

العلاقة التكاملية بين الرهن والمرتهن في عقد الرهن الحيازي

أ.م.د. رعد عداي حسين

كلية الحقوق - جامعة النهرين

raad.adday@law.nahrainuniv.edu.iq

مستخلص البحث:

عادةً ما تقترن غايات المشرع في إقراره لنصوص القانون، هو تحقيق غايات اجتماعية أو اقتصادية من شأنها أن تنظم أو ترتقي بتصرفات الأفراد فتسهل عقودهم ومعاملاتهم اليومية، ومن العقود التي يحتاجها الأفراد في ديمومة حياتهم ورفاهيتهم أحياناً هي العقود التي تضمن لهم اقتراض الأموال بنوع من السلاسة والطمأنينة، وليس ببعيد عن ذلك عقد الرهن الحيازي الذي يعدّ من العقود المهمة التي لا يكاد يخلو منها تشريع حديث، فأهتمت التشريعات بتنظيم هذا العقد بشيء من التفصيل فأقرزت تلك التشريعات على اختلافها نوعاً من التعاون والتكامل التعاقدية ما بين أطراف عقد الرهن الحيازي؛ لنجد انفسنا أمام علاقة تعاقدية تكاملية تظهر أحياناً بوضوح تام وأحياناً يمكن استنتاجها من النصوص التشريعية الواردة في صلب القانون، مما يعزز توجه القوانين المقارنة الحديثة والفقهاء على اختلاف مشاربه الذي يجزم بأنّ العقد هو نتاج التعاون والتكامل والتظافر ما بين أطرافه وإنّ اتفاق المتعاقدين على انعقاده ماهو إلا بداية لحياة تعاقدية تكاملية تهدف إلى تحقيق غاية المشرع من تنظيمه لأحكام هذا العقد.

الكلمات المفتاحية: التكامل، القبض، التسلم، الاستلام، صور التكامل، الاتفاقية.

المقدمة:

تعدّ الضمانات التعاقدية من أهم الأشياء التي يفكر بها المتعاقدان عند إبرام عقودهم، إذ أنّ أكثر مايؤرق الدائن هو فكرة ضمان دينه، لا بل أنّ جانب كبير من إقدامه أو تراجع من عقد ما تخضع إلى مقدار الضمانة الممنوحة.

أولاً:- أهمية البحث:

تنبع أهمية البحث من ضرورة تسليط الضوء على المسائل، والأحكام التكاملية والتظافرية ما بين الرهن والمرتهن في عقد الرهن الحيازي، إذ يتصور البعض أنّ العلاقة ما بين أطراف العقد تنتهي وتتلأشى بمجرد انعقاد العقد ودخوله مرحلة التنفيذ، في حين أنّ التطبيقات القانونية النابعة من النصوص الواردة في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة تشير إلى العكس من ذلك لا بل أنّ التطبيقات العملية تلزمنا بالتكامل والتظافر ما بين الأطراف وما نفاذية العقد ودخوله حيز التطبيق إلا بداية ونقطة شروع لهذا التكامل وأداء الأدوار القانونية ما بين الطرفين فالنهايات النموذجية التي ابتغاها المشرع لعقد الرهن الحيازي لن يكتب لها النجاح إلا إذا تعاون أطراف العقد على تنفيذه، والقول بخلاف ذلك من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد صعباً ومرهقاً على طرفيه.

ثانياً:- أهداف البحث:

إنّ من أهم أهداف البحث بيان الحالات التي تقتضي التكامل والتعاون ما بين أطراف عقد الرهن الحيازي، وتسليط الضوء على إيجابياتها ومعرفة مايكتنفها من قصور وخلل لتجنبها واتقاء أثارها السلبية، فحالات التكامل القانونية قد فرغ منها المشرع وأقرها في صلب القانون، أما حالات التكامل التعاقدية فهي متأرجحة بين من يعطيها قيمة قانونية، وبين من يعتبرها أثراً طبيعياً ناتجاً عن انعكاس النصوص القانونية المنظمة لعقد الرهن الحيازي.

ثالثاً:- إشكالية البحث :

من أهم إشكاليات البحث، هو عدم وجود أولوية بحثية في هذه الإشكالية إذ يعتبر الكثيرون بأن موضوع التكامل مابين الراهن والمرتهن هو أمر مفروغ منه وبديهي، ولا يولد أي إشكاليات قانونية إلا أن الواقع يفرز عكس ذلك حيث يعدّ هذا الموضوع من مواضيع الظل، و قلما تركز عليه الدراسات البحثية القانونية على الرغم من أهميته وضرورته في التطبيق العملي الناتج عن عقد الرهن الحيازي.

رابعاً:- منهجية البحث :

ارتأينا ان نبحت موضوع العلاقة التكاملية وفقاً للمنهج التحليلي، والذي يستند إلى تحليل نصوص القانون المدني العراقي، وبيان الحالات التي تعكس حالة التكامل مابين أطراف العلاقة التعاقدية فضلاً عن تحليل النصوص القانونية في القوانين المقارنة ذات البعد التاريخي للقانون المدني العراقي، وبالأخص القانون المدني المصري والفرنسي.

المبحث الأول : جوهر العلاقة التكاملية وطبيعتها القانونية

إن القاعدة العامة في العقود هي ضرورة التعاون والتكامل (integration) ما بين طرفيه، فلا يتصور أن يؤت العقد فاعليته النموذجية من دون تظافر جهود الأطراف التعاقدية بشكل عام (accord mutuel). وعلى الرغم من عمومية هذه القاعدة إلا أن هنالك بعض العقود تنفرد بأحكام خاصة لتقتضي دوراً أكبر من التعاون (cooperation) والتكامل والتظافر؛ لكي ينتج العقد مفعوله وفق مارسم له المشرع من غايات وأهداف. وليس ببعيد عن ذلك عقد الرهن الحيازي الذي يقتضي دوراً كبيراً من هذا التكامل، وبغير ذلك فإن العقد سوف يتخلف عن تحقيق غايته ومبتغاه؛ ولذلك ترى أن أكثر الأحكام الواردة في هذا العقد تشير وبشكل مباشر وأحياناً تلمح إلى هذا التظافر والتكامل. وبالنظر لأهمية هذا التكامل في إنجاح العقد فلا بد أن يتميز جوهرياً عن سواه، ومن أهم عناصر هذا الجوهر، والذي يتكفل بإبرازه وإخراجه بهذه الصورة هو القبض (التسليم والتسلم) إذا تدور أغلب الأحكام القانونية وتنقذ منه لترتب طبيعة قانونية متميزة تقترب أحياناً من بعض الأفكار والأوضاع القانونية وتبتعد تارة أخرى عنها لتؤسس لها وضعاً قانونياً منفرداً.

المطلب الأول : جوهر العلاقة التكاملية

من المعروف أن الرهن الحيازي يقوم على أربعة أركان في المنقول، وهي الرضا والمحل والسبب والقبض¹، ويقوم على خمسة أركان في العقار وهو الرضا والمحل والسبب والقبض (hold) والتسجيل، ولا ريب أن الراهن من مصلحته أن يباشر بتسليم محل العقد بأسرع وقت ممكن بغية اتمامه للعقد والحصول على المنافع المرجوة منه إلا أن هذه العملية لن يكتب لها النجاح إلا بتعاون المرتهن وتدخله إيجابياً في إتمام هذه العملية القانونية.

¹ المادة 1322 من القانون المدني العراقي ولا مقابل لها في القانون المدني المصري الذي يعد القبض التزاماً ناشئاً عن العقد وليس ركناً فيه وهذا ما بينته المادة 1/1099 من هذا القانون فيما بينت المادة 1453 من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم 5 لسنة 1985 بان ((يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه ان يقبضه الدائن او العدل وللراهن ان يرجع عن الرهن قبل التسليم)) فيما بينت المادة 1375 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 الاتي ((يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه ان يقبض الدائن او العدل وللراهن ان يرجع عن الرهن قبل التسليم)).

الفرع الأول واجب الراهن بالتسليم:

يتميز الرهن الحيازي بأنه حق تابع لالتزام أصلي بذمة الراهن الذي يسلم بدوره المال المنقول أو العقار كضمان عيني، ويحتل هذا التسليم مكان الصدارة في الالتزامات المفروضة على الراهن في القوانين التي تعتبر العقد رضائياً ويعتبر أحد شقي ركن القبض في القوانين التي تعتبر العقد شكلياً؛ وتبعاً لذلك فإن التسليم يختلف باختلاف محل العقد من حيث كونه عقاراً أم منقولاً.

أولاً:- تسليم العقار

تقتضي طبيعة الأشياء أن تكون لبعضها خصوصية عن بعضها الآخر ومن الأشياء التي لها خصوصية في الأحكام القانونية هو العقار Immovable (الذي أولى المشرع العراقي له اهتماماً بالغاً فنظم أحكامه بشيء من التفصيل فعرّفه في صلب القانون المدني¹ بالمادة 1/62 إذ جاء بها بأنه ((كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف، فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية)).² وكما مر ذكره أنّ الرهن الحيازي يمكن أن يكون محله منقولاً أو عقاراً³، إلا أنّ رهن العقار حيازياً أصبح محل نظر لدى الكثير من الفقهاء، وارتفعت الأصوات المنادية بقصر الرهن الحيازي على المنقول دون العقار إلا أنّ الكثير من القوانين لازالت محتفظة بنصوصها القانونية التي تجيز رهن المنقول والعقار رهنًا حيازياً على حد سواء، ومن هذه القوانين هو قانوننا المدني، فأوجب القبض لانعقاد العقد في العقار والمنقول⁴ مما يستلزم تكاملاً واضحاً مابين أطراف العقد ويظهر هذا التكامل من خلال الحالتين التاليتين:-

الأول:- فرضت المادة 1324 من القانون المدني العراقي حكماً خاصاً على رهن العقار إذ جاء بها ((إذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط أيضاً لتمامه ان يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً)) ويفهم من هذا النص أن الرهن الحيازي الواقع على عقار يقتضي تسجيله لدى دائرة التسجيل العقاري (registration) وبغير هذا التسجيل لا يمكن عدّه رهنًا، ولكن هل يقتضي هذا التسجيل تعاوناً وتفاهماً من طرفي العلاقة التعاقدية أم بإمكان الراهن وحده من القيام بهذه المهمة. تجيبنا على هذا السؤال أحكام قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971 وبالأخص المادة 306 منه والتي تنص ((يسجل الرهن التأميني بالاستناد الى اقرار الدائن المرتهن والمدين الراهن او

¹ إذ ان ديدن القوانين العزوف عن بيان التعريفات وايقال امرها للفقهاء القانوني لما للتعريف من اثار سلبية اكثر من ايجابياته حيث يحدد نطاق المصطلح المعرف مما يمنع من استيعاب الوقائع الجديدة. وهذا السياق يخرج عنه المشرع في حالات خاصة يرى بها ضرورة من بيان التعريف

² ويقابلها نص المادة 82/1 من القانون المدني المصري رقم 141 لسنة 1948 والتي جاء فيها ((كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول)) وكذلك نص المادة 58 من القانون المدني الأردني والتي تنص ((كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف او تغيير هيئته فهو عقار وكل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول))

³ ويذكر ان هنالك بعض القوانين لم تشير الى محل عقد الرهن الحيازي بشكل صريح وواضح ومن ذلك قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم 5 لسنة 1985 اذ اقتصر النص في المادة 1448 منه على مفهوم عام حيث جاء بها ((الرهن الحيازي عقد ينشئ الحق في احتباس مال في يد الدائن او في يد عدل ضمانا لحق يمكن استيفاءه منه كله او بعضه بالتقدم على سائر الدائنين)) وبين في المادة 1449 شروط المحل من دون تحديده عندما نص على ((يشترط في المرهون رهنًا حيازياً ان يكون مقدور التسليم عند الرهن صالحاً للبيع في المزايا العلني)).

⁴ حيث يعد بعض الفقهاء ان ركن الرضا ليس كافياً في هذا النوع من العقود وانما الملزم هو واقعة القبض وما لم تتم هذه الواقعة يظل العقد وشيك الانهيار. لمزيد من التفصيل راجع د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، ط2، مكتبة دار الثقافة للطباعة والنشر، 1998، ص88

من ينوب عنهما امام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري.)) وكذلك المادة 307 والتي جاء فيها ((1- يدرج في سجل الرهن الاسم الكامل لكل من الدائن المرتهن والمدين الراهن وهوية كل منهما ومحل اقامته المختار في موقع العقار المرهون. كما يدون في السجل أوصاف العقار المرهون ومقدار الدين وشروط ومرتبته الرهن 2 - تصدر سندات الرهن بنسختين تعطى نسخة منها للدائن المرتهن والنسخة الثانية للمدين الراهن وفي حالة تعدد الدائنين المرتهنين او المدينين الراهنين فيجوز اصدار السندات بعدد اطراف عقد الرهن اذا طلبوا ذلك.)) وكذلك مانصت عليه المادة 325 من ذات القانون ((1- يجرى تسجيل الرهن الحيازي بالاستناد الى اقرار المتعاقدين بالرهن وتسليم العقار المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى يد عدل بموافقة على أن يدرج اسمه الكامل في حقل خاص من سجل الرهن 2 - لا ينعقد الرهن الحيازي الوارد على العقار إلا بالتسجيل في السجل العقاري.)) ويفهم من هذه النصوص أن عملية التسجيل في الدائرة المذكورة تقتضي حضوراً شخصياً¹ من قبل الراهن² والمرتهن أو من ينوب عنهم (deputy) الأمر الذي يستلزم تكاملاً في الأدوار القانونية فيما بينهما وبدون حضور الأطراف فإن من الصعب وفقاً للنصوص المذكورة من إتمام عملية التسجيل وفقاً للشكلية التي استلزمها القانون إذ لصفة لأحد الأطراف من الإدلاء بمعلومات شخصية نيابة عن نظيره، وفي حال وإن تم هذا الإدلاء غير المشروع فإن من شأنه أن يزيد من فرص وقوع الخطأ في المعلومات المطلوبة مما يضيف نوعاً من الإرباك على الإجراءات العقارية. إن كل ما ذكر يقودنا إلى نتيجة مفادها أن الأدوار القانونية التي يمارسها كل من الراهن والمرتهن لابد أن تتميز بالانسجام، والتعاون، والتكامل كي يؤت العقد ثماره التي توخاها المشرع.

الثاني:- مايفرضه عقد الرهن الحيازي بصورة عامة من ضرورة قبض المال المرهون سواء كان عقاراً ام منقولاً إذ أن نقل المال المرهون من يد الراهن إلى المرتهن يقتضي تعاوناً وتفاعلاً ما بينهما، ولكون محل العقد عقاراً فإن عملية التسليم (القبض) تعترضها الكثير من الصعوبات المادية والقانونية، حيث يتداخل أحياناً موضوع التسجيل في السجل العقاري مع التسليم (القبض) إذ يتبادر للذهن أن عملية التسجيل في التسجيل العقاري تغني عن التسليم ولحل هذه الإشكالية يقتضي بنا بيان هل أن التسليم هو التزام ناتج بعد التسجيل أم يفترض حصوله قبل التسجيل، للإجابة عن هذا السؤال يقتضي بنا الرجوع إلى أحكام قانون التسجيل العقاري ولاسيما الاحكام المتعلقة بالرهن الحيازي وبالتحديد المواد 306 و 325 حيث يستنتج من مجمل هاتين المادتين فرضيتين:

الفرضية الأولى:- وهي اعتبار ان التسليم ركن في العقد³ وان العقد لا ينعقد بدونه وهو بموازاة الشكلية (formalities) من حيث اثاره القانونية وبالتالي لابد من القيام من قبض

¹ المستشار عبد الله غزاي سلمان، إجراءات التسجيل العقاري، ط2، 2013، ص164

² الا ان محكمة تمييز العراق ترى في احد قراراتها بانه ((يكتفي لتسجيل الرهن في دائرة التسجيل العقاري صدور كتاب من المرتهن اذا كان دائرة رسمية دون حاجة لحضور ممثله مع حضور الراهن ...)) رقم القرار 75/1م/369 في 1975/10/1 منشور لدى إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز-القسم المدني، بغداد، 2007، ص373

³ حيث ظهر اختلاف ما بين القوانين العربية فيما يتعلق بركن القبض من حيث كونه ركناً في العقد ام مجرد التزام نابعا منه فأخذ القانون المدني العراقي بفكرة ركنية القبض فيما اضفى عليه القانون المدني المصرف وصف الالتزام الناشئ عن العقد. ويقع هذا التباين في اراء المشرعين تبعا لاختلاف فلسفة كل من هذه القوانين حيث اختلف القوانين في مواطن عدة مهمة (عدا فكرة اعتبار القبض ركناً ام التزاماً) ومن الأفكار التي اقترنت بالاختلاف هو موضوع جواز التصرف بالمال المرهون بعد الرهن فمنهم من اجازه كالقانون المدني العراقي في المادة 1295 والمادة 1334 فيما حظر هذا التصرف قانون المعاملات المدنية الاماراتي في المادة 1467 عندما نص فيها ((1- لا يجوز

العقار محل الرهن الحيازي ومن ثم استكمال ركن الشكلية وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري
الفرضية الثانية:- تفرض هذه الفرضية بأن يتم العقد وإكمال الشكلية المقررة بالقانون، ومن ثم يتم تسليم وقبض العقار محل الرهن الحيازي لاحقاً إذ لاصفة قانونية للمرتهن قبل التسجيل لقبض هذا العقار، وهي فرضية منطقية تستقيم مع الواقع العملي إلا أنها لا تنسجم تماماً مع أحكام القانون

وفي رأينا أنّ التراتبية الأنسب تكمن في ضرورة أن يكون القبض يسبق التسجيل، وذلك لصراحة نص المادة 1/325 من قانون التسجيل العقاري العراقي التي تنص ((يجري تسجيل الرهن الحيازي بالاستناد إلى إقرار المتعاقدين بالرهن وتسليم العقار المرهون إلى الدائن المرتهن أو ألي يد عدل بموافقة على أن يدرج اسمه الكامل في حقل خاص من سجل الرهن)) حيث يفهم من هذا النص أن المشرع أورد تراتبية في هذه المادة لغرض التسجيل وهذه التراتبية تبدأ بإقرار المتعاقدين بالرهن (وهو ما يمثل ركن الرضا) ومن ثم تسليم العقار من الراهن للمرتهن أو ليد العدل. وهذا التسليم بدوره يأخذ نمطين أساسيين:-

1- **التسليم الحقيقي (actual):-** ويقصد به قيام الراهن بتسليم¹ العقار محل عقد الرهن إلى المرتهن تسليماً حقيقياً فعلياً، حيث يتفق طرفي عقد الرهن على محل العقد ومن ثم يبادر الراهن بتخلية العقار المرهون من المنقولات الخاصة به باستثناء المنقولات التي تعد عقارات بالتخصيص ومن ثم يحرر كشف بحالة العقار والمنقولات التي يتفق الأطراف على بقائها في العقار ويلتزم المرتهن بقبض المرهون وحسب ماتم الاتفاق عليه في العقد المبرم بينهما.

