁾، أي يجب لانقضاء الرهن ان يتوافر وقت ابرامه الدين المراد ضمانه بالرهن فاذا لم يكن هناك دين فلا يتصور ان تنصرف ارادة الى ابرام الرهن ، على ان المشرع قد اجاز صراحة عقد الرهن ضماناً لدين مستقبل او لدين معلق على شرط ، وهو بذلك يكون قد خرج على مقتضيات تبعية الرهن للدين المضمون ، إذ يوجد الرهن قبل وجود هذا الدين والعلة في خروج المشرع على قاعدة تبعية الرهن ، واجازته للرهن ضماناً يدين لم يوجد وقت ابرامه ، لمواجهة حاجات التعامل اذ لا يقبل بعض الاشخاص إعطاء ائتمان إلا اذا حصلوا مقدماً على تأمين يضمن لهم استيفاء حقوقهم وعلى ذلك فالرهن قد يتقرر ضماناً لدين موجود وقد يتقرر ضماناً لدين غير موجود وقت ابرامه⁽¹⁾. وقد اشار القانون المدني العراقي الى مبدأ تخصيص الرهن في التعيين من المواد (1290) ، (1293) منه حيث تمت الاشارة الى العقار المرهون والدين المضمون بالرهن⁽²⁾.

اما بالنسبة لقانون التسجيل العقاري العراقي فقد نصت المادة (307) منه على انه (يدرج في سجل الرهن الاسم الكامل لكل من الدائن المرتهن والمدين الراهن وهوية كل منهما ومحل اقامة المختار في موقع العقار المرهون، كما يدون في السجل أوصاف العقار المرهون ومقدار الدين وشروطه ومرتبة الرهن) أي على من يرغب في وضع

(1) انظر محمد طه البشير ، الموجز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 80 . والقاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، التأمينات العينية ، الطبعة الثانية ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1985، ص 249.

(2) انظر الدكتور محمد حسين منصور ، النظرية العامة للأئتمان ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2005 ، ص 223.

(3) انظر محمد طه البشير ، الموجز في الحقوق العينية التبعية ، المصدر نفسه، ص 82.

(1) انظر الدكتور محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 38.

(2) قد قضت محكمة بداءة الحلة بان (المدعية ادعت بان المدعى عليه مشغول الذمة لها بمبلغ مليوني دينار ولامتناعه عن التسديد فهي تطلب دعوته والدعوى هي عقد الراهن فيه هو المدعى عليه ، والمرتهن هي المدعية، ومحل الرهن العقار المرقم 18/15م² بساتين الجامعين وبديل الرهن مليوني دينار الرهينة تنتهي يوم 2004/10/11 ولان مدة الرهن قد انتهت بموجب هذه الاتفاقية لذلك يكون من حق المدعية المطالبة بالمبلغ الثابت بموجبها في ذمة المدعى عليه وبالمطلب قرر الحكم بالزام المدعى عليه بتأدية المبالغ المطالب به ، قرارها رقم 617/ب/2005 في 2005/9/25 ، (غير منشور).

ماله توثيقاً للدين ان يبرز لدى دائرة التسجيل العقاري بياناً مصدقاً موضحاً فيه اوصاف المال المرهون ، ومقدار الدين ، ومدته وشروطه ، ومقدار الديون السابقة ان وجدت⁽³⁾. يتبين ان اجراءات التسجيل في دائرة التسجيل العقاري هي الكفيلة في بيان مبدأ تخصيص الرهن، والسجل العقاري⁽⁴⁾، يجب ان يعكس صورة صادقة لحال المال المرهون والدين المضمون⁽¹⁾. أي ان المادة (1/307) من قانون التسجيل العقاري العراقي أوجبت ان يدون في السجل اوصاف المرهون والمادة (309) منه تنص على انه (يشترط أن يكون الدين المؤمن بالرهن معيناً ومقبوضاً عند الاقرار والتسجيل كما يجوز ان يكون هذا الدين معلقاً على شرط او مستقبلاً او احتمالياً على ان يحدد مقداره او الحد الاقصى الذي ينتهي اليه) ، الواضح من خلال النصين ان القانون المدني العراقي لم يفصل مبدأ تخصيص الرهن وانما ترك ذلك لاجراءات التسجيل العقاري حيث لا يتم تسجيل العقار المرهون دون ان تذكر عنه بيانات كافية ، وهذه البيانات هي التي يتطلبها مبدأ تخصيص الرهن في القانون المدني العراقي اجراءات التسجيل الكفيلة في بيان مبدأ تخصيص الرهن .

اما موقف القانون المدني المصري ، فقد فصل هذا المبدأ وبين الامور التي يجب ذكرها فأوجب ان يكون العقار المرهون معيناً بالذات تعييناً من حيث طبيعته وموقعه ولا وقع الرهن باطلاً وقد نصت على ذلك المادة (1035) من القانون المدني المصري والتي تنص على انه (1- لا يجوز ان يرد الرهن الرسمي إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك . 2- ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني وان يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه وان يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته او في عقد رسمي لاحق وإلا وقع الرهن باطلاً) وان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون المادة (1040) من القانون المذكور والتي تنص على انه (يجوز ان يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط او دين مستقبلي او دين احتمالي ، كما يجوز ان يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح او لفتح حساب جار على ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الاقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين) ، ومع ذلك فان الحكم واحد في القانونين ، والظاهر ان المشرع العراقي اوجز في تفصيل مبدأ تخصيص الرهن ولم يشر الى الجزاء المترتب على عدم التخصيص مكتفياً باجراءات التسجيل الكفيلة بتحقيق هذا المبدأ فان تسجيل عقد الرهن في هذه الدائرة لا يقع الا اذا بينت المعلومات الكافية لتخصيص الرهن سواء من حيث العقار المرهون ام من

(3) انظر القرار رقم 163 م-5 - تنفيذ/1973 في تاريخ 1973/5/26 ، اشار اليه الدكتور عامر خطاب عمر ، بيع العقار عن طريق المزاد ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، 1973 ، ص220.

(4) ويعرف قانون التسجيل العقاري العراقي السجل العقاري بأنه (السجل الذي يثبت فيه التسجيلات العقارية وفق نصوص القانون ويستند اليه اصدار السند) ، وتعرف المادة (1) من قانون السجل العيني المصري السجل العيني بأنه (مجموعة الصحائف التي تبين اوصاف كل عقار وتبين حالته القانونية وتنص على الحقوق المترتبة له وعليه ، وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به) ، يقابل النص التعريف في التشريع اللبناني (1/1) من القرار 188 السجل العقاري بأنه (مجمل الوثائق التي تبين فيها اوصاف كل عقار وتعين حالته الشرعية ، وتذكر فيها حقوقه واعبائه ، وتورد فيها الانتقالات والتعديلات الطارئة عليه) ، يقابل هذا النص في التشريع السوري نص المادة (1) من القرار نفسه 188 ذلك لان هذا القرار الصادر في 15 اذار 1926 من السلطات الفرنسية طبق في لبنان وسوريا .

(1) انظر الدكتور عبد المجيد الحكيم ، دراسة في قانون التسجيل العقاري ، الجزء الاول ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، بغداد ، 1973 ، ص255.

حيث الدين المضمون⁽¹⁾. ان الرهن التأميني يكون محله العقار ، اما الرهن الحيازي فقد يكون محله عقاراً او منقولاً ، يسجل الرهن التأميني ، والرهن الحيازي الوارد على عقار في السجل الخاص بالتأمينات العينية بالاستناد الى اقرار الدائن المرتهن والمدين الراهن ، او من ينوب عنهما امام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري ، ويثبت الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري الاسم الكامل لكل من الدائن المرتهن والمدين الراهن وهوية كل منهما ومحل اقامة المختار وموضع العقار المرهون ، واوصافه ، ومقدار الدين المضمون وشروطه ومرتبته وتعتبر مرتبة الرهن من تاريخ اقرار المتعاقدين⁽²⁾.

اما بالنسبة لموقف القانون المدني الاردني ، فقد نصت المادة (2/1329) منه على انه (2- يجوز للمحكمة ان تبطل عقد الرهن التأميني اذا لم يكن العقار المرهون معيناً فيه تعييناً دقيقاً كافياً) ، تنص الى وجوب تعيين العقار المرهون. ووردت الاشارة الى تخصيص الالتزام المضمون في المادة (1332) منه وتنص على انه (يشترط في مقابل الرهن التأميني ان يكون ديناً ثابتاً في الذمة او موعوداً به محدداً او عيناً من الاعيان المضمونة) . وحيث جاء في المادة الاولى (يجوز للمحكمة ان تبطل عقد الرهن التأميني اذا لم يكن العقار المرهون معيناً تعييناً كافياً وجاء في الثانية يشترط في مقابل الرهن ان يكون ديناً ثابتاً في الذمة ، والظاهر من هذين النصين ان المشرع الاردني اوجز في عرض مبدأ تخصيص الرهن ولم يفصل ، ثم ان جزاء تخلف التخصيص في النص الاول جاء جوازيماً للقاضي وليس وجوبياً ، هذا وتشير الى ان النص الثاني جاء خالياً من تحديد الجزاء المترتب على تخلف تخصيص الدين ، ولعل مرد ذلك تعويل المشرع الاردني على اجراءات التسجيل في دائرة التسجيل الكفيلة بتحقيق هذا المبدأ⁽¹⁾. حيث انه جاء مخالفاً للقانون المدني المصري الذي كما لاحظنا فصل هذا المبدأ وبين البيانات الواجب ذكرها أي ان القانون المدني الاردني جاء مطابقاً للقانون المدني العراقي من حيث انه ترك تفصيل هذا المبدأ الى اجراءات التسجيل في دائرة التسجيل العقاري⁽²⁾ . مخالفاً له من حيث الجزاء .

اما موقف المشرع اليمني ، فقد أورد المشرع اليمني في نص المادة (996) والتي تنص على انه (ما يصح بيعه يصح رهنه إلا الوقف والهدى والاضحية التي لايجوز بيعها والنابت دون المنبت والعكس بعد القطع) وفي هذا يتفق المشرع اليمني مع قواعد الفقه الاسلامي والتي تقضي بذلك لان المقصود من الرهن هو الاستيثاق بالدين للتوصل

(1) انظر الدكتور صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص34.

(2) انظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص81. وانظر عامر خطاب عمر ، مصدر سابق ، ص184.

ولقد نصت المادة (1057) من القانون المدني المصري على انه (تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط او كان ديناً مستقبلاً او احتمالياً).

انظر الدكتور عبد الودود يحيى والدكتور نعمان جمعة ، دروس في مبادئ القانون ، اعداد الاصول والمطبع ، القاهرة ، 1993 ، ص219.

(1) تتخذ الخطوات التالية لاتمام عقد الرهن المجرد لدى دائرة التسجيل في الاردن ، بتقديم الدائن ، والمدين بطلب الرهن المجرد ، وتذكرة المعاملة الى مدير التسجيل مبيناً فيها اسم القطعة ، ورقمها ومساحتها ، وحدودها ، ومقدار الحصص ، ونوعها ومقدار الدين ، ومدته وهل منتج لفائدة ام لا ومقدار الفائدة وسببه واسم الدائن والمدين .انظر الدكتور محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، هامش رقم (3) ، ص78.

(2) انظر الدكتور محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، نفس المصدر ، ص78.

الى استيفائه من ثمن المرهون ان تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن ومن ثم فالحكمة من هذا الشرط تستوجب توافره بحيث اذا تخلف تخلفت الغاية من الرهن ويتحقق ذلك في كل عين يصح بيعها إلا ما استثنى بالنص ، وتطبيقاً لذلك فقد اورد المشرع تحفظاً في نهاية المادة المذكورة ، ويمكننا القول ان المشرع اليمني قد ربط بين قابلية المرهون للبيع وتحقيق الهدف من الرهن باعتباره وسيلة للاستيثاق بالدين للتوصل الى استيفائه⁽³⁾. وقد عبر المشرع اليمني عن مبدأ التخصيص للدين بالنص في المادة (1000) منه والتي تنص على انه (يشترط في المرهون فيه ان يكون ديناً ثابتاً في الذمة او عيناً مضمونة وان يكون معلوماً ، فان كان ديناً موعوداً به فلا يلزم الرهن إلا بثبوت الدين وتجديد القبض) فقد افصح المشرع اليمني في نصه هذا عن تعيين الدين المضمون من مقتضيات مبدأ تخصيص الرهن ، ويراه حكماً مرتبطاً بما يستلزمه القانون من تعيين العين المرهونة ، ولذا يترتب على عدم تعيين الدين المضمون نفس جزاء عدم تعيين العين المرهونة ، وهو شرط واضح في نص المادة المذكورة والتي تشترط في الدين المضمون بالرهن ان يكون ((معلوماً)) ولذلك لايجوز ان يمتد ضمان الرهن لدين لم يتفق عليه عند ابرام الرهن ، على ضمانه بهذا الرهن⁽¹⁾.

اما موقف التقنين المدني الفرنسي من مبدأ تخصيص الرهن فقد اخذ القانون المدني الفرنسي بهذا المبدأ في الرهن الاتفاقي ونصت المادة (3046) منه الى تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون سواء كان التخصيص في عقد الرهن ذاته او في سند رسمي لاحق ومن ناحية اخرى قد استلزمت المادة (2132) منه الى تخصيص الرهن بالنسبة للدين المضمون ومع ذلك فقد بقي الرهن القضائي والرهن القانونية في القانون المدني الفرنسي رهوناً عامة لاتخضع لمبدأ التخصيص⁽²⁾.

وبما انه مبدأ تخصيص الرهن يرد على الرهن بنوعيه (التأميني والحيازي) إلا ان الرهن الحيازي يختلف عن الرهن التأميني في انه لا يقتصر على العقار بل يجوز ان يكون محله منقولاً ، او عقاراً حيث نصت المادة (1328)⁽³⁾ من القانون المدني العراقي على انه (يجوز ان يكون محلاً للرهن الحيازي كل ما يصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار ومنقول وديون ، ويجوز بوجه خاص رهن الاراضي الاميرية رهناً حيازياً) أي يجب ان يكون المرهون معيناً تعييناً نافياً للجهالة ، وعلى هذا فان وقع الرهن على شيء معين بالذات وجب ان تكون ذاتية الشيء معروفة ، فيوصف الشيء وصفاً دقيقاً مانعاً للجهالة الفاحشة ، اما اذا كان المرهون غير معين بالذات وجب ان يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره⁽⁴⁾، كما هو معروف ان الراهن لا يقرر الرهن تبرعاً منه للمرتهن بل رغبة في الحصول على قرض ، او أجل او ضماناً لحق اصلي للمرتهن

(3) انظر الدكتور احمد محمود سعد ، مصدر سابق ، ص655.

(1) انظر الدكتور احمد محمود سعد ، المصدر السابق ، ص697.

(2) انظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص80.

(3) تقابلها المادة (1097) من القانون المدني المصري والتي تنص على انه (لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار) ، تقابلها المادة (1373) من القانون المدني الاردني (يشترط في المرهون رهناً حيازياً ان يكون مقدور التسليم عند الرهن صالحاً للبيع) ، تقابلها المادة (996) من القانون المدني اليمني (ما يصح بيعه يصح رهنه الا الوقف والهبة والاضحية التي لايجوز بيعها والنابت دون المنبت والعكس بعد القطع) ، تقابلها المادة (949) من القانون المدني الجزائري (لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار) .

(4) انظر الدكتور محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص503.

فيعتبر هذا الحق هو السبب في الرهن وحيث يشترط في الدين المضمون ان يكون موجوداً وقت الرهن او قابلاً للوجود . ويجب ان ينشأ سبب الرهن صحيحاً ويبقى كذلك الى حين انعقاد الرهن . ولا يشترط في وجود الدين ان يكون منجزاً بل يصح ان يكون دين معلقاً على شرطاً او ديناً مستقبلاً او ديناً احتمالياً وهذا ما نصت عليه المادة (1/1331) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (1- يجوز الرهن الحيازي لتوثيق الديون التي يجوز توثيقها بالرهن التأميني) وقد اشار القانون المدني المصري الى ان الرهن الحيازي يرد على العقار والمنقول اذن كلاهما يصح ان يكون محلاً للرهن الحيازي طالما امكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني، والمادة (1097) من القانون المدني المصري فيصح ان يكون عقاراً ايأ كان نوعه سواء أكان في صورة مبنى ، أم أرض ، كما يصح ان يكون منقولاً سواء كان منقولاً مادياً أم معنوياً واذا كان منقولاً مادياً فيستوي ان يكون قيمياً او مثلياً، ذلك وتلحق السندات لحاملها بالمنقولات المادية على اعتبار اندماج الحق في الصك⁽¹⁾. وكذلك يجوز رهن النقود وهو ما يعرف بالكفالة النقدية⁽²⁾. وكذلك يصح ان يرد الرهن الحيازي على المنقول المعنوي طالما جاز بيعه بالمزاد العلني ، شأن المحال التجارية، والعلامات ، والبيانات ، والاسماء التجارية ، كما يجوز رهن الديون والاسهم والسندات الاسمية والاذنية ، حيث لم يرد في خصوص الرهن الحيازي ما جاء في شأن الرهن التأميني من وجوب تخصيص المرهون عن طريق تعيينه تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه في العقد ذاته او في عقد رسمي لاحق والا وقع الرهن باطلاً لان التخصيص في الرهن التأميني يدخل في ركن المحل لذلك يترتب على انعدامه البطلان اما في الرهن الحيازي يكتفي في تعيين المال المرهون حيازياً ان يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة ، بأن يكون معيناً بالذات او معيناً بالنوع ، ولو لم يحدد بذاته مع ذكر مقدار ، أو مايستطاع به تعيين مقداره ويستند هذا الى ان المشرع المصري لم يحل في المادة (1098) من القانون المدني المصري الى المادة (1035) من القانون المدني المصري المنظمة لمبدأ التخصيص كما يشترط لتقادي رهن المنقول ان يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المال المرهون ، وكذلك اشار الى انه يلزم ان يكون الدين المضمون في الرهن الحيازي معيناً ، أو قابلاً للتعيين وهو ما يتحقق بتحديد مصدره وتحديد مقداره⁽¹⁾. واذا كان الدين مستقبلاً كاعتماد مفتوح لم يسحب منه المدين شيئاً ، أو كان ديناً احتمالياً لفتح حساب جارٍ يحتمل ان يتمخض عن رصيد دائن او مدين ، تحديد مقدار الدين بتحديد حده الاقصى الذي يمكن ان ينهي اليه⁽²⁾.

(1) انظر الدكتور محمد علي امام ، مصدر سابق ، ص 473.

(2) الكفالة النقدية ، هي ما يقدمه الشخص من مبلغ نقدي ضماناً للوفاء بما قد ينشأ في ذمته من التزامات احتمالية شأن ما يقدمه المستأجر للمؤجر تأمين ضماناً للوفاء بالتزاماته الناشئة عن عقد الاجار ، او ما يدفعه المشترك في المياه والكهرباء والتلفون على سبيل التأمين ، الا ان هذا النوع من الرهن يختلف عن الرهن الحيازي من ناحيتين 1- ان هذا الرهن ينقل ملكية الشيء المرهون الى الدائن المرتهن ، ويلزم هذا برد مثله اذا انقضى الرهن فاذا استحق الدين المضمون ولم يتم المدين بوفائه ، فان المال المرهون لا يباع وفاء بالحق وانما يكون للمرتهن في ان يقتضي حقه خصماً من المبلغ المسلم اليه ، 2- لا يسري على هذا الرهن حكم المادة (1/1104) من القانون المدني المصري (ليس للدائن ان ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل).

(1) انظر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص 776.

(2) انظر الدكتور همام محمد محمود زهران ، التأمينات الشخصية ، مصدر سابق ، ص 349-350 والدكتور احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، الرهن الرسمي ، مصدر سابق ، ص 78.

ومن خلال ذلك يتبين لنا في الاحوال جميعها يبطل عقد الرهن الذي يبرم ضماناً لكل الديون التي تثبت في ذمة المدين ، سواء في اية مدة او في مدة معينة ما دامت هذه الديون لم تحدد كلاً على حدة من حيث مصدرها ، ومقدارها ولقد احالت المادة (1098) من القانون المدني المصري الى المادة (1040) مدني مصري المتعلقة باحكام الرهن التأميني . وكذلك نصت المادة (1373) من القانون المدني الاردني على انه (يشترط في المرهون رهناً حيازياً ان يكون مقدور التسليم عند الرهن صالحاً للبيع) ذلك لان الرهن يؤدي غالباً الى بيع المرهون ، اذا امتنع المدين عن الوفاء بدينه ، ومن ثم يتعين ان يكون قابلاً للبيع ابتداءً ، عقاراً كان او منقولاً وفقاً للاجراءات المقررة قانوناً⁽³⁾. وكذلك لكي ينعقد الرهن صحيحاً يجب ان يستند الى التزام صحيح ويتبع الرهن الالتزام في مصيره ، وجوداً وزوالاً ، وعلى هذا نصت المادة (1374) من القانون المدني الاردني على انه (يشترط في مقابل الرهن الحيازي ان يكون الرهن ديناً ثابتاً ثبوتاً صحيحاً في الذمة او موعوداً به محدداً عند الرهن) وعلى ذلك يصح ان يكون الرهن الحيازي ضماناً للوفاء بالالتزامات المستقبلية ، او الاحتمالية ولكن يجب في كل حال ان يتحدد مبلغ الدين المضمون فانه ان لم يمكن تحديده وجب تحديد حد اقصى ينتهي اليه ، وعلى الرغم من ان الاعتماد المفتوح هو صورة من الدين المستقبل ، والحساب الجاري صورة من الدين الاحتمالي ، إلا ان الرهن لا يترتب اثره بتحقق الدين ، وانصياعاً لمبدأ التخصيص يجب ان يتحدد في عقد الرهن ذاته بحيث لا يضمن الرهن الا القيمة المذكورة في التخصيص⁽¹⁾. ولكن ما تفتت عليه هذه التعريفات هو انها تخص ما يعرف بالرهن الحيازي تمييزاً له عن نوع اخر هو الرهن الرسمي (التأميني) وان الرهن الحيازي يكفي لتخصيصه القبض حيث انه عند القبض يكون مخصصاً من حيث المال المرهون والدين المضمون لانه لا يتم إلا بالقبض ، والقبض هو التخصيص في عقد الرهن الحيازي .

الفرع الثاني

تعريف مبدأ تخصيص الرهن في الفقه الاسلامي

للرهن في الفقه الاسلامي عدة تعريفات اختلفت باختلاف المذاهب الفقهية ، والسبب في ذلك اختلافهم في الاحكام المتعلقة بعقد الرهن ، والاثار المترتبة عليه عندهم فقد عرف فقهاء الامامية⁽²⁾. هو جعل المال وثيقة في الدين يستوفي منه عند تعذره ممن هو عليه ، او هو دفع العين للاستيثاق على الدين ويقال للعين ، او هو جعل وثيقة للتأمين

(3) انظر الدكتور علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص388، والدكتور محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص48.

(1) انظر الدكتور سليمان مرقس ، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد ، الطبعة الثانية ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1959 ، ص106 ، وانظر الدكتور احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، الرهن الرسمي ، المصدر السابق ، ص76.

(2) انظر السيد الاعلى الموسوي السيزواري، مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام ، الجزء الواحد والعشرون، مطبعة الاداب ، النجف ، 1405 هـ، ص83. وانظر الشيخ ابا جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية ، طهران ، 1387 هـ ، ص196 ، وانظر الشيخ محمد حسن ترحيني العاملي ، الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، دار الهادي ، بيروت ، 1416 هـ ، ص51.

على دين او عين مضمونة، وعرف ايضاً اسم لجعل المال وثيقة في دين اذا تعذر استيفاؤه ممن عليه استوفى من ثمن الرهن ، او هو وثيقة للدين والوثيقة فعلية بمعنى المفعول أي موثوق به لاجل الدين ، او وثيقة للمدين يستوفي منه المال. اما عند فقهاء الشافعية (1)، فقد عرف بأنه جعل عين مال متمولاً وثيقة بدين ليستوفي منها عند تعذر وفائه . او جعل عين مال وثيقة بدين فيستوفي منه عند تعذر وفائه. وفقهاء الحنفية (2)، هو حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤه منه كلاً او بعضاً . او حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين ، او حبس المال بحق يمكن أخذه منه وهو الدين حقيقة او حكماً.

في حين ذهب فقهاء المالكية (3) فعرف انه مال قبض توثيقاً لدين ، او ما قبض توثيقاً به في دين ، او اعطاء امرئ وثيقة بحق ، او بذل من له البيع ما يباع او غرراً ولو اشترط في العقد وثيقة بحق .

اما فقهاء الحنابلة(1)، هو المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه ان تعذر استيفاؤه ممن هو عليه ، او توثقه دين بعين يمكن أخذه او بعضه منها او من ثمنها ان تعذر الوفاء من غيرها .

يتبين من خلال تعريف فقهاء الامامية المراد بالدين هو الحق المالي ، ويخرج به ماليس بحق مالي مثلاً كحق اليمين فلا يصح الرهن بها لانه لايمكن استيفاءها من المرهون ، وكذلك يظهر من التعاريف في بقية المذاهب فقد عبر عن المرهون بأنه شيء مالي أي خص الشيء بكونه مالي يمكن الاستيفاء منه إذا تعذر الوفاء وعبر المرهون به بأنه ديناً او حقاً يمكن استيفاءه من المرهون عند تعذر الوفاء . وبالرجوع الى تعاريف الفقهاء يظهر انهم لم يتفقوا على تعريف معين للرهن ، بل كل مذهب عرف بتعريف خاص به ، حيث نلاحظ ان فقهاء الامامية عرف بأنه (بذل مال) ، والشافعية

(1) انظر الشيخ شمس الدين بن شهاب المصري الانصاري ، نهاية المحتاج على شرح المنهاج ، الجزء الرابع ، شركة ومكتبة مصطفى الحلبي واولاده ، مصر ، 1357هـ ، ص229 ، الشيخ سلمان بن عمر بن محمد البيجرمي ، حاشية البيجرمي على شرح منهج الطلاب ، الجزء الاول ، المكتبة الاسلامية ، تركيا ، بدون سنة طبع ، ص374.

(2) انظر الشيخ علاء الدين ابا بكر مسعود الكاساني ، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع ، الجزء السادس ، الطبعة الاولى ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1328هـ ، ص135 . وانظر القاضي محمد بن فرامر زين الدين بن علي الشهير بمنلاخسرو ، درر الحكام في شرح غرر الاحكام ، الجزء الثاني ، مطبعة محمد اسعد ، بدون مكان طبع ، 1300هـ ، ص308 ، والشيخ محمد امين بن عمر بن عبد الرحيم (بن عابدين) ، رد المحتار على الدار المختار ، الجزء الخامس ، الطبعة الثالثة ، المطبعة الكبرى ، مصر ، 1326هـ ، ص307.

(3) انظر الشيخ ابا عبد الله محمد الخرشي ، شرح الخرشي على المختصر الجليل ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، مطبعة بولاق ، مصر ، 1317هـ ، ص236 ، الشيخ ابا عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المالكي ، المعروف بالحطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر ابي الضياء سيدي خليل ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، مطبعة السعادة ، مصر ، 1329هـ ، ص2 . الشيخ ابا البركات سيدي احمد بن محمد بن احمد ابن حاكم العدوي الدردير ، حاشية الدسوقي علي لشرح الكبير ، الجزء الثالث ، دار احياء الكتب العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص208.

(1) الشيخ ابو القاسم عمر بن حسين الخرقى ، شرح المغني ، الجزء الرابع ، الطبعة الاولى ، دار المنار ، مصر ، 1367هـ ، ص326 ، والشيخ عبد الرحمن الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، دار المأمون ، القاهرة ، 1953 ، ص330 ، والشيخ موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، والشيخ شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن ابي محمد بن قدامة المغني والشرح الكبير ، الجزء السادس ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1392هـ ، ص36.

بأنه (جعل عين مال) والحنفية بأنه (حبش شيء) والمالكية (بأنه بذل)، والحنابلة بأنه ((المال الذي يجعل)) وبالنظر في هذه التعاريف يتبين ان تعريف الحنفية وصف المرهون بكونه محبوساً ، لذلك فهم يوجبون الحبس الدائم للمرهون بحيث لا يستطيع الراهن ان يسترده او ينتفع به مطلقاً حتى ولو اذن له المرتهن ، اما بقية الفقهاء فقد وصفوا المرهون بأنه وثيقة يستوثق بها وعليه فيجيزون للراهن استرداد المرهون والانتفاع به في حاله اذن المرتهن ولا يعوّن ذلك ابطالاً للرهن وان كان يفقده شرطاً من شروطه وهو اللزوم عند الحنابلة اما فقهاء الشافعية فقد اجازوا للراهن الانتفاع بالشيء المرهون مطلقاً أي سواء أكان باذن المرتهن ام بغير اذنه . والسر أيضاً في هذا الخلاف ان فقهاء المالكية يجيزون ان يكون المرهون ديناً لجواز بيعه ، إذ كل ما يجوز بيعه عندهم يجوز رهنه فتعريفهم للرهن يشمل ما اذا كان المرهون عيناً او ديناً وكذلك اجازة فقهاء المالكية رهن الغرر حيث عبروا عن ذلك في التعريف ، ولعل فقهاء المالكية قد راعوا في جواز رهن الضرر اليسير⁽¹⁾.

اما بقية الفقهاء فلا يجيزون ان يكون المرهون ديناً ، بل يوجبون ان يكون المرهون عيناً يجوز بيعها ، لان المعروف انه لا يمكن الاستيفاء من الشيء إلا اذا كان عيناً مالية لان معناه في الفقه الاسلامي هو جعل عين لها قيمة مالية في نظر الشرع وثيقة لدين بحيث يمكن اخذ ذلك الدين ، أو اخذ بعضه من تلك العين ، فاذا أستدان شخص من شخص اخر وجعل له في نظير ذلك الدين عقاراً أو حيواناً محبوساً تحت يده حتى ينقضي دينه ، كان ذلك هو معنى الرهن في الفقه الاسلامي . فالرهن بمجرد اطلاقه ينصرف معناه الى عقد معلوم ومعروف عند الفقهاء وهو عقد الضمان والتوثيق الذي يقدم فيه المدين الراهن للدائن ما يضمن به دينه حتى يستوفيه⁽²⁾. مما تقدم نلاحظ تعريف الرهن في الفقه الاسلامي متضمن معنى مبدأ تخصيص الرهن حيث ان التعريف يحتوي على المال المرهون ، والدين المضمون ، وان الرهن المعروف في الفقه الاسلامي هو الرهن المقبوض ، والقبض في الرهن الحيازي يكون كافياً للتخصيص ، ولكن هناك من المحدثين من رجال الفقه الاسلامي⁽³⁾، استطاعوا ان يجدوا صورة الرهن التأميني الذي لا يشترط فيه قبض المال المرهون سناً ومسوغاً في بعض الاراء الفقهية التي تخفف من اشترط ضرورة وحتمية القبض في عقد الرهن ، وقد حاول البعض من باب التشبه بالتسميات القانونية اطلاق اسم الرهن غير الحيازي او التأميني على الصورة التي يتم فيها قبض المال المرهون متناسين انه لا يوجد هذا التقسيم في الفقه الاسلامي ، حيث يستدل من قوله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا

(1) انظر الدكتور عبد الشافي علي جابر ، بحوث في الفقه الاسلامي ، دراسة فقهية مقارنة ، بدون مطبعة ، بدون مكان طبع ، 1990 ، ص24.

(2) انظر الشيخ ابا عبدالله محمد الخرخشي ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص387 ، انظر الشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة ، قليوبي وعميرة ، الجزء الثاني ، مطبعة ومكتبة محمد صبيح ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع ، ص261 . وانظر الشيخ زين الدين بن نجم الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، الجزء الثامن ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص264 ، انظر الشيخ محمد الجواد بن الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة ، الجزء الخامس ، المطبعة الرضوية ، مصر ، 1323هـ ، ص71.

(3) انظر المحامي محمود المظفر ، الرهن التأميني حكمه ومحتواه في الشريعة الاسلامية ، بحث مقدم للمؤتمر التاسع لاتحاد المحامين العرب ، مطبعة الارشاد ، 1967 ، ص8 ، وانظر استاذنا الدكتور هادي حسين الكرعوي ، القبض في عقد الرهن وآثاره ، بحث غير منشور ، النجف ، 2004 ، ص19 ، والدكتور محمد اسماعيل ابو الريش ، بيان مذاهب الفقهاء في عقد الرهن ، مطبعة الامانة ، بدون مكان طبع ، 1986 ، ص13 ، والدكتور عبد الشافي علي جابر ، المصدر نفسه ، ص24.

كَاتِباً فَرِهَانُ مَقْبُوضَةٌ (1) فعبارة (رهان مقبوضة) تدل على ان الرهن في الفقه الاسلامي هو الرهن المقبوض ، أي الرهن الحيازي (2). أي ان عقد الرهن لا يتم إلا بالقبض ، بحيث يكون القبض شرطاً لانعقاده وصحته ، ومع عدمه فلا عقد من الأساس تماماً كما هو الشأن في القرض ، والعارية ، او ان القبض ليس شرطاً في صحة عقد الرهن ، ولا لزومه تماماً كما هي الحال في عقد البيع ، او هو شرط في لزوم العقد من جانب الراهن ، لا في صحته وانعقاده (3)، وللفقهاء في ذلك أقوال ثلاثة ، واهمها ان القبض ليس بشرط اطلاقاً لا في صحة الرهن ولا في لزومه ، لان عقد الرهن كغيره من العقود يتم بالايجاب والقبول ، ومتى انعقد كان لازماً (4). والحقيقة ان الرهن سواء أكان عقداً تأمينياً أم حيازياً فما هو الا ضمان مقدم مقابل دين في ذمة الراهن ، وان مال المرهون اما الارجاع الى صاحبه عند تسديد الدين ، او التصرف به لتسديد الدين ونظرة الفقه الاسلامي الى الرهن بلا تمييز بين كونه تأمينياً او حيازياً أكثر توفيقاً لان النتائج المترتبة على الرهن واحدة في كلتا الحالتين ، ومن خلال استعراض التعاريف السابقة يتضح ان هناك حلقة وصل بين التعريف اللغوي لمبدأ تخصيص الرهن المتعلق بموضوع بحثنا من جهة وبين كل من تعريف الفقه الاسلامي ، والفقه والقانون المدنيين من جهة اخرى ، إذ ان كلا منها يشير الى ضرورة تحديد مبدأ تخصيص الرهن من حيث المال المرهون ، والدين المضمون بالرهن ، وبما أن الفقه الاسلامي لا يعرف إلا نوعاً من الرهن وهو الرهن الحيازي ، والذي يشترط فيه ان يكون مقبوضاً هذا يدل على ان الفقه الاسلامي قد عرف مبدأ تخصيص الرهن لان القبض يقتضي التخصيص مما يدل على ان تعريف مبدأ تخصيص الرهن هو تحديد المال المرهون .

(1) الآية (283) من سورة البقرة .

(2) انظر الشيخ ابا محمد علي بن احمد بن سعيد الظاهري ، المحلي ، الجزء الثامن ، مطبعة الامام ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص 88.

(3) انظر الشيخ محمد جواد مغنية ، فقه الامام جعفر الصادق (ع) ، الجزء الثالث ، دار العلم للملايين ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص 26.

(4) انظر الشيخ ابا منصور الحسن بن يوسف المطهر الاسدي ، مختلف الشيعة ، مصدر سابق ، ص 400.

الفصل الثاني

شروط تخصيص المال المرهون في القانون والفقہ الاسلامي

يعد المال المرهون هو المحل في عقد الرهن ، ويشترط في المحل ان يكون موجوداً او قابلاً للوجود ومعيناً او قابلاً للتعيين ومشروعاً (قابلاً للتعامل فيه)⁽¹⁾ وبما ان الرهن على نوعين التأميني والحيازي ، ويرد مبدأ التخصيص في كلاهما وهو ذو شقين لذلك سوف نتناول في المبحث الاول الشروط المتعلقة بتخصيص العقار المرهون في القانون والفقہ الاسلامي وفي المبحث الثاني سوف نتناول الشروط المتعلقة بتخصيص الدين المضمون في القانون والفقہ الاسلامي.

المبحث الاول

الشروط المتعلقة بتخصيص العقار المرهون في القانون والفقہ

الاسلامي

يشترط في العقار المرهون ان يكون موجوداً ، ومعيناً ، او قابلاً للوجود ، لذا فاننا سنتناول كل شرط من هذه الشروط في الرهن بنوعيه (التأميني والحيازي) وسنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الاول ، وجود المال المرهون او قابليته للوجود في القانون والفقہ الاسلامي ومن خلال فرعين نتناول في الفرع الاول وجود المال المرهون او قابليته للوجود في القانون ، وفي الفرع الثاني وجود المال المرهون او قابليته للوجود في القانون والفقہ الاسلامي ، وفي المطلب الثاني ، تعيين المال المرهون تعييناً دقيقاً في القانون والفقہ الاسلامي ، ومن خلال فرعين ايضاً ، الفرع الاول تعيين المال المرهون تعييناً دقيقاً في القانون ، وفي الفرع الثاني ، تعيين المال المرهون تعييناً دقيقاً في القانون والفقہ الاسلامي وفي المطلب الثالث ، قابلية المال المرهون للتعامل فيه في القانون والفقہ الاسلامي ومن خلال فرعين ايضاً ، الفرع الاول قابلية المال المرهون للتعامل فيه في القانون والفقہ الاسلامي ، قابلية المال المرهون للتعامل فيه في القانون والفقہ الاسلامي.

المطلب الاول

وجود المال المرهون او قابليته للوجود في القانون والفقہ الاسلامي

اذا كان المحل هو الشيء الذي ينصب عليه التعاقد لذا يلزم ان يكون موجوداً او قابلاً للوجود . فاذا لم يكن موجوداً فكيف يتم تخصيصه لذلك ، سوف نتناول هذا المطلب ومن خلال فرعين هما الفرع الاول وجود المال المرهون او قابليته للوجود في القانون ، والنوع الثاني وجود المال المرهون او قابليته للوجود في القانون والفقہ الاسلامي.

(1) انظر الدكتور عبد المجيد الحكيم وأ. عبد الباقي البكري ، وأ. محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول ، بغداد ، 1986 ، ص 95 ، وانظر كذلك نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص 182 ، وانظر كذلك ، الدكتور حسن علي الذنون والدكتور محمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الطبعة الاولى ، الجزء الاول ، دار وائل للنشر ، بدون مكان طبع ، 2004 ، ص 124 .

الفرع الاول

وجود المال المرهون او قابليته للوجود في القانون

لابد لكل التزام ينشأ عن العقد من محل يضاف اليه قابلاً لحكمه المادة (126) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (لابد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف اليه يكون قابلاً لحكمه ، ويصح ان يكون المحل مالياً ، عينياً كان أو دينياً أو منفعة ، أو أي حق مالي اخر ، كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل⁽¹⁾ . ومحل العقد في الرهن التأميني لا يرد إلا على عقار او حق عيني على عقار او منقولاً خاضعاً لاجراءات التسجيل ، يصح التعامل فيه وامكانية بيعه في المزاد العلني وان يكون معيناً⁽¹⁾ . وبذلك تنص المادة (1290) من القانون المدني العراقي على انه (1-لايجوز ان يرد الرهن التأميني إلا على عقار او حق عيني على عقار . 2- ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وان يكون معيناً⁽²⁾) ، فالرهن التأميني لا يرد إلا على الاموال غير المنقولة فهو لا يرد على المنقول ولكن ليس كل عقار يصح رهنه وانما يشترط في العقار الذي يجوز رهنه تأمينياً مايلي:

اولاً : عقاراً او حقاً عينياً على عقار يصح التعامل فيه ويجوز بيعه في المزاد العلني.
ثانياً : معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث موقعه ، وطبيعته وهذا ما يطلق عليه مبدأ تخصيص الرهن.

ثالثاً : ان يكون المال المرهون مملوكاً للراهن⁽³⁾.

اما بخصوص الفقرة اولاً أي ان يكون المرهون عقاراً او حقاً عينياً على عقار يصح التعامل فيه ويجوز بيعه بالمزاد العلني حيث لايجوز ان يرد الرهن التأميني إلا على عقار او حق عيني على عقار المادة (1290) من القانون المدني العراقي ، وتنص المادة (305) من قانون التسجيل العقاري الاصلية الاخرى المسجلة في السجل العقاري سواء أكان هذا الحق مستقلاً ، أم مشاعاً مع مراعاة القيود المفروضة قانوناً على رهن بعض الحقوق (اذن العقار ، والحق العيني العقاري هو الذي يصح ان يكون محلاً للرهن التأميني ، والعقار كما عرفته المادة (1/62) من القانون المدني العراقي (هو كل شيء له مستقر ثابت بحيث لايمكن نقله او تحويله دون تلف كالاراضي والمباني والغراس) ويشمل الاراضي والمباني ، والغراس ، وبالنسبة للمباني تعد من العقارات وان كانت مملوكة لغير مالك الارض وبالتالي يجوز لمالكها ان يرهنها مستقلة عن

(1) تقابل المادة (1/131) من القانون المدني المصري والتي تنص على انه(يجوز ان يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً) ، تقابل المادة (157) من القانون المدني الاردني والتي تنص على انه (يجب ان يكون لكل عقد محل يضاف اليه) ، تطابق المادة (186) (يلزم لكل عقد محل (معقود عليه) يضاف اليه يكون قابلاً لاحكامه ، ويكون محل العقد (المعقود عليه) مالياً او منفعة او ديناً او عملاً او امتناعاً عن عمل) ، تخالف المادة (92) من القانون المدني الجزائري (يجوز ان يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً) .

(1) انظر محمد طه البشير ، والدكتور علي حسون طه ، مصدر سابق ، ص371 ، انظر القرار التدويني ل 3/136 بتاريخ 1961/8/12 ، اشار اليه سلمان بيات ، القضاء العراقي ، مصدر سابق ، ص699 .

(2) انظر المادة (1035) من القانون المدني المصري ، والتي تقابل المادة (1/1329) من القانون المدني الاردني ، والمادة (886) من القانون المدني الجزائري وكذلك المادة (996) من القانون اليمني .

(3) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص24 ، والدكتور وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص53 .

الارض ، ويجوز لمالك الاشجار ان يرهنها مستقلة عن الارض طالما لم تفصل عنها ، ولكن لا يجوز رهن الثمار لو حدها مستقلة عن الشجر لانها في هذه الحالة تعد منقولات بحسب المال ، اما العقارات بالتخصيص فلا يجوز رهنها بصورة مستقلة اذ ان هذه العقارات كانت اصلاً اموالاً منقولة وبسبب اتصالها بالعقار بطبيعته اصبحت من ملحقاته واكتسبت الصفة العقارية وبهذا يشملها الرهن التأميني بالتبعية وبهذا نصت المادة (1292) من القانون المدني العراقي على انه (1- يشمل الرهن التأميني ملحقات المرهون المعتبرة عقاراً)⁽¹⁾ ، اما الحق العيني العقاري ، يجوز ان يرد الرهن التأميني عليه ولكن بشرط ان تكون قابلة للبيع بالمزاد العلني ، وذلك لكي يتحقق غرض الرهن المتمثل في ضمان حقوق الدائن المرتهن أي يمكن بيعها بصورة منفردة ، وتكون خاضعة للتسجيل في دائرة التسجيل العقاري يجوز ان تكون محلاً للرهن التأميني مثل حق المساحة⁽²⁾ ، اما اذا كانت الحقوق العينية العقارية لا يمكن التصرف بها بصورة مستقلة عن العقار ولا يمكن بيعها بالمزاد العلني ، كحقوق الارتفاق فلا يصح رهنها استقلالاً . فهذه الحقوق قررت لخدمة العقار وهي تتبع العقار فيما يقع عليه من تصرفات والرهن التأميني المقرر على العقار يشمل هذه الحقوق سواء أكان لاحقاً ام سابقاً على نشوئها لخدمة العقار المرهون⁽¹⁾. كما لا يجوز رهن حق الاستعمال وحق السكن لانهما من الحقوق المتصلة بشخص صاحبها ولا يجوز التصرف فيها للغير⁽²⁾. وهذا مانصت عليه المادة (1263) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال او عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح ومسوغ قوي) ، اما حق المنفعة⁽³⁾ ، بوصفه حقاً منفصلاً عن الرقبة اما اذا كانت الرقبة والمنفعة لشخص واحد وهو المالك ، فلا يجوز له ان يرهن المنفعة مستقلة عن الرقبة ولا العكس

(1) انظر المادة (1036) من القانون المدني المصري التي تنص على انه (يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ما لم يتفق على غير ذلك) تطابق المادة (1330) من القانون المدني الاردني (يشمل الرهن التأميني ملحقات العقار المرهون من ابنية واغراس ، وعقارات بالتخصيص وكل ما سيحدث بعد العقد) وانظر J:Mestre.E.put man.M.Billam,op.cit.p.215: ، حيث اشار الى قرار محكمة التمييز الفرنسية (chaml req.) بتاريخ 1913/1/20 ، قضت بانه العقار بالتخصيص لا يمكن ان يكون موضوعاً لرهن صحيح ، وقد استخلص من القرار ان صاحب المؤسسة التجارية الذي يملك المبنى الذي يستثمر فيه هذه المؤسسة لا يستطيع ان يرهن التجهيزات المتصلة بالعقار بصورة دائمة لانها بهذا الاتصال اصبحت عقارات بالتخصيص ، وقد تأكد هذا المحل بالعديد من الاجتهادات القضائية والاراء الفقهية.

(2) انظر المادة (1/1269) من القانون المدني العراقي تقابل المادة (1227) من القانون المدني الاردني ، انظر قرار رقم 1959/8 بتاريخ 1959/1/10 ، منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الثالث ، السنة الاولى، 1962، ص119.

(1) انظر الدكتور سمير تناعو ، مصدر سابق ، ص152، والدكتور احمد سلامة ، مصدر سابق ، ص165.

(2) انظر الدكتور محمد طه البشير والدكتور حسون طه ، مصدر سابق ، ص378.

(3) انظر المادة (1253) من القانون المدني العراقي (للمنتفع ان يتصرف في حقه معاوضة او تبرعاً ما لم يكن في السند الذي انشأ هذا الحق احكام تخالف ذلك) . ويعد انشاء الرهن التأميني على حق الانتفاع احد التصرفات التي يحق للمنتفع القيام بها ، الا ان هذا الرهن يعد ضماناً ضعيفاً لانه ينتهي بانتهاء حق الانتفاع بطول اقرب الاجلين الوفاة او المدة المتفق عليها ، تقابل المادة (1/1209) من القانون المدني الاردني (للمنتفع ان يتصرف في العين المنتفع بها ، التصرف المعتاد اذا كان سند الانتفاع مطلقاً من كل قيد) ، تقابل المادة (1330) من القانون المدني اليمني ، تقابل المادة (845) من القانون المدني الجزائري (يراعى في حقوق المنتفع والتزاماته السند الذي انشأ حق الانتفاع وكذلك الاحكام المقررة في المواد التالية).

لان حق الملكية حق واحد لا يتجزأ . فمن يرهن عقاراً يشمل هذا الرهن الرقبة والمنفعة معاً . وكذلك يمكن ان يرد الرهن التأميني على حق التصرف في الاراضي الاميرية وبذلك تنص المادة (2/1169) من القانون المدني العراقي (وله ان يفرغها وان يؤجرها وان يعيرها وان يرهن حقه في التصرف فيها رهناً تأمينياً او حيازياً ويستوفي الدين من بدل الحق حتى لو انحلت الارض بعد موته.) ، وهو حق يجوز بيعه في المزاد العلني ، الاصل ان الرهن التأميني لا يرد على المنقولات نظراً لصعوبة خضوعها لنظام الشهر عن طريق تسجيل التصرفات الواردة عليها في سجلات خاصة بسبب كثرتها ، وتمائلها ، وسرعة انتقالها من يد الى اخرى ، فضلاً عن ذلك فان الرهن التأميني عكس الرهن الحيازي لا يجرى الراهن من حيازة المرهون وبالتالي فمن السهل عليه ان يتصرف به تصرفاً يضر بالدائن المرتهن . ويستثنى من ذلك بعض المنقولات المهمة التي اخضعها القانون لاجراءات التسجيل أي تسري احكام الرهن التأميني على المنقول الذي تقتضي قوانينه الخاصة تسجيله كالسيارة⁽¹⁾ والطائرة⁽²⁾..، ولكي يصح ان يكون العقار او الحق العيني العقاري محلاً للرهن التأميني ، ان يكون مما يجوز التعامل فيه ، فالاصل ان الاموال جميعاً قابلة للتعامل ما لم تقض طبيعتها او بنص القانون على غير ذلك⁽³⁾، فمثلاً لا يمكن أن يكون محلاً للرهن اشعة الشمس والهواء، والتركة المستقبلية ، والاموال العامة ، والاقواق والاموال المشروط عدم التصرف فيها ، وقد نصت المادة (1/1290) من القانون المدني العراقي على انه (لايجوز ان يرد الرهن التأميني إلا على عقار او حق عيني على عقار). ولا يكفي ان يكون العقار المرهون مما يجوز التعامل فيه وانما يشترط ان يكون قابلاً للبيع في المزاد العلني ، حتى يجوز رهنه فلا يصح رهن العقار المشروط بعدم التصرف فيه ، او ان التعامل فيه مخالف للنظام العام والاداب . كرهن العقار المستعمل للمقامرة ، ويعد ذلك تطبيقاً للمبدأ العام الذي يقضي ببطلان العقد إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام او الاداب⁽⁴⁾. اما الفقرة الثانية والتي يشترط فيها ان يكون المرهون معيناً تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ تخصيص الرهن ، وهو جوهر كلامنا وقد نصت المادة (2/1290)⁽⁵⁾ من القانون المدني العراقي على وجوب تعيين العقار المرهون وتعيينه يكون ببيان نوع العقار بذاته من خلال بيان اوصافه التي تميزه عن غيره من العقارات ، وبيان طبيعته ، أي بيان ما اذا كان من المباني ، او الاراضي الفضاء ، او الزراعية ،

(1) انظر المادة (5/1) والمادة (8/1) من قانون المرور العراقي ، رقم (48) لسنة 1971.

(2) انظر المواد (31-39) من قانون الطيران المدني العراقي ، رقم (148) لسنة 1974.

(3) انظر المادة (61) من القانون المدني العراقي (1-كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعة او بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية. 2- والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها ، والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجوز القانون ان تكون محلاً للحقوق المالية) ، تقابل المادة (2/81) من القانون المدني المصري ، تقابل المادتين (54، 55) من القانون المدني الاردني ، تقابل المادتين (114، 115) من القانون اليمني.

(4) انظر الدكتور صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص22 ، والمحامي حسين عبد اللطيف حمدان ، مصدر سابق ، ص160 ، والدكتور احمد محمود سعد ، مصدر سابق ، ص656 ، والدكتور محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص229.

(5) تطابق المادة (2/1035) من القانون المدني المصري ، تقابل المادة (2/1329) من القانون المدني الاردني ، تقابل المادة (996) من القانون المدني اليمني ، تطابق المادة (886) من القانون المدني الجزائري

وتحديد موقعه كذكر الجهة الموجود فيها ، وحدوده واسم الشارع اذا كنا بصدد منزل ورقمه ، واذا كان المرهون حصة شائعة وجب تحديد مقدارها، وتعيين العقار الشائع الذي يحوي هذه الحصة ، أي المقصود من مبدأ تخصيص الرهن ان يتقرر الحق على عقار معين بالذات ، وليس على كل اموال المدين الحاضرة والمستقبلية ، فالرهن في صورته الحديثة هو رهن خاص ، وليس رهناً عاماً ومبدأ تخصيص الرهن المقصود به الفضاء على فكرة الرهن العام الذي يرد على كل اموال المدين دون تخصيص لان الرهن العام له اضرار كثيرة بمصلحة الاطراف الخاصة ، وبالمصلحة العامة فالمدين الذي يرهن امواله كلها ضماناً للوفاء بدين للدائن ، يستنفذ في تصرف واحد كل مايمكن الحصول عليه من ائتمان وتتعلل سلطته في التصرف في امواله لانها جميعاً مرهونة ومن الصعب التصرف في مال مرهون⁽¹⁾. ويترتب على هذا مساس بفكرة الائتمان في المجتمع ، وتعطيل للتصرفات الواردة على عقاراته في هذا ضرر للمصلحة العامة . والواقع ان المشرع العراقي ضد فكرة الرهن العام لذا يقتضي مبدأ تخصيص الرهن ان يكون العقار المرهون معيناً تعييناً دقيقاً من خلال نص المادة (2/1290) من القانون المدني العراقي ، ولم يتطرق الى البيانات التي يجب ذكرها عند تخصيص المال المرهون وكذلك لم يتضمن نص المادة اعلى الجزاء المترتب على عدم التخصيص ، أو الاخلال في ذكر تلك البيانات حيث ان المشرع العراقي اعتمد على قانون التسجيل العقاري في ذكر تلك البيانات الجوهرية المادة (1/307)⁽²⁾ من قانون التسجيل العقاري العراقي ، اما بالنسبة الى الجزاء المترتب على عدم تعيين محل العقد تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة يختلف الحكم باختلاف نوع الرهن قد يترتب عليه بطلان العقد⁽³⁾، وتقضي بذلك القواعد العامة نص الفقرة الاولى والفقرة الثانية من المادة (128) من القانون المدني العراقي .

اما موقف المشرع المصري فقد نص في المادة (2/1035) على تعيين العقار المرهون وقد بين من خلال نص للمادة مبدأ تخصيص الرهن وبين البيانات الواجب ذكرها من حيث الطبيعة والموقع وان يرد هذا التعيين اما في عقد الرهن ذاته ، أو في عقد رسمي لاحق ، أي انه اذا لم يتم التخصيص في العقد امكن تكملته في ورقة لاحقة تكون هي ايضاً رسمية ، ولاينعقد الرهن الا ابتداءً من تحرير الورقة الثانية التي تضمنت تعيين العقار ، وقد تضمنت هذه المادة الجزاء المترتب على عدم تخصيص الرهن وهو بطلان عقد الرهن بطلاناً مطلقاً ، ولا يجوز تصحيحه ، ويستطيع كل ذي مصلحة ان يتمسك ببطلانه ، كالدائن والراهن وتعيين العقار بمناسبة قيد⁽¹⁾ الرهن

(1) انظر الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص144 ، انظر الدكتور محمد طه البشير ، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص184.

(2) (يدرج في سجل الرهن الاسم الكامل لكل من الدائن المرتهن والمدين الراهن ، وهوية كل منهما ، ومحل اقامة المختار في موقع العقار المرهون ، كما يدون في السجل اوصاف العقار المرهون ومقدار الدين وشروط ومرتبته الراهن).

(3) انظر محمد طه البشير ، والدكتور غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص383، وانظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص27.

(1) القيد : هو الاجراء الذي رسمه المشرع لشهر الرهن الرسمي ، والحقوق العينية التبعية عموماً ، والاحتجاج بها تجاه الغير ، انظر المادة (1053) من القانون المدني المصري ، انظر في هذا الخصوص ، الدكتور همام محمود زهران ، مصدر سابق ، ص204.

لايصححه لان الرهن لايقيد إلا اذا كان صحيحاً ، بل ان القيد يبطل بالتبعية لبطلان الرهن ، يلاحظ ان تخصيص العقار في عقد الرهن لايعني عن التخصيص الواجب بيانه في قائمة القيد ، فالتخصيص في عقد الرهن يعد شرطاً لازماً لصحة انعقاده، بينما تخصيصه في قائمة القيد شرط لازم لنفاذه في مواجهة الغير ، أي القيد ما هو إلا اجراء تابع لعقد الرهن فاذا كان عقد الرهن باطلاً لعدم التخصيص فان هذا البطلان لايقول بالتخصيص الوارد في قائمة القيد(2) . ومبدأ تخصيص الرهن مبدأ جوهرى لايقوم الرهن بدونه(3).

اما موقف المشرع الاردني نلاحظ نصت المادة (2/1329) على انه (ويجوز للمحكمة ان تبطل عقد الرهن التأميني اذا لم يكن العقار المرهون معيناً تعييناً كافياً)، ولايختلف تعيين المال المرهون عن تعيين محل العقد ، لذا ينبغي بيان جميع المواصفات التي تجعل المرهون معيناً تعييناً دقيقاً . أي ان نص المادة اعلاه نصت على ان يكون العقار المرهون معيناً وجاءت في هذه الفقرة مطابقة لنص المادة (2/1290) من القانون المدني العراقي والتي نصت على ان يكون العقار المرهون معيناً ولم تذكر ماهي المواصفات التي تجعل المرهون معيناً . خلافاً الى موقف المشرع المصري في نص المادة (2/1035)(1) والتي تنص على انه (يجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، وان يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه وان يرد هذا التعيين في عقد الرهن ذاته او في عقد رسمي لاحق . والا وقع الرهن باطلاً).

اما بخصوص الجزاء المترتب على عدم التعيين فيتضح لنا من هذا النص انه اذا كان المحل مجهولاً فان العقد لا يكون باطلاً . وانما ترك المشرع الاردني من خلال نص المادة (2/1329) من القانون المدني الاردني ، جوازياً حيث يجوز للمحكمة ان تبطله او لاتبطله ويختلف هذا الجزاء عما هو مقرر في القواعد العامة(2) في العقد التي تقضي ببطلان العقد اذا كان المحل غير معين(3)، نلاحظ ان المشرع الاردني من خلال نص المادة المشار اليها اعلاه اوجز في بيان مبدأ التخصيص حيث ان المشرع الاردني جعل الجزاء جوازياً للقاضي وليس وجوبياً أي جاء مخالفاً للقانون المدني المصري الذي فصل هذا المبدأ وبين الامور الواجب ذكرها . وذلك لانه كل من المشرع العراقي والمشرع الاردني يعول على اجراءات التسجيل في دائرة التسجيل الكفيلة بتحقيق هذا المبدأ . لان تسجيل الرهن في هذه الدائرة لايقع الا اذا بينت المعلومات الكافية لتخصيص الرهن سواء من حيث العقار المرهون او الدين المضمون(4).

(2) انظر المادة (22) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري والتي تنص على انه (يجب في جميع البيانات التي تذكر في قائمة القيد ان تكون مطابقة لما ورد في عقد الرهن والا فلا عبره بها).

(3) انظر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص446.

(1) مطابق لنص المادة (886) من القانون المدني الجزائري.

(2) انظر المادة (159) من القانون المدني الاردني (اذا كان المحل مستحيلاً في ذاته وقت العقد كان العقد باطلاً).

(3) انظر الدكتور محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص79 ، والدكتور علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص330.

(4) انظر الدكتور عبد السلام ذهني بك ، مصدر سابق ، ص135.

وموقف المشرع اليمني فقد وحد المشرع اليمني الرهن الحيازي والتأميني تحت اسم الرهن الحيازي الذي يشمل رهن المنقول ورهن العقار وان نص المادة (996) تنطبق على ذلك والتي تنص على انه (ما يصح بيعه يصح رهنه ...) فان المضمون العام لهذا النص ينطوي تحته كل مال سواء كان عقارياً او منقولاً ، طالما يجوز بيعه استقلاً ، اما تعيين المحل يشترط كذلك ان يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة ، بان يكون المحل معيناً بالذات او معيناً بالنوع مع ذكر مقداره ، او قابليته للتعيين حيث ان نص المادة (998) من القانون المذكور (يصح رهن الزرع الاخضر والثمار قبل نضجها ولايصح بيعها الا عند النضج) فهذا النص يدل على تطبيق القواعد العامة⁽¹⁾ الواردة بصدد تعيين المحل في العقد ، وهذا الشرط يفقد اهميته العملية في الرهن الحيازي لان الرهن لايلزم الا بالقبض وبذلك يتعين المال المرهون بذاته⁽²⁾، عند تسليمه الى من تنتقل اليه حيازته . المادة (1001) من القانون المذكور اعلى والتي تنص على انه (ينعقد الراهن بالتراضي في مجلسه ولايلزم (ينفذ) الا بالقبض). ومع ذلك ظل مبدأ التخصيص هو السائد في ظل التنظيم التشريعي اليمني .

اما موقف المشرع الفرنسي فانه اخذ بمبدأ تخصيص الرهن في الرهن الاتفاقي وقد نصت على ذلك المواد (2413) و(2418) من القانون المدني الفرنسي الذي يقضي ان يكون المال او الاموال المرهونة مملوكة للراهن وقت الرهن ، والا تعذر على هذا الاخير ان يعين هذا المال تعييناً دقيقاً في عقد الرهن⁽³⁾.

وكذلك يشترط في العقار ان يكون مملوكاً للراهن مما يترتب على ذلك لايجوز رهن المال المستقبلي ، يتعين علينا ان نحدد معنى المال المستقبلي قبل الكلام في رهن الاموال المستقبلية ومدى انطباق مبدأ التخصيص عليها يذهب بعضهم الى ان الاموال المستقبلية هي العقارات التي لا يكون للراهن عليها أي حق وقت تقرير الرهن ، أو يكون حقاً عليها مجرد احتمال كأن يرهن شخص عقاراً قديشتره او قد يوهب له⁽¹⁾. اما البعض الاخر يقول ان المراد بالاموال المستقبلية العقارات التي لا تكون موجودة فعلاً وقت صدور العقد اذا كان من الممكن وجودها مستقبلاً كأن يرهن شخص منزلاً لم يبدأ ببناءه⁽²⁾.

أما موقف المشرع العراقي من رهن الاموال المستقبلية حيث انه جاء خالياً من نص يقضي بخصوص رهن تلك الاموال المستقبلية ، وان القواعد العامة في نص المادة (129)⁽³⁾ من القانون المذكور والتي تنص على انه (1- يجوز ان يكون محل الالتزام

(1) انظر المادة (2/187) من القانون المدني اليمني ، والتي تنص على انه (يشترط في محل العقد ان يكون محقق الوجود عند انشاء العقد)

(2) انظر الدكتور احمد محمود سعد ، مصدر سابق ، ص650.

(3) انظر نقلاً عن الدكتور احمد محمود سعد ، المصدر نفسه ، هامش رقم (1) ، ص654.

(1) انظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص49 وانظر محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية، مصدر سابق ، ص63.

(2) انظر شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق، ص118، والدكتور حامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص28، القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، مصدر سابق ، ص163.

(3) انظر المادة (2/1033) من القانون المدني المصري والتي تنص على انه (يقع باطلاً رهن المال المستقبلي)، تخالف المادة (1/160) من القواعد العامة للقانون المدني الاردني (1- يجوز ان يكون محلاً للمعاوضات المالية الشيء المستقبلي اذا انقضى الغرر) على ان المشرع الاردني قد فرج على هذه القاعدة في باب الرهن التأميني فنصت المادة (1328) منه على انه (ان يكون العقار المرهون رهنأ تأمينياً قائماً وموجوداً عند اجراء الرهن) . ونص القانون المدني الفرنسي في المادة (2/2129) منه (لايجوز رهن الاموال المستقبلية).

معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر . 2- غير ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل) ، تقضي هذه المادة بانه يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول عليه في المستقبل ، الا ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ، وان يكون المرهون مملوكاً للراهن فملكية الراهن للعقار المرهون ، أو ان له حق التصرف فيه شرط اساس لكي ينعقد الرهن التأميني صحيحاً غير موقوف منتج لاثاره سواء أكان الراهن هو المدين نفسه الذي يضع عقاره تأميناً لدين الدائن أم شخصاً غيره(4) ، والمال المستقبل هو الذي لا وجود له وقت العقد ، وان كان يحتمل وجوده فيما بعد ، ورهن المال المستقبل يعد باطلاً لانه رهن مال مستقبل وانما لعدم التخصيص ولعدم امكانية تسجيله في دائرة التسجيل العقاري حيث انه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن الذي يلزم ان يكون العقار المرهون معيناً دقيقاً ويكون ذلك طبقاً لنص المادة (2/1290) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وان يكون معيناً) لان المال المستقبل لا يكون مملوكاً للراهن ويرهنه دون تخصيص لانه يرهن ما عسى ان يملكه في المستقبل وهو رهن خيالي لا وجود له من حيث الواقع(1).

وهناك صورتان لرهن المال المستقبل الذي يلحقه البطلان وهما :

الصورة الاولى : هي بطلان رهن التركة المستقبلية ، وذلك لعدم مشروعية التعامل في التركة المستقبلية لتعارض هذا التعامل مع النظام العام والاداب العامة فسبب البطلان ليس عدم ملكية الراهن للمعقود عليه ولا لعدم تعيينه وانما ما شابه من تعرض مع الاداب العامة ، سواء أكان المعقود عليه تمثل في كل ما سيؤول الى الراهن من تركة مورثه بغير تعيين ، سواء أكان عقاراً معيناً ليس بوصفه مملوكاً لمورثه وانما بوصفه تركة مستقبلية له .

الصورة الثانية : ان يكون المعقود عليه من العقارات التي لم يرد تعيينها بذاتها تعييناً دقيقاً من حيث طبيعتها وموقعها . كما اذا حدد المعقود عليه في الرهن بما عسى ان يملكه الراهن في المستقبل من عقارات بغير تحديد . وان سبب البطلان هنا هو ليس عدم ملكية الراهن للمعقود عليه ، وانما اساسه هو ماليسه من جهالة فاحشة لعدم تعيينه بالمخالفة لنص المادة (1/128) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً دقيقاً نافياً للجهالة الفاحشة ..) ، ومخالفة مبدأ التخصيص ، فضلاً عما تتضمنه هذه الصورة من التعاقد من جهالة فاحشة بالمعقود عليه ، ماتنطوي عليه من استغراق لائتمان الراهن ، وبالتالي فمنع هذه الصورة فيه حماية له من اندفاعه ، وتسرعه ، وعدم تبصره برهن كل مايستجد له من اموال بما يجعله ضحية للمرابين (2) ، فضلاً ذلك صعوبة اخضاع رهن الاموال المستقبلية بهذا

(4) انظر الدكتور محمد كامل مرسي باشا ، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص 41.

(1) انظر الدكتور احمد سلامة ، مصدر سابق ، ص 119.

(2) انظر الدكتور همام محمد محمود زهران ، مصدر سابق ، ص 279- 280 ، والدكتور محمد لبيب شنب ، مصدر

سابق ، ص 24.

المفهوم غير المعينة بذاتها تعييناً دقيقاً لنظام التسجيل لان الرهن يقع باطلاً لتعارضه مع مبدأ التخصيص⁽¹⁾.

اما بالنسبة لطرح المسألة في ضوء التشريع المصري فمن حيث المبدأ قرر المشرع في المادة (2/1033) من القانون المدني المصري والتي تنص (يقع باطلاً رهن المال المستقبل) وبما ان هذه المادة تتعلق بحكم الرهن الرسمي (التأميني) ، إلا ان المشرع قد احال عليها عند تنظيمه للرهن الحيازي وذلك بموجب المادة (1098) مدني ، والتي تنص على انه (تسري على الرهن الحيازي احكام المادة (1033) المتعلقة بالرهن الرسمي) فان رهن المال المستقبل رهن باطل ، والبطلان المقصود به هنا هو البطلان المطلق ، وقد يتقرر هذا البطلان الى عدم تعيين المال المستقبل تعييناً دقيقاً ، كمن يرهن ما سيؤول اليه من ميراث ، فربط بذلك بين عدم التعيين وبطلان رهن المستقبل . وهناك خروج على القواعد العامة في نص المادة (1/131) من القانون المذكور والتي تنص على انه (يجوز ان يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً) ، وبناء عليه فرهن المال المستقبل لا يستند بطلانه الى عدم تحديده ، حيث انه يبطل ولو استطاع راهنه ان يحدده تحديداً دقيقاً وفقاً لنص المادة (2/1033) من القانون المدني التي تنص على بطلان رهن المال المستقبل⁽²⁾.

