استخلاف المرتهن في الرهن الحيازي

(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المقارن)

The Exclusion of Mortgage of Possessory Mortgage: A Comparative Study in Islamic Philosophy

م.م محمد عبد الرزاق محمد الشوك [١]

Assist. Lect. Muhammad Abdul Razzaq Al-Shouk

م.م ملاك عبد اللطيف التميمي [٢] Assist. Lect. Malak Abdul-Latif

خلاصة البحث

من المعروف إن عقدَ الرهن الحيازي الذي يقوم حق المرتهن بحبس المرهون بموجبه يعدُّ من طائفة الحقوق العينية التبعية التي لا تقوم لذاتها، بل تقع لدعم حق آخر، وتحتاج في وجودها له، فرهن الحيازة يقع بين طرفين راهن ومرتهن، بحيث يمثل المرتهن الطرف الدائن الذي يثبت له حق الحبس لغرض تجنب مخاطر إمتناع مدينة عن الوفاء أو تأخره عنه، الأمر الذي يجعل رابطة الإلتزام أقوى بين الطرفين وأوكد، أما الراهن فيمثل الطرف المدين الذي يكون اما مدينٌ للمرتهن بدين أو ضامن لشخصً مدينٍ للمرتهن بدين.

إن حق المرتهن بالاستخلاف وإن كان يثبت بالأساس للدائن المرتهن فإنه يمكن ان يثبت في حالات معينة لشخصٍ آخر يستخلف الراهن في المرهون وذلك بأن يقوم بحبس المرهون تحت يده وهو النائب عن المرتهن، والذي لا يخضع لأحكام النيابة التي تجعل التصرف القانوني ينصرف لذمة الاصيل في جميع الأحوال بل ان هذه النيابة عن المرتهن في الاستخلاف قد تتم أحياناً من شخصٍ ينوب عن المرتهن لكن التصرف القانوني ينصرف إليه ويسمى هذا النائب بالعدل او الشخص الثالث أو الأمين.

١- كلية القانون/ جامعة اهل البيت-عليهم السلام-.

٢- كلية الصفوة الجامعة.

Abstract

It is well known that a tenure contract, under which the right of the mortgagee confines the mortgagee, is considered to be one of a range of in-kind subordinate rights that do not exist for themselves, but are in support of another right, and need to exist in it. He has the right to incarceration for the purpose of avoiding the risk of a debtor's failure to meet or delay him, which makes the bond of commitment stronger between the parties and confirmed, while the current represents the debtor party, which is either owed the debtor of the debtor or guarantor of a person who owes the debtor to the debtor.

The right of the mortgagee to disagree, even if it is proved in the first place to the mortgagee, can be proved in certain cases by another person who is a substitute for the mortgagee by holding the mortgagee under his hand, the deputy of the mortgagee, which is not subject to the provisions of the prosecution which makes the legal disposition of the principal inherent in all cases. In fact, this prosecution on behalf of the mortgagee in the disagreement may sometimes be made by a person acting on behalf of the mortgagee, but the legal action goes to him and this deputy is called just or third person or the Secretary.

المقدمة

إنَّ خلافة المرتهن للراهن تقوم لضمان إستيفاء الدين الموثق بالرهن الحيازي، وبذلك كان حق المرتهن بالاستخلاف طريقاً من طرق الإستيثاق التي يلجأ اليها المرتهن لكي يضمن الوفاء.

وقبل الخوض في دراسة استخلاف المرتهن في الرهن الحيازي، لابد من الوقوف عند موضوع البحث، وتحديد أهميته، فضلاً عن بيان نطاقه، والتطرق أخيراً إلى خطة بحثه، وهذا ما ستتضمنه مقدمة الدراسة.

أولاً: موضوع البحث وأهميته:

من المعروف إن عقدَ الرهن الحيازي الذي يقوم حق المرتهن بحبس المرهون بموجبه يعدُّ من طائفة الحقوق العينية التبعية التي لا تقوم لذاتها، بل تقع لدعم حق آخر، وتحتاج في وجودها له، فرهن الحيازة يقع بين طرفين راهن ومرتهن، بحيث يمثل المرتهن الطرف الدائن الذي يثبت له حق الحبس لغرض تجنب مخاطر إمتناع مدينة عن الوفاء أو تأخره عنه، الأمر الذي يجعل رابطة الإلتزام أقوى بين الطرفين وأوكد، أما الراهن فيمثل الطرف المدين الذي يكون اما مديناً للمرتهن بدين او ضامناً لشخصً مدينٍ للمرتهن بدين.

ويتبين من ذلك إنّ استخلاف المرتهن للراهن في الرهن الحيازي يقوم بموجب عقد الرهن الحيازي، لذلك فهو يقوم بالأساس بين اطراف هذا العقد.

إلاَّ انَّ خصوصية عقد رهن الحيازة تجعل حقا لمرتهن بحبس المرهون يثبت لأشخاص لم يكونوا طرفا في العقد الذي نشأ حق المرتهن بحبس المرهون بموجبه، كما ان هذهِ الخصوصية مكنت الشخص الذي يثبت له هذا الحق الدفع بحق الحبس بمواجهة اشخاص لم يكونوا طرفاً في العقد كذلك، ومن هنا جاءت أهمية

هذا الموضوع إذ يُمكن من خلاله العرض لأطرافٍ ليسوا من ضمن شخوص العقد وبذلك فإن دراسة الاستخلاف الذي يكون للمرتهن على المرهون بموجب الرهن الحيازي لا تكون دراسة تقليدية لأحد طرفي عقد رهن الحيازة بل تتغاير لتمتد إلى من لم يكن طرفا فيها كما أسلفنا.

ثانياً: نطاق البحث:

إنَّ دراستنا لموضوع (الأطراف الذين يسري بينهم حق الدائن المرتهن بحبس المرهون في عقد الرهن الحيازي)، ستتخذ المنهج المقارن سبيلاً لمعالجة موضوع البحث، وستعقد المقارنة بين الفقه الاسلامي بمذاهبه المختلفة من (المذهب الإمامي والحنفي والشافعي والمالكي والزيدي والظاهري) مع الاستعانة بكتب الفقهاء المحثين من رجال الفقه الإسلامي ورجال القانون ممن كتبوا في الفقه الاسلامي، مع الاشارة إلى موقف بعض القوانين ذات الإتجاه الأنكلوامريكي كقانون التجارة الأمريكي الموحد(commercial code United)، وبعض القوانين ذات الإتجاه اللاتيني او المتأثرة بالإتجاه اللاتيني كالقانون المدني المصري، والقانون المدني العراقي، كما إنَّ البحث قد إستشهد ببعض القرارات الصادرة من القضاء الأنكليزي والقضاء الأمريكي إضافة إلى القرارات التي صدرت عن القضاء الفرنسي والقضاء المصري والقضاء العراقي.

رابعاً: خطة البحث:

تقتضي دراسة موضوع استخلاف المرتهن في الرهن الحيازي تقسيم هذا البحث على مبحثين: الاول نتناول فيه مفهوم استخلاف المرتهن في الرهن الحيازي، في مطلبين، الاول فسنخصصه لتعريف حق المرتهن بالاستخلاف، وذلك في فرعين ندرس في أولهما ما قيل بشأن الاستخلاف في الرهن في الفقه الاسلامي، كما سنخصص الفرع الثاني لبيان الاستخلاف في الرهن الحيازي في الفقه الوضعي والتشريعات والقضاء.

وسنتناول في المطلب الثاني من هذا البحث صور استخلاف المرتهن في الرهن الحيازي في فرعين نبين في الفرع الاول الصورة الايجابية لاستخلاف المرتهن في الرهن الحيازي، بينما نبين في الفرع الثاني الصورة السلبية لاستخلاف المرتهن في الرهن الحيازي.

أما المبحث الثاني فنبحث فيه موضوع الخلف في الرهن الحيازي، ونقسمه على مطلبين اما الأول فسنناقش فيه خلافة المرتهن وذلك في فرعين، نخصص الفرع الأول منه لبيان خلافة المرتهن في الفقه الاسلامي، اما الفرع الثاني نوضح فيه المرتهن كطرف يثبت له الاستخلاف في الرهن الحيازي في الفقه المدني والتشريعات والقضاء.

بينما نبين في المطلب الثاني خلافة النائب عن المرتهن كطرف من الأطراف الذين يثبت لهم حق الاستخلاف الى جانب المرتهن، وذلك في فرعين نتناول في الأول منهما خلافة النائب عن المرتهن في الفقه الإسلامي، يتبعه فرع ثان يسلط الضوء على خلافة النائب عن المرتهن في الفقه الوضعي والتشريعات والقضاء.

منتهين من بحث موضوع استخلاف المرتهن في الرهن الحيازي بوضع خاتمة نبين فيها أهم ما إستنتجناه من بحثنا وما نوصي به من توصيات بشأنه.

المبحث الأول: ماهية استخلاف المرتهن في الرهن الحيازي؟

إن بيان ماهية استخلاف المرتهن في الرهن الحيازي يقتضي منا وضع شرحٍ معينٍ يتناول تعريف هذا الحق، إضافة الى بيان الصور التي يمكن ان يكون عليها ولذلك فقد قسمنا هذا المبحث على مطلبين الأول خصصناه للعرض لتعريف هذا الحق، فيما سنعمد في المطلب الثاني لإبراز صورة كل ذلك بصورة موجزةٍ تتناسب مع كون هذا المبحث مخصصاً للتمهيد لدراسة موضوع استخلاف المرتهن في الرهن الحيازي.

المطلب الأول: تعريف حق المرتهن بالاستخلاف

إنَّ التعريف بحق خلافة المرتهن في المرهون لا يمكن ان يتم دون التطرق لما قيل بشأن حق المرتهن بحبس المرهون من تعاريف جاءت على ألسن الفقهاء أو تعاريف إستُخلصت من نصوص التشريعات، وبذلك فإننا سنقسم هذا المطلب على فرعين نخصص أولها لتعريف حق المرتهن بحبس المرهون في الفقه، بينما نعمد في الفرع الثاني منه للمحاولة لإستخلاص تعريف لحق المرتهن بحبس المرهون من نصوص التشريعات التي نظمت عقد رهن الحيازة.

الفرع الأول: تعريف حق المرتهن في استخلاف المرهون في الفقه

إن تعريف استخلاف المرتهن في الرهن الحيازي يتطلب الوقوف على ما قاله رجال الفقه وما ذكرته نصوص القوانين وما جاءت به اجتهادات المحاكم، فبالنسبة لتعاريف الفقهاء المسلمين للرهن فإننا نجد ان المعنى الظاهر منه هو الحبس[٣]، اعتماداً على المعنى اللغوي له[٤]، والذي يعني الحبس[٥]، حيث يكون هذا المعنى ذا صلة بالمعنى الشرعي للرهن[٦]، كما أن الآية الكريمة التي تناولت الرهن "فرهان مقبوضة"[٧]، قد ذهب جانب من المفسرين إلى تفسيرها على ان معنى الرهن هو احتباس العين وثيقة بالحق ليستوفي الحق من ثمنها أو من ثمن منافعها عند تعذر اخذه من الغريم [٨].

٣- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، ج٤، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٨، ص٧٧.

٤- ويطلق الرهن في اللغة على عدة معان أحدها الاحتباس أو الثبوت والدوام والاستمرار. انظر في ذلك مجد الدين يعقوب الفيروزي ابادي، القاموس المحيط، ج٣، الطبعة الثانية، مطبعة البابي الحلبي، مصر، ١٩٥٢، ص٢٣١-٢٣٢.

كما يطلق على الحبس أو اللزوم بأي سبب كان ومنه قول الشاعر:

وفارقتك برهن لا فكـــاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا

انظر في ذلك الحسين بن محمد المعروف بالراغب الاصفهاني، المفردات في غريب القرآن، المكتبة الرضوية، طهران، بدون ذكر سنة طبع، ص٢٠٤، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس، ج١٨، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، ١٩٨٠، ص٥٢٠.

٥- جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن منظور الانصاري، لسان العرب، المجلد ٦، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٥٢، كما جاء بأن الرهن يعني إمساك الشيء وحبسه عن وجهه، فيكون معنى الحبس لغة منع الشيء والاختصاص به انظر في ذلك: أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الفكر، بيروت، ١٩٨١، ص١٢.

٦- الحدائق الناظرة، المصدر السابق، ص٢٠٥.

٧- سورة البقرة، من الآية (٢٨٣).

٨- أبو عبد الله محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٣، الطبعة الاولى، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٣٦، ص٤٠٩، وإسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج٣، دار المعرفة، بيروت ٩٨٧، ص٣٤٥، وناصر مكارم الشيرازي، الامثل في تفسير كتاب الله المنزل، ج٢، البقرة وآل عمران، الأمير للطباعة، بيروت ٢٠٠٥، ص٢٢.

ومن تعاريف فقهاء المسلمين للرهن يمكن استخلاص تعريف حق استخلاف المرتهن للراهن على انه حق يرد على مال بأن يحبسه تحت يده فيُجعل وثيقة لضمان ايفاء الدين [٩]، أو ان الحبس يعني قيام المرتهن بأخذ شيء مرهون من الراهن يستوثق به في حفظ حقه [١٠].

أما فقهاء القانون الوضعي فنجد انهم لم يعرفوا الاستخلاف او خلافة المرهن للرهن في الرهن الحيازي الا انهم كانوا قد عرفوا الحبس بشكل عرضي عند حديثهم عن حق المرتهن في الرهن الحيازي وان اغلب تعريفاتهم للحبس ركزت على اعتباره اثراً من آثار عقد الرهن الحيازي وعرفوه على هذا الاساس بأنه حبس المال المرهون عن الكافة حتى قيام المرتهن بإستيفاء دينه وتوابعه ان كانت مستحقة، إضافة الى المصر وفات الضرورية التي انفقها المرتهن أو العدل من اجل المحافظة على المرهون، وصيانته[١١]، الا ان هذا التصوير الفقهي لا يبدو لنا كافياً لأن العبارة تمثل تعريفها للشيء بنفسه، رغم ما ينطوي عليه من مدى استعمال هذا الحق، لكن يمكن ان نجد تعاريف اخرى اكثر دقة قال بها بعض الفقهاء، فمن جانب من الفقه الانكلوامريكي تم تعريفه على نحو يبين فيه اهمية هذا الحق، فاستخلاف المرتهن للراهن يكون بحبس المرهون والذي يتم تعريفه على النحو الآتي، فالاستخلاف عندهم غايتها الائتمان (Secure) والذي يتم من خلال تقديم تأمين خاص للمرتهن من حق أو منفعة، يعتمد عليه لضمان الوفاء بدينه فيما لو لم يف به المدين [١٢]، وهو ضمان يثبت للمرتهن بمجرد إنتقال حيازة المرهون اليه بناء على عقد رهن صحيح، ويبرز دور الائتمان من خلال امكانية لجوء المرتهن الى الحصول على حقه من خلال اللجوء لإستخدام الوسائل الممنوحة له قانوناً والتي تجنبه مخاطر عدم الوفاء [١٣]، فيستطيع ان يُطالب ببيع المرهون الموضوع تحت يده عندما يتخلف المدين عن الوفاء بما التزم به في الوقت المحدد له، وذللك بعد ان يوجه انذاراً للراهن بأنه سوف يقدم على بيع المرهون، واذا كان الراهن قد تنازل عن حقه في وجوب انذاره بالبيع فإن المرتهن يستطيع ان يقوم ببيع المرهون دون حاجة لتوجيه هذا الأنذار او حتى قيامه بتملك محل الرهن [١٤]، وفي السياق المتقدم ذكره عرف جانب آخر من الفقه حق المرتهن بالاستخلاف بأنه الائتمان الذي يطمئن الدائن في الاقدام على مداينة مدينه، من خلال تقديم الاخير منقولات يضعها تحت يد الدائن، على ان

٩- المغني، المصدر السابق، ج٤، ص٣٢٦.

