الرقم الدولي: ISSN2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني: ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن

كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي — أ. متمرس د. ابراهيم اسماعيل
م.د. فرقد زهير خليل

- الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة- — ا.د اسراء محمد علي
مصطفى عقيل حميد

- دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد ٢٠٠٣ — ا.د. سعد خضير عباس

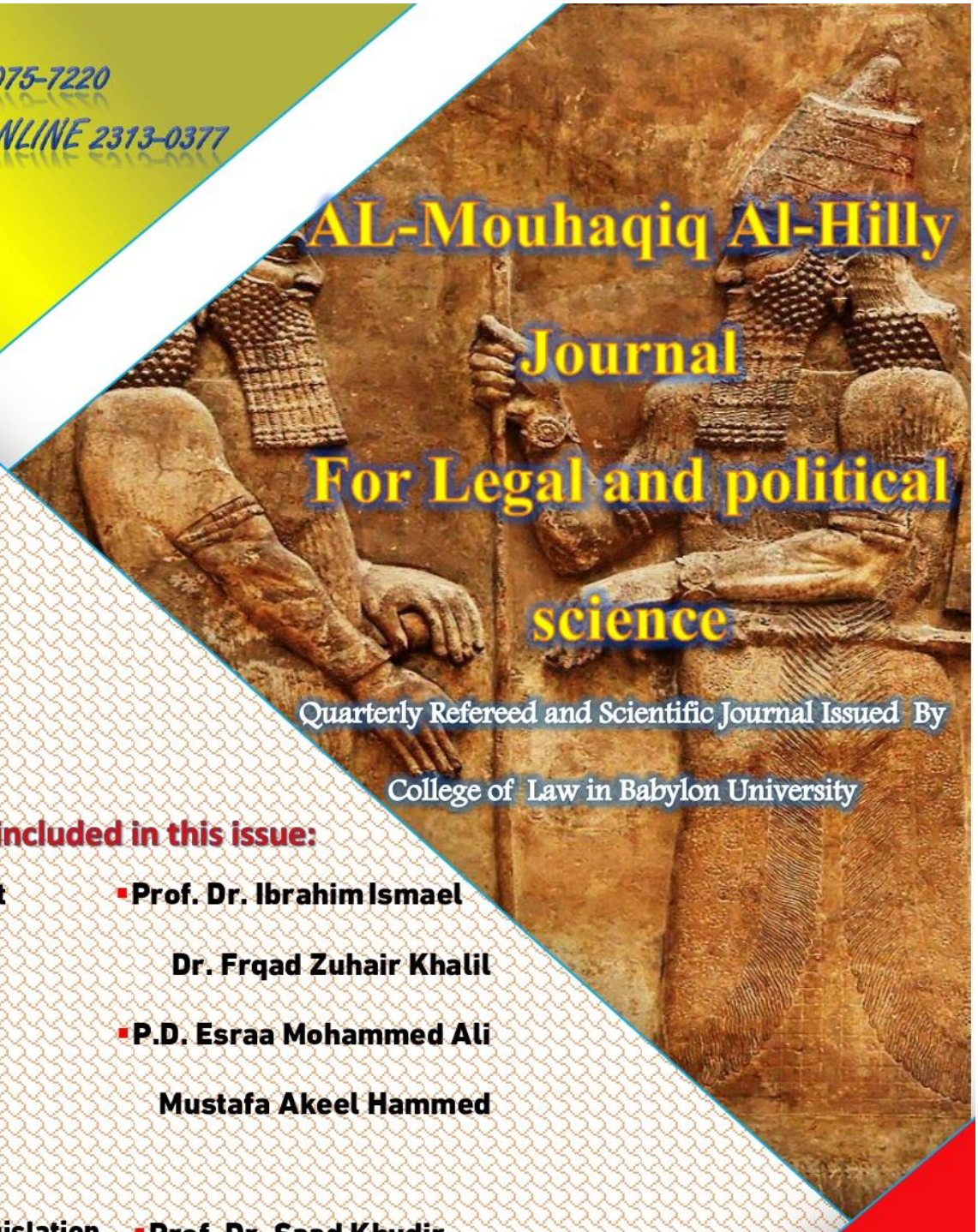
- حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة) — أ.د.اسماعيل صحصاع غيدان
م.اقبال عبد العباس يوسف

السنة الثالثة عشر العدد الثالث

٢٠٢١

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN 2075-7220
ISSN ONLINE 2313-0377



AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By
College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- **Credit Risk Management** — **Prof. Dr. Ibrahim Ismael Dr. Frqad Zuhair Khalil**
- **Objective Judgments To Crime Of Play Gambling -A comparative Study-** — **P.D. Esraa Mohammed Ali Mustafa Akeel Hammed**
- **The Role of Financial legislation in the emergence of holding companies in Iraq after 2003.** — **Prof. Dr. Saad Khudir Abbas Al rahamee**
- **Authority in the electricity service partnership contracts between the public and private sectors (Comparative study)** — **Prof. Ismail Sasa' Al-Budair Iqbal Abdel Abbas**

THIRTEEN YEAR
2021
THIRD ISSUE

No. Deposit in the Archives office – office 1291
for the national Baghdad in 2009

ت	البحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
١.	ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي	أ.د.المتمرس.ابراهيم اسماعيل ابراهيم م.د. فرقد زهير خليل	٩-٧١
٢.	الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة-	ا.د اسراء محمد علي مصطفى عقيل	٧٢-١٠٢
٣.	دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد٢٠٠٣	ا.د. سعد خضير عباس	١٠٣-١٢٣
٤.	حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)	أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان م.اقبال عبد العباس يوسف	١٢٤-١٤٦
٥.	احكام التزام المرفوض بادارة المال المرهون (دراسة مقارنة)	ا.د. منصور حاتم محسن حازم محمد جواد	١٤٧-١٨٥
٦.	مفهوم عقد الكفالة المؤقتة (دراسة مقارنة)	ا.د.ايمان طارق مكي علي عايد فالح	١٨٦-٢١٧
٧.	المفهوم القانوني لعقد التجميد(دراسة مقارنة)	أ.د. سلام عبدالزهرة عبدالله مشتاق عبدالحي عبدالحسين	٢١٨-٢٥١
٨.	الاساس القانوني للالتزام بضمان سلامة السائح	أ.د. هادي حسين عبدعلي بلسم محمد طالب	٢٥٢-٢٨٢
٩.	اثر قواعد الاسناد لحماية المستهلك الالكتروني في العلاقات الدولية	أ.د. عبدالرسول عبدالرضا حسين عمران جرمط	٢٨٣-٣٢٤
١٠.	جريمة الاعتداء على محطات القوة الكهربائية (دراسة مقارنة)	ا.دحسون عبيد هجيج شهد حيدر	٣٢٥-٣٦٠
١١.	السياسية العقابية لجريمة اخفاء العمل الارهابي (دراسة مقارنة)	أ.د. عمار عباس الحسيني علي منديل عبدالله	٣٦١-٣٨٧
١٢.	الجريمة دولية (جريمة الاستيلاء انموذجاً)	ا.د.صدام حسين وادي حازم سكران خضير	٣٨٨-٤٢٣
١٣.	ماهية الاعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي وتطبيقاتها العملية	أ.د. ميري كاظم عبيد فلاح ساهي خلف	٤٢٤-٤٦١
١٤.	انتقاص الاجراء القضائي (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.د. وسن قاسم غني م. م احمد خضير عباس أحمد	٤٦٢-٤٨٣
١٥.	نطاق امتياز مؤجر العقار	أ.د. وسن قاسم غني هاجر عبد العظيم عنبر	٤٨٤-٥١٩
١٦.	ظهور المصلحة الفضلى للطفل كضابط إسناد في العلاقات الخاصة الدولية	أ.د. فراس كريم شيعان خضير مخيف فارس	٥٢٠-٥٥٤
١٧.	المحل في عقد الرعاية الرياضية	أ.د. ذكرى محمد حسين ايناس هاشم رشيد	٥٥٥-٥٨٨
١٨.	الدور الذاتي لمبادئ القانون الدولي الخاص في معالجة الفراغ التشريعي (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين نور حسين جواد	٥٨٩-٦٣٧
١٩.	حالات النكول في المناقصات الحكومية	أ.د. صادق محمد علي عماد محمد شاطي	٦٣٨-٦٦٦
٢٠.	جريمة اعطاء وصفة طبية بمواد مخدرة او مؤثرات عقلية لغير اغراض العلاج الطبي "في القانون العراقي"	ا.د محمد اسماعيل ابراهيم أ.م. احمد هادي عبد الواحد	٦٦٧-٧٠٦
٢١.	جريمة التحريض على تبني افكار او توجهات تتعارض مع التداول السكن	ا.د اسماعيل نعمه عبود ثامر ماهر حسون	٧٠٧-٧٣٠
٢٢.	جريمة تنظيم عصابة مسلحة ارهابية (دراسة مقارنة)	ا.د.لمى عامر محمود احمد حسن حسون	٧٣١-٧٧٠

٢٣.	الضمانات القضائية لحماية الحق في حرية البحث العلمي	أ.د. حسين جبار عبد لقاء عباس مهدي	٧٧١-٧٩٩
٢٤.	التأمين من المخاطر التجارية في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	أ.د. سماح حسين علي مازن عبدالله عبد	٨٠٠-٨٣٥
٢٥.	تقييد حدود المسؤولية المدنية الناشئة عن الحوادث الرياضية (دراسة مقارنة)	أ.د. حيدر حسين الشمري م. محمد عبدالرزاق محمد	٨٣٦-٨٨٣
٢٦.	الرقابة على التمويل العام للاحزاب السياسية	أ.د رافع خضر صالح رشا محمد امين	٨٨٤-٩١٤
٢٧.	التعويض من القلق من الموت الوشيك	ا.م.د. محمد جعفر هادي	٩١٥-٩٥٦
٢٨.	تنفيذ المصادرة الإدارية " دراسة مقارنة "	ا.م.د.رفاه كريم كربل غيث حميد كاظم عباس	٩٥٧-٩٨٢
٢٩.	الحماية الدولية لحق السجين في الصحة (دراسة في قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان)	ا.م.د. سرمد عامر عباس عدي كاظم حمزة	٩٨٣-١٠٢٢
٣٠.	مبدأ قرينة البراءة امام المحكمة الجنائية الدولية	ا.م.د حيدر عبد محسن شهد نورس هادي وحيد	١٠٢٣-١٠٤٣
٣١.	تعارض المصالح في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد جلال حسن حنتوش	١٠٤٤-١٠٨٧
٣٢.	شروط الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية التجارية والاجار المترتبة عليها(دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد ياسين خضير داخل	١٠٨٨-١١١٧
٣٣.	الاحكام الموضوعية لجريمة نقل الحدود (دراسة مقارنة)	ا.م.د منى عبد العالي موسى كوثر عهد محمد	١١١٨-١١٦٢
٣٤.	جريمة اخذ الصغير	ا.م.د منى عبد العالي موسى	١١٦٣-١١٨٣
٣٥.	الاحكام الموضوعية لجريمة الرشوة التي من شأنها الاضرار بالمصلحة الوطنية (دراسة مقارنة)	ا.م.د. نافع تكليف مجيد ريام سلام عبيد	١١٨٤-١٢١٨
٣٦.	اختصاص البرلمان في صحة العضوية البرلمانية	ا.م.د. ليلى حنتوش ناجي بشار محمد كريم	١٢١٩-١٢٥٦
٣٧.	حالات الظرف الطارئ في عقد الايجار (دراسة مقارنة)	ا.م.د. حبيب عبيد مرزه زينب ثامر شهيد	١٢٥٧-١٢٩٤
٣٨.	نقل الدعوى واثره على الاختصاص في القضاء المدني (دراسة مقارنة)	أ.م.د.عبدالله عبدالامير كمال رحيم عزيز	١٢٩٥-١٣٣٩
٣٩.	اشكاليات تكوين المحكمة الاتحادية العليا في العراق واثرها في جودة احكامها	ا.م.د. غانم عبد دهش	١٣٤٠-١٣٧٩
٤٠.	حق المراة العراقية في الكرامة الانسانية (دراسةفياطارالدستوروالقانون العراقي)	ا.م.د. ميسون طه حسين	١٣٨٠-١٤٠٣
٤١.	فعالية المحكمة التجارية العراقية في تسوية المنازعات التجارية (دراسة قانونية في ضوء البيان الصادر من مجلس القضاء الاعلى رقم (٧٤) لسنة ٢٠٢٠.	م.د.ماهر محسن عبود	١٤٠٤-١٤٢٥
٤٢.	التنظيم القانوني لعقوبة قطع الراتب (دراسة مقارنة)	م.د. امين رحيم	١٤٢٦-١٤٦٢
٤٣.	الخطأ المشترك في الاصابة بفيروس كورونا المستجد (كوفيد١٩) (دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي)	م.د. احمد عبدالحسين الياسري	١٤٦٣-١٤٨٣
٤٤.	عقد الاختيار بين الوحدة والتعدد	م.د. هند فائز الحسون م.م. ارم عصام خضير	١٤٨٤-١٥٠٨
٤٥.	دور الاجهزة الرقابية في عملية الاصلاح الاداري والمالي في العراق	م.د قتاده صالح م.م حيدر جاسم محمد	١٥٠٩-١٥٤٥
٤٦.	جرائم جلسات المحاكم (دراسة مقارنة)	م.د منتظر فيصل كاظم	١٥٤٦-١٥٨٤
٤٧.	دور منظمة الامم المتحدة في تنظيم عمل الطائرات المسلحة المسيرة	م.قاسم ماضي حمزة م.د.هاني عبد الله عمران	١٥٨٥-١٦١١
٤٨.	دور التنظيمات النقابية في حماية حقوق العامل في العراق	م.رشا ظافر محي الدين رضا	١٦١٢-١٦٤١
٤٩.	استنباط الاحكام القانونية بدلالة الظهور اللفظي	م.م حسن ضعيف حمود	١٦٤٢-١٦٦٧
٥٠.	التأثير القانوني لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية	م.م. عمر محمد صالح	١٦٦٨-١٦٩٥

أحكام التزام المرتهن بإدارة المال المرهون

(دراسة مقارنة)

الدكتور منصور حاتم محسن

جامعة بابل/ كلية القانون

حازم محمد جواد

جامعة بابل/ كلية القانون

ملخص البحث

تقع على الدائن المرتهن في الرهن الحيازي العديد من الالتزامات نتيجة القبض ، إذ إن حيازة المال المرهون تنتقل من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن ، وما يترتب على ذلك من أثر وهو مسؤولية الدائن المرتهن عن إدارته للمال المرهون ، وما ينشأ عن هذه الإدارة من أحكام ، فهو يحقق مصلحة للراهن في التخلص من عبء إدارة المرهون ، ويحقق مصلحة للمرتهن في أنه يتمكن من أن يضع يده على المرهون ، ويتمكن من إستيفاء حقه المضمون بالرهن عن طريق إستنزاله من صافي غلة المرهون ، فكل ما يقوم به المرتهن ينطوي تحت عنوان إدارة المال المرهون ، ليتمكن في نهاية عقد الرهن من رد المرهون إلى صاحبه .

وحتى لا يتعطل المرهون عما كان يغله قبل انتقاله لمرتهن ، فقد حرص المشرع العراقي والقوانين المقارنة ، على اهمية قيام المرتهن بإدارة المرهون ، وللمرتهن الحق في اتخاذ العديد من الخطوات لتنفيذ التزامه ، على أن لا تضر بمصلحة الراهن ،ومسؤولية المرتهن لا تتحقق إلا إذا توفرت مقومات التزام المرتهن بإدارة المال المرهون ، وهي وجود علاقة قانونية صحيحة تتمثل بالدين المضمون ، وانتقال حيازة المرهون ، كما فرضت التشريعات المدنية والفقه الإسلامي جزاءً على المرتهن إذا ما اخل بإلتزامه أو اهمل في بذل عناية الرجل العادي .

