مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الحلول العيني في الرهن
(دراسة مقارنة)

لطيف پيرۆت علي
قسم القانون، فاكلتي العلوم الإنسانية والإجتماعية، جامعة كويه،كويسنجق، العراق
latif jublaxi@ gmail.com

الدكتور سەنگەر على رسول
قسم القانون، العلوم الإنسانية، جامعة ڕاپەڕين، رانيه، العراق
sangar.rasool@uor.edu.krd

معلومات البحث

تاريخ البحث:
الاستلام:٢٠٢٣/١/٩
القبول:٢٠٢٣/٢/٢٠
النشر:ربيع ٢٠٢٤

الكلمات المفتاحية:
In-kind solutions, Mortgage, Customization, Substitution, guarantees

Doi:
10.25212/lfu.qzj.9.1.25

الملخص

يذهب الفقه الحديث الى أن الحلول العيني وسيلة فنية يمكن بها حماية الحقوق من الضياع، وذلك من خلال احلال شيء محل شيء آخر باعتباره بديلاً عنه، الا ان المجال الطبيعي لإعمال هذه الفكرة يظهر جلياً في الحقوق العينية وبالأخص الحقوق العينية التبعية كالرهن بنوعيه التأميني والحيازي وحقوق الامتياز. ولما كان أثر الحلول العيني وتطبيقاته أكثر وضوحاً وفعالية في نظام الرهن دون غيره من صور التأمينات الأخرى، لأن الضمانات التي يقدمها الراهن للدائن المرتهن محصورة بضمان عدم الوفاء في حالة اعسار المدين، ولا تتعدى إلى المخاطر الأخرى التي سيواجه المرتهن، في جميع الحالات التي يخرج المرهون من ذمة الراهن وتعذر على المرتهن تتبعه، وعلى أثر ذلك يضيع حقه بزوال محله، واستدعى كل ذلك تداخل ضمان آخر كوسيلة احتياطية لتكملة هذا القصور.

المقدمة

الأصل أنَّ الرهن كضمان عيني هو الذي يكفل للدائن المرتهن الوصول إلى استيفاء حقه كاملاً عن طريق تخصيص مال معين من أموال المدين أو الغير من خلال إعطائه العديد من السلطات أو المزايا المتمثلة بسلطة التقدم والتتبع فضلاً عن إعطائه حق الحبس ولكن الضمانات التي يوفرها نظام الرهن بجميع اشكالها لا يضمن سوى خطر اعسار المدين أو امتناعه عن الوفاء أو التأخير في الوفاء، وكذلك خطر مزاحمة الدائنين الآخرين.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ألاّ ان الحياة العملية والواقعية أظهرت مخاطر أخرى يمكن ان تواجه الدائن المرتهن وتهدد حقه بالزوال أو فقد جزء منه، ومنها حالة إذا كان محل الرهن عقاراً شائعاً أو جزءاً مفرزاً منها، ولكن بنتيجة القسمة لم يقع هذا العقار أو هذا الجزء من نصيب الشريك الراهن بل وقع في نصيبه عقار آخر أو جزء من عقار آخر.

وكما يمكن ان يهلك المحل الذي يرد عليه الرهن هلاكاً كلياً في الأحوال التي يتصور بشأنها هلاك العقار المرهون مادياً كما في نظام العلو والسفل إذا انهدم العلو، أو حالة إذا وقع الرهن على المباني دون الأرض وإنهدم، أو هلاكاً قانونياً كما إذا انتزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة، ففي جميع الحالات المشار اليها يفقد الرهن أثره الهام وهو سلطة التتبع، فهنا ينقضي حق التتبع كوسيلة أصلية لحماية التخصيص ضماناً لحق المرتهن.

وتتجلى أهمية هذا الموضوع فيما ان حق الدائن المرتهن قد يتعرض لخطر الضياع إذا ما استوفى الراهن المقابل الذي حل محل المرهون الهالك، فتختلط هذه المبالغ في ذمته، لذلك كان لابد من حدود يرسمها القانون لتميز حق الدائن المرتهن وتبين كيفية المحافظة عليه، لا مناص من اللجوء الى الحلول العيني إذا استحق عن هذا الهلاك مال آخر يمكن ان يثقل بنفس التخصيص.

ولأهمية الحلول العيني كضمان احتياطي من ضمانات الدائن المرتهن في تكملة القصور الذي يشوبه نظام الرهن عن تأدية وظيفته الضمانية في حالات معينة لاستحالة مباشرة حق التتبع فيها، أخترنا موضوع الحلول العيني في الرهن عنواناً لبحثنا، ونذكر فيما يأتي إشكالية البحث والهدف منه وكذلك منهجنا فيه، كما نتطرق إلى هيكلية البحث وذلك في الفقرات التالية: -

أولاً / الهدف من البحث: يهدف هذا البحث إلى بيان حقيقة دور الحلول العيني كوسيلة احتياطية للبقاء على التخصيص وحمايته إذا تعرض للخطر عند تخلف الوسيلة الأصلية (التتبع) المقررة لحماية حق الدائن المرتهن من التخصيص، ويترتب على ذلك أن الحلول العيني يعد ضماناً لحماية الحقوق من الضياع في الحالات التي يشل فيها نظام الرهن عن تغطية المخاطر المستجدة، وعليه فان هدفنا الرئيسي من هذه الدراسة هو التعرف على الحلول العيني بتسمية الضمان، وهو ضمان موضوعي من ضمانات الدائن المرتهن.

ثانياً / مشكلة البحث: يثور مشكلة البحث في ان الحلول العيني يعد ضماناً موضوعياً هامّاً لحماية حق الدائن المرتهن من الضياع وضمان استمراره، وعلى الرغم من ذلك إنه لم يكن محل اهتمام من قبل المشرع، حيث لم يقدر على معالجته معالجة دقيقة، ولم يتناوله باعتباره كضمان، وانما نظم أحكامه ضمن آثار الرهن، وكما يلحظ ان الفقه العراقي قد ساير في ذلك موقف المشرع العراقي والأكثر من ذلك أنه لم ينتقده على ذلك، وبالتالي لم ترتق تنظيمه القانوني إلى المستوى المطلوب وهذا يثير مشكلة من الناحية العملية والتطبيقية إذ يحتاج الأمر إلى إيضاح وتفسير أكثر، ويوصلنا كل ذلك إلى نتيجة مفادها ان موضوع الحلول العيني لم تحظ بالقدر اللازم من الاهتمام الذي يستحقه على صعيدين التشريعي والفقهي في باب الرهن، وكل ما تقدم وقع اختيارنا على الحلول العيني كموضوع لهذه الدراسة تحت عنوان الحلول العيني

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

في الرهن، انطلاقاً من طرح الإشكالية الرئيسية التي يثيرها هذا الموضوع، هل ان النظام القانوني للرهن وحده يكفي لتغطية جميع المخاطر التي سيواجه الدائن المرتهن في جميع الحالات من وقت نشوء الرهن إلى حين انقضائه؟ وما هو دور الحلول العيني في ذلك؟

ثالثاً / منهج البحث: تحقيقاً للأهداف التي تسعى اليها الدراسة، اعتمدنا على المنهج المقارن من خلال المقارنة بين النصوص القانونية ذات الصلة في القانون العراقي والقانون المصري مع الرجوع إلى موقف الفقه والقضاء بهذا الخصوص، مع الإشارة إلى بعض القوانين الأخرى كالقانون المدني الفرنسي والأردني عندما يتطلب إمعاناً في التوضيح.

رابعاً / هيكلية البحث: ينقسم البحث إلى مبحثين، المبحث الأول منه بعنوان ماهية الحلول العيني ويتضمن مطلبين، يتناول المطلب الاول التعريف بالحلول العيني وتحديد شروطه، أما المطلب الثاني فيتناول موقف المشرع العراقي من الحلول العيني، وفيما يتعلق بالمبحث الثاني فهو بعنوان التطبيقات القانونية للحلول العيني في اطار الرهن، ويضم مطلبين، خصص المطلب الأول منه لتطبيقات الحلول العيني في القانون المدني، ويتناول المطلب الثاني التطبيقات الواردة في القوانين الخاصة، كما ختمنا البحث بأهم ما توصلنا إليه من استنتاجات وتوصيات.

المبحث الاول
ماهية الحلول العيني

لبيان ماهية الحلول العيني لابد من البحث في جوانب معينة له وتوضيح معالمه، وهذه الجوانب تتمثل في التعريف بالحلول العيني ومن ثم الشروط اللازمة لتطبيقه، فضلاً عن الإشارة إلى موقف المشرع العراقي منه، وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول تعريف الحلول العيني وبيان شروط تطبيقه، وفي المطلب الثاني نتناول موقف المشرع تجاه الحلول العيني.

المطلب الاول
التعريف بالحلول العيني وتحديد شروطه

أن عنوان هذا المطلب كما هو واضح يدعونا إلى أن نقسمه إلى فرعين، نبحث في الفرع الأول تعريف الحلول العيني، وفي الفرع الثاني منه نبحث في شروط تطبيق الحلول العيني.

الفرع الأول / تعريف الحلول العيني

بعد تحليل فكرة الحلول العيني بصفة عامة لابد من تعريفه بصورة دقيقة، ويلاحظ ان مختلف التعريفات التي قيلت حول الحلول العيني تدور حول معنى واحد له، وهو كونه وسيلة لاستبدال مال بمال آخر.

لم يعرف القانون المدني العراقي الحلول العيني جرياً على عادته في التقليل من التعريفات قدر المستطاع وترك ذلك للفقه والقضاء، وحسناً فعل ذلك حتى يتم تطورها وتصبح قابلة لأن يحتويها تشريع مستقر

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ثابت، إذ جاءت نصوص القانون المدني العراقي، كغيرها من القوانين المدنية لمعظم البلدان، خالية من تعريف خاص بالحلول العيني.

وعلى الرغم من ان القانون المدني العراقي لم يدرج تعريفاً لهذه الفكرة كما ذكرنا، لكنه يتضمن طائفة من النصوص [المواد؛ 1298، 1304، 1336، 1338، 1003/ من القانون المدني العراقي، وتقابلها المواد (1049، 1056، 1102، 1119، 770) من القانون المدني المصري]، يمكن ان نستنتج منها مفهوم الحلول العيني وتطبيقاته، كما سنرى في المطلب الثاني عند بحثنا لتطبيقات هذه الفكرة فيما يتعلق بموضوعنا [1]. هذا بالنسبة للقانون العراقي، والكلام نفسه يصدق على القانون المصري، وهو الآخر لم يعرف الحلول العيني، وإنّما تضمن نصوصاً تقرر هذه الفكرة في كثير من الحالات، أمّا على صعيد الفقه [منصور، (1956)، ص3] فقد عرف البعض، الحلول العيني بصفة عامة بانه هو التبديل القانوني لعين بأخرى، بمعنى إذا تبدلت عين بأخرى سمي الحلول عينياً.

ويعرف جانب آخر من الفقه [السنهوري، (2000)، ص251- 252]، الحلول العيني بوجه عام يكون بخروج مال من ذمة شخص ودخول مال آخر في الذمة ذاته بدلاً من المال الذي خرج، فيحل المال الجديد محل المال القديم ويسرى عليه نفس النظام القانوني الذي كان سارياً على المال القديم.

وهناك من يعرفه استناداً لهدفه [الجندي، (2009)، ص195]، بانه وسيلة يقصد بها المحافظة على الحقوق من خلال السماح باستبدال مال بمال آخر، بحيث يخضع المال البديل لما كان يخضع له المال المبدل من قواعد واحكام.

وذهب البعض [الذنون، (1969)، ص25] الآخر من الفقهاء في تعريف الحلول العيني إلى القول بانه إحلال شيء محل شيء آخر فيما كان محلاً له من حق وفيما كان خاضعاً له نتيجة لهذا الحق من تخصيص لغرض معين وذلك بقصد استمرار هذا الغرض رغم زوال المحل الأصلي لهذا الحق.

وعلى الصعيد القضائي لم نجد من بين أحكامه تعريفاً للحلول العيني، وإنما تضمن تطبيقات لهذه الفكرة، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية العراقية بأنه:" إذا استملك العقار المرهون انتقل حق الدائن المرتهن إلى بدل الاستملاك..."[القرار المرقم (106/هيئة عامة أولى/1973، التأريخ 1973/6/2]

وكذلك قد اخذ بها القضاء المصري حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية بأنه: " أن هلاك العين المرهونة أو تلفها واستحقاق حق آخر بدلاً منها أثره انتقال الرهن إلى هذا الحق تطبيقاً لنظرية الحلول العيني " [الطعن رقم 692 لسنة 1949 القضائية في 28 / 3 /1983]، يستشف من خلال ما تقدم أن حقيقة الحلول بصورة عامة هي تبديل قانوني موضوعي فان كان التبديل شخصياً بأن يحل شخص محل آخر كان الحلول شخصياً، كتبديل المدين بمدين آخر أو الدائن بدائن جديد، فان كان التبديل لشيء بشيء

(1) بخصوص تطبيقات الحلول العيني خارج نطاق القانون المدني تنظر المادة (742) من مجلة الأحكام العدلية، والمادتين (192، 195) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة (1984) المعدل، وهما الآخران جاءاً خاليين من تعريف الحلول العيني، وكذلك المادة (318) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة (1971) المعدل.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

آخر نكون أمام الحلول العيني، ومناط هذا الحلول هو الاستبدال، إذاً فالحلول لا يتصور بغير استبدال مال بمال آخر.

وعلى ضوء هذه التعريفات يمكننا أن نعرف الحلول العيني بأنه، وسيلة ضمان احتياطي [1]، يقصد بها استبدال عين بعين أخرى في التزام أو حق موضوعه قيمة مالية بما يحقق الغرض الذي كان يخدمه المال المبدل وضمان استمراره.

يتبين لنا من خلال ما تقدم أنَّ الحلول العيني تمثل ضماناً موضوعياً فعالاً لحماية حقوق الدائنين المرتهنين المقررة بنصوص خاصة في الحالات التي يستبدل الأشياء التي ترد عليها.

كما أوضحنا فلولا قبول هذا الحلول، فان استبدال المال المثقل بالرهن يؤدي إلى إنقضاء الرهن الذي كان قائماً، إذ بتغير المرهون يزول الرهن لزوال محله ويفقد أثره الهام وهو التتبع [سلامة(1966)، ص169]، وبالتالي يعود الدائن المرتهن دائناً عادياً يشارك غيره من الدائنين في التنفيذ على أموال المدين، وان قبول انقضاء الرهن الوارد على الشيء المرهون والسماح بدخول البدل في الضمان العام للدائنين سيؤدي لإثراء دون سبب للدائنين العاديين على حساب الدائنين ذوي الأولوية[الجندي (2009)، ص213]، وهذا ما تأباه العدالة والضرورات العملية التي تتمثلان في وجوب الحفاظ على سلامة التعاملات والاستقرار النسبي للحقوق وذلك بنقلها من مال إلى آخر، وبذلك يُعدُّ الحلول العيني تكملة لحق[منصور(1956)، ص 109]، وعلى الرغم من الدور الذي يلعبه الحلول العيني في حماية حقوق الدائنين المرتهنين من خلال حماية تخصيص مال معين لغرض معين وذلك بقصد استمرار هذا الغرض رغم تغير المحل الأصلي لهذا الحق[2]، وان القانون المدني العراقي ومثله القانون المدني المصري على الرغم من إدراجهما لتطبيقات للحلول العيني الاّ أنهما لم ينظما هذه الفكرة ولم يعرفاها كضمان مستقل بذاته حتى يأخذ صورته الحقيقية، وإنّما ورد ذكره من ضمن آثار الرهن[الزقرد (2001)، ص234؛ سوار(2006)، ص136]، مما دعا إلى معالجته.

الفرع الثاني/ شروط تطبيق الحلول العيني

(1) قصدنا من ذلك هو ان الوسيلة الأصلية المقررة هي التتبع فانها مستوحاة من دعوى الرهن، فان الدائن الذي يحصل على تأمين عيني على مال معين من اموال المدين فانه يستطيع عن طريق هذا الدعوى أن يلاحق المال الذي ورد عليه حقه، ولكن قد يحدث هذه الوسيلة المقررة اصلاً للحماية قد يمتنع عن اداء وظيفته كما هي الحال عند هلاك المرهون أو نزع الملكية للمنفعة العامة وحل محلها مال آخر من تعويض أو مبلغ التأمين، ومن هنا يظهر الحاجة إلى الحلول العيني لحماية حق الدائن وضمان استمراره، إذا بدونه يزول الحق بزوال محله كقاعدة عامة، وبذلك يكون الحلول العيني وسيلة ضمان موضوعي إحتياطي مكمل لنظرية التأمين العيني بشكل عام وبالأخص نظام الرهن.

(2) ومن ذلك المال المرهون، فانه يصبح برهنه مخصصاً لغرض معين وهو ضماناً لدين، فاذا هلك هذا المال بخطأ الغير أو نزعت ملكيته للمنفعة العامة فان التعويض أو مبلغ التأميني إذا كان المال مؤمناً عليه، يحل بحكم القانون محل المال المرهون [السنهوري، ج8، ص 259 وما بعدها].

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الشروط في اصطلاح الفقهاء هو ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط [الزلمي (1989)، ص 248؛ الكبيسي، والسامرائي، والزلمي (1980)، ص67]، فان الفقه القانوني قد وضع جملة من الشروط لوجوب إعمال فكرة الحلول العيني [السنهوري، ج10، (2000)، ص252؛ شربا (2013)، ص150؛ منصور (1956)، ص141]، وفيما يلي نبسط الكلام في كل شرط من هذه الشروط في فقرة خاصة:

الشرط الأول: وجود حق مهدد بالضياع لاستبدال محله:

لا يمكن بداهة الحديث عن الحلول العيني إلا بوجود حق، ذلك أنه يفترض دائماً وجود حق مهدد بالضياع نتيجة استبدال محله أو خروجه من ذمة مالكه، عليه ومتى وجد الحق فانه لا يهم كقاعدة عامة إن كان عينياً أو شخصياً [الجندي (2009)، ص218]، رغم أن المجال الطبيعي للحلول العيني هو الحقوق العينية، وخصوصاً الحقوق العينية التبعية [احمد، وإبراهيم (2016)، ص403؛ شربا (2013)، ص 149].

