



التنظيم القانوني للتأمين التكميلي في الرهن (دراسة مقارنة) Supplementary Insurance in the Mortgage

اسم الباحث: أ.د. غني ريسان جادر

جهة الإنتساب: جامعة البصرة - كلية القانون - العراق

Author's name: Prof.dr. Ghani Rissan Gader

Affiliation: university of Basrah- College of law - Iraq

work type: research paper

نوع العمل العلمي: بحث

discipline: [Private law](#) , [civil law](#)

مجال العمل: [القانون الخاص](#) - [القانون المدني](#)

Doi. <https://doi.org/10.61279/vch8fp03>

Issue No. & date: Issue 19 - Jan. 2023 رقم العدد وتاريخه: العدد التاسع عشر - كانون الثاني - ٢٠٢٣

Received: 1 Oct. 2022

تاريخ الاستلام: ١ تشرين الاول ٢٠٢٢

Acceptance date: 1 Dec. 2022

تاريخ القبول: ١ كانون الاول ٢٠٢٢

Published Online: 25 Jan 2023

تاريخ النشر: ٢٥ كانون الثاني ٢٠٢٣

 Printing rights are reserved to the Journal of the College of Law and Political Science at Aliraqia University

 حقوق الطباعة محفوظة لدى مجلة كلية القانون والعلوم السياسية في الجامعة العراقية

Intellectual property rights are reserved to the author

حقوق الملكية الفكرية محفوظة للمؤلف

Copyright reserved to the publisher (College of Law and Political Science - Aliraqia University)

حقوق النشر محفوظة للناسر (كلية القانون والعلوم

Attribution – NonCommercial - NoDerivs 4.0 International

السياسية - الجامعة العراقية)

For more information, please review the rights and license

نسب المصنّف - غير تجاري - منع الاشتقاق ٤,٠ دولي للمزيد من المعلومات يرجى مراجعة الحقوق والترخيص



CC BY-NC-ND 4.0 DEED



المستخلص

التأمين التكميلي هو ازالة كل نقص يحصل في قيمة الضمان بالنسبة للمال المرهون ,فهو احدى الجزاءات المترتبة على اخلال الراهن بالتزامه بالضمان فهو لا يعد حقا عينيا تبعيا وان كان يضمن حق الدائن المرتهن لان الحقوق العينية التبعية واردة في القانون على سبيل الحصر ولكنه جزاء قانوني يترتب عليه تعويض ما نقص من قيمة المال المرهون بسبب تعييه او هلاكه يقدمه الراهن نتيجة طلبه من الدائن المرتهن لضمان حق الاخير كاملا غير منقوص واعادة حقه بالتأمين الى ما كان عليه عند ابرام الرهن.

Abstract

Supplementary insurance in the mortgage is one of the penalties resulting from the mortgagor's breach of his commitment to the guarantee.(A legal penalty that entails compensating the decrease in the value of the pledged money due to its defect or loss, which the mortgagor submits as a result of his request from the pledgor creditor to guarantee the latter's right in full and undiminished and to restore his right to insurance to what it was at the time of the conclusion of the pledge.

المقدمة

أولاً- جوهر فكرة البحث

تتضمن فروع القانون المختلفة الكثير من الضمانات التي حضت بمعالجة قانونية وذلك من خلال التنظيم التشريعي لأحكامها وعلى الرغم من ذلك فإن فكرة الضمان فكرة حية ولذلك فهي متطورة هذا التطور قد أدى إلى تنوع كبير في الوسائل والأدوات المستعملة في سبيل تحقيق الوظيفة المبتغاة من وراء هذا الضمان وقد أدت التطورات في وقتنا الحاضر إلى حاجة الدائنين إلى الحصول على المزيد من الضمانات ويعتمد الدائنون على تعدد الضمانات لتعويض ما قد يعترى بعضها من ضعف فالرغبة في تقوية الضمان أصبحت حاجة عصرية ملحة .

فالتأمينات هي الوسائل التي تضمن للدائن استيفاء حقه وتقيه خطر اعسار مدينه المحتمل وتحيط المدين بالثقة التي يستطيع من خلالها الحصول على المال اللازم لسد حاجته، وتقسم التأمينات الى تأمينات عامة وتأمينات خاصة والاولى تتمثل بوسال الضمان العام وهي الضمانات التي يستفيد منها كل الدائنين دون بعضهم وتشمل الاجراءات التحفظية والدعوى غير المباشرة والدعوى الصورية والحق في الحبس للضمان والحجر على المدين المفلس، اما التأمينات الخاصة فهي الضمانات التي يختص فيها بعض الدائنين دون بعضهم الاخر. وهي نوعان الاول تأمينات شخصية وتشمل الكفالة والتضامن والالتزام غير القابل للالتزام والثاني تأمينات عينية وهي الرهن التأميني والرهن الحيازي وحقوق الامتياز ويضاف لهذه التأمينات العينية في القانون المدني المصري حق الاختصاص الذي يكون مصدره احكام القضاء وبذلك يختلف عن الرهن بنوعيه الذي يكون مصدره الاتفاق فضلا عن اختلافه عن حق الامتياز الذي يكون مصدره القانون .

ثانياً- أهمية الموضوع و أسباب اختياره

إلى جانب التأمينات الشخصية والعينية يجب أن يفسح المجال لوسائل أخرى للضمان تختلف في قوتها ومداهها بحسب قدرتها على إلغاء أو تقليل المخاطر التي يتعرض لها الدائن في استيفاء حقه وهذه الوسائل لا يمكن إخضاعها لنفس نظم التأمينات لاختلافها في الطبيعة والمصدر ومن هذه الوسائل هي التأمين التكميلي إذ أن تزايد أهمية الائتمان في العصر الحديث واتساع نطاقه قد أدى إلى الإقبال المتزايد على الضمانات ولذا نلاحظ في الوقت الحاضر تزايد عدد الضمانات المستخدمة بمناسبة عملية ائتمانية واحدة كما إن هناك طموح لتجميع أكثر من ضمان أو إلى تعزيز المسؤولية العقدية وفي بعض الأحيان نجد أن هناك أكثر من شخص ملتزم بالضمان لحساب الغير وعليه اتخذنا من فكرة التأمين التكميلي في الرهن عنوانا

لبحثنا لنسلط الضوء من خلاله على مفهومه واحكامه. فضلا عن ذلك تتضح أهمية الموضوع بأعداد الدراسات القانونية من الكتابة فيه اذ لم نجد فيه اية كتابات فيه و لم يتعرض احد للكتابة فيه على المستوى العراقي والعربي والغربي. فنأمل ان يكون البحث فيه إضافة للمكتبة القانونية و انطلاقه للكتابة فيه وان شاء سيكون محلا لرسالة ماجستير لاحد طلابي في القريب العاجل.

ثالثا- إشكالية البحث وتساؤلات الدراسة.

ان تعرض قيمة المال المرهون للنقص في حالات معينة و انعدام محل الرهن في حالات أخرى يضع اطراف الرهن من راهن ودائن مرتهن امام إشكاليات تتمثل في بعض الأحيان بعدم إمكانية الراهن تكملة الضمان او تقديم ضمان جديد من جهة و ضياع حق الدائن المرتهن من حيث عدم إمكانية تغطية المتبقي من قيمة المال المرهون لمقدار الدين وهذا مايجعله يتحول من دائن مرتهن الى دائن عادي لعدم كفاية قيمة المال المرهون لتغطية قيمة الدين بل الأخطر من ذلك ان المال المرهون قد يتعرض للهلاك كلياً و عدم إمكانية الراهن من تقديم ضمانا جديدا فكيف يمكن معالجة هذه الإشكالية؟ وفضلا عن ذلك هناك عدد من التساؤلات سنبحث فيها من خلال ثنايا البحث وإيجاد الاجابات والحلول المناسبة لها . وتتمثل ابرز هذه الأسئلة بالاتي. ماهو التعريف الدقيق للتأمين التكميلي؟ وماهي شروطه؟ وماهي الحدود الفاصلة بينه وبين عقد التأمين؟ وهل يختلف عن الكفالة العينية؟ وماهي حالاته؟ وماهي اثاره في ملحقات المال المرهون؟ وكيف يتم تفعيل التأمين التكميلي في الحقوق العينية القابلة للرهن؟ وهل توجد استثناءات على هذا التأمين بحيث لايمكن اللجوء اليه مع النقص الحاصل في قيمة المال المرهون؟

رابعا- منهجية البحث وهيكلته

سننتبع في بحث موضوع التأمين التكميلي في نطاق الرهن تحديدا سواء اكان تأمينيا ام حيازيا مستبعدين كل ما يتعلق بحق الامتياز من جهة والحقوق الشخصية من جهة أخرى وسنبحث هذا الموضوع من خلال منهج مقارن من خلال المقارنة بين موقف القانون المدني العراقي وقانون التسجيل العقاري واحكام مجلس قيادة الثورة المنحل ذات الصلة بالموضوع و فضلا عن ذلك سننتبع منهج تحليلي من

خلال تحليل كل هو ما متاح من نصوص قانونية و آراء فقهية وقرارات قضائية والتي لها علاقة بالبحث محل الدراسة. هذه الافكار والتساؤلات اقتضت تقسيم هذا البحث على مبحثين يختص المبحث الاول بمفهوم التأمين التكميلي ويتناول المبحث الثاني احكام التأمين التكميلي تسبقهما مقدمة وينتهي البحث بخاتمة تتضمن اهم ما توصلنا اليه

المبحث الاول مفهوم التأمين التكميلي

يعد هذا الموضوع من اكثر المواضيع حساسية في نطاق الاثار القانونية للرهن التأميني لاختلاف الاراء الفقهية في معالجته من جهة , ولتضارب احكام القضاء بشأن حالاته من جهة اخرى , اذ ان هذا الموضوع لا يتمحور حول ضابط معين وانما تتناثر فروضه على مدار الاحكام الخاصة بالرهن التأميني , تلك الفروض التي تشير الى النقص الذي قد يحصل بقيمة العقار المرهون التي تستوجب تأمين تكميلي سواء اكانت متعلقة بهلاك هذا العقار ام بفصل العقار بالتخصيص عنه ام ببيع العقار المرهون على شكل اجزاء لعدة مشتريين اذا ترتب عليها نقص قيمة العقار المرهون... الخ.

وبما ان الرهن يستند بوجه عام على حق الملكية , ولذا فان استقراره يكون مقرونا باستقرار هذا الحق , بحيث ان كل ما يزعزعه يكون له اثره في الرهن , وحين يقوم مالك العقار بأي عمل يؤدي الى نقص قيمة العقار المرهون بشكل يضر بحقوق الدائن المرتهن يبدو تعارض المصالح بين حق الاخير وحق الراهن وتندق الموازنة بينهما لضمان حق الدائن المرتهن كاملا.

فأمامنا من جانب مصلحة المالك الحقيقي للعقار وهي تندمج في فكرة اسمى من المصلحة الفردية , وهي فكرة احترام حق الملكية بوصفها من الاصول التي يقوم عليها القانون المدني . واما من الجانب الاخر مصلحة الدائن المرتهن , وهي بدورها تندمج في فكرة اقوى من المصلحة الفردية , وهي فكرة توطيد الائتمان العقاري بتركيز الثقة في حقوق الدائنين المرتهنين وهذا امر لازم لتيسير تداول الاموال ومرونة المعاملات , وهو من الاصول التي يقوم عليها نظام اقتصادي متين.