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين حبيبنا وحبيب آله العالمين محمد بن عبد الله ، وعلى آله الطيبين الطاهرين ، اعلام الهدى ومصابيح الدجى ، وصحبه المنتجبين الكرام .

أولاً: جوهر موضوع البحث

تقع على الدائن المرتهن في الرهن الحيازي العديد من الالتزامات نتيجة القبض ، إذ إن حيازة المال المرهون تنتقل من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن ، وما يترتب على ذلك من أثر وهو مسؤولية الدائن المرتهن عن إدارته للمال المرهون ، وما ينشأ عن هذه الإدارة من التزامات أخرى

ثانوية ، منها المحافظة على المال المرهون واستثماره وإستغلاله ، كما أن التزام المرتهن بإدارة المرهون يحقق مصلحة مزدوجة للطرفين الراهن والمرتهن معا ، فهو يحقق مصلحة للراهن في التخلص من عبء إدارة المرهون ويجنبه عبء إداراته وما ينشأ عنها من واجب المحافظة عليه ، ويجنبه النفقات والمصاريف التي تتطلبها إدارة المال المرهون والمحافظة عليه ، ويحقق مصلحة للمرتهن في أنه يتمكن من أن يضع يده على المرهون ، ويتمكن من إستيفاء حقه المضمون بالرهن عن طريق إستنزاله من صافي غلة المرهون ، فكل ما يقوم به المرتهن ينطوي تحت عنوان إدارة المال المرهون ، ليتمكن في نهاية عقد الرهن من رد المرهون إلى صاحبه .

وحتى لا يتعطل المرهون عما كان يغله قبل انتقاله لمرتهن ، فقد حرص المشرع العراقي والقوانين المقارنة ، على اهمية قيام المرتهن بإدارة المرهون ، وللمرتهن الحق في اتخاذ العديد من الخطوات لتنفيذ التزامه ، على أن لا تضر بمصلحة الراهن ،ومسؤولية المرتهن لا تتحقق إلا إذا توفرت مقومات التزام المرتهن بإدارة المال المرهون ، وهي وجود علاقة قانونية صحيحة تتمثل بالدين المضمون ، وانتقال حيازة المرهون ، كما فرضت التشريعات المدنية والفقه الإسلامي جزاءً على المرتهن إذا ما اخل بإلتزامه أو أهمل في بذل عناية الرجل العادي .

ثانيًا: إشكاليات البحث

ذكرنا أن من خصائص الرهن الحيازي هو أن تنتقل حيازة المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن ، وهنا تظهر مشكلة وهي كيف يمكن أن يستعمل المرهون أو يستغله شخص آخر غير المالك ؟ وما هي شروط التزام المرتهن ؟

وما مركز المرتهن في إدارته للمال المرهون ؟ هل هو أصيل عن نفسه أم نائب عن الراهن في إدارته للمرهون ؟ وإذا أنتج المرهون ريعاً أو غلة ، هل يتملكه المرتهن أم يعود إلى الراهن بإعتباره مالك العين المرهونة ؟ وكيف يستنزل الدين من صافي الغلة ليستوفي المرتهن حقه من الدين المضمون ؟

وما مقدار العناية الواجب على المرتهن بذلها ؟ وهل المرتهن ملزم بتحقيق نتيجة أم بذل عناية ؟ وهل يستحق الجزاء إذا ما قصر في إداء التزامه ؟ كل هذه التساؤلات وغيرها سنحاول الإجابة عنها في بحثنا ، وستكون محل اهتمامنا .

ثالثاً : منهجية البحث

لمعالجة موضوع أحكام إلتزام المرتهن بإدارة المال المرهون ، يتطلب الإلمام بكافة تفاصيل هذا الإلتزام من حيث مسؤولية المرتهن عن إدارته للمال المرهون ، من خلال شروط وأساس إلتزام المرتهن بإدارة المال المرهون وأثر إخلال المرتهن في إدارته للمال المرهون وطبيعة العناية التي يبذلها ، وتحديد الجزاء لهذا الإخلال . وفقا للمنهج الوصفي التحليلي المقارن مع مذاهب الفقه الإسلامي ، وذلك وفقا لأحكام القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي مع التعديل الجديد للقانون الفرنسي رقم ٣٤٦ في ٢٠٠٦/٣/٢٣ وكل ذلك مع دراسة آراء الفقه الإسلامي المختلفة .

رابعاً: خطة البحث

تم تقسيم البحث على مبحثين تناولنا في المبحث الأول مسؤولية المرتهن عن إدارته للمال المرهون ، وقسمناه على مطلبين تناولنا في المطلب الأول شروط إلتزام المرتهن بإدارة المال المرهون ، وفي االمطلب الثاني أساس إلتزام المرتهن وطبيعته ، أما المبحث الثاني تناولنا فيه إخلال المرتهن المرتهن بإدارته للمال المرهون ، وتم تقسيمه على مطلبين ، خصصنا المطلب الأول مركز المرتهن ومصير عوائد المرهون ، والمطلب الثاني ، تناولنا فيه مقدار العناية الواجبة وجزاء إخلال المرتهن .

أحكام التزام المرتهن بإدارة المال المرهون

تترتب على التزام المرتهن بإدارة المال المرهون بعض الأحكام التي ينبغي التطرق اليها للوصول الى احاطة وافية حول التزام المرتهن ، وهذه الاحكام تترتب نتيجة انتقال حيازة المرهون من الراهن الى المرتهن ، كما تنهض مسؤوليته نتيجة هذا الانتقال للحيازة ، اذا ما أخل المرتهن بإلتزامه وعدم إدارته الادارة المعتادة ، مما يلزم فرض الجزاء عليه . لذا سنقسم هذا الفصل على مبحثين ، نتناول في المبحث الأول مسؤولية التزام المرتهن بإدارة المال المرهون ، والمبحث الثاني نخصصه لإخلال المرتهن بإدارة المال المرهون .

المبحث الأول

مسؤولية المرتهن عن إدارته للمال المرهون

تنهض مسؤولية المرتهن عن إدارته للمال المرهون بسبب انتقال المرهون إليه ، وحتى يكون المرتهن مسؤولا ، يجب ان يكون التزامه مبني على مقومات أو شروط وهي وجود علاقة قانونية صحيحة بين الراهن والمرتهن ، تتلخص بالدين المضمون ، وكذلك انتقال حيازة المرهون إليه ، لأن المرتهن لا يسأل عن التزامه إلا إذا ما انتقلت الحيازة اليه ، كما ينبغي معرفة أساس هذا الالتزام وطبيعته . لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول ، شروط التزام المرتهن ، وفي المطلب الثاني أساس وطبيعة الالتزام .

المطلب الأول

شروط التزام المرتهن بإدارة المال المرهون

إن المرتهن لا يكون مسؤولا أو ملزما عن إدارة المال المرهون ، إلا اذا انتقلت حيازة المرهون إليه ، وكذلك وجود العلاقة الأصلية وهو ما يتمثل بالدين بين الراهن والمرتهن ، والذي خصص المرهون لضمانه. لذا نقسم هذا المطلب على فرعين ، الأول لإنتقال الحيازة ، والثاني وجود الدين المضمون .

الفرع الأول

انتقال الحيازة للمرتهن

لاشك أن انتقال حيازة المرهون من الراهن الى المرتهن ، له أهمية كبيرة في تنظيم عقد الرهن لحيازي ، لأن انتقال الحيازة بالأضافة إلى كونها أداة أعلام وإشهار للاحتجاج به في مواجهة الغير ، فهو يمثل أساس التزام الدائن المرتهن بإدارة المال المرهون ، وحفظه وصيانته ، واستغلاله [١] ، ويلاحظ بهذا الصدد ، أن المشرع العراقي لم تتضمن نصوصه آلية انتقال حيازة المرهون إلى المرتهن ، كما أنه لم يحل إلى آلية تسليم المبيع ، إلا ان هناك من يذهب إلى أنه لا يوجد مانع من الأخذ بأحكام انتقال المبيع ، من البائع إلى المشتري [٢] ،

أما المشرع المصري فقد نص في المادة (١٠٩٩) على أنه ((يسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون احكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع)).

وانتقال الحيازة يختلف بإختلاف طبيعة الشيء المرهون ، فبالنسبة للعقار فإن انتقال حيازته تكون بتسليم العقار وجعله تحت تصرف المرتهن ليتمكن من حيازته وقبضه ، أي تكون بالتخلية [٣] ، فإذا ما كان دارا يكون بتخلية الراهن للدار وأن يفرغه من امتعته من أمواله وأثاثه وأمتعته ، وإذا ماكان أرضا زراعية ، فعليه ترك الأرض خالية من الآلات والمواشي ، ليتمكن المرتهن من حيازتها وقبضها .

إلا أن هناك جانبا من الفقه [٤]. يرى أن تخلية المرهون وجعله تحت تصرف المرتهن لا يكفي لانتقال الحيازة ، وأنما لابد من توفر السيطرة المادية للمرتهن على المرهون ، لأن المرتهن لا يتمكن من ادارة المرهون واستيفاء دينه من صافي الغلة إلا إذا انتقل المرهون انتقالا ماديا إليه [٥]، وانتقال الحيازة في العقار لوحدها لا تكفي ، وأنما لابد من تسجيل عقد الرهن في دائرة التسجيل العقاري [٦]، حتى ينفذ التصرف في مواجهة الغير [٧]. أي ان تخلية العقار المرهون ووضعه تحت تصرف المرتهن ، لاينفذ ولا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير إلا إذا دخل في حيازة المرتهن دخولا مادياً [٨].

أما بالنسبة لإنتقال حيازة المنقول ، فإن المنقولات هي أكثر استجابة لطبيعة الرهن الحيازي ، لأن بقائها في يد الراهن لا يؤمن مصالح المرتهن ، وذلك لسهولة نقلها واخفائها و فضلا عن أن يفقد المرتهن ضمانه عليها اذا ما تصرف الراهن بها الى شخص حسن النية يستند في حيازته إلى سبب صحيح[٩] ، والمنقول أما معين بالذات ، أو معين بالنوع ، ويكون تسليم المنقول المعين بالذات بالمناولة باليد ، أو بتخلية المنقول ووضعه تحت يد المرتهن ، أما انتقال حيازة المنقول المعين بالنوع يكون بافراز المنقول عمن سواه [١٠]، وبهذا لا يختلف انتقال حيازة المنقول عن انتقال حيازة العقار، من أن يكون انتقالا ماديا وفعلياً ، ويذهب رأي في الفقه الى أن انتقال الحيازة يمكن أن يتم بأي وسيلة كانت يمكن أن تضمن للدائن المرتهن سيطرته الفعلية حتى لو لم يتسلمه فعلاً [١١] وهو مايسمى انتقال الحيازة الحكمي ، كما لو تسلم المرتهن سند الإيداع أو الشحن أو التخزين للمال ، فإنه سيوفر السيطرة الفعلية للمرتهن على المرهون ، وقد تنتقل حيازة المرهون إلى المرتهن دون أن يكون هناك انتقالاً فعلياً ، كما لو كان المرهون في حيازة المرتهن مسبقاً ، فيقوم بتغيير سبب الحيازة مقام تسليم المنقول [١٢]، فحيازة المرتهن يجب ان تكون ظاهرة ، سواء كانت فعلية أو حكمية أو رمزية [١٣] ، ومثال الحيازة الرمزية هو حيازة الديون ، وتكون بتسليم السند المثبت لها ، وكذلك شهادة براءة الاختراع وسند الإيجار عند رهن حق الايجار ، ولما كانت الديون اوصافاً في الذمة ، أي ليس لها وجود مستقل ، لذا لا يتصور حيازة الديون فأقام القانون حيازة سنداتها مقام حيازتها [١٤]. ويلزم لانتقال حيازة السندات المثبتة للديون أن تكون ثابتة في محرر وأن يؤشر به ما يثبت انتقال الحيازة ، ومما تجدر الإشارة إليه ، ان نقل حيازة سند الدين إلى الدائن المرتهن لا ينتج أثره في حق المدين إلا إذا اعلن الرهن إليه أو قبوله إياه [١٥] ، ما عدا السند الاسمي والسند لأمر فإن رهنها ينفذ في حق المدين دون حاجة الى اعلان الرهن اليه او قبوله اياه [١٦].

أما القضاء العراقي ، فإنه يأخذ بإنتقال الحيازة الحقيقي ، إذ جا في إحدى قرارات محكمة التمييز العراقية ((ان المقصود من تسليم البضاعة المرهونة هو التسليم الحقيقي لا التسليم الحكمي ، إذ به يتخلص الناقل من المسؤولية وبه تبدأ مدة التقادم ، وبه يتمكن من فحص البضاعة والتحقق من حالتها والعيوب التي فيها))[١٧] .

ويشترط في الحيازة أيضا ، أن تكون مستمرة ، وهذا ما أشارت إليه المادة (١٣٣٧) التي نصت على ((يستبقي المرتهن في الرهن الحيازي حيازة المرهون حتى انقضاء الرهن ، وإذا عاد إلى حيازة الراهن لأي سبب كان جاز للمرتهن أن يسترده مادام عقد الرهن قائما دون اخلال بما يكون للغير من حقوق)) ، وكفل القانون حماية تلك الحيازة من خلال التأكيد على حق الدائن المرتهن على استرداد الحيازة ، إذا ما خرج المرهون عن حيازته دون علمه أو إرادته ، إذ نصت المادة (١٣٤٢) من القانون المدني العراقي على ((للمرتهن حبس المرهون ، دون إخلال بما للغير من حقوق تم كسبها وفقا للقانون ، وإذا خرج المرهون من يده دون إرادته أو دون علمه ، كان له استرداد حيازته من الغير وفقا لأحكام الحيازة)) .

أما المشرع المصري ، فقد أعطى الحق للمرتهن بأن يحبس المرهون عن الناس كافة ولحين إستيفاء دينه المضمون بالرهن ، وذلك في المادة (١/١١١٠) من القانون المدني ألتي نصت على ((يخول الراهن الدائن المرتهن الحق في حبس لمرهون عن الناس كافة ، دون أخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون)) ، كما كفل القانون حماية حيازته في الفقرة الثانية من المادة أعلاه التي نصت على ((وإذا خرج الشيئ من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه ، كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقا لأحكام الحيازة)) .

أما المشرع الفرنسي ، فقد نص في المادة (٢٣٣٩) على ((لا يطلب الراهن إعادة الممتلكات المرهون إلا بعد سداد الدين مع كامل الفوائد والمصاريف))[١٨]،، كما نصت المادة (٢٣٩١) على ((لا يمكن للمدين المطالبة بإعادة الممتلكات الا بعد السداد الكامل للدين))[١٩]، أي ان المشرع الفرنسي ، منع الراهن من استرداد المرهون من المرتهن إلا بعد إيفاء الدين .

وجاءت القرارات القضائية منسجمة مع هذا المبدأ ، إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية جاء فيه ((للمرتهن حماية حيازته للمال المرهون ، فإذا خرج من يده إلى الراهن أو إلى غيره فله أسترداده إن كان عقد الرهن قائما ، أن لم يكن قد تنازل عن حق الرهن))[٢٠] .

وأجاز القانون خروج الحيازة من المرتهن إلى الراهن أو الغير[٢١] ، على سبيل الإيجار أو الوديعة ، بشرط أن لا يتغير سبب الحيازة ، وأن لا يتنازل المرتهن عن حق الرهن[٢٢]، أي أن المرهون يمكن أن يخرج من يد المرتهن إلى الراهن ، فإن كان بسبب تنازل المرتهن عن الرهن فإن الرهن ينقضي في هذه الحالة ، وأما إذا كان على سبيل الوديعة أو الإيجار فإن الرهن يبقى قائماً لبقاء يد المرتهن على المرهون حكماً[٢٣] .

أما موقف الفقه الإسلامي ، من إنتقال حيازة المرهون ، فقد أتفق فقهاء الحنفية [٢٤] ، والمالكية [٢٥] والشافعية [٢٦] ، والحنابلة [٢٧]، والإمامية [٢٨] ، على أن انتقال حيازة العقار المرهون تكون بتخلية العقار من قبل الراهن ليتمكن المرتهن من تسلم العقار المرهون ، مع إزالة الموانع التي تحول دون ذلك ، وهي بذلك تكون بمنزلة القبض الفعلي للعقار .

