مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: غياب النص على ضرورة تناسب مقدار المال المرهون مع الدين المضمون في الرهن التأميني (دراسة للترجيح بين الضرورات القانونية واحترام الإرادة التعاقدية)
اسم الكاتب: أ.م.د. رعد عداي حسين
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/6317
تاريخ الاسترداد: 2026/11/03 10:26 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 13- Issue 2- December 2023 المجلد ١٣- العدد ٢ – كانون الاول ٢٠٢٣

The absence of a provision that the amount of the mortgaged money must be proportionate to the secured debt in the insurance mortgage (A study of weighting between legal necessities and respect for contractual will)

[1] Assist. Prof. Dr.Raad Aday Hussein
[1]College Law - Al-Nahrain University

1: Email: raadadday@ced.nahrainuniv.edu.iq

2: Email:

DOI
10.37651/aujlps.2023.144028.1099

Submitted: 29/9/2023
Accepted: 10/10/2023
Published: 05/12/2023

Keywords:
Mortgage
Proportionality
mortgage creditor
ordinary creditor
advance advantage.

Abstract:

Contemporary legislation is under the weight of modern ideas emanating from the French Revolution, which include respect for the authority of the will and giving this will a broader space to move through, which has produced many distinct legal provisions that are in the interest of the contracting parties. The contract, its implementation and its termination, but the legislator sometimes prefers to restrict it or reduce its scope for purposes related to the public interest. And between submission to the contractual will on the one hand or being restricted to it on the other hand, the legislative philosophy emerges to outweigh one over the other for purposes that (the legislator) sees as the first to follow, but due to the specificity of some contracts and their connection to a financial aspect affecting the lives of individuals, the legislator considers giving a greater role to this will and remaining silent about regulating some cases emerged from it, as is the case in the mortgage contract in general, and in particular the insurance mortgage contract, in which the legislator overlooks the obligation to proportionate the amount of the mortgaged money with the secured debt noting that this proportionality would achieve a strong guarantee for the mortgagee creditor who is in dire need of it to rectify any breach that may occur on the part of the mortgagor debtor or what may arise from sudden economic circumstances. So does this oversight have a purpose or is the main purpose of that is to give the contractual will enough space to re-regulate the substantive contractual provisions.

©Authors, 2023, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

غياب النص على ضرورة تناسب مقدار المال المرهون مع الدين المضمون في الرهن التاميني ((دراسة للترجيح بين الضرورات القانونية واحترام الارادة التعاقدية))

[١] أ.م.د.رعد عداي حسين
[١] كلية الحقوق- جامعة النهرين

الملخص:

ترزخ التشريعات المعاصرة وتحت وطأة الافكار الحديثة المنبثقة من الثورة الفرنسية والمتضمنة احترام سلطان الارادة واعطاء هذه الارادة فضاء اوسع للتحرك من خلاله مما افرز الكثير من الاحكام القانونية المتميزة والتي تصب في مصلحة الاطراف التعاقدية، وعلى الرغم من اعطاء الارادة لهذا الدور الكبير والمتمثل بالمساهمة الجبارة في تكوين العقد وتنفيذه وانهائه الا ان المشرع احيانا يأثر تقييدها او التقليل من مداها لغايات تتعلق بالمصلحة العامة. وبين الانقياد للإرادة التعاقدية من جهة وتقييدها من جهة اخرى تبرز الفلسفة التشريعية لترجح احداهما على الاخرى لغايات يرى (المشرع) بانها الاولى في الاتباع، ولكن بسبب خصوصية بعض العقود واتصالها بجانب مالي مؤثر بحياة الافراد يرتأي المشرع اعطاء دور اعظم لهذه الارادة والسكوت عن تنظيم بعض الحالات المفرزة عنها كما هو الحال في عقد الرهن بصورة عامة وبالأخص عقد الرهن التأميني الذي يتغاضى المشرع عن وجوب تناسب مقدار المال المرهون مع الدين المضمون(في حال وان كان محل الرهن ديناً) علماً ان من شأن هذا التناسب ان يحقق ضمان قوي للدائن المرتهن هو بأمس الحاجة اليه لتدارك ما قد يقع من اخلال من جانب المدين الراهن أو ما قد يطرأ من ظروف اقتصادية مفاجئة، فهل لهذا الاغفال غاية ما ام ان الغاية الاساسية من ذلك هو اعطاء الارادة التعاقدية المجال الطبيعي لها في ترتيب الاحكام الموضوعية التعاقدية

الكلمات المفتاحية:

الرهن، التناسب، الدائن المرتهن ،دائن عادي، ميزة التقدم.

المقدمة

اولاً:- أهمية الموضوع

يخشى المتعاقدون كقاعدة عامة من الاثار السلبية لعقودهم المبرمة، لذا تراهم يبذلون الجهود الذهنية في تحصين هذه العقود من الثغرات والزلل الذي من شانه ان يأخذ صورة الاضرار المالية ومن ثم فان خير مسعف لتفادي هذه الاضرار هو اللجوء للضمانات القانونية التي تاخذ اشكالا عدة من اشهرها عقد الرهن التاميني الذي يبرم لضمان الوفاء بدين او منح اجل، فيكون هذا الرهن ضامناً لهذا الدين وفي حال عدم الوفاء به في ميعاد اجله فيمكن للدائن المرتهن من بيع المال المرهون واستيفاء دينه، الا انه وبسبب غياب النص الذي يلزم بتناسب قيمة المال المرهون مع الدين يقع الدائن في موقف قانوني صعب ولا يمكن تفاديه اذ يتخلف الراهن عن سداد ما بذمته من دين عند حلول الاجل فيبادر المرتهن لبيع العقار ليتضح له ان قيمة العقار لا تتناسب مع الدين ولا تغطيه فيتحول الدائن المرتهن من دائن بحق عيني الى دائن عادي ينفذ على سائر اموال المدين اذا ما اراد استيفاء دينه. كل هذه الاثار يمكن تجاوزها والتخفيف من اثارها على ابعد احتمال وذلك من خلال الاتفاق عند عقد الرهن بضرورة ان يكون المال المرهون متساوياً او يفوق قيمة مقارنةً بالدين.

ثانياً:- أسباب اختيار الموضوع

تأخذ الضمانات بشكل عام مساحة واسعة من اهتمام المشرع كونها تساعد الاطراف التعاقدية من ابرام عقودهم بارتياح وعدم تخوف من الاثار السلبية لهذا التعاقد، ولذلك ترى المشرع عند صياغته للنصوص يولي اهتمام بالغ لهذه الضمانات حتى يقوض من تأثير التصرفات الضارة الناتجة من احد اطراف العلاقة التعاقدية تجاه الطرف الثاني، وبالنظر لعدم وجود نص صريح ومباشر في القانون المدني العراقي والقوانين الاخرى توجب بضرورة تناسب مقدار المال المرهون مع الدين المضمون في الرهن التاميني لذا كان لزاماً البحث في مدى ضرورة وجود هذا التناسب الذي ينسجم مع توجهات المشرع في ابقاء العلاقات التعاقدية بعيداً عن الصراعات وبما يتوافق مع المنطق القانوني السليم.

ثالثا:- مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في عدم ايراد المشرع نصاً يلزم بضرورة تناسب المال المرهون مع الدين، وحيث ان الغاية من عقد الرهن هي الضمانة فكان ولابد من مراعاة وجود هذه الضمانة والمحافظة عليها عن طريق تدخل المشرع، ولا يغير من الامر شيئاً من يرى بانها علاقة تعاقدية (الرهن) ومن حق المتعاقدين رسم اطارها العام وفق ما يرتؤونه او حتى التنازل عن بعض الحقوق حيث ان من واجبات المشرع المحافظة على الاموال والوصول الى الامن التعاقدي وفضلاً عن ذلك ان المشرع وفي كثير من المواطن المتعلقة بعلاقات تعاقدية خاصة تدخل ايجابياً وفرض كثيراً من الاحكام التي من شانها حماية العملية التعاقدية وغاياتها.

رابعاً:- منهجية البحث

سوف نتبع في هذا البحث المنهج التحليلي للنصوص القانونية والاستعانة بالمنهج المقارن كلما اقتضى السياق ذلك

خامساً:- خطة البحث

سوف نقسم هذا البحث على ثلاثة مباحث، نخصص الاول منهم لبيان مدى ضرورة التناسب بين المال المرهون والدين المضمون فيما نتناول بالمبحث الثاني الدلائل التشريعية على ضرورة التناسب بين الدين والمال المرهون ،اما المبحث الثالث فنبين فيه الاثار السلبية على عدم تناسب الدين مع المال المرهون

I. المبحث الاول

مدى ضرورة التناسب بين المال المرهون والدين المضمون

- **تمهيد وتقسيم**

يُقدم المدين الراهن المال المرهون بغية الحصول على قرض او اجل او لسداد دين معين بحيث اذا لم يفي المدين بهذا الدين طواعية كان للمرتهن ان ينفذ على العين الضامنة لهذا الدين[١] وفقا لإجراءات محددة بالقانون[٢].وبذلك فان المال المرهون يعد غطاءاً ضامناً[٣] للدين يُمكن للمرتهن (pawnee) عند حلول أجل الوفاء وعدم قيام الراهن(pawner) بدفع الدين من ان يقوم باستحصال دينه عن طريق طلب بيع المال المرهون وفقا للإجراءات القانونية، وكلما كان المال المرهون ذو قيمة اعلى من الدين فان ذلك من شانه ان يوفر الطمأنينة في نفس المرتهن لذلك يحرص هذا المرتهن عند ابرام عقد الرهن ان يكون المال المرهون يتناسب[٤] او يزيد قيمة على الدين[٥] وذلك تحسباً لامتناع او تقاعس الراهن عن الوفاء بهذا الدين(failure of consideration) فيكون له اقتضاء دينه بالكامل غير منقوص وهذا الفرض لا يتحقق الا في حالة ان يكون المال المرهون متناسب مالياً مع الدين والا فان المرتهن سوف يكون بموقف صعب ويستلزم القيام بإجراءات قانونية اكثر طولاً واقل ضمانة للوصول لحقه. وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٩٩)من القانون المدني العراقي اذ جاء بها ((للمرتهن ان يستوفي حقه في العقار المرهون رهناً تأمينياً وفقاً للإجراءات المقررة لذلك، واذا لم يفي العقار بحقه، فله ان

---

(١) د.محمد لبيب شنب، *دروس في التأمينات العينية والشخصية*، بدون طبعة، (دار النهضة العربية:١٩٧٥)، ص٥.

(٢)وعادة ما تتكفل قوانين التنفيذ بتحديد الاجراءات الواجب مراعاتها في التنفيذ على العقار المرهون.

(٣)ويأتي الضمان بمعان عدة في اللغة ومن هذه المعان هي الكفالة ،فالمال المرهون يعد كفالة للدين المقدم من قبل الدائن....ابن منظور، *لسان العرب*، ط ٤، (بيروت: دار صادر، ٢٠٠٥، ص ٦٤.

(٤) جاك مستر وعمانوئيل بوتمان ومارك بيو- بإشراف جاك غستان، *المطول في القانون المدني-قانون التأمينات العينية الخاص*،ط١،(مجد المؤسسة الجامعية:٢٠٠٩)، ص٨٨٩.

(٥)د.محمد لبيب شنب، المصدر السابق،ص٦٤. وكذلك د. عبد الودود يحيى، *التأمينات الشخصية والعينية*، بدون طبعة، (دار النهضة العربية: بدون سنة طبع)،ص١٦٨.

يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر اموال المدين)). ومن هذا النص يظهر بوضوح خطورة عدم تناسب المال المرهون مع الدين المضمون اذ ان عدم التناسب يزيد من فرص جعل المرتهن بمنزلة الدائنين العاديين وهذا بالتأكيد عكس المقصود من عقد الرهن نفسه اذ يعد ضمانه وغطاء وتامين وبتخلف الصفات المذكورة تتناقص الفائدة المرجوة منه.

اما الفقه الفرنسي فلم تغب عنه هذه الفكرة فقد تناولها في باب التأمينات حيث يرى جانب منه ان الدائن اذا قبل (وهو غير عالم) بضمان اقل من دينه يمكنه الاحتجاج بعيب الغلط بصفة جوهرية او الادعاء بانه كان ضحية تدليس في حال وان قام المدين بأفعال من شانها ايهام المرتهن وثبوت عدم علمه بها كالغلط في مساحة ارض او عدم بيان مواصفاتها الاخرى بياناً كافياً من شانه ان يؤثر على تقدير ثمنها، وذهبوا ابعد من ذلك عندما القوا جزء من هذه المسؤولية على الكاتب العدل المحرر بإلزامه ببيان (كفاية الرهن) للدائن المرتهن وان عدم البيان هذا يثير مسؤوليته الناتجة عن الاخلال بالتزام واجب النصح[١]

لذا وبغية الاحاطة بالموضوع فسوف نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب وكالتالي

المطلب الاول:- الارادة التعاقدية ودورها في اقرار التناسب

المطلب الثاني:- مدى عقلانية ترك التناسب بين الدين والمال المرهون للأطراف التعاقدية

المطلب الثالث:- محل الرهن (المال المرهون) وعلاقته بالتناسب

I.أ. المطلب الاول

الارادة التعاقدية ودورها في اقرار التناسب

يستدل المتخصصون من نصوص القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة ان المشرعين يعطون مساحة كبيرة للإرادة التعاقدية(سلطان الارادة) في ترتيب الاحكام القانونية[٢]فيمكن لهذه الارادة إنشاء الالتزام او نقله او تحويله وانهائه[٣] ومن غير تعقيب عليها[٤]الا في احوال خاصة[٥] وبناء على ذلك فان العقود تتكأ بقوة على الارادة التعاقدية في اقرار احكامها الموضوعية[٦]ومن هذه العقود عقد الرهن التاميني الذي لم يخرج به المشرع عن القاعدة العامة في التعاقد الا ما تعلق بركن الشكلية[٧]فعرفه القانون المدني العراقي في المادة(١٢٨٥) بانه ((الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً

---

(١) جاك ميتر و عمانؤيل بوتمان ومارك بيو، *المطول في القانون المدني-قانون التأمينات العينية العام*،ط١،(مجد المؤسسة الجامعية:٢٠٠٦)،ص٣٠٤.

