

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

مبحث تمهيدي

تعريف الرهن وبيان خصائصه

لما كان بحثنا يتعلق بقاعدة عدم التجزئة في نطاق الرهن تطلب الأمر أن نمهد له بتعريف الرهن وبيان خصائصه ، ولغرض تعريف الرهن لا بد من الإشارة إلى عدد من الموضوعات التي ترتبط به ومن أبرزها بيان الثمرة العملية من اختلاف الفقهاء المسلمين وفقهاء القانون والقوانين المدنية بخصوص تعريفه ، فضلاً على ذلك لا بد من الإشارة إلى أبرز الخصائص التي يتمتع بها الرهن بوصفه عقداً وبوصفه حقاً ، ولأجل بحث المفردات أعلاه ، سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نبين في المطلب الأول تعريف الرهن ، أما المطلب الثاني فسنبين فيه خصائص الرهن .

المطلب الأول

تعريف الرهن

يعد الرهن من الحقوق العينية التبعية وبغية بيان تعريفه يتطلب ذلك الإشارة إلى تعريفه في اللغة وفي الفقه الإسلامي والقانون ، ولغرض بيان ذلك لا بد من تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع ، نبين في الفرع الأول تعريف الرهن لغة ، ونكرس الفرع الثاني لبيان تعريفه عند الفقهاء المسلمين ، في حين نخصص الفرع الثالث لبيان تعريف الرهن في القانون .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

رابعاً :- الهزل : الزاهن هو المهزول من الإبل والناس ، يقال ، رهنَ يَرهنُ رهوناً ، أي هزل ومرض ، ومنه قول الشاعر :

إما ترى جسمي خلا قد رهنُ هزلاً وما مجدُ الرجال في السمن
والخلّ بالفتح : الرجل النحيف وهو من داوم الهزال به ^(١) .

خامساً :- الغلاء : يقال ، أرهنت في السلعة ، غاليته بها ، وهو من الغلاء خاصة ويقال ، أرهنتُ فيها بمعنى أسلفت فيها ^(٢) .

ويمكن القول ، إنَّ المعنى الأول للرهن وهو (الثبوت والدوام) والمعنى الثاني (الحبس واللزوم) هما المعنيان اللذان ينسجمان مع حقيقة الرهن ومقتضاه سواء أكان ذلك في الفقه الإسلامي أم في القوانين المدنية ، إذ إن مقتضى الرهن هو الاستيثاق بالدين للتوصل إلى وفائه من المرهون إذا تعذر الوفاء به من ذمة المدين ، وهذا مقتضى لا يتحقق إلا بحبس المرهون على الدوام لكي يضجر الراهن على حبس ماله فيسارع إلى وفاء الدين وبذلك يتحقق مقتضى الرهن ، كما أن المعنيين في أعلاه ينسجمان مع ما تهدف إليه قاعدة عدم تجزئة الرهن بضرورة استيفاء المرتهن لحقه كاملاً ، وذلك لا يحصل إلا بثبوت حبس المرتهن للمرهون ودوامه .

الفرع الثاني

تعريف الرهن في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء المسلمون حول تعريف الرهن مما ترتب عليه اختلافهم في بعض الأحكام المتعلقة به ، ولغرض بيان ذلك سنقسم هذا الفرع على عدد من الفقرات نتناول فيها تعريف الرهن في مذاهب الفقه الإسلامي .

أولاً :- تعريف الجعفرية .

^(١) أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي ، تاج اللغة وصحاح العربية المسمى الصحاح ، حققه وضبطه شهاب الدين أبو عمرو ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٣ ، ص ١٥٦٢ .

^(٢) الشيخ نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد النسفي الحنفي ، طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية ، علق عليه أبو عبد الله محمد حسن الشافعي ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧ ، ص ٢٦٣ .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

جاء في تذكرة الفقهاء للعلامة الحلي بخصوص تعريف الرهن ((الرهن عقد شرع للاستيثاق على الدين))^(١) ، وفي شرائع الإسلام عُرف بأنه ((وثيقة لدين المرتهن))^(٢) . ويلاحظ على التعريف الأول ، بأنه عرف الرهن بوصفه عقداً ولم يتم تعريفه بوصفه حقاً ، فحق الرهن هو الغاية وما العقد إلا وسيلة لتحقيق تلك الغاية ، فضلاً على ذلك فإن ذكر كلمة ((الدين)) يدل على إن المرهون به يجب أن يكون ديناً ، وبذلك أخرج العين فلا يصح الرهن عليها ولو كانت مضمونة ، أما التعريف الثاني فإنه أشار إلى أن الغرض الأساسي من الرهن هو ((التوثيق)) في استيفاء الدين من المدين ، وبذلك أخرج ما يجعل لغير التوثيق ولتحقيق غرض آخر كالتملك كما في البيع أو للانتفاع كما في العارية أو للحفظ كما في الوديعة ، ولكن يلاحظ على هذا التعريف أن اللام في كلمة ((لدين)) تدل على أن هذه الوثيقة هي مختصة لوفاء دين المرتهن فقط ، في حين أن تخصيص مال معين لوفاء دين الدائن لا يخرج العين من الضمان العام للدائنين ، فضلاً على ذلك فإن الدائن المرتهن قد يتعرض إلى مزاحمة غيره من الدائنين المرتهنين ، هذا وقد أشار صاحب التنقيح الرائع لمختصر الشرائع إلى أن الأفضل عند تعريف الرهن القول ((وثيقة لدين المدين)) ، وليس ((وثيقة لدين المرتهن)) وذلك لان الرهن والمرتهن متضائفان في الاشتقاق فلا يؤخذ احدهما في تعريف الآخر^(٣) .

ثانياً :- تعريف الحنفية .

(١) العلامة الحلي الحسن بن يوسف بن المطهر ، تذكرة الفقهاء ، الجزء الثالث عشر ، الطبعة الاولى ، مطبعة ستاره ، قم ، ١٤٢٣ هـ ، ص ٨٧ . انظر كذلك ، قطب الدين البيهقي الكيدري ، أصباح الشيعة بمصباح الشريعة ، الطبعة الاولى ، مؤسسة الامام الصادق (عليه السلام) ، قم ، ١٤١١ هـ ، ص ٢٨٧ . وجاء فيه ((الرهن جعل العين وثيقة في دين وغيره)) . السيد حمزة بن علي بن زهرة الحلي ، قسم الفروع غنية النزوع الى علمي الاصول والفروع ، الطبعة الاولى ، مؤسسة الامام الصادق (عليه السلام) ، قم ، ١٤١٧ هـ ، ص ٢٤٢ . وجاء فيه ((الرهن في الشريعة عبارة عن جعل العين وثيقة في دين ، اذا تعذر استيفاؤه ممن هو عليه ، استوفى من ثمن العين)) .

(٢) ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، القسم الاول والثاني مع تعليقات السيد صادق الشيرازي ، الطبعة الاولى ، اضواء الحوزة ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٠ ، ص ٣٧٢ . انظر كذلك ، السيد احمد الخورنساري ، جامع المدارك في شرح المختصر النافع ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، مؤسسة التاريخ العربي ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٠ ، ص ٣٢٢ . وجاء فيه ((الرهن هو وثيقة لدين المرتهن)) .

(٣) جمال الدين مقداد بن عبد الله السيوري الحلي ، التنقيح الرائع لمختصر الشرائع ، تحقيق السيد عبد اللطيف الحسيني والسيد محمود المرعشي ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مطبعة الخيام ، قم ، ١٤٠٤ هـ ، ص ١٦٤ .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

جاء في كنز الدقائق بخصوص تعريف الرهن بأنه ((حبس شيء بحق يمكن استيفاءه منه كالدين))^(١) ، كما عرّف في الجوهرة النيرة بأنه ((جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون))^(٢) .

ويبدو من تعريفات فقهاء الحنفية للرهن ، أنهم يوجبون أن يكون المرهون محبوساً عند الدائن المرتهن ، إذ إن مقتضى الرهن هو ثبوت يد الاستيفاء بمعنى اختصاص المرتهن بالمرهون على جهة الحبس الدائم ، ولذلك فإنهم قرروا عدم جواز رهن المشاع ، لأن الشيوع مانع من تحقق مقتضى الرهن^(٣) ، كما تبين أن فقهاء الحنفية يجيزون أن يكون المرهون به ((ديناً أو عيناً)) وهذا واضح من تعريفهم للرهن بأنه حبس شيء بحق ، إذ إن الحق يشمل العين والدين على السواء ، ولكنهم يشترطون أن يكون المرهون به مما يمكن استيفاء الحق منه ، فأن لم يكن استيفاء الحق ممكناً لم يصح الرهن به ، ولذلك لم يجزوا رهن الأشياء التي لا يجوز الرهن بها كالكفالة بالنفس والشفعة لعدم إمكانية استيفاء الحق منها ، فالعين يجب أن تكون مضمونة بنفسها لكي يصح الرهن بها ، والعين المضمونة بنفسها هي ما يجب عند هلاكها مثلها إذا كان لها مثل أو قيمتها إذا لم يكن لها مثل^(٤) .

ثالثاً :- تعريف المالكية .

(١) الامام عبد الله بن احمد النسفي ، كنز الدقائق ، اعتنى به وراجعته راشد مصطفى الخليلي ، الطبعة الاولى ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ١٢٨ . انظر كذلك ، العلامة عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية الحنفي ، الاختيار لتعليل المختار ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٩٠ . وجاء فيه حول تعريف الرهن بأنه ((الحبس بمال مخصوص بصفة مخصوصة ، شرع وثيقة للاستيفاء ليضجر الراهن بحبس عينه فيسارع الى ايفاء الدين ليفتكها فينتفع بها ، ويصل المرتهن الى حقه)) .

(٢) الامام ابو بكر بن علي بن محمد الحداد الزبيدي ، الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري في فروع الحنفية ، تحقيق الياس قبلان ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٦ ، ص ٥١٤ .

(٣) اسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري الحنفي ، الفروق ، الجزء الثاني ، بلا مكان وسنة طبع ، ص ٢٨٧ .

(٤) الامام أبي الليث نصر بن محمد بن أحمد بن ابراهيم السمرقندي ، خزانة الفقه ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٥ ، ص ١٨٥ . وجاء فيه ((ولايجوز الرهن إلا بالأعيان المضمونة بنفسها)) .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

جاء في جواهر الاكليل حول تعريف الرهن بأنه ((بذل من له البيع ما يباع أو غررا ولو اشترط في العقد وثيقة بحق))^(١) ، كما عرّف في الشرح الصغير بأنه ((شيء متمول أخذ من مالكه توثقاً به في دين لازم أو صائر إلى اللزوم))^(٢) .

ويتضح من التعريف الأول ، أن الرهن هو ((بذل)) أي إعطاء ، وهذا الإعطاء مطلق سواء كان للتوثيق أم لغيره كالتملك أو الانتفاع أو الحفظ ، ولكن قوله (وثيقة بحق) قيده للتوثيق فقط ، علماً أن هذا البذل يصح من الشخص الذي له حق البيع فكل من يحق له البيع يحق له توثيق دينه بالرهن ، أما موضوع البذل فهو كل شيء يباع وبذلك أخرج من التعريف الأشياء التي لا يجوز بيعها فلا يمكن التوثيق بها كالخمر والخنزير والميتة ، ولكنه استثنى ما كان ملتبساً بالغرر كالثمرة التي لم يبد صلاحها ، فانه يصح رهنها لجواز ترك الرهن من أصله ، فشيء يتوثق به خير من عدمه ، ولكن إذا اشتد الغرر كالجنين فلا يصح الرهن^(٣) ، أما التعريف الثاني ، فقد أجاز أن يكون المرهون عيناً أو ديناً أو منفعة ، وذلك لان عبارة ((شيء متمول)) أي من

(١) الشيخ صالح عبد السميع الآبي الازهري ، جواهر الاكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الامام مالك امام دار التنزيل ، الجزء الثاني ، دار احياء الكتب العربية ، بلا مكان وسنة طبع ، ص ٧٧ . انظر كذلك ، الامام محمد بن عبد الله بن علي الخرخشي المالكي ، حاشية الخرخشي على مختصر سيدي خليل ، للامام خليل بن اسحاق بن موسى المالكي ، الجزء السادس ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧ ، ص ١٢٦ . وجاء فيه بأن الرهن هو ((بذل من له البيع ما يباع او غررا ولو اشترط في العقد وثيقة بحق)) .

(٢) ابو البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير ، الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ، وبالهامش حاشية العلامة الشيخ احمد بن محمد الصاوي المالكي ، أخرجه ونسقه وضبط شكله وعلاماته الدكتور مصطفى كمال وصفي ، الجزء الثالث ، دار المعارف ، مصر ، ١٣٩٣ هـ ، ص ٣٠٣ . انظر كذلك ، أبو بكر بن حسن الكشناوي ، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه امام الانمة مالك ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٥ ، ص ١٤٥ . وجاء فيه ((الرهن متمول أخذ توثقاً به في دين لازم أو صائر إلى اللزوم ، ويعرف أيضاً بأنه عقد لازم لا ينقل الملك قصد به التوثق في الحقوق)) .

(٣) يعرف الغرر بأنه ((عدم حصول المعقود عليه او حصوله على خلاف رغبة احد العاقلين او كلاهما ، او الجهل به او عدم القدرة على تسليمه)) انظر ، الشيخ محمد تقي الأملي ، المكاسب والبيع ، تقرير أبحاث الميرزا النائيني ، الجزء الثاني ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، بلا سنة طبع ، ص ١٨٤ . الفقيه عماد الدين ابي جعفر بن علي الطوسي المعروف بأبن حمزه ، الوسيلة لنيل الفضيلة ، الطبعة الاولى ، مطبعة الخيام ، قم ، ١٤٠٨ هـ ، ص ٢٤٦ . وجاء فيه ((الغرر ما لا يمكن ضبطه وتحصيله بالمقدار او لا يؤمن فيه التلف قبل التسليم)) . محمد محروس سعدوني ، الضمان في العقود الفاسدة ، دراسة فقهية مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص ١١٨ .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

الأموال وما سبق ذكره يدخل في هذه الماهية ^(١) ، وهذا الشيء المتمول يؤخذ من المالك وفي ذلك دلالة على إن الراهن قد يكون هو المدين وقد يكون شخصاً آخر ، علماً إن الغرض من الرهن هو التوثق به في دين لازم من بيع أو قرض أو قيمة متلف ، أو دين صائر إلى اللزوم كما في حالة اخذ الرهن من صانع أو مستعير خوفاً من ادعاء ضياع ، وفي ذلك دلالة على جواز اخذ الرهن لضمان دين لم ينشأ بعد ، أي لضمان دين مستقبل .

رابعاً :- تعريف الشافعية .

لقد عرف فقهاء الشافعية الرهن بعدة تعريفات ولكنها وإن اختلفت من حيث الألفاظ فهي متحدة في المعنى ، وبهذا الخصوص جاء في مغني المحتاج ((جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه)) ^(٢) ، وجاء في حاشية الشرقاوي بأنه ((جعل عين متمولة وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه)) ^(٣) .

وبذلك يتبين ، أن الرهن على وفق التعريف الأول ، هو أن يجعل المالك أو من يقوم مقامه سواء أكان المالك هو المدين أم شخصاً غيره بتخصيص عين وثيقة بدين ، وبذلك أخرج الدين والمنفعة إذ لا يصح رهنهما عند الشافعية ، فضلاً على تقيده للعين بكلمة ((مال)) ، وهو قيد أخرج به ما ليس بمال كالنفس والمنتجس الذي لا يمكن تطهيره ، كما إن القول بأن الرهن وثيقة بدين يعني عدم إجازة أن يكون المرهون به ((عيناً)) ولذلك جاء في التعريف ((دين)) لإخراج الأعيان إذ لا يجوز اخذ الرهن عليها ولو كانت مضمونة ، ويلاحظ أن التعريف الثاني لا يختلف عن التعريف الأول سوى أنه أخرج العين غير المتمولة فلا تصلح أن تكون محلاً

^(١) العلامة الشيخ عبد العزيز حمد آل مبارك الاحساني ، تبين المسالك شرح تدريب السالك الى أقرب المسالك ، الجزء الثالث ، الطبعة الثالثة ، دار ابن حزم ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٩ ، ص ٤٨٣ .

