



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث
العلمي
جامعة بابل / كلية القانون

التنظيم القانوني لتجهيل الرهن الحيازي دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي

رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون/ جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص/جامعة بابل

من قبل الطالبة

مريم مالك زباله

بإشراف

الدكتور ميري كاظم عبيد الخيكاني

أستاذ القانون المدني

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ

بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ بَرَائِرٍ

مِنْكُمْ

حَسْبُكَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

سُورَةُ النِّسَاءِ الْآيَةُ 29

الاهداء

إلى الذين لا توفي الكلمات حقهم... إلى من يعجز اللسان عن

وصفهم

إلى من أحمل اسمه بكل فخر... إلى من تحمل مشاق الحياة

إلى من رباني صغيراً ورجلي كبيراً (أبي العزيز)

إلى معلمتي الأولى إلى عبير الجنة وربانها (أمي العزيزة)

إلى من هم سندي وأشدُّ بهم أُرِّي على الدوام (أخواتي

وأخوتي)

إلى التي تكبدت معي مشاق هذه الرحلة

إلى توأم روحي

(أختي منار)

إلى كل من وقف معي سراً... وإلى كل من دعا لي وكان قلبه معي

في هذه الرحلة

أهدي إليهم رسالتي المتواضعة هذه

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين وبعد الشكر والحمد لله تعالى، وبعد الصلاة على النبي محمد صلى الله عليه وآله وسلم وعلى آل بيته الاطهار عليهم السلام أجمعين، لا يسعني إلا أن أتقدم بأسمى آيات الشكر والعرفان الى الأستاذ الدكتور (ميري كاظم الخيكاني)، عميد كلية القانون في جامعة بابل، الذي كانت لتوجيهاته وملاحظاته الدقيقة الأثر البالغ في اخراج هذه الرسالة بهذا الشكل، وتفهمه لكل الصعاب التي واجهت الباحثة، جزاه الله خير الجزاء وأطال الله في عمره خدمة للعلم والبحث العملي.

وأتوجه بالشكر الى رئيس لجنة المناقشة وأعضائها، الذين ستكون مساهمتهم وملاحظاتهم العلمية دور كبير في اكمال هذه الرسالة.

كما أتقدم بالشكر لأساتذتي الأجلاء في جامعة بابل - كلية القانون، لما قدموه من نصائح وارشادات ابتداءً من السنة التحضيرية وحتى انتهاء السنة البحثية، لمساعدتهم لي ووقوفهم معي .

كذلك أتقدم بالشكر الجزيل والحب لعائلتي الذين تحملوا معي مشقة الدراسة إذ لولاهم لما وصلت الى هذه المرحلة.

والشكر موصول أيضاً الى كل من مدّ لي يد العون في اكمال رسالتي هذه ووقف الى جنبي وشد من أزرعي.

وأخيراً وأتمنى التوفيق للجميع خدمة للعلم والمسيرة التعليمية وآخر دعوانا الحمد لله رب العالمين.

الباحثة

قائمة المحتويات

الصفحة رقم	الفقرات
أ	الآية القرآنية
ب	الاهداء
ج	شكر و عرفان
د - هـ	المحتويات
ي	الملخص
4-1	المقدمة
54-5	الفصل الأول ماهية تجهيل الرهن الحيازي
6	المبحث الأول / مفهوم تجهيل الرهن الحيازي
6	المطلب الأول / التعريف بتجهيل الرهن الحيازي
7	الفرع الأول/ تعريف التجهيل
14	الفرع الثاني / أساس التجهيل
17	المطلب الثاني / شروط التجهيل
18	الفرع الأول / موت المرتهن
25	الفرع الثاني / عدم بيان المال المرهون
30	المبحث الثاني / حالات تجهيل الرهن الحيازي
31	المطلب الأول / التجهيل بسبب الاختلاط بالتركة
32	الفرع الأول / اختلاط المرهون قبل موت المرتهن
39	الفرع الثاني / اختلاط المرهون بعد موت المرتهن
46	المطلب الثاني / التجهيل بسبب خروج المال المرهون من التركة
47	الفرع الأول / خروج المال المرهون قبل موت المرتهن
51	الفرع الثاني / خروج المال المرهون بعد موت المرتهن
101-56	الفصل الثاني احكام تجهيل الرهن الحيازي
57	المبحث الأول / تغير المال المرهون

57	المطلب الأول / التغير قبل موت المرتهن
59	الفرع الأول / الزيادة في المال المرهون
66	الفرع الثاني / النقصان في المال المرهون
71	المطلب الثاني / التغير بعد موت المرتهن
71	الفرع الأول / الزيادة في المال المرهون
76	الفرع الثاني / النقصان في المال المرهون
81	المبحث الثاني / مسؤولية ورثة المرتهن عن المال المرهون
82	المطلب الأول / المسؤولية عن هلاك المال المرهون
82	الفرع الأول / الهلاك الكلي
88	الفرع الثاني / الهلاك الجزئي
91	المطلب الثاني / الحماية القانونية لدائني المورث من تصرفات ورثته
92	الفرع الأول / حماية دائني المورث من تصرفات الورثة
95	الفرع الثاني / اثر الدين العيني على تملك ورثة المرتهن للتركة
98	الفرع الثالث / موقف القضاء من مسؤولية الورثة عن ديون مورثهم
104-102	الخاتمة
119-105	المصادر
120	المستخلص باللغة الانكليزية

الملخص

تجهيل الرهن الحيازي يعد من الأمور السلبية التي قد تحصل للرهن الحيازي، وما قد تسببه ضرر للراهن وضياع أمواله المرهونة، التي هي أمانة بيد المرتهن لكن قد يحصل خطأ من قبل المرتهن بسبب تقصيره، أو إهماله أو أي سبب آخر يحصل تجهيل للرهن الحيازي، وبعد وفاته عند مطالبة الراهن بأمواله فلا يجدها، وذلك بسبب المرتهن، فهنا نقف أمام مشكلة ألا وهي عدم بيان المال المرهون، لذلك يتم ضياع المال المرهون، والاشكاليات التي قد تثار بسبب التجهيل حول مدى التزام الورثة عن ذلك المال المرهون والنزاعات التي قد تحصل بين ورثة المرتهن والراهن.

يتضمن هذا البحث محورين رئيسيين : نبين في المحور الأول ماذا يُقصدَ بتجهيل الرهن الحيازي والاساس القانوني والفقهى لحصول التجهيل، ونبين أهم الشروط الواجب حصولها لتحقيق تجهيل الرهن، وكذلك حالات حصول تجهيل الرهن الحيازي مع بيان أهم الاحكام وطرق التعامل معها عند حصول التجهيل. في كل من القانون وكذلك الفقه الإسلامي، والذي يعكس نظرة الشريعة والديانات في تحديد حالات حصول تجهيل الرهن الحيازي بعد وفاة المرتهن، حيث تمت الإشارة بهذا البحث الى الفقه الإسلامي بشكل أساسي ومفصل عما هو في التشريعات القانونية، وذلك لندرته.

أما المحور الثاني فقد تناولت فيه أحكام تجهيل الرهن الحيازي، حيث وضحنا حالات حصول نقصان المال المرهون، أو الزيادة في المال المرهون، والاحكام المترتبة عليها عند حدوثها قبل موت المرتهن وبعد موته، وكذلك بينا حالات حصول الهلاك الكلي للمال المرهون، والهالك الجزئي، وبيان مسؤولية الورثة عن المال المرهون، ومدى مسؤوليتهم عن ديون مورثهم، وما هو مصير التركة، هل تنتقل للورثة أم يتم سداد الديون مع بيان الاختلافات التي حصلت في القوانين الوضعية وكذلك الفقه الإسلامي، ولابد من معرفة موقف القضاء حول مسؤولية ورثة المرتهن عن ديون مورثهم، وكيفية حل النزاعات المترتبة عليها، وقد توصلت هذه الدراسة الى مجموعة من النتائج والمقترحات، التي نأمل قد تكون عوناً وإسهاماً في التنظيم القانوني لتجهيل الرهن الحيازي ومن الله التوفيق.

المقدمة

الحمد لله الملك الجواد الهادي الى سبل الرشاد والذي خلق الخلق كما أراد وجعل الأرض زرعاً ونباتاً وأنعم علينا بنعم كبيرة لا تعد ولا تحصى.

أولاً : التعريف بالموضوع

التأمينات العينية بوجه عام، هي رهن بالمعنى الواسع للكلمة، والرهن حق عيني يتقرر للدائن على مال مملوك للمدين، أو غيره، وذلك ليضمن استيفاء الدائن حقه من المال المرهون لديه، الدائن بوجه عام يتمتع بنوعين من الضمان، الضمان الأول عاماً يشمل كل أمواله، أما الضمان الثاني هو الضمان الخاص على مال معين، وبما أن الضمان العام لا تتوافر فيه الحماية الكافية للدائن، وذلك لاشتراك دائني المدين ومزاحمته، وبسببه لا يفضل دائن على دائن آخر، فيكون قصور في الضمان، لأنه قد لا تكفي الذمة المالية للوفاء بالديون جميعها، أو قد يتم دخول حقوق جديدة بعد حق الدائن مما يقلل ضمان دينه، فالضمان العام لا يمنع المدين من التصرف بذمته، لذلك ظهر نوع آخر الا وهو الضمان الخاص، أو ما يسمى بالتأمين العيني وبالتحديد (الرهن الحيازي)، فيكون الضمان على مال معين، وتكون له الأولوية في استيفاء حقه من المال وكذلك تتبعه في أي يد يكون.

لكن قد تظهر مشكلة أثناء الرهن الحيازي، ويتركز النزاع حولها، وهي لو مات المرتهن، دون أن يبين المال المرهون، أو يميزه عن غيره، أو يبين لأحد ورثته المال المرهون، فلا يعلم مصيرها بعد موته، هل هي موجودة في ماله أم لا، وإذا لم تكن موجودة ما سبب هلاكها، هل بتعد من المرتهن وتفريط منه، حتى يضمن ذلك من تركته، أو كان بغير قصد فلا يضمنه، فيسمى المرتهن عندئذ ((مجهلاً))؛ لأنه مات وجهل حال المال المرهون، فمالكها يدعيها فيطالب بحقه من تركته. والذي يصطدم بحقوق الورثة؛ لأنه اغلب التشريعات اعترفت بحق الإرث وأقرته، وانتقال أموال المتوفي الى ورثته مسألة لا نزاع عليها، إلا أنه تختلف حول طبيعة هذا الحق وحدوده؛ لأنه بعض التشريعات تقر على أن شخصية الوارث امتداد لشخصية المورث، والبعض الآخر على خلاف هذا الرأي، وبالتالي يؤثر على الحقوق التي على التركة، الا أن اغلب التشريعات قد أقرت لا تركة إلا بعد سداد الديون وبالتالي يعد اكثر ضمان لحماية حقوق الدائنين، لأنه يتم وفاء الديون قبل أن تؤول

الأموال الى الورثة، وبالتالي ضمان حقوق دائني المورث، وبما انه حصل تجهيل للرهن الحيازي، فقد يتمسك ورثة المرتّهن بظاهر اليد فيدعي انها جزء من التركة والمال الموروث، وبالتالي يحصل نزاع بينهم، وعلى الدائن اثبات ذلك.

لذلك لا بد من بيان تعريف تجهيل الرهن الحيازي، واهم الشروط الواجب توفرها لحصول تجهيل الرهن، لكي تنتفي فيها مسؤولية ورثة المرتّهن، وتقع عائق المسؤولية على المورث المرتّهن، وبالتالي لا تكون المسؤولية شخصية على ورثة المرتّهن، وبيان أهم الأسباب التي قد يحصل فيها تجهيل الرهن الحيازي، وتوضيح اهم احكام تجهيل الرهن الحيازي من زيادة، أو نقصان في المرهون، أو هلاك، وأيضا بيان مدى مسؤولية ورثة المرتّهن عن تلك الحالات التي قد تحصل.

ثانياً: أهمية الدراسة

إن سبب اختياري لموضوع -التنظيم القانوني لتجهيل الرهن الحيازي- دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، عنواناً لهذه الرسالة؛ لأنه لم ينل القدر الكافي من التخصيص والاضافة، ولم يحظ بعناية فائقة في الدراسات القانونية لذلك تعد دراستنا لتجهيل الرهن الحيازي أول دراسة على مستوى الوطن العربي، ولأهميته البالغة وما قد يسبب ضرر للراهن لذلك سندعو الى تنظيمه قانونياً، فضلاً ان هذا الموضوع تناثرت أحكامه في مؤلفات الفقه الإسلامي، وعدم وجود تعريف صريح لـ (تجهيل الرهن الحيازي)، فضلاً على الاختلاف على طبيعتها، واقتصر الامر على عرض حالات جزئية لهذه القاعدة، وان اغلب القوانين لم تهتم بها الاهتمام الكافي، ولم تخصص لتجهيل الرهن الحيازي الا فقرة واحدة في المادة 1350 من القانون المدني العراقي. ولذلك تم اختيار هذا الموضوع لغرض بيان تعريفه وتأصله في الفقه الإسلامي ، فضلاً على الإشارة الى شروطه والحالات الواردة عليه، كما لا بد من الإشارة الى احكام تجهيل الرهن الحيازي.

ثالثاً : مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة بتجهيل الرهن الحيازي الذي يحدث للمرتّهن أثناء حيازته، إذ إن المشرع العراقي لم ينظم احكام تجهيل الرهن الحيازي التي قد يحصل، باعتبار ان الرهن له

دور فعال في الحياة العملية وكثرة استخدامه بين الأشخاص، وما زالت الدراسات القانونية تنصب عليه، مما يدل على أهميته وعمق فحواه، الا انه لم ينظم احكام تجهيل الرهن الحيازي بصورة مفصلة، انما تم ذكره في فقرة واحدة، وهذا لا يكفي، لذلك كان الدافع الرئيسي للبحث في هذا الموضوع وتأصيله قانونياً من أجل إيجاد الحلول لأجل حماية المال المرهون عند حصول التجهيل، ولأجل تحديد اطار قانوني لذلك قد تثار تساؤلات تشكل في مضمونها البحث، والتي يتم الإجابة عنها في ثنايا هذه الدراسة، والتساؤلات كالاتي :

- ماهي الشروط الواجب توافرها لحصول تجهيل الرهن الحيازي؟ وما موقف التشريعات المقارنة من التجهيل؟
- بيان حالات تجهيل الرهن الحيازي، وهل يحصل الضمان في كل حالات تجهيل الرهن؟
- مدى علاقة ورثة المرتهن بالتغير الحاصل في المال المرهون؟
- من يتحمل تبعة هلاك المال المرهون أثناء حيازة ورثة المرتهن له؟
- ما هو موقف القضاء عند حصول النزاعات بين ورثة المرتهن وبين دائن المورث؟

رابعاً : نطاق الدراسة

سنعتمد في نطاق البحث لدراستنا، القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ، وستتم مقارنته مع الفقه الإسلامي ، من خلال بيان آراء المذاهب الإسلامية (الامامية، الحنفية، المالكية، الشافعية)، وذكر أدلة كل رأي ومناقشتها، وترجيح الرأي الأفضل منها، وذكر موقف تشريعات بعض الدول المقارنة (القانون المدني الأردني، القانون المدني اليمني، القانون المدني المصري، القانون المعاملات المدنية الاماراتية، القانون المدني الفرنسي) إن وجدت فيما يتعلق بموضوع الدراسة.

خامساً : منهجية الدراسة

البحث في التنظيم القانوني لتجهيل الرهن الحيازي، يكون في ضوء القواعد العامة في القانون المدني العراقي النافذ والقواعد القانونية الخاصة للرهن الحيازي وبسبب طبيعة الموضوع وندره مفهومه في الوسط القانوني ، يجعل المنهج الأقرب لها، هو المنهج التحليلي

المقارن، وبيان موقف الفقهاء المسلمين، ولم نكتف بعرض آراء الفقهاء، بل ذكر النصوص الفقهية وتحليلها تحليلًا منطقيًا للوقوف عليها، وكذلك بيان موقف التشريعات المقارنة وذكر نصوصها على وجه التحديد، وهي كل من التشريع العراقي، والأردني، واليمني، والمصري، وقانون المعاملات الإماراتي، والفرنسي، وبالإضافة إلى ذلك سيكون نطاق بحثنا في الفقه الإسلامي أكثر مما هو عليه في القانون الوضعي، وذلك لعدم تنظيم المشرع العراقي وباقي التشريعات الأخرى لها، لذا ستكون دراستنا أكثر توسعاً في الفقه الإسلامي أكثر مما هو عليه في القانون الوضعي.

سادساً : خطة الدراسة

من أجل الإحاطة التامة بموضوع البحث، قسمنا خطة الرسالة إلى مقدمة وفصلين وخاتمة، نتناول في الفصل الأول ماهية تجهيل الرهن الحيازي والذي قسمناه إلى مبحثين، نتاولنا في الأول مفهوم تجهيل الرهن الحيازي وبيان تعريف التجهيل وأساسه، والشروط الواجب توافرها لحصول تجهيل الرهن، أما المبحث الثاني قد تناولنا فيه حالات تجهيل الرهن الحيازي التي قد تحصل بسبب الاختلاط بأموال التركة، أو بسبب خروج المال المرهون من اليد، إي التصرف فيها.

أما الفصل الثاني قد تناولنا فيه الأحكام التي تترتب على تجهيل الرهن الحيازي، وهي الزيادة والنقصان التي قد تحصل في المال المرهون، والهالك الجزئي والكلي الذي يحصل في المرهون، ومدى مسؤولية الورثة عن ذلك، وأيضاً مدى حماية دائني المورث من ورثة المرتّهن وموقف القضاء في النزاعات التي قد تحصل بسبب ذلك.

الفصل الأول

ماهية تجهيل الرهن الحيازي

تمهيد وتقسيم :

لما كان موضوع الرسالة تجهيل الرهن الحيازي فإنه من الضروري بيان مفهوم تجهيل الرهن الحيازي، كبيان تعريفه من أجل توضيحه ومعرفته بدقة وأيضاً معرفة الأساس القانوني والفقهى لتجهيل الرهن الحيازي ، كما أن لتجهيل الرهن الحيازي شروط معينة يجب توافرها لكي يتحقق حصول التجهيل.

كما إن لتجهيل الرهن الحيازي صور وحالات تندرج تحت موضوع تجهيل الرهن لذلك لا بد من بيان هذه الحالات التي قد يحصل بسببها التجهيل، سيتم بيانها في هذا الفصل والاثـر المترتب على كل حالات التجهيل وذلك لتجنب الأشخاص الوقوع في التجهيل الذي يسبب عدم استقرار المعاملات وعرقلتها.

يستلزم منا الوقوف على جميع هذه الأفكار والآراء، لذلك سنقسم هذا الفصل الى مبحثين نتناول في المبحث الأول التعريف بتجهيل الرهن الحيازي والشروط الواجب توافرها لقيام التجهيل، وسنوضح في المبحث الثاني الحالات التي قد يحصل فيها تجهيل الرهن الحيازي والاثـر المترتب عليها وكيفية التصرف عند حدوثها.

المبحث الأول

مفهوم تجهيل الرهن الحيازي

الرهن الحيازي من عقود الضمان ، أن الغرض من قيام عقد الرهن هو ضمان وفاء للدائن في حال عدم وفاء المدين (1)، وقد يقصد به العقد الذي يلتزم به الراهن تجاه المرتهن (2)، أي لا يكون حق أصلي إنما حق تبعية ينشأ بسبب عقد أصلي .

إما بالنسبة للتجهيل المراد به عدم بيان وجود الأمانة لدى الأمين وموته مجهلاً للأمانة التي بحيازته ولم يرق بأعلام ورثته بها، فإذا حصل تجهيل الرهن الحيازي من قبل المرتهن يكون سبب للضمان وذلك بسبب إهمال وتقصير المرتهن إذ لولا ذلك لما حصل التجهيل، وقد نص المشرع المدني العراقي التجهيل في فقرة واحدة دون بيان تعريف له محدد أو واضح.

سنبين في المبحث تعريف التجهيل وأهم التعريفات التي وردت في خصوص التجهيل، والاساس القانوني والفقهى للتجهيل بصورة عامة، في عقود الأمانة، وفي الرهن الحيازي بصورة خاصة في المطلب الأول، وسنبين بالبحث أهم الشروط الواجب توافرها لحصول التجهيل قانوناً وفقها في المطلب الثاني.

لذا سيتم تقسيم المبحث الى مطلبين وكل مطلب الى فرعين كما يأتي:

المطلب الأول: التعريف بتجهيل الرهن الحيازي

المطلب الثاني: شروط تجهيل الرهن الحيازي

المطلب الأول

التعريف بتجهيل الرهن الحيازي

(1) د. محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية التبعية، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، 1951، ص 347.

(2) د. أحمد سلامة، التأمينات المدنية، المطبعة العالمية ، مصر، القاهرة، بدون سنة طبع، الكتاب الرابع، ص 56.

لم نجد تعريفاً جامعاً مانعاً شاملاً لتجهيل الرهن الحيازي في التشريع أو الفقه الإسلامي أو القضاء لذا سنحاول بيان تعريف التجهيل وتعريف الرهن الحيازي في الفرع الاول، ليتسنى لنا بيان معنى تجهيل الرهن الحيازي ووضع تعريف له، وذلك لأهمية الرهن في حياتنا اليومية حيث يعد الرهن الحيازي من أهم وسائل الائتمان التي يعتمد الدائنون عليها وذلك لأنشاء العقود مع المدينين، وأيضاً يرتب للدائن ميزة التقدم والتتبع للمال المرهون في أي يد يكون، ويحق له أيضاً الاحتفاظ بغلة المال المرهون مقابل الدين الذي في ذمة المدين مخصوصاً ذلك من أصل الدين. إلا أنه في نفس الوقت فيه أضرار للمدين ألا وهي حرمان المدين من المال المرهون والانتفاع به، وأيضاً المرتتهن لا يحافظ على المال المرهون كما يحافظ المالك على ماله وقد لا يبذل العناية المطلوبة منه. ثم سنبين أساس تجهيل الرهن الحيازي حسب نص المادة 1350 المذكورة في القانون المدني العراقي⁽¹⁾، وأيضاً تشريعات الدول الأخرى التي نصت على التجهيل⁽²⁾، وبيان آراء مذاهب الفقه الإسلامي التي نصت على التجهيل في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التجهيل

لبيان تعريف التجهيل لا بد لنا من بيان تعريفه لغةً واصطلاحاً وبيان أهم التعريفات الفقهية التي ذكرت بشأنه وهذا ما سنتناوله تباعاً:

أولاً : تعريف تجهيل الرهن لغةً :

التجهيل لغةً: الجهل، نقيض العلم، وقد جهله فلأن جهلاً وجهالة، وجهل عليه. وتجاهل: أظهر الجهل. والتجهيل: أن تنسبه الى الجهل، وجهل فلأن حق فلأن وجهل فلأن علي وجهل بهذا الامر. والجهالة أن تفعل فعلاً بغير العلم. ورجل جاهل والجمع جهل وجُهل وجهلاء.⁽³⁾

وجهل تجهيلاً: جهله: نسبه الى الجهل، وجّهله: أوقعه في الجهل.⁽⁴⁾

(1) ينظر: القانون المدني العراقي النافذ رقم 40 لسنة 1951.

(2) ينظر: القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، والقانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، والقانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002، والقانون المدني الفرنسي النافذ لسنة 2016، وقانون المعاملات المدنية الامارتية النافذ لسنة 2020.

(3) العلامة ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم أبن منظور، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، بدون سنة طبع، المجلد الحادي عشر، ص 129.

(4) جبران مسعود، الرائد معجم لغوي عصري، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة السابعة، 1992، ص 284.

ثانيا : التعريف اصطلاحا :

يقصد الجهل في اصطلاح اهل الكلام: اعتقاد الشيء على خلاف ما هو عليه. (1)

لبيان تعريف التجهيل للرهن الحيازي سنبين اهم التعريفات التي تناولته في القانون والفقه الإسلامي وكما يلي :

أ-تعريف التجهيل في القانون

لم يعرف فقهاء القانون تجهيل الرهن الحيازي بصورة واضحة ، إلا أن بعضهم عرف التجهيل وهو "معنى التجهيل أن يموت الذي عنده الأمانة ولا توجد في تركته ولم يكن قد بين حالها قبل أن يموت. ولما كان هذا نوعاً من الإهمال وجب ضمانها في تركته"(2).

أما موقف المشرع العراقي أيضاً لم يعرف تجهيل الرهن الحيازي تعريف اصطلاحى، ألا أنه نص على تجهيل الرهن الحيازي في المادة 1350 الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي (و إذا مات المرتهن مجهلاً للرهن ولم يوجد في تركته، فقيمة الرهن تصير ديناً واجب الأداء من تركته).(3)

(1) ابراهيم أنيس عبد الحليم منتصر عطية ومحمد خلف الله احمد، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق العالمية، الطبعة الرابعة، 2004، ص 144.

(2) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، العاتك، بيروت، سنة الطبع 2017، الجزء الثاني، ص 253.

(3) ينظر في ذلك: نص المادة 1350 من القانون المدني العراقي المعدل رقم 40 لسنة 1951.

حسب ما جاء في النص ان تجهيل الرهن هو عدم بيان المرهون لورثة المرتهن، ثم موته، وهنا قد يكون المرتهن الدائن نفسه أو قد يكون يد عدل، مجهلاً للرهن أي لم يتم ببيان أو اعلام ورثته بوجود مال مرهون لديه فيضمن المرهون المجهل من تركته.

نرى أن تجهيل الرهن لا نتصور حدوثه في الرهن التأميني؛ لأن الرهن التأميني هو عقد شكلي لا ينعقد إلا بصورة رسمية، وكذلك لان المرهون يبقى في حيازة الراهن وليس المرتهن كما في الرهن الحيازي، اما بالنسبة للرهن الحيازي عقد عيني قد يتم بمجرد تراضي الطرفين اذا كان الرهن وارد على منقول أما اذا كان الرهن الحيازي وارد على عقار يكون عقد شكلي ولا يتم الا بالتسجيل، فلذلك يحصل التجهيل في المال المرهون اذا كان منقول لكن ليس كل المنقولات يحصل فيها تجهيل للرهن الحيازي ، لان بعض المنقولات يتم تسجيلها بصورة رسمية كالطائرات والمركبات وغيرها، أما بالنسبة لتعريف الرهن الحيازي حسب نص المادة 1321 من القانون المدني العراقي (عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن أو في يد عدل بدين للمرتهن يمكن استيفاءه، كاملاً أو بعضاً، مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال)، وأيضاً عرفته تشريعات الدول الأخرى.⁽¹⁾

⁽¹⁾ ينظر في ذلك: نص المادة 1372 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 التي جاء فيها أنه احتباس يعني لم يذكر كلمة العقد على خلاف القانون المدني العراقي حيث عرف الرهن الحيازي بأنه عقد، فكان تعريف المشرع المدني الأردني كالآتي: (احتباس مال في يد الدائن او يد عدل ضماناً لحق يمكن استيفاءه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين)، وكذلك نص المادة 983 من القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002، حيث أن المشرع المدني اليمني ذكر كلمة عقد في تعريفه للرهن الحيازي والتي نصت بأنه: (الرهن عقد يقدم به المدين او غيره بإذنه عينا مخصوصة الى الدائن او عدل يختاره الطرفان لحبسها لاستيفاء مال مخصوص)، اما القانون المدني المصري نص عليه في المادة 1096 رقم 131 لسنة 1984 كالآتي (عقد به يلتزم شخص، ضمانا الدين عليه أو على غيره، أن يسلم الى الدائن أو الى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون) نرى مما سبق بما أن الرهن الحيازي عقد رضائي لا يتم إلا باتفاق الطرفين، و أن المشرع المدني الأردني ذكر في بداية التعريف كلمة احتباس كان من الأفضل أن يذكر كلمة عقد في بداية تعريفه للرهن الحيازي، وكذلك بالنسبة للمشرع المدني اليمني في تعريفه للرهن الحيازي لم يذكر أنه من حق المرتهن التقدم على سائر الدائنين الآخرين للمدين أي أنه يتزاحم مع الدائنين الآخرين للمدين، وحسب ما ورد في التعريف أنه من حق المرتهن حبس العين المرهونة لاستيفاء دينه، أما بالنسبة للمشرع المصري كان موفق في تعريفه للرهن الحيازي و نرى أن تعريف المشرع العراقي المدني للرهن الحيازي قد تميز عن باقي تعريفات

الأصل وجود عقد بين الدائن والمدين، وعلى أساس هذا التعاقد قيام المدين برهن المال لدى المرتهن وذلك لغرض الاستيثاق والاطمئنان من قبل الدائن تجاه المدين، وأيضا قيامه باستيفاء دينه من المال المرهون لديه في حال عدم قيام المدين بأداء دينه، ولا يشترط وجود المال المرهون لدى الدائن إنما يجوز وضعه في يد عدل يتم الاتفاق عليه من قبل الطرفين.

أن الحيازة في الأصل تكون للمرتهن أو يد عدل لكن لا تكون للراهن؛ لأنه ينتفي هنا شرط الحيازة من قبل المرتهن، و أن الرهن الحيازي هو حبس المال المرهون أي لا يجوز أن تكون يد العدل هي يد الراهن نفسه، و اذا مات صاحب يد العدل يتم الاتفاق بين الطرفين على اختيار يد عدل أخرى، لكن يجب أن يكون الشخص الذي يحوز المال المرهون متمتعاً بالأهلية اللازمة للمحافظة على المال المرهون وأن يبذل في المحافظة عليه عناية الشخص المعتاد.⁽¹⁾ والبعض منهم ميز الرهن الحيازي عن الرهن التأميني كالاتي " يلاحظ من تعريف الرهن الحيازي أن رهن الحيازة يختلف عن الرهن الرسمي في أنه عقد رضائي، وقد أصبح التسليم فيه التزاما لا ركناً...⁽²⁾. وعرفه آخرون "حق عيني تابع، يتولد للدائن بمقتضى عقد، على شيء، مملوك للمدين أو لغيره، ضماناً للوفاء بالالتزام، وهو يخوله حبس الشيء لحين استيفاء دينه، وأن يستوفي حقه من ثمن هذا الشيء بالتقدم والأولوية في أي يد يكون"⁽³⁾.

بما أن الرهن الحيازي عقد عيني، لذا يتميز الرهن الحيازي عن الرهن التأميني؛ لأن الرهن التأميني يرد على العقار أما الرهن الحيازي يرد على العقار ويرد على المنقول، فإذا كان المال المرهون عقار يجب تسجيله في السجل العقاري وهنا لا نتصور حدوث التجهيل؛ لأنه يتم الرهن بصورة رسمية على فهو خلاف المنقول لا يتم بصورة رسمية بل يتم رهن المنقول بالقبض و التسليم ماعدا بعض المنقولات العينة التي يتم تسجيلها التي تم بينه سابقاً، أي يجب انتقال حيازة المنقول (المال المرهون) من الراهن الى المرتهن ليتم الرهن الحيازي، والمنقول يجب أن يكون مملوكاً للراهن فلا يجوز بيع ملك الغير إلا بأذن المالك، ومما يجوز بيعه في المزاد مستقلاً، وأن يكون مما يصح

تشريعات الدول الأخرى لأنه كان تعريف شامل جامع مانع للرهن الحيازي ومشابه لتعريف المشرع المدني المصري.

(1) د. محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية، المصدر السابق، ص 207.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التامينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف للنشر، 2004، الجزء العاشر، ص 576.

(3) د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الحقوق العينية التبعية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2006، الجزء الثالث، ص 171.

التعامل فيه فإذا كان لا يجوز التعامل فيه بحكم القانون أو الطبيعة لا يجوز رهنه، ويتوفر الشروط أعلاه يتم ويصح الرهن وأيضاً يجوز رهن الديون وذلك عن طريق تسليم مستندات الدين إلى المرتهن. هنا يحصل التجهيل لأن بسبب إهمال وتقصير المرتهن سواء الدائن أو يد العدل لا يقوم ببيانه أو تنبيه الورثة بوجود مال لديه فيموت وهو مجهل المال المرهون لديه فيحصل تجهيل للرهن الحيازي، وعندما يطالب الراهن بالمال المرهون يجد أن المال المرهون قد يكون غير موجود وأن المرتهن لم يعلم ورثته بوجود مال مرهون لديه، فيحصل ما يسمى بتجهيل الرهن الحيازي.

ب_ تعريف التجهيل في الفقه الإسلامي:

أما التجهيل عند فقهاء المسلمين ويقصد به موت الشخص الذي عنده الأمانة ولا يعلم بها أحد سواه وذلك لأنه مات ولم يبين الأمانة الذي لديه لورثته أو الناس، أي لم يبينها لورثته هل هي موجودة لديه أم لا، فلم يبين أنه عنده أمانة لفلان أو أنها هلكت وما هو سبب هلاكها، و كان سبب الهلاك اجنبي أم بتعدٍ أو تقصير منه، لكنه مات ولم يبينها لهم⁽¹⁾.

أما المذاهب الإسلامية فقد عرفوا التجهيل لكن ليس تجهيل الرهن إنما عرفوا تجهيل الأمانة⁽²⁾، الوديعة⁽³⁾، وغيرها وبما أن المال المرهون هو أمانة بيد المرتهن لذلك سنبين تعريفات التجهيل وعلى أساسها نبين تجهيل الرهن :

1- الفقه الإمامي: بينوا ذلك بأنه "لا تبطل الرهانة بموت الراهن ولا بموت المرتهن فينتقل الرهن إلى ورثة الراهن مرهوناً على دين مورثهم وكذا ينتقل إلى ورثة المرتهن حق الرهانة ولو

(1) د. أحمد سعد علي البرعي، الموت مع التجهيل وأثره في ضمان الأمانات، دار الإفتاء المصرية، 2016، ص 160.

(2) عرفت المذاهب الإسلامية عقود الأمانة بأنها "هي التي لا يترتب عليها الضمان بالتلف بمجرد قبض المعقود عليه، وإنما بالتعدي عليه من القابض أو بالتقصير في حفظه"، نقلاً عن د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، 1998، ص 137.

(3) عرفت المذاهب الإسلامية عقد الوديعة و اختلفوا في تعريفهم ، حيث عرفه الفقه الحنفي بأنه "هو تسليم الغير على حفظ ماله"، وعرفه المالكية والشافعية بأنه "توكيل في حفظ مملوك، أو محترم مختص، على وجه مخصوص..."، نقلاً عن د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، بدون سنة نشر، ص 4016 و 4017. وعرف الفقه الامامي الوديعة بأنها "هي استئابة في الاحتفاظ وتفتقر الى القبول قولاً كان أو فعلاً ويشترط فيهما الاختيار وتحفظ كل وديعة بما جرت به العادة..."، نقلاً عن أحمد الخونساري، جامع المدارك في شرح مختصر النافع، مكتبة الصادق، الطبعة الثانية، 1405 هـ، الجزء الثالث، ص 433.

ظهر للمرتهن إمارات الموت يجب عليه الوصية بالرهن وتعيين الراهن والدين ولو لم يفعل ذلك كان مفرطاً وعليه ضمانه⁽¹⁾، وجاء أيضاً في كلامهم عن الوديعة بأنه "إذا ظهرت للمستودع أمانة الموت بسبب المرض أو غيره عليه ردها إلى مالکها أو وكيله مع الإمكان وإلا فإلى الحاكم ومع فقدّه يوصي ويشهد بها، فلو أهمل عن ذلك ضمن..."⁽²⁾

حسب ما ورد في كلامهم نرى الفقه الأمامي لم يذكر كلمة التجهيل، إنما أشاروا إلى موت المرتهن وعند ظهور إمارات الموت كان ينبغي أن يوصي وألا كان مفرطاً في ذلك فيضمن من تركته.

2- الفقه الحنفي: عرف فقهاء الحنفية تجهيل الأمانة بأنه "الأمين إذا مات مجهلاً للأمانة، فالأمانة تصير ديناً في تركته، لأنه بالتجهيل صار متملكاً لها فأن اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك"⁽³⁾. يقصد بها أن الأمين بموته وعدم بيانه الأمانة التي بحوزته تصير الأمانة دين من تركته، لأنه بتجهيله للأمانة يصبح متملك لها وأيضاً اليد المجهولة بالموت تنقلب من يد أمانة إلى يد ملك، و بما أن المال المرهون هو أمانة في يد المرتهن فإنه بالتجهيل تنقلب يده إلى ضمان، و في كلامهم أيضاً عن الأمانات بأنه "الأمانات تنقلب مضمونة بالتجهيل..."⁽⁴⁾، وجاء أيضاً في قولهم عن تجهيل الوديعة بأنه "الا يموت المودع مجهلاً أي لم يبين حال الوديعة، فإنه حينئذ يكون متعدداً فتضمن"⁽⁵⁾

3- الفقه المالكي: بين فقهاء المالكية في كلامهم عن تجهيل الوديع بأنه "لو أني أودعت احد المتفاوضين وديعة... (قلت) فأن مات هذا الذي استودعتها إياه ولا تعرف بعينها (قال) تكون ديناً في مال هذا الميت المستودع وحده ولا يكون تعرف بعينها (قال) تكون ديناً في مال هذا

(1) السيد عبد الأعلى الموسوي السيزواري، جامع الاحكام الشرعية، الطبعة الثالثة، 1990، ص 324.

(2) الموسوي الخميني، تحرير الوسيلة، مطبعة الآداب، النجف الاشرف، الطبعة الثانية، 1390 هـ، الجزء الأول، ص 601.

(3) أبي بكر محمد بن احمد ابي سهل السرخسي الحنفي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بدون سنة طبع، الجزء الحادي عشر، ص 138.

(4) زين الدين المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، دار الكتاب الإسلامي، بدون سنة طبع، الجزء السابع، ص 275.

(5) عبد الرحمن بن محمد الافندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأنهر، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة طبع، الجزء الثاني، ص 338.

الميت المستودع وحده"⁽¹⁾، و في كلام آخر لهم عن الوديعة بأنه "ومن هلك وقبله قراض و ودائع لم توجد ولم يوص بشيء، فذلك في ماله، ويحاص بذلك غرماءه..."⁽²⁾.
نلاحظ أن الفقه المالكي لم يذكر كلمة التجهيل بصورة صريحة كما ذكرها الفقه الحنفي إنما ذكروا (ترك الايصاء بالوديعة)، يعني إذا لم يتم المستودع بالوصية عن الوديعة يضمن لأن بإهماله و تقصيره لم يبين لورثته هناك مال مستودع لديه.

4- الفقه الشافعي: الشافعية لم يذكروا كلمة تجهيل للوديعة إنما ذكر كلمة أن ترك الايصاء في الوديعة يستوجب الضمان، وذلك حسب ما جاء في قولهم "إذا مرض المودع مرضاً مخوفاً، أو حبس للقتل لزمه أن يوصي بالوديعة فأن سكت عنها ضمن لأنه عرضها للفوات، إذ الوارث يعتمد ظاهر اليد وبيعها لنفسه"⁽³⁾، وفي قول آخر لهم عن ترك الايصاء في الوديعة بأنه "وإذا أودع رجل وديعة... وإن دفنها في منزله، ولم يعلم بها أحد يأتئنه على ماله فهلكت ضمن..."⁽⁴⁾، والمراد بالوصية الاعلام والأمر بالرد من غير أن يخرجها من يده، يعني أن لا يجوز ترك الوصية بالوديعة لأنها أمانة لديه و بإهماله أو تقصيره ترك الايصاء بالوديعة يعرضه للضمان، و أيضاً إذا مرض المودع مرض يؤدي الى الموت، أو حبس ليقتل وجب عليها الوصية بالوديعة وذلك لأن الوارث له ظاهر التركة.

يلحظ أيضاً أنه فقهاء المسلمين اختلفوا في تعريفهم للرهن الحيازي، لذلك سنبين أهم التعريفات التي وردت في المذاهب الإسلامية وذلك على سبيل بيان ماذا يقصد بالرهن، حيث عرف الفقه الامامي الرهن بأنه "جعل عين وثيقة للتأمين على دين أو عين مضمونة"⁽⁵⁾. أما الفقه الحنفي في تعريفهم للرهن للرهن بأنه "حبس شيء مالي بحق أي جعله محبوساً لأن الحابس هو المرتهن"⁽⁶⁾، اما الفقه المالكي

(1) مالك برواية سحنون، المدونة الكبرى، بدون نشر، بدون سنة طبع، الجزء الخامس، ص 77.

(2) أبو بكر محمد بن عبد الله، الجامع لمسائل المدونة، دار إحياء التراث الإسلامي، الطبعة الأولى، 2013، الجزء الثامن عشر، ص 384.

(3) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الموسوعة الفقهية، الجزء الثالث والاربعون، ص 73.

(4) إسماعيل بن يحيى المزني، مختصر المزني، دار المعرفة، بيروت، 1990، الجزء الثامن، ص 247.

(5) السيد علي الحسيني السيستاني، المسائل المنتخبة، دار المؤرخ العربي، النجف الاشرف، 2017، ص 341.

(6) الفقيه ابن عابدين، ومحمد أمين بن عمر الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، الناشر مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1966، الجزء السادس، ص 477.

عرف الرهن بأنه "أعطاء أمر وثيقة بحق"⁽¹⁾ وهنا يراد ب إعطاء أمر يعني يقوم الراهن بنفسه بتقديم المال المرهون لأن إذا تم التقديم بدون رضاه لا يصح الرهن أي اذا قام أي شخص بتقديم المال المرهون بدون علم الراهن لا يصح ويبطل عقد الرهن، أما الفقه الشافعي عرف الرهن بأنه " جعل عين مال وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر وفائه "⁽²⁾ جعل جعالة والجاعل هو الراهن نفسه وذلك لكي يطمئن المدين ولغرض الاستيثاق من قبل المرتهن في حال عدم الوفاء من المدين، بعد ذكر تعاريف المذاهب الاسلامية نرى أن تعريف المذهب الحنفي تفوق على باقي تعاريف المذاهب الأخرى، وذلك لأنه أبرز المعنى الحقيقي للرهن وهو القبض المذكور في قوله تعالى " فرهان مقبوضة "، لأن الحبس من لوازم الرهن، فذكر الفقه المالكي بقوله اعطاء أمر يكون بمثابة عقد عن طيب خاطر بتقديم وثيقة للمرتهن، أما الفقه الشافعي والامامي بقولهم جعل الراهن عين بمثابة استيثاق لرد الدين أي اهتموا بالآثر المترتب عند تعذر الوفاء، أما الفقه الحنفي ذكرو في تعريفهم الحبس وهنا نرى تعريفهم الأفضل لأنه حسب ما ورد في الآية السابقة الغرض من الرهن هو القبض أي الحبس المال المرهون.