(٢) د.عبد المنعم البدراوي، *اصول القانون المدني المقارن*،ط٢، (مكتبة سيد عبد الله وهبة:١٩٧٠)،ص١٧٤.

(٣) ينظر المادة ١/١٤٦ من القانون المدني العراقي والمادة ١٤٧ من القانون المدني المصري والمادة ١١٩٣ من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل الذي طرا على المواد من ١١٠٠-٧-١٢٣١ حيث جاء في هذه المادة ((لا يجوز تعديل العقود او نقضها الا بالرضاء المتبادل لأطرافها او للأسباب التي يقررها القانون)).

(٤) حسين عامر، *القوة الملزمة للعقد*،ط١، (القاهرة: مطبعة مصر ، ١٩٤٩،ص٢٦.

(٥) اذا قد يرى المشرع احيانا ان الميل نحو اقرار قواعد تنظيمية هو الاصلح للمصلحة العامة كما هو الحال الحال في قوانين العمل.

(٦) اما الاحكام الشكلية فغالبا ما يستأثر المشرع بتنظيمها وذلك لمساسها المباشر بالأمن القانوني المجتمعي.

(٧) اذ تنص المادة (١/١٢٨٦)، على((لا ينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وعلى وعلى كل من المتعاقدين ان يعين محل اقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل، ويعطي لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما، بعد اخذ تقريرهما في مواجهة الشهود)). ويقابل هذه المادة في القانون المدني المصري نص المادة (١٠٣١)، والتي تنص ((لا ينعقد الرهن الا اذا كان بورقة رسمية)).

عينياً يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين الدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون)) [١].والمتمعن بهذا التعريف يرى بان المشرع اولى اهمية لبيان الاحكام القانونية الناتجة عن هذا العقد وتحديدها في هذا التعريف على حساب البُنية الاساسية له كونه(المشرع) لم يشأ ان يصرف الاذهان الى ان هنالك ما يخرج عن النظرية العامة في العقود.

وعلى الرغم من اكتناز التعريف لكثير من الاحكام الموضوعية لعقد الرهن التاميني الا ان اللافت للنظر ان المشرع لم ينص صراحة على ضرورة ان يكون المال المرهون متناسب بالقيمة مع الدين كون ان الغاية الاساسية من عقد الرهن هو إقرار الضمان المالي الذي من شانه ان يطمأن المرتهن بان دينه سوف يستوفى اما بالطريق الاختياري[٢] (الوفاء عند الاجل) او بطريق احتياطي اخر رسم المشرع له مساراً محدداً، و هذا الطريق الاحتياطي لن يكون له اثر منتج الا اذا كان المال المرهون متناسب من حيث القيمة مع الدين. والسؤال الذي يتبادر للذهن الان هل ان المشرع عندما عزف على ايراد هذا التناسب كان قاصداً لهذا العزوف وارتأى تركه للإرادة التعاقدية ام ان هذا العزوف والاغفال غير مقصود ويعد من الفراغ التشريعي لاسيما اذا ما علمنا ان هنالك الكثير من الاحكام الموضوعية في عقد الرهن التاميني تبنى على اساس هذا التناسب وتتأثر سلباً بعدم وجوده منها ما يتعلق بتحرير العقار من الرهن وما يتعلق بدفع قيمة الدين وكذلك حالة التنفيذ العيني لعقد الرهن في حالة الهلاك(التامين التكميلي).

I.ب. المطلب الثاني
مدى عقلانية ترك التناسب بين الدين والمال المرهون للأطراف التعاقدية

لاريب ان المتعاقدين وبما يملكان من ارادة حرة مستنيرة ان يتفقا على الدين ومقدار الرهن لكن هل يعقل ان يرتضي الدائن المرتهن بضمان اقل من دينه واذا كان كذلك وقبل بضمان يقل عن دينه فما هو مبرره بطلب الرهن اذا كان هذا الرهن اولاً واخيراً لا يفي بالدين في حالة بيعه. الجواب على ذلك تستلزم التفصيل الدقيق فنصوص القانون المدني العراقي لا يُستشعر من خلالها بوجود رغبة من المشرع في تقييد ارادة الاطراف التعاقدية لعقد الرهن من ضرورة وجود تناسب بين المقدارين لابل حتى الاعمال التحضيرية لم تشر باي وجه كان لهذا التناسب وبالتالي فان نيه المشرع قد تكون جلية واضحة بترك الموضوع لاتفاق الاطراف، فالمرتهن

(١) ويقابلها نص المادة ٢٣٩٣، من القانون المدني الفرنسي المعدل بالمرسوم الصادر في ٢٣ اذار ٢٠٠٦، حيث جاء في هذه المادة ((الرهن العقاري هو حق عيني على العقارات المخصصة لضمان القيام بالتزام وهو بطبيعته غير قابل للتجزئة ويبقى بكامله على جميع العقارات المخصصة وعلى كل عقار منها وعلى كل جزء من هذه العقارات)).

(٢) وفي هذه الحالة لن نكون بحاجة ماسة لتفعيل هذا الضمان كون ان تسديد الدين عند حلول الاجل هو انتهاء طبيعي ونموذجي لعقد الرهن.

احياناً يملك التنازل عن حقه في الرهن كضمانه اثناء العقد[١] مما يعضد فكرة عدم التناسب ابتداً اذا كانت نابعة عن اتفاق الطرفين، لكن الفرض المذكور هو فرض نظري من الممكن ان يحدث ولكن بنسب بسيطة جدا اذ ان الاموال هي حصيلة مجهودات الافراد لباع من الزمن وفكرة التفريط بها عن طريق اقحامها بهكذا مخاطر يعد من الامور غير المنطقية وبالتالي فان الارادة التعاقدية ارادة محترمة في مجالها ولكن يجب عدم الافراط في اطلاق مداياتها كون ان الاموال وما لها من ثقل لاتعد من اهم الملكيات الخاصة فقط وانما هي عماد الثروة الاقتصادية للدول مما يفرض على المشرع المحافظة عليها بكل الوسائل بل وحتى من نزعات الافراد الشخصية عن طريق الموازنة بين الضرورات التعاقدية القانونية والضرورات الواقعية.

I.ب.١. الفرع الأول

الضرورات التعاقدية القانونية

ينبري المشرع احياناً ويفرض على الاطراف التعاقدية نمطاً معيناً او اطاراً معيناً للعملية التعاقدية وذلك رغبة منه في تقليل فرص حدوث النزاعات او كي يضمن موائمة تصرف معين لمجمل فلسفة القانون وهذا حال القانون المدني العراقي[٢]اذ يتدخل المشرع احيانا في رسم اطار عام لعلاقة تعاقدية معينة كما هو الحال في الوعد بالرهن التاميني والتي رسمت له المادة(٩١) طريقا عاما له ولغيره من الوعود التعاقدية ذا جاء بها ((١ – الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها. ٢ – فإذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته ايضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد)). وبذلك فان الضرورات التعاقدية احيانا تفرض تدخلاً من المشرع، الا ان هذا التدخل بضرورة التناسب لم نراه بشكل صريح على الرغم من ايجابياته وضروراته اذ بوجود التناسب بين مقدار المال المرهون والدين قد يستغني المشرع عن تطبيق الكثير من الاحكام القانونية والتقليل من فرص حدوث النزاعات القضائية وعلى سبيل المثال اذ رهن المرتهن عقاره رهناً تامينياً وكان الرهن يساوي او يفوق من قيمة الدين فان المرتهن سوف يكون بمأمن من تقلبات الظروف الاقتصادية او حتى من الحوادث التي قد تطرا على المال المرهون فيعرضه للهلاك او التلف اذ يستغني الدائن المرتهن في حالة الهلاك الجزئي عن طلبه بتامين تكميلي طالما كان الباقي من المرهون يكفي لسداد اصل الدين[٣]ولربما يكون كافيا لسداد اصل الدين مع فوائده الاتفاقية، وبالتالي كان من الانسب ان

(١) وهذا ما نصت عليه المادة (١٣١٨)، من القانون المدني العراقي اذ جاء بها ((يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن التاميني دون الدين)).

(٢) وليس حال القانون المدني العراقي فقط وانما هنالك حزمة من القوانين تظهر فلسفة المشرع واضحة وجليه ويمكن استدراكها بسهولة اذ اثر المشرع اظهارها في الاسباب الموجبة كي تعد مرجعا للتفسير فيما يختلف بشأنه كما فعل في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣، لسنة ١٩٦٩ المعدل اذ تضمنت الاسباب الموجبة جانبا اثرائيا معطاءا يظهر بوضوح فلسفة المشرع في اقرار القانون وترجيح بعض الاحكام على غيرها.

(٣) حكم محكمة التمييز المرقم ٨٦٩/م١/٧٧ في ١٩٧٨ والذي يتبين منه ان المرتهن له ان يستوفي حقه كدائن عادي في حال عدم كفاية المال المرهون لسداد الدين)) ولا يخفى مدى الخطورة في تحول صفة الدائن من مرتهن الى دائن بحق شخصي وما يترتب على ذلك من اثار قانونية....حكم منشور لدى الاستاذ القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القضائية في قضاء محكمة التمييز/القسم الثاني،٢٠٠٧،ص٣٧٧.

يبادر المشرع العراقي بتحديد معيار عام لتناسب الدين مع المال المرهون كي نضمن ولو بنسب مقبولة وجود غطاء مالي للديون يجنب الاطراف التعاقدين ما يحدث من مفاجئات اقتصادية قد تطرأ خلال مدة العقد.

I.ب.٢. الفرع الثاني

الضرورات الواقعية

لا نقاش في ان المشرع ترك التناسب لإرادة المتعاقدين وحسب ما يرتاونه فان ارادوه كان لهم ذلك عن طريق الاتفاق بينهما على ان يكون العقار المرهون يتناسب او يفوق قيمة الدين[١]، وان لم يشاؤوا ذلك كان لهم ايضا الاتفاق على المقدار الذي يرتاونه سواء تحقق التناسب ام لم يتحقق، وبالتأكيد فان في الحالة الاخيرة يكون الدين معرضاً للخطر وبنسب مرتفعة اذ ان غاية الرهن هي الضمانة وبتخلفها تتخلف الغاية من العقد برمته. وعلى الرغم من عدم الالزام (والذي يتخذه الافراد في اكثر الاحيان بمنزلة القاعدة العامة الراسخة) الا اننا بدأنا في الآونة الاخيرة نتلمس تغييرا في هذا النهج لاسيما اذا كان الدائن شخصاً معنوياً ويتعلق الموضوع بقروض عالية كما هو الحال في العراق فقد درجت المصارف الحكومية[٢]والاهلية عند اعطاء القروض بطلب قيام المقترض بتقديم تعهد مقتضاه تقديم سند عقار مسجل باسمه بعد مرور (٦) أشهر من تأريخ صرف القرض شريطة ان تكون قيمة العقار تساوي أو أكثر من مبلغ القرض[٣].اما في حال عدم تناسب قيمة القرض مع العقار المرهون فتلجأ هذه الجهات الى احد الخيارين

١- الاول:- تلجأ المصارف الى اجراء الكشف الموقعي على العقار الذي سوف يكون محل للرهن وفي حالة عدم تغطيته لمبلغ القرض فان المصرف سوف يعلم المقترض بعدم موافقته على هذا القرض الا ان الواقع العملي يفرض وضعاً اقتصادياً معيناً اذا ان

---

(١) د.سليمان مرقس، *في الحقوق العينية التبعية*،ط٣، (دار صادر:١٩٩٥)، ص٢٠.

(٢) تعليمات منح القروض الصادرة من مجلس ادارة المصرف الزراعي التعاوني والتي تبين بضرورة تناسب الدين مع العقار المرهون.

(٣) حيث تنص تعليمات قانون صندوق الاسكان العراقي رقم ٣٢، لسنة ٢٠١١، في المادة اولا/٣((–ان يمتلك المستفيد قطعة ارض سكنية على وجه الاستقلال او مشاعة تغطي قيمتها مبلغ القرض الممنوح له شرط ان لا تقل مساحة الأرض المشاعة عن ١٠٠م مربع وعن ان لا تقل مساحة البناء عن ٦٥ متر مربع))، وكذلك المادة ١٨، ((يتم وضع إشارة الحجز في سجلات دوائر التسجيل العقاري على العقارات التي يتقرر قبولها لقاء القروض لتامين الامتياز عليها في استيفاء حقوق الصندوق حسب شروط العقد وتعتبر اشارة الحجز الموضوعة على هذا الوجه بحكم وضع إشارة الرهن التأميني من الدرجة الاولى استناداً لإحكام القوانين النافذة)).وكذلك المادة ١٩ والتي تنص ((في حالة تأخر المستفيد (المقترض) عن السداد لأكثر من ٣٠ يوم عن موعد الاستحقاق فيتم احتساب غرامة تاخيرية بنسبة 6% من قيمة القسط عن مدة التأخير من تاريخ استحقاق الدفع ولغاية تاريخ التسديد وتضاعف الغرامة كل ثلاثة أشهر في حالة تكرار عدم التسديد وفي حالة بلوغ التأخير عن التسديد مدة ٢٤ شهراً فتطبق بحقه الفقرة(ب)من أولا من المادة١٣من قانون صندوق الإسكان العراقي رقم ٣٢ لعام / ٢٠١١ الخاصة بصلاحية إدارة الصندوق ببيع العقار بالمزايدة العلنية لاستحصال جميع حقوقه)).

العقارات (في اغلب الاحيان) تكون قيمتها اما مساوياً او تفوق مبلغ القرض ولهذه الاسباب لم تظهر مشاكل حقيقية نابعة من عدم التناسب بين مبلغ القرض والعقار المرهون.