^(٢) الشيخ محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج ، على متن منهاج الطالبين للامام ابي زكريا ((يحيى بن شرف النووي)) الجزء الثاني ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٩٧٨ ، ص ١٢١ . انظر كذلك ، الامام ابي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، الخلاصة المسمى خلاصة المختصر ونفاة المعتصر، دراسة وتحقيق ، امجد رشيد محمد علي ، الطبعة الاولى ، دار المنهاج ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٩٢ . وجاء فيه بأن الرهن هو ((جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه)) .

^(٣) الشيخ عبد الله بن حجازي بن ابراهيم الشافعي الازهري ، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب ، لشيخ الاسلام ابي يحيى زكريا الانصاري المتوفى سنة ٩٢٥ هـ مع تقرير السيد مصطفى حنفي الذهبي المصري على حاشية الشيخ الشرقاوي ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧ ، ص ٢٦٢ .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

للرهن ، وذلك باشتراطه أن تكون العين متمولة ، والمتمول ما يقابل بمال ، أو ما يسد مسداً بأن يجلب نفعاً أو يدفع ضرراً ، وبخلافه لا يجوز رهنها وإن كانت مالا كما في رهن حبة قمح واحدة ، فأنها وإن كانت مالا فهي غير متمولة فلا يجوز رهنها ^(١) .

خامساً :- تعريف الحنابلة .

جاء في منتهى الإرادات بخصوص تعريف الرهن بأنه ((توثقه دين بعين يمكن أخذه أو بعضه منها أو ثمنها)) ^(٢) ، وهذا التعريف ذهب اليه غالبية فقهاء الحنابلة ^(٣) ، ولكن هناك من يعرفه تعريفاً آخر إذ جاء في الكافي بأنه ((المال الذي يجعل وثيقة في الدين يستوفي منه عند تعذره ممن هو عليه)) ^(٤) .

فالرهن هو ((توثقه دين بعين)) ، فهذه العبارة أشارت إلى إن الرهن يعد من عقود التوثيق ، إلا إن فيها قيدان الأول يتعلق بالمرهون به والثاني يتعلق بالمرهون ، فأما الأول فقد قيد المرهون به بأن يكون ديناً ، وبذلك تخرج الأعيان فلا يصح الرهن بها ولو كانت مضمونة ، أما الثاني فهو قيد يتعلق بالمرهون ، إذ يشترط فيه أن يكون عيناً ، فلا يجوز رهن الدين والمنفعة ، فضلاً على ذلك إن الحنابلة اشترطوا في المرهون أن يكون مما يجوز بيعه وهذا واضح من عبارة ((يمكن أخذه أو بعضه منها أو ثمنها)) .

(١) الامام بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي ، الديباج في توضيح المنهاج ، تحقيق عثمان غزال ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٩٥ .

(٢) تقي الدين محمد بن احمد الفتوح الحنبلي المصري الشهير بأبن النجار ، منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات ، القسم الاول ، تحقيق عبد الغني عبد الخالق ، مكتبة دار العروبة ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٣٩٩ .

(٣) منصور بن يونس البهوتي ، الروض المربع شرح زاد المستقنع ، ومعه حاشية محمد بن صالح العثيمين ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، دار المؤيد ، ١٩٩٧ ، ص ٥٤٥ . الامام علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان بن احمد المرداوي السعدي الحنبلي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد بن حنبل ، تحقيق ابي عبد الله محمد حسن الشافعي ، الجزء الخامس ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧ ، ص ١٢٢ . عثمان احمد النجدي الحنبلي ، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب ، تحقيق حسنين محمد مخلوف ، الطبعة الرابعة ، دار البشير ، جدة ، الدار الشامية ، بيروت ، ١٩٩٦ ، ص ٣٤٥ . وجاء فيه بخصوص تعريف الرهن بأنه ((توثقه دين بعين يمكن استيفاؤه منها أو من ثمنها)) .

(٤) موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي ، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل ، تحقيق محمد حسن محمد الشافعي ، احمد محروس جعفر ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠١ ، ص ٩٦ .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

أما التعريف الثاني ، فانه وان أشار إلى إن الرهن وثيقة في الدين كما في التعريف الأول وبذلك أخرج ما يجعل لغير التوثيق كالتملك والحفظ والانتفاع ، إلا انه لم يسمح برهن ما ليس بمال كالنفس^(١) ، كما انه أشار صراحة إلى إن المرهون لا يتم بيعه لوفاء الدين إلا إذا تعذر الحصول عليه من المدين بسبب امتناعه عن الوفاء به .

سادساً :- تعريف الزيدية .

إن تعريف الزيدية للرهن لا يختلف عن التعريف الثاني الذي ذهب اليه فقهاء الحنابلة ، إذ جاء في البحر الزخار بان الرهن هو ((جعل المال وثيقة في الدين يستوفى منه عند تعذره ممن هو عليه))^(٢) .

ولا نريد أن نكرر ما تم قوله بخصوص تعريف الحنابلة للرهن طالما أنهما متشابهان ، ولكن مما تجدر الإشارة اليه أن فقهاء الزيدية وان كان الأصل عندهم أن يكون المرهون به ديناً كما هو واضح من تعريفهم ، إلا أنهم أجازوا استثناء أخذ الرهن في الأعيان المضمونة ، وهي أما أن تكون مضمونة بنفسها وهي ما يجب عند هلاكها مثلها إذا كان لها مثل أو قيمتها إذا لم يكن لها مثل كالمغصوب ، وقد تكون العين مضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع^(٣) . وبعد عرض التعريفات التي ذكرها الفقهاء المسلمون للرهن لا بد من عقد مقارنة بخصوص تعريفهم الرهن لبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهم وكما يأتي :-

١ - اتفق الفقهاء المسلمون على أن الرهن هو من عقود التوثيق ، من خلال الإشارة إلى ذلك صراحة في تعريفاتهم التي ذكرناها ، باستثناء فقهاء الحنفية فلم يذكروا صراحة أن الرهن من عقود التوثيق ، ولكن يفهم ذلك ضمناً من تعريفهم ، فضلاً على ذلك فان فقهاء الحنفية دون غيرهم أشاروا إلى إن حكم عقد الرهن هو ثبوت يد الاستيفاء (ملك اليد) بمعنى اختصاص

(١) الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل ، المصدر السابق ، ص ٩٦ .

(٢) الامام المجتهد المهدي لدين الله احمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ، الجزء الخامس ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع ، ص ١٦٧ . انظر كذلك ، العلامة شرف الدين الحسين بن احمد السياغي ، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، مكتبة المؤيد ، الطائف ، بلا سنة طبع ، ص ١٨ . وجاء فيه بأن الرهن هو ((جعل عين مال وثيقة بدين ، ليستوفي منها عند تعذر استيفائه ممن عليه)) .

(٣) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ، المصدر السابق ، ص ١٧٣ .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

المرتهن بالشئ المرهون على جهة الحبس لحين الوفاء بالدين وعدم جواز رد المرهون إلى الراهن خلال مدة الرهن .

٢- اتفق الفقهاء المسلمون على أن المرهون به (الحق المضمون) إذا كان ديناً فإن الرهن يصح به ، ولكنهم اختلفوا إذا كان عيناً ، فالحنفية والمالكية ورد في تعريفهم كلمة (حق) للدلالة على المرهون به ، مما يدل على إجازتهم أن يكون المرهون به عيناً أو ديناً، أما فقهاء الجعفرية والشافعية والحنابلة والزيدية فقد ذهبوا إلى عدم إجازة الرهن إذا كان المرهون به عيناً، إذ جاء في تعريفاتهم كلمة (دين) وذلك لإخراج الأعيان ، إذ لا يجوز أخذ الرهن بها ولو كانت مضمونة ، ولكن ممن أجاز منهم أن يكون المرهون به عيناً قصره على الأعيان المضمونة بنفسها لا بغيرها وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية ، ومن منعه كالزيدية فقد أجازوه في الأعيان المضمونة .

٣- اتفق الفقهاء المسلمون على أن المرهون يصح أن يكون عيناً ، ولكنهم اختلفوا في جواز كونه ديناً أو منفعة ، إذ ذهب الشافعية والحنابلة والحنفية والجعفرية إلى عدم إجازة أن يكون المرهون ديناً أو منفعة ، وهذا واضح من قولهم (عين مال أو عين أو شيء) ، أما المالكية فقد أجازوا أن يكون المرهون ديناً ، فقولهم (ما يباع) وهو لفظ عام يشمل العين والدين ، فعندهم كل ما جاز بيعه جاز رهنه ، كذلك فقد أجاز الزيدية رهن الدين ممن هو عليه إلا المسلم فيه وثمن الصرف لعدم استقراره وأما إلى غير من هو عليه فوجهان ، أحدهما لا يصح لتعذر قبضه .

٤- اتفق الفقهاء المسلمون على إجازة رهن ما ليس فيه غرر ، ولكنهم اختلفوا في إجازة رهن ما فيه غرر ، فأجاز فقهاء المالكية الرهن في الغرر غير الشديد، وقالوا شيء يتوثق به خير من عدمه، أما جمهور الفقهاء فلم يجيزوا رهن ما فيه غرر ، ويمكن القول بأن ما ذهب إليه فقهاء المالكية من إجازة رهن ما فيه غرر يرجح على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بمنعهم رهن ما فيه غرر ، وذلك لأن توثيق الدين برهن فيه غرر أفضل من ترك توثيقه ، فضلاً على ذلك فإن احتمال زوال الغرر يبقى وارداً .

الفرع الثالث

تعريف الرهن في القانون

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

يتطلب تعريف الرهن في القانون سواء أكان تأمينياً أم حيازياً الإشارة إلى النصوص التي تضمنتها القوانين المدنية بهذا الخصوص وموقف الفقهاء منها ، ولغرض بيان ذلك لابد من الإشارة أولاً إلى تعريف الرهن التأميني ، ثم نبين ثانياً تعريف الرهن الحيازي .

أولاً :- تعريف الرهن التأميني .

لقد اختلفت القوانين المدنية حول تعريف الرهن التأميني ((hypothèque suretés)) فضلاً على اختلافهم في التسمية التي أطلقت عليه ، فالقانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ عرف الرهن التأميني في المادة (٢١١٤) منه بأنه ((حق عيني مقرر على العقارات المخصصة للوفاء بالالتزام وهو غير قابل للتجزئة ويبقى بكامله على كل العقارات))^(١) .

أما المادة (١٠٣٠) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ فقد عرفت الرهن بقولها ((الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً ، يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون))^(٢) .

ويلاحظ أن مجلة الأحكام العدلية لم يرد فيها تعريف الرهن التأميني إذ لم تأخذ به ، ومما يدل على ذلك إن التعريف الذي أورده في المادة (٧٠١) منها أشار إلى إن الرهن يتطلب أن يقوم

(١) انظر النص الأصلي للمادة (٢١١٤) من القانون المدني الفرنسي :-

((L'hypothèque est un droit réel sur les Immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation – Elle est , de sa nature indivisible et subsiste en entier sur tous les biens affectés dans lesquels passent)) .

كما عرفه القانون المدني الألماني الصادر سنة ١٩٠٠ في المادة (١١١٣) بأنه ((تكليف موضوع على عقار يخصص للوفاء بدين الدائن)) انظر النص الأصلي للمادة (١١١٣) من القانون المدني الألماني :-

((1 – L'hypothèque est une charge . en raison de laquelle un immeuble est tenu, au profit de l'ayant-droit , pour l'acquittement d'une créance lui appartenant, du paiement d'une certaine somme)) .

انظر كذلك ، المادة (٧٩٣) من القانون المدني السويسري الصادر سنة ١٩٠٧ والتي أشارت إلى أن الرهن هو ما يعد ضماناً لحق الدائن والذي يكون إما على صيغة رهن عقاري أو مذكرة عقارية أو كمبيالة .

(٢) ويلاحظ أن التشريع المطبق على العقارات المحفظة في المغرب لسنة ١٩١٥ قد استعمل مصطلح الرهن الرسمي عند تعريفه للرهن في الفصل (١٥٧) منه وجاء فيه ((الرهن الرسمي هو حق عيني عقاري على العقارات المخصصة لأداء التزام)) .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

المرتتهن بحبس المرهون وهذا يتعلق بالرهن الحيازي ، ويبدو أن واضعي المجلة لم يكن في نيتهم الأخذ به وذلك تأثراً منهم بموقف الفقهاء المسلمين الذين اقتصروا عند تنظيمهم للرهن باعتباره من وسائل توثيق الدين على الرهن الحيازي .

أما القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ فقد عرف الرهن التأميني في المادة (١٢٨٥) بقولها ((الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون))^(١) .

ويمكن تسجيل عدد من الملاحظات على التعريفات التي جاءت بها القوانين المدنية وهي :-
أ- لقد اختلفت هذه القوانين حول تسمية الرهن الذي يقع على العقار ، فأطلق عليه تسمية الرهن التأميني في القانون المدني الفرنسي والعراقي ، والرهن الرسمي في القانون المدني المصري ، والتأمين العقاري في القانون اللبناني .

ويلاحظ إن تسمية الرهن بـ (التأميني) غير صحيح ، وذلك لان هذه التسمية تشترك فيها التأمينات كافة ، إذ يدخل في مفهومها الرهن الحيازي وحق الامتياز ، الذي يعد كلاً منهما تأميناً للوفاء بالالتزام^(٢)، أما تسميته بالرهن الرسمي وذلك للدلالة على إن العقد الرضائي لا ينشئ هذا الحق ، بل لابد أن يكون العقد رسمياً فهي تسمية غير دقيقة وغير مانعة ، وذلك لان الرهن الحيازي اذا ورد على عقار يعد أيضاً عقداً رسمياً ، أما تسميته بالتأمين العقاري ، فيؤخذ عليها أن الرهن لا يرد دائماً على العقار ، إذ إن بعض المنقولات كالسفن والطائرات قد تكون محلاً للرهن ، فالتسمية أعلاه تخرج هذه المنقولات من نطاق الرهن ، فضلاً على ذلك ، فان هذه التسمية تؤدي إلى الخلط بين الرهن وعقد التأمين ، وبذلك فلا يصح تسمية الرهن بالتأمين العقاري .

(١) تقابلها المادة (١٣٢٢) من القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ ، والمادة (١٣٩٩) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ ، وقد تم تعريف الرهن التأميني في كل منهما بأنه (عقد) ، أما قانون الملكية العقارية اللبناني فقد عرف في المادة (١٢٠) من القرار ٣٣٣٩ لسنة ١٩٣١ التأمين العقاري بأنه ((حق عيني على العقارات المخصصة لضمان القيام بموجب وهو بطبيعته غير قابل للتجزئة ويبقى بكامله على العقارات المخصصة وعلى كل عقار منها وعلى كل قسم من هذه العقارات ويتبعها في اية يد تنتقل اليها)) .

