

ضمان الدائن المرتهن للمال المرهون
(دراسة مقارنة) في الفقه الإسلامي والقانون
بحث مقدم من قبل
م. عادل شمران الشمري - م. عقيل مجيد السعدي
جامعة كربلاء - كلية القانون

الخلاصة:

إن ما يهدف إليه الدائن المرتهن والمدين الراهن من إنشاء حق الرهن على المال المرهون هو ضمان الوفاء بالدين المترتب في ذمة الأخير، إذ أن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن المرهون إذا تعذر استيفائه من ذمة الراهن. جدير بالذكر إن مقصود الرهن لا يتحقق إلا إذا التزم أطرافه بالالتزامات التي يترتبها عليهم هذا العقد. ومن أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الدائن المرتهن هو التزامه بحفظ المال المرهون. فإذا اخل بهذا الالتزام انعقدت مسؤولية وأصبح ملتزماً بضمان المال المرهون، ولغرض بحث التزام المرتهن بضمان المرهون، وبيان مدى التزامه بالضمان في الفقه الإسلامي والقانون، وأساس هذا الالتزام وشروطه ومدى إمكانية المرتهن للتخلص من هذا الالتزام، والإحكام التي تترتب في حالة تحقق مسؤولية المرتهن والتزامه بالضمان لابد من تقسيم هذا الموضوع إلى ثلاثة مباحث، نتناول في المبحث الأول، موقف الفقه الإسلامي من ضمان الدائن المرتهن للمال المرهون، أما المبحث الثاني سنخصصه لبيان موقف القانون من ضمان الدائن المرتهن للمال المرهون، أما المبحث الثالث سنكرسه لبيان أحكام ضمان المرتهن للمال المرهون في الفقه الإسلامي والقانون. وسننهى البحث بخاتمة تتضمن عدداً من النتائج والمقترحات حول هذا الموضوع .

Abstract

The purpose of creating the right mortgage money pledged, is to ensure the fulfillment of religion Altertb by the debtor the moment, as that the purpose of mortgage is Aalostithaq religion to reach it meets the price of the mortgaged if the estimated met in custody now, for the purpose of this is intended to be the commitment of the parties to the mortgage contract obligations under their contract, and the most important commitments is the responsibility of the pledge creditor, is a commitment to maintaining pledged and guaranteed in the case of mortality, and the purpose of discussing the commitment of the mortgagee to ensure encumbered and the extent of its commitment to security in Islamic jurisprudence and law, and the basis of this commitment and the conditions and the possibility of bonded phase from this obligation, and the provisions contained in the case of investigating the responsility of the mortgagee to get rid of for the loss of encumbered, we have to divide this topic into three sections, dealing first section, the position of Islamic jurisprudence to ensure the mortgagee of the money pledged, while we will devote the second section to the position of law, either Section Ill Snchrish to reflect the provisions of the mortgagee to ensure that money pledged in Islamic jurisprudence and law .

المقدمة :

يعرف الرهن الحيازي، بأنه عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن أو في يد عدل بدين للمرتهن يمكن استيفاؤه كلاً أو بعضاً مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال، ولما كانت حيازة المال المرهون في الرهن الحيازي تنتقل إلى الدائن المرتهن، فإن الغرض الأساسي من حق الرهن وهو استيفاء دين الدائن المرتهن من ثمن المال المرهون إذا تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن لا يتحقق إلا إذا التزم الدائن المرتهن بحفظ المال المرهون والتزامه بالضمان في حالة إخلاله بهذا الالتزام، وسنعمد لدراسة هذا الموضوع على المقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه المدني مع الإشارة إلى موقف التشريعات المدنية. وتكمن أهمية هذا الموضوع من خلال عرض آراء الفقه الإسلامي والأدلة التي استندوا عليها وبيان الرأي الراجح منها مع بيان سبب الترجيح دون الاقتصار على عرض آراء الفقه المدني، فضلاً عن عدم تخصيص الباحثين لدراسة ضمان الدائن المرتهن للمال المرهون كدراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي على الرغم من أهمية هذا الموضوع من الناحية النظرية والعملية، وسنقسم هذا الموضوع إلى ثلاثة مباحث نبين في المبحث الأول موقف الفقه الإسلامي من ضمان الدائن المرتهن للمال المرهون، أما المبحث الثاني سنخصصه لبيان موقف القانون، في الوقت الذي سنخصص المبحث الثالث إلى أحكام ضمان الدائن المرتهن في الفقه الإسلامي والقانون، وسننهي البحث بخاتمة تتضمن عدداً من النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها من خلال البحث في هذا الموضوع.

المبحث الأول

موقف الفقه الإسلامي من ضمان المرتهن للمال المرهون

لغرض بيان موقف الفقه الإسلامي من ضمان المرتهن للمال المرهون وللتعرف على آراء الفقه الإسلامي بهذا الخصوص ولبيان أساس هذا الالتزام وشروطه لابد من تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نبين في المطلب الأول، آراء الفقه الإسلامي من ضمان المرتهن للمال المرهون، وسنخصص المطلب الثاني، لبيان أساس التزام المرتهن بضمان المرهون. أما المطلب الثالث سنخصصه لبيان شروط ضمان المرتهن للمال المرهون.

المطلب الأول

آراء الفقه الإسلامي من ضمان المرتهن للمال المرهون

إن هلاك المرهون بيد المرتهن، أما أن يحصل بتعد أو تفريط من المرتهن في حفظ المرهون. وقد يحصل الهلاك بدون تعد أو تفريط من المرتهن. ولكل حالة أحكامها في الفقه الإسلامي.

الحالة الأولى :- إذا هلك المال المرهون بيد المرتهن دون تعد أو تفريط (١)، فهناك عدة آراء للفقهاء المسلمين في مسألة ضمانه أو عدم ضمانه للمرهون. الرأي الأول :- إذا قبض المرتهن المال المرهون وهلك في يده من غير تعد أو تفريط لم يلزمه ضمانه، ولا يسقط من دينه شيء.

وهذا ما ذهب الشافعية (٢) والحنابلة (٣) والظاهرية (٤) والمشهور عند الإمامية (٥) واخذ به كذلك الأوزاعي وعطاء وأحمد بن حنبل وأبي ثور وأبو عبيد (٦).

وقد استند هذا الرأي لتبرير ما ذهب إليه من إن المرتهن غير ضامن هلاك المال المرهون، إلى حديث الرسول الكريم (صلى الله عليه واله وسلم) ((لا يعلق الرهن والرهن من رهنه الذي رهنه له غنمه و عليه غرمه)) (٧)

فقول الرسول الكريم (صلى الله عليه واله وسلم) ((الرهن من رهنه)) يعني من ضمانه، قال الشافعي رحمه الله ((هذا ابلغ كلمة للعرب، يقولون هذا الشيء من فلان، يريدون من ضمانه))

وقوله (صلى الله عليه واله وسلم) ((و عليه غرمه)) معناه لو هلك كان الهلاك على الراهن (٨).

وبخصوص عدم ضمان المرتهن للمال المرهون إذا لم يحصل الهلاك بتعد أو تفريط المرتهن في حفظ المرهون جاء في الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي ((وما ظهر هلاكه وخفي سواء لا يضمن المرتهن ولا

الموضوع على يديه من الرهن شيئاً إلا فيما يضمنان من الوديعة بالتعدي (((٩) وجاء كذلك في تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة

((الرهن أمانة في يد المرتهن لا يضمنه لو تلف أو تعيب من دون تعدٍ وتقريط)) (١٠) •

الرأي الثاني :- المرتهن ضامن للمال المرهون، وفقاً لهذا الرأي فإن المرهون إذا هلك بيد المرتهن يكون ضامناً له، ويلاحظ بان القائلين بهذا الرأي قد اختلفوا في مدى الضمان المترتب على المرتهن، **فالاتجاه الأول**، يرى بان المرهون إذا هلك فانه مضمون بجميع الدين وان كان أكثر من قيمته (١١)، وبذلك فان المرهون إذا هلك في يد المرتهن، سقط جميع دينه، سواء كانت قيمته أكثر من قيمة الدين، أو اقل، أو كانا متساويين •

وقد استند أصحاب هذا الاتجاه لتبرير ما ذهبوا إليه، ما روي عن طريق مصعب بن ثابت عن عطاء بن رطل رهن عند رجل فرساً ففوق الفرس في يد المرتهن فاختلفا فتدافعا إلى رسول الله (صلى الله عليه واله وسلم) فقال ((ذهب حقك)) وكذلك قوله (صلى الله عليه واله وسلم) ((الرهن بما فيه)) (١٢) وبذلك قالوا لما جعل الرهن بما فيه من الحق وجب أن يكون تلفه مسقطاً للحق •

ومن الجدير بالذكر، إن ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه، من أن الرهن مضمون بجميع الدين وان هلك المال المرهون يؤدي إلى سقوط حق المرتهن، قد انتقده قسم من الفقهاء المسلمين (١٣) بحجة إن حديث الرسول (صلى الله عليه واله وسلم) ((ذهب حقك)) هو من رواية مصعب بن ثابت وهو حديث ضعيف ومرسل، والمرسل لا يجب العمل به ويحتمل أن الرسول (صلى الله عليه واله وسلم) أراد بقوله ((ذهب حقك)) أي حقك من الوثيقة بدليل انه لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الفرس فضلاً عن ذلك فان حديث الرسول الكريم (صلى الله عليه واله وسلم) (الرهن بما فيه) محمول على انه وثيقة بما فيه فلا يجوز حمله على انه مضمون بما فيه لأمرين، احدهما :- انه زيادة لضمان لا يقتضيه اللفظ. وثانيهما :- انه جعل الرهن بما فيه مع بقائه، وهو على بقائه غير مضمون على مرتهن حين يتلف •