١٠- وهو تعريف فقهاء المالكية والزيدية، انظر في الفقه المالكي المهذب، ج٢، المصدر السابق، ص٤٤، وانظر في الفقه الزيدي شرف الدين محمد بن احمد بن الحسين السياغيالحيمي اليمني، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، ج٣، الطبعة الاولى، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٤٨هـ، ص٣٧٢.

11- B. Hofstadter, L`hypotheque Arianne, Secured transactions, American Jurisprudence, 2ed these, Lausanne, 1950. P:76.

١٢- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح الفقه المدني الجديد، ج١٠، في التأمينات العينية والشخصية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٠، ص٨٥٣، ف٥٩٩؛ د.محيي الدين إسمايعل علم الدين، أصول القانون المدني، الحقوق العينية، بلا مكان طبع، ١٩٧٧، ص١٠١؛ محمد طه البشير ود.غني حسون طه، الحقوق العينية، الحقوق العينية الاصلية والحقوق العينية التبعية، ج١، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٥٤١.

13- It`s a surety by transfer of chattels by the giving up of right or interest to ensure the payment of the dept. " L.B Curzon & P.H. Richard, the dictionary of Law, 7th edition, personal educated limited, England, 2007, P: 443.

14- "The giving up of the possession, but not owner ship of goods as security for the payment of debt if the debtor refused to pay so the creditor use his lawful foreclosure action. "Charles W. & Stuart Weinstein, English Law. 6th edition, personal, England, 2010, P:614.

يسدد دينه في آجال معينة أو أجل معين واحد [١٥]، وهو نوع خاص من التأمينات الذي تكون فيه المنقولات محبوسة لدى المرتهن لتأمين وفاء الدين [١٦]، وهو حقٌ عينيٌ إختياريٌ يكون المرتهن مخيراً بموجبه بين امرين اما أن يستعمل حقه في حبس المرهون تحت يده ضماناً لإستيفاء دينه، واما ان يسجل حقه في الرهن في السجل الرسمي الذي تمسكه الدولة لهذا الغرض ويضمن حقه بالرهن عن طريق التسجيل لا الحبس (filling Financing)[١٧].

وجاء تعريف فقهاء القانون اللاتيني ومن تأثر بهم من الفقهاء العرب للاستخلاف غير بعيد عن تعريف الفقه السابق له، فعرفه من حيث التصرف الذي يقدم عليه المرتهن وذلك بالقول ان حق المرتهن في الرهن الحيازي يكمن في حيازة المرهون حتى انقضاء الرهن [١٨]، أو ان له سلطة المرتهن على المال المرهون التي يخولها إياه عقد الرهن الحيازي [١٩]، لأنه يعني إبقاء المرهون تحت حيازة المرتهن أو الأمين منقولاً كان أو عقاراً، حتى يتم إستيفاء الدين من قبل المرتهن بالكامل مع ما يتبعه من نفقات ومصاريف أداها في سبيل المحافظة على الشيء وإدارته [٢٠]، كما ان الحبس الذي هو الشكل الذي يكون عليه الاستخلاف يعد من اهم مزايا الحق العيني المتمثل بالرهن الحيازي [٢١]، والحبس حق عيني تبعي يخول صاحبه إبقاء المرهون تحت يده [٢٢]، اي ان استخلاف المرتهن للراهن في المرهون يأتي من حبسه له تحت يده، هذا هو التعريف الايجابي للاستخلاف.

لكن ورد تعريف آخر ذكره هذا الفقه للحبس نظر للاستخلاف من جانب سلبي وذلك عندما عرفه على انه امتناع المرتهن عن رد المرهون للراهن أو تسليمه للغير بسبب ثبوت الحبس له، ما لم يستوف حقوقه المضمون بالرهن [٢٣]، وغير المضمونة به [٢٤].

الفرع الثاني: تعريف استخلاف المرتهن في التشريعات

لقد سايرت التشريعات الأنكلوامريكية موقف الإتجاهات الفقهية الداعية إلى عدِّ الاستخلاف ائتماناً للمرتهن يترتب على منقولات مملوكة للراهن الذي يقوم بنقل حيازتها إلى المرتهن أو نائبه الذي يكون شخصاً

15- J. crossly vainness, Business Law. 4th edition, personal educated united, London, 1967, P: 411.
16- The Encyclopedia of Americana, American corporation, New York, 1968, p: 244.
17- Charles Wild & Stuart Weinstein, Op. cit, P: 603-604.

١٨- د.صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٣، ص١٥٣.

١٩- سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مطابع الولاء الحديثة، شبين الكوم، مصر، ٢٠٠٤، ص٦٢٣؛ محمد لبيب شنب، دروس في التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة، القاهرة، ١٩٨٢، ص١٧٦.

20- Aubrey et Rau, Cour de droit civil Francis, Tom III Paris, 1933, P:5.

٢١- د.همام محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص٦٠٣؛ محيي الدين علم الدين إسماعيل، المصدر السابق، ص٦٠٩؛ عمار محسن كزار، القبض في عقد الرهن الحيازي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٦، ص٩٧.

٢٢- د.عبد الرزاق السنهوري، ج١٠، في التأمينات، المصدر السابق، ص٨٥٦، ف٦٠٠؛ حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥، ص١٦٥، ف٢٩١؛ د.علي هادي العبيدي، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص٤٠٨.

٢٣- د.عبد الرزاق السنهوري، ج١٠، في التأمينات، المصدر السابق، ص٨٥٦، ف٦٠٠؛ حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥، ص١٦٥، ف٢٩١؛ د.علي هادي العبيدي، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص٤٠٨.

٢٤- جاك ميتر عمانويل ومارك بينو، المطول في شرح القانون المدني، شرح قانون التأمينات العينية العام، الطبعة الثانية، بيروت، ٢٠٠٦، ص٥٠٢، مصطفى العوجي، القانون المدني والموجبات المدنية، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٦، ص٢١١ وما بعدها.

ثالثاً متفق عليه من قبل طرفي الرهن، بحيث يتمكن المرتهن من التنفيذ على هذهِ المنقولات لإستيفاء دينه منها عند تخلف المدين عن الوفاء بالدين، وفي ذلك ذهبت المادة (٢٩٤٢) من القانون المدني لولاية كاليفورينا الامريكية لعام (٢٠٠٧م) والتي جاء فيها ان الخلافة ائتمان تنقل بموجبه حيازة المنقول إلى المرتهن أو الشخص الثالث [٢٥].

كما نصت المادة (١٩٩٤) من القانون المدني الفلبيني رقم (٦٨٣) على أن خلافة المرتهن في المرهون حيازياً يعني إنتقال الشيء إلى المرتهن حتى وفاء المدين بكامل واجباته تجاه دائنه[٢٦].

وفي السياق نفسه نجد ان التشريعات ذات الإتجاه اللاتيني قد تباينت في موقفها من تعريف حق المرتهن في الخلافة على المرهون، فالقانون المدني الفرنسي لعام (١٨٠٤) خلا من تعريفٍ للخلافة واشار إلى ان المرتهن او الشخص الثالث الذي قبل بالتسلم نيابة عن المرتهن يتسلم المرهون ويستمر بحيازته حتى الوفاء وذلك من خلال نصوص المواد (٢٣٣٧) [٢٧]، (٢٣٦٧) [٢٨]، و(٢٣٣٩) [٢٩]، من القانون المدني الفرنسي ومن الجمع بين هذه النصوص نستطيع ان نستنتج تعريفاً للاستخلاف في الرهن الحيازي على انه وضع المرهون بحيازة المرتهن أو الشخص الثالث الذي يحوز المرهون نيابة عن المرتهن وعدم امكانية قيام الراهن بأبطال الرهن او استرداده حتى وفاء كامل الدين المضمون بالرهن.

اما القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨م) فلم يعرف الاستخلاف في الرهن الحيازي الا انه كان أكثر وضوحاً من القانون المدني الفرنسي في موقفه من تعريف الحبس والذي يمثل الوجهة الثانية لصورة الاستخلاف اذ ذكرت المادة (١١١٠) من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى ان الحبس حق للمرتهن يثبت له بموجب الرهن ويخوله وضع المرهون تحت يده، إذ نصت على انه " يخول الرهن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة، دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون"[٣٠].

٢٥- وهذا الأمر ليس مطلقاً فقد ذهب المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة (٢٠٨٢) من القانون المدني إلى أنه إذا وجد لنفس الدائن وعلى نفس المدين دين آخر اتفق عليه بعد الرهن، فلا يتخلى المرتهن عن المرهون حتى يدفع له الدينان الأول والثاني بأكملهما بشروط أن يحل الدين الثاني قبل الدين الاول، وهو ما اعترضت عليه بعض الفقهاء الفرنسيين امثال بلانيولوريبيرو بيكييه انظر في ذلك:

Planiol, Ripert et BecqueTraite' pratique de droit civil francais Tome. XII, 1927, n 1072.

٢٦- والتي نصها على النحو الآتي: "….., It`s the actual change of possession, …by the personl"

٢٧- انظر النص بصورته الاصلية " The depositary may retain the thins pledged until the full payment of what may be due him by reason of the deposit …."

٢٨- وبينت هذه المادة ان الرهن الحيازي يصبح ملزماً بمواجهة الغير اذا ما قام الراهن بتسليم المرهون الى المرتهن او الشخص الثالث الذي وفاق على النيابة عن المرتهن في التسلم، ونصها:

"Le gage est opposable aux tiers par la publicite' qui e nest faite. II I`este'galement par La De'possession entre les mains du cre'ancierou d'un tiers convenu du bien qui en fait I'objet

Lorsquele gage a e't'ere'gulie'remntpbulie', les ayantscasse a' titreparticulier du constituent ne peuvent se pre'valoir de l'article ….".

٢٩- فجاء النص مقراً لحق المرتهن او النائب عنه بعدم اخراج المرهون من يده حتى يتم وفاء كامل الدين المضمون بالرهن حيث نصت على:

"La proprie't'e d`un bienpeute'treretenueengarantie par L`effetd`une clause de re'servede propri't'e qui suspend I`effettranslatif d`un contratjusqu`aucompletpaiemnet de I`obligation qui enconstitue la contepartie. La proprie't'eainsire'serve'eestL`accessoire de li cre'ance don't ellegarantitlepaiement.".

٣٠- وقد ذكرت هذه المادة ان الراهن يستطيع الغاء تسجيل عقد الرهن اذا دفع كامل الدين المضمون بالرهن مضافة اليه الفوائد التي نتجت عن الدين.

" Le constituent ne peutexiger la radiation de L`inscriptionou la restituation du bien gage qu`apre`savoirentie'rementpaye' la dettegarantieen principal, inte'r'ets et frais".

فالمشرع المصري عندما بين ان الحبس هو الحق الناتج عن الرهن كان موفقاً في وصفه له بذلك لأنه يثبت للمرتهن منذ ثبوت حقه في الرهن الا انه اغفل ان يبين معنى هذا الحق والوقت الذي ينقضي به وما اذا كان ناتجا عن حق الرهن ام عن عقد الرهن.

ولم يكن اتجاه المشرع المدني العراقي في بيان الحبس ببعيد عن اتجاه المشرع المدني المصري فقد ذكر في المادة (١٣٤٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١م) ان " للمرتهن حبس المرهون دون اخلال بما للغير من حقوق تم كسبها وفقاً للقانون ....." وذلك بعد أن عدده ضمن آثار الرهن الحيازي بالنسبة للغير تحت عنوان حق الحبس، كما ان المادة (١٣٢١) [٣١]، كانت قد ذهبت الى ان المال المرهون يحبس بيد المرتهن او العدل الذي ينوب عن المرتهن في الحبس، وجاءت المادة (١٣٣٧) من القانون نفسه وفي فقرتها الأولى [٣٢]، مكملة لها حينما جعلت من حق المرتهن ان يحبس المرهون تحت يده حتى ينقضي الرهن.

وبذلك يتبين لنا ان المشرع العراقي ينظر إلى الاستخلاف على انه حق يثبت للمرتهن بموجب عقد رهن الحيازة يخول بموجبه المرتهن او نائبه بحبس المال الذي يكون محلاً للرهن الحيازي تحت يده، وهو بموقفه هذا يقترب من موقف المشرع المصري في وصف الحبس بالحق الذي يثبت للمرتهن بمواجهة الغير، الا انه يتقدمه بما قال به من كون هذا الحق ناتجا من عقد الرهن.

وبهذا فإن القانون المدني العراقي يتقدم على القانونيين المدنيين المصري والفرنسي في امكانية استخلاص تعريف منه للاستخلاف من تعريفهم للرهن على انه حبس.

المطلب الثاني: صور استخلاف المرتهن في الرهن الحيازي

ويأخذ تمتع بحقه الاستخلاف بالمرهون صورتين الصورة الاولى هي الصورة الإيجابية لتمتع المرتهن بحقه بالاستخلاف وتتم بمطالبة المرتهن راهنه بحبس المرهون لتمتعه بحق الخلافة، اما الصورة الثانية فهي الصورة السلبية الثانية والتي تتحقق بدفع المرتهن بحقه في الحبس لأنه خلف الراهن عند تحقق حالات معينة، ومن كل ذلك فإننا سنعمد الى تقسمي هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول الصورة الإيجابية لاستخلاف المرتهن في الرهن الحيازي، بينما نتناول في الفرع الثاني الصورة السلبية لاستخلاف المرتهن في الرهن الحيازي.