(٢) د. غني حسون طه ، الاستاذ المساعد محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، الجزء الثاني ، مديرية دار الكتب للطباعة ، بغداد ، بلا سنة طبع ، ص ٣٤٥ . وجاء فيه ((وتنظم التأمينات جميعاً فكرة واحدة وهي فكرة الرهن ضماناً لوفاء الدين ، فيكون الرهن بمقتضى اتفاق في الرهن التأميني والحيازي وبمقتضى نص في القانون في حقوق الامتياز)) .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

وتجدر الإشارة ، إلى إن رأي في الفقه ونتيجة للانتقادات التي وجهت إلى التسميات السابقة قد أطلقت على هذا الرهن تسميات أخرى ، منها تسمية ((الرهن المجرد))^(١) ، إذ إن عبارة ((المجرد)) تفيد تجريد المرهون من حيازة المرتهن ، مما يؤدي إلى التمييز بينه وبين الرهن الحيازي الذي يستلزم حيازة الدائن المرتهن للمرهون ، إلا انه يمكن القول بان تسمية الرهن بـ (المجرد) تفيد خلاف ذلك لان المرهون هو من حيث الأصل في حيازة المدين الراهن وليس في حيازة الدائن المرتهن ومن ثم يتم تجريدها من الأخير ، فالرهن المجرد يدل على تجريد المرهون من حيازة المدين الراهن أكثر مما يدل على تجريدها من حيازة الدائن المرتهن . كما إن هناك من أطلق على الرهن التأميني (الرهن الرسمي) تسمية ((الرهن الطليق للمنقول))^(٢) على اعتبار انه متحرر من الحيازة التي ترد قيدها على الرهن الحيازي ، إلا إن هذه التسمية منتقدة أيضا ، وذلك لأنها توحي بان الرهن التأميني يرد على المنقول دون العقار ، في حين إن الأصل في الرهن الذي لا تنتقل فيه الحيازة إلى الدائن المرتهن أن يرد على العقار ، ولذلك نقترح أن يسمى الرهن الذي لا تنتقل فيه الحيازة إلى الدائن المرتهن بالرهن غير الحيازي أو الرهن دون حيازة ، فهذه التسمية تميز تمييزاً دقيقاً بين الرهن الحيازي والرهن دون حيازة ، فضلاً على ذلك فانه يكون كل من العقار بشكل عام والمنقول بصورة استثنائية محلاً للنوع الأخير من الرهن .

ب - لقد اختلفت القوانين المدنية حول تعريف الرهن ، إذ إن اصطلاح الرهن يطلق ويقصد به واحد من ثلاثة معانٍ ، الأول هو العقد الذي ينشئ الرهن ، والثاني هو الحق الذي ينشأ من العقد ، والثالث هو المرهون نفسه ، ولذلك نلاحظ بان القانون المدني العراقي والمصري جاء في تعريفهم للرهن بأنه ((عقد)) وهو أمر منتقد ، وذلك لان تعريف الرهن لا يكون من خلال تعريف مصدره وهو العقد ، إذ إن حق الرهن هو الغاية ، وما العقد إلا وسيلة لإنشاء هذا الحق ، وبالتالي يجب أن ينصب التعريف على الرهن باعتباره حق وليس عقد ، فضلاً على ذلك ، فان المشرع في كلا القانونين نظم الرهن وبين أحكامه في الحقوق العينية التبعية ولم ينظمه في المواد

(١) د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية التبعية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٥ ، ص ٢٦ .

(٢) د. احمد سلامة ، الرهن الطليق للمنقول ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة العاشرة ، العدد الثاني ، مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٦٨ ، ص ٢٩٧ . وأشار الى ان الرهن الرسمي لايفصح الا عن وجه في مضمون المسمى وهو ضرورة الرسمية ، ولكن هناك وجهان آخران يبدو قصور الاصطلاح عن الافصاح عنهما هما المال المرهون وكونه عقاراً والثاني هو عدم تجرد الراهن من حيازة ما رهن .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

المتعلقة بالعقود المسماة^(١) ، وهذا بخلاف القانون المدني الفرنسي واللبناني ، اللذين أشارا في تعريفهم للرهن بأنه حق عيني وليس عقداً وحسناً فعلاً .

ج- أشارت القوانين المدنية إلى إن الرهن التأميني يتعلق بالعقار والذي يخصص للوفاء بدين الدائن من خلال بيع هذا العقار واستيفاء الدائن المرتهن حقه من ثمنه ، وهذا مما يوحي بأن الرهن التأميني لا يرد إلا على العقار وهذا غير صحيح ، إذ إن بعض المنقولات قد تكون محلاً للرهن التأميني^(٢) ، فضلاً على ذلك ، فإن الدائن المرتهن لا يستوفي حقه من ثمن العقار فقط ، بل من المال الذي يحل محل العقار كالتعويض ومبلغ التأمين وبدل الاستملاك للمنفعة العامة^(٣) .

وعلى ضوء ما تقدم من ملاحظات ، يمكن أن نعرف الرهن التأميني بأنه ((حق عيني مقرر للدائن على مال مملوك للمدين أو للغير يكون له بمقتضاه أن يستوفي حقه من ثمنه أو من المال الذي يحل محله بالتقدم على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة في أي يد يكون)) ، فمن خلال هذا التعريف يمكن تلافي ما وجه إلى التعريفات السابقة من انتقادات ، فغلب صفة الرهن كحق على صفته كعقد ، وأدخل رهن بعض المنقولات في التعريف التي تصلح أن تكون محلاً للرهن التأميني ، فضلاً على الإشارة إلى إن الرهن قد يقدم من قبل المدين أو من قبل الغير كالكفيل العيني ، وإن الدائن يستوفي حقه من ثمن العقار أو من المال الذي يحل محله ، فضلاً على إشارته إلى مزايا الرهن التي يعطيها إلى الدائن المرتهن ، وهما التقدم والتتبع .

ثانياً :- تعريف الرهن الحيازي .

(١) د. احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، الرهن الرسمي ، دار التعاون للطبع والنشر ، بلا مكان طبع ، ١٩٦٦ ص ٤٨ . وتأكيداً لذلك انظر ، المواد من (١٢٨٥) الى (١٣٦٠) من القانون المدني العراقي ، والمواد من (١٠٣٠) الى (١١٢٩) من القانون المدني المصري .

(٢) انظر المادة (٢١٢٠) من القانون المدني الفرنسي والتي اجازت رهن السفن البحرية رهناً تأمينياً . ونصها الاصلي ((nest rien innove par le present code aux dispositions des lois maritimes concernant les navires et batiments de mer)) .

وهو ما نصت عليه المادة (١٣٣٤) من القانون المدني الاردني بقولها ((تسري أحكام الرهن التأميني على المنقول الذي تقتضي قوانينه الخاصة تسجيله كالسيارة والسفينة)) . والمادة (١٤١١) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

(٣) انظر المادة (١٢٩٨) من القانون المدني العراقي والتي نصت على ((اذا هلك العقار المرهون رهناً تأمينياً او تعيب ، انتقل حق المرتهن الى المال الذي يحل محله كالتعويض ومبلغ التأمين وبدل الاستملاك للمنفعة العامة ، وللمرتهن ان يستوفي حقه من ذلك بحسب مرتبته)) ، تقابلها المادة (١٠٤٩) من القانون المدني المصري ، والمادة (١١٢٧) من القانون المدني الألماني .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

نصت المادة (٢٠٧ ١) من القانون المدني الفرنسي على تعريف الرهن الحيازي (gage ou nantissement) بقولها ((رهن الحيازة هو عقد يقوم المدين بموجبه بتسليم شيء الى الدائن ضماناً للدين)^(١) .

ونصت المادة (١٠٩٦) من القانون المدني المصري بصدد تعريفها للرهن الحيازي بأنه ((الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه او على غيره ، أن يسلم الى الدائن أو الى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنون العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون)) .

وقد أشارت المادة (٧٠١) من مجلة الأحكام العدلية إلى إن الرهن هو جعل مال محبوس وموقوف مقابل حق ممكن الاستيفاء من ذلك المال وكما يقال له مرهون يقال له أيضاً رهن ، أما المادة (١٣٢١) من القانون المدني العراقي فقد عرفت الرهن الحيازي بقولها ((الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن او في يد عدل يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلا ، أو بعضا ، مقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال))^(٢) .

ويمكن بيان عدد من الملاحظات بخصوص التعريفات السابقة :-

^(١) انظر ، النص الاصلي للمادة (٢٠٧١) من القانون المدني الفرنسي :-

((le nantissement est un contrat par lequel un debiteur remet une chose a son creancier pour surete de la date)) .

اما المادة (١٢٠٤) من القانون المدني الالماني فقد عرفت الرهن الحيازي بقولها ((عقد يقدم بمقتضاه المدين او شخص آخر شيئاً لضمان حق الدائن)) .

^(٢) تقابلها المادة (١٣٧٢) من القانون المدني الاردني اذ نصت ((الرهن الحيازي هو احتباس مال في يد الدائن او يد عدل ضماناً لحق يمكن استيفاؤه منه كله او بعضه بالتقدم على سائر الدائنين)) . ويلاحظ ان المادة اعلاه وان لم تعرف الرهن بأنه عقد بل قالت احتباس مال وهو امر حسن الا انها لم تشير الى حق الدائن المرتهن في التتبع ، اذا اشارت الى حق الحبس والتقدم فقط . والمادة (١٤٤٨) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي والتي عرفت الرهن الحيازي بأنه ((عقد ينشئ الحق في احتباس مال في يد الدائن او يد عدل ضماناً لحق يمكن استيفاؤه منه كله او بعضه بالتقدم على سائر الدائنين)) .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

- أ - لقد عرفت القوانين المدنية الرهن الحيازي بأنه ((عقد)) والأفضل أن يُعرف باعتباره حق ، فالعقد ما هو إلا وسيلة للحصول على حق الرهن ، وبالتالي لا يجوز تعريف الرهن من خلال تعريف الوسيلة التي بموجبها ينشئ حق الرهن وهو ما تم ذكره بصدد تعريف الرهن التأميني .
- ب - مما يؤخذ على تعريف القانون المدني الفرنسي انه اقتصر على تقديم الرهن من المدين ، في حين إن الرهن الحيازي يمكن أن يتقدم به شخص آخر غير المدين ^(١) .
- وهو ما لم تغفله القوانين المدنية الأخرى ، كالقانون المدني المصري الذي أشار بعبارة ((لدين عليه أو على غيره)) ، وكذلك القانون المدني العراقي الذي نص على ((يجعل الراهن مالا محبوسا)) فالراهن قد يكون المدين أو شخص آخر كما في الكفيل العيني ^(٢) .
- ج - لقد انفرد تعريف القانون المدني العراقي والمصري بالإشارة إلى الحقوق التي يعطيها حق الرهن إلى الدائن المرتهن ، وهي حق الحبس وحق التقدم وحق التتبع وهذا بخلاف القوانين الأخرى التي لم تشير إلى هذه الحقوق عند تعريفها للرهن الحيازي وان كانت قد أشارت إليها في مواد أخرى ^(٣) .

المطلب الثاني

خصائص الرهن

- ^(١) ويلاحظ بان القانون المدني الفرنسي وان لم يشر الى امكانية تقديم الرهن من غير المدين عند تعريفه للرهن الحيازي ولكنه اشار في المادة (٢٠٧٧) منه الى ان الرهن قد يقدم من شخص اخر غير المدين ، وهذه المادة نصت :- ((legage peut etre donne pav un tiers pour le debiteur)) ، وهو ما أشارت اليه المادة (٨٢٤) من القانون المدني السويسري بقولها ((العقار المثلث بالرهن يمكن الا يخص المدين)) ، بمعنى ان الرهن قد يقدم من قبل شخص اخر غير المدين . وهو ما اكدته محكمة النقض الفرنسية في احد قراراتها والذي جاء فيه ((يجوز لشخص ثالث أن يعطي رهناً منقولاً لمصلحة المدين)) ، انظر ، قرار الغرفة التجارية لدى محكمة النقض ، ١١ حزيران ، ١٩٧٤ ، النشرة المدنية ، رقم ١٩٠ ، اشار اليه ، فايز الحاج شاهين ، المصدر السابق ، ص ١٩٥٨ .
- ^(٢) انظر بهذا الخصوص قرار محكمة التمييز في العراق اذ جاء فيه ((يجوز ان يرهن المالك عقاراً ضماناً لدين الغير ولو لم يكن هو المدين)) . قرار رقم ١٢ ، هيئة عامة اولى ، جلسته ٣٠ / ٤ / ١٩٧٧ ، مجلة القضاء ، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية ، العددان الثالث والرابع ، السنة الثانية والثلاثون ، تموز ، كانون الاول ، ١٩٧٧ ، ص ٢٥٠ .
- ^(٣) انظر ، المادتين (١٢٨٥) و (١٣٢١) من القانون المدني العراقي . والمادتين (١٠٣٠) و (١٠٩٦) من القانون المدني المصري .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

إن الرهن سواء أكان تأمينياً أم حيازياً يتمتع بعدة خصائص ، تارة بوصفه عقداً وتارة أخرى بوصفه حقاً ، ولغرض بيان هذه الخصائص سنقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول خصائص الرهن بوصفه عقداً ، ونخصص الفرع الثاني لبيان خصائصه بوصفه حقاً :-

الفرع الأول

خصائص الرهن باعتباره عقد

قبل بيان الخصائص التي يتميز بها عقد الرهن لا بد من القول بان موضوع بحثنا هو عدم تجزئة الرهن بوصفه حقاً ، ولكن أثّرنا أن نبين هنا خصائصه بوصفه عقداً ، وسبب ذلك أن القانون المدني العراقي وبعض القوانين الأخرى قد عرفت الرهن التأميني والحيازي بأنه عقد وليس حق ، فضلاً على ذلك فإن عدد من الموضوعات التي سيتم مناقشتها لاحقاً كتأصيل قاعدة عدم تجزئة الرهن وتحديد نطاقها إنما تتعلق بالرهن بوصفه عقداً ولذلك سنتناول هذه الخصائص تباعاً .

أولاً :- عقد شكلي .

لغرض بيان هذه الخاصية من حيث مفهومها ومدى اشتراطها في عقد الرهن ، لا بد من الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي والقوانين المدنية منها ، وابتداءً نلاحظ أن اغلب الفقهاء المسلمين لم يشترطوا تنظيم دليل كتابي في عقد الرهن ، ولم يشترطوا شكلية معينة لغرض انعقاده ، ولهذا فقد عدّوا الأمر بالكتابة في آية المداينة في قوله تعالى ﴿ مَا بَدَّ بِكُمْ مِنْ شَيْءٍ ﴾^(١) ، دليلاً على النذب والإرشاد وليس الوجوب ، بدليل قوله تعالى ﴿ مَا بَدَّ بِكُمْ مِنْ شَيْءٍ ﴾^(١) ، وبذلك فإن عقد الرهن في الفقه الإسلامي هو عقداً رضائياً وليس شكلياً ، إذ ينعقد بإيجاب وقبول ، وبهذا الخصوص جاء في الهداية ((الرهن ينعقد بالإيجاب

^(١) سورة البقرة ، من الآية (٢٨٢) .

^(١) سورة البقرة ، من الآية (٢٨٣) وفي تفسيرها ودلالاتها على النذب والإرشاد وليس الوجوب ، انظر ، الشيخ ناصر مكارم الشيرازي ، الامثل في تفسير كتاب الله المنزل ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧ ، ص ١٦٤ . السيد عبد الاعلى السبزواري ، مواهب الرحمن في تفسير القرآن ، الجزء الرابع ، الطبعة الخامسة ، ٢٠١٠ ، ص ٤٨٧ . المولى محسن الملقب بالفيض الكاشاني ، تفسير الصافي ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٢٨ .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

والقبول ويتم بالقبض ^(٢) ، وجاء في بدائع الصنائع ((أما ركن عقد الرهن فهو الإيجاب والقبول)) ^(٣) .

وتجدر الإشارة ، إلى أن عقد الرهن على الرغم من كونه عقدا رضائيا ، لا يمنع هذا من قيام احد المتعاقدين باشتراط شرط كإجراء شكلي وكان فيه مصلحة للعقد ، وبهذا الخصوص جاء في عجالة المحتاج ((فان شرط فيه مقتضاه كتقدم المرتهن به أو مصلحة للعقد كالإشهاد صح العقد)) ^(٤) ، وبذلك فان تقدم المرتهن على سائر الدائنين في استيفاء حقه وهو من مقتضى الرهن ، والمقتضى عبارة عما يلزم العقد ويثبت في العقد وان لم يشترط ، أما المصلحة فلا يلزم فيها ما ذكر كالإشهاد وهي ما ليس بلزوم في العقد .