اما موقف المشرع اليمني ، فقد نص في المادة (1000) مدني على انه (يشترط في المرهون فيه ان يكون ديناً ثابتاً الذمة او عيناً مضمونة ، وان يكون معلوماً ، فان كان ديناً موعوداً به فلا يلزم الرهن إلا بثبوت الدين وتجديد القبض) ، وبناءً عليه فالمرهون ينبغي ان يكون ديناً ثابتاً في الذمة ، فلا يصح الرهن بما سيقرضه ، فالرهن وهو وثيقة للحق فيتقدم عليه ، ويتحقق ذلك في العين المضمونة لان مال الضمان هو وجوبه في الذمة وكون المرهون به معلوماً فلأن الرهن عقد على مال يشترط العلم به وتعيينه تعييناً نافياً للجهالة . أي ان المشرع اليمني لم يجز رهن شيء لم يتحقق وجوده فعلاً كالمال المستقبل على عدان علة بطلانه تكمن في عدم تعيينه . حيث ان عدم وجود المال المرهون في ذمة الراهن يؤدي الى الجهالة لعدم تعيينه⁽¹⁾.

اما وجهة نظري ارى من الضروري ان يعدل نص المادة (1290) من القانون المدني العراقي وتصبح بالشكل التالي (لايجوز ان يرد الرهن التأميني الا على عقار او حق عيني على عقار ، ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، وان يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه وإلا وقع العقد باطلاً) ، حيث انه من خلال هذا النص وبالذات عبارة ((مما يصح التعامل فيه)) تدل

(1) انظر القرار رقم 13/ب/1968 في 16/11/1969 منشور في مجلة القضاء ، العدد الرابع ، السنة الرابعة والعشرون ، تشرين اول ، تشرين ثاني ، كانون اول ، 1969 ، ص146.

(2) موقف المشرع الاردني جاء مطابقاً لموقف المشرع المصري من رهن المال المستقبل فنصت المادة (1328) من القانون المدني الاردني على انه (ان يكون العقار المرهون رهنأً تأميناً قائماً وموجوداً عند اجراء الرهن) ، اما موقف المشرع الجزائري جاء مطابقاً لموقف المشرع العراقي حيث انه نص في المادة (92) مدني على انه (يجوز ان يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً . غير ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه الا في الاحوال المنصوص عليها في القانون) حيث انه جاء خالياً من النص على رهن المال المستقبل يقع باطلاً كما في التشريع المصري.

(1) انظر الدكتور احمد محمود سعد ، المصدر السابق ، ص653.

على انه رهن المال المستقبل ، باطل لانه لايجوز التعامل بمال مستقبل لم يتم تعيينه لمخالفته لمبدأ تخصيص الرهن ، بدلاً من ورود نص المادة من خلال فقرتين ولم يتم الاشارة خلالهما على البيانات الواجب توفرها عند التعيين ، ولا الجزاء المترتب على عدم التخصيص ، لذا اقترح ضرورة تعديل النص المذكور اعلاه لان القانون المدني العراقي لم يشترط وجود المال المرهون في الرهن التأميني وكذلك الرهن الحيازي وانما الرجوع الى القواعد العامة نجد ان المادة (126) من القانون المدني تنص على انه (لا بد لكل التزام ينشأ عن العقد محل يضاف اليه يكون قابلاً لحكمه . ويصح ان يكون المحل مالاً ، عيناً كان او ديناً او منفعة او أي حق مالي اخر ، كما يصح ان يكون عملاً او امتناعاً عن عمل) وهذا النص يقضي باشتراط وجود المال المرهون ، وبهذا التعديل للنص المذكور اعلاه يتفق مع القواعد العامة.

وملخص ما تقدم الحديث عنه ان كل ماورد بخصوص محل الرهن التأميني ينطبق على محل الرهن الحيازي اذا كان وارداً على عقار⁽¹⁾، اما بخصوص محل الرهن الحيازي اذا كان منقولاً وذلك لان شرط التعيين أي شرط مبدأ التخصيص في الرهن الحيازي يفقد اهميته لان هذا الرهن واستناداً لنص المادة (1/1322) من القانون المدني (يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون) ، لا يتم ولا يلزم إلا بالقبض وهذا يقتضي التعيين⁽²⁾. إلا ان هناك بعض المنقولات تخضعه لنظام التسجيل كما في الطائرات ، والسيارات ، والسفن والتي يطلق عليها منقولات ذات الطبيعة الخاصة لانها تخضع الى نظام مبدأ التخصيص وكذلك لنظام التسجيل وكذلك تخرج عن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وبالتالي تخضع لأحكام الرهن التأميني .

اما موقف القانون المدني الفرنسي فنص في الفقرة الثانية من المادة (2418) منه على ان لايجوز رهن الاموال المستقبلية ، وان علة البطلان لاتستند الى ان المال المرهون هو مال مستقبل ، ولكن الى عدم تخصيص المال المرهون في عقد الرهن ، وبما ان التخصيص يقتضي ان يكون محل العقد موجوداً ومعيناً فعلاً وقت إبرام العقد ، لذا يقع باطلاً رهن المال المستقبل ، إلا انه وجدت استناداً علة قاعدة بطلان رهن المال المستقبل والتي تنص عليها المادة (2130)⁽³⁾ منه وهي :

(1) إذ قضت محكمة التمييز في احدي قراراتها بانه (اذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط ايضاً لتمامه ان يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للاوضاع المقررة قانوناً) انظر قرارها رقم 560/مدنية اولى/1992 بتاريخ 1992/6/22 ، اشار اليه القاضي ابراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، الجزء الرابع ، بغداد ، مطبعة الزمان ، 2000، ص21.

(2) انظر القرار رقم 2/م/1323/1961 محكمة بداءة السلیمانية ، يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرهون وحيث ان المرهون عقار فلكي يتم القبض فيه يقتضي التسجيل في دائرة الطابو ، ولما كان المرتهن لم يستلم المرهون فله حق طلب تسليمه مادام عقد الرهن قائماً ، اشار اليه ، المحامي سلمان بيان ، القضاء العراقي ، الجزء الثاني ، بلا ناشر ، 1962 ، ص719.

(3) "Neanmoins , si ses biens present et libres sont insuffisants pour La, surete de la creance ,le debiteur peut ,en reconnaissant cette insuffisance ,consentir que chacun des biens quil acquerra par la suitey soit specialemeng affecte au far et a mesure des acquisitions"

الحالة الأولى : هي عدم كفاية الاموال الحاضرة للمدين الراهن ، وقد اختلف الفقه فيما اذا كان يصح للراهن الالتجاء لهذا الاستثناء إذا كان ليس لديه أي مال حاضر أي كان معدوماً ، ومن ثم فقبل اكتساب الراهن الملكية هذه الاموال المستقبلية ، لا يكون للدائن المرتهن وهو ليس صاحب حق حال ، ان يقيد ولكن هذا الفرض في الاحوال جميعاً يمثل خروجاً على مبدأ التخصيص.

الحالة الثانية : إذا كانت الاموال المرهونة كافية للضمان ثم هلكت او تلفت فلم تعد كافية ، ومن ثم فرغم تقرير الرهن على المال المستقبل للراهن ، فانه لا يحتل مرتبة إلا بعد اكتساب الراهن لملكيته وبعد ان يتضمن المال المستقبل تعييناً لذاتيته ، وطبيعته وموقع المال أي يجب خضوع المرهون الى مبدأ التخصيص .

الحالة الثالثة : العقارات تحت الانشاء فان القانون المدني الفرنسي اجاز في المادة (2/2133) منه للشخص صاحب الحق الحال في البناء أن يرهن العقارات الذي شرع في تنفيذها أو ذلك الذي وضع مشروع إقامته (1).

اما موقف القضاء العراقي ، فقد قضت محكمة التمييز بأن (خضوع رهن العقار الى نظام التسجيل يمنع رهنه من غير مالكة ، ولا يكون الرهن صحيحاً حتى وإن تم من غير الوارث الوحيد الذي ستؤول اليه ملكية العقار مستقبلاً) (2) ، ملخص القول ان قاعدة حظر رهن العقار المستقبل تتفق مع مبدأ تخصيص الرهن من ضرورة ان يكون المرهون معيناً تعييناً نافياً للجهالة ، حيث في رهن المال المستقبل يتعذر معه ان يستحيل تعيين العقار تعييناً صحيحاً لاحتمال حصول تعديل او تغيير فيه قبل حلول زمن تملك الراهن له . من هذا نلاحظ ان رهن الاموال المستقبلية ليس رهنأ لاموال مملوكة للغير ، لان رهن ملك الغير هو قيام شخص باسمه ولحسابه برهن مال عقاري موجود ومحدد ولكنه ليس مملوكاً له ، فهو ينصب على مال معين ولكنه مملوك لغير الراهن فينعد العقد صحيح ولكنه موقوف على اجازة المالك الأصلي ، فرهن مال الغير هو رهن لمال لا يملك الراهن حيازته ، وهو مال معين بالذات ، أما رهن المال المستقبل ، فهو رهن مال غير معين بالذات بل هو رهن لما عسى ان يملكه الراهن في المستقبل ، أي ان رهن ملك الغير يكون معيناً مخالفاً بذلك ، رهن المال المستقبل فبطلان رهن المال المستقبل هو حكم قائم يمكن رده الى وجوب تخصيص المال المرهون في عقد الرهن أي ان محل بطلانه يكمن في عدم تعيينه حيث ان عدم وجود المال المرهون في ذمة الراهن وقت الرهن يؤدي الى الجهالة لعدم تعيينه لانه يقع على مال لم يعين بالذات وانما على ما عسى ان يملكه الراهن في المستقبل ، وهو الفارق عن رهن ملك الغير الذي يرد على مال معين بالذات خاضع لمبدأ التخصيص (1).

(1) انظر الدكتور همام محمد محمود زهران ، مصدر سابق ، ص 53. الدكتور سليمان مرقس، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، هامش رقم (2) ، ص 43، الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق هامش رقم (1)، ص 151.

(2) انظر قرارها رقم 335 /م¹ عقار/ 1992 والمؤرخ في 1992/12/17 (غير منشور).

(1) انظر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص 755 ، والدكتور شاكرا ناصر حيدر ، شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، بدون ناشر ، 1953 ، ص 118 ، والدكتور احمد سلامة ، مصدر سابق ، ص 99 والدكتور صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص 127 ، وانظر قرار الطعن رقم 692 لسنة 60 ق و جلسة 1994/11/9 اشار اليه محمد احمد عابدين ، الجديد في احكام النقض المدني ، 1994-1995 ، ص 156.

ملخص ما تقدم يمكن اجمال صور بطلان رهن المال المستقبل بما يلي :

أ- قد يكون المال غير موجود بالفعل ، ويحتمل وجوده فيما بعد كمن يشتري شقة لم يتم تشييدها بعد ويقوم برهنها هنا يقع باطلاً الرهن حتى لو كانت الشقة معينة تعييناً دقيقاً .

ب- قد يكون المال المستقبل غير معين بالذات ، كما لو قام المدين برهن الاموال التي ستؤول اليه مستقبلاً بغير تحديد ، هنا يبطل الرهن لانه ورد على مال مستقبل ولم يتم تخصيصه ، لان القانون يستلزم ضرورة تعيين المال المرهون تعييناً دقيقاً .

ج- قد يكون المال المستقبل تركة بالنسبة للوارث المنتظر ، هنا يبطل الرهن استناداً الى ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل .

د- واخيراً قد يكون المال المستقبل عقاراً معيناً بالذات وغير مملوك للراهن ، هنا يكون الرهن باطلاً ان لم يبيزه المالك الاصيلي⁽²⁾.

الفرع الثاني

وجود المال المرهون او قابليته للوجود في الفقه الاسلامي

يشترط في محل الرهن بنوعيه (التأميني والحيازي) ان يكون موجوداً او قابلاً للوجود وفي هذا الصدد نلاحظ ان الفقه الاسلامي قد ذهب الى اشتراط كون المرهون موجوداً وقت العقد . وضع فقهاء الامامية⁽¹⁾ قاعدة عامة فيما يتعلق بالشيء المرهون او مايرد عليه عقد الرهن فحواها ان شروط الشيء المرهون هي شروط المبيع في عقد البيع ، وفقاً لقاعدة ما لا يجوز بيعه لايجوز رهنه ، ويمكن اجمال هذه الشروط بمايلي :

أ- ان يكون المرهون موجوداً حقيقة وقت العقد فلا يصح رهن مال ليس موجوداً أصلاً كرهن ماهو في حكم المعدوم .

ب- ان يكون المرهون مالاً ، فلا يصح رهن الميتة، والخمر، وكل عين غير متمولة.

ج- ان يكون المال المرهون متقوماً، فلا يصح رهن الشيء التافه .

د- ان يكون المرهون مقدوراً على تسليمه ، مملوكاً في ذاته فلا يصح رهن الاموال المباحة قبل احرازها ، ولا لاعيان غير المقدور على تسليمها كالطير في الهواء .

ان هذه الشروط الاربعة المذكورة متفق على ضرورة توافرها في محل الرهن .

اما الشرط الاول المتعلق بالوجود فواضح ان محل الرهن ، يجب ان يكون موجوداً عند التعاقد فان كان معدوماً في ذلك الوقت بطل العقد نلاحظ ان فقهاء الامامية اشترطوا كون المرهون موجوداً وقت العقد وأخذ بذلك كذلك فقهاء الحنفية⁽¹⁾ . الا

(2) انظر الدكتور محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص231.

(1) انظر الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، الجزء الخامس والعشرون ، مصدر سابق ، ص216 والشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي ، (الشهيد الاول) ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص387 ، انظر زين الدين بن علي العاملي ، (الشهيد الثاني) ، مسائل الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص20.

(1) انظر الشيخ علاء الدين بن مسعود الكاساني ، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص138 ، وانظر الشيخ ابا بكر محمد السرخسي ، المبسوط ، الجزء الثاني عشر ، مصدر سابق ، ص194 ، وانظر كذلك الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص215 ، وهذا ما اخذت به مجلة الاحكام العدلية في المادة (709) (يشترط ان يكون المرهون صالحاً للبيع فيلزم ان يكون موجوداً ومالا متقوماً ومقدور التسليم في وقت الرهن)

انهم اختلفوا في حالة كون المال المرهون مالاً مستقبلاً وفي هذه الحالة ميز الفقهاء بين المال الموجود في اصله وقت التعاقد ثم يتكامل في المستقبل ، وبين المال غير الموجود اصلاً وقت التعاقد ولكنه ممكن الوجود في المستقبل.

فبالنسبة للحالة الاولى ، فاننا نجد ان الفقه الاسلامي قد انقسم على رأيين :
الرأي الاول وهو رأي فقهاء الامامية⁽²⁾ والحنفية⁽³⁾ وذهب هذا الرأي الى عدم جواز هذا الرهن ، وقد استند اصحاب هذا الرأي الى نهى النبي (ص) عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، او قال حتى تؤمن العاهة ، كما ان النبي (ص) قد نهى عن بيع الغرر ، فلا يجوز رهن ماليس بموجود ولا رهن مايحتمل الوجود والعدم ، كما إذا رهن ماتثمر نخلة ، أو ماينتجه مصنعه من الثياب ، والاقمشة ، او ماستلده انعامه، ونحو ذلك لتوفر الغرر والعاهة⁽⁴⁾، لانه من شروط محل المرهون ان يكون صالحاً للبيع او الرهن ، وان يكون موجوداً وقت العقد ، مالا متقوماً ، مقدور على تسليمه ، معلوماً فلا يصح رهن المال المستقبل ، وانما يجب ان يكون المال موجوداً وقت العقد ، لكي يتمكن من تحديد جنسه ونوعه .

اما بالنسبة للحالة الثانية المال غير الموجود اصلاً وقت التعاقد ، ولكنه ممكن الوجود في المستقبل كرهن الثمار قبل ان تنضج ، فأنا نجد ان الفقهاء جميعاً ، قد ذهبوا الى بطلان هذا العقد⁽¹⁾، إذ اعتبر الفقهاء بأن التعامل في شيء منعدم وقت التعاقد ينطوي في ذاته على غرر ، ولم يميزوا بين مصير الشيء المعدوم في المستقبل ، هل هو محقق الوجود فتزول الخشية من الغرر ، وبالتالي ينبغي ان يصح العقد ، او هو محتمل الوجود وعند ذلك يدخل عنصر الغرر بقدر متفاوت فيعالج بالقدر الذي يقتضيه . وبذلك فان رهن المعدوم باطل للغرر الذي يؤدي الى الجهالة الفاحشة ، فالاشياء التي بها غرر كالثمرة التي لم تخلق ، والجنين الذي في بطن امه، بمعنى ان وجوده غير متحقق فقد يوجد ، وقد لا يوجد ، وبه قال فقهاء الامامية، والشافعية ، والحنابلة والزيدية⁽²⁾، فهو باطل لعدم ثبوت وجوده ، وقال فقهاء المالكية⁽³⁾ على تفصيل مفاده ان كان الغرر

(2) انظر الشيخ زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني) ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص 65 وانظر السيد السابق ، مصدر سابق ، ص 188 وانظر السيد عبد الاعلى الموسوي السيزواري ، مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام ، الجزء الواحد والعشرون ، مصدر سابق ، ص 90 .
(3) انظر القاضي محمد بن قرامز زين الدين علي الشهير بمنلاخسرو ، درر الحكام في شرح غرر الاحكام ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص 797 وانظر الشيخ برهان الدين علي بن الحسين بن ابي بكر المرغيناني ، الهداية ، شرح بداية المبتدئ ، الجزء الاول ، ص 199 .

(4) يميز الفقه الاسلامي بين ثلاث درجات من الغرر ، الغرر الفاحش الذي يغلب على الظن معه عدم حصول المعقود عليه ، الغرر المتوسط وهو ما قد يترتب عليه عدم حصول بعض المعقود عليه ، الغرر اليسير ، وهو ما يحصل معه غالب المعقود عليه ، انظر بهذا الخصوص الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، الجزء الاول ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1953 ، ص 120 . وانظر السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثالث ، المكتبة العصرية ، بيروت ، 2005 ، ص 106 .

(1) انظر الشيخ علاء الدين بن مسعود الكاساني ، بدائع الضائع ، الجزء الخامس ، المصدر السابق ، ص 138 ، انظر محمد جواد مغنية ، فقه الامام جعفر الصادق (ع) ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 27 .

(2) انظر الشيخ زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني) ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص 70 .

(3) انظر الشيخ ابا البركات سيدي احمد بن محمد بن حاكم العدوي الدردير ، حاشية السوقي على الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 232 ، وانظر الشيخ ابا عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المالكي ،

يسيراً لاخلاف عندهم في جوازه ، وان كان شديداً فقد اختلفت فيه اقوالهم بين جوازه ، وعدم جوازه . والظاهر ان قول جمهور الفقهاء يرجع على قول المالكية برغم تفصيلاتهم . ذلك لان الغرر يؤدي الى الجهالة الفاحشة التي تؤدي الى بطلان العقد وبذلك فان رأي الجمهور⁽⁴⁾ هو الراجح على رأي فقهاء المالكية .

اما من وجهة نظري فأني ارجح رأي جمهور الفقهاء لانه ينطبق على ماذهب اليه فقهاء القانون الوضعي من ضرورة اشتراط وجود المال المرهون⁽¹⁾، شأنه شأن الفقه الاسلامي ، اما بالنسبة الى حكم رهن الاموال المستقبلية ، فانه لم يميز بين ما اذا كان المال موجوداً في اصله وقت التعاقد ثم يتكامل في المستقبل ، وبين المال غير الموجود اصلاً وقت التعاقد ولكنه ممكن الوجود في المستقبل ، بل اقتصر على معالجة الحالة الاخيرة وهنا الفقه قد انقسم على رأيين ، الاول يذهب الى عدم صحة رهن هذه الاموال لافتقارها الى عنصر الوجود⁽²⁾. وبذلك فان هذا الرأي يتفق مع الفقه الاسلامي في حكم هذه الحالة .

اما الرأي الثاني فانه يذهب الى ضرورة التمييز بين ماذا كان المتعاقدان قد قصدا ان يتعاقدا على شيء موجود حالاً ولم يكن موجوداً فعلاً وقت التعاقد ، وبين ان يكونا قد قصدا التعاقد على شيء ان لم يكن موجوداً حالاً فهو ممكن الوجود في المستقبل، ففي الفرض الاول فان العقد يكون باطلاً حتى لو امكن وجود المرهون في المستقبل⁽³⁾. اما الفرض الثاني فلا يشترط ان يكون المرهون موجوداً فعلاً وقت التعاقد ، بل ينعقد العقد صحيحاً ما دام انه ممكن الوجود في المستقبل .

اما رهن العارية الذي هو في الحقيقة رهن ملك الغير الذي وضعت باذن صاحبها في يد المستعير للفائدة فاذا وافق لا اشكال في جوازه لانها ملكه وله حق التصرف به بما يشاء وهذا قول جمهور الفقهاء الامامية ، والحنفية ، والمالكية ، والشافعية⁽⁴⁾. اما ابن

المعروف بالحطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر ابي الضياء سيدي خليل ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص4. وانظر الشيخ محمد الجواد بن الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص97 والشيخ علاء الدين بن مسعود الكاساني ، بدائع الضائع ، الجزء السادس ، مصدر سابق ، ص136 ، الشيخ ابا عبد الله بن ادريس الشافعي ، الام ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص193
(4) وانظر الشيخ نجم الدين ابا القاسم جعفر بن سعيد الحلبي (المحقق المحلي) ، شرائع الاسلام في الفقه الجعفري ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص77 ، وانظر عن فقهاء الشافعية الشيخ ابو اسحاق بن ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي ، المهذب ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص316 ، وعن فقهاء الحنابلة الشيخ ابا القاسم عمر بن حسين الخرفي ، شرح المغني ، الجزء الرابع ، الطبعة الاولى ، دار المنار ، مصر ، 1367هـ ، ص91 ، وعن فقهاء الزيدية الشيخ احمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص115.

(1) انظر الدكتور ابراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص183.
(2) انظر شاكر ناصر حيدر ، الحقوق العينية العقارية ، مصدر سابق ، 199 و الدكتور صلاح الدين الناهي ، التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص121.

(3) انظر الدكتور عبد المجيد الحكيم ، وأ.عبد الباقي البكري وأ. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص95.
(4) الشيخ محمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص97 ، والشيخ زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني) الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص76 اما عن فقهاء الحنفية ، انظر الشيخ محمد زين الدين ابي راس ، شيخ جامع سيدي ابراهيم الدسوقي من الشرح المسمى بالجوهرة النيرة لمختصر القدوري في فقه مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة = = النعمان ، مصدر سابق ، ص229 ، اما فقهاء المالكية الشيخ ابو الوليد محمد بن احمد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية

حزم⁽¹⁾ فانه لايجيز الرهن لان فيه التزاماً من غير الراهن في سلعته وكذلك ان المعير له الحق في اخذ عاريته متى شاء والرهن يمنعه عن هذا الحق ، لذلك نجد انه لايجيز الرهن في العارية خلاف رأي جمهور الفقهاء لانهم قرنوا الجواز بموافقة ورضا مالك العارية ، وله الحق في الاذن بالتصرف في ماله كيف مايشاء مادام لايحل حراماً ولايحرم حلالاً .

ملخص ما تقدم ان فقهاء الفقه الاسلامي قد عرفوا الشروط الواجب توفرها في محل عقد الرهن وضرورة ان يكون محل الرهن موجوداً او قابلاً للوجود لانه بوجود المحل يمكن ان تطبق مبدأ تخصيص الرهن لانه لو كان المال الذي يرد عليه المحل غير موجود لايمكن تطبيق هذا المبدأ وهذا جاء مواكباً لرأي فقهاء القانون الوضعي الذي يشترط كذلك ان يكون محل عقد الرهن موجوداً او قابلاً للوجود. فالمعوم هو الذي لايعرف قدره ولاصفته والذي يحتوي على الغرر ونهى عنه للغرر لا للعدم .

المطلب الثاني

تعيين المال المرهون تعييناً دقيقاً في القانون والفقه الاسلامي

عقد الرهن (التأميني ، والحيازي) شأنه شأن أي عقد اخر يلزم بشأنه ان يكون المحل فيه معيناً تعييناً دقيقاً نافياً للجهالة ، بأن يكون المحل معيناً بالذات او معيناً بالنوع ، وتعيينه يكون ببيان نوع المرهون ، ورقمه ، وجنسه ، وصفته ، وحدوده ، ومشملاته ، وموقعه ، ومقدار مساحته، ... الى اخره⁽²⁾، لذا سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين ، سنتناول في الفرع الاول تعيين المال المرهون تعييناً دقيقاً في القانون وفي الفرع الثاني سوف يتم تناول تعيين المال المرهون تعييناً دقيقاً في الفقه الاسلامي .

الفرع الاول

تعيين المال المرهون تعييناً دقيقاً في القانون

يشترط في محل الرهن أن يكون معيناً ، او قابلاً للتعيين تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، وإلا وقع العقد باطلاً المادة (1/128)⁽¹⁾ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه

المقتصد ، الجزء الثاني ، ص269 ، اما فقهاء الشافعية ، الشيخ محمد بن احمد الانصاري ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص240.

(1) انظر الامام علي بن حزم الظاهري ، المحلي ، الجزء الثامن ، دار الفكر، بدون مكان طبع ، بدون سنة ، ص125.

(2) انظر الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص144.

(1) تقابلها المادة (1/133) من القانون المدني المصري والتي تنص على انه (اذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب ان يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً) . تقابلها المادة (1/161) من القانون المدني الاردني والتي تنص على انه (يشترط في عقود المعارضات المالية ان يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالاشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات او بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة) تقابل المادة (192) من القانون المدني اليمني (يلزم ان يكون محل العقد مبيناً تعييناً تاماً نافياً للجهالة المؤثرة سواء كان تعيينه بالاشارة اليه او الى مكانه او باسمه او بصفته مع بيان مقداره ان كان من المقدرات او بذكر حدوده او بنحو ذلك يكتفي بذكر الجنس او النوع عن الوصف المميز ويستثنى من ذلك ماينص عليه القانون) ، تقابل المادة (94) من القانون المدني الجزائري (اذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب ان يكون معيناً بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلاً).

(يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء أكان تعيينه بالإشارة إليه أم الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد أم بيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات أم بنحو ذلك مما ينفي به الجهالة الفاحشة ، ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف) . كذلك نصت المادة (2/1290) من القانون المدني على انه (يجب ان يكون جنس العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وان يكون معيناً) . نلاحظ ان المادة أشارت الى مبدأ تخصيص الرهن ، وهو يقتضي ان يكون الرهن وارداً على مال معين بالذات من وقت العقد . نلاحظ انه تقضي القواعد العامة بضرورة تعيين محل العقد ، والا وقع العقد باطلاً ، ولا يشترط وفقاً للقواعد العامة في محل العقد ان يكون معيناً من وقت العقد بل يكفي ان يكون قابلاً للتعيين ، ، كأن يبيع شخص ما سيربحة ، أو أن يرهن شخص ماسيستجد له من عقار وفي هذه الحالة يستحيل ان ينشأ الحق العيني من وقت العقد وانما يمكن تصور نشوئه بمقتضى ذلك العقد من الوقت الذي يتحدد فيه الربح او يستجد العقار لان المانع يزول بتحقق محل هذا الحق وتعيينه بالذات⁽¹⁾ .

غير ان المشرع العراقي لم يكتف بتطبيق هذه القواعد العامة في عقد الرهن ، بل شدد في شرط تعيين محل الرهن تشديداً يجعل الرهن مخصصاً بمحل معين بالذات من وقت تقرير الرهن نص المادة (2/1290)⁽²⁾ من القانون المدني والتي تنص على انه (يجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وان يكون معيناً) وهذا النص يقرر احد شقي مبدأ تخصيص الرهن ، وهو مبدأ يقتضي ان يكون الرهن وارداً على مال معين بالذات من وقت العقد وان يكون مقصوراً على ضمان دين معين بالذات ومحدد مقداراً⁽³⁾ .

ان محل الالتزام ، إما ان يكون عملاً او امتناعاً عن عمل ، واما ان يكون نقل ملكية او حق عيني اخر ، فاذا كان محل الالتزام عملاً او امتناعاً وجب ان يكون العمل والامتناع معيناً او قابلاً للتعيين على الاقل ، فلا يصح التعاقد على رهن دار إلا اذا تم تعيينها تعييناً دقيقاً وحددت محتوياتها وحدودها ومساحتها وطبيعتها وموقعها . واذا كان محل الالتزام نقل ملكية ، او أي شيء اخر ، فان الامر يختلف باختلاف طبيعة هذا المحل فاذا انصب الالتزام على نقل أشياء مثلية فينبغي لتعيينها ذكر الجنس والمقدار والنوع مثلاً (عشرون طن من الحنطة العربية) وكذلك ان الاشياء المثلية إذا

(1) انظر الدكتور محمد لبيب شنب ، دروس التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص28 .
(2) تقابلها المادة (2/1035) من القانون المدني المصري (يجب ان يكون العقار المرهون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه وان يرد هذا التعيين اما في عقد الرهن ذاته او في عقد رسمي لاحق ، والا وقع الرهن باطلاً) ، تقابل المادة (2/1329) من القانون المدني الاردني (ويجوز للمحكمة ان تبطل عقد الرهن التأميني اذا لم يكن العقار المرهون ميبناً تعييناً كافياً) ، تقابل المادة (996) من القانون المدني اليمني (ما يصح بيعه يصح رهنه إلا الوقف والهدي والاضحية التي لايجوز بيعها والنابت دون المنبت والعكس بعد القطع) ، تقابل المادة (886) من القانون المدني الجزائري (لايجوز ان ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ويجب ان يكون العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني وان يكون معيناً تعييناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه وان يرد هذا التعيين ، اما في عقد الرهن ذاته او في عقد رسمي لاحق وإلا كان الرهن باطلاً) .
(3) انظر الدكتور سليمان مرقس ، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد ، الطبعة الثانية ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1959 ، ص41 .

كانت متفاوتة من حيث الجودة وجب تعيين درجة جودتها ، فان لم تعين لزم المدين بتقديم صنف متوسط⁽¹⁾.

وإذا كان المحل معيناً تعييناً بالذات ، فأنا نفرق هنا بين ما إذا كان موجوداً في مجلس العقد ، ام كان غير موجود ، فاذا كان الشيء موجوداً ، ومعلوماً كان طريق العلم به هو بالإشارة اليه . وهذا ما قررته الفقرة الاولى من المادة (128) من القانون المدني العراقي ، وان كان غير موجود فان العلم به يكون بوصفه وصفاً دقيقاً نافياً للجهالة الفاحشة وعدم تعيينه على النحو المتقدم يجعل العقد باطلاً⁽²⁾. وقد اشترط المشرع في الجهالة التي تؤدي الى بطلان العقد أن تتصف بالجهالة الفاحشة التي تعني عدم الاحاطة بتحديد ماهيته ، واوصافه ، وقيمته ، ونوعه مما يعني عدم الاحاطة بالمحل . واما اذا كان محل العقد معلوماً عند المتعاقدين فلا حاجة الى وصفه او تعريفه بوجه آخر ، وهذا ما نصت عليه المادة (2/128)⁽³⁾ من القانون المدني على انه (يكفي ان يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر) أي ان موقف المشرع العراقي على الرغم من ان القواعد العامة اشترطت تعيين محل العقد⁽⁴⁾ إلا انه لم يكتف بذلك وانما اشترط ان يكون محل الرهن معيناً تعييناً دقيقاً . مطبقاً مبدأ تخصيص الرهن الذي يشترط في شقه الاول ان يرد الرهن على مال معين بالذات . وقد كان الغرض من تقرير هذا المبدأ يهدف الى تحقيق غرضين هما :

أ- حماية الراهن بحمله عن طريق تخصيص الرهن على ان يحدد الدين الذي يرهن له ، وعلى ان لا يرهن من عقاراته الا مايكفي لضمان ذلك الدين ، فيحتفظ بالباقي منها خالياً من الرهن ليستطيع ان يقترض عليه مبالغ اخرى اذا احتاج الى ذلك .
ب- حماية من يتعاملون فيما بعد مع الراهن بتمكينهم من معرفة حقيقة مركز عقاراته ، ومقدار ما يثقل كلا منها من ديون وما يتسع لتحمله بعد ذلك لهذا اوجب المشرع تعيين العقارات المرهونة تعييناً كافياً⁽¹⁾ بالنسبة الى جنسها ، او طبيعتها كان يعين المال المرهون بأنه حق ملكية ، او حق انتفاع ، او حق رقية ، ويعين الشيء الوارد عليه هذا الحق بأنه ارض زراعية ، او ارض مبنية ، ويعين البناء بأنه منزل او مصنع ، او ساحة لوقوف السيارات ، وبالنسبة الى محلها او موقعها ، فتعين الجهة الواقع بها العقار ومساحته وحدوده وعلامته المميزة له من غيره ، فتذكر المحافظة ، والناحية والشارع ، ورقم المنزل في الشارع ، ومساحة العقار، وحدوده، وبناء على ذلك لا يصح رهن عقار غير معين ولا رهن ما يستجد للراهن من عقارات. نلاحظ ملخص ماتقدم ان

(1) انظر الطعن رقم 970 لسنة 50 ق جلسة 1981/2/21 ، اشار اليه مصطفى مجدي هرجة ، العقد المدني ، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2002 ، ص 366.

(2) انظر الدكتور حسن علي الذنون والدكتور محمد سعيد الرحو ، مصدر سابق ، ص 128 وانظر محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص 383.

(3) تقابل المادة (2/133) من القانون المدني المصري (ويكفي ان يكون المحل ميبناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يكن استخلاص ذلك من العرف او من أي ظرف آخر التزام المدين بأن يسلم شيء من صنف متوسط) يقابل المادة (2/161) من القانون المدني الاردني (وإذا كان المحل معلوماً للمتعاقدين فلا حاجة الى وصفه وتعريفه بوجه اخر) تقابل المادة (192) من القانون المدني اليمني ، وتقابل المادة (94) من القانون المدني الجزائري .

(4) انظر الدكتور عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري ، مصدر سابق ، ص 98.

(1) انظر الدكتور سليمان مرقس ، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد ، مصدر سابق ، ص 42.

التشريعات العربية جميعاً أقرت مبدأ تخصيص الرهن من خلال نصوص المواد السابقة والتي تقضي بضرورة ان يكون محل الرهن معيناً وان هذا التعيين يجب ان يكون في عقد الرهن ذاته او في عقد رسمي لاحق على عقد الرهن⁽²⁾.

اما بخصوص محل الرهن الحيازي نلاحظ انه لا يقتصر على العقار بل يجوز ان يكون محله منقولاً وما عدا هذا الفرق فانه يشترط في محل الرهن الحيازي ما يشترط في محل الرهن التأميني ، أي ان يكون ما يصح التعامل فيه ، وبيعه بالمزاد العلني ، وان يكون معيناً ومملوكاً للراهن وفضلاً عن ذلك يشترط لنفاذ الرهن اتجاه الغير ان يكون المال المرهون قابلاً للحيازة لان نقل الحيازة شرط ضروري لنفاذ الرهن الحيازي في حق الغير⁽¹⁾. إلا ان نص المادة (1328)⁽²⁾ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (يجوز ان يكون محلاً للرهن الحيازي كل ما يصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار ومنقول وديون ويجوز بوجه خاص رهن الاراضي الاميرية رهناً حيازياً). لم يتبين اشتراط تعيين محل الرهن الحيازي خلافاً لنص المادة (2/1290) من القانون المدني والتي اشترطت في محل الرهن التأميني ان يكون معيناً وقت عقد الرهن أي اكدت على الاخذ بالشق الاول لمبدأ تخصيص الرهن الذي يقتضي ضرورة ان يكون العقار المرهون معيناً ، كما ان المشرع العراقي لم يحل الى نصوص المواد التي تقضي بأن يكون محل الرهن معيناً عند تناوله لشروط المرهون في الرهن الحيازي الى شروط تعيين محل الرهن التأميني ، أي لم يرد نص خاص بتعيين محل الرهن الحيازي لان هذا الشرط يفقد اهميته بالنسبة للرهن الحيازي لان الرهن لا يتم ولا يلزم الا بالقبض⁽³⁾. ونص المادة (1/1322) من القانون المدني (يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون). لان قبض الرهن يقتضي ضرورة التعيين ، واعتقد ان هذا هو السبب في عدم ذكر المشرع العراقي لهذا الشرط في المادة (1328) من القانون المدني .

وبالنسبة لموقف القانون المدني المصري ، إذ ان الرهن الحيازي فيه يتم دون الحاجة الى القبض إلا انه لا ينفذ في حق الغير إلا بالقبض وهذا مانصت عليه المادة (1/1109) من القانون المدني المصري على انه (يجب لنفاذ الرهن في حق الغير ان يكون الشيء المرهون في يد الدائن او الاجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان) ، وبذلك فان عدّ الرهن الحيازي عقداً رضائياً ينعقد دون تسليم يجعل لشرط التعيين اهمية خاصة في ظل القانون المدني المصري⁽¹⁾. نلاحظ لم يرد نص خاص في الرهن الحيازي ينص على ضرورة تعيين الشيء المرهون كما هو الحال في الرهن التأميني كنص المادة (1035)

(2) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص 28.

(1) انظر الدكتور محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 424.

(2) تقابلها المادة (1097) من القانون المدني المصري (لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار) ، تقابلها المادة (1373) من القانون المدني الاردني (يشترط في المرهون رهناً حيازياً ان يكون مقدور التسليم عند الرهن صالحاً للبيع) ، تقابلها المادة (996) من القانون المدني اليمني (ما يصح بيعه يصح رهنه إلا الوقف والهدى والاضحية التي لا يجوز بيعها والنابت دون المنبت والعكس بعد القطع) تقابلها المادة (494) من القانون المدني الجزائري (لا يكون محلاً للرهن الحيازي الا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار).

(3) انظر الدكتور محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 195.

(1) انظر الدكتور سليمان مرقس ، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد ، مصدر سابق ، ص 362.

من القانون المدني وبالتالي فان وجوب تعيين الشيء المرهون رهناً حيازياً يخضع للقواعد العامة التي تقتضي ان يكون الشيء المرهون معيناً بالنوع كما لا تتطلب ان يتم تعيينه في ذات العقد ، بل تكفي ان يكون قابلاً للتعيين⁽²⁾. ويرى بعض فقهاء⁽³⁾ القانون المدني المصري ، ان إرادة المشرع في اشتراط تخصيص العين المرهونة رهناً حيازياً مستقاة من إحالته الى المادة (2/1033) من القانون المدني والتي تتعلق برهن الاموال المستقبلية وذلك على اساس ان بطلان رهن الاموال المستقبلية مقرر تطبيقاً لمبدأ تخصيص الرهن وجزاء لعدم تطبيقه ، فاذا قرر المشرع هذا البطلان في حالة الرهن الحيازي فان ذلك يكون إقراراً ضمناً منه لمبدأ تخصيص الرهن في الرهن الحيازي .

ثم يذهب بعضهم الآخر⁽⁴⁾ الى انه يجب ان يكون تعيين محل الرهن تعييناً دقيقاً يمنع من الجهالة وينتهون الى اشتراط ان يكون الشيء معيناً تعييناً بذاته ، فيجيزون ان يكون معيناً بالنوع . وهكذا ان مقتضى ما يشترطونه من تخصيص الرهن هو ضرورة تعيين الشيء تعييناً دقيقاً ، ولا بد من الاشارة الى ان بطلان رهن المال المستقبل هي عدم تعيين العقار بذاته . الا ان هذا لا يمنع من القول ان حكم بطلان المال المستقبل حكم قائم بذاته . ولذلك احال المشرع الى نص المادة (2/1033) والتي تفيد بطلان رهن المال المستقبل رهناً حيازياً ، واخيراً يبقى شرط تعيين الشيء المرهون محكوماً بالقواعد العامة ، والذي يسوغ إختلاف الحكم في الرهن الحيازي عنه في الرهن التأميني ، ان الرهن الحيازي لن يحتج به على الغير إلا بانتقال حيازة المال المرهون ، ولاشك ان المال المرهون عندما ينتقل بالحيازة سيكون قد تعين بالذات مما يوفر اشتراط تعيين العقار المرهون بالذات تعييناً دقيقاً⁽¹⁾.

ومن وجهة نظري فان مبدأ التخصيص هو السائد الامر الذي يقتضي ان يكون المحل معيناً تعييناً دقيقاً نافياً للجهالة لان مبدأ التخصيص يحقق حماية لكل من الراهن والغير ، ولما كان تخلي الراهن عن حيازة المال المرهون وتسليمه الى الدائن المرتهن ، او عدل واجباً فان ذلك يقتضي بالضرورة تعيين المال المرهون ، فنقل الحيازة يتم به هذا التعيين الكامل ، لذلك اذا كان التعيين على النحو السابق امراً لازماً لتنفيذ الرهن الحيازي ولايلزم لانعقاده⁽²⁾ . ، وعلى هذا يتضح انه لا بد من ان يكون محل الرهن معيناً تعييناً

(2) انظر المادة (133) من القانون المدني المصري والتي تنص على انه (1- اذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب ان يكون معيناً بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلاً . 2- وكفي ان يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد مايستطاع به تعيين مقداره واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يكن استخلاص ذلك من العرف او من أي طرف اخر التزم المدين بان يسلم شيء من صنف متوسط).

(3) انظر الدكتور محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص141 ، وكذلك الدكتور منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص199 والدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص597.

(4) انظر الدكتور محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص425 وكذلك الدكتور محمد علي امام ، مصدر سابق ، ص476 وكذلك الدكتور احمد سلامة ، مصدر سابق ، ص120.

(1) فقد قضت محكمة التمييز العراقية بانه (لايعتبر الرهن الحيازي تاماً الا بتسليم المرهون) انظر قرارها رقم 120/حقوقية اولى /1971 المؤرخ في 5/8/1971 ، منشور في مجلة القضاء ، العدد الثالث ، السنة السادسة والعشرون ، 1971 ، ص262.

(2) انظر الدكتور سعيد سعد عبد السلام ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص562 ، هامش رقم (1) ، والذي يشير الى انه الدكتور شفيق شحاته يرى ان الرهن الحيازي لا يخضع لمبدأ تخصيص الرهن ، وذلك على اساس ان التخصيص من شروط العقد الشكلية التي لا تلزم بالنسبة للرهن الحيازي .

كافياً . ومحل الرهن يكون معيناً تعييناً كافياً إذا ورد على عقار محدد او منقول معين بالذات ، فمثلاً اذا كان المرهون منقولاً مثلياً كما لو رهن كمية من الحنطة فيتم تعيينها بالافراز وتحديدها⁽³⁾. من حيث الكمية والنوعية والصنف ، أي ذكر كل البيانات الواجبة توفرها لاختصاصها لمبدأ تخصيص الرهن ولا تنفذ في مواجهة الغير إلا من يوم تسليمه للدائن المرتهن وضروة وجود كتابة ثابتة التاريخ تتضمن تحديد المال المرهون والدين المضمون⁽⁴⁾.

اما موقف المشرع الاردني من ضرورة تعيين المرهون تعييناً دقيقاً في الرهن الحيازي فجاء في نص المادة (1373) من القانون المدني على انه (يشترط في المرهون رهنأ حيازياً ان يكون مقدور التسليم عند الرهن صالحاً للبيع) هذا الشرط الذي يتميز به محل الرهن الحيازي عن محل الرهن التأميني وهو وجوب ان يكون مقدر التسليم⁽¹⁾، وهذا امر طبيعي لان الرهن الحيازي يقوم على اساس انتقال حيازة المرهون الى المرتهن او العدل . وعليه لا يجوز رهن الاموال المستقبلية رهنأ حيازياً . وتجدر الاشارة بانه لا يمكن رهن هذه الاموال رهنأ تأمينياً ايضاً لاشتراط المادة (1328) من القانون المدني والتي تنص على انه (يجب ان يكون العقار المرهون رهنأ تأمينياً قائماً موجوداً عند اجراء الرهن) ، وعلى خلاف القواعد العامة ، أي تشترط وجود المرهون عند الرهن⁽²⁾ . وكذلك نلاحظ ان الرهن الحيازي قبل القبض او التسليم يعد عقداً صحيحاً نافذاً بين طرفيه ولكنه غير لازم للراهن وغير نافذ في حق الغير ، وعليه فالرهن الحيازي ليس من العقود العينية في القانون المدني الأردني نص المادة (1375) على انه (يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه ان يقبضه الدائن او العدل وللراهن ان يرجع عن الرهن قبل التسليم) يتضح من نص هذه المادة ان انتقال حيازة المرهون من الراهن الى المرتهن ، او العدل هو شرط للزوم العقد ، وهذا يعني ان العقد قبل التسليم يعد عقداً صحيحاً ، و نافذاً ولكنه غير لازم . وعلى ذلك نصت المادة (1402) من القانون المدني على انه (لا يعتبر الرهن العقاري الحيازي نافذاً بالنسبة للغير الا اذا سجل في دائرة التسجيل الى جانب حيازة الدائن المرتهن)، وكذلك نص المادة (1405) من القانون المدني على انه (لا يعتبر رهن المنقول حيازياً نافذاً في حق الغير إلا اذا دون في ورقة ثابتة التاريخ يحدد فيها الدين والمال المرهون الى جانب انتقال الحيازة الى المرتهن) يتبين لنا من هذه النصوص ان انتقال الحيازة شرط لنفاذ العقد في حق الغير ، وهذا يعني ان العقد قبل القبض صحيح و نافذ بين الطرفين⁽¹⁾.

(3) انظر المادة (248/247) من القانون المدني العراقي والمادة (205/204) من القانون المدني المصري.
(4) انظر الطعن رقم 317 لسنة 32ق ، جلسة 1966/12/29 ، اشار اليه المستشار معوض عبد التواب ، نصوص القانون المدني ، الجزء الثالث ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1996، ص1015.
(1) انظر القرار رقم 3147ح/1965 بتاريخ 1966/9/16 منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الثاني ، كانون الاول ، السنة الخامسة ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، 1966، ص205.
(2) انظر الدكتور وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص194 ، وانظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص97 وانظر الدكتور علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص389.

(1) اما موقف المشرع اليمني فقد نص في المادة (996) من القانون المدني (ما يصح بيعه يصح رهنه) وبما ان كل ما يصح بيعه يجب ان يكون معلوماً ومعيناً لذلك يشترط في محل الرهن ما يشترط العلم به كالبيع علماً نافيماً للجهالة ، ولا بد من الاشارة الى ان المشرع اليمني لم يجز رهن شيء لم يتحقق وجوده فعلاً ويندرج تحت ذلك رهن المال

الفرع الثاني

تعيين المال المرهون تعييناً دقيقاً في الفقه الاسلامي

يشترط في محل الرهن ان يكون معيناً او قابلاً للتعيين ، وذلك لان من شروط المرهون ان يكون معلوماً لان الجهالة تؤدي الى النزاع ، فينعدم الرضا الذي قام عليه العقد . كما لو قال رهنك هذا الصندوق بما في داخله صح الرهن على الصندوق لا بما في داخله للجهالة إذ لم يذكر جنسه كما لو قال ما اصطاده ، او ما اكتسبه ، ولا اشكال في انه يعد في المرهون كونه معيناً ، فلا يصح رهن المبهم ، كأحد هذين نعم يصح رهن الكلي في المعين ، كصاع من صبرة ، وشاه من هذا القطيع ، فاذا عين بعد العقد صاعاً او شاه وقبضه المرتهن صح ولزم ، ولا يصح رهن المجهول من الوجوه جميعاً لانه لا يتحقق منه تمام الاستيثاق .

اما المعلوم الجنس ، والنوع المجهول المقدار كصبرة من حنطة فالظاهر بطلان رهنها أي يشترط ان يكون معيناً بالذات ، او بالوصف او معيناً من حيث القيمة والمالية بحد يتحقق معه التأمين المقوم للرهن.

وكذلك لا يجوز رهن طائر الذي طار من يده ، ولا رهن لبن أنعامه وهو في الضرع ، ولا رهن مقدار من الذهب الخالص ، او السمنت الذي في منجمه ، لان هذه الاشياء غير معينة ، لان الطائر يعجز الراهن عن تسليمه وقت العقد ، ولان اللبن في الضرع يتجمع شيئاً فشيئاً فيختلط المرهون مع الموجود وقت العقد بغيره ، وبذلك يعجز الراهن عن فصله عن غيره ، وكذلك الذهب أو السمنت ، وكذلك سائر المعادن في مناجمها التي لا يمكن تسليمها لعدم امكانية تعيينها تعييناً نافياً للجهالة ، لذلك لا يصح رهنها الا بعد عملية التعدين ، والفرز ، والتعيين ، وبذلك يتم رهنها ، أما قبل ذلك فرهنها باطل ، وكذلك لا يصح رهن النقود ابتداءً لانها لا تتعين ولكن يصح رهنها تبعاً كما اذا باع الراهن المرهون باذن المرتهن لغيره فان الثمن يكون رهنماً بدل المبيع . وهذا ما ذهب اليه فقهاء الامامية⁽¹⁾ ، أي كل ما يمكن بيعه حين حلول أجل الدين المرهون به يصح رهنه ، سواء كان ملكاً تاماً ، أم ناقصاً (كالمنفعة) ، وسواء أكان ديناً مشاعاً أم لا⁽²⁾ . ويتم تعيين المحل بالعلم به علماً مانعاً للجهالة الفاحشة ، ولكي يحصل العلم فانه يجب التمييز بين ما اذا كان المرهون موجوداً في مجلس العقد ، وبين ما اذا كان غائباً

المستقبل لان عدم وجود المال المرهون في ذمة الراهن يؤدي الى الجهالة لعدم تعيينه وبالتالي بطلانه، اما المشرع الجزائري نص في المادة (949) من القانون المدني (لا يكون محلاً للرهن الحيازي الا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار)، وتنص المادة (951) من القانون المدني (ينبغي على الراهن تسليم الشيء المرهون الى الدائن او الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسليمه ويسري على الالتزام بالتسليم احكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع)، من خلال نص هاتين المادتين نلاحظ اشتراط كون المرهون ان يكون معيناً مقدوراً على تسليمه وبما انه يقتضي التسليم لذلك لا بد من ان يكون معيناً .

(1) انظر السيد عبد الاعلى المرسوي السيزواري ، مصدر سابق ، ص96 ، وانظر الشيخ علي بن الحسين الكركي ، جامع المقاصد في شرح القواعد ، الجزء الخامس ، مؤسسة ال البيت (ع) ، قم ، 940هـ ، ص63 ، والشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي (الشهيد الاول)، الدروس الشرعية في فقه الامامية ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص388 والشيخ زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني) ، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص17 ، والسيد علي الطباطبائي ، رياض المسائل في بيان الاحكام بالدلائل ، المجلد الثاني ، مؤسسة ال البيت (ع) ، قم ، 1404هـ ، ص583.

(2) انظر العلامة الحلي جمال الدين الحسن بن يوسف المظهر ، تبصرة المتعلمين في احكام الدين ، بدون مطبعة، طهران ، 1368هـ ، ص150.

عن مجلس العقد ، فاذا كان موجوداً في مجلس العقد فان العلم بالمرهون يكون بالإشارة اليه (3). اما اذا كان غائباً عن مجلس العقد فان العلم به يقتضي التمييز بين ما اذا كان المرهون معيناً بالذات ، أم لا فاذا كان معيناً بالذات فانه يجب ان يوصف بما ينافي عنه الجهالة ويعينه تعييناً واضحاً ، فاذا كان للراهن عقارات ، وقال للمرتهن رهنك احد هذين العقارين، لم يصح الرهن للغرر والجهالة ، لذلك يجب ان يعين العقار المرهون تعييناً دقيقاً من حيث موقعه وطبيعته(4). اما اذا كان المرهون معيناً بالنوع فان المعلوماتية فيه تكون بتعيين جنسه ، فما لا يعلم جنسه كزبرة من المعدن لا يعلم انها حديد ، أم ذهب فانها، وان كانت معلومة الوجود ، والحصول ولكنها مجهولة الجنس فلا يصح رهنها كما لا يصح بيعها ، وأما بوصفه ، فما كان مجهول الصفات كحنطة مجهولة الاوصاف وانها من الوصف الادنى ، أو الاعلى او المتوسط لا يصح رهنها واما قدره كقطعة من ذهب لا يعلم وزنها فان رهنها باطل(1). مثلاً اذا رهن رجل عند دائنه شيئاً مجهولاً ، فلا يعلم ان الشيء المرهون مما له مالية ، ام لا لم يصح رهنه مثلاً ان يرهن شيئاً موجوداً في الحجرة وهو لا يعلم أي شيء فيها فلا يصح الرهن . وكذلك اذا رهنه شيئاً يعلم ان مما له مالية ولكنهما يجهلان صفاته ، وخصائصه ، او كان احدهما يجهل ذلك فلا يصح الرهن(2). يتبين ان فقهاء الامامية قد اخذوا بمبدأ تخصيص الرهن سواء أكان محل المرهون عقاراً أم منقولاً ويتوضح ذلك من خلال الامثلة المشار اليها اعلاه واشترطوا ضرورة ان يكون محل الرهن معيناً .

وقد ذهب فقهاء المالكية (3). الى اشتراط تعيين محل المرهون تعييناً دقيقاً وان يكون معلوماً لأن عدم العلم به يؤدي الى الجهالة والغرر أي يشترطوا ان يكون معيناً بالذات او بالوصف او معيناً من حيث المالية بحد يحقق الاستيثاق من الرهن . فهو كل من يقع بيعه صحيحاً فكذلك يقع رهنه ، وكل من يقع بيعه لازماً فكذلك يقع رهنه فيشترط في المبيع ان يكون محل البيع معيناً من حيث نوعه ، وخصائصه وكذلك ان يكون ثمنه مقدراً ، فمثلاً بعتك هذه السلعة بثمن قدره كذا ، كذلك يجوز برهن نوعه كذا ولمدة مقدارها كذا ، فالاشياء غير المعينة بنوعها وجنسها تؤدي الى الغرر فانه لا يصح رهنها ، نلاحظ فقهاء المالكية اشترطوا تعيين المحل تعييناً دقيقاً وقد وافقوا ما ذهب اليه فقهاء الامامية ، اما فقهاء الشافعية(1) . وافقوا ما ذهب اليه كل من فقهاء

(3) انظر الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص141.

(4) انظر الشيخ محمد جواد مغنية ، شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفري ، مصدر سابق ، ص194.

(1) الشيخ ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الطلي ، المختصر النافع في فقه الامامية ، دار الكتاب العربي ، مصر ، بدون سنة ، ص137.

(2) انظر السيد احمد الخوانساري ، جامع المدارك في شرح المختصر النافع ، الطبعة الثانية ، الجزء الثالث ، مكتبة الصدوق ، طهران ، 1405 هـ ، ص342.

(3) انظر الشيخ ابا عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي ، المعروف بالحطاب ، مواهب الجليل ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص285 ، والشيخ ابا عبدالله محمد الخراسي ، مصدر سابق ، ص236 ، والشيخ احمد بن محمد بن احمد الدردير ، الشرح الصغير ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص111 ، والشيخ ابا الوليد محمد بن احمد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص411.

(1) انظر الشيخ محمد امين زين الدين ، كلمة التقوى ، الجزء السادس ، بدون ناشر ، بدون مكان طبع ، بدون سنة ، ص44 ، والشيخ ابا عبدالله محمد بن ادريس الشافعي ، الأم ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص160 ، والشيخ شمس الدين محمد بن احمد الشربيني الخطيب ، الاقتناع ، الجزء الاول ، مطبعة الحكومة ، مكة ، 1394 هـ ، ص237.

الإمامية ، وفقهاء المالكية في كون محل المرهون ان يكون معيناً ، وكل ما جاز بيعه من الاعيان جاز رهنه فلا يصح رهن دين ، ولو ممن هو عليه لانه غير مقدور على تسليمه ، ولا رهن منفعة كأن يرهن سكن داره مدة لان المنفعة تتلف فلا يحصل بها استيثاق ، ويقبض بتسليم كله كما في البيع ، فيكون بالتخلية في غير المنقول ، وبالنقل في المنقول وهذا يشترط في الضرورة ان يكون المحل معيناً، عقاراً ، كان، أو منقولاً ، أي يشترط في المال الذي يراد رهنه ان يكون معيناً فلا يصح ان يرهن شيئاً مبهماً ومثال ذلك ان يرهن عند دائته احد الحصانين ، فاذا رهن احدهما لا على وجه التعيين كان الرهن باطلاً ، ويصح ان يكون المال المرهون كلياً في المعين اذا كانت الافراد متساوية في الصفات ، وفي المالية ، ومثال ان يرهن الدائن وزنه في صبرة معينة من الحنطة المتساوية في الاجزاء ، او يرهن عنده عدداً معلوماً من الاواني او الاشياء الاخرى الموجودة في محله مما انتجته المعامل الحديثة متساوية، الصفات المالية ، فاذا رهن الكلي من هذه الافراد المتساوية ، والموجودة ثم عين الراهن فرداً من الكلي وقبضه المرتهن صح الرهن ، وكان نافذاً ويتحقق فيض الكلي بقبض ذلك الفرد . صح الرهن ، واذا كان المال الذي يراد رهنه معلوم الجنس والصفات ، وكان مجهول المقدار ، فالظاهر صحة رهنه اذا كان مشاهداً ، مثلاً يرهن صبرة معينة من الحنطة المعلومة ، وهما لا يعلمان مقدار وزنها وكيلها ، او كأن يرهن عند صاحبه ما في الصندوق من المال وهما يجهلان أي نوع من المال يحتوي الصندوق ، او كان احدهما يجهل ذلك فلا يصح الرهن ، اما مذهب فقهاء الحنفية (2). اشترطوا في محل الرهن ان يكون معيناً او قابلاً للتعيين فاذا كان للراهن عقاران وقال للمرتهن رهنك احد هذين العقارين لم يصح الرهن عند بقية المذاهب الاخرى وذلك للغرر بينما عند فقهاء الحنفية يصح لانه يصح بيعه عندهم بشرط الخيار له ، واشترط كذلك فقهاء الفقه الاسلامي في المرهون ان يكون عيناً مملوكة، يمكن قبضها ، ويصح بيعه ، فلو رهن ديناً لم ينعقد وكذلك لو رهنه منفعة كسكن الدار وكذلك ، لو رهنوا ما لا يملك ، لم ينعقد الرهن بل يبقى موقوفاً على اجازة المالك ، من ذلك نلاحظ انه لا يجوز رهن المنفعة عند بقية المذاهب ، اما عند الحنفية فلانها ليست بمال عندهم لذا لا يصح رهنها ، بينما عند بقية الفقهاء فلانها ليست مقدورة التسليم لانها وقت العقد غير موجودة ثم اذا وجدت ففنيته ووجد غيرها . وعلى ذلك لا يكون لها استقرار ، ولا ثبوت فلا يمكن تسليمها ولا بقاؤها الى حلول اجل الدين او الى وقت الاستيفاء .

المطلب الثالث

قابلية المال المرهون للتعامل في القانون والفقه الاسلامي

(2) انظر الشيخ ابا بكر محمد السرخسي ، المبسوط ، الجزء الحادي والعشرون ، مصدر سابق ، ص110 والشيخ علاء الدين ابا بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع ، الجزء السادس ، مصدر سابق ، ص146 ، والقاضي محمد بن فرامر زين الدين علي الشهير بمنلاخسرو ، درر الحكام في = شرح غرر الاحكام ، الجزء الثاني ، ص251، والشيخ محمد زين الدين ابا راس شيخ جامع سيدى ابراهيم الدسوقي ، من الشرح المسمى بالجوهرة النيرة لمختصر القدوري في فقه الامام ابي حنيفة ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص226.

يشترط في المال المرهون ان يكون قابلاً للتعامل به لان الرهن يمنح الدائن الحق عند عدم الوفاء في طلب بيع المرهون واستيفاء الدين من ثمنه ، وهذا يقتضي ان يكون المرهون قابلاً للتعامل به سواء اكان عقاراً ام منقولاً أم ديناً⁽¹⁾. وكذلك يجب ان يكون المحل مشروعاً بمعنى عدم مخالفته للنظام العام والاداب العامة⁽²⁾. ولايجوز بطبيعة الحال ان يتعارض مع نص في القانون . لذا سوف يتم تقسيم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الاول قابلية المال المرهون للتعامل في القانون وفي الفرع الثاني قابلية المال المرهون للتعامل في الفقه الاسلامي .

الفرع الاول

قابلية المال المرهون للتعامل في القانون

الاصل ان الاشياء جميعاً قابلة للتعامل مالم تقتضي طبيعتها او بنص القانون على غير ذلك . والاشياء التي تخرج من نطاق التعامل نوعان اشياء تخرج عن التعامل لانها بطبيعتها تأبى ان تكون محلاً لحيازة أحد ، او استئثاره ، ومنها الاشياء المشتركة التي يستفاد وينتفع منها افراد المجتمع جميعاً (كأشعة الشمس ، والهواء ، والماء الجاري في الانهار الى اخره) يلاحظ في هذه الاشياء ان العلة في خروجها عن نطاق التعامل هي عدم حيازتها أو الاستئثار بها من أحد ، فاذا زالت هذه العلة بأن أحرزت مقادير منها لغرض معين جاز ان تكون محلاً للتعامل مثال ذلك ماء الشرب الجاري في الانابيب والهواء المضغوط⁽¹⁾، اما النوع الثاني وهي الاشياء التي تخرج عن التعامل بنص القانون ، وهي تلك الاشياء المخصصة بحكم القانون لأغراض المصلحة العامة ، والعلة في منع التعامل بها هي تعطيل الغرض الذي خصصت له ، فلا يجوز التعامل ، بأموال الدولة العامة بالنسبة لبعض التصرفات التي تتعارض مع تخصيصها للنفع العام ، واموال الوقف ، والاموال المشروطة عدم التصرف فيها⁽²⁾، ومن ثم فالاشياء هي محال الحقوق ، فيترتب على ذلك ان مالا يصح من الموجودات ان يكون محلاً للحقوق لا يعد شيئاً في نظر القانون وقد نصت المادة (61)⁽³⁾ من القانون المدني العراقي على انه (

(1) انظر شاكرا ناصر حيدر ، الحقوق العينية العقارية ، مصدر سابق ، ص195 ، والدكتور صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص112، وانظر الدكتور اسعد دياب ، ابحاث في التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص102.

(2) انظر الدكتور رمضان ابو اسعود ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص424 ، وانظر الدكتور احمد فراج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الاولى ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية، بدون سنة طبع، ص212.

(1) انظر الدكتور محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه ، الحقوق العينية ، الجزء الاول ، بغداد، 1982 ، ص12.

(2) انظر الدكتور حسن علي الذنون والدكتور محمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص131، والدكتور عبد المجيد الحكيم ، أ.عبد الباقي البكري ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص99.

(3) تطابق المادة (81) من القانون المدني المصري ، تقابل المواد (54) من القانون المدني الاردني (كل شيء يمكن حيازته مادياً او معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولايخرج من التعامل بطبيعته او بحكم القانون = يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية) ، والمادة (55) من القانون المدني الاردني (الاشياء التي تخرج عن التعامل هي التي لايستطيع احد ان يستأثر بحيازتها والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لايجوز القانون ان يكون محلاً للحقوق المالية) ، تقابل المادة (115) من القانون المدني اليمني (الاشياء التي لايباح التعامل فيها شرعاً هي

1- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعة او بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية . 2- والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون ان تكون محلاً للحقوق المالية). وقد يكون المحل غير مشروع لمخالفته للنظام العام والاداب ، كتحريم تجارة المخدرات ، وبعض انواع الاسلحة ، وبعض الانواع من المواد السامة ، ولم يحدد المشرع في نص خاص كل الاشياء المخالفة للنظام العام والاداب ، بل اكتفى بالنص في المادة (130)⁽¹⁾ من القانون المدني على انه (1- يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او الاداب ، وإلا كان العقد باطلاً) ومن الامثلة التي اشار اليها المشرع على انها من تطبيقات قواعد النظام العام ، الحقوق العينية مثلاً لا يجوز الاتفاق على (غلق الرهن) ، ولا يجوز الاتفاق على انتقال ملكية العقار بمجرد إبرام العقد ودون حاجة الى تسجيله . ويشترط ايضاً في المال المرهون ان يكون قابلاً للتعامل فيه والغرض الاساس للرهن هو تمكين الدائن عند عدم الوفاء بحقه من التنفيذ على المال المرهون ، وبيعه بالمزاد العلني ، لذا يجب ان يكون المال المرهون مما يجوز التعامل به وبيعه بالمزاد العلني⁽¹⁾ . فقد اكده المشرع العراقي على ضرورة ان يكون المرهون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه وقد اشارت المادة (2/1290)⁽²⁾ من القانون المدني على انه (ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وان يكون معيناً) . نلاحظ من عبارة النص ان المشرع قد اشترط في المرهون ان تتوافر فيه ثلاثة شروط وهي جواز التعامل في المال المرهون هذا اولاً ، ويصح بيعه بالمزاد العلني ثانياً ، والواقع ان احد الشرطين يغني عن الآخر ، لان كل ما يجوز التعامل فيه ، يجوز بيعه بالمزاد العلني ، والعكس

التي حرم الشرع التعامل فيها والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها وكل شيء غير ذلك ممكن ان يكون محلاً للحقوق المالية) تطابقها المادة (682) من القانون المدني الجزائري . (كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية . والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية).

(1) تطابق المادة (135) من القانون المدني المصري ، تقابل المادة (163) من القانون المدني الاردني (1-يشترط ان يكون المحل قابلاً لحكم العقد . 2- فان منع الشارع التعامل في شيء او كان مخالفاً للنظام العام والاداب كان العقد باطلاً) . تقابل المادة (188) من القانون المدني اليمني (لا يصح التعاقد على عين محرمة شرعاً ولا فعل محرم شرعاً او مخالفاً للنظام العام او الاداب العامة اللذين لا يخالفان أصول الشريعة الاسلامية) ، تطابق المادة (96) من القانون المدني الجزائري .

(1) انظر الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص 161 .
(2) تقابل المادة (2/1035) من القانون المدني المصري (ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، وان يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه وان يرد هذا التعيين أما في عقد الرهن ذاته او في عقد رسمي لاحق وإلا وقع الرهن باطلاً) ، تقابل المادة (1/1329) من القانون المدني الاردني (لا يجوز ان يقع الرهن التأميني الا على عقار يصح التعامل فيه او حق عيني على عقار) ، تقابل المادة (996) (ما يصح بيعه يصح رهنه إلا الوقف والهدى والأضحية التي لا يجوز بيعها والنابت دون المنبت والعكس بعد القطع) ، تقابل المادة (886) من القانون المدني الجزائري (ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه في المزداد العلني وان يكون معيناً تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وان يرد هذا التعيين اما في عقد الرهن ذاته او في عقد رسمي لاحق ، والا كان الرهن باطلاً) .

