



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة كربلاء - كلية القانون

النظام القانوني لتخصيص الضمانات العينية (دراسة مقارنة)

أطروحة مقدمة الى مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص
كتبت بواسطة الطالبة

عبير نوري محمد القطان

ياشرف

الدكتور عباس علي محمد الحسيني (رحمه الله) سابقاً
الدكتور علي شاكر عبد القادر البدري

1443 هـ

2022 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا

فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ...)

صدق الله العلي العظيم

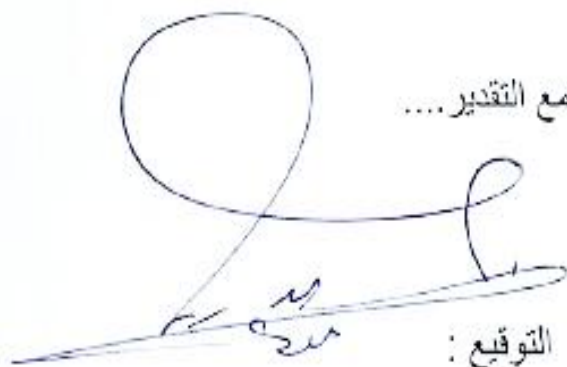
سورة البقرة؛ جزء من الآية (283)

إقرار المقوم اللغوي

تحية طيبة

أشهد أنني قرأت أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ (النظام القانوني لتخصيص الضمانات العينية - دراسة مقارنة)، المقدمة من قبل الطالبة (عبير نوري محمد القطان) إلى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، لقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية، بعد أن أخذت الطالبة بالملاحظات المسجلة على متن الأطروحة.

مع التقدير....



التوقيع :

الاسم : أ.م.د. سهيلة خطاف عبد الكريم

الاختصاص العام : لغة عربية

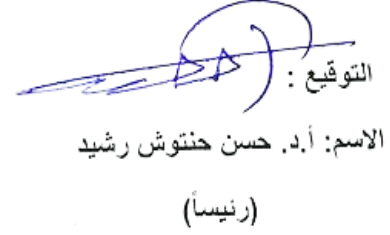
الاختصاص الدقيق : نحو

إقرار لجنة مناقشة دكتوراه

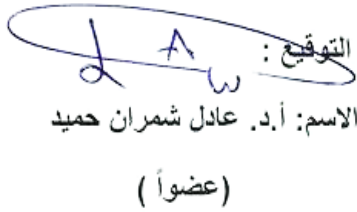
نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الأطروحة الموسومة بـ (النظام القانوني لتخصيص الضمانات العينية "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالبة (عبير نوري محمد) على محتواها، وفيما لها علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (جيد جداً) .

التوقيع: 
الاسم: أ.د. حيدر حسين كلظم
(عضواً)

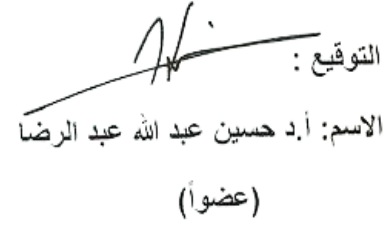
التاريخ: / / 2022

التوقيع: 
الاسم: أ.د. حسن حنتوش رشيد
(رئيساً)

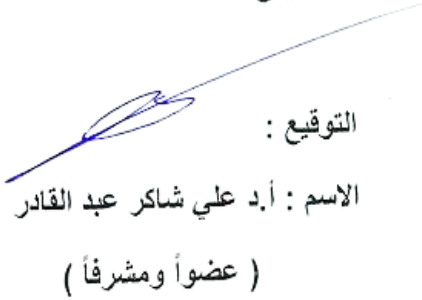
التاريخ: / / 2022

التوقيع: 
الاسم: أ.د. عادل شمران حميد
(عضواً)

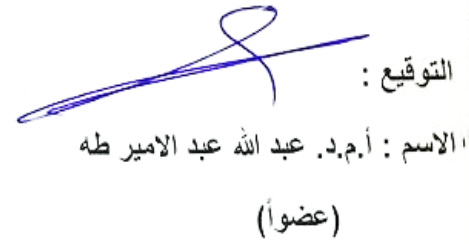
التاريخ: / / 2022

التوقيع: 
الاسم: أ.د. حسين عبد الله عبد الرضا
(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع: 
الاسم: أ.د. علي شاکر عبد القادر
(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع: 
الاسم: أ.م.د. عبد الله عبد الامير طه
(عضواً)