وعلى ذلك فقد ذهب رأي في الفقه [الجندي، ص211]، أن التطبيق الأمثل لحالات الحلول العيني إنّما يقع إذا استبدل مال يرد عليه عق عيني تبعي، متى كان من شأن ذلك حصول صاحب المال على بدل مالي من تأمين أو تعويض إذ يترتب على استحقاق البدل حلوله محل المال الهالك فيما كان يؤديه هذا المال من دور في ضمان الحقوق، ويفترض دائماً ان المال الذي حل محل المال المبدل هو مال يمكن تعينه وتحديده استقلالاً، ومفاد ذلك ان الحلول لا يقع على الأموال المثلية ما لم يكن معيناً، كما لا يقع أيضاً إذا لم يوجد حق مهدد بالضياع نتيجة زوال محله كما لو وجد رهن يخول ميزة التتبع فان الحلول العيني لن يكون له مكان لانتفاء هدفه [كيرة،(1965)، ج1، ص219].

والمقصود بان يكون الحق مهدداً بالضياع، هو ان يكون الحق معرضاً للزوال بزوال محله، ومثال ذلك كما ذكرنا فان حق الدائن المرتهن يكون مهدداً بالضياع إذا تغير المال الذي يرد عليه حق الرهن لولا ما قرره القانون من انتقال أفضلية المرتهن إلى ما تقرر نتيجة هذا التغيير [سعد (2007)، 99؛ فرج، ص60].

ونتيجة لما تقدم ذكره، لا يتحقق الحلول العيني اعتباطاً مالم يكن هناك حق وكان مهدداً بالضياع نتيجة زوال محله، وهذا الشرط يمكن استخلاصه أيضاً من التعريف الذي اقترحناه للحلول العيني بانه وسيلة

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ضمان هدفه حماية الحقوق من الضياع عند هلاك محله [1]، إذ بدون ذلك فان الالتجاء إلى الحلول العيني يكون مفقوداً بداهة كوسيلة ضمان احتياطية.

الشرط الثاني: قابلية نقل الحق إلى محل آخر.

إذا كان وجود الحق لازماً لوقوع الحلول، فلا يكفي وحده لتحقيقه، بل فضلاً عن ذلك يستلزم أن يكون هذا الحق مما يستطيع حمايته والمحافظة عليه في حالة تغير محله، من خلال نقله إلى محل آخر معين في مقابل ذلك، ويكون الحق قابلاً للنقل إلى محل آخر إذا ما يمكن فصله عن الشيء الذي يرد عليه، على ان يكون المحل البديل له قابلية للحلول، أي أن يكون صالحاً لأداء ذات الدور الذي يؤديه المحل الأول، والوسيلة الفنية لهذا الاستبدال، هي الحلول العيني[الجندي(2009)، ص219؛ السنهوري،(2000)،ج8، ص259]، امّا إذا كان الحق المهدد مما يتعذر فصله عن محله الذي يرد عليه، فانه لا مناص من قبول زوال هذا الحق بزوال الشيء الذي يرد عليه لاستحالة انتقاله إلى محل آخر مادام يتعلق بذات المحل الذي يرد عليه ابتداءً، كما في حق المستعير في الانتفاع بالعارية، إذ هو حق يتعلق بالشيء المعار ذاته[2]، وعلى هذا الأساس فاذا استبدل هذا الشيء أو تغير لا يمكن تحول حق الانتفاع بالعارية إلى شيء آخر [3].

ومما تجدر الإشارة اليه أن المال المستبدل الذي تنتقل اليه الحقوق عادة ما يحدده القانون، وفي سياق القانون المدني العراقي يلحظ ان المشرع العراقي قد حدد ثلاث صور من المقابل النقدي، كمحل لانتقال حقوق الدائنين المرتهنين بسبب هلاك المرهون أو تلفه وهي مبلغ التأمين والتعويض عن المسؤولية وبدل الاستملاك، وعلى ذلك تنص المادة (1298) من القانون المدني في باب الرهن التأميني والمذكور سابقاً على أنّه " إذا هلك العقار المرهون رهناً تأمينياً أو تعيب انتقل حق المرتهن إلى المال الذي يحل محله كالتعويض ومبلغ التأمين وبدل الاستملاك للمنفعة العامة، وللمرتهن أن يستوفي حقه من ذلك بحسب مرتبته [4]".

(1) المقصود بالهلاك هنا ليس الهلاك الذي يعدم الشيء مادياً فحسب، كما لو كان المرهون بناءً فإنهدم وإنما يتعداه ذلك ليشمل جميع الحالات التي تؤدي إلى خروج المال المرهون من ملك الراهن إلى الغير دون ان يكون للدائن المرتهن حق تتبعه، كما في نزع الملكية للمصلحة العامة والذي يطلق عليه بالهلاك القانوني [سلامة (1966)، ص243؛ سلمان (2012)، ص 198؛ البشير (1953-1954)، ص87].

(2) هذا بخلاف حق الرهن، هو حق يتعلق بالمرهون من حيث ماليته وقيمته ولا يتعداه إلى ذاته وصورته لأن التعلق للوفاء، والوفاء من المالية وعلى هذا لأساس فتحول حق المرتهن من المرهون الى كل شيء آخر يحل محله [البشير، وطه، ص18، ص177].

(3) عرف المشرع العراقي الإعارة في المادة (847) من القانون المدني بأنّ " الإعارة عقد به يسلم شخص لآخر شيئاً غير قابل للإستهلاك يستعمله بلا عوض على أن يرده بعد الإستعمال ولا تتم الإعارة إلاّ بالقبض " وتقابلها المادة (635) من القانون المدني المصري، ومن الملاحظ أن وجه الإختلاف بين النص العراقي والمصري في أن العارية في الأول عقد عيني وفي الثاني عقد رضائي، لمزيد من التفاصيل بخصوص عقد العارية وحق المستعير في الإنتفاع بها [السنهوري (2000)، ج6، ص 1607 وما بعدها].

(4) تقابلها المادة (1049) من القانون المدني المصري، ويلاحظ في هذا الخصوص ان المادة (1336) من القانون المدني العراقي المتعلقة بهلاك المرهون حيازياً وانتقال حق المرتهن إلى المال الذي يحل محله قد أحالت أحكام الهلاك إلى المادة

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ويظهر من سياق هذا النص انه قرر قاعدة عامة تجعل حق المرتهن ينتقل إلى أي مال يؤول إلى الراهن بسبب هلاك المرهون أو تعيبه أو خروجه من ملك الراهن بأي طريق، فهذا المال يحل محل العقار المرهون الهالك أو التالف، فيصبح مرهوناً مثله بحكم القانون، فذهب الرأي الغالب في الفقه إلى أنه يعدّ تطبيقاً من تطبيقات الحلول العيني [الربيعي، (2012)، ص184؛ البشير، (1955)، ص80؛ باشا، (2005)، ص168]. الا ان للباحث رأي آخر، طبقاً لما سيأتي،

والسؤال الذي يطرح في هذا السياق، هو هل يجوز أن يقع الحلول العيني خارج إطار الأموال التي حددها القانون بناءً على الاتفاق؟

يرى البعض[الجندي(2009)، ص219]، ان الحلول الاتفاقي ممكن في مختلف طوائف الأموال مادام لا يتعارض مع القواعد القانونية الآمرة، أي داخلاً في حدود المشروعية، فلا يمكن قبول حلول مال لا يصح التعامل فيه محل مال آخر يجوز التعامل فيه، كما لا يجوز حلول مال محل مال آخر إذا كان هذا الحلول يجاوز الإطار المسموح به قانوناً (1)، وكذلك وجوب أن يكون المال الذي يقع عليه الحلول معيناً ومستقلاً، وبالتالي فانه لا حلول على الثمن في ذاته إذا لم يكن معيناً، وهو يكون معيناً إذا وضع في حساب خاص، فاذا تمت مراعاة ما سبق من قيود فان الاتفاق بوقوع الحلول على أية أموال هو أمر مقبول واتفاق سائغ [أحمد، وابراهيم، (2016)، ص 419 ؛ الجندي، (2009)، ص220].

وفي مقابل هذا الرأي، ذهب رأي آخر [منصور، (1956)، ص172]، وهو الراجح عندنا إلى القول أن الحلول العيني في جميع صوره يتحقق بقوة القانون بمجرد توافر شروطه، وحسب هذا الرأي، فإن الحلول ليس إرادياً، كما ذهب، إذا يقتصر دور الإرادة بما لها من سلطان على تخصيص المال فقط، والقانون هو الذي يرتب على هذا التخصيص أثره عند الاستبدال.

وعلى غرار ما تقدم قد يتساءل الفقه [منصور (1956)، ص 173]، إذا لم يكن للإرادة دور في تحقيق الحلول، فهل تستطيع تلك الإرادة أن تستبعد الحلول القانوني؟ ولكي نجيب على هذا السؤال، تنبغي معرفة هل أن الحلول العيني من النظام العام أم لا؟ وفي هذا الصدد، يرى جانب من الفقه [الصّوا، الموقع: www.wethaq.com]، أن الحلول بصورة عامة والحلول القانوني خصوصاً ليس من النظام العام (2)،

(1298) المذكورة أعلاه، وكذلك فعلت المادة (1102) من القانون المدني المصري المتعلقة بالرهن الحيازي إلى أحكام المادة (1049) من نفس القانون.

(1) ومثاله: لو هلك المرهون بفعل الصغير المأذون بالتجارة وإذا كان الإذن مقيداً كأن يمنع الصغير من التعامل بالأوراق التجارية مثلاً، في هذه الحالة يجب مراعاة القيد إذ لا يمكن قبول وقوع الحلول على هذه الأوراق لأنه لا يدخل في الإذن، وبالتالي تجاوز الإطار المسموح به قانوناً، ينظر المادة (98 /1) من القانون المدني العراقي، والمادة (112) من القانون المدني المصري، [سامي (2007)، ص 32].

(2) ورد فكرة النظام العام في مواضيع كثيرة ومختلفة في سياق القانون المدني العراقي، رغم ذلك قد تجنب المشرع العراقي تعريفه، لذلك وعلى ضوء ما سبق له من تعريفات فقهية، يمكن تعريفه بانه" مجموعة من القواعد القانونية ما يحقق مصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع وتعلو على مصلحة الأفراد، سواء كانت هذه المصلحة سياسية او اجتماعية أو اقتصادية، ولا يجوز للأفراد مخالفتها بالاتفاقات الخاصة فيما بينهم " [عبد الفتاح (1984)، ص421؛ بكر،(2011)، ج1،ص 278؛ البكري، عبدالباقي والبشير، وزهير، ص213؛ السنهوري (1998)، ج1، ص492؛ حسين (2010)، ص232]

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وحسب هذا الاتجاه بان المواد القانونية التي تقضي بالحلول القانوني ليست من النظام العام أيضاً، إنّما هي منحة تكسبه هذا الحق، ولكنها لا تفرضه عليه، ومن ثم يجوز الاتفاق على خلافه.

ومن جهتنا نؤيد هذا الرأي، وذلك لأن فكرة الحلول العيني كوسيلة ضمان وضعه المشرع أصلاً لصالح الدائن المرتهن وحده، وبناء عليه للمرتهن أن يتنازل عن التمسك بها صراحة أو دلالة، وبالتالي يستطيع استبعاده أو استبقائه بإرادته المنفردة أو بالاتفاق مع الراهن، على الرغم أن لم يكن لإرادتهما دور في تحقيق الحلول، وبالرجوع إلى الفقه، في الواقع هناك رأي بخصوص هذا الموضوع [منصور، ص173]، حيث تصور نوعين من صور استبعاد الحلول العيني بناء على اتفاق المتعاقدين:

الصورة الأولى: عندما يتفق ذو المصلحة عند تخصيص المال ابتداء على استبعاد حلول المال البديل محل المال المخصص، كما يتفق الدائن المرتهن مع الراهن على عدم انتقال حق الرهن إلى التعويض المستحق عند هلاك المرهون أو نزع ملكيته، بل يقسم هذا التعويض بينهما.

والصورة الثانية: هي عندما يكون الاتفاق على استبعاد الحلول العيني بعد تحقيق شروطه، فيتفق ذوي المصلحة على تقسيم المقابل بينهم مثلاً، وهنا نكون بصدد اتفاق على إنهاء التخصيص قبل حلول الأجل المقدر له ابتداء، ويكون هذا الاتفاق صحيحاً بقدر ما يكون الاتفاق على إنهاء التخصيص ممكناً بغض النظر عن حصول التبديل، وهذا الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن على اقتسام المقابل الذي يحل محل المرهون جائز لأنه يعد اتفاقاً على حلول أجل الدين [(1)].

الشرط الثالث: وجود علاقة مصدرية بين المال المبدل والمال المستبدل:

أن وجود حق مهدد بالضياع، وإمكانية نقله إلى محل آخر، وقابلية هذا الأخير للحلول يُعدّ من المستلزمات الرئيسية لفكرة الحلول العيني، فعلى الرغم من أهميتها، إلا أن ذلك لا يكفي، بل لابد لذلك أيضاً أن يأتي هذا المال كمقابل للمال المبدّل [شربا (2013)، ص151].

وتأسيساً على ذلك لا نكون بصدد الحلول العيني إلاّ إذا كان اختفاء المال المبدل هو سبب مباشر لاكتساب المالك في مقابل ذلك مالاً آخر معيناً [الجندي، (2009)، ص220]، وبتعبير آخر ينبغي وجود علاقة مصدرية بين المالين، المال المبدّل والمال المستبدل، وبخلاف ذلك فالحلول العيني غير متصور أصلاً [منصور، ص 147]، وإذا قمنا بتحليل هذا الشرط وتقسيمه يجب علينا البحث في أمور أربعة [احمد، وابراهيم، ص 418]:

1- اكتساب المال البديل في مقابل المال المبدل مما يؤدي إلى حلول المال الجديد الذي يمثل القيمة المالية التي كان يمثلها المال القديم.

(1) حيث قسم جانب من الفقه الفرنسي الحلول العيني إلى قسمين، هما الحلول القانوني والحلول الاتفاقي، فرغم ذلك ذهب إلى القول بان الحلول في جميع الأحوال يتحقق بقوة القانون ويرجع اساس هذه التفرقة إلى أن الحلول الإتفاقي يستند إلى تخصيص الأموال وهومن فعل الإرادة، أمّا الحلول القانوني فهو الذي يستند إلى وجود إلتزام بالضمان واجب الرد يفرضه القانون في غير أحوال التخصيص [منصور، ص 172، هامش (2)؛ السنهوري (2000)، ج8، ص 253].

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

2- أن يكون المال البديل، مالاً معيّناً ومستقلاً متميّزاً عن غيره، بحيث تكون له ذاتيته الخاصة، ذلك لأن التخصيص لا يمكن ان ينتقل إلاّ إلى مال معين بذاته، كما بيّنا فيما مضى.
3- أن يكون المقابل قد دخل في ذمة مالك المال المبدل الذي كان مخصصاً مع بقاء الحقوق التي كانت تتعلق به.
4- وأخيراً يجب أن يكون المال المستبدل معادلاً في القيمة للمال المبدل(1)، فاذا كانت قيمة المال المستبدل تساوي قيمة المال المبدل أو أكثر منه فان ذلك يعني ان الدائن المرتهن قد بقيت ضماناته كما هي من دون إضعاف، وهي الغاية الرئيسية في تحقيق ضمان حق الدائن المرتهن، لأن المرتهن لا يهدف من الرهن سوى استيفاء حقه من القيمة النقدية للمرهون بعد التنفيذ عليه، وهو ما تتحقق له فعلاً [الخفاجي(2011)، ص61]، لو حل محل المرهون الهالك أو التالف حق للراهن أو قيمة مالية مساوية لقيمة المرهون، في ذلك الوقت تقرر انتقال الرهن بمرتبته إلى الحق المشار اليه وهذا الانتقال يتم بقوة القانون [المادة (1298) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (1049) من القانون المدني المصري]، واساس هذا الانتقال هو الحلول العيني[باشا، (2005)، ص169 ؛ زهران، (2007)، ص172 ؛ السنهوري، (2000)، ج10، ص393].

وبخلاف ما تقدم ذكره، إذا كانت قيمة المال المستبدل أقل من قيمة المال المبدل، عندها قد لا يحدث الحلول، بل يفترض اننا بصدد حالة قد يهلك المال المرهون ولم يترتب على هذا الهلاك حلول مال محل المال المرهون مساوٍ له في القيمة، فان هذا الهلاك قد خصّه المشرع بحكم خاص [الغالبي، ص 86 ؛ احمد(2020– 2021)، ص 62 ؛ الربيعي(2012)، ص 183]، وهو إما أن يكون بخطأ الراهن نفسه وإمّا بخطأ المرتهن أو يكون بسبب أجنبي، أي قضاءً وقدراً، ومن الطبيعي أن أحكامه تختلف باختلاف سبب الهلاك، وكل هذه الأحكام تتفق مع القواعد العامة بسقوط الأجل لإضعاف التأمينات [المادة (295) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (273) من القانون المدني المصري]، والقواعد الخاصة بالرهن فيما يتعلق بهلاك المرهون وبيان الأثر المترتب عليه في تحمل ضمان الهلاك.