ويمكن القول ، بان عقد الرهن في الفقه الإسلامي هو عقد رضائي وليس عقداً شكلياً إذ يكفي لانعقاده صدور الإيجاب من طرف وقبول مطابق له من الطرف الآخر ، ومما يؤيد ذلك قوله تعالى **﴿ بَابُ الْرَهْنِ ﴾** ^(٥) ، فهذه الآية الكريمة يمكن الاستدلال بها على رضائية عقد الرهن لان الله سبحانه وتعالى أجاز الرهن في السفر ولم يشترط شكلية معينة لانعقاده .

وقد ذهب فقهاء القانون إلى خلاف ما ذهب اليه الفقهاء المسلمون إذ أشاروا إلى إن الرهن التأميني والرهن الحيازي الوارد على عقار يعد كلاهما عقداً شكلياً لا ينعقد باتفاق طرفي العقد بل يجب أن يقع الاتفاق بالشكل المقرر في القانون وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، فالتسجيل ركن من أركان العقد يترتب على تخلفه بطلان العقد ، كما أشاروا إلى إن هذه الشكلية تحقق مصلحة الراهن والمرتهن والغير على حد سواء ، وتتحقق مصلحة الراهن بأشعاره إلى خطورة وأهمية التصرف الذي يريد القيام به ، أما مصلحة المرتهن فتتحقق من خلال وجود ضمان من خلاله يستطيع الحصول على حقه إذ يعطيه الرهن سند تنفيذي يغنيه عن إجراءات

^(٢) شيخ الاسلام برهان الدين ابي الحسن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، الجزء الرابع ، الطبعة الاخيرة ، بلا مكان وسنة طبع ، ص ١٢٦ .

^(٣) الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، تقديم فضيلة الشيخ العلامة عبد الرزاق الحلبي ، الجزء الخامس ، الطبعة الثالثة ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٠ ، ص ١٩٥ .

^(٤) سراج الدين ابو حفص عمر بن علي بن احمد المعروف بابن النحوي والمشهور بابن الملقن ، عجالة المحتاج الى توجيه المنهاج ، حققه وضبطه وخرج احاديثه ، عز الدين هشام بن عبد الكريم البدراني ، الجزء الثاني ، دار الكتاب الثقافي ، اربد ، الاردن ، ٢٠٠١ ، ص ٧٥٥ .

^(٥) سورة البقرة ، من الآية (٢٨٣) .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

التقاضي ، أما مصلحة الغير فتتمثل بأنه يستطيع معرفة مدى الحقوق المسجلة على العقار المرهون في حالة رغبته في شرائه ^(١) .

أما بالنسبة إلى موقف القوانين المدنية ، فنلاحظ أن بعضاً منها قد جعلت من عقد الرهن التأميني وكذلك الرهن الحيازي إذ ورد على عقار عقداً شكلياً ، لا ينعقد إلا إذا استوفى الشكل الذي نص عليه القانون ، فالمادة (٢١١٥) من القانون المدني الفرنسي نصت على ((لا يكون الرهن صحيحاً ومرتباً للأحكام إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون بعد استيفاء الشروط المقررة فيه)) ^(٢) ، كذلك نصت المادة (٢١٢٧) من القانون نفسه على إن ((الرهن الاتفاقي لا يكون صحيحاً إلا إذا ثبت بسند مستوفى للشروط المعتمدة أمام موثقين أو موثق واحد بحضور شاهدي عدل)) ^(٣) ، ويتبين من النصوص أعلاه إن القانون المدني الفرنسي يعتبر

الرهن عقداً شكلياً لا ينعقد إلا إذا استوفى الشكل الذي حدده القانون والذي يتمثل باستيفائه للشروط المقررة في القانون فضلاً على تثبيته في سند أمام الموظف المختص بتوثيق الرهون وبحضور شاهدي عدل .

كذلك نصت المادة (١٠٣١) من القانون المدني المصري بخصوص الرهن الرسمي على ((١ - لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية)) ، والمقصود بذلك أن تكون هناك ورقة رسمية يفرغ فيها عقد الرهن الرسمي لكي يكون صحيحاً وبخلافه يعد عقداً باطلاً لعدم استيفائه

(١) د. غني حسون طه ، الأستاذ المساعد ، محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، المصدر السابق ، ص ٤٠٥ ، د. جمال الدين العطيفي ، التقنين المدني المصري ، الجزء الخامس ، دار النشر للجامعات ، القاهرة ، ١٩٥١ ، ص ٢٠٠ .

(٢) انظر ، النص الاصلي للمادة (٢١١٥) من القانون المدني الفرنسي :-

((L'hypothèque ne peut être consentie que par acte notarié ou devant deux témoins)) .

(٣) انظر النص الاصلي للمادة (٢١٢٧) من القانون المدني الفرنسي :-

((L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié et deux témoins)) ، وهو ما نصت عليه كذلك المادة (٢/٧٩٩) من القانون المدني السويسري بقوله

((لا يعتبر عقد رهن العقار صحيحاً إلا إذا استوفى الشكل الذي حدده القانون)) .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

الشكلية المطلوبة ، ومن الجدير بالذكر إن الرهن الحيازي في القانون المدني المصري هو عقد رضائي لا تشترط فيه الرسمية ، إذ يكفي لانعقاده أن يكون هناك إيجاب وقبول متطابقان ^(١) .

أما في العراق ، فنلاحظ أن مجلة الأحكام العدلية لم تجعل من الرهن عقداً شكلياً ، فالرهن ينعقد بإيجاب وقبول وهو ما نصت عليه المادة (٧٠٦) منها بقولها ((**ينعقد الرهن بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن فقط لكن ما لم يوجد القبض لا يتم ولا يكون لازماً.....**)) ، وفي هذا السياق وبخصوص موقف المجلة ذكر الأستاذ علي حيدر عند شرحه للنص في اعلاه بأن هناك شيئان في الرهن ، الأول انعقاد الرهن والثاني لزوم الرهن وتعبير آخر إتمام الرهن ، وان الأول يحصل بالإيجاب والقبول ، أما الثاني فيحصل بعد الإيجاب والقبول والقبض ، وقد أشار إلى إن في رأي بعض الفقهاء الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول والقبض وعند بعض الفقهاء ينعقد الرهن بمجرد الإيجاب والقبول ولا دخل للقبض في انعقاد الرهن ، وان يكن القول الأول رَجَحَ في أكثر الكتب الفقهية فقد قَبَّلَ الثاني في المجلة بدلالة عبارة ((**ينعقد الرهن بإيجاب وقبول**)) ^(٢) .

أما بالنسبة إلى القانون المدني العراقي فقد جعل عقد الرهن التأميني عقداً شكلياً لا ينعقد إلا إذا استوفى الشكل الذي فرضه القانون وهو التسجيل في الدائرة المختصة ، وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٨٦ / ١) بقولها ((**١- لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل**

العقاري)) ^(٣) ، وكذلك الحال في الرهن الحيازي إذا كان وارداً على عقار ، وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٢٤) منه بقولها ((**إذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط أيضاً لتمامه أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً**)) ، ويلاحظ أن القانون المدني العراقي قد استعمل لفظ ((**لا ينعقد**)) في الرهن التأميني وهو يفضل على لفظ ((**تمامه**)) التي

^(١) انظر في ذلك ، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي ، الجزء العاشر ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٥٧٦ . وقد أكدت الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري على ان الرهن الحيازي هو عقد رضائي اذ جاء فيها ((يلاحظ من تعريف الرهن الحيازي أن رهن الحيازة يختلف عن الرهن الرسمي في أنه عقد رضائي وقد أصبح التسليم فيه التزاماً لا ركناً)) ، انظر ، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء السابع ، ص ١٩٣ .

^(٢) انظر مؤلفه ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، الكتاب الخامس ، الرهن ، مكتبة النهضة ، بغداد ، بلا سنة طبع ، ص ٦٨ .

^(٣) تقابلها المادة (١٣٢٣) من القانون المدني الاردني ، والمادة (١٤٠٠) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

استعملها في الرهن الحيازي ، والتي قد توحى بأن الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول ويشترط لتمامه أو لزومه التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ^(٢) .

وقد أشار القضاء الفرنسي في أحد أحكامه إلى أن الرهن هو عقد شكلي ولا يعطي للمرتهن حق عيني إلا إذا سجل العقد بين الأطراف ، وجاء فيه ((إن الرهن الذي يتناول منقولات غير مادية لا يمنح الدائن المرتهن حقاً عينياً إلا إذا سجل العقد المبرم بين الأطراف وابلغ إلى المدين أو قبل به هذا الأخير بسند رسمي)) ^(٣) .

كما أشار القضاء إلى أن الرهن الحيازي الوارد على عقار هو عقد شكلي لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، وهو ما أكدته محكمة التمييز الاتحادية في أحد قراراتها إذ قضت فيه بأن ((عقد الرهن الحيازي على عقار لا ينعقد إلا بالتسجيل في دوائر التسجيل العقاري المختصة)) ^(٤) .

ثانياً :- عقد ضمان .

يعد الرهن من عقود الضمان أو الاستيثاق (**contrat de garantie**) ، إذ إن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن المرهون إذا تعذر استيفاءه من ذمة الراهن ، وقد أشار الفقهاء المسلمون إلى أن الرهن هو عقد وثيقة لجانب الاستيفاء وإن الحاجة إلى الوثيقة ماسة من الجانبين ، إذ أن صاحب الحاجة نادراً ما يجد من يقرضه مالا بلا رهن والدائن

^(٢) ويلاحظ بأن قانون التسجيل العقاري قد استعمل عبارة (لا ينعقد) في الرهن التأميني والحيازي ، فالمادة (٢/٣٠٥) منه نصت على ((لا ينعقد الرهن الا بالتسجيل في السجل العقاري)) ، وهذه المادة تتعلق بالرهن التأميني ، أما المادة (٢/٣٢٥) منه والتي تتعلق بالرهن الحيازي فقد نصت على ((لا ينعقد الرهن الحيازي الوارد على العقار الا بالتسجيل في السجل العقاري)) .

^(٣) انظر ، قرار الغرفة التجارية لدى محكمة النقض ، ٢٣ كانون الثاني ، ٢٠٠١ ، النشرة المدنية الاولى ، رقم ٢٠ ، أشار اليه ، البروفسور فايز الحاج شاهين ، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية ، طبعة دالوز ٢٠٠٩ ، جامعة القديس يوسف ، بلا سنة طبع ، ص ١٩٥٥ .

^(٤) انظر قرارها رقم ٢٢٩٧ ، استئنافية عقار في ١٤ / ١٠ / ٢٠٠٨ ، (قرار غير منشور) . وقرارها رقم ١٣٨٦ في ٢٥ / ٧ / ٢٠٠٦ والذي اشارت فيه الى ان الرهن لا يسري بحق المدعيه الا اذا تم وضع اشارة الرهن التأميني على السهام المملوكة لها ، (قرار غير منشور) . وجاء في قرار اخر للمحكمة ذاتها ((اذا لم يسجل عقد الرهن الحيازي لدى دائرة التسجيل العقاري فإن عقد الرهن المذكور لا يعد قائماً من الناحية القانونية)) . قرار رقم ١٣٨٥ ، استئنافية عقار ، بتاريخ ١٠ / ٥ / ٢٠٠٩ (قرار غير منشور) . انظر كذلك ، قرار المجلس الاعلى في المغرب اذ جاء فيه ((ان الرهنون التي اعطيت لضمان اداء الدين تم تسجيلها بالمحافظة العقارية حسب ما هو ثابت من الشواهد المستخرجة من سجلات المحافظة العقارية وبذلك يعطى الحق للدائن المرتهن في المطالبة ببيع العقار المرهون)) قرار رقم ٣٢ في ١٨ / ١ / ٢٠٠٠ ، (قرار غير منشور) . انظر كذلك قرار محكمة التمييز السورية اذ جاء فيه ((لن كان عقد الرهن يعتبر غير نافذ الا بعد تسجيله في السجلات العقارية)) قرار رقم ٩١٨ ، اساس ٧٦٨ ، في ١ / ١٠ / ١٩٨٥ ، مجلة المحامون السورية لسنة ١٩٨٦ ، ص ١١٤١ ، منشورة على الموقع الالكتروني [http:// www . syrianbar . Org / vb . index .](http://www.syrianbar.Org/vb.index)

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

يأمن بالرهن من ضياع حقه بالجحود أو تبذير المدين في أمواله بحيث لم يبق منها شيء ، فكان فيه نفعاً لهما ^(١) ، وبهذا الخصوص جاء في التهذيب ((إن المقصود من الرهن التوثق لاستيفاء الدين بمنع الراهن من الانتفاع به كي يسارع الى قضائه ، فيأمن المرتهن على ماله من الضياع)) ^(٢) ، وجاء في الروض المربع ((لان القصد منه الاستيثاق بالديون ، ليتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن عند تعذره من الراهن)) ^(٣) .

وبذلك يتضح ، بان الرهن بوصفه من عقود الضمان يؤدي إلى حماية حقوق الدائن وصيانتها وضمانها من الضياع بسبب إفسار المدين ، ويستطيع الدائن من خلاله استيفاء حقه عند عجز المدين وعدم قدرته على الوفاء في الوقت المتفق عليه ، فالرهن شرع وثيقة للاستيفاء ليضجر الراهن بحبس عينه فيسارع إلى إيفاء الدين وفك الرهن عنها لكي ينتفع بها ، ومن ثم يحصل المرتهن على حقه .

أما بالنسبة إلى موقف القوانين المدنية من اعتبار عقد الرهن عقد ضمان وإستيثاق ، نلاحظ أن القانون المدني الفرنسي وإن لم ينص صراحة على أن عقد الرهن من عقود الضمان ، لكن

يفهم ذلك ضمناً من بعض نصوصه ، فالمادة (٢٠٧٩) منه نصت على ((يبقى المرهون عند المرتهن الواضع اليد عليه للوثوق بوفاء دينه)) ^(١) ، وكذلك نصت المادة (٢٠٧٣) على ((صاحب الدين الذي تحت يده المرهون له حق في استيفاء دينه منه ووجود الرهن تحت يده

^(١) الامام ابي الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الاندلسي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٣٤ .

^(٢) الامام ابي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي ، التهذيب في فقه الامام الشافعي ، تحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود ، الشيخ علي محمد معوض ، الجزء الرابع ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧ ، ص ١٦ . انظر كذلك ، الامام تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي الانصاري الخزرجي ، فتاوى السبكي في فروع الفقه الشافعي ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٤٥ . وجاء فيه ((اذا بيع الرهن فالمرتهن اولى بثمنه حتى يستوفي حقه)) .

^(٣) الروض المربع شرح زاد المستقنع ، المصدر السابق ، ص ٥٤٥ . ابو محمد عبد الله بن يوسف الجويني ، الجمع والفرق ، تحقيق ودراسة ، عبد الرحمن بن سلامة بن عبد الله المزيني ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، دار الجبل ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٨٤ . وجاء فيه ((ان الرهن متعلق بمحلين احدهما ذمة الراهن والثاني عين الرهن ولو كان الرهن غير موجود كانت الذمة محلاً كاملاً مستغنياً عن المحل الثاني)) . شمس الدين ابي عبد الله محمد بن ابي الفتح البعلي ، المطلع على الفاظ المقتنع ، الطبعة الاولى ، مكتبة السوادى للتوزيع ، جدة ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٩٦ .

^(١) انظر ، النص الاصلي للمادة (٢٠٧٩) من القانون المدني الفرنسي :-

((jusqua lexprorion du debiteur silga lieuil reste propriétaire du gage,qui nest,dans la main du creancier quundepot assur ant leprivilège de celui-ci) .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

يجعل له أولوية على باقي الدائنين))^(٢) .

وكذلك الحال في القانون المدني المصري إذ أشار بشكل غير مباشر إلى اعتبار الرهن الرسمي من عقود الضمان ، وذلك عندما أجاز للدائن المرتهن الاعتراض على أي عمل صادر من الراهن ويكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وهو ما نصت عليه المادة (١٠٤٧) منه بقولها ((يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً)) .

