

القَبَضُ فِي عَقْدِ الرِّهْنِ الْحَيَازِيِّ

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها
عمار محسن كزار

الى مجلس كلية القانون - جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف
الدكتور
عباس علي محمد الحسيني
استاذ القانون المدني المساعد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

((وَالَّذِي يُسَبِّحُ بِحَمْدِ اللَّهِ لَا يَمْلِكُ مَعَهُ شَيْءٌ مِنْ شَيْءٍ))

سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ

مُحَمَّدٌ اللَّهُ الْمَلِكُ الْمُطَهَّرُ

سورة النجم، الآية ٣٩.

إقرار المشرف

اشهد بأن رسالة الماجستير للطالب **عمار محسن كزار الموسومة (القبض في عقد الرهن الحيازي – دراسة مقارنة)** قد جرت تحت اشرافي في كلية القانون / جامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير , وهي جديرة بنيل درجة الماجستير في القانون الخاص .

التوقيع :
المشرف : أ.م.د. عباس علي محمد
التاريخ : / / ٢٠٠٦ م .

بناءً على التوصيات المطلوبة ارشح هذه الاطروحة للمناقشة .

التوقيع :
الأسم : أ.م.د. حكمت عبد الرزاق الدباغ
م. العميد للشؤون العلمية والدراسات العليا

/ / ٢٠٠٦ م .

إقرار المقوم اللغوي

أشهد بأن رسالة الماجستير للطالب (**عمار محسن كزار**) الموسومة (**القبض في عقد الرهن الحيازي – دراسة مقارنة**) قد تمت مراجعتها من الناحية اللغوية وانها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية .

التوقيع :

المقوم اللغوي :أ.م.د. عبد الستار مهدي علي .
الكلية : التربية الاساسية – جامعة بابل .

إقرار المقوم العلمي

أشهد بأن رسالة الماجستير للطالب (عمار محسن كزار) الموسومة (القبض
في عقد الرهن الحيازي – دراسة مقارنة) قد تمت مراجعتها من الناحية
العلمية وانها صالحة للمناقشة .

التوقيع :

المقوم العلمي : أ.م.د. إيمان طارق الشكري
كلية القانون – جامعة بابل .

اقرار لجنة المناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة قد اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة
(القبض في عقد الرهن الحيازي – دراسة مقارنة) وقد ناقشنا الطالب
(عمار محسن كزار) في محتوياتها وكل ما له علاقة بها ونرى انها جديرة
بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص .

رئيس اللجنة

عضو

التوقيع :

التوقيع

الأسم : أ.م.د. حسن حنتوش رشيد

الأسم : أ.م.د. ميري كاظم عبيد

المرتبة العلمية : استاذ مساعد

المرتبة العلمية : استاذ مساعد

عضو

عضو (المشرف)

التوقيع :

التوقيع :

الأسم : أ.م. منصور حاتم حسن

الأسم : أ.م.د. عباس علي محمد

المرتبة العلمية : استاذ مساعد

المرتبة العلمية : استاذ مساعد

صدقت من قبل مجلس كلية القانون بجامعة بابل .

التوقيع :
الاستاذ الدكتور

عميد الكلية .

الاهداء

اهدي جـــــهدى المتواضع هذا .

الى كل من طلب العلم فعلا .

والى كل من صدقه بعلمه فنجا .

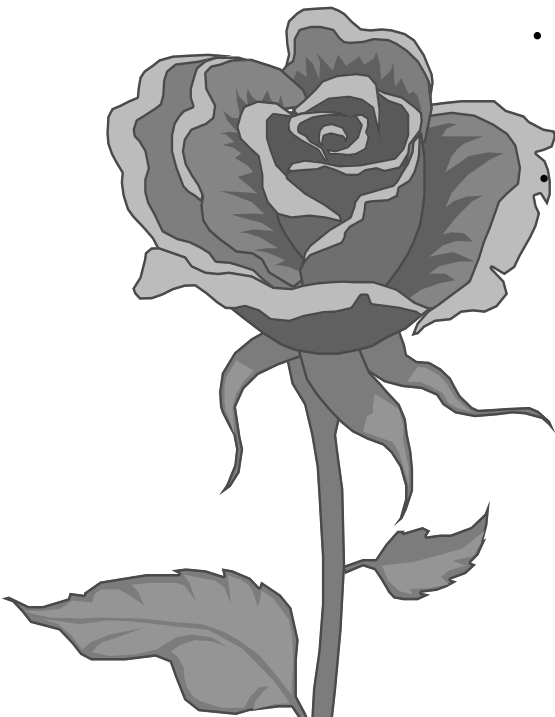
والى كل من آثر مجــــهده فترقى .

والى كل من واجهته الصعاب فتصدى .

والى كل من عـداه الجـهـل فتصدى .

لأن العلم خلدٌ فيه نبـــــقى .

ولولا العلم خُـلِدُ ماتبقى .



شكر وتقدير

يسرني في هذا المقام ان اقدم شكري وتقديري الى استاذي المشرف الدكتور عباس علي محمد الحسيني المحترم لما ابداه لي من التوجيهات السديدة والملاحظات القيمة التي كان لها الدور الاكبر في اظهار هذه الرسالة بالمظهر الذي هي عليه الآن , فجزاه الله خير جزاء المحسنين.

كما يسعدني ان ابعث اعذب كلمات الامتنان الى جميع اساتذتي الذين وسعوني علما عبر المراحل الدراسية المختلفة , حتى جعلوني اصل الى المقام الذي يقر عيونهم . وكما يشرفني ان اقدم اجمل كلمات الحب والوفاء الى افراد عائلتي الكريمة الذين تكاتفوا معي في مجالات الحياة كافة.

كما لايفوتني ايضا ان اشكر جميع العاملين في المكتبات العلمية في محافظات عراقنا الحبيب لما قدموه من خدمة الى طلبة العلم .

المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
٣-١	المقدمة
٨-٤	تمهيد :
٤١-٩	الفصل الأول : مفهوم القبض .
١٤-٩	المبحث الاول : تعريف القبض
١١-٩	المطلب الاول : القبض لغة .
١٤-١٢	المطلب الثاني : القبض اصطلاحاً .
٤١-١٥	المبحث الثاني : شروط القبض .
٣٢-١٥	المطلب الاول : ان يكون لقبض بإذن الراهن .
٣٩-٣٢	المطلب الثاني : ان يتم القبض من قبل الدائن المرتهن او ممن يمثله .
٤١-٤٠	المطلب الثالث : ان يكون المال المرهون قابلاً للقبض
٧٩-٤٢	الفصل الثاني : تكييف القبض وكيفية اجرائه .
٥٧-٤٢	المبحث الاول : تكييف القبض .
٤٤-٤٢	المطلب الاول : القبض ركن في عقد الرهن .
٥٢-٤٥	المطلب الثاني : القبض شرط في عقد الرهن
٤٦	الفرع الاول : القبض شرط صحة في عقد الرهن .
٤٨-٤٧	الفرع الثاني : القبض شرط لزوم في عقد الرهن .
٤٩-٤٨	الفرع الثالث : القبض شرط تمام في عقد الرهن .
٥٢-٤٩	الفرع الرابع : القبض شرط نفاذ في عقد الرهن .
٥٧-٥٢	المطلب الثالث: القبض ليس ركناً ولا شرطاً في عقد الرهن
٨٠-٥٨	المبحث الثاني : كيفية اجراء القبض .
٧٢-٥٨	المطلب الاول : طريقة القبض .
٦٥-٥٨	الفرع الاول : طريقة قبض العقار .
٧٢-٦٥	الفرع الثاني : طريقة قبض المنقول .
٦٩-٦٥	اولاً : طريقة قبض المنقول المادي .
٧٢-٧٠	ثانياً : طريقة قبض المنقول المعنوي .

رقم الصفحة	الموضوع
٧٧-٧٢	المطلب الثاني : زمان ومكان القبض .
٧٥-٧٣	الفرع الاول : زمان القبض .
٧٧-٧٦	الفرع الثاني : مكان القبض .
٧٩-٧٧	المطلب الثالث : حالة المرهون عند القبض ونفقات قبضه
٧٨-٧٧	الفرع الاول : حالة المرهون عند القبض .
٧٩-٧٨	الفرع الثاني : نفقات قبض المرهون .
١٣٠-٨٠	الفصل الثالث : آثار الرهن الحيازي بعد القبض .
٩٦-٨٠	المبحث الاول : الآثار بالنسبة للراهن
٩٣-٨٠	المطلب الاول : تقييد حق الراهن في ممارسة سلطات المالك.
٨٢-٨١	الفرع الاول : سلطة الاستعمال .
٨٤-٨٣	الفرع الثاني : سلطة الاستغلال .
٩٣-٨٥	الفرع الثالث : سلطة التصرف .
٩٦-٩٣	المطلب الثاني : التزام الراهن بضمان سلامة الرهن .
١٣٠-٩٦	المبحث الثاني : الآثار بالنسبة للمرتهن .
١٠٣-٩٦	المطلب الاول : الحق الذي يترتب للمرتهن (حق الحبس)
١٣٠-١٠٤	المطلب الثاني : الالتزامات التي تترتب على المرتهن
١١٤-١٠٤	الفرع الاول : الالتزام بحفظ المرهون وصيانته .
١٢٦-١١٥	الفرع الثاني : الالتزام بإدارة المرهون واستغلاله .
١٣٠-١٢٦	الفرع الثالث : الالتزام برد المرهون .
١٣٤-١٣١	الخاتمة
١٥٧-١٣٥	المصادر
١-٢	الخلاصة باللغة الانكليزية .

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف الخلق أجمعين أبي القاسم محمد بن عبد الله وعلى اله الطيبين الطاهرين واما بعد .

فان مقدمة هذه الرسالة سنتناول فيها المحاور الاتية (موضوع البحث ، اهمية البحث واسباب اختياره ، خطة البحث) .

١- موضوع البحث .

لاغنى للإنسان عن الحياة في مجتمع ينتظمه مع افراد جنسه , وهذا الامر ادى الى نشوء العلاقات الاجتماعية بين الافراد ومنها المعاملات المالية التي قد تدعو الشخص الى الاقتراض. والأصل ان الدائن يثق بالمدين ولكن في حالة عدم ثقته به ، او تخوفه من اعساره عند حلول اجل الدين ، فانه قد يلجأ الى الرهن الحيازي بان يقدم المدين او كفيله العيني الى الدائن المرتهن ضماناً , وهذا الضمان يتمثل بمال معين يسمى محل الرهن .

وان تحقيق ثقة الدائن المرتهن في الاستيفاء وازالة تخوفه من اعسار المدين تشترط تحقق القبض ، ويتم ذلك بخروج المال المرهون من حيازة المدين الراهن او كفيله العيني ودخوله بحيازة المرتهن او من يمثله .

٢- اهمية البحث واسباب اختياره .

ان السبب الذي دفعني الى اختيار هذا الموضوع - أي القبض في عقد الرهن الحيازي - دراسة مقارنة , عنواناً لهذه الرسالة يتمثل في أن الرهن الحيازي بصورة عامة على الرغم من اهميته الكبيرة وشيوعه من الناحية العملية وتصنيفه ضمن العقود المسماة , فإن موضوع القبض فيه يعاني من القصور والصمت في مواضع متعددة من القوانين مما جعلنا امام الكثير من التساؤلات التي تحتاج الى بحث وتوضيح , كما انه على الرغم من ان هناك مؤلفات في عينية العقود الا انه لا توجد فيها دراسة مقارنة الا بشكل محدود جداً وان هذه المؤلفات فضلاً عن قلتها فانها غالباً ما تشير الى الفقه الإسلامي بأقتضاب او بصورة غير شاملة لكل آراءه او عدم عرض ادلة كل رأي بصورة عادلة , الأمر الذي لم يفسح المجال لمشرعي القوانين الوضعية للاستئناس بهذه الآراء ولولا ذلك لكانت صياغة النصوص القانونية أكثر تلبية للواقع العملي .

٣- خطة البحث :

تقتضي دراسة القبض في عقد الرهن الحيازي تقسيم هذه الرسالة على ثلاثة فصول مسبقة بتمهيد .

اما الفصل الأول فنخصه لمفهوم القبض , وسنقسمه على مبحثين نتناول في المبحث الأول تعريف القبض وذلك في مطلبين , نبين في المطلب الأول رتعريف القبض لغة , بينما نبين في المطلب الثاني تعريف القبض اصطلاحاً , وسنتناول في المبحث الثاني شروط القبض وذلك في ثلاث مطالب , نبين في المطلب الأول الشرط الذي يقضي بأن يكون القبض بأذن الراهن بينما نبين في المطلب الثاني الشرط الذي يقضي بأن يتم القبض من قبل الدائن المرتهن او ممن يمثله اما المطلب الثالث فسنبين فيه الشرط الذي يقضي بأن يكون المال المرهون قابلاً للقبض .

اما الفصل الثاني فنخصصه لتكييف القبض وكيفية اجرائه , وسنقسم هذا الفصل على مبحثين , نتناول في المبحث الاول تكييف القبض وذلك في ثلاثة مطالب , نبين في المطلب الاول مدى امكان اعتبار القبض ركناً في عقد الرهن , بينما نبين في المطلب الثاني مدى امكان اعتبار القبض شرطاً في عقد الرهن وذلك في اربعة فروع , نوضح في الفرع الاول مدى امكان اعتبار القبض شرطاً في صحة عقد الرهن , و نخصص الفرع الثاني لمدى امكان اعتبار القبض شرطاً في لزوم عقد الرهن , ونتناول في الفرع الثالث مدى امكان اعتبار القبض شرطاً في تمام عقد الرهن , ونبين في الفرع الرابع مدى أمكان اعتبار القبض شرطاً في نفاذ عقد الرهن , اما المطلب الثالث فسنبين فيه مدى امكان اعتبار ان القبض ليس ركناً ولا شرطاً في عقد الرهن , أما المبحث الثاني فسنبين فيه كيفية اجراء القبض وذلك في ثلاثة مطالب , نبين في المطلب الأول طريقة القبض وذلك في فرعين , نوضح في الفرع الاول طريقة قبض العقار , و نخصص الفرع الثاني لطريقة قبض المنقول وذلك في نقطتين رئيسيتين , نكرس النقطة الأولى لطريقة قبض المنقول المادي , بينما نكرس النقطة الثانية الى طريقة القبض المعنوي, اما المطلب الثاني فسنبين فيه زمان ومكان القبض وذلك في فرعين , نوضح في الفرع الاول زمان القبض , و نخصص الفرع الثاني لمكان القبض, اما المطلب الثالث فسنبين فيه حالة المرهون عند القبض ونفقات قبضه وذلك في فرعين, نوضح في الفرع الاول حالة المرهون عند القبض, ونبين في الفرع الثاني نفقات قبض المرهون .

اما الفصل الثالث فسنخصصه لاثار الرهن الحيازي بعد القبض , وسنقسم هذا الفصل على
مبحثين , نتناول في المبحث الاول الاثار التي تترتب بالنسبة للراهن وذلك في مطلبين , نبين في
المطلب الاول ما يترتب من تقييد حرية الراهن في ممارسة سلطات المالك وذلك في ثلاثة
فروع , نوضح في الفرع الاول تقييد حرية الراهن في ممارسة سلطة الاستعمال , كما
سنخصص الفرع الثاني لتقييد حرية الراهن في ممارسة سلطة الاستغلال , ونتناول في الفرع
الثالث تقييد حرية الراهن في ممارسة سلطة التصرف , اما المطلب الثاني فسنبين فيه التزام
الراهن بضمان سلامة الرهن , وسنتناول في المبحث الثاني الاثار التي تترتب بالنسبة للمرتهن
وذلك في مطلبين , نبين في المطلب الاول الحق الذي يترتب للمرتهن (حق الحبس) , بينما
نبين في المطلب الثاني الالتزامات التي يربتها القبض على المرتهن وذلك في ثلاثة فروع ,
نوضح في الفرع الاول التزام المرتهن بحفظ المرهون وصيانتة , ونوضح في الفرع الثاني
التزام المرتهن بإدارة المرهون واستغلاله , و نوضح في الفرع الثالث التزام المرتهن برد
المرهون .

تمهيد :

لقد نشأت فكرة القبض نتيجة للتطور التاريخي لفكرة الضمان .

ففي العصور القديمة كان الدائن يمتلك سلطة على حياة المدين اذا لم يقيم الاخير بسداد دينه^(١). وفي مراحل تاريخية لاحقة انتقلت سلطة الدائن الى حرية المدين^(٢) .

وبمرور السنين تطورت العقلية القانونية لدى الشعوب فبدأت فكرة الضمان تتحول من جسم المدين الى ذمته المالية^(٣) , وهذا ما يعبر عنه بحق الضمان العام . إلا ان هذا الضمان لا يكفل للدائن حق إستيفاء دينه كاملاً من مدينه اذ ان التأمل في احكام الضمان العام يكشف عن عيوب لا تجعل الدائن في مأمن من الأخطار , فمن جهة ان جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الأمر الذي قد يعرض الدائن إلى خطر عدم استيفاء دينه كاملاً^(٤) .

ومن جهة اخرى فان هذا الضمان لا يرفع يد المدين عن التصرف في امواله الامر الذي قد يعرض الدائن الى خطر اخراج المدين لامواله من ذمته بطرق احتيالية فتضعف بذلك فرصة الدائن لاستيفاء حقه^(٥) .

ولذلك وفي مراحل تاريخية لاحقة ظهر الضمان الخاص وسيلةً لتفادي هذه العيوب وقد أُطلق على هذا الضمان مصطلح التأمينات , وهذه التأمينات اما ان تكون شخصية او عينية . وقد بدأت التأمينات الشخصية من الناحية الزمنية بالظهور قبل التأمينات العينية , وذلك لان النظام

(١) انظر الدكتور عبد المجيد الحفماوي , د. عكاشة محمد عبد العال , تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية والقانون الروماني, مطبعة الحوادث , بغداد , ١٩٨٩ , ص ١٨٢ .

(٢) انظر د. شعيب احمد الحمداني , قانون حمورابي , بيت الحكمة , بغداد , ١٩٨٨ , ص ٧ .

(٣) وتعرف الذمة المالية بانها مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات والتزامات . انظر شامل رشيد ياسين الشخيلي , عوارض الاهلية بين الشريعة والقانون , رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة - جامعة بغداد - ١٣٩٤ هـ , ١٩٧٤ م , ص ٢٣ . انظر في مايتعلق بموضوع الذمة المالية استاذنا منصور حاتم محسن الفتلاوي , نظرية الذمة المالية - دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعي والاسلامي , عمان , ١٩٩٩ .

(٤) انظر د. شمس الدين الوكيل , نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد , الجزء الاول , الطبعة الاولى , دار المعارف , مصر , ١٩٥٦ , ص ٢٠ .

(٥) انظر د. نبيل إبراهيم سعد , التأمينات العينية والشخصية , منشأة المعارف , الاسكندرية , ١٩٨٢ ص ٩ . القاضي حسين عبد اللطيف حمدان , التأمينات العينية , الطبعة الثانية , الدار الجامعية , بيروت , ١٩٨٥ , ص ٢٤١ د. منصور مصطفى منصور , التأمينات العينية , المطبعة العالمية , القاهرة , ١٩٦٣ , ص ٧ .

الاجتماعي للقبيلة ثم للأسرة كان يقوم على الترابط والتضامن فيما بين افرادها , الامر الذي يهيئ السبيل الى التأمينات الشخصية من تضامن وكفالة^(١). كما ان طبيعة المجتمعات البدائية ماكانت تسمح للتأمينات العينية بالظهور لانها تفترض حضارة أكثر تقدماً , فقد ظهرت عندما أمكن تنظيم حق الملكية , ثم تفريع الحقوق العينية الاخرى عن هذا الحق ثم التمييز بين الحقوق العينية الأصلية وبين الحقوق العينية التبعية^(٢) , وهذا لم يحدث الا في وقت متأخر تحت تأثير القانون اليوناني^(٣).

هذا وان التصوير الأول للضمان العيني كان يقوم على أساس نقل ملكية الشيء المقدم باعتباره ضماناً الى الدائن بلا قيد ولا شرط حتى اذا ما قام المدين بوفاء الدين فيما بعد , اعاد اليه الدائن هذه الملكية , ثم رؤي بعد ذلك في مرحلة تالية ان يكون انتقال الملكية معلقاً على شرط فاسخ هو حصول الوفاء في الموعد المحدد فتعود الملكية بحكم القانون الى المدين بمجرد تحقق الشرط , وهذا هو البيع الوفائي , وظهر بعد ذلك الرهن الحيازي اذ يتوافر ضمان الدائن بنقل الحيازة اليه ومن غير حاجة لنقل الملكية , ويتبين من ذلك ان الرهن الحيازي يرتبط في أصله التاريخي ببيع الوفاء الذي لا يكون الا مجرد صورة من صور التأمين العيني , يؤدي من الناحية الاقتصادية نفس الوظيفة التي يقوم بها الرهن^(٤).

(١) انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , التأمينات الشخصية والعينية , الجزء العاشر , مطبعة دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٧٠ , ص ١٣ . وتقوم الكفالة على ضم ذمة شخص يسمى الكفيل الى ذمة المدين بالمطالبة , بحيث اذا لم يستطع الدائن ان يحصل على حقه من المدين , كان له ان يحصل على هذا الحق من الكفيل , المادة ١٠٠٨ من القانون المدني العراقي . انظر ايضاً في هذا الصدد د. محمد لبيب شنب , دروس في التأمينات العينية والشخصية , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٥٠ , ص ٤ .

(٢) والحق العيني الاصلي هو الحق الذي ينشأ مستقلاً بذاته غير مستند في وجوده الى حق اخر والذي يخول صاحبه حق استعمال الشيء واستغلاله , اما الحق العيني التبعية فهو الحق الذي لا ينشأ مستقلاً بذاته بل يستند في وجوده الى حق اخر هو الحق الشخصي (الدين) ويتقرر الحق العيني التبعية ضماناً للوفاء به , انظر أ. عبد الباقي البكري و أ. زهير البشير , المدخل لدراسة القانون , مديرية دار الكتب للطباعة والنشر , بغداد , ١٩٨٩ , ص ٢٦٢ , ٢٦٤ .

(٣) انظر أ. محمد طه البشير , و د . غني حسون طه , الحقوق العينية , مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر , الموصل , ١٩٨٢ , ص ٣٤٧ .

(٤) انظر د . محمد علي إمام , التأمينات الشخصية والعينية , مطبعة نهضة مصر , القاهرة , ١٩٥٦ , ص ٤٤٨ . وهذا ما أكدته القانون المدني العراقي اذ نصت المادة (١٣٣٣) منه على أن (بيع الوفاء يعتبر رهنأ حيازياً) . وقد عرفت المادة (١١٨) من مجلة الأحكام العدلية بيع الوفاء بقولها (بيع الوفاء هو البيع بشرط ان البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع وهو في حكم البيع الجائز بالنظر الى انتفاع المشتري به وفي حكم البيع الفاسد بالنظر الى كون كل من الفريقين مقتدرأ على الفسخ وفي حكم الرهن بالنظر الى ان المشتري لا يقدر على بيعه).

وقد عرف الرومان الرهن الحيازي عن طريق دعوى أخذ رهينة التي تهدف الى اجبار المدين على الوفاء بدينه وتتمثل في إستيلاء الدائن على مال من أموال مدينه وحجزه عنده كرهينة للضغط عليه حتى يقوم بنفسه بالاستيلاء على مال مدينه بعد التلّفظ ببعض العبارات الرسمية دون الحاجة الى تدخل الحاكم بل ودون حاجة الى صدور حكم سابق بالدين الا انه بالامكان المعارضة في شرعية استعمال الدائن لهذا الحق بما تؤدي اليه هذه المعارضة من تحقيق صحة الإجراء أمام الحاكم , وان حق الدائن كان يتمثل في احتفاظه بحيازة المال المرهون ليضغط بذلك اقتصاديا على المدين حتى يفي بدينه وليحصن نفسه من مزاحمة الدائنين الاخرين ولا يمتد الى ما وراء ذلك فلا هو يبيعه ليستوفي حقه من ثمنه ولا هو يملكه في مقابل الدين , وانما حقه يقتصر على حبسه مدة معينة حتى يقوم المدين بالوفاء فاذا ما انتهت هذه المدة دون ان يوفي المدين دينه اصبح من حق الدائن ان يعدم هذا المال ^(١) .

كما عرف الرومان ايضاً رهن الحيازة , على نحو مقارب لما هو عليه الحال في العصر الحديث , منذ عصوره الأولى بدليل ان قانون الألواح الاثني عشر قد تكلم عنه , الا ان اللجوء اليه قد شاع في أواخر عهد الجمهورية ومن ثم بدأ يكسب أهمية بحسبانه نظاماً قانونياً مستقلاً^(٢) . اما في بلاد وادي الرافدين فإننا على سبيل المثال لا الحصر نجد ان المواد (١١٢ - ١٢٦) من قانون حمورابي قد نظمت كل أحكام الائتمان وكانت تدور في فلك الرهن الحيازي ^(٣) . اما بخصوص الفقه الاسلامي فقد كان له الدور الكبير في تنظيم مبادئ عقد الرهن

-
- (١) انظر د. عبد المجيد الحفماوي و د. عكاشة محمد عبد العال ، مصدر سابق ، ص ١٣٠ .
- (٢) انظر د. احمد سلامة , الرهن الطليق للمنقول , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس , العدد الثاني , السنة العاشرة , ١٩٦٨ , ص ٣٠٧ .
- (٣) انظر د. عامر سليمان , القانون في العراق القديم , الجزء الاول , دار الشؤون الثقافية العامة سنة ١٩٨٧ , ص ٢٢٧ . بل ان المواد (٣٩ ، ٤٥ ، ٤٨ ، ٤٩ ، ٥٠) منه (قانون حمورابي) تطرقت بشكل غير مباشر الى رهن المنقول دون حيازة , ذلك انها قررت هذا الرهن لمصلحة الزوجة على أموال زوجها وفاء لحقوقها ولمصلحة المؤجر على أموال المستأجر لضمان الوفاء بالأجرة , وهذا يتطلب عقلية أكثر تطوراً من العقلية التي نظمت الرهن الحيازي نفسه , انظر سهام عبد الرزاق مجلي , فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له , رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد , ٢٠٠٠ , ص ٦ .

وذلك استناداً الى قوله تعالى ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَوْطٍ مِّنَ الْخُلُوعِ فَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْطَبَقَ الْفُورَ فِيهِ مَاءٌ فَشَرِبُوا وَلَٰكِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُمْ لَيَكْتُمُنَّ عَنْهُ هَٰذَا وَأَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ﴾ (١).

فهذه الآية الكريمة فيها اشارة صريحة لفكرة القبض ، الامر الذي جعله موضع اهتمام الفقهاء من حيث مركزه او دوره في عقد الرهن .

ونتيجة لتفاعل الافكار والاراء ذات الجهات المختلفة عبر المراحل التاريخية المتعاقبة اخذ نظام الرهن الحيازي بالتطور حتى وصل الى ما عليه الان ^(٢) , الأمر الذي ادى الى تطور فكرة القرض تبعاً له ^(٣) .

الا ان فكرة القبض لا تزال تتضمن عيبين اساسيين بالنسبة للراهن :

فهي اولا تؤدي الى عدم تمكنه من الاستفادة من قيمة المال المرهون في ائتمان اخر على الرغم من احتمال ان مقدار الدين المضمون لم يكن يستغرق هذه القيمة .

وهي ثانياً تؤدي الى حرمانه من الانتفاع بالمرهون ومن استعماله والذي ربما يكون مما لاغنى عنه بالنسبة لنوع النشاط الذي يمارسه المدين ^(٤).

فالقانون في الواقع انتهى بالنقطة التي بدأ منها ، اذ هو بدأ والشكالية تهيمن على مجمل العلاقات التي يحكمها ^(٥) . وانتهى يتوسع بالشكالية بعد ان قطع أشواطاً من التطور والنضج

(١) سورة البقرة ، الاية ٢٨٣ .

(٢) اذ عرفته المادة (١٣٢١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بانه (عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن او في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفائه منه كلاً او بعضاً , مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال) كما عرفته المادة (١٠٩٦) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بانه (عقد به يلتزم شخص , ضماناً لدين عليه او على غيره , ان يسلم الى الدائن او الى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يترتب عليه للدائن حقا عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين , وان لم يقدم الدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون) .

(٣) انظر في صدد تعريف القبض الى الصفحة ١٢ من هذه الرسالة.

(٤) انظر د. سمير عبد السيد، التأمينات العينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٧، ص ٢٧٣.

(٥) ولاشك بأن مبدأ الشكالية كان يفي بمتطلبات المجتمع الروماني ويؤدي وظيفته في تنظيم علاقات ذلك المجتمع وروابطه القانونية على وجه حسن ودليلاً على ذلك أن الرومان ما كانوا متبرمين من هذه الشكالية ولا ضائقين بها. ذلك لأنهم قد

ألفوها في مجتمع صغير مبني على التكافل وبساطة الحياة د. محمود السقا , فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية , القاهرة , ١٩٧٨ , ص ٤٤٤ .

فكرة العينية التي تأخذ بها التقنيات المدنية المعاصرة هي ضرب من الشكلية يشكل المضاد والملغي للإرادة ، فالشكلية في العقد العيني هي إستلزام تسليم العين من الدائن الى المدين لانعقاد العقد ومن ثم يبدو جليا ان التسليم في العينية وان لم يكن كالشكل العتيق لكنه دون شك بعيد عن الرضائية ويمثل صورة مهذبة للشكلية ^(١) .

ومن هذه الزاوية تعرض القانون الحديث للنقد فهو وقد اخذ بمبدأ سلطان الارادة ينبغي ان يتخلى او يخفف ما أمكن من القيود المفروضة عليها ، ومن هذه القيود قيد العينية التي لم تعد تتلاءم مع هذا القانون ، لانها نتاج نظام قانوني يقوم على اسس مختلفة جذريا عنها في القانون الحديث ^(٢) , اذ هي جزء من الارث الروماني الذي انتقل الى القانون المدني الفرنسي القديم ثم الحديث ثم اقتبسته التقنيات المدنية الأخرى ^(٣) .

ولو ان التقنيات المدنية واكبت وتأثرت بأراء الفقه الإسلامي , لكان الحال بخلاف ما عليه الآن, فعلى الرغم من ان هناك أراء تؤكد على العينية الا ان هناك أراء أخرى تؤكد على التخفيف من وطئتها, ولكل رأي من هذه الآراء أدلته التي يستند عليها ^(٤) .

-
- (١) انظر أ محمد طه البشير و د. هاشم الحافظ , القانون الروماني , بغداد , ١٩٨٣ , ص ١٥٥ .
 - (٢) وذلك لما فيه من عرقلة للمعاملات , خاصة بعد إزدهار التجارة وإنتقال المجتمع الى الاقتصاد التجاري الذي يقتضي التيسير والمرونة وينفر من التعقيد والجمود , إضافة الى ما في هذه الشكلية من ظلم وغبن يترتبان على الاعتداد بالشكل المجرد وإهمال إرادة انظر د. محمود سلام زناتي , نظم القانون الروماني , القاهرة , ١٩٦٦ , ص ١١٥ .
 - (٣) حسين عذاب السكني , فكرة العينية ودورها في انشاء التصوُّف القانوني – دراسة مقارنة , رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد , ١٩٩٥ , ص ٢٢٤ .
 - (٤) وهذا ماسوف نتناوله بالتفصيل عند تعرضنا لمسألة تكييف القبض . انظر ص ٤٢ من هذه الرسالة .

الفصل الأول

مفهوم القبض

ان البحث في مفهوم القبض يقتضي التطرق الى تعريفه والى شروطه لذا فاننا سنقسم هذا الفصل على مبحثين نتناول في المبحث الأول تعريف القبض ونبين في المبحث الثاني شروط القبض .

المبحث الأول

تعريف القبض .

ان التعريف الشامل للقبض يستوجب التطرق الى تعريفه اللغوي ومن ثم الى تعريفه الاصطلاحي , لذا فاننا سنبحث كل واحد منهما في مطلب مستقل .

المطلب الأول :- القبض لغةً .

القبض مصدر ثلاثي مجرد من قبض ، يقبض ^(١) والقبض مصدر قبضت قبضاً ^(٢) والقبض في اللغة يأخذ معاني عدة يمكن ان يستدل عليها من مضمون الجملة , فقد يدل لفظ القبض على معنى اخذ الشيء بجميع الكف . كما جاء في قوله تعالى ﴿ قَالَ بِضَعْتُ بِمَا لَمْ يَكُن لِيَ صُرُوبًا وَفِي قَبْضَتِي قَبْضَةٌ مِّنْهُنَّ لِيُبْدِيَ النَّاسُ عُصْفَافًا مَّا كَانُوا لَنِي يَعْلَمُونَ ﴾ .

أثر الرسول فَبَدَّتْهَا وَكَذَلِكَ سَاقَا لِي آيَاتِي خِذْتُ مَلَأْتُ كَفَّيَّ مِنْ تَرَابٍ مَوْطِيَّ فَرَسَ الرَّسُولِ يَعْنِي جِبْرَائِيلَ ^(٤) . ومقبض القوس والسيف والسكين ومقبضتها ما قبضت عليه منها بجمع الكف ^(٥) , وهذا المعنى للقبض هو المعنى الذي له علاقة بموضوع بحثنا .

وقد يدل لفظ القبض على معنى التضيق كأن يقال قبض على الرزق أي ضيقه كما جاء في قوله تعالى ﴿ مَن ذَا الَّذِي يقرضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْسُطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ ﴾ .

(١) الشيخ فخر الدين بن محمد علي بن احمد الطريحي , مجمع البحرين , الجزء السابع , الطبعة الاولى , مطبعة دار الثقافة , النجف الاشرف , بدون سنة طبع , ص ٣٩ .

(٢) الشيخ جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن منظور الانصاري , لسان العرب , الجزء التاسع , الطبعة الاولى , المطبعة الميرية , القاهرة , ١٣٠١ هـ , ص ٧٩ .

(٣) سورة طه الاية ٩٦ .

(٤) الشيخ فخر الدين محمد علي بن احمد الطريحي , مصدر سابق , ص ٢٢٥ .

(٥) عبد الرحمن خليل بن احمد الفراهيدي , كتاب العين , الجزء الخامس , دار الرشيد للنشر , بغداد , ١٩٨٢ , ص ٥٣ .

(٦) سورة البقرة , الاية ٢٤٥ .

اذ ان عبارة (يقبض ويبسط) جاءت بمعنى يضيق على قوم ويوسع على قوم , والقابض من اسمائه تعالى , وهو الذي يمسك الرزق وغيره من الاشياء على العباد بلطفه وحكمته ^(١) .

وقد يدل لفظ القبض على معنى السرعة والاسراع , فالقابض هو السائق السريع والقبض هو الدواب السريع , والقبضة هو الحمار السريع الذي يقبض العانة أي يعجلها , والطائر اذا اسرع في الطيران فهو قابض وقبيض ومنه والطير صافات ويقبضن ^(٢) التي جاءت في قوله تعالى

﴿أَوَلَمْ يَسِرُّوا إِلَى الطَّيْرِ فَوَقَّعَهُمْ صَافَاتٍ وَيَقْبِضُهُنَّ مَآيِمَسِهِنَّ إِلَّا الرَّحْمَنُ إِنَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ بَصِيرٌ

وقد يدل لفظ القبض على معنى الموت كأن يقال قبض الله فلانا وقبض روحه أي اماته .
وقبض الرجل مات فهو مقبوض ^(٤) .

وقد يرد لفظ القبض على معنى الإمساك والامتناع كما جاء في قوله تعالى ﴿الْمَنَافِقُ وُتَّ وَالْمَنَافِقَاتُ

بَعْضُهُمْ فِي بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْإِيمَانِ كَرُ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمَعْرُوفِ وَيَقْبِضُهُنَّ أَيْدِيَهُمْ نَسُوا وَاللَّهُ يَنْسِيهِمْ إِنَّ أ

فعبارة (يقبضون أيديهم) أي يمسكونها عن الصدقة والخير ^(٦) .

وقد يدل لفظ القبض على معنى النسخ والزوال كما جاء في قوله تعالى ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى رَبِّكَ
كَيْفَ مَدَّ الظِّلَّ وَلَوْ شَاءَ أَجَعَلَهُ سَاكِنًا تُحِمُّ جَعَلْنَا الْأَشْجُسَ عَلَيْهِ دَلِيلًا ^(٧) ﴿لَمْ يَقْبِضْهُ إِلَّا نَا قَبْضًا
وقد يدل لفظ القبض على معنى التملك والتملك والتصرف كأن يقال : ان هذه الدار في
قبضتي أي في ملكي ^(٨) .

(١) الشيخ فخر الدين بن محمد علي بن احمد الطريحي ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥ .

(٢) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، المجلد الثاني ، مؤسسة الحلبي ، القاهرة ،

بدون سنة طبع ، ص ٣٤١ .

(٣) سورة الملك ، آية ١٩ .

(٤) جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن منظور الانصاري ، مصدر سابق ، ص ٨٠ .

(٥) سورة التوبة ، آية ٦٧ .

(٦) الشيخ فخر الدين بن محمد علي بن احمد الطريحي ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥ .

(٧) سورة الفرقان ، آية ٤٥ ، ٤٦ .

(٨) جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن منظور الانصاري ، مصدر سابق ، ص ٨٠ .

وكما جاء في قوله تعالى ﴿ وَمَا قَدَرُوا اللَّهَ حَقَّ قَدْرِهِ وَالْأَرْضُ جَمِيعًا قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مَطْوِيَّاتٌ بِيَمِينِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عَنِ الْإِشْرَافِ ﴾^(١) وقد يدل لفظ القبض على معنى العدو الشديد وذلك بكسر القاف والباء وفتح الضاد والمتقبض الاسد المستعد للوثوب^(٢) .

وقد يأتي لفظ القبض بمعنى الحزن فقوله انه ليقبضني ما قبضك معناه انه يحشمني ما احشمك ونقيضه من الكلام انه ليبسطني ما ابسطك ويقال الخير يبسطه والشر يقبضه^(٣) .

وقد يأتي لفظ القبض بمعنى المال الذي يجمع من الغنائم قبل ان تقسم فالفيء في قبضه أي مجتمعه^(٤) . وقد يأتي لفظ القبض بمعنى التشنج^(٥) . وقد يأتي لفظ القبض بمعنى الحذف وذلك بضم القاف وتسكين الباء حيث جاء في لسان العرب : والقبض في زحاف الشعر حذف الحرف الخامس الساكن من الجزء نحو النون من فعولن أينما تصرفت ونحو الياء من مفاعيلن وكل ما حذف خامسه فهو مقبوض وانما سمي مقبوضاً ليفصل بينما حذف أوله وآخره ووسطه^(٦) .

(١) سورة الزمر اية ٦٧.

(٢) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي , مصدر سابق , ص ٣٤١ .

(٣) جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن منظور الأنصاري , مصدر سابق ص ٧٩.

(٤) ابو عبد الرحمن الخليل بن احمد الفراهيدي , مصدر سابق , ص ٥٣ .

(٥) جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن منظور الانصاري , مصدر سابق , ص ٧٩ . وانظر ايضا مجد الدين محمد بن يعقوب

الفيروز ابادي , مصدر سابق , ص ٣٤١ . وابو عبد الرحمن الخليل بن احمد الفراهيدي , مصدر سابق , ص ٥٣ .

(٦) جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن منظور الانصاري , مصدر سابق , ص ٨٠ .

المطلب الثاني :- القبض اصطلاحاً .

لقد عني الفقهاء بالقبض وبينوا معناه , وان لفظ القبض يستعمل عند الفقهاء المسلمين بمعنى الاستيلاء سواء أتم ذلك باليد ام ركب عليه ^(١) .

وقد جاء في البدائع ان (القبض عبارة عن التخلي وهو التمكن من إثبات اليد وذلك بارتفاع الموانع وانه يحصل بتخلية الراهن بين المرتهن والمرهون فاذا حصل ذلك صار الراهن مسلماً والمرتهن قابضاً) ^(٢) .

وقد عرفه الدردير بانه (وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه) ^(٣) .

اما بالنسبة للفقهاء المدني فيلاحظ ان الفقهاء قد استعملوا , شأنهم شأن القانون المدني , لفظ الحيازة او التسليم باعتبارهما مصطلحين مرادفين للفظ القبض , وقد عرفوه (القبض) بانه انتقال المرهون من الراهن الى الدائن المرتهن او الى من ينوب عنه ^(٤) .

وعُرف ايضا بانه وضع المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن او العدل بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ^(٥) .

اما بالنسبة للقانون المدني , فقد نصت المادة (١١٤٥ / ١) من القانون المدني العراقي على ان (الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق) .

وعلى الرغم من ان هذا النص قد ورد في صدد تعريف الحيازة باعتبارها سبباً من اسباب كسب الملكية , الا اننا نعتقد ان مفهوم الحيازة في عقد الرهن الحيازي لا يختلف عما جاء في هذا النص.

(١) انظر السيد محمد الموسوي البجنوردي , دور القبض في عقد الرهن , ص ٥ , htm . طارق ١ : A ://file

(٢) الشيخ علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , الجزء السادس , الطبعة الاولى , دار الكتاب العربي , بيروت , ١٣٢٨ هـ - ١٩١٠ م , ص ١٤١ .

(٣) الشيخ ابو البركات سيدي احمد بن محمد بن احمد بن حاكم العدوي الدردير , حاشية الدسوقي على الشرح الكبير , الجزء الرابع , دار احياء الكتب العربية , القاهرة بدون سنة طبع , ص ٢٣٣ .

(٤) انظر أ . محمد طه البشير و د.غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٥٠٩ .

(٥) انظر د. لبيب محمد شنب , مصدر سابق , ص ١٥٠ .

هذا و ان الدائن المرتهن عندما يقوم بحيازة المرهون فانه لا يحوزه بنية تملكه بل بنية اكتساب حق عيني عليه هو حق الرهن , لذا فان الحيازة هنا تكون حيازة عرضية بالنسبة لحق الملكية وعليه فان الدائن المرتهن لا يكتسب ملكية المال المرهون مهما طالبت مدة حيازته, بينما تكون حيازة الدائن المرتهن حيازة قانونية بالنسبة لحق الرهن باعتباره صاحب هذا الحق^(١).
ولو فرضنا ان المال المرهون وضع في يد عدل^(٢) , فان العدل تكون حيازته عرضية بالنسبة لكل من حق الملكية وحق الرهن , لانه من جهة لا ينوي تملكه ومن جهة أخرى فانه لا يملك حق الرهن على المال المرهون وانما دوره يقتصر على مباشرة السيطرة المادية عليه نيابة عن المرتهن^(٣).

كما تجدر الإشارة الى ان الدائن المرتهن تنتقل اليه حيازة المال المرهون بسيطرته عليه سيطرة فعلية بقصد ممارسة حق الرهن على هذا المال , وعلى ذلك لا يكفي لاعتبار ان الحيازة قد انتقلت ان يقوم الراهن بوضع الشيء المرهون تحت تصرف المرتهن واعلامه بذلك لان ذلك وان كفى لاعتبار الراهن موفيا بالتزامه بتسليم المال المرهون الا انه لا يوفر للدائن المرتهن سيطرة فعلية على المال المرهون علما ان السيطرة الفعلية لا تشترط بان يضع الدائن يده على المال المرهون مادياً, ويتحقق ذلك اذا كان للمال المرهون سندات وتسلمها المرتهن.
وحتى لا يكون هناك لبس في الافكار سنبين ما قلناه في المثال الاتي : لو كان للمدين بضاعة معينة وقد انصب عليها عقد الرهن فان الحيازة لا تعتبر قد انتقلت الى المرتهن اذا قام الراهن باعلامه بوجودها في مكان معين ووضعها تحت تصرف المرتهن , الا انه لو كانت هذه البضاعة مشحونة او مودعه وتسلم المرتهن سند الشحن او الإيداع , فتسلم هذا السند يوفر للدائن السيطرة الفعلية على الشيء المشحون او المودع قبل ان يتسلمه فعلا من الناقل او المودع لديه^(٤).

-
- (١) انظر د. محمد عبد اللطيف , التقادم المكسب والمسقط , الطبعة الاولى , دار النشر للجامعات المصرية , القاهرة , سنة ١٩٥٨ , ص ١٩٥ وفيه (واذا كان الحائز للحق العيني الاصلي او التبعية يعتبر حائزاً قانونياً بالنسبة للحق الذي يستعمله على الشيء الا انه يعتبر في نفس الوقت حائزاً عرضياً بالنسبة لمالك الرقبة , فحائز الرهن الحيازي تعتبر حيازته عارضة بالنسبة لمالك الرقبة ولكن يتوافر لديه الركن المعنوي فيما يتعلق بالحق الذي يستعمله على الشيء) .
- (٢) والعدل هو الشخص الذي ائتمنه الراهن والمرتهن وسلماه وأودعاه الرهن . المادة (٧٠٥) من مجلة الاحكام .
- (٣) انظر حسين عذاب السكني ، مصدر سابق ، ص ١٦٧ .
- (٤) انظر د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ١٧١ .

ومن ذلك يظهر ان السيطرة الفعلية على المال المرهون يمكن ان تتحقق عن طريق الحيازة الرمزية التي تتمثل بتسليم رمزي للحق المرهون كتسليم سندات الشحن او الإيداع او مفاتيح المخزن التي توجد فيه المنقولات المرهونة ^(١) والقانون نفسه يعطينا مثالا للحيازة الرمزية باجازته رهن الديون اكتفاءً بتسليم سنداتها لان الدين شيء معنوي لا يتصور حيازته ^(٢) وبذلك يكون على الدائن حين يرهن ماله من دين في ذمة مدينه ان يسلم للمرتهن سند الدين والا عد مخلاً بالتزامه و سقط الاجل ^(٣).

-
- (١) انظر د. سليمان مرقس , التامينات العينية في التقديم المدني الجديد ، الطبعة الثانية ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٩ ، صفحة ٤١٢ . د. كمال ثروت الوندوي ، شرح احكام عقد البيع - دراسة مقارنة مع مجموعة التشريعات العربية والأجنبية ، الطبعة الاولى ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ١٣١ . د. عباس حسن الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، دراسة مقارنة الطبعة الاولى ، دار البحوث العلمية ، الكويت ، ١٩٧٥ ، ص ٤٤١ .
- (٢) انظر الى المادة (١٣٥٤) من القانون المدني العراقي النافذ اذ نصت على انه (لا يكون رهن الدين تاما الا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون) . وتقابلها المادة (١١٢٣) من القانون المدني المصري (موافق) . والمادة (١٤١) من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ (موافق) .
- (٣) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التامينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار المعارف ، بغداد ، ١٩٥٣ ، ص ١٦٨ .

المبحث الثاني

شروط القبض

لكي يكون القبض معتداً به فإنه يشترط ان يكون باذن الراهن وان يتم من قبل الدائن المرتهن او ممن يمثله وان يكون المال المرهون قابلاً للقبض , لذا فاننا سنقسم هذا المبحث على ثلاث مطالب نتناول كل شرط من هذه الشروط في مطلب مستقل .

المطلب الأول

أن يكون القبض باذن الراهن

الراهن هو الذي اعطى الرهن ^(١) . أو هو الشخص الذي قدم مالا مملوكاً له تأميناً للوفاء بدين في ذمته او في ذمة غيره ^(٢) .

ويغلب ان يكون الراهن هو المدين وقد يكون شخصاً اخر يرهن مالا من امواله ضماناً للوفاء بدين على غيره وهذا هو الكفيل العيني ، وهذا ماذهب اليه كل من الفقه الاسلامي ^(٣) والمدني ^(٤) . وذهب الدكتور السنهوري الى ان (الراهن اذا كان كفيلاً عينياً ، ففي هذه الحالة ينعقد رهن الحيازة بين الدائن المرتهن والراهن ، اما المدين فليس طرفاً في عقد الرهن وانما هو شخص اجنبي عن رهن الحيازة وقد ثبت في ذمته الدين الأصلي الذي يضمنه رهن الحيازة ولذلك سمي بالمدين ^(٥) .

ولكننا نعتقد بان هذا الكلام اذا كان يصدق على رهن المنقول والعقار في ظل القانون المصري ، فإنه يصدق على رهن المنقول دون العقار في ظل القانون العراقي ، وذلك لان المادة (٣٠٨) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ قد نصت على انه (لا يشترط ان يكون

(١) المادة ٧٠٣ من مجلة الاحكام العدلية .

(٢) د . عيد نايل , احكام الضمان العيني والشخصي , مطابع جامعة الملك سعود , المملكة العربية السعودية , ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م , ص ٢٢٨ .

(٣) انظر الشيخ احمد بن عبد الله القارئ مجلة الاحكام الشرعية , مطبوعات تهامة , الرياض , سنة ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م , انظر ايضاً المادة (٩٥٢) من مجلة الاحكام العدلية وفيها (لا يشترط صدور الرهن من المدين ولا وقوعه باذنه , فلو رهن شخص مال نفسه بدين على غيره دون اذنه صح) .

(٤) انظر أ . شاكر ناصر حيدر , شرح القانون المدني الجديد , الحقوق العينية العقارية , الطبعة الاولى , مطبعة المعارف , بغداد , ١٩٥٣ , ص ١٨٩ .

(٥) انظر مؤلفه الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٧٥٢ .

الراهن نفس المدين ويجوز ان يكون كفيلاً عينياً يرهن عقاره ضماناً للدين المترتب بذمة المدين وفي هذه الحالة يعتبر المدين والراهن طرفاً واحداً في عقد الرهن) .

واستناداً على ما سبق فاننا لا نتفق مع ما جاء به الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي بصدد تعريفه للراهن عندما قال ان (الراهن هو المدين الذي يقوم بوضع المرهون تحت حيازة الدائن بحيث يجعله ضماناً خاصاً لاستيفاء دينه متى حل اجله وتعذر استيفاءه) ^(١) , اذ اننا نفضل ان نستبدل كلمة المدين بكلمة الشخص وذلك لان الراهن قد يكون شخصاً اخر غير المدين وهو الكفيل العيني , الذي يكون ملزماً بمقدار الدين الذي حصل الرهن من اجله ومن العين المرهون وحدها ^(٢) .

هذا و ان للراهن ان يعقد الرهن عن طريق الوكالة ^(٣) , لان النيابة جائزة في الاصل في كل الاعمال القانونية عند عدم وجود النص المانع ^(٤) , وان الوكالة ماهي الا صورة من صور النيابة ^(٥) .

(١) انظر مؤلفه ، الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية ، الجزء الاول، بدون مكان وسنة طبع ، ص ٢٠٦ .

(٢) وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٣٥٨٤ لسنة ٦٢ق ، جلسة ٢٥/١/٢٠٠٠ . منشور لدى الدكتور عبد الفتاح مراد ، موسوعة مراد لحدث احكام محكمة النقض الجنائية والمدنية ، الجزء الثالث ، بدون مكان طبع ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٠٢ .

وهو (الكفيل العيني) يختلف عن الكفيل الشخصي الذي يلتزم في كل امواله باداء الدين المكفول ، ولكن للكفيل الشخصي الحق في طلب تجريد المدين (أي الرجوع على المدين اولاً) ، ما لم يكن متضامناً او كان قد تنازل عن حقه في التمسك بالتجريد ، وليس للكفيل العيني هذا الحق مطلقاً . انظر د. محمد كامل مرسى، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٤٩ ، ص ٢٥٤ .

(٣) وقد نصت المادة (١٤٤٩) من مجلة الأحكام العدلية على ان (الوكالة هي تفويض احد في شغل الاخر ، واقامته مقامه في ذلك الشغل ، ويقال لذلك الشخص موكل ، ولمن اقامه وكيل ، ولذلك الامر الموكل به) في حين نصت المادة ٩٢٧ من القانون المدني العراقي على ان (الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم) . كما نصت المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري على ان (الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بان يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل).

(٤) انظر د . صلاح الدين الناهي ، محاضرات عن القانون المدني العراقي - القيت على طلبة قسم الدراسات القانونية ، معهد الدراسات العالية ، بدون مكان طبع ، ص ١٣٢ .

(٥) والوكالة وان كانت صورة من صور النيابة واهم تطبيق لها الا انه يجب التمييز بينهما لاستقلال كل واحدة منهما عن الاخرى ، فقد توجد النيابة دون الوكالة كما في حالة الولي او الوصي ، اذ ان كلا منهما يعتبر نائباً بحكم القانون دون وجود علاقة وكالة ، ومن ناحية اخرى قد تتعقد الوكالة دون ان تتضمن النيابة كما في حالة الوكالة المستترة وهي الوكالة التي يتفق فيها على ان الوكيل يتعاقد باسمه لا باسم الموكل على ان ينقل آثار هذه العقود للموكل فيما بعد . انظر . د. عبد المجيد الحكيم و أ . عبد الباقي البكري و أ . محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ص ٥٥ .

ولكن يثار التساؤل عن نوع الوكالة التي يستطيع الراهن ان يعقد الرهن من خلالها , اذ ان الوكالة تقسم باعتبار ماتتعلق به من التصرفات على وكالة عامة وخاصة^(١) .

فالوكالة العامة هي التي لا تشتمل على بيان عمل معين بذاته بل يقتصر فيها على ذكر إنابة الموكل للوكيل في أعماله بصورة عامة أي بذكر عبارة تدل على العموم في التصرف , اما الوكالة الخاصة فهي التي يكون موضوعها عملاً معيناً او اعمالاً معينة^(٢) . فهل الوكالة المطلوبة هنا هي وكالة عامة ام خاصة ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول ان الفقه الإسلامي ذهب إلى ان الوكالة المطلوبة في الراهن هي الوكالة الخاصة , وان الفقهاء يضربون أمثلة على كل معنى , فمثال الوكالة الخاصة كأن يقول الموكل للوكيل وكلتك باجارة ارضي او برهن فرسي , ومثال الوكالة العامة كأن يقول الموكل للوكيل وكلتك على اموالي , فان الوكالة هنا تحمل على حفظ الأموال لان الحفظ أقل معاني الوكالة واللفظ يحمل على أقل ما يحتمله اذا لم تقم القرينة على خلاف ذلك^(٣) .

اما بالنسبة الى موقف الفقه المدني فقد جاء مواكباً لما ذهب اليه الفقه الاسلامي , اذ انه اشترط ان يكون التوكيل خاصاً لان الرهن ليس من أعمال الادارة بل هو من اعمال التصرف^(٤) .

اما بالنسبة الى موقف القانون فلم يشر القانون المدني العراقي الى نوع الوكالة المطلوبة في الرهن الا ان المادة (٥٢ / ٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩

(١) فقد نصت المادة ٩٣١ من القانون المدني العراقي على انه (يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به وتعميمها فمن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق هو له وبالخصومة في كل حق له صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم) . وتقابلها المادة (١ / ٧٠١) , من القانون المدني المصري (موافق).

(٢) انظر أ . محمد طه البشير و د . غني حسون طه , مصدر سابق , ص ٣٦٩ .

(٣) أشار الى ذلك د . منير القاضي , شرح المجلة , الجزء الثالث , الطبعة الاولى , مطبعة العاني , بغداد , ١٩٤٨ , ص ٢٧٢ .

(٤) انظر د . صلاح الدين الناهي , مصدر سابق , ١٣٢ . وفي صدد التفرقة بين اعمال الادارة واعمال التصرف , نجد ان المادة (١٠٥) من القانون المدني العراقي قد نصت على ان (١- عقود الادارة الصادرة من الوصي في مال الصغير تكون صحيحة ونفاذه ولو كانت بغبن يسير . ويعتبر من عقود الادارة بوجه خاص الايجار اذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات واعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وايفاء الديون وبيع المحصولات الزراعية وبيع المنقول الذي يسرع اليه التلف والنفقة على الصغير ٢- اما التصرفات الاخرى التي لاتدخل في حدود الادارة كالبيع في غير ما ذكر والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع واستثمارات النقود فلا تصح الا باذن المحكمة وبالطريقة التي تحددها) . وتقابلها المادة (٢ / ٧٠١ , و ١ / ٧٠٢) من القانون المدني المصري (موافق).