الفرع الاول: الصورة الإيجابية لاستخلاف المرتهن في الرهن الحيازي

إن الصورة الأولى لاستخلاف المرتهن في الرهن الحيازي تتمثل بالصورة الايجابية لتمتعه بحقه بالحبس، وتتم بمطالبة المرتهن راهنه بحبس المرهون وهذه تكون بأحدى حالتين: الاولى هي حالة المطالبة بحبس المال المرهون عند إبتداء العقد الذي يرتب الحبس، والثاني هي حالة المطالبة بالحبس بعد خروج المرهون من يد المرتهن أو العدل خلسة أو غصبا، وتمثل هاتان الحالتان الصورة الايجابية لأحتجاج المرتهن بحقه في الحبس،

٣١- ونصت هذه المادة على ان "الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن او في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلا او بعضا مقدما على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اي يد كان هذا المال".

٣٢- والتي جاء نصها كالآتي "يستبقي المرتهن في الرهن الحيازي حيازة المرهون حتى انقضاء الرهن، ...".

أما الصورة الثانية فهي صورة الدفع بحق الحبس والتي تثور عندما يقوم الراهن أو الغير بمطالبة المرتهن أو العدل برد محل الرهن أو تسليمه اياه، وهذه هي الصورة السلبية لاستعمال المرتهن لحقه في الحبس.

فبالنسبة للصورة الأولى وهي صورة المطالبة بالحبس فأنها تتحقق في حالتها الأولى عندما يبرم المتعاقدان رهن حيازة صحيح ولا يقوم الراهن بتسليم المرهون إلى المرتهن أو العدل الذي ارتضاه الطرفان كإلتزام يقع على عاتق الراهن بتمكين المرتهن من استعمال حقه في حبس المال المرهون.

ومن ملاحظة اقوال فقهاء المسلمين بهذا الشأن نجد ان جانبا منهم قد اعطى المرتهن حق المطالبة الراهن بنقل الحيازة له أو إلى العدل إذا لم يقم الراهن بنقل تلك الحيازة من تلقاء نفسه، لأنه أعتبر شرط في عقد الرهن، وهذا هو رأي فقهاء المالكية والزيدية ورأي الفقهاء الإمامية[٣٣].

بينما انكر الجانب الآخر من فقهاء المسلمين حق المرتهن بالمطالبة بحبس المال المرهون، معللين رأيهم هذا بعدم إمكان انعقاد دون إنتقال الحيازة لأن إنتقال حيازة المرهون للمرتهن أو العدل ركن في عقد الرهن الذي ينشأ عنه الحبس، وعدم إنتقال الحيازة يعني عدم قيام الرهن ولابد من تعاصر إنتقال الحيازة مع العقد، فإن لم يتعاصرا لم ينعقد العقد ولم يكن للمرتهن المطالبة بحق حبس المرهون، وإلى ذلك ذهب فقهاء المذهب الحنفي والظاهري إضافة إلى ان رأيا من الامامية مال لهذا الجانب [٣٤].

أما الحالة الثانية المتمثلة بمطالبة المرتهن بحقه بالحبس عند عودة محل الراهن إلى راهنه أو إنتقاله إلى الغير خلسة أو غصبا عن المرتهن فقد اتفق فقهاء المسلمين على ثبوت حق المرتهن بحبس المرهون عند تحققها لأن خروج المرهون من يد المرتهن او نائبه خلسة او غصبا لا يزيل لزوم الرهن يبقى حق المرتهن بحبس المرهون، قائماً وقد صرح الفقه الحنفي والمالكي بحق المرتهن بالمطالبة باسترداد المرهون لأن حقه بالحبس يعني بقاء المرهون تحت يده، وإذا اخذه الراهن بغير رضا المرتهن جاز الزام الراهن بتسليمه فات او لم يفت [٣٥].

اما باقي فقهاء المذاهب فقد ذكروه ضمنا وذلك من خلال تأكيدهم على ان ازالة يد المرتهن عن المرهون بغير حق لغصب او سرقة أو ضياع متاع، لا تؤدي الى زوال حقه في الحبس بل يبقى الحبس ثابتا له لأن

٣٣- وينظر فقهاء المذهب المالكي إلى ان انتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن أو العدل شرط تماملعقد الرهن فالعقد يلزم بين طرفيه بمجرد الصنيعة لكنه لا يكون نافذاً بمواجهة الغير بغير انتقال الحيازة وترتب الحبس للمرتهن. انظر في ذلك احمد بن محمد الصاوي الخلوقي، بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، ج٣، الطبعة الأخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٥٨، ص١١٢؛ أبو عبد الله محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، الطبعة الرابعة، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٨، ص٢٧٤؛ انظر في الفقه الزيدي البحر الزخار، المصدر السابق، مجلد ٥، ص١١٢؛ انظر في الفقه الامامي مفتاح الكرامة، المصدر السابق، ج٥، ص١٣٩؛ فذكر صاحب مفتاح الكرامة ان هنالك ثلاث اتجاهات للفقه في بيان دور انتقال الحيازة في الرهن احدها اشتراط القبض في الرهن وهو المحي عن ابي علي والتقي والقاضي وهو ما مال اليه كنز العرفان ومجمع البيان وهو الاشهر في الرياض، وان الخبر بعمل الاصحاب ادى الى القول بثبوته. وانظر في الفقه الزيدي البحر الزخار، المصدر السابق، مجلد ٥، ص١١٢.

٣٤- انظر في الفقه الحنفي أبو جعفر احمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي، مختصر الطحاوي، دار الكتاب العربي القاهرة، ١٣٧٠هـ، ص٩٢؛ انظر في الفقه الظاهري المحلي، المصدر السابق، ج٨، ص٨٨، مسألة ١٢٠٩؛ انظر في الفقه الامامي اللمعة الدمشقية، المصدر السابق، ج٤، ص٨١.

٣٥- انظر في الفقه المالكي بلغة السالك، المصدر السابق، ج٢، ص١١٤ البهجة في شرح التحفة، ابو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، ج٢، الطبعة الاولى، دار المعرفة، الدار البيضاء، ١٤١٨هـ ١٩٩٨، ص١٧٠.

لزوم الرهن يبقى على حاله [٣٦]، ولم يخالف ذلك الا الحنابلة الذين منعوا المرتهن من المطالبة بحبس محل الرهن اذا كان المرهون لدى الراهن ولم يكن يسبب له ضرراً او نقصاً في القيمة [٣٧].

وساير الفقه المدني الإتجاه الفقهي الاسلامي القائل بأمكان تحقق الحبس عن طريق قيام المرتهن بمطالبة الراهن بتسليمه المرهون ونقل حيازته له او للعدل كصورة من صور الحبس والتي تتوافر بحق المرتهن عند ابتداء العقد.

فالفقه الأنكلو الامريكي يعطي المرتهن حق مطالبة الراهن بنقل حيازة المرهون، واجباره على تنفيذ إلتزامه بالتسليم إذا ما اتفق المتعاقدان على ضمان المرتهن لحقه عن طريق الحبس وليس التسجيل، فتظهر اول صورة للحبس في حالتها الأولى عندما يكون للمرتهن جبر الراهن على تسليم المال المرهون له [٣٨].

وكذلك الفقه اللاتيني الذي يجعل من تسليم الشيء محل الرهن مجرد تنفيذه [٣٩]، الا ان جانباً من الفقه نفسه يجعل حق المرتهن بحبس المرهون قائماً بعد نفاذ الرهن بمواجهة الغير ونفاذ الرهن بمواجهة الغير يتحقق عند إنتقال حيازة المال المرهون إلى المرتهن أو العدل الذي ارتضاه المتعاقدان، وان مطالبة المرتهن للراهن بنقل حيازة المال المرهون اليه أو إلى نائبه ليست صورة من صور استعماله لحقه في حبس المرهون بل ان المطالبة بالتسليم هي المطالبة بتنفيذ التزام، يترتب على تنفيذه قيام حق المرتهن بحبس المرهون [٤٠].

وان الرأي الاخير هو الاقرب للصواب اذا كان المرهون منقولاً لأن حق المرتهن بحبس المرهون اثرا من آثار الرهن الحيازة بمواجهة الغير، وهذا الغير لا يستطيع ان يتبين كون المرهون مثقلاً بحق المرتهن بالحبس إذا كان الراهن هو من يحوزه.

أما الحالة الثانية للصورة الأولى وهي صورة المطالبة بحيازة المرهون عند خروج من حيازة المرتهن أو العدل خلسة أو غصبا، فنجد ان الفقه المدني اتفق على ان خروج المرهون من يد المرتهن دون ارادته أو علمه يعطيه الحق في المطالبة بحقه بحبسه واسترداده من الراهن أو الغير [٤١]، ويقوم حق المرتهن بالحبس بمواجهة الراهن بناءاً على كون لا خير ملزم بضمان سلامة الرهن ونفاذه، وبمواجهة الغير عن طريق اللجوء لاستعمال دعوى استرداد الحيازة، خلال السنة التالية لفقد حيازة المرهون إذا كان عقاراً، وخلال ثلاث سنوات من فقد الحيازة إذا كان المرهون منقولاً [٤٢].

إلا ان رأياً عارضاً ذلك وذهب إلى عدم جواز قيام المدعي الحائز للعقار المرهون أي المرتهن أو العدل بالمطالبة بأسترداد المرهون الذي انتزعت حيازته منه استناداً إلى دعوى استرداد الحيازة، بل انه لابد ان يلجأ

٣٦- الأم، المصدر السابق، ج٣، ص١٤١؛ كشاف القناع، المصدر السابق، ج٣، ص٣٣٣؛ مفتاح الكرامة، المصدر السابق، ج٥، ص١٩٦؛ اللمعة الدمشقية، المصدر السابق، ج٤، ص٨١.

٣٧- المغني والشرح الكبير، ج٤، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٩٢هـ، ١٩٧٢م، ص٣٧٠؛ المغني، ص٣٨٧ الشرح.

38- Henry Chessemanm. Op. cit, P.451.

39- Aubry et Rao. Op. cit, Tom 3, N 434.

٤٠- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١٠ في التأمينات، المصدر السابق، ص٨٥٢، ف ٥٩٩؛ د. محمد كامل ف ٢٧٤؛ محمود جمال الدين زكين المصدر السابق، ص٣٩٧، ف٢٥١.

41- Nancy Kubasek& M. Neil Brown & others, Op sit, P 792 & Sarah Riches &Bida Allen Op. cit, P: 85. و د.عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة دار النشر والثقافة، بدون ذكر مكان الطبع، ١٩٥٠،.ص٢٥٠، ف٢٨٨.

٤٢- د.شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٩، ص٤٨٩، ف١٧٨؛ ومحمد طه البشيرود، غني حسون، المصدر السابق، ج٢، ص٢١٥، ف٢٣٢.

إلى رفع دعوى ترتبط بالعقد الذي مكنه الحبس، فحق المرتهن بحبس المرهون مستمد من رهن الحيازة لذلك لابد ان يلجأ إلى دعوى تلزم الراهن بتنفيذ إلتزامه المترتب على عاتقه بموجب الرهن وهو ضمان سلامة الرهن (٤٣).

ويبدو الرأي الاخير اكثر منطقية من الناحية النظرية الا ان تطبيقه في الواقع يواجهه بعض المشكلات منها ان هذه الدعوى يمكن ان تنفع فقط إذا ما كان مختلس المرهون أو مغتصبه هو الراهن وليس الغير، كما انها تقلل من الطرق التي يمكن ان يلجأ لها المرتهن الذي فقد حيازة المرهون بدون علمه أو رضاه مما يجعل الرأي الذي يعطي المرتهن حق استخدام دعوى استرداد الحيازة اكثر ملاءمة في التطبيق.

فالمشرع العراقي اخذ بالصورة الثانية لحق الحبس وهي صورة امتناع المرتهن عن تسليم المرهون للكافة، واخذ الحالة الثانية للصورة الأولى والتي يكون فيها للمرتهن استخدام حقه في حبس المرهون لاسترداد حيازته إذا خرج من يده دون علمه أو دون رضاه.

وقد سايرت التشريعات موقف الإتجاهات الفقهية التي مكنت المرتهن من استعمال حقه في حبس المرهون بأكثر من صورة، فالقانون الامريكي الموحد للتجارة في المادة التاسعة وفي الفقرة (٩٠٢) منه قد أعطى المرتهن حق مطالبة الراهن بتسليم المرهون له (Taking- Possession) واعطى المرتهن حق استرداد المال المرهون إذا خرج من يده دون ارادته أو علمه وذلك في المادة التاسعة في الفقرة (٩٠٦) (ب) منه واطلق على الاسترداد مصطلح (Repossession).

ولم يأخذ المشرع المدني المصري بالصورة الاولى لحق المرتهن بالحبس في حالتها الأولى وهي صورة المطالبة بالحبس إبتداءاً بل ذكر الحالة الثانية التي يُطالب فيها المرتهن بإسترداد المرهون عند خروجه من يده خلسةً أو غصباً، وذلك في المادة (٢/١١١٠) منه.

وقد أخذ المشرع العراقي بالحالة الثانية للصورة الأولى والتي يكون فيها للمرتهن استخدام حقه في حبس المرهون لأسترداد حيازته إذا خرج من يده دون علمه او دون رضاه وذلك في المادة (١٣٤٢) من القانون المدني العراقي التي ذكر نصها إنَّ " للمرتهن حبس المرهون دون اخلال بما للغير من حقوق ... وإذا خرج المرهون من يده دون ارادته أو دون علمه كان له استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة".

إلاّ إن المشرع المدني العراقي شأنه شأن المشرع المدني المصري لم يذكر مسألة إستخدام المرتهن لحقه بحبس المرهون عند إبرامه لعقد رهن الحيازة مع الراهن، فالمشرع الوطني لم يُعالج الصورة الأولى في حالتها الأولى، الأمر الذي كان من الحري به الإلتفات إلهي خصوصاً وإنهّ كان قد تبنّى الموقف الذي يجعل فيه رهن الحيازة من طائفة العقود الرضائية لا العينية، لذلك فإننا نأمل من المشرع المدني العراقي أن يورد نصاً يُشير فيه إلى إنَّ حق المرتهن بحبس المرهون يقوم منذ لحظة إبرام العقد بالنسبة للمنقول، ومنذ تسجيل رهن الحيازة في السجل الرسمي للدولة إذا كان المرهون عقاراً أو منقولاً من المنقولات ذات الطبيعة الخاصة.

وبذلك يستطيع المرتهن ان يأمن على حقه من الضياع إذا امتنع الراهن من تسليم المرهون له أو لنائبه ومن ثم تصرف به إلى الغير حسن النية.

٤٣- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٩، المصدر السابق، ص٩١٨، ف٣٢٠.