بعد بيان ومعرفته معنى التجهيل في القانون المدني العراقي وتشريعات الدول الأخرى وفقهاء القانون وأيضاً بيان تعريف التجهيل في المذاهب الإسلامية ، وكيفية حصول التجهيل في الرهن الحيازي، نرى أن القانون المدني العراقي قد تأثر بالفقه الحنفي دون باقي المذاهب الأخرى وكما ان باقي المذاهب الإسلامية لم تذكر كلمة التجهيل انما جاءت بألفاظ أخرى كترك الايصاء وغيرها التي تم بيانها سابقاً، لذلك توصلنا إلى تعريف تجهيل للرهن الحيازي، وهو كالآتي: (عدم بيان المرتهن ما تحت يده من أموال مرهونة قبل موته، فيترتب عليه تجهيل هذا المال وتكون قيمته ديناً واجب الأداء من تركته).

الفرع الثاني: أساس التجهيل

إن الأساس القانوني لتجهيل الرهن الحيازي هو نص المادة 1350 في الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي حيث نصت بأنه " وإذا مات المرتهن مجهلاً للرهن ولم يوجد في تركته فقيمة الرهن تصير ديناً واجب الأداء من تركته ". وحسب نص القانون أن أساس التجهيل هو عدم بيان

(1) خليل بن إسحاق الجندي المالكي، التوضيح شرح المختصر ابن الحاجب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2008، ص 637.

(2) الفقيه زكريا بن محمد الانصاري، الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الخامس، ص 197.

المرتّهن المال المرهون ، إي مجهلاً للرهن ولم يتم ببيان المال المرهون، لورثته، أو إبلاغهم بوجود مال مرهون في تركته فمات، هنا يضمن المال المرهون من التركة. لأن حسب نص المادة 1351 من القانون المدني "لا يبطل الرهن الحيازي بموت الراهن أو بموت المرتّهن". أي يستمر الرهن الحيازي ولا يؤثر موت الراهن على الرهن، وأيضاً لا يؤثر موت المرتّهن على الرهن الحيازي، وأن سبب حدوث ذلك تقصيره و إهماله لأنه لم يتم ببيان وأخطار الورثة بوجود مال مرهون في التركة فيتحقق التجهيل، والتجهيل المراد به هنا هو عدم بيان ما يوجد لديه من أمانة في التركة وموته وعدم أعلام الورثة بهذه الأمانة، وقد نصت تشريعات الدول الأخرى على التجهيل⁽¹⁾، إلا أنها لم تنص على تجهيل الرهن الحيازي بصورة واضحة أنما نصت على تجهيل الوديعة، وبما أن الوديعة هي أمانة لدى المودع و الرهن كذلك أمانة لدى المرتّهن كلا التصرفات تعتبر الشيء المجهل أمانة لديهم، وأن تجهيل الرهن الحيازي هو واقعة وليس تصرف، لأن بإهماله وتقصيره جهل المال المرهون لديه، وحدثت واقعة التجهيل، و لولا الإهمال والتقصير الذي حصل من قبل المرتّهن لما تحقق التجهيل.

أما الفقه الإسلامي :

لم تنص المذاهب الإسلامية على تجهيل الرهن الحيازي بصورة خاصة عدا الفقه الحنفي، حيث بيّنوا تجهيل الأمانات وتجهيل الوديعة وغيرها مما سنبينها لاحقاً، وبما أن الرهن الحيازي أساسه القبض وأن المذاهب الإسلامية مستمدة ذلك من الآية القرآنية " فرهان مقبوضة"، وأن المرتّهن عند القبض يده يد أمانة، فعليه ارجاع الأمانات الى أصحابها عند استيفاء الدين المترتب عليه الرهن، ويرجع أساس ذلك الى قوله تعالى "أن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها"⁽²⁾. أن عدم بيان

(1) نص القانون المدني الأردني في المادة 881 الفقرة الثالثة رقم 42 لسنة 1976 عن تجهيل الوديعة وبين فيها ضمان المودع للوديعة إذا لم يتم ببيانها، حيث نصت على " فإذا مات مجهلاً للوديعة ولم توجد في تركته فأنها تكون ديناً فيها ويشارك صاحبها سائر الغرماء ". ونص القانون المدني اليمني المادة 948 رقم 14 لسنة 2002 عن تجهيل الوديعة عرفه " اذا مات الوديع وعين الوديعة دفعت لصاحبها وان اجمل في التعيين ونص على القدر صارت ديناً في تركته وان لم ينص على القدر فالبينة على المالك وفي الحالتين يشارك المالك سائر الغرماء ولما ما اغفله الوديع فيحكم بتلفه الا ان يبين المالك على البقاء الى ما قبل الموت بوقت لا يتسع للرد او التلف ". يعني يراد بها إذا لم يتم الوديع بتعيين الوديعة ثم مات حصل هنا تجهيل اذا استطاع المستودع بيان وجودها ولم يحصل لها تلف أو رد. وأيضاً نص قانون المعاملات المدنية الاماراتي في المادة 983 الفقرة الثالثة على تجهيل الوديعة عرف بانها " فاذا مات المودع عنده مجهلاً للوديعة ولم توجد في تركته فأنها تكون ديناً فيها ويشارك صاحبها سائر الغرماء "، اما بالنسبة للقانون المدني المصري والفرنسي قد اغفل عن بيان التجهيل في عقود الامانات بصورة عامة.

(2) القرآن الكريم، سورة النساء، الآية 58.

الأمانة لدى الأمين وموته وعدم علم الورثة بذلك يتحقق ما يطلق عليه تجهيل الرهن الحيازي لذلك سنقوم بدراسته في المذاهب الإسلامية كالآتي وتباعاً:

1- الفقه الامامي: قال الإمامية "وإذا مات من عنده الرهن، ولم يعلم الورثة الرهن، كان ذلك كسبيل ماله" ⁽¹⁾. يقصد بها عدم اخبار ورثته بالمال المرهون وموته كان المال المرهون الذي في تركته في حكم ماله أي يعتبر كأمواله الخاصة.

2- الفقه الحنفي: حسب ما جاء في كلام فقهاء الحنفية بموت المرتهن مجهل للرهن ولم يبين المال المرهون يضمن ذلك من تركته ويقبض ورثة المرتهن دين المرتهن الذي بذمة المدين، وقد بينوا ذلك في كلامهم عن عقود الأمانة بصورة عامة بأنه "الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل" ⁽²⁾، اما بالنسبة لشرح العلامة: الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل. أقول: يعني بموت المودع بالفتح، مثلاً، أما بموت المودع بالكسر مثلاً فلا ضمان والقول قول المودع بالفتح بيمينه بلا شبهة وهي واقعة الفتوى وقد اقتنيت أن القول قول المودع بالفتح. (فائدة) قال في مجمع الفتاوى المودع أو المستبضع أو المستعير و كل من كان المال في يده أمانة اذا مات قبل البيان ولا تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون ديناً عليه في تركته؛ لأنه صار مستهلكاً للوديعة بالتجهيل.

إذا مات المودع الذي يده يد أمانة ولم تعرف الوديعة لديه تبقى ديناً في التركة كما هو الحال في دين الصحة في حال موته ولم يبين وجود وديعة لديه، أما اذا كان الورثة يعلمون بوجود وديعة لدى المودع لديه وكان المودع لديه يعلم ب معرفة الورثة بوجود وديعة لديه وثم مات ولم يعلم بيها أو يوصي بها فهنا لا يضمن الوديعة من تركته لأن الورثة يعلمون بها، هذا ما جاء في الفتاوى الهندية للعلامة الهام، كذلك الحال بالنسبة للمال المرهون. وقد جاء أيضاً في مرشد الحيران في بيانه للرهن المجهل ⁽³⁾.

(1) محمد بن الحسن الطوسي، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، لا يوجد دار نشر، لا توجد سنة طبع، ص 431.

(2) الفقيه زين العابدين إبراهيم الشهير بابن نجيم، غمز عيون البصائر شرح كتاب الاشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1985، الجزء الرابع، ص 452.

(3) حيث نص مرشد الحيران في المادة 883 بأنه "إذا مات المرتهن مجهلاً للرهن ولم يوجد في تركته فقيمة الرهن ديناً واجب الأداء من تركته وتقبض الورثة من الراهن مقدار دين مورثهم". نقلاً عن محمد قذري

- 3- الفقه المالكي: بيّن المالكية بقولهم "إذا مات الوديع، و عنده ودائع ولم توجد في تركته، ولم يوصى بها، فعليه ضمانها، أي يؤخذ عوضها من تركته" ⁽¹⁾. يقصد بموت الوديع وكانت لديه وديعة ولكن لم تكن موجودة في تركته ولم يوصى بها ويعلم ورثته بوجود وديعة في التركة، فهذا يضمنها يعني يؤخذ من تركته، هنا الوديعة أمانة بيد الوديع وكذلك المرتهن يده يد أمانة فيجب عليه الضمان من تركته لأنه جهل المرهون لديه.
- 4- الفقه الشافعي: قال الشافعية "تجهيل الأمانة سبب في الضمان" ⁽²⁾، يراد بها أن تجهيل الأمانة يوجب الضمان، هنا نلاحظ أن الفقه الشافعي بيّن وبوضوح أن التجهيل يوجب ويكون سبب للضمان، أي مجرد حصول التجهيل يكون سبب للضمان، يعني لولا التجهيل لما حصل الضمان، وبما أن المرهون هو أمانة بيد المرتهن بتجهيله لها يضمن المال المرهون وتنقلب يده من يد أمانة الى يد ضمان.

نرى بعد بيان آراء مذاهب الفقه الإسلامي، إن الفقه الحنفي أشاروا على تجهيل الرهن بصراحة، أما الفقه المالكي والشافعي أشاروا الى تجهيل الأمانات والوديعة، أما الفقه الامامي بينوا أنه في حال عدم قيام الدائن ببيان وجود مال مرهون لديه فإنه يصير بحكم أمواله، لذلك نرى تأثر القانون المدني العراقي بالفقه الحنفي حين نص على تجهيل الرهن على عكس باقي المذاهب الأخرى. وتبين أيضا أن التجهيل بصورة عامة يحصل في جميع عقود الأمانة: الوديعة، العارية، المستبضع، الوكيل بالقبض وغيرها، ولأهمية عقود الأمانات في حياتنا العملية، وما قد يحصل تجهيل فيها لذلك نرى من الأفضل على المشرع وضع حلول ومعالجة لها وأن لا يكتفي فقط بالرهن والوديعة إنما يشمل جميع عقود الأمانة .

المطلب الثاني

شروط تجهيل الرهن الحيازي

باشا، مرشد الحيران في معرفة أحوال الانسان، المطبعة الكبرى الاميرية، الطبعة الثانية، 1891، ص 146.

⁽¹⁾ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الموسوعة الفقهية، حقوق الطبع للوزارة، الطبعة الاولى، 2005، الجزء الرابع والثلاثون، ص 73.

⁽²⁾ تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، فتاوى السبكي في فروع الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية للنشر، بدون سنة طبع، الجزء الأول، ص 432.

لحصول تجهيل الرهن الحيازي لا بد من توفر شروط معينة، بتوافرها يتحقق تجهيل الرهن الحيازي ، إلا وهي موت المرتهن الذي بيده المال المرهون، وسنبين كيفية تأثير الموت على تحقق تجهيل الرهن الحيازي لان موت احد الطرفين كما بينا لا يؤثر على الرهن، وهل سيحصل التجهيل في كل حالات موت الانسان أم في حالات معينة؟.

قد اختلفت المذاهب الإسلامية فيما بينها كالفقه المالكي تمييز عن الحنفية والأمامية والشافعية، في حال موت المرتهن في مرض الموت لا يضمن في حالة معينة سيتم توضيحها في الفرع الاول، أما الشرط الاخر وهو عدم بيان المال المرهون، سنبين ماذا يقصد بالمال المرهون قانوناً وفقهاً، وهل يحصل الرهن في جميع الأموال؟ وبيان قبض العين المرهونة، وسنوضح مختلف الآراء حول حيازة المرتهن للمال المرهون، كالفقه المالكي الذي اختلف عن بقية المذاهب الإسلامية الأخرى حول مسألة القبض في الرهن، ومعرفة عدم بيان المال المرهون للورثة ويكون سبب في حصول التجهيل في الفرع ثاني.

الفرع الاول: موت المرتهن

يقصد بالموت انتهاء حياة المرتهن، لكن ليس كل الحالات التي تنتهي فيها حياة المرتهن يكون فيها مسؤول عن المال المرهون وتكون يده يد ضمان فيتحقق شرط التجهيل، لأن المرتهن في الأصل يده يد أمانة وليس يد ضمان، وأن موت الدائن لا يؤدي الى انقضاء الالتزام بل ينتقل الرهن الى ورثته، أي لا يكون الموت سبب لانقضاء الالتزام، ويصبح الورثة هم الدائنون مكان مورثهم فتكون جميع الحقوق والالتزامات التي للدائن في تركته⁽¹⁾، وكذلك حسب ما جاء في نص المادة 1351 من القانون المدني العراقي بأنه (إذا مات المرتهن أو الراهن لا يبطل الرهن الحيازي إنما يستمر وينتقل الى ورثته)، واتفقت اغلب تشريعات الدول على ذلك⁽²⁾، وأيضاً حسب ما جاء في مجلة الاحكام العدلية

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2009، الجزء الثالث، ص 414.

(2) ينظر في ذلك: نص المادة 1432 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 حيث نص على (لا ينقضي الرهن الحيازي بموت الراهن أو المرتهن ويبقى رهناً عند الورثة حتى وفاء الدين) وأيضاً نصت المادة 1001 من القانون المدني اليمني على ذلك حيث بينت (لا يبطل الرهن بموت الراهن أو المرتهن)، أما بالنسبة للقانون المصري لم يذكر في نصوصه التشريعية انقضاء الرهن بموت الراهن أو المرتهن.

مادة 738 بأنه "إذا توفي المرتهن فالرهن يبقى مرهوناً عند ورثته"⁽¹⁾، يقصد في مجلة الاحكام العدلية لا يؤثر موت المرتهن على الرهن بل ينتقل الى ورثته أما اذا كان الوارث صغير أو محجور عليه فإنه المال المرهون يسلم بيد وصي وينصب الوصي من قبل القضاء.

هناك حالات لا يستطيع فيها المرتهن بيان المال المرهون، أي ينتفي فيها حصول تجهيل للمال المرهون، وسنبين اهم الحالات التي يحصل فيها انتفاء لتجهيل الرهن وعدم ضمان المرتهن للمال المرهون، هي في حال الموت المفاجئ؛ لأنه في حالة الموت المفاجئ لا يدرك المرتهن ذلك وبما أنه يده يد أمانة فلا يضمن و أنه لا يوجد لديه الوقت الكافي لأعلام الورثة أو الغير بوجود مال مرهون لديه أو يوصي به؛ لأنه حصل الموت وفاجئ، كذلك الحال بالنسبة الى يد العدل على الرغم من معرفة الراهن والدائن بوجود المال المرهون لديه إلا أن يد العدل لم يقم بأعلام ورثته بوجود مال مرهون لديه إلا في حال عندما تم وضع المال المرهون بيد العدل وكان هناك شهوداً عند وضع المال المرهون من قبل المرتهن و الراهن، فهنا في هذه الحال لا يتصور حصول تجهيل لوجود شهود على الرهن. يستطيعون أثبات وجود المال المرهون لدى يد العدل حتى لو لم يقم بأخبار ورثته وذلك لوجود شهود على الراهن. و أيضاً من الحالات التي لا يستطيع فيها المرتهن بيان المال المرهون لورثته في حال حصول قوة قاهرة كالزلازل المفاجئ أو أي قوة قاهرة لا يستطيع فيها الدائن المرتهن بأعلام ورثته بوجود مال مرهون لديه ثم مات ولم يبين ذلك بسبب القوة القاهرة، هنا تنتفي مسؤولية الدائن المرتهن لوجود سبباً ألا وهو القوة القاهرة⁽²⁾، على الرغم من تحقق شروط التجهيل إلا وهي الموت وعدم البيان، يعني وجود الخطأ ووجود الضرر ولكن تنتفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وهي وجود القوة القاهرة، بسببها لم يقم الدائن المرتهن ببيان أو اخبار ورثته بوجود مال مرهون لديه أي هنا لا تقوم المسؤولية التقصيرية، وتبقى يده يد أمانة لا تتحول إلى يد ضمان، وذلك لأنه لا يكفي لقيام مسؤولية الدائن المرتهن الموت وعدم بيان المال لورثته، يجب أن تكون علاقة سببية، حيث تنتفي المسؤولية العقدية في حال وجود القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، كحادث سيارة ومات ولم يكن له الوقت لبيان وجود المال المرهون لديه، وكذلك الحال في وجود المال المرهون في يد العدل وحصل

(1) محمد سعيد المحاسني، شرح مجلة الاحكام العدلية، مطبعة الترقن، دمشق، 1927، المجلد الثاني، ص 87.

(2) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، شركة العاتك، بيروت، لبنان، الطبعة 2017، الجزء الاول، ص 229.

الموت بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ فإنه لا يحصل التجهيل لوجود قوة قاهرة أي لا يضمن المال المرهون.

أما بالنسبة إذا كان المرتهن مريض مرضاً مميتاً، ليس المقصود به هنا كل مريض إنما يراد به مرض الموت الذي يخشى أن تنتهي حياته بالموت⁽¹⁾، وإن المشرع العراقي لم يقم بوضع تعريف محدد لمرض الموت، حيث يقصد به هو المرض الذي يعجز بسببه المريض عن القيام بأعماله ويغلب فيه الموت فعلاً. وكان يجب على المرتهن إعلام ورثته بوجود مال مرهون لديه أي وجود عقد رهن وذلك لأنه حياته توشك على الانتهاء وكان من الواجب عليه إبلاغ ورثته بوجود مال مرهون لديه لأنه يده يد أمانة على المال المرهون، إلا أنه ب هماله وتقصيره لم يقم ببيان وجود مال مرهون لديه ثم مات ولم يقم بذلك فهنا تحقق تجهيل للرهن لأنه يدرك أن مرضه مرض موت وكان ينبغي عليه إعلام ورثته بوجود المال لديه، وذلك حسب ما جاء في نص المادة 1111 من الفقرة الأولى في القانون المدني العراقي بأنه (إذا أقر شخص في مرض موته بوجود دين للوارث أو لغير الوارث يكون بحكم الوصية إذا كان على سبيل التملك أما إذا كان على سبيل أخبار ورثته أو الغير لديه أمانة أو استهلاك الأمانة هنا يثبت إقراره ونفذ في ماله ويجب على الورثة تصديق اقرار مورثهم)، حسب نص القانون كان ينبغي عليه إخبار الورثة لأنه مريض مرض موت لكنه لم يقم بالأخبار فتحقق التجهيل.

نرى أن موت المرتهن وحده لا يكفي لحصول التجهيل بل لابد من وجود الشرط الآخر إلا وهو عدم بيان المال المرهون، إلا أنه حسب ما جاء في نص المادة 1350 من القانون المدني العراقي الفقرة الثانية منها، إن موت المرتهن شرط أساسي للتجهيل، وأن عدم توفر شرط الموت لا يمكن حصول التجهيل وذلك بسبب وجود المرتهن وقيامه بتسليم المال المرهون إلى الراهن عند وقت الإداء، أي عدم تحقق التجهيل، وحسب ما ورد في نص المادة 1351 من القانون المدني العراقي أن موت المدين الراهن لا يؤثر على عقد الرهن إنما يستمر وينتقل إلى ورثته لأن المال المرهون بيد المرتهن وليس بيد الراهن ويحصل تجهيل، لذلك يستمر الرهن الحيازي بموت الراهن إلا إذا انقضى الرهن الحيازي بأحد أسباب الانقضاء سواء بصفة أصلية أو بصفة تبعية.

أما الفقه الإسلامي :

(1) د. خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرع، بحث لنيل درجة الدكتوراه، جامعة أبو بكر بالفايد، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013 ص 95.

اتفق جمهور الفقهاء على شرط موت المرتهن حتى يتحقق التجهيل، إلا أن المذاهب الإسلامية اختلفت في أسباب الموت وأيضاً الحالات التي يضمن فيها الورثة المال المرهون من التركة سنوضحها كالاتي تباعاً:

1- الفقه الأمامي: حسب ما جاء في الأمامية⁽¹⁾ وإن قتل انسان وعليه دين، وجب أن يقضي ما عليه من ديته، سوى كان قتله عمداً أو خطأ فأن كان ما عليه من ديته، وكان قد قتل عمداً، لم يكن لأوليائه القود، إلا بعد أن يضمنوا الدين عن صاحبهم⁽¹⁾. يقصد بها في قتل الإنسان يعني موت المرتهن ومات وكان قتله بخطأ دون قصد من الفاعل أو كان بعمد أي تعدد الفاعل قتل المرتهن ومات وكان عليه دين الذي هو متمثل بالمال المرهون، لأنه يعتبر أمانة في يد المرتهن يجب إرجاعها عند حلول الاجل، حسب ما ذكر أنه يؤخذ من ديته أي من الأموال التي تدفع من الفاعل الى أهل الميت ولا يحق للورثة القود عليها أي اخذها إنما يجب ارجاع او الوفاء ما على الميت من دين في ذمته ولا يحق لهم التصرف.

أما بالنسبة للمريض مرض الموت فقد قال الأمامية بأن المريض مرض الموت يجب عليه الوصية أو بيان وجود العين لديه حسب ما جاء في كلامهم "في بيان مرض الموت الأقرب عندي أن كل تصرف وقع في مرض اتفق الموت معه سوى كان مخوفاً أو لا فإنه يخرج من الثلث إن كان تبرعاً وإلا فمن الأصل وقيل أن كان مخوفاً فكذلك وإلا فمن الأصل كالصحيح ولا بد من الإشارة إلى المرض المخوف فنقول قد يحصل في الأمراض تفاوت وله طرفان وواسطة فأن (الطرف) الذي يقارن الموت فهو أن يكون قد حصل معه يقين التلف، أما (الطرف الثاني) مقابله وهو ماله حكم الصحة، أما (الواسطة) فكل مرض لا يقين معه بالتلف ولا يستبعد معه"⁽²⁾. يقصد به هناك حالات لمرض الموت توجب الوصية بالمال المرهون وأخرى لا، فإذا كانت مخوفة فإنه يجب عليه الوصية وبيان وجود مال مرهون لديه لأنه مريض مرض الموت وهناك حالات لا مخافة منها، فقسم الأمامية المرض الى طرفان وواسطة، فإذا كان الطرف الأول هنا يقصد به الفقه مرض الموت حكمه حكم الميت وكان يجب عليه الأيضاء واعلام ورثته بوجود مال مرهون لديه، أما إذا كان الطرف الثاني يقصد به الفقه المرض لا يخوف كوجع الضرس أو العين أي ليس بالمرض الخطير الذي يؤدي الى

(1) الفقيه أبي جعفر الطوسي، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، بدون دار نشر، بدون سنة طبع، ص 308.

(2) الفقيه أبي طالب بن المطهر الحلي، إيضاح الفوائد، المطبعة العلمية، قم، الطبعة الأولى، 1387، الجزء الثاني، ص 592.

انتهاء حياة الإنسان ويكون حكمه حكم الصحة لا ضمان عليه إما إذا كان الواسطة يقصد به الفقه قد يكون المرض في البداية لا يؤدي الى التلف لكنه قد يتطور فيما بعد أو يكون مرض خطير يؤدي الى الموت. لذا يجب على المرتهن بيان أو إعلام الورثة بوجود مال مرهون لديه في حال كان مرضه يؤدي الى الموت.

2- الفقه الحنفي: بين فقهاء الحنفية في كلامهم عن موت احد المتراهنين، أن الموت لا يؤثر على الرهن حيث بينوا بأنه "الرهن صار لازماً تبعاً للمرتهن فلا ينعزل بموته"⁽¹⁾. أي يقصد به أن موت المرتهن لا ينهي الرهن لأنه صار لازماً للمرتهن لذلك كان يجب على المرتهن بيان وجود المال المرهون للورثة كي لا يحصل تجهيل الرهن الحيازي، لكن في حالات معينة عند موت المرتهن يتحقق تجهيل للرهن الحيازي فيضمن المال المرهون من التركة كما في مرض الموت، وقد جاء في بيانهم للمريض مرض الموت بأن "مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز فيه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره أن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره أن كان من الاناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وأن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة، يعد حاله اعتباراً من وقت التغيير الى الوفاة مرض موت"⁽²⁾، يقصد به هنا المريض مرض الموت هو المريض الذي لا يستطيع قضاء أعماله ومصالحه اليومية أو المعتادة التي يستطيع الشخص العادي مباشرتها والقيام بها كالذهاب الى العمل بالنسبة للذكور والقيام بأعمال المنزل بالنسبة للإناث، وهنا المريض قد يلزم الفراش ولا يستطيع القيام أداء أعماله أو قد لا يلزم الفراش إلا أنه لا يستطيع القيام بأعماله بسبب كبر سنه ويحتاج من يعاونه، وأن يكون الموت غالب عليه قبل مرور سنة من مرضه سواء كان صاحب الفراش أي عاجز بسبب مرضه أو كان بسبب الشيخوخة، فإذا مر على مرض الموت سنة ولم يموت كان مرضه كحكم الصحة ألا إذا زاد مرضه وتغير حاله الى الأسوأ ومات قبل مرور سنة هنا يعتبر مرض موت، وكان من

(1) أبو عبد الله محمد الشيباني ومحمد عبد الحي الهندي، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1406، ص 491.

(2) محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، دار محمود للنشر، المجلد السادس، ص 25.

الواجب عليه أن يوصي بوجود مال مرهون لديه وأن يعلم ورثته بمكانه أو بوجوده لأنه كان يعلم أن حياته على وشك الانتهاء.

3- الفقه المالكي: موت المرتهن لا يؤثر على الرهن ولا يؤدي الى انقضاء الرهن، إلا أنه هناك حالات بموت المرتهن يصبح المال المرهون مجهول ويضمن الورثة ذلك من تركته، حسب ما جاء في كلامهم "في إقرار المريض في مرضه الوديعة والقراض"⁽¹⁾. يقصد بها المريض مرض الموت ينبغي عليه أن يبين وجود أمانة لديه فإذا قام بالاعتراف بوجود وديعة لديه وقراض حتى لو كان عليه دين فإن لا علاقة بالوديعة أو القراض بالدين سوى كان الاعتراف بوجود أمانة لديه قبل الدين أو بعده، يكون إقراره صحيح في مرضه كحكم صحته ويأخذ أهل الوديعة ودائعهم، لذلك نرى أن كان المرتهن في مرض الموت يجب عليه إعلام ورثته بوجود مال مرهون لديه لكي يتم الوفاء به عند حلول أجله. وفي تعريفهم لمرض الموت حيث قالو أنه "كل مرض يقعد صاحبه عن الدخول والخروج، وان كان جذاماً أو برصاً أو فالجاً..."⁽²⁾. وبعض المالكية بينوا بشأن الوصية بأنه "يوصي بالوصية في مرضه ثم يصح من ذلك المرض ثم يمرض فيموت"⁽³⁾. يقصد بقولهم إذا مرض أحدهم مرض الموت وكانت لديه أمانة وقام بأعلام ورثته أو اشخاص آخرين بوجود أمانة ثم يشفى من المرض وبعد مدة يمرض ويموت، فهنا تصح الوصية الأولى لأنه لم يوصي بوصية أخرى فكلاهما صحيحة وجائزة مالم يلغي الوصية الأولى ولا توجد في الوصية الثانية إلغاء أو تعارضاً مع الوصية الأولى.

اتفق أغلب فقهاء المالكية بقولهم مرفوعاً الى الرسول (صلى الله عليه واله وسلم) "من حاز شيئاً عشر سنين فهو له"⁽⁴⁾، يعني يراد بيان اذا كان المال المرهون لدى المرتهن ومرّ على حيازة المرتهن عشر سنوات ولم يطالب بها الراهن، هنا يسقط حق الراهن في المال المرهون ويتملك المرتهن المال المرهون، حتى لو جهل المرتهن المال المرهون ولم يبينه لورثته بعد مرور عشر سنوات من الحيازة لا يضمن المرتهن المال المرهون من تركته، لأنه كان ينبغي على الراهن بعد

(1) مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1994، الجزء الثالث، ص 664.

(2) سليمان بن خلف الاندلسي، المنتقى بشرح الموطأ، مطبعة السعادة، القاهرة، 1332 هـ، الجزء الرابع، ص 85.

(3) أبو الوليد محمد القرطبي، البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1988، الجزء الثاني عشر، ص 469.

(4) مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1994، الجزء الرابع، ص 50.

انتهاء الرهن ان يطالب بماله المرهون إلا انه لم يفعل ذلك فسقط حقه من المرهون واصبح ملك للمرتهن.

4- الفقه الشافعي: موت المرتهن عند الفقه الشافعي لا يؤثر على الرهن ويستمر الرهن، وذلك حسب ما جاء في كلامهم "وأن مات أحدهما بعد القبض، لم يفسخ الرهن بلا خوف، ويقوم وارث كل واحد منهما مقامه؛ لأن الرهن لازم من جهة الراهن والعقد اللازم لا يبطل بالموت"⁽¹⁾. يقصد أن موت كل من الراهن أو المرتهن بعد قبض المال المرهون لا يؤثر على الرهن أنما يقوم وارث كل منهما مقام الميت، وأن موت المرتهن لا يؤدي الى حلول الدين المؤجل إنما فقط الديون الحالية عليه، لأن يقوم مورثه مقامه في حفظ المال المرهون، أما إذا مات أحدهما قبل القبض يختلف هنا أراء الفقه الشافعي بعضهم قال يفسخ بموت احد المتراهنين وبعضهم قال لا يفسخ بموت أحدهما والبعض الآخر يفسخ بموت الراهن ولا يفسخ بموت المرتهن. وحسب ما جاء في كلامهم "وسياأتي أنها تجب حيث قام به ما يخاف منه الهلاك، وعليه فمن مات فجأة أو بمرض خفيف لا يخشى منه هلاك لم يحصل له مذكر.."⁽²⁾، يراد بحديثهم عن مرض الموت، أنه يجب على المريض مرض الموت أن يوصي بوجود مال لديه أي أمانة للغير يجب اعطائها الى أصحاب الأمانة لأنه مريض مرض موت، في حين عرف احد الفقهاء لمرض الموت بأنه "ان لا يندر الموت منه"⁽³⁾، أي يؤدي الى هلاكه قد يموت ولا يوفي بالأمانة لذلك وجب عليه بيانها وإعلام ورثته بوجود الأمانة لديه وهنا الأمانة يقصد بها المال المرهون لديه من قبل الراهن، وذلك خوفاً لهلاك المرهون وعدم الوفاء بالمال المرهون للراهن، أما إذا مات (الأمين) المرتهن فجأة بدون سابق إنذار أي لا يعلم أنه سيهلك وتنتهي حياته كان قد وصى بوجود مال مرهون لديه، أو أنه قد مرض مرضاً خفيف لا يؤدي الى هلاكه ولا يخاف منه فهنا يصح تصرفه لأنه لم يكن يعلم بمرضه الخفيف سيؤدي الى موته فيصح ذلك. أما المريض المخوف عليه من الموت قد بينو ذلك في قولهم "هو من أصيب بمرض من شأنه أن ينتهي بالموت إذا اشتد، ثم برح به هذا

(1) أبي إسحاق الشيرازي، تكملة المجموع شرح المذهب، دار الكتب العلمية، بدون سنة طبع، المجلد الثالث عشر، ص 362.

(2) شمس الدين محمد الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، 1984، الجزء السادس، ص 40.

(3) سليمان بن عمر الشافعي، حاشية البجيرمي على المنهج المسماة بالتجريد لنفع العبيد، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، بدون سنة طبع، الجزء الثالث، ص 276.

المكان الى درجة جعلت الطبيب وأصحاب الخبرة يحذرون عليه من الموت، ويقاس على هذا المرض من هم في حكمه⁽¹⁾، هنا يراد به المرض الذي يخوف منه موت الشخص وانتهاء حياته وذلك بحكم ما قاله الطبيب أو من هم في نفس حالته، لكن هناك حالات لا تنتهي بالموت مثلاً وجع الاسنان لا يؤدي الى الموت، و يجب عليه الوصية في حالات مرض الموت واذا اوصى بما هو واجب عليه كالأمانات والوديعة فأن المال المرهون يكون وفائها من راس ماله كله.

نلاحظ في معظم المذاهب الإسلامية أنه يجب على المرتهن إعلام ورثته بوجود مال مرهون لديه، في حال مرض موته، وأنه يجب تحقق الشرط الأول لحصول تجهيل الرهن الحيازي إلا وهو موت المرتهن لكن استثنى وتفرد المالكية في حالات معينة، بأنه إذا مات وكانت الأمانة لديه لمدة عشر سنوات فما فوق فإنه لا يضمن ولا يعتبر حصول تجهيل إنما يحق له أن يملكه حتى لو مرض مرض الموت ولم يقم بإعلام ورثته، أما الشافعية والأمامية والحنفية بينوا أنه إذا مات بسبب مرض الموت كان ينبغي عليه أن يوصي أو يعلم ورثته بوجود مال مرهون لديه وأيضا المالكية لكن اختلفوا إذا طالت مدة الحيازة المال المرهون لفترة طويلة لم يذهب خلال هذه المدة الطويلة التي قد تصل عشر سنين أو أكثر ويأخذ ماله الذي بيد المرتهن وأنه بإهماله وتقصيره اصبح ملك للمرتهن.

الفرع الثاني: عدم بيان المال المرهون

يقصد بالمال المرهون هنا أو ما يسمى بمحل الرهن الحيازي، يرد محل الرهن الحيازي على العقار والمنقول، فبالنسبة للعقارات وكل العقارات التي يصح رهنها رهن تأميني يجوز رهنها رهنًا حيازياً وهنا يتفق القانون العراقي مع القانون المصري على خلاف القانون الفرنسي لا يُجيز رهن العقار رهن حيازي⁽²⁾، أما بالنسبة للمنقولات تشمل المنقولات المادية والمعنوية، المنقولات المادية تشمل المثلية والقيمية كالأثاث والمجوهرات ، أما المنقولات المعنوية كالأسهم والسندات والديون يصح

(1) د. مصطفى الخن ود. مصطفى البغا وعلي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم للطباعة والنشر، دمشق، الطبعة الرابعة، 1992، الجزء الثامن، ص 256.

(2) د. سليمان مرقس، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد، المطبعة العالمية، بدون سنة طبع، 1951، ص 330.

رهنها عن طريق سندات الدين⁽¹⁾. وذلك حسب المادة 1328 من القانون المدني العراقي (يجوز أن يكون محلاً للرهن الحيازي، كل ما يصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار ومنقول وديون، ويجوز بوجه خاص رهن الأراضي الأميرية رهنًا حيازياً)، ويجب توفر ثلاث شروط في محل الرهن لكي يصح رهنه رهن حيازي؛ أن يكون مما يصح التعامل فيه، وأن تكون مما يمكن بيعها في المزاد العلني، وأن تكون مملوكة للراهن، وأن تكون معينة.

وليتّم الرهن الحيازي يجب أن تنتقل حيازة المال المرهون من الراهن إلى المرتّهن أو إلى يد عدل يتم الاتفاق عليها من قبل الطرفين، ولا يجوز أن يكون المرهون بيد الراهن؛ لأن الرهن الحيازي هو حبس للمال المرهون بيد المرتّهن أو يد العدل، وأن سبب انتقال الحيازة من يد الراهن ليتّم إعلام الغير أصبح هذا المال مرهوناً وليس من أموال الراهن الحرة أنما من أمواله المرهونة سواء كانت الحيازة حقيقة أو حكمية كالسندات والأسهم، وللدائن حق امتياز عليه وتتبع المال المرهون في أي يد يكون، والتقدم على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من قيمته⁽²⁾. وحسب ما جاء في نص المادة 1322 من القانون المدني العراقي على الحيازة شرط لتمام الرهن حيث نصت على (يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن، أن يقبض المرتّهن المرهون).

حسب ما ذكرنا آنفاً أن المال المرهون يحبس بيد المرتّهن لكي يتم الرهن، لذلك يحصل في بعض الحالات تجهيل للمال المرهون وهو عدم بيان المال المرهون لورثته فيموت وتحصل واقعة التجهيل، وقد تعد أسباب عدم بيان المال المرهون لورثته أو الغير، ويكون السبب إهمال وتقصير من المرتّهن الذي بيده المال المرهون ولم يقدّم بأخبار ورثته بالمال المرهون الذي لديه، حيث تقتضي الفقرة الأولى من المادة 1338 من القانون المدني العراقي بأنه (على المرتّهن أن يبذل في حفظ المرهون رهنًا حيازياً وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد..)، حيث يقصد المشرع من النص المذكور أنه يجب على المرتّهن أن يبذل في حفظ المال المرهون عناية الشخص المعتاد، لكن المرتّهن لم يقدّم بالعناية المطلوبة وقد قصر وبإهماله هذا ولم يعلم ورثته بالمال المرهون وجهله وعندما أراد الراهن استعادة ملكه وجد أن الورثة لا يعلمون بوجود مال مرهون لدى مورثهم ولم يقدّم بأخبارهم، فتحقق الشرط الثاني من شروط التجهيل ألا وهو عدم بيان المال المرهون للورثة وسبب ذلك يعود إلى إهمال وتقصير المرتّهن؛ لأنه لم يبذل العناية المطلوبة منه وهي عناية الشخص المعتاد وذلك لأن العناية الشخصية لا تكفي لحفظ أموال الراهن لأنه قد تكون عنايته لا تصل إلى عناية الشخص

(1) د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، بدون دار نشر، بدون سنة طبع، ص 196.

(2) د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص 175.

المعتاد، أي كون هنا المعيار معيار موضوعي، وقد نصت تشريعات الدول الأخرى على العناية المطلوبة في حفظ المرهون⁽¹⁾.

أما الفقه الإسلامي :

المال المرهون يقصد به الحق الذي أعطي به الرهن، وقد يكون المرهون ديناً أو عيناً أو عقاراً، واتفق جمهور الفقهاء يصح الرهن اذا كان المرهون به لازماً في الذمة، وعدم صحته إذا كان عيناً غير مضمونة أصلاً مثل الاعيان التي تكون أمانة بيد الراهن، واختلف الفقهاء في جواز رهن الاعيان المضمونة فجمهور الفقهاء أجازوا رهن الاعيان المضمونة بنفسها عدا الشافعية منعوا ذلك⁽²⁾. وسنبين ذلك بالتفصيل:

1- الفقه الأمامي: فقهاء الأمامية اشترطوا القبض في الرهن واتفق على ذلك اغلب فقهاء الأمامية، أي أن الرهن يلزم من قبل المرتهن بالإيجاب من قبل الراهن والقبول والقبض من قبل المرتهن، مستنديين في ذلك بقوله تعالى "فرهان مقبوضة"⁽³⁾. حسب ما جاء في كلامهم بينوا أنواع الأموال التي يصح رهنها حيث بينوها بأنه "يشترط أن يكون عيناً، فلا يصح رهن ما

(1) ينظر في ذلك: نص المادة 1391 من القانون المدني الأردني يجب على المرتهن حفظ المرهون بنفسه او بوضعها بيد امين والعناية المطلوبة منه عناية الشخص المعتاد وهو مسؤول على كل ما يصيبه، لأنه قد يكون مقصر في حق نفسه وغير حريص لذلك يكون مسؤول عنها عناية الشخص المعتاد حيث نص بأنه (على المرتهن ان يحفظ المرهون حيازياً بنفسه او بأمينه وان يعتني به عناية الرجل المعتاد..)، أما القانون المدني اليمني لم يبين العناية المطلوبة من قبل المرتهن انما أشار انه بتعدي او تفريط منه يضمن المرتهن حيث نصت المادة 1101 ((المرهون في يد حابسه مضمون على المرتهن..)) حيث أنه حسب نص المادة يجب على الدائن سوى كان المال المرهون بيده او لدى الغير ان يبذل في حفظ المال وعدم اهماله وتقصيره لأنه يضمن المال المرهون، وقد بين القانون المدني الأردني في حفظ الوديعة أن العناية المطلوبة هي عناية الشخص نفسه أي عناية شخصية وليست موضوعية حسب ما جاء في المادة 940 بأنه ((يلزم الوديع المحافظة على المال المودع لديه بما يحفظ ماله وان يضعه في حرز مثله))، وبما أن الوديعة امانة بيد المودع لديه كذلك الحال بالنسبة للمال المرهون حيث يعتبر المال المرهون امانة بيد المرتهن، وبما ان المشرع اليمني لم يذكر العناية المطلوبة في حفظ المرهون وان كلا الوديعة والمرهون أمانة، ف تكون العناية المطلوبة عناية شخصية. نرى ان المشرع اليمني قد وقع في خطأ بعدم ذكره العناية المطلوبة لأنه قد تكون العناية اما شخصية او موضوعية وقد يستطيع المرتهن التهرب من المسؤولية بسبب ذلك على عكس المشرع العراقي والأردني بينو العناية المطلوبة عناية الشخص المعتاد.

(2) مجموعة مؤلفين، فقه المعاملات، بدون دار نشر، بدون سنة طبع، ، الجزء الأول، ص 729.

(3) أبي منصور الأسدي، مختلف الشيعة، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1413، ص 399.

في الذمة كالديون، أما لعدم جواز بيعها أن قلنا به، أو لاشتراط القبض وعدم مكانه فيها. وفيه نظر، والعموميات يقتضي الجواز والمشهور أنه لا يصح رهن المنافع. ويشترط كونه مملوكاً أو مأذوناً فيه، والمشهور أنه يصح غير المملوك مع الإجازة، ويجوز الرهن على كل دين ثابت في الذمة كالقرض وثن المبيع، ولا يصح الرهن على الأعيان كالوديعة والعارية غير المضمونة عندهم⁽¹⁾، يقصد بكلامهم يجب أن يكون المال المرهون عيناً ولا يصح رهن ما في ذمة الراهن وذلك إما لسبب عدم إمكان تسليمه، وأن القبض شرط لقيام الرهن أو لا يستطيع بيعها، وبما أن الرهن لغرض الاشتياق في حال عدم وفاء الدين فإنه يتم بيع المرهون، وأن يكون المرهون مملوك للراهن أو مأذون له برهنه، وهناك حالات يصح رهن الدين فيها كالقراض أو ثمن المبيع ولا يصح رهن العين غير المضمونة كالوديعة والعارية وذلك لأنها أمانة في يده لا يحق له التصرف فيها.