قد نصت على ان (الوكالة العامة لاتخول الوكيل العام بغير تفويض خاص الإقرار بحق ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم ولا البيع والرهن او الإجارة او غير ذلك من عقود المعوضة ولا القبض ولا التبرع ولا توجيه اليمين او ردها او قبولها ولا رد الحكام او التشكي منهم ولا ممارسة الحقوق الشخصية البحتة ولا أي تصرف يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً)^(١) .

وبذلك فان قانون المرافعات يتفق مع الفقه الإسلامي والفقه المدني , وهذا ماعليه الحال بالنسبة الى موقف القضاء فقد قضت محكمة تمييز العراق بأنه (اذا كان الوكيل مخولاً برهن اموال موكله لدى المصارف لا غراض التسهيلات المصرفية فليس له ان يرهنها لدى الغير لان ذلك يتطلب تفويضاً خاصاً)^(٢) .

كما قضت في قرار لاحق بان (الوكالة العامة لا تخول الوكيل بغير تفويض خاص اجراء أي عقد من عقود المعاوضة)^(٣) .

وعموماً سواء أكان الراهن هو مديناً ام كفيلاً عينياً فإنه يشترط ان يتم القبض بإذنه .

وبالنسبة الى موقف الفقه الاسلامي فان هناك رأيين :

الرأي الاول يذهب الى انه لا يشترط اذن الراهن في القبض لان العقد مع صاحب اليد (أي الراهن) يتضمن الاذن في القبض^(٤) .

اما الرأي الثاني فيذهب الى انه يشترط ان يكون القبض باذن الراهن , لان القبض بلا اذن ممن له الاذن كالعدم لا يترتب عليه الاثر^(٥) . وليس للمرتهن قبض الرهن الا باذن الراهن لانه

(١) وتقابلها المادة (٧٠٢ / ١) من القانون المدني المصري التي نصت على انه (لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من اعمال الإدارة وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح و الاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء) .

(٢) انظر قرارها ٥٢٩ , مدنية اولى , ١٩٩١ . المؤرخ في ١١/٢٧/١٩٩١ . منشور لدى القاضي إبراهيم المشاهدي , المختار من قضاء محكمة التمييز , الجزء السابع , مطبعة الزمان , بغداد , ٢٠٠٢ , ص ١٦٨ .

(٣) انظر قرارها رقم ٦٢٠ / مدنية اولى / ١٩٩٢ المؤرخ في ١٩٩٢/٧/٨ . المصدر نفسه , ص ١٧٣ . وهذا ما قضت به ايضا محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٦٨ ق , جلسة ٢٠٠٠/٢/٨ . منشور لدى د. عبد الفتاح مراد , مصدر سابق , ص ٢٦١ .

(٤) انظر الشيخ محمد بن احمد الانصاري , نهاية المحتاج الى شرح المنهاج , الجزء الرابع , مطبعة الحلبي , مصر , ١٣٥٧ هـ , ١٩٣٨ م , ص ٢٤٩ . الشيخ احمد بن محمد الدردير , الشرح الصغير , الجزء الثاني , مطبعة مصطفى الحلبي , مصر , ١٣٧٢ هـ , ١٩٥٣ م , ص ٢١٨ . الشيخ محمد جواد العامل , مفتاح الكرامة , الجزء الخامس والعشرون , الطبعة السادسة , دار الكتب الاسلامية , ايران , ١٣٤٩ هـ , ص ٧٦ .

(٥) انظر السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري , مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام , الجزء الحادي والعشرون , مطبعة الاداب , النجف الاشرف , ١٤٠٥ هـ , ١٩٨٤ م , ص ٢٤٩ .

لا يلزمه تقبيل قبضه فاعتبر اذنه في قبضه كالواهب فان تعدى المرتهن فقبضه بغير اذن لم يثبت حكمه وكان بمنزلة من لم يقبض (١).

وجاء في مذهب الاحكام (وما يقال من ان العقد مع صاحب اليد يتضمن الاذن في القبض , فله (المرتهن) اخذها ولو من دون اذن الراهن (مردود) بان تعلق الحق بناء على كون القبض شرطاً للصحة ليس فعلياً من كل جهة بل معلق على اقباض الراهن والمفروض انه متوقف على الاذن وكذا لو كان شرطاً للزوم او لم يكن شرطاً اصلاً فان المنساق من جعل الشيء وثيقة للدين اذن المديون فيه لا استيلاء الدائن عليه ولو من دون اذنه فان مقتضى الاصل عدم صحته وعدم ترتب اثر الرهن عليه ولا يصح التمسك باطلاقات الرهن لفرض الشك في الموضوع والظاهر استنكار المتشعبة بل مطلق الملاك لما اذا اخذ المرتهن العين المرهونة من الراهن بلا اذنه واجازته ويكفي هذا في اعتبار الاذن بعد عدم ثبوت الردع عنه شرعاً (٢).

وجاء في المسالك قوله (ولو قبضه (المرتهن) من غير اذن الراهن لم ينعقد أي لم ينعقد القبض بحيث يلزم منه لزوم الرهن . وليس المراد بالنفي انعقاد الرهن لانه منعقد بدون القبض) (٣).

ويذهب الدكتور الزلمي في الالتزامات الا انه يشترط لصحة القبض ان يكون باذن الراهن لان الاذن بالقبض شرط صحته في ماله لزوم بدون القبض كالبيع فلان يكون شرطاً في ما للزوم له بدون القبض اولى (٤).

ونحن نرجح ما ذهب اليه اصحاب الرأي الثاني الذي لا يلقى تاييداً من الفقه المدني , وذلك لان الحيابة تمثل بالنسبة له الجانب السلبي اذ يقتضي انتقالها سلبه اياها وتخليه عنها بما ينأى

(١) انظر الشيخ موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة والشيخ شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن ابي عمر محمد بن احمد بن قدامة , المغني والشرح الكبير, الجزء الرابع , دار الكتاب العربي , بيروت , ١٣٩٢ هـ , ١٩٧٢ م, ص ٣٧١ من المغني , انظر ايضا في هذا الصدد فرج توفيق الوليد , الرهن في الشريعة الإسلامية , مطبعة القضاء , النجف الاشرف , سنة ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م , ص ٢٨٨ . وفيه (ان الرهن جائز في حق الراهن فلا يلزمه تسليم المرهون ولئلا يسقط حقه في ذلك وجب ان يستبان اعراضه عنه او رضاه بامضائه ولا يكون الا باذنه فيه) .

(٢) السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري , مصدر سابق , ص ٨٨ .

(٣) زين الدين بن علي العاملي , مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام , الجزء الرابع , الطبعة الثانية , مؤسسة المعارف الاسلامية , قم المقدسة , ١٤٢٣ هـ , ص ١٣ .

(٤) انظر مؤلفه , الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية , مصدر سابق , ص ٢١٦ .

بالحق المرهون بعيداً عن يده ويخرجه عن سيطرته مما يحرمه حقه في استعماله واستغلاله بنفسه ويجعل من تصرفاته فيه التي من شأنها الاضرار بالمرتهن غير نافذة بحقه ان كانت قانونية ووقفها ان كانت مادية وليس هذا فحسب بل ان سلب الراهن حيازته للحق المرهون يحول بينه وبين استعمال الحق لزيادة ائتمانه وثقة الناس به ^(١) .

ويلاحظ ان الاذن يجب ان يكون مقصوداً به القبض في عقد الرهن وليس عقداً اخر . اذ كثيراً ما يختلط الرهن في العمل مع تصرفات قانونية اخرى كالحوالة او الوكالة بالعمولة او غير ذلك , فقد يودع عميل البنك او السمسار لديه كمية من الاوراق المالية بمناسبة العمليات التي يجريها معه , فيثار التساؤل عما اذا كان العميل قد قدمها على سبيل الرهن او كما تسمى في العمل كفالة ام انه قد قام بحوالتها للبنك او السمسار وتظهر اهمية ذلك من نواحي كثيرة , خصوصاً فيما يتعلق بحقوق البنك او السمسار في التصرف في الاوراق التي سلمت اليه حيث تبقى ملكيتها في حالة الرهن للراهن ومن ثم يعتبر من تسلمها مبدداً اذا تصرف فيها , في حين انه في حالة الحوالة تنتقل ملكيتها اليه ويجوز له بالتالي التصرف فيها وبالطبع ان المرجع في تكييف التصرف هو نية المتعاقدين التي يستخلصها القاضي من وقائع التعاقد وملايساته ^(٢) .

اما بالنسبة الى موقف القانون فقد أشار القانون المدني العراقي اشارة صريحة الى مسألة اشتراط اذن الراهن في قبض المرهون من قبل المرتهن وذلك من خلال تعريفه للرهن الحيازي بانه (عقد به يجعل الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن او في يد عدل بدين للمرتهن يمكن استيفاءه كلا او بعضا مقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال) ^(٣) , فعبارة (عقد به يجعل الراهن مالا محبوسا ...) تدل على ان القبض يكون باذن الراهن فلا يحق للمرتهن ان يقبض المال المرهون بدون اذنه .

وفي هذا الصدد يثار تساؤل آخر مقتضاه ان المرهون اذا كان في يد المرتهن قبل ابرام عقد الرهن فهل يحتاج في قبضه الى اذن الراهن ايضاً ام لا ؟

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي , احكام القانون المدني المصري في التأمينات الشخصية والعينية , دار النشر للثقافة ,

الاسكندرية , ١٩٥٠ , ص ٥٤٩ .

(٢) انظر د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٤٥٨ .

(٣) المادة (١٣٢١) من القانون المدني العراقي النافذ وبقبلها نص المادة (١٠٩٦) من القانون المدني المصري (موافق).

بالنسبة الى موقف الفقه الاسلامي فاننا نجد ان الفقهاء اختلفوا في ذلك الى قولين ^(١) .
القول الاول يذهب الى عدم اشتراط اذن الراهن في القبض وهو قول الامامية ^(٢) , ومرجوح
قول الشافعية ^(٣) . وما ذهب اليه ابن قدامه من الحنابلة اذ قال (ان اقرار الراهن بوجود المال
المرهون تحت يد المرتهن بمنزلة اذنه في القبض ولانه لما لم يفتقر الى نقل مستأنف لم يفتقر
الى اذن مستأنف) ^(٤) .

اما القول الثاني فيذهب الى اشتراط اذن الراهن في القبض كما لو كان المرهون بيد
الراهن وهو قول الشافعية ^(٥) والزيدية ^(٦) ورأي للحنابلة ^(٧) , وهو ما ذهب اليه الشيخ الكليني من
الامامية اذ قال (وذلك لان القبض يلزم به عقد غير لازم فلم يحصل بغير اذن كما لو كان
بـيد الراهن واقاراه في يده لا يكفي كما لو اقر المغصوب في يد غاصبه مع امكان اخذه
منه ^(٨) .

ولقد سكت كل من الفقه والقانون المدنيين عن معالجة هذه المسألة ونأمل بالمشروع العراقي ان
يتفادى هذا النقص , ونقترح ان يضع النص الاتي (اذا كان المال المرهون موجودا تحت يد
المرتتهن قبل ابرام عقد الرهن فانه يشترط اذن الراهن في القبض كما لو كان المرهون بيد

-
- (١) وهذان القولان يتفرعان عن الرأي الذي يذهب الى اشتراط اذن الراهن في القبض, اما الرأي الذي ذهب الى عدم
اشتراط اذن الراهن ابتداءً , ففيه لا اشتراط الاذن يكون من باب اولى .
- (٢) انظر الشيخ زين الدين العاملي , الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية , الجزء الثاني , مطبعة الاداب , النجف
الاشرف , ١٣٨٧ هـ , ١٩٦٧ م , ص ١٣١ .
- (٣) انظر الشيخ شمس الدين محمد بن احمد بن حمزة الانصاري , مصدر سابق , الجزء الخامس , ص ٤١١ .
- (٤) انظر الشيخ موفق الدين ابي محمد عبد الله بن قدامه والشيخ شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن بن قدامة , مصدر سابق ,
ص ٣٣٥ .
- (٥) انظر الشيخ ابو اسحاق يوسف بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي , المهذب , الجزء الاول , الطبعة الثالثة ,
مطبعة مصطفى البابي الحلبي , مصر , بدون سنة طبع , ص ٣١٢ .
- (٦) انظر الشيخ احمد بن يحيى بن المرتضى , البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار , الجزء الرابع , الطبعة
الاولى , مطبعة السنة المحمدية , مصر , ١٣٦٨ هـ , ١٩٤٩ م , ص ١١٢ .
- (٧) انظر الشيخ مجد الدين ابي البركات الحنبلي , المحرر , الجزء الاول , مطبعة السنة المحمدية , مصر ,
١٣٧٠ هـ , ١٩٥٠ م , ص ٧٤ .
- (٨) الشيخ محمد بن يعقوب بن اسحاق الكليني الرازي , الكافي , الجزء الثاني , مطبعة الحيدري , طهران , ١٣٧٩ هـ ,
١٩٥٩ م , ص ٣٣١ .

الراهن) وذلك لان المال المرهون قبل الاذن قد يكون في حيازة يد ضمان كيد الغاصب اما بعد الرهن والاذن بالقبض فان اليد تتحول الى يد امانة^(١).

وان اهمية هذه التفرقة تبرز في حالة تلف المرهون اذ ان المادة (٤٢٦) من القانون المدني العراقي النافذ قد نصت على انه (اذا انتقل الشيء الى يد غير يد صاحبه بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد وان كانت يد امانة هلك الشيء على صاحبه) .

وبذلك فان المرتهن يكون غير مسؤول عن هذا التلف الذي اصاب المال المرهون وهو تحت يده لو كان ماذونا في القبض اذ ان الاذن هو الذي يمنح المرتهن هذه الحصانة التي يتمتع بها صاحب يد الامانة .

وقد يثار التساؤل عن نوع الاذن الذي يشترط ان يصدر من الراهن لقبض المال المرهون ؟ بالنسبة الى موقف الفقه الاسلامي فقد ذهب الفقهاء الى ان الاذن في القبض له نوعان : النوع الاول : الاذن الصريح , وهو الافصاح عن الارادة بطريقة مباشرة والكشف عنها وفق المألوف بين الناس^(٢) , كقول الراهن للمرتهن اذنتك بقبض الرهن او اقبضنا الرهن او رضيت بقبضك الرهن^(٣) , ومايجري هذا المجرى فيجوز قبضه سواء قبضه بحضرته او بغير حضرته^(٤) .

النوع الثاني : الاذن دلالة , وهو استنباط ارادة العاقد او رضاه في ضوء ظروف الحال أي هو التعبير بطريقة غير مباشرة وباسلوب لايتواءم والمألوف بين الناس في الكشف عن الارادة . كسكوت الراهن عند رؤيته قبض المرتهن للرهن و عدم نهيه عنه , لان ذلك دليل على

(١) وكما ان يد الضمان قد تتحول الى يد امانة فان يد الامانة قد تتحول الى يد ضمان كما لو امتنع المرتهن عن رد المال المرهون الى الراهن بعد سداد الدين , اذن فمعيار التمييز بين يد الضمان ويد الامانة يكمن في قصد الحائز الذي قد يكون قصد تملك او قصد النيابة عن المالك . انظر د. عبد المجيد الحكيم واخرون , مصدر سابق , ص ٣٠٩.

(٢) انظر لما اشار اليه حسين عذاب السكني , مصدر سابق , ص ١٠٠.

(٣) انظر لما أشار اليه فرج توفيق الوليد , مصدر سابق , ص ٢٩٥.

(٤) انظر لما أشار اليه د. محمد زكي عبد البر , احكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي , الطبعة الاولى , دار الثقافة , الدوحة , ١٤٠٧ هـ , ١٩٨٦ م , ص ٥٩٥.

الاذن فاكتفى به (١) .

وبذلك فان الاذن في القبض يمكن ان يكون صراحة او دلالة الا ان الاخير لا يتصور بغير حضور الراهن , ولم يشر الفقه المدني الى هذه المسألة بشكل صريح كما فعل الفقه الاسلامي , الا ان الفقهاء يذهبون الى ان الارادة مسالة كامنة في النفس ولا بد من الافصاح والتعبير عنها حتى يعتد بها قانوناً فالتعبير هو المظهر الخارجي للمادي للأرادة الكامنة في النفس وهذا الافصاح او التعبير عن الارادة قد يكون تعبيراً صريحاً وقد يكون تعبيراً ضمناً والتعبير الصريح عن الارادة هو الذي يفصح عن الارادة بطريقة مباشرة أي بوسيلة تكشف عن الارادة حسب المألوف بين الناس سواء تم ذلك مشافهة ام مكتوبة ام بالإشارة غير المبهمة , اما التعبير الضمني فهو الافصاح عن الارادة بطريقة غير مباشرة أي بوسيلة لا تتفق مع المألوف بين الناس (٢) .

اما بالنسبة للسكوت فانه وان كان يعتبر موقفاً سلبياً محضاً فان طبيعة المعاملة او العرف التجاري اذا كانت تجعل السكوت عن الرفض قبولاً فانه يعتبر كذلك بحكم القانون (٣) , أي ان السكوت يصبح بمثابة التعبير الضمني , وهذا الكلام (التعبير الصريح والتعبير الضمني) حسب اعتقادنا يصدق على الاذن الصريح والاذن الضمني في القبض .

اما بالنسبة الى موقف القانون فان القانون المدني العراقي لم ينص بشكل صريح على نوع الاذن المطلوب في القبض شأنه شأن الفقه المدني , وبالرجوع الى القواعد العامة فاننا نجد ان المادة (٧٩) نصت على انه (كما يكون الايجاب او القبول بالمشافهة يكون بالمكتوبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك اخر لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي) (٤) , كما نصت المادة (٨١ / ١) على انه (لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الى بيان يعتبر قبولاً) . وبذلك فان التعبير عن الارادة كالاذن في القبض قد يكون صريحاً او ضمناً .

(١) انظر الشيخ موفق الدين بن قدامة والشيخ شمس الدين بن قدامة , مصدر سابق , ص ٣٧١ .

(٢) انظر لما أشار اليه د. محمد زكي عبد البر , مصدر سابق , ص ٥٩٦ .

(٣) وهو ما يسمى بالسكوت الملايس نسبة الى الظروف التي تلبسه وتحيطه . انظر د. عبد المجيد الحكيم , مصدر سابق , ص ٣٢ , ص ٤٤ .

(٤) وتقابلها المادة (٩٠) من القانون المدني المصري (موافق) . والمادة (١٥٠) من القانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ (موافق) .

اما بالنسبة الى القضاء العراقي فقد قضت محكمة التمييز بان (البينة الشخصية لا يمكن الركون اليها مقابل البينة التحريرية المتمثلة بالموافقة الخطية لاذن الراهن في قبض المرهون الذي لا يمكن ان يفسر بغير ماورد في الكتاب صراحة) ^(١) .

كما قضت في قرار لاحق بان (قيام الدائن المرتهن بحيازة المال المرهون امام المدين الراهن وعدم ممانعة الاخير بذلك ما هو الا دليل على موافقته على القبض) ^(٢) . وبذلك يتبين ان القضاء العراقي يذهب الى امكانية صدور الاذن بالقبض صراحة او دلالة .

ويثار التساؤل عن اثر رجوع الراهن عن الاذن في القبض .

بالنسبة الى موقف الفقه الاسلامي فان الفقهاء ميّزوا بين الرجوع السابق واللاحق للقبض فاذا اذن الراهن في القبض ثم رجع عن الاذن قبله زال حكم الاذن ^(٣) , إذ هو كغير المـاذنون فيه ضرورة عدم اللزوم عليه بالاذن الذي له الرجوع فيها للاصل وغيره فيتجه حينئذ جميع ماذكرناه فيه سابقا , ولا يقال ان الاذن هنا قد اسقطت حقه من الرجوع بناء على الشرطية في اللزوم اذ ان المسقط له شرعاً انما هو القبض لا الاذن فيه بل لو صرح بالاسقاط ثم رجع قبل القبض لم يؤثر ذلك الاسقاط, لعدم كون الجواز هنا كالخيار بل هو من الاحكام الشرعية لا الحقوق المالكية التي يتسلط عليها الاسقاط كل ذلك مع الخلاف فيه ^(٤) .

اما اذا اذن الراهن في القبض ثم رجع عن الاذن بعده لم يؤثر رجوعه ^(٥) .

ونحن نؤيد ما جاء به فقهاء المسلمين في هذا التمييز اذ ان الرجوع عن الاذن لا يمكن ان ينتج اثره بعد القبض لان المرتهن ما كان له ان يقبض المال المرهون لولا اذن الراهن وبالتالي فلا يكون لرجوعه عن الاذن بعد القبض أي اثر بعكس ما لو كان الرجوع عن الاذن قد تم قبل القبض .

وقد سكت كل من الفقه والقانون المدني عن معالجة هذه المسألة ونأمل بالمشرع ان يتفادى

(١) انظر قرارها رقم ١٧٨٣ / حقوقية / ١٩٥٩ بتاريخ ١٩٦٠/٢/٢٧ . منشور لدى المحامي عبد العزيز السهيل, احكام

القضاء العراقي على مواد القانون المدني الجزء الاول , مطبعة اوميت - دار التضامن , بغداد , ١٩٦٢ , ص ١٨ .

(٢) انظر قرارها رقم ٢٣٣٦ / حقوقية / ١٩٦١ بتاريخ ١٩٦١/٨/٢٧ . عبد العزيز السهيل , المصدر نفسه , ص ١٠٦ .

(٣) انظر الشيخ موفق الدين بن قدامة والشيخ شمس الدين بن قدامة , مصدر سابق , ص ٣٧١ .

(٤) انظر الشيخ محمد حسن النجفي , جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام , الجزء الخامس والعشرون , الطبعة السادسة ,

دار الكتب الإسلامية , ايران , ١٣٩٤ هـ , ص ١٠٦ .

(٥) انظر الشيخ موفق الدين بن قدامة , والشيخ شمس الدين بن قدامة , مصدر سابق , ص ٣٧١ .

هذا النقص مستقبلاً , ونقترح بان يضع النص الاتي (اذا اذن الراهن للمرتهن في قبض المرهون ثم رجع عن الاذن قبله , زال حكم الاذن اما اذا رجع عن الاذن بعد ذلك , لم يؤثر رجوعه) .

وأخيراً اذا سلمنا بانه يشترط لصحة القبض ان يتم باذن الراهن فالسؤال الذي يطرح هنا يكمن في مدى الاعتداد بهذا الاذن , أي متى يكون الراهن اهلاً لصدور الاذن منه ؟
من الواضح ان الشخص لكي يكون اهلاً لاصدار الاذن في القبض فانه لا بد ان يكون اهلاً لابرام عقد الرهن لان القبض يفترض ان يكون مسبوقاً برهن , وأن أهلية الراهن تخضع الى القواعد العامة المتعلقة بأهلية المتعاقد لذا فأنا سنحيل عليها , وبالتالي فاننا يفترض ان نحدد ما هو المقصود بالاهلية المطلوبة في الراهن ^(١). وان الاهلية المطلوبة في الراهن هي اهلية الاداء , وقد عرفها الفقه الاسلامي بانها (صلاحية الشخص المكلف لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعاً) ^(٢) .

في حين عرفها الفقه المدني بانها (صلاحية الشخص لان يباشر كسب الحقوق وايجاد الالتزامات) ^(٣) .

وان مناط اهلية الاداء هو التمييز , ويتاثر تمييز الانسان باثر طبيعي عام هو السن الذي يمر به في مراحل عمره كما قد يتاثر باثر عرضي طارئ يعود الى امور تقع فتؤدي الى اختلال في القوى العقلية , وهذه الامور العرضية الطارئة تسمى عوارض الاهلية , ومن جهة اخرى فان

(١) فالاهلية لغة تعني الصلاحية , فيقال ان فلاناً هو اهل لما هو قائم به , فهي تستعمل لمعنى الجدارة والكفاءة لامر ما

ومن ذلك قوله تعالى في شأن المؤمنين ﴿وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَىٰ وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾ سورة

الفتح الآية ٢٦ وهي كثير ما تعني نفس هذا المفهوم عند استعمالها في القوانين المختلفة فيقال انه ليس للأجنبي اهلية لتملك العقارات او ان غير المسلم غير اهل لوراثة قريبه المسلم , شامل رشيد ياسين الشخلي , مصدر سابق , ص ١٨ .

(٢) انظر العلامة محمد بن امير الحاج الحلبي , شرح المنار , الجزء الثاني , المطبعة الميرية , القاهرة , ١٣١٦ هـ , ص ١٦٤ .

(٣) انظر أ. احمد حشمت ابو ستين , نظرية الالتزام , الجزء الاول , الطبعة الثانية , مطبعة مصر , القاهرة , ١٩٥٤ , ص ١٢٨ . انظر ايضا في صدد تعريف الاهلية واقسامها من الفقه الاسلامي الشيخ علاء الدين البخاري , كشف الاسرار على اصول فخر الاسلام البزدوي , الجزء الرابع , مطبعة الاستانة , اسطنبول , ١٣٠٧ هـ , ص ١٣٥٧ . ومن الفقه المدني د. فتحي زغلول , شرح القانون المدني , الطبعة الاولى , مصر , ١٩١٢ , ص ٢٦ .

الراهن وان كان كامل الاهلية فان رضاه يجب ان لا يكون مشوباً بعيب من العيوب ^(١) .

لذا فان الدقة تستوجب ان نتطرق الى هذه العوامل بشيء من الاختصار .

فالسن التي يمر بها الانسان والتي تؤثر باهلية الاداء تتمثل بثلاثة ادوار .

الدور الاول : الصبي غير المميز , ويبدأ بمجرد ولادة الانسان حياً^(٢) , والصغير غير المميز ليس له حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة , وهذا ما عليه الحال في كل من الفقه الاسلامي^(٣) والفقه المدني^(٤) والقانون المدني^(٥) والقضاء^(٦) .

الدور الثاني : الصبي المميز , ويبدأ منذ اكمال السنة السابعة^(٧) , وتصح تصرفات الصغير المميز النافعة له نفعاً محضاً , بينما لاتصح تصرفاته الضارة به ضرراً محضاً , اما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفه على اجازة الولي , وهذا ما عليه الحال في الفقه الاسلامي^(٨) .

(١) انظر شامل رشيد ياسين , مصدر سابق , ص ٧٩ .

(٢) المصدر نفسه , ص ٨٦ .

(٣) انظر الشيخ سيف الدين ابي الحسن الامدي , الاحكام في اصول الاحكام , الجزء الاول , مطبعة المعارف , القاهرة , ١٣٣٢ هـ , ١٩١٤ م , ص ٧٨ .

(٤) انظر د. حسين النوري , عوارض الاهلية , الطبعة الاولى , مطبعة البيان العربي , القاهرة , ١٩٥٤ , ص ٦٣ .

(٥) انظر المادة (٩٦) من القانون المدني العراقي , تقابلها المادة (١١) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٦) انظر قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٨٧ / موسوعة اولى / ١٩٨٨ المؤرخ في ١٩٨٨/١/٣١ . منشور في مجلة

القضاء تصدرها نقابة المحامين في جمهورية العراق , العددان الثالث والرابع , السنة الثالثة والاربعون , ١٩٨٨ ,

ص ٣٦٨ . انظر ايضا الطعن الصادر من محكمة النقض المصرية رقم ١٣٤٥ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٣ . منشور

لدى د. عبد الفتاح مراد , موسوعة مراد , الجزء الخامس , مصدر سابق , ص ٢٠٥ .

(٧) انظر من الفقه الاسلامي الشيخ محمد بن علي الشوكاني , نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار , الجزء الاول , الطبعة الاولى ,

المطبعة المصرية , ١٣٥٧ هـ , ص ٢٩٨ . وقد نصت المادة (٢/٩٧) من القانون المدني العراقي على ان (سن التمييز

سبع سنوات كاملة) . وتقابلها المادة (٢/٤٥) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٨) انظر الشيخ محمد امين بن عمر بن عبد الرحيم (بن عابدين) , رد المحتار على الدر المختار , الجزء الرابع , الطبعة الثالثة

, المطبعة الكبرى , مصر , ١٣٢٦ هـ , ص ٤٠٠ . الشيخ احمد بن يحيى بن المرتضى , مصدر سابق , ص ١١١ . ومن

الفقهاء المحدثين انظر د. محمد سلام مذكور , مباحث الحكم عند الاصوليين , الجزء الاول , مطبعة لجنة البيان العربي ,

القاهرة , بدون سنة طبع , ص ٢٥٧ . وفي صدد الاعمال الدائرة بين النفع والضرر ذهب قول الى اعتبار ان هذه

التصرفات باطلة بحجة ان العقد اما ان يكون صحيحاً او باطلاً ولا يعترف بانعقاد العقد الموقوف على الاجازة . انظر

الشيخ محمد بن احمد الشربيني , شرح مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المناهج , الجزء الثاني , مطبعة الحلبي ,

القاهرة , ١٣٧٧ هـ , ١٩٥٨ م , ص ١٢٢ . الشيخ ابو القاسم احمد بن حسين الخرقى , شرح المغني , الجزء الرابع , الطبعة

الاولى , دار المنار , مصر , ١٣٦٧ هـ , ص ٣٢٩ .

وهو ما ذهب اليه كل من الفقه المدني^(١) والقانون المدني^(٢) والقضاء^(٣).

ومن خلال ما سبق يتضح لنا ان الصبي المميز اذا قام برهن ماله في دينه فان هذا التصرف يعتبر موقوفاً على اجازة وليه لانه من الاعمال الدائرة بين النفع والضرر , اذ ان رهن المال قد يؤدي الى بيعه في حالة عدم تمكن الراهن من سداد دينه والبيع يعتبر من عقود المعاوضة التي بدورها تعتبر من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر , اما اذا رهن الصبي المميز ماله بدين غيره فان تصرفه يعد باطلاً لانه يضر به ضرراً محضاً. الدور الثالث : البالغ سن الرشد , ويبدأ باكمال ثمانية عشر سنة كاملة^(٤) . اما بالنسبة الى حكم التصرفات التي يقوم بها الشخص الراشد فتعتبر صحيحة سواء كانت نافعة نفعاً محضاً ام ضارة ضرراً محضاً ام دائرة بين النفع والضرر , وهذا ما اكده الفقه الاسلامي^(٥) والفقه المدني^(٦) ومأنص عليه القانون المدني^(٧) وماسار عليه القضاء^(٨).

- (١) انظر أ. عبد الباقي البكري , وأ. زهير البشير , مصدر سابق , ص ٢٩٧ .
- (٢) انظر المادة (١ / ٩٧) من القانون المدني العراقي , وتقابلها المادة (٢ / ١١١) مدني مصري (موافق) .
- (٣) انظر قرار محكمة تمييز العراق رقم ٨٣ / استئنافية / ١٩٧١ . المؤرخ في ١٢ / ٨ / ١٩٧١ . منشور في مجلة القضاء , العدد الرابع , السنة السادسة والعشرون , ١٩٧١ , ص ١٨٦ . وقرارها رقم ٢٢٠٧ / صلحية / ١٩٥٧ . المنشور في العدد الرابع , السنة السادسة والعشرون , ١٩٧١ , ص ١٢٠ . وقرارها رقم ١١٥ / عامة / ١٩٧٢ . المنشور في ٣١ / ٣ / ١٩٧٣ . منشور في مجلة القضاء , العدد الثالث , السنة الثامنة والعشرون , ١٩٧٣ , ص ٩٥ . وهذا ما قضت به ايضا محكمة النقض المصرية انظر الطعن رقم ٣٤ سنة ٤٥ ق جلسة ٢٩ / ١٢ / ١٩٧٦ , منشور لدى د. انور طلبية , مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض , الجزء الثاني , بدون مكان طبع , ١٩٨١ , ص ٤٩٥ .
- (٤) وهذا ما ذهب اليه الامام مالك , وبه اخذ القانون المدني العراقي في المادة (١٠٦) والتي نصت على ان (سن الرشد هي ثمانية عشر سنة كاملة) . انظر شامل رشيد ياسين , مصدر سابق , ص ٨٤ .
- (٥) انظر لما أشار اليه د. مصطفى ابراهيم الزلمي , مصدر سابق , ص ٥٥ .
- (٦) انظر أ. عبد الباقي البكري , و د. زهير البشير . مصدر سابق , ص ٢٩٧ .
- (٧) انظر المادة (١ / ٤٦) , من القانون المدني العراقي , وتقابلها المادة (١ / ٤٤) مدني مصري (موافق) .
- (٨) انظر قرار محكمة تمييز العراق رقم ٦٣٥ / ح / ٥٧ / المؤرخ في ١٢ / ٦ / ١٩٥٧ . منشور لدى عبد العزيز السهيل , مصدر سابق . ص ١٢٤ , وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٨ س ٢٥ ق ٢٩ / ٣ / ١٩٥٦ . د. انور طلبية , مصدر سابق , ص ٧٧ .

وبذلك فان رهن الشخص البالغ سن الرشد يعتبر صحيحاً سواء رهن ماله في دينه ام في دين غيره .

الا انه تجدر الاشارة الى ان الشخص قد يبلغ سن الرشد ولكنه لا يستطيع ان يباشر التصرفات القانونية لعدم كمال اهليته اذ ان هناك عوامل قد تحول دون تمتع الشخص بالاهلية على الرغم من بلوغه سن الرشد , وهذه العوامل يعبر عنها بعوارض الاهلية وتتمثل بالجنون والعتة والسفه والغفلة^(١) .

فبالنسبة للمجنون فاذا كان جنونه مطبقاً فكل تصرفاته وعقوده تكون باطلة , واذا كان جنونه متقطعاً ففي حالة الافاقة تكون تصرفاته كتصرفات العاقل , وهذا ما ذهب اليه الفقه الاسلامي^(٢) والفقه المدني^(٣) وما نص عليه القانون المدني^(٤) وما سار عليه القضاء^(٥) .

وبذلك نستطيع ان نقول ان الراهن اذا كان جنونه مطبقاً بطل رهنه , واذا كان جنونه غير مطبق صح رهنه الصادر عند افاقته . اما بالنسبة للمعتوه فحكمه هو حكم الصبي المميز , وبالتالي فان حكم التصرف الصادر منه يختلف حسب ما اذا كان نافعا نفعا محضاً او ضاراً ضرراً محضاً او دائراً بين النفع والضرر , وهذا ما ذهب اليه الرأي الراجح في الفقه الاسلامي^(٦) .

-
- (١) انظر من الفقه الاسلامي العلامة محمد بن امير الحلي , مصدر سابق , ص ١٧٢ , , ومن الفقه المدني د. حسن علي الذنون , اصول الالتزام , مطبعة المعارف , بغداد , ١٩٧٠ , ص ١٠١ .
 - (٢) انظر الشيخ محمد الجواد بن محمد العاملي , مصدر سابق , ص ١١٠ . الشيخ ابي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله الخرقى , مصدر سابق , ص ٣٣١ . الشيخ ابي عبد الله محمد الخرخشي , شرح القرشي على المختصر الجليل , الجزء الخامس , الطبعة الثانية , مطبعة بولاق , مصر , ١٣١٧ هـ , ص ٣٢٦ .
 - (٣) انظر د. محمد رضا عبد الجبار العاني , الوكالة في الشريعة والقانون , مطبعة العاني , بغداد , ١٣٩٥ هـ , ١٩٧٥ م , ص ٤٤٦ . شامل رشيد ياسين , مصدر سابق , ص ٢٧٢ .
 - (٤) انظر المادة (١٠٨) من القانون المدني العراقي .
 - (٥) انظر قرار محكمة تمييز العراق رقم ٩٨٩ / مدنية اولى / ٩١ المؤرخ في ١١ / ٤ / ١٩٩١ . غير منشور . انظر ايضا الطعن الصادر من محكمة النقض المصرية رقم ٦٦ س ٤٩ ق ٢٣ / ٦ / ١٩٨١ . منشور لدى د. انور طلبية , مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض , مصدر سابق , ص ٥٠٤ .
 - (٦) انظر الشيخ عالمكير الهندي , الفتاوى الهندية , الجزء الخامس , المطبعة الكبرى , مصر , ١٣١٠ هـ , ص ٥٤ . الشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي , تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق , الجزء الخامس , المطبعة الميرية , مصر , ١٣١٣ هـ , ص ١٩١ . بينما ذهب رأي اخر النان تصرفات السفیه تكون تبعا لحالته العقلية ومقدار ادراكه فان كان كالصبي المميز اخذ حكمه وان ذهب العته بعقله وتمييزه فحكمه كحكم المجنون المطبق لانه نوع من الجنون الساكن , انظر الشيخ علي الخفيف , مختصر احكام المعاملات الشرعية , مطبعة السنة المحمدية , مصر , ١٣٧٤ هـ , ١٩٥٤ م , ص ٨٨ .

كما ان هذا الرأي يمثل ما ذهب اليه الفقه المدني^(١) ومائص عليه القانون المدني^(٢) وما سار عليه القضاء^(٣) .

وبالاحالة الى حكم التصرف الصادر من المميز فيكون رهن المعتوه موقوفا على اجازة الولي متى رهن ماله بدين نفسه , اما اذا رهن ماله بدين غيره فان رهنه يكون باطلاً^(٤) .

اما بالنسبة للسفيه فان تصرفاته تقع صحيحة حتى يتم الحجر عليه من قبل القاضي وهذا ماذهب اليه الرأي الراجح في الفقه الاسلامي^(٥) وما ذهب اليه الفقه المدني^(٦) وما نصت عليه المادة (٩٥) من القانون المدني العراقي^(٧) وما سار عليه القضاء^(٨) .

ومن خلال ماسبق يتضح ان رهن السفيه السابق للحجر يكون صحيحاً وبعبكسه يكون موقوفاً. اما بالنسبة لذوي الغفلة فتقع تصرفاته صحيحة حتى يحجر عليه من قبل القاضي , وهذا ما ذهب اليه الرأي الراجح من الفقه الاسلامي^(٩) , وما يستفاد من نص المادة (٩٥) من القانون

-
- (١) انظر أ. عبد الباقي البكري و أ. زهير البشير , مصدر سابق , ص ٢٩٧ .
 - (٢) انظر المادة (١٠٧) من القانون المدني العراقي .
 - (٣) انظر قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٦٣٩ / مدنية اولى / ٩٠ المؤرخ في ١٩٩١/٥/٩ . غير منشور .
 - (٤) انظر في هذا الصدد التفصيل الذي ذكرناه عند بحثنا لرهن الصبي المميز في ص ٢٦ من هذه الرسالة .
 - (٥) انظر الشيخ ابي الوليد محمد بن احمد القرطبي , بداية المجتهد ونهاية المقتصد , الجزء الثاني , مطبعة الاستقامة , القاهرة , ١٣٧١ هـ , ١٩٥٢ م , ص ٢٧٦ , الشيخ ابي محمد علي بن حزم الظاهري , المحلى , الجزء الثاني , مطبعة الامام , القاهرة , بدون سنة طبع , ص ٣٢٢ .
 - (٦) انظر د. علي حسن الذنون , اصول الالتزام , مصدر سابق , ص ٢٩٢ .
 - (٧) وذلك بالقول (تحجر المحكمه على السفيه وذو الغفلة ويعلن الحجر بالطرق المقررة قانوناً) . وتقابلها المادة (١١٣) من القانون المدني المصري والتي نصت على ان (المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد والاجراءات المقررة في القانون) . ولم يوضح القانون المدني العراقي معنى الطرق المقررة قانوناً , ولابد في مثل هذه الحالة ان يكون المقصود بها اعلان الحجر عن طريق النشر في الصحف وضرورة التأشير في سجلات التسجيل العقاري على كافة العقارات التي يملكها السفيه لمنعه من التصرف في تلك العقارات ولكي يكون من تعامل مع السفيه على بينة من امره . انظر شامل رشيد ياسين , مصدر سابق , ص ٣١٦ .
 - (٨) انظر قرار محكمة تمييز العراق رقم ٨٣٨ / موسوعة اولى / ٩٢ المؤرخ في ١٩٩٢/١٢/١٩ . غير منشور . والطعن الصادر من محكمة النقض المصرية رقم ٣٨٣ س ٣٦ ق ٢ / ١٩٧١/٤/٢ . منشور لدى د. انور طلبية , مصدر سابق , ص ٥١٣ .
 - (٩) انظر الشيخ محمد الجواد العاملي , مصدر سابق , ص ١١٠ . والشيخ زين الدين العاملي , مسالك الافهام , مصدر سابق , ص ٣٥٣ . بينما ذهب قول الى انه (تصح تصرفات ذي الغفلة مطلقاً لانه لايجبر عليه حفاظاً على حريته في التصرف او انسانيته مادامت اهليته كاملة بالفعل ولأن ليس بمفسد ولايقصد الفساد . انظر الشيخ ابي محمد علي بن حزم الظاهري , مصدر سابق , ص ٢٢٤ .

المدني العراقي , وما سار عليه القاضي^(١) , ولم نلاحظ موقف الفقه المدني من حكم تصرفات ذي الغفلة.

ومن خلال ماسبق يتضح ان رهن ذي الغفلة حكمه حكم رهن السفیه , يكون صحيحاً اذا كان سابق للحجر وبعبكسه يكون موقوفاً .

وتجدر الاشارة الى وجوب التمييز بين عوارض الاهلية وموانعها , فقد تقوم لدى الشخص الكامل الاهلية ظروف لاتمس عقله او تدبيره فيبقى على وضعه كامل الادراك صحيح التدبير ولكنه يتعذر عليه مباشرة التصرفات القانونية بنفسه ولهذا يقيم القانون من يتولى عنه مباشرة هذه التصرفات او يساعده في مباشرتها ^(٢) . وموانع الاهلية ثلاثة :

المانع الاول هو مانع قانوني يتمثل في الحكم على الشخص بعقوبة جنائية ^(٣) .

اما المانع الثاني فهو مانع طبيعي يتمثل في وجود عاهة مزدوجة ^(٤) .

اما المانع الثالث فهو مانع مادي يتمثل في الغيبة ^(٥) .

وطبقاً لما تقدم فان الراهن اذا كان كامل الاهلية وتعرض الى احد الموانع الانفة الذكر فان رهنه يكون صحيحاً اذا تم عن طريق النيابة وبعبكسه فانه يكون باطلاً .

وتجدر الاشارة الى ان الراهن وان كان كامل الاهلية ولم تتعرض اهليته الى احد الموانع , فان رضاه يجب ان لا يكون مشوباً بعيب من عيوب الرضا المتمثلة بالاكراه والغلط والتغريير مع الغبن والاستغلال .

(١) انظر قرار محكمة تمييز العراق رقم ٤٤٤ / شرعية / ١٩٦٧ / هيئة عامة . والمؤرخ في ١٩٦٨/٤/٢٤ . منشور لدى الاستاذ سليمان بيات , القضاء المدني العراقي , الجزء الثالث , شركة الطبع والنشر الاهلية , بغداد , بدون سنة طبع, ص ١٠٣ . انظر ايضا الطعن الصادر من محكمة النقض المصرية رقم ٣٩٦ س ٣٥ ق ١٩٧٠/٥/٢٨ . منشور لدى د. انور طلبية , مصدر سابق , ص ٥١٤ .

(٢) انظر د. عبد المجيد الحكيم و ا. عبد الباقي البكري و أ. محمد طه البشير , مصدر سابق , ص ٧٣ . شامل رشيد ياسين , مصدر سابق , ص ٣٢٩ .

(٣) انظر المادة ٩٧ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لعام ١٩٦٩ . وما قضت به محكمة تمييز العراق في قرارها رقم ٤٣٢ / حقوقية / ١٩٥٩ والمؤرخ في ١٩٥٩/٤/٢٣ . منشور في مجلة القضاء , العدد الخامس , السنة السابعة عشرة , ١٩٥٩ , ص ٦٩٩ . وقرارها رقم ٢١٦ / هيئة عامة اولى / سنة ١٩٧٥ المؤرخ في ١٩٧٥/٧/٢٣ . منشور في مجلة الاحكام العدلية , العدد الثالث , السنة السادسة , ١٩٧٥ , ص ٣٧ .

(٤) انظر المادة (١٠٤) من القانون المدني العراقي , وتقابلها المادة (١١٧) من القانون المدني المصري (موافق).

(٥) انظر المادة (١٣٦ / ١) من القانون المدني العراقي .

فبالنسبة للشخص الذي تعرض الى عيب الاكراه فان تصرفه ينعقد موقوفاً على اجازته , وهذا ما ذهب اليه الراي الراجح في الفقه الاسلامي ^(١) وما ذهب اليه الفقه المدني ^(٢) ومانص عليه القانون المدني العراقي ^(٣) وما سار عليه القضاء ^(٤) .

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا ان الراهن اذا اكره على ابرام عقد الرهن فان هذا العقد لايعتد به الا اذا اجازه الراهن بعد ارتفاع الاكراه .

اما بالنسبة للشخص الذي تعرض الى عيب الغلط فان تصرفه يعتبر غير نافذ , وهذا ما ذهب اليه الفقه الاسلامي ^(٥) والفقه المدني ^(٦) وما نص عليه القانون المدني العراقي ^(٧) وما سار عليه القضاء ^(٨) .

ونرى ان هذا العيب يمكن ان يشوب رضا الراهن ايضا كأن يرهن شيئاً من امواله الضرورية وهو يتصور بانه يرهن شيئاً غيره , او كأن يتصور انه يرهن ماله عند شخص ثقة ويتبين ان المرتهن شخص اخر , وبناء على ماتقدم فان الراهن المشوب رضاه بعيب الغلط يعتبر رهنه غير نافذ .

(١) انظر في ذلك التفصيل الذي ذكره فرج توفيق الوليد , مصدر سابق , ص ١١٦ . الا ان هناك رأي ثاني يذهب الى ان تصرف المكره هو تصرف باطل ولا تقبل الاجازة من المكره اذا زال عنه الاكراه . انظر الشيخ نجم الدين ابو القاسم جعفر بن سعيد الحلي (المحقق الحلي) , شرائع الاسلام في الفقه الجعفري , الجزء الاول , منشورات دار مكتبة الحياة , بيروت , ١٢٩٥ هـ , ص ١٩٥ . كما ان هناك رأي ثالث يذهب الى ان تصرف المكره يكون فاسداً واذا زال الاكراه واصر على العقد من كان مكرهاً عليه راضياً به صار صحيحاً , انظر الشيخ محمد بن امين بن عابدين , رد المحتار , الجزء الخامس , مصدر سابق , ص ٣٠٧ . انظر ايضاً من الفقه الحديث د. محمد يوسف موسى , الاموال ونظرية العقد , الطبعة الاولى , مطبعة دار الكتاب العربي , مصر , ١٣٧٢ هـ , ١٩٥٢ م , ص ٣٩٨ .

(٢) انظر د. حسن علي الذنون , اصول الالتزام , مصدر سابق , ص ٩٤ . ود. عبد المجيد الحكيم و أ. عبد الباقي البكري و أ. محمد طه البشير , مصدر سابق , ص ١١٤ .

(٣) انظر المادة (١٣٤) من القانون المدني العراقي , وتقابلها المادة (١٢٧) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٤) انظر قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٨٨٩ / حقوقية / ١٩٥٩ المؤرخ في ١٩٦٠ / ١ / ٥ منشور في مجلة القضاء , العددان الاول والثاني , السنة الثامنة عشر , ١٩٦٠ , ١٢٠ .

(٥) انظر الشيخ محمد حسن النجفي , مصدر سابق , ص ١٣٤ .

(٦) انظر د. فريد فتیان , التعبير عن الارادة , معهد البحوث والدراسات العربية , بغداد , ١٤٠٥ هـ , ١٩٨٥ م , ص ٤٧ .

(٧) انظر المادة (١٣٤) , وتقابلها المادة (١٢٠) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٨) انظر قرار محكمة تمييز العراق رقم ٨٧ / حقوقية / ١٩٧١ المؤرخ في ١٩٧١ / ٨ / ١٩ . منشور في مجلة القضاء , العدد الرابع , السنة السادسة والعشرون , ١٩٧١ , ص ٢٠٦ .

اما بالنسبة الى عيب الغبن مع التغيرير فقد ذهب الفقه الاسلامي الى عدم اشتراط اصطحاب التغيرير بغبن لكي يعيب الرضا فيكفي في ذلك التغيرير او الغبن لكي يعطي للمتعاقد خيار النقص^(١). وذلك بخلاف ما عليه الحال لما ذهب اليه الفقه المدني^(٢) وما نص عليه القانون المدني العراقي^(٣) وما سار عليه القضاء^(٤).

وبناء على ذلك فان الراهن اذا كان رضاه مشوباً بهذا العيب انعقد رهنه موقوفاً ويحق للراهن نقضه.

اما بالنسبة الى الشخص الذي تعرض الى عيب الاستغلال فانه يحق له نقضه حسب موقف الفقه الاسلامي^(٥) او يكون مخيراً بين رفع الغبن والنقص حسب موقف الفقه المدني^(٦) وما نص عليه القانون المدني^(٧) وما سار عليه القضاء^(٨).

ومن خلال ماتقدم يتضح ان عيب الاستغلال يمكن ان يعيب ارادة الراهن , ونعتقد أن الاستغلال يزداد شدةً عندما يقوم الشخص برهن ماله في دين غيره وان الاستغلال فيما نرى يقع في هذه الحالة من قبل الشخص المدين.

وبهذا نكون قد تناولنا جميع المسائل التي تتعلق باشتراط اذن الراهن في قبض المال المرهون, ومن خلال ما سبق يتضح اتفاق الفقه الاسلامي والفقه والقانون المدنيين والقضاء على مسألة اشتراط ان الراهن في قبض المرهون , الا ان الفقه الاسلامي قد تفوق على سواه في تناوله لجزئيات هذا الشرط.

-
- (١) انظر لما أشار اليه د. سعيد المحاسني , شرح المجلة , الجزء الاول , دمشق , ١٩٢٧ , ص ٢٩٤ .
- (٢) انظر د. عبد المجيد الحكيم و أ. عبد الباقي البكري و أ. محمد طه البشير , مصدر سابق , ص ٨٧ . وانظر ايضاً في صدد المقارنة بين الفقه الاسلامي والفقه المدني أ. زهير الزبيدي , الغبن والاستغلال بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية - دراسة مقارنة , مطبعة دار السلام , بغداد , ١٩٧٣ , ص ١٤٩ وما بعدها .
- (٣) انظر المادة (١ / ١٢٤) من القانون المدني العراقي .
- (٤) انظر قرار محكمة تمييز العراق رقم ٧٠٥ / حقوقية / ١٩٥٨ المؤرخ في ١٧ / ٥ / ١٩٥٨ . منشور في مجلة القضاء , العدد الاول , السنة السابعة عشرة , ١٩٥٧ , ص ٧٤ .
- (٥) انظر الشيخ محمد بن علي الشوكاني , نيل الاوطار , الجزء الخامس , مصدر سابق , ص ١٧٧ .
- (٦) انظر د. عبد الرزاق السنهوري , نظرية العقد , القاهرة , ١٩٣٤ , ص ٤٥٢ .
- (٧) انظر المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي , وتقابلها المادة (١٢٩) من القانون المدني المصري .
- (٨) انظر قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢٠٩٦ / ص / ١٩٥٩ المؤرخ في ٦ / ٦ / ١٩٥٩ . منشور لدى عبد العزيز السهيل , مصدر سابق , ص ١٣٨ .

المطلب الثاني

أن يتم القبض من قبل الدائن المرتهن او ممن يمثله

لقد ذهب مجلّة الاحكام العدلية الى ان (المرتهن هو آخذ الرهن)^(١) .

وعرفه الدكتور الزلمي بانه (الدائن الذي أنشأ الرهن لضمان دينه)^(٢) .

كما عُرِف المرتهن ايضاً بانه (الدائن الذي اخذ المال وثيقة بدينه)^(٣) .

وبانه (الشخص الذي تنتقل اليه حيازة المال المرهون فتشكل الحيازة بالنسبة له جانباً ايجابياً اذ يسيطر على المال سيطرة مادية وما يتبع ذلك من توفير الطمأنينة له على حقه المضمون لما تتضمنه الحيازة من ضمانات تقيه خطر جحود مدينه او اعساره او مماطلته)^(٤) .

وغالباً ما يتم قبض المال المرهون من قبل الدائن المرتهن باعتباره الطرف الثاني في عقد الرهن الذي قدم مبلغاً من المال الى المدين الراهن مما حدا بالآخر ان يقدم المال المرهون ضماناً لوفاء ذلك الدين , الا ان القبض قد يتم من قبل شخص اخر غير الدائن المرتهن وذلك باعتباره ممثلاً عنه .

فمن جهة ان الرهن قد يعقد عن طريق الوكالة او الولاية على المرتهن وبالتالي فان حيازة المال المرهون ستنقل الى وكيل الدائن او وليه , ونحيل في هذا الصدد على الكلام المتعلق بالرهن وكالة او ولاية الذي تناولناه عند شرحنا للشروط التي تتعلق بالراهن^(٥) .

ومن جهة اخرى فان المال قد لا ينتقل الى الدائن وانما الى شخص اخر هو العدل والذي عرفه الفقه الاسلامي بانه (الشخص الامين الذي يرضى به كل من الراهن والمرتهن ليضعه عنده الرهن , وينوب عنهما في قبضه وحفظه , وقد يسلطانه على بيعه عند حلول اجل الدين)^(٦) .

كما عرفته مجلّة الاحكام العدلية بانه (هو الذي أتمنه الراهن والمرتهن وسلماه واودعاه

(١) المادة (٧٠٤) من مجلّة الاحكام العدلية .

(٢) انظر مؤلّفة الالتزامات , مصدر سابق , ص ٢٠٧ .

(٣) د . عيد نايل , مصدر سابق , ص ٢٣١ .

(٤) حسين عذاب السكني , مصدر سابق , ص ١٦٤ .

(٥) انظر ص ١٧ و ٢٣ من هذه الرسالة .

(٦) الموسوعة الاسلامية المعاصرة , كتاب الرهن , ص ٢٠ .

الرهن^(١).

الا ان هذا التعريف يتوافق فقط مع الرأي الذي يذهب الى جواز وضع الرهن لدى عدل , اذ ان الفقه الاسلامي في هذه المسألة انقسم على رايتين احدهما مانع والاخر مجيز .

فالرأي الاول يذهب الى عدم جواز وضع الرهن عند عدل وهو احد قولي الامام مالك^(٢) وقول زفر والحكم^(٣) والحارث العكلي وقتادة وابن ابي ليلى واهل الظاهر^(٤) . وقد استدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول .

اما الكتاب فقولہ تعالى (فرهان مقبوضة) ووجه الدلالة ان الله سبحانه وتعالى ذكر القبض مع ذكر المتدائنين فيكون القبض والاقباض منهما واشترط ان يقبضه فلان أي (العدل او غيره) ليس في كتاب الله فهو باطل^(٥) .

واما السنة فما روي عن النبي (ص) انه اقبض الدرع الذي له بالدين الذي عليه وهذا هو القبض الصحيح وما سواه أي كقبض العدل باطل^(٦) .

واما المعقول فقد استدلوا له بدليل ان يد العدل يد المالك لان العدل نائب عن الراهن لا عن المرتهن , ولهذا فلو تسبب المرهون بالحاق الضرر بالغير فان الضمان يكون على الراهن دون المرتهن , والرهن لا يتم بقبض الراهن وان اتفقا عليه فكذا بقبض العدل فانعدم القبض^(٧) .

(١) انظر المادة (٧٠٥) من المجلة .

(٢) اشار اليه الشيخ برهان الدين علي بن الحسين بن ابي بكر المرغيناني , الهداية شرح بداية المبتدئ , الجزء الرابع , مطبعة مصطفى الحلبي , مصر , ١٣٥٥ هـ , ١٩٣٦ م , ص ١٠٤ . والشيخ علي الخفيف , النظريات العامة في الفقه - الرهن , معهد الدراسات العليا , القاهرة , ١٩٦١ , ص ٤٠ .