الفرع الثاني: الصورة السلبية لاستخلاف المرتهن في الرهن الحيازي

لقد إتفق اغلب فقهاء المسلمين على حق المرتهن بالاستخلاف فقد يأتي بصورة سلبية وليست ايجابية وتلك الصورة للاستخلاف هي صورة الحبس عن طريق الدفع به بمواجهة الراهن والغير، حيث ذهب الرأي الاغلب من الفقه الاسلامي إلى امكان استخدام المرتهن حقه في حبس المرهون بمواجهة الراهن والغير حتى فسخ الرهن أو الابراء، فتبقى يد المرتهن على المرهون ولا تزال الا إذا اخل المرتهن بواجبه بحفظ المرهون أو صيانته [٤٤].

فيما ذهب رأي إلى عدم امكان دفع المرتهن بحقه في حبس المرهون بمواجهة الراهن إذا كان الاخير يريد الإنتفاع بالمرهون، لأنه يستطيع استرداد المرهون لينتفع به قدر حاجته ويعيده إلى المرتهن عند انتهاء من الإنتفاع شرط الا يؤدي ذلك الإنتفاع إلى الآن قاص من قيمة المرهون أو تلفه [٤٥].

وقد كانت الصورة الثانية السلبية لحق المرتهن بحبس المرهون وهي صورة الدفع بالحق في حبس المرهون بمواجهة الراهن والغير هي الصورة الاكثر شيوعا لحق المرتهن بحبس المرهون في الفقه المدني، فيكون للمرتهن أو النائب عنه فيها أن يمتنع عن رد المرهون إلى الراهن أو تسليمه للغير حتى يستوفي المرتهن حقه المضمون بالرهن ويشمل الدين وما يلحقه من نفقات ومصروفات تعويضات وفوائد وملحقات اخرى فالراهن لا يستطيع ان يجبر المرتهن أو العدل على التحلي عن حيازة المرهون ما دام حق الحبس قائماً [٤٦]، عدا ما يخوله القانون من استعادة لمحل الرهن في استثناءات محددة لابد من تحقق شروطها هي إخلال الحابس بواجبه في حفظ المرهون، وفيما إذا عرضت صفقة رابحة للراهن، وحالة بعض المنقولات ذات الطبيعة الخاصة التي تستوجب طبيعتها عودتها إلى الراهن لغرض التأشير عليها ومن ثم اعادتها للحابس للراهن أو العدل.

وقد سايرت التشريعات موقف الإتجاهات الفقهية التي مكنت المرتهن من استعمال حقه في حبس المرهون بصورته السلبية، فالقانون الامريكي الموحد للتجارة في المادة التاسعة وفي الفقرة (٩٠٣) منه قد مكن المرتهن من حبس المال المرهون بمواجهة الكافة والامتناع عن اخراجه من يده في المادة التاسعة في الفقرة (٦٢٠/أ)، حيث أشار في هذه النقطة إلى صورة الدفع بالحبس والتي تثبت للمرتهن بمواجهة الكافة مطلقاً عليها مصطلح (Retention of Collateral).

كما ان المادة (١/١١١٠) مدني مصري اشارت إلى الصورة الثانية من صور حبس المرهون وذلك بالنص على انه "يُخَول المرتهن حبس المرهون عن الناس كافة ...".

٤٤- البدائع، المصدر السابق، ج٦، ص١٣٧؛ بلغة السالك، المصدر السابق، ج٣، ص١١٣؛ المحلى، المصدر السابق، ج٨، ص٨٨، مسألة ١٢٠٩؛ اللمعة الدمشقية، المصدر السابق، ج٤، ص٨١.

٤٥- وقد ذهب فقهاء المذهب الى ان الحبس يتحقق بهذه الصورة بمواجهة الغير، لكنه لا يتحقق بهذه الصورة بمواجهة الراهن. انظر في ذلك ابو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، فتح العزيز، ج١٠، مطبعة التضامن الاخوي، مصر ودون ذكر سنة الطبع، ص١٥١.

46- Budry et deloan, op. cit. N 103. Sarah Riches & B. Allen, Op. cit, P 86. CFharles Wild & S. weinesten, Op. cit P 30.

د.محمد علي إمام، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة النهضة، القاهرة، ١٩٥٦، ص٥٣٨؛ عبد الناصر توفيق العطار، التأمينات العينية، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٨٠، ص٢٤١، ف١٢٤.

وهذا ما سايره موقف المشرع العراقي الذي اشار في المادة (١٣٤٢) من القانون المدني العراقي التي جاءت موافقةً للنص المصري، فذكر نصها إنَّ "للمرتهن حبس المرهون دون اخلال بما للغير من حقوق.. وإذا خرج المرهون من يده ارادته أو دون علمه كان له استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة".

فالمشرع العراقي اخذ بالصورة الثانية لحق الحبس وهي صورة امتناع المرتهن عن تسليم المرهون للكافة.

ومن ذلك يتبين لنا ان حق المرتهن بحبس المرهون الضمانات التي يلجأ لها الدائن المرتهن لضمان إستيفاء حقه، إذ يستطيع بموجب حقه بحبس المرهون ان يضع المرهون تحت يده لتجنب مخاطر إمتناع مدينه عن الوفاء أو تأخره عنه، الأمر الذي يجعل رابطة الإلتزام أقوى بين الطرفين وأوكد، وبعد أن إستعرضنا ماهية هذا الحق فإننا سنعمد الى بحث الأطراف الذين يؤثر فيهم هذا الحق.

المبحث الثاني: الخلف في الرهن الحيازي

ان حق الاستخلاف عن الراهن في المرهون بموجب الرهن الحيازي يثبت للمرتهن، وهذا هو الاصل، ولكن قد يثبت الحق في الحبس لغيره وهو النائب عن المرتهن، وذلك ما سنبينه بالتفصيل في مطلبين نتعرض في الأول لخلافة المرتهن ونبيّن في الثاني خلافة النائب عن المرتهن.

المطلب الأول: خلافة المرتهن

اذا علمنا ان المرتهن هو من يثبت له الحق في حبس المرهون، الا ان هذا المفهوم لم يكن واحداً في الفقه والتشريع والقضاء لذلك فقد قسمنا هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول المرتهن في الفقه، بينما نعرض في الفرع الثاني لبيان المرتهن في التشريع والقضاء.

الفرع الأول: المرتهن في الفقه

لم يكن تعريف المرتهن كطرف يثبت له الحق بحبس المرهون واحداً عند الفقهاء المسلمين بل نجد إنهم قد اختلفوا في تعريفه، فلقد عرفه جانب من فقهاء الحنفية بأنه الدائن آخذ الرهن الذي يمكنه حبس المال بحق يمكن اخذه من المرهون حقيقة أو حكما، أو هو مالك يد الإستيفاء على المرهون بما يقابل دينه من قيمة المرهون [٤٧]، مما يعني ان حق الحبس يثبت للمرتهن الذي يمثل الطرف الدائن، إلا ان حقه في حبس المرهون لا يتعدى ما يساوي الدين من قيمة المرهون، فإن تعدّى ذلك لم يكن للمرتهن حبس الزائد عن دينه.

وعرف جمهورُ فقهاء المسلمين المرتهن على انه الطرف الدائن في عقد الرهن المبرم بينه وبين الراهن والذي ثبت له حق حبس المال المرهون بموجب هذا العقد، ويكون حقه أقوى من باقي الغرماء ويحوز المرهون تحت يده امانةً توثيقاً لدينه [٤٨].

٤٧- المبسوط للسرخسي، المصدر السابق، ج٢١، ص٦٣؛ الدر المختار، المصدر السابق، ج٤، ص٣٤؛ درر الأحكام، شرح مجلة الأحكام، المصدر السابق، مجلد ٢، الكتاب الخامس، ص٣٠٨.

٤٨- انظر في الفقه الشافعي الأم، المصدر السابق، ج٣، ص٤٠؛ وفي الفقه المالكي الخرشي، المصدر السابق، ج٤، ص٦؛ وفي الفقه الزيدي البحر الزخار، المصدر السابق، مجلد ٥، ص١١١؛ وفي الفقه الظاهري المحلى، المصدر السابق، ج٨، ص١١١٧؛ وفي الفقه الحنبلي الروض المربع، شرح زاد المستنقع، المصدر السابق، ج٣، ص٢٣٩؛ وفي الفقه الإمامي، مفتاح الكرامة، المصدر السابق، ج٥، ص٧١؛ الروضة البهية، المصدر السابق، ج٤، ص٢٧٦.

ولكي يثبت حق الحبس للمرتهن لابد من توافر عدة شروط تتمثل بالأهلية والإختيار، وقد إختلف رأي الفقهاء حول شرط الأهلية، إذ ذهب احد هذه الآراء الى إشتراط اهلية البيع، بأن يكون المرتهن ممن يصح بيعه لكي يثبت له حق الحبس، ومن ثم يكفي فيه التمييز، وهو أي الحنفية والمالكية والشافعية [٤٩]، وإشترط أصحاب الرأي الثاني قيام اهلية التبرع في المرتهن وكمال العقل لصحة الحبس وهو رأي للحنابلة والإمامية[٥٠].

وعلى أية حال فإننا نعتقد بكفاية شرط أهلية البيع في المرتهن لكي يثبت له الحق في الحبس لأن تمتع الشخص بإذن بالتجارة يسمح له بممارسة جميع أعمالها ومن تلك الاعمال اقدامه في بعض الاحيان على مداينة الآخرين فيبرم معهم على أثر ذلك عقد رهن يحبس بموجبه المرهون تحت يده ضماناً لدينه.

ويمكن ان يتعدد المرتهنين في العقد ويصح حبسهم، ويتحقق الحبس في هذهِ الحالة أما بوضع المرهون تحت يد أحدهم فيحبس المرهون بيده اصالة عن نفسه ونيابة عن غيره من المرتهنين، وذلك عن طريق المهايأة والتي يلجأ إليها عند تتعدد المرتهنين مع عدم قابلية المرهون على التجزئة [٥١]، أو بقيام جميع المرتهنين بحيازته في وقت واحد، وذلك بوضع جزء من المرهون تحت يد كل منهم يساوي نسبة حصته من الدين الذي قام الرهن لضمانه إذا كان المرهون قابلاً للتجزئة [٥٢].

وعلى الرغم من اتفاق فقهاء المسلمين على ضرورة توافر شرط الأهلية في كل مرتهن عند تعددهم في عقد الرهن، إلا انهم اختلفوا في اثر عدم توافر هذا الشرط في أحدهم حيث اتجه الرأي الأول إلى صحة الرهن بالنسبة لمن توافرت فيه الأهلية وبطلانه بحق المتعاقد الذي انتفت فيه، فيثبت الحبس لمن صح الرهن بالنسبة له وبنسبة ما كان له من نصيب في الدين الذي عقد به العقد وحبس المرهون لضمانه، ولا يكون لأي منهم ممن لم تتوافر فيه الأهلية حق حبس العين المرهونة ولا يكون له سوى حق في الذمة المالية لمدينه، وهذا هو رأي فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية والإمامية[٥٣].

فيما ذهب الرأي الثاني الذي قال به فقهاء الحنفية والزيدية إلى ان عدم توافر الأهلية في أحد المرتهنين في عقد الرهن يؤدي إلى بطلان المعاملة كاملة وسقط حق المرتهنين بحبس المرهون لأن اهلية المرتهن واختياره تكون جزءاً من اركان عقد الرهن الذي يقوم الحبس بموجبه، والرهن صفقة واحدة قد رتبها طرفان لم يستوف احدهما شروط العقد [٥٤].

٤٩- انظر في الفقه الحنفي البدائع، المصدر السابق، ج٦، ص٢١١؛ وفي الفقه المالكي مدونة الفقه المالكي وادلته، المصدر السابق، ج٤، ص٦٢٩؛ وفي الفقه الشافعي الديباج في شرح المنهاج، المصدر السابق، مجلد ٢، ص٣٩٥.

٥٠- انظر في الفقه الحنبلي كشاف القناع عن متن الإقناع، المصدر السابق، ج١، ص٣٧٥٤؛ وفي الفقه الإمامي شرائع الاسلام، المصدر السابق، ج١، ص١٥٣.

٥١- أبو زكريا محي الدين النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٣، الطبعة الاولى، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٦، ص٢٩٤.

٥٢- البدائع، المصدر السابق، ج٦، ص٢١٧.

٥٣- انظر في الفقه الشافعي مغني المحتاج، المصدر السابق، ج٢، ص١٢١؛ وفي الفقه المالكي الفواكه الدواني، احمد بن غنيم بن سالم بن مهنا بن النفراوي المالكي الأزهري، الفواكه الدواني، ج٣، الطبعة الثالثة، مطبعة البابي الحلبي، مصر، ١٣٧٤هـ، ١٩٥٥، ص٤٦، وفي الفقه الظاهري المحلي، المصدر الساق، ج٨، ص١١١٧؛ وفي الفقه الحنبلي الروض المربع شرح زاد المستنقع، المصدر السابق، ج٣، ص٢٣٩؛ وفي الفقه الإمامي الروضة البهية، المصدر السابق، ج٤، ص٢٧٦.

٥٤- انظر في الفقه الحنفي البدائع، المصدر السابق، ج٦، ص٢١٢؛ وفي الفقه الزيدي البحر الزخار، المصدر السابق، مجلد ٥، ص١١١.

ونظر الفقه المدني إلى المرتهن على انه الطرف في عقد الرهن، فعرفه فقهاء القانون الأنكلوامريكي بالدائن الذي يبرم عقد الرهن لتأمين دينه بمرهون مملوك للراهن، يرتب له حقاً على مال يملكه يمكنه من حيازته حتى يستوفي دينه الذي بذمة مدينه [٥٥].

وعرفه فقهاء القانون اللاتيني ومن تأثر بهم من الفقهاء العرب بمُقَدَّم الدين الذي يكتسب حقا عينيا على مال يحمل بالضمان يستوفى منه دينه إذا لم يقم المدين بإيفائه، وهو الدائن بالدين الذي عقد الرهن لضمانه فتكون له صفتان صفة الدائن التي تعطيه حق الضمان العام على جميع اموال مدنية، وصفة المرتهن شخصا طبيعياً أو معنويا خصوصا انه يغلب اليوم ارتهان المصارف وحبسها للمرهون وذلك بعد انتشار المؤسسات المصرفية واحترافها في مجال الاقراض وتقديما تسهيلات للمدين [٥٦].