صحيح ايضاً⁽³⁾، وبذلك لايجوز رهن الوقف لعدم جواز التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، وعدم جواز رهن الاموال العامة ، لانها تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون ، وبذلك لايجوز بيعها بالمزاد العلني ، وبناء على ذلك لايصح رهن ما لايمكن بيعه بالمزاد العلني استقلالاً، فلا يجوز رهن حق الاستعمال ، وحق السكن الواردين على عقار ، إذ هما في الاصل من الحقوق المتصلة بشخص صاحبها ، والتي لايجوز بيعها بالمزاد العلني ، وبالتالي لايصح رهنها ، وكذلك حق الارتفاق لايجوز بيعه بالمزاد العلني مستقلاً عن العقار المخدم ، ومن ثم لايصح رهنه مستقلاً عن رهن العقار⁽⁴⁾. وكذلك لايجوز رهن العقار المشروط بعدم التصرف فيه ، ويجب النظر الى شرط المنع من التصرف، فاذا لم يتعارض الرهن معه كان صحيحاً ، وإلا فانه باطل ، وكذلك لايجوز رهن الحقوق العينية التبعية مستقلة عن الالتزام الذي تضمن الوفاء به ، لانه لايمكن بيعها مستقلة عن هذا الالتزام بل هي لا توجد اصلاً ما لم تستند الى هذا الالتزام ، وعلى هذا لايصح رهن حق الرهن التأميني ، او حق الرهن الحيازي⁽¹⁾، كذلك نلاحظ نص المادة اعلاه لم يتضمن على الجزاء المترتب على ورود الرهن على مال مرهون مخالفاً للنظام العام والآداب ، او مخالفاً لنص في القانون ، وانما يرجع في ذلك للقواعد العامة التي تقضي بان يكون محل الالتزام باطل اذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب ، اما الشرط الثالث وهو ضرورة ان يكون المال المرهون معيناً سواء أكان الرهن وارداً على عقار ، أم منقولاً ، أم دينياً ، أي ان عبارة النص تدل على التأكيد على مبدأ تخصيص الرهن⁽²⁾، ايضاً يشترط ذات الشروط في محل الرهن الحيازي وقد نصت المادة (1328)⁽³⁾ من القانون المدني العراقي على انه(يجوز ان يكون محلاً للرهن الحيازي كل ما يصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار ومنقول وديون . ويجوز بوجه خاص رهن الاراضي الاميرية رهنأ حيازياً) ، ويقصد بذلك كما رأينا فيما يتعلق بالرهن التأميني ان يكون من الممكن الحجز على المال وبيعه استقلالاً استيفاء لحقوق الدائن ، وبناء على ذلك لايرد الرهن الحيازي على الاموال العامة ، ولا على الاموال الموقوفة ، وبناء على ذلك لايصح رهن ما لايمكن بيعه بالمزاد العلني استقلالاً ، ويجوز

(3) انظر الدكتور سعيد سعد عبد السلام ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصر سابق ، ص204 ، وانظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص25، وانظر همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص272.

(4) انظر الدكتور محمد علي امام ، التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص258 وانظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص49.

(1) انظر الدكتور محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص46، والدكتور وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص191.

(2) انظر الدكتور احمد سلامة ، مصدر سابق ، ص95 ، وانظر محمد طه البشير ، الحقوق العينية التبعية ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص38.

(3) تقابل المادة (1097) من القانون المدني المصري (لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول او عقار) ، تقابل المادة (1373) من القانون المدني الاردني (يشترط في المرهون رهنأ حيازياً ان يكون مقدور التسليم عند الرهن صالحاً للبيع) ، تقابل المادة (996) من القانون المدني اليمني (ما يصح بيعه رهنه الا الوقف والهدى والاضحية التي لايجوز بيعها والنابت دون المنبت والعكس بعد القطع) ، تقابل المادة (949) من القانون المدني الجزائري (لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول او عقار) ، تطابق المادة (1101) من القانون المدني الليبي (لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول او عقار).

رهن الاموال المعنوية القابلة للبيع بالمزاد العلني ، كحق المؤلف ، وبراءة الاختراع ، وكذلك يجوز رهن الديون على ان رهنها لا يتم إلا بتسليم سند الدين المرهون الى المرتهن ، ولا يكون نافذاً في حق المدين إلا باعلان هذا الرهن اليه او بقبوله المادة (1354)⁽¹⁾ من القانون المدني ، ، ولكن رهن السندات الاسمية والسندات لأمر يتم بالطريقة المرسومة في قانون التجارة لحوالة هذه السندات المادة (1355)⁽²⁾ من القانون المدني وبذلك يجوز التعامل فيها وبالتالي يجوز رهنها⁽³⁾. ان ملخص ماتقدم يمكن اجمال الشروط الواجب توفرها في المال المرهون هي :

أ- ان يكون المال المرهون قابلاً للتعامل فيه ويصح بيعه بالمزاد العلني.

ب- خضوع المال المرهون لمبدأ تخصيص الرهن أي ان يكون معيناً تعييناً دقيقاً نافياً للجهالة .

ج- ان يكون مملوكاً للراهن ، يمكن التصرف فيه لاستيفاء دينه من ثمنه .

الفرع الثاني

قابلية المال المرهون للتعامل في الفقه الاسلامي

كل عين جاز بيعها جاز رهنها ، لان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل الى استيفائه من ثمن الرهن إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن ، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها ، لان ما كان محلاً للبيع كان محلاً للرهن ، ومحل الشيء محل حكمه ، إلا ان يمنع مانع من ثبوته ، لذا يذهب فقهاء الامامية⁽¹⁾ الى اشتراط كون المال المرهون قابلاً للتعامل فيه ، ويكون المال المرهون قابلاً للتعامل اذا امكن بيعه لاستيفاء الدين من ثمنه ، وهذا بالضرورة يدعي الى ان يكون المال المرهون قابلاً للتعامل فيه ، وان يكون المال قابلاً للملك ونقل الملكية ، فلا يصح رهن الخمر ، والخنزير مثلاً لانهما من الاعيان النجسة التي لاتباع ولا تشتري ، ولا رهن الميتة والانسان الحر والدم لانعدام ماليتهما ، ولا رهن الخمر ، من المسلم سواء أكان المتعاقدين مسلمين او احدهما مسلماً لان الرهن يتضمن ايفاء الدين ، ولا يجوز للمسلم ايفاء الدين من الخمر ولا استيفاؤه منه

(1) تقابل المادة (1123) من القانون المدني المصري ، تقابل المادة (1410) من القانون المدني الاردني ، تقابل المادة (975) من القانون المدني الجزائري .

(2) تقابل المادة (1124) من القانون المدني المصري ، تقابل المادة (1411) من القانون المدني الاردني ، تقابل المادة (976) من القانون المدني الجزائري.

(3) انظر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص596 ، والدكتور سعيد سعد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص555، وأ.ش.اكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص197، والدكتور محمد علي امام ، مصدر سابق ، ص474.

(1) انظر شيخ الطائفة ابا جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص210 ، والشيخ محمد جواد حسن العاملي ، مفتاح الكرامة ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص81 ، وانظر السيد احمد الخوانساري ، جامع المدارك في شرح المختصر النافع ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص245 ، السيد زين الدين بن علي العاملي ، (الشهيد الثاني) ، مسالك الافهام لا تنقيح شرائع الاسلام ، الجزء الرابع ، ص24 ، الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي ، (الشهيد الاول) ، الدروس الشرعية في فقه الامامية ، الجزء الثالث ، ص390 والسيد علي الطباطبائي ، رياض المسائل في بيان الاحكام بالدلائل ، الجزء الثامن ، مطبعة الشهيد ، قم ، 1404هـ ، ص195 ، والشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، الجزء الخامس والعشرون ، مصدر سابق ، ص125 ، وقد اشارت الى ذلك المادة (709) من شرح المجلة ، على انه (يشترط ان يكون المرهون صالحاً للبيع فيلزم ان يكون موجوداً ومالاً متقوماً ومقدور التسليم في وقت الرهن).

أي لابد في المال المرهون من كونه مالاً قابلاً لان يستوفي منه الحق ، فرهن الخمر ، والخنزير فهو له مالية عرفاً إلا انه لايقابل بالمال شرعاً لانه لايمكن استيفاء الحق منه أي ان رهن الخمر والخنزير باطل لمخالفته لنصوص الشريعة الاسلامية ، مما يدعي الى عدم التعامل فيه ، وكذلك لايجوز رهن المباحات كالماء في النهر، والصيد ، والحطب والحشيش اللذين لم يزرعهما الراهن ، لان المباحات غير مملوكة وانما تملك بحيازتها فانها تخرج من نطاق التعامل لعدم استنثار احد بحيازتها ، وكذلك لايجوز رهن الوقف ولا رهن الطير في الهواء إذ كان غير معتاد عودة ، فلا يصح رهن غير المملوك ، ولايصح رهن المصحف ، والعبد المسلم عند الكافر ، ولايصح رهن أرض الخراج ، لانها ليست مملوكة على الخصوص ، ويصح رهن ما بها من الشجر والبناء ، ولو قلنا يملكها تبعاً لها صح رهنها . وارض الخراج هي كل ارض فتحت عنوة لانها ملك للمسلمين.

فهم من ذلك ان الرهن في يد المرتهن يقابل الدين ، فيقتضي ان يكون المرهون له قيمة مالية في الخارج ، سواء أكان عيناً ، أم مالاً ، أم شيئاً يمكن الاستيفاء منه او من منافعه ، وعلى هذا فليس كل عين يصح رهنها ، فالخمر ، والخنزير ، والميتة أعيان ولكنها لاقيمة لها في الشرع فهي محرمة لذاتها ولوصف فيها، وبذلك تقديمها من الراهن عمل باطل⁽¹⁾.

اما بقية فقهاء المذاهب الاخرى⁽²⁾ ، فقد اتفقوا مع رأي مذهب الامامية على ان مايصح بيعه يصح رهنه وما لايصح بيعه لايصح رهنه ، وأن الشروط فيما يرهن ، كالشروط فيما يباع لان مقصود الرهن التوثيق للدين وذلك باستيفائه من ثمن المرهون عند تعذر تسديد الدين ويحصل ذلك بما يجوز بيعه ، وبما انه يجوز بيعه فانه يكون محلاً للتعامل فيه ، ولهذا لايكاد يظهر خلاف جوهرى بين الاقوال عند التفحص، والتدقيق، ولايشكل اختلاف العبارات ، والمصطلحات خلافاً ، ماداموا قد اتفقوا على الاصل وهو ان يكون القابل له قيمة يمكن تحديدها ، او بيعها ، أو تميمها، أي ان يكون

(1) انظر السيد عبد الاعلى الموسوي السيزواري ، مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام ، الجزء الواحد والعشرون ، مصدر سابق ، ص91 ، وانظر الشيخ ابا جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، الخلاف ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص609. وانظر الشيخ علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء ، الجزء الثالث ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 535هـ ، ص41.

(2) انظر عن فقهاء الحنفية ، القاضي محمد بن فرامر زين الدين علي الشهير بمنلا خسرو ، درر الحكام في شرح غرر الاحكام ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص252 ، الشيخ محمد زين الدين ابا راس شيخ جامع سيدي ابراهيم الدسوقي ، الجوهرة النبيرة ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص333، والشيخ علاء الدين ابا بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء السادس ، مصدر سابق ، ص135 والشيخ ابا بكر محمد السرخسي ، المبسوط ، الجزء الحادي والعشرون ، مصدر سابق ، ص150 .

وعن فقهاء المالكية ، الشيخ عبدالله محمد الخرش ، شرح الخرش على المختصر الجليل ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص236 ، الشيخ مالك ابن انس بن مالك الاصمعي ، المدونة الكبرى ، الجزء الرابع عشر ، مصدر سابق ، ص272. والقاضي أبا الوليد سليمان بن خلف الباجي ، المنتقى شرح موطأ مالك ، الجزء الخامس ، الطبعة الثالثة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1403هـ ، ص240.

وايضاً عن فقهاء الشافعية ، الشيخ شمس الدين محمد بن احمد الانصاري ، نهاية المحتاج في شرح المنهاج ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص232 والشيخ ابي عبدالله محمد بن ادريس الشافعي ، الام ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص163 وانظر الشيخ اسماعيل المزني ، مختصر المزني ، المطبعة الاميرية ، بولاق ، القاهرة ، 1321هـ ، ص96 ، والشيخ محمد بن احمد الشربيني ، شرح مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ص122.

محل الرهن يجوز التعامل فيه موجوداً وقت العقد ، مالاً متقوماً ، مملوكاً بنفسه ، مقدور التسليم معلوماً ، فلا يجوز رهن مالم ليس بموجود ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم ، لانعدام ماليتها ، مثلاً لايجوز رهن المباحات كالماء في النهر ، والصيد والحطب لان المباحات غير مملوكة أي انها تخرج عن جواز التعامل بها لعدم امكانية احترازها ، ولايجوز رهن الطائر الذي طار ، ولارهن الميتة والدم والخمر والخنزير ، لانها اعيان نجسة أي غير مشروعة للتعامل فيها ، نلاحظ ان يكون المال المرهون قابلاً للتعامل فيه محل اتفاق بين جميع الفقهاء ويمكن حصر شروط المال المرهون بمايلي وهي :

أ- ان يكون مقدور التسليم كالبيع فلا يصح رهن مالا يصح بيعه ورهن المال المسروق والمغصوب باطل لانه من الاعيان غير المضمونة .

ب- ان يكون مالاً منقوماً فلا يصح رهن غير المنقوم لانه لا يصح بيعه كالخمر والميتة والخنزير .

ج- ان يكون موجوداً فعلاً ومعيناً بالذات او بالوصف .

د- ان يكون للراهن ولايه فعلياً عليه أصالة او نيابية .

كل تلك الشروط يجب ان تتوفر في المال المرهون لانه هو المال الذي جعل ضماناً خاصاً لدين المرتهن بحيث يصلح للبيع حين حلول اجل الدين لاستيفائه من ثمنه .

أي نجد فكرة مشروعية المحل واضحة في الفقه الاسلامي ، من خلال اشتراط الفقهاء في الفقه الاسلامي في محل العقد أن يكون قابلاً لحكمه شرعاً ، فاذا لم يقبل حكمه ، لم يصلح محلاً ، ولم يصح العقد(1).

(1) أنظر الشيخ علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 2005 ، ص255 ، وأنظر الدكتور عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، الطبعة الثانية ، المطبعة العربية ، بغداد ، 1966 ، ص307 ، والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2005 ، ص336 .

الفصل الثالث

الآثار المترتبة على مبدأ تخصيص الرهن في القانون والفقہ

الاسلامى

إذا كان المال المرهون هو محل الرهن بنوعيه (التأميني والحيازي) فإنه ليس كل مال يصلح أن يكون محلاً له ، بل لا بد من توافر شروط فيه لا يقوم الرهن الا بها ، هذه الشروط يمكن تصنيفها الى طائفتين الاولى الشروط العامة ، وهي الواجب توافرها في أي مال يرد عليه الرهن ، والثانية الشروط الخاصة وتتمثل هذه الشروط بوجود من الضرورة ان يكون المحل موجوداً او ممكناً وشرط القابلية للتعامل فيه (مشروعاً) ، وشرط التعيين ، والذي يهمننا هو ضرورة ان يكون محل الرهن معيناً او قابلاً للتعيين ولا تثير الشروط الاخرى اشكالاً لذلك نحيل على القواعد العامة بشأنها⁽¹⁾. ولكن شرط التعيين يقتضي ايضاحاً ، فهذا الشرط يرجع الى طبيعة الحق العيني نفسه ، ونعني بذلك تعيين محل الرهن ، فالرهن كحق عيني تبقي ، لا ينشأ الا بتعيين محله ، وهكذا تبرز ضرورة تعيين محل الرهن، ولكن كيف يتم تعيين المحل كي يكون محلاً صالحاً يترتب عليه الرهن دون حيازة، وكما فصلنا ذلك سابقاً في الشروط المتعلقة بالمال المرهون ، فإنه يجب ان يتضمن عقد الرهن تحديداً دقيقاً للمال المرهون ، بيان طبيعته من كونه ارضاً زراعية او بستاناً ، او ارض بناء او منزلاً ، او مصنعة ، ما اذا كان الرهن وارداً على حق الملكية ، او على غيره من الحقوق العينية ، وكذلك بيان موقعه بالنسبة للمنطقة وما يحده من الجهات الاربعة او اسم المنطقة ، ويكفي التحديد الذي ينفي الجهالة فان كان العقار منزلاً فيكفي بذكر رقمه واسم الشارع والحي والمدينة ، فان جاء الرهن على عدة عقارات خصص بعضها على نحو ما سلف دون تخصيص للبعض الاخر صح الرهن بالنسبة لما تم تخصيصه وابطل بالنسبة للبعض الاخر . ويجوز ان يتم التخصيص في عقد الرهن ذاته او في عقد رسمي لاحق يلحق بالعقد الاول ، ولكن لايجوز تدارك عدم التخصيص في قيد الرهن (تسجيل الرهن) اذ العبرة بالعقد او ملحقه ومن ثم اذا لم يرد التخصيص بالعقد ، وجاء بالقيد كان الرهن باطلاً⁽¹⁾. أي يشترط في المال المرهون ان يكون عقاراً او حقاً عينياً عقارياً ، او منقولاً خاضعاً لاجراءات التسجيل ، وان يكون قابلاً للتعامل فيه ، وان يكون موجوداً وقت الرهن ، وان يكون معيناً تعييناً كافياً وان يكون مملوكاً للراهن⁽²⁾. وفي الشق الثاني من مبدأ تخصيص الرهن يجب ان يكون الدين المضمون محدداً تحديداً دقيقاً ، على ان تحديد الدين لا يمنع من ان يكون معلقاً على شرط او يكون ديناً مستقبلاً ، او ديناً احتمالياً وتطبيقاً لذلك يجوز ان يكون الدين اعتماداً مفتوحاً ، وهذا هو الدين المستقبل ، او حساباً جارياً ، وهذا هو الدين الاحتمالي ، لكن يجب في كل حال ان يتحدد مبلغ الدين

(1) انظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2004، ص203.

(1) انظر الدكتور محمد شتا او سعد ، التقنين المدني الجديد ، الجزء الرابع ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص1387.

(2) انظر الدكتور علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص328 ، الدكتور همام محمود زهران ، مصدر سابق ، ص56.

المضمون فان لم يمكن تحديده وجب ان يعين حد اقصى ينتهي اليه . فيجب ان يعين الدين المضمون تعييناً كافياً ، بأن يبين قدر الدين ، والاجل المحدد ، والفوائد ، وسعر الفائدة ، وتاريخ سريانها سواء أكان الدين منجزاً ، أم مؤجلاً ، ويجب ايضاً تحديد المدة التي يجوز السحب خلالها وبانقضائها يتحدد المبلغ المضمون بالرهن ، كما يجب بيان مصدر الالتزام فيوضح نوع العقد ، وقد يكون مصدر الالتزام عملاً غير مشروع لم يقدر التعويض عنه بعد فيجب بيان عناصر التعويض المعروفة ، وقد يكون الاثراء بلا سبب فلا يجوز ان يعقد الرهن لضمان الديون التي تثبت في ذمة المدين كلها ، سواء في اية مدة او في مدة معينة ، مادامت الديون نفسها لم تعين كل دين على حدة من ناحية المقدار والمصدر ، وكذلك لايجوز ان يمتد الرهن لضمان أي دين اخر لم يعين مقداره ، ولا مصدره في ذمة المدين بعد الدين المضمون بالرهن ، ويتحدد الدين المضمون بأمرين ، بمقداره وبمصدر الدين⁽³⁾. وبما ان الدين المضمون والذي هو الشق الثاني من مبدأ تخصيص الرهن يمثل السبب في عقد الرهن لذا يشترط به كما بينا سابقاً في الشروط المتعلقة بالدين المضمون أن يكون الدين المضمون موجوداً ، وأن يكون الدين المضمون مخصصاً ، أي معيناً تعييناً كافياً من حيث مصدره، وتاريخه ، ومحلّه ، ومقداره⁽¹⁾.

فاذا تم تخصيص المال المرهون والدين المضمون على النحو الذي بينا سابقاً فان مبدأ تخصيص الرهن ينتج اثره بالنسبة للمتعاقدين ، وبالنسبة للغير بوصفه عقداً صحيحاً نافذاً في مواجهة المتعاقدين وبالنسبة للغير ، اما اثر انعدام مبدأ تخصيص الرهن فيتربط عليه بطلان العقد وعدم نفاذ العقد لذا سوف يتم التطرق الى الاثار المترتبة على مبدأ تخصيص الرهن في حالة وجود تخصيص ، وفي حالة عدم وجود التخصيص ، وسوف نتناول الاثار من خلال مبحثين سنتناول في المبحث الاول أثر تخصيص المال المرهون من خلال مطلبين اثر تخصيصه في القانون واثر تخصيصه في الفقه الاسلامي اما المبحث الثاني أثر تخصيص الدين المضمون ومن خلال مطلبين ايضاً في القانون والفقه الاسلامي .

(3) انظر الدكتور محمد علي امام ، مصدر سابق ، ص 281 ، والدكتور عبدالسلام ذهني بك ، مصدر سابق ، ص 137 .

(1) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص 116 ، والاستاذ شاعر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص 201 ، والمستشار انور طلبه ، شرح التمويل العقاري ، مصدر سابق ، ص 17.

المبحث الأول أثر تخصيص المال المرهون

ان رهن المال دون حيازة هو حق عيني تبعي ، أي يخول صاحبه سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من استعمال حق التقدم ، وحق التتبع ، ومن مقتضى ذلك يجب تحديد محله بالذات ، وعلى ذلك فاذا انصب الرهن على شيء معين بالذات، وجب ان تكون ذاتية الشيء معروفة ، فيوصف وصفاً مانعاً للجهالة الفاحشة ، أما اذا كان المال المرهون غير معين بالذات وجب ان يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره⁽¹⁾، وقد طبق المشرع العراقي هذه القاعدة على الرهن التأميني العقاري ، لان هذا الشرط يفقد كثيراً من اهمية العملية في الرهن الحيازي ، لان الرهن الحيازي عقد لا يتم ولا ينعقد الا بالتسليم ، ومن البديهي ان المال يتعين بتسليمه ، وعليه فان هذا هو السبب في عدم ذكر المشرع العراقي لهذا الشرط في المادة (1328) تلك المادة التي تكفلت ببيان الشروط الواجب توفرها في محل الرهن جميعاً ، هذا من جهة ، ومن جهة اخرى فانه من الطبيعي ان لا يشترط المشرع العراقي التخصيص بعد ان اشترط التسجيل خاصة وان العراق يأخذ بنظام السجل العيني .

ونلاحظ المادة (2/1290)⁽²⁾ من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (ويجب ان يكون العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه وان يكون معيناً) وهكذا يجب ان يكون المال المرهون محل الرهن معيناً وكذلك الدين المضمون به بان يذكر مقداره ، وتاريخ استحقاقه ، والفوائد المترتبة عليه ... ، الى اخره .

وحاصل القول اذا كان التخصيص يحصل في الرهن الحيازي بالتسليم ، فانه يحصل في الرهن التأميني والرهن الوارد على المنقولات ذات الطبيعة الخاصة بالتسجيل ، واذا كان هذا هو مفهوم التعيين في الرهن بنوعيه فما هو اثر تخصيص المال المرهون ، وما هو اثر انعدامه في هذا الرهن⁽¹⁾؟

لذا سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين سنتناول في المطلب الاول اثر تخصيص المال المرهون في القانون وفي الثاني اثر تخصيص المال المرهون في الفقه الاسلامي ، ويتم التطرق ضمناً الى أثر انعدام التخصيص من خلال الكلام على اثر تخصيص المال المرهون .

المطلب الاول أثر تخصيص المال المرهون في القانون

(1) انظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص210.
(2) تقابل المادة (1035) من القانون المدني المصري ، تقابل المادة (1329) من القانون المدني الاردني ، تقابل المادة (886) من القانون المدني الجزائري ، تقابل المادة (996) من القانون المدني اليمني .
(1) انظر الدكتور انور طلبية ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء الثالث ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع ، ص719 والدكتور نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص47 ، والدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء العاشر ، ص349 والدكتور محمد كامل مرسي ، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص73.

القاعدة العامة هي ان الرهن التأميني بوصفه حقاً عينياً عقارياً ، لا ينشأ الا اذا تم تسجيله في دائرة السجل العقاري ، والا وقع الرهن باطلاً ، بيد انه لا يكتفي في ان يتوافر التسجيل حتى يقع الرهن صحيحاً ، بل لابد ان يحتوي العقد على بيانات معينة ويجب ان يبين فيه العقارات المراد تحميلها بالرهن ، وكذلك الدين المقصود ضمانه به، وهذا هو مبدأ تخصيص الرهن فاذا تم الرهن بهذه الطريقة وتوافرت شروط انعقاد الرهن الموضوعية ، والشكلية ترتبت عليه اثار فيما بين المتعاقدين ، واذا توافرت الاجراءات اللازمة لشهره عن طريق التسجيل اصبح سارياً في مواجهة الغير⁽²⁾.

وتحديد معنى المتعاقدين يشمل فضلاً عن المتعاقدين نفسهما (الراهن ، والمرتهن) خلفهما العام ، وخلفهما الخاص ، ودائنيهما العاديين ، أي متى قام العقد صحيحاً ، بان توافرت اركانه والشروط التي يتطلبها القانون فيها ، فانه يرتب اثاره التي هي الالتزامات الناشئة عنه ، والتي يتحملها المتعاقدان او احدهما ، بمعنى ان يلتزم اطراف العقد بتنفيذ تلك الالتزامات التي هي موضوع العقد ، بمعنى ان العقد لا يلزم الا عاقديه، فلا ينتج اثاره الا في مواجهتهما غير ان ذلك لا يعني ان يقف اثر العقد على اطرافه فحسب بل ان اثار العقد تمتد الى خلف هؤلاء⁽¹⁾.

والخلف العام ، هو من يخلف المتعاقد في ذمته المالية كلها او في جزء منها بوصفها مجموعة اموال ، اما الخلف الخاص فهو من يخلف المتعاقد في ملكية شيء معين او حق عيني اخر على هذا الشيء ، كالمشتري يخلف البائع في المبيع ، والموصي له بعين في التركة يخلف فيها الموصي ، والمنافع يخلف المالك في حق الانتفاع والمرتهن خلفاً خاصاً للراهن ، والخلف عاماً كان او خاصاً ، لا يعد من الغير في العقد فينصرف اليه اثره⁽²⁾.

فأما حق الرهن التأميني ، فهو حق يتقرر على عقار بمقتضاه يخصص هذا العقار لوفاء التزام معين ، ويتمثل هذا التخصص في تقدم الدائن بهذا الالتزام على الدائنين العاديين او الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن هذا العقار في أي يد يكون ، وهذا الحق لا ينشأ وفقاً للقانون المدني العراقي الا بعقد رسمي ، ولا يكون نافذاً قبل الغير الا بالتسجيل أو (القيد)⁽³⁾. في مديرية التسجيل العقاري⁽⁴⁾. عقد الرهن التأميني

(2) انظر الدكتور محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص 411. وقد قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم 11/2م/1978 بتاريخ 1978/1/30 بأنه (لا يثبت ملكية العقار بتصادق الطرفين بل يجب التثبت من قيدها في دائرة التسجيل العقاري) ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الأول ، السنة التاسعة ، 1978 ، ص 52.

(1) انظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص 330.
(2) انظر الدكتور محمد حسن قاسم ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 1994 ، ص 78 ، والدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص 541 ، والدكتور عبد المجيد الحكيم ، والاستاذ عبد الباقي البكري والدكتور محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص 129.

(3) القيد ، هو مصدر حق الرهن بالنسبة للطرفين وبالنسبة للغير ، ان حق الرهن لا ينشأ الا بالقيد ، ويقال لقيام للرهن فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إذ القيد ليس مجرد وسيلة لشهر الحقوق ، بل هو يعد ايضاً مصدراً مباشراً لكسبهما ومن ثم فهو لا يهم الغير فحسب ، بل يهم العاقدين ايضاً هذا في القانون المدني الاردني اما في القانون المدني المصري ، فالقيد لا يهم الا الغير وبهذا نصت المادة (1030) من القانون المدني المصري (ان الرهن لا يكون نافذاً في حق الغير الا اذا قيد العقد او الحكم المثبت للرهن) انظر الدكتور محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 77.

ينتج آثاره القانونية كافة بمجرد انعقاده ، وبغض النظر عن عملية الشهر فالمدين الراهن يصبح ملزماً بانشاء حق الرهن ، وضمان سلامته، وهذا الالتزام بانشاء حق الرهن كالاتزام بنقل الملكية ، ينشأ وينفذ بالفعل بمجرد انعقاد الرهن ، ودون حاجة لأي اجراء اخر من جانب الراهن . مادام هذا الاخير هو المالك للعقار محل الرهن وكان هذا العقار معيناً تعييناً دقيقاً مستوفياً لمبدأ تخصيص الرهن، فالمادة (247)⁽¹⁾ من القانون المدني العراقي تنص على انه (الالتزام ينقل الملكية او حق عيني اخر ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا ما كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون الاخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل) .

ولكن اذا كان حق الرهن ينشأ فيما بين المتعاقدين بمجرد انعقاد الرهن ، فانه لايسري في مواجهة الغير الا عندما يتم شهره تسجيله او (قيده) ، والحقيقة ان هذا الحق العيني ، ومايخوله من ميزتي التتبع ، والتقدم ، لا تظهر اهميته العملية الا اذا كان سارياً في حق الغير ، الامر الذي يقتضي تسجيله ، ولذلك كثيراً ما يضرب المثل في الرهن التأميني بوصفه التصرف الذي لاقيمة له ما لم يسجل⁽²⁾ .

وهذه الاهمية العملية لشهر الرهن التأميني ، وعدم وجود قيمة عملية ملموسة للرهن غير المشهر دفعت بعضهم الى حد القول بان المصدر الحقيقي للرهن التأميني (الرسمي) هي واقعة التسجيل او (القيد) ، اما العقد فلا يمكن ان يتولد عنه التأمين العيني بما يستتجبه من حق التقدم ، وحق التتبع ، وذلك ان العقد يقتصر اثره في الاصل على المتعاقدين ولايتعداهما ، في حين ان التأمين العيني يظهر اثره ابتداءً في حق الغير ، ولذلك فولاينشأ الا عن تلك الواقعة التي جعلها القانون مصدراً للتأمين العيني ، فالواقع ان حق الرهن ، لوجود له فيما بين المتعاقدين ولاينشأ عن عقد الرهن وهو اذا نشأ كان حتماً نافذاً في حق الغير والا لما كانت هناك فائدة من وجوده والحقيقة انه لايمكن انكار ان حق الرهن بوصفه حقاً عينياً لا تظهر قيمته الا اذا كان نافذاً في مواجهة الغير ، ولكن ذلك لاينفي ان هذا الحق يتولد عن عقد الرهن بمجرد انعقاده ، فالرهن غير المشهر ليس عديم الفعالية⁽¹⁾ .

فالمرتتهن يستطيع ان ينفذ على العقار المرهون قبل التسجيل او (القيد) بوصفه دائناً مرتتهناً لا بوصفه دائناً عادياً ، ويظهر هذا بصفة خاصة في الحالات التي لا يكون فيها للمرتتهن أي حق في الضمان العام في مواجهة الراهن كما لو كان الراهن شخصاً اخر غير المدين ، وهو الكفيل العيني كما يستطيع الراهن بموجب عقد الرهن غير المشهر ان يتتبع العقار المرهون في يد الخلف العام للمدين الراهن كالوارث الحائز للعقار دون ان يكون لهذا الاخير ان يتمسك بعدم قيام الدائن بشهر الرهن وهكذا فان عقد الرهن غير

(4) انظر الدكتور مصطفى محمد الجمال ، والدكتور حمدي عبد الرحمن ، المدخل لدراسة القانون ، مكتبة مسيرة الحضارة ، مصر ، 1997 ، ص 85 .

(1) تقابل المادة (204) من القانون المدني المصري والتي تنص على انه (الالتزام بنقل الملكية او أي حق عيني اخر ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق اذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل) .

(2) انظر الدكتور ياسر احمد كامل الصيرفي ، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر ، رسالة دكتوراه ، مقدمة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1992 ، ص 260 والدكتور منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص 33 .

(1) انظر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص 169 .

المشهر ليس مجرداً تماماً من كل فائدة عملية⁽²⁾. أي ان عقد الرهن يترتب آثاراً بين طرفيه من جهة ، وبالنسبة الى الغير من جهة اخرى بيد ان هذه الآثار لاتكون نافذة بين المتعاقدين ، او بالنسبة الى الغير ما لم تسجل في السجل العقاري .

حاصل ما تقدم نلاحظ اثر مبدأ تخصيص الرهن في حالة وجوده يترتب عليه اذا كان تعيين المال المرهون شرطاً من الشروط المهمة لنشوء الحق العيني ، فان الرهن الوارد على مال تجرد من التعيين لا يعد حقاً عينياً بالمعنى الصحيح ، بل هو حق شخصي ، وينشأ الحق العيني متى قام المدين باجراء هذا التعيين (أي اخذ بمبدأ تخصيص الرهن) او عند التنفيذ على المال ، ويرتد الى تاريخ الشهر⁽³⁾. ويعلل بعضهم ذلك بالقول ان العقد ينشأ الحق العيني مقترناً بشرط واقف، هو التعيين او مبدأ تخصيص الرهن ، فاذا ما تحقق الشرط ينشأ الحق وكان لنشوئه اثر رجعي يرتد الى تاريخ الشهر . بينما يرى بعضهم الاخر، ان التعيين لاينزل منزلة الشرط الواقف بوصفه وصفاً في الالتزام . فهذا الشرط يجب ان لا يكون مصدره الارادة ، كما انه يجب ان يكون عرضياً . وواقع الحال ان التعيين ، عند هذا الاتجاه الفقهي ، شرط اساس في العقد وذلك لايمكن ان يكون له هذا الأثر الرجعي⁽¹⁾.

وفي الواقع ان الرأيين متفقان في النتيجة فالرأي الاول ، هو الاخر يسلم بعدم وجود الأثر الرجعي قبل تعيين المال المرهون لانه لا يوجد حينذاك رهن مطلق . وهذا ما يصل اليه الرأي الثاني من عدم وجود الحق العيني بدون واقعة التعيين .

وبناءً على ما تقدم ، أي على عدّ الرهن الوارد على المال المرهون غير معين مجرد حق شخصي ، وان الحق المقرر للدائن المرتهن في هذه الحالة لا يثبت فيه حق التتبع ليس لان الامر حق عيني تجرد من سلطة التتبع ، ولكنه امر عدم وجود هذا الحق نفسه ، بمعنى ان الرهن التي حرمت من ميزة التتبع هي رهون ضعيفة ، وحاصل القول ان حق التتبع لا يظهر في الرهن بدون التعيين او التخصيص⁽²⁾.

وبذلك يبقى للراهن في الرهن التأميني ، حق الملكية على المال المرهون بعناصره الثلاثة فمن حقه التصرف بالمال المرهون ، واستعماله، واستغلاله، ومقابل تلك الحقوق ولما كان المال المرهون يبقى في حيازة الراهن ، فانه يلتزم بانشاء حق الرهن وضمن سلامة الرهن ، لان عقد الرهن عقد ملزم بجانب واحد ، وهو الراهن، لذا فانه يلتزم بأن ينشأ حق الرهن على المال المرهون ، هذا الحق الذي لا ينشأ بمجرد توافر الاركان الموضوعية لعقد الرهن ، وانما لا بد من توافر الاركان الشكلية لهذا العقد . وهو الالتزام الرئيس الذي تتجه ارادة الطرفين الى انشائه في عقد الرهن ، وان هذا الالتزام لا ينشأ بمجرد توافق الارادتين كما بينا وانما يلزم ان يسجل والا عدّ عقد الرهن باطلاً⁽³⁾.

ونلاحظ ان هناك خلافاً فقهيّاً حول تسجيل ذلك الحق ، فيذهب بعضهم الى ان حق الرهن ينشأ من تلقاء نفسه بمجرد انعقاد عقد الرهن صحيحاً ، ولأهمية للقواعد المتعلقة

(2) انظر الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص36.

(3) انظر سهام عبد الرزاق مجلي ، مصدر سابق ، ص80.

(1) انظر الدكتور احمد سلامة ، الرهن الطليق ، مصدر سابق ، ص112 ، والدكتور سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص149.

(2) انظر الدكتور محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص56 ، والدكتور سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص219 ، والدكتور احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق ، ص256.

(3) انظر الدكتور اسعد دياب ، ابحاث في التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص112.

بالتسجيل لذا يعد الراهن قد نفذ التزامه المتعلق بإنشاء حق الرهن ، بمجرد انعقاد الرهن صحيحاً ، اما التسجيل فهو يشترط لنهاذ الرهن في حق الغير . وبناءً على ذلك يكون للدائن المرتهن ان ينفذ على المال المرهون قبل التسجيل بوصفه دائناً مرتهنأ لا بوصفه دائناً عادياً .

ويظهر ذلك بوضوح في الحالات التي لا يكون للدائن المرتهن في مواجهة الراهن أي حق في الضمان العام ، وذلك عندما يكون الراهن كفيلاً عينياً⁽¹⁾.

بينما كما رأينا يذهب جانب آخر من الفقه الى ان الرهن مصدره الاساس ليس التصرف القانوني بمعنى عقد الرهن ، وانما الواقعة القانونية وهي واقعة التسجيل ، فحق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ بمجرد انعقاد الرهن ، وهو اذا نشأ كان حتماً نافذاً في مواجهة الغير . وإلا لما كانت هناك فائدة من وجوده ، فهو يقوم على اساسيين هما حق التقدم ، والتتبع ، فالاول يكون ما بين الدائن المرتهن والدائنين الاخرين ، والثاني ما بين الدائن المرتهن والمالك الجديد للمال المرهون وعليه فان حق الرهن لا ينشأ إلا ابتداءً من وقت التسجيل⁽²⁾ . وعليه فان التسجيل في القانون المدني العراقي يعد ركناً من اركان العقد الذي يرتب على تخلفه بطلان العقد⁽³⁾ . لذا يلتزم الراهن لكي ينفذ التزامه بانشاء حق الرهن ان يسجل الرهن في دائرة التسجيل . نلاحظ من ذلك انه خلاف له تأثير جوهري وله اثر عملي كبير .

اما الاثر المترتب على مبدأ تخصيص الرهن الحيازي:

يعد الرهن الحيازي من حيث التطور التاريخي ، مرحلة قديمة من مراحل تطور وسائل الائتمان فقد كانت العقلية القانونية لا تتصور ترتيب رهن للدائن على المال المرهون دون أن تنتقل حيازة هذا المال اليه . فالرهن الحيازي يقوم على اساس فكرة انتقال حيازة المال المرهون من الراهن الى المرتهن او العدل ، ويمتاز الرهن الحيازي في كونه يمنح الدائن ميزة اضافية من شأنها ان تقوي الضمان، تتمثل في حبس المال المرهون لحين الوفاء بالدين وتتجم عن هذه الميزة اضرار بالنسبة لطرفي عقد الرهن ، وتتمثل هذه الاضرار في حرمان الراهن من الانتفاع بنفسه فيما يملك وربما حرمانه من رهن المال لعدة دائنين ، وبالنسبة للمرتهن فهو يتحمل عبء المحافظة على المرهون وصيانتها وادارته ، وبسبب وجود المال في يد غير مالكة فمن المحتمل ان يتعرض لسوء الادارة ، والاستغلال مما يؤدي الى الاضرار بالمرتتهن وبالاقتصاد القومي عموماً .

(1) انظر الدكتور مصطفى محمد الجمال ، مصدر سابق ، ص92.

(2) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص76.

(3) انظر المادة (1286) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (لا يعقد الرهن التأميني الا بتسجيله في دائرة الطابو ..) ونصت المادة (1324) من القانون نفسه على انه (اذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط لتماحه ان يسجل في دائرة الطابو وفقاً للاوضاع المقررة قانوناً) ، ولكن قوانين خاصة نظمت استثناء على القاعدة العامة المنصوص عليها في القانون المدني، وجعلت التسجيل في بعض المنقولات كالمركبة ، والماكنة والسفينة والطائرة ركناً من اركان العقد ، انظر المادة (22) من قانون تسجيل السفن العراقي رقم 19 لسنة 1942 الى انه (تسجل في دائرة الملاحة الداخلية او في مركز اخر من مراكز التسجيل كافة معاملات البيع والرهن ونقل الملكية المتعلقة بجميع السفن لقاء دفع رسوم معينة كما في الجدول (أ) المربوط بهذا القانون ، . ونصت المادة (2/30) من قانون كتاب العدول رقم 33 لسنة 1998 على انه (لا تعقد التصرفات القانونية على الماكنة الا بتسجيلها لدى دائرة الكاتب العدل المختصة) ، وكذلك نصت المادة (5/5) من قانون المرور العراقي رقم 48 لسنة 1971 الملغي على انه (لا يعقد بيع المركبة الا اذا سجل في دائرة المرور المختصة) ، وكذلك ينص القسم رقم (7/5) من قانون المرور النافذ رقم 86 لسنة 2004 على انه (لا يعقد بيع المركبة الا اذا سجل في دائرة التسجيل المختصة) .

ونظراً لعيوب الرهن الحيازي فان الاتجاهات الحديثة تدعو الى قصره على المنقولات ولاسيما تلك التي لاتخضع لاجراءات التسجيل، لأن انتقال حيازة المنقول من الراهن فيه ضمان لحق المرتهن مما قد يجريه الراهن من تصرفات تضره ، كما فيه اشهار لاعلام الغير بان المرهون لم يعد من اموال الراهن الحرة⁽¹⁾، وكذلك يلزم لانعقاد الرهن الحيازي توافر ثلاثة اركان هي التراضي ، المحل، والسبب ويلزم لنفاذه في حق الغير توافر شرطين، هما مراعاة شكلية معينة في العقد ، وانتقال حيازة المرهون ، ويلزم لزام عقد الرهن الحيازي ولزومه حصول القبض ، ويمكن ان يرد الرهن الحيازي على العقارات، والمنقولات سواء أكانت خاضعة لاجراءات التسجيل أم غير خاضعة لها ويشترط في محل الرهن الحيازي ذات الشروط المطلوبة في محل الرهن التأميني من وجوب ان يكون المحل قابلاً للتعامل فيه ويمكن بيعه في المزاد ومعيناً تعييناً كافياً ومملوكاً للراهن⁽²⁾. والشرط الذي يتميز به محل الرهن الحيازي عن محل الرهن التأميني هو وجوب ان يكون مقدور التسليم ، وهذا امر طبيعي لان الرهن الحيازي يقوم على اساس انتقال المرهون الى المرتهن او العدل . وعليه لايحوز رهن الاموال المستقبلية رهنأ حيازياً⁽¹⁾.

ومع كل ما تقدم يبدو لنا ان مسألة تعيين المنقول، او المنقولات المرهونة مسألة موضوعية يترك امر تقديرها لقاضي الموضوع فاذا وجد البيانات الواردة بعقد الرهن كافية لتعيين المنقول حكم بصحة الرهن والعكس صحيح . واذا لم يتعين كل منقول مرهون تعييناً خاصاً فان الرهن يكون باطلاً ، وبالتالي يجوز لكل ذي مصلحة حق التمسك بهذا البطلان كالدائنين العاديين ، او الدائنين المرتهنين الاخرين ، والمدين نفسه ويرى بعضهم ان هذا الشرط في الرهن الحيازي يفقد كثيراً من اهميته العملية في ظل قانوننا المدني لان الرهن الحيازي عقد لا يتم ولاينعقد الا بالتسليم، ومن البديهي ان المال يتعين بتسليمه، وعليه فان هذا هو السبب في عدم ذكر المشرع العراقي لهذا الشرط في المادة (1328) تلك المادة التي تكفلت ببيان الشروط جميعها الواجب توافرها في محل الرهن⁽²⁾. هذا من جهة ومن جهة اخرى فان من الطبيعي ان لايشترط المشرع العراقي التخصيص بعد ان اشترط التسجيل⁽³⁾ ، ولاسيما العراق يأخذ بنظام التسجيل العيني .

(1) انظر الدكتور علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص388 ، والدكتور سليمان مرقس ، شرح القانون المدني، القاهرة ، المطبعة العالمية ، 1967، ص473.

(2) الدكتور محمد نجيب عوضين المغربي ، مصدر سابق ، ص33 والدكتور احمد محمد ابراهيم ، القانون المدني ، الطبعة الاولى، دار المعارف ، الاسكندرية ، 1964 ، ص991.

(1) انظر المادة (1/1322) من القانون المدني العراقي والتي تنص على (يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون)، تقابل المادة (1099) من القانون المدني المصري (1- على الراهن تسليم الشيء المرهون الى الدائن او الى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه.2- ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون احكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع)، تقابل المادة (1373) من القانون المدني الاردني (يشترط في المرهون رهنأ حيازياً ان يكون مقدور التسليم عند الرهن صالحاً للبيع) تقابل المادة (1002) من القانون المدني اليمني (يتم القبض بالتسليم ويكون في المنقول بنقله الى يد المرتهن وفي غيره بالتخليفة بينه وبين المرتهن وتمكين الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه ، ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون احكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع).

(2) انظر الدكتور محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه ، الحقوق العينية ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص503 والاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الحقوق العينية ، الجزء الثاني ، هامش رقم (2)، ص159.

(3) اذ قضت محكمة التمييز في احدي قراراتها بانه (اذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط ايضاً لتمامه ان يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للاوضاع المقررة قانوناً) انظر قرارها رقم 560 /مدنية اولى/ 1992 بتاريخ

وتجدر الإشارة بان تسليم المرهون الى الدائن المرتهن لا يكفي بذاته لترتيب اثار الرهن اذ لا بد من اجراء اخر وهو الكتابة ، حيث ان القانون المدني العراقي فقد ذهب الى اشتراط كتابة عقد الرهن الحيازي، وذلك لمنع تواطؤ المدين الراهن مع الدائن المرتهن للاضرار بالغير كتفضيل الدائن المرتهن على غيره من الدائنين من خلال تقديم تاريخ الرهن⁽¹⁾. وقد نصت المادة (2/1344) من القانون المدني العراقي على ان الرهن الحيازي (اذا وقع على منقول فيشترط لنفاده في حق الغير ان يدون في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ الموثق في الرهن والعين المرهونة بياناً كافياً. وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن). كما ونصت المادة (1352)⁽²⁾ على انه (يشترط لنفاد رهن المنقول في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة ان يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ ، يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المضمونة بياناً كافياً).

ويتضح مما تقدم ان الكتابة في رهن المنقول لا تعد ركناً للانعقاد ، ولا وسيلة للاثبات وانما هي شرط لنفاد الرهن في حق الغير ، وبما ان عقد الرهن يتم بموجب الشروط المطلوبة ، فانه يكون نافذاً اتجاه الغير والذي يعد هذا النفاذ اثراً من اثار مبدأ تخصيص الرهن ، وهذا في حالة وجود مبدأ التخصيص يكون العقد نافذاً فيما بين المتعاقدين، واتجاه الغير، ويقصد بالغير هنا كل صاحب حق يمكن ان يضر بسبب وجود الرهن أي نتيجة ما يخوله الرهن للدائن المرتهن من حق في الافضلية وفي التتبع⁽³⁾ . وعلى ذلك يعد من الغير.

أ- كل من يتقرر له حق عيني تبقي على العقار المرهون وجه الضرر لهم انه بنفاذ الرهن في مواجهتهم يتقدم الدائن المرتهن عليهم في استيفاء حقه من ثمن بيع المال المرهون، ومن ثم لا ينفذ الرهن تجاههم الا اذا كان مقيداً قبل اكتسابها⁽¹⁾.
ب- كل من اكتسب حقاً عينياً اصلياً على العقار المرهون ، شأن من انتقلت اليه ملكية العقار او اكتسب عليه حق انتفاع. وجه الضرر ان مقتضى نفاذ الرهن تمكن المرتهن من التنفيذ على المال المرهون تحت يدهم على تقدير عدم وجود حقوقهم . على اعتبار ان ينفذ عليه بالحالة التي كان عليها وقت قيد رهنه ، وبحيث لا يستطيعون ان يمنعوه من هذا التنفيذ، وعلى ذلك لا ينفذ الرهن تجاههم الا اذا كان مقيداً قبل كسبهم لحقوقهم أي قبل تسجيل التصرفات المنشئة لها⁽²⁾.

1992/6/22 ، القاضي ابراهيم المشاهدي ، المختار في قضاء محكمة التمييز ، الجزء الرابع ، مطبعة الزمان ، بغداد، 2000، ص21 .

(1) انظر الدكتور علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص391.

(2) تطابق المادة (1117) من القانون المدني المصري (يشترط لنفاد رهن المنقول في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة ان يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يعين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن) ، تقابل المادة (1405) ، (1403) من القانون المدني الاردني ، لا يوجد نص مماثل في القانون المدني اليمني ، تقابل المادة (696) من القانون المدني الجزائري .

(3) انظر محمد عبد سليمان الحراشنة ، فكرة سريان التصرف القانوني (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بابل، 1999، ص100 ، والمستشار مصطفى مجدي هرجة ، العقد المدني ، دار محمود للطباعة والنشر ، بدون مكان طبع ، 2002 ، ص532.

(1) انظر الدكتور محمد حسن منصور ، مصدر سابق ، ص532.

(2) انظر الدكتور همام محمد محمود زهران ، مصدر سابق ، ص203.

ج- الدائنون العاديون⁽³⁾ وجه الضرر ان قاعدة المساواة التي تحكمهم في التنفيذ على المال المرهون بوصفه داخلاً ضمن الضمان العام لمدينهم يعرقلها نفاذ الرهن في مواجهتهم ، بما يخول للمرتهن من حق التقدم عليهم ، ويكفي لنفاذ حق الدائن المرتهن في مواجهة الدائنين العاديين مجرد قيده لحقه مطلقاً ، ايا كان تاريخ قيده طالما تم القيد قبل تاريخ التنفيذ على المال المرهون⁽⁴⁾ .

وفضلاً عن انتقال الحيازة كشرط لنفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير، اشترط المشرع اجراءات خاصة ببعض انواع الرهن تختلف وفقاً لطبيعة المال المرهون وتشمل رهن العقار⁽⁵⁾ ، ورهن المنقول⁽⁶⁾ ، ورهن الدين⁽¹⁾ . فانه يلزم لنفاذ الرهن الحيازي تسجيل العقار في حق الغير فضلاً عن نقل الحيازة كشرط عام في كل رهن حيازي ان يتم شهر الرهن بقيده ، ولا يغني قيد الرهن عن ضرورة انتقال الحيازة لنفاذ الرهن في مواجهة الغير فان انتقال الحيازة والقيد شرطان لا يغني احدهما عن الاخر .

ويلزم اجتماع الشرطين معاً لنفاذ الرهن في حق الغير . وتحدد مرتبة الرهن في الوقت الذي يتوافر فيه الشرطان معاً ، فاذا قيد الرهن قبل انتقال الحيازة كان الرهن نافذاً من يوم انتقالها . اما اذا انتقلت الحيازة قبل قيد الرهن فان درجته وسريانه في مواجهة الغير يتحددان من يوم القيد⁽²⁾ .

ويستلزم اتمام القيد ان يكون عقد الرهن ثابتاً في محرر مصدقاً على التوقيعات فيه ويجب ان يتضمن الشروط المتفق عليها كافة بما في ذلك تخصيص العقار المرهون والدين المضمون بالرهن ، وكذلك يشترط لنفاذ الرهن الحيازي على المنقول في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة ايضاً ان يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن ، والعين المرهونة بياناً كافياً ، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن ويقصد بهذا الاجراء حماية الغير من صور عديدة للغش قد يعمد اليه الراهن . يسهل وقوعها ويصعب اثباتها ، كتقديم التاريخ، او زيادة قدر الدين المضمون بالرهن، او الادعاء بوجود رهن على المنقول، لوجود له في الحقيقة، تهريباً له من دائنه او استبدال المنقول المرهون باخر اقل او اكثر قيمة منه⁽³⁾ . من هذا نلاحظ ان الكتابة شرط لنفاذ المنقول في حق الغير ، أي انها اجراء ضروري للاحتجاج بالرهن في

(3) الدائنون العاديون ، يقصد بهم الدائنون العاديون للراهن سواء أكان هو المدين أم كان الكفيل العيني .

(4) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص 98.

(5) انظر المادة (1324) من القانون المدني العراقي ، تقابل المادة (1114) من القانون المدني المصري ، تقابل المادة (1402) من القانون المدني الاردني ، لا يوجد نص مماثل في القانون المدني اليمني ، تقابل المادة (699) من القانون المدني الجزائري .

(6) انظر المادة (1352) من القانون المدني العراقي ، تقابل المادة (1117) من القانون المدني المصري ، تقابل المادة (1405) من القانون المدني الاردني ، لا يوجد نص مماثل في القانون المدني اليمني ، تقابل المادة (969) من القانون المدني الجزائري ، تقابل المادة (2074) من القانون المدني الفرنسي .

(1) انظر المادة (1354) من القانون المدني العراقي ، تقابل المادة (1123) من القانون المدني المصري ، تقابل المادة (1410) من القانون المدني الاردني ، لا يوجد نص مماثل في القانون المدني اليمني ، تقابل المادة (975) من القانون المدني الجزائري .

(2) انظر الدكتور محمد حسن منصور ، المصدر السابق ، ص 463 ، والدكتور همام محمد محمود زهران ، المصدر السابق ، ص 385 ، والدكتور محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 173.

(3) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص 241.

مواجهة الغير ، شأنها في ذلك شأن اجراء القيد في رهن العقار ، ويشترط ان تكون هذه الورقة ثابتة التاريخ ولايحتج بها على الغير الا من يوم الثبوت .
وكذلك رهن الدين لا يكون نافذاً في حق المدين الا باعلان هذا الرهن اليه أو بقبوله له ، ولا يكون نافذاً في حق الغير الا بحياسة المرتهن لسند الدين المرهون ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للاعلان او القبول ، يتضح من ذلك ان رهن الدين يسري في حق المدين اذا قبله او اعلن به ، اما نفاذ الرهن بالنسبة للغير فيستلزم ان يتسلم المرتهن سند الدين ، وان يكون الرهن نافذاً في حق المدين باعلانه، او قبله ، وان يكون هذا القبول ثابت التاريخ ، واعلان المدين يكون دائماً ثابت التاريخ لحصوله في ورقة رسمية، وتتحدد مرتبة الرهن بالتاريخ الثابت لقبول المدين، او لاعلانه ، اذا تسلم المرتهن سند الدين قبل هذا التاريخ اما اذا تسلم السند بعد التاريخ الثابت لقبول، او الاعلان ، فان مرتبة الرهن تتحدد من تاريخ التسليم(1).

ملخص ما تقدم الى جانب الشروط التي يجب توافرها في مختلف انواع الرهون الحيازية لسريانها على الغير ثمة شروط خاصة اوجب المشرع توافرها لسريان الرهن على الغير، وهذه الشروط الاخيرة تختلف باختلاف طبيعة المال المرهون بالنسبة للعقارات، من ضرورة سريان الرهن العقاري على الغير واقعة القيد ، وتخصيص الرهن، وسريان رهن المنقولات المادية واقعة الكتابة التدوين في عقد ثابت التاريخ وبيان الدين المضمون والعين المرهونة ، اما سريان رهن الدين على الغير تختلف شروط سريان الرهن على الغير باختلاف ما اذا كان الدين المرهون ثابتاً في سند عادي او سند اسمي ، او سند لحامله(2).

اما الاثر المترتب في حالة عدم تخصيص المال المرهون .وبما أن المال المرهون يمثل المحل في عقد الرهن، وان السبب في عقد الرهن هو الدين المضمون، ويشترط لانعقاد الرهن التأميني، والرهن الحيازي الذي يرد على عقار من حيث الشكل ان يتم العقد في ورقة رسمية يحررها موثق مختص ، وهو دائرة التسجيل العقاري ، وان يتضمن العقد البيانات الواجبة التي يتم بها تعيين المال المرهون، والدين المضمون تعييناً دقيقاً وهذا ما يطلق عليه مبدأ تخصيص الرهن ، لذا سوف نقوم ببحث الاثر المترتب على الاخلال بركن المحل أي المال المرهون ، والاخلال بركن الشكلية التي يتطلبها القانون .

وإذا كان المال المرهون هو محل الرهن بنوعيه (التأميني والحيازي) فانه ليس كل مال يصلح ان يكون محلاً بل لابد من توافر شروط فيه لايقوم الرهن الا بها ، وهذه الشروط يمكن ان نجدها في التشريع ، كما ان الفقه من جانبه وضع قسماً منها، وهي شروط يمكن تصنيفها الى طائفتين الاولى الشروط العامة وهي الواجب توافرها في أي مال يرد عليه الرهن ، والثانية الشروط الخاصة وتتمثل هذه الشروط وكما يتم التطرق اليها هي شرط الوجود، وشرط القابلية للتعامل، وشرط التعيين ولايثير الشرطان الاوليان اشكالاً لذا نحيل الى القواعد العامة بشأنهما، ولكن شرط التعيين يقتضي ايضاحاً فهذا الشرط يرجع الى الى طبيعة الحق العيني نفسه ، ونعني بذلك تعيين محل الرهن ،

(1) انظر الدكتور سعيد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص 621.

(2) انظر الدكتور محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص 209 ، عقيل مجيد كاظم السعدي ، رهن الاسهم في الشركات ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون /جامعة بابل ، 2005، ص 99.

فالرهن كحق عيني لا ينشأ الى بتعيين محله وهكذا تبرز ضرورة تعيين محل الرهن بنوعيه وما هو الاثر المترتب على انعدام التعيين ، اذا كان تعيين المال المرهون شرطاً مهماً لنشوء الحق العيني⁽¹⁾. فان الرهن الوارد على عقار او منقول تجرد من التعيين لا يعد حقاً عينياً بالمعنى الصحيح بل هو حق شخصي⁽²⁾، وينشأ الحق العيني متى قام المدين باجراء هذا التعيين ، ويترتب على وصف الرهن الوارد على المال غير المعين مجرد حق شخصي ، وان الحق المقرر للدائن المرتهن في هذه الحالة لا يثبت فيه حق التتبع ليس لان الامر حق عيني تجرد من سلطة التتبع ، ولكنه امر عدم وجود هذا الحق نفسه ، بمعنـــــى ان الرهنـــــون التـــــي

حرمت من ميزة التتبع هي رهون ضعيفة⁽¹⁾ ، وحاصل القول ان حق التتبع لا يظهر في الرهون بدون التعيين او التخصيص⁽²⁾ ، وان الغرض من التخصيص هو حماية الراهن ، اذ يتحدد المال المرهون، والدين المضمون ، ويستطيع الراهن بذلك ان يقيد مما تبقى من القيمة الائتمانية وكذا يرمي التخصيص الى حماية الدائنين العاديين، والممتازين لكي يتسنى لكل ذي حق ان يعرف وعاء حقه⁽³⁾.

ذكرنا انه يشترط في انعقاد الرهن بنوعيه ان يذكر في العقد البيانات المتعلقة بالتخصيص، أي البيانات التي تبين المال المرهون سواء اكان الرهن وارداً على عقار أم منقولاً ، أي يشترط في محل الالتزام ان يكون معيناً او قابلاً للتعيين ، وتختلف طريقة تعيين المال المرهون باختلاف، ما اذا كان من الاشياء المعينة بالذات، وجب تعيينه تعييناً يميزه عن غيره ، وتتوقف طريقة التعيين على طبيعة الشيء ، فالأرض الزراعية تعيين بمساحتها، وموقعها، وحدودها، ونوعها ، والعقار المبني يعين بمساحته وبموقعه، ومشمولاته، اما اذا كان من غير الاشياء المعينة بالذات وجب تعيينه بأوصافه أي جنسه ونوعه ومقداره⁽⁴⁾، واذا كانت القواعد العامة تقضي بضرورة تعيين محل العقد او محل الالتزام تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة والا وقع العقد باطلاً نص المادة (128)⁽⁵⁾ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (1- يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً

(1) الحق العيني : هو سلطة يقرها القانون لشخص على شيء مادي معين تمكنه من استعمال هذا الشيء والانتفاع به على نحو او الى اخر .

(2) الحق الشخصي : هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً او يقوم بعمل او يمتنع عن عمل ، انظر الدكتور مروان كركبي والدكتور سامي منصور ، مصدر سابق ، ص61.

(1) لان سلطة التتبع في هذه الرهون تصطدم بعقبتين هما قانونية مضمونها ان الاسترداد ما هو الا اعادة لشيء مفرز من بين يدي الغير ، والمال في العلاقة بين الدائن والمدين غير مفرز ، وثانيهما عملية مضمونها ان الشيء المثلي حين ينتقل الى ذمة المتصرف اليه يذوب فيها ويستحيل على المرتهن ان يحدد هذا الشيء او ذاك هو الذي ارتهن.

(2) انظر الدكتور احمد سلامة ، الرهن الطليق ، مصدر سابق ، ص110.

(3) انظر الدكتور سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص42.

(4) انظر الدكتور محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص53.

(5) تقابل المادة (133) من القانون المدني المصري ، تقابل المادة (161) من القانون المدني الاردني ، تقابل المادة (192) من القانون المدني اليمني ، تقابل المادة (94) من القانون المدني الجزائري ، انظر الدكتور احمد سلامة ، مصدر سابق ، هامش رقم (7) ، ص184 ، (ان عقد الرهن ينعقد صحيحاً من حيث الموضوع متى كان محله معيناً او قابلاً للتعيين، ولكنه لا ينعقد صحيحاً من حيث الشكل الا اذا تضمنت الرسمية المنشئة له بيانات معينة وهذه البيانات المعنية يتعلق جانب منها بالعقار المرهون ، ويتعلق الجانب الاخر بالدين المضمون).

تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء اكان تعيينه بالإشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او بيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات او بنحو ذلك مما تنفي به الجهالة الفاحشة ، ولا يكفي بذكر الجنس عن القدر والوصف .
2- على ان يكفي ان يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه اخر .3- فاذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل) . ولا يشترط وفقاً للقواعد العامة في محل العقد ان يكون معيناً من وقت العقد بل يكفي ان يكون قابلاً للتعيين ، كأن برهن شخص ما سيستجد له من عقار . وفي هذه الحالة يستحيل ان ينشأ الحق العيني من وقت العقد ، وانما يمكن تصور نشوئه بمقتضى ذلك العقد من الوقت الذي يستجد فيه العقار ، لان المانع من نشوء الحق العيني يكون قد زال، بتحقيق محل هذا الحق وتعيينه بالذات ، غير ان المشرع لم يكتف بتطبيق القواعد العامة في عقد الرهن بل شدد في شرط تعيين محل الرهن تشديداً يجعل الرهن مخصصاً بمحل معين بالذات من وقت تقريره⁽¹⁾. فقد نصت المادة (2/1290) (2) من القانون المدني العراقي على انه (2- ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وان يكون معيناً) أي يجب ان يكون العقار المرهون معيناً تعييناً دقيقاً نافياً للجهالة ويعبر عن هذا الشرط بمبدأ تخصيص الرهن ، نلاحظ من نص المادة اعلاه يشترط ان يكون محل الرهن معيناً من وقت ابرام عقد الرهن، والتعيين يكون في العقد ذاته ، وان الاثر المترتب على عدم تعيين المال المرهون ، والذي يمثل شرطاً من شروط تخصيص المال المرهون في محل الرهن والذي ينعدم فيه اثر العقد فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير تبعاً لذلك .

ويعرف البطلان في الفقه القانوني بانه (وصف يلحق بالتصرف القانوني لنشأته مخالفاً لقاعدة قانونية او اتفاقية فيؤدي الى توقيع جزاء يتمثل في شل فعالية التصرف القانوني وافتقاده آثاره القانونية)⁽³⁾. او جزاء قانوني بسبب الاخلال بركن من اركان العقد الاربعة وهي الرضا ، والمحل ، والسبب ، والشكل ، (اذا كان العقد من العقود الشكلية)⁽¹⁾ أو بسبب الاخلال بشرط من شروط صحة اركان العقد التي يتطلبها القانون ، او بمعنى اخر هو جزاء قانوني على عدم استجماع العقد لاركانه كاملة ومستوفية لشروطه⁽²⁾.

وبطلان العقد هو الجزاء الذي يترتب على عدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون في تكوين العقد وبما ان التخصيص في عقد الرهن يعد شرطاً لازماً لصحة انعقاده والتخصيص يكون في عقد الرهن ذاته فاذا لم يتم التخصيص بالطريقة التي نص عليها

(1) انظر الدكتور سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص112.

(2) تقابل المادة (2/1035) من القانون المدني المصري ، تقابل المادة (2/1329) من القانون المدني الاردني ، تقابل المادة (886) من القانون المدني الجزائري.

(3) انظر الدكتور عبد الحكم فودة ، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1993 ، ص15.

(1) انظر الدكتور عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1967 ، ص469.

(2) انظر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص486.

القانون، وهي ضرورة تعيين المال المرهون، والدين المضمون في عقد الرهن ذاته . وان تذكر في العقد البيانات المتعلقة بالتخصيص، وان هذه البيانات تقسم على قسمين البيانات الجوهرية، والبيانات الثانوية فيجعل البطلان جزاء الخطأ في البيانات الجوهرية، او تخلفها، ولا يترتب البطلان على التخلف أو الخطأ في البيانات الثانوية ، والبطلان يترتب على تخلف البيانات الجوهرية بشرط ان ينتج عن تخلف تلك البيانات ضرر يلحق الغير ، ولا يطلب البطلان إلا من اصابه الضرر، وللمحكمة ان تحكم به تنتقص من اثره تبعاً لماهية الضرر وجسامته ، ويعتبر من البيانات الجوهرية اذا كان ذكرها يقتضيه مبدأ تخصيص الرهن واغفالها يهدر هذا المبدأ⁽³⁾. فان تخلف بيان من هذه البيانات الجوهرية، او حصل خطأ فيه ، فان التخلف، والخطأ يترتب عليه البطلان، مثلاً ان يخلو العقد من ذكر اسم الراهن، او تعيين مقدار الدين المضمون، او تحديد العقار المرهون ، فان هذه البيانات جوهرية يقتضيها مبدأ تخصيص الرهن ، وتكون البيانات ثانوية، اذا لم يقتضها مبدأ تخصيص الرهن، وانما يستلزمها المشرع لاعتبارات ادارية تتعلق بتنظيم احكام التسجيل، او (الشهر)⁽¹⁾. وتيسير اجراءاته ، مثل مايتصل بذكر رقم العقار المرهون، اذا كان منزلاً ، او مايتعلق بتعيين محل مختار للدائن المرتهن ، فهذه البيانات الثانوية لا يستوجب اغفالها، او الخطأ فيها البطلان وليس للقاضي ان يحكم ببطلان العقد من تلقاء نفسه⁽²⁾. وانما حسم المشرع العراقي ذلك فان قانون التسجيل العقاري العراقي⁽³⁾. يدل نصوص المواد (2/305) ، والمادة (307) ، والمادة (2/325) على ضرورة ذكر البيانات الجوهرية عند تسجيل عقد الرهن بنوعيه حيث يجوز ان يطلب البطلان من وقع عليه الضرر، بسبب اغفال البيانات او بسبب عدم ضبطها ، وعليه يقع اثبات الضرر، والقاضي يحكم بالجزاء فيحدده في نطاق الضرر، ومداه ، ويستند في ذلك الى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية وتحقق اركان المسؤولية بنسبة الخطأ الى الدائن وهو مفترض من اغفال البيانات، او الخطأ فيها ، بوقوع الضرر، وبتوافر صلة السببية بين الخطأ والضرر ، ويختلف التعويض بحسب الاحوال ، فيكون بعدم سريان العقد في مواجهة من اصابه الضرر لان التمسك بالبطلان غير قاصر على احد طرفي العقد الباطل بل هو جائز لكل من طرفي العقد الباطل ، وسبب ذلك ان علة البطلان هنا لا تتعلق بأحد العاقدين حتى يقتصر عليه التمسك بالبطلان، بل ترجع علة البطلان الى عدم توافر ركن من اركان العقد وهو

(3) انظر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص447.
(1) ويميز المشرع المصري بين التسجيل، والقيد اذ يعني بالآخر القيد استخلاص بعض البيانات الواردة في العقد واثباتها في سجل الشهر ، ويريد بالتسجيل اثبات صورة كاملة من العقد في سجل الشهر، وهذا الاخير يبقى اثره خلافاً للقيد الذي يجب تحديده ، وهاتان الطريقتان تندمجان في صورة واحدة هي (التسجيل في التشريع العراقي فليس هناك فرق بين التسجيل، والقيد بموجب قانون التسجيل العقاري العراقي) انظر المادة (74) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971 ، انظر الدكتور سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة السادسة ، بدون مكان طبع ، 1987 هامش رقم (65) ، ص611.
(2) انظر الدكتور محمد لبيب شنب ، المصدر السابق ، ص78، والدكتور منصور مصطفى منصور ، المصدر السابق ، ص64.