(٣) اشار اليه الشيخ محمد بن احمد الانصاري , الجامع لاحكام القرآن , المجلد الثاني , الجزء الثالث , الطبعة الاولى , دار الكتب العلمية , بيروت , ١٤٢٠ هـ , ٢٠٠٠ م , ص ٢٦٥ .

(٤) اشار اليه الشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي , تبين الحقائق , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ٨٠ .

(٥) انظر الشيخ ابي الوليد محمد بن احمد القرطبي , مصدر سابق , ص ٢٧١ . انظر ايضا الشيخ علي بن احمد الاندلسي , مصدر سابق , ص ١٠٢ .

(٦) انظر في ذلك فرج توفيق الوليد , مصدر سابق , ص ٣٣٩ .

(٧) انظر الشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي , تبين الحقائق , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ٨٠ . انظر ايضا الشيخ برهان الدين المرغيناني , الهداية - شرح بداية المبتدئ , الجزء الرابع , مصدر سابق , ص ١٠٤ .

اما الراي الثاني فيذهب الى جواز وضع الرهن لدى عدل , وهو راى جمهور الفقهاء ^(١) , وبه اخذت مجلة الاحكام العدلية , اذ نصت المادة (٧٥٢) منها على انه (يد العدل كيد المرتهن يعني لو اشترط الراهن والمرتهن ايداع الرهن عند من ائتمنه ورضي الامين فقبضه يتم الرهن ويلزم ويقوم ذلك الامين مقام المرتهن) كما نصت المادة (٧٥٣) من المجلة علاناه (لو اشترط حين العقد قبض المرتهن الرهن ثم لو وضعه الراهن والمرتهن بالاتفاق في يد عدل يجوز) .

وقد استدل اصحاب هذا الراي فيما ذهبوا اليه , بالكتاب والسنة والاجماع و المعقول . اما الكتاب فقوله تعالى (فرهان مقبوضة) ووجه الدلالة ان قوله تعالى (مقبوضة) مطلق وليس فيها فصل بين قبض المرتهن والعدل , وقبض العدل برضا المرتهن قبض المرتهن معنى وحقيقة ^(٢) .

واما السنة فقوله (ص) (المؤمنون عند شروطهم الا شرط احل حراما او حرم حلالا) واشتراطهما (المتعاقدين) وضعه عند عدل لا يحل حراما ولا يحرم حلالاً فيجوز , كما ان اقباضه (ص) الدرع للمرتهن لا يدل على عدم صحة ما عداه لان الدليل لا يفيد الحصر بذلك ^(٣) . واما الاجماع فقد نقل الجمهور من علماء المسلمين على اختلاف مذاهبهم وآرائهم جواز ذلك ^(٤) .

واما المعقول فقد استدلوا له بدليلين :-

الدليل الاول : ان يد العدل لها صفتان , يد امانة من حيث انه نائب عن الراهن فهو امانة عنده ,

(١) انظر من الامامية الشيخ محمد الجواد العاملي , مصدر سابق , ص ١٦٠ . ومن الحنفية الشيخ ابي بكر محمد السرخسي , المبسوط , الجزء الحادي والعشرون , مطبعة السعادة , مصر , بلا سنة طبع , ص ٧٧ . ومن الشافعية الشيخ محمد بن احمد الشربيني , شرح مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج , الجزء الرابع , مصدر سابق , ص ٣٥١ . ومن الحنابلة الشيخ علاء الدين ابي الحسن علي المرادوي , مصدر سابق , ص ١٦٣ . ومن المالكية الشيخ ابي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي , مصدر سابق , ص ١٥ .

(٢) انظر الشيخ علاء الدين بن مسعود الكاساني , مصدر سابق , ص ١٣٧ .

(٣) انظر لما اشار اليه فرج توفيق الوليد , مصدر سابق , ص ٣٣٧ , ٣٤٠ .

(٤) انظر لما اشار اليه الشيخ ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي , الخلاف , الجزء الثاني , مطبعة الحكمة , طهران , بلا سنة طبع , ص ١٠٥ . انظر ايضاً الشيخ محمد بن احمد الشربيني , شرح مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج , الجزء الرابع , مصدر سابق , ص ٣٥١ .

ويد ضمان من حيث انه نائب عن المرتهن , وبالصفة الثانية يتحقق القبض^(١).

الدليل الثاني : ان الحاجة تدعو الى قبض العدل لان الراهن قد يكره حيازة المرهون خوف دعوى التلف , وقد يكره المرتهن حيازة نفسه خوف الضمان اذا تلف المرهون , اذ لو لم يجز الوضع عند عدل لادى ذلك الى دوام النزاع بينهما لما مر من خوف المتعاقدين على حقهما من وضع الرهن عند الآخر وهذا يتنافى مع غاية عقد الرهن^(٢).

اما بالنسبة الى الفقه المدني فقد عرف العدل بعدة تعاريف منها ان العدل هو (حارس اتفاقي يتم تعيينه باتفاق الراهن والمرتهن للمحافظة على المرهون وادارة شؤونه)^(٣).

ويؤخذ على هذا التعريف عدم اشارته الى حيازة العدل للمرهون نيابة عن المرتهن , اذ ان المحافظة والادارة انما يقوم بها العدل نيابة عن الراهن.

وقد عرف العدل ايضا بانه (اجنبي عن الطرفين المتعاقدين يتسلم الشيء المرهون ويحوزه بالنيابة عن المرتهن)^(٤).

ويؤخذ على هذا التعريف انه قد سمي العدل اجنبيا , في حين ان العدل لا يكون اجنبيا في كل الاحوال فقد يكون مرتهناً حينما تتعدد الرهون المقررة على حق واحد فيحوز الحق بصفتي المرتهن والعدل^(٥).

كما يؤخذ على هذا التعريف ايضا عدم ذكره للواجبات التي يقوم بها العدل لمصلحة الراهن كالحفظ والادارة .

لذلك فاننا يمكن ان نعرف العدل بانه (الشخص المعين من قبل الراهن والمرتهن للمحافظة على المرهون وادارة شؤونه لمصلحة الراهن , بعدما يتسلمه نيابة عن المرتهن).

(١) انظر الموسوعة الاسلامية المعاصرة , مصدر سابق , ص ٢٠. انظر ايضا كل من الشيخ برهان الدين المرغيناني , مصدر سابق , ص ١٤١. الشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي , تبين الحقائق , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ٨٠.

(٢) انظر الشيخ علاء الدين بن مسعود الكاساني , مصدر سابق , ص ٢٦٥. انظر ايضا الشيخ برهان الدين المرغيناني , مصدر سابق , ص ١٤١.

(٣) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان , مصدر سابق , ص ١٨٤.

(٤) د. صلاح الدين الناهي , الوجيز في التامينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ١٣٧.

(٥) انظر حسين عذاب السكني , مصدر سابق , ص ١٦٥.

وقد اتفق الفقه المدني مع جمهور الفقه الاسلامي في جواز وضع المرهون لدى عدل , فقد ذهب الى انه لا بد ان يتنازل الراهن عن حيازة المال المرهون , والاصل ان يكون هذا التنازل للدائن المرتهن الذي يتسلم الشيء ويظل حابساً له حتى يستوفي دينه , فهو احد طرفي العقد والذي جعل انتقال الحيازة لحمايته ولضمان مصالحه , على انه ليس هناك ما يمنع من ان تنتقل الحيازة الى شخص اخر يتفق عليه المتعاقدان ^(١) .

ويجوز ان يتم هذا الاتفاق في نفس عقد الرهن , كما يجوز ان يكون لا حقاً للرهن , ولا يلزم ان يكون الاتفاق ثابت التاريخ ولا يشترط فيه أي شرط خاص وهو يخضع في اثباته للقواعد العامة ^(٢) . كما انه لا ضرورة في ان يدخل العدل في هذا الاتفاق ولكن يجب ان يقبل المهمة المنوطة به سواء برضاء سابق او لاحق على عقد الرهن ^(٣) .

وبناء على ذلك لا يعتبر رهناً مجرد قيام شخص بايداع مال لدى اخر ضماناً لدين في ذمته مستحق لشخص ثالث مالم يثبت حصول اتفاق بين الدائن والمودع لديه على قبول الحيازة لحسابه واذا كان العدل يحوز الشيء من قبل مستاجراً او مستعيراً مثلاً فانه لا يكفي باعتباره حائزاً للشيء بناء على الرهن ان يعلنه الدائن المرتهن بحصول الرهن بل لابد من قبوله الحيازة بوصفه عدلاً وموافقة الراهن على ذلك ^(٤) . ويبدو ان اجماع الفقه المدني على صحة قبض العدل له ما يبرره , اذ يترتب عليه فوائد متعددة .

فمن جهة نجد ان حصول الحيازة بواسطة عدل فيه فائدة للدائن المرتهن , اذ يتخلص بموجبه من عبء حفظ الحق المرهون واستغلاله وغير ذلك من الالتزامات التي ترتبط بالحيازة خاصة حينما تعوزه الرغبة او تنقصه القدرة والخبرة على القيام بهذه الالتزامات فيكون هذا الاسلوب في الحيازة منجاة له من مسائلته عما يقع منه من اخطاء في استغلال الحق المرهون , كما انها

(١) انظر في ذلك كل من د. عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني, مصدر سابق , ص ٧٨٩. د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٤٨٩.

(٢) انظر د. السنهوري , الوسيط , مصدر سابق , ص ٧٩٠. د. انور طلبية , الوسيط في شرح القانون المدني , الجزء السادس , المكتب الجامعي الحديث , الاسكندرية , ٢٠٠١ , ص ٨٠٤ .

(٣) انظر أ. شاكراً ناصر حيدر , الحقوق العينية العقارية , مصدر سابق , ص ١٩٤. ود. محمد كامل مرسي , الحقوق العينية التبعية او التأمينات العينية , الطبعة الثانية , منشورات المطبعة العالمية , القاهرة , ١٣٧٠ هـ , ١٩٥١ م , ص ٣٨٥.

(٤) انظر د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٤٩٠ .

تحميه في الوقت ذاته من كل تصرف يجريه الراهن اضراراً به ^(١) .

ومن جهة أخرى نجد ان قبض العدل فيه فائدة للراهن ايضاً , اذ يمكنه عن سبيله ان يرهن الشيء ضماناً لاكثر من دين وبذلك يستفيد الى ابعد حد من المرهون بوصفه اداة ائتمان , فضلاً عن ان حيازة العدل تحمي الراهن مما قد يأتيه الدائن المرتهن من تصرفات ضارة في المال المرهون ^(٢) .

وقد تكون هناك فائدة للعدل نفسه , اذ يصح ان يكون مرتهننا للشيء المرهون فيحوزه لحسابه بوصفه دائناً مرتهنناً ونيابة عن الدائن المرتهن الاخر بوصفه عدلاً , وقد لا يكون دائناً مرتهنناً فيأخذ اجرا مقابل قيامه بهذا العمل ^(٣) .

اما بالنسبة الى موقف القانون من حكم وضع المال المرهون لدى عدل , فقد اخذ القانون المدني العراقي بما ذهب اليه جمهور الفقه الاسلامي وما اتفق عليه الفقه المدني من جواز ذلك اذ نصت المادة (١٣٢١) منه على ان (الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن او في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاءه منه كلاً او بعضاً مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال) .

كما نصت المادة (١/١٣٢٣) على ان (يد العدل كيد المرتهن فلو اتفق الراهن او المرتهن على ايداع المرهون عند امين ورضي الامين وقبض المرهون تم الرهن ولزم , ولو اتفق حين العقد على قبض المرتهن المرهون ثم وضعه الراهن والمرتهن بالاتفاق على يد عدل جاز ذلك). وقد نصت المادة (١٠٩٦) من القانون المدني المصري على ان (الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ضماناً لدين عليه او على غيره ان يسلم الى الدائن او اجنبي شيئاً يترتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين وان يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون) . كما نصت المادة (١/ ١١٠٩) منه على انه (يجب لنفاذ الرهن في حق الغير ان يكون الشيء المرهون في يد الدائن او الاجنبي

(١) انظر د. محمود جمال الدين زكي , التأمينات الشخصية والعينية , الطبعة الثالثة , مطابع دار الكتاب العربي , القاهرة , ١٩٧٩ , ص ٣٨١.

(٢) انظر د. احمد سلامة , دروس في التأمينات المدنية , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٦٨ , ص ٣٨٩. انظر ايضا د. منصور مصطفى منصور , مصدر سابق , ص ٢٤٢.

(٣) انظر د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٤٩٠.

الذي ارتضاه المتعاقدان) . فالقانون المدني المصري قد خير ايضا بين قبض المرتهن وقبض العدل الذي اسماه بالاجنبي ^(١) .

وقد ساير القضاء العراقي موقف كل من جمهور فقهاء المسلمين والفقهاء والقانون المدنين , فقد قضت محكمة التمييز بانه (لا يجوز الاعتراض على حيازة المال المرهون من قبل العدل الذي عينه القاضي بعد امتناع الراهن عن المساهمة في تعيينه) ^(٢) .

(١) ويقابل هذه النصوص نص المادة (٩٩٣) مدني يمني (موافق) . والمادة (١٣٧٦) مدني اردني (موافق) .
(٢) انظر قرارها رقم ٥٦٢ / ح / ١٩٦٨ المؤرخ في ١ / ١٢ / ١٩٦٨ . منشور في مجلة القضاء , العدد الاول , السنة الرابعة والعشرون , ١٩٦٩ , ص ١٦٩ .

المطلب الثالث

أن يكون المال المرهون قابلاً للقبض

يشترط في المال المرهون أن يكون قابلاً للقبض .

وفي هذا الصدد يلاحظ أن فقهاء المسلمين قد ذهبوا الى اشتراط ذلك ^(١) . فلو رهن ما لا يمكن اقباضه كالطير في الهواء غير معتاد العود , والسماك في غير المحصور من الماء بحيث يتعذر قبضه عادة , لم يصح رهنه لعدم الاستيثاق بمثل ذلك ^(٢) .

وتجدر الاشارة الى ان اشتراط قابلية المرهون للقبض كان سبباً في اثارة الخلاف بين فقهاء المسلمين حول مسألة رهن الدين .

فقد ذهب رأي الى عدم جواز رهنه , لانه غير مقدور على تسليمه ^(٣) .

بينما ذهب الرأي الثاني الى جواز رهنه , لان مافي الذمة مال تقع به الوثيقة فجاز ان يكون رهناً ^(٤) , اذ ان قبض الدين ممكن بقبض وثيقته ^(٥) .

(١) انظر الشيخ زين الدين العاملي , مصدر سابق , ص ٢٠ . السيد عبد الاعلى السبزواري , مصدر سابق , ص ٩٠ . وهذا ما اخذت به مجلة الاحكام العدلية في المادة (٧٠٩) اذ نصت على انه (يشترط ان يكون المرهون صالحا للبيع بناء عليه يلزم ان يكون موجودا ومالا متقوما ومقدور التسليم في وقت الرهن) .

(٢) انظر الشيخ محمد حسن النجفي , مصدر سابق , ص ١٢٩ . الشيخ محمد حسن العاملي , مصدر سابق , ص ٦٦ .

(٣) انظر من الامامية الشيخ محمد جواد حسين العاملي , مصدر سابق , ص ٨٠ . وفيه (لا يصح رهن الدين كما في الغنية والسرائر والشرائع والارشاد والدروس وجامع المقاصد وكذلك النافع والتحرير والتبصرة وفي الكفاية انه المشهور لاشتراط القبض وعدم امكانه فيه) . وانظر من الحنفية الشيخ علاء الدين بن مسعود الكاساني , بدائع الصنائع , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ٢٤٦ . ومن الشافعية الشيخ شمس الدين محمد الانصاري , مصدر سابق , ص ٢٣٣ . ومن الحنابلة الشيخ ابي القاسم عمر بن حسين الخرقى , مصدر سابق , ص ٣٥٠ . ومن الزيدية الشيخ احمد بن يحيى بن المرتضى , البحر الزخار , الجزء الرابع , مصدر سابق , ص ١١٤ .

(٤) وهو مذهب المالكية انظر الشيخ احمد بن محمد بن احمد الدردير , الشرح الصغير , الجزء الثالث , مصدر سابق , ص ١١١ . الشيخ ابو الوليد محمد بن احمد القرطبي , بداية المجتهد ونهاية المقتصد , الجزء الثالث , مصدر سابق , ص ٤١١ . الشيخ ابي عبد الله محمد الخرشي , مصدر سابق , ص ٢٣٦ .

(٥) انظر لما اشار اليه د. محمد عبد الجواد محمد , الحيازة والتقادم في الفقه الاسلامي المقارن بالقانون الوضعي , منشأة المعارف , الاسكندرية , ١٩٧٧ , ص ١٧٩ .

وقد ذهب الفقه المدني الى اشتراط كون المرهون قابلاً للحيازة , مشيراً الى انه لو كان المرهون غير قابل للحيازة لتعذر نقله من الراهن الى المرتهن^(١).

اما بالنسبة للدين فانه ايا كان الحق الذي يمثله يمكن رهنه بحيازة سنده , اما الديون التي لم تحرر بسندات فلا يمكن رهنها^(٢).

اما بالنسبة الى موقف القانون , فاننا نستطيع ان نؤكد اشتراط القانون المدني العراقي لقابلية المرهون للحيازة من خلال معالجته لمسالة رهن الدين^(٣) فعندما نصت المادة (١٣٢٨) على انه (يجوز ان يكون محلاً للرهن الحيازي كل مايصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار ومنقول وديون ويجوز بوجه خاص رهن الاراضي الاميرية رهناً حيازياً) فهذا النص يشير الى جواز رهن العقار والمنقول والدين و لكن يشترط ان يكون الدين مثبتاً بسند خطي لان القانون يوجب على من يرهن ديناً ان يسلم الى المرتهن السند المثبت لهذا الدين , فقد نصت المادة (١٣٥٤) على انه (لا يكون رهن الدين تاماً الا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون , ولا يكون نافذاً في حق المدين الا باعلان هذا الرهن اليه او بقبوله اياه , وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت لتبليغ الاعلان او القبول)^(٤). ولكن هذا الحكم لا يسري على الديون المثبتة بسندات اسمية وسندات لامر لان رهنها يتم بالطريقة التي رسمها قانون التجارة^(٥).

(١) انظر د. محمد كامل مرسي , الموجز في التامينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ٢٥١. القاضي حسين عبد اللطيف حمدان , مصدر سابق , ص ٢٤٣ . د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٤٧٧ . د. علي هادي العبيدي , الحقوق العينية , الطبعة الاولى , مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع , عمان , ١٤٢٠ هـ , ٢٠٠٠ م , ص ٣٨٨.

(٢) انظر د. محمد كامل مرسي , الحقوق العينية التبعية , مصدر سابق , ص ١٦٩.

(٣) في حين نص القانون المدني الاردني في المادة (١٣٧٣) صراحة على انه (يشترط في المرهون رهناً حيازياً ان يكون مقدور التسليم).

(٤) وتقابلها المادة (١١٢٣) من القانون المدني المصري (موافق).

(٥) فقد نصت المادة (١٣٥٥) من القانون المدني العراقي 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 اعلان) وقد نصت المادة (١٨٩) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على انه (١- يتم رهن الحق في السند الاسمي بحوالة يذكر فيها على سبيل الرهن وتفيد في دفاتر الجهة التي اصدرت السند ٢- يتم رهن الحق الثابت في سند للامر بتظهير يذكر فيه (الراهن) او اية عبارة اخرى تفيد ذلك)

الفصل الثاني

تكييف القبض وكيفية اجرائه

يثار التساؤل عن تكييف القبض وعن كيفية اجرائه , وان الاجابة عن هذا التساؤل تقتضي تقسيم هذا الفصل على مبحثين نتناول في الاول تكييف القبض ونخصص الثاني لكيفية اجرائه.

المبحث الاول

تكييف القبض

لقد ثار الخلاف حول مسألة تكييف القبض في عقد الرهن . وبالنسبة الى موقف الفقه الاسلامي فقد ذهب الفقهاء الى ثلاثة اراء , وقد عده الرأي الاول ركناً بينما عده الراي الثاني شرطاً , في حين ذهب الرأي الثالث الى ان القبض ليس ركناً ولا شرطاً , ومن جهة اخرى فان موقف كل من الفقه والقانون المدنيين والقضاء قد اختلف في مواكبة هذه الاراء , لذا فاننا سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب نتناول في كل مطلب احد هذه الاراء ومدى مواكبة الفقه والقانون المدنيين والقضاء له .

المطلب الاول

القبض ركن في عقد الرهن

لقد ذهب رأي من الفقه الاسلامي الى ان القبض هو ركن في عقد الرهن , ومن ثم يترتب على تخلفه بطلان العقد ^(١) وقد استند اصحاب هذا الراي فيما ذهبوا اليه الى قوله تعالى ﴿وَإِنْ

كُنْتُمْ عَلٰى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَ ^(٢) أَنْ يَقْبِضُوا إِلَيْهِ هَٰذَا مَقْبُوضَةٌ) تدل على ان

(١) انظر الشيخ علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني , بدائع الصنائع , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ١٣٧ . وفيه ان (القبض ركن في عقد الرهن وهي وجهة نظر الظاهرية وشاطرهم فيها زفر واخرون من الاحناف) . وتجدر الاشارة الى ان المراد من الركن عند فقهاء المسلمين بانه مايتوقف عليه التصرف ويكون داخلاً في حقيقته وما هيته , اما الشرط فهو مايتوقف عليه التصرف ولكنه يكون خارجاً عن حقيقته وماهيته , انظر أ. محمود المظفر , الرهن التاميني حكمه ومحتواه في الشريعة الاسلامية , بحث مقدم للمؤتمر التاسع لاتحاد المحامين العرب , مطبعة الارشاد , بغداد , ١٩٦٧ , ص ٩ .

(٢) سورة البقرة الاية ٢٨٣ .

القبض ركن في عقد الرهن ^(١) .

وقد واكب رأي من الفقه المدني في العراق ما ذهب اليه هذا الرأي من الفقه الاسلامي , مستندا فيما ذهب اليه الى نص المادة (١٣٢٢ / ١) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون) ^(٢) .

فقد ذهب الاستاذ محمد طه البشير و الدكتور غني حسون طه الى ان (الرهن الحيازي هو عقد عيني , القبض فيه ركن وليس مجرد التزام ينشأ عن العقد بعد تمامه , هذا ويلاحظ ان المشرع قد تناول كل ما يتصل بالقبض من احكام في الفصل الاول المخصص للكلام عن اركان العقد من تراض ومحل وسبب وبحته في هذا المكان بالذات يوحي بان المشرع اراد ان يجعل من القبض ركنا للعقد لا مجرد اثر من اثاره) ^(٣) .

وبذلك فان الرابطة التي تربط المتعاقدين قبل القبض ليست الامجرد رابطة اعتيادية وان العقد لا يوجد الا عند القبض بل يصح القول ان الالتزامات لاتنشأ هنا في العقد بل عن واقعة القبض نفسها ^(٤) .

وقد ذهب الاستاذ شاكر ناصر حيدر الى ان (خلاصة رأينا انه بمقتضى احكام القانون المدني العراقي يعتبر القبض في عقد الرهن اقرب الى الركن بل هو الركن بعينه فالرهن لاينعقد الا بالقبض, أي ان عقد الرهن الحيازي في القانون العراقي يعتبر عقدا عينيا لا رضائياً) ^(٥) .

(١) انظر الشيخ ابو محمد علي بن احمد بن سعيد الظاهري , مصدر سابق , ص ٨٨.

(٢) وهي مقتبسة من المادة (٧٠٦) من مجلة الاحكام العدلية والتي نصت على انه (ينعقد الرهن بايجاب الراهن والمرتهن وقبولهما ولكن لا يتم الرهن ولا يلزم مالم يكن قد تم قبض الرهن , بناء عليه للراهن ان يرجع عن الرهن قبل التسليم) .

(٣) مصدر سابق , ص ٥١٢.

(٤) انظر أ. محمد طه البشير , الوجيز في الحقوق العينية التبعية , الطبعة الثالثة , دار الحرية للطباعة , بغداد , ١٩٤٧ , ص ٢٠٥.

(٥) انظر مؤلفة الحقوق العينية الاصلية , مصدر سابق , ص ١٨٦٠ . فالعقود في الفكر القانوني المعاصر تنقسم من حيث نشأتها الى انواع ثلاثة اولها الرضائية اذ يكتفي في انعقادها بالتراضي المجرد , وثانيهما الشكلية والتي تفترض صياغة الرضا في قالب معين والنمط الثالث هو العينية والتي تقتضي تسليم محل التعاقد . د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الاول , مطابع دار النشر للجامعات المصرية , مصر , ١٩٥٢ , ص ١٠٥ . انظر ايضا د. عبد المجيد الحكيم , الكافي في شرح القانون المدني الاردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني , الجزء الاول , الطبعة الاولى , الشركة الجديدة للطباعة , عمان , ١٩٩٣ , ص ١٠٢ . بيد ان هذا التقسيم اضحى اليوم محل نظر , فالحق ان العقود اما ان تكون رضائية او شكلية ولا يهم بعد ذلك ان يكون هذا الشكل شكلا بالمفهوم الضيق او بالمعنى الواسع فيشمل صورة تسليم العين . د. اسماعيل غانم , النظرية العامة للالتزام , مكتبة عبد الله وهبة , مصر , ١٩٥٦ , ص ١٩٦٦ .

وقد ذهب الدكتور الحكيم الى انه (لقد حصل خلاف في الفقه حول عينية هذه العقود (الاعارة والوديعة والرهن) وعدم عينيتهما ونحن نفضل الرأي الاول الذي اخذ به القانونان الاردني والعراقي باعتبار هذه العقود عينية فلو فرضنا ان التراضي قد تم بين المتعاقدين في هذه العقود , فهل يمكن اجبار المعير او المودع او الراهن على تسليم العين المعارة او المودعة او المرهونة؟ لا نرى ذلك لان المعير متبرع لا يجبر على التبرع والمودع يستطيع استرداد العين المودعة في أي وقت يشاء فهو يستطيع من باب اولى ان لا يودعها ابتداءً , اما الراهن فهو انما يسلم الشيء الى المرتهن توثيقاً لما يقترضه منه , فهو إذا عدل عن الاقتراض ولم يسلم الشيء الذي اراد رهنه فهل يمكن اجباره عليه ؟ الجواب البديهي على ذلك لا بد ان يكون بالنفي لذلك يمكننا القول بان هذه العقود عينية بطبيعتها ولايغير من هذه الطبيعة ذهاب بعض الشراح او بعض القوانين المدنية الحديثة الى اعتبارها رضائية^(١) .

وقد ذهب الدكتور عادل سيد فهم الى عينية الرهن الحيازي ايضاً , وقد توصل الى رأيه عن طريق المادة (٩٠ / ١) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (اذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل مالم يوجد نص بخلاف ذلك) والقبض ما هو الا ضرب من الشكلية^(٢) .

ويترتب على اعتبار عقد الرهن الحيازي عقداً عينياً , ان عقد الرهن لما كان غير موجود قبل تسليم محل الرهن للمرتهن او العدل فانه يجوز للراهن ان يجري عليه كافة التصرفات سواء بالبيع او اقاله بحقوق اخرى ولايستطيع المرتهن الاحتجاج ضد تصرفات الراهن ولايمكن اجباره على التسليم , ويطرئ على امتناع الراهن عن تسليم محل الرهن الى المرتهن بطلان عقد الرهن ذلك لان الحيابة هنا ركن في العقد ولا توجد أي علاقة تعاقدية بين المتعاقدين الا بعد تحقق ركن الحيابة^(٣) .

وان اعتبار القبض ركناً في عقد الرهن يتوافق مع بعض القرارات الصادرة من القضاء

(١) انظر مؤلفه الكافي , مصدر سابق , ص ١٠٥ .

(٢) انظر مؤلفه نظرية التامين العيني في القانون المدني العراقي , الطبعة الثانية , مطبعة حداد , البصرة , ١٩٦٩ , ص ١٦٢ .

(٣) انظر د. حسين حامد حسان , الرهن الوارد على غير الاعيان , - تطبيق النظرية العامة للتامين العيني , بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد , العددان الثالث والرابع , السنة الاربعون للمجلة , ١٩٧٠ , ص ٧٣ .

العراقي، فقد قضت محكمة تمييز العراق في احد قراراتها بانه (اذا لم يتم التسليم فلا ينعقد الرهن)^(١) . وقضت في قرار لاحق بان (التسليم والتسلم في الرهن الحيازي هو ركن انعقاد فاذا تخلف يكون العقد غير مستوف لشروطه الشكلية التي فرضها القانون)^(٢) .

المطلب الثاني

القبض شرط في عقد الرهن .

لقد ذهب رأي ثانٍ من الفقه الاسلامي الى ان القبض شرط في عقد الرهن , فقد جاء في الشرائع (وكيف كان فما صرح فيه باشتراط القبض في المقنعة والنهاية والمراسم والغنية وفقه الراوندي ومجمع البيان والوسيلة وجامع الشرائع و النافع وكشف الرموز والدروس واللمعة وغاية المراد والتنقيح وايات الاردبيلي والمفاتيح والهداية للحر والرياض وهو خير المبسوط في اول كلامه في بابي الرهن وبيع الخيار قال في الاول والاولى ان تقول انه يلزم بالايجاب والقبول وفي الثاني انه اولى تارة وانه احوط اخرى والاشتراط هو المحكي عند ابي علي والتقي والقاضي ولعله في غير الجواهر ومال اليه في كنز العرفان وفي مجمع البرهان انه الاحوط وعليه الاكثر كما في حواشي الشهيد وكنز العرفان وايات الاردبيلي والمفاتيح وفي الرياض انه اشهر وفي التنقيح ان الخبر الدال على الاشتراط انجبر بعمل الاصحاب وتلقوه بالقبول)^(٣) .

الا ان اصحاب هذا الرأي قد اختلفوا في طبيعة هذا الشرط الى اربعة اتجاهات :

فقد ذهب الاتجاه الاول الى انه شرط صحة , وذهب الاتجاه الثاني الى انه شرط لزوم , بينما ذهب الاتجاه الثالث الى انه شرط تمام , في حين ذهب الاتجاه الرابع الى انه شرط نفاذ , لذا فاننا سنقسم هذا المطلب على اربعة فروع , نخصص لكل اتجاه فرعاً مستقلاً ونبين مدى مواكبة الفقه والقانون المدنيين والقضاء له .

(١) انظر قرارها رقم ١٢٠ / حقوقية اولى / ١٩٧١ المؤرخ في ١٩٧١/٨/٥ . منشور في مجلة القضاء , العدد الثالث , السنة السادسة والعشرون , ١٩٧١ , ص٢٦٢ .

(٢) انظر قرارها رقم ٣٢٣٥ / مدنية ثانية / ١٩٧٤ المؤرخ في ١٩٧٥/٨/١٨ . منشور في مجموعة الاحكام العدلية , العدد الثالث , السنة السادسة , ١٩٧٥ , ص٣٦ .

(٣) الشيخ محمد جواد العامل , مصدر سابق , ص١٣٩ . انظر ايضاً في هذا الصدد الشيخ ابي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الاسدي (العلامة الحلي) , مختلف الشيعة , الجزء الخامس , الطبعة الاولى , مؤسسة النشر الاسلامي , قم المقدسة , ١٤١٥ هـ , ص٣٩٩ وفيه (جاء في النهاية انه شرط وبه قال المفيد وابن البراج وابن الجنيد وابو الصلاح وسالار وابو منصور الطبرسي وابن حمزة) .

الفرع الاول

القبض شرط صحة في عقد الرهن

ذهب اتجاه من الفقهاء المسلمين الذين عدوا القبض شرطاً في الرهن , الى انه شرط صحة , وهو ما صرح به كثير من الفقهاء منهم صاحب العروة الوثقى الذي قال (يشترط في صحة الرهن القبض من المرتهن)^(١) . وقال صاحب البحر الزخار (ان القبض ولو بعد العقد شرط في صحته)^(٢) كما قال الزركشي (ظاهر كلام الخراقي وابن ابي موسى والقاضي في الجامع الصغير وابن عقيل في التذكرة ان القبض شرط في صحة الرهن)^(٣) .

وهذا هو رأي ابي حنيفة^(٤) والشافعي^(٥) وابن حزم الظاهري^(٦) . وجاء في الجواهر (وقيل والقائل المفيد والشيخ في القول الآخر وبنو الجنيد وحمزة والبراج والطبرسي وغيرهم على ما حكى عن بعضهم , نعم يشترط ذلك في صحة الرهن , بل عن الطبرسي الاجماع عليه , بل ربما ظهر من بعضهم ما هو المحكي عن بعض اهل اللغة من عدم تحقق مسمى الرهن بدونه , وان كان هو واضح الضعف ضرورة كون لفظ الرهن كباقي الفاظ العقود المعلوم عدم توقف صدقها على غير العقد من قبض ونحوه , وان اعتبر في ترتب الاثر , كالتقايض والقبض قبل التفرق في الصرف والسلم , والقبض في الهبة ونحو ذلك , بل لعل وصف الرهان بالمقبوضة في الآية مما يشهد لذلك , وحمله على الوصف الكاشف , خلاف الاصل في الوصف بلا مقتضى , بل المقتضى على خلافه متحقق)^(٧) .

وقد استند انصار هذا الاتجاه فيما ذهبوا اليه الى قوله تعالى (فرهان مقبوضة) اذ ان قوله تعالى هذا كقوله في كفارة القتل (رقبة مؤمنة) واذ هو وثيقة وانما يحصل التوثيق بالقبض^(٨) . ومن خلال مراجعتنا للفقهاء والقانونيين المدنيين والقضاء , فاننا وجدناها غير مواكبة , لما ذهب اليه هذا الاتجاه من الفقه الاسلامي .

-
- (١) اشار اليه السيد عبد الاعلى السبزواري , مصدر سابق , ص ٨٥.
 - (٢) الشيخ احمد بن يحيى بن المرتضى , البحر الزخار , الجزء الرابع , مصدر سابق , ص ١١٢.
 - (٣) اشار اليه الشيخ علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان المرداوي , مصدر سابق , ص ١٤٩.
 - (٤) اشار اليه الشيخ محمد بن يوسف الاندلسي , البحر المحيط في التفسير , الجزء الخامس , بدون مكان طبع , ١٤١٢ هـ , ص ٧٤٣.
 - (٥) انظر مؤلفه الام , الجزء السابع , مصدر سابق , ص ١٩١.
 - (٦) انظر مؤلفه المحلى , مصدر سابق , ص ٨٨.
 - (٧) الشيخ محمد حسن النجفي , مصدر سابق , ص ٩٩.
 - (٨) انظر الشيخ احمد بن يحيى بن المرتضى , البحر الزخار , الجزء الرابع , مصدر سابق , ص ١١٢.

الفرع الثاني

القبض شرط لزوم في عقد الرهن

ذهب اتجاه ثانٍ من الفقهاء المسلمين الذين عدوا القبض شرطاً في الرهن , الى انه شرط لزوم, وهذا ما عليه بعض فقهاء الامامية كالشيخ الصدوق في المقنعة والعلامة الحلي في التذكرة واخرين غيرهم^(١). وهذا هو المرجح في فقه الشافعية اذ قال الرملي (الرهن قبل القبض ليس بلازم)^(٢), وهذا الراي منسوب الى ابن حنبل وعليه كثير من فقهاء الحنابلة^(٣).

ومقتضى هذا الاتجاه ان عقد الرهن بعد الايجاب والقبول من طرفي العقد يعد صحيحاً ولكن لايلزم, اذ انه بدون القبض يحق لاطراف العقد الفسخ وعدم الالتزام بمضمونه فاذا قبض المرتهن المرهون لزم الرهن في حق الراهن فليس له الرجوع بعد ذلك اما قبل القبض فانه لا يلزم ويصح للراهن ان يتصرف في المرهون كيفما شاء حتى ان له رهنه لشخص اخر ويكون ذلك ابطالا للرهن الاول , ولو اذن الراهن للمرتهن في قبض المرهون ولكنه لم يقبضه فانه يصح له (للراهن) ان يتصرف فيه ايضا وكذلك لا يلزم في حق المرتهن مطلقا فله فسخه متى شاء لانه هو الذي ينتفع به في حفظ دينه وحده , فان شاء ابقاه وان شاء فسخه^(٤).

وقد استند اصحاب هذا الاتجاه فيما ذهبوا اليه الى الكتاب والمعقول .

اما الكتاب فقوله تعالى (فرهان مقبوضة) ووجه الدلالة انه لو لزم الرهن بدون القبض لم يكن للتقيد به في الآية فائدة^(٥).

واما المعقول فلان الرهن عقد ارفاق^(٦), يفتقر الى القبول فافتقر الى القبض لذا فلا يلزم الرهن الا به^(٧).

(١) اشار اليه الشيخ محمد جواد العاملي , مصدر سابق , ص ١٣٨. والشيخ محمد حسن النجفي, مصدر سابق , ص ١٠٠.

(٢) اشار اليه الشيخ محمد بن احمد الانصاري , نهاية المحتاج , الجزء الرابع , مصدر سابق , ص ٢٤٨.

(٣) اشار اليه الشيخ موفق الدين بن قدامة والشيخ شمس الدين بن قدامة , المغني , مصدر سابق , ص ٣٦٨. انظر ايضا الشيخ ابي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي , القواعد في الفقه الاسلامي , الطبعة الاولى , مطبعة الصدق الخيرية, مصر , ١٣٥٢ هـ , ١٩٣٣ م , ص ٧١.

(٤) انظر الشيخ عبد الرحمن الجزيري , مصدر سابق , ص ٣٣٠.

(٥) انظر الشيخ محمد بن احمد الشربيني , شرح المغني , الجزء الرابع , مصدر سابق , ص ١٢٨.

(٦) وان عقد ارفاق يعني عقد نفع . الشيخ ابو اسحاق الشيرازي , مصدر سابق , ص ٣١٢.

(٧) انظر الشيخ ابي القاسم عمر بن حسين الخرقى , مصدر سابق , ص ٣٢٩.

وقد واكب رأي من الفقه المدني هذا الاتجاه مستندا الى كلمة اللزوم الواردة في المادة (١/١٣٢٢) من القانون المدني العراقي^(١) , فقد ذهب هذا الرأي الى ان القبض شرط للزوم الرهن على الراهن سواء اكان المرهون عقارا ام منقولا وذلك لان الرهن فيه معنى التبرع^(٢) , لكون الراهن لا يستوجب بمقابلته على الرهن شيئا والتبرع لا يلزم الا بالقبض ولا يشترط لصحة الرجوع رضاء المرتهن لانه اذا كان الرهن غير لازم كان للراهن ان ينفرد بالرجوع وعلى ذلك فعقد الرهن قبل القبض يكون غير لازم للراهن والمرتهن اما بعد القبض فيصبح لازما للراهن دون المرتهن اذ يكون للمرتهن حق الرجوع عنه وفسخه بخلاف الراهن حيث لايجوز له ذلك مع بقاء الدين لتعلق حق المرتهن بالمرهون^(٣) , وان اعتبار القبض شرط للزوم في عقد الرهن يتوافق مع بعض القرارات الصادرة من القضاء العراقي فقد قضت محكمة لتمييز العراق في احد قراراتها بانه (لا يكون عقد الرهن الحيازي لازما على الراهن اذا امتنع عن تسليم المرهون للمرتهن وليس لهذا المطالبة بالمرهون الا اذا كان الراهن قد سلمه له ثم عاد الى حيازة الراهن لاي سبب كان)^(٤) .

الفرع الثالث

القبض شرط تمام في عقد الرهن

ذهب اتجاه ثالث من الفقهاء المسلمين الذين اعتبروا القبض شرطا في الرهن , الى انه شرط تمام, بمعنى ان العقد ينعقد لازما غير انه لا تترتب عليه جميع اثاره بل يتوقف بعض من تلك الاثار على القبض لذا قال انصار هذا الرأي بأنه لا يتم الرهن الا بالقبض ورغم ذلك قالوا ينعقد الرهن لازما بمجرد الايجاب والقبول وللمرتهن مطالبة الراهن بالاقباض ويجبر عليه قضاء عند مطالبة الراهن به^(٥).

وقد استند اصحاب هذا الاتجاه فيما ذهبوا اليه , الى الكتاب والسنة والمعقول .

-
- (١) وهذا مانصت عليه المادة (١٠٠١) من القانون المدني اليمني بالقول (ينعقد الرهن بالتراضي في مجلسه ولا يلزم الا بالقبض)
 - (٢) الا اننا نعتقد بان الراهن لاتصدق عليه صفة المتبرع الا اذا كان كفيلا عينياً .
 - (٣) انظر أ. شاكراً ناصر حيدر , الحقوق العينية العقارية , مصدر سابق , ص ١٩٢ . انظر أيضاً د. علي هادي العبيدي , مصدر سابق , ص ٣٩٢ .
 - (٤) انظر قرارها رقم ٣٢٣٥ / مدنية ثانية عقار / ١٩٧٤ المؤرخ في ١٨ / ٨ / ١٩٧٥ , منشور في مجلة الاحكام العدلية , العدد الثالث , السنة السادسة , ١٩٧٥ , ص ٣٦ .
 - (٥) انظر الشيخ محمد الجواد العاملي , مصدر سابق , ص ٥٦ . الشيخ ابي عبد الله محمد الخرقى , مصدر سابق , ص ٢٤٥ . الشيخ ابو الوليد محمد بن احمد القرطبي , بداية المجتهد , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ٢٧١ .

اما الكتاب فقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بعهودكم﴾ ودرووجه الدلالة ان الرهن عقد مأمور بالوفاء به والامر يقتضي الوجوب فلزم الوفاء به بدون القبض (٢) .

وقوله تعالى (فرهان مقبوضة) ووجه الدلالة انها تدل على انها رهان قبل القبض , ولا تدل على ان الرهن قبل القبض لا يلزم لان ذلك دليل الخطاب وقد ترك بآية (اوفوا بالعقود) السابقة (٣) .

واما السنة فقوله (ص) (المؤمنون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالاً) وغيره من الاخبار الدالة على جواز الرهن من غير تقييد برهن مقبوض (٤) .
واما المعقول فان الرهن يلزم بمجرد العقد قياسا على البيع (٥) .

وقد واكب راي من الفقه المدني هذا الاتجاه مستندا الى كلمة التمام الواردة في المادة (١/١٣٢٢) من القانون المدني العراقي فقد قال الدكتور صلاح الدين الناهي ان (الشكالية قد تهبط عن المستوى كركن الى حد محدود فلا تشترط في انعقاد العقد ولكن في ترتيب بعض اثاره عليه فيما بين المتعاقدين او بالنسبة لغيرهما فقط , ومن هذه الشكالية تسليم الشيء محل العقد في العقود التي تنعقد بالتراضي ولا تتم الا بالتسليم وهي العقود المسماة بالعقود العينية اذ يكون لاحد الطرفين الرجوع عن العقد قبل التسليم) (٦) . لذا ذهب الدكتور الناهي الى ان الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ولكنه لا يتم الا بالتسليم الواقع بعد انعقاد العقد او اثناء ذلك لمحض رضاء الراهن ولذا كان للراهن الرجوع عن الرهن قبل القبض ولو لم يرض المرتهن (٧) .

-
- (١) سورة المائدة , الاية ١ .
 - (٢) انظر الشيخ ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي , مصدر سابق , ص ٢٩٧ .
 - (٣) انظر فرج توفيق الوليد , مصدر سابق , ص ٢٧٩ .
 - (٤) انظر الشيخ محمد الحسين ال كاشف الغطاء , تحرير المجلة , الجزء الثاني , المطبعة الحيدرية , النجف الاشرف , ١٣٦٠ هـ , ص ٢٩٨ .
 - (٥) انظر القاضي محمد بن فرامر زين الدين علي الشهير بمنلا خسرو , المبسوط , الجزء الواحد والعشرون , مطبعة السعادة , مصر , بدون سنة طبع , ص ٧٨٦ . انظر ايضا من الفقهاء المحدثين د. مصطفى ابراهيم الزلمي , مصدر سابق , ص ٢١٧ وفيه (ومن وجهة نظري ان عقد الرهن ينعقد بدون القبض وينتج بعض اثاره وهو التزام المدين الراهن بالا قباض بحسب طبيعة المال المرهون وبعضها الاخر وهو حق الدائن المرتهن في المرهون من حيث انه يصبح ضمانا لدينه لا يكون الا بعد القبض وهذا هو معنى لا يتم أي لا يتم من حيث الآثار لا من حيث الانعقاد) .
 - (٦) انظر مؤلفه , مبادئ الالتزامات , مطبعة سلمان الاعظمي , بغداد , ١٩٦٨ , ص ٢٢ .
 - (٧) انظر مؤلفه , الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ١٠٤ .

وان اعتبار القبض شرط تمام في عقد الرهن يتوافق مع بعض القرارات الصادرة من القضاء العراقي , فقد قضت محكمة تمييز العراق بانه (لايعتبر الرهن الحيازي تاما الا بتسلم المرهون)^(١). وقضت في قرار لاحق بانه (يشترط لتتمام الرهن الحيازي ان يقبض المرتهن المرهون فان لم يتم القبض عند العقد فليس للمرتهن مطالبة الراهن بتسليم المرهون ومنع معارضته له بالمنفعة)^(٢) .

الفرع الرابع

القبض شرط نفاذ في عقد الرهن

ذهب اتجاه رابع من الفقهاء المسلمين الذين اعتبروا القبض شرطاً في الرهن الى ان عقد الرهن لايتوقف على القبض بل العقد يكون صحيحا ولازما وتاما بمجرد العقد واما القبض فهو شرط لنفاذه بحق الغير , وعلى ذلك فان العقد يفرض على الراهن التزاما بتسليم المال المرهون الى الدائن المرتهن , ويمكن لهذا الاخير ان يجبره على ذلك قضاءً اذ لم ينفذه اختيارا , واما بالنسبة الى الغير الذي تلقى حقا من الراهن وبالنسبة لبقية الدائنين فان المرتهن لا يحتج بحقه عليهم قبل القبض , وهذا ما ذهب اليه فقهاء المالكية^(٣) , وما ورد في رواية عند الحنابلة^(٤) . الا ان هذا الاتجاه من الفقه الاسلامي لم يوثق رايه بادلة كما فعلت الاتجاهات والاراء الاخرى.

وقد واكب الفقه المدني المصري هذا الاتجاه^(٥) , مستندا فيما ذهب اليه الى نص المادة

(١) انظر قرارها رقم ١٢٠ / حقوقية اولى / ١٩٧١ والمؤرخ في ١٩٧١/٨/٥ , منشور في مجلة القضاء , العدد الثالث , السنة السادسة والعشرون , ١٩٧١ , ص ٢٦٢ .

(٢) انظر قرارها رقم ٢٥٣٣ / مدنية ثلاثة / ١٩٧٥ المؤرخ في ١٩٧٧/٦/٢ , منشور في مجلة الاحكام العدلية , العدد الثاني , السنة الثامنة , ١٩٧٧ , ص ٣٠ .

(٣) انظر الشيخ ابو البركات سيدي احمد بن محمد بن احمد بن حاكم العدوي الدردير , حاشية الدسوقي على الشرح الكبير , الجزء الثالث , مصدر سابق , ص ٢٣١ . الشيخ ابو عبد الله محمد الخرشي , مصدر سابق , ص ٢٤٥ . الشيخ ابي الحسن بن عبد السلام التوسلي , البهجة في شرح التحفة , الجزء الاول , مطبعة مصطفى البابي الحلبي , القاهرة , ١٣٧٠ هـ , ١٩٥٩ م , ص ١٦٨ .

(٤) انظر الشيخ موفق الدين بن قدامة والشيخ شمس الدين بن قدامة , مصدر سابق , ص ٣٦٨ . والشيخ شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن المقدسي , الشرح الكبير على متن المقنع , الجزء الرابع , الطبعة الثانية , مطبعة المنار , مصر , ١٣٤٧ هـ , ص ٣٨٧ .

(٥) انظر د. نبيل ابراهيم سعد , التأمينات العينية والشخصية , مصدر سابق , ص ١٨٩ . د. محمد كامل مرسي , الحقوق العينية التبعية , مصدر سابق , ص ٣٨٢ .

(١٠٩/١) من القانون المدني المصري التي نصت على انه (يجب لنفاذ الرهن في حق الغير ان يكون الشيء المرهون في يد الدائن او الاجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان)^(١) .
فهذا النص يقضي بصراحة باعتبار ان القبض هو شرط نفاذ في عقد الرهن^(٢) .

ومن خلال استعراض الاتجاهات الاربعة السابقة يتضح انها تشير بصراحة الى رضائية عقد الرهن الحيازي , وهو المبدأ السائد في القوانين المدنية الحديثة , وذلك نتيجة لنضوج الفكر القانوني وسيادة الافكار التي تقدر حرية الفرد فضلاً عن مقتضيات الحياة العملية في سرعة وكثرة ما يجريه الافراد من معاملات^(٣) .

كما ان اهمية العينية تنعدم في النظم القانونية المعاصرة مادام المسلم به طبقاً لهذه النظم ان الاتفاق في العقد العيني يعد اتفاقاً صريحاً وملزماً على الرغم من تخلف التسليم فيه طبقاً لمبدأ سلطان الارادة الذي يعتبر الاتفاق المجرد ذا اثر في كل الاحوال^(٤) .

ويترتب على اعتبار عقد الرهن الحيازي عقداً رضائياً , ان العقد ينعقد وحق الرهن ينشأ في ما بين المتعاقدين دون تسليم محل الرهن فاذا امتنع الراهن عن التسليم جاز اكراهه عليه والمطالبة بوفاء الدين فوراً اذا كان اجل الدين ممنوحاً اعتماداً على تعهد المدين بتقديم الرهن ويستطيع الدائن عند حلول الدين ان ينفذ على المحل المرهون قبل تسلمه باعتباره دائناً مرتبها ولكن لا يكون له ان يتقدم او يتتبع , وفي حالة امتناع الراهن عن تسليم محل الرهن او تاخره في ذلك فانه يكون مسؤولاً عن امتناعه او تاخره مالم يثبت ان هذا الامتناع او التاخر راجع الى سبب اجنبي , اما بالنسبة الى المرتهن فانه لايجبر على تسلم محل الرهن وذلك لان الرهن يهدف الى توفير الضمان له في استيفاء حقه^(٥) .

فهو وجد لمصلحته وفي حالة امتناعه عن تسلم محل الرهن فان القانون لايسطيع اجباره على

(١) وتقابلها المادة (١١٣) من القانون المدني الليبي (موافق) .

(٢) انظر د. السنهوري , الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٧٤٠ . د. سليمان مرقس , التأمينات العينية , مصدر سابق , ص ٣٨٥ .

(٣) انظر د. مالك دوهان الحسن , شرح القانون المدني , النظرية العامة للالتزامات , دار الطبع والنشر الاهلية , بغداد , ١٩٧١ , ص ٧٣ .

(٤) انظر د. حلمي بهجت بدوي , اصول الإلتزامات , مطبعة النوري , القاهرة , ١٩٦٣ , ص ٥٦ .

(٥) انظر د. محمد وحيد الدين سوار , شرح القانون المدني - الحقوق العينية , الجزء الثاني , مطابع الف باء - الاديب , دمشق , ١٩٦٨ , ص ٢٣٠ . د. جميل الشرقاوي , الحقوق العينية , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٨٢ , ص ٣٣٨ .

ذلك , وبهذا اذا كان المرتهن لا يجبر على تسلم المرهون فلا يجبر العدل عليه من باب اولى ,
خاصه اذا عرفنا ان العدل يجب ان تؤخذ موافقته على تسلم المرهون ^(١) .

المطلب الثالث

القبض ليس ركناً ولا شرطاً في عقد الرهن .

وهذا ما ذهب اليه جمع من فقهاء المذاهب الاسلامية ^(٢) , اذ قال العلامة الحلي عن هذا الرأي
(انه هو المعتمد) ^(٣) , وجاء في الجواهر (وقد توقف فيه في القواعد فقال ((ليس القبض شرطاً
على رأي)) اذ الظاهر ان مراده على تقدير عدم الشرطية كما اعترف به في جامع المقاصد
موجهاً للاشكال بنحو ما ذكرناه وبانتفاء المقتضي , اذ العقد لا يقتضيه , ولا سبب غيره ,
والارشاد التوثق في الآية لا يدل على كون ذلك مستحقاً للمرتهن على الراهن بمجرد العقد ,
ومما ذكرنا يظهر لك ان الترجيح للاول . هذا ولكن في القواعد بعد ذلك انه لا يجبر الراهن على
الاقباض فلو رهن ولم يسلم لم يجبر عليه , وقد قيل انه جزم بعد التردد ولعل الاولى جعل ذلك
منه على تقدير الاشتراط , كما يشهد به التأمل لكلامه اولا واخرا فلاحظ وتأمل . وقال ايضاً فيها
في الفصل السادس ((واذا لزم الرهن استحق المرتهن ادامة اليد)) كما ان ما على المبسوط من
انه ((اذا جن الراهن او اغمي عليه او رجع قبل القبض , قبض المرتهن , لان العقد اوجب
القبض)) ينبغي حمله على ما قلناه , ضرورة انه لا وجه له معتمد به على تقدير الشرطية , وان
سمعت في الصرف دعوى مثل ذلك من بعضهم في التقابض , فواجبه بالعقد مع توقف الصحة
عليه , ولكنه مع انه لم يدعه احد هنا , فيه ما عرفت على ان المحكي عنه في المبسوط انه قال
(والاولى ان نقول انه لا يلزم بالايجاب والقبول) ((فيقوى بناء كلامه هذا على ذلك) ^(٤) .

وقد نسب هذا الرأي كثير من الفقهاء الى الامام مالك الذي يرى لزوم الرهن بمجرد العقد

(١) انظر أ. محمد طه البشير ود. غني حسون طه , مصدر سابق , ص ٥١٤ وفيه (ولا يشترط في الاتفاق على وضع الرهن
لدى عدل ان يكون العدل طرف فيه , بل يكفي ان يقبل المهمة المنوط به) .

(٢) اشار اليهم الشيخ يوسف آل عصفور البحراني , الحقائق الناطرة في احكام العترة الطاهرة , الجزء العشرين , مؤسسة
النشر الاسلامية , قم المقدسة , بدون سنة طبع , ص ٢٢٤ .

(٣) انظر مؤلفه السابق , ص ٣٩٩ .

(٤) الشيخ محمد حسن النجفي , مصدر سابق , ص ١٢٠ .

قبل القبض^(١) , وهذا هو رأي الامام احمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه , وهو الراجح في فقه الحنابلة وبدلالة قول المقدسي وعنه (أي عن ابن حنبل) (ان القبض ليس بشرط في المتعين فيلزم بمجرد العقد قال القاضي في بيان القول , ان هذا قول اصحابنا)^(٢) .

وقد استند اصحاب هذا الرأي الى مناقشة الادلة من القران الكريم والسنة المطهرة^(٣) .

اما القران الكريم فقوله تعالى (فرهان مقبوضة) فقد ذهب أنصار هذا الرأي الى ان القبض وصف للرهن فهو (الرهن) يتحقق بدونه (بدون القبض) والا لزم اللغو لانه لو كان شرطاً كالايجاب والقبول لكان قوله تعالى (فرهان مقبوضة) تكراراً لا فائدة بذكره وهذا ما يتنزه عنه النص القراني بالضرورة ولانه مع التكرار تتعدد الاغراض فيه فتتكاثر فوائده وهذا سر اعجازه , ثم ان مورد الاية للأرشاد بالاتفاق وبدلالة القيود التي وردت فيها , الا ترى ان السفر وعدم وجود الكاتب قيودت بالآية وهي بالاتفاق لا علاقة لها بصحة العقد اجماعاً وعليه يكون القبض مثلها لوحدة الوجود ومنه ايضاً ان الارشاد انما يتم بتمام التوثيق وهو ما يحصل بالقبض فالظاهر حمل الاية عليه ليتم الغرض من التوثيق وهو حفظ المال وقطع الخلاف والا فبدونه يتحقق عقد الرهن وانه يدخل تحت عموم قوله تعالى (اوفو بالعقود)^(٤) .