التاريخ: / / 2022

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. ضياء عبد الله عبود الجابر
عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: / / 2022

الإهداء:

أهدي جهدي المتواضع إلى:

○ استاذي الجليل الذي علمني كيف أخوض معترك البحث العلمي الجاد

الأستاذ الدكتور المرحوم:

الدكتور عباس علي محمد الحسيني (رحمه الله)

○ كذلك أهدي جهدي هذا إلى من نصحتني وشجعني لإكمال دراستي الأكاديمية

إلى الأب الروحي مدير حوزة الإمام الحسين (عليه السلام) للعلوم الدينية:

الشيخ أحمد عبد الرضا الصافي (دام ظله وأمد الله تعالى في عمره)

الباحثة

شكر وامتنان

انطلاقاً من مبدأ أنه لا يشكر الله من لا يشكر الناس، فإننا نتوجه بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف الدكتور (علي شاكر البدرى) بمتابعته المستمرة وتوجيهاته القيّمة والتي كانت لها بصمات واضحة من خلال توجيهاته وانتقاداته البناءة والدعم الأكاديمي .

شكري وتقديري لمشرفي الأول الدكتور عباس الحسيني (رحمه الله) الذي ساعدني في وضع خطة الاطروحة قبل أن يوافيه الأجل، وللدكتور نبراس ظاهر الزيايدي (رحمه الله) الذي ساعدني في اختيار الموضوع.

الشكر الجزيل لعمادة كلية القانون بتوجيهاتها القيّمة علمياً وكذلك الدكتور رئيس فرع القانون الخاص في كلية القانون/ جامعة كربلاء الذي أفاض عليّ بمعلوماته القانونية.

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى جميع أساتذتي في رحلتي العلمية الجامعية (بكالوريوس، ماجستير، دكتوراه) الذين لهم الفضل لما وصلت إليه في هذا المطاف.

كما أتقدم بالشكر الخاص إلى كادر مكتبة كلية القانون/جامعة كربلاء ومكتبتي العتبتين الحسينية والعباسية وكذلك المكتبة المصرية (أونلاين)، لما أبدوه لي من مساعدة في توفير المصادر العلمية.

كذلك أخص بالشكر زوجي وعائلتي الذين قدموا لي الدعم ويد العون حتى وصلت لهذه المرحلة العلمية.

أخيراً أتمنى من الله تعالى أن يوفق الجميع، وإذا كنت قد نسيت شخصاً فأنا أشكره جزيل الشكر واستميحه عذراً.

الباحثة

المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
6 - 1	المقدمة
66 - 7	الفصل الأول: مفهوم تخصيص الضمانات العينية
37 - 8	المبحث الأول: ماهية تخصيص الضمانات العينية
24 - 8	المطلب الأول: تعريف تخصيص الضمانات العينية وبيان مصادره
18 - 9	-الفرع الأول: تعريف تخصيص الضمانات العينية
25 - 19	-الفرع الثاني: مصادر تخصيص الضمانات العينية
36 - 26	المطلب الثاني: أهمية تخصيص الضمانات العينية
32 - 26	-الفرع الأول: أهمية تخصيص التأمينات العينية
36 - 32	-الفرع الثاني: أهمية التخصيص في البيع الائتماني وحق الحبس للضمان
68 - 37	المبحث الثاني: عناصر تخصيص الضمانات العينية
53 - 37	المطلب الأول: تعيين العين الضامنة وتحديد الدين المضمون
46 - 38	-الفرع الأول: تعيين العين الضامنة
53 - 46	-الفرع الثاني: تحديد الدين المضمون
66 - 53	المطلب الثاني: تعيين الدائن ومالك العين محل الضمان وبيان قاعدة عدم التجزئة
60 - 54	-الفرع الأول: تعيين الدائن ومالك العين محل الضمان
66 - 60	-الفرع الثاني: بيان قاعدة عدم تجزئة الضمان
143 - 67	الفصل الثاني: نطاق تخصيص الضمانات العينية
100 - 68	المبحث الأول: الضمانات العينية الاتفاقية
84 - 68	المطلب الأول: حق الرهن الاتفاقي
77 - 69	-الفرع الأول: الرهن التأميني
84 - 77	-الفرع الثاني: الرهن الحيازي
100 - 84	المطلب الثاني: ضمانات البيع الائتماني
93 - 84	-الفرع الأول: البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية
100 - 93	- الفرع الثاني: البيع الإيجاري