أما الاتجاه الثاني (١٤) ، فقد ذهب إلى إن المال المرهون مضمون على المرتهن بأقل الأمرين من قيمته، أو قدر الدين، وبه قال عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) وأبو حنيفة وأصحابه (رضي الله عنهم) وإبراهيم النخعي وسفيان الثوري •

واستناداً إلى ما ذهب إليه القائلون بهذا الاتجاه، فإن كانت قيمة الدين والمرهون متساوية، وهلك المال المرهون بيد المرتهن سقط دين المرتهن ويعتبر بحكم المستوفي لحقه من الراهن، إما إذا كانت قيمة الدين أكثر من قيمة الرهن، وهلك المرهون بيد المرتهن فيعد مستوفياً لحقه بقدر ما هلك من المرهون وما تبقى من دينه يرجع به على الراهن، وقد تكون قيمة الدين اقل من قيمة الرهن. وهلك المرهون بيد المرتهن، ففي هذه الحالة يسقط دين المرتهن ولا يرجع الراهن عليه بشيء •

بينما الاتجاه الثالث (١٥)، ذهب إلى إن المرهون مضمون على المرتهن بكمال قيمته، ثم يترادان أو يتقاصان وهي الرواية الثانية عن أمير المؤمنين علي (عليه السلام) وإسحاق بن راهوية، وبذلك يمكن القول وفقاً لهذا الاتجاه. إن قيمة المرهون إذا كانت مساوية لقيمة الدين وهلك المرهون بيد المرتهن سقط دين الراهن ولا يرجع المرتهن عليه بشيء، أما إذا كانت قيمة المرهون أكثر من قيمة الدين وحصل الهلاك بيد المرتهن، سقط الدين بما يعادل من قيمة المرهون والتزم المرتهن بأرجاع ما تزيد قيمة المرهون على قيمة الدين إلى الراهن، وقد تكون قيمة المرهون اقل من قيمة الدين، ففي هذه الحالة يسقط من الدين بمقدار المرهون ويلتزم الراهن بان يرد للمرتهن فضل ما زاد على قيمة المرهون •

أما الرأي الثالث :- في الفقه الإسلامي (١٦)، فقد ذهب إلى التمييز بين هلاك المرهون بأمر ظاهر وهلاكه بأمر خفي. وجعلوا المرتهن ضامن لهلاك المرهون في الحالة الثانية ((الهلاك بأمر خفي)) دون الحالة الأولى والتي اعتبروا فيها يد المرتهن يد أمانة. وسبب التفريق بين ما هو ظاهر وما ليس بظاهر إن التهمة تلحق فيما يغاب عليه، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه .

ومن الجدير بالذكر. إن الهلاك بأمر ظاهر يحصل كما لو احترق أو تهدم المال المرهون . أما الهلاك بأمر خفي يحصل كما لو سرق المال المرهون ومما سبق يتضح بان الفقهاء المسلمين ذهبوا إلى ثلاثة آراء حول ضمان المرتهن للمال المرهون إذا حصل تعدي أو تقريط من المرتهن، الرأي الأول ذهب إلى عدم ضمان

المرتتهن للمال المرهون في حالة هلاكه ويستطيع المرتتهن مطالبة المدين الراهن بالدين المترتب في ذمة، أما الرأي الثاني فقد جعل المرتتهن ضامن المال للمرهون حتى وان لم يصدر منه تعدي أو تفريط في حفظ المرهون مع اختلافهم حول القدر الذي

يضمنه المرتتهن في هذه الحالة، أما الرأي الثالث فقد ميز بين هلاك المرهون بأمر خفي و بأمر ظاهر وجعلوا المرتتهن ضامن المال المرهون في حالة الأولى ((الهلاك بأمر خفي)) دون الحالة الثانية .
ويمكن القول، بان ما ذهب إليه الرأي الأول بعدم ضمان المرتتهن للمال المرهون في حالة عدم تعديه او تفريطه هو الرأي الراجح للأسباب الآتية :-

اولاً :- إن يد المرتتهن هي ليست يد ضمان وإنما هي يد أمانة، فالمال المرهون أمانة مالكية عند المرتتهن. أي إن المرهون وضع تحت يده بإذن المالك وبالتالي إذا هلك المرهون بيد المرتتهن دون تعدي أو تفريط منه لا يضمن قيمة المرهون لان الضمان لا يكون إلا على اليد غير المأدونة من قبل المالك .

ثانياً :- عدم وجود سبب الضمان، إذ إن احد أسباب الضمان هو الإتلاف استناداً لقاعدة (من اتلف مال الغير فهو له ضامن) وبذلك فان المرتتهن إذا لم يصدر منه تعدي أو تفريط في حفظ المرهون وهلك المرهون بيده فلا يكون بحكم من اتلف مال الغير ولا يلتزم بالضمان .

الحالة الثانية :- هلاك المرهون بيد المرتتهن بتعد أو تفريط منه، ففي هذه الحالة يلتزم المرتتهن بالضمان اتجاه الراهن، كما لو قام المرتتهن بإتلاف المرهون أو امتنع عن رده بعد مطالبة الراهن له أو بعد البراءة من الدين .

ويكون المرتتهن ضامناً حتى وان اشترط في عقد الرهن البراءة وعدم الضمان، لان هذا إسقاط للشيء قبل وجوبه . وهذا ما ذهب إليه فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية والزيدية والأمامية والظاهرية (١٧) س٠

ومن الجدير بالذكر، إن الأصل هو وضع المال المرهون عند المرتتهن، إلا انه يصح استثناءً وضعه على يد العدل ((شخص ثالث)) وفي هذه الحالة يتم العقد ويلزم بقبض العدل، لان يده كيد المرتتهن وهذا ما نصت عليه المادة (٧٥٢) من مجلة الأحكام العدلية إذ نصت (يد العدل كيد المرتتهن يعني إذا اتفق الراهن والمرتهن على أن يودعا الرهن عند الشخص الذي أئتمناه ورضي هو وقبضه يصير الرهن تاماً ولازماً ويقوم ذلك الشخص مقام المرتتهن)، ولكن ما هو الحكم لو هلك المال المرهون في يد العدل ؟

ذهب فقهاء الحنفية إلى انه يهلك من ضمان المرتتهن، إذ يرون بان يد العدل في حق المالية بمثابة يد المرتتهن، وبالتالي إذا هلك المرهون يهلك على المرتتهن، إذا جاء بهذا الخصوص في مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر في فروع الحنفية ((ولو اتفقا على وضع الرهن عند عدل صح ويتم بقبض العدل، وليس لأحدهما أخذه منه بلا رضى الآخر ويضمن بدفعه إلى احدهما وهلاكه في يده على المرتتهن(١٨) .

وقد ذهب المالكية(١٩) إلى خلاف ذلك، إذ إن المرهون إذا هلك في يد العدل فانه يهلك على الراهن، وميز المالكية بين حالتين. الأولى، إن يسلم العدل المرهون بغير إذن إلى الراهن ثم يتلف، ففي هذه الحالة يضمن العدل قيمته للمرتتهن أو يضمن الدين المرهون فيه، أي يضمن اقلهما، **والحالة الثانية**، إن يسلم العدل المرهون إلى المرتتهن بغير إذن ثم يتلف، ففي هذه الحالة يضمن العدل قيمة المرهون للراهن . وقد أشارت مجلة الأحكام العدلية إلى حكم تسليم العدل للمال المرهون للراهن أو المرتتهن وجعلت العدل ضامناً لهلاك المرهون في هذه الحالة، إذ نصت المادة (٧٥٤) من مجلة الأحكام العدلية ((ليس للعدل أن يعطي الرهن للراهن او المرتتهن بلا إذن الآخر حالة كون الدين باقياً وان فعل له ان يسترده واذا هلك الرهن قبل الاسترداد يضمن العدل قيمته)) .

ويمكن القول، بان اتفاق الراهن والدائن المرتتهن على وضع المال المرهون تحت يد عدل وهلك في يده بتعديه او تفريطه في حفظ المرهون فانه يهلك على المرتتهن ويلتزم بالضمان في هذه الحالة، والسبب في ذلك هو ان الدائن المرتتهن ارتضى حيازة العدل للمال المرهون وبالتالي تصبح يده كيد المرتتهن كما انه يضمن المال المرهون اذا قام بتسليمه الى الراهن او المرتتهن دون اذن الآخر وهلك عند احدهما، اما اذا هلك المرهون بيد العدل دون تعد او تفريط منه في حفظ المرهون فلا يلتزم بضمانه في هذه الحالة .

المطلب الثاني

أساس التزام المرتهن بضمان المرهون

إن هدف الدائن المرتهن من حق الرهن وحيازته للمال المرهون هو تأمين الوفاء بدينه المترتب في ذمة المدين الراهن، وبالتالي يجب عليه حفظ المرهون ورده إلى الراهن بعد استيفاء دينه، إذ إن محل الرهن ((المال المرهون)) لا يؤدي مهمته في ضمان دين الدائن المرتهن إلا إذا قام المرتهن بالمحافظة عليه، وبذلك يظهر بان أساس التزام المرتهن بضمان المرهون في الفقه الإسلامي يرجع إلى انه ملتزم بحفظ المرهون وصيانته ورده إلى الراهن بعد استيفاء الدين، ولأجل بحث هذا الالتزام وبيان مدى العناية التي يجب إن يبذلها المرتهن في حفظ المرهون ومن الذي يتحمل مصروفات الحفظ والصيانة، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، الأول نبين فيه التزام المرتهن بحفظ المرهون، أما الثاني سنخصصه لبيان التزام المرتهن برد المرهون .