المطلب الاول: ذاتية التأمين التكميلي

ينفرد التأمين التكميلي بضوابط قانونية تبلورت من خلال تمتعه بكثير من المزايا التي تضمن حق الدائن المرتهن في الحصول على حقه في الدين المضمون بالرهن , فضلا عن انفراده بشروط خاصة يستلزم الامر توافرها لتكون اما ما يسمى بتأمين تكميلي, لذا يستلزم الامر تقسيم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الاول تعريف التأمين التكميلي ونخصص الفرع الثاني لمناقشة شروط التأمين التكميلي وعلى النحو الاتي

الفرع الاول: تعريف التأمين التكميلي

التأمين التكميلي لغة يتكون من مصطلحين الاول هو التأمين وهو مصدر

الفعل أمن يؤمن مأخوذة من الاطمئنان الذي هو ضد الخوف , ومن الامانة التي هي ضد الخيانة.

ومن مادة أمن ويأمن وأمنا اذا وثق و ركن اليه فهو أمن و أمنه تأمينا اي جعله في الامن وقال تعالى ((رب اجعل هذا البلد آمنا)).

ويقال أمن على ماله عند فلان تأمينا اي جعله في ضمانه. اما المصطلح الثاني وهو التكميلي, فهو مصدر كمل ويكمل واكمل , وتكميلي الاعمال اي إتمامها وإكمالها ويقال اجراء تكميلي اي متمم للنقص في اي شيء عمل وعمل تكميلي اي عمل اضافي^(١).

اما اصطلاحا فلم يد في القانون المدني العراقي تعريفا صريحا للتأمين التكميلي ولكن وردت اشارات له من ذلك نص المادة(٢٩٥) منه ((يسقط حق المدين في الاجل ...ب- اذا اضعف بفعله الى حد كبير ما اعطى للدائن من تأمين خاص حتى لو كان هذا التأمين قد اعطي بعقد لاحق او بمقتضى القانون, هذا لم يختر الدائن ان يطالب بتكملة, اما اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لا دخل لارادة المدين فيه فأن الاجل يسقط مالم يتوق المدين هذا السقوط بأن يقدم للدائن مايكمل التأمين...)).

وكذلك نصت المادة(١٢٩٧) بقولها ((١- اذا هلك العقار المرهون رهنا تأمينيا او تعيب قضا وقدرا كان هلاكه او تعييبه على الراهن , وفي هذه الحالة اذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين بدون تأمين يكون المدين مخيرا بين ان يقدم تأمينا كافيا ا وان يوفي الدين فورا قبل حلول الاجل , واذا اختار وفاء الدين فورا ولم يكن للدين فوائد منفصلة عنه فلا يكون للدائن حق الا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصا منه الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين...)).

ويتبين من ذلك انه اذا صدر عمل مادي او قانوني وكان من شأنه المساس بسلامة المرهون وتعيبه او هلاكه سواء بخطأ الراهن او بسبب اجنبي , وادى ذلك الى انقاص قيمة الضمان , ففي هذه الحالة سيتعرض الراهن جزاء نتيجة اخلاله بالتزامه بالضمان والجزاء اما ان يكون التنفيذ العيني وهو ازالة كل عمل مادي ادى الى انقاص الرهن او عرض حقوق المرتهن للخطر واعادة الحال الى ما كانت عليه واذا تعذر التنفيذ العيني يصار الى التنفيذ بمقابل وهو التعويض , وقد يكون الجزاء هو التأمين التكميلي وهو ازالة كل نقص يحصل في قيمة الضمان بالنسبة للمال المرهون , فهذا التأمين احدى الجزاءات المترتبة على اخلال الراهن بالتزامه بالضمان فهو لا يعد حقا عينيا تبعا وان كان يضمن حق الدائن المرتهن لان الحقوق العينية التبعية واردة في القانون على سبيل الحصر وعليه يمكن تعريف التأمين التكميلي بأنه

((جزاء قانوني يترتب عليه تعويض مانقص من قيمة المال المرهون بسبب تعيبه او هلاكه يقدمه الراهن نتيجة طلبه من الدائن المرتهن لضمان حق الاخير كاملا غير

(١) محمد بن مكرم بن منظور , لسان العرب, ط٣, دارصادر لبنان, ٢٠١١, ص٢٢٣

منقوص وإعادة حقه بالتأمين الى ماكانت عليه عند ابرام الرهن)).

الفرع الثاني: شروط التأمين التكميلي

بعد ان حددنا تعريف التأمين التكميلي لآبد من تحديد شروطه التي اذا تحققت نكون امام تأمين تكميلي وسنبحث تلك الشروط على النحو الآتي:
اولاً- وجود تأمين خاص متعلق برهن.

لكي يطالب الدائن المرتهن بتأمين تكميلي يستلزم الامر وجود رهن سواء اكان رهنا تأمينيا ام حيازيا , وعليه تستبعد التأمينات العامة او وسائل الضمان العام من تطبيق التأمين التكميلي سواء اكانت اجراءات تحفظية ام دعوى غير مباشرة ام دعوى صورية ام الحق في الحبس للضمان ام الحجر على المدين المفلس, كما تستبعد التأمينات الشخصية كالكفالة الشخصية والتضامن والالتزام غير القابل للانقسام من تطبيق فكرة التأمين التكميلي عليها^(٢).

ثانياً- نقص قيمة الضمان.

قد تتعرض قيمة المال المرهون الى النقص اما كلياً او جزئياً , ويحدث ذلك نتيجة هلاكه او تعيبه , فاذا كان النقص جزئياً وكان المتبقي من المال المرهون يكفي لسداد الدين لا حاجة للمطالبة بتأمين تكميلي من قبل الدائن المرتهن وليس هناك داعي لان يعرض الراهن هذا التأمين , اما اذا كان الهلاك او التعيب جزئياً فاذا كان هذا الهلاك بخطأ المدين الراهن يكون الدائن المرتهن مخيراً بين ان يطلب تأمين تكميلي من المدين او يسقط الاجل ويحل الدين فوراً.

اما اذا كان الهلاك او التعيب بسبب الدائن المرتهن كأن يقوم بأحراق العين المرهونة ففي هذه الحالة يلتزم بدفع مقدار التعويض وينقل حقه الى هذا البديل بالقدر اللازم لوفاء الدين طبقاً لفكرة الحلول العيني^(٣).

اما اذا كان الهلاك او التعيب قضا وقدر فالامر مختلف هنا اذن ان الخيار ينتقل من الدائن المرتهن الى الراهن , فأذا لم يقبل الدائن المرتهن بقاء الدين دون ضمان يكون الراهن مخيراً بين تقديم تأمين تكميلي او سقوط الاجل وحلول الدين فوراً طبقاً للمادة ١٢٩٧ مدني عراقي.

واشارت المادة المذكورة الى انه اذا اختار الدائن المرتهن وفاء الدين فوراً ولم يكن للدين فوائد منفصلة عنه فلا يكون للدائن حق الا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منه الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين فأذا كان الدين المضمون بالرهن ديناً مدنياً تكون الفوائد اربعة بالمائة واذا كان الدين

(٢) د. احمد اباد ادهم, التأمينات العينية, ط٢, دار الفكر العربي, القاهرة, ٢٠١٨, ص ١٤٧ .

(٣) د. بلقش محمود البهيق, دروس في التأمينات الشخصية والعينية, ج٢, ط٢, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠١٦, ص ٢٣٤

تجاريا تكون الفائدة خمسة بالمية والسبب في الفرق بالنسبة بين الدين المدني والتجاري ان الاخير تكون فيه نسبة الارياح اكثر فضلا عن ذلك يكون معرضا للخطر اكثر من الدين المدني^(٤).

ثالثا- استيفاء ما يلزمه القانون من إجراءات.

اذا قدم الراهن عقارا كتأمين تكميلي, فلا بد ان يكون مسجلا في دائرة التسجيل العقاري باسمه لان التصرفات الواردة على عقار لا تكون صحيحة الا اذا استوفت الشكل المنصوص عليه في القانون , اما اذا كان العقار عائدا للغير , وهو العقار غير المملوك للراهن وليس له سلطة التصرف به بولاية او وكالة او كان وكيلا وتجاوز حدود الوكالة او وقع في غلط عند رهنه او كانت ملكيته معلقة على شرط واقف ورهنه قبل تحقق الشرط فيكون تصرف الراهن تصرف فضولي والقانون المدني العراقي لم يشر الى حكم رهن ملك الغير ولكن يمكن تطبيق حكم بيع ملك الغير عليه . فاذا صدرت الاجازة خلال المدة القانونية كان تصرفه صحيحا , وان لم تصدر الاجازة كان تصرفه باطلا بحسب المادة ١٣٥ مدني عراقي. اما اذا رهن عقارا سيؤول اليه في المستقبل كان تصرفه باطلا بحسب المواد ٢٥ و٢٦ و٣٧ من قانون التسجيل العقاري العراقي.

المطلب الثاني: تمييز التأمين التكميلي مما يشته به من اوضاع قانونية

يختلط مصطلح التأمين التكميلي مع العديد من المصطلحات لعل من اهمها التأمين بصورة عامة والكفالة العينية , كما يختلف التأمين التكميلي المقدم من المدين عن التأمين التكميلي المقدم من الكفيل العيني , وعليه سنبحث كل من هذه الامور في فقرة مستقلة وعلى النحو الاتي.

الفرع الاول: تمييز التأمين التكميلي من عقد التأمين

يختلف التأمين التكميلي عن عقد التأمين فالاول يمثل احد الجزاءات المترتبة على اخلال الراهن بالتزامه بالضمان نتيجة للنقص الذي يحصل في قيمة المال المرهون بأي سبب كان في حين يعرف عقد التأمين بحسب المادة (١/٩٨٣) من القانون المدني العراقي بأنه ((التأمين , عقد يلتزم المؤمن ان يؤدي الى المؤمن له ا والى المستفيد مبلغا من المال او ايرادا مرتبا او اي عوض مالي اخر, في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده , وذلك في مقابل اقساط او اية دفعة مالية اخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن)).

ويلاحظ ان اطراف التأمين التكميلي هم الراهن الذي قد يكون مدينا او كفيلا عينيا والدائن المرتهن , وبذلك تكون الجهة المقدمة للتأمين التكميلي شخص طبيعي

(٤) د.جاسم باسم ادريس, الوجيز في الحقوق العينية التبعية, ط١, دار الحرية للطباعة, بغداد, ٢٠١٧, ص ٦٧.

على خلاف اطراف عقد التأمين هما المؤمن والمؤمن له وقد يحصل ان يكون المؤمن له غير الشخص الذي ابرم العقد او قد تؤول حقوق التأمين الى شخص اخر غير المؤمن له ويسمى المستفيد . ويكون المؤمن غالبا شخص معنوي بصورة شركة مساهمة , وقد يكون جمعية في حالة التأمين التبادلي.

ويقصد بهذا التأمين (التبادلي) اتفاق يتم بين مجموعة من الاشخاص يتعرضون لخطر معين مشابهه بقصد تغطية الاضرار الناتجة عند تحقق الخطر اذا اصاب احدهم لوجود المساهمة المالية المدفوعة من قبل كل منهم من خلال صندوق يتكون لهذا الغرض^(٥).

اما المؤمن له فهو الشخص الذي يؤدي الالتزامات المقابلة للالتزامات المؤمن له وفقا للفقرة ٢ من المادة ٩٨٣ مدني عراقي.