2- **التسليم الضمني (implied):-** وهو التسليم الذي لا يكون للمرتهن دور إيجابي فيه وإنما ينحصر أثره في تغيير نية الراهن من حيازته للمال المرهون ولا يتم هذا التسليم إلا باتفاق صريح بين الراهن والمرتهن أو بناء على نص في القانون كما في حالة قبض العدل للمال المرهون فإنه يعتبر قبضاً حكماً نيابة عن المرتهن². وينتج هذين النوعين من التسليم أثرهما طالما كان باستطاعة المرتهن حبس المال المرهون، إلا أن أحكام الرهن الحيازي تنظر إلى موضوع (التسليم) بحساسية شديدة أساسها ضرورة نقل حيازة المال المرهون من الراهن إلى المرتهن لعدة مقتضيات أهمها:

للراهن أن يتصرف في المرهون حيازياً إلا بقبول المرتهن)). وهذا الاتجاه الأخير لقانون المعاملات المدنية الاماراتي هو عينه ما أتى به قانون التسجيل العقاري العراقي في المادة 1/317 عندما نصت ((للاهن اجراء جميع التصرفات الناقلة للملكية على العقار المرهون وحينئذ يتحول الدين بمرتبه وشروطه الى من انتقل اليه العقار المرهون بموافقة الدائن المرتهن)).

1 حيث أشار القانون المدني العراقي الى مصطلح التسليم والتسليم سواء كان يتعلق بالعقار او المنقول في مواطن عدة وابرزها ما تضمنته المواد 233 و 243 و 258 و 547 و 560 و 586 و 587 و 597 و 598 و 617 و 771 و 772 و 856 و 873 و 875 و 887 و 1153 و 1254 إلا أن أكثر المواد أيضاً لهذا المصطلح هو ماورد بالمادة 597 والتي جاء بها ((1 - لكل من البديلين في بيع المقايضة حكم المبيع فتعتبر فيهما شروطه، وإن وقعت منازعة في امر التسليم، لزم أن يسلم ويتسلم كل المتقاضين معاً)). وكذلك المادة 617 والتي جاء بها ((نفقات الهبة على الموهوب له، ويدخل في ذلك مصروفات العقد والرسوم وما يصرف في تسليم الموهوب وتسلمه ونقله وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف))

2 ينظر المادة 1321 من القانون المدني العراقي وكذلك ما جاء 1455 من قانون المعاملات المدنية الاماراتي التي جاء بها ((للاهن والمرتهن ان يتفقا على وضع المرهون حيازياً في يد عدل وتصبح يد العدل كيد المرتهن ويتم الرهن بقبضه)).

أ:- إنَّ من شأن انتقال الحيازة للمرتهن أو العدل هي استيفاء تمكين المرتهن من حبس المال المرهون كضمان إضافي للرهن، وبذلك يمكن للمرتهن عدم تسليم المرهون حتى يقتضي حقه.

ب:- إنَّ بقاء المال المرهون تحت يد الراهن من شأنه أن يخدع الغير فيصور له وضعاً مالياً ميسوراً للراهن على خلاف حقيقة الأمر¹، الأمر الذي جعل المشرع يشدد من ضرورة انتقال هذه الحيازة مابين أطراف عقد الرهن بل اعتبر الحيازة الصورية غير مشروعة كما في حالة أن يبقى الراهن على حيازة المال المرهون لحساب الدائن على سبيل الوديعة أو الإعارة أو الإجارة. إذ أنَّ الأفراد كثيراً مايعزفون في الدخول في علاقات تعاقدية يكون أحد أطرافها غير ميسور الحال، وخوفاً منهم من تقلبات الظروف فيفرضون بأيّ صفقة مربحة طالما كان الضمان ضعيفاً وغير مؤمناً ومن تفحص أنواع التسليم (القبض) وبيان أهميته في الرهن الحيازي نرى انه وعلى الرغم من عدم وجود دور إيجابي واضح في التسليم الضمني الا انه يقتضي تفاهماً وتكاملاً مابين الراهن والمُرتهن بشكل اكبر من التسليم الصريح اذ ان التسليم الصريح يكون مابين الطرفين فقط في حين ان التسليم الضمني ينصرف في أحيان كثيرة الى شخص ثالث عادة مايكون العدل وهذا الامر يقتضي بالتأكيد الاتفاق على شخص العدل وزمن التسليم ومكان حفظ المرهون وامور أخرى كثيرة تحتاج الى التفاهم والاتفاق والتنسيق، فالعدل لايفرد بجميع التصرفات اذ ان بعضها ماخضع لتوجيه المرتهن ومثال ذلك اشعار المرتهن للعدل بحفظ المرهون في مكان معين او اشعاره بإدارته على وجه محدد

ثانياً :- تسليم المرهون الى العدل:- يعرف العدل (neutral) بأنه شخص يتفق عليه كل من الراهن والمُرتهن فيضع يده على الشيء المرهون نيابة عن الدائن المرتهن² (lienor). وهو بذلك الشخص الذي ائتمنه الراهن والمُرتهن وسلماه واودعاه الرهن، وبما ان العدل شخص اجنبي عن الراهن والمُرتهن ويوكل بقبض المال نيابة عن المرتهن لذا يجب ان تتحقق به بعض الصفات التي تؤهله للقيام بهذه المهمة واهمها الأمانة والخبرة اذا كان المرهون ذو طبيعة خاصة وارتضائه من قبل طرفي العقد، حيث ان قبض المرهون نيابة عن المرتهن لاسيما اذا كان هذا المرهون عقاراً يستلزم تعاوناً وتكاملاً مابين طرفي العقد فتخلية العقار وتسليمه للعدل لايمكن ان يتحقق انفراداً وانما بتضافر جهود اطراف العلاقة التعاقدية وفقاً للشروط المتفق عليها في عقد الرهن الحيازي فقد يتفق المتعاقدان على تسليم وتخلية العقار دون منقولاته او الاتفاق على تخلية العقار بوقت محدد او تخليته بحضور الأطراف الثلاثة (الراهن والمُرتهن والعدل) وكذلك يجب ان يراعي العدل بعض من رغبات المرتهن من حيث استغلال المرهون بطريقة معينة او توجيه العدل في بعض الأحيان الى الاخطار التي يتعرض لها المرهون.

الفرع الثاني:- واجب المرتهن بالتسليم

قد يبدو من الغرابة طرح فكرة عدم قبول المرتهن بتسليم محل عقد الرهن كونه ومن حيث الأساس غير مجبر على إبرام هذا العقد أصلاً وبالتالي فهو يكون في غنى عن تطبيق فكرة عدم التسليم، إلا أنَّ هنالك حالات وإن كانت بسيطة قد تمنع المرتهن من استلام محل العقد

¹ محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية التبعية- الجزء الثاني، ط4، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2010، ص513

² د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني- الرهن الحيازي، بدون طبعة، منشأة المعارف، 2005، ص314

أو في أقل تقدير التراخي في استلامه من يجعل مسألة إتمام العقد محل نظر¹. ومن الثابت أن محل عقد الرهن الحيازي كما يمكن ان يكون عقاراً يشترط به القبض فيمكن أن يكون منقولاً ويخضع لنفس أحكام القبض إلا أن بعض الاتجاهات ترى إمكانية الاستغناء عن هذا القبض تداركاً لما يستجد اثناء عملية تسلمه من مشاكل عدة ومداخلات كثيرة². ورغم صواب رأي هذه الاتجاهات في كثير من الأحيان إلا أننا مقيدون بأحكام القانون المدني العراقي لاسيما الأحكام الواردة بالمادة 1321 والتي تنص ((الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاءه منه كلاً أو بعضاً مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال)). لكن السؤال الذي يثار في هذا الموضع ماهو نطاق احتياج الدائن المرتهن (lienor) لتدخل المدين الراهن (lience) بتسليم المرهون فهل يستطيع المرتهن ان يبقي المرهون في يد الراهن ويكتفي بتسجيل عقد الرهن ام يجب قبض هذا المرهون قبضاً فعلياً. وللجواب عن هذا السؤال يقتضي بنا بحث واستقصاء غاية التشريع العراقي والمقارن من مدى اعتبار القبض ركن في عقد الرهن الحيازي او شرطاً مترتباً على هذا العقد.

أ- الوضع في القانون المدني العراقي

استقر القانون المدني العراقي على اعتبار ان عقد الرهن الحيازي سواء كان محله عقار او منقول من العقود العينية التي تستلزم القبض لانعقادها وذلك لصراحة المادة 1321 من القانون المدني العراقي عندما عرفت عقد الرهن الحيازي بانه ((الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن او في يد عدل.....)) ومن هذه المادة نجد ان هنالك اشارتين صريحتين لا لبس في دلالتهما وهما:

1- ان القبض يعد ركناً في العقد وبدونه لا ينعقد عقد الرهن الحيازي وبهذا الامر يختلف القانون المدني العراقي عن القانون المدني المصري حيث يعتبر القانون العراقي ان القبض ركناً في العقد³ بينما تغير موقف القانون المدني المصري ما بين حقبتين من الزمن من عينية العقد الى رضائيته

2- ضرورة تدخل الراهن ايجابياً بتسليم المرهون وجعله تحت تصرف المرتهن كي يتمكن من حبس هذا المال ومن غير المتصور إبقاء المرهون تحت يد الراهن وبذلك فقد تناسق موقف القانون المدني العراقي من احكام الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والتي تلزم بان يكون المال المرهون محبوساً بين يدي المرتهن حيث بينت الآية 283 من سورة البقرة ((وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْنُموا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْنُمْهَا فَإِنَّهُ آتِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ صدق الله العظيم)). الا ان احكام الفقه الإسلامي تلزم القبض بالمنقول فقط إذ لم يعرف الرهن التاميني الا بعد تطور كبير في المفاهيم القانونية واستحداث اليات للتسجيل والتوثيق العقاري

¹ واستعملنا كلمة (إتمام) تماشياً مع ما أورده القانون المدني العراقي في المادة 1322 عندما نص فيها ((يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون))

² حيث يذهب جانب مهم (د.احمد سلامة) من الفقه الى إمكانية رهن المنقول من دون حيازي كما اسموه بالرهن الطليق

³ ويماشي القانون المدني العراقي مع غالبية الفقه الإسلامي الذي يرى بان القبض في الرهن التاميني ليس ركناً في العقد ويؤسس بعض الفقه القانوني الى ان التسجيل في السجل العقاري يقوم مقام القبض. د.محمد وحيد الدين سوار، المصدر السابق، ص92

ب- الوضع في القانون المدني المصري

يعد القانون المدني المصري من المصادر التاريخية المهمة للقانون المدني العراقي التي تأثر بأحكامه تأثراً واضحاً وليس ببعيد عن ذلك ما يتعلق بأحكام الرهن الحيازي، حيث أولى القانون المدني المصري اهتماماً شديداً بهذه الأحكام باعتباره من أهم الضمانات وخير دليل على ذلك هو تحول المشرع المدني المصري فيما يتعلق بطبيعة عقد الرهن الحيازي من العينية الى الرضائية

الحقبة الاولى:- في ظل القانون المدني المصري القديم

وهي الحقبة ما قبل صدور القانون المدني المصري النافذ رقم 131 لسنة 1948 حيث كان يعد القبض ركناً في العقد لا مجرد اثر من اثاره وبالتالي عدم تصور وجود عقد رهن حيازي بدون تحقق هذا الركن وانما مجرد وعداً بالرهن ومن ثم من مقتضيات انعقاد العقد هو تحقق اركانه الأربع من رضا ومحل وسبب وقبض وبذلك فان مسألة تكامل دور الراهن والمرتهن تبرز فيما يتعلق بتسليم وقبض المال المرهون الا ان هذا التكامل اذا ما قيس بنظيره عندما يكون القبض اثر من اثار العقد فانه يكون اقل منه شأناً

الحقبة الثانية:- في ظل القانون المدني المصري النافذ

اختلف الامر كثيراً في ظل القانون المدني المصري النافذ (رقم 131 لسنة 1984) حيث اعتبرت المادة 1096 ان القبض هو التزام يقع على عاتق الراهن¹ إذ جاء في هذه المادة ((الرهن الحيازي عقد يلتزم شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى اجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنون العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون))². وبذلك تحول العقد من عقد عيني لا يتم إلا بالقبض إلى عقد رضائي يكتمل بالإيجاب والقبول ويتحول القبض من ركن الى التزام على عاتق الراهن يجبر على تنفيذه وبذلك لا يمكن تصور قيام عقد الرهن الحيازي بشكل تام بدون التسليم الامر الذي يقتضي تعاوناً وتفاهماً مضاعفاً ما بين الراهن والمرتهن على هذا التسليم (الاقباض)، فعملية القبض هي واقعة تستلزم التعاون والتكامل ما بين الأطراف وعلى الرغم من ان طرفي عقد الرهن قد تراضيا عند انعقاد العقد على محله بصورة دقيقة الا ان هذا الامر لا يعني عدم وجود عوائق او ملابسات تكتنف عملية التسليم فقد تتدخل عوامل عدة من شأنها ان تضيي نوعاً من الصعوبة في هذه العملية لاسيما اذا كان محل العقد منقولاً حيث يتصف هذا المنقول بإمكانية نقله وتغيير مكانه بسهولة فضلاً عن عدم اقترانه بشكالية (كقاعدة عامة) تفرض على التصرفات القانونية المتعلقة به مما يزيد ويعاظم من المشكلات العملية المتعلقة بالتعامل به.

¹ وهذا الامر ما اخذ به المذهب المالكي الذي يرى ان القبض ليس شرطاً للزوم الرهن على هذا فان الايجاب والقبول هما الأصل في تحقيق الرهن فمتى وجد هذا الايجاب والقبول وجد الرهن حتى وان لم يتم القبض واذا تحقق الرهن فباستطاعة الطرفين ان يتفقا على تأجيل المرهون او حتى على ترك المرهون لدى الراهن تأسيساً على الثقة المتبادلة بين الطرفين وهذا ما اخذ به القانون المدني الكويتي في لمذكرة الايضاحية له...راجع د.محمد وحيد الدين سوار، المصدر السابق، ص 93

² وتقابلها نص المادة 1033 من القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 ((1- على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو العدل الذي عينه المتعاقدان لتسلمه. 2- ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع.))

أولاً:- تسلم المنقول

يتحلل القبض الى عنصرين هما التسليم والتسليم، ومثلما للتسليم احكام قانونية محددة فإنّ للتسليم الواقع من قبل المرتتهن نفسه ام من العدل له احكام خاصة به كذلك، ولا ينبغي لنا بمساواة وقياس احكام التسليم على التسلم كونهما فعلين منفصلين رهينين بظروفهما وحيثياتهما ولذلك فقد دأب المشرع العراقي على التعامل معهما باستقلالية عندما نظم استلام المبيع من المشتري وتسليمه من البائع فضلاً عن بيانه لاحكام الاستلام والتسليم بمناسبة عقد الايجار والوديعة والاعارة وغيرها من العقود الأخرى.