أما بالنسبة لانتقال حيازة المنقول ، فقد ذهب الحنفية [٢٩] ، إلى عدم التفرقة بين انتقال حيازة المنقول عن انتقال حيازة العقار ، فتكون بالتخلية بين المنقول والمرتهن ، في حين اتفق فقهاء المالكية [٣٠] ، والشافعية [٣١] ، والحنابلة [٣٢] ، والإمامية [٣٣] ، والظاهرية [٣٤] ، على أن تكون انتقال الحيازة في المنقول بنقل حيازتها من الراهن إلى المرتهن ، أما إذا كان المنقول معين بالنوع ، فيكون نقل حيازته بالكيل أو العد أو الفرز والنقل من حيازة الراهن إلى حيازة المرتهن [٣٥].

أما موقفهم بالنسبة لإستمرار الحيازة ، فيلاحظ أنهم اختلفوا إلى رأيين ، **الرأي الأول** : ذهب إلى لزوم إستمرار الحيازة ، وعدم جواز خروجها من حيازة المرتهن بأي شكل كان [٣٦] ، أما **الرأي الثاني** : يذهب إلى جواز خروج الحيازة [٣٧].

الفرع الثاني

وجود الدين المضمون

ذكرنا سابقا أن التزام المرتهن بإدارة المرهون هو التزام تبعي ، يرتبط وجودا وعدما بإلتزام اصلي وهو علاقة المديونية بين المدين الراهن وبين الدائن المرتهن ، وأن الرهن قام ليضمن هذا الدين ، أو مايطلق عليه بالإلتزام [٣٨] .

ونص المشرع العراقي على الديون التي يمكن أن تضمن بالرهن ، وذلك في المادة (١٢٩٣) من القانون المدني التي نصت على ((يجوز أن يترتب الرهن التأميني ضمانا لدين مستقبل أو دين معلق على شرط ، أو دين احتمالي ، ويجوز أن يترتب لإعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الأدنى الذي ينتهي إليه هذا الدين)) [٣٩] ،

أي أن المشرع العراقي أجاز أن يكون الدين المضمون بالرهن دينا احتماليا أو دين معلق على شرط أو دين مستقبلي ، بشرط أن يذكر مبلغ الدين في عقد الرهن ، أو على الاقل تحديد الحد الاقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين .

كما أجاز أن يقع الرهن على الأمانة ، إذا كان الأمين مسؤولا ، وهذا ماقضت به المادة (١٣٣١) التي نصت على أن((ويجوز أن يكون الرهن الحيازي توثيقاً للأمانة في الأحوال التي يكون فيها الأمين مسؤولا)) .

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري ، فقد نصت المادة (١٠٤٠) من القانون المدني على ((يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط ، أو دين مستقبل ، أو دين احتمالي ، كما يجوز ان يترتب ضمانا لإعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون ، أو الحد الذي ينتهي إليه هذا الدين)) .

وموقف المشرع المصري هنا لا يختلف عن موقف المشرع العراقي ، في اقراره صحة الرهن حتى لو كان الدين احتمالياً ، أو مستقبلياً ، أو معلق على شرط ، ولم يفرق المشرع العراقي والمصري بين الدين المعلق على شرط فاسخ ، والدين المعلق على شرط واقف ، ويرى جانب من الفقه أنه " اذا كان الدين المضمون بالرهن ، معلقا على شرط فاسخ ، فإن الدين يكون موجوداً في الحال ، ومن ثم يمكن ان يترتب رهن لضمانه ، وأما إذا كان الدين معلقا على شرط واقف ، فغن الالتزام لا يقوم الا اذا تحقق الشرط ، ولهذا يدخل في زمرة الديون الاحتمالية ، وهذا ما دفع المشرع الى معالجة الدين المعلق على شرط مع الديون الاحتمالية ، والدين المعلق على شرط يختلف عن الدين الاحتمالي من حيث إن قيمته تكون محددة في الحال ،أ الدين المستقبل هو الدين الذي لم ينشئ بعد ، ولمن من المؤكد أنه سيوجد في المستقبل)) [٤٠] .

أما موقف المشرع الفرنسي ، فقد قرر أنه بالإمكان أن يكون الدين حالا أو مستقبلا ، على أن يكون في الحالة الأخيرة قابلاً للتحديد ، وهذا مانصت عليه المادة (٢٣٣٣) من قانونه المدني ((تكون الديون مضمونة حاضرة أو مستقبلة ، وفي الحالة الاخيرة يجب أن تكون قابلة للتحديد))[٤١].

ومن خلال نصوص القوانين محل المقارنة ، يتضح أنه يجب أن يكون الدين المضمون موجوداً ، أو قابل للوجود ، ومعيناً ، ولايهم في أن يكون التزام بعمل ، أو امتناع عن عمل ، أو التزام بدفع مبلغ من النقود [٤٢] . ويجب أن يكون الدين المضمون معيناً تعيينا كافيا من حيث مصدره ، وتأريخه ، ومحله ، ومقداره ، فلا يجوز الرهن ان يكون ضمانا لكل ما عسى أن ينشئ في ذمة الراهن من دين للمرتهن ، وإذا لم يعين مقدار الدين كما في الحساب الجار أو الاعتماد المفتوح ، يجب على الأقل تحديد الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين ، وأن الدين أياً كان سببه ومحله ، وسواء كان موجود أو موعودا به ، وسواء كان لازما أم غير لازم يصح أن يكون سببا في أن يترتب عليه عقد الرهن [٤٣].

فالدين المضمون هو ركن السبب في عقد الرهن ، فعدم وجود السبب أو بطلانه يؤدي الى بطلان الالتزام ، وهذا ما جرى عليه القضاء العراقي ، إذ جاء في أحد قرارات محكمة التمييز العراقية على أنه ((لم يبقَ محل لهذا الرهن

مادام المدعى عليه ليس دائنا ، وبالتالي يتعين إبطاله ، لأن الرهن هو عقد ولابد لكل عقد من محل لأن من أركان العقد المحل والسبب))[٤٤].

أما القضاء المصري ، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه ((أن الرهن يدور وجوداً وعدما مع الدين المضمون)) [٤٥]، وقضت في قرار آخر لها ، بخصوص ما يتطلبه القانون لنفاذ الرهن الحيازي ((تدوين العقد الثابت في ورقة ثابتة التأريخ يحدد فيها المبلغ المضمون بالرهن أو الحد الاقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين)) [٤٦]، وجرى القضاء الفرنسي على أنه لا يمكن إجبار الدائن الحابس على التخلي عن حيازة المرهون الذي يحبسه إلا بعد وفاء مبلغ الدين [٤٧] .

أما موقف الفقه الإسلامي ، من ضرورة وجود الدين المضمون ، فقد نص الفقهاء على شروط هذا الدين ، حيث اشترط الفقه الحنفي على أن يكون الدين المضمون ، مضمون بنفسه لا بغيره ، كما أجازوا أن يكون موعودا به من أجل تيسير المعاملات ، إذ جاء في كتاب شرح الفتح القدير ((ان الموعود جعل كالموجود بإعتبار الحاجة)) [٤٨]، أما المالكية [٤٩] أشترطوا أن يكون الدين لازما ، في حين أتفق الشافعية [٥٠] ، والحنابلة [٥١] ، على أن يكون الدين المضمون ثابت في الذمة ، ووافقهم الإمامية في ذلك ، إذ جاء في كتاب شرائع الإسلام ((أن المراد بالثابت في الذمة ، المستحق فيها ، وأن لم يكن ثبوته مستقرا في مدة الخيار)) [٥٢] كما أن الإمامية اشترطوا أن يكون الدين سابقا على الرهن أو معاصراً له ، وأعترضوا على أن يكون الدين ناشئ بعد ابرام عقد الرهن ، حيث ذكر صاحب كتاب الدروس الشرعية ((ولو قدم الرهن لم يجز)) [٥٣] ، في حين اتفق المالكية [٥٤] والحنفية [٥٥] ورأي في الفقه الإمامي [٥٦] ، على جواز أن يسبق الرهن قيام الدين المضمون ، أما موقف الحنابلة [٥٧] ، والشافعية [٥٨] ، لم يكن مغايراً عن موقف الإمامية ، في عدم جواز أن يسبق عقد الرهن الدين المضمون .

المطلب الثاني

أساس التزام المرتهن وطبيعته

بما أن المرتهن يمارس أعمالا على مال مملوك للغير ، فما هو الأساس الذي يستند إليه لتكون أعماله صحيحة ؟، هل هو نص القانون ، أم الاتفاق أي عقد الرهن بين الراهن والمرتهن ، أم غير ذلك ؟ ، وما هي طبيعة هذا الالتزام ، هل هو التزام بنتيجة أم التزام بوسيلة ؟ ، هذا ما سنحاول التعرف عليه في هذا المطلب ، الذي قسمناه على فرعين ، الفرع الأول ، لبيان أساس الالتزام ، والثاني لبيان طبيعته .

الفرع الأول

أساس التزام المرتهن بإدارة المال المرهون

إن الرهن الحيازي يرتب التزامات على عاتق الدائن المرتهن والراهن ، سواء كان مدينا أو كفيلا عينيا ، وهذة الالتزامات ترتبط بفكرة انتقال الحيازة من الراهن إلى الدائن المرتهن ، وأن انتقال الحيازة من شأنه ان يغل يد الراهن عن المرهون ويحرمه من إدارته واقتضاء غلته ، وبما أن محل الرهن لم يكن معطلا قبل انتقال الحيازة فأن الضرورة تقتضي أن يستمر في تأمين نفس الحاجة ووفقا لطبيعته ، فالأرض الزراعية يتم استغلالها للزراعة ، والدور المعدة للسكن يجب أن تبقى كذلك ، أي أن انتقال الحيازة لا يؤثر في طبيعة الشيء المرهون من حيث إدارته و إستغلاله ، [٥٩] ، لذا فأن المرتهن ملزم بإدارة محل الرهن ، وأن أساس هذا الالتزام هو نص القانون ، إذ نصت المادة (١٣٣٩) من القانون المدني العراقي ((يتولى الدائن المرتهن إدارة المرهون رهنا حيازيا ...) ، وإدارة المرهون اذا كان ينتج ثماراً يكون بغل هذة الثمار ، وأما ان يكون ذلك بطريق مباشر أي أن يستعمل المرتهن المرهون بنفسه ، أي أن يستخدم المرتهن المرهون حسب طبيعته لانتفاعه الشخصي كأن يركب السيارة المرهونة أو يسكن المنزل المرهون ، أو يقوم بإستغلال المرهون بطريق غير مباشر عن طريق الغير ، أي يقوم بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار محل الرهن أو الحصول على ريعه أو ما ينتجه من دخل سواء قام بهذه الأعمال بنفسه أو بواسطة غيره ، فزراعته للأرض وجني محصولها ، أو تأجيرها للغير فإنه يعتبر إستغلال للمرهون للحصول على ثماره [٦٠] ،

أما موقف المشرع المصري لا يختلف عن موقف المشرع العراقي في جعل أساس التزام المرتهن نص القانون وذلك في المادة (١١٠٦) من القانون المدني التي نصت ((يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون ...)) ، كما ألزم المرتهن على إستثمار الشيء المرهون استثمارا كاملا وذلك في المادة (٢/١١٠٤) ((وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا مالم يتفق على غير ذلك))

أما موقف القانون الفرنسي ، فأنه كان قد جعل قبل تعديله بقانون ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ من عقد الرهن الحيازي أساساً لإلتزام المرتهن [٦١] . أما بعد التعديل بالقانون المذكور جعل نص القانون هو الأساس لإلتزام المرتهن ، وهذا ما يستفاد من نص المادة (٢٣٤٥) التي نصت على ((عندما يكون واضع اليد على المال المرهون هو الدائن المضمون دينه ، فأنه يستطيع تحصيل ثمار هذا المال وأن يحسم قيمتها من الفوائد أو في حالة عدم وجود فوائد من قيمة الدين الأصلي ، مالم يتفق على خلاف ذلك)) [٦٢] ، وكذلك المادة (٢٣٩٨) نصت على ((يجني الدائن ثمار العقار المخصص للضمان تحت شرط حسمها من الفوائد اذا كانت متوجبة واستطرادا من أصل الدين)) [٦٣]،

يلاحظ من خلال نص المادة (١١٠٤) من القانون المصري ، والمادة (٢٠٨٦) من القانون الفرنسي يجوز للمرتهن أن يعفي نفسه من استغلال المرهون عن طريق شرط في العقد ، أما المشرع العراقي لا يجيز ذلك للمرتهن ، وحسنا فعل ، لأن في ذلك تعطيل للمال المرهون عن تامين الحاجة التي كان يسدها مثله قبل انتقال الحيازة .

وإدارة المرتهن لمحل الرهن الحيازي هو من بين أحد التزاماته التي فرضها القانون ، على أن تكون هذة الإدارة وفقا للغرض الذي أُعد له الشيء المرهون ، ومع ذلك يحق للطرفين الراهن والمرتهن الاتفاق على تغيير طريقة الاستغلال والادارة ، بغير الغرض الذي اعد من اجله ، وبذلك يخرج التزام المرتهن من نطاق أعمال الادارة المعتادة التي تجد اساسها في نصوص القانون ، إلى نطاق أعمال الادارة غير المعتادة التي تستند في أساسها إلى الاتفاق المبرم بين الراهن والمرتهن [٦٤] ، أو المرتهن رهنًا حيازيًا ، والذي يَهَمُنا في هذا الشأن هو المرتهن رهن حيازي .

أما بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي ، فإن الفقهاء المسلمون يستخدمون مصطلح الاستثمار للتعبير عن إدارة محل الرهن ، لأن الالتزامان ما هما في الواقع إلا التزاماً واحداً ، [٦٥] ، والتعبير السائد في الفقه الإسلامي عن الإدارة هو انتفاع الدائن المرتهن بمحل الرهن ، أن الفقه الإسلامي يقصد بمصطلح الانتفاع حصول الدائن المرتهن على منافع محل الرهن بسبب استعماله واستغلاله [٦٦] ، وهو مايقصد به مضمون إدارة محل الرهن ، وعليه فان بيان الأساس الشرعي لإلتزام المرتهن بإدارة المال المرهون هو ذاته أساس انتفاع المرتهن بمحل الرهن .

ومن خلال استقراء آراء الفقهاء المسلمين يتبين هناك أربعة إتجاهات نجملها بما يأتي : –

الإتجاه الاول : – يذهب إلى حرمان المرتهن من الانتفاع بمحل الرهن سواء أذن له الراهن أم لم يأذن له [٦٧]، بل ذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى ابعد من ذلك بقولهم إذا اجر المرتهن الرهن باذن الراهن او اجره الراهن باذن المرتهن ، فقد خرج من الرهن ولا يعود [٦٨]، وحجتهم في ذلك بان عقد الرهن يفيد ملك الحبس للمرتهن ولا يملك الانتفاع ، لأن الانتفاع لمالك العين ، ولا يمكن للراهن أن ينتفع بالمرهون ، لان حق الحبس يثبت للمرتهن على سبيل الاستمرار وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع [٦٩]، ويبررون كذلك بأن حبس محل الرهن ومنع الراهن من إدارته والانتفاع به ، وتخليص أمواله من يد المرتهن وأن السماح له في استغلاله يفوت عليه هذا الغرض . ويؤخذ على هذا الإتجاه بانه يؤدي الى تعطيل الانتفاع بمحل الرهن ، وان تعطيل الانتفاع بالمال او عدم إدارته هو إضاعه له بلا نزاع [٧٠] .