حسب ما جاء في كلامهم يجب على المرتهن بيان المال المرهون لورثته أو الغير بشهادة شهود أو حتى الوصية وإلا كان مفراطاً بذلك فيتحقق التجهيل وقد بينوا ذلك "إذا كانت العين المرهونة بيد المرتهن وقد ظهرت له امارات الموت وجب عليه الاستيثاق من عدم ضياع حق مالكاها ولو بالوصية بها وتعيين المرهون والراهن والاستشهاد على ذلك، ولو لم يفعل كان مفراطاً وعليه ضمانها"⁽²⁾.

2- الفقه الحنفي: قول الحنفية "الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض"⁽³⁾، يقصد بكلامهم أن الراهن يسلم المال المرهون دون مقابل لغرض الاستيثاق من المرتهن وينعقد بالإيجاب والقبول أي تراضي الطرفين عليه، إلا أنه لا يتم عقد الرهن إلا بالقبض يعني قبض المال المرهون، يجب أن يكون المال المرهون قابلاً للبيع وأن يكون اثناء العقد موجوداً مملوكاً، قادراً على تسليمه؛ لأنه لا يتم إلا بالقبض لذلك لا يجوز رهن مال غير موجود عند التعاقد، ولا يجوز رهن أموال محتملة الشك بالوجود (الأموال المستقبلية) والعدم كما في رهن النخيل

(1) محمد السبزواري، كفاية الاحكام، مؤسسة النشر الإسلامي، بدون سنة طبع، الجزء الأول، ص 556.

(2) علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، دار المؤرخ العربي، النجف الاشرف، الطبعة التاسعة عشرة، 2018، الجزء الثاني، ص 294.

(3) علي بن ابي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، الجزء الرابع، ص 412.

قد يثمر أو لا، وأيضا لا يصح رهن الميتة أو الدم أو الحر لأنه أصلاً ليس مملوك لأحد وكل شيء ليس له مالية، لأنه الغرض من الرهن في حال عدم الوفاء من قبل الراهن يقوم المرتهن ببيع العين المرهونة واستيفاء ثمنه، فإذا كان ليس له مالية، فكيف يقوم باستيفاء دينه، ولا يشترط أن يكون المال المرهون مملوك للراهن فيصح رهن ملك الغير كالأب رهنه مال ابنه والوصي أيضاً يرهن مال الصبي بدينه⁽¹⁾. وقد اتفق فقهاء الحنفية على عدم رهن المشاع على خلاف بقية المذاهب التي أجازت رهن المشاع إما بالنسبة للقانون الوضعي قد أجاز المشرع العراقي المدني رهن المشاع في المادة 1329 (يجوز رهن المال الشائع رهناً حيازياً وتسري عليه أحكام الرهن التأميني الواردة في المادة 1291)، وقد يحصل القبض من قبل المرتهن نفسه أو نيابة كما في القبض من قبل يد العدل، وهنا حتى لو هلك المرهون بيد القابض نيابة فإنه يعتبر الهلاك على المرتهن.

وحسب ما جاء في كلامهم "وللمرتهن أن يحفظ المال بنفسه و زوجته و ولده"⁽²⁾. يقصد به أن يلتزم المرتهن بحفظ المال بنفسه أو زوجته أو ولده الأكبر، وأن حفظه من غير هؤلاء يضمن، يعني يجب على المرتهن أن يلتزم بحفظ العين المرهونة لأن يده يد أمانة، والأمانة لا تضمن حتى لو هلكت بدون تعدي أو تلف، لكن المدين بتقصيره وإهماله لم يحم بأعلام ورثته بوجود المال المرهون لديه، وحسب ما جاء في كلامهم إذا تم الحفظ من غير هؤلاء فإنه يضمن، فكيف حال إذا لم يحم بأعلام ورثته بعدم وجود المال فهنا يتحقق الشرط الثاني وهو عدم بيان المال المرهون يتحقق تجهيل الرهن الحيازي.

3- الفقه المالكي: فقهاء المالكية خالفوا بقية المذاهب الإسلامية حيث لا يشترط للمرتهن اخذ المال المرهون بالفعل؛ أي يصح الرهن حتى لو لم يتم القبض من قبل المرتهن لأن القبض الفعلي ليس شرطاً لانعقاده أو لزومه، بل ينعقد ثم يطلب المرتهن من الراهن قبض العين

(1) علاء الدين وأبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1986، الجزء السادس، ص 135.

(2) عبد الغني بن طالب الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، الجزء الثاني، ص 64.

المرهونة وذلك حسب ما جاء في كلامهم "عقد لازم لا ينقل الملك، قصد به التوثيق في الحقوق"⁽¹⁾.

أن المال المرهون شرط مما يمكن أن يستوفى منه، ومن ثمنه وضمن منافعه الذي رهن به أو بعضه، ولا يشترط أن يكون المرهون عين يصح أن تكون دين عليه أو على غيره أو يجوز رهن المشاع في الفقه المالكي على خلاف الفقه الحنفي، ولا يشترط أن يكون مما يصح بيعه في الحال يجوز أن يكون مما يتم بيعه بالمستقبل كثمار قبل بدو صلاحها، فإذا مات الراهن قبل بدو الإصلاح يحل الدين، ويجوز رهن غلة الدار أو رهن الحلي أو رهن ما لا يعرف بعينه، ويشترط أن يتوفر في المال المرهون أن يكون دين لازم في الذمة يمكن استيفاؤه وأن يكون لازماً أو صار إلى اللزوم بعد أن كان غير لازم⁽²⁾، إي أن الفقه المالكي كان أكثر ملائمة من غيره من المذاهب الإسلامية ومقارباً للقانون المدني العراقي. إما إذا هلك المال المرهون فعلى الراهن، لأن يد المرتهن يد أمانة فلا يضمن بضائعها أو هلاكها، لكن في حال عدم بيان المرتهن العين المرهونة وموته هنا يضمن، لأن فقهاء المالكية مستندين بذلك إلى قوله تعالى "إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها". فكيف سيتم أداء الأمانة إلى الراهن وهو مات ولم يبين بوجود عين مرهونة لديه لورثته، فهنا تحقق التجهيل.

4- الفقه الشافعي: جاء فقهاء الشافعية في بيانهم للقبض في الرهن بأنه "أن عقد الرهن عقد جائز قبل القبض، وأن القبض من تمامه، وشرط لا يلزم إلا به، فما دامت العين المرهونة بيد الراهن كان له الرجوع عن رهنها، فإذا دفعها للمرتهن، وقبضها المرتهن قبضاً صحيحاً لزم العقد"⁽³⁾، حسب ما جاء في كلامهم أن العقد صحيح قبل القبض لكن غير لازم إلا بالقبض أي تسليم العين المرهونة إلى المرتهن، فإذا تم القبض لزم العقد، مستندين الشافعية في كلامهم إلى قوله تعالى "فرهان مقبوضة"، فإذا لم يكن القبض لازم لم يذكر قوله تعالى (مقبوضة)، إذ يصح أن يكون المرهون عيناً ولا يصح رهن المنفعة مثل رهن سكنى الدار؛ لأن المنفعة تتلف بمرور الوقت، حيث يجب أن يكون المال المرهون قابلاً للبيع أي يكون موجوداً، وأن يكون

(1) أحمد بن محمد المالكي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ناشر مصطفى الحلبي، 1952، الجزء الثاني، ص 108.

(2) أبو محمد جلال الدين المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2003، الجزء الثاني، ص 766.

(3) د. مصطفى الخن ود. مصطفى البغا وعلي الشرجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم للنشر، دمشق، الطبعة الرابعة، 1992، الجزء السابع، ص 294.

متقوماً شرعاً، وأن يكون قادراً على تسليمه لأن القبض لازم لصحة الرهن، ولا يشترط أن يكون مملوك للراهن كله، إذ يجوز رهن المشاع الذي يملكه أكثر من شخص فيقوم برهن حصته التي يملكها، وأيضاً يصح رهن العقار، وأن يد المرتهن يد أمانة فلا يقوم بالضمان إلا إذا تعدى وقصر في ذلك، فهنا حصل تقصير من قبل المرتهن وهو عدم بيان العين المرهونة التي أمانة لديه لورثته، لكن فقهاء المالكية اختلفوا عن باقي المذاهب الإسلامية حيث لا يضمن المرتهن في حال وجود المال المرهون لديه لمدة عشر سنوات فما فوق.

حسب ما ورد سابقاً نرى بسبب اهمال المرتهن وتقصيره بعدم بيانه المال المرهون لورثته، والعين المرهونة أمانة لديه كان من الواجب عليه اخبار ورثته بذلك، لكن لم يتم ببيانها للورثة فتحقق الشرط الثاني من شروط تجهيل الرهن الحيازي، إلا وهو عدم بيان المال المرهون فتحقق التجهيل والتجهيل بسبب الموت وعدم البيان للمال المرهون يكون سبب للضمان.

المبحث الثاني

حالات تجهيل الرهن الحيازي

الرهن الحيازي يعد من الحقوق العينية الاتفاقية التي تختلف عن الحقوق العينية القانونية كحق الامتياز، فالحق الذي ينشئ عقد الرهن الحيازي حق عيني يعمل بمقتضاه المرتهن بحبس المال المرهون لديهم ليضمن الدين من المال المرهون في حال عدم الوفاء من قبل الراهن⁽¹⁾.

يتحقق التجهيل من قبل المرتهن اذا لم يتم ببيان حال المرهون قبل موته أو يبين إنه قام برده، أو ضياعه، أو هلاكه ثم توفي وهو مجهلاً للمرهون وعندئذ يترتب الضمان على التركة وذلك لان عدم الرد يوجب الضمان⁽²⁾.

وأن تجهيل الرهن الحيازي يحصل بحالتين، الأولى قد يحصل بسبب الاختلاط أي القيام بخلط المرهون مع أمواله الخاصة أو قيام الورثة بخلطه مع التركة، ففي كلا الحالتين يضمن قيمته، إما

(1) يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار المسيرة، عمان، الطبعة الأولى، 2011، ص 293.

(2) عمار محسن كزار، القبض في عقد الرهن الحيازي، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، 2006، ص 129.

الثانية قد يحصل التجهيل بسبب قيام ورثة المرتهن ببيع أو رهن أو غيرهما من التصرفات بدون إذن مالكيها ، وذلك لعدم علمهم بالمال المرهون الذي هو أمانة بيد المرتهن لحين انتهاء مدة الرهن فيضمن من تركه مورثهم.

لذلك سنبين في المبحث الثاني الحالات التي يتم من خلالها حصول التجهيل للمال المرهون، وكذلك سنوضح في المطلب الأول خلط المال المرهون مع أموال المرتهن أو مع التركة، أما المطلب الثاني سنبين كيفية خروج المال المرهون سوى من قبل المرتهن أو من قبل ورثته.

سنقسم المبحث الى مطلبين وكل مطلب الى فرعين كالآتي:

المطلب الأول: التجهيل بسبب الاختلاط بالتركة.

المطلب الثاني: التجهيل بسبب خروج المال المرهون من التركة.

المطلب الاول

التجهيل بسبب الاختلاط بالتركة

يقصد بها حدوث واقعة التجهيل بسبب اختلاط الأموال، أي القيام بخلط المال المرهون مع أموال المرتهن الخاصة سواء حصل هذا الاختلاط بفعل المرتهن نفسه أم بفعل ورثة المرتهن وهذا ما يسمى باختلاط الأموال، وليبيان معنى ماذا يقصد ب اختلاط ⁽¹⁾ الأموال بدقة اكثر نعرف اختلاط الأموال بأنه (امتزاج مالين أو اكثر بغض النظر عن جنس المالين أو مقدراتهما، مملوكين لشخصين مختلفين فيصبح المال المختلط مالاً واحداً، سوى أمكن تمييز المال عن غيره أم لا يمكن تمييزه فهو يترتب آثاراً قانونية تتعلق بالملكية والضمان)⁽²⁾، وهناك حالات كثيرة يحصل فيها اختلاط للأموال، فقد يحصل الاختلاط باتفاق الطرفين، أي باتفاق مسبق بينهما، فعند القيام بالخلط يصبح كل من الطرفين شريكين في المال، وقد يحصل الاختلاط في حالات خاصة و بدون قصد المرتهن، كقيام احد افراده

(1) الاختلاط لغة: خلط الشيء بالشيء يخلطه خطأ، واختلط: خالط الشيء مخالطة، وخلطه فاختلط: مزجه. نقلاً عن محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1401، الجزء الخامس، ص 128.

(2) تبارك عمار العبودي، اختلاط الأموال في القانون المدني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2021، ص 15.

بخلط الأموال جميعها لأنها من نفس الجنس، فهنا لا نتصور حدوث الخلط الموجب للضمان؛ لأنه حصل دون قصدٍ، أو تعدٍ، وقد تحصل مجاورة للمال المرهون وليس خلط، وفي كل الحالات السابقة لا نتصور حدوث تجهيل للمال المرهون، لأنه قد حصل بوجود المرتهن. لذلك سنقوم ببيان الحالات التي يحصل فيها الخلط الموجب للضمان، والتي قد يحصل فيها التجهيل في حالات معينة.

سنقسم المطلب على فرعين يتضمن الفرع الأول اختلاط الأموال قبل موت المرتهن، حيث سنوضح كيفية قيام المرتهن بخلط مال الراهن (المال المرهون) مع أمواله الخاصة بخلط يتعذر معه التمييز وخلط لا يتعذر معه التمييز وبيان كيفية ضمانه للمال المرهون، أما الفرع الثاني يتضمن الاختلاط بعد موت المرتهن، وسنبين كيفية قيام الورثة بخلط المال المرهون مع أموال مورثهم، كذلك بيان الشروط الواجب توافرها لحصول الاختلاط، وعدم قيام المرتهن ب اعلام ورثته بوجود مال مرهون لديه وبسبب اهماله وتقصيره، حصل الاختلاط الذي بسببه تحقق تجهيل الرهن الحيازي الذي يوجب الضمان.

على الرغم من عدم بيان اختلاط المال المرهون بصورة مباشرة قانوناً وفقهاً الا انهم ذكروا اختلاط الأموال في الوديعة وغيرها من العقود ولذلك يمكن ان نستنتج اختلاط المال المرهون في حديثهم عن اختلاط الأموال.

الفرع الاول: اختلاط المرهون قبل موت المرتهن

يراد باختلاط الاموال قبل موت المرتهن أن يحصل الاختلاط أثناء وجود المرتهن، فيحصل الاختلاط الذي يوجب الضمان، والمقصود به اختلاط أموال المرتهن الخاصة مع المال المرهون فيحصل ضمان المال المرهون اذا كان هذا المال لا يتعذر معه التمييز من أموال المرتهن الخاصة، أي لا يستطيع تمييز مال الراهن من أموال المرتهن الخاصة، وعلى الرغم من عدم نص المشرع المدني العراقي على خلط المال المرهون بصورة مباشرة الا إنه بين خلط الوديعة ويمكن أن نستدل على ذلك من خلال نص المشرع المدني العراقي في المادة 955 الفقرة الأولى منها حيث نصت على الاختلاط بأنه (إذا خلط الوديع الوديعة بماله أو بمال غيره بلا إذن صاحبها بحيث يتعسر تفريق المالين، فعليه ضمانها سواء كان المال الذي خلط بها من جنسها أو من غيره...)، نلاحظ أنه اذا حصل اختلاط في أموال الوديع مع أموال مودعه فعليه الضمان، وبما أن الرهن كالوديعة كلاهما أمانة في يد الأمين فيكون المرتهن ضامن للمال المرهون وذلك بسبب حصول اختلاط في أموال المرتهن مع المال المرهون بدون موافقة الراهن، سواء كانت اموال المرتهن من نفس نوع المال المرهون أم لا

فيتسبب بالضمان من قبل المرتهن لكونه قام بخلطها مع أمواله الخاصة بدون إذن صاحبها حتى لو تعسر التفريق بين أمواله الخاصة والمال المرهون، وقد اشارت تشريعات الدول الأخرى على ذلك أيضاً⁽¹⁾.

عند قيام المرتهن بخلط المال المرهون بماله وبدون إذن الراهن يكون الحكم مساو للغصب لأنه قام بخلط الأموال بدون رضا أو إذن الراهن، وبما ان يد المرتهن يد أمانة فإنه تتقلب بسبب الغصب؛ وذلك لأنه تمت دون حق أو دون موافقة صاحب المال الى يد ضمان، وحسب ما جاء في نص المادة 201 من القانون المدني العراقي بأنه (الحال الذي هو مساو للغصب في إزالة التصرف حكمه حكم الغصب...)، يضمن قيمة المال المرهون، ويكون ضمان قيمة المال المثلي بمثله وإذا كان المال قيمي فيكون بقيمته من تاريخ الغصب، أي من تاريخ حصول الاختلاط وإذا قلت قيمته فإنه يضمن ذلك⁽²⁾، وقد نصت مجلة الاحكام العدلية إذ أشارت الى وجوب الضمان على الغاصب، فإذا كان من المثليات فعلى المرتهن أن يسلم مثله، و إذا وجد المال المرهون في مكان آخر فإنه يطلب من

(1) ينظر في ذلك: ما ورد في نص المادة 943 من القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002 حيث نص على الخلط بأنه (يعتبر تعدياً استعمال الوديعة...أو خلطها بماله أو بمال غيره خلطاً لا يتيسر معه تمييزها ولا يعتبر تعدياً أو تفریطاً كل ما وقع بأذن المودع أو برضاه)، حسب ما ورد في نص القانون اليمني أعلاه تبين أنه في حال حصول اختلاط للمال المرهون مع أموال المرتهن بدون إذن الراهن يضمن ذلك لأنه يعتبر تعدي من قبل المرتهن، وكان خلط المال خلطاً لا يتعذر تمييزه عن أمواله الخاصة، ولكن في حال كان الخلط بأذن الراهن فهنا لا يضمن ذلك، لأنه كان بأذن الراهن، وأيضاً نصت في ذلك المادة 975 الفقرة الأولى من القانون المدني الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 حيث نصت بأنه (إذا خلط المودع عنده الوديعة بشيء يتعذر تمييزها عنه وكان غير مماثل لها في النوع والصفة فإنه يضمنها في ذمته بمجرد خلطها فإن لم يتعذر تمييزها عنه أو كان مماثلاً لها في النوع والصفة فلا ضمان عليه)، نلاحظ مما سبق أن المشرع الإماراتي اختلف عن المشرع العراقي والمشرع اليمني حيث ينص في حال قام بخلط الأموال الخاصة به مع أموال الراهن إذا كان يتعذر تمييزها عن أموال المرتهن فهنا يضمن أما إذا كان لا يتعذر تمييزها فإنه لا يضمن ذلك. أما القانون المدني الأردني حسب نص المادة 1032 ذي الرقم 43 لسنة 1976 لقد ذكر الخلط بأنه (للشريك على الشيوخ بيع حصته بلا إذن الشريك الآخر، إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز البيع بغير إذن شريكه وليس له أن يتصرف في حصته تصرفاً مضراً بدون إذن شريكه)، نلاحظ ان المشرع الأردني لم ينص على مسألة اختلاط المال المرهون انما أشار الى احكام الخلط والاختلاط في المال الشائع ويمكن جعلها قاعدة عامة تسري على الأحوال التي تشابه المعنى في مسائل الاختلاط، اما المشرع المصري لم ينص على اختلاط الأموال في نص صريح.

(2) إسماعيل المحاقري، احكام الغصب، دار المنظومة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 2005، ص140.

المرتّهن اخذ المال المرهون لأنه ملكه ، أما اذا انقطع وجود المال المرهون وكان من المثليات كان على المرتّهن ان يدفع قيمته يوم حصول الغصب أي يوم قيام المرتّهن بخلط المال المرهون بأمواله الخاصة، أما إذا كان المال المرهون من القيميات فيضمن قيمته يوم حصول الخلط المال المرهون مع أمواله الخاصة أي عند حصول الإهمال والتقصير⁽¹⁾، أي في كلا الحالتين يضمن قيمة المرهون من يوم حصول الخلط، لكن ماذا لو حصل اختلاط أموال المرتّهن مع المال المرهون ولكن يسهل تمييز المال المرهون عن أموال المرتّهن الخاصة ويسهل تفرقها؟ هنا لا يتصور حصول تجهيل لان المال المرهون مميز عن أموال المرتّهن ويكون سهل تمييزه بالإضافة الى كون المرتّهن على قيد الحياة وأنه لم يقد بالخلط إنما قام بالمجاورة مع أمواله وأنه حين ينتهي الرهن يقوم بإرجاع المال المرهون بذاته الى الراهن. ولقد نصت بعض تشريعات الدول الاخرى على ذلك كون المال المرهون مما يسهل تمييزه وتفرقه عن أموال المرتّهن⁽²⁾.

نلاحظ مما سبق أن هناك صورتين لاختلاط الأموال، اختلاطاً يسهل تمييز المال المرهون وهنا حصول الاختلاط لا يضمن فيه المرتّهن لأنه حصلت مجاورة للمال المرهون وليس مخالطة، والصورة الثانية للاختلاط هو الاختلاط مع أموال المرتّهن لا يتم تمييزه فيتحقق ضمان المال المرهون ويضمن المرتّهن المال المرهون في قيمته يوم حصول الخلط لأنه ذلك دون رضا الراهن فتتحول يده من يد أمانة الى يد ضمان.

أما الفقه الإسلامي :

سنبين آراء المذاهب الإسلامية (الامامية/الحنفية/المالكية/الشافعية)، حول حصول اختلاط المال المرهون مع أموال المرتّهن وحصول تجهيل للمال المرهون بسبب الاختلاط ، وعلى الرغم

(1) منير القاضي، شرح المجلة، مطبعة النقيض، بغداد، 1942، ص 15.

(2) ينظر في ذلك: نص المادة 975 في الفقرة الأولى من القانون المدني الإماراتي ذي رقم 5 لسنة 1985 حيث بين أنه يعفى الخاطئ من الضمان إذا كان المال المرهون يسهل تمييزه عن أموال الخاطئ (المرتّهن) ولا يحصل تجهيل فلا يضمن حيث نصت بأنه (إذا خلط المودع عنده الوديعة بشيء...فإن لم يتعذر تمييزها عنه =أو كان مماثلاً لها في الأنواع والصفة فلا ضمان عليه.)، و نلاحظ مما سبق انه اذا كان الخلط يستطيع تمييز المال المرهون عن أموال المرتّهن فهنا لا يضمن وذلك لعدم حصول تجهيل للمال المرهون وعدم حصول التجهيل الذي يستوجب الضمان.

عدم ذكرهم بصورة مباشرة لاختلاط المال المرهون إلا أنهم بينو مسألة اختلاط الوديعة لذلك يمكن استنتاج اختلاط المال المرهون من كلامهم كالآتي تباعاً :-

1- الفقه الامامي: لقد بينو اختلاط الأموال إذ جاء في كلامهم "ولو مزجها بماله بحيث لا يتميز ضمن... ولو مزج الوديعتين بحيث لا مائز ضمن الجميع"⁽¹⁾، يقصد بكلامهم اذا قام الأمين(المرتّهن) بخلط الأمانة(المرهون) التي عنده مع أمواله الخاصة به فهنا يضمن المال المرهون، وأيضاً في حالة اذا قام بخلط جميع الأمانات التي لديه بحيث لا مائز⁽²⁾، يعني لم يقر بعزل كل واحدة على حدة وقام بخلطها جميعها مع أمواله فهنا يضمن لكلا صاحبي الأمانات. وفي حال خلط أكثر من أمانة لديه كما لو كان لديه أكثر من مال مرهون وقام بخلطها جميعها ولو كانت لنفس الراهن أو كانت لأكثر من راهن أي عدة راهنين فأنة يضمن لحصول الاختلاط الذي يوجب التضمين، و لقد نصّ الامامية على أن الاختلاط يكون في حكم الاستهلاك كما جاء في قولهم "...لان المزج في حكم الاستهلاك من حيث اختلاط كل جزء من مال المالك بجزء من مال الغاصب..."⁽³⁾، وإذ يلاحظ في حال القيام بالمزج أي خلط مال الراهن بمال (المرتّهن) لأنه بخلطه للمال المرهون مع أمواله الخاصة يكون في حكم الغصب لان لم يكن بأذن المالك وقام بخلط الأموال لذلك يضمن المال لان المالك لم يرضى، أو ليس له علم بخلط المال المرهون مع الأموال الخاصة بالمرتّهن، وكما نعلم أن المال المرهون أمانة بيد المرتّهن فلا يحق له التصرف به في مثل هكذا تصرفات. وجاء في أقوال الفقه الامامي "اذا خلط الوديعة بماله خلطاً لا يتميز مثل أن يخلط دراهم بدراهم، أو دنانير بدنانير أو طعام بطعام، فأنة يضمن سوى خلطها بمثلها، أو ارفع منها أو ادون منها..."⁽⁴⁾، يراد بكلامهم أنه اذا قام الأمين بخلط الأمانة بأمواله خلط لا يتميز معه مثل خلط النقود بالنقود أو طعام بطعام حتى لو كانت الأموال مثلية فأنة يحصل الاختلاط الذي يوجب الضمان لان

(1) محمد جواد العاملي، مفتاح الكرامة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، 1419 هـ، الجزء السابع عشر، ص 228.

(2) ماز: يميز، عزله وفرزه عن غيره، منشور على موقع الأمانى، متاح على الرابط:

<https://www.almaany.com>، آخر زيارة الساعة 11:56 ص في 2022/2/4.

(3) علي الطباطبائي، رياض المسائل، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1422 هـ، الجزء الثاني عشر، ص 281.

(4) محمد بن الحسن الطوسي، كتاب الخلاف، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، 1414 هـ، الجزء الرابع، ص 177.

حصل الخلط بدون اذن الراهن حتى لو كانت أموال المرتهن المثلية احسن من أموال الراهن أو اقل منها جودة، ولقد بينوا في كلام لهم حالة الخلط بأنه "فخلطها بما لا يتميز منه"⁽¹⁾ يعني يراد به الخلط الذي يعسر أو يعدم التمييز في الأموال يوجب الضمان لأنه يحتاج الى جهد وتعب الى التمييز الأموال.

2- الفقه الحنفي: حسب ما ورد في كلام فقهاء الحنفية في حال اختلاط أموال الأمين بالأموال الخاصة بالمؤمن عليها، أي خلط المال المرهون بأمواله الخاصة حيث بينوا ان هناك ثلاث أنواع لاختلاط الأموال، الاول اختلاط أموال يتعذر معه تمييز أموال المرتهن عن المال المرهون أي نفس جنس المال المرهون سواء أكان مثلي أو قيمي فهنا يضمن المال المرهون فبسبب هذا الاختلاط، اختلطت أموال المرتهن مع المرهون ولولا هذا الاختلاط لما حصل الضمان، والثاني خلط يسير التمييز معه مثلاً خلط الأموال لكن هناك اختلافاً فيها مثل خلط الدراهم مع الدنانير أو مثليات ولكن مختلفة الألوان، فهنا لا نتصور حصول الضمان لأنه على الرغم من كونه خلط إلا انه لا يتصور حصول ضمان للرهن أي لا يكون موجب للضمان، والثالث خلط يتعذر عدم تمييزه مثل خلط مثليات مع مثليات أو غيرها من الأنواع الذي لا نتصور صعوبة تمييزه عن أموال المرتهن فهنا يضمن على الرغم عدم حصول خلط للمال المرهون يتعذر تمييزه أنما قام المرتهن بمجاورة أمواله مع المال المرهون ألا إنه قام بخلط يصعب أو يتعسر عزل المال المرهون عن أمواله الخاصة مثل خلط الحنطة بالشعير وقد بينوا ذلك في كلامهم "ثم الخلط ثلاث أنواع: خلط يتعذر التمييز بعده، كخلط الشيء بجنسه-فهذا موجب للضمان؛ لأنه يتعذر به على المالك الوصول الى عين ملكه. وخلط تيسير معه التمييز-كخلط السود بالبيض، والدراهم بالدنانير-فهذا لا يكون موجباً للضمان، تمكن المالك من الوصول الى عين ملكه، فهذه مجاورة-ليس بخلط. وخلط يتعسر معه التمييز-كخلط الحنطة بالشعير، فهو موجب للضمان لأنه يتعذر على المالك الوصول الى عين ملكه، إلا بخرج والمتعسر كالمتعذر"⁽²⁾، وجاء أيضاً في كلامهم عن الخلط بأنه "وإن خلطها المودع

(1) عبد العزيز بن البراج الطرابلسي، جواهر الفقه، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، الطبعة الأولى 1411هـ، ص 104.

(2) محمد بن احمد شمس السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، الطبعة الأولى، 2000، الجزء الحادي عشر، ص 115.

بماله حتى لا يتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها"⁽¹⁾، يلاحظ من كلامهم أنه إذا خلطها بماله وكان لا يستطيع تمييزها عن غيرها يضمن لأنه يعتبر استهلكها وفي كلام الفقيه العيني هنالك أربع حالات للاختلاط كما ذكر في قوله، خلط يتيسر التمييز معه كخلط الدراهم السود مع البيض فيستطيع الراهن الوصول الى حقه بلا حرج، وخلط يعسر معه التمييز هنا يضمن، والوديعة كما بينا سابقا كالرهن لأن كلاهما أمانة في يد المرتهن، وأيضا جاء في كلامهم عن الخلط بأنه "وإن خلطها أي المودع الوديعة (بماله) بغير إذن المالك، لأنه إن خلطها بإذنه كان شريكا فيها..."⁽²⁾، نلاحظ مما سبق أن الفقه الحنفي أجمع في حال خلط الأمانة التي بيد الأمين مع الأموال الخاصة يضمن.

3- الفقه المالكي: بين فقهاء المالكية عن ضمان الأمانة التي بيد الأمين لعدة أسباب من ضمن تلك الأسباب ، هي في حال خلط الأمانة مع أموال الأمين كما جاء في قولهم بأنه "خلط الوديعة بما لا يتميز عنه مما هو غير مماثل لها كخلط القمح بالشعير فإن خلطها بما تتفصل عنه كذهب بفضة يضمن"⁽³⁾، حسب ما جاء في كلامهم أنه في حال حصول الاختلاط في شيء يتعسر تمييز المال المرهون عن أموال المرتهن أو لا يستطيع التمييز فيها كالدراهم بالدراهم أو الحنطة في الشعير هنا يتعذر تمييز أموال المرتهن عن أموال الراهن فيضمن لحصول خلط في المال المرهون لذلك يضمن المرتهن، أما إذا كان الاختلاط لا يحصل فيه عدم التمييز أي يكون بمثابة المجاورة وليس المخالطة فهنا لا يحصل تجهيل كخلط الذهب مع الفضة فيكون من الطبيعي تمييز الذهب عن الفضة ولا يحتاج الى تعب أو جهد و لم يحصل اختلاط، فلا نتصور حصول تجهيل من قبل المرتهن لذلك لا يضمن المال المرهون، وقد جاء أيضا في كلامهم "وفيما خلط من النوعيين المختلفين من الطعام لأن الشركة فيه لا تجوز ولو خالف بعضها دون بعض ضمن نصيب من خالف امره دون غيره"⁽⁴⁾، يعني أنه يعتبر متعديا في حال قيامه بخلط الأمانة التي لديه مع أمواله الخاصة حتى لو كانت من نفس الجنس لكن

(1) أبو محمد بن احمد العيني، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2000، الجزء الخامس عشر، ص 111.

(2) عبد الرحمن بن محمد سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأنهر، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة طبع، الجزء الثاني، ص 341.

(3) محمد بن احمد بن الكلبي، القوانين الفقهية، دار الحديث، بدون سنة طبع، ص 264.

(4) أبو عمر يوسف القرطبي، الكافي في أهل المدينة، مكتبة الرياض، السعودية، الطبعة الثانية، 1980، الجزء الثاني، ص 807.

مختلفة في النوع ويستطيع التمييز بينهما ألا أنه يعتبر متعديا ويوجب الضمان من قبل المرتهن لأنه حصل اختلاط الأمانة التي لديه المتمثلة بالمال المرهون مع أموال المرتهن، ويعتبر ذلك تعديا يوجب الضمان ، و في قول اخر لهم "إذا خلط الدراهم فضاع الجميع لم يضمن أو بعضه فما ضمن بقي بينكما لان دراهمك لا تعرف من دراهمه ولو عرفت لكنت مصيبتها دراهم كل واحدة منه..."⁽¹⁾، هنا يقصد في كلامهم أنه اذا قام بخلط أمواله بالمال المرهون ولكن ضاع جميع المال فلا يضمن، أما اذا ضاع نص المال يضمن لأنه حصل اختلاط في الأموال فيضمن ما بقي من الأموال لأنه على الرغم من ضياع نصف المال هذا لا يضمنه، أما ما بقي يضمنه وذلك بسبب حصول الاختلاط، يلاحظ مما سبق أنه في حال حصول الاختلاط يضمن المرتهن.

4- الفقه الشافعي: حسب ما جاء في كتب الفقه الشافعية بأنه "وإن أنفق ذلك الدراهم ورد بدله وخلطه بالدراهم فلا يخلو حال ذلك الدراهم الذي رده بدلا من ثلاث اقسام"⁽²⁾، يراد بكلامهم في حال خلط الأمانة التي عنده بأمواله الخاصة، مثل خلط المال المرهون بأموال المرتهن الخاصة، فبينوا ان هناك ثلاث حالات ل اختلاط أموال المرتهن. الأول خلط لا يستطيع التمييز فيه أموال المرتهن عن أموال الراهن فهنا يعتبر متعديا قام بالخلط بدون إذن المالك، فيحصل الضمان ، لأن المرتهن قام بخلط الأموال دون اذن الراهن، والنوع الثاني خلط يتميز معه مما يعني حتى لو قام بخلط المال المرهون مع أمواله الخاصة الا أنه يستطيع فيها معرفة الأموال المرهونة فهنا لا يضمن لأنه لا يكون اختلاط بل مجاورة، أما الحالة الثالثة اختلاط أموال المرتهن مع الأموال المرهونة ويكون الخلط فيها بعض يستطيع تمييزه وخلط لا يستطيع فيه التمييز فهنا يحصل اختلاط في بعض المال المرهون وليس جميعه فيضمن المال المرهون الذي حصل فيه الاختلاط اما باقي الأموال لا يضمنه لأنه لم يحصل فيها اختلاط الذي يوجب الضمان، وقد جاء أيضا في كلامهم بأنه "وان خلط الوديعة بمال له لا يتميز ضمن"⁽³⁾، وقد جاء أيضا في كلامهم عن الأمانة في حال خلطها مع أمواله الخاصة يضمن

(1) أبو العباس شهب الدين المالكي، الذخيرة للقدافي، دار القرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1994، الجزء التاسع، ص 167.

(2) أبو الحسن علي المارودي، الحاوي الكبير، دار الكتب العملية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1999، الجزء الثامن، ص 364.

(3) أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، عالم الكتب، بدون سنة طبع، ص 111.

وذلك حسب ما ورد بأنه "فإن من الأسباب المضمنة لأمناء أن يخلطوا الأمانة بغيرها"⁽¹⁾، ويقصد بالأمانة تشمل الوديعة والرهن وغيرها من عقود الأمانات ، لذلك اذا قام الأمين بخلط الأمانة مع أمواله الخاصة أو مع أمانة اخرة فإنه يضمن وذلك لحصول الاختلاط الذي أدى الى خلط الأمانة مما يوجب الضمان الا اذا كان الخلط بأذن المالك نفسه فانه لا يضمن.

نلاحظ بعد بيان آراء المذاهب الإسلامية (الامامية/الحنفية/المالكية/الشافعية) حول مسألة اختلاط الأموال ، تبين لنا أنه في حال قيام المرتهن بخلط أمواله مع المال المرهون فإنه يضمن المال المرهون وذلك لحصول الخلط الذي يوجب الضمان، لأن المال المرهون أمانة بيد المرتهن وعند قيامه بخلط المال المرهون يعتبر بمثابة استهلاك للمال المرهون الذي يعد أمانة لا يجوز التلاعب فيها وخلطها بأمواله الخاصة سوى كان الخلط من نفس جنس المال المرهون أو غيره، لان بخلطه يتعذر الراهن الوصول الى عين ملكه(المرهون).

الفرع الثاني: اختلاط المرهون بعد موت المرتهن

إن اختلاط الأموال دون اذن مالكيها يوجب الضمان وقد وضعنا ذلك سابقا، وأن قيام المرتهن بخلط المال المرهون مع أمواله يؤدي الى الضمان لحصل ذلك دون اذن مالكيها والتي قد تؤدي الى الاختلاط مع أموال المرتهن وتؤدي الى تقليل قيمتها، و لا يستطيع فيها الراهن الوصول الى عين ملكه، أما بالنسبة الى حصول الاختلاط بعد موت المرتهن يكون بحكم التعدي على أموال الغير لأنه حصل بدون اذن مالكيها، فلو حصل بأذن المالك لا يضمن ذلك، و يحصل الاختلاط بعد موت المرتهن بسبب المرتهن نفسه، لأنه لم يقد ب اعلام ورثته بوجود مال مرهون لديه فيموت ولم يقد بأخبار ورثته بالأمانة التي لديه فيحصل التجهيل الذي يوجب الضمان، وبما أن الورثة لا يعلمون بوجود مال مرهون لدى مورثهم فيقوم الورثة بخلط أموال المورث(المرتهن) وجمعها لكي يتم أداء الحقوق والواجبات المترتبة على تركة المورث(المرتهن)، نلاحظ أن الشخص الذي سبب (أو أدى) الى حصول التجهيل هو المرتهن نفسه، لان اهماله وتقصيره لم يبين المال المرهون مما أدى الى خلط الأموال، وقد أشار المشرع المدني العراقي في نص المادة 186 في الفقرة الأولى منها بأنه(إذا أتلّف أحد مال غيره أو أنقص من قيمته مباشرة أو تسببا، يكون ضامنا، إذا كان في احداث هذا الضرر قد تعتمد أو تعدى...)، يقصد به في حال التعدي يضمن المال المرهون، وان خلط الأموال المرهونة مع

(1) عبد الملك بن عبد الله الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، 2007، الجزء السابع، ص 541.

أموال المرتهن الخاصة يكون بمثابة التعدي لأنه تم بدون اذن مالكيها، وذلك لصعوبة وصول المالك الى ماله و يعتبر بحكم الغاصب للمال المرهون لان بسبب المرتهن حصل الاختلاط.

يجب توافر شروطاً معينة لحصول الاختلاط لكي يضمن الورثة المال المرهون، وهي ان يكون هناك اكثر من مال (ماليين او اكثر)، سواء تميز احدهما عن الآخر بفوارق بسيطة ام لا، وكذلك لا يهم نوع المال لان المال هو أمانة وكان يجب عليه المحافظة عليه وارجاعه عند انتهاء الرهن، وأن يحصل اختلاط للأموال سوى حصل الاختلاط بفعل الغير (الورثة) لانهم لم يكونوا يعلمون بوجود مال مرهون لدى مورثهم او بفعل المرتهن نفسه وقام بخلطها مع أمواله ولم ينتبه ورثته لذلك الخلط، وأن يكون الاختلاط فعلي للمال المرهون بحيث يتعذر الورثة معرفة المال المرهون عن مال مورثهم⁽¹⁾، لذلك لا نتصور حدوث الاختلاط اذا كان المال المرهون عقار لان العقار لا يصح رهنه الا بالتسجيل لدى دائرة التسجيل العقاري، وكذلك الحال بالنسبة للأموال المستقبلية لا يحصل فيها اختلاط لأنه من شروط الاختلاط ان يكون اختلاط مع المال المرهون أي يكون اختلاط الاموال لأكثر من شخص واحد لأنه لا يحدث اختلاط اذا كان جميع المال يعود لنفس المالك، أي ان يكون الاختلاط فعلي بحيث يتعذر على الورثة معرفة هل المال يعود لمورثهم ام للراهن وذلك حسب ما جاء في نص المادة 955 من القانون المدني العراقي التي تم ذكرها سابقاً.

بعد موت المورث (المرتهن) تبقى أمواله الخاصة، و في كل تركة هناك حقان يتنازعان هما حق الدائن وحق الوارث ولا يجوز أن يضحى احدهما للآخر، فإذا أخلف الوارث المورث (المرتهن) في حقوقه فقط دون التزاماته يكون ظلم لحق الدائن الذي وثق بالمورث (المرتهن) وقام بإنشاء التزام معه، لذلك يجب على الوارث الوفاء من أموال التركة فإذا وفّت التركة الديون، وبقي شيء من التركة فللورثة لان حسب القاعدة العامة لا تركة الا بعد اداء الديون وذلك حسب ما جاء في نص المادة 1106 من القانون المدني العراقي بأنه (يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة)، وان هذه الحقوق والالتزامات تنظمها أحكام التركة لترفع الضرر وتمنع النزاع وتقضي كل ذي حق حقه، لان للدائن ضمان عام على كل أموال مدينه ولا يمكن ان يكون الموت سبب لإلغاء هذا الضمان لذلك لا تؤثر وفاة المدين بحقوق دائنيه⁽²⁾، ونلاحظ بعد قيام الورثة بأداء الديون المترتبة على مورثهم واخذ حقوقهم لما تبقى من التركة، وان الراهن قد غبن حقه لأنه كما نعلم

(1) تبارك عمار العبودي، مصدر السابق، ص 16.

(2) عبد العزيز بن محمد الصغير، حقوق الدائنين في التركة في ضوء الشريعة الإسلامية، المركز القومي للإصدارات القومي للصادرات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2016، ص 121.