الفرع الأول

التزام المرتهن بحفظ المال المرهون

ذهب الفقهاء المسلمون (٢٠) ، إلى أن ثبوت الحق للمرتهن في حبس المال المرهون يوجب على المرتهن أن يقوم بحفظ المرهون بما يحفظ المرهون به مال نفسه عادة، فيحفظه بنفسه، وزوجته وولده وخادمه إذا كانا يسكنان معه، وبأجيريه الخاص. وإذا لم يلتزم المرتهن بواجب الحفظ وترتب على ذلك هلاك المرهون، فإن يلتزم بضمانه، إذ جاء في المغني والشرح الكبير ((فان كان تلفه بتعد أو تفريط في حفظه ضمن، لا نعلم في ذلك خلافاً، لأنه أمانة في يده فلزمه ضمانه إذا تلف بتعديه أو بتفريطه كالوديعة)) (٢١)

ومن الجدير بالذكر، إذا كان المرتهن يلتزم بحفظ المرهون وصيانته. فقد يتطلب الأمر أن يقوم المرتهن بأنفاق مصروفات من شأنها ان تؤدي الى حفظ المرهون. بحيث إذا لم يقم بأنفاقها تعرض المرهون إلى الهلاك أو إلى نقص في قيمته وبالتالي تتحقق مسؤولية المرتهن ويلتزم بالضمان في حالة هلاك المرهون أو حصول نقص في قيمته، والسؤال الذي يطرح هنا، من يتحمل هذه المصروفات هل هو المدين الراهن أم الدائن المرتهن ؟ نلاحظ بان الفقهاء المسلمين قد اختلفوا في هذا الأمر إلى اتجاهين:-

الاتجاه الأول :- يرى بان كل ما يحتاجه المال المرهون من مصروفات الحفظ يلتزم بها المدين الراهن، لأنه هو المالك للشيء المرهون، وبالتالي تكون النفقة عليه، إلا إذا كان المرتهن قد انفق هذه المصروفات وكانت لديه نية التبرع فلا يستطيع في هذه الحالة الرجوع بالمصروفات على الراهن. وهذا ما ذهب إليه فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة (٢٢). وقد استندوا في ذلك إلى حديث الرسول الكريم (صلى الله عليه واله وسلم) ((لا يغلر الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه)) أي إن الراهن يستحق غنم الرهن. أي زيادته ونمائه وعليه غرمه، أي نقصه وما يستحقه من مصروفات لحفظه .

الاتجاه الثاني :- يميز هذا الاتجاه بين نوعين من المصروفات التي يجب إنفاقها على المال المرهون، مصروفات لمصلحة المال المرهون وتبقيته وهذه يتحملها الراهن، كما في مصروفات سقي البستان وتلقيح الشجر، ومصروفات لحفظ المرهون وهذه يتحملها المرتهن، كما في أجرة الحافظ وأجرة المحل الذي يحفظ فيه المرهون، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الحنفية (٢٣). ويمكن القول بان المرتهن لما كان ملتزماً بحفظ المرهون وصيانته فيجب عليه انفاق المصروفات اللازمة لحفظ المرهون على ان يرجع بها على المدين الراهن، لانه هو مالك الشيء خصوصاً اذا كانت هذه النفقات ضرورية او نافعة، اما اذا كانت هذه النفقات كماليه فلا يحق للمرتهن الرجوع على المدين الراهن بها .

الفرع الثاني

التزام المرتهن برد المال المرهون

الالتزام الثاني الذي يجب على المرتهن الالتزام به هو رد المرهون إلى الراهن في حالة قيام الأخير بوفاء الدين، فإذا لم يلتزم المرتهن بهذا الالتزام وهلك المرهون بيده فانه يكون ضامناً له، إذ جاء في كتاب الأم للإمام الشافعي (٢٤)، ((واذا قضى الراهن المرتهن الحق او احواله به على غيره ورضي المرتهن بالحوالة، او ابرأه

المرتتهن منه باي وجه كان من البراءة، ثم سألته الرهن فحبسه عنه وهو يمكنه ان يؤديه اليه، فهلك الرهن في يد المرتتهن، فالمرتتهن ضامن لقيمة الرهن))، وبذلك يتبين، بان المرتتهن إذا استوفى حقه من الراهن وجب عليه رد المرهون وتسليمه إلى صاحبه، فان حبسه بعد استيفاء حقه حتى هلك في يده، ففي هذه الحالة إذا كان معذوراً في حبسه لوجود سبب منع من رده لم يضمنه، أما إذا لم يكن لديه عذر في حبسه وعدم رده فعليه ضمانه، إذ انه صار بعد استيفاء حقه متعدياً .

المطلب الثالث

شروط ضمان المرتتهن للمال المرهون

لقد اشترط الفقهاء المسلمون عدة شروط لضمان المرتتهن للمال المرهون في حالة تعديه أو تفريطه في حفظ المرهون، أو حتى وان لم يحصل منه تعدي أو تفريط وفقاً للرأي القائل بضمان المرتتهن للمال المرهون في هذه الحالة :-

الشرط الأول :- قيام الدين، يشترط لتحقيق الضمان على المرتتهن أن يكون الدين لازال قائماً لم يتم الوفاء به، أو لم يقم المرتتهن بإبراء المدين الراهن من الدين، فإذا قام المدين الراهن بالوفاء بالدين أو قام المرتتهن بإبراء الراهن من الدين وهلك المرهون بيد المرتتهن فلا يكون ضامناً، ولكن يشترط أن لا يمانع المرتتهن في هذه الحالة من إرجاع المرهون إلى الراهن في حالة طلبه ذلك، أما إذا طلب الراهن إرجاع المرهون ومنعه المرتتهن من ذلك ثم هلك المرهون بيده ضمن كل قيمته لأنه صار غاصباً بالمنع، والمغصوب مضمون بكل القيمة (٢٥). وهذا ما جاء في الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي ((فان قضاه ما في الرهن ثم سألته الراهن فحبسه عنه وهو يمكنه فهو ضامن)) (٢٦) .

ويمكن القول، بان الدين لما كان مضموناً بالمرهون فان هذا يتطلب أن يكون الدين قائماً، لان الضمان هو ضمان الدين، فإذا سقط الدين بالابراء أو انقضى عن طريق الوفاء استحال أن يبقى مضموناً به بشرط أن لا يمانع المرتتهن بأرجاع المرهون إلى الراهن عند مطالبته له .

الشرط الثاني :- أن يكون المال المرهون في قبضة المرتتهن، يشترط لضمان المرتتهن للمال المرهون أن يحدث الهلاك والمرهون في قبضة المرتتهن، فان لم يكن في قبضة المرتتهن لا يكون مضموناً بالدين، والسبب في ذلك، أن المرهون صار مضموناً بالقبض فإذا انتفى القبض انتفى الضمان (٢٧) وخروج المرهون من قبضة المرتتهن يحصل كما لو غصب المال المرهون غاصب وهلك في يده، ففي هذه الحالة لا يسقط شيء من الدين، لان قبض الغصب أبطل قبض الرهن ، ولا يلتزم المرتتهن بضمان المال المرهون وانما الضمان يكون على الغاصب في هذه الحالة .

ومن الجدير بالذكر، إن المرتتهن إذا استعار المرهون من الراهن لينتفع به فهلك، فهل يلتزم المرتتهن بضمانه، أم إن قبض الاستعارة أبطل قبض الرهن؟ في هذه الحالة إذا هلك المرهون قبل انتفاع المرتتهن به، أو بعد الانتهاء من الانتفاع به، فانه يهلك بالدين، أي يكون المرتتهن ضامناً له، وان هلك أثناء الانتفاع يهلك أمانة (٢٨)، والسبب في ذلك، لان المال المرهون قبل أن ينتفع به المرتتهن يكون على حكم قبض الرهن لانعدام ما ينقضه وهو قبض الانتفاع، وإذا بدا المرتتهن بالانتفاع به فقد نقضه لوجود قبض الإعارة، وقبض الإعارة ينافي قبض الرهن، ثم إذا فرغ المرتتهن من الانتفاع فقد انتهى قبض الإعارة وعاد قبض الرهن .

الشرط الثالث :- حصول تعدي أو تفريط من المرتتهن في حفظ المرهون – والسبب في ذلك إن التعدي والتفريط من جانب المرتتهن يؤدي إلى تحول يده من يد أمانة إلى يد ضمان (٢٩) . والتعدي، هو فعل ما لا يجوز فعله كما لو قام المرتتهن بإتلاف المال المرهون، أو الانتفاع به دون إذن صاحبه، أما التفريط، فهو التقصير والتضييع في حفظ المرهون وذلك بعدم القيام بالاعمال اللازمة لحفظ المرهون، وبهذا الخصوص جاء في تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة ((لا يجوز للمرتتهن التصرف في الرهن بدون إذن الراهن، فلو تصرف فيه بركوب أو سكنى ونحوهما ضمن العين لو تلفت تحت يده للتعدي)) (٣٠) .

الشرط الرابع :- إن يكون المرهون مقصوداً بالرهن. وبذلك لا تكون الزيادة المتولدة من الرهن كالولد والتمر والصوف ونحوهما مضمونة، فإذا هلك شيء من ذلك لا يسقط شيء من الدين (٣١) ، والسبب في ذلك أن الشيء المتولد من الرهن ليس بمرهون مقصوداً بل هو تبعاً للأصل، والمرهون تبعاً لا حصة له من الضمان .

المبحث الثاني

موقف القانون من ضمان المرتهن للمال المرهون

لغرض بيان موقف القانون من ضمان المرتهن للمال المرهون. يقتضي الأمر بيان الأساس القانوني للالتزام المرتهن بضمان المرهون ومدى ارتباط هذا الالتزام بالتزام المرتهن بحفظ المرهون وصيانته وطبيعة هذا الالتزام، ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبين في المطلب الأول، أساس التزام المرتهن بضمان المرهون . أما المطلب الثاني سنبين فيه التزام المرتهن بحفظ المرهون .