اما المستفيد فهو كل شخص غير المؤمن له الذي ابرم العقد اصلا ويمكن ان يكون شخصا معنويا . ولا يمكن تصور التضامن في نطاق التأمين ففي حالة حصول الخطر المؤمن منه بفعل الغير كأن يحرق هذا الاخير الدار المؤمن عليها من الحريق فيكون رجوع المؤمن له على شركة التأمين على اساس المسؤولية العقدية ورجوع شركة التأمين على الغير على اساس المسؤولية التصيرية فلا تكون شركة التأمين والغير متضامنين في دفع التعويض وانما تكون امام تضامم لاختلاف مصدر التعويض . اما في التأمين التكميلي يكون التضامن متصورا بين المدين والكفيل العيني عند الاتفاق وفقا للمادة (١٣٠٠) مدني عراقي , فيكون الدائن المرتهن مخيرا بالرجوع على المدين او الكفيل العيني في هذه الحالة.

الفرع الثاني: تمييز التأمين التكميلي عن الكفالة العينية

يذهب راي في الفقه الى تعريف الكفالة العينية عقد يقدم به شخص يسمى الكفيل العيني مالا من امواله لضمان دين مترتب بذمة غيره , ويعرفها اخر هي ان يرهن شخص ماله ضمانا لدين غيره^(٦).

وتعرف ايضا بانها ان يقدم شخص يسمى الكفيل العيني عقارا او منقولا مملوكا له لوفاء دين للغير والرهن قد يكون تأمينيا اذا كان محله عقارا وحيازيا اذا كان محله منقولا او عقارا^(٧).

ولم يورد القانون المدني العراقي تعريفا للكفالة العينية الا انه اشار للكفيل العيني في نصوص بعض المواد الخاصة بالرهن التأميني والرهن الحيازي , حيث وردت في المادة (١٢٨٧) والخاصة بالرهن التأميني تسمية الكفيل العيني صراحة

(٥) د. اكرم ياملكي ود. باسم محمد صالح, القانون التجاري, القسم الاول, ١٩٨٠, ص ٧٠ .

(٦) د. عدنان ابراهيم السرحان , شرح القانون المدني, العقود المسماة (المقابلة والوكالة والكفالة), ط١, دار الثقافة للنشر, عمان, ٢٠٠٩, ص ٢٦٨ .

(٧) د. فتح د. فتحي عبدالفتاح الشهاوي. احكام عقد الكفالة. منشأة المعارف, الاسكندرية, ٢٠٠٢, ص ٢٥



(يجوز ان يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز ان يكون كفيلا عينيا يقدم رهنا تأمينيا لمصلحة المدين ، وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون او متصرفا فيه) ، والمادة (١٣٢٥) الخاصة بالرهن الحيازي (يشترط فيمن يرهن مالا توثيقا لدين عليه أو على غيره ، ان يكون مالكا للمرهون أو متصرفا فيه) .

اما القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل فقد أشار الى الكفالة العينية دون التسمية صراحة في المادة (١٠٣٢) الخاصة بالرهن التأميني، التي نصت (١- يجوز ان يكون الراهن هو نفس المدين كما يجوز ان يكون شخصا اخر يقدم رهنا لمصلحة المدين .

٢- وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون واهلا للتصرف فيه) ، والمادة (١٠٩٦) الخاصة بالرهن الحيازي والتي نصت (الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ضمانا لدين عليه او على غيره).

ومن خلال التعاريف الواردة أعلاه يتبين لنا ان الكفالة العينية هي ضمان لدين على عين . وان رهن مال معين من أموال الكفيل العيني لضمان دين المدين الأصيل يسمى كفالة عينية . والكفالة العينية يمكن ان تكون في الرهن التأميني اذا كانت العين عقار ويمكن ان تكون في الرهن الحيازي اذا كانت العين عقارا او منقول ، اسوة بالتأمين التكميلي وفي الكفالة العينية يكون المدين والراهن شخصين مختلفين ، كذلك الحال في مجال الرهن .

ولم يرد ذكر للكفالة العينية في المواد الخاصة في الكفالة في الباب الخامس من القانون المدني العراقي وكذلك في القانون المدني المصري وانما ورد ذكرها في المواد الخاصة بالرهن التأميني او الحيازي ، بالتالي تطبق احكام الرهن بنوعيه في الكفالة العينية باعتبارها رهن لعين معينه ، وتطبق احكام الكفالة عليها باعتبارها كفالة نسبة الى تسميتها بكفالة عينية لتمييزها عن الكفالة الشخصية وهما نوعي الكفالة .

وبناء على ما تقدم يمكننا تعريف الكفالة العينية بأنها : تقديم تأمين عيني للدائن برهن الكفيل لمال معين من أمواله ضمانا للوفاء بدين في ذمة المدين الأصلي . وتختلف الكفالة العينية عن الرهن من حيث الخصائص اذ تعد الكفالة العينية عقد رضائي اذ تتعقد بمجرد تراضي الطرفين ، وهما الكفيل والدائن ، ولقد نصت المادة ١٠٠٩ / ١ من القانون المدني العراقي (تتعقد الكفالة بأيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له) .

اما اذا نظرنا الى الكفالة العينية على اعتبارها رهن واقع على عقار فإنه عقد شكلي ، فهو لا يتعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون ، وبذلك لا تختلف عن التأمين التكميلي في هذا الجانب .

والكفالة العينية عقد ملزم لجانب واحد تتم بين الكفيل والدائن (المكفول له) اما المدين فهو ليس بطرف في عقد الكفالة ، ويلتزم الكفيل في مواجهة الدائن بوفاء الدين اذا لم يف المدين به^(٨).

والكفالة العينية كونها رهن فهي عقد ملزم لجانب واحد ، فمقرر الرهن هو وحده الذي يلتزم بمقتضاه^(٩)، وبذلك تختلف عن التأمين التكميلي الذي يكون ملزم لجانبين . وكذلك تعد الكفالة العينية عقد تبرع اذ ذهب اتجاه في الفقه الى ان الكفالة كقاعدة عامة انها تبرعية ، فالغالب ان الكفيل لا يأخذ مقابل^(١٠)، وان العلاقة بين الدائن والكفيل في عقد الكفالة تكون دائما من عقود التبرع ، بمعنى ان الدائن لا يعطي أي مقابل لكفيل مقابل لقاء كفالته^(١١)، وذهب اتجاه الى ان عقد الكفالة ، عقد معاوضة بالنسبة للدائن المكفول له ، لانه اخذ الكفالة في مقابل الدين^(١٢)، في حين ذهب اتجاه اخر الى ان عقد الكفالة عقد معاوضة أي تعقد في مقابل والاستثناء ان الكفالة تبرعية^(١٣) .

اما على اعتبار عقد الكفالة العينية رهن ، فأن عقد الرهن يكون بمقابل ، لان الراهن لا يتبرع للمرتهن بالرهن بل يقدمه بمقابل سواء كان هذا المقابل هو وفاء التزام تعهد به المدين للدائن او كان هو قيام الدائن بأقراض المدين او منحه اجلا^(١٤)، لكن هذا اذا كان الراهن والمدين شخص واحد ، بينما الكفيل العيني والمدين هما شخصان مختلفان ولا يمكن القياس عليه لتكون الكفالة العينية بمقابل .والكفالة العينية عقد تابع ان التزام الكفيل بالوفاء ناشئ من التزام في عقد اخر بين الدائن والمدين ، فهو عقد تابع لهذا العقد الأصل^(١٥)، وبذلك فأن الكفالة العينية لا تكون صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيح^(١٦)، لذلك فأن الكفالة العينية تابعة صحة وبطلانها ووجودا وعدما تبعا للالتزام المكفول .

وبالنظر الى الكفالة العينية على انها رهن ، فالرهن حق تابع لا اصلي ، لان الرهن لا يوجد مستقلا بنفسه بل لا بد من التزام صحيح يرتكز عليه ويعمل على ضمان الوفاء به ، فالتابع تابع ولا يفصل في الحكم.

ويشترط في الرهن والكفالة العينية الاهلية فاذا كان الراهن هو المدين في التأمين التكميلي لا يشترط ان يكون الكفيل العيني كامل الاهلية بل يكفي ان يكون مميذا ويحل محله الولي والوصي والقيم اما اذا كان الراهن هو الكفيل العيني فيشترط ان يكون كامل

(٨) د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسماة (الكفالة) ، مصدر سابق ، ص ١٨ .

(٩) د. غني حسون طه و آخر ، الحقوق العينية ، الجزء الثاني ، بغداد ، المكتبة القانونية ، الطبعة الرابعة ، ٢٠١٠ ، ص ٣٥٤ .

(١٠) د. محمود جمال الدين زكي ، التأمينات الشخصية والعينية ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، فقرة ١٦ ، ص ٣٤ .

(١١) د. نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات الشخصية (التبعية وغير التبعية) ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٢١ .

(١٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١٠ ، مصدر سابق ص ٢٥ .

(١٣) د. سليمان مرقس ، عقد الكفالة ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، فقرة ٨ ، ص ١٦ .

(١٤) د. غني حسون طه و آخر ، الحقوق العينية ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص ٣٥٤ .

(١٥) د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسماة (الكفالة) ، مصدر سابق ، ص ٢٦ .

(١٦) انظر المادة ٧٧٦ من القانون المدني المصري

الاهلية لان الرهن بالنسبة له من الاعمال الضارة ضررا محضا والكفيل العيني يكون في مركز يختلف به عن المدين الراهن وعن الكفيل الشخصي، اذ يسأل كل منهما في ذمته عن الوفاء بالدين المضمون ، والكفيل العيني يسأل في حدود المال الذي قدمه ، وتتوقف هذه المسؤولية متى خرج المال من ذمته او تخلى عنه بنية تركه^(١٧) عنه ، فمسؤوليته مسؤولية عينية ، والكفيل العيني عند قيامه برهن مال معين من أمواله لضمان دين الغير لا يعني بالضرورة قيامه بذلك شخصا ، اذ قد يحول بينه وبين ذلك حائل مادي او قانوني فيتولاه عنه شخص اخر تكون لديه سلطة في انشاء الرهن ، هذا الشخص يسمى الولي، والولاية هي نفاذ الاعمال القانونية على مال الغير،^(١٨) فيشترط ان تكون لديه السلطة او الولاية في القيام به وهذا هو الفرق بين الاهلية والولاية^(١٩) .

وقد يثور تساؤل ان هذا التعليل لايفيد شيئا مادام الراهن لايتصرف ، فلماذا يتطلب اهلية التصرف ؟ وتعليل ذلك ان التشريع لم يتشدد ، بل هو طبيعة القواعد العامة فالرهن من اعمال التصرف ومن المنطق ان تتطلب الاهلية (اهلية التصرف) للقيام به اذ ان الراهن يتعدى حدود انشاء الالتزام الى انشاء حق عيني على عقار^(٢٠).

هذا ولم يرد نص خاص بالأهلية في باب الكفالة ، لذا يجب الرجوع الى القواعد العامة في تحديد الاهلية ، حيث تنص المادة (٩٣) من القانون المدني العراقي: (كل شخص اهل للتعاقد مالم يقرر القانون عدم اهليته او يحدد منها)^(٢١)، وعقد الكفالة من عقود التبرع بالنسبة للكفيل ، لان الكفيل متبرع للدائن ، اذ يلتزم في مواجهته في الغالب بدون مقابل لذلك يجب توافر أهلية التبرع^(٢٢)، واهلية التبرع هي الاهلية اللازمة للتصرفات الضارة ضررا محضا بافتقار من يباشرها دون ان يأخذ مقابل^(٢٣).