أما عن الشروط التي تطلبها رجال الفقه المدني في المرتهن كشخص طبيعي فقد انقسموا على رأيين، الاول إكتفى بالتمييز واهلية اجراء التصرفات النافعة نفعا محضا لكي يكون له حق حبس المال المرهون اذا ما ابرم عقد الرهن [٥٧]، وإشترط الثاني ان يكون المرتهن كامل الاهلية أو مأذونا له بالتجارة فتكون له اهلية القيام بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر [٥٨]، أما الشروط المطلوب تحققها بالنسبة للأشخاص المعنوية للقول بثبوت حقها في الحبس، فتتمثل بكون الارتهان قد تم في حدود الاغراض الخاصة بهذه الشخصية المعنوية التي تختلف بين شخص معنوي وآخر [٥٩].

ولم يختلف الفقه المدني مع الفقه الاسلامي في امكان ان يثبت حق حبس المال المرهون لأكثر من مرتهن، فقد اجاز الفقه المدني عموماً تعدد المرتهنين في حالتين الاولى عند ابتداء العقد بأن يرهن المدين مالاً مملوكا له لدى اكثر من دائن بدين لهما عليه، أما الثانية فتحصل بعد ابرام العقد عندما يطرأ امر يؤدي إلى تعدد المرتهنين كوفاة المرتهن وحلول ورثته محله.

ويمارس هؤلاء حقهم بحبس المرهون اما عن طريق تقسيمه بين المرتهنين بنسبة حصة كل منهم في الدين إن كان المرهون يقبل القسمة، أو بحيازة احدهم للمرهون وحبسه تحت يده أصالة عن نفسه ونيابة عن الباقين [٦٠].

أما إذا تخلفت الشروط في أحدهم دون غيره من الباقين، كما لو كان أحد المرتهنين شخصا طبيعيا ناقص الأهلية، فلم يورد الفقه المدني حكما بهذا الخصوص، الا اننا لا نستنتج من سكوته اغفاله لهذا الفرض، بل نعتقد انه في موقفه يفيد بأن المرتهن لو كان ناقص الأهلية سقط حقه في حبس المرهون لبطلان

55- Henry Cheeseman, Pp. cit, P 435.

56- Ropert et Bolanger,Trait de droit civil Francais, doprese Le traite de planiol, Toml, 3ed edition, Paris, 1958 P 17.

د.علي هادي العبيدي، المصدر السابق، ص٤٧٨؛ د.همام محمد محمود زهران، المصدر السابق، ص٥٧٦-٥٧٧.

٥٧- د.محمد بن معجوز، المصدر السابق، ص٤٥٢.

٥٨- د.علي هادي العبيدي، المصدر السابق، ص٤٧٨.

59- Nancy Kubasek& M. Brown, Dynamic Busenes Laws, M.S Grow hills, New York, 2000, P 1278.

60- Ropeirt et Bolanger, op. cit, P 20.

د.همام محمد محمود زهران، المصدر السابق، ص٥٧٦-٥٧٧؛ د.عباس الحسيني، المصدر السابق، ص١٠.

عقد الرهن الذي أبرمه، أما بالنسبة لباقي المرتهنين فإن حقهم بالحبس يبقى قائماً تطبيقاً لقاعدة عدم قابلية الحق في الحبس للتجزئة بسقوط جزء من الدين.

الفرع الثاني: المرتهن في التشريع والقضاء

لقد تناولت نصوص التشريعات وإجتهادات القضاء المرتهن كطرف من أطراف عقد الرهن يثبت له حق حبس المرهون تحت يده ضمانا لدينه بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة، ففي سياق تعريف النصوص التشريعية للمرتهن نلاحظ ان بعضا من تلك النصوص قد ذكرت تعريفاً للمرتهن، في حين لم يتعرض القسم الاكبر منها لتعريفه، فعرف نص المادة التاسعة من قانون التجارة الامريكي الموحد المرتهن في فقرتها (أ٢٨/ ١٠٢) واصفةً إياه بالدائن الذي يخول بالحصول على تأمين لدينه من خلال تخصيص منقول للوفاء بدينه يحبسه تحت يده ضماناً لذلك الدين [٦١].

وبالرغم من عدم ايراد القوانين الأخرى تعريفاً له إلا إنّ ذلك لا يمنع من استنتاج تعريف للمرتهن من نصوص بعض المواد التي ذكرتها في أثناء معالجتها للعقد الذي يرتب هذا الحق، فقد ذكرت المادة (٢٠٩٣) من القانون المدني الفيلبيني[٦٢]، التي عرفت رهن المنقول ان المرتهن هو الدائن الذي يوضع المنقول المرهون في حيازته.

وكذلك نستدل من المادة (٢٣٣٣) من القانون المدني الفرنسي [٦٣]، التي عرفت عقد رهن الحيازة ان المرتهن هو الدائن الذي يصحل على حق عيني يحوز بموجبه المال المرهون من منقول أو عقار أو حق عقاري ضماناً لدينه.

كما نستطيع ان نعرف المرتهن من خلال نص المادة (١٠٩٦) من القانون المدني المصري [٦٤]، بالدائن الذي يسلم اليه الراهن شيئاً يرتب عليه حقا عينيا يخوله حبس هذا المرهون.

إضافة إلى التعريف الذي يمكن استخلاصه مما جاءت به المادة (١٣٢١) من القانون المدني العراقي[٦٥]، والتي نتبين منها ان المرتهن هو الدائن الذي يحبس المال المرهون بموجب عقد الرهن الحيازي.

ونجد أن جميع المواد السابقة لم تشترط كون المرتهن شخصا طبيعيا مما يدل على انها تسري على الشخص الطبيعي والمعنوي على وجه سواء.

٦١- ونصها:

((A person having an interest, other than acuity interest, or other lien, in the collateral, whether or not the person is an obligator))

٦٢- والتي تنص على:

((The thing pledge be placed in the possession of the creditor …))

٦٣- وتنص هذه المادة على:

((Le gage estune convention par laquelle le constituent accorde a' un cre'ancier le droit de se faire payer par pre'fe'rece a' sesautescre'anciers sur un bienmobilierou un ensemble de biensmobilierscorporels, pre'sentsoufuturs. Les cre'ances guaranties peuvente'trepre'sentsou futures ; dansce dernier cas, ells doiente'tre determinable".

٦٤- والتي نصت على: "أن الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضماناً لدينٍ عليه أو على غيره، ان يسلم إلى الدائن شيئاً يرتب عليه حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين..".

٦٥- والتي تنص على إن "الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن ...".

ولم تحدد التشريعات شروطا ينبغي توافرها في اهلية المرتهن لكي يصح حبسه وارتهانه، مما يردنا إلى القاعد العامة في الاهلية المطلوبة لأجراء التصرفات القانونية، بالإضافة إلى ما يمكن فهمه من مفهوم المخالفة لبعض المواد التي تشير صراحة إلى صحة حبس الأب وغيره من الأولياء المال المرهون لمصلحة القاصر، ففيها إشارة إلى اشتراط كون المرتهن الذي يحبس المال كامل الاهلية أو مأذوناً بالتجارة [٦٦].

وقد سكتت التشريعات المدنية محل المقارنة عن ايراد حكم خاص بأثر حالة تعدد المرتهنين في عقد الرهن الحيازي على حق المرتهن بالحبس، عدا ما ذهبت اليه المادة (٢٠٨٣) من القانون المدني الفرنسي عن حالة إبرام عقد الرهن بين راهن ومرتهن واحد، ومن ثم ينقسم الدين بين ورثة المرتهن عند وفاته، أي إنَّ حق الحبس يثبت لكل مرتهن من المرتهنين عند تعددهم.

وندعو المشرع العراقي ان يعالج مسألة عدم توافر الشروط الواجب توافرها في المرتهن بأحد المرتهنين عند تعددهم خصوصاً وإنهُ ذكر في المادة (٢/١٣٣١) منه إمكان أن يثبت حق الحبس لأكثر من مرتهن عبر النص صراحة على أثر عدم إستيفاء أحد المرتهنين أو بعضهم الشروط الواجب توافرها في المرتهن عند تعددهم في عقد الرهن الحيازي، ونقترح ان يتمثل هذا الاثر بسقوط حق المرتهن بحبس المرهون بالنسبة للمرتهن الذي لم يستوف الشروط بمعزل عن حق الحبس الثابت لباقي المرتهنين، فيبقى الحق في الحبس قائما كما هو على جميع المرهون على الرغم من سقوط جزء من الدين الذي يضمنه.

وإذا اتجهنا صوب القضاء نجد إنَّهُ لم يختلف في موقفه من المرتهن عن التشريع، فبالنسبة لما يتعلق بتعريف المرتهن نجد العديد من احكام المحاكم قد افادت بما يمكن ان يعد تعريفا للمرتهن، إذ ذكرت اجتهادات المحاكم الانكليزية ان المرتهن الذي يثبت له الحق في حبس المرهون هو الشخص الذي يحوز ذلك المال المرهون ضماناً للدين الذي له بذمة المدين [٦٧]، وعرفته محكمة النقض الفرنسية في أحد احكامها بأنه الدائن الذي يحوز المرهون ضماناً لدينه [٦٨]، وهو ما اتجه اليه القضاء المصري حينما اصدر احكاماً تتعلق برهن الحيازة في احكام قديمة وحديثة له لم تبتعد عن القول بأنه حائز المال المرهون ضماناً لدين له على الراهن [٦٩]، وهو ما اتجه اليه القضاء العراقي كذلك فجاء في أحد أحكام محكمة التمييز الاتحادية ان المرتهن هو الشخص الذي يحبس المرهون حتى إستيفاء دينه، ويستطيع استرداد حيازته للمرهون والاستمرار بحبسه له إذا ما خرج من يده [٧٠].

٦٦- ومنها المادة (١٣٢٧) من القانون المدني العراقي والتي تنص على " ١- في رهن الارب رهنا حيازيا ماله عند ولده الصغير أو في ارتهان مال ولده لنفسه وفي رهن مال ولده بدين على نفسه أو بدين على الصغير،.. ٢- اذا رهن الاب مالا ولده الصغير بدين نفسه فهلك فلا يكون ضامناً الا بقدر ما سقط من دينه".

67- United Bank of Kuwait, V. Sahib & others, 1996 [3] All ER.

68- Ch. Mixte, 8 juin 2007, Dalloz, revue de droit commercial et de droit ecomomique, RTE Com, n 3-4, 2007, P 585.

٦٩- انظر في ذلك قرار محكمة الاستئناف المختلطة جلسة ١٠/ ٢/ ١٩٣٣ أشار اليه د. عبد الرزاق السنهوري، ج١٠، في التأمينات المصدر السابق، ص٧٥٦، هامش رقم (١) وكذلك قرار محكمة النقض المصرية رقم ٤٣٠٢ سنة ٦٤ قضائية جلسة ١/٢٥/ ٢٠٠٤ منشور في مجلة المحاماة، العدد الرابع، شركة ناس للطباعة القاهرة، ٢٠٠٤، ص٢٥٩.

٧٠- انظر قرارها رقم ٢٤٨٧/ ب/ ٢٠٠٠، جلسة ٢٦/ ١٢/ ٢٠١٠ (غير منشور).

ونجد ان القضاء المقارن قد اتفق مع الفقه المدني في كون المرتهن شخصا طبيعياً أو معنوياً، إذ تعرض في كثير من احكامه إلى قضايا كان المرتهن فيها شخصاً معنوياً، كشركةٍ أو مصرف [٧١].

والحال نفسه ينطبق على تعدد المرتهنين إذ ذهبت بعض أحكام المحاكم الأنكلوامريكية واللاتينية إلى ان حق الحبس يثبت لمجموع المرتهنين المستوفين للشروط المطلوبة قانونياً لصحة الحبس، فامتناع المرتهن الذي يحوز المرهون مع مرتهنين آخرين عن تسليم جزء منه مقابل وفاء جزء من الدين لا يجعله متعدياً؛ لأن من حقه ان يحبس كل المرهون حتى استيفاء كامل الدين، ما لم يُشترط تجزئة الرهن بوفاء جزء من الدين [٧٢].

في حين لم يتيسر لنا الوقوف على حكم للقضاء العراقي يشير إلى تعدد المرتهنين وأثره على حق المرتهن في الحبس، ولكن هذا لا يعني ان القضاء العراقي لا يعترف بهذا التعدد، لأنه لم يشترط بأحكامه التي إعترف فيها بحق المرتهن بحبس المرهون أن يكون هذا المرتهن شخصا واحداً [٧٣].

ومما تقدم يتبين ان مناقشة الفقهاء المسلمين لتعريف المرتهن وبيان الشروط الواجب توافرها فيه لكي يثبت له الحق في حبس المال المرهون تعد المناقشة الاكثر وضوحا من بين المواقف التي عرضنا لها والتي ناقشت تعريف المرتهن وبيان شروطه، كما ان معالجة الفقهاء المسلمين لأثر عدم إستيفاء احد المرتهنين لتلك الشروط يعد اكثر تقدما من معالجة الفقه المدني والتشريع والقضاء لذلك الاثر.

المطلب الثاني: النائب عن المرتهن

رأينا ان المرتهن يحبس المرهون بنفسه وهذا هو الاصل، الا انه لا يوجد ما يمنع من ان يحوز المرهون شخصاً آخر يحل محله وينوب عنه في حبس المرهون، ويسمى هذا الشخص بالنائب عن المرهون أو العدل أو الشخص الثالث، ولبيان تعريف المرتهن وأحكامه بصورة واضحة فإننا سنفصل في ذلك بتقسيم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الاول النائب عن المرتهن في الفقه، فيما سنعمد الفرع الثاني الى توضيح موقف التشريعات والقضاء من النائب عن المرتهن ومدى تناولها له.

الفرع الأول: النائب عن المرتهن في الفقه

إن النائب عن المرتهن كطرف من الأطراف الذين يثبت لهم الحق بحبس المرهون يمكن أن تكون نيابته عن المرتهن بصورة عامة أما نيابة اختيارية أو نيابة جبرية، فالأختيارية تتم أما باختيار المترهن واتفاقه مع الراهن في حالتين حالة نيابة الأجنبي عن المرتهن في الحبس، وحالة نيابة الراهن عن المرتهن أو تتم النيابة الإختيارية باختيار المرتهن وحدة وذلك بأنابة المرتهن الآخر عند تعدد الطرف الدائن في عقد الرهن، فيما تتم النيابة الجبرية بدون اختيار الراهن أو المرتهن اذا كان المرتهن ناقص الاهلية.

71- Dekalb Bank v. Klotz, 151, APP 3d Web 1986 App lexis (Appellate Court of LLinois') by chessman, op cit, p454.

72- Samuel Lorene & Imelda Legaspi V. Exe Cuter mortgage Inc. & Lydia bascule in 13 Oct [2004], 273 F Supp. 2d by Lisa Schaffer & Andrew Wietcki, Real estate e Law. For paralegals, M.C. Grow-Hilli`s, New York, 2009, P 140.

