



رهن العقار الشائع رهناً تأمينياً

د. محمد علي صاحب

كلية القانون - الجامعة المستنصرية

الملخص

إذا حل الدين ينفذ الدائن المرتهن على الحصة الشائعة المرهونة ويتم بيعها واستيفاء الدائن المرتهن حقه من ثمنه . وإذا تمت القسمة فان وقع في نصيبه حصة أخرى من نفس العقار ينتقل الرهن إلى هذه الحصة واختلف الفقه في أساس هذا الانتقال من الحصة الشائعة إلى الجزء المفرز الذي انتقل للشريك بين اخذا بالنتيجة الطبيعية للقسمة ورأي آخر أخذا بالحلول العيني . وإذا وقع في نصيب الراهن حصة من عقار آخر وليس العقار الذي كان له فيه حصة شائعة مرهونة فالقانون المدني المصري يقرر انتقال الرهن إلى الجزء الذي آل إليه من العقار الآخر . ولم يبين القانون المدني العراقي حكم هذه الحالة فذهب الفقه إلى سقوط حق المرتهن بالرهن ، وهذا الحكم يلحق ضرر بالدائن المرتهن وتجعل موقفه اقل من الدائن المرتهن إذا هلك المرهون إذ لا ينتهي حقه بل يطالب بتأمين آخر مما يقتضي مناقشة الآراء الفقهية للوصول إلى حل قانوني .

Abstract:

Partner has its share common ownership complete with or dispose of Pmavp behavior without harming the rights of other partners he may have to arrange the right Guinean collateral at stake if a solution for the debt carried on its share of the encumbered and are sold and update the mortgagor the right of the price. If they were divisible by Pham occurred in the share share Other of the same drug goes Mortgage to this share fell out of jurisprudence in the basis of this transition from the quota common to the secreted who moved to Cwik between taking the result of natural Ksenp and another felt taking solutions in kind. and if it had happened in the share of the current share of another property, not property that has had the share a common subject of Egyptian civil law decides to move the mortgage part of it from other real estate. Did not indicate the law of the Iraqi civil law this case went Principles to the downfall of the right of the mortgagee mortgage. This provision is harmed creditor mortgagee and make his position less than the mortgagor if perished encumbered as it does not end right, but calls for secured another, which requires discussion of ideas Alvgahbp to reach a legal solution.

المقدمة

يعتبر لموضوع رهن العقار الشائع اهمية في التطبيق العملي ، فالشيوخ حالة تحدث عموما خارج إرادة الإنسان بسبب الميراث أو الوصية، لذا تعتبر الملكية الشائعة حالة مؤقتة مصيرها للزوال اما بالقسمة المؤقتة او القسمة النهائية وإزالة الشيوخ ، وتثير الملكية الشائعة مشاكل بين الشركاء تتعلق بكيفية إدارة المال الشائع أو طريقة الانتفاع به ، فهذه المشاكل داخل الوضع المشترك لا بد لها نهاية وهذه النهائية بالقسمة وإزالة شيوخ العقار الشائع ، فالأصل أن تكون القسمة بالتراضي فإذا لم تتوافر شروطها يلجا إلى القسمة القضائية ، وقد تكون القسمة عينية وقد تكون قسمة تصفية ببيع العقار الشائع وتوزيع ثمنه على الشركاء كل بقدر حصته ، ولكن قد يتصرف أحد الشركاء بحصته الشائعة قبل القسمة فمصير هذه الحقوق على العقار الشائع تختلف حسب مفهوم وطبيعة القسمة إذا كانت القسمة ناقلة للملكية فقط أو ناقلة للملكية وكاشفة للحق أي لها اثر رجعي، وبالتالي تزول الحقوق التي رتبها أحد الشركاء في الجزء الذي آل لغيره من الشركاء . وهذا الاختلاف في طبيعة القسمة أثار جدلا فقهيًا ترك اثاره القانونية لحد الآن وهذه المشكلة الأولى لموضوع البحث .

والمشكلة الثانية لموضوع البحث ومما يزيد من اهمية الموضوع هي رهن الشريك لحصته الشائعة وما ينجم عن القسمة من اختلاف في السبب القانوني لانتقال الرهن من الحصة الشائعة إلى الجزء المفرز الذي انتقل اليه بالقسمة ، واختلاف الفقه القانوني العراقي والمقارن حول هذا السبب القانوني ، بل الأمر يزيد تعقيدا إذا انتقل للراهن عقار اخر غير المرهون خاصة عدم وجود نص في القانون المدني العراقي يحكم الموضوع مما اثار جدلا فقهيًا عراقيا حول ذلك .. وقد ينتقل للشريك الراهن رهنا تامينيا منقول وليس عقار مما ينبغي ايجاد حلا فقهيًا وقانونيا لضمان حق المرتهن . وقد يتم قسمة العقار قسمة تصفية فيصبح في نصيب الراهن نقود وليس عقار فما مصير الرهن؟

إضافة إلى هذه المشاكل التي يثيرها موضوع البحث فان عدم اخذ الفقه الاسلامي بالرهن التاميني بل اشترط القبض لصحة الرهن أو لزومه أي الاكتفاء بالرهن الحيازي ، وعدم جواز غالبية الفقه الاسلامي رهن الحصة الشائعة مما يصعب ايجاد حل للمسألة مدار البحث في هذا الفقه الذي يعتبر مصدر للقانون المدني العراقي .

أن أهمية الموضوع تكمن في الازمة الاقتصادية العالمية الناجمة عن القروض العقارية وما يرافقها من رهون . اضافة لما يعانيه العراق من ازمة في السكن لذوي الدخل المحدود وارتفاع الايجارات بشكل فاحش مما يضطر البعض الى شراء قطع عقارية صغيرة على وجه الشيوخ مما يكثر من الملكية الشائعة التي هي حالة استثنائية وغير صحية للملكية التي يجب ان تكون مفرزة ، وما تثيره الملكية الشائعة من خلافات حول إدارة وطريقة الانتفاع من العقار الشائع ، إضافة

إلى القروض التي تمنحها المصارف للموظفين مقابل رهن العقار الذي يشتريه الموظف المدين ضماناً لهذا القرض الذي يكون مبلغه لا يكفي لشراء عقار مستقل فيرهن حصته من عقار شائع مع ملاك آخرين .

خطة البحث:

- المبحث الأول : مفهوم رهن العقار الشائع رهنا تأمينياً.
- المطلب الأول : تعريف الرهن التأميني وخصائصه ومميزاته.
- المطلب الثاني : تعريف الملكية الشائعة وأسبابها وحق الشريك على حصته الشائعة.
- المبحث الثاني : شروط رهن العقار الشائع رهنا تأمينياً .
- المطلب الأول : الشروط الموضوعية.
- المطلب الثاني : الشروط الشكلية .
- المبحث الثالث : أحكام رهن العقار الشائع رهنا تأمينياً.
- المطلب الأول : أثر القسمة والحلول العيني على رهن العقار الشائع .
- المطلب الثاني : أثر هلاك العقار الشائع و التصرف بالحصصة الشائعة على الرهن.

المبحث الأول

مفهوم رهن العقار الشائع رهنا تامينيا

لتحديد المفهوم العام لرهن العقار الشائع لابد من تحديد مفهوم الرهن التاميني ومفهوم العقار الشائع ، لذا نقسم المبحث إلى مطلبين المطلب الأول تعريف الرهن التاميني وخصائصه ومميزاته ، والمطلب الثاني تعريف الملكية الشائعة وأسبابها وحق الشريك على حصته الشائعة.

المطلب الاول

تعريف الرهن التاميني وخصائصه ومميزاته

تعريف الرهن :- قبل تعريف الرهن لا بد ان نبين ان الرهن نوع من التأمينات نص عليه القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في الكتاب الرابع المسمى بالحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية) ، والرهن نوع من الضمان الخاص للدائنين ، فللدائن المرتهن في الرهن له صفتان ، صفته كدائن له حق الضمان العام على الذمة المالية للمدين ، وصفته كمرتهن له حق الضمان الخاص الذي ينصب على شيء معين من أموال المدين وليس على كل ذمته المالية .

تعرف المادة (١٢٨٥) من القانون المدني العراقي الرهن التاميني بقولها : " الرهن التاميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً ، يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون " ، تطابقها المادة (١٠٣٠) من القانون المدني المصري الذي يسميه بالرهن الرسمي . وكلمة رهن تطلق على العقد المنشيء للرهن وعلى العقار المرهون وعلى الحق العيني الذي يترتب للدائن ضماناً للوفاء بدينه^(١).

الرهن في القانون المدني الفرنسي ثلاثة أنواع الرهن الاتفاقي الذي نصت عليه المادة المادة (٢١١٦) والرهن القانوني المادة (٢١١٧) ويقرر حق الرهن لمصلحة الزوجة والمحجور أو اموال الدولة ، وهذا النوع لم يأخذ به القانون المدني العراقي والمصري ، وهناك الرهن القضائي ولم يأخذ به القانون المدني العراقي واخذ به القانون المصري مستخدماً اصطلاح حق الاختصاص^(٢). يشترط الفقه الإسلامي للرهن القبض^(٣) فهو يقابل الرهن الحيازي في القانون. ولا يجوز رهن الحصة الشائعة لأن الشيوع مانعاً من قبض النصف الشائع^(١).

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء العاشر الحقوق العينية التبعية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٠ ، ف١١٦ ، ص٢٦٩ .

(٢) ينظر Cod civil fr. Dalloz 104 edition paris 2005 www. Dalloz.fr.

(٣) أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الامامية ، المطبعة المرتضوية ، النجف ج ٢ ص١٣٦ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساتي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مطبعة دار الحديث القاهرة ج٨ص١٥٩ كتاب الرهن . ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد ابن رشد، بداية المجتهد ، دار الفكر بيروت ج ٢

خصائص حق الرهن التأميني : -

١- الرهن التأميني حق عيني عقاري يتمتع الدائن المرتهن فيه بمزايا الحق العيني ، فللدائن حق التقدم على جميع الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون ، كما يتمتع الدائن المرتهن بحق التتبع فيستطيع ان ينفذ على العقار المرهون في مواجهة من تنتقل إليه ملكية العقار المرهون ، وهو حق عقاري فمحل عقد الرهن التأميني العقار فقط فلا يرد على منقول ، واذا ورد على منقول يعتبر باطلا كرهن تأميني^(٢).

٢- حق الرهن حق تبعية فلا ينشأ الرهن مستقلاً بنفسه بل لابد من التزام اصلي مضمون ، فلا يوجد الرهن الا بوجود دين يضمنه هذا الرهن ، ويتبع الرهن الالتزام الاصلي وجوداً وعدماً كما يتبعه صحة وبطلاناً وانتقالاً ، فاذا بطل الالتزام الاصلي لاي سبب او فسخ يبطل معه الرهن ، و ينتقل الرهن مع الالتزام المضمون إلى الخلف العام والخاص للدائن المرتهن^(٣) . ويضمن الرهن التأميني أي التزام مهما كانت طبيعته وأوصافه فيضمن التزاماً مؤجلاً أو التزاماً شرطياً ، ويحمل نفس صفة الالتزام الذي يضمنه فيصبح الرهن مؤجلاً أو شرطياً حسب طبيعة الالتزام^(٤)، و يجوز ان يضمن التزاماً احتمالياً كالحساب الجاري والاعتماد المستندي فيوجد الرهن قبل هذا الالتزام المحتمل^(٥).

٣- حق غير قابل للتجزئة سواء بالنسبة للعقار المرهون أو بالنسبة للدين المضمون^(٦) ، فكل جزء من المرهون يعتبر ضامناً لكل الدين ولكل جزء منه ، وأي جزء من العقار المرهون ضامن لكل الدين ، فاذا باع الراهن جزء من العقار المرهون يرجع الدائن المرتهن على الحائز بكل الدين ولا يقتصر على الدين الذي يتناسب مع قيمة الجزء من العقار المرهون الذي انتقلت ملكيته اليه ، وأي جزء من الدين مضمون بكل العقار المرهون ، فلو وفى المدين بجزء من الدين يبقى العقار

ص ٢٠٠ شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج في شرح المنهاج ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ١٩٦٧ ، ج٤ ، ص ٣٥٤ موفق الدين محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، دار الفكر العربي ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ج٤ ، ص ٢٤٧ .

(١) الكاساني ، المرجع السابق ، ج٨ ، ص ١٦٣ .

(٢) الأستاذ محمد طه البشير ود . غني حسون ، الحقوق العينية ، الجزء الثاني ، الحقوق العينية التبعية ، طبع وزارة التعليم ، بغداد ، ١٩٨٢ ، ص ٣٥٣ .

(٣) د . السنهوري ، المرجع السابق ، ج١٠ ، ف١١٩ ص ٢٧٢ .

(٤) د . محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، التامينات الشخصية والعينية تنقيح محمد علي سكيكر ومعتز كامل مرسي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ١٢٦ .

(٥) الأستاذ محمد طه البشير ود . غني حسون ، المرجع السابق ، ج٢ ، ص ٣٥٣ .

(٦) ينظر نص المادة (١٢٩٢) مدني عراقي على انه : " كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار او العقارات المرهونة كلها" .