فالكفالة العينية وان كانت عادة بدون مقابل فأنها تعتمد على وجود المقابل لتحديد الاهلية ، فأن كان الرهن بمقابل عدت من الاعمال الدائرة بين النفع والضرر وان كان بدون مقابل ، وهو ما يميزه عن المدين الراهن في عقد الرهن ، اذ ان الرهن يكون بمقابل دائما، سواء كان تأمينا ام حيازيا، فأن الكفالة العينية تكون من

(١٧) ان انظر المادة(٨٧١) من القانون المدني المصري (يصح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه ماله بقصد النزول عن ملكيته) ، و نظام التخلي معمول به في القانون المصري ولا يوجد في القانون العراقي .

(١٨) د. غني حسون طه ومحمود طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٣٦٤ .

(19) planiol (A) Ripert (G) et Suretesreeles) pareis . 1953 , op, cit planiol (A) Ripert (G) et Becque : Traitepratique de droit civil francais t XII (Suretesreeles) pareis . 1953 , op, cit.p. 438, n 404 .

(٢٠) د. غني حسون طه و ا. محمد طه البشير، الحقوق العينية التبعية، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ٢٠١٤، ص ٥١، وانظر كذلك، د. احمد سلامة ، التأمينات العينية والشخصية ، ج١، الرهن الحيازي ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٠، ص ٧٤٠ . وانظر د. سليمان مرقس ، مرجع سابق ، ص ٧٤٠ . وانظر د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية ، القاهرة ، المطبعة العالمية ، ١٩٦٣، ص ١٠ . وانظر:

De page et Dekkers: Traiteelementaire de droit civil Belge. t.6. Bruxelles 1953. P. 607: n.681.

(٢١) تقابلها المادة (١٠٩) من القانون المدني المصري .

(٢٢) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، اركان عقد الكفالة العينية والشخصية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥، ص ٦١.٦٠ .

(٢٣) انظر د. عبد المجيد الحكيم ، واخران ، المرجع السابق ، ص ٨٧ .



اعمال التبرع وتحدد الاهلية تبعا لذلك.

ولا يجوز للولي ولو كان الاب او الوصي او القيم رهن عقار القاصر او المحجور عليه ضمنا لدين غيره الا بأذن المحكمة^(٢٤)، الا ان المادة (١٢٨٩) من القانون المدني نصت على استثناء يتعلق بالرهن على حكم الفقرة (٢) من المادة (١٠٥) حيث اجازت للاب ان يرهن رهنًا تأمينيا ماله عند ولده الصغير أو ان يرتهن مال الصغير لنفسه أو ان يرهنه عند اجنبي لضمان دين نفسه او لضمان دين الصغير وهذا الحكم خاص فقط بالأب دون الاولياء، وإذا هلك المال لا يكون الاب ضامنا، ولا يجوز للصغير ان ينقض الرهن بعد بلوغه، لانه صدر من شخص يملك ولاية قانونية، ولكن يجوز له ان يقضي الدين ويفك المال المرهون ، وحددت المادة (٤٣) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ بعض التصرفات التي لايجوز للولي او الوصي او القيم مباشرتها الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر ومنها الفقرة (أولا) حيث جاء فيها من ضمن التصرفات هي التي يكون من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية والتبعية او نقله او تغييره او زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة^(٢٥).

ومن هذا يتبين لنا ان الكفالة اذا كانت بمقابل فأن الولي والوصي والقيم يجوز له انشاء الكفالة العينية بشرط استحصال موافقة دائرة رعاية القاصرين وان تكون هنالك مصلحة للصغير وان تكون كفالة عقارية .

وبالرجوع الى قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل ، فقد نصت المادة (١٩٥) منه على : (لايجوز للأولياء او الاوصياء مباشرة التصرفات العقارية الدائرة بين النفع والضرر نيابة عن الصغير الا بأذن او تخويل من المحكمة المختصة وبالطريقة التي تعينها) .وهنا أيضا يتطلب تسجيل الكفالة العينة شرطان وهما ان تكون بمقابل وان تكون عقارية .

ان الكفيل العيني الذي يقدم رهنًا تأمينيا او حيازيا لمصلحة المدين يجب ان يكون مالكا للمال المرهون أو متصرفا فيه ، استنادا لنص المادتين (١٢٨٧ ، ١٣٢٥) من القانون المدني العراقي.

ويرى البعض^(٢٦) الى ان عبارة (متصرفا فيه) تشير الى إمكانية رهن حق التصرف في الأراضي الاميرية ، وان بإمكان المشرع ان يستغني عن عبارة (أو متصرفا فيه) الواردة في نص المادتين (١٢٨٧ ، ١٣٢٥) والاكتفاء بما ورد في نص الفقرة

(٢٤) نص المادة (١٠٥) من القانون المدني العراقي (اما التصرفات الأخرى التي لا تدخل في حدود الإدارة كالبيع في غير ما ذكر والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع واستثمار النقود فلا تصح الا بأذن من المحكمة وبالطريقة التي تحددها) .د. عصمت عبد المجيد بكر ، احكام رعاية القاصرين ، بغداد ، المكتبة القانونية ، الطبعة الثالثة ، ٢٠٠٧ ، ص ٩٣ .

(٢٦) د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، ج١ ، مطبعة دار المعرفة ، بغداد ، ١٩٥٣ ، ص ١١٤ . وانظر كذلك: د. ندى سالم ملا علو واخر ، مصدر سابق ، ص ٢٠٠٩ .

الثانية من المادة (١١٦٩) (٢٧) تجنباً للتكرار من جهة ، ومن جهة أخرى فإن ايراد مثل هذه العبارة يوحي بأن المشرع اشترط لصحة الرهن ان يكون الراهن اما مالكا للعقار أو صاحب حق تصرف في حين ان الرهن جائز اذا كان واردا على الحقوق العينية الاصلية المتفرعة من حق الملكية التي لا تتنافى طبيعتها مع الرهن فيجوز رهن حق المنفعة رهنا تأمينيا اذا كان محله عقار ويجوز رهن هذا الحق رهنا حيازيا سواء كان محله منقول أو عقار، الا اننا نرى ان نص المادة (١١٦٩) من القانون المدني العراقي اجازت رهن حق التصرف رهنا تأمينيا وحيازيا والمقصود في حق التصرف ليس في الاراضي الاميرية فقط فحق المنفعة يعتبر حق عيني يمكن ان يتصرف فيه حيث يمتلك الراهن هنا حق المنفعة دون ملكية الرقبة ، وحق المساطحة هو أيضا حق عيني يمكن التصرف فيه من خلال الرهن اذا كان الرهن واردا على المنشآت، بشرط ان لا تتجاوز مدة الرهن المدة المقررة لحق المساطحة، وان عبارة (مالكا للعقار المرهون او متصرفا فيه) الواردة في نص المادتين (١٢٨٧ ، ١٣٢٥) المقصود بها امتلاكه لحق التصرف دون ملكية العين ، وحيث ان هناك حقوق ملكية مثل ملكية الأرض و ملكية البناء وكلاهما عقار بطبيعته ، وهنالك حقوق متفرعة من الملكية (٢٨) ويقصد بها الحقوق التي تقتصر فيها سلطات الملكية على الاستعمال والاستغلال دون التصرف.

فإذا كان الرهن يرد على الحقوق العينية الاصلية فيثور تساؤل حول إمكانية ورود الرهن على الحقوق العينية التبعية ، لايوجد هناك صعوبة في هذا التساؤل بالنسبة للفقهاء الفرنسي ، حيث ان المادة (٢١١٨) (٢٩) مدني فرنسي ، قد ذكرت الحقوق التي يجوز ان تكون محلا للرهن من قبل الكفيل وغيره لأنها وردت على سبيل الحصر ولم يرد من بينها حق من الحقوق التبعية ، اما الفقه العراقي والمصري ، فلا يوجد نص يقابل المادة (٢١١٨) ، وان الذي ورد هو في نصوص المواد ١٢٩٠ ، ١٣٢٨ من القانون المدني العراقي ان يكون محلا للرهن او الكفالة العينية بكل ما يصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار و منقول وديون ، والمادة (١٠٣٥) ان يكون مما يجوز بيعه في المزاد العلني تبعا للحق المضمون ، وان رهن الحقوق العينية التبعية يصطدم بصعوبات لاتسمح بإمكان وقوعه (٣٠) ، اذن لا يصح ان تكون هذه الحقوق محلا للكفالة العينية ، فالحق العيني التبعية لا يقوم ولا يحتفظ بهذه الصفة الا اذا استند على حق شخصي ، فحيث يكون مكفولا به ، يجب ان يشمل الرهن على هذا الحق الشخصي ، ويكون الأصل هو هذا الحق ، اما الحق العيني التبعية فهو حق يعمل على ضمان الحق الشخصي .

(٢٧) المادة (٢/١١٦٩) من القانون المدني العراقي ونصها (وله ان يفرغها وان يؤجرها وان يعيرها وان يرهن حقه في التصرف فيها رهنا تأمينيا او حيازيا ويستوفي الدين من بدل الحق حتى لو انحلت الأرض بعد موته)
(٢٨) د. احمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ١٠٩ .

(29) Art (2118) : Sont susceptibles d'hypothèques :

Les biens immobiliers qui sont dans le commerce , et leurs accessoires reputés immeubles.

L'usufruit des memes biens et accessoires pendant le temps de sa durée .

(٣٠) انظر د. احمد سلامة ، مصدر سابق، ص ١١٤ .

والتأمين التكميلي ليس فيه انواع على عكس الكفالة التي تنقسم الى نوعين أولهما الكفالة الشخصية وثانيهما الكفالة العينية وان اطلاق لفظ الكفيل او الكفالة دون تحديد أي من النوعين يعني ان المقصود منها هو الكفيل الشخصي أو الكفالة الشخصية^(٣١) وهذا ما يمكن تأكيده من خلال تعريف القانون المدني العراقي للكفالة في المادة ١٠٠٨ (الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام) ، والمقصود بالذمة هنا ذمة الانسان المالية أي اهليته للالتزام والمسؤولية الشخصية أي صلاحية الشخص لان تكون له حقوق وعليه التزامات^(٣٢)، كذلك فأن الكفالة العينية يغلب فيها معنى العينية على معنى الكفالة^(٣٣).

اما أوجه الاختلاف بين النظامين فمن حيث المسؤولية :

ان الكفيل الشخصي يسأل في جميع ذمته المالية لوفاء الدين المضمون ، فهي تنشأ التزاما شخصيا في ذمة الكفيل ، اما الكفيل العيني فمسؤوليته عينية لان الكفيل يقتصر فيها التزامه ويحدد نفاذه في مال معين من أمواله ، عقار كان أو منقول ، يخصه لوفاء الدين المكفول^(٣٤) . ومن حيث مركز الدائن: تتميز الكفالة العينية بأنها تجعل الدائن في مركز خاص يجنبه مخاطر اعسار المدين والكفيل معا ، نظرا لما تمنحه للدائن من ميزتي التقدم والتتبع ، وذلك حسب نص المادة ١٢٨٥ من القانون المدني العراقي ان (الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون) ، والمادة ١٣٢١ ان الرهن الحيازي (عقد به يجعل الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلا أو بعضا مقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال) . ومن حيث المال المتقل بالضمان: ان الكفالة بصورة عامة هي احد أنواع الضمانات ، فتعتبر من عقود الضمان التي تضمن الوفاء بالدين ، والرهن سواء كان تأمينيا ام حيازيا ، فهو أيضا من عقود الضمان، يضمن الوفاء بدين ، ولكن في الكفالة الشخصية يضمن الكفيل شخصا الوفاء بالدين ، بكل أمواله التي هي الضمان العام ، في حين في الرهن وفي الكفالة العينية يلتزم الراهن بضمان الوفاء بالدين في حدود المال المرهون بوصفها ضمان خاص^(٣٥).