(1) أضفنا هذا الأمر إلى الأمور الثلاثة قبله بخلاف ما ذهب اليه الفقه بخصوص تماثل القيمتين وأثره على وقوع الحلول بالقول، ان تعادل القيم بين المال المستبدل والمال المبدل ليس شرطاً لوقوع الحلول، فهذا الرأي حسب تقديرنا يفتقد إلى الدقة، لأن في حالة عدم تعادل القيمة خصوصاً إذا كان قيمة المال المستبدل أقل من قيمة المال المبدل عنها قد يؤدي إلى إضعاف= الضمانات التي قدمها له المدين، فلن تحقق بذلك الغرض من تخصيص المال المرهون، وهو ضمان إستيفاء المرتهن حقه كاملاً، وبالتالي يستطيع المرتهن الإعتراض عليه بوصفه لم يتم تأميناً كافياً، وبالتالي نكون بصدد حالة فلا محل لاعمال الحلول العيني، لأن مناط هذا الأخير هو تخصيص مال معين لضمان حق الدائن، واساس هذا التخصيص هو القيمة المالية للمال المخصص، لا للمال ذاته، فاذا خرج هذا المال تبقى قيمته، ولكن ينتقل إلى مال آخر، وهو المال المستبدل بكامل كيانه ودون احداث أي تغير فيه من حيث قيمته المالية ومن حيث مرتبته، وهذا هو مظهر من مظاهر الحلول العيني، وهذا لا يتحقق ما لم يكن المال المستبدل معادلاً في القيمة المالية للمال المبدل، ولذلك نرجح ما أضيفنا الأمر المقدم سابقاً، ينظر الرأي المعاكس [الجندي، ص 220؛ منصور، ص 153].

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

هذه هي الشروط الواجب توفرها حتى يتحقق الحلول العيني، ومتى توفرت يتحقق بحكم القانون، وترتب آثاره كحماية موضوعية يلجأ اليها لتكملة القصور الذي يشوبها نظرية التأمينات العينية، ومنها نظام الرهن عن تأدية وظيفته كضمان عيني في بعض الحالات التي قد تخلف فيها التتبع كوسيلة اصلية مقررة لحماية حق الدائن المرتهن من غرض التخصيص، وهذا الغرض هو ضمان وفاء الدين المضمون بالرهن [منصور، ص284].

وعلى غرار ما تقدم إذا وقع الحلول على شيء معين يؤدي إلى الإبقاء على التخصيص الذي يناط بوجوده بما يحقق الغرض الذي كان يخدمه المال المبدل.

و توصلنا في كل ما سبق ذكره، وسيراً مع جانب من الفقه [منصور، ص154]، إلى ان أثر الحلول العيني لا يكون إلاّ حكماً قانونياً يخضع له المال المستبدل (الجديد) بالمال المخصص (القديم)، وهذا الحكم هو تحميل المال المستبدل، اي تخصيصه لنفس الغرض الذي كان المال المبدل مخصصاً من أجله، إمّا مباشرة أو بطريق غير مباشر، ويترتب على ذلك بأن اثر الحلول العيني هو انتقال ذات الحق الذي كان متعلقاً بالمال المبدل إلى المال المستبدل [الزقرد، ص193؛ عبد الدائم (2007)، ص304؛ السنهوري، ج1، ص394 ؛ الربيعي،(2012)، ص183]، غير ان الذي يتغير على اثر الحلول هو محل الحق وليس الحق ذاته.

اضيف إلى ما تقدم ان أثر الحلول العيني هو تخصيص مال لتحقيق غرض معين وهو تأمين دين الدائن ويبقى هذا المال ضماناً لاستيفاء هذا الدين أيّاً كان نوع هذا الضمان، ويترتب على ذلك ان الذي ينتقل بالحلول العيني هو حق الرهن أي إعطاء المرتهن حق التقدم على غير الثمن [منصور، ص214]، وحق التقدم هو أثر الرهن وليس الرهن ذاته [زهران (2002)، ص475؛ مبارك (1982)، ص34؛ بكر (2019)، ص240- 243؛ حسين (2002)، ج1، ص124].

المطلب الثاني

موقف المشرع العراقي من الحلول العيني في إطار الرهن

بعد ان عرضنا لفكرة الحلول العيني بصورة عامة، من خلال تعريفه، وتحديد شروطه، وبيان الأثر الذي يترتب عليه، سوف نتناول في هذا المطلب موقف مشرعنا من الحلول العيني، وعند ملاحظة من نصوص القانون المدني العراقي، ومثله القانون المدني المصري، يتبين أن القانونين لم يتضمنا مبدءاً عاماً في الحلول العيني، إذ لا يوجد في كلا القانونين قاعدة عامة يحكم الحلول العيني كنظام قانوني متكامل.

وإنّما يتضمن كل قانون تطبيقات لهذه الفكرة، ولكن متشتت الذكر بين نصوص مختلفة، وإزاء كثرة هذه التطبيقات وتوزعها بين مواضيع ذات طبائع مختلفة يصعب جمعها وعرض جميعها تحت عنوان واحد[1]،

(1) نود ان نشير إلى أن تطبيقات نظرية الحلول العيني لا يقتصر على التأمينات العينية فقط، رغم ان المجال الطبيعي للحلول هو الحقوق العينية وبالأخص التبعية منها، كما مرّ بنا، بل هناك توجد تطبيقات أخرى خارجاً عن هذا النطاق، فهي موجودة في المادة (283 / 3) من القانون المدني العراقي بخصوص انتقال حق الحابس إلى المحبوس عند بيعه بسبب الخشية من

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

فلابد إذا من الاكتفاء بعرض التطبيقات الأساسية التي يمكن أن تقدم تصوراً واضحاً عن أهمية هذه الفكرة ومدى إمكان الأخذ بها فيما يتعلق مباشرة بموضوع دراستنا كوسيلة ضمان لتأمين حق الدائن وضمان استمراره في الحالات التي يهدد بالزوال على أثر زوال محله، وهو المال المرهون، كما سبق وأن أوضحنا، وفي ضوء ما تبين فان تفصيل الكلام عن موقف المشرع العراقي من فكرة الحلول العيني [1]، يكون من خلال عرض النصوص التي أوردها المشرع العراقي التي تعكس تطبيقات لنظرية الحلول العيني في إطار موضوع دراستنا الموسوم بـ (ضمانات الدائن المرتهن في القانون العراقي) وهذه الضمانات كما بيّنا هي أكثر وضوحاً في نظام الرهن هذا من جانب ومن جانب آخر كما قلنا أن التطبيق الأمثل لحالات الحلول العيني إنّما يقع إذا استبدل المال الذي يرّد عليه حق الرهن متى كان من شأن حصول صاحب الحق على مال آخر بدله، ويترتب على ذلك حلوله محل المال المرهون ويؤدي القدرة الوظيفية التي كان يقوم بها المال المبدّل.

ومن مقتضى عمومية فكرة الحلول إنه يجب تطبيقه كلما توفر شروطه على النحو الذي بسطناه، سواء كان في سياق القانون المدني أو في غيره من القوانين الخاصة، وقبل ختام هذا المطلب نود أن نشير إلى ان المشرع العراقي قد تناول فكرة الحلول العيني بصورة غير مباشرة كما يتبين من النصوص التي أوردها في هذا المجال، الاّ انه لم يقدر على معالجتها معالجة دقيقة وحاسمة، إذ يؤخذ عليه بأنه عندما نص عليه في المادة (1298) المنوهة سابقاً في باب الرهن التأميني بأنه" إذا هلك العقار المرهون رهناً تأمينياً..." لم يبين ما المقصود بالهلاك ولم يوضح كيف يهلك العقار، إذ لم يلاحظ بأن العقار لا يهلك كقاعدة عامة، إلاّ في حالات نادرة [2]، لأن الرهن الوارد على المباني ينتقل إلى الأرض الذي تقام عليها.

وكذلك لم يلاحظ المشرع بان الرهن التأميني لا يرد إلا على عقار أو حق عيني على عقار، ولا ينتقل أيضاً إلا إلى عقار عندما نص في الشطر الثاني من المادة ذاتها بأنه "... انتقل حق المرتهن إلى المال الذي يحل محله كالتعويض ومبلغ التأميني وبدل الاستملاك للمنفعة العامة..." هذا من جانب ومن جانب

هلاكه أو تلفه، وكذلك المادة (1258) من القانون ذاته التي تقرر إنتقال حق المنفعة إلى العوض الذي يحصل عليه المالك نتيجة هلاك الشيء المثقل بحق الانتفاع، وفي الشفعة طبقت المادة (1144) من القانون نفسه الحلول العيني، وأخيراً في عقد التأمين ضد الحريق في المادة (1003 / 1)، وعلى هذا السياق نفسه لاحظ بالترتيب المواد (247 /3 ، 994 / 1، 947، 770 /1) من القانون المدني المصري .

(1) عدم وجود قاعدة عامة للحلول العيني في القانون المدني العراقي لا يعني أن المشرع العراقي لم يأخذ بنظر ية الحلول العيني، فعلى الرغم من ذلك فان القانون المدني العراقي قد اشتمل على طائفة من النصوص سبقت الإشارة اليها، تقرر أعماله في كثير من الحالات من خلال تطبيقات عديدة كما سنرى.

ومن الجدير بالإشارة اليها ان القانون المدني العراقي لا ينفرد من تجنب وضع نظرية عامة شاملة لكل صور الحلول العيني، وانما يسلك نفس السبيل التقنيات العربية والغربية، باستثناء التقنين المدني الألماني الذي ينفرد بوضع قاعدة عامة بهذا الخصوص، [السنهوري، ج 8، ص 262، هامش (2)].

(2) ومن هذه الحالات التي يتصور فيها هلاك العقار كلياً هي ما يسمى بنظام العلو والسفل في انهدام العلو، وكذلك في حالة إذا وقع رهن على المباني المقامة منفصلاً عن الأرض التي تقام عليها، أو مباني المقامة على أرض الغير حسب القانون المدني المصري المادة (1038).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

آخر ان الحلول العيني بالمعنى الدقيق يعبر عن إحلال عين محل عين آخر باعتباره بديلاً عنه، وهذا يتنافى مع البدائل التي ذكرها المشرع في المادة أعلاه، أن المشرع العراقي لن يجعل النقد عيناً كما هو واضح من النصوص القانونية [المادة (507) من القانون المدني العراقي، والمادة (418) من القانون المدني المصري]. ويذكر ان المآخذ أعلاه لا يقتصر على المشرع العراقي فقط، وانما ينطبق على المشرع المصري أيضاً.

المبحث الثاني
التطبيقات القانونية للحلول العيني في إطار الرهن

يقصد بالتطبيقات القانونية للحلول العيني هي التطبيقات التي أوردت بشأنها النصوص القانونية في التشريع العراقي والمقارن، والتي يعنينا هنا هي التطبيقات المنصوص عليها في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة، وعليه نخصص هذا المبحث للبحث في تطبيقات الحلول العيني وذلك من خلال مطلبين، نتناول في المطلب الأول تطبيقات الحلول العيني في سياق القانون المدني، وفي المطلب الثاني نتناول هذه التطبيقات في سياق بعض القوانين الخاصة.

المطلب الأول
تطبيقات الحلول العيني في القانون المدني

اشرنا من قبل إلى أنه لكي يتحقق الحلول يجب ان تزول ملكية المال المثقل بالرهن، سواء أكان الزوال مادياً أو قانونياً، ويستحق عن ذلك مال آخر، ومن ذلك يستنتج أنّ وظيفة الحلول العيني هي عبارة عن إبقاء المقابل ضامناً لدين الدائن المرتهن كما يضمنه المحل الأصلي إلى أن يتحقق الغرض من الضمان وهو استيفاء الدائن دينه من خلال امتداد حقه في الأولوية إلى غير الثمن [1]، وهذا هو الغرض الرئيس من إبداع نظرية الحلول العيني من أجله، ومسايرة لهذه الوظيفة جاء تسميته عندنا بالضمان الموضوعي،

(1) وبهذا خرجت التأمينات العينية ومنها الرهن عن وظيفتها الأصلية، وهو استيفاء الدائن المرتهن حقه بالتقدم على غيره بحسب مرتبته على الثمن وهو البدل النقدي للمال الذي ورد عليه حق الرهن، ومعنى ذلك ان المشرع عند تنظيمه لأحكام التأمينات العينية وخصوصاً الرهن، حصر موضوع حق التقدم في الثمن الذي يوجد في الصورة العادية التي يتحول فيها المال المثقل بالرهن إلى مبلغ من النقود، والطريق الطبيعي لإجراء ذلك هو بيع المال المثقل بالرهن ليباشر الدائن حقه في التقدم، وهذا هو أثر التأمين العيني على ثمن المرهون، أمّا امتداد حق التقدم إلى غير الثمن هو أثر الحلول العيني، ومن الفرق بين الأثرين يتبين أن الحلول العيني تعطي للدائن المرتهن ضماناً آخر، لولاه هذا الضمان سيزول حقه بزوال محله، لأن نظام الرهن لا يضمن سوى حالات عدم الوفاء بسبب إعسار المدين أو امتناعه عن الوفاء، ومن هنا يظهر الدور الضماني للحلول العيني كضمان موضوعي لتكملة نظم التأمينات العينية، ينظر المادتين (1285، 1321) من القانون المدني العراقي والتي توازيها المادتين (1030، 1096) من القانون المدني المصري المشار اليهم سابقاً. [البشير، وطه (2017 – 2018)، ص117-118؛ عبد السلام (2006)، ص328؛ منصور، ص 217- 220].

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وهو الضمان الذي قرر لمصلحة الدائن المرتهن بقصد استمرار حقه المضمون رغم زوال المحل الأصلي لهذا الحق أو استبداله [الذنون، (1969)، ص 26].

وبالعودة إلى قواعد القانون المدني العراقي نجد انها جاءت بعدة احكام تبين للدائن المرتهن رهناً تأمينياً على ما يستبدل بالعقار المرهون في أحوال معينة. ونبدأ بالمادة (1304) من القانون المدني وهي تقرر المبدأ العام في الرهن التأميني والتي تنص على أنّه " يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون رهناً تأمينياً أو من المال الذي حل محل هذا العقار ويستوفي كل منهم حقه بحسب مرتبته " [تقابلها المادة (1056) من القانون المدني المصري].

وتطبيقاً لذلك فقد نصت المادة (1298) من القانون نفسه على أنَّ " إذا هلك العقار المرهون رهناً تأمينياً أو تعيب انتقل حق المرتهن إلى المال الذي يحل محله كالتعويض ومبلغ التأميني وبدل الاستملاك للمنفعة العامة، وللمرتهن أن يستوفي حقه من ذلك بحسب مرتبته " [تقابلها المادة (1049) من القانون المدني المصري].
أما فيما يتعلق بالرهن الحيازي، ويلاحظ في هذا الخصوص أنه أحال المشرع بنص المادة (1336/ 2) من القانون المدني العراقي المتعلقة بهلاك المرهون حيازياً وانتقال حق المرتهن إلى المال الذي يحل محله إلى حكم المادة (1298) المتعلق بالرهن التأميني [الفقرة الثانية من المادة (1102) من القانون المدني المصري]، كما أورد المشرع أحكاماً خاصة برهن المنقول، فقضى في المادة (2/1336) بانتقال حق الدائن إلى الثمن [تقابلها في القانون المدني المصري المادة (2/1119)]، ورهن الدين في المادة (1/1359) من القانون ذاته [تقابلها المادة (1128 /1) من القانون المدني المصري].
وأخيراً قرر في عقد التأمين ضد الحريق من خلال نص المادة (1003/ 1) [تقابلها المادة (770 / 1) من القانون المدني المصري] من القانون المذكور بانتقال حق الدائن المرتهن إلى مبلغ التأمين الذي حل محل المرهون، إذا كان المرهون مؤمناً عليه.
تلك هي النصوص الوارد ذكرها في قانوننا المدني والتي تتعلق بموضوعنا مباشرة، ومن استقراء هذه النصوص والنصوص الأخرى من القانون المدني العراقي يتبين أنّ الحلول العيني كفكرة تجد لها تطبيقات في سياق القانون المدني، وبما ان هذه التطبيقات تتعد صورها حسب الوقائع والتصرفات الواردة على الشيء المثقل بحق غيره، نرتأى البحث في البعض منها باعتبارها من الضمانات الموضوعية التي تحمى حق المرتهن من الضياع عند قصور نظم التأمينات العينية عن هذه الحماية.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وان ما نتناوله في سياق هذا الفرع يقتصر على بعض أنماط هذه التطبيقات وليست جميعها، وعليه نتناول اهم هذه الأنماط والتي تنعكس في عقد الرهن بنوعيه التأميني والحيازي وتقرر انتقال حق الدائن من العين التي كانت مثقلة بهذه الحقوق إلى أي مال آخر الذي حل محله إذا هلك أو استبدل (1).

وعلى ضوء ما تقدم ننتقل الآن وبعد هذا السّرد من موقف المشرع العراقي من نظرية الحلول العيني إلى بيان تطبيقاتها، إذ نبيّن كيفية تطبيق هذه النظرية؟ وما هو الدور الطبيعي الذي يمكن أن تقوم به في انتقال حق الدائن إلى المال المستبدل، وكيف يتم هذا الانتقال؟ وما هو الأساس القانوني الذي يستند اليه؟ وما هي صور هذا الانتقال؟ وعلى هذا سنقوم بعرض أهم تطبيقات نظرية الحلول العيني في القانون المدني فيما يتعلق بنظام الرهن، وعلى الترتيب الآتي:

الفرع الأول / الحلول العيني في الرهن التأميني

سبق القول ان عدم وضع قاعدة عامة للحلول العيني في القانون المدني العراقي لا يحول دون ايراد تطبيقات لها (2)، كما لاحظنا من نصوص القانون المدني قد اشتمل على مجموعة من النصوص والتي تتعلق بموضوعنا مباشرة، تقرر انتقال حق الدائن المرتهن من المال الذي كان مثقلاً بها إلى المال الذي حل محله.