المرهون كله ضامنا لما تبقى من الدين ولا يتخلص جزء منه بنسبة ما تم الوفاء به من الدين^(١)، وتعتبر قاعدة عدم تجزئة الرهن من طبيعة الرهن وليست من مستلزماته أي ليست قاعدة من النظام العام لذا يجوز للمتعاقدین الاتفاق على خلافها فيقرران تجزئة الرهن ، وقد تتم تجزئة الرهن بحكم القانون مثال ذلك تحرير العقار المرهون من الرهن ، وهذه القاعدة مقررة لمصلحة المرتهن وحده ولا يجوز أن يتمسك بها غيره وللمرتهن أن يتنازل عن حقه هذا صراحة أو ضمنا^(٢).

٤- الرهن التأميني حق يتعلق بالمرهون من حيث ماله وقيمه لا بذات المرهون ، لأن التعلق من الوفاء والوفاء من المالية^(٣)، ويرى جانب من الفقه أنها تقرر مبدأ عام للحلول العيني الذي يقضي بتحول الرهن إلى أي مال آخر بدلا عنه حلولا عينيا بسبب هلاك العقار المرهون حقيقة أو حكماً أو لأي سبب آخر وهذا مبدأ الحلول العيني^(٤). ويرى دكتور منصور مصطفى منصور إنها لا تقرر مبدأ عام للحلول العيني والسبب يعود إلى اقتصار دور الحلول العيني في الرهن على مباشرة الدائن حقه في التقدم على ثمن المرهون أو المال الذي يستبدل به^(٥).

مميزات الرهن التأميني :-

أولاً- تمييز الرهن التأميني عن الرهن الحيازي:-

رغم أن الرهن التأميني والرهن الحيازي من التأمينات الخاصة فهناك اختلافات بينهما هي:-

(١) الأستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٣٥٣ وينظر د. محمد كامل مرسي التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص ١٢٨.

(٢) الأستاذ محمد طه البشير و د. غني حسون ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٣٥٤ وينظر د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١٠ ، ف ١٢٠ ص ٢٧٣ و ٢٧٤.

(٣) ينظر نص المادة (١٣٠٤) مدني عراقي بقولها "يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون رهنا تأمينا من المال الذي حل محل هذا العقار ويستوفي كل منهم حقه حسب مرتبته".

(٤) قال: "نرى عدم وجود هذا المبدأ العام مرده الخطأ في بيان الدور الطبيعي الذي يقوم به الحلول العيني في نطاق التأمينات العينية فمن الواضح أن الفقهاء يرون وظيفة الحلول العيني هي إعطاء الدائن صاحب التأمين حق التقدم على ما يستبدل بالمال الذي ورد عليه حقه ولكن الواقع أن هذه وظيفة التأمين العيني ذاته ونعتقد أن الجهود لو اتجهت إلى محاولة الكشف عن حقيقة اثر التأمين العيني فيما يتعلق بما يباشر عليه الدائن حقه في التقدم لكانت أكثر توفيقا إذ يكفي قياس الأموال التي يستبدل فيها بالمال المحمل بالتأمين العيني مال آخر غير الثمن في حالة البيع حتى يمكن الوصول إلى القول بان الدائن صاحب التأمين العيني يباشر حقه في التقدم من المقابل المالي للمال الذي يرد عليه حقه أما الحلول العيني فلا تظهر فائدته إلا إذا تعذر الدائن مباشرة حقه في التقدم على المال المستبدل لسبب ما ومعناه نقل التأمين العيني ذاته على هذا المال" د. منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ١٩٥٦ ، ص ٩٢ و ٩٣.

(٥) الأستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٣٥٤.

- ١- محل الرهن الحيازي يشمل العقار او المنقول بينما يقتصر الرهن التاميني على العقار فقط. (١).
- ٢- من حيث حقوق الدائن المرتهن ففي الرهن الحيازي يتمتع المرتهن بحق التقدم والتتبع وحق الحبس بينما يقتصر حق المرتهن في الرهن التاميني على حق التقدم والتتبع فقط لان المرهون يبقى بيد الراهن وليس بيد المرتهن . (٢)
- ٣- من حيث عقد الرهن ففي الرهن الحيازي العقد عيني لا يتم إلا بالقبض (٣) بينما عقد الرهن التاميني عقد شكلي لا يتم الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري (٤)، وعقد الرهن التاميني عقد ملزم لجانب واحد وهو الراهن بينما عقد الرهن الحيازي ملزم للجانبين فهناك التزامات على الراهن والتزامات على الدائن المرتهن (٥).

ثانياً - تمييز حق الرهن التاميني عن حق الامتياز :-

- ١- من حيث مصدره :- مصدر الرهن التاميني العقد بينما مصدر الامتياز القانون فقط (٦).
- ٢- من حيث محله فمحل الرهن عقار أو عقارات معينة بينما حق الامتياز يرد على منقول أو عقار أو مجموعة من المنقول والعقار (٧).
- ٣- من حيث حق التتبع :- حق الامتياز اذا وقع على منقول يقتصر حق الدائن على حق التقدم فقط دون حق التتبع ان حق الامتياز اذا كان محله عقار لا يستلزم القانون تسجيله بينما عقد الرهن التاميني عقد شكلي.
- ٤- من حيث حق التقدم :- في حق الامتياز تكون الاولوية (باستثناء حالة الامتياز الخاص الوارد على العقار) حسب صفة الدين لا للاسبق في التاريخ بينما في حق الرهن تكون الاولوية بالاسبق في تاريخ تسجيل سند عقده (٨).

المطلب الثاني

- (١) د. السنهوري، المرجع السابق ، ج ١٠ ، ف ٥٠١ ، ص ٧٤٦.
- (٢) د. محمد كامل مرسي ، التامينات الشخصية والعينية، المرجع السابق ، ص ٣٣١ وينظر د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١٠ ، ص ٧٤٦.
- (٣) ينظر نص المادة (١٣٢٢ / ١) مدني عراقي " يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون " .
- (٤) ينظر نص المادة (١٢٨٦ / ١) مدني عراقي على أنه " لا ينعقد الرهن التاميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، وعلى كل من المتعاقدين ان يعين محل اقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل ، ويعطى كل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما بعد اخذ تقريرهما في مواجهة الشهود " .
- (٥) ينظر المادة (١٣٣٨) مدني عراقي .
- (٦) ينظر د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١٠ ، ص ٩٢١ .
- (٧) ينظر المادة (١ / ١٣٦٣) مدني عراقي .
- (٨) الأستاذ محمد طه البشيرو د. غني حسون ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٥٦٨ .

تعريف الملكية الشائعة وأسبابها وحق الشريك على حصته الشائعة

تعريف الملكية الشائعة :-

عرفت المادة (١٠٦١) مدني عراقي الملكية الشائعة على أنه: " إذا ملك اثنان او اكثر شيئاً فهم شركاء فيه على الشيوع وتحسب الحصص متساوية اذا لم يقر الدليل على غير ذلك " . بينما تعرفها المادة (٧٢٥) مدني مصري : " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقر الدليل على غير ذلك " . وهي حق الملكية لأثنين أو أكثر في شيء لا تعين حصة احدهم في جزء معين وهذه هي شركة الملك في الفقه الاسلامي (١).

نرى أن عبارة النص المصري أدق من النص العراقي بإضافة صفة غير مفرزة لحصة كل شريك في الشيوع . ويتبين من النصين ان الملكية الشائعة محلها مال معين بالذات (شيء) يملكه أكثر من شخص وأحد وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم اما حق كل شريك محله حصته الشائعة في هذا المال ، فحق ملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم دون ان ينقسم المال ذاته (٢)، والشيء قد يكون منقولاً أو عقاراً لذا تشمل الملكية الشائعة المنقول والعقار .

أسباب الملكية الشائعة :-

أسباب الملكية الشائعة هي نفس اسباب كسب الملكية واهم هذه الاسباب هي الميراث فاذا مات المورث وله اكثر من وارث تنتقل لهم امواله ويملكونها ملكية شائعة ، وقد يكون سبب الشيوع الوصية مثل أن يوصي شخص لاثنتين بشيء على الشيوع ، وقد يكون سبب الشيوع العقد كما لو اشترى شخصان شيئاً على الشيوع أو إذا باع المالك نصف داره فيصيح مالكا مع المشتري الدار على الشيوع ، وغيرها من اسباب كسب الملكية كالاتصاق والاستيلاء والتقادم المكسب والشفعة(٣).

طبيعة حق الشريك على الشيوع :-

حق الشريك على الشيوع هو حق ملكية تامة ، وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٦١ / ٢) مدني عراقي بقولها : " كل شريك يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها

(١) ينظر نص المادة (١٠٦٠) من مجلة الأحكام العدلية على انه "شركة الملك هي كون الشيء مشتركاً بين اثنين فاكثر اي مخصوصاً بهما بسبب من اسباب الملك".

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الجزء الثامن ، حق الملكية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٠ ، ص ٧٩٦.

(٣) دكتور السنهوري ، المرجع السابق، ج٨ ، ص ٨٠١.

بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من انواع التصرف ولو بغير اذنتهم " تطابقها المادة (٨٢٦) مدني مصري . ويذهب بعض الفقه الى ان حق الشريك على الشيوع حق شخصي وليس عيني ، معللين رأيهم بان الحق العيني يستلزم ان تكون الحصة مفرزة ومعينة تعينا ماديا بينما حصة الشريك معينة تعينا رمزيا رقميا أو معنويا ، أو تشبيه الملكية الشائعة بالملكية الجماعية التي يكون للشركاء فيها مجرد حق شخصي لا تخولهم حق عيني ، ويذهب آخرون أنه حق عيني من نوع خاص يختلف عن الحقوق العينية المعروفة^(١)، والحق الشخصي لا يخول صاحبه القيام بالتصرفات الناقلة للملكية ولا يقرله إنشاء الحقوق العينية الأصلية والتبعية ومنها الرهن . والرأي الراجح فقها أن حق الشريك على الشيوع هو حق ملكية تامة فهو يملك حصته في المال الشائع وينصب حقه مباشرة على الحصة الشائعة لا كل المال الشائع^(٢) . فحق الملكية في الشيوع كالملكية المفترزة تخول صاحبها حق الاستعمال والاستغلال والتصرف ، إلا أن حق الشريك بالاستعمال والاستغلال يتقيد بحقوق الشركاء أي يستعمل حقه ويستغله بشرط إلا يلحق ضررا ببقية الشركاء ، ويقع حق الشريك في التصرف على حصته الشائعة ، فله أن يبيعه أو يرهنها رهن حيازيا أو تأمينيا^(٣) . والشريك يملك كل ذرة من ذرات المال ولكنه ليس منفردا ولهذا تكون له كل مزايا الملكية بشرط ألا يتعارض مع حقوق الشركاء الاخرين^(٤) .

المبحث الثاني

شروط رهن العقار الشائع رهنا تامينيا

يشترط لانعقاد الرهن التاميني ونشوئه الشروط الموضوعية من رضا ومحل وسبب كما يشترط الشروط الشكلية وهو تسجيل الرهن في دائرة التسجيل العقاري عليه نقسم المبحث إلى مطلبين المطلب الاول الشروط الموضوعية والثاني الشروط الشكلية .

المطلب الأول

الشروط الموضوعية

(١) ينظر تفاصيل ذلك الاستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون ، المرجع السابق ، ص ٩٩ وينظر د. أيمن سعيد سلطات الملاك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٨ وينظر د. حمد عبد العال ، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع ، دار الثقافة الجامعية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ١٢٩ .

(٢) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٨ ، ص ٧٩ .

(٣) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الحقوق العينية ، تنقيح محمد علي سكيكر ومعتز كامل مرسي منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ١٢٠ .

(٤) د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الاصلية مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية ، ١٩٨٦ ، ص ٢١٩ .

الرهن عقد كما يعرفه القانون المدني العراقي ولا بد من توفر اركان الانعقاد من رضا ومحل وسبب ولقد نص القانون المدني على اركان العقد بصورة عامة في الكتاب الاول تحت عنوان الالتزامات في الفرع الأول من الفصل الاول الخاص بالعقد^(١).

الفرع الأول الرضا

وجود الرضا :-

الرضا توافق الإرادتين على إحداث اثر قانوني ، وتطابق الايجاب والقبول على المسائل الجوهرية^(٢)، في الرهن التأميني توافق أرادة الراهن والدائن المرتهن على المسائل الجوهرية لعقد الرهن من حيث طبيعة العقد ومحلّه وسببه ، وعدم وجود الرضا فالعقد باطل لتخلف ركن الرضا .

صحة الرضا :-

وجود الرضا لا يكفي بل لابد من صحته بتوفر الاهلية القانونية ، والرهن بالنسبة للمدين الراهن من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فهو يرهن عقاره مقابل الحصول على قرض او مقابل مد اجل الدين^(٣) ، فالمدين الراهن يرهن عقاره وفاء للالتزام عليه^(٤) ، فلا بد ان يكون متمتعا باهلية التصرف وهي اكمال الثامنة عشرة من عمر ه ، فاذا كان صبي غير مميز فرهنه باطل وياخذ حكمه المجنون ، اما اذا كان مميزا فيعتبر ناقص الاهلية ورهنه موقوف على اجازة وليه ، ويعتبر بحكمه المحجور عليه لسفه او غفلة^(٥). والصغير المميز المأذون بالتجارة حكمه كامل الاهلية فرهنه صحيح اذا كان ضمانا لدين يتعلق بالتجارة المأذون بها^(٦).