٢- الثاني:- تباشر هذه الجهات اجراءات الكشف الموقعي على العقار المرهون ويتم تقييمه واعطاء المستفيد قرضا بما يتناسب مع عقاره وبما لا يتجاوز الحد الاعلى لمقدار القرض. وعلى سبيل المثال اذا طلب (أ) قرضا من احد المصارف التي اعلنت عن رغبتها بإعطاء قروضاً للبناء لأصحاب الدخل البسيط وبمقدار (٧٠،٠٠٠) الف دولار فتقوم هذه المصارف بالكشف الموقعي على عقار(أ) المزمع رهنا فاذا قيمته ب (٥٠،٠٠٠) الف دولار فان القرض الممنوح لا يتجاوز هذا المقدار.

وعلى الرغم من الاجراءات المذكورة هي السائدة على ارض الواقع الان[١] الا ان المشرع يستطيع الاستغناء عن هذه الاجتهادات والاجراءات الطويلة نسبيا عن طريق النص على ضرورة التناسب ليكون(التناسب) ضمانه حقيقية قوية بيد الدائن.

I.ج. المطلب الثالث

محل الرهن (المال المرهون) وعلاقته بالتناسب

لاريب ان عقد الرهن التاميني كسائر العقود يلزم لانعقاده توافر الاركان العامة[٢] لانعقاد العقود من رضا ومحل وسبب ،وما يهمنا في هذا الفرض هو ركن المحل اذ يجب ان يتصف بمجموعة من الصفات لكي يكون مكملاً لأركان العقد الاخرى وهي ان يكون محل الرهن مالاً عقارياً يصح التعامل فيه ويجوز بيعه في المزاد العلني ويكون معينا بالذات تعييناً دقيقاً ومملوكا للراهن. وبالرجوع الى الصفة الاولى من صفات المحل الا وهي (ان يجوز بيعه في المزاد العلني) نستنتج ان المشرع يفترض وبحسب المنطق والسياق الطبيعي للأمور بان المدين الراهن قد لا يوفقه الحظ او مقدرته المالية من الايفاء بدينه فلا يكون امام الدائن المرتهن الا طريق بيع المال المرهون بالمزاد العلني، والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الموضع انه اذا كان المال المرهون لا يفي بالدين او لا يتناسب مع قيمة الدين اصلاً فماهي فائدة بيعه بالمزاد العلني. ان الجواب على هذا السؤال يتمحور بفرضين:

الفرض الاول: ان يباع المال المرهون وفق القانون بالمزاد العلني ويأتي بسعر اعلى من السعر المقدر له(flat cost)فيمكن تبعاً لذلك اقتضاء الدائن المرتهن لدينه من هذا البيع، وهذه فرضية صعبة ونسبة تحققها ضعيفة ولا يمكن للمشرع الركون لها وبناء حكم قانوني عام عليها، كون ان القيمة المالية للأشياء ولاسيما العقارات غالباً ما تحافظ على مستوياتها السعرية ويندر ان ترتقي اسعارها بشكل ملحوظ الا في حالات التقلبات الاقتصادية النادرة.

---

(١) اذ تلجا الجهات المقرضة لتلافي هذه الاشكالات عن طريق تنظيم هذه الحالات بتعليمات تلزم الاطراف باتباعها .

(٢) وذلك فضلا عن ركن التسجيل في التسجيل العقاري التي اوجبته المادة ١/١٢٨٦، والتي تنص ((لا ينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وعلى كل من المتعاقدين ان يعين محل اقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل، ويعطي لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما، بعد اخذ تقريرهما في مواجهة الشهود)).

الفرض الثاني: ان يباع المال المرهون وفق للقيمة السوقية والمقدرة من قبل لجنة التثمين(appraisement)،فاذا كان العقار اصلاً لا يتناسب كقيمة مع الدين فان البيع في المزاد العلني لن يكون منتجاً لآثار ايجابية مرضية للدائن المرتهن كون ان عدم التناسب هذا سوف يجعله في اغلب الاحيان بمنزلة الدائن العادي مما يقوض من ايجابيات الحق العيني[١]ويفوت عليه فرصة الوفاء بدينه .

اولاً:- اغفال تقدير ثمن العقار هل يقدح في صحة العقد

يُضمَن الدين بالمال المرهون فيتفق كل من الراهن والمرتهن على مقدار هذا المال[٢] الذي بالضرورة ان يكون مالاً عقارياً ،وبموجب القانون العراقي فان التراضي على محل العقد بكافة خصائصه يعد من الامور الجوهرية في تطابق الايجاب مع القبول. وبالرجوع الى الاحكام الخاصة بعقد الرهن التاميني لم نجد ما نستشعر من خلاله ان المشرع اراد ضرورة الاتفاق على مقدار المال المرهون وانما قصد الاتفاق على صفات وطبيعة المال المرهون بشكل عام حيث تنص المادة ٢/١٢٩٠ ((ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وان يكون معينا))[٣]فالشطر الاخير من المادة المذكورة تشترط ان يكون العقار معيناً وهذا التعيين ينصرف الى طبيعته وموقعه لا الى ثمنه فمن حيث طبيعة العقار يجب ان يذكر بان محل العقد حق ملكية او ملكية رقبة او حق عيني عقاري كحق المنفعة[٤] اما ما يتعلق بموقعه فيجب ذكر مساحة الارض وحدودها والمنطقة التي تقع فيها وبصفة عامة يجب ان يكون تعيين العقار المرهون دالا على ذاتيته بطريقة لاتدع مجالاً لأي شك[٥].فنستدل مما ذكر انه لا يوجد الزام قانوني صريح على تحديد مقدار المال المرهون عند ابرام العقد، الا انه وعلى الرغم من عدم وجود هذا الالزام فأننا نرى ان الامور لا تستقيم لا من الناحية القانونية ولا من الناحية الواقعية الا بتحديد هذا المقدار تحديداً يجعل المرتهن على بينة تامة من موقفه التعاقدي وفرص استعادته لدينه.

ثانياً:- مدى قصدية الاغفال التشريعي على تناسب قيمة المحل

لاريب انه من غير المستساغ ان يوصف المشرع بعدم التنبه او عدم الدقة كون ان الركون لهذه الاوصاف توصلنا لنتائج عملية غير محمودة فضلاً عن النتائج السلبية الاخرى[٦].الا ان الصفات البشرية للمشرع لابد ان تطغى عليه فيكتنف التشريع بعض القصور والغموض. ومن مجمل النصوص مدار البحث نرى ان المشرع العراقي كان في ذهنه وبلا شك ضرورة تناسب

---

(١) المادة ١٢٩٩، من القانون المدني العراقي.

(٢) ويكون الاتفاق على مقدار المال وبغض النظر على تناسب المال المرهون مع الدين المضمون.

(٣) ويقابلها نص المادة ١٠٣٥، من القانون المدني المصري.

(٤) ينظر: المادة ١/١٢٥٣، من القانون المدني العراقي والتي تنص ((للمنتفع ان يتصرف في حقه معاوضة او تبرعا مالم يكن في السند الذي انشأ هذا الحق احكام تخالف ذلك)).

(٥) د.عبد الودود يحيى ،المصدر السابق،ص١٧٩.

(٦) يعتمد الامن المجتمعي (security collective)بنسبة كبيرة على ثقة الافراد بالمشرع وما يسنه من تشريعات تصبب في مصلحته، وان أي تشكيك او هدم بهذه الثقة من شانه ان يخلق جوا من عدم الارتياح والطمأنينة لدى هؤلاء الافراد.

الدين مع المال المرهون وخير دليل على ذلك ما ورد بالمادة(١٢٩٦)والتي تنص((١ – يضمن الراهن في الرهن التأميني سلامة الرهن وللمرتهن ان يعترض على كل عمل يكون من شأنه انقاص ضمانه. ٢ – فإذا وقعت اعمال من شأنها ان تعرض العقار المرهون للهلاك او التعيب او تجعله غير كاف للضمان كان للمرتهن ان يطلب من المحكمة وقف هذه الاعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر)).وبغية التعرف على نظرة المشرع وقصديته لابد انا نتناول هذه المادة بشيء من التفصيل الممزوج بترجيح القصدية.

١- **الفقرة الاولى من المادة ١٢٩٦ (في الميزان):-** تدل عبارات الفقرة الاولى من المادة المذكورة وبشكل تتنازع فيه الضمنية والصراحة على ان المشرع كان في ذهنه وبشكل لا يقبل الشك ايراد التناسب بين المقدارين فعبارة ((ان يعترض على كل عمل يكون من شانه انقاص ضمانه)) تدل خير دليل على وجوب تناسب المقدارين والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو إذا لم يكن هنالك تناسب بين المقدارين فعن اي ضمان يتحدث المشرع؟ ان التطبيق العملي لهذا النص ووفقاً لقواعد المنطق يقضي بان الدائن المرتهن قد رضي بمقدار معين للمال المرهون كضمان لدينه وهذا الضمان يغطي قيمة الدين فله في حالة قيام المدين الراهن بتصرف من شانه ان يؤدي الى إنقاص الضمان الذي سبق وان قبل به المرتهن الاعتراض على هذه الاعمال كونها اعمالاً قد قوضت من الضمانة التي سبق وان اتفق عليها الطرفان، وهذا يعد من جهة اخرى اخلالاً بالبنود العقدية التي يجب على الطرفين الحرص على الايفاء بها وعدم الاتيان باي عمل من شانه خرق هذه البنود. ويرى جانب مهم من الفقه ان عبارة (الانقاص الكبير في الضمان) [١] الواردة في النصوص العربية المقابلة للنص العراقي تنصرف الى العمل المادي او القانوني الذي يضعف الضمان ويجعله اقل من قيمة الدين[٢].

٢- **الفقرة الثانية من المادة ١٢٩٦ (في الميزان):-** ربما المدلول الحرفي لعبارات الفقرة الاولى من المادة(١٢٩٦) تعطي لمعارضي وجوب التناسب بريق امل في التمسك بفكرة إعمال سلطان الارادة حتى وان تراجع التناسب. الا ان الفقرة الثانية من المادة المذكورة تقطع دابر كل شك او تأويل. فبعد ان نصت الفقرة الاولى على عدم جواز انقاص الضمان (والذي يمكن ان يفسر احياناً بان هذا الضمان هو بالأصل لا يتناسب مع الدين الا ان المرتهن مع ذلك قبل به وعلى الرغم من عدم التناسب هذا فالمرتهن يمكن له الاعتراض

---

(١) وهذه العبارة وردت في بعض نصوص القوانين العربية والتي تقابل العبارة الواردة في نص المادة ١٢٩٦، من القانون المدني العراقي .حيث وردت في المادة ٩٨٧، من القانون المدني الكويتي رقم٦٧، لسنة ١٩٨٠، والتي تنص ((يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن وللدائن المرتهن ان يعترض على كل عمل يكون من شانه انقاص ضمانه انقاصا كبيرا وله في حالة الاستعجال ان يتخذ على نفقة الراهن ما يلزم من الوسائل التحفظية)) وكذلك المادة 1075، من القانون المدني القطري رقم ٢٢، لسنة ٢٠٠٤، والتي تنص ((يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً. وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية، وأن يرجع على الراهن بما أنفق في ذلك)).وكذلك نص المادة ١٠٤٧، من القانون المدني المصري.

(٢) د.شمس الدين الوكيل، *نظرية التامينات في القانون المدني*،ط٢،(بدون مكان نشر:١٩٥٩)،ص٢٢٩.

عن انقاصه) فتاتي مردفه الفقرة الثانية لهذه المادة لتنص على ((٢ – فإذا وقعت اعمال من شأنها ان تعرض العقار المرهون للهلاك او التعيب او تجعله غير كاف للضمان كان للمرتهن ان يطلب من المحكمة وقف هذه الاعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر)).

فعبارة ان تجعله غير كاف للضمان تعد من العبارات المشرقة التي تدل دلالة لاشك فيها بان هنالك ضرورة لتناسب الدين مع المال المرهون اذ المشرع هنا لم يقف عند حد تناسب او عدم تناسب المقدارين وانما ذهب الى ابعد من ذلك ونص على ان مجرد عدم كفاية الضمان يخول المرتهن الطلب من المحكمة باتخاذ مجموعة من الوسائل كي تعيد التوازن الكمي بين المقدارين.

ثالثاً:- دور الصياغة التشريعية في اظهار غاية المشرع

تعد الصياغة بصورة عامة الاداة الفنية التي يستعين بها المشرع بغية إنزال افكاره ورغباته القانونية في صلب التشريع، وتكتنف هذه العملية(الصياغة) احيانا بعض الاشكالات والاخطاء مما يستدعي تعديل التشريع او الغائه او سن قانون اخر بدلا عنه. وبين هذا الخيار وذاك تتنازع لدى المشرع فكرتان:

الاولى:- فكرة الالغاء الكامل او الجزئي

الثانية:- الابقاء على القانون وتغليب استقرار التعامل الذي يعد غاية مهمة من غايات القانون التي يضحي المشرع لأجلها بالكثير من المغانم[١] مع اعطاء مساحة اوسع لسلطة القاضي في تفسير وتطبيق النص القانوني بما يتلاءم مع الغايات التشريعية وفلسفة القانون.

أ- دلالة مفهوم النص القانوني: يستعين المشرع عند صياغة النص القانوني بأدوات المنطق وقواعد اللغة للدلالة على فلسفته في تشريع فكرة ما، ومن هذه الادوات هي دلالة مفهوم النص القانوني اذ يستغني المشرع عن ايراد فكرة معينه صراحة والاعتماد على مفهوم النص القانوني للدلالة عليها[٢]،لكن السؤال الذي يتبادر للذهن هل يمكن الاستعانة بهذه الطريقة في بيان النقاط الرئيسية والمهمة في قانون ما ام انه يتوجب في بعض الاحيان ان يكون المدلول صريحاً واضحاً دالاً بنفسه على نفسه لقطع دابر كل شك على المعنى الذي يبتغيه المشرع. نرى ان التشريع كما هو يخاطب المختصين فانه في نفس الوقت يخاطب الافراد العامة[٣]وعلى اختلاف مستوياتهم الفكرية فمنهم بسيط الذكاء بالفطرة ومنهم قادح الذكاء بالفطرة ولابد لكلاهما من معرفة النص القانوني او على الاقل فهم النص القانوني لتكييف اوضاعهم القانونية قبل البدء باي تصرف قانوني لتلافي النزاعات او لتجنب المسؤولية القانونية، وعطفاً على بدء

---

(١) د.حسن علي الذنون، *فلسفة القانون*،ط١، (بغداد: مطبعة العاني- ١٩٧٥)،ص١٥٦.