(3) فقد جاء في المادة (2/3) منه (لاينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

انعدام المحل أي ترجع الى انعدام العقد قانوناً ما دامت علة البطلان راجعة الى عدم قيام العقد فان التمسك ببطلانه يكون من حق الطرفين (1) المادة (3/137)(2) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (ويكون باطلاً ايضاً اذا اختلفت بعض اوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون).

فأسباب البطلان اما خلل في ذات العقد ومقوماته، أي في ركنه، واما خلل في اوصافه الخارجية عن ذاته ومقوماته ، فالاول مثل ان يصدر الايجاب، او القبول ممن ليس اهلاً للتعاقد، او لا يوافق القبول الايجاب، او ان يكون المحل مما لا يجوز التعامل فيه، او ان يكون خالياً عن سبب، او ان يكون السبب غير مشروع ، او ان يكون المحل او السبب مخالفاً للنظام العام فكل من هذا الاخلال يمس ذات العقد ومقوماته ، والثاني مثل ان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة، او لا يستوفي الشكل الذي فرضه القانون(3).

وتعريف البطلان الذي يتلائم مع انعدام مبدأ تخصيص الرهن هو العقد الذي يتخلف ركن من اركانه الاربعة الرضا ، او المحل، او السبب، او الشكل (اذا كان من العقود الشكلية) او يختل وصف من اوصافه فهو عقد غير مشروع، او بمعنى اخر هو جزاء قانوني يسبب الاخلال بشرط من شروط صحة اركان العقد التي يتطلبها القانون وبما ان نص المادة (1/1286)(1) من القانون المدني العراقي تنص على انه (1- لا ينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري وعلى كل من المتعاقدين ان يعين محل اقامة المختار في البلد الذي تم فيه التسجيل ويعطي لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما بعد اخذ تقريرهما في مواجهة الشهود) ، والمادة (1324)(2) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (اذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط ايضاً لتمامه ان يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للاوضاع المقررة قانوناً) ، والمادة (2/305) (لا ينعقد الرهن الا بالتسجيل في السجل العقاري) ، والمادة (2/325) من قانون التسجيل العقاري والتي تنص على انه

(1) انظر الدكتور محمد المنجي ، دعوى بطلان العقد ، الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف ، لاسكندرية ، 2006 ، ص411.

(2) تقابل المادة (1/133) من القانون المدني المصري، والتي تنص على انه (اذا لم يكن محل الالتزام مبيناً بذاته وجب ان يكون مبيناً بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلاً)، وفي المادة (1/419) منه تنص على انه (يجب ان يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً ، ويعتبر العلم كافياً ، اذا اشتمل العقد على بيان المبيع ووصافه الاساسية ، بياناً يمكن من تعرفه)، تقابل المادة (161) من القانون المدني الاردني (1- يشترط في عقود المعاوضات المالية ان يكون المحل معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة بالاشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او بيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات بنحو ذلك مما تنفي الجهالة الفاحشة . 3- فاذا لم يعين المحل الى النحو المتقدم كان العقد باطلاً) ، تقابل المادة (192) من القانون المدني اليمني والتي تنص على انه (يلزم ان يكون محل العقد معيناً تعييناً تاماً نافياً للجهالة المؤثرة)، تقابل المادة (94) من القانون المدني الجزائري (اذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب ان يكون معيناً بنوعه والا كان العقد باطلاً).

(3) انظر استاذنا الدكتور منصور حاتم محسن ، فكرة تصحيح العقد (دراسة مقارنة) ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2006 ، ص16.

(1) تقابل المادة (1/1031) من القانون المدني المصري ، وتقابل المادة (1323) من القانون المدني الاردني ، ولا يوجد نص مماثل في القانون المدني اليمني ، تقابل المادة (883) من القانون المدني الجزائري.

(2) تقابل المادة (1114) ، (1117) من القانون المدني المصري ، وتقابل المادة (1402) ، (1405) من القانون المدني الاردني ، تقابل المادة (1001) في القانون المدني اليمني ، تقابل المادة (966) ، (969) من القانون المدني الجزائري.

(لا ينعقد الرهن الحيازي الوارد على العقار الا بالتسجيل في السجل العقاري) ويمكن تعريف عقد الرهن التأميني الذي يتم بالمخالفة للمادة (1/1286) من القانون المدني (بأنه عقد الرهن التأميني الذي ينعقد في غير الشكل الرسمي ، أي العقد الذي لا يحرره الموظف او الموثق المختص بتحرير عقود الرهن في دائرة التسجيل العقاري في العراق وهو الشكل الذي يرسمه القانون ويكون جزاء تخلفه بطلان التصرف). وتتلخص احكام عقد الرهن بنوعيه الذي يتم بالمخالفة المواد اعلاه في النقطتين التاليتين :

اولاً : القاعدة في عدم جواز مخالفة عقد الرهن بنوعيه (التأميني، والحيازي) لحكم المواد (1/1286) والمادة (1324) من القانون المدني ، والمواد (2/305) والمادة (2/325) من قانون التسجيل العقاري .
ثانياً الجزاء المترتب على مخالفة حكم المادة (1/1286) والمادة (1324) من القانون المدني .

وقد عالج المشرع العراقي في القانون المدني وقانون التسجيل العقاري احكام التسجيل معالجة تختلف عما اورده المشرع المصري⁽¹⁾ والقوانين الاخرى . فالنصوص القانونية في القانون المدني العراقي تؤكد على ان التسجيل يعد ركناً من اركان العقد ، وان الرهن الوارد على عقار لا ينعقد الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري، ولم يقتصر التسجيل بوصفه ركناً من اركان العقد على العقار، بل توسع ليشمل بعض المنقولات⁽²⁾ .

ويتبين من هذه الفقرات ان عقد الرهن بنوعيه، لا ينشأ من حيث الشكل، الا بورقة رسمية ، فقد جعل المشرع من الرسمية شكلاً لا ينعقد العقد بدونه ، أي لا ينعقد عقد الرهن الا اذا كتب في ورقة رسمية ويطلق الرهن على العقد الرسمي وعلى الحق العيني الذي ينشئه هذا العقد⁽³⁾ .

والمقصود بالرسمية⁽⁴⁾ أي ان يتم الرهن بورقة رسمية، والعقد الرسمي لا يكون كذلك الا اذا قام بتحريره موظف مختص بتحرير العقود ، وهذا الموظف هو الكاتب العدل او من منح صلاحية عن الموظفين المحققين في الدوائر الحكومية⁽⁵⁾ . فعقد الرهن من العقود التي يتطلب القانون لبرامها مراعاة شكل خاص ، اذ ان الاصل في انعقاد العقود في القوانين الحديثة ، ومنها القانون المدني العراقي هو الرضائية .

(1) انظر المادة الاولى من قانون التسجيل المصري رقم (18) لسنة 1923 والمادة (9) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم (114) لسنة 1946 .

(2) وبطريقة الاستثناء قد نظم التسجيل او (الشهر) بالنسبة لانتقال بعض المنقولات التي تعين ذاتيتها وبعض المنقولات مادية ، وبعضها معنوي ، مثال المنقولات المادية ، السفن، الطائرات ، المركبات ، ومثال المنقولات المعنوية السندات الاسمية، والتي تحت الاذن ، انظر الدكتور محمد كامل مرسي ، شهر التصرفات العقارية ، مصدر سابق ، ص19 .

(3) انظر الدكتور احمد سلامة ، مصدر سابق ، ص182 ، وقد جاءت ترجمة الورقة الرسمية في المادة (2127) من القانون الفرنسي (ان الرهن لا ينشأ الا بعقد رسمي ، أي انه ادق من النصوص العربية) .

(4) انظر الدكتور عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ، المجلد الاول ، الكويت ، 1982 ، ص456 .

(5) انظر المواد (82 ، 83 ، 84 ، 85) من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ رقم (43) لسنة 1971 وتعديلاته ، وانظر الدكتور محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه ، الحقوق العينية ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص406 ، وانظر الدكتور محمد جمال عطية ، الشكلية القانونية ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ، 1993 ، ص200 .

وان شكلية الرهن الواردة على عقار، او على منقول دون حيازة⁽¹⁾، لا تقتصر على ضرورة ان ينعقد العقد بعقد رسمي بل لأبد من شمول العقد على بيانات يطلق عليها عادة تخصيص الرهن ، فهذا التخصيص هو الشرط الثاني من شروط شكلية الرهن وهذه البيانات المعينة يتعلق جانب منها في المال المرهون ، ويتعلق الجانب الآخر بالدين المضمون ، ففيما يتعلق بالمال المرهون يجب ان يكون معيناً تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته ، وموقعه، ومساحته، وحدوده، ورقمه، وكل ما يلزم لتمييزه عن غيره تمييزاً كافياً ، وفيما يخص الدين يجب ان يتحدد المبلغ، او الحد الاقصى الذي ينتهي به⁽²⁾.

وبما ان التسجيل ركن من اركان الانعقاد، وان التسجيل يحتوي مبدأ تخصيص الرهن الذي يعد الشرط الثاني في شروط الشكل في عقد الرهن وهما الرسمية والتخصيص ، فاذا تخلف هذا الركن وقع عقد الرهن الذي يتطلب الشكلية باطلاً ولم يترتب عليه أي اثر فلا ترد عليه الاجازة⁽³⁾. ويجوز لكل ذي مصلحة ان يتمسك ببطلانه⁽⁴⁾.

وبناء على ذلك فالذين لهم التمسك بالبطلان هم المتعاقدان والدائنون ، والخلف العام والخلف الخاص ، والمحكمة المختصة، فالتمسك بالبطلان غير قاصر على احد طرفي العقد الباطل بل هو جائز لكل من طرفي العقد الباطل وسبب ذلك ان علة البطلان، هنا لا تتعلق باحد العاقدين حتى يقتصر عليه التمسك بالبطلان ، بل ترجع علة البطلان الى عدم توافر ركن من اركان العقد (الشكل) أي ترجع الى انعدام العقد قانوناً ، ومادامت علة البطلان راجعة الى عدم قيام العقد ، فان التمسك ببطلانه يكون من حق الطرفين . والمقرر قانوناً ان دائن كل من طرفي العقد الباطل له حق ان يتمسك بالبطلان بوصفه من ذي المصلحة فالدائن له مصلحة⁽¹⁾. في التمسك ببطلان التصرف الصادر من مدينه، لا بطريق الدعوى غير المباشرة بل بطريق الدعوى المباشرة ايضاً ، وامثلة ذلك فالدائن

(1) عرفت المنقولات الخاضعة للتسجيل بانها تلك (النقول التي تحمل في جوهرها وسائل تعيينها الذاتي، والتي تميزها عن غيرها من المنقولات الاعتيادية، او التي يضيف عليها المشرع خصوصية معينة تجعلها تخرج عن الاحكام العامة للمنقولات الاعتيادية والتي تتمثل في الاثار التي تترتب عليها) ، انظر الدكتور علي البارودي ، حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، السنة العاشرة ، العددان (3 ، 4) ، 1990 ، ص 56.

(2) انظر الدكتور حامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص 34.

(3) الاجازة، وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة وعلى هذا فانها قد تكون صريحة، او ضمنية، ولا يشترط في الاجازة الصريحة شكل خاص، فقد تكون بمحرر رسمي، او عرفي، ولكن يلاحظ هنا انه اذا كان العقد الذي يراد اجازته عقداً شكلياً كالرهن التأميني مثلاً فانه يشترط ان تكون الاجازة في ورقة رسمية ، انظر الدكتور حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1949 ، ص 156.

(4) نصت المادة (141) من القانون المدني العراقي على انه (اذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان وللحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالاجازة) ، تقابل المادة (141) من القانون المدني المصري ، تطابق المادة (1/142) من القانون المدني السوري ، تقابل المادة (2/168) من القانون المدني الاردني .

اصحاب المصلحة الذين يجوز لهم التمسك بالبطلان، هم اطراف التصرف ودائنيهم، والخلف العام، وهو الوارث او الموصي اليه بحصة من التركة (لا بمال معين) ، والخلف الخاص هو من يخلف غيره في مال معين كالمشتري والموهوب اليه والموصي اليه بمال معين ، انظر الدكتور ياسر الصيرفي ، مصدر سابق ، = ص 423 ، والدكتور سليمان بو ذياب ، مبادئ القانون المدني ، المؤسسة الجامعية للدراسات والتوزيع ، 2003 ، ص 134 ، والدكتور توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، نظرية العقد ، المكتب المصري الحديث ، الاسكندرية ، 1969 ، ص 274.

(1) (ويراد المصلحة هنا كل حق يؤثر فيه صحة العقد او بطلانه)، انظر الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق ، ص 195 ، والدكتور عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص 498.

المرتتهن من البائع يطلب البطلان حتى يسلم له حق الرهن والمرتتهن من المشتري يطلب البطلان حتى يسترد الدين .

ومقرر قانوناً ان الخلف العام، هم ورثة الشخص ، وهؤلاء لهم مصلحة قانونية شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون في ان يتمسكوا ببطلان التصرف .
والخلف الخاص ايضاً مقرر قانوناً ان يتمسكوا ببطلان التصرف ، قلنا ان علة البطلان في العقد الباطل لاتتعلق بعاقديه بل ترجع الى عدم توافر ركن من اركان العقد (الشكل، والمحل ، والسبب ، والتراضي) أي ترجع الى انعدام العقد قانوناً، ومادام العقد الباطل ليس له وجود قانوني ، فيجوز للمحكمة وهي القائمة على تطبيق القانون، ان تقضي ببطلان العقد من تلقاء نفسها دون طلب من العاقدين⁽²⁾، واذا ابطل عقد الرهن للاخلال بركن الرسمية ، بعدم استيفائه الشكل المطلوب ، كما لو لم يحرر في ورقة رسمية وانما حرر في ورقة عرفية ، او اذا حرر في ورقة رسمية ولكن لم يستوف شرط التخصيص بأن لم تذكر فيه البيانات التي يتطلبها القانون المادة (2/1290) من القانون المدني العراقي و(1328) من القانون المدني ، ففي هذه الحالة لاينشأ العقد في ذمة الراهن التزاماً ما بوصفه عقد رهن ، فلا يمكن اجراء قيد بناء عليه ولايمكن ان ينشأ بمقتضاه حق الرهن .

وكذلك لايتخلف عن العقد العرفي التزام طبيعي ، يمكن ان يكون سبباً للالتزام مدني، فلا يستطيع الدائن المرتتهن ان يرفع على الراهن على اساس العقد العرفي ، دعوى صحة التعاقد ليستصدر حكماً بثبوت العقد وصحته ، مثل ذلك ان عقد الرهن العرفي لم ينعقد اصلاً حتى يمكن تنفيذ هذا الالتزام عن طريق استصدار حكم من القضاء يقوم مقام العقد⁽¹⁾.

ملخص ذلك فهذا العقد من العقود الشكلية التي حدد لها القانون شكلاً معيناً يجب مراعاته لانعقاد العقد، وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، والا عد العقد باطلاً، ويكون في حكم العدم⁽²⁾. لذا فان الاخلال في شرط من شروط الانعقاد يترتب عليه بطلان العقد وهو الجزاء الذي يترتب على عدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون في تكوين العقد وهي اثر انعدام المحل في حالة عدم تعيين المال المرهون تعييناً دقيقاً، وانعدام الشكل في حالة الاخلال في الشكلية التي تتضمن شرطين وهي الرسمية ومبدأ التخصيص مما يترتب عليه بطلان التصرف ايضاً⁽³⁾.

وبما ان نظرية البطلان في القانون المدني المصري تقوم على اساس تقسيم هذه الشروط على شروط انعقاد، أو وجود ، وشروط صحة فاذا تخلف شرط من شروط الانعقاد كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أي لا يكون له وجود في نظر القانون فلا ينتج أي

(2) انظر الدكتور احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، اجازة العقد القابل للابطال في الفقه والقضاء المصري والفرنسي ، جامعة المنصورة ، 2006، ص107.

(1) انظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق ، ص82.
(2) انظر الدكتور عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص36 ، الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الاول ، حق الملكية ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1969 ، ص117.

(3) نصت الفقرة (3) من المادة (137) على انه (3- ويكون باطلاً ايضاً اذا اختلفت بعض اوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون) . انظر القرار رقم 2586/حقوقية/60 السلطانية في 1961/1/9 اشار اليه المحامي سلمان بيان ، القضاء المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص720.

اثر لان المشرع المصري لم يرتب على تخلف التسجيل جزاءه الطبيعي المتمثل في عدم الاحتجاج في مواجهة الغير بالتصرف كما كان الشأن قبل صدور قانون التسجيل ، وانما قرر جزاء آخر أكثر شدة وهو أن الحقوق العينية العقارية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لابين ذوي الشأن، ولا بالنسبة لغيرهم إلا بالتسجيل ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الاثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن⁽¹⁾ ، لأن القانون عندما يتطلب شكلاً معيناً أو بياناً معيناً فانما يرمي الى تحقيق غاية يحققها توافر هذا الشكل او البيانات وإلا فانه يتطلب توافر شروط معينة لتقرير البطلان وهي⁽²⁾:
أ- ان توجد مخالفة للشكل الذي اقره القانون تعد سبباً للبطلان⁽³⁾.

ب- ان يكون من شأن هذه المخالفة احداث ضرر للمتعاقدين او الغير.

ج- ان يكون الاخلال في البيانات التي يتطلبها مبدأ تخصيص الرهن في ذات العقد وقت الرهن لان التعيين يتم في العقد ذاته، والتعيين في ورقة رسمية لاحقة ليس اجازة للعقد الباطل وانما هو استكمال للعقد أي ان العقد لا ينعقد الا من تاريخ اجراء هذا التخصيص لا من تاريخ ابرام العقد⁽⁴⁾. والتخصيص في عقد الرهن يعد شرطاً لازماً لصحة انعقاده كما ذكرنا ، والتخصيص في قائمة القيد،⁽⁵⁾ أو التسجيل، او (الشهر) شرطاً لازماً لنفاذه في مواجهة الغير⁽⁶⁾. أي ان التخصيص في عقد الرهن لا يغني عنه التخصيص الواجب بيانه في (قائمة القيد) او التسجيل يعني لا يترتب على تخلف بيان من بيانات القيد بطلان الرهن، وانما الجزء على تخلف البيان او الخطأ في بيان من بياناته يتحدد بحسب تأثيره على تحقيق القيد لوظيفته بالنسبة للغير، وبناء على ذلك لا يترتب على القيد أي اثر، فيما يتعلق بصحة الرهن، ومن ثم فالرهن اذا كان باطلاً لا يصححه القيد بل ان القيد ذاته يكون غير ذي اثر في هذه الحالة لبطلان السند الذي تم بناءً عليه⁽¹⁾. اما اذا وقع القيد باطلاً فانه لا يؤثر على صحة الرهن، ولا يحول دون اجراء قيد جديد بمقتضاه ، وكل ما في الامر انه لا يحتج بالرهن على الغير ، اما اذا تم القيد صحيحاً على النحو السابق فانه ينتج اثره من حيث سريان الرهن في حق الغير⁽²⁾.

د- عند تسجيل عقد الرهن في دائرة التسجيل العقاري، فان وقت التخصيص المطلوب هو في عقد الرهن ذاته لا عند التسجيل، لان تسجيل عقد الرهن يعتمد على البيانات الواردة في عقد الرهن ذاته، والتي تتعلق بتخصيص المال المرهون، والدين المضمون الا ان القانون المدني العراقي لم يفصل في البيانات الواجب توافرها عند تخصيص

(1) انظر الدكتور محمد سعد خليفة ، السجل العيني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997، ص150.

(2) انظر الدكتور اسماعيل غانم ، في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مكتبة عبدالله وهبة ، مصر ، 1966، ص275.

(3) انظر الدكتور عبد الحي حجازي ، المصدر السابق ، ص457.

(4) انظر الدكتور محمد المنجي ، مصدر سابق ، ص130.

(5) القيد : هو الاجراء الذي رسمه المشرع لشهر الرهن الرسمي (التأميني)، والحقوق العينية عموماً ، والاحتجاج بها اتجاه الغير ، وهو اجراء تابع لعقد الرهن) ، انظر الدكتور محمد علي امام ، مصدر سابق ، ص285.

(6) ويقصد بالغير هنا الدائنون المرتهنون او الممتازون المهددون بحق الاولوية والحائز للعقار المهددون بحق التتابع وكذلك الدائنون العاديون .

(1) انظر الدكتور محمود كامل مرسي ، شهر التصرفات العقارية ، مصدر سابق ، ص358، ص376.

(2) يشترط وفقاً لنص المادة (12) من قانون الشهر العقاري المصري ، لكي يسري الرهن الحيازي العقاري في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة ، قيد الرهن ، ويترتب على سقوط القيد عدم سريان الرهن في حق الغير ، انظر الطعن رقم 220 لسنة 41ق - جلسة 1975/4/2 ، س26 ، ص749، اشار اليه المستشار معوض عبد التواب ، نصوص القانون المدني ، مصدر سابق ، ص1023.

الرهن وترك ذلك التفصيل الى قانون التسجيل العقاري مساوياً في ذلك القانون المدني الاردني والقانون المدني اليمني، والقانون المدني الجزائري ، مخالفاً للقانون المدني المصري الذي فصل في مبدأ تخصيص الرهن وقت الرهن وليس وقت تسجيل عقد الرهن⁽³⁾.

هـ- ويترتب في حالة انعدام مبدأ تخصيص الرهن بطلان الرهن في القانون المدني العراقي حيث نلاحظ ان القانون المدني لم ينص في المادة (1290) منه على بطلان الرهن كأثر لانعدام مبدأ تخصيص الرهن، وانما ترك ذلك للقواعد العامة ، المادة (3/128) والتي تقرر اذا لم يعين محل العقد فالعقد باطل .

وهو بذلك يخالف القانون المدني المصري الذي ينص في المادة (2/1035) منه على بطلان الرهن ان لم يرد هذا التعيين في عقد الرهن ذاته⁽¹⁾.

اما القانون المدني الاردني في نص المادة (2/1329) منه تنص على انه (يجوز للمحكمة ان تبطل عقد الرهن التأميني اذا لم يكن العقار المرهون معيناً تعييناً كافياً) وظاهر من هذا النص ان جزاء عدم التخصيص هو قابليته للابطال⁽²⁾. وليس البطلان وهو امر جوازي للقاضي، لا وجوبي، وحبذا لو جعله المشرع وجوبياً ، لما ينطوي على عدم التخصيص من الاضرار بحقوق الدائنين العاديين⁽³⁾.

ويلاحظ ان قيد الرهن المجرد (التأميني) في القانون المدني السوري يترضى عن زمن انعقاده، وهذا بخلاف القانون المدني الاردني حيث يتزامن انعقاد الرهن المجرد (التأميني) وقيد في دائرة التسجيل ، كما قدمنا ، ويرجع ذلك الى كون الرهن المجرد في القانون المدني السوري عقداً رضائياً ، في حين انه في القانون المدني الاردني عقد شكلي والظاهر ان المشرع السوري قد عمد الى الإشارة الى تخصيص الرهن في احكام الرهن المجرد في القانون المدني ، اكتفاء منه باشتراط تخصيص قيد الرهن المجرد الذي نص عليه في القرار 189 لعام 1926 الذي ادرج الشروط المطلوبة في إجراءات التسجيل في السجل العقاري ، وبذلك يكون تخصيص الرهن المجرد شرطاً في قيد الرهن المجرد لا في انعقاده .

المطلب الثاني

اثر تخصيص المال الرهون في الفقه الاسلامي

⁽³⁾ وكان نص القانون الفرنسي قبل التعديل الذي ادخل على المادة (2148) في اول مارس (1918) مشابهاً لنص القانون المصري ، اذ اوجب بيان جنس، ومحل العين الواقع عليها الرهن، وقد عدل عن ذلك في سنة 1918 فأوجب الشارع الفرنسي زيادة على بيان جنس العين المرهونة ، ومحلها ، ان يشار الى خريطة المساحة بيان قسم الخريطة الذي هي به ، ونمرتها ، وفي حالة تجزئة عقارات معينة برقم واحد على خريطة المساحة او في قسمتها يجب ان يقدم ايضاً لقلم المرهون خريطة التقسيم بنفس مقياس الرسم لخريطة المساحة ، مصدقاً عليها من الطرفين وان يقدم ايضاً محضر وضع الحدود اذا اقتضى الحال، ويجب ان يتضمن القيد الارقام ، للاجزاء في خريطة التقسيم ، نقلاً عن الدكتور محمد كامل مرسي ، شهر التصرفات العقارية ، هامش رقم (1) ، ص370.

⁽¹⁾ انظر الدكتور محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص52 والدكتور محمد علي امام ، مصدر سابق ، ص280.

⁽²⁾ والعقد القابل للابطال عقد صحيح نافذ ويرتب الاثار المتولدة عنه كافة ، الا انه يكون مهدداً بالبطلان ، لانه يمكن لمن شرع البطلان لمصلحة ان يطلب ابطال العقد ، فاذا تقرر البطلان زال العقد بأثر رجعي، وكان لم يكن فيصبح هو والعقد الباطل ، بطلاناً مطلقاً سواء ، وقد اخذ القانون المدني المصري الذي تأثر بالقانون الفرنسي وكذلك القانون الاردني، والقانون السوري، والليبي ، اذ اخذت هذه القوانين كلها بالعقد القابل للابطال ، انظر الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ، 1960 ، ص284.

⁽³⁾ انظر الدكتور محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص80.

يعد المال المرهون هو المحل في عقد الرهن كما بينا في الشروط المتعلقة في المال المرهون في الفقه الاسلامي ، ويشترط في المحل ان يكون موجوداً او قابلاً للوجود ومعيناً او قابلاً للتعيين ومشروعاً (قابلاً للتعامل به) كما يشترط في محل عقد الرهن الحيادي ان يكون قابلاً للحيازة والذي يهمننا هو ما يشترط في محل الرهن ان يكون معيناً او قابلاً للتعيين ، وقد اتفق فقهاء الفقه الاسلامي الى اشتراط التعيين وذلك لان من شروط المرهون ان يكون معلوماً لان الجهالة تؤدي الى النزاع فينعدم الرضا الذي قام عليه العقد(1).

ويعد في المرهون كونه معيناً ، فلا يصح رهن المبهم كأحد هذين ، نعم يصح رهن الكلي في المعين كصاع من صبرة وشاة من هذا القطيع ، كما ان الظاهر صحة رهن المجهول حتى من حيث الجنس، والنوع اذا كان معلوماً من حيث القيمة، والمالية بحيث يتحقق معه التأمين المقوم للرهن لان الرهن هو وضع المديون شيئاً عند الدائن وثيقة للدائن بحيث ، لو امتنع ، او عجز عن التسديد استوفى الدائن حقه من الرهينة(2).

اما بالنسبة الى كيفية تعيين المرهون ، فيمكن القول ان المبدأ في الفقه الاسلامي هو ان المحل يتعين بالعلم به علماً مانعاً من الجهالة الفاحشة ، فاذا كان المرهون موجوداً في مجلس العقد فان العلم بالمرهون يكون بالاشارة اليه(3).

اما اذا كان غائباً عن مجلس العقد فيجب التمييز بين ما اذا كان المرهون معيناً بالذات ام لا فاذا كان المرهون معيناً بالذات ، فانه يجب ان يوصف بما ينافي عنه الجهالة ، ويعينه تعييناً كافياً ، ولو قال رهنك هذا الصندوق بما فيه صح في الصندوق لابما فيه للجهالة ، اذ لم يذكر جنسه ، واذا كان للراهن، عقاران وقال للمرتهن رهنك احد هذين العقارين لم يصح الرهن للغرر(4).

اما اذا كان المرهون معيناً بالنوع فان المعلوماتية فيه تكون بتحديد جنسه فما لا يعلم جنسه مثل ذلك ان يرهن شيئاً موجوداً في الحجرة، وهو لا يعلم أي شيء فيها ، فلا يعلم ان الشيء المرهون مما له مالية، ام لا وذلك اذا رهنه شيئاً يعلمان انه مما له مالية، ولكنهما يجهلان صفاته، وخصائصه ، فما لا يعلم جنسه كزبرة من المعدن لا يعلم انها حديد ، ام ذهب فأنها وان كانت معلومة الوجود، والحصول ، ولكنها مجهولة الجنس، فلا يصح رهنها كما لا تصح المعاوضة عليها، فما كان مجهول الصفات لا يصح الرهن فيه أي ما كان مجهول الصفات، والخصائص ولا يعلم ما اذا كان له قيمة مالية ام لا لا يصح الرهن فيه(2). لان مقصود الرهن التوثيق للدائن وذلك باستيفائه من ثمن المرهون عند تعذر تسديد الدين ويحصل ذلك بما يجوز بيعه .

(1) عن فقهاء الامامية انظر محمد جواد مغنية ، فقه الامام جعفر الصادق (ع) ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 27 وانظر السيد حسن ترحيني العاملي الزبدة الفقيه في شرح الروضة البهية ، مصدر سابق ، ص 65 ، وانظر يحيى بن سعيد الحلبي ، الاشباه والاشطائر ، مصدر سابق ، ص 84 ، وانظر فقهاء الحنفية علاء الدين بن سعود الكاساني ، بدائع الضائع ، الجزء السادس ، مصدر سابق ، ص 137 ، وعن الحنابلة ، الشيخ ابا القاسم عمر بن حسين الحزقي ، مصدر سابق ، ص 348.

(2) انظر الشيخ محمد امين زين الدين ، كلمة التقوى ، الجزء السادس ، مصدر سابق ، ص 44.

(3) انظر الشيخ ابا عبدالله محمد المغربي ، مواهب الجليل ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص 285.

(1) انظر الشيخ محمد حسن النجفي ، مصدر سابق ، ص 141 ، والشيخ موفق الدين بن قدامة والشيخ شمس الدين بن قدامة ، مصدر سابق ، ص 383.

(2) انظر العلامة جمال الدين ابا العباس احمد بن محمد بن فهد الحلبي ، المهذب البارع في شرح المختصر النافع ، الجزء الثاني ، مؤسسة النشر الاسلامية ، قم ، 1411هـ ، ص 138.

ملخص ذلك يشترط في محل الرهن ان يكون معيناً تعييناً دقيقاً، وهذا ما يقتضي مبدأ تخصيص الرهن الذي يتكون من شقين هما تخصيص المال المرهون، والدين المضمون ، وقد بينا كيف ان الفقه الاسلامي اهتم بمبدأ تخصيص الرهن واشترطه في كون المال المرهون يجب ان يكون معيناً وان يكون بدل الرهن معيناً ايضاً لتلافي النزاع . فاذا ماتم تخصيص المال المرهون ، والدين المضمون رتب عليه اثار وهذه الاثار في حالة وجود التخصيص تتمثل في ان العقد يكون صحيحاً يرتب التزامات في ذمة الراهن ، والمرتهن ، ويكون نافذاً في مواجهة الغير ، لذا سوف يتم التطرق الى هذه الاثار في حالة وجود التخصيص وفي حالة عدم وجود التخصيص ، سبق ان اشرنا الى ان القانون المعاصر يعرف نوعين من الرهن هما الرهن التأميني وهو الذي لا يتخلى فيه الراهن عن حيازة ماله المرهون ، والرهن الحيازي وهو الذي يتخلى فيه الراهن عن حيازة ماله المرهون ، وفي الحقيقة ان اكثر فقهاء الفقه الاسلامي يذهبون الى أن الفقه الاسلامي، لا يعرف الرهن الذي لا يتخلى فيه الراهن عن حيازة ماله المرهون . وانما يعرف الرهن الذي يتخلى فيه الراهن عن حيازة ماله محل الرهن ، ويتم انتقال حيازة هذا المال الى يد المرتهن(1) . ولكن يرى بعض الفقهاء المعاصرين (2). الفقه الاسلامي لا يابى الاخذ بنظام الرهن الذي لا يتخلى فيه الراهن عن حيازة ماله المرهون ، وفي الواقع ان معرفة وجود هذا الرهن في الفقه الاسلامي وعدم وجوده يكمن في معرفة مدى اشتراط قبض المال المرهون في عقد الرهن وهل هو شرط صحة ام شرط لزوم او ليس بشرط اصلاً . فاذا كان القبض ليس بشرط فان المجال يكون فسيحاً لوجود مثل هذا الرهن في الفقه الاسلامي . اما اذا كان القبض شرطاً فان هذا يسد الطريق امام اعتراف الفقه الاسلامي بهذا النوع من الرهن وفي الحقيقة ان معرفة هذا الامر تكمن في بيان موقف الفقه الاسلامي من مدى اشتراط القبض في الرهن ، وقد تمت الاشارة الى ذلك وكما يبدو لي ايضاً رجحان القول الذي يقضي بان القبض ليس بشرط لصحة الرهن، وانما شرط لزوم وتمام(3).

لان ذلك يؤدي الى تنبيه المتعاقدين الى خطورة عقد الرهن، ويوفر لهما الحماية اللازمة لذلك ، كما ان هذا الرأي في الوقت نفسه يفسح المجال الى تنوع الرهن فيشمل الرهن الذي يؤدي الى تخلي الراهن عن ماله المرهون كما يشمل الرهن الذي لا يؤدي

(1) انظر الشيرازي ، المهذب ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، 305 ، الخطيب ، مغني المحتاج ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص 128 ، ابن قدامة ، المغني ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص 603 ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، الجزء الثالث ، ص 231 ، الرهن الصحيح ، هو الرهن المشروع ذاتاً ووصفاً كالمبيع ، انظر علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، المجلد الثاني ، دار الجيل ، بيروت ، 1991 ، ص 73.

(2) انظر محمود المظفر ، الرهن التأميني ، حكمه ومحتواه في الشريعة الاسلامية ، مصدر سابق ، ص 23 ، والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مجلس العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2001 ، ص 682.

(3) انظر محمد جواد مغنية ، المصدر السابق ن الجزء الثالث ، ص 27 ، والشيخ ابا جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، كتاب الخلاف ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ن ص 97 ، و ابا عبدالله محمد الخرخشي ، الخرش على المختصر الجليل ، الجزء الخامس ، ص 345 ، وشمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، الجزء الثالث ، ص 231 ، ابن قدامة ، المغني ، المصدر السابق ، ص 369 ، وأستاذنا الدكتور هادي حسين الكرعوي ، القبض في عقد الرهن واثاره (دراسة مقارنة) ، بحث غير منشور ، النجف ، 2004 ، ص 19.

الى تخلي الراهن عن ماله المرهون . وذلك عندما يحدث اتفاق على ان يبقى المرهون في يد الراهن⁽¹⁾.

وبما انه الفقه الاسلامي قد عرف الرهن الحيازي والذي يتخلى فيه الراهن عن حيازة المال المرهون الى المرتهن لان الرهن الحيازي عقد لا يتم ولا ينعقد الا بتسليم او قبض المال المرهون وهذا يقتضي من البديهي التعيين لذا نلاحظ في الرهن الحيازي ان شرط التعيين يفقد اهميته لانه عند القبض ، او التسليم يكون المال المرهون معيناً مما يؤدي الى تحقيق الشق الاول من مبدأ تخصيص الرهن⁽²⁾.

وان قبض المرهون المنقول، يكون بنقله، وتحويله، او بالتنازل لان حقيقة القبض تكون بذلك فاذا كان المرهون غير المنقول كالعقار فيكون قبضه بالتخلية بينه وبين مرتهنه، وذلك برفع الموانع، والحوائل ، فالتخلية قبض حكمي لا قبض حقيقي، فلا يصار اليهما الا اذا كان المال المرهون لا يمكن أي عندما يتعذر القبض الحقيقي⁽³⁾ . وهذا رأي جمهور الفقهاء.

اما فقهاء الحنفية⁽⁴⁾، فيرون ان القبض يحصل بالتخلية ، والتخلية هي التمكن من اثبات اليد ، وذلك برفع الموانع، وانه يحصل بتخلية الراهن بين المرهون والمرتهن ، فاذا تم ذلك صار الراهن مسلماً والمرتهن قابضاً لان القبض يرد على ما لا يحتمل النقل والتحويل كالعقار فلا يفهم منه الا التخلي وهو التمكن من التصرف ، كما ان التخلي في باب البيع قبض من غير نقل ولا تحويل فدل ذلك على ان التخلية بدون النقل والتحويل قبض حقيقي فيكتفي به .

والراجح من وجهة نظري هو رأي الجمهور لانه يتناسب مع طبيعة الشيء المرهون، فالمنقول يسهل نقله، وتسليمه للمرتهن ، اما العقار فتأبى ولذلك يكتفي فيه التخلية ، وهذا الرأي هو ما جرى عليه عرف الناس في معاملاتهم⁽¹⁾.

وهكذا نلاحظ الفقه الاسلامي قد عرف الرهن الحيازي شروطه كلها ، واحكامه وأخذ بمبدأ تخصيص الرهن ولكن الفقه الاسلامي لا يأبى الأخذ بنظام الرهن التأميني، مخرجين قواعده كل حسب وجهة نظره بينما يرى بعضهم ان المدين الراهن في نظام الرهن التأميني محجر عليه كالمفلس.

الرأي الاول⁽²⁾ يرى ان الراهن محجر عليه كالمفلس ، بعد ان عرف الرهن بأنه وثيقة للدين أي لم يكن القبض ركناً للانعقاد ، انسال عن الكيفية التي يستوثق بها الراهن من

(1) الدكتور محمد نجيب عوضين المغربي ، اثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن ، مصدر سابق ، ص23.

(2) انظر المادة (706) من المجلة (ينعقد الرهن بايجاب الراهن والمرتهن وقبولهما ولكن لا يتم الرهن ولا يلزم ما لم يكن يتم قبض الرهن بناء عليه للراهن ان يرجع عن الرهن قبل التسليم) انظر الدكتور محمد زكي عبد البر ، احكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة ، قطر ، 1986 ، ص258.

(3) انظر الشيخ ابا جعفر بن الحسن علي الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص203 ، وانظر الحسن بن يوسف بن علي بن المطهر العلامة الحلي ، تحرير الاحكام ، مصدر سابق ، ص204.

(4) انظر الشيخ علاء الدين بن مسعود الكاساني ، بدائع الضائع ، الجزء السادس ، المصدر السابق ، ص141 ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، المصدر السابق ، الجزء التاسع ، ص479.

(1) انظر الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية ، مصدر سابق ، ص215 ، وانظر حاشية رد المحتار ، المصدر السابق ، ص479.

(2) انظر الشيخ محمد جواد مغنية ، مصدر سابق ، ص25-27 ، وانظر التفصيل حول احكام الراهن المفلس ، المستشار معوض عبد التواب ، نصوص القانون المدني ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص1094 ، وانظر الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي (الشهد الاول) الدروس الشرعية في فقه الامامية ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص386 ، ص404.

ماله مع عدم القبض ، وبكلمة اخرى ، اية فائدة من الرهن مادام قبض المرهون ليس شرطاً فيه ؟

يرى فقهاء الامامية في هذا الخصوص فيقول (اما على ما اخترناه من عدم شرطية القبض فلا مانع ان تستدين ، وترهن مالك في ذمة الغير، اذا كان حالاً غير مؤجل ، وتحبس هذا الدين لحساب الراهن تماماً كما هو الشأن في المفلس)، والواقع ان القياس الذي قام به فقهاء الامامية قياس حالة المدين الراهن، على المدين المحجر عليه بسبب الافلاس قياس يتفق مع المنطق ويتفق في العلة . فالمفلس وهو المحجور عن امواله لقصورها عن ديونه لايجوز له حينئذ التصرف فيها مطلقاً سواء ، أكان ذلك بعوض كالبيع ، والاجارة ، ام بدون عوض كالهبة، والوقف إلا باذن الغرماء، او اجازتهم ويجدد الحجر على امواله المتجددة بعد الحجر، فاذا حكم الحاكم بافلاسه، ومنع عن التصرف في امواله يشرع في بيعها وقسمتها على الغرماء بالحصص على نسبة ديونهم ، واما امواله المرهونة فالمرتهن احق باستيفاء حقه منها ولايحاصه سائر الغرماء فأن فضل شيء يوزع على سائر الغرماء بالحصص وان نقص عن حقه ضرب بما بقي له مع الغرماء، وهذا الحال مشابه الى حد كبير لوضع المدين الراهن في الرهن التأميني دون ان يتجرد من حيازته للدائن المرتهن⁽¹⁾.

الرأي الثاني (2):

ويرى ان عقد الرهن التأميني يشمل شرطاً فاسداً⁽³⁾ . وهو الاتفاق على عدم قبض المرهون وبقاؤه في حيازة المدين الراهن وتحت سلطاته ، ويبين هذا الرأي ان للفقهاء قولين في العقد اذا تضمن شرطاً فاسداً هما :

الاول : يكون العقد باطلاً اذا تضمن شرطاً فاسداً وهو قول جمهور الفقهاء استناداً الى قاعدة (ان النهي يقتضي الفساد)، وعليه يكون عقد الرهن التأميني باطلاً لاحتوائه على شرط منهي عنه الا وهو الاتفاق على عدم قبض المال المرهون .

الثاني : اذا اشتمل العقد على شرط فاسد كان العقد صحيحاً ، وهو قول الحنفية ، وبعض الحنابلة، وسندهم في ذلك القاعدة الاصولية (ان النهي لايقضي الفساد) وهكذا يكون عقد الرهن التأميني صحيحاً ، مع تضمنه شرطاً فاسداً ، وهو الاتفاق على عدم قبض المرهون ، ويرجح صاحب هذا الرأي القول بصحة الرهن التأميني لان التعامل به لايتنافى مع ماشرع الرهن له من التوثق لحفظ مال المرتهن، لان عقد الرهن التأميني اعطى المرتهن حق تتبع المال المرهون فدينه متعلق بالمال المرهون، ولايخشى من تصرف المدين به بأي شكل من اشكال التصرف، وانتقاله من يد الى يد اخرى ، فالمرتهن له عند حلول أجل الدين اذا لم يوف المدين ما عليه من الدين المرهون، ان

(1) انظر السيد محمد حسن ترميني العاملي ، الزبدة الفقهية ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص88 ، انظر الدكتور احمد السالوس ، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر (دراسة في الفقه الاسلامي مقارناً بالقانون) الجزء الاول ، مؤسسة الريان ، مصر ، 2004 ، ص1232.

(2) انظر الشيخ ابراهيم دسوقي الشهادي ، المذاهب الفقهية في الرهن والشفعة ، الطبعة الاولى ، شركة الطباعة الفنية ، مصر ، 1965 ، ص26 ، ص29.

(3) والشرط الفاسد هو ما لايقضيه العقد، ولايلائمه ولم يرد به النص ولم يجز به العرف، ولو كان فيه منفعة لاحد العاقدين ، او لغيرهما من اهل الاستحقاق ، انظر التفصيل في زكي الدين شعبان ، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1968 ، ص111، وانظر علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، مصدر سابق ، ص74 ، وانظر الدكتور عبد الحلیم عبد اللطيف القوقي ، حسن النية واثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، بدون مطبعة ، بدون مكان طبع ، 2004 ، ص717.

يبتبع المال المرهون في أي يد كان وبيعه ويستوفي دينه من ثمنه مقدماً على سائر الغرماء ، وهو يبيح للراهن ان يتصرف في المرهون بما هو مباح له قبل الرهن ، حتى ينتفع به الانتفاع الصحيح الذي ربما كان سبباً من اسباب قضاء دينه ، فلا منافاة في هذا الرهن ، ولا فرق بينه وبين الرهن الحيازي في التوثق على ان المرهون رهناً تأمينياً ليس في يد المرتهن حقيقية ، بل هو في يد الحاكم الذي ينوب عن المرتهن في الحفظ كما ينوب العدل عنه ، ويد الحاكم اقوى من يد العدل فان العدل قد يفاجأ بالموت، وقد ينكر وراثته الودائع التي تحت يده ، اما يد الحاكم فلا يمكن ان يطرأ عليها الانكار لان شخصية الحاكم معنوية دائمة ليست محصورة في ذات معينة، وان كان يحصل في ذواتها البديل ، فالتوثق الرسمي المقيد في سجلات الحاكم يقوم مقام القبض، فلا يتصور انكار الرهن، وحق التتبع ، وحق التقدم فيهما الضمان الكافي لحفظ مال المرتهن⁽¹⁾. وقد اعترض على هذا الرأي بالقول ان هذا النوع من الشروط يؤثر في العقد بالفساد فلا يترتب على انعقاده أي اثر ما لم يحصل القبض⁽²⁾. ويبدو لنا ان الرأي الاول هو الاصول ، لان اشتراط الراهن على المرتهن بقاء العين تحت يده لا يخالف مقتضى العقد وحكمه لان الراهن لو مات او افلس لا يتساوى المرتهن مع غيره من الغرماء⁽³⁾.

الرأي الثالث :

ويقول صاحب هذا الرأي (والناظر في الفقه الاسلامي يجد فيه ما يشهد للرهن التأميني ويصح الاخذ به)⁽¹⁾.

ويؤسس رأيه على مذهب جمهور الفقهاء⁽²⁾، ومذهب الامام مالك⁽³⁾. ويقولون ان القبض ليس شرطاً للزوم الرهن، وعلى هذا فالايجاب ، والقبول هما الاصل في تحقيق الرهن فمتى وجد تحقق ما يسمى بالرهن، وان لم يوجد القبض، واذا تحقق مسمى الرهن يتوافر أركانه فباستطاعة المرتهنين حينئذ ان يتفقا مثلاً على تأجيل قبض العين المرهونة ، او تركها عند الراهن، او عند غيره ، اعتماداً على الثقة المتبادلة بين الجانبين واعتماداً على تسجيل الرهن في دائرة التسجيل الرسمية⁽⁴⁾.

(1) انظر جمعة محمود الزريقي ، نظام الشهر العقاري في الفقه الاسلامي (دراسة مقارنة) ، دار الافاق الجديدة ، بيروت ، 1988 ، ص71.

(2) انظر الشيخ محمد جواد حسن العاملي ، مفتاح الكرامة ، مصدر سابق ، ص139 ، والشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة ، مصدر سابق ، ص383.

(3) على خلاف ما يرى بعضهم الذي يقرر (ان الشرط الفاسد ، نوع يفسد العقد ويبطله ، فالاول عقد الرهن اشترط الراهن على المرتهن بقاء العين المرهونة تحت يده ، فهو مفسد لعقد الرهن لمخالفته لمقتضاه وحكمه فلو مات الراهن ، او افلس تساوى المرتهن مع غيره من الغرماء) وهذا يتفق مع موقف المشرع العراقي في القانون المدني اذ نصت المادة (2/131) منه على انه (كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين او الغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام او للاداب والا لغي الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً).

(1) انظر الدكتور زكي الدين شعبان ، مصدر سابق ، ص129.

(2) انظر الشيخ ابا جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، كتاب الخلاف ، مصدر سابق ، ص602 ، انظر محمد جواد حسن العاملي ، مفتاح الكرامة ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص142 ، والشيخ ابا منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الاسدي (العلامة الحلي) ، مختلف الشيعة ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص413 ، والشيخ شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، الجزء الواحد والعشرون ، مصدر سابق ، ص68 ، والشيخ اسماعيل المزني ، مختصر المزني ، الجزء السابع ، مصدر سابق ، ص191.

(3) انظر الشيخ مالك بن انس بن مالك الاصمعي ، المدونة الكبرى ، الجزء الرابع عشر ، مصدر سابق ، ص296.

(4) انظر الدكتور وحيد الدين سوار ، الشكل في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، معهد الادارة العامة ، ادارة البحوث ، 1985 ، ص92.

ويرد على هذا التأسيس تقريبه بين فكرة الرهن التأميني في القوانين الوضعية ، وعقد الرهن في المذهب المالكي على مايبينهما من فارق ذلك ان عقد الرهن في الاول هو عقد شكلي لا يتم الا بالسند الرسمي، وعلى هذا مانصت عليه المادة (1/1286) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (لاينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري)، في حين الرهن في المذهب المالكي عقد رضائي يكفي لانعقاده مجرد تراضي الراهن والمرتهن.

اما تأسيس الرهن التأميني على مذهب الحنفية ، حيث يذهب الى ابعد من ذلك صاحب هذا الرأي، ان الرهن التأميني يمكن تأسيسه حتى على رأي الحنفية الذي يرى ان القبض ضروري لتحقيق الرهن شرعاً على اساس ان تسجيل الرهن في السجل العقاري في ظل الرهن التأميني في القانون المعاصر ، يحل محل القبض المشروط في الرهن الحيازي الشرعي ، وعلى ذلك يكفي ، بحسب هذا الرأي لتسويغ فكرة الرهن التأميني ، القول بأن تسجيل عقد الرهن في السجل العقاري يقوم مقام القبض من حيث توثيق الدين وضمان الوفاء به⁽¹⁾. فيقول انه (على فرض ان القبض امر لايد منه في تحقق الرهن شرعاً ، فان هذا القبض يتحقق باثبات الرهن وتسجيله في دوائر التسجيل الرسمي ، لان الرهن اذا ثبت في دائرة من هذه الدوائر قامت الدائرة المسجل فيها مقام الدائن في حبس المال المرهون، وحمايته من التصرفات الضارة ، بمصلحة الدائن ، وبهذا يحصل الضمان للدائن في الحصول على حقه من المدين وحصول الضمان ، وتحقق الثقة في الدائن في الحصول على حقه هو المقصود من القبض⁽²⁾، او حبس العين عند المرتهن الى سداد الدين الذي جعل المال المرهون وثيقة به فضلاً عما يمتاز به من اعفاء الدائن مؤونة قبض المال المرهون والحفاظ عليه وبقائها في حيازة المالك ، والانتفاع به، واستغلاله ، او التصرف به تصرفاً مطلقاً ، عدا بعض التحفظات التي يستدعيها عقد الرهن من التزام الراهن بضمان الهلاك وتقرير بعض الحقوق للمرتهن كحق التتبع، والتقدم وما اشبه ذلك)⁽³⁾.

ومن هنا نلاحظ ان القبض التزام على الرهن يجوز له ان يؤخر تنفيذه اذ لاخلاف في المذاهب ان القبض ليس في حقيقة الرهن ، ولا شرطاً في صحته، ولا لزومه بل ينعقد ويصح ويلزم بمجرد القول ثم يطالب المرتهن بالاقباض اذ يصح الرهن قبل القبض ، ولا يتم الا به فأنت ترى القبض والاقباض متأخرين عن الرهن والمتأخر عن الشيء غيره بالضرورة⁽⁴⁾. ويترتب على ذلك جملة امور هي :

1- يكون مبتاع المال المرهون احق بها اذا باعها الراهن قبل قبضها الى المرتهن ، فالبيع صحيح ونافذ في مواجهة المرتهن، وينتقل المال المرهون الى المبتاع غير محمل بحق الرهن، على وصف ان القبض شرط لنفاذ عقد الرهن في مواجهة الغير.

2- ولان حق المرتهن لايمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير، الا بعد قبض محل الرهن ، فلو مات الراهن أو أفلس قبل الاقباض ، ما ساع للمرتهن الاختصاص بمحل الرهن

(1) انظر المحامي محمود المظفر ، الرهن التأميني حكمه ومحتواه في الشريعة الاسلامية ، مصدر سابق ، ص26.

(2) انظر أجمعة محمود الزريقي ، مصدر سابق ، ص69.

(3) انظر الدكتور وديع فرج ، اثر الرهن الرسمي في حقوق مالك العقار المرهون ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، صادر من جامعة القاهرة ، العدد الثاني ، السنة السابعة ، 1937 ، ص171.

(4) انظر الشيخ ابا البركات سيدي احمد بن محمد بن احمد العدوي الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص231.

في مواجهة دائني الراهن (المتوفي ، او المفلس) بل يضرب معهم في الضمان العام ، ويقتسم واياهم ماله قسمة غرماء دون اية افضلية ، لان حقوق الدائنين كافة تتعلق بالمال المرهون ، اسوة بغيره ، ما لم يقبض، وكل صاحب حق تعلق حقه بمحل الرهن يتقدم على المرتهين⁽¹⁾.

3- كما يجوز لكل دائن ان يسارع الى طلب التنفيذ على المال المرهون في يد راهنه قبل ان يقبضه المرتهن ، وما يقبضه طالب التنفيذ من استطاعة ببيع محل الرهن، واستيفاء دينه من ثمنه دون ان يتمكن المرتهن من الاحتجاج عليه بحقه في الرهن، ما لم يقبض محل الرهن⁽²⁾.

4- ولكل من تلقى حقاً من الراهن ، وكذا لدائنيه العاديين ان يعتمدوا الظاهر بما يفيد هذا الظاهر ، بأن اموال الراهن التي تحت يده خالصة له ، وليس لاحد غيره حق فيها . وكذلك اعتماداً على هذا الظاهر يقدم الغير على شرائها من الرهن خالصة من كل حق عليها، ويدفع الثمن له ، ولان من حق الدائن ان يعتمد الوضع الظاهر للراهن ، ويمنحه الائتمان اعتقاداً صحيحاً منه ، بأن ماتحت يد الراهن من اموال ملك له ، وليس لغيره أي حق على هذه الاموال والا سارع صاحب الحق الى حيازتها واخراجها من الدخول في العناصر الايجابية لذمة الراهن⁽³⁾.

والسند في هذا الرأي هو القياس على حالة المحجور عليه المفلس ، فهذا الاخير تتعلق حقوق دائنه بأمواله ومقتضى هذا التعلق ان يتقدم الدائنون على من ينشأ له حق على هذه الاموال بعدهم كما لا يجوز للمدين المفلس ان يتصرف بالاموال تصرفاً ضاراً بالدائنين . ويبدو لنا ان ما قيل من فارق لا يمنع القياس ابداً فهو ان لم يكن قياساً مساوياً في العلة للمقيس عليه ، فهو قياس من باب ادنى بالاقبل ، هذا من جهة ، ومن جهة اخرى فقد قرر وجوب قيام الدائن المرتهن باجراء نوع من الشهر كالمتمتع الان في الرهن التأميني في العقارات، والمنقولات ذات القيمة الاقتصادية الكبيرة ، وهذا الشهر يقوم مقام الحيازة ويؤدي المقصود منها ، ولاضير في اشتراط شهر الرهن بقيد ، او الاعلان عنه مثلاً ، مع القول بعدم اشتراط الحيازة ، ذلك لان الشهر ، او التسجيل يحقق مصلحة شرعية ، ولا يترتب عليه مفساد ، وهذه المصلحة هي حماية الغير الذي يتعامل مع الراهن الذي يحتفظ بحيازة ما رهن حتى لايفاجأ بعد ان يقرضه ، او يشتري المال المرهون منه ان هذا المال ليس خالصاً ، فلم يكن له ان يتصرف فيه ، ولا يترتب للغير عليه حق ولا ان يدع الغير يعتمد في منحه الثقة والأجل عليه⁽¹⁾.

من هذا نلاحظ ملاحظة واضحة على وجود اتجاهات فقهية عرفت الرهن التأميني واقرت بشروطه، واركانه ورتبت عليه الاثار، الا انه يبدو لنا ان الرأي الارجح هو الذي عد نقل محل الرهن من الراهن الى المرتهن ، او العدل التزاماً يترتب بذمة الراهن

(1) انظر الدكتور علي احمد السالوس ، مصدر سابق ، ص1283 والدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية ، مصدر سابق ، ص219.

(2) انظر الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشريعة ، الجزء الثامن عشر ، مصدر سابق ، ص384 ، وانظر الشيخ اسماعيل المزني ، مختصر المدني ، مصدر سابق ، ص94.

(3) انظر محمد جواد مغنية ، فقه الامام جعفر الصادق (ع) ، مصدر سابق ، ص31 و33 والشيخ ابا جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، كتاب الخلاف ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص97 والشيخ نجم الدين ابا القاسم جعفر بن سعد الحلبي (المحقق الحلبي) شرائع الاسلام في الفقه الجعفري ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص26.

(1) انظر الدكتور حامد حسين حمدان ، الرهن الوارد على غير الاعيان ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العددان (3 ، 4) ، مطبعة جامعة القاهرة ، ص558 و559.

، وان العقد قبله صحيح ولازم فيما بين اطرافه ، بيد انه غير نافذ في مواجهة الغير ما لم تنتقل الحيازة وذلك لانه يحقق المصالح المشروعة لاطراف الرهن والغير بدون عنت اخذ بالحسبان انه اذا كان معنى الرهن اللغوي⁽²⁾. هو الحبس فان له في الاصطلاح الشرعي مدلولاً خاصاً هو (الاستيثاق)، وهذا يتحقق بالحبس ويمكن ان يتحقق بسبل اخرى كالتسجيل⁽¹⁾.

ملخص ما تقدم نلاحظ الفقه الاسلامي اخذ بمبدأ تخصيص الرهن والذي تم عرضه ويتمثل بالاثار المترتبة عليه في حالة تخصيص الرهن ، وان التخصيص يكمن في ان يكون المرهون مقدور التسليم قانوناً ، وشرعاً كالمبيع فلا يصح رهن ما لا يصح بيعه ورهن المال المغصوب ، او المسروق ، او نحوهما باطل لانه من الاعيان الغير مضمونة ، وان يكون مالاً متقوماً فلا يصح رهن غير المتقوم لانه لا يصح بيعه ، وان يكون معلوم القدر ، والصفقة فلا يصح الرهن بجعل الجهالة قبل تمام العمل ، أي يشترط في المرهون ان يكون عيناً يصح تملكها، وبيعها ، ويمكن تسليمها ، وان تكون معلومة غير مجهولة ، تماماً كالمبيع في حالة توفر تلك الشروط التي يتم الاشارة اليها سابقاً يترتب تخصيص الرهن وتترتب عليه الاثار التي تم الاشارة لها .

اما في حالة عدم تخصيص الرهن، أي حاله كون المال المرهون غير معين ، وغير معلوم الجنس، والنوع، والوصف أي مجهول الصفات هل يترتب عليه الرهن ام في هذه الحالة ينعدم التخصيص مما ترتب عليه اثار تختلف عن الاثار المترتبة في حالة تخصيص الرهن، والتي سنبينها الان كما مر الذكر سابقاً انه يشترط في محل الرهن ان يكون معيناً تعييناً دقيقاً من حيث النوع ، والجنس ، والوصف وان يكون مالاً متقوماً مقدور التسليم فلا يصح رهن غير المتقوم ، لانه لا يصح بيعه وكما هو معروف اتفق الفقهاء⁽²⁾. على ان ما يصح بيعه يصح رهنه وما لا يصح بيعه لا يصح رهنه ، وان الشروط فيما يرهن كالشروط فيما يباع ، لان مقصود الرهن التوثيق للدين ، وذلك باستيفائه من ثمن المرهون عند تعذر تسديد المدين ، ويحصل ذلك بما يجوز بيعه ، ومن هذا نفهم ان الرهن في يد المرتهن يقابل الدين ، فيقتضي ان يكون المرهون له قيمة مالية في الخارج ، سواء أكان عيناً ، أم مالاً أم شيئاً يمكن الاستيفاء منه ، او من منافعه ، ولكن في حالة عدم توفر هذه الشروط والتي تضم في مضمونها مبدأ تخصيص الرهن، يترتب على ذلك اثر هو بطلان الرهن ، لان المال المرهون في حالة عدم تعيينه يؤدي الى الجهالة، والغرر لانه يؤدي الى انعدام محل الرهن وهو اثر انعدام التخصيص

(2) انظر بطرس البستاني ، كتاب قطر المحيط ، المجلد الاول (أ-ص) ، مادة الرهن ، مكتبة لبنان ، بيروت ، 1286 ، وانظر احمد رضا ، معجم متن اللغة ، موسوعة لغوية حديثة ، مكتبة الحياة ، بيروت ، 1958 هـ ، (مادة الرهن) .

(1) انظر الدكتور احمد ابا الفتح ، كتاب المعاملات في الشريعة الاسلامية والقوانين المصرية ، الطبعة الثانية ، الجزء الثاني ، مطبعة النهضة ، القاهرة ، 1922 ، ص590.

(2) انظر الشيخ محمد جواد حسن العاملي ، مفتاح الكرامة ، مصدر سابق ، ص177 ، والشيخ ابا منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الاسدي (العلامة الحلي) ، مختلف الشيعة ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص414 ، اما عن فقهاء الحنفية انظر الشيخ علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص135 ، والشيخ برهان الدين علي بن الحسن بن ابي بكر المرغيناني ، الهداية ، شرح بداية المبتدئ ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص193 ، وعن فقهاء الشافعية الشيخ محمد بن احمد الانصاري ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص232 والشيخ شمس الدين محمد بن احمد الشربيني الخطيب ، الاقتناع ، مصدر سابق ، ص237 ، اما فقهاء المالكية ، انظر الشيخ مالك بن انس بن مالك الاصمعي ، المدونة الكبرى ، الجزء الرابع عشر ، مصدر سابق ، ص275 ، والشيخ عبدالله محمد الخرشني ، مصدر سابق ، ص236.

مما يؤدي الى النزاع ، ولكن ما هو الرهن الباطل في الفقه الاسلامي ؟ وما يؤدي الى بطلان الرهن في الفقه الاسلامي ؟ ان الرهن الباطل يأخذ حكم البيع الباطل وهو كل بيع لم يتوافر ركنه أو فاته شرط من الشروط لانعقاده ولا حكم لهذا البيع اصلاً ، لان الحكم للموجود ، ولا وجود لهذا البيع أصلاً ، لان ما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكم الرهن ، ومحل الشيء ، محل حكمه إلا ان يمنع مانع من ثبوته او يفوت شرط ، فينتفي الحكم لانتهائه⁽¹⁾.

والرهن الباطل : وهو الرهن غير الصحيح اصلاً ، ويكون الرهن باطلاً في صورتين الاتي ذكرهما :

الصورة الاولى : كل موضع ليس الرهن فيه مالاً معيناً تعييناً دقيقاً فالرهن باطل .
الصورة الثانية : كل موضع ليس مقابل المرهون فيه مضموناً فالرهن باطل .
فكل عقد رهن لايشتمل على الشرط المذكورة غير صحيح وباطل أي يشترط ان يكون المرهون صالحاً للبيع ، فيجب ان يكون موجوداً وقت العقد ، ومالاً متقوماً ومقدور التسليم ، يعني ان المال المراد رهنه يجب ان يكون صالحاً للبيع لاجل صحة الرهن ، لان المقصود من الرهن استيفاء الدين منه ، ولا يمكن الاستيفاء من الشيء غير الصالح للبيع ، وبناء عليه يشترط ان يكون المرهون مثل المبيع موجوداً وقت عقد الرهن ومالاً متقوماً ومعلوماً ومقدور التسليم ، وهذا الكلام يتضمن حكمن من السائل الحكم الاول هو ان كل شيء صالحاً للبيع يعني موجوداً وقت العقد ومالاً متقوماً ومعلوماً ومقدور التسليم يجوز رهنه⁽¹⁾.

وان كل مرهون صالح للبيع ولكن عكسها لا يكون صالحاً ، لان بيع المشاع والمشغول جائز ورهنه غير جائز ، وبيع الشاغل المتصل بغيره جائز ورهنه فاسد يعني كل شيء غير صالح للبيع لايجوز رهنه يعني يكون رهنه فاسداً او باطلاً . فاذا لم يكن المرهون مالاً كالميت ، والدم ، والخنزير كان معدوماً وقت العقد ، فالرهن باطل لان بيع المعدوم ، والمال غير المتقوم ، وغير المقدور التسليم باطل ، كما ان رهن العنب الذي سيحصل هذه السنة من الكرم ، او الخرفان التي ستلدها الغنم باطل كذلك رهن المباحات قبل الاحراز كالصيد غير المحرز باطل ايضاً لانه قبل الصيد ليس بمال ، وكذلك يشترط فيه ان يكون معلوماً فاذا كان مجهولاً بطل الرهن ، ويشترط ان لا يكون المرهون مجهولاً بدرجة تقضي الى المنازعة في صدد الضمان بناء عليه إذا رهن شخص رأسي غنم مقابل ثلاثين ذهباً ، وشرط ان يكون الواحد منهما مرهوناً مقابل عشر ذهبات ، والاخر مقابل عشرين ذهباً ولم يصرح ايهما المرهون مقابل العشرة ، وايهما مقابل

(1) انظر الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي (الشهيد الاول) ، الدروس للشرعية في فقه الامامية ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص400.

(1) انظر زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني) مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص20 وانظر الشيخ موفق الدين ابا محمد عبد الله بن احمد بن قدامة ، المغني ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص368.

العشرين يكون الرهن فاسداً ، لانه عند هلاك احد رأسي الغنم لايعلم وجه الضمان ولايعلم ايضاً ايهما يجب استرداده اذا وفي الدين العشرين ذهباً مثلاً(2).

وذلك لعدم تخصيص المال المرهون مما يترتب عليه ان الرهن يكون اما فاسداً (1)، واما باطلاً(2) وحكم الرهن الفاسد انه يكون مضموناً بقبضه ، بخلاف الرهن الباطل فانه لا يكون مضموناً ، ومثال الرهن الفاسد ان تكون العين سريعة الفساد ، والدين مؤجل الى امد بعيد ، بحيث يلحق العين الفساد قبل حلول الاجل ، سواء اشترط عدم بيعها ، او لم يشترط شيئاً ، اما اذا اشترط بيعها قبل ان يلحقها الفساد ، او كانت لا تقصد قبل حلول الاجل فانه يصح رهنها ، ومثال ما لا يصح رهنه ان يرهن لدائنه ثلجاً في نظير دين يحل مواعده بعد شهر ، وشرط ان لا يبيع الثلج ، او لم يشترط شيئاً فان الرهن فاسد الا اذا امكن حفظ الثلج كل هذه المدة(3).

ملخص ما تقدم ان كل شيء صالح للبيع لايجوز رهنه يعني رهنه فاسداً ، او باطلاً فاذا كان المرهون مالاً وكان مقابله مضموناً وبعض شرائط الجواز مفقوداً يكون الرهن فاسداً كرهن المشاع و رهن المشغول فاسد لان شرط الانعقاد(4) موجود وشرط الصحة غير موجود فكل موضع لم يكن المرهون فيه مالاً ولامقابله مضموناً فالرهن لا ينعقد اصلاً ويكون الرهن باطلاً(5). غير منعقد ، فلا يترتب عليه حكم ، ولا ضمان على المرتهن اذا قبض المرهون ، لان الباطل لا يترتب عليه حكم . والرهن الفاسد كحكم الرهن الصحيح ، بشرط ان يكون الرهن الفاسد سابقاً للدين ، ولكن اذا كان الرهن الفاسد لاحقاً للدين لا يكون كحكم الرهن الصحيح ، بناءً عليه ليس للمرتهن ان يحبس له لاجل استيفاء الدين ، ولكن متى كان عقد الرهن صحيحاً ، فالحكم فيه واحد ان تقدم الدين ، او تأخر ، ويكون الرهن الفاسد سابقاً للدين بهذه الحالة ، كما لو رهن شخص مالاً وسلمه للمرتهن فاسداً مقابل مبلغ معلوم سيستقرضه ثم اعطى المرتهن الراهن المبلغ المذكور . وكون الرهن الفاسد لاحقاً للدين كما لو استقرض شخص مالاً وقبضه ، ثم رهن مقابله

(2) انظر الشيخ علي بن الحسن الكركي ، جامع المقاصد في شرح القواعد ن الجزء الخامس ، مصدر سابق ن ص48 ، وانظر السيد محمد حسن ترحيني العاملي ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص80.
(1) الرهن الفاسد ، هو الرهن الصحيح اصلاً وغير الصحيح وصفاً ، انظر الشيخ ابا اسحاق ابراهيم الشيرازي ، مصدر سابق ، ص321 ، وانظر الشيخ شمس الدين السرخسي ، الجزء الحادي والعشرون ، مصدر سابق ، ص110.