أما الراهن غير المدين (الكفيل العيني) فالرهن بالنسبة له عملا ضارا ضررا محضا فهو يرهن عقاره ضمانا لدين غيره فهو متبرع ، لذا يشترط ان يكون بالغاً سن الرشد، فاذا كان مميزا او

(١) ينظر نص المادة (١/٧٦) مدني عراقي على أنه : " تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشمل عليها هذا الفصل " .

(٢) د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الاول مصادر الالتزام ، الطبعة الرابعة ، مطبعة العاتك ، القاهرة ٢٠١٠ ، ص ٣١ و٣٢ د. أنور سلطان ، مصادر الالتزام في القانون المدني ، دار الثقافة عمان الاردن ، ٢١٠ ، ص ٤٢ .

(٣) الاستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٣٦٢ .

(٤) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١٠ ، ص ٢٩٢ .

(٥) الأستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٣٦٢ د. محمد كامل مرسي ، التامينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ .

(٦) ينظر المادتين (٩٨ و٩٩) مدني عراقي .

محجور عليه لسفه او غفلة فرهنه باطل^(١) ، ويجوز للولي والوصي ان يرهن مال القاصر بموافقة مديرية رعاية القاصرين بما يحقق مصلحة القاصر^(٢) كما على الولي والوصي عند تسجيل الرهن اخذ موافقة المحكمة^(٣) .

أما أهلية الدائن المرتهن فقد اختلف الفقه حول طبيعة الرهن بالنسبة له فالبعض يعتبر الرهن نافعا نفعاً محضاً لان القانون لا يرتب عليه اي التزام بل هو صاحب حق فيكفي توافر أهلية الإدارة أي سن التمييز ولا يتطلب توافر أهلية التصرف^(٤) . والبعض الآخر يرى أن الرهن بالنسبة للدائن ايضاً تصرف دائر بين النفع والضرر ، لان الرهن من الاستيفاء واستيفاء الدين يتطلب أهلية المعاوضة ، كما برروا هذا الرأي بانه يتفق مع احكام الفقه الإسلامي^(٥) ، ونحن نؤيد الرأي الأول بتوافر في المرتهن أهلية التبرع فقط لان القانون لا يرتب عليه في الرهن التاميني اي التزام ، بل هو صاحب حق فقط ، كما القول بان الفقه الإسلامي يشترط في المرتهن أهلية المعاوضة ، يرد على ذلك بان الفقه الإسلامي لا يأخذ بالرهن التاميني بل يأخذ بالرهن الحيازي ، إذ يشترط في الرهن القبض ، فهو كالرهن الحيازي في القانون يرتب التزام على المرتهن ، اما القول ان الرهن استيفاء فيرد على ذلك بان الرهن قبل حلول الاجل يكون في حالة ركون ولا ينفذ الدائن المرتهن على العقار المرهون الا بعد حلول اجل الدين فالرهن ليس استيفاء بل استيثاق^(٦) . ويجوز أن يتم الرهن عن طريق الوكالة وهنا لا بد من وكالة خاصة بنسبة للراهن والمرتهن^(٧) .

الفرع الثاني المحل (العقار المرهون)

تنص المادة (١٢٩٠) مدني عراقي على انه : "١- لا يجوز ان يرد الرهن التاميني الا على عقار او حق عيني على عقار ٢- ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وان يكون معيناً " . وتنص المادة (١٠٣٥) مدني مصري على أنه : " ١- لا يجوز ان يرد الرهن الرسمي إلا على عقار مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك ٢- ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه ، وبيعه في المزاد العلني ، وان يكون معيناً بالذات تعيناً دقيقاً من

(١) الأستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون ، المرجع السابق ، ج٢ ، ص ٣٦٢ د. السنهوري المرجع السابق ، ج١٠ ، ص ٢٩٢ .

(٢) ينظر المادتين (٤٢ و ٤٣) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ .

(٣) ينظر المادتين (١٩٤ و ١٩٥) من قانون التسجيل العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ .

(٤) هذا رأي د. السنهوري ، مرجع سابق ، ج١٠ ، ف١٣١ ، ص ٢٩١ .

(٥) هذا رأي الأستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون ، المرجع السابق ، ج٢ ص ٣٦٢ .

(٦) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج١٠ ، ص ٢٩١ .

(٧) ينظر المادتين (١٢٦ و ١/١٣٠) مدني عراقي .

حيث طبيعته وموقعه ، وان يرد هذا التعيين اما في عقد الرهن او في عقد رسمي لاحق والا وقع الرهن باطلا" . نرى أن صياغة النص المصري اكثر دقة من لقانون المدني العراقي من ناحيتين الاولى بيع العقار المرهون عدم تحديد نوعه في القانون المدني العراقي بينما حدده القانون المدني المصري بالبيع بالمزاد العلني ومن ناحية أخرى أن يكون معيناً لم يبين القانون المدني العراقي كيف يكون معيناً أما القانون المدني المصري بين الوصف القانوني للتعين بالذات وبدقة من حيث الموقع والطبيعة. ورغم هذا الاختلاف فالحكم القانوني واحد ، لان تخصيص الرهن ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة للعقد حيث ان محل الالتزام الناشيء عن العقد يجب ان يكون معيناً تعيناً نافياً للجهالة والغرر ، وغير ممنوع قانوناً ولا مخالف للنظام العام ولا الاداب وإلا كان العقد باطلاً (١) . كما انه من الناحية الاجرائية عند تسجيل عقد الرهن فان دائرة التسجيل العقاري لا تسجل الرهن الا بعد توفر بيانات تفصيلية عن العقار المرهون الدين المضمون (٢) .

يشترط في المرهون ان يكون عقاراً فاذا كان منقولاً فيعتبر الرهن التاميني باطلاً ، مهما كانت طبيعة العقار سواء كان ارض زراعية أو بناء معد للسكن أو غير معد للسكن (٣) . فيجوز رهن العقار الشائع أو حصة شائعة فيه تنص المادة (٣٠٥ / ١) من قانون تسجيل العقاري على أنه : " يرد الرهن التاميني على حق الملكية العقارية الحقوق العينية الأخرى المتعلقة في السجل العقاري سواء كان هذا الحق مستقلاً أو شائعاً مع مراعاة القيود المفروضة قانوناً على رهن بعض الحقوق "

ويجب أن يكون العقار المرهون مما يجوز التعامل به ولا يجوز رهن ما لايجوز التعامل فيه لمخالفة النظام العام والاداب كرهن العقار المعد للعب القمار أو الدعارة ويحب تعيين العقار المرهون تعيناً بالذات دقيقاً من حيث طبيعته كارض زراعية او ارض بناء أو غير ذلك وحدود العقار ومساحته ومميزاته مما يجعل العقار موصوفاً وصفاً تاماً وتمييزه عن غيره من العقارات وتعيينه من حيث موقعه (٤) ، وتعيين العقار (الشائع أو المفرز) من حيث موقعه ومساحته، فالأرض الزراعية (ويشمل لمفرزة و الشائعة او حصة شائعة) رقم القطعة وحدودها واسم المحافظة والمدينة ، وبالنسبة للدار المحافظة التي يوجد فيها الدار المرهون والمدينة والمحلة والزقاق ورقم الدار (٥).

(١) د. أنور سلطان . - مصادر الالتزام في القانون المدني ، دار الثقافة عمان الاردن ، ٢٠١٠ ، ص ١٠٣ و ٢٠٦ ود.

محمود المظفر ، مصادر الالتزام ، نظرية العقد الطبعة الرابعة ، دار المثني ، بغداد ، ٢٠١٠ ، ص ٢٠١ و ٢٠٥ .

(٢) ينظر المواد (٨٢ و ٨٣ و ٣٠٧) من قانون التسجيل العقاري العراقي .

(٣) ينظر المادة (١٢٩١) مدني عراقي .

(٤) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١٠ ، ف ١٥٧ و ١٥٨ ، ص ٣٥٢ و ٣٥٣ و ٣٥٤ .

(٥) الأستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٣٨٤ .

ويجب أن يكون العقار المرهون مملوكا للراهن سواء كان الراهن هو المدين او كان الكفيل العيني تنص المادة (١٢٨٧) مدني عراقي على انه: " يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز ان يكون كفيلا عينيا يقدم رهنا تامينيا لمصلحة المدين وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون او متصرف فيه " ، و تنص المادة (١٠٣٣ / ١) مدني مصري على أنه : " إذا كان الراهن غير مالك العقار المرهون فان عقد الرهن يصبح صحيحا اذا اقره المالك الحقيقي واذا لم يصدر هذا الاقرار فان حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن " ، وحكم رهن ملك الغير في القانون المدني المصري هو قابل للإبطال لمصلحة الدائن المرتهن^(١). و لم يتعرض القانون المدني العراقي لحكم رهن ملك الغير مما يقتضي الرجوع الى القواعد العامة فيعتبر تصرفه فضولي وموقوف على اجازة المالك وفق المادة (١٣٥) مدني عراقي .والتطبيق العملي لحالة رهن ملك الغير هي عند إبطال سند الملكية ،فلو رهن المدين الراهن عقاره رهنا تأمينيا ثم أبطل سند ملكيته لوجود مستحق آخر للعقار ، فيصبح رهنه رهن لملك الغير ولو قام بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري . وفي الملكية الشائعة كل واحد من الشركاء يعتبر أجنبيا في حصة الاخر وليس له ان يتصرف بها تصرفا مضرًا ببقية الشركاء^(٢) .

لا يجوز رهن العقار المملوك للغير وفق المادة (٢١٢٩ / ١) مدني فرنسي ، ويذهب الفقه والقضاء الفرنسي الى ان هذا الرهن باطل بطلانا مطلقا جاز أن يتمسك بهذا البطلان مالك العقار وخلفه العام والخاص وكل ذي مصلحة^(٣) . وإذا رهن الشريك العقار الشائع كله بدون نيابة او تفويض يتوقف على نتيجة القسمة وهذا ما نبهته في اثاره رهن العقار الشائع. ولا يقتصر الرهن العقار المرهون فقط بل يشمل ملحقاته من عقار بالتخصيص وحقوق الارتفاق والابنيية الموجودة وقت عقد الرهن وبعده والمنشاءات والتحسينات في العقار المرهون والاشجار^(٤) .

الفرع الثالث السبب (الدين المضمون)

(١) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١٠ ، ص ٣٠٤ .

(٢) ينظر المادة (١٠٦١ / ١) مدني عراقي .

(٣) د. محمد كامل مرسي ، التامينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص ١٣٤ .

(٤) ينظر المادة (١٢٩٢ / ٢) مدني عراقي .

يشترط في السبب طبقاً للقواعد العامة ان يكون موجوداً ومشروعاً غير ممنوع قانوناً ولا مخالف للنظام العام والآداب^(١) ، ويعتبر الدين المضمون مشروعاً لمجرد وجوده إذا كان محله مبلغ من النقود^(٢) . تخصيص الرهن يقتضي تخصيص الدين المضمون فلا بد ان يكون الدين المضمون موجوداً أو قابل للوجود ومعينا فإذا كان الدين غير موجود كما لو كان مصدره عقد باطل فيكون عقد الرهن بدون سبب فيكون باطل ، وقد يكون مصدر الدين صحيحاً لكنه أنقضى بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام بالوفاء أو المقاصة أو التجديد وغير ذلك^(٣) .

كل الديون يجوز ضمانها بالرهن ايا كان مصدرها وايا كان محلها عمل أو امتناع عن عمل أو نقل ملكية ، لأن الدين حق شخصي والالتزام ومحل الالتزام قد يكون اعطاء شيء أو نقل ملكية أو القيام بعمل أو امتناع عن عمل^(٤) ، ولا يشترط قانوناً أن يكون الدين منجزاً بل حتى لو كان معلق على شرط أو دين مستقبل أو احتمالي كما في الحساب الجاري والاعتماد المستندي^(٥) ، ففي الحساب الجاري لا يمكن تحديد احد الطرفين دائن أو مدين إلا بعد غلق الحساب وتصفيته^(٦) يحدد المبلغ في عقد الرهن أو الحد الأقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين^(٧) .

وتعيين الدين المضمون يكون بتحديد مقداره ووقت سريان فوائده ومصدره وتاريخه ومحله ، فلا يجوز أن يشمل كل دين في الذمة المالية للمدين^(٨) ، ويعتبر كل جزء من العقار أو العقارات ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها حسب المادة (١٢٩٤) مدني عراقي تقابلها المادة (١٠٤١) مدني مصري التي أضافت العبارة الأخيرة " ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك " يجوز ان يتفق الراهن والمرتهن على تجزئة الرهن في عقد الرهن أو بعده فيخصص جزء من العقار المرهون لضمان جزء من الدين المضمون ، وان عدم قابلية الرهن للتجزئة ليس من جوهر الرهن بل طبيعته وهو مقرر لمصلحة الدائن المرتهن لذا

(١) ينظر المادتين (١/١٣٢ و ٣ و ٢) مدني عراقي وينظر تفاصيل ذلك د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، المرجع السابق ، ص ١٠١ وما بعدها د. أنور سلطان ، المرجع سابق ، ص ١١٣ د. محمود المظفر ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ .

(٢) الأستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٤٠٢ .

(٣) د. محمد كامل مرسي ، التامينات العينية والشخصية ، المرجع السابق ، ص ١٥٩ .

(٤) الأستاذ محمد طه ود. غني حسون ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٤٠١ و ٤٠٢ .

(٥) ينظر المادة (١٢٦) مدني عراقي .