ومن حيث التجريد:

في الكفالة الشخصية يمكن للكفيل مطالبة الدائن بأستيفاء دينه من أموال المدين

(٣١) د. رعد ادهم عبد الحميد و د. نوزاد صديق سليمان ، عقد الكفالة (دراسة مقارنة في القانون والشريعة الإسلامية) ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ، المجلد الثاني ، العدد الخامس ، ٢٠١٣ ، ص ١٠ .

(٣٢) د. صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٢٥٦ ، هامش (٣)

(٣٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ١٦ . (يمكن إضافة مصدر اخر د. صبار الكفالة عصمت ص ٥٨

(٣٤) د. غني حسون طه ومحمد طه البشير ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٤٢٧ . وانظر: د. نبيل إبراهيم

سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، بيروت ، منشورات الحلبي ، ٢٠١٠ ، ص ٣٣٢.٣٣٣

(٣٥) د. عصمت عبد المجيد بكر ، عقد الكفالة ، مصدر سابق ، ص ٤٧ . د. هدى عبدالله ، التأمين العقاري، مقارنة مع حقوق

الرهن والامتياز ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠١١ ، ص ٥٥

قبل اتخاذ الإجراءات ضد الكفيل وذلك بموجب الفقرة ٢ من المادة ١٠٢١ من القانون المدني العراقي (فأذا طوّل الكفيل أولاً جاز له عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده ، ان يطالب الدائن بأستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده اذا ظهر ان أمواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله ، وتقدر المحكمة ما اذا كان هناك محل لوقف الإجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء) ، اما في الكفالة العينية ، فأن الكفيل العينية لا يستطيع ان يطلب من الدائن المرتهن (المكفول له) ان يجرّد المدين قبل التنفيذ على المال المرهون ، هذا مالم يوجد اتفاق بينهما يقضي بحق التجريد وذلك بموجب نص المادة (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي (.....) ، لكن ليس له ان يطلب من المرتهن ان يجرّد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون مالم يرد اتفاق يقضي بغير ذلك^(٣٦)، ومن حيث الرجوع : في الكفالة الشخصية يمكن للكفيل الشخصي الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية اذا وفى بجزء من الدين ، حيث يكون رجوعه بمقدار ما وفاه^(٣٧)، اما في الكفالة العينية فأن الكفيل العيني ملزم بحدود العين التي قدمها سواء كانت مساوية للدين المضمون ام اقل منه ، ففي حالة الوفاء الجزئي بالدين ، ورجوع الكفيل العيني مع رجوع الدائن أيضاً على المدين بالباقي من الدين ، فأن مركز الكفيل العيني يكون اضعف من من مركز الدائن ، استناداً لنص للفقرة (١) من المادة (٣٨٢) من القانون المدني العراقي (اذا وفى غير المدين جزءاً من حقه وحل محله فيه فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون في استيفاء ما بقي من حقه مقدماً على من وفاه ، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك)، ومعاملة الكفيل العيني في حالة الوفاء الجزئي معاملة الغير ، لانه ليس مسؤولاً عن الوفاء مثل الكفيل الشخصي^(٣٨).

لقد عرفت الفقرة (٢) من المادة (١٣٠٧) من القانون المدني العراقي حائز العقار المرهون انه (كل من انتقلت اليه بعد الرهن بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار ، او أي حق عيني اخر عليه قابل للرهن دون ان يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن)^(٣٩)

ومن نص المادة أعلاه نجد ان كلا من الكفيل العيني وحائز العقار المرهون مسؤوليتهما ليست مسؤولية شخصية في كل أموالهم عن الدين المضمون ، فحائز العقار المرهون عند انتقال ملكية العقار المرهون اليه تنشأ صلة بينه وبين الدين ، وهذه الصلة لاتجعله مسؤولاً مسؤولية شخصية عن ذلك الدين المضمون بالرهن ، فحدود مسؤوليته تكون محددة بقيمة العقار المرهون ، وهي مسؤولية عينية قاصرة على قيمة العقار

(٣٦) تقابلها المادة (١٠٥٠) من القانون المدني المصري .

(٣٧) د.عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ١٧٩. د.احمد محمد احمد،الحقوق العينية،المكتبة

القانونية،بغداد،٢٠١٥،ص٨٩

(٣٨) د. ندى سالم ملا علو و ندى محمود ذنون ،المركز القانوني للكفيل العيني ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك ،المجلد الثالث ،العدد التاسع،٢٠١٤ ص ٣١. د.محمد ابراهيم دسوقي،التعاقد

اخلاقاً بحق الغير دار ايهاب للنشر،مصر،١٩٨٥،ص١٣٢

(٣٩) تقابلها المادة (١٠٦٠ / ٢) من القانون المدني المصري .

المرهون ، وبهذا يكون مركزه قريب من مركز الكفيل العيني الذي يقدم عقاره ضمانا لدين على شخص اخر ، فكلاهما مسؤوليته عينيه لاتتجاوز العقار المرهون بالدين^(٤٠).
ومما تجدر الاشارة اليه ان الكفيل العيني يختلف عن حائز العقار المرهون اذ ان مسؤولية الكفيل العيني هي مسؤولية نشأت برضا وإرادة الكفيل العيني ، أي ان الكفيل العيني هو من انشأ الالتزام في ذمته بتقديمه لعقاره لضمان الوفاء بالدين المترتب في ذمة المدين ، إضافة الى ان الكفيل العيني هو طرف في عقد الرهن ، اما مسؤولية حائز العقار المرهون فهي مسؤولية طارئة ، وان سبب انتقال ملكية العقار المرهون الى الحائز هو الذي انشأ هذه المسؤولية ، فالحائز اجنبي عن الدين وكان يمكن ان يكون اجنبيا عن الرهن لولا تملكه للعقار المرهون وهو ليس طرف في عقد الرهن^(٤١).

(40) cours de droit civil . Aubry et rau ,français , Tome III , 1900 , edition , N. 321 .

(٤١) انظر نص المادة (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي ، وانظر كذلك: د. عني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص٤٨٨.

المبحث الثاني احكام التأمين التكميلي

بعد ان سلطنا الضوء على تعريف التأمين التكميلي وحددنا شروطه ووضعنا الحدود الفاصلة بينه وبين المصطلحات الاخرى التي قد تختلط به. اتضح لنا ان المعالجة التشريعية الخاصة بأحكامه غير محددة بمكان واحد يسهل الرجوع اليه ,وانما متناثرة في اماكن عديدة وهي ملحقات المال المرهون وبعض الحقوق العينية المتفرعة من حق الملكية القابلة للرهن.

وعليه يستلزم الامر البحث في احكام التأمين التكميلي من خلال تقسيم هذا المبحث على مطلبين

المطلب الاول: التأمين التكميلي في ملحقات المال المرهون

تعرف الملحقات بانها كل ما اعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء واستغلاله, وقد عالج المشرع العراقي تلك الملحقات في اماكن عديدة منها عقد البيع في المادة(٥٣٧) منه التي اشارت الى انه يدخل في حكم المبيع كل شيء متصل به ولا يقبل الانفكاك عنه وكل مايجري عليه العرف بأنه من ملحقات المبيع.

وكذلك عولجت الملحقات في نطاق الرهن التأميني بالمادة(١٢٩٢) من القانون المدني العراقي التي اشارت الى ان الرهن التأميني يتضمن الملحقات التي تعد عقارا ,وهي العقار بالتخصيص والتحسينات والانشاءات والثمار والغراس وحقوق الارتفاق. ويبدو ان المشرع العراقي فسر ارادة المتعاقدين تفسيراً واسعاً بحيث ان الرهن يشمل تلك الملحقات سواء اكانت موجودة قبل الرهن ام بعده وسواء وجدت بفعل الراهن ام بفعل الغير ام بفعل الطبيعة^(٤٢).

ولتحديد احكام التأمين التكميلي في تلك الملحقات سنبحث كل منها في فقرة بشكل مستقل وعلى النحو الاتي.

الفرع الاول: التأمين التكميلي في العقار بالتخصيص.

العقار بالتخصيص هو منقول يضعه مالكه في عقار رسدا لخدمة هذا العقار واستغلاله (المادة ٦٣ ق م ع) ويشترط لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص ومن ثم تطبيق احكام العقار عليه ان يكون مالك المنقول ومالك العقار شخص واحد وان يخصص المنقول لخدمة العقار ,لذلك فالمنقولات المملوكة للمستأجر والمخصصة لخدمة العقار لاتعد عقارا بالتخصيص لانثناء شرط وحدة المالك وكذلك المنقولات المخصصة لخدمة مالك العقار والمملوكة للأخير لاتعد عقار بالتخصيص لانها غير مخصصة لخدمة العقار^(٤٣).

(٤٢) د. صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ، ص ٤٢. د.جورج شدرابي،حق الملكية العقارية،المؤسسة الحديثة للكتاب،لبنان، ٢٠٠٦، ص ٧٦

(٤٣) د.صلاح الدين الناهي.التأمينات الشخصيةوالعينية،ج٢،دارالمعرفة،بغداد، ١٩٥٣، ص ٢٦

ويرد التأمين التكميلي في حالة هلاك العقار بالتخصيص، وفي هذه الحالة نفرق بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي، ففي حالة هلاك العقار هلاكاً كلياً انتقل الرهن الى المال الذي يحل محله طبقاً لفكرة الحلول العيني، أما الهلاك المادي الذي يعدم العقار بسبب اجنبي ولا يمكن ان يحل محله مال هنا، فاذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين دون تأمين يسقط الاجل او يطالب بتأمين بتقديم عقار يحل محل العقار الذي هلك، اما اذا كان الهلاك جزئياً ولا يؤثر في قيمة المرهون فلا يصر الى التأمين التكميلي مادام المال المرهون تكفي قيمته لسداد الدين اما اذا كان المتبقي من قيمة العقار لا يكفي لسداد الدين فيصر الى التأمين التكميلي لان الرهن يتعلق بالمرهون من حيث ماليتها وقيمتها الاقتصادية^(٤٤).

هذا في الرهن التأميني اما في الرهن الحيازي فاذا كان الهلاك بفعل الدائن المرتهن الذي انتقلت له حيازة المال المرهون يلتزم بدع تعويض وينتقل حقه للبدل الذي يحل محل المال المرهون اما اذا كان الهلاك بفعل الغير الذي وضع العقار تحت يده بوصفه عدلاً فيلزم بالتعويض ويحل محل المال المرهون . اما اذا كان الهلاك بفعل الراهن فيصر الى التأمين التكميلي لسداد النقص الحاصل في قيمة العقار المرهون، وهنا اذا اكان الهلاك بخطأ الراهن سواء اكان العقار في يد الدائن المرتهن ام الغير يلزم الراهن بتقديم التأمين التكميلي لسد النقص الحاصل في قيمة المال المرهون^(٤٥).