أن موت المرتهن لا يؤثر في انقضاء الرهن الحيازي وذلك حسب نص المادة 1351 من القانون المدني العراقي التي تم ذكرها سابقاً، وأن الراهن لا يعلم ان المرتهن قد أهمل او قصر في المحافظة على المال المرهون و لم يقيم بإعلان الرهن للورثة أو أقربائه لذلك حين انتهاء الرهن الحيازي ويأتي الراهن للمطالبة بحقه المتمثل بالمال المرهون يجد الراهن ان الورثة لم يكن لديهم علم بوجود رهن لدى المرتهن⁽¹⁾ وان الورثة قاموا بخلط أموال المورث (المرتهن) جميعها للقيام ب أداء الحقوق المترتبة على التركة، فحصل تجهيل للمال المرهون لأنه اختلط بأموال المرتهن وذلك حسب نص المادة 1350 الفقرة الثانية منه (واذا مات المرتهن مجهلاً للرهن ولم يوجد في تركته، فقيمة الرهن تصير ديناً واجب الأداء من تركته)، لذلك قد يحصل احد الامرين، أما ان الورثة لم يقوموا بعد بسداد الديون المترتبة على المورث لذلك يزاحم الراهن بقية الدائنين ويأخذ حقه من تركة المورث أو قام الورثة بسداد الديون و أخذ بقية التركة ، فهنا حسب نص المادة 1350 من القانون المدني العراقي يضمن من التركة، وبما انه أولت أمواله الى ورثته فحصل اختلاط مع أموال ورثته فتحقق تجهيل للمال المرهون وذلك لاختلاطه مع أموال ورثة المرتهن فيضمن ذلك، وبما ان الدين واجب الأداء بعد تجهيز الميت سواء كان دين صحة او دين مرض و يؤدي للدائنين كل حسب حقه، واذا تراحت الديون يقدم دين الصحة على دين المرض⁽²⁾، لذلك الدين مانع من الإرث و يقدم المانع على المقتضى حسب ما جاء في نص المادة 4 الفقرة الأولى من القانون المدني العراقي (اذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع)، أي يتم الوفاء بالدين الذي على المرتهن من قبل الورثة من الأموال التي أولت اليهم من المرتهن نفسه.

أما الفقه الإسلامي :

سنبين آراء المذاهب الإسلامية (الامامية/الحنفية/المالكية/الشافعية)، حول مسألة اختلاط المال المرهون بعد موت المرتهن، على الرغم من أن فقهاء المسلمين لم يبينوا خلط المال المرهون مع أموال المرتهن بصورة مباشرة من قبل الورثة إلا أنه يُمكن أن نستنتج ذلك من خلال كلامهم عن اختلاط الأموال كما يأتي، تباعا :

(1) عادل شمران الشمري، قاعدة عدم ضمان الأمين في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة الثانية العدد الثالث ، 2010، ص 133.

(2) د. احمد الكبيسي، الأحوال الشخصية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، بدون سنة طبع، الجزء الثاني، ص 8 و 9.

1- الفقه الإمامي: لقد جاء في كلامهم "إذا اعترف بالوديعة ثم مات، وجهلت عينها، قيل تخرج من أصل تركته. ولو كان له غرماء، فضاقت التركة، حاصهم المستودع وفيه تردد"⁽¹⁾، أي يقصد بكلامهم في حال قيام المرتهن بأخبار ورثته بوجود مال مرهون في التركة ولكن لم يبين هذا المال المرهون بعينه ثم مات المرتهن، وقام الورثة بخلط المال المرهون مع أموال المرتهن المورث أي جهل المال المرهون بعينه، فإن الحكم واحد قبل وبعد الخلط، يضمن ذلك ويخرج المال المرهون من تركته وبما أن الورثة قاموا بخلط جميع أموال المرتهن أي جمّعها حتى يتم أداء الحقوق المترتبة عليها، لذلك يُراحم الراهن دائني المرتهن في تركة المرتهن ولا يتقدم على بقية دائني المرتهن لأنه قد لا تكون تركة المرتهن المورث تكفي لسداد الدين المترتب عليه لذلك يراحم سائر الغرماء، و عند حصول الاختلاط الذي يوجب الضمان فهناك شروط يجب توافرها لكي يحصل الاختلاط، أولها أن يكون هناك مالين أو أكثر ولقد جاء ذلك في قولهم بأنه "كما لو خلط الحنطة بالشعير... كما لو خلط الزيت بمثله، أو الحنطة بمثلها... لأن المزج في حكم الاستهلاك من حيث اختلاط كل جزء من مال المالك بجزء من مال الغاصب..."⁽²⁾، يراد بها وجوب توافر مالين أو أكثر أحدهما للمالك والآخر للغير (الراهن مثلاً) لكي يحصل الاختلاط مثل خلط الزيت بزيت مثله، بحيث يصعب التمييز بينهما، ويكون الراهن في حكم المغصوب لحصول الاختلاط في الأموال بدون إذنه، حتى لو كان الاختلاط بين المالين بفوارق بسيطة كما لو خلط الحنطة بالشعير، يتحقق الخلط الموجب للضمان. ثانياً أن يكون المالين مملوكين لشخصين مختلفين كما جاء في كلامهم الذي يدل على أنه من قام بخلط مال غيره إلى أمواله الخاصة، أي مالكيين مختلفين وقد جاء ذلك في كلامهم "فإن كانت التي خلطها مما لا يتميز بعد الخلط بعض ذلك من بعض كان عليه الضمان"⁽³⁾، أي أن الأموال التي تم خلطها تعود لأكثر من شخص وليس للشخص نفسه. أما الشرط الثالث لتحقيق الاختلاط هو حصول الاختلاط الفعلي لأموال المرتهن مع أموال الراهن بعد موت

(1) أبو القاسم نجم الدين جعفر الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مطبعة أمير، قم المقدسة، الطبعة الثانية، 1409هـ، الجزء الثاني، ص 407.

(2) محمد بن جمال العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، بدون دار طباعة، الطبعة الثانية، 1398، الجزء السابع، ص 56.

(3) عبد العزيز بن البراج الطرابلسي، المذهب، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، بدون دار طباعة، بدون سنة طبع، الجزء الأول، ص 427.

المرتّهن فيقوم الورثة بخلط أموال المرتّهن (المورث) جميعها، وبما ان الوارث يقوم مقام مورثه عند موته، لتجهيز الميت وأداء دين الغرماء مطلقاً، لأن جواز تصرف الورثة في التركة متوقف على ضمان الديون التي على المورث ورضا الغرماء لذلك لا يجوز توزيع تركة المتوفي الا بعد سداد الدين من اصل المال⁽¹⁾، وبما ان الورثة لم يكن لديهم علم بوجود مال مرهون في التركة وتم خلط الأموال فإنه يتم ضمان المال المرهون من تركة المورث (المرتّهن) لأنه حصل تجهيل في المال المرهون بسبب المرتّهن.

2- الفقه الحنفي: لقد جاء في كلامهم في حال الخلط ليس من قبل المرتّهن نفسه بل يحصل من قبل عياله أي ورثته أو الغير حيث جاء في كلامهم بأنه "لو كان اجنبياً أو من عياله... لان هذا الخلط استهلاك من وجه دون وجه اخر"⁽²⁾، على الرغم عدم ذكرهم مباشرة للرهن الا انه بينوا فيها عند قيام الورثة أو الغير بخلط أموال المرتّهن جميعها فيتم فيها خلط مع المال المرهون فيحصل التجهيل الذي يوجب الضمان، ولكي يتحقق الاختلاط يجب توفر شروط الاختلاط ، وفي كلام لهم يبين فيها الشرط الأول للاختلاط الأموال وهي وجود اكثر من مال حيث جاء في كلامهم بأنه "مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه"⁽³⁾، أي وجود اكثر من مال يعني تعدد الأموال؛ لأن لا يتصور حصول اختلاط بدون تعدد الأموال، ويشترط ان يكون هذين المالين لمالكين مختلفين اذ لا يمكن تصور الاختلاط الا اذا كان لمالكين مختلفين وقد جاء في كلامهم حول اختلاط المال لأكثر من شخص "رجل غصب من رجل ألف درهم، وخطهما درهماً من ماله..."⁽⁴⁾، فهنا يقصد بكلامهم ولو جاء بصورة غير مباشرة الا انه يدل على اختلاط أموال مملوكة لأكثر من شخص وحصل اختلاط فعلي سوى كان متجانس ام غير متجانس، فيقوم الورثة بتسديد الديون المترتبة على المورث (المرتّهن)، فإذا لم يوجد وصي يقوم بتسديد الدين يختار القاضي شخص

(1) محمد إبراهيم الكرباسي، الإرث في الفقه الجعفري، الأعلمي للطبوعات، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى، 2010، الجزء الأول، ص 7 و 34.

(2) عبد الرحمن شبيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الابحر، دار احياء التراث، بدون سنة طبع، الجزء الثاني، ص 341.

(3) أبو محمد غانم البغدادي الحنفي، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، بدون سنة طبع، ص 82.

(4) أبو المعالي برهان الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2004، الجزء الخامس، ص 482.

ليقوم بمهمة تسديد الديون⁽¹⁾ المترتبة على المورث (المرتّهن)، وأن الورثة قاموا بخلط الأموال وحصل التجهيل بسبب الخلط لذلك يتم الضمان من تركة الميت نفسه.

3- الفقه المالكي: قال فقهاء المالكية "وإن أودعته حنطة فخلطها صبي أجنبي بشعير للمودع، ضمن ذلك في ماله، وإن لم يكن مال ففي ذمته..."⁽²⁾، يراد بكلامهم هو أنه في حال حصول الخلط الذي يؤدي الى التجهيل الموجب للضمان، ويقصد بالأجنبي أي شخص أجنبي عن مال المستودع وذلك لكون المودع يده يد أمانة، وبما إن المودع مات ولم يعلم ورثته بوجود مال لديه فإنه تتحول يده الى يد ضمان، وكذلك الحال بالنسبة للمال المرهون في حال خلطه مع أموال المرتّهن فيجهد المال المرهون ويضمن من تركة المودع لأن الورثة عند قيامهم بخلط المال المرهون مع أموال المرتّهن لم يكن لديهم علم بأن هذا المال مرهون وليس عائد الى المرتّهن إنما ملك للغير وذلك بسبب إهمال المرتّهن وتقصيره بعدم اعلام ورثته بوجوده لديه، فقام الورثة بالخلط فحصل التجهيل والذي يضمن المال المرتّهن وليس الورثة لأنه لم يكن يعلم الورثة بهذا المال، ويحصل ضمان قيمة هذا المال المرهون من تركته، أما شرط حصول الاختلاط على الرغم من عدم ذكرهم الى خلط المال المرهون الى انه يمكن استنتاج ذلك من كلامهم، أولها شرط وجود مالين أو أكثر وقد بينوا ذلك في كلامهم "وخلطها بغيرها... دنانير أو دراهم بمثلها"⁽³⁾، وشرط أن يكون هذا المال مملوكين ل أكثر من شخص وليس لنفس الشخص أشاروا اليه في كلامهم "وتضمن بخلطها: أي الوديعة بغيرها..."⁽⁴⁾، أي عند قيامهم بالخلط وجود مالين أو أكثر سواء قام بخلط الأمانة التي عنده مع أمانة أخرى أو مع ماله، أي المالين لمالكين مختلفين وليس للشخص نفسه، أما الشرط الأخير هو أن يحصل اختلاطاً فعلياً، أي لا يكفي وجود مالين فقط ليحصل الاختلاط بل أن يكون اختلاط فعلي يؤدي الى تجهيل المال المرهون مما يؤدي الى الضمان.

(1) عبد العزيز بن محمد الصغير، مصدر السابق، 289.

(2) خلف بن أبي القاسم المالكي، التهذيب في اختصار المدونة، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، الطبعة الأولى، 2002، الجزء الرابع، ص 294.

(3) محمد جمعه عبد الله، الكواكب الدرية في فقه المالكية، مكتبة الازهرية للتراث، بدون سنة طبع، مصر، الجزء الثالث، ص 215.

(4) احمد بن محمد المالكي، مصدر السابق، ص 199.

بعد قيام الورثة بخلط الأموال جميعها يقوم الورثة بسداد الديون المترتبة على مورثهم وبما انه حصل تجهيل في المال المرهون فهنا يضمن الورثة من المال المرهون قيمته من تركة مورثهم فلا يضمنه الورثة لأنه حصل هذا الاختلاط بسبب اهمال وتقصير المرتهن ، وجاء في كلامهم "وإن كان عنده من العروض ما فيه وفاء بدينه جعل الدين في العروض وزكى ما في يديه من العين إن كان نصاباً، وإن كان دينه أكثر من عروضه أقام من العروض بإزاء قيمتها من الدين ثم ضم الى ذلك مما في يديه من العين..."⁽¹⁾، يقصد قيام الورثة بسداد الدين المترتب على مورثهم قبل أداء الفرائض الأخرى لان دين المورث في حياته يبقى حتى حين موته ولا يؤثر ذلك على الدين، فيقوم الورثة بأداء دين الراهن من تركة مورثهم(المرتهن).

4- الفقه الشافعي: جاء في كلامهم عن خلط الاموال بأنه "لو خلط دراهم الوديعة أو الدنانير

أو الحنطة بمثلها حتى لا تتميز لم يكن ضامناً للتلف...وقال الشافعي هو ضامن على كل حال بنفس إخراج له لتعديده"⁽²⁾، يلاحظ حصول خلط للأموال على الرغم عدم ذكرهم خلط المال المرهون، الا انهم ذكروا خلط الوديعة، وان كلا الوديعة والرهن من عقود الأمانات، لذلك نستدل على انه عند قيام خلط المرهون يضمن ، وذلك لحصول التجهيل، أي يقوم الورثة بخلط المال المرهون مع أموال المرتهن لعد العلم بوجود مال مرهون لدى المرتهن، فيقوم الورثة بخلط أموال الموروث(المرتهن)جميعها، ليحصل الاختلاط فعلاً الذي يوجب الضمان لا بد من توافر شروط الاختلاط، اذا يوجد مالين او اكثر وقد جاء ذلك في كلامهم "وإذا خلط الوديعة بمال نفسه وفقد التمييز ضمن...خلط الحنطة والزيت ونحوهما بمثلها"⁽³⁾، و كما جاء في كلامهم خلط الحنطة مع الزيت او الحنطة مع الشعير وغيرها من الأموال التي يحصل فيها الخلط، اما الشرط الثاني فيكون المال لأكثر من شخص أي المرتهن نفسه والراهن او الغير وبناء على ذلك جاء "لو خلطها بماله ولم

(1) القاضي عبد الوهاب المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، بدون سنة طبع، ص 369.

(2) شمس الدين الشافعي، جواهر العقود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1996، الجزء الأول، ص 376.

(3) جمال الدين الإسماعيلي، المهمات في شرح الروضة والرافعي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2009، الجزء السادس، ص 392 و 393.

تتميز ضمن...⁽¹⁾، يراد لو قام بخلط الأمانة التي عنده (المال المرهون) بماله أي حصل اختلاط للأموال لأكثر من مالك الا وهو المرتهن والراهن أي لمالكين مختلفين، أما الشرط الأخير هو أن يحصل اختلاط فعلي للأموال ليحصل تجهيل للأموال المرهونة، وبما أنه حصل خلط للأموال تعود لأكثر من شخص تحقق الشرط الثالث لاختلاط الاموال الذي يوجب الضمان.

يلاحظ بعد حصول الاختلاط من قبل الورثة، وذلك لعد علمهم بوجود مال مرهون ، فإن الورثة يضمن قيمة المال المرهون من تركة مورثهم (المرتهن) ولقد جاء "و الاصح فيهما تقدم الدين على الوصية -على القاعدة- والتركة كالمرهون بالدين، وإن تصرف الوارث ثم حدث دين يرد بعيب، ومنع أداء الدين فسخ تصرفه"⁽²⁾، يقصد بها الأرجح يقدم الدين على الوصية بعد تجهيز الميت، فإذا تصرف الورثة بمال المورث (المرتهن) وظهر فيما بعد الرهن وان المال المرهون موجود لدى المرتهن وحصل تجهيل فيها يضمن من تركته حتى لو تصرف الورثة في تركة المورث يفسخ تصرفهم ويضمن من تركة المرتهن.

نلاحظ مما سبق في المذاهب الإسلامية (الامامية/الحنفية/المالكية/الشافعية)، بسبب اهمال المرتهن وتقصيره بعدم اخبار ورثته بالمال المرهون ثم مات، وقام الورثة بعد موته بجمع أمواله جميعها وحصل خلط في أمواله مع المال المرهون، فحصل الخلط الذي يوجب الضمان لأنه بسببه تحقق التجهيل، فهنا لا يقوم الورثة بتصرف بمال المرتهن الا بعد أداء الديون، وقد بين الفقه المالكي انه حتى لو تصرف الورثة بمال مورثهم يفسخ تصرفهم ويتم أداء الديون.

المطلب الثاني

التجهيل بسبب خروج المال المرهون من التركة

يقصد بخروج المال المرهون أي خروج المرهون من حيازة المرتهن، ففي هذا المطلب سنبين حدوث التجهيل لكن بسبب خروج المال المرهون من يده أي القيام بتصرف فيه بدون إذن مالكة، حيث سيتم تقسيم المطلب الى فرعين حيث يتضمن الفرع الاول خروج المال المرهون أما بسبب

(1) سراج الدين عمر بن علي، عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج، دار الكتاب، الأردن، 2001، الجزء الثالث، ص 1120.

(2) سراج الدين الشافعي، التدريب في الفقه الشافعي، دار القبلتين، السعودية، الطبعة الأولى، 2012، الجزء الثاني، ص 299.

التصرف فيه كالبيع أو الرهن أو الايجار أو أي تصرف من قبل المرتهن نفسه يخرج من حيازته فيضمنه، والفرع الثاني خروج المال المرهون بعد موت المرتهن وسنوضح كيفية خروج المرهون وقيام ورثته بالتصرف في المرهون كبيعه أو رهنه وغيرها من التصرفات التي تؤدي الى خروجه من التركة وإنه يعتبر تصرف في ملك الغير، يصح ذلك لكن لا ينفذ ، وذلك لأن الورثة لم يكن لهم علم بالمرهون بسبب تجهيله من مورثهم لذلك يضمن من تركته. سيتم البيان في هذا المطلب الأسباب التي تؤدي الى خروج المال المرهون من يد المرتهن أو الورثة بعد موته والاحكام التي تترتب عليها.

الفرع الأول: خروج المال المرهون قبل موت المرتهن

المال المرهون كما نعلم سابقاً أمانة بيد المرتهن، وعلى المرتهن الالتزام بالمحافظة على المال المرهون بمجرد حيازته للمرهون وتسليمه بين يديه، ويلتزم بالمحافظة عليه لأن الغرض من الحيازة هو لضمان الوفاء في الدين، لذلك إذا تعيب، أو تضرر، أو هلك يؤدي الى الضمان في عقد الرهن، لأن العقد والتسليم هو أساس نشوء الالتزام للمحافظة على المال المرهون رهن حيازي⁽¹⁾، وكما بينا سابقاً أن العناية الواجبة للمحافظة على المال المرهون، هي عناية الشخص المعتاد وأن النفقات التي تترتب للمحافظة على المال المرهون هي على المرتهن الذي بيده المال المرهون، لأن القبض والحبس للمال المرهون يكون للمرتهن ولمصلحته لذلك تكون النفقات اللازمة عليه، و أنه يلتزم برد المال المرهون عند انتهاء الرهن الحيازي سواء انتهى بصفة أصلية أو بصفة تبعية، وكذلك ذهب فقهاء القانون انه اذا انتهى الرهن الحيازي بأي سبب من أسباب الانتهاء يجب على المرتهن ان يرده الى الراهن⁽²⁾، وبما أن عقد الرهن مصدر التزام المرتهن لإعادة محل الرهن، وحسب ما جاء في نص المادة 1332 الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي إذا أراد الراهن أن يسترد المال المرهون الذي بيد المرتهن عليه أن يرد الدين كله الى المرتهن ، لأن الرهن غير قابل للتجزئة، فإذا طالب الراهن برد المال المرهون بعد الوفاء بالدين الذي في ذمته، وجد إن المرتهن قد تصرف بالمال المرهون وقام برهنه لشخص آخر أي انه قام بالرهن بدون إذن المالك (الراهن) وبما أن الرهن الحيازي يتم بالقبض والتسليم، لذلك لا يلزم إقرار المالك الاصلي (الراهن الأصلي) فيجد أن المرتهن قد تصرف بالمال

(1) د. عامر غانم علوان، التزام الدائن المرتهن حيازة بالمحافظة على المال المرهون، بحث منشور المؤتمر العلمي السنوي ، الحادي عشر، كلية التراث، بغداد، ص309.

(2) محمد علي إمام، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة النهضة، مصر، 1956، ص535.

الرهنون و رهنه لشخص اخر ولم يجد ماله المرهون وكان لدى الغير، سيكون التصرف صحيح من ناحية الورثة وذلك لعدم علمهم بالمال المرهون وعائديته للغير من جهة الا انه يكون غير نافذ من جهة أخرى لأنه يعد تصرف في ملك الغير.

بما أنه قام برهنه الى الغير ولم يجد الراهن ماله، لأنه تصرف بها المرتهن الأول، وأصبح مرهون لدى الغير، وقد يقوم الغير بخلطه مع ماله ويحصل الخلط، وأيضا قد يقوم المرتهن الثاني برهنه للغير، نلاحظ أن الراهن الأول لا يجد ماله المرهون المؤمن لدى المرتهن وذلك لأنه بسبب اهمال وتقصير المرتهن الأصلي لم يتم بأخبار المرتهن الثاني أن المال المرهون يعود للغير، وليس ملك له، وبما أن الحيازة في المنقول سند للملكية فيكون الرهن صحيح، ويضمن المرتهن الأول قيمة المال المرهون.

أما الفقه الإسلامي :

سنبين في المذاهب الإسلامية ، كيفية خروج المال المرهون قبل موت المرتهن، وقيامه بالتصرف بالمال المرهون دون إذن الراهن وحصول التجهيل لعدم وجود المال المرهون وضمان قيمته من أمواله :

1- الفقه الامامي: لقد جاء الامامية في كلامهم عند تصرف المودع في أموال الوديع

دون اذنه بأنه "ومتى تصرف المودع في الوديعة، كان ضامنا لها حسب ما قدمناه"⁽¹⁾، أي يقصد في حال تصرف الأمين بالأمانة التي لديه، فانه يضمنها كأن يقوم ببيعها إلى شخص اخر، أو اعارتها، أو يستعملها الغير، أو أي تصرف آخر فأنه يضمن، لأن المؤمن لن يجد الأمانة التي أمنها، وقد تصرف بها وخرجت الأمانة التي عنده للغير، فلم يجدها المؤمن، وقد جاء أيضا في كلامهم عن تصرف الوديع في الوديعة التي عنده بأنه "ومتى تصرف المودع في الوديعة، كان متعديا، وضمن المال. فإن رد مثلها إلى المكان من غير علم صاحبها، لم تبرأ بذلك ذمتها، وكان ضامنا لها"⁽²⁾، وبما أن يد المرتهن يد أمانة وعلى المرتهن يلتزم بالمحافظة على المال المرهون، وعدم التصرف به لأنه عند انتهاء الرهن يتم ارجاع المال المرهون الى مالكه، لذلك لا

(1) الشيخ الطوسي ابي جعفر محمد، مصدر سابق، ص 437.

(2) محمد بن الحسن الطوسي و نجم الدين جعفر الهذلي، النهاية ونكاتها، مؤسسة النشر الإسلامية، الطبعة الأولى، 1412، الجزء الثاني، ص 257.

يحق للمرتهن التصرف بأي تصرف يؤدي الى خروج المال المرهون من يد المرتهن، وحسب ما جاء لا يحق للمرتهن القيام به فاذا قام بالهبة، أو البيع، أو الرهن ، أو أي تصرف يؤدي الى خروج المال المرهون من يد المرتهن، فإنه يضمن حتى لو كان المال مثلي وقام برده قبل انقضاء الرهن والمطالبة به، لأنه لا يحق له التصرف به لأن يده يد أمانة لذلك يضمن حتى لو قام بإرجاع نفس المال المرهون يضمن قيمته، و إذا تصرف المرتهن بأذن الراهن يكون تصرفه صحيح أما اذا كان بدون اذنه يكون صحيح موقف على اذن مالكة، وقد جاء ذلك في قولهم بأنه "وإذا اجر المرتهن الرهن من صاحبه، أو اعاره لم يفسخ،... وإن كان إعارته له أو إيجاره غير جائز، لأنه ليس للمرتهن التصرف فيه"⁽¹⁾، أي تصرف بالمال المرهون لنفسه لا يجوز ذلك فكيف الحال اذا قام برهنه، أو اعارته، أو استعماله من قبل الغير، وجاء أيضا بأنه "فإن سكن المرتهن الدار، أو زرع الأرض بغير إذن الراهن، أثم"⁽²⁾.

2- الفقه الحنفي: لقد ذكر فقهاء الحنفية عن تصرف المرتهن بالمال المرهون دون اذن الراهن بصورة واضحة وجاء ذلك في قولهم "إذا استدان زيد من عمرو مبلغا معلوما من الدراهم ورهن عنده آنية نحاس... ثم إن عمرا رهنها عند بكرٍ وسلمها له بدين استدانة منه بلا إذن من زيد...الجواب نعم وضمن بإعارته وإيداعه وإجارته واستخدامه وتعديه كل قيمته...أن الرهن مضمون عند التعدي ضمان الغصب فيضمن المرتهن كل قيمته"⁽³⁾، نلاحظ من كلامهم عند حصول خروج للمال المرهون من قبل المرتهن نفسه فإن ذلك يؤدي الى عدم وجود المرهون في امواله، وقد جاء في كلامهم ايضا اذا لو قام المرتهن برهنه، أو حتى إعارته، أو القيام باستئجاره للغير، أو استخدامه دون إذن الراهن لنفسه ، يضمن ذلك لأنه يكون هنا تصرف المرتهن في المال المرهون في حكم الغصب والغاصب يضمن، ويعتبر المرتهن هنا متعدي لأنه قد حصل خروج المال المرهون دون إذن الراهن وقد جاء ذلك بأنه "وليس للمرتهن

(1) عبد العزيز الطرابلسي، المذهب، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1406، الجزء الثاني، ص 48.

(2) ابي جعفر محمد المنصور، السرائر، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، الطبعة الثانية، 1410، الجزء الثاني، ص 418.

(3) محمد أمين بن عمرو الحنفي، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة، بدون سنة طبع، الجزء الثاني، ص 228 و 229.

الانتفاع بالرهن، ولا إجارته ولا إعارته، ويصير بذلك متعدياً ولا يبطل به الرهن⁽¹⁾، أي لا يحق له القيام بأي تصرف يخرج المال المرهون من يده لأنه يصبح بذلك متعدياً وقد بينوا ذلك بأنه "ويصير المرتهن مستوفياً من ماليته قدر دينه حكماً والفاصل أمانة... فإن أودعه أو تصرف فيه أو رهن ونحوه ضمنه بجميع قيمته"⁽²⁾، يراد بها بعد قبضه للمال المرهون يتصرف فيه أي تصرف يخرج المال المرهون من يده وتتحول يده من يد أمانة إلى يد ضمان، فيضمن قيمته بعينه.

3- الفقه المالكي: بعد قبض المرتهن المال المرهون، ويصبح في حيازته ويلتزم بالمحافظة على المال المرهون، وقد بينوا فقهاء المالكية العناية المطلوبة، وهي العناية الشخصية وأن المال المرهون هو أمانة بيد المرتهن، يلتزم بالمحافظة عليه كأمواله الخاصة، لذلك لا يحق له التصرف به والقيام بأي تصرف يؤدي إلى خروج المال المرهون من يده، وقد جاء ذلك "وليس للمرتهن أن يبيع الرهن إلا بأذن راهنه فإن باعه بغير إذن راهنه لم يجز بيعه"⁽³⁾، يقصد إذا قام المرتهن ببيع المال المرهون بدون إذن راهنه، أي الراهن (مالكه) فإنه لا يصح هذا البيع ويضمنه، لحصول التصرف دون إذن الراهن، وقد جاء أيضاً في كلامهم "وأما إن تعدى المرتهن وباع الرهن قبل الاجل، نقض بيعه ووقف على يد عدل غيره، لئلا يتعدى فيه مرة أخرى، فإن فات به مشتريه وقفت قيمته"⁽⁴⁾ ويقصد بها إذا تصرف المرتهن بالمال المرهون وقام مثلاً ببيعه دون إذن الراهن فإذا علم الراهن بتصرف البيع وجاز له إيقاف عملية البيع وأخذ المال المرهون ووضعه في يد عدل، لأن المرتهن هنا قد تعدى بفعله على المال المرهون الذي هو أمانة بيد المرتهن وقد خان الأمانة التي لديه، فيتم وضعها لدى يد عدل، حتى لا يقوم بها كذا تصرف مرة أخرى، أما إذا حصل التصرف وقام ببيع

(1) إبراهيم بن محمد الحلبي الحنفي، ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 1998، ص 273.

(2) عبد الله بن محمود البلدي ومجد الدين الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1937، الجزء الثاني، ص 65.

(3) عبيد الله بن الحسين المالكي، التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2007، الجزء الثاني، ص 283.

(4) علي بن محمد اللخمي، التبصرة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، 2011، الجزء الثاني عشر، ص 5692.

المال المرهون، وخرج من يده يضمن قيمته وقد جاء تأكيداً على ذلك في قولهم "على أن المرتهن ليس له الانتفاع بشيء من الرهن فيما سوى الحيوان، واختلفوا في الحيوان... فله أن يحتلب الشاة والبقرة، ويركب الحمار بقدر ما يعلفه"⁽¹⁾، أي يقصد به ركوب الحيوان بقدر ما يطعمها من غذاء.

4- الفقه الشافعي: إن المال المرهون أمانة بيد المرتهن، فلا يضمنه الا بالتعدي، كسائر الأمانات فإن تلف، أو تصرف بها بإذن الراهن (المالك)، فإنه ذلك يصح لأنه قام بها بموافقة المالك وقد جاء بقولهم "بأن يتصرف فيه تصرفاً هو ممنوع منه وأنواع التعدي كثيرة وهي مذكورة في الوديعة ومن جملتها الانتفاع بالمرهون"⁽²⁾، يقصد بها أي تصرف من قبل المرتهن بدون إذن الراهن، يعتبر تعدي من قبله ومن أنواع التعدي الانتفاع بالمال المرهون، كأن يقوم برهنه لشخص آخر مقابل دين له، أي الانتفاع بالمال المرهون، أو يقوم بإجارته للغير والاستفادة منها، فإن كل هذه التصرفات يعتبر خروج المال المرهون من يد المرتهن فيضمن قيمته، وأن فقهاء الشافعية على عكس فقهاء المالكية لم يجيزوا الانتفاع حتى في الدابة فلا يحق له ركوبها، وقد جاء في كلامهم عن تصرف المرتهن بدون إذن الراهن بأنه "ولو باعه المرتهن بإذن الراهن. صح إن باع بحضرته، أو قدر له الثمن... وألا فلا"⁽³⁾، أي هنا يقصد في كلامهم لا يحق للمرتهن بيع المال المرهون وخروجه من يده إلا بأذن الراهن لأنه يده يد أمانة لا يحق له التصرف فيها.

نلاحظ مما سبق موقف المذاهب الإسلامية (الامامية/الحنفية/المالكية/الشافعية) بمجرد قيام المرتهن في التصرف بالمال المرهون كبيعه، أو رهنه، أو إجاره، يؤدي إلى خروج المال المرهون من يده بدون إذن الراهن، فيضمن قيمته من ماله.

(1) أبو الوليد محمد القرطبي، المقدمات الممهّدات، دار القرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994، الجزء الثاني، ص 370.

(2) أبو بكر محمد الشافعي، كفاية الاختيار في حل غاية الاختصار، دار الخير، دمشق، الطبعة الأولى، 1994، ص 255.

(3) شهاب الدين الرملي، فتح الرحمن بشرح زبد ابن رسلان، دار المنهاج، لبنان، الطبعة الأولى، 2009، ص 597.

الفرع الثاني: خروج المال المرهون بعد موت المرتهن

يقصد بها قيام ورثة المرتهن بالتصرف في المال المرهون، بعد موت المرتهن، مما يؤدي الى عدم وجود المال المرهون وخروجه من حيازتهم، وذلك بسبب المرتهن، لعدم اخبار ورثته بالمال المرهون فيتحقق التجهيل الذي يوجب الضمان، والراهن كما نعلم له عين لدى المرتهن، فهي ملكه وليس للمرتهن حق التصرف فيها، وكذلك الراهن ليس له الحق على أعيان التركة، إنما فقط عينه المرهونة فيتم الوفاء فيها من قبل الورثة حين حلول الاجل، لأنها ديون موقفة في الأداء وتقدم على الديون غير الموقفة، وبما أن المرتهن لم يعلم ورثته بالمال المرهون، وكما نعلم ان أموال التركة تنتقل الى الورثة ويتم أداء الحقوق المترتبة على التركة، وقد نص القانون المدني العراقي المعدل على ذلك في نص المادة 1106 الفقرة الأولى من أنه (يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة) وأشارت الى ذلك أيضا تشريعات الدول الأخرى⁽¹⁾، حيث يتصرف فيها الورثة وتصح تصرفاتهم لأنه حق لهم كأن يقوموا بالبيع، أو الرهن، أو الاجار، أو أي تصرف آخر، لكن تصرفاتهم تكون خاضعة لحقوق الدائنين⁽²⁾.

كما نعلم إن الدين الذي على المدين لا يمنع من انتقال التركة الى الورثة كما في الرهن فالمال المرهون يبقى مملوكاً للراهن، وإن تعلق به حق المرتهن، لان ملكية الوارث للتركة تستحق بمجرد موت مورثه، وإن قاعدة لا تركة الا بعد سداد الدين يقصد بها أن التركة لا تصبح ملكاً تاماً للورثة الا بعد أداء الديون المترتبة على التركة، لذلك تكون تصرفاتهم موقوفة على حقوق الدائنين في أموال التركة⁽³⁾. أي أنه يشترط لصحة التصرف في أموال التركة من قبل الورثة أن لا تكون مستغرقة

(1) ينظر في ذلك: نص المادة 1086 الفقرة الأولى من القانون المدني الأردني ذي رقم 43 لسنة 1976 بأنه (يكسب الوارث بطريق الميراث العقارات والمنقولات والحقوق الموجودة في التركة)، وكذلك المادة 899 من القانون المدني المصري ذي رقم 131 لسنة 1948 حيث نصت (بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقي من أموالها الى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي) وكذلك المادة 900 الفقرة الأولى منها (يسلم المصفي الى الورثة مال المهم من أموال التركة).

(2) احمد محمد علي، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه والقانون، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2006، ص 74 و 95.

(3) حيدر حسن علي، مدى انتقال حقوق المورث الى الوارث، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، 2006، ص 27.

بالديون، وكذلك أن تكون التركة وافية لسداد ديون الدائنين⁽¹⁾، وبما أن المرتهن لم يقيم ببيان المرهون لورثته فيقوم الورثة بالتصرف في المال المرهون بكل حسن نية، فيقوم احد الورثة برهن حصته، أو بيعها، أو أي تصرف آخر يخرج المال المرهون من التركة وعندما يأتي الراهن ليطالب في ماله يجد أن الورثة قد تصرفوا في ماله لذلك يضمن قيمته من تركة مورثهم وبما إنه تصرف الورثة بها يضمن المال من أموالهم الخاصة.

ويعد تصرف الورثة في المال المرهون، تصرف في ملك الغير وقد نص القانون المدني العراقي على ذلك في المادة 135 بأنه (من تصرف في ملك غيره بدون إذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك)، لكن بما أنه لم يكن للورثة علم بعائديه المال المرهون للراهن، وكان يتصورون ملك لمورثهم فكان تصرفهم صحيح، وذلك لعدم علمهم بالرهن لأنهم كسبوا المال المرهون عن طريق الإرث، وأن الإرث سبب من أسباب كسب الملكية فيكون العقد الذي انعقد صحيح لكن غير نافذاً⁽²⁾.

أما الفقه الإسلامي:

سنبين أراء المذاهب الإسلامية حول مسألة خروج المال المرهون بعد موت المرتهن وكيفية قيام ورثة المرتهن بالتصرف فيه وخروجه من يدهم دون قصد كما سيأتي ، تباعاً:

1- الفقه الأمامي: لقد جاء في كلام فقهاء الإمامية عن خروج الأمانة دون إذن

مالكها في حديثهم عن الوديعة، وبما ان كل من الوديعة والرهن من عقود الأمانة فيمكن ان نستنتج ذلك حيث قالوا بأنه "إذا أودعها وقال على أن لا تخرجها من هذا الموضع فنقلها الى موضع آخر... فإن نقلها إلى ذلك الموضع فإنه يضمن لأنه فرط"⁽³⁾، ولقد ورد أيضاً في كلامهم في حال التصرف في المال المرهون يعتبر تعدي فيضمن ذلك، لأنه هذا التصرف يؤدي الى خروج المال من يده حيث قالوا "في موجبات الضمان... في التعدي: مثل أن يلبس الثوب، أو يركب الدابة، أو

(1) د. بريك فارس حسين، النظام القانوني لبيع التركة، بحث منشور، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعه تكريت، العدد 2، ص 420.

(2) نظيمة قيس الكيلاني، رهن ملك الغير، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2006، ص 100.

(3) ابي جعفر محمد الطوسي، المبسوط، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، 1388، الجزء الرابع، ص 140.

يخرجها من حرزها لينتفع بها"⁽¹⁾، وأن تصرف الورثة في المرهون يعد تصرف في ملك الغير، لذلك لا يحق للورثة القيام بتصرف في المال المرهون كبيعه، أو إيجاره، إلا بإذن المالك نفسه لأنه يعد تصرف في ملك الغير ويعتبر باطلاً، قد جاء ذلك في كلامهم بأنه "إذا باع إنسان ملك غيره بغير إذنه، كان البيع باطلاً"⁽²⁾، إلا أن الورثة لم يكن لهم علم بعقد الرهن، وأن المال ليس لمورثهم، بل للغير وقد تصرفوا به لجهلهم إياه بسبب المرتهن لذلك يضمن قيمته من تركته.

2- الفقه الحنفي: لقد جاء في كلام فقهاء الحنفية بأنه "ولا ينتفع المرتهن بالرهن استخداماً... ويحفظه بنفسه و زوجته و ولده وخادمه الذي في عياله وضمن بحفظه بغيرهم وبإيداعه وتعديه قيمته... لا يصح رهن المشاع... ولا بالأمانات"⁽³⁾، يقصد بها لا يحق للمرتهن الانتفاع في المال المرهون، وكذلك زوجته، وأهله أي عياله، فكيف إذا مات المرتهن ولم يبين لورثته المرهون وقام الورثة بالتصرف في المرهون والانتفاع به لجهالتهم عقد الرهن وتم بيعه، أو استعماله، أو رهنه، أو أي تصرف يؤدي إلى خروج المال المرهون من يدهم لذلك يضمن قيمته من تركته، لأنه حصل ذلك بسبب المرتهن، ولقد جاء أيضاً في كلامهم يبين فيه التصرف بالمال المرهون يضمن حتى لو قصر هو، أو عياله لأنه أمانة لديهم لا يحق لهم القيام بأي تصرف إلا بإذن المالك نفسه حيث قالوا "وضمن بحفظه بغيرهم لأنه ترك الحفظ الواجب وتعديه أي صريحا و إيداعه لما تقرر ان عينه أمانة (وجعل خاتم الرهن في خنصره اليمنى أو اليسرى)؛ لأنه استعمال وجعله في إصبع آخر حفظ... والضمان في هذه الصور ضمان الغصب بجميع القيمة... والأمانات تضمن بالإتلاف"⁽⁴⁾، وقد جاء أيضاً بأنه "لا يجوز التصرف في مال الغير بلا إذن"⁽⁵⁾.

(1) المحقق أبو القاسم جعفر الحلبي، مصدر سابق، ص 404.

(2) محمد بن الحسن الطوسي، مصدر السابق، ص 168.

(3) عبد الله بن أحمد النسفي، كنز الدقائق، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، الطبعة الأولى، 2011، ص 625.

(4) محمد بن فرامرز، درر الحكام شرح غرر الاحكام، دار احياء الكتب العربية، بدون سنة طبع، الجزء الثاني، ص 250.

(5) غانم محمد البغدادي، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، بدون سنة طبع، ص 143.

3- الفقه المالكي: لقد ذكر فقهاء المالكية في كلامهم عن قيام ورثة الأمين بالانتفاع، أو إي تصرف من قبلهم، يضمن أي ليس الأمين نفسه انما ورثة الأمين لذلك يضمن الورثة من مالهم، ولان الأمين لم يقم بأعلامهم بالمرهون وانه أمانة عنده أي جهله، فيكون هو المسؤول عن تصرفهم، بسبب اهماله وتقصيره فيضمن من تركته حيث قالوا "ومن أودعته وديعة فاستهلكها ابنه الصغير،...ومن أودعته وديعة فاستهلكها عبده فهي جناية في رقبتة...ومن أودعك عبداً فبعثته في سفرا أو في أمر يعطب في مثله فهلك، ضمنته"⁽¹⁾، ولقد ورد في كلامهم ان التصرف في مال الغير بدون إذن صاحبها وخروجه من يده يضمن كذلك الحال في المال المرهون لا يجوز التصرف فيه، لأنه ملك للراهن حيث جاء كلامهم بأنه "إنما يكون التجر بالوديعة مكروها إذا جهل طيب نفس صاحبها...وقيل يحرم لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذن وإنما كان الربح له لأنه بنفس التعدي صارت في ذمته"⁽²⁾.

4- الفقه الشافعي: إن خروج المال المرهون بعد موت المرتهن يعود سبب ذلك الى المرتهن نفسه وذلك لعدم بيان المرهون لورثته، وان الورثة يأخذون بضاهر اليد، لذلك يتصرفون في التركة كبيع، أو ايجار، أو إي تصرف يخرج المال من يدهم لأنه اصبح ملك لهم ومن حقهم الانتفاع به، لذلك كان ينبغي عليه أن يوصي بالمال المرهون حيث جاء بأنه "فإذا مرض المودع مرضاً مخوفاً أو حبس ليقتل لزمه أن يوصي فإن سكت عن ذلك لزمه الضمان لأنه عرضها للفوات لان الوارث يعتمد ظاهر اليد ولا بد في الوصية"⁽³⁾، وبما انه تم التصرف فيه يعني تم التعدي على المرهون ويعتبر بحكم الغصب، لأنه تعدى على ملك الغير حيث جاء في كلامهم "الاستيلاء على مال الغير بغير حق...ان كل مضمون على ممسكه فهو مغصوب كالمقبوض بالبيع الفاسد والوديعة إذا تعدى فيها المودع والراهن إذا

(1) خلف ابي القاسم وأبو سعيد المالكي، مصدر سابق، ص 305.

(2) شهاب الدين، شرح زروق على متن الرسالة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 2006، الجزء الثاني، ص 828.

(3) أبو بكر بن محمد الشافعي، مصدر سابق، ص 323.