كما بينا سابقاً المبدأ العام في الرهن التأميني حسب نص المادة (1304) من القانون المدني العراقي السالفة الذكر هو " يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذي حل محل هذا العقار... " [تقابلها المادة (1056) من القانون المدني المصري].

يتبين من النص أن المشرع العراقي قرر صراحة المبدأ العام في الرهن التأميني ووضع له إطار مزدوج، لما كان المقابل النقدي الذي يمارس عليه الدائن المرتهن حق التقدم يتحدد بصورة أصلية في ثمن العقار المرهون، وهذا هو أثر من آثار الرهن، ولعل هذا السبب الذي جعل المشرع العراقي يقتصر على ذكره عندما عرف الرهن التأميني [المادة (1285) من القانون المدني العراقي، و المادة (1030) من القانون

(1) والعلة في ذلك يرجع إلى التزامنا بنطاق وحدود الموضوعية لموضوع دراستنا الموسوم بـ (ضمانات الدائن المرتهن...) وصفة المرتهن كما هو المعلوم، مستمد من الرهن وحصراً به، وعلى غرار ذلك عندما نذكر ضمانات الدائن المرتهن هي قرينة قاطعة على أنَّ ما أردنا إستبعادكل تطبيق لا تعد من صميم نظام الرهن ولا تنبعث منه، هذا من جانب، ومن جانب آخر، فالحلول العيني كما قلنا سابقاً، لا يتحقق في جميع الحالات الهلاك، إذ يخرج من إطار الحلول الهلاك الذي لا يترتب عليه حلول مال مسارٍ في القيمة محل العقار المرهون الهالك أو التالف، ولذلك اعتمدنا هذا العنوان حتى يستقيم مع مناط الحلول واساسه، وهو فكرة الاستبدال واستبعاد كل حالات الأخرى التي لا تتجسد فيها مثل هذه الفكرة.

(2) لكن الفقه والقضاء في فرنسا يذهبان إلى عدم تطبيق المبدأ في غياب القاعدة العامة إلاّ بورود نص صريح في حالات معنية أو باتفاق ذوو المصلحة، وعلى الرغم ذلك فقد اقر المشرع الفرنسي انتقال الحق إلى التعويض في حالتين فقط، هما:

1- حالة التعويض المستحق عن الحريق الناتج عن خطأ المستأجر.
2- وحالة التعويض المستحق عن الحريق الناتج عن فعل الجار، ينظر، الجندي، محمد صبري نصار (2009)، دراسة مشار اليها سابقاً، ص 210.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المدني المصري]، فهذه الحالة تفترض تحويل العقار المرهون إلى مبلغ نقدي والطريق الطبيعي لهذا التحويل هي بيعه بيعاً جبرياً بالمزاد العلني [تناغو، (1986)، ص 257 - 258]، كما يحدد الإطار الثاني بصورة تبعية في المال الذي يحل محل العقار المرهون، وهذا هو مقتضى أثر الحلول العيني، إلاّ أن المشرع العراقي لم يحدد في المادة المذكورة المال المستبدل الذي يحل محل العقار المرهون، فقد جاء نص المادة (1298) من القانون المدني العراقي المشار اليها سابقاً، لتكملة هذا النص، مؤداه " إذا هلك العقار المرهون رهناً تأمينياً أو تعيب أنتقل حق المرتهن إلى المال الذي يحل محله كالتعويض ومبلغ التأمين وبدل الاستملاك للمنفعة العامة، وللمرتهن أن يستوفي حقه من ذلك بحسب مرتبته " [تقابلها المادة (1049) من القانون المدني المصري].

رأينا بان المادة (1304) قررت قاعدة عامة، وتطبيقاً لهذه القاعدة أن المشرع العراقي قد قرر صراحة في المادة (1298) آنفة الذكر[1] ، بامتداد حق الدائن المرتهن في التقدم بمرتبته إلى الحق الذي يترتب نتيجة هلاك المرهون أو تلفه أيّاً كان السبب في ذلك سواء بخطأ الراهن أو دون ذلك، أو خروجه من ذمة الراهن دون ان يكون للدائن المرتهن حق تتبعه [سوار (2006)، ص 93]، ولكن ترتب على ذلك استحقاق حق آخر، فان هذا الحق الآخر ينتقل اليه حق المرتهن، وسبب ذلك هو ان الحق قد حل محل العقار المرهون الهالك أو التالف حلولاً عينياً، يستوفي المرتهن حقه منه بالتقدم على غيره [سلمان،(2012)، ص197].

وقد أورد النص السالف ذكره أمثلة للحقوق التي يستحق بسبب هلاك العقار المرهون أو تلفه وهي مبلغ التأمين والتعويض عن المسؤولية وبدل الاستملاك للمنفعة العامة، وان هذه الصور قد ورد ذكرها على سبيل المثال، فالنص يقرر قاعدة عامة كما سبقت الإشارة اليها تجعل حق المرتهن ينتقل إلى كل ما يؤول للراهن بسبب هلاك المرهون أو تلفه أو إخراجه من ملكية الراهن بأية طريقة كانت [السنهوري، (2000)، ج10، ص 393].

وهذا واضح من صياغة ومنطوق النص الذي استعمل عبارة " كالتعويض"، وبذلك فان القاعدة تؤخذ على عموميتها بأن يحل كل حق يترتب على الهلاك أو التلف حلولاً عينياً محل المرهون ذاته[علم الدين،(1977)،ج3، ص498]، وبالاستناد إلى القاعدة العامة وتطبيقاتها [2]، يمكننا القول أن للدائن

(1) وقد بحثنا فيما سبق، أن تناول باسهاب مسألة التعارض الذي وقع فيه المشرع العراقي من نظرية الحلول العيني، كما لاحظنا لم يأخذ بها لا في القواعد العامة التي تحكم التصرف في المال الشائع في المادة (1062 /2) ولا في الأحكام الخاصة في رهن المال الشائع في المادة (1291) المتعلق بالرهن التأميني والمادة (1329) المتعلق بالرهن الحيازي، بخلاف القانون المدني المصري الذي أخذ بالحلول العيني في جميع الحالات، كما نلاحظه من خلال المواد (826 / 2، 1039 / 2، 1049) من القانون المدني.

(2) المادتين (1304، 1298) من القانون المدني العراقي، أما القاعدة العامة في الرهن الرسمي هي المدادة (1056) من القانون المدني المصري تقابل المادة (1304) من قانوننا المدني وما يلحظ في هذا الخصوص ان القاعدة العامة في القانون المصري هي أوسع نطاقها من القانون العراقي من حيث مجال تطبيقاتها، ومن هذه التطبيقات: ينظر المادة (1049) المتعلق

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المرتهن حق في ممارسة حق التقدم في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون وعلى أي مقابل نقدي يحل محله، وهذا الاتساع في حق التقدم يشكل دون شك ضماناً جديداً للدائن المرتهن خارجاً عن الضمانات التي يوفر له نظام الرهن أي أن هذا الضمان ليس أثراً من آثار الرهن التي ينحصر في حق الأولوية على ثمن العقار المرهون وملحقاته عند بيعه، وإنما يعدّ أثراً من آثار إحدى تطبيقات الحلول العيني المقرر بنص خاص، وهو ما يملكه المشرع الذي يعطي لحق التقدم شوطاً أبعد مما قطعه في ظل آثار الرهن، وهو إعطاء المرتهن حق التقدم على غير الثمن، كما رأينا سابقاً.

بالنسبة لموقف الفقه وشراح القانون المدني العراقي لتفسير حكم المادتين (1298، 1304) من القانون المدني كما لاحظناها، فإن الفقه المدني العراقي يجمع على أنه محض تطبيق لنظرية الحلول العيني [البشير(2017– 2018)، ص100؛ سـلمان(2012)، ص 198؛ الربيعي(2012)، ص 183-184].

يرى الباحث أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به بصورة مطلقة على اساس انه تعميم غير مقبول وذلك للأسباب الآتية:

1- استناداً إلى قاعدة عدم تجزئة الرهن فان انهدام البناء المرهون أو احتراقه لأي سبب كان لا يكون سبباً لانقضاء الرهن لأن هلاك العقار في هذه الحالة يكون جزئياً كونه على المنشآت دون الأرض، إذ يبقى الرهن قائماً على الأرض، باعتبار ان العقار وكل جزء منه يعد ضامناً لكل دين وكل جزء منه، ويترتب على ذلك انه لا يؤدي الهلاك الشامل للعقار وبالتالي لا يكون سبباً لانقضاء الرهن كقاعدة عامة، إلا إذا كان المرهون هو البناء مستقلاً عن الأرض كما هو الحال في ملكية العلو والسفل، إذا رهن صاحب العلو، علوه وانهدم كلياً ينقضي الرهن لهلاك أو لانعدام محله، وينطبق القول ذاته على ملكية الطوابق والشقق إذا انهدم يتحول الرهن إلى المال الذي يحل محله استناداً لأحكام الحلول العيني.

2- استعمل النص عبارة انتقل الرهن، فهل أن هذا القول صحيح بأن الرهن التأميني ينتقل إلى مبلغ نقدي مع انه منقول؟ وهذا الأمر غير مقبول من وجهين: الأول، أن الرهن التأميني لا يرد إلا على عقار ولا ينتقل أيضاً إلاّ إلى عقار. فكيف يمكن أن يرد على منقول؟ والثاني: ان القول بانتقال الرهن إلى المبلغ النقدي الذي يحل محل العقار المرهون هو تطبيق من تطبيقات الحلول العيني يفتقر إلى الدقة، ذلك ان الحلول العيني، يعني إحلال عين محل شيء آخر للغرض الذي خصص له الشيء المبدل بقصد استمرار هذا الغرض، وعلى ضوء ذلك لا يمكن اعتبار حلول مبلغ نقدي محل العقار المرهون من تطبيقات الحلول العيني، ذلك المشرع العراقي لا يعدّ النقد عينياً استناداً الى نص المادة (507)

بانتقال التأمينات العينية، والمادة (1038) المتعلق برهن المباني على ارض الغير، والمادة (1039) بخصوص رهن أحد الشركاء حصته الشائعة، كما سبق أوضحنا.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

من القانون المدني العراقي في باب عقد البيع، هذا من جانب، ومن جانب آخر اذا فرضنا ان الحلول العيني قد يحدث على احلال مبلغ من التعويض محل العقار المرهون، في هذه الحالة لا ينقضي الرهن ولا يحدث إضعاف في التأمينات، إذاً فليس للحلول اي دور في ذلك.

أما في مصر فقد قررت المادة (1056) من القانون المدني المصري المبدأ العام في الرهن الرسمي بنصها على أنه "يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذي حل محل هذا العقار، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد"[1]، يتبين من هذا النص كما في القانون المدني العراقي أنها قد اشتملت على قاعدة عامة مقتضاها، يستوفي الدائن المرتهن حقه بصورة أصلية في ثمن العقار المرهون وملحقاته، وبصورة تبعية من المال الذي حل محل العقار المرهون، ولا يختلف القانون المدني العراقي عن القانون المدني المصري في هذا الحكم، ولكن يختلفان من حيث استيعاب عدد التطبيقات التي يتضمنها كلاً منهما، يلحظ أن نص القانون المدني المصري أوسع نطاقاً من القانون المدني العراقي كما رأينا، ان القانون المدني العراقي قد اشتمل على تطبيق واحد لهذه القاعدة في باب الرهن التأميني تضمنه نصّ المادة (1298) التي أوردناها من قبل.
أما بالنسبة للقانون المدني المصري كما نلاحظ فقد اشتمل على ثلاثة تطبيقات في باب الرهن الرسمي [الزقرد، ص 234]، الأول تضمنه نص المادة (1049) [2] من القانون ذاته والذي يقرر بانتقال الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على هلاك العقار المرهون أو تلفه لأي سبب كان كالتعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة، والثاني، تضمنه نص المادة (1038) من نفس القانون عندما تنص على انه " يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق " [3].

(1) وذات المعنى ورد في المادة (1304) من القانون المدني العراقي مع الإختلاف البسيط مع القانون المقارن في بعض المفردات.
(2) وذات النص ورد في المادة (1298) من القانون المدني العراقي.
(3) يجب ملاحظة أولاً على هذا النص إنه لم يأتي بجديد من الأحكام، كل ما في الأمر هو تطبيق محض للقواعد العامة ولنظرية الحلول العيني، وعلى الرغم من أنَّ قانوننا المدني لم يتطرق لحكم هذه الحالة، بخلاف القانون المدني المصري، الاّ أنه لا نرى مانع من الأخذ بهذا الحكم في ظل قانوننا المدني قياساً على حق المساطح، إذ جاز القياس عليه لوحدة الغاية بينهما، كما بيّنا، وحسب نص المادة (1269) من القانون المدني والمادة (232 /1) من قانون تسجيل العقاري، المساطح يملك ملكاً خالصاً لما يحدثه على أرض الغير من بناء أو منشآة أخرى ثم يجوز رهنها مستقلة عن الأرض، ويرد هذا الرهن على ملكية المساطح، وفي هذه الحالة يكون للمرتهن إستيفاء حقه من ثمن الإنقاض إذا هدمت المباني، أو من التعويض الذي يدفعه مالك الرض إذا استبقى المباني، وهذا الاستبدال يعدّ تطبيقاً للحلول العيني.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

والتطبيق الثالث تضمنته المادة (1039 / 2) [1] من نفس القانون، كما سبق البيان تعالج هذه المادة حالة إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار أو جزء منه، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان أخرى غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة المرهون، ويلحظ على هذا النص أنه يتضمن حكماً خاصاً انفرد به المشرع المصري، عند ما خصّ هذا التطبيق بالذكر، وبذلك يُعدّ أكثر حرصاً في حماية الدائن المرتهن من المشرع العراقي وفي هذا يختلف أيضاً عن نص المادة (1291 /1) من القانون المدني العراقي المذكور سابقاً، فقد جاء هذا الأخير في سياق الأحكام الخاصة بالرهن التأميني خالياً من هذا الحكم أيضاً.

وفضلاً عن كل ما تقدم جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري تعليق على نص المادة (1056) منه وتطبيقاتها بأنّ: " في جميع الأحوال التي يحل فيها محل العقار المرهون أو محل جزء منه شيء آخر كتعويض أو مبلغ تأمين أو ثمن يرسو به المزاد أو ثمن ملحقات يتم تسليمها فإنّ الرهن ينتقل إلى هذا الشيء ويستوفي الدائن منه الدين بحسب مرتبته وهذا مثل آخر للحلول العيني [حسين، (2002)، ج 1، ص95]، ويؤيد غالبية الفقه المصري ما جاءت في المذكرة الإيضاحية [سعد،(2007)، ص99؛ الأهواني، ص198؛ زهران،(2007)،ص171؛ السنهوري، ج10، ص 395]، بالقول فمادام الحق قد استحق في مقابل هلاك العقار المرهون أو تلفه، فانه يحل محل هذا العقار وينتقل حق الدائن المرتهن بحكم القانون من العقار الهالك أو التالف إلى الحق الذي حل محله حلولاً عينياً، وما قلنا بخصوص موقف المشرع العراقي في هذا الخصوص ينطبق على موقف المشرع المصري ايضاً.
وقد أيّد القضاء في أحكامه ما ذهب اليه التشريع والفقه بهذا الخصوص في العراق وفي مصر، وبهذا الخصوص قضت محكمة التمييز العراقية كما سبق أن بيّنا بأنه: " إذا استملك العقار المرهون انتقل حق الدائن المرتهن إلى بدل الاستملاك..." [المشاهدي، (1988)، ص398]، وكما قضت محكمة النقض المصرية " أن هلاك الشيء المرهون يترتب عليه انتقال حق الدائن المرتهن إلى ما حل محله ليستوفي دينه منها..." [الشمري، (2013)، ص 232].

وفي مقابل ما تقدم ذهب جانب آخر من الفقه [أبو السعود (2007)، ص 277]، إلى رفض نظرية الحلول العيني بالقول إذا حلت قيمة مالية محل العقار المرهون فإنّ الدائن المرتهن يستوفي حقه من هذه القيمة بمقتضى أثر الرهن نفسه، ويستوي في ذلك أن تكون هذه القيمة ثمناً للمرهون أو مقابلاً آخر حل محله،

(1) جاء قانوننا المدني خالياً من أي نص يقابل الفقرة الثانية من المادة (1039) من القانون المدني المصري المشار اليها في المتن أعلاه، هذا من جانب ومن جانب آخر أنّ القول بانتقال الرهن من الحصة الشائعة المرهونة إلى العقار الآخر الذي آل بالقسمة إلى الراهن لا ينسجم مع القواعد العامة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (1062) من القانون المدني العراقي التي سبقت الإشارة اليها، والذي تشترط لصحة تصرف الشريك في جزء من المال الشائع، أن يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك، وإلاّ كان التصرف عديم الأثر [الربيعي،(2012)، ص 173].

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وحسب هذا الرأي، أن موطن النقد الذي دعا إلى رواج نظرية الحلول العيني هو الصياغة الجامدة لمضمون الأولوية، ذلك أنها لا تتضمن إلا ثمن العقار المرهون، وبالتالي أفضت إلى عجز الدائن المرتهن عن استيفاء حقه من غير الثمن، وهذه النظرة الضيقة إلى مضمون الأولوية كانت سبباً في الالتجاء إلى نظرية الحلول العيني [الوكيل، (1959)، ص 286]، مع ان حق الدائن المرتهن في الأصل يتعلق بالكيان الاقتصادي للعقار المرهون وعلى هذا الأساس يستطيع مباشرة الأولوية على كل ترجمة نقدية لهذا العقار، عليه فإنّ أنصار هذا الرأي يذهبون إلى ضرورة تعديل صياغة مضمون الأولوية على النحو الذي يتلاءم مع طبيعة الحقوق العينية التبعية [الأهواني، ص 199].