أما المادة (١/١٢٩٦) من القانون المدني العراقي فقد نصت على ((١ - يضمن الراهن في الرهن التأميني سلامة الرهن وللمرتهن أن يعترض على كل عمل من شأنه إنقاص ضمانه))^(٣) .

ويلاحظ انه إذا كان كل من القانون المدني العراقي والمصري قد أشارا بصورة غير مباشرة إلى أن الرهن من عقود الضمان ، فإن القانون المدني العراقي أجاز للمرتهن الاعتراض على كل عمل أو تقصير صادر من الراهن ويؤدي إلى إنقاص الضمان أياً كان مقداره ، في حين قصره القانون المدني المصري على العمل الذي يصدر من الراهن ويؤدي إلى إنقاص الضمان

إنقاصاً كبيراً ، فالقانون المدني المصري لم يسوغ للمرتهن الاعتراض إلا إذا كان إنقاص الضمان إنقاصاً كبيراً في حين القانون المدني العراقي لم يشترط ذلك ، إذ أجاز للمرتهن الاعتراض على أي عمل يؤدي إلى إنقاص الضمان .

أما بخصوص موقف القضاء ، فنلاحظ أنه قد سائر ما ذهب إليه الفقهاء المسلمون وما أخذت به القوانين المدنية من اعتبار الرهن من عقود الضمان التي تهدف إلى ضمان استيفاء المرتهن

^(٢) انظر ، النص الاصلي للمادة (٢٠٧٣) من القانون المدني الفرنسي :- ((le gage confere au creancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet par privilege et preference aux autres creanciers)) .

ويلاحظ بأن المادة (١١٣٣) من القانون المدني الألماني أشارت كذلك ولو بصورة ضمنية على أن عقد الرهن من عقود الضمان ، وذلك عندما أعطت الحق للمرتهن في الاعتراض على كل عمل صادر من الراهن ويؤدي إلى إنقاص الضمان وأعطت الحق للمرتهن بأن يحدد للراهن مهلة مناسبة لاييقاف العمل ، وإذا لم يستجيب لذلك كان من حقه إما أن يطلب إجراء الإصلاحات على العقار أو أن يطلب رهناً آخر . كما أشارت المادة (٨٠٨) من القانون المدني السويسري إلى أنه عندما يقلل المالك قيمة العقار المثقل بالرهن يستطيع الدائن أن يبلغه رسمياً من خلال القاضي لاييقاف هذه الاعمال التي تؤدي إلى تلف العقار ، وقد يُسمح للدائن من قبل القاضي باتخاذ الاجراءات الضرورية .

^(٣) تقابلها المادة (١٣٣٧) من القانون المدني الأردني ، والمادة (١٤١٤) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

حقه من ثمن المرهون إذا تعذر الاستيفاء من ذمة الراهن ، وبهذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية بأن ((كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهون كلها))^(١) ، كما قضت محكمة التمييز في العراق بأن ((للدائن المرتهن استيفاء حقه من الراهن مباشرة أو من ثمن المرهون لديه رهن حيازة))^(٢) ، وبذلك يتضح من الأحكام التي أوردها القضاء إن الرهن من عقود الضمان أو الاستيثاق طالما كان من حق المرتهن استيفاء حقه من ثمن المرهون إذا تعذر الاستيفاء من ذمة الراهن ، وهذا واضح من عبارة ((ضامن لكل الدين)) وعبارة ((مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها)) .

ثالثاً :- عقد ملزم .

إذا كان الرهن عقد ملزم ، فقد يكون ملزماً للجانبين وقد يكون ملزماً لجانب واحد ، نلاحظ أن الرهن الحيازي هو عقد ملزم للجانبين سواء أكان ذلك في الفقه الاسلامي أم في القوانين المدنية ، وذلك واضح من خلال الالتزامات التي يفرضها على أطرافه ، ولعل من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المدين الراهن في الفقه الاسلامي هو الالتزام بضمان الرهن وعدم التعرض للمرتهن ومطالبته بإرجاع المرهون قبل سداد الدين ، أما أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الدائن المرتهن هي المحافظة على المرهون وأدارته واستغلاله ورده الى الراهن عند استيفاء الدين ، وبهذا الخصوص فقد جاء في المغني والشرح الكبير ((فان كان

تلفه بتعدٍ او تفريط في حفظه ضمن))^(١) ، أما بخصوص التزام المرتهن برد المرهون إلى الراهن في حالة قيام الأخير بوفاء الدين فقد جاء في كتاب الأم ((وإذا قضى الراهن الحق أو أحاله به على غيره ورضي المرتهن بالحوالة ، أو أبرأه المرتهن منه بأي وجه كان من البراءة

(١) انظر ، الطعن رقم ٧٥ ، لسنة ٣٦ ق ، جلسة ١١ / ٧ / ١٩٧٣ ، اشار اليه ، المستشار فاروق اسماعيل ، ماذا تعرف عن الرهن الرسمي والرهن الحيازي ، بلا مكان طبع ، ٢٠٠٣ ، ص ١٢٢ .

(٢) انظر ، قرارها رقم ٢٤٥ ، م ٤ ، جلسة ١ / ٣ / ١٩٧٢ ، اشار اليه ، القاضي إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، القسم المدني ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، ١٩٨٨ ، ص ٣٦٥ .

(٣) الإمام أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير ، الجزء الرابع ، بلا مكان وسنة طبع ، ص ٤١٠ .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

، ثم سأله الراهن فحبسه عنه وهو يمكنه أن يؤديه إليه فهلك الرهن في يد المرتهن ، فالمرتهن ضامن لقيمة الرهن ((^(٢) .

ويتضح من ذلك أن المرتهن ولكون المرهون في يده يلتزم ببعض الالتزامات لعل من أهمها هو المحافظة على المرهون وعدم حصول أي تعد أو تفريط في حفظه ، كما يلتزم برده إلى الراهن في حالة قيام الأخير بوفاء الدين أو أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره أو قام المرتهن بإبراء الراهن من الدين .

وقد أشار فقهاء القانون المدني إلى أن عقد الرهن الحيازي هو من العقود الملزمة للجانبين ، إذ يلتزم كل من طرفيه الراهن والمرتهن بالتزامات في مواجهة الآخر ، فالراهن يلتزم بإعطاء حق الرهن وتسليم الشيء المرهون وضمان سلامة الرهن ونفاذه ، كما يلتزم المرتهن بمقتضى عقد الرهن بحفظ المرهون وصيانته وإدارته واستثماره لحساب الراهن كما يلتزم برده عند انقضاء الرهن^(٣) .

أما في القوانين المدنية ، فالرهن الحيازي يعد أيضاً عقداً ملزماً للجانبين ، فهو ملزم للراهن من خلال التزامه بتسليم المرهون إلى الدائن المرتهن وضمان سلامة الرهن ونفاذه وعدم القيام بأي عمل ينقص من قيمة المال المرهون أو يحول دون استعمال المرتهن لحقوقه ، وبهذا

الخصوص نصت المادة (٢٠٨٢) من القانون المدني الفرنسي على ((لا يحق للمدين أن يطلب استرداد الرهن الضامن للدين إلا بعد سداد الدين وكافة المصاريف ما لم يستعمله المرتهن بشكل لا يجوز له استعماله))^(١) ، فضلاً على ذلك ، فقد أشار القانون المدني الفرنسي إلى

(٢) الإمام أبي عبد الله محمد الشافعي ، كتاب الأم ، الجزء الرابع ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠١ ، ص ٧١ .

(٣) انظر في ذلك

LB CURZON BARRISTER , LAND LAW , SIXTH EDITION , THE EHANDBOOK SERIES , 1995 , P 191 .

انظر كذلك ، د . منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص ٢٠٩ . د . محمد لبيب شنب ، دروس في التأمينات العينية والشخصية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٤ ، ص ١٤٩ . محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، الطبعة الثالثة ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٤ ، ص ١٨٣ .

(١) انظر ، النص الاصيلي للمادة (٢٠٨٢) من القانون المدني الفرنسي :-

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

أن الرهن ملزم للدائن المرتهن ولعل من ابرز التزاماته هو المحافظة على المرهون وعدم الانتفاع به دون مقابل ، كما يلتزم بإدارة المرهون ورده إلى الراهن بعد استيفاء الدين ، وبهذا الخصوص نصت المادة (٢٠٨٦) منه بقولها ((.... وعلى الدائن القيام بحفظ وصيانة العين المرهونة وبما يلزم لها من الإصلاحات النافعة و الضرورية على أن يستنزل من الفوائد جميع المصروفات المتعلقة بالأشياء المرهونة))^(٢) .

ويلاحظ بان القانون المدني العراقي هو الآخر اعتبر عقد الرهن الحيازي عقداً ملزماً للجانبين ، إذ ألزم الراهن بضمان الرهن وبضمان هلاك المرهون كما ألزمه بنفقات العقد^(٣) ، كما ألزم المرتهن بعدة التزامات تتمثل بالمحافظة على المرهون وإدارته واستثماره ، فضلاً على إلزامه برد المرهون عند انقضاء الرهن^(٤) .

ومما تجدر الإشارة اليه إن القانون المدني العراقي لم يجعل تسليم المرهون إلى الدائن المرتهن ضمن التزامات الراهن التي يلتزم بها بموجب عقد الرهن ، وهو بخلاف ما ذهب اليه القانون المدني المصري الذي يجعل هذا الالتزام من أهم الالتزامات على الراهن ، وهو ما نصت عليه المادة (١٠٩٩) من القانون المدني المصري بقولها ((على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه)) .

والسبب في ذلك يرجع إلى أن القانون المدني العراقي يجعل من التسليم ركناً في العقد وليس التزاماً يقع على عاتق الراهن ، ومما يدل على ذلك انه لم ينص على الالتزام بالتسليم في

((Al. ler – Le debiteur ne peut , a moins que Le detnt eur du gage nen abuse , en reclamer La restitution quapres avoir entiere ement paye , tant en principal quinterets et frais , La dette pour surete de laquelle Le gage a ete donne)) .

وقد اشارت المادة (١٢٠٥) من القانون المدني الالماني الى التزام الراهن عند انعقاد الرهن بتسليم المرهون الى الدائن المرتهن وان يوجد توافق لرغبتى الطرفين من اجل تثبيت حق الرهن لمصلحة الدائن .

^(٢) انظر ، النص الاصلي للمادة (٢٠٨٦) من القانون المدني الفرنسي :-

((Le creancier est tenu , silnen est autiement convenu , de pager les somtributions et Les charges annuelles dlimmeuble quil tient en naticchrese ...))

^(٣) انظر المادتين (١٣٣٥) و (١٣٣٦) من القانون المدني العراقي . تقابلهما المادة (١٣٨٨) من القانون المدني الاردني ، والمادة (١٤٦٩) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

^(٤) انظر المواد من (١٣٣٨) الى (١٣٤٠) من القانون المدني العراقي . تقابلهما المادة (١٣٩١) من القانون المدني الاردني ، والمادة (١٤٧٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

النصوص التي أشارت إلى التزامات الراهن ، فضلاً على ذلك أشارت المادة (١/١٣٢٢) منه إلى انه يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن أن يقبض المرتهن المرهون ^(١) . أما بخصوص الرهن التأميني فإنه عقد ملزم لجانب واحد ، إذ انه لا يرتب التزامات إلا على الراهن والتي تتمثل بالتزامه بإعطاء المرتهن حق الرهن والتزامه بضمان الرهن وبنفقات العقد ^(٢) ، وقد أشار القضاء في بعض أحكامه إلى إن الرهن الحيازي هو عقد ملزم للجانبين وبهذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية بأن ((التزام الدائن المرتهن حيازياً بوصفه وكيلاً عن المدين باستغلال العقار المرهون وتقديم حساب مفصل عن ذلك)) ^(٣) .

رابعاً :- عقد عيني .

العقد العيني هو الذي لا ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول بل لابد من حصول القبض فيه والذي يكون ركن من أركانه ، وهذه الخاصية ينفرد بها الرهن الحيازي دون الرهن التأميني ، فالرهن الحيازي لا ينعقد بالإيجاب والقبول وإنما يتوقف انعقاده وترتيبه لآثاره على القبض ^(٤) ، وقد اتفق الفقهاء المسلمون على إن القبض شرط في الرهن ، لقوله تعالى **چ پ پ پ چ** ^(٥) ، وبهذا

الخصوص جاء في كتاب الإيضاح ((لان من شرط صحة الرهن أن يكون مقبوضاً بحق ..)) ^(١)

^(١) وتأكيده لذلك انظر ، د . غني حسون طه ، الاستاذ المساعد محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص ٥١٢ .
^(٢) انظر ، المادتين (١٢٨٦) و (١٢٩٦) من القانون المدني العراقي ، تقابلهما المادتين (١٠٤٧) و (١٠٤٨) من القانون المدني المصري ، والمادة (١٣٣٧) من القانون المدني الاردني ، والمادة (١٤١٤) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي . ولمزيد من التفصيل انظر ، د . وديع فرج ، أثر الرهن الرسمي في حقوق مالك العقار المرهون ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الثاني ، مطبعة فتح الله الياس ، ١٩٣٧ ، ص ١٧٩ .

^(٣) انظر ، الطعن ٢١٤ ، س ١٨ق ، جلسته ٢٣ / ١١ / ١٩٥٠ ، أنور طلبه ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ، الجزء السادس ، بلا مكان وسنة طبع ، ص ٢٥٤ . وقد اشار القضاء في احكامه الى التزام الراهن في الرهن التأميني بالمحافظة على المرهون ، اذ قضت محكمة التمييز الاردنية بأنه ((من واجب الراهن المحافظة عليها وإصلاحها حتى يتمكن المرتهن من استيفاء دينه من قيمة السيارة فيما اذا استحق الدين ولم يقم الراهن بالوفاء به)) . انظر ، قرارها رقم ١٢٧٩ ، هيئة عادية ، في ٣ / ١ / ١٩٩٩ ، منشور في مجلة نقابة المحامين ، العدد (٤) لسنة ١٩٩٩ ، ص ١٣٠٤ .

^(٤) د . غني حسون طه ، الاستاذ المساعد محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص ٤٨٩ .

^(٥) سورة البقرة ، من الآية (٢٨٣) .

^(١) العلامة الشيخ عامر بن علي الشماخي رحمة الله ، كتاب الإيضاح ، الجزء الرابع ، الطبعة الخامسة ، بلا مكان طبع ، ٢٠٠٥ ، ص ١٦٤ . انظر كذلك ، الفقيه قطب الدين البيهقي الكيدري ، اصباح الشيعة بمصباح الشريعة ، تحقيق الشيخ ابراهيم البهادري ، الطبعة الاولى ، ١٤١٦ هـ ، ص ٢٨٧ . الخلاصة المسمى

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

كما جاء في التاج المذهب ((الشرط الثالث ، القبض من المرتهن للرهن فلا ينعقد الرهن إلا مع القبض))^(٢) ، أما بالنسبة إلى القوانين المدنية ، نلاحظ بان القانون المدني الفرنسي قد اعتبر الرهن الحيازي عقداً عينياً لا بد من القبض فيه لكي يعطي للمرتهن الأولوية في استيفاء الدين ، إذ نصت المادة (٢٠٧٦) منه على ((وفي جميع الحالات لا تثبت هذه الأولوية إلا إذا تم وضع الرهن تحت يد المرتهن وبقي في حوزته أو بحوزة شخص آخر اتفق عليه الطرفان ورضيا به))^(٣) .

أما بالنسبة إلى القانون المدني المصري ، فانه لم يجعل عقد الرهن الحيازي عقداً عينياً بحيث يستلزم حصول القبض فيه ومن ثم يعد القبض ركناً في العقد ، إذ أن القبض أو التسليم أصبح التزاماً على الراهن وهو ما نصت عليه المادة (١٠٩٦) من القانون المدني المصري بقولها ((الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً....)) .