تعدى فيه المرتتهن... والغصب وإن كان موجبا للضمان فلا ينحصر الموجب فيه بالأتلاف أيضاً وضمن، وكذلك الاستعارة والاستيلاء وغيرهما⁽¹⁾

نلاحظ بعد بيان آراء المذاهب الإسلامية (الامامية/الحنفية/المالكية/الشافعية)، تبين لنا إن أي تصرف يؤدي إلى خروج المال المرهون من يد الورثة ؛ يؤدي إلى ضمان قيمته من التركة ، وسبب ذلك يعود إلى المرتتهن نفسه ؛ لأنه بإهماله وتقصيره وقع التجهيل بالرهن، وأن كل من الفقه الأمامي ، والمالكي ، والشافعي لم يذكروا في كلامهم خروج المال المرهون بصورة مباشرة والتصرف في ملك الغير إنما تم ذكرها في مواضع أخرى كالوديعة ، والغصب ، وغيرها، لذلك يمكن التوصل من خلال كلامهم إلى المال المرهون.

(1) أبو زكريا محي الدين، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، 1991، الجزء الخامس، ص 3 و4.

الفصل الثاني

احكام تجهيل الرهن الحيازي

تمهيد وتقسيم:

بعد بيان ماهية تجهيل الرهن الحيازي وكيفية حدوث تجهيل للرهن الحيازي، سنبين في هذا الفصل أهم الأحكام التي تترتب على تجهيل الرهن الحيازي، عند حصول زيادة، أو نقصان في المال المرهون، ومدى مسؤولية ورثة المرتهن عن الزيادة والنقصان التي قد تحصل في المال المرهون أثناء حيازتهم.

كما أنه قد يحصل هلاكاً للمال المرهون (هلاك كلي، أو هلاك جزئي)، والذي يؤدي الى عدم الانتفاع بالمال المرهون ونوضح أهم الأسباب التي قد تؤدي الى مسؤولية الورثة، عند حصول الهلاك، وكذلك بيان الحماية القانونية لدائني المورث من ورثته، وأثر الدين العيني على ورثة التركة وتوضيح أهم الاتجاهات القضائية المختلفة عن مدى مسؤولية الورثة عن ديون مورثهم.

يستلزم بنا الوقوف على جميع هذه الأفكار والآراء، لذا سنقسم الفصل الى مبحثين، نتناول في المبحث الأول، الزيادة والنقصان التي قد تحصل في المال المرهون أثناء حيازته من قبل المرتهن، وسنوضح في المبحث الثاني، حالات حصول الهلاك الكلي والهلاك الجزئي للمال المرهون، ومدى حماية دائني المورث من تصرفات ورثته، وموقف القضاء عند حصول نزاعات عليها.

المبحث الأول

تغير المال المرهون

المال المرهون عرضة للتغير، وقد يكون هذا التغير على العين ذاتها أو على وصفها، وقد يحصل هذا التغير بفعل المرتهن بتعدي وتقصير منه وقد يكون بفعل الراهن، أو قد يكون بسبب اجنبي والتغير يقصد به التحول من حال الى حال أخرى، وقد يكون التغير على نوعين أما التغير بزيادة المال المرهون أو التغيير بنقصان المال المرهون.

وأن التغير في المال المرهون تم التطرق اليه بصورة مفصلة في الفقه الإسلامي لكن لم ينل القسط الكافي في القانون المدني، لذلك سنوضح موقف الفقه الإسلامي بصورة مفصلة أكثر مما هو عليه في القانون المدني.

وأن التغيرات التي حصلت في المرهون قد تؤدي الى زيادة المال المرهون كالقيام ببناء انشاءات، أو إضافات، أو نتاج الثمار من الأرض وغيرها من الزيادات التي تحصل في المرهون وتؤدي الى زيادة قيمته، في كلا الأحوال إن الزيادة التي تحصل هي ملك للراهن ولا يحق للمرتهن الانتفاع بها بدون مقابل، وأيضا التغيرات التي تحصل في المال المرهون، قد تؤدي الى نقصان قيمتها مثل هبوط الأسعار في السوق، أو انهدام البناء، أو تكسر العين وغيرها من التغيرات التي قد تحصل، وتؤدي الى نقصان قيمتها سواء كانت بسبب الراهن، أو بسبب اجنبي، أو بسبب المرتهن.

سنقوم ببيان الزيادة والنقصان التي تحصل في المرهون، أثناء حيازة المرتهن للمرهون سواء كانت بيد عدل، أو بيد الدائن، وكذلك الزيادة والنقصان في المال المرهون بعد موت المرتهن، وتجهيله للمرهون وحيازته من قبل ورثته، واهم الاحكام والإجراءات الواجب اتخاذها، بخصوص التغير الذي يحصل في المرهون.

وعليه لا بد من تقسيم المبحث الى مطلبين وكل مطلب الى فرعين، كما يأتي:

المطلب الأول: التغير قبل موت المرتهن

المطلب الثاني: التغير بعد موت المرتهن

المطلب الأول

التغير قبل موت المرتهن

يقصد بالتغير أفعال، أو تصرفات يقوم بها المرتهن، أو الغير تؤدي الى تغير قيمة المال المرهون، أما بزيادة قيمته، أو بنقصان قيمته مما تؤثر على الرهن، ونرى عند حدوث تغير في قيمة المال المرهون سواء كانت زيادة، أم نقصان قبل موت المرتهن، لا يؤثر ذلك على الرهن لعدم حدوث تجهيل للمرهون، لأنه بكل الأحوال المرتهن موجود وهو مسؤول عن كل فعل يقوم به، وبتعويض الراهن قيمة المال المرهون؛ لأنه ذلك حصل بسببه، أما اذا حصل نقصان، أو زيادة في قيمة المال المرهون بسبب الراهن، فإنه مخير بين أداء الدين، وبين القيام بتقديم رهن إضافي، وكذلك الحال اذا كان سبب تغير قيمة المال المرهون بسبب اجنبي، فلا يضمن المرتهن، لأنه لم يكن سبب التغير الذي حصل في قيمة المرهون، انما كانت لأسباب لا علاقة له بها، في كلا الحالات السابقة لا نتصور حدوث تجهيل في المرهون، لأنه التغير حصل بوجود المرتهن وحتى لو قام المرتهن بالتصرف بالمال المرهون بخلطه، أو بيعه، أو رهن، أو أي تصرف يخرج من يده، فإنه يضمن قيمته وقيمة التغير الذي حصل في المرهون، لأنه حصل بدون إذن الراهن.

سيتم تقسم المطلب على فرعين، وسنتحدث في الفرع الأول عن زيادة قيمة المال المرهون، ونبين أنواع الزيادة التي قد تحصل وتؤدي الى تغير قيمته سواء كانت الزيادة متصلة، أو منفصلة، وأنه تعود ملكيتها الى الراهن، ونبين كيفية حدوث المقاصة بينها وبين الدين الذي على المدين، في القانون المدني وفي الفقه الإسلامي، أما الفرع الثاني سنبين في حال نقصان قيمة المال المرهون وسبب حدوث هذا النقصان سواء كان المرتهن، أو الراهن، أو سبب اجنبي، ونوضح الأثر المترتب على نقصان قيمة المال المرهون، وهل يؤثر ذلك في عقد الرهن أم لا؟ سواء بتعدي وتقصير المرتهن أو لأسباب أخرى.

سنبين كل التغيرات التي حصلت في المال المرهون، زيادة، أو نقصان قبل موت المرتهن، إي أثناء حياته وحيازته للمال المرهون بنفسه.

الفرع الأول: الزيادة في المال المرهون

يقصد بزيادة المال المرهون هو أن تحصل زيادة في المال المرهون، سواء في قيمته، أو في وزنه، أو حجمه مهما كانت الزيادة سواء كانت الزيادة متصلة، أو منفصلة، مثل ما تنتج من ثمار، أو حصول نماء للمال المرهون، بعد قبضه من قبل المرتهن، أو حصول تحسينات، أو إنشاءات للبناء، فتحصل زيادة في قيمة المال المرهون.

فيما يتعلق في الزيادة الحاصلة في ثمار المال المرهون، سواء كانت الثمار مستحدثة، أو طبيعية، أو مدنية فأنها تدخل ضمن ما قبضه المرتهن فهي زيادة ملحقة بالمال المرهون زيادة متصلة بالمال المرهون⁽¹⁾، وعند قيام المرتهن باستغلال المال المرهون، يكون الاستغلال لحساب الراهن وليس لحسابه الخاص، فيكون مدين بالغلة الناتجة عن المال المرهون (الزيادة) الى الراهن، لذلك لا يحق له أخذ هذه الثمار دون مقابل، فيتم المقاصة بين ثمار المال المرهون، وبين الدين، ولا يحق له التصرف بها الا بأذن الراهن، لأنه ملك له لا يصح بيعها، أو استعمالها الا بأذنه، الا اذا كانت هذه الثمار سريعة التلف و لا تتحمل الانتظار الى حين اخبار مالكةا، فيقوم المرتهن ببيعها، ولقد جاء قرار محكمة التمييز العراقية يبين فيه ان ثمار المال المرهون هي للراهن وليس للمرتهن⁽²⁾.

نص القانون المدني العراقي في المادة 1340 بأنه (ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون رهناً حيازياً دون مقابل، وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفادة من استعماله، يخصم من الدين الموثق بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله...)، وقد نصت على ذلك أيضاً تشريعات الدول الأخرى على ذلك⁽³⁾، لذلك أي اتفاق يؤدي الى

(1) عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، الجزء العاشر، ص 772.

(2) رقم القرار 1159/صالحية/63 تاريخ القرار 1963/8/12، منشورات مركز البحوث القانونية، 1988، ص 362.

(3) ينظر في ذلك : قد نصت المادة 1393 الفقرة الثالثة فيها من القانون المدني الأردني ذي رقم 43 لسنة 1976 بأنه (وللمرتهن أن يستغله استغلالاً كاملاً بأذن الراهن على أن يخصم ما حصل عليه من الغلة أو لا من النفقات التي أداها عن الراهن وثانياً من أصل الدين)، حسب ما جاء في نص القانون المدني الأردني أن الزيادة في قيمة المال المرهون تعود للراهن ولا يحق للمرتهن التصرف بها واستغلالها الا بموافقة الراهن أي مالكةا أو يقوم باستغلالها بموافقة الراهن ألا أنه تتم المقاصة بينها وبين أصل الدين، أما القانون المدني المصري قد نص على ذلك في المادة 1104 ذي الرقم 131 لسنة 1948 (1- ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل، 3- وما حصل عليه الدائن

انتفاع المرتهن دون مقابل لحين تسديد القسط غير معتبر، لأنه مخالف لنص المادة 1340 من القانون المدني العراقي.

يقصد بالغلة أنه صافي الثمار، بعد اقتطاع المصروفات التي صرفت من أجل الحصول عليها، كزرع الأرض، أو غيرها من الأمور التي كلفته للحصول على الثمار، أما بالنسبة لملحقات المال المرهون كالأشجار التي تنمو بعد عقد الرهن، وغيرها من الملحقات التي تزيد من قيمة المال المرهون، وقد أشار إلى ذلك القانون المدني العراقي في نص المادة 1330 بأنه (يشمل الرهن الحيازي ثمار المرهون وملحقاته وفقاً لأحكام الرهن التأميني الواردة في المادة 1292) لذلك يشمل الرهن أيضاً العقار بالتخصيص الذي يتحدث بعد الرهن، أو قبله ألا أنه يجب توفر شروط العقار بالتخصيص فيها، وهي أن تكون مملوكة لمالك العقار أي الراهن، لذلك لا يعتبر عقار بالتخصيص إذا قام بوضعه مستأجر، أو الدائن، أو غيرهم وأن يكون مخصصاً لخدمة العقار، أو استغلاله وليس لخدمة المالك، لأنه تنعدم صفة العقار على المنقول⁽¹⁾.

أما بالنسبة للتأمينات والإنشاءات التي تلحق بالعقار المرهون، فالرهن الحيازي يشمل جميع التأمينات والإنشاءات الموجودة قبل إبرام عقد الرهن أو بعده⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 1292 الفقرة الثانية منها من القانون المدني العراقي، وأن هذه التأمينات والإنشاءات قد تكون طبيعية، أو صناعية، فالطبيعية هي التي تحصل دون تدخل الإنسان سواء بذاتها، أم بفعل المياه التي جلبت الطمي بصورة تدريجية واندمجت مع الأرض المرهونة، فهذه الإضافات تكون ملك للراهن لأنه مالك العقار⁽³⁾، أما الصناعية هي التي تحدث بفعل الإنسان مثل أن يغرس في الأرض المرهونة، أو يبني طابقاً جديداً، وكل هذه الإنشاءات تعود إلى العقار المرهون وتدخل معه⁽⁴⁾، أما بالنسبة للمباني تخضع علاقتها مع صاحبها لأحكام الالتصاق⁽¹⁾.

من صافي الربح وما أستفاده من استفادة و من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله)، حسب ما جاء في كلامهم لا يحق له الانتفاع بدون مقابل، فيقوم بعد اقتطاع المصروفات يحق له اخذ الصافي من الزيادة من المال ويقوم بمقاصتها من الدين المضمون، أما القانون المدني الفرنسي المعدل سنة 2016 =حيث نصت المادة 2389 منه (يجني الدائن ثمار العقار المخصص للضمان تحدث شرط خصمها من الفوائد إذا كانت متوجبة واستطراداً من أصل الدين...)، أشارت المادة عند قيام المرتهن بجني ثمار العقار المرهون القيام بخصم الفوائد إذا كانت واجبة.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، في شرح القانون المدني (حق الملكية)، دار النهضة العربية، 1981، الطبعة الثالثة، الجزء الثامن، ص 32 و 36.

(2) محمد وحيد الدين سوار، مصدر سابق، ص 75.

(3) احمد سلامة، مصدر سابق، ص 195.

(4) رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 237.

وقد تحصل زيادة قيمة المال المرهون بسبب تقديم رهن آخر للمرتهن، أي زيادة في المال المرهون لضمان الوفاء للمرتهن، وقد أشار الى ذلك المشرع المدني الفرنسي⁽²⁾، ويقصد به أن يحصل باتفاق بين كل من الدائن والمدين، برهن مال آخر وتسليمه للمرتهن، إذا كان المال المرهون الأول لا يكفي لضمان وفاء الدين، فيحصل اتفاقاً على أن يقوم الراهن برهن مال آخر، كي يكون ضامن للوفاء بالدين، و أن الرهن الثاني تجري عليه احكام الرهن الأول، أي القيام بحبسه وعدم رده الى الراهن الا بعد وفاء الدين كله، ونرى من الأفضل على المشرع المدني العراقي وضع نص قانوني ينظم احكام الرهن الإضافي، وقد تكون سبب الزيادة في المال المرهون في حال تلف المال المرهون الذي بيد المرتهن، فيرى المرتهن أن تلف المرهون، أو هلاكه كلياً، أو جزئياً لا يعد كافياً لضمان وفاء الدين الذي على المرتهن، فيقوم المرتهن بتخيير الراهن أما بوفاء الدين، أو تقديم مرهون اخر، لضمان دينه الذي على الراهن⁽³⁾.

نلاحظ إن كل زيادة تحصل في المال المرهون تعود ملكيتها إلى مالك الرهن، أي أن ثمار المال المرهون بعد قطع المصروفات ترجع الى الراهن، الا اذا حصلت مقاصة بينهما وبين الدين الذي على الراهن، وكذلك الحال بالنسبة للتحسينات والإنشاءات اذا كانت طبيعية، فأنها ملك للراهن أما اذا كانت صناعية بفعل الانسان فأنها تخضع لأحكام الالتصاق، أما بالنسبة لزيادة المال المرهون أي إضافة رهن آخر الى المرتهن وقد نص عليه القانون المدني الفرنسي على خلاف القانون المدني العراقي والمصري وقد نصت عليه أيضاً مجلة الاحكام العدلية، ألا انه على الرغم عدم نص المشرع العراقي عليه، وبما ان الرهن الحيازي عقد اتفاقي فإنه يجوز ان يحصل اتفاق بين الطرفين على أن يقدم الراهن ضمان وفاء اخر للمرتهن يصح ذلك مادام حصل برضا كلا الطرفين.

أما الفقه الإسلامي:

سنبين موقف المذاهب الإسلامية حول زيادة المال المرهون وأثرها على الرهن بين المتراهنين ويسمى لدى الفقه الإسلامي بنماء المال المرهون كما يأتي، تباعاً:

(1) د. محمد طه ود. غني حسون، الحقوق العينية، العاتك، 2017، الجزء الأول، ص 201.

(2) ينظر في ذلك: نص المادة 2130 بأنه (ولكن إذا كانت العقارات المملوكة في الحال للمدين لا تكفي لضمان الدين جاز له أن يتفق مع الدائن على إن كل عقار يحدث في المستقبل يكون رهناً ضامناً للدين تسري عليه أحكام الرهن)، وكذلك نص المادة 2131 بأنه (في حالة تلف العقار أو العقارات الحالية أو تعيبت بحيث صارت لا تفي لضمان حق المرتهن جاز له أن يطلب حالاً سداد دينه أو إن يحصل على رهون أخرى لإكمال ما نقص من الرهن)

(3) عادل شمran، نطاق قاعدة عدم تجزئة الرهن، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2013، ص

1- الفقه الأمامي: نماء المال المرهون قد تحصل زيادة في المال المرهون، سنيين حالات نماء المال المرهون التي قد تكون نماء منفصل عن المال المرهون، أو قد تكون متصلة بها ، وقد جاء بقولهم بأنه "النماء الموجود حالة الارتهان إذا كان منفصلاً كالولد، واللبن، أو متصلاً أيضاً لا يقبل الانفصال كالصوف والشعر خارج عن الرهن، ذهب اليه اكثر علمائنا...النماء المتجدد بعد الارتهان إن كان متصلاً اتصال مازجة كالسمن والطول داخل في الرهن اجماعاً، وإن كان منفصلاً أو يقبل الانفصال كالولد والزرع...إنه يدخل في الرهن⁽¹⁾ يقصد بها أن النماء يعود للمالك فذلك في الرهن وقد يكون نماء المرهون بشكل منفصل أو يقبل الانفصال كالثمار وغيرها اتفق على انه تعتبر جزء من الرهن . "وإذا كان للرهن غلة يصح بقاؤها كالحنطة والشعير رهن مع الأصل، وإن كانت مما لا يصح بقاؤها كالخيار والأصح فعلى المرتهن بيعه وقبض ثمنه والاحتساب به عن إذن الراهن وإلا فهو رهن مع الأصل...وإذا عمر المرتهن الأرض وغرس فيها عن إذن الراهن في حال الارتهان فله غلة ذلك"⁽²⁾، يعني أن نماء الرهن يعتبر في الأصل مع الرهن، الا اذا كان النماء لا يصح بقاؤه، لأنه يفسد، أو يتلف يجب بيعه ذلك أما اخذه والمقاصة مع الدين، أو ارجاع ثمنه الى الراهن، أما اذا عمر المرتهن الأرض المرهون كقيامه بالبناء فإذا حصل بإذن الراهن مصاريفه عليه وينتفع بها، أو يكون بدون إذنه فإنه مصاريف الاعمار عليه لذلك لا يجوز ذلك يعتبر اثم وغلتها.

نلاحظ مما سبق ان جمهور فقهاء الإمامية عدّ نماء المرهون في الأصل مع الرهن، الا انه ذهب بعض من فقهاء الامامية على خلاف ذلك لم يعتبروا نماء المال المرهون جزء من الرهن كما جاء في كلامهم بأنه "منفعة الرهن للراهن، وذلك مثل سكنى الدار وخدمة العبد وركوب الدابة وزراعة الأرض، وكذلك نماء الرهن المنفصل عنه للراهن ولا يدخل في الرهن، وذلك مثل الثمرة والولد والصوف واللبن...وأما الانتفاع باللبس و وطئ الجارية فلا خلاف أنه لا يجوز للراهن فإذا ثبت هذا فإن النماء المنفصل من الثمرة كالولد والصوف يدفع الى الراهن ويتصرف فيه"⁽³⁾، يقصد أنه في حال

(1) ابي المنصور الحسن بن المطهر، مختلف الشيعة، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الثانية، 1431، الجزء السادس، ص 406 و ص 407.

(2) أبو صلاح الحلبي، الكافي في الفقه، الهيئة التأديبية لمكتبة الامام أمير المؤمنين العامة، أصفهان، 1362، ص 334.

(3) ابي جعفر الطوسي، المبسوط، المكتبة الرضوية، بدون سنة طبع، الجزء الثاني.

حصول نماء في المرهون تعود للراهن وليس جزء من الرهن، ولا يحق للمرتهن التصرف بها انما تعود ملكيتها للراهن ولا تكون جزء من الرهن.

2- الفقه الحنفي: بالنسبة إلى فقهاء الحنفية في مسألة نماء المال المرهون، اعتبر الحنفية نماء المرهون ملك للراهن وليس ضمن الرهن كما في فقهاء الإمامية، وسنبين أهم اقوالهم حول مسألة نماء المال المرهون فقد جاء بأنه "فإن كان المعني به المرتهن فقد أجمعوا أن لبن الرهن وضهره للراهن، ولا يخلو أن يكون احتلاب المرتهن له بأذن الراهن أو بغير إذنه"⁽¹⁾، يقصد ان الزيادة التي قد تحصل من المرهون تعود للراهن وليس جزء من الرهن، ولا يحق للمرتهن التصرف بها وإنما تبقى كما هي ألا بأذن الراهن ولقد جاء ذلك في كلامهم بأنه "زوائد الرهن عندنا كالولد والثمر إذا بقين إلى وقت الفكاك وهلاك الزوائد قبل الفكاك لا يسقط شيئاً وغلة الأرض والدار والعبد لا يصير رهناً"⁽²⁾، إي أنه تبقى الزيادة أو الثمار التي حصلت في المال المرهون كما هي ولا يستطيع المرتهن التلاعب بها لأنها لا تعتبر جزء من الرهن انما تعود للراهن وانه حتى لو هلك لا تؤثر على الرهن.

في كلامهم عن نماء المال المرهون هناك حالات معينة يعتبر فيها نماء المال المرهون جزء من الرهن ولا يعود للراهن حيث بينوا ذلك "ونماؤه له لبقائه على ملكه كالولد واللبن والسمن والثمرة ويصير رهناً مع الأصل لان الرهن حق لازم"⁽³⁾، أي يقصد بها أن نماء المال المرهون هو للراهن لأنه ملكه فيعود اليه الا انه هناك حالات من النماء وهو النماء المنفصل فيأخذ حكم الرهن أي يعتبر جزء من الرهن.

نلاحظ مما سبق إن النماء المنفصل للمرهون يعتبر مع الرهن وتعد الزيادة مرهونة لضمان حق المرتهن سواء حصلت قبل عقد الرهن، أم بعد عقد الرهن حيث جاء ذلك بأنه "وإذا كانت الزيادة مرهونة عندنا، كانت محبوسة مع الأصل بكل الدين، وليس للراهن أن يفتك أحدهما إلا بقضاء الدين

(1) جمال الدين أبو محمد، الباب في الجمع بين السنة والكتاب، دار القلم والدار الشامية، سوريا، لبنان، الطبعة الثانية، 1994، الجزء الثاني، ص 520.

(2) احمد بن محمد الحلبي، لسان الحكام في معرفة الاحكام، البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1973، ص 375.

(3) عبد الله بن محمود، مصدر سابق، ص 65.

كله، لان كل واحدٍ منهما مرهون، والمرهون محبوس كله بكل جزء من أجزاء الدين⁽¹⁾، إي يقصد بما أن الرهن لا يتجزأ بل يبقى لدى المرتهن الى حين اكمال وفاء الدين، فإن النماء الذي يحصل في المرهون يعتبر جزء من الرهن، لان المرهون محبوس كله لا يصح تجزئته بمقابل مالم يتم الوفاء بالدين لذلك يبقى لدى المرتهن.

3- الفقه المالكي: جاء في حديثهم عن نماء المال المرهون بأنه "إلا أن يربح في المال الذي شرط فيكون كماله وغلة الرهن من دار وعبد وحائط لا يكون رهناً، وما ولدت الامة بعد الرهن فرهن معها"⁽²⁾، يعني ان غلة المال المرهون قبل الرهن أي حيازته لدى المرتهن لا يعتبر ضمن الرهن، الا إنه كل ما يولد من المرهون بعد الرهن من ثمار وغلة فإنه يعتبر ضمن الرهن ولا يستطيع المرتهن التصرف فيها لأنه يد المرتهن يد امانة وليس يد ضمان ويستطيع التصرف فيها، وقد جاء في كلامهم أن كل تصرف يقوم به المرتهن يزيد من قيمة المال المرهون لا يجوز له أن يستفاد من المرهون ولا يحق له ذلك حتى لو أذن له الراهن يعتبر باطل، فإذا قام بذلك واستفاد من الزيادة في المال المرهون، أو استخدمه فإنه تتم المقاصة من قيمة الدين الذي عليه، لذلك لا يحق للمرتهن الاستفادة من نماء المرهون وقد بينوا ذلك في كلامهم بأنه "إن ترك المرتهن أن يكري الدار التي لها قدر أو العبد كثير الخراج حتى حل الاجل ضمن أجره المثل لتضييعها على الراهن وهو محجور عليه... وإذا رهنه وأذن له في الكراء وأن يقضيه من دينه ففرط حتى حل أجل الدين"⁽³⁾.

بين فقهاء المالكية بشكل مفصل حول نماء المرهون بصورة واضحة ومفصلة، حيث بينوا أن الغلة الناتجة من المرهون تعود للراهن ولا تكون ضمن الرهن، الا اذا اشترط المرتهن ان تكون ضمن الرهن وقد جاء ذلك في قولهم "قال في غلة الحائط المرهون والدار والعبد إنها للراهن، وأنها لا تكون رهناً مع الرهن، ألا أن يشترط ذلك المرتهن في رهنه...والاصل في هذا أن النماء في الرهن على وجهتين: متميز عن الرهن وغير متميز عنه، فأما غير المتميز عنه، فلا اختلاف في أنه يدخل

(1) علاء الدين وأبو بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1986، الجزء السادس، ص 152.

(2) أبو محمد عبد الله، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1999، الجزء العاشر، ص 179.

(3) شمس الدين أبو عبد الله المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1992، الجزء الخامس، ص 13.

في الرهن، وذلك مثل سمن الدابة والجارية وكبرهما، ونماء النخل وكبرها. وأما المتميز عنه فإنه على وجهين أحدهما أن يكون على صورته وخلقه، والثاني ألا يكون على صورته وخلقه⁽¹⁾، وقد بينوا في كلامهم نماء الرهن على صورتين الأولى نماء لا يختلف عن المرهون، مثل سمن الحيوان وغيرها، أما الثانية المتميز أي الذي يختلف عن المرهون يكون على نوعين الأول مثل المرهون بصورته وخلقه أي نفسه مثل الولد سواء كان في الحيوان، أو الانسان وثمار النخل فإنه يعد من الرهن، إلا إذا اشترط غير ذلك، أما إذا كان يختلف عنه في صورته فإنه لا يعتبر من الرهن بل يعود للراهن، إلا إذا اشترط ان يكون من الرهن.

4- الفقه الشافعي: إن نماء المرهون لا يعتبر ضمن الرهن إنما يعود للراهن ولقد جاء ذلك "وهذا الخلاف جار في أرض بيضاء رهنتم ثم أنبتت غراسا لأن الغراس غير مرهون"⁽²⁾، أي أن الأرض إذا رُهنتم أرض قاحلة ثم نبت فيها زرع يعود للراهن؛ لأنه لا يعتبر ضمن الرهن، وقد جاء ذلك في قول آخر لهم بينوا فيه ملكية نماء المرهون بأنه "وليس للمرتهن في المرهون إلا حق الاستيثاق، فيمنع من كل تصرف أو انتفاع بالعين المرهونة أما الراهن فله عليها كل انتفاع لا ينقص القيمة كالركوب ودر اللبون والسكنى والاستخدام... أي فوائده ونماؤه"⁽³⁾، معنى كلامهم ان كل نماء للمال المرهون يعود للراهن ولا يحق للمرتهن أخذه، أو استعماله، أو ركوبه، أو إي تصرف يؤدي الى الانتفاع بالمال المرهون، لأنه يعتبر ملك للراهن له حق الانتفاع به ونماء ثمارها له إي له غنمه وعليه غرمه، يقصد بها فوائده ونماؤها للراهن وكذلك نفقتها عليه.

فقهاء الشافعية بينوا عدم جواز رهن زوائد المرهون وتعتبر فاسدة حيث قالوا "ولو شرط أن تحدث زوائده مرهونة ما لأظهر فساد الشرط... ولو شرط أن تحدث زوائده أي المرهون كصوفه وثمرته وولده مرهونة فالأظهر فساد الشرط لأنها معدومة ومجهولة والثاني لا لأن الرهن عند

(1) أبو الوليد محمد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1988، الجزء الحادي عشر، ص 63 و 65.

(2) أبو حامد محمد الطوسي، الوسيط في المذهب، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، 1417، الجزء الثالث، ص 464.

(3) البشرابي بن ابي المعاطي الحسني، إتحاف الأريب بشرح الغاية والتقريب، دار الريادة، مصر، الطبعة الأولى، 2020، ص 199.

الاطلاق إنما لم يتعدَ للزوائد⁽¹⁾، يقصد بكلامهم أن كل ما يؤدي الى زيادة المال المرهون ويعتبر من زوائده كنماء الثمار فإنه يعد ملك للراهن ولا يعتبر ضمن المال المرهون.

نلاحظ مما سبق بعد بيان موقف المذاهب الإسلامية (الامامية/الحنفية/المالكية/الشافعية)، تبين لنا أن كل من الفقه الحنفي والمالكي والشافعي اتفق على أن كل زيادة في المال المرهون تعود للراهن، ولا تعتبر جزء من الرهن لأنه تعود ملكيتها للراهن، وقد اتفق جمهور الفقهاء على ذلك على أساس ((له غنمه وعليه غرمه))، أي ان كل الفوائد التي تستخرج من المرهون كالثمار، أو حليب الدابة وغيرها تعتبر ملك للراهن ولا تعد جزء من الرهن على خلاف ذلك اتجه الفقه الامامي على أن نماء المرهون يعد جزء من الرهن وقد تحدث المقاصة بين الدين وغلة المال المرهون بعد اقتطاع المصاريف منها، أي اتفق جمهور فقهاء الامامية على نماء المرهون ضمن الرهن الا القليل منهم اعتبر نماء المرهون يعود للراهن وليس ضمن الرهن أي اتفقوا مع جمهور فقهاء المسلمين.

الفرع الثاني: النقصان في المال المرهون

إن المال المرهون يكون قابلاً لنقصان القيمة كما هو الحال في زيادته ويكون سبباً لنقصان قيمة المال المرهون أما بسبب المرتهن، أو بسبب الراهن، أو بسبب أجنبي، ولما كان المال المرهون بيد المرتهن فإنه يلتزم بالمحافظة عليه وان يبذل عناية الشخص المعتاد، ومعيار الحفظ يختلف حسب المال المرهون إذا كان عقار، أو منقول، أو ثمار وأيضاً باختلاف ظروف كل منها⁽²⁾، وبما أن يد المرتهن على المال المرهون يد امانة فإنه لا يضمن ما يصيب المرهون من نقص، إلا إذا كان بتعدٍ وتقصير من قبله.

إذا اخل المرتهن بالتزامه بالحفظ وترتب على ذلك الهلاك، أو التلف فإنه يلتزم بتعويض الراهن على أساس المسؤولية العقدية⁽³⁾، مالم يثبت حصول ذلك بسبب أجنبي وقد نص المشرع المدني العراقي على ذلك في نص المادة 168 بأنه (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت إن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له

(1) شمس الدين محمد الشافعي، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العملية، الطبعة الأولى، 1994، الجزء الثالث، ص 42.

(2) منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص 220.

(3) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة المعرفة، بغداد، 1953، ص 145.

فيه...)، لذلك وفق المسؤولية العقدية يجب على المرتهن تعويض الراهن عما لحقه من خسارة وضرر، وإن مقدار النقصان الذي حصل في المال المرهون يتم تقديره يوم هلاكه سواء أكان مثلياً، أم قيمياً، ويجوز للدائن والمدين القيام بتصفية جزء من الدين عن طريق إجراء المقاصة بين الدين الذي على المدين، وبين النقصان الذي حصل في المال المرهون⁽¹⁾، فإذا كان الدين مساوياً لقيمة المال المرهون سقط الدين الذي على المدين، أما إذا كانت قيمة المال المرهون أكثر من الدين فإنه سقط الدين الذي على المدين، ويجب على المرتهن تعويض الباقي من قيمة المال المرهون إلى الراهن⁽²⁾، وقد اختلف الفقهاء فيما بينهم في مسألة نقصان قيمة المرهون فبعضهم قال أنه يضمن قيمة المرهون وقت تسلمه من الراهن، والبعض الآخر قال يتم التعويض حسب قيمة المرهون يوم هلاكه⁽³⁾.

وأن الراهن أيضاً ملتزم بضمان سلامة المرهون والغاية من هذا الالتزام لغرض المحافظة على قيمة المال المرهون، فالراهن وكما مسلم عليه يلتزم بضمان التعرض سواء كان المادي أو القانوني من قبله أو من قبل الغير⁽⁴⁾ (التعرض القانوني فقط)، فيمتنع من الاتيان بأي فعل يؤدي إلى خروج المرهون من يد المرتهن أو نقصان قيمته أو الاضرار⁽⁵⁾.

قد يحصل نقصان قيمة المال المرهون كما بينا سابقاً بسبب الراهن، فإذا حصل النقصان بسببه كأن يقوم باستعماله، أو تصرف يؤدي إلى نقصان قيمته سواء حدث ذلك قبل التسليم أم بعده يضمن ذلك، وإن احكام نقصان القيمة في الرهن الحيازي تشابه في بعض احكامها في الرهن التأميني مثل أن يقوم بهدم العقار، أو تركها تتهدم دون صيانة مما يؤدي إلى نقصان قيمتها، أو يتصرف في العقار على أنه منقول بحسب المال، أو يتصرف بالمنقولات الموجودة في العقار بالتخصيص⁽⁶⁾.

(1) محمد نجيب عوضين، آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، 2000، ص 156 و 157.

(2) يوسف محمد عبيدات، مصدر سابق، ص 313.

(3) محمد نجيب عوضين، المصدر سابق، ص 156، يوسف محمد عبيدات، المصدر السابق، ص 313.

(4) يقصد ب الغير: هو كل شخص يضار من الرهن سواء كان دائن مرتهن ثاني أو دائن عادي أو أي شخص له مصلحة في المال المرهون.

(5) احمد سلامة، مصدر سابق، ص 231.

(6) د. سمير تناغو، مصدر سابق، ص 113 و 248.

قد يكون سبب نقصان قيمة المال المرهون يعود لسبب أجنبي⁽¹⁾ لا يد للمرتهن، أو الرهن فيه إي أنه يكون سبب نقصان قيمة المال المرهون يعود لسبب أجنبي لا يكون بسبب تعدد، أو تقصير المرتهن. قد تعددت صور السبب الأجنبي قد تكون آفة سماوية، أو حادث فجائي، أو قوة قاهرة فإذا كان احد هذه الأسباب فإنه يؤدي الى زوال الالتزام العقدي وانتفاء المسؤولية العقدية، أما اذا كان السبب الأجنبي بفعل الغير⁽²⁾ وادى الى حدوث نقصان في قيمة المال المرهون فإن المرتهن لا يضمن نقصان قيمة المرهون متى ما ثبت ان الضرر حصل بفعل الغير ويرجع الرهن على الغير بالمطالبة بالتعويض، أما بالنسبة لمصير عقد الرهن حسب ما جاء في نص المادتين 1335 و1336 من القانون المدني العراقي تبين أنه في حال حصول نقصان من قيمة المال المرهون، أو يحول دون استعمال المرتهن لحقوقه فإنه للمرتهن مخير بين فسخ عقد الرهن وبين قيام الرهن بتقديم مال مرهون إضافي، وذلك حسب احكام الرهن التأميني الواردة في المادة 1297 من القانون المدني العراقي .

أما الفقه الإسلامي:

سنوضح آراء المذاهب الإسلامية حول مسألة أحكام تغير المال المرهون ونقصان قيمته والأثر المترتب لسبب النقصان كما يأتي، تباعاً:

1- الفقه الامامي: لقد جاء في قولهم "والمرتهن أمين لا يضمن الا بالتعدي، ولا يسقط بتلفه شيء من الحق"⁽³⁾، يقصد بها أن يد المرتهن يد امانة وليس يد ضمان، لذلك كل ضرر يُصيب المال المرهون ويؤدي الى نقصان قيمته وكان سبباً اجنبياً فإنه لا يضمن المرتهن؛ لأنه يضمن فقط بالتعدي والتقصير، وأن تلف المرهون لا يسقط حق المرتهن ويبقى قائماً، أما اذا قام المرتهن بالتعدي والتقصير مما أدى الى نقصان قيمة المال المرهون فإنه يضمن قيمة النقصان الذي حصل للمرهون مثله اذا كان مثلياً وبقيمته إذا كان المال المرهون قيمياً فإذا ضمنه فإنه يتم المقاصة مع

(1) ينظر في ذلك: نص المادة 211 توضح فيها السبب الأجنبي من القانون المدني العراقي حيث نصت بأنه (إذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك)

(2) حمزة هشام كمال، السبب الأجنبي وأثره على احكام المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2018، ص 72 و 86.

(3) الشهيد الأول، غاية المراد في شرح نكت الارشاد، مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية، 1414، الجزء الثاني، ص 186.

دينه وقد جاء ذلك في كلامهم بأنه "لا يسقط من حقه شيء مالم يتلف في يده بتفريطه"⁽¹⁾، وفي قول آخر لهم يبين أيضا عدم ضمان المرتهن إذا كان السبب أجنبياً، أو الراهن حيث جاء "المرتهن أمين لا يضمن بدون التعدي، ويضمن معه بمثله إذا كان مثلياً، وإلا فلفقيته يوم التعدي، والقول قوله مع يمينه في قيمته"⁽²⁾. أما إذا تلف وادى الى نقصان قيمة المال المرهون بسبب الراهن فهنا الراهن أما يقوم بأداء الدين، أو القيام برهن إضافي آخر لضمان الرهن.

2- الفقه الحنفي: جاء في كلام فقهاء الحنفية أن يد المرتهن يد امانة إلا أنه إذا نقصت من قيمة المال المرهون بتعدي أو تقصير منه يضمن نقصان قيمة المال المرهون لأنه حصل بسببه حيث قالوا "إذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه"⁽³⁾، وبينوا أيضا المقدار الذي يضمنه في حال نقصان القيمة حيث جاء "وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، فإذا هلك في يد المرتهن، وقيمه والدين صار المرتهن مستوفياً لدينه وإن كان قيمة الرهن أكثر فالفضل امانة في يده"⁽⁴⁾، يقصد أنه إذا حصل نقصان في قيمة المال المرهون وكان سبب النقصان هو المرتهن بسبب تعديه، أو اهماله يكون ضامن له حيث يتم المقاصة بين قيمة النقصان الذي حصل في المال المرهون وبين الدين الذي على المرتهن فتحصل مقاصة بينهما، أما إذا كان الدين أكثر من قيمة المال المرهون فالنقص الذي حصل في المرهون يتم تعويضه الى الراهن بمثله إذا كان مثلياً، وإذا كان المال قيمي فبقيته.

ونحن نعلم أن نقصان قيمة المال المرهون بسبب المرتهن يسقط الدين بالمقاصة، أما إذا كان نقصان قيمة المال المرهون يعود لسبب اجنبي، أو الراهن فتكون على الراهن حيث بينوا ذلك في قولهم "ولو هلكا جميعها في يد المرتهن فسقط الدين بهلاك العبد، وهلكت الجارية بغير شيء، لأنها

(1) آغا رضا الهمداني، مصباح الفقيه، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1416، الجزء الرابع عشر، ص 633.

(2) محمد كاظم المصطفوي، فقه المعاملات، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1423، ص 399.

(3) عبد الله بن محمود البلدحي ومجد الدين الحنفي، مصدر سابق، ص 65.

(4) علي بن ابي بكر المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع، الجزء الرابع، ص 414.

الامانة هلك في يده فتهلك هلاك الامانات ولو قبض الراهن وسلم الجارية، خرج عن الضمان⁽¹⁾.

3- الفقه المالكي: بين فقهاء المالكية بأنه "فإن نقص ضمنها عن دينه أتبع به"⁽²⁾، يقصد بكلامهم عن نقصان قيمة المال المرهون ويبينوا فيها عند حدوث نقصان في قيمة المال المرهون سواء كان مثلي، أم قيمي، وبينوا أيضا في حال الضياع ، أو التلف، أو الهلاك من قبل المرتهن فإنه يضمن قيمتها اذا كانت قيميّة ، أو يضمن مثلها اذا كانت مثلية ، لأنّ يده يد امانة تضمن بالتعدي والتقصير وقد جاء تأكيدا على ذلك بأنه "فإن ضاع الرهن عند المرتهن...يضمن الأول من الرهن قيمة مبلغ حقه ويكون فيما بقي مؤتمناً"⁽³⁾، وفي حال كان التلف المال المرهون لا يغاب عليه فيكون الضمان من الرهن نفسه أما اذا كان يغاب عليه فبمثله، واذا كان سبب نقصان قيمة المال المرهون بسبب الراهن، أو بسبب اجنبي فلا يضمن المرتهن حيث قالوا "الرهن إذا تلف إذا كان مما لا يغاب عليه فضمانه من الرهن كالعقار والحيوان وإن كان مما يغاب عليه كسائر الأشياء فضمانه من القبض من المرتهن ألا أن تقوم بهلاكه بينة"⁽⁴⁾.

4- الفقه الشافعي: بين فقهاء الشافعية في كلامهم أن كل فعل، أو تصرف من قبل المرتهن يؤدي الى نقصان قيمة المال المرهون لا يجوز ذلك الا بأذن الراهن مثل زراعة الأرض يؤدي الى اضعاف قيمة التربة وغيرها من التصرفات التي تؤدي الى نقصان قيمة المال المرهون؛ لأن يده يد امانة لا يحق له القيام بأي فعل إلا بأذن الراهن حيث جاء ذلك "فكل انتفاع يؤدي الى تنقيص القيمة، فهو ممنوع، من جهة أدائه إلى التأثير في محل الوثيقة، وقد سبق تصوير تأثير الغرس في نقصان الأرض والتزويج"⁽⁵⁾، وهناك انتفاع يقوم به المرتهن لا يؤدي الى نقصان قيمة المال المرهون كركوبه، أو السكنى لكن هناك حالات تؤدي الى نقصان قيمة المرهون كالبناء، أو الغراس وغيرها

(1) علاء الدين وأبو بكر مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1986، الجزء السادس، ص 170.