اما في حالة فصل العقار بالتخصيص عن العقار المرهون. فإنه كقاعدة عامة فصل العقارات بالتخصص يعتبر اخلاً بضمناً سلامة الرهن ويؤدي الى اضعاف التأمينات وفق المادة (٢٩٥) ق.م.ع لذلك جعل المشرع وسائل في حالة اخلال الراهن بالتزامه وهي :-

١. الاعتراض على كل من شأنه ان ينقص الضمان^(٤٦).
٢. طلب وقف الاعمال التي من شأنها تهدد سلامة الرهن^(٤٧).
٣. طلب تعيين حارس قضائي .
٤. حجز ثمن الاشياء المنقولة (المنقولات) التي تنتزع من العقار في يد مشتريها .

ولكن يمكن فصل العقارات بالتخصيص اذا كان قصد الراهن وضع عقارات اخرى محلها وتقع عبء الاثبات على الراهن في حالة الانتزاع والاستبدال. كما ليس للدائن المرتهن الاعتراض على فصل العقارات بالتخصيص الا اذا كانت

(٤٤) د. غني حسون والاساتذ محمد طه البشير، الحقوق العينية، ج١، الحقوق العينية الاصلية، مطابع وزارة التعليم العالي، ص١٢

(٤٥) د. صلاح الدين الناهي، المصدر السابق، ص٣٤ .

د. درويش الفاهم، دور الحيازة في الرهن الحيازي، دار النهضة العربية، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص١٣٢ .

(٤٦) المادة : (١/١٢٩٦) ق.م.ع.

(٤٧) المادة (١٢/١٢٩٦) ق.م.ع.

تضعف او تنقص من القيمة المالية للمرهون و اذا فصل الراهن العقارات بالتخصيص هنا نميز بين حالتين .

الحالة الاولى : اذا فصل الراهن العقارات بالتخصيص ولم يتصرف بها الى الغير فهنا اذا كان ممكن ارجاعها فللمرتهن طلب استردادها وهذا التنفيذ العيني اما اذا لم يمكن استردادها وكانت تنقص القيمة المالية للعقار كأن تكون هلكت بيد الراهن بعد فصلها او تعيبها فهنا طلب تأمين تكميلي يعادل قيمة ما نقص من قيمة العقار المالية.

الحالة الثانية : حالة فصل الراهن العقارات بالتخصيص و التصرف بها للغير.

وهنا ايضا نميز بين حالتين اذ كان المتصرف له حسن النية او سيء النية .
ففي الحالة الاولى اذا كان المتصرف له حسن النية يمكنه التمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية وهنا يصار الى التأمين التكميلي حيث هذه القاعدة تعطل فترة التتبع ولكن يبقى حق الدائن المرتهن في الاولوية على ثمن هذه المنقولات (٤٨) اذا لم يقبض ثمنها الراهن بعد انذاره بأن يدفعها للمرتهن .

اما الحالة الثانية اذا كان المتصرف له سيء النية وهنا نكون امام فرضين الفرض الاول اذا لم يؤثر فصل المنقولات في القيمة المالية للعقار فلا يمكن اعمال التأمين التكميلي لان النقص شرط اساسي لقيام هذا التأمين .

اما الفرض الثاني في حالة نقص القيمة المالية للمرهون هنا تنهض فكرة التتبع اي اذا كان من الممكن استرداد العقار في اي تكون واذا لم يمكن استرداد هذه المنقولات يمكن الحجز على ثمنها وفق لقاعدة حجز ما للمدين عند الغير اي حجز ثمنها بيد مشتريها اما اذا لا يمكن استردادها ولا حجز ثمنها فهنا يصار الى تأمين تكميلي يعادل قيمة النقص الحاصل في قيمة المال المرهون .

ولكن قد يصطدم امتياز بائع المنقول مع حق المرتهن على المنقولات وهنا في هذه الحالة رأيان:-

الرأي الاول : ان بائع المنقول لا يمكن ان يتأثر بالرهن لان المنقول لا يفقد صفته وان اندماجه في العقار مجرد افتراض كما ان نصوص القانون ليس فيها ما يشير الى تفضيل الدائن المرتهن على بائع المنقول .

الرأي الثاني : ويستندون بنص المادة ١٣٧٦/١/ق.م.ع بأن اذا كان الدائن المرتهن حسن النية او سيء النية فاذا كان سيء النية يقدم عليه بائع المنقول في استيفاء الثمن .

اما اذا كان الدائن المرتهن حسن النية اي لم يعلم بامتياز بائع المنقول وقت

(٤٨) اياد صادق معيدي الخفاجي ، احكام الضمان في عقد الرهن (دراسة مقارنة) .رسالة ماجستير مقدمة بجامعة بابل ص ١٠٣ .

الرهن فلا يتقدم عليه باستيفاء الثمن كما يمكن ان يخطر بائع المنقول الدائن المرتهن عند الرهن بأن له امتياز قائم على هذه المنقولات حتى ينفي عنه حسن النية ويبقى امتياز قائماً .

ومما تجدر الاشارة اليه هناك رأي في الفقه الفرنسي بأن يمكن لصاحب المنقولات عند الرهن ان يجروها^(٤٩) من الرهن بتخصيص العقار فقط دون المنقولات والاسقط امتياز ه ولكن هذا حسن النية مفترض من جانب صاحب المنقولات فيبقى امتيازهم الا ان يقدم بأنهم (صاحب المنقول) تصرفوا بموجب هذا الاثبات اي التخصيص عن طريق الاحتيال او الغش.

الفرع الثاني: التأمين التكميلي في التحسينات والانشاءات

التحسينات والانشاءات : هي عناصر مادية او قانونية تضاف الى العقار المرهون وتزيد من قيمته^(٥٠).
وهنا غير اذا كانت التحسينات والانشاءات بفعل المالك او بفعل الحائز او بفعل الغير .

فإذا كانت التحسينات والانشاءات بفعل المالك لا يمكن ان يكون فيها التأمين التكميلي لانها لا تنقص من قيمة العقار .

اما اذا كانت من الغير او الحائز فمثلاً كانت الابنية في المستأجر بموافقة المالك وتنقل ملكيتها له فيشملها الرهن وهي عناصر مادية تزيد من قيمة العقار فإذا هلكت اما ان يكون هلاكها بفعل الدائن المرتهن او الراهن او الغير وتخضع للاحكام السابقة في هذه الحالة اما في الرهن الحيازي عند استئجار العقار من الراهن او اتلفت هذه التحسينات والانشاءات فيصار الى تأمين تكميلي اما العناصر القانونية لا يمكن ان يكون فيها تأمين تكميلي.

وقد يصطدم حق الدائن المرتهن على التحسينات والانشاءات بامتياز المهندس و المقاول الذي بنى هذه التعيينات والانشاءات ولاسيما اذا كانت لها قيمة مادية كبيرة فإن المادة (٢/٣٢٨) في قانون التسجيل العقاري اشترطت ان تكون هذه المبالغ بسند رسمي او حكم قضائي او اقرار الطرفين اما الامتياز للمهندس و المقاول في الانشاءات والتحسينات ينحصر بالمبالغ الزائدة في قيمة العقار^(٥١).

(٤٩) المصدر السابق ، ص ١٠٤ .

(٥٠) د.غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٤٤٩ .

(٥١) جاك مستر وعمانوفيل بوتمان ومارك بيو ، قانون التأمينات الخاص ، ترجمة منصور الصافي ، مجلد للدراسات ، ص ٣٤ .

الفرع الثالث: التأمين التكميلي في حقوق الارتفاق

عرفت المادة (١٢٧١) ق.م.ع حق الارتفاق (وهي حق يحد من منفعة العقار لفائدة عقار غيره يمكنه مالك آخر) .

وحقوق الارتفاق بصورة عامة لا يقع عليها الرهن لانها لا تباع في المزاد العلني ولكن يمكن ان يشملها الرهن باعتبارها من ملحقات المرهون كما ان التأمين التكميلي لا يتصور في حقوق الارتفاق لانه حق يحد من منفعة العقار وبالتالي انقضاءه لا ينقص من قيمة المرهون اما ترتيبه بعد انشاء الرهن لا يجدي في حق الدائن المرتهن اضافة الى ذلك ان حق الارتفاق حق استثنائي والاستثناء لا يجوز التوسع فيه^(٥٢) .

الفرع الرابع: التأمين التكميلي في الاشجار والثمار

الاشجار تعتبر من ملحقات العقار المرهون . اما بخصوص الاشجار الميثة لا يشملها الرهن الا اذا كانت لها قيمة مالية كبيرة^(٥٣) . اما اذا اتلفت الاشجار او ماتت بعد الرهن فهنا لا يمكن ان يقوم التأمين التكميلي ويرجع الدائن المرتهن في الضمان العام في النقص الحاصل في قيمة المرهون . اما الثمار فالوقت الذي تعتبر فيه ملحقة بالعقار .

من تاريخ اجراء معاملة وضع اليد عند اتخاذ اجراءات التنفيذ في مواجهة الراهن .

من تاريخ انذار الحائز اذا اتخذت اجراءات التنفيذ في مواجهته والحائز من انتقلت اليه ملكية العقار او اي حق عيني قابل الرهن .

كما ان هناك رأيان بخصوص الحاق الثمار بالعقار او عدم الحاقها ليشملها الرهن .

الرأي الاول : تلحق بالعقار ويرد عليها الرهن وعند فصلها يمكن المطالبة بتأمين تكميلي .

اما الرأي الثاني : وفيه اتجاهين الاول الثمار السابقة على الرهن لا تعد من ملحقات العقار ولا يرد عليها الرهن اما الاتجاه الثاني تعد من ملحقات العقار المرهون ويرد عليها الرهن وللمرتهن الاعتراض على فصلها^(٥٤) .

ولكل ما تقدم تعتبر الثمار ملحقة من اعتبار وقت التحاقها وعند فصلها يمكن المطالبة بتأمين تكميلي .

اما في الرهن الحيازي لا يمكن المطالبة بتأمين تكميلي اذا كان العقار عند

(٥٢) غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ٣٩٨ .

(٥٣) مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، العاتك لصناعة الكتاب ، ج ٣ ، ص ٤٥٤ .

(٥٤) أ.د. غني ريسان جادر ، محاضرة القيت على طلبة الماجستير ، القانون الخاص ، جامعة البصرة ، كلية القانون ، ٢٠١٨ .

الدائن المرتهن.

اما الغراس اذا هلك بعد الرهن فلا يوجد فيه تأمين تكميلي .
ولابد من الاشارة الى التأمين التكميلي في حالة تجزئة العقار المرهون فالأصل فيه يجوز للراهن تجزئة العقار المرهون والتصرف فيه دون قيد او شرط ولكن بشرط ان لا ينقص قيمة المرهون المالية وكل شرط يمنع التصرف في المال المرهون او يحد يعتبر باطلاً ولأسباب التالية :-

١. التصرف بالمال المرهون من النظام العام .

٢. يضعف الائتمان العقاري .

٣. التصرف اهم سلطات حق الملكية(٥٥)

حتى لا يكون من الشروط الدارجة في عقد الرهن .

وفي حالة التصرف بالمال المرهون الى اجزاء هناك رأيين في الفقه:-

الرأي الاول : لا يمكن التصرف في العقار المرهون لان المرتهن سيواجه جهد ومصاريف عند التنفيذ على العقار امام عدة مشتريين كما ان ذلك يضعف القيمة الاقتصادية للعقار .