(٦) ينظر المادة (٢٢١) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ وينظر تفاصيل ذلك د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الاول ، طبعة جديدة ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٢١ .

(٧) ينظر المادة (١٢٩٣) مدني عراقي تطابقها المادة (١٠٤٠) مدني مصري .

(٨) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١٠ ، ص ٣٧٠ و ٣٧١ .

يجوز له ان يتنازل عنه^(١). ولم ينص على ذلك القانون المدني العراقي إلا أننا نرى جواز الاتفاق على تجزئة الرهن لان هذا الشرط ان كان من طبيعة الرهن لكنه ليس من مستلزماته .

المطلب الثاني الشروط الشكلية

عقد الرهن التاميني عقد شكلي لا ينعقد الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، فعقد الرهن التأميني خارج دائرة التسجيل العقاري باطل لا يرتب اثاره القانونية^(٢) ، تنص المادة (١٢٨٦) ١/ (مدني عراقي على انه : " لا ينعقد الرهن التاميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري وعلى كل من المتعاقدين ان يعين محل اقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل ويعطى لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما وبعد اخذ تقريرهما في مواجهة الشهود "، ووفق المادة (١٠٥٣) من القانون المدني المصري يعتبر الرهن صحيح ولكنه غير نافذ في حق الغير الا بقيد في الشهر العقاري فالغرض من القيد هو علم الغير بوجود الرهن^(٣).

إجراءات تسجيل الرهن :-

كل ما يتعلق بإنشاء الرهن والغاءه ونقله وتعديله من اختصاص دائرة التسجيل العقاري ، لان الرهن حق عيني تبعية عقاري ، لا بد ان يقدم الراهن والمرتهن طلبا بتسجيل الرهن و يرفق به السند او صورة التسجيل العقاري للعقار المرهون والوثائق القانونية المستندة اليها المعاملة كالوكالة والقسام والحجج الشرعية والاحكام القضائية الحائزة درجة البتات^(٤)، وبعد تدقيق الوثائق من قبل دائرة التسجيل العقاري وقرار كل من الراهن والمرتهن بالرهن يوقع المتعاقدان والشهود على السجل واستمارة التسجيل ويعطى نسخة لكل واحد من المتعاقدي^(٥).

(١) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١٠ ص ٣٧٤ و ٣٧٥.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، المرجع السابق ، ص ١٢١.

(٣) د. السنهوري، المرجع السابق ، ج ١٠ ، ص ٤٢٨.

(٤) ينظر المادتين (٨٢ و ٨٣) من قانون التسجيل العقاري العراقي .

(٥) ينظر المادة (١٢٨٦) مدني عراقي.

المبحث الثالث

أحكام رهن العقار الشائع رهنا تامينيا

الأحكام الخاصة برهن العقار الشائع تتأثر بالقسمة وبالحلول العيني عليه نقسم المبحث الى مطلبين المطلب الأول نخصه لأثر القسمة والحلول العيني على رهن العقار الشائع والثاني نخصه لحقوق الدائن المرتهن.

المطلب الأول

أثر القسمة والحلول العيني على رهن العقار الشائع

تحديد أثر القسمة والحلول العيني على رهن العقار الشائع لابد ان نقسم المطلب الى ثلاثة فروع الاول طبيعة القسمة والثاني مفهوم الحلول العيني والثالث اثر القسمة والحلول العيني على رهن العقار الشائع.

الفرع الأول طبيعة القسمة

تعريف القسمة :-

هي عملية تهدف الى انهاء الملكية الشائعة وافراز حصة كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع يعادل حصته الشائعة قبل القسمة^(١).

أنواع القسمة :-

تقسم القسمة الى قسمة رضائية وقسمة قضائية وكل منهما تقسم الى قسمة عينية وقسمة تصفية^(٢)
أولاً- القسمة الرضائية :-

الأصل عدم إجبار الشريك على الشيوخ الا بمقتضى نص في القانون وهذا الشيوخ الاجباري او بمقتضى اتفاق ، تنص المادة (١/١٠٧١) مدني عراقي على انه : " للشركاء إذا لم يكن بينهم محجور ان يقسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التي يرونها " وتنص فقرتها الثانية " لا تتم القسمة الرضائية في العقار الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري " ، ويسري على القسمة الرضائية ما يسري على العقد من توافر الرضا فلا تتم إلا بموافقة جميع الشركاء فاذا كان احد الشركاء غير كامل الاهلية محجور عليه لصغر او جنون ينوب عنه ووليّه او وصيه بموافقة مديرية رعاية القاصرين وبما يحقق مصلحة القاصر^(٣) ، ولا تتعدّد القسمة صحيحة الا بتسجيلها في دائرة التسجيل العقاري ، وهذا ما قرره محكمة التمييز العراقية^(٤).

فللشركاء أن يختاروا الطريقة التي تتم بها القسمة ، فقد اختاروا القسمة عينا فيفرزون نصيب كل منهم عينا من العقار الشائع، وقد تكون القسمة العينية بمعدل او بدون معدل ، وقد يختارون القسمة بطريق التصفية اذا كان يتعذر قسمة المال عينا يتفقون على بيعه في المزاد وتقسيم ثمنه كل بقدر حصته من العقار الشائع^(٥) .

ثانياً القسمة القضائية :-

فإذا لم يتفق جميع الشركاء على القسمة او كان احدهم محجور عليه لجنون او عته او غفلة او سفه او كان فيهم غائب ، فالشريك الراغب بازالة الشيوخ مراجعة محكمة بداءة موقع العقار الشائع لازالة الشيوخ ، فإذا تبين للمحكمة ان العقار الشائع قابل للقسمة فانها تقرر قسمته عينا من

(١) الاستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١١٧ .

(٢) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٨ ، ص ٨٨٩ وينظر د. محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ١٦٤ .

(٣) ينظر المادة (٤٣ / ٨) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٠ .

(٤) قرار لمحكمة التمييز جاء فيه : " المادة (٢ / ١٠٧١) من القانون المدني تشترط تمام القسمة الرضائية وجوب تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري وبدونه لا يمكن الاعتراف بها قانوناً " رقم القرار ٢١٣ موسعة اولى ٩٨٧ و ١٩٨٨ مجلة القضاء العدان الاول والثاني ، ١٩٨٩ ، السنة الرابعة والأربعون ، ص ٤٣١ .

(٥) دكتور السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٨ ، ص ٨٩٦ .

غير ان تفوت المنفعة المقصودة من العقار قبل القسمة لجميع الشركاء^(١). فلا يجوز إزالة شيوخ الدار المشغولة من قبل احد الورثة اذا كان قاصرا الى ان يبلغ سن الرشد او يتخرج من الكلية او المعهد تحقيقا لمصلحته ، لكن إذا كان إزالة الشيوخ يحقق مصلحة القاصر بان كانت الدار غير مشغولة من قبله وكانت لا تدر له منفعة مادية فبقاءه في الشيوخ ليس من مصلحته^(٢). ولا يجوز إزالة شيوخ الدار المشغولة من قبل زوجة المتوفى الا بموافقتها^(٣).

قسمة التفريق :-

تعيين الحصص الشائعة في العين الواحدة المشتركة بكل جزء من اجزائها بتفريق حصة كل شريك في الدار المشتركة الى اجزاء تتناسب مع حصة كل شريك ، وحصة التفريق تقوم على اساس اصغر نصيب اقل حصة شريك ، فلا بد من مراعاة تساوي الحصص في القيمة والموقع والحدود وان تستقل كل حصة بقدر الامكان بحق الطريق والشرب والمسيل وغير ذلك من حقوق الارتفاق ، وتعين قيمة الحصص باتفاق الشركاء فان لم يتفقوا عينها القاضي^(٤) ، ويعوض الشريك الذي نصيبه اقل من حصته الشائعة ولا يصار إلى المعدل النقدي الا اذا لم يكن تعديل نصيبه عينا^(٥).

قسمة التصفية :-

للشركاء اختيار الطريقة التي يقسم بها المال الشائع عينا او ببيعه وتقسيم ثمنه ، وللقاضي إذا رأى أن المال الشائع غير قابل للقسمة عينا ، بان يفوت المنفعة المقصودة ، كما لو كانت الدار لا تقسم الى اصغر نصيب ، أو كانت الدار صغيرة والشركاء عشرة ، تصدر المحكمة حكما ببيعها

(١) المادة (١٠٧٢ / ١) مدني عراقي.

(٢) تنص المادة (الأولى فقرة أولى) من قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٤٩٢ لسنة ١٩٨٢ على انه : " لا يحق للورثة الراشدين ازالة شيوخ دار السكن الموروثة اذا كانت مشغولة باحد من اولاد المتوفى القاصرين او الزوجة او كليهما حتى بلوغ القاصرين سن الرشد او اكمالهم الدراسة في الكليات او المعاهد العالية اذا كانوا مستمرين في هذه الدراسة فاذا كانت الزوجة مستقلة بسكنها في الدار ولم يسكن معها احد من اولاد المتوفى القاصرين فلا يجوز ازالة شيوخ الدار الا بموافقة الزوجة و لا تستفيد من هذا الحكم اذا تزوجت او كانت تملك دار اخرى على وجه الاستقلال " قرار محكمة التمييز رقم ١٥٥٠ لسنة ١٩٨٢ ، مجلة القضاء ، بغداد ، العدد الثالث والرابع ، لسنة ١٩٨٦ ، ص ١٩٢.

(٣) قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٦١١ لسنة ١٩٨٢ الذي يؤكد عدم ازالة شيوخ الدار المشغولة من قبل زوجة المتوفى الا بعد موتها او موافقتها في دائرة التسجيل العقاري ينظر بهذا الصدد قرار محكمة التمييز رقم ١٨١٠ عدلية حقوقية ١٩٨٣ مجلة القضاء ، العدد الاول والثاني والثالث والرابع ، ١٩٨٣ السنة ، ص ١٦١.

(٤) ينظر المادة (١٠٧٢ / ٣) مدني عراقي.

(٥) الأستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١٢٣.

ويقسم الثمن على الشركاء كل بقدر حصته^(١). بينما تقرر المادة (٨٤١) مدني مصري إذا كانت القسمة العينية للمال الشائع تحدث نقص كبير في قيمته فتقرر المحكمة قسمته قسمة تصفية ببيعه بالمزاد العلني كدار اذا قسمت طبقات احدثت القسمة نقص كبير في قيمته^(٢) ، واستقر قضاء محكمة التمييز على ان قسمة التصفية لايجوز الا اذا لا يقبل العقار قسمته عينا على اساس اصغر تصيب اخذة براي خبير واذا طعن براي الخبير يندب ثلاثة خبراء لتحديد قابلية العقار للقسمة عينا أو لا^(٣).

طبيعة القسمة :-

أولاً - طبيعة القسمة في القانون المدني العراقي :-

تنص المادة (١٠٧٥) مدني عراقي على أنه : "ترجح جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة فيعتبر كل متقاسم انه كان دائما مالكا للحصة المفردة التي آلت اليه وانه لم يملك قط شيئاً من باقي الحصص" اخذ المشرع العراقي متأثراً بالفقه الاسلامي بالآثر الناقل للقسمة (المبادلة) والآثر الكاشف (الإفراز)^(٤) مع ترجيح الآثر الكاشف بترجيح جهة الإفراز على جهة المبادلة^(٥). وهذا يعني أن القانون المدني العراقي نظر الى اثر القسمة من ناحيتين ، حيث اعتبرها إفراز ومبادلة أي اثر كاشف وناقل للملكية في آن واحد ، وفي الأصل الأثر الناقل والكاشف متعارضان حيث لا يجوز الجمع بين متعارضين ، فوفق بينهما عن طريق الافتراض القانوني بترجيح جهة الإفراز^(٦). وعلى هذا الأساس يكون للقسمة اثر رجعي فيعتبر الشريك مالكا للحصة المفردة

(١) الأستاذ محمد طه ود. غني حسون ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١٢٠ وما بعدها.

(٢) د. السنهوري المرجع السابق ، ج ٨ ، ص ٩١٧.

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ٦٩٢ / م / ٢٠٠٩ رقم القرار ٤٤ / تب / ٢٠٠٥ صادر ١٩ / ١٢ / ٢٠٠٥ مجلة النشرة القانونية العدد ٢٢ و ٢٧ سنة ٢٠١٠ اعداد دريد سلمان الجنابي البريد الالكتروني:

duraid Saleman @ Yaho. Com.:

وينظر القرار التمييزي ٩٩ / ت / حقوقية / ٢٠١٠ في ١٤ / ٣ / ٢٠١٠ جاء فيه "اذا كان العقار المطلوب إزالة شيوعه لا يقبل القسمة لأصغر حصة فيه وبما أن الشريك لا يجبر على البقاء على الشيوعه تقرر المحكمة الحكم بإزالة الشيوعه بيعاً وتوزيع صافي الثمن على الشركاء كل حسب سهامه " مجلة التشريع والقضاء بغداد السنة الثالثة، العدد الاول ، كانون الثاني وشباط و اذار ، ٢٠١١ ، ص ٢٠٦.

(٤) القسمة في الفقه الإسلامي مبادلة وإفراز مجلة الأحكام العدلية المادة (١١١٧ و ١١١٨) و الكاساني بدائع الصنائع ، المرجع السابق ج ٧ ص ٥٣٠ كتاب الشركة . ص ١٥٢.