(2) الرهن الباطل وهو الرهن غير الصحيح اصلاً ويكون على شكلين ، اذا لم يكن الرهن مالاً ، واذا لم يكن مقابل المرهون مضموناً ، ويكون عكس الرهن الصحيح وهو الرهن المشروع ذاتاً ووصفاً ، انظر الشيخ محمد جواد حسن العاملي ، مفتاح الكرامة ، مصدر سابق ، ص12.

(3) انظر عبد الرحمن الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص329 ، انظر الشيخ ابا جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، كتاب الخلاف ، مصدر سابق ، ص610 ، وللشافعي فيه قولان ، احدهما مثل ما قلناه ، والثاني يصح الرهن ويجوز على بيعه ، وانه لا دليل على انه يجيز على بيعه ، واذا لم يكن عليه دلالة لم ينتفع المرتهن بهذا الرهن اصلاً فيجب ان يكون باطلاً .

(4) للرهن شروط انعقاد ، وشروط لزوم ، وشروط صحة ، وشروط نفاذ ، شروط الانعقاد فمنها ما يعود الى العقد نفسه وهو ان لا يكون معلقاً على شرط ، ولا مضافاً الى المستقبل ، ومنها ما يعود الى الراهن ، والمرتهن وهو ان يكونا عاقلين مميزين ، ولا يشترط بلوغهما ، ومنها ما يعود الى المرهون ، وهو ان يكون صالحاً للبيع ، ومنها ما يعود الى المرهون به (الحق) وهو ان يكون ديناً صحيحاً . اما شروط الصحة جميعها عائدة للمرهون ان يكون المرهون معلوماً فلا يصح رهن المجهول ، ان يكون محرراً أي غير مشاع ، مفرغاً أي غير مشغول بملك الراهن ، وان يكون المرهون مما يتعين بالتعيين فلا يصح رهن النقود ابتداءً

(5) انظر الشيخ موفق الدين ابا محمد عبدالله بن احمد بن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، ص375.

مألاً ، وسلمه للمرتهن فاسداً ، نلاحظ ان حكم الرهن الصحيح في الرهن الفاسد في الحالة الاولى ، ولا يكون كذلك في الحالة الثانية، ولذلك إذا فسخ عقد الرهن فليس للمرتهن ان يحبس المرهون الى ان يستوفي مطلوبه بل انه مجبر على رده للراهن وان توفي الراهن لا يكون المرتهن احق من سائر الغرماء ، لانه ليس على المحل يد مستحق بخلاف الرهن الصحيح تقدم او تأخر⁽¹⁾.

(1) انظر الشيخ ابي جعفر محمد بن الحسن علي الطوسي ، المبسوط ، مصدر سابق ، ص209.

المبحث الثاني الشروط المتعلقة بتخصيص الدين المضمون في القانون والفقہ الاسلامي

لا ينشأ التزام ما لم يكن قائماً على سبب موجود ومشروع ، أي غير ممنوع قانوناً أو مخالف للنظام العام أو الآداب ، لذا يفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً وأن يذكر في العقد ، فيعد السبب مالم يقدّم الدليل على عكس ذلك⁽¹⁾. وهذا ما تنص عليه المادة (132)⁽²⁾، من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه (1 – يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو السبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو الآداب ، 2 – ويفترض في كل التزام ان له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد مالم يقدّم الدليل على غير ذلك ، 3 – أما اذا ذكر سبب في العقد فيعد أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك) ، والسبب في عقد الرهن هو الدين الذي قام الرهن لضمانه ، فلا يوجد رهن دون أن يكون هناك حق أصلي ، والدين المضمون يشترط فيه ما يشترط في السبب عموماً أي أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود ومشروعاً ، وبما انه السبب ، هو الغرض المباشر من التعاقد ، فالرهن لا يقرر الرهن إلا من أجل الحصول على قرض أو أجل إذ إن الرهن يضع عقاره أو حقه العيني تأميناً لدين الدائن وهذا الدين هو ركن السبب في عقد الرهن⁽³⁾ . لذا يجب ان يكون الدين محققاً ويجب في كل الاحوال أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين أو الحد الأقصى الذي ينتهي اليه سواء أكان ديناً مستقبلاً ، أم ديناً معلقاً على شرط ، أو دين احتمالي⁽¹⁾ ، وبما ان مبدأ تخصيص الرهن ذو شقين وتم التطرق الى الشق الاول فأن الشق الثاني والذي يقتضي تخصيص الدين المضمون وطبقاً لمبدأ تخصيص الرهن الذي يقتضي تعيين المال المرهون والدين المضمون تعييناً كافياً يجب ان يكون الدين المضمون مخصصاً أي معيناً تعييناً كافياً من حيث ، مصدره ، وتاريخه ، ومحلّه ، ومقداره⁽²⁾ ، لذا سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الاول منه وجود الدين المضمون او قابليته للوجود في القانون والفقہ الاسلامي ، وسيتم ذلك من خلال فرعين نتناول في الفرع الاول وجود الدين المضمون او قابليته للوجود في القانون ، وفي الفرع الثاني نتناول وجود الدين المضمون او قابليته للوجود في الفقہ الاسلامي ، وفي المطلب الثاني سنتناول تعيين الدين المضمون في القانون والفقہ الاسلامي ، ومن خلال فرعين أيضاً في الفرع الاول تعيين الدين المضمون في القانون ، والفرع الثاني تعيين الدين المضمون في الفقہ الاسلامي .

(1) انظر الدكتور عبد المجيد الحكيم ، و أ . عبد الباقي البكري ، والدكتور محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص 101 . والدكتور حسن علي الذنون ، والدكتور محمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص 135 .

(2) تقابلها المادة (136) مدني مصري ، تقابلها المادة (165) مدني أردني ، تقابلها المادة (199) مدني يمني تقابلها المواد (97 ، 98) مدني جزائري .

(3) أنظر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص 272 ، انظر محمد طه البشير ، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص 21 . وانظر الدكتور محمد علي عبده ، نظرية السبب في القانون المدني ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 2004 ، ص 130 .

(1) انظر الدكتور صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص 35 ، أ . شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص 122 . والدكتور سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص 165 .

(2) أنظر الدكتور محمد حسن منصور ، مصدر سابق ، ص 222 .

المطلب الاول

وجود الدين المضمون أو قابليته للوجود في القانون والفقہ الاسلامي

وجود الدين المضمون ملازم لوجود الرهن ، فلا يمكن تصور وجود رهن دون وجود الدين المضمون به ولا يتحقق ذلك الا اذا نشأ الدين المضمون صحيحاً قبل انعقاد الرهن ثم بقي قائماً لحين انعقاد عقد الرهن (3). أي يشترط في سبب الرهن أن يكون موجوداً وقت الرهن أي أن يكون للمرتهن حق أصلي يراد ضمانه أما إذا نشأ الدين صحيحاً ولكنه انقضى قبل انعقاد الرهن لأي سبب من أسباب انقضاء الرهن، فلا يكون هناك دين يحتاج الى ضمان بالرهن على انه لا يشترط في وجود الدين المضمون ان يكون متجزئاً بل يجوز أن يكون ديناً مستقبلاً أو ديناً احتمالياً ، كاعتماد مفتوح في مصرف أو كفتح حساب جاري ، وفي الحالتين الاخيرتين يجب تحديد الحد الاقصى للمبلغ الذي يجوز للمدين سحبه وهو ما يضمنه الرهن التأميني ، وكذلك يجب تحديد المدة التي يجوز السحب خلالها وبانقضائها يتحدد المبلغ المضمون بالرهن كما يجب بيان مصدر الالتزام ، فيوضح نوع العقد ، وقد يكون مصدر الالتزام عملاً غير مشروع لم يقدر التعويض عنه بعد ، فيجب بيان عناصر التعويض المعروفة ، وقد يكون الاثراء بلا سبب فاذا لم يتم تخصيص الدين المضمون على هذا النحو ، كان عقد الرهن باطلاً(1). لذا سوف تقسم هذا المطلب على فرعين سوف نتناول في الفرع الاول وجود الدين المضمون او قابليته للوجود في القانون . وفي الثاني وجود الدين المضمون او قابليته للوجود في الفقہ الاسلامي .

الفرع الاول

وجود الدين المضمون أو قابليته للوجود في القانون

يجب ان يكون الدين المضمون موجوداً أو قابلاً للوجود وقت انعقاد الرهن وعليه اذا تبين ان الدين قد نشأ عن عقد باطل لأي سبب كان فإن هذا يؤدي الى بطلان الرهن لانعدام سببه المتمثل في الدين المضمون ، وذات الحكم ينطبق اذا تبين عند برام عقد الرهن أن الدين المضمون قد انقضى لأي سبب كان (2) . ولا يشترط في الدين المضمون أن يكون ناشئاً عن عقد كما لا يشترط في محله ان يكون دفع مبلغاً من النقود ، إذ يجوز أن يكون الدين ناشئاً عن أي مصدر من مصادر الالتزام ، كما يجوز ان يكون محله قياماً بعمل ، أو امتناعاً عن عمل ، وفي هذه الحالة يضمن الرهن ، ما يحكم به من تعويض بسبب إخلال المدين بالتزامه ، أو تسليم عين من الاعيان المضمونة ، ولا يشترط في وجود الدين المضمون ان يكون منجزاً بل يجوز ان يكون ديناً مستقبلاً أو ديناً احتمالياً كما في تقرير الرهن لفتح اعتماد أو حساب جارٍ (1).

(3) انظر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء العاشر ، المصدر السابق ، ص 370 ، الدكتور سليمان مرقس ، للتأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص 95 .

(1) انظر المستشار أنور طلبه ، شرح قانون التمويل العقاري ، مصدر سابق ، ص 17 ، والدكتور أسعد دياب أبحاث في التأمينات العينية مصدر سابق ، ص 105 .

(2) انظر الدكتور ماجد مزبجم ، التأمينات العينية ، الجزء الثاني ، درار الخلود ، بيروت ، 1980 ، ص 190 .

(4) أنظر الدكتور محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 37 .

وقد نصت المادة (1293)⁽²⁾، من القانون المدني العراقي على انه (يجوز أن يترتب الرهن التأميني ضماناً لدين مستقبلي أو دين معلق على شرط أو دين احتمالي فيجوز أن يترتب لاعتماد مفتوح أو لحساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون والحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين) .

فاذا كان الدين ناشئاً عن فتح حساب جار فهذا دين احتمالي مستقبلي ، فهو احتمالي لانه لايعرف من سيكون الدائن قبل غلق الحساب الجاري ، ومستقبلي لانه أياً كان الدائن فحقه لم يوجد بعد لكنه سيوجد في المستقبل ، أو بمعنى آخر أن الفترة التي يستمر خلالها قيد الحقوق ، والالتزامات يكون الدين المضمون بالرهن ، احتمالياً ومستقبلياً ، ولا يتحقق وجوده ولا يتحدد مقداره الا باقرار الرصيد ، ولكن يجب تحديد الدين الذي يضمه الرهن بقدر معين ، أو بحد أقصى يذكر في العقد⁽³⁾. ولا يلزم في الالتزام المضمون أن يكون التزاماً منجزاً ، بل من الجائز أن يكون معلقاً على شرط وافق أو فاسخ أو مضافاً الى أجل ، بالطبع في حالة قيام الرهن ضماناً لدين معلق على شرط يرتبط مصير الرهن بمصير الالتزام الاصلي بمعنى أن نفاذه يتعلق بتحقق الشرط الواقف ، او تخلف الشرط الفاسخ⁽¹⁾ . واذن يمكن استخراج قاعدة عامة بالنسبة للدين المضمون بالرهن هي ان كل التزام صحيح يمكن أن يضمه الرهن ، سواء أكان بعمل أم بامتناع عن عمل ، وسواء أكان بسيطاً ، أم موصوفاً ، وسواء أكان حالاً ، أم مستقبلياً ، محدداً أو غير محدد ، وسواء كان مصدره تصرفاً ، أم واقعه ، أم نص القانون بشرط أن يقع تخصيصه من حيث القيمة ومن حيث السبب ، مع مراعاة مبدأ التبعية للالتزام الاصلي .

مؤدى ذلك أن الرهن يمكن أن ينشأ لضمان الالتزامات جميعاً أياً كان مصدرها أو محلها ومهما كانت طبيعتها أو وصفها ويمكن أجمالها بما يلي :-

أ – الالتزام المضمون قد ينشأ عن التصرف القانوني ، والفعل النافع أو الفعل الضار أو نص القانون ، وليس من الضروري أن يكون محله مبلغاً من النقود ، بل يمكن ان يكون عملاً ، او امتناعاً عن عمل أو نقل ملكية ، أو أنشأ حق عيني ، فالرهن يضمن ماقد يحكم به على المدين من تعويض اذا لم يتم بتنفيذ التزامه⁽²⁾ .

(2) تقابلها المادة (1040) مدني مصري والتي تنص على انه (يجوز ان يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي ، كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين)، تقابل المادة (1332) مدني أردني التي تنص على أنه (يشترط في مقابل الرهن التأميني أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة او موعوداً به محدداً أو عينياً من الاعيان المضمونة) ، تقابل المادة (891) مدني جزائري والتي تنص على انه (يجوز ان يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي ، كما يجوز ان يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح او لفتح حساب جار على ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الأقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين) . تقابل المادة (1000) مدني يماني والتي تنص على انه (يشترط في المرهون فيه أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة أو عينياً مضمونه وان يكون معلوماً ، فان كان ديناً موعوداً به فلا يلزم الرهن الاثبوت الدين وتجديد القبض) ، تقابل المادة (2132) مدني فرنسي (تشترط ان يكون الدين المضمون بالرهن محققاً ومعين المقدار) .

(3) انظر الدكتور سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص 166 ، والدكتور عبد السلام ذهني بك ، مصدر سابق ، ص 130 .

(1) انظر الكتور محمد علي امام ، مصدر سابق ، ص 48 ، انظر الدكتور احمد سلامه ، مصدر سابق ، ص 73 .

(2) انظر الدكتور علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص 336 ، ملاحظة اذا كان الالتزام هو عمل أو امتناع عن عمل فان الرهن ، لا يضمن هذا العمل وإنما في هذه الحالة يضمن الرهن ما يحكم به من تعويض يسبب اخلال المدين بالتزامه .

ب - ويجوز أن يكون الدين المضمون بالرهن ايراداً مرتباً مدى الحياة ، واذا تم التنفيذ على المال المرهون قبل ان ينتهي الالتزام بدفع الايراد ، فان الثمن يوزع على سائر الدائنين الاخرين بحسب مراتبهم اذا تعهدوا متضامنين بأداء المرتب في مواعيد استحقاقه الدورية ، وقدموا ضماناً كافياً لتنفيذ هذا التعهد (3) .

ج - ويجوز أن يكون الدين المضمون بالرهن احتمالياً ، أو مستقبلاً ، كأن يكون معلقاً على شرط أو مضافاً الى أجل ، فالدين المعلق على شرط فاسخ موجود ، إلا أن مصيره مرتبط بتحقق الشرط أو تخلفه ، فان تخلف الشرط استمر قائماً وصحيحاً ، واذا تحقق زال وعد كان لم يكن ، واذا بيع المال المرهون ، في مرحلة تعلق الشرط ، اشترك الدائن في التوزيع بحسب مرتبة رهنه على أن يلتزم بتقديم ضمان يكفل رد ما استوفاه اذا تخلف الشرط ، وفي هذه الحالة يعاد توزيع ما يرده الدائن على سائر الدائنين (1)

ء - أما الدين المعلق على شرط واقف ، فيدخل في عداد الديون المستقبلية والمحتملة حيث يجوز ضمانها بالرهن استجابة للضرورات العملية التي تقتضي تشجيع منح الائتمان خاصة بالنسبة لعمليات البنوك ، وقد أورد المشرع تطبيقاً لهذه القاعدة جواز ترتيب الرهن ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار (2) ، ولكن يجب تحيد الدين الذي يضمنه الرهن بقدر معين او بحد أقصى ، ويجوز تحديد مدة معينه لنشأة الدين فلا يضمن الرهن إلا ما ينشأ خلال هذه المدة ، ويشترط أن لا يجاوز الحد الاقصى المبين واذا كان الدين المضمون بالرهن هو التعويض عن الفعل الضار لم يتحدد مقداره ووجب تعيين عناصر هذا التعويض حتى يمكن معرفة مقداره بقدر الامكان . وتحسب مرتبة الرهن من وقت قيده وليس من يوم نشوء الدين المسقبل أو الاحتمالي ، ولكن الرهن لا ينتج آثاره إلا بعد تحقق الدين ، فاذا نشأ ادين تأكد الرهن بمرتبته من يوم قيده ، أما اذا لم ينشأ الدين كان العقد بلا موضوع وزال (3) ، فاذا بيع العقار المرهون ، بناء على طلب دائن آخر ، وقبل تحقيق الدين المستقبل ، فإنه يتم احتجاز مبلغ من الثمن ، يوازي مقدار الدين بخزانة المحكمة حتى ينشأ الدين أو تتأكد عدم نشأته، ويجوز توزيع ثمن العقار بأكمله على الدائنين الاخرين على ان يلتزم هؤلاء بتقديم تأمين يضمن الوفاء بالدين المستقبل في حالة تحققه (4) .

هـ - أما بالنسبة للالتزام الطبيعي ، فلا يمكن ضمانه بتأمين شخصي ، أو عيني ، طالما ظل محتفظاً بهذه الصفة ، فهذا الالتزام موجود ويثقل ذمة المدين ، إلا انه لا يمكن اجباره على الوفاء به ، ومؤدى ذلك أنه إذا قدم المدين رهناً ، فأن ذلك يعد تعهداً منه بالوفاء

(3) أنظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص 38 ، والقاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، مصدر سابق ، ص 175 . والدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء السابع ، المجلد الثاني ، عقود الغرر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1964 ، ص 1043 .

(1) أنظر أ . علي يوسف صاحب ، عقد الرهن في القانون الانكليزي ، بحث مقدم الى مجلس جامعة بابل ، العلوم الاداريه والقانونية ، المجلد الرابع ، العدد السادس ، كانون أول ، 1999 ، ص 1277 .

(2) أنظر الطعن رقم 257 لسنة 26 ق ، جلسته 19/1/1971 ، أشار اليه الدكتور محمد شتا أبو سعد ، التقنين المدني ، الجزء الرابع ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص 1396 .

(3) أنظر الدكتور همام محمد محمود زهران ، مصدر سابق ، ص 306 .

(4) انظر الدكتور سعيد سعد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص 181 .

بالالتزام الطبيعي ، والتعهد بالوفاء من شأنه أن يغير طبيعة الالتزام ويجعله التزاماً مدنياً⁽¹⁾.

وهنا يعد الرهن ضماناً لالتزام مدني وليس التزاماً طبيعياً . ومن ناحية أخرى لا يجوز أن يصدر الرهن من غير المدين ضماناً للالتزام الطبيعي ، لان ذلك يعد كفالة عينية لهذا الالتزام حيث تقتضي القواعد العامة في الكفالة بأنه لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعي ، حيث لا يمكن أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام الاصيل ، وذلك مالم يقصد الكفيل أن يكون مدنياً أصلياً⁽²⁾. ويترتب على كون أن الدين المضمون به الرهن يعد سبباً لالتزام الراهن فان هذا الالتزام يزول ، ومن ثم يبطل الرهن بزوال سببه⁽³⁾ ، ويعبر عن ذلك المبدأ بتبعية عقد الرهن للدين المضمون به في وجوده ، وفي صحته ، وفي انقضائه ، ولما كان يشترط في الدين المضمون ان يكون موجوداً وقت الرهن ، فان هذا الشرط لا يتوفر الا اذا كان الدين المضمون ، قد نشأ صحيحاً ثم بقي قائماً الى حين انعقاد الرهن ، فاذا تبين أن الدين لم ينشأ صحيحاً ، بأن نشأ عن عقد باطل أو نشأ صحيحاً ولكنه انقضاء وقت عقد الرهن ، بأي سبب من أسباب الانقضاء كالوفاء مثلاً ، فان الرهن يقع باطلاً اذ أن محل الرهن يكون مستحيلاً اذا لم يكن الالتزام الذي يضمه موجوداً أو حتى ممكن الوجود⁽⁴⁾.

أما اذا وجد الالتزام المضمون ثم زال بغير أثر رجعي ، فلا يمنع هذا من وجود الرهن ، ولكن يترتب على زوال الالتزام المضمون انقضاء الرهن ، اذ يصبح لامحل له، وقد نصت المادة (1/1315)⁽¹⁾ ، من القانون المدني العراقي على أنه (ينقضي حق الرهن التأميني بانقضاء الدين الموثق ويعود معه اذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون اخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته). فهو لا يوجد مستقلاً بذاته بل يوجد لضمان التزام أصلي والارتباط بين الرهن والالتزام المضمون هو ارتباط التابع بالمتبوع يدور وجوداً وعدمياً معه ، فاذا انقضى الالتزام انقضى الرهن ، وكذلك من حيث صفات الالتزام الاصيلي اذا كان الالتزام تجارياً ، فان الرهن الضامن له يعد عملاً تجارياً ايضاً ، ويخضع عندئذ الى احكام القانون التجاري سواء أكان الراهن تاجراً أم غير تاجر⁽²⁾. لا بد من الاشارة الى

(1) انظر الدكتور أحمد سلامه ، مصدر سابق ، ص 74 . والدكتور سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص 103.

(2) انظر الدكتور محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 224 ، وانظر محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 81 .

(3) انظر القرار رقم ، ط 2 ، 78 في 1962/1/9 ، مجلة ديوان التدوين القانوني ، وزارة العدل ، العدد الثالث ، السنة الاولى مطبعة التضامن ، بغداد ، 1962 ، ص 119 .

(4) أنظر الدكتور أحمد محمود سعد ، مصدر سابق ، ص 70 ، والدكتور نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص 43 ، وكذلك الدكتور أنور طلبه ، شرح قانون التمويل العقاري ، مصدر سابق ، ص 20 ، وانظر القرار التدويني المرقم ل 7/53 المؤرخ 10/ 3 / 60 ، أشار اليه سليمان بيان ، القضاء المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص 711 .

(1) تقابل المادة (1/1042) مدني مصري (لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه مالم ينص القانون على غير ذلك) ، تقابل المادة (1364) مدني اردني (ينقضي الرهن بانقضاء الالتزام الموثق به) ، لا يوجد نص مماثل في القانون المدني اليمني ، تقابل المادة (893) مدني جزائي ، تقابل المادة (1045) مدني ليبي .

(3) الطعن رقم 692 ، سنة 49 قضائية ، جلسة 28 / 3 / 1983 ، مجموعة أحكام النقض المصرية ، السنة الرابعة والثلاثون ، الجزء الثاني ، 1988 ، ص 188 .

انه اذا وجد الدين على النحو السابق ايضاحه ، فان عقد الرهن يتوافر بشأنه السبب ، والذي يتمثل بالدين المضمون على أن الوفاء بجزء من الدين لايعني زوال السبب ، ومن ثم يبقى الرهن قائماً حتى ، ولو حصل الوفاء الجزئي للدين المضمون به ، ويعبر عن ذلك بأن الرهن غير قابل للتجزئة ، وأن عدم قابلية الرهن للتجزئة ينطبق سواء بالنسبة للمال المرهون ، وبالنسبة للدين المضمون ، يعني أن هناك ترابطاً بين المال المرهون والدين المضمون مبني على عدم التجزئة، وبالتالي فالرهن غير قابل للتجزئة (3) .

ملخص ماتقدم أن الرهن بنوعيه (التأميني ، والحيازي) يكون مقابل دين يمكن للمرتهن استيفاؤه من المرهون كلاً أو بعضاً وقد نصت المادة (1293) مدني على انه (يجوز ان يترتب الرهن التأميني ضماناً لدين مستقبل أو دين معلق على شرط أو دين احتمالي فيجوز ان يترتب لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الاقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين). ونصت المادة (1/1332) مدني على أنه (يجوز الرهن الحيازي لتوثيق الديون التي يجوز توثيقها بالرهن التأميني).

كذلك يشترط في الدين المضمون في الرهن الحيازي أن يكون موجوداً وقت الرهن أو قابلاً للوجود وكذلك لايشترط في وجود الدين أن يكون منجزاً بل يصح ان يكون الدين معلقاً على شرط أو ديناً مستقبلاً أو ديناً احتمالياً أي انه يشترط في الدين المضمون في الرهن الحيازي ما يشترط في الرهن التأميني أي أن كل دين أياً كان سببه، وأياً كان محله يصح أن يوثق بالرهن سواء كان الدين موجوداً أم موعوداً (1) به .

وقد عبر المشرع المصري عن ذلك بنص المادة (1040)(2) مدني وعلى الرغم من أن هذه المادة قد وردت بخصوص الرهن الرسمي ، إلا أنها تنطبق على الرهن الحيازي بدلالة نص المادة (1098) مدني الخاصة بالرهن الحيازي ، والتي تنص على انه (تسري على الرهن الحيازي أحكام المادة (1033) وأحكام المواد (1040) الى (1042) المتعلقة بالرهن الرسمي . ويشترط في الرهن الرسمي أن يكون الدين المضمون موجوداً أي صحيحاً ، كذلك يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جارٍ على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الاقصى الذي

(3) المادة (1294) مدني عراقي ، تقابل المادة (1041) مدني مصري ، تقابل المادة (1333) مدني اردني ، تقابل المادة (1/1092) مدني يمني ، تقابل المادة (892) مدني جزائري ، تقابل المادة (1044) مدني ليبي . أنظر محمد طه البشير ، والدكتور غني حسون طه ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص 353 ، والقرار رقم 1929 / مدينة ثانية عقر 75 ، تاريخ القرار 1975/6/24 ، منشور في مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة السادسة ، 175 ، ص 46 ، والطعن رقم 75 لسنة 36 ف / جلسة 11 / 7 / 1973 ، اشار اليه المستشار معوض عبد التواب ، نصوص القانون المدني ، الجزء الثالث ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1996 ، ص 952 .

(1) انظر الدكتور محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 200 ، وكذلك أ. شاكرا ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية العقارية ، مصدر سابق ، ص 201 والدكتور حامد مصطفى الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 106 .

(2) تقابل المادة (1374) مدني اردني والتي تنص على انه (يشترط في مقابل الرهن الحيازي أن يكون ديناً ثابتاً ثبوتاً صحيحاً في الذمة أو موعوداً به محدداً عن الرهن) ، تقابل المادة (1000) مدني يمني (يشترط في المرهون فيه أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة أو عيناً مضمونه وأن يكون معلوماً ، فان كان ديناً موعوداً به فلا يلزم الرهن الا بتبوت الدين وتجديد القبض) لا يوجد نص مماثل في القانون المدني الجزائري .

ينتهي اليه هذا الدين ونكتفي بالاحالة الى ماسبق بخصوص وجود الدين المضمون في الرهن التأميني (1).

ملخص ماتقدم يجوز تقديم الرهن بنوعيه لضمان أي التزام سواء أكان قياماً بعمل أم امتناعاً عن عمل ، وأياً كان مصدره، ولا اعتبار لما إذا كان الالتزام منجزاً أو مضافاً لأجل أو معلقاً على شرط فاسخ أو واقف ، فهذه جميعها تصلح لان تكون محلاً للرهن، كذلك يصح ضمان لدين مستقبلي أو دين احتمالي على أن يتحدد في عقد الرهن الحد الأقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين ، أي يجب ان يكون الدين المضمون موجوداً أو موعداً به .

الفرع الثاني

وجود الدين المضمون أو قابليته للوجود في الفقه الاسلامي

يشترط لصحة الرهن أن يكون الحق الذي هو مقابل المرهون (2). مالاً ومضموناً بنفسه أي يشترط لصحة الرهن أن يكون الحق الذي هو مقابل المرهون جامعاً صفتين أولاً أن يكون مالاً ، والثانية ان يكون مالاً مضموناً بنفسه ، فكل حق وجدت فيه هاتان الصفتان يصح الرهن مقابله ، وأما إذا لم توجد فيه الصفتان أو فقدت صفة واحدة فالرهن الذي مقابله لا يصح . وقد ذهب فقهاء الامامية (3) ، الى تعريف مقابل الرهن أو الحق هو كل دين ثابت في الذمة أو هو الحق الثابت في الذمة ، وان لم يستقر الذي يمكن استيفاؤه من الرهن فلا يصح الرهن على غير الثابت ، أي الدين الثابت معجلاً كان أم مؤجلاً ، قرضاً كان أو ثمن مبيع أو عرض أيجار ، أو مهراً، سابقاً كان الدين على الرهن ، أو مقارناً له ، كما لو قال بعثك هذا بعشرة على أن ترهنني كذا ، ولا يصح ان يرهن أولاً ، ثم يستدين ، لان الرهن وثيقة للمال ، ولا يعقل الاستيثاق قبل حصول المال . أي لا يصح فيما لم يحصل سبب وجوده ، كالرهن على ما يستدينه ، أو على ثمن ما سيشتريه ، لانه الحق والمراد بالحق هنا ما يؤخذ المرهون من أجله ، ومن أجل هذا عدم صحة الرهن على مال الجهالة قبل تمام العمل، مثلاً إذا قال من عمل كذا أعطيته كذا فلا يصح أن يرهن على ما يستحقه العامل بعد العمل (1) ، إذ المفروض أنه لم يثبت له في الذمة قبل العمل، أي جواز الرهن أن يقع الرهن بعد ثبوت الدين ، وأن يقع الرهن مع العقد الموجب للدين ، وأن يكون الدين ثابتاً ، فلو قال رهنك هذا بألف تقرضنيه فقال ارتهنت ، ثم أقرض

(1) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، المصدر السابق ، ص 201 ، والدكتور محمد علي امام ، مصدر سابق ، ص 482 ، والدكتور همام محمد محمود زهران ، مصدر سابق ، ص 349 .

(2) وقد يعبر عن الدين المضمون ، بـ (الالتزام المضمون) في القانون المدني العراقي وفي الفقه الاسلامي يستعمل تعبير (المضمون به) أو (مقابل الرهن) أو (الحق) ، انظر السيد علي الطباطبائي ، رياض المسائل في بيان الاحكام بالدلائل ، الجزء الثامن ، مصدر سابق ، ص 205 .

(3) انظر السيد محمد حسن ترحيني العاملي ، الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص 80 ، والشيخ زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني)، مسائل الاتهام الى تنقيح شرائع الاسلام ، الجزء الرابع ، ص 28 ، والشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي ، (الشهيد الاول) ، الدروس الشرعية في فقه الامامية ، الجزء الثالث ، ص 401 ، والشيخ محمد جواد مغنیه ، فقه الامام جعفر الصادق (ع) ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 28 ، والشيخ أبي جعفر محمد بن الحسين بن علي الطوسي ، كتاب الخلاف ، مصدر سابق ، ص 601 .

(1) لان الفقه الاسلامي اشترط في مقابل الرهن أن يكون حقاً واجب التسليم وهذا يتفق مع ما ذهب اليه فقهاء القانون الوضعي ، انظر الدكتور حامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص 106 ، والدكتور سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، بدون مطبعة ، القاهرة ، 1985 ، ص 140 .

لم ينعقد الرهن بل يجب إعادته ، وكذلك لو قال بألف تبيع هذا الثوب مثلاً فثبوت الدين حالة الرهن لأبد منه .

أي يشترط في مقابل الرهن أن يكون موجوداً وثابتاً في الذمة سواء كان سابقاً على الرهن أو موعوداً به ، أو عيناً من الاعيان المضمونة أما الامانات ، فلا يصح أخذ رهن بمقابلها لانها اذا اهلكت فلا شي في مقابله فلا تبقى أمانه بل تكون مغصوبة (2).

كذلك يشترط لانعقاد الرهن ، أن يكون العقد غير معلق ، ولا مضافاً الى وقت لان في الرهن والارتهان معنى الايفاء والاستيفاء وهو لا يحتمل التعليق ولا الاضافة لأنه تمليك في الحال ، فاذا قال المدين لدائنه وإذا اشترت الدار الفلانية فقد رهنها عندك بالدين الذي لك عليه ، وقبل المرتهن ثم اشترى المدين الدار وسلمها الى الدائن ، كان الرهن باطلاً وكذلك لو قال رهنك عندك داري بعد اسبوع وقبل المرتهن ينطبق عليها نفس الحكم لعدم وجود الحق وقت العقد (1).

كذلك لا بد من الاشارة الى أن حق الوثيقة يتعلق بالرهن جميعه ، فيصير محبوساً بكل الحق وبكل جزء منه ، لا ينفك منه شيء حتى يفضي الدين جميعاً ، سواء أكان مما يمكن قسمته أم لا يمكن ، لان الرهن وثيقة بحق ، فلا يزول الإبزوال جميعه ، أي أن وفاء بعض الدين مثلاً أدى الراهن بعض الدين يبقى المرهون بكامله رهنأ بالدين الباقي لان الرهن وقع على كل جزء من الحق والمرتهن أن كان قد اشترط يقاء الرهن الى آخر جزء من الدين بقى الرهن بحالة ولا ينفك منه شيء ، وإن لم يشترط ذلك أنفك الرهن بقدر ما أدى من الدين عملاً بظاهر الحال، وتبعية الرهن للدين ، نلاحظ أن هناك ارتباطاً أيضاً ما بين المال المرهون والدين المضمون كما في القانون الوضعي مبني على عدم تجزئة الرهن (2). أما فقهاء الحنفية والمالكية(3)، يشترطون أيضاً في المرهون به أن

(2) انظر السيد عبد الاعلى المسوي السيزواري ،مذهب الاحكام في بيان الحلال والحرام ، مصدر سابق ، ص 98 . وانظر المادة (710) من المجلة والتي تنص على انه (يشترط ان يكون مقابل الرهن مالا مضموناً فيجوز أخذ الرهن لاجل مال مغصوب ولا يصح أخذ الرهن لاجل مال هو امانه) فاذا وضع شخص عند آخر امانة فلا يصح أن يرهن بها عيناً ، فاذا فعل ذلك وقع الرهن باطلاً لان الامانة اذا هلكت عند الامين بأفة سماوية فلا يضمنها لا يلزم بشيء لصاحبها ، واذا استهلك بفعل فاعل لم تكن امانه وأما تكون مغصوبه وعلى كل حال فلا تصلح بعنوان كونها امانة أن تكون سبباً في الرهن ، انظر بهذا الخصوص عبد الرحمن الجزيري ، مصدر سابق ، ص 244 ، وانظر علي حيدر ، درر الحكام ، مصدر سابق ، ص 101 ، وانظر شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، هامش رقم (2)، ص 201 .

(1) الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي ، الدروس الشرعية في فقه الامامية ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 402 . والشيخ جمال الدين الحسن بن يوسف المظهر العلامة الحلبي ، تبصرة المتعلمين في أحكام الدين ، مصدر سابق ، ص 155 . والشيخ يحيى بن سعيد الحلبي ، الأشباه والنظائر ، مصدر سابق ، ص 89.

(2) الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص 197 . والشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، الجزء الخامس والعشرون ، مصدر سابق ، ص 143 .

(3) عن فقهاء الحنفية انظر الشيخ علاء الدين أبا بكر بن محمود الكاساني، بدائع الصائغ ، مصدر سابق ، ص 142 . والشيخ أبا بكر محمد السرخي ، المبسوط ، الجزء الحادي والعشرون ، مصدر سابق ، ص 109 . والشيخ محمد زين الدين أبا راس شيخ جامع سيدي أبراهيم الدسوقي ، من الشرح المسمى بالجوهرة النيرة لمختصر القدوري ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص 227 . والقاضي محمد بن فرامر زين الدين علي الشهير بمثالا خسرو ، درر الحكام في شرح غرر الاحكام ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص 254 ، وعن فقهاء المالكية ، الشيخ علي العدوي ، حاشية العدوي علي الخدشي ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص 249 ، والشيخ أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، الشرح الصغير ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 111 ، والشيخ أبا الوليد محمد بن أحمد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المنتصر ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 411 .

يكون ديناً ثابتاً في الذمة فلا يصبح الرهن بسبب غير الدين كالمستعار ، ومال المضاربة إذا أخذ شخص من آخر رهناً لاجل المبلغ الذي أعطاه إياه بطريق المضاربة وهذا الرهن باطل ، وكذلك إذا استعار دابة فانه لا يصح أن يرهن ثوباً من أجلها لانها ليست بدين ، لأن فائدة الرهن أن يؤخذ منه في نظير الدين والعين مادامت موجودة ، وان يكون الدين ثابتاً فلا يصح الرهن قبل ثبوته كما اذا رهنه داره على أن يقرضه أو يرهن ساعته في الاشياء التي يشتريها من حانوت الزيات ونحوه لان الثمن لم يثبت قبل أن يأخذها ، أما إذا اشترى شيئاً بثمن مؤجل ورهن عيناً مقابل الدين الذي لم يحل في عقد البيع فإنه جائز كأن يقول له بعثك أرض كذا وارتهنت منك دارك في ثمنها فيقول المشتري ، اشتريت ورهنت ، وكذلك يشترط أن يكون الدين لازماً في الحال أو في المال ، نلاحظ من ذلك بأنه فقهاء المالكية والحنفية أجازوا الرهن بما سيقرض استحساناً لحاجة الناس الى ذلك ، فقد قالوا لو دفع الى انسان رهناً ليقرضه كذا صح الرهن وكان الرهن مضموناً وإن كان ذلك رهناً بما ليس بمضمون في الحال لان له حكم المضمون وإن لم يكن مضموناً حقيقة لوجود القبض على جهة الضمان والمقبوض على وجه الضمان بمنزلة المقبوض على حقيقة الضمان فصار كالمقبوض على سوم الشراء ، ويصح الرهن بالدين ولو كان موعداً لان الموعد جعل كالموجود باعتبار الحاجة أي جعله موجوداً اقتضاء ، لان الرهن استيفاء ، والاستيفاء لا يسبق الوجود بل يتلوه فلا بد من سبق الوجود ليكون الاستيفاء مبنياً عليه ، أي نلاحظ أجاز المالكية والحنفية الرهن قبل ثبوت الالتزام ، أي يجوز ان يكون الرهن ضماناً للوفاء بالالتزامات المستقبلية أو الاحتمالية ، ويشترط أن يكون مقابلاً للرهن مالا مضموناً فيجوز أخذ الرهن لاجل المال المغصوب ولا يصح أخذ الرهن لاجل مال هو أمانة .

لان المال المغصوب مضمون بنفسه ، أي يشترط الفقه الاسلامي في المرهون به ان يكون محتملاً للاستيفاء من الرهن فان لم يحتمل لم يصح الرهن به لان الارتهان استيفاء (1) .

نلاحظ أن الرهن لا يخلو من ثلاثة أحوال هي:

الحالة الاولى : - أن يقع بعد ثبوت الدين فيصح بالاجماع عليه ، لانه دين ثابت تدعو الحاجة الى أخذ الوثيقة به (1) .

الحالة الثانية :- أن يقع الرهن مع العقد الموجب للدين ، مثلاً يقول بعثك ثوبي هذا بعشرة الى شهر ، ترهني بها شاه فيقول قبلت ، فيصبح أيضاً ذلك ما ذهب اليه فقهاء المالكية ، والحنفية ، والشافعية ، أما فقهاء الامامية (2) ، فإن الحاجة تدعي الى ثبوته فان لم يعقد الا مع ثبوت الحق ، ويشترط فيه أن يكون ديناً ثابتاً ، لازماً ، معيناً معجلاً كان أو مؤجلاً ،

(1) أنظر الشيخ أبا جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص 198 . والشيخ جمال الدين أبي العباس احمد بن فهد الحلبي ، المهذب البارع في شرح المختصر النافع ، مصدر سابق ، ص 138 .

(1) أنظر السيد محمد حسن ترجيني العاملي ، الزبدة الفقهية ، الجزء الخامس ، المصدر السابق ، ص 82 ، والسيد أحمد الخوانساري ، جامع المدارك في شرح المختصر النافع ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 346 .

(2) أنظر الشيخ علاء الدين بن مسعود الكاساني ، بدائع الضائع ، المصدر السابق ، ص 144 ، والشيخ عبد الله ابن أحمد الانصاري القرطبي ، الجامع لاحكام القران ، مصدر سابق ، ص 265 ، الشيخ محمد بن أحمد الانصاري ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص 243 ، والشيخ جمال الدين الحسن بن يوسف المظهر العلامة الحلبي ، بنصرة المتعلمين في احكام الدين ، مصدر سابق ، ص 155 .

ولا يصح أن يرهن أولاً ثم يستدين لان الرهن وثيقة للمال ، بينما يصح ذلك عند فقهاء الحنفية لانهم نصوا على ان الرهن يصح بالدين ولو موعوداً به .
 حاله الثالثة :- أن يرهنه قبل الحق ، فيقول (رهنتك هذا بعشرة تقرضنيها غداً وسلمه اليه ثم أقرضه الدراهم ، لزم الرهن وقال بذلك المالكية ، والحنفية لانه وثيقة بحق فجاز عقدها قبل وجوده ، أو جاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل وقال بذلك أيضاً فقهاء الشافعية ، وقد أجاز الرهن بالدين الموعود به أستحساناً لحاجة الناس اليه (3).
 ملخص ماتقدم لاحظنا أن الفقهاء جميعاً اشترطوا أن يكون المرهون به أو مقابل الرهن ديناً ثابتاً في الذمة أو موعوداً به (4)، أو عيناً من الاعيان المضمونة ، وكذلك يشترطوا أن يكون الدين ديناً صحيحاً موجوداً عن عقد الرهن ظاهراً أو باطناً ، وأن الدين المضمون يتبع حق الرهن وجوداً وعدمياً وصحة وبطلاناً لانه حق تابع (1)، نلاحظ أن القانون الوصفي يواكب الفقه الاسلامي على ضرورة وجود الدين المضمون أو قابليته للوجود وقت انعقاد الرهن وأن يكون ديناً ثابتاً في الذمة موجوداً بالفعل فلا يجوز الرهن في دين يحدث في المستقبل ولو كان سبب وجوبه قائماً وقت الرهن كنفقة الزوجة المستقبلية ، وكذلك لا يصح بما يثبت بالبيع أو القرض في المستقبل (2). وأن يكون معلوم القدر ، والصفة ، فلا يصح الرهن بجعل الجهالة قبل تمام العمل ، لان مال الجمالة قبل العمل ففيه وجهان أحدهما لايجوز أخذ الرهن به لانه ماله شرط في عقد لايلزم فلا يجوز أخذ الرهن به ، والثاني يجوز لانه دين يؤول الى اللزوم فجاز أخذ الرهن به كالثمن في مدة الخيار والرأي الثاني هو الموافق للقانون المدني (3).

المطلب الثاني

تعين الدين المضمون في القانون والفقه الاسلامي

أن سبب الرهن هو الدين الذي نشأ الرهن لضمانه ، ونظراً لكون الرهن حق تابع للحق الضامن له ، فإنه يتبع هذا الحق في وجوده وبقائه وزواله وبالتالي فلا وجود للرهن دون أن يكون هناك حق مضمون به (4)، والأصل أن يكون الحق المضمون معيناً تعيناً كافياً من حيث مصدره ، وتاريخه ، ومحلّه ، ومقداره ، يسمح بتخصيص الرهن . فلا

(3) أنظر الشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب ، الامتناع ، مصدر سابق ، ص 237 ، والشيخ اسماعيل المزني ، مختصر المزني ، مصدر سابق ، ص 93 .

(4) وقد أجاز فقهاء الحنفية والمالكية الرهن بالدين الموعود به استحساناً لحاجة الناس اليه لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة بل جعل موجوداً اقتضاء لان الرهن استيفاء والاستيفاء لايسبق الوجوب بل يتلوه فلا بد من سبق الوجوب ليكون الاستيفاء مبنياً عليه ، أنظر الشيخ العدوي الدردير ، الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 245 ، والشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيعلي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، الجزء السادس ، المطبعة الميرية ، مصر ، 1313 هـ ، ص 70 .

(1) انظر الدكتور علي احمد السالوسي ، فقه البيع والاسنباق والتطبيق المعاصر ، الجزء الاول ، مؤسسة الريان ، مصر 2004 ، ص 1205 ، أ. علي حيدر ، دور الحكام شرح مجلة الاحكام ، المجلد الثاني ، الطبعة الاولى ، دار الجليل ، بيروت ، 1991 ، ص 99 .

(2) الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية ، الجزء الاول ، بدون مطبعة ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع ، ص 215 ، انظر محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، المصدر السابق ، هامش رقم (1) ص 200 .

(3) الدكتور حامد مصطفى ، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 106 .

(4) أنظر الدكتور سليمان مرقس ، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد ، مصدر سابق ، ص 105 . والدكتور ماجد مزيمح ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، الجزء الاول ، ص 246 .

يجوز أن يعقد الرهن ضماناً لكل ما يمكن أن يترتب للمرتهن من ديون في ذمة الراهن ،
وإذا لم يعين مقدار الدين المضمون وقت الرهن ، فيجب لتحديده تعيين الحد الأقصى
الذي ينتهي إليه (1). لذا سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين سنتناول في الفرع الأول
تعيين الدين المضمون في القانون وفي الثاني تعيين الدين المضمون في الفقه الاسلامي .

الفرع الأول تعيين الدين المضمون في القانون

يقتضي مبدأ تخصيص الرهن أن يكون الدين المضمون مخصصاً كما في الشق الأول
من مبدأ تخصيص الرهن الذي يقتضي تخصيص المال المرهون لان تخصيص أحدهما
يقوم على تخصيص الآخر ، لانه كما قدمنا أن الدين هو سبب الرهن لذا يشترط أن يكون
الدين المضمون معيناً تعييناً كافياً من حيث مصدره وتاريخه ، ومحلّه ، ومقداره ، ومدته
(2). فلا يجوز أن يعقد الرهن ضماناً لكل ما يمكن أن يترتب للمرتهن من ديون في ذمة
الراهن ، وإذا لم يتعين مقدار الدين المضمون وقت عقد الرهن فيجب لتحديده تعيين الحد
الأقصى الذي ينتهي اليه كما هو الحال في الاعتماد المفتوح والحساب الجاري (3).

وقد نصت المادة (1293) (4) ، من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز أن يترتب
الرهن التأميني ضماناً لدين مستقيل أو دين معلق على شرط أو دين احتمالي فيجوز أن
يترتب لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين
المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين).

وفي تعيين دين الرهن مصلحة ظاهرة للمدين الراهن لانه عند عدم التعيين ربما لا
يعلن الخير التعامل مع المدين ، اذ يخشون أن يستغرق الدين المؤمن عليه بالرهن حيث
لا يعلمون قيمته ، وربما كان تعيين قيمة الدين أكثر اهمية من تعيين العقارات المرهونة ،
لان الدائنين يفزعون من عدم تعيين قيمة الديون لمضمونه بالرهن ولا يفزعون هذا الفرع
من الرهن العام المقرر ضماناً لديون معينة ، لان عدم تعيين الدين تجهيل له . وفي
التجهيل للدين لا يستطيع من يريد التعامل مع المدين معرفة الى أي حد تستغرق الديون
العقارات المرهونه . وأما اذا تعينت الديون ولم تتعين العقارات المرهونة ، فالخوف يبعد
اذا يتعين محل الخطر المحقق بهم ، ومحل الخطر هو تعيين الدين المضمون تعييناً دقيقاً
نافياً للجهالة (1) .

(1) أنظر أ. شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية العقارية ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ،
ص 122 .

(2) أنظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص 119 .

(3) أنظر الدكتور محمد كامل مرسي باشا ، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص 129 .

(4) تطابق المادة (1040) مدني مصري ، تقابل المادة (1332) مدني اردني والتي تنص على أنه (يشترط في مقابل
الرهن التأميني أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة أو موعوداً به محدداً أو عيناً من الاعيان المضمونة) تطابق المادة
(891) مدني جزائري ، في القانون المدني اليمني لا يوجد نص نص مماثل في الرهن التأميني ، تطابق المادة (1043)
مدني ليبي ، تقابل المادة (2132) مدني فرنسي ، والتي تنص على أنه (يشترط أن يكون الدين المضمون بالرهن
محققاً ومعين المقدار).

(1) أنظر الدكتور عبد السلام ذهني بك ، في التأمينات ، مصدر سابق ، ص 137 ، والدكتور سمير عبد السيد نتاغو ،
التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص 165 .

ولا يكفي لانعقاد الرهن وجود دين يضمنه ، الرهن بل يجب أن يكون هذا الدين معيناً وقت الرهن ، وإذا كان القانون لم ينص صراحة على وجوب تعيين الدين المضمون كما نص على وجوب تعيين العقار المرهون ، فإن اشتراط ذلك التعيين أمر مسلم به لاختلاف عليه إذ تمليه القواعد العامة في التراضي ، فمن الواضح أنه لا يمكن التأكد من تطابق إرادتي الراهن، والمرتهن بشأن الدين الذي أبرم عقد الرهن لضمانه إلا إذا كان هذا الدين معيناً (2) . وكذلك تجد نص المادة (1293) مدني بالتحديد بعبارة (أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون والحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين) دليل على وجوب أن يكون الدين المضمون معيناً ، والحكمة من ذلك هو قطع دابر كل نزاع بين المتعاقدين حول مقدار الدين المضمون بالرهن لان للمرتهن أن يطلب بيع المرهون لاستيفاء دينه من الثمن عند عدم ايفاء الدين لذلك يجب أن يكون الدين من الديون المعينة ، لكي يستطيع المرتهن المطالبه بحقه من ثمنها (1) . لذا فان الرهن الذي لا يقترن بتعيين الدين المضمون يعد باطلاً ، أو في حكم غير الموجود لانه مخالف لمبدأ تخصيص الرهن الذي يفترضه التعيين في احدي شروطه، لأن الدين المضمون ركن في عقد الرهن وليس أثراً من أثاره، ولذا يجب تعيينه بالطرق المتفق عليها وإلا يفقد الرهن أحد أركانه وهو ركن السبب فيقع في البطلان ، ولا يكفي أن يكون الدين المضمون قابلاً للتعيين ، بل يجب أن يتم التعيين فعلاً وقت ابرام الرهن وأن تذكر بيانات هذا التعيين في العقد، وبذلك يتضمن العقد البيانات المعينة المتعلقة بكل من العقار المرهون والدين المضمون ، ومن شأن ذلك تمكين الغير معرفة مقدار ما يثقل العقار المرهون ، وما إذا كان لايزال صالحاً لضمان ديون أخرى (2) . ولاصعوبة في تعيين الدين المضمون إذا كان موجوداً وقت الرهن، فيتم هذا التعيين ببيان مقدار الدين، وشخص المدين (قد يكون غير الراهن) ومصدر الدين ، عقد ، وفعل ضار ، أو نص القانون ، أو إثراء بلا سبب،...، الى آخره (3) .

أما اذا كان الدين المضمون غير موجود وقت الرهن كالدين المستقبل والدين الاحتمالي فقد يصعب تعيين مقدار هذا الدين ،على نحو دقيق، ولذا أجازته القانون في هذه الحالة تحديد حد أقصى لما يضمنه الرهن من ذلك الدين بحيث إذا نشأ الدين وجاوزت قيمته الحد الأقصى المقرر في عقد الرهن ، فلا يضمن الرهن إلا مقداراً من الدين يساوي ذلك الحد وفي الاحوال جميعاً يشترط ان يخصص ويعين الدين المضمون بالرهن تطبيقاً لمبدأ تخصيص الرهن على أن الكيفية التي يتعيين بها الدين المضمون تختلف بحسب ما اذا كان الدين منجزاً أو مستقبلاً أو احتمالياً (4) . وعلى الرغم من أن فتح الاعتماد صورة من الدين المستقبل لكن لاشك في أنه يجوز ترتيب رهن ضماناً لاعتماد مفتوح، كما قيل بالنسبة للدين المستقبل من أن المشرع قد خرج على مبدأ التبعية إذ جاز ترتيب رهن ضماناً لدين لم ينشأ بعد ، ولكن سبق أن رأينا أنه ليس في موقف المشرع معنى الخروج

(2) الدكتور محمد لبيب شنب ، دروس في التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص 39 ، والدكتور محمد كامل مرسي ، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق، ص 122 .

(1) أنظر الدكتور محمد لبيب شنب ، دروس في التأمينات العينية والشخصية ، المصدر نفسه ، ص 40 ، والدكتور علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص 339 .

(2) أنظر الدكتور محمد علي امام ، التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص 481 .

(3) أنظر الدكتور همام محمد محمود زهران ، التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص 310 .

(4) أنظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص 81 ، وأنظر القرار رقم 257 ، لسنة 26 ق ، جلسة 1971/1/19 ، أشار اليه المستشار عبد التواب ، مصدر سابق ، ص 951 .

على مبدأ التبعية بالمعنى الصحيح ، يضاف الى ذلك بالنسبة لفتح الاعتماد أن فتح الاعتماد بذاته عبارة عن عقد ، وهو عقد الوعد بالقرض وبمقتضاه يلتزم البنك فوراً بتقديم المبلغ المتفق عليه ويكتسب العميل حقاً على هذا المبلغ واذن فلا غرابه في ترتيب رهن في هذه الحالة ، اذن هناك حق مال ، أما دفع المبلغ فهو ليس الا تنفيذاً له (1). ومن ناحية أخرى قيل بان مثل هذا الرهن باطل لان فتح الاعتماد عملية باطله لاقترانها بشرط ارادي محض ، ذلك أن البنوك قد درجت على أن تشترط في عقد فتح الاعتماد احتفاظها بحق رفض الدفع إذا شاءت وهذا هو الشرط الارادي البحت ، والواقع أن تحليل هذا الاشرط لايفيد ، فالبنوك تفتح اعتمادات لترويج المعاملات ولافتحتها لمجرد العبث بأن تدفع أو لاتدفع بمحض ارادتها ، اذن فهي تحتفظ بحقها في الرفض فهي لاتتصد أن تلتزم على هواها بل تريد فقط أن تحتفظ برقابتها على الدفع لتتخاشى أي منازعة فيما بعد (2).

وإذا كان ترتيب رهن ضماناً لاعتماد مفتوح أورد صحيح من حيث المبدأ من الوجوه كافة إلا أنه لابد من تخصيص الدين ، بأن يذكر المبلغ الذي فتح الاعتماد به، أو الحد الأقصى الذي يمكن أن يصل اليه ، فاذا لم يتم تخصيص المبلغ كان هذا الرهن باطلاً ويستطيع المدين أن يتمسك به ، مع أن التخصيص قد شرع أساساً لمصلحة الغير (3). أما اذا تم التخصيص ودفع البنك أكثر من المبلغ المحدد فانه يكون دائناً عادياً بالنسبة للزيادة حتى ولو ذكر في العقد أن الرهن يشمل كل زيادة عن ذلك ، هذا ويجب أن يتم الدفع وفق بنود عقد فتح الاعتماد حتى يضمنه الرهن . واذن فهو لا يضمن كل دفع خارج عن العقد حتى ولو لم تصل المبالغ جميعاً الى الحد الأقصى المتفق عليه، اللهم الا اذا اتفق صراحة على أن الرهن يشمل مبالغ أخرى معينة غير ناتجة عن الاعتماد، وذكر هذا الاتفاق في بيانات التخصيص ، فحينئذ يشمل الرهن هذه المبالغ بشرط ألا تجاوز الحد الاقصى المتفق عليه (1).

فأذا عين الحد الاقصى للدين ، ومدة معينة لنشوئه وجب التقيد بذلك ، بحيث يضمن الرهن ما يتحقق من الدين في المدة المتفق عليها بما لايجاوز الحد الاقصى المقرر ، أما اذا عين الحد الأقصى للدين بغير تحديد للمدة التي يشترط أن ينشأ فيها الدين فان الرهن ينشأ صحيحاً ويظل قائماً لضمان ما قد ينشأ من دين مستقبل في حدود المبلغ المتفق عليه دون التقيد بأن يتم نشأته في خلال مدة معينة (2).

(1) الدكتور سعيد سعد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص 182 ، والدكتور مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، عمليات البنوك والعقود التجارية ، الدار الجامعية ، القاهرة ، 1992 ، ص 372 ، انظر استئناف مختلط 1940/6/11 ، اشار اليه الدكتور رمضان ابو السعود ، ص 439.

(2) الدكتور أسعد دياب ، أبحاث في التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص 109 ، والدكتور محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 420 .

(3) الدكتور منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص 40 ، والدكتور عبد السلام ذهني بك ، مصدر سابق ، ص 118.

(1) الدكتور أحمد سلامة ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق ، ص 79 ، والدكتور سليمان مرقس ، التأمينات العينية في التعيين المدني الجديد ، مصدر سابق ، ص 380 ، والدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص 371 .

(2) أنظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص 250 ، والدكتور منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص 39.

وملخص ماتقدم قلنا أن مبدأ التخصيص يشمل الدين الموثق بالرهن أيضاً ولا يعد التخصيص كافياً إذا لم تتوفر البيانات التالية في عقد الرهن .

أ - ذكر مصدر الدين وما إذا كان قرضاً ، أو تعويضاً ، أو ثمن مبيع أو عن مصدرٍ آخر غير عقدي حيث أن ذكر المصدر يعين ويميز الدين بصورة كافية (3).

ب - ذكر مبلغ الدين المضمون أي بيان أصل الدين ، ويتم تحديد الدين سواء بطريقة رقمية (رقم جامد) ، أو يوضع حداً أقصى للقدر المضمون بالرهن ، وذلك بحسب نوع الدين المضمون، وما يتناسب معه لتحديد مقداره ، والاستعانة بالتحديد الرقمي تكون بتحديد قيمة الدين، والفوائد بتحديد سعرها ، وبداية سريانها في الالتزامات محققه الوجود سواء أكانت منجزة أم مؤجلة أو مستقبلية كتقديم رهن ضماناً لفتح الاعتماد بمبلغ معين ، أما الاستعانة في تحديد مقدار الدين يوضع حد أقصى له يتناسب مع الدين المستقبل والاحتمالي ، أي يجب تحديده من رأسمال، وفوائد ، ومعدل الفائدة ، وتاريخ سريان ، وكيفية التسديد أقساطاً أم دفعة واحدة ، وأن عدم تحديد الدين في عقد الرهن يؤدي الى بطلان العقد (1) .

ج - ذكر ميعاد استحقاق الدين ، حتى يتيسر على المطلع معرفة مصير الدين، والتحقق من أن المدين قد قام بالوفاء به(2).

بحيث لايعتبر العقد منعقداً إلا من تاريخ استكمال، واستيفاء بيانات التخصيص كلها لامن تاريخ ابرام العقد ، فيجب أن يكون الدين المضمون معيناً تعييناً كافياً من حيث مصدره ، وتاريخه ، ومحلّه ، ومقداره ، فلايجوز الرهن ضماناً لكل ماعسى أن ينشأ في ذمة الراهن من دين للمرتهن.

وقد بين قانون التسجيل العقاري العراقي ، ضرورة تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون والدين المضمون تعييناً دقيقاً وهذا مانصت اليه المادة (309)(3)، من قانون التسجيل العقاري على انه (يشترط أن يكون الدين المؤمن بالرهن معيناً ومقبوضاً عند الاقرار والتسجيل كما يجوز أن يكون هذاالدين معلقاً على شرط أو مستقبلاً أو احتمالياً على أن يحدد مقداره أو الحد الاقصى الذي ينتهي اليه). وهذا التخصيص هو أهم أركان التسجيل حتى يعلم الغير بمقدار التكاليفات التي تثقل بها الرهن العقار المرهون ، فيستطيع بذلك أن يقدر ثروة المدين ، وفائدة بيان الاجل أن يعلم الغير ما اذا كانت هناك فوائد حالة أو على وشك الحلول ، وتعيين مقدار مبلغ الدين يكون بذكر أصل الدين وملحقاته التي تدفع مع نفس الدين حتى تكون لها مرتبة، مثل الفوائد المستحقة وقت التسجيل ، ومصارييف التسجيل ومصارييف عقد الرهن، والتعويضات التي يحكم بها على المدين لعدم تنفيذ لتعهدّه ، فاذا لم يذكر الملحقات لاتكون لها مرتبة الرهن ، ويذكر أيضاً ما اذا كان الدين حالاً وقت عمل التسجيل يكفي أن يذكر أنه حال من غير حاجة لبيان تاريخ

(3) الدكتور حامد مصطفى ، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 35 ، والدكتور نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص44.

(1) الدكتور أسعد دياب ، المصدر السابق ، ص 110 ، والدكتور همام محمد محمود زهران ، المصدر السابق ، ص

81 .

(2) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء العاشر ، المصدر السابق ، ص 445 .

(3) أنظر المادة (30) من قانون التسجيل العقاري المصري ، والمادة (2145) من القانون المدني الفرنسي .

الحلول . ويجب ان يذكر ما اذا كان الدين ينتج فوائد مع بيان سعرها ، واذا كان الدين شرطياً، وجب ذكر ذلك وهذه البيانات هي من البيانات الجوهرية (1).

أما تقسيم هذه البيانات الى جوهرية وثانوية كان متبعاً في القانون المدني الفرنسي والواقع أن هذا التقسيم معقول ، لان البيانات التي يتطلبها القانون ليست جميعاً في درجة واحدة من الأهمية ، وبالتالي فلا يصح أن يكون الاثر المترتب على اهمالها واحداً ، ومن البيانات التي تعد جوهرية البيانات التي يلزم اطلاق الغير عليها للاحاطه بمركز الراهن لانه بحسب القانون لايلزم الغير بالبحث عن ذلك خارجاً عن العقد (2).

وعلى ذلك يعد من البيانات الجوهرية تعيين المدين بكيفية واضحة حتى لا يختلط بينه وبين شخص آخر، وبيان تاريخ العقد ونوعه ، وبيان مقدار الدين ، وتاريخ حله، وتعيين العقار المرهون ، أي تعد جوهرية اذا كان ذكرها يقتضيه مبدأ تخصيص الرهن واغفالها يهدر هذا المبدأ ، وتكون ثانوية اذا لم يقتضيه مبدأ تخصيص الرهن (3).

يستلزم مبدأ تخصيص الرهن أن يعين الدين المضمون تعييناً كافياً في كلا الرهنين (التأميني والحيازي) فيجب أن يحدد مصدره ونوعه ، ومقداره وكذلك يجب تعيين أوصافه من شرط أو أجل ، كما تبين كذلك ملحقاته (4).

وقد تقدم أنه يشترط في الرهن التأميني بناء على ذلك أن يكون الحق المضمون موجوداً أي صحيحاً ومعيناً تعييناً كافياً لتخصيص الرهن ، فلا يجوز الرهن ضماناً لكل ما عسى أن ينشأ في ذمة الراهن من ديون للمرتهن (1). وكذلك يجب ان يكون الأمر فيما يتعلق بالرهن الحيازي . وقد نصت على ذلك المادة (1331) من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز الرهن الحيازي لتوثيق الديون التي يجوز توثيقها بالرهن التأميني).

أما التشريعات العربية (2) ، فان كلاً من القانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري جاء مطابقاً الى القانون المدني العراقي بضرورة أن يكون الدين المضمون معيناً تعييناً كافياً ، فان القانون المدني المصري قد أحاله على الرهن الرسمي في نص المادة (1098) مدني على ان أحكام المادة (1040) مدني المتعلقة بالرهن الرسمي تسري على الرهن الحيازي ، وقد نصت هذه المادة على أنه (يجوز أن يترتب الرهن ضماناً ادين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي ، كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الاقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين).

(1) أنظر الدكتور محمد كامل مرسي ، شهر التصرفات العقارية ، مصدر سابق ، ص 148 ، وانظر الدكتور سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص 41.

(2) انظر الدكتور محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 221 ، والدكتور حامد مصطفى ، المصدر السابق ، ص 34.

(3) الدكتور سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص 112 ، والدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص 448 .

(4) انظر الدكتور سعيد سعد عبد السلام ، المصدر السابق ، ص 548 ، والدكتور علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص 390 .

(1) أنظر أ. شاکر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية العقارية ، مصدر سابق ، ص 202 ، والدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص 773 .

(2) في القانون المدني الجزائري ، لا يوجد نص مماثل في الرهن الحيازي ، تقابل المادة (1374) من القانون المدني الاردني (يشترط في مقابل الرهن الحيازي ان يكون ديناً ثابتاً ثبوتاً صحيحاً في الذمة او موعوداً به محدداً عن الرهن).

ونلاحظ أن نصوص القانون المدني المصري وكذلك نص القانون المدني الفرنسي في المادة (2132) مدني فرنسي لم يشترط بيان مصدر الدين في عقد الرهن واكتفت بذكر مقداره ، وانها اشترطت ذكر مصدر الدين المضمون في قائمة القيد⁽³⁾، أما القانون المدني اليمني فقد نص على الرهن الحيازي .

كما في الفقه الاسلامي ، وقد عبر المشرع اليمني عن هذه الاحكام بالنص في المادة (1000) من قانونه المدني بأنه (يشترط في المرهون فيه أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة أو عيناً مضمونه وأن يكون معلوماً ، فان كان ديناً موعوداً به فلا يلزم الرهن الاثبوت الدين وتجديد القبض)، فقد أفصح المشرع اليمني في نصه هذا عن أن تعيين الدين المضمون من مقتضيات مبدأ تخصيص الرهن ، ويراها حكماً مرتبطاً بما يستلزمه القانون من تعيين العين المرهونة ، ولذا يرتب على عدم تعيين الدين المضمون جزاء عدم تعيين العين المرهونة نفسه .

وهو شرط واضح في نص المادة المذكورة التي تشترط في الدين المضمون بالرهن أن يكون معلوماً ومعيناً ولذا لايجوز أن يمتد ضمان الرهن لدين لم يتفق عند ابرام الرهن ، على ضمانته بهذا الرهن⁽¹⁾.

ومع كل ماتقدم فانه يجب تعيين مقدار الدين المضمون بعقد الرهن، وتعيين مصدره، فيما اذا كان هذا الدين قرضاً أو باقياً من ثمن صفقة وإلا تعذرت معرفة الدين المضمون بالرهن اذا تعددت الديون المطلوبة لدائن واحد ضد مدين واحد ، وكما بينا ان في تعيين الدين المضمون مصلحة للمدين ، لان الغير قد يخشى التعامل معه خوفاً من استغراق الدين المضمون بالرهن كل المرهون ، متى لم تعلم قيمته ، كما ان تعيين الدين فيه مصلحة ظاهرة للدائن والا معناه كان هناك تجهيل يبطل العقد⁽²⁾.

الفرع الثاني

تعيين الدين المضمون في الفقه الاسلامي

يشترط في الحق والذي هو كل دين ثابت في الذمة كالقرض وثمان المبيع أن يكون معيناً تعييناً دقيقياً كما في المال المرهون الذي يشترط فيه أيضاً أن يكون معيناً خوفاً من الغرر الذي يؤدي الى الجهالة الفاحشة لذا يشترط أيضاً في المرهون به أن يكون معيناً

(3) أنظر الدكتور سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، المصدر السابق ، هامش رقم (1) ، ص 112 ، والدكتور همام محمد محمود زهران ، مصدر سابق ، هامش رقم (2) ، ص 309.

