



Mat. No. AB0245

University of St Clements

Bank Credit Risks in Iraq & Role of Mortgage in Protecting the Bank from It - Comparative Study

by

Moussa Fadel Abbas

**To the Council of University of St Clements
which is part of the requirements to earn a
PhD in Private Law**

**Under Supervision of
Asst. Prof. Dr. Ahmed Samai Al-Maamouri**

1435 A.H

2014A.D

Summary

In our effort accompanied with the research and analysis , we got many results and suggestions and recommendations as well as what mentioned in the thesis as following .

firstly –results

1. The guarantee was the debtor's body , life ,freedom by selling or killing or slaving him before being of the mortgage system as a guarantee for debtor's freedom by slaving him or one of his family when he is unable to pay back his debt when it is due . the Sumerians limited this authority to be three years but in the fourth year , the debtor gets his freedom .
2. The ancient Iraqis were dealing with the mortgage contracts according to the popular norm before the legislation of laws based upon the item (61) of Ashnona's act (2000-1761 B.C) when the mortgage considered unrighteous when there is a partner in the mortgaged fund or when the mortgage is done by a slave .
3. The issuing of the limited estates ownership during the Sumerian state rule , the developing of the individual monarch system at the time of the king Hammurabi (1710-1670 B.C) , specialists were assigned by him to fix the borders of the lands , many estates ownership documents issued by him on pottery tablet , the possessive mortgage was issued by him in the item (50) of his act , all these factors played important role in developing of the mortgage system and expansion of dealing with him .
4. Romans developed the mortgage system and they did their best in finding of the credit mortgage contract which did not lead to transfer the mortgaged possession to the mortgaging debtor when the possessive mortgage was prevailing . they established the right of (track) by which the mortgaging debtor can track the mortgaged thing and sell it to get his right from its cost to proceed the other debtors .
5. Another kind of the possessive mortgage appeared by the romans called (credit mortgage contract) by which the mortgager transfers the ownership to the mortgaging debtor

and the latest commits to get it back to the mortgager when he pays the debt back . this kind of contract was allowed by the Muslim jurists (contract of paying back) the Iraqi legislator considered it as a possessive mortgage in the item 1333 of the civil law to guarantee the creditors right and to know the intentions of the contractors about the contract of paying back .

That kind of contract is considered unrighteous in the comparative law according to the item 465 of the civil Egyptian act which considers the selling contract unrighteous when the Legislator keeps the right of getting back the sold thing during specific period .

6. The mortgage plays an important role in insurance of the banks from the credit risks because their right relates with specific fund assigned to pay back the debt of bank which is not competitive by any one . the mortgage gives important rights and authorities to the bank among them the right of the mortgage is indivisible everything of the bank debt is guarantee by the mortgaged money and everything of the mortgaged money will be guaranteeing for the all bank debt . one of the mortgage features is giving the banker the tracks right of the mortgaged money for anyone and the execution right to sell it to get its dues from the cost proceeding the usual creditors and the mortgaging debtors who are next to it in the grade .
7. The Iraqi legislator fascinated the procedure of the mortgaged estates according to the act of the Iraqi registration no (43) of the year 1971 which granted the chief of the estate registration the authority for selling the mortgaged estates based upon a written request from the mortgaging debtor regardless of issuing any judicial decision to enable the banks to get their dues and interests not to exceed 7% fast every years .
8. The definition of the credit was mentioned in the Iraqi act of banks in different way from what was mentioned in the act of central Iraqi bank . The Iraqi translator but not the Iraqi legislator had to unify the definition in both of two acts

publicly in 2004 because the definition in the English text of the two acts was unified . It seems that the two acts were written in the English language at first by the ruling American authority then they were translated into the Arabic language literally and badly and the difference of the two meaning happen as a result of the difference among the translators .

What a disaster it is in our country . as the most and valid acts which move the wheel of the economic life since nearly ten years were written by people could not agree about a unified translation to define the credit therefore, the definition need the clarity and it is incoherent and its vocabularies are weak . what do you think about the other legal items ?

9. Some of the risks which indicted to the authority of assignments of the external accounts for the bank according to the item (46) of the Iraqi act of the banks which assigned the shareholder exclusively in the meeting of the general corporation (general assembly) also , those rules allowed to assign the bank continuously for 5 years when the time exceeds this period the bank can get exception from Iraqi Central Bank. moreover the limitation of extra wages may make it suspicious and not neutral in its work and waste the time to know the fact of the bank situation and to predict its future specially when the chief of the bank management council who controls this assignment for him , his family and his relative to have most of the bank shareholders . in this case the reviewing of the external accounts may have two choices in the banks where there is a financial corruption and legal offenses either he states the fact to sacrifice his assignment again or he flatters to be assigned again .

The law did not put texts to fortify the reviewing of the external accounts from as presses to balance it between the living and integrity . there is no doubt that its immunity affect positively on the bank sector immunity from the financial corruption and vice versa .

The Egyptian legislator treated like this risks that he allowed to the governor of the Central Bank in the item (83) of the Central Bank act and the bank system to ask a third

reviewing of accounts as well as the two other whom assigned by the bank to do a limited task and the Central Bank pays his efforts .

10- from the risks which need a treatment is to allow to a person or a family to have most of the bank shares to let them to control the decisions of the general corporation and the decision of the bank management to be able to employ the fund deposits for their own benefits which are almost mixed with corruption and risks . the experiments proved in Iraq that the family banks are the most banks exposed to the bankruptcy .

The amended Iraqi act of companies no (21) for year 1977 in the 2nd and 3rd article of the item (39) assigned a contribution ratio founders of the contributing company not less than 20% of its nominal capital and subtract the rest ratio for contracting . that act assigned the minimum edge but it did not assign the maximum edge of the founders contribution .

As for the Iraqi act of banks in the item (1/107) which mentioned not to apply the rules mentioned in the act of companies which assign the contribution ratio in the companies for the shareholder in the banks . It made the contribution ratio open by its minimum and maximum edge .

As for the comparative law in the item (51) of the Central Bank and the bank system and the Egyptian fund which did not allow to any natural or considered person ownership as well as any one of his relatives until the 4th level .

11- the Iraqi legislator neglected the foundation a box to guarantee the deposit in the private banks . this box is very important to keep the bank sector and the financial economic stabilization . While the financial crises the depositors will be crowded on the banks to draw their deposits . This state will increase the crises and lead to bankruptcy of the banks but the state of crowding ends when there is a box to guarantee the deposits moreover this state will be motivation for them to deposit their extra money in the banks and this leads to increase the monetary fluidity to take its way to the credit activity for the different bank sectors .

The Egyptian legislator established a box to guarantee the deposits in the item 78 of the act of the Central Bank and the bank system and made him as artificial personality and independent budget .

12- the weakness of the supervision system on the banks as a result of the legal base which organized the bases of the bases of the supervision and searching in the item 53 of the Iraqi act of the banks which give the searchers the independence and strength to do their inspectional role . the period of their responsibility was not limited and they should not swear before practicing their jobs . the legal base did not make their direct connection with the governor of the Central Bank or presentation their reports to him to be exposed to any intrusion or effect on their work . also , it did not prevent them to accept any gift or credit for them or their families and to work with the other private banks during the official holidays but these states may be entrances to enter some banks when contain many legal offences and financial corruption under the pretext of the use from their experiences to develop the work of bank in return of much money .

13. granting the credit without guarantees carries the risks of the non-paying up. the article (B) of the item 27 of the Iraqi act of banks permitted granting the credit without guarantees by the text (the credits are granted either they are guaranteed or not ...) as for the comparative law , it provided in the item 57 of the Central Bank act and bank system and the Egyptian fund on the banks while presentation to the credit that who asks for credit should be reputable and has self and enough sources . the studies should prove efficiency of his expected monetary flushes for his activates to execute his commitments but like these terms were not mentioned in the Iraqi act of banks .

14- from the major risks on the bank sector is accepting of the clerk of the Central Bank the gift or credit from the private banks .

The article (5) of the item (21) of the act of the Iraqi Central Bank issued by the American ruler , then , no (56) for the

year 2004 prevented the clerk of the Central Bank to accept the gift or credit but that prevention is not absolute or decisive it is provided prevention by its effectiveness on his loyalty or subjectivity for his duties to make that prevention as a scale to achieve the tem or not . the clerk evaluates himself if he accepts the gift , will that effect his loyalty or subjectivity in his work or not the one who alleges the opposite of that he will bear the burden of proof according to the following text (the governor or his deputy or anyone of council members or any clerk of the Iraqi Central Bank should not accept any gift or credit for himself or instead of anyone has family or commercial or financial relation with him if his loyalty or subjectivity of his duties in the Iraqi Central Bank will be effected by that the legislator in this article permitted for taking the bribery under the coverage of gift and exploiting the job under the coverage of credit and let the financial corruption to wear the law dress .

Secondly : recommendations and suggestion :

- 1- Issuing anew act for the Iraqi Central Bank and Iraqi banks by committee composed of experts of banks and private law .
- 2- A second external accounts reviewing for the Iraqi private banks should be assigned . it should be chosen and paid by the Iraqi central bank.
- 3- The ratio of possession of the natural or moral persons for the bank shares should be limited not more than 10% of the bank capital . the natural person's account should include his possession as well as the his relative's possessions until the 4th degree .
- 4- A box to guarantee the deposits should be established . this box should have a moral personality and independent budget . the state and private banks should finance that box .
- 5- The supervision system on the banks should be reinforced by forming a committee of the inspectors to take its decisions by the majority and it connects with the governor of the Iraqi Central Bank directly . the period of their task should be limited and they should be prevented from taking any gift or credit by them or their relatives and working for the private

banks during the official holidays . They should swear before the highest authority in the country before starting their jobs . they should get 10% of the fines amounts which imposed on the banks as a result of legal fines or financial corruption discovered by them .

- 6- The ceiling of the granted credit should be limited without guarantees provided the good reputation of the one who asking or the credit there is study proves that this expected monetary flushes for his activates are enough and he has self-sources enough to pay back the granted credit .
- 7- The article (5) of the item 21 of act of the Iraq Central Bank should be amended to make the text (as following the governor or his deputy or any one of the council members or any clerk in the Iraqi Central Bank should not accept any gift or credit from the Iraqi financial foundations for himself or instead of any person has family relation or commercial or financial with him until the 4th degree for any reason) .
- 8- Specialized financial foundations should be established to buy the guaranteed debts with mortgage for its importance to treat the lack of the monetary fluidity in the bank fluidity in the banks and or guarantee the banks from the stoppage of paying .

God is the Owner of Success



جامعة سانت كلمنتس

دور الرهن في تأمين المصارف من مخاطر الائتمان دراسة مقارنة

أطروحة مقدمة من قبل
موسى فاضل عباس

إلى مجلس جامعة سانت كلمنتس
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة دكتوراه
القانون الخاص

إشراف
أ.م.د. أحمد سامي المعموري

1435هـ

2014م



(وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ
وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا
فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ...)

صدق الله العلي العظيم

سورة البقرة: 283

الإهداء

إلى من أنشأ أولى الحضارات
الإنسانية، وشيّرَ أولى الشرائع
القانونية، وأسس أولى المدارس
التعليمية،

أهدي ثمرة جهدي إلى وطني الجريح...
العراق، شافاك الله يا وطني، وأنهضك من
ركام التآمر والتناحر، مارداً تملأ
الأرض نوراً، بعدما ملئت جوراً.

الباحث

شكر وعرفان

الشكر لله على ما أولانا من فيض كرمه
وجزيل إحسانه، وعلمنا ما لم نكن نعلم،
فأحمده حمدا دائما أبدا، على نعمه
السابغة ومننه السائغة، فهداني إلى
سلوك سبل العلم ويسّر لي اتمام أطروحتي،
فالكلمات تعجز عن مكافأة عظيم فضله
وكرمه.

وبعد شكر الله سبحانه أتقدم بالشكر
والتقدير لأستاذي الذي أشرف على هذه
الأطروحة الدكتور أحمد سامي المعموري، لما
أبداه من ملاحظات مهمة كان لها الأثر في
تقويم الأطروحة، فجزاه الله عني خيرا، ومتّعه
بموفور الصحة والعافية وأحسن عاقبته.

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة:.....	3-1
الباب التمهيدي: مفهوم الرهن	77-4
الفصل الأول: التطور التاريخي للرهن.....	53-6
المبحث الأول: الرهن في التشريعات القديمة.....	23-8
المطلب الأول: الرهن في التشريعات العراقية القديمة.....	18-8
الفرع الأول: القوانين التي سبقت قانون حمورابي.....	12-9
الفرع الثاني: قانون حمورابي.....	15-12
الفرع الثالث: حق الملكية وظهور عقد الرهن.....	18-15
المطلب الثاني: الرهن في التشريعات الرومانية القديمة.....	23-18
الفرع الأول: الدعاوى المتعلقة بالرهن.....	21-19
الفرع الثاني: تطور عقد الرهن في القانون الروماني.....	23-21
المبحث الثاني: الرهن بعد ظهور الإسلام.....	39-24
المطلب الأول: الرهن عند جمهور الفقهاء.....	33-24
الفرع الأول: تعريف الرهن وأدلة مشروعيته.....	27-25
الفرع الثاني: القبض في عقد الرهن.....	29
الفرع الثالث: أحكام الانتفاع بالمال المرهون.....	33-30
المطلب الثاني: الرهن عند الجعفرية.....	39-33
الفرع الأول: تعريف الرهن عند الجعفرية وأدلة مشروعيته....	34-33
الفرع الثاني: قبض المرهون عند الجعفرية.....	36-34
الفرع الثالث: أحكام استثمار المال المرهون.....	38-36

الموضوع	رقم الصفحة
الفرع الرابع: أحكام الرهن التأميني.....	39-38
المبحث الثالث: الرهن في التشريعات الحديثة.....	53-40
المطلب الأول: الرهن في التشريعات العراقية الحديثة.....	47-40
الفرع الأول: الرهن قبل احتلال الدولة العثمانية للعراق.....	42-41
الفرع الثاني: الرهن في عصر الدولة العثمانية.....	44-42
الفرع الثالث: الرهن في القانون المدني العراقي.....	47-44
المطلب الثاني: الرهن في التشريعات المصرية الحديثة.....	53-47
الفرع الأول: الرهن في مصر في عصر الدولة العثمانية.....	50-48
الفرع الثاني: الرهن في التقنين المدني المصري.....	53-50
الفصل الثاني: التعريف بالرهن.....	77-54
المبحث الأول: تعريف الرهن وأهميته للمصارف.....	59-55
المطلب الأول: تعريف الرهن.....	57-55
الفرع الأول: تعريف الرهن لغة.....	56-55
الفرع الثاني: تعريف الرهن اصطلاحاً.....	57-56
المطلب الثاني: أهمية الرهن للمصارف.....	59-57
المبحث الثاني: طبيعة الرهن وخصائصه وشروطه.....	71-60
المطلب الأول: طبيعة الرهن.....	63-60
الفرع الأول: عقد الرهن.....	61-60
الفرع الثاني: حق الرهن.....	63-61
المطلب الثاني: خصائص الرهن.....	66-63

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الثالث: شروط الرهن.....	71-66
الفرع الأول: الشروط العامة.....	69-67
الفرع الثاني: الشروط الخاصة في الرهن.....	71-69
المبحث الثالث: تمييز الرهن ومقارنته بما يشته به.....	77-72
المطلب الأول: أوجه الشبه بين الرهن كتأمين عيني وبين التأمينات الشخصية.....	75-72
المطلب الثاني: أوجه الاختلاف بين الرهن كتأمين عيني وبين التأمينات الشخصية.....	77-75
الباب الأول: الرهن التأميني	157-78
الفصل الأول: مفهوم الرهن التأميني	104-79
المبحث الأول: التعريف بالرهن التأميني.....	87-80
المطلب الأول: تعريف الرهن التأميني ومزاياه وطبيعته القانونية	82-80
الفرع الأول: تعريف الرهن التأميني اصطلاحاً.....	81-80
الفرع الثاني: مزايا الرهن التأميني.....	82-81
المطلب الثاني: خصائص الرهن التأميني.....	85-83
المطلب الثالث: أهمية الرهن التأميني للمصارف.....	87-85
المبحث الثاني: إنشاء الرهن التأميني.....	104-88
المطلب الأول: الشروط الشكلية لإنشاء الرهن التأميني.....	93-88
الفرع الأول: معنى الشكلية.....	91-88
الفرع الثاني: الحكمة من اشتراط الشكلية.....	93-91
المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لإنشاء الرهن التأميني.....	104-93

الموضوع	رقم الصفحة
الفرع الأول: الشروط العامة.....	99-93
الفرع الثاني: الشروط الخاصة (تخصيص الرهن).....	104-99
الفصل الثاني: آثار الرهن التأميني..... ...	137-105
المبحث الأول: آثار الرهن التأميني بالنسبة للراهن.....	112-106
المطلب الأول: التزامات الراهن.....	109-106
الفرع الأول: التزام الراهن بضمان سلامة الرهن.....	107-106
الفرع الثاني: التزام الراهن بضمان الهلاك أو التلف.....	109-108
المطلب الثاني: حقوق الراهن.....	112-109
الفرع الأول: حق الراهن في التصرف في العقار المرهون....	111-109
الفرع الثاني: حق الراهن في إدارة العقار المرهون.....	112-111
المبحث الثاني: آثار الرهن التأميني بالنسبة إلى الدائن المرتهن..	122-113
المطلب الأول: التنفيذ على المدين	118-113
الفرع الأول: حق الدائن المرتهن في الضمان العام.....	115-113
الفرع الثاني: حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون.	118-115
المطلب الثاني: التنفيذ على الكفيل العيني.....	122-118
الفرع الأول: إجراءات التنفيذ على الكفيل العيني وطرق الطعن القانونية.....	121-118
الفرع الثاني: حق الدائن المرتهن على سائر أموال المدين.....	122-121
المبحث الثالث: آثار الرهن التأميني بالنسبة للغير.....	137-123
المطلب الأول: حق التقدم.....	130-123

الموضوع	رقم الصفحة
الفرع الأول: مرتبة الدائن المرتهن عند التزامه.....	126-123
الفرع الثاني: نطاق حق التقدم.....	130-126
المطلب الثاني: حق التتبع.....	137-130
الفرع الأول: إجراءات تنفيذ حق التتبع.....	133-130
الفرع الثاني: خيارات الحائز.....	137-133
الفصل الثالث: انقضاء الرهن التأميني.....	157-138
المبحث الأول: انقضاء الرهن التأميني بصفة تبعية.....	150-139
المطلب الأول: بطلان سند الدين أو فسخه.....	142-139
الفرع الأول: بطلان سند الدين.....	140-139
الفرع الثاني: زوال الدين بسبب الفسخ.....	142-140
المطلب الثاني: الوفاء بالدين.....	146-142
الفرع الأول: وفاء المدين بالالتزام.....	143-142
الفرع الثاني: الوفاء مع الحلول.....	143
الفرع الثالث: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.....	146-144
المطلب الثالث: انقضاء الالتزام من دون ان يتم الوفاء به.....	150-146
الفرع الأول: الإبراء من الدين.....	146
الفرع الثاني: استحالة الوفاء.....	147
الفرع الثالث: تقادم الدين.....	150-147
المبحث الثاني: انقضاء الرهن التأميني بصفة أصلية.....	157-151
المطلب الأول: تطهير (تحرير) العقار المرهون.....	153-151

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الثاني: بيع العقار المرهون بالمزاد العلني.....	154-153
المطلب الثالث: هلاك العقار المرهون.....	156-154
المطلب الرابع: نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن.....	157-156
الباب الثاني: الرهن الحيازي ومخاطر الائتمان المصرفي	265-158
الفصل الأول: مفهوم الرهن الحيازي وأهميته للمصارف.....	173-159
المبحث الأول: التعريف بالرهن الحيازي وأهميته للمصارف.....	166-160
المطلب الأول تعريف الرهن الحيازي.....	162-160
المطلب الثاني: خصائص الرهن الحيازي.....	164-162
المطلب الثالث: أهمية الرهن الحيازي للمصارف.....	166-164
المبحث الثاني: إنشاء الرهن الحيازي.....	173-167
المطلب الأول: الشروط العامة لإنشاء الرهن الحيازي.....	170-167
الفرع الأول: الرضا.....	168-167
الفرع الثاني: محل الرهن الحيازي.....	169-168
الفرع الثالث: السبب.....	170-169
المطلب الثاني: الشروط الخاصة لإنشاء الرهن الحيازي.....	173-170
الفرع الأول: الالتزام المضمون.....	171-170
الفرع الثاني: المال المرهون.....	173-171
الفصل الثاني: آثار الرهن الحيازي وطرائق انقضائه.....	201-174
المبحث الأول: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للراهن.....	181-175
المطلب الأول: التزامات الراهن.....	179-175

الموضوع	رقم الصفحة
الفرع الأول: الالتزام بتسليم حق الرهن.....	176-175
الفرع الثاني: الالتزام بإنشاء الشيء المرهون.....	177-176
الفرع الثالث: الالتزام بضمان سلامة الرهن.....	178-177
الفرع الرابع: ضمان الراهن هلاك المرهون.....	179-178
المطلب الثاني: حقوق الراهن.....	181-179
الفرع الأول: حق الراهن في ممارسة سلطات المالك.....	180
الفرع الثاني: حق الراهن في استرداد المرهون أو وضعه بيد عدل	181
المبحث الثاني: آثار الرهن الحيازي بالنسبة إلى الدائن المرتهن...	187-182
المطلب الأول: التزامات الدائن المرتهن.....	187-182
الفرع الأول: الالتزام بالمحافظة على الشيء المرهون.....	183-182
الفرع الثاني: الالتزام باستثمار الشيء المرهون.....	184-183
الفرع الثالث: الالتزام بإدارة الشيء المرهون.....	186-184
الفرع الرابع: رد الشيء المرهون.....	187-186
المبحث الثالث: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للغير.....	195-188
المطلب الأول: شروط نفاذ الرهن الحيازي بحق الغير.....	190-188
الفرع الأول: المقصود بالغير.....	188
الفرع الثاني: نفاذ الرهن في حق الغير.....	190-189
المطلب الثاني: حق الحبس.....	192-191
المطلب الثالث: حق التقدم.....	194-192
المطلب الرابع: حق التتبع.....	195-194
المبحث الرابع: انقضاء الرهن الحيازي.....	201-196

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الأول: انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية.....	197-200
الفرع الأول: انقضاء الرهن الحيازي تبعاً لبطلان العقد او فسخه	197
أولاً: انقضاء الرهن الحيازي بسبب البطلان.....	197-198
ثانياً: انقضاء الرهن الحيازي بسبب الفسخ.....	198-199
الفرع الثاني: انقضاء الرهن الحيازي بالطرق العامة لانقضاء الالتزام.....	200
المطلب الثاني: انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية.....	200-201
الفصل الثالث: مخاطر الائتمان المصرفي.....	202-265
المبحث الأول: مفهوم الائتمان.....	203-214
المطلب الأول: تعريف الائتمان وأهميته.....	203-207
الفرع الأول: تعريف الائتمان.....	203-205
الفرع الثاني: أهمية الائتمان.....	205-207
المطلب الثاني: لمحة تاريخية عن الائتمان.....	207-209
الفرع الأول: الائتمان في العصور القديمة.....	207-208
الفرع الثاني: الائتمان في العصور الوسطى.....	208-209
الفرع الثالث: الائتمان في العصور الحديثة.....	209
المطلب الثالث: أنواع الائتمان.....	210-214
الفرع الأول: أنواع الائتمان بحسب المدة الزمنية.....	210-211
الفرع الثاني: أنواع الائتمان بحسب الغرض منه.....	212-213
الفرع الثالث: تصنيفات أخرى للائتمان.....	213-214
المبحث الثاني: صور الائتمان المصرفي.....	215-248

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الأول: القرض المصرفي.....	218-215
المطلب الثاني: الخصم المصرفي.....	221-218
المطلب الثالث: الائتمان للسحب على المكشوف.....	224-221
المطلب الرابع: الاعتماد المستندي.....	239-224
الفرع الأول: تعريف الاعتماد المستندي وأهميته.....	226-224
الفرع الثاني: التزامات المصرف فاتح الاعتماد.....	231-226
الفرع الثالث: أنواع الاعتمادات المستندية.....	239-231
المطلب الخامس: خطاب الضمان.....	247-239
الفرع الأول: تعريف خطاب الضمان وأهميته.....	242-239
الفرع الثاني: خصائص خطاب الضمان.....	246-242
الفرع الثالث: أنواع خطابات الضمان.....	248-246
المبحث الثالث: صور مخاطر الائتمان المصرفي.....	265-249
المطلب الأول: الأزمات المالية والمصرفية والمخاطر النظرية....	258-249
الفرع الأول: الأزمات المالية والمصرفية الماضية.....	253-249
الفرع الثاني: المخاطر النظرية.....	258-253
المطلب الثاني: المخاطر العملية.....	265-258
الفرع الأول: المخاطر العامة المؤثرة في الائتمان.....	261-258
الفرع الثاني: صور المخاطر العملية للائتمان المصرفي.....	265-261
الخاتمة (النتائج والتوصيات):.....	273-266
المصادر.....	290-274
ملخص اللغة الانكليزية.....	A - G

المقدمة

لقد شجعنا على اختيار موضوع الأطروحة (دور الرهن في تأمين المصارف من مخاطر الائتمان . دراسة مقارنة) لأهميته وتعدد الأدوار التي تقوم بها المصارف ولامتلاكها القدرة على خدمة الأهداف الاقتصادية وتحقيق ودعم عملية التنمية الاقتصادية والاستقرار الاقتصادي، وتقوم بدور الوسيط بين المودعين والمقترضين، وتوجيه المدخرات المتجمعة لديها حسب حاجة القطاعات الاقتصادية، وتمويل التجارة الداخلية والخارجية، ومن أهم أنشطتها هو منحها الائتمانات التعهدية والنقدية والذي كان وراء تطور الاقتصاديات الحديثة في العالم، وتأتي أهمية الحفاظ عليها وتقليل تلك المخاطر وتأمينها منها من العوامل المساعدة في إنجاحها وضمان استمرارها وتطورها، وهي مسؤولية يتطلبها سلامة الاقتصاد الوطني.

أولاً: فرضية البحث: ينطلق البحث من فرضية مفادها تعرض المصارف التجارية الخاصة العراقية إلى مخاطر ائتمانية متعددة ومتنوعة، منها مخاطر نظرية تتعلق بقصور التشريعات المصرفية، ووجود منافذ قانونية تتسبب منها بعض تلك المخاطر، ومنها مخاطر على الصعيد العملي، وتلك المخاطر يمكن معالجتها والتقليل من آثارها وتأمين حياة المصارف منها بالاعتماد على الرهن لما يتمتع من خصائص جعلته أهم وأقوى عقود التوثيق والضمان وتحقيق بعض الإصلاحات على التشريعات المصرفية.

ثانياً: أهمية البحث: يكتسب هذا البحث أهمية كبيرة لتناوله موضوعاً معاصراً مهماً يتعلق بالقطاع المصرفي الخاص، والذي هو بحاجة ماسة إلى مثل هكذا مواضيع، وتجلت أهمية البحث في استعراض وتحليل المخاطر التي تتعرض لها المصارف والتركيز على مخاطر الائتمان المصرفي ومعرفة الأسباب المؤدية إلى تلك المخاطر والمنافذ القانونية التي تتسبب منها ووضع المعالجات لها وإبداء المقترحات والتوصيات لسد تلك المنافذ القانونية وشرح دور الرهن بنوعية الرهن التأميني والرهن الحيازي كوسيلة ضمان فعالة

وأمانة من شأنه أن يلعب دوراً هاماً ومؤثراً في الحفاظ على المصارف وتأمينها من مخاطر الائتمان وضمان نجاحها واستمرارها في السوق المصرفية.

ثالثاً: مشكلة البحث: تعاني المصارف العراقية التجارية الخاصة في العراق من مخاطر ائتمانية متعددة أدت إلى تعثر البعض منها وإفلاس بعضها وقد وضعت تحت وصاية البنك المركزي العراقي.

رابعاً: هدف البحث: يهدف البحث إلى دراسة وتحليل مخاطر الائتمان المصرفي والجوانب التشريعية والقانونية المتعلقة به، ووضع الحلول اللازمة لمعالجتها وتقديم المقترحات والتوصيات لإصلاح التشريعات المصرفية وإظهار خصائص الرهن ومزاياه وأهميته ودوره في تأمين المصارف من مخاطر الائتمان.

خامساً: منهج البحث: لقد سلكنا المنهج التحليلي في جميع مواضيع البحث وفي المقارنة بين التشريعات العراقية والتشريعات المصرية، وتحليل خصائص ومزايا نظام الرهن وأهميته للمصارف وتحليل مخاطر الائتمان المصرفي.

سادساً: نطاق البحث: إن دراستنا لموضوع البحث كانت دراسة مقارنة وقد اخترنا القانون المقارن لدراستنا هي التشريعات المصرية لما عُرفَ عنها من تأثيرها بالتشريعات التي استقرت في أرقى التقنيات الغربية، والوقوف على الاختلاف في نصوص المواد القانونية في التشريعات العراقية والمصرية وإظهار ميلنا إلى أي منها مع توضيح أسباب هذا الميل، وبالاستفادة من آراء فقهاء القانون الذين كتبوا في موضوع الرهن.

سابعاً: هيكلية البحث: استند هيكل الأطروحة إلى ثلاثة أبواب، سبقتها مقدمة وأعقبها خاتمة، تناولنا في الباب التمهيدي مفهوم الرهن واحتوى على فصلين، الفصل الأول بحثنا فيه التطور التاريخي للرهن والفصل الثاني: التعريف بالرهن، والباب الأول بحثنا فيه الرهن التأميني وتفرع إلى ثلاثة فصول الفصل الأول: بحثنا فيه مفهوم الرهن التأميني، والفصل الثاني: آثار الرهن التأميني، والفصل الثالث: انقضاء الرهن التأميني أما

الباب الثاني الأخير : خصصناه للرهن الحيازي ومخاطر الائتمان المصرفي، وتفرع إلى ثلاثة فصول بحثنا في الفصل الأول مفهوم الرهن الحيازي وأهميته للمصارف والفصل الثاني: آثار الرهن الحيازي وطرائق انقضائه، والفصل الثالث بحثنا فيه مخاطر الائتمان المصرفي.

الباب التمهيدي

مفهوم الرهن

الباب التمهيدي: مفهوم الرهن:

قبل الخوض في تفاصيل قواعد الرهن كوسيلة لضمان الوفاء بالالتزامات، لابد لنا من دراسة بذور نشأته الأولى، وجذوره الممتدة عبر التاريخ، التي كانت هي الأساس الذي مهد لبناء قواعده، ولابد لنا من التعريف به ومعرفة الأسباب والعوامل التي أدت إلى تطور قواعده في العصر الحديث، حتى نكون على بيّنة ودراية من التجارب الماضية التي شرّعت الرهن وطوّرت نصوصه من أجل طمأنة الدائن على استحصال حقه واسترجاع رأس المال، ولتشجيع منح القروض لدفع عجلة الحياة نحو الأمام.

وهذه التجارب تزيد من ثقافتنا القانونية لتنمية قدراتنا ولمعرفة قواعد الرهن النافذة وفحصها، ومعرفة مدى فعاليتها بوصفها وسيلة لضمان منح الائتمان لتطوير الحياة الاقتصادية ودفعها إلى الأمام، ولاستشراف آفاق تطويرها مستقبلا بما يتلاءم مع التطور وحاجات العصر لرسم مستقبل أفضل يطمئن له الجميع ويزداد الناتج الاقتصادي لتوفير حاجات الناس ويسعد بذلك المجتمع.

ومن أجل ذلك سندرس هذا الباب بفصلين هما:

الفصل الأول: التطور التاريخي للرهن.

الفصل الثاني: التعريف بالرهن.

الفصل الأول

التطور التاريخي للرهن

الفصل الأول: التطور التاريخي للرهن:

مما لا شك فيه إنّ القوانين الحديثة قد ولدت متأثرة بالقوانين التي سبقتها، ومن الضروري عند دراسة أي قاعدة قانونية معرفة مصادرها كيف نشأت وما هي أسباب نشوئها والعوامل التي أدّت إلى تطورها عبر مراحل التاريخ، ومعرفة حجم هذا التطور من مجتمع إلى آخر ومن شعب إلى آخر، ليس لترف المعرفة وإنما لضرورة المعرفة التي بها نطلع على نتائج مختبرات التجارب الماضية وما ترشح عنها من سلبيات لتجاوزها ومن ايجابيات لبنني عليها حتى يتسنى لنا معرفة طريق مسيرتنا بوضوح وإلى أي اتجاه نحن ذاهبون.

لذا سندرس في هذا الفصل مراحل التطور التاريخي للرهن بثلاثة مباحث:

المبحث الأول: سندرس فيه الرهن في التشريعات القديمة.

المبحث الثاني: سنبحث فيه الرهن بعد ظهور الإسلام.

المبحث الثالث: الرهن في التشريعات الحديثة.

المبحث الأول

الرهن في التشريعات القديمة

شرعت المجتمعات القديمة الرهن عندما تغيّرت حياتها المعيشية من حياة الرعي والصيد البسيطة إلى حياة أكثر تعقيدا بدأت بامتهان الزراعة وتطلب منها أن تتعامل مع التطورات الطبيعية في بناء السدود والخزانات وتنظيم طرق الري، وازدادت الحاجة إلى الرهن بوصفه وسيلة لضمان تمويل التجارة الخارجية.

وأول ظهور لقواعد الرهن كان في تشريعات الإمبراطوريات القديمة؛ لذا سندرس هذا المبحث في مطلبين، المطلب الأول سنبحث في التشريعات العراقية القديمة، والمطلب الثاني سنبحث في التشريعات الرومانية القديمة.

المطلب الأول: الرهن في التشريعات العراقية القديمة :

قبل نشوء الحضارة السومرية، كان أمير القبيلة أو شيخها يمتلك كل أراضي إقليمها وهذه الملكية ليست خاصة به، وإنما ملكية جماعية للقبيلة على سبيل الشيوخ، في هذا النظام القبلي لم يُعرف الرهن، وإنما عرف عقد القرض الخالي من الفائدة⁽¹⁾.

وبعد أن امتنح العراقيون القدامى الزراعة التي تتطلب نوعا من الاستقرار والثبات والتنظيم وتمكنوا من الاستفادة من الموارد الطبيعية بإقامة السدود والخزانات وتنظيم طرق الري، وابتكروا الكتابة وإنشاء لغة راقية عرفت بالكتابة المسمارية⁽²⁾، فتعلموا وعلموا الناس القراءة والكتابة وأسسوا أول المدارس في تاريخ البشر وأقاموا أول حضارة عرفها التاريخ بدأت في العام 4000 ق.م⁽³⁾.

وشرعوا القانون المدون وهو أحد أكثر الخصائص التي تميزت بها الحضارة السومرية، وقد حرصوا على تقنين مختلف مناحي حياتهم الاجتماعية والاقتصادية⁽⁴⁾.

ثم تطورت التشريعات المدونة في عصر الدولة البابلية فكانت شريعة حمورابي

(1) د. محمود سلام زناتي، تاريخ النظم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص173.

(2) د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية و الاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص203.

(3) د. محمود سلام زناتي، مصدر سابق، ص173.

(4) محمود أبو زيد، المختصر في تاريخ الفكر الاجتماعي، ط1، دار غريب، القاهرة، 1998، ص11.

المشهور، وهي أهم قانون مدون في العصور القديمة عرفه التاريخ؛ لذا سنقسم دراستنا في هذا المطلب على ثلاثة فروع؛ الفرع الأول سندرس فيه القوانين التي سبقت قانون حمورابي، والفرع الثاني: قانون حمورابي، والفرع الثالث: حق الملكية وظهور عقد الرهن.

الفرع الأول: القوانين التي سبقت قانون حمورابي:

أولاً: قانون أورنمو: يعد قانون أورنمو أول وثيقة قانونية مدونة في العراق القديم بعد إصلاحات (أوركاجينا) وأقدم قانون مدون في تاريخ البشر⁽⁵⁾.

وأورنمو من الملوك السومريين من سلالة أور الثالثة (2111-2003 ق.م)، وشريعته سابقة لقانون حمورابي بثلاثة قرون⁽⁶⁾، ويعود له الفضل في تحقيق النهضة الحضارية لأسرة أور الثالثة وشهدت مدة حكمه (2061-2043 ق.م)⁽⁷⁾ بحفر القنوات وبناء الأسوار والمعابد القديمة المعروفة بالزقورات في المدن الكبيرة، التي مازالت آثار قسم منها موجودة في جنوب العراق وفي محافظة ذي قار مدينة الناصرية، وامتازت دولته بالتنظيم وتقوية الحكم المركزي في حكم الأقاليم⁽⁸⁾، وازدهر فيها الأدب والفن بأقسامه النحت والنقش⁽⁹⁾.

وقد عثر على قانون أورنمو في بداية القرن الماضي منقوشاً على لوح مسماري من الطين باللغة السومرية ونشرت نصوصه عام 1953، وهذه المدونة محفوظة في متحف الشرق في إستانبول بتركيا⁽¹⁰⁾. ويتكون القانون من مقدمة ومنت ويحتوي على (31) مادة وتليها خاتمة⁽¹¹⁾.

(5) صموئيل نواح كريم، ترجمة طه باقر، من ألواح سومر، مكتبة المثنى، بغداد، (د.ت)، ص 119.

(6) د. صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، ط 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 76.

(7) د. صبيح بشير مسكوني، تاريخ القانون العراقي القديم، مطبعة شفيق، بغداد، 1979، ص 94.

(8) عبد الحميد زايد، الشرق الخالد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 68.

(9) رشيد النافوري، المدخل في التحليل الموضوعي المقارن للتاريخ السياسي والحضاري في جنوب آسيا وشمال أفريقيا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 276.

(10) د. صوفي أبو طالب، مصدر سابق، ص 203.

(11) د. عامر سليمان، تاريخ العراق القديم، ج 1، مطبعة جامعة الموصل، 1977، ص 193.

ويتميز قانون أورنمو بما يأتي:

1. عنايته بالأسرة وجعلها من الاسبقيات في القانون وخصص لها المواد من(1-12)⁽¹²⁾.

2. أخذ بمبدأ التعويض بدلا من العقوبة بالقصاص.

وبعد هذا التخفيف في العقاب مؤشرا على التطور الذي وصل إليه ذلك المجتمع⁽¹³⁾، وقد استثنى حالات محددة ونادرة لم يشملها بالتعويض والغرامة منها زنى الزوجية فكانت عقوبتها الموت ذبحاً⁽¹⁴⁾. لكنه أعطى للزوجة حقوق لم تكن معروفة من قبل فقد أعطاها الحق في أن تطلب التفريق عن زوجها، إذا ما أساء اليها والى حقوقها الزوجية (م/6 من قانون اورنمو)⁽¹⁵⁾.

3. أول من أوجد العقود الشكلية، والشكلية شَبَرطها في عقد الزواج، فالزواج عنده يتم بعقد خاص وبدون على رقيم طيني، والزواج الفاقد لهذه الشكلية يعد زواج غير شرعي⁽¹⁶⁾.

ثانياً: قانون لبت عشتار: الملك لبت عشتار هو خامس ملوك سلالة آيسن(1794-2017 ق.م) ومدة حكمه عشرة سنوات تقريباً (1934-1924 ق.م) وكانت شريعته مدوّنة على رقيم طيني وتحتوي على مقدمة ومثن يتكون من 38 مادة وتعقبها خاتمة⁽¹⁷⁾.

وشريعة لبت عشتار محفوظة حالياً في متحف فيلادلفيا⁽¹⁸⁾ ويتميز قانون لبت عشتار بما يأتي:

⁽¹²⁾د. عامر سليمان، تاريخ العراق القديم، مصدر سابق، ص203.

⁽¹³⁾د. فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، دار الحرية، بغداد، 1979، ص25.

⁽¹⁴⁾محمد بيومي مهران، تاريخ العراق القديم، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1990، ص178.

⁽¹⁵⁾د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص76.

⁽¹⁶⁾المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

⁽¹⁷⁾عبد الوهاب حميد رشيد، حضارة وأدب الرافدين، ط1، دار الهدى، دمشق، 2004، ص122.

⁽¹⁸⁾د. صوفي أبو طالب، مصدر سابق، ص203.

1. هو أول من وضع مبدأ براءة المتهم حتى تثبت إدانته⁽¹⁹⁾.

2. حث على تحرير العقود في التعاملات بين الناس ومعززة بشهود وان مدعي الشراء لم يراعي هذه الشكلية ليس عاجزاً عن الإثبات فحسب بل يعد سارقاً ويعرض نفسه إلى القتل وهي العقوبة المقررة على السارق⁽²⁰⁾.

3- منح بعض الحقوق للعبيد لم تمنح سابقاً، فقد أعطى للعبيد فرصة تحرير أنفسهم إذا ما دفع لسيده ضعف المبلغ الذي اشتراه به⁽²¹⁾.

ثالثاً: قانون أشنونا (بلالاما): قامت مملكة أشنونا (1761-2000 ق.م) على أنقاض سلالة أور الثالثة واتخذت من مدينة (أشنونا) عاصمة لها، وهي مدينة (تل أسمر) حالياً وتقع على بعد خمسين ميلاً من الشمال الشرقي لعاصمة العراق بغداد حالياً⁽²²⁾.

وقد شرع هذا القانون في عصر الملك (بلالاما) وكتب باللغة البابلية، وتضمن مقدمة و متن أحتوى على 61 مادة⁽²³⁾. وعثر عليه عام 1945م، من قبل مؤسسة الآثار العراقية في (تل حرمل) قرب العاصمة بغداد⁽²⁴⁾، وأهم ما تميز به القانون ما يأتي:

1- أقر مبدأ الشفعة في البيع، فأعطى حق الأفضلية للأخوة في شراء نصيب أخيه من الميراث إذا رغب في بيعه، وذلك من أجل أن لا تنتقل أموال الأسرة إلى أيادي أجنبية⁽²⁵⁾. وشجع الأخ على الشراء للحفاظ على أموال الأسرة وحثه على ذلك من خلال تخفيض ثمن البيع له إلى النصف، حيث جاء في المادة/39 من قانون أشنونا (يستطيع الأخ إذا كان راغباً في شراء المبيع أن يملكه بنصف الثمن الذي يبيع

(19) د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص 78.

(20) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(21) د. عامر سليمان، مصدر سابق، ص 201.

(22) محمد بيومي مهران، حضارات الشرق الأدنى القديم، ج1، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 427.

(23) د. صبحي بشير مسكوني، مصدر سابق، ص 94.

(24) د. شعيب احمد الحمداني، قانون حمورابي، بيت الحكمة للنشر، بغداد، 1988، ص 133.

(25) احمد، أمين سليم، حضارة العراق القديم، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 247.

إلى الأجنبي⁽²⁶⁾.

2. اهتمامه بالحياة الاقتصادية وتنظيمها وتجلى ذلك بتحديد أسعار بعض السلع الرئيسية كالشعير والزيت والصوف والنحاس والملح، وتحديد أجور العمال لحمايتهم من الاستغلال وتحديد أجور الحيوانات والقوارب⁽²⁷⁾.

3. جمع في العقوبات بين القصاص والتعويض، فأقر مبدأ القصاص في القتل والديه على الجروح التي لا تؤدي إلى الوفاة⁽²⁸⁾.

4. أخذ بمبدأ الظروف المشددة للعقوبة والظروف المخففة لها، فالسرقة ليلاً في شريعته عقابها الموت، أما السرقة نهاراً إذا تمت داخل سياج دار أو حقل فعقوبتها الغرامة ومقدارها عشرة شقيقات من الفضة⁽²⁹⁾.

الفرع الثاني: قانون حمورابي:

حمورابي الملك البابلي المشهور (1710-1670 ق.م)⁽³⁰⁾. الذي تحلى بصفات القائد والسياسي ورجل الدولة المتميز، وحّد بلاد ما بين النهرين بقسميها الشمالي والجنوبي، وقد اعتمد سياسة التحالفات والمعاهدات الثنائية قبل أن يشن حملاته التوسعية، مما ساعد على نهضة الحضارة البابلية وأصبحت في عصره إمبراطورية مترامية الأطراف⁽³¹⁾.

ودام حكمه أكثر من أربعين عاماً، وفي السنة الثلاثين من حكمه أصدر شريعته المشهورة تضمنت مقدمة موضحاً فيها الأسباب التي دفعته إلى إصدار القانون ومتمن يحتوي على 288 مادة وخاتمة وعدّ كل قاعدة قانونية سابقة لقانونه ملزمة ما لم

(26) د. شعيب احمد الحمداني، مصدر سابق، ص125.

(27) د.صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص80.

(28) احمد أمين سليم، مصدر سابق، ص247.

(29) د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص80.

(30) د. فايز محمد حسين ود. طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص81.

(31) عبد الحكيم الذنون، التشريعات البابلية، ط2، دار علاء الدين، دمشق، 1999، ص32.

يخالفها نص بقانونه⁽³²⁾. واتسمت شريعته بجملة من الخصائص ميزتها عن القوانين التي سبقها وكما يأتي:

1. أزال ولاية القضاء عن الكهنة وأنشأ المحاكم المدنية يتولى وظيفة القضاء فيها موظفون يعينهم الملك، ولم يبق للكهنة سوى اختصاص قليل القيمة وهو إذا ما أرادت المحكمة تحليف أحد الخصوم اليمين أحالته إلى الكهنة ليؤدي القسم أمامهم⁽³³⁾.

2. أنشأ درجتين من المحاكم، فكانت محاكم الدرجة الأولى في النواحي والقرى والمدن وتتكون من عدة قضاة وعددهم بين أربعة إلى ثمانية قضاة يعاونهم عدد من المحققين وكتبه ورجال الشرطة، ومحكمة استئناف وهي محكمة عليا مقرها المحافظة أو الإقليم تستأنف أمامها قرارات محاكم الدرجة الأولى وتنعقد برئاسة محافظ الإقليم وكانت المحاكم هي التي تتولى تنفيذ الأحكام بنفسها⁽³⁴⁾.

3. أسس لمبدأ سلطة القانون وحرص على حيادية القضاء ونزاهته ف قضى ببطلان الأحكام التي يتحيز بها القاضي لأحد الخصوم، إضافة إلى عزل القاضي المرتشي ومُعاقبته بدفع غرامة مقدارها اثنتا عشرة مثلاً من قيمة الشيء محل النزاع⁽³⁵⁾.

4. عقد الوديعة في شريعته من العقود الشكلية التي لا تتعقد إلا بالتدوين إضافة إلى حضور عدد من الشهود وهذان الشرطان إضافة إلى الشروط العامة الأخرى، فالعقد الذي لا يراعي هذان الشرطان وإنكار المودع لديه لا تسمع بشأنه الدعوى م/122 و 123 من قانون حمورابي⁽³⁶⁾.

5. أنشأ نظام الرهن الحيازي في المادة (50) من قانون حمورابي⁽³⁷⁾.

6. حدد سعر الفائدة على القروض حماية منه للمدين من استغلال الدائن، وجعل سعر الفائدة 33% على الحبوب و 20% إذا كان القرض من الفضة، وإذا تجاوزت

(32) د. صبيح بشير مسكوني، مصدر سابق، ص 94.

(33) د. صوفي أبو طالب، مصدر سابق، ص 213.

(34) المصدر نفسه، ص 211.

(35) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(36) د. شعيب أحمد الحمداني، مصدر سابق، ص 133.

(37) سهيل قاشا، ترجمة محمد الأمل، شريعة حمورابي، ط 1، دار الوراق للنشر، لندن، 2007، ص 24.

الفائدة على هذه النسبة فإن الدائن يخسر جميع دينه⁽³⁸⁾.

7- اشترط شكلية معينة لعقد القرض وهي الكتابة أو الشهادة وإن لم يحصل التوثيق بهذا الشكل فإن الدائن يخسر ما قدمه من قرض، مادة(91) من قانون حمورابي⁽³⁹⁾.

8- لا ينعقد عنده عقد القرض إلا بالتسليم، فالتسليم ركن من أركان عقد القرض⁽⁴⁰⁾.

9- شرّع كفالة العائلة التضامنية بحكم القانون عن ديون رب الأسرة في أداء الدين، المادة(117) من قانون حمورابي، التي أعطت الحق للدائن عند عجز المدين عن الوفاء بالدين في الموعد المحدد أن يسترق المدين أو ابنه أو بنته أو زوجته أو أن يبيعهم، وعليهم أن يعملوا في بيت من اشتراهم أو استعبدهم لمدة ثلاث سنوات ويعتقهم بالسنة الرابعة⁽⁴¹⁾. وأعطى الحق للزوجة بأن تتخلص من هذه المسؤولية إذا كان الدين قد ترتب في ذمة زوجها قبل الزواج، وقد حررت اتفاق بينهما في عقد الزواج أو في عقد الخطبة، وبحسب المادة(151) من قانون حمورابي، أما إذا كانت الديون بعد الزواج فتتحقق مسؤوليتها التضامنية، وذات الحكم ينطبق على الزوج في مسؤوليته التضامنية عن ديون زوجته بعد الزواج منها⁽⁴²⁾.

10. أوجد حكماً للظروف الطارئة التي قد يتعرض لها المدين والتي تسبب عجزه عن الوفاء بديونه في مواعيد استحقاقها كحصول فيضان أو جفاف، وعدّها سبباً قانونياً لتأجيل الوفاء بالدين وفوائده طيلة مدة الظروف الطارئة⁽⁴³⁾.

(38) د.صبيح بشير مسكوني، مصدر سابق، ص102.

(39) المصدر نفسه، ص102.

(40) المصدر نفسه، ص102.

(41) د. عكاشة محمد عبد العال، ود. طارق المجذوب، النظم القانونية و الاجتماعية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص146.

(42) د. إبراهيم عبد الكريم الغازي، تاريخ القانوني وادي الرافدين والدولة الرومانية، مطبعة الأزهر، بغداد، 197، ص140.

(43) د. أحمد إبراهيم حسن ود. فائز محمد حسين، تاريخ النظم القانونية، مطابع السعدني، الإسكندرية، 2006، ص362.

11- شرع قانون حماية القاصرين، إذ منع الأرملة التي لديها أولاد قاصرين من الزواج إلا بإذن القاضي، ومنعها من التصرف بأموالهم. المادة (177 و 178) من قانون حمورابي⁽⁴⁴⁾.

12. إصدار سندات الملكية العقارية لمالكي الأراضي وتثبيت حدودها في السند، ومنح كل مالك أرض لوحة فخارية يدون فيها اسمه وحدود أرضه، وعيّن موظفين مختصين لهذا الغرض⁽⁴⁵⁾.

الفرع الثالث: حق الملكية وظهور عقد الرهن:

إنّ الإنسان البدائي عرف ملكية المنقول من المواشي والطيور وآلات الصيد والسلاح... الخ ولم يتعامل بالرهن كنوع من الضمان؛ لأن الأموال المنقولة كانت ذات قيمة قليلة لا ترقى إلى مستوى الضمان، أما العقارات من الأراضي فلم تكن مملوكة للأفراد ملكية خالصة مستقلة بل كانت مملوكة للقبيلة ملكية جماعية، فكانت الكفالة هي قوام الضمان وذلك لقوة الروابط الأسرية والقبلية مما يدفعهم إلى نجدة من يدعوهم ويستعين بهم من ذويهم بكفالاته لبعث الثقة في نفوس دائنيه⁽⁴⁶⁾.

وكان حق الدائن القانوني يعطيه سلطة على جسد المدين وحياته في بيعه أو استرقاقه إذا عجز عن سداد دينه في موعد استحقاقه⁽⁴⁷⁾.

وفي مرحلة لاحقة اقتصر حق الدائن القانوني على حرية المدين وأفراد عائلته من دون حياته، وقد وضع السومريون حدودا لهذه السلطة أن لا تتجاوز ثلاث سنوات، ويستعيد حريته في السنة الرابعة⁽⁴⁸⁾.

واستمر هذا الحكم وأدرج في المادة (117) من قانون حمورابي مع إضافة بعض

(44) د. شعيب احمد الحمداني، مصدر سابق، ص 127.

(45) المصدر نفسه، ص 127.

(46) د. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، ط2، منشأة المعارف الإسكندرية، 1959، ص 47.

(47) د. عبد المجيد الحفناوي، ود. عكاشة محمد عبد العال، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية والقانون الروماني، الدار الجامعة، بيروت، 1989، ص 182.

(48) د. صبيح بشير مسكوني، مصدر سابق، ص 83.

التعديلات عليه في المادة(151) من القانون نفسه، بإعطاء الحق للزوجة بأن تتخلص من هذه المسؤولية إذا كان دين زوجها قبل الزواج، وقد مرّ شرحه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

وفي زمن الدولة السومرية كانت ملكية الأرض تعود لإله المدينة يستغلها نوابه الكهنة، ويُصرف نتاجها للوفاء باحتياج المعابد والناس⁽⁴⁹⁾.

وكان الملك بوصفه مفوضاً من الإله يهب قطعاً من الأراضي لبعض الأشخاص مكافأة لهم لما قاموا به من أعمال جليلة خدمة للملك أو الدولة أو لاستبسالهم وانتصارهم في المعارك. وكان الملك يحرر سند ملكية لهم، ويكتب هذا السند على حجر بيضوي الشكل وينظم السند بنسختين وتسمى أحجار الحدود(الكودرو)، توضع نسخة من هذا السند الحجري في الأراضي الموهوبة والنسخة الأخرى في معبد المدينة، ويتضمن هذا السند الأمر الملكي الذي بموجبه مُنحت تلك الأراضي الموهوبة اسم الموهوب له ومساحة الأرض الموهوبة وحدودها مع إضافة هالة دينية تنقش مع الأمر الملكي لإسباغ الحماية والاحترام لهذا الحق⁽⁵⁰⁾.

وعندما بدأ الناس يملكون الأراضي بدأت معاملات وعقود الرهن الحيازي تظهر بين الناس بوصفها وسيلة لضمان الوفاء بالالتزامات. وتبيّن من خلال الألواح الطينية التي تتضمن المحررات الكتابية لسكان وادي الرافدين لإثبات المعاملات اليومية بين الأفراد بالبيع والإيجار والوصية والرهن إلى غير ذلك أن عقود الرهن كانت تجري بين الراهن والمرتهن بحسب العرف السائد قبل تشريع القوانين، وأن العرف عندهم لا يجيز رهن المال الشائع ولا يجوز للعبد رهن أمواله؛ لأنه هو وماله ملك سيده، لذا جاءت المادة(61) من قانون (اشنونا) ترجمة لهذا العرف، إذ أشارت هذه المادة إلى بطلان الرهن عند وجود شريك بالإرث أو إذا صدر من عبد⁽⁵¹⁾.

أما في قانون حمورابي فقد تطور نظام الرهن وأصبح للرقيق ذمة مالية مستقلة عن سيده في حدود معينة، فأصبح يستطيع إجراء كافة المعاملات على ما يملك ومنها

(49) د. صوفي أبو طالب، مصدر سابق، ص230.

(50) د. شعيب احمد الحمداني، مصدر سابق، ص23.

(51) د. صوفي أبو طالب، مصدر سابق، ص216.

الرهن⁽⁵²⁾.

وقد تطورت الملكية الفردية في عصر حمورابي وتقلصت الملكية العائلية وأصبح للفرد الحق المطلق على ملكه عقارا كان أم منقولاً وله إجراء كافة المعاملات التجارية من بيع وإيجار ورهن والتصرف بأمواله المنقولة وغير المنقولة بحرية⁽⁵³⁾.

والقيد الوحيد الذي يقيد حرية المالك هو حق الشفعة المقرر للأقارب بدرجات محدودة، فكان لهم الحق في استرداد العقار المبيع، ولكن المشتري يستطيع أن يضمّن عقد البيع بعض الشروط التي تمنع ممارسة حق الشفعة والاسترداد⁽⁵⁴⁾.

وقد ظهر في بلاد وادي الرافدين إلى جانب التصرف بالملكية حق الانتفاع بالأرض يخول المنتفع إضافة إلى حق الاستعمال حق الاستغلال لمدة زمنية محددة من دون أن تنتقل إليه ملكية الأرض، وكان الملك يهب حق الانتفاع على الأراضي التابعة له كمكافأة إلى بعض الأشخاص من القادة في الجيش والموظفين على خدمات قدموها له أو للدولة، أما رقبة الملك فتبقى له، ثم تعود له كامل السلطات على الأراضي بعد انتهاء حق المنفعة. وهذا يعني أن العراقيين القدماء استطاعوا تحليل حق الملكية إلى عنصرين هما: حق التصرف، وحق الانتفاع قبل شعوب العالم الأخرى⁽⁵⁵⁾.

أما نظام الإقطاع فقد ظهر في بلاد وادي الرافدين بعد غزو الفرس لبابل عام 539 ق.م.⁽⁵⁶⁾؛ لأن الغزاة كانوا يكافئون زعماء القبائل وشيوخ العشائر ومن يؤدون إليهم خدمات ويساعدونهم على كبح أي مقاومة للاحتلال وبسط نفوذهم على البلاد بمنحهم قطع من الأراضي تختلف مساحتها من شخص إلى آخر⁽⁵⁷⁾.

ويبدو أن مساحة الأرض الممنوحة تتحدد بحسب نوع الخدمة المؤداة وحجمها وبحسب وزن الشخص ومساحة تأثيره في المجتمع وعدد أفراد قبيلته أو عشيرته إذا كان

(52) المصدر نفسه، ص 216.

(53) د. هشام علي صادق، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعة، بيروت، 1984، ص 143.

(54) د. صوفي أبو طالب، مصدر سابق، ص 230.

(55) د. شعيب احمد الحمداني، مصدر سابق، ص 129.

(56) د. فايز محمد حسين، ود. طارق المجذوب، مصدر سابق، ص 81.

(57) د. شعيب احمد الحمداني، مصدر سابق، ص 129.

زعيما لها.

المطلب الثاني: الرهن في التشريعات الرومانية القديمة :

أنشأت روما سنة (754ق.م)⁽⁵⁸⁾، وقانون الألواح الاثني عشر هو أول قانون كتب عند الرومان وتاريخ صدوره مختلف فيه ويرجح بعض المؤرخين أنه وضع سنة (450ق.م) وأنه وضع بعد تأسيس روما بثلاثمائة عام⁽⁵⁹⁾. وظل مطبقا في روما إلى وفاة الملك جوستيان سنة 565م⁽⁶⁰⁾.

بدأ القانون الروماني قاسيا على المدين المفلس إذ أجاز استخدام الإكراه البدني على شخص المدين كوسيلة تنفيذية لاقتضاء الحق فأجاز قتله أو استرقاقه أو بيعه. وفي أواخر العصر الجمهوري ألغي نظام الإكراه البدني بقانون (بتيليا بابيريا) الصادر سنة (226ق.م) إذ قصر حق الدائن بحبس مدينه والعمل لحسابه حتى يستوفي دينه من ثمرات عمله⁽⁶¹⁾.

وكان لتطور النظم الاجتماعية والاقتصادية أبلغ الأثر في التخفيف من نطاق الضمان على جسد المدين وشخصه حتى ألغيت آخر حلقة من سلسلة الإكراه البدني وهي حبس المدين، فألغيت السجون عام 388م، وبه قضي على نظام التنفيذ على شخص المدين واستبدل بنظام التنفيذ على أمواله⁽⁶²⁾.

وبهذا التطور تم الالتفات إلى نظام الرهن بوصفه الوسيلة الفاعلة التي تضمن للدائنين الحصول على رؤوس أموالهم؛ لذا سندرس هذا المطلب بفرعين، ندرس في الفرع الأول: الدعاوى المتعلقة بالرهن، وفي الثاني: ندرس تطور عقد الرهن في القانون الروماني.

الفرع الأول: الدعاوى المتعلقة بالرهن: وفيما يأتي التطور التاريخي لدعاوى

(58) عباس العبودي ، تاريخ القانون،مديرية دار الكتب، العراق، الموصل، 1988،ص112.

(59) المصدر نفسه،ص120.

(60) د. صبيح بشير مسكوني، مصدر سابق، ص246.

(61) د. عبد الحميد الشواربي، الإفلاس في ضوء القانون رقم (17) لسنة 1999، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص8.

(62) د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص9.

الرهن:

أولاً: دعوى القسم أو الرهان: وقد استحدثت إجراءات هذه الدعوى من الأصول الدينية والعرفية، وقد أخذت هذا الاسم من أحد إجراءاتها وهو القسم الذي يؤديه الخصم على صحة ادعائه، ثم استبدل أداء القسم لاحقاً بمبلغ من النقود يتعهد بدفعه للخرانة طرفاً للنزاع إذا ما خسر دعواه⁽⁶³⁾.

وتسمى دعوى القسم أو الرهان العينية إذا كانت المطالبة بشيء معين بالذات كدار مثلاً، وتسمى دعوى القسم أو الرهان الشخصية إذا كان موضوع النزاع مبلغ معين من النقود، سواء كان ناشئاً عن قرض مستحق الأداء أو تعويضاً عن ضرر أو غرامة ناشئة عن عقوبة على جريمة مرتكبه⁽⁶⁴⁾.

وبموجب هذه الدعوى يقرر القاضي إذا ما اقتنع بدعوى الدائن الاستيلاء على أي مال يملكه المدين ويتم حجز هذا المال عند الدائن من دون بيعه أو تملكه حتى يتم الوفاء بالدين المستحق الأداء، وعند الوفاء بالدين يتم استعادة المال المحجوز إلى المدين⁽⁶⁵⁾.

ثانياً: دعوى إلقاء اليد: ويشترط في هذه الدعوى بحسب قانون الألواح الاثني عشر؛ إما الحكم القضائي السابق بالحق الذي لم يتم تنفيذه ولم يسدد المدين ما بذمته إلى الدائن، وإما اعتراف المدين أمام القاضي بصحة إدعاء الدائن بالدين ومقداره واستحقاقه⁽⁶⁶⁾.

وبمقتضى هذه الدعوى يحق للدائن أن يقبض على مدينه ويأخذه إلى بيته ليحبسه فيه وله أن يقيد به بالسلاسل، ومدة الحبس هي (60) ستون يوماً يلتزم خلالها الدائن بعرضه في ثلاثة أسواق متتالية، ويدون اسمه ومقدار دينه، ليتيح لأقاربه ولأصدقائه فرصة سداد دينه وتحريره من الاسترقاق، وإذا ما انتهى الميعاد المذكور من دون أن يبادر أحد للوفاء بدينه يصبح عندها رقيقاً للدائن، فله أن يحتفظ به أو يبيعه أو تشغله

(63) د. عبد المجيد محمد الحفناوي، وآخر، مصدر سابق، ص 124.

(64) د. إبراهيم عبد الكريم الغازي، مصدر سابق، ص 232.

(65) د. محمد علي البناء، القرض المصرفي، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت، 2006، ص 37.

(66) د. عبد المجيد محمد الحفناوي، وآخر، مصدر سابق، ص 129.

لحسابه والانتفاع بعمله أو قتله⁽⁶⁷⁾.

والحكم ذاته ينطلق على الكفيل، وهذه الكفالة كانت توفر ضماناً للدائن، لكونها ضماناً شخصية تنسحب على حرية الكفيل وحياته⁽⁶⁸⁾.

وكان يجوز الطعن بالاعتراض على دعوى وضع اليد، ولكن هذا الاعتراض لم يعط للمدين، وإنما أعطي لأقاربه أو أصدقائه كأن يدعي بأن المدين لم يكن مديناً للدائن أو أنه أوفى الدين أو أنه لم يصدر حكم ضده. فإذا اقتنع القاضي بهذا الاعتراض فإنه يخلي سبيل المدين، أما إذا خسر المعارض دعوى الاعتراض فكان يحكم عليه بضعف مبلغ الدين⁽⁶⁹⁾.

وقد تطور العمل بدعوى إلقاء اليد بعد قانون الألواح وتم تيسير إجراءاتها وأصبح من الممكن وضع اليد على المدين من دون حاجة إلى حكم قضائي سابق أو إقرار المدين، وقد أعطي للمدين حق الطعن بالاعتراض بنفسه على وضع اليد عليه من دون حاجة إلى تقديم الاعتراض من أقاربه أو أحد أصدقائه⁽⁷⁰⁾.

ثالثاً: دعوى أخذ رهينة: هذه الدعوى تعطي الحق للدائن بالاستيلاء على أي مال من أموال مدينه وحجز هذا المال عنده كرهينة للضغط عليه حتى يقوم بوفاء دينه، ويتم هذا الإجراء من دون حاجة إلى تدخل القاضي أو صدور حكم سابق بالمدين، ويباشر هذا الإجراء بمجرد التلفظ بعبارات رسمية، إلا أن المدين يستطيع المعارضة أمام القضاء ضد هذا الإجراء مما يتيح للقضاء التدخل والتحقق من صحة الإجراءات التي اتخذها الدائن⁽⁷¹⁾.

وقد نص قانون الألواح الاثني عشر على تلك الدعوى وكان ملتزموا الضرائب يستعملونها في مواجهة المدينين بها⁽⁷²⁾.

(67) المصدر نفسه، ص 130.

(68) د. أحمد محمد البغدادي، القواعد العامة في الرهن، ط 1، مطبعة الإخلاص، بنها، مصر، 2001، ص 150.

(69) د. عبد المجيد الحفناوي وآخر، مصدر سابق، ص 130.

(70) د. عبد المجيد الحفناوي وآخر، مصدر سابق، ص 130.

(71) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(72) د. أحمد محمد البغدادي، مصدر سابق، ص 151.

الفرع الثاني: تطور عقد الرهن في القانون الروماني:

منذ أن ألغي نظام الإكراه البدني بقانون (بتيليا بابيريا) في أواخر العصر الجمهوري عام 226 ق.م. وبه منع الدائن من استرقاق مدينه أو قتله، اهتم الدائنون بمسألة ضمان الديون، والعامل الآخر الذي طور عقد الرهن هو كثرة الشراح وفقهاء القانون في دراسة الحقوق وأنواعها⁽⁷³⁾.

والعامل الثالث هو انتشار حقوق الامتياز وهي حقوق تتفق في جوهرها ومضمونها مع فكرة الرهن؛ لأنها تقوم على ضمان الدين من أموال المدين⁽⁷⁴⁾.

والعامل الرابع هو تطور حق الملكية الفردية، فبدأت بملكية المنقولات من دون العقارات، إذ كانت الأراضي الزراعية مملوكة ملكية جماعية في بداية نشأة القانون الروماني، ثم تطورت إلى ملكية الأسرة، فكان رب الأسرة يقوم بإدارتها بحياته وتنتقل بعده إلى ورثته ثم تطورت إلى ملكية عائلية⁽⁷⁵⁾.

وأول ما ظهر في روما هو نظام الرهن الحيازي فكانت ملكية المرهون تنتقل إلى الدائن لحيازته والانتفاع به وكان هذا الرهن يتم بعدة طرق كما يأتي:

أولاً: طريقة الإشهاد: وفيها ينطق الدائن بعبارات محددة يفهم منها أنه اكتسب هذا الحق، وتتم هذه الطريقة أمام حامل الميزان والراهن وخمسة من الشهود.

ثانياً: طريقة الدعوى الصورية: وتتم هذه الطريقة بتنازل الراهن عن ملكية الشيء المرهون أمام (البريتور) لصالح المرتهن وعلى الدائن المرتهن إعادة المرهون إلى الراهن عند وفائه بدين الدائن. والخيار للدائن المرتهن هو الذي يختار أي الطرق أضمن له في الحصول على دينه⁽⁷⁶⁾.

ثالثاً: عقد الرهن الائتماني: وهو نوع آخر من أنواع الرهن الحيازي، وفيه يقوم الراهن بنقل ملكية المرهون إلى الدائن المرتهن، ويتعهد الأخير بإعادتها إلى المدين

(73) المصدر نفسه، ص153.

(74) المصدر نفسه، ص153.

(75) د. عبد المجيد الحفناوي، مصدر سابق، ص188.

(76) د. حسن عبد المجيد، الفائدة من الشرائع القديمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص48.

الراهن إذا ما أوفى الدين⁽⁷⁷⁾.

وهذا العقد لا يخول الدائن المرتهن بيع الشيء المرهون عند عدم لوفاء وفي موعد الاستحقاق إلا بنص صريح في العقد يخوله البيع، وبمرور الوقت أصبح حق الدائن المرتهن في بيع المرهون عند عدم الوفاء جزءا من العقد وطبيعته ولو لم ينص عليه الطرفان في العقد القرض وعقد الاستعمال وعقد الوديعة وعقد الرهن⁽⁷⁸⁾.

وعقد بيع الوفاء الذي أباحه الفقهاء المسلمون نزولا عند الضرورات الاقتصادية وتخلصا من حرمة الربا، يشبه عقد الرهن الائتماني في القانون الروماني وفي عهد الملك جستيان أجزت العقود التي يتم فيها رهن الأموال المستقبلية وحق الانتفاع والارتفاق وفي تشريعات جستيان أعطى للمدين الراهن فائدة محددة إذا ما استعمل الدائن المرتهن المرهون⁽⁷⁹⁾.

وما كان الرهن ينعقد عندهم إلا بتسليم الشيء محل الرهن، فالتسليم عندهم ركن من أركان العقد، وفي عهد الإمبراطورية السفلى ساد عقد الرهن الحيازي على كافة أشكال عقود الرهن الأخرى كالإشهاد والدعوى الصورية ولم يعد لها وجود⁽⁸⁰⁾.

وجرى العرف عند الرومان على اشتراط تملك الدائن المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء ثم تطور الأمر إلى حق الدائن في بيع المرهون بدلا من تملكه واستيفاء حقه من ثمنه⁽⁸¹⁾.

ثم ظهر نوع آخر من الرهن لا يترتب عليه انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن بل تبقى حيازته بيد المدين الراهن، وظهر هذا النوع لأول مرة عند المستأجرين للأراضي الزراعية ويتمثل هذا العقد برهن الأدوات الزراعية من المنقولات التي يحملها مستأجر الأرض إلى الأرض فيرهنها للمؤجر وتكون ضامنة لاستحقاقه على المستأجر وعدم حرمان الأخير من الانتفاع بها، ثم انتشر هذا النوع إلى إيجار المساكن وغيرها من

(77) د. عبد المجيد الحفناوي، مصدر سابق، ص188.

(78) المصدر نفسه، ص190.

(79) د. احمد محمد البغدادي، مصدر سابق، ص157.

(80) د. احمد محمد البغدادي، مصدر سابق، ص156.

(81) د. احمد سلامة، الرهن الطليق للمنقول، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1978، ص318.

وفي القرن الأول الميلادي تقرر للدائن المرتهن حق عيني يمكنه من تتبع الشيء المرهون في أي يد يكون وبيعه واستيفاء حقه من ثمنه متقدما على غيره من دائني الراهن، وهكذا نرى أن أهم تطور حصل على نظام الرهن هو إعطاء الدائن المرتهن حق التتبع وحق التقدم⁽⁸³⁾.

وأهم ما يميز عقد الرهن ويختص به هو هذا الحق الذي وجدت جذوره في القانون الروماني فالفضل يعود له في تطوير فكرة الضمان التي ترجمت إلى تطور نظام الرهن وزيادة طمأنة الدائن بإعطائه حق تتبع المال المرهون وحق التقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، مما انعكس على التوسع في منح الائتمان وزيادة مقداره.

⁽⁸²⁾ المصدر نفسه، ص 164.

⁽⁸³⁾ المصدر نفسه، ص 313.

المبحث الثاني

الرهن بعد ظهور الإسلام

ظهر الإسلام في مجتمع قبلي يتألف من عدد كبير من القبائل وكانت كل قبيلة تشكل دويلة مستقلة يرأسها زعيم ولها أرض معلومة⁽⁸⁴⁾.

وكان النظام القانوني عبارة عن أعراف وعادات غير مكتوبة وكان النظام القضائي مقتصرًا على التحكيم والذي كان يفتر إلى سلطة تنفيذ الحكم⁽⁸⁵⁾.

جاء الإسلام وألغى النظام القبلي الذي كان يفرق أمة العرب وأسس نظاما قانونيا وسياسيا واجتماعيا تتوحد فيه الأمة في دولة واحدة منظمة قائمة على مبادئ وقيم خلقية وإنسانية سامية قال تعالى: (إِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً)⁽⁸⁶⁾.

ومن التشريعات القانونية التي جاء بها الإسلام هو نظام الرهن وأهميته وتأثيره في حياة الناس المعيشية والاقتصادية فقد نص عليه الشارع المقدس في القرآن الكريم، قال تعالى: (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ)⁽⁸⁷⁾.

اتفق فقهاء المسلمون على مشروعية الرهن إلا أنهم اختلفوا في أحكامه وشروطه وأركانها، وهذا ما سنبحثه في مطلبين: المطلب الأول سنبحث فيه "الرهن عند جمهور الفقهاء"، والمطلب الثاني "الرهن عند الجعفرية".

المطلب الأول: الرهن عند جمهور الفقهاء:

سنبحث في هذا المطلب فقه الرهن عند المذاهب الأربعة وهم: المذهب المالكي، والشافعي، والحنفي، والمذهب الحنبلي، وسنعرض الآراء والأحكام التي اتفقوا عليها والتي اختلفوا فيها في ثلاثة فروع: الفرع الأول سنبحث في تعريف الرهن وأدلة مشروعيته، والفرع الثاني: حكم قبض المرهون، والفرع الثالث: أحكام استثمار المال المرهون.

(84) د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق، ص 211.

(85) المصدر نفسه، ص 214.

(86) سورة الأنبياء: 92.

(87) سورة البقرة: 283.

الفرع الأول: تعريف الرهن وأدلة مشروعيته:

أولاً: تعريف الرهن:

اختلف تعريف الرهن عند فقهاء المسلمين نتيجة اختلافهم في أحكامه وشروطه وأركانه، وفيما يأتي تعريف الرهن عند كل مذهب من المذاهب الأربعة:

1. **تعريف الحنابلة:** الرهن (المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه أن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه)⁽⁸⁸⁾.

2. **تعريف الشافعية:** الرهن (جعل عين مال وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر وفائه)⁽⁸⁹⁾.

3. **تعريف المالكية:** الرهن (احتباس العين وثيقة بالحق ليستوفي الحق من ثمنه، أو ثمن منافعها عند تعذر أخذه من الغريم مفردة كانت أو مشاعة)⁽⁹⁰⁾.

4. **تعريف الحنفية:** الرهن: (حبس المال بحق يمكن أخذه منه وهو الدين حقيقة أو حكماً)⁽⁹¹⁾.

وعند المقارنة بين التعريفات يتضح ما يأتي:

أ- ورد بتعريف المالكية والحنفية قولهم (احتباس وحبس) ما لم يرد في تعريف الحنابلة والشافعية، وهذا يفصح من أن المالكية والشافعية يوجبون الحبس الدائم للمرهن حتى استيفاء الحق، وهذا ما يعبر عنه في القانون المدني العراقي والقانون المقارن بالرهن الحيازي، وعدم ورود الحبس في تعريف الحنابلة والشافعية دلالة على المرونة والتساهل في عدم ديمومة الحبس، ويتسع عندهم الرهن إلى صور أخرى يجوز فيها إعادة الشيء المرهون إلى الراهن للانتفاع به.

(88) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج2، ط1405، دار الفكر، بيروت، د.ت، ص346.

(89) شهاب الدين أحمد الهيتمي المكي الشافعي، فتح الجواد بشرح الإرشاد، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005م، ص113.

(90) عبد الوهاب البغدادي المالكي، التلخيص في الفقه المالكي، ج1، مكتبة نزار الباز، الرياض، (د.ت)، ص115.

(91) محمد بن فراموز (ملاخسرو) الحنفي، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج2، مير محمد كتب خانة، كراچی الهند، د.ت، ص248.

ب . جاء في تعريف الحنابلة والشافعية قولهم (وثيقة بدين) في حين ورد في تعريف المالكية (وثيقة بالحق) وعند الحنفية (محبوساً بحق) وهذا يعني أن المرهون به عند المالكية والحنفية يتسع لأكثر من الدين ويشمل كل ما هو حق على خلاف الحنابلة والشافعية الذين حصروا المرهون به بالدين فقط.

ج . ورد في تعريف المالكية إشارة صريحة بجواز رهن المشاع مالم يرد في تعريفات المذاهب الأخرى، رغم أن الشافعية والحنابلة أجازوا رهن المشاع ولم يجوزه الحنفية⁽⁹²⁾.

ثانياً: أدلة مشروعيته:

أدناه أدلة مشروعية الرهن عند المذاهب الأربعة:

1. دليل مشروعيته في الكتاب، فقد جاء في قوله تعالى: (وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ)⁽⁹³⁾. والرهن رخصه للدائن المرتهن ليكون ثقة له بأمواله⁽⁹⁴⁾. وهو جائز بإجماع الفقهاء، وليس بواجب وإن الأمر في الآية الكريمة جاء للندب لا للوجوب⁽⁹⁵⁾. ودليل ذلك قوله تعالى: (فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ)⁽⁹⁶⁾.

وإنه تعالى أمر بالرهن عند تعذر كتابة العقد لعدم وجود الكاتب، ولكون الكتابة عند جمهور الفقهاء غير واجبة فيكون الرهن غير واجب أيضاً لأنه بدليل الكتابة فيأخذ حكمها⁽⁹⁷⁾.

2. دليل مشروعيته في السنة، فإنه روي في حديث متفق عليه أن رسول الله (ص)

⁽⁹²⁾ محمود بن احمد بدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، ج12، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م، ص465.

⁽⁹³⁾ سورة البقرة: 283.

⁽⁹⁴⁾ محمد بن جرير الطبري، (تفسير الطبري)، جامع البيان في تأويل القرآن، مؤسسة الرسالة، ط1، 2000م،

انترنت WWW.qarancomplex.com

⁽⁹⁵⁾ فرج توفيق الوليد، الرهن في الشريعة الإسلامية، مطبعة القضاء، النجف، 1973م، ص35.

⁽⁹⁶⁾ سورة البقرة: 283.

⁽⁹⁷⁾ فرج توفيق الوليد، مصدر سابق، ص35.

اشترى من ابن الشحم الظفري وهو يهودي الديانة طعاماً إلى أجل ورهنه درعه⁽⁹⁸⁾.

وكان الطعام ثلاثين صاعاً من الشعير لإطعام أهله ورهنه درعه وكان من حديد⁽⁹⁹⁾، وروي انه اشترى من زفر طعاماً إلى أجل ورهنه درعه⁽¹⁰⁰⁾.

الحقيقة التاريخية الثابتة أنّ زعيم المسلمين رسول الله (ص) وهو الذي ملك الدنيا وكانت تنهال عليه الأموال الطائلة من غنائم الحرب وأموال الزكاة قد أختار أن يعيش عيشة الفقراء يقترض طعاماً من يهودي ويرهن ضماناً له درعه من حديد . أي إنه لا يملك شيئاً ذو قيمة مادية سوى هذا الدرع الذي يعدّ وسيلة للدفاع عن النفس، ولتكن موعظة لنا ولأصحاب الكنوز الذين لا ينفقون أموالهم في سبيل الله.

3- دليل مشروعيته في الإجماع، فقد أجمعت الأمة بمذاهبها كافة سلفها وخلفها على جواز الرهن شرعاً، وانه مباح في الأصل مثلما هو عقد البيع مباحاً أصالة، والعمل به جارياً من غير أن يعترض عليه أو ينكره أحد لا من السلف ولا من الخلف، فهو جائز بالإجماع وليس بواجب⁽¹⁰¹⁾.

الفرع الثاني: القبض في عقد الرهن:

اتفق الفقهاء على أن قبض المرهون هو شرط في عقد الرهن إلا أنهم اختلفوا في تكليف هذا الشرط ونوعه، هل هو شرط في صحته أو في لزومه أو هو شرط لنفاذه وكماله وعلى النحو الآتي:

(98) احمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، 1986م، مسألة رقم (2373) كتاب الرهن، انترنت: WWW.islamweb.net

(99) نقلاً عن د. بيان يوسف رجب، دور الحيازة في الرهن الحيازي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010م، ص65، ورد في سنن أبي داود، ج2، ص14، وصحيح البخاري، ج2، ص274، وابن ماجة، ج3، ص36.

(100) نقلاً عن د. صابر محمد سيد، تبعية الرهن للدين المضمون، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009م، ص29. رواه البخاري في الصحيح، ج2، ص887، وصحيح مسلم، ج3، ص1226.

(101) محمد بن عبد الله الحسين الحنبلي، الزوائد، ج2، دار أضواء السلف، الرياض، د. ت ، ص416، ونقلاً عن د. صابر محمد سيد، مصدر سابق، ص30، حاشية ابن عابدين، ج6، ص477، وبدائع الصنائع، للكاساني، ج6، ص135، والمبدع لأبن مفلح، ج4، ص213.