(٢) د.خالد جمال احمد، "ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها"، *بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية*، العدد الثاني، (٢٠١٧):ص١٦٥.

(٣) اذ يحتاج الافراد لفهم القانون ولو بحد ادنى، اذ يجب عليهم في اغلب الاحيان تكييف تصرفاتهم القانونية وبما ينسجم مع المفاهيم الثابتة في القانون تداركا منهم لعدم الوقوع في اخطاء يصعب تداركها في وقت لاحق واكثر ما يحتاج الافراد في هذا الشأن هو علمهم بالأحكام القانونية المنظمة للعقود الاكثر تداولا كعقد البيع والايجار اذ تعد هذه العقود من العقود الشائعة التي يبرمها الافراد باستمرار.

فان مقدار التناسب بين الدين المضمون والمال المرهون لابد ان يكون منصوصاً عليه صراحة وعدم الاكتفاء بدلالته ضمناً كونه من المسائل الرئيسية في عقد الرهن وتترتب عليه كثير من الاحكام القانونية ذات الصبغة المالية، وان عدم النص عليه صراحة يفتح الباب للتفسير والتأويل الذي من شانه ان يخرج النص على غير غايته

ب- البديهيات القانونية واثرها على صراحة النصوص: يعد التكرار والتفصيل غير المدروس من العيوب الصياغية لذا ترى المشرع عند صياغته للنص القانوني يبتعد قدر الامكان من تكرار المصطلحات او الدخول في تفاصيل غير ضرورية، لكن هل معنى ذلك ان يتجاوز المشرع عن ذكر او تفصيل البديهيات القانونية(self-evident legal) ام يتوجب عليه ايرادها على الرغم من كونها من المسلمات؟ بلا شك ان الغاية من الرهن هو ضمان الدين وان تخلف التناسب بين مقدار الرهن ومقدار الدين يخل بهذه الضمانة ويجعل العقد من الناحية العملية غير ذي فائدة مرجوة وبذلك فمن البديهي ان يكون الضمان بقدر الدين او يزيد عليه الا ان هذه البديهية المنطقية لم يشر لها المشرع في باب احكام عقد الرهن وانما يمكن استدلالها من النصوص الواردة في مجمل القانون، فهل يعد المشرع بذلك قد ارتكب خطأ في الصياغة القانونية ام لا. الجواب على ذلك يكمن في فرضين:

١- **تبني المشرع فلسفة التفصيل:** اذ يتبنى المشرع في بعض الدول فلسفة التفصيل الدقيق في بيان الاحكام القانونية او تبنيه تفصيلا دقيقا في جزء معين من القانون كحالة ايراد نصوص متعلقة بعقد ذو طبيعة مهمة في الحياة العملية او ايراد نصوص تتعلق بعقد من العقود المستحدثة.

٢- **تبني المشرع الفلسفة العمومية في الصياغة:** يرزخ المشرع احياناً تحت تداعيات التطور المستمر الى تبني فلسفة ايراد العموميات في التشريع وذلك بغية اعطاء النص القانوني بعداً زمنياً اطول في التطبيق من قبل الافراد او حتى القضاء ومثال ذلك ما اورده المشرع في مجال انعقاد العقد الذي اتسع بحكم الصياغة العمومية ليشمل انعقاد العقد الالكتروني (الذي لم يكن في ذهن المشرع ابان وضع النص) وكذلك الحال فيما يتعلق بقواعد الاثبات التي تطوعت لإمكانية شمول الدليل الالكتروني.

نخلص مما تقدم ان المشرع قد يعتد بالمسلمات القانونية ويركن لها فيعزف عن ايراد الاحكام المتكررة او البديهية منها الا ان ذلك لا يعد قرينة على تجاهل المشرع لفكرة التناسب بين المقدارين كون ان جوهر العلاقة بين الراهن والمرتهن ترتكز على فكرة الضمان المالي وبتخلف التناسب بين مقدار الدين المضمون والمال المرهون لا يعد للضمان قيمة تذكر وهذا الامر عكس غاية المشرع من اقرار عقد الرهن واعطائه ميزة الحق العيني

رابعاً:- تخصيص الرهن وعلاقته المستبطنة بالتناسب

يعد مبدأ تخصيص الرهن (mortgage specialty)من المبادئ الحديثة التي دخلت على الرهن ولا ريب فان كل مبدأ حديث يدخل على فكرة قانونية راسخة ومستقرة يكون هناك ما يبرره ويستدعى تشريعه، وعلى الرغم من الفوائد الكثيرة لتخصيص الرهن الا ان هنالك فائدة راجحة مقتضاها ان قيام المدين الراهن بتخصيص محل الرهن من شانه ان لا يقدم على

الرهن الا ما هو مصمم عليه ولا يرهن من عقاراته الا بمقدار الدين[١]،وينطبق نفس الامر على الدين المضمون[٢] الا ان الدين المضمون(secured) هو ما يستدعي تناسبه مع الرهن وليس العكس[٣] لان الغالب في التعامل يمنح الدين اولا ومن ثم تأتي المطالبة بالرهن، لذلك لن نركز على تخصيص الدين بقدر تخصيص الرهن، فمقدار الدين سيكون عنصر تحديد اولي في ذهن الراهن فلا يرهن اكثر من قيمته اذا كان يملك اكثر من عقار باقيام مختلفة[٤]،لان رهن المدين لعقار اكثر من قيمة الدين (وان كان لا يضر الراهن من الاستيفاء الفعلي) من شانه ان يجعل العقار ذي القيمة العالية محلا للتنفيذ عن طريق بيعه بالمزاد العلني وكان باستطاعتي الراهن ان يتفادى هذا الاجراء برهنه عقاراً يتناسب مع الدين ولا يفوقه من حيث القيمة المالية الكلية، ومثال ذلك اذا اقرض (أ) مبلغاً ل (ب) يقدر ١٠٠،٠٠٠ الف دولار وكان ل (ب) عقارين الاول(منزل) يقدر ب ١٢٠،٠٠٠ الف دولار والثاني(مصنع) يقدر ب ١٨٠،٠٠٠ الف دولار فمن غير المنطقي ان يرهن (ب) المصنع بدلا من المنزل حيث ان رهنه لهذا المصنع ان يجعل هذا المال المرهون برمته عرضة للبيع ومخاطرة من الصعب تفادي اثارها السلبية .

II. المبحث الثاني

الدلائل التشريعية على ضرورة التناسب بين الدين والمال المرهون

- **تمهيد وتقسيم**

قد يشكك البعض في استنباط نية المشرع بوجوب التناسب بين مقدار الدين والمال المرهون ،الا ان هنالك من الدلائل والقرائن التي نستقيها من مجمل نصوص القانون تصرف الذهن وبشكل لاشك فيه الى اتجاه نية المشرع على وجود هذا التناسب بين المقدارين. ولا يقدح في الراي الاخير ان المشرع لم ينص صراحة وبشكل مباشر على هذا التناسب اذ ان النصوص التي سوف يشار لها لاحقاً تبين وبشكل واضح في الدلالة بضرورة هذا التناسب. وللتركيز على النقاط المذكور سوف نقسم المبحث على مطلبين:

المطلب الاول: الدلائل الواردة في تعريف الرهن وبيان محله

المطلب الثاني: الدلائل الواردة في اثار الرهن التاميني .

II.أ. المطلب الاول

(١) د.محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني- التأمينات الشخصية والعينية، بدون رقم طبعة، (منشاة المعارف: ٢٠٠٥)،ص١٥٦.

(٢) ينظر: المادة ٢٤٢١، من القانون المدني الفرنسي والتي تنص ((يجوز انشاء الرهن العقاري ضمانا لدين او اكثر حاضرا ام مستقبلا وفي حال ان كان هذا الدين مستقبليا فيجب ان يكون قبلا للتحديد)).

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني*، الجزء العاشر، الطبعة الاصلية، (منشورات الحلبي الحقوقية:٢٠٠٠)،ص٣٧٩.

(٤) وبلا شك انه في حالة قيام الراهن برهن عقار اكثر من قيمة الدين وحل اجل الوفاء ولم يقم المدين بالوفاء فان التنفيذ على العقار المرهون لن يمس حق الراهن بالزيادة في حالة بيع العقار بالمزايدة العلنية، فالزيادة تكون من حق الراهن منعا للإثراء دون سبب استنادا للمادة١٣٠١ و ١٣١٤، من القانون المدني العراقي.

الدلائل الواردة في تعريف الرهن وبيان محله

من الافكار الراسخة لدى الفقهاء والتي اعطت تصوراً متواتراً لدى المشرعين في اغلب الدول هي ان مهمة المشرع في صياغة النصوص القانونية يجب ان تبتعد قدر الامكان عن ايراد التفاصيل الجزئية وتعريف المفاهيم والمصطلحات ،ويعزو هذا النهج الى جملة من الاسباب اهمها استيعاب الحالات المستحدثة او اللاحقة كي تنضوي تحت النص القانوني نظراً لإطلاقه وعموميته. وتنضوي تحت هذه العمومية احياناً كثيراً من الاشارات والتلميحات القانونية التي لها من الدلالة(الاشارات والتلميحات) ما يمكن الركون اليه لاستقاء بعض الاحكام

II.أ.١. الفرع الأول

الدلائل الواردة في تعريف الرهن

تعد الفكرة السالف ذكرها من المسلمات في فقه القانون وانعكست على كثير من الصياغات القانونية وليس ببعيد عن ذلك عقد الرهن فالمتمعن في التعريف الوارد في المادة(١٢٨٥)من القانون المدني العراقي يراه مكتنزاً على كثير من الاحكام القانونية ومن ضمن هذه الاحكام هو التناسب اذ تنص هذه المادة ((الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون))[(١)].ومن هذا التعريف نستلهم بعض الومضات التي من شانها ان تسند فكرة التناسب بين الدين والرهن

١- **غاية مزية التقدم:** من المعروف ان الحق العيني يعطي جملة من المزايا اهمها حق التتبع والتقدم،ومزية التقدم تمنح الدائن المرتهن الحق باستيفاء حقه مقدماً على الدائنين التاليين له في المرتبة(marshaling of assets)والدائنين بالحق الشخصي ،وهذه المزية تتقوض وتصبح غير ذي فائدة اذا كان المال الذي يباشر عليه هذه المزية(التقدم) غير كاف لسداد الدين. ويصبح التقدم وعدم التقدم سواء لعدم كفاية المال المرهون لسداد الدين بعدم التناسب ،ولذلك فمن غير المتصور ان يمنح المشرع هذه الميزة الفعالة من دون اي يكون لها اثر يسندها لابل من غير المتصور ان يمنح المشرع مزية فعالة بهذا القدر ويكون لها اثراً محدوداً لا يتساوى مع قيمتها القانونية .

٢- **استيفاء الحق من ثمن العقار:** يتضمن تعريف عقد الرهن حكماً قانونياً مهماً مقتضاه ان سلطة الدائن المرتهن تأخذ صورة التقدم لاستيفاء حقه(الدائن) من ثمن ذلك العقار، ويفهم من هذا النص (ولو كان ضمناً)ان ثمن العقار يغطي الدين ولو لم يكن كذلك فلا تكون لهذه الضمانة اي قيمة تذكر وفي احسن الاحوال فان قيمتها تكون ضئيلة جداً في حال وان كان العقار المرهون لا يتناسب مع الدين.

---

(١) وتطابقها نص المادة ١٠٣٠، من القانون المدني المصري. فيما اتى تعريف الرهن التاميني في القانون المدني الفرنسي بالمادة ٢٣٩٣، والتي تنص((الرهن العقاري هو حق عيني على العقارات المخصصة لضمان القيام بالتزام وهو بطبيعته غير قابل للتجزئة ويبقى بكامله على جميع العقارات المخصصة وعلى كل عقار منها وعلى كل جزء من هذه العقارات)).

II.أ.٢. الفرع الثاني

الدلائل الواردة في بيان محل الرهن

اولا: تعيين المحل - لكل عقد محل ينصب عليه ،ومحل عقد الرهن التاميني هو المال (العقار المرهون) والدين المضمون وقد اشارت المادة(١٢٩٠ /٢)من القانون المدني العراقي على هذا المضمون بقولها ((ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وان يكون معيناً)) وضرورة التعيين هذه مستوحاه من المادة ١/١٢٨ والتي تنص ((يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات، او بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف)).لكن ماهي الغاية من هذا التعيين او التخصيص فهل هو حماية الراهن عن طريق معرفته بالعقارات التي يشملها الرهن ودفعه للتروي قبل الاقدام على ابرام العقد ام حماية الاغيار المتعاملين مع الراهن. الجواب على ذلك انه فضلاً عن هذه الفوائد الظاهرة الا ان هنالك فائدة اخرى تكمن في هذا التعيين لكل من الراهن والمرتهن

١- **للراهن:-** يستطيع الراهن من خلال هذا التعيين ان يرهن مالاً عقارياً يساوي او يزيد بمقدار مناسب على الدين وبذلك يضمن الراهن بان الرهن سوف لا يتعدى الى اموال تزيد عن مقدار الدين فيتمكن من استثمار واستغلال امواله بشكل مريح .ولو تصورنا الحالة المعاكسة وقام الراهن برهن مالاً عقارياً يزيد عن الدين فانه سوف يكون تحت طائلة اثار الرهن (عدم تجزئة الرهن) [١] فيؤدي هذا الرهن بشكل غير مباشر الى تقليل المتعاملين مع الراهن[٢] خشية من تعكير صفو علاقتهم التعاقدية او المساس بملكيتهم مستقبلاً

اما بالنسبة للكفيل العيني فموقفه سوف يكون اكثر حساسية اذ هو يرهن ماله لحساب غيره بدوافع اجتماعية او انسانية وبالتي فان تصرفه هذا يعد تصرفاً ضاراً به ضرراً محضاً مما يقتضي منه التبصر والتروي والتمعن بالتفكير، وبهذا التعيين يستطيع الكفيل العيني اذا كانت لدية مجموعة من الاموال وخُير في رهن احدها فبالتأكيد فانه سيرهن ما يتناسب مع الدين كي يضمن عدم امتداد الرهن لما يفوق الدين

٢- **للمرتهن:-** يظهر التعيين بشكل اكثر وضوحاً بالنسبة للمرتهن اذ يمكنه هذا التعيين بمعرفة المال الذي سوف يكون ضامناً لدينه، فيكون للمرتهن تبعا لذلك خيارين:

- **الخيار الاول:** في حال وان كان المال المرهون قبالة دينه اقل من الدين فسوف يكون للمرتهن المكنة في رفض ابرام عقد الرهن وذلك لان الرهن وهو بهذا المقدار لا يمكن وصفه بالضمانة التي يمكن للمرتهن ان يطمأن لها في حالة عدم قيام الراهن بتنفيذ التزامه

---

(١) راجع المادة ١٢٩٤، من القانون المدني العراقي والتي تنص((كل جزء من العقار او العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار او العقارات المرهونة كلها)).