الاّ أن هذا الرأي قد أنتقد أيضاً بأنه إذا كان أجل الدين لم يحل بعد، عند هلاك العقار المرهون ونشوء حق للراهن في المقابل النقدي، فكيف يمكن مع وجود الأجل السماح للدائن المرتهن بمباشرة حق التقدم على هذا المقابل لاستيفاء حقه؟ [منصور، (1956)، ص220].

وقد حاول أنصار هذا الرأي تلافي هذا النقد بالقول إذا كان حق الدائن المرتهن غير مستحق الأداء وقت هلاك العقار المرهون يترتب عليه سقوط أجل هذا الحق طبقاً للقواعد العامة [سلامة، (1966)، ص 273]، وعلة ذلك أن التأمين يضعف بهلاك العقار المرهون مما يعرض حقوق الدائن المرتهن للضياع لأن دخول الحق الشخصي المترتب على الهلاك في ذمة الراهن من شأنه ان يفقده ذاتيته وعليه فلا يمكن للمرتهن أن يباشر سلطة التقدم عليه [الأهواني، ص200]، غير أن هذا التبرير منتقد بدوره طالما ترتب على هلاك المرهون حلول حق آخر محله مساوٍ له في القيمة المالية فلا نكون بصدد إضعاف التأمين ومن ثم فلا يسقط أجل الدين [الخفاجي(2011)، ص 68].

وذهب اتجاه ثالث إلى حل وسط ، وهو الراجح عندنا، حيث يفرق بين ما إذا كان دين الدائن مستحق الأداء وقت الاستبدال، فالدائن المرتهن يباشر حقه في التقدم على المال الذي يحل محل العقار الهالك أو التالف بمقتضى أثر الرهن ذاته، أمّا إذا كان دين الدائن غير مستحق الأداء، كما لو كان ديناً مستقبلاً لم يوجد به بعد أو ديناً شرطياً ولم يتبين مصير الشرط بعد، ففي مثل هذه الأحوال يمتنع القول مباشرة بحق التقدم، فيبقى الحق الذي استبدل بالعقار مخصص لضمان الوفاء بالدين المضمون لحين حلول أجل الوفاء به، وهذا هو الحلول العيني [تناغو (1986)، ص241؛ الزقرد، ص 235 ؛ منصور، ص 285 ؛ سوار(2006)، ص 136].

إلى جانب ما تقدم ذهب اتجاه آخر في الفقه المصري إلى القول، ولما كان الرهن الرسمي لا يتقرر إلا على عقار، فانه يترتب على انتقال الرهن إلى ما آل للراهن إذا كان منقولاً تغير صفة التأمين، وفي هذه

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الحالة تحول من رهن رسمي إلى رهن حيازي وبصورة خاصة رهن الدين [السنهوري، (2000)، ج 10، ص 394؛ زهران (2007)، ص 116؛ عبد الرحمن، (2010)، ص 229].

يرى الباحث أن هذا الرأي لم يجد له مؤيد في العراق لا في الفقه ولا في القضاء، وبذلك يُعدّ الحلول العيني تكملة لنظرية الرهن ووسيلة لبقاء الحقوق والأوصاف التي كانت متصلة بالأعيان على الرغم من استبدال محلها أو خروجه من ذمة مالكها بأية طريقة، وهذا البقاء يتحقق بالانتقال إلى المال الذي يحل محله، وهذا هو أثر الحلول العيني، ومن مقتضى هذا الأثر هو إعطاء الدائن حق التقدم على غير الثمن في الحالات التي يتحقق فيها إضعاف التأمين، كما تقدم الذكر.

هذا من جانب ومن جانب آخر أن الرهن التأميني كما أن أشرنا اليه أكثر من مرّة لا يرّد إلا على عقار، ومن ثم لا يستمر إلا على عقار، ومن مفهوم المخالفة لذلك يستنتج إنه لا ينتقل الرهن التأميني إلى المنقول، سواء كان عيناً أو نقداً، لأن المنقول لا يصح أن يكون محلاً للرهن التأميني، وعلى أثر ذلك إذا أنتقل اليه يعتبر باطلاً كرهن تأميني، ويترتب على ذلك فقد الدائن المرتهن حق رهنه.

وعلى ضوء ما تقدم يرى الباحث أن الذي ينتقل بفضل نظرية الحلول العيني هو حق الرهن التأميني ذاته، مع الوظيفة الأصلية لحق التقدم المقرر للدائن المرتهن بمقتضى أثر الرهن على ثمن العقار المرهون وملحقاته إلى المقابل النقدي الذي يستحق للراهن على أثر هذا الاستبدال، هذا إذا كان الدين المضمون غير مستحق الأداء، كأن يكون الدين شرطياً ولم يتحقق الشرط [1]، ومن الجدير بالذكر أنّ التقدم هو أثر الرهن وليس الرهن ذاته، وهو يرّد دائماً على منقول بغض النظر عن نوعية الرهن، تأمينياً كان أم حيازياً. عليه وحتى يستطيع المرتهن أن يباشر حقه في التقدم في جميع الأحوال يلزم أن يتحول المال الذي يرّد عليه الرهن أو المال الذي يحل محل المرهون إلى مبلغ من النقود، أي إلى مال من جنس الدين المضمون، وهذا الأخير يكون دائماً عند التنفيذ مبلغاً من النقود سواء كان كذلك من وقت نشوئه أو تحول فيما بعد [شربا، (2012)، ص 156؛ منصور، (1956)، ص 213 – 214].
إذاً فيخصص هذا المبلغ لضمان حق الدائن المرتهن إلى أن يصبح مستحق الأداء، وعندئذ يمكن للدائن المرتهن أن يمارس حق التقدم في استيفاء حقه من هذا المبلغ، ولن يكون ذلك بدون اللجوء إلى الحلول العيني [غزال، ص 148- 149]، وهذا واضح من صريح نص المادتين (1304) و (1298) من القانون المدني العراقي سالفتا الذكر [تقابل المادتين (1056، 1049) من القانون المدني المصري]. وتظهر أهمية هذا الموضوع في أنّ حق الدائن المرتهن قد يتعرض إلى خطر الضياع إذا ما استوفى الراهن المقابل

(1) في حين إذا كان الدين المضمون مستحق الأداء وقت استحقاق المقابل النقدي فان التقدم يقع باعتباره أثر الرهن ذاته، لمزيد من التفاصيل [عبد السلام (2006)، ص328؛ الزقرد (1999)، ص177]

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

النقدي الذي حل محل العقار المرهون فتختلط هذه المبالغ في ذمته المالية، لذلك لابد من حدود يرسمها القانون لتميّز حق الدائن المرتهن مما يستوجب إيجاد طريقة تبين كيفية المحافظة عليه [الخفاجي، (2011)، ص 70].

الفرع الثاني/ الحلول العيني في الرهن الحيازي

أما بخصوص تطبيقات الحلول العيني في الرهن الحيازي كما رأينا من قبل بخصوص الرهن التأميني، وخصوصاً في المادة (1298) من القانون المدني العراقي والمادة (1049) من القانون المدني المصري، ينص القانونان على أنّ ينتقل الرهن عند هلاك العقار المرهون تأمينياً (رسمياً) إلى المال الذي يحل محله، سواءً كان تعويضاً أو تأميناً أو مقابلاً لنزع الملكية.

وقد طبق القانونان ذات الحكم على الرهن الحيازي حين نص صراحة في الفقرة الثانية من المادة(1336) من القانون المدني العراقي والتي توازيها الفقرة الثانية من المادة (1102) [1] من القانون المدني المصري على أنه " 2 – وإذا هلك المرهون انتقل حق المرتهن إلى المال الذي قد يحل محله، وفقاً لأحكام الرهن التأميني الواردة في المادة (1298) "، ويفهم من هذا النص أن هلاك المرهون رهناً حيازياً وانتقال حق المرتهن إلى المال الذي قد يحل محله يخضع لنفس أحكام هلاك المرهون وانتقال حق المرتهن في الرهن التأميني نفسه الواردة في المادة (1298) الذي أشرنا اليها آنفاً، علماً أن أحكام المادة المذكورة تسري على هلاك المرهون إذا كان عقاراً، في حين لا يقتصر المحل في الرهن الحيازي على العقار فقط، وإنّما يتعداه ويشمل المنقول أيضاً.

ومفاد ذلك هو ان المشرع عالج هلاك المرهون رهناً حيازياً إذا كانت عقاراً أو حقوقاً عينية عقارية، ويترتب على ذلك ان المشرع العراقي لم يخص هلاك المنقول المرهون بالذكر، وينطبق القول نفسه على المشرع المصري [2]، وكأن المنقول لا يهلك أو لا يتلف، وهذا يعدّ مأخذاً عليهما [3] .

(1) وعلى الرغم من ذلك، يلحظ أنّ القانون المدني المصري قد أورد نصاً آخر بخصوص هلاك الشيء المرهون وأقر بإنقضاء الرهن الحيازي في هذه الحالة، وهو ما نص عليه في المادة (1113) على أنه " ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية: ج – إذا هلك الشيء وانقضى الحق المرهون "، وبالاتجاه نفسه أخذ المشرع العراقي في المادة (1349) من القانون المدني حيث نصت على انه " ينقضي ايضاً الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية: د – إذا هلك المرهون ".

(2) تنص الفقرة (2) من المادة (1102) من القانون المدني المصري بأنه " وتسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين (1048 و1049) المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق ".

(3) نصت المادة (712) من مجلة الأحكام العدلية بأنه " يجوز تبديل الرهن برهن آخر، مثلاً: لو رهن أحد ساعة في مقابلة كذا دراهم دينه ثم بعد ذلك لو أتى بسيف وقال خذ هذا بدل الساعة ورد المرتهن الساعة وأخذ السيف يكون السيف مرهوناً مقابل ذلك المبلغ " يستشف من هذا النص الحكم الذي تبنت المجلة هي جوهر الحلول العيني، نرى بانه لا ضير إذا أخذ به في ظل غياب النص في قانوننا المدني.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وتطبيقاً للمادة (1298) من القانون المدني الواردة في باب الرهن التأميني والتي تقضي المادة (2/1336) باتباع حكمها في الرهن الحيازي، إذا ترتب على هلاك المرهون أو تلفه حلول حق محله ينتقل حق المرتهن اليه ويكون الانتقال على اساس فكرة الحلول العيني [1].

عليه، سنحاول تطبيق انتقال حق الدائن المرتهن إلى المال الذي يحل محل المرهون الهالك أو التالف على أهم صور تحويل العقار المرهون إلى مبلغ نقدي بغير طريق البيع الجبري بالمزاد العلني.
وقد أورد النص السالف ذكره أمثلة للحقوق التي تستحق بسبب هلاك العقار المرهون أو تلفه، فقد يكون هذا الحق: هو حق تعويض بذمة الغير الذي تسبب بخطأ في هلاك المرهون أو تلفه، وقد يكون مبلغ تأمين تدفعه شركة التأمين إذا كان المرهون مؤمناً عليه، وقد يكون بدل الاستملاك للمنفعة العامة.

أ-التعويض عن المسؤولية في ذمة الغير [السنهوري، ج 8، ص263؛ عبد ربه، ص56]:
من المفترض هنا أن العقار المرهون قد تعيب بخطأ من الغير وأصبح هذا الغير مسؤولاً طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية عن تعويض الراهن عما أصاب عقاره من ضرر [المادة (204) من القانون المدني العراقي والمادة (163) من القانون المدني المصري]، فإنّ حق الرهن ينتقل بالنسبة لحق التقدم إلى مبلغ التعويض ومن مبدأ الحلول العيني يستطيع المرتهن استيفاء دينه من هذا التعويض حسب مرتبته [غزال، ص149؛ الشمري، (2013)، ص231].
وعلى الدائن المرتهن إذا ما اراد ان يحافظ على حقه أن يبادر إلى إخطار المسؤول فور هلاك العقار المرهون بوجود الرهن وبالامتناع عن دفع مبلغ التعويض لمالك العقار المرهون وإذا قام الدائن المرتهن بهذا الإخطار امتنع على المسؤول دفع مبلغ التعويض للراهن.
وإذا دفعه رغم ذلك كان غير مبريء لذمته في مواجهة الدائن المرتهن [سلمان، (2012)، ص197]، أما إذا تقاعس الدائن المرتهن عن إخطار المسؤول في الوقت المناسب ودفع هذا الأخير مبلغ التعويض للراهن كان ذلك مبرئاً لذمته في مواجهة الدائن المرتهن، ولا يمكن اعتباره مخطئاً لأنه لم يدفع التعويض إلى المرتهن على اساس أنّ الرهن يكون مقيداً ويفترض علم المسؤول به، ولا يقبل الطعن بهذا الوفاء على اساس أنّ المسؤول يجب افتراض علمه بوجود الرهن وانتقال حق الدائن المرتهن إلى مبلغ التعويض من خلال قيده [امينة بلهادي وجميلة تيتوس، (2015)، ص 62]، ذلك لأن قيد الرهن لم يشرع لإعلام الناس كافة بوجود الرهن، وإنّما شرع لصالح من يتعاملون مع الراهن في العقار المرهون، ولا يمكن اعتبار

(1) وفي هذا السياق نصت المادة (742) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "إذا أتلف الرهن شخص غير الراهن والمرتهن ضمن قيمته يوم اتلافه وتكون تلك القيمة رهناً عند المرتهن"ونلاحظ من هذا النص ان الأحكام التي جاءت بها مجلة الأحكام العدلية بخصوص هلاك المرهون وأثره على حق المرتهن لا تختلف كثيراً عن الأحكام التي أشار اليها القانونين المدني العراقي والمصري، إذ نص على إنتقال حق المرتهن إلى المال الذي يحل محل المرهون الهالك واعطى للمرتهن الحق في حبسه وإستيفاء حقه منه بحسب مرتبته تطبيقاً لنظرية الحلول العيني في الرهن.[القاضي، (1940-1941)،ج2، ص135]

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المسؤول عن الهلاك من طائفة المتعاملين على العقار حتى ينصرف اليه افتراض علم الغير المأخوذ من القيد [زهران، (2002)، ص477].

وكذلك فان افتراض علم المسؤول عن الهلاك بوجود الرهن يؤدي إلى إرهاقه، إذ يجب عليه قبل الوفاء بالتعويض بالتوجه إلى دائرة التسجيل العقاري لموقع العقار لمعرفة من له حق مقيد على العقار حتى يقوم بالوفاء الصحيح [الأهواني، (1986)، ج1، ص 375].

وعلى غرار ذلك فإنّ الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى أنّ علم المسؤول عن التعويض بوجود الرهن لا يفترض، وإنّما يتم من خلال إخطاره من قبل المرتهن [السنهوري، ج10، ص 503؛ البشير، ج2، ص439]، وكما يستطيع الدائن المرتهن أن يحجز ما للمدين الراهن لدى المسؤول من تعويض مستحق بسبب الهلاك [منصور، ص321؛ سلمان، ص439].

ب-عوض التأمين:

تفترض هذه الحالة أن العقار المرهون كان مؤمناً عليه، واحترق أو انهدم أو اصابه تلف فان حق الدائن المرتهن ينتقل إلى مبلغ التأمين الذي تدفعه شركة التأمين إلى الراهن ويستوفي حقه منه بحسب مرتبته بحكم القانون [البشير، ص119؛ احمد (2020–2021)، ص64].

فالسؤال الذي يطرح نفسه في هذا السياق هو هل يلزم الدائن المرتهن بإخطار شركة التأمين بالامتناع عن دفع مبلغ التأمين إلى المؤمن له الراهن لأن العقار كان مرهوناً لضمان حقه، أم أنه غير ملزم بهذا الإخطار استناداً إلى أن الرهن قد شهر بطريق التسجيل، ومن ثم يفترض في شركة التأمين العلم به؟

ذهب رأي في الفقه إلى أنه، ليس من حق شركة التأمين أن تؤدي إلى الراهن ما استحق في ذمتها بسبب هلاك العقار المرهون، بل يجب عليها أن تحتفظ به لصالح الدائن المرتهن استناداً إلى أن الرهن قد شهر بطريق التسجيل، والعلم به مفترض، ويفترض العلم بانتقال الرهن إلى التعويض [السنهوري، ج 10، ص 503؛ البشير، ج2ص439].

وعليه، وحسب هذا الرأي، إذا قامت شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين للراهن كان هذا الوفاء قابلاً للطعن وغير مبريء لذمتها في مواجهة الدائن المرتهن [أمينة، بلهادي وجميلة تيتوس، ص 63]، الاّ ان هذا الرأي قد تعرض للنقد لأن من شأنه ان يرهق كاهل شركات التأمين وينحرف بذلك عن أهدافه، إذ أن التسجيل كما اشرناه من قبل، قد شرع لمصلحة من يتعاملون مع الراهن بخصوص العقار المرهون فيكتسبون عليه حقوقاً عينية وحينها يحكم التزاحم بينهم قاعدة الأسبقية في القيد [الوكيل، ص 288].

ونتيجة لهذه الانتقادات فإنّ الرأي الغالب في الفقه يذهب إلى أنه على الدائن المرتهن إذا ما أراد ان يحافظ على حقه أن يبادر إلى إخطار شركة التأمين بوجود رهنه حتى تمتنع عن إعطاء عوض التأمين للراهن.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

فإذا أهمل الدائن المرتهن القيام بواجب الإخطار وقامت شركة التأمين بالوفاء، كان مبرئاً لذمتها في مواجهته، على أن يكون المؤمن (شركة التأمين) حسن النية عند الوفاء، أي يكون غير عالم فعلاً بوجود حق الرهن [سلامة (1966) ص 352].