أما في العراق ، نلاحظ بان مجلة الأحكام العدلية ، أشارت إلى أن الرهن ينعقد بإيجاب وقبول ولكنه لا يلزم إلا بالقبض ، وبذلك لم تجعل من الرهن عقداً عينياً ، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٠٦) من المجلة بقولها ((ينعقد الرهن بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن فقط لكن ما لم يوجد القبض لا يتم ولا يكون لازماً وبناءً عليه يجوز للراهن أن يرجع عن الرهن قبل

التسليم)) ، وقد أشار القانون المدني العراقي إلى أن الرهن الحيازي يعد عقداً عينياً يكون القبض فيه ركناً وليس مجرد التزام على الراهن ، فالمادة (١٣٢٢) منه نصت على ((يشترط

خلاصة المختصر ونقاوة المعتصر ، المصدر السابق ، ص ٢٩٧ . وجاء فيه ((ومن أحكامه أنه لا يلزم إلا بالقبض فيه تمامه ، والقبض فيه كالقبض في الهبة ، وإذا استتاب المرتهن في القبض جاز)) .
^(٢) القاضي العلامة احمد بن القاسم العنسي اليماني الصنعاني ، التاج المذهب لاحكام المذهب شرح متن الازهار في فقه الانمة الاطهار ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، ١٩٤٧ ، ص ٢٢٨ . انظر كذلك ، الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك ، المصدر السابق ، ص ٣١٣ . الاختيار لتعليل المختار ، المصدر السابق ، ص ٢٩٠ . وجاء فيه ((وهو عقد وثيقة بمال مضمون بنفسه يمكن استيفاؤه منه ، ولا يتم الا بالقبض او بالتخلية)) .

^(٣) انظر النص الاصلي للمادة (٢٠٧٦) من القانون المدني الفرنسي :-

((Dans tous les cas , le privilege ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage ete mis et est reste en la possession du creancier , oudun tiers cunvenu entre Les parties)) .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون ^(١) ، وكذلك نصت المادة (١٣٥٤) منه على ((لا يكون رهن الدين تاماً الا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون)) ^(٢) .

وقد أكد القضاء على أن الرهن يعد عقداً عينياً إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز اللبنانية أن ((تسليم العقار المرهون للراهن شرط أساسي في قيام عقد الرهن بحيث يعتبر ركناً من أركانه لا يقوم بدونه)) ^(٣) .

الفرع الثاني

خصائص الرهن باعتباره حق

يتمتع الرهن بوصفه حقاً يعطى للمرتهن بموجب عقد الرهن بعدد من الخصائص وهي على النحو الآتي :-

أولاً :- حق اتفاقي .

يتميز الرهن بأنه حق اتفاقي بالنسبة إلى مصدره ، إذ أنه لا ينشأ إلا بمقتضى الاتفاق ، وهذه الخصيصة يمكن استخلاصها في الفقه الإسلامي بشكل غير مباشر عند الرجوع إلى آراء الفقهاء المسلمين الذين أشاروا في مؤلفاتهم بان الرهن لا يصح إلا إذا كان هناك إيجاب وقبول أو ما يقوم مقامهما ، مما يدل على أن الرهن في الفقه الإسلامي هو حق اتفاقي بالنسبة إلى مصدره ، وقد جاء بهذا الخصوص في عجالة المحتاج ((لا يصح إلا بإيجاب وقبول ، أو ما يقوم مقامهما لأنه عقد مالي فافتقد اليهما كالبيع)) ^(٤) ، كما جاء في مجمع الأنهر ((وينعقد الرهن بإيجاب

^(١) تقابلها المادة (١٣٧٥) من القانون المدني الاردني ، والمادة (١٤٥٣) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

^(٢) تقابلها المادة (٢/١٤١٠) من القانون المدني الاردني ولكنها جعلت من حيازة المرتهن لسند الدين المرهون شرطاً لنفاذ الرهن في حق الغير ، وهو ما اتجهت اليه كذلك المادة (٢/١٤٩٢) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

^(٣) انظر ، قرارها رقم ٤٠٣ ، اساس ٤٨١ ، جلسة ٣٠ / ٤ / ١٩٩٥ ، فاضل النبواني ، الاجتهاد القضائي في سبع سنوات ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، بلا مكان طبع ، ١٩٩٧ ، ص ٢٦٨ .

^(٤) عجالة المحتاج الى توجيه المنهاج ، المصدر السابق ، ص ٧٥٥ .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

من الراهن بان قال : رهنك هذا المال بدين لك عليّ وقبول من المرتهن كما في سائر العقود^(١) .

ولقد أشار فقهاء القانون إلى أن الأصل في الرهن سواء أكان تأمينياً أم حيازياً أن يكون حق اتفاقي ينشأ باتفاق الدائن مع مالك الشيء سواء كان المدين أم شخص آخر كالكفيل العيني ، ولكن قد ينشأ الرهن بنص القانون وهو ما يسمى بالرهن القانوني ، وقد ينشأ بحكم القضاء وهو ما يسمى بالرهن القضائي^(٢) .

أما في القوانين المدنية ، فنلاحظ أن القانون المدني الفرنسي أشار إلى ثلاثة أنواع للرهن ، الأول هو الرهن القانوني (*hypothèque legal*) وهو الذي ينشأ بموجب نص في القانون والثاني هو الرهن القضائي (*hypothèque judiciaire*) والذي ينشأ بصدور حكم من القاضي ، والثالث هو الرهن الاتفاقي (*hypothèque conventionnell*) والذي ينشأ بالاتفاق ، وهذا ما نصت عليه المادة (٢١١٦) من القانون المدني الفرنسي بقولها ((الرهن أما قانوني أو قضائي بحكم القاضي أو اتفاقي بتراضي المتعاقدين عليه))^(٣) ، وبذلك يتبين أن الرهن في القانون المدني الفرنسي لا يقتصر على الرهن الاتفاقي وإنما قد يكون قانونياً أو قضائياً. وقد أشارت المادة (٢١١٧) من القانون المدني الفرنسي إلى تعريف كل نوع من أنواع الرهن أعلاه ، إذ نصت على أن ((الرهن القانوني هو ما ينشأ بطبيعته ومن ذاته بموجب أحكام

(١) الشيخ الامام ابراهيم بن محمد الحلبي ، مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر في فروع الحنفية ، تأليف المولى الفقيه شيخي زاده عبد الرحمن ابن الشيخ محمد بن سلمان الحنفي المعروف بداماد افندي ، الجزء الرابع ، الطبعة الاولى ، دار احياء التراث العربي ، ٢٠٠١ ، ص ٢١٤ .

(٢) انظر في الفقه الفرنسي LOUIS JOSSERAND , DROIT CIVIL POSITIF FRANCAIS , PART II , DEUXIEME EDITION , 1933 , P 921 .

MARCEL , PLANUIL , ET , GEORGES , DROIT CIVIL FRANCAIS , 2 EDITION , TOME X11 , PARIS , 1953 , P 323 .

انظر كذلك ، د. محمد لبيب شنب ، المصدر السابق ، ص ١١ . د. سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، بلا مكان وسنة طبع ، ص ٧ . د. عبد السلام احمد فيغو ، العقود المدنية الخاصة في القانون المغربي ، الطبعة الاولى ، مطبعة الأمنية ، الرباط ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٣١ .

(٣) انظر النص الاصلي للمادة (٢١١٦) من القانون المدني الفرنسي :-

((Elle est ou Legale , ou judiciaire , ou conventionnelle)) .

ويلاحظ بأن الرهن في القانون المدني الالمانى هو حق اتفاقي ينشأ باتفاق المتعاقدين وهذا واضح من خلال المادتين (١١١٣) و (٤/١٢٠٤) منه إذ اشارت كل منهما الى ان الرهن ينشأ باتفاق الطرفين عليه ، ومما يؤكد ذلك مانصت عليه المادة (١٢٠٦) من القانون نفسه على ان ((من اجل انعقاد الرهن يجب ان يكون هناك توافق لرغبة الطرفين من اجل تثبيت حق الرهن لصالح الدائن)) .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

القانون ، والرهن القضائي هو الذي ينشأ عن قضاء المحكمة به ، والرهن الاتفاقي هو الناشئ عن التراضي والاتفاق عليه صراحة في السندات والعقود ((^(١)).

أما في القانون المدني المصري والعراقي فان الرهن فيهما حق اتفاقي من حيث المصدر ، فهو ينشأ بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن ، وهذا واضح من النصوص القانونية في كلاً منها والتي عرفت الرهن بأنه عقد ، والعقد لا ينشأ إلا باتفاق الطرفين ^(٢) ، ويلاحظ بأنه على الرغم من كون الرهن حق اتفاقي إلا إن هذا الاتفاق لا يكفي لإنشائه وإنما يجب أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري .

وبخصوص إنشاء الرهن عن طريق القضاء قضت محكمة النقض الفرنسية في احد أحكامها بأن ((قيد الرهن العقاري القضائي هو مجرد ممارسة لحق قانوني معترف به لصاحب الدين ، وهو ليس بحد ذاته عملاً تصرفياً صادراً عن أحد الزوجين الذي قام بهذا القيد)) ^(٣) .

ثانياً :- حق عيني .

يعد الرهن من الحقوق العينية التبعية التي تعطي للمرتهن عدد من المزايا تضمن له استيفاء حقه بالأولوية على بقية الدائنين وتمكنه من تتبع المرهون اذا ما انتقلت ملكيته إلى الغير كما تعطيه الحق في حبس المرهون وعدم رده إلى الراهن إلا اذا استوفى حقه كاملاً ، فأن استوفاه في مواجهة دائن آخر سمي هذا تقدماً ، وان استوفاه في مواجهة من انتقلت ملكية العقار المرهون إليه سمي هذا تتبعا .

ويلاحظ بأنه لم يرد في آراء الفقهاء المسلمون عند تنظيمهم لأحكام الرهن ما يشير صراحة إلى قولهم بأن الرهن هو حق عيني ، ولكن من خلال الأحكام التي تم عرضها من قبلهم والمتعلقة بتعريف الرهن والآثار المترتبة عليه وما يعطيه من حقوق للدائن للمرتهن يمكن القول بأن الفقهاء

^(١) انظر النص الاصلي للمادة (٢١١٧) من القانون المدني الفرنسي :-

((L hypothéque que legale est celle qui résulte de la loi . L hypothéque judiciaire est celle qui résulte des jugements . L hypothéque conventionnelle est celle qui résulte des conventions)) .

^(٢) انظر ، المادتين (١٢٨٥) و (١٣٢١) من القانون المدني العراقي ، والمادتين (١٠٣٠) و (١٠٩٦) من القانون المدني المصري . تقابلهما المادة (١٣٢٢) من القانون المدني الاردني ، والمادتين (١٣٩٩) و (١٤٤٨) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

^(٣) انظر قرار الغرفة المدنية الاولى لدى محكمة النقض ، ٥ شباط ١٩٨٥ ، اشار اليه ، فايز الحاج شاهين ، المصدر السابق ، ص ٢١٠٩ .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

المسلمين يعتبرون الرهن حق عيني طالما انه يعطي للمرتهن الحق باستيفاء حقه متقدماً على بقية الدائنين وفي أي يد يكون كما يعطيه حق حبس المرهون لغاية استيفاء كل الدين ، وبخصوص حق المرتهن باستيفاء حقه بالتقدم على بقية الدائنين جاء في فتاوى السبكي ((فالمرتهن أولى بثمنه حتى يستوفي حقه ، فإن لم يكن فيه وفاء حقه حاص غرماء الراهن بما بقي من ماله غير المرهون))^(١) ، أما بخصوص حق المرتهن بحبس المرهون فقد جاء في حاشية رد المحتار بأنه ((هو جعل الشيء محبوساً بحق ، لم يقل حبس الشيء بحق لأن الحابس هو المرتهن لا الراهن))^(٢) .

وقد ذهب الرأي الغالب في الفقه المدني إلى إن الرهن هو حق عيني (Droit reel) مقرر للدائن على مال مملوك للمدين أو لغيره يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنيين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المرهون ، كما انه له الحق في تتبعه إذا ما انتقلت ملكيته إلى شخص آخر ، فضلاً على ذلك ، فإن الرهن إذا كان حيازياً يعطي للمرتهن الحق في حبس المرهون لحين الوفاء بالدين المترتب في ذمة الراهن^(٣) .

وإذا كان من المسلم به في الفقه إن الرهن حق عيني ، فإن هناك آراء في الفقه حاولت إنكار هذه الصفة ، فذهب رأي إلى إن الرهن ليس حقاً عينياً ، واستند في ذلك على أساس تحديد ضيق

(١) فتاوى السبكي في فروع الفقه الشافعي ، المصدر السابق ، ص ٣٤٥ . انظر كذلك ، إتحاف الابرار بتهذيب كفاية الاخيار ، المصدر السابق ، ص ٣٥٠ . وجاء فيه ((والمقصود من الرهن بيع العين المرهونة عند الاستحقاق واستيفاء الحق منها)) . ابي جعفر محمد بن منصور بن احمد بن ادريس الحلبي ، كتاب السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى ، الجزء الثاني ، مؤسسة النشر الاسلامي ، ١٤١٠ هـ ، ص ٤٢٣ . وجاء فيه ((وهو أنه إذا كان رهناً لا يشارك المرتهن في ثمنه احد من الغرماء ولو كان على صاحبه اضعاف دين المرتهن)) .

(٢) محمد علاء الدين افندي ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، الجزء السابع ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٦ .

(٣) انظر في ذلك ، WAHL , CAPITANT , BARTIN, DROIT CIVIL , TOME VINGT , ET UNIEME, 1970 , P426 . MCGRAW – HILL , MORTGAGES , CHAPTER , P . 129 , 9 ، وفي الفقه الفرنسي انظر ،

MARCEL , PLANUIL , OP , CIT , P 250 . PLANIOL ET RIPERT , OP , CIT , Page 51 .

انظر كذلك ، د . عبد الرزاق السنهوري ، ج ١٠ ، المصدر السابق ، ص ٢٢١ . د . جلال محمد ابراهيم ، د . احمد محمود سعد ، الحقوق العينية التبعية ، الجزء الاول ، الرهن الرسمي ، بلا مكان طبع ، ١٩٩٤ ، ص ٢٢ . د . محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية التبعية ، الرهن المجرد ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز ، الكتاب الثالث ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، بلا سنة طبع ، ص ٢٩ . د . ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، الحقوق العينية التبعية ، التأمينات العينية ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٨ ، ص ٦ .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

لمضمون الحق العيني بحصره في سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، ولما كان الرهن لا يعطي للدائن المرتهن هذه السلطات ، فلا يعد الحق الذي يكتسبه على المرهون حقاً عينياً ، كما استند هذا الرأي في تبرير ما ذهب اليه إلى إن الأصل في الحق العيني أن يجعل للشخص سلطة مباشرة على المال المرهون تمكنه من الاستئثار بمنافعه ، وليس في أنواع الرهون شيء من هذا كله ^(١) ، أما الرأي الآخر فقد ذهب إلى إن الرهن حق عيني من الدرجة الثانية ، وقد استند هذا الرأي لتبرير ما ذهب اليه بان الحق العيني يرد على شيء مادي ، لأنه سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين ، ومن ثم فإن الرهن لا يترتب على شيء ، فالراهن لا يرهن الشيء في ذاته ، بل يرهن الحق الذي يملكه على هذا الشيء ، فتارة يتم رهن حق الملكية وتارة أخرى يتم رهن ملكية الرقبة أو حق الانتفاع ^(٢).

