

## رهن العقار الشائع رهناً تأمينياً

أ.م.د. أسماء صبر  
أ.م.د. محمد علي صاحب  
كلية القانون / المستنصرية

### الملخص

إذا حل أجل الدين ينفذ الدائن المرتهن على الحصة الشائعة المرهونة ويتم بيعها واستيفاء الدائن المرتهن حقه من ثمنها . 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 .

### المبحث الأول

#### مفهوم رهن العقار الشائع رهناً تأمينياً

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

### المطلب الاول

#### تعريف الرهن التأميني وخصائصه ومميزاته

### الفرع الاول

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

الرهن في القانون المدني الفرنسي ثلاثة أنواع الرهن الاتفاقي الذي نصت عليه 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 . يشترط الفقه الإسلامي للرهن القبض فهو يقابل الرهن الحيازي في القانون . ولا يجوز رهن الحصة الشائعة لأن الشيوع مانعاً من قبض النصف الشائع

### الفرع الثاني

### 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 ، وحق الرهن ليس جزء من حق الملكية كما هو الحال بحق الانتفاع والارتفاق ، بل هو حق عقاري اخر يعتبر ضماناً خاصاً لدين معين . وهو حق عقاري فمحل عقد الرهن التأميني العقار فقط فلا يرد على منقول ، واذا ورد على منقول يعتبر باطلاً كرهن تأميني .

٢- حق الرهن حق تبعية فلا ينشأ الرهن مستقلاً بنفسه بل لا بد 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 . 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 ، و يجوز ان يضمن التزاماً احتمالياً كالحساب الجاري والاعتماد المستندي فيوجد الرهن قبل هذا الالتزام المحتمل .

٣- حق غير قابل للتجزئة سواء بالنسبة للعقار المرهون أو بالنسبة للدين المضمون ، فكل جزء من المرهون يعتبر ضامنا 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 إليه ، وأي جزء من الدين مضمون بكل العقار المرهون ، فلو وفي المدين بجزء من الدين يبقى العقار المرهون كله ضامنا لما تبقى من الدين ولا يتخلص جزء منه بنسبة ما تم الوفاء به من الدين ، 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 .

٤- الرهن التأميني حق يتعلق بالمرهون من حيث ماليته وقيمه لا بذات المرهون ، لأن التعلق من الوفاء والوفاء من المالية ، 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 . 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

#### الفرع الثالث

#### تمييز الرهن التأميني عن الرهن الحيازي

يختلف الرهن التأميني عن الحيازي في الآتي :-

١- محل الرهن الحيازي يشمل العقار او المنقول بينما يقتصر الرهن التأميني على العقار فقط . .

٢- من حيث حقوق الدائن المرتهن ففي الرهن الحيازي يتمتع المرتهن بحق التقدم والتتبع وحق الحبس بينما يقتصر حق المرتهن في الرهن التأميني على حق التقدم والتتبع فقط لان المرهون يبقى بيد الراهن وليس بيد المرتهن .

٢- من حيث عقد الرهن ففي الرهن الحيازي العقد عيني لا يتم إلا بالقبض بينما عقد الرهن التأميني عقد شكلي لا يتم الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، وعقد الرهن التأميني عقد ملزم لجانب واحد وهو الراهن بينما عقد الرهن الحيازي ملزم للجانبين فهناك التزامات على الراهن والتزامات على الدائن المرتهن.

## المطلب الثاني تعريف الملكية الشائعة وأسبابها الفرع الاول تعريف الملكية الشائعة

عرفت المادة ( ١٠٦١ ) مدني عراقي الملكية الشائعة على أنه: " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً فهم شركاء فيه على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا 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 .

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 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 " . وتنص المادة ( ١٠٦٠ ) من مجلة الأحكام العدلية على انه "شركة الملك هي كون الشيء مشتركاً بين اثنين فأكثر اي مخصوصاً بهما بسبب من اسباب الملك" حق كل شريك محله حصته الشائعة في هذا المال ، فحق ملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم دون ان ينقسم المال ذاته ، والشيء قد يكون منقول او عقار لذا تشمل الملكة الشائعة المنقول والعقار.

### الفرع الثاني أسباب الملكية الشائعة

أسباب الملكية الشائعة هي نفس اسباب كسب الملكية واهم هذه الاسباب هي الميراث فاذا مات المورث وله أكثر 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 فيصبح مالكا مع المشتري الدار على الشيوع ، وغيرها من اسباب كسب الملكية كالاتصاق والاستيلاء والتقادم المكسب والشفعة.

### المبحث الثاني

#### شروط رهن العقار الشائع رهناً تامينياً

يشترط لانعقاد الرهن التاميني ونشوءه الشروط الموضوعية من رضا ومحل وسبب كما يشترط الشروط الشكلية وهو تسجيل الرهن في دائرة التسجيل العقاري

عليه نقسم المبحث إلى مطلبين الأول الشروط الموضوعية والثاني  
الشروط الشكلية

## المطلب الأول الشروط الموضوعية

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.