143 - 100	المبحث الثاني: الضمانات العينية القانونية والقضائية
118 - 101	المطلب الأول: حق الامتياز وحق الاختصاص
110 - 101	- الفرع الأول: حق الامتياز
118 - 110	- الفرع الثاني: حق الاختصاص
130 - 118	المطلب الثاني: حق الحبس للضمان وتطبيقاته العينية
130 - 119	-الفرع الأول: حق الحبس للضمان
143 -130	- الفرع الثاني: التطبيقات العينية لحق الحبس للضمان
226 - 144	الفصل الثالث: آثار تخصيص الضمانات العينية
192 - 145	المبحث الأول: حقوق الدائن المضمون حقه
172 - 145	المطلب الأول: حقوق الدائن قبل حلول أجل الدين
159 - 146	-الفرع الأول: حق الدائن في المحافظة على الضمان من الهلاك والتلف
172 - 159	-الفرع الثاني: حق الدائن على سلطة مالك الضمان بالتصرف
192 - 173	المطلب الثاني: حقوق الدائن على العين محل الضمان بعد حلول أجل الدين
183 - 173	-الفرع الأول: حق الدائن في استيفاء حقه من العين المخصصة للضمان
192 - 183	-الفرع الثاني: حق التقدم والتتبع
226 - 193	المبحث الثاني: حقوق مالك العين المخصصة للضمان
209 - 193	المطلب الأول: حقوق مالك العين الضامنة قبل حلول أجل الدين
203 - 194	-الفرع الأول: حق مالك الضمان في الاحتفاظ بملكية العين المخصصة للضمان
209 - 203	-الفرع الثاني: حق المالك في إيجار العين المخصصة للضمان
226 - 209	المطلب الثاني: حقوق مالك الضمان عند حلول أجل الدين
219 - 210	-الفرع الأول: حق مالك الضمان في تأشير إقرار الدائن أو رد العين ونقل الملكية
226 - 220	-الفرع الثاني: حق مالك الضمان في بطلان شرطي تملك الضمان أو الطريق الممهد
233 - 227	الخاتمة
246 - 234	المصادر
A - B	Summary

الملخص

إن تخصيص الضمانات العينية مفهوم يتمثل في تعيين الشيء لأجل أمر معين، أي أن التخصيص يشمل جزأين: الأول هو التعيين والثاني هو سبب ذلك التعيين، أي تحديد أو تعيين شيء معين كضمان لأجل تحصيل الدائن من خطر عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

وللتخصيص عدة مصادر منها اتفاقية أو قانونية وقد تكون قضائية وتعد مصادر التخصيص هي ذاتها مصادر الضمان وإن كان القانون هو المصدر غير المباشر للتخصيص، ولولا تخصيص الضمانات لما برزت الأهمية الجوهرية لهذه الضمانات، وهي حق الدائن في الأفضلية على سائر الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، إضافة إلى الفائدة الأخرى التي تتمثل كأداة استيثاق بالنسبة للمدين وإعلام للغير.

ويعد تعيين الضمان والسبب الذي لأجله عُيّن الضمان وأطراف العلاقة الدائن ومالك الضمان من ذاتيات تخصيص الضمانات.

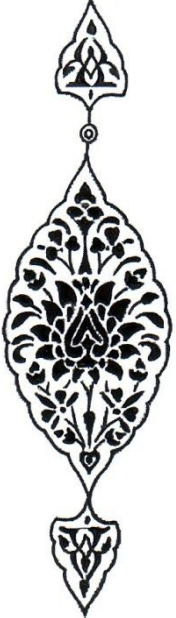
وتطبق قاعدة عدم تجزئة الرهن على جميع الضمانات المعينة والمحددة لأجل دين معين، إذ أن نطاق تخصيص الضمانات العينية يشمل الضمانات الاتفاقية والتي يُعد الرهن أحد أفرادها، كما يشمل ضمانات أخرى قضائية وقانونية، فالتخصيص لا ينحصر على حق الرهن فقط، وإنما يشمل الكثير من الضمانات الأخرى التي قد تكون معروفة في الوسط الفقهي القانوني ومنها ما يمكن أن يكتشف مستقبلاً بشرط أن تكون عينية، فالضمانات العينية هي الضمانات المخصصة كون التخصيص يضي عليها صفة العينية، فقد تكون مخصصة عن طريق تحديدها في سند إما رسمي أو غير رسمي أو قد تكون مستولى عليها كون الاستيلاء والقبض يعد تعييناً وتخصيصاً لها .