الرأي الأول: القبض شرط صحة في عقد الرهن: أصحاب هذا الرأي يرون أن الرهن لا يصحّ إلا بالقبض، يدور معه وجودا وعدما، فلا يصحّ بالإيجاب والقبول بين الراهن والمرتهن وما لم يتم القبض يبطل عقد الرهن ولا أثر له، وأنصار هذا الرأي هم الشافعية⁽¹⁰²⁾. وقسم من الحنفية⁽¹⁰³⁾.

الرأي الثاني: القبض في عقد الرهن شرط لزوم: يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن قبض المرهون من قبل المرتهن أو من قبل عدل يتفق عليه الطرفان الراهن والمرتهن هو شرط لزوم لا شط صحة، أي أن العقد ينعقد صحيحا لكنه لا يلزم ولا يتم تنفيذه إلا بالقبض فإذا ما تم القبض أصبح العقد لازما والتزم الراهن والمرتهن بمضمونه وأصبح نافذا في مواجهة الغير⁽¹⁰⁴⁾، كما هو الحال بالنسبة للهبّة فركنها هو مجرد الإيجاب الصادر من الواهب، وكذلك الرهن ركنه الإيجاب الصادر من الرهن. ومن الفقهاء الذين تبنوا هذا الرأي هم أغلب الحنفية⁽¹⁰⁵⁾، والحنابلة⁽¹⁰⁶⁾.

وبهذا الرأي أخذت مجلة الأحكام العدلية المادة (706)، بقولها (ينعقد الرهن بإيجاب وقبول الراهن والمرتهن، لكن ما لم يوجد القبض لا يتم ولا يلزم فللراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم)⁽¹⁰⁷⁾.

الرأي الثالث: القبض في عقد الرهن شرط تمام: وعند أصحاب هذا الرأي إن عقد الرهن لا يتوقف على القبض، والعقد يكون صحيحا ولازما بمجرد الإيجاب والقبول، أي أنه من العقود الرضائية وللمرتهن مطالبة الراهن بتسليمه المرهون، وإذا امتنع الراهن من تسليم المرهون أجبر عليه قضاء، ولكن الرهن عندهم لا يتم إلا بالقبض، فالقبض شرط تمام وليس ركنا في العقد ولا هو شرط لزوم، فعقد الرهن يصحّ قبل القبض ولا يتم

⁽¹⁰²⁾ محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004، ص161.

⁽¹⁰³⁾ محمد بن فرامز (ملا خسرو الحنفي)، مصدر سابق، ص248.

⁽¹⁰⁴⁾ محمود المظفر، الرهن التأميني صحته ومحتواه في الشريعة الإسلامية، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1967، ص11.

⁽¹⁰⁵⁾ محمود بدر الدين العيني الحنفي، مصدر سابق، ص467.

⁽¹⁰⁶⁾ محمد بن عبد الله الحسين الحنبلي، مصدر سابق، ص418.

⁽¹⁰⁷⁾ محمود المظفر، مصدر سابق، ص10.

إلا به. وقد أخذ بهذا الرأي فقهاء المالكية⁽¹⁰⁸⁾، لكنهم يشترطون دوام القبض، فإذا حصلت حيازة المرهون قبل المرتهن ثم رده إلى الراهن بعارية أو وديعة أو استخدام بطل الرهن عندهم⁽¹⁰⁹⁾.

وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون المصري فتسليم الشيء محل الرهن في الرهن الحيازي لم يعد ركنا كما كان في القانون المصري القديم، بل أصبح التزاما في ذمة الراهن بنقل حيازة المرهون إلى المرتهن أو إلى عدل⁽¹¹⁰⁾، وجاء ذلك بنص المادة (1096) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 بأنه (الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدون شيئا يرتب عليه الدائن حقا عينيا...) ⁽¹¹¹⁾.

وقبل التسليم يتم الرهن ويثبت عليه الحق العيني ويصبح نافذا فيما بين المتعاقدين الراهن والمرتهن، ويستطيع المرتهن التنفيذ على العين المرهون عند حلول أجل الدين ولا يكون نافذا في حق الغير إلا بالتسليم أي بحيازة الشيء المرهون ويصبح نافذا في حق الغير بعد التسليم⁽¹¹²⁾.

الفرع الثالث: أحكام الانتفاع بالمال المرهون:

شرع الإسلام الرهن حفاظا على الأموال بصورة عامة وحفاظا على أموال الدائنين بصورة خاصة، وهذا الضمان الذي يحفظ أموال الدائنين له انعكاس إيجابي على المصلحة العامة إذا ما تم توظيف هذه الأموال في المشاريع الاستثمارية والتنمية لسد حاجات الناس ودفع عجلة الحياة إلى الأمام، وعملاً بهذا الأصل فإنه لا يصح تعطيل

(108) أبو البركات سيدي احمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، (د.ت)، ص231.

(109) محمد بن احمد الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ط41، مكتبة الخانجي، القاهرة، 1397هـ، ص488.

(110) د. أحمد سلامة، الرهن الطليق للمنقول، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1969، ص1.

(111) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص213 و238.

(112) د. بيان يوسف رجب، دور الحيازة في الرهن الحيازي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص126.

منفعة المال المرهون بأي شكل من الأشكال، لأن فيه ضياعاً للأموال وهدراً لها، وسنتكلم عن أحكام هذا الانتفاع من قبل الراهن ومن قبل المرتهن وكما يأتي:

أولاً: أحكام انتفاع الراهن بالمرهون: الأصل شرعاً أن ينتفع المالك بما يملك وليس لغيره هذا الحق إلا بموافقته وضمن حدود الشريعة الإسلامية، أي أن هذه الموافقة ليست مطلقة بل مقيدة بالشريعة الإسلامية، كالتي تؤدي إلى الربا، فهذه الموافقة محرمة شرعاً فإذا ما أريد للراهن الانتفاع بالمرهون فلا بد من تخلي المرتهن عن حيازة المرهون، لذا اختلف الفقهاء المسلمون في كيفية انتفاع الراهن بالشئ المرهون إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أصحاب هذا الاتجاه انه ليس للراهن حق الانتفاع بالمرهون في استخدامه أو ركوبه أو سكنه إلى غير ذلك إلا بموافقة المرتهن، واستدلوا على ذلك في الآية الكريمة (فرهانٌ مقبوضة) وفيها دليل على استدامة القبض من قبل المرتهن وحبس المرهون على سبيل الدوام، وهذا يمنع استرداد المرهون والانتفاع به، ولو انتفع به أو باعه توقف ذلك على إجازة المرتهن، أما إذا أمكنه الانتفاع به والمرهون تحت يد المرتهن فذلك جائز دون إذن، وقول النبي k (الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ولين الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة)⁽¹¹³⁾.

في الحديث الشريف دلالة واضحة على أن الذي ينفق على المرهون له حق ركوبه إذا كان ظهراً، ويشرب لبنه إذا كان داراً، فإذا كان الراهن هو الذي ينفق على المرهون فله هذا الحق، وقد ذهب إلى هذا الاتجاه الحنفية والحنابلة⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹³⁾ نقلاً عن د. محمود عبد الرحيم الديب، أحكام استثمار المال المرهون في القانون المدني، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر الإسكندرية، 2007، ص102، رواه البخاري، ورد في فتح الباري بشرح صحيح البخاري لأبن حجر العسقلاني، ج5، ص143، وورد في نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار للشيخ محمد بن علي الشوكاني، ج5، ص353.

⁽¹¹⁴⁾ نقلاً عن د. محمود عبد الرحيم الديب، مصدر سابق، ص101، ورد في بدائع الصنائع لعلاء الدين بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ص220، وحاشية ابن عابدين، ص482، والمغني لأبن قدامة، ص431، والمواد، 978، 879، 982، من مرشد الجيران.

د. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م، ص300.

الاتجاه الثاني: ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه لا يجوز انتفاع الراهن بالمرهون حتى ولو أذن له المرتهن، واستدلوا في ذلك على أن تصرف الراهن بالمرهون بأذن المرتهن يبطل الرهن، وعدّوا الإذن في ذلك تنازلاً من المرتهن في حقه في حبس المرهون ويبطل بذلك الرهن من أصله ويصير الدين بلا رهن، ولكنهم حتى لا تتعطل منافع المرهون، أجازوا للراهن أن ينيب المرتهن في الانتفاع بالمرهون لحساب الراهن، وقد ذهب إلى هذا الاتجاه المالكية⁽¹¹⁵⁾.

الاتجاه الثالث: ذهب إلى جواز انتفاع الراهن بالمرهون مطلقاً وسواء أذن له المرتهن أم لم يأذن بشرط أن لا ينقص من المرهون شيئاً واستدلوا على رأيهم بقول النبي k ((لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه))⁽¹¹⁶⁾.

ودلالة الحديث عندهم أنه ليس للمرتهن أن يمنع الراهن من الانتفاع بالمرهون إذا لم يتضرر من هذا الانتفاع ولا ينقص بهذا الانتفاع ضمانه، فإذا لم يتمكن الراهن من الانتفاع بها واستثمارها وهي بيد المرتهن فتد العين المرهونة إليه للانتفاع بها، وقد ذهب إلى هذا الاتجاه الشافعية⁽¹¹⁷⁾.

ثانياً: أحكام انتفاع المرتهن: اتفق الفقهاء المسلمون على أن منافع المرهون للراهن؛ لأنه مالكة وله أن ينتفع به ولا خلاف عليه إلا أنهم اختلفوا في كيفية هذا الانتفاع كما مرّ شرحه، كما أنهم اتفقوا على أن لا يحلّ للمرتهن الانتفاع بالمرهون إلا بإذن الراهن، وكان محل الرهن ديناً لأنه يكون من باب القرض الذي جرّ نفعاً وهو عين الربا المحرم شرعاً، بدليل قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)⁽¹¹⁸⁾. والتراضي المشار إليه في الآية الكريمة هو

⁽¹¹⁵⁾ محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي المالكي، مصدر سابق، ص 488، ونقل عن د. محمود عبد الرحيم الديب، مصدر سابق، ص 103، ورد في حاشية الدسوقي، ص 241، وبداية المجتهد، ص 247.

⁽¹¹⁶⁾ نقلاً عن د. صابر محمد محمد سيد، مصدر سابق، ص 29، ورد في سنن ابن ماجه، ج 2، ص 816، وسنن البيهقي الكبرى، ج 6، ص 39، وصحيح ابن حبان، ج 13، ص 258.

⁽¹¹⁷⁾ نقلاً عن د. محمود عبد الرحيم، مصدر سابق، ص 104، ورد في التهذيب في فقه الإمام الشافعي لأبي محمد الحسين بن مسعود اليعقوبي، ص 74، والمهذب في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق الشيرازي، ص 218، وعبد الرحمن الجزيري، مصدر سابق، ص 299.

⁽¹¹⁸⁾ سورة النساء: 29.

بين المتعاقدين ، والإذن الصادر من الراهن إلى المرتهن فالتراضي في التجارة غير منهي عنه؛ لأن أسباب الرزق أكثرها متعلقة بها، وفيها جواز التراضي⁽¹¹⁹⁾.

وفرق الفقهاء المسلمون بين حالتين للمرهون ما إذا كان يحتاج إلى مؤونة أو لا يحتاج إلى مؤونة، فالمرهون الذي يحتاج إلى مؤونة لديمومته والحفاظ عليه فلا خلاف بينهم إذا ما انتفع به المرتهن بإذن الراهن نظير الإنفاق عليه ، ولكنهم اختلفوا ما إذا كان محل الرهن عينا لا يحتاج إلى مؤونة وإذن الراهن للمرتهن في الانتفاع به، وكانوا على ثلاثة آراء مختلفة:

الرأي الأول: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى جواز انتفاع المرتهن بالمرهون بإذن الراهن سواء كان الدين قرضا أو غير قرض بشرط أن لا يدرج في العقد، لأنه إذا اشترط ذلك في العقد يكون قرضا جرّ نفعا فيكون من الربا المحرم شرعا، والإذن المطلوب والمقصود هنا هو الإذن الصادر من الراهن إلى المرتهن بعد العقد، وبعد العقد يعد تبرعا، وشبهوه بالهبة فهو هبة من الراهن إلى المرتهن والهبة جائزة شرعا، وذهب إلى هذا الرأي أكثر الحنفية⁽¹²⁰⁾.

الرأي الثاني: ذهب إلى عدم جواز انتفاع المرتهن بالشيء المرهون، ولو أذن له الراهن ، وسواء كان قرضا أو غير قرض وسواء كان الانتفاع مشروطا في العقد أم غير مشروط، وفسر أصحاب هذا الرأي إذن الراهن بأنه لا يكون عن رضا واختيار إذ قد يكون الإذن بدافع الحاجة، ولا يحلّ لمسلم أن يأخذ مال أخيه إلا بطيب نفس منه، وقد ذهب إلى هذا الرأي الشافعية وبعض الحنفية⁽¹²¹⁾.

الرأي الثالث: ذهب إلى أنه لا يجوز للمرتهن الانتفاع بالشيء المرهون إلا بعوض، إذا كان دين الراهن قرضا؛ لأن القرض يجزّ منفعة ويعد من الربا المحرم شرعا، أما إذا كان الانتفاع بعوض كما لو كان محل الرهن دارا واستأجرها المرتهن

(119) أبو القاسم محمود بن عمرو الزمخشري، الكشاف، انترنت: www.altafsir.com ، وأبو بكر الجزائري ، أيسر التفاسير، ومحمد علي الشوكاني، فتح القدير ، www.altafsir.com .

(120) محمود بن احمد بدر الدين الحنفي، مصدر سابق، ص487، وعبد الرحمن الجزيري، مصدر سابق، ص300.

(121) نقلا عن د. محمود عبد الرحيم، مصدر سابق، ص109، الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج1، ص163، وحاشية ابن عابدين، ص482، والتهذيب في فقه الإمام الشافعي، ص79، والحاوي الكبير لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي، ص363.

بأجر مثلها جاز في القرض وفي غيره. وقد ذهب إلى هذا الرأي المالكية والحنابلة⁽¹²²⁾.

المطلب الثاني: الرهن عند الجعفرية :

سندرس في هذا المطلب فقه الرهن عند فقهاء المذهب الجعفري وسنكتب الآراء والأحكام المتفق عليها والمختلف فيها ونقارن ذلك مع آراء وأحكام فقهاء المذاهب الأربعة، وسنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع، الفرع الأول: سنعرف فيه الرهن، والفرع الثاني: سنبحث فيه قبض المرهون، والفرع الثالث: أحكام استثمار المال المرهون، والفرع الرابع: سنبحث فيه أحكام الرهن التأميني.

الفرع الأول: تعريف الرهن عند الجعفرية وأدلة مشروعيته:

أولاً: تعريف الرهن: الرهن هو (وثيقة يشترطها الدائن على دين المدين للاستيثاق من إرجاع الدين، ويكون إرجاعها مرهونا بإرجاع الدين)⁽¹²³⁾. وفي تعريف مختصر، الرهن (هو وثيقة لدين المرتهن)⁽¹²⁴⁾.

وعرّف الرهن أيضاً (هو دفع المديون عينا إلى الدائن وثيقة ليستوفي دينه منها إذا لم يؤده المديون)⁽¹²⁵⁾.

وعند المقارنة بين تعريفات فقهاء الجعفرية للرهن مع تعريفات فقهاء المذاهب الأربعة نجد أن تعريفات فقهاء الجعفرية تقترب كثيراً من تعريفات الرهن عند فقهاء الحنابلة والشافعية، إذ ورد في تعريف الرهن عندهما أنه وثيقة بالدائن.

ثانياً: أدلة مشروعيته:

الرهن عند فقهاء الجعفرية مشروع وأدلة مشروعيته هي ذات الأدلة الواردة عند فقهاء المذاهب الأربعة في الكتاب والسنة والإجماع، ويصحّ عندهم الرهن كما يصحّ عند المذاهب الأربعة سفراً وحضراً بلا خلاف فيه، وعدم وجود الكاتب عادة لا يكون

(122) نقلاً عن د. محمود عبد الرحيم الديب، مصدر سابق، ص110، ورد في حاشية الدسوقي لشمس الدين الدسوقي، ص246، والمغني لابن قدامة، ص467، ومحمد بن أحمد المالكي، مصدر سابق، ص488.

(123) السيد كمال الحيدري، الفتاوى الفقهية، ج3، مؤسسة الثقلين للثقافة والإعلام، بيروت، 2012، ص417.

(124) ضياء الدين العراقي، المحاضرات في فقه الرهن، مركز نشر العلوم الإسلامية، طهران، 1386هـ، ص4، ومحمد الحسين الشيرازي، الفقه، ج49، ط2، دار العلوم، بيروت، (د.ت)، ص5.

(125) السيد أبو القاسم الخوئي، المسائل المنتخبة، ط9، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، 1394هـ، ص259.

إلا في السفر كما هو مبني على الغالب في الآية الكريمة: (فَرِهَـا نْ مَقْبُوضَةً) ⁽¹²⁶⁾.

ويصحّ عندهم رهن المشاع أو بعضه على الشريك أو غيره ⁽¹²⁷⁾.

الفرع الثاني: قبض المرهون عند الجعفرية:

فقهاء الجعفرية متفقون على أن قبض المرهون من قبل المرتهن أو من قبل شخص آخر غير المرتهن يتفق عليه كلاهما هو شرط في عقد الرهن كما اتفق على هذا الشرط فقهاء المذاهب الأربعة، إلا أنهم اختلفوا كما اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في تكييف هذا الشرط ونوعه هل هو شرط في صحة عقد الرهن أم في لزومه أو هو شرط في تمامه ونفاذه وكما يأتي:

الرأي الأول: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن القبض في عقد الرهن هو شرط صحة أي أن قبض المرهون يعد ركناً في العقد ولا يصح العقد بدونه، ومن ذهب إلى هذا الرأي العلامة في الإرشاد والقواعد والشهيد في نكت الإرشاد والمحقق الثاني في شرح القواعد والشيخ المفيد وابن الجنيّد ⁽¹²⁸⁾، والطبرسي في مجمع البيان ⁽¹²⁹⁾، والسبزواري في مهذب الأحكام ⁽¹³⁰⁾.

الرأي الثاني: القبض شرط لزوم في عقد الرهن: أصحاب هذا الرأي يرون أن القبض شرط في عقد الرهن إلا أنه شرط في اللزوم لا شرط في الصحة، فالرهن عندهم لا يبطل بعدم قبض المرتهن للمرهون إلا أنه لا يلزم ويصبح نافذاً إلا بالقبض فهو كالقبض بالهبة وممن ذهب إلى هذا الرأي العلامة في التذكرة، والشهيد الثاني في

⁽¹²⁶⁾ محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج25، ط7، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001، ص98، والسيد كمال الحيدري، مصدر سابق، ص417.

⁽¹²⁷⁾ علي بن الحسين الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج5، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، إيران، قم، 1414هـ، ص56، والسيد كمال الحيدري، مصدر سابق، ص2933.

⁽¹²⁸⁾ يوسف البحراني، الحقائق الناطرة في أحكام العترة الطاهرة، ج20، مؤسسة النشر الإسلامي، إيران، قم، (د.ت)، ص227.

⁽¹²⁹⁾ محمد الحسين الشيرازي، مصدر سابق، ص11.

⁽¹³⁰⁾ السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، ج21، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، 1983، ص85.

المسالك وابن إدريس⁽¹³¹⁾، والشيخ الصدوق⁽¹³²⁾، والشيخ الفياض في الرسائل العملية⁽¹³³⁾، والسيد السيستاني في المسائل المنتخبة⁽¹³⁴⁾.

الرأي الثالث: القبض ليس بشرط لا صحة ولا لزوم . أصحاب هذا الرأي، الرهن عندهم يلزم بمجرد الإيجاب والقبول دون حاجة إلى قبض المرهون، وقد فسّروا الآية الكريمة: (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ) إنها في مقام الإرشاد ولا يستفاد منها الشرطية⁽¹³⁵⁾. ومنهم من فسّر الآية الكريمة انه ليس المراد بالقبض مطلقة بل كون الشيء المرهون في يد المرتهن فلا يحصل كمال التوثيق بدونه وهذا ليس بشرط بل وصف للرهن بأنها مقبوضة وبهذا يتحقق معنى الرهينة بدون القبض وان صفة القبض قد تكون كاشفة، والرهن حقاً للمرتهن لا شرط في المعاملة⁽¹³⁶⁾.

ومنهم من فسّر الآية الكريمة بأن مقبوضة صفة موضحة لا مخصّصة، وان الخلاف بين الفقهاء في اشتراط القبض إنما هو أوّل مرة لا في استدامة القبض، فلو اقْبَضَهَا الرَّاهِنُ إِلَى الْمُرْتَهِنِ وَأَرْجَعَهَا الْمُرْتَهِنُ إِلَى الرَّاهِنِ صح الرهن ولزم⁽¹³⁷⁾.

وممّن ذهب إلى هذا الرأي العاملي في مفتاح الكرامة⁽¹³⁸⁾، والسيد محمد سعيد الحكيم⁽¹³⁹⁾، والعلامة الحلي في مختلف الشيعة قد فسّر قوله تعالى: (فَرِهَانٌ

(131) يوسف البحراني، مصدر سابق ، ص228.

(132) محمود المظفر، الرهن التأميني حكمه ومحتواه في الشريعة الإسلامية ، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1967، ص11.

(133) الشيخ محمد إسحاق الفياض، الرسائل العملية، ج2، انترنت WWW.pdfactory مسألة رقم (1028).

(134) السيد علي الحسيني السيستاني، المسائل المنتخبة، انترنت WWW. rafed.net مسألة رقم (1046).

(135) ضياء الدين العراقي، مصدر سابق، ص15.

(136) علي بن الحسين الكركي، مصدر سابق، ص94.

(137) علي محمد علي الطباطبائي، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالبدائل، ج9، ص1، مؤسسة ال البيت لإحياء التراث، قم ، إيران، 1419هـ، ص192.

(138) محمود المظفر، مصدر سابق، ص192.

(139) السيد محمد سعيد الحكيم، منهاج الصالحين، ج2، مسألة رقم (2) انترنت:

مَقْبُوضَةً) إن الآية سيقَّت لبيان الإرشاد إلى حفظ المال وذلك إنما يتم بالاقباض، كما أنه لا يتم إلا بالارتهان والاحتياط يقتضي القبض كما أنه يقتضي الرهن، وكما أن الرهن ليس شرطاً في الدين فكذلك القبض ليس شرطاً في الرهن⁽¹⁴⁰⁾.

الفرع الثالث: أحكام استثمار المال المرهون:

لا خلاف بين فقهاء الجعفرية على أن منافع العين المرهونة للراهن دون المرتهن⁽¹⁴¹⁾، كما اتفق عليه فقهاء المذاهب الأربعة، وأنهم متفقون أنه لا يحل للمرتهن الانتفاع بالمرهون دون مقابل، ويصح عند بعضهم اشتراط المرتهن في عقد الرهن استيفاء منافع العين المرهونة في مدة الرهن وكذلك نمائها وأخذها له مجاناً، ولكن إذا كان الشرط في عقد القرض أو في تأجيل الدين يبطل الشرط لأنه يعد من الربا المحرّم شرعاً⁽¹⁴²⁾.

وقد نحى المشرع العراقي بذات الحكم الشرعي حيث لم يسمح للمرتهن أن ينتفع بالمال المرهون رهنأً حيازياً دون مقابل وجاء ذلك بنص المادة (1340)، من القانون المدني العراقي (ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون رهنأً حيازياً دون مقابل....).

وذات النص ورد في القانون المدني المصري المادة 1/1104 وأضاف إليه أنه لا يصح الاتفاق على مخالفته⁽¹⁴³⁾.

أما الراهن وبالرغم من كونه مالكاً للعين المرهونة إلا أنه لا يستطيع أن يتصرف بالمال المرهون إلا بإجازة المرتهن، وحكمته بقاء الاستيثاق بالدين لغاية أجله⁽¹⁴⁴⁾. وبعض فقهاء الجعفرية أجاز للراهن التصرف بالشيء المرهون من غير المرتهن بشرط

(140) (العلامة الحلّي) أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي، مختلف الشيعة، ج1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم طهران، د.ت، ص383.

(141) السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري، منهاج الصالحين، ج2، ط3، مطبعة الديواني، بغداد، 1976، مسألة رقم (917)، ص201.

(142) السيد عبد الأعلى السبزواري، منهاج الصالحين، مصدر سابق، مسألة رقم (921). والسيد محمد سعيد الحكيم، مصدر سابق، مسألة رقم 29 والشيخ محمد إسحاق الفيض، مصدر سابق، مسألة رقم (1033).

(143) د. محمود عبد الرحيم الديب، مصدر سابق، 92.

(144) السيد محمد الصدر، ما وراء الفقه، ج4، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، 1999، ص267.

عدم الضرر بالمرتهن⁽¹⁴⁵⁾.

وبعض فقهاء الجعفرية لم يجيزوا تصرف الراهن أو المرتهن بالمال المرهون إلا بإذن الآخر ولو تصرف كل منهما بدون إذن صاحبه تتوقف صحته على إجازة صاحبه⁽¹⁴⁶⁾.

وهم متفقون كما اتفق فقهاء المذاهب الأربعة بجواز انتفاع المرتهن بالمرهون إذا كان المرهون يحتاج إلى مؤونة لديمومته والمحافظة عليه نظير الاتفاق عليه من قبل الدائن المرتهن وإن كان الراهن يتفق عليه فليس للمرتهن الانتفاع به⁽¹⁴⁷⁾.

الفرع الرابع: أحكام الرهن التأميني:

الرهن التأميني كما يسميه المشرع العراقي والرهن الرسمي كما يسميه المشرع المصري، وهو معاملة حديثة في التشريعات الوضعية ، برزت أهميته عند تطور نظام التسجيل العقاري واطمأن له الدائنون المرتهنون كوسيلة فعّالة تضمن لهم الحصول على ديونهم ، ويقوم نظام تأشير الرهن في سجل دائرة التسجيل العقاري مقام الحيازة أو القبض في نظام الرهن الحيازي.

وإن الفقهاء المسلمون بمختلف مذاهبهم أفتوا بصحة معاملة الرهن وكان المقصود بأحكامهم تنظيم الرهن الحيازي، أما الرهن التأميني فهو معاملة حديثة، لم تطفو على سطح التعامل بين الناس حتى يحكم بها فقهاء الشريعة الإسلامية بصحة معاملة الرهن التأميني صراحة كما يأتي بيانه لاحقاً ما دفعنا إلى مناقشته في هذا المطلب بالذات. وعند مراجعة آراء الفقهاء المسلمون وأحكامهم نستطيع أن نكيّف نظام الرهن التأميني بحسب تلك الآراء والأحكام وهل هو جائز شرعاً أم غير جائز، فالفقهاء الذين ذهبوا إلى أن قبض المرهون هو شرط تمام أي إن عقد الرهن لا يتوقف على القبض أو

(145) السيد علي الحسيني السيستاني، مصدر سابق، مسألة رقم(1047)، والسيد محمد سعيد الحكيم، مصدر سابق، مسألة رقم(23).

(146) السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري، منهاج الصالحين، مصدر سابق، مسألة رقم(920)، ويوسف البحراني، مصدر سابق، ص277.

(147) نقلاً عن السيد محمد كاظم القزويني، موسوعة الإمام الصادق، ج35، ط1، مؤسسة الرافدين للطبوعات، طهران، قم، 1431هـ، ص26، وانظر مصادره: الكافي، ج5، ص236، ومن لا يحضره الفقيه، ج3، ص307، الشيخ البحراني، مصدر سابق، ص277

الحيازة والعقد يكون صحيحا بمجرد الإيجاب والقبول يجيزون الرهن التأميني، ومن هذا التكييف نقول إن من الفقهاء الأربعة الذين يتسع عندهم قبول الرهن التأميني هم فقهاء المالكية⁽¹⁴⁸⁾.

ويتسع قبول الرهن التأميني عند الفقهاء الجعفرية من الذين قالوا بأن القبض أو الحيازة ليس بشرط والرهن عندهم يلزم بمجرد الإيجاب والقبول من دون الحاجة إلى القبض فهم كثر ويكاد يطغى هذا الرأي عند فقهاء الجعفرية لكثرتهم على الآراء الأخرى⁽¹⁴⁹⁾، ومن فقهاء الجعفرية المعاصرين من أوضح صراحة على صحة معاملة الرهن التأميني وجعل قبض المرهون أو عدم قبضه تابعا لرضا الدائن المرتهن فإذا رضي الأخير ببقاء العين المرهون في يد الراهن صحت معاملة الرهن⁽¹⁵⁰⁾.

⁽¹⁴⁸⁾ محمود المظفر، مصدر سابق، ص12.

⁽¹⁴⁹⁾ محمود المظفر، مصدر سابق، ص12، وضياء الدين العراقي، مصدر سابق، ص15، وعلي بن الحسين الكركي، مصدر سابق، ص94، وعلي محمد الطباطبائي، مصدر سابق، ص192، والسيد محمد سعيد الحكيم، مصدر سابق، مسألة رقم(2)، والعلامة الحلبي، مصدر سابق، ص383.

⁽¹⁵⁰⁾ السيد كمال الحيدري، مصدر سابق، مسألة رقم(2921)، ص419.

المبحث الثالث

الرهن في التشريعات الحديثة

عند دراستنا للنظم القانونية وحركة تطورها عبر التاريخ وكيف نشأت بمواد قانونية بسيطة تنظم حياة الإنسان البسيطة الخالية من التعقيد ثم تطورت هذه القوانين بتطور المجتمعات الإنسانية لتواكب حركة التطور في حياته الاجتماعية و الاقتصادية ، ومن هذه النظم القانونية هو نظام الرهن، الذي تطور مع فكرة الضمان فوضع هذا النظام لضمان تنفيذ التزامات المدين وللحفاظ على أموال الدائنين من الضياع، فكان الضمان في نشأته الأولى هو جسم المدين وحرите ثم نشأت الكفالة الشخصية التي يكون فيها الكفيل ضامنا للمكفول بجسده وحرите، ثم تطور نظام الرهن والضمان من جسد المدين إلى ذمته المالية، ويعد نظام الرهن أحد أهم وسائل الضمان؛ لذا سندرس هذا المبحث بمطلبين؛ الأول: سنبحث فيه الرهن في التشريعات العراقية الحديثة ، والمطلب الثاني الرهن في التشريعات المصرية الحديثة.

المطلب الأول: الرهن في التشريعات العراقية الحديثة :

قبل تشريع القوانين الحديثة كانت معاملات الرهن عند العراقيين تسري وتطبق على وفق أحكام الشريعة الإسلامية وكل حسب مذهبه، وهي تختلف أحيانا من مذهب إلى آخر في التفاصيل، أما في القواعد العامة التي تتعلق بصحة التعامل به ومشروعيته فلا خلاف بينهم، بل إن الشريعة الإسلامية حثت على توثيق العقود وحفظ الأموال والحقوق وسد السبل المؤدية إلى ضياعها.

ثم جاءت التشريعات الحديثة التي تأثرت بالتطور الذي نشأ على فكرة الضمان وابتدأت مرحلة التنظيمات القانونية في أواخر عصر الدولة العثمانية.

ومن أجل إظهار مراحل تطور تلك التنظيمات القانونية سندرس هذا المطلب بثلاثة فروع، الفرع الأول: سندرس فيه الرهن قبل احتلال الدولة العثمانية للعراق، والفرع الثاني نبحث الرهن في عصر الدولة العثمانية والفرع الثالث الرهن في القانون المدني العراقي.

الفرع الأول: الرهن قبل احتلال الدولة العثمانية للعراق:

كان العراقيون يتعاملون بالرهن على وفق الشريعة الإسلامية وكل بحسب مذهبه، وانتشرت آنذاك ثلاث صور من الرهن جاءت مواكبة للتطور وللضرورات الاقتصادية وبعضها جاء تحايلا شرعيا للتخلص من حرمة الربا، وكما يأتي:

الصورة الأولى: شراء الدار وقيام المشتري برهنها للبائع ضمانا لثمن البيع، وفي هذه الصورة كان الراهن هو المشتري والبائع هو المرتهن، وكان المرتهن ينتفع بالدار المرهونة حتى تسديد ثمن الدار⁽¹⁵¹⁾.

الصورة الثانية: تأجير دار وقيام المؤجر برهنها للمستأجر ضمانا لدين المستأجر الذي بذمة المؤجر، فيكون المؤجر هو الراهن والمستأجر هو المرتهن، فينتفع المستأجر بمنافع الدار بتأجيرها أو يسكنها بنفسه دون أن يدفع مبلغ الإيجار حتى وفاء الدين وفك الرهن⁽¹⁵²⁾. وما تزال هذه الصورة من الرهن يجري التعامل بها إلى يومنا هذا، والبعض من المستأجرين المرتهنين يدفعون أجور رمزية ظانين أن هذه الأجور الرمزية تخلصهم من حرمة الربا.

الصورة الثالثة: بيع الوفاء، وبه يقوم البائع ببيع شيء إلى المشتري مقابل الدين الذي في ذمة البائع ويشترط عليه استرداد الشيء عند وفاء الدين أو رد الثمن. وبه ينتفع المشتري الدائن بالشيء المباع له حتى الوفاء بالدين⁽¹⁵³⁾.

فالفقهاء الذين اعتبروا بيع الوفاء رهنا، فأخضعوه لقواعد الرهن فلم يجيزوا للمشتري الانتفاع بالشيء أو استثماره دون إذن البائع وهو الراهن عندهم، أما الفقهاء الذين اعتبروا بيع الوفاء بيعا معلقا على شرط فاسخ يصح عندهم انتفاع المشتري بالمبيع ويصبح البيع لازما إذا أخل البائع بما شرطه برد الثمن أو الدين في الموعد المحدد في العقد⁽¹⁵⁴⁾.

أما المشرع العراقي فقد حسم الأمر وقطع كل شيء يثور حول بيع الوفاء فعده

(151) د. احمد محمد البغدادي، مصدر سابق، ص42.

(152) المصدر نفسه، ص42.

(153) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، رقم (43) لسنة 1971، ج3، ط1، مطبعة المعارف، بغداد، 1979، ص359.

(154) د. احمد محمد البغدادي، مصدر سابق، ص59.

رهنًا حيازيا في نص المادة (1333) من القانون المدني العراقي (بيع الوفاء يعتبر رهنًا حيازيا).

أما القانون المقارن فقد ألغى بيع الوفاء ونصت المادة (465) من القانون المدني المصري أنه (إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا)⁽¹⁵⁵⁾.

في حين عد القانون المدني المصري القديم في المادة (430) بيع الوفاء بيعا حقيقيا معلقا على شرط فاسخ، ويتمثل هذا الشرط في حق البائع في استرداد المبيع خلال المدة المتفق عليها وإذا لم يستعمل البائع حق الاسترداد ضمن المدة المحددة تخلف الشرط واستقرت الملكية للمشتري بشكل نهائي⁽¹⁵⁶⁾.

ونميل إلى ما ذهب إليه المشرع العراقي بعدّه بيع الوفاء رهنًا حيازيا، فهذا الاتجاه فيه صيانة للحقوق من الضياع وهو يؤدي الغاية التي دفعت المتعاقدين إلى بيع الوفاء وهي نية الضمان مقابل الدين، أما الإبطال الذي ذهب إليه القانون المقارن فيه تعسف كبير على المشتري إذ يصبح دينه بلا ضمان ويؤدي به إلى مخاطرة ضياع دينه.

الفرع الثاني: الرهن في عصر الدولة العثمانية:

احتل العثمانيون بغداد على يد السلطان سليمان القانوني في اليوم الأخير من عام 1534م⁽¹⁵⁷⁾، واستمر هذا الاحتلال 400 عام، أربعمئة عام حتى انتهت علاقة العراق بالدولة العثمانية عام 1918م حيث بدأ الاحتلال البريطاني عام 1914م مبتدئا بالبصرة⁽¹⁵⁸⁾.

نشأت الدولة العثمانية في بداية القرن الرابع عشر، وكان النظام القانوني لها هو النظام الإسلامي، ولم يكن ثمة تدوين رسمي للقانون⁽¹⁵⁹⁾. وقد أعلن السلطان سليمان

(155) حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، ط3، الدار الجامعة، بيروت، 1988، ص63.

(156) المصدر نفسه، ص62.

(157) د. علي الوردي، لمحات اجتماعية من تاريخ العراق الحديث، ج1، ط1، كوثر كوبر، قم، إيران، 2004، ص56.

(158) د. آدم وهيب النداوي، ود. هاشم الحافظ، تاريخ القانون، المكتبة القانونية، بغداد، 1989، ص218.

(159) د. آدم وهيب النداوي، ود. هاشم الحافظ، مصدر سابق، ص218.

الأول (1512-1520م) المذهب الحنفي مذهباً رسمياً للدولة العثمانية في مجال القضاء والإفتاء وفي غير ذلك من الأمور ترك للناس البقاء على مذاهبهم. وقد ورد عن أسباب اختيار العثمانيين المذهب الحنفي دون غيره من المذاهب، وذلك كون انتقال الخلافة الإسلامية إلى العثمانيين كان موضع خلاف وجدل بين الفقهاء المسلمين وقد اعترض بعضهم استناداً إلى ما ورد عن النبي ك أنه قال (الأئمة من قریش) وكان أبو حنيفة لا يأخذ بهذا الحديث ويرى من الجائز أن تكون الخلافة في غير قریش، لذلك كان العثمانيون شديدي التمسك بالمذهب الحنفي لأنه يعطيهم جواز شرعي على خلافة المسلمين⁽¹⁶⁰⁾.

بدأ عصر التقنين الحديث في العراق وغيره من البلدان العربية التي كانت جزءاً من الدولة العثمانية عندما بدأت الدولة العثمانية بالتنظيمات القانونية فبدأت بإصدار الوثيقة الدستورية الإصلاحية الموسومة بـ(خط كالخانة)، ثم بدأت مرحلة جديدة من التشريعات متأثرة بالتشريعات الأوروبية وخاصة الفرنسية في عهد الإمبراطور نابليون، فقد أصدرت مجلة (الأحكام العدلية) عام 1876م، وهو تشريع على وفق الشريعة الإسلامية وعلى المذهب الحنفي، تضمنت أحكام المعاملات المدنية⁽¹⁶¹⁾. وتضمن (1851) مادة تتضمن مقدمة تتألف من (100) مادة في القواعد الكلية وستة عشر كتاباً وكل كتاب مقسم على أبواب والأبواب مقسمة على فصول. وقد طبقت مجلة الأحكام العدلية في العراق⁽¹⁶²⁾.

نظمت المجلة أحكام الرهن الحيازي في المادة (706) ونصت في فقرتها الأولى: (ينعقد الرهن بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن ولا يتم ولا يلزم إلا بالقبض)⁽¹⁶³⁾. ولم تنظم المجلة الرهن التأميني، وإنما نظم بعد صدور بقانون (وضع الأموال غير المنقولة توثيقاً للدين) وجل أحكامه مقتبسة من القانون الفرنسي، وتم

(160) د. علي الوردي، مصدر سابق، ص 51.

(161) د. شفيق شحاته، تاريخ التجديد في التنظيم القانوني في مصر منذ عصر عهد محمد علي، دار الإحياء العربي، القاهرة، 1961، ص 104.

(162) د. آدم وهيب النداوي وآخر، مصدر سابق، ص 181.

(163) د. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1974، ص 25.

تطبيقه في العراق⁽¹⁶⁴⁾.

الفرع الثالث: الرهن في القانون المدني العراقي:

بعد أن احتلت بريطانيا العراق في الحرب العالمية الأولى ودخلت البصرة عام 1914، بقي العراقيون يطبقون التشريعات العثمانية المدنية والتجارية ومنها مجلة الأحكام العدلية إلى صدور القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م، ونظم في الكتاب الرابع منه أحكام الرهن التأميني والرهن الحيازي ورهن الدين بالمواد (1285-1360) واقتبس المشرع العراقي أحكام هذه المواد من القانون المدني المصري السابق عليه في الإصدار وقليلًا من التشريعات العثمانية وبالتحديد من قانون وضع الأموال غير المنقولة توثيقًا للدين ومن مجلة الأحكام العدلية التي تعد مصدرًا للقانون المدني العراقي⁽¹⁶⁵⁾.

وقد صدر القانون المدني العراقي بعد بذل جهود كبيرة بدأت بتشكيل لجنة منذ عام 1933م، ثم شكلت لجنة أخرى عام 1936م، وفي سنة 1943م، شكلت لجنة أخرى برئاسة معالي الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، وبعد ثلاث سنوات من تشكيلها أتمت عملها بوضع مشروع القانون المدني العراقي⁽¹⁶⁶⁾.

استقى القانون المدني العراقي أحكامه من القوانين الغربية والشريعة الإسلامية ومن مذاهبها المختلفة من دون التقيد بمذهب معيّن، وازدوجت أحكامه بهذين المصدرين تزاوجاً متلائماً متناسقاً يتسع لمواجهة أوضاع الحضارة الحديثة، ومتطلبات العصر وتحديث النظر إلى الفقه الإسلامية وبعث روح التجدد فيه ليتلاءم ويتسع رحابه إلى مواكبة العصر ومسايرة الأوضاع الحديثة.

وبرغم صدور القانون المدني العراقي عام 1951م، إلا أن عهد التشريعات العثمانية في العراق لم ينتهي وبقي العراق يطبق نظام الإفلاس الوارد في قانون التجارة العثماني الصادر عام 1850م، رغم صدور قانون التجارة العراقي بتاريخ 1943/5/10م، إلا أنه لم ينظم أحكام الإفلاس ومن عيوبه أيضاً أنه سبق صدور

⁽¹⁶⁴⁾ د. محمود طه البشير، مصدر سابق، ص 27.

⁽¹⁶⁵⁾ د. آدم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص 250.

⁽¹⁶⁶⁾ ورد تشكيل هذه اللجان في الفقرة 2 من الأسباب الموجبة للاتحة القانون المدني العراقي.

القانون المدني العراقي وكونه فرعاً منه فلا يصح إيجاد الفرع قبل الأصل⁽¹⁶⁷⁾.

وبقي العراق يطبق أحكام الإفلاس ونصوصها الواردة في قانون التجارة العثماني إلى صدور قانون التجارة العراقي رقم 149 بتاريخ 1970/7/2، الذي نظم أحكام الإفلاس والصلح الواقي منه بالمواد (566-791)، وبهذا التاريخ انتهى في العراق عهد تطبيق التشريعات العثمانية.

وقد نظم المشرع العراقي أحكام الرهن في القانون المدني العراقي في الكتاب الرابع، ضمن الحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية) والحق العيني كما عرفته المادة 1/67/ من القانون المدني العراقي هو (سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين)، وينقسم الحق العيني إلى قسمين أصلي وتبعي، فالحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية والحقوق المتفرعة منها وهي حق التصرف وحق الاستعمال والسكنة والمساحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الإجارة الطويلة، وأما الحقوق العينية التبعية هي حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز، فالحقوق العينية التبعية هي حقوق مقررة على أشياء معينة لضمان الوفاء بالتزام معينة وهي لا تقوم بذاتها وإنما تستمد وجودها من حق أصلي أو التزام تلحق به وتتبعه في صحته ووجوده وهي وجدت لضمان الوفاء به ولذلك سميت بالتبعية⁽¹⁶⁸⁾.

أما الحق الشخصي فيختلف عن الحق العيني فبعد أن عرفنا أن الحق العيني ينشأ سلطة مباشرة بين الشخص والشيء، فالحق الشخصي ينشأ رابطة بين شخصين دائن ومدين، فالحق الشخصي عرفته المادة 1/69، من القانون المدني العراقي بنصها (هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل)، ويذهب المشرع العراقي في الفقرة 3/ من المادة 69 إلى تحديد معنى (الالتزام) و(الدين) بنصها (ويؤدي التعبير بلفظ (الالتزام) ولفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ الحق (شخص) فالحق الشخصي يتكون من ثلاثة عناصر هي الدائن والمدين وموضوع الحق، وهذه العلاقة

(167) د. صلاح الدين الناهي، الوسيط في شرح قانون التجارة العراقي، ج4، ط2، شركة التجارة للطباعة المحدودة، بغداد، 1952، ص6.

(168) د. سعيد عبد الكريم مبارك، محاضرات في الحقوق العينية الأصلية، دار الطباعة الحديثة، البصرة، 1970م، ص4.

بين الدائن والمدين يطلق عليها الحق الشخصي إذا نظرنا إليها من جانب الدائن، ويطلق عليها لفظ الالتزام إذا نظرنا إليها من جانب المدين)⁽¹⁶⁹⁾.

والحقوق العينية التبعية (التأمينات الخاصة) وردت في القانون المدني العراقي على ثلاثة أنواع وهي الرهن التأميني والرهن الحيازي وحقوق الامتياز وسنوجز في أدناه فكرة مختصرة للتعريف بهذه الحقوق.

1- الرهن التأميني: وهو عقد بين المرتهن وهو الدائن وبين الراهن وهو إما أن يكون المدين أو كفيلاً عينياً للمدين، ولا يقع هذا الرهن إلا على عقار، وهو من العقود الشكلية الذي لا ينعقد إلا بإتباع شكل معين، فهو لا ينعقد إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري.

وبموجب هذا العقد يستطيع الدائن التنفيذ على العقار المرهون إذا لم يبادر المدين بتسديد ما بذمته في موعد الاستحقاق، وللدائن عند التنفيذ على العقار المرهون أن يتقدم على سائر الدائنين العاديين الدائنين والمرتهنين التاليين له في المرتبة ليحصل على مستحقاته من ثمن بيع العقار المرهون والمثقل بهذه المستحقات.

وقد نظم المشرع العراقي أحكام الرهن التأميني في القانون المدني العراقي بالمواد (1285-1320).

والرهن التأميني هو ثمرة تطور الفكر القانوني لدى الشعوب من فكرة النوع الواحد الذي عرفته الحضارات القديمة الذي كانت تنتقل معه حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن ثم تطورت إلى نوع آخر من الرهن يستطيع به المدين الراهن الاحتفاظ بحيازة المرهون مع تقرير رهن عليه لصالح الدائن⁽¹⁷⁰⁾.

2. الرهن الحيازي: وهو عقد يلتزم به الراهن بتمكين المرتهن الدائن، أو عدل يتفق عليه الطرفين من حيازة الشيء المرهون وسواء كان عقاراً أو منقولاً، أما إذا وقع على العقار فيتشترط إضافته إلى الحيازة أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري، أما إذا كان الشيء المرهون منقولاً فيشترط لنفاذه في حق الغير إضافته إلى شرط نقل الحيازة أن

(169) د. عبد المجيد الحكيم. وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، مطبعة وزارة التعليم العالي العراقية، بغداد، 1980، ص3.

(170) د. محمد طه البشير وآخر، مصدر سابق، ص17.

يدون في ورقة ثابتة التاريخ ويحدد فيها الشيء المرهون والمبلغ المضمون بالرهن. وقد نظم المشرع العراقي أحكام الرهن الحيازي في القانون المدني العراقي بالمواد (1321-1360).

وعلى الرغم من تفوق الرهن التأميني وتفضيله في التعامل على الرهن الحيازي إلا أن الرهن الحيازي من مزاياه أنه لا يحتاج إلى الرسمية إذا ما وقع على منقول⁽¹⁷¹⁾. فهو أيسر وأسرع في إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون إذا ما وقع على منقول. والرهن الحيازي أول صورة للضمان عرفها الإنسان في تعاملاته وأول تشريع للرهن عرفته القوانين القديمة.

3- حقوق الامتياز: نظمها المشرع العراقي في القانون المدني بالمواد (1361-1377)، وعرفته المادة (1361) من القانون المدني العراقي (الامتياز أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين. ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص في القانون).

المطلب الثاني: الرهن في التشريعات المصرية الحديثة:

دخل العرب المسلمون مصر عام 20هـ/641م، بعد أن انتصروا على الرومان الذين كانوا يحتلون مصر منذ عام 31ق.م. حتى تم طردهم من قبل العرب المسلمين⁽¹⁷²⁾. وطبق فيه أحكام الشريعة الإسلامية بدلا من القانون الروماني البيزنطي، وقد طبق فيها فقه المذاهب الإسلامية ومنها أحكام الرهن إلى صدور التقنيات الحديثة في أواخر القرن التاسع عشر⁽¹⁷³⁾.

لذا سندرس هذا المطلب بفرعين، الفرع الأول: سنبحث فيه الرهن في مصر في عصر الدولة العثمانية والفرع الثاني سنخصصه إلى الرهن في التقنين المدني المصري.

(171) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص747.

(172) د. عمر ممدوح مصطفى، أصول تاريخ القانون، مؤسسة المطبوعات الحديثة، الإسكندرية، مصر، 1960، ص231.

(173) د. صوفي أبو طالب، مصدر سابق، ص153.

الفرع الأول: الرهن في مصر في عصر الدولة العثمانية:

لما أصبحت مصر ولاية من ولايات الدولة العثمانية أصدر السلطان سليمان القانوني عام 1525م قانوناً وضع في أسس الحكم في ولاية مصر سمي (القانونتامة) وضعت مصر بموجبه لنوع من الحكم يتلاءم مع ظروف الحياة فيها وضع على رأس البلاد الباشا ويعينه السلطان العثماني لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد، أما السلطات القضائية فكانت بيد قاضي القضاة وهو من الأتراك حصراً ويحكم على وفق المذهب الحنفي ، ويعينه السلطان العثماني، ولكن في أواخر العهد العثماني أعادوا نظام القضاة الأربعة وكل قاضي يحكم على وفق مذهبه ، وقسمت مصر إلى 36 ولاية قضائية⁽¹⁷⁴⁾.

وفي عهد السلطان سليم الأول ألغي نظام الملكية الفردية للأراضي وعدّت جميع الأراضي المصرية مملوكة للدولة، ولم يبقَ للأفراد سوى حق الانتفاع، وكان هذا الحق ينتقل بالوراثة، وعندما ثارت مصر على الوالي العثماني عام 1805م، وأجمع علماءها على تعيين (محمد علي) والياً على مصر بدلاً منه، فقد قام باصطلاحات منها أنه خطأ خطوة مهمة نحو نظام الملكية الفردية عام 1813 من خلال وضعه لنظام السجلات العقارية لتسجيل الحقوق إلا أن حق الانتفاع بقي كما هو وبقيت رقبة الأراضي مملوكة للدولة المصرية، وهذا الحق عنده لا ينتقل بالوراثة كما كان سابقاً، وسميت هذه الأراضي بـ(الأراضي الخراجية)، وكان صاحب حق الانتفاع يقوم بدفع ضريبة عقارية سميت بالخراج، وإلى جانب هذه الملكية الناقصة كان هناك نوع آخر من الملكية هي الملكية الكاملة، يمكن لمالكها التصرف بها بكافة أنواع التصرفات وتسمى (الأراضي الرزقة)⁽¹⁷⁵⁾.

ومما لا شك فيه أن نظام الرهن يتأثر سلباً وإيجاباً بنظام الملكية الفردية، فكلما ازدادت الملكية الفردية وتم إنشاء نظام للسجلات العقارية محكماً ودقيقاً ويطمئن له ازداد وانتعش نظام الرهن وتتأثر بذلك حركة الاقتصاد والتجارة ويتسع منح الائتمان أفقياً وعمودياً مما يدفع عجلة الحياة الاقتصادية إلى الأمام.

(174) د. شفيق شحاته، تاريخ حركة التجديد في النظم القانونية في مصر منذ عهد محمد علي، دار الإحياء العربي، القاهرة، 1961، ص5، و13.

(175) د. شفيق شحاته، مصدر سابق، ص98.

نظمت الملكية العقارية في مصر تنظيمًا جديدًا بصدور (اللائحة السعيدية) عام 1858م، واعتبرت فيها (أراضي الرزقة) أراضي خراجية، وأجازت توارث الأراضي الخراجية، وأجازت التصرف بحق المنفعة وإجارة الأراضي بما لا يزيد على ثلاث سنوات⁽¹⁷⁶⁾.

وفي سنة 1871م، صدرت (لائحة المقابلة) وبموجبها انتهى عهد الملكية الناقصة وأصبح لأصحاب الأوسمة إذا ما دفعوا (المقابلة) وهي عبارة عن خراج، ستة سنوات تدفع مقدماً الحق في التصرف بالأوسمة بكافة أنواع التصرفات، وكذلك أباحت لأصحاب الأراضي الخراجية دفع المقابلة ليتمكنوا من الحصول على الملكية الكاملة، أما المجموعة المدنية التي صدرت عام 1883م، عدت هؤلاء أصحاب أراضي المقابلة يملكون أراضيهم ملكية كاملة وتامة⁽¹⁷⁷⁾.

وعندما صدر قانون التجارة العثمانية سنة 1850م، ثم تطبيقه في مصر، وصدرت عام 1856م، (لائحة الأربعين بنداً) التي نصت على تطبيقه على الدعاوى التجارية عند نظرها امام المجالس التجارية⁽¹⁷⁸⁾.

أما مجلة الأحكام العدلية المقننة لأحكام الشريعة الإسلامية في مسائل المعاملات المدنية وفقاً للمذهب الحنفي التي صدرت عام 1876م، فإنها لم تطبق في مصر لأن الحكومة المصرية أصدرت في ذات العام المجموعة المدنية المختلطة واستمر العمل بها إلى صدور المجموعة المدنية الأهلية الأولى عام 1883م والتي نظمت حق الملكية على أنه حق كامل مطلق في الأصل إلا أنها استثنت من هذا الأصل الأراضي الخراجية وقيدتها بحق الانتفاع إلا أنها عدته حقاً مؤبداً لا مؤقتاً وأجازت لمالك المنفعة حق الإسقاط وحق الرهن دون قيد أو شرط كما جاء بنص المادة/36 منها⁽¹⁷⁹⁾.

أما بالنسبة للحيل الشرعية فإنها انتشرت في تعاملات الناس في العهد العثماني، ومن خلال هذه الحيل يتمكن المرتهن من الانتفاع بالمال المرهون دون مقابل ومنها

(176) المصدر نفسه، ص102.

(177) المصدر نفسه، ص103.

(178) المصدر نفسه، ص104.

(179) د. شفيق شحاته، مصدر سابق، ص104-121.

(بيع الوفاء)، ومنها إسقاط حصص التزام الأراضي الزراعية وكان هناك شكلان لإسقاطها، الشكل الأول: قيام المسقط له بتأجيرها إلى المسقط وهو ما يعبر عنه في مصر (بالحلوان) فالأجرة هي الفائدة التي كانت تعود للمسقط له لارتهاان الحصة، والشكل الثاني: كان رهناً حيازياً ترهن به الحصة لدى المسقط له لمدة معينة ويتفق على حصوله على فائض الحصة وإلزام المسقط لسد ما نقص من ذلك الفائض وبه يتم انتفاع المرتهن بالشئ المرهون وبهذه الحيل تطور الاستثمار وازدادت الحيل التي قصد منها تمكين المرتهن من الانتفاع بالمرهون⁽¹⁸⁰⁾.

الفرع الثاني: الرهن في التقنين المدني المصري:

أحتوى التقنين المدني المصري رقم/131 لسنة 1948، أربعة أنواع من الحقوق العينية التبعية وكما يأتي:

أولاً: الرهن الرسمي: الرهن الرسمي هو ذاته الرهن التأميني كما يسميه المشرع العراقي، وهو عقد بين الراهن والمرتهن، يكسب به الدائن حقاً عينياً على عقار مخصص للوفاء بدينه، يكون له بمقتضى هذا الحق العيني أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة ليستوفي حقه من ثمن ذلك العقار المرهون لصالحه وفي أي يد يكون⁽¹⁸¹⁾، وقد نظم المشرع المصري الرهن الرسمي بالمواد (1030-1084)⁽¹⁸²⁾.

والرهن الرسمي يرد على العقار حصراً دون المنقولات إلا انه استثناءً ظهرت الرهون الرسمية على بعض المنقولات حصراً دون أن تنتقل حيازتها إلى الدائن المرتهن وهذه الرهون هي ثلاثة وعلى سبيل الحصر وهي رهن رسمي بحري يترتب على سفينة بحرية وتبقى في حيازة مالكةا ويؤشر الرهن في السجل الخاص بها ورهن نهري يترتب على سفينة نهريّة، ورهن الطائرات، كما يجوز رهن هذه المنقولات الثلاثة رهناً

(180) د. احمد محمد البغدادي، مصدر سابق، ص 169-170.

(181) د. محمد شريف عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م، ص 65.

(182) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 37.

حيازياً⁽¹⁸³⁾.

ثانياً: الرهن الحيازي: وعقد الرهن الحيازي يلتزم به الراهن ضماناً لدين عليه أو على غيره بان يسلم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى عدل يتفقان عليه ويكون للمرتهن الدائن حق عيني على ذلك الشيء المرهون يخوله حق حبس الشيء المرهون لحين استيفاء دينه كما يخوله حق بيع الشيء المرهون والتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء دينه من ثمن ذلك الشيء المرهون، وهو يقع على العقار وعلى المنقول، وقد نظمت احكامه المواد (1096-1129)⁽¹⁸⁴⁾.

والرهن الحيازي لا يحتاج إلى رسمية إذا ورد على منقول.

ولا زال الرهن الحيازي في مصر من أهم وسائل الائتمان بالنسبة للمزارعين والفلاحين كونه يبعث في نفوسهم مزيداً من الاطمئنان بتحصيل ديونهم⁽¹⁸⁵⁾. أما في العراق فانه يكثر التعامل بالرهن الحيازي في العقارات المخصصة للسكن لغرض الاستفادة من سكنى الدار مقابل مبلغ الرهن، والبعض من المرتهنين يدفع أجرة رمزية ظاناً أنها تخلصهم من حرمة الربا، بينما واقعاً الفائدة من القرض حاصلة بالفرق بين البدلين بدل الإيجار الرمزي وبدل الإيجار الحقيقي محسوباً بأجرة المثل، أي أجرة مثيلاتها من العقارات في ذات المنطقة.

ثالثاً: حق الاختصاص: نظمه المشرع المصري بالمواد (1085 - 1095) من القانون المدني إلا انه لم يعرفه ومن الممكن معرفته من الأحكام المنظمة له، فهو حق عيني تبعي، يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين بمقتضى حكم قضائي بات بيد الدائن صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين⁽¹⁸⁶⁾.

وحق الاختصاص يأخذ حكم الرهن الرسمي، فتكون قوته كدائن مرتهن رهناً رسمياً ويأخذ أسبقية في المرتبة حسب تاريخ قيده فيتقدم على الدائنين العاديين والدائنين

(183) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص365.

(184) د.نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص37 و213.

(185) د. محمد شريف عبد الرحمن، مصدر سابق، ص540.

(186) انور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003م، ص255.

المرتبهين التاليين له في المرتبة التي سجلت رهونهم بعد تاريخ قيده⁽¹⁸⁷⁾.

أما المشرع العراقي فانه لم يشرع حق الاختصاص ولم يأخذ به. ويبدو أن المشرع العراقي تجنب تشريعه لكثرة عيوبه، ولأنه يؤدي إلى الخروج على القواعد العامة في المساواة بين الدائنين ونظام التصفية الجماعية لأموال المدين المفلس، كما يؤدي إلى الإضرار بالآخرين الذين يترتب لهم حقوق على عقارات المدين من بيع أو رهن قبل تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري.

وحاول المشرع المصري معالجة بعض هذه العيوب من خلال منعه أخذ حق اختصاص بعد وفاة المدين، كما منع أخذ اختصاصات متعددة في محاكم مختلفة على عقارات تقع في دوائر تلك المحاكم حتى تعلم المحاكم الأخرى بذلك والغاية حتى لا يأخذ الدائن حق اختصاص عقارات قيمتها أكثر بكثير من قيمة الدين، كذلك أعطى المشرع المصري حق التظلم للمدين، كما منع حق الاختصاص من أن يكون سبباً في إثارة دائن على آخر دون مبرر عندما نص على عدم سريانه بحق الدائنين المسجلين في صحيفة الإعسار قبل الحكم بحق الاختصاص⁽¹⁸⁸⁾.

وحسناً فعَل المشرع العراقي بعدم تشريع حق الاختصاص فهو أضاف إلى كثرة عيوبه فإنه يشغل المحاكم بسيل من الدعاوى التي يستأثر بها دائن دون غيره بمجرد أنه سبق الدائنين الآخرين، بإقامة دعوة الاختصاص، وحتى المعالجات التي أقرها المشرع المصري برغم أهميتها إلا أنها لا تكفي لمعالجة كل عيوبه.

رابعاً: حقوق الامتياز: حقوق الامتياز نظمها المشرع المصري بالمواد(1130-1149) وقد عرفه المشرع المصري في المادة/1130/ فق 1 (الامتياز أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لضعفه)⁽¹⁸⁹⁾.

(187) د. احمد عبد التواب محمد بهجت، دروس في الحقوق العينية التبعية، ج2، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م، ص10.

(188) د. محمد شريف عبد الرحمن، مصدر سابق، ص536.

(189) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص37.

الفصل الثاني

التعريف بالرهن

للرهن شروط خصائص تميزه من العقود الأخرى، وله مزايا مهمة جعلته من أهم عقود التوثيق والضمان، الذي يبعث بالثقة والأمان فاطمأنت له المصارف وتشجعت به إلى منح الائتمان؛ لذا سنبحث هذا الفصل بثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول: تعريف الرهن وأهميته للمصارف.

المبحث الثاني: طبيعة الرهن وخصائصه وشروطه.

المبحث الثالث: تمييز الرهن ومقارنته بما يشته به.

المبحث الأول

تعريف الرهن وأهميته للمصارف

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول: سنعرّف فيه الرهن، والمطلب الثاني: سنبحث في أهمية الرهن للمصارف.

المطلب الأول : تعريف الرهن

سنعرّف الرهن في هذا المطلب بفرعين، الفرع الأول سنعرّف الرهن لغة والفرع الثاني إلى تعريف الرهن اصطلاحاً.

الفرع الأول: تعريف الرهن لغة:

يعرف الرهن لغة بأنه: ((ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك))⁽¹⁹⁰⁾، والجمع رهون، ورهان، ورهن⁽¹⁹¹⁾.

ويقال رهنْتُ الشيء رهناً وهو مرهون، وأرهنّته ايضاً، وأرتهنه: أخذه رهناً⁽¹⁹²⁾. والمرتهن الذي يأخذ الرهن، والشيء المرهون، ورهين، والأنثى رهينة⁽¹⁹³⁾.

وجاء في الحديث النبوي k ((لا يغلق الرهن)) ومعناه أن يبقى عند المرهون عنده أي المرتهن بما عليه لا يفك ولا يتملكه المرتهن إذا لم يفك في الوقت المشروط، وغلق الرهن كان عادة قبل الإسلام فأبطلها الإسلام ونهى عنها⁽¹⁹⁴⁾.

قال زهير:

وفارقتك برهنٍ لا فكاك له يوم الوداع أمسى الرهن قد غلقا

⁽¹⁹⁰⁾ الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ج4، مؤسسة الرسالة، بيروت، (د.ت)، ص230.

⁽¹⁹¹⁾ ابن سيده، أبو الحسن، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق عبد الحميد هندائي، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م، ص300.

⁽¹⁹²⁾ صاحب بن عباد، المحيط في اللغة، ج1، ص305، انترنت: www.alarrag.com

⁽¹⁹³⁾ الجوهري، الصحاح في اللغة، تحقيق أحمد عبد الغفور العطار، ج5، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، 1987م، ص20129.

⁽¹⁹⁴⁾ ابن دريد، جمهرة اللغة، تحقيق رمزي منير بعلبكي، ج2، ط1، دار العلم للملايين، بيروت، 1987م، ص959.

ويقال أغلق يغلقه اغلاقاً⁽¹⁹⁵⁾.

وللرهن في اللغة معانٍ متعددة منها:

1. انه يأتي بمعنى الدوام والثبات، يقال رهنْتُ لهم الطعام والشراب، أي أدمته لهم وهو طعام رهن، والراهن الثابت⁽¹⁹⁶⁾.

2. قد يراد بالرهن لغة الكفيل الضامن، يقال: وأنا لك رهنٌ بكذا، أي ضامن بكذا⁽¹⁹⁷⁾.

ويأتي بمعنى الضمانة حيث جاء في الحديث النبوي k (الراهن من رهنه) أي من ضمانه فلا يضمنه المرتهن إلا بالتعدي كأن يتمتع عن رد المرهون بعد سقوط الدين⁽¹⁹⁸⁾.

3. ويأتي بمعنى الحبس، ويقال هذا رهنٌ لك، أي دائمٌ محبوس عليك، جاء في قوله تعالى: (كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِيْنَةٌ)⁽¹⁹⁹⁾، و(كل امرئ بما كسب رهين) أي محتبس بعمله، ورهينه محبوسة يكسبها⁽²⁰⁰⁾.

وفي القرآن الكريم أينما استعملت كلمة الرهن تدل على الثبات والدوام والحبس والتوثيق والتشدد والتأكيد، وجاء في الحديث النبوي k ((أنفسكم مرهونة بأعمالكم))، وفقهاء المسلمون ليس لديهم اصطلاح خاص بالرهن بل تبعوا العرف واللغة⁽²⁰¹⁾.

الفرع الثاني: تعريف الرهن اصطلاحاً:

عرفه بعضهم بأنه (حق عيني تابع يتولد للدائن بمقتضى عقد على منقول أو عقار مملوك للمدين أو لغيره ضماناً للوفاء بالتزام، وهو يخوله حبس الشيء لحين استيفاء دينه بتمامه وان يستوفي حقه من ثمن هذا الشيء بالتقدم والأولية في أي يد

⁽¹⁹⁵⁾ ابن دريد، مصدر سابق، ص959.

⁽¹⁹⁶⁾ الجوهري، مصدر سابق، ص20129.

⁽¹⁹⁷⁾ الصاحب بن عباد، مصدر سابق، ص305.

⁽¹⁹⁸⁾ شهاب الدين احمد الهيئي الشافعي، مصدر سابق، ص132.

⁽¹⁹⁹⁾ سورة المدثر، 38.

⁽²⁰⁰⁾ ابن منظور، لسان العرب، ط1، ج13، دار صادر، بيروت. لبنان، ص188.

⁽²⁰¹⁾ السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري، مصدر سابق، ص85.

يكون⁽²⁰²⁾.

وعرفه آخرون انه (نظام قانوني يكفل للدائن بمقتضى عقد ابرمه مع الراهن أن يحبس المال المرهون وان يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي للمال المرهون في أي يد يكون)⁽²⁰³⁾.

ويلاحظ على التعريف الأول والثاني أنهما غير جامعين فالأول ذكر ثمن الشيء دون المقابل النقدي الذي يحل محل الشيء في حالة هلاكه ودفع تعويض بدلاً عنه أو في حالة استملاكه مثلاً من قبل الدولة.... الخ والتعريف الثاني ذكر المقابل النقدي ولم يذكر ثمن ذلك الشيء وكذلك لم يشير إلى انه حق عيني تابع، وكلا التعريفين الأول ابتداءً التعريف بانه حق عيني تابع، والثاني، ابتداءً بأنه نظام قانوني، والدائن المرتهن لا يكون له أن يستفيد من مزايا الحق العيني والنظام القانوني إلا بتوقيعه عقد الرهن، فيكون الابتداء بالتعريف بأنه عقد هو الخطوة الأولى ومفتاح الدخول إلى النظام القانوني والحقوق العينية التبعية.

والتعريف الذي يراه الباحث: الرهن هو (عقد يكسب به الدائن المرتهن حقاً عينياً تبعياً يكون له بمقتضاه أن يحبس المال الذي وضعه الراهن في يده أو في يد عدل ليستوفي حقه من ثمنه أو من المقابل النقدي الذي يحل محله متقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد يكون).

المطلب الثاني: أهمية الرهن للمصارف:

لنظام الرهن مزايا ايجابية كبيرة ومهمة للدائنين المرتهنين عامة وللمصارف خاصة، وحيث يمنح هذا النظام القانوني سرعة اتخاذ الإجراءات التنفيذية ويوفر ضمانه في الحصول على الحق المضمون بالرهن، مما يشجّع المصارف ويدفعها إلى منح التسهيلات المصرفية.

وندرج أدناه أهم المزايا التي يعطيها نظام الرهن للمصرف المرتهن:

أولاً: يستطيع نظام الرهن بما يوفره من مزايا أن يحفظ رأسمال المصرف وودائعه

⁽²⁰²⁾ عرفه الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي نقلاً عن: د. بيان يوسف رجب، مصدر سابق، ص36.

⁽²⁰³⁾ عرفه الدكتور شمس الدين الوكيل، نقلاً عن: المصدر نفسه، ص36.

التي منحها لزيائنه وكأنها في حيازته⁽²⁰⁴⁾.

ثانياً: يوفر حماية للمصرف من خلال استثنائه بمال محدد يخصص للوفاء باستحقاقه لا ينافسه الآخرين فيه.

ثالثاً: يضمن سرعة وفاء المدين الراهن لالتزاماته إزاء المصرف خشية من التنفيذ على المال المرهون ويسبب له ضرراً معنوياً في السوق وخسارة مادية إذا ما بيع المرهون بالمزاد العلني⁽²⁰⁵⁾.

رابعاً: يشجع المصارف في منح المزيد من الائتمان مما يزيد في أرباحها.

خامساً: لما كان نظام الرهن عاملاً فَعَالاً في زيادة منح الائتمان ومن ثم تحقيق الارباح مما يشجع المودعين في إيداع أموالهم لدى المصارف التي تحقق أرباحاً جيّدة والتي كان ورائها الرهن.

سادساً: يزيد علاقة المصرف برجال الأعمال والشركات والأفراد وبه تتوسع دائرة عمل المصرف وتعاملاته مما يوفر فرص أكبر للربح.

ثامناً: يعطي للمصرف المرتهن الحق في بيع المال المرهون عند تلوؤ المدين في تنفيذ التزاماته ليحصل على حقه من ثمن بيع ذلك المرهون متقدماً على الدائنين العاديين للراهن والدائنين المرتهين التالين له في المرتبة.

تاسعاً: يعطي للمصرف الحق في تتبع المال المرهون في أي يد يكون والتنفيذ عليه.

عاشراً: يكفل للمصرف الحصول على حقه بالرغم من إعسار المدين المحتمل أو أفلاسه.

أحد عشر: يزيد من تعامل الزبائن مع المصرف كلما زاد عدد الأموال المرهونة كون هؤلاء الراهنين ممكن أن يكونوا كفلاء لغيرهم.

اثنا عشر: يبعث الثقة والأمان لدى المصارف ويوفر لهم الطمأنينة والضمان،

(204) د. بيان يوسف رجب، مصدر سابق، ص70.

(205) المصدر نفسه، ص70.

ويمنح المدين ثقة المصرف به ويمنحه الائتمان الذي يحتاجه⁽²⁰⁶⁾.

ثلاثة عشر: أن المصارف عندما تمنح القروض النقدية وصكوك الضمان التعهدية التي توظف في خدمة المشاريع الاقتصادية، والاستثمارية إنما يكون قاعدة الضمان لها هو الرهن.

أربعة عشر: أن المصارف تفتح الاعتمادات المستندية لمن يحتاجها من زبائنهم، وتساهم بذلك في تنمية التجارة الخارجية وتسهيل عملية استيراد السلع والبضائع لرفع احتياجات القطاعات الاقتصادية المختلفة، ما كانت لتتم لولا وجود الضمان الذي يشكل محوره نظام الرهن.

خمس عشرة: يوفر نظام الرهن إجراءات سريعة في بيع المال المرهون، فإذا كان المال المرهون من الأسهم والسندات فيسلك المصرف في إجراءات بيعه القضاء المستعجل طبقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية العراقي⁽²⁰⁷⁾، وأما إذا كان المال المرهون من العقارات فيتم بيعه في دائرة التسجيل العقاري مباشرة، ودون حاجة إلى قرار قضائي وطبقاً لقانون التسجيل العقاري العراقي.

(206) حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، ط3، الدار الجامعة، بيروت، 1988م، ص7.

(207) موسى فاضل العبودي، إفلاس المصارف بمخاطر الائتمان، مطبعة دار الضياء للطباعة والتصميم، النجف الاشرف، 2011م، ص82.

المبحث الثاني

طبيعة الرهن وخصائصه وشروطه

للرهن طبيعته الخاصة به وخصائص تميزه عن العقود الأخرى وتتجلى بها أهميته ومميزاته التي ينفرد بها دون غيره من العقود وله شروط يشترك في بعضها مع سائر العقود وينفرد في أخرى وتكون خاصة به، لذا سندرس هذا المبحث بثلاثة مطالب، المطلب الأول سيكون إلى الطبيعة القانونية للرهن، والمطلب الثاني: سنبحث في خصائص الرهن، والمطلب الثالث سندرس في شروط الرهن.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للرهن:

الرهن من الحقوق العينية التبعية، وسميت عينية لأنها ترد على عين معينة بذاتها⁽²⁰⁸⁾، وهو عقد بين طرفين الراهن والمرتهن ولا ينشأ إلا تبعاً لحق يراد به ضمان ذلك الحق لذا سنبحث هذا المطلب بفرعين الفرع الأول سنبحث في عقد الرهن، والفرع الثاني حق الرهن.

الفرع الأول: عقد الرهن:

ورد تعريف الرهن بنوعيه الرهن التأميني والرهن الحيازي في القانون المدني العراقي بأنه عقد وكذلك في القانون المقارن.

فالرهن لا ينشأ إلا بعقد بين الراهن والمرتهن وسواء كان الراهن هو المدين أو كفيلاً له، والكفالة له هنا هي كفالة عينية وليست شخصية ويمكن إجمال أهم خصائص الرهن كعقد بما يأتي:

أولاً: انه عقد ملزم للجانبين الراهن والمرتهن إذا كان الرهن حيازياً، وملزم لجانب واحد وهو الراهن إذا كان رهناً تأمينياً⁽²⁰⁹⁾.

ثانياً: انه حق تابع يستلزم وجود التزام أصلي يتبعه، أي انه لا ينشأ مستقلاً بذاته، بل يوجد لضمان الوفاء بالتزام آخر يكون تابعاً له ويدور معه وجوداً وعدماً صحة

(208) د. رضا عبد الحليم عبد المجيد، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية. انترنت:

WWW.pdfactory.com

(209) د. احمد عبد التواب محمد بهجت، دروس في الحقوق العينية التبعية، ج2، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص10.

وبطلاناً⁽²¹⁰⁾. ولا يشترط أن يكون الالتزام المضمون حالاً بل يصح أن يكون شرطياً أو مؤجلاً أو احتمالياً⁽²¹¹⁾، ويمكن أن يغطي الرهن اعتمادات مفتوحة في المصرف كالا اعتماد المستندي وخطاب الضمان.

ثالثاً: انه عقد بمقابل، فإن الراهن لا يتبرع للمرتهن بالشيء المرهون حتى يعد من عقود التبرع، وإنما يتم الرهن مقابل حصول الراهن على الائتمان المطلوب آجلاً أو عاجلاً، وحتى لو كان المدين ليس هو الراهن بل كان الراهن شخص غير المدين فإنه من غير المعقول أن يقوم الكفيل العيني برهن املاكه لالتزامات شخص آخر دون مقابل، بل لا بد أن تكون هناك شراكة عمل أو التزامات متقابلة بينهم⁽²¹²⁾.

رابعاً: انه من عقود الضمان، حيث يقصد بالرهن الاستيثاق به لضمان وفاء الدين من ثمن المرهون إذا تعذر استيفائه من ذمة المدين⁽²¹³⁾.

الفرع الثاني: حق الرهن:

الرهن حق عيني، أي انه يعطي للمرتهن سلطة مباشرة على مال معين، يضمن للدائن الحصول على حقه، ويحتج به على الكافة.

والحق العيني عرفته المادة/67 من القانون المدني العراقي (هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين).

في حين الحق الشخصي هو رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين، فالحقوق المالية تكون أما عينية أو شخصية.

وفهم من التعريف أن الحق العيني ينشأ علاقة مباشرة بين الشخص والشيء وتنقسم الحقوق العينية إلى قسمين:

القسم الأول: حقوق عينية أصلية، وهي التي تخول صاحبها سلطات كاملة على

(210) حسين عبد اللطيف حمدان، مصدر سابق، ص38.

(211) د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية، ط1، منشأ المعارف. الإسكندرية، 1967م، ص11.

(212) د محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، ط3، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1974م، ص25.

(213) المصدر نفسه ص25.

الشيء محل الحق، وتكون قائمة بذاتها غير مستندة في وجودها على غيرها، وتشمل حق الملكية والحقوق المتفرعة عنها كحق التصرف وحق العقر وحق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الإجارة الطويلة. وهذه الحقوق حددتها المادة/1/68 من القانون المدني العراقي.

القسم الثاني: حقوق عينية تبعية، وهي حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز، وهذه الحقوق حددتها المادة/2/68 من القانون المدني العراقي، وهي لا تقوم بذاتها وإنما تستند في وجودها إلى حق أصلي وهو الدين⁽²¹⁴⁾، تقوم لضمانه وتأمين الوفاء به وتسمى أيضا التأمينات العينية⁽²¹⁵⁾.

وتسمى أيضا التأمينات الخاصة، لأن فيها يختص الدائن ببعض أموال المدين، وتسمى ضمانات خاصة تميزاً لها عن الضمانات العامة التي يشترك فيها جميع الدائنين وتكون فيها جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه وتقسّم بينهم قسمة غرماء كل بنسبة دينه من غير مراعاة لتاريخ الديون⁽²¹⁶⁾.

ومن الجدير بالذكر أن الدائن المضمون دينه بضمان خاص أي أن له حق رهن تأميني أو حيازي يستطيع مشاركة الدائنين الآخرين لمدينة في حق الضمان العام إذا لم يغطي ثمن بيع المرهون المبلغ المخصص بالرهن⁽²¹⁷⁾. إلا أنه يشترك معهم كدائن عادي ويدخل معهم في قسمة الغرماء. وحق الرهن هو حق تباعي لا يقوم بذاته وإنما يستند في وجوده إلى حق شخصي وذلك ضماناً وتوثيقاً له فهو يتبعه وجوداً وعدماً وصحةً وبطلاناً فإذا انقضت مدة التقادم التي تسقط دعوى الدين الموثق بالرهن جاز للراهن أن يطلب فك الرهن.

وإن من ميزات الرهن كحق أنه حقاً لا يتجزأ، فتبقى سلطة الدائن المرتهن على

⁽²¹⁴⁾ د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، مصر الاسكندرية، 2004، ص6.

⁽²¹⁵⁾ محمد كامل مرسي باشا، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1951م، ص11.

⁽²¹⁶⁾ المصدر نفسه، ص9.

⁽²¹⁷⁾ محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص13.

المال المرهون كله حتى يستوفي كامل دينه المضمون⁽²¹⁸⁾.

ومن ميزات حق الرهن انه يتعلق بمال المرهون لا بذاته، فإذا ما هلك المرهون يتحول حق الرهن إلى أي مال يحل محله كمبلغ التعويض أو مبلغ الاستملاك أو أي بديل نقدي آخر.

المطلب الثاني: خصائص الرهن:

للرهن خصائص مهمة ميزته عن خصائص الضمان العام التي تقع على جميع أموال المدين ويتعلق بها حقوق جميع الدائنين على قدم المساواة فالضمان العام لا يحقق للدائن الضمان الكافي في استيفاء كامل حقه، كما انه يتعرض إلى مخاطر اعسار مدينه أو إفلاسه. لذا وجد الرهن لحماية الدائنين من تلك المخاطر، وبالرهن يختص الدائن بمال أو أكثر من أموال مدينة أو كفيله وبذلك يكون له الأفضلية على باقي الدائنين في استيفاء حقه كاملاً من ثمن هذا المال المرهون أو في المقابل النقدي الذي يحل محله، ليخرج بهذه الميزة من المساواة مع الدائنين الآخرين لمدينة لذا كان لخصائص الرهن أثراً كبيراً في توسيع دائرة الائتمان وانعكاسه ايجابياً على سير الحياة الاقتصادية وتقدمها إلى الأمام. ونجمل أدناه أهم خصائص الرهن:

أولاً: انه من الحقوق العينية: سميت عينية لأنها متعلقة بعين معينة من أموال الراهن⁽²¹⁹⁾،، والحقوق العينية تعطي سلطة مباشرة على الأشياء المثقلة بها من دون وساطة أحد ودون أن يزاحمه أحد.

ويختلف الحق العيني عن الحق الشخصي من حيث محلّه، فالحق الشخصي يرد من حيث محلّه على عمل من الأعمال وسلطة صاحبه تقتصر على اقتضاء هذا العمل وتحقيقه يلزمه تدخل شخص آخر، فسلطته لا تتوجه إلا إلى شخص معين لا يمكن اقتضاء الحق بدونه، فالحق الشخصي يعد من هذه الوجهة حقاً نسبياً لا ينتج أثره ولا يحتج به إلا بمواجهة شخص أو أشخاص معينين.