الإتجاه الثاني : – يذهب إلى قصر حق الانتفاع بالمال المرهون واستغلاله بالراهن دون المرتهن ، ولا يجوز للمرتهن الانتفاع بالمال المرهون ، إلا في حالة امتناع الراهن عن الانفاق عن المرهون ، في هذة الحالة يحق للمرتهن الانتفاع بالمرهون في مقابل النفقة [٧١] . وحجة أصحاب هذا الرأي هو أن الرهن لا يخرج الرهن من ملك راهنه ، فالراهن له أن يمارس حقه بدون أذن المرتهن ، إلا أن هذا الإتجاه يحرم المرتهن من إستيفاء حقه من صافي غلة محل الرهن [٧٢] .

الإتجاه اثالث : – يذهب الى أنه اذا كان محل الرهن مركوباً أو محلوباً ، فيجوز للمرتهن الانتفاع به واستغلاله ولو بدون إذن الراهن ، سواء امتنع الراهن عن الانفاق أم لم يمتنع [٧٣] . و هناك من ذهب انه يجوز للمرتهن الانتفاع بالمرهون وبدون اذن الراهن وان لم يكن محل الرهن مركوبا او محلوبا [٧٤] .

وهذا الرأي يتفق مع قواعد الشريعة واصولها لا تقضي سواه ، فكان مقتضى العدل والقياس ومصلحة الطرفين الراهن والمرتهن ، أن يستوفي المرتهن منفعة الركوب والحلب ويعوض عنها بالنفقة[٧٥] .

الإتجاه الرابع : – يذهب إلى جواز انتفاع المرتهن بالمرهون مطلقا بإذن الراهن ، وهناك من فرق في حالة إذن الراهن للمرتهن بالانتفاع بين ما إذا كان الرهن في دين قرض أم دين في نظير بيع ، فيجوز في الحالة الثانية و لا يجوز في الأولى [٧٦] .

الفرع الثاني

طبيعة التزام المرتهن بإدارة المال المرهون

أن أي التزام أما أن يكون التزام بوسيلة أو التزام بنتيجة أو غاية . ولمعرفة طبيعة التزام المرتهن بإدارة المال المرهون ، هل هو التزام بوسيلة أم التزام بنتيجة ، فقد أثارت المادة (١/١٣٣٨) من القانون المدني العراقي والتي تنص على (على المرتهن أن يبذل في حفظ المرهون رهنا حيازيا وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه وأن يدفع ما يستحق عليه من ضرائب وتكاليف على ان يرجع بذلك على الراهن وهو مسؤول عن هلاكه كلاً او بعضاً مالم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه) ، والمادة (١١٠٣) من القانون المدني المصري والتي تنص على (إذا تسلم الدائن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يذله الشخص المعتاد وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه) بين الفقهاء القانون جدلاً واسعاً ، لأن المشرع جمع بين الالتزام بوسيلة والالتزام بنتيجة في مادة واحدة ، اذ الزم المرتهن أن يبذل من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهنا يتحدد التزام المرتهن على أنه التزام بوسيلة ، ثم شدد على المرتهن وجعله مسؤولاً هلاك الشيء مالم يكن ذلك بسبب أجنبي ، وهذا التزام بنتيجة ، ويستطيع الدائن أن يتحلل من هذة المسؤولية بالاتفاق مع الراهن [٧٧] ، واختلف

الشراح حول طبيعة الالتزام بحسب المواد القانونية أعلاه فمنهم [٧٨] من ذهب الى أنه مادام المرهون بيد المرتهن فأنه يلتزم برده إلى الراهن بالحالة التي تسلمه فيها، وبالتالي فأنه لا يستطيع أن يتحلل من مسؤوليته عن الهلاك أو التلف إلا إذا اثبت أن ذلك يعود لسبب أجنبي لا يد له فيه ، فإذا اراد أن يتخلص من المسؤولية فعليه أن يثبت السبب الاجنبي أو القوة القاهرة الذي منعه من تنفيذ التزامه ، وكذلك يقع عليه عبء اثبات السبب الاجنبي الذي يحول دون تنفيذ التزامه بالرد [٧٩].

وذهب بعضهم [٨٠]، إلى أن الالتزام يكون بنتيجة إذا كانت العبرة بمدى وقوع النتيجة ، ومدى سيطرة المدين عليها وقدرته على تحقيقها ، فأن المشرع افترض أن المحافظة على الشيء تؤدي الى بقاء الشيء سليماً ، وبعكس ذلك فأنه يضمن ، وتنعقد مسؤوليته ، فإذا أراد التخلص منها ما عليه إلا أن يثبت السبب الاجنبي .

ويذهب رأي آخر[٨١]، أن المشرع أعتبر التزام المرتهن بالرد هو التزام بنتيجة ، والالتزام بالمحافظة هو التزام بوسيلة ، وهناك من يذهب الى أن المشرع تشدد على المرتهن في نفي مسؤوليته و لكنه لا يؤدي إلى اعتبار كونه التزام بنتيجة [٨٢]. ويذهب رأي [٨٣] ، إلى اعتبار الالتزام بالمحافظة التزام بنتيجة ، وذلك إعمالا بظاهر النص ، وهذا الرأي يذهب بخلاف الاصل ، القاضي بأن التزام المرتهن بالحفظ هو التزام بوسيلة ، وكذلك لا يمكن أغفال ماقرره المشرع في النص حيث يقول (عليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد) .

وذهب رأي إلى أن المرتهن ملزم بأثبات قيامه بواجب الحفظ والصيانة ، لأن التزامه هنا التزام تعاقدي [٨٤]، كما تقول المذكرة التفسيرية للقانون المدني المصري (وهذة المسؤولية تعاقدية وهو مسؤول عن هلاك الشيء ، إلا إذا اثبت أن الهلاك يرجع الى سبب أجنبي لا يد له فيه وهذا الالتزام التعاقدي أساسه عقد الرهن و ينشأ بعد تسليم الرهن الى المرتهن) [٨٥].

أي أن أي خلل بالتزامه يفترض انه حصل بخطأ المرتهن ، مالم يثبت أن ذلك قد حصل بسبب أجنبي او بخطأ الراهن أو نتيجة عيب في محل الرهن [٨٦]، ويذهب رأي الى أن المشرع اراد أن ينظم اثبات الوفاء ببذل عناية الشخص المعتاد و لوجود محل الرهن في حيازة المرتهن ، لذلك افترض المشرع مسؤولية المرتهن مالم يثبت السبب الاجنبي [٨٧].

وهناك من يذهب – وهو ما نتفق معه – الى أن المشرع خاطب المرتهن بخطابين ، الزمه بعناية الرجل المعتاد للمحافظة على المرهون وصيانته في صدر المادة ، أما في عجز المادة فإنه خاطبه بضرورة تسليم المرهون بالحالة التي تسلمه فيها ، فإن أخل بالتزامه ترتبت مسؤوليته التي يستطيع التخلص منها بإثبات السبب الاجنبي الذي منعه من تنفيذ التزامه [٨٨] .

أما موقف الفقه الإسلامي من طبيعة التزام المرتهن بإدارة المال المرهون . فقد اعتبر فقهاء الحنفية أنه التزام بنتيجة ، بشرط أن تكون قيمة محل الرهن تعادل الحق المضمون فيه أو أقل منه [٨٩] . أما المالكية فقد فرقوا بين الأموال الظاهرة او مالا يغاب عليه واعتبروا التزامه فيها التزام بوسيلة، وبين الاموال التي يغاب عليها واعتبروا التزامه فيها التزام بنتيجة [٩٠] .

أما الشيعة الإمامية فقرروا إذا كان المال يسرع اليه التلف ولم يبادر المرتهن ببيعه فانه يضمن قيمته ، إلا أن ينهاه الراهن (المالك) فينتفي الضمان [٩١].

المبحث الثاني

إخلال المرتهن بإدارته للمال المرهون

إن المرتهن قد لا يؤدي التزامه بالشكل المطلوب ، مما قد يضر بمصلحة المدين الراهن ، لأن الراهن يده مغلولة عن المال المرهون ولا يستطيع أن يباشر أي عمل ما دام المرهون تحت يد شخص آخر وهو المرتهن ، كما أن المرهون قد يغل ريعا ، لذا كان على المرتهن يباشر في تحصيل هذه الغلة ، لكن هل المرتهن هنا في مركز الأصيل أم في مركز النائب عن المرتهن ، كما عليه أن يبذل العناية اللازمة لتنفيذ التزامه بالشكل المطلوب ، لذا وضع المشرع جزاءً مناسبا على المرتهن أذا ما أخل بإلتزامه ، لذا قسمنا هذا البحث على مطلبين ، المطلب الأول نتناول فيه مركز المرتهن ومصير العوائد التي يغلها المرهون ، والمطلب الثاني ، نخصصة لمقدار العناية اللازمة وجزاء المرتهن اذا ما اخل بإلتزامه .

المطلب الأول

مركز المرتهن ومصير عوائد المرهون

نقسم هذا المطلب على فرعين ، الفرع الأول لبيان مركز المرتهن ، والفرع الثاني لبيان مصير عوائد المرهون .

الفرع الأول

صفة المرتهن في إدارته للمال المرهون

إن المرتهن بعد أن تنتقل اليه حيازة المرهون ، فإن القانون والشرع يفرض عليه القيام بواجب ألإداره حتى يتمكن من رد المرهون إلى راهنه عند انتهاء عقد الرهن، وبما أنه يمارس أعمالا وتصرفات في مال مملوك للغير، فقد أختلف الفقه حول مركز الدائن المرتهن عند ممارسته لمثل هذه الأعمال فهل هو في مركز الوكيل ام النائب ام غير ذلك ، أن الفقهاء اختلفو في تحديد مركز الدائن المرتهن ، فهناك من يرى [٩٢] انه مادام المرتهن لا يمكن

أن ينتفع بالمرهون الا بأجر ، والا كانت الفائده او المنفعه التي يحصل عليها فائده ربويه، وهو يقوم بادارته للمال المرهون لمصلحة الراهن ، فهو في هذه الحاله يكون بمركز النائب عن الراهن ، لكن اختلف حول طبيعه هذه النيابه، فالبعض يرى [٩٣] ، أنها نيابه قانونيه ، تستند الى نصوص القانون وهي صريحه في الزام المرتهن بادارة المال المرهون ، إلا إذا أعفي من هذا الالتزام من قبل الراهن ، كما أن نصوص القانون لم تسمح للمرتهن بان يقوم بإدارة المرهون والإنتفاع به تبرعا دون مقابل ، فهو يخصم ما يحصل عليه من غلة المرهون من الدين المضمون بالرهن [٩٤] بينما يرى بعض الفقه [٩٥]. أن عقد الرهن الحيازي يتضمن توكيل المرتهن بإدارة المال المرهون من قبل الراهن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . وبهذا الرأي اخذت به محكمة النقض المصرية في قرار لها حيث أعتبرت الدائن المرتهن في أدارته للمال المرهون بمركز الوكيل [٩٦]، الا أن هذا الرأي لم يسلم من سهام النقد ، ولعل أهم ما وجه إليه من أعتراضات هي أنالنيابة لا تكون إلا في التصرفات القانونية دون الاعمال المادية [٩٧] ، كما أن نيه الوكالة لا بد أن تكون واضحه لا لبس فيها ولا غموض [٩٨]. ويرى معارضين لهذا الرأي أن فكرة النيابه لا تتفق مع أحكام القانون التي تبيح للراهن إيجار العقار المرهون من الدائن المرتهن [٩٩].

إذ يذكر البعض ((يترتب على هذا الإيجار التزام الراهن بدفع الأجره المتفق عليها للمرتهن فكيف يستقيم هذا الحكم مع القول بأن المرتهن يعتبر وكيلا ، عن الراهن))[١٠٠] ، وكذلك يترتب على اعتبار المرتهن نائبا عن الراهن في إدارته للمال المرهون ، يؤدي الى نفاذ عقد الإيجار الذي يبرمه المرتهن في مواجهة الراهن ، فيما لو انقضى عقد الرهن قبل أنتهاء الثلاث سنوات التي يجوز للمرتهن إيجار المرهون خلالها[١٠١] ،

وهناك من يعتبر [١٠٢] المرتهن أصيلاً عن نفسه عند ممارسة أعمال إدارة المال المرهون ، بموجب الحق العيني الذي يخوله إياه الرهن الحيازي ، ويستند أصحاب هذا الرأي بما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري التي تؤكد على أن ((الحق في أخذ الغلة وخصمها على النحو المتقدم هو عنصر من عناصر حق الرهن ، فالدائن المرتهن يستولي على الغلة أصيلاً عن نفسه لا نائباً عن الراهن)) [١٠٣] ، أي أنه بموجب هذا الرأي أن الدائن المرتهن يباشر أعمال ادارته للمال المرهون بموجب حق الرهن الحيازي ، وهذه السلطة تدخل في مضمون الحق العيني المقرر للمرتهن ، وهو يمارس هذه السلطة بوصفه أصيلا عن نفسه لا نائبا عن الراهن ، ويتنقد البعض [١٠٤] ، هذا الرأي ، لأنه يتعارض مع أحكام القانون [١٠٥]. الذي أجاز الأتفاق على ترك المرهون دون استثمار. وهناك من حاول الجمع بين مزايا الرأيين السابقين أي يجعل المرتهن أصيلا عن نفسه فيما مستحق له بإعتبار أن حق الرهن يخوله ذلك ونائبا فيما يزيد على ذلك . ويؤخذ على هذا الرأي أنه لم يقدم تقيم منضبط لحق المرتهن في استغلال المرهون وكذلك لا يعرف متى يعتبر المرتهن اصيل عن نفسه او نائب عن الراهن [١٠٦] ، وهناك رأي [١٠٧] . يرى أن المرتهن هو يمارس سلطه إدارة المال المرهون ، فأنه يستند على حق أصيل ناشئ له من القانون ، وهذا الحق هو من آثار انتقال حيازة المرهون إلى الراهن ، ويترتب على هذا الرأي أنه يؤدي إلى نفاذ

عقد الإيجار الذي يعقده المرتهن بحق الراهن، من خلال تقريب حق المرتهن في تأجير المرهون من حق المنتفع لأن كل منها له الحق في الانتفاع بمال مملوك للغير ، والإيجار الصادر منهما ينقضي بوفاة المنتفع ، إلا إذا أجازه مالك الرقبه ، وكذلك الايجار الصادر من المرتهن ينقضي بإنتهاء مدة الرهن ، إلا إذا أقره الراهن [١٠٨] ، ويرد على ذلك أن مركز المنتفع يختلف عن مركز المستأجر ، من أن حق المستأجر هو حق شخصي بينما حق المنفقه هو حق عيني ، فلا يمكن المقارنه بين حقين مختلفين في تكوينها ، كما أن هذا الرأي لا يمكن أن يفسر لنا إستئثار المرتهن بغلة المرهون ، في حالة ما إذا باشر سلطة الاستغلال غير المرتهن فأن يكون عدل [١٠٩] ، كما لا يمكن لأصحاب هذا الرأي التفريق أو وضع حد فاصل بين مصدر الحق وأساس الالتزام الذي ينشأ عنه بشكل واضح يؤمن معه اللبس [١١٠] ، ويذهب رأي خامس [١١١] إلى أن المرتهن يمارس سلطة الإدارة بالنظر إلى عنصر الحيازة المادي الذي يمكن يتنازل عنه إلى الغير بإرادته والعنصر المعنوي الذي يبقى محتفظا به ، وبه يستطيع المطالبة بالمرهون إذا خرج من حيازته او سلب منه ، أي بحسب هذا الرأي أن الدائن المرتهن له حق أصيل يمارسه بنفسه من خلال أحتفاظه بعنصري الحيازة (المادي والمعنوي) ، وما يباشره بواسطة غيره ، إذا احتفظ بالعنصر المعنوي للحيازه دون المادي .

أما بالنسبه لموقف الفقه الإسلامي من مركز المرتهن عن إدارته للمال المرهون ، نجد أن المرتهن قد يكون أصلاً عن نفسه ، إذا ما أذن له الراهن في عقد الرهن ، بناءاً على اشتراط المرتهن وهو ما ذهب إليه جانب من الإماميه [١١٢] ، والحنابله [١١٣]، والشافعيه [١١٤] . والمالكية [١١٥] ، ويعتبر أصيلا عن نفسه إذا كان محل الرهن مركوباً أو محلوباً استنادا إلى قول الرسول الكريم صلى الله عليه واله وسلم ((الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذي الذي يركب أو يشرب النفقة)) [١١٦] فالمرتهن مأمور بنص حديث رسول الله (ص) بالانفاق على محل الرهن محلوباً او مركوباً في مقابل الانتفاع من المرهون ٠

ويكون المرتهن نائباً عن الراهن في حالة ما إذا يلزم فيه إذن الراهن ، لكن في غير المشروط وغير المحلوب وغير المركوب [١١٧] .