(٥) الأستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١٢٩.

(٦) د. السنهوري، المرجع السابق ، ج ٨ ، ص ٩٤٩.

التي الت له بالقسمة من وقت الشيوخ ، و القسمة تعتبر مقررة او كاشفة للحقوق وليست منشئة لها (١) ، فالتصرفات التي يجريها كل شريك في حصته تتوقف على نتيجة القسمة، فإذا وقع هذا الجزء في نصيبه كان تصرفه صحيحاً(٢)

ثانيا - طبيعة القسمة في القانون المقارن :-

كانت القسمة في القانون الروماني القديم المتأثر به القانون المدني الفرنسي لها اثر ناقل للملكية فقط ، و يعتبر كل شريك قد اختص بالقسمة بنصيب مفرز يكون قد بادله بخصته الشائعة في كل نصيب مفرز لبقية الشركاء والمبادلة بمعنى نقل الملكية ، فالقسمة تكون ناقلة للملكية الجزء المفرز الذي آل للشريك . والقسمة في القانون المدني الفرنسي القديم ناقلة للملكية الى اواخر القرن الرابع عشر ثم ظهرت فكرة الاثر الكاشف للقسمة على اثر الحاجات العملية ، اذ ظهر الرهن العام وكان رهن خفي عام على اثر ورقة رسمية او حكم بالمديونية ، الأثر الناقل للقسمة ان ينتقل النصيب المفرز الى الشريك محملا بالحقوق التي ترتبت عليه وقت الشيوخ ومنها هذا الرهن العام ، وللتخلص من الاثار السلبية للناقل للقسمة ذهبوا الى اعتبار القسمة ليست من عقود مضاربة بل انها حالة الشيوخ ، ثم تقرر أن المتقاسم يأخذ الجزء الذي آل اليه بالقسمة خاليا من الرهن الذي رتبته شريك اخر بناء على المجاز القانوني ، ثم نصت المادة (٨٨٣) مدني فرنسي على الاثر الكاشف للقسمة (٣).

تنص المادة (٨٤٣) مدني مصري على انه: " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت اليه منذ ان تملك في الشيوخ وانه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص "، وتنص المادة (٨٨٣) مدني فرنسي Art 883:

"Chaque cohe trtier est cense avoir succe de` seul et imme`diatement a tous les effets compris dans son lot , ou a lui echus sur lactation , et n avoir jamats eu la properiete des autres effets de la succession"(4)

ويتبين لنا من النصين السابقين أن القانون المدني المصري والفرنسي يقرران الاثر الرجعي للقسمة فعندما يقسم المال الشائع ياخذ كل شريك جزء مفرز يكون مالكا له وحده من وقت الشيوخ وليس من وقت القسمة .فإذا كانت الملكية الشائعة بسبب الميراث يعتبر كل وارث مالكا للنصيب

(١) المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى ازالة الشيوخ ، مكتبة العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ١٣١ .

(٢) المادة (١٠٢٦) مدني عراقي .

(٣) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٨ ، ف ٥٧٤ ، ص ٩٥٠ و ٩٥١ و ٩٥٢ .

(4) Cod civil fr. Dalloz 104 edetion paris 2005 www. Dalloz.fr

Vencent (y.) , Les proprietes collectives les in divisions ei Reffet de clarattif du rexue partage critique 1932p248et.. ينظر تفصيل ذلك

المفرز من وقت موت المورث لا من وقت الشيوخ . وفي البيع يعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت البيع وليس من وقت القسمة . ولا يعتبر الشريك مالكا في اي وقت اي مال مفرز وقع في نصيب شريك لآخر ، وهذه النظرية التقليدية لاثر القسمة ومنها يتبين ان للقسمة ليس لها اثر كاشف فقط بل ايضا اثر رجعي ، ويعتبر الشريك مالكا لنصيبه المفرز من وقت الشيوخ وليس من وقت القسمة (١)

موقف الفقه القانوني من طبيعة القسمة :-

الاتجاه الأول - ويذهب إلى الأخذ بالأثر الكاشف للقسمة على أنه على سبيل الحقيقة وليس على سبيل المجاز او الافتراض القانوني كما هو الحال بالاثر الرجعي الذي نصت عليه القوانين المدنية ، فالقسمة بطبيعتها لها اثر كاشف فهي لا تتشيع حقا جديدا للمتقاسم كما في الاثر الناقل للملكية ، بل أن حقه نفسه وقت الشيوخ هو الذي اصبح له بالقسمة وكل ما صنعتته القسمة من اثر في حق المتقاسم هو وضع هذا الحق في محله المادي بعد ان كان حقه حصة شائعة رمزية و رقيمة ومعنوية تشمل كل المال الشائع ، وهناك تباين بين نطاقه المادي ونطاقه المعنوي فاصبح النطاق المعنوي للحق بالقسمة مطابقا للنطاق المادي ، والأثر الكاشف لا يتضمن افتراض مخالف للحقيقة بل هو من طبيعة القسمة (٢) .

الاتجاه الثاني - ويذهب إلى أن القسمة لها طبيعة مزدوجة كاشفة وناقلة ، والشريك عند افرز نصيبه بالقسمة صار هذا النصيب المفرز ملكه وحده ، وكان هذا النصيب وقت الشيوخ ملكا للشريكين ، بالإفراز ثبت للشريك ملكيته الثابتة قبل القسمة ونقل اليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة في النصف الاخر فخلصت لكل منهما ملكية كاملة في جميع النصيب المفرز ، فيكون للقسمة اثر كاشف في نصف النصيب واثر ناقل في النصف الاخر ، ولما كان الأثر الناقل والأثر الكاشف يتعارضان فكان لابد من ترجيح احدهما والمقتضيات العملية تقتضي تغليب الاثر الكاشف (٣) .

والنتائج التي تترتب على الاثر الكاشف للقسمة وتمييزه عن الاثر الناقل هي سقوط التصرفات من الشركاء غير الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المفرز ، فالشريك الذي وقع في نصيبه جزء مفرز يعتبر مالكا له من وقت الشيوخ وليس القسمة ، فلا ينفذ بحقه اي تصرف صادر من شريك اخر وقت الشيوخ ، ولا تثبت إلا التصرفات الصادرة منه ، فتسقط الحقوق العينية التبعية كالرهن التاميني الصادر من شريك اخر . القسمة عقد مساواة والغرض منها إزالة الشيوخ وليس عقد

(١) السنهوري، المرجع السابق ، ج ٨ ، ف٥٧٣ ص ٩٤٧ و ٩٤٨ .

(٢) د توفيق حسن فرج، المرجع السابق ، ص ٢٦٧ .

(٣) د. السنهوري، المرجع السابق ، ج ٨ ، ف٥٧٣٣ ، ص ٩٤٨ و ٩٤٩ .

مضاربة ، والغبن وحده في القسمة غير مرغوب فيه ، لذا يجوز نقض القسمة به ، بينما في البيع يشترط التغيرير أو التدليس مع الغبن الفاحش لنقض العقد^(١).

ونرى بان للقسمة اثر ناقل وكاشف ، فلا بد من أن يتبادل الشركاء لان كل شريك يملك كل ذرة من المال الشائع ، ولها أثر كاشف لان الشريك يملك الجزء الذي انتقل إليه بأثر رجعي من وقت الشيوخ وليس من وقت القسمة . والأثر الرجعي للقسمة أصبح حقيقة قانونية ونص عليها المشرع صراحة وليس مجرد افتراض قانوني .

الطعن بالقسمة :-

تنص المادة (١٠٧١ / ٣) مدني عراقي على انه: " لدائني كل شريك ان يطعن بالقسمة اذا كان فيها غش أو اضر بمصلحتهم " ، إذا تمت القسمة ووجد غش صادر من الشركاء للاضرار بمصلحة الدائنين ، فان لدائني كل شريك ان يطعن بالقسمة ويذهب الفقه الى ان هذه المادة تطبيق لدعوى عدم نفاذ التصرف^(٢) ، ويشترط في دعوى عدم نفاذ التصرف وفق المادتين (٢٦٣ و٢٦٤) مدني عراقي أن يكون حق الدائن مستحق الاداء وان يكون التصرف بعوض يترتب عليه زيادة التزامات المدين أو إنقاص حقوقه مما يؤدي إلى إعساره أو زيادة إعساره وكان هذا التصرف منطوي على غش من المدين وان يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش وعلمه باعسار المدين كاف لوقوع الغش منه . تنص المادة (٨٤٢) مدني مصري على أنه : "٢- أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يدخلوا فيها ان يطعنوا فيها إلا في حالة الغش" ، يجيز لدائني الشركاء التدخل في القسمة سواء قضائية او اتفاقية لمنع تواطؤ الشركاء على الاصرار بمصالحهم او تقصير مدينه لدفع الغبن عن نفسه فيلحقه هو وفي حالة عدم تدخل الدائنين في القسمة لايحوز لهم الالرفع دعوى بوليصية واثبات الغش^(٣) .

الفرع الثاني مفهوم الحلول العيني

تعريف الحلول العيني بوجه عام خروج مال من ذمة شخص ودخول مال اخر في نفس الذمة بدلا من المال الذي خرج فيحل المال الجديد محل المال القديم ويسري عليه نفس النظام القانوني الذي كان ساريا على المال القديم^(٤).

(١) د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق ، ص٣٦٨ و ٣٦٩ د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٨ ، ف٥٨١ و٥٨٢ و٥٨٣ و٥٨٤ و٥٨٥ ، ص٩٦٤ وما بعدها.

(٢) الاستاذ محمد طه البشير و د. غني حسون ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص١٢٠.

(٣) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٨ ، ص٩٣٨.

(٤) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٨ ، ص٢٥٢.

اولا- النظرية التقليدية :-

وتذهب إلى ربط الحلول العيني بفكرة الذمة المالية اي مجموعة اموال التي ترتبط ارتباط وثيق بالذمة المالية بافتراض وجود ذمتين او اكثر لشخص واحد ، فإذا خرج أي مال من الذمة المالية وحل محله غيره من الذمة المالية الاخرى فيعتبر هذا المال الجديد من عناصر الذمة المالية ، وتعتبر أشياء مثلية يحل بعضها البعض⁽¹⁾ . ويعتبر بعض الفقه الفرنسي الحلول العيني افتراض قانوني او مجاز قانوني⁽²⁾ .

تعرضت هذه النظرية للانتقاد ومن هذه الانتقادات التطبيقات الخاطئة للحلول العام وكذلك القول بان الحلول مجاز قانوني او افتراض قانوني لا يجوز التوسع في تفسيره لشمول حالات أخرى مماثلة ، فالمجاز القانوني افتراض ان يكون للشيء طبيعة تخالف طبيعته كافتراض المنقول عقار ولكن الحلول العيني لا يغير طبيعة الشيء بل يعطيه حكم يخالف القواعد العامة⁽³⁾ ، الأصل في الافتراض ان يقوم على اساس الاتيان بحكم او حقيقة معينة تخالف الحقيقة التي يضعها المشرع لمعالجة مسألة معينة ، لكن الافتراض قد لا تكون غايته مخالفة نص قانوني بل قد تكون لاسباغ صفة معينة لبعض النظم القانونية⁽⁴⁾ وتقوم الشخصية المعنوية مثلا على افتراض قانوني وكذلك بقاء الميث حيا حتى يتم تصفية تركته افتراض قانوني⁽⁵⁾ وكذلك إسباغ الصفة العقارية على العقار بالتخصيص رغم انه في الأصل منقول .وانتقد الفقه الفرنسي بناء الحلول العيني على الافتراض القانوني ، فالافتراض مخالف لمبادئ القانون والحلول ليس مخالفة لمبادئ القانون فهو ليس حلول شيء مادي محل شيء اخر وانما حلول قيمة مالية لشيء محل قيمة مالية لشيء آخر ، فالهدف ضمان القيمة منهم الفقهاء ديموج وبلانيول وهنري⁽¹⁾ .

ثانيا - النظرية الحديثة للحلول العيني :- الحلول العيني ليس مجاز قانوني الحلول العيني بحكم القانون في حالتين :-

الحالة الاولى - مجموعة من الأموال واجب الرد ، إذا خرج احد عناصر من المجموع قبل الرد وكان له مقابل ، فان هذا المقابل يحل بحكم القانون محل المال الذي خرج منها مثلا التركة

(1) p.31 ٢٦Planiol et Ribert Traite Pratique de droit paris19.

(2) Cerban nature et d Application de la subrogation réelle chron R.T.D.civil 1939 P13 Aubry et rau cours de droit civil français éme ed t.Ix,et 4eme ,ed t.Vi1873 P2. Ranouil (V.) la subrogation réelle en droit français heseparis1985 P57.

(3) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٨ ، ص ٢٥٦ و ٢٥٧ .د.حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ١٢٤ .

(4) أبو زيد عبد الباقي مصطفى ، الافتراض ودوره في تطور القانون ، مطبعة دار التاليف ، ١٩٨٠ ص ٧ .

(5) د. ادهم وهيب النداوي د. هاشم الحافظ ، تاريخ القانون ، طبعة جديدة ، الدار العربية للقانون ، بغداد ، بدون تاريخ ، ص ٦٩ .

(6) Capitant (H.) subrogation réelle chron R.T.D.civil 1919 P.393 Planiol et Ripert P.3.