بخلاف الحق العيني الذي يعد حقاً مطلقاً، فسلطة صاحبه تقع مباشرة على الشيء المادي المرهون فلا يوجد ثمة تدخل أو وسيط بين صاحب الحق وحقه، والحق العيني

⁽²¹⁸⁾ أنور العمروسي، مصدر سابق، ص44.

⁽²¹⁹⁾ محمد كامل مرسي باشا، مصدر سابق، ص11.

ينتج أثره مباشرة، ويحتج به على الكافة⁽²²⁰⁾.

بينما نجد علاقة الحق الشخصي بين الدائن والمدين فهي علاقة مديونية ويكون اقتضاء الدائن لحقه من خلال وبواسطة المدين، وحيث يحدد القانون كيفية الوفاء بالالتزام الشخصي⁽²²¹⁾.

والحقوق العينية وردت في القانون على سبيل الحصر، فلا يحق للأفراد أو الشركات إنشاء حقوق عينية لم ترد في القانون، بخلاف الحقوق الشخصية التي لأطرافه الحق في إنشاء ما يشاءون من الحقوق التي تنظم مصالحهم استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة وحرية المتعاقدين المطلقة ما لم تتعارض مع النظام العام والآداب⁽²²²⁾. فكل ما ليس محظور فهو جائز.

والحق الشخصي يسمى التزام أو دين إذا نظرنا إليه من جانب المدين ويسمى حقاً إذا نظرنا إليه من جانب الدائن.

والحقوق المالية صنفها المادة/66 من القانون المدني العراقي بنوعين فهي إما عينية أو شخصية، وعرفت المادة/65 من نفس القانون المال (هو كل حق له قيمة مادية).

ثانياً: أنه حق تابع: أي انه حقاً ليس أصلياً وإنما تابع إلى التزام أصلي يدور معه وجوداً وعدماً وصحة وبطلاناً فهو لا يقوم مستقلاً بذاته وإنما يستند في وجوده إلى حق شخصي آخر وهو المديونية⁽²²³⁾.

ثالثاً: انه حق غير قابل للتجزئة، والرهن حق غير قابل للتجزئة، وسواء كان بالنسبة للمرهون أو بالنسبة للدين المضمون، فأما بالنسبة للمرهون فاذا ما انتقل إلى الورثة فإن الأجزاء التي يملكها الورثة تنتقل اليهم مثقله بالرهن كله فكل جزء يملكه الوارث يبقى مثقلاً بكل الدين حتى ولو أدى هذا الوارث ما عليه حسب حصته فلا يجوز شطب الرهن عن هذا الجزء وسواء كان عقاراً أم منقولاً إلا بعد سداد كل الدين

(220) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص7.

(221) د. رضا عبد الحليم عبد المجيد، مصدر سابق، ص322.

(222) المصدر نفسه، ص10.

(223) المصدر نفسه، ص322.

المضمون بالرهن⁽²²⁴⁾.

أما بالنسبة إلى الدين المضمون فإن الرهن لا يتجزأ عليه ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

1. إذا تم الوفاء بجزء من الدين المضمون بالرهن فإن الشيء المرهون يبقى ضامناً لما بقي من الدين فلا يتم تحرير جزء من الشيء المرهون مقابل ما أنقص من الدين المضمون، فإذا انقضى مثلاً ثلاثة أرباع الدين وبقي ربع منه دون وفاء فيبقى كل الشيء المرهون ضامناً لذلك الربع الذي لم يوفى بعد ولا يتم تحرير ثلاثة أرباع الشيء المرهون فهذا يتعارض مع خصائص الرهن بعدم التجزئة⁽²²⁵⁾.

2- إذا ورث الراهن بعد موته عدداً من الورثة، فلو افترضنا عدد الورثة أربعة أشخاص وإن حصصهم من الإرث متساوية، وهنا يجوز للدائن المرتهن التنفيذ على حصة أي من الورثة بكل الدين المضمون لأن الرهن من خصائصه أنه لا يتجزأ ويكون للوارث الذي تم التنفيذ على حصته بكل الدين المضمون الرجوع على باقي الورثة كل بنسبة نصيبه في الدين المضمون بالرهن⁽²²⁶⁾. كما يجوز للدائن المرتهن التنفيذ على كل حصص الورثة بالدين المضمون ولا يحق للورثة الاعتراض لأن الرهن لا يتجزأ⁽²²⁷⁾.

رابعاً: ينشأ الرهن للدائن المرتهن ميزتين وهما ميزة التقدم أو الأفضلية وميزة التتبع، فهو يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن الشيء المرهون أو من المقابل النقدي الذي يحل محله فيما إذا هلك الشيء المرهون أو تلف واستحق الراهن مبلغاً من التعويض يدفعه المتسبب أو المسؤول عن التلف أو الهلاك أو أن يتقاضى مبلغاً من شركة التأمين إذا كان الشيء المرهون مؤمناً عليه⁽²²⁸⁾.

(224) أنور العمروسي، مصدر سابق، ص17.

(225) المصدر نفسه، ص17.

(226) المصدر نفسه، ص18.

(227) المصدر نفسه ، ص18.

(228) د. محمود عبد الرحيم الديب، مصدر سابق، ص18.

وإنّ للمرتهن حق تتبع الشيء المرهون في أي يد يكون والتنفيذ عليه حتى ولو كان تصرف الراهن في الشيء المرهون تصرفاً رسمياً، كما لو كان المرهون عقاراً وباعه الراهن وانتقلت ملكية العقار المرهون إلى المشتري بعد تسجيله في دائرة التسجيل العقاري فانه ينتقل إلى المشتري مثقلاً بالرهن فيستطيع المرتهن التنفيذ عليه واستيفاء حقه طالما كان الرهن اسبق من البيع في تسجيله في دائرة التسجيل العقاري. ومن الجدير بالذكر أن الشيء المرهون لضمان دين معين لا يخرج هذا التخصيص من الضمان العام لأموال المدين فيستطيع الدائنون العاديون التنفيذ عليه لطالما لم يخرج من ملك المدين، لكن الدائن المرتهن يتقدم عليهم في استيفاء حقه من ثمن المرهون⁽²²⁹⁾.

وكذلك الدائن المرتهن لا يحرمه الرهن المخصص لدينه من حقه في الضمان العام على أموال مدينه الأخرى إذا لم يكفي المال المرهون في الإيفاء بكامل دينه ويكون في الضمان العام كسائر الدائنين فليس له مزية الأفضلية أو التقدم. وبذلك نصت المادة/299، من القانون المدني العراقي ((للمرتهن أن يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر أموال المدين) وبذات المعنى نصت المادة/489، من قانون المرافعات المصري (لا يجوز للدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ على مال المدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان من خصص للوفاء غير كافٍ، وعندئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضي الأمور الوقفية)⁽²³⁰⁾.

أما إذا كان الراهن غير المدين فلا يجوز التنفيذ على سائر أمواله إذا لم تصل قيمة الشيء المرهون إلى تغطية مبلغ الرهن وهذا المعنى تضمنته المادة(1300)، والقانون المدني العراقي.

المطلب الثالث: شروط الرهن:

لعقد الرهن شروط لا ينعقد صحيحاً إلا بتحقيقها وهي على نوعين: شروط عامة تشترك فيها كل العقود في وجوب توافرها، وشروط خاصة بالرهن تتحكم بوجود وصحة عقد الرهن، وسنقسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول سنبحث فيه الشروط العامة،

⁽²²⁹⁾ محمد كامل مرسي، مصدر سابق ، ص13.

⁽²³⁰⁾ المصدر نفسه، ص14.

والفرع الثاني: سنبحث فيه الشروط الخاصة.

الفرع الأول: الشروط العامة:

عقد الرهن كسائر العقود يجب عند إنشائه أن تتوافر فيه الشروط العامة الواجب تتوافرها في أي عقد وهي الرضا والمحل والسبب.

أولاً: الرضا: يجب أن تتوجه إرادة المتعاقدين الراهن والمرتهن إلى أحداث هذا الأثر القانوني إلا وهو عقد الرهن.

وفي الغالب يكون الراهن هو المدين ويجوز أن يكون الراهن شخص آخر غير المدين ويسمى الكفيل العيني وهذا المضمون أجازته المادة/1287 من القانون المدني العراقي كما أجازته المادة/1/1032 من القانون المدني المصري⁽²³¹⁾.

وقد يصدر التعبير عن إرادة المتعاقدين ممّن ينوب عنهما قانوناً بموجب وكالة مصدقة من دائرة كاتب العدل وان تكون وكالة خاصة بإبرام عقد الرهن كونه الرهن ليس من أعمال الإدارة وإنما من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر بالنسبة للراهن، أما بالنسبة للمرتهن فتكفي الوكالة العامة كونه من الأعمال النافعة نفعاً محضاً، ولذلك يصح في الدائن المرتهن أن يكون صبيّاً مميّزاً وسن التمييز هو سبع سنوات كاملة بحسب المادة/2/97 من القانون المدني العراقي، أما بالنسبة للراهن يجب أن يكون راشداً وسن الرشد ثمانى عشرة سنة كاملة حسب المادة/106، من القانون المدني العراقي.

أما المصارف فغالباً ما يخول مجلس إدارة المصرف المدير المفوض صلاحية التوقيع على عقود الرهن لصالح المصرف. ويتم تحديد الحد الأعلى للمبالغ التي يغطيها عقد الرهن ويتم تحديد هذا المبلغ استناداً إلى قرار لجنة منح التسهيلات، المصرفية في المصرف والتي غالباً ما يرأسها رئيس مجلس إدارة المصرف.

ويجب أن تكون الإرادة الصادرة من الراهن والمرتهن صحيحة أي خالية من عيوب الإرادة وهذه العيوب طبقاً للقواعد العامة هي الإكراه، والغلط والتغريب مع الغبن

(231) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص46.

والاستغلال⁽²³²⁾.

ثانياً: محل عقد الرهن: هو إنشاء الحق العيني على الشيء المملوك للراهن لضمان الوفاء بالالتزام المترتب في ذمة المدين وسواء كان هو المدين أو شخصاً غيره⁽²³³⁾، ولا يكون محلاً للرهن إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني سواء كان منقولاً أو عقاراً، أو من الديون وهذا الجواز تضمنته المادة/1328 من القانون المدني العراقي وبذات المعنى تضمنته المادة/1097 من القانون المدني المصري⁽²³⁴⁾. ويصح أن يكون المال الشائع محلاً للرهن.

وبالعوض من فقهاء القانون يرى أن المحل ليس ركناً في العقد وإنما هو ركن في الالتزام⁽²³⁵⁾.

وهناك ثلاثة شروط يجب توافرها في المحل وهي كما يأتي⁽²³⁶⁾:

1. يجب أن يكون المحل موجوداً أو ممكناً وقت التعاقد.
2. يجب أن يكون المحل معيّناً أو قابلاً للتعيين.
3. يجب أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه (مشروعاً).

ثالثاً: السبب: إن سبب الرهن هو الدين الذي يضمنه⁽²³⁷⁾. لا ينشأ الرهن من فراغ وإنما وجد لضمان دين، وهذا الدين يجب أن ينشأ صحيحاً ويبقى كذلك إلى حين إبرام عقد الرهن، ولا يشترط في الدين أن يكون منجزاً، فيجوز أن يكون معلقاً على شرط أو ديناً احتمالياً أو ديناً مستقبلياً كما في الاعتمادات التي تفتحها المصارف لربائنها

(232) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980م، ص75.

(233) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص292.

(234) أنور العمروسي، مصدر سابق، ص307.

(235) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص31.

(236) المصدر نفسه: ص31.

(237) جاك بيتر عمانوئيل، المطول في القانون المدني، ترجمة منصور القاضي، ط1، المؤسسة الجامعة للنشر والتوزيع، بيروت، 2006، ص337.

كالا اعتماد المستندي وخطاب الضمان أو ضماناً لقرض لم يتسلمه المقرض، ولكن يجب تحديد الدين المضمون بالرهن من حيث مصدره ومحلّه ومقداره⁽²³⁸⁾.

ولا يجوز أن يعقد الرهن ضماناً لكل ما عسى أن ينشأ في ذمة المدين⁽²³⁹⁾.

أما بالنسبة للمصارف التي تمنح لزمائنها تسهيلات متنوعة ومنها تسهيلات مصرفية مستقبلية لم تتحقق مديونيتها بعد فيجب تحديد الحد الأعلى للدين الذي يضمنه الرهن.

ويشترط لصحة عقد الرهن أن يكون السبب صحيحاً ومشروعاً، والسبب المشروع هو الذي لا يتعارض مع تحريم صريح في القانون ولا يخالف النظام العام والآداب⁽²⁴⁰⁾.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة في الرهن:

الشروط الخاصة تحكم وجود وصحة الرهن وهذه الشروط هي الدين المضمون والشئ المرهون.

أولاً: الدين المضمون: من خصائص عقد الرهن انه عقد تابع للدين المضمون الذي وجد هو لضمان الوفاء بذلك الدين، فهو إذاً تابع لالتزام أصلي ويدور معه في صحته وبطلانه وفي وجوده وانقضائه، فمصير الرهن مرتبط بمصير الدين المضمون، فإذا انقضى الدين المضمون لأي سبب من أسباب الانقضاء فان الرهن ينقضي تبعاً له ويعود معه إذا زال السبب الذي أنقضى به دون الإخلال بالحقوق التي اكتسبها قانوناً الغير الحسن النية في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته، وهذا المبدأ تضمنته المادة/1/1315 من القانون المدني العراقي يقابله نص المادة/1042 من القانون المدني المصري ونصها (لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك)⁽²⁴¹⁾.

فإذا انقضت مدة التقادم على الدين الموثق بالرهن، جاز للراهن أن يطلب الحكم

(238) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص121.

(239) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص293.

(240) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص103.

(241) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص52.

بفك الرهن، وهذا المعنى تضمنته المادة/1/1319، من القانون المدني العراقي.

والالتزامات التي يضمنها الرهن هي الالتزامات الصحيحة ولا تنحصر هذه الالتزامات بالانتماء الممنوح للمدين بل يصح أن يكون مصدرها فعل نافع أو فعل ضار أو نصاً في القانون أو عقداً وأياً كان محل هذه الالتزامات سواء كان التزام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء، وسواء كان الالتزام المضمون منجزاً أو مضافاً إلى أجل فاسخ أو واقف أو باتاً أو معلقاً على شرط فاسخ أو واقف وسواء كان حالاً أو مستقبلاً، ويشترط في كل الأحوال المذكورة آنفاً أن يخصص الدين المضمون ويتم تعيينه تعيناً نافياً للجهالة⁽²⁴²⁾.

ثانياً: الشيء المرهون، جميع الأشياء يجوز رهنها سواء كانت أموال منقولة أو عقارات ما دامت قابلة للحجز عليها ويصح بيعها بالمزاد العلني، فالمنقولات المادية كالسيارات، والبضائع والمصوغات والمواشي... الخ يجوز رهنها كما يجوز رهن المنقولات المعنوية كبراءة الاختراع والعلامات التجارية والأسماء التجارية وحقوق المؤلفين كما يجوز رهن الديون كالأسهم والسندات، كما يجوز رهن الشيء الواحد لأكثر من دين⁽²⁴³⁾.

ويشترط في الشيء المرهون ما يأتي:

1- يجب أن يكون الشيء المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني⁽²⁴⁴⁾.

2- أن يكون معيناً تعييناً دقيقاً في الرهن التأميني وقابلاً للتعيين في الرهن الحيازي. وسواء ورد هذا التعيين في عقد الرهن أو تم تفصيله في عقد آخر لا حق له⁽²⁴⁵⁾.

3- أن يكون الشيء المرهون موجوداً وقت إبرام عقد الرهن، فرهن الأشياء

(242) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 53.

(243) المصدر نفسه، ص 219.

(244) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص 765.

(245) المصدر نفسه، ص 765.

المستقبلية يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽²⁴⁶⁾.

4. يجب أن يكون الشيء المرهون مملوكاً للراهن أو متصرفاً فيه⁽²⁴⁷⁾. ويجوز رهن المال الشائع رهناً حيازياً أو تأمينياً.

⁽²⁴⁶⁾ د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق ، ص221.

⁽²⁴⁷⁾ المصدر نفسه، ص221.

المبحث الثالث

تمييز الرهن ومقارنته بما يشته به

الضمانات الخاصة شرّعت للحاجة إليها بسبب قصور الضمان العام من توفير حماية كافية وفعّالة للدائنين باسترداد رؤوس أموالهم ومستحقّاتهم من مدينيهم لكون الضمان العام يشترك فيه جميع الدائنين على قدم المساواة في التنفيذ على أموال المدين، لذا نضح الفكر الإنساني بتشريع قانوني به وضع نظام للتأمينات الخاصة أو الضمان الخاص ليقوّي به فرص الدائن في استيفاء حقه من مال أو أموال المدين أو من كفيل المدين.

وتقسم التأمينات الخاصة إلى نوعين هما: التأمينات العينية وأهم أنواعها الرهن بنوعيه الرهن التأميني والرهن الحيازي، والتأمينات الشخصية وأداتها الكفالة، فهما يتشابهان في بعض الخصائص ويختلفان في بعضها لذا سنبحث هذا المبحث بمطلبين، المطلب الأول: سندرس فيه أوجه الشبه بين الرهن كتأمين عيني وبين التأمينات الشخصية، والمطلب الثاني: إلى أوجه الاختلاف بينهما.

المطلب الأول: أوجه الشبه بين الرهن كتأمين عيني
وبالتأمينات الشخصية :

عرفت التشريعات القديمة في العراق القديم والقانون الروماني التأمينات الشخصية قبل التأمينات العينية، وكانت وسيلة وأداة التأمينات الشخصية هي الكفالة والكفالة في بداية تشريعها كانت نوعاً واحداً إلا وهوي الكفالة التضامنية، وكان الكفيل بكفل المدين بشخصه وماله معاً حيث كان يكفل بجسده ويعرض نفسه إلى الاسترقاق أو القتل أو السجن إذا عجز عن تسديد ما بذمة المدين المكفول، ثم تطورت الوسائل القانونية في المجتمعات الحديثة وأصبح الالتزام علاقة بين ذمتين ماليتين دون المساس بشخص المدين أو الكفيل، ونظرا لقصور نظام الضمان العام الذي يقع على جميع أموال المدين للوفاء بالتزاماته أمام دائنيه دون تمييز بينهم وقصور هذا النظام في طمأنة الدائنين والذي قد يعرضهم إلى مخاطر إفسار المدين أو إفلاسه، وقصور نظام التأمينات الشخصية كون الكفيل قد يتعرض هو الآخر إلا مخاطر الإفسار أو الإفلاس أو مزاحمة الدائنين الآخرين، لذا وضع نظام التأمينات العينية وفيه يضمن الدائن

بالحصول على حقه كاملاً عن طريق تخصيص مال معين أو أموال معينة من مال المدين أو الكفيل للوفاء بحقه دون أن يزاحمه أحد. ولكلا النظامين نظام التأمينات العينية ونظام التأمينات الشخصية اوجه شبه سندرسهما فيما يأتي:

أولاً: إن كل منهما يبعث الطمأنينة للدائن⁽²⁴⁸⁾، نظراً للحماية التي يوفرها كلا النظامين، فالرهن يضمن للدائن بالحصول على كامل حقه عن طريق تخصيص مال أو أموال معينة من أموال المدين أو الكفيل العيني للمدين للوفاء بحق الدائن، أما الكفالة الشخصية فهي الأخرى تبعث بشيء من الطمأنينة للدائن وحيث تكون أكثر من ذمة مالية مسؤولة عن وفاء حق الدائن فيها يلتزم شخص أو أكثر ويضمون ذمتهم المالية كلها إلى ذمة المدين فيكون لدى الدائن عدة مدينين مسؤولون عن وفاء ذات الدين مما يشعره بالارتياح والطمأنينة في الحصول على حقه.

ثانياً: كلاهما التزم تابع⁽²⁴⁹⁾، لا ينشأ الرهن والكفالة الشخصية مستقلان بذاتيهما، بل يتبعان التزام أصلي ويقومان بضمان الوفاء به ويدوران معه وجوداً وعدماً وصحة وبطلاناً، ولا يجوز التفرقة بينهما وبين الالتزام الأصلي، وهو الدين المضمون بالرهن⁽²⁵⁰⁾.

ثالثاً: كلاهما عقد يتطلب عند إبرامهما تحقيق الشروط العامة للعقد من رضا ومحل وسبب⁽²⁵¹⁾.

رابعاً: كلاهما يجب أن يكفل التزام محدد ومعلوم المقدار، فلا يجوز أن يكفل كل ما عسى أن ينشأ في ذمة المدين⁽²⁵²⁾.

أما بالنسبة إلى المصارف عندما تكون في مركز الدائن المرتتهن وكان الائتمان الممنوح قابل للزيادة وغير محدد المقدار كأن يمنح الزبون اعتماد للسحب على

(248) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج1، ص7، انترنت WWW.droit-alfal.com

(249) المصدر نفسه، ص8.

(250) د. صابر محمد صابر، تبعية الرهن للدين المضمون، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009، ص44.

(251) د. محمد طه البشير وآخر، مصدر سابق، ص8.

(252) المصدر نفسه، ص7.

المكشوف وهو مبلغ من النقود يضعه المصرف تحت تصرف الزبون لمدة معينة من الزمن بحيث له أن يتناوله دفعة واحدة أو عدة دفعات أو لا يتناوله وحسب حاجته، وفي هذه الحالة يتم تحديد الحد الأعلى لهذا الاعتماد الذي يضمنه الرهن وهكذا بالنسبة للاعتمادات المستندية ولخطابات الضمان يتم تحديد الحد الأعلى المشمول بغطاء الرهن.

خامساً: كلاهما يؤثر في منح الائتمان وحدوده الذي يحصل عليه المدين فعلى ضوء حجم الضمانات التي يقدمها طالب الائتمان سواء كانت ضمانات عينية كالرهن أو ضمانات شخصية كالكفالة الشخصية يحدد الدائن أو المصرف مقدار الثقة التي يمنحها وعلى ضوءها يتم تحديد سقف الائتمان الذي يمنح للمدين وأجل الوفاء به⁽²⁵³⁾.

سادساً: كلاهما يؤدي إلى زيادة الائتمان ويشجع على منحه، فالعلاقة طردية بين التأمينات الخاصة بنوعيتها الرهن والكفالة الشخصية وبين منح الائتمان، فكلما كانت التأمينات الخاصة فعّالة وإجراءاتها سلسلة وسريعة وخالية من التعقيد كلما كانت محفّزاً للدائنين وخاصة المصارف على منح الائتمان وبدوره ينعكس ايجابياً في إنعاش كافة القطاعات الاقتصادية والخدمية.

سابعاً: لكلاهما حق الرجوع على المدين الأصلي، وعلى غيره من الملتزمين بالدين الأصلي إذا أوفى الدين. والكفيل العيني يختلف عن الكفيل الشخصي فالكفيل العيني غير مسؤول إلا بمقدار الدين المحدد في عقد الرهن وفي مال معين من أمواله المرهونة وفاءً لذلك الدين، بينما الكفيل الشخصي يكون مسئول عن وفاء الدين المحدد في كل ذمته المالية⁽²⁵⁴⁾.

ثامناً: كلاهما من التأمينات الخاصة التي يختص بها الدائنون دون غيرهم ولا يشاركهم أحد في هذا الضمان الخاص⁽²⁵⁵⁾.

تاسعاً: كلاهما عقد بين الكفيل والدائن، أما المدين الأصلي فليس طرفاً بهذا العقد، بل أن كفالة المدين يجوز حتى بغير علم المدين الأصلي وتجاوز أيضاً رغم

(253) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص32.

(254) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص89 و210.

(255) د. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، ط3، دار الحرية للطباعة. بغداد، 1974، ص9.

معارضته⁽²⁵⁶⁾.

وتفترض الكفالة وجود عقد أصلي بين الدائن والمدين المكفول، وسواء كانت الكفالة عينية كالرهن أو شخصية فهي تابعة لهذه العقد الأصلي وبدونه لا تكون كفالة كونها تدور معه وجوداً وعدماً لأنها تابعة له وتتبعه كذلك في صحته وبطلانه أو في انقضائه لأي سبب من أسباب الانقضاء ولو كان الانقضاء بالتقادم المسقط لدعوى الدين.

عاشراً: الكفالة العينية إذا كانت من نوع الرهن التأميني والكفالة الشخصية كلاهما عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل، أما الدائن فلا يلتزم عادة نحو الكفيل في الأصل⁽²⁵⁷⁾. أما إذا كانت الكفالة العينية من نوع الرهن الحيازي فيكون عقداً ملزماً للجانبين، حيث يترتب التزام في ذمة الدائن المرتهن بالمحافظة على المال المرهون وإدارته إدارة الرجل المعتاد وان يستثمره إلا إذا اتفق على غير ذلك وأساس هذا الالتزام هو الحيازة وبدون هذه الحيازة للشيء المرهون لا يكون عليه التزام.

المطلب الثاني: أوجه الاختلاف بين الرهن كتأمين عيني وبين التأمينات الشخصية:

على الرغم من أن التأمينات الشخصية أسبق في الظهور من التأمينات العينية إلا أن الاختلاف بينهما في الخصائص والمميزات هو العامل الدافع إلى ظهور التأمينات العينية التي فيها يتم تحصين الدائن من مزاحمة الدائنين الآخرين له وكذلك تحصينه من مخاطر إعسار مدينه وفيها يتم تخصيص مال معين أو أموال معينة من أموال مدينة أو من كفيله للوفاء بحقه كاملاً، وفيما يأتي أوجه الاختلاف بينهما:

أولاً: محل الحق العيني شيء من الأشياء المادية الذي ينشأ عليه الحق لضمان الوفاء بالالتزام، أما محل الحق الشخصي هو عمل أو امتناع عن عمل وهذا الاختلاف في محل كل منهما يؤدي إلى اختلاف طبيعتهما⁽²⁵⁸⁾.

ثانياً: صاحب الحق العيني يمارس حقه على الشيء مباشرة دون وساطة أحد

(256) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص19.

(257) المصدر نفسه ، ص25.

(258) د. محمد طه البشير وآخرون، مصدر سابق، ص7.

بينهما صاحب الحق بشخصي لا يخول صاحبه هذا الحق، بل يخول الدائن مطالبة مدينه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وسلطة صاحبه تقتصر على اقتضاء هذا العمل، ولذا يلزمه تدخل شخص آخر يلتزم بتحقيقه⁽²⁵⁹⁾.

ثالثاً: الحق العيني أثره مطلق وهو حجة على الكافة، أمّا الحق الشخصي فأثره نسبي ولا يحتج به على الكافة وإنما يحتج به على أطرافه فقط⁽²⁶⁰⁾.

رابعاً: يعطي الحق العيني لصاحبه سلطه ورابطه مباشرة بينه وبين حقه وتبقى هذه السلطة والرابطه قائمة إلى أن يستوفي حقه منه حتى وان خرج الشيء المرهون من حيازة صاحبه فيستطيع تتبعه والتنفيذ عليه في أي يد يكون، أما الحق الشخصي فلا يخول صاحبه حق التتبع⁽²⁶¹⁾.

خامساً: التأمين العيني يتميز بتخصيص مال أو أموال معنية لضمان الوفاء بحق الدائن ويخلق هذا الضمان حق عيني على هذه الأموال، أما الحق الشخصي فلا يوجد فيه تخصيص مال من أموال الكفيل الشخصي، فأساسه تعدد المدينين فبدلاً من أن يكون للدائن مدين واحد يكون له أكثر من مدين ويباشر الدائن التنفيذ على أموالهم من الضمان العام الذي يشترك فيه جميع الدائنين فإذا أعسر أحدهم يضمن له يسر الآخر في استحصال حقه⁽²⁶²⁾.

سادساً: صاحب الحق العيني يكون في منأى من خطر إعسار مدينة أو إفلاسه حيث أن حقه يتعلق بمال معين، أما صاحب الحق الشخص قد يتعرض إلى مخاطر إعسار أو إفلاس المدين وكفلائه⁽²⁶³⁾. أما الكفيل الشخصي إذا كان مصرفاً كما لو كفل زبائنه في اعتمادات مستندية أو خطابات ضمان فيكون صاحب الحق الشخصي هنا في مأمن ويطمئن في تحصيل حقه إذ قلما يتعرض المصارف إلى مخاطر الإفلاس وهو احتمال بعيد نسبياً.

(259) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص 7.

(260) د. رضا عبد الحليم الباري، مصدر سابق، ص 322.

(261) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص 8.

(262) د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق، ص 32.

(263) د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق، ص 32.

سابعاً: الدائن المرتهن دائناً ممتازاً له أفضلية وحق التقدم على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنيين التاليين له في المرتبة فلا يزاحمه احد في استحصال حقه، أما الدائن صاحب الحق الشخصي في الكفالة فهو دائن عادي يتعرض إلى تزاحم الدائنين الآخرين له ويخضع إلى مبدأ المساواة معهم والدائنون المرتهنون يتقدمون عليه في استحصال حقوقهم في المال المرهون لصالحهم⁽²⁶⁴⁾.

ثامناً: الحقوق العينية محددة بنص القانون على سبيل الحصر فلا يحق للأفراد أو الشركات الاتفاق على حقوق عينية أخرى لم ترد في القانون، أما الحق الشخصي ليس محدد في القانون، فهو ينشأ باتفاق الدائن والمدين ويجوز لهم الاتفاق على ما يشاءون من الحقوق والالتزامات بما لا يخالف النظام العام والآداب.

(264) المصدر نفسه، ص26.

الباب الأول

الرهن التأميني

الرهن التأميني هو ثمرة تطور الفكر القانوني لدى الشعوب من فكرة النوع الواحد الذي عرفته الحضارات القديمة، إلى نوع آخر من الرهن لا تنتقل معه حيازة الشيء المرهون وهو الرهن التأميني، لذا سنبحث هذا الباب بثلاثة فصول هي:

الفصل الأول: مفهوم الرهن التأميني.

الفصل الثاني: آثار الرهن التأميني.

الفصل الثالث: انقضاء الرهن التأميني.

الفصل الأول

مفهوم الرهن التأميني

الرهن التأميني من العقود العينية والشكلية الذي لا يرد إلا على عقار، أو حق عيني على عقار، وله خصائص ومزايا خاصة جعلته من أهم عقود الضمان، لذا سندرسه في مبحثين هما:

المبحث الأول: التعريف بالرهن التأميني.

المبحث الثاني إنشاء الرهن التأميني.

المبحث الأول

التعريف بالرهن التأميني:

سندرس هذا المبحث بثلاث مطالب، سنتناول تعريف الرهن التأميني ومزاياه وطبيعته القانونية في المطلب الأول، وسنبحث في خصائص الرهن التأميني في المطلب الثاني، والمطلب الثالث سندرس فيه أهمية الرهن التأميني للمصارف.

المطلب الأول: تعريف الرهن التأميني ومزاياه وطبيعته القانونية:

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنعرف الرهن التأميني اصطلاحاً في الفرع الأول، وسنوضح مزايا الرهن التأميني وطبيعته القانونية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: سنوضح مزايا الرهن التأميني وطبيعته القانونية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الرهن التأميني اصطلاحاً:

عرّفه المشرع العراقي في المادة (1285) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م: (الرهن التأميني عقد به يكتسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون). وبذات التعريف عرّفه المشرع المصري بالمادة (1030) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م⁽¹⁾. والفرق والفرق بين التعريفين هو التسمية فقط، إذ سماه المشرع المصري الرهن الرسمي.

ويبدو أن المشرع العراقي قد اقتبس نص التعريف من القانون المدني المصري لأنه سبق في الإصدار، ويلاحظ على التعريف أنه غير جامع لإغفاله ذكر المقابل النقدي للعقار، فيما إذا هلك أو تلف ذلك العقار قبل بيعه بالمزاد العلني واستحق الراهن مبلغاً من النقود تعويضاً دفعه المتسببين عن الهلاك أو التلف، أو أن الراهن استحق مبلغاً من شركة التأمين جراء التأمين على ذلك العقار المرهون، فكان الأولى بالمشرع أن ينص على أن الدائن يباشر حقه بالتقدم على ثمن العقار وعلى المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون⁽²⁾.

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص 268.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 40.

ويلاحظ أيضا على التعريف أنه ذكر استحقاقات الدائن بعبارتين مختلفتين، فذكرها مرة لوفاء دينه، ومرة أخرى في استيفاء حقه، فمرة خصص استحقاق الدائن بالدين، ومرة أخرى عمّم استحقاقه بالحق، والحق أشمل من الدين وحيث يشمل الدين والقيام بعمل والامتناع عن عمل، فكان على المشرع توحيد المفردتين اللتان يقصد منهما ذات المعنى إلا وهو حق الدائن الشخصي، فيكون التعريف كالآتي: (الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن حقاً عينياً على عقار مخصص لوفاء حقه يكون له بمقتضاه...)، ويفهم من التعريف أن الرهن التأميني لا ينشأ إلا بعقد اتفاقي بين الراهن والمرتهن، فهو لا ينشأ بقرار قضائي ولا يتقرر بحكم القانون، بينما تجد أن المشرع الفرنسي قد نظم ثلاثة أنواع من الرهن الرسمي، النوع الأول ينشأ بالاتفاق بين الدائن والمدين، ويسمى بالرهن الانفاقي، والنوع الثاني ينشأ بقرار قضائي تصدره المحكمة ويسمى بالرهن القضائي، والنوع الثالث: يتقرر بحكم القانون لمصلحة الدائن ويسمى بالرهن الرسمي القانوني⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مزايا الرهن التأميني وطبيعته القانونية:

يعد الرهن التأميني أوسع انتشاراً وأكثر أهمية من الرهن الحيازي لذا نجد أن المشرع ابتداءً به دون غيره من الحقوق العينية التبعية ويرجع ازدياد أهميته في تعاملات الناس والشركات وخاصة المصارف وذلك للمزايا التي يقدمها نظام الرهن التأميني إلى الدائن والمدين على حد سواء، فهو يوفر للدائن الضمان الكافي بالحصول على حقه ويبقي للمدين حيابة ما يرهنه من العقارات وتكون له حرية استعماله واستغلاله وحصوله على منافع وثمرات عقاراته المرهونة، فهو يحافظ على أمواله العقارية بنفسه ويطمئن إلى حسن استغلالها بنفسه، ومن مزاياه للمدين انه يكفي عن مشقة البحث عن الغير لكفالاته كفالة شخصية، والرهن التأميني يظهر المدين بمظهر المالك أمام الكافة مما يقوي مركزه أمام الناس إذ لا يعرف أحد انه قد رهن أمواله العقارية، ويستطيع الراهن أن يرتب رهون أخرى على ذات العقار المرهون طالما أن قيمة العقار المرهون تكفي لتغطية تلك الرهون، لكل هذه المزايا، المتعددة والمهمة نرى عملياً ازدياد معاملات الرهن التأميني⁽²⁾.

(1) د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 68 و 69.

(2) د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 56-57.

ويبدو أن المشرع العراقي أطلق عليه تسمية الرهن التأميني لأنه يوفر تأمين كافٍ للدائن المرتهن بمجرد قيده في دائرة التسجيل العقاري وتمييزاً له عن الرهن الحيازي الذي تنتقل فيه حيازة المرهون إلى الدائن المرتهن، والقانون المقارن أطلق عليه الرهن الرسمي لأن الرسمية أهم ما تميّزه على عكس الرهن الحيازي الذي لا تلزمه الرسمية لانعقاده إذا لم يقع على عقار⁽¹⁾.

والرهن التأميني هو عقد بين الراهن والمرتهن يضمن به الدائن الحصول على كامل حقه المضمون بهذا الرهن، سواء كان الراهن المدين أو شخص آخر غيره ويسمى الكفيل العيني.

ومحل الرهن التأميني هو عقار، ولا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، فهو من العقود الشكلية التي اشترط بها القانون شكلية معينة إلا وهي التسجيل فإذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري لا ينعقد الرهن وهذا ما تضمنته المادة/1/1286 من القانون المدني العراقي، والى ذات المعنى نصت المادة /1/1031 من القانون المقارن (لا ينعقد الرهن إلا بورقة رسمية).

ويموجب عقد الرهن التأميني يستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون إذا لم يفي المدين بالتزاماته الموثقة بالرهن في موعد الاستحقاق وتكون للدائن المرتهن الأفضلية في استيفاء حقه من قيمة العقار المرهون بعد بيعه بالمزاد العلني والتقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة وله تتبع العقار المرهون إذا ما انتقلت ملكيته إلى شخص آخر ومباشرة حقه في التنفيذ عليه في أي يد يكون.

المطلب الثاني: خصائص الرهن التأميني:

الرهن التأميني من عقود الضمان التي تهدف إلى إنشاء تأمين خاص للدائن يختص به دون غيره من الدائنين ويوفر له فرصة الحصول على كامل حقه من ثمن العقار المرهون لصالحه متقدماً بذلك على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، والرهن التأميني يتميز بخصائص مهمة جعلته يحتل المرتبة الأولى في التعامل من بين وسائل الضمان الأخرى، وفيما يأتي خصائص الرهن التأميني:

(1) المصدر نفسه، ص58.

أولاً: أنه من الحقوق العينية، فهو يتميز بما تتميز به الحقوق العينية من سلطات مباشرة على الشيء محل الحق ويستعملها دون وساطة شخص آخر ويكون له حجية مطلقة على الكافة⁽¹⁾.

ثانياً: أنه من العقود الشكلية، حيث أشتراط القانون لانعقاد عقد الرهن شكلية معنية إلا وهو تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، كما جاء بنص المادة/1/1286 من القانون المدني العراقي، (لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري...) وذات النص ورد في المادة/2/305 من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971م، ومن دون مراعاة هذه الشكلية لا ينعقد الرهن التأميني ولا يكون له أثراً كرهن. أما القانون المقارن أشتراط أن يكون عقد الرهن رسمياً. وجاء ذلك في المادة 1/1031 من القانون المدني المصري.

والفرق بين نص القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري، في القانون المدني المصري ينعقد الرهن الرسمي فيما بين المتعاقدين وينتج أثارة بينهم دون حاجة إلى شهرة في دائرة الشهر العقاري لكنه لا يكون نافذاً في حق الغير إلا إذا شهر العقد في الشهر العقاري فإذا قيّد عقد الرهن ترتبت أثارة في حق الغير⁽²⁾.

أما نص القانون المدني العراقي لم يرتب أي أثر قانوني على عقد الرهن التأميني لا بين المتعاقدين ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا من وقت تسجيله في دائرة التسجيل العقاري.

ثالثاً: لا يرد إلا على العقارات، فهو يرد على العقار كقاعدة عامة، ويجوز أن يرد الرهن التأميني على حق عيني على العقار كما نصت بذلك المادة/1/1290 من القانون المدني العراقي (لا يجوز أن يرد الرهن التأميني إلا على عقار أو حق عيني على عقار).

كذلك أجاز المشرع المصري رهن الحق العيني الذي يقع على العقار، وقد نص بالمادة/1/83 من القانون المدني المصري، يعتبر مالاً عقارياً كل حق عيني يقع على

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص41.

(2) وجدي شفيق، موسوعة شرح قوانين الشهر العقاري والتوثيق والسجل العيني، المجلد الأول، دار شادي للموسوعات القانونية، القاهرة، 2010م، ص169.

عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار⁽¹⁾.

رابعاً: يعطي حق الرهن التأميني للدائن المرتهن مزية التقديم والتتبع، فيعطي حق الأفضلية أو التقدم على جميع الدائنين العاديين والدائنين المرتهنيين التاليين له في المرتبة، وللدائن حق تتبع العقار المرهون في أي يد انتقل سواء بالبيع أو أي تصرف آخر يخرج من يد الراهن إلى يد شخص آخر، فيستطيع الدائن بمزية التتبع أن ينفذ على العقار المرهون في أي يد يكون لطالما كانت التصرفات القانونية الناقلة لملكية العقار قد حصلت بعد تسجيل الرهن التأميني⁽²⁾.

خامساً: الرهن التأميني حق تابع، فهو تابع لالتزام أصلي وجد وهو لضمان الوفاء به، ويدور مع هذا الالتزام الأصلي وجوداً وعدماً وصحة وبطلاناً، فإذا اعتري الالتزام الأصلي عيب يؤدي إلى بطلانه أبطل معه الرهن التأميني⁽³⁾.

سادساً: إنه لا يتجزأ، ومبدأ عدم التجزئة نصت عليه المادة/1294 من القانون المدني العراقي (كل جزء من العقار، أو العقارات المرهونة ضمان لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها).

وذاً النص ورد في المادة/1041 من القانون المدني المصري إلا أن المشرع المصري أضاف لها (... ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك)⁽⁴⁾ ونص المادة يشير إلى أن كل جزء من الدين المضمون يكون مضموناً بالعقار أو العقارات كلها، فإذا أوفى المدين بجزء من الدين، فإن العقار المرهون أو العقارات المرهونة لا تتحرر من الرهن بنسبة ما أوفى المدين، بل تبقى كل العقارات أو كل العقار ضامناً لما بقي من الدين المضمون دون وفاء.

إلا إن المشرع المصري أجاز الاتفاق على خلاف مبدأ عدم التجزئة أو بنص القانون، ما لم يحزه المشرع العراقي، فمبدأ عدم تجزئة الرهن التأميني يعد نظاماً عاماً في التشريع العراقي لا يجوز الاتفاق على خلافه.

(1) د. محمود عبد الرحيم الديب، مصدر سابق ، ص11.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص271.

(3) المصدر نفسه ، ص272.

(4) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص43

المطلب الثالث: أهمية الرهن التأميني للمصارف :

يعد الرهن التأميني من أهم أنواع الضمانات التي تقدم للمصارف وأوسعها انتشاراً في التعامل نظراً للمزايا المهمة والمتعددة التي يعطيها نظام الرهن التأميني للراهن والدائن المرتهن، ولأهميته نرى المشرع قدّمه في الترتيب على غيره من التأمينات العينية الأخرى وندرج أدناه أهمية الرهن التأميني للمصارف:

أولاً: إنه ضمانة قوية، لا يتأثر بالتصرّف ببيع العقار أو التصرفات الأخرى التي ترد على العقار، كونه يعطي للدائن سلطة تتبع العقار المرهون في أي يد انتقل والتنفيذ عليه⁽¹⁾.

ثانياً: إن الدائن المرتهن لا يتحمل عبء إدارة العقار المرهون ولا مسؤولية استثماره أو الحفاظ عليه، كون نظام الرهن التأميني يتطلب إبقاء حيّزية العقار بيد الراهن وله حرية استعماله أو استغلاله⁽²⁾.

ثالثاً: يكفل للمصارف ضمانة أمينة لحقوقها في مواجهة الغير ممن لهم حقوقاً على الراهن، كون نظام الرهن التأميني يشترط لانعقاده بين المتعاقدين وناظراً في حق الغير بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري.

أما القانون المقارن فإنه اشترط الرسمية حتى يكون نافذاً فيما بين المتعاقدين حتى ولو لم يسجل بدوائر الشهر العقاري، أي أنه لا يكتسب صفة العقد الرسمي حتى يتم توقيع الراهن والمرتهن على عقد الرهن التأميني أمام موظف مختص، لكنه لا يصبح نافذاً في حق الغير حتى يتم شهره في دائرة الشهر العقاري⁽³⁾.

رابعاً: سهولة حصول المصرف الدائن على عقارات يتم رهنها رهناً تأمينياً لصالحه، نظراً للمزايا الإيجابية المتعددة التي يوفرها نظام الرهن التأميني للراهن ومن أهمها احتفاظه بحيّزية ماله المرهون والحصول على منفعته وثمراته، وفي هذا مكسب كبير له، ومنها أيضاً أنه يستطيع رهن ذات العقار المرهون كرهن من الدرجة الثانية أو الثالثة إذا كانت قيمة ذلك العقار تكفي لتغطية تلك الرهون، فيوفر له نظام الرهن التأميني وسيلة

(1) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 57.

(2) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(3) أنور العمروسي، مصدر سابق، ص 23.

ائتمان متكررة على عقاره مستقبلاً⁽¹⁾.

فالمدين يقدم تأميناً لقاء حصوله على الائتمان الذي يحتاجه من المصرف من دون أن يخسر شيئاً من العقارات المرهونة، فتلك المزايا وغيرها تريح مركز المدين الاقتصادي فيسارع إلى تقديم ما يحتاجه إلى المصرف من ضمانات عقارية، ويكون نظام الرهن التأميني بما يوفره من فرص اتساع منح الائتمان تتحقق به فائدة الطرفين الراهن بحصوله على الائتمان المطلوب، والمصرف المرتهن بتوسيع دائرة منح الائتمان المضمون بالرهن التأميني ومن ثم حصوله على المزيد من الأرباح.

خامساً: نظام الرهن التأميني لا يشترط فيه أن يكون الراهن هو المدين نفسه بل يجوز أن يتم رهن عقار أو عقارات من شخص آخر غير المدين يسمى الكفيل العيني، وذلك ضماناً للدين المترتب بذمة المدين بشرط أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون أو متصرفاً فيه، وهذا المعنى تضمنته المادة (1287) من القانون المدني العراقي، والمادة (308) من قانون التسجيل العقاري العراقي كما أجازته المادة (1032) من القانون المدني المصري. وهذا الجواز يساعد المدينين على إيجاد المزيد من العقارات المملوكة لغيرهم لتكون ضامنة لوفاء ديونهم وحصولهم على التسهيلات المصرفية المطلوبة فتتوسع بذلك دائرة منح المصارف للائتمان مما يزيد في أرباح المصارف المانحة للائتمان.

سادساً: تيسير وسرعة اجراءات بيع العقارات المرهونة التي سهّلها المشرع العراقي في قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971م، التي أعطى فيها لرئيس دائرة التسجيل العقاري سلطة منقّذ عدل باتخاذ قراراً ببيع العقار المرهون بناء على طلب تحريري من الدائن المرتهن استناداً إلى المادة (161) من قانون التسجيل العقاري ومن دون حاجة إلى قرار قضائي مما أتاح للمصارف الحصول على ديونها وفوائده بشكل سريع.

(1) د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 56.

المبحث الثاني إنشاء الرهن التأميني

الرهن التأميني لا ينشأ إلا من عقد بين الراهن والمرتهن وهو من العقود الشكلية التي أوجبها المشرع. ومن دون مراعاة هذه الشكلية لا يكون له أثر كعقد إلا وهي التسجيل في دائرة التسجيل العقاري وهناك شروط أخرى تتعلق بالموضوع، لذا سنبحث هذا المبحث في مطلبين سندرس في المطلب الأول الشروط الشكلية لإنشاء الرهن التأميني، والمطلب الثاني سندرس فيه الشروط الموضوعية لإنشاء الرهن التأميني.

المطلب الأول: الشروط الشكلية لإنشاء الرهن التأميني:

أوجب المشرع أن يكون عقد الرهن التأميني من العقود الشكلية الذي رسم له شكلا حتى ينعقد ورتب حكما على عدم الالتزام بهذه الشكلية إلا وهو عدم انعقاد عقد الرهن التأميني، لذا سندرس هذا المطلب بفرعين الفرع الأول سندرس معنى الشكلية، والفرع الثاني سندرس فيه الحكمة من اشتراط الشكلية.

الفرع الأول: معنى الشكلية:

العقود من حيث تكوينها إما أن تكون رضائية وإما أن تكون شكلية، والأصل في العقود الرضائية فهي القاعدة والأساس الذي تتوجه إليه إرادة المتعاقدين استنادا إلى حرية التعاقد، فالمتعاقدون أحرار فيما يبرمون من العقود بما لا يتعارض مع النظام العام والآداب.

والعقود الرضائية يكفي لانعقادها مجرد التراضي أي تراضي المتعاقدين عندما تتوافق إرادتهم بإحداث الأثر القانوني الذي يرومونه من جراء العقد⁽¹⁾.

أما العقود الشكلية، فهي العقود التي لا تكفي إرادة ورضاء المتعاقدين لانعقادها وإحداث أثرها القانوني وإنما حدد القانون لانعقادها وسريان أثرها شكلا معيناً وفي ورقة رسمية ويشترط فيه توقيع العقد الشكلي أمام موظف مختص بتصديق تلك العقود الرسمية، ويعد هذا الشكل الذي أوجبه القانون ركنا في العقد الشكلي ولا يقوم العقد من

(1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص23.

دونه⁽¹⁾. ومن العقود الشكلية هو عقد الرهن التأميني.

والشكلية التي أوجبها القانون وردت بالمادة(1/1286) من القانون المدني العراقي، التي تضمنت عدم انعقاد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وإلى ذات المعنى نصت المادة(2/305) من قانون التسجيل العقاري العراقي: (لا ينعقد الرهن إلا بالتسجيل في السجل العقاري).

وحدد القانون العراقي من هو الموظف المختص، فليس كل موظف يعمل بخدمة عامة ويحرر عقدا بورقة رسمية يكتسب هذا العقد صفة الرسمية، فالمادة(306) من قانون التسجيل العقاري قد حددت الموظف المختص حصريا في دائرة التسجيل العقاري بنصها: (يسجل الرهن التأميني بالاستناد إلى إقرار الدائن المرتهن والمدين الراهن أو من ينوب عنهما أمام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري).

ومما يؤخذ على نص المادة(306) أن المشرع قد حدد الراهن بالمدين، في حين أجاز القانون أن يكون الراهن غير المدين، ويكون كفيلا عينيا للمدين يرهن عقاره أو عقاراته ضمانا لدين المدين، ورد هذا الجواز في المادة(1287) من القانون المدني العراقي: (يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه، ويجوز أن يكون كفيلا عينيا يقدم رهنا تأمينيا لمصلحة المدين وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون أو متصرفا).

وورد هذا الجواز في المادة(308) من قانون التسجيل العقاري العراقي بنصها: (لا يشترط أن يكون الراهن نفس المدين ويجوز أن يكون كفيلا عينيا، يرهن عقاره ضمانا للدين المترتب بذمة المدين، وفي هذه الحالة يعتبر المدين والراهن طرفا واحدا في عقد الرهن).

والنص الأخير قد جعل المدين والراهن طرفا واحدا في عقد الرهن التأميني، وقد خالف بذلك القواعد العامة للكفالة، وحيث أن المدين ليس طرفا في عقد الرهن الذي يعقد بين الدائن المرتهن والكفيل العيني الراهن، فالعقد ينعقد بينهما ولا علاقة بحضور المدين أو موافقته ، بل ممكن أن ينعقد الرهن حتى من دون علمه، بل يصح انعقاده على الرغم من معارضته لأنه ليس طرفا فيه وإنما قُدم الرهن لمصلحته وضمانا للدائن.

(1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص 23-24.

وقد نصت المادة (1/1009) من القانون المدني العراقي على: (تتعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له).

ونقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (308) من قانون التسجيل العقاري برفع العبارة التي عدّت المدين والراهن طرفا واحدا في عقد الرهن من نص المادة المذكورة لتتوافق مع أحكام الكفالة الواردة في القواعد العامة.

ونقترح على المشرع العراقي أيضا تعديل المادة (306) من قانون التسجيل العقاري لتكون كالآتي: (يسجل الرهن التأميني بالاستناد إلى إقرار المرتهن والراهن سواء كان المدين نفسه أو كفيلا عينيا للمدين أو من ينوب عنهما أمام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري).

ومن الجدير ذكره أن الكفالة العينية المصدقة من دائرة الكاتب العدل لها حكم الرهن التأميني وإلى ذلك نصت المادة (12/رابعاً) من قانون الكتاب العدول العراقي رقم (33) لسنة 1998 بنصها: (يقوم الكاتب العدل بتصديق الكفالة وتزويد دائرة التسجيل العقاري بنسخة منها ويكون لهذه الكفالة حكم الرهن التأميني). ولا يقوم الكاتب العدل بتصديق الكفالة العينية إلا بعد ورود إشعار من دائرة التسجيل العقاري تؤيد فيه عائدة العقار وبيان الحقوق العينية الأصلية والتبعية والحجوزات المترتبة عليه ومن ثم يطلب من ذات الدائرة أخذ إقرار الكفيل بوضع العقار ضماناً للدين ووضع إشارة الحجز على العقار المرهون.

وهذا المعنى ذكرته الفقرة أولاً وثالثاً من نفس المادة المذكورة، فالقانون حدد طريقتين يتم فيهما إبرام عقد الرهن التأميني، الطريق الأول هو انعقاد الرهن التأميني في دائرة التسجيل العقاري بعد توقيع الراهن والمرتهن أمام الموظف المختص بإبرام عقد الرهن، والطريق الثاني أمام الكاتب العدل بعد أخذ إقرار الراهن والمرتهن أمام دائرة التسجيل العقاري. والطريق الأول الذي يسلكه الراهن والمرتهن هو أيسر وأسرع.

أما نفقات العقد ورسم الطابع الذي تستوفيه دائرة التسجيل العقاري بنسبة 0.05% نصف الواحد بالمائة من مبلغ الرهن عند تسجيله وتستوفى النسبة نفسها عند فك الرهن بحسب قانون رسم الطابع رقم (71) لسنة 2012، وتكون كل هذه النفقات على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك بحسب مضمون المادة (2/1286) من القانون المدني العراقي.

أما القانون المقارن فقد جعل من الرسمية شكلا لا ينعقد عقد الرهن الرسمية من دونها، والرسمية هنا ورقة العقد التي يحررها موظف مختص بتحرير العقود، والجهة المختصة هي مكاتب توثيق العقود الملحقة بمصلحة الشهر العقاري⁽¹⁾. فالرسمية ركن في انعقاد عقد الرهن الرسمي، فإذا تخلفت يكون العقد باطلا، أما نفقات العقد وكما هي في القانون العراقي فتكون على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك م(1031) من القانون المدني المصري⁽²⁾.

ويجب دفع الرسم حتى يصب عقد الرهن الرسمي أو التأميني في ورقة رسمية، ونسبة الرسم المستحق على الراهن هي ضعف النسبة في القانون العراقي ومقدارها 1%، واحد بالمائة من قيمة الدين وملحقاته بما فيها الفوائد⁽³⁾. وتخفّض إلى النصف إذا كان الدائن المرتهن من البنوك⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الحكمة من اشتراط الشكلية:

ذكرنا في الفرع السابق أن الأصل في العقود هي الرضائية، فالمرشع العراقي وقبله المرشع المصري قد خرج عن هذا الأصل وشرّع عقودا اشترط لانعقادها شكل قانوني خاص يتم فيها إفراغ رضا المتعاقدين الدائن المرتهن والراهن في شكل رسمي وذلك تحقيقا لاعتبارات ومصالح جديرة بالحماية، ومن هذه العقود الشكلية هو عقد الرهن التأميني.

والشكلية هنا أريد منها تحقيق أهداف متعددة، منها ما يتعلق بمصلحة الدائن المرتهن فيكون بيده حجة قوية يتفادى بها منازعات الدائنين الآخرين، والرهن الرسمي أو التأميني يضمن له حصوله على استحقاقاته بسرعة من دون حاجة إلى استصدار قرار قضائي، فيستطيع التنفيذ بسند المداينة مباشرة في دائرة التسجيل العقاري، وحيث منح قانون التسجيل العقاري العراقي لرئيس الدائرة سلطة منفذ عدل باتخاذ قرار ببيع العقار المرهون رهنا تأمينيا بالمزاد العلني، أما القانون المقارن فعده سندا تنفيذيا يستطيع الدائن

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص89.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص285.

(3) د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص110.

(4) المادة(103) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المصري.

المرتتهن طلب التنفيذ الجبري بمقتضاه من دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي بحسب ما جاء بالمادة (280) من قانون المرافعات المصري⁽¹⁾، فضلا عن أنها تتيح للدائن الحصول على مزية تتبع العقار المرهون حتى ولو انتقلت ملكيته إلى أي شخص آخر ولو كان تصرفا رسميا والتنفيذ عليه في أي يد يكون متقدما بالأفضلية على سائر الدائنين في استحصال حقه من ثمن بيع العقار المرهون.

فضلا عن أنه يتيح للدائن المرتتهن معرفة الأعباء التي تشغل العقار من حيث التأكد من ملكية الراهن له والحقوق العينية الواردة عليه⁽²⁾.

فهو كما يحقق للدائن المرتتهن مصالحه ويجعله في حالة اطمئنان، فإنه يحقق للراهن منفعة منها أنه يستطيع مراجعة قراره قبل توقيع العقد الرسمي وحيث تكون هناك فرصة من الوقت بين العقد الرضائي وإقرار هذا العقد الرضائي في دائرة التسجيل العقاري لمراجعة خطوة الإقدام على مثل هكذا قرار ممكن أن تؤدي إلى خسارة العقار المرهون خاصة بالنسبة للراهنين الذين يقدمون عقاراتهم لمصلحة رجال الأعمال والشركات لقاء فوائد سنوية مستغلين حاجتهم إلى المال، وهناك فائدة أخرى للراهن يستطيع الحصول على ائتمان مستمر ومتكرر لعدة مرات إذا كانت قيمة العقار المرهون تزيد كثيرا عن مقدار الرهن فيستطيع رهنه مرة أخرى رهنا من الدرجة الثانية والثالثة... الخ.

ويوفر مبدأ الرسمية والشكلية فرصة للغير من الاطلاع على كافة التصرفات الواردة على العقار المرهون، وحيث أن الكافة لا يعلمون كما هو الحال بالنسبة للرهن الحيازي فإن انتقال الحياة يعد بمثابة إعلام للكافة بقيام الرهن. فإن الشكلية في تسجيل الرهن التأميني تقوم مقام الحياة في الإشهار وإعلام الغير ليكونوا على بينة ودراية قبل إقدامهم على التعامل مع الراهن ومدى قوة أو ضعف مركزه المالي أو قبل أن يقدم على شراء العقار أو ارتهانه⁽³⁾.

ويقدم نظام ورسمية عقد الرهن التأميني منفعة للائتمان عموما، بفضلله زاد التعامل بضمان العقارات ورهنها ووفر للمصارف الاطمئنان والضمانة الأكيدة، وبه اتسع منح

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 90.

(2) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 107.

(3) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 107.

الائتمان الذي انعكس ايجابيا على تطور القطاعات الاقتصادية والخدمية.

فإذا لم ترأع الشكلية التي أوجبها القانون فإن عقد الرهن التأميني يكون عقدا باطلا.

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لإنشاء الرهن التأميني:

عقد الرهن التأميني هو عقد كسائر العقود يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة الواجب توافرها في كل عقد وهي الرضا والمحل والسبب، وهناك شروط موضوعية خاصة بالرهن التأميني وهي متعلقة بالدين المضمون والشيء المرهون، لذا سنقسم دراستنا لهذا المطلب بفرعين، الفرع الأول سنبحث فيه الشروط العامة، والفرع الثاني سنبحث في الشروط الخاصة.

الفرع الأول: الشروط العامة:

عقد الرهن التأميني هو عقد يجب أن تكون أركانه صحيحة حتى يكون العقد صحيحا، وأركان عقد الرهن التأميني هي ذات الأركان التي يجب توافرها في أي عقد من العقود وهي الرضا والمحل والسبب، فلا يوجد شيء من هذه الأركان يخص الرهن التأميني بالذات وإنما تخضع للقواعد العامة التي يجب توافرها في سائر العقود الأخرى وكما يأتي:

أولا: الرضا:

يجب أن تتجه إرادة الراهن والمرتهن إلى إحداث هذا الأثر القانوني إلا وهو عقد الرهن التأميني، فمعدوم الإرادة لا تصدر منه إرادة ولا تكون معتبرة قانونا، كما هو الحال بالشخص غير المميز لصغر سنه أو لجنونه، أو من فقد الوعي بسبب السكر أو المرض⁽¹⁾.

ولكون عقد الرهن التأميني من العقود الشكلية التي لا تتعقد إلا بالشكلية التي حددها القانون ألا وهو صدور الإيجاب من الراهن في دائرة التسجيل العقاري وقبول المرتهن لهذا الإيجاب في ذات المجلس، فإذا رجع الراهن عن الإيجاب الصادر منه قبل صدور القبول من المرتهن بطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك، وهذا المعنى تضمنته

(1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص32.

المادة(82) من القانون المدني العراقي.

إضافة إلى شرط الأهلية يجب أن تكون إرادة المتعاقدين خالية من عيوب الإرادة⁽¹⁾.

ويجب أن يكون رضا المتعاقدين الراهن والمرتهن صحيحاً أي أن يكون خالياً من عيوب الرضا، وهذه العيوب طبقاً للقواعد العامة هي الغلط والإكراه والتغريب مع الغبن الفاحش والاستغلال⁽²⁾.

والغلط هو أكثر أنواع العيوب وقوعاً، والغلط يقوم في ذهن المتعاقد ويحمله على اعتقاد يختلف عن الواقع ولو أنجلى عنده الأمر وبين حقيقته ما كان ليبرم العقد لو لم يقع في هذا الغلط، ويستطيع المتعاقد الذي وقع في الغلط أن يطلب من المحكمة المختصة إبطال العقد ويشترط في الغلط أن يكون جوهرياً أي أنه يبلغ من الجسامة بحيث يمتنع على المتعاقد إجراء العقد لو علم به وإن يتصل هذا الغلط بعلم المتعاقد الآخر⁽³⁾. فالذي يرهن جزءاً مفزاً من العقار الشائع ونتيجة القسمة لا يقع الجزء المفز في حصته الراهن فيستطيع الدائن المرتهن أن يطلب من المحكمة إبطال عقد الرهن للغلط الذي وقع فيه حيث كان يتصور أن الراهن يملك الجزء المفز من العقار الشائع⁽⁴⁾.

أما مجرد الغلط المادي أو الغلط في الحساب فانه لا يؤثر في نفاذ العقد وإنما يجب تصحيح هذا الغلط وهذا ما تضمنته المادة/120 من القانون المدني العراقي.

والعيب الآخر من عيوب الإرادة هو الإكراه، والإكراه هو أن يُجبر المتعاقد على إبرام العقد دون رضاه، ويجب فيه أن يكون من وجّه الإكراه قادراً على إيقاع تهديده، والإكراه يفسد الرضا، وللاّكراه عنصران عنصر موضوعي وهو استعمال وسائل الإكراه، وعنصر نفسي يبعث رهبة في النفس فيدفعها على التعاقد⁽⁵⁾. فإذا تحقق عنصري الإكراه

(1) د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1964، ص21.

(2) د. محمد لبيب شنب، دروس في التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974م، ص146.

(3) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص81.

(4) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص48.

(5) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص77.

فان العقد لا ينفذ، وهذا المعنى تضمنته المادة(115) من القانون المدني العراقي.

والعيب الثالث الذي يؤثر في صحة الرضا ويشكل عيباً في الإرادة وهو التغيرير مع الغبن، فالتغيرير وحده لا يشكل عيباً من عيوب الإرادة وكذلك الغبن ولو كان فاحشاً فوحده لا يعد سبباً من أسباب توقف العقد، إلا إذا اجتمعا معاً الغبن الفاحش مع التغيرير فيكونان معاً عيباً من عيوب الإرادة في القانون المدني العراقي.

والتغيرير معناه أن يغرر احد المتعاقدين المتعاقدا الآخر ويدفعه بتغيريره إلى التعاقد وصوره كثيرة منها أن يذكر المشتري للبائع أن العقار المزمع بيعه قد دفع به فلان كذا مبلغاً وأنه لم يبيعه بهكذا ثمن لقلته فيحمل المشتري على زيادة المبلغ والحقيقة أن فلاناً لم يدفع هكذا مبلغ⁽¹⁾، أما الغبن الفاحش فلم يضع له القانون العراقي معياراً وبالرجوع إلى الفقرة/2 من المادة/1 من القانون المدني العراقي التي تضمنت إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، وان المتعارف عليه بين الناس أن الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقيمين، فإذا لم تجد المحكمة العرف حكمت بمقتضى الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين. وفي مبادئ الشريعة الإسلامية قد تم تحديد الغبن الفاحش بمقدار خمس القيمة الواقعية في العقارات وعشرها في الحيوانات ونصف عشرها في غير ذلك⁽²⁾.

والعيب الرابع الأخير الذي يؤثر في صحة الرضا هو الاستغلال، وقد نصت عليه المادة(125) من القانون المدني العراقي(إذا كان أحد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، فلحقه من تعاقد غبن فاحش جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول. فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقضه).

ولا توجد أهلية خاصة بعقد الرهن التأميني، فيجب مراعاة الأهلية وفقاً للقواعد العامة.

فالرهن التأميني بالنسبة إلى المدين الراهن من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر لذا يكون تصرف الصغير غير المميز الذي لم يكمل سبع سنوات باطلة، أما الصغير

(1) المصدر نفسه، ص 85 و 86.

(2) المصدر نفسه، ص 87.

المميز فمن بلغ سبع سنوات كاملة فتصرفه ينقصد موقوفاً على إجازة الولي حسب المادة/1/97 من القانون المدني العراقي ويشترط قانون رعاية القاصرين العراقي المرقم/78 لسنة 1980 في المادة(43/أولاً) استحصال موافقة مديرية رعاية القاصرين.

وسن الرشد هو تمام الثامنة عشر من العمر في القانون المدني العراقي م/106 فمن أكملها يصبح كامل الأهلية في التعاقد، وبعد بمنزلة البالغ سن الرشد من أكمل الخامسة عشر من العمر وتزوج بإذن من المحكمة حسب مضمون المادة/31/أ من قانون رعاية القاصرين العراقي.

أما إذا كان الراهن كفيلاً عينياً فيكون تصرفه من أعمال التبرع ويكون تصرف الصغير المميز باطلاً لأن فيها ضرر محض، وهذا المضمون ورد في المادة /1/97 من القانون المدني العراقي، وكذلك في القانون المقارن⁽¹⁾.

أما الدائن المرتهن فالرهن بالنسبة إليه يعد من التصرفات النافعة نفعا محضاً، لذا يصح تصرف الصغير المميز أو من في حكمه م(1/97) من القانون المدني العراقي، وكذلك في القانون المقارن⁽²⁾.

أما إذا كان الدائن المرتهن مصرفاً يصح العقد بالوكالة العامة أو الانابة؛ لأن الدائن المرتهن لا يلتزم بشيء والرهن التأميني عقد ملزم لجانب واحد ألا وهو الراهن فيكون الرهن بالنسبة للمصرف تصرفاً نافعاً نفعا محضاً⁽³⁾

ثانياً: المحل:

لابد لكل التزام نشأ عن عقد من محل يكون معلوماً بالنسبة للمتعاقدين ومعينا تعييناً نافياً للجهالة وغير ممنوع قانوناً، ومحل عقد الرهن التأميني هو إنشاء حق عيني تبقي على عقار مملوك للراهن لضمان الوفاء بالتزام ترتب في ذمة المدين وسواء أكان هو الراهن أم كفيلاً عينياً له يكفل الوفاء بدين المدين⁽⁴⁾. وهناك ثلاثة شروط يجب توافرها في المحل وهي:

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص291.

(2) المصدر نفسه، ص291.

(3) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص169.

(4) د. محمد علي إمام، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة دار النهضة، القاهرة، 1956م، ص237.

1- يجب أن يكون المحل موجودا أو قابلا للوجود (مستقبلا)، وإلى ذلك نصت المادة (1/129) من القانون المدني العراقي (1- يجوز أن يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعيّن تعينا نافيا للجهالة والغرر.

2. غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل⁽¹⁾.

2- يجب أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين، وبالنسبة للرهن التأميني يجب تحديد موقع العقار ومساحته وحدوده وطبيعته⁽²⁾.

3. يجب أن يكون المحل مشروعاً، وإلى ذلك نصت المادة (1/130) (يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام والآداب وإلا كان باطلاً).

فrehن العقارات الموقوفة يعد مخالفاً للنظام العام ويكون رهناً باطلاً.

ثالثاً: السبب:

إنّ الراهن يقرر الرهن ضماناً لحق المرتهن وللحصول منه على قرض أو أجل فيعدّ هذا الحق هو السبب⁽³⁾. يجب أن يكون السبب موجوداً وقت إبرام العقد، فإذا لم يوجد السبب كان العقد باطلاً، وقد نصت المادة (1/132) من القانون المدني العراقي (يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام والآداب.

2. ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقدّم الدليل على ذلك).

3. أما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك).

والسبب في عقد الرهن التأميني هو ضمان الدين الذي وجد الرهن لضمان الوفاء به، فيجب أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب، وقد بقي هذا الدين وهو سبب العقد إلى حين انعقاد العقد، ولا يشترط أن يكون الدين منجزاً بل يصح أن يكون

(1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص 95-96.

(2) المصدر نفسه، ص 97، د. سمير عبد السيد تتاغو، مصدر سابق، ص 144.

(3) د. سليمان مرقس، الوجيز في شرح القانون المدني، المطبعة العالمية، القاهرة، 1964م، ص 103.

معلقا على شرط أو دينا مستقبليا كاعتماد السحب على المكشوف أو خطاب الضمان أو الاعتماد المستندي، ويجب أن يكون الدين المضمون بالرهن معينا تعيينا نافيا للجهالة من حيث مقداره وتاريخ استحقاقه ومصدره فلا يجوز الرهن لكل ما عسى أن ينشأ في ذمة المدين من ديون للدائن المرتهن⁽¹⁾.

وقد يكون سبب الرهن التأميني عددا من التسهيلات المصرفية الممنوحة للمدين، ويتم تقرير الرهن ليغطي مجموع هذه التسهيلات الممنوحة للمدين وليس نوعا واحدا منها، كأن يمنح المدين قرضا ويمنح خطاب ضمان ويمنح اعتماد مستندي وتخصم له كمبيالة، ويمنح اعتمادا للسحب على المكشوف وأن قيمة العقار تغطي أو تزيد على مجموع ما منح المدين من التسهيلات المتنوعة، في هذه الحالة يجب تحديد الحد الأعلى من المبالغ التي يضمنها الرهن وتكون مرتبة هذا الرهن من تاريخ تسجيله في دائرة التسجيل العقاري وليس من يوم استحقاق الدين المضمون.

ونصت المادة(309) من قانون التسجيل العقاري(يشترط أن يكون الدين المؤمن بالرهن معينا ومقبوضا عند الاقرار والتسجيل كما يجوز أن يكون هذا الدين معلقا على شرط أو مستقبلا أو احتماليا على أن يحدد مقداره أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه).

وقد نصت المادة(1040) من القانون المدني المصري(يجوز أن يترتب الرهن ضمنا لدين معلق على شرط أو لدين مستقبل أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضمنا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جارٍ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين)⁽²⁾.

فإذا أبرم عقد الرهن التأميني وكان سبب عقد الرهن هو دين مستقبلي أو احتمالي ولم يتحقق جاز للراهن إذا امتنع المرتهن من فك الرهن أن يطلب من المحكمة المختصة الحكم ببطلان عقد الرهن لعدم تحقق السبب أو لعدم وجوده، فيكون التزام الراهن دون سبب لعدم تحقق الدين الذي وجد الرهن لضمانه.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة(تخصيص الرهن):

لا يكفي لانعقاد الرهن التأميني تحقق الشروط العامة من رضا ومحل وسبب، كما

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص292-293.

(2) المصدر نفسه، ص293، د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص40.

لا يكفي توافر الشكلية التي رسمها القانون لانعقاد الرهن التأميني ، بل يجب أن يشتمل عقد الرهن التأميني على بيانات تفصيلية دقيقة تتعلق بالعقار المرهون والدين المضمون وهذا التخصيص للعقار المرهون والدين المضمون يسمى مبدأ تخصيص الرهن وجزءا تخلف مبدأ تخصيص الرهن يكون العقد باطلا لتخلف شرط أساسي خاص بعقد الرهن التأميني ، والعقد لا ينعقد إلا من تاريخ التخصيص لا من تاريخ إبرام العقد⁽¹⁾.

وفيما يأتي تفصيل تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون ومن حيث الدين المضمون:

أولاً: تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون:

إن الرهن التأميني يجب أن يقع على عقار أو حق عيني على عقار ويجب أن يكون هذا العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، وأن يكون معيناً تعييناً دقيقاً نافياً للجهالة. وقد نصت المادة(1290) من القانون المدني العراقي(1) - لا يجوز أن يرد الرهن التأميني إلا على عقار أو حق عيني على عقار. 2- ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وأن يكون معيناً).

أما القانون المقارن فقد نصت المادة(1035) من القانون المدني المصري على ذات المعنى الوارد في القانون المدني العراقي(1) لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك. 2- ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا وقع الرهن باطلاً⁽²⁾.

فالعقار الذي لا يصح التعامل فيه كالعقار الموقوف وفقاً صحيحاً، والذي لا يجوز بيعه بالمزاد العلني هو العقار المشروط عدم التصرف فيه، كما لا يجوز رهن حق

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص99.

(2) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص175.

الارتفاق من دون العقار المرتهن لأنه لا يجوز بيعه منفصلاً عن العقار المرتفق⁽¹⁾.

القانون العراقي والمقارن قد حصر الرهن التأميني على العقار أما المنقول فلا يصح استقلالاً أن يكون محلاً للرهن التأميني.

و الرهن التأميني يشمل ملحقات العقار المرهون من أبنية وأشجار وسواء كانت قائمة وقت عقد الرهن أو استحدثت بعده وجميع التحسينات والإنشاءات التي أجريت في العقار المرهون. وقد نصت المادة(1292):1- يشمل الرهن التأميني ملحقات المرهون المعتمدة عقاراً.

2. ويشمل بوجه خاص الأشجار والأبنية التي تكون قائمة وقت الرهن على العقار المرهون أو استحدثت بعده، وحقوق الارتفاق والعقار بطريق التخصيص، وجميع التحسينات والإنشاءات التي أجريت في العقار المرهون).

و ذات المعنى ورد في القانون المقارن المادة(1036) من القانون المدني المصري التي نصت(يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك، ما لم يتفق على غير ذلك، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة 1148).

وقد أضيفت عبارة في القانون المقارن لم ترد في القانون المدني العراقي وهي:(... ما لم يتفق على غير ذلك، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين...).

وعدم ورودها في القانون العراقي لا يمنع الراهن والمرتهن من الاتفاق على عدم شمول ملحقات العقار المرهون بالرهن، انسجاماً مع حرية التعاقد وأن الأفراد أحرار فيما يتفقون عليه بما لا يخالف النظام العام والآداب ولا يخالف القواعد الآمرة في القانون وأن ملحقات العقار المرهون عندما شملها المشرع وألحقها بالعقار المرهون وعدّها مرهونة معه هذا؛ لأنها تابعة للعقار المرهون فتكون مرهونة مثله ولأنّها من ملحقاته، فإذا لم يتفق

(1) الارتفاق: هو حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر يملكه مالك آخر، وينشأ علاقة تبعية بينهما، ويكسب هذا الحق بالعقد وبالميراث والوصية، ويحتج بالتقدم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل وغيرها من الحقوق الظاهرة.

الراهن والمرتهن على إخراجها من الرهن فيمتد إليها سواء كانت التحسينات والإنشاءات أو حقوق الارتفاق أو العقارات بالتخصيص⁽¹⁾.

أما امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين وإن لم يذكرها المشرع العراقي بعدم الإخلال بها، فإن امتيازها معتبر ومتقدم على حق المرتهن في الرهن التأميني طالما تم تحرير سند رسمي بها وتم تسجيل هذا الامتياز في دائرة التسجيل العقاري وتكون مرتبة هذا الامتياز من تاريخ تسجيله فإذا كان أسبق بالتسجيل من الرهن التأميني فإنه يتقدم صاحبه على حق الدائن المرتهن، وهذا المعنى ذكرته المادة(1379) من القانون المدني العراقي.

والحصة الشائعة في العقار يجوز رهنها ويتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة المفردة التي وقعت في نصيب الشريك الراهن لحصته، كما يجوز رهن العقار الشائع من جميع الشركاء، وهذا المضمون ورد في المادة(1291) من القانون المدني العراقي.

كما أجاز القانون المقارن رهن العقار الشائع ورهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار، وقد ورد هذا المضمون بالمادة(1039) من القانون المدني المصري⁽²⁾.

ثانياً: تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون:

سبق وأن ذكرنا بأن الرهن لا ينشأ مستقلاً بذاته بل هو عقد تابع للالتزام أصلي يدور معه وجوداً وعدماً، وصحة وبطلاناً، فإذا اعتري الالتزام الأصلي سبب من أسباب البطلان فإن ذلك البطلان ينسحب على عقد الرهن ويبطله، أو إذا انقضى الالتزام الأصلي ولم يعد له وجود فإن عقد الرهن يلقي ذات المصير وينقضي تبعاً له.

وذكرنا سابقاً أن أي التزام صحيح وأياً كان مصدره سواء كان عقداً أو فعل ضار أو فعل نافع يمكن ضمانه بالرهن وأياً كان محله سواء كان التزام بعمل أو امتناع عن عمل، فيجوز أن يكون الدين ناشئاً عن أي مصدر من مصادر الالتزام⁽³⁾.

(1) العقارات بالتخصيص: العقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته يملكه مالك العقار، ويضيفه في خدمة العقار، كالآلات الزراعية في الأرض والآلات الصناعية في المصنع، والأجهزة والمفروشات المخصصة لخدمة فندق...الخ.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، المصدر السابق، ص76.

(3) د. ماجد مزيم، التأمينات العينية، ج2، دار الخلود، بيروت، 1980، ص80.

ويمكن أن يكون الالتزام باتا أو مضافا إلى أجل فاسخ أو واقف أو معلقا على شرط فاسخ أو واقف، وقد يكون الالتزام المضمون حالا أو مستقبلا، ويمكن أن يكون الالتزام المضمون منجزا أو دينا احتماليا كاعتماد خطاب الضمان واعتماد السحب على المكشوف بالحساب الجاري، ولكل تلك الالتزامات يجب أن يتحدد في عقد الرهن التأميني مبلغ الدين المضمون وإذا تعذر تحديده عند إبرام عقد الرهن، فيتم تحديد الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين، وإلى ذلك نصت المادة (1293) من القانون المدني العراقي (يجوز أن يترتب الرهن التأميني ضمنا لدين مستقبل أو دين معلق على شرط أو دين احتمالي فيجوز أن يترتب لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جارٍ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين). وذات النص ورد في المادة (1040) من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

وإذا كان الدين المضمون بالرهن ناشئا عن دين احتمالي أو دين مستقبلي وخاصة الاعتمادات المستقبلية التي تمنحها المصارف ولم تتحقق وقت بيع العقار المتقل بالرهن فكيف تتحدد مرتبة ذلك الرهن؟ القانون المقارن أجاب على هكذا احتمال بنص المادة (1057) من القانون المدني المصري (تسبب مرتبة الرهن من وقت قيده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط أو كان مستقبلا أو احتماليا)⁽²⁾.

أما القانون العراقي فلا توجد في نصوصه إشارة صريحة بتحديد مرتبة الدين المستقبلي أو الاحتمالي إلا أنه يفهم من نصوص القانون المدني العراقي ونص المادة (307) أو قانون التسجيل العقاري التي أشارت إلى (... كما يدون في السجل أوصاف العقار المرهون ومقدار الدين، وشروط مرتبة الرهن).

إنَّ مرتبة الرهن تتحد من تاريخ قيد الرهن في دائرة التسجيل العقاري ما إذا كان رهن من الدرجة الأولى أو الثانية أو الثالثة... الخ فإذا كان هو أول رهن على العقار فيسجل من الدرجة الأولى، وإذا كان هو ثاني رهن على العقار فيسجل الرهن من الدرجة الثانية وهكذا.

والسؤال الذي يطرح ماذا لو بيع العقار المرهون أو حل بدلا منه المقابل النقدي له كأن يكون مبلغ التعويض أو التأمين أو المبلغ المدفوع نتيجة لاستملاكه للمنفعة العامة وكان

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 55.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 56.

الدين المضمون بالرهن مستقبلي أو احتمالي ولم تنتهِ مدة الرهن المتفق عليها من قبل المتعاقدين الراهن والمرتهن، فمن يستلم المبلغ المضمون بالرهن؟

إذا قلنا المرتهن فالدين لم يتحقق بعد وإذا قلنا الراهن هنا يتعرض الدائن المرتهن إلى خسارة الضمان. المادة 1298 من القانون المدني العراقي أجابت على هكذا تساؤل بانتقال حق المرتهن إلى المقابل النقدي الذي يحل محل العقار المرهون ويستوفي حقه إذا تحقق الدين المستقبلي أو الاحتمالي بعد انتهاء عقد الرهن، والتي نصها (إذا هلك العقار المرهون رهناً تأمينياً أو تعيب انتقل حق المرتهن إلى المال الذي يحل محله كالتعويض ومبلغ التأمين وبدل الاستملاك للمنفعة العامة، وللمرتهن أن يستوفي حقه من ذلك بحسب مرتبته).