الفرع الثاني

مآل عوائد المرهون

على الرغم من أن المشرع الزم المرتهن بإدارة المال المرهون ، إلا أنه لم يجز له الانتفاع بغلة المرهون لأنه يباشر عمله لحساب الراهن المالك ، ذلك أن الثمار المستحصلة عن المرهون في ملك الراهن لأنها تمثل نماء ملكه لذلك لم يجز المشرع للمرتهن الانتفاع بالمرهون دون مقابل [١١٨] حيث نصت المادة (١٣٤٠) عراقي ((ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون رهناً حيازياً دون مقابل ...)) والمادة (١١٠٤) من القانون المدني المصري نصت

على أن ((ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل)) ، وعدم حصول المرتهن على منافع الشيء المرهون دون مقابل من النظام العام لايجوز الانفاق على خلافه والغاية من ذلك هو الحيلولة دون حصول المرتهن على فوائد ربوية يحرمها القانون [١١٩] ، وحتى لايثرى المرتهن على حساب الراهن .

وتصدق ملكية المدين الراهن على كل ما يغله الشيء المرهون سواء تلك التي حصل عليها المرتهن نتيجة الاستعمال الشخصي للمرهون ، او تلك التي حصل عليها نتيجة استغلال المرهون عن طريق الغير كأجرة العقار المرهون ، عل أن يتم تقديم المنفعة بالإستعانة بواسطة أهل الخبرة عند الإقتضاء [١٢٠] ،

وبالرغم من أن المشرع خول الدائن المرتهن الحق في حبس ثمار المرهون سواء كانت تحت يده أم تحت يد العدل ، ليتم استنزال صافي الغلة من أصل الدين فقد الزم المرتهن بتقديم حساب عن الغلة ومصيرها الى الراهن ، كما يحق للراهن مطالبة المرتهن بتقديم الحساب إذا ما تراضى في تقديم هذا الحساب ، كما يجوز لكل ذوي مصلحة كمن آل اليه محل الرهن بأي سبب من الأسباب ولدائني الراهن ايضاً مطالبة المرتهن بتقديم هذا الحساب ولهم سبيل ذلك سلوك طريق الدعوى غير المباشرة ، او طريق الدعوى الشخصية بأعتبار انهم من الغير الذي يحتج عليه بحق الراهن[١٢١] . وهذا يؤدي الى التعجيل بقضاء الدين الذي في ذمة المدين الراهن يجب لهؤلاء من مصلحة في براءة ذمة المدين من الدين المضمون ، كما يحق لهم محاسبة الدائن المرتهن على عدم تحصيل أجرة المرهون فيما لو كان المتأخر هو الراهن نفسه [١٢٢]

ويتم إستنزال قيمة الثمار من الدين المضمون بالرهن خلافاً لما تقضي به القواعد العامة ، لأن من شروط المقاصة أن يكون بين دينين مستحقي الإداء[١٢٣] وتجري المقاصة بين الدينين حيث يتم إنزال قيمة الغلة من الدين المضمون بالرهن حتى لو لم يحل أجله بعد [١٢٤] ، حيث نصت المادة (١٣٤٠) مدني عراقي ((وما حصل عليه من صافي ربحه وما استفاده من استعماله يخصم من الدين الموثق بالرهن ولم يكن قد حل اجله ....)) [١٢٥] وتجري المقاصة حسب الترتيب الذي أورده المشرع العراقي في المادة (١٣٤٠) مدني التي نصت على ((يكون الخصم اولاً من قيمة ما انفقه في المحافظة عليه . وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض ثم من المصروفات والفوائد ، ثم من اصل الدين)) [١٢٦] ولا فرق في اتباع من أن يكون القائم بإدارة المرهون المرتهن أو غيره العدل مثلاً ، اذ يلتزم الاخير بتسليم الغلة للمرتهن ليتم خصمها وفقاً لنص القانون [١٢٧] ، والترتيب السابق ليس من النظام العام إذ أجاز المشرع الخروج عليه وعدم إتباعه ، عن طريق الإتفاق على جعل ثمار هذا الشيء مقابل الفوائد ، حيث نصت المادة (١١٠٥) مدني مصري على ((إذا كان الشيء المرهون ينتج ثماراً أو إيراداً وأتفق الطرفان على أن يجعل ذلك كله أو بعضه في مقابل الفوائد ، كان هذا الاتفاق نافذُ في حدود اقصى مايسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية)) [١٢٨] فالمرتهن وحسب هذا النص يستطيع أن يستولي على غلة المرهون مقابل فوائد الدين ، حتى لو لم يتم تحديد سعر الفائدة ويجري احتساب الغلة من وقت الرهن على أساس

السعر المتفق عليه بين الراهن والمرتهن [١٢٩] فإن زاد عما يسمح به القانون وهو (٧%) لزم تخفيضها إلى الحد المذكور من خلال خصمها من الغلة [١٣٠]

ويلاحظ في هذا الصدد أنه إذا كان المشرع المصري قد أجاز للمرتهن والراهن الاتفاق على الفوائد في حدود مايسمح به القانون ، فأن القانون الفرنسي نص على جواز الاتفاق على جعل الثمار كله أو بعضها مقابل الفوائد ، أي لم يحدد سعر الفائدة وأنما جعله مطلقاً حسب إرادة الطرفين [١٣١] لكن أما إذا لم يتفقا على أن تكون الثمار مقابل الفوائد ولم يحدد السعر القانوني للفوائد فكيف يجري احتساب الفائدة ؟ لم يرد في القانون العراقي نص في مثل هذه الحالة ، أما المشرع المصري نص في الفقرة الثانية من المادة (١١٠٥) من القانون المدني على ((٢- فإذا لم يتفق الطرفان على أن يجعل الثمار في مقابل الفوائد ، وسكتا مع ذلك عن تحديد سعر الفائدة ، حسب الفائدة على أساس السعر القانوني دون أن يتجاوز قيمة الثمار، فإذا لم يعينا ميعاداً لحلول الدين المضمون ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بإستيفاء حقه إلا عن طريق استنزاله عن قيمة الثمار دون إخلال بحق المدين في الوفاء بالدين في أي وقت أراده)) .

فإذا لم يتفقا على سعر الفائدة احتسب على أساس السعر القانوني وهو (٤%) في المواد المدنية و (٥%) في المواد التجارية شريطة أن لا تتجاوز قيمة الثمار ، أما اذا زادت قيمة الثمار على الفوائد فإن تلك الزيادة تخصم من مصروفات الإدارة والاستثمار ثم مصروفات الحفظ و الصيانة ثم نفقات الدين ثم من أصل الدين [١٣٢] وفي حالة اذا لم يتفقا على تحديد أجل الدين فإن الدائن المرتهن يستوفي حقه من الثمار طالما كان فيها فائض ، أما إذا لم يكن هناك فائض فيجوز في هذه الحاله للدائن أن يطالب من المحكمة تحديد أجل للدين وعلى المحكمة أن تراعي موارد المدين الحاضرة والمستقبلية ، على أن ترى منه الحرص على الوفاء بإلتزامه [١٣٣] .

أما اذا استوفى الدائن حقه عن طريق خصم الغلة من المدين المضمون وجب عليه رد المرهون الى الراهن لأنه يفقد صفته القانونية لأحتفاظ الحيازة، ويصبح حائز سيء النية في احتفاظه بالمرهون أو قبضه كله [١٣٤] ومع ذلك أجازالمشرع للمرتهن الحق في أن يقطع من الثمار التي تحت يده قبل تسليمها ألى المدين الراهن ما أنفقه في إنتاجها [١٣٥] ولا يسقط إلتزام المرتهن برد ماحصل عليه من ثمار بعد انقضاء الرهن إلا بعد إنقضاء خمس عشرة سنة [١٣٦] .

أما بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من مصير أو مآل عوائد المرهون فإنهم إتفقوا على ملكية الراهن لما بغلهُ المرهون من ثمار [١٣٧]، إلا انهم اختلفوا في جواز تملك المرتهن لهذه الثمار ، إذ يذهب الشافعية [١٣٨] و رأي من الحنفية [١٣٩] على جواز تملك الراهن للمرتهن للثمار حتى لو لم يأذن له الراهن بذلك ، والإمامية [١٤٠] ورأي من الحنفية [١٤١] أجاز تملك المرتهن للمرهون شرط أذن الراهن للمرتهن أما الحنابلة [١٤٢] ، والظاهرية [١٤٣] أجازو

ذلك فيما أذا كان المرهون محلوباً أو مركوباً ، وفرق المالكية [١٤٤] يبين ما إذا الرهن عن دين قرض أم بدين غير قرض ، فإذا كان عن دين قرض لا يجوز وإذا لم يكن عن دين قرض يجوز متى إذن الراهن له .

المطلب الثاني

نقسم هذا المطلب على فرعين ، سنتناول في الفرع الأول مقدار العناية الواجبة من قبل المرتهن ، وفي الفرع الثاني سنتناول فيه جزاء إخلال الدائن المرتهن .

الفرع الأول

العناية الواجبة في ادراة المرهون

لتحديد مسؤولية المدين بالقيام بعمل ما يجب تحديد درجة العناية المطلوبة منه للقيام بها اولاً ، حيث نص المادة (١/١٣٣٩) مدني عراقي على أن ((يتولى الدائن المرتهن إدارة المرهون حيازياً ، وليس له في ان يتصرف فيه ببيع أو برهن ، وعليه أن يبذل في إدارته من العناية مايبذله الرجل المعتاد ...)) وهو ما نص عليه المشرع المصري في المادة (١/١١٠٦) من القانون المدني بنصها على ((يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون وعليه أن يبذل في ذلك من العناية مايبذله الرجل المعتاد ...) ، أما القانون المدني الفرنسي فإن نصوصه جاءت خالية من تحديد مقدار العناية الواجب بذلها من قبل المرتهن عند إدارته للمال المرهون .

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن المشرع العراقي والمصري حددا درجة العناية المطلوبة للمرتهن عند إدارة المال المرهون ، ولم يحددانها في الانتفاع أو الاستثمار ، ونرى أن هذا لا يعد نقصاً أو بحسب تعبير البعض ما هما إلا مضمونان لإلتزام واحد [١٤٥] .

وينتقد البعض [١٤٦] ، وهو مانؤيده من أن استخدام المشرع غير الموفق في استخدام مصطلح الرجل المعتاد ، وكان الأولى به أن يستخدم تعبير الرجل العادي لكونه أصدق في الدلالة ، لأن تعبير الرجل المعتاد قد يحمل على الاعتياد في ممارسة الفعل وهذا قد يحمل المرتهن ضرورة بذل عناية لم يتطلبها منه القانون عند تنظيمه لهذا الالتزام، لأن المشرع لم يطلب بذل عناية أكثر من عناية الرجل العادي، اذ قد يكون الملتزم حريصاً في إدارة شؤونه الخاصة أكثر من الرجل العادي ، أو قد يكون مهملاً أو مقصراً فيكون هذا التقصير حجةً له في إعفائه من المسؤولية أو تخفيفها إذا ما ترتب على ذلك ضرر يلحق بالمدين الراهن [١٤٧] ، لذلك يستخدم الفقه مصطلح الرجل العادي [١٤٨] .

وعناية الرجل العادي لا تلتزم أن تكون مساوية إلى عناية الرجل الحريص في شؤونه الخاصة ، لأنه يبذل عناية أكثر من عناية الرجل المعتاد وقد يبذل عناية أقل من الرجل العادي فيعرف بالاهمال ، ويتحقق بذل العناية المطلوبة على حسب طبيعة الشيء المرهون فإن كان أرضاً زراعيةً إلتزم بزراعتها في المواعيد الملائمة وإختيار المحاصيل المناسبة ، وإذا كان إدارته للمال المرهون تتطلب استغلاله عن طريق الغير كأجارته ، فهو ملزم بالحصول على أجرة المرهون وإلا أعتبر مقصراً بسبب مافاته من نفع [١٤٩] ، ولا تختلف العناية المطلوبة

من المرتهن فيما لو كان محل الرهن عقاراً أم منقولاً [١٥٠] ، ويلاحظ أن نص المشرع على عناية الرجل المعتاد في المادة (١٣٣٩) ما هو الا تطبيق للقواعد العامة إذ نصت المادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي على ((في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو إذا كان مطلوباً منه ان يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامة ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية مايبذله الشخص المعتاد)) .

ويسمى الالتزام ببذل عناية أو وسيلة الالتزام الذي يلتزم بمقتضاه المدين ببذل عناية الرجل المعتاد لتحقيق النتيجة المطلوبة ، أما الالتزام بتحقيق نتيجة ، هو الالتزم الذي يلتزم بمقتضاه المدين بتحقيق نتيجة معينة بإتخاذ الوسائل اللازمة لذلك [١٥١] ويترتب على هذا التقسيم نتيجة عملية مهمة مفاده أن المدين بالالتزام لا يكون مسؤولاً في حالة التزامه ببذل عناية متى ماثبت أنه بذل في تحقيق النتيجة العناية المطلوبة وهي عناية الرجل العادي ، أما إذا كان الالتزام بنتيجة اي تحقيق غايةفإن المدين يكون مسؤولا إذا تخلفت النتيجة المطلوبة حتى لو بذل في سبيل ذلك عناية الرجل المعتاد

وعلى المرتهن أن يحرص على عدم مجاوزة هذا المعيار، وهو عناية الرجل المعتاد زيادةً أو نقصاناً ، فلو كان المرتهن حريصاً في تدبر أموره الخاصة ، لم يطلب أن يبذل نفس هذه العناية في إدارة المرهون ، إذا بذل عناية الرجل العادي ، أما إذا كان يتصف بالأهمال والتقصير وعدم الحيطة في أموره الخاصة يتطلب منه أن يبذل عناية أكثر لتصل إلى عناية الرجل العادي ، وإذا كانت إدارة محل الرهن تتطلب خبرة معينة لا تتوفر في المرتهن ، عليه أن يستعين بأهل الخبرة لتحقيق التزامه ، وعليه أن يبادر بإخطار الراهن بكل مايهدد محل الرهن من خطر يؤدي إلى هلاك المرهون أو تلفله أو نقص قيمته [١٥٢] وعليه أن لا يتصرف بأي تصرف في محل الرهن ببيع أو هبة أو رهن ، لأنها تدخل ضمن أعمال التصرف [١٥٣] ، ومسألة تنفيذ الدائن المرتهن لإلتزامه تختلف بإختلاف الأحوال والظروف وتخضع لقاضي الموضوع يقدرها من واقع الحال بإعتبار المعيار الذي حدده المشرع هو معيار موضوعي لا ينظر فيه القاضي إلى ظروف المرتهن الخاصة [١٥٤] ، أما بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من مقدار العناية الواجب بذلها من قبل المرتهن ، نلاحظ أتفاق الفقهاء على اعتماد معيار شخصي يتمثل في أن يسعى المرتهن في أن يبذل من العناية مايبذله في حفظ امواله الخاصة ، وهذا ماصرحت به الحنفيه [١٥٥] ، و الشافعية [١٥٦] والحنابله [١٥٧] والإمامية [١٥٨] .

الفرع الثاني

جزاء إخلال المرتهن بالتزامه بإدارة المال المرهون

حددت المادة (١٣٣٩) من القانون المدني العراقي الجزاء الواجب فرضه على المرتهن في حالة اخلاله بواجبه في حفظ واستغلال محل الرهن ، فالمرتهن يكون مسؤولاً مهما كان التقصير يسيراً [١٥٩] . ما دام المرهون في حيازته ، وطبقاً للقواعد العامة للقانون المدني يلزم المرتهن إذا لم ينفذ التزامه بالشكل الصحيح أن

يعوض الراهن أو الغير عما أصابه من ضرر ، وبذلك نصت المادة (١٦٨) مدني عراقي ((إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أستحالة التنفيذ قد نشأت بسب اجنبي لايد له فيه ، وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه)) [١٦٠] .