ولاريب ان هذه الاحكام تختلف تبعاً لمحل العقد سواء كان عقاراً ام منقولاً وسواء كان هذا المنقول مقترن بشكلية معينة أم غير مقترن بشكلية محددة من قبل المشرع.

أ- تسلم المنقول المقترن بشكلية خاصة (special formality)

عادة ماتكون التصرفات القانونية المتعلقة بالمنقول لا تقترن بشكلية معينة انطلاقاً من أسباب عدة أهمها ضمان سرعة تداوله وانتقاله من يد الى أخرى الا ان هذه القاعدة ليست مطلقة بل عليها استثناءات وجدت لمراعات حماية هذ المنقولات من التصرفات غير القانونية وغير المشروعة لاسيما فيما يتعلق بنقل الملكية، ومن هذه المنقولات المكنائ¹ والطائرات والبواخر والمركبات بمختلف أنواعها، فالقانون فرض شكلية محددة لنقل ملكية هذه الأموال وبالتالي يثار التساؤل حول إمكانية رهن هذه الأموال ومراعاة شكلية معينة ومدى ضرورة تكامل الأطراف لانعقاد العقد. وللجواب على هذا السؤال نود ان بين ان عقد نقل ملكية المركبات عقد شكلي الا ان رهنها رهنأ حيازياً يمكن تحقيقه من دون مراعاة شكلية خاصة بهذا الرهن وذلك استناداً لقانون المرور رقم 86 لسنة 2004 في القسم 5 الذي ينص ((٧- لا ينعقد بيع المركبة الا إذا سجل في دائرة التسجيل المختصة وأستوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة (٣) ثلاثة من هذا القسم إلا ما استثنى بقانون)). ويفهم من هذا النص أنّ الشكلية الخاصة المطلوبة هي شكلية محددة بنقل الملكية دون غيرها من التصرفات القانونية، ومن ثم فإنه يمكن اجراء رهن لهذه المركبات دون التقييد باي شكلية خاصة باستثناء ماورد بنص المادة 2/1344 من القانون المدني العراقي والتي تنص ((واذا وقع على منقول، فيشترط لنفاده في حق الغير ان يدون في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ الموثق بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن)) وعلى الرغم من ان المركبات تعد منقولات ولكن من طبيعة خاصة الا ان القانون المدني العراقي لم يفرد لها نمطاً خاصاً من احكام الرهن وانما خضعها لنفس احكام المنقولات الاعتيادية وتبعاً لذلك يمكن للراهن من التصرف باي نوع من التصرفات على المركبة (باستثناء البيع) من دون التقيد بشكلية خاصة. اما مايتعلق بالمكنائ فقد بينت الفقرة رابعاً من المادة 11 من قانون الكتاب العدول رقم 33 لسنة 1998 بانه ((تسجيل التصرفات القانونية الواردة على المكنائ وفق الاجراءات المنصوص عليها في هذا القانون)) وكذلك مانصت عليه المادة 30/ثانياً من ذات القانون بانه ((لا تنعقد في هذا القانون)) وكذلك مانصت عليه المادة 30/ثانياً من ذات القانون بانه ((لا تنعقد التصرفات القانونية على الماكنة الا بتسجيلها لدى دائرة الكاتب العدل المختصة)) ومن

¹ حيث تناول قانون الكتاب العدول العراقي رقم 33 لسنة 1998 في المادة 4/11 تحديد وكيفية التصرفات القانونية الواردة على المكنائ حيث جاء في هذه المادة ((تسجيل التصرفات القانونية الواردة على المكنائ وفق الاجراءات المنصوص عليها في هذا القانون)) وكذلك المادة 30 من نفس القانون (اولاً- تسجل الماكنة لدى الكاتب العدل في المنطقة الموجودة فيها. ثانياً لا تنعقد التصرفات القانونية على الماكنة إلا بتسجيلها لدى دائرة الكاتب العدل المختصة))

هذين النصين يتضح بانه عقد رهن الماكنة عقد شكلي يستلزم التعاون والتفاهم بين الراهن والمرتهن على اكمال هذا العقد حيث لا يكفي الاتفاق على اساسيات العقد وإعطاء حق الرهن وانما يجب ان ينصب هذا العقد بشكل محدد حدده القانون أي يجب الاتفاق الى مادون إعطاء الرهن ولا يمكن تصور الوصول لهذه النتيجة الا بتدخل إيجابي من الطرفين، لكن هل هناك من ضرورة قانونية تقتضي وجود الراهن وجوداً فعلياً لغرض انعقاد التصرف القانوني ؟ للإجابة عن هذا السؤال نجزم بضرورة تكامل الأدوار لغرض انعقاد التصرف القانوني (الرهن) حيث تقتضي الإجراءات بضرورة تواجد المرتهن او من ينوب عنه والراهن او من ينوب عنه لدى دائرة الكاتب العدل للتعبير عن ارادتهما الصريحة بعقد الرهن وهذا مانصت عليه المادة 22 من قانون الكتاب العدل والتي تنص ((لا يجوز للكاتب العدل تنظيم او توثيق اي سند الا بعد حضور اطراف العلاقة انفسهم او من ينوب عنهم قانوناً وتاكده من هوية كل منهم واهليته وصفته وصلاحيته تثبيت ذلك على السند)) وكذلك نص المادة 23 من نفس القانون ((يجب على الكاتب العدل قراءة السند على أطراف العلاقة وإفهامهم مضمونه وبعد موافقتهم وتوقيعهم عليه يقوم الكاتب العدل بتصديقه وختمه بالختم الرسمي ويذكر التاريخ بالحروف والارقام معاً بعد استيفاء الرسوم المقررة قانوناً)) ومن هذه الإجراءات نفهم ان عقد الرهن الحيازي وليد لتكامل في الإجراءات فضلاً عن التكامل في التعاطي مع الاداءات التعاقدية من تسليم واستلام للمال المنقول المرهون

ب- تسلم المنقول غير المقترن بشكلية (consensual)

نتراجع أهمية التكامل مابين اطراف العلاقة التعاقدية في العقود الرضائية قياساً مع فاعلية التكامل في حالة ان يكون محل العقد منقولاً يقتضي شكلية خاصة فنرى ان هذه العلاقة تصاب بالفتور قليلا كون ان المنقول لا يقترن بشكلية محددة لرهنه مما يقلل من العوائق القانونية او الفنية الناتجة عن العقد، باستثناء ما ينتج عن القبض باعتباره ركناً في العقد سواء كان هذا القبض من المرتهن او من العدل (neutral) الذي يقوم مقام المرتهن على الرغم من ظهور بعض الاتجاهات القانونية التي تنادي الى مايسمى بالرهن الطليق وهو الرهن الخالي من الحيازة الفعلية¹ للمنقول المرهون² مما يفرز نوعاً من الاستقلالية بالاداءات التعاقدية مابين اطراف ويثار السؤال هنا هل يتحول الرهن الحيازي في هذا النوع من الرهون الى عقد ملزم لجانب واحد مما يقوض التكامل ؟ ومايدعونا لطرح هذا السؤال ان التكاملية في العلاقة مابين الراهن والمرتهن ما هي الا اثر من اثار العقد الملزم للجانبين الذي يرتب حقوق وواجبات على طرفي العلاقة التعاقدية وفي حال ان اتصف العقد بانه ملزم لجانب واحد فقط فان احد الأطراف التعاقدية سوف يكون بحل من

1 حيث عرفه القانون الفرنسي في المادة 2333 في الكتاب الرابع من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل الذي طرأ عليه بالمرسوم رقم 341/2001 الصادر في 23 مارس

((le gage est une convention par laquelle le constituant accord à un créancier le droit de se faire de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs Les créances garanties peuvent être présentes ou futures ; dans ces, elles doivent être déterminables))

² ويكثر هذا الرهن في ميدان القانون التجاري كرهن المحلات التجارية وrehن حقوق الملكية الفكرية والأوراق المالية وrehن الطائرات.... راجع فتحية امحمد احمد، أحكام رهن الأموال المنقولة والديون رهناً مجرداً من الحيازة، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الشرق الأوسط، 2021، ص17

الالتزامات التعاقدية ويتحول العقد من وصف الملزم لجانبين الى وصف الملزم لجانب واحد فقط (binding) إذ ان من اهم الاثار القانونية التي تستلزم التكامل تنقذ من ركن القبض الذي يولد بدوره مجموعه من الالتزام مابين الأطراف منها المحافظة على المرهون وادارته واستثماره وبدون هذا القبض لا يكون هنالك التزام جوهري (substantive) ملقى على عاتق المرتهن .

ثانياً:- تسلم العقار (غير المنقول): ان عملية تسلم المرهون غير المنقول يمكن ان تكون من قبل المرتهن نفسه كقاعدة عامة ويمكن ان تكون من قبل شخص اخر يطلق عليه ب (العدل) الذي يحوز العقار نيابة عن المرتهن، وتسلم العقار في عقد الرهن الحيازي يكون بتخليته من قبل الراهن ووضعه تحت تصرف المرتهن وعلى المرتهن ان يتسلمه وفقاً للزمن المتفق عليه فضلاً عن ضرورة تسلم العقار وما يلحق به من عقارات بالتخصيص وحقوق ارتفاق له وعلى المرتهن تسلم العقار وقبضه بحسن نية فلا يبادر الى تأجيل القبض بدون مسوغ او يقبض المرهون على دفعات من دون مبرر منطقي او اعتراضه بدون مبرر من تسلم العقار بوصفه اصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره من المرتهنين¹ او اعتراضه غير المسبب بان يكون غيره من المرتهنين قابضاً للمرهون بصفته اصيلاً عن نفسه ونائباً عنه (المرتهن) بل عليه تكريساً للتكامل والتعاون ان يذل ما يجده من صعوبات عملية في التسلم كما في حال عدم ابطائه في تسلم العقار المرهون لوجود فرصة مواتية لاستثماره قد لا تتحقق في حال تاخيره بالتسلم

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للدور التكاملي

من الثابت ان السبب من ابرام عقد الرهن الحيازي (Gage au nantissement) هو اما لمد اجل او لضمان التزام بذمة المدين الراهن (lience)، وبذلك فان أساس عقد الرهن هو وجود منافع متبادلة لطرفيه مما يستلزم نوعاً من التعاون والتطافر مابين الافراد وبغير ذلك فقد يعجز البعض من الحصول على منفعة ما سواء كانت هذه المنفعة بصورة قرض او مد اجل قرض او لضمان اعتماد مفتوح، ولذلك فمن غير الممكن ان يفترن الايجاب والقبول على محل معتبر من دون الاتفاق على المسائل الجوهرية المتعلقة بهذا المحل على اقل تقدير، فعلى الرغم من ان المدين الراهن (lience) له مصلحة ظاهرة واضحة من عقد الرهن الا ان ذلك لا يغني عن ضرورة تدخل الدائن المرتهن إيجابياً لغرض إنجاح العملية التعاقدية مما يجعلنا نتلمس الدور التكاملي لهذا العقد من تعريف القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 لعقد الرهن الحيازي في المادة 1321 والتي جاء بها ((الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن او في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلاً او بعضاً مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال))². وفي هذا النطاق فاننا نادراً مانسمع في اطار القواعد القانونية بالدور التكاملي مابين اطراف العقد إلا أن هذا المصطلح شاع استعماله في الاونه الأخيرة نظراً لاتساقه مع كثير من الوقائع والتصرفات القانونية التي تصدر من الافراد

¹ وهذا المضمون نص عليه القانون المدني الكويتي عندما نص في المادة رقم 1032 على ((يجوز أن يرهن الشيء رهنا حيازياً ضماناً لعدة ديون إذا قبل من تسلم الشيء أن يحوزه لحساب أصحاب تلك الديون حتى ولو كان هو أحدهم)).

² ويقابلها نص المادة 1096 من القانون المدني المصري والتي تنص ((الرهن الحيازي عقد يلتزم شخص ضماناً لدين عليه او على غيره ان يسلم الى الدائن او الى اجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين وان يتقدم الدائنون العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون))

عند إبرام عقودهم، إذ ترى أن العقد لا ينتج الأثر الإيجابي الذي ابتغاه المشرع ما لم تتسم العلاقة بين أطرافه بالانسجام وينتج عنها تكاملية في أداء الأدوار التعاقدية، إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المناخ هو ماهي الطبيعة القانونية لهذا التكامل ومن أي منطقة قانونية يقترب فهل هو نفسه ما ينتج عن ركن الرضا في العقود أم هو عنصر التعاون مابين المتعاقدين أم هو وضع قانوني مستقل له إطاره الخاص به

الفرع الأول: التكامل باعتباره من مخرجات التراضي بشكل عام

بيننا سابقا بأن مصطلح التكامل غير شائع سابقا في الدراسات القانونية ونادراً ما يستعمله الفقهاء في دراساتهم، واستعمالنا له ناتج عن تعبيره الدقيق عن التصرف القانوني مابين أطراف عقد الرهن الحيازي أحياناً، لكن هل المقصود بالتكامل مابين الراهن والمرتهن هو الأمر المحصور بالتراضي مابين الاداءات في الرهن الحيازي؟ أي هل أن هذه الصورة هي ما يقصد بها بالتكامل أو ما يتعلق بهذه الصورة أم أن له مدلولات أخرى.

لاشك أن من أهم مخرجات التكامل هو التراضي في العقود وبمعناه الواسع فلا شك أن أي عقد بشكل عام لا ينعقد بدون توافر الركن المهم في العقد وهو ركن الرضا، والرضا كما هو معروف لا بد أن ينصب على محل العقد، وعلى الرغم من أن الفائدة الكبرى من إبرام عقد الرهن الحيازي تعود على شخص الراهن إلا أن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال عدم وجود فائدة للمرتهن وهذا الأمر يحتم تكاملاً بين الطرفين في الاتفاق على محل العقد أي أن الراهن وحده أو المرتهن وحده لا يمكن لهم من إتمام العقد بدون تدخل إيجابي من الطرف الآخر، وعلى الرغم من هذه الميزة تشترك من حيث المضمون مع مفاهيم ركن الرضا إلا أن التكامل المقصود لا ينحصر بركن الرضا وأن يشترك معه في بعض المواطن، فالتكامل في هذه العلاقة التعاقدية يعني به التدخل الإيجابي من أحد أطراف هذه العلاقة وبما يضمن اكتمال التصرف القانوني وينتج عنه آثاراً قانونية معتبرة. وبذلك فإن هذا التكامل وأن صح اعتباره ناتج عن تراضي طرفي عقد الرهن على محله¹ إلا أنه لا يمكن اختزاله بهذا الأثر البسيط حيث يظهر وبوضوح على مجمل الأحكام القانونية في عقد الرهن وبذلك نستنتج أحياناً أن هذا التكامل ماهو إلا التوافق مابين أطراف العلاقة التعاقدية على تكميل الأحكام القانونية والاتفاقية مابين الأطراف إلا أنه يظهر بشكل مميز وفاعل وواضح في التراضي على محل عقد الرهن

الفرع الثاني:- التكامل باعتباره انعكاس للتعاون التعاقدية (collaboration) تعدّ العقود ابهى صورة من صور التعاون² مابين الافراد فهذه العقود لا تخرج للحياة إلا بعد تضافر جهود أطرافها³ من خلال ما اسماء الفقه القانوني الحديث باتحاد الإيجاب والقبول، إذ أن هؤلاء الافراد وما يملكونه من نزعات شخصية و غرائز فطرية تقودهم الى تحقيق منافع شخصية صرفة فيصطدمون في غالب الأحيان برغبات الطرف الآخر من العقد وهذا التصادم اذا ما تمسك به أطرافه فإنه في الغالب لا يقودنا الى نهاية سليمة، الأمر الذي يحتم وبشكل لا ريب فيه من تنازل كل من طرفي العلاقة عن بعض شروطهم العقدية

¹ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، الطبعة الأولى، دار دجلة-عمان، 2008، ص398

² ويتأسس على مبدأ حسن النية، وهو المبدأ الذي يسود العلاقات التعاقدية وفي جميع مراحلها دون استثناء من إبرام وتنفيذ وانتهاء. د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط3، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة 1978، ص318

³ أمل كاظم سعود، الالتزام بالتعاون في العقود-دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة النهدين، 2007، ص24