ويضيف أنصار هذا الرأي أن مجرد علم شركة التأمين بوجود الرهن من شأنه يعقد مسؤوليتها، بل يكفي لترتب المسؤولية أن يكون الرهن مذكوراً في عقد التأمين [البشير، ج2، ص440]، وبدوره أخذ القانون المدني العراقي بالرأي الغالب في الفقه، عندما نص في المادة (1003) منه بأنّه: "1- إذا كان الشيء المؤمن عليه مثقلاً برهن حيازي أو تأميني أو غير ذلك من التأمينات العينية، انتقلت هذه الحقوق إلى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين. 2- فإذا اعلنت هذه الحقوق إلى المؤمن فلا يجوز له ان يدفع ما في ذمته للمؤمن له إلاّ برضاء الدائنين.3- فإذا حجز الشي المؤمن عليه، فلا يجوز للمؤمن إذا أعلن بذلك أن يدفع للمؤمن له شيئاً مما في ذمته "، يستفاد من هذا النص انه لا يكفي لوقف شركة التأمين عن دفع مبلغ التأمين للراهن المؤمن له مجرد تسجيل حق الرهن، وإنّما يلزم لذلك إخطار شركة التأمين واعلانها بوجود الرهن، ويُعدُّ أعلاناً لشركة التأمين أن يذكر في عقد التأمين أن المال المؤمن عليه مثقل بحق الرهن [بكر، ص252–253].

أما في مصر، كما نلاحظ أن المشرع المصري أخذ بالرأي الفقهي الأول، وهذا يعني أن الشهر أو القيد كافي لإلزام شركة التأمين بالامتناع عن أداء ما في ذمتها للراهن المؤمن له، وعلى شركة التأمين أن تعرف ذلك من خلال الرجوع إلى مكاتب الشهر العقاري قبل إيفاء العوض للتأكد من وجود هذا الحق او عدم وجوده [السنهوري، (2000)، ج7، ص 1569]، وعلى ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة (770) من القانون المدني المصري بأنه: " 2- فإذا شهرت هذه الحقوق أو أعلنت إلى المؤمن ولو بكتاب موصى عليه، فلا يجوز له ان يدفع ما في ذمته للمؤمن له إلا برضاء الدائنين"، يتبين من هذا النص أنّ المشرع المصري قد فرق بين نوعين من التأمينات العينية، منها تلك التي استلزم شهرها بطريق القيد، إذ يعتبر وحده كافياً لمنع شركة التأمين من أداء مبلغ التأمين المستحق للراهن المؤمن، وأما التأمينات الأخرى التي لا تخضع للشهر اشترط بشأنها على الدائن أن يقوم بإخطار شركة التأمين حتى يعقد مسؤوليتها إذا دفعت مبلغ التأمين إلى الراهن.

إضافة إلى ما تقدم فإنّ نصّ المادة (770) من القانون المدني المصري قد ورد بخصوص التأمين ضد الحريق، لذا ثار الخلاف في الفقه المصري حول امتداد حكمها إلى صور أخرى من التأمين.
فذهب رأي في الفقه إلى أنه إزاء سكوت المشرع عن إصدار تشريعات شاملة لعقود التأمين بصورة عامة، يمكن الأخذ بهذا الحكم عن طريق القياس وتطبيقه على صور أخرى من التأمين، لأنه يتضمن أحكاماً عامة [منصور، ص 332].

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وفي حين ذهب آخرون إلى أن الحكم الوارد في المادة المذكورة سابقاً هو حكم استثنائي لا يجوز القياس عليه، لأن الأصل أنّ المؤمن غير ملزم بالتحري عن حالة الشيء المؤمن، ومن ثم لا يلزم بعدم الوفاء للمؤمن له لولا أخطر بذلك من قبل ذوي الشأن [أبو السعود، (2007)، ص 367].

ج-بدل الاستملاك [1]:

إذا نزعت ملكية العقار المرهون للمصلحة العامة [2] استناداً إلى قانون الاستملاك، وقام المستملك بدفع ثمنه تحرر هذا العقار من الرهن، ويعد هذا من قبيل الهلاك القانوني للعقار، ويؤدي إلى سقوط أجل الدين واستحقاق الدين فوراً، حيث تنتقل ملكية العقار للدولة فيصبح بذلك من الأموال العامة التي لا يمكن الحجز عليها وبالتالي لا يمكن بيعها بالمزاد العلني، ومن ثم يجعل من غير الممكن التنفيذ عليه، وبهذا يفقد الدائن المرتهن حقه في تتبع العقار تحت يد الدولة، وفي هذه الحالة يبقى فقط حقه في التقدم يمارسه على بدل الاستملاك الذي يحل محل العقار المستملك حلولاً عينياً [3].

وعلى هذا السياق نظم قانون الاستملاك العراقي رقم (12) لسنة 1981 الأحكام العامة لنزع الملكية للمصلحة العامة حيث جاء فيه يهدف هذا القانون إلى أن " أولاً – تنظيم استملاك العقار والحقوق العينية الأصلية المتعلقة به من قبل دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي، تحقيقاً لأغراضها وتنفيذاً لخططها ومشاريعها، ثانياً – وضع قواعد واسس موحدة للتعويض العادل عن العقارات المستملكة، تضمن حقوق أصحابها دون الإخلال بالمصلحة العامة، ثالثاً – تبسيط إجراءات الاستملاك بما يؤمن سلامة وسرعة إنجازه " ولكن أنّ أهم ما يتصل بموضوعنا هو نص المادتين (16 و 17) من القانون نفسه، حيث نصت المادة (16) منه على أنَّ " يسجل العقار المستملك باسم المستملك محرراً من الحقوق المترتبة عليه وتنتقل حقوق أصحابها إلى عوضها من بدل الاستملاك"، ونصت المادة (17) في فقرتها أولاً على أنَّ " توزع المحكمة بدل الاستملاك على أصحابه طبقاً للحقوق المثبتة لهم في السجلات العقارية ".

وقد أكّد القضاء في أحكامه ما تم ذكره من أحكام، كما قضت محكمة التمييز الإتحادية في أحد قراراتها على أنه " إذا استملك العقار المرهون انتقل حق الدائن المرتهن إلى بدل الاستملاك" [القرار المرقم (106/ هيئة عامة أولى/73) في (2 / 6 / 1973)].

---

(1) عرف المشرع العراقي الإستملاك من خلال المادة (1) من قانون الاستملاك رقم (84) لسنة 1970 الملغي بأنه" الاستملاك هو نزع ملكية العقار والحقوق العينية المتعلقة به للنفع العام ولقاء تعويض عادل يعين بموجب هذا القانون... "، أمّا فيما يخص قانون الإستملاك النافذ جاء خالياً من إيراد تعريفاً له ولم يشير إلى أنه لا تبرره إلاّ المصلحة العامة.

(2) يُعدّ الاستملاك امتيازاً خطيراً من امتيازات السلطة العامة، لأنه يؤدي إلى نزع الملكية الخاصة جبراً لا تبرره إلاّ المصلحة والنفع العام، وفي هذا الخصوص تنص المادة (23- ثانياً) من الدستور العراقي لعام (2005) على أنّ " لا يجوز نزع الملكية إلاّ لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون " [مجيد، ص 16 وما بعدها].

(3) أمّا إذا وقع الإستملاك على جزء من العقار المرهون، وتبين أن بدل الإستملاك غير كاف لتسديد جميع الديون المستحقة عليه كاملاً، فتنتقل تلك الحقوق إلى القسم الباقي من العقار، بهذا الخصوص، ينظر المادة (271) من قانون التسجيل العقاري.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

أمّا في مصر فقد حرص قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة رقم (10) لسنة1990 [1]، بخصوص نزع الملكية للمصلحة العامة بوضع القواعد التي تكفل حماية أصحاب الحقوق العينية التبعية والوسائل التي يعلمون بمقتضاها عن الشروع بإجراءات نزع ملكية العقار المرهون وذلك عن طريق وسائل الإعلان حيث تتيح لهم مراجعة الجهة الحكومية التي تقوم بنزع الملكية لإثبات حقوقهم وعلى هذه الجهة أن تمنع عن أداء التعويض للراهن، وتحتفظ به في خزانة مخصصة لذلك لحساب أصحاب الحقوق المقيدة [2].
هذا عن التعويض النقدي، ولكن أهم تطبيقات الحلول العيني تظهر في باب التعويض العيني بالمعنى الدقيق، إذ نصت المادة (29) من قانون الاستملاك المذكور أعلاه في الباب المخصص للتعويض العيني على أنَّ " أولاً – إذا كان العقار المطلوب استملاكه أرضاً زراعية أو بستاناً، فللمستملك بالتشاور مع وزارتي المالية والزراعة والإصلاح الزراعي، تعويض المستملك منه أرضاً زراعية أو بستاناً معادلة من حيث القيمة ضمن حدود الوحدة الإدارية للأرض أو البستان المطلوب استملاكها، وله بموافقة المستملك منه تعويضه بمثلها خارج حدود الوحدة الإدارية. ثانياً – إذا كان العقار المطلوب استملاكه من غير الأراضي الزراعية أو البساتين، فللمستملك بموافقة المستملك منه أن يعرض عقاراً او أكثر أو حقوقاً عينية أصلية أخرى، تعويضاً عن العقار المطلوب استملاكه ". يتبين من النص أعلاه أن المستملك منه ينتقل حقه من العقار الذي استملك إلى العقار الجديد، وبذلك نستبدل أرضه بأرض أخرى، وهذا هو جوهر وعين فكرة الحلول العيني بمعناه الواسع [3].

وفضلاً عمّا سلفنا من تطبيقات الحلول العيني في سياق القانون المدني بخصوص الرهن التأميني وقد طبق حكمه على الرهن الحيازي عن طريق الإحالة، كما رأينا، ثم أورد القانون المدني أيضاً تطبيقات خاصة برهن المنقول ورهن الديون حيازياً.

وبالنسبة لرهن المنقول تقضي المادة(1338)[4] من القانون المدني العراقي، من خلال الفقرة الثانية منها بأنّه " وإذا كان المرهون مهدداً بان يعيبه هلاك أو نقص في القيمة، وجب على المرتهن أن يبادر بإعلان

(1) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ذي العدد (2) (تابع) في (31 / مايو / سنة 1990).
(2) تنظر المواد (5 و6 و7) من قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة المصري المذكور في أعلاه [الشورابي، ص 220 وما بعدها؛ زهران (2007)، ص 256].
(3) وفى ذلك تشر قانون التسجيل العقاري بخصوص تسجيل العقار المستملك سواء كان بتعويض نقدي أو عيني (الاستبدال)، تنظر المادة (268) من ذلك القانون.
(4) تقابلها المادة (1119) من القانون المدني المصري، وتجدر الإشارة إلى أنّ موقف المشرع المصري مختلف بعض الشيء، عندما أجاز لكل من المرتهن والراهن أن يطلب من القاضي الترخيص في بيع الشيء المرهون إذا كان مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة، بخلاف المشرع العراقي الذي أجاز للمرتهن وحده دون الراهن، القيام بذلك إذا دعت الضرورة بيع الشيء المرهون قبل حلول أجل الدين دفعاً للضرر.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الراهن بذلك، وإلا كان مسؤولاً، وفي حالة الإعلان يجوز للراهن أن يسترد المرهون إذا قدم للمرتهن تأميناً آخر، فإذا لم يفعل جاز للمرتهن أن يطلب المحكمة بيع المرهون وابقاء ثمنه رهناً في يده"
يتضح من هذا النص أن المشرع فرض التزاماً على عاتق المرتهن عندما يحس بخطر على المرهون يؤدي إلى هلاكه أو إلى نقص قيمته بإعلان الراهن بذلك، وفي هذه الحالة أجاز للراهن أن يستبدل المرهون بشيء آخر، وهذا يعدّ دون شك تطبيقاً آخر من تطبيقات الحلول العيني، وإن لم يفعل ذلك ليس له خيار آخر وجب عليه أن يتحمل إجراءات بيع المرهون، وعندها يحل ثمن المرهون محل الشيء المرهون يبقى في يد المرتهن إلى حين حلول أجله.

وفي هذا السياق فقد أجازت المادة (1353) من القانون المدني العراقي للراهن " إذا عرضت فرصة لبيع المرهون وكان البيع صفقة رابحة، أن يطلب إذن المحكمة في بيع هذا الشيء، ولوكان ذلك قبل حلول أجل الدين، وتحدد المحكمة عند الإذن شروط البيع وتفصل في أمر ايداع الثمن " [تقابلها المادة (1120) من القانون المدني المصري] ويتبين من هذا النص أن المشرع العراقي قد تعرض لحالة أخرى من أحوال البيع قبل حلول الأجل، فقد أجاز للراهن وحده دون المرتهن أن يطلب من المحكمة الترخيص ببيع المرهون قبل حلول الأجل، إذا عرضت له فرصة مناسبة للبيع جلباً لنفع وكان البيع صفقة رابحة، لكي لايفوت عليه نفع الصفقة، وتحدد المحكمة في حالة الترخيص شروط البيع والفصل في أمر ايداع الثمن.
ومما تجدر الإشارة اليه في هذا الخصوص أن هذا النص لم يشر صراحة إلى انتقال حق الدائن المرتهن إلى الثمن مباشرة ولكننا نجد فيه هذا التطبيق بطريقة غير مباشرة، وذلك من البديهي أنه عند بيع المنقول وقبض الثمن والفصل في أمر ايداعه عند الدائن المرتهن أو في صندوق المحكمة، فليس هناك أدنى شك بانتقال حق الدائن من المنقول المرهون إلى ثمنه المودع الذي حل محله حلولاً عينياً، وفي هذا الحكم تحصيل حاصل ومن ثم فلا مانع من الأخذ به.
أمّا بالنسبة لرهن الديون، ورد تطبيق خاص فيما يتعلق بالدين المرهون رهن حيازة حيث طبق المشرع العراقي نظرية الحلول العيني عندما يكون الرهن وارداً على دين حل أجله قبل حلول أجل الدين المضمون [السنهوري، ج8، ص265؛ الربيعي(2012)، ص247]، فنصت في الفقرة الأولى من المادة (1359) من القانون المدني العراقي على أنَّه " إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين الموثق بالرهن، فلا يجوز للمدين أن يوفي الدين إلاّ للمرتهن والراهن معاً ولكل من هذين أن يطلب إلى المدين إيداع ما يؤديه عند عدل، وينتقل حق الرهن إلى ما أداه المدين " [تقابلها في القانون المدني المصري المادة (1128)].

إذ يحل الدين المرهون، كقاعدة عامة، اما قبل حلول الدين المضمون بالرهن أو بعده [البشير، ص223]، والحالة التي يعنينا هنا ويتعلق بموضوعنا مباشرة هي حالة حلول الدين المرهون قبل استحقاق الدين المضمون بالرهن وهذه الصورة التي تصدي المشرع العراقي إلى بيان حكمها في المادة أعلاه، ومفاد الحكم الذي أخذ به القانون المدني العراقي، هو إذا حل الدين المرهون ولم يحل بعد الدين المضمون، في

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

هذه الحالة فان المدين بالدين المرهون يلتزم بالوفاء للدائن المرتهن والراهن معاً [العبيدى، (2008)، ص326]، لأن الراهن هو صاحب الدين والمرتهن له حق الرهن الحيازي فيه، لذلك فلا يجوز أن يؤثر أحدهما بهذا الوفاء، وعليه لكل من الراهن والمرتهن أن يطلب من المدين إيداع الدين، أما في صندوق المحكمة أو في مصرف أو عند عدل يتفق عليه الطرفان، ويصح أن يكون أحداً منهما، فهنا ينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه بحكم القانون [الوكيل(1959)، ص559-560].

المطلب الثاني
تطبيقات الحلول العيني في القوانين الخاصة

بعد ان عرضنا في المطلب الأول مسألة تطبيقات الحلول العيني الموجودة في القانون المدني بما يخص الرهن بنوعيه التأميني والحيازي، والتي أبرنا فيهما أهم التطبيقات كما رأينا، أو وضحنا فيه موقف المشرع العراقي من الحلول العيني عن كيفية تطبيق انتقال حق الدائن المرتهن إلى المال الذي يحل محل المال المرهون الهالك أو التالف على أهم صور تحول العقار المرهون إلى مقابل نقدي، عليه وفي هذا الفرع سوف نعرض لموضوع تطبيقات الحلول العيني في سياق القوانين الخاصة، وفيه نركز على التطبيقات الموجودة في قانون التجارة وقانون التسجيل العقاري.

الفرع الأول / تطبيقات الحلول العيني في قانون التجارة

أن مناط الحلول، كما قلنا هو الاستبدال، إذن فالحلول لا يتصور بغير استبدال مال بمال آخر، ومن ذلك يتبين أن دور الحلول في حماية الحقوق والمحافظة على تخصيص الأموال لا يقتصر على إحلال قيمة محل قيمة، كما هو الحال في الرهن المدني [المادة (1298) من القانون المدني العراقي، والمادة (1049) من القانون المدني المصري]، بل إنه قد يقوم على إحلال شيء معين، أي شيء منظور اليه بذاته، محل شيء معين آخر، كما سيأتي بيانه من خلال التطبيقات الموجودة في نطاق الرهن التجاري، وفي كل مرة يمكن فيها الحصول على مال البدّل بتمييزه عن غيره، بالنظر إلى ذاتيته أو طبيعته، أو بالنظر إلى ظروف الحصول عليه [الجندي(2008)، ص215]، كما عليه العمل فان الحلول ممكن بنوعيه القانوني والاتفاقي [البارودي(2001)، ص 128]، وعلى ذلك جاءت في قانوننا التجاري الحالي رقم (30) لسنة (1984) المعدل نصوص بخصوص تبديل محل الرهن والحالات التي تقرر فيها الحلول العيني، وهذه الحالات [عبد الحميد(2008)، ص119-120] واردة في المواد الآتية:-

1- نصت المادة (192) من قانون التجارة العراقي النافذ على أنه " أولاً – إذا ترتب الرهن على مال مثلي بقي الرهن قائماً ولو استبدل بالمرهون مال آخر من نوعه. ثانياً– إذا كان المرهون من الأموال المعينة بالذات جاز للمدين أن يستبدل به غيره إن كان قد تم الاتفاق عليه في عقد الرهن وقبل الدائن المرتهن بالبدل" [تقابلها المادة (124) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة (1999)].