والضرر الذي يصيب الراهن أما أن يكون ضرراً غير جسيم أو ضرراً جسيماً ، والضرر غير الجسيم مثاله نقص قيمة المرهون ، والضرر الجسيم مثاله تلف جزءً من المرهون [١٦١] .

وتتحدد مسؤولية المرتهن حسب نص المادة (١/١٣٣٨) عراقي ألتي نصت على ((وهو مسؤول عن هلاكه كلاً أو بعضاً ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لايد له فيه ...)) .

ولا يختلف موقف المشرع المصري عن الموقف العراقي إذ تقرر المادة (١١٠٣) من القانون المدني ((وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا بد له فيه)) .

وطبقاً للنصوص أعلاه فإن مسؤولية المرتهن هنا مسؤولية عقدية، ألتي من آثارها أن يدفع تعويضاً للراهن.

أما القانون الفرنسي فإنه أقر مسؤولية المرتهن عن إخلاله بإدارة المرهون والزامه بدفع التعويض للراهن ، كما قرر حق الراهن في طلب استرداد المرهون من المرتهن ، وإلى ذلك أشارت المادة (٢٣٤٤) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على ((يجوز لمنشئ الرهن في رهن نزع الحيازة المطالبة بإسترداد المال المرهون مع الاحتفاظ بحق المطالبة بالتعويض إذا أخل الدائن أو غير المتفق عليه بموجب المحافظة على الرهن)) [١٦٢] ، ويلاحظ أن القانون الفرنسي رتب الأثر الوارد في المادة المذكورة آنفا ، نتيجة اخلال المرتهن بواجب المحافظة على المرهون .

أما المشرع العراقي ، والمصري ، جعل منه نتيجة لإخلال المرتهن بإدارة المال المرهون ، وحسنا فعل المشرع العراقي لأن التزام المرتهن بالمحافظة على العين المرهونة يدخل ضمنا ضمن التزام المرتهن بإدارة المال المرهون ،لأن من واجب المرتهن وهو في سبيل ادارته للمرهون هو المحافظة عليه.

والراهن وهو المدعي بأن المرتهن اذا قصر في التزامه لا يطالب بإقامة الدليل على دعواه ، لأن المرتهن مطالب بإعادة محل الرهن الى الراهن بالحالة التي تسلمه فيها ، فعدم الرد يؤدي الى انعقاد مسؤوليته عن هذا الاخلال ، ولا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت أن الإخلال كان بسبب أجنبي لا يد له فيه [١٦٣] .

ويستطيع المرتهن أن يتخلص من المسؤولية المترتبة عليه إذا اتفق مع الراهن على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة ، حسب نص المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على ((١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة ٢- كذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ...)) [١٦٤] .

أما من حيث نوع الجزاء المفروض على المرتهن في حال تقصيره ، نجد أن المشرع حدد هذا الجزاء في المادة (٢/١٣٣٩) من القانون المدني العراقي التي نصت على ((فإذا أدار المرهون إدارة سيئة أو أرتكب في

ذلك إهمالا جسيما كان للراهن أن يطلب وضعه في يد عدل أو أن يسترده مقابل دفع ماعليه ، وفي الحالة الاخيرة إذا كان الدين الموثق بالرهن ليست له فوائد منفصلة عنه ، ولم يكن قد حل أجله فلا يكون للمرتهن إلا مابقي من الدين بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة مابين يوم الوفاء ويوم حلول الدين)) [١٦٥] ، ومن خلال النص المتقدم يكون الخيار للراهن في توقيع أحد الجزائين التاليين وهما أولاً:- أما وضع الشيئ المرهون تحت يد عدل [١٦٦] ، ويتولى هذا العدل إدارة الشئ لمصلحة الطرفين ، الراهن والمرتهن [١٦٧] ، وبعد صدور الإخلال من المرتهن فإنه يصبح غير محل ثقة عند المدين الراهن ، فيأمر القاضي وضع الشيئ المرهون تحت يد عدل ، فالعدل من لا يتحدد بموجب الاتفاق بل بموجب القضاء [١٦٨] .

ثانياً :- يحق للمدين الراهن أن يوفي الدين المضمون كاملا قبل حلول اجله ، وهنا يجب على المرتهن إعادة المرهون الى الراهن وهذا الجزاء يتوقف على قدرة المدين على سداد الدين المضمون .

ويلاحظ في هذة الحالة اذا كان الدين منتج للفوائد ، فيقف سريان هذة الفوائد بمجرد سداد الراهن للدين المضمون ، فالراهن لا يلزم إلا بدفع الفوائد المستحقة حتى تاريخ الوفاء الفعلي .

أما إذا كان الدين المضمون غير منتج للفوائد وفي هذة الحالة يحق للمدين أن يخصم فوائد محسوبة بالسعر القانوني وهي (٤%) في المسائل المدنية و(٥%) في المسائل التجارية ، وهذا الحكم حتى لو كان الدين دون فوائد . لأن المشرع يفترض اندماج الفائدة في أصل الدين [١٦٩] ، ويبرر البعض[١٧٠] مسألة خصم الفوائد من الدين سواء كان منتجاً للفوائد ام غير منتج ، يكون تعويض للراهن لوفاء الدين قبل حلول الأجل ، وحتى لا يثرى المرتهن على حساب الراهن .

واخلال الدائن المرتهن الموجب لفرض الجزاء عليه ، أما أن يكون يسيرا أو اخلال جسيم ، والإخلال اليسير تحكمه القواعد العامة ، من فرض التعويض بناء على طلب الراهن عما اصابه من ضرر بسبب اخلال الدائن المرتهن بإلتزامه [١٧١] ، كما له أن يجبر الدائن على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا [١٧٢] ، أما إذا كان الإخلال جسيما [١٧٣] ، فهنا تطبق الجزاءات المنصوص عليها في المادة (٢/١٣٣٩) من القانون المدني العراقي ، ويكون الاخلال جسيما اذا كان كاشفا عن مسلك المرتهن وما يتميز به هذا المسلك أما يتعمد بالراهن أو عجز المرتهن عن القيام بواجب الادارة [١٧٤] .

أما بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي ، نجد أنهم انقسموا في إجازة إدارة المرتهن على آراء :-

الرأي الاول : - يذهب إلى منع المرتهن من إدارة المرهون مطلقا، سواء أذن له الراهن أم لم يأذن ، وكل ما للمرتهن على المرهون هو حق الحبس فقط ، وهذا مذهب الحنفية [١٧٥] ، وهو قول الشافعية [١٧٦] والظاهرية [١٧٧] ، فيما عدا كون المرهون محلوبا أو مركوبا .

الرأي الثاني :- يذهب إلى إجازة إدارة المرتهن للمرهون ، ولا ينكر عليه ذلك إذا ما أذن له الراهن ذلك ، وهذا مذهب الإمامية [١٧٨] ، والحنابلة [١٧٩] .

الرأي الثالث :- يذهب إلى وجوب إدارة المرتهن للمرهون ، حتى في حالة إذا لم ياذن له الراهن ، وهو ماذهب إليه جانب من الفقه المالكي [١٨٠] .

أما بالنسبة لفرض الجزاء فإنهم انقسموا على ثلاث آراء : -

الرأي الأول :- يذهب إلى أن الرهن إذا هلك أو تلف بسبب أجنبي لا يد له فيه ، فإنه مضمون بالأقل من قيمته ، قيمة محل الرهن أو قيمة الدين المضمون ، وهذا مذهب الحنفية [١٨١] .

الرأي الثاني :- يرى أن محل الرهن مضمون بقيمته مهما بلغت ، وهو قول رأي من المالكية [١٨٢] ، فيما عدا كون المرهون محلوبا أو مركوبا .

الرأي الثالث :- يرى أن محل الرهن مضمون بقيمة الدين مهما بلغت ، وهو مذهب الإمامية [١٨٣] ، والحنابلة [١٨٤] .

الهوامش

[١] د. عبد الناصر توفيق العطار ، التأمينات العينية ، دون مكان وسنة طبع ، ص٢٢٠. د. جميل الشرقاوي ، دروس في التأمينات الشخصية والعينية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦، ص٣٣٦.

[٢] د. صلاح الدين الناهي ، ألوجيز في التأمينات الشخصية ، العينية ، مطبعة دار المعرفة ، بغداد ، ١٩٥٣ ، ص١٣٧. ود. سعيد مبارك ود. طه ملا حويش ود. صاحب الفتلاوي، العقود المسماة (البيع – الإيجار – المقاولة) ، ط٤، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٩، ص١٠٠.

[٣] د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية التبعية ، ج٢، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ١٩٨٢، ص٥١١ .

[٤] القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، ، التأمينات العينية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، ٢٠٠٥ ، ص١٨٢ .

[٥] د. منصور مصطفى منصور ، التأمينات والعينية ، المطبعة العالمية، القاهرة ، ١٩٦٣، ص٢١٢ .

[٦] نصت المادة (٢/٢٥) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ على ((لا ينعقد الرهن الحيازي الوارد على العقار إلا بالتسجيل في السجل العقاري)) .

[٧] د. شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٥٩، ص٤٦٥.

[٨] د. جميل الشرقاوي ، دروس في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص٤٦٥.

[٩] د. شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات العينية في القانون المدني ، مصدر سابق ، ص٤٦٦ .

[١٠] د. عباس حسن الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، ط١، دار البحوث العلمية ، الكويت ، ١٩٧٥، ص٤٤١ .

[١١] د . منصور مصطفى منصور ، التأمينات والعينية ، مصدر سابق ، ص٢٤٣ .

(١٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات الشخصية و العينية ، مطبعة دار نشر الثقافة ، ١٩٥٠ ، ص٥٨٠ .

(١٣) د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية التبعية ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص٥١٥ .

(١٤) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، الوسيط في التأمينات العينية ، منشورات دار النشر للجامعات المصرية، ، ١٩٥٤ ، ص٢٤٩ .

(١٥) ينظر المادة (١٣٥٥) عراقي . والمادة (١١٢٣) مصري . والمادة (٢٣٦٢) فرنسي .

(١٦) ينظر المادة (١٣٥٥) عراقي . والمادة (١١٢٤) مصري .

(١٧) قرار رقم ٨١٥ حقوقية في ١٩٧٠/١٠/٦ ، منشور في مجلة القضاء ، العدد الرابع ، السنة الخامسة والعشرون ، ص١٨٥.

(١٨) ينظر النص الأصلي للمادة (٢٣٣٩) .

Article 2339

(Le constituant ne peut exiger la radiation de l'inscription ou la restitution du bien gagé qu'après avoir entièrement payé la dette garantie en principal, intérêts et frais) .

(١٩) ينظر النص الأصلي للمادة (٢٣٩١) .

(Le débiteur ne peut réclamer la restitution de l'immeuble avant l'entier acquittement de sa dette) .

(٢٠) أشار إليه إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، ص٣٦٧ .

(٢١) ينظر المادة (٢/١٣٣٧) عراقي . والمادة (١١٠٠) مصري . وفي الفقه د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية التبعية ، ج٢ ، مصدر سابق ، ٥١٧ .

(٢٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١٠، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، دون سنة طبع ، ص٧٩١.

(٢٣) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية التبعية ، ج٢ ،مصدر سابق ، ٥١٧ .

(٢٤) محمد بن احمد بن ابي سهل شمس الأئمة السرخسي ، المبسوط ، ج٢١ ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٣ ، ص١٢٨. والذي ورد فيه ((يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية ، لأنه قبض بحكم عقد مشروع ...)) .

(٢٥) شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٣ ، طبعة دار احياء الكتب العربية، ص١٤٥. والذي ورد فيه ((وقبض العقار وهو الأرض وما اتصل بها من بناء او شجر ، بالتخلية بينه وبين المرتهن)) .

(٢٦) الشيخ محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام ابي زكريا يحيى بن شرف النوري ، ،ج٣، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٩٧٨، ص١٢٣ . والذي ورد فيه ((يكون بالتخلية في غير المنقول)) .

(٢٧) منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن ادريس البهوتي الحنبلي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج٣ ، دار الكتب العلمية ، دون سنة النشر، ص٣٣١، والذي ورد فيه ((وأن كان الرهن غير منقول كعقار من ارض وبناء وغراس ، فقبضه بالتخلية بينه وبين مرتهنه من غير حائل ...)) .

(٢٨) محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، ج٥، ج٨ ، مطبعة الفيحاء ، دمشق ، دون سنة طبع .، ص١٥١، والذي ورد فيه ((واما غير المنقول فيكتفي فيه بالتخلية)) .

(٢٩) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مصدر سابق ، ص١٤٦.

(٣٠) شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير مصدر سابق ، ص١٤٥، والذي ورد فيه ((وقبض غيره أي غير العقار يكون بالعرف الجاري بين الناس كتسليم مقود الدابة)) .

(٣١) سليمان بن محمد بن عمر، حاشية البجيرمي ، شرح منهاج الطالبين للإمام زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري الشافعي، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠م ، ص٣٢٦ ، والذي ورد فيه ((لا يحصل قبضه إلا بالنقل)) .

(٣٢) منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن ادريس البهوتي الحنبلي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج٣ ، دار الكتب العلمية ، دون سنة النشر، ص٣٣١ ، والذي ورد فيه ((فما كان مما ينقل ، نقله الى نفسه)).

(٣٣) العاملي ، مفتاح الكرامة ، مصدر سابق ، ج٥، ص١٥١، والذي ورد فيه ((المعتبر في قبض المنقول نقله)) .

(٣٤) ابو محمد علي بن سعيد ابن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ، المحلى ، تحقيق احمد محمد شاكر ، ج٨، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون سنة طبع، ص١٠٣، والذي ورد فيه ((أن يطلق يده عليه فما كان مما ينقل ، نقله الى نفسه)) .

(٣٥) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي ، المُغني والشرح الكبير على متن المُقنع، ج٤، دار الفكر، بلا سنة طبع، ص ٣٧١ . و العاملي ، مفتاح الكرامة ، مصدر سابق ، ص١٥١ .

(٣٦) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٦ ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦، ص٥٤٧. و منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن ادريس البهوتي الحنبلي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، ج١، دار المؤيد للنشر والتوزيع، الرياض، ط٢، ١٩٩٧م، ص٥٤٧ . أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج٣، تحقيق د. مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، مصر، ١٣٩٣هـ ، ص٣٣٦ .

(٣٧) محمد تقي التستري ، النجعة في شرح اللمعة ، ج٨ ، قسم المعاملات، مؤسسة التأريخ العربي، بيروت ، ط١، ١٤٣١هـ، ص٣١. والذي ورد فيه ((لا يشترط دوام القبض)) . الإمام أبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، تكملة المجموع شرح المهذب، ج١٣، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع، ص٣٧٨ ، والذي ورد فيه ((ليس له – أي الراهن – حبسه على سبيل الدوام ، فيباح للراهن استرداده اذا كان ما ينتفع به مع بقاء عينه)) .

(٣٨) د. همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص٥٧٩ .

(٣٩) ذكر قانون التسجيل العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، هذا الشرط في المادة (٣٠٩) التي نصت على ((يشترط أن يكون الدين المؤمن بالرهن معيناً ومقبوضاً عند الإقرار والتسجيل ، كما يجوز أن يكون هذا الدين معلقا على شرط او مستقبلا او احتماليا على أن يتحدد مقداره او الحد الأقصى الذي ينتهي اليه)) .

(٤٠) د. حسام الدين كامل الأهواني ، مقدمة القانون المدني ، نظرية الحق ، بدون ذكر مكان طبع ، ١٩٧٢، ص١٠٨ .

(٤١) ينظر النص الأصلي للمادة اعلاه

Article 2333

Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit 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 ce dernier cas, elles doivent être déterminables.