### الفرع الأول الرضا

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

وجود الرضا لا يكفي بل لا بد 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 ، فالمدين الراهن يرهن عقاره وفاء  
لالتزام عليه ، فلا بد ان يكون متمتعاً باهلية التصرف وهي اكمال الثامنة عشرة من  
عمره ، فاذا كان صبي غير مميز فرهنه باطل وياخذ حكمه المجنون ، اما اذا كان  
مميزاً فيعتبر ناقص الاهلية ورهنه موقوف على اجازة وليه ، ويعتبر بحكمه  
المحجور عليه لسفه او غفلة.

والصغير المميز المأذون بالتجارة حكمه كامل الاهلية فرهنه صحيح اذا كان  
ضماناً لدين يتعلق بالتجارة المأذون بها .

أما الراهن غير المدين (الكفيل العيني) فالرهن بالنسبة له عملاً ضاراً ضرراً  
محضاً فهو يرهن عقاره ضماناً لدين غيره فهو متبرع ، لذا يشترط ان يكون بالغاً  
سن الرشد، فاذا كان مميزاً او محجور عليه لسفه او غفلة فرهنه باطل ، ويجوز  
للولي والوصي ان يرهن مال القاصر بموافقة مديرية رعاية القاصرين بما يحقق  
مصلحة القاصر كما على الولي والوصي عند تسجيل الرهن اخذ موافقة المحكمة.

أما أهلية الدائن المرتهن فقد اختلف الفقه حول طبيعة الرهن بالنسبة له فالبعض  
يعتبر الرهن نافعاً 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 ..  
والبعض الآخر يرى أن الرهن بالنسبة للدائن ايضاً تصرف دائر بين النفع والضرر  
، لان الرهن من الاستيفاء واستيفاء الدين يتطلب اهلية المعاوضة ، كما برروا هذا

الراي بانه يتفق مع احكام الفقه الإسلامي ، ونحن نؤيد الرأي الأول بتوافر في المرتهن اهلية 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 اهلية المعاوضة ، يرد على ذلك بان الفقه الإسلامي لا يأخذ بالرهن التأميني 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 . ويجوز أن يتم الرهن عن طريق الوكالة وهنا لا بد من وكالة خاصة بنسبة للراهن والمرتهن .

## 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 ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه ، وبيعه في المزداد العلني ، وان يكون معيناً بالذات تعيناً دقيقاً من 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 بالمزداد 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 الناشئ عن العقد يجب ان يكون معيناً تعيناً نافياً للجهالة والغرر ، وغير ممنوع قانوناً ولا مخالف للنظام العام ولا الاداب وإلا كان العقد باطلا 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

ويشترط 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 . 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 لا يجوز التعامل فيه لمخالفة النظام العام والاداب كرهن العقار المعد للعب القمار أو الدعارة ويحب تعيين العقار المرهون تعينا بالذات دقيقا من حيث طبيعته كارض زراعية او ارض بناء أو غير ذلك وحدود العقار ومساحته ومميزاته مما يجعل العقار موصوفا وصفا تاما وتمييزه عن غيره من العقارات وتعيينه من حيث موقعه وتعيين العقار ( الشائع أو المفرز ) من حيث موقعه ومساحته، فالأرض الزراعية ) ويشمل لمفرزة و الشائعة او حصة شائعةا ) رقم القطعة وحدودها واسم المحافظة والمدينة ، وبالنسبة للدار المحافظة التي يوجد فيها الدار المرهون والمدينة والمحلة والزقاق ورقم الدار.

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 ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون او متصرف فيه " ، و تنص المادة ( ١/١٠٣٣ ) 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. 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 تامينيا 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 الآخر وليس له ان يتصرف بها تصرفا مضرا ببقية الشركاء.

ولا يجوز رهن العقار المملوك للغير وفق المادة ( ١/ ٢١٢٩ ) 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 . وإذا رهن الشريك العقار الشائع كله بدون نيابة او تفويض يتوقف على نتيجة القسمة وهذا ما نبهته في اثار رهن العقار الشائع, ولا يقتصر الرهن العقار المرهون فقط بل يشمل ملحقاته من عقار بالتخصيص وخقوق الارتفاق والابنية الموجودة وقت عقد الرهن وبعده والمنشاءات والتحسينات في العقار المرهون والأشجار

## الفرع الثالث السبب الدين المضمون

يشترط في السبب طبقاً للقواعد العامة ان يكون موجوداً ومشروعاً غير ممنوع قانوناً ولا مخالف للنظام العام والاداب ، ويعتبر الدين المضمون مشروعاً لمجرد وجوده اذا كان محله مبلغ من النقود .