لمصلحة الآخر لاتمام التعاقد، وأحياناً يتطلب إكمال العقد نوعاً أكبر من هذا التعاون (collaboration) إذ أن على المدين أحياناً أن يقوم بعمل إيجابي¹ يؤدي الى تيسير تنفيذ التزامات الدائن² فعليه في عقد الرهن الحيازي مثلاً أن يخبره عن حالة المرهون وما يستلزم من تحضيرات فنية لغرض قبضه أو اعلام المرتهن بأن المرهون يحتاج الى وضع خاص لغرض حفظه من الهلاك أو إعلامه بمكان المرهون وكيفية الوصول له وموعد تسجيل الرهن وحتى في بعض الأحيان مساعدة المرتهن لحين الانتهاء من وزن الأموال المنقولة أو كيلها وكل ماعسى أن يمنع من أن يكون تنفيذ العقد تنفيذاً عسيراً أو مرهقاً (stessful) على الدائن المرتهن (lienor) مما تتعدم معه مصلحة الراهن³، بل يذهب التعاون ابعد من ذلك عندما يفرض على الراهن باخطار المرتهن بما ينشأ اثناء عقد الرهن كما في حالة رهن مجموعة من الحيوانات النادرة فعلى الراهن اعلام المرتهن بنوعية الطعام⁴ واصناف العلاج واللقاحات التي تحتاجه هذه الحيوانات وطبيعة أماكن ايوائها فيما يظهر بوضوح ان الصفة الطاغية للالتزام بالتعاون تنحصر بالادلاء بالبيانات والمعلومات وتعلو كفتها على التصرفات القانونية الايجابية التي يتميز به التكامل ولذلك فقد يقترب هذين المضمونين من بعضهما اقتراباً شديداً⁵ إلا اننا لانجد ان مصطلح التكامل يمكن اختزاله بهذا النطاق فقط فهو في عقد الرهن الحيازي يمكن ان يوصف بأنه ما يصدر من المرتهن من تصرفات قانونية يستكمل بها ماصدر من تصرف سابق من قبل الراهن للوصول الى اثر قانوني متفق عليه بين الطرفين (أو العكس بحسب الأحوال). كما في حالة قيام المرتهن بإدارة المال المرهون بدلاً عن الراهن بعد ان نقلت حيازته له أو كما في حالة اتفاق الراهن والمرتهن مرة ثانية لتتصيب عدل بعد وفاة العدل السابق⁶ وكذلك ماتقتضيه التسويات المالية بين الطرفين في حالة استفادة المرتهن من استعمال المال المرهون⁷

الفرع الثالث:- الطبيعة القانونية الراجعة

قد لا نرى في الاتجاهين السابقين ما يدفعنا بقوة للقول بان التكامل مابين الراهن والمرتهن هو من مضامين الاتجاه الأول أو الثاني الوارد ذكرهما، ففيما يتعلق بالاتجاه الأول (التكامل باعتباره من مخرجات التراضي بشكل عام) فان هذا التراضي قد وضعه المشرع العراقي بل وحتى المقارن في خانة اركان العقد المعروفة وبالتالي هو ركن من اركان العقد والذي لا ينعقد العقد بدونه ومن ثم لا يمكن وصف هذا الارتباط بالتكاملي لان هذا الارتباط وان كان يوحي بالتكاملية في التصرفات الا انها تكاملية لها وضعها القانوني الخاص بها والمحدد لها من قبل المشرع مما جعلها خارج التكاملية المقصودة بمدار البحث. اما مايتعلق بكون الالتزام بالتعاون باعتباره صورة من صور التكامل فاننا لانخفي التقارب الشديد بين الالتزام بالتعاون والتكامل مابين طرفي عقد الرهن الحيازي⁸، الا ان

¹ المصدر نفسه، ص 26

² حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، القاهرة، مطبعة مصر، 1949، ص 46

³ المصدر نفسه، ص 48

⁴ د. محمد لبيب شنب، دروس في التامينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 154

⁵ د. خالد جمال احمد، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 169

⁶ ينظر المادة 3/1323 من القانون المدني العراقي

⁷ ينظر المادة 1340 من القانون المدني العراقي

⁸ ينظر المادة 2/1359 من القانون المدني العراقي والتي تنص ((وعلى المرتهن أو الراهن ان يتعاونوا على استغلال ما اداه المدين، وان يكون ذلك على افيد الوجوه للراهن دون ان يكون فيه ضرر للمرتهن)).

جوهر الاختلاف يكمن في ان الالتزام بالتعاون في تنفيذ العقد غالباً ما يأخذ صورة الالتزام بالادلاء بالبيانات الضرورية والالتزام بتحذير الطرف التعاقدى الثاني فضلاً عن الالتزام بالاعلام¹ اما التكامل فانه غالباً ما يأخذ صورة اكثر عمقاً من ذلك إذ انه ينصب على تدخل الطرف التعاقدى في إنجاح العملية التعاقدية من خلال قيامه باعمال مادية ضرورية وظاهرة وواضحة وملموسة الامر الذي يجعل هنالك فارقاً بين المصطلحين من حيث قوة الأداء التعاقدى المطلوب. ونرى ان الطبيعة القانونية للتكامل اقرب ماتكون الى الالتزام بالمساهمة في تنفيذ العقد² اذ يلتزم اطراف عقد الرهن الحيازي وخصوصاً المرتهن بالمساهمة الفعالة الواضحة في إنجاح العقد حيث يُعتمد على تكامل الأدوار مابين الأطراف وبدون هذا التكامل يصعب الوصول للنتيجة المتوخاة منه

المبحث الثاني : صور التكامل في عقد الرهن الحيازي

إنّ للتكامل مابين الراهن والمرتهن في عقد الرهن الحيازي صور كثيرة وتطبيقات عدة ، فمنها ما يكون نابع من النصوص القانونية الصريحة الواردة في القانون المدني العراقي ومنها ما يجد أساسه في الإرادة التعاقدية لاطراف عقد الرهن، لذا سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نخصص الأول منهما لصور التكامل القانونية فيما نبين صور التكامل التعاقدية في مطلب ثانٍ

المطلب الأول : صور التكامل القانونية

يقتضي التكامل مابين الأطراف في شق منه أن يستند إلى نص في القانون ، حيث يكون من الصعب على أحد الأطراف القيام بعمل قانوني أو مادي ويترتب عليه آثاراً قانونية من دون وجود ما يضمن لهذا الطرف ان الاعمال التي قام بها تعد اعمالاً مشروعة ومتسقة مع احكام القانون لذا فان هنالك مجموعة من صور التكامل نابعة من احكام القانون المدني بشكل مباشر نستنتجها من خلال إشارات واضحة وجلية في هذا القانون.

الفرع الأول:- إتمام رسمية العقد (التسجيل)

تعد الرسمية من اهم الضمانات التشريعية لعقد صحيح ناجح خالٍ من الأخطاء والشبهات، فعقد الرهن الحيازي لا ينعقد بمجرد اتفاق اطرافه بل لابد من التسجيل في الدائرة المعنية وهي دائرة التسجيل العقاري فضلاً عن ضرورة تحقق ركن القبض، وتتضمن هذه الرسمية شكلية محددة ينص عليها القانون وهي صورة خاصة من صور التعبير عن الإرادة يفرضها المشرع³ ويجب على الأطراف مراعاتها وتنفيذها والا نتج عن ذلك عدم انعقاد العقد وتخلف الآثار القانونية المترتبة عليه⁴ والتي يرمون لها ويبتغيها المشرع ومن ضمنها استقرار المعاملات⁵. ولكون الرسمية وما تتضمن من شكلية معينة اعتبرها المشرع العراقي ركناً في العقد لذا فان هذا الاجراء المهم يجب ان يصاغ بعناية وحرص مما يقتضي تعاوناً وتكاملاً من طرفي العقد لغرض إتمام العملية التعاقدية اذ من المتعذر

¹ حيث يستند هذا الالتزام الى مبدأ حسن النية الذي نظمته القانون المدني العراقي في المادة 150 عندما نصت ((1) - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2 - ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام))

وقد نظم القانون المدني المصري هذا المضمون في المادة 148

² امل كاظم سعود، المصدر السابق، ص 161

³ د، جميل الشرفاوى، نظرية بطلان التصرف القانوني ، مطبعة جامعة القاهرة، 1956م، ص 310.

⁴ علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، بدون طبعة، 2009، ص 205

⁵ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1489/م/2012 في 2012/11/12 مذكور لدى القاضي، لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد، الطبعة الاولى، 2013، ص 31

قيام الراهن بمفرده ومن دون تدخل فعلي إيجابي من المرتتهن اوائبه من إتمام هذه الشكليه وفقاً للإجراءات المطلوبة في القانون المدني العراقي وقانون التسجيل العقاري، وبالتالي فإن تكامل الأدوار مابين الأطراف هو من شأنه فقط من إنجاح العملية التعاقدية. ولا ريب فإن هذا التكامل يمكن استنتاجه وبوضوح من الإجراءات العملية التي يقتضيها التسجيل في دائرة التسجيل العقاري حيث جاء بالمادة 107 من قانون التسجيل العقاري على ((تسجيل المعاملة في سجلها الخاص اثر اكمال مراسيمها القانونية بموافقة رئيس دائرة التسجيل العقاري ان كانت غير تابعة للاقرار وبعد اقرار المتعاقدين امام الموظف المختص ان كانت من التصرفات الرضائية)). وينشط الدور التكاملي لطرفي عقد الرهن في الشكليه الاتفاقية اكثر نسبياً من الشكليه القانونية إذ إنّ الأفراد مجبرين على مراعاة الشكليه القانونية، وإلا اتسمت عقودهم بالبطلان كونها متعلقة بالنظام العام¹ وغالباً ماتكون محددة اجرائاتها بنص القانون فلا تترك للأفراد مرونة في مديات التطبيق مما يعزز اهميتها التي اوجدها المشرع كضمانة للأفراد وبغية ان تتسم تصرفاتهم بالصحة وهذا مانص عليه القانون المدني العراقي في المادة 90 ((1 - اذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك. 2 - يجب استيفاء هذا الشكل ايضاً فيما يدخل على العقد من تعديل)). وكذلك ماجاء بالمادة 137 ((3 - ويكون باطلاً ايضاً اذا اختلفت بعض اوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون)). ومن ابهى الإشارات الدالة على التكاملية مابين الافراد هو نص المادة 109 من قانون التسجيل العقاري الذي ينص ((1- ينعقد التصرف القانوني بمجلس عقد واحد بايجاب وقبول طرفي العقد او من ينوب عنهما امام الموظف المختص بعد قيامه بتلاوة شرح القرار للتصرف المذكور عليهما كما درج في استمارة التسجيل 2 - تعرف شخصية المتعاقدين بالاستناد الى وثائق رسمية او بمعرفة الموظف المختص او شهادة شاهدين ويثبت ذلك على استمارة التسجيل وفي السجل)) وكذلك نص المادة 110 ((1- يوقع المتعاقدون والشهود ان وجدوا في المعاملة المبرمة في الدائرة في استمارة التسجيل والسجل 2 - اذا وقع الاقرار خارج الدائرة فيكتفي بتوقيع المتعاقدين والشهود ان وجدوا في استمارة التسجيل بنسختين ويشار على ذلك في السجل)) فكل الإشارات الواردة في هذه النصوص من ضرورة الحضور الشخصي وضرورة توقيع الأطراف على المعاملة ما هي الا ومضات دالة على الدور التكاملي لأطراف عقد الرهن الحيادي اما الشكليه الاتفاقية التي من الممكن ان تقترن بعقد الرهن الحيادي في الدول التي تجيز ذلك فانها ترمي الى تعزيز الإجراءات التعاقدية بشكليه متفق عليها مابين طرفي العقد حيث تعرف بانها ((اتفاق الأفراد على ضرورة إتيان تصرفهم في شكل محدد يتفقون عليه مقدماً))²، وفي حال عدم إتيانها يعد العقد غير صحيح ولا يمكن التمسك به من قبل اطرافه. وقد اخذ بهذا الاتجاه القانون المدني الكويتي في المادة 66 منه عندما نص ((اذا اشترط المتعاقدان لقيام العقد اتباع شكل معين في ابرامه فانه لايجوز لاحدهما بدون رضاء الاخر ان يتمسك بقيامه ما لم يات في الشكل المتفق عليه)) وتختلف هذه الشكليه لاتمنع العقد من الانعقاد في حال التراجع عنها اذا وجدت القرائن بالتخلي عن التمسك بها³ اذ لا يمكن بحال من الأحوال مساواتها مع الشكل القانوني على حد

¹ د. محمد وحيد الدين سوار، المصدر السابق، ص 15

² د. ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، القاهرة، ١٩٩٢ ص.

³ د. محمد وحيد الدين سوار، المصدر السابق، ص 15

السواء¹، ولم تأخذ الدول العربية كلها بهذا الاتجاه فلم يأخذ به لا القانون المدني العراقي ولا المصري وإنما اقتصر على دول معينة لها فلسفتها الخاصة كالقانون المدني الكويتي

الفرع الثاني:- رهن المال الشائع (communities)

تعدّ فكرة الشيوخ من أكثر الأفكار تعقيداً وغموضاً في ميدان القانون المدني فهي تشكل قلقاً وازعاجاً كبيراً للشركاء في المال المشاع وهذا الامر يبدو واضحاً من كثرة النزاعات المعروضة امام القضاء والناجمة عن حالات الشيوخ مابين الملاك بل تشعر أحياناً بان النصوص القانونية الموجودة في القانون المدني ليست كافية او ليست بالمرونة المطلوبة لحل هذه النزاعات، الا ان من اكثر المعالجات ايجابية والتي من شأنها ان تذلل وتذوب كثير من المنازعات هي تنازل الافراد المشتاعين عن بعض من حقوقهم غير المؤثرة تارة ومرونتهم في التعامل مع الوقائع المادية تارة أخرى، وإذا كان من الممكن معالجة حالة الشيوخ والحالات الناشئة عند نقل ملكية المال الشائع بتحمل بعض المصاعب البسيطة الا ان هذا الامر يتخلله بعض الصعوبة في حال كون المال المشاع محلاً للرهن لاسيما الحيازي منه اذ باقتران احكام المال المشاع واحكام الرهن الحيازي تتولد جملة من الاحكام القانونية التي تتطلب قدراً كبيراً من الدقة والحذر في تطبيق النصوص القانونية لحل النزاعات الناشئة عنه ولتفادي هذه الاشكالات فلا بد من تفاهم وتعاون بين اطراف عقد الرهن للوصول للعمل التكاملي فيما بينهم، فالطرف الواحد لا يمكن له الوصول بالعقد الى الوجهة التي انعقد من اجلها، ومن حالات التكامل مابين الأطراف في الرهن الحيازي على المال الشائع هي ما أسست له المادة 1329 من القانون المدني العراقي والتي تنص ((يجوز رهن المال المشاع رهناً حيازياً وتسري عليه احكام الرهن التاميني الواردة في المادة 1291)) حيث اكتنزت المادة 1291 على الكثير من الاحكام القانونية التي توجب تكاملاً وتضافراً مابين الأطراف لحل المشاكل الناتجة عن حالة الشيوخ، ومن هذه المادة نستخلص الاحكام التالية:

أ- مظهر التكامل في رهن المال المنقول الشائع

لاشك أن نص المادة 1329 من القانون المدني العراقي عندما أحالت تطبيق حالات رهن المال الشائع الى المادة 1291 والخاصة بالرهن التاميني(hypothecation) فإنه يقصد به تطبيق هذه الاحكام مع مراعاة اذا كان المحل عقار او منقول وبالتالي لا يمكن التمسك بحرفية المادة اذا كانت الاحكام القانونية في هذه المادة منسجمة مع العقار دون المنقول، وبالرجوع الى نص المادة 1291 نجد أنها تتناول العقار دون المنقول حيث نصت على ((1 - اذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة الى الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب هذا الشريك. 2 - ويبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع ملاك العقار الشائع او المتصرفين فيه، ايأ كانت النتيجة التي تترتب فيما بعد على قسمة العقار او على بيعه او افراغه لعدم امكان قسمته)) وبالتالي فان تطبيق الاحكام الواردة في هذه المادة على المنقول المشاع تعد من قبيل المحال القانوني وبخلاف قصد المشرع. وتطور إمكانية رهن المال المنقول المشاع حيازياً مع فرضية إمكانية قبضه فاذا تبين بوجود هذه الامكانية فمن الممكن قيام الراهن برهن هذا المال، فرهن النقود (المشاعة) مثلاً ممكنه اذا تمكن المرتهن بحيازتها كاملاً ورهن المركبة التي هي على الشيوخ رهناً

¹ د.وسن قاسم غني، الشكليات الاتفاقية في العقود، بحث منشور، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد. المجلد 3، العدد 1 (31 مارس/أذار 2011، ص20)

حيازياً ممكنة ايضاً، وهذه الامكانية مشروطة بتحقيق مناخها العام فلا يمكن حصولها بسهولة الا بوجود التكامل مابين الشركاء فيما بينهم من جانب ومابين الشركاء الراهنين والمرتهن من جانب اخر، فمن صور هذا التكامل هو عدم تمسك المرتهن بالامتناع عن قبول المنقول المشاع اذا اتفق الشركاء على المهايأة الزمانية فيما بينهم او ضرورة ان يتصف المرتهن بمرونة اكبر في قبول احد الأشخاص بوصفه عدلاً (neutral) يحوز المنقول المشاع كله نيابة عن الراهن وشركائه ونيابه عن المرتهن او ان يقبل المرتهن بان يحوز الحصة المرهونة بوصفة مرتهناً ويحوز باقي الحصص الأخرى والعائدة للشركاء الآخرين باي صفة يتفق عليها¹، ومن ابهى صور التكامل في هذا المناط هي قبول المال المشاع كرهن ناتج عن المهايأة فالمرتهن في هذا الحال يكلف بقبض سلس ومن دون إشكالات كونه يقبض منقول يشترك فيه اكثر من شخص مما يستدعي توخي الدقة والحذر في التعامل مع هذا المال حيث وان كان للمرتهن حقاً صريحاً فيما يتعلق بدانته (الراهن) الا انه في أحيان كثيرة لا يكون له هذا الحق الواضح على حصص شركاء الراهن مما يستلزم منه التخلي عن التشكي والتذمر والادعاء باسبط الحقوق غير المؤثرة.