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

يفهم من سياق هذه المادة، أن المشرع قد واجه حالتين مختلفتين بخصوص استبدال المال المرهون، رصدت لكل منهما فقرة مستقلة، حالة ما إذا كان الرهن التجاري وارداً على أشياء مثلية، وهي الأشياء المعينة بالنوع، مثل الحبوب والنقود والسكر والقماش والشرائط وغيرها [المادة (1/64) من القانون المدني العراقي وتقابلها في القانون المدني المصري المادة (85) منه]، أجاز فيها استبدال الشيء المرهون بشيء آخر من ذات النوع، بحيث لا يؤثر استبدالها على حق الدائن المرتهن، ولا يؤثر ذلك على استمرار الرهن قائماً، والقصد من ذلك التيسير على المدين الراهن، إذا ما رأى مصلحة في استبدالها [التلاحمة، (2007)، ص91؛ سامي(2008)، ج/1، ص211] بشيء آخر من نفس نوعه، بحيث يقوم مقام الشيء المرهون، دون ان يطلب المشرع أي شرط لوقوعه، فهو استبدال قانوني [البارودي(2001)، ص129].
أما الحالة الثانية، عندما يكون محل الرهن شيئاً قيمياً، وهي الأشياء المعينة بذاتها التي تختلف في وصفها وقيمتها بحيث لا تقوم بعضها مقام البعض، كالسيارات والحيوانات وغيرها، فإننا نلاحظ ان المشرع قد اجاز فيها الاستبدال أيضاً، ولكن قيدت وقوعها بشروط معينة [المقدادي، (2007)، ص319]، وهي وجود اتفاق على ذلك ابتداءً في عقد الرهن وقبول الدائن المرتهن استمرار الرهن على الشيء البديل، فهو استبدال اتفاقي.

ويوضح البعض [البارودي، (2001)، ص129]، علة الفرق بين الحالتين السابقتين إلى أن الحالة الأولى محض تطبيق لنظرية الحلول العيني، فلا تحتاج إلى شروط اضافية علاوة على شروط الحلول العيني، أما الحالة الثانية فهي تجسيد لفكرة الالتزام البدلي الذي لا يصح إلاّ إذا تم الاتفاق عليه ابتداء.
ويرى الباحث ان التحليل السابق للمغايرة بين الحالتين أمر غير دقيق وليس في محله لأسباب منها:

أ- أن الاستبدال المنصوص عليها في المادة (192) في أعلاه بفقرتيها يُعدُّ تطبيقاً من تطبيقات الحلول العيني في كلتا الحالتين، وكل ما في الأمر أن الحالة الأولى هي حلول قانوني، أمّا الحالة الثانية فهي حلول اتفاقي، وهذا واضح من صريح النص.
ب- قصد المشرع من الفرق بين الحالتين المذكورتين انفاً، يرجع إلى طبيعة الأشياء، لا إلى فكرة الالتزام البدلي [1]، وذلك لأن مصدر هذا الأخير لا يقتصر على الاتفاق وحده، وانما يكون أما اتفاق أو نص القانون، فضلاً عمّا يضيف البعض على هذين المصدرين، مصدر آخر للالتزام البدلي هو الإرادة المنفردة [الحكيم، (1977)، ج2، ص224]، هذا من جانب، ومن جانب آخر، كما سبق القول، الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، ولها نظائر متماثلة في السوق فلا تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به.

(1) تنص المادة (1/302) من القانون المدني العراقي على أن " يكون الإلتزام بدلياً إذا لم يكن محله إلاّ شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدّى بدلاً منه شيئاً آخر " وتوازيها المادة (1/278) من القانون المدني المصري.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ويترتب على ذلك انه إذا كان محل الالتزام الأصلي شيئاً مثلياً، فللمدين أن يدفع مثله وإن لم يرض الدائن [المادة (2/390) من القانون المدني العراقي، لا شبيه لهذه المادة في القانون المدني المصري]، وكما إذا كان محل العقد شيئاً مثلياً، فهلك، فان العقد لا ينفسخ بل يبقى التزام المدين قائماً، لأن هلاك الشيء المثلي لا يجعل التنفيذ مستحيلاً، لأن الشيء المثلي يوجد بجنسه، والجنس متوفر دائماً لا ينعدم، وهذا هو السبب في اجازة المشرع للمدين الراهن إذا كان محل الرهن التجاري شيئاً مثلياً، استبداله بشيء آخر من ذات النوع إذا ما رأى من ذلك فيه مصلحة للراهن، لأنه لا يشكل خطراً على ضمان الدائن المرتهن، ولا يُعدّ إخلالاً بحقه، وكذلك لا يؤثر على طبيعة الرهن واستمراريته. وهذا هو الحلول القانوني، لأن المشرع عندما أجاز وقوع الاستبدال لم يراعي رضا المرتهن بالحسبان ودون أية شروط.
وخلافاً للحكم السابق في جواز استبدال الشيء المرهون إذا كان مثلياً بدون أية شروط، عندما يكون محل الرهن شيئاً قيمياً قيدت فيها الاستبدال بشروط معينة، كما بيّنا من قبل، وهذا الاستبدال يُعدّ تطبيقاً من تطبيقات الحلول العيني أيضاً، ولكنه حلول اتفاقي، وعلة ذلك، كما قلنا، ترجع إلى طبيعة الشيء القيمي، فهو شيء معين بالذات، ولا يقوم شيء آخر مقامه في الوفاء، ما تتفاوت أفرادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً يعتدّ به أو يندر وجود مثله في التداول [السنهوري، ج8، ص 86 وما بعدها].

ويترتب على ذلك إذا كان محل الالتزام شيئاً قيمياً، فليس للمدين أن يدفع شيئاً غيره بدون رضا الدائن، ولا تبرأ ذمته، حتى لو كان هذا الشيء مساوياً في القيمة لمحل الالتزام الأصلي، أو كانت له قيمة أعلى [المادة (1/390) من القانون المدني العراقي، تقابلها المادة (340) من القانون المدني المصري]، وكذلك إذا كان محل العقد شيئاً قيمياً يصبح تنفيذه مستحيلاً إذا هلك هذا الشيء أو تلف أو فقد، حيث يتعذر معرفة مكانه [السنهوري، (2000)، ج3، ص 981، وما بعدها].

واستناداً على الاعتبارات السابقة اشترط المشرع على المدين الراهن عند استبدال الشيء المرهون بغيرها، إذا كان عيناً معينة بالذات منصوص عليه مسبقاً في عقد الرهن، فضلاً عن موافقة الدائن المرتهن على استبدال المرهون بالمال الذي يحل محله، وذلك مراعاة لضمان حق الدائن المرتهن، إذا لم يقبل هذا الاستبدال، فانه لا يجبر على ذلك نظراً لأن هذا النوع من الأشياء معينة بذاتها تتفاوت في قيمتها مما يتوقع المشرع أنه قد يؤدي إلى فقدانه لجزء من ضمانه.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

2- نصت المادة (195) من قانون التجارة العراقي على أنّه " إذا تعرض المرهون للهلاك أو التلف أو أصبحت صيانته تستلزم نفقات باهظة ولم يشأ المدين أن يقدم مالاً آخر بدله، جاز للدائن أن يطلب من المحكمة الإذن له في بيعه، وينتقل الرهن في هذه الحالة إلى الثمن الناتج من البيع " [1].

يفهم من النص المقدم، أنّ المشرع العراقي تبنى فيه تطبيقاً آخر من تطبيقات الحلول العيني، في حالة إذا كان الشيء المرهون، سواء أكان مثلياً أو قيمياً معرضاً للهلاك أو التلف، أو كانت صيانته تستلزم نفقات باهظة تفوت قيمته، ولم يرغب المدين الراهن بتقديم شيء آخر بدلاً عنه، حيث أجاز للدائن المرتهن ان يطلب من المحكمة الترخيص له في بيعه بأية طريقة تحددها المحكمة، وإذا جرى بيع الشيء المرهون فان حق الدائن المرتهن ينتقل إلى الثمن المتحصل من البيع، ليستوفي الدائن المرتهن حقه منه عند حلول أجله طبقاً لنظرية الحلول العيني.

3- نصت المادة (201) من القانون التجارة العراقي على أنّه " يبقى حق الدائن المرتهن قائماً بمرتبته فيما بين المتعاقدين، وبالنسبة للغير على ارباح المستند المرهون وفوائده والأوراق التي تستبدل به وقيمته إذا دفعت قبل ميعاد استحقاقه" [2].

استقراءً لهذه المادة المذكورة، يتبين ان المشرع عالجت حالة أخرى من حالات الاستبدال، وهي حالة استبدال السندات والأوراق المالية المرهونة، حيث قرر بقاء امتياز الدائن المرتهن بمرتبته تجاه الراهن، وبالنسبة للغير على أرباح المستند المرهون وملحقاتها وقيمتها إذا دفعت قبل ميعاد استحقاقه، وعلى الأوراق التي تستبدل بها، كما في حالة استهلاكه أو في حالة تحويل السندات من نوع إلى نوع آخر، كما في تحويل سند لحاملها إلى سند اسمي مثلاً، بذات القيمة وتحمل نفس الضمانات، وعليه فانه يجوز لمن رهن سند دين عادي قيمته (100,000,000) مائة مليون دينار أن يقوم باسترداد هذا السند وتسليم المرتهن سند دين آخر بمثل قيمته وقوته [الطراونة، (2012)، ص 213]، وكذلك يمكن أن يتم الاستبدال في الغرض الذي يكون فيه السند المرهون عبارة عن ورقة استحقت قيمتها، فيعمد المدين الراهن إلى استعادتها من المرتهن للمطالبة بقيمتها من المدين بها، وإحلال سند آخر بدلها. ليبقى ضامناً للدين الذي بذمته للدائن المرتهن [المقدادي، (2007)، ص318]، وفي هذه الحالة فالأوراق الجديدة تحل محل الأوراق أو السند المسترد حلولاً عينياً بحكم القانون [التميمي، ص511].

(1) تقابلها المادة (1128 /2) من القانون المدني المصري، ولكن يلحظ أنَّ المشرع المصري في هذه المادة قدأجاز لكل من الدائن المرتهن والمدين الراهن أن يطلب من القاضي المختص الترخيص له في بيع المرهون، بخلاف المشرع العراقي الذي قد قصر الإجازة للدائن المرتهن وحده دون الراهن [القليوبي، (2007)، ج2، ص 203].
(2) تقابلها المادة (328) من قانون التجارة المصري المتعلق برهن الأوراق المالية والتي تنص على أنّه " يبقى إمتياز الدائن المرتهن قائماً بمرتبته فيما بين المتعاقدين، وبالنسبة إلى الغير على عائد الورقة المرهونة، وملحقاتها وعلى قيمتها عند استهلاكها وعلى الأوراق التي تستبدل بها ".

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الفرع الثاني / تطبيقات الحلول العيني في قانون التسجيل العقاري

بعد أن بيّنا تطبيقات الحلول العيني التي أوردها قانون التجارة العراقي، ننتقل إلى قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة (1971) المعدل، فيما تخص التطبيقات التي ذكرتها لفكرة الحلول العيني، ومن استقراء نصوص قانون التسجيل العقاري فيما يتعلق بالتصرفات الواردة على الحقوق العينية وعلى وجه التحديد الرهن بنوعيه التأميني والحيازي [المواد من (305) الى (327) من قانون التسجيل العقاري العراقي].

يتبين لنا بأنَّ المشرع قد تناول حالة من حالات فكرة الاستبدال في مادة واحدة، وهي المادة (318) من قانون التسجيل العقاري عندما تنص على أنَّ " للراهن بموافقة الدائن المرتهن نقل الرهن المترتب على عقاره إلى عقار آخر يعود له بنفس الدين وبنفس مرتبة الرهن وشروطه ".

يستشف من النص أعلاه أن المشرع قد واجه حالة أجاز فيها للراهن نقل الرهن الوارد على عقاره إلى عقار آخر يملكه بنفس الشروط والمواصفات السابقة بشرط أن يقترن ذلك بموافقة الدائن المرتهن.

وعلى الرغم من أنه لم نجد الإشارة اليه من قبل الفقه، الا اننا نرى بأنّ هذا يعد عين فكرة الحلول العيني، ولكنه حلول اتفاقي.

ومن الجدير بالذكر الى أنَّ اشتراط موافقة الدائن المرتهن على نقل الرهن من عقار إلى عقار آخر يعد قيداً من القيود القانونية على حرية تصرف الراهن، حيث في حالة عدم موافقة الدائن المرتهن على نقل الرهن من العقار المرهون الى عقار آخر يملكه الراهن، فإنَّ هذا الأخير لا يمكن مباشرته، وفي الوقت ذاته لم يشترط القانون المدني في المادة (1295) منه مثل هذه الموافقة كما رأينا سابقاً، ولكن بما أن قانون التسجيل العقاري هو قانون خاص كما سبق الذكر ويقيد أحكام القانون المدني في هذا الخصوص فلا بد من العمل بالنص المذكور اعلاه.

وهذا دون شك ضمان آخر من الضمانات التي قررها قانون التسجيل العقاري للدائن المرتهن إلى جانب الضمان الذي نصت عليها المادة (1/317) من القانون ذاته كما سبقت الإشارة اليها، وفي كلتا الحالتين يكون الحضر بمثابة شرط فاسخ، إذا تحقق موافقة المرتهن يزول الحضر.

هذه الحالات التي أشرنا اليها من خلال الفرع الأول والثاني من هذا المطلب، حالات وردت فيها نصوص بشأن موقف المشرع العراقي من تطبيقات الحلول العيني في سياق القانون المدني والقوانين الخاصة، ومن خلال ما تعرضنا لدراسة الحلول العيني، يتضح لنا بأنه لا توجد قاعدة عامة للحلول العيني في القانون العراقي، نظراً للدور الفعال الذي يلعبه في مجال الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، فتتمثل في الحماية المقررة في إطار الرهن، وهي حماية الدائن المرتهن في حالة هلاك أو تلف محل الرهن أو استبداله في حالات معينة، وعلى أثر ذلك فان قواعد الحلول العيني لا زالت تثير الكثير من الاختلافات الفقهية والتداخلات التشريعية إلى جانب مواقف قضائية متباينة [الجندي، ص196].

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وعلى الرغم من أن الحلول العيني لم يشكل نظاماً قانونياً متكاملاً، إلاّ أنه يمثل فكرة تجد لها تطبيقات عديدة، كما رأيناها في ثنايا القانون المدني وبعض القوانين الخاصة، ومن خلال ما عرضناها لهذه التطبيقات، والوقوف على قواعده وأحكامه لاحظنا أن التعقيدات التي تثيرها فكرة الحلول العيني لا تقاس بما ينطوي عليه إعماله من فوائد عملية وواقعية، فالحلول العيني كما ذكرنا سابقاً، هو الوسيلة التي يمكن بها المحافظة على سلامة الحقوق التي باتت مهددة بالضياع نتيجة هلاك محالها أو التصرف في تلك المحال، او معرضاً للهلاك أو التلف، أو كانت صيانته تستلزم نفقات باهظة، أو نقص قيمتها.

إذن فالحلول هو الاستبدال، فالاستبدال يعني إحلال المدين الراهن المال الجديد محل المال القديم بان كان ثمناً له في الأحوال التي يمكن ان يحل فيها ثمن الشيء محله، أو كان شيئاً اكتسب بثمنه أو كان مقابلاً له، وهذه هي حقيقة الحلول واساسه وطبيعته [المقدادي، 317 وما بعدها]، وفي كل ما تقدم يستنتج ان الحلول العيني يُعدّ ضماناً موضوعياً بالنظر لتعلقها مباشرة بالقيمة الاقتصادية للمال المرهون، وبالنسبة لجميع الدائنين المرتهنين في حماية حقوقهم من الضياع أو فقد لجزء من ضمانهم.

الخاتمة

في نهاية الدراسة توصلنا إلى عدة نتائج وتوصيات نبينها فيما يأتي:

أولاً/ النتائج:

1- الحلول العيني بصفة عامة على وجه الدقة والتحديد يعبر عن إحلال عين محل عين أخرى باعتبارها بديلاً عنها، ومناطه الاستبدال يمكن فيها الوصول إلى عين البدّل.
2- جاء القانون المدني العراقي وأغلب القوانين الأخرى سيَّما القانون المقارن خالياً من عرض مفهوم دقيق وشامل للحلول العيني، ويلحظ الأمر نفسه على الصعيدين الفقهي والقضائي، هذا من جانب ومن جانب آخر لم يضع المشرع العراقي نظرية عامة للحلول العيني على الرغم من عرضه لتطبيقاته في أكثر من مناسبة بتنظيم غير مكتمل وعلى وجه التحديد في سياق القانون المدني، وينطبق القول ذاته على المشرع المصري.
3- بيَنا آراء مختلفة حول مفهوم الحلول العيني، ولكن استنتجنا بأن التعريف الملائم لهذه الفكرة هي " وسيلة ضمان احتياطي يقصد بها استبدال عين بعين أخرى في التزام أو حق موضوعه قيمة مالية بما يحقق الغرض الذي كان يخدمه العين المبدل وضمان استمراره.
4- يتبين لنا من خلال البحث أنه لا يمكن الحديث عن الحلول إلا بوجود حق، وهذا الحق بعد وجوده مهدد بالضياع نتيجة زوال محله، فإنه لا يهم بعد ذلك نوعية الحق سواء كان شخصياً أم عينياً، على الرغم من أن المجال الطبيعي للحلول العيني هو الحقوق العينية، وبالأخص الحقوق العينية التبعية،

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

إذ يأتي دور الحلول في هذه الأخيرة اكثر وضوحاً وهي تكملة القصور الذي يشوبها نظرية التأمين العيني وعلى وجه التحديد الرهن بنوعيه المدني والتجاري.