تخصيص الرهن يقتضي تخصيص الدين المضمون فلا بد ان يكون الدين المضمون موجوداً أو قابل للوجود ومعيناً فإذا كان الدين غير موجود كما لو كان مصدره عقد باطل فيكون عقد الرهن بدون سبب فيكون باطل ، وقد يكون مصدر الدين صحيحاً لكن نقضى باي سبب من اسباب انقضاء الالتزام بالوفاء او المقاصة وغير ذلك.

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

وتعيين الدين المضمون يكون بتحديد مقداره ووقت سريان فوائده ومصدره وتاريخه ومحله ، فلا يجوز أن يشمل كل دين في الذمة المالية للمدين ، 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 يجوز له ان يتنازل عنه (٦). 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 التأميني عقد شكلي لا ينعقد الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، فعقد الرهن التأميني خارج دائرة التسجيل العقاري باطل لا يرتب اثاره القانونية ، تنص المادة ( ١ / ١٢٨٦ ) مدني عراقي على انه : " 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 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 الابقيد في الشهر العقاري فالغرض من القيد هو علم الغير بوجود الرهن.

### المبحث الثالث

#### احكام رهن العقار الشائع رهنا تامينيا

الأحكام الخاصة برهن العقار الشائع تتأثر بالقسمة وبالحوال العيني عليه نقسم المبحث الى مطلبين المطلب الاول نخصه لآثر القسمة والحوال العيني على رهن العقار الشائع والثاني نخصه لحقوق الدائن المرتهن.

#### المطلب الأول

##### أثر القسمة على رهن العقار الشائع

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

#### الفرع الأول

##### قسمة العقار الشائعة

##### اولا تعريف القسمة وانواعها :-

هي عملية تهدف الى انهاء الملكية الشائعة وافراز حصة كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع يعادل حصته الشائعة قبل القسمة .  
تقسم القسمة الى قسمة رضائية وقسمة قضائية وكل منهما تقسم الى قسمة عينية وقسمة تصفية

##### ١- القسمة الرضائية :-

الأصل عدم إجبار الشريك على الشيوخ الا بمقتضى نص في القانون وهذا الشيوخ الاجباري او بمقتضى اتفاق ، تنص المادة (١٠٧١/١) مدني عراقي على انه : " للشركاء إذا لم يكن بينهم محجور ان يفتسموا 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 وليه او وصيه بموافقة مديرية رعاية القاصرين وبما يحقق مصلحة القاصر ، ولا تنعقد القسمة صحيحة الا بتسجيلها في دائرة التسجيل العقاري ، وهذا ما قررته محكمة التمييز العراقية .

فالشركاء أن يختاروا الطريقة التي تتم بها القسمة ، فقد يختاروا 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 .

## ٢- 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 غير ان تفوت المنفعة المقصودة من العقار قبل القسمة لجميع الشركاء . فلا يجوز ازالة 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 ازالة الشيوخ يحقق مصلحة القاصر بان كانت الدار غير مشغولة من قبله وكانت لا تدر له منفعة مادية ببقائه في الشيوخ ليس من مصلحته. ولا يجوز ازالة شيوخ الدار المشغولة من قبل زوجة المتوفى الا بموافقتها.

للشركاء اختيار الطريقة التي يقسم بها المال الشائع عينا او بيعه 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 ويقسم الثمن على الشركاء كل بقدر حصته . بينما تقرر المادة ( ٨٤١ ) مدني مصري إذا كانت القسمة العينية للمال الشائع تحدث نقص كبير في قيمته فنقرر المحكمة قسمته قسمة تصفية ببيعها بالمزاد العلني كدار اذا قسمت طبقات احدثت القسمة نقص كبير في قيمته ، واستقر قضاء محكمة التمييز على ان قسمة التصفية لايجوز الا اذا لا يقبل العقار قسمته عينا على اساس اصغر تصيب اخذة براى خبير واذا طعن براى الخبير يندب ثلاثة خبراء لتحديد قابلية العقار للقسمة عينا أو لا.

## ثانيا / طبيعة القسمة :-

تنص المادة ( ١٠٧٥ ) مدني عراقي على أنه : "ترجح جهة الإفراز على جهة المبادلة في القسمة فيعتبر كل متقاسم انه كان دائما مالكا للحصة المفترزة التي آلت اليه وانه لم يملك قط شيئا من باقي الحصص" اخذ المشرع العراقي متأثرا بالفقه الاسلامي بالاثار الناقل للقسمة ( المبادلة ) والاثار الكاشف (الافراز ) مع ترجيح الاثر الكاشف بترجيح جهة الافراز على جهة المبادلة. 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.