ب- مظهر التكامل في رهن المال العقاري الشائع

تظهر منازعات الشيوخ العقاري اكثر من الشيوخ غير العقاري وذلك بسبب ان النزاعات الناشئة عن الشيوخ العقاري عادة ما تنسم باثار مالية كبيرة ومعقدة. وقد عالج القانون المدني العراقي موضوع الشيوخ في العقارات (حتى وان كان الرهن حيازياً ضمن احكام الرهن التاميني)، فرهن عرصه من الأرض المشاعة الى الدائن المرتهن مثلاً يكتنفها الكثير من الصعوبات التي من الممكن ان تذلل عن طريق تدخلاته الايجابية او عن طريق مرونته في التعامل مع الوقائع الاستثنائية النابعة من طبيعة حالة الشيوخ. وبذلك فقد رسمت المادة 1291 من القانون المدني العراقي الاطار العام لرهن الحصة الشائعة في العقار² ومنها نستنتج ضرورة التكامل ومثال ذلك عند تحول الرهن نتيجة القسمة من الحصة الشائعة المرهونة الى الحصة المفروزة التي وقعت في نصيب الشريك الراهن فعلى المرتهن عند تحقق هذا التحول واعمالاً لضرورة التكامل مابين الاداءات ان يبادر وبدون ابطاء او تراخي الى الاتي:-

- 1- تخلي المرتهن عن حيازة الحصة القديمة (قبل القسمة) بسلاسة ومن دون معارضة وعدم التشبث بها في حال انتقالها الى مالك اخر وذلك لان القانون ضمن له حقوقه عندما اوجب تحول الرهن الى الحصة الجديدة بعد القسمة ولا ضير على المرتهن من وضع يده على هذه الحصة الا في حالة واحدة هي ان تكون الحصة الجديدة اقل قيمة من الحصة القديمة فحينها يمكن للمرتهن ان يطالب برهن تكميلي او فسخ الرهن
- 2- وضع يده على الحصة المفروزة الجديدة التي آلت للشريك الراهن بعد القسمة وانتقال حيازته عليها
- 3- القيام باعمال الإدارة على الحصة المفروزة الجديدة اذا كانت من العقارات التي تحتاج الى إدارة كما في حال ان تكون هذه الحصة مصنعاً او فندقاً او محل تجاري

¹ محمد طه البشير و د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص 505

² حيث تنص المادة 1291 ((1) - اذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة الى الحصة المفروزة التي وقعت في نصيب هذا الشريك. 2 - ويبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع ملاك العقار الشائع او المتصرفين فيه، اياً كانت النتيجة التي تترتب فيما بعد على قسمة العقار او على بيعه او افراغه لعدم امكان قسمته

- 4- المباشرة ومن دون ابطاء الى استغلال الحصة المفروزة الجديدة كما في حالة ان تكون الحصة ارضاً زراعية او بستاناً
- 5- اجراء اعمال الصيانة والحفظ على الحصة المفروزة الجديدة وان يدفع عنها ما مايستحق من تكاليف وضرائب¹
- 6- اعلام الراهن عن مايصيب الحصة الجديدة من هلاك كما في حال تعرض الأرض الزراعية لحشرة فتاكة او نقص في القيمة وكذلك في حال وان تعرضت الحصة الجديدة (فندقا) الى تهدم بعض من اجزائها²
- ومن هذه الحالات نرى ان القيام بهذه الاعمال التي توصف بالتكاملية من شأنها ان تنقذ الرهن من الفسخ او تجنب الأطراف الاثار السلبية الناتجة عن الاخلال
- الفرع الثالث: مظهر التكامل في حفظ المرهون وصيانتته**
- يعد القبض من اركان عقد الرهن الحيازي التي لاينعقد بدونها سواء كان المحل عقاراً ام منقولاً ومن اثار هذا القبض هو انتقال المال المرهون من يد الراهن الى يد المرتهن او الى يد عدل يرتضيه الطرفين، ويرتب هذا الأثر التزاماً على عاتق المرتهن بحفظ المرهون الذي في حوزته وصيانتته أيضاً.

أ-التكامل في حفظ المرهون (preservation): لكل عقد من نهاية ونهاية عقد الرهن الحيازي لاتخرج عن امر من امرين فاما ان يسدد الراهن مابذمته من دين فيبادر المرتهن بإعادة المال المرهون له او يعزف الراهن عن الوفاء مابذمته من التزام فيقوم المرتهن بالتنفيذ على المال المرهون وفقاً للإجراءات القانونية المحددة في قانون التنفيذ، فطالما كان العقد نافذاً فان على المرتهن التزاماً بحفظ المرهون من الهلاك، فيلتزم هذا المرتهن بحفظ مال لايعود له واحيانا ليست له خبرة به مما يزيد من صعوبة تنفيذ ما عليه من واجبات قانونية لايمكن ان يكتب لها النجاح الا بتكامل أدوار الطرفين وهذا المضمون هو ماجاءت به المادة 1/ 1338 ((على المرتهن ان يبذل في حفظ المرهون رهناً حيازياً وصيانتته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وان يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه وان يدفع ما يستحق عليه من ضرائب وتكاليف على ان يرجع بذلك على الراهن، وهو مسؤول عن هلاكه كلاً او بعضاً ما لم يثبت ان ذلك يرجع لسبب اجنبي لا يد له فيه)). فعلى سبيل المثال اذا كان المرهون بستاناً للنخيل فعلى الراهن ان يبادر الى اعلام المرتهن عن أماكن ابار السقي لمنع المغروسات من الهلاك واذا كان المرهون مصنعاً فعلى الراهن ان يرشد المرتهن الى التصاميم الأساسية للاسلاك والانابيب والمواسير كي لا يواجه المرتهن صعوبات في تفقدها واذا كان المرهون منزلاً للسكن فعلى الراهن اعلام المرتهن عن مكان شبكة الكهرباء والماء والانترنت. اما اذا كان محل الرهن منقولاً فيستلزم لحفظه ان يبادر الراهن الى كل ما هو ضروري لذلك وما يقتضيه العرف او الشرط التعاقدى الوارد بالعقد³ فاذا كان المرهون عبارة عن مركبة فعلى المرتهن حفظها من الهلاك القانوني ويقصد بالهلاك القانوني الحفاظ على سلامة موقف المركبة من حيث تحديث سجلات ملكيتها كما في حالة تنبيه المرتهن للراهن بضرورة تحديث مستندات الملكية الخاصة بهذه المركبة

¹ ينظر المادة 1/1338 من القانون المدني العراقي، المادة 1106 من القانون المدني المصري، المادة 1391 من القانون المدني الاردني

² ينظر المادة 2/1338 من القانون المدني العراقي

³ حيث يمكن ان يورد المرتهن شرطاً في العقد يلزم به الراهن بان يطلعه على كل ما هو ضروري لحفظ المرهون من الهلاك في حال كون المرهون ذو طبيعة خاصة او محاط مكانياً بظروف لها خصوصيتها

في الوقت المحدد عن طريق طلب قيام المرتهن بذلك نيابة عن الراهن¹، وفضلاً عن ذلك فعلى المرتهن حفظها من الهلاك المادي وهو امر يكثر حدوثه فيبادر الى خزنها في أماكن مؤمونة وبعبدة عن مصادر الخطر وان يبادر الى كل ما يقتضيه العرف في المحافظة على هذا المال من ضرورة تزويدها بالوقود وتبديل زيوتها واستبدال اجزائها المتضررة من دون ابطاء واذا كانت هذه المركبة من نوعيه متميزة فعلى المرتهن ان يستعين بذوي الاختصاص في الحفاظ عليها من التلف، وفي حال كون المال المرهون عبارة عن مواد كيميائية باهظة القيمة فعلى المرتهن حفظها في وسط مناخي ملائم وبما ينسجم مع طبيعتها الخاصة

ت- التكامل في صيانة المرهون (maintenance): عادة ماتقترن اعمال الحفظ باعمال الصيانة اذ ان الحفظ والصيانة غايتهم واحدة وهي الحفاظ على المال المرهون وهذا الحفاظ لا يؤتي بثماره الا اذا تكامل الراهن والمرتهن في تصرفاتهم وهذا التكامل هو السبيل الوحيد في المحافظة على المال المرهون فليس من المنطقي ان يتجاهل المرتهن حاجات المال للصيانة بداعي عدم ملكيته له وان هذا المال تحت حيازته على سبيل الرهن فقط حيث تنبه المشرع لهذه الفطرة الإنسانية ففرض التزام على المرتهن في المادة 1/1338 (السالفة الذكر) الا ان هذا الالتزام يصعب تنفيذه في أحيان كثيرة مالم يبادر الراهن باسعاف المرتهن بتزويده ببعض المعلومات او المستلزمات كي يتمكن المرتهن من صيانة المرهون وفق الحالة النموذجية، فالمرتهن عند حيازته للمال المرهون وقبضه ان يستعلم من الراهن حول كل مايستلزمه الشيء لصيانتة والمحافظة عليه كما في حال وان كان الشيء المرهون بستاناً للثمار فعلى الراهن ان يستعلم أولاً عن الأسمدة المحددة والمبيدات التي يجب اعتمادها وثانياً عليه ان يبادر الى القيام بكل ماتستلزمه الصيانة للمحافظة على المال، واذا كان محل الرهن آلات كهربائية فعلى المرتهن صيانتها الصيانة الاعتيادية منها من التلف، ولا ريب ان هذا التكامل مابين الالتزامات يجد أساسه في ان المرتهن اذا لم يبادر بالقيام ببعض ما يستلزم الحفظ والصيانة فانه سوف يقع في احد امرين

الأول:- في حال وان قام الراهن بتسديد ما عليه من التزامات وديون فعلى المرتهن عند نهاية العقد ان يعيد المرهون بالحالة التي استلمها اثناء التعاقد، وهذا الامر يصبح صعب التنفيذ اذا ما هو اهمل في المحافظة على المرهون وصيانتة مما يعرض المرهون لنقص في القيمة.

الثاني:- ان المال المرهون وهو في حيازة المرتهن يعد ضماناً له في التنفيذ في حال وان تقاعس الراهن بتنفيذ التزامه السابق وهذه الضمانه سوف تكون غير مفيدة اذا ما نقصت من قيمتها في حال وان لم يقم المرتهن بواجب الحفظ والصيانة مما يعرض الضمان لمخاطر كبيرة أولها عدم تغطيته للدين بسبب النقص في قيمته المالية ولتلافي تحقق احدى هاتين الحالتين فلا طريق امام اطراف عقد الرهن سوى تكاملهما في أداء الأدوار التي فرضها القانون كي يحقق عقد الرهن ثماره المفترضة

الفرع الرابع:- التكامل في إدارة المرهون واستغلاله ابتداء

يلتزم الدائن المرتهن حيازياً (lienor) بإدارة المال المرهون (management) سواء كان هذا المال مائلاً منقولاً ام عقارياً، ولكون ان قبض المرهون يعد امراً حادثاً بالمفهوم القانوني

¹ د. خالد جمال احمد، المصدر السابق، ص 304

فانه يفترض من خلاله عدم معرفة الدائن المرتهن بخصوصية هذا المال لاسباب عدة من أهمها :

- 1- طبيعة المال المرهون تقتضي أحياناً إدارة متميزة كي تكون كفيلة بنجاحها إذ ان بعض الأموال تتعزز على الإدارة الجيدة وتعدّها احد اهم وسائل جلب الموارد المالية لها وهو مايفتقره الدائن المرتهن غالباً بسبب بساطة معلوماته بهذه الطبيعة الخاصة
- 2- عدم الخبرة العملية للمرتهن فقد يكون انساناً بسيطاً لايمتلك من المعلومات الا قدراً ضئيلاً منها

3- عدم قبول الراهن بايداع المال المرهون لدى عدل يمتاز بنوع من الخبرة والدراية ولذلك فان إدارة المال المرهون تقتضي توافقاً وتكاملاً عالٍ مابين الأطراف¹ كي يضمنان بقاء هذا المال بالكيفية التي هي عليها قبل القبض فضلاً عن ضمان تنمية المال المرهون وعدم تعريضه للكساد والإهمال.وقد أشار الى هذا المضمون القانون المدني العراقي² في المادة 1339 عندما نصت على ((1 - يتولى المرتهن ادارة المرهون رهناً حيازياً، وليس له ان يتصرف فيه ببيع او برهن، وعليه ان يبذل في ادارته من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، وليس له ان يغير في طريقة استغلاله الا برضاء الراهن. 2 - فإذا ادار المرهون ادارة سيئة، او ارتكب في ذلك اهمالاً جسيماً، كان للراهن ان يطلب وضعه في يد عدل او ان يسترده مقابل دفع ما عليه، وفي الحالة الاخيرة اذا كان الدين الموثق بالرهن ليست له فوائد منفصلة عنه، ولم يكن قد حل أجله، فلا يكون للمرتهن الا ما يبقى من الدين بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين)). وبذلك فقد حدد النص الاعمال التي يقوم بها المرتهن باعمال الإدارة فقط، لكن ماهي اعمال الإدارة من حيث وجهة النظر القانونية، تجيبنا على هذا السؤال نص المادة 105 من القانون المدني العراقي ((1 - عقود الادارة الصادرة من الوصي في مال الصغير تكون صحيحة نافذة ولو كانت بغبن يسير، ويعتبر من عقود الادارة بوجه خاص الايجار اذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات واعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وايفاء الديون وبيع المحصولات الزراعية وبيع المنقول الذي يسرع اليه التلف والنفقة على الصغير. 2 - اما التصرفات الاخرى التي لا تدخل في حدود الادارة كالبيع في غير ما ذكر والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع واستثمار النقود فلا تصح الا باذن من المحكمة وبالطريقة التي تحددها)). وكذلك ماجاء بالمادة 724 والتي بينت ((ليس لمن لا يملك الا حق الادارة ان يعقد اجارة قد تزيد مدتها على ثلاث سنوات، فإذا عقدت الاجارة لمدة اطول من ذلك انقضت المدة الى ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بغيره)). وعلى الرغم من ان المادة 105 تتكلم عن عقود الإدارة وليس عن اعمال الإدارة الا انه من الطبيعي ان يكون محل العمل عقداً من العقود وبالتالي يمكن اعتبار العقود الواردة في هذه

¹ اميرة عبد الحسين جاسم، انقضاء الشيوخ بالقسمة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة النهرين، 2006، ص52

² ويقابلها نص المادة 1106 من القانون المدني المصري والتي تنص (١- يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون ، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن ، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله٢- فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو ادار الشيء أداره سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً ، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه . وفي الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله ، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين))

المادة هي من اعمال الإدارة وخير دليل على ذلك هو انسجام ماجاء بالمادة 105 مع مضمون المادة 724 فيما يتعلق بالايجار الذي يزيد مدته عن 3 سنوات. وفي هذا المجال يجب ان نبين بان الرهن الوارد في المادة 105 لاينطبق على أعمال الإدارة محل البحث فالنص يتكلم على ابرام العقد وليس على اعمال الإدارة المنضوية تحت هذا العقد فيما أورد القانون المدني الفرنسي نصاً يتعلق بإدارة الأموال المنقولة المرهونة حيازياً في المادة 2079 عندما نصت ((يبقى المدين مالكا للمرهون حتى نزع ملكيته عنه عند الاقتضاء اذ انه لا يكون بيد الدائن سوى وديعة تؤمن امتيازاً عليه)) مما يعني ان فكرة قيام المرتهن بإدارة المال المرهون غريبة عن القانون الفرنسي¹ على عكس الحال عندما يكون المرهون حيازياً هو عقار فهنا يكون من حق المرتهن إدارة هذا الشيء² وحسب ماجاء بالمادة 2085 ((لايتم رهن الحيازة العقاري الا خطأ ولايكتسب الدائن بموجب هذا العقد سوى جني ثمار العقار التي يجب ان يحسمها سنوياً من الفوائد اذا استحققت له ثم من راس مال الدين)) وكذلك نص المادة 2086 التي جاء بها ((ان الدائن ملزم اذا لم يتفق على العكس بدفع الضرائب والتكاليف السنوية التي تترتب على العقار المرهون لصالحه ويجب عليه أيضاً تحت طائلة التعويض عن العطل والضرر ان يقوم بصيانة العقار واجراء التصليحات المفيدة والضرورية له على ان يكون له الحق في ان يقطع من الثمار جميع المصاريف المتعلقة بمختلف هذه الاعمال)) وبذلك فان اعمال الإدارة يمكن ان تعرف على انها ((اعمال الغرض منها حماية الذمة المالية وتقع بدون رضا صاحب الذمة او به في حدود ضيقة تنظمها وفقا لرقابة واشراف وتخضع لشروط خاصة بهدف تحقيق منفعة اكيدة وحالة لتلك الذمة دون تعريضها لخطر ما))³ وعرفها اخرون بانها ((الاعمال القانونية التي تهدف الى صيانة راس المال او استثماره او انماؤه للانفاق من ريعه))⁴ وتعريفات أخرى عديدة لاتخرج كثيراً عن اطار التعريفات المذكورة. ويكمن مظهر التكامل في إدارة المال المرهون ما بين اطراف العقد بضرورة ادارته (الذي تنتقل حيازته من الراهن الى المرتهن) بنفس طريقة إدارة الراهن له، فالمرتهن عليه ان يدير المرهون بنفس طريقة إدارة الراهن له، فاذا اقتضت الظروف او رأى المرتهن بتغيير طريقة الإدارة هذه وجب عليه ان يتفق مع الراهن على الطريقة الجديدة⁵ وبذلك فان اعمال الإدارة الصادرة من المرتهن يجب ان تنسجم من حيث الكيفية مع إدارة الراهن السابقة للقبض ولايمكن ضمان ذلك الا بوجود تكامل ما بين الطرفين من حيث إجراءات الإدارة والتي تتضمن قيام الراهن باعلام المرتهن عن تفاصيل هذه الإدارة وتزويده بكل المستندات التي تساعد في القيام بهذا الدور والمبادرة بتذليل الصعاب الطارئة والتي هي ليست في توقعات المرتهن، فاختلفا طبيعة الأشياء التي تكون محلاً للرهن تفرض نوعاً كبيراً من