يتطلب تخصيص الدين المضمون إضافة إلى تحديد مقداره أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه وإضافة إلى مصدر الدين المضمون أن يبين ما إذا كان منتجاً لفائدة أم لا، وإذا كان منتجاً لفائدة ما هو سعر الفائدة ومتى يبدأ تاريخ سريانها، وقد حدد المشرع العراقي حداً أعلى للفائدة ويجوز أن يتفق المتعاقدان على سعر الفائدة على أن لا يزيد على 7% (سبعة بالمائة) وإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة بالمائة، وجاء هذا التحديد بالمادة 1/172 من القانون المدني العراقي وبالمادة 1/312 من قانون التسجيل العقاري.

أما إذا اتفق الراهن والمرتهن على الفائدة في عقد الرهن إلا انهما لم يبينا مقدارها فتستحق للدائن المرتهن الفائدة القانونية بنسبة 4% (أربعة بالمائة) حسب نص المادة 1/312 (إذا أشتراط الفائدة في عقد الرهن ولم يبين مقدارها فتستحق للدائن المرتهن الفائدة القانونية بنسبة أربعة من المائة سنوياً من تاريخ الاستحقاق ويجوز للمتعاقدین الاتفاق على سعر آخر للفائدة على أن لا يزيد على سبعة من المائة سنوياً).

والجدير بالذكر أن المشرع العراقي في القواعد العامة قد حدد سعر الفائدة القانونية بـ(4%) في المسائل المدنية و(5%) في المسائل التجارية وذلك في المادة (171) من القانون المدني العراقي، وكان على المشرع في قانون التسجيل العقاري أن يضع ذات النسب ويميز بين الفائدة القانونية في المسائل المدنية والفائدة القانونية في المسائل التجارية وكان عليه أيضاً أن يستثني المصارف من الحد الأعلى للفائدة، وهو أن لا يزيد عن سبعة بالمائة وينحى في ذلك منحى القواعد العامة التي أخضعت الفوائد على الحساب الجاري بما يقضي به العرف التجاري وقد نصت المادة 175/ من القانون المدني العراقي (الفوائد التجارية التي

تسري على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات ويخضع في طريقة احتساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري).

وتُعدّ جميع أعمال المصارف تجارية، بحسب ما جاء بالمادة الخامسة من قانون التجارة العراقي، هذا بالنسبة للمصرف، أما بالنسبة للزبون قد يكون العمل بالنسبة له تجارياً أو مدنياً، ويرى بعض الفقهاء انه حتى ولو كان العمل تجارياً من جانب واحد وهو المؤسسة التجارية فانه يخضع لأحكام قانون التجارة⁽¹⁾.

نظراً إلى أن السياسة الائتمانية ونسبة الفائدة على الائتمان الممنوح من المصارف يتحكّم بها البنك المركزي استناداً إلى حاجة النشاط الاقتصادي وخطط التنمية الاقتصادية، نقترح على المشرع العراقي إضافة فقره إلى المادة/312 من قانون التسجيل العقاري العراقي يشار فيها انه إذا كان الدائن المرتهن مصرفاً يتم تحديد نسبة الفائدة بحسب لوائح البنك المركزي العراقي.

(1) د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، المكتبة القانونية، بغداد، 2006، ص77.

الفصل الثاني

آثار الرهن التأميني

إذا ما انعقد الرهن التأميني صحيحاً فإنه يُرتب آثار بالنسبة إلى الراهن وتنشأ عنه التزامات في ذمته، ويعطي حقوقاً للدائن المرتهن في التنفيذ على أموال المدين المرهونة لصالحه، وفي مباشرة هذا الحق بالنسبة إلى الغير، لذا سنتناول هذا الفصل بثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول: آثار الرهن التأميني بالنسبة للراهن.

المبحث الثاني: آثار الرهن التأميني بالنسبة للدائن المرتهن.

المبحث الثالث: آثار الرهن التأميني بالنسبة للغير.

المبحث الأول

آثار الرهن التأميني بالنسبة للراهن

سندرس هذا المبحث بمطلبين، المطلب الأول: سندرس فيه التزامات الراهن، والمطلب الثاني: سنبحث فيه حقوق الراهن.

المطلب الأول: التزامات الراهن:

بعد إبرام عقد الرهن التأميني ومراعاة الشكل الذي نص عليه القانون بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري تنشأ من عقد الرهن التزامات في ذمة الراهن، سندرسها في فرعين: الفرع الأول: سندرس فيه التزام الراهن بضمان سلامة الرهن، والفرع الثاني: سندرس فيه التزام الراهن بضمان الهلاك أو التلف.

الفرع الأول: التزام الراهن بضمان سلامة الرهن:

التزام الراهن بضمان سلامة الرهن يشبه التزام البائع بضمان عدم التعرض وضمان الاستحقاق، فهو يلتزم بالامتناع عن أي عمل قانوني أو مادي من شأنه أن ينقص من الضمان، إضافة إلى ذلك فهو يلتزم بدفع التعرض الصادر من الغير⁽¹⁾، وقد نصت المادة (1296) من القانون المدني العراقي: (1. يضمن الراهن في الرهن التأميني سلامة الرهن وللمرتهن أن يعترض على كل عمل يكون من شأنه إنقاص ضمانه. 2. فإذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التعيب أو تجعله غير كافٍ للضمان كان للمرتهن أن يطلب من المحكمة وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر). وقريب جداً من هذا النص ما ورد في القانون المقارن المادة/1047 من القانون المدني المصري بنصها (يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً، وله في حال الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وإن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك)⁽²⁾.

الفرق بين نص المادتين المذكورتين إن القانون المقارن أعطى الحق للدائن المرتهن أن يرجع على الراهن بما أنفقه جراء وقف الأعمال التي تنقص من الضمان أو

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص102، د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص34.

(2) أنور العمروسي، مصدر سابق، ص134.

باتخاذ الوسائل التحفظية التي تمنع وقوع الضرر كطلب حارس قضائي أو ترميم العقار المرهون للحفاظ عليه وكل هذه المصروفات يرجع بها على الراهن. ولم يرد هذا الحق برجوع الدائن المرتهن بما يتفق على الراهن في النص العراقي، ونقترح على المشرع العراقي إضافته؛ لأن الدائن المرتهن بإتباعه هذه الإجراءات إنما يقوم بمهام هي في الأصل من واجبات الراهن التي فرضها القانون عليه بضمان سلامة الرهن فأمر طبيعي أن تكون تلك المصروفات والنفقات على الراهن لأنها من التزاماته القانونية.

فمن أمثلة إنقاص العقار المرهون أو تعييه إذا ما نزع الراهن شيئاً من العقار المرهون أو من ملحقاته كان للدائن المرتهن الرجوع على الراهن بضمان التعرض الشخصي⁽¹⁾.

ويضمن الراهن فضلاً عن تعرضه الشخصي تعرض الغير، فيلتزم بدفع أي أخطاء للغير بحق على العقار المرهون من شأنه أن ينقص حق الدائن المرتهن في الضمان كأن يدعي أحد أن له حق ارتفاق على العقار المرهون وأن الدائن المرتهن لا يعلم بهذا الحق عندما أبرم عقد الرهن أو أن شخصاً ادعى ملكية العقار المرهون أو حق عيني عليه أسبق من حق الرهن التأميني ولا يعلم به الدائن المرتهن، فعلى الراهن أن يدفع هذا الادعاء الصادر من الغير⁽²⁾، فإذا لم يستطع الراهن دفع التعرض من الغير ولم يقبل الدائن المرتهن بهذا الانقاص للضمان أو بقاء الدين بلا ضمان كان الراهن مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل وهذا المضمون ورد في المادة (1/1297) من القانون المدني العراقي.

وورد ذات المضمون في المادة (2/273) من القانون المدني المصري⁽³⁾.

هذا ويستطيع الدائن المرتهن إذا ما لحقه ضرر من جراء إخلال الراهن بالتزامه بضمان سلامة الرهن أن يطلب تعويض ذلك الضرر الذي لحق به طبقاً للقواعد العامة.

الفرع الثاني: التزام الراهن بضمان الهلاك أو التلف:

القانون المدني العراقي وضع أثراً لهلاك المرهون رهناً تأمينياً أو أصابه الضرر

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص 387.

(2) المصدر نفسه، ص 388، د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص 213.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 104.

الجزئي، فإذا كان الهلاك أو الضرر الجزئي بسبب أجنبي لا يد للراهن فيه أي قضاء وقدّر فجعل الهلاك أو التلف على الراهن، وإذا لم يقبل الدائن المرتهن بقاء دينه بلا ضمان، أعطى الخيار للمدين وعليه أن يختار بين خيارين؛ إما أن يقدم تأميناً كافياً للدائن أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول أجله، وأما إذا كان الهلاك أو التلف قد حدث بسبب خطأ الراهن كان الخيار للدائن المرتهن بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً وقبل حلول أجل الدين⁽¹⁾. وقد نصت المادة (1297) من القانون المدني العراقي (1). إذا هلك المرهون رهناً تأمينياً أو تعيب قضاء وقدرا كان هلاكه أو تعيبه على الراهن، وفي هذه الحالة إذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين بلا تأمين يكون المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل وإذا اختار وفاء الدين ولم يكن للدائن فوائد منفصلة عنه فلا يكون للدائن حق إلا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منه الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين.

2. وإذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك المرهون أو تعيبه كان المرتهن مخيراً بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً).

وذاً النص ورد في المادة (1048) من القانون المدني المصري مع اختلاف بسيط في بعض المفردات، وقد تضمنت المادة المذكورة فقرة ثالثة تتحدث عن الوسائل الوقائية التحفظية التي من شأنها الحفاظ على العقار المرهون من الأعمال التي تعرضه للهلاك أو التلف وتجعله غير كافٍ لضمان المرتهن وأعطت هذه الفقرة من المادة المذكورة الحق للدائن أن يطلب من القاضي وقف هذه الأعمال⁽²⁾.

وذاً النص ورد في المادة (2/1296) من القانون المدني العراقي، التي نصها في الفرع الماضي مع الاختلاف البسيط مع القانون المقارن في بعض المفردات.

أما إذا استحق الراهن مبلغاً من المال كتعويض عن الهلاك أو التلف الذي أصاب العقار المرهون أو مبلغاً من شركة التأمين إذا كان مؤمناً عليه أو إذا نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة وأعطى للراهن ثمن الاستملاك مقداراً من المال فإن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى المال الذي يحل محل العقار المرهون، وإلى ذلك نصت المادة (1298)

(1) د. فائز عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 35.

(2) أنور العمروسي، مصدر سابق، ص 142.

من القانون المدني العراقي، وذات المعنى ورد بنص المادة(1049) من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

المطلب الثاني: حقوق الراهن:

الرهن التأميني يترك للراهن ملكية العقار المرهون وحيازته، ويحتفظ بحقوقه كمالك وحائز، فيكون له حق التصرف بالعقار المرهون وحق إدارته باستعماله واستغلاله، لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول سنبحث فيه حق الراهن في التصرف في العقار المرهون، والفرع الثاني سنبحث فيه حق الراهن في إدارة العقار المرهون.

الفرع الأول: حق الراهن في التصرف في العقار المرهون:

نصت المادة(1/1295) من القانون المدني العراقي:(يجوز للراهن أن يتصرف بالبيع وغيره في العقار المرهون رهنا تأمينيا وتصرفه هذا لا يؤثر في حق المرتهن). ونصت المادة(1043) من القانون المدني المصري:(يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، وأي تصرف منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن)⁽²⁾.

وكما هو واضح بنص القانون العراقي والقانون المقارن إن الراهن يحتفظ بحقه في التصرف في العقار المرهون وكما كان قبل الرهن التأميني ولكن المقصود هنا التصرفات القانونية بالبيع وغيره أما التصرفات المادية التي من شأنها أن تمس سلامة الرهن التأميني أو تنقص من قيمة الضمان فإنه لا يحق له إجرائها وإلا يعد مخالفا لالتزاماته بضمان سلامة الرهن كما مرّ شرحه، ويترتب على ذلك سقوط الأجل وحلول الدين فورا والخيار للدائن المرتهن إن شاء أن يستوفي حقه فورا وإن شاء أن يطلب تأميناً كافياً.

وحرية الراهن في التصرف في العقار المرهون لا يجوز أن يقيدّها اتفاق بينه وبين الدائن المرتهن، ويكون باطلا تعهد الراهن للمرتهن بألا يتصرف في العقار المرهون، وحرية الراهن في التصرف في ملكه تعد من النظام العام⁽³⁾.

فحق التصرف هو من مزايا حق الملكية ونطاقه، ولا يجوز لأحد أن يحرم أحدا من ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون وبالطريقة التي يرسمها، فالقيود التي ترد على

(1) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص226.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص396.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص108.

حق الملكية هي قيود قانونية وليست اتفاقية وذلك بحسب القواعد العامة، وقد نصت المادة(1050) من القانون المدني العراقي (لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه، إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدماً).

لكن هذا التصرف القانوني بالبيع أو بغيره لا يؤثر في حق الدائن المرتهن إذا كان الرهن التأميني قد تم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري قبل التصرف القانوني للراهن بالبيع أو بغيره⁽¹⁾. فإذا رهن الراهن عقاره مرة ثانية أو ثالثة، فإنه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن الأول وهو يتقدم عليهما في استيفاء حقه ويتقدم على جميع الدائنين الممتازين التاليين له في المرتبة، أما إذا بيع العقار المرهون فإن ملكية العقار المرهون تنتقل إلى المشتري محملة بالرهن ويسري حق الدائن المرتهن بحق المشتري وينفذ عليه بدينه، ويسري حق الدائن المرتهن على كافة التصرفات القانونية التي تصدر من الراهن بعد تسجيل عقد الرهن كالهبة والمقايضة أو يقرر على العقار حق انتفاع أو حق ارتفاق..الخ وكل هذه التصرفات القانونية لا تنفذ قبل الدائن المرتهن طالما كان عقد الرهن اسبق منها في القيد.

أما التصرفات القانونية التي تضر بحق الدائن المرتهن كبيع العقار المرهون انقاضاً بعد هدمه فمن حق الدائن المرتهن أن يمنعه من أعمال الهدم في العقار المرهون لأن حق الرهن متعلق به، وله أن يتخذ كافة الوسائل التخفيفية للمحافظة على حقه وله أن يطلب من المحكمة تعيين حارس قضائي على العقار.

وكذلك التصرفات التي تنزع شيئاً من ملحقات العقار كالتصرف في العقارات بالتخصيص الملحقة بالعقار المرهون التي تعد مرهونة مثله والتي إذا تصرف بها الراهن تؤدي إلى انقاص قيمة العقار المرهون، ويصبح لا يكفي لضمان دين الدائن المرتهن فلأخير الخيار في أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يطلب اسقاط أجل الدين وأن يستوفي حقه فوراً⁽²⁾.

الفرع الثاني: حق الراهن في إدارة العقار المرهون:

(1) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص36.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص402.

نصت المادة (2/1295) من القانون المدني العراقي (وله الحق في إدارة العقار المرهون، وفي قبض غلته إلى وقت التحاقها بالعقار وفقا لقواعد التنفيذ).

ونصت المادة (1044) من القانون المدني المصري (للاهن الحق في إدارة العقار المرهون، وفي قبض ثماره إلى وقت الحاقها بالعقار)⁽¹⁾. يتضح من نص المادتين في القانون العراقي والقانون المصري المقارن أن حق الراهن في إدارة العقار المرهون وفي قبض غلته لا تتأثر بحق الرهن الواقع على العقار المرهون لكونه مالكا فهو صاحب الحق في إدارة العقار المرهون واستغلاله، ورأينا سابقا أن الرهن لا يجرد الراهن من ملكية العقار المرهون ولا من حيازته، فيبقى العقار المرهون في يده يستعمله كما كان قبل الرهن، فإذا كان العقار منزلا وكان يسكنه استمر سكنه فيه وإن كان أرضا زراعية استمر بزراعتها، ولا يقيد حق الراهن من سلطة استعماله للعقار المرهون سوى حق الدائن المرتهن، فليس للراهن أن ينقص من قيمة العقار المرهون بالاستعمال وإذا حصل ذلك فللدائن المرتهن أن يعترض على هذا الاستعمال الذي ينقص من قيمة الضمان، وله أن يطلب من المحكمة تعيين حارس قضائي ليحفظ العقار المرهون ويعتني به حتى لا يتضرر وينقص بضرره الضمان⁽²⁾.

وللراهن الحق في قبض غلة العقار المرهون ويستمر هذا الحق إلى وقت أن تلحق تلك الغلة بالعقار، وتضاف تلك الغلة مع مبلغ بيع العقار المرهون، وهذه نتيجة للحجز الواقع على العقار المرهون بعد التنفيذ عليه، وتثبت ثمار العقار في المحضر الذي ينظمه المنفذ العدل بمعاملة وضع اليد على العقار المحجوز، وقت نضوجها وله أن يستعين بخبير أو أكثر لتقدير ثمار العقار والوقت الذي تكون فيه ناضجة وقابلة للبيع، وهذا المضمون ورد في المادة (88) من قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لسنة 1980.

أما في القانون المقارن فتلحق الثمار بالعقار وبعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ومن هذا التاريخ يتقيد حق الراهن في التصرف في الثمار⁽³⁾.

(1) د. محمد شريف عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 234.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص 412.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 111.

المبحث الثاني

آثار الرهن التأميني بالنسبة إلى الدائن المرتهن

للدائن المرتهن الحق في التنفيذ على أموال المدين المرهونة أو على أموال الكفيل العيني المرهونة، وله الحق في التنفيذ على سائر أموال المدين غير المرهونة، لذا سندرس هذا المبحث بمطلبين ، المطلب الأول سندرس فيه التنفيذ على المدين، والمطلب الثاني سندرس فيه التنفيذ على الكفيل العيني.

المطلب الأول: التنفيذ على المدين:

للدائن المرتهن حقان، الحق الأول: هو حقه كمرتته يختص بعقار من عقارات مدينه لا ينافسه فيه أحد، والحق الثاني الذي يمتاز به فهو دائن كسائر الدائنين له حق التنفيذ على سائر أموال المدين بما له من حق في الضمان العام لأموال مدينه، لذا سندرس هذا المطلب بفرعين، الفرع الأول سندرس فيه حق الدائن المرتهن في الضمان العام، والفرع الثاني سندرس فيه حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون.

الفرع الأول: حق الدائن المرتهن في الضمان العام:

للدائن حق على جميع أموال المدين بما له من حق الضمان العام فضلاً عن حقه في الضمان الخاص كمرتته.

فهل يحق للدائن المرتهن أن ينفذ على سائر أموال المدين الأخرى، التي لم تخصص بالرهن لوفاء دينه قبل أن ينفذ على الأموال المرهونة لصالحه استناداً إلى حقه في الضمان العام؟

القانون المدني العراقي فإنه لم يسمح للدائن المرتهن أن يستوفي حقه من سائر أموال مدينه قبل التنفيذ على العقار المرهون وجاء ذلك بنص المادة(1299) من قانون المدني العراقي(للمرتهن أن يستوفي حقه من العقار المرهون رهناً تأمينياً وفقاً للإجراءات المقررة لذلك وإذا لم يف العقار بحقه، فله أن يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر أموال المدين). وجاء بنص المادة(1/260)(أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بدينه).

أما قانون المرافعات المصري رقم (13) لسنة 1968 قد خلت نصوصه من التصريح أو الإشارة إلى هكذا حق، وعلى عكس قانون المرافعات المصري القديم الملغي

الذي نص في المادة(489)منه بأنه(لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كأنما خصص للوفاء غير كافٍ...)⁽¹⁾.

وقد فسّر خلو النص في القانون الجديد بقصد من المشرع لتقوية مركز الدائن المرتهن، لأن عدم الجواز للدائن في التنفيذ على سائر أموال المدين يضعه في مركز أقل من مركز الدائن العادي الذي له الحق في الحجز على جميع أموال المدين بما فيها الأموال المرهونة، وعلى ذلك فإن الرهن لا يحرم الدائن المرتهن من حقه كائن عادي بما له من حق على الضمان العام لأموال مدينه والتنفيذ عليها، لكنه يتعرض لمزاحمة الدائنين العاديين فينقسم بينهم المال المتحصل من ثمن بيع أموال المدين قسمة غرماء كل بنسبة دينه⁽²⁾.

أما المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي المصري فقد تبّنت مضمون نص المادة(489) من قانون المرافعات الملغي وأضافت إليه قيد آخر على الدائن المرتهن ألا ينفذ على عقار أو عقارات تكون قيمتها أكبر بكثير من حقه وجاء ذلك في نص المادة(328)و(329) من المشروع التمهيدي⁽³⁾.

فحق الدائن المرتهن في الضمان العام يأتي بعد حقه في الضمان الخاص كمرتته ولا يجوز أن يتقدم عليه أو يتزامن معه.

وقد راعى المشرع العراقي والمشرع المصري في المشروع التمهيدي مصلحة الدائن والمدين على حدّ سواء.

والتنفيذ على سائر أموال المدين من الضمان العام لا يحتاج إلى قرار قضائي، ويتم التنفيذ مباشرة لدى مديريات التنفيذ استنادا إلى الوثيقة الصادرة من دائرة التسجيل العقاري، التي يدوّن فيها ما بقي للدائن المرتهن من الدين وملحقاته على المدين بعد بيع العقار المرهون ولم يفِ ثمن العقار بكامل الدين الموثق بالرهن بعد بيعه بالمزاد العلني، وهذا المضمون ورد في المادة(183) من قانون التسجيل العقاري العراقي.

وتعد هذه الوثيقة من المحررات التنفيذية القابلة للتنفيذ من دون حاجة إلى قرار

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص116.

(2) المصدر نفسه، ص117.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص417.

قضائي وبحسب ما جاء في المادة(14) من قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980. وبموجب هذه الوثيقة يتم التنفيذ على سائر أموال المدين، إلا أن الدائن المرتهن وبموجب هذه الوثيقة يتعرض لمزاحمة الدائنين الآخرين له فإذا لم تف أموال المدين لوفاء دين الدائنين يقسم بينهم قسمة غرماء وكل بحسب دينه، ولا يكون للدائن المرتهن حق الأفضلية أو التقدم على الدائنين الآخرين وإنما يكون هنا كدائن عادي له حق الضمان العام من سائر أموال المدين⁽¹⁾.

والمزية التي يحصل عليها الدائن المرتهن هي هذه الوثيقة التي تعد من المحررات التنفيذية، والتي من خلالها يستطيع الحصول على حقه مباشرة وبسرعة ومن دون الحاجة إلى استصدار قرار قضائي قد يطول زمنه وتتعدد مراحلها حتى يكتسب الدرجة القطعية.

أما في القانون المقارن فيتم التنفيذ على سائر أموال المدين من الضمان العام بناء على طلب الدائن المرتهن بعريضة تقدم إلى قاضي الأمور الوقتية، ولا يحتاج الدائن لمرتهن إلى استصدار قرار قضائي بدينه وإنما يتم التنفيذ استناداً إلى حقه الثابت في عقد الرهن الرسمي⁽²⁾.

الفرع الثاني: حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون:

إذا كان الدين مستحق الأداء يحق للدائن المرتهن تقديم طلب تحريري إلى دائرة التسجيل العقاري المختصة يطلب منها بيع العقار المرهون⁽³⁾. وتقوم الدائرة بدورها بتبليغ الراهن بلزوم تأدية الدين وملحقاته خلال ثلاثة أيام تبدأ من اليوم التالي للتبليغ المادة(163) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة 1971.

وبعد انتهاء مدة التبليغ وإذا لم يتم تأدية الدين، يقوم رئيس الدائرة أو من يخوله من الموظفين بوضع اليد على العقار المرهون، وينظم بوضع اليد محضراً في موقع العقار المرهون ويوقع من قبل المخول بوضع اليد وموظف آخر من ذات الدائرة، وذوي العلاقة إن كانوا حاضرين. ويدرج في المحضر كافة تفاصيل العقار المرهون موقعه وتسلسله ورقم القطعة والمقاطعة وجنسه وصنفه وأوصافه ومنشأته وإذا كانت فيه مفروشات أو

(1) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص43.

(2) أنور العمروسي، مصدر سابق، ص155.

(3) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص43.

مزروعات وشاغل العقار وصفته والقيمة المقدرة وبذل الإيجار والوارد السنوي للعقار .
م(170) من قانون التسجيل العقاري العراقي .

ثم تنظم استمارة خاصة بالمزايدة يذكر فيها أوصاف العقار المرهون عند وضع اليد عليه واسم الراهن والمرتهن وبذل الرهن وشروطه ومرتبته، ثم ينشر إعلان وضع العقار المرهون بالمزايدة العلنية مدة ثلاثين يوما وفي جريدة يومية واحدة، وتعلق نسخة من الإعلان في دائرة التسجيل العقاري ، وتبدأ مدة الإعلان من اليوم التالي للنشر .
م(171) من قانون التسجيل العقاري العراقي .

وفي الساعة الثانية عشرة من اليوم الثلاثين تجري المناذاة للمشاركة بالمزايدة ثلاث مرات في دائرة التسجيل العقاري المختصة، ثم يقرر رئيس الدائرة الإحالة القطعية بعهدة المزايد الأخير قبل انتهاء الدوام الرسمي وتنتهي المزايدة إذا لم يوجد ضم يزيد عليها خلال خمس دقائق .

وإذا لم يصل مبلغ المزايدة 80% ثمانين بالمائة من القيمة المقدرة للعقار فلا تجري الإحالة القطعية، بل تمدد المزايدة لمدة خمسة عشر يوما بإعلان، وفي نهاية الإعلان تجري الإحالة القطعية بالمبلغ الذي ترسو به المزايدة . م(172) من قانون التسجيل العقاري العراقي . وهذا النص بالإحالة القطعية بالمبلغ الذي ترسو به المزايدة الواردة في الفقرة(4) من المادة(172) فيه إجحاف لحقوق الراهن، إذ أن النص يشير بالإحالة القطعية بأي مبلغ ترسو به المزايدة ، حتى ولو كان زهيدا، ويستطيع الدائن المرتهن أن يأخذه بالمزايدة بأقل من دينه الموثق بالرهن أو بمقدار دينه خاصة إذا كانت هناك ظروف أمنية أو كوارث طبيعية كالفيضانات تمنع الناس من الالتفات والمشاركة بهكذا مزايدة .

وجدير بالذكر أن قانون التنفيذ العراقي رقم(45) لسنة 1980، وما يتضمنه من إجراءات بيع العقار المحجوز بالمزايدة العلنية تحقق التوازن بين مصلحة الدائن والمدين، فقد نصت المادة(98/ ثانيا) منه(إذا لم يبلغ البذل نتيجة المزايدة الثانية(70%) سبعة من المائة من القيمة المقدرة للعقار حين وضع اليد عليه فلا يجوز إحالته بل يقرر المنفذ العدل إعادة تقدير قيمته من قبل الخبراء والإعلان عن المزايدة مجددا وفق أحكام هذا الفصل).

نقترح على المشرع العراقي الأخذ بالنص الوارد في الفقرة/ ثانيا من المادة(98) من قانون التنفيذ وتطبيقها على المزايدة الثانية الواقعة في دائرة التسجيل العقاري.

وعلى الرغم من ما ورد في المادة(185) من قانون التسجيل العقاري العراقي المتضمنة تطبيق أحكام قانون المرافعات المدنية وقانون التنفيذ على إجراءات البيع بالمزايدة فيما لم يرد به نص بقانون التسجيل العقاري، التي توجب مراعاة قانون التنفيذ على إجراءات البيع بالمزايدة فيما لم يرد به نص بقانون التسجيل العقاري⁽¹⁾ ، إلا أنه لا يمكن تطبيق ما ورد في قانون التنفيذ فيما يخص المزايدة الثانية لورود نص في قانون التسجيل العقاري بالإحالة القطعية بأي مبلغ ترسو به المزايدة.

وبحسب مضمون المادة(173)، والمادة(178) من قانون التسجيل العقاري يبلغ المدين الراهن بالإحالة القطعية ويطلب منه تسديد الدين وملحقاته مع الرسوم والمصاريف خلال ثلاثة أيام، فإذا دفع المدين ما مطلوب منه من الدين وملحقاته قبل انقضاء المدد المحددة حينئذ تكون المزايدة مفسوخة، وإذا انتهت المدة المحددة ولم يدفع الدين فتكون الإحالة نهائية.

يقتصر حق التقدّم أو الأفضلية على أصل الدين والفوائد المتحققة من تاريخ مطالبة الدائن المرتهن بالدين إلى يوم رسو المزايدة بالبيع مضافا إلى ذلك فوائد السنة السابقة على تاريخ المطالبة ، بحسب ما جاء بمضمون المادة (3/316) من قانون التسجيل العقاري.

ويلحظ أن الفائدة المشمولة بحق التقدم هي الفائدة المشمولة في عقد الرهن على أن لا تزيد على 7% سبعة بالمائة سنويا، أما إذا لم تشترط الفائدة في عقد الرهن فيحق للدائن المرتهن طلبها عند استحقاق الدين وتحتسب له من تاريخ الطلب، ونسبة الفائدة التي تحتسب له الفائدة القانونية ونسبتها 4% أربعة بالمائة سنويا ، بحسب ما جاء بمضمون المادة(312) من قانون التسجيل العقاري.

يبدو أن المشرع عندما حدد تاريخ استحقاق الفوائد المشمولة بحق التقدم كان في قصده أن يراعي حقوق الدائنين المرتهنين الآخرين التاليين له في المرتبة، إذ لو اطمئن

(1) د. سعيد مبارك، أحكام قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980، ط1، مطبعة التعليم العالي، العراق، الموصل، 1989، ص245.

الدائن المرتهن إلى ضمان كافة الفوائد بالرهن قد يتكاسل عن المطالبة بها فتتراكم مبالغ باهظة وبذلك تتضاءل فرض الدائنين الآخرين المتأخرين عنه في المرتبة بالحصول على نصيب في توزيع ثمن العقار⁽¹⁾.

أما القانون المقارن وفي المادة (1058) من القانون المدني المصري، قد حدد فوائد السنتين السابقتين على تسجيل نتيجة نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزايدة هي التي تلحق في مرتبة الرهن⁽²⁾.

المطلب الثاني: التنفيذ على الكفيل العيني:

الكفيل العيني هو شخص آخر غير المدين يكفل المدين برهن مال له ويلتزم عينياً بوفاء دين المدين المضمون بهذا الرهن، لذا سندرس هذا المطلب بفرعين الفرع الأول سندرس إجراءات التنفيذ على الكفيل العيني وطرق الطعن القانونية والفرع الثاني سنبحث فيه حق الدائن المرتهن على سائر أموال المدين.

الفرع الأول: إجراءات التنفيذ على الكفيل العيني وطرق الطعن القانونية:

إجراءات التنفيذ على الكفيل العيني هي ذات الإجراءات التي تم شرحها في المطلب السابق في التنفيذ على المدين. إلا أن التبليغ بلزوم تأدية الدين وملحقاته توجه إلى الراهن وهو الكفيل العيني وليس إلى المدين كما جاء بمضمون المادة (163) من قانون التسجيل العقاري. إذ لا جدوى من تبليغ المدين مادام العقار المرهون ليس ملكه، وهذا الإجراء أخذ به القانون المقارن في المادة (401/الفقرة الرابعة) من قانون المرافعات المصري، إلا أنه إضافة إلى تنبيه الراهن يتم تكليف المدين بالوفاء قبل تنبيه الراهن التي نصها (فإذا كان التنفيذ على عقار مرهون من غير المدين أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء وفقاً للمادة 281). والمادة (281) من قانون المرافعات المصري أوجبت أن يسبق التنفيذ إعلان السند التنفيذي لشخص المدين أو في موطنه الأصلي وإلا كان باطلاً⁽³⁾.

أما القانون العراقي فقد اكتفى بتبليغ الراهن سواء أكان هو المدين أو كفيلاً عينياً،

(1) مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص 406.

(2) المصدر نفسه، ص: 406.

(3) د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1963، ص 91.

ولم يوجب تكليف المدين بالوفاء إلا أنه في المادة (173) التي نصت على (تبليغ المدين الراهن بالإحالة القطعية ويطلب منه تسديد الدين وملحقاته مع الرسوم والمصاريف خلال ثلاثة أيام وعند انقضائها تصبح الإحالة نهائية).

وكان على المشرع العراقي أن ينص على تبليغ الراهن وليس المدين الراهن لأنّ الراهن أما أن يكون هو المدين أو كفيلاً عينياً للمدين.

وتقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (173) من قانون التسجيل العقاري، لتكون كالآتي: (يبلغ الراهن بالإحالة القطعية.....).

ويبدو إن المشرع العراقي قد يسّر إجراءات التنفيذ على العقار المرهون من خلال اكتفائه بتبليغ الراهن وعدم تكليف المدين بالوفاء كما فعل المشرع المصري، وهذا التيسير في الإجراءات أنفع للدائنين المرتهنيين وخاصة المصارف لتشجيعها على منح الائتمان المضمون بالرهن.

وهذه الإجراءات التي رسمها القانون في بيع العقار المرهون تعد من النظام العام، يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين عند حلول أجله أن يملك العقار المرهون بالدين أو في نظير أي ثمن معلوم، أو في بيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون. وهذا المضمون ورد في المادة (1301) من القانون المدني العراقي وذات المضمون ورد في المادة 1/1052 من القانون المدني المصري⁽¹⁾، إلا أن القانون المقارن وفي ذات المادة، الفقرة الثانية منها أجاز بعد حلول أجل الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه، ما لم يرد في القانون العراقي.

وتقترح على المشرع العراقي، إضافة نص: يجيز الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار وفاءً للدين وبالثمن الذي يتفقان عليه، لأن هذا الوقت الذي يتم فيه الاتفاق وبعد حلول أجل الدين لا يكون فيه نوع من استغلال الدائن لحاجة المدين، بل هو أنفع للطرفين الدائن والمدين، فالدائن يحصل على مقابل دينه بأسرع وقت، والمدين يحصل على ثمن عقاره المرهون بحسب قيمته الحقيقية التي ترضيه ويتخلص من تكاليف إجراءات البيع الجبري بالمزاد العلني والثمن الذي يرسو به المزاد والذي غالباً ما يقل عن

(1) أنور العمروسي، مصدر سابق، ص 659.

القيمة الحقيقية للعقار .

وجدير بالذكر أن التزام الكفيل العيني هو التزام تابع لالتزام المدين، لذلك جاز له أن يتمسك بالدفع التي يستطيع أن يتمسك بها المدين والتي من شأنها أن تؤدي إلى انقضاء الدين كله أو بعضه⁽¹⁾.

أما طرق الطعن القانونية على قرارات رئيس دائرة التسجيل العقاري التي تتعلق ببيع العقار المرهون واجراءاتها فقد حددتها المادة/162، من قانون التسجيل العقاري وهي الطعن بطريق الاعتراض والطعن تمييزاً وكالاتي:

أولاً: الطعن بطريق الاعتراض:

يقدم هذا الطعن من ذوي العلاقة إلى مدير التسجيل العقاري، وسواء كان القرار صادراً منه أو من رئيس الدائرة التابعة له، إلا أن المادة/162 من قانون التسجيل العقاري لم تحدد المدة الزمنية التي يتم تقديم الطعن خلالها والمادة /185 من نفس القانون نصت على (تطبيق أحكام قانون المرافعات المدنية وقانون التنفيذ على إجراءات البيع بالمزايدة فيما لم يرد به نص بهذا القانون)، وبالرجوع إلى قانون المرافعات العراقي رقم/83 لسنة 1969 المادة/153 قد حددت الفترة الزمنية للتظلم لمن يصدر الأمر ضده وللطالب عند رفض طلبه بثلاثة أيام تبدأ من تاريخ اصدار الأمر أو من تاريخ تبليغه، ويتم تقديم الطلب إلى المحكمة التي أصدرت الأمر الولائي. وذات الفترة الزمنية قد حددتها المادة/120 من قانون التنفيذ العراقي رقم/45 لسنة 1980م، بتقديم التظلم إلى المنفذ العدل خلال ثلاثة أيام.

ونقترح على المشرع العراقي تحديد الفترة الزمنية للاعتراض بنص المادة/162 من قانون التسجيل العقاري بثلاثة أيام تبدأ من تاريخ صدور القرار، أو من تاريخ تبليغه ، وذلك لتحديد الناحية الشكلية للطعن.

وبعد استخدام الاعتراض المقدم من قبل المعارض، يتخذ مدير التسجيل العقاري قراره أما بإلغاء قراره أو تعديله أو تبديله.

ثانياً: الطعن تمييزاً:

(1) د. عبد المنعم البدرابي، التأمينات العينية، ط1، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1969، ص139.

أجازت المادة/2/162 للمعتراض تمييز قرار مدير التسجيل العقاري لدى محكمة التمييز خلال سبعة أيام من تاريخ صدوره، وقرار محكمة التمييز لا يقبل الطعن فيه وهو واجب الإلتباع.

أما إذا تم تسجيل العقار باسم المشتري فلا يقبل الطعن بالاعتراض ويحق لذوي العلاقة مراجعة المحكمة المختصة، حسب ما تضمنته المادة/3/162.

الفرع الثاني: حق الدائن المرتهن على سائر أموال المدين:

إن مسؤولية الكفيل العيني تتحدد بالمال الذي قدّمه لضمان دين المدين فلا تتجاوزه، فلا يجوز التنفيذ على أمواله الأخرى الغير مرهونة لضمان دين المدين، ولا تتجاوز مسؤوليته عن حدود ما رهنه، وهذا المعنى تضمنته المادة/1300 من القانون المدني العراقي، وذات المعنى تضمنته المادة/1050 من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

ويبقى حق الدائن المرتهن في الضمان العام على سائر أموال المدين وليس على سائر أموال الكفيل العيني، هذا إذا لم يفي العقار المرهون الذي رهنه الكفيل العيني بوفاء كامل الدين المضمون.

لكن ليس للكفيل العيني أن يطلب من الدائن المرتهن أن يجرد المدين أولاً بالتنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على العقار المرهون إلا إذا كان هناك اتفاق بينهما ينص على ذلك، وهذا المعنى ورد في المادتين المذكورة آنفاً من القانون المدني العراقي والقانون المقارن⁽²⁾.

فإذا وجد اتفاق بين الدائن المرتهن والكفيل العيني الراهن ينص على أن ينفذ الدائن المرتهن عند حلول أجل الدين على سائر أموال المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون المخصص لوفاء دينه، فهذا الاتفاق يوافق القانون وعلى الدائن المرتهن الالتزام به ولا يحق له التنفيذ على العقار المرهون أولاً إلا بعد تجريد المدين، وإذا لم تكف أموال المدين لسداد كامل الدين الموثق بالرهن آنذاك يحق له التنفيذ على العقار المرهون بما تبقى له من الدين المضمون.

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص118.

(2) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص247.

وهناك اتفاقات أبطلها القانون ما إذا اتفق عليها الدائن المرتهن والراهن وهي شرط تملك الدائن المرتهن للعقار المرهون عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في نظير ثمن معلوم، والشرط الآخر الباطل هو اتفاقهما على بيع العقار المرهون من دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون، إذا لم يكفِ ثمن بيع العقار المرهون الذي قدمه الكفيل العيني، يحق للدائن المرتهن بما تبقى له من الدين الذي كان مضموناً بالرهن التنفيذ على سائر أموال المدين دون حاجة إلى استصدار قرار قضائي فالوثيقة التي تزوده بها دائرة التسجيل العقاري بما تبقى له من الدين وملحقاته على المدين بعد بيع عقار الكفيل العيني المرهون ولم يفي بكامل الدين فهذه الوثيقة من المستندات القابلة للتنفيذ مباشرة لدى مديرية التنفيذ وكما مر شرحه في المطلب الأول من هذا المبحث ولكنه في تنفيذه ما تبقى له من الدين على سائر أموال المدين يكون دائماً عادياً ليس له أفضلية على سائر الدائنين، وله التنفيذ على عقارات المدين ومنقولاته ويختار أي عقار أو منقول للتنفيذ عليه، وطلب التنفيذ يقدم إلى المنفذ العدل وفق قانون التنفيذ العراقي، أما في القانون المقارن فيقدم الطلب إلى المحكمة الابتدائية ولا يحتاج إلى حكم قضائي لأن حقه مع الرهن الرسمي وله أن ينفذ بهذه الورقة الرسمية ويتم التنفيذ وفقاً لقانون المرافعات المصري⁽¹⁾.

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص416.

المبحث الثالث

آثار الرهن التأميني بالنسبة للغير

إذا نشأ الرهن التأميني صحيحاً وتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري فإن الدائن المرتهن يستطيع مباشرة حقه في التقدم والتتبع بالنسبة للغير، لذا سنبحث هذا المبحث بمطلبين، المطلب الأول: سنبحث فيه حق التقدم، والمطلب الثاني: سنبحث فيه حق التتبع.

المطلب الأول: حق التقدم:

إن من أهم ما يقدمه نظام الرهن التأميني للدائن المرتهن هو حق التقدم في استيفاء حقه على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة من ثمن العقار المرهون، لذا سنبحث هذا المطلب بفرعين، الفرع الأول: سنبحث فيه مرتبة الدائن المرتهن عند التزامه. والفرع الثاني: سنبحث فيه نطاق حق التقدم.

الفرع الأول: مرتبة الدائن المرتهن عند التزامه:

تحدد مرتبة الدائنين المرتهنين من حيث المبدأ العام بحسب أسبقية التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، أما بالنسبة للدائنين العاديين فالدائن المرتهن يتقدم عليهم بغض النظر عن تاريخ نشوء حقوقهم⁽¹⁾، وحتى لو نشأت قبل تسجيل الرهن في دائرة التسجيل العقاري، وهذه الأسبقية في استيفاء الحقوق العينية قد نصت عليها المادة/1304 من القانون المدني العراقي (يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار رهناً تأمينياً من المال الذي حل محل هذا العقار ويستوفي كل منهم حقه بحسب مرتبته)، فالدائنون المرتهنون وأصحاب حقوق الامتياز يتقدمون على الدائنين العاديين، والدائنين العاديين متساوون فيما بينهم فهم في مرتبة واحدة ويقسم بينهم المتبقي من أموال مدينهم قسمة غرماء كل حسب دينه، أما أصحاب الحقوق العينية التبعية، من الدائنين المرتهنين وأصحاب حقوق الامتياز، فلا يوجد تزامم بينهم لأن الهدف الأساسي المقصود من الرهن هو تجنب مزاحمة الدائنين لذا فهم يرتبون بحسب مراتبهم وتتحدد مرتبة كل منهم بحسب أسبقيته في التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، وإذا استوفى كل شخص من هؤلاء حقه بحسب مرتبته وبقي من ثمن بيع العقار أو العقارات المرهونة فائض يأتي بعد

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص125.

ذلك الدائنون العاديون المتساوون في المرتبة ليتزاحموا فيما بينهم على قسمة المال الفائض فيما بينهم قسمة غرماء.

وفي القانون المقارن تحتسب مرتبة الرهن من وقت قيده كما ورد في المادة/1057 من القانون المدني المصري وهو ذات المضمون الوارد في القانون المدني العراقي إلا أن المادة/31 من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري قد حددت المراتب بالساعة التي يتم تقديم الرهن فيها إذا كان هناك أكثر من رهن في نفس اليوم والتي نصها (يعد بالمكتب دفتر للشهر تثبت فيه المحددات وقوائم القيد على حسب الأحوال، بأرقام متتابعة وفقاً لتواريخ وساعات تقديمها)⁽¹⁾.

إذن أسبقية القيد تتحدد بالساعة التي يتم فيها التقديم، فمن كان أسبق في الساعة يتقدم، ولو تقدما اثنان أو أكثر في ساعة واحدة تساوى في المرتبة ولو كان أحدهما متأخر عن الآخر بدقائق⁽²⁾.

أما القانون العراقي فلم يرد تحديد لساعات التقديم، وإنما يتم تحديد مرتبة الرهن في الوقت الذي يسجل فيه إقرار الدائن المرتهن والمدين الراهن أو من ينوب عنهما أمام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري وهذا المضمون ورد في المادة/306 من قانون التسجيل العقاري، وعند تسجيل الرهن التأميني يتم درج مرتبة الرهن حسب ما جاء في المادة/1/307 من قانون التسجيل العقاري ويبدو أن مرتبة الرهن تدرج في التسجيل العقاري حسب أسبقية القيد ولو كان سبق قيد الرهن عن الرهن الذي يليه بدقيقة واحدة.

وماذا لو تقدم أكثر من دائن مرتهن مع الراهن في وقت واحد أمام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري لتثبيت إقرارهم بالرهن التأميني وهم ليسوا شركاء في الدين الممنوح للمدين فكيف يتم تحديد مراتبهم؟.

لا يوجد نص صريح في القانون العراقي يحدد مراتب هكذا مرتهنين، كما هو الحال في القانون المقارن، الذي نص صراحة على مساواة الدائنين المرتهنين الذين يقدمون طلباتهم بساعة واحدة.

ويفهم من نصوص القانون المدني العراقي وقانون التسجيل العقاري العراقي أنهم

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص493.

(2) المصدر نفسه ، ص126.

يتساوون في المرتبة وتكون مرتبتهم واحدة، فإذا لم يكفِ ثمن بيع العقار المرهون لصالحهم بإيفاء كامل ديونهم فيقسم بينهم قسمة غرماء كل بحسب دينه.

وأما إذا كان الدائنون المرتهنون شركاء في الدين المضمون، فيتم بيان كيفية اشتراكهم ومقدار حقوقهم في الدين المضمون، وإذا لم يدرج ذلك ويبيّن في السجل العقاري فهم يتساوون في الدين المضمون وهذا المضمون ورد في المادة(311) من قانون التسجيل العقاري العراقي.

ومرتبة الرهن تحسب من وقت تسجيله في دائرة التسجيل العقاري حتى لو كان الدين المضمون بالرهن ديناً معلقاً على شرط أو ديناً مستقبلاً أو احتمالياً، وهكذا نوع من الرهن التأميني أجازته المادة (1293) من القانون المدني العراقي والمادة(309) من قانون التسجيل العقاري.

أما القانون المقارن فقد أجاز هو أيضاً هكذا نوع من الرهن في المادة(1057) من القانون المدني المصري، ونصت على احتساب مرتبة الرهن من وقت قيده⁽¹⁾.

ويجوز للدائن المرتهن أن ينزل لآخر عن الدين الذي له مع حقه في الرهن التأميني الذي يضمن هذا الدين وفقاً لأحكام حوالة الحق، وهذا الجواز ورد في المادة(1302) من القانون المدني العراقي، وهنا يكون للمحال له ذات المرتبة التي كانت للمحيل وهو الدائن المرتهن قبل نزوله عن الدين، كما أجازته المادة(1/319) من قانون التسجيل العقاري.

وأجازه القانون المقارن في المادة(307) من القانون المدني المصري⁽²⁾.

وهذا الجواز القانوني للدائن المرتهن بالنزول عن الدين الذي له لآخر، مع ضمانات الدين من الرهن التأميني فيه فائدة كبيرة للمصارف، ولاسيما تلك التي تعاني من نقص في السيولة النقدية فتستطيع من خلاله أن تحصل من مصارف أخرى أو من البنك المركزي ما تحتاجه من النقود بضمانات نزولها عن بعض الديون الموثقة بالرهن التأميني، ولاسيما الديون طويلة الأجل، التي تمنح لمدة تزيد على الخمس سنوات لتصل أحياناً إلى خمسة وعشرين عاماً، والتي تستعمل هكذا أنواع من القروض في المشاريع

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص127.

(2) المصدر نفسه، ص130.

الاستثمارية في مختلف القطاعات الصناعية والزراعية والسياحية والسكنية. وإذا ما استعمل هذا الجواز القانوني سيضيف مصدرا آخر لتمويل المصارف إضافة إلى رأسمالها الخاص والودائع المتأتية من الجمهور مما يزيد من سيولتها النقدية التي تأثرت بمنحها القروض.

ونقترح على المشرع العراقي إصلاح التشريعات المصرفية والمالية بمان يسمح بإنشاء مؤسسات مالية متخصصة بشراء الديون المضمونة بالرهن لما لها من أهمية كبيرة في تحسين مستوى أداء الائتمان المصرفي وانعكاسه الايجابي على مختلف قطاعات الحياة الاقتصادية، وأهميتها في تأمين المصارف من مخاطر الائتمان الذي قد يؤدي بها إلى الإفلاس.

الفرع الثاني: نطاق حق التقدم:

بعد بيع العقار المرهون يصدر رئيس دائرة التسجيل العقاري قرارا بتوزيع بدل البيع على أصحاب الديون المتحققة على العقار الذي تم بيعه في دائرته وبحسب مراتبهم، يبدأ أولا بالدائن المرتهن المسجل رهنه من الدرجة الأولى، وإذا بقي من ثمن بيع العقار فللدائن المرتهن صاحب الدرجة الثانية وهكذا، وقراره هذا يجوز الطعن فيه تمييزا، وهذا المضمون ور في المادة(184) من قانون التسجيل العقاري، والتمييز يكون خلال سبعة أيام من تاريخ صدور القرار الصادر بالاعتراض بحسب أحكام المادة(2/162) من قانون التسجيل العقاري.

أما نطاق حق التقدم في توزيع بدل بيع العقار المرهون فقد تضمنته المادة(2/316) من قانون التسجيل العقاري الآتي:

أولا: أصل الدين: وأصل الدين كما هو مدرج مقداره في سجل الرهن في دائرة التسجيل العقاري، فإذا كان أصل الدين المذكور في العقد أقل من أصل الدين الحقيقي فيؤخذ بهذا الأقل المذكور في السجل ولا عبرة بزيادة أصل الدين في الحقيقة فهذه الزيادة لم تذكر في السجل فهي غير مشمولة بحق التقدم، أما إذا كان أصل الدين المذكور في القيد أكثر من أصل الدين الحقيقي وادعى الدائن المرتهن أن أصل دينه كما هو مدون في السجل العقاري، فإن رئيس دائرة التسجيل العقاري ليس هو الجهة التي تبنت في هذا الموضوع وإنما هو يعتمد بما هو مدون لديه في السجل وللمدين الراهن مراجعة المحكمة

المختصة لحسم هذا الموضوع ويطلب منها قرارا بإيقاف توزيع ثمن العقار المرهون لحين حسم الدعوى.

أما في القانون المقارن فإن إجراءات بيع العقار المرهون تتم في المحكمة الابتدائية وهي مختصة بالفصل بهكذا نزاع، فإذا ذكر في القيد أكثر فالعبرة بأصل الدين الحقيقي ولا عبرة بالزيادة المذكورة في القيد، وإذا ذكر أقل فيؤخذ بهذا الأقل المذكور بالقيد⁽¹⁾.

أما إذا كان الدين معلقا على شرط أو مستقبلا أو احتماليا فإنها تتحدد أيضا بوقت تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري، ولكن ما يثور عمليا هو كيفية مباشرة حق التقدم إذا ما تم توزيع ثمن العقار المرهون قبل تحقق الشرط أو تحقق وجود ومقدار الدين الاحتمالي أو المستقبلي.

فإذا كان الالتزام المضمون بالرهن معلقا على شرط فاسخ، فمن المحتمل أن يتحقق الشرط فيزول حق الدائن المرتهن، إلا أن القانون قد حدد مرتبته من تاريخ قيد الرهن التأميني فهو يستوفي حقه طبقا لمرتبته، إلا أن الفقهاء استقروا على رأي، وهو ما استقر عليه العمل في الفقه والقضاء في فرنسا على التزام هذا الدائن بتقديم ضمان يكفل رد ما استوفاه إذا تحقق الشرط الفاسخ فيعيد توزيع ما أعاده الدائن تحت شرط فاسخ على سائر الدائنين التاليين له في المرتبة⁽²⁾.

أما إذا كان الالتزام المضمون معلقا على شرط واقف، فهو دين محتمل الوجود إلا أنه لم يتحقق بعد عند توزيع ثمن العقار المرهون، فإذا تحقق الشرط ثبت حق الدائن المرتهن طبقا لمرتبته في تاريخ قيد الرهن، والرأي الراجح في الفقه أنه تقدر حصة الدائن تحت شرط واقف، وهي مقدار دينه المعلق على شرط واقف ويوزع ثمن بيع العقار بأكمله على الدائنين التاليين له في المرتبة مع إلزام من كان تاليا له في المرتبة بأن يقدموا تأميناً يضمن ردهم لحصة المرتهن إذا تحقق الشرط الواقف⁽³⁾.

وإذا كان الدين احتماليا أو مستقبليا كما هو الحال في الدين المضمون إذا كان لاعتماد مفتوح في مصرف كخطاب الضمان أو اعتماد مستندي أو اعتماد السحب على

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص494.

(2) المصدر نفسه، ص495، د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص122.

(3) د. منصور مصطفى منصور، المصدر السابق، ص122، د. عبد المنعم البداروي، مصدر سابق، ص158.

المكشوف في الحساب الجاري ولم يتحقق بعد إلا أن القانون قد ألزم تحديد حده الأقصى في السجل العقاري.

وهذه الديون الاحتمالية والمستقبلية تحسب مرتبتها من تاريخ قيدها في السجل العقاري كما مر ذكره سابقاً.

فإذا تم بيع العقار المرهون وتم المباشرة بتوزيع ثمنه على الدائنين المرتهنين وكان هناك دائنين مرتتهنين ديونهم لم تتحقق بعد كونها ديون مستقبلية أو احتمالية فكيف يتم حسيلة الثمن عليهم؟

هناك آراء مختلفة منها ما يذهب إلى أن هذه الديون غالباً ما يكون فيها الدائن المرتهن مصرفاً (جاز للمصرف استيفاء حصته، فإذا تبين فيما بعد أنه مستحق لها صرفت له، وإلا وزعت على سائر الدائنين)⁽¹⁾.

وبعض الفقهاء يرى (أن يتم توزيع الثمن كله على باقي الدائنين مع إلزامهم بتقديم ضمان عيني يكفل الوفاء بالمبلغ الأقصى المحدد في قائمة القيد)⁽²⁾.

ويذهب بعضهم إلى توزيع حصص الدائنين السابقين للدائن المرتهن (المصرف) في المرتبة وتبقى حصص الدائنين المتأخرين عن المصرف المرتهن معلقة حتى يتحدد مصير الدين الاحتمالي أو المستقبلي⁽³⁾.

ونميل إلى ما ذهب إليه الرأي الأول كون هذه الديون الاحتمالية أو المستقبلية غالباً ما يكون الدائنون المرتهنون فيها المصارف، والمصارف غالباً ما يتم الرهن التأميني لقاء منحها تسهيلات مصرفية متنوعة منها تسهيلات نقدية ومنها تسهيلات تعهدية فهي دائن حقيقي وديونها إن لم تكن متحققة فهي ستتحقق على زبائنهم المدينين لها والراهنين عقاراً أو عقارات لصالحها بتغطية هذه الديون ويكفي أخذ تعهد من المصرف بإعادة المبالغ المستلمة إذا لم يتحقق الدين المضمون وإعادة الزيادة من المبالغ إذا تحقق الدين الاحتمالي أو المستقبلي وكان أقل من المستلم.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 496.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 128.

(3) د. عبد المنعم البداروي، مصدر سابق، ص 158.

ثانياً: الفوائد: والفوائد التي حددتها المادة (2/316) من قانون التسجيل العقاري هي الفوائد المتحققة من تاريخ المطالبة بالدين إلى يوم رسو المزايدة عند بيع العقار المرهون مضافاً إليها فائدة السنة السابقة على تاريخ المطالبة، أما إذا هلك العقار فحق التقدم يشمل إضافة إلى أصل الدين الفوائد المتحققة من تاريخ هلاك العقار إلى تاريخ دفع التعويض مضافاً إليها فائدة السنة السابقة على تاريخ الهلاك بحسب مضمون المادة (3/316). ومقدار الفائدة الذي يشملها حق التقدم هي ما اتفق عليه المتعاقدون الدائن المرتهن والراهن على أن لا يزيد على 7% سبعة بالمائة سنوياً، وإذا لم تدون الفائدة في عقد الرهن ولم يبين مقدارها فتحسب بنسبة 4% أربعة بالمائة سنوياً، وهذه النسب من الفائدة حددتها المادة (1/312) من قانون التسجيل العقاري. وهذه الفوائد تدخل مع أصل الدين في التوزيع وفي نفس مرتبة الرهن.

أما القانون المقارن وفي المادة (2/1058) من القانون المدني المصري الفوائد التي لها نفس مرتبة الرهن وتدخل مع أصل الدين ولها حق الأفضلية هي فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد⁽¹⁾.

هذا هو نطلق حق التقدم أو الأفضلية الذي قصرته المادة (2/316) على أصل الدين والفوائد، أما نفقات عقد الرهن التأميني فهي على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك بحسب ما ورد في المادة (2/1286) من القانون المدني العراقي إلا أن قانون التسجيل العقاري لم يشملها بحق التقدم وكذلك القانون المدني لم يشملها بحق التقدم مع أصل الدين.

أما القانون المقارن فقد نص في المادة (1058) على إدخال مصروفات العقد والقيود والتجديد إدخالاً ضمنياً في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسه⁽²⁾.

المطلب الثاني: حق التتبع:

ينشأ حق التتبع عندما يكون الرهن التأميني نافذاً في حق الغير، ويكون الرهن نافذاً في حق الغير من تاريخ تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وتكون مرتبته بحسب

(1) أنور العمروسي، مصدر سابق، ص 189.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 124.

أسبقيته في التسجيل، فإذا حل أجل الدين وقد انتقل العقار المرهون إلى شخص آخر فإن الدائن المرتهن يستطيع أن يتتبع العقار المرهون في يد ذلك الشخص الحائز للعقار وينفذ عليه، لذا سنبحث هذا المطلب بفرعين الفرع الأول سنبحث فيه إجراءات تنفيذ حق التتبع ، والفرع الثاني سنبحث فيه خيارات الحائز .

الفرع الأول: إجراءات تنفيذ حق التتبع:

إن حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون في يد الحائز يسمى (حق التتبع)، ولا يستطيع مباشرة هذا الحق إلا بعد حلول أجل الدين وأياً كان سبب هذا الحل حتى لو كان راجعاً إلى ضعف التأمينات أو إفلاس الراهن أو إعساره⁽¹⁾.

أما إجراءات تنفيذ حق التتبع فهي كالآتي:

أولاً: إنذار الحائز: أول إجراء يتخذه الدائن المرتهن بعد حلول أجل الدين لمباشرة حقه في تتبع العقار المرهون هو إنذار الحائز وإنذاره يتضمن إذا لم يقم بدفع الدين أو تحرير العقار من الرهن التأميني فإنه يواجه إجراءات البيع الجبري. وقد نصت المادة (1/1306) من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز للمرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز لهذا العقار بعد إنذاره بدفع الدين إلا إذا اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدين أو بتحرير العقار من الرهن).

والإنذار يجب أن يكون رسمياً، ويترتب على عدم قيام الدائن المرتهن بالإنذار أن تبطل إجراءات بيع العقار المرهون، وهذا البطلان تقرر لمصلحة الحائز فله أن يتمسك به أو أن يتنازل عنه ولا يجوز لغيره أن يتمسك به⁽²⁾.

أما القانون المقارن فقد أضاف إلى خيارات الحائز خياراً ثالثاً، وهو أن يتخلى عن العقار المرهون وقد جاء ذلك بنص المادة (1/1060) من القانون المدني المصري (يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو يظهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه)⁽³⁾.

(1) المصدر نفسه، ص 134.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 134.

(3) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 343.

وهذا الخيار الذي أعطي للحائز إذا لم يقضي الدين أو يطهر العقار بتحريره من الرهون التي تثقله فله أن يتخلى عن العقار المرهون حتى لا يظهر اسمه في إجراءات البيع الجبري، وهذه الرخصة إذا ما لجأ إليها قد يهدف من ورائها إلى المحافظة على سمعته المالية في السوق، أو الائتمانية أمام المصارف أو أنه يريد أن يتخلص من عبء مسؤولية إدارة العقار طول مدة نزع ملكيته ، ليترك لحارس أو أمين تعيينه المحكمة، على أن التخلية لا تمس بملكية الحائز ولا بحيازته القانونية⁽¹⁾.

واشترط القانون المقارن لكي يكون إنذار الحائز صحيحا يجب أن يكون تاليا للتنبيه على المدين بالوفاء أو في وقت واحد معه، فإذا حدث الإنذار قبل التنبيه وقع باطلا ويشترط أيضا أن يكون الإنذار مصحوبا بتبليغ التنبيه إلى الحائز وإلا كان باطلا، لكي يتحقق من أن المدين قد أعلن رسميا بالتنبيه بنزع ملكية العقار، الذي قد يكون لديه دفوع توقف السير في التنفيذ، وتنبيه نزع الملكية الذي يعلنه إلى المدين أوجبه المادة(401) من قانون المرافعات المصري؛ لأنه المسؤول الأول عن الدين. ولأن الحائز سيرجع عليه إذا نزعت ملكية العقار المرهون أو إذا قام بالوفاء بالدين⁽²⁾.

أما القانون العراقي كما سبق وأن ذكرنا أنه اكتفى بإنذار الحائز ولم يوجب تنبيه المدين بالوفاء.

ونقترح على المشرع العراقي إضافة إجراء تنبيه المدين بالوفاء إلى نص المادة(1/1306) من القانون المدني لما فيه من الفوائد الكثيرة التي ذكرت سابقا إضافة إلى احتمال قيامه بالوفاء وتنتفي الحاجة إلى إجراءات البيع الجبري وتقل بذلك النفقات أو يثبت رسميا مسؤوليته عن عدم الوفاء وتقصره في ذلك.

ثانيا: اتخاذ إجراءات البيع الجبري: إذا لم يقم الحائز بقضاء الدين أو بتحرير العقار من الرهن، وتحرير العقار المرهون يتم من خلال عرض الحائز على الدائنين المرتهنيين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكيته مبلغا يمثل قيمة العقار فإذا قبلوا بالعرض المقدم من قبل الحائز ترتب على ذلك الإنذار تحرير العقار من جميع

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص171.

(2) المصدر نفسه، ص139.

الرهون⁽¹⁾.

وإذا انتهت مدة الإنذار من دون أن يقيم الحائز بدفع الدين أو تحرير العقار استمرت إجراءات التنفيذ بحقه⁽²⁾ وفقا لقانون التسجيل العقاري ، وتطبيق ذات الإجراءات التي تطبق على الراهن، التي تم شرحها في المبحث الثاني من الفصل الثاني.

ويلحظ أن قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة 1971 لم يتطرق إلى الحائز وكيفية إجراء حق تتبع العقار المرهون إذا انتقل إلى شخص آخر غير الراهن. وحق تصرف الراهن بعقاره المرهون أجازته المادة (1/1295) من القانون المدني العراقي وتصرفه لا يؤثر في حق المرتهن بنصها (يجوز للراهن أن يتصرف بالبيع وغيره في العقار المرهون رهنا تأمينيا وتصرفه هذا لا يؤثر في حق المرتهن).

أما قانون التسجيل العقاري فإنه قيد إجراء الراهن للتصرفات الناقلة للملكية أن يتم بموافقة الدائن المرتهن، وذلك بنص المادة (1/317) (للاهن إجراء جميع التصرفات الناقلة للملكية على العقار المرهون وحينئذ يتحول الدين بمرتبه وشروطه إلى من انتقل إليه العقار المرهون بموافقة الدائن المرتهن).

وهذا القيد لم نعرف له ضرورة، فالمالك له الحق في أن يتصرف في ملكه التام تصرفا مطلقا فيما يملكه بجميع التصرفات الجائزة ، وهذا الحق ورد في القواعد العامة، ولطالما تصرف الراهن في ملكه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن، وينتقل العقار المرهون إلى من انتقل إليه العقار مثقلا بحق الرهن، ويستطيع الدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينفذ عليه في أي يد يكون، وهذا هو حق التتبع الذي نظمته القانون المدني العراقي في المواد (1306-1314) وبعد ثاني أهم ميزة من مميزات الرهن بعد حق التقدم أو الأفضلية، فهذا القيد يصح لو لم يوجد حق التتبع، أما مع وجود حق التتبع الذي وضعه المشرع لحماية حقوق الدائن المرتهن وتصرف الراهن بعدم الإخلال بالضمان المقدم للدائن المرتهن ولا يمس حقه ولا يؤثر فيه ولا ينقص منه ، فلا توجد ضرورة لهذا القيد الذي يحد من حرية المالك الراهن وسلطته على ملكه في التصرف فيه.

لم تشترط القانون المدني مثل هذه الموافقة، ولم ترد على سلطات الدائن من قيود،

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص 537.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 144.

إلا تلك القيود التي تنشأ من التزامه بسلامة الرهن ، ولكن بما أن قانون التسجيل العقاري هو قانون خاص وهو يقيد أحكام القانون المدني فيجب الالتزام بهذا الشرط وتسجيل التصرف الناقل للملكية أو أي تصرف آخر كالهبة أو الوصية أو ترتيب حق انتفاع بموافقة الدائن المرتهن وتحويل الدين بمرتبه وشروطه إلى من انتقل إليه العقار المرهون⁽¹⁾.

ونقترح على المشرع العراقي رفع هذا الشرط من نص المادة(1/317) فحق الدائن المرتهن مكفول بحق التتبع كما مر شرحه ولا ضرورة لهذا القيد الذي يعطل ويضر بمصالح الراهن من دون أن يحقق أي فائدة للدائن المرتهن.

الفرع الثاني: خيارات الحائز:

الحائز هو من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن من دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن⁽²⁾. وعليه يشترط لاعتبار الشخص حائزاً الشروط الآتية:

أولاً: أن يكون قد كسب ملكية العقار كله أو بعضه أو أي حق عيني قابل للرهن ويصح بيعه بالمزاد على وجه الاستقلال ، مثل حق الانتفاع وملكية الرقبة، وسواء كسب ملكية العقار أو الحق العيني بمقابل أو من دون مقابل كالبيع أو الهبة أو الوصية أو كسب عن طريق التقادم المكسب للملكية أو بالشفعة⁽³⁾.

وبناء على ذلك فإنه لا يعتبر حائزاً المستأجر أو صاحب حق الاستعمال أو حق الارتفاق ، أو واضع اليد الذي لم يملك بعد أو من كسب حقاً عينياً لا يقبل الرهن ولا يصح بيعه بالمزاد⁽⁴⁾.

ثانياً: أن يكون قد كسب ملكية العقار أو أي حق عيني عليه بعد تسجيل الرهن في دائرة التسجيل العقاري وقبل إنذاره بدفع الدين أو تحرير العقار، فإذا كان حقه مسجلاً

(1) مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص417.

(2) د.نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص134.

(3) أنور العمروسي، مصدر سابق، ص202.

(4) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص135.

قبل الرهن فلا يكون للدائن المرتهن أن يتتبع العقار في يده، وأما إذا كسب الحق بعد إنذاره فيكون للدائن المرتهن، أن يتجاهل حقه ويباشّر إجراءات التنفيذ في مواجهة الراهن⁽¹⁾.

ثالثاً: أن لا يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن ، وعلى ذلك فلا يعد حائزاً الشريك في الدين سواء كان متضامناً أو غير متضامن أو الكفيل الشخصي أو الكفيل العيني ولا الوارث لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون بحسب الشريعة الإسلامية والقانون المدني.

أما إذا نزع ملكية العقار للمنفعة العامة فلا يجوز للدائن المرتهن تتبع العقار تحت يد الجهة الحكومية التي استملكته وإنما ينصب حقه بالتعويض الذي يستحقه، وكذلك إذا بيع العقار المرهون بالمزاد العلني بيعاً جبرياً فإن هذا البيع يطهر العقار من الرهون وينصب حق الدائن المرتهن على الثمن الذي رسا به المزاد⁽²⁾، قبل أن يبادر الحائز إلى اختيار أحد الخيارات القانونية ، قد يكون له دفع يمس أصل الدين أو دفع متعلق بصحة الرهن ونفاذه وعلى الوجه الآتي:

أولاً: دفع الحائز المتعلقة بالرهن: يستطيع الحائز أن يتمسك بكل أوجه الدفع التي تتضمن الطعن في صحة الرهن ونفاذه، ويستطيع أن يتمسك ببطلان الرهن إذا لم يكن مستوفياً لأحد شروط الشكلية أو الموضوعية أو أن مرتبة الرهن قد سقطت عنه، فإذا نجح الحائز بمثل هذا الدفع ترتب على ذلك حرمان الدائن المرتهن من مباشرة حق التتبع على الحائز⁽³⁾.

ثانياً: دفع الحائز المتعلقة بالدين المضمون: كانقضاء الدين بالمقاصة أو التقادم ، جاز له أن يتمسك بجميع الدفع التي يحق للمدين التمسك والاحتجاج بها، وإذا اختصم المدين، صار الحائز طرفاً في الدعوى⁽⁴⁾.

فإذا لم يكن للحائز دفع يرد بها حق التتبع في مواجهته أو أنه أخفق في محاولات

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص523.

(2) المصدر نفسه، ص524.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص145.

(4) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص427.

دفعه، فعليه أن يختار أحد الوسائل القانونية الآتية:

أولاً: قضاء الدين: قد يكون الحائز حريصاً على الاحتفاظ بملكية العقار، إذا كان الدين أقل من ثمن العقار، أو من الجزء المتبقي من الثمن في ذمة الحائز، أو أنه لم يدفع الثمن فيفي بذلك الثمن للدائن من المرتهن أو أنه يقوم بوفاء دين الدائن المرتهن المتقدم في المرتبة ويحل محله إذا كانت قيمة العقار لا تكفي لجميع الدائنين المرتهنيين المتأخرين عنه في المرتبة فيمتنعون عن التنفيذ على العقار لعدم وجود أي احتمال بحصولهم على أي ثمن وبالتالي يحتفظ الحائز بالعقار⁽¹⁾.

فإذا أوفى الدين الموثق بالرهن التأميني حل محل الدائن فيما له من حقوق ويبقى حقه في الوفاء بالدين قائماً إلى يوم رسو المزايدة، ويجب عليه دفع المصروفات من وقت إنذاره، هذا ما تضمنته المادة (1307) من القانون المدني العراقي. وذات المضمون تضمنته المادة (1061) من القانون المدني المصري⁽²⁾.

وله أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون، ويكون له أن يحل محل الدائن فيما له من حقوق باستثناء التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المدين، وهذا المضمون ورد في المادتين أعلاه من القانون المدني العراقي والمقارن.

ثانياً: تحرير العقار: تطهير العقار أو تحريره هو وسيلة قانونية وضعها المشرع لمصلحة الحائز من خلالها يستطيع أن يعرض على الدائنين المقيدة ديونهم قبل تسجيل سند ملكيته قيمة العقار، فإذا قبل هؤلاء الدائنون العرض دفع لهم الحائز القيمة كل بحسب استحقاقه وحسب مرتبته، وترتب على ذلك تخليص العقار من جميع الرهون، وإذا رفض الدائنون كلهم أو بعضهم عرض الحائز وجب عليهم طلب بيع العقار المرهون حالاً ولو كانت ديونهم غير مستحقة الأداء، وفي الحالتين يتم تحرير العقار من الرهون⁽³⁾.

القانون المدني العراقي وفي المادة/1309 حدد المدة التي خلالها يحق للدائنين المرتهنيين رفض عرض الحائز فيطلب بيع العقار بثلاثين يوماً من تاريخ آخر إعلان

(1) المصدر نفسه، ص529.

(2) أنور العمروسي، مصدر سابق، ص208.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص154.

وأوجب أن يودع طالب البيع في صندوق المحكمة مبلغاً لتغطيه مصروفات البيع بالمزايدة.

وإذا لم يطلب بيع العقار خلال تلك المدة أو أنه طلب البيع إلا أنه لم يعرض في المزايدة ثمن أعلى بقدر نصف العشر من المبلغ الذي عرضه الحائز استقرت ملكية العقار نهائياً للحائز إذا هو أودع المبلغ الذي عرضه وقوم به العقار صندوق المحكمة، هذا حسب مضمون المادة (1311) من القانون المدني العراقي.

وذا المضمون ورد في القانون المقارن في المادة/1067 والمادة/1070 من القانون المدني المصري⁽¹⁾. إلا أن القانون المقارن لم يشترط أن يصل مبلغ المزايدة أعلى بقدر نصف العشر من المبلغ الذي عرضه الحائز وإنما أوجبت المادة/1069 من القانون المدني المصري إتباع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية⁽²⁾، وبهذا الشرط الذي وضعه القانون العراقي كان أكثر إنصافاً للحائز من القانون المقارن.

ثالثاً: تخلية العقار: وهذا الخيار الذي أعطي للحائز في القانون المقارن ولم يعطي القانون العراقي هكذا خيار للحائز، ويقصد بتخلية العقار وهو أن يترك الحائز العقار ليتجنب مواجهته لإجراءات نزع الملكية حفاظاً على سمعته المالية في السوق وتخلصاً من عبء مسؤولية إدارة العقار أثناء نزع الملكية، وهنا تتخذ إجراءات نزع ملكية العقار المرهون في مواجهة الحارس القضائي أو أمين تعينه المحكمة، وقد نصت على تخلية العقار المادة/1071 من القانون المدني المصري، ويتم بناءً على تقرير يقدمه الحائز إلى المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المرهون⁽³⁾.

وتقترح على المشرع العراقي إعطاء خيار تخلية العقار إذا لم يكن مسؤولاً عن الدين ورأى أن من مصلحته أن يتم التنفيذ على العقار المرهون لعدم جدوى قضاء الديون أو تحرير العقار، ولا تؤثر هذه الرخصة بالتخلية على حقوق الدائنين المرتنين.

(1) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص391.

(2) المصدر نفسه، ص402.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص173.

الفصل الثالث

انقضاء الرهن التأميني

ينقضي الرهن التأميني بصفه تبعية، فإذا انقضى الدين المضمون انقضى تبعاً له، وينقضي بصفة أصلية بزواله وحده دون انقضاء الدين المضمون، وعليه سنبحث هذا الفصل بمبحثين:

المبحث الأول: انقضاء الرهن التأميني بصفة تبعية،

المبحث الثاني: انقضاء الرهن التأميني بصفة أصلية.

المبحث الأول

انقضاء الرهن التأميني بصفة تبعية

الرهن التأميني لا يوجد مستقلاً بذاته بل وجد لضمان الدين فهو حق تابع للالتزام المضمون ينقضي بانقضائه لأي سبب من أسباب انقضاء الدين المضمون، لذا سندرس هذا المبحث في أربعة مطالب، سندرس في المطلب الأول: بطلان سند الدين أو فسخه، والمطلب الثاني: سندرس فيه الوفاء بالدين، والمطلب الثالث: استحالة الوفاء بالدين، والمطلب الرابع: تقادم الدين.

المطلب الأول: بطلان سند الدين أو فسخه :

من أسباب زوال الدين أن الدين قد ينشأ من عقد باطل بصورة كلية فلا يتولد عنه أي التزام ويبطل عقد الرهن التأميني تبعاً له، أو قد ينشأ في عقد معلق على شرط فاسخ ويتحقق الشرط ويزول العقد بأثر رجعي، وعليه سنتناول هذا المطلب بفرعين، سندرس بطلان سند الدين في الفرع الأول، وزوال الدين بسبب الفسخ في الفرع الثاني.

الفرع الأول: بطلان سند الدين:

بطلان سند الدين إما أن يكون بطلاناً كلياً فيزول معه الدين، وأما أن يكون جزئياً إذا وقع البطلان في شق منه والشق الآخر بقي صحيحاً، ولكل منهما حكمة وسنوضحه كالاتي:

أولاً: البطلان الكلي لسند الدين:

يكون العقد باطلاً كلياً إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن هو ليس أهلاً للتعاقد أو بسبب انعدام المحل أو عدم مشروعيته أو لعدم مشروعية السبب أو لعدم مراعاة الشكلية التي فرضها القانون إذا كان من العقود الشكلية، ولهذه الأسباب يبطل العقد الذي أنشأ الدين ويبطل تبعاً له الرهن التأميني.

وأسباب بطلان العقد تضمنتها المادة/137 من القانون المدني العراقي. وقد نصت المادة /138/1 من القانون المدني العراقي (العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً). وإذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها بحسب أحكام المادة/141 من القانون المدني العراقي ولا يزول البطلان بالإجازة وذات النص ورد في المادة/141 من القانون المدني المصري، وذات

الأسباب التي تؤدي إلى البطلان الكلي للعقد وردت في القواعد العامة للقانون المدني المصري⁽¹⁾.

ثانياً: البطلان الجزئي لسند الدين:

قد يبطل شق من العقد ويكون الشق الآخر صحيحاً، فإذا كان العقد قابلاً للانقسام بشقيه الباطل والصحيح والشق الصحيح يبقى صحيحاً دون أن يصله البطلان ويعد عقداً مستقلاً إلا إذا كان العقد ما كان ليتم بغير الشق الباطل وهذا ما نصت عليه المادة/139 من القانون المدني العراقي (إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل أما الباقي من العقد فيبطل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً).

وبالبطلان الجزئي للعقد اخذ به القانون المقارن في المادة/143 من القانون المدني المصري⁽²⁾.

فإذا ضمن الرهن التأميني التزامات مصرفية متنوعة وكان شق من هذه الالتزامات باطلاً والآخر صحيحاً فإن الرهن التأميني يبقى صحيحاً بالنسبة للالتزامات الصحيحة ولا يضمن الالتزامات التي لحقها البطلان.

أما إذا كان الشق الباطل هو محور العقد بالنسبة للمتعاقدين وإن العقد ما كان ليتم من غير الشق الباطل فإن العقد الأصلي يبطل بالكامل ويبطل تبعاً له الرهن التأميني الذي كان ضامناً لهذا العقد⁽³⁾.

الفرع الثاني: زوال الدين بسبب الفسخ:

قد يكون العقد الأصلي معلقاً على شرط فاسخ فإذا تحقق الشرط فسخ العقد وانتهت التزامات الطرفين، وقد نصت المادة/1/289 من القانون المدني العراقي (العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم، فإذا تحقق الشرط فسخ العقد وإلزام الدائن برد ما أخذه فإذا استحال رده وجب الضمان وإذا تخلف الشرط لزم العقد).

(1) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص479.

(2) القانون المدني المصري، انترنت. www.eglovers.net

(3) د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات العينية والشخصية، دار الثقافة، مصر الإسكندرية، 1950، ص630.

وهو لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين الذي ينشأ التزامات متقابلة على عاتق طرفي العقد وإخلال أحد الطرفين المتعاقدين في تنفيذ التزامه هو الذي يبرر طلب فسخ العقد⁽¹⁾. وهناك ثلاثة شروط يتوجب توفرها لإمكان طلب الفسخ وكما يأتي:

أولاً: إن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين، أما العقود الملزمة لجانب واحد فلا ينطبق عليها الفسخ لعدم وجود التزام على عاتق الطرف الآخر.

ثانياً: أن لا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، فعدم التنفيذ هو الذي يبرر طلب الفسخ، وهنا يجب أن يكون عدم التنفيذ ناشئ عن خطأ المدين لا عن سبب أجنبي لا يدل عليه، فإذا كان لسبب أجنبي لا يدل عليه فيه نكون أمام (انفساخ) والانفساخ هو فسخ بحكم القانون⁽²⁾.

ثالثاً: أن يكون طال الفسخ مستعداً لتنفيذ التزامه وقادراً على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد⁽³⁾، فإذا أخل هو بالتزامه فلا يحق له طلب الفسخ.

والدائن إذا لم يطلب التنفيذ العيني من الطرف الآخر واختار دعوى فسخ العقد فعليه إعدار المدين قبل رفع الدعوى وله أن يطلب التعويض أن كان له مقتضى وفقاً لأحكام المادة/677 من القانون المدني العراقي، أما إذا كان العقد قد انتهى أجله فلا يلزم طالب الفسخ بتوجيه إنذار قبل رفع الدعوى⁽⁴⁾، وكذلك لا ضرورة لإنذار المدين إذا أقر بعجزه عن التنفيذ.

والفسخ القضائي الذي يقرره القضاء يكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة في إقراره، وهناك فسخ اتفاقي يتفق عليه الطرفان المتعاقدان دون حاجة إلى طلب الحكم به من القضاء وإنما يعد العقد مفسوخاً تلقائياً عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عن العقد دون حاجة إلى حكم قضائي إلا أنه لا يعفي من الإعدار إلا إذا اتفقا صراحة على عدم ضرورته وهذا المضمون ورد في المادة/178 من القانون المدني العراقي. وهناك صورة

(1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص175.

(2) المصدر نفسه، ص175 وما بعدها.

(3) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص175 وما بعدها.

(4) وهذا ما ذهب إليه محكمة التمييز بقرارها المرقم/588/4م/978 بتاريخ 14/5/1978. نقلا عن: إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1988، ص135.

أخرى من صور الفسخ الاتفاقي وهو (الإقالة) وهي عقد يتفق به المتعاقدان على إرجاع الحالة إلى ما كانا عليه قبل إبرام العقد⁽¹⁾. وقد نصت المادة/181 من القانون المدني العراقي (للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده).