تحت يد الوارث الظاهر اذا وجب ردها للوارث الحقيقي ، ومنها مثلا أموال المفقود إذا وجب ردها عند ظهوره حيا ، ونرى أن الشيء يخرج بتصرف قانوني أو بواقعة مادية كالهلاك ويحل محله التعويض ونزع الملكية ويحل محله بدل الاستملاك .

الحالة الثانية- إذا كان هناك شيء مخصص لغرض معين ثم خرج من ملك صاحبه بمقابل، فان هذا المقابل يحل بحكم القانون محل الشيء في نفس الغرض الذي كان الشيء مخصصا له من قبل ، فانه ينظر إليه باعتبار قيمة مالية بصرف النظر عن ذاتية الشيء ، والذي يعتد بهذه الحالة فكرة التخصيص فكرة الأصل ، فإذا انتزع مال شائع للمنفعة العامة فان بدل الاستملاك يحل محله ويصبح مثله باقيا على الشئوع والمال المرهون مخصص لغرض معين لضمان الدين فاذا هلك بخطا الغير فان التعويض يحل بحكم القانون محل المال المرهون ويصبح مثله مخصصا لضمان الدين ، فان الشيء في هذه الحالة يخرج ويحل محله شيء جديد، فقد يخرج بتصرف قانوني كبيع او واقعة مادية كالهلاك والاستملاك للمنفعة العامة (١).

تقضي المادة (١٢٩٨) مدني عراقي " إذا هلك المرهون رهنا تامينيا او تعيب انتقل حق المرتهن الى المال الذي يحل محله كالتعويض ومبلغ التأمين وبدل الاستملاك للمنفعة العامة وللمرتهن ان يستوفي حقه من ذلك بحسب مرتبته " تطابقها المادة (١٠٤٩) مدني مصري .وتقرر هذه المادة بما يعرف بالحلول العيني مفادها ان حق الدائن المرتهن لايزول بسبب هلاك المرهون هلاكا ماديا او هلاكا قانونيا سواء كان هلاك كلي او جزئي ، بل ينتقل الرهن الى مال اخر يعتبر بديلا عنه ، وان ما ورد في هذه المادة من تطبيقات لم ترد على سبيل الحصر بل على سبيل المثال فقد يكون المال مبلغ التعويض او بدل الاستملاك او مبلغ التأمين وغير ذلك (٢).

يذهب الدكتور السنهوري الى عدم وجود نظرية عامة للحلول العيني في القانون المدني المصري والفرنسي والايطالي والاسباني والبرتغالي ولا توجد قاعدة عامة للحلول العيني إلا في القانون المدني الالمانى وما وضعته القوانين الاخرى للحلول العيني مجرد تطبيقات متناثرة من هنا وهناك (٣) .

يرفض دكتور سمير غانم الحلول العيني ويرى أن قصور قاعدة الأولوية على ثمن المرهون فقط هي التي دفع الفقه إلى الاتجاه للحلول العيني ، ويقترح أن تكون صياغة قاعدة الأولوية مرنة لتشمل الثمن وغيره من مقابل نقدي أو بدل نقدي عن الشيء المرهون (٤). وتعليقا على رأي

(١) د.السنهوري ، المرجع السابق ، ج٨ ، ص٢٥٩ وما بعدها.

(٢) الاستاذ محمد طه البشير و د. غني حسونا المرجع السابق ، ج٢ ، ص٤٢٥.

(٣) د.السنهوري ، المرجع السابق ، ج٨ ، ص٣٢٦.

(٤) جاء : "الذي دعا الاتجاه إلى نظرية الحلول العيني في مثل هذه الحالات (أي التعويض ومبلغ التأمين وبدل الاستملاك) هو أن الفقه كثيرا ما يسوغ قاعدة الأولوية صياغة قاصرة . إذ كثير ما يعبر عن تلك القاعدة بالقول انه

الدكتور إسماعيل غانم قال دكتور منصور مصطفى منصور من أنصار الحلول العيني : " هذا الرأي لا يعيبه في نظرنا إلا انه بدأ من نقطة البداية التي بدأتها الفقهاء عادة وهي أن اثر الحلول العيني هو نقل حق التقدم أو إعطاء الدائن الحق في أن يباشر التقدم على التعويض إذ لو صح ذلك لو جب القول باستبعاد الحلول العيني اكتفاء بالقول بأن المشرع قد شبه التعويض بالثمن^(١).

الفرع الثالث

اثر القسمة والحلول العيني على رهن العقار الشائع

اولا - رهن كل العقار الشائع :-

تنص المادة (١٢٩٠ / ١) مدني عراقي على انه : " ويبقى نافذا الرهن الصادر من جميع ملاك العقار الشائع او المتصرفين ايا كانت النتيجة التي تترتب فيما بعد على قسمة العقار او بيعه او افراغه لعدم امكان قسمته " تطابقها المادة (١٠٣٩ / ١) مدني مصري الماخوذة من القانون المدني الفرنسي المادة (٢١٢٥) المادة الفرنسية الخاصة برهن الصادر من جميع الشركاء يبقى الرهن نافذا

Art 2125

Sauf en ce qui concerne rhypothe que coseentie par tous les coprie`tairs d un immeuable indivis ,laquelle conscervers exceptionnellement son effet ,quell que soit ulte rieurment le re sultat de la lactation ou du partage.

بقاء الرهن الصادر من جميع الشركاء نافذا ايا كانت نتيجة القسمة او بيع العقار لعدم امكانية قسمته ينعقد الرهن صحيحا و نافذا قبل القسمة لانه صادر من جميع الشركاء المشتاعين ، فاذا باع جميعهم العقار الشائع بعد رهنه ينتقل العقار الى المشتري متقلا بالرهن ، وللدائن المرتهن حق تتبع العقار الشائع في يد المشتري الذي يطلق عليه الحائز للعقار ، وله حق التقدم على الدائنين

بمقتضى الحق العيني يكون للدائن أن يستوفي دينه بالأولوية من الثمن المتحصل من بيع الشيء جبرا على مالكة وصياغة القاعدة من هذا الوجه من شأنها أن يحرم الدائن من حقه في الحالات التي يستحق فيها عن الشيء مقابل نقدي لا ينطبق عليه وصف الثمن بالمعنى الدقيق في حين لا محل للترقية بين الثمن المتحصل من بيع الشيء بالمزاد وبين مبلغ التعويض او التامين ...ولكن نظرا لقصور صياغة قاعدة الأولوية عن تادية هذه الوظيفة كان على الفقه ان يجد أساسا يفسر به ابتداء حق الدائن في الأولوية في غير الثمن من صور المقابل النقدي وقد افترضت لذلك عدة نظريات منها نظرية الحلول العيني فقيل ان حق المالك في مبلغ التامين أو التعويض قد حل محل الشيء حلولا عينيا فأصبح محملا بحق الدائن كما كان الشيء محملا به " ثم قال " أن الطريق الطبيعي هو إعادة صياغة قاعدة الأولوية صياغة مرنة تكفل تحقيق وظيفة التامين العيني دون الحاجة الالتجاء إلى الحلول العيني " ثم قال " فيكفي أن نقرر أن الحق العيني التبعي يخول الدائن استيفاء دينه بالأولوية من المقابل أو البديل النقدي للشيء المحمل بحقه "د. اسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للحق ج ٢ ، مكتب عبد الله وهبة ، القاهرة ، ١٩٥٨ ، ص ١٢٢ الى ص ١٢٤ هامش رقم (١) .

(١) د. منصور ، مرجع سابق ف ١٢٧ ص ٢١٧ .

العاديين في استيفاء حقه من ثمن العقار بعد بيعه بالمزاد العلني ، وإذا مات احد الشركاء اوكلهم ينتقل العقار للخلف العام (الورثة) مرهونا ،ويكون رهن العقار الشائع كله نافذا في حق الشركاء وفي حق دائيهم والخلف الخاص (الحائز) والخلف العام (الورثة) (١) ويبقى الرهن صحيحا وناظدا بعد القسمة ومهما كانت نوع القسمة سواء كانت قسمة عينية او ببيع العقار الشائع لعدم امكان قسمته عينا ، ومهما كانت نتيجة القسمة فاذا وقع في نصيب كل شريك جزء مفرز فان هذا الجزء الذي وقع في نصيب كل شريك يكون مثقل بالرهن ، لأنهم كلهم رهنوا العقار الشائع فيبقى مرهونا بعد افرازه ، أما إذا وقع العقار الشائع كله في نصيب احد الشركاء فان العقار الشائع ينتقل مرهونا إلى الشريك الذي وقع في نصيبه وهذا هو الحل العيني (٢). وهذا الحكم يتناقض مع العدالة ويجعل احد الشركاء فقط يتحمل الضرر ويتخلص بقية الشركاء من الرهن فكان المفروض طبقا للقواعد العامة لقسمة المال الشائع ان يتحمل الشريك الذي وقع في نصيبه العقار الشائع الرهن بقدر حصته الشائعة ، لأنه لم يرهن عند الشروع الا حصته الشائعة حسب الاثر الرجعي للقسمة فان بقية الشركاء لم يكن يملكان شيئا من العقار الشائع بعد القسمة . وإذا بيع العقار المرهون لعدم قابليته للقسمة ينتقل مرهونا للمشتري (٣).

ثانيا - الرهن الصادر من احد الشركاء :-

١ - رهن الشريك جزء مفرز من العقار الشائع:-

تنص المادة (١٠٣٩) مدني مصري على أنه: "٢- إذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة او جزء مفرز من هذا العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة اعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الاعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الاصل" ،الشريك في الشروع لا يملك ملكية مفرزة اي جزء من العقار الشائع لذا لا يكون الرهن نافذا بحق بقية الشركاء ولهم ان يعترضوا وليس امام الدائن المرتهن اذا كان حسن النية لا يعلم بان الشريك الراهن يملك حصة شائعة وليست مفرزة برفع دعوى الغلط ونقض الرهن ، أما إذا كان يعلم بذلك فعليه ان ينتظر نتيجة القسمة فإذا وقع الجزء المفرز في نصيب الشريك الراهن يكون الرهن باتا وفقا للاثر الرجعي للقسمة يكون مالكا لهذا الجزء من وقت الشروع ، وإذا لم يقع في نصيب الشريك الجزء الذي رهن ينتقل الرهن الى الجزء الذي آل إليه سواء كان نصيبه جزء اخر من نفس العقار

(١) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج١٠ ، ص٣٢٣ و٣٢٤ ، د. سمير عبد السيد تناغو التامينات الشخصية والعينية منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٦ ، ص ١٨٨ .

(٢) المستشار أنور طلحة ، الوسيط في القانون المدني الجزء السادس ، المكتب الجامعي الحديث ، الازارطة ، ٢٠٠١ ص٧٢٣ .

(٣) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج١٠ ، ص٣٢٥ .

أو من عقار اخر^(١). تنص المادة (١٠٦٢) مدني عراقي على أنه: " إذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع فلا يكون للتصرف اثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك" ، ويلاحظ أن المشرع العراقي يأخذ نفس حكم القانون المصري رغم أنه لم ينص كالقانون المصري على هذا الحكم في الرهن بل في الملكية الشائعة وبما ان الرهن تصرف فيصدق عليه حكم هذه المادة كما ان قضاء محكمة تمييز العراق استقرت على هذا الحكم^(٢).

٢- رهن الشريك حصته الشائعة :-

تنص المادة (١٢٩١ / ١) مدني عراقي على أنه: " إذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة المفترزة التي وقعت في نصيب هذا الشريك" ، تقابلها المادة (١٢٠٣٩) مدني مصري أنفة الذكر ، ولا يختلف حكم القانون المدني العراقي عن حكم القانون المدني المصري إذا كان العقار الشائع واحد ورهن الشريك حصته من هذا العقار ووقع في نصيبه جزء مفترز ينتقل الرهن بمرتبته إلى هذا الجزء الذي وقع في نصيبه^(٣) ويذهب جانب من الفقه المصري ان انتقال الرهن بعد القسمة هو اثر طبيعي للقسمة وليس على اساس الحلول العيني ، لأن القسمة كاشفة ومقررة للحق^(٤) أي أن القسمة لها اثر رجعي ، ويعتبر مالكا للجزء الذي آل إليه من وقت الشيوخ وليس القسمة فيكون قد رهن هذا الجزء ابتداء وقت الشيوخ . ونحن نؤيد هذا الرأي لوحدة المحل ، وان الراهن كان يملك الجزء المفترز ابتداء وقت الشيوخ نتيجة الأثر الرجعي للقسمة الذي أصبح حقيقة قانونية نص عليها المشرع .

يذهب رأي آخر إلى انتقال الرهن إلى الجزء المفترز الذي وقع في نصيب الراهن على أساس الحلول العيني فيحل الجزء المفترز محل الحصة الشائعة وليس بمقتضى القسمة لأن القسمة تقررت

(١) المستشار أنور طلبه ، المرجع السابق ، ص ٧٢٥ د. سمير عبد السيد ، المرجع السابق ، ص ١٩٤.

(٢) رقم القرار ٩٩٨ الهيئة الاستئنافية عقار تاريخ القرار ٢٨ / ٥ / ٢٠٠٦ جاء في تسيب القرار "لان الطرفين شركاء على الشيوخ في العقار موضوع الدعوى وفي حالة تصرف الشريك في جزء من المال الشائع فلا يكون للتصرف اثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك المادة ١٠٦٢ / ٢ من القانون المدني مما يتعين على الشريك انتظار نتيجة قسمة المال الشائع وهذا ما قضت به المحكمة بحكمها المميز " النشرة القانونية، مصدر سابق ، العدد الأول السنة الأولى كانون الثاني ٢٠١٠ ، ص ١٦.