ومع غض النظر عن ذلك فانه لو صح تعليق القبول على القبض لوجب التفصيل والا لزم

(١) وقد اكد هذه النسبة الشيخ الكاساني , وهو من فقهاء الحنفية اذ قال (ان الامام مالك يرى ان القبض ليس بركن ولا شرط

في عقد الرهن) انظر البدائع , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ١٣٧ .

(٢) اشار اليه الشيخ علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان المرادوي , مصدر سابق , ص ١٥٠ .

(٣) وتجدر الإشارة الى ان أي من الآراء الفقهية لم يشر للاجماع وذلك لان الاجماع المستدل به للآراء المتعارضة

لا يصلح للدليلية لسقوطه اما بالتعارض وهذا ما يخالف ماهيته , واما لكونه من الاجتماعات الاجتهادية لا التعبدية المحضة حتى يكون حجة. انظر د. هادي حسين الكرعوي , القبض في عقد الرهن واثاره , بحث غير منشور , النجف الاشرف , ١٤٢٥ هـ , ٢٠٠٤ م , ص ١١١ .

(٤) انظر العلامة الحلي , مصدر سابق , ص ٤٠٠ . الشيخ محمد الجواد العاملي , مصدر سابق , ص ١٤٠ , والشيخ محمد

حسن ترحيني العاملي , وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة , الجزء الثالث عشر , الطبعة الرابعة , دار احياء التراث العربي , بيروت , ١٣٩١ هـ , ص ٥٦ وفيه (ان الاية دالة على اشتراط القبض من ناحية المفهوم الوصفي وهو ضعيف كما تقرر في محله , ولو قلنا بحجية المفهوم الوصفي فالوصف هنا غالبي ولا مفهوم له لانه مع السفر وعدم الكاتب فالغالب في الرهن ان يكون مقبوضاً حتى يستوثق على دينه , قال تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهاناً مقبوضاً) فالآية حينئذ للأرشاد الى ذلك) .

الاغراء بالجهل وهذا مرفوض شرعا وعقلا فلذلك اسس العلماء قاعدة كلية مفادها ان ترك الاستفصال دليل العموم وهذا ما تحقق واقعا في محل البحث مما يكون مورده الادلة العامة المتقدمة^(١).

واما وجه الدلالة التي استفادها من قال بشرطية القبض فهي غير تامة لانها ارتكزت في واقعها وحقيقتها على حجية دليل الخطاب وهو غير متحقق لانه غير حجة عند المحققين من الاصوليين , مما يضعف اعتماده ويوهن ما استفيد منه^(٢).

والذي يترجح بعد ملاحظة سياق الايات القرآنية التي وردت فيها اية الرهن مع اعتبار مناسبة نزولها وموردها انها غير ناظرة اصلا الى موضوع البحث لا ناقصاً ولا ابراماً لان موردها بيان حكم الدين في السفر لاحكم الرهن وما يشترط فيه وان ذكره انما تم على سبيل الارشاد والتوثيق لحفظ الحقوق خاصة مع عدم وجود الكاتب وبديهي ان هذا شيء وحكم القبض في الرهن شيء اخر , لكل ذلك يتحتم الرجوع الى اصالة ترتيب الآثار على صحة التمسك بالدليل القرآني في هذا المورد لكونه من التمسك بالدليل في مورد الموضوع المشكوك وهذا ما يرفضه الشرع بالاضافة الى ان الآية اعم من المدعى لخاصة في مورد البحث مما يوجب الرجوع الى دليل لفظي اخر وخصوصا السنة المباركة وما ورد عن الائمة (ع) من اثار ترفع اللبسة عن هذا الموضوع وتعين الحكم الشرعي مما يحتم علينا امعان النظر في تلك الروايات التي صدرت عنهم و التي هي عمدة الباب ولبابه^(٣).

ثم انه يمكن الاستفادة من آية الرهن , بان اشتراط القبض للرهن فيها جاء قاصرا عن القيود والحدود المذكورة من السفر وعدم الكاتب دون غيرها من الحالات التي قد يكون عليها الحكم وذلك عن طريق ارشاد المتدائنين ممن يكونون على سفر ولم يجدوا كاتباً لتوثيق ديونهم برهن المقبوض رفعا للانكار في حالة تجرد الرهن عن القبض اما اذا كانوا حاضرين غير مسافرين فوجدوا كاتباً بالعدل فليس هناك من ضير عليهم لو لم يوثقوا رهنهم بالقبض او دينهم بالرهن بل ان الامانة والوثاقة المتبادلة بين المتعاملين ربما تكون كافية لوحدها دون كتابة او رهن في قيام المعاملات التجارية واجرائها(فان امن بعضكم بعضاً فليؤدوا الذي اؤتمن امانته)

(١) انظر الشيخ محمد حسن النجفي , مصدر سابق , ص ١٠٢ .

(٢) انظر العلامة الحلي , مصدر سابق , ص ٤٠٠ .

(٣) انظر د. هادي حسين الكرعلاوي , مصدر سابق , ص ١٣ .

كما جاء في اخر الاية المذكورة (١) .

ويحتمل كما قال صاحب قلاند الدرر (ان يكون الاستيمان في هذه الفقرة الاخيرة من الاية راجعا الى قبض الرهن لا الى اصل الاسترهان , اما ان يكون استرهن (أي المرتهن) بمجرد العقد وتركه عند الراهن ولم يقبضه على القول بان القبض ليس بشرط , واما بان يكون استرهن وقبض ثم ارجعه الى الراهن وتركه عنده امانه لما مر من ان استدامة القبض ليس بشرط) (٢) .

وبعد ان تبين ظنية الدلالة في الدليل القراني وانه كلي مشكك في هذا المورد فلا يمكن اللجوء اليه في تعيين شرطية القبض في عقد الرهن التجأ الفقهاء الى فحص الروايات الصادرة عن مصدر التشريع وما صدر منه من اثار تحدد الموقف العملي فظهر ان اغلب الروايات التي تذكر في الباب مطلقه دون تقييد , او انها اعتبرت الرهن يفتقر الى الايجاب والقبول فقط دون حاجة الى القبض او أي عنصر اخر (٣) , فلذلك قال المحقق الاردبيلي عن هذه الاحاديث المطلقة انها (لاتعد ولا تحصى) (٤) . وقد ذكر فيها احكام الرهن من غير ذكر للقبض وعدمه مما يحتم حملها على اطلاقها ويوجب القول بعدم شرطيته حتى يثبت المخصص الذي يقلل من شيوع الاطلاق وهو منعدم في المقام ويعضده اصالة عدم الاشتراط ومن هذه الرواية حديث صحيح نقل عن رسول الله (ص) انه قال (الرهن مركوب ومطلوب) ووجه الدلالة فيه هو ان الرسول (ص) اطلق مفهوم الرهن دون تحديد بقيود مما يقتضي تحققه من دونهما فلذلك قال صاحب البحر الزخار (ان القبض غير شرط) اعتماداً على الاطلاق الوارد في الرواية (٥) . وما يؤكد ذلك ما اورده الامام البخاري في صحيحه عن رسول الله (ص) انه قال (الرهن يركب بنفقته اذا كان مرهوناً ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب النفقة) (٦) . ولذلك فالحق انه لا يمكن الاسـتـفـادة من الحديثين المذكورين اكثر

(١) أي الاية ٢٨٣ من سورة البقرة . انظر د.محمود المظفر , مصدر سابق , ص ١٨ .

(٢) الشيخ احمد الجزائري , قلاند الدرر في بيان ايات الاحكام بالاثـر , الجزء الثاني , الطبعة الثانية , بدون مكان وسنة طبع , ص ١٣٩ .

(٣) انظر الشيخ ابو عبد الله محمد الخرشي , مصدر سابق , ص ٢٤٥ . والشيخ ابو البركات سيدي احمد بن محمد الدردير , حاشية الدسوق على الشرح الكبير , الجزء الثالث , مصدر سابق , ص ٢٣١ .

(٤) اشار اليه الشيخ يوسف ال عصفور البحراني , مصدر سابق , ص ٢٣٦ .

(٥) انظر الشيخ احمد بن يحيى بن المرتضى , البحر الزخار , الجزء الرابع , مصدر سابق , ص ١١٢ .

(٦) انظر صحيحه (صحيح البخاري) الجزء الثالث , الطبعة الاولى , مطبعة الحلبي , مصر , ١٣٧٧ هـ , ص ١٧٧ .

من ان ثمار المرهون ونماءه يقعان في نصيب الراهن , ولا يكونان للمرتهن الا بمقابل وهو النفقة او غيرها حسب كل مرهون وطبيعته , اما عدم شرطية القبض فلا مجال لاستفادتها منهما الا بالاطلاق^(١).

وقد وردت عن الامامية رواية واحدة خست محل البحث ولذلك ركز عليها الفقهاء وناقشوها دلالة وسندا وقيموا حال رجالها من الوثاقة وعدمها والرواية هي عن محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن محمد بن سماعه عن صفوان عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن ابي جعفر (ع) انه قال (لارهن الا مقبوضا)^(٢) ويرد الاشكال على ضعف رجال هذه الرواية وخصوصا محمد بن قيس فقد قال الامام الخوئي بعد ذكر اسمه (انه روى عن الامامين الباقر والصادق (ع) وذكر بعضهم انه مررد بين الثقة وغير الثقة)^(٣).

وقال العلامة الحلي (الرواية ضعيفة السند مع انها مشتملة على اضرار فلا تبقى حجة)^(٤) . وقد جاء في مفتاح الكرامة (ان الخبر الذي استدل به المشهور ضعيف لضعف محمد بن قيس كما في التنقيح وغيره لاشتراكه كما قاله البعض ومعلق كما في مجمع البرهان مع انهم تارة روه عن الصادق (ع) واخرى عن الباقر (ع))^(٥) .

وهذا ما يوهن الرواية ويضعف الاستدلال بها لان جهالة احد رواتها يجعلها من الضعيف , والضعيف ليس بحجة لعدم الدليل على جواز العمل به فلم يخرج عن حد الظنون التي لا يجوز العمل بها^(٦) .

هذا من جهة السند , اما من جهة المتن^(٧) بعد فرض صحة السند فالرواية غير ظاهرة المعنى

(١) انظر د. محمود المظفر , مصدر سابق , ص ١٩ .

(٢) انظر الشيخ محمد حسن ترحيني العاملي , مصدر سابق , ص ١٢٤ .

(٣) انظر مؤلفه معجم رجال الحديث , الجزء السابع عشر , الطبعة الاولى , النجف الاشرف , ١٣٩٠ هـ , ١٩٧٠ م , ص ١٩٥ .

(٤) انظر مؤلفه السابق , ص ٤٠٠ .

(٥) الشيخ محمد الجواد العاملي , مصدر سابق , ص ١٤٠ .

(٦) انظر السيد محي الدين الغريفي الموسوي , قواعد الحديث , الطبعة الاولى , مطبعة الاداب , النجف الاشرف , بدون سنة طبع , ص ٣٣ .

(٧) والمتن هو لفظ الحديث الذي يقوم به المعنى وهو قول النبي (ص) وما في معناه اما السند فهو طريق المتن وسمي الطريق سندا لاعتماد العلماء في صحة الحديث وضعفه عليه . الشيخ زين الدين العاملي (الشهيد الثاني) , الدراية , مطبعة النعمان , النجف الاشرف , ١٣٧٩ هـ , ١٩٦٠ م , ص ٧ .

في شرطية القبض اذ قد يستفاد منه معنى اخر اجنبي عن محل البحث وهذا ما استفاده صاحب قلائد الدرر الذي قال في الرواية انها يقصد منها (انه لارهن تكمن به الفائدة الا مقبوضا ويكون المراد من القيد التخصيص بما تكمل به الفائدة لا الكشف والايضاح)^(١) .

وهذا المعنى غير بعيد لان الرهن وخاصة في تلك الازمان لا تكمن به الفائدة الا بالقبض وان كان يجوز اصلا بدون قبض , وهذا النمط من الاحاديث الذي يتضمن هذا المعنى وامثاله موجود بكثرة لمن يستعرض كتب السنن ومن قوله (ص) (لا صلاة الا بفاتحة الكتاب , لا بيع الا في ملك , لا صلاة لمن جاره المسجد الا في المسجد , ونحو ذلك) فالنفي في مثل هذه المركبات موجه ظاهرا لنفس الماهية والحقيقة وقالوا ان ارادة نفي الماهية متعذر فيها فلا بد ان يقدر بطريق المجاز وصف للماهية هو المنفي حقيقة نحو الصحة والكمال والفائدة ونحو ذلك^(٢) .

وبذلك فان الرواية غير تامة اما لضعف سندها او لظنية دلالتها مما يرجح الاعراض عنها ويحتمل الرجوع الى القواعد العامة التي تعد حاكمة في الموضوع بعد الاعراض عن الادلة السمعية مما يجب اللجوء الى الوصول واعتماد اصالة عدم الاشتراط واعمالها يؤيد مسلك من يرى عدم شرطية القبض في عقد الرهن وانه يحتاج الى بيان من ادلة الشرع وهو منعدم من حيث الاعتبار^(٣) .

الا انه على الرغم من ذلك فاننا لم نلاحظ رأياً من الفقه المدني او نصاً قانونياً او قراراً قضائياً يتواكب مع ما ذهب اليه هذا الرأي من الفقه الاسلامي .

(١) الشيخ احمد الجزائري , مصدر سابق , ص ٢٨٥ .

(٢) انظر د. محمود المظفر , مصدر سابق , ص ٢٠ .

(٣) انظر د. هادي حسين الكرعوي , مصدر سابق , ص ١٦ .

المبحث الثاني

كيفية اجراء القبض

ان الحديث عن كيفية اجراء القبض يقتضي بنا التطرق الى عدد من المسائل تتمثل في طريقة القبض , وزمان ومكان القبض , وحالة المرهون عند القبض ونفقات قبضه , لذا فاننا سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب , مخصصين لكل موضوع من هذه المواضيع الانفة الذكر مطلبا مستقلا .

المطلب الاول

طريقة القبض

ان طريقة القبض تختلف بحسب ما اذا كان المرهون عقارا او منقولا , لذا فاننا سنقسم هذا المطلب على فرعين , نتناول في الاول طريقة قبض العقار , بينما نخصص الثاني لطريقة قبض المنقول .

الفرع الاول

طريقة قبض العقار

لقد أثير التساؤل عن الطريقة التي يتم بها قبض العقار . وبالنسبة الى الفقه الاسلامي فقد ذهب الى ان قبض العقار يكون بالتخلية^(١) , وهي عبارة عن رفع الموانع من القبض^(٢) . اذ ذهب الشيخ الطوسي الى ان المرهون (ان كان لا ينقل ولا يحول من ارض ودار , فقبضها ان يخلي صاحبها بينه وبينها ويفتح بابها او يدفع اليه مفتاحها , وان لم يكن عليها باب فقبضه ان يخلي بينه وبينها من غير حائل)^(٣) .

(١) انظر من الامامية الشيخ ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي , المبسوط في فقه الامامية , الجزء الاول , الطبعة الثانية , المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية , طهران , ١٣٨٧ هـ , ص ٢٠٣ . ومن الحنابلة الشيخ موفق الدين بن قدامة والشيخ شمس الدين بن قدامة , مصدر سابق , ص ٣٧٢ . ومن الحنفية الشيخ الكاساني , بدائع الصنائع , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ١٤١ . الشيخ فخر الدين الزيلعي , تبين الحقائق , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ٦٣ . ومن الزيدية احمد بن يحيى بن المرتضى , البحر الزخار , الجزء الثالث , مصدر سابق , ص ٣٦٩ .

(٢) انظر الموسوعة الاسلامية المعاصرة , مصدر سابق , ص ٨ .

(٣) انظر مؤلفه المبسوط , مصدر سابق , ص ٢٠٣ .

وقد جاء في المغني (وان كان الرهن غير منقول كالعقار والثمرة على الشجرة فقبضه التخلية بين مرتهنه وبينه من غير حائل بان يفتح له باب الدار او يسلم اليه مفتاحها , وان خلى بينه وبينها وفيها قماش للراهن صح التسليم لان اتصالها بملك الراهن لا يمنع صحة التسليم كالثمرة في الشجرة ولو رهنه دارا فخلى بينه وبينها وهما فيها ثم خرج الراهن صح القبض وبهذا قال الشافعي , وقال ابو حنيفة لا يصح حتى يخلي بينه وبينها بعد خروجه منها لان ما كان في الدار فيده عليه فما حصلت , ولنا ان التخلية تصح بقوله مع التمكين منها وعدم المانع فاشبه ما لو كان خارجاً عنها ولا يصح ذكره الا ترى ان خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها ودخوله الى دار غيره لا يثبت يده عليها , ولانه بخروجه عنها محقق بقوله فلا معنى لاعادة التخلية^(١) .

وجاء في البدائع ان التخلي عن العقار هو (قبض في العرف , اذ ان القبض يرد على ما يحتمل النقد ولاتحويل من الدار والعقار , يقال هذه الارض وهذه القرية او هذه الولاية في يد فلان فلا يفهم منه الا التخلي وهو التمكين من التصرف)^(٢) .

اما بالنسبة الى موقف الفقه المدني , فقد اختلف في صدد هذه المسألة الى رأيين :

فقد اتفق الرأي الاول مع الفقه الاسلامي في ان تسليم العقار يحصل بالتخلية بين المرهون والمرتهن على وجه يتمكن به المرتهن من قبضه دون حائل^(٣) , وهو لذلك يحتاج الى اخلاء العقار اولاً ثم التمكين من الاستيلاء عليه استيلاءً مادياً ثانياً , فان كان العقار دارا يسكنها المتصرف فوجب عليه ان يخرج منها امتعته واثاثه , وان كان ارضاً زراعية فيخرج مواشيه والاته , وقد يكون مجرد الاخلاء على هذا النحو كافياً لتمكين المتسلم من تسلمه والاستيلاء عليه , الا ان الامر قد يتطلب من الراهن فضلاً عن ذلك تسليم مفاتيح الدار او سندات الملكية وغير ذلك مما يمكن المرتهن من الاستيلاء على العقار^(٤) .

(١) الشيخ موفق الدين بن قدامة والشيخ شمس الدين بن قدامة , مصدر سابق , ص ٣٧٢ .

(٢) الشيخ علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني , بدائع الصنائع , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ١٤١ . انظر ايضا

الشيخ فخر الدين الزيلعي , تبين الحقائق , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ٦٣ وفيه (ان التخلية تسليم لانه عبارة عن رفع الموانع من القبض وهو فعل المسلم دون المتسلم) . والشيخ احمد بن يحيى بن المرتضى , البحر الزخار , الجزء الثالث , مصدر سابق , ص ٣٦٩ وفيه (ان القبض يتحقق بالتخلية بين المحل والقباض على نحو يمكنه من قبضه واخذه والاستيلاء عليه دون مانع او حائل وذلك يقتضي رفع يد المقبض عنه) .

(٣) انظر أ. محمد طه البشير و د. غني حسون طه , مصدر سابق , ص ٥١٦ .

(٤) انظر حسين عذاب السكني , مصدر سابق , ص ١١١ .

ونحن نرجح هذا الرأي وذلك لسريان العرف على اتباع ما ذهب اليه .

بينما ذهب الرأي الثاني الى ان التسليم في الرهن لا يتم الا بنقل الحيازة المادية الى المرتهن , او الى عدل لان الغرض من الرهن هو تمكين المرتهن من حبس العقار المرهون عن الراهن الى ان يدفع له دينه تماماً بالاضافة الى تمكينه من استغلاله وتنزيل الغلة من الدين وهذان الامران لا يتحققان الا اذا توفرت للمرتهن السيطرة المادية على العقار المرهون ^(١) .

وعلى ذلك لا يكفي لا اعتبار ان الحيازة قد انتقلت ان يقوم الراهن بوضع الشيء تحت تصرف المرتهن اذا كان هذا الاخير لم يتسلمه فعلاً , ذلك لان وضع الشيء تحت تصرف المرتهن واعلامه بذلك وان كفى لا اعتبار الراهن موفياً لألتزامه بتسليم الشيء المرهون الا انه لا يوفر للدائن المرتهن سيطرة فعلية على الشيء ^(٢) , مما يحول دون تحقق شرط الحيازة اللازم لنفاذ الرهن في حق الغير ^(٣) .

اما بالنسبة الى موقف القانون المدني , فيلاحظ ان القانون المدني العراقي لم ينظم كيفية انتقال حيازة المال المرهون , كما انه لم يحيل على المواد التي تنظم انتقال حيازة المبيع بخلاف ما عليه الحال في القانون المدني المصري .

فقد نص الاخير في المادة (١٠٩٩ / ٢) , على انه (ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون احكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع) ^(٤) . وقد نصت المادة (٤٣٥) منه (والمتعلقة بكيفية تسليم المبيع) على انه (١ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستولي عليه استيلاءً مادياً ما دام البائع قد اعلمه بذلك ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع ٢ - ويجوز ان يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين اذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع او كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب اخر غير الملكية) .

وتجدر الاشارة الى ان الفقه المدني العراقي قد ذهب الى انه لا يوجد ما يمنع من ان يتبع في انتقال حيازة المرهون الى المرتهن الاحكام نفسها التي تراعى في انتقال حيازة المبيع الى

(١) انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان , مصدر سابق , ص ١٨٢ .

(٢) انظر د. محمد لبيب شنب , مصدر سابق , ص ١٧١ .

(٣) انظر د. منصور مصطفى منصور , مصدر سابق , ص ٢١٢ .

(٤) وتقابلها المادة (١١٠٣ / ٢) من القانون المدني الليبي لسنة ١٩٥٣ (مطابق) والمادة (١٠١) من قانون الموجبات

والعقود اللبناني لسنة ١٩٤٨ .

المشتري المتمثلة في المواد (٥٣٨ , ٥٣٩ , ٥٤٠) من البيع ^(١) . وقد نصت المادة (٥٣٨) على ان (١ - تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل ٢ - واذا قبض المشتري المبيع وراه البائع وهو يقبضه وسكت يعتبر ذلك اذناً من البائع له في القبض) ونصت المادة (٥٣٩) على انه (اذا كانت العين المباعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشترها من المالك , فلا حاجة الى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع , يد ضمان او يد امانة) ونصت المادة (٥٤٠) على انه (١ - اذا اجر المشتري المبيع قبل قبضه الى بائعه او باعه او وهبه اياه او رهنه له او تصرف فيه أي تصرف اخر يستلزم القبض , اعتبر المشتري قابضاً للمبيع ٢ - واذا اجره قبل قبضه لغير البائع او باعه او وهبه او رهنه او تصرف فيه أي تصرف اخر يستلزم القبض وقبضها العاقد , قام هذا القبض مقام قبض المشتري) .

ومن خلال استقراء ما جاء في القانونين العراقي والمصري يلاحظ ان نصوص القانون المدني العراقي قد افتقرت الى عبارة (ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المباع) التي نصت عليها المادة (٤٣٥ / ١) من القانون المدني المصري الا ان الفقه العراقي يذهب الى امكانية الاخذ بهذا الحكم ايضا في ظل التشريع العراقي ^(٢) .

واستناداً الى ما تقدم فاننا نهيب بالمشروع العراقي ان ينظم طريقة انتقال المرهون من الراهن الى المرتهن, او يحيل على عقد البيع بشكل صريح وذلك بان يضع النص الاتي (يسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون احكام الالتزام بتسليم الشيء المباع بالقدر الذي لا يتعارض فيه عقد الرهن الحيازي مع عقد البيع , وعلى النحو الذي يتفق مع طبيعة المال محل العقد) .

وحسناً فعل المشروع اليمني عندما نص في المادة (١٠٠٢) من القانون المدني على انه (يتم القبض بالتسليم ويكون في المنقول بنقله الى يد المرتهن وفي غيره بالتخلية بينه وبين المرتهن وتمكين المرتهن منه) .

وتجدر الاشارة الى ان تسليم العقار المرهون الى الدائن المرتهن لا يكفي بذاته لترتيب الرهن

(١) انظر أ. محمد طه البشير , الوجيز في الحقوق العينية التبعية , مصدر سابق , ص ٢١١ .

(٢) ولذلك فالتسليم يجب ان يتم وفق للطريقة التي تتناسب مع طبيعة الشيء المباع تبعاً لما اذا كان عقاراً او منقولاً او

مجرد حق من الحقوق المعنوية . د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي , الموجز في العقود

المسماة , بغداد , ١٩٩٣ , ص ١٠٠ .

اثره, بل لا بد من اجراء اخر يتمثل في تسجيل الرهن في السجل العقاري .
وبالنسبة الى موقف الفقه الاسلامي فيمكن القول بانه لا يعرف نظام التسجيل العقاري الا ان
الاسلام اقر الكتابة بوصفها وسيلة من وسائل حسم المنازعات في مواجهة النسيان والشهادة في
مواجهة الجحود والرهن في مواجهة التعري من الاموال ^(١) .
وقد ذهب الشيخ الخفيف الى ان (الفقهاء المسلمون اقرؤا انشاء الدواوين بوصفها وسيلة
تنظيمية , وان تقرير التسجيل هو تحصيل حاصل مما لا يحتاج الى بحث) ^(٢) .
اما بالنسبة الى موقف الفقه المدني فقد ذهب الى اشتراط تسجيل الرهن الحيازي وذلك لان
وجود العقار في يد الدائن المرتهن او الاجنبي لا يكفي ليعلم الغير بحقيقة مركز العقار وانه
محمل بالرهن وذلك لامكانية حيازة الشخص لعقار مملوك لغيره لاسباب اخرى متعددة غير
الرهن ^(٣) . كما انه يمكن رهن العقار الواحد لضمان اكثر من دين كما هو الحال في حيازة
العقار بواسطة عدل لحساب اكثر من دائن مرتهن ^(٤) , فلا بد من اسباب للتفضيل بين الدائنين
المرتهنين اذا تعددوا , من اجل منع تواطؤ المدين الراهن مع الدائن المرتهن للاضرار بالغير ^(٥) .
اما بالنسبة الى موقف القانون , فقد نصت المادة (١٣٢٤) من القانون المدني العراقي على
انه (اذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط ايضا لتمامه ان يسجل في دائرة التسجيل
العقاري وفقاً للاوضاع المقررة قانوناً) .
وقد اختلف الفقه في تفسير شرط التمام الوارد في هذه المادة , فقد حمله راي على انه ركن
انعقاد, اذ ذهب الاستاذ شاكر ناصر حيدر الى انه (اذا كان الرهن الحيازي مقرراً على عقار ,
وجب تسجيل العقد في الطابو وتسليم المرهون الى المرتهن وفق احكام القانون , فاذا لم يسجل
عقد الرهن كان باطلاً بطلاناً مطلقاً, اذ يعد التسجيل في هذه الحالة ركناً من اركان عقد
الرهن ^(٦)) .

-
- (١) انظر د. حسين حامد حسان , مصدر سابق , ص ٥ .
(٢) انظر مؤلفه النظرية العامة في الفقه - الرهن , مصدر سابق , ص ٢٩ . انظر ايضا في هذا الصدد د. وحيد الدين
سوار, التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي , الطبعة الثانية , الشركة الوطنية , الجزائر , ١٩٧٩ , ص ٤٠ .
(٣) انظر د. نبيل ابراهيم سعد , مصدر سابق , ص ١٩٣ .
(٤) انظر د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٤٩٩ .
(٥) انظر د. علي هادي العبيدي , مصدر سابق , ص ٣٩١ .
(٦) انظر مؤلفه شرح القانون المدني الجديد , مصدر سابق , ص ١٩٣ . انظر في هذا الصدد ايضا الاستاذ محمد طه البشير ,
الوجيز في الحقوق العينية التبعية , مصدر سابق , ص ٢٣٧ .

اما الرأي الثاني فقد عد التسجيل شرط تمام , اذ ذهب الدكتور الناهي الى ان (الرهن الحيازي العقاري عقد من العقود لابد فيه من الايجاب والقبول والمحل والسبب , ويشترط القانون المدني فيه الى جانب ذلك التسجيل ولكن تسجيله في الطابو لا يعتبر ركن انعقاد - بخلاف الرهن التأميني - بل يعتبر - كالحيازة - شرط تمام , فالرهن الحيازي العقاري اذن عقد رضائي ينعقد خارج دائرة الطابو عقداً ووعداً انعقاداً صحيحاً ولكنه لا يتم الا بالتسجيل في الطابو . وقد وهم بعضهم فذهب الى ان تسجيل رهن الحيازة في الطابو يعتبر ركن انعقاد وانه اذا لم يسجل رهن الحيازة العقاري كان باطلاً بطلاناً مطلقاً وهذا وهم وخط بين ماهو ركن انعقاد وبين ماهو شرط تمام , وبين ما يعتبر فقده مانعاً من انعقاد العقد وما يعتبر اخلاً بالتزام صحيح مترتب على عقد منعقد على الوجه الصحيح , ويبدو هذا الخط العجيب ظاهراً حين النظر الى الخلاف الواضح المقصود بين صياغة كل من المادتين (١٢٨٦ و ١٣٢٤) , فقد نصت المادة (١/١٢٨٦) على انه (لا ينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري) بينما نصت المادة (١٣٢٤) على انه (اذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط ايضاً لتمامه ان يسجل في دائرة التسجيل العقاري) ولا ريب ان بين ركن الانعقاد وبين شرط التمام بوناً شاسعاً^(١) .

وحسب اعتقادنا ان التسجيل يعتبر ركن انعقاد وليس شرط نفاذ , وسندنا في ذلك هو ليس المادة (١٣٢٤) مدني بل هو نص المادة (٢/٣) والمادة (٢/٣٢٥) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لعام ١٩٧١ , اذ نصت المادة (٢/٣) على انه (لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري) . كما نصت المادة (٢/٣٢٥) على انه (لا ينعقد الرهن الحيازي الوارد على العقار الا بالتسجيل في السجل العقاري) فمن الواضح ان ما جاء به قانون التسجيل العقاري هو نص خاص بالنسبة لما جاء به القانون المدني , والخاص يقيد العام . وتجدر الاشارة الى ان تسجيل الرهن الحيازي يخضع لاحكام تسجيل الرهن التأميني بالقدر الذي لا يتعارض فيه مع طبيعة الرهن^(٢) .

(١) انظر مؤلفه , الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ١٢٤ . وانظر في هذا الصدد ايضاً حسين عذاب السكني , مصدر سابق , ص ١٦٩ .

(٢) المادة (٣٢٧) من قانون التسجيل العقاري . علماً ان المشرع قد تناول احكام تسجيل الرهن التأميني في المواد (٨٦-٨٢) من هذا القانون .

اما على صعيد القانون المقارن فيلاحظ ان المادة (١١٤) من القانون المدني المصري قد نصت على انه (يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة ان يقيد عقد الرهن , وتسري على هذا القيد الاحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي)^(١) . ومن الواضح ان هذا النص قد اخضع الرهن الحيازي الوارد على عقار الى نظام القيد معتبره شرطا لنفاذ الرهن في حق الغير , كما ان هذا النص يشير الى خضوع هذا القيد الى الاحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي , ولكن يجب مراعاة ان اجراء قيد الرهن الحيازي لايشترط فيه تقديم محرر رسمي بل يكفي افراغ الرهن الحيازي في محرر عرفي مصدق على الوقيعات الواردة فيه , وذلك لان عقد الرهن الحيازي عقد رضائي لا يحتاج الى الرسمية لانعقاده خلافا للرهن الرسمي^(٢) .

وقد مّن قانون الشهر العقاري المصري النافذ رقم ١١٤ لعام ١٩٤٦ بين التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الاصلية , وبين التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية التبعية , اذ نصت المادة التاسعة منه على ان (جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية يجب شهرها عن طريق التسجيل ويترتب على عدم التسجيل ان الحقوق المشار اليها لا تنشأ و لا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم) بينما نصت المادة الثانية عشر منه على ان (جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية او المقررة لها وكذلك الاحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق القيد ويترتب على عدم القيد ان هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير) .

ويتضح ان مضمون المادة (١١٤) من القانون المدني المصري موافق لمضمون المادة الثانية عشر من قانون الشهر العقاري , وهذا بخلاف ما عليه الحال بالنسبة الى موقف القانون العراقي.

اما بالنسبة الى موقف القضاء , فقد تبين موقف القضاء العراقي في مسألة مدى فاعلية التسجيل , فتارة اعتبره ركناً , اذ قضت محكمة التمييز في احد قراراتها بـ (ان توثيق الرهن لدى الكاتب العدل لا يكفي لانعقاده بل يجب تسجيله لدى دائرة التسجيل العقاري وبعبكسه يكون باطلاً ولا

(١) وهذا ما نصت عليه ايضا المادة (١٤٠٢) من القانون المدني الاردني (موافق) .

(٢) اذ ان المادة (١/١٠٣١), من القانون المدني المصري قد نصت على انه (لا ينعد الرهن الا اذا كان بورقة رسمية) .

انظر ايضا في هذا الصدد كل من د. محمد لبيب شنب , مصدر سابق , ص ١٧٣ . د. نبيل ابراهيم سعد , مصدر سابق ,

ص ١٩٣ . د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٥٠٠ .

موجب لفسخه لعدم وجوده قانوناً ولصاحب العقار حق استرداده ما دام قد اودع مبلغ الرهن الخارجي لدى الكاتب العدل (١) .

بينما اعتبره تارة اخرى شرطاً , اذ قضت محكمة التمييز في احدى قراراتها بانه (اذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط ايضاً لتمامه ان يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للاوضاع المقررة قانوناً) (٢) .

ونحن نعتقد ان هذا الاختلاف في القرارات القضائية ما هو الا نتيجة للاختلاف بين المادة (١٣٢٤) من القانون المدني والمادتين (٣ / ٢ و ٢ / ٣٢٥) من قانون التسجيل العقاري الانفتا الذكر.

الفرع الثاني

طريقة قبض المنقول

يثار التساؤل عن طريقة قبض المنقول , وان الدقة تقتضي التمييز بين المنقول المادي والمنقول المعنوي , لذا فاننا سنبحث كل واحد منهما في موضع مستقل .

اولاً: طريقة قبض المنقول المادي .

بالنسبة الى موقف الفقه الاسلامي , يلاحظ ان الفقهاء قد اختلفوا في هذه المسألة الى رأيين :
الراي الاول ذهب الى ان قبض المنقول يتم بالتخلية شأنه شأن العقار , وسبب ذلك انه بالتخلية ينتهي التزام المقبض وانها تمثل منتهى هذا الالتزام على نحو يجعل القبض حكماً اما القبض حقيقة فمتوقف على المرتهن ويتحقق بفعله , وبناءً على ذلك اذا وضع الراهن المرهون في حالة يتمكن المرتهن فيها من قبضه بلا مانع , واذنه بقبضه , فان ذلك يعد تسليمًا ويعد المرهون مقبوضاً حكماً عقاراً كان ام منقولاً (٣) .

(١) انظر قرارها رقم ٢٤٥ / مدنية ثانية عقار / ١٩٧٤ بتاريخ ١٩٧٥/١/٣٠ منشور في مجموعة الاحكام العدلية, العدد الاول , السنة السادسة , ١٩٧٥, ص ٤٤.

(٢) انظر قرارها رقم ٥٦٠ / مدنية اولى / ١٩٩٢ بتاريخ ١٩٩٢/٦/٢٢. القاضي ابراهيم المشاهدي , المختار من قضاء محكمة التمييز , الجزء الرابع , مطبعة الزمان , بغداد , ٢٠٠٠ , ص ٢١.

(٣) انظر من الحنفية الشيخ ابي بكر محمد السرخسي , المبسوط , الجزء الحادي والعشرون , مصدر سابق , ص ٧٥ . والشيخ برهان الدين المرغيناني , مصدر سابق , ص ٩٣ . ومن الاباضية الشيخ محمد بن يوسف بن اطفيش , شرح كتاب النيل وشفاء العليل , الجزء الحادي عشر , الطبعة الثانية , دار الفتح , بيروت , ١٤٨٧ هـ , ١٩٧٢ م , ص ٤٧ . ومن الظاهرية الشيخ ابن حزم الظاهري , مصدر سابق , ص ٨٩ . ومن الزيدية الشيخ ابن المرتضى , البحر الزخار , الجزء الثالث , مصدر سابق , ص ٣٦٩.

اما الرأي الثاني فقد ذهب الى ان التخلية اذا كانت تكفي لتحقيق القبض في العقار فذلك لان طبيعته لا تقتضي اكثر من ذلك اما المنقول فان التخلية لا تكفي فيه , اذ انه بحاجة الى النقل من يد الراهن وادخالها في حيازة المرتهن وكل في ذلك حسب طبيعة المرهون وطبقا لاعراف الناس وعاداتهم , فان كان خفيفا يمكن تناوله باليد فالقبض فيه ان يتناوله بيده وان كان ثقيلاً مثل العبد والدابة فالقبض فيه ان ينقله من مكان الى مكان , وان كان مكياً او او معدوداً او موزوناً او مذكوراً , فقبضه يكون بكيله , او عده او وزنه او ذرعه ^(١) .

وقد استدل اصحاب هذا الرأي فيما ذهبوا اليه بالكتاب والسنة والمعقول .

اما الكتاب فقوله تعالى (فرهان مقبوضة) ووجه الدلالة ان مطلق القبض ينصرف الى القبض الحقيقي ولا يتحقق ذلك الا بالنقل فاما التخلي فهو قبض حكماً لا حقيقة فلا يكتفى به الا فيما لا يمكن نقله ^(٢) .

اما السنة فما روي عن زيد بن ثابت من ان النبي (ص) نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم ^(٣) .

واما المعقول فهو ان القبض مطلق في الشرع فيجب فيه الرجوع الى العرف كالأحرار والتفرق والعادة في قبض هذه الاشياء ما ذكرناه من التخلية في غير المنقول والنقل في المنقول ^(٤) . وانه لاخلاف في ان النقل في المنقول (قبض حقيقة) يحصل به اليقين ولا يترك الا بمثله وهو غير موجود ^(٥) .

وقد اتفق الفقه المدني مع هذا الرأي اذ ذهب الى ان تسليم المنقول المادي يتم بنقل حيازته من الراهن الى الدائن المرتهن , بحيث يتمكن هذا الاخير من حبس المرهون الى ان يدفع له دينه تماماً , بالإضافة الى تمكينه من استغلاله وخضم الغلة من الدين اذا كان المرهون مما ينتج

(١) انظر من الامامية الشيخ الطوسي , المبسوط , مصدر سابق , ص ٢٠٣ . ومن الحنفية الشيخ برهان الدين المرغيناني , الهداية , مصدر سابق , ص ٩٣ . ومن الحنابلة الشيخ موفق الدين بن قدامة والشيخ شمس الدين بن قدامة , المغني والشرح الكبير , مصدر سابق , ص ٣٧١ في المغني و ص ٤٧ في الشرح الكبير . ومن المالكية الشيخ ابي البركات سيدي احمد الدردير , حاشية الدسوقي على الشرح الكبير , الجزء الرابع , مصدر سابق , ص ١٤٥ . ومن الشافعية الشيخ محمد بن احمد الشربيني , ص ١٢٣ . وانظر من الفقه الحديث امين عيد المعبود زغلول , نظرية التوثق في الشريعة الاسلامية , الطبعة الاولى , مؤسسة دار الكتاب , الكويت , ١٩٩٨ , ص ١٢٤ .

(٢) انظر الشيخ الكاساني , البدائع , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ١٤١ .

(٣) انظر الشيخ محمد بن احمد الشوكاني , مصدر سابق , ص ١٦٧ .

(٤) انظر الشيخ شمس الدين ابي الفرج المقدسي , مصدر سابق , ص ١٢٠ .

(٥) انظر الشيخ الطوسي , الخلاف , مصدر سابق , ص ٤٣ .

ثماراً، الامر ان اللذان لا يتحققان الا اذا توافرت للمرتهن السيطرة المادية على الشيء المرهون، وهذا ما يعرف بالحيازة الحقيقية^(١).

على ان التسليم لا يكون دائماً بنقل المرهون الى الدائن المرتهن ووضعه بين يديه , بل يمكن ان يتم باي وسيلة تضمن للدائن السيطرة الفعلية عليه دون ان يتسلمه فعلاً , فاذا كان المرهون بضاعة موجودة في مخزن فان تسليمها الى الدائن المرتهن يتم بتسليمه مفتاح هذا المخزن بشرط ان لا يكون المخزن حاملاً لوحة باسم المدين واذا كان المرهون بضاعة مشحونة بالبحر بموجب وثيقة شحن , فان تسليم هذه البضاعة الى الدائن المرتهن , يكون بتسليمه وثيقة الشحن العائدة لها, وفقاً للاصول المقررة لذلك , وهذا ما يعرف بالحيازة الرمزية^(٢).

واذا كان المرهون في يد المرتهن قبل عقد الرهن لاي سبب مشروع كالوكالة او الوديعة او الايجار او العارية , فيقوم تغيير السبب مقام تسليم المرهون وبذلك يتوفر نقل الحيازة عن طريق تغيير سببها^(٣).

اما بالنسبة الى موقف القانون , فبالاستناد الى الاحالة على عقد البيع فان تسليم المنقول يمكن ان يكون حقيقياً او حكماً^(٤).

اما بالنسبة الى موقف القضاء , فقد ميّز ايضاً بين التسليم الحقيقي والتسليم الحكمي فقد قضت محكمة تمييز العراق في احد قراراتها بـ (ان المقصود من تسليم البضاعة المرهونة هو التسليم الحقيقي لا التسليم الحكمي)^(٥).

(١) انظر القاضي حسين عبد اللطيف , مصدر سابق , ص ٢٥١. انظر ايضاً د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٤٩٢.

(٢) انظر د. محمد لبيب شنب , مصدر سابق , ص ١٧١. د. نبيل ابراهيم سعد, مصدر سابق , ص ١٩١. د. منصور مصطفى منصور , مصدر سابق , ص ٢٤٣.

(٣) انظر د. صلاح الدين الناهي , الوجيز في التامينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ١٤٢. د. محمد كامل مرسي, الحقوق العينية التبعية , مصدر سابق , ص ٣٩٧. ومؤلفه الموجز في التامينات الشخصية والعينية , مصدر سابق, ص ٢٦٥. د. السنهوري , الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٧٩٧.

(٤) المواد (٥٣٨, ٥٣٩, ٥٤٠) من القانون المدني العراقي .

(٥) انظر قرارها رقم ٨١٥ / حقوقية / ١٩٧٠ بتاريخ ١٠/٦/١٩٧٠. منشور في مجلة القضاء العدد الرابع , السنة الخامسة والعشرون , ١٩٧٠, ص ١٨٥. وجاء في حيثيات القرار بانه , قد تبين ان الخلاف بين الطرفين هو حول كيفية تسليم المرهون وهل ان المعتبر فيه هو التسليم الحقيقي ام الحكمي , ولدى الرجوع الى المواد (٣١٥ و ٣٣٩ و ٣٤١ و ٣٥١) من قانون التجارة التي تبحث عن تسليم البضاعة نجد ان المقصود في هذا الباب هو التسليم الحقيقي لا الحكمي اذ به يتخلص الناقل من المسؤولية وبه تبدأ مدة التقادم وبه يتمكن من فحص البضاعة والتحقق من حالتها والعيوب التي فيها .

ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ الموثق في الرهن والعين المرهونه بيانا كافيا , وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن) . كما نصت المادة (١٣٥٢) على انه (يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة ان يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ , يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المضمونة بيانا كافيا) .

ويلاحظ ان موقف القانون المدني العراقي مطابق لما نصت عليه المادة (١١١٧) من القانون المدني المصري بالقول (يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة ان يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونه بيانا كافيا , وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن) .

ويتضح مما تقدم ان الكتابة في رهن المنقول لا تعتبر ركنا للانعقاد ولاوسيلة للاثبات , وانما هي شرط لنفاذ الرهن في حق الغير ^(١) , ولهذا فهي لازمة ايا كانت قيمة المرهون ^(٢) .

والغير الذي يحتج في مواجهته بالرهن الحيازي في حالة عدم اتمام الكتابة هو من تقرر له حق خاص على المال المرهون كمشتري منقول او صاحب حق الانتفاء او الدائن المرتهن الاخر او الدائن الحاجز ^(٣) بل ان الغير يشمل ايضا دائني الراهن العاديين ^(٤) .

وليس من الضروري ان يدون عقد الرهن في سند مستقل بل من الممكن تدوينه في نفس الورقة التي يدون فيها العقد الذي يتولد عنه الدين المضمون كعقد القرض ^(٥) .

(١) انظر د. صلاح الدين الناهي , الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ١٦٣. د. سليمان مرقس , التأمينات العينية , مصدر سابق , ص ٤٧٢ . ود. محمد كامل مرسي , الموجز في التأمينات العينية والشخصية , مصدر سابق , ص ٢٩٥ . حسن ابراهيم الحميري , تطور فكرة الرهن في مشروع القانون المدني الجديد , بحث مقدم الى المعهد القضائي , الدراسات القانونية المتخصصة العليا - القسم المدني , ١٩٨٧ , ص ٨٨.

(٢) انظر أ. محمد طه البشير ود. غني حسون طه , مصدر سابق , ص ٥٣٧. د. محمد لبيب شنب , مصدر سابق , ص ١٧٤. د. سمير عبد السيد , مصدر سابق , ص ٢٧١.

(٣) انظر د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٥٠١ .

(٤) انظر د. محمد كامل مرسي , الحقوق العينية التبعية , مصدر سابق , ص ٤٧٦.

(٥) انظر أ. محمد طه البشير و د. غني حسون طه , مصدر سابق , ص ٥٣٧. د. صلاح الدين الناهي , الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ١٦٣. د. السنهوري , الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٨٩٢. د. محمد كامل مرسي , الحقوق العينية التبعية , مصدر سابق , ص ٤٧٧ . ومؤلفه الموجز في التأمينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ٢٩٥.

ثانياً : طريقة قبض المنقول المعنوي .

المنقول المعنوي هو المنقول الذي ليس له جسم مادي ملموس , فهو اما ان يكون حق دائنية واما ان يكون حق اخر كحق الملكية التجارية والصناعية والفنية ^(١) . وتعتبر الديون المثل البارز للمنقولات المعنوية ^(٢) . لذا فاننا سنبين طريقة قبضها .

فقد ذهب الفقه الاسلامي الى ان قبض الدين المرهون يتم عن طريق قبض وثيقته ^(٣) , لذلك فان وجود وثيقة الدين بيد الدائن مهما طال الزمان هو دليل على انه لم يستلم دينه من المدين لان العادة جرت على انه اذا قام المدين بسداد دينه الثابت بوثيقة فانه ياخذ هذه الوثيقة او يمزقها ^(٤) .

كما ذهب الفقه المدني ايضا الى ان الديون المرهونة رهن حيازة يكون تسليمها بتسليم سنداتها ^(٥) ايا كان الحق الذي تمثله السندات او شكل هذه السندات , أي سواء كان مدنياً ام تجارياً , اسماً , ام إنشياً ام لحاملة ^(٦) .

وهذه الحيازة هي حيازة رمزية للدين ^(٧) , اذ لا تتصور الحيازة المادية لهذا

-
- (١) انظر د. سليمان مرقس , التأمينات العينية , مصدر سابق , ص ٤٧٧ .
 - (٢) انظر أ. شاكر ناصر حيدر , شرح القانون المدني الجديد - الحقوق العينية العقارية , مصدر سابق , ص ٢٤١ . د. محمد كامل مرسي , الحقوق العينية التبعية , مصدر سابق , ص ٤٨٦ . د. علي هادي العبيدي , الحقوق العينية , الطبعة الاولى , مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع , عمان , ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م , ص ٤١٥ .
 - (٣) انظر الشيخ ابو البركات سيدي احمد بن محمد بن احمد بن حاكم العدوي الدردير , الشرح الصغير , مصدر سابق , ص ١١١ . الشيخ ابي عبد الله محمد الخرشي , مصدر سابق , ص ٢٣٦ . الشيخ ابو الوليد محمد بن احمد القرطبي , بداية المجتهد ونهاية المقتصد , الجزء الثالث , مصدر سابق , ص ٤١١ . علما ان هذا الكلام يتفق فقط مع الرأي الذي يذهب الى جواز رهن الدين , اذ ان هناك رأي اخر في الفقه الاسلامي يذهب الى عدم جواز رهن الدين اصلاً وذلك لعدم امكان قبضه . انظر ص ٦٩ من هذه الرسالة .
 - (٤) انظر من الفقه الاسلامي الحديث د. محمد عبد الجواد محمد , مصدر سابق , ص ١٧٩ .
 - (٥) انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان , مصدر سابق , ص ٢٥٢ . د. نبيل ابراهيم سعد , مصدر سابق , ص ١٩١ . د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٤٩٢ .
 - (٦) انظر د. صلاح الدين الناهي , الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ١٤٢ .
 - (٧) انظر عصام لطفي شريف , احكام وقواعد الرهن التجاري في قانون التجارة الاردني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ , بحث منشور في مجلة المحامين , تصدرها نقابة المحامين الاردنيين العدد التاسع , السنة الخامسة والاربعون , ص ٣٣٥٦ .

المنقول المعنوي^(١) , ويترتب على ذلك ان الدين اذا لم يكن ثابتاً بالكتابة فانه لا يمكن رهنه^(٢).

اما بالنسبة الى موقف القانون فقد جاء مواكباً لما ذهب اليه كل من الفقه الاسلامي والفقه المدني، اذ نصت المادة (١٣٥٤) من القانون المدني العراقي على انه (لا يكون رهن الدين تاماً الا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ولا يكون نافذاً في حق المدين الا باعلان هذا الرهن اليه او قبوله اياه , وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت لتبليغ الاعلانات او القبول)^(٣) .
ويلاحظ من خلال هذا النص ان حيازة الدين تتم عن طريق حيازة المرتهن لسند الدين المرهون , وبدون هذه الحيازة لا يكون رهن الدين تاماً .

الا انه يلاحظ ايضاً من خلال العبارة الثانية من هذا النص ان تسليم سند الدين الى الدائن المرتهن لا يكفي بحد ذاته لكي يرتب الرهن اثره اذ انه لا يكون نافذاً في حق المدين الا باعلان هذا الرهن اليه او بقبوله اياه .

الا ان هذا الحكم ينطبق على الديون العادية و الديون المثبته بسند للحامل ولا يشمل الديون المثبته بسندات اسمية او للامر , وذلك لان المادة (١٣٥٥) من القانون المدني العراقي قد نصت على ان (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 اعلان)^(٤).

وبالرجوع الى قواعد القانون التجاري فاننا نجد ان المادة (١٨٩) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لعام ١٩٨٤ قد نصت على انه (اولاً: يتم رهن الحق في السند الاسمي بحوالة يذكر

(١) انظر د. محمد لبيب شنب , مصدر سابق . ص ١٧١ . د. شمس الدين الوكيل , نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد , مصدر سابق , ص ٤٣٩ .

(٢) انظر د. محمد كامل مرسي , الحقوق العينية التبعية , مصدر سابق , ص ٣٩٨ .

(٣) وتقابلها المادة (١١٢٣) من القانون المدني المصري (مطابق) . والمادة (١٤١٠) من القانون المدني الاردني (مطابق) .

(٤) وتقابلها المادة (١١٢٤) من القانون المدني المصري , الا ان 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 ان يذكر ان الحوالة قد تمت على سبيل الرهن , ويتم الرهن دون حاجة الى اعلان) وبذلك فان هذا النص قد احوال على القواعد القانونية بصورة عامة ولم يحصر الاحالة على قواعد قانون التجارة وهذا مائت عليه ايضاً المادة (١٤١١) من القانون المدني الاردني .

فيها على سبيل الرهن وتفيد في دفاتر الجهة التي اصدرت السند . ثانياً : يتم رهن الحق الثابت في السند للأمر بتظهير يذكر فيه (الراهن) او اية عبارة اخرى تفيد ذلك . ثالثاً: يكون الرهن المشار اليه في الفقرتين (اولا و ثانياً) من هذه المادة نافذا في حق المدين دون حاجة الى اعلانه اليه او قبوله اياه) .

ومن خلال التمعن في النص المذكور من قانون التجارة ومقارنته بما جاء في القانون المدني فاننا نلاحظ بانه كان احرى بمشرع القانون المدني ان يذكر (الرهن) بدلا (الحوالة) الواردة في العبارة الاولى من المادة (١٣٥٥) ^(١) والتي نصت على ان (السندات الاسمية والسندات بامر يتم رهنها بالطريقة التي رسمها قانون التجارة لحوالة هذه السندات) فاذا كان قانون التجارة قد نظم طريقة رهن هذه الديون فلماذا يحيل القانون المدني على طريقة حوالتها ؟ لذلك فمن المستغرب ان نجد ان بعض من فقهاءنا الاجلاء قد ذهبوا الى انه لما كانت حوالة الديون الثابتة بسندات اسمية تتم عن طريق القيد في دفاتر الشركة التي اصدرتها فرهن هذه الديون يتم ايضا عن طريق القيد في دفاتر هذه الشركة بما يفيد رهنها وذلك دون حاجة الى اعلان الشركة . ولما كانت حوالة الديون الثابتة بسندات لامر تتم عن طريق التظهير فرهن هذه الديون يتم ايضا عن طريق التظهير بشرط ان يذكر بالتظهير ما يفيد حصوله على سبيل الرهن دون حاجة الى اعلان المدين بالرهن ^(٢) .

عموما يتضح من خلال ماسبق ان الفقه الاسلامي والفقه والقانون المدنيين متفقون على ان قبض الدين يتحقق بقبض سنده .

المطلب الثاني

زمان ومكان القبض

أن الحديث عن زمان ومكان القبض يقتضي تقسيم هذا المطلب على فرعين نتناول في الاول زمان القبض بينما نخصص الثاني لمكان القبض .

(١) وان الحوالة المقصودة هنا هي حوالة الدين والتي تتمثل في نقل الدين والمطالبة به من ذمة المحيل الى ذمة المحال اليه . وهي اما ان تكون مطلقة او مقيدة . المادة (٣٣٩) من القانون المدني العراقي .

(٢) انظر أ. محمد طه البشير و د. غني حسن طه , مصدر سابق , ص ٥٤٠ . أ. شاكرا ناصر حيدر , شرح القانون المدني الجديد , مصدر سابق , ص ٢٤١ .

الفرع الاول زمان القبض

بالنسبة الى موقف الفقه الاسلامي فان استقراء اراء الفقهاء يشير الى ان تحديد زمان القبض يرتبط بفكرة تحديد مركزه (تكييفه) , فمن قال ان القبض ركن في عقد الرهن ذهب الى انه لابد من الاقباض عند انعقاد العقد بمعنى تعاصر قبض محل الرهن مع عقد الرهن حتى ينشأ العقد ولا يجوز ان يتراخى عنه^(١) .

اما من قال بان القبض شرط في عقد الرهن , فانه يذهب الى جواز تراخي القبض عن عقد الرهن^(٢) .