فإذا تحقق الفسخ زال العقد وتزول معه كافة الالتزامات التي كان مصدرها ذلك العقد المفسوخ وينقضي تبعاً له الرهن التأميني الذي وضع كضمان لتنفيذ التزامات ذلك العقد.

وفي القانون المقارن يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ كما هو في التشريع العراقي وقد نصت المادة/1/269 من القانون المدني المصري(يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام)⁽²⁾.

المطلب الثاني: الوفاء بالدين:

إذا انقضى الدين بالوفاء انقضى الرهن التأميني تبعاً له، وقد يكون الوفاء قد تحقق بصور أخرى منها الوفاء مع الحلول أو الوفاء بمقابل أو بما يعادل الوفاء، وعليه سنبحث هذا المطلب بثلاثة فروع في الفرع الأول وفاء المدين بالالتزام، وسنبحث الوفاء مع الحلول في الفرع الثاني وفي الفرع الثالث انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.

الفرع الأول: وفاء المدين بالالتزام:

وهذا هو السبب الطبيعي لانقضاء الالتزام وهو وفاء المدين بالالتزام ، وحتى ينقضي الرهن تبعاً له يجب أن يكون الوفاء كلياً، لأن الرهن يبقى إذا كان الوفاء جزئياً، فمن خصائصه أنه حق غير قابل للتجزئة كما مر شرحه سابقاً.

فإذا امتنع الدائن من قبول الوفاء لأي سبب كان ورأى أن من مصلحته رفض الوفاء لسبب أن دينه يفوق ما عرضه المدين أو أن الدين ينتج فوائد، لذا فقد رسم القانون مسارا للمدين من خلاله يستطيع إبراء ذمته من الدين إذا ما رفضه الدائن من خلال صيغة العرض والإيداع عن طريق الكاتب العدل بعد إعدار الدائن ولا يتم إعدار الدائن إلا إذا أودع الشيء محل الالتزام على ذمة الدائن وبعد الانقضاء من الإنذار ويقوم الإيداع مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم قضائي بصحته وقد نظم المشرع العراقي

(1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص186.

(2) القانون المدني المصري، انترنت، مصدر سابق .

أحكام العرض والإيداع في القانون المدني العراقي المواد (385-389).

وذاًت المضمون ورد في القانون المقارن حيث نصت المادة(339) من القانون المدني المصري (يقوم العرض الحقيقي بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء، إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون المرافعات، أو تلاه أي إجراء مماثل، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته)⁽¹⁾.

فإذا صح العرض والإيداع بصدر حكم قضائي انقضى تبعاً له الرهن التأميني.

الفرع الثاني: الوفاء مع الحلول:

قد يقوم بالوفاء شخص آخر غير المدين فيحل محل الدائن، والحلول على نوعين إما أن يكون الحلول قانوني، وإما أن يكون الحلول اتفاقي فالحلول القانوني ورد على سبيل الحصر في المادة(379) من القانون المدني العراقي في حين يتم الحلول الاتفاقي باتفاق الدائن الذي استوفى حقه مع غير المدين(الموفي) على أن يحل محله حتى ولو لم يقبل المدين ، أو أن يتفق المدين مع شخص يقرضه ما لا يسد به دين الدائن فيحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ولو بغير رضاء الدائن على أن يكون الوفاء مع الحلول بورقة رسمية وفي وقت الوفاء، والحلول الاتفاقي نظمته أحكام المادة(380) من القانون المدني العراقي.

ومن حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن ويصبح له ما كان للدائن من حق وما يلحقه من توابع يكفله من تأمينات، ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه، وله من الدفع ما كان للدائن. وهذا الحق ورد في المادة(381) من القانون المدني العراقي.

ورد في القانون المقارن الوفاء مع الحلول في نصوص المواد(325-329) من القانون المدني المصري⁽²⁾. وهي تحمل ذات المضمون في نصوص القانون المدني العراقي.

الفرع الثالث: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء:

قد ينقضي الدين ليس بالوفاء وهو عين ما التزم به المدين، ولكنه ينقضي بما

(1) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص487.

(2) المصدر نفسه، ص488.

يعادل الوفاء وينقضي تبعا له الرهن ومن صوره الوفاء بمقابل والتجديد والإنابة والمقاصة واتحاد الذمة وستناولها بشيء من التوضيح بالآتي:

أولا: الوفاء بمقابل:

نصت المادة(399) من القانون المدني العراقي (إذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئا آخر غير الشيء المستحق قام مقام الوفاء). وذات المضمون ورد في المادة(350) من القانون المدني المصري، والوفاء بمقابل يقضي الدين وتنقضي معه التأمينات ومنها الرهن التأميني ، وحيث يقوم المدين بإعطاء الدائن شيئا آخر غير الذي كان ملتزما به كأن يقدم سلعا أو بضائع بدلا من التزامه الأصلي الذي هو مبلغ من النقود أو بالعكس وعند قبول الدائن بالوفاء بمقابل تبرأ ذمة المدين⁽¹⁾.

يسري على الوفاء بمقابل أحكام البيع فيما يتعلق بأهليته المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية من حيث أنه ينقل ملكية الشيء الذي أعطي في الدين، فهو يسري عليه أحكام البيع كونه ناقلا للملكية وتسري عليه أحكام الوفاء كونه يقضي الدين فأحكامه مزدوجة بين البيع والوفاء بحسب ما جاء بمضمون المادة(400) من القانون المدني العراقي وذات المضمون ورد في المادة(351) من القانون المدني المصري.

ثانيا: التجديد والإنابة:

يجوز للطرفين تجديد الالتزام باتفاقهم على أن يستبدلا الالتزام الأصلي بالالتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره، ورد هذا المضمون في المادة(401) من القانون المدني العراقي، وإذا جدد الالتزام سَقَطَ الالتزام الأصلي وحل محله هذا الالتزام الجديد الذي اتفق عليه الطرفان وتسقط معه كافة التأمينات وسواء كانت شخصية أو عينية إلا إذا اتفقا على تجديدها.

ويجوز تجديد الالتزام بتغيير الدائن أو المدين، وهذه الصورة من الوفاء بالتجديد تخدم المعاملات بين المصارف وزبائنهم بتغيير الدائن المرتهن من مصرف إلى آخر أو أن يكون أحد المصارف مدينا جديدا مكان زبونه المدين الأصلي مما يخدم الائتمان المصرفي ويعطيه مرونة أكثر في المناورة بالتسهيلات المصرفية وتبادل الخدمات

(1) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام ، ج2، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1978، ص219.

المصرفية المختلفة. وذات المضمون ورد في القانون المقارن في المواد(352-358) من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

أما الإنابة في الوفاء فإنها تتم إذا حصل المدين على رضا الدائن على أن شخصا أخذ يلتزم بوفاء الدين مكان المدين، والأصل في الإنابة لا يفترض فيها التجديد وإنما تقوم إلى جانب الالتزام الأول، وقد نظمت الإنابة في الوفاء المواد من(405-407) من القانون المدني العراقي.

وقد نظمه القانون المقارن في المواد(359-361) من القانون المدني المصري. وبذات المضمون الوارد في القانون المدني العراقي.

ثالثا: المقاصة:

نصت المادة(408) من القانون المدني العراقي (المقاصة، هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه). والمقاصة إما أن تكون جبرية تحصل بقوة القانون أو اختيارية تحصل بتراضي الطرفين المتدائنين ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسا وصنفا وحلولا وقوة وضعفا ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية.

المقاصة أداة وفاء وإحدى طرق انقضاء الالتزام ، تتلخص في انقضاء دينين متقابلين في ذمة شخصين اجتمعت فيهما صفة الدائن والمدين ، والمقاصة مقررة لمصلحة الطرفين وهي ليست من النظام العام، فليس للقاضي أن يقضي بها من تلقاء نفسه وإنما يجب على ذوي المصلحة التمسك بها، والتمسك بها يصح في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف ، بل يصح التمسك بها حتى بعد صدور الحكم النهائي وفي أثناء التنفيذ⁽²⁾.

رابعا: اتحاد الذمة:

نصت المادة(418) من القانون المدني العراقي (في الدين الواحد إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين انقضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي اتحدت فيه).

(1) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص489.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص327.

وذايت النص ورد في المادة(370) من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

واتحاد الذمة له صورتان، الصورة الأولى عندما يرث المدين الدائن ويرث المدين حق الدين فتتحد الذمة في الدين، والصورة الثانية أن يرث الدائن المدين وتكون التركة هي المدينة للدائن، ولا تركة إلا بعد سداد الديون، والديون لا تورث فتبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسديد الدين، ثم يرث الدائن ما بقي من التركة بعد سداد الديون ولا مجال لاتحاد الذمة في الصورة الثانية⁽²⁾.

المطلب الثالث: انقضاء الالتزام من دون أن يتم الوفاء به :

قد يتم انقضاء الالتزام من دون أن يتم الوفاء به في حالات ثلاثة وهي: الإبراء من الدين الصادر من الدائن أو إذا أصبح الوفاء مستحيلا أو عند مرور الزمان المانع من سماع الدعوى، وعليه سنبحث هذا المطلب بثلاثة فروع سنبحث الإبراء من الدين في الفرع الأول واستحالة الوفاء بالدين في الفرع الثاني، وتقادم الدين في الفرع الثالث.

الفرع الأول: الإبراء من الدين:

(إذا أبرأ الدائن المدين سقط الدين). هذا ما نصت عليه المادة(420) من القانون المدني العراقي. ونصت المادة(371) من القانون المدني المصري(ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده)⁽³⁾.

فالإبراء ينقضي به الالتزام، وإذا رده المدين يرتد ويزول أثره ويبقى الدين موجودا في ذمة المدين مع بقاء تأميناته ومنها الرهن التأميني، وإذا انقضى الالتزام بالإبراء فينقضي معه كافة تأميناته ومنها الرهن التأميني.

والإبراء يتم بإرادة الدائن وحده لا باتفاق الدائن والمدين ولا يشترط فيه شكل معين ويسري على الإبراء ما يسري على التبرع ويشترط لصحته أن يكون المبرئ أهلا للتبرع⁽⁴⁾. والإبراء تصرف قانوني يتنازل به الدائن عن دينه مختارا من دون مقابل ويقع على

(1) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد الرحمن، مصدر سابق، ص493.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص629.

(3) نقلا عن: د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص495.

(4) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص632.

عائق المدين عبء إثبات الإبراء ،ولا يصح الإبراء إلا عن دين قائم ولا يصح عن دين مستقبلي بالرغم من عدم وجود نص عليه في القانون المدني العراقي. والقانون المقارن. فالإبراء يحصل على إبراء ذمة المدين من التزام موجود ولطالما لم يوجد التزام فلا يوجد محل لهذا الإبراء.

الفرع الثاني: استحالة الوفاء بالدين:

(ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه). هذا ما نصت عليه المادة(425) من القانون المدني العراقي. يقابله وبذات النص المادة(373) من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

ويترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه أن ينقضي الالتزام وينقضي تبعا له الرهن التأميني، وإذا استحق المدين تعويضا عن الشيء الذي هلك، كأن يكون مؤمنا عليه أو أن يكون قد هلك بسبب الحرب أو كارثة طبيعية ودفع تعويضا للمدين فيجب على المدين أن ينقل للدائنين المرتهنيين حقوقهم المقيدة إلى مبلغ التأمين أو التعويض⁽²⁾.

الفرع الثالث: تقادم الدين:

نصت المادة(429) من القانون المدني العراقي (الدعوى بالالتزام أيا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة).

يقابله نص المادة(374) من القانون المدني المصري(يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية)⁽³⁾.

الفكرة الأساسية التي يقوم عليها مرور الزمان من سماع الدعوى (التقادم المسقط) هي استقرار المعاملات ، وأن سكوت الدائن عن المطالبة بحقه مدة طويلة فيه قرينة على

(1) د. محمد شريف عبد الرحمن، مصدر سابق، ص496.

(2) المصدر نفسه ص497.

(3) محمد شريف عبد الرحمن، مصدر سابق، ص497.

أنه استوفى حقه أو أنه قد نزل عنه للمدين، وإن لم يكن ذلك فإن فيه دلالة على أن الدائن شخص مهمل فتكون رعاية حق المدين أولى⁽¹⁾.

القاعدة في الشريعة الإسلامية إنه لا يسقط حق امرئ مسلم وإن قدم، إلا أن فقهاء المذهبين الحنفي والمالكي قد ردا عدم سماع الدعوى بعد مرور مدة معينة حددها بعضهم بثلاثين عاما، والبعض الآخر بثلاثة وثلاثين عاما. وفريق ثالث بستة وثلاثين عاما، وفي عهد الدولة العثمانية حددها السلطان سليم بـ(15) عاما وبه أخذت مجلة الأحكام العدلية، وأخذ به المشرع العراقي والمشرع المصري⁽²⁾.

ويجب أن يتمسك بالتقادم من له مصلحة فيه وفي أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وهو لا يقع بقوة القانون ولا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه، ولا يجوز النزول عن التقادم ويجوز بعد ثبوت الحق فيه⁽³⁾.

ليس كل الالتزامات تتقادم بمضي خمسة عشر عاما، فهناك التزامات يكون فيها التقادم خمسة سنوات كالحقوق الدورية المتجددة كالأجرة والفوائد سواء كانت قانونية أو اتفاقية والرواتب والإيرادات، وهناك تقادم بسنة واحدة، حيث لا تسمع الدعوى على المنكر لها، بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة، كحقوق الأطباء والصيدالة والمدرسين والمعلمين والمهندسين والخبراء ومن يزاول مهنة حرة وحقوق التجار والصناع التي وردوا أشخاص وحقوق العمال والخدم والإجراء. وقد نظم المشرع العراقي أحكام التقادم المسقط في القانون المدني في المواد (429-443).

ويجب على من يتمسك بالتقادم المسقط بمرور سنة واحدة أن يحلف يمينا توجهه المحكمة من تلقاء نفسها على أن ذمته غير مشغولة بالدين وتوجه اليمين إلى ورثة المدينين أو أوليائهم إن كانوا محجورين بأنهم لا يعلمون بوجود الدين.

ولكن إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة. المادة (431/3و4) من القانون المدني العراقي.

(1) د. عبد المجيد الحكيم، وعبد الباقي البكري ومحمد طه شبر، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج2، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980، ص310.

(2) المصدر نفسه، ص310.

(3) المصدر نفسه، ص312.

ويبدو أن المشرع رأى أن فرضية الوفاء كافية في الالتزامات العادية والكثيرة التي تزخر بها الحياة يوميا ولم تجرِ العادة على تحرير سند بها والتي تتقادم بسنة واحدة لذا أوجب بها اليمين حتى تتقرر هذه القرينة، فإذا رفض المدين أن يحلف بأنه أدى الدين ألزم بالوفاء بالرغم من مضي مدة السنة، ويطلق على هذه اليمين يمين الاستيثاق وهي يمين حاسمة وينبني عليها حسم النزاع⁽¹⁾.

ويبدأ سريان مدة التقادم من اليوم الذي يصبح فيه حق الدائن مستحق الاداء. المادة(1/434).

فالحق لا يسقط بمرور الزمن فإذا أقرّ المدعى عليه بالحق أمام المحكمة أخذ بإقراره ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ، المادة(440) من القانون المدني العراقي. والتمسك بالتقادم لا يعد دفعا شكليا، بل هو دفعا موضوعيا، لذا يصح إبدائه في أية مرحلة تكون عليها الدعوى⁽²⁾.

فإذا تمسك المدعى عليه بالتقادم وردّت المحكمة دعوى المدعي للتقادم المسقط سقط الدين بأثر رجعي أي من وقت سريان مدة التقادم وليس من وقت تمام مدة التقادم ولولا هذا الأثر الرجعي الذي ذكرته المادة(441) من القانون المدني العراقي لوجب على المدين دفع فوائد لسنوات بين مدة بدء سريان التقادم إلى وقت تمامه⁽³⁾.

أما القانون المقارن فإنه وعلى عكس ما سار عليه المشرع العراقي فإنه أسقط الحق بالتقادم المسقط، كما ورد في المادة(376) من القانون المدني المصري(1- يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو اقر به المدين...)⁽⁴⁾.

وعليه حتى ولو أقر المدعى عليه المدين بالدين أمام القضاء وبعد أن تمسك بالتقادم وإن الدين باقٍ في ذمته فإن إقراره هذا لا يلزمه بالدين ولا يحكم به القاضي إذ أن الدين قد سقط، والتقادم لا يقتصر على إسقاط الدعوى كما هو الحال في التشريع العراقي،

(1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني وأحكام الالتزام، مصدر سابق، ص315.

(2) المصدر نفسه، ص323.

(3) المصدر نفسه، ص323.

(4) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص635.

بل يسقط الحق والدعوى معا⁽¹⁾. ومتى سقط الدين سقطت معه توابعه ومنها الرهن التأميني.

⁽¹⁾ المصدر نفسه، ص 635، د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 91.

المبحث الثاني

انقضاء الرهن التأميني بصفة أصلية

ينقضي الرهن التأميني بصفة أصلية فينقضي وحده بصفة مستقلة من دون أن ينقضي الالتزام المضمون به لأسباب تتعلق بذات الرهن ويترتب عليه زواله ويبقى للدائن المرتهن بعد زوال الرهن حقه الشخصي كدائن عادي كسائر الدائنين، وسنبحث أسباب انقضاء الرهن التأميني من دون أن ينقضي الدين بأربعة مطالب، سنبحث تطهير أو تحرير العقار في المطلب الأول، وبيع العقار المرهون بالمزاد العلني في المطلب الثاني، وهلاك العقار المرهون في المطلب الثالث، ونزول الدائن المرتهن عن حق الرهن في المطلب الرابع.

المطلب الأول: تطهير (تحرير) العقار المرهون:

تطهير العقار المرهون كما سماه المشرع المصري أو تحرير العقار المرهون كما يسميه المشرع العراقي، ينقضي به الرهن التأميني نتيجة إتباع إجراءات تطهير العقار المرهون رهنا تأمينيا وبه ينتهي الرهن التأميني ولو استوفى الدائن المرتهن جزءا من حقه أو لم يستوف منه شيئا⁽¹⁾.

وقد نصت المادة (1/1308) من القانون المدني العراقي (يبقى للحائز حق تحرير العقار المرهون رهنا تأمينيا إلى يوم توقيع الحجز عليه من المرتهن).

ونصت المادة (1312) من القانون المدني العراقي على انقضاء الرهن التأميني إذا تمت إجراءات التحرير (إذا تمت إجراءات التحرير سواء باستقرار ملكية الحائز أو برسو المزايدة على غيره، فإن الحقوق المسجلة على العقار تقضي نهائيا حتى لو فسخ ملكية الحائز لأي سبب من الأسباب).

وقد نصت المادة (1064) من القانون المدني المصري (1- يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند.

2. وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى هذا الحائز، ويبقى هذا الحق قائما إلى يوم إيداع قائمة شروط

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 190، د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 92.

البيع⁽¹⁾.

ونصت المادة(1083) من القانون الأخير على انقضاء الرهن الرسمي نهائيا إذا تمت إجراءات التطهير، وهي ذات المعنى والنتيجة الواردة في القانون المدني العراقي (إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائيا، ولو زالت لأي سبب ملكية الحائز الذي طهر العقار)⁽²⁾.

وإجراءات تحرير العقار المرهون رهنا تأمينيا يقوم بها الحائز من خلال توجيه إعلانات للدائنين المرتهنيين المسجلة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكيته وتشمل البيانات الآتية:

أ) . خلاصته من سند ملكية الحائز تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه وتحديد العقار تحديدا دقيقا وتعيين مالكة السابق، وإذا كان التصرف بيعا يذكر أيضا الثمن وملحقاته.

ب . بيان الحقوق التي تم تسجيلها على العقار قبل تسجيل سند الحائز وتاريخ تسجيلها ومقدار وأسماء الدائنين.

ج . المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار...⁽³⁾.

وعليه أن يذكر في الإعلان نفسه أنه مستعد أن يوفي الديون المسجلة إلى القدر الذي قوّم به العقار وفي مدى ثلاثين يوما من تبليغ آخر إعلان يجوز لكل دائن مرتهن ولكل كفيل للحق الموثق بالرهن أن يطلب بيع العقار المطلوب تحريره، ويكون الطلب بإعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق، ويجب على طالب بيع العقار المرهون أن يودع في صندوق المحكمة مبلغا كافيا لتغطية مصروفات البيع بالمزايدة⁽⁴⁾.

ولا يجوز أن ترسو المزايدة على العقار بأقل من الثمن الذي قوّمه الحائز للعقار المرهون بالإعلان الذي وجهه للدائنين المرتهنيين مضافا إليه نصف العشر. ويلتزم من

(1) القانون المدني المصري، انترنت، مصدر سابق.

(2) د. محمد رشيد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص500.

(3) المادة (1308) من القانون المدني العراقي.

(4) المادة(1039) من القانون المدني العراقي.

ترسو عليه المزايدة بأن يرد إلى الحائز الذي نزع ملكيته المصروفات التي انفقها في سند ملكيته ومصروفات الإعلانات ومصروفات إجراءات التحرير إلى جانب الثمن الذي رست به المزايدة⁽¹⁾.

وإذا لم يطلب أحد الدائنين أو الكفلاء للحق الموثق في الميعاد المحدد أو طلب البيع ولكن لم يعرض في المزايدة ثمن أعلى بقدر نصف العشر من المبلغ الذي عرضه الحائز استقرت ملكية العقار نهائياً لهذا الحائز إذا هو أودع المبلغ الذي قوّم به العقار صندوق المحكمة⁽²⁾.

فإذا تمت إجراءات التحرير سواء باستقرار ملكية الحائز أو برسو المزايدة على غيره فإن الرهن المسجلة على العقار تنقضي نهائياً حتى لو بقيت رهون لم تدفع لعدم كفاية الثمن الذي قوّمه الحائز أو الذي رسا به المزاد وتكون الرهن التي لم تدفع قد انقضت من دون أن تنقضي الديون وهذه الصورة ينقضي بها الرهن بصفة أصلية إذا لم يستوف الدائن المرتهن حقه لعدم كفاية الثمن لتأخر مرتبته، ويكون الرهن قد انقضى من دون أن ينقضي الدين، وانقضائه هنا ليس تبعاً للدين وإنما بصفة مستقلة عنه⁽³⁾.

المطلب الثاني: بيع العقار المرهون بالمزاد العلني:

ينقضي الرهن التأميني بصفة أصلية بالبيع الجبري بالمزاد العلني وقد نصت المادة/2/1316 من القانون المدني العراقي (وإذا بيع العقار المرهون بالمزايدة العلنية سواء كان ذلك في مواجهة الراهن أو الحائز فإن الحقوق المسجلة على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رست به المزايدة في صندوق المحكمة....).

يقابله نص المادة/1084 من القانون المدني المصري، وبذات المضمون⁽⁴⁾. وهنا افترض القانون اتخاذ إجراءات البيع الجبري للعقار المرهون في مواجهة مالك العقار وهو الراهن أو في مواجهة الحائز وهو الذي انتقلت إليه ملكية العقار المرهون وتم تسجيل سند ملكيته في دائرة التسجيل العقار مثقله بحق الرهن، فإذا قام الحائز بإجراءات تحرير العقار

(1) المادة(1310) من القانون المدني العراقي.

(2) المادة(1311) من القانون المدني العراقي.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص638.

(4) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق ، ص190.

وعرض على الدائنين المرتهنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكيته ما قدره من ثمن للعقار ورفض الدائنون المرتهنون ما عرضه الحائز وباعوا العقار جبراً في المزاد العلني، عند ذلك يتم البيع الجبري في مواجهة الحائز كونه أصبح هو المالك للعقار المرهون، فإذا رسا المزاد على أحد فإن حق الرهن التأميني ينقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد في صندوق المحكمة، فالدائن المرتهن الذي لم يستوفي كامل حقه في البيع الجبري أن يرجع على المدين بما تبقى له كدائناً عادياً كسائر الدائنين العاديين للمدين، لأن حق الرهن ينقضي بالرغم من عدم انقضاء الدين، وحتى الدائن المرتهن المتأخر في المرتبة والذي لم يحصل على أي مبلغ من ثمن بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني فإن حق الرهن ينقضي بالنسبة له، ويرجع على المدين بدينه الذي كان مضموناً بالرهن كدائناً عادياً، فينقضي رهنه مستقلاً عن الدين ويبقى الدين شخصياً⁽¹⁾.

ويحصل مثل هذا الافتراض إذا كان الدائن المرتهن متأخراً في المرتبة كأن يكون رهنه من الدرجة الثانية أو الثالثة.... الخ. وكان قد قدر أن ثمن العقار يكفي لتغطية كافة الديون المضمونة بالرهن وحقيقة الأمر انه لا يكفي، ويحصل هذا غالباً مع الدائنون المرتهنين من المصارف، فانها تمنح الائتمان استناداً إلى تقدير لجنة الكشف على العقار والتي تقيم العقار بثمن مرتفع عن قيمته الحقيقية في السوق لأسباب قد تتعلق بفساد هذه اللجنة وبناءً على تقدير تلك اللجنة المصرفية يرتضي المصرف الدائن لنفسه أن يكون مرتبهاً بدرجات متأخرة. أو أن يكون العقار المرهون قد هبط ثمنه بعد إيقاع حق الرهن فأصبح لا يكفي للوفاء بحقوق جميع الدائنين المرتهنين⁽²⁾.

المطلب الثالث: هلاك العقار المرهون

قد يهلك العقار المرهون بان تنزع ملكيته للمنفعة العامة، عند ذاك ينتهي الرهن التأميني لزوال محلة وينقضي بصفة أصلية وليس تبعية تبعاً للدين المضمون لأن هذا الدين يبقى ديناً شخصياً على الرغم من زوال الرهن⁽³⁾.

أو قد يكون الرهن التأميني قد تقرر ليس على رقة العقار، بل على حق المنفعة،

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص 642.

(2) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص 652.

وحق المنفعة هو حق عيني يتفرّع من حق الملكية وهو يجرّد المالك من سلطتي الاستعمال والاستغلال لتكون لشخص آخر هو المنتفع، أما الرقبة فيحتفظ بها المالك⁽¹⁾.

وحق المنفعة ينتهي ضمناً بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعيّن⁽²⁾.

فإذا ما رهن المنتفع حق المنفعة رهناً تأمينياً وقد وافاه الأجل فإن الرهن التأميني ينتهي لزوال محله وينقضي بصفة أصلية.

أما إذا كان هلاك العقار المرهون جزئياً بقي الرهن استناداً إلى مبدأ عدم تجزئة الرهن⁽³⁾، كما في حالة هلال البناء المقام على الأرض وكان الرهن يشمل الأرض والبناء معاً فيبقى الرهن التأميني مضموناً بالأرض التي كان البناء مشيداً عليها.

إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ الراهن كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً⁽⁴⁾.

أما إذا كان الهلاك أو التعيب قضاءً وقدرًا فإذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين بلا تأمين يكون المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل⁽⁵⁾.

وينتقل الرهن إلى ما يحل محل العقار المرهون من تعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يتم تقريره مقابل استملاك العقار المرهون ونزع ملكيته للمنفعة العامة فينتقل الرهن بمرتبته إلى المبلغ الذي حلّ محل العقار المرهون حلولاً عينياً⁽⁶⁾.

المطلب الرابع: نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن:

يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن التأميني بإرادته المنفردة مع بقاء الدين،

(1) د. غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، ج1، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بغداد، د.ت، ص300.

(2) المادة/1257 من القانون المدني العراقي.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص189.

(4) المادة/2/1297 من القانون المدني العراقي يقابله نص المادة/1048 من القانون المدني المصري.

(5) المادة/1/1297 من القانون المدني العراقي يقابله نص المادة/2/1048 من القانون المدني المصري.

(6) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص653.

وهنا ينقضي الرهن بصفة أصلية مستقلاً عن الدين المضمون. وقد نصت المادة/1318 من القانون المدني العراقي (يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن التأميني دون الدين).

ولا يوجد ما يقابلها في القانون المقارن، وكان يوجد نص المادة/1507 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري (يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي صراحة أو ضمناً....) إلا أن لجنة المراجعة حذفته دون أن تبين سبب الحذف، والظاهر أن الحذف كان لأن حكم النص يستفاد تطبيقه من القواعد العامة دون نص لأن النزول عن حق الرهن ليس من النظام العام. وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي بخصوص هذا النص (ينقضي حق الرهن، بطريقة أصلية ايضاً، بالتنازل عنه ممن تكون له أهلية التنازل عن الدين نفسه)⁽¹⁾.

والتنازل عن الرهن التأميني هو تصرف قانوني يتم بارادة منفردة صادرة من الدائن المرتهن ويصح التنازل ويتم دون حاجة إلى قبول الراهن، ويشترط لصحة التنازل أن يكون الدائن المرتهن متمتعاً بأهلية الإبراء من الدين، إذ أن التنازل عن حق الرهن رغم انه لا ينسحب على الدين الذي كان مضموناً بالرهن فانه يبقى موجوداً إلا انه قد يؤدي هذا التنازل إلى عدم إمكانية استيفائه⁽²⁾.

وأهلية الإبراء من الدين هو أهلية التبرع يجب أن يكون الدائن المرتهن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه لسفه أو غفلة، والدائن المرتهن هو وحده الذي يملك التنازل على الرهن ولا يجوز للوصي على القاصر أو الولي أو القيم أن يتنازل عن الرهن ولو كان التنازل بأذن المحكمة، لأنّ التنازل عن الرهن من التصرفات الضارة ضرراً محضاً⁽³⁾.

وإذا كان تنازل الدائن المرتهن عن الرهن بمقابل فيجب في هذه الحالة أن تكون الأهلية اللازمة هي أهلية التصرف في الحق لا أهلية التبرع، فالتصرف بمقابل هو من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فإذا أجراها الشخص المميز والذي لم يبلغ سن الرشد

(1) المصدر نفسه، ص 643.

(2) د. احمد سلامة، دروس في التأمينات المدنية، دار النهضة ، القاهرة، 1968، ص 412.

(3) د. محمد شريف عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 513.

فتتعدد موقوفة على أجازة الولي⁽¹⁾.

أما إذا كان الدائن المرتهن مصرفاً وأراد التنازل عن الرهن التأميني ويتم ذلك عندما يستوفي المصرف حقوقه من المدين أو أن يضمن المصرف حقوقه بضمان آخر أو أن مديونية المدين انخفضت وطلب من المصرف الدائن فك بعض العقارات المرهونة وإبقاء الرهن التأميني على عقار واحد أو أكثر أو أنه قدم عقاراً ليتم رهنه بدلاً عن العقار المرهون، وإذا ما طلب المصرف الدائن من دائرة التسجيل العقاري فك الرهن التأميني عن عقار معين أو أنه تنازل عن الرهن التأميني فإن الرهن التأميني ينقضي بصفة أصلية ولا علاقة هنا بين إنهاء الرهن والدين المضمون، ويتم ذلك بإرادة المصرف الدائن المنفردة، فانقضاء الرهن ليس عقداً بين الدائن المرتهن والراهن وإنما يتم بناءً على رغبة وطلب المرتهن وحده.

ويلاحظ أن البعض من المصارف عندما يفتح دائرة التسجيل العقاري بفك الرهن عن عقار معين ووضع إشارة الرهن على عقار آخر، فإن فك الرهن ينفذ فوراً لأنه يتم بإرادة منفردة وإن وضع إشارة الرهن على العقار الآخر لا يتم إلا بتوقيع وإقرار الراهن والمرتهن حتى وإن كان العقارين مملوكين لشخص واحد، ولذلك على المصرف أن يضع شرط بعدم فك الرهن إلا بعد أن يصبح الرهن التأميني نافذاً على العقار المطلوب وضع إشارة الرهن عليه بعد توقيع الطرفين الراهن والمرتهن.

(1) المادة/97 من القانون المدني العراقي.

الباب الثاني

الرهن الحيازي ومخاطر الائتمان المصرفي

الرهن الحيازي هو أول صورة للرهن عرفها الإنسان ويرد على العقار والمنقول، ويأتي في الأهمية بعد الرهن التأميني لما يتمتع من خصائص ومميزات، وسنبحث هذا الباب بثلاثة فصول هي:

الفصل الأول: مفهوم الرهن الحيازي وأهميته للمصارف.

الفصل الثاني: آثار الرهن الحيازي وطرائق انقضائه.

الفصل الثالث: مخاطر الائتمان المصرفي.

الفصل الأول

مفهوم الرهن الحيازي وأهميته للمصارف

يقدم نظام الرهن الحيازي للمصارف خدمات متنوعة، وله أهمية كبيرة، والصفة المميزة له على سائر العقود العينية هي انتقال الحيازة، لذا سندرس هذا الفصل بمبحثين هما:

المبحث الأول: تعريف الرهن الحيازي وأهميته للمصارف.

المبحث الثاني: إنشاء الرهن الحيازي.

المبحث الأول

التعريف بالرهن الحيازي وأهميته للمصارف

سوف نقسم دراستنا في هذا المبحث على ثلاثة مطالب ، المطلب الأول إلى تعريف الرهن الحيازي ، والمطلب الثاني سندرس فيه خصائص الرهن الحيازي ، والمطلب الثالث سندرس أهمية الرهن الحيازي للمصارف.

المطلب الأول: تعريف الرهن الحيازي:

عرّفه المشرع العراقي في المادة(1321) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951م(الرهن الحيازي، عقد به يجعل الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفائه منه كلا، أو بعضا، مقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال).

أما المادة(1322) من القانون نفسه فإنها اشترطت أن يقبض المرتهن المرهون ويتحقق هذا الشرط يتم الرهن الحيازي ويكون لازما على الراهن، التي نصت على(1- يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن أن يقبض المرتهن المرهون). وعلى هذا الشرط فإن عقد الرهن الحيازي ينعقد صحيحا بالإيجاب والقبول بين الراهن والمرتهن إلا أنه لا يكون نافذا فيما بينهم إلا بقبض المرتهن المرهون، ولا يحق للمرتهن مطالبة الراهن بتسليم الشيء المرهون؛ لأن عقد الرهن الحيازي لا يكون لازما بالنسبة إلى الراهن إلا بالقبض ويستطيع الأخير العدول عن عقد الرهن الحيازي بعد توقيع العقد بينه وبين المرتهن بعدم تسليم الشيء المرهون.

أما إذا كان محل الرهن الحيازي عقارا فإن قانون التسجيل العقاري رقم(43) لسنة 1971 اشترط شرطا آخر فضلا عن شرط قبض العقار المرهون وهو التسجيل في السجل العقاري، ولا يسجل الرهن الحيازي الواقع على عقار إلا بإقرار الراهن والمرتهن أمام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري، جاء ذلك بنص المادة(2/352) من القانون الأخير(لا ينعقد الرهن الحيازي الوارد على العقار إلا بالتسجيل في السجل العقاري).

وعرّفه المشرع المصري في القانون المدني بنص المادة(1096) على أن (الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى

أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يترتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون⁽¹⁾.

ويلاحظ أن تعريف المشرع العراقي والمشرع المصري قد عدّ الرهن الحيازي من التأمينات الاتفاقية التي تنشأ عن طريق العقد حصراً، إلا أن المشرع المصري عدّ الرهن الحيازي عقداً رضائياً، وتسليم المرهون فيه التزاماً في ذمة الراهن وليس ركناً في العقد، ويستطيع المرتهن مطالبة الراهن بتسليم الشيء المرهون وإلزامه به، فحق الرهن ينشأ بمجرد الاتفاق ويكون سارياً في حق المتعاقدين الراهن والمرتهن⁽²⁾.

إلا أنه لا يكون نافذاً في حق الغير إلا بالحيازة أي قبض الشيء المرهون من قبل الدائن المرتهن أو شخص آخر يتفقان عليه، جاء ذلك بنص المادة (1109) من القانون المدني المصري (يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان)⁽³⁾.

أما إذا ورد الرهن الحيازي على عقار فإنه فضلاً عن انتقال الحيازة يشترط أن يقيّد في الشهر العقاري حتى يكون نافذاً في حق الغير، جاء ذلك في المادة (1114) من القانون المدني المصري والمادة (12) من قانون الشهر العقاري المصري⁽⁴⁾.

فالمشرع المصري لا يعد الرهن الحيازي عقد عيني لا يتم إلا بالتسليم، بل هو عقد رضائي والتسليم أو الحيازة يعد واحداً من آثاره ليكون نافذاً في حق الغير⁽⁵⁾.

أما المشرع العراقي فعلى الرغم من مبارحته دائرة العقود العينية التي يعد القبض أو الحيازة ركناً في العقد لا يقوم العقد ولا ينعقد إلا بالتسليم، بحسب ما جاء بتعريفه للرهن الحيازي في المادة (1321) المذكورة آنفاً، إلا أنه لا يمكن القول بأنه من العقود الرضائية والتسليم فيه مجرد التزام في ذمة الراهن، فالشرط الذي وضعته المادة (1322) من

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 213.

(2) د. بيان يوسف رجيبي، مصدر سابق، ص 110.

(3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص 844.

(4) وجدي شفيق، مصدر سابق، ص 193.

(5) المصدر نفسه، ص 192.

القانون المدني العراقي المذكورة آنفا ليكون الرهن الحيازي تاما ولازما على الراهن أن يتم التسليم للشيء المرهون قد أخرجته من دائرة العقود الرضائية التي تتعقد بالإيجاب والقبول من دون التسليم والتسليم مجرد التزام في ذمة الراهن لا ركن في العقد.

ويبدو أن عقد الرهن الحيازي عند المشرع العراقي قد توسط المسافة بين العقود العينية والعقود الرضائية.

وكان على المشرع العراقي أن يتقدم أكثر نحو الحداثة والتطور ويقتبس تعريف الرهن الحيازي من القانون المدني المصري الذي أشاد برقيته⁽¹⁾.

المطلب الثاني: خصائص الرهن الحيازي:

الرهن الحيازي حق عيني يمنح صاحبه سلطة مباشرة على الشيء المرهون يخوله حبس المرهون وأن يستوفي حقه من ثمنه بالأفضلية على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، وهو من عقود الضمان الذي يأتي بعد الرهن التأميني في التعامل به كوسيلة ضمان لما يتمتع به من خصائص مهمة نتناولها فيما يأتي:

أولاً: الرهن الحيازي لا ينشأ إلا عن عقد يتم بإرادة المتعاقدين الراهن والمرتهن ، وسواء كان الراهن هو المدين أو شخص آخر يقدم منقولا أو عقارا ضمانا لدين غيره ويسمى كفيلا عينيا.

فهو لا ينشأ لا بحكم القانون ولا بحكم قضائي، وإنما تكون إرادة المتعاقدين حرة في إنشائه.

وهو من العقود الرضائية في القانون المصري ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول، وتسليم الشيء المرهون ما هو إلا التزام في ذمة الراهن وأثر من آثار العقد وليس ركنا لانعقاده، ويكون نافذا في حق المتعاقدين حتى قبل التسليم⁽²⁾.

أما في القانون المدني العراقي فإن التسليم ليس أثرا من آثار العقد وإنما هو شرطاً لتمامه ولزومه على الرهن.

ثانياً: الرهن الحيازي عقد ملزم للجانبين، إذ يولد التزامات متبادلة في ذمة الراهن

(1) ورد في بند(10) من الأسباب الموجبة للائحة القانون المدني العراقي أن القانون المدني المصري في جملته صفة مختارة من القواعد التي استقرت في أرقى التقنيات الغربية.

(2) أنور العمروسي، مصدر سابق، ص305.

بضمان سلامة الرهن، وفي القانون المصري يلتزم بتسليم العين المرهون عقارا كان أم منقولاً إلى المرتهن أو إلى شخص آخر يتفقان عليه يسمى (عدلاً)، والتزامات في ذمة المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون واستثماره وإدارته⁽¹⁾.

ثالثاً: إنه يرد على العقار والمنقول الذي يصح التعامل فيه ويمكن بيعه بالمزاد العلني⁽²⁾.

رابعاً: إنه من العقود التبعية الذي لا ينشأ مستقلاً بذاته، إنما هو تابع لالتزام أصلي، يرتبط به من حيث وجوده وصحته وبطلانه وانقضائه⁽³⁾.

خامساً: يفترض فيه نقل حيازة الشيء المرهون إلى المرتهن، لذا سمّي بالرهن الحيازي، ليكون وسيلة فعّالة للدائن يطمئن بالحيازة في حصوله على حقه خاصة إذا كان الشيء المرهون من المنقولات ولإعلام الغير بحصول الرهن الحيازي والاحتجاج عليهم كدائن مرتهن بما له من حقوق قبل المدين⁽⁴⁾.

سادساً: الرهن الحيازي عقد غير قابل للتجزئة، وقد نصت المادة/1/1332 من القانون المدني العراقي (كل جزء من المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بكل المرهون).

وذات المضمون ورد في القانون المصري في المادة/1098 والمادة/1041 من القانون المدني المصري⁽⁵⁾.

وعدم تجزئة الرهن الحيازي من طبيعة الرهن وخصائصه لا من مستلزماته، فيجوز للراهن والمرتهن الاتفاق على خلاف ذلك كأن يتفقان إذا قضى الراهن جزء من الدين يقوم المرتهن بتسليم الراهن بعض من المرهون⁽⁶⁾.

سابعاً: يخول الرهن الحيازي للدائن المرتهن حق حبس الشيء المرهون منقولاً كان

(1) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص115.

(2) المادة/1328 من القانون المدني العراقي.

(3) د. محمود عبد الرحيم الديب، مصدر سابق، ص16.

(4) د. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، مصدر سابق، ص342.

(5) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، مصدر سابق، ص744.

(6) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، مصدر سابق، ص745.

أم عقاراً حتى يستوفي الدائن حقه⁽¹⁾.

ثامناً: إنه حق عيني، يعطي للدائن المرتهن حق التقدم والتتبع، فيستوفي حقه من ثمن الشيء المرهون متقدماً على سائر الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة، وله حق تتبع الشيء المرهون في أي يد يكون والتنفيذ عليه⁽²⁾.

المطلب الثالث: أهمية الرهن الحيازي للمصارف:

الرهن الحيازي هو أقدم صورة للرهن تعامل بها الانسان بحيازته للشيء دون تملكه، ويعد أحد الضمانات العينية المعتمد عليها لخدمة الائتمان المصرفي بعد الرهن التأميني، وندرج أدناه أهميته للمصارف:

أولاً: يقدم نظام الرهن الحيازي للمصارف خدمات واسعة، فهو وسيلة ضمان متنوعة، ومحل الرهن يشمل العقارات التي يصح رهنها رهنأً تأمينياً، ويتجاوز الرهن التأميني في محله حيث يشمل المنقولات التي يمكن بيعها استقلالاً بالمزاد العلني كالحلي والجواهر وغيرها من المنقولات الثمينة ورهن الدين القابل للحالة والحجز ورهن السندات لحاملها والسندات الاسمية والأذنيّة⁽³⁾.

وهذا التنوع في محل الرهن الحيازي يزيد من فرص المدين في إيجاد وسيلة لضمان الائتمان الذي يحتاجه من المصارف، ويلعب دوراً بارزاً في توسيع الائتمان ودعم الاستثمار.

ثانياً: إنه أسرع وسيلة ضمان إذا كان محله منقولاً فإنه يكون نافذاً في حق المتعاقدين الراهن والمرتهن بتوقيع العقد وتسليم الشيء المرهون دون حاجة إلى أي إجراءات رسمية. إلا أنه لا يكون نافذاً في حق الغير إلا إذا دُون في ورقة ثابتة التاريخ⁽⁴⁾. أما إذا وقع على عقار فيشترط لتمامه أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري⁽⁵⁾.

العقاري⁽⁵⁾.

(1) المصدر نفسه، ص746.

(2) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق ، ص116

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق ، ص762.

(4) المادة/2/1344 من القانون المدني العراقي.

(5) المادة/1324 من القانون المدني العراقي.

ثالثاً: إن نظام الرهن الحيازي يخوّل الدائن المرتهن سلطات واسعة فهو فضلاً عن حق التقدم أو الأفضلية في استيفاء حقه متقدماً على سائر الدائنين العاديين والدائنين المرتهينين التاليين له في المرتبة وحق تتبع المرهون في أي يد يكون والتنفيذ عليه، وهي ذات السلطات للدائن المرتهن في الرهن التأميني، فللدائن المرتهن في الرهن الحيازي حق حبس المرهون عن الراهن حتى يتم استيفاء كامل حقه، إضافة إلى ذلك فله سلطة استغلال المرهون واستثماره وقبض ثماره وخصمها من المصاريف والفوائد ثم من أصل الدين⁽¹⁾.

رابعاً: سهولة وسرعة إجراءات بيع الاموال المرهونة رهناً حيازياً، فإذا كان المرهون عقاراً تتم إجراءات بيعه عند حلول الأجل بطلب يقدمه الدائن المرتهن إلى دائرة التسجيل العقاري، وبناءً على هذا الطلب يتخذ مدير الدائرة قراره ببيع العقار المرهون ودون حاجة إلى قرار قضائي⁽²⁾، أما إذا كان المرهون منقولاً كان للدائن المرتهن بعد انقضاء سبعة أيام من تاريخ انذار المدين بالوفاء أن يطلب من محكمة البداية الاذن له ببيع المال المرهون وعن طريق القضاء المستعجل⁽³⁾، وتصدر المحكمة قرارها بشأن الطلب خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام⁽⁴⁾.

وكل شرط يضعه المصرف في عقد الرهن أو أي اتفاق بعد عقد الرهن يعطي للمصرف الحق في بيع الأموال المنقولة عند حلول أجل الدين وعدم استيفاء حقه دون مراعاة الأحكام أعلاه أو تملك المرهون يعد باطلاً⁽⁵⁾.

ويلاحظ أن البعض من المصارف تأخذ من الراهن تخويلاً للمصرف ببيع الأسهم في الشركات المساهمة لصالح المصرف في سوق العراق للأوراق المالية عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به، وهذا التخويل أو التوكيل يعد باطلاً من الناحية القانونية⁽⁶⁾. وعلى المصرف إذا ما أراد بيع سندات الأسهم المرهونة لصالحه عند حلول أجل الدين وعدم

(1) مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص 438.

(2) المادة/161 من قانون التسجيل العقاري العراقي، رقم 43 لسنة 1971.

(3) المادة، 193، من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.

(4) المادة/150 من قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969.

(5) المادة/196 من قانون التجارة العراقي.

(6) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص 81.

استيفائه، اللجوء إلى القضاء المستعجل في محكمة البداية المختصة، وحيث سهل إجراءاتها المشرع العراقي واختصر الزمن فيها وحدّد زمن صدور القرار القضائي بما لا يتجاوز سبعة أيام من تاريخ تقديم الطلب، وعليه فلا حاجة لمخالفة القانون وإذا ما تم البيع سيكون باطلاً بأثر رجعي لأنه بني على باطل.

المبحث الثاني

إنشاء الرهن الحيازي

ينشأ الرهن الحيازي من عقد بين الراهن والمرتهن، ويشترط فيه أن يكون العقد مستوفياً لشروطه وأركانه، والصفة المميزة له على سائر الحقوق العينية والتي ينفرد بها هو انتقال الحيازة من يد الرهن إلى يد المرتهن أو (العدل) وهذا الانتقال هو الذي ينشأ حق الحيازة، وسندرس الشروط العامة في إنشائه في المطلب الأول والشروط الخاصة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الشروط العامة لإنشاء الرهن الحيازي:

الشروط العامة هي تلك الشروط الواجب توافرها في كل عقد ليكون العقد صحيحاً وهي تتعلق بالرضا والمحل والسبب، فليس هناك ما يخص عقد الرهن الحيازي بالذات لذلك سنقسم دراستنا في هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: الفرع الأول سندرس في الرضا، والفرع الثاني يتعلق بالمحل، والفرع الثالث يتعلق بالسبب.

الفرع الأول: الرضا:

يجب أن تتجه إرادة المتعاقدين الراهن والمرتهن إلى أحداث عقد الرهن الحيازي، وقد يصدر التعبير عن الإرادة من طرفي العقد أو ممّن ينوب عنهما قانوناً أو اتفاقاً، فإنه يجوز أن يوكل الراهن عنه شخصاً يبرم عقد الرهن الحيازي، ويشترط أن تكون الوكالة خاصة لأن الرهن من أعمال التصرف، أما بالنسبة للدائن المرتهن فإن الرهن يعد من أعمال الإدارة وعليه فإنه يكفي لقبول الرهن لدى الوكيل الوكالة العامة⁽¹⁾.

ويجب أن تكون إرادة المتعاقدين خالية من العيوب، وعيوب الإرادة . بحسب القواعد العامة . هي الإكراه والغلط والغبن الفاحش مع التغيرير، فليس هناك جديد يخص الرهن الحيازي فنرجع في ذلك إلى ما تم دراسته سابقاً في الشروط العامة للرهن التأميني، وكذلك فيما يتعلق بأهلية الراهن، أما أهلية الدائن المرتهن، فإنها تختلف عن أهليته في الرهن التأميني، ذلك أن الرهن التأميني بالنسبة للدائن المرتهن يعد من التصرفات النافعة نفعاً محضاً ولا ينشأ في ذمته أي التزام، أما بالنسبة للرهن الحيازي فإنه ينشأ التزامات

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص216.

في ذمته في مقابل الالتزامات التي تنشأ في ذمة الراهن، فهو يعد بالنسبة للمرتهن من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، ويشترط أن تتوافر فيه أهلية هذه الأعمال والأهلية هنا بلوغه سن الرشد⁽¹⁾. أما إذا أبرم عقد الرهن الحيازي وكان الدائن المرتهن في سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد فإن تصرفه هذا ينعقد موقوفاً على إجازة الولي⁽²⁾.

الفرع الثاني: محل الرهن الحيازي:

يجوز أن يكون محلاً للرهن الحيازي كل ما يصح التعامل فيه ويمكن بيعه استقلالاً في المزاد العلني من عقار ومنقول وديون⁽³⁾.

ويشترط أن يكون الراهن مالكاً للشيء المرهون أو متصرفاً فيه⁽⁴⁾.

فجميع العقارات التي يمكن رهنها رهنأً تأمينياً يجوز كذلك رهنها رهنأً حيازياً، وكذلك يجوز رهن المنقول رهن حيازة كالمفروشات والحلي والمجوهرات والسيارات... الخ. كذلك يجوز رهن الأموال المعنوية القابلة للبيع بالمزاد العلني ويصح التعامل بها كحق المؤلف وبراءة الاختراع والعلامات التجارية والأسماء التجارية وبوالص التأمين، كذلك يجوز رهن الديون والسندات لحاملها والأسهم الاسمية⁽⁵⁾.

أما الحقوق العينية التبعية كالرهن التأميني والرهن الحيازي وحقوق الامتياز فإنه لا يجوز رهنها، كذلك لا يجوز رهن رواتب الموظفين، كذلك لا يجوز رهن العقارات بالتخصيص مستقلة عن العقار الذي خصصت له، وبالجمله لا يجوز رهن أي مال لا يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني⁽⁶⁾.

أما الشروط الواجب توفرها في محل الرهن الحيازي فهي ذات الشروط الواردة في القواعد العامة والتي توجب وجود المحل أو انه قابلاً للوجود مستقبلاً ومشروعية المحل وان يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، فنرجع في ذلك إلى ما تم تفصيله سابقاً عند دراستنا

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق ، ص218.

(2) المادة/1/97 من القانون المدني العراقي.

(3) المادة/1328 من القانون المدني العراقي.

(4) المادة/1325، من القانون المدني العراقي.

(5) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص764.

(6) المصدر نفسه ، ص764.

المحل في الرهن التأميني.

الفرع الثالث: السبب:

إنّ المدين لا يقدم أمواله ليرهنها لمصلحة الدائن تبرعاً منه بل لسبب الحصول من هذا الدائن على أجل لدينه المستحق الأداء أو للحصول على الائتمان الذي يحتاجه، وغالباً ما تشترط المصارف على طالب الائتمان من زبائنها وسائل ضمان تضمن استرداد الائتمان الممنوح وفوائده ومن أهم هذه الوسائل هو الرهن الذي لا يوجد مستقلاً بذاته بل لوجود سبب وهو الدين الذي وجد الرهن لضمانه⁽¹⁾.

وهذا الدين غالباً ما يكون من النقود وقد يكون الالتزام المضمون عملاً أو امتناعاً عن عمل⁽²⁾.

وإذا كان سبب الالتزام باطلاً . يبطل تبعاً له الرهن ولا يكون له أثر لأنه تابع للالتزام المضمون⁽³⁾، ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، أما إذا كان سبب الالتزام غير مشروع كأن يكون ممنوعاً أو مخالفاً للنظام العام، والآداب أو أن الالتزام لم يكن له سبب فيكون العقد باطلاً⁽⁴⁾.

ويجوز أن يكون الرهن ضامناً لدين مستقبلي أو معلقاً على شرط واقف أو فاسخ أو دين احتمالي كاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار⁽⁵⁾.

أما إذا انقضى الدين الموثق بالرهن لأي سبب من أسباب الانقضاء فإن الرهن ينقضي تبعاً له⁽⁶⁾. فللرهن الحيازي تابع والدين المضمون متبوع، يتبعه في الصحة والبطلان والانقضاء، فإذا انقضى الدين المضمون بالوفاء، أو الوفاء بمقابل أو بالتجديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء أو باستحالة التنفيذ أو بالتقادم انقضى تبعاً له

(1) د. سميحة مصطفى القليوبي، الموجز في القانون التجاري، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1978، ص526.

(2) د. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، ط2، منشأة المعارف، مصر الاسكندرية، 1959، ص473.

(3) د. أكرم ياملكي ود. فائق الشماخ، القانون التجاري، مطبعة جامعة بغداد، 1980، ص332.

(4) المادة/132 من القانون المدني العراقي.

(5) المادة/ 1293 من القانون المدني العراقي.

(6) حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، ط2، الدار الجامعة، بيروت، 1985، ص249.

الرهن ولو كان الراهن كفيلاً عينياً وليس المدين نفسه، فللكفيل الحق في أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين المضمون بالرهن لأنه يكفله إضافة إلى أوجه الدفع الخاصة به ككفيل والتي يحددها العقد المبرم بينه وبين الدائن المرتهن وما يترتب على هذا العقد من دفع ينقضي بها الرهن دون أن ينقضي الدين المضمون، فإذا كان عقد الرهن نفسه باطلاً، فيستطيع أن يتمسك الكفيل العيني بهذا البطلان دون أن يكون الدين المضمون باطلاً، فيتخلص الكفيل العيني من الرهن مع بقاء الدين المضمون في ذمة المدين⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة لإنشاء الرهن
الحيازي:

الشروط الخاصة لإنشاء الرهن الحيازي المتعلقة بالالتزام المضمون والمال المرهون، والتي تسمى بمبدأ تخصيص الرهن، ويكون فيه الرهن مقصوراً على ضمان دين معين بالذات ووارداً على مال معيناً بالذات، لذا سنقسم دراستنا في هذا المطلب إلى فرعين: سندرس في الفرع الأول: الالتزام المضمون، وسندرس في الفرع الثاني المال المرهون.

الفرع الأول: الالتزام المضمون:

يشترط في الالتزام المضمون أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود ومخصصاً ولا يشترط أن يكون الدين المضمون منجزاً بل يصح أن يكون الدين المضمون معلقاً على شرط واقف أو فاسخ أو ديناً مستقبلاً أو ديناً احتمالياً أو لاعتماد مفتوح كالا اعتماد المستندي أو خطاب الضمان أو لحساب جارٍ على أن يتحدد الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين⁽²⁾.

وإذا عين ميعاد لقف الحساب الجاري فلا يضمن الرهن إلا المبالغ المستحقة في هذا الميعاد المحدد وسواء تجاوزت الحد الأقصى أو لم تصل إليه⁽³⁾.

ويجوز توثيق الديون رهناً حيازياً التي يجوز توثيقها بالرهن التأميني⁽⁴⁾. وذات

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق ، ص781.

(2) المادة/1293 من القانون المدني العراقي.

(3) د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، نشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص223.

(4) المادة/1331 من القانون المدني العراقي.

المضمون ورد في المادة/1098 من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

ويجب تحديد الدين المضمون من حيث مصدر الدين أو الالتزام وهل هو ناتجاً عن عقد أم أرادة منفردة وهل هو مبلغاً من النقود أو عملاً أو امتناعاً عن عمل، وجزاء عدم تخصيص وتحديد الدين المضمون بالرهن على الوجه الذي تم بيانه يترتب عليه بطلان عقد الرهن ويستطيع كل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان⁽²⁾.

والبطلان هنا بطلاناً مطلقاً، ويستطيع أن يتمسك به الدائن المرتهن والمدين وورثة كل منهما والخلف الخاص والدائنون المرتهنون المتأخرون في المرتبة وحائز الشيء المرهون⁽³⁾.

إذا تخصيص الدين المضمون يتحدد بمصدر الدين وبمقداره من رأسمال وفوائد وتحديد نسبتها وتاريخ بدأ سريانها⁽⁴⁾.

أما الرهن الذي يكون مصدره التزامات مصرفية متنوعة ومتعددة فإنه يصح إذا تم تحديد مقدارها أو تحديد الحد الأعلى الذي تنتهي إليه، أما إذا وقع الرهن لضمان جميع التزامات المدين ولو تم تحديدها بمدة معينة دون تحديد مقدارها في هذه الحالة يكون عقد الرهن باطلاً، ولكي ينعقد الرهن صحيحاً يجب أن يكون الالتزام صحيحاً، فالرهن تابع يتبع الالتزام المضمون في صحته وبطلانه وفي وجوده ومصيره فإذا انقضى الالتزام المضمون بكافة طرق الانقضاء فإنه ينقضي تبعاً له⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: المال المرهون:

الرهن الحيازي يرد على العقار ويرد على المنقول، فإذا وقع على عقار يجب تعيينه تعييناً دقيقاً من حيث بيان أوصافه التي تميزه عن غيره من العقارات وبيان طبيعته كأن يكون منزلاً أو معملاً أو مزرعة أو بستاناً، ويجب ذكر ما إذا كان الرهن واقعاً على حق الملكية أو حق الانتفاع أو حق التصرف، وبيان موقعه وحدوده ومساحته ورقم القطعة

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق ، ص218.

(2) د. محمد لبيب شنب، دروس في التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص28.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهاوي، مصدر سابق ، ص776.

(4) المصدر نفسه ، ص776.

(5) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق ، ص219.

ورقم المقاطعة، وقد أوجبت المادة/2/1290 من القانون المدني العراقي تعيين العقار المرهون بنصها على انه (يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وان يكون معيّناً) إلا أن المشرع العراقي لم يحدد الجزاء على مخالفة تخصيص المال المرهون بتعيينه، إلا انه يفهم من النص الذي يوجب تعيين العقار المرهون على انه مخالفة الأمر الواجب الذي أوجبه المشرع هو البطلان أي بطلان عقد الرهن. وعلى العكس فان المشرع المصري قد قرر بطلان عقد الرهن صراحة في المادة/1035 من القانون المدني المصري إذا لم يكن العقار المرهون معيّناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه⁽¹⁾.

أما إذا وقع الرهن الحيازي على منقول ولم يكن معيّناً بالذات ومعروفاً بذاته فيجب أن يوصف وصفاً دقيقاً نافياً للجهالة ويكون معيّناً بجنسه ونوعه ومقداره⁽²⁾، ويشترط في الشيء المرهون اضافة إلى شرط أن يكون معيّناً هو أن يكون مما يصح التعامل فيه وبيعه⁽³⁾.

وذات النص ورد في المادة/1097 من القانون المدني المصري⁽⁴⁾، وبناءً عليه فإنه لا يجوز رهن الأموال العامة ولا الأموال الموقوفة ولا يجوز رهن حق الارتفاق استقلالاً عن العقار ولا حق الاستعمال والسكنى لأنه لا يصح بيعها بالمزاد العلني ولا يصح رهن حق الرهن التأميني أو الحيازي، والرهن الحيازي في ذلك مثله مثل الرهن التأميني، أما الأموال المعنوية كحق المؤلف وبراءة الاختراع فانه يصح رهنها لأنها قابلة للبيع بالمزاد العلني كذلك يجوز رهن الديون رهنأ حيازياً والتي يتم فيها تسليم سند الدين إلى المرتهن ويكون نافذاً في حق الغير بإعلان الرهن إليه أو بقبوله له وكذلك يجوز رهن السندات الاسمية والسندات لأمر⁽⁵⁾.

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق ، ص 220.

(2) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل العراق، 1982، ص503.

(3) المادة/2/1290 من القانون المدني العراقي.

(4) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق ، ص221.

(5) د. سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مطابع الولاء الحديثة، القاهرة، 2004، ص555.

ويشترط أيضاً في المال المرهون أن يكون موجوداً وقت إبرام عقد الرهن الحيازي،
فالمال الغير موجود لا يمكن نقل حيازته إلى الدائن المرتهن، ولا يكون رهن الدين تماماً
إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون⁽¹⁾.

(1) المادة/1354 من القانون المدني العراقي.

الفصل الثاني

آثار الرهن الحيازي وطرائق انقضائه

إذا انعقد الرهن الحيازي صحيحاً نتجت عن انعقاده آثاراً معيّنة وهذه الآثار أما أن تكون فيما بين المتعاقدين الراهن والمرتهن وتترتب على كل منهما التزامات وإذا كان نافذاً في حق الغير فإنه ينتج آثاراً بالنسبة للغير ولذلك سندرس هذا الفصل بأربعة مباحث هي:

المبحث الأول: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للراهن.

المبحث الثاني: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للمرتهن.

المبحث الثالث: آثار الرهن الحيازي بالنسبة للغير.

المبحث الرابع: انقضاء الرهن الحيازي.

المبحث الأول

آثار الرهن الحيازي بالنسبة للراهن

إذا تم إبرام عقد الرهن الحيازي ترتب على ذلك العقد التزامات على الراهن وله حقوق على ماله المرهون، وسنقوم بدراسة هذا المبحث بمطلبين: المطلب الأول: سنعرض فيه التزامات الراهن، والمطلب الثاني: سنعرض فيه حقوق الراهن.

المطلب الأول: التزامات الراهن:

سنتناول التزامات الراهن بأربعة فروع، الفرع الأول: سندرس فيه الالتزام بإنشاء حق الرهن الحيازي، والفرع الثاني: الالتزام بتسليم الشيء المرهون، والفرع الثالث: الالتزام بضمان سلامة الرهن، والفرع الرابع: ضمان الراهن هلاك المرهون.

الفرع الأول: الالتزام بإنشاء حق الرهن الحيازي:

يلتزم الراهن وبمجرد إبرام عقد الرهن الحيازي بإنشاء حق الرهن الحيازي على المال المرهون، وهذا الحق هو حق عيني للدائن المرتهن يخوله سلطة مباشرة على الشيء المرهون، فيجوز له حبس الشيء المرهون لحين استيفاء حقه ويخوله حق التقدم على الدائنين العاديين. والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة في استحصال حقه من ثمن الشيء المرهون ويعطيه حق تتبع الشيء المرهون في أي يد يكون⁽¹⁾.

ولا يستطيع الراهن إنشاء حق الرهن الحيازي ما لم يكن مالكا للشيء المرهون، فإذا كان مالكا للشيء المرهون وكان الشيء المرهون معيّناً بالذات فإن حق الرهن الحيازي يتحقق من تلقاء نفسه على الشيء المرهون دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل وهذا ما ورد في مضمون المادة/204 من القانون المدني المصري⁽²⁾. أما إذا كان الراهن لا يملك الشيء المرهون فإن الرهن يكون قابلاً للإبطال، وينقلب الرهن صحيحاً إذا أقر ذلك الغير الرهن أو أن الراهن تملك الشيء المرهون، أما الرهن الواقع على مال مستقبل لم يعين بعد فإن رهن الحياة يقع باطلاً لعدم تعيين المال، وبطلان الرهن الواقع على المال المستقبل ورد في الفقرة الثانية من المادة/1033 من القانون المدني المصري⁽³⁾.

(1) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق ، ص126.

(2) المصدر نفسه ، ص127.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، مصدر سابق ، ص784، د.نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق ، ص221.

هذه الالتزام الذي يقع على عاتق الراهن هو في التشريع المصري أما في التشريع العراقي فلا وجود لهذا الالتزام لأن قبض المرهون لا يتم إلا بموافقة الراهن وبإرادته وان إبرام عقد الرهن الحيازي بين الراهن والدائن المرتهن لا يكون تاماً ولازماً على الراهن إلا بالقبض⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الالتزام بتسليم الشيء المرهون:

تسليم الشيء المرهون ونقل حيازته إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص آخر يتفق عليه المتعاقدان هو التزام على عاتق الراهن في التشريع المصري وقد نصت على ذلك المادة/1099(1)- على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه. 2- ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع⁽²⁾.

وقد أصبح التسليم التزاماً في ذمة الراهن لا ركناً في العقد وقبل التسليم يتم الرهن ويترتب الحق العيني في التشريع المصري، وقبل التسليم يكون حق الرهن الحيازي نافذاً فيما بين المتعاقدين ويستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على العين المرهونة بحقه كدائناً مرتهناً لا كدائناً عادياً لكنه لا يكون له حق التقدم على الدائنين الآخرين أو تتبع المال المرهون لأن الرهن لا يكون نافذاً في حق الغير قبل التسليم⁽³⁾.

ويسري أحكام العين المبيعة على العين المرهونة من حيث زمان التسليم ومكانه وكيفية التسليم، ويتم التسليم على النحو الذي يتفق وطبيعة الشيء المرهون فإذا كان المرهون من الأشياء المادية فيكون التسليم حقيقياً أو رمزياً كتسليم سند الشحن أما إذا كان المرهون من الأشياء غير المادية كالديون فيتم تسليم سنداتها⁽⁴⁾.

وجزاء إخلال الراهن بالتزامه بتسليم الشيء المرهون لا يترتب عليه بطلان الرهن الحيازي ويكون للدائن في التشريع المصري مجموعة خيارات فإمّا أن يطالب الراهن بالتنفيذ العيني بتسليم المرهون أو أن ينفذ على العين المرهونة إذا كانت العين المرهونة

(1) المادة/1/1321 من القانون المدني العراقي.

(2) د.نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق ، ص 238.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق ، ص786.

(4) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق ، ص129.

في حيازة الراهن أما إذا خرجت من حيازته فلا يستطيع الدائن المرتهن تتبعها في يد الغير وله أيضا أن يطلب إسقاط أجل الدين وان يستوفي دينه فوراً⁽¹⁾.

وهكذا التزام لا يكون ملزماً على الراهن في التشريع العراقي بمجرد إبرام عقد الرهن الحيازي فلا يجبر الراهن على التسليم ولا يستطيع الدائن المرتهن التنفيذ على المرهون قبل التسليم كما هو وارداً في التشريع المصري لأن الرهن الحيازي لا يتم في التشريع العراقي ولا يكون لازماً إلا بالتسليم كما مرَّ بيانه في الفرع الماضي، ويستطيع الراهن العدول عن عقد الرهن الحيازي قبل التسليم.

الفرع الثالث: الالتزام بضمان سلامة الرهن:

نصت المادة/1335 من القانون المدني العراقي(يضمن الراهن في الرهن الحيازي سلامة الرهن ، وليس له أن يأتي عملاً ينقض من قيمة المرهون أو يحول دون استعمال المرتهن لحقوقه).

ونصت المادة(1101) من القانون المدني المصري بذات المضمون وأضافت إليه (...وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون). وأضافت إلى سلامة الرهن نفاذه، أي نافذاً في حق الغير من خلال القيام بكافة الإجراءات والشروط اللازمة لنفاذ الرهن وذلك بحسب طبيعة الشيء المرهون⁽²⁾. الراهن يلتزم بضمان كل تعرض يمس سلامة الرهن الذي يؤثر في حقوق الدائن المرتهن وسواء كان التعرض قانونياً أم مادياً⁽³⁾.

فيلتزم بالامتناع عن التعرض الشخصي المادي أو القانوني كأن يعرقل استعمال المرتهن للمرهون وإدارته واستغلاله ولم يرتكب الأخير تقصيراً في ذلك⁽⁴⁾، أو أن يأتي بعمل ينقص في قيمة الشيء المرهون، وإذا قام الراهن بأي عمل من شأنه أن يعرض سلامة الشيء المرهون للخطر، فإنه يحق للدائن المرتهن أن يتخذ على نفقة الراهن كافة

(1) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص129.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص240.

(3) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني(الحقوق العينية)، ط1، مكتبة الثقافة، عمان، 2000، ص347.

(4) د. احمد سلامة ،دروس في التأمينات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص374.

الوسائل التي من شأنها المحافظة على الشيء المرهون⁽¹⁾.

كذلك يلتزم الراهن بدفع أي تعرض قانوني يصدر من الغير، كأن يدعي الغير أن له حق عيني مقيد قبل حق الدائن المرتهن، أو إذا ادعى أن له حق ارتفاق على العقار المرهون وكان الدائن المرتهن لا يعلم بوجود حق الارتفاق فعلى الراهن أن يدفع هذا الادعاء الصادر من الغير، ويكون الراهن ضامناً للضرر الذي من شأنه أن ينتقص من حق الدائن المرتهن⁽²⁾.

أما التعرض المادي الصادر من الغير فلا يضمنه الراهن ويكون للدائن المرتهن الحق أن يدفع هذا التعرض المادي بنفسه ودون وساطة الراهن، وللدائن المرتهن أن يطلب من المحكمة وقف الأعمال التي تضر بسلامة الرهن وتجعله غير كافٍ للضمان واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر⁽³⁾.

ويلاحظ أن ضمان الراهن لسلامة الرهن ونفاذه للحفاظ على حق الدائن المرتهن هو شبيه بضمان البائع للتعرض الشخصي والتعرض الصادر من الغير⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: ضمان الراهن هلاك المرهون:

نصت المادة(1336) من القانون المدني العراقي على أنه(1. إذا هلك المرهون رهنا حيازياً أو تعيب قضاء وقدرًا كان هلاكه أو تعيبه على الراهن ويتبع في تخيير المدين أو الدائن إذا هلك المرهون قضاء وقدرًا أو بخطأ الراهن أحكام الرهن التأميني الواردة في المادة (1297).

2- وإذا هلك المرهون انتقل حق المرتهن إلى المال الذي يحل محله، وفقاً لأحكام الرهن التأميني الواردة في المادة (1298).

وذاًت المضمون ورد في المادة(1102) من القانون المدني المصري التي نصت على (1. يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه، إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطأه أو ناشئاً عن قوة قاهرة.

(1) د. فائز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص13.

(2) د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، المطبعة العالمية ، الاسكندرية، 1963، ص213.

(3) المادة(1296) من القانون المدني العراقي.

(4) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص800.

2- وتسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين (1048) و (1049) المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهنا رسميا أو تلفه، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حلّ محله من حقوق⁽¹⁾.

وقد فرّق المشرع بين حالتين حالة أن يكون الهلاك أو التعييب أو التلف بخطأ الراهن، فأعطى للدائن المرتهن الخيار بين أن يقدم الراهن تأميناً كافياً أو يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل. وهذه المراعاة للدائن المرتهن سببه أن الهلاك أو التلف كان سببه خطأ الراهن فأعطى الخيار للدائن المرتهن⁽²⁾.

وحالة أن يكون الهلاك أو التلف بسبب أجنبي لا يد للراهن فيه وقد حصل قضاء وقدرًا، وكان الخيار للراهن بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل، وهذا في حالة عدم قبول الدائن المرتهن بقاء الدين بلا تأمين⁽³⁾.

أما إذا كان الهلاك أو التلف بخطأ الدائن المرتهن وهذا قد يحدث لأن الشيء المرهون في حيازته فلا يحق له أن يطلب من الراهن أن يقدم تأميناً كافياً لأن التلف أو الهلاك حصل بخطئه هو، بل عليه أن يدفع تعويضاً للراهن عما أتلّفه بخطئه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، ويحل هذا التعويض محل ما هلك أو تلف من الشيء المرهون ويصبح مرهوناً في دين الدائن المرتهن، فهو يحل محل الشيء المرهون كما هو الحال في الحلول العيني⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: حقوق الراهن:

للراهن في الرهن الحيازي حقوق، مديناً كان أم كفيلاً عينياً كونه مالكا وله الحق في ممارسة سلطات المالك بما لا يتعارض مع حق الدائن المرتهن وهناك سلطات يتعذر عليه ممارستها كحق الاستعمال والاستغلال فإنها معطلة من الناحية الفعلية بسبب انتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن أو إلى شخص آخر يتفقان عليه⁽⁵⁾.

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص 801.

(2) المصدر نفسه، ص 804.

(3) المادة (1297) من القانون المدني العراقي.

(4) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، ص 804.

(5) د. جميل الشرقاوي، دروس التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 343.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول سنوضح فيه حق الراهن في ممارسة سلطات المالك والفرع الثاني سنبين فيه حق الراهن في طلب بيع المرهون.

الفرع الأول: حق الراهن في ممارسة سلطات المالك:

إنّ ملكية الشيء المرهون تظل للراهن، فيحق له أن يباشر سلطاته القانونية كالهبة والوصية أو ترتيب أي حق عيني آخر تاليا لحق الرهن الحيازي لطالما هذا التصرف لا ينقص من حق الدائن المرتهن ولا يمس سلامة الرهن⁽¹⁾.

وقد أجازت المادة(1353) من القانون المدني العراقي للراهن إذا ما عرضت عليه صفقة مربحة لبيع الشيء المرهون أن يطلب اذن من المحكمة ببيع المرهون ولو قبل حلول أجل الدين، التي نصها(يجوز للراهن إذا عرضت عليه فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة رابحة أن يطلب اذن المحكمة في بيع هذا الشيء، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين. وتحدد المحكمة عند الإذن شروط البيع وتفصل في أمر إيداع الثمن). وذات النص ورد في المادة(1120) من القانون المدني المصري⁽²⁾.

فالمشرع كان حريصا على أن لا يعطّل سلطات الراهن في بيع المرهون كونه مالكا لمحل الرهن وأنه ضمن حق الدائن المرتهن بالحلول العيني للرهن من الشيء المرهون إلى ثمنه المودع.

أما التصرفات المادية التي يحصل فيها الاستهلاك أو الإتلاف فيمتنع على الراهن القيام بها، وللراهن أن يمارس حقه في التصرفات المادية أو القانونية مادامت هذه التصرفات لا تفضي إلى إلحاق الضرر بالدائن المرتهن⁽³⁾.

الفرع الثاني: حق الراهن في استرداد المرهون أو وضعه بيد عدل:

بما أن الشيء المرهون في حيازة الدائن المرتهن فيقع عليه التزام بأن يبذل في إدارته من الغاية ما يبذله الرجل المعتاد، فإذا أدار المرهون إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص243.

(2) د. بيان يوسف رجيبي، مصدر سابق، ص433.

(3) د. جميل الشرفاوي، مصدر سابق، ص343.

إهمالا جسيما، كان للراهن أن يطلب وضعه بيد عدل أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه⁽¹⁾.

وإذا كان المرهون مهددا بأن يصيبه هلاك أو نقص في قيمته، فالقانون أوجب على المرتهن أن يعلن الراهن بذلك والا فإنه يتحمل المسؤولية وفي حالة إعلان الراهن بهذا الهلاك أو النقص أو التلف يحق للراهن أن يسترد المرهون إذا قدم للمرتهن تأميناً آخر وإذا لم يفعل جاز للمرتهن أن يطلب من المحكمة بيع المرهون وإبقاء ثمنه رهنا في يده⁽²⁾.

وذات المضمون ورد في المادة(1119) من القانون المدني المصري⁽³⁾.

(1) المادة(1339) من القانون المدني العراقي.

(2) المادة (2/1338) من القانون المدني العراقي.

(3) د. بيان يوسف رجب، مصدر سابق، ص433.

المبحث الثاني آثار الرهن الحيازي بالنسبة إلى الدائن المرتهن

عقد الرهن الحيازي عقد ملزم للجانبين الراهن والمرتهن، ويترتب على إبرامه حقوقاً والتزامات على الدائن المرتهن، لذا سندرس تلك الحقوق والتزامات بمطلبين ، المطلب الأول يتعلق بالتزامات والمطلب الثاني يتعلق بالحقوق.

المطلب الأول: التزامات الدائن المرتهن:

يقع على عاتق الدائن المرتهن التزامات ناتجة عن حيازته للشيء المرهون، أما إذا كانت الحيازة بيد عدل يتفقان عليه الراهن والمرتهن، فهذه الالتزامات لا تكون على الدائن المرتهن وإنما على العدل إذا ما تسلّم الشيء المرهون⁽¹⁾.

وسنقسم دراستنا لهذه الالتزامات بأربعة فروع ، الفرع الأول سنبحث فيه الالتزام بالمحافظة على الشيء المرهون ، والفرع الثاني الالتزام باستثمار الشيء المرهون، والفرع الثالث الالتزام بإدارة الشيء المرهون، والفرع الرابع الالتزام برد الشيء المرهون.

الفرع الأول: الالتزام بالمحافظة على الشيء المرهون:

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة(1338) من القانون المدني العراقي (على المرتهن أن يبذل في حفظ المرهون رهنا حيازيا وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه وأن يدفع ما عليه من ضرائب وتكاليف على أن يرجع بذلك على الراهن وهو مسؤول عن هلاكه كلا أو بعضا ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه).

وذاًت المضمون ورد في المادة (1103) من القانون المدني المصري⁽²⁾.

الدائن المرتهن إذا تسلّم الشيء المرهون يكون مسؤولاً عن حفظه وصيانته ويلتزم أن يبذل في المحافظة عليه ما يبذله الشخص المعتاد أي الشخص العادي، والتزام الدائن المرتهن هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية، والمعيار هنا معيار موضوعي لا معيار شخصي، وتقدير ذلك متروك للمحكمة المختصة وذلك لأن مضمون هذا

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص244.

(2) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص131.

الالتزام يختلف بحسب محل الرهن ما إذا كان عقارا أو منقولاً مادياً أو معنوياً وبحسب الظروف⁽¹⁾.

وليس هناك ما يمنع الاتفاق على جعل المرتهن مسؤولاً عن الهلاك أو التلف وعند ذاك يكون التزام الدائن المرتهن التزاماً بتحقيق غاية⁽²⁾.

ومسؤولية الدائن المرتهن في هذا الالتزام هي مسؤولية تعاقدية، فإذا كان المرهون ديناً مهدداً بالسقوط بالتقادم وجب عليه أن يقطع التقادم وإذا كان كمبيالة وجب عليه أن يطالب بالوفاء عند الاستحقاق. فإذا هلك الشيء المرهون أو تلف أو نقصت قيمته بسبب خلل فإن الراهن لا يقع عليه عبء إثبات أن الدائن المرتهن لم يحم بالتزامه في المحافظة على الشيء المرهون بعناية الشخص المعتاد، وإنما عبء الإثبات يتحمله الدائن المرتهن، وعليه أن يثبت أن الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه سواء كان قضاء وقدرًا أو بخطأ الغير أو بخطأ الراهن نفسه⁽³⁾.

الفرع الثاني: الالتزام باستثمار الشيء المرهون:

نصت المادة (1340) من القانون المدني العراقي (ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون رهناً حيازياً من دون مقابل وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفاده من استعماله يخصم من الدين الموثق بالرهن ولو لم يكن قد حلّ أجله، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفق في المحافظة عليه وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين).

نص المادة المذكورة أعلاه لم يلزم الدائن المرتهن باستثمار المرهون في حين نجد أن المشرع المصري أوجب على الدائن المرتهن استثمار الشيء المرهون استثماراً كاملاً، جاء ذلك بنص الفقرة الثانية من المادة (1104) من القانون المدني المصري (1). ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل.

2. وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً ما لم يتفق على غير ذلك.

3. وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاده من استعمال الشيء يخصم

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 245.

(2) د. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، ط3، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1974، ص 226.

(3) د. عبد الرزاق أحمد السنهاوي، مصدر سابق، ص 811.

من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله، على أن يخصم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل الدين⁽¹⁾.

ونقترح على المشرع العراقي تضمين المادة(1340) النص على إلزام الدائن المرتهن استثمار الشيء المرهون استثماراً كاملاً ما لم يتفق على غير ذلك، حتى لا تتعطل منافع الشيء المرهون ولأن فيه مصلحة الطرفين الراهن والدائن المرتهن.

يرى البعض أن إدارة الشيء المرهون الواجبة على الدائن المرتهن تستوجب استثماره إذا كان مثمراً عن طريق استعماله بنفسه أو بتأجيره للغير⁽²⁾.