المطلب الأول

أساس التزام المرتهن بضمان المال المرهون

إن أساس التزام المرتهن بضمان المال المرهون يستمد من التزامه بحفظ المرهون وصيانته، وهو ما نصت عليه التشريعات المدنية، إذ نصت المادة (١٣٣٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على ((على المرتهن أن يبذل في حفظ المرهون رهناً حيازياً وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ... وهو مسؤول عن هلاكه كلاً أو بعضاً ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يذله فيه)) (٣٢) فضلاً عن ذلك، فإنه لما كان الغرض من الرهن التوصل إلى استيفاء الدين من ثمن المرهون إذا تعذر استيفاءه من ذمة الراهن، فإن هذا الغرض لا يتحقق إذا لم يحافظ المرتهن على المال المرهون، فالمال المرهون وجد لغرض ضمان الدين وبالتالي إذا هلك المرهون أصبح الدين بدون ضمان والتزم المرتهن بضمانه. وهو ما أشارت إليه كذلك المادة (٢٠٨٠) من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤، إذ نصت ((يكون الدائن المرتهن ملتزماً بحسب القواعد المقررة في باب العقود والالتزامات الاتفاقية عن ضياع الرهن أو تلفه الحاصل بسبب إهماله))

ومن خلال ما تقدم، يمكن القول بان الأصل في القانون المدني العراقي والقوانين المدنية الأخرى هو أن يد المرتهن على المال المرهون هي يد أمانة وبالتالي لا يكون ضامناً في حالة هلاك المال المرهون ولا يسقط من دينه شيء إذا كان الهلاك ليس بسببه وإنما بسبب أجنبي وقام المرتهن بتنفيذ التزامه بحفظ المرهون وصيانته .

المطلب الثاني

التزام المرتهن بحفظ المرهون وصيانته

يعد الالتزام بحفظ المرهون وصيانته من أهم الالتزامات المفروضة على الدائن المرتهن، وفي حالة إخلاله بهذا الالتزام وترتب على ذلك حصول نقص في قيمة المرهون أو هلاكه. فإن المرتهن في هذه الحالة يكون ضامناً للمال المرهون، ولغرض بحث هذا الالتزام لابد من بيان طبيعته، هل هو التزام ببذل عناية أم التزام بتحقيق نتيجة، وما هي درجة العناية التي يجب أن يبذلها المرتهن في حفظ المرهون، ومن الذي يتحمل مصروفات الحفظ والصيانة، ولذلك سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع .

الفرع الأول

طبيعة التزام المرتهن بحفظ المرهون

من المعلوم إن الالتزام إما أن يكون التزاماً ببذل عناية أو بعبارة أخرى التزام بوسيلة ((Obligation de Moyen)) وهو الالتزام الذي يجب على الشخص أن يبذل ما في وسعه من عناية لتحقيق العمل المطلوب كما هو الحال في التزام الطبيب بعلاج المريض، وقد يكون الالتزام التزاماً بتحقيق غاية أو نتيجة ((Obligation de result at)) الذي يلتزم الشخص بموجبه تحقيق النتيجة التي تعهد بتحقيقها، كما هو الحال في التزام الناقل في عقد النقل يلتزم بتحقيق نتيجة وهو إيصال الراكب سالماً إلى المكان المتفق عليه .

والسؤال الذي يطرح هنا، هل إن التزام المرتهن بحفظ المرهون هو التزام بوسيلة أم التزام بتحقيق نتيجة؟ نلاحظ بان الفقه قد اختلف حول طبيعة التزام المرتهن بحفظ المرهون، فذهب اتجاه في الفقه (٣٣) إلى أن التزام المرتهن بحفظ المرهون هو التزام بنتيجة، وقد استند هذا الرأي لتبرير ما ذهب إليه إلى النصوص القانونية التي عالجت مسألة التزام المرتهن بحفظ المرهون، والتي أشارت إلى أن المرتهن يكون ضامناً لهلاك المرهون كلاً أو جزءاً ما لم يثبت إن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يذله فيه. ومن هذه النصوص. المادة (١٣٣٨) مدني عراقي،

إذ نصت ((..... وهو مسؤول عن هلاكه كلاً أو بعضاً ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يدلّه فيه))، وكذلك المادة (١١٠٣) من القانون المدني المصري ١٣١ سنة ١٩٤٨ .

بينما ذهب الرأي الغالب في الفقه (٣٤)، وهو الرأي الراجح إلى أن التزام المرتهن بحفظ المرهون، هو التزام ببذل عناية أو التزام بوسيلة، إذ إن جعل المرتهن مسؤولاً عن هلاك المرهون إذا لم يثبت السبب الأجنبي لا يغير من طبيعة التزامه بحفظ المرهون وهو التزام ببذل عناية، إذ إن المشرع افترض تحقق مسؤولية المرتهن عن هلاك المرهون وتشدّد على المرتهن في نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي .

جدير بالذكر، إن أغلب التشريعات المدنية (٣٥) تعتبر التزام المرتهن بحفظ المرهون هو التزام ببذل عناية. فالمادة (١٣٣٨) مدني عراقي تنص ((على المرتهن أن يبذل في حفظ المرهون رهنًا حيازيًا وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد)) . فالعناية التي يجب على المرتهن أن يبذلها لحفظ المرهون هي عناية الشخص المعتاد، فإذا ما قام بالإجراءات اللازمة لحفظ المرهون التي يتخذها الشخص المعتاد في حفظ أمواله ثم هلك المرهون فلا يهلك على المرتهن ولا يلتزم بضمانه، أما القسم الآخر من التشريعات المدنية فهي وإن اعتبرت التزام المرتهن التزام ببذل عناية، إلا إنها لم تلزم المرتهن ببذل عناية الشخص المعتاد، وإنما يجب أن يبذل من العناية في حفظ المرهون نفس العناية التي يحافظ بها على أمواله التي يملكها، وهذا ما نص عليه الفصل (١٢٠٤) من تقنين الالتزامات والعقود المغربي، إذ نص ((بأن يسهر على حراسة الشيء أو الحق المرهون، وعلى المحافظة عليه نفس العناية التي يحافظ بها على الأشياء التي يملكها)) (٣٦)

ونرى بأن المعيار الذي اخذ به المشرع العراقي ((معيار الشخص المعتاد)) يفضل على المعيار الذي اخذ به تقنين الالتزامات والعقود المغربي، إذ إن المشرع العراقي يأخذ بمعيار موضوعي يطبق على كافة الأشخاص دون النظر إلى حالتهم الشخصية. وهذا بخلاف تقنين الالتزامات والعقود المغربي الذي يأخذ بالمعيار الشخصي، والذي يتمثل بضرورة قيام الدائن المرتهن ببذل العناية في حفظ المرهون كالعناية التي يبذلها في حفظ أمواله الخاصة به، وبالتالي قد تكون عناية الشخص في أمواله تفل كثيراً عن عناية الشخص المعتاد مما يسبب الضرر للمدين الراهن في حالة هلاك المال المرهون إذ لا يكون المرتهن ضامناً للمال المرهون في هذه الحالة، وهناك وجه آخر لتفضيل موقف المشرع العراقي على موقف القوانين الأخرى والتي أشارت إلى ضرورة عناية المرتهن بصيانة المال المرتهن دون أن تنص على بذل العناية في الحفظ كذلك، وهو ما نصت عليه المادة (١٠٦٦) مدني سوري إذ نصت (على الدائن أن يعتني بصيانة العقار المرهون وبإجراء التصليحات المفيدة والضرورية له)

ومن خلال ما تقدم، يمكن القول بأن التزام المرتهن بحفظ المرهون هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة والسبب في ذلك، هو أن يد المرتهن هي يد أمانة وليس يد ضمان، فلا يلتزم بضمان المرهون إلا إذا تعدى أو فرط في حفظه، واعتبار التزام المرتهن بالحفظ التزام بتحقيق نتيجة يتنافى مع اعتبار يده على المرهون يد أمانة، بالإضافة إلى إن النصوص القانونية التي عالجت مسألة حفظ المرتهن يستدل من خلالها على إن التزام المرتهن هو التزام ببذل عناية والعناية المطلوبة هي عناية الشخص المعتاد، وإن اشتراط القانون على المرتهن اثبات السبب الأجنبي لكي يتخلص من الضمان لا يؤدي إلى جعل التزامه التزاماً بتحقيق نتيجة وإنما يبقى التزاماً ببذل عناية .

ومن الجدير بالذكر، إن الأصل هو إن حيازة المرهون تنتقل إلى المرتهن، واستثناءً من ذلك قد تنتقل حيازة المرهون إلى شخص أجنبي يعينه الراهن والمرتهن ويسمى (العدل) وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٢١) مدني عراقي بقولها ((الرهن الحيازي، عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن أو في يد عدل)) (٣٧)، وتحقق الحيازة بواسطة العدل فوائد للراهن والمرتهن على حد سواء، إذ تعفي المرتهن من عبئ المحافظة على المرهون وإدارته واستقلاله وكذلك تحمي الراهن من التصرفات التي يقوم بها المرتهن في المرهون اضراً به، كذلك من خلالها يستطيع الراهن رهن الشيء الواحد ضماناً لديون أشخاص متعددين (٣٨)

ويلاحظ بأن العدل ليس له الحق في إعطاء المرهون للراهن أو المرتهن بدون رضا الآخر ما دام الدين لم ينقضي، فإن سلمه إلى أحدهما يجب عليه استرداده منه، فإن هلك قبل استرداده فإن العدل يضمن قيمته، لأنه صار متعدياً لتعلق حقهما به، إذ إن العدل هو مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية

وكلاهما أجنبي عن صاحبه، وبالتالي فإن المودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/١٣٢٣) مدني عراقي بقولها ((وليس إن يعطي المرهون للراهن أو للمرتهن بدون رضاء الآخر ما دام الدين باقياً، وإن أعطاه كان له استرداده، وإذا هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته))

الفرع الثاني

مصرفات الحفظ والصيانة

لغرض تنفيذ المرتهن التزامه بحفظ المرهون وصيانته يستلزم منه القيام بأنفاق المصرفات اللازمة لتحقيق هذا الغرض، ودفع ما يستحق على المرهون من ضرائب وتكاليف.