اما اذا كان المال المرهون موجوداً في يد الدائن المرتهن قبل عقد الرهن فقد ذهب رأي فقهي الى انه لا يشترط لقيام الرهن في هذه الحالة غير تغير سبب حكم اليد فيلزم الرهن بنفس العقد^(٣) . بينما ذهب رأي ثان الى انه في حالة وجود المرهون في يد المرتهن قبل عقد الرهن فانه يشترط مضي مدة من الزمن كافية لتحقيق القبض الجديد اضافة الى ضرورة حصول اذن من الراهن بالقبض على سبيل الرهن فقد جاء في الجواهر (نعم حكى في الدروس من الشيخ الحكم بانه لابد من مضي زمان يمكن فيه القبض منهما ولعله يلزم ذلك في الثالث , الا انه لم نتحقق ما حكاه عنه , اذ المحكي عنه في المبسوط , والخلاف انه قال : (اذا كان له في يد رجل مال وديعه او عارية او جارة او غصباً فجعله رهناً عنده بديناً له , كان الرهن صحيحاً ويكون ذلك قبضاً اذا اذن له الراهن في قبض عين الرهن) وزاد في الثاني (واذا لم يأذن له لم يكن على كونه قبض دليل) كما انه حكى عن الاول في مسألة ما اذا اذن له وجن تم القبض وصح وقد قيل انه لا يصح الا بعد ان ياتي عليه زمان يمكن قبضه فيه ولو رهن ماهو غائب عن مجلس العقد منقولاً كان او غيره غيبة لا يصدق بينه وبينه في ما يكفي فيه ذلك لولا الغيبة لم يصر رهناً

(١) انظر الشيخ ابو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري , مصدر سابق , ص ٨٨. الشيخ علاء الدين بن مسعود الكاساني , بدائع الصنائع , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ١٣٧ .

(٢) انظر الشيخ محمد جواد العاملي , مصدر سابق , ص ١٣٩ . الشيخ ابي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الاسدي , مصدر سابق , ص ٣٩٩ .

(٣) انظر الشيخ موفق الدين بن قدامة والشيخ شمس الدين بن قدامة , المغني والشرح الكبير , ص ٣٧٢ من المغني و ٣٩٤ من الشرح الكبير .

صحيحاً, بناء على الاعتبار في الصحة او لازماً على اعتباره في اللزوم حتى يحضر المرتهن او القائم مقامه عند الرهن ويقبضه بما يصدق معه من تخلية او نقل بلا خلاف اجده فيه بل في جامع المقاصد نسبته الى نص الاصحاب وغيرهم لعدم حصول الشرط بدون ذلك ولا يكفي الاذن مع مضي زمان يمكن فيه القبض وان كان المرهون غير منقول , لمنع حصول التخلية بذلك , فضلاً عن حصولها بالاذن خاصة^(١) .

وجاء في النهاية (ولو رهن ماله بيد غيره منه كأن رهن وديعة عند مودع او مغصوبا عند غاصب او مؤجراً عند مستاجر او مقبوضاً بسوم عند مستام او معاراً عند مستعير او مأخوذاً ببيع فاسد عند اخذه , لم يلزم هذا الرهن مالم يمض زمن امكان قبضه أي المرهون كنظيره في البيع لانه لو لم يكن في يده لكان اللزوم متوقفاً على هذا الزمان وعلى القبض لكن سقط القبض إقامة لدوام اليد مقام ابتدائها فبقى اعتبار الزمن فان كان الرهن حاضراً اعتبر في قبضه مضي زمن يمكن فيه نقله ان كان منقولاً وان كان عقاراً اعتبر مقدار التخلية , وان كان غائباً فان كان منقولاً اعتبر في مضي زمن يمكن فيه المضي اليه ونقله وإلا اعتبر مضي زمن يمكن المضي فيه اليه وتخليته , ولو اختلفا في الاذن اوفي انقضاء هذه المدة فالقول للراهن , وافهم كلامه عدم اشتراط ذهابه اليه وهو الاصح , والظاهر في اشتراط اذنه (أي الراهن) في قبضه لان يده كانت عن غير جهة الرهن ولم يقع تعرض للقبض عنه)^(٢) .

اما بالنسبة الى رأي الفقه المدني في زمان القبض , فيلاحظ ان اراء الفقهاء قد جاءت انعكاساً لاراء الفقه الاسلامي .

فقد ذهب فقهاء القانون الى انه اذا كان العقد عينياً فان زمان انتقال محل الرهن هو نفسه زمان ابرام العقد ولا يجوز التأخير عن زمان ابرامه لان التأخير في تسليم محل الرهن يؤدي الى عد العقد غير موجود^(٣) .

اما اذا كان العقد رضائياً^(٤) فانه لا يشترط تعاصر القبض مع العقد مادام قيام الرهن لا يتوقف

(١) الشيخ محمد حسن النجفي , مصدر سابق , ص ١١٢ .

(٢) الشيخ شمس الدين محمد الانصاري , مصدر سابق , ص ٢٤٩ . انظر ايضا في هذا الصدد الشيخ علاء الدين بن مسعود الكاساني , بدائع الصنائع , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ١٤٧ .

(٣) انظر د. السنهوري , الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٧٤٠ .

(٤) كما عليه الحال بالنسبة الى موقف كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري النافذين , من مسألة تكييف القبض في عقد الرهن الحيازي انظر الى المادة (١ / ١٣٢٢) من القانون المدني العراقي , والمادة (١ / ١١٠٩) من القانون المدني المصري .

على تعاصر القبض معه , وهنا التأخير في القبض لا يؤثر الا على الوقت الذي يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير وذلك اذا حصل الغير قبل التسليم على حقوق متعارضة مع الرهن على الشيء المرهون^(١) .

اما بالنسبة الى موقف القانون فبالاستناد إلى الاحالة على القواعد المتعلقة بكيفية قبض المبيع^(٢) , فاننا نجد ان المادة (٥٣٦) من القانون المدني العراقي قد نصت على انه (على البائع ان يسلم المبيع وتوابعه الى المشتري عند نقده الثمن , ولو شرط المشتري اخذ المبيع في وقت معين قبل نقده الثمن للبائع جاز) .

والشرط الاول من هذه المادة هو تطبيق محض للقواعد العامة اذ انه من المقرر في هذه القواعد انه في العقود الملزمة للجانبين تقضي قواعد العدالة والقانون على حد سواء بانه لا يلزم احد الطرفين بتنفيذ التزامه اذا لم يكن الطرف الثاني قد نفذ التزامه , وتسمى هذه القاعدة بقاعدة تعاصر التنفيذ وعقد البيع عقد ملزم للجانبين فلا يجوز الزام البائع بتسليم العين المبيعة الا عند دفع المشتري للثمن , ويبدو للوهلة الاولى ان الشرط الثاني لهذه المادة لغو لافائده فيه , فهو يقرر انه يجوز للمشتري ان يشترط على البائع استلام العين المبيعة قبل دفع الثمن , وهذا الحكم تطبيق محض لمبدأ حرية التعاقد وسلطان الارادة , ويظهر ان واضعي القانون المدني ارادوا من اثباته قطع كل شك يدور حول صحة مثل هذا الشرط وعلى الاخص اذا عرفنا ان المادة (٢٦٢) من مجلة الاحكام تقرر الزام المشتري بتسليم الثمن اولا ثم يسلم البائع المبيع اليه^(٣) .

ويتضح من خلال تطبيق الكلام المتعلق بوقت تسليم المبيع على عقد الرهن ان تسليم المرهون يقع عند العقد مالم يتفق على خلاف ذلك^(٤) .

اما اذا لم تتعين مدة لتسليم المرهون فيصار الى العرف , وعليه لا تسمع الدعوى المقامة بطلب فسخ عقد الرهن بداعي تأخر تسليم المرهون الذي لم يعين تاريخ تسليمه اذا ثبت ان اوان التسليم عرفا لم يحن بعد^(٥) .

(١) انظر د. السنهوري , الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٧٩٦ . د. علي علي سليمان , مصدر سابق , ص ٥٦١ .

(٢) انظر الى التحليل الذي ذكرناه في ص ٩٠ من هذه الرسالة .

(٣) انظر د. حسن علي الذنون , شرح القانون المدني العراقي الجديد , مصدر سابق , ص ١٦٣ . د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي , مصدر سابق , ص ١٠٣ .

(٤) انظر د. صلاح الدين الناهي , الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ١٤٠ .

(٥) انظر قرار محكمة تمييز العراق رقم ٦٨ / حقوقية اولى / ١٩٧١ المؤرخ في ١٩٧١/٧/١ . منشور في مجلة القضاء , العدد الثالث , السنة السادسة والعشرون , ١٩٧١ , ص ٦٤ .

الفرع الثاني

مكان القبض

بالنسبة الى موقف الفقه الاسلامي , فقد ميّز الفقهاء بين العقار والمنقول .
فاذا كان المنقول عقارا فان قبضه يتم في المكان الموجود فيه وما على الراهن الا ان يخلي بينه وبين المرتهن ^(١) .

اما اذا كان المرهون منقولاً فان قبضه يتم في المكان المتفق عليه , وهنا يجب على الراهن ان ينقله من مكان الى اخر اذا ماتطلب الاتفاق ذلك ^(٢) .

اما بالنسبة الى الفقه المدني , فان اراء الفقهاء عادةً ما تتركز على ترديد وتحليل ماتنص عليه القواعد القانونية, واذا ما علمنا بانه لاتوجد مادة قانونية خاصة بتحديد مكان قبض المرهون , فانه لامناص من الرجوع الى القواعد المتعلقة بعقد البيع وفي هذا الصدد يلاحظ ان المادة (٥٤١) من القانون المدني العراقي قد نصت على انه (١ - مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد , واذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده , اعتبر مكانه محل اقامة البائع ٢ - اما اذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين لزمه تسليمه في المحل المذكور) ^(٣) .

وبذلك فان هذا النص يقرر بانه اذا لم يحدد المتعاقدان مكاناً للتسليم فان مكانه هو المحل الذي يوجد فيه المبيع وقت ابرام العقد , واذا كان المبيع منقولاً ولم يحدد مكان وجوده فيفترض انه موجود في محل اقامة البائع وهذا افتراض قانوني بسيط قابل لاثبات العكس فيجوز للمشتري ان يقيم الدليل على ان المبيع كان وقت التعاقد موجوداً في محل اخر غير محل اقامة البائع وفي هذه الحالة يستطيع الزام البائع بتسليمه اياه في هذا المحل لافي محل اقامة البائع وكل هذا عند

(١) انظر الشيخ شمس الدين محمد الانصاري , نهاية المحتاج الى شرح المنهاج , الجزء الثالث , مصدر سابق , ص ٧٥ .
الشيخ محمد بن احمد الشرييني , شرح مغني المحتاج , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ١٢٨ . والشيخ ابي القاسم محمد الخرفي , مصدر سابق , ص ٣٣٢ .

(٢) انظر الشيخ الطوسي , المبسوط , مصدر سابق , ص ٢٠٣ . الشيخ عبد الرحمن الجزيري , مصدر سابق , ص ٣٣١ .

(٣) وهذه المادة تقابل المادة (٥٧٩) من مشروع تنقيح القانون المدني المصري ولاوجود لما يقابلها في التقنين المدني المصري الحديث , وذلك لان لجنة مراجعة القانون المدني المصري حذفت هذه المادة بفقرتها والاكتفاء باحكام القواعد العامة وذلك بخلاف ما عليه الحال في القانون المدني العراقي اذ يلاحظ ان المادة (٥٤١) ما هي الا تكرار لاحكام القواعد العامة وفي المادة (٣٩٦) ما يغني عنها انظر د. حسن علي الذنون , شرح القانون المدني العراقي , مصدر سابق , ص ١٦٦ .

عدم وجود اتفاق على تحديد مكان التسليم , فاذا وجد مثل هذا الاتفاق التزم الطرفان باحترامه وكان على البائع ان ينقل المبيع الى هذا المكان المذكور في العقد مع حمل ما يترتب على هذا النقل من مصاريف (١) .

واذا ما طبقنا هذا الكلام على المال المرهون , يظهر بان تحديد مكان تسليم المرهون يختلف بين ما اذا كان المرهون منقولاً ام عقاراً .

فاذا كان المرهون منقولاً فان تسليمه يكون في المكان المتفق عليه في العقد , واذا لم يحدد المتعاقدان مكاناً للتسليم فان مكانه هو المحل الذي يوجد فيه المرهون وقت ابرام العقد, اما اذا كان المرهون عقاراً فمن البديهي ان نقل الحيازة المادية لا يتم الا في المكان الذي يوجد فيه العقار.

ومن خلال ماسبق يتضح ان الفقه الاسلامي والفقه والقانون المدنيين متفقون على ان قبض العقار يتم في المكان الموجود فيه العقار , وان قبض المنقول يكون في المكان المتفق عليه في العقد, الا ان الفقه والقانون المدنيين قد زادا على الفقه الاسلامي انه اذا لم يحدد المتعاقدان مكاناً للقبض فان مكانهم هو المحل الذي يوجد فيه المرهون وقت ابرام العقد .

المطلب الثالث

حالة المرهون عند القبض ونفقات قبضه

أن الحديث عن حالة المرهون عند القبض وعن نفقات قبضه يقتضي تقسيم هذا المطلب على فرعين , نتناول في الاول حالة المرهون عند القبض , بينما نخصص الثاني لنفقات القبض .

الفرع الاول

حالة المرهون عند القبض

لبيان الحالة التي يجب أن يكون عليها المرهون عند القبض لابد أن نشير الى ان الفقه الاسلامي , قد ذهب الى الزام الراهن بتسليم المال المرهون بالحالة التي كان عليها عند عقد الرهن , والاجاز للمرتهن فسخه (٢) .

(١) انظر د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي , مصدر سابق , ص ١٠٣ .
(٢) انظر الشيخ محمد الجواد العاملي , مصدر سابق , ص ١٥٩ . الشيخ موفق الدين بن قدامة والشيخ شمس الدين بن قدامة , مصدر سابق , ص ٤٢٦ .

وقد ذهب الفقه المدني الى انه اذا قام الراهن بتسليم المرهون وكانت حالته لا تختلف عن الحالة التي كان عليها وقت الرهن , عد الراهن موفياً بالتزامه وانتهى الامر , اما اذا كان بين الحالتين فرق بان وجد عند تسليم المرهون تلف لم يكن موجودا وقت الرهن , وجب على المرتهن باعتباره دائماً ان يثبت ان هذا التلف راجع الى تقصير الراهن , اما اذا لم يثبت المرتهن ذلك جاز للراهن ان يتقدم هو بما ينفي وقوع التقصير منه وجاز للمحكمة اذا هو لم يتقدم بذلك من تلقاء نفسه ان تطالبه بنفي الخطأ عن نفسه (١) .

اما بالنسبة الى موقف القانون من هذه المسألة , فلم يبين القانون المدني العراقي الحالة التي يجب ان يكون عليها المرهون وقت القبض , كما ان الاحالة على القواعد المتعلقة بعقد البيع لاتجدي نفعاً وذلك لان القانون لم يبين الحالة التي يجب ان يكون عليها المبيع وقت التسليم , وهذا بخلاف ما عليه الحال في القانون المدني المصري اذ نصت المادة (٤٣١) منه على انه (يلتزم البائع بتسليم المبيع الى المشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع) .

لذا نهيب بالمشروع العراقي ان يتدارك هذا النقص , وذلك بسن قاعدة قانونية تلزم الراهن بان يسلم المرهون في الحالة التي كان عليها وقت العقد , ونقترح بان يضع النص الاتي (يلتزم الراهن بتسليم المال المرهون بالحالة التي كان عليها عند عقد الرهن , والا جاز للمرتهن فسخه). وذلك اسوة بما ذهب اليه الفقه الاسلامي والفقه المدني .

الفرع الثاني

نفقات قبض المرهون

قد يثار التساؤل عن الطرف الذي يتحمل نفقات قبض المرهون .

وبالنسبة الى الفقه الاسلامي , فقد ذهب الى ان الراهن هو الذي يلتزم بهذه النفقات (٢) .

اما بالنسبة الى موقف الفقه المدني , فقد تركزت اراء الفقهاء في هذا الصدد على شرح النصوص القانونية , ومن جهتها فقد نصت المادة (٢/١٣٢٢) من القانون المدني العراقي على ان (نفقات العقد على الراهن الا اذا اتفق على غير ذلك) . وان هذا النص جاء تكراراً للقواعد

(١) انظر د. سليمان مرقس , التأمينات العينية , مصدر سابق , ص ١٤٧. د. محمد لبيب شنب , مصدر سابق , ص ١٥٠. د.

منصور مصطفى منصور , مصدر سابق , ص ٢١١.

(٢) وهذا ما اشارت اليه الموسوعة الاسلامية المعاصرة , مصدر سابق , ص ١١.

العامة , اذ ان المادة (٣٩٨) تغني عنها ^(١) .

وتجدر الاشارة الى ان التزام الراهن بمصاريف التسليم مقرر بقاعدة قانونية مفسرة فلامانع من الاتفاق على ما يخالفها فقد يتفق الطرفان على ان يكون التسليم خالصاً من اجور النقل وفي هذه الحالة يتحمل المرتهن هذه المصاريف ^(٢) .

كما يجوز ان يقضي الاتفاق او العرف بان تكون مصاريف التسليم مناصفة بين الطرفين ^(٣) , لان ذلك لايعتبر من النظام العام ^(٤) .

ومن خلال ما تقدم يتضح ان الفقه الاسلامي والفقه والقانون المددنيين والقضاء متفقون على ان نفقات تسليم المرهون تكون على الراهن الا ان الفقه الاسلامي لم يشر الى امكان الاتفاق على خلاف ذلك .

(١) اذ انها نصت على ان (نفقات الوفاء على المدين , الا اذا وجد اتفاق او عرف او نص يقضي بغير ذلك) . انظر في هذا الصدد د. سعدون العامري , الوجيز في شرح العقود المسماة , الجزء الاول , الطبعة الثالثة , مطبعة العاني , بغداد , ١٩٧٤ , ص ١١٥ .

كما نصت المادة (٥٤٢) على ان (تكاليف تسليم المبيع كاجرة الكيل والوزن تلزم البائع وحده مالم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغير ذلك) وكان يستطيع هنا ايضا ان يكتفي بالمادة (٣٩٨) انفة الذكر .
ويلاحظ في هذا الصدد ان مشروع تنقيح القانون المدني المصري كان يتضمن المادة (٥٨٠) التي نصت على ان (نفقات التسليم على البائع الا اذا وجد اتفاق او عرف يقضي بغير ذلك ويدخل في هذه النفقات ما صرف على المبيع في نقله الى مكان التنفيذ وفي مقاسه ووزنه وحمله) غير ان لجنة المراجعة قررت حذف هذا النص لانه لايعدو ان يكون الا تكراراً لاحكام القواعد العامة . انظر د. عبد العزيز عامر , عقد البيع , المطبعة العالمية , القاهرة , ١٣٨٧ هـ , ١٩٦٧ م , ص ٢٢٩ .

(٢) انظر د. حسن علي الذنون , شرح القانون المدني العراقي , مصدر سابق , ص ١٦٧ .

(٣) انظر د. عبد العزيز عامر , مصدر سابق , ص ٣٣٠ .

(٤) وهذا ما قضت به محكمة تمييز العراق في قرارها رقم ٤٦ / عامة / ١٩٧١ المؤرخ في ٩ / ١٠ / ١٩٧١ . منشور في مجلة القضاء , العدد الثاني , السنة الثامنة والعشرون , ١٩٧٣ , ص ١٣٢ .

الفصل الثالث

اثار الرهن الحيازي بعد القبض

عندما ينتقل المال المرهون من حيازة الراهن ويدخل في حيازة المرتهن فان هذا الاجراء لابد ان يترك اثار على حقوق والتزامات الطرفين , لذا فاننا سنقسم هذا الفصل على مبحثين نتناول في الاول الاثار التي تترتب بالنسبة للراهن , بينما نخصص الثاني للآثار التي تترتب بالنسبة للمرتهن .

المبحث الاول

الآثار بالنسبة للراهن

قد يترتب على الرهن الحيازي بعد القبض تقييد حرية الراهن في ممارسة حقوق المالك على المال المرهون لانها تصطدم بحقوق المرتهن المترتبة عليه , كما ان انتقال المال المرهون من الراهن الى المرتهن لا يعتبر الالتزام الوحيد في ذمة الراهن بل يلتزم بان يضمن سلامة المرهون من كل ما من شأنه ان يؤثر على حيازة الدائن المرتهن , لذا فاننا سنقسم هذا المبحث على مطلبين , نتناول في الأول تقييد حق الراهن في ممارسة سلطات المالك , بينما نخصص الثاني الى التزام الراهن بضمان سلامة المرهون .

المطلب الاول

تقييد حق الراهن في ممارسة سلطات المالك

ان الراهن سواء كان هو المدين ام كان كفيلا عينيا , فانه يقتضى ان يكون مالكا للمال المرهون , والملكية هي حق يمنحه القانون لشخص معين على مال معين , يخوله حق الاستعمال والاستغلال والتصرف في ذلك المال ^(١) .

ولاشك ان انتقال حيازة المال المرهون لايؤثر على حق الملكية في ذاته , اذ يبقى الراهن

(١) انظر المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري (موافق).

مالكا للمال المرهون وليس للدائن المرتهن الا حيازة حق الرهن^(١)، وليست يده بالنسبة الى حق الملكية الا يد عارضه، ولذلك فلا يستطيع المرتهن تملك المرهون بالتقادم مهما طالّت مدة وضع يده ما لم يغير سبب حيازته، فاذا كان الراهن غير مالك للمرهون وكان واضع يده بنية التملك فان التقادم المكسب متى تم يكون لمصلحة المرتهن دون الراهن^(٢).
ولكن يثار التساؤل عن مدى تأثير القبض على ممارسة سلطات حق الملكية من قبل الراهن.
وللاجابة عن هذا التساؤل فان الدقة تقتضي تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع نخصص لكل سلطة من هذه السلطات (الاستعمال والاستغلال والتصرف) فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول

سلطة استعمال

لقد اختلفت الاراء في مدى تأثير القبض على حق الراهن في ممارسة سلطة الاستعمال؟
بالنسبة إلى الفقه الإسلامي فإننا نجد آن هناك رأياً يذهب إلى انه لا يجوز للراهن إن يستعمل المرهون بأي وجه من الوجوه، فلا يصح له أن يستخدم دابة ولا يسكن داراً ولا يلبس ثوباً، مادامت مرهونة، وتعطل منافعها مطلقاً حتى يفتك الرهن^(٣)
بينما ذهب رأي ثانٍ إلى أن جواز استعمال المرهون مرتبط بأذن المرتهن، ولا فرق بين إن يكون استعمال المرهون منقصاً لقيمته أولاً^(٤)، وإذا استعمل الراهن المرهون بدون إذن المرتهن فانه يكون غاصباً ويجبر على رد العين إن كانت موجودة وإذا هلك في يده قبل الرد هلك عليه ولا أجره للمرتهن عليه نظير هذا الاستعمال لأنه المالك بملكه ولا اجر على المالك ولأن العين المرهونة في يد مغصوبة ومنافع المغصوب غير متقومه^(٥)، وإذا أذن المرتهن للراهن بذلك أو كان مشروطاً في العقد وسلمه المرهون فله الانتفاع به كسائر املاكه^(٦).

(١) انظر د. محمد كامل مرسي، الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص ٤٥٦. د. سليمان مرقس، التأمينات العينية، مصدر سابق، ص ٤٢٥.

(٢) انظر أ. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٥٢٢. د. محمد كامل مرسي، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص ٢٨٧.

(٣) انظر الشيخ علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء السادس، مصدر سابق، ص ١٤٦. الشيخ أبو إسحاق الشيرازي، مصدر سابق، ص ٣١٨. الشيخ أبي عبد الله محمد الخرشبي، مصدر سابق، ص ٢٤٥.

(٤) انظر السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري، مصدر سابق، ص ١٠٦. الشيخ موفق الدين بن قدامه والشيخ شمس الدين بن قدامه، المغني والشرح الكبير، مصدر سابق، ص ٤٣٦.

(٥) انظر الشيخ أبي القاسم عمر بن حسين ألخري، مصدر سابق، ص ٣٩١. الشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق، الجزء السادس، مصدر سابق، ص ٦٧.

(٦) انظر الشيخ علاء الدين أبي الحسن علي المرادوي الحنبلي، مصدر سابق ١٥٢

اما الرأي الثالث فقد مّيز بين ما إذا كان استعمال المرهون يؤدي الى إنقاص قيمته أولاً، فإذا كان الاستعمال لا يؤدي إلى إنقاص قيمة المرهون كركوب أدابة وسكنى الدار ونحو ذلك ، وجب على المرتهن تمكين الراهن من استعمال المرهون حتى لا تتعطل منافعه^(١) .

أما الاستعمال الذي فيه إنقاص من قيمة المرهون فغير جائز إلا بإذن المرتهن^(٢) ، كما هو الحال في لبس الثوب المرهون والسفر على الأدابة المرهونة، وذلك لأن لبس الثوب يعرضه للتلف، ولأن في السفر خطراً محتملاً على الأدابة المرهونة^(٣) .

أما بالنسبة إلى الفقه المدني فقد ذهب إلى أن الاستعمال هو (استخدام الشيء فيما هو قابل له للحصول على منافعه ، وذلك فيما عدا الثمار ، كأن يسكن المالك داره و يركب دابته ، أو يقرأ كتابه ، الى غير ذلك من وجوه الاستعمال)^(٤) .

وان رفع يد الراهن عن المال المرهون لا يعني ان حق الاستعمال اصبح حقاً للدائن ، وانما الراهن يستعمل الشيء عن طريق الدائن فالدائن يمارس حق الاستعمال لصالح الراهن^(٥) .

وبذلك فأن موقف الفقه المدني لم يتواءم مع أي رأي من آراء الفقه الاسلامي السالفة الذكر. اما بالنسبة الى موقف القانون ، فقد خلا القانون المدني العراقي من النص الذي يعالج هذه المسألة، شأنه شأن القانون المدني المصري ، وحذا لو اخذ المشرع العراقي بما ذهب اليه الفقه المدني ، وذلك لانه من جهة لا يؤدي الى خروج المرهون من يد المرتهن ورجوعه الى يد الراهن ، الامر الذي لا يؤدي الى المساس في فاعلية الرهن ونفاذه بحق الغير، ومن جهة اخرى فأن ما ذهب اليه الفقه المدني لا يؤدي الى تعطيل منافع المال المرهون وما يترتب عليه من الحاق الضرر بالراهن ، وذلك لأن قيام المرتهن باستعمال المرهون سيؤدي الى عدم اهدار هذه المنافع .

وعليه فاننا نقترح ان يضع المشرع العراقي النص الاتي (يشترط في استعمال المرتهن للمرهون ان يكون الاستعمال باذن الراهن ولقاء مقابل يدفعه المرتهن).

(١) انظر الشيخ شمس الدين الانصاري ، مصدر سابق ، ص ٢٥٩ .
(٢) انظر سماحة السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دارالمؤرخ العربي، ١٤١٦ هـ، ١٩٩٦ م ، ص ٢٩١ ، المسألة ١٠٤٧ .
(٣) انظر الموسوعة الاسلامية المعاصرة ، مصدر سابق ص ١١ .
(٤) د. عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ، الطبعة الثانية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده، مصر، ١٩٦٤ ، ص ٢٦ .
(٥) انظر ا.م.ح طه البشير ود.غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٥٢١ . د.محمود جمال الدين زكي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ٣٢ .

الفرع الثاني

سلطة الاستغلال

قد يترتب على الرهن الحيازي بعد القبض تقييد حرية الراهن في ممارسة سلطة الاستغلال. وبالنسبة الى الفقه الاسلامي فقد ذهب الى ثلاثة آراء.

الرأي الاول ذهب الى ان التصرفات الاستغلالية كالاجار وجمع الحليب والصوف وامثالها، لا ينبغي الأشكال على جوازها ^(١)، وان على المتعاقدين ان يتفقا على ذلك والا قام الحاكم بما فيه المصلحة لهما ^(٢).

بينما ذهب الرأي الثاني الى توقف التصرفات الاستغلالية على اذن المرتهن، وفي داخل نطاق هذا الرأي هناك قول يذهب الى انه اذا قام الراهن باجارة المرهون فان الاجاره تتوقف على اذن المرتهن فان لم يأذن بطلت لان ملك الحبس له يمنع الاجاره بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع بنفسه فكيف يملكه غيره، وان اذن جازت الاجارة وبطل عقد الرهن لأن الاجارة اذا جازت وهي عقد لازم لا يبقى للرهن ضرورة ^(٣).

بينما جاء في المغني (وقالوا اذا اذن اجر الراهن المرهون باذن المرتهن كان اخراجا من الرهن لان الراهن يقتضي حبسه عند المرتهن أو نائبه على الدوام فمتى وجد عقد يستحق به زوال الحبس زال الرهن ولنا ان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين واستيفائه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن وهذا لا ينافي الانتفاع به ولا اجارته ولا اعادته فجاز اجتماعها كانتفاع المرتهن به) ^(٤).

كما جاء في مهذب الاحكام بان (في مثل الاجاره تصح بالاجارة وبقيت الرهانة على حالها، لاختلاف موردها فالعين متعلق حق المرتهن والمنفعة مورد استفادة المستأجر والمفروض ان المرتهن اجاز ذلك، فيكون المقتضى لصحة الاجاره بقاء الرهانه موجودا والمانع مفقود فتصح الاجارة وتبقى الرهانة لا محاله) ^(٥).

اما الرأي الثالث فقد ذهب الى ان للمرتهن ان يتولى ما يمكن به من الاستغلال، حتى لا

-
- (١) انظر الشيخ كاشف الغطاء، مصدر سابق، ص ٣١٥.
(٢) انظر الشيخ زين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، مصدر سابق، ص ٣٥٥.
(٣) انظر الموسوعة الاسلامية المعاصرة مصدر سابق، ص ١٣. ومن الفقهاء المحدثين د. منير القاضي، شرح المجلة، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، مطبعة التقيض الاهلية، بغداد، ١٣٦٠ هـ، ١٩٤٢ م، ص ١٠١.
(٤) الشيخ موفق الدين بن قدامة والشيخ شمس الدين بن قدامة، مصدر سابق، ص ٤٣٧.
(٥) السيد عبد الاعلى الموسوي السيزواري، مصدر سابق، ص ١٠٧ مسألة ٢١.

تتعطل منافع المرهون التي هي ملك الراهن عندهم ، ويستأذن المرتهن الراهن بذلك قطعاً للمنازعة في المستقبل لئلا يدعي الراهن ان المرتهن اكرى ما يساوي عشرة بخمسة ونحو ذلك^(١) .

اما بالنسبة الى موقف الفقه المدني فقد ذهب الى ان الاستغلال هو حق المالك في الحصول على ثمار الشيء وغلته، ومثاله ايجار البيت او السيارة^(٢) ، ولايجوز للراهن اجارة محل الرهن بدون اذن المرتهن فاذا اجره توقف نفاذ الاجارة على اجازة المرتهن ، فاذا اجاز نفذت الاجارة وبطل الرهن ولا يتحول الرهن في هذه الحال الى بدل الاجارة ، لأن بدل الاجاره هو بدل المنفعة ، وحق المرتهن انما هو في ما لية العين لا في منفعتها ،وان لم يجز المرتهن كان للمستأجر حق فسخ الايجار^(٣) .

ويتضح ان الفقه المدني قد اخذ بما ذهب اليه القول الاول من الرأي الثاني من الفقه الاسلامي. اما بالنسبة الى موقف القانون ، فقد خلا القانون المدني العراقي من النص الذي يعالج هذه المسألة، شأنه شأن القانون المدني المصري ، وحبذا لو اخذ المشرع العراقي بما ذهب اليه الرأي الثالث من الفقه الاسلامي من (ان للمرتهن ان يتولى ما يمكن الاستئابة به من الاستغلال مع استأذان الراهن قطعاً للنزاع) وذلك لاننا نعتقد أن هذا الراي هو الاكثر توفيقاً في تحقيق مصالح الطرفين . وحسناً فعل مشرع القانون المدني اليمني عندما نص في المادة (١٠١٤) على انه (يجوز للراهن أو المرتهن كل منهما باذن الآخر استغلال المرهون وإذا استغله المرتهن لزمته غلته وتصير رهناً أو يحيط بها من الدين) . وحبذا لو حذا المشرع العراقي حذو المشرع اليمني في هذا الصدد .

(١) انظر الشيخ احمد بن محمد بن احمد الدردير ، الشرح الصغير ، مصدر سابق ، ص ١١٢. انظر ايضا من الفقه الاسلامي

الحديث الشيخ علي الخفيف ، النظريات العامة في الفقه - الرهن ، مصدر سابق ، ص ٣٦.

(٢) د. جميل الشرقاوي ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ٣٢. وقد يختلط الاستغلال بالاستعمال كما هي الحال بالنسبة الى الارض الزراعية عندما يقوم المالك بزراعتها ، اذ يغلب ان يكون استعمال هذه الارض من طريق زراعتها، وهذه الزراعة تؤدي الى الحصول على الثمرات .د. عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية، مصدر سابق ، ص ٢٦. على انه ليس كل ما ينتجه الشيء ويؤخذ على سبيل المنفعة يعد ثماراً ، وانما تجب التفرقة في هذا الشأن بين الثمار والمنتجات .فالثمار هي ما ينتجه الشيء في مواعيد دورية دون ان يترتب على اخذه الانتقال من اصل الشيء كمحصول الارض واجرة المنزل. اما المنتجات فهي ما ينتجه الشيء في مواعيد غير دورية ويترتب على اخذه الانتقال من اصل الشيء كالفحم الذي يستخرج من المناجم، وبذلك فان مسألة الاستغلال تقتصر على الثمار دون المنتجات . المصدر نفسه ، ص ٢٧.

(٣) انظر أ. بشاكر ناصر حيدر، الحقوق العينية العقارية ، مصدر سابق ، ص ٢٠٥. د. السنهوري ، الوسيط، الجزء الثامن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٦٨، ص ٤٩٦.

الفرع الثالث

سلطة التصرف

قد يترتب على الرهن الحيازي بعد القبض تقييد حرية الراهن في ممارسة سلطة التصرف .
فبالنسبة الى الفقه الاسلامي فإنه قد ميّز الفقهاء بين ما اذا كان التصرف قد تم باذن المرتهن او بدون اذنه فاذا كان التصرف بدون اذن المرتهن فان هناك ثلاثة اراء حول حكم هذا التصرف فقد ذهب الرأي الاول الى ان تصرف الراهن باطل وعقد الرهن صحيح ^(١) .

وقد استدل اصحاب هذا الراي فيما ذهبوا اليه بالسنة والمعقول .

اما السنة فقولها (ص) (لا ضرر ولا ضرار في الاسلام) ووجه الدلالة ان التصرف بما فيه ضرر على احدهما ممنوع ولا يجوز لاحدهما ذلك وتصرف الراهن فيه ضرر واضح على المرتهن فهو باطل ^(٢) .

واما المعقول فان تصرف الراهن في المال المرهون يبطل به حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح منه بنفسه ^(٣) , او يقال ان الراهن ممنوع من كل تصرف قلبي يزيل الملك كالبيع والهبة او يزاحم حقه كالراهن ^(٤) .

اما الرأي الثاني فقد ذهب الى ان تصرف الراهن موقوف على اجازة المرتهن ^(٥) , ووجه ان الراهن عاجز عن التسليم فان حق المرتهن في الحبس لازم وان ما كان موقوفا لحق المرتهن

(١) انظر الشيخ شمس الدين الانصاري , مصدر سابق , ص ٣٥٣ . الشيخ محمد بن احمد الشرييني , مصدر سابق ص ١٣٠ .

الشيخ علاء الدين المرادوي , مصدر سابق ص ١٥٤ .

(٢) انظر الشيخ ابو الوليد محمد بن احمد القرطبي , بداية المجتهد , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ٢٧٤ .

(٣) انظر فرج توفيق الوليد , مصدر سابق , ص ٤١٣ .

(٤) انظر الشيخ ابي حامد محمد الغزالي , مصدر سابق , ص ١٦٤ .

(٥) انظر سماحة السيد علي الحسيني السيستاني , مصدر سابق , ص ٢٧٢ , مسألة ١٠٤٨ . الشيخ محمد بن حسين بن علي

الحنفي , تكملة البحر الرائق الجزء الثامن , دار الكتب العربية الكبرى , مصر , ١٣٠٦ هـ , ص ٢٦٧ . وقد اخذت مجلة الاحكام العدلية بهذا الرأي اذ نصت في المادة (٧٤٧) على انه (لو باع الراهن الرهن بدون رضا المرتهن لا ينفذ البيع ولا يطرأ خلل على حق حبس المرتهن ولكن اذا وفى الدين يكون ذلك البيع نافذا وكذا اذا اجاز المرتهن البيع يكون نافذا ويخرج الرهن من الرهينة ويبقى الدين على حاله ويكون ثمن المبيع رهنا في مقام المبيع وان لم يجز المرتهن البيع فالمشتري يكون مخيرا ان شاء انتظر الى ان يفك الرهن وان شاء رفع الامر الى الحاكم حتى يفسخ البيع).

فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله يوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به ^(١) . او يقال انه كبيع مال الغير يتوقف على اجازة صاحبه ^(٢) .

وبناءً على ذلك فان اجازة المرتهن جاز البيع لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وصار ثمنه رهنا مكانه لان البديل له حكم المبدل , وان قضى الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ وتصرفه صدر من الاول في المحل, وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وهي الصحيحة , فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ المعجز على شرف الزوال فاذا افتكه الراهن كان له ان ياخذ وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم ^(٣) . ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيز المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فان اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ^(٤) .

اما الرأي الثالث فقد ذهب الى ان تصرف الراهن صحيح وعقد الرهن باطل , ووجهه ان بيع الراهن للمرهون تصرف الراهن باذن المرتهن , فهنا يختلف الحكم بين ما اذا كان التصرف

اما اذا تصرف الراهن بالمرهون باذن المرتهن , فهنا يختلف الحكم بين ما اذا كان التصرف بعد حلول الحق المضمون بالرهن ام قبله فاذا كان التصرف بعد حلول الحق فهو جائز ^(٥) . ووجهه ان حق المرتهن قد تعلق بالثمن ووجب قضاء الدين منه لان مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الحق منه ^(٦) .

(١) انظر الشيخ ابو بكر علي الحدادي , الجوهرة النيرة , الجزء الاول , مصر , مطبعة عارف , سنة ١٣١٩ هـ , ص ٣٠٠ .

(٢) انظر الشيخ احمد بن يحيى بن المرتضى , البحر الزخار , الجزء الرابع , مصدر سابق , ص ١١٩ .

(٣) انظر الشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي , تبیین الحقائق , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ٨٤ . والشيخ

محمد بن حسين بن علي الحنفي , مصدر سابق , ص ٢٦٢ . وهذا ما قضت به المادة (٧٤٧) من مجلة الاحكام العدلية .

(٤) انظر الشيخ ابو بكر بن علي الحداد , مصدر سابق , ص ٣٠١ .

(٥) انظر الشيخ ابو محمد علي بن احمد الظاهري , مصدر سابق , ص ١٠٩ .

(٦) انظر الشيخ تقي الدين محمد بن احمد الفتوح , مصدر سابق ص ٤٠٥ . الشيخ ابي جعفر محمد بن محمد الطوسي , الخلاف

, مصدر سابق , ص ١٠٥ .

(٧) الشيخ ابو اسحاق ابراهيم الشيرازي , مصدر سابق , ص ٣٣٢ .

او يقال ان منع الراهن من التصرف في المرهون كان لحق المرتهن فاذا اذن جاز ذلك , واذا باع الراهن فعلا وجب عليه قضاء الدين منه , فان وفى الحق من ثمنه فواضح وان بقي من الدين شيء تتبع المرتهن الراهن به ^(١) .

وقد جاء في الزبدة بان (الاذن ان كان بعد حلول الاجل يكون الثمن رهنا , لان عقد الرهن يقتضي البيع عند حلول الاجل وصرف الثمن في الدين , فلو اذن في البيع بعد الحلول فينصرف الى ما يرتضيه العقد المذكور وهذا يقتضي كون الثمن رهنا) ^(٢) .

اما اذا اذن المرتهن للراهن ببيع المرهون قبل حلول اجل الدين فان هذا الاذن اما ان يكون مشروطا او مطلقا .

فاذا كان الاذن مشروطا فان هذا الشرط اما ان يقضي بجعل الثمن رهنا بدل المرهون او بتعجيل الدين قبل اجله .

فاذا كان الشرط يقضي بجعل الثمن رهنا بدل المرهون , فان للفقهاء فيه رأيين :

الرأي الاول يذهب الى صحة البيع وصحة الشرط ^(٣) .

ووجهه ان الراهن باع الرهن باذن المرتهن فوجب ان يثبت حقه فيه كما لو حل الدين ولان الثمن بدل المبيع والبدل يقوم مقام المبدل منه ^(٤) .

اما الرأي الثاني فيذهب الى فساد البيع وفساد الشرط ^(٥) وذلك من وجهين :

الوجه الاول : ان ما يباع به المرهون من الثمن مجهول ورهن المجهول لا يصح فاذا بطل الشرط بطل البيع لانه انما اذن له بهذا الشرط ولم يثبت الشرط فلم يصح البيع ^(٦) .

(١) الشيخ شمس الدين الانصاري , مصدر سابق , ص ٢٦٢ .
(٢) السيد محمد حسن ترحيني العاملي , الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية , الجزء الخامس , الطبعة الاولى , دار الهادي , بيروت , ١٤١٦ هـ , ١٩٩٥ م , ص ٩٣ . انظر ايضا في هذا الصدد الشيخ محمد حسن النجفي , مصدر سابق , ص ٢١٢ .
(٣) انظر من الامامية الشيخ محمد الجواد العاملي , مصدر سابق , ص ١٢١ . وفيه (والظاهر انه لا خلاف عندنا بل يظهر من التذكرة والمسالك والاجماع عليه حيث قال في الاول صح البيع والشرط عندنا) ومن الحنفية الشيخ علاء الدين بن مسعود الكاساني , بدائع الصنائع , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ١٤٦ . ومن الحنابلة الشيخ ابي القاسم عمر بن حسين الخرقى , مصدر سابق , ص ٣٠٤ . ومن الفقه الحديث الاستاذ احمد ابو الفتح , المعاملات في الشريعة الاسلامية , الجزء الثاني , الطبعة الثانية , مطبعة نهضة مصر , القاهرة , بدون سنة طبع , ص ٦٠٣ .

(٤) انظر الشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي , تبين الحقائق , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ٨٤ .
(٥) انظر الشيخ ابو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي , الام , الجزء الثالث , الطبعة الاولى , الطبعة الفنية المتحدة , مصر , ١٣٨١ هـ , ١٩٦١ م , ص ١٤٥ .

(٦) انظر الشيخ ابي حامد محمد الغزالي , مصدر سابق , ص ١٦٥ .

والوجه الثاني : ان المرتهن اذن فيما ينافي حقه فأشبهه ما لو اذن في عتق الرهن ^(١) .

الا اننا نرجح الرأي الاول وذلك لان الرهن قد ينتقل من العين الى البديل شرعا كما لو اتلف المرهون فجاز ان ينتقل اليه شرطا ، ولان النبي (ص) قال (لا ضرر ولا ضرار في الاسلام) وقال ايضا (المؤمنون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا) وجعل الثمن بدل المرهون لا ضرر فيه للمتعاقدين ولا يحل حراما ولا يحرم حلالا بل انه يوافق مقتضى العقد وفيه مصلحة لهم وقد حصل بتراضيهما فلا وجه لمنعه .

اما اذا كان اذن المرتهن للراهن بالبيع قبل حلول اجل الدين مشروطا بتعجيل دينه قبل محله فقد ذهب الفقهاء الى ثلاثة اراء :

وقد ذهب الرأي الاول الى صحة البيع وصحة الشرط ^(٢) , وذلك لان البيع قد صدر من اهله وصادف محله ^(٣) , ولان هذا الشرط شائع ومما تدعو الحاجة اليه ^(٤) .

بينما ذهب الرأي الثاني الى صحة البيع وبطلان الشرط , وذلك لان الشرط الفاسد سبق البيع فلم يمنع من صحته كما لو قال لرجل بع هذه السلعة ولك عشر ثمنها ^(٥) .

اما الراي الثالث فيذهب الى بطلان البيع لبطلان الشرط ^(٦) , وذلك لان المرتهن انما اذن للراهن بشرط ان يعجل الدين وتعجيل الدين لم يسلم له فاذا لم يسلم الشرط بطل الاذن فيصير البيع بغير اذن فيبطل ^(٧) .

ونحن نرجح الرأي الاول الذي يذهب الى صحة البيع والشرط , وذلك لنفس الاسباب التي ذكرناها في ترجيحنا للرأي الذي يذهب الى صحة الشرط الذي يقضي بجعل الثمن رهنا بدل المرهون.

(١) الشيخ ابو محمد موفق الدين بن قدامة , الكافي , الجزء الثاني, الطبعة الاولى , منشورات المكتب الاسلامي , قطر , بلا سنة طبع , ص ١٤٥ .

(٢) انظر الشيخ احمد بن محمد الدردير , الشرح الصغير , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ١١٤ , الشيخ علاء الدين ابي الحسن علي المرادوي , مصدر سابق , ص ١٥٨ . الشيخ محمد الجواد العاملي , مصدر سابق . ص ١٢٢ .

(٣) انظر الشيخ احمد بن يحيى بن المرتضى , البحر الزخار , الجزء الرابع , مصدر سابق , ص ١٢٠ .

(٤) انظر الشيخ فخر الدين عثمان الزيلعي , تبين الحقائق , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ٨٤ .

(٥) انظر الشيخ محمد بن الحسين بن علي الحنفي , مصدر سابق , ص ٢٦٢ . الشيخ ابو اسحاق ابراهيم الشيرازي , مصدر سابق , ص ٣٢١ .

(٦) انظر الشيخ ابو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي , الام , الجزء الثالث , مصدر سابق , ص ١٤٥ .

(٧) انظر فرج توفيق الوليد , مصدر سابق , ص ٤٢٥ .

اما اذا كان اذن المرتهن مطلقا غير مقيد بشرط , صح البيع باتفاق الفقهاء ^(١) .

اما بالنسبة الى موقف الفقه المدني فقد ذهب الى ان التصرف يقصد به القدرة على التحكم في مصير الشيء وفي وجوده المادي (٢) .

و قد ميّز الفقه المدني بين التصرفات المادية والتصرفات القانونية (٣) .

فبالنسبة للتصرفات المادية فانه يمتنع على الراهن اجراءها الا بموافقة الدائن المرتهن الذي يوجد الشيء في حيازته (٤) . والظاهر انه لا مانع للراهن من اجراء التصرفات المادية في الشيء المرهون اذا كان من شأنها تحسين حالة المرهون وصيانتته دون ان تؤدي الى انقاص قيمته او الاضرار بحقوق الدائن المرتهن (٥) , ومثالها اجراء ترميمات على الرهن خوفا من تلفه (٦) , فاذا اعترض عليها الدائن كان للقضاء سلطة الفصل (٧) .

اما بالنسبة للتصرفات القانونية , فقد ذهب الفقهاء في صدد حكمها الى رايتين :

الرأي الاول يذهب الى انه يجوز للراهن ان يتصرف في المال المرهون بالبيع او الهبة و الرهن ثانية مثلا دون ان يضر ذلك بالمرتهن , لان القانون جعل هذه التصرفات مادامت تالية للرهن غير نافذة في حق المرتهن , فللمرتهن في هذه الحالة ان يمتنع عن تسليم الشيء

(١) وهذا القول موافق لرأي كل من الفقهاء الذين ذهبوا الى صحة الشرط المقترن بالاذن , والفقهاء الذين ذهبوا الى عدم صحته . انظر الى المصادر السابقة الذكر .

(٢) انظر أ . شاكرا ناصر حيدر , الحقوق العينية الاصلية , مصدر سابق , ص ١٩٧ .

(٣) (اذ ان للتصرف في خصوص سلطة المالك على الشيء الذي يملكه مدلولاً اوسع من معناه الفني الدقيق , فلو اننا اخذناه بمعناه الفني في هذا المقام لكان القصد منه نقل ملكية الشيء او انشاء حق عيني اخر عليه ولكنه فيما يتعلق بسلطة المالك يراد به نوعان من الاعمال , الاول هو العمل المادي الذي ينال من مادة الشيء وهذا هو التصرف المادي في الشيء , وهو على هذا النحو يختلط بالاستعمال , والثاني هو العمل القانوني الذي يرد على حق المالك , وهذا هو التصرف القانوني في الحق فللمالك بما له من سلطة جامعة على الشيء ان يتصرف فيه ماديا , فيأتي بجميع الاعمال المادية التي تؤدي الى استهلاك الشيء او اعدامه او التغيير فيه ولا جدال في ان سلطة التصرف المادية في الشيء على هذا النحو عنصر خالصاً لحق الملكية يميزه عن غيره من الحقوق العينية , فجميع الحقوق العينية الاخرى تخول صاحبها سلطة الافادة من شيء مملوك للغير على نحو يتفاوت مداه من حق الى اخر ولكن بشرط المحافظة على مادة الشيء ورده عند انتهاء ذلك الحق . د . عبد المنعم فرج الصدة , حق الملكية , مصدر سابق , ص ٢٨ .

(٤) انظر د . محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٥٠٩ .

(٥) انظر أ . شاكرا ناصر حيدر , مصدر سابق , ص ٢٠٥ .

(٦) انظر د . السنهوري , الوسيط , الجزء الثامن , مصدر سابق . ص ٥٠١ .

(٧) انظر د . نبيل ابراهيم سعد , التامينات العينية والشخصية , مصدر سابق , ص ٢٠١ .

المرهون ويحبسه في مواجهة المتصرف اليه الى ان يستوفي الحق المضمون بتمامه (١) .

اما الرأي الثاني فيذهب الى ان كل تصرف من هذا القبيل يبقى نفاذه موقوفاً على اجازة المرتهن فان اجازته المرتهن نفذ البيع او الهبة او الرهن الثاني وبطل الرهن الاول , على انه في حالة البيع يتحول الرهن الى الثمن وذلك لان البديل في البيع في مقابلة المبيع نفسه فيحل محله في الرهن , واذا لم يجز المرتهن ذلك التصرف فلا يبطل حقه في الرهن ولا حقه في حبس المرهون و في هذه الحالة يكون المشتري مخيراً بين الانتظار الى فكاك الرهن او طلب فسخ البيع^(٢) .

وفي هذا الصدد يلاحظ ان المادة (١٣٣٤) من قانونا المدني قد نصت على انه (يجوز للراهن ان يتصرف بالمبيع وغيره في الشيء المرهون رهنا حيازياً واي تصرف يصدر لا يخل بحق المرتهن)^(٣) . ونعتقد بأن عبارة (لا يخل بحق المرتهن) الواردة في هذه المادة ربما تجعل موقف القانون المدني العراقي قريباً من الرأي الاول للفقهاء المدني .

وقد نصت المادة (١١٢٠) من القانون المدني المصري على انه (يجوز للراهن اذا عرُضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقه رابحه ، ان يطلب من القاضي الترخيص في بيع هذا الشيء ولو كان ذلك قبل حلول اجل الدين، ويحدد القاضي عند الترخيص شروط البيع ويفصل في امر ايداع الثمن) فقد يحدث ان تعرض اثناء قيام الراهن ، سواء قبل حلول اجل الدين المضمون او بعد حلول هذا الاجل ولكن قبل ان ينفذ الدائن عليه بحقه ، فرصة لبيعه ويكون البيع صفقه رابحه فيكون من مصلحة الراهن وهو المالك ان يبيعه ، ولما كان الفرض ان البيع الذي يطلبه الراهن صفقه رابحه ، فهو لا يضر بالدائن المرتهن الذي لا يهدف الا الى ضمان حقه في حدود قيمة الشيء المرهون ، ولهذا اجاز المشرع المصري بيع الشيء بمقتضى ترخيص من قبل القاضي الذي لا يسمح به الا اذا تبين ان البيع صفقة رابحه حماية لمصلحة الدائن فاذا صرح القاضي بالبيع ، فيحدد في الوقت نفسه شروط هذا البيع على الوجه الذي يراه , محققاً لمصالح ذوي الشأن فاذا لم يكن اجل الدين قد حل ولم يتفق الطرفان على تصفية الدين

(١) أ.مجد طه البشير ود.غني حسون طه ، مصدر سابق، ص ٥٢١. انظر ايضا د.محمد علي امام ، مصدر سابق، ص ٥٠٩.

(٢) انظر د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص ١٣٤. د.محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص ٢٣٤.

(٣) وتقابلها المادة (١٣٧٦) من القانون المدني الاردني (موافق).

فيامر بايداع الثمن , وعندئذ ينتقل حق الدائن الى الثمن^(١) .

وعلى خلاف ما عليه الحال في القانون المدني العراقي والمصري يلاحظ ان القانون المدني اليمني قد جاء متأثراً في هذا الصدد بما ذهب اليه الفقه الاسلامي من حيث التمييز بين ما اذا كان التصرف قد تم باذن المرتهن ام لا اذ نصت المادة (١٠٠٩) منه على انه (ليس للراهن بعد القبض ان يتصرف في المرهون تصرفاً يزيل ملكه عنه واذا تصرف مثل هذا التصرف فلا ينفذ في حق المرتهن الا باذنه و يجوز للمرتهن الرجوع عن الاذن قبل التصرف فان رجع فلا ينفذ التصرف في حقه واذا تصرف الراهن في المرهون تصرفاً يزيل ملكه عنه باذن المرتهن بطل الرهن) .

اما بالنسبة الى موقف القضاء فيلاحظ ان القضاء العراقي كان اقرب الى القانون المدني اليمني من القانون المدني العراقي اذ قضت محكمة تمييز العراق بانه (لا يصح تصرف الراهن بالمرهون بيعاً الا باذن المرتهن) (٢) .

ويثار التساؤل عن مدى جواز اشتراط منع الراهن في التصرف بالمرهون في العقد ؟ بالنسبة الى الفقه الاسلامي فقد خلا من الاجابة عن هذا التساؤل .

اما بالنسبة الى الفقه المدني , فقد ذهب راي الى ان حق الراهن في التصرف في المرهون يعتبر من النظام العام وبالتالي فان أي قيد يرد عليه من قبل الدائن المرتهن يعتبر باطلاً وكأنه غير موجود ذلك لان الراهن لا يقبل مثل هذا الشرط الا لوقوعه في مركز اقل من مركز الدائن المرتهن عند ابرام عقد الرهن الحيازي وان اباحة هذا الشرط يجعله جارياً في عقود مما يترك الهدف الذي يهدف اليه عقد الرهن في المساواة بين مصالح اطراف الرهن بضمان حرية الراهن في التصرف وضمان حق الدائن المرتهن في عدم انقاص الضمان الذي يوفر له الاطمئنان للوفاء بالدين في موعد الاستحقاق (٣) .

بينما ذهب رأي ثان الى انه اذا اشترط صراحة في عقد الرهن ومنع الراهن من التصرف في المرهون , فان هذا الشرط يكون صحيحاً ويلتزم الراهن بموجبه بعدم التصرف , اذ ان

-
- (١) الدكتور منصور مصطفى منصور , مصدر سابق , ص ٢١٨ .
(٢) انظر قرارها رقم ٧٤٢/ح/١٩٥٦ بتاريخ ١٩٥٦/٩/٣٠ . مجلة القضاء , العدد , السنة ١٤ , ١٩٥٦ , ص ٧١٦ . وقرارها رقم ١٤٩ / موسعة اولى / ٨٤-٨٥ بتاريخ ١٩٨٥/٦/٢٨ (غير منشور) . وقرارها رقم ٦٦ / مدنية اولى / ٩٢ بتاريخ ١٩٩٢/٣/٢٧ (غير منشور) .
(٣) انظر أ- محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه , مصدر سابق , ص ٤١٦ . أ- شاكراً ناصر حيدر , الحقوق العينية الاصلية , مصدر سابق , ص ١٢٨ . د. محمد كامل مرسي , الحقوق العينية الاصلية , الجزء الرابع , مطبعة الرغائب , القاهرة , ١٩٣٠ , ص ٢٠٨ . د. محمد جمال الدين زكي , مصدر سابق , ص ٢٦٢ . استاذنا د. صفاء تقي عبد نور , الرهن البحري دراسة مقارنة , رسالة ماجستير مقدمة الى كلية النهرين للحقوق , ١٤١٩ هـ , ١٩٩٨ م , ص ٧٣ .