(2) أبو محمد جلال الدين المالكي، مصدر سابق، ص 776.

(3) مالك بن أنس المدني، مصدر سابق، ص 629.

(4) محمد بن احمد الغرناطي، مصدر سابق، ص 213.

(5) عبد المالك بن عبد الله، نهاية المطلب في دراية المذهب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، 2007، الجزء السادس، ص 251.

فهنا يضمن ذلك وقد بينوا الحالات في قولهم "كل انتفاع لا ينقصه كالركوب والسكنى...ألا البناء والغراس لنقصان قيمة الرض بها"⁽¹⁾.

إن استخدام الراهن للمال المرهون، أو استعاره من المرتهن وأدى الى تلفه، أو نقصان قيمته يؤدي الى ضمانه؛ لأن يده يد ضمان على خلاف الفقه الحنفي فإنه لا يضمن وقد بينوا ذلك في كلامهم بأنه "إذا استعار الراهن من المرتهن الرهن لينتفع به فتلف في يده كان مضموناً عليه، وعند أبي حنيفة لا يضمن"⁽²⁾.

نلاحظ مما سبق بعد بيان موقف المذاهب الإسلامية (الامامية/الحنفية/المالكية/الشافعية)، أن جمهور الفقهاء بينوا أن كل نقصان بقيمة المال المرهون اذا كان بسبب اجنبي لا ضمان على المرتهن، لأنه لا دخل للمرتهن بنقصان قيمة المرهون، أما إذا كان نقصان قيمة المال المرهون بسبب المرتهن بتعديده، أو اهماله فإنه يضمن قيمته أما اذا كان سبب نقصان قيمة المرهون تعود الى الراهن يضمن ذلك ولا ضمان على المرتهن.

المطلب الثاني

التغير بعد موت المرتهن

يقصد بتغير المال المرهون حصول زيادة، أو نقصان في قيمة المرهون كما بينا ذلك سابقاً لكن ماذا لو حصلت الزيادة أو النقصان بعد موت المرتهن فهنا المشكلة التي سنحاول تناولها في هذا المطلب، و عند موت المرتهن وعدم بيان المال المرهون للورثة، أي تجهيله من قبله عند ذلك سيحصل التجهيل الموجب للضمان، وقد تحصل الزيادة، أو النقصان في قيمة المال المرهون أثناء حيازته من قبل الورثة، أو الغير لأن ملكية التركة تنتقل إليهم بعد سداد ديون مورثهم لذلك قد يستعملوه، أو يتصرفوا به للغير بسبب جهالتهم للرهن.

لذلك سنقسم المطلب على فرعين، نوضح في الفرع الأول كيفية حصول الزيادة في المال المرهون سواء كان المال المرهون بيد الورثة، أم بيد الغير لرهنه، أو بيعه وغيرها، ونبين موقف المذاهب الإسلامية حول مسألة زيادة المرهون هل سيضمن الورثة الزيادة التي حصلت أم لا؟ .

(1) سراج الدين ابن الملقف، عجالة المحتاج الى توجيه المنهاج، دار الكتاب، الأردن، 2001، الجزء الثاني، ص 764.

(2) محمد بن عبد الله الحيثي، المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1999، الجزء الأول، ص 519.

أما الفرع الثاني سنبين أحكام نقصان قيمة المال المرهون بعد العثور عليه من قبل مالكة(الراهن)، وسنوضح في حال حصول النقصان بسبب هبوط الأسعار، أو بسبب المرتهن، أو ورثته، أو بسبب آفة سماوية وغيرها في كل من القانون المدني والفقهاء الإسلاميين. سيتم التوضيح في هذا المطلب أهم الأحكام التي ستطرأ على المال المرهون من زيادة، أو نقصان بعد موت المرتهن وتجهيله للمرهون.

الفرع الأول: الزيادة في المال المرهون

إن الرهن الحيازي لكي يتحقق لا بد من قيام المرتهن بقبض المال المرهون حيث لا يتحقق إلا بالقبض(الحيازة) ويكون لازماً على الرهن وقد نصت المادة 1322 من القانون المدني العراقي على ذلك، أما اذا كان المرهون عقاراً لا بد من التسجيل في السجل العقاري كما وضحه سابقاً وأن الرهن لا يتم الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري، حيث يقوم المرتهن بحبس المرهون حتى يتم استيفاء دينه من الدين أي لغرض ضمان استيفاء حقه⁽¹⁾، ألا أنه على الرغم من حيازة المرتهن لكن لا يحق له القيام بأي تصرف يؤدي الى هلاكه ، أو تعديده لأنه يد المرتهن يد امانة وبالتعدي والتقصير تتحول يد امانة الى يد ضمان⁽²⁾.

كما نعلم الأموال قد تحصل فيها زيادة بصورة دورية دون تدخل الانسان أي زيادة طبيعية مثل حليب البقر، أو سمن الحيوان، أو ظهور نبات في الأرض، أو نمو ثمار في الأشجار، وغيرها من الأمور التي قد تحصل وتسبب زيادة في المرهون وقد تكون الزيادة بفعل تدخل الانسان مثل القيام بزرع الأرض، أو بناء منشآت، أو وضع منقول في العقار ويصبح عقار بالتخصيص، وغيرها من الأشياء التي قد تحدث فتحصل زيادة في المال المرهون وبما ان الزيادة ملك للراهن ولا تعتبر ضمن الرهن فإنه تعود للراهن، أو يتم المقاصة بينها وبين الدين الذي في ذمة المدين لكن قد تحدث بعض الحالات التي تؤدي الى حصول مشاكل في عقد الرهن، ألا وهي قيام المرتهن بأعلام ورثته بوجود رهنٍ الا انه لم يخبرهم بالمال المرهون بعينه، أو بذاته أي جهل المرهون ثم مات المرتهن لكن الورثة

(1) موسى فاضل عباس، دور الرهن في تأمين المصارف من مخاطر الائتمان، أطروحة دكتوراه، جامعة سانت كلمنش، 2014، ص 179.

(2) سوزان أبو السعود ومجدي علي غيث، ضمان المرهون بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني الأردني، بحث منشور، المجلد 47، العدد الأول، 2020، ص 303.

لديهم علم بوجود مرهون في التركة، فهنا يقع عبء اثبات تعيين المرهون على الراهن مالك المرهون لأنه لم يكن للورثة علم بالعين المرهونة انما فقط بالرهن، لذلك حسب ما جاء في قانون الاثبات العراقي في نص المادة 7 الفقرة الأولى بأنه(البينة على من ادعى واليمين على من انكر)⁽¹⁾، يقصد بها على الراهن ان يثبت بالبينة للورثة ماله الذي بحوزتهم مثل سند سيارة ، أو منقول، أو ارض وغيرها، فاذا تم اثبات ذلك فإنه يحق له استرجاعه واخذ تعويض عن الزيادة التي حصلت في المرهون، أو القيام بالمقاصة بين الدين الذي عليه وبين الزيادة التي حصلت في المرهون أثناء الحيازة.

أما إذا لم يكن للورثة علم بوجود مال مرهون لدى مورثهم أي حصول تجهيل من قبل مورثهم فهنا يضمن من تركة مورثهم سواء كان المال المرهون مثلي، أم قيمي⁽²⁾، أما بالنسبة للزيادة التي تحصل فقد تكون بسبب الانسان مثل أن يقوم بالصرف عليها(مدنية) كانت، أو (طبيعية) فتنتج ثمار وفي كل الأحوال أنها ملك للراهن وعلى المرتهن ارجاعها للراهن أما اذا تصرف فيها المرتهن، أو ورثته(بسبب عدم علمهم بالمرهون) فإنه تتم المقاصة بين الدينين المتقابلين فيتم نقصان قيمة ما أستفاده فيه المرتهن، أو ورثته من المرهون من الدين المضمون بالرهن ولو قبل حلول الاجل بعد اقتطاع صافي مصروفات الحصول عليها⁽³⁾، وقد أقرت محكمة التمييز العراقية على عدم انتفاع المرتهن بالمرهون دون مقابل في حكم لها⁽⁴⁾.

وقد يستعمل الورثة الزيادة التي حصلت في المال المرهون، أو يتصرفون بها؛ لأنه أصبحت ملكية التركة للورثة بعد سداد الديون فيتصرفون في المرهون، أو في الزيادة التي تحصل كأن يبيعوا الثمار، أو صوف الحيوان، أو غيرهما من الزيادات ثم يطالب الراهن بالمرهون بعد العثور عليه واثباته بالبينة وحصول الزيادة فيه الا انه تم التصرف فيها بالرهن، أو البيع، أو غيرها من التصرفات

(1) قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.

(2) يعرف المال المثلي هو ما تماثلت آحاده تماثلاً لا تختلف معه قيمها ووجد مثله بالسوق، أما المال القيمي هو ما تفاوتت أجزاء أو آحاد النوع منه بلا تفاصيل يعتد به. نقلاً عن أسماعيل كاظم العيساوي، ضوابط المثلي والقيمي في المعاملات المالية، بحث منشور، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكوت، المجلد الثالث، العدد، 2008، ص 73.

(3) فراس يوسف الكساسبة، آثار الرهن الحيازي فيما بين المتعاقدين، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، 1999، ص 122.

(4) رقم القرار 30/ بتاريخ 1981/1/31، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الأول، 1981، ص 24.

التي ترتب آثار قانونية وتم بيعاً جزافاً وانتقلت الملكية للغير⁽¹⁾، فيتم التعويض عن الزيادة التي حصلت الى الراهن، أما في حال فشل الراهن اثبات المرهون بعينه أما فقد استطاع اثبات وجود عقد رهن فإنه يتم ضمان قيمة المرهون من تركته وكذلك الحال بالنسبة للزيادات التي تحصل يتم التعويض عنها، أو القيام بالمقاصة بينها وبين الدين.

أما الفقه الإسلامي :

سنوضح نماء المال المرهون بعد موت المرتهن في المذاهب الإسلامية وما الأثر الذي يترتب حول الزيادة في المرهون كما يأتي :

1- الفقه الأمامي: الرهن كما بينا سابقاً لا يتم إلا بالحيازة أي شرط القبض ليصح الرهن، يعني أن المرهون في حيازة المرتهن وبما أن المرتهن مات ولم يبق بأعلام ورثته بوجود مرهون لديه فيكون بحكم أمواله؛ لأنه مات وجهل الرهن وقد جاء ذلك في قولهم بأنهم "المستودع أمين ليس عليه ضمان لو تلفت أو تعيبت بيده ألا عند التفريط أو التعدي كما هو الحال في كل أمين...إن النماء الحاصل في فترة الارتهان للمال المرهون تكون للراهن...المرتهن أمين لا يضمن بدون التعدي، ويضمن معه لمثله إذا كان مثلياً و إلا فقيمه يوم التعدي والقول قوله مع يمينه في قيمته"⁽²⁾، يقصد بكلامهم أن المرتهن لا يضمن المال المرهون إلا بتعديه وتفريطه، وقد يقوم المرتهن بأعلام ورثته بوجود رهن إلا أنهم لم يعلمهم بذات المرهون فهنا يكون لديهم علم بوجود مرهون في التركة وعلى الراهن البينة واثبات عين المال المرهون، لذلك من الطبيعي قد يحصل نماء في المرهون أثناء حيازته فهذه الزيادة ترجع الى الراهن لأنها ملك له ولا تعد ضمن الرهن، أما إذا قد تصرف فيها الورثة فإنه يضمن ذلك بمثلها إذا كانت مثلية وبقيمتها إذا كانت قيمة يوم التعدي أي يوم التصرف فيها، أما إذا كان المرتهن جهل المرهون ولم يعلم ورثته بوجود الرهن يعد المرهون من ضمن أمواله، فلو كان للورثة علم بالمرهون وامتنع الورثة عن الأداء نماء المرهون فإنه يضمن الورثة قيمة النماء الذي حصل للمرهون. وقد جاء في كلامهم عن النماء المرهون بأنه "الرهن امانة أيضاً في يد المرتهن ولا يعتبر مضموناً عليه إلا إذا طلبه الراهن وأمتنع من الرد بعد المطالبة...كدار استهدمت فعمرها المرتهن لم يرجع بشيء...زوائد الرهن إما

(1) نبراس ظاهر الزيادي، حقوق الغير المقترنة بالعقد، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2015، ص 57.

(2) محمد كاظم المصطفوي، فقه المعاملات، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1423، ص 372 و 399.

متصلة كسمن العبد...دخولها تحت الرهن وإما المنفصلة كالثمرة...لا تدخل في الرهن⁽¹⁾، يعني أن زوائد الرهن قد تكون بفعل المرتّهن كبناء دار تهدمت بدون إذن الراهن ، فانه لا يستطيع الانتفاع بها ولا حتى مقدار ما انفقه ، لأنه يعتبر تبرع منه ، أما اذا حصل بإذن الراهن سيتم الخصم من الدين، وأما بالنسبة للزوائد المتصلة كسمن الحيوان أو كبر الشجرة وغيرها فأنها تعد ضمن الرهن، وبالنسبة للزوائد المنفصلة كالثمر واللبن فأنها للراهن وليس ضمن الرهن الا أنه لا يحق للراهن أخذها لأنه بتجهيل الرهن من قبل المرتّهن يعتبر المرهون ضمن أمواله أي جزء منها.

2- الفقه الحنفي: إن المرتّهن جهل المال المرهون ثم مات ولم يبين المال المرهون لورثته كما في قولهم "ورثة المستودع صاروا ضامنين تجهيل المورث"⁽²⁾، يقصد بكلامهم بتجهيل المورث (المرتّهن) للمال المرهون يضمن الورثة ذلك المال المرهون بقيمته من تركة مورثهم وذلك بسبب تقصير واهمال المرتّهن، وكما نعلم قد تحصل زيادة في المال المرهون أي حصول نماء للمرهون خلال فترة حيازة المرهون من قبل المرتّهن ، أو ورثته بعد موت المرتّهن وقد جاء في كلامهم عن الزيادة التي تحصل في المرهون بأنه "نماء الرهن كولده ولبنه وصوفه وثمره للراهن لتولده من ملكه"⁽³⁾، إي يقصد بها كل نماء يحصل في المرهون يعود للراهن ولا يكون للمرتّهن حق التصرف به ، لأنه ليس ضمن الرهن فهناك نماء للمرهون يحصل بصورة طبيعية لذلك أثناء الحيازة للمرهون يحصل النماء لذلك يجب على المرتّهن، أو الورثة التعويض للراهن عن الزيادة التي حصلت في المرهون اثناء الحيازة مثل الثمار التي تنتجها الأشجار بصورة دورية، أو صوف الحيوان، أو اللبّن وغيرها من الزيادات الطبيعية التي تحصل فيجب التعويض، أو القيام بالمقاصة بين الدين الذي على المرتّهن وبين الغلة الناتجة من المرهون.

3- الفقه المالكي: ذهب فقهاء المالكية بقولهم تضمين الأمين بموته مجهلاً الامانة التي عنده وقد جاء ذلك في كلامهم "من مات ولم يوص بالودائع أو القراض التي قبله لم توجد في تركته فهو ضامن

(1) الحسن بن يوسف المطهر، تذكرة الفقهاء، مؤسسة ال البيت لأحياء التراث، قم ، الطبعة الأولى، 1423، الجزء الثالث عشر، ص 250 و290.

(2) أبو المعالي برهان الدين الحنفي، مصدر سابق، ص 540.

(3) محمد بن فرامرز بن علي، مصدر سابق، ص 260.

ويحاص بها غرماءه لتفريطه⁽¹⁾، على الرغم من عدم ذكرهم للرهن الا أنه الرهن كالوديعة كالمهما امانة لدى الأمين فأن عدم الايصاء بالمال المرهون يضمن المرتهن من تركته، وقد تحصل زيادة في المال المرهون إي نماء للمرهون خلال فترة وجوده لدى المرتهن، أو ورثته، وقد ذهب فقهاء المالكية أن نماء المال المرهون يكون للراهن وليس ضمن الرهن أما في حال كانت الزيادة لا تتفصل عن المرهون مثل كبر الشجرة ، أو زيادة وزن الحيوان وغيرها فأنها تكون ضمن الرهن وبالنسبة للزيادات المنفصلة فأنها تعود للراهن واذا قام الورثة بالتصرف فيها فإنه أما تحصل المقاصة بين الدين الذي على الراهن وبين الزيادة التي حصلت في المرهون وفي كل الأحوال يضمن الورثة الزيادة التي تحصل في المرهون من تركة مورثهم وقد جاء ذلك في كلامهم بأنه "المرتهن ليس له من نماء الرهن ولا من غلته شيء ... فأما ما كان غير متميز من الرهن فلا خلاف أنه يدخل في الرهن كسمن الدابة"⁽²⁾.

4- الفقه الشافعي: في كلام فقهاء الشافعية عن التجهيل، وهي في حال موت الأمين وعدم بيان الامانة التي لديه فيجهلها ويضمن حيث بينوا ذلك "وإن كان جاهلاً يضمن لأنه أمين الراهن"⁽³⁾، أي أنه كان ينبغي على المرتهن عدم جهالة المال المرهون واعلام ورثته بوجود مال مرهون لديه لكن قام بتجهيله وفي كلا الأحوال يضمن قيمة المال المرهون، لكن اثناء حيازته للمرهون قد تحصل زيادة في المرهون أي نماء للمال المرهون، وان نماء المال المرهون يعد حسب فقهاء الشافعية للمالك أي الراهن وليس ضمن الرهن لذلك بعد ضمان قيمة المرهون من تركته يضمن الزيادة التي حصلت في المرهون لأنه ملك للراهن كزيادة طبيعية مثل حليب الدابة أو كبر الشجرة وغيرها من النماء الطبيعي الذي يحصل أثناء الحيازة لذلك يضمن الورثة قيمة الزيادة التي حصلت في المال المرهون ألا إذا تم الاشتراط في الرهن ان تكون الزوائد ضمن الرهن وليس للراهن فيجوز ذلك وقد بينوا هذا في كلامهم بأنه "زوائد المرهون غير مرهونة عند اطلاق الرهن كما سيأتي، لكن لو رهن الشجرة بشرط أن تحدث الثمرة مرهونة، أو الشاة بشرط أن يحدث النتاج

(1) أبو العباس شهاب الدين احمد، مصدر سابق، ص 147.

(2) أبو الوليد محمد بن احمد القرطبي، مصدر سابق، ص 370.

(3) عثمان بن احمد القرطبي، مصدر سابق، ص 370.

مرهوناً...يصح الشرط ويتعدى الرهن الى الزوائد لأن الرهن عند الاطلاق إنما لا يسرى الى الزوائد لضعفه فإذا قوى بالشرط سرى⁽¹⁾.

نلاحظ مما سبق بعد بيان موقف المذاهب الإسلامية (الامامية/الحنفية/المالكية/الشافعية)، بعد موت المرتهن وتجهيله للرهن تحصل زيادة للمال المرهون أثناء حيازة الورثة للمرهون وقد بين أن كل من الفقه الامامي الحنفي والمالكي والشافعي ان الزيادة التي تحصل في المرهون هي للراهن وليس ضمن الرهن لذلك تضمن قيمتها.

الفرع الثاني: النقصان في المال المرهون

يُعد الميراث سبباً من أسباب كسب الملكية، ويترتب على ذلك انتقال الحقوق اليها اما بالنسبة للالتزامات فيجب الوفاء بها من التركة أي أموال المورث دون أموال الوارث الأخرى، وان الغرض من القيام بهذه التصرفات هو للمحافظة على العلاقات القانونية التي كانت له واستمرارها، لكن عن طريق شخص جديد يحل محل المورث الا وهو الوارث⁽²⁾.

بعد معرفة الورثة بوجود مال مرهون وان المرتهن قد جهل الرهن، فإذا وجد مال في التركة مشابهاً للمال الذي ادعى به الراهن فيكون هو المال المرهون ويقوم الورثة بتسليمه الى مالكة، وإذا لم يوجد المرهون سواء تصرف به المرتهن قبل موته، أم الورثة لجهلهم الرهن وترتبت عليه حقوق والتزامات فلا يمكن استرجاعه لاستقرار المعاملات المالية ويضمن من تركة المورث قيمتها.

وقد يحصل نقصان في قيمة المرهون فإنه يتم تعويض نقصان قيمة المرهون، وتعدد أسباب النقصان قد يحصل النقصان بزوال جزء من العين المرهونة وقد يحصل النقصان بنص قيمة المرهون، أو ربعه أو اقل من الربع وفي كل الأحوال يضمن قيمة النقصان الذي حصل في المرهون وقد نصت مجلة الاحكام العدلية على ذلك في المادة 900 بأنه (إذا تناقص سعر المغصوب وقيمته بعد الغصب فليس لصاحبه أن لا يقبله وأن يطالب بقيمته التي كانت في زمان الغصب ولكن طراً على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب يلزم الضمان...فإذا كان النقصان يسيراً

(1) عبد الكريم بن محمد وأبو القاسم الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997، الجزء الرابع، ص 465.

(2) علي شاكِر عبد القادر، التغير الجبري لمالك العين وأثره في التصرفات القانونية، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2013، ص 102 و108.

يعني لم يكن بالغاً ربع قيمة المغصوب فعلى الغاصب ضمان نقصان قيمته وإن كان فاحشاً أعني إن كان النقصان مساوياً لربع قيمته أو أزيد فالمغصوب منه مخير إن شاء ضمنه نقصان القيمة وإن شاء تركه للغاصب وأخذ منه تمام قيمته⁽¹⁾، ويمكن ان نستنتج من كلامهم بالنسبة للمرهون لان كلا الیدين ید ضمان.

وكما بینا سابقاً في المادة 195 في القانون المدني العراقي قد يحصل التغير بسبب هبوط الأسعار في السوق أي لم يتحقق الشرط الأول من النص، لذلك لا یضمن الورثة نقصان القيمة لأنه لم يحصل بسببهم انما بسبب ارتفاع السوق الا إنه قد يكون انتهى الرهن الحيازي وتأخر المرتهن، أو الورثة بتسليم بعد المطالبة به وحصل له نقصان بالقيمة بسبب هبوط الأسعار هنا یضمن نقصان القيمة.

قد يحصل تغير في المرهون من تلقاء نفسه ویؤدي انتقاله من حال الى حال جديدة لها قيمة مختلفة عن السابق وادی هذا التحول الى نقصان قيمة المرهون وقد أشارت تشريعات الدول على ذلك⁽²⁾، وقد يحصل نقصان القيمة بسبب الورثة انفسهم كأن يتركوا العين المرهونة تتعرض للشمس ، أو هطول الامطار وغيرها فتؤثر على المرهون وتنتلفه مما تؤدي الى نقصان قيمته، وأن القانون المدني العراقي قد نص على تغير قيمة المال المغصوب في المادة 195 بأنه (إذا تناقصت قيمة المغصوب بعد الغصب فليس للمغصوب منه إلا أن يقبله كما هو دون إخلال بحقه في التعويض عن الاضرار الأخرى، لكن إذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب أو بفعله لزمه الضمان)، نلاحظ مما سبق أن كلاً من القانون المدني العراقي والقانون الأردني لم ينص على رد

(1) علي حيدر خواجه، درر الحکام في شرح مجلة الاحکام، دار الجيل، الطبعة الأولى، 1991 الجزء الثاني، ص553.

(2) ينظر في ذلك : نص المادة 286 الفقرة الثانية من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 يبين فيها حالات حصول التغير بنفس المال وليس بتدخل احد (إذا تغير المغصوب بنفسه يخیر المغصوب منه بين استرداد المغصوب أو البدل)، على الرغم من عدم نصه على المال المرهون الا انه يمكن ان نستنتج ذلك من كلامهم عن المال المرهون، وكذلك الحال بالنسبة للمادة 1129 من القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002 حيث نصت بأنه (إذا غير الغاصب العين المغصوبة الى غرض أو الى غير غرض فالمالك الخيار بين اخذها مع ارش النقص أو اخذ قيمتها صحيحة بأوفى القيم من يوم الغصب الى يوم التسليم).

العين انما يتم الضمان، ويجب أيضاً التمييز بين التناقص في قيمة المرهون وبين النقص في قيمة المرهون⁽¹⁾.

وقد يحصل نقصان القيمة بسبب الخلط كأن يقوم الورثة بخلط المرهون مع أموال مورثهم تكون احدها تالفة، أو غير جيدة فيتم خلطها مما يؤدي الى خلط الجيد بالردىء وفي كلا الأحوال يتم تعويض المثلي بمثله، والقيمي بقيمته مع التعويض عن الضرر الذي حصل.

أما الفقه الإسلامي :

سنوضح موقف الفقه الاسلامي في مسألة موت المرتهن وتجهيله للمرهون والتغير الذي يحصل في المرهون من نقصان بعد وفاته، وسنذكر احكام الغصب ويمكن الاستنتاج منها بالنسبة احكام تغير المال المرهون كما يأتي تباعا:

1- الفقه الإمامي: جاء في كلامهم "فلو كانت قيمته مائة فبلغت مائتين ثم عادت يتراجع الأسواق الى مائة وخمسين ثم هلك لزمه مائتين ولا عبرة بتفاوت السوق بعد التلف...نقصان الأجزاء مسألة إذا غصب عينا وحصل فيها نقص عين منه وجب على الغاصب أرش النقص ورد العين سواء كان الارش قدر القيمة أو اقل كما لو قطع يدي العبد"⁽²⁾، يقصد بكلامهم ان كل نقصان يحصل بتفاوت الأسعار في السوق أي هبوط الأسعار فإن ذلك لا يؤثر على المال المرهون، فلا يضمن أما اذا كان نقصان قيمة المرهون بسبب المرتهن كقطع اليد، أو تلف جزء فيها فإنه يضمن قيمة النقصان الذي حصل في المرهون يوم تلفه، وقد جاء في كلامهم عن تغير المرهون من حال الى حال ، أو قيام الورثة بذلك بسبب عدم علمهم بالمرهون، فيضمن من تركه مورثهم وقد جاء في كلامهم "إن كانت نقرة فضر بها دراهم، أو حنطة فطحنها، أو دقيقاً فجنه وخبره...، إذا غصب ماله كالحبوب والادهان فعليه مثل ما تلف في يديه، يشتريه بأي ثمن كان بلا خلاف وإن كان مما لا مثل له...فعليه أكثر ما كانت قيمته"⁽³⁾، وقد جاء في كلامهم أيضاً عن ضمان نقصان القيمة بأنه "ويضمن أرش نقصانها"⁽⁴⁾.

(1) ينظر في ذلك: القانون المدني العراقي حيث نصت المادة 195 انها ذكرت تناقص يعني المراد بها هبوط الأسعار أما كلمة نقص قد تم ذكرها في المادة 197 انه يحدث النقص بسبب تلف أو استعمال أو غيرها من الأمور التي تحدث وتسبب نقصان القيمة فيتم التعويض.

(2) الحسن بن يوسف المطهر الحلي، تذكرة الفقهاء، المكتبة الشيعية، بدون سنة طبع، الجزء الثاني، ص 385.

(3) ابي جعفر الطوسي، الخلاف، مؤسسة النشر الإسلامي، 1411، الجزء الثالث، ص 407 و415.

(4) شمس الدين العاملي، الدروس الشرعية في فقه الامامية، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1414، الجزء الثالث، ص 109.

2- الفقه الحنفي: موت المرتهن وانتقال تركته الى ورثته وتجهيله للمال المرهون، وعند مطالبة مالكة للمال المرهون نجد أن المرتهن لم يبين لورثته، ولذلك لعدم علمهم لذلك قاموا باستعماله، أو التصرف فيه وبعد العثور عليه نلاحظ حصول نقصان وقد بين فقهاء الحنفية عن نقصان قيمة المغصوب وتم البيان بالتفصيل في حال النقصان في المال على الرغم عدم ذكرهم مباشرة للمرهون، إلا أنه يمكن ان نستنتج احكام النقصان المرهون منها لأنه تم التصرف فيها دون اذن مالكة وقد بينوا ذلك "في بيان ما يكون مضمونا من النقصان وما لا يكون مضمونا منه والثاني في بيان طريق معرفة النقصان أما الأول فتقول وبالله التوفيق إذا عرض في يد الغاصب ما يوجب نقصان قيمة المغصوب والعارض لا يخلو إما أن يكون بغير السعر وإما أن يكون فوات جزء من المغصوب أو فوات صفة غير مرغوب فيها...ونقصان السعر ليس بنقصان المغصوب...وإن كان فوات جزء من المغصوب... ويضمنه النقصان لوجود فوات جزء من البدن"⁽¹⁾، ويقصد بكلامهم بيان نقصان القيمة بالتفصيل فبينوا اذا حصل نقصان بسبب هبوط الأسعار في السوق فلا ضمان عليهم، أما اذا هلك فإنه بتعديه وإهماله هلك فيضمن ذلك، أما إذا كان قد فقد جزءاً من المال كفقده اليد، أو المرض، أو الشلل فإذا كان بأفة سماوية لا يضمن لأنه سبب اجنبي لا علاقة لهم أما اذا كان بسبب الحائز(الورثة) فإنه يضمن، لكن في حال زوال الضرر الذي أصاب المرهون فإنه لا يضمن.

3- الفقه المالكي: لقد جاء في كلامهم عن نقصان القيمة إذا كان بسبب هبوط الأسعار لا يؤدي الى ضمان قيمته أما اذا كان نقصان القيمة بسبب تغير فيها وادى الى نقصانها كضعفها، أو غيرها من الأمور فإنه يضمنها وقد جاء ذلك في كلامهم "والحاصل أن كلا من نقصان القيمة وزيادتها لتغيير السوق لا يضمن المغصوب على ربه فيتعين اخذه له ولا رجوع له على الغاصب بشيء لأجل نقص القيمة...وأما الكراء فيضمنه"⁽²⁾، وقد جاء أيضا في كلامهم "فأما النقصان الذي يكون بأمر من السماء فإنه ليس له إلا يأخذه ناقصا، أو يضمنه قيمته يوم الغصب، وقيل إن له أن يأخذه ويضمن

(1) علاء الدين الكاساني، مصدر سابق، ص 155.

(2) محمد بن احمد المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون سنة طبع، الجزء الثالث، ص 452 و453.

الغاصب قيمة العيب"⁽¹⁾، يقصد بها أن العين اذا حصل فيها النقصان بقوة قاهرة فإن هذا لا يضمن الورثة؛ لأنه حصل دون تعدي وله الحق ان يسترد المرهون ، أو يتركها لهم مع ضمان قيمة المرهون، أما اذا كان الورثة قد تصرفوا فيها فيتم ضمان قيمة المرهون مع التعويض عن النقصان الذي حصل في قيمة المرهون من يوم حصول النقصان.

4- الفقه الشافعي: جاء في كلامهم "إن نقص المغصوب نقصاناً تنقص به القيمة نظرت فإن كان في غير الرقيق لم يخل إما أن يكون نقصاناً مستقراً أو غير مستقر فإن كان مستقراً فإن كان ثوباً فتخرق أو إناء فانكسر...ونقصت قيمته رده ورد معه أرش ما نقص"⁽²⁾، أي أن العين المرهونة اذا تحولت من حال الى حال أخرى، و أدى الى نقصان قيمتها كحصول تمزق في الثوب أو حصول كسر في الاناء وغيرها من الأمور فعلى الورثة تعويض حصول النقصان الذي حصل في المرهون من تركة مورثهم، وكذلك إذا كان المرهون لدى الورثة يتم استعادة المرهون من قبل الراهن مع تعويض نقصان القيمة الذي حصل لأنه يد المرتهن تتحول بالتجهيل الى يد ضمان وكذلك الحال بالنسبة الى يد الغاصب يد ضمان لذلك يمكن استنتاج نقصان قيمة المرهون من احكام الغصب وقد جاء في كلامهم بأنه "واذا انقص المغصوب بغير استعمال وجب الارش"⁽³⁾.

نلاحظ بعد بيان موقف المذاهب الإسلامية (الامامية/الحنفية/المالكية/الشافعية) حول نقصان قيمة المرهون بعد موت المرتهن و حصول التجهيل في المرهون؛ لأنه بسبب اهمال المرتهن، فإذا حصل النقصان وهو بيد الورثة بسبب هبوط الأسعار لا يضمن الورثة أما إذا كان بسبب التعدي والتقصير يضمن قيمة النقصان الذي حصل في المرهون، أما في حال تصرف الورثة بالمرهون بسبب جهلهم للرهن فإنه يتم ضمان قيمة المرهون من تركته وكذلك قيمة النقصان الذي حصل في المرهون بعد العثور عليه.

المبحث الثاني

(1) أبو الوليد محمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 2004، الجزء الرابع، ص 101.

(2) أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المذهب في فقه الامام الشافعي، دار الكتب العلمية، بدون سنة طبع، الجزء الثاني، ص 199.

(3) شمس الدين ومحمد بن احمد الشربيني، مصدر سابق، ص 354.

مسؤولية ورثة المرتهن عن المال المرهون

سنوضح مدى مسؤولية ورثة المرتهن عن المال المرهون، فقد يحصل هلاك المال المرهون، يؤدي الى انتهاء الانتفاع بالمال المرهون، وذهاب منفعتة، سواء كان هلاك كلي، أم جزئي، فيهلك قبل الوفاء بالدين، وبالتالي هلاك الضمان الذي يستطيع من خلاله المرتهن أخذ دينه، عند انتهاء الرهن، ولبيان أسباب قيام مسؤولية الورثة عن حصول الهلاك، لابد من توضيح سبب حصول الهلاك، وكذلك بيان مدى استطاعة الورثة التخلص من المسؤولية.

ونقف على مدى مسؤولية ورثة المرتهن عن المال المرهون بصورة خاصة، وديون مورثهم بصورة عامة، وذلك لأن حقوق التركة تنتقل الى الوارث بعد موت مورثه؛ لأنه يعد خلف عام لمورثه، ولكن لا تنتقل ديون المورث الى ورثته، ويلتزمون التزاماً شخصياً بالدفع عن مورثهم، بل تنتقل كديون عينية على أعيان التركة، لذلك لا يسأل الوارث عنها بصورة شخصية، بل يسأل عنها كوارث للمرتهن المورث، وقد اختلفت الاتجاهات حول ذلك، بين اعتبارها مسؤولية الورثة بصورة شخصية، وبين اعتبارها ليست كذلك. وحماية دائني المورث من تصرفات التي قد تحصل من قبل الورثة، والتي تؤدي الى خروج المال من التركة، والتصرف فيها، ومدى مسؤولية الورثة عنها، وبيان موقف القضاء العراقي والمصري والفرنسي، عن مسؤولية الورثة عن ديون مورثهم، وطرح الاتجاهات المختلفة التي أخذ بها القضاء عبر السنين، وترجيح الأنسب منها، وبيان أهم النزاعات التي قد تحصل بينهم، وبين دائني مورثهم.

وعليه لابد من تقسيم هذا المبحث على مطلبين، حيث يتضمن:

- 1- المطلب الأول: مسؤولية ورثة المرتهن عن هلاك المال المرهون
- 2- المطلب الثاني: الحماية القانونية لدائني المورث من تصرفات ورثته

المطلب الاول

المسؤولية عن هلاك المال المرهون

لقد بينا سابقاً في أن الرهن الحيازي يكون صحيحاً لا بد من انتقال حيازة المال المرهون الى المرتهن أي شرط لانعقاد الرهن الحيازي؛ لأنه بحيازة المرتهن للمال المرهون يكون ضماناً قوياً للمرتهن، لكن قد يتعرض المال المرهون للهلاك أي يكون مهدداً بالهلاك أثناء حيازته، وفي بعض حالات الهلاك قد تترتب مسؤولية حصول الهلاك على الورثة اذا كان الهلاك بتعد، أو تفريط بالمال المرهون أثناء حيازة الورثة للمال المرهون بسبب موت المرتهن؛ لأنه كما نعلم إن موت المرتهن لا يؤثر على الرهن ويستمر.

والهلاك الذي يحصل قد يكون، هلاكاً كلياً للمال المرهون، أو هلاكاً جزئياً للمال المرهون، لذلك سنبين الحالات التي قد يحصل فيها الهلاك الكلي، والحالات التي يحصل فيها الهلاك الجزئي، لذلك لا بد من بيان موقف القانون والفقه الإسلامي بهذا الخصوص، وأيضاً توضيح أهم الأحكام المترتبة عند حصول الهلاك مع ضرورة الإشارة إلى شروط تحقق مسؤولية الورثة عند حصول هلاك المال المرهون.

ولذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، سنوضح في الفرع الأول منه الهلاك الكلي للمرهون ومدى مسؤولية الورثة عنه، وفي الفرع الثاني سنبين الهلاك الجزئي للمال المرهون ومدى قيام مسؤولية الورثة على ذلك بعد موت مورثهم (المرتّهن).

الفرع الأول

الهلاك الكلي

يقصد بالهلاك، عدم صلاحية المال المرهون لمباشرة وظيفته التي تتمثل بتوثيق الدين الذي على المدين لأي سبب كان ⁽¹⁾، إلا إذا كان هلاك المرهون هلاكاً جزئياً فإنه لا ينتهي الرهن، بل يستمر على ما تبقى من المال المرهون ضماناً للدين.

وإن الهلاك الكلي قد يحصل وبسبب الهلاك الكلي الذي حصل في المرهون يؤدي إلى انقضاء الرهن لهلاك محل الحق المرهون، أو بسبب انقضائه لانقضاء الحق دون هلاك محله، ففي الحالة الأولى ينتهي الرهن سواء أكان المال المرهون بيد الحائز، أم بيد الراهن، مهما كان الشخص الذي تسبب بالخطأ حيث يتم التعويض عن الهلاك الذي حصل فإذا كان الهلاك بسبب الورثة، يقوم الورثة بالتعويض إذا كان لديهم علم بالرهن ولم يلتزم بالمحافظة عليه، أي لم يبذلوا العناية المطلوبة لحفظه، أو تعدوا على المرهون فهلاك المرهون، ولهذا يكون الشخص المسؤول على الهلاك الكلي الورثة، إما إذا لم يكن لهم علم بالمال المرهون بسبب تجهيله من قبل مورثهم، لكن هلك المال المرهون بسبب المورث يتم التعويض عن الهلاك فليس الورثة مسؤولين عن التعويض، أما تركة مورثهم تضمن الهلاك الذي حصل في المرهون بسبب تجهيله لهم، أما في حال انقضاء الحق دون هلاك محله فهذا الرهن يبقى، إلا إذا كان هناك نصاً اتفاقياً، أما إذا كان سبب الهلاك الكلي هو الراهن، سواء صدر منه شخصياً، أو من تابعيه فإنه يعد تعرض مادي يسأل عنه مثل قلع الشجرة، أو هدم الدار، وغيرها من التصرفات التي تؤدي إلى هلاك كلي للمرهون، ففي هذه الحالة من الهلاك لا يترتب قيام مسؤولية الورثة، إنما مسؤولية الراهن عن الهلاك الكلي الذي حصل للمرهون.

(1) د. محمد علي إمام، مصدر سابق، ص 464.

وإذا هلك المال المرهون كلياً، أي لم يبقَ فيه شيء، فإنه ينتهي الرهن، إلا إذا تم تطبيق نظرية الحلول العيني، أي تقديم مالٍ مرهون آخر بدل المرهون الذي هلك. وتختلف أسباب الهلاك الكلي، وبتعدد الأسباب فإنه تختلف أحكام هلاكه، فإذا كان بسبباً اجنبياً، فهنا إذا رضى المرتهن بقاء حقه دون تأمين يستمر الرهن، وإذا لم يقبل ببقاء الحق دون تأمين و يكون الراهن مخير بين الوفاء بالدين، وبين تقديم مال مرهون آخر اضافي قبل حلول الأجل⁽¹⁾، أما إذا كان سبب الهلاك الكلي للمال المرهون الراهن نفسه، يكون الخيار للمرتهن بين تقديم مال مرهون بدل المرهون الذي هلك، أو الوفاء بالدين⁽²⁾، أما إذا كان سبب الهلاك الكلي هو المرتهن فإنه يلتزم بالتعويض للراهن عن الهلاك الكلي الذي قد حصل في المرهون. وهناك حالات يستطيع الورثة التخلص من مسؤولية هلاك المال المرهون، في حال كان للورثة علم بالرهن، وقاموا ببذل العناية الواجبة للمحافظة على المال المرهون، ففي هذه الحالة لا يضمن الورثة الهلاك الذي قد حصل، وكذلك في حال قيام الورثة بأعلام الراهن بحال المال المرهون وتعرضه للتلف والهلاك، ولم يقر الراهن باسترداد المرهون رغم علمه بالتلف الذي حصل للمرهون، يحق للورثة الطلب من المحكمة بيع المرهون لتعرضه للهلاك ويكون ثمن البيع ضمان للدين.

أما بالنسبة للقوانين المدنية، فقد نصت المادة 1338 من القانون المدني العراقي الفقرة الثانية منه(وإذا كان المرهون مهدداً بأن يصيبه هلاك أو نقص في القيمة، وجب على المرتهن ان يبادر بإعلان الراهن بذلك والا كان مسؤولاً وفي حال الإعلان يجوز للراهن أن يسترد المرهون اذا قدم للمرتهن تأميناً آخر، فإذا لم يفعل جاز للمرتهن ان يطالب المحكمة ببيع المرهون وإبقاء ثمنه رهناً في يده)⁽³⁾. ولا يقتصر الهلاك على الهلاك المادي فقط مثل عقار انهدم انما جميع الحالات التي تخرج المال المرهون من ذمة الراهن من دون ان يستطيع المرتهن تتبعه، ويسمى بالهلاك القانوني، مثل عقار مرهون صور عليه حكم اصلاح زراعي، فهنا يكون الراهن حكمه حكم الهلاك، ويبقى الدين بلا تأمين⁽⁴⁾.

(1) د. غني حسون ود. محمد طه البشير، مصدر سابق، ص 423.

(2) د. محمد علي إمام، المصدر السابق، ص 464.

(3) تقابلها في القانون المدني الأردني ذي رقم 43 لسنة 1976، نص المادة 1406 بأنه (إذا كان المرهون مهدداً بأن يصيبه هلاك أو نقص في القيمة أعلن المرتهن الراهن بذلك. فإذا لم يقدم الراهن للمرتهن تأميناً آخر جاز لكل منهما ان يطلب من المحكمة بيع المرهون وحينئذ ينتقل حق الدائن الى الثمن).