(1) الدكتور أحمد محمود سعد ، مصدر سابق ، ص 696 ، والدكتور محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 40.
(2) ويرى بعضهم ان هذا الشرط في الرهن الحيازي يفقد كثيراً من أهمية العملية في ظل قانوننا المدني لان الرهن الحيازي عقد لا يتم ولا يتعد الا بالتسليم ومن البديهي ان المال يتعين بتسليمه وعليه فان هذا هو السبب في عدم ذكر المشرع العراقي لهذا الشرط في المادة (1328) ، تلك المادة التي تكفلت ببيان الشروط الواجب توفرها في محل الرهن جميعاً. هذا من جهة ومن جهة أخرى فانه من الطبيعي ان لا يشترط المشرع العراقي التخصيص بعد أن اشترط التسجيل ، ولا سيما ان العراق يأخذ بنظام التسجيل العيني ، انظر الدكتور محمد طه البشير ، والدكتور غني حسون ، مصدر سابق ، ص 503 ، شاكر ناصر حيدر ، الحقوق العينية ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، هامش رقم (2) ، ص 659.

وقد ذهب فقهاء الامامية⁽¹⁾، الى جواز أخذ الرهن في كل حق ثابت في الذمة وبما انه حق ثابت في الذمة فهذا يقتضي أن يكون ذلك الحق معيناً ولايجوز عقد الرهن قبل الحق ، لان الرهن هو حبس مال بدين حقيقي أو حكمي يمكن استيفاؤه حقيقة أو حكماً من ذلك المال ، والمراد بالدين الحقيقي هو الذي وجب أدائه ظاهراً كان أو باطناً كثمن المبيع والقرض ، والمراد بالدين الحكمي الشيء الذي لم يكن في بادئ الامر ديناً الا أنه قد ينقلب الى دين كالأعيان المضمونة بنفسها ، لان الاعيان تقسم على ثلاثة أقسام وهي الأعيان المضمونة بنفسها ، والأعيان المضمونة بغيرها ، والأعيان غير المضمونه ، أي يشترط أن يكون مقابل الرهن مالاً مضموناً بنفسه ، وقولهم لا يصح الرهن الا بدين مضمون وهو الذي لايسقط إلا بالاداء أو الأبراء لانه شرع استيفاء للدين، والاستيفاء فيما ليس بمضمون لغو . ولم يصح عليه الرهن كجعل الرهن على ماسوف يقترض أو ما سوف يحكم به القاضي، وكذلك على الاعمال كالخياطة، والزراعة قبل انجازها لانه قبل ذلك لم يثبت الحق في الذمة، وبالتالي يصعب تعيينه تعييناً دقيقاً لانه قبل ثبوته بحكم المجهول .

في حين ذهب فقهاء المالكية⁽²⁾ ، الى شرط تعيين الدين المضمون فقد قسموا شروط الرهن على أربعة أقسام ، والقسم الذي يتعلق بالمرهون به وهو دين الرهن فيشترطون فيه أن يكون الدين لازماً حالاً او مالاً فيصح الرهن في الجعل (وهو مايجعله الانسان الاخر في نظير عمل) ، ويصح أن يبيع شخص شيئاً لآخر يثمن مؤجل ثم برهن في نظير ثمنه شيئاً ويصح أن يرهنه شيئاً مقابل الوعد باعطائه قرضاً، فالرهن صحيح لازم لانه ليس من شرط صحة الرهن أن يكون ثابتاً قبل الرهن .

أما فقهاء الحنفية⁽¹⁾ ، فقد قسموا شروط الرهن على ثلاثة شروط وهي شرط انعقاد، وشرط صحة ، وشرط لزوم ، وأن الشرط الذي يتعلق بالمرهون به هو شرط انعقاد هو أن المرهون به وهو دين الرهن مضموناً ومعيناً فمثال ماليس بمال الميتة، والدم ونحوها من كل ما لايعد الشرع مالاً ، فلا يصح أن يكون شيء منه محلاً للرهن ، ومثال المرهون به غير المضمون ، الامانات ، والوديعة ، والأعيان الشبيهة بالمضمونة وتسمى الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع قبل قبضه ، أما الاعيان المضمونة بنفسها فانه

(1) الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرائع الاسلام ، الجزء الخامس والعشرون ، مصدر سابق ، ص 146 ، والسيد علي الطباطبائي ، رياض المسائل في تحقيق احكام الدلائل ، الجزء الثامن ، مصدر سابق ، ص 207 ، والشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص 228 ، والشيخ يحيى بن سعيد الحلبي ، الجامع للشرائع ، المطبعة العلمية ، قم ، 1405 هـ ، ص 291 ، والشيخ زين الدين أبو القاسم علي بن محمد بن طي العاملي الفقعاني ، الدر المنضود ، الطبعة الاولى ، مطبعة أمير ، قم ، 1418 هـ ، ص 129 ، والشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الأسيوطي ، جواهر العقود ، الطبعة الاولى ، الجزء الاول ، دار الكتاب العلمية ، بيروت ، 1417 هـ ، ص 125 ، والشيخ جمال الدين احمد ابن فهد الحلبي ، المهذب البارع في شرح المختصر النافع، مصدر سابق، ص 494.

(2) الشيخ عبد الشفشاوني ، شمس الهداية ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع ، ص 59 ، والشيخ علاء الدين السمر قندي ، تحفة الفقهاء ، الجزء الثالث ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 535 هـ ، ص 41 .

(1) أنظر الشيخ محمد زين الدين ابو رأس ، من الشرح المسمى الجوهرة النيرة ، مصدر سابق ، ص 238 ، والشيخ محمد بن فوامرز ، الشهير بمنلا خسرو ، درر الحكام في شرح غرر الاحكام ، مصدر سابق ، ص 248 ، والشيخ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع ، مصدر سابق ، ص 144 ، والشيخ شمس الدين السرخي ، المبسوط ، مصدر سابق ، ص 125 ، والشيخ ابن عابدين علاء الدين ، تكملة حاشية المختار ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص 52.

يصح أن تكون مرهوناً بها وهي الاعيان التي لها مثل الموزنات ، والمعدودات ، أي أن الاعيان ثلاثة أقسام مضمونة بنفسها وهي المثلية والقيمية ، ومضمونة بغيرها وهي المضمونة بثمنها ، وليست مضمونة أصلاً، المضمونة يصح أن تكون سبباً في الرهن بلا خلاف ، والاعيان غير المضمونة لا يصح الرهن بها لان الرهن يكون قد وقع مقابل عين غير مضمونة ، واذا وقع يقع باطل، وذلك لان سبب الرهن وهو المرهون به أما يكون ديناً حقيقة أو ديناً حكماً .

وفقهاء الشافعية (2) ، فقد ذهبوا الى أن شروط الرهن تنقسم على قسمين هما شروط اللزوم وشروط الصحة ، أما مايتعلق بالمرهون به فهو من شروط الصحة أي أنه جزء وأصل يدور معه الرهن وجوداً وعدمياً ، ويجب أن تتوفر فيه أربعة أمور وهي أن يكون ديناً فلا يصح الرهن بسبب غير الدين ، وثانياً أن يكون الدين ثابتاً فلا يصح الرهن قبل ثبوته ، وثالثاً أن يكون الدين لازماً في الحال ، وأخيراً أن يكون الدين معلوماً عيناً ، وقدراً ، وصفه فلا يصح الرهن مع جهل شيء من ذلك.

ومن خلال ماتقدم نلاحظ أن الفقه الاسلامي قد عرف مبدأ تخصيص الرهن وبشقيه من حيث المال المرهون ، والدين المضمون ، وقد تطرق الى شروط كل من الشقيين لمبدأ تخصيص الرهن .

(2) أنظر الشيخ محمد بن أحمد الانصاري ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، مصدر سابق ، ص 243 ، والشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الاسيوطي ، جواهر العقود ، المصدر السابق ، ص 123 ، والشيخ شمس الدين محمد ابن أحمد الشربيني الخطيب ، الامتاع ، مصدر سابق ، ص 237 ، والشيخ اسماعيل المزني ، مختصر المزني ، مصدر سابق ، ص 93 ، والشيخ محمد أمين زين الدين ، كلمة التقوى ، الجزء السادس ، مصدر سابق ، ص 35 ، والشيخ أبي عبدالله محمد بن أدريس الشافعي ، الأم ، مصدر سابق ، ص 160 .

المبحث الثاني

أثر تخصيص الدين المضمون

إن من خصائص عقد الرهن أنه من عقود المعاوضة ، أي أن الراهن لا يقرر تبرعاً منه للمرتهن ، بل من أجل ضمان حق شخصي للمرتهن بذمة المدين ، وهذا هو السبب في عقد الرهن ويسمى (الدين المضمون)⁽¹⁾، فقد نصت المادة (132)⁽²⁾، من القانون المدني العراقي على انه (1 - يكون العقد باطلاً اذا التزم المتعاقدان دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو لاداب ، 2 - ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد مالم يقيم الدليل على غير ذلك . 3- أما اذا ذكر سبب في العقد فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك) ، كما نصت المادة (1293)⁽³⁾ ، منه على انه (يجوز ان يترتب الرهن التأميني ضماناً لدين مستقبلي أو دين معلق على شرط أو دين احتمالي فيجوز ان يترتب لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين) . والمادة (1331) منه نصت على انه (يجوز الرهن الحيازي لتوثيق الديون التي يجوز توثيقها بالرهن التأميني) .

يتضح من هذين النصين انه يشترط في الدين المضمون أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود، ومشروعاً، وطبقاً لمبدأ تخصيص الرهن الذي يقتضي تعيين المال المرهون والدين المضمون تعييناً كافياً يجب أن يكون الدين المضمون مخصصاً وقد تناول ذلك ضمن الشروط الواجب توفرها في تخصيص الدين المضمون لذا سوف نبحث الأثر المترتب على تخصيص الدين المضمون ويتم ذلك من خلال مطلبين نتناول في المطلب الاول أثر تخصيص الدين المضمون في القانون ويتم التطرف ضمناً لكل من حالة تخصيص الدين المضمون وحالة عدم تخصيص الدين المضمون وما هي الآثار المترتبة على كل منهما وفي المطلب الثاني أثر تخصيص الدين المضمون في الفقه الاسلامي ويتم أيضاً التطرق لكلا الحالتين حالة أثر تخصيص الدين المضمون وحالة عدم تخصيص الدين المضمون والتي تمثل حالة انعدام السبب في عقد الرهن وما هو الأثر المترتب على ذلك .

المطلب الاول

أثر تخصيص الدين المضمون في القانون

قدمنا أن الراهن لا يقرر الرهن تبرعاً منه للمرتهن ، بل رغبة منه في الحصول على قرض أو أجل وبعبارة أعم فان الراهن يقرر الرهن ضماناً لحق أصلي للمرتهن ، فيعد هذا الحق هو السبب في الرهن⁽¹⁾ .

(1) أنظر الدكتور علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص 336 .

(2) أنظر المادة (136) ، والمادة (137) من القانون المدني المصري ، تقابل المادة (165) من القانون المدني الاردني ، تقابل المادة (199) من القانون المدني اليمني ، تقابل المادة (97) ، والمادة (98) من القانون المدني الجزائري ، تقابل المادة (1126) من القانون المدني الفرنسي .

(3) تقابل المواد (1040)، (1098) من القانون المدني المصري ، تقابل المواد (1332) ، (1374) من القانون المدني الاردني ، تقابل المادة (1000) من القانون المدني اليمني الذي يأخذ بالرهن الحيازي حيث جاء مطابقاً للفقه الاسلامي تقابل المواد (891)، (950) من القانون المدني الجزائري .

(4) أنظر الدكتور محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 141 .

وإذا كنا قد تناولنا فيما سبق الشروط الخاصة بالمال المرهون ، وتناولنا الشروط الخاصة بالدين المضمون، بوصفها المحور الاساس للالتزام الراهن ، حيث يرتبط سبب هذا الالتزام به وجوداً وعدمياً ، وهذا مايعبر عنه بتبعية الرهن للدين المضمون به، وأول هذه الشروط هو مايعرف بوجوب تخصيص الدين المضمون ، فيجب أن يكون الدين المضمون معيناً تعييناً كافياً من حيث مصدره ، وتاريخه ، ومحلّه، ومقداره ، فلا يجوز الرهن ضماناً لكل ما عسى أن ينشأ في ذمة الراهن من دين للمرتهن فتعيين الدين المضمون لا يقتصر أثره في توافر سبب عقد الرهن فقط ، وإنما يمتد أثر ذلك الى غير المتعاقدين⁽²⁾ .

فذكر مصدره ، يحقق للغير معرفة مصير الدين ، ومعرفة هذا المصير أمر جوهري بالنسبة لبقاء الرهن ذاته، بحيث إذا زال الأول أو انقضى، زال الرهن بصفة تبعية . وأما ذكر مقداره كاملاً ، فقد قصد به تحقيق غرضين هما .

الأول : تحديد ما يتقدم به الدائن وفق المرتبة التي اكتسبها على المال المرهون .
والثاني : معرفة الغير لمقدار ما يثقل المال المرهون حتى يحدد موقفه من كفاية المال المرهون ضماناً له وذلك في حالة رهن المال ضماناً لدينين⁽¹⁾ .

وقد عبر المشرع العراقي عن مبدأ التخصيص للدين صراحة عن ذلك بقوله في نص المادة (1293) ، منه والتي تنص على انه (يجوز أن يترتب الرهن التأميني ضماناً لدين مستقبل أو دين معلق على شرط أو دين احتمالي فيجوز أن يترتب لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الاقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين) .

وعلى الرغم من أن هذه المادة قد وردت بصدد الرهن التأميني الا أنها تنطبق على الرهن الحيازي بدلالة المادة (1331)⁽²⁾ من القانون المدني العراقي الخاصة بالرهن الحيازي والتي تنص على أنه (يجوز الرهن الحيازي لتوثيق الديون التي يجوز توثيقها بالرهن التأميني) .

من هذا نلاحظ لاينشأ التزام مالم يكن قائماً على سبب موجود، ومشروع، أي غير ممنوع قانوناً، أو مخالف للنظام العام أو الاداب⁽³⁾ . لذا يفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً وان لم يذكر في العقد ، فيعد السبب مالم يقيم الدليل على عكس ذلك ، وهذا ماتضمنته المادة (132)⁽⁴⁾ من القانون المدني العراقي اذ نصت على انه (1 - يكون العقد باطلاً اذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالفاً للنظام العام والاداب ، 2 - يفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب

(2) أنظر الدكتور سمير عبد السيد نتاغو ، مصدر سابق ، ص 165 ، وأنظر شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص 123 . وأنظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص 253 .

(1) أنظر الدكتور احمد محمود سعد ، مصدر سابق ، ص 696 .

(2) تقابل المادة (1040) من القانون المدني المصري ، تقابلها المادة (1373) من القانون المدني الاردني ، تقابل المادة (1000) من القانون المدني اليمني تقابل المادة (950) من القانون المدني الجزائري .

(3) وكذلك رتب القضاء العراقي على مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام، أو الاداب ، بطلان العقد ، أنظر قرار محكمة التمييز في العراق رقم القرار 963/1150 في 1963/9/29 ، منشور في المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، القسم المدني ، أشار اليه ابراهيم المشاهدي ، بغداد، 1988 ، ص 161 .

(4) تقابلها المواد (136)، (137) من القانون المدني المصري ، تقابل المادة (165) من القانون المدني الاردني ، تقابل المادة (199) من القانون المدني اليمني ، تقابل المواد (97)، (98) من القانون المدني الجزائري .

في العقد ما لم يقر الدليل على غير ذلك ، 3 – أما إذا ذكر السبب في العقد فيعد أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك).

وسبب الرهن هو الدين الذي قام الرهن لضمانه ، لأن الرهن هو حق تابع يستند في وجوده الى حق أصلي يكون الرهن تابعاً لهذا الحق في وجوده وعدمه⁽¹⁾. وعليه لا يوجد رهن دون أن يكون هناك حق أصلي وهو الدين المضمون ، وكما بينا يشترط في الدين المضمون ما يشترط في السبب عموماً أي أن يكون موجوداً ، أو قابلاً للوجود ومشروعاً ، ولكلمة السبب غير معنى واحد ، فقد تعني السند القانوني الذي يستند اليه العقد ، أي مصدر الحق ، وقد تعني الباعث الذي حمل العاقد على التعاقد ، وقد تعني الغاية القانونية المباشرة التي هدف اليها العاقد من وراء تعاقدته مع طرف ثانٍ ، لذا فان شروط السبب من الشروط الرئيسية لصحة العقد⁽²⁾.

هذه الشروط بوصفها شروطاً عامة في عقد الرهن فاننا لن نحاول تكرار هذه الشروط ونكتفي بالتركيز على موضوع (تعيين الدين المضمون) لما له من خصوصية نسعى الى توضيحها .

في مبدأ تخصيص الرهن أن يكون الدين المضمون معيناً تعييناً كافياً من حيث مصدره ، أو تاريخه ، ومحلّه ، ومقداره ، فلا يجوز أن يعقد الرهن ضماناً لكل ما يمكن أن يترتب للمرتهن من ديون في ذمة الراهن ، وإذا لم يتعين مقدار الدين المضمون وقت عقد الرهن فيجب لتحديده تعيين الحد الأقصى الذي ينتهي اليه⁽³⁾.

وكما بينا أننا لانتفق مع الرأي الذي يذهب الى عدم ضرورة تخصيص الدين المضمون تحت تسويغ أن القانون لم يوجب ذكرها لان المتعاقدين يكونان على علم تام بها وبالتالي فهي تنتج أثرها في الرهن دون حاجة الى ذكرها ، وذلك لان نص المادة (1293) من القانون المدني العراقي اشترطت صراحة تعيين الدين المضمون تعييناً دقيقاً أو على الأقل تعيين مقدار الاعتماد بتقرير الحد الأقصى الذي ينتهي اليه . والحكمة من ذلك هو قطع دابر كل نزاع بين المتعاقدين ، حول مقدار الدين المضمون بالرهن لان للمرتهن أن يطلب بيع المرهون لاستيفاء دينه من الثمن عند عدم ايفاء الدين . لذلك يجب أن يكون الدين من الديون المعينة لكي يستطيع المرتهن المطالبة بحقه من ثمنها⁽¹⁾ .

وإن الرهن الذي يقترن بتعيين الدين المضمون ينتج اثره فيما بين طرفيه⁽²⁾ ، بيد أن أهمية الرهن لا تظهر الا عند سريانه في مواجهة الغير⁽³⁾ . والمقصود بالغير هنا ليس

(1) أنظر نقض جلسة 1937/5/27 في 25 عما ج 2 ، ص 762 ، (ودعوى بطلان الرهن المؤسسة على الصورية لا تقوم مادام لم يطعن في الغرض نفسه بأنه صوري لاوجود له إذ لا يتصور قيام رهن صوري ضامن لغرض حقيقي) أشار اليه معوض عبد التواب ، نصوص القانون المدني ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 952 ، وأنظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص 184 .

(2) أنظر الدكتور محمد زهدي يكن ، القانون الروماني والشريعة الاسلامية ، دار يكن للنشر ، بيروت ، 1975 ، ص 158 .

(3) أنظر الدكتور محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 40 ، ص 145 .
(4) أنظر الدكتور محمد كامل مرسي باشا ، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص 129 ، وأنظر الدكتور محمد طه البشير ، الموجز في الحقوق العينية التبعية ، المصدر السابق ، ص 199 .

(2) (إن آثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين بل تتجاوز الى من يخلفهما) نقض جلسه 68/2/13 ، سنة 19 ، أشار اليه معوض عبد التواب ، التعليق على نصوص القانون المدني) ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1996 ، ص 377 .

(3) أنظر الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الجزء العاشر ، ص 427 .

الراهن، ولا الدائن المرتهن ، وإنما كل شخص له حق يضرار من وجود الرهن، وعليه فان مصطلح الغير يشمل الفئات الثلاثة التالية .الدائنين العاديين ، والدائنين الممتازين، والدائنين المرتهنين المتأخرين في المرتبة، فهؤلاء كلهم يضرارون من وجود الرهن عند تقدم أصحاب هذا الرهن عليهم ، وتقاضي حقهم قبلهم من المال المرهون حيث يتقدم الدائن للمرتهن على غيره من الدائنين ، بمقتضى حق التقدم ، وبناء على ماتقدم فإن آثار الرهن بالنسبة للغير تتمثل بحق الدائن المرتهن بالتقدم على غيره من الدائنين لان غاية الدائن المرتهن، الاساسية ، بل الوحيدة هي أن يستوفي دينه الموثق بالاولوية على غيره من الدائنين ،تلك الغاية تتحقق بسهولة عن طريق حق التقدم الذي منحه القانون للدائن المرتهن بيد أن هذا الحق يستلزم توافر شروط معينة لمباشرته فمتى ماتوافرت كان له أن يتقدم على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من المال المرهون، لذا يشترط لمباشرة حق التقدم أن يكون الدين الموثق بالرهن مستحق الاداء، وأن يكون ذلك الرهن الوارد على المال المرهون مسجلاً لان عدم التسجيل يؤدي الى اعتبار الرهن باطلاً⁽⁴⁾

واشترط كون الدين الموثق بالرهن مستحق الاداء فانه مستمد من طبيعة الرهن وكونه أداة تابعة للحق الشخصي ، فحق التقدم لا يتم مباشرته، الا عند توزيع ثمن المال المرهون بعد بيعه، وهذا التوزيع لا يتم الا بعد التنفيذ على المال المرهون ولا يتم التنفيذ الا بعد حلول أجل الدين المضمون بالرهن، لذا يشترط لمباشرة حق التقدم أن يكون الدين المضمون مستحق الاداء .

وإذا كانت الديون العادية لا تثير أي صعوبة ، فإن الأمر لا يخلو من الصعوبة عندما تكون الديون مستقبلية، أو احتمالية ، لذا فأنا سوف نبين أثر اشتراط حلول أجل الدين لوقوع التقدم على هذه الديون⁽¹⁾.

الديون المستقبلية كفتح اعتماد ، وهو دين احتمالي مستقبلي ، احتمالي لانه لا يعرف من سيكون الدائن قبل إقفال الحساب الجاري ، ومستقبلي لانه أيا كان الدائن فحقه لم يوجد بعد ، بيد أنه سيوجد في المستقبل⁽¹⁾. وبمعنى آخر أن الفترة التي يستمر خلالها قيد الحقوق، والالتزامات يكون فيها الدين المضمون بالرهن احتمالياً ومستقبلاً . ولا يتحقق وجوده ولا يتحدد مقداره إلا باقرار الرصيد ، ولكن يجب تحديد الدين الذي يضمنه الرهن بقدر معين، أو بحد أقصى يذكر في العقد وفي قائمة القيد⁽²⁾ .

(4) انظر الدكتور سعيد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص357.

(1) انظر الدكتور همام محمد زهران ، مصدر سابق ، ص245 ، والدكتور سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص103.

(1) أنظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص 105 .

(2) القيد طريقة لشهر الرهن بالنسبة الى الغير ، فاذا لم يقيد الرهن فلا يصح التمسك به قبل الغير ويقصد بالغير الدائنون المرتهنون أو الممتازون المهددون بحق التقدم ، والحائزون للعقار المهددون بحق التمتع . وكذلك الدائنون العاديون أما فيما بين المتعاقدين فان الرهن ينتج آثاره كلها من غير حاجة الى اجراء القيد وذلك ان حق الاولوية وحق التمتع ، وهما أهم خصائص الحق العيني التبعي . لا يتصور استعمالهما الا في مواجهة الغير ، والقيد ليس شرطاً لصحة الرهن ، بل القصد منه اعلام الكافة بالرهن، فهو من اجراءات الشهر ، ويترتب على ذلك ، 1 – ان الرهن المقيد قد يكون باطلاً ، فالقيد لا يصح بل يبقى الرهن بعد القيد كما كان قبله عديم الاثر ، 2 – ليس من اللازم أن تبقى أهلية الراهن متوافرة حتى وقت القيد ، أنظر الدكتور محمد كامل مرسي باشا ، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ، المصدر السابق ، ص 142 . وانظر الدكتور زهدي يكن ، السجل العقاري في لبنان والعالم ، الجزء الثاني ، دار القافة ، مطبعة سميح ، لبنان، 1980، ص50.

وقد قيل بأنه للقاضي أن يقوم بعدم التوزيع على البنك واجراء التوزيع على الدائنين المتأخرين مع إلزامهم بتقديم ضمان يكفل رد المبلغ الذي حدد في التسجيل حتى قطع الحساب ، لانه يعزز دور الرهن بوصفه وسيلة من وسائل الائتمان ، حيث لايتأثر حق الدائن المرتهن (1) .

ان تخصيص الدين كما هو الحال بالنسبة لتخصيص المال المرهون انما يتصلان بالركن الشكلي للرهن، وليس بالدين المضمون لان عقد الرهن ينعقد صحيحاً من حيث الموضوع متى كان محله معيناً أو قابلاً للتعيين ، ولكنه لا ينعقد صحيحاً من حيث الشكل الا اذا تضمنت الورقة الرسمية المنشئة له بيانات تخصيص الدين والمال المرهون .

إن الذي نقصده هو أن نتحدث عن الشروط التي يجب توافرها في الدين بوصفه شرطاً في الرهن (2). وأول ما يهمننا هو مبدأ التبعية بين الدين المضمون، والرهن لانه لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له في صحته وانقضائه ، واذن يمكن استخراج قاعدة عامة بالنسبة للدين المضمون بالرهن هي أن كل التزام صحيح يمكن أن يضمه الرهن ، سواء أكان بعمل أم أمتناع عن عمل ، وسواء أكان بسيطاً أم موصوفاً ، وسواء أكان حالاً ، أم مستقبلاً محدداً ، أو غير محدد ، وسواء أكان مصدره تصرفاً ، أم واقعة ، أم نص القانون .

أي يشترط تخصيصه من حيث القيمة، ومن حيث السبب انصياً لركن الشكل كما أشرنا ، فالرهن إذن لا يترتب أثره الا بتحقيق الدين ، وانصياً لمبدأ التخصيص يجب أن يتحدد في عقد الرهن ، أو في ورقة رسمية لاحقة مبلغ الدين الاحتمالي أو الحد الاقصى له ، بحيث لا يضمن الرهن الا القيمة المذكورة في التخصيص ، واذا افرض وحددت مدة لنشوء الدين فيجب ذكر هذه المدة في بيانات التخصيص ، ولا يضمن الرهن شيئاً اذا لم يتحقق الدين خلال هذه المدة (3).

ملخص ماتقدم يشترط في حالة تخصيص الدين المضمون، إن يكون سبب الرهن وهو الدين الذي نشأ الرهن لضمانه يكون موجوداً ، وصحيحاً وإن التبعية القائمة بين الرهن والدين المضمون به تقتض أن ينشأ الدين صحيحاً قبل الرهن أو في وقت معاصر له (1)

ويشترط في الدين المضمون أن يكون معيناً تعييناً كافياً، يسمح بتخصيص الرهن وبالتالي لا يجوز اجراء الرهن لضمان كل ما يمكن أن يترتب للمرتهن من ديون في ذمة الراهن ، وتقدر المحاكم كفاية البيانات المتعلقة بالدين المضمون، والمال المرهون، وعدم كفايتها ، ويترتب على عدم توافر التخصيص أو عدم الدقة في البيانات الواجب ذكرها عدم نفاذ الرهن في مواجهة الغير في الرهن الحيازي، وذلك بخلاف الحال في

(1) أنظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص 122 ، والدكتور نبيل ابراهيم سعد ، المصدر السابق ، ص 106. والدكتور محمد علي امام ، مصدر سابق ، ص 273 .

(2) ويقال بأن سبب الرهن هو الدين المضمون ، الدكتور سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص 103 .

(3) أنظر الدكتور أحمد سلامة ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص 77 ، والدكتور سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، نفس المصدر ، ص 106.

(4) انظر الدكتور محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 224.

التخصيص في الرهن التأميني في عقد الرهن إذ هذا التخصيص لازم لانعقاد الرهن فيما بين المتعاقدين⁽²⁾.

أي يجب لنفاذ رهن المنقولات المادية في حق الغير أن يدون الرهن في ورقة ثابتة التاريخ وأن تتضمن هذه الورقة بياناً كافياً للدين المضمون والمال المرهون⁽³⁾ والغاية منهما هي حماية حقوق الغير ومنع ما قد يترتب من الاضرار بها نتيجة تواطؤ الراهن والمرتهن على تقديم تاريخ الرهن ، أو زيادة المبلغ المضمون أو أن يستبدل الشيء المرهون بشيء آخر . وأن مرتبة الرهن يحددها التاريخ الثابت . أما نفاذ الدين في حق الغير تختلف باختلاف ما اذا كان الدين المرهون ثابتاً في سند عادي، أو سند لامره ، أو سند رسمي⁽⁴⁾.

ففي الديون العادية : لا ينعقد رهن الدين الا بحيازة المرتهن، أو من ينوب عنه لسند الدين المرهون وأنه لا يكون نافذاً بالنسبة الى المدين إلا باعلان هذا الرهن اليه أو بقبوله اياه ، أما بالنسبة الى الغير فيجب لكي ينفذ الرهن في حقه ان يكون قبول الرهن من المدين أو اعلانه اليه ثابت التاريخ⁽¹⁾.

أما السندات الاسمية والسندات لامر⁽²⁾، يتم رهنها أن يذكر في الحوالة قد تمت على سبيل الرهن وينفذ الرهن دون حاجة الى اعلان .

والسندات لحاملها، تشبهه المنقولات المادية على وصف ان الحق الثابت بالسند يندمج فيه لدرجة انه يتداول بتداوله من يد الى يد لذا تخضع في رهنها الى احكام رهن المنقولات المادية .

أما نفاذ رهن العقار في حق الغير⁽³⁾ . يشترط لتمام رهن العقار رهنأ حيازياً الى جانب انتقال الحيازة ان يسجل في دائرة التسجيل العقاري لان الحيازة والتسجيل كفيلا بأن يحققا للغير حماية، وذلك لان تسجيل الرهن لا يقع الا بعد ان بينت المعلومات الكافية لتخصيص الرهن، سواء من حيث العقار المرهون، أو من حيث الدين المضمون ، أي أنه ينفذ في حق الغير من تاريخ تسجيله يعني اذا انعقد الرهن الحيازي صحيحاً واصبح

(2) أنظر الدكتور ماجد مزيم ، التأمينات العينية، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص 190 . والدكتور محمد علي امام ، مصدر سابق ، ص 483 .

(3) أنظر المادة (1344) مدني عراقي ، تقابل المادة (1117) مدني مصري، تقابل المادة (1405) مدني اردني ، تقابل المادة (969) مدني جزائري .

(4) انظر الدكتور محمد طه البشير ، والدكتور غني حسون طه ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص 536، والدكتور همام محمود زهران ، المصدر السابق، ص 393

(1) أنظر المادة (1354) مدني عراقي ، تقابل المادة (1123) مدني مصري ، تقابل المادة (1410) مدني أردني، تقابل المادة (975) مدني جزائري ، أنظر الدكتور محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 184.

(2) أنظر المادة (1355) من القانون المدني العراقي ، وتقابلها المادة (1124) من القانون المدني المصري ، الا أن القانون المصري لم يحل على قانون التجارة كما فعل القانون المدني العراقي إذ انه (القانون المدني المصري) قد نص على أنه السندات الاسمية والسندات الاذنية يتم رهنها بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون لحوالة هذه السندات على ان يذكر ان الحوالة قد تمت على سبيل الرهن ويتم الرهن دون حاجة الى اعلان) وبذلك فان هذا النص قد أحال على القواعد القانونية بصورة عامة ولم يحصر الاحالة على قواعد قانون التجارة . وهذا مانصت عليه ايضاً المادة (1411) من القانون المدني الاردني ، تقابل المادة (976) من القانون المدني الجزائري.

(3) أنظر المادة (1324) من القانون المدني العراقي ، تقابل المادة (1114) من القانون المدني المصري ، تقابل المادة (1402) من القانون المدني الاردني ، تقابل المادة (966) من القانون المدني الجزائري.

نافذاً في حق الغير ترتب للمرتهن في مواجهة هذا الغير من الحقوق مايكفل له استيفاء حقه منها وهي :

أ – الحق في حبس المال المرهون الى حين استيفاء كامل حقه (4).
ب – الحق في التقدم على الدائنين العاديين ، والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن المال المرهون .

ج – الحق في تتبع المال المرهون في أي يد يكون .
أي يجب على الراهن أن يدفع الدين المضمون بالرهن ، وفوائده ، ومصاريف المال المرهون مدة الرهن فقط . أما الدائن المرتهن فيجب عليه ما يأتي .

أولاً – أن يحافظ على المرهون أثناء رهنه محافظته على ماله ، ونفقة حفظه تقع عليه هو ولكن له الحق في استردادها من المدين مع الدين بشرط أن تكون أنفقت على حفظه وصيانته . أما نفقات التجميل والتحسين فلا يكلف بردها للمدين ، ومع ذلك اذا ازادت قيمة الشيء بسبب ذلك فيكلف المدين بها بشرط ألا تزيد عما أنفقه الدائن (1) .

ثانياً – يجب عليه ان يسعى لاستغلال المال المرهون بحسب ما هو معد له بطبيعته ، ويخضع ما يحصل عليه من استغلاله من فوائد الدين ، والمصاريف ، ثم من الدين حتى ولو لم يكن دفع الدين قد حل (2) .

ثالثاً – وأخيراً يجب رد المرهون للراهن عند استحقاق الدين، ودفعه كاملاً فان كان قد هلك بأفة سماوية، أو قوة قاهرة فهلاكه على مالكة أي المدين، أما إذا هلك بتقصير الدائن أو بسوء نيته ففي هذه الحالة يكون هلاكه على الدائن ويكلف برد قيمته حتى ولو زادت عن الدين ، ويخضع منها مبلغ الدين (3) .

أما في حالة عدم تخصيص الدين المضمون بالرهن فان الأثر يختلف لان انعدام تخصيص الدين المضمون يتمثل في انعدام السبب ، وكما بينا أن البطلان في مبدأ تخصيص الرهن يرجع أما الى اعتبارات شكلية أو الى اعتبارات موضوعية (1) . ففي الحالة الاولى يكون العقد الذي لا يتوافر فيه ركن الشكل باطلاً ، ولكن بالقدر الذي يتطلبه القانون من الشكل (2) . فقد نصت المادة (1/1286) وكذلك المادة (1324) من القانون

(4) أنظر الدكتور همام محمد محمود زهران ، المصدر السابق، ص 399 .

(1) انظر الدكتور احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق ، ص 197 .

(2) أنظر الدكتور عبد الحكم فودة ، مصدر سابق، 2005، ص 226 .

(3) أنظر الدكتور عبد الحميد الشواربي ، الالتزامات والعقود التجارية ، الجزء الاول ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، بلا سنة طبع، ص 640 . يرد الدائن الشيء المرهون الى الراهن بعد أن يستوفي كامل حقه، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات ، فالتزام الدائن المرتهن بالرد، والتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة لابذل عناية ، أما التزامه في المحافظة على العين فهو التزام ببذل عناية ، فيلتزم أن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد ، ونظراً لأن هذه المسؤولية عقدية فلا يعفي منها الا إذا أثبت أن الهلاك، أو التلف الذي أصاب الشيء المرهون يرجع الى سبب أجنبي لادخل له فيه (راجع المحامي شريف الطباخ، التعويض عن الاخلال بالعقد في ضوء القضاء والفقه ، الطبعة الاولى ، المركز القومي ، القاهرة ، ص 267 .

(1) أنظر الدكتور أحمد سلامة ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص 232 ، والدكتور جميل الشرفاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، 1956 ، ص 283 .

(2) أنظر المادة (1/90) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه(اذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل مالم يوجد نص بخلاف ذلك). انظر القرار رقم 2556/حقوقية/56، الصويرة، أشار اليه المحامي سلمان بيان ، القضاء المدني العراقي ، مصدر سابق، ص 656. كما أكدت محكمة التمييز في العراق هذا المعنى في بعض قراراتها ، ومن ذلك أنها قررت ماياتي(ولا يصح عقد بيع العقار باتاً الا بتسجيله في دائرة الطابو وفقاً لاحكام المادة (508) مدني ، ولما كان البيع لم يسجل في دائرة الطابو فيعتبر العقد باطلاً ويعاد المتعاقدان الى الحالة

المدني العراقي، وكذلك المادة (307) من قانون التسجيل العقاري العراقي على ضرورة تسجيل المال المرهون، والدين المضمون، ولكن كلا المواد لم تتطرق للجزاء المترتب على عدم تعيين الدين المضمون، والظاهر ان المشرع العراقي لم يشر الى الجزاء اكتفاء باجراءات التسجيل العقاري، الكفيلة بتحقيق هذا المبدأ لان تسجيل عقد الرهن في هذه الدائرة لا يقع الا اذا بينت المعلومات الكافية لتخصيص الرهن سواء من حيث المال المرهون، أو من حيث الدين ويجب أن تكون هذه البيانات كافية وإلا فإن الرهن لا ينعقد (3).

أما اذا رجع البطلان الى اعتبارات موضوعية كما هو الحال في انعدام أحد اركان العقد، والمتمثل بركن السبب لان انعدام تخصيص الدين المضمون يمثل انعدام السبب (4). فإن هذا البطلان هو الذي يخضع للقواعد العامة، وقد عالج المشرع هذا النوع من البطلان في المواد (137، 138، 141) من القانون المدني العراقي أي ان العقد الباطل منعدم كأصل، ولا ينتج أثراً، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك به وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا بزوال البطلان بالاجازة وفي حالة البطلان يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وإلا جاء الحكم بالتعويض.

ونلاحظ كذلك أن القانون المدني العراقي، قد أشار الى وجوب تخصيص الدين المضمون في المادة (1293) مدني، ولكن لم يتطرق الى الجزاء المترتب على عدم تخصيص الدين المضمون تاركاً ذلك الى القواعد العامة، والى إجراءات التسجيل العقاري نص المادة (309) من قانون التسجيل العقاري العراقي (1).

نجد هناك خلافاً بين موقف القانون المدني العراقي، والقانون المدني المصري حيث نلاحظ القانون المدني المصري أشارت الى الجزاء المترتب على عدم تخصيص الدين المضمون بالرهن من خلال المواد (1035)، (1040) حيث أشارت الى أن عدم تعيين المال المرهون والدين المضمون يترتب عليه بطلان الرهن (2).

أما موقف القانون المدني الاردني لم يصرح القانون المدني الاردني في المادة (1346) مدني، بالجزاء المترتب على عدم تخصيص قيد الالتزام المضمون، وإنما أجتيازاً بالقول بأن أثر الرهن يقتصر على المبلغ المحدد في سند الرهن والثابت في دائرة التسجيل، والذي يبدو لي أن المفهوم المخالف لهذا النص يسمح بوصف القيد عديم الاثر أي باطلاً اذا لم ينطو على تحديد مبلغ الالتزام المضمون (3).

التي كان عليها قبل العقد) أنظر قرارها رقم 518/مدنية ثالثة، 1973 في 1973/11/21، منشور في النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الرابعة، تشرين الاول، تشرين الثاني، كانون الاول، 1973، ص 65.

(3) أنظر الدكتور حامد مصطفى، مصدر سابق، ص 106، والدكتور صلاح الدين التاهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص 34.

(4) أنظر الدكتور سليمان ابا ذياب، مصدر سابق، ص 130.

(1) أنظر الدكتور محمد طه البشير، والدكتور غني حسون طه، الحقوق العينية، المصدر السابق - ص 412.

(2) أنظر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، الجزء العاشر، مصدر سابق، ص 776، والبطلان هنا بطلان مطلق وستطيع أن يتمسك به كل ذي مصلحة، فيتمسك به المدين، والدائن المرتهن وورثة كل منهما والخلف الخاص، والدائنون المرتهنون المتأخرون في المرتبة، وحائز الشيء المرهون، أنظر الدكتور سمير عبد السيد تناغو، المصدر السابق، ص 167، وأنظر المستشار نور طلبه، شرح قانون التمويل العقاري، ص 62.

(3) أنظر الدكتور محمد وحيد الدين سوار، مصدر سابق، ص 80.

وموقف القانون المدني اليمني ، وقد عبر المشرع اليمني عن هذه الاحكام بالنص في المادة (1000) من قانونه المدني بأنه (يشترط في المرهون فيه أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة أو عيناً مضمونة ، وأن يكون معلوماً ، فإن كان ديناً موعوداً به فلا يلزم الرهن الاثبوت الدين وتجديد القبض) ، فقد أفصح المشرع اليمني في نصه هذا عن أن تعيين الدين المضمون من مقتضيات مبدأ تخصيص الرهن ويراه حكماً مرتبطاً بما يستلزمه القانون من تعيين العين المرهونة ، ولذا يترتب على عدم تعيين الدين المضمون جزاء عدم تعيين العين المرهونة نفسه⁽¹⁾. وهو شرط واضح في نص المادة المذكورة ، والتي تشترط في الدين المضمون بالرهن أن يكون ((معلوماً))، ولذلك لا يجوز أن يمتد ضمان الرهن لدين لم يتفق عند إبرام الرهن على ضمانه بهذا الرهن⁽²⁾.

لذا فان الرهن الذي لا يقترن بتعيين الدين المضمون يعد باطلاً ، وفي حكم غير الموجود . لان تعيين الدين المضمون ركن في عقد الرهن وليس أثراً من آثاره ولذا وجب تعيينه بالطرق المتفق عليها لكي لا يفقد الرهن أحد اركانه (ركن السبب) فيقوع في البطلان⁽³⁾. لان في تعيين الدين المضمون بالرهن مصلحة للمدين ، لان الغير قد يخشى التعامل معه خوفاً من استغراق الدين المضمون بالرهن كل المرهون متى لم تعلم قيمته ، كما أن تعيين قيمة الدين فيه مصلحة ظاهرة للدائن والامعناه كان هناك تجهيل يبطل العقد⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

أثر تخصيص الدين المضمون في الفقه الاسلامي

لابد لكل عقد من سبب صحيح، ومشروع وفقاً للقواعد العامة ، وسبب عقد الرهن هو توثيق الوفاء بالدين المضمون ، فالرهن لا يقدم الرهن تبرعاً منه للمرتهن إنما يقدمه في مقابل الحصول على قرض أو أجل ، فيعد الدين المضمون هو السبب في ابرام عقد الرهن⁽⁵⁾.

وكل دين ثابت في الذمة ومعلوم للمتعاقدين يصح أن يوثق بالرهن، سواء اكان موجوداً ، أم موعوداً به، لازماً ، أم ايلاً للزوم . فاللازم مثل الصداق، وثنم البيع بعد الخيار وما يؤول للزوم الثمن في مدة الخيار . ولزوم الدين يعني أنه لا يسقط إلا بالوفاء ، أو الابراء ، ويخرج بذلك من الديون التي يصح ان تكون سبباً لعقد الرهن ما ليس كذلك، مثل الجعل في الجعالة قبل الفراغ من العمل لان كلاً من الطرفين الفسخ متى شاء ، ولا فرق بين أن يكون محل الدين عين مضمونة بنفسها، أي التي يجب مثلها لهلاكها في المثلي ، والقيمة فيما كان قيمي ، كالمغصوب في ذمة الغاصب، والمقبوض على سوم الشراء ، او عين مضمونه بغيرها كالمبيع في يد البائع هو مضمون بالثمن⁽¹⁾ .

(1) أنظر الدكتور أحمد محمود سعد ، مصدر سابق ، ص 697 .

(2) أنظر الدكتور جميل الشرفاوي ، المصدر السابق ، وهامش رقم (1)، ص 131 ، ص 133 ، .

(3) أنظر الدكتور محمد كامل مرسي باشا، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق ، ص 118 .

(4) أنظر سهام عبد الرزاق مجلي ، مصدر سابق ، ص 77 .

(5) أنظر الدكتور علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص 336 ، والدكتور محمد طه البشير ، والدكتور غني حسون

طه ، مصدر سابق ، ص 508 .

(1) أنظر الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام ، الجزء الخامس والعشرون ، مصدر سابق ، ص 143 ، والشيخ

عبد الاعلى الموسوي السبزواري ، مهذب الاحكام ، الجزء الواحد والعشرون ، مصدر سابق ، ص 99 .

أما الإعيان غير المضمونة، كالوديعة في يد الوديع فلا يصح إعطاء رهن بها ، فكل دين تتوافر فيه هذه الشروط، والتي تم التطرق إليها في الشروط المتعلقة بالدين المضمون بالرهن في الفقه الإسلامي، يصح ان يكون سبباً لعقد الرهن لذا سوف نبحث أثر تخصيص الدين المضمون في الفقه الإسلامي، ونتناول الأثر في حالة تخصيص الدين المضمون والأثر في حالة عدم تخصيص الدين المضمون، أي الذي يجوز أخذ الرهن به هو كل دين ثابت في الذمة ويشترط في الدين الذي يرهن به ثلاثة شروط وهي ماذهب إليه فقهاء الإمامية (2).

أ – كونه ثابتاً في الذمة فلا يصح بغيره كنفقة زوجة في الغد لان الرهن وثيقة حق فلا يتقدم عليه .

ب – كونه معلوماً للعاقدين ، فلو جهلاه أو أحدهما لم يصح الرهن .

ج – كونه لازماً أو ايلاً الى اللزوم فلا يصح في غير ذلك (3).

وهو الحق الثابت في الذمة وإن لم يستقر الذي يمكن استيفائه من الرهن ، فلا يصح الرهن على غير الثابت ، كثمن ما سيشتريه أو أجره ما سيستأجره ، ومال الجعالة قبل العمل وإن كان قد حصل البذل ، والدية قبل استقرار الجناية وإن حصل الجرح ، ويجوز الارتهان على مال الكتابة على الأقوى ، وإن كانت مشروطة ، وعلى مال السبق والرمي إذ الأصح لزومهما ، وعلى الثمن في مدة الخيار ، وأن كان معرضاً للزوال ، فإذا فسخ بطل الرهن ، ثم إن شرط في الرهن أن يكون على الحق وكل جزء منه لم يفسخ مادام من الحق باقي شيء ، وأن شرط كونه رهناً عليه لأعلى كل جزء منه صح ، وانفسخ بقاء شيء من الحق ، أي يشترط أن يكون الدين المضمون موجوداً ، أو قابلاً للوجود وقت انعقاد الرهن ، وعليه إذ تبين قد نشأ عن عقد باطل لاي سبب كان فان هذا يؤدي الى بطلان الرهن، لانعدام سببه المتمثل في الدين المضمون ، والحكم ذاته ينطبق إذا تبين عند إبرام عقد الرهن أن الدين المضمون قد انقضى لاي سبب كان(1).

ويشترط في المرهون به (الدين المضمون) ان يكون محتملاً للاستيفاء من الرهن فان لم يحصل لم يصح الرهن به ، لان الارتهان استيفاء ، وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص في النفس ومادونها لانه لايمكن استيفاء القصاص من الرهن ، أي لايصح

(2) أنظر الشيخ زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني) مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام ، الجزء الرابع، مصدر سابق ، ص 28 ، والشيخ علي بن الحسين الكركي ، جامع المقاصد في شرح القواعد ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص 87 ، والشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي (الشهيد الاول) الدروس الشرعية في فقه الإمامية ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 401 ، والشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ، الجزء الثامن عشر ، مصدر سابق ، ص 379 ، والشيخ محمد جواد مغنية ، شرائع الاسلام في الفقه الإسلامي الجعفري ، مصدر سابق ، ص 195 .

(3) أنظر الشيخ أبا جعفر بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص 228 ، والشيخ جمال الدين الحسن بن يوسف المظهر الاسدي العلامة الحلبي ، تبصرة المتعلمين في أحكام الدين ، = مصدر سابق ، ص 149 ، والسيد أحمد الخوانساري ، جامع المدارك في شرح المختصر النافع ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 346 ، مع ملاحظة أجاز مالك وأبو حنيفة ، الرهن قبل ثبوت الالتزام ، ومنعه الشافعي ، وقالوا بعدم ثبوت الرهن ، لعدم ثبوت الحق ولكل دليله ، أنظر علاء الدين بن مسعود الكاساني ، بدائع الضائع ، الجزء السادس ، مصدر سابق ، ص 143 ، والشيخ ابا الوليد محمد بن أحمد القرطبي ، بداية المجتهد ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص 270 . هذا مع ملاحظة ان الرهن بالدرك باطل ،؟ والدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عن استحقاق المبيع .

(1) أنظر الشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الأسيوطي ، جواهر العقود ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص 125 ، والشيخ زين الدين ابا القاسم علي بن علي بن محمد بن طي العاملي النقعاني ، الدر المنضود ، مصدر سابق ، ص 129 ، والشيخ علاء الدين السمر قندي ، تحفة الفقهاء ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 41 .

الرهن فيما لم يحصل سبب وجوبه ، أي ليس بثابت حال الرهن لان الرهن وثيقة على مال المرتهن ، ولا يتصور الاستيثاق قبل حصول ماله عنده (2).

أي نلاحظ اتفق الفقه الاسلامي، مع القانون الوضعي في ضرورة أخذ الرهن في كل حق ثابت في الذمة ، كالقرض ، وضمن المبيع، ولا يصح فيما لا يحصل سبب وجوبه ، كالرهن على ما يستدينه، وعلى ثمن ما يشتريه ولا على ما حصل سبب وجوبه ولم يثبت كالدية قبل استقرار الجناية ، أي تحديد الدين المضمون، من الشروط الموضوعية لصحة الرهن ، فمبدأ تخصيص الرهن ينطبق على الدين المضمون ، كما ينطبق على المال المرهون ، والدين ينبغي أن يكون محدداً من حيث مقداره ، ومن حيث مصدره أيضاً وتحديد مصدر الدين له أهمية كبيرة في معرفة ما اذا كان قد نشأ صحيحاً أم لا.

فاذا ظهر أن الدين المضمون، لم ينشأ صحيحاً بأن نشأ عن عقد باطل ، أو من عقد تقرر ابطاله ، لاي سبب من أسباب البطلان ، كانهام الرضا أو وجود عيب فيه، أو عدم مشروعية محل العقد أو سببه ، فإن هذا يذهب بوجود ذلك الدين ويجعل سبب الرهن معدوماً ، فيقع عقد الرهن باطلاً ولا يكون له أثر (1) . أي يشترط أن يكون المرهون به (الحق) ، أو مقابل الرهن ديناً ثابتاً في الذمة، أو موعوداً به أو عيناً من الاعيان المضمونة ، وكذلك يشترط أن يكون الدين صحيحاً ظاهراً ، وباطناً أو ظاهراً فقط ، أو عيناً مضمونة بنفسها لانها بحكم الدين ، وبهذا نصت المادة (710) من مجلة الاحكام العدلية (يشترط أن يكون مقابل الرهن مالاً مضموناً فيجوز أخذ الرهن لاجل مال مغضوب ولا يصح أخذ الرهن لاجل مال هو أمانة) (2).

أما فقهاء المالكية (3)، فيشترطون فيما يتعلق بدين الرهن أن يكون الدين لازماً حالاً أو مالاً ، فيصح الرهن في الجعل ، وهو ما يجعله الانسان الاخر في نظير عمل ، فاذا قال له ابني لي هذا الدار بمائة فإنه يصح أن يرهنه في نظيرها عيناً ، لان المائة وإن لم تكن ديناً لازماً ابتداءً ، ولكن ماثلة الى اللزوم ، وخرج بالدين الوديعة ونحوها مما ليس بدين فإنه لا يصح ان يرهن لمودع عنده عيناً للمودع مقابل وديعته، لان الوديعة ليست ديناً عنده ، ويصح ان يبيع شخص شيئاً لآخر بثمن مؤجل، ثم يرهن في نظير ثمنه شيئاً ، ويصح أن يرهنه شيئاً مقابل الوعد بإعطائه، فالرهن صحيح لازم ، لانه ليس من شرط صحة الرهن أن يكون الدين ثابتاً قبل الرهن ، ولكن لا يستمر لزومه إلا إذا حصل قرض أو بيع في المستقبل ، فإن لم يحصل كان للرهن أخذ رهنه .

(2) أنظر الشيخ زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني) ، مساك الافهام ، مصدر سابق ، ص 29 ، والشيخ أبا جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، النهاية، ص 431 .

(1) أنظر الدكتور سمير عبد السيد تناعو ، المصدر السابق ، ص 165 ، أستاذ شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص 201 ، والدكتور صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص 34 ، أنظر علي حيدر ، دور الحكام شرح مجلة الاحكام ، مصدر سابق ، ص 70 ، ومحمد جواد مغنية ، فقه الامام جعفر الصادق (ع) ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 29 ، الدكتور محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، هامش رقم (3) ، ص 188 .

(2) منير القاضي ، شرح المجلة ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص 96 .

(3) أنظر الشيخ مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، الجزء الثالث ، المصدر السابق ، ص 271 ، وانظر عبد الرحمن الجزيري ، مصدر سابق ، ص 323 ، والشيخ أبا عبدالله محمد الخرشي ، شرح الخرشي على المختصر الجليل ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص 326.

في حين ذهب فقهاء الحنفية (1)، يعد توافر الدين المضمون بالرهن من شروط الانعقاد، وأن يكون مضموناً فمثال المرهون به غير المضمون ، الامانات والوديعة ، فاذا وضع شخص عند آخر أمانة فلا يصح أن يرهن بها عيناً، فاذا فعل ذلك وقع الرهن باطلاً ، لان الامانة إذا هلكت عند الأمين بافة سماوية فلا يضمنها، ولا يلزم بشيء لصاحبها ، أما الاعيان المضمونه بغيرها كالمبيع قبل قبضه فاذا باع شخص لآخر سلعة، ولم يقبضها المشتري فانه لايجوز للبائع أن يرهن المشتري سلعة أخرى في مقابلها حتى يسلمها له ، فاذا فعل يقع الرهن باطلاً ، لان المبيع إذا هلك فدين البائع لا يكون مضموناً عليه يغير الثمن ، فالمضمونة يصح ان تكون سبباً في الرهن بلا خلاف ، وغير المضمونة لا يصح أن تكون سبباً في الرهن .

وفقهاء الشافعية(2) :- أن يكون ديناً فلا يصح الرهن بسبب غير الدين كالمغصوب والمستعار ونحوهما فاذا باع أرضاً مغصوبة فلا يصح أن يرهن داره بسببها ، لان فائدة الرهن أن تؤخذ منه نظير الدين والعين، مادامت موجودة فان اللازم ردها بنفسها وأن يكون الدين ثابتاً فلا يصح الرهن قبل ثبوته، كما إذا رهن داره على ان يقرضه مائة جنيه لان الثمن لم يثبت قبل ان يأخذها . وأن يكون الدين لازماً في الحال أو في المال فيصح الرهن بسبب الثمن في مدة الخيار لان الثمن وإن لم يكن ديناً لازماً في الحال ولكنه لازم مالاً . وأن يكون الدين معلوماً عيناً، وقدرأ ، وصفة ، فلا يصح مع جهل شيء عن ذلك . أي نلاحظ أن فقهاء الشافعية لقد اشترطوا في مقابل الرهن أن يكون ديناً وليس عيناً سواء أكانت مضمونة، أم غير مضمونة وتمت الاشارة بان الاعيان المضمونة على نوعين مضمونة بنفسها ، وهي التي يجب ضمان مثلها ان كانت من المثليات، او قيمتها ان كانت من القيمات كالمال المغصوب ، ومضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع فانه مضمون بغيره وهو الثمن فلو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن عن المشتري . نلاحظ اختلاف الفقهاء في التعبير عن المرهون به ، فقهاء الامامية ، والحنفية ، والمالكية يعبرون عن المرهون به بلفظ (الحق) أما فقهاء الشافعية والحنابلة قد عبروا عنه بلفظ (دين) ويرجع السبب في هذا أن المرهون به عند الشافعية والحنابلة لا يكون إلا ديناً وان كان بعض فقهاء الحنابلة قد أجاز العين المضمونة ، أما فقهاء الامامية والحنفية والمالكية ، فلم يشترطوا ذلك فيصح عندهم أن تكون العين مضمونة بنفسها أو بغيرها اذا كانت العين غائبة .

ويرجع ذلك لعدة أسباب أهمها .

أ – أن يكون المرهون ديناً ، كما أجاز الرهن بما لايباع للغرر ، وفي هذا عموم وشمول يعملان على صيانة مال المرتهن وحفظه من الضياع، لان رهن الشيء ولو ديناً أو فيه غرر خير من عدمه ورهن شيء خير من لا شيء .

(1) أنظر القاضي محمد بن فرامرز الشهير بمنلا خسر ، غرر الاحكام ، مصدر سابق ، ص 248 ، والشيخ علاء الدين بن مسعود الكاساني ، بدائ الضائع ، الجزء السادس ، المصدر السابق ، ص 142 ، والشيخ شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، الجزء الحادي والعشرون مصدر سابق ص 73 ، والشيخ ابن عايد بن علاء الدين تكملة حاشية رد المختار ، الجزء الاول ، مصدر سابق ص 50 .

(2) أنظر الشيخ شمس الدين محمد بن أبي العباس بن شهاب الدين الانصاري ، نهاية المحتاج ، الجزء الرابع، مصدر سابق ، ص 243، وأنظر أسماعيل المزني، مختصر المزني، مصدر سابق، ص 98، والشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب ، الاقناع، مصدر سابق، ص 237.

ب - أجاز الرهن بالعين مطلقاً سواء أكانت مضمونة بنفسها أم بغيرها ، وفي ذلك صيانة وحفظ المال المرتهن .

ج - ان عدم جواز استرداد الراهن للشيء المرهون للانتفاع به وفي ذلك صيانة وزيادة في ضمان حق المرتهن حتى يستطيع التنفيذ على الشيء المرهون عند عدم الوفاء .

ء - سهولة ويسر في المعاملة وفي قضاء حاجات الناس ، فالراهن يستطيع قضاء حاجته برهن الدين ومافيه غرر .

هـ - اتفاق على ضرورة تعيين المال المرهون ، والدين المضمون بالرهن لان في تعيين المال المرهون تعيين لمحل الرهن وانعدام التعيين يترتب عليه انعدام محل الرهن مما يترتب عليه بطلان الرهن ، وتعيين الدين المضمون لانه يمثل السبب في عقد الرهن ولان انعدام التعيين يمثل انعدام ركن السبب في عقد الرهن، والذي يترتب عليه بطلان الرهن أيضاً لتخلف ركن من اركان العقد الا وهو ركن السبب، لذا فان مبدأ تخصيص الرهن متفق على وجوبه في الفقه الاسلامي، والقانون الوضعي .

المبحث الثاني

نطاق مبدأ تخصيص الرهن

يجب لكي ينعقد الرهن صحيحاً ، أن يرد متعلقاً بمال من الجائز رهنه، وإذا ورد متعلقاً بمال يجوز رهنه يجب تحديد الاموال ، التي ندخل في نطاق مبدأ تخصيص الرهن ، بمعنى آخر لزوم تحديد الاموال التي تدخل في نطاق الرهن ، ومشتملاتها⁽¹⁾. ولذا سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين ، سوف نتناول في المطلب الاول ، نطاق مبدأ تخصيص الرهن التأميني ، ولان الفقه الاسلامي لايعرف الرهن دون أن تنتقل فيه الحيازة من الرهن الى المرتهن ، لذا سوف نتناول نطاق الرهن التأميني في القانون فقط ، وفي المطلب الثاني، سنتناول نطاق مبدأ تخصيص الرهن الحيازي في القانون ، والفقه الاسلامي ، وسيكون ذلك من خلال فرعين الأول ، نطاق مبدأ تخصيص الرهن الحيازي في القانون ، والثاني نطاق مبدأ تخصيص الرهن الحيازي في الفقه الاسلامي .

المطلب الأول

نطاق مبدأ تخصيص الرهن التأميني

الرهن التأميني بالنسبة الى محله⁽²⁾. لا يرد في الاصل الا على عقار ، لذا يجب معرفة أي العقارات التي يصح رهنه رهنأ تأمينياً ، وأيها لا يصح رهنه ، حيث تقسم العقارات على العقارات بطبيعتها ، والعقارات بالتخصيص⁽³⁾، وهذا يتطلب معرفة العقار وأنواعه ، وكيف يرد مبدأ التخصيص في الرهن التأميني على العقار.

أولاً : العقار بطبيعته

هو طبقاً للتعريف الذي وضعته المادة (1/62)⁽¹⁾، من القانون المدني العراقي (العقار كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله ، وتحويله دون تلف ، فيشمل الأرض البناء، والغراس، والجسور، والسدود، والمناجم وغير ذلك من الاشياء العقارية) نستنتج من نص المادة أن المشرع العراقي قد أشار الى أنواع العقار التي يسري عليها احكام الرهن التأميني ، وهي :

(1) أنظر محمد طه البشير ، الموجز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 39 ، انظر الدكتور عبد السلام ذهني بك ، مصدر سابق ، ص 134 .

(2) أنظر القرار المرقم 7/53 /قرار تدويني في 59/1/10، أشار اليه المحامي سلمان بيان ، القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بدون مكان ، 1962 ، ص 699 . وتحديد محل الرهن على هذا النحو يقوم على اساس تحديد العقد ، الدكتور عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، الطبعة الثانية، الجزء الاول ، 1962 ، ص 205 .

(3) أنظر الدكتور رمضان أبو السعود ، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، الدار الجامعية ، الاسكندرية ، 1986 ، ص 439 .

(1) تقابلها المادة (1/82) من القانون المدني المصري والتي تنص على انه (كل شيء مستقر يجيزه ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف فهو عقار وكل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول)، قابلها المادة (58) من القانون المدني الاردني (كل شيء مستقر يجيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف او تغيير هيئة فهو عقار) ، تقابلها المادة (117) من القانون المدني اليمني (المال الثابت غير المنقول (عقار) هو كل شيء له أصل ثابت لا يمكن نقله او تحويله دون تلف فهو مستقر بجيز ثابت فيه ويلحق به كل منقول بصفة مالك المال فيه لخدمته أو لاستغلاله)، تقابل المادة (683) من القانون المدني الجزائري (كل شيء مستقر يجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار)، تقابل المادة (1/23) من قانون الملكية العقارية اللبناني (هي الاشياء المادية التي يكون لها بالنظر الى جوهرها موقع ثابت غير منتقل).

أ - تعد عقاراً بالطبيعة الأراضي بانواعها جميعاً ، سواء أكانت أراضي زراعية ، أم أراضي معدة للبناء ، وسواء وجدت في المدن أو القرى ، وبغض النظر عن قيمتها ، وتشمل الأرض سطحها ، وكل ماتحتها مما يتصل بها بشرط أن يكون ذلك متصلاً اتصالاً قرار بالأرض (2).

ب - وتعد المباني أشياء عقارية أيا كانت طبيعتها ، وأياً كان الغرض منها فتشمل المباني دور السكن ، والمخازن ، والمصانع وأيضاً المنشآت الثابتة فوق الأرض أو تحتها ، كالحزانات ، والقناطر ، والجسور ، والانفاق ، والأبار (3).

ج - وتعد النباتات أيضاً عقارات بطبيعتها ، مادامت متصلة بالأرض وتمتد جذورها فيها ، إذ يستحيل أو يتعذر نقلها من الأرض بدون خلل أو تلف (4).

ونستنتج كذلك أن المشرع قد أفرد لكل من العقار ، والمنقول نصاً خاصاً به وقد نصت المادة (2/62) منه على ان (والمنقول كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف فيشمل النقود، والعروض، والحيوانات، والمكيلات والموزونات ، وغير ذلك من الأشياء المنقولة) ، مخالفاً بذلك التشريعات العربية الأخرى كالتشريع المصري الذي عرف العقار في المادة (1/82) منه (كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول) حيث نلاحظ أن تعريف العقار كان متضمناً لتعريف المنقول ، وترجع التفرقة بين العقار والمنقول الى أساس طبيعي هو ثبات الشيء ، أو عدم ثباته فيكون الشيء عقاراً اذا كان مستقراً بحيز ثابتاً فيه لا يمكن نقله دون تلف، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول ، والعقارات بطبيعتها تصلح أن تكون محلاً للرهن التأميني ، من ذلك الأراضي ، والمباني ، والغراس، أما بالنسبة الى الأرض فالأمر واضح سواء أكانت أرضاً زراعية أم أرضاً معدة للبناء ، وأما المباني فهي تعد من العقارات ، ولو كانت مملوكة لغير مالك الأرض ، واذا كان الذي أقامها هو مالك الأرض ، عُتت من ملحقات الأرض وشملها رهن الأرض، بوصفها من توابع الشيء المرهون ، أما اذا كان الذي أقامها شخص آخر غير مالك الأرض ، فهي في الأصل ملك لمالك الأرض بحكم الالتصاق ويشملها الرهن كذلك (1).

أما الأشجار ، والغراس فتعد كذلك عقارات بطبيعتها ، وهي اذا رهنت الأرض تعد من ملحقات الأرض ، ويشملها الرهن الوارد على الأرض ، على أن مالك الأرض لا يستطيع رهن الثمار مستقلة عن العقار ذلك أنها تعد في هذه الصورة منقولات بحسب المال ، ولايرد الرهن التأميني على المنقولات (2).

ثانياً: العقار بالتخصيص

(2) أنظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص 23 . والدكتور همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص 39 ، أنظر الدكتور محمد كامل مرسي ، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص 114 .

(3) أنظر الدكتور سلمان مرقس ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص 36 .

(4) أنظر الدكتور محمد علي امام ، مصدر سابق ، ص 269 .

(1) أنظر الدكتور حامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص 25 .

(2) أنظر الدكتور محمد أبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 68 .

وقد نصت المادة (63)⁽³⁾، من القانون المدني العراقي على أنه (يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رصد على خدمة هذا العقار أو استغلاله) ومن أمثلة ذلك آلات الري والحرث، والآلات الصناعية في المصانع أي يجب ان يكون مملوكاً لمالك العقار، ووضعه وخصمه لخدمة عقاره، أي اندمج المنقول في العقار، وأخذ حكمه بعد أن أصبح عقاراً بتخصيص مالكه لخدمة عقاره، وليس لخدمة صاحب العقار كالسيارة التي توضع بالعقار لخدمة مالكه.

ومتى انقطع التخصيص زالت عن المنقول صفة العقار ولايصبح المنقول عقاراً بالتخصيص الا من وقت انتقال ملكية لمالك العقار، ومتى اكتسب المنقول صفة العقار بالتخصيص، فيشمله الرهن بوصفه من الملحقات العقارية للعقار المرهون بقوة القانون⁽¹⁾، دون حاجة للنص في العقد على امتداد الرهن اليه مالم يستبعد اتفاقاً من هذا الامتداد، ويقع عبء اثبات هذا الاستبعاد على من يدعيه. ومتى اكتسب المنقول صفة العقار بالتخصيص، فلا يجوز الحجز عليه إلا تبعاً للحجز على العقار وبذات اجراءات الحجز العقاري، بحيث اذا حجز عليه منفرداً بتلك الاجراءات أو باجراءات حجز المنقول كان الحجز باطلاً⁽²⁾.

اذ طالما خصص المنقول لخدمة العقار أصبح من توابعه فيخضعان معاً لاجراءات واحدة⁽³⁾، أي أن المشرع التجأ الى نوع من الافتراض، أو الحيلة القانونية، فربط مصير المنقول بالعقار، واعطاء المنقول وصف العقار حكماً، وافترضاً، فهو اذن محض افتراض قانوني أو حيلة قانونية، أو أنه عد المنقول تابعاً والعقار أصيلاً، والتابع يلقي مصير الأصيل، وتلك هي فكرته، ومقتضاها أنه عندما يرتبط شيء بشيء آخر ابتغاء غرض معين فانه ينشأ عن هذا الارتباط علاقة تبعية، وخضوع بين الشيء التابع والشيء المتبوع. والواقع أن المشرع يهدف من ايجاد العقارات بالتخصيص الى المحافظة على الوحدة الاقتصادية التي نشأت بين العقار، والمنقول فتخصيص المنقول لخدمة العقار يترتب عليه حسن استغلال هذا العقار، والمحافظة على قيمته، وبالتالي فكل ما من شأن المساس بتلك الوحدة يترتب عليه مساس بقيمة العقار نفسه، أي أن فكرة العقار بالتخصيص فكرة افتراضية، الغاية منها المحافظة على القيمة الاقتصادية للعقار⁽¹⁾.