نظام الائتمان لن يضاد بوضع مثل هذا الشرط لان منع الراهن من التصرف هو اكثر توثيقاً
لحق المرتهن وان كان يؤثر على رغبة الراهن في التصرف^(١).

اما بالنسبة الى موقف القانون من حكم الشرط المانع من التصرف ، فان مشرع القانون
المدني العراقي لم يتعرض لهذه المسألة ، وذلك بخلاف ما عليه الحال بالنسبة الى موقف القانون
المدني المصري ، اذ نصت المادة (٨٢٣) من القانون الأخير على انه (١- اذا تضمن العقد او
الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث
مشروع ومقصوراً على مدة معقولة ٢- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من
التصرف حماية مصلحة مشروعاً للمتصرف او للمتصرف اليه او للغير ٣- والمدة المعقولة
يجوز ان تستغرق مدى حياة المتصرف او المتصرف اليه او الغير) .

وبذلك فإن شرط المنع من التصرف يجوز متى ماتوا فرائ الباعث المشروع والمدة المعقولة وان
هذا النص جاء تأييداً للرأي الفقهي الثاني ، وهذا ما تؤيده نحن ايضاً وحبذا لو حذا المشرع
العراقي حذو المشرع المصري ونص على حكم مماثل لما نصت عليه المادة (٨٢٣) .

ويثار التساؤل عن مدى جواز تصرف الراهن في جزء من المال المرهون .

بالنسبة الى الفقه الاسلامي ، فعلى الرغم من عدم معالجته لهذه المسألة ، الا اننا نعتقد
بخضوعها لحكم التصرف بالمرهون^(٢) .

اما بالنسبة الى الفقه المدني فقد ذهب رأي الى عدم جواز تصرف الراهن بجزء من المال
المرهون ، وذلك استناداً على قاعدة عدم جواز تجزئة محل الرهن التي نصت عليها المادة
(١/١٣٣٢) من القانون المدني العراقي بالقول (كل جزء من المرهون ضامن لكل الدين وكل
جزء من الدين مضمون بكل المرهون)^(٣) كما ان التصرف بجزء من المرهون سوف يؤدي
الى هبوط قيمته الاقتصادية وترتب على ذلك انه يجوز للدائن المرتهن ان يتمسك بسقوط الاجل
على اساس اضعاف التأمينات وذلك استناداً الى نص المادة (٢/ ٢٩٥) التي نصت على انه
(يسقط حق المدين في الاجل اذا اضعف بفعله الى حد كبير ما أعطى للدائن من تامين خاص
حتى لو كان هذا التامين قد اعطي بعقد لاحق او بمقتضى القانون هذا مالم يختار الدائن ان يطالب

(١) انظر د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، الجزء الأول ، مطبوعات دار الكويت ، ١٩٧٧ ، ص ٨٩ .

(٢) انظر الى التفصيل الذي ذكرناه في الصفحه ١٢٥ وما بعدها .

(٣) وتقابلها المادة (١٠٤١) من القانون المدني المصري (موافق) .

بتكاملة التأمين اما اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لادخل لارادة المدين فيه فأن الاجل يسقط مالم يوقف المدين هذا السقوط بأن يقدم ما يكمل التأمين (١) .

اما الرأي الثاني فيذهب الى جواز التصرف بجزء من محل الرهن لأن الراهن لم يقيم الا بأستعمال حق خوله له القانون ومنعه من ممارسة حقه هو قول مبالغ فيه ولا سند له من قانون او مصلحة مشروعة (٢) ونحن نؤيد الرأي الثاني وذلك لان قاعدة عدم التجزئة لمحل الرهن هي من طبيعة عقد الرهن وليست من مستلزماته وبالتالي ليست من النظام العام ويجوز الاتفاق على ما يخالفها , وما يؤكد ذلك هو نص المادة (٣١٥) من قانون التسجيل العقاري التي نصت على ان (حق الرهن غير قابل للتجزئة بالنسبة للعقار المرهون او الدين المضمون فيعتبر العقار المرهون ضامناً لكل جزء من الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار كله مالم يوجد اتفاق بخلاف ذلك) , وهذا ما قضت به محكمة تمييز العراق ايضاً (٣) .

اضافة الى ماتقدم فما دام الراهن يملك حق التصرف بمحل الرهن بمختلف التصرفات القانونية , وذلك لان القانون جعل هذه التصرفات مادامت تالية للرهن غير نافذة في حق المرتهن , فان حق الراهن في التصرف في جزء من محل الرهن يكون من باب اولى , اذ ان من يملك الكل يملك الجزء .

المطلب الثاني

التزام الراهن بضمان سلامة المرهون

يلتزم الراهن بان يضمن سلامة المرهون من كل مامن شأنه ان يؤثر على حيازة المرتهن له .
فبالنسبة الى الفقه الاسلامي فقد ذهب الى الزام الراهن بالامتناع عن الاعمال التي من شأنها ان تؤدي الى اعاقبة المرتهن في حيازته للمرهون , ويرد الادعاء الذي قد يصدر من الغير بحجة احقيته في المال المرهون , فان فشل في ذلك كان مسؤولاً بالضمان تجاه المرتهن فاذا استحق

(١) وتقابلها المادة (٢٧٣) من القانون المدني المصري (موافق) . انظر في هذا الصدد .أحمد طه البشير و.د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص٤١٥ . د.شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون الجديد، مصدر سابق، ٢٤٨ .

(٢) د. وديع فرج , اثر الرهن الرسمي في حقوق مالك العقار المرهون , بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد – صادرة عن جامعة القاهرة , العدد الثاني , السنة السابعة , ١٩٣٧ , ص ١٧١ . انظر ايضاً في هذا الصدد أ- محمد طه البشير , مصدر سابق ص ٩٩ . د. سليمان مرقس , الوافي في شرح القانون المدني , الجزء الثالث , المجلد الاول , الطبعة الخامسة , القاهرة , ١٩٨٥ , ص ١٣٩ . د. محمود جمال الدين زكي , الوجيز في الحقوق العينية الاصلية , مصدر سابق , ص ٢٦٢ .

(٣) انظر قرارها رقم ١٨٤/هيئة عامة اولى /٧٦ المؤرخ في ١٠/١١/١٩٧٦ منشور من مجلة الاحكام العدلية , العدد الرابع , السنة السابعة , ١٩٧٦ , ص ٣٨ .

الرهن وهو قائم تحت يد المرتهن فللمستحق ان يأخذه منه هو وزوائده فان استحق بعد هلاكه في يد المرتهن كان المستحق بالخيار بين ان يضمن الراهن وبين ان يضمن المرتهن قيمته , فان ضمنها للراهن وكانت قيمة الرهن اكثر من الدين او مساوية له سقط الدين عنه , وان كان اقل سقط من الدين بقدر قيمته ورجع المرتهن بالباقي على الراهن , لان هذا التضمن صيره مالكا له فكان رهنه صحيحا وان ضمنها للمرتهن يعتبر هذا التضمن ابطالا لعقد الرهن فلا يسقط الدين عن الراهن بهلاكه ويكون للمرتهن حق الرجوع عليه بالدين وبما ضمنه للمستحق^(١) .

اما بالنسبة الى موقف الفقه المدني فقد جاء متفقاً مع ماذهب اليه الفقه الاسلامي في الزام الراهن بضمان سلامة المرهون , الى انه قد ميّز بين التعرض الصادر من الراهن وبين التعرض الصادر من الغير .

فاذا كان التعرض صادرا من الراهن , سمي بالتعرض الشخصي وهو اما ان يكون تعرضا مادياً او قانونياً .

والتعرض المادي هو كل فعل مادي يصدر من الراهن ويكون من شأنه ان يعكر حيازة المرتهن للمرهون دون ان يستند في القيام به الى حق قانوني^(٢) , كأن يخرب العين المرهونة او يغصبها من المرتهن او يحول بينه وبين ادارة المرهون واستغلاله مادام المرتهن لا يرتكب في ذلك تقصيرا^(٣) .

اما التعرض القانوني فيكون بمباشرة الراهن أي تصرف يتعارض وحق الدائن او من شأنه ان يؤثر في هذا الحق^(٤) , كأن يعطي للغير حقا عينياً يكون نافذاً قبل الدائن المرتهن بحيث يمنع نفاذ حق هذا الدائن قبل الغير^(٥) .

واذا اكتسب الراهن ملكية المرهون بعد عقد الرهن , فليس له ان يطلب عدم نفاذ الرهن في مواجهته على اعتبار صدوره من غير مالك , لان هذا الطلب يعد تعرضاً قانونياً من جانبه وبالتالي يكون مخلاً بالتزامه بالضمان , لان من وجب عليه الضمان يمتنع عليه التعرض^(٦) .

(١) انظر د. منير القاضي , شرح المجلة , الجزء الثاني, مصدر سابق , ص ١٠٨ .

(٢) انظر قريب من هذا المعنى د. سعيد مبارك وآخرون , مصدر سابق , ص ١١٧ .

(٣) أ. شاكور ناصر حيدر , الحقوق العينية العقارية , مصدر سابق , ص ٢٠٦ . انظر ايضاً د. احمد سلامة , دروس في التامينات المدنية , مصدر سابق , ص ٣٧٢ . القاضي حسن ابراهيم حسن الحميري , مصدر سابق , ص ١٢٩ . د. شفيق شحاته , مصدر سابق , ص ١٢٣ .

(٤) أ. محمد طه البشير , ود. غني حسون طه , مصدر سابق , ص ٤٢٠ .

(٥) انظر د. منصور مصطفى منصور , مصدر سابق , ص ٢١٣ . د. السنهوري , الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٨٠٠ . د. سليمان مرقس , التامينات العينية , مصدر سابق , ص ٤١٩ .

(٦) انظر أ. محمد طه البشير , مصدر سابق , ص ٢٢٠ . ود. علي هادي العبيدي , مصدر سابق , ص ٣٤٨ .

اما بالنسبة للتعرض الصادر من الغير , فان الراهن يضمن التعرض القانوني الصادر من الغير دون التعرض المادي , وذلك لان الدائن المرتهن يستطيع ان يرد هذا التعرض بنفسه دون وساطة الراهن , وذلك باعتبار ان محل الرهن في حيازته ^(١) .

فمثلاً لو اقام الغير جداراً فيه اعتداء على حق ارتفاع لصالح العقار المرهون فهنا يجوز للدائن المرتهن ان يتخذ الوسائل التحفظية التي تمنع وقوع الضرر , بان يطلب من القاضي المختص الامر بازالة هذا الجدار ^(٢) .

اما بالنسبة للتعرض القانوني الصادر من الغير , فان الراهن يلتزم برده فاذا ادعى الغير بحق على المال المرهون بحيث لو ثبت له ذلك الحق لكان حجة على المرتهن , فيتوجب على الراهن ان يدفع الادعاءات بكل الوسائل والادلة ليبقى محتفظاً بحقه في ملكية محل الرهن ملكية كاملة ^(٣) . واذا وقع من جانب الراهن اخلال بالتزامه بضمان سلامة الرهن من التعرض والاستحقاق كان الجزاء هو التنفيذ العيني او التنفيذ بمقابل او سقوط الاجل وحلول الدين فوراً ^(٤) .

اما بالنسبة الى موقف القانون فقد نصت المادة (١٣٣٥) الواردة في باب الرهن الحيازي على ان (يضمن الراهن في الرهن الحيازي سلامة الرهن , وليس له ان ياتي عملاً ينقص من قيمة المرهون او يحول دون استعمال المرتهن لحقوقه) ^(٦) , فاذا وقعت اعمال من شأنها ان تعرض المرهون للهلاك او التعيب او تجعله غير كاف للضمان كان للمرتهن ان يطلب من المحكمة وقف هذه الاعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر ^(٧) .

(١) انظر د. سليمان مرقس , التأمينات العينية , مصدر سابق , ص ٤٠٠ .

(٢) انظر د. شمس الدين الوكيل , مصر سابق , ص ٥٠٧ .

(٣) انظر د. منصور مصطفى منصور , مصدر سابق , ص ٢١٣ .

(٤) انظر أ. محمد طه البشير ود. غني حسون طه , مصدر سابق , ص ٤٢٢ .

(٥) وتقابلها المادة (٤٣٩) من القانون المدني المصري (مطابق) .

(٦) وتقابلها المادة (١١٠١) من القانون المدني المصري (موافق) . والمادة (١١٠٥) من القانون المدني الليبي (موافق) .

والمادة (١٣٨٨) من القانون المدني الاردني (موافق) .

(٧) المادة (١٢٩٦ / ٢) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة ١٠٤٧ من القانون المدني المصري (موافق) . وهذا ما

قضت به محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٦٤٨٦ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٣/٤/١٥ . منشور لدى د. عبد الفتاح

مراد , موسوعة مراد , الجزء الخامس , مصدر سابق , ص ٩٤ .

كما ان الزام النص السابق للراهن بضمان سلامة الرهن لا يقتصر على ضمان التعرض والاستحقاق بل يمتد ايضا ليشمل العيوب الخفية^(١).

فعلى سبيل المثال قد يقوم الراهن برهن دابته المريضة دون ان يعلم المرتهن بحالتها الامر الذي قد يؤدي الى هلاكها وهي في حيازة المرتهن .

المبحث الثاني

الاثار بالنسبة للمرتهن

ان انتقال حيازة المرهون من الراهن الى المرتهن , يمنح المرتهن حق حبس المرهون حتى يستوفي حقه من الراهن , كما ان انتقال الحيازة يلزم المرتهن بحفظ المرهون وصيانته وبادارته واستغلاله وبرده عند انقضاء الرهن وذلك بخلاف ما عليه الحال في الرهن التأميني الذي يفتقر الى الحيازة^(٢) . لذا فاننا سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في الاول الحق الذي يترتب القبط للمرتهن (حق الحبس) , بينما نخصص الثاني للالتزامات التي يترتبها القبط على المرتهن .

المطلب الاول

الحق الذي يترتب للمرتهن (حق الحبس)

لا يوجد خلاف في ان الرهن يخول الدائن المرتهن الحق في حبس المرهون .
فبالنسبة الى الفقه الاسلامي فقد ذهب الى ثبوت الحق للمرتهن في حبس المرهون حتى يستوفي دينه الذي ارتهنه به , واذا قضى الراهن بعض الحق للمرتهن كان المرهون بحاله على ما بقي من الدين ولو كان قليلا ولا يخرج منه شيء حتى يوفي اخر شيء منه أو يبرئه المرتهن^(٣) .
ووجهه ان الرهن وثيقة بحق فلا يزول الا بزوال جميعه كالضمان والشهادة فكما ان الشهادة وثيقة بجميع اجزاء الدين فلا بد من كون كل من الشاهدين يشهد بجميع الشيء المدعى به فلا

(١) وهذا ما قضت به محكمة تمييز العراق في القرار رقم ١١٥٩/ح/١٩٦٦ بتاريخ ١٩٦٦/٢/٢٤ . مجلة القضاء العدد الثاني, السنة الثانية والعشرون , ١٩٦٧ , ص ١١٠ .

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد , التأمينات العينية والشخصية , مصدر سابق , ص ٢٠٢ .

(٣) انظر الشيخ زين الدين العاملي , الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية , مصدر سابق , ص ٣٥٧ . الشيخ محمد الجواد العاملي , مصدر سابق , ص ٢٠١ وفيه (وهو خيرة المبسوط والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس وظاهر السرائر وفي المبسوط الاجماع عليه) .

تكفي شهادة كل منهما بنصفه فكذلك الرهن , او يقال ان حق الوثيقة يتعلق بالرهن جميعه فيصير محبوساً بكل الحق وبكل جزء منه و لا ينفك منه شيء حتى يقضي جميع الدين سواء أمكن قسمته ام لا , لما في ذلك من حمل للراهن على قضاء الدين ^(١) .

وقد جاء في الجواهر (وكيف كان فليس له (أي الراهن) انتزاعه (أي المرهون) من المرتهن دون رضاه الا مع سقوط الارتهان ببراءة ذمة الراهن من الدين الذي قد رهن به الرهن بالاقباض من المالك او المتبرع او الضمان او الحوالة او الاقالة المسقطة للثمن المرهون به , او الابرء من ذي الدين او بتصريح المرتهن باسقاط حقه من الارتهان او ماهو كالتصريح بلا خلاف في شيء من ذلك ولا اشكال , ولو برئت ذمته من بعض الحق فالظاهر بقاء الجميع رهناً على ما يبقى من الدين وان قل, اذا لم يكن قد اشترط التوزيع او كونه رهناً على المجموع المنتقى صدقه بذهاب البعض , وفاقا لصريح جماعة بل عن الشيخ الاجماع عليه , لظهور الارتهان في الاستيثار لجميع اجزاء الدين وكون الغرض استيفاءه بتمامه منه اجمع كما يشعر به ما في النصوص من نفي البأس عن الاستيثاق للمال الصادق على الكل والبعض , جوابا للسؤال عن اخذ الرهن , لكن في المسالك عن الفاضل في القواعد انه اختار فيها كونه رهناً على مجموع الدين الذي ينتقى صدقه ببراءة الذمة من بعضه وان قل , فيبقى الباقي من غير رهن بعد ان احتمله هو والذي فيها, ولو ادى بعض الدين بقي كل المرهون رهناً على الدين وعلى كل جزء منه , ولا صراحة فيه فيما ذكره , ضرورة اعمية مفهوم الشرط فيها من ذلك , بل في جامع المقاصد في شرحها انه قد يتوهم عدم افتتاح المصنف نظرا الى ان المذكور في كلامه هو الحكم مع الاشتراط ولا نزاع فيه لان النزاع مع الشرط وليس كذلك , لان الاقرب يقتضي الفتوى , اذ لا يتطرق الاحتمال مع الشرط انما يتطرق بدونه ثم قال في القواعد (ولو دفع احد الورثة نصيب من الدين لم ينفك نصيبه على اشكال) ^(٢) .

وقد جاء في الام (ولو رهن رجل لرجل اشياء مثل دقيق وابل وغنم وعروض ودراهم ودنانير بالف درهم او الف درهم ومائة دينار او الف درهم ومائتي دينار او بغيراً وطعاماً فدفع الراهن الى المرتهن جميع ماله في الرهون كلها الا درهماً واحداً او اقل منه او وية حنطة او اقل منها

(١) انظر الشيخ برهان الدين بن الحسن بن علي المرغيناني , مصدر سابق , ص ١٠٣ . الشيخ موفق الدين بن قدامة والشيخ شمس الدين بن قدامة , مصدر سابق , ص ٣٩٩ .

(٢) الشيخ محمد حسن النجفي , مصدر سابق , ص ٢٢٣ .

كانت الرهون كلها بالباقي وان قل لا سبيل للراهن على شيء منها ولا لغرمائه ولا لورثته لو مات حتى يستوفي المرتهن كل ماله منها لان الرهون صفقة واحدة لا يفك بعضها قبل بعض^(١). وعلى ذلك فقد ذهب الفقهاء الى انه لو اشترط المتعاقدان بان كلما قضى من الحق شيء انفك من الرهن بقدره , فسد الرهن لاشتراط ما ينافيه^(٢). وليس للمرتهن ان يحبس المرهون لديون اخرى سواء عقدت هذه الديون قبل الرهن ام بعده^(٣).

هذا هو موقف الفقه الاسلامي بالنسبة لما يتعلق بحق المرتهن في حبس المرهون .

اما بالنسبة الى موقف الفقه المدني , فقد ذهب الى ان حق الحبس هو احد الآثار التي يخولها الحق العيني التبعية للدائن المرتهن رهن حيازه , ويكون له بمقتضاه الامتناع عن التخلي عن الشيء المرهون طالما ان حق الرهن لم ينقض^(٤) , كما ان حق المرتهن في الحبس لا يعد حقاً مستقلاً قائماً بذاته ولا يمنع الدائنين الآخرين من حجز العين المرهونة وبيعها بما لهم من حق الضمان العام عليها وعلى سائر اموال المدين , غير ان للدائن المرتهن ان يتمتع عن التخلي عن المرهون حتى يدفع له دينه في ذمة المدين^(٥) .

وتجدر الاشارة الى وجوب عدم الخلط بين حق الحبس والحق في الحبس .

فحق الحبس هو ما بيناه اعلاه , اما الحق في الحبس فيعرف بانه حق الدائن الذي يكون مدينا لمدينه في الوقت نفسه , بالامتناع عن الوفاء بالتزامه حتى ينفذ المدين التزاما ترتب في ذمته بمناسبة التزام الدائن وارتبط به^(٦) , فهو (الحق في الحبس) ليس بحق عيني لانه لا يشارك الحقوق العينية في مقوماتها الاساسية , فهو لا ينطوي على حق التقدم و لا على حق التتبع اللذين يتمتع بهما اصحاب الحقوق العينية التبعية ولان الحابس يفقد حقه بالحبس اذا تخلى عن حيازة العين المحبوسه , كما انه لا يخضع لاجراءات التسجيل التي تخضع لها كثير من الحقوق العينية لان القانون لم يفرض اجراءات لتسجيل حق الحابس . كما انه ليس بحق شخصي يترتب في ذمة المدين متعلقا بالشيء المحبوس , والحق انه لا يعدو ان يكون دفعا بعدم التنفيذ يخول الدائن حق الامتناع عن الوفاء بما عليه من دين حتى يستوفي ديناً له ترتب في ذمة مدينه , متى ما توافرت

(١) الشيخ ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي , الام , الجزء الثالث , مصدر سابق , ص ١٤٣ .

(٢) انظر الشيخ محمد بن احمد الشربيني , مصدر سابق , ص ١٤١ .

(٣) انظر الشيخ علاء الدين بن مسعود الكاساني , بدائع الصنائع , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ١٥٢ .

(٤) انظر د. نبيل ابراهيم سعد التأمينات العينية و الشخصية , مصدر سابق , ص ٢١٦ .

(٥) انظر د. السنهوري , الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٨٦٢ .

(٦) المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (٩٧٦) من القانون المدني المصري .

صفتا الدائن والمدين في كل من الطرفين وتحقق الترابط بين الدينين ^(١) .

وبذلك فنحن لا نتفق مع ما ذهب اليه الدكتور انور طلبة عندما قال بان الحق في الحبس (هو حق شخصي يثبت للدائن اذا توافرت فيه الشروط التي يستلزمها القانون) ^(٢) . وعلى الرغم من الاختلاف بين حق الحبس والحق في الحبس , الا ان هذين الحقين قد يتداخلان مع بعضهما , ويتحقق ذلك اذا ما تقرر بطلان الرهن او فسخه , فهنا يزول العقد واثاره وبالتالي يتجرد الدائن من الحق العيني الذي اكتسبه على المال المرهون , فيمتنع عليه ان يباشر الافضلية التي اكتسبها بمقتضى الرهن , ولكن يتخلف عن هذا العقد حقه في الحبس , وهو اذ يتقرر يثبت للدائن مجرداً عن أي امتياز , واساس هذا الحبس ان الدائن المرتهن يحق له الامتناع عن رد الشيء , حتى يقوم الراهن بإداء الالتزام المرتبط بوجود هذا الشيء لدى الدائن ^(٣) .

ويعتبر حق الحبس من المزايا الهامة التي يرتبها الرهن لتأمين استيفاء حق الدائن المرتهن , لانه يغنيه في مجال تأمين هذا الحق عن اللجوء الى اجراءات نزع الملكية الجبرية لاستيفاء الدين , اذ يسمح له , مادام لم يستوف دينه بكامله ان يحتفظ بحيازة الشيء المرهون , وان استمرار حيازة الدائن للشيء المرهون يمكنه من الحصول على غلته وخصم هذه الغلة من اصل الدين وملحقاته ^(٤) .

ويستطيع الدائن المرتهن ان يحتج بحق الحبس تجاه الراهن والمالك الحقيقي للمرهون والغير , فبالنسبة الى الراهن فيصح للدائن المرتهن ان يحبس المرهون في مواجهته سواء كان هو المدين ام كان كفيلاً عينياً , ورغب في استرجاع الشيء الى حيازته , ما دام المرتهن لم يوف دينه بتمامه , وحتى لو ادعى الراهن ان الشيء الذي رهنه مملوك لآخر ^(٥) .

وبالنسبة الى المالك الحقيقي , فانه يجوز للمرتهن حبس المرهون عنه ولو رهن بدون اذنه , متى ما كان المرهون منقولاً وكسب المرتهن حق الرهن عليه وفقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ^(٦) , ما لم يكن المرهون قد خرج من تحت يد مالكة بضياح او سرقة او غصب او خيانة

(١) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون , الوجيز في نظرية الالتزام , مصدر سابق , ص ١٣٨ .

(٢) انظر مؤلفه , الوسيط في شرح القانون المدني , مصدر سابق , ص ٨٢١ .

(٣) د. شمس الدين الوكيل , نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد , مصدر سابق , ص ٤٩٤ .

(٤) انظر د. حسين عبد اللطيف حمدان , مصدر سابق , ص ٢٦٣ . ود. محمد لبيب شنب , مصدر سابق , ص ١٧٦ .

(٥) انظر د. صلاح الدين الناهي , الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ١٥٢ . د. السنهوري , الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٨٥٧ . د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٥٣٨ .

(٦) انظر د. سليمان مرقس , التأمينات العينية , مصدر سابق , ص ٤٨٢ . الا ان هذا الكلام يجوز في القانون المدني المصري استناداً الى احكام المادة (٩٧٦) منه , التي جعلت قاعدة الحيازة في المنقول تشمل الحقوق العينية التبعية ايضاً بعكس ما عليه الحال في المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي التي قصرت سريان قاعدة الحيازة على حق الملكية .

امانة وطالب به خلال ثلاث سنوات من وقت خروجه (١) .

اما بالنسبة الى الغير , الذي يتمثل في كل من له حق على المال المرهون , فهنا اذا كان الغير قد اكتسب الحق على المرهون قبل ان يصبح حق الحابس نافذا في مواجهته , فلا يستطيع المرتهن ان يحبس المرهون عنه , اما اذا كان الغير قد اكتسب الحق على المرهون بعد ان اصبح حق الحابس نافذا في مواجهته , كالمشتري للعقار المرهون اذا سجل عقد البيع بعد قيد الرهن , والمشتري للمنقول المرهون اذا كان تاريخ البيع بعد تاريخ الرهن الثابت , فيكون من حق المرتهن ان يتمسك بحق الحبس تجاهه (٢) .

وهذا الحكم يستفاد من نص المادة (١٣٤٢) من القانون المدني العراقي والتي نصت على ان (للمرتهن حبس المرهون دون اخلال بما للغير من حقوق تم كسبها وفقا للقانون) (٣) . ولكن هل للمرتهن ان يتمسك بحقه في حبس المرهون في مواجهة الراسي عليه المزداد في حالة التنفيذ الجبري على المرهون ؟

لقد اجابت المادة (١ / ١٣٤٩) من القانون المدني العراقي على هذا التساؤل بالقول (ينقضي الرهن الحيازي اذا بيع المرهون لايفاء دين اخر وفقا للاجراءات المقررة قانونا) (٤) . وقد ذهب الاستاذ البشير الى القول بانه (ويلاحظ ان هذا الحكم لايزال محل خلاف بين شراح القانون المدني المصري الحديث وذلك لان هذا القانون جاء خاليا من نص مماثل لنص قانوننا المدني المتقدم ذكره) (٥) .

الا ان هذا الكلام ان كان يصدق على المرهون المنقول , فانه لا يصدق على العقار , وذلك لان المادة (٦٩٠) من قانون المرافعات المصري رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ قد نصت على انه (يترتب على تسجيل حكم مرسي المزداد او التأشير به وفقا لحكم المادة ٦٨٨ تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهن الرسمية والحيازة التي اعلن اصحابها بايداع قائمة

(١) المادة (١١٦٤) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة ٩٩٧ من القانون المدني المصري .

(٢) انظر د. صلاح الدين الناهي , الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ١٥٢ .

(٣) وتقابلها المادة (١١١٠) من القانون المدني المصري (مطابق) . والمادة (١١١٤) من القانون المدني الليبي (موافق).

والمادة (١٠٣١) من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ (موافق) .

(٤) وتقابلها المادة (١٥٥٤) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري , الا انها لم تنقل الى القانون المدني الجديد.

(٥) انظر مؤلفه مع د. غني حسون طه , مصدر سابق , ص ٥٥٤ .

شروط البيع واخيرا بتاريخ جلسته طبقا للمادتين ٦٣٢ و ٦٥٧ فلا يبقى الا حقهم في الثمن). وبذلك فسواء حصل التنفيذ على العقار المرهون من جانب الدائن المرتهن نفسه او من جانب دائن اخر له حق مقيد على العقار في تاريخ سابق او لاحق للرهن الحيازي او حتى من جانب دائن عادي فان البيع الجبري يترتب عليه زوال كل الحقوق المقيدة على العقار حتى ولو لم يحصل اصحابها على شيء من ثمنه , وما دام حق الرهن الحيازي يزول على هذا النحو فان صاحبه لا يملك التمسك بالحبس في مواجهة الراسي عليه المزا (١) .

اما اذا كان المرهون منقولا , فقد ذهب شراح القانون المدني المصري الى انه اذا كان المرتهن هو الذي طلب البيع , فلا يستطيع ان يحبس الشيء عن الراسي عليه المزا ولو لم يستوف كامل حقه , وذلك لان طلب البيع يتضمن نزولا منه عن حقه في الحبس فلا يبقى له الا ان يستوف حقه من الثمن بحسب مرتبته , اما اذا كان البيع بناءً على طلب دائن اخر , فان كان طالب البيع مفضلا على الحابس فلا يستطيع هذا ان يمتنع عن تسليم الشيء الى الراسي عليه المزا لان هذا يتنافى مع قاعدة عدم التمسك بالحبس في مواجهة الدائنين الذين حفظوا حقوقهم قانونا , وان كان طالب البيع دائناً عادياً او دائن متأخراً عن الدائن المرتهن الحابس , فللدائن المرتهن ان يتمسك بحقه فيمتنع عن تسليم الشيء الى الراسي عليه المزا الا اذا استوفى حقه (٢) .

(١) انظر د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٥٣٩ . انظر ايضا د. محمد لبيب شنب , مصدر سابق , ص ١٧٧ .

وقد لفت نظر لجنة قانون المرافعات بمجلس الشيوخ المصري ان قانون المرافعات الجديد يتعارض مع القانون المدني الحالي , ورأت الاخذ بقانون المرافعات الحالي , وان البيع الجبري يظهر العقار من الرهن الحيازي , وان نصوص قانون المرافعات تعدل نصوص القانون المدني , وبررت اللجنة رأيها بان لا محل للفرقة بين الرهن الحيازي وغيره من الرهون , ولا معنى لان يضيفي المشرع على الرهن الحيازي ميزة خاصة تجعله اولى بالرعاية حتى من البائع الذي لم يقبض ثمن العقار , وقالت في تبرير النص الوارد في قانون المرافعات بانه يقوم على الرغبة في تصفية الموقف بالنسبة الى الدائنين جميعا وتخليص العقار من كل قيد او عبء , ورد حقوق الدائنين للثمن بعد ان يباع العقار جبرا ويصل بالاجراءات التي وضعت له الى اقصى ثمن مستطاع ولاوجه لان يقطع السبيل على الراسي عليه المزا في الحصول على العقار واستغلاله بعد ان ادى الثمن الذي وصل اليه البيع وحتى بعد الزيادة في العشر , وذلك لا لسبب الا لان هناك مرتبنا لم يقبض كل دينه ومن الطبيعي ان الثمن يعتبر ممثلا للعقار وفي الاخذ بالقاعدة المستفادة من القانون المدني تدعيم للرهن الحيازي دون مبرر وتمييز له دون ميزة , واذا كان الرهن الحيازي وسيلة لاستيفاء الدين , فالبيع بالمزا وسيلة لاستيفاءه كذلك . انظر د. السنهوري , الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٨٥٩ . د. سليمان مرقس التأمينات العينية , مصدر سابق , ص ٤٨٤ . د. محمد كامل مرسي , الحقوق العينية التبعية , مصدر سابق , ص ٤٢٩ . د. شمس الدين الوكيل , نظرية التأمينات , مصدر سابق , ص ٤٩١ .

(٢) د. منصور مصطفى منصور , مصدر سابق , ص ٢٥٢ . د. نبيل ابراهيم سعد , مصدر سابق , ص ٢١٨ .

وان الدائن المرتهن يستعمل حقه في حبس العين المرهون على صورة الدفع او صورة الدعوى, فهو عادة يحبس العين تحت يده واذا طالبه الراهن او غيره بتسليمها دفع في مواجهته بحق الحبس, كذلك هو يستطيع ان يحتج بحقه في صورة دعوى ويتحقق ذلك في حالة خروج المرهون من تحت يده بدون علمه او بدون رضاه , فانه يتبعه عن طريق دعوى يرفعها مطالباً باسترداده بناءً على حقه في الحبس (١) .

وفي هذا الصدد نجد ان المادة (١٣٤٢) من القانون المدني العراقي قد نصت على انه (واذا خرج المرهون من يده دون ارادته او دون علمه , كان له استرداد حيازته من الغير وفقاً لاحكام الحيازة) (٢) .

وقد قضت محكمة تمييز العراق بانه (اذا عاد المرهون الى حيازة الراهن لاي سبب كان جاز للمرتهن ان يسترده مادام الرهن قائماً) (٣) .

والمرتهن يحبس المرهون بناءً على حق الرهن وذلك حتى يضمن استيفاء الدين المضمون ومن ثم يبقى له حق الحبس طالما ان الرهن باق لم ينقضي (٤) .

وقد نصت المادة (١٣٣٧ / ١) من القانون المدني العراقي على ان (يستبقي المرتهن في الرهن الحيازي حيازة المرهون حتى انقضاء الرهن) .

وان حق المرتهن في حبس المال محل الرهن غير قابل للتجزئة (٥) , سواء أكان الدين قابل للتجزئة او لم يكن , وسواء أكان الشيء المرهون قابل للانقسام او غير قابل له (٦) .

وقد ذهب الاستاذ عبد الباقي البكري الى القول (ان قاعدة عدم تجزئة الرهن مقيدة بمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق , فاذا كان الباقي من الدين بعد الوفاء الجزئي , جزءاً تافهاً ,

(١) انظر أ. محمد طه البشير ود. غني حسون طه , مصدر سابق , ص ٥٤٤. د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٥٣٨. د. عبد الفتاح عبد الباقي , مصدر سابق , ص ٦٢٤.

(٢) وتقابلها المادة (١١١٠ / ٢), من القانون المدني المصري (مطابق) . والمادة (٣٨٠) مدني يميني (موافق).

(٣) انظر قرارها رقم ١٨٢ / ح ٣ / ١٩٧١ المؤرخ ١٩٧١/٢/٤ . منشور في مجلة القضاء , العدد الثاني , السنة السادسة والعشرون , ١٩٧١ , ص ٢٦٧ . وهذا ما قضت به ايضا محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٣ سنة ٤٠٣١ ق جلسة ٢٠٠٣/١٠/٢٨ . منشور لدى د. انور طلبية , مصدر سابق , ص ٨٢٣ . والطعن رقم ٩٨٣ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٣/١٠/٢٨ . موسوعة مراد , الجزء الخامس , مصدر سابق , ص ٢٦٩.

(٤) انظر د. احمد سلامة , دروس في التأمينات المدنية , مصدر سابق , ص ٢٩٧ .

(٥) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان , مصدر سابق , ص ٢٦٣ .

(٦) انظر د. توفيق حسن فرج , الحقوق العينية الاصلية , مؤسسة الثقافة الجامعية , الاسكندرية , ١٩٨٦ , ص ٢٤٧. د. محمد وحيد الدين سوار , الحقوق العينية التبعية , مكتبة دار الثقافة , عمان , ١٩٩٥ , ص ٢٣٢.

جاز للقاضي ان يلزم المرتهن برد المرهون الى المدين ليطالبه بما بقي له من دين بعد الرد^(١). وفي هذا الصدد نجد ان المادة (١٣٣٢) من القانون المدني العراقي قد نصت على ان (١- كل جزء من المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بكل المرهون ٢- فاذا قضى الراهن بعض الدين لا يكلف المرتهن بتسليمه بعض المرهون بل له ان يحبسه الى استيفاء ما بقي منه ولو قليلا لكن اذا كان المرهون شيئين وعين لكل منهما مقداراً من الدين وادى الراهن مقدار ما عليه لاحدهما كان له ان ياخذه) .

عموما ان قاعدة عدم التجزئة ليست مطلقة , اذ ان للمتعاقدين ان يتفقا صراحة على خلافها كأن يتفقا على انه كلما سدد جزء معين من الدين , حرر من المرهون ما يقابله و اعيد الى الراهن^(٢) .

واذا كان للمرتهن ان يحبس المرهون حتى يستوفي كامل دينه , فليس له ان يحبسه ضمانا لديون اخرى تكون مستحقة له على الراهن , سواء عقدت هذه الديون قبل الرهن ام بعده^(٣) . واخيرا تجدر الاشارة الى ان الدائن المرتهن اذا تخلى عن الحيازة باختياره الى الراهن فانه يفقد تقدمه بالنسبة الى الغير اذ يعتبر تخليه تنازلاً ضمناً عن الرهن^(٤) .

وفي هذا الصدد نجد ان المادة (١٣٤٩ / ٣) من القانون المدني العراقي قد نصت على انه (ينقضي الرهن الحيازي اذا تنازل المرتهن عن حق الرهن ولو مستقلاً عن الدين , ويجوز ان يستفاد التنازل دلالة , من تخلي المرتهن باختياره عن حيازة المرهون , او موافقته على التصرف فيه دون تحفظ)^(٥) .

ومن خلال ما سبق يتضح ان الفقه الاسلامي والفقه والقانون المدنيين متفقون على الاقرار بحق المرتهن في حبس المرهون حتى يستوفي دينه كاملاً .

(١) انظر مؤلفه شرح القانون المدني العراقي , الجزء الثالث , بغداد , مطبعة الزهراء , ١٩٧١ , ص ٤٧٤ .

(٢) انظر د. السنهوري , الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٨٥٥ . د. عبد الفتاح عبد الباقي , مصدر سابق , ص ٦٢١ . وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٣٨٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٨ / ٤ / ١٩٨٢ . منشور لدى د. فتحية محمود القرة , مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , ١٩٨٥ , ص ١٧٣ .

(٣) انظر أ . شاكراً ناصر حيدر , الحقوق العينية العقارية , مصدر سابق , ص ٢١٠ .

(٤) انظر د. محمد كامل مرسي , الموجز في التامينات العينية , مصدر سابق , ص ٢٦٤ .

(٥) وتقابلها المادة (١ / ١١١٣) من القانون المدني المصري (موافق) .

المطلب الثاني

الالتزامات التي تترتب على المرتهن

يقتضي الرهن الحيازي تخلي الراهن عن حيازة المال المرهون وتسليمه للدائن المرتهن ليحبسه ضماناً للدين الذي له على الراهن , ولا يصح ان يضار الراهن ببقاء المرهون تحت يد الدائن خلال مدة الرهن, ولذلك يفرض المشرع على هذا الاخير من الالتزامات ما يحقق هذه الغاية , فيلزمه بحفظ المرهون و صيانتته وكذلك بادارته واستغلاله واخيراً برده في نهاية الرهن, ومن الواضح ان قيام هذه الالتزامات في جانب الراهن المرتهن يرتبط بتسلمه الشيء المرهون فاذا لم يقوم الراهن بتسليمه المرهون امتنع عليه ان يطالبه بالالتزامات من هذا القبيل ^(١) .

لذا فاننا سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع نتناول في الاول التزام المرتهن بحفظ المرهون وصيانتته وفي الثاني التزام المرتهن بادارة المرهون و استغلاله بينما نخصص الفرع الثالث الى التزام المرتهن برد المرهون.

الفرع الاول

الالتزام بحفظ المرهون وصيانتته

يترتب على انتقال حيازة المرهون من المدين الراهن الى الدائن المرتهن التزام الاخير بحفظ المرهون وصيانتته .

وقد ذهب الفقهاء المسلمون الى ذلك بحجة ان من كانت له اليد كان عليه الحفظ ولان له مصلحة في حفظ الرهن وبقائه كي يستوفي حقه منه عند تعذر الاستيفاء من الراهن ^(٢) .

ولم يتردد الفقهاء في ضرورة ان يبذل الدائن المرتهن في حفظ وصيانة محل الرهن , ما يبذله

(١) د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٥٢١ , انظر ايضاً د. محمد لبيب شنب , مصدر سابق , ص ١٥٣ . د. منصور مصطفى منصور , مصدر سابق , ص ٢١٩ .

(٢) الموسوعة الاسلامية المعاصرة , مصدر سابق , ص ٩ . انظر ايضاً الشيخ محمد بن فرامر , مصدر سابق , ص ١٠٩ . الشيخ شمس الدين محمد الانصاري , مصدر سابق , ص ٢٧٣ . الشيخ ابي بكر محمد السرخسي , مصدر سابق , ص ١٠١ . الشيخ محمد بن يوسف بن اطفيش , مصدر سابق , ص ١٧٤ . الشيخ ابي البركات سيدي احمد الدردير , حاشية الدسوقي على الشرح الكبير , مصدر سابق , ص ٢٥١ . وهذا ما ذهبت اليه مجلة الاحكام العدلية في المادة (٧٢٢) والتي نصت على انه (على المرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه او بمن هو امينه كعيله وشريكه وخادمه) .

من عناية في حفظ امواله الخاصه ^(١) .

فاذا فرط الدائن المرتهن في حفظ المرهون , فانه يضمنه اذا تلف وذلك لانه امانة في يده كالوديعة^(٢) .

اما بالنسبة الى النفقات التي تنفق في سبيل المحافظة على المرهون فقد ذهب الفقهاء الى ان كل ما كان لازماً لحفظ الرهن فهو على المرتهن , وذلك لان الامساك والحبس حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه , ومثال ذلك اجرة الحافظ واجرة محل الحفظ وما اشبه ذلك , وان كل ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن لانه ملكه فعليه كفايته ومؤنته , ومثال ذلك علف الدابة وسقي البستان واجرة الراعي وما اشبه ذلك ^(٣) .

واذا فرط المرتهن في حفظ المرهون حتى تلف فانه يضمنه للراهن , فاذا كان المرهون من المثليات فيكون الضمان بالمثل , وان كان المرهون من القيميات فيكون الضمان بقيمته مهما بلغت وتوضع القيمة مكان المرهون , هذا اذا كان الدين مؤجلاً , اما اذا كان الدين حالا فان كانت قيمة المرهون مساوية للدين سقط الدين بها وان كانت اكثر رد المرتهن الزيادة للراهن وان كانت اقل رجع المرتهن بالباقي من دينه على الراهن , هذا اذا كانت قيمة المرهون واحدة في يوم القبض ويوم الاتلاف ^(٤) , فان اختلفا ضمن القيمة الازيد منهما يوم القبض او يوم

(١) انظر الشيخ زين الدين بن نجيم الحنفي , البحر الرائق شرح كنز الدقائق , الجزء الثامن , الطبعة الثانية , دار المعرفة للطباعة والنشر , بيروت , بدون سنة طبع , ص ٢٧١ . انظر ايضا الشيخ شمس الدين الانصاري , مصدر سابق , ص ٢٧٣ . وقد قُنن هذا الاتجاه الفقهي في المادة (٨٩٣) من مرشد الحيران التي جاء فيها (يجب على المرتهن ان يعتني بحفظ الرهن كاعتنائه بحفظ ماله) انظر د. حسين حامد حسان , مصدر سابق , ص ١٦٣ .

(٢) انظر الشيخ موفق الدين بن قدامة والشيخ شمس الدين بن قدامة , مصدر سابق , ص ٤١٠ و ٤٤٢ .

(٣) المصدر نفسه , ص ٤٠٧ . والموسوعة الاسلامية المعاصرة , مصدر سابق , ص ١٠ . وهذا ما اخذت به مجلة الاحكام العدلية اذ نصت المادة (٧٢٣) منها على ان (المصارف التي تلزم لمحافظة الرهن كاجرة المحل والناظر على المرتهن) . ونصت المادة (٧٢٤) على ان (الرهن ان كان حيوانا فعلفه واجرة راعيه على الراهن وان كان عقارا فتعميره وسقيه وسائر مصارفه التي هي لاصلاح منافعه وبقائه عائدة على الراهن ايضا) . كما ان المادة (٧٢٥) قد نصت على انه (لو اوفى الراهن المصرف الذي هو لازم على المرتهن بدون اذنه وبالعكس يكون متبرعا وليس له مطالبة بعد) .

(٤) انظر من الامامية الشيخ محمد الجواد العاملي , مصدر سابق , ص ١٨١ . ومن الحنفية الشيخ برهان الدين علي بن الحسين بن ابي بكر المرغيناني , مصدر سابق , ص ٩٦ . ومن الحنابلة الشيخ تقي الدين محمد بن احمد الفتوحي , مصدر سابق , ص ٤٠٤ . ومن المالكية الشيخ ابي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الله المغربي (الحطاب) , مصدر سابق , ص ٢٦ . ومن الشافعية الشيخ محمد بن احمد الشربيني , مصدر سابق , ص ١٣٨ .

الاتلاف^(١).

وقد اشار الفقه المدني شأنه شأن الفقه الاسلامي , الى وجوب المحافظة على المال المرهون من قبل الدائن المرتهن , الا ان مضمون هذا الالتزام فيه يختلف باختلاف الاحوال , بحسب ما اذا كان المرهون عقاراً او منقولاً مادياً او معنوياً^(٢) .

فاذا كان المرهون عقاراً كالبناء التزم الدائن بترميمه وسد الشقوق او الثقوب التي تظهر به , وتقوية الاعمدة التي يقوم عليها , واذا كان العقار ارضاً زراعية التزم الدائن بنزع الحشائش الضارة وصرف المياه الزائدة عن حاجتها^(٣) .

واذا كان المرهون منقولاً مادياً كالسيارة او الالة الزراعية التزم المرتهن بان لا يتركها عرضة للشمس والمطر كل الوقت بل يعتني بنظافتها واستبدال زيتها وما الى ذلك مما تجري به العادة^(٤) .

واذا كان المرهون منقولاً معنوياً فيجب عليه ان يقوم بما يلزم لحفظه , فاذا كان ديناً مهدداً بالسقوط بالتقادم وجب عليه قطع المدة , واذا كان ورقة تجارية وجب عليه ان يطالب بالوفاء عند الاستحقاق وان يقوم بعمل الاحتجاج عند عدم الدفع^(٥) .

ويدخل في مضمون الالتزام بالحفظ واجب الدائن المرتهن في المبادرة بإخطار الراهن بما يهدد الشيء المرهون بالهلاك او التلف او نقص القيمة , وواجبه فيه ان لا يتصرف في المال المرهون^(٦) .

فمن جهة ان المرهون اذا كان مهدداً بخطر , وجب على الدائن ان يبادر باخطار الراهن بذلك حتى يساعد في دفع الخطر , اذ ان الدائن المرتهن هو الذي انتقلت اليه حيازة المرهون , فيعلم بطبيعة الحال حالة هذا المرهون وما اذا كان مهدداً بان يصيبه هلاك او تلف او نقص في القيمة,

(١) انظر د. منير القاضي , شرح المجلة , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ١٠٦ .

(٢) انظر د. نبيل ابراهيم سعد , مصدر سابق , ص ٢٠٤ . د. منصور مصطفى منصور , مصدر سابق , ص ٢٢٠ .

(٣) انظر ا. محمد طه البشير ود. غني حسون طه , مصدر سابق , ص ٥٢٨ . د. محمد لبيب شنب , مصدر سابق , ص ١٥٤ .

(٤) انظر د. محمد على امام , مصدر سابق , ص ٥٢٣ . د. علي هادي العبيدي , مصدر سابق , ص ٤٠٥ .

(٥) انظر أ. شاكرا ناصر حيدر , الحقوق العينية العقارية , مصدر سابق , ص ٢٢٠ . د. السنهوري , الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٨٠٩ .

(٦) د. نبيل ابراهيم سعد , مصدر سابق , ص ٢٠٤ .

فاذا كان مهدهاً بذلك كان الامر خطيراً ولم يستطع السكوت على ذلك , فعليه ان يبادر الى اخطار الراهن بحالة المرهون فاذا رأى الراهن ان بقاء المرهون بحالته عند الدائن المرتهن يهدد هذا الشيء وان الشيء قد يهلك او يتلف او يصيبه نقص في القيمة , فله ان يسترد الشيء من الدائن المرتهن على ان يقدم له تأميناً اخر يراه القاضي كافياً^(١) , فاذا لم يفعل جاز للمرتهن ان يطلب من المحكمة بيع المرهون وابقاء ثمنه رهناً في يده وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة(١٣٣٨) من القانون المدني العراقي اذ تقول (واذا كان المرهون مهدهاً بان يصيبه هلاك او نقص في القيمة وجب على المرتهن ان يبادر باعلان الراهن بذلك والا كان مسؤولاً وفي حالة الاعلان يجوز للراهن ان يسترد المرهون اذا قدم للمرتهن تأميناً اخر فاذا لم يفعل جاز للمرتهن ان يطالب المحكمة ببيع المرهون وابقاء ثمنه في يده)^(٢) .

ومن جهة اخرى يترتب على التزام المرتهن بحفظ محل الرهن , انه لايجوز له التصرف في المرهون بالبيع او الهبة او الرهن او أي عمل اخر من اعمال التصرف , فان فعل كان تصرفه وارداً على ملك الغير وبالتالي غير نافذ في حق الراهن , ومن ثم يستطيع هذا الاخير المطالبة به وأسترداده من تحت يد المتصرف اليه , الا اذا استطاع هذا الاخير ان يتمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية^(٣) , وفي هذه الاحوال يعتبر الدائن المرتهن مخلاً بالالتزام الذي نحن في صدده^(٤) .

وفي هذا الصدد نجد ان محكمة تمييز العراق قد قضت في احد قراراتها بانه (ليس للمرتهن ان يرهن الشيء المرهون باسمه ضماناً لدين عليه ولمالكة الراهن حق استرداد المرهون من يد المرتهن او واضع اليد عليه دون اذن من المرتهن على ان يسلم بدل الرهن)^(٥) . فمن الواضح ان هذا القرار يشير الى حق الراهن في استرداد المرهون الذي تم التصرف به عن

(١) انظر أ. شاكر ناصر حيدر , الحقوق العينية العقارية , مصدر سابق , ص ٢٢١ . د. السنهوري , الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٨١١ .

(٢) ولم يرد في القانون المدني المصري مثل هذا النص , الا ان المشروع التمهيدي للقانون المصري كان ينص في المادة (٥٤٠) على انه (اذا كان الشيء المرهون مهدهاً ان يصيبه هلاك او تلف او نقص في القيمة , وجب على الدائن ان يبادر باخطار الراهن بذلك وفي هذه الحالة يجوز للراهن ان يسترد الشيء , اذا قدم للدائن تأميناً اخر يراه القاضي كافياً) وقد تليت هذه المادة في لجنة المراجعة , فرأت اللجنة حذفها اكتفاءً بالقواعد العامة . انظر د. منصور مصطفى منصور , مصدر سابق , ص ٢٢١ .

(٣) انظر د. محمود جمال الدين زكي , التأمينات العينية والشخصية , مصدر سابق , ص ٤٠٢ .

(٤) انظر د. شفيق شحاته , مصدر سابق , ص ٥٨٧ . د. احمد سلامه , دروس في التأمينات المدنية , مصدر سابق , ص ٣٧٦ .

(٥) انظر قرارها رقم ٢٥٤٩ , حقوقية , ١٩٥٨ المؤرخ في ١٩٥٩/١/٢١ . منشور في مجلة القضاء , العدد الثاني والثالث , السنة السابعة عشر , ١٩٥٩ , ص ٢٧٣ .

طريق الرهن , الا ان هذا الحق قد يصطدم ايضا بقاعدة الحيازة لانها لا تقتصر فقط على اكتساب حق الملكية بل انها تمتد الى الحقوق العينية الاخرى ومنها حق الرهن , وهنا فان ذمة الراهن تبرأ بقدر ما اضاعه الدائن من ضمان^(١).

اما بالنسبة للعناية التي يجب ان يبذلها المرتهن عند حفظه للمال المرهون , فقد ذهب الفقه المدني الى ان العناية المطلوبة في المحافظة على الشيء المرهون هي عناية الشخص المعتاد , بخلاف ما عليه الحال في الفقه الاسلامي الذي اشترط العناية بالاموال الخاصة , فلو ان المرتهن كان معروفا بالحيلة والتدبر في اموره فلا يطلب منه كل هذه العناية في المحافظة على الشيء المرهون والا فانها عناية تزيد على عناية الشخص المعتاد كذلك اذا كان الدائن المرتهن معروفا بالاهمال وعدم التحوط لم يكتف منه بهذه العناية والا فانها عناية تقل عن عناية الشخص المعتاد والمطلوب هو عناية الشخص المعتاد , لا اقل ولو كانت عناية الدائن المرتهن في شؤونه الخاصة اقل من عناية الشخص المعتاد ولا اكثر ولو كانت عناية الدائن المرتهن في شؤونه الخاصة ازيد من عناية الرجل المعتاد^(٢).

وهذه العناية (عناية الشخص المعتاد) هي ما تنص عليها صراحة الفقرة الاولى من المادة (١٣٣٨) من القانون المدني العراقي اذ تقول (على المرتهن ان يبذل في حفظ المرهون رهنا حيازيا وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وان يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه وان يدفع ما يستحق عليه من ضرائب وتكاليف على ان يرجع بذلك على الراهن وهو مسؤول عن هلاكه كلاً او بعضاً مالم يثبت ان ذلك يرجع الى سبب اجنبي لايد له فيه)^(٣).

ويلاحظ ان الحكم الوارد في هذا النص موافق لما جاءت به القواعد العامة , اذ ان المادة (١/٢٥١) من القانون المدني قد نصت على انه (في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين هو ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بادارته او كان مطلوباً منه ان يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد

(١) انظر قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢٠٨ / عامة / ١٩٧١ المؤرخ في ١٩٧٢/٨/٥. منشور في مجلة القضاء , العددان الثالث والرابع , السنة السابعة والعشرون , ١٩٧٢, ص ١٩٢.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري , الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٨١٠.

(٣) وتقابلها المادة (١١٠٣) من القانون المدني المصري (موافق) . والمادة (١١٠٧) من القانون المدني الليبي (موافق) . والمادة (١٠٦٦) من القانون المدني السوري (موافق) . والمادة (١٣٩١) من القانون المدني الاردني (موافق) .

حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود (^(١)) .

وبذلك فان كل من النص الخاص والعام متفقان على درجة العناية المطلوبة من المرتهن عند حفظه للمرهون والمتمثلة بعناية الشخص المعتاد , الا ان هذه العناية تختلف باختلاف الظروف فالمعيار موضوعي وليس شخصياً وقاضي الموضوع هو الذي يحدد فيما اذا كان الدائن مقصراً في تنفيذ التزامه ام لا (^(٢)) .

الا انه تجدر الاشارة الى ان درجة العناية المطلوبة وفقا لمشروع القانون المدني العراقي الجديد اعلى نسبيا مما هي عليه في القانون النافذ , فالعناية المطلوبة من المرتهن وفقاً لاحكام المشروع هي عنايته التي يبذلها في المحافظة على امواله الخاصة اذا كان معروفاً بالحيطه وتبدير اموره ، فاذا كان المرتهن يزيد على الشخص المعتاد في عنايته لشؤونه , يطلب منه كل هذه العناية في المحافظة على المرهون دون ان تنزل درجة العناية عن عناية الشخص المعتاد , اذ ان المادة (٩١٩) من المشروع تنص على انه (اذا كان المرهون منقولاً فتسلمه الدائن المرتهن فعليه ان يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله في المحافظة على امواله الخاصة دون ان ينزل في ذلك عن عناية الشخص المعتاد) (^(٣)) .