¹ وهذا ما اشارت له محكمة النقض الفرنسية في حكم لها مقتضاه ((ان الحيازة التي تفقد الراهن سلطته على الشيء لاتحول الراهن الذي يده على هذا الشيء سوى وصف ما يقتضيه المودع لديه ولحين الاسترداد ومن دون الحصول على حق الإدارة والاستغلال)) نسرين غانم حنون، اعمال الإدارة في القانون المدني-دراسة مقارنة، رسالة مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد، 2016، ص131

² نسرين غانم حنون، المصدر السابق، ص132

³ د. محمد السعيد رشدي، اعمال التصرف واعمال الإدارة في القانون الخاص، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة عين شمس، 1983، ص7

⁴ د. كمال حمدي، الولاية على المال، ط1، منشأة المعارف، 2003، ص137

⁵ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت، 2000، ص827

التكامل والتعاون¹ فادارة المنقول تختلف عن إدارة العقار وإدارة المنقول ذا طبيعة خاصة (أجهزة الكترونية، مواد طبية، سوائل كيميائية) تختلف عن إدارة المنقول الاعتيادي (ثمار، معدات بناء، كتب، اقمشة) وإدارة العقار ذا طبيعة خاصة (فندق، مزرعة لثمار نادرة، معمل لمواد الكترونية) تختلف عن إدارة العقار العادي (منزل، بستان، محل تجاري) فإذا كان من المتوقع إلمام المرتهن بإدارة العقار والمنقول ذو الطبيعة الاعتيادية فإن هذا الفرض غير متصور في العقار والمنقول ذي الطبيعة الخاصة الا بتدخل صريح من الراهن. اما مايتعلق بالاستغلال (exploitation) فقد خلط القانون المدني العراقي الإدارة بالاستغلال في نص المادة 1339 ومثله فعل القانون المدني المصري في المادة 1106 وحسن مافعله القانونان اذ ان الإدارة والاستغلال يصعب فصلهما فاحياناً لا تكون هنالك إدارة الا اذا تضمنت نوعاً من الاستغلال كما في حالة العقارات السكنية حيث يعد الايجار الذي يقل عن 3 سنوات أوضح صورة للإدارة المقترنة بالاستغلال فيما أفرد القانون المدني العراقي نصاً استثنائياً نظم به الاستغلال بنوع من الاستقلالية عن سواه من التصرفات الاخرى وهو ما جاء بالفقرة الثانية من المادة 1359 والتي تنص ((وعلى المرتهن او الراهن ان يتعاونوا على استغلال ما اداه المدين، وان يكون ذلك على افيد الوجوه للراهن دون ان يكون فيه ضرر للمرتهن.)) وبتلاقح الافكار ما بين القانون المدني العراقي والمصري نستنتج ان هنالك تطابق تام في موضوع إدارة المال المرهون واستغلاله فيما كان القانون المصري أوضح من القانون العراقي في موضوع التكامل حيث كانت اشاراته اكثر صراحة في هذا المناط ويظهر ذلك من خلال ماياتي:

أولاً:- مانصت عليه الفقرة 1 من المادة 1339 من القانون المدني العراقي سالفة الذكر من ضرورة عدم تغيير طريقة الاستغلال الا برضاء الدائن، فهذه العبارة تفترض ان هنالك تنسيقاً مسبقاً على نوع الاستغلال وان أي تغيير به لا يتم الا بعد اتفاق لاحق عليه. وبذلك وان كانت هذه الإشارة تدل على التكامل في الاداءات الا انها ليست بصراحة ماجاء بالقانون المدني المصري الذي زاد على المشرع العراقي بضرورة قيام المرتهن بعدم اساءة استعمال الحق الصادر من قبله وهذا ما تجاوزه المشرع العراقي باعتبار ان ايراد عبارة (الإدارة السيئة والإهمال الجسيم) كفيلاً لتان بتغطية النطاق الموضوعي لعبارة (إساءة استعمال الحق) الواردة في القانون المصري

ثانياً:- قرر القانون المدني المصري في المادة 1106 (١- يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون ، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن ، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله)) فوفقاً لذلك يجب على المرتهن ان يعلم الراهن باي مستجد او معوق اثناء ادارته واستغلاله للمال المرهون فان تطلب الامر التدخل من قبل الراهن فعليه عدم الممانعة ضماناً لاستغلال امثل للمال المرهون

وبهذه العبارة الصريحة التي ختم بها نص المادة 1106 (ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله) يظهر بوضوح الدور التكاملي للأطراف، وهذه الصورة الواضحة للتكامل لا تنفي بشكل عام عدم وجود هذه الصفة عن القانون المدني العراقي الذي تآثر كثيراً بروح ومضمون القانون المصري

¹ د. خالد جمال احمد، المصدر السابق، ص 277

الفرع الخامس:- التكامل في حالة تعرض المرهون للهلاك ونقص القيمة (depreciation)

قد يتصور البعض ان العلاقة ما بين الدائن المرتهن (lienor) والمدين الراهن (lience) تنقطع بمجرد قيام الراهن بتسليم المال المرهون وقبضه من قبل المرتهن الا ان هذا التصور لا يستقيم مع احكام القانون ولا مع المنطق القانوني السليم بشكل عام، فانتقال المال المرهون من يد الى أخرى لا يمنع من التعاون ما بين الأطراف لادارته وصيانته واستغلاله لابل يمتد حتى الى احكام هلاك المرهون واحتمالية النقص في قيمته (depreciation) وهذا ما اشارت له الفقرة الثانية من المادة 1338 عندما نصت على ((واذا كان المرهون مهدداً بان يصيبه هلاك او نقص في القيمة، وجب على المرتهن ان يبادر بإعلان الراهن بذلك والا كان مسؤولاً، وفي حالة الاعلان يجوز للراهن ان يسترد المرهون اذا قدم للمرتهن تأميناً آخر، فإذا لم يفعل جاز للمرتهن ان يطالب المحكمة ببيع المرهون وابقاء ثمنه رهناً في يده)) ويفهم من هذه الفقرة بانه ولمجرد وجود احتمالية الهلاك او حدوث أي امر من شأنه ان يؤدي الى نقص قيمة المرهون فعلى المرتهن ودون ابطاء ابلاغ الراهن لتفادي الهلاك او تفاقمه او نقص القيمة ويكون هذا الامر محدد بالعوامل التالية:

1- ففي حالة ان يكون المرهون امولاً لها طبيعة خاصة في الحفاظ على كيانها واستجدت عوامل من شأنها ان تصيب المرهون بالهلاك وان لم يتحقق الهلاك فعلاً او لم تبدأ بوادره ففي هذه الحالة على المرتهن الاستعانة بالراهن باعتباره الا علم بسبل المحافظة على هذا الشيء والادري بذلك من المرتهن ليمده بالنصائح او يتدخل إيجابياً بوسائل معينة من شأنها ان تمنع الهلاك او نقص القيمة¹. وعمل الراهن هذا لا يمس جوهر عقد الرهن اذ ان حيازة المرهون لازالت بيد المرتهن وما تدخل الراهن الا لمنع تضررها

2- في حال ان يكون المال المرهون من الأشياء شائعة الاستعمال الا ان المرتهن ليست لديه القابلية البدنية والذهنية للمحافظة عليه من الهلاك او نقص القيمة، فلا مناص في هذه الحالة الا باعلام الراهن بالخطر المحقق بالمرهون² وللراهن في هذه الحالة استرداده مقابل تقديم تامين اخر

وبذلك فان المرتهن يكون ملتزماً تجاه الراهن لا بالوقائع الحاصلة فعلاً وانما لمجرد توقع حصولها اذا كانت الظروف توحى بحدوث نتائج معينة ففي هذه الحالة على المرتهن ان يعلم الراهن بهذا الخطر ولم يبين القانون طريقة الإعلان وشكله الا انه يمكن ان يكون باي وسيلة طالما تحققت الغاية منه فيمكن ان يكون بورقة ثابتة التاريخ او باي طريقة أخرى يتفق عليها عند ابرام العقد، اما اذا تعرض المرهون للهلاك او نقص القيمة فعلاً وقام المرتهن باعلام الراهن بذلك فنكون هنا امام ضرر يتحملة الراهن وحده ولا دخل للمرتهن به لسببين

الأول:- ان المرتهن بادر واعلم الراهن بالاحطار المحدقة بالمال المرهون قبل وقوعها وباعتبار ان عقد الرهن الحيازي من العقود المسماة في القانون المدني العراقي والذي

¹ د.رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، 2017، ص257-258

² د.مريم عبد طارش، النظام القانوني للكفالة العينية، ط1، دار الجامعة الجديدة، 2022، ص478

نظمت احكامه بشكل دقيق ومنها تبعة الهلاك لذلك فان تبعة هذا الهلاك تنتقل من المرتهن للراهن¹ بموجب القواعد العامة في القانون²

الثاني:- ان خطأ الراهن بعدم اسعاف المرتهن او خطاه بعدم استرداد المال المرهون يعد خطأ مستقلاً من الراهن نفسه ولا دخل للمرتهن به حيث ان العلاقة السببية بين الضرر الحاصل بالمرهون وفعل المرتهن تعد منقطعة . بينما تتحقق هذه العلاقة السببية من جهة الراهن بخطئه لعدم استرداده للمال المرهون مما يثير مسؤوليته، لابل ان الفعل الصادر من المرتهن وعلى ابعد الاحتمالات لا يمكن حمله على انه خطأ مشترك مع خطأ الراهن كون ان المرتهن لا يمكن نسبة أي خطأ من جانبه في هذا الامر وبالتالي ان اعذاره للراهن بتسلم المرهون قد طهره من المسؤولية المترتبة على هلاك الشيء

اما القانون المدني الفرنسي فلم يشر الى هذا المضمون بشكل صريح وانما أورد نصين قبل تعديل القانون المدني (بموجب المرسوم رقم 346-2006 الصادر بتاريخ 23-3-2006)³ الا ان هذين النصين يدوران في فلك هذا المضمون دون الدخول في محتواه ومضمونه وذلك بالمادة 2080 عندما نصت على ((يكون الدائن مسؤولاً عن خسارة المرهون او تلفه والحاصل نتيجة اهماله وفقاً للقواعد الواردة تحت عنوان (العقود والالتزامات الاتفاقية بوجع عام ، وكذلك يجب ان يؤدي المدين الى الدائن المصاريف الضرورية والمفيدة التي تكبدها للمحافظة على المرهون))⁴ وكذلك نص المادة 2082 التي جاء بها ((لا يجوز للمدين مالم يحصل عبث بالشيء المرهون من قبل حائزه ان يطلب استرداده الا بعد دفع كامل الدين الذي اعطي المرهون لضمانه أصلاً وفوائده ومصاريفه، وفي حال وجود دين اخر من المدين نفسه تجاه الدائن نفسه عقد بعد انشاء الرهن واستحق قبل دفع الدين الأول، لا يمكن الزام الدائن بالتخلي عن الرهن قبل ان يستحصل على الدينين الأول والثاني حتى لو لم يوجد أي نص يخصص الرهن لدفع الدين الثاني))

فيما عزف القانون المدني المصري الى بيان هذا الحكم وبالوضوح الذي أشار اليه القانون المدني العراقي واعتبر الامر لا يعدو الا ان يكون تطبيقاً للقواعد العامة. نخلص مما تقدم ان المحافظة على المرهون من التلف او النقص في القيمة تكتنفها جملة من المصاعب الواقعية التي لا يمكن تذليلها وتزويبها الا بتكامل اداءات اطراف عقد الرهن الحيازي وهذا ما أشار له القانون المدني العراقي في المادة 1338 وبعبارة مشرقة بعيدة عن اللبس والغموض.

¹ د.حسن علي الذنون و د.محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام- احكام الالتزام، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع-عمان، 2004، ص97

² وهذا ما قرره القانون المدني العراقي في احكام البيع في المادة 547 والتي تنص ((1 - اذا هلك المبيع في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري، يهلك على البائع ولا شيء على المشتري الا اذا حدث الهلاك بعد اذار المشتري لتسلم المبيع، واذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع انقاص الثمن 2 - على انه اذا كان هلاك المبيع او نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري او بفعل البائع وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الاولى، والزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية)).

³ حيث تم الغاء النصوص الواردة في القانون المدني الفرنسي من المادة 2073-2084 بموجب المرسوم رقم 346-2006 الصادر بتاريخ 23-3-2006

⁴ حكم محكمة Rouen الفرنسية والذي جاء به ((حيث لا يمكن للمدين مواخذة الدائن عن تدني قيمة المال المرهون بسبب بطيء الإجراءات الرامية الى تنفيذ الرهن عندما تبرر الظروف ذلك (روان 26 تشرين الثاني-نوفمبر 1971- (1972.429))

الفرع السادس:- التكامل في رد المرهون

لعقد الرهن الحيازي نهايتين محددين ،الأولى تكمن في قيام الراهن بتسديد ما عليه من التزامات بموجب عقد الرهن ومن ثم على المرتهن إعادة المال المرهون الى الراهن مع عدم الاخلال بالاحكام المتعلقة باستثمار الشيء المرهون وتنميته والمقاصة ما بين غلة المرهون والدين المضمون في أحوال معينة¹ والثانية هي تقاعس الراهن بتنفيذ ما عليه من التزامات مما يجيز للمرتهن التنفيذ على المال المرهون الذي في حيازته وفقاً للقواعد الواردة في القانون المدني وقانون التنفيذ. وما يهمنا في هذا البحث هي الفرضية الأولى والتي ينتهي العقد بها نهاية نموذجية فيسترد الراهن ماله من المرتهن بالحالة التي سلمه له وبما ينسجم مع النصوص الواردة باستثماره واستغلاله وهذه النتيجة (رد المرهون) لا يمكن الوصول لها الا بتوافق وتكامل ما بين الأطراف وذلك نظراً لوجود عدة عوامل ومتغيرات تحيط بالمال المرهون في الفترة الواقعة ما بين تسليمه للمرتهن واعادته للراهن.