وفي الاتجاه نفسه سار القضاء الفرنسي، انظر في ذلك قرار محكمة النقض الفرنسية:
Com 19 Dec 2006 b Dalloz. N 3-4, 2007, P 590.

٧٣- انظر في ذلك قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٤٤/ م. ٣ عامة/ ٩٧١ جلسة ٤/ ١٠/ ١٩٧١ منشور في النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الثانية، ١٩٧٣، ص٦٣.

ونجد ان الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في امكان كون النائب عن المرتهن في حبس المرهون شخصا اجنبيا عن عقد الرهن، وإنقسموا في ذلك على رأيين الأول عارض هذه النيابة وقال ان الحبس لا يكون الا من المرتهن وهو قول الحنفية والظاهرية والمالكية [٧٤]، فيما اجاز الرأي الثاني نيابة الاجنبي عن المرتهن في حبس المرهون، حيث يتفق المتعاقدان على هذا النائب لثقتهما به فيودع المرهون عنده، وتثور في النائب عندئذٍ صفتان صفةُ الامانةِ وصفةُ الضمان وهذا هو رأي الحنابلة والزيدية والإمامية والشافعية [٧٥].

ويطلق فقهاء المسلمين على هذا النائب الاجنبي اسم العدل أو الأمين، الذي يشترط فيه من الشروط ما يشترط ف الوكيل من كمال الاهلية وجواز التصرف [٧٦].

كما يمكن ان ينوب اكثر من عدل عن المرتهن في حبس المرهون يشتركون في حفظ المرهون وامساكه بحسب طبيعة ذلك المرهون، كأن يضع العدول المال المرهون في مخزن ويضع عليه كل منهم قفلا أو يشتركون بحراسته أو يقوم احدهم بحبسه بإذن العدول الآخرين [٧٧].

وقد اختلف فقهاء المسلمين حول مسألة قيام راهن أو اكثر عند تعددهم في عقد الرهن بحبس المرهون نيابةً المرتهن، وانقسموا في اجازة هذه النيابة على اتجاهين الاول عارضها تلك النيابة، حيث اشترط كل من فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية والحنابلة لصحة عقد الرهن الذي يترتب حق الحبس بموجبه الا يكون الحابس للمال المرهون هو الراهن نفسه، كما اكدوا على عدم صحة انابة الراهن عن المرتهن في حبس المرهون لأن تلك النيابة تؤدي الى عدم خروج المرهون من يد الراهن، فلا يكون هناك دليلا على ان المتعاقدين قد امضيا العقد [٧٨]، بينما اجاز فقهاء الإمامية والزيدية نيابة الراهن عن المرتهن في حبس المرهون وذكروا انه يمكن ان يكون الراهن نائباً عن المرتهن في حبسه للمرهون وتكون يده كيد المرتهن [٧٩]، ولم يصرح هؤلاء الفقهاء بكيفية انابة اكثر من راهن عن المرتهن في الحبس فيما لو تعددوا في العقد، وتم الاتفاق بين الطرفين المتعاقدين على انابتهم، الا ان ذلك لا يمنع من الحاق حكمهم بحكم حالة تعدد العدول في النيابة لأنهم لم يفرقوا بين توكيل المرتهن للراهن أو الغير في حبس المرهون [٨٠].

٧٤- انظر في الفقه الحنفي المبسوط للسرخسي، المصدر السابق، ج٢١، ص٧٧؛ وانظر في الفقه الظاهري المحلي، المصدر السابق، ج٨، ص١٠٢٠، مسألة ١٢٠٩؛ وانظر في الفقه المالكي الفواكه الدواني، المصدر السابق، ج٣، ص٤٧.

٧٥- انظر في الفقه الحنبلي المغني، المصدر السابق، ج٤، ص٣٥٠؛ وانظر الفقه الزيدي البحر الزخار، المصدر السابق، مجلد ٥، ص١٢١؛ وانظر الفقه الامامي الحدائق الناظرة، المصدر السابق، ج١، ص٥١٣.

٧٦- المغني، المصدر السابق، ج٤، ص٣٥١.

٧٧- انظر في الفقه الحنفي انظر المبسوط للسرخسي، المصدر السابق، ج٢١، ص٧٩؛ وفي الفقه المالكي انظر الخرشي، المصدر السابق، ج٤، ص٢٤٨؛ وانظر في الفقه الشافعي انظر المهذب، المصدر السابق، ج١، ص١٣٧؛ وفي الفقه الحنبلي انظر المغني، المصدر السابق، ج٤، ص٣٥٢؛ وفي الفقه الزيدي انظر البحر الزخار، المصدر السابق، مجلد ٥، ص١٢٢؛ وفي الفقه الامامي انظر مفتاح الكرامة، المصدر السابق، ج٥، ص١٥١.

٧٨- انظر في رأي الحنفية البدائع، المصدر السابق، ج٦، ص١٣٨؛ فيما ذهب رأي آخر عندهم إلى صحة نيابة الراهن عن المرتهن بعد أن يقوم الاخير بقبضه انظر درر الحكام شحر مجلة الحكام، المصدر السابق، مجلد ٢، الكتاب الخامس، ص٦٢؛ وفي الفقه المالكي بداية المجتهد المصدر السابق، ج٢، ص٢٧١؛ وفي الفقه الشافعي الديباج، المصدر السابق، مجلد ١، ص٣٩٨؛ وانظر في الفقه الظاهري المحلي، المصدر السابق، ج٨، ص١٠٢-١٠٣؛ مسألة ١٢٠٩ وفي الفقه الحنبلي كشاف القناع، المصدر السابق، ج١، ص٣٨٥.

٧٩- انظر في الفقه الامامي شرائع الإسلام، المصدر السابق، ج١، ص١٥٩، مفتاح الكرامة، المصدر السابق، ج٥، ص١٥٢؛ وفي الفقه الزيدي البحر الزخار، المصدر السابق، مجلد ٥، ص١٧١.

٨٠- مفتاح الكرامة، المصدر السابق، ج٥، ص١٥٣.

وقد يكون المرتهن الآخر هو النائب عن المرتهن فيما لو كان هنالك عدة مرتهنين ولم يكن المرهون قابلاً للتجزئة واختار المرتهنون احدهم لينوب عنهم بحبس المرهون، أو كان المرهون قابلاً للتجزئة لكن المرتهنين اتفقوا على اختيار احدهم لينوب عنهم في حبس المرهون، فيحبس ذلك المرتهن من المرهون بقدر حصته من الدين اصالة عن نفسه ونائبا عن الباقين بقدر ما يقابل حصصهم من الدين [٨١].

وتقابل هذه النيابة الاختيارية عن المرتهن النيابة الجبرية التي يكون فيها النائب عن المرتهن في حبس المال المرهون هو الولي أو الوصي، وولي القاصر أو وصيه هو الشخص الذي تكون له سلطة شرعية يتولى بموجبها العقد وينفذه لمصلحة القاصر بحيث تترتب آثاره الشرعية [٨٢]، وقد اختلف رأي الفقه الاسلامي في صحة حبس الولي او الوصي للمرهون نيابة عن المرتهن إلى ثلاثة اتجاهات، الأول قال بصحتها عن القاصر مطلقاً وهو قول فقهاء المالكية [٨٣]، في حين قيد أصحاب الرأي الثاني صحة نيابة الولي أو الوصي عن المرتهن القاصر في حبس المرهون بظهور المصلحة والغبطة للصغير، واصحاب هذا الرأي هم فقهاء الإمامية والشافعية والحنابلة [٨٤]، وخالف فقهاء الظاهرية الرأي المتقدم في عدم جواز نيابة الولي أو الوصي عن المرتهن القاصر مطلقاً لأنهما ليسا بصاحبي الدين [٨٥]، وأجاز فقهاء المالكية دون غيرهم نيابة اكثر من وصي عن القاصر في الحبس، وتكون صحة الحبس منوطة بموافقة كلا الوصيين إذا لم يكن لهما استقلال في التصرف فيما يستطيع احد الوصيين ان يحبس المرهون لوحده إذا كان يملك استقلال التصرف [٨٦].

وقد أقرَّ الفقه المدني النيابة عن المرتهن في حبس المال المرهون وسواء كانت تلك النيابة اختيارية أو اجبارية فانقسم بشأن النيابة الاختيارية على اتجاهين الأول أتفق مع الجانب الاكبر من الفقه الاسلامي حول امكان ان يكون الغير الذي ليس طرفا في العقد نائبا يحل محل المرتهن في حبس المال المرهون [٨٧]، يتفق عليه المتعاقدان ويطلق الفقهاء عليه عدة تسميات فهو يسمى بالأجنبي الذي يعينه المتعاقدان لتنتقل له حيازة المرهون بحيث يحبسه نيابة عن المرتهن [٨٨]، أو الأمين الذي يحوز المرهون نيابة عن المرتهن [٨٩]، أو الشخص الثالث من خارج علاقة المديونية القائمة بين الراهن والمرتهن [٩٠]، أما القسم الاكبر من رجال الفقه الدين اجازوا نيابة الغير الاجنبي عن المرتهن فقد اطلقوا على النائب تسمية العدل الذي يتفق عليه

٨١- البحر الزخار، المصدر السابق، مجلد ٥، ص١٧٤؛ المبسوط للسرخسي، المصدر السابق، ج٢١، ص١٤٢.

٨٢- د.محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، الطبعة الاولى، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٥١، ص٣٤٨.

٨٣- مدونة الفقه المالكي، المصدر السابق، ج٣، ص٦٢٨.

٨٤- انظر في الفقه الامامي قواعد الاحكام، المصدر السابق، ج١، ص١٤٧؛ وفي الفقه الشافعي الديباج توضيح المنهاج، المصدر السابق، مجلد ١، ص٣٩٥؛ وفي الفقه الحنبلي كشاف القناع عن متن الإقناع، المصدر السابق، ج١، ص٣٧٦.

٨٥- المحلى، المصدر السابق، ج٨، ص١٠٢، مسألة ١٩٠٢.

٨٦- مدونة الفقه المالكي وأدلته، المصدر نفسه، ص٦٢٨.

٨٧- وان رجال الفقه المدني اللاتيني هم الذين اجازوا نيابة من لم يكن طرفا في الرهن عن المرتهن في الحبس انظر في ذلك:
Planiol et Repert et Becque, tra, iteparatcque de droit civil Francis, tom 4, suretes reels, 1927, n 104. Baudry L acantinerie et De Loynes, Natissemnt des privileges et Hypotheques et de pexpropriation force tom 2, 1906, n 85, Larroumet (ch.) droit civil, les biens, Paris, 1988. N 484.

٨٨- د.منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، المطبعة العالمية، الاسكندرية، ١٩٦٣، ص٢٤٢.

٨٩- د.عبد السلام فيغو، المصدر السابق، ص٤٨٠.

٩٠- د.مصطفى العوجي، المصدر السابق، ص٢٢٦.

المتعاقدان [٩١]، كما يعرف بالحارس الاتفاقي الذي يكون اجنبيا عن عقد الرهن ويحوز المرهون حيازة عرضية فيما يتعلق بالملكية وحيازة قانونية فيما يتعلق بحق الرهن وينوب عن المرتهن في حفظ المرهون وادارة شؤونه حتى انتهاء الرهن ولا يتخلى عن هذه الحيازة الا بتسليمه للراهن والمرتهن معاً [٩٢]، وقد يكون هذا العدل حائزا للمرهون قبل ابرام عقد الرهن الحيازي، كالمستعير أو المودع لديه، ويتفق العاقدان على تعيينه عدلا يحبس المرهون بالنيابة عن المرتهن، وفي هذه الحالة لا يصبح في وكز العدل الا إذا ما اعلن الامر اليه ووافق عليه، فإن تم ذلك تحولت يده إلى يد عدل، ولا يشترط ان يدخل النائب في هذا الاتفاق، ولكن يجب ان يقبل مهمته ولو برضاء سابق أو لاحق [٩٣].

أما الإتجاه الثاني من الفقه المدني فقد خلا من الاشارة إلى ان شخصا آخر يمكن ان ينوب عن المرتهن في حبس المال المرهون، وذكر ان اثر رهن الحيازة يتمثل بإنتقال حيازة المرهون إلى الدائن [٩٤]، ولم يضع احكاماً خاصة بالعدل، لكن يمكن القول انهم لم يمنعوا من ان يحبس المرهون شخصا آخر يكون نائباً عن المرتهن وذلك حسب احكام الوكالة التي ينوب فيها الوكيل عن جميع تصرفات موكله القانونية ومنها حبس المال المرهون نيابة عن الدائن [٩٥].

اما عن الحالة الثانية من النيابة الاختيارية والتي يفترض فيها نيابة الراهن عن المرتهن في حبس محل الرهن، فقد اختلف موقف رجال الفقه المدني عموما عن موقف قسم من الفقهاء المسلمين المجيز لنيابة الراهن عن المرتهن في الحبس واتفق مع القسم الآخر الذي أنكر امكانية نيابة الراهن عن المرتهن، معللا عدم اجازته لهذه النيابة بالقول ان بقاء المرهون بيد الراهن لا يحمل ما يستدل به على وجود الرهن الحيازي، ولا ينفذ بذلك الرهن بمواجهة الغير، وبالتالي لا يثبت للمرتهن حق الحبس لكن التبريرات التي ساقها رجال الفقه المدني والتي تبرر عدم صحة نيابة الراهن، يمكن ان يتم تلافيها في العقارات والمنقولات ذات الطبيعة الخاصة من محال تجارية وسفن وطائرات وغيرها، والتي تمسك لها الدولة سجلا خاصا تسجل فيه ما يطرأ على ملكيتها من تغييرات وما يثقلها من حقوق، بحيث يستطيع الغير المتعاقد مع الراهن تبين حالة المرهون بعد الإطلاع على تلك السجلات إن كان مثقلا بحق عيني للغير.

أما النيابة الاختيارية التي تكون من اختيار المرتهن وحده والمتمثلة بانابة مرتهن أو اكثر عن المرتهنين الباقين عند تعدد الطرف الدائن في عقد رهن الحيازة فلم يبين الفقه المدني ذو الإتجاهالأنكلوامريكي هذه الحالة لكنه في الوقت نفسه لم يمنع من امكان قيام تلك النيابة [٩٦]، وكذلك لم يبين رجال الفقه اللاتيني

٩١- د.همام محمود زهران، المصدر السابق، ص٥٩١؛ د.صلاح الدين الناهي، المصدر السابق، ص١٥٢؛ د.سعيد سعد عبد السلام، المصدر السابق، ص٥٧٥؛ د.علي هادي العبيدي، ص٣٨٩ وغيرهم.