ويمكن القول ، بأن إنكار الصفة العينية للرهن من خلال تحديد مضمون ضيق للحق العيني ، هو رأي لا يمكن الأخذ به ، وذلك لان القانون قد قسم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية ، وقسم الحقوق العينية إلى أصلية وتبعية ، ويدخل الرهن ضمن الحقوق العينية التبعية ومن ثم فإن الرهن تكون له الصفة العينية بنص القانون ، فضلاً على ذلك لا يمكن القول بان الرهن ليس حقاً عينياً بحجة إن الحق العيني يعطي لصاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف وحق الرهن لا يعطي للمرتهن هذه السلطات ، وذلك لان هذه السلطات تعطى للشخص الذي له على الشيء حقاً عينياً أصلياً كحق الملكية ، أما حق الرهن وباعتباره حقاً عينياً تبعياً فهو الآخر يعطي للشخص الذي تقرر له هذا الحق ميزة أو حق التقدم والتبعية فضلاً عن إعطائه حق حبس المال المرهون ، كما إن الرأي الثاني والذي يجعل من الرهن حقاً عينياً من الدرجة الثانية لا يمكن الأخذ به كذلك ، وذلك لان اختلاف المحل بين الحق العيني الأصلي والحق العيني التبعية لا يمكن اعتباره مبرراً للتمييز بينهما وجعل الرهن حق عيني من الدرجة الثانية ، فكل من الحق العيني الأصلي والتبعية يرد على محل يختلف عن المحل الذي يرد عليه

^(١) ذهب إلى هذا الرأي د. شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، الطبعة الثالثة ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، ص ٢٥ .

^(٢) ذهب إلى هذا الرأي ، د. احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، الرهن الرسمي ، دار التعاون للطبع والنشر ، بلا مكان طبع ، ١٩٦٦ ، ص ٥٠ .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

الحق الآخر ، فالحق العيني الأصلي يرد على شيء مادي ، أما الحق العيني التبعية يرد على حق الملكية وقد يرد على ملكية الرقبة أو حق الانتفاع .

أما بالنسبة إلى موقف القوانين المدنية من حق الرهن ومدى اعتباره حقاً عينياً ، فنلاحظ أن القانون المدني الفرنسي قد أشار إلى أن الرهن يعد حقاً عينياً كما أشار إلى ما يعطيه الرهن للدائن المرتهن من حق الأولوية أو التقدم في استيفاء حقه فضلاً على حق تتبع المال المرهون في حالة انتقال ملكيته إلى الغير ، فالمادة (٢١١٤) منه نصت على أنه ((يبقى حكم الرهن على العقارات مستمراً ضامناً للديون ولو نقلت ببيع أو غيره إلى يد أخرى غير اليد الراهنة)) ، كما نصت المادة (٢١١٦) من القانون نفسه على ((إذا كان لا صاحب الديون مزايا أو رهن مسجل على العقار جاز لهم أن يطلبوا حقوقهم من أي شخص وضع يده عليه))^(١) .

أما القانون المدني المصري ، فقد نص صراحة على أن الرهن يعد حقاً عينياً عند تعريفه للرهن الرسمي في المادة (١٠٣٠) منه إذ نصت ((الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً))^(٢) ، ويلاحظ بأن مجلة الأحكام العدلية وإن لم تشر صراحة إلى أن الرهن هو حق عيني إلا أن ذلك يفهم ضمناً من بعض النصوص التي أشارت إلى أحكام الرهن وخاصة المادة (٧٢٩) والتي أعطت للمرتهن الحق في حبس المرهون والأولوية في استيفاء حقه على بقية الدائنين مما يدل على أن الرهن وفقاً للمجلة هو حق عيني طالما يعطي للمرتهن هذه الحقوق^(٣) ، وهو ما أكدته صراحة القانون المدني العراقي إذ عدّ الرهن حقاً عينياً

(١) انظر ، النص الاصلي للمادة (٢١١٦) من القانون المدني الفرنسي :- ((Les creanciers ayant privilege ou hypothèque que inscrits sur un immeuble , Le suivent en quelques mains qu'il passé , pour être colloqués payés suivant l'ordre de leurs créances ces ou inscriptions)) . انظر كذلك المادة (١٢٠٨) من القانون المدني الألماني والتي أشارت إلى ما يعطيه الرهن للمرتهن باستيفاء حقه بالأولوية بقولها ((إذا كان الشيء محملاً بحق الغير فإن حق المرتهن له أولوية على هذا الحق)) .

(٢) انظر كذلك ، المادة (١٠٩٦) من القانون المدني المصري التي عرفت الرهن الحيازي وأشارت إلى أنه حقاً عينياً ، والمادة (١٣٢٢) من القانون المدني الأردني ، والمادة (١٣٩٩) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، والمادتين (١٠) و (١٢٠) من قانون الملكية العقارية اللبناني .

(٣) نصت المادة (٧٢٩) من المجلة على ((حكم الرهن أن يكون للمرتهن حق حبس الرهن لحين فكاكه وأن يكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن إذا توفي الراهن)) .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

عند تعريفه للرهن التأميني والرهن الحيازي في المادتين (١٢٨٥) و (١٣٢١) ، كما أشار إلى ما يعطيه كل منهما من حقوق إلى المرتهن والتي تتمثل بحق التقدم والتتبع والحبس ^(١) .

وقد أيد القضاء في أحكامه على أن الرهن هو حق عيني ويعطي للمرتهن حق التقدم في استيفاء حقه وحق التتبع إذا انتقل المرهون إلى الغير ، وبهذا الخصوص قضت محكمة النقض الفرنسية بأن ((تطبيق المادة ٢٢٧٩ للدائن المرتهن حق عيني على الأشياء المنقولة المرهونة)) ^(٢) ، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن ((النص في المادة (١٠٣٠) من القانون المدني يدل على الرهن الرسمي للدائن المرتهن حقاً عينياً على العقار المرهون لوفاء الدين ويكون له بموجب هذا الحق أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون في أي يد يكون)) ^(٣) . كما قضت محكمة التمييز في العراق بأنه ((.... لما كان الرهن التأميني هو عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً)) ^(٤) .

ويتضح من الأحكام في أعلاه أن القضاء قد أكد على ما أشارت إليه القوانين المدنية باعتبار الرهن من الحقوق العينية والتي يستطيع المرتهن من خلاله استيفاء حقه بالتقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة .

^(١) لقد أشارت أغلب القوانين المدنية محل المقارنة وبعضاً من فقهاء القانون الى ان الرهن سواء كان تأمينياً أم حيازياً يعطي للمرتهن الحق في التقدم والتتبع فضلاً عن حق الحبس ، ونرجح استعمال كلمة ((ميزة او سلطة)) وذلك لان الرهن هو حق ومن ثم لا يمكن القول بأن حق الرهن يعطي للمرتهن عدداً من الحقوق بل يعطي ميزة او سلطة التقدم والتتبع والحبس .

^(٢) انظر ، قرار الغرفة المدنية لدى محكمة النقض ، ١٩ حزيران ، ١٩٢٨ ، اشار اليه ، فايز الحاج شاهين ، المصدر السابق ، ص ١٩٥٣ .

^(٣) انظر قرارها رقم ٣٩٥ لسنة ٦١ ق ، جلسة ٢٨ / ٢ / ١٩٩٩ ، اشار اليه ، المحامي خالد شهاب ، موسوعة أحكام ومبادئ النقض في القانون المدني ، الجزء الثامن ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٠٨٩ . انظر كذلك ، قرار المجلس الاعلى في المغرب اذ جاء فيه ((لا يوجد قانوناً ما يمنع الطاعة المؤسسة البنكية من القيام بالاجراءات اللازمة لتصفية الرهن واستيفاء دينها بالأولوية على أي دائن آخر)) قرار رقم ٣٠٢ ، في ٢٠ / ٣ / ٢٠٠٦ ، (قرار غير منشور) . انظر كذلك ، قرار محكمة التمييز الأردنية وجاء فيه ((للمرتهن رهنأ تأمينياً استيفاء دينه من العقار المرهون عند حلول الاجل طبقاً لمرتبته)) قرار رقم ، ١١٧٦ ، جلسة ٢٢ / ١١ / ١٩٩٩ ، مجلة نقابة المحامين الأردنية ، العدد (١١) ، ٢٠٠٠ ، ص ٤١٠٤ ، وقرار محكمة التمييز السورية اذ جاء فيه ((لمالك العقار المرهون التصرف به دون اذن من الدائن صاحب التأمين ، ولهذا الاخير ان يتتبع العقار في أي يد انتقل اليها)) قرار رقم ٧٣٤ ، اساس ، ١٣٩٩ ، في ٨ / ٥ / ١٩٨٠ . منشور على الموقع الاتي : Browse.syrianbar.org/vb now in many languages .

^(٤) انظر قرارها رقم ١٤٠١ ، مدنية اولى ، في ١٧ / ١٢ / ١٩٩٢ ، ابراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، الجزء الرابع ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٤ .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

ثالثاً :- حق تباعي .

أن حق الرهن هو حق تباعي (droit accessoire) للدين المضمون ، فلا يقوم هذا الحق كأصل عام إلا بقيام الدين المضمون ، ونلاحظ بان الفقهاء المسلمين باستثناء الظاهرية وبسبب إن الرهن تابع للدين قد اتفقوا على إمكانية وقوع الرهن لضمان دين سابق عليه أو مقارن له في النشوء ، ولكنهم اختلفوا في إمكانية إن يسبق الرهن الدين المضمون ، فذهب الجعفرية والحنابلة والشافعية إلى عدم جواز ذلك ، ف ضمان الدين المستقبلي لا يصح عندهم ، وقالوا لتسويغ ما ذهبوا إليه بان الرهن تابع للدين المضمون فلا يصح أن يسبقه كالثمن لا يتقدم المبيع طبقاً لقاعدة التابع لا يتقدم المتبوع ، فضلاً على كونه وثيقة على حق فلا يجوز قبل ثبوت الحق ، وبهذا الخصوص جاء في تذكرة الفقهاء ((وشرطنا كون المرهون به ثابتاً في الذمة حال عقد الرهن ، فإن الذي لم يثبت بعد لا يجوز الرهن به ، مثل أن يرهنه بما يستقرضه منه أو بثمان ما يشتريه منه))^(١). أما فقهاء المالكية والحنفية والزيدية ، فقد أجازوا أن يسبق الرهن الدين المضمون ، ف ضمان الدين المستقبلي والدين الموعود به جائز عندهم فان ثبت الدين أو وجد لزم الرهن ، واستندوا لتسويغ ما ذهبوا إليه بقولهم إن الرهن وثيقة بحق ، فيجوز انعقاده على شيء يوجد في المستقبل قياساً على ضمان الدرك^(٢) ، وان الرهن بالدين الموعود به هو رهن مقبوض على سوم الرهن

(١) تذكرة الفقهاء ، المصدر السابق ، ص ٥٤٦ . الروض المربع شرح زاد المستقنع ، المصدر السابق ، ص ٥٤٦ . وجاء فيه ((ويصح الرهن مع الحق ويصح بعده ، ولا يجوز قبله لأنه وثيقة بحق فلم يجز قبل ثبوته ، ولأنه تابع للحق فلا يسبقه)) . الشيخ سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المصري الشافعي المعروف بالجمال ، حاشية الجمل على شرح المنهج على شرح منهج الطلاب لشيخ الإسلام زكريا بن احمد الانصاري ، وهو مختصر منهاج الطالبين ، للإمام محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، علق عليه وخرج اياته واحاديثه ، الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٦ ، ص ٨٢ . وجاء فيه ((فلا يصح بما سيثبت بقرض أو غيره لأنه وثيقة حق فلا يقدم على الحق)) . د. وهبة الزحيلي ، الفقه الحنبلي الميسر بأدلته وتطبيقاته المعاصرة ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٩٧ ، ص ٣٣١ .

(٢) يلاحظ بان الحنفية وان اجازوا الرهن بالدين المستقبلي ، الا انهم لا يجيزون الرهن بالدرك ويجيزون الكفالة به ، والدرك ، هو رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع . والسبب في ذلك ان الرهن هو لاستيفاء الديون ، ومن ثم لاستيفاء قبل ثبوت الدين او وجوبه والاستيفاء فيه معنى المعاوضة ، والمعاوضات والتملكيات لا يصح ان تضاف الى المستقبل لما في الاضافة من الخطر والغرر ، والرهن بالدرك من هذا القبيل . اما الكفالة بالدرك فهي جائزة لان الكفالة التزام وضمان المطالبة ، ويصح التزام الافعال و ضماناتها في المستقبل ، انظر ، الهداية شرح بداية المبتدى ، المصدر السابق ، ص ١٣٤ . الامام ابي البركات عبد الله بن احمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي ، البحر الرائق شرح كنز الرائق ، الجزء السادس ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع ، ص ٣٩٢ .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

فيجعل الرهن به رهنا بدين موجود للحاجة ، وبهذا الخصوص جاء في عقد الجواهر الثمينة ((وليس من شرط (الدين) أن يكون ثابتا قبل الرهن به ولا مقارنا ، بل لو قال : قد رهننت عندك هذا الشيء على أن تقرضني غداً ألف درهم أو على أن تبيعني هذا الثوب ، ثم استقرض أو ابتاع فإن الرهن يلزم ويجب تسليمه اليه))^(١) .

أما عند الظاهرية ، فلا يصح أن يسبق الرهن الدين المضمون أو يقع بعد ثبوت الدين ، إذ اشترطوا أن يكون الرهن مقارنا لنشوء الدين ، وقد استندوا في ذلك إلى قوله تعالى **﴿أَمْ يَحْسَبُونَ أَنَّهُم مُّغْنَوْنَ رَبَّهُمْ بِمَا كَانُوا يَكْسِبُونَ﴾**^(٢) ، وقوله تعالى **﴿وَمَا يَكْفُرُ الْإِنسَانُ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾**^(٣) ، فقالوا بأن الله تعالى لم يجعل الرهن إلا في العقد ، وكل ما كان بعد ذلك فهو شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ، وبهذا الخصوص جاء في المحلى بالآثار ((ولا يكون حكم الرهن إلا لما ارتهن في نفس عقد التداين))^(٤) .

ومن خلال استعراض آراء الفقهاء المسلمين بهذا الخصوص يمكن تسجيل الملاحظات الآتية :-

١- أن ما استند اليه فقهاء الشافعية والحنابلة والجعفرية لتسويغ ما ذهبوا اليه بعدم جواز أن يسبق الرهن الدين المضمون يُرد عليه، إذ لا يمكن قياس البيع على الرهن ، وذلك لان الغرض من عقد البيع هو نقل ملكية العوضين (الثمن والمبيع) من احد المتعاقدين إلى الآخر، أما الغرض من الرهن فهو للاستيثاق في وفاء الدين من قبل الراهن دون أن يؤدي ذلك إلى نقل ملكية المرهون إلى الدائن المرتهن ، فضلاً على ذلك فإن قاعدة

^(١) جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاش ، عقد الجواهر الثمينة ، دراسة وتحقيق د. حميد بن محمد احمد ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، دار الغرب الاسلامي ، ٢٠٠٣ ، ص ٧٦٩ . انظر كذلك ، الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري في فروع الحنفية ، المصدر السابق ، ص ٥١٨ . وجاء فيه ((الرهن بالدين الموعود هو ان يقول : رهننتك هذا الشيء لتقرضني كذا ، فهلك الرهن في يده قبل أن يقرضه هلك بالأقل من قيمته ، ومما سمي له من القرض بمقابلته ، لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ، ولأن قبضه بسوم الرهن فكان مضموناً كالمقبوض بسوم البيع)) . البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ، المصدر السابق ، ص ١٦٩ . وجاء فيه ((ويصح قبل ثبوت الحق كرهننتك هذا على أن تقرضني به كذا)) .

^(٢) سورة البقرة ، من الآية (٢٨٢) .

^(٣) سورة البقرة ، من الآية (٢٨٣) .