وهذا ما نصت عليه المادة (٢٠٨٦) مدني فرنسي بقولها ((على الدائن القيام بحفظ العقار وبالإصلاحات بشرط أن يستنزل من الفوائد جميع المصرفات المتعلقة بالأشياء المرهونة)) .

وإذا كان المرتهن يلتزم بدفع المصرفات اللازمة لحفظ المرهون وصيانته، فهل يستطيع أن يرجع بهذه المصرفات على المدين الراهن؟ نلاحظ بان المرتهن يستطيع أن يرجع على المدين الراهن بالمبالغ التي أنفقها لحفظ المرهون. فضلاً عن ذلك فإن الراهن قد يعطي المرتهن الحق بان ينتفع بالمرهون والحصول على الثمار المتولدة منه، على أن يتم خصم قيمة المصرفات التي أنفقها المرتهن على المرهون من قيمة الثمار التي أخذها المرتهن، وهذه الأحكام نصت عليها المادة (١/١٣٣٨) مدني عراقي، إذ نصت ((..... وان يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه وان يدفع ما يستحق عليه من ضرائب وتكاليف على أن يرجع بذلك على الراهن)) (٣٩)، وكذلك المادة (١٣٤٠) مدني عراقي إذ نصت ((ليس للمرتهن إن ينتفع بالمرهون رهناً حيازياً دون مقابل وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفاده من استعماله، يخصم من الدين الموثق بالرهن ولم يكن قد حل أجله، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة عليه)).

وإذا كان المرتهن وفقاً لما سبق يلتزم بدفع مصرفات حفظ وصيانة المرهون، فهل يستطيع التخلص من هذا الالتزام؟ نلاحظ بان القانون المدني العراقي لم يتضمن نصاً يجيز من خلاله للمرتهن التخلص من هذا الالتزام، وهذا بخلاف القوانين المدنية الأخرى، التي أشارت إلى ان نفقات الحفظ إذا كانت باهظة بحيث لا يستطيع المرتهن دفعها فيحق له التخلي عن حق الرهن والتخلص من دفع مصرفات الحفظ، وهذا ما نصت عليه المادة (١١١٦) من القانون المدني المصري إذ نصت ((ويجوز للدائن أن يتحلل من هذه الالتزامات إذا هو تخلى عن حق الرهن)) (٤٠)، فحق الرهن مقرر لمصلحة الدائن المرتهن لضمان استيفاء الدين المترتب في ذمة المدين الراهن، وبالتالي يحق له التخلي عن المرهون الضامن لدينه إذا احتاج إلى نفقات باهظة لا يستطيع دفعها، علماً إن القانون المدني العراقي وان لم يتضمن نصاً صريحاً بهذا الخصوص إلا انه لا مانع من الأخذ بنفس الحكم الذي اخذ به القانون المدني المصري والقوانين المدنية الأخرى وبذلك نقترح إضافة فقرة ثالثة إلى المادة (١٣٣٨) مدني عراقي تنص على ((إذا كانت النفقات اللازمة لحفظ المرهون باهظة لا يستطيع المرتهن تحملها فله التخلص من هذا الالتزام إذا تخلى عن حق الرهن))

المبحث الثالث

أحكام ضمان المرتهن للمال المرهون

إذا هلك المال المرهون بتعد أو تفريط من المرتهن، انعقدت مسؤوليته في هذه الحالة وأصبح ملتزماً بضمان المال المرهون، الا ان المرتهن قد تكون لديه وسائل يستطيع من خلالها التخلص من الالتزام بضمان المال المرهون، لذلك ولبحث هذا الموضوع لا بد من تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نبين في المطلب الأول، أحكام ضمان المرتهن للمرهون في الفقه الإسلامي، وسنخصص المطلب الثاني لبيان أحكام ضمان المرتهن للمرهون في القانون، اما المطلب الثالث سنبين فيه مدى امكانية المرتهن للتخلص من ضمان المرهون .

المطلب الأول

أحكام الضمان في الفقه الإسلامي

لغرض بيان أحكام الضمان في الفقه الإسلامي، لابد من بيان نطاق ضمان المرتهن للمال المرهون. فضلاً عن الإشارة إلى حكم اختلاف المدين الراهن والدائن المرتهن حول زمن هلاك المرهون وقيمه ووقت اعتبار القيمة الموجبة للضمان، وهذا ما سنبيته في الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول

نطاق ضمان المرتهن للمال المرهون .

اختلف الفقهاء المسلمون حول نطاق ضمان المرتهن للمرهون، إذ ذهب الرأي الأول (٤١)، إلى إن المال المرهون مضمون بالأقل من قيمته ومن قيمة الدين، أي إن محل الرهن إذا هلك فإن المرتهن يضمن أقل القيمتين، قيمة محل الرهن أو قيمة الدين. فإن كانت قيمة المرهون أقل من قيمة الدين، فهو مضمون بقدر قيمة المرهون وسقط من الدين بقدرها، ورجع المرتهن بالفضل الزائد على الراهن، أما إذا تساوت قيمة المرهون وقيمة الدين، صار المرتهن مستوفي دينه حكماً، أما إذا كانت قيمة المرهون أكثر من قيمة الدين، وهلك المرهون بيد المرتهن، ففي هذه الحالة يسقط دين المرتهن ولا يرجع الراهن عليه بشيء إلا بقدر الفضل الزائد في قيمة المرهون .

جدير بالذكر، إن ما ذهب إليه هذا الرأي، من أن المرتهن يضمن المرهون بأقل القيمتين قيمة المرهون أو قيمة الدين يطبق في حالة إذا كان المرهون شيئاً واحداً، أما إذا كان المرهون عدة أشياء ، فقد ذهب هذا الرأي إلى التمييز بين حالتين. **الحالة الأولى،** هي إطلاق الرهن وعدم تخصيص كل شيء من الأشياء المرهونة لضمان الوفاء بجزء من الدين، وفي هذه الحالة يقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما، أي إن كل شيء من هذه الأشياء يكون مضموناً بالأقل من قيمته ومن قيمة الدين، والسبب في ذلك هو أن كل واحد منهما مرهون، والمرهون مضمون بالدين. **أما الحالة الثانية،** فهي تقيد كل شيء من الأشياء المرهونة لضمان الوفاء بجزء من الدين المضمون. ففي هذه الحالة يكون كل واحد منهم . ((الأشياء المرهونة)) مضموناً بالأقل من قيمته ومما سمي له، لأنه لما سمي وجب اعتبار التسمية فينظر إلى القدر المسمى لكل واحد منهما فأيهما هلك يهلك بالأقل من قيمته، ومن القدر المسمى له.

بينما ذهب الرأي الثاني (٤٢)، في الفقه الإسلامي إلى انه إذا هلك المرهون بيد المرتهن فانه مضمون بكل الدين حتى وان كان أكثر من قيمته، وبالتالي هذا يؤدي إلى سقوط كل دين الدائن المرتهن، سواء كانت قيمة الدين أو أقل، أو كانا متساويين . **ويمكن القول،** بان ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول في الفقه الإسلامي يفضل على ما ذهب أصحاب الرأي الثاني لأنه يعمل على التوفيق بين مصلحة المدين الراهن والدائن المرتهن، إذ انه يحقق مصلحة المرتهن بأعطاء الحق في الرجوع على المدين الراهن في حالة هلاك المرهون وكانت قيمته أقل من قيمة الدين المضمون بالرهن، كما انه يحقق مصلحة الراهن بأعطاء الحق في الرجوع على المرتهن في حالة هلاك المرهون بيده وكانت قيمته أكثر من قيمة الدين المضمون. إذ يحق للراهن في هذه الحالة الرجوع على المرتهن ومطالبته بالزيادة في قيمة المرهون .

الفرع الثاني

حكم اختلاف المتراهنين

قد يختلف المدين الراهن والدائن المرتهن عند هلاك المرهون أو حصول عيب فيه بخصوص وقت حدوث الهلاك أو العيب، أو في قيمة المرهون وقيمة الدين المضمون ووقت اعتبار القيمة الموجبة للضمان. فالمال المرهون إذ هلك واختلفا في وقت الهلاك، فقال الراهن بعد القبض وقال المرتهن قبل القبض، فالراجح هو الأخذ بقول المرتهن لأنه منكر للقبض (٤٣)، جدير بالذكر انه إذا كان هناك دليل على قبض المرتهن للمرهون وهلاكه في يده فلا يؤخذ بقول المرتهن في هذه الحالة . أما إذا تعيب المرهون واختلف الراهن والمرتهن في وقت حدوث العيب، ففي هذه الحالة رأيان (٤٤)، الرأي الأول ذهب إلى الأخذ بقول الراهن بان العيب قد حصل بعد القبض، لان الأصل صحة العقد ولزومه، أما الرأي الثاني فقد ذهب إلى الأخذ بقول المرتهن .

وقد يحصل الاختلاف بين الراهن والمرتهن على قيمة المرهون الذي يلتزم المرتهن بضمانه، أو على قيمة الدين المضمون بالرهن، ففي الحالة الأولى ((الاختلاف على قيمة المرهون)) فالراجح هو الأخذ بقول المرتهن مع يمينه، لأنه منكر لوجوب الزيادة على ما اقر به والقول قول المنكر (٤٥) . أما في الحالة الثانية ((الاختلاف في

قيمة الدين)) فهذه الحالة تحصل كما لو قال الراهن رهنك هذا الشيء بألف، وقال المرتهن بل بألفين، وبهذا الخصوص ذهب رأي في الفقه الإسلامي إلا إن القول الذي يجب الأخذ به هو قول الراهن، وهذا ما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة وبه قال النخعي والثوري والنبتي أبو ثور(٤٦).