(٢) وهذا ما يحدث فعليا في الحياة العملية اذ يعزف الافراد في الدخول باي علاقة تعاقدية متعلقة بأموال مرهونة على الرغم من الضمانات القانونية .

- **الخيار الثاني:** عن طريق تعيين المال المرهون يكون للمرتهن ان يعرف وبسهولة فيما اذا كان المال المرهون يساوي او يفوق قيمة الدين فيكون الراهن في هذه الحالة ان يبرم عقد الرهن وهو مطمأن وفي حال وان امتنع الراهن عن الوفاء بالتزامه(non-payment) فالمال المرهون في هذه الحالة(المساويه للدين) من شأنه ان يغطي قيمة الدين مما يمكن وصفه بانه ضمانه حقيقية له؟.

ثانياً:- عدم امكانية رهن الاموال المستقبلية

تعرف الاموال المستقبلة بانها الاموال التي لا يكون للراهن عليها اي حق وقت انعقاد عقد الرهن ، بينما يوجد راي اخر يعرفها بانها الاموال (العقارات) التي لا تكون موجودة بالفعل وقت العقد[١]، ومن الممكن ان تؤول اليه في المستقبل[٢] .ويحكم رهن الاموال المستقبلة في القانون العراقي نطاقان:

النطاق الاول، بموجب احكام القانون المدني العراقي:- لم يشر القانون المدني العراقي صراحة الى جواز او عدم جواز رهن الاموال المستقبلية وانما رسم لهذا التصرف اطاراً عاماً يمكن التحرك من خلاله وذلك بالمادة ١/١٢٩ والتي تنص((يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر)).فيما اشار القانون المدني المصري لهذه الحالة في المادة ٢/١٠٣٣عندما نص على ((ويقع باطلا رهن المال المستقبل)) [٣] في حين نرى ان القانون المدني الفرنسي قد حظر من حيث المبدأ الرهن على العقارات المستقبلة كما جاء في المادة(٢٤١٩) والتي جاء بها ((من حيث المبدأ لا يمكن عقد الرهن العقاري الا على العقارات الحاضرة)) ولكنه عاد واستثنى بعض الحالات كما نصت عليه المادة (٢٤٢٠) والتي جاء بها ((استثناءً من المادة السابقة يمكن انشاء الرهن العقاري على العقارات المستقبلية في الحالات وفقا للشروط التالية:١- من لا يملك عقارات حاضرة وحرة او من لا يملك عقارات كافية لضمان الدين يمكنه ان يوافق على تخصيص جميع العقارات التي سيكتسبها لاحقا لإيفاء الدين تبعا بمجرد اكتسابها ٢- من تعرض عقاره الحاضر الملقى عليه الرهن العقاري للتلف او التعيب بحيث اصبح غير كاف لضمان الدين يمكنه القيام بذلك ايضاً دون المساس في حق الدائن في ملاحقة تسديد دينه في هذا الوقت ٣- من يملك حقا حالا بالبناء على عقارات الغير لمصلحته يمكنه انشاء رهن عقاري على البناء قيد الانشاء او المخطط لبناءه فقط في حال هذه الابنية ينقل الرهن العقاري حكما على الابنية الجديدة المقامة في ذات الموقع)).

---

(١) محمد طه البشير و د.غني حسون طه، *الحقوق العينية التبعية*،ج٢،الطبعة الرابعة،(٢٠١٠): ص٣٨٧.
(٢) د.سليمان مرقس، المصدر السابق، ص٥٨.
(٣) وقد نحى هذا المنحى كذلك قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥، لسنة ١٩٨٥، في المادة ١٤٠٥، عندما نصت ((يجب ان يكون العقار المرهون رهنا تامينا قائما وموجودا عند اجراء الرهن)) فبهذه الكلمات القاطعة الجازمة نهى المشرع الإماراتي من رهن الاموال المستقبلة.

وبذلك فان الوضع بالقانون العراقي يجبرنا على الاستعانة بالمبادئ العامة في القانون التي من الممكن ان تسعفنا في حالة رهن الاموال المستقبلة، واسترشاداً بهذا النص فمن الممكن رهن المال المستقبل اذا كانت هنالك قرينة قاطعة بوجوده في المستقبل وتم تعيينه تعييناً دقيقاً من حيث الصفات والمقدار الذي من شانه ان يمنع الجهالة والغرر.

النطاق الثاني، بموجب احكام قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ :- حيث يرى جانب مهم من الفقه[١] ان المواد ٢٥ و٢٦و ٧٣ من قانون التسجيل العقاري تشير الى عدم امكانية رهن الاموال المستقبلة وان رهنها يعد باطلاً، الا ان وبالرجوع الى هذه المواد لم نستشعر منها بان هنالك رائحة للبطلان عند رهن هذه الاموال اذ تناولت هذه المواد اموراً فنية صرفة وان الحاق وصف البطلان بهكذا نوع من الرهن يحمل النص فوق طاقته

- **تطابق النطاقين من حيث علة عدم رهن الاموال المستقبلة:-** يشير نص المادة (١/١٢٩) من القانون المدني العراقي الى امكانية ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد بشرط الحصول عليه في المستقبل وتعيينه تعييناً نافياً للجهالة والغرر، ومن خلال هذا النص يمكن ان نتلمس ما يعضد فكرتنا بضرورة التناسب اذ ان بسحب هذا النص على عقد الرهن نرى ان اشتراط المشرع ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً دقيقاً ما هو الا ضمانة للمرتهن من ان يراجع ركائز مركزه التعاقدي فيكون على بينه من مقدار المال المرهون ومدى تناسبه مع الدين، فان كان كذلك فيقدم على ابرام العقد والا فله ان يطلب ضمانة اخرى اكثر وضوحاً او حلول اجل الدين .وبغير (تعيين المال تعييناً نافياً للجهالة والغرر) يكون المرتهن بوضع تعاقدي غير مريح كونه سوف يفتقد الطمأنينة التعاقدية لعدم معرفته مقدار الرهن. اما ما يتعلق بالنطاق الثاني(الوضع في قانون التسجيل العقاري) فلا يختلف من حيث الفكرة العامة كثيراً اذ وعلى الرغم من ان نص المادة(١/١٢٩)رسم الخطوط العامة الا ان بعض مواد قانون التسجيل العقاري[٢] تطلبت شروطاً اكثر صرامة لرهن المال المستقبل ويفهم منها عدم امكانية رهن هذا المال لعدم امكانية الايفاء بهذه الشروط[٣] وبالتالي عدم الاعتراف برهن اي مال مستقبلي يفتقر لهذه المتطلبات الشكلية والموضوعية.

كل هذه الحالات المذكورة سلفاً ما هي الا ضمانة للدائن الراهن مقتضاها معرفة المال المرهون معرفة دقيقة وبيان كفايته للإيفاء بالالتزام وبما ان المال المستقبلي غير محدد[٤]

(١) محمد طه البشير و د.غني حسون طه، المصدر السابق، ص ٣٨٨.
(٢)راجع المادة ٢٥ و٢٦و٧٣، من قانون التسجيل العقاري.
(٣) خالد لفتة شاكر و عبد الله غزاي، "شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١"، بدون طبعة،(١٩٩١): ص٨١.
(٤) وعدم التحديد او حتى الضبابية في التحديد هو الذي يجعل رهن المال المستقبلي باطلا بطلانا مطلقا وليس عدم ملكية الراهن للعقار هي السبب. اذ المشرع يرمي الى حماية الراهن بهذا الجزاء...لمزيد من التفصيل ينظر: .د.عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق،ص٣٠٨.

وفي احسن الاحوال يكتنف تحديده بعض الضبابية[١] فان من شان ذلك ان يقدح بالعقد نفسه مما شجع بعض الفقهاء[٢] من اعتبار رهن الاموال المستقبلية يصل الى حد البطلان[٣].

II.ب. المطلب الثاني

الدلائل الواردة في اثار الرهن التاميني

ان المتمعن في النصوص المنضوية تحت باب اثار الرهن التاميني يكاد يجزم وبدون ادنى شك بان المشرع لم يشأ ان يخرج عن فكرة التناسب وان لم يصرح عنها لذلك ترى ان كثير من الاثار المترتبة عن عقد الرهن لا تنسجم مع فكرة عدم التناسب لابل ان وجود التناسب من شانه ان يجعل هذه الاحكام القانونية الواردة في اثار العقد لا تستقيم الا بالأخذ بهذه الفكرة.

ومن الاثار القانونية لهذا العقد هو ما يلتزم به الراهن في عقد الرهن من ضمان سلامة المرهون ،فمن غير المنطقي من ان يعطي الراهن الرهن بيد ويبادر الى التعرض للمرتهن باليد الاخرى(فمن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه) وبذلك فان الراهن يلتزم بسلامة الرهن والامتناع عن الاتيان بكل ما يعكر صفو العلاقة التعاقدية. ومن النصوص التي تناولت هذا المضمون هو نص المادة ١٢٩٦ و ١٢٩٧ و ١٢٩٩ من القانون المدني العراقي

اولا- المادة (١٢٩٦) من القانون المدني العراقي

تكلمت المادة (١٢٩٦)من القانون المدني العراقي عن سلامة الرهن وبضرورة عدم قيام الراهن باي عمل من شانه ان ينقض الضمان اذا جاء بها ((١ – يضمن الراهن في الرهن التأميني سلامة الرهن وللمرتهن ان يعترض على كل عمل يكون من شأنه انقاص ضمانه. ٢ – فإذا وقعت اعمال من شأنها ان تعرض العقار المرهون للهلاك او التعيب او تجعله غير كاف للضمان كان للمرتهن ان يطلب من المحكمة وقف هذه الاعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر)) [٤]. ففي الفقرة الاولى من المادة (١٢٩٦) يظهر بوضوح نية المشرع بحماية الضمان وذلك عندما اعطى للمرتهن الحق في الاعتراض عن كل عمل من شانه انقاص هذا الضمان[٥]سواء كان هذا العمل ايجابياً او سلبياً[١] فالعبرة بالنتيجة (إنقاص الضمان) كما في

---

(١)جاك مستر وعمانوئيل بوتمان ومارك بيو- بإشراف جاك غستان، *المطول في القانون المدني-قانون التأمينات العينية الخاص*، المصدر السابق،ص٧٦٨.

(٢) محمد طه البشير و د.غني حسون طه، المصدر السابق،ص٣٨٧.

(٣) د.سليمان مرقس، المصدر السابق،ص٦١ ، الى انه يركز فقط على حماية الراهن دون المرتهن وفي ذلك محل نظر.

(٤) وتقابها نص المادة ١٠٤٧، من القانون المدني المصري والتي تنص ((يلتزم الرهن بضمان سلامة الرهن .وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون م شانه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا ، وله في حالة. الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الرهن بما ينفق في ذلك)).

(٥) ويرى البعض ان نص المادة ١٠٤٧، من القانون المدني المصري والتي تقابل المادة ١٢٩٦، من القانون المدني العراقي والتي تشير الى ال (الانتقاص الكبير) لم تضع معياراً محدداً لهذا الانتقاص انه يمكن تحديه بما يجاوز نصف قيمة المرهون او اعطاء تحديد ذلك لسلطة القاضي التقديرية... للمزيد ينظر: مريم عبد طارش، "النظام القانوني للكفالة العينية"، (اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق/جامعة عين شمس،٢٠١٩)،ص٢٧٦. وهذا ما لا نتفق معه اذ ان نصف قيمة المرهون لا تعتبر ضمانه معتبرة وكان الاولى تحديد قيمة المرهون ابتداء للركون الى معرفة (نصف القيمة).

حالة وان قام الراهن بهدم احدى غرف المنزل او ترتيب حق ارتفاق(servitude)على عقاره او امتناعه عن القيام بالإجراءات القانونية برد التعرض القانوني. الا ان السؤال الذي يتبادر للأذهان هل يوجد هنالك ضمان معتبر اساساً يخول المرتهن الاعتراض على كل عمل من شانه ان ينقصه؟ وبعبارة اخرى ماهي الفائدة من الاعتراض اذا كان الضمان اساساً لا يغطي قيمة الدين او جزء كبير من هذه القيمة. وبدورنا لا نعتقد بوجود اي جواب مقنع ويستقيم مع هذه الفكرة الا على حمل نية المشرع(وهو الارجح) بان يكون مقدار هذا الضمان هو مساوي لقيمة الدين، وبغير ذلك يعد ضماناً ضعيفاً غير منتج لأثر معتبر ويجعل اعتراض المرتهن على انتقاصه اعتراضاً شكلياً لا يتضمن نتائج ايجابية ملموسة.