٩٢- د.أنور طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٦، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٨٠٤، عبد اللطيف حمدان، المصدر السابق، ص١٨٤.

٩٣- د.عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ج١٠ في التأمينات، ص٧٩٠.

٩٤- وهو اتجاه الفقه الانكلوامريكي انظر في ذلك:

Henry Chessman, op. cit. P 445, 448, Charles Wild & Stuart Weinstein, op. cit. p 614.

95- Stephens commentaries, Laws of England, The Law of contract and torts, nineteenth edition, great Britain, 1928, p. 405 Frederick A. Whitney, Law of contracts, 5th edition, Mat then Bender and company, Inc, U.S.A, 1958, p 101.

96- Charlew Wild & Stuart Weinstein op cit, P 604, & Henry Cheeseman, Op. cit, P 431.

موقفهم منها بشكل واضح [٩٧]، ولم نجد ما يسعفنا في هذا الموضوع سوى ما اورده الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مؤلفه من جواز "ان يكون الشيء المرهون الواحد ضامنا لديون متعددة في مرتبة واحدة، فيصح ان يتم ذلك الضمان على وجهين الأول بتسليم الشيء إلى احد المرتهنين ليحوزه باعتباره اصيلا عن نفسه وعدلا بالنسبة إلى سائر المرتهنين الآخرين" [٩٨]، ونستطيع ان نستنتج من تلك العبارة جواز نيابة أحد المرتهنين عن الباقين في عقد رهن واحد تعدد فيه الطرف المرتهن الا ان هذا القول يتعارض مع ما ذهبت الهي اقوال الفقهاء من كون العدل اجنبيا عن عقد الرهن، وفي ذلك خلط كان حريا بالفقه ان يتلافاه من خلال عدم النص على كون العدل اجنبيا عن العقد، وان كان في رأينا ان من الافضل ان يفصل بين حالة ما إذا اناب المرتهن الآخر عنه عند تعددهم، وحالة ما إذا اناب العدل لأنه في حالة نيابة المرتهن تكون النيابة منعقدة دون الحاجة إلى موافقة الراهن، فيما نلاحظ ضرورة توافر رضا الراهن في حالة نيابة الاجنبي عن المرتهن في الحبس.

أما النيابة الجبرية التي ينوب فيها الولي أو الوصي عن المرتهن فهي جائزة عموما، إذ ذهب رجال الفقه الأنكلوأمريكي إلى أن ولي القاصر [٩٩]، هو أحد ابويه بالولادة أو بالتبني حسب ما يتم الاتفاق عليه ويتولى الولاية عن ذلك القاصر ويكون مسؤولا عنه قانونا[١٠٠]، فيستطيع حبس المرهون لمصلحة القاصر[١٠١].

اما الفقه اللاتيني الذي ينظر الى الولاية على انها تمثل ضربا من النيابة ويعرفها بالصفة التي تقوم في الشخص وتجعل له سلطانا على غيره في نفسه او ماله جبرا عنه فجيز للاب ارتهان تقوم مال ولده بدين للغير اذا بدت للصغير مصلحه في ذلك الارتهان وان يرتهن مال ولده بدين على نفسه فيحبس المرهون تحت يده نيابة عن الصغير[١٠٢].

الفرع الثاني: النائب عن المرتهن في التشريعات والقضاء

لقد تناولت التشريعات المدينة والتجارية التي نظمت رهن الحيازة حالة نيابة الغير عن المرتهن في حبس المال المرهون فنجد ان معظمها اقر هذه النيابة واخذ بها فذهبت معظم التشريعات محل المقارنة الى صحة نيابة الاجنبي الذي ليس طرفا في عقد الرهن عن المرتهن في حبس المرهون في حين لم يأخذ بعضها بنيابة الغير الاجنبي عن المرتهن في حبس واكتفى بالإشارة الى ان المرهون يحبس من قبل المرتهن[١٠٣] حيث نصت

٩٧- اذ اشار الفقه الى صحة نيابة احد المرتهنين عن الآخرين عند تعدد الرهون فقط على سبيل المثال:
Planiol et Vorim, Cours de doriot civil Francais, Tome XIII, 2nded, Paris, 1948 A.D, P 320.
د.شمس الدين الوكيل، المصدر السابق، ص٤٨٣، ف ١٧٦؛ د.علي هادي العبيدي، المصدر السابق، ص٣٩٤.

٩٨- المصدر السابق، ج١٠ في التأمينات، ص٨٤٦، ف ٥٩٠، رغم انه ذكر فيم وضع سابق انه يصح ان يكون العدل دائنا مرتهنا سابقا دون ان يبين فرض ما اذا كان مرتهنا بنفس عقد الرهن المقرر للمرتهن الذي ينوب عنه وذلك في ص٧٩٠، ف ٥٣٧ من نفس المؤلف.

٩٩- والقاصر (Minor) هو من كان دون الإحدى والعشرين للذكور ودون الثامنة عشر للأناث، انظر في ذلك:
Henry Chesseman,op, cit P 216.

100- Charles W. &Stuary, W, op cit, P 216.

١٠١- وتُطلق تلك التسمية على العقود التي يبرمها القاصر لأنه يستطيع نقضه متى شاء حماية له انظر في ذلك:
Frederick A. Whinty, op cit, P 155.

102- Henri et Leo, Mazud et Jean et M. Freancios, Leconde droit civil, Tom 3, let volume, suretespublicutefonciere, Edition Match restin, Paris, 1968, P 176.
والولاية تقع من الابم ثم وصيه والجد ثم وصيه ثم من تنصبه المحكمة وصياً على الصغير.

١٠٣- وهو موقف القانون التجاري الامريكي الموحد في المادة التاسعة منه في فقرتها (٢٠٣/ ٧/b).

المادة (٢٠٩٨) من القانون المدني الفلبيني الذي جعل المرهون محبوسا بموجب عقد الرهن الحيازي (Pledge) لدى المرتهن او الشخص الثالث (Third-Person)[١٠٤].

وبالمعنى نفسه جاء نص المادة (٢٣٤٣) من القانون المدني الفرنسي الذي ذكرت ان حيازة المرهون يمكن ان تنتقل الى الشخص الذي يختاره الراهن والمرتهن معا[١٠٥].

وكذلك نجد القانون المدني المصري نص في المادة ١١١٠٩ منه على وجوب ان يكون الشيء المرهون في يد الدائن او الاجنبي الذي ارتضا التعاقدان دلالة على ان التشريع المدني المصري اقر نيابة الاجنبي عن المرتهن في حبس المال المرهون.

اما المشرع المدني الوطني فانه قد اقر نيابة الغير عن المرتهن في حبس محل الرهن لكنه لم يكن واضحا في بيان ذلك الغير فنص المادة (١٣٢١) منه التي عرفت رهن الحيازة بال"عقد يجعل به الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن او في يد عدل ..." لكنه لم يبين من هو ذلك العدل في هذه المادة بل بينه في مادة لاحقة لها فذكر في المادة ١١٣٢٣ منه ان يد العدل كيد المرتهن فلو اتفق الراهن والمرتهن على ايداع المرهون عند امين ورضي الامين والراهن والمرتهن بالاتفاق على يد عدل جاز ذلك ويبدو لنا من هذه المادة ان العدل ينوب المرتهن في الحبس لان يده كيد المرتهن وان هذه العدل هو امين يختاره الراهن والمرتهن عند ابرام عقد الرهن او بعد ابرام وحبس المرتهن للمرهون لكن المشرع لم يوضح من هو هذا الامين اذ نجد ارباكا في صياغة هذه المادة التي حاول فيها المشرع مجاراة الفقه الاسلامي الذي اطلق على النائب عن المرتهن في الحبس مرة مصطلح الامين ومرة مصطلح العدل وكان من الافضل التركيز على توضيح معنى العدل والاستغناء عن وصفة بالأمين بحيث يذكر ان هذا العدل هو اجنبي عن العقد لان المصطلح الامين ليس واضحا ويمكن ان يكون النص بالشكل الاتي يدل العدل كيد المرتهن وهذا العدل هو اجنبي عن عقد الرهن يعين باتفاق الراهن والمرتهن عليه اما عند ابرام العقد او بعد ابرامه وحصول القبض من قبل المرتهن ليوضع المرهون تحت يده نيابة عن المرتهن كما ان المشرع العراقي لم يوفق حينما ذكر ان المتراهنين يتفقان على ايداع المرهون عند الامين لأنه ليس وديعا بل هو عدل فان كان المشرع يقصد من وراء ذلك القول ان العدل يوكز الوديع فانه يكون قد جانب الصواب في قوله هذا لأنه بالرغم من ان الوديع هو الشخص الذي وصل اليه المال بأذن من صاحبه حقيقة او حكما لا على وجه التمليك[١٠٦] الا ان التعين الوديع يتم من خلال عقد بينه وبين المودع فيكون الاخير اما مالكا للأمانة او شخصاً يقوم مقام المالك[١٠٧] بينما يعين العدل باتفاق طرفي عقد الرهن ودون الحاجة لان يدخل العدل في ذلك الاتفاق فيكفي ان يقبل بتلك النيابة لاحقا لكي تصح

١٠٤- وتنص هذه المادة على أن:

((The contract of pldge gives a right to the creditor to retain the thing in his possession or in that of a third person to whom it has been delivered, until the debt is paid)).

١٠٥- والتي نصها:

((Le constituent doitrembourser au cre'ancierou au tiers convenu les de'pensesutilesoune'cessaires que celui – ci a faites pour la conservation du gage)).

١٠٦- فقد نصت المادة (٩٥٠) من القانون المدني العراقي على ان: "الأمانة هي المال الذي وصل الى يد احد بإذن صاحبه ...".

١٠٧- وذلك حسب نص المادة (٩٥١) من القانون المدني العراقي.

نيابة عن المرتهن في الحبس اما بالنسبة لنيابة الراهن عن المرتهن في الحبس فنجد ان تلك النيابة قد لاقت رفضا من قبل التشريعات فنصت المادة ٩ من القانون التجاري الامريكي الموحد في فقرتها (٢/b/٢٠٣).

بان على الراهن التخلي عن حيازة المرهون الى المرتهن[١٠٨]، وهو كذلك ما اخذت به المادة (٢١٠٥) من القانون المدني الفيلبيني التي جاءت مقاربة للمادة سابقة الذكر وذلك حينما منعت الراهن ان يحوز المرهون وان يطلب من المرتهن استرداده حتى ينقضي الرهن مما يعني ان الراهن لا يمكن ان يضع يده على المرهون وليس له ان يحبس المرهون نيابة عن المرتهن[١٠٩].

واكدت المادة (٢٣٣٧) من القانون المدني الفرنسي على ضرورة انتقال حيازة المرهون من يد الراهن الى المرتهن او الشخص الثالث لكي يتم الرهن الحيازي فالراهن لا يمكن ان ينوب عن المرتهن في الحبس لان الخروج المرهون من يده ضروري لتمام العقد الذي يرتب حق المرتهن بحبس المرهون[١١٠].

وكان للتشريع المدني المصري موقفا واضحا من رفض تلك النيابة فكانت المادة (١/١٠٩٩) من القانون المدني المصري توجب "على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عله المتعاقدان لتسلمه"، ونصت المادة (١١٠٠) منه على انه اذا "رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن، الا اذا اثبت المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ....".

وبالمعنى نفسه جاءت المادة (١/١٣٣٧) من القانون المدني العراقي التي تطلبت ان "يستبقي المرتهن ... حيازة المرهون حتى انقضاء الرهن، واذا عاد إلى حيازة الراهن لأي سبب كان جاز للمرتهن ان يسترده.."، كما يمكن ان نرى ان تعريف المشرع لعقد رهن الحيازة يجعل الراهن يقدم مالا محبوسا للمرتهن أو العدل، ولم يبين المشرع امكان ان يبقى المال المرهون لدى الراهن مما يعني عدم امكان نيابته في الحبس، إضافة إلى ما اوردته المادة (١٣٢٢) من القانون نفسه والتي اشترطت على الراهن "للزوم الرهن الحيازي.. ان يقبض المرتهن المرهون" مما ينفي أي احتمال لأجازة المشرع العراقي لفرض نيابة الراهن محل المرتهن في حبس المرهون.

أما عن نيابة أحد المرتهنين عن المرتهن الآخر، فلم يرد نص في القوانين محل المقارنة يتعلق بكيفية النيابة عن المرتهنين الآخر ينعد تعددهم، رغم ان المشرع الفرنسي اورد نصا يجيز ذلك التعدد وذلك في المادة (١٣٤٤) منه، إضافة إلى ان ما اورده المشرع المدني المصري في المادة (٢/١١٠٩) بأنه "يجوز أن يكون الشيء المرهون ضمانا لعدة ديون" والذي يمكن ان يفسر على انه اجازة لنيابة احد المرتهنين عند الباقين

١٠٨- والتي تنص على:

((the debtor has rights in the collateral …… to transfer rights in the collateral to a secured prary)).

١٠٩- ونصت هذه المادة على:

((The debtor cannot ask for the return of the thing pledged against the will of the creditor, unless an until he has paid the debt and its interest, with expenses in a proper case)).

١١٠- والتي تنص على ان:

((Le gage est opposable aux tiers par la pbulicite' qui enestfaite. Ii i`este'galemnt par la de'possession entre les mains du cre'ancierou d`un tiers convenu du been qui en fait i`objet.

Lorwque le gage a e't'ere'egulie'rementpublie', les ayantscasue a' titre particulier du constituent ne peuvent se pre'valoir de I`article)).

عند تعددهم ما دام النص لم يمنع من ان ينوب احدهم في الحبس؛ لأن المشرع لم يغفل هذه الحالة بل ذكرها ولم يقيد حكمها.

ونفس الحكم يمكن ان يُستخلص من المادة (٢/١٣٢١) من القانون المدني العراقي التي نصت على جواز "... ان يكون الشيء المرهون موثقا لعدة ديون اذا قبل من تسلمه وضع اليد لحساب اربابها، حتى ولو كان واضع اليد أحد هؤلاء" والتي اجازت قيام الحبس عن اكثر من دين تبعا لاجازتها لقيام رهن الحيازة ضمانا لاكثر من دين، أما العبارة الاخيرة منها فقد تضمنت اجازة لنيابة احد المرتهنين عن المرتهنين الآخرين في حبس المرهون واطلقت القول في ذلك ولم تقيده ومما يدل ان المشرع العراقي يجيز نيابة المرتهن عن المرتهنين الآخرين.