(٤٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١٠، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، دون سنة طبع ، ص٧٧٥. د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص٥٠٧. جاك مستر وعمانؤيل بوتمان ومارك بيو، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات، القسم العام، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للنشر، لبنان، ٢٠٠٦،، ص٣٤٢.

(٤٣) د. محمد طه البشير و د، غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص٥٠٨ .

(٤٤) أشار إليه إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، ج٤، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠، ص٢٤.

(٤٥) قرار محكمة النقض رقم ٦٩ لسنة ٤٩ ق، جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨. منشور في مجموعة أحكام النقض المصرية، السنة الرابعة والثلاثون، ج٢، ١٩٨٨، ص١٨٨.

(٤٦) طعن رقم ٣١٧ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩ ص٢٠٣. أشار إلى هذا القرار : عبد المنعم الحسني، الموسوعة الماسية للقواعد القانونية ، ج٨ ، مصدر سابق، ص٢٧٥.

(٤٧) طبعة داللوز ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة بالعربية ، جامعة القديس يوسف ، بيروت ، ٢٠١٢، ص ١٩٦٦.

(٤٨) كمال الدين محمد عبد الواحد المعروف بإبن همام الحنفي، شرح فتح القدير وبهامشه شرح العناية على الهداية ، ج٨ ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق، ١٣١٨هـ ، ص٢٠٦.

(٤٩) أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج٣، تحقيق د. مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، مصر، ١٣٩٣هـ، ص٣٠٤.

(٥٠) الإمام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، الوسيط في المذهب ، ج٢، تحقيق أبي عمرو الحسيني بن عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠١، ص٢٦٧.

(٥١) ينظر موفق الدين بن قدامه المقدسي ، الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل ، ج٢ ، تحقيق محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢١هـ ، ص٩٧.

(٥٢) ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ،ج١،ج٢مكتبة الحياة ، بيروت ، ١٩٧٢، ص٦٨.

(٥٣) الشيخ شمس الدين محمد بن مكي العاملي (الشهيد الأول)، الدروس الشرعية في فقه الإمامية ، ج٣ ، تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة ، دون مكان وسنة طبع، ص٤٦١.

(٥٤) أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج٣، مصدر سابق ، ص٣٠٤ .

(٥٥) كمال الدين محمد عبد الواحد المعروف بإبن همام الحنفي ، شرح الفتح القدير ، ج٨، مصدر سابق ، ص٢٠٦ . شيخي زاده عبد الرحمن المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر في فروع الحنفية، ج٤ ، تقديم محمد عبد الرحمن المرعشلي ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠٠١م ، ص٢٢٤ ، والذي ورد فيه ((يصح الدين ولو معدوما)) .

(٥٦) آغا رضا بن محمد الهادي الهمداني، مصباح الفقيه ، ج١٤، تحقيق المؤسسة الجعفرية لإحياء التراث، مؤسسة التأريخ العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، ط١، ٢٠١١م ، ص٦٠٨.

(٥٧) موفق الدين بن قدامه المقدسي ، الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص٩٧.

(٥٨) الوسيط في المذهب ، ج٢، و مصدر سابق ، ص٢٦٦.

(٥٩) بيان يوسف رجيب ، دور الحيازة في الرهن الحيازي، دراسة موازنة بين التشريعات الوضعيّة والشريعة الإسلاميّة ، دار الثقافة ، عمّان ، ٢٠١٠، ص ٥٨٧.

(٦٠) د. محمد علي إمام ، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٩٦، ص ٥٢٦ .

(٦١) ينظر نص المادة (٢٠٨٥) قبل التعديل بقولها ((لا يكتسب الدائن بموجب هذا العقد سوى حق جني ثمار العقار التي يجب أن يحسمها سنويا من الفوائد اذا استحقت ثم من رأس المال)) . كما نصت المادة (٢٠٨٦) قبل التعديل على ((الدائن ملزم ، اذا لم يتفق على العكس ، يدفع الضرائب والتكاليف السنوية التي تترتب على العقار وبإجراء التصليحات المفيدة والضرورية له ، على أن يكون له الحق في أن يقتطع من الثمار جميع المصاريف المتعلقة بمختلف هذه الأعمال)) ،

(٦٢) ينظر النص الأصلي للمادة علاه ،

Article 2345

Sauf convention contraire, lorsque le détenteur du bien gagé est le créancier de la dette garantie, il perçoit les

.fruits de ce bien et les impute sur les intérêts ou, à défaut, sur le capital de la dette.

(٦٣) ينظر النص الأصلي للمادة أعلاه.

Article 2398

Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.

(٦٤) د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة العرب، القاهرة ، ١٩٧٩ص٢٠٤ .

(٦٥) بيان يوسف رجيب ، دور الحيازة في الرهن الحيازي ، المصدر السابق ، ص٥٧٩.

(٦٦) د. وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة ، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٠م ص ١٤٣.

(٦٧) الإمام ابي بكر احمد بن علي الجصاص ، أحكام القرآن ، ج٢ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت –لبنان ، ١٩٩٢ ، ص٢٦٩ .

(٦٨) المصدرنفسه ، ص٢٦٩.

(٦٩) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، المصدر السابق ، ص١٨٢– ١٨٦ .

(٧٠) محمد بن احمد بن ابي سهل شمس الأئمة السرخسي ، المبسوط ، ج٢١ ، مصدر سابق ، ص١٠٧.

(٧١) الإمام شمس الدين بن محمد بن احمد بن حمزة المعروف بالشافعي الصغير ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج٤ ، ط٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٣ ، ص٢٦٥ . المحلى لابن حزم الظاهري ، مصدر سابق ، ص ٨٩ .

(٧٢) بيان يوسف رجيب ، دور الحيازة في الرهن الحيازي ، مصدر السابق ، ص٤٨٣ .

(٧٣) المغني لان قدامه ، مصدر سابق ، ص٥١١ .

(٧٤) د فرج توفيق الوليد ، الرهن في الشريعة الإسلامية ، بحث مقارن ، بلا مكان وسنة طبع ، ص٤٧٣، ص٤٦٩ .

(٧٥) ابي عبد الله محمد بن ابي بكر بن ايوب المعروف بابن القيم الجوزيه ، أعلام الموقعين ، مج٤ ، ف١ ، دار ابن الجوزي ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص٣١٥ .

(٧٦) د. محمد نجيب عوضين المغربي، آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار النهضة العربية، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص٩٧ –١٠٠ .

(٧٧) ينظر نص المادة (٢٥٩) مدني عراقي و المادة (٢١٧) مدني مصري .

(٧٨) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، تأمينات الشخصية والعينية ، المصدر السابق ، ص٢٧٨. ود. محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، المصدر السابق ، ص٢٣٠ .

(٧٩) هناك رأي يذهب الى أن الإلتزام بالرد هو التزام أصلي ، اما الإلتزام بالمحافظة على محل الرهن لحين الرد هو التزام تبعي ثانوي ، ينظر . د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج٤، في الحقوق العينية، المجلد الثاني، في الحقوق العينية التبعية، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ط٣، ١٩٩٥، ص٤٤٢.

(٨٠) شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات العينية في القانون المدني ، المصدر السابق ، ص٥١٤.

(٨١) د. عبد الناصر توفيق العطار ، التأمينات العينية ، المصدر السابق ، ص٢٣٣. د. عبد المنعم البدراوي ، التأمينات العينية ، الدار القومية للطبـــــاعة ، مصر،١٩٨٧ ، ص ٣٥٢ .

(٨٢) د. محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، المصدر السابق ، ص٢٣٠.

(٨٣) د. منصور مصطفى منصور ، التأمينات والعينية ، المصدر السابق ، ص٢٢٤. د. محمد لبيب شنب، دروس في الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٧٤ ، ص١٥٦ . د. شفيق شحاته ، النظرية العامة للتامين العيني ، المطبعة العالمية ، دون سنة طبع ، ص١٣٦ .

(٨٤) د. السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ص٨١٠.

(٨٥) ينظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ، ج٧، ص٢١١.

(٨٦) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، المصدر السابق ، ص٢٧٦. ود. السنهوري ، الوسيط ، المصدر السابق ، ص٨١١.

(٨٧) د. جميل شرقاوي ، دروس في التأمينات العينية ، المصدر السابق ، ص٣٤٩

(٨٨) د. بيان يوسف رجيب ، دور الحيازة في الرهن الحيازي، المصدر السابق ، ص٦٢٢.

(٨٩) محمد بن احمد بن ابي سهل شمس الأئمة السرخسي ، المبسوط ، ج٢١، المصدر السابق ، ص١٠١.

(٩٠) موفق الدين بن قدامه المقدسي ، الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل ، القسم الثاني ، مصدر سابق ، ص٨١٧

(٩١) محمد بن جمال الدين مكي العاملي، اللمعة الدمشقية، ج٤، بلا مكان وسنة طبعه ، ص٧٣.

(٩٢) د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينة ، مصدر سابق ، ص٤,٦

(٩٣) د. سليمان مرقس ،مصدر سابق ، ص٤٥٣

(٩٤) د. محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ص٢٣٢ .

(٩٥) د. شفيق شحاته ، النظرية العامة للتامين العيني ، مصدر سابق، ص.١٣٩

(٩٦) نقض مدني في ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ ، اشار اليه د. محمد علي عثمان الفقي ، استثمار الدائن المرتهن وادارته لمحل الرهن الحيازي، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٧م، ص٧٥ حيث جاء فيه ((أن الدائن المرتهن رهن حيازه، يعتبر أنه وكيل عن المدين الراهن في استغلاله وادارته العين المرهونه وقبض ريعها ، وأن عليه بهذا الوصف أن يقدم الى الراهن حسابا مفصلا عن ذلك))

(٩٧) د. جميل شرقاوي ، دروس في التأمينات العينية ، مصدر سابق، ص٣٥٩ .

(٩٨) د. عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص٢٨٧.

(٩٩) ينظر نص المادة (٢/١٣٣٧) مدني عراقي (١١١٥) مدني مصري .

(١٠٠) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، الوسيط في التأمينات العينية ، مصدر سابق، ،ص٢٨٨ .

(١٠١) د جميل الشرقاوي ، دروس في التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص٣٥٩

(١٠٢) د. شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات ، مصدر سابق ، ص٥١٥

(١٠٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٧ ، ص٢١٩.

(١٠٤) د. محمود جمال الدين زكي ، التأمينات الشخصية والعينة ، مصدر سابق ، ص٤٠٥ .

(١٠٥) تنص المادة (٢/١١٠٤) مدني مصري على ((وعليه أن يستثمر استثمارا كاملا ما لم يتفق على غير ذلك))

(١٠٦) د. بيان يوسف رجيب ، دور الحيازة في الرهن الحيازي، مصدر سابق ، ص٥٠٠ .

(١٠٧) د. جميل شرقاوي ، دروس في التأمينات ، مصدر سابق ، ص٣٥٩ الذي يقول ((نحن نفضل اعتبار حق المرتهن حيازيا في الإدارة والإستغلال ،حقا ينشأ له بحكم القانون ، يرتبط بالتزامه بالإدارة والاستغلال الذي يترتب على حيازته للشيء المرهون ، فحقه في الإدارة والإستغلال حق اصيل ،أي لا يستند الى نيابته عن الراهن اتفاقاً او قانوناً ، ولكنه ليس حقا عينيا في الإستغلال ، ولا يعتبر من العناصر حق المرتهن حيازيا ... بل هو مجرد حق في الإدارة ينشئه القانون للمرتهن الحائز لمصلحته ومصلحة الراهن ...))

(١٠٨) د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص٢٣٤.

(١٠٩) د. جميل شرقاوي ، دروس في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص٣٥٩ .

(١١٠) د. بيان يوسف رجيب ، دور الحيازة في الرهن الحيازي، مصدر سابق ، ص٥٠٢ .

(١١١) المصدر السابق، ص ٥٠٢ .

(١١٢) د. الشيخ محمد أمين زين الدين ، كلمة التقوى ، ج٦ ، بلا مكان وسنة طبع ، ص٥٤ ، والذي ورد فيه ((منافع العين ونمائها تابعه للعين في الملك ... ولا ينقل شيء منه إلى المرتهن إلا إذا اشترط دخوله)) .

(١١٣) مَعجم الفقه الحنبلي، مُستخلص من كتاب المغني لإبن قُدامة، ج١، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا سنة طبع ، ص ٣٨٩ والذي ورد فيه ((أن شرط في الرهن أن ينتفع المرتهن بالمرهون ... يجوز في البيع)) .

(١١٤) سليمان بن محمد بن عمر، حاشية البجيرمي، شرح منهاج الطالبين للإمام زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري الشافعي، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠م ص٤٧١ والذي ورد فيه ((والرهن مشروط في بيع واجاره وهو جائز)) .

(١١٥) شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٣ ، طبعة دار احياء الكتب العربية ، ص ٢٤٦ ورد فيه ((جاز المرتهن شرط منفعة في الرهن كسكنى او ركوب او خدمه))

(١١٦) احمد بن علي ابن حجر ابو الفضل العسقلاني الشافعي ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ج٥، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٧٩، ص١٤٣ .

(١١٧) شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٣ ، مصدر سابق ، ص٢٤٢ ٠ العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج٥ ، مصدر سابق ، ص١٨١ ٠ المغني لابن قدامة ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص٤٣٢ .

(١١٨). د. محمد طه البشير د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص٥٣٢ . د. السنهوري ، الوسيط ، ج١٠ ، مصدر سابق ، ص٨١٧ .

(١١٩) د. محمود جمال الدين زكي ، التأمينات الشخصية والعينة ، مصدر سابق ، ص٤٠٧ .

(١٢٠) د، عبد السميع عبد الوهاب ابو الخير ، التزام المرتهن بحفظ المرهون واستثماره في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص ١٠٠

(١٢١) د، سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، ج٤، المصدر سابق ، ص ٤١٦ .

(١٢٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات الشخصية و العينية ، مصدر سابق ، ص ٦٠٤ .

(١٢٣) ينظر نص المادة (٢/٣٠٩) عراقي و (٢/٣٦٢ مصري) .

(١٢٤) د. شاكر ناصر حيدر ، الحقوق العينية العقارية ، مصدر سابق ، ص٢١٢ ،

(١٢٥) تقابلها المادة (١١٠) مصري ،

(١٢٦) تقابل المادة (١١٠٤) مصري (٢٠٥٨) فرنسي .

(١٢٧) د. عبد الناصر توفيق العطار ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص٢٣٨ .

(١٢٨) لم يرد في القانون المدني العراقي نص مماثل للنص المصري ، إلا أن الفقه يرى ضرورة الأخذ بحكم القانون المصري ، لحماية المدينين من تعسف الدائنين ، د. شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص٤٠٨ .

(١٢٩) ينظر نص المادة (١٧٢) عراقي ، (٢٢٧) مصري .

(١٣٠) د. محمود جمال الدين زكي ، التأمينات الشخصية والعينة ، مصدر سابق ، ص٤٠٨ .

(١٣١) نص المادة (٢٠٨٩) فرنسي .

(١٣٢) د. عبد السميع عبد الوهاب ابو الخير ، التزام المرتهن بحفظ المرهون واستثماره في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، مصدر سابق ، ص١٠٤ .

(١٣٣) د. عبد الناصر توفيق العطار ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص٢٣٨ .

(١٣٤) د. شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات العينية في القانون المدني ، مصدر سابق ، ص٥٢٧ .

(١٣٥) ينظر المادة (١١٦٦) عراقي و (٩٧٩) مصري .

(١٣٦) ينظر المادة (٤٣٠) عراقي و (٣٧٥) مصري .

(١٣٧) الشيخ علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ٢٠٠٨ ، ص ٤٧٢ .

(١٣٨) ابو عبد الله محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي الشافعي ، الأم ، مطبعة دار المعرفة، ط٢، ج٣، بيروت، ١٩٧٣، ، ص١٦٧.