أولاً:- التكامل في رد العقار المرهون

قد يكون رد العقار المرهون الى الراهن في عقد الرهن الحيازي من أولى الاولويات وذلك نظراً لقيمة العقار المرتفعة واهميته في حياة الافراد الامر الذي يؤدي الى حرص المتعاقدين على انجاز هذه العملية بنجاح وسلاسة. وعملية رد العقار يجب ان يسبقها تنسيق وتنظيم ما بين الطرفين نظراً لاختلاف أصناف العقارات وطبيعتهم الجغرافية وما يرافقها من توقيتات زمنية يجب الاتفاق عليها. الا ان اللافت للنظر ان القانون المدني العراقي لم يتعمق في هذا الموضوع وترك الامر لارادة الافراد في تحديد هذه التفاصيل فاتى نص المادة 1350 سطحياً موجزاً لا يرقى الى أهميته فبين ((1 - اذا انقضى الرهن الحيازي وكان المرهون لا يزال باقياً في يد المرتهن، وجب عليه رده الى الراهن. 2 - واذا مات المرتهن مجهلاً للرهن ولم يوجد في تركته فقيمة الرهن تصير ديناً واجب الاداء من تركته)) وبهذه العبارات البسيطة عالج المشرع العراقي رد المرهون من دون تمييز بين العقار والمنقول. ونرى ان رد العقار يحتاج الى بعض الايضاح لكون ان المدة الزمنية ما بين حيازة العقار وتسليمه قد تتخللها اضرار عدة واندثارات كثيرة تصيب العقار المرهون الامر الذي يدق من حيث ترتب مسؤولية المرتهن من عدمها، مما يحتم على الافراد عند صياغتهم لعقد الرهن الحيازي الاتفاق على كل ما يروونه ضرورياً ولا يمس بجوهر النص (الالتزام بالرد) تداركاً منهم لما يحدث من نزاعات مستقبلية، ولذلك فعلى المرتهن ان يرد العقار المرهون بالحالة التي استلمها مع عدم تحميله للاضرار التي يمكن ان تحدث في حال وان كان العقار في يده بعد اعدار الراهن بالاستلام في محل العقار اما غيرها من الاضرار فيتحملها المرتهن اذا تحققت اركان المسؤولية وعلى المرتهن اشعار الراهن بإعادة العقار له إعادة مقترنة بحسن نية فلا يختار وقتاً غير ملائماً (inadequate) او وقتاً يكون فيه الراهن على سفر وبعيد عن محل العقار او يشعر بوعكة صحية وفي حال وان امتنع الراهن عن استلام المرهون بدون عذر مشروع فيتحمل نتيجة امتناعه عن ذلك. اما من حيث زمان التسليم فقد اشارت الفقرة 1 من المادة 1350 اليه وعبرت عنه بـ (انقضاء الرهن) لكن السؤال الذي يطرح نفسه ماهو الحكم فيما اذا تمسك المرتهن

¹ وهذا ما نصت عليه المادة 1340 من القانون المدني العراقي حيث جاء بها ((ليس للمرتهن ان ينتفع بالمرهون رهنأ حيازياً دون مقابل، وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفاده من استعماله، يخصم من الدين الموثق بالرهن ولم يكن قد حل اجله، على ان يكون الخصم أولاً من قيمة ما انفق عليه، وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض ثم من المصروفات والفوائد، ثم من اصل الدين))

بالمرهون بعد انقضاء الرهن الحيازي وامتنع عن تسليم المرهون، نرى ان المرتهن في هذه الحالة يعد غاصباً للعقار المرهون وللراهن في سبيل ذلك دعويين الأولى هي الدعوى الشخصية الناشئة عن عقد الرهن ودعوى الاستحقاق التي تركز على حق ملكية المرهون¹

ثانياً:- التكامل في رد المنقول المرهون

تقتضي طبيعة المنقول ان يكون هنالك قدراً كبيراً من التفاهم والتعاون مابين الطرفين في إعادة المرهون المنقول فالمنقول بحكم طبيعته يكون معرضاً للضرر والتلف فضلاً عن احتمالية تغيير محل وجوده الامر الذي يثير جملة من الإشكاليات ومن هذه الاشكاليات موطن التسليم فهل هو موطن الراهن ام موطن المرتهن او محل وجود المال المنقول وهل يمكن للمرتهن بعد انقضاء الرهن ان يطلب فسحة من الوقت لاعادة المرهون. بالرجوع الى نص المادة 1350 لم نجد مايسعفنا في الإجابة على هذه التساؤلات الا اننا نرى انه يمكن الاستعانة بالنصوص الواردة في مجمل القانون المدني العراقي ولاسيما ماجاء منها بمناسبة عقد البيع والتي أحال اليها المشرع في حالات كثيرة² طالما كانت لا تتعارض مع فلسفة الرهن ولم يتفق المتعاقدان على صيغة معينة لهذا الرد، حيث نجد ان المشرع العراقي أولى أهمية بالغة لموضوع التسليم عند بيانه لعقد البيع وبشكل اكبر من تنظيمه لهذا التسليم في العقود الأخرى ومن ذلك ماجاء بالمادة 396 والتي تنص ((1 - اذا كان الشيء الملتزم بتسليمه مما له حمل ومؤونة كالمكيات والموزونات والعروض ونحوها وكان العقد مطلقاً لم يعين فيه مكان التسليم يسلم الشيء في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت العقد. 2 - وفي الالتزامات الأخرى يكون الوفاء في موطن المدين وقت وجوب الوفاء او في المكان الذي يوجد فيه محل اعماله اذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الاعمال ما لم يتفق على غير ذلك)). وكذلك ماجاء في المادة 541 والتي تنص ((1 - مطلق العقد يقتضي بتسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد واذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده اعتبر مكانه محل اقامة البائع. 2 - اما اذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين، لزمه تسليمه في المحل المذكور)). بينما نجد ان القانون المدني المصري أشار صراحة الى تطبيق احكام عقد البيع فيما يتعلق بتسليم المرهون وذلك في المادة 1099 والتي نصت ((على الراهن تسليم الشيء المرهون للدائن او الى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه 2- ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون احكام الالتزامات بتسليم الشيء المبيع)) وكذلك المادة 1107 والتي جاء بها ((يرد الدائن الشيء المرهون الى الراهن بعد ان يستوفي كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات)) ومن خلال النصوص المذكورة نستطيع ان نستنتج فلسفة المشرع في هذا النمط من التسليم ويتضح ان المشرع يُغلب ان يكون مكان التسليم في المكان الذي وجد فيه المنقول وقت العقد وهذا الامر ينسجم مع المنطق السليم الا انه وبعكس الحالة على عقد الرهن الحيازي نرى ان الطرفين يتبادلان التسليم فهناك تسليم بعد انعقاد العقد ويكون من الراهن وهناك تسليم بالرد يكون بانتهاء العقد ويصدر من المرتهن مما يضيف بعض اللبس عن موطن التسليم ونرى ان الاستنتاج الأكثر مقبولية هو ان يكون

¹ محمد طه البشير د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص 535

² حيث أحال الحالات الواردة في المادة 748 الى الاحكام المماثلة الواردة في عقد البيع عندما نص في هذه المادة على ((يسري على الالتزام بتسليم المأجور ما يسري على الالتزام بتسليم المبيع من احكام، وعلى الاخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد ملحقات المأجور، كل هذا ما لم يوجد نص يخالاه)).

التسليم في موطن المرتهن استناداً للفقرة الثانية من المادة 396 باعتبار ان المرتهن قابضاً على المرهون وموطن المرهون ذاته موطن المرتهن مالم يثبت المرتهن ان المرهون في موطن يختلف عن موطنه الا انه في حيازته كما في حال وان كان للمرتهن منزلين او محلين للعمل كل ذلك مالم يتفق المتعاقدان على مكان اخر للتسليم اما فيما يتعلق بوقت التسليم فان المرتهن يلتزم بالرد مباشرة بعد انتهاء العقد والا ترتبت بحقه المسؤولية المدنية الناتجة عن عدم الرد من هلاك واثراء بلا سبب في حال وان كان هذا المنقول ينتج ايراداً مالياً كما ان كان المنقول سيارة اجرة او معدات الكترونية ربحية كل ذلك مالم يتفق الأطراف على خلاف هذه القواعد العامة

المطلب الثاني

صور التكامل التعاقدية

تناولنا في المطلب الأول صور التكامل القانونية وهي الصور التي تنبع من القانون مباشرة. الا انه بجانب هذه الصور هنالك صورة أخرى تجد أساسها وقوتها من اتفاق اطراف العلاقة التعاقدية حيث يكون لارادتهم دوراً واضحاً وملموساً في انشاء هذا التكامل، ومن ابرز صور التكامل الاتفاقية هي مايتعلق باختيار العدل أولاً وبرهن المال لأكثر من دين فضلاً عن تغيير طريقة استغلال المال المرهون

الفرع الأول:- التكامل باختيار العدل

يعرف العدل بانه الشخص الذي ائتمنه الراهن والمرتهن وسلماه واودعاه الرهن¹ وعرفه اخرون بانه ((الشخص الذي يتفق عليه الراهن والمرتهن والذي يتسلم الشيء المرهون ويحتفظ به نيابة عن الدائن المرتهن))²، وعرفته المادة 705 من مجلة الاحكام العدلية بانه ((هو من ائتمنه الراهن والمرتهن وسلماه واودعاه الرهن)) بينما عزف المشرع العراقي في القانون المدني عن تعريف العدل في حين تكفلت المادة 1323 ببيان احكامه حيث جاء بها ((1 - يد العدل كيد المرتهن فلو اتفق الراهن او المرتهن على ايداع المرهون عند امين ورضي الامين وقبض المرهون تم الرهن ولزم، ولو اتفق حين العقد على قبض المرتهن المرهون ثم وضعه الراهن والمرتهن بالاتفاق في يد عدل جاز ذلك. 2 - وليس للعدل ان يعطي المرهون للراهن او المرتهن بدون رضاء الآخر ما دام الدين باقياً، وان اعطاه كان له استرداده، واذا هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته. 3 - واذا توفى العدل يودع الرهن عند عدل غيره بتراضي الطرفين، وان لم يحصل بينهم اتفاق فالمحكمة تضعه في عدل تختاره))³ اما القانون المدني المصري فلم يعالج تدخل العدل في هذا العقد بنفس التفصيل الذي جاء به القانون المدني العراقي لابل حتى ان التسمية أنتت مختلفة حيث عُبر عنه بالمادة 1096 من القانون المدني المصري بمصطلح (اجنبي يعينه المتعاقدان). وعلى الرغم من هذه الاختلافات الا ان المهمة الجوهرية المناطة بالعدل

¹ د. محمد كامل مرسي، المصدر السابق، ص 314

² السنهوري، المصدر السابق، ص 789

³ ويقابلها نص المادة لمادة رقم 1042 من القانون المدني الكويتي والتي تنص ((يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد المرتهن أو العدل الذي ارتضاه المتعاقدان.)) الا ان القانون الكويتي لم يفصل احكام العدل كما فصله القانون المدني العراقي وانما أنتت الاحكام مقتضبة جداً. فيما فصل القانون المدني الأردني مايتعلق باحكام العدل في المادة 1376 عندما نص ((للاهن والمرتهن ان يتفقا على وضع المرهون حيازياً في يد عدل وتصبح يد العدل كيد المرتهن ويتم الرهن بقبضه)) وكذلك ماجاء بالمادة 1377 من نفس القانون والتي تنص ((1- لايجوز للعدل ان يسلم المرهون للراهن او المرتهن دون رضا الآخر مادام الدين قائماً وله ان يسترده اذا كان قد سلمه. 2- واذا تلف المرهون قبل الاستردادضمن العدل قيمته))

لا تختلف بين القانونين وهي حيازة المال المرهون نيابة عن المرتهن ولذلك فان ايكال هذه المهمة لشخص معين دون غيره امر يحتاج الى اتفاق صريح وواضح بين الطرفين
أولاً:- التكاملية في اختيار العدل ابتداءً

من المعروف ان الافراد متفاوتين في مداركهم وخبراتهم في الحياة فتجد من هو الحاذق القادح الفكر وتجد من هو البسيط الفهم والخبرة القليلة وكلا الصنفين من الممكن ان يكونا اطرافاً في عقد للرهن الحيازي. وبنفس الوقت يمكن ان يكون محل العقد مالا ذا طبيعة خاصة يستلزم الخبرة والدراية من المرتهن ومن الممكن ان يكون مالا ذا طبيعة اعتيادية ولكن لاخبرة للمرتهن في المحافظه عليه وادارته واستغلاله، وبذلك يكون الحل الأنسب لهذا الامر هو وضع هذا المال في يد عدل يختاره الطرفان يتمكن من إدارة المال واستغلاله وفقا لما يملكه من صفات وخبرة وامانة وحرص، فيتم اختيار العدل بالتوافق مابين إرادتي الطرفين فلا ينصبه الراهن وحده ولا المرتهن وحده وانما يتفق عليه اثناء التعاقد ولا مانع تشريعي من الاتفاق عليه بعد التعاقد وهذا اكدته الفقرة الاولى من المادة 1323 من القانون المدني العراقي والتي تنص ((يد العدل كيد المرتهن فلو اتفق الراهن او المرتهن على ايداع المرهون عند امين ورضي الامين وقبض المرهون تم الرهن ولزم، ولو اتفق حين العقد على قبض المرتهن المرهون ثم وضعه الراهن والمرتهن بالاتفاق في يد عدل جاز ذلك)). وكذلك ما جاء بالفقرة الأولى من المادة 1359 ((اذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين الموثق بالرهن، فلا يجوز للمدين ان يوفي الدين الا للمرتهن والراهن معاً ولكل من هذين ان يطلب الى المدين ايداع ما يؤديه عند عدل، وينتقل حق الرهن الى ما اداه المدين)). فتصيب العدل يعد بمثابة احد الشروط التعاقدية التي يتفق عليها اطراف العقد¹ كما في حالة اتفاق الطرفين على وكلائهم او اتفاقهم على كفيل شخصي لاحدهم(sponsor) او لكليهما وكذلك حالة اتفاق الطرفان على اختيار شخص للتحكيم بينهم في حال ما يستوجب ذلك، ولا ريب ان يقترن هذا الاتفاق بقبول من العدل وبدون قبوله لا يمكن الاعتراف بتسميته اذ قد لا يقبل بهذه المهمة لعدم خبرته بادارة نوع معين من الأموال او لعدم قبوله بالاجر المستحق له عن أداء هذه المهمة ولذلك فعلى طرفي العقد العمل تكاملياً فيما يتعلق بتسمية شخص معين ويحمل صفات معينة فضلاً عن توافقهما على الاجر المستحق له باتفاقهما بان يدفع من قبل الراهن او المرتهن او مناصفة بينهما.

اما فيما يتعلق بالقانون المدني المصري فلم يكن بذات الوضوح في تفصيله لاحكام العدل بل أشار اليه بنوع من السطحية حيث لم يبين هذا القانون حال وان قام العدل باعطاء المرهون للراهن او المرتهن بدون رضاء الاخر وبيان الأثر القانوني على ذلك فضلاً عن عدم بيان الأثر المترتب على هلاك العين وهي بيده على عكس الامر في القانون المدني العراقي الذي آثر تفصيل هذه الاحكام في الفقرة الثانية من المادة 1323 والتي جاء بها ((وليس للعدل ان يعطي المرهون للراهن او المرتهن بدون رضاء الآخر ما دام الدين باقياً، وان اعطاه كان له استرداده، واذا هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته)). ولا نخال ان المشرع المصري ترك الامر خالياً من دون تنظيم وانما خضعه للاحكام العامة في القانون²

¹ ومن الملاحظ ان المشرع العراقي لم يطلق تسمية العدل على الشخص الذي يعينه المتعاقدان ابان العقد وانما سماه ب (الأمين) ونرى ان الاحكام القانونية المتعلقة بكليهما هي واحدة لافرق بينها وبالتالي فان الأمين هو ذاته العدل الذي قصده المشرع العراقي

² د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص 790

ثانياً:- التكاملية في اختيار عدل جديد بعد وفاة العدل القديم

تتخلل اثناء عقد الرهن الحيازي حوادث كثيرة منها ما ترجع الى عوامل خارجية ومنها داخلية تتعلق باطراف العقد من وفاة احدهم او كليهم او فقدان اهليتهم وما ينصرف الى المتعاقدان ينصرف الى العدل الذي من الممكن ان يفقد اهليته او يتوفى اثناء العقد¹. ففي هذين الحالتين على الراهن والمرتهن الاتفاق مجدداً على عدل اخر يمكنه من إدارة واستغلال المال المرهون بدلاً من العدل القديم ومن مصلحتهم ان يتكاملا في الآراء ويتفقون على عدل جديد والا فان الامر من الممكن ان يترتب نتائج سلبية منها:-

1. بقاء العين المرهونة من دون ادارة واستغلال فترة من الزمن بسبب عدم توافق الراهن والمرتهن في تنصيب عدل جديد اذ غالباً ما يتمسك احد الأطراف بشروط معينة لا تلائم الطرف الثاني مما يؤدي الى تأخير الاتفاق على عدل معين
2. إنباطة القضاء صلاحية تنصيب عدل جديد في حال عدم اتفاق الاطراف على العدل مما يؤدي الى تدخل القضاء في جزء من هذه العلاقة التعاقدية، ولاريب ان اتفاق اطراف العقد على عدل معين هو افضل بكثير من قيام القضاء بتنصيب عدل هو من يختاره فاجراءات الافراد عادة ماتكون اسرع من إجراءات القضاء فضلاً عن اختيار الاطراف لعدل معين باتفاقهما يولد لديهم شعور بالارتياح والطمأنينة والثقة من ناحيته. وقد اخذ القانون المدني العراقي بهذا المضمون في الفقرة الثالثة من المادة 1323 عندما نص ((واذا توفى العدل يودع الرهن عند عدل غيره بتراضي الطرفين، وان لم يحصل بينهم اتفاق فالمحكمة تضعه في يد عدل تختاره)). فيما تجنب القانون المدني المصري عن بيان هذه الاحكام وتركها محددة باتفاق الطرفين على تسمية (شخص يعينه المتعاقدان)