(٣) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١٠ ، ف ١٤٦ ، ص ٣٢٨.

(٤) الأستاذ محمد طه ود. غني حسون المرجع السابق ، ج ٢ ص ٣٩١ د. محمد كامل مرسي التامينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص ١٣٨ د. أنور طلبه المرجع السابق ، ص ٧٢٤ د. السنهوري ، المرجع السابق ج ١٠ ص ٣٢٩.

على حق الملكية محل الرهن وليس الرهن ذاته^(١). يذهب رأي أن انتقال الرهن إلى الجزء المفرز على أساس وحدة المحل^(٢).

ما الحكم إذا وقع في نصيب الراهن جزء مفرز من عقار آخر ؟

لا يوجد نص في القانون المدني العراقي يحكم هذه الحالة بينما تقرر المادة (١٠٣٩ / ٢) مدني مصري على أنه: " إذا وقع في نصيب الشريك الراهن أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن إلى هذه الأعيان بقدر حصته المرهونة " فقد يقع في نصيب الراهن عقار اخر غير العقار الذي رهنه يذهب أغلبية الفقه إلى أن يحل هذا العقار محل العقار الاول حلولا عينيا ولولا الحلول العيني ل قيل ان العقار الذي وقع في نصيب الشريك لم يكن مرهونا وقت الشروع اما العقار الذي رهن يعتبر كأن لم يملكه ويكون الرهن صادر من غير مالك فيكون قابل للابطال^(٣). ويرى رأي آخر أن المادة (١٠٣٩ / ١) مدني مصري ليس من تطبيقات الحلول العيني فالقول بوجود هذا الحق لا يكون الا باستبعاد الاثر الكاشف للقسمة الذي يؤدي الى انتقال العقار الى شريك اخر اعتبار الراهن لم يملك شيئا من العقار ويقع رهنه على ملك الغير^(٤). ونرى أن الرهن ينتقل إلى العقار الذي انتقل للراهن بالقسمة على أساس الحلول العيني لان هذا الحلول نص عليه المشرع صراحة أما العقار المرهون أصبح ملكا لشريك آخر فتسقط الحقوق التي رتبها غيره من الشركاء ومنها الرهن لوقوعها على عقار مملوك للغير .

(١) يقول دكتور سمير عبد السيد تناغو " إذا وقع في نصيب الراهن بعد القسمة جزء مفرز مساو للحصصة الشائعة المرهونة ، فان حق الدائن المرتهن يرد على هذا الجزء المفرز بمقتضى اثر الحلول العيني أي حلول الجزء المفرز محل الحصصة الشائعة وليس بمقتضى اثر القسمة ذاتها لان القسمة تقررت على الملكية محل الرهن وليس الرهن نفسه" المرجع السابق ،ص ١٩٤ ويقول الدكتور منصور مصطفى منصور " فالقسمة لا ترد عليه (الرهن) لانه ليس شائعا بل على محله وهو حق الملكية " ثم قال "واما انتقال الرهن فهو بمقتضى الحلول العيني " مرجع سابق ، ص ٢٣٣.

(٢) د. عادل سيد فهيم نظرية التامين العيني في التقنين المدني العراقي مطبعة حداد البصرة ١٩٦٩ ص ١٩٠ و ١٩١.

(٣) هذا رأي وتعليل د . السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١٠ ، ص ٣٢٩ و ٣٣٠ وينظر ايضا المستشار انور طلبية ، المرجع السابق ، ص ٧٢٤ د. سليمان مرقس ، التامينات العينية ، دار النشر الجامعة ، مصر ، ١٩٥٩ ، ص ٧٩ الاستاذ عبد المنعم البدرابي ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الطبعة الثانية ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ١٥٤ د. احمد سلامة ، دروس في التامينات العينية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ١٦٣ د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، التامينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص د. سمير عبد السيد ، المرجع السابق ، ص ١٩٥ ١٣٨.

(٤) استاذ محمود جمال الدين زكي الوجيز في الحقوق العينية الاصلية مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، ١٩٧٨ ص ١٧٧.

إذا وقع في نصيب الراهن منقول وليس عقار يرى اغلب الفقه أن المرتهن يفقد حقه بالرهن لأنه وقع في نصيبه منقول وليس عقار ولا يجوز ان يكون محل الرهن الرسمي منقول^(١) ويذهب رأي إلى انه يجوز ان يتحول إلى رهن حيازي^(٢) ونحن نؤيد تحول العقد من الرهن التأميني إلى الحيازي ، لأن رهن المنقول رهن تأميني باطل وهذا البطلان يقرر من وقت الشيوخ وليس وقت القسمة للأثر الرجعي للقسمة ، وبتوافر شروط نظرية التحول من النية المحتملة للأطراف المتعاقدة إلى العقد الجديد لان العبرة بالغاية الاقتصادية وليس الوسيلة القانونية ، والقاضي يستخلص من التصرف الباطل عناصر التصرف الصحيح الذي انصرفت الإرادة المحتملة للمتعاقدين إليه^(٣) تنص المادة (١٤٠) مدني عراقي على انه : "إذا كان العقد باطلا وتوافرت فيه أركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهم تتصرف إلى إبرام هذا العقد " .

وإذا وقع نصيب الشريك لا على عقار ولا على منقول ، بل مبلغ من النقود ينتقل الرهن الى هذا المبلغ من النقود وللدائن حق التقدم في استيفاء حقه من هذه النقود^(٤) ويذهب رأي إلى انه صورة من رهن الدين^(٥) .

واختلف الفقه الفرنسي فمنهم يرى حلول النقود محل العقار المرهون حلولا عينيا فيكون للمرتهن حق التقدم على هذه النقود ، ورأي آخر يعتبر الرهن باطل بطلانا مطلقا لوقوعه على ملك الغير واخذ القضاء الفرنسي بالأثر الرجعي للقسمة فيقرر أن حق الدائن المرتهن انقضى ليس فقط في مواجهة المتقاسم بل في مواجهة غيره من دائني الراهن^(٦) .

نرى بان المادة (١٢٩٨) مدني عراقي " إذا هلك المرهون رهنا تأمينا او تعيب انتقل حق المرتهن الى المال الذي يحل محله كالتعويض ومبلغ التأمين وبديل الاستملاك للمنفعة العامة وللمرتهن ان يستوفي حقه من ذلك بحسب مرتبته " الخاصة بحق الأولوية وتقدم المرتهن باستيفاء حقه على أي مبلغ نقدي يحل محل ثمن المرهون تكون كافية حتى لو لم ينص المشرع على انتقال الرهن إلى عين أخرى كما فعل المشرع العراقي ، ونرى أنه رهن الدين اعتبار رهن دين

(١) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١٠ ، ص ٣٣٠ المستشار انور طلبية ، المرجع السابق ، ص ٧٢٥ .

(٢) هذا رأي د. عبد المنعم البدرابي ، المرجع السابق ، ص ١٥٤ .

(٣) د عبد المجيد الحكيم الموجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام المكتبة القانونية بغداد ٢٠٠٧ ف ٥٣٦ ص ٢٩١ .

(٤) د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١٠ ، ص ١٣٣١ المستشار نور طلبية ، المرجع السابق ، ص ٧٢٤ .

(٥) رأي د. احمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ١٦٦ .

(٦) أشار إليه د. محمد كامل مرسي ، التامينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص ١٣٨ د. سمير عبد السيد تناعو ، المرجع السابق ص ١٩٦ و ١٩٧ .

يتطلب أولاً تحول الرهن التأميني إلى رهن حيازي لأن رهن الدين الذي هو صورة من الرهن الحيازي وان يكون بيد المرتهن سند الدين المرهون ولكي ينفذ بحق الراهن لا بد إعلانه له أو قبوله آياه وتحسب مرتبة الرهن من التاريخ الثابت لتبليغ الإعلان أو القبول^(١) وليس من تاريخ تسجيل الرهن التأميني .

عدم وجود نص مماثل في القانون المدني العراقي بانتقال الرهن الى عين اخرى غير التي رهنها أثار جدلا فقهيًا ، فذهب بعض فقه القانون المدني العراقي إلى عدم تطبيق حكم الحلول العيني المقرر في المادة (١/١٠٣٩) مدني مصري ، ويكون الحكم أن يفقد الدائن حقه في الرهن لعدم وجود نص مماثل في القانون المدني العراقي ، وانتقال الرهن الى عقار اخر غير مرهون يتعارض مع القواعد والمبادئ العامة في المادة (٢/١٠٢٦) مدني عراقي^(٢) . وحسب هذا الرأي عندما يكون المرهون حصة شائعة فحق المرتهن حقا احتماليا يتوقف على نتيجة القسمة فان وقع في نصيبه حصة من العقار المرهون نفذ رهنه وان وقع نصيب الراهن في عقار اخر غير مرهون فقد حقه في الرهن .

ويذهب رأي آخر إلى أن الحكم هو نفس حكم القانون المدني المصري بانتقال الرهن الى العقار الاخر الذي وقع في نصيب الراهن على أساس الحلول العيني ، فنص المادة (١٢٩١) مدني عراقي مشابه لحكم المادة (٢/١٠٣٩) مدني مصري بالرغم الاختلاف اللفظي بينهما إلا أن المعنى واحد ، فكلمة الحصة المفردة هي عامة غير معينة لنفس العقار الشائع فقد تكون حصة من نفس العقار المرهون أو من عقار آخر كان هو مملوكا على الشيوع^(٣) . ونرى ان النص العراقي يختلف عن المصري ولا يمكن ان نحمله أكثر مما يقتصر عليه ونرى ضرورة تعديله ولكن تعديله بانتقال الرهن إلى عقار آخر غير العقار المرهون وليس عين اخرى لان انتقاله إلى منقول يعتبر الرهن باطل كتأميني وانتقال إلى نقود تكفي وظيفة التقدم لحق المرتهن بان ينتقل إلى المقابل النقدي الذي يحل محل المرهون .

المطلب الثاني

اثر هلاك العقار الشائع والتصرف بالحصة الشائعة على الرهن

(١) أستاذ محمد طه البشير ود غني، مرجع سابق، ج٢ ص٥٥٥.

(٢) رأي الأستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون طه، المرجع السابق، ج٢، ص٣٩٢ وينقل رأي بقية شراح القانون المدني العراقي.

(٣) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦١، ص١٣٤

(٣) ينظر المادتين (١٢٩٧) و(١٢٩٨) مدني عراقي.

الفرع الاول اثر هلاك العقار الشائع على الرهن

لا يختلف حكم هلاك العقار الشائع المرهون عن العقار المفرز المرهون ، تنص المادة (١٢٩٦ / ١) مدني عراقي على أنه : "يضمن الراهن في الرهن التاميني سلامة الرهن وللمرتهن ان يعترض على كل عمل يكون من شأنه انقاص ضمانه ٢- فاذا وقعت اعمال من شأنها ان تعرض العقار المرهون للهلاك أو التعيب أو تجعله غير كاف للضمان كان للمرتهن ان يطلب من المحكمة وقف هذه الاعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر ". فإذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة وهلك العقار الشائع ، فان الراهن يلتزم بضمان الهلاك ، إذا هلك العقار المرهون رهنا تأمينيا أو تعيب قضاء وقدر كان هلاكه وتعيبه على الراهن ، والراهن مخير أما أن يوفي الدين فوراً أو أن يقدم تأميناً آخر كافياً ، أما إذا كان الهلاك بخطأ الراهن فيكون الدائن المرتهن محيراً بين ان يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً ، كان بخطأ أجنبي فان التعويض يحل حلوياً عينياً محل العقار الهالك .

الفرع الثاني أحكام تصرف الشريك الراهن بحصته الشائعة المرهونة

ذكرنا أن الشريك يملك حصته الشائعة ملكية تامة وله التصرف بها تصرف المالك فله ان يرتب حق عيني تباعي بان يرهنها فيكون الرهن صحيحاً وناظداً في حق بقية الشركاء وإذا باع حصته المرهونة انتقلت ايضاً الى المشتري متقلة بالرهن^(١).

تنص المادة (١٣٠٦ / ١) مدني عراقي على أنه : "يجوز للمرتهن عند حلول اجل الدين ان ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز لهذا العقار بعد انذاره بدفع الدين إلا إذا اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدين او بتحرير العقار من الرهن " تقابلها المادة (١٠٦٠) مدني مصري بإضافة حق للحائز ان يتخلى عن العقار المرهون وهنا من للمرتهن حق تتبع الحصة الشائعة المرهون والتنفيذ عليه عند حلول اجل الدين وللحائز ثلاثة خيارات لتطهير العقار من الرهن وهي :-

١ - قضاء الدين :-

تنص المادة (١٣٠٧ / ١) مدني عراقي على أنه : " إذا وفى الحائز الدين الموثق بالرهن التاميني حل محل الدائن فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين ٢- ويبقى حق الحائز قائماً الى يوم رسو المزايدة ، ولكن يجب عليه ايضاً ان يفي

(١) د. السنهوري، المرجع السابق ، ج ١٠ ، ص ٣٢٨.

بما صرف في الاجراءات من وقت انذاره على ان يرجع بكل ذلك على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون " تطابقها المادة (١٠٦١) مدني مصري .