وعلى هذا الاساس يكون للقسمة اثر رجعي فيعتبر الشريك مالكا للحصة المفترزة التي الت له بالقسمة من وقت الشيوخ ، و القسمة تعتبر مقررة او كاشفة للحقوق وليست منشئة لها

### ثالثا /الطعن بالقسمة :-

تنص المادة ( ٣/ ١٠٧١ ) مدني عراقي على انه: " لدائني كل شريك ان يطعن بالقسمة اذا كان فيها غش أو اضر بمصلحتهم " ، اذا تمت القسمة ووجد غش صادر من الشركاء للاضرار بمصلحة الدائنين ، فان لدائني كل شريك ان يطعن بالقسمة ويذهب الفقه الى ان هذه المادة تطبق لدعوى عدم نفاذ التصرف ، ويشترط في دعوى عدم نفاذ التصرف

وفق المادتين (٢٦٣ و٢٦٤) مدني عراقي أن يكون حق الدائن مستحق الاداء ووان 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 منهم . 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 لايجوز لهم الارتفاع دعوى بوليضية واثبات الغش .

## الفرع الثالث

### اثر القسمة على رهن العقار الشائع

#### اولا - رهن كل العقار الشائع :-

تنص المادة (١/ ١٢٩٠) 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 (١/١٠٣٩) مدني مصري الماخوذة من القانون المدني الفرنسي المادة ( ٢١٢٥ ) المادة الفرنسية الخاصة برهن الصادر من جميع الشركاء يبقى الرهن نافذا

بقاء الرهن الصادر من جميع الشركاء نافذا ايا كانت نتيجة القسمة او بيع العقار لعدم امكانية قسمته ينعقد الرهن صحيحا وناظدا قبل القسمة لانه صادر من جميع الشركاء المشتاعين ، فاذا باع جميعهم العقار الشائع بعد رهنه ينتقل العقار الى المشتري مثقلا بالرهن ، وللدائن المرتهن حق تتبع العقار الشائع في يد المشتري الذي يطلق عليه الحائز للعقار ، وله حق التقدم على الدائنين العاديين في استيفاء حقه من ثمن العقار بعد بيعه بالمزاد العلني ، واذا مات احد الشركاء اوكلهم ينتقل العقار للخلف العام (الورثة) مرهونا ، ويكون رهن العقار الشائع كله نافذا في حق

الشركاء وفي حق دائنيهم والخلف الخاص (الحائز) والخلف العام (الورثة). ويبقى الرهن صحيحا وناظرا 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. 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 الشيوع 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.

#### 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 الشيوع 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 فاذا وقع الجزء المفرز في نصيب الشريك الراهن ، يكون الرهن باثا وفقا للاثر الرجعي للقسمة يكون مالكا لهذا الجزء من وقت الشيوع ، وإذا لم يقع في نصيب الشريك الجزء الذي رهن ينتقل الرهن الى الجزء الذي آل إليه سواء كان نصيبه جزء اخر من نفس العقار او من عقار اخر .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 انه 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- 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 المفرزة 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 مفرز ينتقل الرهن بمرتبته إلى هذا الجزء الذي وقع في نصيبه ويذهب جانب من الفقه المصري ان انتقال الرهن بعد القسمة هو اثر طبيعي للقسمة وليس على اساس الحلول العيني ، لأن القسمة كاشفة ومقررة للحق 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 المفرز ابتداء وقت الشيوخ نتيجة الأثر الرجعي للقسمة الذي أصبح حقيقة قانونية نص عليها المشرع . يذهب رأي آخر إلى انتقال الرهن إلى الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الراهن على أساس الحلول العيني فيحل الجزء المفرز محل الحصة الشائعة وليس بمقتضى القسمة لأن القسمة تقرررت على حق الملكية محل الرهن وليس الرهن ذاته. يذهب رأي أن انتقال الرهن إلى الجزء المفرز على أساس وحدة المحل 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 لقل ان العقار الذي وقع في نصيب الشريك لم يكن مرهونا وقت الشيوخ اما العقار الذي رهن يعتبر كأن لم يملكه ويكون الرهن صادر من غير مالك فيكون قابل للابطال . ويرى رأي آخر أن المادة ( ١ / ١٠٣٩ ) 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. 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 .

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 نيتهما تنصرف 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 ويذهب رأي إلى انه صورة من رهن الدين ونحن نرى بان المادة ( ١٢٩٨ ) مدني عراقي " إذا هلك المرهون رهنا تامينيا او تعيب انتقل حق المرتهن الى المال الذي يحل محله كالتعويض ومبلغ التامين وبدل 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 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 لابد إعلانه له أو قبوله أياه وتحسب مرتبة الرهن من التاريخ الثابت لتبليغ الإعلان أو القبول وليس من تاريخ تسجيل الرهن التأميني . .

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

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. 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 . 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 ككك