الفرع الثاني:- التكامل في رهن المال لاكثر من شخص

ان من اكثر الحالات تعقيداً في عقد الرهن الحيازي هي رهن المال المرهون لاكثر من شخص ويكمن التعقيد في ان احكام الرهن الحيازي تقتضي من المرتهن حيازة المال المرهون، لكن اذا اراد الراهن رهن المال لاكثر من شخص فنكون في هذه الحالة بصدد اكثر من مرتهن فلاي منهم تثبت الحيازة. الجواب على ذلك بانه لا غبار ان هذه الفرضية يمكن تجاوزها بسهولة اذا قبل الدائنين المرتهنين بتنصيب عدل (اجنبي عن المرتهنين) أي باتفاقهم الصريح فيما بينهم ومع الراهن الا ان هذا الامر يكون محفوف بالصعوبة اذا كان الرهن لصالح اكثر من مرتهن ولم يتفقوا على تنصيب عدل معين يحوز المال المرهون نيابة عنهم² فلا سبيل لتجاوز هذه الصعوبة الا بقبول احد الدائنين المرتهنين لحيازة المرهون اصالة عن نفسه ونيابة عن المرتهنين الاخرين باعتباره عدلاً وهذا بينته الفقرة الثانية من المادة 1331 من القانون المدني العراقي حيث جاء بها ((2 - يجوز ان يكون الشيء المرهون رهنًا حيازياً موثقاً لعدة ديون، اذا قبل من تسلمه ان يكون وضع يده لحساب اربابها حتى لو كان واضع اليد هو احد هؤلاء)) وفي هذه الحالة يجب ان يتفق الراهن وكل مرتهن على هذا العدل فاذا وافق بعضهم صح التنصيب بالنسبة لهم واذا

¹ وهذا ما تنص عليه الفقرة 3 من المادة 1323 من القانون المدني العراقي ((واذا توفى العدل يودع الرهن عند عدل غيره بتراضي الطرفين، وان لم يحصل بينهم اتفاق فالمحكمة تضعه في يد عدل تختاره)) وكذلك ما جاء بالمادة 1457 من قانون المعاملات المدنية الاماراتي والتي تنص ((اذا توفى العدل ولم يتفق الراهن والمرتهن على ايداع الرهن عند غيره جاز لايهما ان يطلب من المحكمة ان تامر بوضعه عند عدل تختاره)) وكذلك ما جاء بالمادة 1378 من القانون المدني الأردني والتي أتت مطابقة لما جاءت به المادة 1457 من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

² محمد طه البشير و د. محمد غني طع، المصدر السابق، ص 513

رفض البعض الآخر لم يصح التنصيب امامهم ويلتزم الراهن في هذه الحالة اما باختيار عدلاً آخر يحظى بقبول جميع المرتهنين او يبادر الى إعطاء المرتهنين الرافضين للعدل مالاً آخر على سبيل الرهن مما يشكل معضلة له حيث كان يأمل ان تكون احدى أمواله ضماناً لاكثر من دائن حتى يوفر على نفسه الدخول في مشاكل مالية وقانونية. ونستنتج من ذلك ان العلاقة ما بين الراهن والمرتهن او المرتهنين لا تنتهي بمجرد إتمام العقد بل هي علاقة مستمرة تكاملية بينهما اذ لا يستطيع الراهن وحده او المرتهن وحده من اخراج العقد الى بر الأمان بمفرده او بارادته هو وحده وفي نفس الوقت لا يستطيع النصوص القانونية الواردة في القانون لوحدها من حكم هذا الموضوع من دون تدخل إيجابي واضح ومنتج من قبل طرفي العقد.

الفرع الثالث:- التكاملية في تغيير طريقة الاستغلال

قد يكون الاتفاق على طريقة الاستغلال عند انعقاد عقد الرهن الحيازي امراً سهلاً نسبياً كون ان الراهن في اغلب الأحيان يكون اكثر مرونة في هذا الوقت من غيره من الأوقات اذ يصبوا الى إنجاح العقد والاستفادة من الدين الذي تحصل عليه بهدوء وسلاسة اما بالنسبة للمرتهن فهو في هذا الوقت حريص ان يكون المال المرهون موجوداً وضامناً لدينه، فيبادر المرتهن الى استغلال المرهون نيابة عن الراهن ليضمن توظيف هذه الأموال لضمان دينه ولو بصورة غير مباشرة¹ وعدم ترك المرهون بدون استغلال وبالتالي الاضرار بالراهن من جانب آخر²، الا ان التكهن بالظروف سواء كانت ظروف المرتهن او الظروف المحيطة بالمال المرهون يعد ضرباً من الخيال وما كان يصلح من استغلال اثناء ابرام العقد قد لا يكون مناسباً اثناء حياة العقد وما يرافقه من احداث مما يدفع المرتهن الى تغيير طريقة استغلال المرهون حسب الظروف، وهذا التغيير في الاستغلال يعد خرقاً تعاقدياً اذا ما اقترن بموافقة الراهن الصريحة وهو ما اشارت اليه المادة 1399 في فقرتها الأولى بنصها ((يتولى المرتهن ادارة المرهون رهناً حيازياً، وليس له ان يتصرف فيه ببيع او برهن، وعليه ان يبذل في ادارته من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، وليس له ان يغير في طريقة استغلاله الا برضاء الراهن)). ومن هذا النص نرى انه في حال وان وجد المرتهن ان طبيعة الاستغلال المتفق عليها اصبحت بعد العقد غير ممكنة بسبب تغيير في ظرفه او تغيير في الظروف المحيطة بالمرهون فيكون للمرتهن بعد المشاورات والاتفاق مع الراهن ان يغيروا من طريقة هذا الاستغلال ومثال ذلك اذا اتفق الراهن مع المرتهن على تغيير طريقة استغلال العقار من عقار سكني الى عقار تجاري (محل تجاري) او تغيير طريقة استغلاله من مصنع لصنع المواد الطبية الى مخزن لخرن هذه المواد فقط او تغيير الاستغلال نوعياً من تاجيره عن طريق الايجار الشهري الى الايجار السنوي وكذلك في حالة وان اتفق الراهن مع المرتهن على استغلال مركبات الراهن من ايجارها لنقل

¹ اذ ان المرتهن في حال وان لم يؤدي الراهن ماعليه من التزامات فانه سوف يبادر الى التنفيذ على المرهون وبيعه في المزاد العلني فان لم تكفي قيمة المرهون فللمرتهن التنفيذ على سائر أموال المدين باعتباره دائناً عادياً وهذا ما اشارت له المادة 1299 من القانون المدني العراقي ((للمرتهن ان يستوفي حقه في العقار المرهون رهناً تأمينياً وفقاً للإجراءات المقررة لذلك، وإذا لم يف العقار بحقه، فله ان يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر أموال المدين)) وهذه المادة تسري على الرهن التأميني والحيازي على حد سواء كون ان الفقرة الأولى من المادة 1341 قد احوالت هذه الاحكام عليها حيث جاء بها ((للمرتهن حيازة ما للمرتهن تأميناً من حق في التنفيذ على المرهون، ثم على سائر أموال المدين، وتتبع في ذلك احكام المادة 1299.))

² د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص 157

الملابس الى ايجارها لنقل المكائن وبذلك فان تغيير طريقة الاستغلال لابد ان تتسم باتفاق الأطراف وتكاملهم فيما يبدون من اراء للوصول الى الاتفاق المنشود

الخاتمة:

بعد تناولنا بالبحث واستقصاء النصوص القانونية التي تشير الى تكامل اداءات الراهن والمرتهن في عقد الرهن الحيازي وما يفرز تبعاً لها من أفكار توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات وكالاتي:-

اولاً:- النتائج

1. ان جوهر العلاقة التكاملية ما بين الراهن والمرتهن يكمن في ركن القبض فهذا الركن يدل بشكل لابس فيه ولا غموض الى وجوب تكامل اطراف العلاقة التعاقدية لانجاح العقد وقطف ثماره، اذ ان هذا الركن (القبض) يولد مجموعة من الاحكام القانونية التي يستنتج من خلالها بضرورة تكامل الأطراف في هكذا نوع من العقود واهم عنصر في هذا الركن يمكن لنا استشراف التكامل من خلاله هو التسليم والاستلام اللذان يعبران وبشكل واضح وجلي على هذا التكامل

2. اختلفت الآراء بشأن الطبيعة القانونية للتكامل ما بين من اعتبره احد مخرجات التراضي على المحل وبين من اعتبره بانه صورة من صور التعاون في العقود وبين من افرد له وضعاً قانونياً مستقلاً. فاصحاب الرأي الأول يرون ان جوهر التكامل يجد أساسه في التراضي ما بين الأطراف حيث يظهر (التكامل) بشكل جلي وواضح مما يشعرنا بعدم امكانية تصور وجود التراضي من دون تكاملاً واضحاً ما بين الطرفين. اما أصحاب الرأي الثاني فيقولون ان الالتزام بالتعاون يفرض على الطرفين بشكل او باخر ان يتكاملا في الاداءات فيما بينهما والا كان مصير العقد الزوال، فيما نرجح ان الطبيعة القانونية لهذا التكامل هي اقرب ماتكون للطبيعة الخاصة والمختلطة فلا ننفي عنها بعض صور التراضي وهي في نفس الوقت صورة منعكسة للتعاون في العقود الا ان لها وضعاً مستقلاً ميزها عن غيرها واهم عنصر كان له الفضل في اظهار هذا التميز هو التدخل الإيجابي الصريح من اطراف العلاقة لاكمال الالتزامات التعاقدية او التذليل من صعوباتها.

3. للتكامل صورتين في نطاق عقد الرهن الحيازي، الأولى هو التكامل القانوني والذي يقصد به التكامل الذي ينبع من نصوص القانون بشكل مباشر وعلى الافراد ادائه تطبيقاً للنصوص القانونية الصريحة اما الصورة الثانية لهذا التكامل فهو التكامل التعاقدي وهو التكامل الذي يجد أساسه في البنود التعاقدية بشكل مباشر او حتى من البنود العقدية المحالة من قبل المشرع والتي يعطي فيها المشرع مساحة كبيرة للإرادة التعاقدية

4. ان صور التكامل القانوني في عقد الرهن الحيازي كثيرة الا ان اهم هذه الصور هو مايتعلق باتمام شكلية العقد الذي اعتبرها المشرع ركناً من اركانه الذي لاينعقد بدونها والصورة الأخرى ما يتعلق برهن المال الشائع وما يتطلبه من تنظيم واتفاق يركز بصورة أساسية على تكامل الأطراف ومن غير المتصور رهن هذا المال من دون وجود إرادة التكامل وفضلاً عن هذه الصور فان حفظ المرهون وصيانتته لايمكن إنجازه بإرادة المرتهن وحده من دون تدخل الراهن في كثير من الأحيان وليس ماذكر هن صور التكامل الوحيدة بل تعقبها صورة التكامل في إدارة المرهون واستغلاله وكذلك ضرورة وجود التكامل في حال وان تعرض المرهون للهلاك ونقص القيمة واخيراً بيان ضرورة التكامل عند نهاية العقد والمتمثلة بوجوب رد المرهون

5. لا تنحصر صور التكامل بصور التكامل القانونية فقط وإنما هنالك صوراً للتكامل التعاقدية، إذ أن على الأطراف القيام بالتدخلات الإيجابية الملموسة والتفاهم والتعاون فيما بينهم لتكملة مجموعة من الآثار التعاقدية، منها ما يتعلق باختيار العدل وتذليل ما تستحدثه الظروف من عقبات بهذا الشأن ورهن المال المرهون لأكثر من شخص فضلاً عن ضرورة التكامل في حال وان رأى المرتهن ونتيجة لتغير الظروف بأن عليه واجباً بتغيير طريقة استغلال المال المرهون كي ينمي من ثمار المرهون أولاً ويمنع من تضرر الراهن من عدم الاستغلال الأمثل للمرهون ثانياً.

ثانياً:- التوصيات

افرز البحث جملة من التوصيات نخال ان التمسك بها والمناداة بتطبيقها من شأنها ان تعزز من الآثار الإيجابية لعقد الرهن الحيازي بما ينعكس على اغناء الفائدة العملية التي ابتغاها المشرع من تشريع وتنظيم هذا العقد

1- إعطاء مساحة اكبر للإرادة التعاقدية وترجيحها على النصوص القانونية فيما يتعلق بالضمانات القانونية والتي تشرع مستقبلاً إذ ان هذه الإرادة اذا ماتكاملت فمن شأنها ان تُنجز أي عقد وتذلل من صعابه فالافراد قادرين على إتمام عقودهم فيما لو تركت لهم المساحة التشريعية

2- التركيز على الجانب التوافقي في اداء الالتزامات إذ ان بالتوافق والتكامل عنصر مهم من عناصر إنجاح أي عقد وما الجانب القانوني (النصوص) الا حالة استثنائية ابتغاها المشرع لمعالجة الحالات الفريدة التي تتبع من اعتداد المتعاقدين بنزعاتهم الشخصية وتغليبها على فكرة إنجاح العقد

3- تعزيز الوضع القانوني للعدل باعتباره منقذاً لكثير من المشاكل التعاقدية في عقد الرهن الحيازي وافراده بوضع قانوني مستقل وذلك نظراً للفائدة الكبيرة لهذا المركز القانوني الذي يفتقر للتنظيم مما يسبب ببعض المعوقات في عمله والتي من شأنها ان تقوض من فائدته

المصادر

أولاً:- الكتب القانونية

- 1- إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز-القسم المدني، بغداد، 2007
- 2- د. جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني ، مطبعة جامعة القاهرة، 1956م، ص 310.
- 3- د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام- احكام الالتزام، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع-عمان، 2004
- 4- حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، القاهرة، مطبعة مصر، 1949
- 5- د. خالد جمال احمد، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003
- 6- د. رعد عداي حسين، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت، 2017
- 7- شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، الطبعة الأولى، دار دجلة-عمان، 2008

- 8- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت، 2000
- 9- علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، بدون طبعة، 2009
- 10- د. كمال حمدي، الولاية على المال، ط1، منشأة المعارف، 2003
- 11- القاضي. لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد، الطبعة الأولى، 2013
- 12- محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية التبعية-الجزء الثاني، ط4، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2010
- 13- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني-الرهن الحيازي، بدون طبعة، منشأة المعارف، 2005
- 14- د. محمد لبيب شنب، دروس في التامينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975
- 15- د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، ط2، مكتبة دار الثقافة للطباعة والنشر، 1998
- 16- د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط3، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1978
- 17- د. مريم عبد طارش، النظام القانوني للكفالة العينية، ط1، دار الجامعة الجديدة، 2022
- 18- د. ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، القاهرة، 1992

ثانياً:- الرسائل والاطاريح الجامعية

- 1- د. محمد السعيد رشدي، اعمال التصرف واعمال الإدارة في القانون الخاص، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة عين شمس، 1983
- 2- امل كاظم سعود، الالتزام بالتعاون في العقود-دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة النهريين، 2007
- 3- اميرة عبد الحسين جاسم، انقضاء الشيوخ بالقسمة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق بجامعة النهريين، 2006
- 4- فتحية امحمد احمد، أحكام رهن الأموال المنقولة والديون رهناً مجرداً من الحيازة، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الشرق الأوسط، 2021
- 5- نسرين غانم حنون، اعمال الإدارة في القانون المدني-دراسة مقارنة، رسالة مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد، 2016

ثالثاً:- البحوث العلمية

1. د. حسن قاسم غني، الشكليات الاتفاقية في العقود، بحث منشور، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية؛ العدد. المجلد 3، العدد 1 (31 مارس/آذار 2011)

رابعاً:- القوانين

- 1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته
- 2- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 وتعديلاته
- 3- القانون المدني الفرنسي 1804 وتعديلاته
- 4- قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم 5 لسنة 1985 وتعديلاته

- 5- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971 وتعديلاته
- 6- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976
- 7- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980
- 8- قانون الكتاب العدول العراقي رقم 33 لسنة 1998

The Complementary Relationship Between the Pledgor and the Pledgee in a Possessory Pledge Contract

Prof. Dr. Raad Adday Hussein

College of Law - Al-Nahrain University

raad.adday@law.nahrainuniv.edu.iq

Abstract:

The objectives of the legislator in enacting legal provisions often aim to achieve social or economic goals, intended to regulate or enhance individuals' behaviours, thereby facilitating their contracts and daily transactions. Among the contracts individuals require for the continuity of their lives and, at times, for their welfare, are those which ensure the ability to borrow funds with ease and assurance. Closely related is the contract of possessory pledge, considered a significant contract frequently found in modern legislation. Legislatures have paid considerable attention to organizing this contract in detail, resulting in various regulations that foster a type of cooperative and integrative contractual relationship between the parties involved in a possessory pledge contract. This brings forth a complementary contractual relationship, sometimes manifesting clearly and other times inferred from the legal provisions within the core of the law. This approach reinforces modern trends in comparative law and jurisprudence, with diverse perspectives affirming that a contract is a product of cooperation between its parties, and that the parties' agreement on its formation is merely the beginning of a complementary contractual life aimed at achieving the legislator's purpose in regulating the provisions of this contract.

Keywords: integration, capture, receipt, receipt, forms of integration, agreement.