^(٤) ابو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي ، المحلى بالآثار ، تحقيق د. عبد القفار سليمان البنداري ، الجزء السادس ، دار الفكر ، بلا مكان وسنة طبع ، ص ٣٨٢ .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

(التابع لا يتقدم المتبوع) وان كانت هي القاعدة العامة إلا انه من الممكن أن يرد عليها بعض الاستثناءات فيوجد التابع قبل المتبوع ومن هذه الاستثناءات قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل ، كما لو ادعى شخص على شخص آخر بدين واعترف الكفيل وأنكر المدين فيؤخذ المبلغ من الكفيل ، وبذلك فقد ثبت الفرع التابع ولم يثبت الأصل المتبوع ^(١) .

٢- أما ما ذهب اليه الظاهرية من اشتراط أن يكون الرهن في نفس عقد التداين هو الآخر يُرد عليه ، وذلك لان الظاهرية قد تمسكوا بظاهر الآية القرآنية الكريمة التي تشير إلى أن الرهن يجب أن يكون مقارناً لنشوء الدين ، لذلك لا يمكن الأخذ بالحجة التي استندوا اليها لتسوية عدم إجازة أن يسبق الرهن الدين أو يقع بعده وهي إن اشتراط الرهن في هذه الحالة شرط ليس في كتاب الله ومن ثم يكون الشرط باطلاً ، والسبب في ذلك إن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى حصول المشقة والحرَج للمتعاملين فلا يستطيع المدين الحصول على الدين أو الأجل الذي يحتاج اليه ، ولا يتمكن الدائن من الحصول على الضمان الكافي لكي يطمئن على وفاء حقه ، فضلاً على ذلك فقد قال الرسول الكريم (صلى الله عليه واله وسلم) ((المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً)) ^(٢) ، وبذلك فإن اشتراط الرهن قبل وجوب الدين أو بعده يدخل تحت حكم المؤمنين عند شروطهم ما دام لم يحل حراماً أو يحرم حلالاً .

وبذلك يتبين بان الرأي الراجح ، هو ما ذهب اليه فقهاء الحنفية والمالكية والزيدية وذلك بأجازة أن يتقدم الرهن الدين المضمون أو يقع بعد نشوئه ، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتهم من الاعتراض ، فضلاً على تحقيق مصلحة الطرفين المدين والدائن على حدٍّ سواء ، وذلك من خلال حصول المدين على الدين الذي يحتاج اليه وحصول الدائن على ضمان للوفاء بالدين المترتب في ذمة المدين .

(١) السيد محمد حسن البجنوردي ، القواعد الفقهية ، الجزء السادس ، الطبعة الاولى ، مطبعة الهادي ، قم ، ١٤١٩ هـ ، ص ١٦٠ ، ايمن محمد علي ، قواعد التبعية ضوابطها وتطبيقاتها في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، دار الحامد ، ٢٠٠٨ ، ص ١٧٣ .

(٢) أخرجه شيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، الاستبصار فيما اختلف من الاخبار ، الطبعة الاولى ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٩٢ . أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، تهذيب الاحكام ، الطبعة الاولى ، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٥ ، ص ١٤٠١ .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

أما فقهاء القانون المدني فقد أشاروا إلى إن الرهن ولكونه من عقود الضمان أو الاستيثاق فأن ذلك يتطلب وجود دين يعمل الرهن على ضمانه ، وقد يكون الدين معاصراً للرهن وهو الغالب بأن يكون نشوء الدين والرهن في وقت واحد ، أما إذا كان نشوء الرهن غير معاصر لنشوء الدين فالغالب أن يسبق الدين الرهن ، ولكن ذلك لا يمنع من نشوء الرهن قبل الدين كالرهن الناشئ لضمان دين مستقبلي أو دين معلق على شرط أو دين احتمالي بشرط أن يتم تحديد مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين في عقد الرهن ^(١) .

ويتبين مما سبق ، بأن فقهاء القانون يجعلون من الرهن حقاً تبعياً أي انه لا يوجد لذاته بل لضمان حق آخر كما انه من حيث الأصل لا ينقضي إلا تبعاً له ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

أما بالنسبة إلى موقف القوانين المدنية من اعتبار حق الرهن حقاً تبعياً ، فنلاحظ أن القانون المدني الفرنسي ، قد أشار إلى تبعية الرهن للدين المضمون وذلك في بعض نصوصه ، فالمادة (٢١٢٩) منه نصت على ((لا يكون الرهن الاتفاقي صحيحاً إلا إذا كان بسند صحيح محدد فيه الدين صراحة أو بسند صحيح متأخر عن الدين ومبين فيه أوصاف العقارات المرهونة)) ^(٢) . وبذلك يفهم من عبارة ((متأخر عن الدين)) بأن الرهن حق تبعي ، إذ لا يوجد إلا تبعاً للدين موجود كما يفهم بأن الرهن قد يكون مقارناً للدين أو تالياً له من حيث الوجود ، كما يتبين من نص المادة (٢١٣٢) من القانون المدني الفرنسي ، بأنه من الممكن أن يضمن الرهن الدين الذي ينشأ في المستقبل بشرط أن يتم تحديد مقدار معين لهذا الدين ، إذ نصت على ((لا تكون الرهون الاتفاقية صحيحة إلا إذا كان مقدار الدين محدداً في سند الدين ، فإن كان الدين معلقاً تحققه على شرط أو كان غير معلوم المقدار فلا يحق للدائن أن يسجل تضمين الدين بالرهن إلا بقدر

(١) د. غني حسون طه ، الاستاذ المساعد محمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص ٣٥٢ . شاكر ناصر حيدر ، احكام الاراضي والاموال غير المنقولة ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٤٧ ، ص ٥٣٢ . د. سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مطابع دار النشر للجامعات ، القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص ١٩ . د. عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار نشر الثقافة ، الاسكندرية ، ١٩٥٠ ، ص ٢٦٩ . د. محمد نجيب عوضين المغربي ، اثار الرهن الحيازي بالنسبة للدائن المرتهن ، في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٨ .

(٢) انظر النص الاصلي للمادة (٢١٢٩) من القانون المدني الفرنسي :-

((La constitution d'une hypothèque cunpentionnelle nest valable que si le titre authentique constitutive de la creance ou un acte uouthentique posterieur declare special ement la nature)) .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

قيمة معلومة))^(١) .

فضلاً على ذلك ، فان الرهن لا يتبع الدين المضمون من حيث الوجود فقط وإنما يتبعه أيضاً في الانقضاء ، إذ يترتب على انقضاء الدين انقضاء الرهن الضامن له ، وهو ما نصت عليه المادة (٢١٨٠) من القانون المدني الفرنسي بقولها ((تنتهي المزاياء والرهنون بأربعة أحوال ، أولاً ، بانقضاء العقد الأصلي وبقضاء الدين))^(٢) .

أما في القانون المدني المصري ، فانه أشار المشرع صراحة إلى ما يتمتع به الرهن من خاصية التبعية للدين المضمون ، وهو ما نصت عليه المادة (١٠٤٢ / ١) منه بقولها ((١ - لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك))^(٣) ، كما أشار في المادة (١٠٨٢) منه إلى تبعية الرهن للدين من حيث الانقضاء ، إذ نصت ((ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون ...))^(٤) . ويلاحظ بان القانون المدني المصري قد اخذ برأي فقهاء الحنفية والمالكية والزيدية ، وذلك عندما أجاز أن يتقدم الرهن على الدين المضمون من حيث النشوء ، فالمادة (١٠٤٠) منه نصت

^(١) انظر النص الاصلي للمادة (٢١٣٢) من القانون المدني الفرنسي :-

((L hypothèque conventionnelle nest valable qu autant quela somme pour laquelle elle est consentie , est certaine etdeter minee par L acte : si la crean ce resultantde L oblition est conditionnell pour son existen ce , ou indeterminee dans sa valeue)) . وهذا ما أكدته كذلك المادة (٢/١١١٣) من القانون المدني الألماني بقولها ((يمكن ان يتم الرهن العقاري على دين مستقبلي او شرطي)) ، والمادة (١١٩٠) من القانون نفسه والتي أشارت إلى إن الرهن العقاري لضمان الدين المستقبلي او الشرطي يستلزم تحديد غاية المبلغ الأقصى الذي يضمه العقار المرهون في السجل العقاري . كما نصت المادة (١/٨٢٤) من القانون المدني السويسري على ((يمكن نشوء الرهن لضمان الوفاء بأي التزام سواء كان التزاماً حاضراً أو مستقبلاً أو احتمالياً)) .

^(٢) انظر النص الاصلي للمادة (٢١٨٠) من القانون المدني الفرنسي :-

((Les privileges et hy potheques s eteignent : 1 – par l extinctionde I obligation principale)) .

انظر كذلك ، المادة (١٢٥٣) من القانون المدني السويسري والتي اشارت الى انقضاء الرهن تبعاً لانقضاء الدين المضمون كذلك عندما يقوم المرتهن بأرادته بأرجاع المرهون الى الراهن .

^(٣) وقد اشار الفصل (١٧٥) من تشريع العقارات المحفوظة المغربي الى تبعية حق الرهن والذي نص على ((ان من ليس لهم على الملك الا حق معلق على شرط او قابل للفسخ في بعض الحالات او معرض للابطال لا يمكنهم ان يعطوا الا رهناً خاضعاً لنفس الشروط او الابطال)) .

^(٤) انظر ، المادة (١١١٢) من القانون المدني المصري والمتعلقة بانقضاء الرهن الحيازي تبعاً للدين المضمون .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

على ((يجوز إن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي ، كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين))^(١) .

ولا يختلف الحكم في القانون المدني العراقي عن الأحكام التي جاء بها القانون المدني المصري فالمادة (١٣١٥) منه أشارت إلى انقضاء الرهن التأميني بانقضاء الدين ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين ، مما يدل على إن الرهن هو حق تابع للدين المضمون ، وهو ما ذهبت إليه كذلك المادة (١٣٤٦) في باب الرهن الحيازي ، كما إن المادة (١٢٩٣) منه أجازت نشوء الرهن لضمان دين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي بشرط أن يتم تحديد مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين في عقد الرهن والتي نصت على ((يجوز أن يترتب الرهن التأميني ضماناً لدين مستقبلي ، أو دين معلق على شرط ، أو دين احتمالي فيجوز أن يترتب لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين))^(٢) .

وبذلك يتبين ، بأن تبعية الرهن للدين المضمون ليست مطلقة ، إذ قد يترتب الرهن قبل وجود الدين، كما في ضمان الدين المستقبلي أو المعلق على شرط أو الدين الاحتمالي ، كما إن الرهن قد ينقضي مع بقاء الدين وذلك في حالة التنازل عن حق الرهن ، هو ما نصت عليه المادة (١٣١٨) من القانون المدني العراقي بقولها ((يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن التأميني دون الدين))^(٣) ، كما ينقضي الرهن عن طريق التقادم ، وهو ما نصت عليه المادة (١٣١٩) من القانون المدني العراقي بقولها ((وإذا انتقل العقار المرهون إلى حائز فله ان يحتج بالتقادم إذا سكت المرتهن دون عذر عن رفع دعوى الرهن عليه مدة خمس عشرة سنة)) .

(١) تقابلها المادة (٢٠٦) من مجلة الحقوق العينية رقم ٥ لسنة ١٩٦٥ .
(٢) يلاحظ بأن القانون المدني الاردني اكثر تشدداً من القانون المدني العراقي في مسألة تخصيص الدين المضمون إذ لم يجز ضمان الدين غير الثابت عند انعقاد الرهن الا الدين الموعود به ، وهو ما نصت عليه المادة (١٣٣٢) منه بقولها ((يشترط في مقابل الرهن التأميني أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة أو موعوداً به محدداً أو عيناً من الاعيان المضمونة)) . انظر كذلك ، المادة (١٤٠٩) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي وهي مطابقة للحكم الذي أخذ به القانون المدني الاردني .
(٣) انظر ، المادة (١٣٤٩) من القانون المدني العراقي المتعلقة بتنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن الحيازي .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

وقد أكد القضاء في بعض أحكامه على أن الرهن هو حق تبعية ينقضي بانقضاء الدين وبهذا الخصوص جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بأنه ((يسقط الرهن العقاري عندما ينتج أثره القانوني ويتحول من حق على الشيء إلى حق على الثمن ، ويكون الأمر كذلك عند إيفاء الدين الذي يضمنه هذا الرهن))^(١) ، كما قضت محكمة التمييز الاتحادية بأن ((مسؤولية المستأنف تنحصر في حدود مبلغ الرهن ، وان القانون رسم طريقاً لانقضاء حق الرهن بطريقة تبعية لانقضاء الدين بشرط ان يكون ذلك بشكل تام))^(٢) .

وبذلك يتضح عدم صحة القول بأن الرهن ولما كان حقاً تبعياً فإن التبعية تستلزم انقضاء جزء من الرهن في حالة الوفاء بجزء من الدين ، إذ إن انقضاء الرهن تبعاً للدين لا يحصل إلا إذا انقضى كل الدين .

وبهذا الخصوص قضت كذلك محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها ((..... كما ان فيه أجازة لسقوط حق الرهن استقلالاً عن الدين المضمون به مع انه تابع له لاينقضي الا بانقضائه))^(٣) ، فالحكم أعلاه أشار في منطوقه إلى حكمين أحدهما أصل والآخر استثناء ، والأصل هو أن الرهن حق تابع لاينقضي الا بانقضاء الدين أما الاستثناء فيتمثل بانقضاء الرهن استقلالاً عن الدين .

ومما تجدر الإشارة إليه ، إن هناك خصائص أخرى للرهن ، تتمثل بأنه حق عقاري ، أي لا يقع إلا على عقار مع وجود بعض الاستثناءات في وروده على المنقول وهذا هو الرهن التأميني ، أما الرهن الحيازي فيرد على العقار والمنقول ، ولكن أثرنا إلا نبحت هذه الخصيصة

(١) انظر ، قرار الغرفة المدنية الثالثة لدى محكمة النقض ، ٢٣ كانون الثاني ، ١٩٧٣ ، أشار إليه ، فايز الحاج شاهين ، المصدر السابق ، ص ٢١٣٥ .

(٢) انظر ، قرارها رقم ٦٩ ، ت ٢٩٣ ، الهيئة الاستئنافية العقار ، في ٣١ / ١ / ٢٠١٢ . (قرار غير منشور) . انظر كذلك ، قرار محكمة التمييز السورية رقم ١٩٩٣ ، أساس ٦٧٩ ، في ١٥ / ١٢ / ١٩٨١ ، منشور على الموقع :- <http://www.syrianbar.org.vb> . index . وجاء فيه ((اذا انقضى الدين المضمون بالرهن عن طريق الوفاء انقضى الرهن تبعاً لانقضاء الدين ، فالرهن تابع للدين يزول بزواله ويبقى ببقائه)) . وقرار المجلس الاعلى في المغرب اذ جاء فيه ((المستأنف عليها محقة في طلبها الرامي الى رفع الرهنيين عن العقار والاصل التجاري وعلى الكفالة الشخصية بمجرد أدائها للدائن المبلغ المحكوم به قضاء)) قرار رقم ٥٢٤ ، في ٢٦ / ٩ / ٢٠٠٠ ، (قرار غير منشور) ، ويدل هذا القرار على ان الرهن هو حق تبعية للدين المضمون اذ ينقضي بأنقضائه وبالتالي يحق للراهن فك الرهن عن المرهون .

(٣) انظر ، قرارها رقم ٢٨٨ ، لسنة ٢٢ ق ، جلسة ١٩٥٦/٣/٨ ، ص ٧ ، ص ٣٠٣ ، حسن الفكاهاني وعبد المنعم حسني ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، الاصدار المدني ، الجزء الرابع ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ٤٤٤ .

مبحث تمهيدي :- تعريف الرهن وبيان خصائصه

بال تفصيل هنا وذلك لأننا سوف نبحثها مفصلاً في الفصل الثاني عندما نحدد نطاق عدم تجزئة الرهن ، كما يتمتع الرهن بخصيصة أخرى وهي عدم قابليته للتجزئة (Indivisible) وهذه الخاصية هي الأخرى لا نبحثها هنا طالما سوف يتم بحثها مفصلاً في هذه الأطروحة .