بينما ذهب الرأي الآخر، إلى إن قول المرتهن هو الذي يؤخذ في هذه الحالة ما لم يتجاوز قيمة المرهون، لان الظاهر إن الرهن يكون بقدر الحق، وان الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن، والقول قول المنكر(٤٧)، وقد استند هذا الرأي لتبرير ما ذهب إليه إلى حديث الرسول الكريم (صلى الله عليه واله وسلم) ((لو يعطي الناس بدعواهم لا دعى قوم دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه)) وقد ذهب الى هذا الراي فقهاء المالكية .

واخيراً، قل يحصل الاختلاف حول وقت اعتبار قيمة المال المرهون الذي يلتزم المرتهن بضمانه، فذهب الحنفية إلى أن قيمة المرهون إذا هلك، تعتبر يوم القبض، إذ انه دخل في ضمان المرتهن من تاريخ قبضه للمرهون، بينما ذهب الفقهاء المسلمين الآخرين بهذا الخصوص إلى عدة آراء(٤٨)، الرأي الأول، يرى بان الوقت المعتبر لتحديد قيمة المرهون المضمون هو يوم التلف، إذ أن العين المرهونة كانت قائمة، فلما تلفت قامت قيمتها مقامها، أما الرأي الثاني ذهب إلى أن الوقت المعتبر هو يوم القبض، أما الرأي الثالث فقد حدد وقت تحديد قيمة المرهون المضمون وهو أعلى القيم من حيث القبض إلى حين التلف، ونرى بان الرأي الراجح هو ضمان قيمة المال المرهون وقت تلفه لأنه في هذا الوقت تحقق مسؤولية المرتهن عن هلاك المرهون ويلتزم بضمانه .

المطلب الثاني

أحكام الضمان في القانون

إذا اثبت المرتهن انه قام بما يلزم للمحافظة على المال المرهون وان الهلاك الذي أصاب المرهون يرجع لسبب خارج عن إرادته، كأن يكون الهلاك راجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي كفيضان أو حريق أو سرقة أو خطأ الغير أو خطأ الراهن أو حصل الهلاك بسبب عيب في المال المرهون، ففي هذه الحالة لا ضمان على المرتهن، ولكن إذا كان الهلاك راجع إلى تعدي أو تقصير من المرتهن في حفظ المرهون فانه يلتزم بضمانه في حالة هلاكه، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٩٥٠) مدني عراقي إذ نصت ((والأمانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك، سواء كان بسبب يمكن التحرز منه أم لا، وإنما يضمنها إذا هلكت بصنعه أو بتعد أو تقصير منه)) كذلك نصت المادة (١/١٣٣٨) مدني عراقي على ((..... وهو مسؤول عن هلاكه كلاً أو بعضاً ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يدل فيه)).

ومن الجدير بالذكر، ان المادة (١٤٧٨) من قانون المعاملات المدنية الامراتي رقم ٥ لسنة ١٩٩٥ قد ذهبت الى حكم مخالف لما ذهب اليه القانون المدني العراقي اذ جعلت المرتهن ضامن للمال المرهون حتى وان لم يحصل تعدي او تفريط منه في حفظ المرهون اذ نصت ((٢ - فاذا كانت قيمته مساوية لقيمة ضمانه سقط الدين سواء اكان الهلاك بتعدي المرتهن ام لا))ومما يمكن تسجيله من ملاحظات على نصوص المواد أعلاه، إن المادة(٢/٩٥٠) مدني عراقي جعلت الأمين سواء كان المرتهن أم غيره غير ضامن في حالة هلاك الأمانة بسبب يمكن التحرز منه، وكان الأفضل جعل الأمين غير ضامن في حالة إذا كان سبب الهلاك لا يمكن التحرز منه، خصوصاً إن السبب إذا كان من الممكن التحرز منه فانه يدخل من ضمن الأعمال التي يجب على الأمين القيام بها للمحافظة على الأموال المودعة لديه على سبيل الأمانة، أما المادة (١/١٣٣٨) فقد جعلت المرتهن ضامن لهلاك المرهون ما لم يثبت بان الهلاك يرجع لسبب أجنبي لا يدل فيه، ولكنها لم تبين وقت تحديد قيمة المرهون لغرض ضمانه، هل هو يوم تسليمه إليه أم يوم هلاكه أم يوم إقامة الدعوى على المرتهن، وهذا بخلاف القوانين المدنية الأخرى التي قامت بتحديد هذا الوقت، ومنها تقنين الالتزامات والعقود المغربي، إذ نص في الفصل (١٢١٢) على ((يضمن الدائن الشيء المرهون، في حدود قيمته وقت تسليمه إليه دون إخلال بالحق في تعويض اكبر أن اقتضى الحال))(٤٩)، وبذلك يتبين بان الأصل هو أن يضمن المرتهن المال المرهون في حدود قيمته وقت تسليمه إليه، ولكن إذا زادت قيمة المال المرهون بعد ذلك فيكون من حق الراهن مطالبة المرتهن بمقدار الزيادة الحاصلة في قيمة المرهون .

ومن خلال ما تقدم، نقترح تعديل نص المادة (٢/٩٥٠) مدني عراقي بان تجعل الأمين غيرمسؤول عن هلاك الأموال الموضوعة في حيازته على سبيل الأمانة إذا كان هلاكها راجع إلى سبب لا يمكن التحرز منه دون السبب الذي يمكن التحرز منه لأنه يدخل ضمن الأعمال التي يجب على المرتهن القيام بها لحفظ المرهون .
كما نقترح تعديل الشطر الأخير من الفقرة الأولى للمادة (١٣٣٨) مدني عراقي لغرض تحديد الوقت الذي يلتزم فيه المرتهن بضمان قيمة المرهون لتصبح بالشكل الآتي ((وهو مسؤول عن هلاكه كلاً أو بعضاً في حدود قيمة وقت تسلمه دون إخلال بالحق في تعويض اكبر إذا اقتضى الحال ما لم يثبت إن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يدل عليه))

المطلب الثالث

مدى إمكانية المرتهن للتخلص من ضمان المرهون

إن المرتهن لا يكون ضامناً لهلاك المال المرهون في جميع الحالات التي يتعرض فيها المرهون إلى الهلاك، فالمرتهن يحق له التخلص من ضمان المرهون في عدة حالات منها :-

أولاً :- المحافظة على المال المرهون، يجب على المرتهن لكي يتخلص من ضمان المرهون أن يحافظ على المرهون وان يبذل في حفظه عناية الرجل المعتاد، وان يردّه إلى الراهن عند استيفاء دينه، فالمرهون وجد من أجل ضمان الدين، فإذا لم يبقى على حاله أو نقصت قيمته أدى ذلك إلى نقصان قيمة الضمان، وفي حالة هلاكه يصبح الدين بدون ضمان، وبالتالي التزم المرتهن بضمانه. فإذا قام المرتهن بالأعمال اللازمة لحفظ المرهون وبذل عناية الرجل المعتاد وهلك المرهون رغم ذلك فلا يكون المرتهن ضامناً في هذه الحالة.

ثانياً :- قيام المرتهن بإعلان الراهن عن حالة المرهون، إذا كان المرهون معرضاً بان يصيبه هلاك أو تلف (٥٠)، فيجب على المرتهن ومن أجل التخلص من ضمان المرهون أن يخبر الراهن بحالة المرهون، وفي هذه الحالة يسترد الراهن المرهون ويقدم تأميناً آخر للدين، أما إذا لم يقدم الراهن تأمين آخر لضمان الوفاء بالدين فيحق للمرتهن الطلب من المحكمة بيع المرهون المعرض للهلاك أو التلف ويكون ثمنه في هذه الحالة ضامناً للدين، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/١٣٣٨) مدني عراقي. إذ نصت ((وإذا كان المرهون مهدداً بان يصيبه هلاك أو نقص في القيمة، وجب على المرتهن أن يبذل بإعلان الراهن بذلك وإلا كان مسؤولاً. وفي حالة الإعلان يجوز للراهن أن يسترد المرهون إذا قدم للمرتهن تأميناً آخر. فإذا لم يفعل جاز للمرتهن أن يطالب المحكمة ببيع المرهون وإبقاء ثمنه رهناً في يده)) (٥١)، ويلاحظ بان المادة (١٤٠٦) مدني أردني تضمنت ذات الأحكام المشار إليها في المادة (٢/١٣٣٨) مدني عراقي إلا أنها أعطت المرتهن والراهن الحق بطلب بيع المرهون في حالة عدم تقديم الراهن تأمين آخر لضمان الوفاء بالدين، في حين إن هذا الحق وفق القانون المدني العراقي هو للمرتهن فقط .

ثالثاً :- تنازل المرتهن عن حق الرهن. إذ يستطيع المرتهن التخلص من ضمان المرهون بتنازله عن حق الرهن، وذلك في حالة إذا كان حفظ المال المرهون يحتاج إلى نفقات ومصروفات لا يستطيع المرتهن دفعها، ففي هذه الحالة يتنازل عن حق الرهن، وبالتالي لا يكون ضامناً للمال المرهون في حالة هلاكه .

رابعاً :- إثبات السبب الأجنبي، يستطيع المرتهن التخلص من ضمان المرهون إذا اثبت بان الهلاك قد حصل بسبب أجنبي لا يدل عليه، وهذا ما أشارت إليه المادة (١٦٨) مدني عراقي إذ نصت ((إذا استحال على الملتزم بالعقد إن ينفذ الالتزام عيناً. حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة قد نشأت عن سبب أجنبي لا يدل عليه فيه)) **ومن الجدير بالذكر،** إن السبب الذي من أجله اشترط القانون على المرتهن إثبات السبب الأجنبي لكي يتخلص من الضمان على الرغم من انه غير ملزم إلا ببذل عناية الرجل المعتاد هو أن الدائن المرتهن إضافة إلى التزامه بالمحافظة على المال المرهون وهو التزام ببذل عناية يلتزم التزاماً آخر بتحقيق نتيجة وهو رد العين المرهونة عند انقضاء الرهن بالحالة التي تسلمها بها، فإذا عجز عن تنفيذ التزامه لهلاك العين أو تلفها، فلا يستطيع التخلص من المسؤولية بمجرد إثباته بأنه قام ببذل عناية الرجل المعتاد، بل عليه إثبات السبب الأجنبي .