ويلاحظ ان موقف مشروع القانون المدني من درجة العناية المطلوبة في المرتهن عند حفظه للمرهون , والمتمثلة بالعناية المطلوبة في امواله الخاصة , موافق لما عليه الحال بالنسبة الى موقف الفقه الاسلامي , الا ان نص المادة (٩١٩) يؤخذ عليه مأخذان :

المأخذ الاول : انه ذكر الحالة التي يكون فيها المرهون منقولاً , ولم يشر الى الحالة التي يرهن بها العقار رهناً حيازياً .

المأخذ الثاني : انه قد اشترط العناية المبذولة في اموال المرتهن الخاصة فقط عندما تكون هذه العناية اعلى من العناية المتوفرة في الشخص المعتاد , واعتبر عناية الشخص المعتاد بوصفه حداً أدنى , وبذلك فانه قد راعى مصلحة الراهن واهمل مصلحة المرتهن خصوصاً عندما تكون درجة العناية المتوفرة فيه اقل من درجة العناية المتوفرة في الشخص المعتاد .

(١) وتقابلها المادة (٢١١) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٢) انظر أ. شاكر ناصر حيدر , الحقوق العينية العقارية , مصدر سابق , ص ٢٢٠ . د. اسعد دياب , ابحاث في التأمينات العينية , الطبعة الاولى , المؤسسة الجامعية للدراسات , بيروت , ١٩٨٨ , ص ١٥٧ . د. احمد سلامة , دروس في التأمينات المدنية , مصدر سابق , ص ٣٧٥ .

(٣) انظر القاضي حسن ابراهيم حسن الحميري , مصدر سابق , ص ١٣٩ .

ونعتقد بان معيار المحافظة المطلوبة في الشخص المعتاد هو افضل من معيار المحافظة المطلوبة في الشؤون الخاصة , وذلك لان الاول معيار موضوعي والثاني معيار شخصي^(١).
ويلاحظ ان المادة (١/١٨٣٨) قد بينت ان التزام المرتهن هو التزام بعناية , وهذا ما عليه الحال ايضاً في المادة (١١٠٣) من القانون المدني المصري المقابلة لها .
وهو ما ذهب اليه رأي من الفقه المدني مستنديين اضافة الى النص السابق على ان الالتزام لا يكون التزاماً بنتيجة بالمعنى القاطع الا اذا تحمل فيه المدين تبعة الحادث المفاجئ او القوة القاهرة^(٢) , والامر غير ذلك بالنسبة للمرتهن حسب نصوص القانون^(٣) .

كما يذهب اصحاب هذا الرأي الى انه مع ذلك فليس هناك ما يمنع من الاتفاق على جعل المرتهن مسؤولاً عن الهلاك او التلف في جميع الاحوال وفي هذه الصورة فقط يصبح التزام الدائن المرتهن التزاماً بنتيجة , وبذلك فان الالتزام بعناية ينقلب الى التزام بنتيجة^(٤) .
وهذا الرأي يتفق مع ما ذهبت اليه محكمة تمييز العراق في احد قراراتها عندما قضت بان (على المرتهن ان يبذل العناية اللازمة في حفظ وصيانة المرهون رهنا حيازياً والا فيكون

(١) ويراد بالمعيار الشخصي النظر الى ذات الشخص الذي وقع منه الفعل الضار لمعرفة ما اذا كان فعله يعتبر تعدياً او بتعبير اخر البحث عما اذا كان الفعل الضار الذي وقع منه يعتبر بالنسبة اليه انحرافاً في السلوك , فهذا المعيار يقتضي ان يحاسب المرتهن الذي يتمّ باليقظة والتبصر على اتفه انحراف في سلوكه , وان لا يحاسب من يكون دون المستوى العادي في اليقظة والحيلة الا على الانحراف البارز في السلوك , وبالتالي فان هذا المعيار يضيق الخناق على المرتهن الشديد اليقظة ويحاسبه على اقل انحراف في السلوك , وهو يهدر حق الراهن اذا كان المرتهن قليل اليقظة , اما المعيار الموضوعي فيعني قياس الانحراف بسلوك شخص معتاد مجرد محاط بنفس ظروف المرتهن, دون الاكتراث بشخص من وقع منه الفعل الضار , ويراد بالشخص المعتاد شخص من نفس طائفة المرتهن متوسط في جميع الصفات , ونجرده من ظروفه الشخصية ونفرض احاطته بنفس ظروف المرتهن, وان المراد بظروف المرتهن التي يفترض احاطة الشخص المعتاد بها , هي الظروف الخارجية كظرفي الزمان والمكان دون الظروف الداخلية التي تتعلق بشخصه من صحة وثقافة وحالة عصبية وطباع وجنس وسن. انظر قريب من هذا المعنى د. عبد المجيد الحكيم وأ. عبد الباقي البكري وأ. محمد طه البشير , الوجيز في نظرية الالتزام , الجزء الاول , مصدر سابق , ص ٢١٥.

(٢) انظر أ. محمد طه البشير , الوجيز في الحقوق العينية التبعية , مصدر سابق , ص ٢٢٦.

(٣) انظر المادة (١٣٣٨) من القانون المدني العراقي , والمادة (١١٠٣) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٤) انظر د. صلاح الدين الناهي , الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ١٤٥ د. احمد سلامة , مصدر سابق , ص ٤٩.

مسؤولاً عن هلاكه كلاً أو بعضاً اذا حدث فيه ضرر من جراء الاستعمال غير الاعتيادي^(١) .

فان عبارة العناية اللازمة تشير الى ان التزام المرتتهن بالحفظ هو التزام ببذل عناية .

الا ان هناك رأي ثاني من الفقه الى ان التزام المرتتهن بالحفظ هو التزام بنتيجة^(٢) .

وقد استند اصحاب هذا الرأي الى انه لا يمكن القول بان الالتزام لا يكون التزاما بتحقيق نتيجة بالمعنى القاطع الا اذا تحمل فيه المدين تبعة السبب الاجنبي , وذلك لان المدين بالالتزام بنتيجة يستطيع ايضا ان يتخلص من المسؤولية باثبات السبب الاجنبي^(٣) .

ويقصد بالسبب الاجنبي السالف الذكر كل فعل او حادث لا ينسب الى المدين , ترتب عليه استحالة منع وقوع الضرر وقد اشارت المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي الى اثر السبب الاجنبي وعددت صورته فقد نصت على انه (اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفه سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ متضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك)^(٤) وبذلك فلا يستطيع المرتتهن ان يخلق السبب الاجنبي لنفسه^(٥) .

فاذا هلك المرهون بقوة قاهرة فهنا تكون المسؤولية على الراهن , وصحيح ان الراهن لا دخل له بالهلاك , ولكنه يكون مسؤولاً استناداً الى قاعدة (الهلاك على المالك)^(٦) .

وهذا الحكم يجد سنده في المادة (١٣٣٦ / ١) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (اذا هلك المرهون رهناً حيازياً او تعيب قضاءً وقدرًا كان هلاكه او تعيبه على الراهن , ويتبع في تخير المدين او الدائن اذا هلك المرهون قضاءً وقدر او بخطأ الراهن , احكام الرهن

(١) انظر قرارها رقم ٥٨٤ / حقوقية / ١٩٦٩ المؤرخ في ١٠/٧/١٩٦٩ منشور لدى د. ابراهيم المشاهدي , المبادئ القانونية في قرار محكمة التمييز , مطبعة العمال المركزية , بغداد , ١٩٨٨ , ص ٣٦٣ .

(٢) انظر د. محمد لبيب شنب , مصدر سابق , ص ١٥٦ . د. منصور مصطفى منصور , مصدر سابق , ص ٢٢٢ .

(٣) انظر د. علي هادي العبيدي , مصدر سابق , ص ٤٠٤ .

(٤) وتقابلها المادة (٢١٥) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٥) انظر قرار محكمة تمييز العراق رقم ٨٠٧ / م / ٢٠٢ , منشور في مجلة القضاء , العددان الاول والثاني , السنة السابعة والخمسون , ٢٠٠٤ , ص ١٩٧ .

(٦) انظر د. صلاح الدين الناهي , الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ١٤٣ . د. سليمان مرقس , التأمينات العينية , مصدر سابق , ص ٤٢٣ . أ. شاکر ناصر حيدر , الحقوق العينية الاصلية والتبعية , مصدر سابق , ص ٧٠٦ .

التأميني الواردة في المادة (١٢٩٧)^(١) .

ومن جهتها فقد نصت المادة (١ / ١٢٩٧) منه على انه (اذا هلك العقار المرهون رهناً تأمينياً او تعيب قضاءً وقدرأً كان هلاكه او تعيبه على الراهن , وفي هذه الحالة اذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين بلا تأمين يكون المدين مخيراً بين ان يقدم تأميناً كافياً او ان يوفي الدين فوراً قبل حلول الاجل واذا اختار وفاء الدين فوراً ولم يكن للدين فوائد منفصلة عنه فلا يكون للدائن حق الا في استيفاء مبلغ ما يعادل قيمة الدين منقوصاً منه الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين)^(٢) .

وبذلك فاذا هلك المرهون او تعيب قضاءً وقدر فان الراهن اما ان يقدم تأميناً كافياً لضمان وفاء الدين او يقدم تأميناً يكمل التأمين الذي نقص , فان امتنع عن ذلك فهنا نكون بصدد ضعف في التأمين ينقلب الخيار فيه للدائن المرتهن ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في كفاية الضمان المقدم من قبل الراهن او عدم كفايته^(٣) .

وقد يختار الراهن ان يوفي الدين فوراً قبل حلول الاجل , وهنا اذا تضمن الدين لفوائد معينة , فانها تطرح من تاريخ الوفاء حتى تاريخ حلول الاجل المضروب له ويدفع الدين بدونها , اما اذا لم تكن الفوائد مذكورة بشكل واضح فان القانون افترض وجودها , وعليه فان الراهن يقطع عند الوفاء المعجل هذه الفوائد محسوبة بالسعر القانوني للمدة الواقعة بين تاريخ الوفاء الفوري وتاريخ حلول اجل الدين^(٤) , وفي حالة اختيار الراهن للوفاء المعجل وكان كفيلاً عينياً فانه اذا ما دفع الدين منقوصاً منه الفوائد رجع على المدين بالدين كاملاً عند حلول الاجل^(٥) .

ويلاحظ ان الهلاك بقوة قاهرة لا يشترط ان يعدم المرهون مادياً , بل يشمل جميع الاحوال

(١) وتقابلها المادة (١١٠٢) من القانون المدني المصري (موافق) . والمادة (١١٠٦) من القانون المدني الليبي (موافق).

(٢) وتقابلها المادة (٢ / ١٠٤٨) من القانون المدني المصري (موافق). والمادة (١٠٣٥) من القانون المدني السوري (موافق).
والمادة (١٠١٨) من القانون المدني اليمني (موافق) .

(٣) المادة (٢٩٥) من القانون المدني العراقي . انظر أيضاً قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢٢ / موسعة / ١٩٨٩ المؤرخ في ١٩٨٩/٤/٤ . منشور في مجلة القضاء العدد الثاني , السنة الخامسة والاربعون , ١٩٩٠ , ص ٢١٦ .

(٤) انظر د. سليمان مرقس , التأمينات العينية , مصدر سابق , ص ٤٢٤ . أ محمد طه البشير ود. غني حسون طه , ص ٤٢٣ و ٥٢٤ .

(٥) انظر د. السنهوري , الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٨٠٤ .

التي تخرج فيها ملكية المرهون من الراهن , كما في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة وهو ما يصطلح عليه بالهلاك القانوني ^(١) .

وفي هذا الصدد يلاحظ ان المادة (١٣٣٦ / ٢) من القانون المدني قد نصت على انه (واذا هلك المال المرهون انتقل حق المرتهن الى المال الذي قد يحل محله وفقا لاحكام الرهن التأميني الوارده في المادة ١٢٩٨) .

ومن جهتها فقد نصت المادة (١٢٩٨) على انه (اذا هلك العقار المرهون رهنا تأمينياً او تعيب انتقل حق المرتهن الى المال الذي يحل محله كالتعويض ومبلغ التامين وبديل الاستملاك للمنفعة العامة , وللمرتهن ان يستوفي حقه من ذلك بحسب مرتبته) ^(٢) .

وقد قضت محكمة تمييز العراق بانه (اذا استملك العقار المرهون انتقل حق الدائن المرتهن الى بدل الاستملاك وتبقى فائدة الدين سارية حتى تاريخ ايداع بدل الاستملاك في صندوق المحكمة) ^(٣) . فهذا القرار يشير الى حالة استملاك المرهون التي تمثل صورة لهلاك المرهون بقوة قاهرة دون ان ينعدم مادياً .

اما اذا كان هلاك المرهون بفعل الغير , فهنا يحل مبلغ التعويض الذي يلتزم به الغير تطبيقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية بسبب ما احثه فعله من ضرر محل الرهن تطبيقاً لمبدأ الحلول العيني الذي اشار اليه نص المادة (١٢٩٨) من القانون المدني العراقي .

وفي هذا الصدد نجد ان محكمة تمييز العراق قد قضت بانه (اذا ثبت بالكشف ان المرتهن قام بحفظ المرهون وبذل من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وان الضرر حصل بفعل الغير فتسرب الماء الى سقف السرداب من الاملاك المجاورة والشقة التي فوقه فان هذا السبب الاجنبي تنتفي معه مسؤولية المرتهن وينتقل حق المطالبة بالتعويض على الاشخاص الذين وقع الضرر

(١) انظر د. عبد السلام الترماني و د. عبد الجواد السرميني , الحقوق العينية التبعية , الجزء الثاني , مطبوعات كلية القانون , حلب , ١٩٦٩ , ص ١٢٩ . سلام منعم مشعل , الحلول العينية وتطبيقاته في القانون العقاري , رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد , ١٩٩٩ , ص ١٠٥ .

(٢) وتقابلها المادة (١٠٤٩) من القانون المدني المصري (موافق) . والمادة (١٣٩٠) مدني اردني (موافق) .

(٣) انظر قرارها رقم ٢١٦ / مدنية ثانية , ١٩٧٣ المؤرخ في ١٣ / ٣ / ١٩٧٣ . منشور في النشرة القضائية , صادرة عن وزارة العدل , العدد الاول , السنة الرابعة , ١٩٧٣ , ص ٦٥ . وكذلك قرارها رقم ١٠٦ / هيئة عامة اولى / ١٩٧٣ المؤرخ في ٢ / ٦ / ١٩٧٣ . المصدر نفسه , العدد الثاني , السنة الرابعة , ١٩٧٣ , ص ٩٢ .

بسببهم^(١) .

اما اذا كان هلاك المرهون بفعل الراهن نفسه , فهنا تبعية الهلاك تكون عليه ويكون مسؤولا عن الخطأ الذي ييدر منه , وكان للدائن المرتهن الخيار بين ان يقتضي تأميناً كافياً بدلاً من التأمين الهالك او التالف , او ان يسقط اجل الدين فيصبح الدين حالا فيتقاضاه فوراً , وهذه الرعاية لجانب الدائن المرتهن سببها ان الهلاك او التلف قد وقع بخطأ الراهن فوجب ان يكون الخيار للدائن المرتهن^(٢) .

وقد احالت المادة (١٣٣٦) الواردة في باب الرهن الحيازي على احكام المادة (١٢٩٧) الواردة في باب الرهن التأميني وقد نصت الفقرة الثانية من المادة الاخيرة على انه (واذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك المرهون او تعيبه كان المرتهن مخيراً بين ان يطلب تأميناً كافياً او ان يستوفي حقه فوراً)^(٣) .

ويلاحظ ان المشرع قد راعى جانب الدائن المرتهن في حالة وقوع الهلاك او التلف او التعيب بفعل الراهن , فهو اما ان يطلب تأميناً كافياً يحل محل الرهن الذي هلك او تلف كلياً او تعيب بشكل لاتعد هناك أي فائدة منه , وللدائن المرتهن ان يطلب تعويضاً مساوياً لما اصاب محل الالتزام من نقص في حالة كون الهلاك او التلف جزئياً او التعيب لم يؤثر على محل الالتزام بشكل كامل^(٤) .

وقد يطلب الدائن المرتهن أن يستوفي حقه فوراً , وهنا لا يحق للراهن ان يقوم بتقديم تأمين كاف يسد مسد ما هلك اذا مارغب تجنب التنفيذ لمحل الالتزام وكان المشرع قد اعطى للدائن فرصة لاستيفاء محل الالتزام وملحقاته فوراً^(٥) .

(١) انظر قرارها رقم ١٨٧٤ / حقوقية / ١٩٦٣ والمؤرخ في ١٢ / ٢٢ / ١٩٦٣ . منشور لدى ابراهيم المشاهدي , المبادئ القانونية , في قضاء محكمة التمييز , مصدر سابق , ص ٣٦١ . وقرارها رقم ٣٩٦٣ مدنية ثانية / ٩٦ المؤرخ في ١٠ / ٤ / ١٩٩٦ . مجلة القضاء , العددان الاول والثاني , السنة الثانية والخمسون , ١٩٩٧ , ص ٧٥ .

(٢) انظر د. علي علي سليمان , مصدر سابق , ص ٥٦٩ . د. السنهوري , الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٨٠٤ .

(٣) وتقابلها المادة (١٠٤٨ / ١) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٤) أ. شاكرا ناصر حيدر , الحقوق العينية الاصلية , مصدر سابق , ص ١٤٠ .

(٥) انظر أ. محمد طه البشير ود. غني حسون طه , مصدر سابق , ص ٤٢٣ و ٥٢٤ . د. سليمان مرقس , التأمينات العينية , مصدر سابق , ص ٤٢٤ .

الفرع الثاني

الالتزام بادارة المرهون واستغلاله

ان انتقال حيازة المرهون الى المرتتهن يلزمه بادارته واستغلاله حفاظا لمصلحة الراهن .

الا ان الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في مسألة الادارة الى ثلاثة اراء :

فقد ذهب الرأي الاول الى ان الدائن المرتتهن غير ملزم بادارة المرهون لحساب الراهن كما ان عقد الرهن لا يمنحه هذا الحق , واذا ما اراد الدائن ان يقوم بشيء من ذلك فيشترط حصوله على اذن الراهن ^(١) .

اما اذا اتفق المتعاقدان على ان يقوم الدائن المرتتهن بادارة المرهون واستغلاله ثم لم يقم بذلك فانه يضمن كل ما فوت من غله كان الراهن يحققها , كما لو ترك المحل المرهون بدون اجارة فهنا يضمن المرتتهن مافات الراهن من اجرة ^(٢) .

اما الرأي الثاني فيذهب الى ان الراهن هو الذي يقوم بادارة محل الرهن واستغلاله بعد استعادته من يد المرتتهن , مستنديين في قولهم هذا الى ان الرهن لا يخرج محل الرهن من ملك راهنه ^(٣) .

اما الرأي الثالث فيذهب الى حرمان كل من المرتتهن والراهن من الادارة والاستغلال , وقد استند اصحاب هذا الرأي على ان عقد الرهن يخول المرتتهن حق الحبس فقط , وان حق الحبس

(١) انظر الشيخ مالك بن انس الاصمعي , المدونه الكبرى , الجزء الرابع عشر , مطبعة السعادة , مصر , ١٣٢٣ هـ ,

ص ٣١٧ . الشيخ موفق الدين بن قدامة والشيخ شمس الدين بن قدامة , مصدر سابق , ص ٣٩٨ و ص ٤٣٨ . الشيخ محمد بن اسماعيل الكحلاني , سبل الاسلام شرح بلوغ المرام , الجزء العاشر , بدون مكان وسنة طبع , ص ١٦٢ .

(٢) انظر الشيخ ابو عبد الله محمد الخرشي , مصدر سابق , ص ٢٤٥ . وجاء فيه (فاذا ترك المرتتهن اجارة محل الرهن ففي ضمان ما فات قولان) وجاء مثل هذا الكلام لدى الشيخ ابي البركات سيدي احمد الدردير , حاشية الدسوقي على الشرح الكبير , الجزء الثالث , مصدر سابق , ص ٢٤٢ .

(٣) انظر الشيخ ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي , مصدر سابق , ص ١٦٤ . الشيخ ابي محمد علي بن احمد بن سعيد الظاهري , المحلى , الجزء الثالث , مصدر سابق , ص ٨٩ . الشيخ عامر بن علي الشماخي , كتاب الايضاح , الجزء الخامس , الطبعة الاولى , منورات دار الدعوى , ليبيا , ١٣٩١ هـ , ١٩٧١ م , ص ٢٦٩ .

يمنع الراهن من ادارة المرهون واستغلاله ^(١) .

كما اختلف الفقهاء المسلمون في مسألة انتفاع المرتهن بالمرهون لنفسه , اذ ان انتفاع المرتهن بالمرهون اما ان يكون باذن الراهن او بغير اذنه , واذا كان الانتفاع باذن الراهن فاما ان يكون بعوض او بغير عوض.

فاذا اذن الراهن للمرتهن بالانتفاع بالمرهون بعوض , فقد ذهب رأي من الفقه الى جواز ذلك مطلقا ^(٢) , اذ جاء في مذهب الاحكام (واما ما يدل على الجواز فمحمول اما على صورة الاذن على الراهن او على العلم بالرضا , او مساواة ما استفاد لما انفق من باب اجرة المثل كقول الامام علي (ع) (قال رسول الله (ص) الظهر يركب اذا كان مرهونا وعلى الذي يركب نفقته ولبن الدر يشرب اذا كان مرهونا وعلى الذي يشرب نفقته) ^(٣) .

كما جاء في الجامع بانه (روى البخاري عن ابي هريرة قال : قال رسول الله (ص) (الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا وعلى الذي يركب ويشرب النفقة) واخرجه ابو داود وقال بدل (يشرب) في الموضعين (يحلب) قال الخطابي : هذا كلام مبهم ليس في نفس اللفظ بيان من يركب ويحلب , هل الراهن او المرتهن او العدل الموضوع على يده الرهن ؟ قلت: قد جاء ذلك مبنياً مفسراً في حديثين وبسببهما اختلف العلماء في ذلك , فروى الدار قطني من حديث ابي هريرة ذكر ان النبي (ص) قال: (اذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقته) اخرجه عن احمد بن علي بن العلاء حدثنا زياد بن ايوب حدثنا هشيم حدثنا زكريا عن الشعبي عن ابي هريرة وهو قول احمد واسحاق : ان المرتهن ينتفع من الرهن بالحلب والركوب بقدر النفقة وقال ابو ثور : اذا كان الراهن ينفق عليه لم ينتفع به المرتهن وان كان الراهن لا ينفق عليه وتركه في يد المرتهن فانفق عليه فله ركوبه وبه قال الاوزاعي والليث ^(٤) .

(١) انظر الشيخ كمال الدين محمد بن عبد الباقر بن الهمام , شرح فتح القدير على البداية , الجزء العاشر , الطبعة الاولى , مطبعة البابي الحلبي , القاهرة , ١٣٨٩ هـ , ١٩٧١ م , ص ١٥٠ . الشيخ علاء الدين بن مسعود الكاساني , بدائع الصنائع , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ١٤٧ و ٢٤٦ . الشيخ ابي بكر محمد السرخسي , مصدر سابق , ص ١٠٧ .

(٢) انظر فرج توفيق الوليد , مصدر سابق , ص ٤٤٤ .

(٣) السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري , ص ١٠٩ .

(٤) الشيخ ابي عبد الله محمد بن احمد الانصاري , مصدر سابق , ص ٢٦٥ .

بينما ذهب رأي آخر الى جواز انتفاع المرتهن بالمرهون بعوض , بشرط ان لا تكون هناك محابة من قبل الراهن , لان المنفعة الزائدة عما يقابل الاجرة تكون بغير عوض وهذا ربا ظاهر^(١) .

اما اذا اذن الراهن للمرتهن بان ينتفع بالمرهون بدون عوض, فقد اختلف الفقهاء في ذلك الى رايتين:

فذهب الرأي الاول الى جواز الانتفاع^(٢) .

وقد استدل اصحاب هذا الرأي فيما ذهبوا اليه في السنة والمعقول .

اما السنة فما روي عنه (ص) (انه استقرض بكرا ورد رباعياً وقال ان خياركم احسنكم قضاءً) ووجه الدلالة انه يستحب للمستقرض أن يرد اجود مما اخذ , واذا جاز ذلك في القرض جاز في غيره من سائر الديون بالاولى^(٣) .

واما المعقول فان الراهن مالك بجميع منافع المرهون فله ان يملكها لغيره فاذا اباحها للمرتهن صح ذلك وحل للمرتهن الانتفاع بالمرهون وكأن الراهن وهب المنفعة للمرتهن والهبة مشروعة, او يقال ان هذا الاذن تسليط من الراهن بالمرتهن باختيار منه فابيح له الانتفاع به ما دام نفسه طابت لهذا الاذن^(٤) .

وقد قيد بعض الفقهاء فيما تقدم بشروط معينة :

اولها ان لا يكون دين الرهن من قرض^(٥) وذلك لقوله (ص) (كل قرضٍ جر نفعا فهو ربا)^(٦) .

(١) انظر في ذلك التفصيل الذي ذكره الشيخ علي الخفيف , النظريات في الفقه - الرهن , مصدر سابق , ص ٨١ .

(٢) انظر الشيخ محمد الحسين ال كاشف الغطاء , مصدر سابق , ص ٣١٥ . الشيخ محمد بن امين بن عمر (ابن عابدين) , رد المحتار على الدر المختار , الجزء الخامس , مصدر سابق , ص ٣٣٦ . الشيخ محمد بن احمد الشريبي , مصدر سابق , ص ١٠٩ . الشيخ ابو اسحاق ابراهيم الشيرازي , مصدر سابق , ص ٣١٨ . الشيخ ابي بكر محمد السرخسي , المبسوط , الجزء الحادي والعشرون , مصدر سابق , ص ١٠٦ .

(٣) انظر الشيخ محمد بن علي الشوكاني , نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار , الجزء الخامس , مصدر سابق , ص ٢٤٥ .

(٤) انظر فرج توفيق الوليد , مصدر سابق , ص ٤٣٤ .

(٥) انظر سماحة السيد علي الحسيني السيستاني , مصدر سابق , ص ٢٩٢ . مسألة ١٠٥١ وفيها (لو شرط المرتهن في عقد الرهن استيفاء منافع العين في مدة الرهن مجانا فان لم يرجع ذلك الى الاشتراط في القبض او في تاجيل الدين صح) . انظر ايضا الشيخ عبد الرحمن الجزيري , مصدر سابق , ص ٣٣١ .

(٦) انظر الشيخ ابراهيم دسوقي الشهاوي , المذاهب الفقهية في الرهن والشفعة , الطبعة الاولى , شركة الطباعة الفنية المتحدة , مصر , ١٣٨٥ هـ , ١٩٦٥ م , ص ٤٧ .

وثانيها ان يكون الانتفاع مشروطاً في صلب العقد ^(١) .

وثالثها ان تكون المنفعة معلومة ببيان مدتها ^(٢) .

اما الرأي الثاني فيذهب الى عدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون دون عوض وان كان ذلك باذن الراهن ^(٣) .

وقد استند اصحاب هذا الرأي فيما ذهبوا اليه , الى السنة والمعقول.

اما السنة فقولها (ص) (كل قرض جر نفعا فهو ربا) ووجه الدلالة ان هذا الحديث خرج مخرج الغالب , فيشمل الرهن الذي ترتب للوفاء بقيمة القرض وغيره من الرهون ^(٤) .

اما المعقول فان قياس الانتفاع بالمرهون على الهبة هو قياس مع الفارق , لان الهبة المشروعة هي التي يقدم عليها المالك بمحض اختياره والظاهر من حال الراهن انه انما اقدم على اباحة الانتفاع تحت تاثير الحاجة ولم يكن اذنه عن طيب من نفسه فلا يجوز للمرتهن حينئذ الانتفاع بالمرهون وان اذن الراهن له بذلك ^(٥) .

وقد قال ابن عابدين في هذا الصدد بانه (نقل عن التهذيب انه يكره للمرتهن ان ينتفع بالرهن وان اذن له الراهن وقال المصنف وعليه يحمل ما جاء عن محمد بن اسلم من انه لا يحل للمرتهن ذلك ولو بالاذن , لانه ربا , قلت وتعليقه يفيد انها تحريمية) ^(٦) .

وقال الشوكاني (والحاصل ان الهدية والعارية ونحوهما اذا كانت لاجل التنفيس في اجل الدين او لاجل رشوة صاحب الدين او لاجل ان يكون لصاحب الدين منفعة في مقابل دينه فذلك محرم لانه نوع من الربا او الرشوة وان كان ذلك لاجل عادة جارية بين المقرض والمستقرض قبل التداين فلا بأس) ^(٧) .

ونحن نؤيد ما جاء به اصحاب الرأي الثاني وذلك لقوة ادلتهم .

(١) انظر الشيخ ابو القاسم عمر بن حسين الخرقى , مصدر سابق , ص ٣٨٥ .

(٢) الشيخ مصطفى مجاهد عبد الرحمن , بحوث في الفقه المقارن , الطبعة الاولى , مطبعة الاعتصام , القاهرة , بدون سنة طبع , ص ١٠ .

(٣) انظر سماحة السيد عبد الاعلى الموسوي السبزواري , مصدر سابق , ص ١١١ , مسألة ٢٤ . انظر ايضا الشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي تبين الحقائق , الجزء السادس , مصدر سابق , ص ٦٧ .

(٤) انظر الشيخ محمد بن علي الشوكاني , مصدر سابق , ص ٢٤٦ .

(٥) انظر الشيخ ابو محمد علي بن احمد بن سعيد الظاهري , المحلى , الجزء الثامن , مصدر سابق , ص ١٠٤ .

(٦) الشيخ محمد بن امين بن عمر بن عابدين , رد المحتار على الدر المختار , الجزء الخامس , مصدر سابق , ص ٣٣٦ .

(٧) الشيخ محمد بن علي الشوكاني , مصدر سابق , ص ٢٤٦ .

اما اذ انتفع المرتهن بالمرهون بدون اذن الراهن , فقد اختلف الفقهاء في ذلك الى رأيين :
الرأي الاول يذهب الى جواز انتفاع المرتهن بالمرهون بدون اذن الراهن , بقدر ما ينفقه
المرتهن على المرهون ^(١) .

اذ جاء في الجواهر (اذا كان الرهن دابة فركبها المرتهن كانت نفقتها عليه , وكذلك اذا كانت
شاة وشرب لبنها كان عليه نفقتها , واذا كان عند انسان دابة او حيوان او رقيق رهنا , فان نفقتها
على الراهن دون المرتهن فان انفق المرتهن عليها كان له ركبها والانتفاع بها , او الرجوع
على الراهن بما انفق وقال ابو الصلاح يجوز للمرتهن اذا كان الرهن حيوانا يتكفل مؤنته ان
ينتفع بظهره او خدمته او صوفه او لبنه) ^(٢) .

وقد استند اصحاب هذا الاتجاه فيما ذهبوا اليه الى السنة والمعقول .

اما السنة فما روي عنه (ص) (الرهن يركب بنفخته ولبن الدر يشرب بنفخته اذا كان مرهونا
وعلى الذي يركب ويشرب النفقة) ^(٣) .

ووجه الدلالة ان للمرتهن الانفاق على المرهون وله ان يركب ويحلب بقدر نفخته متحريا للعدل
سواء تعذر الانفاق من المالك او لم يتعذر , او يقال ان الحديث دليل على انه يستحق المرتهن
الانتفاع بالرهن في مقابلة نفخته عملا بظاهر الحديث ^(٤) .

واما المعقول فان المرتهن مأذون له في الانتفاع عرفا فصار كالمأذون له شرعا ^(٥) .

كما انه لو امتنع الراهن عن الانفاق وتركه المرتهن ايضا , فيؤدي هذا الى ضياع المرهون
وتلفه وهو ضياع لحق المرتهن في التوثق به والله تعالى نهى عن اضاعه المال وهو في غير
مصلحة الراهن قطعاً ^(٦) .

(١) انظر الشيخ زين الدين العاملي , الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية , مصدر سابق , ص ٣٥٥ . الشيخ تقي الدين محمد
بن احمد الفتوح , مصدر سابق , ص ٤٠٧ . الشيخ علاء الدين ابي الحسن علي الحنبلي , مصدر سابق , ص ١٧٢ .
الشيخ موفق الدين ابي عبد الله بن احمد بن قدامة , مصدر سابق , ص ٣٨٦ . الشيخ مصطفى مجاهد عبد الرحمن , مصدر
سابق , ص ١٣ . الشيخ محمد بن يعقوب بن اسحاق الكليني , مصدر سابق , ص ١٤٧ .

(٢) الشيخ محمد حسين النجفي , مصدر سابق , ص ١٧٩ .
(٣) وقال مغيرة عن ابراهيم (تركب الضالة بقدر علفها وتحلب بقدر علفها والرهن مثله) . انظر الحافظ شهاب الدين ابي
الفضل العسقلاني (ابن حجر) , فتح الباري بشرح البخاري , الجزء السادس , شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي ,
مصر , ١٣٧٨ هـ , ١٩٥٩ م , ص ٦٨ .

(٤) الشيخ ابي عبد الله محمد بن احمد القرطبي , الجامع لاحكام القرآن , مصدر سابق , ص ٤١١ .

(٥) الشيخ شمس الدين ابي عبد الله محمد بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية , اعلام الموقعين عن رب العالمين , الجزء
الثاني , الطبعة الثانية , مطبعة السعادة , مصر , ١٣٧٤ هـ , ١٩٥٥ م , ص ٣٩٢ .

(٦) انظر لما اشار اليه فرج توفيق الوليد , مصدر سابق , ص ٤٤٩ .

اما الرأي الثاني فيذهب الى عدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون بدون اذن الراهن مطلقا لا بقدر النفقة ولا باكثر منها سواء امتنع الراهن عن الانفاق او لم يمتنع ^(١) .

وقد جاء في المسالك (والمشهور انه ليس للمرتهن الانتفاع في الرهن الا باذن الراهن فان انتفع لزمته الاجرة فيما له اجرة والمثل او القيمة فيما يضمن كذلك , كاللبن واما النفقة فان امره الراهن بها رجع بما عزم والا استأذنه فان امتنع او غاب رفع امره الى الحاكم فان تعذر انفق بنية الرجوع واشهد عليه ليثبت له استحقاقه فان تصرف مع ذلك في شيء مما ذكر سابقا ضمنه مع الاثم وتقصا ورجع ذو الفضل بفضله, وهذا هو الاقوى والرواية محمولة على الاذن في التصرف والانفاق مع تساوي الحقين)^(٢) .

وقد استند اصحاب هذا الرأي فيما ذهبوا اليه الى السنة والمعقول .

اما السنة فقوله (ص) (لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه) ووجه الدلالة انه (ص) جعل الغنم للراهن والغرم عليه ولاشك ان المنافع من غنمه فلا يصح للمرتهن ان ينتفع بشيء منها بدون اذن مالکها بلا تفرقة بين مركوب ومحلوب وبين غيره ^(٣) .

واما المعقول فان المرهون ملك للراهن وليس للمرتهن فيه إلا حق الحبس فان لم ياذن الراهن للمرتهن بالانتفاع به فلم يكن له ذلك كغيره من الاموال فكما انه لا يجوز للمرتهن ولا لغيره الانتفاع باموال الراهن غير المرهونة بغير اذنه فكذلك لا يجوز للمرتهن الانتفاع بالمرهون بغير اذن الراهن^(٤) . واذا امتنع الراهن عن الانفاق على المرهون فان للمرتهن حينئذ رفع الامر الى الحاكم فيجبر الراهن على الانفاق او يأخذ من مال الراهن ما ينفق على المرهون او ياذن للمرتهن بالانفاق عليه على ان يأخذ بدل النفقة من الراهن عند يساره^(٥) .

(١) انظر الشيخ محمد الجواد العاملي , مصدر سابق , ص ١١٥ . الشيخ ابي بكر محمد السرخسي , المبسوط الجزء الحادي والعشرون , مصدر سابق , ص ١٠٦ . الشيخ برهان الدين المرغيناني , مصدر سابق , ص ٢٩٧ . الشيخ شمس الدين محمد الانصاري , نهاية المحتاج الى شرح المنهاج , مصدر سابق , ص ٢٣٠ . الشيخ محمد بن احمد الشربيني , مصدر سابق , ص ١٢١ . الشيخ محمد بن علي الشوكاني , مصدر سابق , ص ٢٤٧ .

(٢) الشيخ زين الدين العاملي , مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام , مصدر سابق , ص ٤١ .

(٣) انظر الشيخ مصطفى مجاهد عبد الرحمن , مصدر سابق , ص ١٥ . وفيها (استفيد العموم في الحديث من قوله (له غنمه وعليه غرمه) فيها تقديم الخبر فيفيد الحصر وان المفرد المضاف يعم لذلك فجميع مغانمه ومغارمه عليه وحده) .

(٤) انظر الشيخ ابراهيم دسوقي الشاوي , مصدر سابق , ص ٥٢ .

(٥) انظر فرج توفيق الوليد , مصدر سابق , ص ٤٤٩ .

الا انه قد لا يتمكن المرتهن من استئذان الراهن او الحاكم في كل وقت او في الوقت المناسب مما يؤدي الى فوت المنفعة وضياعها عن كلا الطرفين لذا فاننا نرجح الرأي الاول .

هذا هو موقف الفقه الاسلامي بالنسبة الى كل ما يتعلق بادارة المرهون واستغلاله من قبل المرتهن .

اما بالنسبة الى موقف الفقه المدني فقد ذهب الى ان انتقال المرهون من المدين الراهن الى الدائن المرتهن وحسبه تحت يده يلزمه بان يقوم بادارته واستغلاله لان ذلك لا يحقق مصلحة المرتهن فقط بان يغل المرهون ثمارا حتى يستوفي حقه من قيمة هذه الثمار فيستغني بذلك عن التنفيذ الجبري على الشيء المرهون, او حتى تكفي قيمة هذه الثمار مضافة الى قيمة الشيء ذاته لوفاء الدين المضمون , بل ان ادارة المال المرهون واستغلاله من قبل المرتهن يحقق مصلحة الراهن ايضا اذ ان من مصلحة الراهن الا يؤدي رهن ماله الى جعله عقيما ويحرمه من الغلة او الثمار التي كانت تنتجها ^(١) .

وبذلك لم يتفق الفقه المدني مع أي رأي من آراء الفقه الاسلامي في هذه المسألة .

كما اشار الفقهاء الى ان الدائن المرتهن يلتزم بان يبذل في ادارة المرهون واستغلاله ما يبذله الشخص المعتاد , فعليه ان يقوم بالاعمال التي يقوم بها الرجل المعتاد , وان يمتنع عن الاعمال التي يمتنع الرجل المعتاد عن القيام بها ^(٢) .

وقد نصت المادة (١ / ١٣٣٩) من القانون المدني العراقي على انه (يتولى المرتهن ادارة المرهون رهناً حيازياً وليس له ان يتصرف فيه ببيع او رهن وعليه ان يبذل في ادارته من العناية ما يبذله الرجل المعتاد وليس له ان يغير بطريقة استغلاله الا برضاء الراهن) ^(٣) .

واذا لم يقم الدائن المرتهن بادارة واستغلال المرهون , او لم يبذل في ذلك العناية الواجبة كان مسؤولاً عن الضرر الناشئ عن اخلاله بالتزامه ^(٤) .

(١) انظر د. محمد لبيب شنب , مصدر سابق , ص ١٥٧ . د. شفيق شحاته , مصدر سابق , ص ١٣٦ . د. منصور مصطفى منصور , مصدر سابق , ص ٢٢٥ .

(٢) انظر د. نبيل ابراهيم سعد , مصدر سابق , ص ٢٠٥ . د. السنهوري , الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٨١٨ و ٨٢٧ . د. محمد كامل مرسي , الحقوق العينية التبعية , مصدر سابق , ص ٤١٧ . د. جميل الشرقاوي , مصدر سابق , ص ٣٥٠ . د. محمود جمال الدين زكي , مصدر سابق , ص ٤١٠ .

(٣) وتقابلها المادة (١ / ١١٠٦) من القانون المدني المصري (موافق) . والمادة (١ / ١١١٠) من القانون المدني الليبي (موافق) . والمادة (١٣٩١) من القانون المدني الاردني (موافق) .

(٤) انظر د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٥٢٦ و ٥٣٣ . د. شمس الدين الوكيل , نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد , مصدر سابق , ص ٤٦٥ .

وفي ذلك تنص المادة (٢/ ١٣٣٩) من القانون المدني على انه (فاذا ادار المرهون ادارة سيئة, او ارتكب في ذلك اهمالاً جسيماً كان للراهن ان يطلب وضعه في يد عدل او ان يسترده مقابل دفع ما عليه , وفي الحالة الاخيرة اذا كان الدين الموثق بالرهن ليست له فوائد منفصله عنه , ولم يكن قد حل اجله فلا يكون للمرتهن الا ما يبقى من الدين بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين) (١) .

ويلاحظ من خلال هذا النص ان المشرع اشار الى الاخلال بالالتزام بالادارة دون الاستغلال , الا اننا نعتقد ان هذا الحكم يسري على الاخلال بالالتزام بالاستغلال ايضا وذلك لان الفقرة الاولى من هذه المادة قد اشارت الى الزام المرتهن بإدارته واستغلاله , وبالتالي فليس من المنطوق ان يحاسبه المشرع عن الاخلال باحد هذين الالتزامين دون الآخر , كما ان واجب الادارة عادة ما يختلط بواجب الاستغلال, وبذلك فاننا لا نتفق مع الدكتور الناهي عندما قال (ولا يترتب على عدم استغلال المرتهن المرهون بموجب القانون العراقي مسؤولية ما) (٢) .

وحبذا لو عالج المشرع العراقي هذه المسألة صراحة قطعاً للخلاف , ونقترح ان تصبح صياغة نص المادة (٢/ ١٣٣٩) كما ياتي (فاذا ادار المرتهن المرهون او استغله بصورة سيئة, او ارتكب في ذلك اهمالاً جسيماً كان للراهن ان يطلب وضعه في يد عدل او ان يسترده مقابل دفع ما عليه ...) .

وقد ذهب رأي من الفقه المدني الى ان الدائن يعتبر نائباً عن الراهن , وذهب قول من الفقهاء الذين يمثلون هذا الرأي الى ان هذه النيابة مبنية على الوكالة (٣) , الا ان الوكالة تقتضي انصراف نية الطرفين اليها صراحة او ضمناً وانه من الصعب القول ان الراهن قد انصرف نية الى توكيل المرتهن في ادارة المال المرهون واستغلاله اذ الواقع انه كان يفضل ان يحتفظ بذلك لنفسه ولكنه يجد نفسه بحكم ما يرتبه القانون على الرهن الحيازي من اثار , ملزماً ان يترك حيازة المرهون وادارته واستغلاله الى المرتهن , مما حدا الى القول بان وكالة المرتهن تستند الى القانون لا الى الاتفاق فنكون بصدد نيابة قانونية (٤) .

-
- (١) وتقابلها المادة (٢/ ١١٠٦) من القانون المدني المصري (موافق) . والمادة (٢/ ١١١٠) من القانون المدني الليبي (موافق) .
(٢) انظر مؤلفه الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ١٤٧ .
(٣) انظر أ. محمد طه البشير ود. غني حسون طه , مصدر سابق , ص ٥٣١ . د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٥٢٧ . د. شفيق شحاته , مصدر سابق , ص ١٣٩ .
(٤) انظر د. سليمان مرقس , التأمينات العينية , مصدر سابق , ص ٤٥٣ . د. منصور مصطفى منصور , مصدر سابق , ص ٢٣٣ . د. نبيل ابراهيم سعد , التأمينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ٢١٠ .

بينما ذهب رأي آخر من الفقه الى ان الدائن المرتهن يقوم بإدارة المرهون واستغلاله اصاله عن نفسه لا نيابة عن الراهن ^(١) .

وقد استند اصحاب هذا الرأي فيما ذهبوا اليه على ما وجهوه من انتقادات للرأي الاول , اذ ان النيابة لاتفيد في تحديد مركز الدائن المرتهن عندما يستغل الشيء المرهون بنفسه لان المسلم أن النيابة تكون في التصرفات القانونية وقيام الدائن المرتهن بالاستغلال بنفسه يعتبر عملاً مادياً ^(٢) . كما ان فكرة النيابة لا تنسجم مع احكام القانون المدني التي تجيز تأجير العقار المرهون الى الراهن نفسه والتي نصت عليها المادة (١٣٣٧ / ٢) من القانون المدني بالقول (ومع ذلك يجوز لراهن العقار رهنا حيازيا ان يستأجره من المرتهن ويجب ان يذكر الايجار في سند الرهن اذا اتفق عليه وقت الرهن , وان اتفق عليه بعد ذلك وجب ان يؤشر به على هامش تسجيل الرهن في دائرة التسجيل العقاري) ^(٣) .

فلو وصف الراهن انه أصيل والمرتهن نائباً في هذا التصرف لاصبح الراهن مؤجراً ومستاجراً في ذات العقد وفي نفس الوقت ^(٤) .

وفي صدد الحديث عن ايجار العقار المرهون , يثار التساؤل عن حكم عقد الايجار الذي يبرمه المرتهن مع الغير , اذا انقضى عقد الرهن قبل انتهاء مدة عقد الايجار .

لقد اجابت المادة (٧٢٤) من القانون المدني العراقي عن هذا التساؤل بالقول (ليس لمن لا يملك الا حق الادارة ان يعقد اجارة تزيد مدتها على ثلاث سنوات , فاذا عقدت الاجارة لمدة اطول من ذلك انقصت المدة الى ثلاث سنوات مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك) ^(٥) .

وبذلك فان عقد الايجار الذي يبرمه المرتهن يبقى سارياً لمدة ثلاث سنوات ابتداءً من تاريخ ابرامه حتى وان انقضى عقد الرهن قبل انتهاء هذه المدة .

ويذهب رأي من الفقه الى ان عقد الايجار الذي يبرمه المرتهن مع الغير ينقضي بمجرد

(١) انظر د. صلاح الدين ناهي , الوجيز في التأمينات العينية والشخصية , مصدر سابق , ص ١٤٧ . د. شمس الدين الوكيل ,

نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد , مصدر سابق , ص ٤٦٢ .

(٢) انظر د. جميل الشرفاوي , مصدر سابق , ص ٣٥٩ .

(٣) وتقابلها المادة (١١١٥) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٤) انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي , مصدر سابق , ص ٦٠١ .

(٥) وتقابلها المادة (٥٥٩) من القانون المدني المصري . انظر ايضا في هذا الصدد د. رمضان ابو السعود , دروس في العقود

المسماة , الدار الجامعية , القاهرة , ١٩٨٦ , ص ١٦١ .

انقضاء عقد الرهن , شأنه شأن الايجار الصادر من صاحب حق الانتفاع (١) .

الا ان هذا الرأي مردود من قبل رأي آخر , بحجة ان الانتفاع يعتبر حق للمنتفع وبدون مقابل اما ادارة المرهون واستغلاله , فتعتبر واجباً على المرتهن كما انه لا يأخذ غلة محل الرهن لنفسه ولا يستطيع ان ينتفع بدون مقابل (٢) .

هذا وان القول بعدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون دون مقابل يتفق مع ما ذهب اليه الرأي الثاني من الفقه الاسلامي في هذه المسالة .

وهذا ما نصت عليه ايضا المادة (١٣٤٠) من القانون المدني بالقول (ليس للمرتهن ان ينتفع بالمرهون رهنا حيازيا دون مقابل وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفاده من استعماله , يخصم من الدين الموثق بالرهن ولو لم يكن قد حل اجله , على ان يكون الخصم اولا من قيمة ما انفقه في المحافظة عليه , وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض ثم من المصروفات والفوائد ثم من اصل الدين) (٣) .

وقد تواترت قرارات محكمة تمييز العراق على عدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون دون مقابل استنادا الى المادة سالفة الذكر (٤) .

وان الحكمة من عدم جواز انتفاع الدائن المرتهن بالمرهون دون مقابل , هو منع الحصول على فوائد فاحشة يحرمها القانون , ولذلك يقع باطلا كل اتفاق يكون للدائن بمقتضاه ان ينتفع بالمرهون دون مقابل (٥) .

فالغلة الناتجة من المرهون هي ملك الراهن ولكن المرتهن لا يلتزم باعطائها للراهن وانما يصبح مدينا له بقيمتها , وهكذا تتوافر في المرتهن صفة الدائن والمدين , فهو دائن بالدين

(١) انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي , مصدر سابق , ص ٦١٧ .

(٢) انظر د. صلاح الدين الناهي , الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ١٤٦ . أ. محمد طه البشير و د. غني حسون طه , مصدر سابق , ص ٥٣٢ . د. محمد ليبب شنب , مصدر سابق , ص ١٥٨ .

(٣) وتقابلها المادة (١١٠٤) من القانون المدني المصري (موافق) . والمادة (١٠٦٥) من القانون المدني السوري (موافق) . والمادة (١١٠٨) من القانون المدني الليبي (موافق) . والمادة (١١١) من قانون الملكية العقارية اللبناني لسنة ١٩٣٢ (موافق) . والمادة (١١١٥) من القانون المدني اليمني (موافق) . وهذا بخلاف ما عليه الحال في القانون المدني الاردني اذ نصت المادة (٢/١٣٩٣) منه على انه (اذا اباح الراهن للمرتهن الانتفاع بالمرهون فله ذلك ولا يسقط من الدين شيء) .

(٤) انظر قرارها رقم ١٢١ / ح / ٣ / ١٩٧١ المؤرخ في ١٩٧١ / ١ / ٢٨ . منشور في مجلة القضاء العدد الثاني , السنة السادسة والعشرون , ١٩٧٠ , ص ٢٦٦ . وقرارها رقم ٣٠ / هيئة عامة / ٨٠ المؤرخ في ١٩٨١ / ١ / ٣١ . منشور لدى ابراهيم المشاهدي , المختار من قضاء محكمة التمييز , الجزء الرابع , مصدر سابق , ص ١٤ . وقرارها رقم ٨٠٢ / م / ٢٠٠٢ المؤرخ في ٢٠٠٢ / ٦ / ١٥ (غير منشور) .

(٥) انظر د. محمد كامل مرسي , الموجز في التأمينات الشخصية والعينية , مصدر سابق , ص ٢٧٠ .

المضمون بالرهن ومدين بقيمة ما استفاده من المرهون وتحصل المقاصه بين الدينين فتخصم قيمة الغلة من الدين المضمون^(١) .

ويلاحظ ان المشرع عندما نص في المادة (١٣٤٠) على ان ما حصل عليه المرتهن من صافي ريع المرهون وما استفاده من استعماله , يخصم من الدين الموثق بالرهن ولو لم يكن قد حل اجله , فانه قد خرج عن احكام المقاصة التي تقضي بان المقاصة لاتقع الا اذا كان الدينان مستحقي الاداء , وهذا ما نصت عليه المادة (٢ / ٤٠٩) بقولها (ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسا ووصفاً وحلولا)^(٢) .

ويقرر المشرع ترتيب خاص يجب اتباعه في خصم صافي الغلة , وحسب نص المادة (١٣٤٠) فان الخصم يكون اولاً من قيمة ما انفق المرتهن في المحافظة على المرهون وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض ثم المصروفات والفوائد ثم من اصل الدين , على انه يجب ان لا يفهم من قول المشرع بان الغلة تخصم من الفوائد , ان الدين المضمون بالرهن ينتج فوائد بقوة القانون , اذ ان هذا الخصم لا يقع الا اذا كان الدين المضمون منتجاً للفوائد^(٣) .

وقد يتفق الطرفان على ان تكون ثمار الشيء المرهون في مقابل الفوائد , الا ان المشرع العراقي لم يعالج هذه المسألة في الباب المخصص للرهن الحيازي , وذلك بخلاف ما عليه الحال بالنسبة للمشرع المصري , اذ ان المادة (١١٠٥) من القانون المدني المصري قد نصت على انه (١- اذا كان الشيء المرهون ينتج ثمارا او ايراداً واتفق الطرفان على ان يجعل ذلك كله او بعضه في مقابل الفوائد , كان هذا الاتفاق نافذاً في حدود اقصى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية ٢- فاذا لم يتفق الطرفان على ان تجعل الثمار في مقابل الفوائد او سكتا مع ذلك عن تحديد سعر الفائدة , حسبت الفائدة على اساس السعر القانوني , دون ان تجاوز قيمة الثمار , فاذا لم يعينا ميعاداً لحلول الدين المضمون , فلا يجوز للدائن ان يطالب باستيفاء حقه الا من طريق استنزاله من قيمة الثمار , دون اخلال بحق المدين في الوفاء بالدين في أي وقت اخر)^(٤) .

(١) انظر د. محمود جمال الدين زكي , مصدر سابق , ص ٤٠٧ .

(٢) وتقابلها المادة (٣٦٢) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٣) أ . محمد طه البشير ود . غني حسون طه , مصدر سابق , ص ٥٣٣ .

(٤) وتقابلها المادة (١١٠٩) مدني لبيي (مطابق) .

وقد قضت محكمة تمييز العراق بانه (اذا ورد في سند الرهن اباحة الثمرة لحين التأدية حملت هذه العبارة على الفائدة القانونية)^(١) كما قضت بان (ما يستحقه المرتهن من الراهن عن منفعة المرهون هو اجر المثل الذي لايزيد عن الفائدة القانونية)^(٢) .

وحبذا لو نص المشرع العراقي صراحة على حكم يجعل الغلة مقابل الفوائد , كما عليه الحال في المادة (١١٠٥) من القانون المدني المصري .

الفرع الثالث

الالتزام برد المرهون

ان محل الرهن مقبوض على وجه الضمان فاذا زال سبب الضمان , زال سبب بقاء محل الرهن تحت يد الدائن المرتهن فيلتزم برده الى راهنه .

ويلاحظ في هذا الصدد بأن الفقهاء المسلمين يلزمون الدائن برد محل الرهن او يجيزون للراهن استعادته من المرتهن , متى قام المدين بوفاء الدين كله^(٣) .

وان رد المرهون الى الراهن لا يتوقف فقط على انقضاء الرهن عن طريق الوفاء بالدين المضمون, بل ان رد المرهون يتم متى انقضى الرهن بأي سبب من اسباب الانقضاء , فقد جاء في الام (جماع ما يخرج الرهن من يدي المرتهن ان يبرأ الراهن من الحق الذي عليه الرهن, بدفع او ابراء من المرتهن له , او يسقط الحق الذي به الرهن بوجه من الوجوه فيكون الرهن خارج او يقول المرتهن قد فسخ الرهن او ابطلته او ابطلت حقي فيه)^(٤) .

(١) انظر قرارها رقم ٢٦٠٤ / ح / ١٩٥٨ المؤرخ في ١٩٥٩/٢/٥ . منشور في مجلة القضاء , العدد الثاني والثالث , السنة السابعة عشر , ١٩٥٩ , ص ٢٢٤ .

(٢) انظر قرارها رقم ١٤٥٩ / مدنية ثلاثة / ١٩٧٤ المؤرخ في ١٩٧٥/٢/٢٧ . منشور في مجموعة الاحكام العدلية , العدد الاول , السنة السادسة , ١٩٧٥ , ص ٤٥ .

وان الفائدة القانونية محددة بنسبة ٤% بالنسبة للمسائل المدنية و ٥% بالنسبة للمسائل التجارية . المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (٢٢٦ / ١) من القانون المدني المصري (موافق) . ويجوز للمتعاقدان ان يتفقا على سعر اخر للفوائد على ان لا يزيد هذا السعر على ٧% , فاذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى ٧% وتعيين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار . المادة (١٧٢) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (٢٢٦ / ٢) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٣) انظر الشيخ عامر بن علي الشماخي , مصدر سابق , ص ٣٢٠ . الشيخ موفق الدين بن قدامة والشيخ شمس الدين بن قدامة , مصدر سابق , ص ٤٤٣ . الشيخ محمد بن يوسف بن اطفيش , مصدر سابق , ص ١٩١ . الشيخ بن حزم الظاهري , المحلى , الجزء الثامن , مصدر سابق , ص ١١٠١ .