اما ما يتعلق بالفقرة الثانية من المادة المذكورة فان المشرع اكد ما جاء بفقرتها الاولى ولكنها رسمت طريقا للمرتهن عليه ان يسلكه في حال وان وقعت اعمال ادت الى هلاك المرهون او تعيبه او جعلته غير كاف للضمان، وعبارة (غير كاف للضمان) من شانها ان تعبر وبشكل صريح عن فكرة التناسب، ففي هذا النص يشير المشرع الى وجود الضمان الا انه يشكل على كل عمل يجعل هذا الضمان غير كاف اي ان اذا كان هنالك ضمان وغير متناسب مع الدين فان المشرع لا يجيزه كونه يفرغ معنى الضمان من محتواه. واكبر دليل على ذلك هو ما عبر عنه المشرع في الفقرة الثانية من المادة(١٢٩٦)بعبارة (غير كاف للضمان)

ثانياً: المادة(١٢٩٧) من القانون المدني العراقي

تحدثت المادة المذكورة عن هلاك العين المرهونة سواء كان هذا الهلاك او التعيب قضاء وقدراً او بخطأ احد اطراف العلاقة التعاقدية. وعلى نسق المادة السابقة فإننا نتلمس في مضمونها نية للمشرع في اقرار التناسب اذا جاء في هذه المادة((١ – اذا هلك العقار المرهون رهناً تأمينياً او تعيب قضاء وقدراً كان هلاكه او تعيبه على الراهن، وفي هذه الحالة اذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين بلا تأمين يكون المدين مخيراً بين ان يقدم تأميناً كافياً او ان يوفي الدين فوراً قبل حلول الاجل، واذا اختار وفاء الدين فوراً ولم يكن للدين فوائد منفصلة عنه فلا يكون للدائن حق الا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منه الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين. ٢ – واذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك المرهون او تعيبه كان المرتهن مخيراً بين ان يطلب تأميناً كافياً او ان يستوفي حقه فوراً))[٢]. فالفقرة الاولى من المادة تتناول حالة الهلاك او التعيب قضاءً وقدراً وفي هذه الفقرة يستظهر المشرع غاية الدائن المرتهن من الرهن وهي الضمان من خلال اعطاء الدائن المرتهن الخيار بين قبول الدين بدون تامين او التمسك بالتامين وفي الحالة الاخيرة(التمسك بالتامين) يكون على المدين الراهن القيام بتقديم تامين كاف، وهنا يجب الوقوف على هذه العبارة قليلاً فالمشرع لم يطالب الراهن بتقديم تامين فقط وانما طالبه بتقديم تامينا كافياً فالفرق واضح وجلي بين مفردة تامين و تامين كافٍ، إذ تدل المفردة الاخيرة(تامين كاف) على وجوب تقديم تامين يغطي الدين كاملاً وهو ما عبر

(١)كما في حالة ان يترك الراهن عقاره يتخرب من دون اكتراث.. د.شفيق شحاته، *النظرية العامة للتامين العيني*،ط٢، (المطبعة العالمية:١٩٥٣)،ص١٢٦. ومثال ذلك حالة علم الراهن بوجود مياه جوفية قريبة جدا من عقاره ومع ذلك لا يكترث لها ولا يقوم باي عمل من شانه منع او التقليل من هذه الاخطار...

(٢) ومفهوم عدم الكفاية اشار له القانون المدني الفرنسي كذلك في المادة ١/٢٤٢٠.

عنه المشرع ب (كاف) ولولا هذا القصد لاكتفى المشرع بعبارة (تقديم تامين) ولكنه استأثر ان يكون التامين مغطياً للدين ولغلق المجال امام التفسيرات والاجتهادات فقد صيغت هذه العبارة بالشكل السالف ذكره[١].

اما الفقرة الثانية من هذه المادة فقد جاءت مؤكدة لفلسفة الفقرة الاولى اذ عاد المشرع واظهر رغبته بضرورة ديمومة التناسب بين الدين والرهن عندما اعطى الخيار للمرتهن في حالة هلاك المرهون او تعيبه في استيفاء حقه فوراً او طلب تامينا كافياً يغطي قيمة الدين. ولا نبتغي اعادة ما تم بيانه فيما يتعلق بتفسير التامين الكافي الا ان المبتغى هو نية المشرع الواضحة بان يكون التامين الجديد كافياً لتغطية قيمة الدين وبصراحة النص .

ثالثاً: المادة (١٢٩٩) من القانون المدني العراقي

تناولت هذه المادة كيفية استيفاء الدائن لحقه من العقار المرهون تامينياً، وجاء في هذه المادة ما نتلمس فيه اشارة وان كانت غير مباشرة لضرورة التناسب اذ بينت هذه المادة ((للمرتهن ان يستوفي حقه في العقار المرهون رهناً تأمينياً وفقاً للإجراءات المقررة لذلك، واذا لم يفي العقار بحقه، فله ان يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر اموال المدين)). فالمشرع في هذه المادة قد افترض سلفاً بان المال المرهون متناسب مع الدين وان للدائن المرتهن ان يستوفي حقه من ذلك العقار، واردف مبيناً ان في الحالات الاستثنائية التي لا تكفي فيها قيمة العقار المرهون للإيفاء بالدين فيمكن للدائن استيفاء حقه كدائن عادي، وهذه الحالة الاستثنائية ممكنة الحدوث كما في حالة هبوط قيمة العقار[٢] او قيام الراهن بعمل ادى انقاص الضمان وعدم تمسك المرتهن بالخيارات التشريعية المتضمنة اعطاءه الحق بالمطالبة بدينه في الحال.

III. المبحث الثالث

الاثار السلبية على عدم تناسب الدين مع المال المرهون

- **تمهيد وتقسيم**

يتردد الافراد كثيراً في الدخول في علاقات قانونية ذات طابع مالي، ويتفاقم هذا التخوف والتردد اذا كانت العلاقة العقدية تتسم بطابع مالي ضخم كعقود الانشاءات وعقود الاستثمار نظراً لما تتضمنه من مخاطر ،لذا ترى الاطراف التعاقدية عند ابرامها للعقد تبذل اقصى الجهود في حماية اموالها من تقلبات الاسعار (deflation of currency) او خداع الطرف الاخر او من حدوث القوة القاهرة، والسبيل في ذلك يكمن بالاستعانة بالضمانات القانونية التي اتاحها المشرع وحسب نوع العقد .ولأجل ذلك فقد شرع عقد الرهن التاميني كضمانة من الضمانات القانونية المهمة والذي عرفته المادة(١٢٨٥) بانه ((الرهن التأميني

(١) فيما يرى جانب من الفقه المصري بان للدائن الاعتراض على كل عمل من شانه ان ينقص الضمان ويصبح التامين غير كاف بنسبة كبيرة، اما اذا ظل الضمان قوياً فان حقه في هذا الاعتراض يتراجع....د.عبد الفتاح عبد الباقي، *التأمينات الشخصية والعينية*، بدون طبعة، (مطبعة دار نشر الثقافة:١٩٥٩)،ص٣٨٣.

(٢) ويرى البعض ان في هذه الحالة الاستثنائية يمكن للدائن ان يطلب زيادة في التامين او دفع الدين فورا...لمزيد من التفصيل ينظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، *التأمينات العينية*،ط١، (الدار الجامعية:١٩٨٠)،ص٥٦٠.

عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين الدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون)). لكن هذه الضمانة المهمة تتراجع وتفرغ من محتواها اذا كان المال المرهون يقل قيمة عن الدين، بل ان من شان ذلك ان يحول الحق العيني الى حق شخصي من حيث الاثر وهذا ما عبرت عنه بوضوح المادة ١٢٩٩ عندما قررت ((للمرتهن ان يستوفي حقه في العقار المرهون رهناً تأمينياً وفقاً للإجراءات المقررة لذلك، واذا لم يفي العقار بحقه، فله ان يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر اموال المدين)) [١]. وللوقاية من هذه الاثار يتوجب على الدائن المرتهن الا يقبل باقل من قيمة الدين[٢]كضمان عيني والا كان تحت رحمة المركز المالي للراهن. وعلى الرغم من السلبيات الكثيرة لعدم التناسب وبروز رغبة المشرع من قيام الافراد للانتباه الى موضوع التناسب لتدارك الاثار السلبية لتخلف هذا التناسب يظهر تساؤل حول قلق المشرع من اظهار مفهوم التناسب بشكل اكثر اشراقاً في نصوصه، ولا نخال ان هنالك سبباً مقنع اكثر من احد الاسباب التالية:

١- احترام الارادة التعاقدية للأفراد ،فالأفراد احرار في تضمين عقودهم ما يرتؤونه من احكام موضوعية وسواء كان فيها نفع لهم او لا.

٢- ابرام العقود بطمأنينة اكبر كون ان القبول بضمان قليل(من وجهة نظر البعض) افضل بكثير من ابرام عقد ما يفتقر للضمان، وخير مثال على ذلك ان الكثير من الافراد لا يمانعون في ابرام عقد او اعطاء دين وبدون ضمان، وفي احيان اخرى يتمسكون بالضمان الا انهم يتنازلون عنه خلال فترة معينة كما اشارت لهذه الحالة المادة (١٣١٨) والتي تنص ((يجوز تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن دون الدين).

وعلى الرغم من الايجابيات المذكور الا ان المشرع وكعادته يوزن الوقائع والاحكام بميزان واسع الافق فلا ينظر لحالة دون نظيرتها او يجردها من اطارها التي يحيط بها وبالتالي فان المشرع في كل الحالات يضع الايجابيات في كفة والسلبيات في كفة اخرى ليوازن ويرجح بينهم فيُغلب الكفة التي يرى فيها مصلحة الاطراف والمجتمع ،ونظراً ما لإيجابيات ان يكون الدين متناسب مع قيمة الرهن فارتأى صون هذه الفكرة في نصوصه المنضوية تحت احكام عقد الرهن التاميني مع اعطاء مساحة واسعة لإرادة الاطراف التعاقدية في تحديد الرهن وبالمقدار الذي يرتؤونه، وعلى الرغم من ذلك فإننا نرى ان عدم وجود تناسب بين المقدارين يضع المتعاقدين بوضع حرج هم في غنى عنه نظراً للآثار السلبية التي يفرزها عدم التناسب والتي تؤثر على المركز المالي للدائن المرتهن، ومن هذه الاثار السلبية الواضحة هي تحول الدائن بحق عيني الى دائن بحق شخصي من حيث الاثر (دائن عادي) فضلاً عن تقويض ميزة التقدم الممنوحة بموجب الحق العيني، وللإحاطة بالموضوع سوف نقسم المبحث على مطلبين وكالتالي.

---

(١) وهذا الامر في بالغ الخطورة اذ هو يحول الدائن بحق عيني الى دائن بحق شخصي ومن الواضح ما لهذه الانتقالة من خطورة على الحقوق المالية للدائن المرتهن.

(٢) وذلك باستثناء حالات تقلب الاسعار وانخفاض قيمة العقار.

المطلب الاول :تحول الدائن بحق عيني الى دائن عادي.
المطلب الثاني: تقويض حق التقدم.

III.أ. المطلب الاول

تحول الدائن بحق عيني الى دائن عادي

من المعروف ان من اهم الميزات التي يخولها الحق العيني هي ميزتا التتبع و التقدم ،وهاتان المزيتان محصورتان بالحق العيني دون الشخصي، وتعد ميزة التقدم الغاية الرئيسية التي تصبوا عين الدائن المرتهن لها(لاسيما في حالة وجود اكثر من دائن عيني) فللمرتهن ان يتقدم على الدائنين الاخرين الذين يلونه في المرتبة بموجب حق التقدم. وينصب حق التقدم على ثمن العقار وملحقاته، وهذه الميزة احياناً تعطي فائدتها المشرعة من اجلها(بموجب الحق العيني) واحيان اخرى تتراجع وتتقلص فائدة هذه الميزة ،ومثال ذلك اذا ابرم شخص عقد رهن كان محله عقار وملحقاته كضمانه مقدمة لقرض من احد البنوك مقداره ١٢٠،٠٠٠ الف دولار امريكي ولمدة سنة من تاريخ العقد، فهل يكون للحق العيني ومزاياه دور ملحوظ في حكم هذه الواقعة ام لا.. بعد التدقيق نرى ان الحكم لا يخرج عن احدى الفرضيات التالية:

١- **فرضية الكفاية الذاتية للتامين العقاري:** فلو فرضنا ان قيمة العقار المرهون للوفاء بالدين ٢٠٠،٠٠٠ الف دولار امريكي ،فان الدائن المرتهن في هذه الحالة سوف يكون بوضع امن ومستقر، ففي حال وان امتنع الراهن عن تسديد الدين في موعده فيمكن للمرتهن اتخاذ الاجراءات ببيع العقار واستيفاء دينه بسهولة ويسر .لا بل انه في حال وجود اكثر من دائن عيني ففي هذه الحالة من الممكن بيع العقار والايفاء بأكثر من دين نظراً للقيمة المرتفعة للمال المرهون، وبالتالي فان ميزة التقدم الممنوحة للحق العيني تكون غير ضرورية على الرغم من استعمالها[١] وذلك لضخامة قيمة المال المرهون وتغطيته لجميع الديون.

٢- **فرضية الكفاية المناسبة للتامين العقاري:** وبنفس الفرضية الا ان مقدار التامين العقاري يساوي قيمة الدين(١٢٠،٠٠٠ دولار امريكي) ففي هذه الحالة عند تعثر الراهن في اداء الدين في الوقت المحدد فيكون من حق المرتهن كذلك بيع العقار وفقا للإجراءات القانونية اذ ان من شان التناسب بين القيمتين ان يضمن للمرتهن استيفاء حقه كاملاً مقدماً على غيره من الدائنين، وفي هذا الفرض تبرز مزايا الحق العيني لتعطي الاولوية (determination)لهذا الدائن المرتهن المتقدم على غيره من الدائنين المتأخرين في المرتبة

(١) ويلاحظ ان ميزة التقدم من الممكن ان تمارس سواء تم التنفيذ على العقار تحت يد الراهن او تحت يد الحائز....لمزيد من التفصيل يراجع د.محمد لبيب شنب، المصدر السابق،ص١٠١.