ولايد من الإشارة ان المشرع لم يكن موقفاً بتعريفه للعقار، والعقار بالتخصيص حيث أنه كان موقفاً في الوقت الذي وضع التعريف فيه، لان العقارات كانت ذات قيمة

(3) تقابلها المادة (2/82) من القانون المدني المصري (يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضمه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله) تقابل المادة (59) من القانون المدني الاردني (يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار له رسداً على خدمة واستغلاله، ويكون ثابتاً في الارض)، = تقابل المادة (117) (كل منقول يضعه مالك المال فيه لخدمته أو استغلاله)، والمادة (683) من القانون المدني الجزائري (المنقول الذي يضعه صاحبه في العقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص).

(1) أنظر محمد طه البشير، الموجز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص 76.

(2) أنظر الدكتور محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص 234.

(3) أنظر الدكتور أنور طلبية، شرح قانون التمويل العقاري، بلا ناشر، 2001، ص 13.

(1) أما أحكام القضاء (تعتبر العقار بالتخصيص وفقاً لنص المادة (688) من القانون المختلط، ملحقة بالعقار الاصلي المرهون دون حاجة الى نص صريح عنها بعقد الرهن كما تعتبر داخلية ضمن الملحقات المشار اليها في المادة المذكورة مالم يتفق على خلاف ذلك) أنظر الطعن رقم 138 لسنة 21 ق، جلسة 1954/ 5/13، أشار اليه معوض عبد التواب، نصوص القانون المدني، الجزء الثالث، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996، ص 949. وأنظر الدكتور رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص 462.

اقتصادية عالية في ذلك الوقت ، وكانت تمتاز بالثبات والاستقرار ، إلا انه في الوقت الحاضر ، يوجد كثير من الجسور المتحركة ، والسدود ، والأبراج ، والتي تعد من العقارات يمكن نقلها من مكان الى آخر وبدون تلف ، وذلك نتيجة للتطور التكنولوجي في الوقت الحاضر .

وكذلك هناك الكثير من النمقولات ذات قيمة اقتصادية عالية جداً تفوق قيمة العقارات لذلك أعتقد أن نص الفقرة الاولى من المادة الثانية والستين من القانون المدني العراقي، عاجزة عن مواكبة التطور وسوف تفقد أهميتها في المستقبل .

اذن يتحدد محل الرهن بالعقار ، أو العقارات التي تراضى المتعاقدين على تحميلها بحق الرهن ، وعيناها في العقد تعييناً دقيقاً ، سوى كانت عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص⁽²⁾ ، أي يقتصر مبدأ تخصيص الرهن على اشتراط تعيين العقار المرهون ذاته تعييناً دقيقاً ، لان المقصود بالتخصيص تحديد العقار الوارد عليه الرهن استجابة لضرورة تعيين المحل ، فاذا تحدد العقار المرهون ، فان الرهن الوارد عليه يمتد الى ملحقاته، والتي تعد عقاراً بحكم القانون دون حاجة الى اتفاق بين المتعاقدين ، ذلك ما لم يتفق على استبعاد كل أو بعض هذه الملحقات من نطاق الرهن⁽³⁾، ولعله من امتداد الرهن الى هذه الملحقات ، انها تابعة لها ومعلوم أن الفرع يتبع الأصل لذلك يشترط لامتداد الرهن الى ملحقات المرهون، أن تكون هذه الملحقات من العقارات بطبيعتها أو التخصيص ، أو من الحقوق العقارية⁽⁴⁾، يقتصر مبدأ تخصيص الرهن على اشتراط تعيين العقار المرهون ذاته ، تعييناً دقيقاً دون اشتراط تعيين ملحقات العقار المرهون ، لان المقصود بمبدأ التخصيص ، فصل العقار المرهون عن سائر أموال المدين للتأكد من أن الرهن ليس عاماً ، بل خاصاً يرد على عقار بذاته⁽²⁾، واذا تحدد هذا العقار فان الرهن الوارد عليه يمتد الى ملحقاته بحكم القانون ، دون حاجة الى اتفاق صريح بين المتعاقدين ، ومعنى أن الرهن يمتد الى ملحقات العقار المرهون أن الدائن عند اتخاذ إجراءات التنفيذ على العقار ينفذ أيضاً على الملحقات ويقضي حقه من ثمن العقار ، ومن ثمن الملحقات أيضاً .

والمحقات قد تكون عقاراً كالتحسينات ، والمباني التي تقام على الارض المرهونة أو قد تكون حقاً عقارياً ، كالارتفاق المقرر لخدمة العقار المرهون ، فلما يرد الرهن على العقار يرد أيضاً على الحق العقاري ، وهو الحق الوارد على عقار، وكذلك فإن ملحقات العقار قد تكون شيئاً عقارياً أو مالاً عقارياً⁽³⁾، يشمل مبدأ تخصيص العقار المرهون كله ، وكل جزء منه ، وهذا مستفاد من قاعدة عدم تجزئة الرهن⁽⁴⁾، ويشمل الرهن فوق ذلك ،

(2) أنظر الدكتور همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، دار المعرفة الجامعية ، الاسكندرية ، 1999 ، ص 291.

(3) أنظر الدكتور سليمان مرقس ، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد ، الطبعة الثانية ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1959 ، ص 48 .

(4) أنظر الدكتور محمد كامل مرسي ، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص 118 ، والحقوق العقارية ، كحق الارتفاق المقرر لخدمة العقار المرهون .

(2) أنظر الدكتور محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 233 .

(3) أنظر الدكتور سمير عبد السيد نتاغو ، مصدر سابق ، ص 152 .

(4) أنظر القرار رقم 184 / هيئة عامة اولى ، 976 في 1976/11/10 ، منشور في مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة السابعة ، 1976 ، ص 38 .

كل ملحقات المال المرهون وتوابعه ، سواء وجدت وقت الرهن أم وجدت بعده ، وسواء أكانت من فعل الراهن ، أم من فعل غيره أم من غير فعل أحد سواء نص عليها العقد ، أو لم ينص ، كل ما في الأمر أن هذه الملحقات يجب أن لا ينص العقد على استبعادها من الرهن (5)، وذلك لان قاعدة امتداد الرهن الى ملحقات المرهون هي قاعدة مفسرة يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها (1)، ومن خلال ماتقدم نستطيع أن نقول أن ملحقات الرهن التأميني لا تدخل في نطاقه الا اذا توافرت الشروط التالية .

الشرط الاول :- ان يكون عقاراً

لما كان الرهن التأميني لا يرد الا على عقار فيعد هذا الشرط بديهياً ويستوي أن يكون عقاراً بطبيعته كالمباني ، والأشجار، والنباتات ، التي تقام على الارض المرهونة ، أو عقار بالتخصيص كالماشية المخصصة لخدمة الارض ، والآلات الموجودة بالمصنع ، والمفروشات المخصصة لخدمة الفندق (2).

الشرط الثاني :- أن تحتسب الملحقات من توابع العقار .

اذا لم تحتسب الملحقات ولم تعد من توابع العقار المرهون فلا يشملها الرهن لان الذي يلحق بالاصل هو التابع فقط ، وعلى ذلك لا يمتد الرهن الى ما يملكه الراهن بغير أن يكون تابعاً للعقار المرهون ، كما هو الحال فيما يملكه الراهن من عقارات أخرى مجاورة للعقار المرهون ، أو كما هو الحال فيما إذا رهن شخص حقه في الانتفاع، بعقار ثم آلت اليه في تاريخ لاحق ملكية الرقبة ، فأن الرهن لا يمتد اليها لان الرقبة ليست من توابع حق الانتفاع على العكس فان الرهن الوارد على حق الرقبة يمتد الى حق الانتفاع بذات العقار الذي آل لاحقاً لمالك الرقبة ، لأن حق الانتفاع من توابع الرقبة ، ويتم هذا الامتداد بقوة القانون في لحظة الاحاق ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك (1). ومقتضى هذا الامتداد أن تصبح هذه الملحقات مشمولة بالرهن ومن ثم ضامنة، شأنها شأن العقار الاصلي المرهون للدين المضمون بالرهن .

الشرط الثالث:- أن تعود الملحقات بنفع على مالك العقار المرهون

يشترط لشمول الرهن للملحقات أن تعود هذه الملحقات بنفع على المالك سواء أكانت هذه الملحقات قد حدثت بفعل المالك أم بفعل غيره ، كالبناى على الارض المرهونه ،

(5) أنظر الدكتور محمود وحيد الدين سوار، مصدر سابق ، ص 72 ، والدكتور أحمد سلامة ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص 177

(1) أنظر المادة (1/1292) من القانون المدني العراقي (1 – يشمل الرهن التأميني ملحقات المرهون المعتبر عقاراً)، تطابق المادة (1036) من القانون المدني المصري ، تقابل (1330) من القانون المدني الاردني (يشمل الرهن التأميني ملحقات العقار المرهون من أبنية وأغراس ، وعقارات التخصيص وكل ما يستحدث عليه من انشاءات بعد العقد)، تقابل المادة (1012) من القانون المدني اليمني (نماء المرهون متصلاً به أو منفصلاً عنه يتبعه في الرهن ويأخذ حكمه) ، تقابل المادة (887) من القانون المدني الجزائري (يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً) ، تقابل المادة (110 من القرار 333 من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(2) أنظر الدكتور سعيد عبد السلام ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مطابع الولاء الحديثة ، الاسكندرية ، 2004 ، ص 287 . والدكتور أسعد دياب ، أبحاث في التأمينات العينية ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الجامعية ، بيروت ، 1988 ، ص 102

(1) أنظر الدكتور همام محمد محمود زهران ، مصدر سابق ، ص59 ، والدكتور نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص 68 . والدكتور محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص69 ، والدكتور أحمد سلامة ، في التأمينات المدنية ، مصدر سابق ، ص187.

وكذلك الطمي الذي يلتصق بالارض المرهونة ، ويمتلكه مالكاها فان يد المرتهن تمتد اليه ويمكنه التنفيذ عليه مع العقار المرهون ، عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء⁽²⁾ .

الشرط الرابع :- لا يترتب على شمول الملحقات الحاق أضرار بحقوق الغير

يجب ان يراعي في امتداد الرهن الى ملحقاته ما يحدث في العقار من أنشاءات وتحسينات عدم الاخلال بالامتياز الذي يقع لصالح المقاولين ، والمهندسين⁽³⁾ . الذين بنوها أو شيدها بحيث يتقدمون على هؤلاء الدائنين المرتهنين رغم تأخر قيد امتيازهم على قيد الرهن⁽⁴⁾ .

الشرط الخامس :- عدم وجود اتفاق مخالف

أن الحاق الملحقات بالرهن ليس من النظام العام لذلك يحق للأفراد الاتفاق على مخالفة بما يتفق ومصلحهم ولذلك للمتعاقدين أن يحددوا الملحقات التي تدخل في الرهن تحديداً أوسع أو أضيق من التحديد الذي حدده القانون بحيث يشمل الرهن أشياء أخرى لم يرد ذكرها في نصوص القانون لان ما أورده القانون إنما على سبيل المثال لا الحصر ، وهذا يعني أن كل ما تتوفر فيه الشروط يلحق بالعقار المرهون ويشمله مبدأ التخصيص⁽¹⁾ .

ولابد من الإشارة الى ان القانون الروماني لم يعرف نظرية العقار بالتخصيص، غير أن فقهاءه قد بحثوا في الملحقات ، والتوابع المتصلة بالعقار للقول بدخولها في بيع العقار ، دون أن يحددوا طبيعة ، أو أنواع هذه الملحقات ، وقد استرشد بعض قدامى الفقهاء الفرنسيين ببعض نصوص القانون الروماني لاعتبار المنقولات التابعة للعقار ، عقارات بالتخصيص ، بذلك استقرت هذه النظرية في القانون الفرنسي القديم ومنه انتقلت الى القانون المدني الفرنسي الحالي ، والى القوانين العربية حيث أن العقار بالتخصيص مال منقول بطبيعته ، ولكنه يعد عقاراً بالتبعية لانه موضوع في ذلك العقار ، ومرصود على خدمته ، فالوضع ، والرصد معاًهما العلاقة التي تجمع بين المالكين وتسيع على التابع صفة العقار⁽²⁾ ، وقد نصت المادة (1/1292) من القانون المدني العراقي على ملحقات المرهون التي يمتد الرهن لها⁽³⁾ . ومقتضى هذا أن تصبح هذه الملحقات مشمولة بمبدأ تخصيص

(2) أنظر الدكتور محمد حسن عبد الرحمن ، مشتملات الشيء المرهون وتبديله وزيادته بعد العقد ، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية ، القاهرة ،، 1998 ، ص 64 ، والدكتور منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1963 ، ص 32 ، وانظر الدكتور محمد لبيب شنب ، نفس المصدر ، ص 69 .

(3) أنظر المادة (3/1379) من القانون المدني العراقي (وفيما يتعلق بهذه المنشآت بتقديم صاحب هذا الامتياز على حق المرتهن للارض التي قامت عليها هذه الاعمال اذا شملها الرهن سواء كان هذا الرهن تأمينياً أو حيازياً) ، تقابل المادة (1036) ، والمادة (1148) من القانون المدني المصري (يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقار بالتخصيص ، والتحسينات والانشاءات التي تعود بمنفعة على المالك مالم يتفق على غير ذلك ، مع عدم الاخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين) وقد ذيله المادة (887) من القانون المدني الجزائري (مع عدم الاخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة (997) .

(4) أنظر الدكتور محمد نجيب عوضين المغربي ، مصدر سابق ، ص 25 .

(1) أنظر محمد طه البشير ، والدكتور غني حسون طه ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص 396 .

(2) أنظر الدكتور حامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص 26 ، والدكتور رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ، ص 460 .
(3) إن المشرع المصري بعد أن أورد القاعدة العامة في شمول الرهن للملحقات في نص المادة (1039) والتي تنص على أنه (يشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات التي تعود بمنفعة على المالك مالم يتفق على غير ذلك) ولمحكمة النقض في مصر قرارات عديدة بهذا المعنى (نقض مصري جلسة 1954/1/14 ، طعن رقم 121 مج ، القواعد القانونية ، ج 1 عبارة تأمينات عينية رقم (43) وقرار 1954/5/13 ، طعن رقم 38 مج ، القواعد القانونية ، ج 1 عبارة تأمينات عينية رقم 4) .

الرهن ومن ثم ضامنه شأنها شأن العقار الاصيل المرهون ، للدين المضمون ، وقد أورد
المشرع على سبيل المثال أمثلة لهذه الملحقات وهي العقارات بالتخصيص ، وحقوق
الارتفاق ، والتحسينات والانشاءات ، والغراس والثمار.

أولاً:- العقارات بالتخصيص⁽¹⁾

هي منقولات بحسب طبيعتها ، ولكنها مملوكة لصاحب العقار وملحق بهذا العقار
ومرصدة على خدمته ، واستغلاله من امثلة ذلك الآت الري ، والحرث ، ومواشي
الزراعة بالنسبة للأرض الزراعية ، والأثاث بالنسبة للفنادق ، والآلات بالنسبة للمصانع،
وذلك اذا ماتوفرت فيها الشروط التي تم الإشارة لها سابقاً فاذا كان هناك رهن مقرر على
عقار معين ، فإن الرهن يمتد بالتبعية الى العقارات بالتخصيص والملحقة به ، أياً كان
تاريخ هذا اللاحق أي سواء أكان هذا قبل أم بعد الرهن⁽²⁾، فيشمله الرهن بوصفه من
الملحقات العقارية ، للعقار المرهون بقوة القانون دون حاجة للنص في العقد على امتداد
الرهن اليه⁽³⁾، مالم يستبعد اتفاقاً من هذا الامتداد ، ويلاحظ أن الرهن يظل شاملاً هذه
المنقولات ، مادامت متصلة بالعقار ، فاذا ما فصلت عنه ، خرجت عن شمول الرهن ،
لفقدتها صفتها العقارية ، وصيرورتها منقولةً ، لانها تستمد صفة العقار بالتبعية ، لذا فهي
تخرج من نطاق الرهن متى ما فصلت عن العقار أو ألغي تخصيصها⁽⁴⁾.

ثانياً: حقوق الارتفاق

فهذه الحقوق مقررة أصلاً لخدمة عقار معين ، ولايجوز رهنها بصورة مستقلة عن
العقار المخدوم ، ولكن عند رهن العقار المخدوم ، فإن الرهن يمتد إليها لأن هذه الحقوق
تعد أموالاً عقارية لورودها على عقارات ، وهي تتبع العقار المقررة لفائدته، إذ لايمكن
الاستفادة منها استقلالاً ويشمل الرهن حقوق الارتفاق الايجابية لانها معدة لاستعماله
واستغلاله ، فهي من ملحقات العقار التي يشملها الرهن ، وإن لم تذكر في العقد ،
ولأهمية لتاريخ نشأة حق الارتفاق ، فالرهن يمتد اليه سواء كان مقررأ وقت نشأة الرهن
أم بعد هذا التاريخ⁽¹⁾ . وهي من حيث المبدأ من ملحقات العقار المرهون⁽²⁾ .

ثالثاً:- التحسينات والانشاءات

يشمل الرهن التأميني التحسينات جميعاً ، والانشاءات التي ترد على العقار عند
حصولها في العقار المرهون، سواء كانت بفعل الانسان ، كاستحداث بناء جديد أم اضافة

(1) لقد تم الإشارة الى العقار بالتخصيص بوصفه أحد أنواع العقارات التي يرد عليها الرهن التأميني .

(2) أنظر الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء العاشر، مصدر سابق ، ص 356 ، والدكتور نبيل
ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص 69 ، والدكتور سمير عبد السيد نتاغو ، مصدر سابق ، ص 154 .

(3) وقضت محكمة النقض ، بأن العقارات بالتخصيص تعتبر ضمن الملحقات وتباع مع العقار المرهون مالم يتفق
صراحة على خلاف ذلك ، ويقع عب اثبات هذا الاتفاق على من يدعيه ، وأذن فمتى كان الطاعن بوصفه مدعياً هو
المكلف باثبات أن المنقولات موضوع النزاع لايشملها عقد الرهن الصادر منه ، فان كان لزاماً عليه هو أن يقدم هذا
العقد الى محكمة الموضوع . في سبيل اثبات دعواه واذا هو لم يفعل فلا يقبل منه ، نقض 1945/1/14 ، طعن 121 ،
س 21 ف .

(4) أنظر الدكتور همام محمد محمود زهران ، مصدر سابق ، ص 60 .

(1) أنظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص 68 . والدكتور محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص
76 . وأنظر الدكتور ماجد مزيجم ، التأمينات العينية ، الجزء الاول ، دار الخلود ، لبنان ، بدون سنة طبع ، ص 244 .

(2) لا بد من الإشارة الى أن القانون المدني الاردني أغفل النص على حقوق الارتفاق ، خلافاً للقانون المدني العراقي
نص المادة (1/292) والقانون المدني المصري نص المادة (1036) منه على حقوق الارتفاق .

أبنية ، أو اصلاحات ، أم بفعل الطبيعة مثل تراكم الطمي الذي يزيد من مساحة الارض ، فانها تكون ملحقة بالعقار المرهون ، ويشملها الرهن دون حاجة الى ذكر ذلك ، ولو ادخلت هذه التحسينات بعد الرهن بوصفها تابعة للعقار المرهون ، فيمتد اليها الرهن بحكم القانون⁽³⁾. ويقصد بالتحسينات ، والانشاءات العناصر المادية أو القانونية التي تضاف الى العقار المرهون فنزيد من قيمته⁽⁴⁾، وهي أما طبيعية تحدث بفعل الطبيعة كالطمي ، أو صناعية ، والتي تحدث بتدخل الانسان ، أو مادية كتشييد بناء على الارض المرهونة أو معنوية وهي التي تحدث نتيجة مجرد ارتفاع قيمة العقار كما لو حصل ذلك نتيجة فتح طريق عام⁽⁵⁾. أن هذا اللاحق غير متعلق بالنظام العام ، فيجوز الانفاق على استبعاد كل أو بعض هذه الملحقات من امتداد الرهن اليها⁽¹⁾.

رابعاً:- الغراس والثمار

يشمل الرهن الأشجار المتصلة بالارض جميعاً ، والثمار المتصلة بهذه الاشجار طالما لم تفصل عن أصلها⁽²⁾، سواء كانت موجودة وقت الرهن ، أم نشأت بعد قيامه وسواء أكانت ثمار العقار الاصلي ذاته ، أم ثمار ملحقاته التي يشملها الرهن طالما لم تفصل عن أصلها ، إلا أن امتداد الرهن الى الثمار لا يؤدي الى حرمان الراهن من حق استغلال العقار ، وعليه يحق للراهن قطف الثمار ، وبذلك تفقد صفتها العقارية ، فلا يمتد اليها الرهن ، ويفقد الراهن هذا الحق من تاريخ نزع ملكية العقار المرهون⁽³⁾، إذ في هذا التاريخ تلحق الغلة بالعقار المرهون ، وتصبح من حق الدائن لينفذ عليها مع العقار⁽⁴⁾. فقد نصت المادة (1336) من القانون المدني الاردني على انه (1 - للراهن رهناً تأمينياً حق ادارة عقاره المرهون والحصول على غلته حتى تاريخ نزع ملكيته جبراً عند عدم وفاء الدين. 2 - وتحلق غلته بالعقار المرهون من تاريخ نزع الملكية). ونود أن نشير هنا بان نزع الملكية لا يتحقق الا بعد الانتهاء من بيع العقار المرهون ، وتسجيله باسم

(3) أنظر الدكتور محمد كامل مرسي ، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص 119 . والدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص 772 . والدكتور محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 70 . وأنظر محمد طه البشير . والدكتور غني حسون طه ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص 399 .

(4) أنظر الدكتور علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص 335 .

(5) وتجدر الإشارة بأن الدائن المرتهن يستفيد من الارتفاع الحاصل في سعر العقار المرهون ، بسبب التقلبات الاقتصادية أو بسبب تنفيذ مشروعات عامة بالقرب منه ، ولكنها لاتعد من قبيل التحسينات ، أنظر الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نفس المصدر ، ص 358.

(1) أنظر الدكتور محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 235 .

(2) يفهم من المادة (57) من قانون التنفيذ أن الزوائد المستقرة كالأشجار والابنية هي وحدها تعتبر من ملحقات الأرض وتوابعها أما غير المستقرة كالثمار والمزروعات فلا تعتبر كذلك لان الزرع يبقى على الارض ، والثمر على الشجر لمدة معلومة ثم يقطع ويفصل عنها.

(3) أنظر الدكتور محمد وحيد الدين سوار ، المصدر السابق ، ص 73 .

(4) في حين طبقاً للقانون المدني المصري المادة (1037) الذي يعد تسجيل تنبيه نزع الملكية منطلقاً لان يلتحق بالعقار المرهون ، ما يغله من ثمار ، اذ يقول ((يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار ، وايراد عن المادة التي أعفيت التسجيل ، ويجري في توزيع هذه الغلة ما يجري في توزيع ثمن العقار ، هذا ويعد قانون المرافعات المصري المادة (617) بدوره يوم تسجيل التنبيه منطلقاً لالتحاق الثمرات ، والايرادات بالعقار المرهون ، وفي لبنان لا يستطيع المحجوز عليه أن يجني ثمر العقار اعتباراً من تسجيل محضر الحجز المادة (735) أصول لبناني ، وليس في القانون المدني العراقي نص مماثل ، وعلى ذلك يكون للراهن في القانون المدني العراقي ، حق أخذ الثمار ، والزوائد ، وبديل الأيجار الى وقت تسجيل العقار في الطابو باسم المشتري الذي رست عليه المزايدة ، انظر أبشاعر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص 131 .

المشتري ، وتسبق عملية نزع الملكية اجراءات قانونية ، نص عليها قانون الاجراء الاردني المادة(1353)، وقد نصت المادة (100) من القانون المدني الاردني بأنه (تعتبر الزوائد المتصلة التي حصلت في المبيع بعد وضع اليد داخلة فيه من دون ذكر وليس للمحكوم عليه أن يفرق هذه الزوائد عن المبيع) يتضح من هذا النص أن الزوائد ، أي الغلة ، تلحق بالعقار من تاريخ وضع اليد ، ويراد بوضع اليد إجراء قانوني تتخذه دائرة الاجراء بعد الحجز على عقار المدين ، وبموجبه ينظم تقرير يتضمن معلومات تفصيلية عن هذا العقار ، ثم ينظم كشفياً بأوصافه لي طرح للبيع في المزايده ، المادتان (83 ، 86) من قانون الاجراء الاردني يتبين لنا من ذلك أن وضع اليد يسبق نزع الملكية (1) ، وعليه فان هناك تعارضاً بين القانون المدني الاردني ، وقانون الاجراء الاردني ، بصدد تحديد الوقت الذي تلحق فيه الغلة بالعقار ، وترى بأن الأرجح هو قانون الاجراء ، لانه قانون خاص ، كما أن حكمه يتفق مع ما ذهب اليه القوانين العربية الأخرى ، كالقانون المدني العراقي ، والمصري والجزائري (2) .

ويستوي في ذلك أن تكون الثمار طبيعية ، كما هو الحال بالنسبة لنتائج المواشي المخصصة لخدمة الارض أو كلا المراعي الطبيعية ، أو الصناعية ، أو مستحدثة بفعل الراهن نفسه ، أو بفعل غيره ، كمحصول الارض الزراعية ، والحدائق ، أم مدنية وهي ما تنتج من استغلال العقار المرهون ، كأجرة الاراضي والمباني ، فالثمار الطبيعية والصناعية ، مادامت لم تنفصل عن الارض تعد عقاراً ، واذا هي فصلت عنه حالاً أو مالا عدت منقولات بطبيعتها ، أو بحسب المال ، وكذلك الثمار المدنية تنفصل عن العقار ، وبمجرد استحقاقها ، ومتى انفصلت الثمار عن العقار أصبحت منقولات لا يشملها الرهن التأميني ، وبالتالي تخرج عن مبدأ تخصيص الرهن (3) ، وازاء ذلك ولتحديد التتابع ، والملحقات التي يشملها مبدأ التخصيص وتخضع لحكمه يستوجب أن يتم تعيينها بصورة واضحة ، ودقيقة في عقد الرهن عند انشائه ، وذلك لامكان معرفة التتابع ، والملحقات اللاحقة على العقد ، والتي يشملها الرهن (1) ، وأن هذه الملحقات لم ترد على سبيل الحصر إلا أن المشرع العراقي في المادة (2/1292) مدني بين أن الرهن يشمل بوجه خاص الأشجار ، والابينة التي تكون قائمة وقت الرهن على العقار المرهون ، أو تلك التي تستحدث بعده وكذلك يشمل حقوق الارتفاق ، والعقار بطريق التخصيص ، وجميع التحسينات والانشاءات التي أجريت في العقار المرهون ، ويجب أن تكون تلك الملحقات من العقارات ، أو الحقوق العقارية لان الرهن التأميني لا يرد الاعلى عقار . وأن هذا النص إنما يعبر بذلك عن القاعدة التي تقول (التابع لا يفرد بالحكم) (2) . وبهذا النص فأن ملحقات المرهون تكون مشمولة بالرهن ، واحكامه شأنها شأن المرهون الأصلي ، وفي تقديرنا أنه حسناً فعل المشرع في نص المادة (1292) مدني ، لما فيه فائدة واضحة لحماية المدين ، واختصار الرهن على ما انصرفت اليه ارادة المتعاقدين من ضمان لدين

(1) انظر المادة (59) من القانون المدني الاردني .

(2) أنظر الدكتور علي هادي العبيدي ، المصدر السابق ، هامش رقم (3) ص 334 .

(3) أنظر الدكتور سعيد سعد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص 292 ، والدكتور محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص

72 ، والدكتور منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص 35 ، والدكتور أنور طلبة ، مصدر سابق ، ص 15 .

(1) أنظر الدكتور محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص 237.

(2) المادة (48) من مجلة الاحكام العدلية .

الدائن المرتهن ، وأنه يشجع الراهن على اجراء الملحقات على العقار المرهون بما يزيد في استثماره .

اضافة لذلك فان هذا النص بتشجيعه على الائتمان ، يشجع في الوقت نفسه على استغلال العقار المرهون على أحسن وجه ، بما يعود على الراهن بالمنفعة ، ثم أن الدائن المرتهن قد ارتضى عند ابرام عقد الرهن بالحالة التي عليها العقار ، عند الرهن ، واطمأن بأنه يكفي لضمان استيفاء دينه ، وتأمين حصوله عند حلول أجله.

ملخص ماتقدم يمكن القول إن نطاق مبدأ تخصيص الرهن التأميني ، لا يقع إلا على عقار ، أو حق عيني على عقار المادة (1290) من القانون المدني العراقي ، فضلاً عن ذلك تقتضي طبيعة الرهن أن يكون المرهون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين في عقد الرهن ، وأن اشتراط في المال المرهون رهنأً تأمينياً ، ان يكون عقاراً ومعيناً ، يستفاد من ذلك أن العقارات بطبيعتها هو المحل الوحيد الذي ، يصح أن يرد عليه الرهن التأميني ، وبالتالي مبدأ تخصيص الرهن ، غير أنه يلاحظ أن العقار بالتخصيص لا يرد عليه الرهن التأميني الا بوصفه ملحقاً بالعقار الذي خصص لخدمته ، أما رهنه بصفة مستقلة فلا يجوز لان كل تصرف يرد عليه استقلالاً يقطع علاقة التخصيص قانوناً ، ويرد منقولاً⁽¹⁾ ، وأن الحكمة من قصر ورود الرهن التأميني على العقار بطبيعته دون المنقول ، ترجع الى أمرين هما :

أ – أن حيازة المرهون رهنأً تأمينياً تبقى للراهن ، ولو جاز رهن المنقول رهنأً تأمينياً لاستطاع الراهن أن يتصرف في المال الذي يحتازه دون أن يكون في مقدور الدائن أن يتبعه لسهولة نقله وإخفائه⁽²⁾ .

ب – أن نظام التسجيل العقاري الذي يجعل الرهن التأميني سارياً في حق الغير يتعذر تطبيقه على المنقول . استثنى من ذلك ، السفن ، والطائرات ، والماكنة ، والمركبة التي يجوز أن تكون محلاً للرهن التأميني⁽³⁾ .

وكذلك لا بد من الإشارة الى ان الرهن التأميني الذي يرد على العقار يشمل كذلك جميع الملحقات المعتبرة عقاراً ، وأن تذكر في عقد الرهن ، سواء أكانت هذه الملحقات قد اتصلت بالعقار بفعل المالك ، أم بفعل الغير أم بفعل الطبيعة ، وسواء أكانت قائمة وقت العقد ، أم استحدثت بعد ذلك .

المطلب الثاني

نطاق مبدأ تخصيص الرهن الحيازي في القانون والفقہ الاسلامي

يختلف الرهن الحيازي عن الرهن التأميني في أنه لا يقتصر على العقار بل يجوز أن يكون محله منقولاً أو عقاراً ، وأن كان محل الرهن الحيازي عقاراً تسري عليه أحكام الرهن التأميني الذي تم التكلم عنه في المطلب السابق ، والان سوف نتناول نطاق مبدأ التخصيص في الرهن الحيازي ومن خلال فرعين سنتناول في الفرع الاول نطاق مبدأ

(1) انظر الدكتور محمد كامل مرسي ، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص119. والدكتور محمد علي امام ، مصدر سابق ، ص266.

(2) أنظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص47.

(3) أنظر الدكتور سعيد سعد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص192.

تخصيص الرهن الحيازي في القانون، وفي الفرع الثاني نطاق مبدأ التخصيص في الفقه الإسلامي .

الفرع الاول

نطاق مبدأ تخصيص الرهن الحيازي في القانون

بما انه الرهن الحيازي يختلف عن الرهن التأميني بأنه يرد على عقار أو منقول ويشترط في محل الرهن الحيازي أن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، وعلى هذا فإذا وقع الرهن على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة فيوصف الشيء وصفاً مانعاً للجهالة⁽¹⁾ . أما إذا كان المرهون غير معين بالذات وجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره وبما ان الرهن الحيازي في ظل القانون المدني العراقي لا يتم الا بالتسليم ومن البديهي أن الشيء المرهون يتعين بتسليمه حيث لم يشترط القانون المدني العراقي تعيين الشيء المرهون رهناً حيازياً ، بعكس ما عليه الحال في الرهن التأميني وذلك لان شرط التعيين يفقد أهمية في الرهن الحيازي أستناداً الى نص المادة (1/332)⁽²⁾ . من القانون المدني العراقي لا يتم ولا يلزم الا بالتسليم ، وهذا يقتضي التعيين⁽³⁾

ولا يكفي أن يكون رهن المنقول مدوناً في ورقة ثابتة التاريخ بل يلزم أن تتضمن هذه الورقة بياناً كافياً للدين المضمون والمال المرهون وهذا مبدأ تخصيص الرهن الحيازي في عقد الرهن ويرد التخصيص على الدين المضمون وعلى الشيء المرهون وهذا هو نفس الحكم الذي رأيناه في تخصيص الرهن التأميني . أما بالنسبة للعقارات التي يجوز رهنها فيصدق على الرهن الحيازي ما قلناه بالنسبة للرهن التأميني . أما المنقولات ، فتشمل المادي منها والمعنوي فيجوز رهن المنقولات المادية قيمة كانت ام مثلية ، كالاثاث، والمجوهرات ، والبضائع، والدواب ،...، وتعد السندات لحاملها في حكم المنقولات المادية لاندماج الحق في الصك ولهذا يخضع المشرع العراقي رهنها لاحكام رهن المنقولات المادية . كما يجوز رهن المنقولات المعنوية بشرط أن تكون مما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني ، كالديون العادية والاسهم والسندات الاسمية والاذنية، وحقوق المؤلفين وبراءات الاختراع وغيرها⁽¹⁾، أي انه يشترط لانعقاد الرهن الحيازي ، وصحته ، ولزومه توفر شرطين هما القبض التام سواء أكان المرهون عقاراً أم منقولاً ، وأخيراً التسجيل في دائرة الطابو اذا كان المرهون عقاراً فقط . والخلاصة أن الرهن الحيازي من حيث المحل فهو يرد على العقار ، أو على المنقول ، فجميع العقارات التي

(1) أنظر الدكتور محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 421.

(2) أنظر المادة (1/1099) من القانون المدني المصري وتنص على انه (على الراهن تسليم الشيء المرهون الى الدائن أو الى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه)، تقابلها المادة (1375) مدني - اردني وتنص على انه (يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه أن يقبضه الدائن أو العدل وللراهن ان يرجع عن الرهن قبل التسليم) يقابلها المادة (1007) من القانون المدني اليمني وتنص على انه (اذا انعقد الرهن صحيحاً لزم الراهن تسليم المرهون) تطابق المادة (951) من القانون المدني الجزائري (ينبغي على الراهن تسليم الشيء المرهون الى الدائن أو الى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه) تطابق المادة (101) من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(3) انظر الدكتور محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 189 ، وأنظر الدكتور علي هادي العبيدي، ص 388 .

(1) أنظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص 196 .

يمكن رهنها رهنأ تأمينياً⁽²⁾. يجوز كذلك رهنها رهن حيازي . أما القانون المدني الفرنسي يختلف رهن الحيازي في المنقول عن الرهن الحيازي العقاري في أن رهن العقار لايعطي حق الامتياز بخلاف رهن المنقول وليس للمتعاقدین أن يتفقا على ان يكون للدائن المرتهن في العقار هذا الحق ، لان الامتياز منشؤه القانون ، كذلك يختلف رهن المنقول عن رهن العقار في أن الدائن المرتهن في المنقول ليس له ، كما في رهن العقار أن يحصل على الثمار ، بل له فقط أن يحبس المنقول دون الثمار ، ولكن النوعان يتشابهان في أنهما يخولان الدائن المرتهن حق الحبس، وقد أطلق القانون الفرنسي لفظ (Qage) على رهن الحيازي في المنقول، وعبر عن رهن الحيازي في العقار بلفظ (Anticrese) (بخلاف التشريعات العربية التي تطلق على الرهن الحيازي في المنقول والعقار (Qage))⁽³⁾.

وهناك جانب من الفقه المصري يذهب الى عدم ضرورة تعيين المرهون رهنأ حيازياً تعييناً دقيقاً كما في الرهن التأميني حيث لم يرد نص في نصوص الرهن الحيازي يوجب تعيين محل الرهن الحيازي تعييناً دقيقاً كنص المادة (2/1035) من القانون المدني المصري والتي تنص على انه (ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني . وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعة وموقعه وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق ، والا وقع الرهن باطلاً) ، ويقولون بعدم اعمال مبدأ تخصيص الرهن على الرهن الحيازي ، وذلك على أساس أنه لاعلاقة بمبدأ التخصيص بحكم المادة (2/1033) من القانون المدني المصري (ويقع باطلاً رهن المال المستقبل) ، وأن التخصيص من شروط العقد الشكلية التي لا تلزم بالنسبة للرهن الحيازي⁽¹⁾ . بينما يذهب الجانب الأخر الى اعمال مبدأ تخصيص الرهن على الرهن الحيازي⁽²⁾ . وكذلك نلاحظ أن المشرع الأردني في المنقولات وسع من نطاق الافضلية في الرهن الحيازي فجعله يشمل المنقولات كافة مادام من الجائز بيعها ، ويصدق هذا الحكم على المنقولات المادية والمنقولات المعنوية ، والنقود ، فالأموال المنقولة ، اذن هي الاشياء التي لاتعد من عداد العقارات أو بعبارة أوجز، هي كل ماليست

(2) أنظر المادة (1328) من القانون المدني العراقي وتنص على أنه (يجوز ان يكون محلاً للرهن الحيازي كل مايصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار ومنقول وديون) تطابق المادة (1097) من القانون المدني المصري (لا يكون محلاً للرهن الحيازي الا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار) ، تقابل المادة (1373) من القانون المدني الاردني (يشترط في المرهون رهنأ حيازياً ان يكون مقدور التسليم عند الرهن صالحاً للبيع)، تقابل المادة (996) من القانون المدني اليمني (مايصح بيعه يصح رهنه الا الوفق والهدى والاضحية التي لايجوز بيعها والنابت دون المنبت والعكس بعد القطع) تطابق المادة (949) من القانون المدني الجزائري (لا يكون محلاً للرهن الحيازي الا مايمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار) تقابل المادة (1/104) من قانون العقود والموجبات اللبناني (كل عقار جاز بيعه ، جاز رهنه)..

(3) أنظر الدكتور محمد كامل مرسي ، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، هامش رقم (2) ، ص 251 .

(1) أنظر الدكتور نبيل أبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص 183 ، والدكتور سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص 363 ، والدكتور محمد علي أمام ، مصدر سابق ، ص 476 . وأنظر الدكتور محمد حسين منصور ، النظرية العامة ملائمتان ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2005 ، ص 465 .

(2) أنظر الدكتور منصور مصطفى منصور ، المصدر السابق ، ص 198 ، والدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص 765 ، وأنظر الدكتور محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 140 .

عقاراً وإذا كان يدخل في اعداد المنقولات كل ما هو ليس عقاراً ، وعلى ضوء ذلك سنتعرض الى أنواع المنقولات حيث أنها تقسم على أربعة أنواع هي :

أولاً:- منقولات بطبيعتها
 ثانياً:- منقولات بحسب موضوعها
 ثالثاً:- منقولات بحسب المال
 رابعاً:- منقولات ذات طبيعة خاصة

بعد ان نطلع على محل الرهن الحيازي من المنقولات سوف نتعرض الى مايعرف بمدى امتداد الرهن الى مشتملات المال المرهون ، فهل يقتصر الامر على المال المعين في عقد الرهن ، أم يمتد أيضاً الى مشتملاته ، بحيث أن الحديث عن المال المرهون يفترض أن نطاق الرهن الحيازي يشمل ما يتم الاتفاق عليه في صلب العقد ، وملحقاته ، وإذا قلنا يجوز ذلك ، فهل يندرج تحت مصطلح مشتملات الرهن ملحقات المال المرهون ، وثماره أم يقتصر على الملحقات دون الثمار (1).

أولاً - منقولات بطبيعتها

وتتميز هذه المنقولات بأنها ليست ذات حيز ثابت مستقر فهي الاشياء التي لاتعد عقار بطبيعته ، ولا عقار بالتخصيص ، وتشمل هذه المنقولات ، المنقولات المادية القابلة للنقل من مكان الى آخر دون تلف ودون تفرقة فيما اذا كانت تنتقل أو تتحرك من ذاتها ، أو أنها تحتاج لذلك الى فعل خارجي ، كما وتشمل هذه المنقولات الاشياء المعنوية ، والتي ليس لها حيز أصلاً وهي الاشياء التي لاتدرك بالحواس كالعمل ، والامتناع عن العمل بوصفها محلاً للحق الشخصي ، اذ أن هذا النوع يعد منقولاً بطبيعته ، ذلك هو أن المشرع يعد كل ما ليس بعقار فهو منقول ، والاشياء المعنوية هي ليست بأي حال عقار (2).

ثانياً: منقولات بحسب موضوعها

ويشمل هذا النوع من المنقول كل حق مالي يكون محلة شيئاً منقولاً ، أو بعبارة أخرى كل حق مالي لا يكون محلة شيئاً عقارياً ، وقد ظهر هذا النوع من المنقول نتيجة للتطور في الفكر القانوني ، حيث لم يكن معروفاً من قبل ، ويدخل في اعداد هذا النوع جميع الحقوق العينية (أصلية ، أو تبعية) التي ترد على منقول بطبيعته ، كحق الملكية ، أو حق الانتفاع ، أو حق الرهن ، وأن تعلقت بعقار كحق المستأجر في الزام المؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة (3). وكحق المشتري لعقار بعقد غير مسجل في الزام البائع بالقيام بمايلزم من جانبه لتمكينه من اجراء التسجيل ، والسبب في اعتبار محل هذه الحقوق منقولات ، هو أن محلها عمل ، أو امتناع عن عمل ، أي شيء معنوي لاحتياز له ، والشيء المعنوي لا يعد عقاراً والحقوق الذهنية جميعاً ، كحق المؤلف ، الموسيقي أو الرسام .

ثالثاً : المنقولات ذات الطبيعة الخاصة

(1) أنظر الدكتور أحمد محمود سعد ، مصدر سابق ، ص 645 ، وأنظر الطعن رقم 51 سنة 47 ق ، جلسة 80/3/4 ، أشار اليه فتحيه محمود قره ، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة النقض خلال خمس سنوات ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1979 – 1984 ، ص 341 .

(2) أنظر الدكتور محمد علي أمام ، مصدر سابق ، ص 259 ، وأنظر محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص 40 .

(3) أنظر الدكتور حسن كيره ، المدخل الى القانون ، الطبعة الخامسة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1972 ، ص 707 . وأنظر كذلك ، القرار رقم 382/حقوقية/1964 في تاريخ 1964/4/30 /منشور في قضاء محكمة التمييز ، المجلد الثاني ، القرار الصادر سنة 1964 ، الادارة المحلية ، بغداد ، 1968 ، ص 66.

يضيف بعض الفقه الى أنواع المنقولات الأنفة الذكر ، نوعاً جديداً من المنقول أطلق عليه (منقولات ذات طبيعة خاصة) كالسفينة ، والطائرة ، والسيارة ، والمركبة ، وسبب اطلاق هذا المصطلح على مجموعة هذه المنقولات هو أن هذه المنقولات الخاضعة للتسجيل، والتي تحمل في جوهر كيانها وسائل تعينها الذاتي التي تميزها عن غيرها من المنقولات الاعتيادية ، أو هي التي يضيف عليها المشرع خصوصية معينة تجعلها تخرج من الاحكام العامة للمنقولات الاعتيادية والتي تتمثل في الاثار المترتبة عليها⁽¹⁾، ففي نظام الرهن يخضع المنقول ذو الطبيعة الخاصة ، الاحكام خاصة ، فهو لا يتطلب من الراهن أن ينقل المنقول الى حيازة المرتهن ، وانما يبقيه في حيازته، على عكس ما هو قائم في المنقولات العادية ، وكذلك رهن المنقول الخاص يخضع الى نظام (الشهر) التسجيل في حين لا يخضع المنقول العادي الى هذا النظام .

وبما أن هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة يرد عليها الرهن شأنها شأن العقار المرهون، مما يتوجب توفر الشروط الواجب توفرها في العقار المرهون ، من ضرورة تعيين جنس المنقول، ومحل تسجيله، ويراد بجنسه اذا كان مثلاً سيارة فيما اذا كانت خصوصي، أو سيارة أجرة، أو مركبة طويلة....، الى آخره ، ويراد بمكان تسجيله الدائرة التي سجل فيها هذا المنقول ورقمه⁽²⁾. واذا أريد رهن سفينة معينة ذات اسم معين معروفة فيه صح الرهن لمجرد ذكر اسمها بعقد الرهن⁽¹⁾ ، وعلى ذلك فاذا أنصب مبدأ التخصيص على شيء معين بالذات ، وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة، فيوصف وصفاً مانعاً للجهالة الفاحشة أما اذا كان المرهون غير معين بالذات ، وجب أن يكون معيناً بجنسه ، ونوعه ، ولاشك أن السفن والطائرات ، والمكائن ، والمركبات ، والقاطرات ، هي صورة لهذا النوع من المنقولات التي يرد عليها الرهن التأميني ، شأنها شأن العقار المرهون ، حيث أنها تعامل معاملة العقار المرهون ، من ضرورة أن تكون معينة⁽²⁾، وكذلك تعيين المبلغ المضمون بالرهن ، وهذا ما يسمى بتخصيص الرهن ، وهذا التخصيص لا معنى لاشتراطه في حاله تسجيل الرهن لان هذه الحالة الاخيرة ، تتطلب بالضرورة التخصيص ، أنما لا بد منه أيضاً في حالة انعقاد عقد الرهن بالذات ، ولا يشترط لتخصيص الرهن بالضرورة أن يكون المنقول المطلوب رهنه منقولاً واحداً ، بل ينصرف الى تعيين المنقول أو المنقولات المطلوب رهنها تعييناً نافياً للجهالة⁽³⁾. كما لا يشترط تخصيص الرهن أن يكون الدين المضمون بالرهن ديناً واحداً ، بل يجوز أن يكون أكثر من واحد ولكن لا بد في كل الاحوال من تعيين الدين أو الديون المضمونة ، والمنقولة أو المنقولات الضامنة⁽⁴⁾.

(1) أنظر الدكتور علي البارودي ، حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، السنة العاشرة ، العددان (3 / 4) ، 1990 ، ص 53 - 56 . . وأنظر الدكتور مروان كركبي ، والدكتور سامي منصور ، الاموال والحقوق العينية العقارية الأصلية ، الطبعة الثانية ، المنشورات الحقوقية ، القاهرة ، 1999 ، ص 75 .

(2) أنظر سهام عبد الرزاق مجلي ، مصدر سابق ، ص 107 .

(1) انظر الدكتور علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص 329 .

(2) أنظر الدكتور عبد السلام ذهني بك ، مصدر سابق ، ص 134 ، وأنظر القرار التمييزي رقم 8 ، موسوعة أولى، 1988 في 10/6/1998 ، منشور في مجلة القضاء ، العددان (الاول ، والرابع) سنة 53 ، 1999 ، ص 219 ، ص 221 .

(3) أنظر الدكتور همام محمد محمود زهران ، مصدر سابق ، ص 288 .

(4) أنظر سهام عبد الرزاق مجلي ، المصدر السابق ، ص 90 .

وتطبيقاً لذلك يجوز رهن بعض الاموال المنقولة استثناء اذا وجد نص خاص يجيز رهنها كالسفن البحرية وفقاً للمادتين (3، 4) من قانون التجارة البحرية ، والمادتين (71 ، 72) من مشروع القانون البحري ، والمكانن وفقاً للمادتين (2 ، 3) من قانون تسجيل المكانن رقم 31 لسنة 1939 وتعديله ، والمحال التجارية في القانون المصري ، والفرنسي ، والطائرات حسب مانصت عليه اتفاقية جنيف لسنة 1948 (5)، وتأخذ تطبيقاً لذلك أ – رهن الماكنة :- يراد بتعبير الماكنة جهاز أو مجموعة أجهزة آلية معده لتوليد الطاقة ، أو تحويلها أو نقلها واستخدامها لغرض معين سواء أكانت تشتغل بالبخر أم النفط أم الكهرباء أم بأية واسطة غير يدوية ، كمولدات الطاقة الميكانيكية والكهربائية(1). رهن الماكنة عقد رسمي فهو لا يتم الا اذا سجل لدى كاتب العدل(2)، في المنطقة الموجود فيها ويتم تسجيل الرهن بناء على طلب يتقدم به العاقدین يبين فيه أوصاف الماكنة من هذا يظهر لنا ، أن رهن الماكنة يخضع الى مبدأ التخصيص في الرهن ، حيث يشترط أن تبين أوصاف الماكنة المميزة لها ، مما تقدم يتبين لنا أن رهن الماكنة يكاد يتسق في جل أحكامه مع احكام رهن العقار رهنأ تأمينياً(3)، وطالما خضعت هذه المنقولات للتسجيل شأنها شأن العقارات ، وطالما تمتعت بثبات قانوني ، فلا داعي للفرقة بينهما ، فهي خاضعة لاحكام الرهن التأميني ، ويسري عليها مبدأ تخصيص الرهن ، لذا يطلق عليها منقولات ذات طبيعة خاصة (4).

ب – رهن الطائرة(5) :لقد عرف قانون الطيران المدني العراقي رقم (148) لعام 1974 في المادة (6/1) الطائرة بأنها (أي آلة في استطاعتها أن تستمد بقاءها في الجو من ردود فعل الهواء ، وليس بسبب ردود فعل الهواء المنعكس من سطح الأرض، وتشمل المركبات الهوائية كافة مثل المناطيد ، والبالونات ، والطائرات الشراعية ، والطائرات ذات الأجنحة الثابتة .. ما الى ذلك).

أما قانون الطيران المدني العراقي ، فإنه يخلو من تنظيم التأمينات العينية على الطائرات ، بيد أن ذلك لا يدعو الى تطبيق قواعد الرهن الحيازي ، لان هذا الأخير يتعارض ، والغاية من تملك الطائرات ورهنها بوصفها تمثل قيمة مالية ضخمة تمكن من الاقتراض ، من البنوك للقيام بمشروعات الاستغلال الجوي ، وبعبارة أدق أن تطبيق أحكام الرهن الحيازي بالنسبة للمنقول ، على الطائرات يؤدي الى عرقلة استخدامها واستغلالها ، ذلك أن نظام الرهن الحيازي يقتضي ، انتقال حيازة الطائرة الى الدائن المرتهن ، لذلك نقترح تعديل نص المادة (40) من قانون الطيران المدني العراقي رقم (148) لسنة 1974 ، والتي تنص على أنه (الطائرة مال منقول فيما يتعلق بتطبيق

(5) أنظر محمد طه البشير - الموجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 48 .
(1) أنظر القرار رقم 3/م 983/982/4 في تاريخ 1982/12/25 ، منشور في مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة الثالثة عشرة ، 1982 ، ص 25 . وأنظر ايضاً في تعريف الماكنة ، قرار محكمة التمييز رقم 1972/1م/389 بتاريخ 1972/8/28 ، النشرة القضائية ، العدد الثالث ، السنة الثالثة ، 1972 ، ص 33.
(2) أنظر المادة (30) من قانون كتاب العدول العراقي ، رقم (33) لسنة 1998 .
(3) أنظر الدكتور أسعد دياب ، مصدر سابق ، ص 151 .
(4) أنظر الدكتور علي محمد البارودي ، المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، مصدر سابق ، ص 31 ، ص 35 ، ص 52 .
(5) أنظر فرج سيد سليمان ، رهن الطائرة ، دراسة قانونية ودولية ، رسالة دكتوراه ، 1978 ، ص 133 ، وأنظر عمار محسن كزار ، القبض في عقد الرهن ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون / جامعة بابل ، 2006 ، ص 102 .

القوانين والقواعد والانظمة النافذة في الدولة ومع ذلك فإن نقل ملكية الطائرة يجب أن يتم بموجب سند رسمي ، ولا يكون له أي أثر تجاه الغير إلا بعد قيده في السجل الخاص بذلك .(

وعلى النحو الأتي (مع عدم الاخلال بالأحكام الواردة في هذا القانون تعد الطائرة مالا منقول ، ومع ذلك فإن التصرفات والوقائع التي تترتب على إنشاء أو نقل أو أنقضاء حق الملكية أو الحقوق العينية الاخرى على الطائرة لا تكون حجة على الغير الا اذا اشهرت بطريق التسجيل ، أو القيد بحسب الأحوال في السجلات المشار اليها في هذا القانون)(1)

في حين نلاحظ أخذ التشريع المصري بنظام للرهن يقرب من نظام الرهن التأميني بالنسبة للعقارات وهذا ، النظام سمح ببقاء الطائرة في يد مستغلها ، مع حفظ حق الدائن المرتهن عليها (2)، وبهذا الصدد نصت المادة الثامنة والعشرون من القانون الجوي المصري رقم (26) لسنة 1976 ، بأنه (يجوز رهن الطائرة رهناً رسمياً ، ويجوز أن يرد الرهن على الطائرة كلها أو على حصة شائعة فيها ، ويشترط لانعقاد هذا الرهن أن يحرر في ورقة رسمية أمام الجهة الإدارية المختصة بتسجيل الطائرات). ومع ذلك تظل الحاجة الى نصوص صريحة تنظم مبدأ تخصيص الرهن في رهن الطائرات ، وهذا النظام يرى ضرورة تخصيص الطائرة المرهونة ، وبيان نوعها ، والعلامة المميزة لها عند الرهن ، أي أخذ بمبدأ التخصيص في الرهن كما هو سائد في الرهن التأميني على العقارات(1) .

جـ رهن السفينة : السفينة هي (الوحدة العائمة التي تعد أو تخصص للملاحة البحرية وعلى وجه الاعتياد)(2) . كما نصت الفقرة الاولى من المادة الخامسة والستين على أنه (يتم رهن السفينة بسند رسمي في سجل السفن ، والا كان العقد باطلاً) ، وقد نصت المادة الثانية عشرة من مشروع قانون تسجيل السفن ، والمراكب العراقي لعام 1999 ، على أنه

(1) ذلك أسوة بالمادة (57) من القانون الجوي المصري رقم (26) لسنة 1976 .
(2) أنظر الدكتور ابراهيم شحاتة ، القانون الجوي الدولي ، بدون مطبعة ، القاهرة ، 1965 ، ص 78 .
(1) وقد أخذ المشرع الفرنسي في القانون الصادر 31، أيار ، 1924 في مادته الرابعة عشرة جواز الرهن التأميني على الطائرات ، وتجزير التشريعات الانجليزية ، لشركة الملاحة الجوية رهن كامل الاسطول الجوي مع الاحتفاظ به ويقال لهذه العملية (Floating –Charge) وكذلك تطبق القوانين الامريكية قاعدة مماثلة يطلق عليها اسم (Fllet- Mortgage) وفيها يحدد بالعقد الطائرات التي ينصب عليها الرهن ومبلغ الدين مع ضمانه كل طائرة لكامل الدين . والسبب الذي دعا المشرع الفرنسي لاجازة رهن هذه المنقولات ، هو قابليتها لان تكون لها ذاتية مستقلة ، وأنها ليست خاضعة لقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) وإنما يمكن إيجاد نظام شهر خاص بها .
أنظر بهذا الخصوص كل من الدكتور ابراهيم شحاتة ، نفس المصدر ، ص 78 ، وأنظر الدكتور محمد فريد العريني ، القانون الجوي ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1986 ، ص 33 ، وأنظر سهام عبد الرزاق مجلي ، المصدر السابق ، ص 100 ، وأنظر الدكتور سمير عبد السيد نتاغو ، التأمينات العينية على الطائرات حسب اتفاقية جنيف لسنة 1948 ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، العدد الثاني ، السنة السابعة ، 1965 ، ص 39 .
(2) المادة (1/ 10) من قانون الموائى العراقي (رقم 21) لسنة 1995 ، يقابلها نص المادة (1/1) من قانون التجارة البحرية المصري الجديد رقم (8) لسنة 1990 ، إذ نصت على أن السفينة هي (كل منشأة تعمل عادة أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية ولو لم تهدف الى الربح) .

(لا تتعقد التصرفات القانونية المتعلقة بإنشاء حق من الحقوق العينية الاصلية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله الا بعد تسجيله في القسم المختص).

و واضح أن هذا النص يشترط شكلية معينة لإنشاء رهن السفن، والمراكب تتمثل في تسجيله في القسم المختص ، إذ أن الرهن يدخل في عموم عبارة (الحقوق العينية التبعية) الواردة في النص أعلاه ، وحاصل القول أن لتسجيل السفن أهمية ، من الناحية القانونية في شهر التصرفات التي ترد على السفينة ومنها الرهن ، لأنها تدون في السجل حتى تعلن الكافة وبصفة خاصة من يريد التعامل على السفينة، كما ان قيد الرهن في السجل يعد حجة على الغير⁽¹⁾، وهناك خصائص تميز السفن ، وهي اسم السفينة ، والعلم ، وميناء الشحن ، ومكان الصنع ، والحمولة العائمة ، والحمولة الصافية ، والجنسية ، وعلامة النداء ، واسم الشركة ، والنوع والرقم الرسمي ، هذه الخصائص كلها يجب أن تذكر عند رهن السفينة لكي تتميز السفينة المرهونة عن غيرها وهذا يدل أن السفن تخضع الى مبدأ التخصيص في الرهن⁽²⁾. أو بالأمراء يسري على رهن السفن الاحكام جميعها التي تسري على الرهن التأميني لأنها منقولات ذات طبيعة خاصة ، تسري عليها أحكام الرهن التأميني ، وتعامل معاملة العقارات⁽³⁾.

ء - رهن المركبة : لغرض تنظيم التصرفات القانونية على المركبات ، أوجب قانون المرور العراقي رقم (48) لسنة 1971 (المعدل) تسجيلها في سجلات معينة ، ووفق تصنيف معين في دوائر المرور لكي يسهل الرجوع اليها . وقد عرفت المادة (1 / 7) من القانون المذكور سجل التسجيل بأنه (السجل المعد لتسجيل جميع العقود ، والمعاملات المتعلقة بالمركبات). ويجري العمل على اعتماد (السجلات الرقمية) وهي سجلات تعتمد اساساً على تسجيل المركبات طبقاً لتسلسلها الرقمي ، بمعنى أن يخصص لكل رقم صفحة من صفحات السجل ، وعند صرف اللوحة المعدنية للمركبة تقيد البيانات والمعلومات الخاصة بالمركبة جميعاً بالصفحة المخصصة لهذا الرقم ، بالسجل وبالتالي يمكن الرجوع اليها بمجرد معرفة الرقم ، واسم المحافظة التي سجلت فيها ، وهذا يتطلب تخصيص سجلات لكل نوع من انواع المركبات ، كسجلات المركبات الخصوصية ،

(1) أنظر مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون البحري ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1974 ، ص 100 . وقد قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم 236/مدنية رابعة/1978 بتاريخ 1978/3/29 بأنه (لا يتم رهن الزورق البخاري إلا بتسجيله في دائرة الملاحة وفقاً لأحكام قانون تسجيل السفن رقم 19 لسنة 1942) ، مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الاول ، السنة التاسعة ، 1978 ، ص 17 .

(2) انظر المادتين (17 / 18) من قانون الرهن البحري المصري رقم (35) لسنة 1951 ، حيث حددت اجراءات التسجيل بأن تقدم صورة رسمية من عقد الرهن لادارة التفتيش البحري ، ويرفق بالعقد قائمتان من الطالب للتسجيل تشمل على اسم ولقب كل من الدائن والمدين ، ومحل اقامتهما ، وتاريخ العقد ونوعه ومقدار الدين المبين في العقد ونوعه ، والشروط الخاصة بالفوائد ، واسم السفينة المرهونة ووصفها ، وتاريخ التسجيل وشهادته ، والتقارير بإنشاء السفينة ، والمحل المختار للدائن في دائرة التفتيش البحري ، الواقع فيه التسجيل ، بخصوص القانون البحري اليمني رقم (15) لسنة 1994 ، انظر المواد (81/67) منه .

(3) أنظر أستاذنا صفاء تقي عبد نور العيساوي ، الرهن البحري (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير من كلية الرافدين للحقوق ، حزيران ، 1998 ، ص 64 .

وسجلات المركبات العامة ، وسجلات مركبات الحمل ...، الى اخره ، هذا هو واقع حال مديرية تسجيل المركبات في العراق إذ خصصت مكاتب بتسجيل لهذا الغرض⁽¹⁾.
وقد نصت الفقرة الاولى من المادة الاولى من القانون المذكور على أن المركبة هي (كل واسطة تسير بمحرك عالٍ أو بقوة جسدية أو تسحب بأي وسيلة ، عدا التي تسير منه على السكة الحديد) . ولم يرد نص خاص بالرهن في هذا القانون ، إلا أنه (الرهن) ينطوي تحت مفهوم العقود والمعاملات المتعلقة بالمركبات التي نصت عليها الفقرة الاولى من المادة الخامسة ، وبناءً عليه يجب أن يسجل الرهن في دائرة المرور المختصة باعتبار ان التسجيل ركن في العقد وبخلافه يكون الرهن باطلاً . لا يختلف رهن السيارات ، وغيرها من المركبات الآلية عن رهن الاشياء المادية الاخرى الا بنقطة واحدة ، وهي عدم اشتراط نقل حيازة السيارة ، أو المركبة الآلية من الراهن الى المرتهن لتمام الرهن⁽²⁾، وذلك خلافاً للقاعدة العامة في الرهن التي تشترط لتمام الرهن نقل حيازة المرهون من الراهن الى الدائن المرتهن ، وقد خرج المشرع على هذه القاعدة ، كما خرج عليها بالنسبة لبعض المنقولات الاخرى ، كالطائرات ، والسفن البحرية ، بعد أن وجد بالامكان شهر الرهن الوارد على هذه المنقولات عن طريق تسجيلها في السجلات العائدة لدى الدوائر المختصة⁽¹⁾ .
ويرى بعضهم أن هذه المنقولات هي أشباه العقارات ، أو أنها تعد كالعقار ، وتأخذ سائر أحكام العقارات . لذلك يسري عليها أحكام الرهن التأميني ، يتبين لنا أنه هناك منقولات تخضع لنظام التسجيل كما في العقار عند الرهن ، لذا يجب أن تذكر أوصاف هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة لكي تميز عند الرهن عن غيرها ، وكذلك يجب أن يحدد الدين المضمون بالرهن ، ويرجع في ذلك الى مبدأ التخصيص الوارد في الرهن التأميني والذي أشارت اليه المادة (1290)⁽²⁾، من القانون المدني العراقي ، ومن وجه نظري عد ظهور هذا النوع من المنقولات الخاصة علامة على عجز المشرع على مجازاة تقسيم الشيء الى عقار ومنقول ، وذلك نظراً للتطور في العصر الحديث ، واقتراح اعادة النظر في تقسيم الاشياء .

رابعاً ا: المنقولات بحسب المال:

(1) إذ قضت محكمة التمييز بأنه(عقد بيع المركبة خارج دائرة المرور المختصة يعتبر باطل وحيث لا يفيد الحكم أصلاً ، ولا يترتب عليه من الآثار سوى إعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد حسب المادة (2/138) من القانون المدني) قرارها رقم 1717 / 1م / 1999 في 1999/2/29 (غير منشور).
وكذلك قضت محكمة بداءة الحلة بأنه (عقد بيع وشراء السيارة موضوع الدعوى تم بموجب عقد خارجي وهو عقد باطل استناداً لأحكام المادة (6) من قانون ادارة المرور النافذ ، والعقد الباطل لا ينعقد ، ولا يفيد الحكم اصلاً وبه يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيسترد البائع المبيع ويسترد المشتري الثمن عليه) أنظر قرارها رقم 613/ب/2006 في 2006/7/23 (غير منشور) . وأنظر سهام عبد الرزاق مجلي ، مصدر سابق ، ص 107 .
(2) أنظر الدكتور أسعد دياب ، مصدر سابق ، ص 151 .
(1) أنظر القرار رقم 53 ، استئنافية ، 86-1987 في 1987/6/30 ، أشار اليه ابراهيم المشاهدي ، المختار من محكمة التمييز قسم الاثبات ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 1999 ، ص 34 ، ص 35 . وأنظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص 235 .
(2) تقابلها المادة (1035) من القانون المدني المصري ، تقابل المادة (1329) من القانون المدني الاردني ، تقابل المادة (996) من القانون المدني اليمني ، تقابلها المادة (886) من القانون المدني الجزائري ، تقابلها المادة (1406) من القانون المدني الاماراتي ، تقابلها المادة (976) من القانون المدني الكويتي .

ويقصد بهذا المصطلح تلك الأشياء التي بحسب طبيعتها عقار لكنها تأخذ حكماً ، وافترضاً صفة المنقولات ، فالقانون لا ينظر الى طبيعة هذه الاشياء الحاضرة ، بل ينظر اليها باعتبار مآلها (3)، فبعض العقارات بطبيعتها تكون معدة بحسب هذه الطبيعة أو بأرادة الافراد لكي تصير شيئاً منقولاً بعد قليل من الزمن ، كالثمار التي ستنفصل

حتماً عن أصلها وتصبح شيئاً منقولاً ، والبناء القائم يجوز الاتفاق على بيعه أنقاضاً وفي هذه الحالة يكون البيع على منقول ، وليس على عقار (1).

وبهذا العرض لتقسيمات المنقولات فسنتعرف على حكم رهن هذه المنقولات وسنرى كيف ان طبيعة المنقول بحسب امكان حيازته من عدمه قد أثرت على القول بإمكانية رهن هذه المنقولات ، واذا كان الرهن الحيازي يسري كقاعدة عامة على الاشياء سواء أكانت منقولات ، أم عقارات ، الا أن ذلك منوط بإمكانية حيازة هذا المال ، ولما كان التقسيم لأنواع المنقولات يترتب عليه أن هناك من المنقولات يمكن أن تكون محلاً للحيازة وأن هناك منقولات لا تكون محلاً للحيازة ، ولذلك يمكن تصنيف هذا التقسيم الى نوعين من المنقولات بحسب امكانية حيازته بالمنقولات معنوية والى منقولات مادية (2).

أ - المنقولات المادية :- فالأصل أنها قابلة للحيازة ، ومن ثم فيجوز أن تكون محلاً للرهن الحيازي طالما أنها تقبل التعامل فيها وقد عبر عن ذلك المشرع العراقي في المادة (1328) من القانون المدني العراقي (3) والتي تنص على انه(يجوز ان يكون محلاً للرهن الحيازي كل ما يصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار ومنقول وديون)، أما القانون المدني الاردني أن الرهن الحيازي لا يكفي فيه التراضي بل لابد من تسليم المرهون الى المرتهن أو الى من ينوب عنه وتشير هنا الى أن التسليم شرط لتمام العقد وليس ركناً لانعقاده في انواع الرهون الحيازية جميعاً المادة (1375) من القانون المدني الاردني والتي تنص على انه (يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه أن يقبضه الدائن أو العدل وللراهن يرجع عن الرهن قبل التسليم)، سواء تعلقت بعقار المادة (1402)(1)، أم بمنقول مادي المادة (1405) (2) ، أم بدين المادة (1409) (3) ، وسواء أكانت مدنية ، أم تجارية المادة (1/62)(4) ، من قانون التجارة الاردني .

(3) أنظر الدكتور حسن كيره، مصدر سابق ، ص 717 . انظر الدكتور رمضان ابو السعود ، مصدر سابق ، ص 454 . انظر محمد طه البشير ، والدكتور غني حسون طه ، الحقوق العينية ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص 18 .

(1) أنظر الدكتور احمد محمود سعد ، مصدر سابق ، ص 629 ، أنظر الدكتور همام محمد محمود زهران ، مصدر سابق ، ص 401 .