ويترتب على تخصيص تلك الضمانات أي تعيينها لأجل استيفاء الدين آثار، وهذه الآثار عبارة عن حقوق للدائن ويقابلها حقوقاً لمالك الضمان، إذ أن بالتخصيص يكتسب الدائن بعض الحقوق على العين محل الضمان في الفترة قبل حلول أجل الدين والتي تتمثل في المحافظة على الضمان من الهلاك والتلف وحقه على سلطة مالك الضمان في التصرف، بالإضافة إلى حقه بعد حلول أجل الدين وعدم الوفاء به من قبل المدين بأن يستوفي حقه من العين المخصصة للضمان وبالأفضلية على جميع الدائنين والتاليين له في المرتبة. وتتمثل حقوق مالك الضمان قبل حلول أجل الدين في حق الاحتفاظ بملكية العين المخصصة للضمان مع حقه في إيجارها، أما بعد

حلول أجل الدين فإن حقه بعد وفائه للدين عند استحقاقه يتمثل في محو القيد أو رد العين ونقل الملكية، كما ان له حق آخر يتمثل في بطلان شَرْطَي تملك العين المخصصة للضمان او الطريق الممهّد من قبل الدائن، فلا يحق للدائن ان يبيع العين المخصصة للضمان دون اتخاذ الإجراءات القانونية وليس له الحق في تملكها بمجرد عدم استيفاء حقه عند استحقاقه.

وبعد هذا فلا ندعي لنفسنا الإحاطة بكل شاردة أو موضوع أو التمكن من ناصيته أو العلم بما تثار في شأنه من مشاكل متوقعة أو غير متوقعة فهذه من صفات الكمال والكمال لله وحده، وحسبنا المحاولة والسعي وحسن النوايا ونستغفره عما نسيا أو أخطأنا وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المقدمة



المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وآله وصحبه أجمعين.

يتطلب التقديم لمشروعنا الموسوم بـ (النظام القانوني لتخصيص الضمانات العينية – دراسة مقارنة)، التعريف بموضوع البحث وأهميته وأسبابه والإشكاليات التي ترد عليه، والدراسات السابقة ثم بيان منهجية البحث ونطاقه ، وأخيراً خطة البحث ، وعلى النحو الآتي:

أولاً- موضوع البحث

لقد أعطى المشرع في القانون المدني للدائن ضمانات تهدف إلى تنفيذ الالتزام الذي ترتب له في ذمة مدينه، وهذه الضمانات وسائل تمكن الدائن من استيفاء حقه، وبنفس الوقت تحيط المدين بالثقة التي يستطيع بها الحصول على الدين الذي يحتاج إليه.

هذه الضمانات أما تكون ضمانات عامة أو خاصة، فالضمانات العامة، هي ما يشترك فيها جميع الدائنين دون تمييز بينهم أي أن جميع اموال المدين الحاضرة والمستقبله ضامنه للوفاء بديونه إلا ما استثنى منها بنص، وعلى الرغم أهمية هذا الضمان إلا أنه لا يحقق الفائدة المرجوة للدائنين في الحصول على كامل استحقاقاتهم؛ كونهم يتعرضون لخطر تصرف المدين بأمواله تارة لأنه غير مخصص بعين معينة ، وخطر قسمة الغرماء كونه ضمان مشترك دون تفضيل أحدهم على الآخر تارة أخرى.