٣- **فرضية عدم الكفاية الذاتية للتامين العقاري:**وبنفس الفرضية الا ان مقدار الرهن العقاري(hypothes)كان يقدر ب ٦٠،٠٠٠ الف دولار ،فما هو الوضع عند حلول الاجل وتعثر الراهن بالوفاء بدينه. في هذه الحالة لا يكون امام المرتهن الا اللجوء ببيع العقار للحصول على دينه وهنا سوف يصطدم بقيمة العقار المتدنية التي لا تتناسب مع مقدار دينه ولكنه يتأمل ان تجري المزايدة العلنية(sale by auction) على العقار بسعر جيد يؤمن له قيمة الدين، الا ان امنيات المرتهن لا تتحقق دائماً لثبات القيمة السوقية للعقار في اغلب الاحيان. وتجري المزايدة ويباع العقار بأعلى من قيمته (٧٠،٠٠٠) الف دولار ولكن هذا الثمن وان كان اعلى من قيمة العقار الا انه لا يكفي لسداد الدين في كل الاحوال. ومع ذلك يبادر المرتهن الى تحصيل مبلغ البيع ويبقى بذمة الراهن (٥٠،٠٠٠) الف دولار.

- **خيارات المرتهن في تحصيل دينه المتبقي**

للمرتهن خياران في تحصيل دينه المتبقي (في حال عدم مقدرة الراهن بأدائه بوقت قريب) يكمن الخيار الاول في ابرام عقد رهن تاميني جديد وبمدة جديدة ،وهذا الخيار وان كان ممكن نظرياً الا انه صعب عملياً ومنطقياً ،اذ لو كان باستطاعة الراهن تقديم رهن عقاري جديد للدين المتبقي لكان من باب اولى ان يقدم هذا العقار للوفاء بالدين الاصلي وعدم ترك الامور تتفاقم قانونياً بهذا الشكل .

اما الخيار الثاني وهو الخيار القانوني التي نص عليه القانون المدني العراقي والذي يتضمن استيفاء المرتهن لحقه باعتباره دائناً عادياً من سائر اموال المدين الاخرى ،وهذا الامر نصت عليه المادة(١٢٩٩) والتي جاء بها ((للمرتهن ان يستوفي حقه في العقار المرهون رهناً تامينياً وفقا للإجراءات المقررة لذلك ،واذا لم يفي العقار بحقه ،فله ان يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر اموال المدين)).ولا يخفى على احد الخطورة في تحول الدائن بحق عيني الى دائن عادي والاثار السلبية المترتبة على ذلك اذ ان من شان هذا التحول ان يجعل المرتهن يتزاحم مع الدائنين العاديين وربما يتقاسم معهم قسمة غرماء[١] في حالي عدم كفاية اموال المدين الاخرى للوفاء بالدين[٢].

كل هذه الاثار السلبية كان باستطاعة المرتهن تلافيها في حال طلبه بان يكون المال المرهون الضامن لدينه يفوق من حيث المقدار لهذا الدين. وبنظرة بسيطة فان هذا الامر ممكن ويسير كون ان الدائن المرتهن ابان ابرام عقد الرهن التاميني يكون

---

(١) ويرى جانب من الفقه المصري انه في حال عدم ان نقصت قيمة المرهون لسبب او لآخر لدرجة ان لا يكون هذا العقار كافيا لتامين المرتهن عن الوفاء بحقه كان له ان يحصل على ضمانات خاصة جديدة عن طريق تقرير حق اختصاص على عقارات المدين الاخرى(afficted estate.)...لمزيد من التفصيل ينظر د.عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر السابق ،ص٣٨١.

(٢) قرار الهيئة الاستئنافية/العقار المرقم ١٦٠٩ في ٢٠١١/٥/٩ مذكور لدة القاضي لفتة هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم الاول-الجزء الاول،ط١، ٢٠١١،ص١٤٤،وكذلك قرار محكمة التمييز المرقم٨٦٩/م١/٧٧ في ١٩٧٨/٧/١٢ مذكور لدى القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني،٢٠٠٧،ص٣٧٦.

بمركز مالي وقانوني افضل من مركز الراهن وان هذا المركز يتيح له بسهولة تسوير دينه بضمان مالي عقاري يجنبه هذه الاثار السلبية.

III.ب. المطلب الثاني

تقويض حق التقدم

ميزة التقدم من الميزات التي اعطاها المشرع للدائن المرتهن بموجب الحق العيني الى جانب ميزة التتبع، وهذه الميزة(التقدم او الاولوية) تقضي بان يستوفي الدائن حقه من ثمن العقار المخصص للوفاء بدينه[1]مقدماً على الدائنين الشخصيين والدائنين بالحق العيني التاليين له في المرتبة، وقد نص على هذا المضمون المادة(١٢٨٥) من القانون المدني العراقي والتي جاء بها ((الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين الدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون)) وكذلك وبنفس الاتجاه اتت المادة (١٣٠٤) من القانون المدني والتي جاء فيه بينت بانه: ((يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون رهناً تأمينياً من المال الذي حل محل هذا العقار ويستوفي كل منهم حقه بحسب مرتبته) . وكذلك ما جاء بالمادة(٣١٦) من قانون التسجيل العقاري والتي تنص ((١- يجوز رهن العقار او جزء منه بدرجات متعددة ويتقدم كل دائن مرتهن على من يليه في التسجيل في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون عند بيعه او هلاكه ٢- يقتصر حق التقدم على اصل الدين والفوائد المتحققة من تاريخ المطالبة بالدين الى يوم رسو المزايدة عند البيع مضافاً الى ذلك فائدة السنة السابقة على تاريخ المطالبة ٣- يشمل حق التقدم عند هلاك العقار اصل الدين والفوائد المتحققة من تاريخ هلاك العقار الى تاريخ دفع التعويض مضافاً الى ذلك فائدة السنة السابقة على تاريخ الهلاك)).وعلى الرغم من التنظيم الدقيق لهذه الميزة الا انها قد لا تسعف الدائن المرتهن في الوصول لدينه او لكامل دينه متأثرة بجملة من الوقائع والنصوص القانونية.

اولاً: تقويض حق التقدم للمرتهن بسبب مزاحمة دائن مرتهن يسبقه في المرتبة

من المعروف ان غاية ما يرمي له الدائن المرتهن هو استيفاء حقه بشكل هادئ غير منقوص الا ان هذه الرغبات في احيان معينة قد لا تتحقق بسبب النزعات الانسانية والظروف الاقتصادية للأفراد فترى المشرع يتدخل لحمايته(الدائن) من هذه النزعات والظروف، ويأخذ هذا التدخل صورة نصوص قانونية ضامنة لحماية اموال المرتهن ،ومن هذه النصوص

(١) ويرى بعض الشراح ان الغرض من الرهن هو تمكين الدائن المرتهن من مباشرة سلطتي التتبع والتقدم تجاه الغير، فاذا كان الرهن لا يوفر للدائن هاتين السلطتين فمعنى ذلك ان عقد الرهن وان انعقد الا ان حق الرهن لم ينشا بعد....لمزيد من التفصيل ينظر .د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق،ص٥٧.

الضامنة هي ما يتعلق بإعطاء الدائن ميزة التقدم او الاولوية على غيره من الدائنين الشخصيين والدائنين بحق عيني التاليين له في المرتبة عند بيع العقار. لكن اذا كان المال المرهون اقل قيمة من الدين (على الرغم من القبول به) فهل تبقى لميزة التقدم على الدائنين الاخرين القيمة التي توخاها المشرع للدائن المرتهن[١]؟.الجواب على ذلك يكون بالنفي .اذ ان هذه الميزة سوف تتقوض وتفرغ من محتواها لعدم فائدتها العملية، فأعمال ميزة التقدم على سائر الدائنين بحق عيني ليس لها فائدة عملية معتبرة اذا كان مبلغ العقار لا يغطي قيمة الدين والفوائد ان وجدت ،فلو فرضنا ان (أ) اقرض(ب) مبلغ وقدره ٤٠٠،٠٠٠ الف دولار مع فوائد تقدر ١% مقابل اعطاء (أ) رهنا تامينياً على عقار يقدر قيمته الاولية ب (٢٠٠،٠٠٠) الف دولار، فهل يمكن لميزة التقدم ان تعطي الغاية المرجوة منها والمشرعة من اجلها .وبعبارة اخرى ماهي الفائدة العملية لهذا التقدم اذا كان الثمن المتحصل عليه يقل بكثير عن الدين

ويزداد الامر صعوبة وتعقيداً اذا ما افترضنا انه في احيان اخرى من الممكن ان يكون (أ) الدائن المرتهن يحل بالمرتبة الثانية في سلسلة الدائنين بحق عيني ففي هذه الحالة وعلى الرغم من تقدمه على غيره من الدائنين بموجب ميزة التقدم الا ان هذه الميزة سوف تتعطل عملياً بالدائن صاحب المرتبة الاولى الذي من المحتمل ان يستوفي دينه بالكامل ولا يتبقى ل (أ) اي مبلغ او يتبقى له مبلغ يسير في احسن الاحوال فيتحول(أ) من حيث الاثر من دائن عيني الى دائن عادي اذا ما اراد استيفاء الباقي من دينه وذلك استناداً لنص المادة (١٢٩٩) مدني وهذا ما يؤرق اكثر الدائنين المرتهنين ويخشون من تحققه.

ثانياً:- تقويض حق التقدم بمزاحمة صاحب حق امتياز

تظهر هشاشة ميزة التقدم بشكل اوضح اذا كانت هنالك مزاحمة من دائن يتمتع بحق امتياز[٢] فالدائن المرتهن قد يجد نفسه بموقف صعب اذا ما زاحمه دائن بحق امتياز(تكون له الاولوية في استيفاء الدين) وذلك استنادا لنص المادة ١/١٣٦١ والتي تنص ((الامتياز اولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين)).وبذلك يكون استيفاء الدائن لدينه بالكامل شبه مستحيل في حالة عدم كفاية قيمة المال المرهون مقارنة مع قيمة الدين اذ ان صاحب حق الامتياز سوف يستأثر بكامل المبلغ متقدماً على الدائن المرتهن تامينياً بموجب اولوية حقوق الامتياز ولا يترك للدائن أي مبالغ وفي احسن الاحوال يترك له بعض من الثمن الذي لا يغطي قيمة دينه، مما يحتم على الدائن المرتهن تامينياً وقبل الاقدام على ابرام عقد الرهن ان يتوخى الحذر ويلزم الثاني فيراجع المركز المالي والقانوني للراهن فيطلع على السجل العيني للعقار المرهون ويوزن تبعاً لذلك مدى قابلية العقار المرهون من حيث القيمة للوفاء بدينه اخذاً بنظر الاعتبار وجود دائنين اخرين من الممكن ان يزاحموه ويتقدمون عليه في المرتبة ويجعلون استيفاء دينه محفوف بالمخاطر. الا ان الامر ليس بهذا السهولة اذ تكتنف هذه المراجعة

(١) قرار الهيئة الاستئنافية/العقار المرقم٢٥٤٨ في ٢٠١١/٨/٣ .منشور لدى القاضي لفتة هامل العجيلي، *المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية*، الجزء الثالث،ط٣، (٢٠١١): ص١٢٨.

(٢) د.حياة حامي، "نسبية فعالية الرهن الرسمي كضمان للديون"، *بحث منشور في الدراسات القانونية المقارنة*، المجلد السابع-العدد،(٢٠٢١): ص١٨٥.

(مراجعة السجل العقاري) بعض العوائق القانونية التي تزيد من صعوبة موقف الدائن المرتهن.

١- في حال وان اشترط المشرع تسجيل نوع الامتياز

يتزاحم الدائن المرتهن مع غيره من الدائنين ويزداد الامر مشقة اذا كان احد هؤلاء الدائنين صاحب حق امتياز اذ يكون لصاحب حق الامتياز التقدم والاولوية على سائر الدائنين الاخرين ومن ضمنهم الدائن المرتهن، ويمكن للدائن المرتهن تلافي هذه المخاطر وتجنب هذه الحالات باطلاعه على السجل العيني للعقار[١] والتعرف على المركز المالي والاقتصادي للراهن[٢] وفيما اذا كان هنالك دائنين اخرين او اصحاب حق امتياز (اشترط المشرع تسجيل امتيازهم في السجل العيني)[٣] من الممكن ان يزاحموه ويتقدمون عليه، وتبعاً لذلك يقرر الاقدام او عدم المضي قدماً بعقد الرهن، فتسجيل الامتياز في السجل سهل كثيراً من مهمة الدائن المرتهن في التعرف على مركز الراهن القانوني واعطاء قراراه بما يتلاءم مع هذه المعطيات، ومثال ذلك حالة امتياز بائع المنقول (المادة ١٣٧٨) من القانون المدني العراقي وامتياز المقاول والمهندس المعماري حيث نصت المادة ١٣٧٩على ((١ – المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذي عهد اليهم تشيد ابنية او منشآت اخرى او اعادة تشييدها او ترميمها او صيانتها، لها حق امتياز على هذه المنشآت بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الاعمال في قيمة العقار وقت بيعه. ٢ – ويجب تحرير سند رسمي بالأعمال التي تمت والمبالغ المستحقة في مقابلها وتسجيل الامتياز في دائرة التسجيل العقاري بناء على هذا السند، وتكون مرتبة هذا الامتياز من وقت التسجيل. ٣ – وفيما يتعلق بهذه المنشآت يتقدم صاحب هذا الامتياز على حق المرتهن للأرض التي قامت عليها هذه الاعمال اذا شملها الرهن سواء كان هذا الرهن تأمينياً او

---

(١) المادة(١/١٣٧٨)، من القانون المدني العراقي والتي تنص ((ويجب ذكر حق الامتياز في سجل دائرة التسجيل العقار وتكون مرتبته من وقت التسجيل)).