(١٣٩) د. فرج زهران محمد الدمرداش ، أركان عقد الرهن في الشريعة الإسلامية ، ص١٧٩.

(١٤٠) العاملي ، مفتاح الكرامة ، ج٨ ، ص١٣٨ .

(١٤١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٨ ، المصدر السابق ، ص١٨٣.

(١٤٢) المغني لابن قدامة ، ج٦ ، المصدر السابق ، ص٥١٠ .

(١٤٣) المحلى لابن حزم ، ج٨ ، المصدر السابق ، ص٨٩ .

(١٤٤) المدونة الكبرى في الفقه المالكي، مج ١٤ ، ص٢٣ .

(١٤٥) د. جميل الشرقاوي ، دروس في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص٣٥٠ .

(١٤٦) بيان يوسف رجيب ، دور الحيازة في الرهن الحيازي، مصدر سابق ، ص٥٥٢ .

(١٤٧) د. السنهوري ، ج١٠ ، مصدر سابق ، ص ٨١٨ .

(١٤٨) شمس الدين الوكيل ، المصدر السابق ، ص٥١٤.

(١٤٩) يذهب رأي الفقه الى أن العناية المطلوبة ، هي عناية الرجل الحريص . القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، مصدر سابق ، ص٢١٤

(١٥٠) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص٢٨١ .

(١٥١) د. السنهوري ، ج٧ ،المصدر السابق ، ص٤٦١ .

(١٥٢) د. السنهوري ، ج١٠ ، مصدر سابق ، ص٨١٠-٨١١

(١٥٣) د. محمد علي إمام ، مصدر سابق ، ص٥٢٤ .

(١٥٤) د. عبد الناصر توفيق العطار ، مصدر سابق ، ص٢٣١ .

(١٥٥) شمس الدين أحمد بن قُودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ج١٠، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٥م.، ص١٥٠ ، والذي جاء به ((للمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله)) .

(١٥٦) الإمام شمس الدين بن محمد بن احمد بن حمزة المعروف بالشافعي الصغير ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج٤ ، ط٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٣، ص ٢٧٣ ، والذي جاء فيه فأن كان ((المرهون امانة في يد المرهون)) .

(١٥٧) المغني لأبن قدامة، المصدر السابق ، ج٤ ، ص٤١٠ ، والذي جاء فيه ((فأن كان تلفه بتعدي او تفريط في حفظه ضمن)) .

(١٥٨) الحسن بن يوسف بن المطهر المعروف بالعلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، دون مكان وسنة طبع ، ص٣٢ والذي جاء فيه (الرهن في يد المرتهن امانة).

(١٥٩) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص٢٧٨ .

(١٦٠) تقابلها المادة (٢١٥) مصري.

(١٦١) د. السنهوري ، الوسيط ، ج١٠ ، مصدر سابق ، ص٨١٣ .

(١٦٢) ينظر النص الأصلي للمادة أعلاه

Article 2344

((Lorsque le gage est constitué avec dépossession, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé,

sans préjudice de dommages-intérêts, si le créancier ou le tiers convenu ne satisfait pas à son obligation de

conservation du gage.

Lorsque le gage est constitué sans dépossession, le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de

la dette garantie ou solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de)) .

conservation du gage.

(١٦٣) د. جميل شرقاوي ، مصدر سابق ، ص٣٤٨ ٠ .

(١٦٤) تقابلها المادة (٢١٧) من القانون المدني المصري .

(١٦٥) تقابلها المادة (٢/١١٠٦) من القانون المدني المصري ٠

(١٦٦) او (تحت الحراسة) حسب تعبير المشرع المصري ٠

(١٦٧) د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص١٦٠ .

(١٦٨) د. شفيق شحاته ، مصدر سابق ، ص١٣٨ ٠

(١٦٩) د. حسام الدين كامل الأهواني ، مصدر سابق ، ص٦٩٤.

(١٧٠) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص٥٣١ .

(١٧١) د. احمد سلامة ، التأمينات العينية ، ص٣٨٣ .

(١٧٢) بيان يوسف رجيب ، دور الحيازة في الرهن الحيازي ، مصدر سابق ، ص٥٦٤ .

(١٧٣) هناك رأي في الفقه يطلق مصطلح الأهمال الواضح بدلاً من مصطلح الأهمال الجسيم .

(١٧٤) د. منصور مصطفى منصور ، التأمينات والعينية ، مصدر سابق و ص٢٢٦ . .

(١٧٥) العلامة الشيخ نظام ومجموعة من العلماء ، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان ، ج٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت –لبنان ، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م، ص٥٤٧ .

(١٧٦) الأم للشافعي ، مصدر سابق ، ص٣٢٢، .

(١٧٧) المحلى لابن حزم ، مصدر سابق ، ص٨٩.

(١٧٨) العاملي ، مفتاح الكرامة ، مصدر سابق ، ص٥٥٥ .

(١٧٩) ابن قدامه ، المغني ، مصدر سابق ، ص٣٩٨ .

(١٨٠) الإمام ابي الحسن علي بن عبد السلام ، البهجة في شرح التحفة ، ج١، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٨، ص٢٤٧. .

(١٨١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦، مصدر سابق ، ص١٥٤ .

(١٨٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٣، مصدر سابق ، ص٢٣٧ .

(١٨٣) العاملي ، مفتاح الكرامة ،ج٥، مصدر سابق ، ص١٧٩ .

(١٨٤) المغني ، ابن قدامه ، ج٤، مصدر سابق ، ص٤١٠ .

المصادر

مصادر الفقه الإسلامي

١. ابو محمد علي بن سعيد ابن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ، المحلى ، تحقيق احمد محمد شاكر ، ج٨، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون سنة طبع .

٢. أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج٣، تحقيق د. مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، مصر، ١٣٩٣هـ ، ص٣٣٦ .

٣. ابي بكر احمد بن علي الجصاص ، أحكام القرآن ، ج٢ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت –لبنان ، ١٩٩٢ ، ص٢٦٩ .

٤. احمد بن علي ابن حجر ابو الفضل العسقلاني الشافعي ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ج٥، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٧٩، ص١٤٣ .

٥. آغا رضا بن محمد الهادي الهمداني، مصباح الفقيه ، ج١٤، تحقيق المؤسسة الجعفرية لإحياء التراث، مؤسسة التأريخ العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ، ط١، ٢٠١١م ، ص٦٠٨.

٦. الامام أبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، تكملة المجموع شرح المهذب، ج١٣، دار الكتب العلمية، بيروت ، بلا سنة طبع .

٧. الإمام ابي الحسن علي بن عبد السلام ، البهجة في شرح التحفة ، ج١، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٩٩٨، ص٢٤٧. .

٨. الإمام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، الوسيط في المذهب ، ج٢، تحقيق أبي عمرو الحسيني بن عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠١، ص٢٦٧.

٩. الحسن بن يوسف بن المطهر المعروف بالعلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء ، دون مكان وسنة طبع .

١٠.سليمان بن محمد بن عمر، حاشية البجيرمي ، شرح منهاج الطالبين للإمام زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري الشافعي، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠م .

١١.شمس الدين أحمد بن قُودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ج١٠، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٥م .

١٢.شمس الدين بن محمد بن احمد بن حمزة المعروف بالشافعي الصغير ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج٤ ، ط٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٣ .

١٣.شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٣ ، طبعة دار احياء الكتب العربية .

١٤.شمس الدين محمد بن مكي العاملي (الشهيد الأول)، الدروس الشرعية في فقه الإمامية ، ج٣ ، تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة ، دون مكان وسنة طبع .

١٥.شيخي زاده عبد الرحمن المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر في فروع الحنفية، ج٤ ، تقديم محمد عبد الرحمن المرعشلي ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١، ٢٠٠١م.

١٦.علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٦ ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦.

١٧.علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ٢٠٠٨ .

١٨.فرج زهران محمد الدمرداش ، أركان عقد الرهن في الشريعة الإسلامية ، ص١٧٩.

١٩.الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٨ ، المصدر السابق ، ص١٨٣.

٢٠.كمال الدين محمد عبد الواحد المعروف بإبن همام الحنفي، شرح فتح القدير وبهامشه شرح العناية على الهداية ، ج٨ ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق، ١٣١٨هـ .

٢١.المحقق ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ،ج١،ج٢مكتبة الحياة ، بيروت ، ١٩٧٢ .

٢٢.محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسيني العاملي ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، ج٥، ج٨ ، مطبعة الفيحاء ، دمشق ، دون سنة طبع .

٢٣.محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام ابي زكريا يحيى بن شرف النوري ، ،ج٣، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٩٧٨ .

٢٤.محمد أمين زين الدين ، كلمة التقوى ، ج٦ ، بلا مكان وسنة طبع .

٢٥.محمد بن ابي بكر بن ايوب المعروف بابن القيم الجوزيه ، أعلام الموقعين ، مج٤ ، ف١ ، دار ابن الجوزي ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .

٢٦.محمد بن احمد بن ابي سهل شمس الأئمة السرخسي ، المبسوط ، ج٢١ ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٣ .

٢٧.محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي الشافعي ، الأم ، مطبعة دار المعرفة، ط٢، ج٣، بيروت .

٢٨.محمد بن جمال الدين مكي العاملي، اللمعة الدمشقية، ج٤، بلا مكان وسنة طبع .

٢٩.محمد تقي التستري ، النجعة في شرح اللمعة ، ج٨ ، قسم المعاملات، مؤسسة التأريخ العربي، بيروت ، ط١، ١٤٣١هـ .

٣٠.مَعجم الفقه الحنبلي، مُستخلص من كتاب المغني لإبن قُدامة، ج١، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا سنة طبع.

٣١.منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن ادريس البهوتي الحنبلي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، ج١، دار المؤيد للنشر والتوزيع، الرياض، ط٢، ١٩٩٧م .

٣٢.منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن ادريس البهوتي الحنبلي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج٣ ، دار الكتب العلمية ، دون سنة النشر .

٣٣.موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي ، المُغني والشرح الكبير على متن المُقنع،ج٤، دار الفكر، بلا سنة طبع .

٣٤.موفق الدين بن قدامه المقدسي ، الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل ، ج٢ ، تحقيق محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٢١هـ .

٣٥.موفق الدين بن قدامه المقدسي ، الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص٩٧.

٣٦.موفق الدين عبد الله بن احمد بابن قدامه ،المغني، ج٦ ، ط ٣ ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الرياض ، ١٩٩٧ .

٣٧.موفق الدين عبد الله بن احمد بابن قدامه ، المغني ، تحقيق وتعليق محمد سالم وشعبان محمد اسماعيل ، جد ٤، مكتبة الجمهورية العربية دون سنة نشر.

٣٨.نظام ومجموعة من العلماء ، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان ، ج٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت –لبنان ، ١٤٢١هـ– ٢٠٠٠م .

٣٩.همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص٥٧٩ .

٤٠.وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة ، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٠م .

المصادر القانونية

١. إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز.

٢. إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، ج٤، مطبعة

٣. د. أحمد سلامة، التأمينات المدنية، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٠–١٩٦١م.

٤. بيان يوسف رجيب ، دور الحيازة في الرهن الحيازي، دراسة موازنة بين التشريعات الوضعيّة والشريعة الإسلاميّة ، دار الثقافة ، عمّان ، ٢٠١٠ .

٥. جاك مستر وعمانؤيل بوتمان ومارك بيو، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات، القسم العام، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للنشر، لبنان، ٢٠٠٦. .

٦. د. جميل الشرقاوي ، دروس في التأمينات الشخصية والعينية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٦.

٧. د. حسام الدين كامل الأهواني ، مقدمة القانون المدني ، نظرية الحق ، بدون ذكر مكان طبع ، ١٩٧٢.

٨. القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، ، التأمينات العينية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، ٢٠٠٥.

٩. د. سعيد مبارك ود. طه ملا حويش ود. صاحب الفتلاوي، العقود المسماة (البيع – الإيجار – المقاولة) ، ط٤، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .

١٠.د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج٤، في الحقوق العينية، المجلد الثاني، في الحقوق العينية التبعية، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ط٣، ١٩٩٥ .

١١. د. شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد (الحقوق العينية العقارية)، ج٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٣م.

١٢.د. شفيق شحاته ، النظرية العامة للتامين العيني ، المطبعة العالمية ، دون سنة طبع .

١٣.د. شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٥٩.

١٤.د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية ، العينية ، مطبعة دار المعرفة ، بغداد ، ١٩٥٣ .

١٥.طبعة داللوز ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة بالعربية ، جامعة القديس يوسف ، بيروت ، ٢٠١٢ .

١٦.د. عباس حسن الصراف ، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، ط١، دار البحوث العلمية ، الكويت، ١٩٧٥ .

١٧.د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١٠، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، دون سنة طبع .

١٨.د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، دون سنة طبع .

١٩.د.عبد السميع عبد الوهاب ابو الخير ، التزام المرتهن بحفظ المرهون واستثماره في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ .

٢٠.د. عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات الشخصية و العينية ، مطبعة دار نشر الثقافة ، ١٩٥٠ .

٢١.د. عبد الفتاح عبد الباقي ، الوسيط في التأمينات العينية ، منشورات دار النشر للجامعات المصرية، ، ١٩٥٤.

٢٢.د. عبد المنعم البدراوي ، التأمينات العينية ، الدار القومية للطبـــــاعة ، مصر،١٩٨٧ .

٢٣.د. عبد الناصر توفيق العطار ، التأمينات العينية ، دون مكان وسنة طبع .

٢٤.د. فرج توفيق الوليد ، الرهن في الشريعة الإسلامية ، بحث مقارن ، بلا مكان وسنة طبع .

٢٥.د. فرج زهران محمد الدمرداش ، أركان عقد الرهن في الشريعة الإسلامية .

٢٦.د. محمد طه البشير، الوجيز في شرح الحقوق العينية التبعية، دراسة تحليلية مقارنة، ساعدت جامعة بغداد على طبعه، بغداد، ١٩٦٧م.

٢٧.د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية التبعية ، ج٢، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ١٩٨٢ .

٢٨.د. محمد علي إمام ، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٩٦.

٢٩.د. محمد علي عثمان الفقي ، استثمار الدائن المرتهن وادارته لمحل الرهن الحيازي، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٧م.

٣٠.د. محمد لبيب شنب، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٧٤ .

٣١.د. محمد نجيب عوضين المغربي، آثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار النهضة العربية، القاهرة ، بلا سنة طبع .

٣٢.د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة العرب ، القاهرة ، ١٩٧٩ .

٣٣.د. منصور مصطفى منصور ، التأمينات والعينية ، المطبعة العالمية، القاهرة ، ١٩٦٣.

٣٤.د. همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢.

abstract

The mortgagee creditor has many obligations as a result of the arrest as the possession of the mortgaged money is transferred from the mortgagee debtor to the mortgagee and the consequent effect of that is the responsibility of the mortgagee for his management of the mortgaged money and the provisions arising from this administration as it achieves the interest of the mortgagee in get rid of the burden of managing the mortgagee and achieve the interest of the mortgagee in that he can get his hands on the mortgagee and be able to fulfill his secured right in the mortgage by deducting it from the net yield of the mortgagee does is included under the title of managing the mortgaged money so that at the end of the mortgage contract to return the pledge to its owner

In order for the mortgagee not to be suspended from what he used to pay before moving to the mortgagee the Iraqi legislator and the comparative laws have been keen on the importance of the mortgagee managing the mortgagee and the mortgagee has the right to take many steps to implement his obligation provided that they do not harm the interest of the mortgagee and the responsibility of the mortgagee is only realized if the elements of the mortgagees commitment to managing the money are available the pledge is the existence of a valid legal relationship represented by the secured debt and the transfer of possession of the mortgaged and civil legislation and Islamic jurisprudence have imposed a penalty on the mortgagee if he breaches his obligation or neglects to exert the care of the common man

The Pledgee's Commitment To Managed Money

Mansour Hatim Muhsen

University of Babylon/College of Law

Hazem Mohammed Jwad

University of Babylon/College of Law