(2) أنظر الدكتور سعيد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص 619 ، وأنظر الدكتور محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 174 .

(3) تقابلها المادة (1097) من القانون المدني المصري (لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالزاد العلني من منقول وعقار) تطابق المادة (949) من القانون المدني الجزائري (لا يكون محلاً للرهن الحيازي الا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار).

(1) المادة (1402) (لا يعد الرهن العقاري الحيازي نافذ بالنسبة للغير إلا اذا سجل في دائرة التسجيل جاتب حيازة الدائن المرتهن).

(2) المادة (1405) (لا يعد رهن المنقول حيازياً الا اذا دون في ورقة رسمية الى جانب أنتقال الحيازة الى المرتهن)

(3) المادة (1409) (من رهن ديناً له يلزمه أن يسلم الى المرتهن السند المثبت لهذا الدين).

(4) المادة (1/62) من قانون التجارة الاردني رقم (12) لسنة 1996 .

وقد عبر المشرع اليمني عن ذلك في المادة (996) من قانونه المدني ، حيث قرر ان (مايصح بيعه يصح رهنه..) غير ان المشرع اليمني قد أورد تحفظاً على اطلاق الرهن الحيازي بصدد المنقولات المادية جميعاً ، ففي المادة المذكور نص في نهايتها على انه (الا الوقف والهدى والاضحية التي لايجوز بيعها ، والنابت دون المنبت والعكس بعد القطع) .

والملاحظ في هذا النص أن المشرع جعل هذه الاموال لاتخضع للرهن الحيازي على الرغم من أنها تقبل البيع فصيغة المادة توحى بهذا المعنى حيث أنها تقرر ((أن مايصح بيعه يصح رهنه الا الوقف)) وصياغة المادة بهذه الطريقة قد أوقعت المشرع اليمني في حرج حيث أن الوقف يخرج عن التعامل ولا يقبل البيع على أساس أن العين الموقوفة تصبح بحكم ملك الله سبحانه وتعالى ، ولذا لايصح من حيث المبدأ رهنه لانه مما يمنع التعامل فيه (5).

وقد ذكر أنه لايجوز رهنه الهدى والاضحية كما ذكر النابت دون المنبت أي الزرع دون الارض التي يزرع فيها ، ولكن يجوز رهن الزرع بعد قطعه ، والقطع يتم بعد النضج وفي هذه الحالة يكون رهن النابت وحده صحيحاً.

وإذا كانت الحلول التشريعية سالفة الذكر تؤدي الى أن كل منقول مادي يجوز بيعه استقلالاً وحيازته يقبل ان يكون محلاً لعقد الرهن الحيازي ويستوي في ذلك ان تكون هذه المنقولات قيمة معينة بذاتها أو مثلية بعد افرازها إلا أن تطور الفكر القانوني وصور الرهن الحيازي الجديدة للعديد من المنقولات أدت لاختلاف الحلول حول جواز رهن هذا النوع من المنقولات المادية ونستعرض بعض الصور للرهن الحيازي لهذه المنقولات (1).

الصورة الاولى :- رهن السندات الاسمية

فرهن الديون الثابتة بسند اسمي أو سند لامر يتم بالطريقة التي تحصل بها حوالتها على أن يذكر مايفيد بأن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن(2)، أما رهن الديون الثابتة بسندات لامر فيتم كما يتم حوالتها أي بالتظهير بشرط أن يذكر بالتظهير مايفيد حصوله على سبيل الرهن دون حاجة الى إعلان المدين بالرهن ، ويجب أن يشمل السند مبلغ الدين ، وعلى تعيين نوع الاشياء المرهونة وماهيتها لافرق في ذلك بين أن يكون المرهون شيئاً مادياً ، أو سند لحامله لأن السند لحامله يعتبر بمثابة الشيء المادي (3).

(5) أنظر الدكتور احمد محمود سعد ، مصدر سابق ، س 633 ، وقد عبر عن ذلك أيضاً المشرع المصري بالنص في المادة (1097) من القانون المدني المصري بانه (لا يكون محلاً للرهن الحيازي الا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار).

(1) أنظر الدكتور صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص 142 .
(2) أنظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، مصدر سابق ، ص 252 ، والدكتور نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص 191 . والدكتور محمد علي امام ، مصدر سابق ، ص 492 ، وأنظر نسبية ابراهيم حمو ، رهن الدين في الشريعة والقانون ، بحث مقارن ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، تصدرها كلية القانون ، جامعة الموصل ، المجلد الرابع ، العدد (1 ، 2) ، 1985 ، ص 367 .

(3) أنظر المادة (1355) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (السندات الاسمية والسندات لامر يتم رهنها بالطريقة التي رسمها قانون التجارة لحوالة هذه السندات على ان يذكر ان الحوالة قد تمت على سبيل الرهن وينفذ الرهن دون حاجة الى إعلان) ، تقابلها المادة (1124) من القانون المدني المصري (الا أن القانون المصري لم يحل على قانون التجارة كما فعل القانون المدني العراقي ، اذ انه (القانون المدني المصري) قد نص على انه السندات الاسمية والسندات الاذنية يتم رهنها بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون لحوالة هذه السندات على أن يذكر ان الحوالة

الصورة الثانية :- السندات لحاملها

يتضمن السند لحامله حقاً شخصياً أي ديناً لصالح من يحملها لذلك يتبع في رهنها ما يتبع في رهن المنقولات المادية⁽⁴⁾، وذهبت محكمة النقض الفرنسية الى عد السند لحامله من قبيل المنقول المعنوي ، بحيث يتبع في رهنه ما يتبع في رهن الديون عموماً. إلا أن هذا الرأي لم يصمد على البقاء طويلاً واستقر الرأي في الوقت الحاضر أن السند لحامله هو منقول مادي ضمن طائفة المنقولات المادية . وذلك على اعتبار أن الحق الثابت في السند يندمج فيه وأن الحق لا ينتقل الا بانتقال السند ذاته⁽¹⁾ . ويترتب على هذا الوصف للسند لحامله أنه يتم تداوله بالمناولة كالمنقول المادي تماماً، وتسري على السند لحامله قاعدة حيازة المنقول المادة (1/ 1163) من القانون المدني العراقي (من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سند لحامله مستند في حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد) ، وكذلك المشرع المصري طبق أحكام المادة (976) من القانون المدني المصري تسري على السند لحامله قاعدة حيازة المنقول ومما هو جدير بالذكر أن المشرع اليمني لم ينص على ان الحيازة تعد سبباً من اسباب كسب الملكية ، كما ذهب قرينه العراقي ، والمصري الا أنه جعل الاستيلاء على المنقول لامالك له من قبيل أسباب التملك .

ثانياً : المنقولات المعنوية:

يقصد بالاموال المعنوية تلك التي لاتدرك بالحواس ولكن يتصورها الانسان بالفكر والتصور، وذكرنا أيضاً أن المنقول هو ما ليس بعقار ، وأن العقار هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف او تغير هيئته وتطبيقاً للمعيار سالف الذكر فانه يمكن القول أن الاموال المعنوية هي أموال منقولة لانها ليست من العقار وقد كثرت المنقولات المعنوية في الوقت الحاضر حيث أنها تعكس التطور الحاصل للانسان في الفكر ، وترى أن رهن هذه المنقولات ، يسري في حق باتباع القاعدة في رهن المنقولات أي بتدوين عقد الرهن في ورقة رسمية ثابتة التاريخ متضمنة بياناً كافياً للمال المرهون والدين المضمون بالرهن وأن هذا الرهن لا يتم الا بتسليم الورقة التي تتضمن الحق وسنعرض فيما يلي لبعض هذه الحالات الخاصة في رهن المنقول مثلاً رهن حق المؤلف ، ورهن الدين⁽¹⁾.

قد تمت على سبيل الرهن ويتم الرهن دون حاجة الى إعلان)، وبذلك فان هذا النص قد أحال على القواعد القانونية بصورة عامة ولم يحصر الاحالة على قواعد قانون التجارة وهذا مانصت عليه ايضاً المادة (1411) من القانون المدني الاردني (يتم رهن الاسناد الاسمية أو المحررة الامر بالطريقة الخاصة التي نص عليها القانون لحوالته على ان يذكر ان الحوالة تمت على سبيل الرهن).

(4) أنظر الدكتور سعيد عبد السلام ، المصدر السابق ، ص622، والقاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، مصدر سابق ، ص134، ص218 . والدكتور سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص 275 . والدكتور منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص 249 .

(1) أنظر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري مصدر سابق ، ص 764 .

(1) أنظر الدكتور احمد محمود سعد ، المصدر السابق ، ص636 ، وأنظر محمد طه البشير . والدكتور غني حسون طه ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص 540 . والدكتور منصور مصطفى منصور ، المصدر السابق ، ص247 .

من المسلم به أن حق المؤلف على ماينتجه من أثر أدبي ، أو فني ، أو موسيقي ينطوي على وجهين وجه ادبي ، أو معنوي ووجه مادي ، أو مالي ، ولذلك ينظر الى حق المؤلف على أنه حق أدبي من جهة ، وحق مالي من جهة اخرى .

والحق المالي للمؤلف هو مايجوز رهنه لانه كغيره من الحقوق المالية الاخرى يجوز التصرف فيه بأي شكل من اشكال التصرف . وذلك بعكس الحق الادبي الذي يعد من الحقوق اللصيقة بشخصية المؤلف والتي لاتقبل التعامل فيها أو التنازل عنها هو بهذا لايجوز الحجز عليه ، وبالتالي لايجوز رهنه .

يجب ان يتم في رهن حق المؤلف كتابة على ان يذكر فيه صراحة الحق المرهون والكتابة هنا لازمة لانتفاذ الرهن ، فاذا لم يتم الرهن كتابة عد باطلاً⁽²⁾.

ملخص ماتقدم نلاحظ انه لسريان رهن المنقولات يجب ان يتوفر الى جانب بقاء المرهون في حيازة المرتهن شرطان آخرانها :

أولاً:- تدوين عقد الرهن في سند ثابت التاريخ.

ثانياً :- بيان الدين المضمون بالرهن ، والمال المرهون (تخصيص الرهن) والتخصيص يكون تخصيص الدين المضمون بيان مقدار الدين الذي يضمنه الراهن⁽³⁾.

ويستحسن ان يذكر ، فضلاً عن مبلغ الدين، تاريخ نشوئه ومصدره، وتاريخ حلوله وغير ذلك مما يبين الدين المضمون بياناً نافياً للجهالة ، أما تخصيص المال المرهون فيكون ببيان الصفات التي تحده ، وتميزه عن غيره ، كبيان جنسه ، ووزنه، ومقياسه، وصفاته ، وتهدف هذه الشروط الى حماية حقوق الغير من الاضرار التي قد يتعرض لها نتيجة تواطؤ الراهن والمرتهن على زيادة المبلغ الموثق بالرهن او على أن يستبدل بالمنقول المرهون منقولاً أكبر منه قيمة⁽¹⁾.

أما رهن الدين فإنه يسري عليه احكام الرهن الحيازي بوصفه منقولاً ، غير أن هذا الرهن في هذه الحالة يتحور بعض أحكامه بما يتفق مع طبيعة الدين ، فمن ناحية انعقاده فإنه يتم بايجاب ، وقبول من الراهن ، والمرتهن ، ولكنه لاينفذ في حق المدين الراهن الا باعلانه أو قبوله اياه ، كما هو الامر في حوالة الدين⁽²⁾، ولايكون نافذاً في حق الغير الا بحيازة المرتهن ، الدين ويكون ذلك بحيازة سند الدين⁽³⁾.

(2) أنظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، مصدر سابق ، ص 231 .

(3) يلاحظ ان القانون المدني المصري لم يكتف باشتراط ذكر (مقدار الدين) بل استلزم بيان المبلغ المضمون بياناً كافياً المادة (1117) من القانون المدني المصري ، وقد اختلف الشراح في مصر حول تخصيص الرهن الحيازي للمنقول منهم من ذهب الى الاكتفاء بذكر مقدار الدين ، ومنهم من توسع في تفسير هذا الشرط فاستلزم ذكر تفصيلات عن الدين .

(1) أنظر الدكتور محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص 209 .

(2) وان الحوالة المقصودة هنا هي حوالة الدين والتي تتمثل في نقل الدين والمطالبة به من ذمة المحيل الى ذمة المحال اليه وهي أما أن تكون مطلقة أو مقيدة المادة (339) من القانون المدني العراقي .

(3) أنظر محمد طه البشير ، والدكتور غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 555 . وأنظر المادة (1123) من القانون المدني المصري قد نصت على انه (1 – لا يكون رهن الدين نافذ في حق المدين الا باعلان هذا الرهن اليه أو بقبوله له وفقاً للمادة (305) ، 2 – ولا يكون نافذاً في حق الغير الا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ، وتحسب للراهن مرتبة من التاريخ الثابت للاعلان أو القبول)

أما مشتملات الرهن الحيازي حيث تقضي المادة (1330)⁽⁴⁾ من القانون المدني العراقي بأنه (يشمل الرهن الحيازي ثمار المرهون وملحقاته وفقاً لأحكام الرهن التأميني الواردة في المادة (1292) مدني ، الظاهر من هذا النص ان الرهن الحيازي كالرهن التأميني لا يقتصر على المال المرهون بل يمتد الى كل ما يعد من ملحقاته وتوابعه ، مالم يتفق على غير ذلك فاذا رهن شخص سيارته فان الرهن يشمل كل معداتها وأدواتها الاضافية التي لاغنى عنها في تسييرها ، واذا رهن شخص عقاراً فان الرهن يشمل مع العقار العقارات بالتخصيص الملحقة به ، وحقوق الارتفاق التي تخدمه وكل ما يطرأ على العقار من تحسين أو إنشاء .

وما يوجد في العقار من ثمار ، أو اشجار . ونرى القانون المدني المصري لم ينص على امتداد الرهن الحيازي الى ملحقات الشيء المرهون صراحة كما فعل بالنسبة للرهن الرسمي ، ولكن إستناده الى المادة (1099) ، من القانون المدني المصري وهي تحدد مضمون التزام الراهن بتسليم الشيء المرهون ، وقد قررت في فقرتها الثانية منه على انه (يسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون، احكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع) والالتزام بتسليم المبيع ، يشمل ملحقات هذا الشيء المادة (432) من القانون المذكور⁽¹⁾، وعلى ذلك فان حق الرهن الحيازي يقع على المال المرهون ذاته، وعلى ملحقاته وتتحدد هذه الملحقات في الاصل باتفاق المتعاقدين ، ولان طبيعة الرهن الحيازي يتطلب نقل حيازة المال المرهون الى الدائن المرتهن ، او الى شخص اخر ، تقضي بان تلحق الثمار هذا المال بمجرد تسليم المال وفي ذلك يختلف الرهن الحيازي عن الرهن التأميني فقد ، رأينا ان ثمار العقار المرهون رهناً تأمينياً ، لاتلحق بهذا العقار بمجرد العقد ، بل من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية⁽²⁾، ونلاحظ ان القانون المدني الاردني نص في المادة (1383) من القانون المدني على انه (الرهن الحيازي يشمل كل مايشمله البيع من ملحقات متصلة بالمرهون)، أي ان ملحقات المنقول المرهون ، اذا كان المرهون ، منقولاً شمل الرهن ما يعد من ملحقاته حسب طبيعة المال ، وقصد المتعاقدين ، فاذا رهن شخص سيارة شمل الرهن كل معداتها كالاطارات ، ومعدات اصلاح العطب ، وواضح ان هذه الملحقات يسهل تحديدها لان الرهن لا يتم الا بقبضها .

اما ملحقات العقار المرهون ، اذا كان المرهون، عقاراً شمل الرهن مع العقار المرهون العقارات بالتخصيص ، والتحسينات والانشاءات ، التي تعود بمنفعة على المالك ، وبوجه عام، فان المشتملات جميعها التي تدخل في المبيع بلا ذكر تدخل في الرهن ايضاً ، وتكون مرهونة مع اصل الرهن ، ويشملها ايضاً مبدأ تخصيص الرهن، من حيث تحديد

(4) أنظر المادة (1383) من القانون المدني الاردني (يشمل الرهن الحيازي كل مايشمله البيع من ملحقات متصلة بالمرهون) ، تقابل المادة (1012) من القانون المدني اليمني (نماء المرهون متصلاً به أو منفصلاً عنه يتبعه في الرهن ويأخذ حكمه).

(1) المادة (432) من القانون المدني المصري الواردة في الفصل الخاص بعقد البيع تنص على انه (يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع ، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الاشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين).

(2) انظر الدكتور محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص165، وانظر محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص199.

العقار او المنقول المرهون وتحديد الدين المضمون بالرهن⁽¹⁾، لان الملحقات هي من التوابع ، والتابع يلحق بالاصل من حيث الحكم ، لذا فهي تدخل بمبدأ تخصيص الرهن . كما في الاصل .

الفرع الثاني

نطاق مبدأ تخصيص الرهن الحيازي في الفقه الاسلامي

بما ان فقهاء الفقه الاسلامي لم يعرفوا الرهن التأميني كما هو مبين الآن في الفقه القانوني لان تقسيم الرهن على حيازي وتأميني غير منصوص عليه في الفقه الاسلامي، حيث لا يوجد في نصوص فقهاء الفقه الاسلامي القدامى الانوع واحد هو الرهن الحيازي الذي أقره الاسلام لانه يتفق مع أصوله فهو جائز شرعاً ، وهو الذي يقوم المرتهن بقبض المرهون وحبسه في يد أو في يد عدل لحين قيام الراهن بالوفاء بينما ذهب بعضهم الاخر من فقهاء الفقه الاسلامي المحدثين⁽²⁾، الى جواز الرهن التأميني شرعاً لانه لا يتنافى مع مآشرع الرهن له من التوثيق لحفظ مال الدائن المرتهن، لان الدائن له ان يتبع العقار المرهون في أي يد يكون ، وله ان يتقدم على غيره من الدائنين لاستيفاء حقه من ثمن بيع العقار مميّزاً بالتقدم ، والتتابع فيهما الضمان الكافي. واذا كان عدم قبض المرتهن العقار المرهون يعد شرطاً فاسداً ، فان العقد لا يبطل عندئذ عند بعض الفقهاء بل يظل صحيحاً ، أما الذي يبطل فهو الشرط الفاسد وحده، لذا سنتناول الرهن الحيازي عندما يمتد ليشمل العقار وملحقاته ، وما هو حكم هذه الملحقات في الفقه الاسلامي ، وقبل بيان ملحقات العقار لا بد من بيان ماهو العقار في الفقه الاسلامي ، وماهي أنواعه وهل يمتد الرهن الى الملحقات أم لا ؟ لان نظام تقسيم الاموال على عقار ومنقول هو تقسيم طبيعي يصدر عن اختلاف الطبيعة المادية للأشياء، فالأشياء أما ان تكون ثابتة ومستقرة في مكان ، وأما ان تكون متحركة أو قابلة للحركة أي تقسم الاموال بوصف الاستقرار ، وعدمه الى عقار ومنقول ، وقد اختلف الفقهاء في الفقه الاسلامي في تعريفهما .

فقد عرف فقهاء الجمهور⁽¹⁾ العقار بانه ما له قرار ، وهو ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر ، فلا ينطبق اصطلاح العقار عندهم الا على الارض فقط ، وتشمل الاراضي جميعاً ، وأن اختلفت طرق الانتفاع بها .

وعرف المالكية⁽²⁾، العقار الدور والحوانيت والبساتين أما البئر وغيره مما هو ثابت لاينقل ولايحول ، فهو عندهم مما يتعلق بالعقار وليس عقاراً ، أي العقار بالاجماع هو ما له قرار ثابت ولاينقل بحال من الاحوال ، وهو الارض .

(1) انظر الدكتور محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص 200.

(2) أنظر المحامي محمود المظفر ، الرهن التأميني حكمه ومحتواه في الشريعة الاسلامية ، مصدر سابق ، ص 7 .
(1) أنظر عن الامامية الشيخ ابا جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الامامية ، الجزء الاول، المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية ، طهران ، 1387 هـ ، ص 203 ، وعن الحنفية الشيخ أبا علاء بن مسعود الكاساني ، مصدر سابق ، ص 141 ، وعن الحنابلة الشيخ موفق الدين ابي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه ، والشيخ شمس الدين بن احمد بن قدامه ، المغني والشرح الكبير ، الجزء الخامس ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1392 هـ ، ص 375 . وعن فقهاء الشافعية ، الشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب ، مصدر سابق ، ص 240.

(2) انظر الشيخ احمد بن محمد الدردير ، الشرح الصغير ، الجزء الخامس ، مطبعة الحلبي ، مصر ، 1372 هـ ، ص

و عرفوا الملحقات بأنها ماعدا حقوق الارتفاق عما ارتبط بالاصل ارتباطاً دائماً أو مؤقتاً غير متولد منه لتحقيق أصل الانتفاع به ، أو لاتمام الانتفاع به⁽³⁾. أن فقهاء الفقه الاسلامي لم يشترطوا الدوام فالشي قد يكون مرتبطاً بالاصل ارتباطاً مؤقتاً ومع ذلك يعد ملحقاتاً به، لانه مرتبط به على وجه يحقق الانتفاع به ، وهذا التفاوت له أثر في الاحكام والدائم كالبناء يدخل مع أصله بدون قرينة ، والمؤقت كالزرع لايدخل مع أصله الابقرينة ، وبعد أن بينا معنى الملحقات وجب علينا أن نعرف ما إذا كانت هذه الملحقات ، تدخل في الرهن مع الشيء المرهون بحيث تمتد اليها يد المرتهن أم لا . والملحقات تقسم في الفقه الاسلامي على انواع هي .

أولاً : حقوق الارتفاق في الفقه الاسلامي

حقوق الارتفاق من قبيل المنفعة وهذه المنفعة تتبع العقارين، أيأ كان الشخص المالك لها ويستمر حق الارتفاق متى ثبت وتقرر ببقاء العقارين الا اذا ترتب على بقائه ضرر فيجب أزالته تطبيقاً لقاعدة (الضرر يزال)⁽¹⁾. وقد اتفق فقهاء الفقه الاسلامي⁽²⁾، على دخول حقوق الارتفاق بانواعها جميعاً في الرهن مطلقاً اي سواء ورد ذكرها في العقد أم لا ، وعلى ذلك يدخل في رهن الشيء ماكان من مرافقه وحقوقه الايجابية وهي الحقوق المقررة للعقار المرهون على عقار آخر كأن يكون لهذا حق المرور في أرض الجار مثلاً. ويدخل في رهن الدار الطريق الداخلي فيها أو النافذة الى سكة أو طريق عام أو بئر ماء ، والحديقة التابعة لها والبستان ، وحق الشرب سواء صرح بذلك أم لم يصرح ، فكل هذه المرافق تدخل في رهنها بلا حاجة الى ذكرها ، لانها تعقد للانتفاع بها ، الانتفاع بغيرها⁽³⁾، واذا كانت حقوق الارتفاق تدخل مع الرهن بحيث تصير مرهونة معه فانه لايجوز رهنها منفصلة عن العقار المترتبة لخدمته ، أما حقوق الارتفاق السلبية ، فانها لاتدخل مع الرهن لانها تمثل عبئاً على العقار المرهون، ويتحقق ذلك في حالة الزام صاحب العقار المرهون بعدم فتح مظل على عقار جاره .

ومن خلال ماتقدم لو أجرينا موازنة بين الفقه الاسلامي ، والفقه القانوني في حقوق الارتفاق نلاحظ من حيث التعريف بحقوق الارتفاق فاننا لانجد خلافاً يذكر بين تعريف فقهاء الفقه الاسلامي ، وفقهاء القانون المدني ، فكلاهما عرف حق الارتفاق بانه (حق يتقرر على عقار لمنفعة عقار مملوك لشخص آخر غير مالك العقار الاول أيأ كان شخص المالك)، وبذلك يتطلب حق الارتفاق ثلاثة عناصر هي عقار مرتفق ، وعقار مرتفق به ، ومنفعة يقدمها العقار المرتفق به للعقار المرتفق ، وكذلك نجد تطابقاً بين الفقه الاسلامي ، والفقه القانوني في أن حقوق الارتفاق الايجابية تدخل في الرهن مع المال المرهون

(3) أنظر السيد عبد الاعلى الموسوي السبزواري ، مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام ، الجزء الحادي والعشرون ، مطبعة الاداب، النجف ، 1405 هـ ، ص 104 .

(1) أنظر الشيخ جلال الدين عبد الرحمن ابن أبي بكر السيوطي، الاشباه والنظائر، مطبعة دار الكتب العلمية طهران، بلاسنة ، ص 28.

(2) انظر الشيخ زين الدين بن علي العاملي ، الشهيد الثاني، مسالك الاتهام الى تنقيح شرائع الاسلام ، الطبعة الثانية، الجزء الرابع ، مؤسسة المعارف الاسلامية ، قم ، 1423 هـ ، ص 21 . وأنظر الكاساني ، مصدر سابق ، ص 165 . وأنظر الشيخ موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه ، المغني ، الجزء الرابع، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1392 هـ ، ص 88 ، وأنظر عبد الرحمن الجزيري ، مصدر سابق ، ص 25 . وأنظر الشيخ محمد أمين زين الدين ، كلمة التقوى ، الجزء السادس ، مصدر سابق ، ص 35.

(3) أنظر الشيخ موفق الدين ابن قدامة ، المصدر السابق ، ص 431 .

بانواعها جميعاً ، بحيث تصير مرهونة معه سواء ورد ذكرها في عقد الرهن ، أم لم يرد مالم يتفق على خلاف ذلك ، بيد أنه لا يجوز الحجز عليها منفصلة عن العقار ، أما الارتفاقات السلبية فلا تدخل في الرهن مع العقار المرهون لأنها تمثل عبئاً على العقار المرهون .

ثانياً: ثمار الشيء المرهون في الفقه الاسلامي

اتفق الفقهاء⁽¹⁾، على كلمة واحدة وهي أن المرهون إذا كان له منافع فهي للراهن ، سواء أكانت حين الرهن ، أم تجددت بعده ، منفصلة كانت عن المرهون ، أم متصلة به ، لان العين ملك له ، فنتبعا المنفعة ، واختلفوا ، هل تدخل المنافع في الرهن ، بحيث تكون مرهونة أيضاً كالأصل ، أو لا تدخل ، أو يفصل بين أنواع المنافع⁽²⁾ .

وتوابع العين المرهونه كالحمل ، والصوف ، والشعر ، والوبر ، واللبن في الحيوان ، والثمرة والاوراق والاعصان اليابسة في الشجر لا تكون رهناً يتبع الأصل الا اذا اشترط ذلك صريحاً أو كانت قرينة تدل عليه ، بلا فرق في ذلك بين الموجود منها حين العقد والمتجدد منها بعده (لعدم الدليل الشرعي على الدخول ، والان الأصل تسلط المالك على ملكه) أي أنه عند فقهاء الامامية وهو المعتمد الاصل عدم الدخول⁽³⁾ .

أما فقهاء الحنفية⁽⁴⁾، وفيه يقولون بدخول الثمار في الرهن من غير ذكر ، أو تسمية بحيث تصير مرهونة مع أصلها وتمتد إليها يد المرتهن ولا يجوز للراهن أن ينتفع بثمار الشيء المرهون سواء أكان انتفاعه به منتقلاً لقيمة ، أم لا إلا إذا أذن له في ذلك المرتهن ، وفي ذلك يقولون إن كان على النخيل تمر تدخل الثمرة من غير ذكر أستند فقهاء الحنفية على دخول الثمرة في الرهن مع الاصل الى أن الثمر متصل بالأصل اتصال خلقه ، كالأغصان فهو تابع للشجر فلا يصح الرهن بدون الثمر ، لانه لأصحة للرهن بدون القبض ولأصحة للقبض بدون دخول ما هو متصل به ، وعليه فيدخل الثمر في عقد الرهن⁽¹⁾، وقالوا أيضاً أن إدخال الثمر مع أصله في الرهن لا يترتب عليه ضرر على

(1) أنظر الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العادلي (الشهيد الاول) الدروس الشرعية في فقه الامامية ، الجزء الثالث ، مؤسسة النشر الاسلامية ، قم ، ص 393 ، انظر الشيخ أبا جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، مصدر سابق ، ص 215 . أنظر الشيخ زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني)، الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية ، مصدر سابق ، ص 43 .

(2) انظر السيد عبد الاعلى الموسوي السبزواري ، مهذب الاحكام ، مصدر سابق ، ص 103 ، أنظر الشيخ نجم الدين أبو القاسم جعفر بن سعيد الحلبي (المحقق الحلبي) ، شرائع الاسلام في الفقه الاسلامي الجعفري ، الجزء الاول ، منشورات مكتبة دار الحياة ، بيروت ، 1295 هـ ، ص 196 .

(3) أنظر الشيخ أبا منصور الحسن بن يوسف بن المظهر الاسدي (العلامة الحلبي) ، مختلف الشيعة ، الجزء الخامس ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، 4115 هـ ، ص 407 . وأنظر الشيخ محمد جواد حسين العاملي ، مفتاح الكرامة ، الجزء الخامس ، المطبعة الرضوية ، مصر ، 1324 هـ ، ص 82 .

(4) أنظر الشيخ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع ، مصدر سابق ، ص 141 . وأنظر الشيخ زين الدين بن نجيم الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، الجزء الثامن ، = الطبعة الثانية ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص 276 ، أنظر الشيخ أبو بكر محمد السرخي ، المبسوط ، الجزء الحادي والعشرون ، مطبعة السعادة ، مصر ، بدون سنة طبع ، ص 105 .

(1) أنظر الشيخ زين الدين بن نجيم الحنفي ، البحر الرائق ، المصدر السابق ، ص 276 ، أنظر الشيخ برهان الدين علي بن الحسين بن أبي بكر المرغيناني ، الهداية ، شرح بداية المبتدئ ، الجزء الرابع ، مطبعة الحلبي ، مصر ، 1355 ، ص 133 ، أنظر السرخي ، المبسوط ، المصدر السابق ، ص 72 .

الراهن ، لان ملكه لا يزول بخلاف البيع فهناك الثمار لاتدخل في العقد الا بالذكر (2)، وكما ان الفروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الاصل فكان دخولها تابعاً لأصلها. وفقهاء الشافعية (3)، المراد بالثمرة هنا مايشمل المشموم كالورد ، والياسمين والريحان ، ويشمل شجر البقل التي تؤخذ مرة بعد أخرى ، والبطيخ والباذنجان والبامية . أما ثمرة المرهون فهي كل ماينتج منه سواء أكان أرضاً زراعية ، أم داراً يمكن استغلالها ، أم حيواناً وثمار الشيء المرهون قد تكون موجودة حال عقد الرهن. وقد نستحدث بعد عقد الرهن وفي كلا الحالتين هل تدخل الثمرة في الرهن مع اصلها وتتبعه بحيث تصير مرهونه معه فتمتد اليها يد المرتهن وقت التنفيذ أم أن الثمرة لاتتبع الرهن ، ولاتمتد اليها يد المرتهن ويقول فقهاء الشافعية والثرمة إما أن تكون ظاهرة كالمؤبرة . وأما أن تكون غير ظاهرة ، فالثمرة الظاهرة عندهم لاتدخل في الرهن باجماع فقهاء الشافعية (1)، اما الثمرة غير الظاهرة فقد وقع فيها الخلاف بينهم من قال بدخولها ومنهم من قال بعدم دخولها ، والاصح عندهم عدم دخولها (2). أستدل فقهاء الشافعية على مذهبهم بالقياس ، والمعقول . فقد قاسوا الرهن على البيع فكما أن الثمرة الظاهرة لاتدخل في البيع ، وهو قوي ويؤدي الى زوال الملك فهي لاتدخل في الرهن من باب أولى وهو ضعيف (3) . أما الثمرة غير الظاهرة فانها تدخل مع الرهن قياساً على دخولها في البيع (4).

أما المعقول فقالوا إن اشتراط المنفعة يفسد العقد والأظهر أنه يفسد الشرط ويبطله مع بقاء العقد صحيحاً لأن المنفعة معدومة ومجهولة كما أن الرهن عند الاطلاق لا يتعدى الزوائد لضعفه (5).

في حين يذهب فقهاء المالكية (6)، وفيه يقولون بعدم دخول الثمار في الرهن أي أن ثمرة الشيء المرهون من حقوق الراهن ، ولايندرج في رهن الشجر ثمرة إن لم توجد حال العقد ، وجاء في المنتقى لأن الثمر ليس برهن مع الاصل الا أن يكون اشترط ذلك

(2) أنظر الشيخ محمد زين الدين أبو راس شيخ جامع سيدي ابراهيم الدسوقي ، من الشرح المسمى بالجوهر النيرة لمختصر القدوري في فقه للامام الاعظم أبي حنيفة ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى، المطبعة الخيرية ، مصر ، 1322 هـ ، ص 236 .

(3) أنظر الشيخ محمد بن أحمد الشريبي ، شرح مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، الجزء الثاني ، مطبعة الجليلي ، القاهرة 1377 هـ ، ص 122 ، أنظر الشيخ أبا عبد الله محمد بن ادريس الشافعي ، الأم ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، الجزء الثالث ، الطباعة الفنية المتحدة ، مصر ، 1381 هـ ، ص 155 .

(1) أنظر عبد الرحمن الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص 229 ، وأنظر الشيخ أبا عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي ، الجامع لاحكام القران ، الطبعة الاولى ، الجزء الثالث والرابع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 671 هـ ، ص 267 ، أنظر الشيخ أبا اسحاق بن ابراهيم بن علي ابن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي ، المهذب ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، مطبعة الحلبي ، مصر ، بدون سنة طبع ، ص 316 .

(2) أنظر الشيخ ابا حامد محمد بن محمد الغزالي ، الوجيز ، الجزء الاول ، مطبعة الاداب ، مصر ، 1317 هـ ، ص 160 .

(3) أنظر الشيخ محمد بن أحمد الانصاري ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الجزء الرابع ، مطبعة الحلبي ، مصر ، 1357 هـ ، ص 273 .

(4) أنظر الشيخ أبا عبد الله محمد بن ادريس الشافعي ، الأم ، المصدر السابق ، ص 154 .

(5) أنظر الشيخ محمد بن أحمد الشريبي ، شرح مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، المصدر السابق ، ص 121 .

(6) أنظر الشيخ علي العدوي ، حاشية العدوي على الخرشي ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، مطبعة بولاق ، مصر ، 1323 هـ ، ص 237 ، وأنظر الشيخ أبا الوليد محمد بن أحمد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الثالث ، مطبعة الاستقامة ، القاهرة ، 1371 هـ ، ص 269 .

المرتتهن في رهنه(7) . فالاصل ان الثمرة عند فقهاء المالكية لاتدخل في الرهن، لانها من حقوق الراهن ولاتكون للمرتتهن أي لاتكون مرهونة مع أصلها إلا اذا اشترطها المرتتهن لنفسه، استدل المالكية على عدم دخول الثمرة في الرهن بالمعقول . وبالقياس . المعقول وهو قول الرسول صلى الله عليه وسلم " الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب النفقة" (1)، أي ظهره لربه ، ونفقته عليه (2).

أما القياس ، قاس فقهاء المالكية الرهن على البيع فمن باع نخلاً كانت ثمرتها للبايع الا اذا اشترطها المشتري لنفسه فكذلك الرهن فالثمرة لاتدخل في رهن النخل إلا اذا اشترطها المرتتهن لنفسه (3).

ملخص ماتقدم لما كانت الثمار زيادة منفصلة ، وليست متصلة بالمرهون وقد وقع الخلاف بين فقهاء الفقه الاسلامي في مدى تبعيتها للرهن ، والرأي الراجح من وجه نظري هو رأي فقهاء الامامية وفيه يقولون بعدم دخول الثمار المستحدثه في الرهن أي لايسري عليها الرهن ومن ثم فهي لاتتبع المرهون ولاتدخل في سلطة المرتتهن وإنما تبقى في سلطة الراهن الا اذا اشترط ذلك صراحةً أو كانت قرينة تدل عليه بلا فرق بين الموجود منها حين العقد والمتجدد منها بعده(4) .

وكما أشرنا سابقاً الى أنه الفقه الاسلامي لا يعرف الا نوعاً واحداً من الرهن هو الرهن الحيازي الذي قد يكون محله عقاراً ، أو منقولاً ، فاذا كان محله عقاراً يسري عليه مايسري من أحكام الرهن التأميني عندما يكون محله عقاراً ، والذي يشمل الرهن ويشمل الملحقات التابعة الى العقار ومن ثم فان يد المرتتهن تمتد الى هذه الملحقات فتكون ضامنة للدين مع أصلها ، ويستطيع المرتتهن أن يباشر عليها سلطاته جميعاً التي خولها له عقد الرهن من حبس أو تنفيذ عليها مع أصل الرهن.

ثالثاً : - زوائد الشيء المرهون في الفقه الاسلامي

يقصد بها التحسينات في الفقه القانوني وهي الاضافات التي تلحق بالعقار المرهون وتعود بمنفعة على مالك العقار ، وهذه التحسينات يشملها نطاق الرهن ، فالرهن يمتد تلقائياً الى كل تحسين يطرأ على العقار المرهون ، دون حاجة الى اتفاق خاص . ومثال التحسينات التي تعود بمنفعة على المالك توسيع غرف المنزل، أو اعداد حديقة له ، أو تيسير سبيل المرور اليه من الطريق العام (1).

(7) أنظر الشيخ مالك بن أنس بن مالك الاصمعي ، المدونه الكبرى ، الجزء الرابع عشر ، مصدر سابق ، ص 271 .

(1) أنظر الأمام أبا عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، مطبعة الحلبي ، مصر ، 1337 هـ ، ص 187 .

(2) أنظر الشيخ أبا الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص 308 .

(3) أنظر الشيخ مالك بن أنس بن مالك الاصمعي ، المدونة الكبرى ، الجزء الرابع عشر ، مصدر سابق ، ص 301 .

(4) أنظر الشيخ أبا منصور الحسن بن يوسف بن المظهر الاسدي (العلامة الحلبي) ، مختلف الشيعة ، مصدر سابق ، ص 407 ، وأنظر الشيخ محمد جواد حسين العاملي ، مفتاح الكرامة ، مصدر سابق ، ص 82 .

(1) أنظر الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص 415 . والدكتور أحمد سلامة ، مصدر سابق ، ص 179 . والدكتور محمد نبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 70 .

أما الانشاءات يقصد بها في الفقه القانوني كل ما يلحق العقار المرهون من زيادة مادية بفعل الانسان ، كقيام المالك بالبناء على العقار المرهون ، أو يضيف الى البناء الموجود ملاحق له تزيد من قيمة ، فكل هذه الانشاءات تتبع العقار المرهون وتدخل معه في الرهن ، ويستوي أن تكون هذا الانشاءات قد حدثت قبل عقد الرهن أو حدثت بعده مهما كانت قيمتها حتى ولو زادت عن قيمة العقار المرهون نفسه(2).

أما زوائد الشيء المرهون في الفقه الاسلامي كثيرة ، ومتعددة فهي تطلق على كل ماكان متصلاً بالشيء المرهون أو منفصلاً عنه ، فقد تكون الزيادة متصلة وهي الزيادة التي تتصل بالمرهون ، ولا تنفصل عنه كالجنين في بطن الدابة سواء حملت به وقت الرهن أو بعده ، أو منفصلة عنه وهي الزيادة التي تتصل بالمرهون ويمكن أنفكاكها عنه كاللبن ، والصوف ، وعسل النحل ، والزيادة المتصلة قد تكون متولدة من الاصل كالسمن ، وقد تكون غير متولدة من الاصل كصبيغ الثوب ، أما الزيادة المنفصلة فقد تكون غير متولدة من الاصل ، ولا في حكم المتولد منه ككسب العبد (3) وغلة الدار ، قد تكون متولدة من الاصل كالولد والثمره واللبن والصوف وهو مايسمى بفرع الشيء أو في حكم المتولدة من الاصل ، فالفرع هو الزيادة المنفصلة المتولدة عن الشيء كالولد ، والثمره ، واللبن .

وقد اتفق فقهاء الفقه الاسلامي على ان زوائد الشيء المرهون ملك للراهن لانه مالك للأصل وهذا انماء ملكه ، ولكن هل يشمل الرهن هذه الزوائد ويتعلق بها الدين المرهون بحيث تصير مرهونة معه؟

للفقهاء في هذه المسألة عدة مذاهب .

المذهب الاول :- فقهاء الامامية(1) النماء المتجدد بعد الارتهان إن كان متصلاً اتصال مازجة كالسمن ، والطول ، والعرض داخل في الرهن اجماعاً ، وإن كان منفصلاً أو يقبل الانفصال كالولد ، والزرع ، والصوف ، والشعر ، والبيض ، والعسل ، بعدم الدخول وهو المعتمد ، واذا رهن إنسان أرضاً بيضاء وسلّمها الى المرتهن ثم نبت فيها نخل أو شجر بانبات الراهن ، أو حمل السيل اليها نوى فنبت فيها فإنه لايدخل في الرهن لانه لا دليل عليه ، وإلا يجبر الراهن على قلعه في الحال لان تركه في الارض انتفاع به والراهن لا يمتنع من الانتفاع بالرهن لان منفعته له فاذا حل الدين فان قضى دينه من غيرها انفكت الارض من الرهن ، وإن لم يقض من غيرها ، وكان ثمن الارض إذا بيعت وحدها وكانت الارض لا تقي برهن المرتهن ، وان الغراس الذي فيها لاينقص من ثمنها ولو لم يكن فيها غراس لكان ثمنها مثل ثمنها مع الغراس فان الارض تباع للمرتهن ، ولا يجب بيع الغراس معها لاجل الرهن .

(2) أنظر الدكتور سمير عبد السيد نتاغو ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص 49 ، والدكتور أحمد سلامة ، نفس المصدر ، ص 179 .

(3) كسب العبد ، هو كل ما يحدث من مال في يد العبد باذن سيده .

(1) أنظر الشيخ أبا جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية ، مصدر سابق ، ص 216 . وأنظر الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي (الشهيد الأول) ، الدروس الشرعية في فقه الامامية ، مصدر سابق ، ص 394 . وأنظر الشيخ زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني) مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص 64 . انظر الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ، الجزء الثامن عشر ، أحياء التراث العربي ، بيروت ، 1104 هـ ، ص 380 . أنظر الشيخ أبا جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، الخلاف ، الجزء الثاني ، مطبعة الحكمة ، طهران ، بدون سنة طبع ، ص 109 .

المذهب الثاني : - فقهاء الحنفية⁽²⁾، وفيه يقولون بدخول الزيادة المتولدة في الرهن مطلقاً سواء أكانت متصلة به كالتمر ، واللبن ، والصوف ، أم منفصلة عنه كالولد بحيث تصير مرهونه مع الاصل . لانها تابعة له ، والرهن حق لازم فيسري اليه وفي ذلك يقول السرخي ((إن الزوائد المتولدة منه حين الرهن تكون مرهونة عند المرتهن على معنى أن له أن يحبسها بالدين ، وإن لم يكن مضموناً ، حتى لا يسقط شيء من الدين بهلاكها كالزيادة على قدر الدين من الرهن))⁽¹⁾.

أما الزيادة غير المتولدة كالأجرة ، وغلة الدار فلا تدخل في الرهن عند فقهاء الاحناف بل هي خالصة للراهن فلا يتعلق بها الدين ، لانها حدثت بسبب التعاقد بين مالك الرهن وغيره فهي غير متولدة من المال ، فكانت خالصة لمن استحقها بالعقد . وكذلك لا تدخل في الرهن عندهم الزيادة التي ليست في حكم المتولدة منه كالكسب والصدقة لانها ليست بمرهونة بنفسها ، ولا هي بدل الرهن ، ولا جزء منه ، ولا بدل جزء منه ولا يتعلق بها الدين ، وإنما هي خالصة للراهن فلا يثبت فيها حكم الرهن⁽²⁾. استدلت الاحناف على قولهم بدخول الزيادة المتصلة المتولدة من الاصل في الرهن بأن هذه الزيادة تابعة للرهن ، والرهن حق لازم فيسري اليه⁽³⁾،

كما استدلوا على قولهم بعدم دخول الزيادة غير المتولدة من الاصل في الرهن بان هذه الزيادة جاءت نتيجة تعاقد بين مالك الرهن وغيره فهي غير متولدة من المال فتكون خالصة لمن استحقها بالعقد. وهذه الزيادة ليست مرهونة لانها ليست بمضمونة ولو كانت مرهونة لكانت مضمونة كالاصل⁽⁴⁾.

المذهب الثالث :- وهو لفقهاء المالكية⁽¹⁾. وفيه يقولون تدخل في الرهن كل زيادة متصلة بالاصل متولدة لا تنفصل عنه كالسمن أو منفصلة اذا كانت متناسلة كالولد وفسيل النخيل ، أو الشجر ، وكل ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته أما ما لم يكن خلقة المرهون ، وصورته فلا يدخل في الرهن سواء أكان متولداً عنه كثمر الشجر ، أو النخيل أو غير متولد كسائر الغلات . أما صوف الغنم فانه يشترط لدخوله في الرهن أن يكون قد تم على ظهر الغنم وقت الرهن إما اذا لم يكن قد تم على ظهر الغنم وقت الرهن فانه لا يدخل .

(2) أنظر الشيخ أبا بكر محمد السرخي ، المبسوط ، الجزء الحادي والعشرون ، المصدر السابق ، ص 75. وأنظر الشيخ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع ، الجزء السادس ، = مصدر سابق ، ص 152 ، وأنظر الشيخ زين الدين بن نجم الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، الجزء الثامن ، مصدر سابق ، ص 322 ، انظر عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ، مصدر سابق ، ص 298 .

(1) أنظر الشيخ أبا بكر محمد السرخي ، المبسوط ، المصدر السابق ، ص 75 .

(2) أنظر الشيخ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع ، المصدر السابق ، ص 152 . وأنظر منير القاضي ، شرح المجله ، مصدر سابق ، ص 393 ، وأنظر المادة (711) من الجملة ((كما أن المشتلات الداخلة في البيع بلا ذكر ، تدخل في الرهن أيضاً ، كذلك لو رهننت عرصة تدخل في الرهن أشجارها وأثمارها وسائر مغروساتها ومزروعاتها وان لم تذكر صراحة)) .

(3) أنظر الشيخ السرخي ، نفس المصدر ، ص 75 .

(4) أنظر الشيخ الكاساني ، بدائع الضائع ، نفس المصدر ، ص 152 .

(1) انظر الشيخ أبا البركات سيدي احمد بن محمد بن حاكم العدوي الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 220 ، وانظر الشيخ أبا الوليد بن احمد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص 307 . وأنظر الشيخ أبا عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المالكي ، المعروف بالحطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، مطبعة السعادة ، مصر ، 1329 هـ ، ص 15 .

وقد استدل فقهاء المالكية على ذلك بأن الصوف متصل بالحيوان اتصال خلقه وقد كمل فيتبعه في البيع بمجرد العقد ، وكذلك في الرهن كأعضاء الحيوان .
المذهب الرابع :- وهو لفقهاء الشافعية⁽²⁾ ، وفيه يقولون بدخول الزيادة المتصلة في الرهن كالجنين في بطن الدابة سواء حملت به وقت الرهن أو بعده . وقد استدل الشافعية على قولهم بأن الزوائد تابعة للأصل بان هذه الزوائد لا تتميز عنه فيسري عليها حكم الرهن بحيث تصير مرهونة مع أصلها⁽³⁾ .

وقال فقهاء الشافعية بعدم دخول الزيادة المنفصلة سواء أكانت متولدة من الاصل أم غير متولدة كاللبن ، والسمن ، والزبد ، والعسل ، وأجرة الدار ونحوها فهي للراهن ولا تدخل في المرهون ، الا بشرط وهذا هو القول الأظهر عندهم ، وقد وافق الشافعية فقهاء المالكية في حكم الصوف حيث قالوا أن ترك الصوف على ظهر الغنم بعد تمامه من غير جز دليل على أنه مقصود رهنه مع الغنم أما اذا كان ناقصاً فإنه يكون كالزيادة المنفصلة وهي لا تدخل في الرهن وللراهن جزه بعد تمامه⁽¹⁾ .

بعد ذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم يظهر من وجه نظري المتواضعة

1 – أن القول بتبعية الزيادة للأصل يزيد من الاستيثاق الذي شرع الرهن من أجله فتكون الزيادة مرهونة مع أصلها.

2 – أن تعذر على المرتهن استيفاء حقه من الرهن لنقص قيمته عن الدين عند البيع فلا يضار بل يرجع على هذه الزيادة ليستوفي بقية دينه ، فتكون الزيادة تابعة للرهن وضامنة للدين يحقق مصلحة الرهن الذي شرع للاستيثاق.

3 – ونلاحظ ان فقهاء الفقه الاسلامي يطلقون على كل ما كان متصلاً بالشيء المرهون أو منفصلاً عنه بزوائد الملك المرهون ، أما فقهاء القانون فأنهم يطلقون على كل تحسين أو انشاء يطرأ على العقار المرهون لفظ زوائد الشيء المرهون .

4 – اتفق الفقه الاسلامي مع الفقه القانوني في أنه يجوز للدائن المرتهن والمدين الراهن أن يتفقا على عدم شمول الرهن لملاحقات المال المرهون لان نص المادة (1292) مدني عراقي ليس من النظام العام وانما هو من الاحكام المكملة لارادة ذوي الشأن .

5 – اتفق الفقه الاسلامي مع الفقه القانوني في انه اذا امتد الرهن لزوائد المال المرهون فللدائن المرتهن أن يمارس عليه حقه في التنفيذ مع أصل المال المرهون.

6 – خالف فقهاء القانون بقية مذاهب فقهاء الفقه الاسلامي في أن الزيادة غير المتولدة كالأجرة وغلة الدار لا تدخل في الرهن بل هي خالصة للراهن فلا يتعلق بها الدين لانها حدثت بسبب التعاقد بين مالك الرهن وغيره فهي غير متولدة من المال فكانت خالصة لمن استحقتها بالعقد وكل ما اشترطه فقهاء القانون لامتداد الرهن للتحسينات والانشاءات أن تعد إضافة الى العقار المرهون ذاته وليس شيئاً مستقلاً مهما كانت قيمة هذه التحسينات والانشاءات مرتفعة وأن تعود بمنفعة على المالك .

(2) أنظر الشيخ أبا عبد الله محمد بن أدريس الشافعي ، الأم ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 163 ، وأنظر الشيخ محمد بن أحمد الشريبي ، شرح مغني المحتاج ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص 139 . وانظر الشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة ، قليوبي وعميرة ، الجزء الثاني ، مطبعة ومكتبة محمد صبيح ، بدون مكان طبع ، ص 262

(3) أنظر الشيخ الشريبي ، مغني المحتاج ، نفس المصدر ، ص 139 .

(1) أنظر عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص 300 .

الخاتمة

بعد ان انتهينا من دراسة مبدأ تخصيص الرهن ، وحيث اقتضت هذه الدراسة ، البحث في التعريف ونطاق المبدأ في القانون والفقہ الاسلامي ، وشروط المبدأ ، وممتهين الى أهم الاثار المترتبة على مبدأ تخصيص الرهن في القانون والفقہ الاسلامي، وبعد ذلك نوجز أهم النتائج ، والتوصيات التي وصلنا اليها فيما يلي :

النتائج :

1- أراد المشرع بمبدأ تخصيص الرهن بأن يبين أي العقارات التي يصح التعامل فيها ، بيد أنه لا يصح رهن العقارات كلها ، بل يجب أن يكون العقار المرهون عقاراً ، أو حقاً عينياً على عقار ، وهذا ما تقضي به الفقرة الاولى من المادة (1290) مدني ، ويجب ان يكون العقار أو الحق العيني العقاري ، مما يصح التعامل فيه ، وبيعه في المزاد العلني ، ويجب أن يكون المرهون معيناً تعييناً نافياً للجهالة ، أي يجب أن يكون الرهن وارداً على مال معين بالذات من وقت العقد ، وان يكون مقصوراً على ضمان دين معين بالذات ، ومحدد مقداره ، أي يشترط في الدين المضمون ، وهو ركن السبب في عقد الرهن أن يكون موجوداً ، ومخصصاً ، ولا يشترط في وجود الدين المضمون أن يكون منجزاً ، بل يصح أن يكون الدين معلقاً على شرط ، أو ديناً مستقبلاً ، أو ديناً احتمالياً كما في تقرير الرهن ضماناً لاعتماد مفتوح ، او لحساب جاري ، وبذلك تقضي المادة (1293) مدني ، وجزاء مخالفة هذا المبدأ بطلان الرهن .

2- نستنتج أن مبدأ تخصيص الرهن يرد على الرهن بنوعيه (التأميني ، والحيازي) إلا أنه في الرهن الحيازي يفقد أهميته لأنه لم يشترط القانون المدني العراقي تعيين المال المرهون رهنأً حيازياً ، بعكس ما عليه الحال في الرهن التأميني ، وهذا اتجاه محمود عليه ، وذلك لان شرط التعيين يفقد أهميته في الرهن الحيازي لان هذا استناداً الى نص المادة (1/1322) ، لا يتم ، ولا يلزم الا بالقبض ، وهذا القبض يقتضي التعيين ، والتعيين يقتضي بدوره مبدأ تخصيص الرهن تبعاً .

3- نستنتج أن تعيين المال المرهون يمثل المحل في عقد الرهن ، وتعيين الدين المضمون يمثل ركن السبب ، لذا فان الاخلال في احدهما يترتب عليه بطلان العقد ، لانه بطلان ناتج عن الاخلال بأركان العقد .

4- نستنتج الى ان المشرع العراقي لم يشر شأنه شأن المشرع الأردني الى البيانات الواجب توافرها عند تعيين المرهون ، والدين المضمون ، تاركاً ذلك الى اجراءات التسجيل العقاري الكفيلة في بيان تلك البيانات ، مخالفاً بذلك المشرع المصري وعلّة ذلك تكمن في ان التسجيل لا يتم دون أن يكون مستوفياً الى بيانات مبدأ تخصيص الرهن .

5- نستنتج أن هناك منقولات ذات طبيعة خاصة تخضع لنظام التسجيل ، وذلك لان طبيعتها لا تستجيب الى تسليمها الى الدائن المرتهن ، كما عليه الحال بالنسبة للطائرات ، والسفن ، والمركبات ، مما يؤدي خضوعها الى احكام الرهن التأميني ، وبالتالي تخضع لاحكام مبدأ تخصيص الرهن .

6- نستنتج أن الرهن الحيازي ، يقع على المال المرهون ذاته وعلى ملحقاته وتتحدد هذه الملحقات في الاصل باتفاق المتعاقدين ، ولان طبيعة الرهن الحيازي تتطلب نقل حيازة المال المرهون الى الدائن المرتهن ، او الى شخص آخر ، تقضي بانه تلحق ثمار هذا المال بمجرد تسليم المال ، وفي ذلك يختلف الرهن الحيازي عن الرهن التأميني ، فقد رأينا أن ثمار

المرهون رهناً تأمينياً لالتحق بهذا المرهون بمجرد العقد ، بل من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية .

7- نستنتج بان القول بتبعية الزيادة للأصل يزيد من الاستيثاق الذي شرع الرهن من أجله فتكون الزيادة مرهونة مع أصلها ، وان تعذر على المرتهن استيفاء حقه من الرهن ، لنقص قيمته عن الدين عند البيع ، فلايضار ، بل يرجع على هذه الزيادة ليستوفي بقية دينه ، فتكون الزيادة تابعة للرهن ، ضامنة للدين ، وبذلك يحقق مصلحة الرهن الذي شرع للاستيثاق.

8- نستنتج أن فقهاء الفقه الاسلامي قد عرفوا مبدأ تخصيص الرهن ، واتفقوا على ان مايصح بيعه يصح رهنه ، وما لا يصح بيعه لا يصح رهنه ، والشروط فيما يباع كالشروط فيما يرهن ، واتفقوا على ان يكون المرهون معيناً تعييناً دقيقاً نافياً للجهالة التي تؤدي الى النزاع ، ويشترط الفقهاء في المرهون به ، أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة ، وعليه لا يصح الرهن بالدين الموعود به ، وبما سيقرضه المرتهن للراهن ، لان الدين عند عقد الرهن لا وجود له حتى يتقرر الرهن ضماناً له ، ولكن فقهاء الحنفية والمالكية أجازوا الرهن بما سيقرض استحساناً لحاجة الناس . وقال فقهاء الشافعية ، لم يجز الرهن بدين مستقبل لانه ليس بحق ثابت في الذمة عند عقد الرهن ، وقد شرع الرهن عند ثبوت الدين لا عند الموعود به ، وقال فقهاء الامامية ، اذا وقع الرهن بعد ثبوت الدين صح اجماعاً ، واذا وقع مع العقد الموجب للدين صح ايضاً.

9- نستنتج أن القانون المدني وافق في تعريفه للعقار ما ذهب اليه فقهاء المالكية ، وخالف ماذهب اليه فقهاء الاحناف الذين يقصرون العقار على الارض فقط دون غيرها ، كذلك نستنتج ان فقهاء الفقه الاسلامي يطلقون على كل ما كان متصلاً بالمرهون ، أو منفصلاً عنه بزوائد الشيء المرهون ، اما فقهاء القانون فأنهم يطلقون على كل تحسين أو إنشاء يطراً على المرهون لفظ زوائد الشيء المرهون ، كما يتضح أن فقهاء الفقه الاسلامي عرفوا الملحقات ، بأنها ما عدا حقوق الارتفاق عما ارتبط بالأصل ارتباطاً دائماً ، مؤقتاً غير متولد منه لتحقيق أصل الانتفاع به ، أو لاتمام الانتفاع به ، أما فقهاء القانون فقد عرفوها بأنها ما أعد بصفة دائمة الاستعمال الشيء طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء، وقصد المتعاقدين، فقد اشترط فقهاء القانون الاعداد الدائم لعد الشيء ملحقاً بالأصل ، اما فقهاء الفقه الاسلامي فلم يشترطوا الدوام ، فالشيء عندهم قد يكون مرتبطاً بالأصل ارتباطاً مؤقتاً، ومع ذلك يعد ملحقاً به لانه مرتبط به على وجه يحقق الانتفاع به .

10- نستنتج اتفاق الفقه الاسلامي ، مع الفقه القانوني ، في انه يجوز للدائن المرتهن ، والمدين الراهن ان يتفقا على عدم شمول الرهن لملاحقات المرهون لان نص المادة(1292) مدني ليس من النظام العام ، وانما هو من الاحكام المكملة لإرادة نوي الشأن ، واذا امتد الرهن لزوائد المرهون ، فللدائن المرتهن أن يمارس عليه حقه في التنفيذ مع اصل المرهون ، ويتضح مخالفة فقهاء القانون ،بقية فقهاء الفقه الاسلامي في ان الزيادة غير المتولدة كالأجرة ، وغلة الدار لاتدخل في الرهن ، بل هي خالصة للراهن ، فلا يتعلق بها الدين ، لانها حدثت بسبب التعاقد بين مالك الرهن ، وغيره فهي غير متولدة من المال فكانت خالصة لمن استحقتها بالعقد ، وكل ما اشترط فقهاء القانون ، لامتداد الرهن للتحسينات والانشاءات أن تعد اضافة الى المرهون ذاته ، وليس شيئاً مستقلاً مهما كانت قيمة هذه التحسينات والانشاءات مرتفعة ، وأن تعود بمنفعة على المالك . ويتضح أيضاً اتفاق الفقه القانوني مع الفقه الاسلامي ، في ان حقوق الارتفاق الايجابية تدخل في الرهن مع الرهون بانواعها جميعاً بحيث تصير مرهونة معه ، ولايجوز الحجز عليها منفصلة عن العقار.

11- نستنتج ان الاثار لاتكون نافذة بين المتعاقدين ، او بالنسبة الى الغير ما لم تسجل في السجل العقاري ، أي ان أثر تخصيص الرهن في حالة وجوده يترتب عليه اذا كان تعيين المرهون شرطاً من الشروط المهمة لنشوء الحق العيني ، فان الرهن الوارد على مال تجرد من التعيين لا يعد حقاً عينياً بالمعنى الصحيح بل هو حق شخصي ، وينشأ الحق العيني متى قام المدين باجراء هذا التعيين أي اخذ بمبدأ تخصيص الرهن ، وأن عدّ الرهن الوارد على المرهون غير معين حق شخصي ، وان الحق المقرر للدائن المرتهن في هذه الحالة لا يثبت فيه حق التتبع ليس الامر حقاً عينياً تجرد من سلطة التتبع ، ولكنه أمر عدم وجود هذا الحق نفسه ، بمعنى أن المرهون التي حرمت من ميزة التتبع هي رهون ضعيفة ، أي ان حق التتبع لا يظهر في الرهون بدون التعيين أو التخصيص.

12- نستنتج ان اسباب البطلان ، اما خلل في ذات العقد ، ومقوماته أي في ركنه ، واما خلل في أوصافه الخارجية عن ذاته ومقوماته ، فالأول مثل أن يصدر الايجاب أو القبول ممن ليس أهلاً للتعاقد ، أو لا يوافق القبول الايجاب ، أو أن يكون المحل مما لا يجوز التعامل فيه ، أو أن يكون خالياً عن سبب ، أو أن يكون السبب غير مشروع ، أو أن يكون المحل أو السبب مخالفاً للنظام العام ، فكل من هذا الاخلال يمس ذات العقد ومقوماته ، والثاني مثل أن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة ، أو لا يستوفي الشكل الذي فرضه القانون ، وقد عالج المشرع العراقي في القانون المدني ، وقانون التسجيل العقاري أحكام التسجيل معالجة تختلف عما أورده المشرع المصري ، فالنصوص القانونية في القانون المدني العراقي تؤكد على ان التسجيل يعد ركناً من أركان العقد ، وان الرهن الوارد على عقار لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، ولم يقتصر التسجيل بوصفه ركناً من أركان العقد على العقار ، بل توسع ليشمل بعض المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، وبما أن التسجيل ركن من أركان الانعقاد ، وأن التسجيل يحتوي مبدأ تخصيص الرهن ، الذي يعد الشرط الثاني في شروط الشكل في عقد الرهن وهما الرسمية ، والتخصيص فان تخلف هذا الركن يترتب عليه البطلان .

13- يترتب في حالة انعدام مبدأ تخصيص بطلان الرهن في القانون المدني العراقي ، حيث نلاحظ ان القانون المدني العراقي لم ينص في المادة (1290) منه على بطلان الرهن كأثر لانعدام مبدأ تخصيص الرهن ، وإنما ترك ذلك للقواعد العامة المادة (3/128) منه التي تقرر اذا لم يعين محل العقد ، فالعقد باطل ، مخالفاً بذلك القانون المدني المصري الذي ينص في المادة (2/1035) منه على بطلان الرهن ، ان لم يرد هذا التعيين في عقد الرهن ذاته ، اما القانون المدني الاردني ومن خلال نص المادة (1329) منه ان جزاء عدم التخصيص هو قابليته للابطال ، وليس البطلان ، وهو امر جوازي للقاضي لا وجوبي وحبذا لو جعله المشرع وجوبياً ، لما ينطوي على عدم التخصيص من الاضرار بحقوق الدائنين العاديين.

14- اتفاق فقهاء الفقه القانوني ، على ضرورة تعيين المرهون ، والدين المضمون ، لان في تعيين المال المرهون تعييناً لمحل الرهن ، وانعدام التعيين يترتب عليه انعدام محل الرهن ، مما يترتب عليه بطلان الرهن ، وتعيين الدين المضمون ولانه يمثل السبب في عقد الرهن ، ولان انعدام التعيين يمثل انعدام ركن السبب في عقد الرهن ، والذي يترتب عليه بطلان الرهن أيضاً ، لتخلف ركن من أركان العقد ، الا وهو ركن السبب ، لذا فان مبدأ تخصيص الرهن متفق على وجوبه في الفقه الاسلامي ، والفقه القانوني.

التوصيات

1- لقد سكت القانون المدني العراقي مخالفاً في ذلك كلاً من القانون المدني المصري ، والقانون المدني الاردني ، في الجزاء المترتب على عدم تعيين المال المرهون ، حيث تم بنص القانون المدني العراقي في المادة (2/1292) منه على الجزاء المترتب على مخالفة مبدأ تخصيص الرهن ، مخالفاً لكل من القانون المدني المصري والاردني ، ونوصي أن ينص القانون على الجزاء المترتب على ذلك .

2- نوصي بتعديل نص المادة (1/62) من القانون المدني العراقي ، لكي تواكب التطور التكنولوجي في الوقت الحاضر.

3-نقترح تعديل نص المادة (40) من قانون الطيران المدني العراقي رقم (148) لسنة 1974 ، والتي تنص على انه (الطائرة ما منقول فيما يتعلق بتطبيق القوانين والقواعد والانظمة النافذة في الدولة ومع ذلك فان نقل ملكية الطائرة يجب ان يتم بموجب سند رسمي ، ولا يكون له أثر اتجاه الغير إلا بعد قيده في السجل الخاص بذلك) .

على النحو الاتي (مع عدم الاخلال بالاحكام الواردة في هذا القانون تعد الطائرة مالاً منقولاً ومع ذلك فان التصرفات والوقائع التي تترتب على انشاء او نقل أو قضاء حق الملكية او الحقوق العينية الاخرى على الطائرة لا تكون حجة على الغير الا اذا اشهرت بطريق التسجيل او القيد بحسب الاحوال في السجلات المشار اليها في هذا القانون) .

4- نقترح تنظيم نصوص خاصة وصريحة تنظم مبدأ تخصيص الرهن الوارد على المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، كما هو سائد في الرهن التأميني على المنقولات .

5- نقترح ورود نص خاص بالرهن بالنسبة لرهن المركبة ، بدلاً من استنتاج مفهوم الرهن تحت مفهوم (العقود والمعاملات المتعلقة بالمركبات) التي نصت عليها المادة (1/5) من قانون المرور العراقي المرقم (48) لسنة 1971 المعدل.

6-نقترح تعديل نص المادة (1290) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (1- لايجوز ان يرد الرهن التأميني الا على عقار أو حق على عقار . 2- ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه ، وبيعه وان يكون معيناً).

على النحو الاتي (مع عدم الاخلال بالاحكام الواردة في هذا القانون 1- يرد الرهن التأميني على عقار أو حق عيني على عقار أو منقولات ذات طبيعة خاصة . 2- ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه ، وان يكون معيناً تعييناً دقيقاً والأوقع الرهن باطلاً) . لان العقار المرهون اذا صح التعامل فيه جاز بيعه ، واذا كان معيناً صح التعامل فيه .

7- لاحظنا أن المشرع العراقي لم يقصر قيد التسجيل على العقار فقط بل توسع ليشمل المنقولات لكن لم يتضمن تشريعنا المدني النص على خضوع المنقولات للتسجيل وإنما تبنته تشريعات أخرى ، منها قانون الطيران المدني ، وقانون تسجيل السفن ، وقانون المرور ، وقانون كتاب العدول .

لذا نقترح أن تكون الجهة المسؤولة عن التسجيل فرعاً في مديرية التسجيل العقاري ، أي انشاء ، مكاتب تسجيل المنقول وتكون ملحقه بهذه المديرية تختص باجراءات التسجيل للتصرفات الواردة على المنقولات ذات الطبيعة الخاصة أي ذات القيمة الاقتصادية الكبيرة والخاضعة للتسجيل وتسمى (مكاتب تسجيل المنقولات ذات الطبيعة الخاصة) ، وأن هذا الامر مشجع للتسجيل ويسير للغير ان يطلع على التصرفات الواردة على هذه المنقولات ، بكل سهولة .

وقد وردت ملاحظات ومقترحات اخرى في متن هذه الرسالة لم نجد ضرورة لتكرارها هنا . ارجو أن اكون قد وفقت فيها .

هذا وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أفضل المرسلين أبي
القاسم محمد بن عبدالله وعلى اله الطيبين الطاهرين المعصومين .