والاستثمار يكون بالطريقة المألوفة لاستثمار الشيء فلا يجوز للدائن المرتهن تغيير ما هو مألوف إلا إذا رضي الراهن بذلك، فاستغلال الأراضي الزراعية استغلالاً معتاداً يكون بزراعتها بالمحصولات أو بتأجيرها لمن يقوم بزراعتها واستغلال المنازل والبيوت يكون بسكنائها ولا يجوز تحويلها إلى فندق أو مصنع إلا برضا الراهن، وعليه أن يبذل في استثماره عناية الشخص المعتاد⁽³⁾. فإذا ترك الشيء المرهون دون استثمار كان هذا تقصيراً من الدائن المرتهن، ويكون مسؤولاً عن هذا التقصير، ومعيار تحديد مسؤوليته عن الاستثمار هو عناية الشخص العادي في أموره الشخصية⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: الالتزام بإدارة الشيء المرهون:

نصت المادة(1339) على أنه(1- يتولى المرتهن إدارة المرهون رهناً حيازياً، وليس له أن يتصرف فيه ببيع أو برهن، وعليه أن يبذل في إدارته من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، وليس له أن يغير في طريقة استغلاله إلا برضاء الراهن.

2. فإذا أدار المرهون إدارة سيئة، أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً كان للراهن أن يطلب وضعه في يد عدل أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه. وفي الحالة الأخيرة إذا كان الدين الموثق بالرهن ليست له فوائد منفصلة عنه، ولم يكن قد حل أجله، فلا يكون

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص149.

(2) المصدر نفسه، ص249.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص817.

(4) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص325.

للمرتهن إلا ما يبقى من الدين بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين).

يقابله نص المادة (1106) من القانون المدني المصري بذات المضمون⁽¹⁾. ينبغي على المرتهن أن يباشر أعمال الإدارة للشيء المرهون بما يتفق وطبيعته وضمن حدود الإدارة التي حددها المشرع، فليس له أن يرهن الشيء المرهون أو أن يبيعه فتلك القرارات من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة التي نص عليها المشرع بعدم جوازها.

وعلى الدائن المرتهن أن يبذل في إدارة الشيء المرهون من العناية ما يبذله الشخص المعتاد في إدارة شؤونه الخاصة، وكما كان يديره ويستغله الراهن قبل أن يسلمه للدائن المرتهن، فليس للمرتهن أن يغيّر من طريقة إدارته واستغلاله، وإذا أراد المرتهن أن يغيّر طريقة إدارة واستغلال الشيء المرهون وجب عليه أن يتفق على ذلك مع الراهن⁽²⁾.

فإذا أخلّ الدائن المرتهن بالتزامه في إدارة الشيء المرهون وأداره إدارة سيئة أو ارتكب في إدارته إهمالا جسيما كان للراهن أحد الخيارين إما أن يطلب من المحكمة المختصة وضعه بيد عدل أو أن يسترد الشيء المرهون مقابل دفع الدين الموثق بالرهن. وفي الحالة الأخيرة افترض المشرع أن الفائدة داخلة في أصل الدين إذا لم تكن منفصلة عنه، وإذا لم يكن قد حلّ أجل الدين فيخصم من أصل الدين الفائدة القانونية عن المدة ما بين يوم الوفاء واليوم الذي كان محددًا لحلول أجل الدين⁽³⁾.

وإذا أصاب الراهن ضررا من جراء إخلال المرتهن بالتزامه بإدارة الشيء المرهون كان له أن يرجع عليه بالتعويض طبقا للقواعد العامة⁽⁴⁾.

والمصروفات اللازمة التي ينفقها المرتهن لحفظ المرهون فإنه يرجع بها على الراهن⁽⁵⁾. وتخصم من صافي ريع المرهون ولها الأولوية في الخصم⁽⁶⁾.

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص 825.

(2) المصدر نفسه، ص 827.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 248.

(4) المصدر نفسه، ص 248.

(5) المادة (1338) من القانون المدني العراقي.

(6) المادة (1340) من القانون المدني العراقي.

الفرع الرابع: رد الشيء المرهون:

نصت الفقرة الأولى من المادة(1350) من القانون المدني العراقي (إذا انقضى الرهن الحيازي وكان المرهون لا يزال باقيا في يد المرتهن، وجب عليه رده إلى الراهن). يقابله نص المادة(1107) من القانون المدني المصري (يرد الدائن الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفي كامل حقه، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصرفات وتعويضات)⁽¹⁾.

النص العراقي أشمل من النص المصري، إذ حصر التشريع الأخير التزام الدائن برد الشيء المرهون أن يستوفي كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصرفات وتعويضات، وهذا انقضاء للرهن الحيازي بصفة تبعية تبعا لانقضاء الدين المضمون، كما أن الرهن الحيازي قد ينقضي بصفة أصلية بالرغم من عدم انقضاء الحق المضمون، لذا نجد أن المشرع العراقي أوجب على الدائن المرتهن رد المرهون إذا انقضى الرهن الحيازي وسواء كان هذا الانقضاء بصفة تبعية بعد أن يستوفي كامل حقه كما هو وارد في التشريع المصري أم كان هذا الانقضاء بصفة أصلية وهو ما لم يرد في التشريع المصري، وسنتكلم عن انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية لاحقا في الفصل الثالث من هذا الباب.

فإذا انقضى الرهن وجب على المرتهن رد الشيء المرهون ، أما إذا بقي شيء من الدين فإنه لا يلتزم بالرد لأن الرهن لا يتجزأ ومبدأ عدم التجزئة يقتضي أن يبقى الرهن قائما ولو بقي جزءا من الدين مهما قلّ ولو كان يسيرا⁽²⁾.

وللمرتهن أن يحبس الشيء المرهون حتى يستوفي كامل حقه⁽³⁾.

أما إذا تأخر الدائن المرتهن في رد المرهون بعد انقضاء الرهن كان مسؤولا عما يصيب الراهن من تلف أو نقص في قيمة المرهون فهو ملزم بتعويض الراهن حتى ولو كان لسبب أجنبي لا يد له فيه إلا إذا أثبت أن المرهون كان سيصاب بالتلف أو النقص

(1) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص135.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص255.

(3) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص136.

في القيمة ولو كان بيد الراهن⁽¹⁾. كما أنه ملزم برد ما حصل عليه من غلّة الشيء المرهون⁽²⁾، وعليه أن يرد الشيء المرهون بالحالة التي كان عليها وقت التسليم⁽³⁾. أما نفقات رد المرهون فهي على الراهن إلا إذا اتفق الراهن والمرتهن على غير ذلك كأن تكون مناصفة بينهما أو أن تكون على الدائن المرتهن⁽⁴⁾.

(1) المادة(1168) من القانون المدني العراقي.

(2) د. احمد سلامة، مصدر سابق،ص383.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق،ص256.

(4) د. احمد سلامة، مصدر سابق،ص383.

المبحث الثالث

آثار الرهن الحيازي بالنسبة للغير

إذا انعقد الرهن الحيازي صحيحا وتحققت شروط نفاذه في حق الغير، فإنه يترتب للدائن المرتهن حقوق في مواجهة الغير كحق الحبس وحق التقدم وحق التتبع. وعليه سنقسم دراستنا في هذا المبحث بأربعة مطالب سندرس في المطلب الأول شروط نفاذ الرهن الحيازي بحق الغير، والمطلب الثاني سندرس فيه حق الحبس، والمطلب الثالث حق التقدم، والمطلب الرابع حق التتبع.

المطلب الأول: شروط نفاذ الرهن الحيازي بحق الغير:

سندرس هذا المطلب بفرعين سنوضح في الفرع الأول المقصود بالغير، والفرع الثاني سندرس نفاذ الرهن في حق الغير.

الفرع الأول: المقصود بالغير:

الغير هو كل شخص يضار من الرهن الحيازي ويتأثر حقه بوجود حق الدائن المرتهن ويشمل الطوائف الآتية:

أولاً: الدائنون العاديون، وهم الذين لهم حق على جميع أموال المدين بما فيها الأموال المرهونة، وهم متساوون في هذه الأموال، وهذا هو حق الضمان العام على جميع أموال المدين⁽¹⁾.

ثانياً: الدائنون الذين لديهم حق عيني تبقي على المال المرهون، كحق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي أو حق امتياز⁽²⁾.

ثالثاً: كل شخص له حق عيني أصلي على المال المرهون، كما إذا انتقلت ملكية المرهون إلى مالك آخر، وتم تأشير ملكيته بدائرة التسجيل العقاري بعد قيد الرهن بذات الدائرة فإن هذا المالك الآخر يعد من الغير⁽³⁾.

الفرع الثاني: نفاذ الرهن في حق الغير:

حتى ينفذ الرهن الحيازي في حق الغير يجب تحقق الشروط الآتية:

(1) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص137.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص841.

(3) المصدر نفسه، ص841.

أولاً: انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى العدل الذي ارتضاه المتعاقدان ، وهذا المضمون ورد في المادة(1109) في القانون المدني المصري⁽¹⁾.

وفي التشريع العراقي لا يتم الرهن الحيازي ولا يلزم إلا بالقبض أي الحيازة⁽²⁾.

ويستطيع العدل أن ينوب عن عدة مرتتهنين لنفس الشيء المرهون، ويصح أن يكون أحد الدائنين المرتتهنين حائزاً للمرهون أصالة عن نفسه ونائباً عن غيره من الدائنين المرتتهن بصفته عدلاً، وهذا الجواز يمكن الراهن من أن يرهن الشيء رهن حيازة أكثر من مرة⁽³⁾.

والهدف من انتقال الحيازة من الراهن إلى الدائن المرتتهن هو تمكين الأخير من حبس العين المرهونة إلى أن يستوفي حقه كاملاً وكذلك تمكنه في إدارة المرهون واستثماره والحصول على دينه أو جزء منه من ناتج غلته، وانتقال الحيازة يعد شهراً للرهن الحيازي حتى يعلم الغير بوجود حق الرهن الحيازي على العين المرهونة⁽⁴⁾.

ثانياً: إذا ورد الرهن الحيازي على عقار يشترط أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري إضافة إلى شرط الحيازة وتسليم العقار المرهون إلى الدائن المرتتهن أو إلى العدل يشترط تسجيل الرهن الحيازي الواقع على العقار في السجل العقاري في دائرة التسجيل العقاري، فإذا تم تسليم العقار إلى الدائن المرتتهن ولم يتم التسجيل فإن الرهن الحيازي لا ينعقد ولا يكون نافذاً لا بين المتعاقدين الراهن والمرتهن ولا يكون نافذاً في حق الغير⁽⁵⁾.

أما القانون المدني المصري وفي المادة (1114) فقد اشترط لنفاذ الرهن العقاري الحيازي في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد عقد الرهن بورقة رسمية وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي⁽⁶⁾.

ثالثاً: إذا ورد الرهن الحيازي على منقول يشترط إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص844.

(2) المادة(1/1322) من القانون المدني العراقي.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص846.

(4) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص138.

(5) المادة(1324) من القانون المدني العراقي، والمادة(325) من قانون التسجيل العقاري العراقي.

(6) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص233.

العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ الموثق بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن⁽¹⁾.

والحكمة من هذا الشرط هو احتمال أن يتواطأ الراهن مع المرتهن للإضرار بالغير أو أن يفضل دائن على آخر من خلال تغيير بيانات عقد الرهن بتقديم تاريخه أو زيادة مقدار الدين أو استبدال المرهون بشيء آخر أو أنه ادعى الحيازة وأنه مرتهن برغم أن التسليم كان على سبيل الوديعة أو العارية أو الإيجار⁽²⁾.

رابعاً: إذا ورد الرهن الحيازي على الدين فإنه لا يكون تاماً إلا بحيازة المرتهن بسند الدين المرهون ولا يكون نافذاً في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله إياه ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت لتبليغ الإعلان أو القبول⁽³⁾.

وذاًت المضمون ورد في المادة(1123) من القانون المدني المصري⁽⁴⁾.

ولا يكون رهن الدين نافذاً إلا بتحقيق الشرطين المذكورين وهما انتقال حيازة سند الدين المرهون للدائن المرتهن، والشرط الثاني أن يكون نافذاً في حق المدين بإعلان هذا الرهن إليه بتاريخ ثابت أو قبوله للرهن بتاريخ ثابت⁽⁵⁾.

(إذا كان الدين غير قابل للحوالة أو الحجز فلا يجوز رهنه)⁽⁶⁾. وذاًت النص ورد في المادة(1125) من القانون المدني المصري⁽⁷⁾.

المطلب الثاني: حق الحبس:

نصت المادة(1342) (للمرتهن حبس المرهون دون إخلال بما للغير من حقوق تم كسبها وفقاً للقانون وإذا خرج المرهون من يده دون إرادته أو دون علمه، كان له استرداد

(1) المادة(1344) من القانون المدني العراقي، والمادة(1117) من القانون المدني المصري.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص234.

(3) المادة(1354) من القانون المدني العراقي.

(4) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص140.

(5) المصدر نفسه، ص140.

(6) المادة(1355) من القانون المدني العراقي.

(7) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص140.

حيازته من الغير وفقا لأحكام الحيازة).

وذاات المضمون ورد في المادة(1110) من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

وحق الحبس هو أحد السلطات التي يخولها حق الرهن الحيازي للدائن المرتهن ويكون له بمقتضاه أن يحبس المال المرهون بيده حتى يستوفي حقه كاملا وسواء كان المرهون عقارا أم منقولا في يد الدائن المرتهن أو في يد العدل الذي اتفق عليه المتعاقدان الراهن والمرتهن، فإن العدل يكون حائزا لحساب الدائن المرتهن فإذا أخلّ العدل بواجبه كان مسؤولا عما يلحق الدائن المرتهن من ضرر⁽²⁾.

وحق الحبس لا يستخدم من قبل الدائن المرتهن إلا بضمان الدين المضمون بالرهن ولا يحق له أن يحبس المرهون لديون أخرى مستحقة له على الراهن سواء كانت قبل الرهن أو بعده⁽³⁾.

وسلطة حبس المرهون يستخدمها المرتهن في مواجهة الراهن أو الغير وله أن ينفذ على المرهون عند حلول أجل الدين، أما الحقوق التي للغير والسابقة على قيد الرهن فإنها لا تتأثر بحق الحبس⁽⁴⁾.

وحق الحبس يشمل إضافة إلى أصل المرهون ملحقاته كالعقار بالتخصيص وحقوق الارتفاق وغير ذلك⁽⁵⁾.

وحق الدائن المرتهن في حبس الشيء المرهون غير قابل للتجزئة، وسواء كان الشيء المرهون قابلا للانقسام أم غير قابل للانقسام، ذلك أن الرهن لا يتجزأ، فإذا بقي من الدين المضمون جزءا قليلا كان للمرتهن أن يحبس المرهون حتى يستوفي كامل حقه من أصل الدين وملحقاته، وقاعدة عدم تجزئة الرهن ليست من مستلمات الرهن بل من طبيعته فللمتعاقدين أن يتفقا صراحة على خلافها. فإذا كان المرهون شيئين وعين كل منهما مقدار من الدين وأدى الراهن مقدارا من الدين وأدى الراهن مقدار ما عليه

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص260.

(2) المصدر نفسه، ص260.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص860، د. محمد طه البشير، مصدر سابق، ص238.

(4) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص141.

(5) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص856.

لأحدهما، كان له أن يأخذه⁽¹⁾.

فإذا كان المرهون قابلاً للتجزئة وعيّن لكل جزء مقدار من الدين وأدى الراهن جزءاً من الدين لأحد أجزائه، حرر ذلك الجزء من الشيء المرهون وأعيد إلى الراهن.

وإذا خرج الشيء المرهون من يد الدائن المرتهن دون إرادته كأن يكون قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب، يجوز له أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة⁽²⁾.

وهذا الجواز أعطى لمالك المنقول أو السند لحامله إلا أنه يدخل ضمن التزامات المرتهن في إدارة المرهون والحفاظ عليه ويجب عليه إخطار الراهن.

وذاً المضمون ورد في المادة (1/977) من القانون المدني المصري⁽³⁾.

المطلب الثالث: حق التقدم:

نصت المادة (1343)(1). يخول الرهن الحيازي المرتهن أن يتقاضى الدين من ثمن المرهون في مرتبته وقبل الدائنين العاديين.

2- ولا يقتصر الرهن الحيازي على توثيق أصل الدين بل يوثق أيضاً وفي نفس المرتبة، النفقات الضرورية التي صرفت على المرهون والتعويضات الناشئة عن عيوبه ومصرفات العقد الذي أنشأ الرهن والمصرفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن والفوائد التي نص في العقد على سعرها، ومبدأ سريانها وجميع فوائد التأخير).

أما المشرع المصري فلم ينظم حق المرتهن في التتبع، واكتفى بنص المادة (1096) التي عرّفت الرهن الحيازي وذكر فيها الحقوق العينية التي تترتب للدائن المرتهن ومنها حق التقدم⁽⁴⁾.

وإنّ المشرع العراقي هو الوحيد من التشريعات العربية الذي نظم حق التقدم بمادة

(1) المادة (1332) من القانون المدني العراقي.

(2) المادة (1164) من القانون المدني العراقي.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 261.

(4) د. بيان يوسف رجب، مصدر سابق، ص 248.

خاصة به، وهذه ميزة جيدة ومسلك حميد تحسب له⁽¹⁾.

إنَّ الرهن الحيازي يمنح الدائن المرتهن حق التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، وهذا الحق ورد بنص المادة(1321) من القانون المدني العراقي التي عرّفت الرهن الحيازي كما مرّ شرحها سابقا، إلا أنه نجد أن المشرع العراقي في نص المادة(1/1343) قد أغفل حق الدائن المرتهن في التقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة من الدائنين المرتهنين، وذكر حق التقدم على الدائنين العاديين فقط.

وميزة التقدم تفترض المزاخمة بين الدائنين حتى ينهض هذا الحق ليتقدم به الدائن المرتهن على سائر الدائنين العاديين أو ذوي الحقوق العينية التبعية التاليين له في المرتبة⁽²⁾.

أما المبالغ التي يضمنها الرهن الحيازي بالتقدم مع أصل الدين فهي كالآتي:

أولاً: النفقات الضرورية التي صرفت على المرهون.

ثانياً: التعويضات الناشئة عن عيوب الشيء المرهون وما أصاب الدائن المرتهن من ضرر جراء المحافظة عليه⁽³⁾.

ثالثاً: مصروفات العقد الذي أنشأ الرهن.

رابعاً: المصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي⁽⁴⁾.

خامساً: الفوائد التي نص عليها في عقد الرهن الحيازي ومبدأ سريانها وسعرها وجميع الفوائد التأخيرية.

وتتحدد مرتبة الدائن المرتهن في الرهن الحيازي عند تزاممه مع غيره من الدائنين بحسب التاريخ الثابت إذا كان منقولا وأن الحيازة قد انتقلت إليه أو إلى عدل، وبحسب تاريخ تسجيله في دائرة التسجيل العقاري إذا كان عقارا وأن المرهون قد تم قبضة⁽⁵⁾.

(1) المصدر نفسه، ص248.

(2) د. محمد طه البشير، مصدر سابق، ص242، د. بيان يوسف رجب، مصدر سابق، ص247.

(3) المصدر نفسه، والصفحة نفسها، د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص263.

(4) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(5) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص264.

أما إذا لم يكن مع الدائن المرتهن سوى الدائنين العاديين فإنه يتقدم عليهم جميعاً⁽¹⁾.
أما إذا هلك الشيء المرهون بفعل الغير ودفع هذا الغير تعويضاً عما سببه من ضرر أو هلاك، فيحل التعويض حلاً عينياً محل الشيء المرهون ويكون مرهوناً مثله، وكذلك إذا كان الشيء المرهون مؤمناً عليه ودفع عنه مبلغاً من شركة التأمين، فيكون ذلك المبلغ مرهوناً لصالح الدائن المرتهن بالحلول العيني، أو إذا تم استملاك المرهون للمنفعة العامة فإن ثمن الاستملاك يحل محل المرهون حلاً عينياً ويصبح مرهوناً مثله⁽²⁾.

المطلب الرابع: حق التتبع:

نصت المادة (134) من القانون المدني العراقي (للمرتهن أن يستوفي حقه من المرهون رهناً حيازياً حتى لو انتقلت ملكيته إلى أجنبي، غير أنه للأجنبي أن يوفي الدائن حقه فيحل فيه محله إلا في رهن قدمه غير المدين ضماناً لنفس الحق).

أما المشرع المصري فإنه لم ينظم حق التتبع بنص خاص كما نظمته المشرع العراقي، واكتفى بالإشارة إليه الواردة في تعريف الرهن الحيازي بنص المادة (1096)⁽³⁾.

والمقصود بحق التتبع هنا هو التتبع القانوني وليس التتبع المادي لمحل الرهن لأن المرهون في الرهن الحيازي هو في حيازة الدائن المرتهن أو العدل⁽⁴⁾، إذ قد يتصرف الراهن ببيع المرهون أو ترتيب حق عيني عليه، وفي هذه الحالة يستطيع الدائن المرتهن وعند حلول أجل الدين التنفيذ على المرهون في مواجهة من انتقلت إليه ملكية المرهون بالبيع أو من حصل على حق عيني قابل للبيع بالمزاد العلني استقلالاً كحق الانتفاع مثلاً طالما كان الرهن سارياً في مواجهتهم⁽⁵⁾.

وجدير بالذكر أن قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل وفي الفقرة ثالثاً/1، من المادة (64) قد منع المساهم من القطاع الخاص من بيع ملكية أسهمه إذا

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص 849.

(2) المصدر نفسه، ص 848.

(3) د. بيان يوسف رجيبي، مصدر سابق، ص 239.

(4) د. محمود وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1995، ص 236.

(5) د. محمد لبيب شنب، دروس في التأمينات العينية الشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 178.

كانت مرهونة.

ولولا وجود حق التتبع لما استطاع الدائن المرتهن التنفيذ على المال المرهون بمواجهة من انتقلت إليه ملكية المرهون طالما لم يكن مسؤولاً عن الدين لأنه لا يجوز التنفيذ إلا على أموال المدين وهي في الأصل ضامنة للوفاء بديونه ولا يجوز التنفيذ على أموال غير المدين إلا إذا كان كفيلاً للمدين⁽¹⁾.

ويستطيع الغير الذي تتم اجراءات البيع في موجهته أن يختار سداد دين الدائن المرتهن، إذا كان ذلك في مصلحته كأن يكون أنه لم يدفع قيمة المال المثقل بحق الرهن الحيازي إلى الراهن أو أن المتبقي بزمته من الثمن يساوي أو يفوق دين الدائن المرتهن، وإذا سدد دين الدائن المرتهن فإنه يحل محله عملاً بقاعدة الوفاء مع الحلول⁽²⁾.

(1) حسين عبد اللطيف حمدان، مصدر سابق، ص274.

(2) د. بيان يوسف رجيبي، مصدر سابق، ص243.

المبحث الرابع

انقضاء الرهن الحيازي

قد ينقضي الرهن الحيازي بصفة تبعية تبعا للدين المضمون، وقد ينقضي بصفة أصلية مستقلا عن الدين المضمون، وعليه سنقسم بحثنا لهذا الفصل مطلبين هما:

المطلب الأول: انقضاء الرهن بصفة تبعية.

المطلب الثاني: انقضاء الرهن بصفة أصلية.

المطلب الأول

انقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية

الرهن حقّ تبعية يرتكز في وجوده وصحته وانقضائه على حق أصلي يقوم لضمان الوفاء به، فإذا انقضى الدين المضمون لأي سبب من أسباب الانقضاء فإنه ينقضي تبعا له، لذا سنقسم دراستنا لهذا المطلب بفرعين سنتناول في الأول انقضاء الرهن الحيازي تبعا لبطلان العقد أو فسخه ، وفي الفرع الثاني نتناول فيه انقضاء الرهن الحيازي والطرق العامة لانقضاء الالتزام.

الفرع الأول: انقضاء الرهن الحيازي تبعا لبطلان العقد أو فسخه :

ينقضي الرهن الحيازي إذا كان مصدر الدين باطلا أو إذا كان العقد معلقا على شرط فاسخ فيتحقق الشرط فيزول العقد وينتهي الالتزام بعد نشوئه ، لذا سنقسم دراستنا لهذا الفرع من زاويتين هما: الأولى سندرس فيها انقضاء الرهن الحيازي بسبب البطلان ، والزاوية الثانية انقضاء الرهن الحيازي بسبب الفسخ.

أولا: انقضاء الرهن الحيازي بسبب البطلان:

إذا كان العقد الذي أنشأ الالتزام المضمون بالرهن الحيازي باطلا فلا أثر له ولا يفيد حكما فهو منعدم قانونا، وإذا أبطل العقد وجب إعادة كل شيء إلى أصله ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد⁽¹⁾. ويبطل تبعا له حق الرهن الحيازي ، أي أنه يبطل تبعا لزوال الدين الذي أبطل مع إبطال العقد الذي أنشأه⁽²⁾.

ويكون العقد باطلا إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن لم يكونا أهلا للتعاقد أو لانعدام محل العقد أو أن يكون السبب غير مشروع أو أن يكون العقد غير مستوفٍ للشكل الذي فرضه القانون إذا كان من العقود الشكلية⁽³⁾.

وإذا كان العقد باطلا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به وأن يدفع بالبطلان كالدائن المرتهن أو الكفيل العيني، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها⁽⁴⁾.

(1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص123.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص864.

(3) المادة(137) من القانون المدني العراقي.

(4) المادة (141) من القانون المدني العراقي.

أما إذا كان العقد باطلا بطلانا جزئيا، أي أن يكون شق منه باطلا وشق منه صحيحا، فهذا الشق الباطل وحده هو الذي يبطل أما الشق الصحيح فيبقى صحيحا ولا يناله البطلان، ويكون عقدا مستقلا إلا إذا كان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا⁽¹⁾.

فالعقد هنا لا يبطل بل ينقضي إذا أمكن الفصل بينهما بين الشق الباطل والشق الصحيح، وعاء الإثبات يقع على عاتق من يتمسك بالشق الصحيح من العقد⁽²⁾.

و الرهن الحيازي عند تطبيق نظرية انتقاص العقد فإن الشق الباطل من عقد الالتزام الأصلي لا يؤثر في صحة الرهن بل يبقى الرهن صحيحا لا يناله البطلان طالما بقي منه شقا صحيحا فالرهن يضمن ذلك الشق الصحيح إلا أنه لا يضمن الشق الباطل⁽³⁾.

ثانيا: انقضاء الرهن الحيازي بسبب الفسخ:

الفسخ ينهي الرابطة التعاقدية الملزمة للجانبين أي لطرفي العقد الدائن والمدين، أما العقود الملزمة لجانب واحد فلا يكون فيها الفسخ لأن أحد طرفي العقد مدين غير دائن ولا يوجد التزام على عاتق الطرف الآخر فهو دائن غير مدين، والفسخ لا يكون إلا في العقود التي تنشأ التزامات متقابلة على عاتق طرفي العقد⁽⁴⁾.

والفسخ ينهي الالتزام بعد نشوئه، وهو على ثلاثة أنواع:

فهو إما أن تحكم به المحكمة بطلب أحد المتعاقدين بفسخ العقد لعدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه وذلك بعد اعذاره بواسطة الكاتب العدل وتنبيهه بتنفيذ التزامه ضمن مدة زمنية محددة، وإلا فإنه سيطلب من المحكمة الفسخ، وللمحكمة سلطة تقديرية في الحكم به أو رد دعوى الفسخ إذا كان عدم وفاء الالتزام قليلا لا يتناسب مع جملة الالتزام⁽⁵⁾.

أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا فلا حاجة للاعذار؛ لأن الاعذار وجد لتنبيه

(1) المادة (139) من القانون المدني العراقي.

(2) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص 125.

(3) حسين عبد اللطيف حمدان، مصدر سابق، ص 280.

(4) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص 175.

(5) المادة (1/177) من القانون المدني العراقي.

المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه⁽¹⁾.

وإما أن يكون الفسخ بحكم الاتفاق بين المتعاقدين من تلقاء نفسه من دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الاعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان على عدم ضرورته⁽²⁾.

فإذا تحقق الشرط الفاسخ الذي اتفق عليه المتعاقدان صراحة زال الالتزام بأثر رجعي منذ نشوئه وإعادة كل شيء إلى ما كان عليه من قبل⁽³⁾. وإذا تخلف الشرط لزم العقد، وإذا تحقق الشرط فسخ العقد ألزم الدائن برد ما أخذه فإذا استحال رده وجب الضمان عليه⁽⁴⁾.

وهنا إذا تحقق الشرط الفاسخ أدى إلى فسخ العقد تلقائياً فتتقضي كافة الالتزامات وينقضي تبعاً لها الرهن الحيازي.

وإما أن يكون الفسخ بحكم القانون ويسمى (الانفساخ) إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه فينفسخ العقد بحكم القانون من دون حاجة إلى قرار قضائي إلا إذا حدث نزاع في موضوع الاستحالة لسبب أجنبي، ولا يلزم المدين بأي تعويض، أما إذا كانت الاستحالة سببها خطأ المدين فالعقد يتأكد ويلزم ولا يفسخ ويلزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بالتزاماته⁽⁵⁾.

فإذا زال الالتزام المضمون بفسخ العقد انقضى تبعاً لحق الرهن الحيازي⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: انقضاء الرهن الحيازي والطرق العامة لانقضاء الالتزام:

نصت المادة (1346) من القانون المدني العراقي (ينقضي حق الرهن الحيازي

(1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص 177.

(2) المادة (178) من القانون المدني العراقي.

(3) محمد محمود المصري، ومحمد احمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 28.

(4) المادة (1/289) من القانون المدني العراقي.

(5) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص 18.

(6) د. محمد وحيد الدين سوار، مصدر سابق، ص 241.

بانقضاء الدين الموثق، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته).

وذا ت النص ورد في المادة(1112) من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

وهو ذات النص الذي ينقضي به الرهن التأميني الذي أورده المادة(1/1315) من القانون المدني العراقي الخاصة بانقضاء الرهن التأميني، لذا نحيل إلى ما سبق أن فصلناه في هذا الشأن بدراستنا لانقضاء الرهن التأميني بصفة تبعية وذلك للتماثل بين انقضاء الرهن التأميني وانقضاء الرهن الحيازي بصفة تبعية أي تبعا للالتزام المضمون. المطلب الثاني: انقضاء الرهن الحيازي بصفة أصلية: كما ينقضي الرهن الحيازي بصفة تبعية، كذلك ينقضي بصفة أصلية أي بصفة مستقلة عن الدين المضمون، فينقضي وحده من دون أن ينقضي الدين المضمون بالرهن الحيازي⁽²⁾.

وقد نصت المادة(1349) من القانون المدني العراقي على أنه (ينقضي الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية:

أ . إذا بيع المرهون لإيفاء دين آخر وفقا للإجراءات المقررة قانونا.

ب . إذا اجتمع حق الرهن مع حق الملكية في يد شخص واحد ، يعود الرهن إذا زال سبب اتحاد الذمة بأثر رجعي.

ج . إذا تنازل المرتهن عن حق الرهن ولو مستقلا عن الدين، ويجوز أن يستفاد التنازل دلالة، من تخلي المرتهن باختياريه عن حيازة المرهون، أو موافقته على التصرف فيه من دون تحفظ.

د . إذا هلك المرهون).

يقابله نص المادة (1113) من القانون المدني المصري بذات المضمون باستثناء البيع الجبري فإنه لم يرد من ضمن أسباب انقضاء الرهن الحيازي، أما قانون المرافعات

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص265.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، مصدر سابق، ص868.

المصري وهو متأخر في التاريخ عن القانون المدني فقد عدّل هذه المسألة في المادة (690) منه ترتب بموجبها تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهن الرسمية والحيازة⁽¹⁾.

فأسباب انقضاء الرهن الحيازي ببيع المرهون بالمزاد العلني بيعا جبريا وباتحاد الذمة وبتنازل المرتهن من حق الرهن وبهلاك المرهون فهي ذاتها تؤدي إلى انقضاء الرهن التأميني التي تم بحثها سابقا لذا نحيل إلى ما سبق أن فصلناه في انقضاء الرهن التأميني.

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق ، ص 879-880.

الفصل الثالث

مخاطر الائتمان المصرفي

للائتمان المصرفي صور متنوعة وتوجد في كل صورة نوع من المخاطر تتعرض لها المصارف، وقد اقتضت طبيعة هذه المخاطر أن نبحثها في ثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول: مفهوم الائتمان.

المبحث الثاني: صور الائتمان المصرفي.

المبحث الثالث: مخاطر الائتمان المصرفي.

المبحث الأول مفهوم الائتمان

سندرسه بثلاثة مطالب سندرس في المطلب الأول التعريف بالائتمان، وفي المطلب الثاني سنتناول لمحة تاريخية عن الائتمان ، أما المطلب الثالث فسندرس فيه أنواع الائتمان.

المطلب الأول: تعريف الائتمان وأهميته :

سندرس هذا المطلب بفرعين سنعرّف الائتمان في الفرع الأول، والفرع الثاني سندرس فيه أهمية الائتمان.

الفرع الأول، تعريف الائتمان:

عرّفه المشرع العراقي في المادة(6/1) من الباب الأول من قانون البنك المركزي العراقي رقم(64) لسنة 1976 الملغى (الائتمان: التسهيلات والقروض والسلف النقدية بأشكالها وآجالها المختلفة التي تقدمها المصارف والمؤسسات المالية الوسيطة)⁽¹⁾.

وعرّفه قانون البنك المركزي العراقي النافذ رقم(56)⁽²⁾ الصادر من قبل الحاكم الأمريكي في 2004/3/6 في المادة رقم(1) من القسم الأول(الاعتماد . دفع أي مبلغ مالي أو الالتزام بدفع أي مبالغ مالية في مقابل حق سداد المبالغ المدفوعة والمتأخرة ودفع الفائدة وأية مبالغ مستحقة أخرى على المبالغ الأصلية سواء كانت مضمونة أو غير مضمونة، بالإضافة إلى حق مد فترة استحقاق الدين وإصدار أية ضمانات وشراء ضمان أي دين أو أية حقوق أخرى لتسديد أية مبالغ مالية يكون من شأنه سداد الفائدة إما بشكل مباشر أو عن طريق سعر شراء منخفض).

وعرّفه قانون المصارف العراقي النافذ رقم(94) الصادر من قبل الحاكم الأمريكي بتاريخ 2004/6/7م⁽³⁾. في المادة(1) من الباب الأول (الائتمان . أي صرف لمبلغ من المال أو التزام بصرفه في مقابل حق سداد المبلغ المنصرف والمستحق السداد ودفع فائدة أو غيرها من الرسوم على هذا المبلغ،سواء كان بضمان أو بغير ضمان، وأي تمديد

(1) منشور في الجريدة الرسمية لجمهورية العراق(الوقائع العراقية)، العدد(2533) بتاريخ 14/6/1976.

(2) منشور في الجريدة الرسمية لجمهورية العراق(الوقائع العراقية)، العدد(3982)في حزيران، 2004.

(3) منشور في الجريدة الرسمية لجمهورية العراق(الوقائع العراقية)، العدد(3986) بتاريخ 1/9/2004.

لتاريخ استحقاق الدين، وأي ضمان يتم إصداره، وأي شراء. أما بشكل مباشر أو بسعر شراء مخفض، لسند دين أو غيره من الحقوق التي تخول دفع مبلغ من المال يجوز استخدامه لسداد الفائدة).

ويمكن أن يرد على التعريف الوارد في قانون البنك المركزي العراقي وقانون المصارف العراقي النافذين بأنه غير واضح وغير مترابط ومفرداته ركيكة كما أن التعريف في كل منها يختلف عن الآخر. وبعد البحث عن أسباب هذا الاختلاف وبالرجوع إلى النسخة الانكليزية للقانونين تبين أن تعريف (الائتمان) الوارد في قانون البنك المركزي العراقي هو ذاته الوارد في قانون المصارف العراقي وبذات المفردات من دون تغيير، وبهذا يبدو أن القانونيين المذكورين قد كتبوا باللغة الانكليزية من قبل السلطة الأمريكية الحاكمة، وبعد ذلك تم ترجمتهما ترجمة حرفية سيئة، وحصل الاختلاف لاختلاف المترجمين.

وما أعظم هذه الرزية على بلدنا إنَّ أهم القوانين الاقتصادية النافذة التي تسيّر عجلة الحياة الاقتصادية منذ عشر سنوات تقريباً قد كتبوها أناس لا يستطيعون أن يتفقوا على ترجمة موحدة لتعريف الائتمان حتى وصل الضعف ببعضهم أنه لا يفرّق بين الائتمان والاعتماد فوضع كلمة الاعتماد في قانون البنك المركزي بدلاً من الائتمان. فما بالك في بقية المواد القانونية!!؟

وفي تعريف مختصر للائتمان (الائتمان يعني تقديم مال حاضر لقاء مال مستقبل، ويعرّف اقتصادياً بأنه المال المدفوع بأجل)⁽¹⁾.

وعرّفه آخرون (الائتمان، بأنه التبادل الحالي للبضائع والممتلكات أو الحقوق فيها مقابل وضع قيمة مساوية متفق عليها في المستقبل)⁽²⁾.

(والائتمان المصرفي فإنما يعني به العلاقة التي تنشأ بين البنك وعميله ويتعهد فيها البنك بأداء التزامات معينة تزيد من ائتمان العميل في مواجهة الغير من ناحية، ويعتمد فيها البنك على قدرة العميل على القيام بالتزاماته وفاء بما قد يتكلّف به البنك عند تنفيذ

(1) د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، مصر الإسكندرية، 2007، ص 272.

(2) د. خليل محمد حسن الشماع، إدارة المصارف، مطبعة الزهراء، بغداد، 1975، ص 462.

التزاماته⁽¹⁾.

(والائتمان لغة :هو الثقة ، وفي المعاملات التجارية هو المعاملة بالنسيئة أو الأجل)⁽²⁾.

الفرع الثاني: أهمية الائتمان:

للائتمان أهمية كبيرة ودور مهم في عملية التنمية الاقتصادية ويمكن إجمالها بما يأتي:

أولاً: (بالائتمان تضطلع المصارف بدورها كوسيط مالي بين المودعين الذين يتوفر لديهم فائض عن حاجاتهم من النقود وبين الذين لديهم عجز نقدي، يحتاجون إلى سد هذا العجز بالائتمان)⁽³⁾.

ثانياً: بالائتمان تحقق المصارف الجزء الأكبر من الأرباح وبالأرباح تستطيع أن توسع من دائرة عملها مما يحقق مزيداً من الأرباح⁽⁴⁾.

ثالثاً: إنّ المصارف وفي منحها الائتمان إنما تسهم في زيادة إنتاج القطاعات الإنتاجية إذا ما استخدم هذا الائتمان في تشغيل الطاقة الإنتاجية للمشروعات القائمة وتم استخدامها في شراء مواد ومستلزمات تشغيلية أو دفع أجور العمال⁽⁵⁾.

رابعاً: النشاط الائتماني الجيد يعد مؤشراً إيجابياً للمصرف إذا ما منح على أساس سياسة ائتمانية سليمة وبضمانات حقيقية وتابع تحصيله في مواعيد الاستحقاق⁽⁶⁾.

خامساً: يعد مصدراً رئيساً لرفد وإشباع الحاجات التمويلية لمختلف القطاعات الاقتصادية (الصناعية، والزراعية، والتجارية والاستثمارية)⁽⁷⁾.

(1) د. المعتمد بالله الغرياي، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، مصر الإسكندرية، 2007، ص272.

(2) المصدر نفسه، ص272.

(3) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص57.

(4) المصدر نفسه، ص57.

(5) د. فليح حسن خلف، النقود والبنوك، عالم الكتب الحديثة، الأردن إربد، 2006، ص280.

(6) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص58.

(7) المصدر نفسه، ص57.

سادسا: للائتمان تأثير كبير في الاستقرار الاقتصادي فإذا كانت السياسة الائتمانية العامة التي يضعها البنك المركزي جيدة فإنها تؤثر ايجابيا في النظام الاقتصادي والعكس صحيح فيفترض أن يكون مقدار الائتمان الذي يمنح والقطاعات التي يرفدها وتوقيتات منحه متوافقة ومنسجمة مع حاجات النشاط الاقتصادي وخطط التنمية الاقتصادية. فالزيادة في منحه للأغراض الاستهلاكية يؤدي إلى تدفق قوة شرائية فإذا لم يقابلها زيادة في السلع والخدمات بنسبة متقاربة عند ذاك ترتفع الأسعار ويقع الاقتصاد في حالة تضخم حتمية تزداد نسبته كلما زاد التدفق الائتماني.

وعلى العكس من ذلك إذا كانت القطاعات الاقتصادية بحاجة إلى الائتمان ولم تمنحه المصارف لأي سبب كان سواء كان السبب نقص السيولة لدى المصارف أو بسبب السياسة الائتمانية العامة للبنك المركزي سيكون الاقتصاد في حالة انكماش، وفي كلتا الحالتين يكون التأثير سلبيا في عملية التنمية الاقتصادية والاستقرار الاقتصادي⁽¹⁾.

سابعا: يستخدم حجم الائتمان مع كمية النقود لأجل السيطرة على المشاكل التي يعاني منها الاقتصاد من بطالة أو تضخم أو هبوط قيمة العملة⁽²⁾. فالسياسة الناجحة التي يضعها البنك المركزي وهي عبارة عن مجموعة من الاجراءات التي تهدف إلى التحكم والتأثير في الاقتصاد من خلال التفاعل مع المتغيرات النقدية من عرض النقد وأسعار الفائدة و الائتمان، تؤثر في الحفاظ على قيمة العملة وزيادة الدخل والنتائج القومي⁽³⁾.

ثامنا: تساهم المصارف من خلال الائتمان بزيادة استهلاك البضائع والسلع المعمرة كالسيارات والأجهزة الكهربائية وغيرها لذوي الدخل المنخفضة ، وبذلك تلبي حاجات الأفراد الاستهلاكية⁽⁴⁾.

تاسعا: كلما ازداد حجم الائتمان ازداد التشغيل وقلت نسبة البطالة وازداد الدخل

(1) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص58.

(2) د. مفلح عقل، وجهات نظر مصرفية، ج1، مطبعة البنك العربي، عمان، 1998، ص184.

(3) د. سيف سعيد السويدي، مدخل أساسي للاقتصاد، ط2، مطابع الدوحة، قطر، 2002، ص276.

(4) د. فليح حسن خلف، مصدر سابق، ص280.

والإنتاج القومي⁽¹⁾.

ولأهمية الائتمان وما يؤديه من وظائف متعددة، أخذت جميع الدول تحكم سيطرتها على المصارف من خلال البنك المركزي الذي يضع السياسة الائتمانية ويلزم المصارف بالتقيّد بها⁽²⁾. حتى لا تقع تحت ضرر التضخم الذي يضعف القوة الشرائية للنقود ويرفع المستوى العام للأسعار، ويفقد الفرد ثقته بالعملة فتقل رغبته في الادخار، ويندفع نحو الاستهلاك ويؤدي إلى عجز مستمر في الميزانية العامة للدولة⁽³⁾، ولا تقع تحت ضرر الانكماش الذي ينطوي على ارتفاع قيمة النقود، ويندفع الفرد نحو الادخار وتقل رغبته في الاستهلاك، ينخفض الطلب الكلي على العرض الكلي، مما يدفع المنتجين إلى تقليل إنتاجهم وتسريح أعداد من العمال وتزداد نسبة البطالة، مما يتطلب من البنك المركزي خفض سعر الفائدة لمستوى أدنى مما تحدده قوى العرض والطلب، لتحفيز الإنتاج والاستثمار، وينبغي الحذر من الانخفاض الكبير في سعر الفائدة مما يقلل الحافز على الادخار بالنسبة للأفراد⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: لمحة تاريخية عن الائتمان:

حتى نتعرّف على التاريخ الذي نشأ به الائتمان ومراحل تطوره التاريخية نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نبين في الفرع الأول الائتمان في العصور القديمة وفي الثاني الائتمان في العصور الوسطى وفي الثالث الائتمان في العصور الحديثة.

الفرع الأول: الائتمان في العصور القديمة:

أول من تعامل في الائتمان العراقيون القدماء، فتعامل به السومريون قبل (3500ق.م) وتعامل به البابليون قبل (2000ق.م) فكانت المصارف في المعابد خشية عليها من السرقة كون المعابد تعد الأكثر أماناً إضافة إلى وجود الناس فيها بشكل

(1) د. حمزة محمود الزبيدي، إدارة الائتمان المصرفي والتحليل الائتماني، ط1، مؤسسة الوراق، عمان، 2002، ص65.

(2) د. عبد المنعم السيد علي، مدخل في علم الاقتصاد، ج2، مكتبة الجامعة المستنصرية، 1984، ص176.

(3) د. ناظم محمد نوري الشمري، العقود والمصارف، مديرية دار الكتب للطباعة، الموصل، 1988، ص264، د. هوشيار معروف، تحليل الاقتصاد الكلي، ط1، دار الصفاء، عمان، 2005، ص200.

(4) د. عوض فاضل إسماعيل، النقود والبنوك، دار الحكمة للطباعة، الموصل، 1990، ص547.

مستمر وبأعداد كبيرة لغرض أداء العبادة ولغرض التسوق كونها كانت مركزا للتسوق⁽¹⁾.

فقد اشتهرت مصارف كبرى في زمن البابليين مثل مصرف (أجيبي) وأجيبي هو أحد الأغنياء ، وسمي المصرف على اسم مؤسسة أجيبي في القرن السابع ق.م وكان المصرف في مدينة (سيبار)⁽²⁾. ومن المصارف المشهورة الكبيرة مصرف (الموارشو) في مدينة (نيبور)⁽³⁾. ومصرف (الأنيازير) في مدينة أور، إضافة إلى وجود العديد من المصارف الصغيرة التي كانت تتعامل بالائتمان وتمنحه مقابل الرهن، وكان التعامل بالائتمان وهو القرض آنذاك ليوّظف في مختلف المجالات منها الزراعية والعقارية⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الائتمان في العصور الوسطى:

كانت المصارف تؤدي أعمالها في أديرة الرهبان، وفي القرن الثالث والرابع الميلادي برز اليهود واشتهروا خاصة في مجتمعات أثنا وروما في منحهم القروض مقابل حصولهم على الربا الذي هو محرم في ديانتهم الموسوية إلا أنهم فسّروا هذا التحريم للربا بأنه محرم بين اليهود أنفسهم ولم يحرم على غيرهم⁽⁵⁾.

إنّ أوّل من استخدم كلمة بنك هم الايطاليون ، وهي مأخوذة من كلمة بنكو (Banko) ومعناها بالايطالية منضدة أو طاولة، حيث كانت تمارس أعمال الصرافة في الأماكن العامة على الطاولة أو منضدة ذات واجهة زجاجية يبيعون ويشتررون فيها العملات، وقد نشأ أوّل بنك في مدينة (البندقية) عام (1157م)⁽⁶⁾.

ونتيجة للتوسع في النشاط التجاري ، فقد نشأت المصارف في الموانئ التجارية المهمة، إذ نشأ أوّل بنك في (برشلونة) عام (1401م) ، وفي (جنوا) عام (1408م) ، وفي (فيينا) عام (1587م)، وفي (ميلانو) عام (1593م)، وفي (أمستردام) عام (1609م)،

(1) د. فليح حين خلف، مصدر سابق، ص 237 و 266.

(2) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(3) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(4) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(5) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(6) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

وفي (هامبورغ) عام (1619م)⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الائتمان في العصور الحديثة:

نشأت المصارف بالمعنى الحديث في المملكة المتحدة (بريطانيا)، وأول بنك أعطي حق ممارسة معظم الأعمال المصرفية المعروفة في الوقت الحاضر كقبول الودائع ومنح القروض والتعامل بالكمبيالات وإصدار النقود هو بنك (اسكتلندا) عام 1695م، وكانت معظم القروض عنده تمنح للإمبراطورية البريطانية⁽²⁾.

وكان للثورة الصناعية وظهور الاكتشافات والاختراعات وما صاحبها من توسع تجاري أثر كبير في توسع النشاط الائتماني وزيادة حجم التعامل به⁽³⁾.

أما في العراق فكانت النواة الأولى لتأسيس أول مصرف في بغداد عام 1892م، هو (البنك العثماني) ، ثم تلاه البنك الشرقي البريطاني، ثم البنك الشاهنشاهي الإيراني عام 1916م في البصرة⁽⁴⁾. ثم بقيت فروع هذه المصارف الأجنبية تحتكر الصيرفة حتى عام 1935م عندما تأسس أول مصرف حكومي عراقي هو المصرف الزراعي الصناعي⁽⁵⁾.

وفي عام (1941م) تأسس أول مصرف تجاري حكومي هو (مصرف الرافدين) ، أما البنك المركزي العراقي فقد تأسس بالقانون رقم (72) بتاريخ 1956/7/1م.

وفي العام 1964م تم تأميم كافة المصارف الأهلية الأجنبية العاملة في العراق واستمر حظر المصارف الخاصة من العمل داخل العراق حتى العام 1991 حيث أجاز للشركات المساهمة ممارسة الصيرفة الشاملة⁽⁶⁾.

المطلب الثالث: أنواع الائتمان:

(1) د. محمد علي محمد احمد البناء، القرض المصرفي، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006، ص14.

(2) د. فليح حسن خلف، مصدر سابق، ص238، و267.

(3) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(4) محمود آل جمعة المياحي، نشأة المصارف العراقية الخاصة، صحيفة الدستور، بغداد، العدد (3077) بتاريخ 12/أيار/2014.

(5) زهير علي أكبر، تاريخ الصيرفة في العراق، غرفة تجارة بغداد، انترنت www.bybdadchamber.com

(6) المصدر نفسه، والموقع نفسه.

يصنف الائتمان بمسميات وأنواع مختلفة وسنوضح مسمياته وأنواعه بثلاثة فروع، سنتناول في الفرع الأول أنواع الائتمان بحسب المدة الزمنية ، والفرع الثاني أنواع الائتمان بحسب الغرض منه ، والفرع الثالث تصنيفات أخرى للائتمان.

الفرع الأول: أنواع الائتمان بحسب المدة الزمنية:

يصنف الائتمان بحسب المدة الزمنية إلى ثلاثة أنواع:

أولاً: الائتمان قصير الأجل: ومدته من سنة فما دون، تبدأ من تاريخ منحه إلى تاريخ تسديده أو تجديده، ويستخدم هذا النوع من الائتمان في الغالب لتمويل العمليات التجارية ولتمويل رأس المال العامل أو يستخدم لأغراض تمويل العمليات اليومية للمنتجين وتيسير دورة النشاط التجاري للشركات الإنتاجية كدفع أجور العمال أو شراء بعض مستلزمات الإنتاج والمواد الأولية ، أو يستخدم في عمليات المضاربة التي يمتنها بعض التجار في شراء الأسهم والسندات⁽¹⁾.

وتتسم أسعار الفائدة فيه بأنها منخفضة ذلك بسبب قصر أجل استحقاقه ، ويطلق على هذا النوع من الائتمان بالتسهيلات المصرفية⁽²⁾.

ويكون هذا النوع من الائتمان أقل عرضة للمخاطر⁽³⁾.

ولا تمنح التسهيلات المصرفية لمن يطلبها إلا بقرار لجنة يشكلها مجلس إدارة المصرف لهذا الغرض (لجنة التسهيلات المصرفية)، وغالبا ما يرأس هذه اللجنة رئيس مجلس إدارة المصرف، وتقوم هذه اللجنة بدراسة الطلب المقدم من طالب التسهيلات المصرفية، وتقوم بتحليل مركزه المالي وطبيعة نشاطه وحركة الحساب لديه من سحب وإيداع في حسابه الجاري، ومصادر تسديده للائتمان وملائته المالية، والضمانات المقدمة... الخ ثم تتخذ قرارها بالمنح أو عدمه.

فالمصرف الذي يكون جهازه الائتماني قويا يكون مركزه المالي قويا والعكس

(1) أحمد محمود عمارة، البنوك التجارية من الناحية العملية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص12.

(2) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(3) د. مصطفى رشدي شبحه، الاقتصاد النقدي المصرفي، مطبعة الدار الجامعية، بيروت، 1985، ص228.

صحيح⁽¹⁾.

ثانيا: ائتمان متوسط الأجل: تتراوح مدة هذا الائتمان بين السنة الواحدة إلى خمس سنوات، ويستخدم لأغراض توسيع المشاريع ويستطيع المقترض تسديده من أرباح تلك المشاريع وعوائدها⁽²⁾.

ثالثا: ائتمان طويل الأجل: ومدته أكثر من خمس سنوات ليصل أحيانا إلى خمسة وعشرين عاما، و الائتمان طويل الأجل والمتوسط الأجل غالبا ما يستخدم في المشاريع الاستثمارية كإنشاء مصنع أو التوسع فيه بإنشاء خط انتاجي جديد، أو يستخدم لإنشاء مشروع سياحي أو سكني⁽³⁾.

إنّ المصارف لا تقدم على منح هكذا ائتمان إلا بتقديم دراسة الجدوى الاقتصادية لهكذا مشاريع، وهذه الدراسة تكون معدة من قبل مكتب متخصص بدراسة الجدوى ومعتد من قبل المصرف ، ويقوم المصرف بدوره بالتحقيق من هذه الدراسة وتقييمها والوقوف على دقة بياناتها والمعالجات المالية التي تضمنتها والخطط التسويقية فيها، وفي ضوء ذلك يتخذ المصرف القرار بمنح الائتمان المطلوب أو عدم منحه⁽⁴⁾.

أو أن يتخذ المصرف قرارا بمنح جزءا من الائتمان المطلوب بعد مشاركة مع مصارف أخرى على منح كامل الائتمان المطلوب، ونكون هنا أمام مدين واحد ودائنين متعددين، وهذا قد يحصل إذا كان الائتمان المطلوب كبيرا بحيث لا يستطيع مصرف واحد تحمّل أعباءه.

وبسبب طول أجل هذا الائتمان وزيادة نسبة المخاطر المحيطة به فإن سعر الفائدة يكون مرتفعا فيه بالمقارنة مع سعر الفائدة في الائتمان قصير الأجل⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: أنواع الائتمان بحسب الغرض منه:

(1) احمد محمود عماره، مصدر سابق، ص12.

(2) د. مصطفى رشدي شيجه، مصدر سابق، ص226.

(3) احمد محمود عماره، مصدر سابق، ص14.

(4) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(5) د. حمزة محمود الزبيد، مصدر سابق، ص96.

وهذا الائتمان على ثلاثة أنواع:

أولاً: الائتمان التجاري:

وهو الائتمان الذي يمنح لأغراض تجارية ولممارسة مختلف الأنشطة التجارية الداخلية والخارجية، وتسوية الالتزامات المالية الناشئة عن التجارة الدولية ، التي يقدم فيها الائتمان للمصدر الذي يكون بحاجة إلى إنتاج السلعة التي تعاقد على تصديرها أو تقدم للمستورد الذي يحتاج إلى السيولة النقدية لاستيراد البضاعة المطلوبة⁽¹⁾.

كذلك يطلبه المضاربون لشراء الأسهم والسندات أو شراء العقارات ، ويمنحه تجار الجملة إلى تجار المفرد، ويمنحه تجار المفرد إلى المستهلكين، وهو بطبيعته يكون قصير الأجل⁽²⁾.

ثانياً: الائتمان الاستثماري:

يرتبط هذا النوع من الائتمان بتوفير التمويل لإقامة مشاريع إنتاجية صناعية أو زراعية أو لتطوير أو توسيع مشاريع قائمة أو تحديث مكائن ومعدات تعرضت للاندثار أو الاستهلاك أو لمواكبة التطور الفني والتقني للحاق بركب التطور والحضارة، أو يستخدم لتمويل مشاريع استثمارية أو يستخدم لمشاريع الاسكان⁽³⁾.

وهذا النوع من الائتمان يمثل ركيزة مهمة وعامل أساس من عوامل زيادة الإنتاج الصناعي أو الزراعي، ويسهم في زيادة الإنتاج وزيادة الدخل القومي⁽⁴⁾. ويسهم في حفظ نسبة البطالة لحاجة تلك المشاريع إلى أعداد كبيرة من الأيدي العاملة⁽⁵⁾.

ومن غير الممكن أن نرى بلداً متطوراً صناعياً أو زراعياً أو في مختلف القطاعات الأخرى من غير استخدام الائتمان الاستثماري ، فرسم سياسة استثمارية علمية تحدد حجم وسبل استخدامه ومنحه للقطاعات التي يحتاجها البلد وتوفير البيئة الجاذبة للاستثمار

(1) د. مصطفى رشدي شيعه، مصدر سابق، ص228.

(2) د. فليح حسن خلف، مصدر سابق، ص104.

(3) المصدر نفسه، ص269.

(4) د. أسامة محمد الخولي، ود. زينب عوض الله، اقتصاديات النقود والتمويل، الدار الجامعة، بيروت، 2005، ص122.

(5) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

سينطلق حتما بعملية التطور والتقدم إلى أمام⁽¹⁾.

ويلجأ الكثير من البلدان إلى إنشاء مصارف متخصصة لدعم ورغد القطاعات التي تحتاج إلى هكذا ائتمان كالمصرف الصناعي والمصرف الزراعي والمصرف العقاري.. الخ فهذا النوع من الائتمان لا يمكن الاستغناء عنه ولا يمكن أن نتصور أن هناك مشاريع عملاقة قد بنيت أو ستنشأ من غير الاعتماد عليه أو الاستعانة به. ويمكن القول بأن الائتمان الاستثماري مفتاح التطور لأي بلد إذا ما أحسن التخطيط له وسهل اجراءات تنفيذه وتم توظيفه لخدمة عملية التنمية الاقتصادية⁽²⁾.

ثالثا: الائتمان الاستهلاكي:

وهو الائتمان الذي يمنح للأفراد عند ما تعجز دخولهم ومدخراتهم عن تلبية حاجاتهم الاستهلاكية ، ويستخدم هذا الائتمان في الاستهلاك الشخصي ك شراء الأثاث المنزلية والسلع المعمرة أو شراء السيارات التي تستخدم للأغراض الشخصية، فتمنحه المصارف والشركات التي تبيع للأفراد وخاصة الموظفين بالتقسيط، وكذلك يمنحه تجار المفرد إلى المستهلكين⁽³⁾.

وهذا النوع من الائتمان يزيد الطلب على السلع والخدمات مما يشجع المنتجين على زيادة الإنتاج⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: تصنيفات أخرى للائتمان:

هناك تصنيفات أخرى للائتمان غير التي تم ذكرها آنفا ومنها: الائتمان المصرفي المضمون والائتمان المصرفي غير المضمون، فالأول تؤخذ فيه ضمانات عينية كالرهن التأميني أو الحيازي على العقارات أو الأراضي أو الرهن الحيازي على الأوراق المالية كالأسهم والسندات، وهذه الأنواع من الرهون تعد من أقوى أنواع الضمانات وبضطلع بدور كبير في تأمين المصارف من مخاطر الائتمان، أو رهن الأوراق التجارية كالسفتجة(الحوالة التجارية) أو السند لأمر(الكمبيالة) ويجب أن تظهر بأي بيان يفيد

(1) د. أسامة محمد الخولي، ود. زينب عوض الله، المصدر السابق، ص122.

(2) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(3) د. حمزة محمود الزبيدي، مصدر سابق، ص65.

(4) د. مصطفى رشدي شيهه، مصدر سابق، ص288.

الرهن كأن يذكر (القيمة للضمان) أو (القيمة للرهن)، أما الصك (الشيك) فإنه لا يصح رهنه لأنه أداة وفاء لا أداة ضمان وهو يقوم مقام النقد وهو مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع عليه حتى ولو قدم قبل اليوم المبين فيه تاريخ إصداره، وأي بيان فيه يخالف ذلك لا يعتد به وكأنه لم يكن⁽¹⁾. أو تكون الضمانة شخصية بضمانة كفيل ضامن يضع ذمته المالية للوفاء بالتزامات المكفول⁽²⁾.

أما الائتمان المصرفي غير المضمون فهو يمنح على أساس ثقة المصرف الكبيرة بالزبون من غير ضمانات تذكر، وهو يعرف بالائتمان الشخصي لأن شخصية الزبون لها أثرا كبيرا في منحه، وهذا النوع من الائتمان يكون عرضة للمخاطر، وأن المصارف لا تتوسع في منح هكذا ائتمان⁽³⁾.

وهناك تصنيفات أخرى للائتمان ومنها: الائتمان النقدي (المباشر) و الائتمان التعهدي (غير المباشر) ومثال الأول القروض والسلف والكمبيالات المخصصة والاعتماد للسحب على المكشوف، ومثال النوع الثاني خطاب الضمان والاعتماد المستندي⁽⁴⁾.

وتسميات أخرى للائتمان تبعا للقطاعات التي يتم تمويلها، كالقطاع الصناعي أو القطاع التجاري، أو القطاع العقاري... الخ⁽⁵⁾.

أو يسمى تبعها للجهة المقترضة أي أنه ممنوح للقطاع الخاص أو ممنوح للقطاع العام للمؤسسات العامة أو للخرينة المركزية⁽⁶⁾.

(1) المادة (155) من القانون التجاري العراقي.

(2) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص 66.

(3) د. ناظم محمد نوري الشمري، مصدر سابق، ص 264.

(4) د. حموزة محمود الزبيد، مصدر سابق، ص 104.

(5) د. خليل محمد حسن الشماع، المصارف، مطبعة الزهراء، بغداد، 1995، ص 469.

(6) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

المبحث الثاني صور الائتمان المصرفي

تمنح المصارف عدة أنواع من الائتمان المصرفي ومنه من تدفعه نقدا ويسمى الائتمان النقدي ومنه من تتعهد بدفعه ويسمى الائتمان التعهدي، وعليه سندرس كل هذه الأنواع بخمسة مطالب، المطلب الأول سنبحث فيه القرض المصرفي، والثاني الخصم المصرفي، والثالث الائتمان للسحب على المكشوف، والرابع الائتمان المستندي، والخامس خطاب الضمان.

المطلب الأول: القرض المصرفي:

القرض المصرفي كان وما يزال من أهم الخدمات الرئيسة التي تقدمها المصارف التجارية وأهم نشاط تسعى من خلاله تحقيق أرباحها، وهو أقدم وأبسط صور الائتمان، وهو واسطة المصارف لاستغلال أموال المودعين وتوظيفها في النشاط الاقتصادي ليكون للقروض دور مهم في تمويل حاجات الزراعة والصناعة والخدمات، ولخلق فرص العمل وزيادة القوة الشرائية وتحسين مستوى المعيشة.

لم ينظم قانون التجارة العراقي عقد القرض المصرفي ، لأن هذا النوع من الائتمان لا يقتصر على المصارف أو على التجار وإنما هو من العقود التي يتعامل معه الكافة سواء كانوا تجارا أو غير تجار، لذلك نظم أحكامه القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 في المواد (684- 693) وعرفه المشرع العراقي في المادة (684) من القانون المدني العراقي بنصها (القرض ، هو أن يدفع شخص لآخر عينا معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها).

وقبله المشرع المصري لم ينظم أحكامه في قانون التجارة، ونظم أحكامه في القانون المدني المصري في المواد (538-544) وعرفه في المادة (538) بنصها: (القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله في مقداره ونوعه وصفته)⁽¹⁾.

وعقد القرض من العقود العينية التي لا يتم إلا بالتسليم ، أي بقبض المقترض مبلغ القرض من المصرف المقرض، وإذا هلك العين المقرضة بعد توقيع عقد القرض وقبل

(1) د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعملية البنوك، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص66.

أن يقبضها المقرض فلا ضمان على المقرض⁽¹⁾.

وعقد القرض يعد عملا تجاريا بالنسبة للمصرف تطبيقا لنص الفقرة (ثالث عشر) من المادة (الخامسة) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984م، التي نصت على تجارية عمليات المصارف من دون استثناء وافترضت فيها قصد الربح ما لم يثبت العكس، وعليه فإن عقد القرض هو من العقود التجارية طالما كان المقرض مصرفا.

أما بالنسبة إلى المقرض وإن كان نص الفقرة (أولاً)، من المادة (7) جعلت تجارية العقد يتعلق بصفته إذا كان تاجرا وتعلق العقد بتجارته التي يزاولها على وجه الاحتراف، وبخلافه يكون العقد مدنيا، فمن جانب الزبون المقرض قد يكون عقد القرض تجاريا أو مدنيا، فإذا كان المقرض تاجرا وتعلق القرض بتجارته فإنه يعد عملا تجاريا بلا خلاف فيه، ولكن إذا لم يكن المقرض تاجرا فهل يعد عقد القرض بالنسبة له مدنيا وبالنسبة للمصرف المقرض تجاريا؟ قانون التجارة العراقي النافذ لم يتعرض لهذا عمل مختلط بين العمل التجاري والعمل المدني، في حين نجد أن قانون التجارة العراقي الملغى رقم (149) لسنة 1971، قد اخضع العمل المختلط لأحكام قانون التجارة وعده عملا تجاريا، لكن الفقهاء مجمعون عموما على أنه يعد عملا تجاريا ويخضع لأحكام قانون التجارة⁽²⁾.

عقد القرض في القواعد العامة يفترض فيه التبرع لا تجب فيه الفائدة إلا إذا اشترطت في العقد، وإذا دفع المقرض فائدة تزيد على السعر المحدد قانونا كان له أن يسترد الزيادة⁽³⁾.

أما الفائدة في القرض المصرفي فإنها مفترضة؛ لأن المصارف كل أعمالها تجارية وهي لا تبتغي التبرع في عقد القرض بل الربح ما لم يثبت العكس.

وعقد القرض كبقية العقود التي تقوم على الارادة ، وعليه يجب أن تتوافر في إرادة المتعاقدين أركان العقد من رضا ومحل وسبب، وعقد القرض لا يفترض فيه القانون شكلا محددا، إلا أن المصارف اعتادت على التعامل بنماذج مطبوعة معدة سلفا لعقد القرض وتحدد فيه الفائدة السنوية التي تستقطعها مقدما من مبلغ القرض، ويقيد الباقي من

(1) المادة (686) من القانون المدني العراقي.

(2) د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص77.

(3) المادة (692) من القانون المدني العراقي.

القرض في حساب المقترض الجاري مع المصرف إن كان لديه حسابا جاريا، وإن لم يكن له حسابا جاريا فيسلم له المبلغ نقدا⁽¹⁾. وفي نهاية مدة عقد القرض يغلق الحساب ويطالب المقترض بالدين المتبقي في ذمته وتسري في حقه الفوائد التأخيرية من تاريخ الاستحقاق لغاية يوم التسديد⁽²⁾.

وتقوم المصارف بعدة إجراءات قبل منح القرض، فيقوم بدراسة طلب الزبون للوقوف على مدى صلاحيته ومصادقته على تسديد القرض بعد تحليل شخصيته بدقة وأن الطلب ينسجم مع سياسة الإقراض التي يعتمدها المصرف، بعد التأكد من عدم ادراج اسمه في قوائم المتوقفين عن الدفع مع مصارف أخرى وأن اسمه لم يدرج في القوائم السوداء. وإذا كان الغرض من القرض هو لإقامة مشروع أو توسيع مشروع قائم يقوم المصرف بدراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع، وبعد أن يتأكد المصرف من صحة البيانات والمستندات التي قدمها طالب القرض وتجميع معلومات عنه والوقوف على رأس ماله وأصوله المنقولة وغير المنقولة، وقد يطلب المصرف من الزبون إذا كان شركة الحسابات الختامية وحساب الأرباح والخسائر لآخر ثلاث سنوات ثم يستفسر من البنك المركزي العراقي عن إجمالي التسهيلات الممنوحة له من المصارف الأخرى، وفي ضوء هذه الإجراءات وغيرها يتخذ المصرف قراره بمنح الزبون القرض أو عدم منحه، وإذا قرر المصرف منحه يأخذ منه تعهدا باستخدام مبلغ القرض للغرض الذي منح من أجله وبخلافه يكون مبلغ القرض وفوائده مستحق الأداء للمصرف.

وإذا لم يكن لطالب القرض ضمانات كافية لتغطية مبلغ القرض، فإنه غالبا ما تشترط المصارف على طالب القرض كفيل متضامن ويفضل أن يكون من زبائنهم المعروفين الذين لديه ضمانات عينية مرهونة لصالح المصرف فيكون القرض الممنوح بمعيته⁽³⁾.

المطلب الثاني: الخصم المصرفي:

عرّفه المشرع العراقي في الفقرة(أولا) من المادة(283) من قانون التجارة العراقي بنصها على (الخصم اتفاق يتعهد المصرف بمقتضاه بأن يدفع مقدما قيمة ورقة تجارية

(1) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص69.

(2) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(3) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص69.

أو أي مستند آخر قابل للتداول إلى المستفيد مقابل نقل ملكيته إلى المصرف مع التزام المستفيد برد القيمة إلى المصرف إذا لم يدفعها المدين الأصلي).

وعرّفه المشرع المصري في الفقرة (1) من المادة (351) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م بنصها (الخصم اتفاق يتعهد البنك بمقتضاه أن يدفع مقدما قيمة صك قابل للتداول إلى المستفيد في الصك مقابل نقل ملكيته إلى البنك مع التزام المستفيد برد القيمة الاسمية إلى البنك إذا لم يدفعها المدين الأصلي) ⁽¹⁾.

الخصم نوع آخر من الائتمان المصرفي المباشر، والخصم يبدأ من حاجة حامل الورقة التجارية كالحالة التجارية أو الكمبيالة أو أي سند آخر قابل للتداول إلى النقد فيلجأ إلى المصرف ليأخذ قيمتها مقابل نقل ملكيتها إلى المصرف بتظهيرها له تظهيراً ناقلاً لملكيتها، ويخصم المصرف من قيمتها الفائدة بما لا يتجاوز سعر الخصم الذي يحدده البنك المركزي العراقي، وخصم العمولة المتفق عليها في عقد الخصم إضافة إلى رسوم التحصيل وهي تكاليف تحصيل الورقة التجارية المخصومة التي يقدرها المصرف بحسب مكان تحصيلها والنفقات التي ستصرف لاستحصلها ⁽²⁾.

والخصم يفيد حامل الورقة التجارية إذ يحصل على مبلغ الورقة نقداً بدلاً من أن ينتظر ميعاد استحقاقها، وهو مفيد للمصرف لما يحصل عليه من عمولة وفائدة تبدأ من تاريخ تسليم قيمة الورقة التجارية إلى تاريخ استحقاقها ⁽³⁾.

وفيد المصرف أيضاً فبأمكانه إعادة خصمها لدى البنك المركزي بسعر خصم أقل أو أن يعيد خصمها لدى مصرف آخر.

يجب أن يكون التظهير الناقل لملكية الورقة التجارية غير معلق على شرط، وإذا علق على شرط لا يعتد به قانوناً وكأن لم يكن ⁽⁴⁾.

وتظهير الورقة التجارية المخصومة إلى المصرف ينقل جميع الحقوق الناشئة عنها إلى المصرف، وإذا ذكر مع التظهير عبارة (للتحصيل) أو (القيمة للقبض) أو (للتوكيل)

(1) د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص 57.

(2) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص 72.

(3) المادة (284) من قانون التجارة العراقي.

(4) المادة (52) من قانون التجارة العراقي.

فكل هذه التعابير تدل على أن التظهير على سبيل الوكالة وليس ناقلاً للملكية أي أن المصرف يكون وكيلاً عن المستفيد من الورقة التجارية وليس مالكا لها. أو يذكر مع التظهير عبارة (القيمة للضمان) أو (القيمة للرهن) فهذه التعابير تدل على أن التظهير حاصل على أساس التأمين أو الضمان وليس ناقلاً للملكية فيكون عند ذاك المظهر رهنًا والمظهر إليه المصرف دائناً مرتبها⁽¹⁾.

على المصارف الانتباه إلى عبارة التظهير الناقل للملكية على الورقة التجارية تلافيًا للإشكالات القانونية في تحصيلها⁽²⁾.

وإذا قدم المصرف الورقة المخصوصة للقبول أو للوفاء وامتنع المسحوب عليه عن قبولها أو الوفاء بها وجب على المصرف أن يثبت هذا الامتناع بتحرير احتجاج عدم القبول أو احتجاج عدم الوفاء وفقًا لإجراءات الاحتجاج التي حددها المشرع في قانون التجارة وإلا عُِدَّ مهملاً ويسقط حقه في مواجهة الضامنين بمن فيهم المظهر الذي خصمت الورقة التجارية لصالحه.

والمصرف ملزم بتقديم الورقة المخصوصة للمسحوب عليه للتوقيع عليها بالقبول إذا كان تقديمها واجباً، ويجب على المصرف أن يقدمها للوفاء في ميعاد استحقاقها وإلا عُِدَّ مهملاً وسقط حقه بالرجوع على الضامنين⁽³⁾.

وعلى المصرف إخطار من ظهرها له والساحب بعدم قبولها أو بعدم وفائها خلال أربعة أيام عمل التالية ليوم عمل الاحتجاج، أو ليوم تقديمها للقبول أو الوفاء إذا اشتملت الورقة على شرط (الرجوع بلا مصاريف)⁽⁴⁾، وإلا تعرض المصرف لتعويض الضرر على إهماله بعدم الإخطار بشرط أن لا يتجاوز الضرر مبلغ الورقة المخصوصة، والمصرف لا يسقط حقه إذا لم يقوم بواجب الإخطار في الميعاد المحدد وإنما يلزمه التعويض إذا كان

(1) المادة (58) و(59) من قانون التجارة العراقي.

(2) د. أكرم ياملكي، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص342.

(3) د. عزيز العكيلي، شرح قانون التجارة، ج2، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص471.

(4) المادة (104) أولاً من قانون التجارة العراقي.

له مقتضى⁽¹⁾.

وتلافيا لإشكال وعواقب الاحتجاج والإخطار القانونية والتخلص من مسؤولياتها القانونية، فالمصرف يضع شرطا في نموذج عقد الخصم يسقط حق طالب الخصم في إجراء معاملة الاحتجاج أو الإخطار الوارد في قانون التجارة العراقي وإعفاء المصرف عنها⁽²⁾.

والمصرف لا يقوم بخصم الورقة التجارية إلا إلى زبائنه الذين يثق بهم وعندهم ضمانات مرهونة لصالح المصرف، أو أن يقوم طالب الخصم بتقديم ضمانات يتم استحصال قيمة الورقة المخصومة منها إذا لم يتم استحصالها من قبل المسحوب عليه، أو أن يكون المسحوب عليه من ذوي الثقة والملاءة المالية.

وعلى المصارف مراعاة تقادم الأوراق التجارية المخصومة ويترتب على التقادم انقضاء الدين الثابت في الورقة التجارية، ومدة التقادم الزمني تجاه المظهر للورقة المخصومة والمظهرين الآخرين، أو الساحب سنة من تاريخ الاحتجاج المحرر في الميعاد القانوني، أو من تاريخ الاستحقاق إذا اشتملت الورقة على إعفاء حامل الورقة من عمل ذلك الاحتجاج بإضافة شرط(الرجوع بلا مصاريف).

وتتقادم دعاوى المظهرين تجاه بعضهم البعض أو تجاه الساحب بمضي ستة أشهر من اليوم الذي أوفى فيه المظهر الحوالة أو الكمبيالة أو من يوم إقامة الدعوى عليه . أما تجاه قابلها فتتقادم الدعوى بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق⁽³⁾.

والتقادم ليس من النظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها بانقضاء الدين بالتقادم، بل للملتزم بالورقة التجارية المخصومة التمسك به وطلبه من المحكمة أو أي شخص آخر له مصلحة في هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين.

ويجوز الدفع بالتقادم في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف⁽⁴⁾، وحيث أن التقادم يقوم على قرينة الوفاء فقد أجاز المشرع العراقي دحض

(1) المادة(104) خامسا من قانون التجارة العراقي.

(2) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص57.

(3) المادة(132) من قانون التجارة العراقي.

(4) المادة(442) من القانون المدني العراقي.

تلك القرينة بإحدى الطريقتين:

إما بإقراره بعد اكتمال مدة التقادم بأن ذمته لا تزال مشغولة، وإما بتوجيه اليمين إلى الملتزم بالورقة التجارية المخصوصة المتمسك بالتقادم⁽¹⁾.

وتحليف اليمين توجهه المحكمة من تلقاء نفسها حتى ولو لم يطلبها الدائن، أما إذا توفي المدين فإن اليمين توجه إلى ورثته أو أوليائه إن كانوا صغاراً أو محجورين ويحلفون بأنهم لا يعلمون بوجود الدين⁽²⁾.

فإذا تمسك الملتزم بالورقة التجارية بالتقادم وطلب من المحكمة رد الدعوى، وحكمت به المحكمة برد دعوى المدعي فإن الدين يسقط بأثر رجعي ، أي أنه لا يعد منقضيًا من تاريخ تمام مدة التقادم بل من وقت سريانه ، ولو كان الدين يسقط من وقت تمام مدة التقادم لوجب على المدين المتمسك بالتقادم دفع الفوائد عن المدة الماضية أي من بدء سريان التقادم إلى وقت اكتمال مدته⁽³⁾.

للمصارف التنفيذ على أموال المدينين بالورقة التجارية المخصوصة لدى مديريات التنفيذ مباشرة من غير حاجة إلى إقامة دعوى قضائية للحصول على قرار قضائي بالحق الثابت بالورقة المخصوصة كونها من المحررات التنفيذية⁽⁴⁾.

المطلب الثالث: الائتمان للسحب على المكشوف:

عرّفته الفقرة (أولاً) من المادة(269) من قانون التجارة العراقي بنصها(الائتمان للسحب على المكشوف عقد يضع المصرف بمقتضاه تحت تصرف المستفيد مبلغاً من النقود لمدة معينة أو غير معينة).

وعرّفه المشرع المصري في الفقرة(1) من المادة(338) من قانون التجارة بنصها(الائتمان العادي عقد يضع البنك بمقتضاه تحت تصرف المستفيد وسائل دفع في حدود مبلغ معين)⁽⁵⁾.

(1) د. هاني دويدار، قانون التجارة ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص714.

(2) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص323.

(3) المادة(441) من القانون المدني العراقي.

(4) المادة(14/أ) من قانون التنفيذ العراقي رقم(45) لسنة 1980.

(5) د. عبد الفتاح مراد، موسوعة البنوك ، ج1، الهيئة القومية لدار الكتب ، القاهرة، (د.ت)، ص88.

فإذا كان الائتمان غير محدد المدة كان للمصرف أن يسترده في أي وقت طبقاً للقواعد العامة⁽¹⁾.

المشرع المصري اشترط في المادة (1/339) من قانون التجارة إخطار المستفيد قبل الميعاد الذي يعينه البنك للإيفاء بعشرة أيام على الأقل ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك⁽²⁾.

ونقترح على المشرع العراقي الأخذ بهذا الإخطار حتى لا يفاجأ المستفيد من الاعتماد بإلغاء عقد الاعتماد غير المحدد المدة ويسبب له ضرراً أو اضطراباً في أعماله⁽³⁾.

كما أن المشرع المصري وفي المادة (2/231) من قانون التجارة نصَّ على أن الاعتماد غير المحدد المدة يعد ملغياً بمضي ستة أشهر من تاريخ الإخطار بفتح الاعتماد إذا لم يستعمله العميل ويجوز الاتفاق على خلاف ذلك⁽⁴⁾.

وحسناً فعل المشرع العراقي بعدم وضعه مثل هذا القيد على حرية المستفيد من الاعتماد إذا لم يستعمل مبلغ الاعتماد . ولم يتضح أن هناك ضرراً على المصرف بعدم استخدام مبلغ الاعتماد فإن لم يستفد المصرف من الفوائد الاتفاقية جراء استخدام الاعتماد فإنه يستفاد من العمولة السنوية لقاء منحه الاعتماد⁽⁵⁾.

المشرع لم يحدد شكلاً معيناً لانعقاد عقد الاعتماد ، فهو من العقود الرضائية الذي ينعقد بالإيجاب والقبول من دون مراعاة شكل معين، فهو ينعقد ولو عن طريق المراسلات أو عبر البريد الإلكتروني⁽⁶⁾.

وعقد الاعتماد للسحب على المكشوف من العقود الزمنية المستمرة التنفيذ، وهو قائم على الاعتبار الشخصي لطالب الاعتماد لأن شخصيته تؤخذ بنظر الاعتبار قبل منح

(1) المادة (2/689) من القانون المدني العراقي.

(2) د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص 130.

(3) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص 89.

(4) د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص 131.

(5) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص 79.

(6) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص 79.

الاعتماد وطيلة مدة العقد⁽¹⁾.

وإنه ينقضي ب وفاة المستفيد من الاعتماد أو فقد أهليته أو الحكم عليه بالاعسار أو انتهاء شخصيته إذا كان شخصاً معنوياً⁽²⁾.