(٢) حيث يرى القضاء الفرنسي ان الملائة المالية من شانها ان تؤثر كثيرا على الاحكام القانونية حيث بين القضاء الفرنسي في حكم محكمة النقض/الغرفة المدنية الاولى بتاريخ ١١/ ديسمبر/٢٠١٩ بالطعن رقم ١٨-٣٨١-٢٤ ((في هذا القرار نقضت المحكمة العليا قرار محكمة الاستئناف القاضي بإعفاء السمسار من مسؤولية عدم تنبيه البائعين لعدم ملاءة المشتري، باعتبار انه مكتوب سلفا في العقد ان المشتري لا يتجاوز سنه ٢٥ سنة، ويشتغل كمخزني، حيث أكدت محكمة النقض ان هذا لا يكفي، بل يجب ان يقيم السمسار الدليل على انه نبه وحذر البائع من عدم ملاءة الذمة المالية للمشتري بما يخليه من تحمل المسؤولية في حالة اخلاله بالعقد، ومن تم فإن مطالبة البائع للمشتري وللوكيل العقاري بالتعويض عن الضرر لعدم ابرام عقد البيع في وقته له محل)).

(٣) انظر المادة (٣٢٨)، من قانون التسجيل العقاري العراقي والتي تنص ((تسجل حقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقار وفقا لما يلي وتكون مرتبة امتيازها من وقت التسجيل ١- ما يستحقه بائع الحقوق العينية العقارية الاصلية من الثمن بإقرار الطرفين او بحكم قضائي حائز درجة البتات.٢- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين بذمة صاحب المنشآت المقامة على العقار بالاستناد الى اقرار الطرفين او سند رسمي او الى حكم قضائي حائز درجة البتات ويتقدم هذا الحق على الرهن التأميني او الحيازي الوارد على الارض فيما يخص المنشآت المقامة عليها٣- ما يستحقه كل شريك متقاسم في العقار المشاع من المتقاسمين الآخرين عن الغبن الذي اصابه بنتيجة القسمة بإقرار الطرفين او بالاستناد الى حكم قضائي حائز درجة البتات)).

حيازياً)). وبذلك يتقدم صاحب حق الامتياز على حق المرتهن للأرض التي قامت عليها هذه الاعمال اذا شملها الرهن سواء كان تامينياً او حيازياً[١]ولتلافي النتائج الضارة لهذا التقدم يمكن للدائن بناء قراره بقبول الرهن او عدمه وفقا لما مذكور في السجل العيني. فيقدم على الرهن بقلب مطمئن اذا كان هو الاسبق بالأولوية لعدم وجود دائن مفضل عليه او يتراجع عن العقد في حالة وجود دائنين اخرين مفضلين بالاستيفاء عن نفس المال.

٢- في حال وان لم يشترط المشرع تسجيل نوع الامتياز

يزداد الامر صعوبة في حال وان لم يشترط المشرع تسجيل حق الامتياز[٢] في السجل العيني للعقار حيث يصعب على الدائن المرتهن التعرف على المركز المالي للراهن من حيث الحقوق العينية المسجلة على عقاره مما يجعل قراره بقبول الرهن او عدم قبوله يشوبه بعض الضبابية، فقبوله برهن عقار عليه حق امتياز وهو غير عالم بهذا الحق لعدم اشتراط تسجيله يجعله عرضة للمزاحمة والتقدم من قبل صاحب حق الامتياز مما يقلل من فرص الوفاء بدينه ومثال ذلك وجود امتياز المبالغ المستحقة للخزينة والتي جاء ذكرها في المادة(١٣٧٠) من القانون المدني العراقي والتي تنص ((١ – المبالغ المستحقة للخزينة من ضرائب ورسوم ونحوها، يكون لها حق امتياز بالشروط المقررة في القوانين والنظم الصادرة بهذا الشأن. ٢ – وتستوفي في هذه المبالغ من ثمن الاموال المثقلة بحق الامتياز هذا في أي يد كانت، وذلك بعد المصروفات القضائية وقبل أي حق آخر ولو كان ممتازاً او موثقاً برهن)).

فيما بينت المادة(١٣٦٥) على ((١ – تسري على حقوق الامتياز الواقعة على عقار، النصوص المتعلقة بالرهن التأميني بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق. ٢ – ومع ذلك فان حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً، لا يجب فيها التسجيل ولا يثبت فيها حق التتبع، ولا حاجة للتسجيل ايضاً في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزينة)). وكذلك في حال وجود حق امتياز بالمصروفات القضائية[٣] الوارد ذكرها في المادة (١٣٦٩) والتي تنص ((١ – المصروفات القضائية، التي انفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ اموال المدين وبيعها وتوزيعها لها حق امتياز على ثمن هذه الاموال. ٢ – وتستوفي هذه المصروفات قبل أي دين آخر، ولو كان ممتازاً او موثقاً بالرهن، وتقدم المصروفات التي انفقت في حفظ الاموال وبيعها على التي انفقت في اجراءات التوزيع)) .ففي الحالات السالف ذكرها لا يكون من السهل على الدائن معرفة من يزاحمه بالامتياز لعدم اشتراط قيده ومن ثم يتعرض للمزاحمة واسبقية الاستيفاء من قبل الدائن الممتاز الذي لا يترك للدائن المرتهن الذي يحل بعده اي اموال او من الممكن وحسب ثمن العقار ان يترك له بعض الثمن الذي لا يتناسب مطلقاً مع دينه ليتحول الدائن في هذه الحالة الى دائن

(١) محمد طه البشير و د.غني حسون طه، المصدر السابق،ص٦٢٤.

(٢) اذ لا وجوب على تسجيل المبالغ المستحقة للخزينة في السجل العقاري حتى وان تعلق الامر بعقار سواء ورد الامر على عقار معين او جميع اموال المدين. لمزيد من التفصيل ينظر محمد طه البشير و د.غني حسون طه، المصدر السابق،ص٥٨٠.

(٣) والتي لا ضرورة لتسجيلها استناداً الى نص المادة(٢/١٣٦٥)، من القانون المدني العراقي.

عادي مفرطاً بمزايا الحق العيني لعدم بذله الحرص المطلوب في التحري عن كفاية المال المرهون.

الخاتمة

بعد تناول موضوع غياب النص على تناسب المال المرهون مع مقدار الدين، توصلنا الى جملة من النتائج تتضمن بين ثناياها كيفية تعامل المشرع مع موضوع التناسب بين الدين والرهن. ومن اهم النتائج التي تم التوصل لها هي:

اولاً:- النتائج

١. تعد الغاية الاساسية من ابرام عقد الرهن التاميني هي ضمان الوفاء بالتزام كتسديد دين او منح اجل، اذ تحكم هذا العقد فكرة الضمان التي تمنح للدائن المرتهن في حال امتناع الراهن عن الوفاء ما بذمته من التزام، وبالتالي فان اي تفاوت بين قيمة الدين ومقدار المال المرهون من شانه ان يعرض حقوق المرتهن للخطر (imperil).
٢. اتى القانون المدني العراقي خالياً من اي نص صريح ومباشر لضرورة تناسب المال المرهون مع الدين وترك امر التناسب من عدمه لإرادة الاطراف التعاقدية احتراماً لمبدأ سلطان الارادة، الا ان الضرورات التعاقدية القانونية والضرورات العملية تجعلنا نرضخ الى ضرورة ان يكون الرهن متساوياً مع الدين والا كنا اما نتائج من الصعب تلافيها.
٣. لعقد الرهن التاميني اركان عامة من رضا ومحل وسبب وركن خاص يتمثل بالشكلية ففيما يخص ركن المحل يتعلق بالدين والمال المرهون اللذان يجب ان يكونا محددين ومعينين بحيث يعلم كل من الراهن والمرتهن قيمة المال المرهون والدين المضمون فلا الراهن يرهن اكثر من قيمة الدين ولا المرتهن ينصاع للقبول بضمان اقل دينه.
٤. من المعلوم بعدم وجود نص مباشر يقضي بضرورة تناسب الدين مع المال المرهون الا ان هنالك مجموعة من الومضات المتناثرة في نصوص عقد الرهن التاميني تشير الى وجود هذا التناسب لابل ان بعض احكام الرهن التاميني لا يمكن تفسيرها وتطبيقها الا على حمل النص على محمل التناسب.
٥. ان إعمال عدم التناسب يقودنا الى كثير من الاثار السلبية القانونية والتي لا تصب في مصلحة الدائن المرتهن ومن هذه الاثار السلبية اثران مهمان اولهما فقدان الدائن لميزات الحق العيني فيتحول هذا الدائن المرتهن عند عدم كفاية المال المرهون للوفاء بدينه من دائن بحق عيني الى دائن يستوفي حقه من الضمان العام لمدينه باعتبارها دائناً عادياً لا دائناً بحق عيني مما يعرضه للمزاحمة من قبل الدائنين الاخرين لاسيما اذا كانت اموال الراهن الاخرى غير كافيه للوفاء بجميع الديون.

٦. من مزايا الحق العيني انه يخول صاحبه ميزة التقدم عند بيع المال المرهون. فلو كان هذا المال المرهون اساساً ومنذ البداية لا يتناسب مع مقدار الدين فان ميزة التقدم سوف تفرغ من محتواها وتصبح غير ذي فائدة عملية اذ ان الدائن في هذه الحالة وان تقدم على غيره من الدائنين فان المال محل التقدم سوف لن يغطي دينه وبالتالي ليس له من طريق الا التنفيذ على اموال الراهن الاخرى باعتبارها دائنا عادياً.

ثانياً: التوصيات

١. نرى من غير المنطقي المساس بأحكام القانون المدني وتعديلها تحت وطأة التناسب، فالاستقرار من الاهمية بمكان يعد غايه من غايات القانون، ولكن نرى من الانسب تضمين التعليمات والقرارات المستندة الى القوانين النافذة نصوصاً منظمة لموضوع التناسب والتأكيد على ضرورة مراعاته.

٢. تداركاً للآثار السلبية التي من الممكن ان تنجم من عدم تناسب الدين مع المال المرهون لذا نرى ضرورة بتسليط الضوء على هذه الحالة وتجاوزها من خلال تثقيف الاطراف التعاقدية لاسيما الاشخاص المعنوية المالية(المصارف وصناديق الاسكان) منها بضرورة الانتباه الى وجود هذا التناسب عند الاقدام على ابرام عقود القرض والعقود الاخرى ذات القصد.

المصادر

اولا:- الكتب

١- ابن منظور، *لسان العرب*، ط ٤،الطبعة الرابعة، بيروت: دار صادر، ٢٠٠٥.

٢- حسين عامر، *القوة الملزمة للعقد*،ط١، القاهرة: مطبعة مصر، ١٩٤٩.

٣- د.حسن علي الذنون، *فلسفة القانون*،ط١، بغداد: مطبعة العاني، ١٩٧٥.

٤- القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، *التأمينات العينية*،ط١،الدار الجامعية:١٩٨٠.

٥- جاك ميتر و عمانؤيل بوتمان ومارك بيو، *المطول في القانون المدني-قانون التأمينات العينية العام*،ط١،مجد المؤسسة الجامعية:٢٠٠٦.

٦- جاك مستر وعمانوئيل بوتمان ومارك بيو- بإشراف جاك غستان، *المطول في القانون المدني-قانون التأمينات العينية الخاص*،ط١،مجد المؤسسة الجامعية:٢٠٠٩.

٧- خالد لفتة شاكر و عبد الله غزاي ، *شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١* : بدون طبعة،١٩٩١.

٨- د.سليمان مرقس، *في الحقوق العينية التبعية*،ط٣، دار صادر:١٩٩٥

٩- د.شفيق شحاته، *النظرية العامة للتامين العيني*،ط٢،المطبعة العالمية:١٩٥٣.

١٠- د.شمس الدين الوكيل، *نظرية التأمينات في القانون المدني*،ط٢،بدون مكان نشر:١٩٥٩.

١١- د.محمد لبيب شنب، دروس في التأمينات العينية والشخصية، بدون طبعة، دار النهضة العربية:١٩٧٥.

١٢- د. عبد الرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني*، الجزء العاشر، الطبعة الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية:٢٠٠٠.

١٣- د.عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، بدون طبعة، مطبعة دار نشر الثقافة:١٩٥٩.
١٤- د. عبد الودود يحيى، التأمينات الشخصية والعينية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.
١٥- د.عبد المنعم البدراوي، *اصول القانون المدني المقارن*،ط٢،مكتبة سيد عبد الله وهبة:١٩٧٠.
١٦- محمد طه البشير و د.غني حسون طه، *الحقوق العينية التبعية*،ج٢،الطبعة الرابعة:٢٠١٠.
١٧- د.محمد كامل مرسي، *شرح القانون المدني- التأمينات الشخصية والعينية*، بدون رقم طبعة، منشاة المعارف:٢٠٠٥.

ثانيا:- الرسائل والاطاريح الجامعية

١-مريم عبد طارش، "النظام القانوني للكفالة العينية"، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق/جامعة عين شمس،٢٠١٩.

ثالثاً:- البحوث

١. د.حياة حامي ، "نسبية فعالية الرهن الرسمي كضمان للديون"، *بحث منشور في الدراسات القانونية المقارنة*، المجلد السابع-العدد ذ، (٢٠٢١).
٢.د.خالد جمال احمد، "ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها"، *بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية*، العدد الثاني، (٢٠١٧).

رابعاً:- مجموعات الاحكام

١- ابراهيم المشاهدي، المبادئ القضائية في قضاء محكمة التمييز/القسم الثاني،٢٠٠٧.
٢- القاضي لفتة هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم الاول-الجزء الاول،ط١، ٢٠١١.

خامساً:- القوانين

١- القانون المدني الفرنسي الصادر ١٨٠٤.
١- القانون المدني المصري رقم ١٣١، لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته.
٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠، لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.
٣- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥، لسنة ١٩٨٥.
٤- القانون المدني الكويتي رقم٦٧، لسنة ١٩٨٠.
٥- القانون المدني القطري رقم ٢٢، لسنة ٢٠٠٤.
٦- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣، لسنة١٩٧١.