الرأي الثاني : وهو الرأي الراجح ممكن التصرف في العقار الى اجزاء متعددة ويترك الامر لتقدير القاضي في ما يراه مناسباً وفق ظروف كل حالة وهل يسقط الاجل او تقديم تأمين تكميلي يعادل ما نقص من قيمة العقار المرهون .

المطلب الثاني: احكام التأمين التكميلي عند رهن حق المساطحة وحق المنفعة

سنقسم هذا المطلب الى فرعين يختص الفرع الاول ببيان احكام التأمين التكميلي عند رهن حق المساطحة ويختص الفرع الثاني ببيان احكام التأمين التكميلي عند رهن حق المنفعة وعلى النحو الاتي :

الفرع الاول: احكام التأمين التكميلي عند رهن حق المساطحة

عرفت المادة ١/٢٦٦ من القانون المدني حق المساطحة بأنه :

((حق عيني يخول صاحبه ان يقيم بناء او منشآت اخرى غير الغراس على ارض الغير بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الارض ، ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته)) .

وحدد كل من القانون المدني وقانون التسجيل العقاري الحد الاقصى لمدة حق المساطحة وهي ان لا تزيد على خمسين سنة .حيث نصت المادة ١/٢٦٧ من القانون المدني (لا يجوز ان تزيد مدة حق المساطحة عن خمسين سنة)
اما المادة ٢/٢٣٠ قانون التسجيل العقاري (لا يجوز ان تزيد مدة المساطحة عن خمسين سنة)

(٥٥) أ.د.غني ريسان جادر ، المصدر السابق .

اما قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٥٢١ لسنة ١٩٨١م حدد مدة حق المساطحة في الاراضي العائدة للبلديات وامانة العاصمة بمدة لا تزيد على ٢٥ سنة وهو خاص بالاراضي التي تبرمها البلديات مع المواطنين والمترتبة على الاراضي العائدة للدولة.

وجاء بعده القرار رقم ٦٤ لسنة ١٩٩٠ الذي حدد ايضاً مدة المساطحة لا تزيد على ٢٥ سنة ولكن استثنى الاراضي المقررة التي تستغل للنشاط الصناعي . والقرار ٣٨ لسنة ١٩٩٩ جاء تعديلاً للقرارات السابقة والتي اعطت للمساح في النشاط الصناعي او العمل الصناعي استمرار عقد المساطحة ما دام المساح يدفع الاجرة المقررة على ان يعاد تقدير بدلات الايجار كل ٥ سنوات على ان تدفع بدلات الايجار كل سنة .

اما التأمين التكميلي في حق المساطحة فيجب ان يكون هناك هلاك مادي كلي اي زوال الابنية بقوة قاهرة و ان لا يكون هلاكاً جزئياً لان في الهلاك الجزئي يبقى الرهن على الجزء المتبقى طبقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن . وفي حالة حق المساطحة لا يمكن ان نبحت في الهلاك بسبب الراهن او المرتهن لانه حق ضعيف ولا يمكن ان يرد فيه التأمين التكميلي الا في حالة الهلاك المادي الكلي^(٥٦)

حيث يمكن تقديم الراهن (المساح) عقار بدل هذا الحق او اي تأمين اخر. وفي حالة الهلاك بسبب احد اطراف الرهن يسقط الاجل ويحل الدين المضمون.

الفرع الثاني: احكام التأمين التكميلي عند رهن حق المنفعة

لم يعرف القانون العراقي حق المنفعة ولا المشرع المصري وانما عرفه القانون المدني الفرنسي في المادة ٥٧٨ (حق استغلال اشياء يملكها شخص آخر كما يستغلها المالك نفسه ولكن بشرط المحافظة على كيانها) .

وحق المنفعة هو حق عيني يرد على شيء مملوك للغير يخول المنتفع الانتفاع به بشرط المحافظة على الشيء و رده عند انتهاء المدة المحددة وينتهي بوفاة المنتفع.

ويختلف حق المنفعة عن حق المستأجر بأن حق المنفعة حق عيني وان حق المستأجر حق شخصي يترتب على ذلك بأن حق المنفعة يمكن الانتفاع بالعين دون تدخل صاحب الارض اضافة الى انه له حق تتبعه ورهنه^(٥٧)

كما يمكن لصاحبه الاستفادة من دعاوى الحيازة الثلاث وهي دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الاعمال الجديدة والمستأجر يحمي حقه

(٥٦) اياد صادق معيدي الخفاجي ، مصدر سابق ، ص ١١٨ .

(٥٧) أ.د. غني ريسان جادر ، المصدر السابق ،

الشخصي من خلال هذه الدعاوى^(٥٨).

ويمكن ان يرد التأمين التكميلي في حالة اذا رهن عدة اشخاص متضامين معا حق المنفعة ومات احدهم فإن حصته لا توزع عليهم وانما ترجع الى المالك^(٥٩) في حالة عدم اتفاق على ان توزع عليهم عند موت احدهم وبهذا يحصل على في قيمة الضمان بمقدار حصة الشريك المتوفي ولهذا اذا لم يقبل الدائن المرتهن بقاء الدين بدون تأمينات يكون الخيار للراهنين اما بتقديم تأمين تكميلي او حلول اجل الدين ووفاءه .

ويرد التأمين التكميلي في حالة الاستعمال غير المشروع عفاذا استعمل المنتفع الشيء المنتفع به استعمالاً غير مشروع فللمحكمة تبعاً لخطورة الحال ان تحكم بانتهاء حق المنفعة وفي هذه الحالة يكون الخيار للدائن المرتهن اما بسقوط الاجل او تقديم تأمين تكميلي .

وفي حالة التنازل عن جزء من حق المنفعة فإذا كان هذا التنازل الجزئي يفقد او ينقص من القيمة المالية للمرهون ويمكن للدائن المرتهن الاعتراض على ذلك واذا لم ينجح المنتفع في رد الاعتراض يمكن المطالبة بتأمين تكميلي عن النقص في قيمة الضمان .

وقبل الانتهاء من بحث التأمين التكميلي في الرهن يثار تساؤل هل نلجأ للتأمين التكميلي في كل الحالات التي ينقص فيها الضمان ولا يغطي مقدار الدين؟ ام توجد هناك حالات لا تسري فيها اثار التأمين التكميلي؟

وللاجابة عن هذا التساؤل نقول انه يشترط في المرهون ان يساوي الدين المضمون في المقدار او اكثر منه وعند النقص في قيمة المرهون يمكن للدائن المرتهن المطالبة بتأمين تكميلي في الحالات التي سبق بيانها ويكون تقديم هذا التأمين بخيار الدائن المرتهن او الراهن حسب سبب النقص في الضمان . ولكن هناك حالات رغم النقص في قيمة الضمان لا يمكن المطالبة بتقديم التأمين التكميلي او اعماله ، وهذه الحالات هي الاستثناءات وسنتطرق اليها تباعاً .

اولاً :- المنقولات ذات الطبيعة الخاصة

وهي المنقولات التي تخضع لاجراءات التسجيل ولها قوانين خاصة تحدد مهامها والاجراءات التي تسري بشأنها وتسمى ايضاً بالمنقولات ذات الملامح العقارية او ذات الصفة العقارية ويشترط لرهنها رهناً تأمينياً ان يكون هناك نص في القانون يجيز رهنها وهي المكائن^(٦٠).

وتخضع لقانون كتاب العدول رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٨م وترهن وفق الاجراءات المنصوص عليها في هذا القانون وكذلك التعليمات رقم (٧) لسنة ١٩٩٩ م تعليمات

(٥٨) استاذنا الدكتور، غني ريسان جادر الساعدي ، مصدر سابق ، ٢٠١٨ .

(٥٩) نبيل ابراهيم سعد ، التأمينات العينية الاصلية / مصادرها ، احكامها ، منشآت المصارف ، ٢٠٠٢، ص ٢٢٤ .

(٦٠) المصدر السابق ، ٢٢٥ .



تسجيل المكائن .

وكذلك السفن والطائرات وتخضع السفن لقانون تسجيل السفن بقم (١٩) لسنة

١٩٤٢م .

وتخضع الطائرات لقانون الطيران المدني رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٤م وكلا

القانونين يجيزان رهنها.

وفي حالة تعيب او هلاك هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة لا يمكن المطالبة

بتأمين تكميلي فمثلاً بهلاك الماكنة او السفينة او الطائرة ينقضي الرهن^(٦١) لانتفاء

محلّه ويكون انقضاءه بصفة مستقلة عن الدين المضمون . ويصبح الدائن المرتهن

دائناً عادياً يدخل في الضمان العام مع سائر الدائنين الاخرين للمدين ويصبح

الدين مستحق الاداء.

ثانياً : استملاك العقار المرهون للمنفعة العامة.

الاستملاك لا يعد سبب اجنبي لان القانون لم يذكره كسبب اجنبي او قوة قاهرة

وكذلك الاستملاك يطهر العقار من الرهون التي عليه فينتقل الى الجهة المستمكة

خالياً من كل الحقوق المترتبة عليه وبالتالي ينقضي محل الرهن ويحل اجل الدين

وينتقل الرهن الى بدل الاستملاك ليستوفي حقه منه وهذا ما اكدته المادة (١٦) من

قانون الاستملاك العراقي لسنة ١٩٨١ (... وتنتقل حقوق اصحابها الى عوضها

من بدل الاستملاك) وكذلك المادة (١٧) من ذات القانون ينص على (اولاً : توزع

المحكمة بدل الاستملاك على اصحابه طبقاً للحقوق المثبتة لهم) .

بمعنى عند الاستملاك ينقضي الرهن ويحل اجل الدين وينتقل الحق الى بدل

الاستملاك ولا محل للتأمين التكميلي في هذه الحالة . ويشمل سواء كان الاستملاك

نقدي او عيني كلياً او جزئياً ما دام لا يمكن للدائن المرتهن حق تتبعه^(٦٢) عند انتقاله

من ملك الراهن الى الدولة .

ويرى الاستملاك ايضاً في حالة استملاك الارض التي عليها حق التصرف

او حق المنفعة وكذلك الحقوق المتفرعة في حق الملكية .

(٦١) وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، مطبعة دار الحياة ، ط٢ ، دمشق ، ١٩٧٧ ، ص٨١٤ .

(٦٢) د.غني حسون طه والاساذ محمد طه البشير، المصدر السابق، ص٤٩

الخاتمة

بعد ان انتهينا من بحث الموسوم ((التأمين التكميلي في نطاق الرهن - دراسة تحليلية مقارنة)) يمكن تثبيت اهم ماتوصلنا له ومجمل ما اقترحناه بالنقاط الاتية.