(4) إيراد صادق معيدي، احكام الضمان في عقد الرهن، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، 2011، ص

الأصل في القوانين المدنية، أن مسؤولية الدائن المرتتهن عن الهلاك مسؤولية مفترضة قابلة للأثبات العكس، وهي الخطأ البسيط، لذلك يستطيع ورثة المرتتهن اثبات أن الهلاك، أو التلف الذي قد حصل في المرهون، ليس بسبب الورثة إنما بسبب اجنبي، لا يد للورثة بذلك⁽¹⁾، فهنا يتخلص الورثة من مسؤولية الهلاك الكلي للمرهون. وقد نص القانون المدني العراقي على ذلك في المادة 1349 الفقرة الرابعة منها، ينقضي الرهن الحيازي بأحد الأسباب منها (4-إذا هلك المرهون)، وقد نصت على الهلاك الكلي تشريعات الدول الأخرى على ذلك⁽²⁾.

أما الفقه الإسلامي:

سنبين احكام الهلاك الكلي للمال المرهون في المذاهب الإسلامية، واختلاف كل من المدين والمرتتهن حول وقت هلاك المرهون وقيمتة، وبيان هل يضمن الورثة مسؤولية الهلاك الكلي للمرهون ام لا كما يأتي، تباعاً:

1- الفقه الإمامي: بين فقهاء الامامية، أن المال المرهون امانة بيد المرتتهن، وقد يتلف المال المرهون فلا يضمنه، إلا إذا تعدى، أو فرط به، وقد جاء ذلك "والرهن امانة في يده لا يضمنه ولو تلف ولا يسقط به شيء من حقه مالم يتلف بتفريطه"⁽³⁾. فإذا حصل الهلاك دون تعدي، أو تفريط لا يلزمه الضمان، ولا يسقط حقه، وقد بينوا ذلك بأنه "يجب عليهم المحافظة على أموال الغير كالمحافظة على أموالهم الخاصة بهم وإذا فعلوا ذلك وتلف المال بقدر أو اعتداء الغير أو أي سبب لم يضمن هؤلاء لصاحب المال عوض ماله أدرك ماله"⁽⁴⁾، يعني في حال حصول التلف بدون تعدي، أو تفريط من الورثة، إي حافظ الورثة على المال المرهون وبذلوا في حفظه العناية المطلوبة، لكن

(1) د. محمد نجيب عوضين، مصدر سابق، ص 165.

(2) ينظر في ذلك: القانون المدني المصري ذي رقم 131 لسنة 1984، حيث نصت المادة 1113 (ينقضي حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية: 3- إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون)، يقصد بها ينتهي الرهن الحيازي بين المتراهنين في حال هلاك كلي للمال المرهون وليس هلاك جزئي، لأن الهلاك الجزئي لا يؤدي الى انتهاء الرهن الحيازي، وفي حال انتهاء الحق الذي حصل الرهن بسببه، وكذلك الحال في القانون المدني الأردني ذي رقم 43 لسنة 1976 حيث نصت المادة 1422 منه (ينقضي الرهن الحيازي بهلاك الشيء أو انقضاء الحق المرهون).

(3) المحقق أبو القاسم جعفر الحلي، مصدر سابق، ص 71.

(4) محمد الصدر، ما وراء الفقه، دار الأضواء للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، بدون سنة طبع، الجزء الرابع، ص 328 و329.

رغم ذلك حصل هلاك كلي للمرهون، فهنا الورثة غير مسؤولين عن الهلاك الذي قد حصل في المال المرهون، ولقد كان يقصد بكلامهم درك ماله، يعني تدارك ما فاتته، والخسارة التي حصلت في المال المرهون ترجع الى صاحب المال، إي الراهن الذي قام برهن أمواله.

أما بالنسبة لحكم الهلاك عند حصوله بيد الورثة، وكان لديهم علم بالمال المرهون، فإنه يضمن بجميع الدين المال المرهون الذي هلك سواء كان أكثر من قيمة الدين، أم أقل منه، وقد جاء ذلك "المراد من الغنم الاستفادة والنماء والزيادة، والغرم والنفقات والتلف، والمراد بقوله الرهن من راهنه أي من ضمان صاحبه، وقوله لا يغلق الرهن أي لا يملكه المرتهن بالارتهان"⁽¹⁾، والبعض منهم جاء في رأي آخر، بأن المال المرهون اذا هلك كلياً، فإنه يضمن الورثة بكامل قيمته، ومن حقهم أن تحصل المقاصة بينهما، أو يستردان، حسب ما جاء في كلامهم مستمدين ذلك من قول أمير المؤمنين (عليه السلام) "سأل أبا جعفر عليه السلام عن قول الامام علي عليه السلام: يترادان الفضل، فقال: إن كان الرهن افضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن الفضل على صاحبه، وإن كان لا يسوى رد الراهن ما نقص من حق المرتهن"⁽²⁾.

ولكن في حال عدم علم الورثة بالمال المرهون بسبب تجهيل المرتهن المال المرهون لورثته، حسب رأي الإمامية الذي تم بيانه سابقاً، يكون المال المرهون بحكم أمواله، لذلك لا يضمن الورثة الهلاك الكلي الذي حصل في المرهون، أي تنتفي مسؤولية الورثة عن الهلاك الكلي.

2- الفقه الحنفي: جاء في كلامهم، عند حصول الهلاك الكلي للمال المرهون، وكان السبب الورثة هنا يحصل القصاص أي يضمن الورثة الهلاك الكلي للمال المرهون، وقد جاء ذلك في كلامهم "إذا أئلف الدائن عيناً من حال المديون إن من جنس الدين صار قصاصاً...فيما إذا سرق الرهن من عند المرتهن بلا تعد منه ولا تقصير في حفظه وكانت قيمته تزيد على الدين فهل يسقط الدين ولا يضمن المرتهن الزيادة؟ نعم"⁽³⁾، يعني اذا كان الهلاك بدون تعد، أو تفريط منهم، لا يضمن الورثة، لانهم غير متقصدين حدوث ذلك، أما إذا كان السبب حصل بتعدي، أو تفريط يضمن

(1) أبو جعفر محمد الحلي، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، مؤسسة النشر الإسلامي، قم 1417، الجزء الثاني، ص 419.

(2) محمد بن الحسن العاملي، تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، مؤسسة آل البيت لأحياء التراث، بيروت، الطبعة الثالثة، 2008، ص 390.

(3) ابن عابدين ومحمد امين بن عمرو، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة، بدون سنة طبع، الجزء الثاني، ص 228 و 229.

الورثة ويكونون مسؤولين عن الهلاك الكلي، لأنه حصل اثناء حيازتهم للمال المرهون، ولم يبذلوا العناية المطلوبة، لكن في حال عدم علم الورثة بالمرهون بسبب التجهيل للمال المرهون، فهنا يضمن من تركه مورثهم، وتتفني مسؤولية الورثة.

أما بالنسبة لقيمة حكم هلاك المرهون، اذا كان دون تعدي، أو تقصير الورثة، فإنه القول قول الورثة، حتى لو كان قيمة المرهون اكثر من قيمة الدين، اذا كان بتعدي، أو تقصير، فإذا كان مساوياً للدين، يسقط الدين، واذا كان هناك زيادة، فيكون القول قول الورثة مع اليمين؛ لأن الزائد امانة بيد الورثة، فيصدق بيمينهم، كباقي الامانات الأخرى.

3- الفقه المالكي: جاء في كلامهم "لو احترق بيته فرأى ثوب الرجل يحترق فهو ضامن وكذلك الرهن محمد: حتى يعلم ان النار من غير سببه أو بسيل يأتي أو ينهدم البيت فهذا وشبهه ليسقط به الضمان"⁽¹⁾، يقصد عند حصول هلاك كلي كما لو تهدم البيت المرهون، أو احترق، فإنه في هذه الحالات لا يضمن الهلاك الذي صار في المال المرهون، اذا كان سبب حدوث النار، بسبب اجنبي لا بسببه، لكن في حال سرقة المال المرهون، هنا يضمن.

أن سبب الهلاك، إذا كان ظاهر فإنه لا يضمن، لأنه يده يد امانة وليس ضمان، الا إذا ثبت تعديه، اما إذا كان سبب خفي، أي مما لا يغاب عليه، لا يضمن، وقد بينوا ذلك في قولهم "الأشياء المرهونة منها ما يقهر هلاكه ولا يخفى وهذا لا يكون مضموناً على المرتهن ويكون تلفه من المالك...ومنها ما يخفى هلاكه فهذا عندنا مضمون على المرتهن الا ان تقوم بينة"⁽²⁾، أي عدم مسؤولية الورثة عن هلاك المال المرهون، في حال حصوله بدون تعدي، أو تقصير، وعلى العكس، مسؤوليتهم في حال حصوله، بإهمال وتقصير، وكان السبب خفي.

4- الفقه الشافعي: بين فقهاء الشافعية في حال حصول الهلاك بدون تفريط، أو تعدي، لا يلزمه الضمان، ولا يسقط حقه من الدين، وبينوا ذلك "ان الرهن امانة لا يضمن الا بالتعدي...أن الرهن مضمون بأقل الامرين من قيمته أو الحق المرهون فيه...وما ضهر هلاكه وخفي سواء لا يضمن

(1) أبو محمد عبد الله المالكي، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1999، الجزء السابع، ص 75.

(2) أبو محمد عبد الوهاب المالكي، مصدر سابق، ص 1156.

المرتّهن ولا الموضوع على يديه من الرهن شيئاً إلا فيما يضمنان فيه من الوديعة بالتعدي⁽¹⁾، أي انه في حال كون الهلاك خفي فإنه يضمن، إما إذا كان الهلاك غير خفي، أما ظاهر فإنه لا يضمن، إلا إذا ثبت تعديه وتفريطه من المرتّهن، فإذا ضمن المرتّهن قيمة الهلاك الذي حصل، يتم الضمان بأقل قيمة، إما إذا كان المال المرهون، ضعف قيمة الدين، الذي على الراهن، فإنه يتم دفع قيمة الدين، أي أقل قيمة. يعني ضمان الورثة الهلاك إذا كان الهلاك، بتعديهم، وعدم الضمان، اذا كان بسبب اجنبي.

نلاحظ بعد بيان مواقف المذاهب الإسلامية (الامامية/الحنفية/المالكية/الشافعية)، اذا كان سبب حصول الهلاك، بدون تعمد، أو تعدي، عدم مسؤولية الورثة عنه، ويستطيع الورثة المطالبة بالحق الذي على المدين، عند انتهاء مدة الرهن، أو حصول الهلاك الكلي، أما اذا كان السبب، خفي، يكون الورثة مسؤولين عن الهلاك، اذا كان لهم علم بالمرهون، أما اذا كانوا في جهل للمال المرهون، فإنه يضمن، من تركة مورثهم، وعدم مسؤولية الورثة في ذلك.

الفرع الثاني: الهلاك الجزئي

قد يحصل هلاك للمال المرهون، ولكن لا يكون هلاكاً كلياً انما يحصل في جزء من المال المرهون، وان الهلاك الجزئي، لا يؤثر على الرهن انما يستمر، ولا يؤدي الى انقضائه، وإن فقهاء القانون، لم يبحثوا بصورة مباشرة انما بينوا تصرفات، أو أمور قد تحدث تؤدي الى هلاك المرهون، بصورة جزئية، مثل قيام الراهن ببيع جزء من المال المرهون، فإنه لا يتحمل الورثة، حصول الهلاك الجزئي، لان حدث بسبب الراهن نفسه، أو عند القيام بتقسيم المال المرهون، لعدة أجزاء فإنه لا يؤثر على الرهن، بل ينتقل الرهن الى الأجزاء التي تم تقسيمها، وكل جزء من المال المرهون، ضامن

(1) أبو الحسن علي المارودي، الحاوي الكبير، دار الكتب العملية، بيروت، الطبعة الأولى، 1999، الجزء السادس، ص 254 و ص 259.

للدين⁽¹⁾، وعند قيامه بتقسيمه الى أجزاء، فإنه أدى الى هلاك جزئي للمرهون، إلا انه لم يؤثر على الرهن، وفي كل الأحوال كان عدم تجزئة الرهن هي لمصلحة المرتهن⁽²⁾.

اما بالنسبة للقوانين المدنية، قد نص القانون المدني العراقي، في حال حصول الهلاك الجزئي لا يؤثر على الرهن انما يستمر الرهن على ما تبقى من المال المرهون، كما جاء ذلك في المادة 1332 منه (1- كل جزء من المرهون ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بكل المرهون. 2- فإذا قضى الراهن بعض الدين، لا يكلف المرتهن بتسليمه بعض المرهون، بل له ان يحبسه الى استيفاء ما بقي منه ولو قليلاً..)، وقد اشارت الى الهلاك الجزئي تشريعات الدول الأخرى⁽³⁾.

قد جاء أيضا في القانون المدني العراقي، في المادة 950 الفقرة الثانية منها (والامانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك سواء كان بسبب يمكن التحرز منه أم لا، وإنما يضمنها إذا هلك بصنعه، أو بتعدي، أو بتقصير منه، هنا يقصد ان الورثة غير ضامين للمرهون، لأنه يده يد امانة وليس ضمان، اذا حصل الهلاك بسبب لا يمكن التحرز منه، أي لا يمكن تجنبه، أما إذا حصل الهلاك بسبب يمكن تجنبه، لكنه لم يحمى بذلك، فهنا يضمن الورثة ويكونون مسؤولين عن الهلاك الجزئي، لكن قد يحصل الهلاك الجزئي، بسبب الورثة، كاستعمال يؤدي الى هلاك جزئي في المرهون، فاذا كان للورثة علم في الرهن، يضمن الورثة ويكونون مسؤولين عن الهلاك الجزئي الذي حصل، أما إذا لم يكن للورثة علم في الرهن، بسبب التجهيل من قبل مورثهم، فهنا يضمن الورثة الهلاك الجزئي

(1) د. سعيد سعد عبد السلام الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مطابع الولاء، القاهرة، 2004، ص 156.

(2) د. محمد كامل مرسي بك، الموجز في التأمينات، مطبعة فتح الله الياس، 1939، ص 94.

(3) ينظر في ذلك: نص المادة 1382 من القانون المدني الأردني ذي رقم 43 لسنة 1976 بأنه (تسري على الرهن الحيازي احكام عدم تجزئة المرهون ضامنا بالدين المنصوص عليها في المادة 1333 من هذا القانون ويبقى كله ضامنا لكل الدين أو لجزء منه)، أما نص المادة 1333 من القانون المدني الأردني، قد نصت على (الرهن لا يتجزأ وكل جزء من العقار المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار المرهون). اما بالنسبة المدني الفرنسي المعدل سنة 2016، وقد نصت المادة 2393 بأنه (الرهن حق حقيقي... وهي بطبيعتها غير قابلة للتجزئة، و تبقى بالكامل على جميع المباني المتضررة، في كل منها وما فوق كل جزء من هذه المباني)، اما بالنسبة للقانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، في المادة 1098 (تسري على الرهن الحيازي احكام المادة 1033 واحكام المواد من 1040 الى 1042 المتعلقة بالرهن الرسمي)، حيث نصت المادة 1041 منه (كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، مالم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك).

للمرهون من تركة مورثهم، بسبب تجهيل الرهن الحيازي من قبل المرتهن، أما إذا كان السبب أجنبياً، أو آفة سماوية، لا يضمن الورثة الهلاك الجزئي للمال المرهون، سواء كان لهم علم في المال المرهون، ام كانوا يجهلون المال المرهون.

أما الفقه الإسلامي:

سنبين آراء المذاهب الإسلامية حول مسألة حصول الهلاك الجزئي للمال المرهون، ومدى مسؤولية الورثة حول ذلك كما يأتي، تباعاً:

1- الفقه الإمامي: لقد جاء في كلام فقهاء الامامية في حال الهلاك الجزئي للمال المرهون بأنه "إن رهن عنده رهناً فصدع أو أصابه شيء رجع بماله عليه فإن هلك بعضه وبقي بعضه فإن حقه فيما بقي...فإن ضيعه المرتهن من غير أن ضاع فأن عليه أن يرد على الراهن الفاضل ان كان فيه"⁽¹⁾، أي عند حصول الهلاك الجزئي لا يؤثر على الرهن انما يستمر، ولا يضمن الورثة ذلك، إذا كان بدون تعدٍ، أو تقصير، أما في حال حصول التلف بسبب الورثة، يجب عليهم ضمان الهلاك الذي قد حصل للمرهون، وفي كل الأحوال اذا كان الورثة في جهل للمال المرهون، لا يضمن الورثة، لأن المال المرهون يكون بحكم أموال المرتهن الخاصة، إما إذا كان للورثة علم في الرهن، يضمن الورثة ويكونون مسؤولين عن الهلاك الذي حصل في المرهون، وقد جاء في كلامهم عن تضمين الأمين بأنه "وكلما تلف من الامانة في حال تفریط الأمين في حفظها فهو مضمون عليه لا محالة"⁽²⁾، وكما نعلم ان الرهن هو عقد من عقود الامانة، لذلك تنطبق عليه.

2- الفقه الحنفي: وضح فقهاء الحنفية حصول الهلاك الجزئي للمرهون، وبينوا انه عند حصول الهلاك الجزئي، عدم انقضاء الرهن، بل يستمر فيما تبقى منه، كما جاء "لو رهن دابتين فتلف إحدهما الاخرى ذهب من الدين"⁽³⁾، يعني أنه حتى لو حصل هلاكاً جزئياً فإنه لا ينتهي بل يستمر على ما تبقى من المال المرهون، وبما أن المرتهن جهل المرهون ، فانه يضمن من تركته، لذلك لا اثر لمسؤولية الورثة على الهلاك الجزئي بسبب تجهيل الرهن، الا في حال علم الورثة للمال

(1) ميرزا حسين الطبرسي، مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل، مؤسسة ال بيت لأحياء التراث، بيروت، الطبعة الثالثة، 1991، الجزء الثالث عشر، ص 420.

(2) فضل الله النوري، قاعدة ضمان اليد، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1414، ص 53.

(3) اسعد بن محمد الحنفي، الفروق للكرابيسي، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الأولى، 1982، الجزء الثاني، ص

المرهون، فهنا يضمن الورثة الهلاك، اذا كان بسببهم، أما إذا كان بسبب الراهن، أو بسبب أجنبي، عدم مسؤولية الورثة من الهلاك الجزئي.

3- الفقه المالكي: بين فقهاء المالكية "والرهن متعلق بجملة الحق وبأبعاضه فما بقي جزء منه فهو رهن به"⁽¹⁾، يقصد بكلامهم في حال حصول الهلاك الجزئي لا يؤثر على الرهن، بل يستمر، لأن الرهن يتعلق بالمال المرهون كله وليس جزءاً منه، وقد جاء أيضاً "وإن ارتهنت عبيدين فقتل أحدهما صاحبه فالباقي رهن بجميع الدين لأن مصيبة العبد من الرهن"⁽²⁾، يعني لو كان الرهن عبيدين اثنين، وقتل أحدهما، فإن الرهن لا ينتهي، بل يستمر على العبد الآخر، فالعبد الذي قام بالقتل يضمن باقي الدين، لأنه يعد سبب الهلاك الجزئي للمال المرهون، أي أن الورثة لا يضمنون الهلاك الجزئي الذي حصل؛ لأنه حصل بسبب الغير، وليس بسببهم لأنه لا علاقة لهم بذلك الهلاك الجزئي.

4- الفقه الشافعي: بين فقهاء الشافعية أن الهلاك الجزئي، لا يؤدي إلى انقضاء الرهن الحيازي، حيث جاء بأنه "إذا رهنه دارين فقبض احدهما ولم يقبض الأخرى كانت المقبوضة رهنًا بجميع الدين... فإذا رهنه عبيدين بألف وقبضهما المرتهن فتلف احدهما كان الباقي رهنًا"⁽³⁾، يعني حتى لو تم قبض نصف المال المرهون، فإنه يصح الرهن، وكذلك في حال تلف أحد المرهونين يستمر الرهن، لكن مسؤولية هلاك المرهون تختلف، فيما إذا كان الورثة هم سبب الهلاك، فإنه يسقط جزء من الدين الذي على المدين، أما إذا كان سبب الهلاك أجنبي، أو بسبب الراهن، فإنه يقوم بدفع الدين، أو القيام بتقديم مرهون آخر.

نلاحظ مما سبق بعد بيان موقف المذاهب الإسلامية (الامامية/الحنفية/المالكية/الشافعية)، أنه قد أشار جمهور الفقهاء إلى الهلاك الجزئي، وبينوا عند حصول الهلاك الجزئي، لا يؤثر على الرهن بل يستمر على ما تبقى من الرهن، أما بالنسبة لمسؤولية الورثة عن الهلاك الجزئي، قد بين جمهور الفقهاء مسؤولية الورثة عن الهلاك، إذا كان بسببهم، أما إذا لم يكن بسببهم، لا يضمن الورثة، بل الراهن وأنه عند حصول تجهيل للمال المرهون، لا يكون الورثة مسؤولين عن

(1) أبو محمد عبد الوهاب المالكي، التلقين في الفقه المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 2004، الجزء الثاني، ص 164.

(2) خلف أبي القاسم محمد و أبو سعيد ابن البراذعي المالكي، مصدر سابق، ص 76.

(3) محمد بن عبد الله الريمي وجمال الدين، مصدر سابق، ص 509.

الهلاك، بل يضمن ذلك من تركة مورثهم، على خلافهم الفقه الامامي، حيث بين في حال التجهيل، يكون المال المرهون بحكم أموال المرتهن الخاصة فلا يضمن.

المطلب الثاني

الحماية القانونية لدائني المورث من تصرفات ورثته

قد تشغل ذمة المورث المرتهن بالدين، لذلك يجب الاداء من تركته، ويقدم دين المتوفى عن غيره من باقي الحقوق الأخرى، سواء كانت حقوق الورثة، أم غيرها، فيتم الوفاء لدائنين المورث حتى لو لم تكن التركة كافية، أو لم يبقَ منها شيء لورثته، فتعد حقوق الدائنين من أقوى الحقوق المترتبة على التركة فتقدم، يعني أن المركز القانوني للدائن أقوى من المركز القانوني للوارث، فيما يتعلق باستيفاء الأموال من التركة.

فيما سيأتي سنوضح كيفية حماية دائنين المورث (المرتهن) من التصرفات التي يقوم بها ورثة المرتهن التي قد تسبب ضياع حق الدائنين، وأن الدائنين لهم الاسبقية على ورثة المرتهن من أموال التركة؛ وكذلك بيان مدى تأثير الدين العيني على تملك ورثة المرتهن للمال المرهون، لأنه تنتقل ملكية التركة الى الورثة، بعد وفاة مورثهم، وقد اختلفت الآراء، فيما لو قد يملك الورثة مال التركة، ويدفعون من أموالهم الخاصة، أو لا يجوز لهم تملك التركة إلا بعد سداد الديون، وبيان كذلك موقف التشريعات والفقه الإسلامي حول ذلك، وهل للدين العيني أثر في تملك ورثة المرتهن للتركة أم لا؟.

وتوضيح موقف القضاء العراقي، والمصري، والفرنسي، حول مدى مسؤولية الورثة عن ديون مورثهم، وبيان اهم الاتجاهات التي اخذ القضاء بها، فقد اتجه عدة اتجاهات، وفي توضيح الرأي الأرجح منها حول مسؤوليتهم بصفة شخصية، أو بصفة ورثة للمورث.

وبناء على ذلك سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع، يتضمن الفرع الأول، كيفية حماية دائني المورث المرتهن من تصرفات ورثته، ويتضمن الفرع الثاني أثر حلول الدين العيني على تملك ورثة المرتهن للتركة، وبيان الحماية لدائني المورث (المرتهن)، وأما الفرع الثالث فيضمن موقف القضاء من مسؤولية ورثة المرتهن عن ديون مورثهم، بصفة خاصة، أو بصفتهم ورثة له.

الفرع الأول: حماية دائني المورث من تصرفات الورثة

إن تصرفات ورثة المرتهن في التركة، بعد أداء مراسيم الدفن، سواء كانت بيع، أم غيرها من تصرفات، التي قد تضر بحقوق دائنين المورث، وبالأخص الراهن الذي يعتبر ماله المرهون الذي بيد المرتهن امانة، إذ لا يحق للمرتهن القيام بتصرفات تضر بماله المرهون لديه، لذلك بعد تصرف الورثة في المال المرهون، يكون هناك حقان متنازعان، هما حق الدائن، وحق الذي قام بالشراء من الورثة، بعد أن تصرف الورثة بالمال المرهون، بسبب التجهيل للرهن من قبل المرتهن المورث.

ولكن في حال قيام الورثة بالتصرف في تركة مورثهم، فمن الذي يضمن أموال الراهن، عند مطالبة الورثة بذلك؟ والجواب يكون هو إذا تم تسجيل حقوق الإرث، والمتصرف يقوم بإعلان التصرف، فهنا تحصل المفاضلة بين حقوق الدائن (الراهن الذي ضمن أمواله للمرتهن) وبين المتصرف إليه، أي المفاضلة بين دين عيني، وبين حق عيني، أيضا يجب ان نميز فيما إذا كانت التركة قد خضعت لنظام تصفية التركات وسداد ديون المورث، وبين التركة التي لم تخضع للتصفية، فإذا تم تصفية التركة من الديون والاعلان عنها، فهنا يسقط حق الدائن (الراهن الذي رهن أمواله للمرتهن)؛ لأن بإمكانه المطالبة بدينه عند الإعلان عن القيام بتصفية تركة مورثهم، أما إذا لم تتم التصفية، فإنه من حق الدائن المطالبة بدينه الذي على المورث (المرتهن). فيتم المفاضلة، حسب الأسبقية من تاريخ تأشير الدين، بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث، فإذا كان المتصرف إليه، هو الأسبق في التأشير، فهنا لا يكون حق للدائن المورث مواجهته، أما إذا كان الدائن هو الأسبق في التأشير، فهنا يستطيع الدائن أن يحتج بحقه على المشتري (المتصرف إليه)⁽¹⁾، أما إذا لم يستطيع الاحتجاج بحقه، وتم التصرف فيه، وبعد مرور شهر من التصرف، يحق له الاحتجاج، بالدعوى البوليصة إذا توفرت شروطها، إما إذا لم تتوفر شروطها، فإنه يستطيع أن يطعن بتصرف ورثة المرتهن، إذا كانوا سيئ النية، وكان لهم علم بالمال المرهون، ولكن قد تصرفوا رغم علمهم، أي اثبات سوء نية تصرف الورثة.

وقد أشار بعض من فقهاء القانون، أن من حق دائني المورث، تتبع المنقول بعد تصرف الورثة فيها، وذلك تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية إلا وهي تتبع المنقول، وعدم الأخذ بقاعدة

(1) علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2010، ص 217.

(المنقول سند للملكية)، فله حق تتبعها أينما وجدت، بعد تصرف ورثة المرتهن بها⁽¹⁾، أما بعض فقهاء القانون بين الى وجوب تطبيق، احكام القانون الوضعي، وهو الرجوع الى الوقت الذي انتقلت فيه وكذلك الحالة التي انتقلت فيها.

بعد بيان الآراء نرى أن الأرجح هو ان الدائن (الراهن الذي رهن أمواله للمورث المرتهن) لديه دين في ذمة المتوفى (المرتهن)، وليس حقاً عينياً تبعياً، وحسب ما ورد في نص المادة 1351 الفقرة الثانية منها من القانون المدني العراقي، أنه يضمن من تركته، لذلك لا يكون حق عيني تبعي.

أما الفقه الإسلامي

1- الفقه الإمامي: جاء فقهاء الامامية في كلامهم بأن "ببطلان تصرف الورثة لو لم يكن في التركة دين ظاهر فتصرف ثم ظهر دين... احتمال تصرف فساد التصرف لتقدم بسبب الدين، فأثبتته الدين المقارن وعدمه، فإذا أدى الوراثة الدين، والا فسخ التصرف، وعلى كل حال فللوارث إمساك عين التركة، وأداء الدين من خالص ماله"⁽²⁾، ويقصد اذا كان هناك دين خفي، ثم ظهر الدين الخفي، كما هو الحال في المال المرهون، بسبب تجهيل المرتهن للمال المرهون، فهنا عدم علم الورثة بالرهن، وبعد تصرف الورثة، يظهر الدين، يبطل تصرف الورثة، أما اذا تم تأديته، يحق لهم التصرف في تركة مورثهم، والدفع للدائن من أموالهم الخاصة.

2- الفقه الحنفي: جاء فقهاء الحنفية "أن الورثة إذا اقتسموا التركة ثم ظهر على الميت دين فهذا لا يخلو من احد الوجهين: الاول أن يكون للميت مال آخر سواه، والثاني إذا لم يكن له مال سواه، ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم، حيث تنتقض القسمة سواء كان الدين محيطا بالتركة أو لم يكن، لان الدين مقدم على الإرث قليلاً كان أو كثيراً"⁽³⁾، يعني أن تصرف ورثة المرتهن، في تركة مورثهم، يكون صحيحاً، إذا كان هناك ما يكفي من تركة مورثهم لسداد الديون، وحق دائني المورث، أما اذا لم تكن التركة كافية لسداد الدين، فإنه لا يحق تصرفهم؛

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، الجزء التاسع، ص 349.

(2) محمد جواد العاملي، مفتاح الكرامة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، الجزء السادس عشر، ص 220.

(3) علاء الدين، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1986، الجزء السابع، ص 30.

لأن يضر بحقوق الدائنين، لأن الدين يقدم على كافة حقوق الورثة، سواء كان الدين قليلاً، أم كثيراً.

3- الفقه المالكي: بين فقهاء المالكية بأنه "فأقام البينة على الميت بدين له عليه...يتبع الورثة إذا كان الذي بقي من تركة الميت في يدي الورثة كفافاً لدينه"⁽¹⁾، يعني إذا ظهر دين على المورث، وتصرف ورثة المرتهن بتركة مورثهم، إذا بقي مال من تركة مورثهم فلا يحق للدائن (الراهن الذي رهن أمواله للمرتهن)، مطالبة، أو ملاحقة غرماء المورث، أما إذا كان موجوداً، أثناء تقسيم التركة للدائنين، فإنه يزاحمهم في أموال التركة، أي إن الدين يمنع انتقال ملكية التركة إلى الورثة، حتى يتم الوفاء، وفي قول آخر لهم "وأما إذا طرأ على المال حق فيه مثل طوارئ الدين على التركة بعد القسمة، أو طرأ الوصية أو طرأ وراث فإن أصحاب مالك اختلفوا في ذلك"⁽²⁾، يقصد بها إذا ظهر دين بعد تصرف الورثة في التركة، يكون صحيحاً إذا لم يمس حقوق الدائنين، ولم يتضرروا منها، أما إذا تضرروا، فإنه تنتقص القيمة.

4- الفقه الشافعي: جاء في كلامهم "عن شخص مات وخلف ميراثاً وورثه ومن جملة الميراث..."⁽³⁾، يعني أن كان الدين في تركة مورثهم، فهذا لا يمنع من انتقال أموال التركة إلى ورثته، فإذا تصرف الورثة بأموال مورثهم، يكون تصرفهم صحيحاً، مادام هذا التصرف يضمن حقاً لدائني المورث (المرتهن)، لكن إذا لم يكن يضمن ورثة المرتهن ذلك، فإن تصرفهم يفسخ، وكما أن بعض فقهاء الشافعية، أشار إلى وجوب التفرقة بين التركة المستغرقة بالديون، والتركة المدينة، فإن التركة المدينة، يستطيع فيها الورثة التصرف بالتركة، مادامت كافية للوفاء، بديون الدائنين، أما إذا كانت التركة مستغرقة بالديون، هنا يجب على الورثة الامتناع عن التصرف، وإن تصرفوا في ذلك، يعتبر التصرف باطلاً، وقد جاء ذلك "فإن تصرف الوارث في التركة قبل مضي الدين ففيه وجه: أحدهما لا يصح لأنه مال تعلق به دين...والثاني يصح"⁽⁴⁾.

(1) مالك بن انس، مصدر سابق، الجزء الرابع، ص 62.

(2) ابن رشد الحفيد، مصدر سابق، الجزء الرابع، ص 54.

(3) أحمد بن محمد، شهاب الدين أبو العباس، الفتاوى الفقهية الكبرى، المكتبة الإسلامية، بدون سنة طبع، الجزء الثاني، ص 281 و282.

(4) أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص 125.

نرى بعد بيان موقف المذاهب الإسلامية، ترجيح الرأي الذي اخذ به معظم الفقهاء، انه تنتقل الملكية للورثة، ويستطيع الورثة التصرف في تركة المورث (المرتّهن)، لكن بشرط أن يضمن الورثة تسديد ديون دائني المورث المرتّهن.

الفرع الثاني: اثر الدين العيني على تملك ورثة المرتّهن للتركة

إن التركة تنتقل الى الورثة بعد وفاة مورثهم، لان الوارث هو خلف للمورث في جميع حقوقه المالية، وليس في جزء معين فيها، وكذلك الحال بالنسبة للموصي له، في جزء معين من مجموع حقوق المورث، لأن بعد وفاة الموصي (المورث) تنتسج الخلافة للموصي له، كما هو الحال بالنسبة للورثة، وان كلا من الوارث والموصي له، تنتقل جميع حقوق التركة اليهم، ولا تقتصر على جزء معين فيها، وبالأخص اذا كانت التركة غير مدينة (غير مستغرقة بالديون). أما إذا كانت التركة مستغرقة بالديون هنا تكون حقوق الورثة مقيدة بديون المورث، أي مقيدة بحقوق الدائنين، فهذه الديون ديون عينية، لذلك لا تكون التركة خالصة للورثة إذا كانت على التركة ديون عينية، وقد اختلفت الآراء حول، أثر الديون العينية على انتقال حقوق التركة الى الورثة، ومدى سلطتهم عليها⁽¹⁾.

فالورثة هم خلافة ثابتة للمورث، وقد اتفق على ذلك بالأجماع في المذاهب الإسلامية، فلو قام الورثة بإبقاء تركة مورثهم اليهم، وكانت التركة مستغرقة بالديون، بحيث قام الورثة بأداء الديون العينية من أموالهم الخاصة، كان ذلك جائزاً بالإجماع؛ لأن الدائنين متعلقة حقوقهم بأموال التركة وليس بذاتها، لذلك ليست ملك لهم، انما يحق لهم فقط المطالبة بديونهم التي على المدين (المورث)، لذلك يطالبوا ببيع أموال التركة كلها، أو جزء منها، ليتم الوفاء بديونهم العينية، ويحق للورثة عدم بيع أموال التركة، ويتم سداد ديون مورثهم من أموالهم الخاصة، وإبقاء أموال التركة لهم، ويحق لهم اجبار الدائنين على تسلمها، بدون رضاهم، لان الوارث له حق الخلافة بعد موت مورثه، ولأن الخلافة موجودة حتى قبل سداد الديون، فهي تبدأ بمجرد موت المورث، حتى لو كانت التركة مستغرقة بالديون، إلا إذا كان الدين عيني، فهنا لا يستطيع الورثة اجبار الدائنين على تسلم الدين من أموال الورثة الخاصة، وكذلك الحال فإن القاضي له الولاية بأمر الورثة ببيع أموال المورث، وسداد الديون، أي هناك ولايتان، ولاية الوارث وولاية القاضي، وكذلك إذا كانت قيمة التركة مساوية لقيمة الدين، فيحق للورثة اخذها واجبار الدائنين على ذلك، أما اذا كانت قيمة التركة اقل، فلا يجبر الدائنون على

(1) علي الخفيف، مصدر سابق، ص 162.

أخذ قيمة التركة⁽¹⁾. إما إذا كانت التركة أشياء عينية، وأراد الورثة اقتسامها، فيتم تقديم طلب للمحكمة بقسمتها، فيتم قسمتها في المحكمة، أما الأشياء العينية التي لا يمكن اقتسامها يتم بيعها بالمزاد، وقسمة قيمتها بين الورثة، أما إذا كان في التركة مال مرهون للغير، فإنه إذا كان رهناً رسمياً (شكلياً)، لا يتم قسمته إلا بعد أن صاحب الرهن؛ لأنه حقه، أما إذا كان رهن غير رسمي مثل منقول، أو غيرها، ولم يكن للراهن علم بقسمة التركة، ثم بعد مدة علم بقسمة التركة، وكان المال المرهون ضمن التركة، وكان المورث (المرتّهن)، قد جهل المال المرهون، فهنا يستطيع الراهن اثبات ماله، الموجود في التركة، بأنه يعود إليه فيقوم بإثباته بالبينة، أو إقرار ورثة المرتّهن بذلك، فهنا لا يتم قسمته إذا ثبتت عائدته للغير⁽²⁾.

أما الفقه الإسلامي :

1- الفقه الامامي: فقهاء الامامية كان لهم اراء مختلفة حول ذلك، فذهب البعض منهم "من ترك مالا فلورثته"⁽³⁾، أي يقصد بقولهم (حق أو مال)، أي كل مال، أو كل حق، ولا يفرق بين ما يتعلق بدين، أو لم يتعلق به، لذلك أن الدين لا يمنع من تملك الورثة لتركته مورثهم (المرتّهن)، أما الرأي الثاني، إذا كانت التركة مستغرقة بالديون، فإنها لا تنتقل ملكيتها الى ورثة المرتّهن، بل تبقى على ملكية الميت، ولا تنتقل الا بعد سداد الديون، وقد جاء رأيهم هذا بناءً على قوله تعالى ((من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار))⁽⁴⁾، أي لا ضرار من تملك الورثة لمال مورثهم، بعد أداء الديون المترتبة على مورثهم (المرتّهن)، أو بعد أداء الوصية التي أوصى بها المورث، فهنا حسب ما جاء في الآية القرآنية، إنه لا يستطيع الورثة تملك أموال التركة، الا بعد أداء الديون المترتبة على التركة، وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء، أما الراي الثالث لهم، أن التركة تبقى موقوفة، إذا كانت مستغرقة بالديون، الى حين أداء الدين.

(1) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مطبعة فتح الله الياس، مصر، الطبعة الأولى، 1939، ص 309.

(2) الشيخ ناصر بن عبد الله، إجراءات قسمة التركات في المحاكم، مقالة قضائية منشورة في مجلة قضائية لسنة 1433، العدد الرابع، 284.

(3) مسلم النيسبوري، صحيح مسلم، المكتبة الشيعية، الجزء الثاني، ص 592.

(4) سورة النساء، آية 12.

2- الفقه الحنفي: جاء في كلامهم "فيموت حراً فيرث منه أولاده...ولو مات وترك وفاء وعليه دين أجنبي...يبدأ بدين الأجانب...وبالباقي ميراث بين سائر أولاده"⁽¹⁾، أي أن ملكية التركة قد لا تنتقل فور موت مورثهم، لأنه إذا كانت التركة مستغرقة بالديون، فهنا يتم الوفاء بالديون، أما إذا لم تكن التركة مستغرقة، تنتقل ملكية التركة إلى ورثة المرتّهن، أي يتم تنفيذ وأداء الديون، ثم بعد ذلك انتقال الحقوق إلى الورثة، وهذا ما أخذ به جمهور الفقهاء، وقد جاء رأي آخر لهم، أنه حتى لو كانت التركة مستغرقة بالديون، فإنه لا تمنع من انتقال ملكية التركة إلى الورثة، لأن الورثة هم خلف للمورث (المرتّهن)، وهو الذي يتولى سداد الديون المترتبة على مورثه.

3- الفقه المالكي: جاء بأنه "أن الله تبارك وتعالى لم يبيح التوارث إلا بعد قضاء الدين، فالورثة فذلّك بين احد الامرين: إما أن لا يريدوا أن يؤخروا حقوقهم في المواريث الى محل أجل الدين...وإما أن يرضوا بتأخير ميراثهم"⁽²⁾، أي أن ملكية الإرث تنتقل إلى الورثة بعد موت مورثهم، إلا أنه قد تكون مستغرقة بالديون، فيتم احد الامرين، أما ان يقوم ورثة المرتّهن بسداد جميع الديون التي على المورث، والديون المؤجلة تحل، أو يتم الانتظار، لحين حلول الدين المؤجل، هنا تكون الديون مضمونة من تركة المورث، لا في ذمة الورثة، أي لو حصل لها تلف، أو هلاك بدون تعدي، أو تقصير فعند ذلك تسقط الديون التي على المورث، كذلك الحال بالنسبة للمال المرهون، وإذا رفض الراهن استلام ماله المرهون، إلى حين حلول أجل الدين، بعد موت المرتّهن، فهنا لا يضمن ورثة المرتّهن، عند حصول هلاك للمال المرهون، ويسقط حقه.

4- الفقه الشافعي: جاء فقهاء الشافعية بأنه "تصرف الوارث في التركة قبل مضي الدين ففيه وجهان: أحدهما لا يصح؛ لأنه مال تعلق به دين فلا يصح التصرف فيه من غير رضی من له الحق كالمرهون والثاني يصح"⁽³⁾، أي لفقهاء الشافعية رأيين، فقد بين احد فقهاء الشافعية ان ملكية مال التركة تنتقل لورثة المتوفي (المرتّهن)، إلا إذا كان في تركة مورثهم

(1) علاء الدين، أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية 1986، الجزء الرابع، ص 156.

(2) ابن رشد الحفيد، مصدر سابق، الجزء الرابع، ص 69.

(3) أبو إسحاق الشيرازي، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص 125.

عين، أو مال كالرهن فهنا لا يحق لهم التصرف فيه، الا بعد أداءها، أي ان الملكية تنتقل لورثته، الا انه لا يتصرفوا بها، الا بعد سداد الديون، اما الراي الاخر، يستطيع ورثة المرتهن تملك التركة، أو التصرف فيها، أو امتلاكها، وجعلها ملك لهم، ويقوم ورثة المرتهن بأداء الديون من أموالهم الخاصة.

وبناءً على ما تقدم نقوم بترجيح أن ملكية التركة تنتقل للورثة، حتى لو كانت مستغرقة بالديون، لان الورثة لا يتصرفون بها، الا بعد سداد الديون، وهذا ما اخذ به جمهور الفقهاء.