وفي حالة وفاة المستفيد من الاعتماد يلزم الورثة بسداد المبالغ المستخدمة من الاعتماد وقبل توزيع التركة، وإذا حرر المستفيد من الاعتماد شيكات أو كمبيالات لصالح الغير قبل وفاته، فعلى المصرف دفعها طالما حررت قبل تاريخ وفاته، وقدمت للمصرف قبل انتهاء مدة الاعتماد⁽³⁾.

وللمصرف الحق بتخفيض مبلغ الاعتماد إذا علم أن الملائه المالية لكفيل المستفيد من الاعتماد أو التأمين العيني أصبحت أقل من مبلغ الاعتماد إذا لم يبادر المستفيد بزيادة الضمان⁽⁴⁾.

وللمصرف إلغاء الاعتماد عند إخلال المستفيد بواجب الثقة معه أو صدور خطأ جسيم منه في علاقته به⁽⁵⁾.

ولم يحدد المشرع الخطأ الجسيم حتى يتسنى التمييز بينه وبين الخطأ البسيط وترك المشرع تقدير جسامة الخطأ للمصرف. ومن اليسير تصنيف البيانات المزورة أو المحرفة التي قدمها المستفيد بأنها خطأ جسيم أو إن المعلومات التي أدلى بها عن نشاطه التجاري كانت كاذبة أو أن استخدامه لمبلغ الاعتماد لغير الغرض الذي صرح به في طلبه أنه خطأ جسيم⁽⁶⁾.

المطلب الرابع : الاعتماد المستندي :

الاعتماد المستندي يعد أهم وسيلة وفاء وضمان سريعة مضمونة لتنفيذ بيوع التجارة الخارجية وعليه سندرسه بثلاثة فروع، سنعرفه ونتناول أهميته في الفرع الأول، وسنبحث

(1) د. اكرم ياملكي، مصدر سابق، ص 311.

(2) المادة (272) من قانون التجارة العراقي.

(3) د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص 133.

(4) المادة (270/ثانيا) من قانون التجارة العراقي.

(5) المادة (271) من قانون التجارة العراقي.

(6) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص 84.

التزامات المصرف في الفرع الثاني، والفرع الثالث سندرس فيه أنواع الاعتمادات المستندية.

الفرع الأول: تعريف الاعتماد المستندي وأهميته:

أولاً: تعريف الاعتماد المستندي:

عرّفه المشرع العراقي في الفقرة (أولاً) من المادة (273) من قانون التجارة (الاعتماد المستندي عقد يتعهد المصرف بمقتضاه بفتح اعتماد لصالح المستفيد بناء على طلب الأمر بفتح الاعتماد، بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل). وهو مستقل عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه، جاء ذلك بنص الفقرة (ثانياً) من المادة نفسها (عقد الاعتماد المستندي مستقل عن العقد الذي فتح الاعتماد بسببه ويبقى المصرف أجنبياً عن هذا العقد).

يقابله نص المادة (1/341 و2) من قانون التجارة المصري وبذات التعريف، إلا أنه أضاف فقرة (ثالثة) إلى المادة نفسها ونصها (تسري فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا الفرع القواعد الواردة الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية)⁽¹⁾. ولم يرد هكذا نص في التشريع العراقي، وعليه فإن المشرع العراقي لم يجعلها مصدراً قانونياً كما جعلها المشرع المصري⁽²⁾.

وعقد الاعتماد المستندي من العقود الرضائية الملزمة للجانبين بما يترتب من التزامات متبادلة على طرفي العقد (الأمر بالاعتماد، والمصرف)، وهو من عقود المعاوضة، فقيام المصرف بفتحه الاعتماد لا يتم للتبرع وإنما لقاء عمولة تؤخذ من الأمر لقاء فتح الاعتماد⁽³⁾.

ومن خصائصه أنه اسمي يجب فيه ذكر اسم المستفيد وأنه لا يقبل التداول بالتظهير، وأنه يقبل أن يعلق على شرط⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الفتاح مراد، مصدر سابق، ص 100.

(2) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص 97.

(3) د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص 324.

(4) د. محمد الكيلاني، الموسوعة المصرفية لعمليات لبنوك، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 170.

ثانياً: أهمية الاعتماد المستندي:

1. يعد أهم وسيلة لتمويل التجارة الخارجية، بصفته أداة ضمان وأداة وفاء، ووسيلة سريعة لتنفيذ البيوع الدولية⁽¹⁾.

2- يؤمن المصالح المتعارضة للبائع والمشتري اللذين يتبعان بلدين مختلفين، به يطمئن البائع إلى قبض قيمة البضاعة من المصرف فاتح الاعتماد متى قدّم مستندات البضاعة المطلوبة ضمن مدة صلاحية الاعتماد، وبه يطمئن المشتري الأمر بفتح الاعتماد إلى أن البائع المستفيد من الاعتماد سي شحن البضاعة وسيسلم مستنداتها إلى المصرف فاتح الاعتماد⁽²⁾.

3- يوفر ضماناً للمصرف فاتح الاعتماد فيكون له الامتناع عن تسليم مستندات البضاعة إلى المشتري الأمر بفتح الاعتماد حتى يقوم الأخير بتسديد مبلغ الاعتماد والعمولة والمصاريف والفوائد التأخيرية.

وإذا لم يدفع تلك المبالغ بعد مضي ستة أشهر من تاريخ تبليغه بوصول المستندات فللمصرف الحق ببيع البضاعة بالمزاد العلني، بعد تبليغ الأمر بموعد البيع ومحلّه ولا تجري الإحالة إذا لم يبلغ البديل أربعة أخماس القيمة المستندية للبضاعة والمصاريف، فإذا لم يبلغ هذا المقدار أجريت مزايمة ثانية وتحال البضاعة بالبديل الذي ترسو به المزايمة. أما إذا كانت الاعتمادات مفتوحة من قبل دوائر الدولة فتعد البضاعة مرهونة ويسري عليها أحكام الرهن⁽³⁾.

4. إنه أداة ائتمان لكل من البائع والمشتري على حدّ سواء، بالنسبة للبائع المستفيد من الاعتماد يستطيع الحصول على ثقة الآخرين إذا كان بحاجة إلى الأموال اللازمة فإنه يسهل حصوله عليها ويسهل حصوله على الائتمان الذي يحتاجه من المصارف أما بالنسبة للمشتري الأمر بفتح الاعتماد فإنه ومن خلال حيازته لمستندات البضاعة فله التصرف بالبضاعة بالبيع أو الرهن على مستندات الشحن وقبل وصول البضاعة إلى ميناء التفريغ مما يتيح له الحصول على التسهيلات اللازمة لتسويق بضاعته أو الوفاء

(1) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص 97.

(2) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(3) المادة (282) من قانون التجارة العراقي.

بالتزاماته⁽¹⁾.

5- إنه أداة وفاء به يحصل البائع على ثمن بضاعته عند تقديمه مستندات شحن البضاعة إلى المصرف فاتح الاعتماد، والمصرف ملزم بتسديد الثمن للبائع مادامت المستندات مطابقة لبيانات وشروط الاعتماد⁽²⁾.

الفرع الثاني: التزامات المصرف فاتح الاعتماد:

أولاً: يلتزم المصرف بفتح الاعتماد المستندي لصالح البائع المستفيد وبالشروط المتفق عليها بين الطرفين الأمر والمصرف في عقد الاعتماد المستندي من مبلغ الاعتماد، إلى طريقة التنفيذ إلى المدة المحددة... الخ.

وعلى الأمر المشتري ملاحظة الاتفاق مع المصرف ليس على مدة الاعتماد وتاريخ بدء سريانه ونفاذه فقط وإنما عليه الاتفاق على المدة اللازمة التي يلتزم بها المصرف بفتح الاعتماد وإخطار البائع المستفيد به، وبخلافها يكون عقد الاعتماد ملغياً، وتعاد إلى الأمر عمولة الاعتماد والتأمينات وكافة المصاريف؛ لأن تأخر المصرف في فتح الاعتماد وإخطار المستفيد به قد يعرض الأمر إلى خسائر كبيرة، فكثيراً ما يحصل أن البائع قد يرجع عن صفقة البيع إذا ما تأخر الاعتماد بسبب ارتفاع سعر البضاعة في السوق أو ارتفاع المواد الأولية الأساسية الداخلة في صناعتها وبالتالي فإنه يرفض الاعتماد ويتحمل الأمر عمولة فتح الاعتماد والمصاريف.

ثانياً: إخطار المستفيد البائع بفتح الاعتماد المستندي لصالحه عن طريق خطاب الاعتماد مع تحديد شروط هذا الاعتماد، ويكون الإخطار إما مباشرة أو بواسطة مصرف آخر يقع في بلد البائع المستفيد ويسمى البنك المبلغ⁽³⁾.

ثالثاً: يلتزم المصرف تجاه البائع (المستفيد) بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها في عقد الاعتماد مادامت المستندات مطابقة لما ورد فيه من بيانات

(1) فيصل محمود مصطفى النعيمات، مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي، ط1، دار النشر والتوزيع، عمان، 2005، ص28.

(2) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص98.

(3) د. أكرم ياملكي، مصدر سابق، ص322.

وشروط⁽¹⁾، وإن الاعتماد مازال نافذا ولم تنتهي صلاحيته.

وأن التزام المصرف مستقل كلياً عن عقد البيع بين المشتري (الآمر) والبائع (المستفيد)، ويبقى المصرف المصدر للاعتماد خارج دائرة هذا العقد⁽²⁾ كما أنه مستقل عن عقد فتح الاعتماد بين الأمر والمصرف، فالالتزام المصرف بدفع قيمة البضاعة إنما هو التزام أصيل ولا علاقة له بأي عقد آخر، والالتزام المصرف في الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء إنما هو التزام قطعي ومباشر تجاه المستفيد⁽³⁾.

رابعاً: يلتزم المصرف باستلام المستندات من المستفيد وفحصها والتحقق من صحتها ومطابقتها لتعليمات الأمر المدرجة بكتاب الاعتماد وشروطه، وللمصرف رفضها إن كانت غير مطابقة⁽⁴⁾.

والمستندات المطلوبة الأمر هو الذي يحددها للمصرف فإذا لم يحددها نوعاً وعدداً، فإن المستندات التي يجب تقديمها كحد أدنى هي تلك المستندات التي يتطلبها عقد البيع (سيف) وهي (وثيقة أو بوليصة الشحن، ووثيقة أو بوليصة التأمين، والفاتورة أو القائمة التجارية، وسند الشحن). وسند الشحن على ثلاثة أنواع:

1. سند الشحن الاسمي، يذكر فيه اسم الشخص المرسل إليه البضاعة وهو المخول الوحيد باستلامها، والتصرف بها، وهذا النوع لا تقبله المصارف لأن إجراءات تداوله فيها شيء من التعقيد، وتداول ملكيتها يتم عن طريق حوالة الحق وبحسب أحكام القانون المدني⁽⁵⁾.

2- سند الشحن للحامل، وهذا النوع ممكن تداوله بالمناولة اليدوية، وفيه مخاطر تتعلق باحتمال فقدانه أو سرقة، لأن حامل المستند هو الذي يستلم البضاعة، وهذا النوع

(1) المادة (274) من قانون التجارة العراقي.

(2) د. عبد جمعة موسى الربيعي، الأحكام القانونية للاعتمادات المستندية والكفالات المصرفية، مطبعة الزمان، بغداد، 2008، ص 30.

(3) المادة (277/أولاً) من قانون التجارة العراقي.

(4) د. عبد جمعة موسى الربيعي، مصدر سابق، ص 37.

(5) فيصل محمود مصطفى آل النعيمات، مصدر سابق، ص 157.

أيضا لا تفضله المصارف⁽¹⁾.

3. سند الشحن الأدنى، وهو الذي يصدر لأمر أو لإذن شخص معين، وهذا النوع يكون قابلا للتداول بالتظهير، ويشترط أن يذكر فيه شروط الإذن صراحة لأن سند الشحن وطبيعته ليس من الاسناد الإذنية⁽²⁾.

وإذا كان سند الشحن غير قابل للتداول ، فعلى المصرف حفاظا على حقه أن يشترط صدور مستند الشحن باسمه، فهو الذي يستلم البضاعة من الناقل في ميناء التفريغ ليستوفي قيمة الاعتماد ويضمن التنفيذ عليها أو استلام مبلغ التأمين عند هلاكها⁽³⁾.

وسند الشحن موقع من الناقل ويثبت بأن البائع قد شحن البضاعة وتسلم هذا السند من الناقل الذي يمثل البضاعة، ويجب أن يكون هذا السند نظيفا خاليا من تحفظات الناقل، وإن هذه التحفظات إن وجدت إنما تؤثر بوجود عيبا في البضاعة أو في طريقة تغليفها، وهذه التحفظات تضعف الثقة بسند الشحن ويعوق من فعالية تداوله⁽⁴⁾.

أما وثيقة التأمين فيجب أن تكون موقعة من شركة التأمين ويجب أن تغطي قيمة البضاعة المؤمن عليها، ويشترط أن تكون مطابقة لما مطلوب في خطاب الاعتماد شكلا وموضوعا، ويجب أن تكون محررة بنفس الشكل الذي حرر به سند الشحن إذا كان إذنيا أو لحامله حتى يمكن تداوله بالتظهير مع بقية المستندات ، وهذه الوثيقة تثبت بأن البائع قد أبرم عقد التأمين طبقا لشروط عقد البيع، وبها يستطيع المشتري من قبض مبلغ التأمين إذا تلفت أو هلكت البضاعة⁽⁵⁾.

على المصرف ملاحظة تاريخ عقد التأمين على البضاعة خشية أن تكون هناك فترة زمنية لم تكن البضاعة مغطاة بالتأمين كأن يكون تاريخ التأمين لاحقا لشحن البضاعة أو

(1) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(2) المصدر نفسه ، والصفحة نفسها.

(3) د. عبد الفتاح مراد، مصدر سابق، ص119.

(4) د. عبد جمعة موسى الربيعي، مصدر سابق، ص114.

(5) د. عبد جمعة موسى الربيعي، مصدر سابق، ص124.

بعد تاريخ استلامها من الناقل⁽¹⁾.

والوثيقة الثالثة والرئيسية هي القائمة التجارية (الفاتورة) ويجب أن تشمل على أوصاف البضاعة وثنائها وتكون مصدقة من الجهة المختصة بالتصديق أو من غرفة تجارة دولة البائع والدائرة القنصلية لدولة المشتري الموجودة في بلد البائع⁽²⁾.

وإذا اشترط المشتري (الآمر) تقديم مستندات أخرى مثل شهادة المنشأ أو شهادة النوعية أو الحالة الصحية، فعلى المصرف درجها في خطاب الاعتماد والتحقق من وجودها ومن صحتها ومطابقتها مع باقي المستندات ، والتأكد من أن المستندات تم تقديمها ضمن صلاحية الاعتماد وأنها صحيحة ومطابقة ولا تناقض بينها كأن تكون الفاتورة وسند الشحن يختلفان من حيث وزن البضاعة ونوعها، وكأن تشير الفاتورة إلى أن البضاعة مؤمن عليها تأميناً شاملاً من كل المخاطر في حين وثيقة التأمين تتضمن إعفاءات من بعض المخاطر، وإذا وجد مثل هكذا تناقض فعلى المصرف رفض المستندات⁽³⁾.

وجدير بالذكر أن التزام المصرف بفحص المستندات هو التزام بالفحص الشكلي والحرفي وبشكل دقيق وبغاية وبعمل بعددها وتفصيلها وتواريخها وكونه في ظاهرها صحيحة ومطابقة ومقدمة ضمن المدة المحددة للاعتماد المستندي، فإذا كانت غير كاملة وغير سليمة فإنه ملزم بعدم قبولها وأن يخطر الأمر بالرفض وأسباب الرفض قبل رفضها نهائياً، فقد يأذن له الأمر بقبولها برغم ما بها من نقص أو مخالفة وعند ذاك يكون المصرف ملزماً بقبولها، أما إذا رفضها نهائياً فلا تنتهي العلاقة القانونية بين المصرف والبايع (المستفيد) إذا ما كانت صلاحية الاعتماد لم تنته بعد فيستطيع المستفيد ضمن الصلاحية تقديم مستندات جديدة مطابقة لشروط خطاب الاعتماد على أن تقدم قبل انتهاء مدة الاعتماد.

وإن التزام المصرف بالتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الأمر قد نصت عليه المادة (279) من قانون التجارة العراقي على أنه (أولاً . على المصرف أن يتحقق من

(1) د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص 157.

(2) د. عبد جمعة موسى الربيعي، مصدر سابق، ص 125.

(3) د. عزيز العكيلي، مصدر سابق، ص 434.

مطابقة المستندات لتعليمات الأمر بفتح الاعتماد.

ثانياً: إذا رفض المصرف المستندات فعليه أن يخطر الأمر بذلك فوراً مبيناً له أسباب الرفض).

يقابله نص المادة (2و1/347) من قانون التجارة المصري وبذات النص⁽¹⁾، فإذا قبل المصرف المستندات وكانت غير مطابقة في ظاهرها لشروط الأمر والمدرجة في عقد الاعتماد المستندي فإن المصرف يتحمل المسؤولية لأنه أخلّ بالتزامه ولا يحق له الرجوع على الأمر بمبلغ الاعتماد ولا بالعمولة ولا بالمصاريف ويكون هذا الائتمان خاسراً بالنسبة له لخطئه⁽²⁾.

أما إذا كانت البضاعة فيها عيب فلا مسؤولية على المصرف من عيوب البضاعة لأنه يتعامل مع المستندات وليس مع البضاعة فهو لا يتحقق من مطابقة تلك البضاعة مع المستندات التي تمثلها ، وذلك ما نصت عليه الفقرة (ثانياً) من المادة (280) من قانون التجارة العراقي (لا يتحمل المصرف أي التزام يتعلق بالبضاعة التي فتح الاعتماد بسببها).

يقابله ذات النص في الفقرة (2) من المادة (248) من قانون التجارة المصري⁽³⁾.

أما إذا كانت المستندات مطابقة إلا أنها مشوبة بالتزوير فلا مسؤولية على المصرف إذا قبلها لأن مسؤوليته في حدود ظاهر المستندات وإلى ذلك نصت الفقرة (أولاً) من المادة (280) من قانون التجارة العراقي (لا يسأل المصرف إذا كانت المستندات مطابقة في ظاهرها للتعليمات التي تلقاها من الأمر).

وبذات النص ورد في الفقرة (1) من المادة (248) من قانون التجارة المصري⁽⁴⁾.

إذ يحصل أن يتعرض بعض المستوردين قليلي الخبرة ولا يمتلكون معلومات عن الأشخاص والشركات التي يتعاملون معها إلى عملية نصب واحتيال ويتم التعاقد معهم على تصدير بضاعة ،ويقوم المستفيد من الاعتماد بتزويد المصرف بمستندات مطابقة

(1) د. عبد الفتاح مراد، مصدر سابق، ص115.

(2) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص103.

(3) د. عبد الفتاح مراد، مصدر سابق، ص115.

(4) د. عبد الفتاح مراد، مصدر سابق، ص115.

في ظاهرها لتعليمات الأمر إلا أنها مزورة، فلا وجود لبضاعة وأن سند الشحن الذي يتم تقديمه مزور وكذلك بوليصة التأمين مزورة، فلا مسؤولية على المصرف إذا قبل مثل هذه المستندات المزورة، إذا ما كانت مطابقة في ظاهرها لتعليمات الأمر.

الفرع الثالث: أنواع الاعتمادات المستندية:

تتنوع الاعتمادات المستندية إلى عدة أنواع بحسب قوة الالتزام ودرجة الضمان وبحسب الأسلوب المعتمد في تنفيذها وطريقة الدفع وعلى النحو الآتي:

أولاً: أنواع الاعتمادات المستندية بحسب قوة الالتزام ودرجة الضمان وتنقسم إلى ثلاثة أنواع وكما يأتي:

1. الاعتماد المستندي القابل للإلغاء:

نصت المادة (276) من قانون التجارة العراقي (أولاً: لا يترتب على عقد الاعتماد المستندي القابل للإلغاء أي التزام على المصرف تجاه المستفيد ويجوز للمصرف تعديله أو إلغائه من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الأمر.

ثانياً: إذا قدمت المستندات التي فتح الاعتماد بسببها وكانت مطابقة لبيانات شروط عقد الاعتماد خلال مدة العقد وقبل طلب إلغاء الاعتماد يكون المصرف والأمر مسؤولين تجاه المستفيد).

يفاقبه نص المادة (344) من قانون التجارة المصري وبذات النص⁽¹⁾.

وهذا النوع قليل الفائدة من الناحية العملية ونادر الاستخدام واغلب المصارف لا تتعامل به، لكثرة مشاكله، فهو يعطي حقاً للمصرف بتعديله أو إلغائه ولو من تلقاء نفسه أو بطلب من الأمر طالما أن المستندات لم تقدم إلى المصرف، وإذا لم يتم إعلام البنك في بلد البائع بهذا الإلغاء وقد قدم المستفيد المستندات فإن المصرف فاتح الاعتماد يتحمل المسؤولية بدفع مبلغ الاعتماد إلى البنك المؤيد (المعزز) الذي يكون مسؤولاً عن الوفاء في بلد البائع⁽²⁾.

أما إذا لم يتضمن الاعتماد المستندي نوعه ما إذا كان قابلاً للإلغاء أو غير قابل

(1) د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص 141.

(2) د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص 141.

للإلغاء (قطعي) فما هو حكمه؟

المشرع العراقي عده قابلاً للإلغاء بنص الفقرة (ثانياً) من المادة (275) من قانون التجارة العراقي (يكون الاعتماد قابلاً للإلغاء ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك)، وبخلاف هذا الحكم ذهب المشرع المصري وعده اعتماداً باتاً وغير قابل للإلغاء، جاء ذلك بنص الفقرة (2) من المادة (343) (ويكون الاعتماد غير قابل للإلغاء إلا إذا اتفق صراحة على قابليته للإلغاء)⁽¹⁾.

ويبدو أن المشرع المصري أخذ هذا الحكم من (الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية) الصادرة من غرفة التجارة الدولية في باريس المادة (6/ج) التي عدت الاعتماد الذي لا يفصح عن نوعه فيما إذا كان قابلاً للنقض أم لا فإنه يكون غير قابل للنقض⁽²⁾.

ونقترح على المشرع العراقي الأخذ بما استقر عليه العرف الدولي لاسيما أن الاعتماد المستندي القابل للإلغاء نادر الاستخدام.

2. الاعتماد المستندي غير قابل للإلغاء:

وهذا النوع من الاعتماد يكون باتاً ونهائياً وقطعياً تجاه المستفيد لا يمكن الرجوع عنه أو تعديله أو إلغاؤه إلا بموافقة جميع الأطراف (البائع والمشتري والمصرف) وقد نصت به المادة (277) من قانون التجارة العراقي (أولاً: يكون التزام المصرف في حالة الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء قطعياً ومباشراً تجاه المستفيد وكل حامل حسن النية للورقة التجارية المسحوبة تنفيذا للعقد الذي فتح الاعتماد بسببه).

ثانياً: لا يجوز إلغاء الاعتماد المستندي البات أو تعديله إلا باتفاق جميع ذوي الشأن فيه).

ونص عليه المشرع المصري في المادة (345) من قانون التجارة وبذات النص⁽³⁾.

فالتزام المصرف في هذا الاعتماد لا يمكن الرجوع فيه لأي سبب كان سواء تعلق

(1) المصدر نفسه، ص 144.

(2) فيصل محمود النعيمات، مصدر سابق، ص 40.

(3) د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص 142.

السبب بعلاقة المصرف مع الأمر أو بعلاقة الأمر مع المستفيد فالتزام المصرف أصيل ومستقل ، ويتم تسديد قيمة الاعتماد بناء على تعهد المصرف إلى المستفيد الوارد ب خطاب الاعتماد وعند تقديم المستفيد إلى المصرف المستندات المطلوبة والمطابقة لشروط الاعتماد⁽¹⁾.

ثالثاً: الاعتماد المؤبد(المعزز):

وهذا النوع من الاعتمادات المستندية لا يرد إلا على اعتماد بات وغير قابل للإلغاء.

غالبا ما يشترط البائع على المشتري أن يكون دفع قيمة البضاعة عن طريق بنك في دولته، وبموجب هذا الشرط يطلب المشتري من المصرف تعزيز الاعتماد في بنك دولة البائع، فيقوم المصرف فاتح الاعتماد بمفاتحة البنك المراسل له في بلد البائع بتأييد الاعتماد، وعند وضع تأييده على الاعتماد يكون التزامه قبل المستفيد البائع شخصيا بوفاء قيمة البضاعة ونهائيا ولا يمكن الرجوع فيه، أما إذا قام البنك المراسل بمجرد إخطار المستفيد بفتح الاعتماد لصالحه وسواء كان الاعتماد قابل للإلغاء أو باتا فلا يعد هذا الإخطار تأييدا أو تعزيزا للاعتماد ، وعليه يجب أن تكون صفة تأييد الاعتماد صريحة لا لبس فيها أنه أيد وعزز هذا الاعتماد مع إخطاره بفتح الاعتماد. وبهذا نصت المادة(278) من قانون التجارة العراقي (أولا . يجوز تثبيت الاعتماد البات من مصرف آخر يلتزم بدوره بصفة قطعية ومباشرة تجاه المستفيد.

ثانيا: لا يعتبر مجرد الإخطار بفتح الاعتماد المستندي البات المرسل إلى المستفيد عن طريق مصرف آخر تثبيتا من هذا المصرف للاعتماد).

وذات النص ورد في المادة(346) من قانون التجارة المصري⁽²⁾.

فإذا اقتصر دور البنك الوسيط على مجرد الإخطار فلا يترتب في ذمته أي التزام تجاه المستفيد إلا أن يكون قد ارتكب خطأ في التبليغ فيكون مسؤولا عن هذا الخطأ⁽³⁾.

وبتعزيز الاعتماد يكون ضمان الوفاء للبائع مزدوجا من مصرفين المصرف المصدر

(1) د. عبد جمعة موسى الربيعي، مصدر سابق، ص65.

(2) فيصل محمود النعيمات، مصدر سابق، ص49.

(3) د. عزيز العكيلي، مصدر سابق، ص107.

للاعتدال والمصرف المعزز له⁽¹⁾.

ثانيا . الاعتمادات المستندية بحسب الأسلوب المعتمد في تنفيذها، وتنقسم إلى ثمانية أنواع وكما يأتي:

1. الاعتماد القابل للتحويل:

الأصل أن الاعتماد المستندي غير قابل للتحويل أو التنازل عنه لأنه يقوم على الاعتبار الشخصي، ولكن قد يتفق في عقد فتح الاعتماد على قابليته للتحويل كله أو بعضه من قبل المستفيد الأول إلى مستفيد آخر ولمرة واحدة ما لم يتفق على غير ذلك، وهذا الاعتماد يسمى الاعتماد القابل للتحويل، وبه نصت المادة(281) من قانون التجارة العراقي (لا يجوز التنازل عن الاعتماد المستندي ولا تجزئته إلا إذا كان المصرف الذي فتحه مأذونا في دفعه كله أو بعضه إلى شخص أو جملة أشخاص غير المستفيد الأول بناء على تعليمات صادرة من هذا المستفيد ولا يتم التنازل إلا إذا وافق عليه المصرف ولمرة واحدة ما لم يتفق على غير ذلك).

يقابلها المادة(349) من قانون التجارة المصري وبذات النص⁽²⁾.

يجب أن تكون عبارة قابل للتحويل في الاعتماد واضحة وصريحة، وأن استخدام عبارة قابل للتقسيم أو قابل للتجزئة أو قابل للتنازل لا تجعل الاعتماد قابلا للتحويل⁽³⁾.

وإذا تم تحويل الاعتماد من المستفيد الأول إلى مستفيد ثانٍ يكون لهذا الأخير حق شخصي ومباشر قبل المصرف فاتح الاعتماد⁽⁴⁾.

ويستخدم هذا النوع من الاعتمادات إذا كان المستفيد الأول غير منتج للبضاعة بل هو وسيط أو وكيل للمنتج أو للمستورد الرئيسي ، فيقوم بتحويل الاعتماد إلى المصدر الفعلي للبضاعة مقابل عمولة أو أنه يستفيد من فرق السعر ويأخذ الاعتماد المحوّل نفس القوة لقانونية للاعتماد الأصلي ، فإذا كان الاعتماد الأصلي قطعيا كان الاعتماد المحوّل قطعيا وإذا كان قابلا للالغاء كان الاعتماد المحوّل قابلا للالغاء وإذا كان الاعتماد

(1) د. عبد جمعة موسى الربيعي، مصدر سابق، ص71.

(2) د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص148.

(3) د. عبد جمعة موسى الربيعي، مصدر سابق، ص77.

(4) د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص148.

الأصلي مؤيدا كان الاعتماد المحول مؤيدا ، ولا يعد أداة قابلة للتداول كما في الأوراق التجارية وإنما هو تغيير للدائن⁽¹⁾.

وهذا الاعتماد فيه مشاكل ومخاطر متكررة وتزداد فيه مخاطر النصب والاحتيال والتزوير للمستندات⁽²⁾.

2. الاعتماد الدوار:

بمقتضى هذا الاعتماد يتم تجديد الاعتماد بشروطه تلقائيا لمدة يتفق عليها من دون الحاجة إلى إبرام عقد جديد أو إصدار اعتماد مستندي جديد، وهو على ثلاث صور:

الصورة الأولى: الاعتماد الدوار بالقيمة، أي أن مبلغ الاعتماد يتجدد تلقائيا إذا ما تم استهلاكه بالكامل ضمن فترة صلاحية الاعتماد وقبل نفاذه وهكذا يتم تجديده مرة تلو الأخرى إلى أن تنتهي صلاحيته يكون فيه المصرف المصدر للاعتماد ملزما بدفع قيمة المستندات المقدمة المطابقة لشروط الأمر الواردة في الاعتماد في كل مرة تقدم فيها مستندات دفعه جديدة من البضاعة حتى انتهاء مدة صلاحية الاعتماد المستندي⁽³⁾.

الصورة الثانية: الاعتماد الدوار على أساس الزمن، فيتم الاتفاق فيه على حد أعلى لمبلغ الاعتماد ويتم النص على تنفيذه على دفعات زمنية كأن تكون شهرية ، فيتم تنفيذ الاعتماد على دفعات شهرية وبشكل تلقائي وكل دفعة شهرية لا ترتبط بالأخرى حتى انتهاء صلاحية الاعتماد، وعلى العكس من الصورة الأولى للاعتماد بالقيمة فإن قيمة الاعتماد يتم تجديدها بعد استقلال الدورة السابقة لها إلى أن تنتهي كافة الدورات ضمن صلاحية الاعتماد⁽⁴⁾.

الصورة الثالثة: الاعتماد المتاح بالتقسيت: وفي هذا النوع من الاعتماد يتم فتح الاعتماد بكامل قيمة البضاعة ويتم فيه تجزئة البضاعة إلى شحنات متعددة كأن تكون اسبوعية أو شهرية أو أي اتفاق آخر، بحيث يكون لكل دفعة جزء من مبلغ الاعتماد، فإذا

(1) فيصل محمود النعيمات، مصدر سابق، ص58.

(2) د. عبد جمعة موسى الربيعي، مصدر سابق، ص79.

(3) د. عباس مصطفى المصري، عقد الاعتماد المستندي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص40.

(4) محمد احمد زيدان، الوقاية من مخاطر الاعتمادات المستندية والكفالات المصرفية، انترنيت، ص19

لم تتم الدفعة في موعدها سقط المبلغ المخصص لها من القيمة الكلية لمبلغ الاعتماد وبقى باقي المبلغ لتغطية باقي الدفعات، هذا ما لم يتفق بالنص على عدم سقوط الدفعات التي لم تصل⁽¹⁾.

ويرى بعضهم أن الصورة الثالثة ليست اعتمادا دوارا وإنما اعتماد مسموح فيه الشحن المجزأ على شكل دفعات متتابعة⁽²⁾، ويرى آخرون أنه نوع من أنواع الاعتمادات المستندية بحسب طريقة تنفيذها يسمى (الاعتماد بالشحن المجزأ)⁽³⁾.

وحيث أن الاعتماد لا يتجدد تلقائيا في الصورة الثالثة فلا يصح أن ندرجه مع الاعتماد الدوار.

ولكثره مخاطر الاعتماد الدوار فإن المصارف لا تحبذ التعامل به، وعند التعامل به فإنها تتخذ إجراءات احترازية من خلال حصر مسؤوليتها في تحديد سقف الاعتماد أو تحديد عدد المرات التي يتجدد فيها تلقائيا خلال فترة صلاحيته⁽⁴⁾.

3. اعتماد الدفع بالاطلاع:

ويتم بهذا النوع من الاعتماد رسم طريق تنفيذ الاعتماد المستندي، ويتم الدفع فيه بمجرد تقديم المستندات الممثلة للبضاعة والمطابقة لشروط الاعتماد، ويتم الدفع عن طريق المصرف المصدر للاعتماد أو عن طريق البنك المعزز إن وجد، وهو دفع مبلغ الاعتماد فوري وبالاطلاع على المستندات المطابقة للشروط التي قدمها البائع (المستفيد)⁽⁵⁾.

4. اعتماد القبول:

بهذا النوع يتم دفع مبلغ البضاعة إلى المستفيد بعد مضي فترة زمنية محددة من تقديم المستندات، فيرفق المستفيد مع المستندات سحب كمبيالة يتم التأشير عليها بالقبول من قبل المصرف فاتح الاعتماد أو المصرف المؤيد (المعزز)، وخلال الفترة الزمنية

(1) د. عبد جمعة موسى الربيعي، مصدر سابق، ص 82.

(2) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(3) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص 109.

(4) محمد احمد زيدان، مصدر سابق، ص 19.

(5) د. عباس مصطفى المصري، مصدر سابق، ص 35.

الواقعة بين وصول المستندات إلى تاريخ استحقاق الكمبيالة يستطيع من خلالها المشتري (الآمر) من بيع بضاعته ووضع مبلغ سحب الكمبيالة في رصيد الاعتماد لدى المصرف وبه يستطيع المصرف تسديد مبلغ السحب⁽¹⁾.

5. اعتماد الدفع المؤجل:

بموجب هذا الاعتماد يتم دفع ثمن البضاعة إلى البائع (المستفيد) بعد تقديمه المستندات للمصرف بفترة معينة، يستطيع المشتري (الآمر) من خلالها تصريف بضاعته وإيداع مبلغ الاعتماد لدى مصرفه مصدر الاعتماد قبل حلول أجل الدفع⁽²⁾.

وهذا النوع يشبه إلى حد كبير اعتماد القبول إلا أنه لا يوجد فيه سحب كمبيالة كما هو الحال في اعتماد القبول، وهذا السحب من مزاياه أنه يستطيع المستفيد من خصم هذه الكمبيالة لدى مصرفه والحصول على مبلغ الكمبيالة وفي أي وقت يحتاج به إلى سيولة نقدية قبل تاريخ استحقاق الكمبيالة⁽³⁾.

6. اعتماد الدفعات المقدمة (الشرط الأحمر):

وهذا الاعتماد يسمح فيه للمستفيد بسحب مبالغ معينة مقدما وبمجرد إخطاره بفتح الاعتماد لصالحه وقبل تقديم المستندات ويخصم من قيمة الاعتماد، وسمي هذا الاعتماد (اعتماد الشرط الأحمر) لأن هذا الشرط يطبع باللون الأحمر لتمييزه من بقية شروط الاعتماد⁽⁴⁾.

وقد جرى العرف على أن يكون الدفع مقابل استلام إيصال بالمبلغ المستلم من قبل المستفيد أو يتم الاتفاق على استلام خطاب ضمان بذات القيمة لصالح المشتري ينتهي بقيام البائع بشحن البضاعة ويحق للمشتري مصادرة خطاب الضمان إذا أخل البائع بالتزامه ولم يشحن البضاعة⁽⁵⁾.

7. الاعتماد المقابل:

(1) فيصل محمود النعيمات، مصدر سابق، ص55.

(2) المصدر نفسه، ص56.

(3) فيصل محمود النعيمات، مصدر سابق، ص55.

(4) د. عبد جمعة موسى الربيعي، مصدر سابق، ص83.

(5) د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص149.

يقوم المستفيد من الاعتماد الأصلي إلى فتح اعتماد مقابل لدى مصرفه لصالح المصرف المراسل الذي أبلغه بفتح الاعتماد الأصلي وشروطه دون أن يؤيده⁽¹⁾.

ويتم استخدام هذا النوع من الاعتماد في حالة احتياج البائع إلى قيمة البضاعة على وجه السرعة فيكون الاعتماد الثاني ضمانا للاعتماد الأول الأصلي، أو يتم استخدامه في حالة وجود تحفظات على مستندات الشحن فيبادر البائع إلى فتح اعتماد مقابل لصالح المصرف مصدر الاعتماد الأصلي أو لصالح المصرف الوسيط (المعزز) لغرض إقناع المصرف الأول بقبول المستندات على التحفظات التي عليها بضمان هذا الاعتماد المقابل إذا ما رفض المشتري البضاعة للعيوب التي فيها⁽²⁾.

8. الاعتماد المفتوح بقوة اعتماد آخر:

وهذا الاعتماد غير قابل للإلغاء، ويكون (الآمر) في هذا الاعتماد هو البائع المستفيد من الاعتماد الأصلي، وفاتح الاعتماد هنا هو مصرف المستفيد ويكون لصالح مستفيد ثانٍ، ويكون الاعتماد الأصلي ضمانا للمصرف فاتح الاعتماد الثاني⁽³⁾.

وهذا النوع من الاعتماد يلجأ إليه المستفيد عندما لا يكون منتجا للبضاعة أو بعض أجزاء البضاعة لا ينتجها المستفيد فهو مضطر للحصول عليها من مصدر آخر، فيلجأ إلى فتح اعتماد مستندي ثانٍ إذا كان الاعتماد الأصلي غير قابل للتحويل، وهنا تكون مدة الاعتماد الثاني أقصر من مدة الاعتماد الأصلي وقيمه أقل، كما أن فترة صلاحيته تكون أقل، أما تواريخ الشحن فتكون أسبق من تواريخ شحن الاعتماد الأصلي، أما بقية الشروط عدا ما تم ذكره فتبقى في الاعتماد الثاني كما هي في الاعتماد الأصلي⁽⁴⁾.

المطلب الخامس: خطاب الضمان:

سنبحث خطاب الضمان بثلاثة فروع، سنعرف خطاب الضمان ونتناول أهميته في الفرع الأول، وسنبحث خصائص خطاب الضمان في الفرع الثاني، وسنتناول أنواع خطابات الضمان في الفرع الثالث.

(1) د. عباس مصطفى المصري، مصدر سابق، ص38.

(2) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(3) فيصل محمود النعيمات، مصدر سابق، ص54.

(4) محمد احمد زيدان، مصدر سابق، ص19، فيصل محمود مصطفى النعيمات، مصدر سابق، ص54.

الفرع الأول: تعريف خطاب الضمان وأهميته:

أولاً: تعريف خطاب الضمان:

عرفته المادة (287) من قانون التجارة العراقي بنصها (خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله).

وعرفته المادة (1/355) من قانون التجارة المصري بنصها (خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى (المستفيد) إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة)⁽¹⁾.

ونصت الفقرة (2) من المادة نفسها (تسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان)⁽²⁾.

ولو قارنا بين تعريف خطاب الضمان الوارد في قانون التجارة العراقي والتعريف الوارد في قانون التجارة المصري لوجدنا أن المشرع العراقي قد منع المصرف المصدر لخطاب الضمان من وضع القيود أو الشروط على تعهده بدفع مبلغ الخطاب، كما أوجب تحديد الغرض الذي صدر من أجله، ولم نجد مثل هكذا تحديدات في تعريف خطاب الضمان عند المشرع المصري⁽³⁾.

وحسنا فعل المشرع العراقي عند وضع خصائص خطاب الضمان ووضحها بشكل دقيق في المواد من (287-293) مما أغناه عن الاحتياج إلى القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية كما فعل المشرع المصري وعدها مصدراً قانونياً له⁽⁴⁾.

ويرى بعض الفقهاء أنه كان على المشرع المصري ألا يقرّر إلزام القواعد الخاصة بالعادات والأعراف الدولية كونها وضعت أساساً لتراعي مصالح المصدرين في الدول

(1) د. عبد الفتاح مراد، مصدر سابق، ص 145.

(2) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(3) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص 86.

(4) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

الصناعية الكبرى على حساب مصالح المستوردين في الدول النامية(وإنما يترك الأمر للمتعاملين وهم أدرى بما تقرره لهم هذه القواعد إن كان فيها نفع أخذوا بها وإن لم يكن فيها نفع تركوها)⁽¹⁾.

ويتضح من التعريف أن خطاب الضمان ينشأ علاقة بين ثلاثة أطراف وكما يأتي:

1. علاقة المصرف بزيونه(الأمر) بخطاب الضمان، ويحدد آثارها القانونية الاتفاق الموقع بينهما الذي بموجبه ارتضى المصرف بضمان زيونه بإصدار خطاب الضمان إلى الجهة المستفيدة⁽²⁾.

2. علاقة (الأمر) بخطاب الضمان بالجهة المستفيد منه، ويحدد العلاقة القانونية بينهما العقد المبرم بينهما قبل إصدار خطاب الضمان، ويكون المصرف أجنبيا عن هذا العقد⁽³⁾.

3- علاقة المصرف بالجهة المستفيدة، ويحددها خطاب الضمان بالمبلغ النقدي المضمون ضمن فترة محددة من الزمن، وبمجرد وصول خطاب الضمان إلى الجهة المستفيدة وقبولها به يكون التزام المصرف باتا ونهائيا وقطعيا لا يستطيع إلغاؤه أو تعديله أو التنصل من دفع المبلغ المضمون بالخطاب إذا ما طلبته الجهة المستفيدة ضمن الفترة الزمنية لصلاحية الخطاب⁽⁴⁾.

ثانيا: أهمية خطاب الضمان:

لخطاب الضمان أهمية كبيرة في الحياة العلمية والاقتصادية فوظيفته الأساسية أنه يقوم مقام التأمين النقدي الذي تتطلبه بعض العقود في المناقصات والمزايدات وعقود التوريد لذا نتناول أهميته في النقاد الآتية:

1- يمثل ضمانا كبيرة للجهة المستفيدة فالضامن هو مصرف وهو الذي يتعهد بتسديده فور المطالبة بالمبلغ المضمون حتى ولو عارض الزيون (الأمر) على الدفع

(1) د. عبد الفتاح مراد، مصدر سابق، ص146.

(2) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص87.

(3) المصدر نفسه ، والصفحة نفسها.

(4) احمد بن حسن بن احمد الحسيني، خطاب الضمانات المصرفية وتكييفها الفقهي، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، 1999، ص8.

طالما كانت المطالبة ضمن مدة صلاحيته⁽¹⁾.

2- إنه يفيد (الآمر) من الأشخاص أو الشركات ، فبدلاً من أن يقدم مبلغاً نقدياً كتأمينات لدى الجهة المستفيدة وهذه التأمينات مجمدة لديهم فيستطيع أن يستخدمها لإنجاز أعماله ، كما أن استرداد هذه الأموال النقدية تكون اجراءاتها طويلة وفيها تعقيدات، لذا فمن مصلحته أن يقدم لصاحب المشروع خطاب الضمان يحل محل هذا التأمين النقدي. ويشجع المقاولين والموردين على التقدم للمناقصات⁽²⁾.

3. إصداره خطاب الضمان يفيد المصرف الذي أصدره لحصوله على مبالغ عمولة تتناسب هذه العمولة مع قيمة الضمان وأجله ونوع العملية المطلوب تقديم الخطاب عنها فإن كانت دخول مناقصة فإن مخاطرها أقل بكثير من مخاطر حسن التنفيذ، وهذه العمولة تشكل جزءاً مهماً من أرباح المصرف⁽³⁾.

4. تلعب دوراً مهماً للتيسير على المستوردين في الحصول على بضائعهم في ميناء التفريغ بتقديم خطاب الضمان بما يستحق عليهم من رسوم وضرائب، وتلعب دوراً لمصلحة الكمارك حيث تسهم في عدم تكديس البضائع على الأرصفة والمخازن⁽⁴⁾.

5- يقوم بدور هام في الملاحة البحرية عند استيراد بضائع من الخارج عند تأخر مستندات الشحن أو يكون فيها نقص ، فيستطيع المستورد تقديم خطاب الضمان إلى شركة الملاحة في الميناء بقيمة الشحنة الواردة ويتسلم بضاعته⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: خصائص خطاب الضمان:

لخطاب الضمان خصائص تميزه من بقية الأنواع الأخرى للاتتمان المصرفي، نجملها أدناه:

أولاً . إنه اسمي وقائم على الاعتبار الشخصي بالنسبة لكل من (الآمر) والجهة المستفيدة، فلا يجوز أن يصدر خطاب الضمان ويكون المستفيد منه غير معلوم ولا

(1) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص 86.

(2) د. عصام حنفي محمود، عمليات البنوك والافلاس، انترنيت، ص 93 www.pdfactory.com

(3) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص 86.

(4) د. عصام حنفي محمود، مصدر سابق، ص 93.

(5) د. عصام حنفي محمود، مصدر سابق، ص 95.

يجوز أن يصدر لحامله، كما لا يجوز للمستفيد التنازل عنه إلى شخص آخر، ويترتب على ذلك أنه لا يصح تداوله بالتظهير فهو يختلف عن الأوراق التجارية التي يصح تداولها بالتظهير⁽¹⁾.

وقد نصت المادة(289) من قانون التجارة العراقي على أنه (لا يجوز للمستفيد التنازل عن حقه الناشئ عن خطاب الضمان إلى الغير إلا بموافقة المصرف).

ثانياً: إنه يقوم على مبدأ استقلال التعهد الصادر من المصرف عن كل من العقد بين المصرف والامر الذي على أساسه صدر خطاب الضمان والعقد المبرم بين الامر والجهة المستفيدة، وإلى ذلك نصت المادة(290) من قانون التجارة العراقي (لا يجوز للمصرف أن يرفض الأداء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة المصرف بالامر أو المستفيد أو إلى علاقة الامر بالمستفيد).

وهذا يعني أنه ليس للمصرف الامتناع عن دفع قيمة خطاب الضمان أو الاحتجاج ببطلان العقد المبرم بين المستفيد والامر، أو فسخه، فلا يجوز للمصرف الاحتجاج بالدفع التي له قبل الامر، أو بالدفع التي للامر قبل المستفيد⁽²⁾.

وذات النص ورد في المادة(355) من قانون التجارة المصري⁽³⁾.

فالتزام المصرف ناشئ عن إرادته المنفردة المستقلة وأنه التزام من طرف واحد فقط وهو المصرف المصدر لاعتماد خطاب الضمان⁽⁴⁾.

ثالثاً: التزام المصرف في خطاب الضمان بصفته أصيلاً عن نفسه وليس تابعا أو وكيلاً عن الامر، ويترتب على ذلك أن المصرف لا يتأثر بمعارضة الزبون الامر في تسديد خطاب الضمان للجهة المستفيدة، حتى ولو كانت المعارضة تتعلق بعيب من عيوب الإرادة عند إبرام العقد مع المستفيد أو بينه وبين المصرف فإن التزام المصرف بدفع قيمة خطاب الضمان في مدة سريانه لا يتأثر بهذه المعارضة⁽⁵⁾.

(1) د. محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية المصرفية(عمليات البنوك)، المجلد الرابع، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص170.

(2) د. عصام حنفي محمود، مصدر سابق، ص110.

(3) د. عصام حنفي محمود، مصدر سابق، ص111.

(4) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص92.

(5) د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص92.

على عكس عقد الكفالة التي يجوز فيها للكفيل الاحتجاج على الدائن المستفيد من الكفالة بجميع الدفع التي تكون من حق المدين المكفول الاحتجاج بها، فهي التزام تابع يدور مع الالتزام الأصلي وجوداً وعدمًا صحة وبطلاناً، إضافة إلى حق الكفيل (بالتجريد) أي تجريد المدين المكفول بالحجز على أمواله أولاً للوفاء بدينه فإذا لم تكف أموال المدين يجوز الرجوع على الكفيل هذا إذا كاتب الكفيل غير متضامن، أما إذا كانت الكفالة تضامنية فالدائن مخير في المطالبة بين الكفيل والمدين وله أن يطالبهما معاً⁽¹⁾.

ولا يحق للمصرف التمسك بالمقاصة بين دين على المستفيد للمصرف أو على المستفيد للآمر، أو دين مستحق للمصرف في ذمة الأمر وبين خطاب الضمان⁽²⁾.

رابعاً: لخطاب الضمان مدة سريان أو فترة صلاحية ينتهي حق المستفيد إذا لم يطالب به خلال مدة صلاحيته وتبرأ ذمة المصرف، ويعد خطاب الضمان ملغياً إلا إذا حصل اتفاق صريح بين المصرف والجهة المستفيدة قبل انتهاء مدته على تجديده، وبذلك نصت الفقرة أولاً من المادة (291) من قانون التجارة العراقي (تبرأ ذمة المصرف تجاه المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها).

فالمشرع العراقي اشترط الاتفاق الصريح على التجديد ولم يسمح بالتجديد التلقائي كما أجازته المشرع المصري في الفقرة (1) من المادة (359) من قانون التجارة بنصها (تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق على تجديد تلك المدة تلقائياً أو وافق البنك على مدّها)⁽³⁾.

وقد حصلت نزاعات كثيرة بين الجهات المستفيدة وبعض المصارف حول موضوع تجديد خطاب الضمان ، ورفعت إلى محاكم البداية كثيراً من الدعاوى بهذا الصدد، وحيث أن بعض الجهات المستفيدة تطلب من المصرف تجديد مدة خطاب الضمان وتتصور أنه تم التجديد بمجرد إعلام المصرف برغبتهم في التجديد دون مراعاة النص القانوني الذي يشترط الموافقة الصريحة من المصرف المصدر لخطاب الضمان ، والتجديد هو اتفاق صريح بين الطرفين الجهة المستفيدة والمصرف، كما لم يجيز القانون الموافقة الضمنية

(1) د. أكرم ياملي، مصدر سابق، ص 185.

(2) د. عصام حنفي محمود، مصدر سابق، ص 125.

(3) د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص 201.

للمصرف.

أما المشرع المصري فإنه يشترط الموافقة دون أن يحددها إن كانت صريحة أو ضمنية والنص جاء مطلقاً والمطلق يجري على إطلاقه ويبدو أنه يصح عند المشرع المصري موافقة المصرف الضمنية على تجديد خطاب الضمان.

رابعاً: يحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله، وعلى ذلك نصت المادة (293) من قانون التجارة العراقي (لا يجوز للمستفيد المطالبة بقيمة خطاب الضمان عن غرض آخر غير الغرض المحدد فيه). وكذلك ما ورد في تعريف خطاب الضمان الوارد في المادة (287) من قانون التجارة العراقي السالفة الذكر، التي ذكرت أنه يحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله.

أما المشرع المصري فإنه لم يكثر بموضوع الغرض من خطاب الضمان ولم ينص عليه.

وعليه فإذا حدد الغرض من خطاب الضمان لغرض دخول مناقصة فلا يجوز للجهة المستفيدة استخدامه لغرض حسن تنفيذ المشروع أو توريد بضاعة⁽¹⁾. فللمصرف الحق في الامتناع من تسديده، ويبدو أن المشرع العراقي إنما قصد من تحديد الغرض في خطاب الضمان هو حماية المصارف من الأخطار المترتبة على استخدام خطاب الضمان لغرض آخر غير الذي حدده المصرف؛ لأن المصارف ربما تتساهل مع زبائنها في موضوع أخذ الضمانات أو تتشدد بها تبعاً للغرض من خطاب الضمان، فإذا كان الغرض منه مثلاً دخول مناقصة فإن المخاطر هنا تكون نادرة وقليلة، إلا إذا نكل من رست عليه المناقصة من توقيع العقد النهائي لأسباب تتعلق بعدم دقة تقديره للعطاء أو لارتفاع الأسعار فإن الجهة المستفيدة تصدر خطاب الضمان الصادر من مصرف الناكل، أما إذا كان الغرض منه كحسن تنفيذ فإن المخاطر تكون كبيرة⁽²⁾.

خامساً: أن يكون المبلغ الذي تعهد المصرف بدفعه في خطاب الضمان معيناً أو قابلاً للتعيين دون قيد أو شرط.

إنّ المشرع العراقي سد الطريق أمام القيود أو الشروط التي تقلل من أهمية خطاب

(1) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص 91.

(2) المصدر نفسه، ص 91.

الضمان ودورها الفعال في الحياة الاقتصادية ؛لأن تعليق الالتزام على تحقيق شروط أو قيود إنما يحد من الاعتماد عليها ويضعف الثقة فيها مما يدفع الجهات المستفيدة إلى الاعتماد على التأمينات النقدية وبما لهذا القرار من أضرار اقتصادية كونه يحبس الأموال عن التداول وتقل السيولة النقدية التي يحتاجها الاقتصاد في حركته، ويقلل رغبة الأشخاص والشركات على التقدم نحو المناقصات والمزايدات والتوريد مما يسبب الضرر للجهات المستفيدة أيضا لأنها سوف لا تجد من يتقدم إلى انجاز مشاريعها⁽¹⁾.

والبعض من المصارف يضع قيودا أو شروطا على خطاب الضمان كأن يشترط أن تسلم استحقاقات المضمون (الآمر) إلى المصرف سواء كانت تلك الاستحقاقات هو السلفة التشغيلية التي تقدم بعد توقيع العقد أو الاستحقاقات النهائية بعد انجاز المشروع، ويظن بأن الجهة المستفيدة طالما وصل إليها خطاب الضمان دون الاعتراض على القيد أو الشرط ودون رفضه فإنها وافقت ضمنا على القيد أو الشرط.

ويفهم من النص أن القيد أو الشرط لا يعتد به فخطاب الضمان صحيح والشرط أو القيد ملغٍ وكأنه لم يكن.

أما المشرع المصري فلم يشترط في تعريفه لخطاب الضمان أن يتم دفع خطاب الضمان دون قيد أو شرط.

ويرى بعض الفقهاء أن خطابات الضمان المشروطة إذا أثرت هذه الشروط على خصائص خطاب الضمان من حيث أنها تمثل التزام مستقل عن التزام (الآمر) وأنه ليس تابعا والخطاب بات ومنجز فإنها تخرج من دائرة خطاب الضمان، أما إذا كانت الشروط لا تؤثر في طبيعته القانونية وتبقى خطاب الضمان على خصائصه فلا يؤثر هذا الشرط في خطاب الضمان، فالشرط نافذ والخطاب صحيح⁽²⁾.

فإذا أخرجت الشروط خطاب الضمان من خصائصه فإنه يسري عليه أحكام الكفالة المنصوص عليها في القواعد العامة⁽³⁾.

الفرع الثالث: أنواع خطابات الضمان:

(1) المصدر نفسه، ص92.

(2) د. محمود الكيلاني، مصدر سابق، ص358.

(3) د. مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص164.

توجد عدة أنواع من خطابات الضمان تتحدد وفقاً للأعمال التي تضمنتها والغرض منها، ونبتاول فيما يأتي أهم أنواع خطابات الضمان:

أولاً: خطاب الضمان الابتدائي:

وهذا النوع من خطابات الضمان هو أكثر الأنواع شيوعاً، ويتم استخدامه لغرض الدخول في مناقصة، ويتضمن الإشارة لاسم ورقم المناقصة.

ويتضمن تعهداً من المصرف مصدر الخطاب إلى الجهة المستفيدة لحساب الأمر لغرض دخوله في مناقصة، ويكون مبلغ الخطاب بنسبة معينة لا تقلّ عن (1%) ولا تزيد على (3%) من الكلفة التخمينية المخصصة لأغراض الإحالة في عقود التجهيز للسلع والخدمات والمقاولات العامة بمختلف أنواعها⁽¹⁾.

والغرض من ذلك هو ضمان جدية المتقدم للعطاء بتنفيذ التزامه بتوقيع العقد النهائي لتنفيذ المشروع إذا ما رسا عليه العطاء، وتنتهي صلاحيته بالوقت الذي يرسو فيه العطاء على أحد المتقدمين ويحق للجهة المستفيدة مصادرة خطاب الضمان الابتدائي في حالة نكول من رسا عليه العطاء في توقيع عقد التنفيذ وتراجعته عن إتمام العقد لظروف تخصه أو قد تتغير الظروف في غير صالحه أو يتبيّن له أنه أخطأ في تقديره⁽²⁾.

ثانياً: خطاب الضمان النهائي:

عند اختيار أفضل المتقدمين ورسو العطاء عليه تطلب الجهة المستفيدة منه خطاب الضمان نهائي لغرض حسن التنفيذ وتستبدل خطاب الضمان الابتدائي بهذا الخطاب يمثل نسبة (5%) من مبلغ العقد، ويُقدّم بعد التبليغ بكتاب الإحالة وقبل توقيع العقد⁽³⁾.

وتستمر صلاحيته للمدة المتفق عليها في العقد حتى يتحقق المستفيد من حسن التنفيذ وسلامته، وإذا عجز عن إنجاز المشروع أو تلاكاً فيه يحق للجهة المستفيدة مصادرة خطاب الضمان⁽⁴⁾.

(1) المادة (9/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2014، المنشور في جريدة الوقائع العراقية ، العدد (4325) بتاريخ 2014/6/16.

(2) احمد محمود عمارة، مصدر سابق، ص199، موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص94.

(3) المادة (9/ثانياً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2014.

(4) احمد بن حسن بن احمد الحسيني، مصدر سابق، ص9.

ثالثا: خطاب الضمان الدفعة المقدمة:

قد يكون المشروع المطلوب تنفيذه كبيرا ويحتاج إلى مبالغ ضخمة تفوق إمكانيات من رسا عليه العطاء، فيستطيع طلب سلفة تشغيلية من الجهة المستفيدة أو أن يتم الاتفاق بين الأمر بخطاب الضمان والجهة المستفيدة أن تعطيه سلف على شكل دفعات على ذمة المشروع، وقبل تسليمه لتلك الدفعة من المبالغ تطلب منه إصدار خطاب الضمان مصرفي بمبلغ الدفعة المالية لصالحها، ويتم خصم تلك المبالغ من الاستحقاق الكلي بعد انجاز المشروع⁽¹⁾.

رابعا: خطابات الضمان الملاحية:

وهذا النوع يصدر في مجال النقل البحري، التي تتضمن التعهد إلى شركات التوكيل الملاحي عندما تتأخر سندات الشحن أو قسم منها، وأن البضاعة قد وصلت إلى ميناء التفريغ، وبها تقوم الشركة الملاحية بالإفراج عن البضاعة وتسليمها إلى (الأمر) المشتري للبضاعة بعد استلامها خطاب الضمان بقيمة البضاعة⁽²⁾.

خامسا: خطابات ضمان مصرفية في مجالات متعددة: منها خطاب الضمان

الصيانة إذا كان منفذ المشروع مسؤول عن صيانة المشروع أو الآلات و خطاب الضمان الصيانة نظير استرجاع خطاب ضمان حسن التنفيذ أو خطابات ضمان تصدر لصالح البائع إذا كان البيع بالتقسيط لضمان سداد مبالغ البيع بالآجل، ومنها خطابات الضمان الخارجية التي يكون أحد أطرافها خارج الحدود وتصدر بناء على طلب مصرف أجنبي، ومن خطابات الضمان ما يصدر على الصكوك المفقودة لضمان عدم تقديمها للمصرف مرة أخرى، ومن خطابات الضمان ما تقدم لمصلحة الضرائب تأميناً لما هو مستحق من الضرائب والرسوم⁽³⁾.

(1) احمد محمود عمارة، مصدر سابق، ص199.

(2) احمد محمود عمارة، مصدر سابق، ص199.

(3) احمد بن حسن بن احمد الحسيني، مصدر سابق، ص10.

المبحث الثالث

صور مخاطر الائتمان المصرفي

تعد الصناعة المصرفية من أكثر الصناعات التي تتطوي على مخاطر، وأن الركيزة الأساسية لعملها يتمثل في النشاط الائتماني، والمخاطر الائتمانية هي من أهم وأكبر المخاطر التي تتعرض لها المصارف، مما يدعو إلى حصر هذه المخاطر ووضع ضوابط فعالة واستراتيجيات علمية للحد منها وتقليل آثارها، وعليه سنقسم دراستنا لمخاطر الائتمان المصرفي إلى مطلبين سنبحث في المطلب الأول الأزمات المالية والمصرفية والمخاطر النظرية، والمطلب الثاني سنبحث فيه المخاطر العملية.

المطلب الأول: الأزمات المالية والمصرفية والمخاطر النظرية:

سنسلط الضوء في هذا المطلب على الأزمات المالية الماضية في الفرع الأول، وسنبحث المخاطر النظرية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الأزمات المالية والمصرفية الماضية:

تعرّض الاقتصاد العالمي إلى أزمات مالية ومصرفية أدت إلى خسائر مادية وتراجع في النمو الاقتصادي، وأهم تلك الأزمات هي:

أولاً: إفلاس عدد من البنوك البريطانية عام 1866م فعصفت بالنظام المالي البريطاني، وهي أقدم أزمة عرفها العالم⁽¹⁾.

ثانياً: أزمة الكساد العظيم (1929م-1933م) وهي من أشهر الأزمات المالية التي شهدتها الاقتصاد العالمي، بدأت الأزمة بانهيار سوق الأسهم الأمريكية في بورصة (وول ستريت)، وعلى أثرها شعر المودعين بالقلق على ودائعهم فتزاحموا على سحب ودائعهم من المصارف لعدم وجود صندوق للتأمين على الودائع آنذاك مما فاقم الأزمة وتسبب بإفلاس (4000) مصرف أربعة آلاف مصرف و(1700) ألف وسبعمئة مؤسسة ادخار وتسليف ودخل الاقتصاد العالمي في حالة كساد عظيم بعد امتداد الأزمة من الولايات المتحدة الأمريكية إلى أوروبا⁽²⁾.

(1) حاتم أبو زيد عبد الراضي حسنين، الأزمة المالية المفهوم والأسباب (انترنت): www.iefodia.com

(2) دايف كانساس، نهاية إمبراطورية وول ستريت، ترجمة جوان صغير فغالي، دار الكتب العربية، بيروت،

ويعزو بعضهم إلى أن هناك صفة مشتركة لانهييار البورصات وتراجع الأسعار إلى ظاهرة ارتفاع الأسعار للأسهم والأوراق المالية⁽¹⁾.

أشرت هذه الأزمة أن أنموذج الاقتصاد الحر القائم على آليات السوق وقانون العرض والطلب الذي أتى به الاقتصادي البريطاني (آدم سميث) والمبدأ الرأسمالي الكلاسيكي (دعه يعمل دعه يمر) لم يعد قادرا على الصمود أمام معضلات الحياة الاقتصادية وتطورها، وعلى أثر ذلك بحث الاقتصاديون في الغرب عن حلول لمشكلات الاقتصاد الحر، حينها طرح الاقتصادي البريطاني (كينز) في كتابه الموسوم (النظرية العامة للبطالة والفائدة والنقود) ورأى فيه ضرورة تدخل الدولة في مجالات عديدة في الحياة الاقتصادية، فجمع بين دور السوق وآلياته وبين دور الدولة، وهو ما يطلق عليه في عالم الاقتصاد بـ (الاقتصاد المختلط)⁽²⁾.

وفي عام 1933 أنشأت الولايات المتحدة الأمريكية (الهيئة الفيدرالية للتأمين على الودائع) تولت التأمين على حسابات الودائع النقدية فقط ولم تشمل الأسهم أو السندات المودعة لدى المصارف، وتمول هذه الهيئة بفرض رسم على المصارف مبني على حجم الودائع فيها، وبموجب هذا النظام يستطيع المودعين الحصول على ودائعهم عند افلاس المصارف المودعة فيها أموالهم، كما أعطى الحق للهيئة للاستيلاء على المصرف المفلس⁽³⁾.

ومن الجدير بالذكر أنه لا يوجد في العراق صندوق للتأمين على الودائع.

ثالثا: أزمة الادخار والتسليف (1986م-1995م) أفلس في هذه الأزمة نصف شركات الادخار والتسليف في الولايات المتحدة الأمريكية، وبالبالغ عددها الكلي آنذاك (3232) شركة ثلاثة آلاف ومائتين واثنان وثلاثين شركة، على أثر محاولة فاشلة لتوسيع مجال التسليف العقاري التجاري، مما دفع الكونغرس الأمريكي إلى إنشاء هيئة وصاية تصحيح الوضع، وكانت كلفة التصحيح تقدر بـ (124) مليار دولار أمريكي⁽⁴⁾.

(1) د. علي حاتم القرشي، العلاقات الاقتصادية الدولية، ط1، مطبعة دار الضياء، النجف الأشرف، 2014، ص208.

(2) د. مهدي الحافظ، العراق والاقتصاد المختلط، مقال في جريدة الصباح، العدد (1532) بتاريخ 2008/11/9م.

(3) دايف كانساس، مصدر سابق، ص43 و142.

(4) دايف كانساس، مصدر سابق، ص194.

رابعاً: الأزمة المالية التي شهدتها بعض الدول الآسيوية عام (1997م-1999م) التي بدأت بانهيار عملية تايلند عقب قرار تعويم العملة الذي اتخذته الحكومة التايلندية وفشلت بعد ذلك في دعم عملتها الوطنية في مواجهة المضاربات، وأثر ذلك بشكل سريع في دول أخرى مثل الفلبين، واندونيسيا، وكوريا الجنوبية، وغيرها من الدول الآسيوية ، وسرعان ما انتقلت عدوى الأزمة إلى مختلف أنحاء العالم، ثم انتعشت بعد ذلك اقتصاديا الدول الآسيوية⁽¹⁾.

خامساً: أزمة شركات الانترنت عام 2001م، وهي ما تعرف بظاهرة الفقاعة، بدأت هذه الأزمة حين أدرجت أسهم شركات الانترنت في سوق الأوراق المالية الأمريكية أواخر القرن العشرين، وفي بداية إدراجها ارتفعت أسهمها ارتفاعا كبيرا وحققت تلك الشركات أرباحا كبيرة، ثم انخفضت تلك الأسهم انخفاضا سريعا وكبيرا وتزامن انخفاضها مع حدوث هجمات سبتمبر (2001) واستمرت في الانخفاض الكبير لتهبط إلى حوالي 78% من قيمتها السوقية في عام (2002) ، وعلى أثر ذلك قام البنك الاحتياطي الفيدرالي بخفض سعر الفائدة من 6.25% إلى 1% لتلافي تأثير تلك الأزمة على الاقتصاد الأمريكي⁽²⁾.

سادساً: أزمة الرهن العقاري: بدأت مظاهر هذه الأزمة بندرة السيولة النقدية في أسواق الائتمان والمصارف بداية عام 2007م، وانخفضت أسهم عدد من المصارف الأمريكية انخفاضاً كبيراً. وكان للارتفاع الكبير المستمر لأسعار العقارات في الولايات المتحدة الأمريكية عام (1997م-2006م) حتى وصل ارتفاعها إلى 124% الأثر في إقدام ذوي الدخل المحدودة على الاقتراض من المصارف لشراء العقارات ، وخلال عام 2006 بدأت أسعار هذه العقارات تنخفض بسبب عجز مالكيها من تسديد أقساط الديون إلى المصارف المضمونة بها هذه العقارات، كون تلك الأقساط والفوائد التي ترتفع تدريجياً حتى وصلت مع الزمن إلى حدود لا تتناسب مع إمكانياتهم المادية، فقامت البنوك وشركات العقارات الأمريكية ببيع سندات رهن تلك العقارات إلى مستثمرين ، فقام هؤلاء المستثمرين بالتأمين عليها لدى شركة التأمين، فازداد عرض بيع العقارات فهبطت أسعارها وعجزت عن سداد الديون الموثقة برهن تلك العقارات، وعند مطالبة المستثمرين

(1) حاتم أبو زيد عبد الرازي حسنين، مصدر سابق، انترنت.

(2) د. عبد الله شحاته، الأزمة المالية المفهوم والأسباب، انترنت، ص2، www.predegyp.org

من شركة التأمين (AiG) بتعويضهم عن الخسائر المؤمن عليها من تلك المخاطر أعلنت شركة التأمين وهي أكبر شركة تأمين في العالم عن عدم قدرتها على الوفاء بالتزاماتها تجاه (64) مليون عميل تقريبا فسارعت الحكومة الامريكية إلى انقاذها من الانهيار ومنحتها مبلغا مقداره (85) مليار دولار، مقابل تملك 7909% من رأسمالها⁽¹⁾.

وبتاريخ 15/سبتمبر/ 2008 أعلن بنك الأعمال الأمريكي (ليمان براذرز) افلاسه وهو رابع أكبر بنك في أمريكا مضى على تأسيسه (158) عاما، وبلغت أصوله قبل افلاسه (639) مليار دولار، وفي ذات اليوم خسرت بورصة نيويورك مبلغ يفوق (600) مليار دولار⁽²⁾. وسرعان ما انتقلت تداعيات الأزمة وبسرعة فائقة إلى أوروبا وإلى جميع بلدان العالم من دون استثناء لأن مجمل موجوداتها مقومة بالدولار⁽³⁾، فأفلست مصارف عديدة في أوروبا وتم شراء بعض المصارف المفلسة من قبل مصارف أخرى بأسعار متدنية، وتم تأمين بنوك ومؤسسات القروض العقارية في بريطانيا، فتم تأمين بنك (نورذرن روك)⁽⁴⁾.

واستولت ايسلند وهي عضو في الاتحاد الأوروبي على كل المصارف الخاصة تقريبا بعد انهيار النظام المصرفي الايسلاندي، وبعد أن استقر النظام المصرفي بفعل التأمين أعيدت خصخصة تلك المصارف⁽⁵⁾.

ويتضح أن إستراتيجية التأمين وضخ المبالغ الطائلة بمئات المليارات من الدولارات في النظام المالي وتملك الدولة بعض المؤسسات المفلسة أو الاشتراك معها في رأس المال وتقليل سعر الفائدة إلى أدنى مستوياته حتى وصل إلى 1% كان وراءه الدرس الذي تعلمته الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا من أزمة الكساد العظيم (1929-1933)⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: المخاطر النظرية:

هناك مخاطر تنفذ من ثغرات في القوانين الاقتصادية أو قصور أو اغفال في

(1) د. عبد الله شحاته، مصدر سابق، ص9.

(2) د. صالح ياسر، الاقتصاد السياسي للأزمة المالية العالمية الراهنة، انترنيت،

www.athakafaaljededa.com

(3) د. علي حاتم القرشي، مصدر سابق، ص213.

(4) دراسة معدة من قبل وزارة المالية العراقية (الدائرة الاقتصادية)، www.mof.gov.iq

(5) دايف كانساس، مصدر سابق، ص116.

(6) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص119.

التشريعات أو الأنظمة أو السياسة الائتمانية المكتوبة التي يتبناها المصرف، وفيما يأتي أهم تلك المخاطر:

أولاً: عدم الاهتمام الكافي والدقيق بالتحليل الائتماني ومعايير منح الائتمان قبل منحه:

يؤدي هذا الإهمال إلى ظهور مشكلة الديون المتعثرة وفيما يأتي إيجاز للعناصر الخمسة الواجبة الدراسة التي تمثل المعايير المعروضة عالمياً لتكون مرشداً لإدارة المصرف للوقوف على حقيقة الوضع المالي لطالب الائتمان⁽¹⁾:

أ. الشخصية: تعد شخصية الزبون طالب الائتمان الركيزة الأساسية الأولى في القرار الائتماني، يتطلب هذا المعيار تحديد شخصية الزبون بدقة ما إذا كان يتمتع بشخصية أمينة ونزيهة وسمعة طيبة في السوق والأوساط المالية وملتزماً بتعهداته السابقة، فتلك الشخصية تكون قادرة على اقناع المصرف بمنحه الائتمان المطلوب.

ب . القدرة: ويقصد بهذا المعيار قدرة الزبون طالب الائتمان على تحقيق الدخل وقدرته على سداد الائتمان الممنوح، ممّا يتطلب من المصرف معرفة خبرته الماضية.

ج . رأس المال: وهذا المعيار هو أحد أهم أسس القرار الائتماني وعنصر من عناصر تقليل المخاطر الائتمانية كونه يؤشر على مدى ملائمة طالب الائتمان وقوة أصوله المالية.

د . الضمان: ويقصد به (الرهن) التي يضعها طالب الائتمان تحت تصرف المصرف فاتح الائتمان ، كرهن عقار أو أرض أو رهن الأوراق المالية كالسندات أو الأسهم أو رهن الأوراق التجارية كالسفتجة (الحالة التجارية) أو السند لأمر (الكمبيالة) ، التي من شأنها أن تقي المصارف من مخاطر الائتمان أو تقلل منها.

أو أن يقوم طالب الائتمان بالتأمين ضد مخاطر السداد لدى شركة تأمين⁽²⁾.

هـ . الظروف المحيطة: يقصد به المناخ الاقتصادي العام في المجتمع والإطار

(1) د. عبد العزيز الدغيم، ود. ماهر الأمين وإيمان الجرو، التحليل الائتماني ودوره في ترشيد عمليات الإقراض المصرفي، مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث، المجلد (28)، العدد (3)، 2006م.

(2) د. علي عبد الله أحمد شاهين، مدخل عملي لقياس مخاطر الائتمان، انترنت،

التشريعي والقانوني، والتطورات السياسية و الاجتماعية، وما تتطلبه خطط التنمية. كما أن هناك مخاطر لكل قطاع اقتصادي يعمل فيه الزبون تختلف باختلاف الظروف التشغيلية والإنتاجية والتنافسية في السوق⁽¹⁾.

ثانياً: مخاطر التدقيق الخارجي:

صلاحية تعيين مراجع الحسابات الخارجي في قانون المصارف العراقي وبحسب أحكام المادة(1/46) من قبل حاملي الأسهم للمصرف في اجتماع الهيئة العامة(الجمعية العمومية) وفي الفقرة(4) من المادة نفسها، أجازت تعيين نفس مراجع الحسابات باستمرار على أن لا تتجاوز مدة تعيينه خمسة سنوات ، وما زاد عن المدة المذكورة يصح إذا حصل المصرف على استثناء من البنك المركزي العراقي.

أما قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المصري رقم(88) لسنة 2003 وفي المادة(83) منه يتولى المصرف تعيين مراقبين للحسابات إلا أنه أجاز لمحافظ البنك المركزي أن يعهد إلى مراقب حسابات ثالث للقيام بمهمة محددة يتحمل البنك المركزي أتعابه.

وكما هو معلوم فإن صحة وسلامة البيانات المالية والوضع المالي للمصرف تعرف وبالأرقام من التقرير السنوي الذي يعده مراجع الحسابات الخارجي، وتقديره هذا ذو أهمية كبيرة لزبائن المصرف وللمالكين لأسهم المصرف، وهو غاية الأهمية للبنك المركزي من خلاله يستطيع معرفة مفردات بيانات عمل المصرف ومدى امتثاله للقوانين واللوائح التنظيمية ولمعايير المحاسبة، وأن أي خلل يعتري مصداقية عمل مراجع الحسابات الخارجي سيضيع الفرصة لمعرفة الواقع المالي الحقيقي للمصرف والتنبؤ بمستقبله⁽²⁾

تبقى صلاحية تعيين مراجع الحسابات الخارجي وتحديد أجور مرتفعه له من قبل مالكي أسهم المصرف الذي يملك غالبيتها في أغلب المصارف العراقية الخاصة رئيس مجلس الإدارة وعائلته وأقاربه تلقي بظلالها في الشك بحياديته واستقلالته⁽³⁾.

فالمصارف العراقية الخاصة ذات طابع عائلي ، وإذا أشار مراجع الحسابات

(1) د. حمزة محمود الزبيدي، مصدر سابق، ص179.

(2) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص126.

(3) فهد محسن البصري، مدققوا الحسابات والأزمة الاقتصادية العالمية(انترنت) www.iinan.edu.ib

الخارجي في تقريره إلى المخالفات القانونية أو الفساد المالي في عمل المصرف فإنه سوف لا يعين للسنة القادمة بل إنه يصبح غير مرغوب فيه لكفائته ونزاهته ولا يستطيع أن يجد تعييناً له في أي مصرف خاص فيه مخالفات للأنظمة والقوانين. ومثل هكذا مصارف مصيرها للإفلاس، وعند وضعها تحت وصاية البنك المركزي العراقي سيتفاجأ الوصي بحجم المخالفات وكبر الفساد المتراكم فيها لسنوات طويلة ويصعب إنقاذه وإعادته مرة أخرى للحياة الاقتصادية مما يتسبب بضياع ودائع المودعين وخسارة أموال المساهمين وهدم ركيزة من الركائز الذي يستند عليها الاقتصاد الوطني، ويضعف ثقة الجمهور بالمصارف التجارية الخاصة.

لكل هذه الأسباب نقترح على المشرع العراقي سد هذه الثغرة القانونية التي قد ينفذ من خلالها الفساد المالي وإضافة فقرة إلى المادة (46) من قانون المصارف العراقي تجيز لمحافظ البنك المركزي العراقي أن يعين مراجع حسابات ثانياً يدفع البنك المركزي أتعابه، وكما أجازها المشرع المصري في المادة (83) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد.

ثالثاً: مخاطر قبول الرشوة بستار الهدية واستغلال الوظيفة بستار الائتمان⁽¹⁾:

إنّ الفقرة (5) من المادة (21) من قانون البنك المركزي العراقي الصادر بأمر الحاكم الأمريكي رقم (56) لسنة 2004 قد منعت موظف البنك المركزي من قبول الهدية والائتمان، إلا أن هذا المنع لم يكن مطلقاً وجازماً بل كان منعاً مشروطاً بتأثيره في ولائه وموضوعيته في أدائه لواجباته الوظيفية، وجعلت مقياس هذا التأثير من عدمه منوط به، وإذا تخلف الشرط فإنه يصحّ قبول الهدية والائتمان، ويستطيع موظف البنك المركزي بما فيهم المفتشين على المصارف أن يدعي أن قبوله الهدية أو الائتمان لا يؤثر في ولائه وموضوعيته، وبمعنى آخر يصبح فساد موافق للقانون وموافق لأحكام الفقرة أعلاه من قانون البنك المركزي العراقي التي نصت على (لا يقبل المحافظ أو نائبه أو أي من أعضاء المجلس أو أي موظف في البنك المركزي العراقي أية هدية أو ائتمان لنفسه أو نيابة عن أي شخص تربطه به علاقة أسرية أو تجارية أو مالية إذا كان في ذلك ما يؤثر على ولائه وموضوعيته في أدائه لواجباته الوظيفية في البنك المركزي العراقي).

(1) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص 228-229.

وهذا النص يتعارض مع أحكام قانون انضباط موظفي الدولة والنظام العام رقم (14) لسنة 1991 المعدل، الذي حدد واجبات الموظف في الفصل الثاني، إذ أوجب عليه في المادة التاسعة الامتناع عن استغلال وظيفته، والتي نصها: (الامتناع عن استغلال الوظيفة لتحقيق منفعة أو ربح شخصي له أو لغيره).

رابعاً: مخاطر عدم التأمين على الودائع لدى المصارف:

المشرع العراقي أغفل إنشاء صندوق لضمان الودائع لدى المصارف الخاصة، أما المشرع المصري فقد أنشأ صندوق التأمين على الودائع وجعل له شخصية اعتبارية وميزانية مستقلة وذلك في المادة (87) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد. ونقترح على المشرع العراقي إنشاء صندوق لضمان الودائع لما له من أهمية كبيرة في الحفاظ على القطاع المصرفي والاستقرار المالي والاقتصادي ويطمئن به الجمهور ويشجعهم على إيداع الفائض من أموالهم لدى المصارف، فتزداد السيولة النقدية لدى المصارف لتأخذ طريقها في النشاط الائتماني لمختلف القطاعات الاقتصادية⁽¹⁾.

خامساً: مخاطر منح الائتمان من غير ضمانات:

أجاز قانون المصارف العراقي في الفقرة (ب) من المادة (27) أن تمنح المصارف الائتمان من غير ضمانات، حيث نصت (يكون منح الائتمانات سواء كانت مضمونة أو غير مضمونة...).

أما المشرع المصري فإنه اشترط في المادة (57) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي أن يكون طالب الائتمان حسن السمعة ولديه موارد ذاتية كافية وأن تثبت الدراسات كفاية التدفقات النقدية المتوقعة لأنشطته للوفاء بالتزاماته وأعطى الحق للمصرف أن يطلب ضمانات إضافية سواء كانت ضمانات عينية أو من أي طبيعة أخرى.

ونقترح على المشرع العراقي الأخذ بالشرط الوارد في التشريع المصري لكثرة الائتمانات المتعثرة التي لم تؤخذ عنها ضمانات والتي أدت إلى إفلاس بعض المصارف الخاصة، إضافة إلى أن هذا الشرط يسد نافذة من الفساد المالي، حيث يقدم طالب الائتمان سيء النية رشاوى إلى أصحاب القرار بمنح الائتمان من غير تقديم ضمانات،

(1) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص 231.