أولاً- الاستنتاجات

١. التأمين التكميلي هو ازالة كل نقص يحصل في قيمة الضمان بالنسبة للمال المرهون ,فهذا التأمين احدى الجزاءات المترتبة على اخلال الراهن بالتزامه بالضمان فهو لا يعد حقا عينيا تبعا وان كان يضمن حق الدائن المرتهن لان الحقوق العينية التبعية وارده في القانون على سبيل الحصر وعليه يمكن تعريف التأمين التكميلي بأنه : ((جزاء قانوني يترتب عليه تعويض مانقص من قيمة المال المرهون بسبب تعييبه او هلاكه يقدمه الراهن نتيجة طلبه من الدائن المرتهن لضمان حق الاخير كاملا غير منقوص واعادة حقه بالتأمين الى ماكانت عليه عند ابرام الرهن)).
٢. استنتجنا انه لكي يطالب الدائن المرتهن بتأمين تكميلي يستلزم الامر وجود رهن سواء اكان رهنا تأمينيا ام حيازيا , وعليه تستبعد التأمينات العامة او وسائل الضمان العام من تطبيق التأمين التكميلي سواء اكانت اجراءات تحفظية ام دعوى غير مباشرة ام دعوى صورية ام الحق في الحبس للضمان ام الحجر على المدين المفلس, كما تستبعد التأمينات الشخصية كالكفالة الشخصية والتضامن والالتزام غير القابل للانقسام من تطبيق فكرة التأمين التكميلي عليها.
٣. وجدنا انه قد تتعرض قيمة المال المرهون الى النقص اما كلياً او جزئياً ,ويحدث ذلك نتيجة هلاكه او تعييبه , فاذا كان النقص جزئياً وكان المتبقي من المال المرهون يكفي لسداد الدين لا حاجة للمطالبة بتأمين تكميلي من قبل الدائن المرتهن وليس هناك داعي لان يعرض الراهن هذا التأمين, اما اذا كان الهلاك او التعيب جزئياً فاذا كان هذا الهلاك بخطأ المدين الراهن يكون الدائن المرتهن مخيراً بين ان يطلب تأمين تكميلي من المدين او يسقط الاجل ويحل الدين فوراً.
٤. اما اذا كان الهلاك او التعيب بسبب الدائن المرتهن كأن يقوم بأحراق العين المرهونة ففي هذه الحالة يلتزم بدفع مقدار التعويض وينتقل حقه الى هذا البديل بالقدر اللازم لوفاء الدين طبقاً لفكرة الحلول العيني.
٥. اما اذا كان الهلاك او التعيب قضا وقدرنا فالامر مختلف هنا اذن ان الخيار ينتقل من الدائن المرتهن الى الراهن , فأذا لم يقبل الدائن المرتهن بقاء الدين دون ضمان يكون الراهن مخيراً بين تقديم تأمين تكميلي او سقوط الاجل وحلول الدين فوراً طبقاً للمادة ١٢٩٧ ممدني عراقي .
٦. توصلنا الى انه لايمكن تصور التضامن في نطاق التأمين ففي حالة حصول



- الخطر المؤمن منه بفعل الغير كأن يحرق هذا الاخير الدار المؤمن عليها من الحريق فيكون رجوع المؤمن له على شركة التأمين على اساس المسؤولية العقدية ورجوع شركة التأمين على الغير على اساس المسؤولية التقصيرية فلا تكون شركة التأمين والغير متضامين في دفع التعويض وانما نكون امام تضامم لاختلاف مصدر التعويض . اما في التأمين التكميلي يكون التضامن متصورا بين المدين والكفيل العيني عند الاتفاق وفقا للمادة (١٣٠٠) مدني عراقي. , فيكون الدائن المرتهن مخيرا بالرجوع على المدين او الكفيل العيني في هذه الحالة .
٧. حددنا تعريف الكفالة العينية بأنها : تقديم تأمين عيني للدائن برهن الكفيل لمال معين من أمواله ضمانا للوفاء بدين في ذمة المدين الأصلي . اما اذا نظرنا الى الكفالة العينية على اعتبارها رهن واقع على عقار فأنه عقد شكلي ، فهو لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون ، وبذلك لا تختلف عن التأمين التكميلي في هذا الجانب ، والكفالة العينية عقد ملزم لجانب واحد تتم بين الكفيل والدائن (المكفول له) اما المدين فهو ليس بطرف في عقد الكفالة ، ويلتزم الكفيل في مواجهة الدائن بوفاء الدين اذا لم يف المدين به ، والكفالة العينية كونها رهن فهي عقد ملزم لجانب واحد ، فمقرر الرهن هو وحده الذي يلتزم بمقتضاه ، وبذلك تختلف عن التأمين التكميلي الذي يكون ملزم لجانبين .
٨. يرد التأمين التكميلي في حالة هلاك العقار بالتخصيص، وفي هذه الحالة نفرق بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي، ففي حالة هلاك العقار هلاكا كلياً انتقل الرهن الى المال الذي يحل محله طبقاً لفكرة الحلول العيني، اما الهلاك المادي الذي يعدم العقار بسبب اجنبي ولا يمكن ان يحل محله مال هنا ، فاذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين دون تأمين يسقط الاجل او يطالب بتأمين بتقديم عقار يحل محل العقار الذي هلك، اما اذا كان الهلاك جزئياً ولا يؤثر في قيمة المرهون فلا يصار الى التأمين التكميلي مادام المال المرهون تكفي قيمته لسداد الدين اما اذا كان المتبقي من قيمة العقار لا يكفي لسداد الدين فيصار الى التأمين التكميلي لان الرهن يتعلق بالمرهون من حيث ماليته وقيمه الاقتصادية .
٩. هذا في الرهن التأميني اما في الرهن الحيازي فاذا كان الهلاك بفعل الدائن المرتهن الذي انتقلت له حيازة المال المرهون يلتزم بدع تعويض وينتقل حقه للبدل الذي يحل محل المال المرهون اما اذا كان الهلاك بفعل الغير الذي وضع العقار تحت يده بوصفه عدلاً فيلزم بالتعويض ويحل محل المال المرهون . اما اذا كان الهلاك بفعل الراهن فيصار الى التأمين التكميلي لسداد النقص الحاصل في قيمة العقار المرهون ، وهنا اذا اكان الهلاك بخطاء الراهن سواء اكان العقار في يد الدائن المرتهن ام الغير يلزم الراهن بتقديم التأميت التكميلي لسد النقص

الحاصل في قيمة المال المرهون .

١٠. ووجدنا في ملحقات المال المرهون انه إذا كانت التحسينات والانشاءات بفعل المالك لا يمكن ان يكون فيها التأمين التكميلي لانها لا تنقص من قيمة العقار. اما اذا كانت من الغير او الحائز فمثلاً كانت الابنية في المستأجر بموافقة المالك وتنقل ملكيتها له فيشملها الرهن وهي عناصر مادية تزيد من قيمة العقار فإذا هلكت اما ان يكون هلاكها بفعل الدائن المرتهن او الراهن او الغير وتخضع لاحكام السابقة في هذه الحالة اما في الرهن الحيازي عند استئجار العقار من الراهن او اتلفت هذه التحسينات والانشاءات فيصار الى تأمين تكميلي اما العناصر القانونية لا يمكن ان يكون فيها تأمين تكميلي.

١١. التأمين التكميلي في حالة تجزئة العقار المرهون فالاصل فيه يجوز للراهن تجزئة العقار المرهون والتصرف فيه دون قيد او شرط ولكن بشرط ان لا ينقص قيمة المرهون المالية وكل شرط يمنع التصرف في المال المرهون او يحد يعتبر باطلا بسبب التصرف بالمال المرهون من النظام العام ويضعف الائتمان العقاري. والتصرف اهم سلطات حق الملكية وحتى لا يكون من الشروط الدارجة في عقد الرهن .

١٢. وجدنا التأمين التكميلي في حق المساطحة يشترط فيه ان يكون هناك هلاك مادي كلي اي زوال الابنية بقوة قاهرة و ان لا يكون هلاكاً جزئياً لان في الهلاك الجزئي يبقى الرهن على الجزء المتبقى طبقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن . وفي حالة حق المساطحة لا يمكن ان نبحت في الهلاك بسبب الراهن او المرتهن لانه حق ضعيف ولا يمكن ان يرد فيه التأمين التكميلي الا في حالة الهلاك المادي الكلي , حيث يمكن تقديم الراهن (المساطح) عقار بدل هذا الحق او اي تأمين اخر . وفي حالة الهلاك بسبب احد اطراف الرهن يسقط الاجل ويحل الدين المضمون.

١٣. وتوصلنا الى انه يمكن ان يرد التأمين التكميلي في حالة ما اذا رهن عدة اشخاص متضامنين معاً حق المنفعة ومات احدهم فإن حصته لا توزع عليهم وانما ترجع الى المالك^(٦٣) في حالة عدم اتفاق على ان توزع عليهم عند موت احدهم وبهذا يحصل على في قيمة الضمان بمقدار حصة الشريك المتوفي ولهذا اذا لم يقبل الدائن المرتهن بقاء الدين بدون تأمينات يكون الخيار للراهنين اما بتقديم تأمين تكميلي او حلول اجل الدين ووفاءه .

١٤. ويرد التأمين التكميلي في حالة الاستعمال غير المشروع عفاذا استعمل المنتفع الشيء المنتفع به استعمالاً غير مشروع فللمحكمة تبعاً لخطورة الحال ان تحكم

(٦٣) استاذنا د. غني ريسان جادر ، محاضرات القيت على طلاب الماجستير ، ٢٠١٨ ، د. حميد حميد العنكي ، القانون البحري العراقي ، دار الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٢ .

بانتهاء حق المنفعة وفي هذه الحالة يكون الخيار للدائن المرتهن اما بسقوط الاجل او تقديم تأمين تكميلي .

١٥. وفي حالة التنازل عن جزء من حق المنفعة فإذا كان هذا التنازل الجزئي يفقد او ينقص من القيمة المالية للمرهون ويمكن للدائن المرتهن الاعتراض على ذلك واذا لم ينجح المنتفع في رد الاعتراض يمكن المطالبة بتأمين تكميلي عن النقص في قيمة الضمان .

١٦. وفي حالة تعيب او هلاك هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة لا يمكن المطالبة بتأمين تكميلي فمثلاً بهلاك الماكنة او السفينة او الطائرة ينقضي الرهن لانتفاء محله ويكون انقضاءه بصفة مستقلة عن الدين المضمون . ويصبح الدائن المرتهن دائناً عادياً يدخل في الضمان العام مع سائر الدائنين الاخرين للمدين ويصبح الدين مستحق الاداء.

١٧. الاستملاك يطهر العقار من الرهون التي عليه فينتقل الى الجهة المستمكة خالياً من كل الحقوق المترتبة عليه وبالتالي ينقضي محل الرهن ويحل اجل الدين وينتقل الرهن الى بدل الاستملاك ليستوفي حقه منه وهذا ما اكدته المادة (١٦) من قانون الاستملاك العراقي لسنة ١٩٨١ (...) وتنتقل حقوق اصحابها الى عوضها من بدل الاستملاك) وكذلك المادة (١٧) من ذات القانون ينص على (اولاً: توزع المحكمة بدل الاستملاك على اصحابه طبقاً للحقوق المثبتة لهم..) .

ثانياً- التوصيات

١. نظراً لأهمية التأمين التكميلي كجزء يفرض عند اخلال الراهن بالتزامه بالضمان نوصي بضرورة ادراج نص شامل في نطاق القانون المدني يتضمن حصر الحالات التي يتم فيها اللجوء الى هذا التأمين لقطع حالات الاجتهاد القضائي في الحكم بالتأمين التكميلي خارج نطاق تلك الحالات
٢. بالنظر لقابلية اغلب الحقوق العينية العينية المتفرعة من حق الملكية للرهن , فقد نتصور وجود مجال لتطبيق التأمين التكميلي في حالة هلاك محل تلك الحقوق اذا كانت محلاً لحق رهن . ونلاحظ هنا خلو نصوص القانون المدني العراقي المتعلقة بتلك الحقوق من وجود جزاء يتمثل بالتأمين التكميلي , فنوصي المشرع العراقي بضرورة التدخل ومعالجة هذا النقص التشريعي اذا كانت طبيعة الحق تتسق مع احكام هذا التأمين.