(٤) الشيخ ابو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي , الام , الجزء الثالث , مصدر سابق , ص ١٤٣ .

كما ذهب الفقه المدني ايضا الى انه اذا انقضى الرهن باي سبب من اسباب الانقضاء وجب على المرتهن ان يرد المرهون الى الراهن^(١) , اذ ان عقد الرهن هو مصدر التزام الدائن المرتهن باعادة محل الرهن^(٢) .

وهذا مانصت عليه صراحة الفقرة الاولى من المادة (١٣٥٠) من قانوننا المدني بالقول (اذا انقضى الرهن الحيازي وكان المرهون لا يزال باقيا في يد المرتهن , وجب عليه رده الى الراهن) .

بينما نصت المادة (١١٠٧) من القانون المدني المصري على انه (يرد الدائن الشيء المرهون الى الراهن بعد ان يستوفي كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروبات وتعويضات)^(٣) .

ويلاحظ ان صياغة النص العراقي قد جاءت ادق من صياغة النص المصري , وذلك لان النص الاخير لم يشر الا الى التزام الدائن المرتهن برد الشيء المرهون بعد استيفاء حقه , بينما ان الالتزام بالرد يقوم حيث ينقضي الرهن سواء اكان انقضاؤه بصفة تبعية (تبعا لانقضاء الدين) او بصفة اصلية (دون ان ينقضي الدين)^(٤) .

وتجدر الاشارة الى ان المرتهن قد يلتزم برد المرهون قبل انقضاء الرهن وقبل الوفاء بالدين المضمون , وقد نصت على هذه الحالة المادة (١٣٣٨ / ٢) من القانون المدني العراقي بالقول (واذا كان المرهون مهددا بان يصيبه هلاك او نقص في القيمة , وجب على المرتهن ان يبادر باعلان الراهن بذلك والا كان مسؤولا , وفي حالة الاعلان يجوز للراهن ان يسترد المرهون اذا قدم للمرتهن تأمينا آخر)^(٥) .

علما اننا لا نتفق مع من يذهب الى عد ان حالة نزع المرهون من تحت يد المرتهن ووضعه تحت يد عدل , بسبب سوء استعمال المرتهن للمرهون^(٦) , حالة من حالات رد

(١) انظر د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٥٣٥ . د. منصور مصطفى منصور , مصدر سابق , ص ٢٣٤ .

(٢) د. شفيق شحاته , مصدر سابق , ص ١٤٥ .

(٣) وتقابلها المادة (١٠٤٢ / ١) من القانون المدني السوري (موافق) . والمادة (١١٩١) مدني ليبي (موافق) . والمادة ١٣٩٥ مدني اردني (موافق) .

(٤) انظر د. نبيل ابراهيم سعد , مصدر سابق , ص ٢١٢ . د. منصور مصطفى منصور , مصدر سابق , ص ٢٣٤ .

(٥) وتقابلها المادة (١ / ١١٩) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٦) التي اشارت اليها المادة (٢ / ١٣٣٩) مدني عراقي , وتقابلها المادة (٢ / ١١٠٦) مدني مصري (موافق) .

المرهون الى الراهن قبل ان ينقضي الرهن ^(١) , وذلك لان وضع المرهون تحت يد العدل لايعني رد المرهون الى يد الراهن, اذ ان العدل يعتبر نائبا عن كلا المتعاقدين .

عموماً فاذا اراد الراهن ان يسترد المرهون استنادا إلى وفائه للدين , فان عليه ان يوفي دينه كاملاً لان كل جزء من المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بكل المرهون , فاذا قضى الراهن بعض الدين , فلا يكلف المرتهن بتسليمه بعض المرهون بل له ان يحبسه الى استيفاء ما بقي منه ولو قليلاً , لكن اذا كان المرهون شيئين وعين لكل منهما مقدار من الدين وادى الراهن مقدار ما عليه لاحدهما كان له ان ياخذه ^(٢) .

ويتم رد الشيء المرهون بوضعه تحت تصرف الراهن بحيث يتمكن من حيازته دون عائق ^(٣) . والاصل ان المرتهن يلتزم بان يرد المرهون بالحالة التي تسلمه عليها , وان هذا الالتزام يتضمن الالتزام بالمحافظة على المرهون لحين رده , أي ان التزامه برد المرهون هو الالتزام الأساسي , والتزامه بالمحافظة على المرهون الى حين رده هو التزام ثانوي ^(٤) .

واذا تأخر الدائن في رد الشيء المرهون بعد انقضاء الرهن كان مسؤولاً عن هذا التأخير ويستطيع الراهن اجباره على الرد باحدى دعويين :

الدعوى الاولى هي دعوى شخصية تستند الى عقد الرهن ذاته , وللراهن الحق في رفعها حتى ولو لم يكن مالكا للمرهون , الا ان هذه الدعوى تسقط بالتقادم الذي تبدأ مدته في السريان منذ الوقت الذي يصبح فيه الرد واجباً ^(٥) .

اما الدعوى الثانية فهي دعوى عينية وتسمى بدعوى الاستحقاق , وتستند الى ملكية الراهن للمرهون , ولا تسقط هذه الدعوى بالتقادم مهما تأخر الراهن في اقامتها ^(٦) , وبذلك فلا يستطيع الدائن المرتهن ان يملك الرهن , الا اذا قام بعمل ايجابي يتضمن معنى المنازعة في حق الملك وذلك تطبيقاً لنص المادة (١١٦٠) من قانوننا المدني والتي نصت على ان (ا - ليس لاحد ان يحتج بالتقادم على خلاف مقتضى سنده فلا يستطيع ان يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته والاصل

(١) انظر أ. محمد طه البشير ود. غني حسون طه , مصدر سابق , ص ٥٣٤. د. السنهوري , الوسيط , الجزء العاشر , مصدر سابق , ص ٨٣٣. د. شمس الدين الوكيل , نظرية التأمينات , مصدر سابق , ص ٤٧٢.

(٢) المادة (١٣٣٢) من قانوننا المدني .

(٣) د. محمد لبيب شنب , مصدر سابق , ص ١٦٤ .

(٤) سليمان مرقس , التأمينات العينية , مصدر سابق , ص ٤٤٤ .

(٥) انظر د. محمد كامل مرسي , الحقوق العينية التبعية , مصدر سابق , ص ٤٢٠ .

(٦) انظر د. سمير عبد السيد تـاـغو , مصدر سابق , ص ٢٥٦. د. نبيل ابراهيم سعد , التأمينات العينية والشخصية , مصدر سابق , ٢١٢. د. محمد علي امام , مصدر سابق , ص ٥٣٥.

الذي تقوم عليه هذه الحيازة ٢ - ولكن يستطيع ان يحتج بالتقادم اذا تغيرت صفة حيازته اما بفعل الغير واما بمعارضة منه هو لحق المالك ولا يبدأ سريان التقادم في هذه الحالة الا من تاريخ التغيير (١) .

ويثار التساؤل عن حكم موت المرتهن قبل ان يقوم برد المرهون ؟
لقد اجابت عن هذا التساؤل المادة (٢/١٣٥٠) من قانوننا المدني بالقول (واذا مات المرتهن مجهلا للرهن , ولم يوجد في تركته , فقيمة الرهن تصير واجب الاداء من تركته) (٢) .
فاذا كان الرهن موجوداً في التركة فحكمه بيد الوارث او الوصي كحكمه بيد المرتهن أي انه يعتبر امانة بيده , واذا هلك عنده , واثبت (الوارث او الوصي) ان هلاكه كان بسبب اجنبي دون تعدوتقصير , فلا ضمان على التركة , اما اذا كان الرهن غير موجود في التركة , وادعى الوارث او الوصي بانه لايعرف الرهن , او قال بانه يعرف وادعى هلاكه عند المرتهن او عنده دون ان يثبت ان ذلك دون تعد وتقصير , او كان المرتهن لم يبين حال الرهن قبل وفاته , فلم يقل مثلاً بانه رد المرهون الى الراهن او انه ضاع منه او هلك دون تعد او تقصير , فيكون (المرتهن) قد مات مجهلا للرهن وعندئذ يترتب الضمان على التركة , وسبب الضمان ان رد الرهن الى الراهن بعد الفكاك هو واجب على المرتهن , وعدم الرد يوجب الضمان , والظاهر ان التركة تضمن قيمة الرهن يوم وفاة المرتهن لانه بوفاته مجهلا يكون كانه استهلك المرهون فوجب على التركة ضمان قيمة الرهن ليوم الوفاة , وتستوفى قيمة الرهن من التركة بنسبة باقي الديون , ويكون مركز المرتهن اسوة بمركز باقي الغرماء لا اولوية له على احدهم , وتقبل بينة الراهن على قيمة الرهن (٣) والا فالقول للورثة بيمينهم وهذه اليمين تكون حاسمه وذلك لانتهاء الدعوى بها (٤) .

وقبل ان نختم الكلام عن التزام المرتهن برد المرهون الى الراهن , لا بد ان نشير الى التساؤل

(١) وتقابلها المادة (٩٧٢) من القانون المدني المصري (موافق) .

(٢) وتقابلها المادة (١٤٢٣) من القانون المدني الاردني (موافق) . ولا يوجد ما يقابل هذا النص في القانون المدني المصري , الى ان محكمة النقد المصرية قضت بما يفيد ذلك في الطعن رقم ٩٩٨ س ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٨ . منشور لدى د. انور طلبية , مصدر سابق , ص ٨٢٣ .

(٣) أ . شاكرا ناصر حيدر , الحقوق العينية العقارية , مصدر سابق , ص ٢٢٦ .

(٤) وأن هذا الحكم هو تطبيق لنص المادة (٢/ ١١٤) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لعام ١٩٧٩ .

الذي قد يثار عن الطرف الذي يتحمل نفقات رد المرهون ؟

لم ترد في قانوننا المدني , شأنه شأن القانون المدني المصري , اشارة صريحة الى الطرف الذي يتحمل نفقات رد المرهون , الا اننا نعتقد بان المرتهن هو الذي يتحمل هذه النفقات وسندنا في ذلك ما نصت عليه المادة (٣٩٨) من القانون المدني العراقي بالقول (نفقات الوفاء على المدين , الا اذا وجد اتفاق او عرف او نص يقضي بغير ذلك ^(١) .

وبما ان المرتهن هو المدين برد المرهون , فانه هو الذي يتحمل نفقات الرد , مالم يوجد اتفاق او عرف او نص يقضي بغير ذلك .

(١) وتقابلها المادة (٣٤٨) من القانون المدني المصري (موافق) .

الخاتمة

بعد ان انتهينا بفضل من الله عز وجل من اكمال هذه الرسالة , فاننا نستطيع أن نستخلص اهم النتائج التي توصلنا اليها والمقترحات التي قد تترتب عليها وذلك من خلال ما يأتي :-

١- لم يشر المشرع العراقي , شأنه شأن المشرع المصري , الى مدى اشتراط اذن الراهن في القبض اذا كان المال المرهون موجودا تحت يد المرتهن قبل ابرام عقد الرهن , وحبذا لو اخذ المشرع العراقي بما ذهب اليه القول الثاني من الفقه الاسلامي الذي يقضي باشتراط اذن الراهن في القبض كما لو كان المرهون بيد الراهن , ونقترح ان يصوغ المشرع النص الاتي (اذا كان المال المرهون موجودا تحت يد المرتهن قبل ابرام عقد الرهن فانه يشترط اذن الراهن في القبض كما لو كان المرهون بيد الراهن) . وسبب ترجيحنا لهذا القول يكمن في ان المال المرهون قد يكون في حيازة يد ضمان كيد الغاصب , وبعد الرهن والاذن بالقبض فان اليد تتحول الى يد امانة .

٢- لقد سكت القانون المدني العراقي شأنه شأن القانون المدني المصري عن معالجة اثر رجوع الراهن عن الاذن في القبض , وحبذا لو اخذ المشرع العراقي بالتفصيل الذي ذهب اليه الفقه الاسلامي وذلك باعتداده بالرجوع الذي يتم قبل القبض وبعدم اعتداته بالرجوع الذي يتم بعده , ونقترح ان يصوغ المشرع النص الاتي (اذا اذن الراهن للمرتهن في قبض المرهون ثم رجع عن الاذن قبله زال حكم الاذن , اما اذا رجع عن الاذن بعد ذلك , لم يؤثر رجوعه) .

٣ - لم يشترط القانون المدني العراقي تعيين المال المرهون رهنا حيازيا , بعكس ما عليه الحال في الرهن التأميني وهذا اتجاه محمود عليه وذلك لان شرط التعيين يفقد اهميته في الرهن الحيازي لان هذا الرهن استنادا الى نص المادة (١٣٢٢ / ١) لا يتم ولا يلزم الا بالقبض , وهذا يقتضي التعيين .

٤ - ان القانون المدني العراقي لم يكيّف القبض بصورة دقيقة , فهو من جهة ذكر في المادة (١٣٢٢ / ١) بانه (يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون) ومن المعلوم ان شرط التمام يختلف عن شرط اللزوم .

ومن جهة اخرى فان المشرع العراقي قد تناول كل ما يتصل بالقبض من احكام في الفصل الاول المخصص للكلام عن اركان العقد من تراضٍ ومحل وسبب وبحثه في هذا المكان بالذات

يوحي بان المشرع العراقي اراد ان يجعل من القبض ركنا للعقد , وقد ترتب على ذلك ظهور الاختلاف والتباين بين اراء الفقه المدني العراقي واحكام قضائه , وحبذا لو عالج المشرع العراقي هذه المسألة عن طريق توضيحه لتكييف القبض بصورة صحيحة وغير قابلة للبس , علما اننا نرجح الرأي الذي يذهب الى اعتبار ان القبض شرط نفاذ في عقد الرهن , وان سبب ترجيحنا يكمن في ان من اولى الغايات التي يحققها القبض تتمثل باعلام الغير بعقد الرهن وبالتالي نفاذ الرهن في حقه , وهذا الوصف لا يصدق الا اذا اعتبرنا ان القبض شرط نفاذ .

٥ - ان المشرع العراقي لم ينظم طريقة القبض , كما فعل الفقه الاسلامي , كما انه لم يحل في ذلك على عقد البيع بشكل صريح , كما فعل القانون المدني المصري في المادة (١٠٩٩ / ٢) منه , لذلك فاننا نهيب بالمشرع العراقي ان ينظم طريقة القبض , او ان يحل على عقد البيع بشكل صريح ونقترح ان يضع النص الاتي (يسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون احكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع بالقدر الذي لا يتعارض فيه عقد الرهن الحيازي مع عقد البيع وعلى النحو الذي يتفق مع طبيعة المال محل العقد) .

٦ - لم يَكِف القانون العراقي طبيعة التسجيل الذي يرد على الرهن في السجل العقاري بصورة دقيقة , فقد نصت المادة (١٣٢٤) منه على انه شرط تمام , في حين نصت الفقرة الثانية من المادة (٣٢٥) من قانون التسجيل العقاري على عدم انعقاد الرهن الحيازي الوارد على العقار الا بالتسجيل في السجل العقاري , الامر الذي ادى الى اختلاف اراء الفقهاء وقرارات القضاء في هذه المسألة , الا اننا نرى ان التسجيل في القانون العراقي هو ركن انعقاد بحسب ما جاء في قانون التسجيل العقاري لانه نص خاص والخاص يقيد العام .

٧ - بعد ان تتم عملية القبض للمنقول المادي فانه يشترط ان يدون عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ , الا ان هناك بعض المنقولات تخضع لنظام التسجيل دون الكتابة وذلك لان طبيعتها لاتستجيب الى تسليمها الى الدائن المرتهن , كما عليه الحال بالنسبة للطائرات والسفن والمركبات التي يطلق عليها اسم المنقولات ذات الطبيعة الخاصة , وبذلك فان الحائز لهذه المنقولات لا يمكن ان يزاحم الدائن المرتهن , وذلك لان خضوع هذه المنقولات للتسجيل يفرض عليه الاطلاع على سجلاتها وهذا ما يقوم به الشخص وان هو لم يفعل ذلك فانه يكون قد ارتكب خطأ جسيماً يتساوى والغش وهذا يكفي لنفي حسن نيته وهو احد شروط قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية مما يؤدي الى خروج المنقولات الخاضعة للتسجيل من نطاق هذه القاعدة.

٨ - لقد اُحال القانون المدني العراقي في المادة (١٣٥٥) في ما يتعلق بطريقة رهن السندات الاسمية والسندات الامر , الى الطريقة التي رسمها قانون التجارة لحوالة هذه السندات , وعند رجوعنا الى قانون التجارة فاننا قد وجدنا ان المادة (١٨٩) منه قد بينت طريقة رهن هذه السندات لامجرد حوالتها , وعليه فاننا نعتقد بانه كان احري بالمشرع العراقي ان يحيل على طريقة رهن هذه السندات وليس على طريقة حوالتها , اذ انه اذا كان قانون التجارة قد نظم عملية رهن هذه الديون فلماذا يحيل القانون المدني على طريقة حوالتها ؟

٩ - لم يبين القانون المدني العراقي الحالة التي يجب ان يكون عليها المرهون وقت القبض , كما ان الاحالة على القواعد المتعلقة بعقد البيع لا تجدي نفعا وذلك لان القانون لم يبين الحالة التي يجب ان يكون عليها المبيع وقت التسليم , وهذا بخلاف ما عليه الحال في القانون المدني المصري الذي نصت المادة (٤٣١) منه على انه (يلتزم البائع بتسليم المبيع الى المشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع) لذا نهيب بالمشرع العراقي ان يتدارك هذا النقص وذلك بسن قاعدة قانونية تلزم الراهن بان يسلم المرهون في الحالة التي كان عليها وقت العقد , ونقترح بان يضيف النص الاتي (يلتزم الراهن بتسليم المال المرهون بالحالة التي كان عليها عند عقد الرهن, والا جاز للمرتهن فسخه) وذلك اسوة بما ذهب اليه الفقه الاسلامي والفقه المدني .

١٠ - لقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٣٢٢) من القانون المدني العراقي على ان نفقات قبض المرهون على الراهن ونعتقد بان هذا النص هو تكرار لافائدة فيه , اذ انه تحصيل حاصل لمانصت عليه القواعد العامة , فالمادة (٣٩٨) نصت على ان نفقات الوفاء على المدين , وان المدين بالاقباض هو الراهن , وبذلك فان المادة (٣٩٨) تغني عما جاء في الفقرة الثانية من المادة (١٣٢٢).

١١ - لقد خلا القانون المدني العراقي شأنه شان القانون المدني المصري من نص يعالج مسألة مدى تقييد سلطة الراهن في استعمال المرهون , وحبذا لو اخذ المشرع العراقي بما ذهب اليه الفقه المدني في جواز الاستعمال المقترن باذن الراهن والذي يكون لقاء مقابل يدفعه المرتهن , وذلك لان هذا القول من جهة لا يؤدي الى خروج المرهون من يد المرتهن , الامر الذي لا يؤدي الى المساس في فاعلية الرهن ونفاذه بحق الغير , كما انه لا يؤدي الى تعطيل منافع المال المرهون وما يترتب عليه من الحاق الضرر بالراهن , اذ ان قيام المرتهن باستعمال المرهون سيؤدي الى عدم اهدار هذه المنافع , وعليه فاننا نقترح ان يضيف المشرع العراقي , النص

الآتي: (يشترط في استعمال المرتهن للمرهون أن يكون الاستعمال باذن الراهن ولقاء مقابل يدفعه المرتهن) .

١٢- لقد عالج القانون المدني العراقي في المادة (١٣٣٤) مسألة تصرف الراهن بالمرهون تصرفاً قانونياً , إلا أنه لم يعالج , شأنه شأن القانون المدني المصري , مسألة التصرفات المادية التي قد يقوم بها الراهن , وحذاً لو أخذ المشرع العراقي بما ذهب إليه الفقه المدني من أنه يتمتع على الراهن إجراء التصرفات المادية إلا بموافقة الدائن المرتهن , إلا إذا كان من شأن هذه التصرفات تحسين حالة المرهون وصيانته دون أن تؤدي إلى انقاص قيمته أو الإضرار بحقوق الدائن المرتهن .

١٣- أن المشرع العراقي بعد أن ألزم الدائن المرتهن بإدارة المرهون واستغلاله بموجب نص المادة (١٣٣٩ / ١) من القانون المدني العراقي , فإنه عالج في الفقرة الثانية من هذه المادة مسألة جزاء الإخلال بالإدارة دون الاستغلال مما حدا برأي من الفقه إلى القول بأنه لا يترتب على عدم استغلال المرتهن للمرهون مسؤولية ما بموجب القانون المدني العراقي , وحذاً لو أشار المشرع العراقي صراحة إلى جزاء الإخلال بواجب الاستغلال , ونقترح أن تصبح صياغة نص المادة (١٣٣٩ / ٢) كما يأتي (فإذا أدار المرتهن المرهون أو استغله بصورة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً كان للراهن أن يطلب وضعه في يد عدل أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه...) .

١٤- لقد نصت المادة (١٣٥٠) من القانون المدني العراقي على التزام المرتهن برد المرهون إلى الراهن عند انقضاء الرهن , في حين نصت المادة (١١٠٧) من القانون المدني المصري على هذا الالتزام عندما يستلم المرتهن حقه كاملاً من الراهن وما يتصل به من ملحقات ومصروفات وتعويضات , ونرى بأن موقف القانون المدني العراقي قد جاء أكثر توفيقاً من نظيره المصري , وذلك لأن التزام الدائن المرتهن برد المرهون يرتبط بوجود عقد الرهن الذي بدوره قد ينقضي بصفة تبعية (تبعاً لانقضاء الدين) أو بصفة أصلية (دون أن ينقضي الدين) وهذا موقف يحمي عليه المشرع العراقي .

المصادر

القرآن الكريم

اولاً - كتب اللغة :

١. الشيخ جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن منظور الانصاري , لسان العرب , الجزء التاسع , الطبعة الاولى , المطبعة الميرية , القاهرة , ١٣٠١ هـ .
٢. الشيخ عبد الرحمن الخليل بن احمد الفراهيدي , كتاب العين , الجزء الخامس , دار الرشيد , بغداد , ١٩٨٢ .
٣. الشيخ فخر الدين بن محمد بن علي الطريحي , مجمع البحرين الجزء التاسع , الطبعة الاولى , مطبعة دار الثقافة , النجف الاشرف , بدون سنة طبع .
٤. الشيخ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي , القاموس المحيط , المجلد الثاني , مؤسسة الحلبي , القاهرة , بدون سنة طبع .

ثانياً - كتب التفسير :

١. الشيخ احمد الجزائري , قلائد الدرر في بيان آيات الاحكام بالاثر , الجزء الثاني الطبعة الثانية , بغداد , بدون مكان وسنة طبع .
٢. الشيخ محمد بن احمد الانصاري القرطبي , الجامع لاحكام القرآن , المجلد الثاني , الجزء الثالث , الطبعة الاولى , دار الكتب العلمية , بيروت , ١٤٢٠ هـ , ٢٠٠٠ م .
٣. الشيخ محمد بن يوسف الاندلسي , البحر المحيط في التفسير , الجزء الخامس , بدون مكان طبع , ١٤١٢ هـ , ١٩٩٢ م .

ثالثاً - كتب الحديث :

١. السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي , معجم رجال الحديث , الجزء السابع عشر , الطبعة الاولى , النجف الاشرف , ١٣٩٠ هـ , ١٩٧٠ م .

٢. الشيخ زين الدين العاملي (الشهيد الثاني) , الدراية , مطبعة النعمان , النجف الاشرف , ١٣٧٩ هـ , ١٩٦٠ م .
٣. الشيخ شهاب الدين ابي الفضل العسقلاني (ابن حجر) , فتح الباري لشرح البخاري , الجزء السادس , شركة ومطبعة مصطفى الحلبي , مصر , ١٣٧٨ هـ , ١٩٥٩ م .
٤. الشيخ محمد بن اسماعيل البخاري , صحيح البخاري , الجزء الثالث , الطبعة الاولى , مطبعة الحلبي , مصر , ١٣٣٧ هـ .
٥. الشيخ محمد حسن ترحيني العاملي , وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة , الجزء الثالث عشر , الطبعة الرابعة , دار احياء التراث العربي , بيروت , ١٣٩١ هـ .
٦. السيد محي الدين الغريفي الموسوي , قواعد الحديث , الطبعة الاولى , مطبعة الاداب , النجف الاشرف , بدون سنة طبع .

رابعاً - كتب اصول الفقه :

١. الشيخ سيف الدين ابي الحسن الامدي , الاحكام في اصول الاحكام , الجزء الاول , مطبعة المعارف , القاهرة , ١٣٣٢ هـ , ١٩١٤ م .
٢. الشيخ علاء الدين البخاري , كشف الاسرار على اصول فخر الاسلام البزدوي , الجزء الرابع , مطبعة الاستانة , اسطنبول , ١٣٠٧ هـ .
٣. العلامة محمد بن امير الحاج الحلبي , شرح المنار , الجزء الثاني , المطبعة الميرية , القاهرة , ١٣١٦ هـ .

خامساً - كتب الفقه الاسلامي :

أ - الفقه الجعفري :

١. الشيخ ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي , المبسوط في فقه الامامية , الجزء الاول , الطبعة الثانية , المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية , طهران , ١٣٨٧ هـ .
٢. الشيخ ابي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الاسدي (العلامة الحلي) , مختلف الشيعة , الجزء الخامس , الطبعة الاولى , مؤسسة النشر الاسلامي , قم المقدسة , ١٤١٥ هـ .
٣. الشيخ زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني) , مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام , الجزء الرابع , الطبعة الثانية , مؤسسة المعارف الاسلامية , قم المقدسة , ١٤٢٣ هـ .
٤. الشيخ زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني) , الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية , الجزء الثاني , مطبعة الاداب , النجف الاشرف , ١٣٨٧ هـ , ١٩٦٧ م .
٥. السيد عبد الاعلى الموسوي السبزواري , مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام , الجزء الحادي والعشرون , مطبعة الاداب , النجف الاشرف , ١٤٠٥ هـ , ١٩٨٤ م .
٦. السيد علي الحسيني السيستاني , منهاج الصالحين , الجزء الثاني , الطبعة الثانية , دار المؤرخ العربي , ١٤١٦ هـ , ١٩٩٦ م .
٧. الشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء , تحرير المجلة , الجزء الثاني , المطبعة الحيدرية , النجف الأشرف , ١٣٦٠ هـ .
٨. الشيخ محمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي , مفتاح الكرامة , الجزء الخامس , المطبعة الرضوية , مصر , ١٣٢٣ هـ .
٩. الشيخ محمد حسن النجفي , جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام , الجزء الخامس والعشرون , الطبعة السادسة , دار الكتب الإسلامية , إيران , ١٣٩٤ هـ .
١٠. الشيخ محمد بن يعقوب بن إسحاق الكليني الرازي , الكافي , الجزء الثاني , مطبعة الحيدري , طهران , ١٣٧٩ هـ , ١٩٥٩ م .
١١. الشيخ نجم الدين أبو القاسم جعفر بن سعيد الحلي (المحقق الحلي) , شرائع الاسلام في الفقه الجعفري , الجزء الاول , منشورات دار مكتبة الحياة , بيروت , ١٢٩٥ .

١٢. الشيخ يوسف آل عصفور البحراني , الحقائق الناطرة في احكام العترة الطاهرة , الجزء العشرون , مؤسسة النشر الاسلامي , قم المقدسة , بدون سنة طبع .

ب - الفقه الحنفي :

١. الشيخ ابو بكر محمد السرخسي , المبسوط , الجزء الحادي والعشرون , مطبعة السعادة , مصر , بدون سنة طبع .

٢. الشيخ برهان الدين علي بن الحسين بن ابي بكر المرغيناني , الهداية , شرح بداية المبتدئ , الجزء الثالث والرابع , مطبعة مصطفى الحلبي , مصر , ١٣٥٥ هـ , ١٩٦٣ م .

٣. الشيخ زين الدين بن نجيم الحنفي , البحر الرائق شرح كنز الدقائق , الجزء الثامن , الطبعة الثانية , دار المعرفة للطباعة والنشر , بيروت , بدون سنة طبع .

٤. الشيخ عالمكير الهندي , الفتاوى الهندية , الجزء الخامس , المطبعة الكبرى , مصر , ١٣١٠ هـ .

٥. الشيخ علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , الجزء الخامس والسادس , الطبعة الاولى , دار الكتاب العربي , بيروت , ١٣٢٨ هـ , ١٩١٠ م .

٦. الشيخ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي , تبين الحقائق شرح كنز الدقائق , الجزء الخامس والسادس , المطبعة الميرية , مصر , ١٣١٣ هـ .

٧. الشيخ كمال الدين محمد بن عبد الباقر بن الهمام , شرح فتح القدير على البداية , الجزء العاشر , الطبعة الاولى , مطبعة البابي الحلبي , القاهرة , ١٣٨٩ هـ , ١٩٧١ م .

٨. الشيخ محمد امين بن عمر بن عبد الرحيم (بن عابدين) , رد المحتار على الدر المختار , الجزء الرابع والخامس , الطبعة الثالثة , المطبعة الكبرى , مصر , ١٣٢٦ هـ .

٩. الشيخ محمد بن حسين بن علي الحنفي , تكملة البحر الرائق , الجزء الثامن , دار الكتب العربية الكبرى , مصر , ١٣٠٦ هـ .

ج - الفقه الشافعي :

١. الشيخ ابو اسحاق بن ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي , المهذب , الجزء الاول , الطبعة الثالثة , مطبعة مصطفى البابي الحلبي , مصر , بدون سنة طبع .

٢. الشيخ ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي , الام , الجزء الثالث والسابع , الطبعة الاولى ,
الطبعة الفنية المتحدة , مصر , ١٣٨١ هـ , ١٩٦١ م.

٣. الشيخ محمد بن احمد الشرييني , شرح مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ,
الجزء الثاني والرابع , مطبعة الحلبي , القاهرة , ١٣٧٧ هـ , ١٩٥٨ م .

د- الفقه الحنبلي :

١. الشيخ ابو القاسم عمر بن حسين الخرقى , شرح المغني , الجزء الرابع — , الطبعة
الاولى , دار المنار , مصر , ١٣٦٧ هـ .

٢. الشيخ شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن المقدسي , الشرح الكبير على متن المقنع ,
الجزء الرابع , الطبعة الثانية , مطبعة المنار , مصر , ١٣٤٧ هـ .

٣. الشيخ شمس الدين ابي عبد الله محمد بن احمد بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ,
اعلام الموقعين عن رب العالمين , الجزء الثاني , الطبعة الثانية , مطبعة السعادة , مصر
, سنة ١٣٧٤ هـ , ١٩٥٥ م .

٤. الشيخ علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي , الانصاف في معرفة
الراجح من الخلاف , الجزء الخامس , الطبعة الاولى , مطبعة السنة المحمدية , مصر ,
١٣٧٦ هـ , ١٩٥٦ م .

٥. الشيخ مجد الدين ابي البركات الحنبلي , المحرر , الجزء الاول , مطبعة السنة المحمدية ,
مصر , ١٣٧٠ هـ , ١٩٥٠ م .

٦. الشيخ موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة , الكافي , الجزء الثاني ,
الطبعة الاولى , منشورات المكتب الاسلامي , قطر , بدون سنة طبع .

٧. الشيخ موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة والشيخ شمس الدين ابي
الفرج عبد الرحمن ابي عمر محمد بن احمد بن قدامة , المغني والشرح الكبير , الجزء
الرابع , دار الكتاب العربي , بيروت , ١٣٩٢ هـ , ١٩٧٢ م .

هـ - الفقه المالكي :

١. الشيخ ابو البركات سيدي احمد بن محمد بن احمد بن حاكم العدوي الدردير , حاشية الدسوقي على الشرح الكبير , الجزء الثالث والرابع , دار احياء الكتب العربية , القاهرة , بدون سنة طبع .
٢. الشيخ احمد بن محمد الحاوي , بلغة السالك لا قرب المسالك الى مذهب الامام مالك , الجزء الثاني , الطبعة الاخيرة , مطبعة مصطفى الحلبي , مصر , ١٣٧٣ هـ , ١٩٥٣ م .
٣. الشيخ احمد بن محمد الدردير , الشرح الصغير , الجزء الثاني والثالث , مطبعة مصطفى الحلبي , مصر , ١٣٧٢ هـ , ١٩٥٣ م .
٤. الشيخ ابو الحسن بن عبد السلام التوسلي , البهجة في شرح التحفة , الجزء الاول , مطبعة مصطفى البابي الحلبي , القاهرة , ١٣٧٠ هـ , ١٩٥٩ م .
٥. الشيخ ابو الوليد محمد بن احمد القرطبي , بداية المجتهد ونهاية المقتصد , الجزء الثاني والثالث , مطبعة الاستقامة , القاهرة , ١٣٧١ هـ , ١٩٥٢ م .
٦. الشيخ ابو عبد الله محمد الخرشي , شرح الخرشي على المختصر الجليل , الجزء الخامس , الطبعة الثانية , مطبعة بولاق مصر , ١٣١٧ هـ .
٧. الشيخ ابو 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 , ١٣٢٩ هـ .
٨. الشيخ مالك بن انس بن مالك الاصمعي , المدونة الكبرى , الجزء الرابع عشر , مطبعة السعادة , مصر , ١٣٢٣ هـ .

و - الفقه الزيدي :

١. الشيخ احمد بن يحيى بن المرتضى البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار , الجزء الثالث والرابع , الطبعة الاولى , مطبعة السنة المحمدية , مصر , ١٣٦٨ هـ , ١٩٤٩ م .
٢. الشيخ محمد بن علي الشوكاني , نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار , الجزء الاول والخامس , الطبعة الاولى , المطبعة المصرية , ١٣٥٧ هـ .

ز - الفقه الظاهري :

١. الشيخ ابو محمد علي بن احمد بن سعيد الظاهري , المحلى , الجزء الثامن , مطبعة الامام , القاهرة , بدون سنة طبع .

ح - الفقه الاباضي :

١. الشيخ عامر بن علي الشماخي , كتاب الايضاح , الجزء الخامس , الطبعة الاولى , منشورات دار الدعوى , ليبيا , ١٣٩١ هـ , ١٩٧١ م .

٢. الشيخ محمد بن يوسف بن اطفيش , شرح كتاب النيل وشفاء العليل , الجزء الحادي عشر , الطبعة الثانية , دار الفتح , بيروت , ١٤٨٧ هـ , ١٩٧٢ م .

سادساً - كتب الفقه الاسلامي الحديث والمقارن .

١. الشيخ ابراهيم دسوقي الشهاوي , المذاهب الفقهية في الرهن والشفعة , الطبعة الاولى , شركة الطباعة الفنية , المتحدة , مصر , ١٣٨٥ هـ , ١٩٦٥ م .

٢. أ. احمد ابو الفتح , المعاملات في الشريعة الاسلامية , مطبعة نهضة مصر , القاهرة , بدون سنة طبع .

٣. الشيخ احمد بن عبد الله القارئ , مجلة الاحكام الشرعية , مطبوعات تهامة , الرياض , سنة ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .

٤. د. امين عبد المعبود زغلول , نظرية التوثق في الشريعة الاسلامية , الطبعة الاولى , مؤسسة دار الكتاب , الكويت , سنة ١٩٩٨ .

٥. الموسوعة الاسلامية المعاصرة , كتاب الرهن ,

<http://www.Islampedia.com/MIE٢/maintnter/default.htm/>.

٦. أ. زهير العبيدي , الغبن والاستغلال بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية دراسة مقارنة , مطبعة دار السلام , بغداد , سنة ١٩٧٣ .

٧. د. سعيد المحاسني , شرح المجلة , الجزء الاول , دمشق , سنة ١٩٢٧ م .

٨- الشيخ عبد الوهاب بن احمد بن علي الانصاري الشعراني , الميزان الكبرى , الطبعة الاولى , الجزء الثاني , مطبعة مصطفى الحلبي , مصر , بدون سنة طبع .

٩. الشيخ علي الخفيف , مختصر احكام المعاملات الشرعية , مطبعة السنة المحمدية , مصر , سنة ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٤ م .

١٠. الشيخ علي الخفيف , النظريات العامة في الفقه – الرهن , معهد الدراسات العليا , القاهرة , سنة ١٩٦١ م .
١١. فرج توفيق الوليد , الرهن في الشريعة الاسلامية , مطبعة القضاء , النجف الاشرف , سنة ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م .
١٢. د. محمد رضا عبد الجبار العاني , الوكالة في الشريعة والقانون , مطبعة العاني , بغداد , سنة ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م .
١٣. د. سلام محمد مدكور , مباحث الحكم عند الاصوليين , الجزء الاول , مطبعة لجنة البيان العربي , القاهرة , بدون سنة طبع .
١٤. د. محمد سلام مدكور , الامر في نصوص التشريع الاسلامي , ودلالته على الاحكام , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٦٧ م .
١٥. د. محمد زكي عبد البر , احكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي , الطبعة الاولى , دار الثقافة , الدوحة , ١٤٠٧ هـ , ١٩٨٦ م .
١٦. د. محمد عبد الجواد محمد , الحيازة والتقدم في الفقه الاسلامي , المقارن بالقانون الوضعي , منشأة المعارف , الاسكندرية , ١٩٧٧ م .
١٧. د. مصطفى ابراهيم الزلمي , الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية , الجزء الاول , بدون مكان وسنة طبع .
١٨. الشيخ مصطفى مجاهد عبد الرحمن , بحوث في الفقه المقارن , الطبعة الاولى , مطبعة الاعتصام , القاهرة , بدون سنة طبع .
١٩. د. منير القاضي , شرح المجلة , الجزء الثاني , مطبعة التفيض الاهلية , بغداد , ١٣٦٠ هـ , ١٩٤٢ م .
٢٠. د. منير القاضي , شرح المجلة , الجزء الثالث , الطبعة الاولى , مطبعة العاني , بغداد , ١٩٤٨ م .

سابعاً - الكتب والمؤلفات القانونية :

١. أ. احمد حشمت ابو ستين , نظرية الالتزام , الجزء الاول , الطبعة الثانية , مطبعة مصر , القاهرة , ١٩٥٤ .

٢. د. احمد سلامة , التأمينات المدنية – الرهن الرسمي , دار التعاون للطبع والنشر , القاهرة , ١٩٦٦ .
٣. د. احمد سلامة , دروس في التأمينات المدنية , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٦٨ .
٤. د. احمد محمد ابراهيم , القانون المدني معلقا على نصوصه , بالاعمال التحضيرية واحكام القضاء وارااء الفقهاء , الطبعة الاولى , دار المعارف , الاسكندرية , ١٩٦٤ .
٥. د. اسعد دياب , ابحاث في التأمينات العينية , الطبعة الاولى , المؤسسة الجامعة للدراسات , بيروت , ١٩٨٨ .
٦. د. اسماعيل غانم , النظرية العامة للألتزام , مكتبة عبد الله وهبة , مصر , ١٩٦٦ .
١٠. د. انور طلبة , الوسيط في شرح القانون المدني , الجزء السادس , المكتب الجامعي الحديث , الاسكندرية , ٢٠٠١ .
١١. د. توفيق حسن فرج , الحقوق العينية الاصلية , مؤسسة دار الثقافة الجامعية , ١٩٨٦ .
١٢. د. جميل الشرقاوي , نظرية بطلان التصرف القانوني , مطبعة جامعة القاهرة , ١٩٥٦ .
١٣. د. جميل الشرقاوي , الحقوق العينية , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٨٢ .
١٤. د. حسن علي ذنون , الحقوق العينية الاصلية , شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة , بغداد , ١٩٥٤ .
١٥. د. حسين النوري , عوارض الاهلية , الطبعة الاولى , مطبعة البيان العربي , القاهرة , ١٩٥٤ .
٢١. القاضي حسين عبد اللطيف حمدان , التأمينات العينية , الطبعة الثانية , الدار الجامعية , بيروت , ١٩٨٥ .
٢٢. د. حلمي بهجت بدوي , اصول الالتزامات , مطبعة النوري , القاهرة , ١٩٦٣ .
٢٣. د. رمضان ابو السعود , الوسيط في الحقوق العينية الاصلية , الجزء الاول , الدار الجامعية , الاسكندرية , ١٩٨٦ .
٢٤. د. سعدون العامري , الوجيز في شرح المسماء , الجزء الاول , الطبعة الثالثة , مطبعة العاني , بغداد , ١٩٧٤ .
٢٥. د. سعيد عبد الكريم مبارك , شرح القانون المدني العراقي - الحقوق العينية الاصلية , الطبعة الاولى , دار الحرية , بغداد , ١٩٧٣ .

٢٦. د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي , الموجز في العقود المسماة , بغداد , ١٩٩٣.
٢٧. د. سليمان مرقس , التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد , الطبعة الثانية , مطابع دار النشر للجامعات المصرية , القاهرة , ١٩٥٩.
٢٨. د. سليمان مرقس , الوافي في شرح القانون المدني , الجزء الثالث , المجلد الاول , الطبعة الخامسة , القاهرة , ١٩٨٥.
٢٩. د. سمير عبد السيد تناغو , التأمينات العينية , منشأة المعارف , الاسكندرية , ١٩٦٧.
٣٠. د. سمير عبد السيد تناغو , المبادئ الاساسية في النظرية العامة للقانون , منشأة المعارف , الاسكندرية , بدون سنة طبع .
٣١. أ. شاکر ناصر حيدر , شرح القانون المدني الجديد , الحقوق العينية العقارية , الطبعة الاولى , مطبعة المعارف , بغداد , ١٩٥٣ .
٣٢. د. شعيب احمد الحمداني , قانون حمورابي , بيت الحكمة , بغداد , ١٩٨٨.
٣٣. د. شمس الدين الوكيل , نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد , الجزء الاول , الطبعة الاولى , دار المعارف , مصر , ١٩٥٦.
٣٤. د. صلاح الدين الناهي , الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية , مطبعة المعارف , بغداد , ١٩٥٣.
٣٥. د. صلاح الدين الناهي , محاضرات عن القانون المدني العراقي - القيت على طلبة قسم الدراسات القانونية , معهد الدراسات العالية , بدون مكان طبع , ١٩٦٠.
٣٦. د. صلاح الدين الناهي , مبادئ الالتزامات , مطبعة سلمان الاعظمي , بغداد , ١٩٦٨.
٣٧. د. عادل سيد فهميم , مذكرات سريعة عن نظرية التأمينات , مطبعة الحداد , البصرة , ١٩٦٨.
٣٨. د. عادل السيد فهميم , نظرية التأمين العيني في القانون المدني العراقي , الطبعة الثانية , مطبعة الحداد , البصرة , ١٩٦٩.
٣٩. د. عامر سليمان , القانون في العراق القديم , الجزء الاول , دار الشؤون الثقافية العامة , ١٩٨٧.

٤٠. د. عباس حسن الصراف , شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي - دراسة مقارنة , الطبعة الاولى , دار البحوث العلمية , الكويت , ١٩٧٥ .
٤١. أ. عبد الباقي البكري , شرح القانون المدني العراقي , الجزء الثالث , مطبعة الزهراء , بغداد , ١٩٧١ .
٤٢. أ. عبد الباقي البكري وأ. زهير البشير , المدخل لدراسة القانون , مديرية دار الكتب للطباعة والنشر , بغداد , ١٩٨٧ .
٤٣. د. عبد الرزاق احمد السنهوري , نظرية العقد , القاهرة , ١٩٣٤ .
٤٤. د. عبد الرزاق احمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , التأمينات الشخصية والعينية , الجزء العاشر , مطبعة دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٧٠ .
٤٥. د. عبد السلام الترماني ود. عبد الجواد السرميني , الحقوق العينية التبعية في القانون المدني السوري , الجزء الثاني , مطبوعات كلية الحقوق , حلب , ١٩٦٩ .
٤٦. د. عبد الفتاح عبد الباقي , احكام القانون المدني المصري في التأمينات الشخصية والعينية , دار النشر للثقافة , الاسكندرية , ١٩٥٠ .
٤٧. د. عبد العزيز عامر , عقد البيع , المطبعة العالمية , القاهرة , ١٣٨٧ هـ , ١٩٦٧ م .
٤٨. د. عبد المجيد الحفماوي ود. عكاشة محمد عبد العال , تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية والقانون الروماني , مطبعة الحوادث , بغداد , ١٩٨٩ .
٤٩. د. عبد المجيد الحكيم وأ. عبد الباقي البكري وأ. محمد طه البشير , الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي , الجزء الاول والثاني , بغداد , ١٩٨٦ .
٥٠. د. عبد المنعم فرج الصده , حق الملكية , الطبعة الثانية , شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده , مصر , ١٩٦٤ .
٥١. د. علي هادي العبيدي , الحقوق العينية , الطبعة الاولى , مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع , عمان , ١٤٢٠ هـ , ٢٠٠٠ م .
٥٢. د. عيد نايل , احكام الضمان العيني والشخصي , مطابع جامعة الملك سعود , المملكة العربية السعودية , ١٤١٩ هـ , ١٩٩٨ م .
٥٣. د. غني حسون طه , الحقوق العينية , في القانون المدني الكويتي - دراسة مقارنة , حق الملكية , الجزء الاول , مطبوعات دار الكويت , ١٩٧٧ .

٥٤. د. فتحية محمود القرة , النظرية القضائية المستحدثة للاوضاع الظاهرة , دراسة مقارنة , منشأة المعارف , الاسكندرية , بدون سنة طبع .
٥٥. د. كمال ثروت الوندائي , شرح احكام عقد البيع , دراسة مقارنة مع مجموعة التشريعات , العربية والاجنبية , الطبعة الاولى , مطبعة دار السلام , بغداد , ١٩٧٣ .
٥٦. د. مالك دوهان الحسن , شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزامات , دار الطبع والنشر الاهلية , بغداد , ١٩٧١ .
٥٧. أ. محمد طه البشير , الوجيز في الحقوق العينية التبعية , الطبعة الثالثة , دار الحرية للطباعة , بغداد , ١٩٧٤ .
٥٨. أ. محمد طه البشير ود. غني حسون طه , الحقوق العينية , مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر , الموصل , ١٩٨٢ .
٥٩. أ. محمد طه البشير ود. هاشم الحافظ , القانون الروماني , بغداد , ١٩٨٣ .
٦٠. د. محمد عبد اللطيف التقادم المكسب والمسقط , الطبعة الاولى , دار النشر للجامعات المصرية , القاهرة , ١٩٥٨ .
٦١. د. محمد علي امام , التأمينات الشخصية والعينية , مطبعة نهضة مصر , القاهرة , ١٩٥٦ .
٦٢. د. محمد علي عرفة , شرح القانون المدني , مطبعة جامعة فؤاد , القاهرة , ١٩٤٧ .
٦٣. د. محمد لبيب شنب , دروس في التأمينات العينية والشخصية , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٥٠ .
٦٤. د. محمد كامل مرسي , الحقوق العينية الاصلية , الجزء الرابع , مطبعة الرغائب , القاهرة , ١٩٣٠ .
٦٥. د. محمد كامل مرسي , الموجز في التأمينات الشخصية والعينية , المطبعة العالمية , القاهرة , ١٩٤٩ .
٦٦. د. محمد كامل مرسي , الحقوق العينية التبعية , الطبعة الثانية , منشورات المطبعة العالمية , القاهرة , ١٣٧٠ هـ , ١٩٥١ م .
٦٧. د. محمد وحيد الدين سوار , شرح القانون المدني - الحقوق العينية , الجزء الثاني , مطابع الف باء - الاديب , دمشق , ١٩٦٨ .
٦٨. د. محمد وحيد الدين سوار , الحقوق العينية التبعية , مكتبة دار الثقافة , عمان , ١٩٩٥ .

٦٩. أ. منصور حاتم محسن الفتلاوي , نظرية الذمة المالية - دراسة مقارنة بين الفقهاء
الوضعي والاسلامي , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , ١٩٩٩
٧٠. د. منصور مصطفى منصور , التأمينات العينية , المطبعة العالمية , ١٩٦٣
٧١. د. محمود السقا , فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية , القاهرة , ١٩٧٨
٧٢. محمود جمال الدين , الوجيز في مقدمة الدراسات القانونية , مطابع دار الشعب , القاهرة ,
١٩٦٥ .
٧٣. د. محمود جمال الدين زكي , الوجيز في الحقوق الاصلية , مطبعة جامعة القاهرة , ١٩٧٨
٧٤. د. محمود جمال الدين زكي , التأمينات الشخصية والعينية , الطبعة الثالثة , مطابع دار
الكتاب العربي , القاهرة , ١٩٧٩
٧٥. د. محمود سلام زناتي , نظم القانون الروماني , القاهرة , ١٩٦٦
٧٦. د. نبيل ابراهيم سعد , التأمينات العينية والشخصية , منشأة المعارف , الاسكندرية ,
١٩٨٢ .

ثامناً - الرسائل والبحوث :

١. د. احمد سلامة , الرهن الطليق للمنقول , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية,
تصدرها كلية الحقوق , بجامعة عين شمس , العدد الثاني , السنة العاشرة , ١٩٦٨ .
٢. حسن ابراهيم الحميري , تطور فكرة الرهن في مشروع القانون المدني الجديد , بحث مقدم
الى المعهد القضاء , الدراسات القانونية المتخصصة العليا - القسم المدني , ١٩٨٧ .
٣. د. حسين حامد حسان , الرهن الوارد على غير الاعيان - تطبيق النظرية العامة للتأمين
العيني , بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد , العددان الثالث والرابع , السنة الاربعون
للمجلة , ١٩٧٠ .
٤. حسين عذاب السكني , فكرة العينية ودورها في انشاء التصرف القانوني - دراسة مقارنة,
رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد , ١٩٩٥ .
٥. سهام عبد الرزاق مجلي , فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له , رسالة
دكتوراه مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد , ٢٠٠٠ .

٦. شامل رشيد ياسين الشихلي , عوارض الاهلية بين الشريعة والقانون , رسالة ماجستير , مقدمة الى كلية الشريعة - جامعة بغداد , ١٣٩٤هـ , ١٩٧٤ م .
٧. د. صفاء تقي عبد نور , الرهن البحري - دراسة مقارنة , رسالة ماجستير مقدمة الى كلية النهريين للحقوق , ١٤١٩هـ , ١٩٩٨ م .
٨. عصام لطفي الشريف , احكام وقواعد الرهن التجاري في قانون التجارة الاردني رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ , بحث منشور في مجلة المحامين , تصدرها نقابة المحامين الاردنيين , العدد التاسع , السنة الخامسة والاربعون .
٩. د. هادي حسين الكرعوي , القبض في عقد الرهن واثاره , بحث غير منشور , النجف الاشرف , ١٤٢٥هـ , ٢٠٠٤ م .
١٠. د. وديع فرج , اثر الرهن الرسمي في حقوق مالك العقار المرهون , بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد , صادرة عن جامعة القاهرة , العدد الثاني , السنة السابعة , ١٩٣٧ .

تاسعاً - القوانين :

١. القانون المدني الاردني رقم ١٣١ لسنة ١٩٥٢ .
٢. القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ .
٣. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٤. القانون المدني الليبي لسنة ١٩٥٣ .
٥. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٦. القانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ .
٧. قانون التجارة العراقية رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .
٨. قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٧ .
٩. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ .
١٠. قانون الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .
١١. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .
١٢. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .
١٣. قانون المرافعات المصري رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ .

١٤. قانون الملكية العقارية اللبناني لسنة ١٩٣٢.
١٥. قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٤٨.

عاشراً - مراجع الاحكام القضائية :

١. القاضي ابراهيم المشاهدي المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز , مطبعة العمال المركزية , بغداد , ١٩٨٨.
٢. القاضي ابراهيم المشاهدي , المختار من قضاء محكمة التمييز , الجزء الرابع , مطبعة الزمان , بغداد , ٢٠٠٠.
٣. القاضي ابراهيم المشاهدي , المختار من قضاء محكمة التمييز , الجزء السابع , مطبعة الزمان , بغداد , ٢٠٠٢.
٤. النشرة القضائية , صادرة عن وزارة العدل في جمهورية العراق :
أ - العدد الاول , السنة الرابعة , ١٩٧٣ .
ب - العدد الثاني , السنة الرابعة , ١٩٧٣ .
٥. المحامي انور طلبة , مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض , الجزء الثاني , بدون مكان طبع , ١٩٨١ .
٦. أ . سليمان بيات , القضاء المدني العراقي , الجزء الثالث , شركة الطبع والنشر الاهلية , بغداد , بدون سنة طبع .
٧. د. عبد الرحمن علام , المبادئ القضائية لاحكام محكمة التمييز , بغداد , سنة ١٩٥٧ .
٨. المحامي عبد العزيز السهيل , احكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني , الجزء الاول , مطبعة اوميت - دار التضامن , بغداد , ١٩٦٢ .
٩. د. عبد الفتاح مراد , موسوعة مراد لاحداث احكام محكمة النقض الجنائية والمدنية , الجزء الثالث والرابع والخامس , بدون مكان طبع , ٢٠٠٤ .
١٠. د. فتحية محمود القرة , مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , ١٩٨٥ .
١١. المستشار سعيد احمد شعلة , قضاء النقض في المرافعات , الجزء الثالث , منشأة المعارف , الاسكندرية , ١٩٩٧ .

١٢. مجلة القضاء , تصدرها نقابة المحامين في جمهورية العراق :

- أ - العدد الخامس , السنة الرابعة عشر , ١٩٥٦.
- ب - العدد الثالث , السنة السادسة عشر , ١٩٥٨.
- ج - العدد الاول , السنة السابعة عشر , ١٩٥٩.
- د - العددان الثاني والثالث , السنة السابعة عشر , ١٩٥٩.
- هـ - العدد الخامس , السنة السابعة عشر , ١٩٥٩.
- و - العددان الاول والثاني , السنة الثامنة عشر , ١٩٦٠.
- ز - العدد الثاني , السنة الثانية والعشرون , ١٩٦٧.
- ح - العدد الاول , السنة الرابعة والعشرون , ١٩٦٩.
- ط - العدد الرابع , السنة الخامسة والعشرون , ١٩٧٠.
- ي - العدد الثاني , السنة السادسة والعشرون , ١٩٧١.
- ك - العدد الثالث , السنة السادسة والعشرون , ١٩٧١.
- ل - العدد الرابع , السنة السادسة والعشرون , ١٩٧١.
- م - العددان الثالث والرابع , السنة السابعة والعشرون , ١٩٧٢.
- ن - العدد الثاني , السنة الثامنة والعشرون , ١٩٧٣.
- س - العدد الثالث , السنة الثامنة والعشرون , ١٩٧٣.
- ع - العددان الثالث والرابع , السنة الثالثة والاربعون , ١٩٨٨.
- ف - العدد الثاني , السنة الخامسة والاربعون , ١٩٩٠.
- ص - العددان الاول والثاني , السنة الثانية والخمسون , ١٩٩٧.
- ق - العددان الاول والثاني , السنة السابعة والخمسون , ٢٠٠٤.

١٣. مجموعة الاحكام العدلية , صادرة عن قسم الاعلام القانوني بوزارة العدل في جمهورية العراق :

- أ - العدد الاول , السنة السادسة , ١٩٧٥.
- ب - العدد الثالث , السنة السادسة , ١٩٧٥.
- ج - العدد الاول , السنة السادسة , ١٩٧٦.
- د - العدد الرابع , السنة السابعة , ١٩٧٦.

هـ - العدد الثاني , السنة الثامنة ، ١٩٧٧

١٤. القرارات القضائية غير المنشورة :

أ - قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٤٩ / موسعة اولى / ٨٤ المؤرخ في ١٩٨٥/٦/٢٨.

ب - قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٦٦ / مدنية اولى / ٩٢ المؤرخ في ١٩٩٢/٣/٢٧.

ج - قرار محكمة التمييز العراقية , الرقم ٨٣٨ / موسعة اولى / ٩٢ المؤرخ في ١٩٩٢/١٢/١٩.