الخاتمة :

توصلنا من خلال البحث في هذا الموضوع إلى عدد من النتائج والمقترحات وهي :-

أولاً :- تبين بان مقصود الرهن، هو الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفاؤه من ثمن المرهون إذا تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا المقصود لا يتحقق إلا إذا التزم المرتهن بحفظ المرهون وصيانته والتزامه بضمانه في حالة هلاكه لسبب يرجع إلى تعديه أو تفريطه في حفظ المرهون .

ثانياً :- تبين بان الفقهاء المسلمين قد اتفقوا على أن المرتهن ضامن للمرهون في حالة تعديه أو تفريطه في حفظه، ولكنهم اختلفوا في حالة إذا حصل الهلاك دون تعدي أو تفريط من المرتهن، فذهب رأي إلى أن المرتهن غير ضامن، بينما ذهب رأي آخر إلى أن المرتهن ضامن للمال المرهون علماً أنهم قد اختلفوا في مدى الضمان المترتب على المرتهن، أما الرأي الأخير فقد ذهب إلى أن المرتهن ضامن إذا حصل الهلاك بأمر خفي وعدم التزامه بالضمان إذا حصل الهلاك بأمر ظاهر. وقد تبين بان ما ذهب إليه الرأي الأول بعدم التزام المرتهن بالضمان هو الرأي الراجح .

ثالثاً :- تبين بان الفقهاء قد اختلفوا حول طبيعة التزام المرتهن بحفظ المرهون. فذهب اتجاه في الفقه إلى أن التزام المرتهن بحفظ المرهون هو التزام بتحقيق نتيجة، بينما ذهب الرأي الغالب في الفقه، وهو الرأي الراجح. إلى أن التزام المرتهن هو التزام بوسيلة. أي الالتزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة، إذ أن التزام المرتهن في إثبات السبب الأجنبي لغرض التخلص من ضمان المرهون وما هو إلا تشدد تجاه مسؤولية الدائن المرتهن ولا يؤدي إلى تحول التزامه إلى التزام بنتيجة .

رابعاً :- تبين بان القانون المدني العراقي لم يتضمن نصاً يجيز من خلاله للمرتهن التخلص من الالتزام بدفع مصروفات الحفظ والصيانة اذا كانت باهظة بحيث لا يستطيع المرتهن تحملها، وهذا بخلاف القوانين المدنية الأخرى كالقانون المدني المصري. إذا أجاز للمرتهن إذا أراد أن يتخلص من هذا الالتزام أن يتخلى عن حق الرهن، ولكن يلاحظ بأنه لا مانع من الأخذ بالحكم الذي اخذ به القانون المدني المصري، وندعو المشرع العراقي إلى إضافة فقرة ثالثة إلى المادة (١٣٣٨) مدني تنص على ((إذا كانت النفقات اللازمة لحفظ المرهون باهظة لا يستطيع المرتهن تحملها فله التخلص من هذا الالتزام إذا تخلى عن حق الرهن)) .

خامساً :- لقد كان المشرع العراقي موقفاً عندما اعتمد معياراً موضوعياً للمحافظة على المال المرهون، من خلال اشتراطه قيام المرتهن ببذل عناية الشخص المعتاد. وهذا بخلاف بعض القوانين المدنية الأخرى التي أخذت بالمعيار الشخصي واشترطت على المرتهن المحافظة على المال المرهون بنفس العناية التي يبذلها في حفظ ماله وذلك لان المعيار الشخصي يختلف باختلاف الأشخاص وقد يكون هناك شخص تقل عنايته في حفظ امواله عن عناية الشخص المعتاد مما يؤدي الى الاضرار بالمدين الراهن من خلال عدم التزام المرتهن في هذه الحالة بضمان المال المرهون حتى وان كانت عنايته تقل عن عناية الشخص المعتاد.

سادساً :- نظراً لعدم وجود نص في القانون المدني العراقي يحدد الوقت الذي يلتزم فيه المرتهن بضمان قيمة المرهون، نقترح تعديل صياغة الفقرة الأولى من المادة (١٣٣٨) مدني لتصبح بالشكل الآتي (..... وهو مسؤول عن هلاكه كلاً أو بعضاً في حدود قيمة وقت تسلمه دون إخلال بالحق في تعويض اكبر إذا اقتضى الحال ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لايد له فيه))

سابعاً :- تبين بان المرتهن يستطيع إن يتخلص من ضمان المرهون في حالة قيامه بالمحافظة على المال المرهون وبذله عناية الرجل المعتاد، وكذلك في حالة قيام المرتهن بإعلان الراهن عن حالة المرهون إذا كان مهدداً بان يصيبه هلاك أو نقص في قيمته كما يستطيع المرتهن التخلص من المسؤولية في حالة إثباته للسبب الأجنبي الذي أدى إلى هلاك المرهون وكذلك في حالة تخليه عن حق الرهن حسب ما نصت عليه قسم من التشريعات المدنية .

الهوامش :

- (١)- المقصود بالتعدي، فعل ما لا يجوز فعله، كما لو قام المرتهن بهدم المال المرهون كله او جزء منه اما التفريط فانه أمر عدمي وهو ترك ما يجب فعله من الحفظ، انظر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الجزء السادس، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا سنة طبع، ص ٢١٣
- (٢)- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني، الجزء السادس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص ٢٥٤. البيان في فقه الإمام الشافعي، الجزء السادس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص ٩٧ .
- (٣)- المغني، للإمام أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي، الجزء الرابع، بلا سنة طبع، ص ٣٩٦
- (٤)- المحلى، لأبي محمد علي بن حزم الظاهري، توفي سنة (٤٥٦ هـ) الجزء الثامن، بلا سنة طبع، ص ١١٣ .
- (٥)- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، المحقق الحلبي أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، ٦٠٢ هـ - ٦٧٦ هـ، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار الأضواء، النجف الأشرف، ١٤١٨ هـ، ص ٧١. فقه الإمام جعفر الصادق (عليه السلام)،
- عرض واستدلال، محمد جواد مغنیه، الجزء الثالث، ص ٣١. كتاب الخلاف، الإمام أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الجزء الثالث، مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤٢٩ هـ. ص ٢٤٥ .
- (٦)- البيان في فقه الإمام الشافعي، مصدر سابق، ص ٩٧ .
- (٧)- المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الثالث، دار القلم، بيروت، ص ٢١٣ .
- (٨)- الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه، مصدر سابق، ص ٢٥٧ .
- (٩)- الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، مصدر سابق، ص ٢٥٩ .
- (١٠)- تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، تأليف الشيخ اية الله العظمى محمد الفاضل اللنكراني، الطبعة الأولى، ١٤٢٥، ص ٢٦٣ .
- (١١)- من أصحاب هذا الاتجاه، الحسن البصري وإبراهيم النخعي وشريح والزهري، انظر، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ص ٢٥٥ .
- (١٢)- انظر، الرهن في الشريعة الإسلامية، فرج توفيق الوليد. ص ٣٧٧ .
- (١٣)- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، مصدر سابق. ص ٢٥٨، المغني، مصدر سابق. ص ٣٩٧ .
- (١٤)- انظر البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، للإمام المهدي احمد بن يحيى المرتضى، الطبعة الأولى، الجزء الرابع. ص ١١٣، المحلى. مصدر سابق. ص ١١٢ .
- (١٥)- انظر، المحلى، ابن حزم الظاهري، الجزء الثامن، مصدر سابق. ص ١١٣ .
- (١٦)- ذهب إلى هذا الرأي، الأوزاعي وعثمان ألبتي والإمام مالك، انظر، المحلى، الجزء الثامن، مصدر سابق، ص ١١٣. فقه البيوع والأستيثاق، د. علي احمد السالوك، الطبعة السابعة، بيروت. لبنان. ٢٠٠٨ ص ١٢٦٩
- (١٧)- انظر، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ص ٢٦٠، مسالك الإفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، تأليف زين الدين بن علي العاملي (قدس سره) الجزء الرابع، تحقيق ونشر مؤسسة المعارف الإسلامية. ص ٥٤ انظر كذلك، فرج توفيق الوليد، مصدر سابق. ص ٣٦٨ (١٨)- انظر، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر في فروع الحنفية، الإمام إبراهيم بن محمد الحلبي، تأليف الفقيه المحقق محمد بن سليمان الحنفي، الجزء الرابع. بيروت، لبنان، بلا سنة طبع. ص ٢٣١ .
- (١٩)- انظر، المدونة الكبرى، الإمام مالك ابن انس الأصبحي، الجزء الخامس، دار الفكر، بلا سنة طبع. ص ٢٣٥٦ .
- (٢٠)- انظر، ردالمختار على الدرالمختار، حاشية ابن عابدين، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، بيروت، ص ٣٤٥
- (٢١)- انظر، المغني، ابن قدامه، مصدر سابق. ص ٤١٠ .
- (٢٢)- مغني المحتاج، ابن قدامه، مصدر سابق، ص ٤٣٣، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج ١. ص ٣١٤