5- أهمية الحلول العيني تظهر أثره جلياً في نظام الرهن لأنه يحافظ على ثبوت حق الدائن المرتهن وضمان استمراره في الحالات التي يشل فيها هذا النظام عن حمايته، إذ لولا قبول إعمال الحلول سيزول حق المرتهن في جميع الحالات التي يخرج المرهون من ذمة الراهن ويتعذر على المرتهن تتبعه.

6- جاءت احكام الحلول العيني في القانون المدني العراقي دون المستوى المطلوب ومفتقراً إلى الدقة، إذ يلحظ عليها تناول تطبيقات الحلول العيني في الرهن التأميني إلا انه جاء على خلاف الحقيقة في سياق المادة (1298) منه، وقد طبقت المادة (1336 /2) من القانون ذاته هذا الحكم على الرهن الحيازي، ومفادها إذا هلك العقار المرهون ينتقل حق الدائن المرتهن إلى مبلغ نقدي من تعويض أو تأمين، الذي أخذ فيه النقود مكان العقار، ويترتب على ذلك تحول الحق العيني إلى حق شخصي، إذ لم يلاحظ المشرع العراقي بأن الرهن العقاري لا يرد إلاّ على عقار ولا ينتقل إلاّ إلى العقار، ولم يلاحظ أيضاً بأن العقار لا يهلك هلاكاً كلياً إلاّ في حالات نادرة ولم يبين ذلك، وبالتالي إذا هلك العقار المرهون ينتقل الرهن إلى الأرض التي تقام عليها وبذلك جاء القانون المدني العراقي بتحوير على قواعد الحلول العيني في المادة المنوهة أعلاه، وليست بتطبيقات لها، لأن الحلول العيني كما ذكرنا هو تبديل قانوني موضوعي لعين وإحلالها محل أخرى، والجدير بالذكر أن المشرع العراقي لم يجعل النقد عيناً وذلك عند تعريفه للبيع في المادة (507) من القانون المدني. وقد تناول المشرع المصري هذا الموضوع بالمنظور ذاته في سياق القانون المدني في باب الرهن الرسمي والحيازي.

7- يتبين لنا من خلال البحث أن تطبيقات الحلول العيني لا يقتصر على حق معين من الحقوق ولا على قانون محدد، وانما من مقتضى عمومية مبدأ الحلول العيني أنه يجب تطبيقه بمجرد اجتماع شروطه وكلما وجد التخصيص وتحقيق الاستبدال، سواء كان في نطاق القانون المدني أم في غيره من القوانين الخاصة، وفي هذا الخصوص وجدت تطبيقات لها ايضاً في سياق القانون التجاري وقانون التسجيل العقاري، كما تعرضنا لها من خلال البحث.

ثانياً / التوصيات:

1- على الرغم من أن المشرع العراقي لم ينظم أحكام الحلول العيني بصورة خاصة وتحت هذه التسمية، لكن نجد ضمناً تطبيقاتها في ثنايا القانون المدني بتنظيم غير مكتمل، وكذلك في سياق القوانين الخاصة، لذلك نوصي بتنظيم أحكام الحلول العيني بصورة دقيقة وصريحة نظراً لأهميتها، لاسيما فيما يتعلق بضمانات الدائن المرتهن في سياق الرهن.

2- نوصي المشرع العراقي بتبني قاعدة عامة للحلول العيني في القانون المدني، خصوصاً في مجال الرهن يسوغ الرجوع اليها وقت الحاجة، حفاظاً على حقوق الدائنين المرتهنين وضمان استمراره،

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

على ان يشمل بحكمه جميع الحالات التي يخرج فيها المال المثقل بالرهن في ذمة الراهن ودون استطاعة المرتهن تتبعه.

3- نقترح تعديل المادة (1298) من القانون المدني العراقي انسجاماً مع التكييف السليم لحقيقة الحلول العيني بان يكون النص كالآتي:

" إذا هلك العقار المرهون رهناً تأمينياً هلاكاً كلياً، وذلك في الحالات التي يتصور فيها هلاك العقار، انتقل حق المرتهن إلى العقار الذي يحل محله، وللمرتهن أن يستوفي حقه من ذلك حسب مرتبته "

4- نوصي بتعديل المادة (1336 / 2) من القانون المدني العراقي، وذلك انسجاماً مع طبيعة المحل والتخلص من مشكلات الإحالة، لينسجم مع احكام الحلول العيني، ويشمل أحكامه في الوقت ذاته الرهن التجاري، وتكون صياغة النص بالشكل الآتي:

" إذا هلك الشيء المرهون رهناً حيازياً هلاكاً كلياً انتقل حق المرتهن إلى المال الذي يحل محله "

5- نقترح تعديل المادة (1291/ 1) من القانون المدني حتى يستقيم مع احكام الحلول العيني مسايرة لقرينه المصري، ويكون صياغة النص كالآتي:

" 1- إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة أو جزءاً مفرزاً في عقار شائع، ثم وقع في نصيبه عند القسمة عقار غير الذي رهنه، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذا العقار يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل "

المصادر

أولاً – الكتب:

1- أبو السعود، رمضان (2007). التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.
2- الأهواني، حسام الدين كامل، الوجيز في التأمينات العينية، بدون ناشر ومكان الطبع.
3- الأهواني، حسام الدين كامل (1986). التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي، ج1، مؤسسة دار الكتب، الكويت.
4- البشير، محمد طه (1953 – 1954) مذكرات في التأمينات العينية، أو الحقوق العينية التبعية، مطبعة القدسي، بغداد، العراق.
5- البشير، محمد طه وغني حسون طه (2017 – 2018) الحقوق العينية، ق2، الطبعة الجديدة، شرطة العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، لبنان.
6- البشير، محمد طه (1955) الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينية.
7- البشير، محمد طه وغني حسون طه، الحقوق العينية التبعية، ج2، مطبوعات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، العراق.
8- باشا، محمد كامل مرسي (2005) شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

9- بكر، عصمت عبد المجيد (2011) النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1، ط1، جامعة جيهان الخاصة، أربيل، العراق.
10- البكري، عبد الباقي والبشير (د. ت) المدخل لدراسة القانون، (د. ط) شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر.
11- بكر، عصمت عبد المجيد (2019) الوجيز في العقود المدنية المسماة، الرهن، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان.
12- البارودي، علي (2001) العقود وعمليات البنوك التجارية، دار الكتب الجامعية، الإسكندرية، مصر.
13- تناغو، سمير عبد السيد، (1986)، التأمينات الشخصية والعينية، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
14- الحكيم، عبد المجيد (1977) الموجز في شرح القانون المدني، ج2، ط3، بدون مكان الطبع.
15- حسين، محمد عبد الظاهر (2002) التأمينات العينية والشخصية، ج1، التأمينات العينية، مؤسسة الفنية للطباعة والنشر، بلا مكان النشر.
16- الربيعي، كاظم حسن (2012) الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ط 1، مطبعة العسكري، بغداد، العراق.
17- الزقرد، احمد السعيد (2001) التأمينات الشخصية والعينية، دراسة في قانون التمويل العقاري، بدون طبعة ودار النشر ومكانه.
18- الزقرد، احمد السعيد (1999) الوجيز في التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي، ط1، بلا دار نشر ومكانه.
19- الزلمي، مصطفى ابراهيم (1989) المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة موصل، العراق.
20- زهران، همام محمد محمود (2007) التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.
21- زهران، همام محمد محمود (2002) التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
22- السنهوري، عبد الرزاق احمد (2000) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج3، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء، الطبعة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
23- السنهوري، عبد الرزاق احمد (2000) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عقود الغرر وعقد التأمين، ج7، المجلد الثاني، الطبعة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
24- السنهوري، عبد الرزاق احمد (2000) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، الطبعة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
25- السنهوري، عبد الرزاق احمد (2000) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، ج6، المجلد الثاني، الطبعة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
26- السنهوري، عبد الرزاق احمد (2000) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، ج8، الطبعة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
27- سلامة، احمد (1966) التأمينات المدنية (الرهن الرسمي)، (د. ط)، دار التعاون للطبع والنشر، بلا مكان الطبع.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

28- سوار، محمد وحيد الدين (2006) شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية التبعية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
29- سعد، نبيل ابراهيم (2007) التأمينات العينية والشخصية، (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.
30- سلمان، قصي (2012)، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، (ط1)، منشورات جامعة جيهان الأهلية، أربيل، العراق.
31- سامي، فوزي محمد والشماع فائق محمود (2007) القانون التجاري، الأوراق التجارية، طبعة منقحة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر.
32- الشورابي، عبد الحميد (د.ت) التعليق الموضوعي على القانون المدني، الكتاب التاسع، الحقوق العينية التبعية، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر.
33- الطراونة، باسم أحمد وملحم باسم محمد (2012) مبادئ القانون التجاري (ط2) دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الاردن.
34- عبد الباقي عبد الفتاح (1984) نظرية الإرادة المنفردة، دراسة معقمة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الأول، دون طبعة ومكانه.
35- عبد الدايم، حسني محمود (2007) الائتمان العقاري بين الشريعة والقانون المدني، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.
36- عبد الرحمن، احمد حمدي (2020 – 2021)، الحقوق العينية التبعية، الرهن الرسمي، حقوق الامتياز، حق الاختصاص، بدون طبعة والنشر.
37- عبد السلام، سعيد سعد (2006) الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مطابع الولاء الحديثة، بدون مكان النشر.
38- علم الدين، محي الدين إسماعيل (1977) أصول القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ج3، الكتاب الثاني، الحقوق العينية التبعية، (د. ط)، دار الجبل العربي للنشر والتوزيع، بلا مكان الطبع.
39- عبد الرحمن، محمد شريف عبد الرحمن (2010) المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
40- عبد ربه، محمد احمد المعداوي (د. ت) الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، بدون دار نشر ومكانه.
41- العبيدي، على هادي (2008) الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، حق الملكية، الحقوق المتفرعة عن حق الملكية (دراسة موازنة) دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
42- عبد الحميد، عاشور عبد الجواد (2008) النظام القانوني لرهن الأوراق المالية، دراسة مقارنة، في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
43- غزال، محمد عمار تركمانية، الحقوق العينية والتبعية، بلا طبعة ودار النشر وسنة النشر ومكانه.
44- القاضي، القليوبي منير (1940- 1941) شرح مجلة الأحكام العدلية، ج2، مطبعة التفيض الأهلية، بغداد، العراق.
45- القليوبي، سميحة (2007) الوسيط في شرح قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999، ج2، القسم الأول، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

46- الكبيسي، حميد عبيد والسامرائي محمد عباس والزلمي، مصطفى ابراهيم (1980) المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، ط1، مطبوعات وزارة التعليم والبحث العلمي، بغداد، العراق.
47- كيرة، حسن (1965) أصول القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ج1، أحكام حق الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
48- المستشار القانوني الغالبي، رامي احمد (د. ت) الخلاصة في شرح الحقوق العينية، بدون طبعة ودار النشر.
49- المقدادي، عادل علي (2007) القانون التجاري، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
50- مجيد، مصطفى (د. ت) شرح قانون الاستملاك العراقي رقم (12) لسنة 1981، (د. ط)، دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق.
51- مبارك، سعيد عبد الكريم (1982) أصول القانون (ط1) مطبوعات وزارة التعليم العالي والبعث العلمي، بغداد، العراق.
52- منصور، منصور مصطفى (1956) نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، مصر.
53- منصور، محمد حسين (د. ت) النظرية العامة للائتمان، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
54- الوكيل، شمس الدين (1959) نظرية التأمينات في القانون المدني، ج1، ط2، بلا دار النشر، الإسكندرية، مصر.
55- فرج، فريد عبد المعز (د. ت) الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الأول، في التأمينات العينية، بدون طبعة وبلا دار النشر ومكانه.

ثانياً – البحوث:

1- شربا، أمل (2013) أحكام الحلول العيني في التأمين الذي يعقده الشريك في عقار شائع، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد – 29 -، العدد – الثالث.
2- الجندي، محمد صبري نصار (2009) نظرة على قواعد الحلول العيني (دراسة موازنة) بين الفقه الغربي والقانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الاسلامية، المجلد الخامس، العدد (3 / ب).
3- الذنون، حسن علي (1969) الحلول العيني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد الأول، العدد الأول.
4- أحمد، سرگول مصطفى وابراهيم، موفق خالد (2016) الحلول العيني وتطبيقاته في التشريعات العراقية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (8) المجلد (6) العدد (20).
5- الصّوا، علي محمد (د. ت) مبدأ حق الحلول، معناه وشرعيته وآثاره، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: (https :// www.wethaq.com)
6- التميمي، فيصل عدنان عبد شياع (2021)، فعالية رهن الأوراق المالية في حماية الائتمان المصرفي، بحث منشور في مجلة الحقوق، مجلة علمية فصلية تصدرها كلية القانون جامعة المستنصرية العدد (40).

ثالثاً – الرسائل والأطاريح:

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

1- أمينة بلهادي وجميلة تيتوس (2015) نفاذ الرهن الرسمي بالنسبة للغير في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة (غير منشورة).
2- الخفاجي، أياد صادق معيدى (2011) أحكام الضمان في عقد الرهن، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل (غير منشورة).
3- الشمري، عادل شمران حميد (2013) قاعدة عدم تجزئة الرهن (دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء (غير منشورة)

رابعاً – القوانين:

1- دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
2- مجلة الأحكام العدلية.
3- القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951 المعدل.
4- قانون التسجيل العقاري العراقي المرقم (43) لسنة 1971 المعدل.
5- قانون الاستملاك العراقي المرقم (12) لسنة1981.
6- قانون التجارة العراقي المرقم (30) لسنة 1984 المعدل.
7- قانون تنظيم الشهر العقاري المصري المرقم (114) لسنة 1946.
8- القانون المدني المصري المرقم (131) لسنة 1948 المعدل.
9- قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة المصري المرقم (10) لسنة 1990.
10- قانون التجارة المصري المرقم (17) لسنة 1999.

پوخته

له فقهی نوێدا چارەسەری مالّینه (الحلول العینی) ئامرازێکی هونەریه بۆ پاراستنی مافەکان له لەناوچون، لەڕێگەی شوێنگرتنەوەی شتێك به شتێك وەك شوێنگرەوەی، بواری سروشتی کارکردن بەم بیرۆکەیه باشتر دەردەکەوێت له مافه مالّینەکاندا به تایبەتتر له مافه مالّینه پاشکۆکاندا، وەك بارمته بەهەردووك جۆری بارمتەی بیمەیی و بارمتەی دەستداری، و مافەکانی جیاووك، لێرەوه کاریگەری چارەسەرە مالّینەکان و پیادەکردنەکانیان ڕوونتر و کاریگەرتر دەبن له پەیڕەوی بامتەدا بەبێ جۆرەکانی دیکەی بیمەکردن، چونکه ئەو گەرەنتیانەی بارمتەدەر پێشکەشی بارمتەوەرگریان دەکات تایبەت دەبن به گەرەنتی بێوەفا بوون لەباری بێدەسەلّاتی پابەندی لەسەر (مدین)، و سەر ناکێشێت بۆ مەترسیەکانی دیکه که ڕووبەڕووی بارمتەوەرگر دەبنەوه، له هەموو باڕێکدا که بارمتەکراو له ئەستۆی بارمتەدەر دەردەچێت و بارمتەوەرگر

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

بەدوایدا ناچێت و لەئەنجامدا نەمانی ماڵەکە دەبێتە هۆی نەمانی مافەکەی، هەموو ئەمانە پێویستیان بە هاتنەکایەی ئامرازی یەدەگ هەیە بۆ گەرەنتی ئەو کەموکورتیە.

In Kind Solutions in The Mortgage
(A comparative study)

Latif Perot Ali
Law department, faculty of humanities and social sciences, Koya University, Kurdistan region- Iraq.
Latif jublaxi@ gmail.com

Asst. Prof. Dr. Sangar Ali Rasool
Law department, college of humanities, University of Raparin, Kurdistan region, Iraq.
sangar.rasool@uor.edu.krd

Keywords: *In-kind solutions, Mortgage, Customization, Substitution, guarantees*

Abstract:
In modern jurisprudence, solutions in kind are considered as a technical means by which rights can be protected from loss, by replacing one thing with another thing as a substitute for it. However, the natural scope of the work of this idea appears clearly in real rights, especially the ancillary real rights, such as the mortgage of both types, insurance, possession, and privilege rights.
And since the effect of real subrogation and its applications are clearer and more effective in the mortgage system and not in other forms of insurance, because the guarantees provided by the mortgage to the mortgagee are limited to

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٩) – العدد (١) ربيع ٢٠٢٤
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

guaranteeing non-fulfillment in the event of the debtor's insolvency, and do not exceed other risks that the mortgagee will face, in all cases in which he exits. The thing pledged is from the responsibility of the mortgagor, and the pledgee was unable to track it, and as a result, he puts his right to the cessation of its place, and all of this necessitated the interference of another guarantee as a precautionary means to supplement this shortcoming.