يختار الحائز دفع الدين للدائن المرتهن طالب التنفيذ إذا كان الثمن المستحق للراهن بذمة الحائز اقل من الدين اذا كان الثمن مؤجلا ، فيدفعه للدائن المرتهن ويحل محله حلولا شخصيا ، أما إذا انتقلت ملكية العقار المرهون للحائز بدون مقابل أو كان قد دفع الثمن للراهن فاذا دفع الدين فهو يدفع غير مستحق عليه فلا يخاطر عادة بذلك . وعلى الحائز ان يدفع للدائن المرتهن اصل الدين والفوائد المستحقة وما صرفه الدائن المرتهن من مبالغ للاجراءات من وقت انذار الحائز ، فإذا لم يدفع كل الدين كان من حق الدائن المرتهن ان ينفذ على العقار المرهون . ويبقى حق الحائز بدفع الدين قائما الى يوم رسو المزايدة ويرجع الحائز بما دفع على المدين بدعوى شخصية على أساس الإثراء بلا سبب ودعوى الحلول الشخصي محل الدائن المرتهن بما له من حقوق وتأمينات ، إلا ما كان مقدم من شخص غير المدين وهذه هي حالة الكفيل الشخصي والعيني . ودعوى الضمان على المالك السابق للعقار لان دفع الديون المسجلة على العقار يعتبر بحكم الاستحقاق الكلي أو الجزئي فللحائز ان يرجع على السلف بضمان الاستحقاق^(١).

٢ - تحرير العقار المرهون :-

تنص المادة (١٣٠٨ / ١) مدني عراقي على أنه : " يبقى للحائز حق تحرير العقار من الرهن رهنا تأمينيا إلى يوم توقيع الحجز عليه من المرتهن " تقابلها المادة (١٠٤٦) مدني مصري التي تنص على أنه : " إذا سجل سند ملكيته ان يظهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند . . ويجوز للدائنين الموجه لهم الإعلان وفق المادة (١٣١٠ / ١) مدني عراقي قبول العرض أو رفضه فاذا رفض احدهم عرض التحرير أن يقدم طلب بيع العقار بالمزاد العلني اولا يجوز ان ترسو المزايدة على العقار بأقل من المبلغ الذي عرضه الحائز مضاف اليه نصف العشر و . إذا قبل جميع الدائنين عرض التحرير أصبح الحائز ملزما التزاما شخصيا بالمبلغ الذي عرضه وتكون امواله كلها ضامنة بدفع هذا المبلغ ويتخلص العقار المرهون من كل الحقوق المسجلة سواء كانت حل اجل الدين أو لم يحل بعد وحتى بالنسبة لحقوق الدائنين المتأخرة مرتبتهم ولم يكفي المبلغ لسداد ديونهم^(٢).

٣ - تحمل اجراءات نزع الملكية :-

(١) الأستاذ محمد طه البشير د. غني حسون طه ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٤٥٤ و ٤٥٥ و ٤٥٦ د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١٠ ، ص ٥٢٨ وما بعدها د. محمد كامل مرسي ، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ .

(٢) الأستاذ محمد طه البشير د. غني حسون طه ، المرجع السابق ج ٢ ص ٤٦٨ د. محمد كامل مرسي التأمينات الشخصية والعينية المرجع السابق ص ٢٣٥) .

وفق المادة (١ / ١٣١٣) مدني عراقي إذا تم عرض العقار للبيع بالمزاد كان للحائز ان يشارك بهذا المزاد فاذا رسا المزاد عليه تنتقل اليه الملكية من تاريخ سند ملكيته الاصيلي وليس من تاريخ رسو المزاد فرسو المزاد مؤكدا لنقل الملكية وليس منشأ لحق جديد فتبقى التزاماته الناشئة بمقتضى سنده قائمة فلو كان بيعا يبقى ملتزما بالثمن المتفق عليه مهما كان مبلغ الذي رسي عليه المزاد وبرسو المزاد للحائز يتحرر العقار من جميع الرهون وحقوق الامتياز التي كانت تثقله عند انتقال الملكية اليه.

وفق المادة (٢ / ١٣١٣) مدني عراقي تطابقها المادة (١٠٧٦) مدني مصري إذا رسا المزاد على غير الحائز تنتقل ملكية العقار للراسي عله المزاد خاليا من الحقوق التي كانت تثقله ويتلقى الراسي عليه المزاد الملكية من الحائز بمقتضى حكم رسو المزايدة فلا بد من تسجيلها ويكون المبلغ الذي رسا عليه المزاد ملكا للحائز يستوفي منه الدائنون المرتهنون حقوقهم والباقي له ولدئنيه والرهون التي سجلها الحائز للفترة من اكتساب الحائز ملكية العقار إلى تسجيل العقار حق الراسي عليه المزاد صحيحة . وحقوق الاستعمال والسكنى التي رتبها الحائز تبقى صحيحة^(١). ويرجع الحائز إذا كان المبلغ الذي بقى له من ثمن المزاد لا يغطي ثمن العقار ومصاريفه ان يرفع دعوى ضمان الاستحقاق على من تلقى منه ملكية العقار ، ويرجع بدعوى شخصية الاثراء بلا سبب على المدين ويحل حلولا شخصيا محل الدائنين الذين استوفوا حقوقهم بما لخدم من حقوق وتأمينات إلا ما كان منها ناشيء عن تامين قدمه غير المدين اي الكفيل العيني^(٢) .

(١) د. السنهوري المرجع السابق ، ج ١٠ ص ٥٧٠.

(٢) الأستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون ، المرجع السابق ، ج ٢ ، ص ٤٧٣ و٤٧٤ د. السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١٠ ، ص ٥٦٧ و٥٦٨.

الخاتمة

يتبين لنا ان القوانين المدنية تتفق على ان لقسمة العقار الشائع اثر ناقل واثر كاشف ويكون للقسمة اثر رجعي من تاريخ الشيوخ وليس من تاريخ القسمة فتسقط كل الرهون التي رتبها احد الشركاء على الجزء المفرز للشركاء الاخرين المترتبة عن القسمة . وهذه طبيعة القسمة في الفقه الاسلامي مع الاختلاف في المصطلحات فاستعمل الفقه الاسلامي كلمة مبادلة بدلا من ناقلة وكلمة افراز بدلا من الاثر الكاشف .

ولم ياخذ الفقه الاسلامي برهن الحصاة الشائعة بل انه لم ياخذ بالرهن التاميني بل بالحيازي لانه يشترط لصحة الرهن القبض .

وإذا سقط الرهن عن حصص بقية الشركاء لا بد له من محل يرد عليه وهنا يرد على الجزء المفرز الذي للشريك الراهن المترتب عن القسمة على اساس الحلول العيني عند بعض الفقه لأنه يملك الشريك حصاة شائعة قبل القسمة وليس جزء مفرز . ويذهب راي اخر على اساس النتيجة الطبيعية للقسمة بان لها اثر كاشف . وهو الرأي الراجح لأن الجزء المفرز هو الذي يملكه الراهن وقت الشيوخ ولم يملك قط حصاة شائعة حسب الاثر الرجعي للقسمة .

ولم يرد حكم قانوني في القانون المدني العراقي خلافا للقانون المدني المصري في حالة اذا وقع في نصيب الراهن عقار اخر غير مرهون والحكم المصري ينتقل الرهن الى العقار الذي وقع في نصيبه بسبب القسمة على اساس الحلول العيني لان هذا العقار البديل لم يكن اصلا مرهونا .

وقد يقع منقول ونرى تحول الرهن إلى رهن حيازي وفق نظرية تحول العقد كما ذكرنا وإذا وقع نقود في نصيب الراهن نرى تطبيق احكام انتقال الرهن التأميني إلى مبلغ النقود . ويتحول الرهن الى رهن الدين الذي هو صورة من الرهن الحيازي لكن بما ان الدين شيء معنوي فحيازته بحيازة سنده .

نقترح معالجة للنقص التشريعي في القانون المدني العراقي والذي بقائه يؤدي الى نتائج لا تتفق مع المبدأ العام لضمان حقوق المرتهن بالرهن لان هذا النقص يؤدي الى فقد المرتهن حقه في الرهن بسبب القسمة بينما في حالة الهلاك بقوة قاهرة رغم انعدام محل الرهن لا يفقد هذا الحق لذا نقترح تعديل المادة (١ / ١٢٩١) مدني عراقي بان تكون كالاتي (إذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة إلى العقار الذي وقع في نصيبه) وكلمة عقار مطلقة فهي تشمل الجزء المفرز من العقار لان هذا الجزء بالقسمة أصبح وحدة عقارية قائمة بذاتها ، كما يشمل جزء من عقار آخر غير المرهون . وأيضا يقضي على الخلاف الذي تعرض له القانون المدني المصري الذي استعمل لفظ العين لتشمل العقار والمنقول إذا آل إلى الراهن منقول وليس عقار نتيجة القسمة . كما يشمل تلقائيا مبلغ من النقود لأن المرهون يتعلق بقيمة المرهون لا بذاتيته فينتقل إلى المبلغ الذي انتقل للشريك بالقسمة بما يتعلق بحق الأولوية للدائن في استيفاء حقه وفق المادة (١٢٩٨) مدني عراقي .

المراجع

أولا - المراجع العربية: -

- ١- الأستاذ أبو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض ودوره في تطور القانون، مطبعة دار التاليف، ١٩٨٠
- ٢- د. أحمد عبد العال، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٩
- ٣- د. أحمد سلامة، دروس في التامينات العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨
- ٤- د. ادهم وهيب النداوي د. هاشم الحافظ، تاريخ القانون، طبعة جديدة، الدار العربية للقانون، بغداد، بدون تاريخ
- ٥- د. اسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق ج ٢، مكتب عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٥٨
- ٦- د. أنور سلطان . - مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة عمان الاردن، ٢٠١٠
- ٧- المستشار انور طلبة، الوسيط في القانون المدني الجزء السادس، المكتب الجامعي الحديث، الازاريطه، ٢٠٠١
- ٨- د. أيمن سعيد سلطات الملاك على الشيوع في استعمال المال الشائع واستغلاله، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠
- ٩- د باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الاول، طبعة جديدة، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٨
- ١٠- د. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الاصلية مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٦
- ١١- المحامي جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى إزالة الشيوع، مكتبة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧
- ١٢- د. سمير عبد السيد تناغو التامينات الشخصية والعينية منشأة المعارف الاسكندرية ١٩٩٦
- ١٣- د. سليمان مرقس، التامينات العينية، دار النشر الجامعة، مصر، ١٩٥٩
- ١٤- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦١
- ١٥- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن الحقوق العينية الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٠
- ١٦- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر الحقوق العينية التبعية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٠
- ١٧- د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الاول مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، مطبعة العاتك، القاهرة ٢٠١٠
- ١٨- د. عبد المنعم البدرابي، شرح القانون المدني، الحقوق العينية، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٥٦
- ١٩- د. محمود المظفر، مصادر الالتزام، نظرية العقد الطبعة الرابعة دار المثني، بغداد، ٢٠١٠
- ٢٠- الأستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الثاني، الحقوق العينية التبعية، طبع وزارة التعليم، بغداد، ١٩٨٢

- ٢١ - د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الثاني تنقيح المستشار محمد علي سكيكر والمستشار معتز كامل مرسي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥.
- ٢٢ - د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، التامينات الشخصية والعينية ، لمعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥،
- ٢٣- استاذ محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، ١٩٧٨
- ٢٤ - د. منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ١٩٥٦

ثانيا- الفقه الإسلامي :-

- ١- أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الامامية المطبعة،المرتضوية،النجف، بدون تاريخ
- ٢- ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد ابن رشد، بداية المجتهد ، دار الفكر بيروت، بدون تاريخ
- ٣- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساتي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،مطبعة دار الحديث القاهرة بدون تاريخ
- ٤- شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاد في شرح المنهاج ،مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ١٩٦٧
- ٥- موفق الدين محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٨٣
- ٦- محمد إبراهيم الكرياسي ،هداية المسترشدين ، دار الزهراء ، بيروت ، ١٩٧٣

ثالثا- المراجع الفرنسية :-

- ١- Planiol et Ribert, Traite Pratique de droit, paris,19٢٦
- 2-Cerban nature et d Application de la subrogation reelle chron ,R.T.D. civil ,1939
- 3- Aubry et rau , cours de droitcivil francais eme ed t.Ix,et 4eme ,ed t.Vi,1873
- 4-Ranouil (V.), la subrocaton reelleen droit Francis heseparis,1985
- 5- Capitant (H.), subrogation reelle chron R.T.D.civil ,1919

رابعاً - المجلات :-

- ١- مجلة التشريع والقضاء بغداد، السنة الثالثة ، العدد الأول ، كانون الثاني شباط واذار ٢٠١١
- ٢- مجلة القضاء ، تصدر عن نقابة المحامين العراقيين ، بغداد ، العدد الاول والثاني والثالث والرابع ، ١٩٨٣
- ٣- مجلة النشرة القانونية العدد ٢٢ و٢٧ سنة ٢٠١٠ اعداد دريد سلمان الجنابي الموقع الالكتروني duraid Saleman @ Yahoo. com.
- ٤- مجلة Cod civil fr. Dalloz 104 edetion paris 2005 www. Dalloz.fr

خامساً - القوانين :-

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
- ٢- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤
- ٣- قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠
- ٤- قانون التسجيل العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١
- ٥- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