ويعرّض المصرف إلى مخاطر الإفلاس.

سادسا: مخاطر هيمنة شخص أو عائلة على المصرف:

يحصل ذلك بسبب امتلاكهم غالبية أسهم المصرف وتحكمهم بانتخاب أعضاء مجلس إدارة المصرف، وتحكمهم بقرارات الهيئة العامة (الجمعية العمومية) وفي القرارات التي يصدرها مجلس إدارة المصرف، مما يسهل عليهم توظيف الودائع النقدية لمصالحهم الخاصة. ورد في قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 المعدل وفي الفقرة (ثانيا/ وثالثا) من المادة (39) منه يساهم مؤسسو الشركة المساهمة عند تأسيسها بما لا يقل عن (20%) عشرون بالمائة من رأسمالها الاسمي، وتطرح الأسهم الباقية للاكتتاب على الجمهور خلال (30) يوما من تاريخ الموافقة على تأسيس الشركة.

أما قانون المصارف العراقي وفي المادة (1/107) نصت على أنه (لا تطبق الأحكام الواردة في قانون الشركات والتي تحدد نسبة المشاركة في الشركات على حملة الأسهم في المصارف).

وقانون الشركات العراقي لم يحدد الحد الأعلى لمساهمة المؤسسين وإنما حدد الحد الأدنى بما لا يقل عن 20% من رأسمال الشركة المساهمة، وهذا يعني وبحسب قانون المصارف العراقي أن نسبة مساهمة مؤسسي المصرف مفتوحة دون التقيد بالحد الأدنى أما الحد الأعلى للمساهمة فإنه مفتوح نسبيا مع إعطاء نسبة للاكتتاب الجمهور، وأنه يصح قانونا أن يساهم المؤسسون بنسبة 90% من رأسمال المصرف وتطرح 10% من رأسماله للاكتتاب على الجمهور.

أما في قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المصري فإنه وفي المادة (51) منه لم يسمح لأي شخص طبيعي أو اعتباري أن يمتلك ما يزيد على (10%) عشرة بالمائة من رأسمال المصرف وأدخل في حساب ملكيته الشخص الطبيعي ما يملكه بالإضافة إلى أي من أقاربه حتى الدرجة الرابعة.

ونقترح على المشرع العراقي الأخذ بما أخذ به المشرع المصري لوضع حد لتحكم الأفراد والأسر في عمل المصارف ، وحيث أثبتت التجارب في العراق أن أكثر المصارف عرضة للإفلاس هي المصارف العائلية.

المطلب الثاني: المخاطر العملية :

تتعرض المصارف لصور مختلفة من المخاطر العملية ليس لها علاقة مباشرة بإغفال المشرع أو قصور التشريع كما مر شرحه في المخاطر النظرية، ويمكن دراستها بفرعين سنخصص الفرع الأول لدراسة المخاطر العامة المؤثرة في الائتمان، والفرع الثاني سندرس فيه صور المخاطر العملية للائتمان المصرفي.

الفرع الأول: المخاطر العامة المؤثرة في الائتمان:

المخاطر العامة هي المخاطر التي تصيب الائتمان بصرف النظر عن ظروف المصرف المانح للائتمان، وذلك بفعل عوامل اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية يصعب التحكم بها والسيطرة عليها⁽¹⁾.

وندرج أهم تلك المخاطر فيما يأتي:

أولاً: مخاطر التضخم:

عندما يكون الاقتصاد في حالة تضخم، ترتفع أسعار السلع والبضائع، وتنخفض القوة الشرائية للنقود، وفيه تتعرض المصارف إلى خسارة القيمة الحقيقية للائتمان الممنوح، حيث يسدد المقترض مبلغ الائتمان الممنوح له في موعد استحقاقه، وقد تراجعت قيمة النقود وقوتها الشرائية، وتكون المصارف قد تعرضت إلى خسارة خارج إرادتها بسبب التضخم. وللأضرار الكبيرة التي يلحقها التضخم بالاقتصاد الوطني ومنها تآكل المدخرات النقدية و الائتمان الممنوح وعرقلة النمو الاقتصادي وإضعاف الثقة بالسلطة النقدية، لذا وضعت الدول في بداية التسعينات من القرن الماضي سياسة سميت (استهداف التضخم) تهدف إلى تخفيف معدل التضخم في الأجل القصير وتحقيق الاستقرار في الأسعار في الأجل الطويل، ووضع سياسات نقدية ملائمة للتنبؤ بمعدلات التضخم من خلال رصد معدلاته على المدى البعيد وإعداد بيانات عن المتغيرات الاقتصادية والنقدية التي لها تأثير في معدلات التضخم⁽²⁾.

ثانياً: مخاطر سعر الصرف:

يظهر هذا النوع من المخاطر عندما تنخفض قيمة العملة الوطنية مقارنة بالعملات

(1) د. منير إبراهيم هندي، إدارة البنوك التجارية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص444.

(2) د. رجاء عزيز بندر، استهداف التضخم، البنك المركزي العراقي، انترنت، ص1 و20.

الأجنبية المتداولة مما يسبب خسائر للمصارف⁽¹⁾. أو بالعكس.

قد يمنح المصرف ائتماناً بعملة أجنبية وتنخفض قيمة هذه العملة عند الوفاء بالائتمان بتلك العملة في تاريخ الاستحقاق ، ويلحق المصرف خسائر جراء التغيير في سعر الصرف⁽²⁾.

وتحدث مخاطر تقلب أسعار العملات عندما تكون تلك العملات مرجعية للمصرف، وترتبط إيراداتها ونفقاتها أو موجوداتها ومطلوباتها بتلك العملات الأجنبية⁽³⁾.

ويمكن للمصرف إدراج شرط في العقد المبرم بينه وبين المستفيد من الائتمان المدفوع بالعملة الأجنبية بأن يتحمل المدين أية خسارة تلحق المصرف مانح الائتمان نتيجة انخفاض سعر العملة عن الوقت الذي منح به الائتمان. وقد ذهبت محكمة تمييز العراق إلى صحة وجود مثل هذا الشرط في عقد الاعتماد والزمّت المدين بدفع الفرق بين سعري الصرف، وحيث جاء في القرار رقم 13/ مدنية أولى/ 92 بتاريخ 1992/2/26 (إذا كان عقد الاعتماد المستندي المعقود بين الطرفين ينص على عدم مسؤولية المصرف عن أية فروقات في أسعار الصرف فيكون الأمر بالصرف ملزماً بدفع الفرق بالسعر الذي يقرره المصرف)⁽⁴⁾.

ثالثاً: المخاطر السياسية:

المخاطر السياسية قد تكون داخلية أو خارجية كالثورات الشعبية والانقلابات العسكرية والحروب الأهلية، أو الحروب بين الدول أو سوء العلاقات بينها وقطع العلاقات الدبلوماسية. وتنعكس آثارها السلبية على كافة مناحي الحياة في البلدان التي يحدث فيها. ويترتب على هذه المخاطر ضرر كبير على كافة مناحي الحياة ومنها المصارف فيتعذر على المقترضين سداد مديونيتهم في تاريخ استحقاقها، وتزداد الديون

(1) د. عبد النبي إسماعيل الطوخي، التنبؤ المبكر بالأزمات المالية باستخدام المؤشرات المالية القائدة، انترنت.

www.kantakji.com

(2) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، 120.

(3) د. مفتاح صالح ومعارفي فريده، المخاطر الائتمانية، انترنت، ص3. www.docstoc.com

(4) نقلاً عن: إبراهيم المشاهدي، المختار في قضاء محكمة التمييز (قسم القانون المدني والقوانين الخاصة)، ج2، مطبعة الزمان، بغداد، 1999، ص66.

المتعثرة وربما تدمر قدرة المقترضين على الوفاء بسبب تدمير مصانعهم أو مخازنهم⁽¹⁾.

رابعاً: المخاطر الأمنية:

إذا ما تزعزع الأمن في بلد ما وكثرت فيه عصابات السلب والخطف لقاء فدية مالية، فمخاطر من هذا النوع تخلق جواً من عدم الثقة بمستقبل الاستثمار في هذا البلد، فيهاجر منه رجال الأعمال مع أموالهم للاستقرار والاستثمار في بلدان تنعم بالأمن والأمان، كما حصل في العراق عام 2006م عندما اختل أمنه وفقد الأمان به وتعرض عدد من المصارف إلى السرقة وتسليب عجالتهم التي تحمل النقود من وإلى البنك المركزي العراقي وتعرض بعض رجال الأعمال وأولادهم إلى الخطف، فهاجرت منه الأموال ورجال الأعمال، وانخفضت قيمة الأسهم في سوق العراق للأوراق المالية انخفاضاً كبيراً، فوصل هبوط أسهم بعض الشركات إلى 85% تقريباً، وانخفضت قيمة الضمانات المصرفية وكثرة الديون المتعثرة في الائتمان المصرفي، وخسرت المصارف العراقية خسائر كبيرة في محافظها الاستثمارية⁽²⁾.

خامساً: مخاطر أخرى:

كمخاطر التغيرات التكنولوجية وظهور اختراعات جديدة، والتغيير في اتجاهات وأذواق المستهلكين، ويترتب عليها ضرر وخسارة لأصحاب المصانع وتضعف مقدرتهم على الوفاء بالتزاماتهم بسداد القروض إلى المصارف⁽³⁾.

الفرع الثاني: صور المخاطر العملية للائتمان المصرفي:

تتعرض المصارف عند منحها الائتمان لجملة من المخاطر على الصعيد العملي ونجمل أهمها فيما يأتي:

أولاً: ضعف نظام رقابة البنوك المركزية على المصارف⁽⁴⁾:

المشرع العراقي لم يعط لمفتشي البنك المركزي الاستقلالية والقوة في عملهم في أداء

(1) د. مرعي حسن حمد بن خالد، دور التحليل الائتماني في الحد من تعثر القروض المصرفية، اطروحة دكتوراه، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة الموصل، 2003، ص60.

(2) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص122.

(3) د. منير إبراهيم هندي، مصدر سابق، ص227.

(4) موسى فاضل العبودي، مصدر سابق، ص124.

دورهم الرقابي، فقد نظم أسس التفتيش على المصارف في المادة(53) من قانون المصارف العراقي ، فأجاز أن يكون المفتش واحداً أو أكثر وليس لجنة ولم يحدد مدة ولايتهم ولم يشترط أداءهم القسم قبل المباشرة بأعمالهم⁽¹⁾.

ومن صور المخاطر العملية لنظام الرقابة أنه قد يلجأ بعض المصارف الخاصة التي لديها مخالفات قانونية وفساد مالي إلى تشغيل بعض مفتشي البنك المركزي لديها أثناء العطل الرسمية مقابل أجور مغرية بحجة الاستفادة من خبراتهم لتحسين وتطوير وضع المصرف فيقومون بتفتيش المصرف وهم أنفسهم يعدون تقرير الإجابة على ملاحظاتهم وترسل الإجابة إلى البنك المركزي ، وهذا النوع من المخاطر إذا ما حصل فإنه لم يعد تحايلاً على نظام الرقابة وإنما يوظف نظام الرقابة لتغطية مخالفاته وفساده المالي.

أما المشرع المصري وفي المادة(56) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي فإنه فوّض مجلس إدارة البنك المركزي لوضع قواعد الرقابة والاشراف على البنوك والضوابط المرتبطة بأنشطتها، وفي هذا التفويض مرونة كبيرة وصلاحيات واسعة لإدارة البنك المركزي تستطيع من خلالها إجراء التعديلات على قواعد الرقابة والإشراف على المصارف بحسب الحاجة ومتطلبات العمل الرقابي.

أما المشرع اللبناني فالمفتشين على المصارف في(مصرف لبنان) الذي يقابل(البنك المركزي) لجنة تتألف من خمسة أعضاء تتخذ قراراتها بالأغلبية، وحددوا ولاية هذه اللجنة بخمسة سنوات، ويؤدي أعضاؤها القسم أمام رئيس الجمهورية وتكون مستقلة في عملها بعيداً عن أي تدخل أو تأثير وتقدم تقريرها ومقترحاتها إلى (حاكم مصرف لبنان) الذي يقابل (محافظ البنك المركزي) وبدوره يبت فيه أو يحيله إلى الهيئة المصرفية العليا⁽²⁾.

ونقترح على المشرع العراقي تقوية نظام الرقابة والتفتيش بما يضمن استقلاليتهم في اتخاذ القرار بعيداً عن أي تدخل أو تأثير، وتحديد ولايتهم، وإلزامهم بأداء القسم قبل ممارستهم أعمالهم أمام أعلى سلطة تنفيذية وتحصينهم من المغريات المادية، وأن يرتبطوا مباشرة بمحافظ البنك المركزي العراقي، وأن يقدموا تقاريرهم ومقترحاتهم إليه.

(1) المصدر نفسه، ص125.

(2) د. مالك عبلا، النظام القانوني للمصارف، ط2، المستشار للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص65، و69.

ثانيا: مخاطر التركيز: وتظهر هذه المخاطر في التركيزات الآتية:

1. الزبائن: يركز أصحاب القرار الائتماني في هذا النوع من المخاطر على عدد معين من الزبائن دون غيرهم ومنحهم كل الائتمان المتاح للمصرف⁽¹⁾.

2- تركيز الائتمان في قطاعات معينة أو نشاط معين: على المصرف أن يوزع محفظة قروضه على قطاعات مختلفة وأن يضع حدا لكل نشاط وسقف ائتماني لكل قطاع⁽²⁾. والحكمة تتطلب أن لا تضع كل ما عندك من البيض في سلة واحدة.

3- الضمانات: يتطلب من المصرف عدم التركيز على نوع واحد من الضمانات والاعتماد عليها في منح الائتمان لتفادي تراجع وانخفاض قيمتها مستقبلا⁽³⁾.

4- الاستحقاقات: إن تركيز الاستحقاقات المطلوبة من المصرف فيما يتعلق بالاعتمادات المستندية وخطابات الضمان والتزاماته الأخرى يشكل خطرا كبيرا على مركز السيولة وقد يسبب له هذا التركيز عجزا عن الوفاء بالتزاماته ويعرضه إلى مخاطر الإفلاس.

ثالثا: مخاطر السمعة:

السمعة عامل مهم جدا للمصرف ، إذ إن طبيعة الأنشطة التي تؤديها المصارف تعتمد على السمعة الحسنة لدى المودعين وعملاء المصرف⁽⁴⁾.

وعلى المصرف أن يبذل قصارى جهده للحفاظ على سمعته الحسنة، لأن تراجع سمعة المصرف والشك في مستقبل بقاءه سيدفع المودعين إلى سحب ودائعهم منه، ومهما بلغت متانة المصرف وقوة أصوله فإنه لا يستطيع أن يصمد أمام سيل من السحوبات اليومية.

وفي العام الحالي 2014م تعرض أحد المصارف العراقية الخاصة للتراجع الكبير في سمعته بسبب مشاجرة بالأيدي داخل المصرف بين ذرية رئيس مجلس إدارة المصرف صراعا على ملكية المصرف كل منهم يريد أن يحل محل والده الذي أقعده المرض فجأة

(1) د. مفتاح صالح وآخر، مصدر سابق، ص7.

(2) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(3) المصدر نفسه، والصفحة نفسها.

(4) د. شعبان فرج، العمليات المصرفية وإدارة المخاطر، انترنت. www.univ-bouira.dz

ومنعه من مزاوله أعماله، ولما علم المودعون وزيائن المصرف بهذا الصراع شعروا بالقلق على مستقبل ودائعهم فسارع الكثير منهم إلى سحب ودائعه، وأصبح المصرف عاجزا عن الوفاء بسحوبات المودعين فوضع المصرف تحت وصاية البنك المركزي العراقي.

رابعا: مخاطر عدم القدرة على تسديد الائتمان:

وهذه المخاطر ناشئة في الأساس من الزبون⁽¹⁾. إما أن يكون قدم معلومات مضللة إلى المصرف أو مُبالغا فيها أو أنه أخفى بعض المعلومات عن شخصيته وأهليته ومدى كفاءته وقدرته على سداد التزاماته المالية⁽²⁾.

وللتخلص من مخاطر عدم التسديد تطلب المصارف من طالبي الائتمان تزويدها بالحسابات الختامية وحساب الأرباح والخسائر لثلاث سنوات سابقة على الطلب لدراستها والوقوف على إمكانية ومدى كفاية أصوله المالية للوفاء بالتزاماته.

خامسا: مخاطر تقديم ضمانات واهية:

وهذه المخاطر ناشئة عن تقديم أوراق تجارية كالحالة التجارية (السفينة) أو السند الأمر (الكمبيالة) كضمان مقابل منح الائتمان المطلوب، وهي في حقيقتها لا تعكس عن عمليات تجارية حقيقية، أو أنها لا ترتبط بطبيعة نشاط الزبون أو نشاط مدينه المسحوب عليه، وقد تكون صورية يتداولها أفراد العائلة.

سادسا: مخاطر التطور السريع لحجم الائتمان:

إن منح ائتمان إضافي بعد فترة قصيرة من منح الائتمان وقبل أن تبدأ فترة السداد الأولى وقبل التأكد من حسن وفائه للائتمان القائم أو قد يستخدم القرض الثاني لتسديد الاقساط المتأخرة من القرض الأول، وهذا كله ينطوي على مخاطر كبيرة. وينصح بتجنب مضاعفة التسهيلات المصرفية عند تجديدها ولو كان السبب قصور الدراسات عند منحها أولا⁽³⁾.

(1) د. طارق عبد العال حماد، إدارة المخاطر، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص244.

(2) د. عبد المعطي رضا الرشيد ومحفوظ احمد جودة، إدارة الائتمان ، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 1999، ص283.

(3) د. سمير الخطيب، قياس وإدارة المخاطر بالبنوك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص156.

سابعا: مخاطر التزوير والاحتيايل:

ومخاطر التزوير والاحتيايل لها صور متعددة نذكر أهمها بما يأتي:

1. تقديم سند عقار صحيح يرهن لصالح المصرف مقابل الحصول على قرض إلا أن الراهن طالب القرض ليس مالك العقار وإنما تم تزوير هوية الأحوال المدنية وشهادة الجنسية تحمل ذات الاسم الكامل لمالك العقار، وقد ترفع لجنة الكشف على العقار تقريرها إلى لجنة التسهيلات المصرفية من دون الانتقال إلى موقع العقار إذا كانت التسهيلات المطلوبة تقل عن قيمة العقار، كون هذه اللجنة التي يشكلها المصرف تكون مسؤولة أمام المصرف عن تقديرها لقيمة العقار وهي غير معنية بموضوع تزوير المحررات الرسمية، إلا أن تصرف من هذا النوع قد يرتب مسؤولية جزائية بالإهمال الجسيم وفق المادة(341) من قانون العقوبات العراقي.

وفي ضوء ذلك يتوجب على لجنة الكشف على العقار الانتقال إلى موقع العقار ومطابقة المعلومات التي أدلى بها طالب الائتمان مع واقع الحال والاستفسار عن المالك الحقيقي للعقار من ساكني العقارات المجاورة، حتى لا تسبب بإلحاق الضرر بأموال المصرف، كما أنه قد يتم الكشف على عمارة جديدة تتكون من عدة طوابق والحقيقة أن العمارة التي تم رهنها آيلة للسقوط.

2. قد يكون طالب القرض المصرفي قد قدّم مستمسكات مزورة وأنه لا يوجد شخص بهذا الاسم، ويحصل هذا أحيانا لتبويب الفساد المالي ليتم تمريره على مفتشي البنك المركزي وعلى مراجع الحسابات الخارجي وقد يحصل هذا التزوير إذا ما تم إيداع المبالغ النقدية لبعض دوائر القطاع العام لدى المصارف الخاصة ولكون إيداعات القطاع العام لا يدفع لها فوائد فيتم دفع مبالغ لمسؤول تلك الدائرة بواسطة هذا الاسم الوهمي، ثم يصنف هذا القرض على أنه ائتمان خاسر.

3. أحيانا يتعرض الأمر بفتح الاعتماد المستندي لعملية نصب واحتيايل عند شرائه لبضاعة أجنبية من بائع غير مُعرّف له، ويقوم البائع (المستفيد من الاعتماد المستندي) بتزويد المصرف الفاتح للاعتماد المستندي بمستندات شحن البضاعة مزورة، فيقوم المصرف بدفع مبلغ الاعتماد له، بالرغم من أن المصرف غير مسؤول عن تزوير مستندات البضاعة طالما كانت مطابقة لتعليمات الأمر ولشروط فتح الاعتماد إلا أنه قد

يكون المصرف قد تساهل في موضوع الضمانات ، وخاصة إذا كانت لديه وديعة من القطاع العام مخصصة لتغطية استيراد هذه البضاعة.

4- قد يتفق الأمر بخطاب الضمان مع الجهة المستفيدة منه على عملية نصب واحتيال على المصرف مصدر خطاب الضمان على مصادرة خطاب الضمان ضمن مدة صلاحيته، وفي حقيقة الأمر أنه لا يوجد عقد حقيقي بين الأمر والجهة المستفيدة يراد ضمانه بخطاب الضمان.

قد يحصل مثل هذا النوع من الاحتيال في المزايدات الوهمية لبيع الحديد والمعدات والتمور...الخ، وبها يطمئن المصرف إلى قدرة الأمر (الراسي عليه المزاد) على تسديد ما بذمته تجاه المصرف بعد بيع تلك المواد في السوق المحلية أو تصديرها إلى الخارج، لذا يتساهل في أخذ الضمانات الكافية لوجود بضاعة لدى الأمر تكفي لسد ما بذمته من ديون تجاه المصرف.

الخلاصة

في نهاية سعيينا المقترن بالبحث والتحليل فقد توصلنا إلى جملة من النتائج وعدداً من المقترحات والتوصيات فضلاً عما ذكر في متن الأطروحة وكالاتي:

أولاً . النتائج:

1- قبل ظهور نظام الرهن كضمان للدائن، كان الضمان هو جسد المدين وحياته وحرية ببيعه أو قتله أو استرقاقه، ثم تطور لاحقاً واقتصر حق الدائن على حرية المدين باسترقاقه أو أحد افراد عائلته إذا عجز عن الوفاء بدينه في موعد استحقاقه، وقد وضع (السومريون) حدوداً لهذه السلطة بما لا تتجاوز ثلاث سنوات وفي السنة الرابعة يستعيد المدين حريته.

2. كان العراقيون القدماء يتعاملون بعقود الرهن حسب العرف السائد قبل بدء مرحلة تشريع القوانين، وجاءت المادة (61) من قانون اشنونا (1761-2000 ق.م) ترجمة لهذا العرف فعُدّت الرهن باطلاً عند وجود شريك في المال المرهون أو إذا صدر من عبد.

3. كان لصدور سندات الملكية العقارية الحجرية في زمن الدولة السومرية، وتطور نظام الملكية الفردية في عهد الملك حمورابي (1670-1710 ق.م) وتعيينه موظفين مختصين لتنشيط حدود الأراضي وإصدار سندات الملكية العقارية على لوحة فخارية وتنظيمه لنظام الرهن الحيازي في المادة (50) من قانونه أثره في تطوير نظام الرهن وتوسيع التعامل به.

4. طوّر الرومان نظام الرهن ولهم الفضل في إنشاء عقد الرهن التأميني، الذي لا يترتب عليه انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن بعد أن كان سائداً نوعاً واحداً من الرهن إلا وهو الرهن الحيازي، وفي القرن الأول الميلادي أنشأوا حق (التتبع) وبهذا الحق العيني يستطيع الدائن المرتهن أن يتتبع الشيء المرهون في أي يد يكون وبيعه ويستوفي حقه من ثمنه متقدماً على غيره من الدائنين.

5- ظهر نوع آخر من أنواع الرهن الحيازي عند الرومان يسمى (عقد الرهن الائتماني) وفيه يقوم الراهن بنقل ملكية المرهون إلى الدائن المرتهن ويتعهد الأخير بإعادتها إلى الراهن إذا ما أوفى الدين.

وهذا النوع من العقود أباحه الفقهاء المسلمون ويسمى في التشريعات العربية (عقد بيع الوفاء)، المشرع العراقي وفي المادة (1333) من القانون المدني عدّه رهناً حيازياً، صيانة منه لحقوق الدائنين من الضياع واستخلاصاً لنية المتعاقدين في عقد بيع الوفاء. أما في القانون المقارن فحكمه البطلان وجاء ذلك بنص المادة (465) من القانون المدني المصري والتي عدّت عقد البيع باطلاً إذا احتفظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة.

6- يلعب الرهن دوراً مهماً في تأمين المصارف من مخاطر الائتمان، لأن حقّها يتعلق بمال معيّن يخصص للوفاء بدين المصرف لا ينافسه فيه أحد، ويعطي للدائن حقوقاً وسلطات مهمة، منها أن حق الرهن لا يتجزأ، فكل جزء من الدين يكون مضموناً بالمال المرهون كله وكل جزء من المال المرهون يكون ضامناً للدين كله، ومن مزايا نظام الرهن انه يعطي للدائن حق تتبع المال المرهون في أي يد يكون والتفويض عليه ببيعه واستحصال مستحقّاته من ثمنه متقدماً على سائر الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة.

ومن مزاياه أنه يعطي للدائن المرتهن رهناً حيازياً حق حبس الشيء المرهون حتى يستوفي كامل حقه.

7. المشرّع العراقي سهّل إجراءات بيع العقارات المرهونة وفقاً لقانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971م التي أعطى فيه لرئيس دائرة التسجيل العقاري سلطة بيع العقارات المرهونة بناءً على طلب تحريري من الدائن المرتهن دون حاجة إلى إصدار قرار قضائي،

ممّا يتيح للمصارف الحصول على مستحقّاتها من الديون والفوائد بما لا يزيد على 7% سنوياً بشكل سريع.

8- ورد تعريف (الائتمان) في قانون المصارف العراقي مختلفاً عمّا ورد في قانون البنك المركزي العراقي، وكان على المترجم العراقي ولا أقول المشرّع العراقي أن يوحد التعريف في كلا القانونين الصادرين عامّة 2004م، كون التعريف في النص الانكليزي لكلا القانونين كان موحداً.

ويبدو أن القانونين قد كتبا باللغة الانكليزية أولاً من قبل السلطة الأمريكية الحاكمة آنذاك، ثم ترجما إلى اللغة العربية ترجمة حرفية سيئة وحصل الاختلاف لإختلاف المترجمين.

وما أعظم هذه الرزية على بلدنا أن أهم القوانين الاقتصادية النافذة والتي تسيّر عجلة الحياة الاقتصادية منذ عشرة سنوات تقريباً قد كتبوها أناس لا يستطيعون أن يتفقوا على ترجمة موحّدة لتعريف الائتمان، فجاء التعريف يفتقر إلى الوضوح وغير مترابط ومفرداته ركيكة، فما بالك في بقية المواد القانونية.

9. من المخاطر التي تم تأشيرها صلاحية تعيين مراجع حسابات خارجي للمصرف وفق أحكام المادة (46) من قانون المصارف العراقي والتي حدّته حصراً بحاملي الأسهم في اجتماع الهيئة العامة (الجمعية العمومية) ، وأجازت اعادة تعيينه باستمرار لمدة لا تتجاوز خمسة سنوات وما زاد عن تلك المدة يصح أن حصل المصرف على استثناء البنك المركزي العراقي، فضلاً عن ذلك فإن تحديد أجور مرتفعة له تلقي بظلالها على الشك بنزاهته وحياديته في عمله ويضيّع الفرصة من معرفة الواقع المالي الحقيقي للمصرف والتنبؤ بمستقبله، خاصة إذا كان رئيس مجلس ادارة المصرف هو المتحكم بهذا التعيين لامتلاكه هو وعائلته وذويه أغلب أسهم المصرف.

وفي هذه الحالة قد يوضع مراجع الحسابات الخارجي امام خيارين وذلك في المصارف التي فيها فساد مالي ومخالفات قانونية فأما أن يذكر الحقيقة ويضحي باعادة تعيينه مرة أخرى أو يداهن ليعاد تعيينه .

القانون لم يضع نصوصاً يحصّن بها مراجع الحسابات الخارجي من هكذا ضغوط تضعه على كفتي ميزان، كفة المعيشة وكفة النزاهة. ومما لا شك فيه أن حصانته تؤثر ايجابياً على حصانة القطاع المصرفي من الفساد المالي والعكس صحيح.

وقد عالج المشرع المصري مخاطر من هذا النوع بأنه أجاز لمحافظ البنك المركزي في المادة (83) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد، أن يعهد إلى مراجع حسابات ثالث إضافة إلى اللذين عينهما المصرف ليقوم بمهمة محددة ويتحمل البنك المركزي اتعابه.

10- من المخاطر التي تحتاج إلى معالجة هي السماح لشخص أو عائلة بامتلاك غالبية أسهم المصرف، مما يتيح لهم أن يتحكموا بقرارات الهيئة العامة وقرارات مجلس إدارة المصرف، فيتمكنوا من توظيف الودائع النقدية لمصالحهم الخاصة، والتي غالباً ما يشوبها الفساد والمخاطر وأثبتت التجارب في العراق أن أكثر المصارف عرضة للإفلاس هي المصارف العائلية.

قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 المعدل وفي الفقرة (ثانياً وثالثاً) من المادة (39) حدد نسبة مساهمة مؤسسو الشركة المساهمة بما لا يقل عن 20% من رأسمالها الاسمي ويطرح الباقي للاكتتاب، فإنه حدد الحد الأدنى ولم يحدد الحد الأعلى لمساهمة المؤسسين.

أما قانون المصارف العراقي وفي المادة (1/107) نصت على عدم تطبيق الأحكام الواردة في قانون الشركات التي تحدد نسبة المشاركة في الشركات على حملة الأسهم في المصارف. فجعل نسبة المشاركة مفتوحة بحدها الأعلى والأدنى.

أما القانون المقارن وفي المادة (51) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المصري فإنه لم يسمح لأي شخص طبيعي أو اعتباري أن يمتلك ما يزيد على 10% عشرة بالمائة من رأسمال المصرف وادخل في حساب ملكية الشخص الطبيعي ما يملكه بالإضافة إلى أي من أقاربه حتى الدرجة الرابعة.

11. أغفل المشرع العراقي إنشاء صندوق لضمان الودائع لدى المصارف الخاصة، وما لهذا الصندوق من أهمية كبيرة في الحفاظ على القطاع المصرفي والاستقرار المالي والاقتصادي، فعند حصول أزمات مالية يتزاحم المودعون على المصارف بسحب ودائعهم، مما يفاقم الأزمات ويساعد بدرجة كبيرة في إفلاس المصارف، وتنتهي حالة التزام عند وجود صندوق لضمان الودائع، فضلاً عن ذلك يكون حافزاً لهم على إيداع أموالهم الفائضة لدى المصارف فتزداد لديها السيولة النقدية وتأخذ طريقها إلى النشاط الائتماني لمختلف القطاعات الاقتصادية.

المشرع المصري انشأ صندوق لضمان الودائع في المادة (87) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي وجعل له شخصية اعتبارية وميزانية مستقلة.

12. ضعف نظام الرقابة على المصارف نتيجة لضعف القاعدة القانونية التي نظمت أسس الرقابة والتفتيش في المادة (53) من قانون المصارف العراقي، التي لم تعطي للمفتشين الاستقلالية والقوة في أداء دورهم الرقابي، ولم تحدد مدة ولا يتهم ولم تشترط أدائهم القسم قبل مباشرة أعمالهم، ولم تجعل ارتباطهم المباشر وتقديم تقاريرهم إلى محافظ البنك المركزي لإبعاد أي تدخل أو تأثير في عملهم، كما لم تمنع عليهم قبول أي هدية أو ائتمان لهم أو لذويهم، ولم تمنعهم من العمل لدى المصارف الخاصة في أثناء العطل الرسمية وهذه منافذ قد يدخل من خلالها بعض المصارف التي تكثر فيها المخالفات القانونية وفيها فساد مالي بذريعة الاستفادة من خبراتهم لتطوير عمل المصرف لقاء مبالغ مغرية.

13. منح الائتمان من غير ضمانات يحمل مخاطر عدم التسديد.

أجازت الفقرة (ب) من المادة (27) من قانون المصارف العراقي للمصارف منح الائتمان من غير ضمانات بنصها (يكون منح الائتمانات سواء كانت مضمونة أو غير مضمونة...).

أما القانون المقارن فإنه اشترط في المادة (57) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المصري على المصارف عند تقديمها للائتمان أن يكون طالب الائتمان حسن السمعة ولديه موارد ذاتية كافية وان تثبت الدراسات كفاية التدفقات النقدية المتوقعة لأنشطته للوفاء بالتزاماته .

ولم يرد مثل هذه الشروط أو غيرها في قانون المصارف العراقي.

14. من المخاطر الكبيرة على القطاع المصرفي أن يقبل موظف البنك المركزي الهدية أو الائتمان من المصارف الخاصة.

الفقرة (5) من المادة (21) من قانون البنك المركزي العراقي الصادر بأمر الحاكم الأمريكي آنذاك رقم (56) لسنة 2004 قد منعت موظف البنك المركزي من قبول الهدية أو الائتمان، إلا أن هذا المنع ليس مطلقاً ولا جازماً بل انه منعاً مشروطاً بتأثيره على ولائه وموضوعيته في أدائه لواجباته الوظيفية وجعلت مقياس تحقق الشرط من عدمه منوط به، فهو الذي يقيّم نفسه هل أن قبول الهدية أو الائتمان يؤثر على ولائه وموضوعيته في عمله أم لا يؤثر، ويقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف ذلك، وفيما يأتي نصها (لا يقبل المحافظ أو نائبه أو أي من أعضاء المجلس أو أي موظف في البنك المركزي العراقي أي هدية أو ائتمان لنفسه أو نيابة عن أي شخص تربطه به علاقة أسرية أو تجارية أو مالية إذا كان في ذلك ما يؤثر على ولائه وموضوعيته في أدائه لواجباته الوظيفية في البنك المركزي العراقي).

والمشرع في هذه الفقرة إنما فتح باباً للرشوة بستار الهدية ولاستغلال الوظيفة بستار الائتمان، وسمح للفساد المالي أن يرتدي لباس القانون.

ثانياً: التوصيات والمقترحات:

1. إصدار قانون جديد للبنك المركزي العراقي وللمصارف العراقية تضعه لجنة تتألف من خبراء مصرفيين وخبراء في القانون الخاص.

2. تعيين مراجع حسابات خارجي ثاني للمصارف العراقية الخاصة تعود صلاحية اختياره وتحديد أجوره للبنك المركزي العراقي ويتحمل المصرف المعين له أجوره وتدفع من خلال البنك المركزي العراقي.

3. تحديد نسبة تملك الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين لأسهم المصرف بما لا يزيد على 10% من رأسمال المصرف ويدخل في حساب ملكية الشخص الطبيعي ما يملكه بالإضافة إلى أي من أقاربه حتى الدرجة الرابعة.

4. إنشاء صندوق لضمان الودائع تكون له شخصية معنوية وميزانية مستقلة، يتم تمويله من المصارف الخاصة فضلاً عن مساهمة الدولة في تمويله، ويرتبط بالبنك المركزي العراقي.

5. تقوية نظام الرقابة على المصارف، وجعل المفتشين لجنة تأخذ قراراتها بالأغلبية وترتبط مباشرة بمحافظ البنك المركزي العراقي وتحديد مدة ولايتهم، ومنعهم من قبول أي هدية أو ائتمان لهم أو لذويهم ومنعهم من العمل لحساب المصارف الخاصة أثناء العطل الرسمية، وأدائهم القسم أمام أعلى سلطة في البلد قبل أدائهم عملهم، وتخصيص نسبة لا تتجاوز 10% من مبالغ الغرامات التي تفرض على المصارف نتيجة مخالفات قانونية أو فساد مالي اكتشفه المفتشون توزع عليهم كحوافز مالية سنوية.

6. تحديد سقف للائتمان الممنوح من غير ضمانات مشروطاً بحسن سمعة طالب الائتمان ودراسة تثبت كفاية التدفقات النقدية المتوقعة لأنشطته ولديه موارد ذاتية تكفي للوفاء بمبلغ الائتمان الممنوح.

7. تعديل الفقرة (5) من المادة (21) من قانون البنك المركزي العراقي، ليكون النص كالاتي (يمنع على المحافظ أو نائبة أو أي من اعضاء المجلس أو أي موظف في البنك المركزي العراقي قبول أية هدية أو انتمان من المؤسسات المالية العراقية لنفسه أو نيابة عن أي شخص تربطه به علاقة أسرية حتى الدرجة الرابعة أو تجاريه أو مالية ولأي سبب كان).

8. إنشاء مؤسسات مالية متخصصة بشراء الديون المضمونة بالرهن لأهميتها الكبيرة في معالجة نقص السيولة النقدية لدى المصارف وتأمينها من مخاطر التوقف عن الدفع.

والله ولي التوفيق

المصادر والمراجع

❖ القرآن الكريم :

أولاً" : معاجم اللغة العربية :

الجوهري، الصحاح في اللغة، تحقيق أحمد عبد الغفور العطار، ج5، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، 1987م.

ابن دريد، جمهرة اللغة ، تحقيق رمزي منير بعلبكي، ج2، ط1، دار العلم للملايين، بيروت، 1987م.

ابن سيده، أبو الحسن علي بن إسماعيل، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق عبد الحميد هندراوي، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000م.

1. صاحب بن عباد، المحيط في اللغة، ج1، انترنت:

www.alarrag.com

الفيروزي آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ج4، مؤسسة الرسالة، بيروت، (د.ت).

2. ابن منظور، لسان العرب، ط1، ج13، دار صادر، بيروت، (د.ت)

ثانياً : كتب التفسير:

1. أبو بكر الجزائري ، ايسر التفاسير، انترنت:

www.altafsir.com

2. أبو علي الفضل بن الحسن (الطبرسي)، مجمع البيان في تفسير القرآن، ج2، منشورات دار الفكر ودار الكتاب، بيروت، 1957.

3. أبو القاسم محمود بن عمرو الزمخشري، تفسير الكشاف، انترنت:

www.altafsir.com

4. محمد بن جرير الطبري، (تفسير الطبري)، جامع البيان في تأويل القرآن، مؤسسة الرسالة، القاهرة، 2000.

ثالثاً: كتب الحديث:

1. احمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، القاهرة، 1986.
2. أبو داود سليمان بن الاشعث ، سنن أبي داود، ج2، ط1، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1952.
3. محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار من أحاديث سيد الأخيار، ج5، مكتبة الكليات الازهرية، القاهرة، (د.ت).

رابعاً: كتب الفقه الاسلامي:

1. أبو البركات سيدي أحمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، دار احياء الكتب العربية، القاهرة، (د.ت).
2. شهاب الدين أحمد الهيتمي المكي الشافعي، فتح الجواد بشرح الإرشاد، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005.
3. ضياء الدين العراقي، المحاضرات في فقه الرهن، مركز نشر العلوم الإسلامية، طهران، 1386هـ.
4. عبد الاعلى الموسوي السبزواري، منهاج الصالحين، ج2، ط3، مطبعة الديواني، بغداد، 1976.
5. عبد الأعلى الموسوي السبزواري، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، مطبعة الآداب، النجف الاشرف، 1983.
6. عبد الله بن احمد بن قدامه المقدسي، المغني في فقه الإمام احمد بن حنبل الشيباني، ج2، ط1405، دار الفكر، بيروت، (د.ت).
7. عبد الوهاب البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، ج1، مكتبة نزار الباز، الرياض، (د.ت).
8. علي الحسيني السيستاني، المسائل المنتخبة، انترنيت:

9. علي بن الحسين الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج5، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، قم، 1414هـ.

10. علي محمد علي الطباطبائي، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالبدائل، ج9، ط1، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، قم، 1419هـ.

11. أبو القاسم الخوئي، المسائل المنتخبة، ط9، مطبعة الاداب، النجف الاشرف، 1394هـ.

12. كمال الحيدري، الفتاوي الفقهية، ج3، مؤسسة الثقلين للثقافة والاعلام، بيروت، 2012.

13. محمد إسحاق الفياض، الرسائل العملية، ج2، انترنيت:

14. محمد الحسيني الشيرازي، الفقه، ج49، ط2، دار العلوم، بيروت، (د.ت.).

15. محمد الصدر، ما وراء الفقه، ج4، مطبعة الآداب، النجف الاشرف، 1999.

16. محمد بن احمد الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ط41، مكتبة الخانجي، القاهرة، 1397هـ.

17. محمد بن احمد بدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، ج12، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.

18. محمد بن عبد الله الحسين، الزوائد، ج2، دار أضواء السلف، الرياض، (د.ت.).

19. محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، ط1، دار الكتب، بيروت، 2004.

20. محمد بن فراموز (ملاخسرو) الحنفي، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج2، مير محمد كتب خانة، الهند كراچي، (د.ت.).

21. محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج25، ط7، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001.

22. محمد سعيد الحكيم، منهاج الصالحين، ج2، انترنت:

www.alal-movement.com

23. محمد كاظم القزويني، موسوعة الامام الصادق، ج35، ط1، مؤسسة الرافدين للمطبوعات، قم، 1431هـ.

24. أبو منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الاسدي، (العلامة الحلي)، مختلف الشيعة، ج1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، (د.ت.).

25. يوسف البحراني، الحقائق النظرية في احكام العترة الطاهرة، ج20، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، (د.ت.).

خامساً : الكتب القانونية :

1. آدم وهيب النداوي (الدكتور)، ود. هاشم الحافظ، تاريخ القانون، المكتبة القانونية، بغداد، 1989.

2. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1988.

3. إبراهيم عبد الكريم الغازي (الدكتور)، تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية، مطبعة الأزهر، بغداد، 1973.

4. أحمد إبراهيم حسن (الدكتور)، ود. فائز محمد حسين، تاريخ النظم القانونية، مطابع السعدني، الإسكندرية، 2006.

5. احمد أمين سليم، حضارة العراق القديم، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 2003.

6. احمد بن حسن بن احمد الحسيني، خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1999.

7. أحمد سلامة (الدكتور)، الرهن الطليق للمنقول، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1968.

8. احمد سلامة (الدكتور)، دروس في التأمينات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
9. احمد عبد التواب محمد بهجت (الدكتور)، دروس في الحقوق العينية التبعية، ج2، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
10. احمد محمد البغدادي (الدكتور)، القواعد العامة في الرهن، ط1، مطبعة الإخلاص، بنها، مصر، 2001.
11. أحمد محمود عمارة، البنوك التجارية من الناحية العملية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
12. أسامة محمد الخولي (الدكتور)، ود. زينب عوض الله، اقتصاديات النقود والتمويل، الدار الجامعة، بيروت، 2005.
13. أكرم ياملكي (الدكتور) ود. فائق الشماع، القانون التجاري، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، 1980.
14. أكرم ياملكي (الدكتور)، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
15. أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003م.
16. باسم محمد صالح (الدكتور)، القانون التجاري، المكتبة القانونية، بغداد، 2006.
17. باسم محمد صالح (الدكتور)، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، مصر ، الإسكندرية، 2007.
18. بيان يوسف رجب (الدكتور)، دور الحيازة في الرهن الحيازي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
19. جاك بيتر عمانوئيل، المطول في القانون المدني، ترجمة منصور القاضي، ط1، المؤسسة الجامعة للنشر والتوزيع، بيروت، 2006.

20. جميل الشرقاوي (الدكتور)، دروس التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
21. حسن عبد الحميد (الدكتور)، الفائدة من الشرائع القديمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
22. حسين عبد اللطيف حمدان (القاضي)، التأمينات العينية، ط2، الدار الجامعة، بيروت، 1988.
23. حمزة محمود الزبيدي (الدكتور)، إدارة الائتمان المصرفي والتحليل الائتماني، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
24. خليل محمد حسن الشماع (الدكتور)، إدارة المصارف، مطبعة الزهراء، بغداد، 1975.
25. خليل محمد حسن الشماع (الدكتور)، إدارة المصارف، مطبعة الزهراء، بغداد، 1995.
26. دايف كانساس، نهاية إمبراطورية وول ستريت، ترجمة جوان صغير فغالي، دار الكتب العربية، بيروت، 2010.
27. رشيد الناضوري، المدخل في التحليل الموضوعي المقارن للتاريخ السياسي والحضاري في جنوب آسيا وشمال أفريقيا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
28. رمضان أبو السعود (الدكتور)، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.
29. سعيد سعد عبد السلام (الدكتور)، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مطابع الولاء الحديثة، القاهرة، 2004.
30. سعيد عبد الكريم مبارك (الدكتور)، محاضرات في الحقوق العينية الأصلية، دار الطباعة الحديثة، البصرة، 1970م.
31. سعيد مبارك (الدكتور)، أحكام قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980، ط1،

مطبعة التعليم العالي،الموصل، العراق، 1989.

32. سليمان مرقس (الدكتور)، الوجيز في شرح القانون المدني، المطبعة العالمية، القاهرة، 1964م.

33. سميحة القليوبي (الدكتور)، الأسس القانونية لعمليات البنوك، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

34. سميحة مصطفى القليوبي (الدكتور)، الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1978.

35. سمير الخطيب (الدكتور)، قياس وإدارة المخاطر بالبنوك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

36. سمير عبد السيد تناغو (الدكتور)، التأمينات العينية، ط1، منشأة المعارف . الاسكندرية، 1967م.

37. سهيل قاشا، ترجمة محمد الأميل، شريعة حمورابي، ط1، دار الوراق للنشر ، لندن، 2008

38. سيف سعيد السويدي (الدكتور)، مدخل أساسي للاقتصاد، ط2، مطابع الدوحة، قطر، 2002.

39. شعيب احمد الحمداني (الدكتور)، قانون حمورابي، بيت الحكمة للنشر، بغداد، 1988.

40. شفيق شحاته (الدكتور)، تاريخ حركة التجديد في النظم القانونية في مصر منذ عهد محمد علي، دار الإحياء العربي، القاهرة، 1961.

41. شمس الدين الوكيل (الدكتور)، نظرية التأمينات في القانون المدني، ط2، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1959.

42. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، ط2، منشأة المعارف الإسكندرية، 1959

43. صابر محمد صابر (الدكتور)، تبعية الرهن للدين المضمون، دار الكتب

القانونية، القاهرة ، 2009.

44. صابر محمد محمد سيد (الدكتور)، تبعية الرهن للدين المضمون، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009.

45. صاحب عبيد الفتلاوي (الدكتور)، تاريخ القانون، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.

46. صبيح بشير مسكوني (الدكتور)، تاريخ القانون العراقي القديم، مطبعة شفيق، بغداد، 1979.

47. صلاح الدين الناهي (الدكتور)، الوسيط في شرح قانون التجارة العراقي، ج4، ط2، شركة التجارة للطباعة المحدودة، بغداد، 1952.

48. صموئيل نواح كريم، ترجمة طه باقر، من ألواح سومر، مكتبة المثني، بغداد، (د.ت.).

49. صوفي أبو طالب (الدكتور)، تاريخ النظم القانونية و الاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975

50. طارق عبد العال حماد (الدكتور)، إدارة المخاطر، الدار الجامعة، الإسكندرية، 2003.

51. عامر سليمان (الدكتور)، تاريخ العراق القديم، ج1، مطبعة جامعة الموصل، الموصل، 1977.

52. عباس العبودي ، تاريخ القانون، مديرية دار الكتب، الموصل، العراق، 1988.

53. عباس مصطفى المصري (الدكتور)، عقد الاعتماد المستندي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.

54. عبد الحكيم الذنون، التشريعات البابلية، ط2، دار علاء الدين، دمشق، 1999.

55. عبد الحميد الشواربي (الدكتور)، الإفلاس في ضوء القانون رقم (17) لسنة 1999، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

56. عبد الحميد زايد، الشرق الخالد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.
57. عبد الرزاق احمد السنهوري (الدكتور)، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
58. عبد الفتاح عبد الباقي (الدكتور)، التأمينات العينية والشخصية، دار الثقافة، مصر الإسكندرية، 1950.
59. عبد الفتاح مراد (الدكتور)، موسوعة البنوك ، ج1، الهيئة القومية لدار الكتب، القاهرة، (د.ت).
60. عبد المجيد الحكيم (الدكتور)، وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج2، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980.
61. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980م.
62. عبد المجيد محمد الحفناوي (الدكتور)، ود. عكاشة محمد عبد العال، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية والقانون الروماني، الدار الجامعة، بيروت، 1989.
63. عبد المعطي رضا الرشيد (الدكتور)، ومحفوظ احمد جودة، إدارة الائتمان ، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 1999.
64. عبد المنعم البدرأوي، التأمينات العينية، ط1، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1969.
65. عبد المنعم السيد علي (الدكتور)، مدخل في علم الاقتصاد، ج2، مكتبة الجامعة المستنصرية، بغداد، 1984.
66. عبد الوهاب حميد رشيد، حضارة وأدب الرافدين، ط1، دار الهدى، دمشق، 2004.
67. عبد جمعة موسى الربيعي (الدكتور)، الأحكام القانونية للاعتمادات المستندية

والكفالات المصرفية، مطبعة الزمان، بغداد، 2008.

68. عزيز العكيلي (الدكتور)، شرح قانون التجارة، ج2، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

69. عكاشة محمد عبد العال (الدكتور)، ود. طارق المجذوب، النظم القانونية و الاجتماعية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

70. علي الوردي (الدكتور)، لمحات اجتماعية من تاريخ العراق الحديث، ج1، ط1، كوثر كوير، قم، إيران، 2004.

71. علي حاتم القرشي (الدكتور)، العلاقات الاقتصادية الدولية، ط1، مطبعة الضياء، النجف الأشرف، 2014.

72. علي هادي العبيدي (الدكتور)، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني (الحقوق العينية)، ط1، مكتبة الثقافة، عمان، 2000.

73. عمر ممدوح مصطفى (الدكتور)، أصول تاريخ القانون، مؤسسة المطبوعات الحديثة، الإسكندرية، مصر، 1960.

74. عوض فاضل إسماعيل (الدكتور)، النقود والبنوك، دار الحكمة للطباعة، الموصل، 1990.

75. غني حسون طه ومحمد طه البشير (الدكتور)، الحقوق العينية، ج1، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بغداد، (د.ت).

76. فايز محمد حسين (الدكتور) ود. طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

77. فرج توفيق الوليد، الرهن في الشريعة الإسلامية ، مطبعة القضاء، النجف، 1973م

78. فليح حسن خلف (الدكتور)، النقود والبنوك، عالم الكتب الحديثة، إريد، الأردن، 2006.

79. فوزي رشيد (الدكتور)، الشرائع العراقية القديمة، دار الحرية، بغداد، 1971.
80. فيصل محمود مصطفى النعيمات، مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي، ط1، دار النشر والتوزيع، عمان، 2005
81. ماجد مزيم (الدكتور)، التأمينات العينية، ج2، دار الخلود، بيروت، 1980.
82. مالك عبلا (الدكتور)، النظام القانوني للمصارف، ط2، المستشار للطباعة والنشر، بيروت، 2000.
83. محمد الكيلاني (الدكتور)، الموسوعة التجارية المصرفية (عمليات البنوك)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
84. محمد بيومي مهران، تاريخ العراق القديم، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1999
85. محمد بيومي مهران، حضارات الشرق الأدنى القديم، ج1، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1999.
86. محمد حسين منصور (الدكتور)، النظرية العامة للائتمان، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005.
87. محمد شريف عبد الرحمن (الدكتور)، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م.
88. محمد طه البشير (الدكتور)، الوجيز في الحقوق العينية، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1974.
89. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 1982.
90. محمد علي البنا (الدكتور)، القرض المصرفي، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2006.
91. محمد علي إمام (الدكتور)، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة دار النهضة، القاهرة، 1956م.

92. محمد لبيب شنب (الدكتور)، دروس في التأمينات العينية الشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
93. محمد محمود المصري، ومحمد احمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
94. محمد وحيد الدين سوار (الدكتور)، الحقوق العينية التبعية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان، 1995.
95. محمود أبو زيد، المختصر في تاريخ الفكر الاجتماعي، ط1، دار غريب، القاهرة، 1998.
96. محمود المظفر، الرهن التأميني حكمه ومحتواه في الشريعة الإسلامية ، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1967.
97. محمود سلام زناتي (الدكتور)، تاريخ النظم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967.
98. محمود عبد الرحيم الديب (الدكتور)، احكام استثمار المال المرهون في القانون المدني، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007.
99. مرعي حسن حمد بن خالد (الدكتور)، دور التحليل الائتماني في الحد من تعثر القروض المصرفية، أطروحة دكتوراه، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة الموصل، 2003.
100. مصطفى رشدي شичه (الدكتور)، الاقتصاد النقدي المصرفي، مطبعة الدار الجامعة، بيروت، 1985.
101. مصطفى كمال طه (الدكتور)، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
102. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، رقم (43) لسنة 1971، ج3، ط1، مطبعة المعارف، بغداد، 1979.
103. المعتصم بالله الغريايوي (الدكتور)، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.

104. مفلح عقل (الدكتور)، وجهات نظر مصرفية، ج1، مطبعة البنك العربي، عمان، 1998.
105. منصور مصطفى منصور (الدكتور)، التأمينات العينية، المطبعة العالمية، الإسكندرية، 1964.
106. منير إبراهيم هندي (الدكتور)، إدارة البنوك التجارية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
107. موسى فاضل العبودي (المحامي)، إفلاس المصارف بمخاطر الائتمان، مطبعة دار الضياء للطباعة والتصميم، النجف الاشرف، 2011م.
108. ناظم محمد نوري الشمري (الدكتور)، العقود والمصارف، مديرية دار الكتب للطباعة، الموصل، 1988.
109. نبيل إبراهيم سعد (الدكتور)، التأمينات العينية والشخصية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
110. هاشم علي صادق (الدكتور)، تاريخ النظم القانونية و الاجتماعية، الدار الجامعة، بيروت، 1984.
111. هاني دويدار (الدكتور)، القانون التجاري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
112. همام محمد محمود زهران (الدكتور)، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
113. هوشيار معروف (الدكتور)، تحليل الاقتصاد الكلي، ط1، دار الصفاء، عمان، 2005.
114. وجدي شفيق، موسوعة شرح قوانين الشهر العقاري والتوثيق والسجل العيني، المجلد الأول، دار شادي للموسوعات القانونية، القاهرة، 2010م.

1. عبد العزيز الدغيم(الدكتور)، ود.ماهر الأمين وإيمان الجرو، التحليل الائتماني ودوره في ترشيد عمليات الاقراض المصرفي، مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث، مجلد(28)، دمشق، العدد(3)، 2006.
2. محمود آل جمعة المياحي، نشأت المصارف العراقية الخاصة، صحيفة الدستور، بغداد، العدد (3077) بتاريخ 12/أيار/2014.
3. مهدي الحافظ (الدكتور)، العراق والاقتصاد المختلط، جريدة الصباح، بغداد، العدد (1532)، بتاريخ 9/11/2008.
4. الوقائع العراقية العدد/2533 بتاريخ 14/6/1976، والعدد/3982 بتاريخ/حزيران/2004 والعدد/3986 بتاريخ 1/9/2004.

سابعاً : المواقع الالكترونية :

1. حاتم أبو زيد عبد الراضي حسنين، الأزمة المالية المفهوم والأسباب، انترنت:
www.infoedia.com
2. دراسة معدة من قبل وزارة المالية العراقية(الدائرة الاقتصادية)، انترنت:
www.mof.gov.ig
3. رجاء عزيز بندر (الدكتورة)، استهداف التضخم، البنك المركزي العراقي، انترنت:
www.cbi.ig
- رضا عبد الحليم عبد المجيد (الدكتور)، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية.
انترنت:
www.pdfactory.com
4. زهير علي أكبر، تاريخ الصيرفة في العراق، انترنت:
www.baghdadchamber.com
5. شعبان فرج (الدكتور)، العمليات المصرفية وإدارة المخاطر، انترنت:
www.univ-bouira.dz
6. صالح ياسر (الدكتور)،الاقتصاد السياسي للأزمة المالية العالمية الراهنة، انترنت:
www.athakafaaljadedda.com

7. عبد الله شحاته (الدكتور)، الأزمة المالية المفهوم والأسباب، انترنت:

www.predegvpt.org

8. عبد النبي إسماعيل الطوخي (الدكتور)، التنبؤ المبكر بالأزمات المالية باستخدام المؤشرات المالية القائمة، انترنت:

www.kantakji.com

عصام حنفي محمود (الدكتور)، عمليات البنوك والافلاس، انترنت:

www.pdfactory.org.com

9. علي عبد الله احمد شاهين (الدكتور)، مدخل عملي لقياس مخاطر الائتمان المصرفي، انترنت:

www.site.iugaza.edu.pslashaheen

10. فهد محسن البصري، مدققوا الحسابات والأزمة الاقتصادية العالمية، انترنت:

www.iinan.edu.ib

11. القانون المدني المصري، انترنت:

www.eglovers.net

12. محمد احمد زيدان، الوقاية من مخاطر الاعتمادات المستندية والكفالات المصرفية، انترنت

www.law.net

13. مفتاح صالح (الدكتور)، ومعارفي فريدة، المخاطر الائتمانية، انترنت:

www.docstoc.com

ثامنا : القوانين:

1 — القوانين العراقية :

1. القانون المدني، رقم (40) لسنة 1951.

2. قانون المرافعات المدنية، رقم (83) لسنة 1969.

3. قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969.

4. قانون التسجيل العقاري، رقم (43) لسنة 1971.

5. قانون التنفيذ، رقم (45) لسنة 1980.

6. قانون رعاية القاصرين، رقم (78) لسنة 1980.
7. قانون التجارة، رقم (30) لسنة 1984.
8. قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام، رقم (14) لسنة 1991، المعدل.
9. قانون الشركات، رقم (21) لسنة 1997 المعدل.
10. قانون البنك المركزي، رقم (56) لسنة 2004.
11. قانون المصارف، رقم (94) لسنة 2004.
12. قانون الكتاب العدول، رقم (33) لسنة 1998.
13. قانون رسم الطابع رقم (71) لسنة 2014.

2 — القوانين المصرية :

1. قانون الشهر العقاري، رقم (114) لسنة 1946.
2. القانون المدني، رقم (131) لسنة 1948.
3. قانون المرافعات المدنية والتجارية، رقم (13) لسنة 1968.
4. قانون التجارة، رقم (17) لسنة 1999.
5. قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد، رقم (88) لسنة 2003

تاسعاً : المصادر باللغة الانكليزية :

1. Bradley. R.Schiller, the Economy to day 9end (Macrow. Hill). 2002.
2. C.Richardson David, pearts monitoring system. World Council of credit unions toolkit serier No. April 2000.
3. choriey. Law of banking 6thed London 1981
4. Darid. Haman, Economics, 4ed (Macrow-Hill) 1996.
5. Discussion Paper on Public Awareness of Deposit insurance

systems, Basel, 2007c.

6. Guidance on interrelationship Among safety Net participants, Basel. 2006a.
7. Harfield, bank credits and acceptances, New York, 1977.
8. K.Gupta, budget deficit and economic activity in asia, London, routledge. 1992.
9. k.smith and D.j keenan- companylaw –ptiman- 2on -1970.
10. Kanerseren. E, Klise; (Money and Banking (Ohio south. Westre .co) 1974.

جامعة سانت كليمنتس..
العناصر الاساسية لاطروحة الدكتوراه ..

اسم الطالب – موسي فاضل عباس AB0245
التخصص -- دكتوراه فى قانون خاص

عنوان الاطروحة – دور الرهن في تأمين المصارف من مخاطر الائتمان دراسة مقارنة

الاستاذ المشرف -- الاستاذ الدكتور / احمد سامي المعموري

ملخص

لقد شجعنا على اختيار موضوع الأطروحة (دور الرهن في تأمين المصارف من مخاطر الائتمان - دراسة مقارنة) لأهميته وتعدد الأدوار التي تقوم بها المصارف ولامتلاكها القدرة على خدمة الأهداف الاقتصادية وتحقيق ودعم عملية التنمية الاقتصادية والاستقرار الاقتصادي، وتقوم بدور الوسيط بين المودعين والمقترضين، وتوجيه المدخرات المتجمعة لديها حسب حاجة القطاعات الاقتصادية، وتمويل التجارة الداخلية والخارجية، ومن أهم أنشطتها هو منحها الائتمانات التعهدية والنقدية والذي كان وراء تطور الاقتصاديات الحديثة في العالم، وتأتي أهمية الحفاظ عليها وتقليل تلك المخاطر وتأمينها منها من العوامل المساعدة في إنجاحها وضمان استمرارها وتطورها، وهي مسؤولية يتطلبها سلامة الاقتصاد الوطني.

أولاً: فرضية البحث: ينطلق البحث من فرضية مفادها تعرّض المصارف التجارية الخاصة العراقية إلى مخاطر ائتمانية متعددة ومتنوعة، منها مخاطر نظرية تتعلق بقصور التشريعات المصرفية، ووجود منافذ قانونية تتسبب منها بعض تلك المخاطر، ومنها مخاطر على الصعيد العملي، وتلك المخاطر يمكن معالجتها والتقليل من آثارها وتأمين حياة المصارف منها بالاعتماد على الرهن لما يتمتع من خصائص جعلته أهم وأقوى عقود التوثيق والضمان وتحقيق بعض الإصلاحات على التشريعات المصرفية.

أهمية البحث: يكتسب هذا البحث أهمية كبيرة لتناوله موضوعاً معاصراً مهماً يتعلق بالقطاع المصرفي الخاص، والذي هو بحاجة ماسة إلى مثل هكذا مواضيع، وتجلّت أهمية البحث في استعراض وتحليل المخاطر التي تتعرض لها المصارف والتركيز على مخاطر الائتمان المصرفي ومعرفة الأسباب المؤدية إلى تلك المخاطر والمنافذ القانونية التي تتسبب منها ووضع المعالجات لها وإبداء المقترحات والتوصيات لسد تلك المنافذ القانونية وشرح دور الرهن بنوعية الرهن التأميني والرهن الحيازي كوسيلة ضمان فعّالة وأمينّة من شأنه أن يلعب دوراً هاماً ومؤثراً في الحفاظ على المصارف وتأمينها من مخاطر الائتمان وضمان نجاحها واستمرارها في السوق المصرفية.

مشكلة البحث: تعاني المصارف العراقية التجارية الخاصة في العراق من مخاطر ائتمانية متعددة أدت إلى تعرّض البعض منها إفلاس بعضها وقد وضعت تحت وصاية البنك المركزي العراقي.

هدف البحث: يهدف البحث إلى دراسة وتحليل مخاطر الائتمان المصرفي والجوانب التشريعية والقانونية المتعلقة به، ووضع الحلول اللازمة لمعالجتها وتقديم المقترحات والتوصيات لإصلاح التشريعات المصرفية وإظهار خصائص الرهن ومزاياه وأهميته ودوره في تأمين المصارف من مخاطر الائتمان.

منهج البحث: لقد سلكنا المنهج التحليلي في جميع مواضيع البحث وفي المقارنة بين التشريعات العراقية والتشريعات المصرية، وتحليل خصائص ومزايا نظام الرهن وأهميته للمصارف وتحليل مخاطر الائتمان المصرفي.

نطاق البحث: إن دراستنا لموضوع البحث كانت دراسة مقارنة وقد اخترنا القانون المقارن لدراستنا هي التشريعات المصرية لما عُرفَ عنها من تأثيرها بالتشريعات التي استقرت في أرقى التقنيات الغربية، والوقوف على الاختلاف في نصوص المواد القانونية في التشريعات العراقية والمصرية وإظهار ميلنا إلى أي منها مع توضيح أسباب هذا الميل، وبلاستفادة من آراء فقهاء القانون الذين كتبوا في موضوع الرهن.

هيكلية البحث: استند هيكل الأطروحة إلى ثلاثة أبواب، سبقتها مقدمة وأعقبها خاتمة، تناولنا في الباب التمهيدي مفهوم الرهن واحتوى على فصلين، الفصل الأول بحثنا فيه التطور التاريخي للرهن والفصل الثاني: التعريف بالرهن، والباب الأول بحثنا فيه الرهن التأميني وتفرع إلى ثلاثة فصول الفصل الأول: بحثنا فيه مفهوم الرهن التأميني، والفصل الثاني: آثار الرهن التأميني، والفصل الثالث: انقضاء الرهن التأميني أما الباب الثاني الأخير: خصصناه للرهن الحيادي ومخاطر الائتمان المصرفي، وتفرع إلى ثلاثة فصول بحثنا فيه الفصل الأول مفهوم الرهن الحيادي وأهميته للمصارف والفصل الثاني: آثار الرهن الحيادي وطرائق انقضائه، والفصل الثالث بحثنا فيه مخاطر الائتمان المصرفي.

النتائج:

1. قبل ظهور نظام الرهن كضمان للدائن، كان الضمان هو جسد المدين وحياته وحرية ببيعته أو قتله أو استرقاقه، ثم تطور لاحقاً واقتصر حق الدائن على حرية المدين باسترقاقه أو أحد أفراد عائلته إذا عجز عن الوفاء بدينه في موعد استحقاقه، وقد وضع (السومريون) حدوداً لهذه السلطة بما لا تتجاوز ثلاث سنوات وفي السنة الرابعة يستعيد المدين حريته.

2- كان العراقيون القدماء يتعاملون بعقود الرهن حسب العرف السائد قبل بدء مرحلة تشريع القوانين، وجاءت المادة (61) من قانون اشنونا (1761-2000 ق.م) ترجمة لهذا العرف فعدت الرهن باطلاً عند وجود شريك في المال المرهون أو إذا صدر من عبد.

3. كان لصدور سندات الملكية العقارية الحجرية في زمن الدولة السومرية، وتطور نظام الملكية الفردية في عهد الملك حمورابي (1670-1710 ق.م) وتعيينه موظفين مختصين لتثبيت حدود الأراضي وإصدار سندات

الملكية العقارية على لوحة فخارية وتنظيمه لنظام الرهن الحيازي في المادة (50) من قانونه أثره في تطوير نظام الرهن وتوسيع التعامل به.

4. طوّر الرومان نظام الرهن ولهم الفضل في إنشاء عقد الرهن التأميني، الذي لا يترتب عليه انتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن بعد أن كان سائداً نوعاً واحداً من الرهن إلا وهو الرهن الحيازي، وفي القرن الأول الميلادي أنشأوا حق (التتبع) وبهذا الحق العيني يستطيع الدائن المرتهن أن يتتبع الشيء المرهون في أي يد يكون ويبيعه ويستوفي حقه من ثمنه متقدماً على غيره من الدائنين.

5. ظهر نوع آخر من أنواع الرهن الحيازي عند الرومان يسمى (عقد الرهن الائتماني) وفيه يقوم الراهن بنقل ملكية المرهون إلى الدائن المرتهن ويتعهد الأخير بإعادتها إلى الراهن إذا ما أوفى الدين.

وهذا النوع من العقود أباحه الفقهاء المسلمون ويسمى في التشريعات العربية (عقد بيع الوفاء)، المشرع العراقي وفي المادة (1333) من القانون المدني عدّه رهناً حيازياً، صيانة منه لحقوق الدائنين من الضياع واستخلاصاً لنية المتعاقدين في عقد بيع الوفاء.

أما في القانون المقارن فحكمه البطلان وجاء ذلك بنص المادة (465) من القانون المدني المصري والتي عدّت عقد البيع باطلاً إذا احتفظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة.

6- يلعب الرهن دوراً مهماً في تأمين المصارف من مخاطر الائتمان، لأن حقها يتعلق بمال معين يخصص للوفاء بدين المصرف لا ينافسه فيه أحد، ويعطي للدائن حقاً وسلطات مهمة، منها أن حق الرهن لا يتجزأ، فكل جزء من الدين يكون مضموناً بالمال المرهون كله وكل جزء من المال المرهون يكون ضامناً للدين كله، ومن مزايا نظام الرهن انه يعطي للدائن حق تتبع المال المرهون في أي يد يكون والتنفيذ عليه ببيعه واستحصال مستحقاته من ثمنه متقدماً على سائر الدائنين العاديين والدائنين المرتهين التاليين له في المرتبة.

ومن مزاياه أنه يعطي للدائن المرتهن رهناً حيازياً حق حبس الشيء المرهون حتى يستوفي كامل حقه.

7- المشرع العراقي سَهّل إجراءات بيع العقارات المرهونة وفقاً لقانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971م التي أعطى فيه لرئيس دائرة التسجيل العقاري سلطة بيع العقارات المرهونة بناءً على طلب تحريري من الدائن المرتهن دون حاجة إلى اصدار قرار قضائي، ممّا يتيح للمصارف الحصول على مستحقاتها من الديون والفوائد بما لا يزيد على 7% سنوياً بشكل سريع.

8. ورد تعريف (الائتمان) في قانون المصارف العراقي مختلفاً عما ورد في قانون البنك المركزي العراقي، وكان على المترجم العراقي ولا أقول المشرع العراقي أن يوحد التعريف في كلا القانونين الصادرين عامه 2004م، كون التعريف في النص الانكليزي لكلا القانونين كان موحداً.

ويبدو أن القانونين قد كتبوا باللغة الانكليزية أولاً من قبل السلطة الأمريكية الحاكمة آنذاك، ثم ترجما إلى اللغة العربية ترجمة حرفية سيئة وحصل الاختلاف لإختلاف المترجمين.

وما أعظم هذه الرزية على بلدنا أن أهم القوانين الاقتصادية النافذة والتي تسير عجلة الحياة الاقتصادية منذ عشرة سنوات تقريباً قد كتبوها أناس لا يستطيعون أن يتفقوا على ترجمة موحدة لتعريف الائتمان، فجاء التعريف يفتقر إلى الوضوح وغير مترابط ومفرداته ركيكة، فما بالك في بقية المواد القانونية.

9. من المخاطر التي تم تأشيرها صلاحية تعيين مراجع حسابات خارجي للمصرف وفق أحكام المادة (46) من قانون المصارف العراقي والتي حدّته حصراً بحاملي الأسهم في اجتماع الهيئة العامة (الجمعية العمومية) ، وأجازت اعادته تعيينه باستمرار لمدة لا تتجاوز خمسة سنوات وما زاد عن تلك المدة يصح أن حصل المصرف على استثناء البنك المركزي العراقي، فضلاً عن ذلك فإن تحديد أجور مرتفعة له تلقي بظلالها على الشك بنزاهته وحياديته في عمله ويضيق الفرصة من معرفة الواقع المالي الحقيقي للمصرف والتنبؤ بمستقبله، خاصة إذا كان رئيس مجلس ادارة المصرف هو المتحكم بهذا التعيين لامتلاكه هو وعائلته وذويه أغلب أسهم المصرف.

وفي هذه الحالة قد يوضع مراجع الحسابات الخارجي امام خيارين وذلك في المصارف التي فيها فساد مالي ومخالفات قانونية فأما أن يذكر الحقيقة ويضحي باعادة تعيينه مرة أخرى أو يداهن ليعاد تعيينه .

القانون لم يضع نصوصاً يحصّن بها مراجع الحسابات الخارجي من هكذا ضغوط تضعه على كفتي ميزان، كفة المعيشة وكفة النزاهة. ومما لا شك فيه أن حصانته تؤثر ايجابياً على حصانة القطاع المصرفي من الفساد المالي والعكس صحيح.

وقد عالج المشرع المصري مخاطر من هذا النوع بأنه أجاز لمحافظ البنك المركزي في المادة (83) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد، أن يعهد إلى مراجع حسابات ثالث إضافة إلى اللذين عينهما المصرف ليقوم بمهمة محددة ويتحمل البنك المركزي اتعابه.

10. من المخاطر التي تحتاج إلى معالجة هي السماح لشخص أو عائلة بامتلاك غالبية أسهم المصرف، مما يتيح لهم أن يتحكموا بقرارات الهيئة العامة وقرارات مجلس إدارة المصرف، فيتمكنوا من توظيف الودائع النقدية لمصالحهم الخاصة، والتي غالباً ما يشوبها الفساد والمخاطر وأثبتت التجارب في العراق أن أكثر المصارف عرضة للإفلاس هي المصارف العائلية.

قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 المعدل وفي الفقرة (ثانياً وثالثاً) من المادة (39) حدد نسبة مساهمة مؤسسو الشركة المساهمة بما لا يقل عن 20% من رأسمالها الاسمي ويطرح الباقي للاكتتاب، فإنه حدد الحد الأدنى ولم يحدد الحد الأعلى لمساهمة المؤسسين.

أما قانون المصارف العراقي وفي المادة (1/107) نصت على عدم تطبيق الأحكام الواردة في قانون الشركات التي تحدد نسبة المشاركة في الشركات على حملة الأسهم في المصارف. فجعل نسبة المشاركة مفتوحة بحدها الأعلى والأدنى.

أما القانون المقارن وفي المادة (51) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المصري فإنه لم يسمح لأي شخص طبيعي أو اعتباري أن يمتلك ما يزيد على 10% عشرة بالمائة من رأسمال المصرف وادخل في حساب ملكية الشخص الطبيعي ما يملكه بالإضافة إلى أي من أقاربه حتى الدرجة الرابعة.

11. أغفل المشرع العراقي إنشاء صندوق لضمان الودائع لدى المصارف الخاصة، وما لهذا الصندوق من أهمية كبيرة في الحفاظ على القطاع المصرفي والاستقرار المالي والاقتصادي، فعند حصول أزمات مالية يتزاحم المودعون على المصارف بسحب ودائعهم، مما يفاقم الأزمات ويساعد بدرجة كبيرة في إفلاس المصارف، وتنتهي حالة التزاحم عند وجود صندوق لضمان الودائع، فضلاً عن ذلك يكون حافزاً لهم على إيداع أموالهم الفائضة لدى المصارف فتزداد لديها السيولة النقدية وتأخذ طريقها إلى النشاط الائتماني لمختلف القطاعات الاقتصادية.

المشرع المصري انشأ صندوقاً لضمان الودائع في المادة (87) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي وجعل له شخصية اعتبارية وميزانية مستقلة.

12- ضعف نظام الرقابة على المصارف نتيجة لضعف القاعدة القانونية التي نظمت أسس الرقابة والتفتيش في المادة (53) من قانون المصارف العراقي، التي لم تعطي للمفتشين الاستقلالية والقوة في أداء دورهم الرقابي، ولم تحدد مدة ولا يتهم ولم تشترط أدائهم القسم قبل مباشرة أعمالهم، ولم تجعل ارتباطهم المباشر وتقديم تقاريرهم إلى محافظ البنك المركزي لإبعاد أي تدخل أو تأثير في عملهم، كما لم تمنع عليهم قبول أي هدية أو ائتمان لهم أو لذويهم، ولم تمنعهم من العمل لدى المصارف الخاصة في أثناء العطل الرسمية وهذه منافذ قد يدخل من خلالها بعض المصارف التي تكثر فيها المخالفات القانونية وفيها فساد مالي بذريعة الاستفادة من خبراتهم لتطوير عمل المصرف لقاء مبالغ مغرية.

13. منح الائتمان من غير ضمانات يحمل مخاطر عدم التسديد.

أجازت الفقرة (ب) من المادة (27) من قانون المصارف العراقي للمصارف منح الائتمان من غير ضمانات بنصها (يكون منح الائتمانات سواء كانت مضمونة أو غير مضمونة...).

أما القانون المقارن فإنه اشترط في المادة (57) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المصري على المصارف عند تقديمها للائتمان أن يكون طالب الائتمان حسن السمعة ولديه موارد ذاتية كافية وان تثبت الدراسات كفاية التدفقات النقدية المتوقعة لأنشطته للوفاء بالتزاماته . ولم يرد مثل هذه الشروط أو غيرها في قانون المصارف العراقي.

14. من المخاطر الكبيرة على القطاع المصرفي أن يقبل موظف البنك المركزي الهدية أو الائتمان من المصارف الخاصة.

الفقرة (5) من المادة (21) من قانون البنك المركزي العراقي الصادر بأمر الحاكم الأمريكي آنذاك رقم (56) لسنة 2004 قد منعت موظف البنك المركزي من قبول الهدية أو الائتمان، إلا أن هذا المنع ليس مطلقاً ولا جازماً بل انه منعاً مشروطاً بتأثيره على ولائه وموضوعيته في أدائه لواجباته الوظيفية وجعلت مقياس تحقق الشرط من عدمه منوط به، فهو الذي يقيّم نفسه هل أن قبول الهدية أو الائتمان يؤثر على ولائه وموضوعيته في عمله أم لا يؤثر، ويقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف ذلك، وفيما يأتي نصها (لا يقبل المحافظ أو نائبه أو أي من أعضاء المجلس أو أي موظف في البنك المركزي العراقي أي هدية أو ائتمان لنفسه أو نيابة عن أي شخص تربطه به علاقة أسرية أو تجارية أو مالية إذا كان في ذلك ما يؤثر على ولائه وموضوعيته في أدائه لواجباته الوظيفية في البنك المركزي العراقي).

والمرشح في هذه الفقرة إنما فتح باباً للرشوة بستار الهدية ولاستغلال الوظيفة بستار الائتمان، وسمح للفساد المالي أن يرتدي لباس القانون.

التوصيات والمقترحات:

1. إصدار قانون جديد للبنك المركزي العراقي وللمصارف العراقية تضعه لجنة تتألف من خبراء مصرفيين وخبراء في القانون الخاص.

2. تعيين مراجع حسابات خارجي ثاني للمصارف العراقية الخاصة تعود صلاحية اختياره وتحديد أجوره للبنك المركزي العراقي ويتحمل المصرف المعين له أجوره وتدفع من خلال البنك المركزي العراقي.

3. تحديد نسبة تملك الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين لأسهم المصرف بما لا يزيد على 10% من رأسمال المصرف ويدخل في حساب ملكية الشخص الطبيعي ما يملكه بالإضافة إلى أي من أقاربه حتى الدرجة الرابعة.

4. إنشاء صندوق لضمان الودائع تكون له شخصية معنوية وميزانية مستقلة، يتم تمويله من المصارف الخاصة فضلا عن مساهمة الدولة في تمويله، ويرتبط بالبنك المركزي العراقي.

5. تقوية نظام الرقابة على المصارف، وجعل المفتشين لجنة تأخذ قراراتها بالأغلبية وترتبط مباشرة بمحافظ البنك المركزي العراقي وتحديد مدة ولايتهم، ومنعهم من قبول أي هدية أو ائتمان لهم أو لذويهم ومنعهم من العمل لحساب المصارف الخاصة أثناء العطل الرسمية، وأدائهم القسم أمام أعلى سلطة في البلد قبل أدائهم عملهم، وتخصيص نسبة لا تتجاوز 10% من مبالغ الغرامات التي تفرض على المصارف نتيجة مخالفات قانونية أو فساد مالي اكتشفه المفتشون توزع عليهم كحوافز مالية سنوية.

6. تحديد سقف للائتمان الممنوح من غير ضمانات مشروطاً بحسن سمعة طالب الائتمان ودراسة تثبت كفاية التدفقات النقدية المتوقعة لأنشطته ولديه موارد ذاتية تكفي للوفاء بمبلغ الائتمان الممنوح.

7. تعديل الفقرة (5) من المادة (21) من قانون البنك المركزي العراقي، ليكون النص كالاتي (يمنع على المحافظ أو نائبة أو أي من اعضاء المجلس أو أي موظف في البنك المركزي العراقي قبول أية هدية أو ائتمان من المؤسسات المالية العراقية لنفسه أو نيابة عن أي شخص تربطه به علاقة أسرية حتى الدرجة الرابعة أو تجاريه أو مالية ولأي سبب كان).

8. إنشاء مؤسسات مالية متخصصة بشراء الديون المضمونة بالرهن لأهميتها الكبيرة في معالجة نقص السيولة النقدية لدى المصارف وتأمينها من مخاطر التوقف عن الدفع.

مما تقدم يتبين بان الباحث استطاع ان يقدم بحثاً تفصيلياً عن دور الرهن في تأمين المصارف من مخاطر الائتمان دراسة مقارنة وقد خرج الباحث بمجموعة من النتائج والاستنتاجات. كما قدم عدة توصيات ومقترحات بشأن موضوع الاطروحة .

وعليه ومما تقدم فإن الباحثة موسي فاضل عباس يستحق منحها درجة الدكتوراه في القانون الخاص

مدير برنامج الدكتوراه

إلى / حضرة الدكتورة نوال الأشهب المحترمة
مديرة مكتب نائب الرئيس الدولي و المدير المفوض للجامعة

م / أطروحة طالب الدكتوراه موسى فاضل عباس – AB0245

تحية عطرة ..
نرفق إليكم أطروحة الطالب موسى فاضل عباس – دكتوراه قانون خاص بعد إكمال ما
مطلوب يرجى التفضل بإكمال تخريجه مع فائق الشكر و التقدير ..

المرفقات

- أطروحة
- أمر لجنة مناقشة
- قرار لجنة مناقشة
- إقرار البحث

الدكتور
قيس عبد الواحد السمرمد
معاون رئيس الجامعة لشؤون حوض الفرات