- (٢٣)- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، مصدر سابق. ص ١٥١ .
- (٢٤)- انظر، الأم، الإمام أبي عبد الله محمد الشافعي، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٢٠٠١، ص ٧١ .
- (٢٥)- انظر، الأم، تأليف الإمام أبي عبد الله محمد الشافعي، الجزء الرابع، مصدر سابق، ص ٧١ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ص ٢٣٤. معجم الفقه الحنبلي، مستخلص من كتاب المغني لابن قدامة، دار الفكر، بلا سنة طبع. ص ٣٨٩ .
- (٢٦)- انظر، الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الإسلامي، د. سعدي حسين علي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، بلا سنة طبع. ص ٣٢٢ .
- (٢٧)- انظر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق. ص ٢٣٥ .
- (٢٨)- انظر، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، مصدر سابق. ص ٢٦٠ .
- (٢٩)- انظر، رد المختار على الدر المختار، ج٤، مطبعة دار الكتب العربية، ١٣٢٧ هـ. ص ٤٩٤ .
- (٣٠)- انظر، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، مصدر سابق. ص ٢٥٧ .
- (٣١)- انظر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق. ص ٢٣٦ .
- (٣٢)- تقابلها المادة (١٢٠٤) من تقنين الالتزامات والعقود المغربي. والمادة (١١٠٣) مدني مصري، والمادة (٩٥٥) مدني جزائري لسنة ١٩٧٥، والمادة (١٤٧٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي .
- (٣٣)- انظر، في عرض آراء الفقه بهذا الخصوص. د. عبد العزيز سلمان اللصاصمه، التزام المرتهن بحفظ المرهون حيازاً وصيانته، ص ٩. د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، الإسكندرية. ١٩٥٠، ص ٥٨٩ .
- (٣٤)- انظر، د. غني حسون طه، محمد طه البشير، الحقوق العينية، الجزء الثاني، بلا سنة طبع. ص ٥٣٠ د. سمير عبد السيد تناغو. التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٦. ص ٣٤٧. القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، ط١، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥. ص ١٥٠ .
- وفي الفقه الفرنسي انظر، Josserand, cours de droit civil – Positif francais, Tome,11,1933,No. 1530
- (٣٥)- انظر المادة (١١٠٣) مدني مصري، والمادة (١١٠٧) من القانون المدني الليبي، لسنة ١٩٥٣، والمادة (٩٥٥) من القانون المدني الجزائري والمادة (١٣٩١) مدني أردني والمادة (٢٠٨٠) من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ .
- (٣٦)- تقابلها المادة (١٠٠٩) من مرشد الحيران .
- (٣٧)- انظر، المادة (١٠٩٦) مدني مصري، والمادة (١٠٥٥) مدني سوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٤، والمادة (١١٠٠) مدني ليبي
- (٣٨)- انظر، د. همام محمد محمود، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢ ص ٦١٧. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١٠، التأمينات الشخصية والعينية، تنقيح احمد مدحت المراغي، ٢٠٠٦، ص ٦٠٧، وفي الفقه الفرنسي انظر، Aubry et Rau, cours de droit civil francais,t,3,no.431-planiol et ripert,traite pratique de droit civil francais,t,11,no.104
- (٣٩)- تقابلها المادة (١٢١٦) من قانون الالتزامات والعقود المغربي .
- (٤٠)- تقابلها المادة (١٠٦٦) مدني سوري. إذ نصت ((وله دائماً أن يدفع هذه الالتزامات عن عاتقه بتخليه عن حق الرهن)) وكذلك، المادة (١١٢) من القرار ٣٣٣٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .
- (٤١)- انظر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ص ٢٤١. البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، الجزء الرابع، مصدر سابق. ص ١١٣. انظر كذلك، فقه المعاملات على مذهب أبي حنيفة النعمان، رافع عبيدات، عالم الكتب الحديثة، عمان، ٢٠٠٩. ص ٢٠٣ .

- (٤٢)- من أصحاب هذا الرأي، الحسن البصري، وإبراهيم النخعي وشريح الزهري، انظر الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي. ص ٢٥٥ .
- (٤٣)- انظر، فقه البيع والأستيثاق. مصدر سابق. ص ١٢٧٥ .
- (٤٤)- انظر، فقه البيع والأستيثاق. مصدر سابق. ص ١٢٧٦ .
- (٤٥)- انظر، معجم الفقه الحنبلي. مصدر سابق، ص ٣٩٩ .
- (٤٦)- انظر، معجم الفقه الحنبلي، مصدر سابق، ص ٣٩٦ .
- (٤٧)- انظر، فقه البيع والأستيثاق، مصدر سابق. ص ١٢٧٦ .
- (٤٨)- انظر، الشرح الصغير في شرح المختصر النافع، السيد علي محمد علي الطباطبائي الحائري، الجزء الثاني. بلا سنة طبع. ص ١٣٠. رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل، تأليف الفقيه الأصولي السيد علي بن السيد محمد علي الطباطبائي، الجزء التاسع، ١٤١٩ هـ. ص ٢٢٩. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مصر سابق. ص ٧٦ .
- (٤٩)- تقابلها المادة (١٣٩٦) مدني أردني. والمادة (١٤٧٨) من القانون الإماراتي .
- (٥٠)- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني. ج ١٠، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٠ .
- ص ٨١٢. د. محي الدين إسماعيل علم الدين، أصول القانون المدني، الحقوق العينية. بلا سنة طبع. ص ٦٢٣ .
- د. محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، ٢٠٠٨. ص ٤٧٦ .
- (٥١)- انظر، المادة (١٢٠٦) من تقنين الالتزامات والعقود المغربي .

المصادر

القران الكريم :-

أولاً :- كتب الفقه الإسلامي :-

- ١- الحاوي الكبير. في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الجزء السادس. دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان. بلا سنة طبع.
- ٢- البيان في فقه الإمام الشافعي، الجزء السادس، دار الكتب العلمية. بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع.
- ٣- المغني. الإمام أبي محمد عبد الله بن احمد بن قدامه المقدسي، الجزء الرابع، بلا مكان ولا سنة طبع .
- ٤- المحلى، أبي محمد علي بن حزم الظاهري، توفي سنة (٤٥٦) هـ ، الجزء الثامن، بلا مكان وسنة طبع
- ٥- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، المحقق الحلي أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار الأضواء، النجف الأشرف، ١٤١٨ هـ .
- ٦- فقه الإمام جعفر الصادق (عليه السلام)، عرض واستدلال، محمد جواد مغنیه، الجزء الثالث، بلا سنة طبع .
- ٧- المهذب في فقه الإمام الشافعي لأبي إسحاق الشيرازي، الجزء الثالث، دار القلم، بيروت، بلا سنة طبع
- ٨- الرهن في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن، فرج توفيق الوليد، جامعة بغداد، بلا سنة طبع .
- ٩- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، الإمام المهدي احمد بن يحيى المرتضى، الطبعة الأولى الجزء الرابع، بلا سنة طبع .
- ١٠- مسالك الإفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، تأليف زين الدين بن علي العاملي، الجزء الرابع. تحقيق ونشر مؤسسة المصارف الإسلامية. بلا سنة طبع .
- ١١- رد المختار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، الجزء الخامس. الطبعة الثانية، بيروت، بلا سنة طبع .
- ١٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الجزء السادس، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا سنة طبع .
- ١٣- فقه المعاملات على مذهب أبي حنيفة العماني، رافع محمد عبيدات، عالم الكتب الحديث، عمان ٢٠٠٩ .
- ١٤- معجم الفقه الحنبلي، مستخلص من متاب المغني لابن قدامه، دار الفكر، بلا سنة طبع .
- ١٥- الأم، تأليف الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الجزء الرابع، دار أحياء التراث العربي بيروت، لبنان، ٢٠٠١ .

- ١٦- تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، تأليف الشيخ آية الله العظمى محمد الفاضل اللكراني، الطبعة الأولى، ١٤٢٥ هـ .
- ١٧- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر في فروع الحنفية، الإمام إبراهيم بن محمد الحلبي، تأليف الفقيه المحقق محمد بن سليمان الحنفي، الجزء الرابع، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع .
- ١٨- كتاب الخلاف الإمام أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي الجزء الثالث، مؤسسة النشر الإسلامي ١٤٢٩ هـ .
- ١٩- رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل، تأليف الفقيه الأصولي السيد علي بن السيد محمد علي الطباطبائي، الجزء التاسع، ١٤١٩ هـ .
- ٢٠- الشرح الصغير في شرح المختصر النافع، السيد علي محمد علي الطباطبائي الحائري، الجزء الثاني، بلا سنة طبع .
- ٢١- المدونة الكبرى، الإمام مالك بن انس الاصبحي، الجزء الخامس، دار الفكر، بلا سنة طبع .

ثانياً :- الكتب القانونية .

- ١- د.سعدى حسين علي، الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الاسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، بلا سنة طبع.
- ٢- د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المصارف بالإسكندرية، ١٩٩٦ .
- ٣- القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢ .
- ٤- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١٠، التأمينات الشخصية والعينية، تنقيح احمد مدحت المراغي، ٢٠٠٦ .
- ٥- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١٠، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠ .
- ٦- د. عبد العزيز اللصاصمة، التزام المرتهن بحفظ المرهون حيازاً وصيانته. بلا سنة طبع .
- ٧- د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، الإسكندرية، ١٩٥٠ .
- ٨- د. علي احمد السالوك، فقه البيع والاستيثاق، الطبعة السابعة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨ .
- ٩- د. غني حسون طه، محمد طه البشير، الحقوق العينية، الجزء الثاني، بلا سنة طبع .
- ١٠- د. محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، ٢٠٠٨ .
- ١١- د. محي الدين إسماعيل علم الدين، أصول القانون المدني، الحقوق العينية، بلا سنة طبع .
- ١٢- د. همام محمد محمود، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٢ .

ثالثاً :- القوانين :-

- ١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤
- ٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
- ٣- القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ .
- ٤- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- ٥- القانون المدني الليبي لسنة ١٩٥٣ .
- ٦- القانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٥ .
- ٧- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
- ٨- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٩٥ .
- ٩- قانون الالتزامات والعقود المغربي.

رابعاً :- المصادر الأجنبية :-

- 1- Josserand, cours de droit civil – Positif français, Tome,11,1933.
- 2- Aubry et Rau, cours de droit civil français,t,3.
- 3- planiol et ripert,traite pratique de droit civil français,t,11.