الفرع الثالث: موقف القضاء من مسؤولية الورثة عن ديون مورثهم

بعد بيان احكام المذاهب الإسلامية حول مسؤولية الورثة عن ديون مورثهم، نجد اختلاف اراء المذاهب الإسلامية فيما بينها، حول ملكية التركة، فمنهم من قال أن ملكية التركة تنتقل الى ورثة المرتهن بمجرد وفاة مورثهم، حتى لو كانت التركة مستغرقة بالديون، وبعضهم قال ان ملكية التركة لا تنتقل الى ورثة المرتهن، الا بعد أداء الديون المترتبة على مورثهم، وذلك حسب القاعدة (لا تركة الا بعد سداد الديون)، لكن المشكلة الأخرى التي تثار حول الخلافات التي قد تحدث بين ورثة المرتهن، وبين دائني المورث، حول مدى مسؤوليتهم عن ديون مورثهم، والمقاصة التي قد تحصل بين الورثة، وبين دائني المورث، فعند مقاضاة ورثة المرتهن، هل تتم مقاضاتهم بوصفهم مالكيين لتركة مورثهم، أم مقاضاتهم بوصفهم ورثة المرتهن، بالإضافة الى تركة مورثهم.

أن حق الدائن أثار خلافاً فقهيًا، فيما اذا كان حقاً عينياً، أو ديناً عينياً، بالنسبة للتركة، فبعضهم يرجح الرأي الأول، والبعض الآخر يرجح الرأي الثاني، والرأي الأفضل والأرجح بينهما، إنه يستطيع الدائن تتبع دينه، واستيفائه بالتقدم على دائني الوارث، عند حصول مزاحمة فيما بينهما، وهذا يؤثر في موقف القضاء بالنسبة للديون المترتبة على التركة⁽¹⁾.

فالقاضي له الحق في أن يفصل بين ذمة الوارث، وبين ذمة المورث، لذلك لا يسأل ورثة المرتهن عند دين مورثهم، إلا في حدود تركة مورثهم؛ لأنه كان في السابق، يلتزم الورثة في ديون مورثهم، حتى لو لم تكن تكفي التركة، يتم السداد من أموالهم الخاصة، لذلك كان يعد الورثة خلف عام

(1) د. ثاوت عمر، و د. عبد الرزاق الشيبان، مخاصمة التركة، بحث منشور، جامعة السليمانية، 2014، ص 1.

لمورثهم، ويلتزمون التزاماً شخصياً بديون مورثهم، ولم يكن لهم الحق في التخلي عن التركة، ولو كانت مستغرقة بالديون، لكن بدأ المشرع في فرنسا بمنح ورثة المتوفي المرتّهن، حق الامتناع عن قبول التركة، وبالتالي لهم الحق بالامتناع عن حضور الدعاوي التي تتعلق بتركة مورثهم، وأداء الديون المترتبة على مورثهم، ولا يكون حق لدائني المورث، مطالبة ورثته من أموالهم الخاصة، أو أموالهم التي قد يكسبونها في المستقبل، لان الورثة رفضوا قبول تركة مورثهم، فأصبح الورثة أجانبين بالنسبة لتركة مورثهم، وبذلك قل أنتشار، أو استعمال نظرية الورثة مسؤولين عن ديون مورثهم التزاماً مطلقاً بشكل تدريجي، أما بالنسبة لدائنين المورث، فكان لهم الحق أن يطلبوا من القضاء بالفصل بين أموال التركة، وبين أموال الورثة الخاصة، اذا قام الورثة بمثل هكذا تصرفات، فتصبح أموال التركة ضمان لدائني المورث، وأموال الورثة الخاصة، ضمان لدائنين الورثة، وهذا ما يسمى بفصل الأموال، فبالنسبة لموقف القضاء الفرنسي، قد جاء على اعتبار ورثة المتوفي المرتّهن، هي امتداد لشخصية المورث، في التزاماته، اذ بمجرد انتقال ملكية التركة الى الورثة، بمجرد موت المورث، وعلى خلاف ذلك جاء القانون الروماني. وان الورثة حسب ما جاء في القانون الفرنسي، لهم الحق في ان يقبلوا التركة، أو يرفضوها، فإذا قبل الورثة التركة، حل الورثة محل المورث، في كل ماله، ويتم مسألتهم عن ديون مورثهم، حتى لو زادت على قيمة التركة، واذا قبل الورثة التركة، لا يحق لهم التراجع عن ذلك، لأن ذلك يؤدي الى نشوء حق مكتسب لدائني المورث، فيصبح الورثة مديونين لهم شخصياً، أما اذا رفض الورثة قبول التركة، لكون مستغرقة بالديون، وكان مورثهم معسراً، تصبح التركة شاغرة، وتقوم المحكمة بتعيين وصي عليها، ويكون بمقام الوارث بشرط الجرد؛ لأنه يدير أموال التركة⁽¹⁾.

أما بالنسبة لموقف القضاء المصري، فنجد أن محكمة النقض المصرية، تشير الى دائن المورث، قيامه بتتبع أعيان التركة، ولو كان المشتري حسن النية، وحتى لو كان العقد مسجلاً؛ لان هذا يتوفر لصاحب الدين العيني، على خلاف صاحب الحق العيني، الذي قد يتخاصم حقه مع قاعدة (الحيازة في المنقول سند للملكية)، في بعض الأحيان، كما انها قضت عند تصرف ورثة المرتّهن، بأموال التركة المستغرقة بالديون خاضع للقانون، لأنه تصرف صادر من غير المالك، وكما انه تشير القواعد العامة في الالتزام العيني، لا يشترط الاشهار حتى يتمكن الدائن من التنفيذ بين يدي من تلقى ملكية العين، سواء علم

(1) أ. عبد العزيز بن محمد الصغير، مصدر سابق، ص 323 و 326.

بالالتزام، أو لم يعلم⁽¹⁾. وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية، انه حق الدائن تتبع العين المباعة من التركة، ولا يشترط أن يكون الدين مسجلاً أو لا، لكي ينفذ حق من اشترى العين⁽²⁾.

اما بالنسبة لموقف القضاء العراقي، بالنسبة للنزاعات المتعلقة بالتركة وديونها، ومدى مسؤولية الورثة، فقد ظهرت اتجاهات مختلفة في القضاء، ولم يستقر على اتجاه واحد. أن الورثة مسؤولين كافة عن خصم المورث المرتهن، حتى لو كان شخصاً واحداً، لذلك يحق للطرف الخصم، مطالبة احد الورثة بجميع الدين الذي على المتوفى، وذلك حسب ما جاء في نص المادة 5 من قانون المرافعات المدني العراقي، حيث نصت (يصح ان يكون احد الورثة خصماً في الدعوى التي تقام على الميت أو له ولكن الخصم في عين من اعيان التركة هو الوارث الحائز لتلك العين)⁽³⁾، أي انه الوارث هو الخصم في الدعوى، لصالح مورثه، ويتم الوفاء من تركة مورثه، لان الحق يتعلق بمال التركة لا بالذمة، اذن يوجد شبه حق عيني لصالح دائني المورث من تركته⁽⁴⁾.

وقد نص القانون المدني العراقي في المادة 1107 الفقرة الأولى منها (لدائني التركة العاديين والموصي لهم ان يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم في التركة التي نقلت الورثة ملكيتها للغير أو رتبّت للغير أو رتبّت عليها حقاً عينياً)، فهنا نص القانون يشير صراحة الى انتقال ملكية التركة الى ورثة المرتهن، بمجرد وفاة مورثهم، فعند مخاصمة الورثة بشأن الديون التي على المورث، ومطالبة دائني المورث ورثته، يتم مخاصمتهم فيما يخص أموال التركة فقط، ولا يحق للدائنين مطالبة الورثة من أموالهم الخاصة، لان عند انتقال التركة للورثة، تنتقل ملكية الأموال فقط، وليس التزاماته، ولقد اخذت محكمة التمييز العراقية، اذ أصدرت حكم تمييزي لها⁽⁵⁾، اما الاتجاه الثاني من القضاء العراقي، يشير الى إقامة

(1) مصعب منعم، مسؤولية الوارث عن ديون مورثه، أطروحة دكتوراه، جامعة النهرين، كلية الحقوق، 2020، ص 212.

(2) رقم القرار 160 لسنة 1947/مدني/محكمة النقض المصرية، منشور في مجموعة المكتب الفني، الجزء الثاني، ص 365.

(3) قانون المرافعات المدنية العراقية، رقم 83 لسنة 1969.

(4) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، مطبعة العاني، بغداد، 1970، ص 81.

(5) قد جاء في قرار الحكم ((لدى التدقيق والمداولة وجد ان المدعي (المميز عليه) قد اقام هذه الدعوى على المميّزة (المدعى عليها) بصفتها الشخصية بينما المبلغ المدعى به هو عن دين بذمة المتوفى وكان الواجب رفع الدعوى بالإضافة لتركة مورثها المتوفى، لذا فأن الخصومة غير متوجهة على المدعى عليه فقرر نقض الحكم

الدعوى على الورثة بصفتهم الشخصية، على أساس ان ملكية التركة تنتقل الى الورثة، بمجرد وفاة مورثهم، وقد اخذت بهذا الراي ، محكمة استئناف بغداد/الرصافة بصفتها التمييزية بهذا الاتجاه⁽¹⁾.

بعد بيان موقف القضاء حول مسؤولية الورثة عن ديون مورثهم، نرى أن الرأي الأرجح، هو عدم مسؤولية ورثة المرتّهن بصفتهم الشخصية، عن ديون مورثهم، انما فقط بمقدار تركة مورثهم، فاذا كانت التركة مستغرقة بالدين، فإنه يتم الوفاء بجميع التركة، حتى لو لم تكن التركة كافية لسداد، إما إذا كانت التركة غير مستغرقة بالديون، فإن ما يتبقى منها تنتقل ملكيتها الى ورثة المتوفي(المرتّهن)، بعد أداء ديون مورثهم.

المميز وإعادة الأوراق الى محكمة البداية...)). رقم القرار 1267/ج/1963 في سنة 1963/12/11، نقلاً عن عبد الرحمن العلام، مصدر السابق، ص 85.

(1) جاء في القرار ((ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد ان المدعى عليه قد اقام الدعوى على المدعى عليهم إضافة التركة، وحيث العقار ينتقل الى الورثة عند وفاة مورثهم فيصبح الورثة خصم في الدعوى بصفتهم الاصلية وليس إضافة للتركة...))، رقم القرار 582/م/2002 في 2002/4/2، قرار منشور، مجلة العدالة، وزارة العدل العراقية، العدد الثالث، 2002، ص 87.

الخاتمة

أ- النتائج

- 1- لم يُعرَف الفقه القانوني وكذلك الفقه الإسلامي تجهيل الرهن الحيازي، تعريفاً جامعاً مانعاً، لذلك من خلال نطاق دراستنا لتجهيل الرهن يمكن تعريفه بأنه ((عدم بيان المرتهن ما تحت يده من أموال مرهونة حتى موته، فيترتب عليه تجهيل هذا المال وتكون قيمته ديناً واجب الأداء من تركته)).
- 2- إن لتجهيل الرهن الحيازي أساسين: الأساس الأول هو أساس قانوني متمثل بنص المادة 1350 الفقرة الثانية منها (وإذا مات المرتهن مجهلاً للرهن ولم يوجد في تركته فقيمة الرهن تصير ديناً واجب الأداء من تركته)، والثاني الأساس الفقهي المتمثل بنصوص الفقه الإسلامي (الامامي، الحنفي، المالكي، الشافعي) والآراء الراجحة التي تم بيانها خلال دراستنا للموضوع.
- 3- لم تشر التشريعات القانونية ولا حتى الآراء الفقهية على شروط تجهيل الرهن الحيازي بشكل واضح وصريح، لذلك توصلنا إليها من خلال نصوص التشريعات الفقهية والقانونية ضمناً.
- 4- تبين لنا يد الدائن المرتهن تصبح مضمونة بالتجهيل عند موته في مرض الموت، لأن يد المرتهن في الأصل هي يد أمانة وتنقلب الى يد ضمان بالتجهيل ، وذلك حسب ما جاء في الفقه الحنفي ، ونرى أن المشرع العراقي كان متأثراً بالفقه الحنفي اكثر من غيره من المذاهب الاسلامية الاخرى بتجهيل الرهن الحيازي .
- 5- إن تجهيل الرهن الحيازي هو واقعة وليس تصرفاً، وذلك بسبب اهمال المرتهن وتقصيره عدم اخبار ورثته وبيانه للمال المرهون، وعلى أثر ذلك يحصل التجهيل الذي يوجب الضمان .
- 6- إن تجهيل الرهن الحيازي قد يحصل بحالة اختلاط الأموال، أي يقوم ورثة المرتهن بخلط امواله مع المال المرهون وذلك لعدم علم الورثة بالرهن، وبالتالي يتحقق التجهيل الذي يوجب الضمان من تركة مورثهم.
- 7- تنتقل التركة الى الورثة بعد موت مورثهم وذلك حسب نص المادة 1106 من القانون المدني العراقي (يكسب الوراث بطريق الميراث المنقولات والعقارات

والحقوق الموجودة في التركة)، فيقوم الورثة بالتصرف بالمال المرهون وذلك لعدم علمهم بالرهن، فيتحقق التجهيل الذي يوجب الضمان من التركة

8- بعد بيان حالات تجهيل الرهن الحيازي ومعرفتها، نلاحظ أن من غير الممكن حصول تجهيل للرهن اثناء حياة المرتهن، بل يحصل بعد موت المرتهن وعدم بيانه للمال المرهون حال حياته وذلك حسب الشروط التي تم بيانها في دراستنا، فإذا تصرف المرتهن بالمرهون سواء بخلط الأموال، أم بخروج المال المرهون من يده فإنه يضمن المرهون من أمواله ولا يتحقق التجهيل.

9- إن الزيادة التي قد تحصل في قيمة المرهون، والتي قد تكون بفعل الانسان أو بدونه أي زيادة طبيعية، هي تعود للراهن، أما اذا تصرف الورثة بالزيادة التي حصلت في المرهون وكان لهم علم بعائدتيه للراهن يضمن الورثة المرهون، أما اذا لم يكن لهم علم بذلك بسبب التجهيل فهنا يضمن من تركة مورثهم، أما بالنسبة للفقهاء الإسلامي بين جمهور الفقهاء إن الزيادة تعود للراهن على خلاف فقهاء الامامية حيث بينوا ان الزيادة تكون ضمن الرهن ولا تعود للراهن.

10- إن النقصان الذي قد يحصل في المرهون ويؤدي الى نقصان قيمته مما يؤدي الى تلفها أو نقصان منفعتها، فحسب القانون العراقي اذا كان بسبب المرتهن المورث يتم الضمان من تركته ولا يتم إرجاعه إلى الراهن، أما إذا كان النقصان يعود الى سبب اجنبي فلا يتحقق الضمان.

11- إن مسؤولية الورثة عند حصول هلاك كلي للمرهون هي مسؤولية مفترضة قابلة لإثبات العكس وبالتالي يستطيع الورثة اثبات ألا يد لهم في الهلاك الكلي الذي حصل للمال المرهون فتنتفي مسؤوليتهم، وكذلك الحال بالنسبة للهلاك الجزئي إذا استطاع الورثة اثبات ألا يد لهم في الهلاك الجزئي الذي حصل للمرهون تنتفي مسؤولية الورثة.

12- إن التركة تنتقل الى ورثة المرتهن بمجرد وفاته، ويستطيع الورثة التصرف بالتركة ووفاء ديون مورثهم من أموالهم الخاصة والاحتفاظ بأموال التركة في حال رغبتهم بالاحتفاظ بأموال مورثهم ، إلا اذا كانت التركة مستغرقة بديون عينية (أي متعلقة بعين التركة كالرهن)، فهنا لا يستطيع الورثة التصرف بالتركة الا بعد سداد الديون المترتبة عليها.

ب- المقترحات

1- نقترح على المشرع العراقي وجود نصوص قانونية صريحة تتناول تجهيل الرهن الحيازي بصورة مفصلة لأنه لم يذكر سوى فقرة واحدة في نص المادة 1350 وهي غير كافية وذلك لأهمية الرهن الحيازي في الحياة العملية، مع الاخذ بنظر الحساب ان يوضع مفهوم لتجهيل الرهن الحيازي والخصائص التي يمتاز بها وكذلك الشروط الواجب توافرها لتحقيق تجهيل الرهن الحيازي وكذلك بيان اهم الحقوق والالتزامات المترتبة عند حدوث التجهيل، ونقترح ان تكون النصوص الخاصة بتجهيل الرهن الحيازي كالآتي :

أ- مفهوم تجهيل الرهن الحيازي ((عدم بيان المرتهن ما تحت يده من أموال مرهونة حتى موته، فيترتب عليه تجهيل هذا المال وتكون قيمته ديناً واجب الأداء من تركته)).

ب- شروط تجهيل الرهن الحيازي ((يشترط لتحقيق تجهيل الرهن الحيازي موت الدائن المرتهن، وعدم بيان المرتهن ما يوجد تحت يده من أموال مرهونة حال حياته)).

ج- احكام تجهيل الرهن الحيازي ((1- يد المرتهن تتحول من يد امانة الى يد ضمان)).

د- التزامات الورثة ((1- اذا تصرف الورثة بالمال المرهون وكان لهم علم بعائدتيه للغير يضمن الورثة من أموالهم الخاصة، اما اذا لم يكن للورثة علم بالرهن وتحقق التجهيل يضمن الورثة المال المرهون من تركة مورثهم.2- اذا هلك المال المرهون بدون تعدأ أو تقصير من قبل ورثة المرتهن لا يضمن الورثة الهلاك)).

2- نقترح على المشرع العراقي ان يرد نص للتجهيل بصورة عامة، اي نص تشريعي يشمل جميع عقود الأمانة مثل العارية والمضاربة والايجار والوكالة بالقبض والأمانة وغيرها من العقود الأخرى التي تكون فيها اليد أمانة وبالتجهيل تنقلب اليد من يد امان الى يد ضمان، وذلك لأهمية عقود الأمانة في حياتنا اليومية ويتم التعامل فيها بكثرة، وأيضا لضمان عدم غبن حق المالك عند حصول التجهيل لذا من الضروري وضع نصوص تشمل احكام التجهيل بصورة عامة.

" والله ولي التوفيق

"

المصادر والمراجع

أولاً: مصادر اللغة العربية:

- 1- ابراهيم أنيس عبد الحليم منتصر عطية، ومحمد خلف الله احمد، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق العدلية، الطبعة الرابعة، 2004.
- 2- جبران مسعود، الرائد معجم لغوي عصري، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة السابعة، 1992..
- 3- العلامة ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم أبن منظور، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، بدون سنة طبع، المجلد الحادي عشر،
- 4- محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1401، الجزء الخامس.

ثانياً: مصادر القانون:

- 1- د. احمد محمد علي، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه والقانون، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2006.
- 2- د. إسماعيل المحاقري، احكام الغصب، دار المنظومة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 2005.
- 3- د. احمد الكبيسي، الأحوال الشخصية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، بدون سنة طبع، الجزء الثاني.
- 4- د. أحمد سعد علي البرعي، الموت مع التجهيل وأثره في ضمان الأمانات، دار الإفتاء المصرية، 2016.
- 5- د. أحمد سلامة، التأمينات المدنية، المطبعة العالمية، مصر، القاهرة، بدون سنة طبع، الكتاب الرابع.
- 6- د. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، 2007.
- 7- د. سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مطابع الولاء الحديثة، القاهرة، 2004.

- 8- د. سليمان مرقس، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد، المطبعة العالمية، بدون سنة طبع، 1951..
- 9- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة المعرفة، بغداد، 1953.
- 10- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف للنشر، 2004، الجزء العاشر.
- 11- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني حق الملكية ، دار النهضة العربية، 1981، الطبعة الثالثة، الجزء الثامن.
- 12- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2009، الجزء الثالث.
- 13- د. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، مطبعة العاني، بغداد، 1970.
- 14- د. عبد العزيز بن محمد الصغير، حقوق الدائنين في التركة في ضوء الشريعة الإسلامية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2016.
- 15- د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، شركة العاتك، بيروت، لبنان، الطبعة 2017، الجزء الاول.
- 16- د. علي حيدر خواجه، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام، دار الجيل، الطبعة الأولى، 1991 الجزء الثاني.
- 17- د. علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، دار الفكر العربي، الاهرة، الطبعة الأولى، 2010.
- 18- د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، العاتك، بيروت، سنة الطبع 2017، الجزء الثاني .
- 19- د. محمد طه و د. غني حسون، الحقوق العينية، العاتك، 2017، الجزء الأول.
- 20- د. محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية التبعية، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، 1951.

- 21-د. محمد كامل مرسي ، الموجز في التأمينات، مطبعة فتح الله الياس، 1939.
- 22-د. محمد لبيب شنب، دروس في التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية - القاهرة، سنة الطبع 1974.
- 23-د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الحقوق العينية التبعية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2006، الجزء الثالث.
- 24-د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، بدون دار نشر، بدون سنة طبع.
- 25-د. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مطبعة فتح الله الياس، مصر، الطبعة الأولى، 1939.
- 26-د. محمد سعيد المحاسني، شرح مجلة الاحكام العدلية، مطبعة الترقن، دمشق، 1927، المجلد الثاني.
- 27-د. محمد علي إمام، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة النهضة، مصر، 1956.
- 28-د. محمد نجيب عوضين، آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، 2000.
- 29-منير القاضي، شرح المجلة، مطبعة التقيض، بغداد، 1942.
- 30-د. يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، دار المسيرة، عمان، الطبعة الأولى، 2011.

ثالثاً: مصادر الفقه الإسلامي:

أ- الفقه الامامي:

- 1- أبو جعفر محمد الحلي، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، مؤسسة النشر الإسلامي، قم 1417، الجزء الثاني.
- 2- أبو صلاح الحلي، الكافي في الفقه، الهيئة التأديبية لمكتبة الامام أمير المؤمنين العامة، أصفهان، 1362.
- 3- أبو القاسم نجم الدين الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، مطبعة أمير، قم المقدسة، الطبعة الثانية، 1409هـ، الجزء الثاني
- 4- ابي المنصور الحسن بن المطهر، مختلف الشيعة، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الثانية، 1431، الجزء السادس.
- 5- ابي جعفر الطوسي، الخلاف، مؤسسة النشر الإسلامي، 1411، الجزء الثالث.

- 6- أبي جعفر الطوسي، المبسوط، المكتبة الرضوية، بدون سنة طبع، الجزء الثاني.
- 7- أبي جعفر محمد الطوسي، المبسوط، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، 1388، الجزء الرابع.
- 8- أبي جعفر محمد المنصور، السرائر، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، الطبعة الثانية، 1410، الجزء الثاني.
- 9- أبي طالب بن المطهر الحلي، إيضاح الفوائد، المطبعة العلمية، قم، الطبعة الأولى، 1387، الجزء الثاني.
- 10- أبي منصور الأسدي، مختلف الشيعة، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1413.
- 11- أحمد الخونساري، جامع المدارك في شرح مختصر النافع، مكتبة الصادق، الطبعة الثانية، 1405 هـ، الجزء الثالث.
- 12- آغا رضا الهمداني، مصباح الفقيه، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1416، الجزء الرابع عشر.
- 13- الحسن بن يوسف المطهر، تذكرة الفقهاء، مؤسسة البيت لإحياء التراث، قم، الطبعة الأولى، 1423، الجزء الثالث عشر.
- 14- الحسن بن يوسف المطهر، تذكرة الفقهاء، المكتبة الشيعية، بدون سنة طبع، الجزء الثاني.
- 15- السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري، جامع الاحكام الشرعية، الطبعة الثالثة، 1990.
- 16- السيد علي الحسيني السيستاني، المسائل المنتخبة، دار المؤرخ العربي، النجف الاشرف، 2017.
- 17- شمس الدين العاملي، الدروس الشرعية في فقه الامامية، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1414، الجزء الثالث.
- 18- الشهيد الأول، غاية المراد في شرح نكت الارشاد، مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية، 1414، الجزء الثاني.
- 19- عبد العزيز الطرابلسي، المذهب، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1406، الجزء الثاني.

- 20- عبد العزيز بن البراج الطرابلسي، المذهب، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، بدون دار طباعة، بدون سنة طبع، الجزء الأول.
- 21- عبد العزيز بن البراج الطرابلسي، جواهر الفقه، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، الطبعة الأولى 1411هـ.
- 22- علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، دار المؤرخ العربي، النجف الاشرف، الطبعة التاسعة عشرة، 2018، الجزء الثاني.
- 23- علي الطباطبائي، رياض المسائل، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1422 هـ، الجزء الثاني عشر.
- 24- فضل الله النوري، قاعدة ضمان اليد، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1414.
- 25- محمد بن الحسن الطوسي، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، لا يوجد دار نشر، لا توجد سنة طبع.
- 26- محمد إبراهيم الكرباسي، الإرث في الفقه الجعفري، الأعلمي للطبوعات، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى، 2010، الجزء الأول.
- 27- محمد السبزواري، كفاية الاحكام، مؤسسة النشر الإسلامي، بدون سنة طبع، الجزء الأول.
- 28- محمد الصدر، ما وراء الفقه، دار الأضواء للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، بدون سنة طبع، الجزء الرابع.
- 29- محمد بن الحسن الطوسي و نجم الدين جعفر الهذلي، النهاية ونكاتها، مؤسسة النشر الإسلامية، الطبعة الأولى، 1412، الجزء الثاني.
- 30- محمد بن الحسن الطوسي، كتاب الخلاف، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، 1414هـ، الجزء الرابع.
- 31- محمد بن الحسن العاملي، تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، مؤسسة ال البيت لإحياء التراث، بيروت، الطبعة الثالثة، 2008.
- 32- محمد بن جمال العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، بدون دار طباعة، الطبعة الثانية، 1398، الجزء السابع.
- 33- محمد جواد العاملي، مفتاح الكرامة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، 1419 هـ، الجزء السابع عشر.

- 34- محمد جواد العاملي، مفتاح الكرامة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، الجزء السادس عشر.
- 35- محمد كاظم المصطفوي، فقه المعاملات، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1423.
- 36- محمد كاظم المصطفوي، فقه المعاملات، مؤسسة النشر الإسلامي، الطبعة الأولى، 1423.
- 37- مسلم النيسبوري، صحيح مسلم، المكتبة الشيعية، الجزء الثاني.
- 38- ميرزا حسين الطبرسي، مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل، مؤسسة ال بيت لإحياء التراث، بيروت، الطبعة الثالثة، 1991، الجزء الثالث عشر.

ب- الفقه الحنفي:

- 1- إبراهيم بن محمد الحلبي الحنفي، ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، 1998.
- 2- ابن عابدين و محمد امين بن عمرو، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة، بدون سنة طبع، الجزء الثاني.
- 3- ابن عابدين، ومحمد أمين بن عمر الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، الناشر مصطفى البابي الحلبي ، مصر، 1966، الجزء السادس.
- 4- أبو المعالي برهان الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2004، الجزء الخامس.
- 5- أبو عبد الله محمد الشيباني ومحمد عبد الحي الهندي، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1406.
- 6- أبو محمد بن احمد العيني، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2000، الجزء الخامس عشر.
- 7- أبو محمد غانم البغدادي الحنفي، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، بدون سنة طبع.
- 8- أبي بكر محمد بن احمد ابي سهل السرخسي الحنفي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بدون سنة طبع، الجزء الحادي عشر.

- 9- احمد بن محمد الحلبي، لسان الحكام في معرفة الاحكام، البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1973.
- 10- اسعد بن محمد الحنفي، الفروق للكرابيسي، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الأولى، 1982، الجزء الثاني.
- 11- جمال الدين أبو محمد ، الباب في الجمع بين السنة والكتاب، دار القلم والدار الشامية، سوريا، لبنان، الطبعة الثانية، 1994، الجزء الثاني.
- 12- زين الدين المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري، دار الكتاب الإسلامي، بدون سنة طبع، الجزء السابع.
- 13- عبد الرحمن بن محمد الافندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأنهر، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة طبع، الجزء الثاني.
- 14- عبد الرحمن بن محمد سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأنهر، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة طبع، الجزء الثاني.
- 15- عبد الرحمن شيخي زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الابحر، دار احياء التراث، بدون سنة طبع، الجزء الثاني.
- 16- عبد الغني بن طالب الحنفي، الباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، الجزء الثاني.
- 17- عبد الله بن احمد النسفي، كنز الدقائق، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، الطبعة الأولى، 2011.
- 18- عبد الله بن محمود البلدحي ومجد الدين الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1937، الجزء الثاني.
- 19- علاء الدين و أبو بكر مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1986، الجزء السادس.
- 20- علاء الدين وأبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1986، الجزء السادس.
- 21- علاء الدين وأبو بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1986، الجزء السادس.

- 22- علاء الدين، أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية 1986، الجزء الرابع.
- 23- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1986، الجزء السابع.
- 24- علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع، الجزء الرابع.
- 25- علي بن أبي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، الجزء الرابع.
- 26- زين العابدين إبراهيم الشهير بابن نجيم ، غمز عيون البصائر شرح كتاب الاشباه والنظائر، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى ، 1985، الجزء الرابع
- 27- محمد أمين بن عمرو الحنفي، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة، بدون سنة طبع، الجزء الثاني.
- 28- محمد بن احمد شمس السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، الطبعة الأولى، 2000، الجزء الحادي عشر.
- 29- محمد بن فرامرز، درر الحكام شرح غرر الاحكام، دار احياء الكتب العربية، بدون سنة طبع، الجزء الثاني.
- 30- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، دار محمود للنشر، المجلد السادس.
- 31- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران في معرفة أحوال الانسان، المطبعة الكبرى الاميرية، الطبعة الثانية، 1891.

ج-الفقه المالكي:

- 1- أبو العباس شهاب الدين المالكي، الذخيرة للقفافي، دار القرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1994، الجزء التاسع.
- 2- أبو الوليد محمد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1988، الجزء الحادي عشر.

- 3- أبو الوليد محمد القرطبي، البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1988، الجزء الثاني عشر.
- 4- أبو الوليد محمد القرطبي، المقدمات الممهدة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994، الجزء الثاني.
- 5- أبو الوليد محمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 2004، الجزء الرابع.
- 6- أبو بكر محمد بن عبد الله، الجامع لمسائل المدونة، دار إحياء التراث الإسلامي، الطبعة الأولى، 2013، الجزء الثامن عشر.
- 7- أبو عمر يوسف القرطبي، الكافي في أهل المدينة، مكتبة الرياض، السعودية، الطبعة الثانية، 1980، الجزء الثاني.
- 8- أبو محمد جلال الدين المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2003، الجزء الثاني.
- 9- أبو محمد عبد الله، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1999، الجزء العاشر.
- 10- أبو محمد عبد الله المالكي، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1999، الجزء السابع.
- 11- أبو محمد عبد الوهاب المالكي، التلقين في الفقه المالكي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 2004، الجزء الثاني.
- 12- أحمد بن محمد المالكي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ناشر مصطفى الحلبي، 1952، الجزء الثاني.
- 13- القاضي عبد الوهاب المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، بدون سنة طبع.
- 14- خلف بن أبي القاسم المالكي، التهذيب في اختصار المدونة، دار البحوث للدراسات الإسلامية، دبي، الطبعة الأولى، 2002، الجزء الرابع.
- 15- خليل بن إسحاق الجندي المالكي، التوضيح شرح المختصر ابن الحاجب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2008.

- 16- سليمان بن خلف الاندلسي، المنتقى بشرح الموطأ، مطبعة السعادة، القاهرة، 1332 هـ، الجزء الرابع.
- 17- شمس الدين أبو عبد الله المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1992، الجزء الخامس.
- 18- شهاب الدين، شرح زروق على متن الرسالة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 2006، الجزء الثاني.
- 19- عبيد الله بن الحسين المالكي، التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2007، الجزء الثاني.
- 20- علي بن محمد اللخمي، التبصرة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، 2011، الجزء الثاني عشر.
- 21- مالك برواية سحنون، المدونة الكبرى، بدون نشر، بدون سنة طبع، الجزء الخامس.
- 22- مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1994، الجزء الثالث.
- 23- مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1994، الجزء الرابع.
- 24- محمد بن أحمد المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون سنة طبع، الجزء الثالث.
- 25- محمد بن أحمد بن الكلبي، القوانين الفقهية، دار الحديث، بدون سنة طبع.
- 26- محمد جمعه عبد الله، الكواكب الدرية في فقه المالكية، مكتبة الازهرية للتراث، بدون سنة طبع، مصر، الجزء الثالث.

د - الفقه الشافعي:

- 1- أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، التتبية في الفقه الشافعي، عالم الكتب، بدون سنة طبع.
- 2- أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، المذهب في فقه الامام الشافعي، دار الكتب العلمية، بدون سنة طبع، الجزء الثاني.
- 3- أبو الحسن علي المارودي، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1999، الجزء الثامن.
- 4- أبو الحسن علي المارودي، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1999، الجزء السادس.

- 5- أبو بكر محمد الشافعي، كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار، دار الخير، دمشق، الطبعة الأولى، 1994.
- 6- أبو حامد محمد الطوسي، الوسيط في المذهب، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، 1417، الجزء الثالث.
- 7- أبو زكريا محي الدين، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، 1991، الجزء الخامس.
- 8- أبي إسحاق الشيرازي، تكملة المجموع شرح المذهب، دار الكتب العلمية، بدون سنة طبع، المجلد الثالث عشر.
- 9- احمد بن محمد، شهاب الدين ابوالعباس، الفتاوى الفقهية الكبرى، المكتبة الإسلامية، بدون سنة طبع، الجزء الثاني.
- 10- إسماعيل بن يحيى المزني، مختصر المزني، دار المعرفة، بيروت، 1990، الجزء الثامن.
- 11- البشرأوي بن ابي المعاطي الحسني، إتحاف ألابيب بشرح الغاية والتقريب، دار الريادة، مصر، الطبعة الأولى، 2020.
- 12- تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي ، فتاوى السبكي في فروع الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية للنشر، بدون سنة طبع، الجزء الأول.
- 13- جمال الدين الإستوي، المهمات في شرح الروضة والرافعي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2009، الجزء السادس.
- 14- زكريا بن محمد الانصاري، الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، الجزء الخامس.
- 15- سراج الدين ابن الملقف، عجالة المحتاج الى توجيه المنهاج، دار الكتاب، الأردن، 2001، الجزء الثاني.
- 16- سراج الدين الشافعي، التدريب في الفقه الشافعي، دار القبلتين، السعودية، الطبعة الأولى، 2012، الجزء الثاني.
- 17- سراج الدين عمر بن علي، عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج، دار الكتاب، الأردن، 2001، الجزء الثالث.

- 18- سليمان بن عمر الشافعي، حاشية البجيرمي على المنهج المسماة بالتجريد لنفع العبيد، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، بدون سنة طبع، الجزء الثالث.
- 19- شمس الدين الشافعي، جواهر العقود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1996، الجزء الأول.
- 20- شمس الدين محمد الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، 1984، الجزء السادس.
- 21- شمس الدين محمد الشافعي، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1994، الجزء الثالث.
- 22- شهاب الدين الرملي، فتح الرحمن بشرح زبد ابن رسلان، دار المنهاج، لبنان، الطبعة الأولى، 2009.
- 23- عبد الكريم بن محمد وأبو القاسم الرافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997، الجزء الرابع.
- 24- عبد المالك بن عبد الله، نهاية المطلب في دراية المذهب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، 2007، الجزء السادس.
- 25- عبد الملك بن عبد الله الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، 2007، الجزء السابع.
- 26- د. مصطفى الخن ود. مصطفى البغا وعلي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم للطباعة والنشر، دمشق، الطبعة الرابعة، 1992، الجزء الثامن.
- 27- د. مصطفى الخن ود. مصطفى البغا وعلي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم للنشر، دمشق، الطبعة الرابعة، 1992، الجزء السابع.
- 28- مجموعة مؤلفين، فقه المعاملات، بدون دار نشر، بدون سنة طبع، الجزء الأول
- 29- محمد بن عبد الله الحثيثي، المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1999، الجزء الأول.
- 30- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الموسوعة الفقهية، الجزء الثالث والاربعون.
- 31- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، بدون سنة نشر

32-د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، 1998.

رابعاً : الرسائل والأطاريح:

- 1- اياد صادق معيدي، احكام الضمان في عقد الرهن، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، 2011.
- 2- تبارك عمار العبودي، اختلاط الأموال في القانون المدني(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2021.
- 3- حمزة هشام كمال، السبب الأجنبي وأثره على احكام المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2018.
- 4- حيدر حسن علي، مدى انتقال حقوق المورث الى الوارث، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، 2006.
- 5- عادل شمران، قاعدة عدم تجزئة الرهن دراسة قانونية مقارنة بالفقه الاسلامي ، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2013.
- 6- علي شاكر عبد القادر، التغير الجبري لمالك العين وأثره في التصرفات القانونية، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2013.
- 7- عمار محسن كزار، القبض في عقد الرهن الحيازي، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، 2006.
- 8- فراس يوسف الكساسبة، آثار الرهن الحيازي فيما بين المتعاقدين، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، 1999.
- 9- مصعب منعم، مسؤولية الوارث عن ديون مورثه، أطروحة دكتوراه، جامعة النهرين، كلية الحقوق، 2020.
- 10- موسى فاضل عباس، دور الرهن في تأمين المصارف من مخاطر الائتمان، أطروحة دكتوراه، جامعة سانت كلمنش، 2014.
- 11- نبراس ظاهر الزبيدي، حقوق الغير المقترنة بالعقد، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، كلية القانون، 2015.

12-نظيمة قيس الكيلاني، رهن ملك الغير، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2006.

خامساً: البحوث والمجلات :

- 1- د. ثاوت عمر، و د. عبد الرزاق الشيبان، مخاصمة التركية، بحث منشور، جامعة السليمانية، 2014.
- 2- أسماعيل كاظم العيساوي، ضوابط المثلي والقيمي في المعاملات المالية، بحث منشور، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكوت ، المجلد الثالث، العدد، 2008.
- 3- د. بيرك فارس حسين، النظام القانوني لبيع التركية، بحث منشور، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعته تكريت، العدد 2.
- 4- د. خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرع، بحث لنيل درجة الدكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013.
- 5-
- 6- سوزان أبو السعود و مجدي علي غيث، ضمان المرهون بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني الأردني، بحث منشور، المجلد 47، العدد الأول، 2020.
- 7- عادل شمران الشمري، قاعدة عدم ضمان الأمين في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة الثانية العدد الثالث ، 2010.
- 8- د. عامر غانم علوان، التزام الدائن المرتهن حيازة بالمحافظة على المال المرهون، بحث منشور المؤتمر العلمي السنوي ، الحادي عشر، ، كلية التراث، بغداد.
- 9- ناصر بن عبد الله، إجراءات قسمة التركات في المحاكم، مقالة قضائية منشورة في مجلة قضائية لسنة 1433 ، العدد الرابع.

سادساً: القرارات القضائية:

- 1- رقم القرار 160 لسنة 1947/مدني/محكمة النقض المصرية، منشور في مجموعة المكتب الفني، الجزء الثاني.

- 2- رقم القرار 1159/صلحية/63 تاريخ القرار 12/8/1963، منشورات مركز البحوث القانونية، 1988.
- 3- رقم القرار 1267/ج/1963 في سنة 11/12/1963، نقلاً عن عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، مطبعة العاني، بغداد، 1970.
- 4- رقم القرار 30/ بتاريخ 31/1/1981، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الأول، 1981.
- 5- رقم القرار 582/م/2002 في 2/4/2002، قرار منشور، مجلة العدالة، وزارة العدل العراقية، العدد الثالث، 2002.

سابعاً: المواقع الالكترونية:

- 1- <https://www.almaany.com>

ثامناً: القوانين

أ- القوانين العراقية :

- 1- القانون المدني العراقي المعدل، ذي رقم 40 لسنة 1951.
- 2- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 النافذ.
- 3- قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.

ب- القوانين الأجنبية والعربية:

- 1- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 النافذ.
- 2- القانون المعاملات المدني الإماراتي رقم 5 لسنة 1958 النافذ.
- 3- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 النافذ.
- 4- القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002 النافذ.
- 5- القانون المدني الفرنسي 1958 وتعديلاته.

Abstract

Mortgage is an in-kind insurance contract, which is of great importance in the course of credit, as it is considered one of the most important credit contracts at present, because it provides protection to the creditor in obtaining his debt, When insolvency, or the debtor's failure to pay his debt, the source of the obligation may be the agreement, the law, or the judiciary, The creditor often seeks to ensure that its right is fulfilled in various ways, but there may be a mistake by the mortgagee because of its negligence, negligence and the ignorance of the living mortgage, And after his death when the current demands his money, he does not find it, because of the mortgage, here we stand in the face of a problem which is not to show the mortgaged money, so the mortgaged money is lost, And the problems that may arise due to ignorance about the extent to which the heirs are committed to that mortgaged money and the conflicts that may occur between the heirs of the mortgagee and the current. This research includes two main axes: we show in the first axis what is meant by the ignorance of the biomeal mortgage and the legal and doctrinal basis for obtaining ignorance, and we show the most important conditions to be obtained to achieve the ignorance of the mortgage, as well as cases of the occurrence of the ignorance of the mortgage with the statement of the most important provisions and ways to deal with them when the ignorance occurs . In both the law as well as Islamic jurisprudence, which reflects the view of sharia and religions in determining the cases of the occurrence of the ignorance of the mortgage after the death of the mortgage, where this research referred to Islamic jurisprudence mainly and detailed from what is in legal legislation, because of its scarcity. The second axis dealt with the provisions of the ignorance of the mortgage, where we explained the cases of decreases in mortgaged money, or the increase in mortgaged money, and the provisions it entails when they occur before and after the death of the mortgagee, as well as cases of total destruction of mortgaged money, and partial destruction, And to show the responsibility of the heirs for the mortgaged money, the extent to which they are responsible for the debts of their heirs, and what is the fate of the estate, whether it is transferred to the heirs or is the debt paid with the differences that have occurred in the positive laws as well as Islamic jurisprudence, Which may make the character of the heir an extension of the personality of the gene and

therefore bear the obligations on the gene, and it is necessary to know the position of the judiciary about the responsibility of the heirs of the mortgage for the debts of their gene, How to resolve dusty disputes, this study has come up with a set of findings and proposals, which we hope may be helpful and a contribution to the legal regulation of the processing of biome mortgages and god bless.

The Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and Scientific Research
Babylon University / College of Law



Legal regulation of the processing of biome mortgages

A comparative study with Islamic jurisprudence

Letter to the Council of the Faculty of Law/ University of Babylon

It is Part of the Requirements For a Master's Degree in Law
Private/University of Babylon

By the student

Maryeam Malik Zabala

Supervised by

Dr. Miri Kazem Obaid Al-Khaikani

Professor of Civil Law