أما ما يخص النيابة الجبرية عن المرتهن في حبس محل الرهن فقد خلت القوانين الانكلوامريكية من الاشارة إلى حكمها والحقتها بالقواعد العامة، بينما كان التشريع المدني العراقي سباقا في هذه المعالجة اذ ذكرت المادة (١٣٢٧) منه والتي احالت حكمها إلى المادة (١/١٢٨٩) منه صحة نيابة الولي عن الصغير في الارتهان، "يجوز للأب ان يجوز للأب ان يرهن.. ما له عند ولده الصغير.." وينوب عنه في حبس المرهون حتى يوفيه دينه.

وقد سلم القضاء بتلك النيابة عن المرتهن خصوصاً فيما يخص نيابة الاجنبي عن المرتهن في الحبس فقد قالت المحكمة الامريكية العليا في أحد قراراتها بامكانية نيابة شخص ثالث او اكثر عن المرتهن في حبس المرهون حيث يحبسون المرهون لمصلحة المرتهن [١١١]، رغم انها لم تحدد كيفية هذا الحبس عند تعدد النواب.

فيما كان ذلك ايضاً موقف القضاء اللاتيني، حيث إذ نجد إن القضاء الفرنسي ذكر في قرار له صحة نيابة العدل الذي يتفق عليه الطرفان عن المرتهن في حبس المرهون وذلك من خلال النص على شروط العدل وعدم احقية الراهن انتزاع المرهون منه وان لم يكن هو المرتهن ما دام الطرفان قد اتفقا عليه [١١٢]، وهو موقف القضاء المصري أيضاً، حيث أشارت محكمة إستئناف أسيوط المصرية في قرار لها إلى جواز انابة الاجنبي الذي يعينه المتعاقدان عن المرتهن، والذي يتسلم المرهون من الراهن، ويحتفظ به نيابة عن الراهن والمرتهن على حد قول المحكمة [١١٣]، هذا بالإضافة إلى ضرورة الاتفاق عليه بين المتعاقدان حتى تصح نيابته [١١٤]، ولم يبتعد القضاء العراقي عن تلك المواقف حينما نصت محكمة التمييز في حكم لها " إن المرهون يمكن ان يحبس بيد عدل حتى يستوفي المرتهن دينه، ولا يستطيع الراهن جبر العدل على التخلي عن المرهون لأنه يحبسه نيابة عن المرتهن ...."، فالحكم هنا لم يُبيّن من هو العدل إلا اننا نستطيع ان نتيقن من خلال منطوق الحكم ان هذا العدل ليس الراهن بالتأكيد لأن الحكم ذكر ان الراهن لا يستطيع انتزاع المرهون من العدل، وليس بالمرتهن لأن الحكم ذكر ان العدل يحبس المرهون نيابة عن المرتهن، اذا فالعدل هنا اما شخص

111- V. S. Slepereme Cart Casey V CAvarok, 26 U. S. 467 (1877).
By websit: www>http://superem,Justia.com/45/96/Cas/html.
112- CasCassion, 3 Aoug, 1896, Dalloz n 97, 1, P 209.
١١٣- انظر قرار محكمة استئناف أسيوط، ٧ ديسمبر أيلول ١٩٢٧، منشور في مجلة المحاماة، العدد الثامن، ص٣٣٤.
١١٤- أنظر في ذكل قرارها جلسة ١١/٦/ ١٩٠٤م، أشار إليه د.عبد الرزاق السنهوري، ج٣، ص٧٨٩، ف٣٣٤.

اجنبي عن عقد رهن الحيازة أو نائب عن المرتهن نيابة جبرية، والتالي يكون القضاء العراقي قد اقر نيابة الاجنبي عن المرتهن في الحبس إضافة الى اقراره لنيابة الولي عن المرتهن.

ويكون الامر على عكس ما سبق بالنسبة لما يتعلق بنيابة الراهن عن المرتهن في حبس المرهون، إذ نجد ان اغلب الاجتهادات القضائية اتفقت على عدم اجازة تلك النيابة، فجاء اجتهاد المحكمة العليا الأمريكية بالقول صراحة بعدم امكان نيابة الراهن عن المرتهن في حبس المرهون، إلا ما فيما استثناه القانون من نيابة [١١٥].

وذهب اجتهاد فرنسي آخر إلى عدم صحة نيابة الراهن عن المرتهن في حبس المرهون [١١٦]، في حين لم نضع أيدينا على قرار يعود للقضاء المصري يجيز فيه صحة نيابة الراهن عن المرتهن، بل ذهبت تلك القرارات إلى ما يفيد في جعل الراهن مجبرا على تسليم المرهون للمرتهن، ومنها قرار محكمة الإسكندرية الذي قضى باجبار الراهن على تسليم المرهون إلى الدائن أو من ينوب عنه [١١٧]، وهو موقف القضاء العراقي ايضا، وتطبيقا لذلك نجد انه اوجب في احد قرارته تسليم العقار وإنتقاله من الراهن الى المرتهن أو من يقوم مقامه لتمام وانعقاد الرهن [١١٨]، حيث ان ذلك يعني ان القضاء العراقي لا يجيز نيابة الراهن في حبس المرهون.

ومما تقدم نجد الفقه الاسلامي كان اكثر شمولاً في مناقشة تلك النيابة من الفقه المدني باتجاهيه الانكلوامريكي واللاتيني، لأنه عمد إلى توضيح جميع الفروض التي يمكن ان تظهر في موضوع النيابة عن المرتهن في حبس المرهون، فيما كان التشريع الفرنسي هو الافضل من بين التشريعات اليت عالجت ذلك الموضوع ولا يؤخذ عليه سوى عدم النص على حالة ما لو ناب عن المرتهن وليه أو وصيه اما بالنسبة للمقارنة بين المواقف القضائية فنرى ان تلك المقارنة تقودنا إلى ترجيح كفة القضاء العراقي الذي كان اكثر تقدما من اقضية الانظمة الاخرى محل المقارنة في احكامه التي نظر فيها إلى نهاية الغير عن المرتهن في حبس المال المرهون وذلك حينما مكن الغير الاجنبي والنائب عن المرتهن نيابة جبرية من حبس محل الرهن نيابة عن المرتهن.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من دراسة استخلاف المرتهن في الرهن الحيازي، وحيث اقتضت هذه الدراسة البحث في بيان من هو المرتهن والنائب عنه أضافة كأشخاص يسري اثر الاستخلاف في المرهون رهنا حيازياً بينهم،

١١٥- أنظر قرارها رقم ١٨٤/س/ ١٨٧، هـ. ع.أ/ ٩٧٣ جلسة ٦/٢٣/ ١٩٧٣، أشار اليه إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانوني في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، مطبعة العمال لمركزية، بغداد، ٢٠٠٧، ص٣٦٦.

١١٦- إذ ذكرت في اجتهادها:

((The thing pledged may be in the temporary possession of the pledged as special baily)).
CasCassion, 3/7/1869 by Planial et Repiert, op cit, p 209, m n 85.

١١٧- انظر قرار محكمة الإسكندرية الأهلية رقم ٤٦٦ سنة ١٠ ك جلسة ١/٥/ ١٩٣١ منشور في مجلة المحاماة، العدد الثالث، السنة الحادية عشرة، ١٩٣١، ص١٠٦٣.

١١٨- انظر قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٨٠/م.ع.٣/ ٩٧١ جلسة ١٥/ ١٠/ ١٩٧١ منشور في النشر القضائية العدد الرابع، السنة الثانية، ١٩٧٣، ص٦٣، وكذلك قرار المحكمة نفسها رقم ١٤٤١/م.ع./ ٩٧١ جلسة ٢١/ ١٩٧١/١٢ منشور في النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الثانية ١٩٧٣ ص٦٥.

وذلك من خلال مناقشة ما اورده كل من فقهاء المذاهب الاسلامية الستة وفقهاء القانون المدني وما نصت عليه التشريعات وحكمت به المحاكم، وبعد ذلك نوجز أهم النتائج والتوصيات التي وصلنا اليها فميا يلي:

النتائج:

١. إن قيام المرتهن بإبرام عقد رهن حيازة يخوله حق حبس المرهون اي انه في هذه الحالة يخلف الراهن في عقاره، والمرتهن يمارس حقه بالاستخلاف بنفسه او بواسطة نائب يحل محله في الحبس، وتكون ممارسته لحقه بالحبس على صورتين صورة إيجابية وصورة سلبية، ففي الصورة الإيجابية يطالب المرتهن بحقه بالحبس إذا لم يقم الراهن بتسليم المرهون اليه، وكذلك عند خروج المرهون من يده أو يد نائبه، أما في الصورة السلبية لحقه بالحبس فهو يمتنع عن تسليم المرهون إلى الراهن أو الغير الذي يطالبه برفع يده عن المرهن.

٢. إن تعاريف فقهاء المسلمين للمرتهن لم تكن موحدة إلاّ إنهم إتفقوا فيما بينهم حول كون المرتهن يمثل الطرف الدائن في عقد الرهن الذي تم ابرامه بين الطرفين وذلك ضماناً لدين الدائن المرتهن.

٣. يتبين لنا من خلال بحثنا انه يُشترط في المرتهن لكي يصح ارتهانه ان تتوافر فيه اهلية إبرام التصرف القانوني سواء كان هذا المرتهن واحداً في العقد ام كان اكثر من مرتهن واحد، خصوصاً وإنَّه من الجائز أن يتعدد الطرف الدائن في عقد الرهن الحيازي.

٤. إن حق المرتهن بالاستخلاف وإن كان يثبت بالأساس للدائن المرتهن فإنه يمكن ان يثبت في حالات معينة لشخصٍ آخر يستخلف الراهن في المرهون وذلك بأن يقوم بحبس المرهون تحت يده وهو النائب عن المرتهن، والذي لا يخضع لأحكام النيابة التي تجعل التصرف القانوني ينصرف لذمة الاصيل في جميع الأحوال بل ان هذه النيابة عن المرتهن في الاستخلاف قد تتم أحياناً من شخصٍ ينوب عن المرتهن لكن التصرف القانوني ينصرف إليه ويسمى هذا النائب بالعدل او الشخص الثالث أو الأمين.

٥. إنَّ كلاً من المرتهن أو النائب عنه يستخلف الراهن في المرهون حتى يوفي الدين المضمون بالرهن إضافة الى ما لحقه من مصروفات، إلا ان الاستخلاف في المرهون من جانب المرتهن ونائبه لا يقتصر نطاقه على الراهن بل يمتدُّ ليشمل الغير الذي ليس طرفا في عقد رهن الحيازة والذي هو أما شخص من خلف الراهن في العين المرهونة أو في جزء منها أو شخص له حق (دين) في ذمة الراهن.

التوصيات:

نلاحظ من خلال دراستنا ان لهذا الموضوع إن معظم التشريعات محل المقارنة قد سكتت عن ايراد حكم خاص بأثر حالة تعدد الخلف في الرهن الحيازي اي حالة تعدد المرتهنين، ومن هنا فإننا ندعو المشرع العراقي ان يعالج مسألة عدم توافر الشروط الواجب توافرها في المرتهن بأحد المرتهنين عند تعددهم خصوصاً وإنهّ ذكر في المادة (٢/١٣٣١) منه إمكان أن يثبت حق الاستخلاف لأكثر من مرتهن عبر النص صراحة على أثر عدم إستيفاء احد المرتهنين أو بعضهم الشروط الواجب توافرها في المرتهن عند تعددهم في عقد الرهن الحيازي، ونقترح ان يتمثل هذا الاثر بسقوط حق المرتهن بالاستخلاف في المرهون بالنسبة للمرتهن الذي لم

يستوف الشروط بمعزل عن حق الاستخلاف الثابت لباقي المرتهنين، فيبقى حقهم بخلافة الراهن قائماً كما هو على جميع المرهون على الرغم من سقوط جزء من الدين الذي يضمنه.

المصادر:

١- كتب الفقه الأسلامي:

١- جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن منظور الانصاري، لسان العرب، المجلد ٦، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.

٢- د.وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، ج٤، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٨.

٣- أبو عبد الله محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٣، الطبعة الاولى، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٣٦.

٤- وإسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج٣، دار المعرفة، بيروت ١٩٧٨.

٥- وناصر مكارم الشيرازي، الامثل في تفسير كتاب الله المنزل، ج٢، البقرة وآل عمران، الأمير للطباعة، بيروت ٢٠٠٥.

٦- شرف الدين محمد بن احمد بن الحسين السياغي الحيمي اليمني، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، ج٣، الطبعة الاولى، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٤٨هـ.

٧- احمد بن محمد الصاوي الخلوقي، بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، ج٣، الطبعة الأخيرة، مطبعة مصطفى ألبابي الحلبي، مصر، ١٩٥٨.

٨- أبو عبد الله محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، الطبعة الرابعة، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٨.

٩- أبو جعفر احمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي، مختصر الطحاوي، دار الكتاب العربي, القاهرة، ١٣٧٠هـ.

١٠- البهجة في شرح التحفة، ابو الحسن علي بن عبد السلام ألتسولي، ج٢، الطبعة الأولى، دار المعرفة، الدار البيضاء، ١٤١٨هـ ١٩٩٨.

١١- أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، فتح العزيز، ج١٠، مطبعة التضامن الأخوي، مصر ودون ذكر سنة الطبع.

١٢- أبو زكريا محي الدين النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٣، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٦.

١٣- المغني والشرح الكبير، ج٤، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٩٢هـ.

٢- الكتب القانونية:

١- د.محيي الدين إسمايعل علم الدين، أصول القانون المدني، الحقوق العينية، بلا مكان طبع، ١٩٧٧.

٢- د.صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٣.

٣- سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مطابع الولاء الحديثة، شبين الكوم، مصر، ٢٠٠٤.

٤- د.همام محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢

٥- حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥.

٦- د.غني حسون طه، الحقوق العينية، الحقوق العينية الاصلية والحقوق العينية التبعية، ج١، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.

٧- د.شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٩

٨- د.محمد علي إمام، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة النهضة، القاهرة، ١٩٥٦.

٩- عبد الناصر توفيق ال÷عطار، التأمينات العينية، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٨٠.

١٠- د.محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٥١.

القرارات القضائية:

١. قرار محكمة الإسكندرية الأهلية رقم ٤٦٦ سنة ١٠ ك جلسة ٥/١/ ١٩٣١ منشور في مجلة المحاماة، العدد الثالث، السنة الحادية عشرة، ١٩٣١، ص١٠٦٣.

٢. قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٨٠/م.ع.٣/ ٩٧١ جلسة ١٥/ ١٠/ ١٩٧١ منشور في النشر القضائية العدد الرابع، السنة الثانية، ١٩٧٣.

٣. قرار المحكمة نفسها رقم ١٤٤١/م.ع./ ٩٧١ جلسة ٢١/ ١٢/١٩٧١ منشور في النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الثانية ١٩٧٣.