وأمام هذه المخاطر التي يتعرض لها الدائنون كان لابد من وجود وسائل قانونية يتقي الدائنون بمقتضاه اعسار المدين والتصرف بأمواله من ناحية ويستوثقون بها للوفاء بحقوقهم كاملة من ناحية أخرى ، فظهرت الضمانات الخاصة ، وهذه الضمانات الخاصة أما شخصية (كالكفالة)، والتي يضمن بها الكفيل دفع الدين إذا لم يدفعه المدين الأصلي ، ولما كان هذا الضمان شخصي فهو يخصص بالشخص الذي يضمن دون المال ومن ثم عدم وجود مال مخصص ومعين للوفاء بالدين ، فهو مجرد تعدد ذمم ليس إلا ، وعليه يبقى الدائن على خطر تعرض الكفيل على عدم كفاية أمواله للوفاء بديونه ، ونتيجة ذلك ظهرت الضمانات العينية المدنية والتجارية وسميت بالعينية؛ لأن الضمان يختص بعين معينة وليس بجميع أموال الضامن للوفاء بالدين ،

وهذا أما أن يكون اتفاقياً كما في الرهن بنوعيه والبيع الائتمانية ، أو قانونياً كالحق في الحبس في الضمان و حق الامتياز أو قضائياً كحق الاختصاص والرهن القضائي.

جميع هذه الضمانات أيًا كان مصدرها، لكي تحقق غايتها واهدافها المرجوة للدائن والمدين ، في منح الدائن الأمن والضمان ، وذلك لاستيفاء حقه ومنح المدين الثقة والائتمان وتمكنه من الحصول على ما هو في حاجة إليه من مال أو أجل وعدم توقف أعماله واستمرارها كان لا بد من تخصيصها ، فإن للتخصيص أهمية تجعل هذه الضمانات تؤدي دورها بشكل فاعل، وعليه نتيجة لذلك ارتأينا أن نبحث في التخصيص كتنظيم قانوني تدرج تحته جميع التطبيقات الخاصة بالضمانات العينية، بحيث نحيط بالتخصيص كمبدأ عام من جميع زواياه في مشروع دراستنا وهو النظام القانوني لتخصيص الضمانات العينية (دراسة مقارنة) للوصول إلى النتائج السليمة.

ثانياً-أهمية الموضوع واسباب اختياره

مما لا شك إن لكل بحث في أي فرع من فروع القانون له أهميته ، ولذلك فإن البحث في التنظيم القانوني لتخصيص الضمانات العينية لا يخلو من هذه الأهمية، إذ إن أغلب التعاملات لا تخلو من دائن ومدين ، من مقرض ومقترض ، ولتضارب هذه المصالح يؤدي التخصيص خدمة جليلة للاقتصاد الوطني ففيما يتعلق بالمدين فهو لا يفقد ملكية المال المضمون ولا ما يتفرع عن هذه الملكية من مزايا الاستعمال ولا الاستغلال والتصرف، أما ما يتعلق بالدائن فالتخصيص يقرر له ضماناً قوياً دون أن يرتب على بقائها بيد المدين ضرراً له ، وطالما كان المال الضامن كافياً لسداد دينه ، يكون بعيداً عن الخطر ؛ لأن له أن ينفذ عليه بالأولوية ، أما بالنسبة إلى الغير ، فإن فكرة التخصيص يحقق له الوسيلة لمعرفة الدين المضمون والمال الضامن على وجه التحديد، بحيث يكون التعامل معهم بكل وضوح وشفافية أما من الناحية القانونية ، فإن أهمية الموضوع وأسباب اختياره تتمثل بالأمور الآتية :

- 1- لم يلقَ موضوع النظام القانوني للتخصيص الاهتمام من قبل الفقهاء وشراح القانون المدني أو الباحثين، علماً إنَّ تخصيص الضمانات العينية كثير الوقوع في الحياة العملية وله تطبيقات عدة.
- 2- غموض نصوص بعض القوانين الخاصة التي عالجت موضوع الضمانات وتخصيصها، وعدم وجود نصوص صريحة ومباشرة في التخصيص، وتتناثر أحكامه بين عدة قوانين ونصوص كانت قاصرة في بيان معنى واضح للتخصيص.

3- كانت نتيجة هذا الغموض في النصوص أن تركت آثارها على الاحكام القضائية المسندة إليها، والتي بدت هي الآخر غير مستقرة ومتناقضة وغير واضحة في العديد من جزئياته، ومن هنا جاءت أهمية الموضوع، للإحاطة بكل ما يخص التخصيص كتنظيم قانوني عام لجميع الضمانات العينية التي تندرج تحته.

ثالثاً- إشكاليات البحث

تتمثل إشكالية البحث بما يلي:

نتيجة لتناثر النصوص القانونية في قوانين عديدة خاصة بموضوع التخصيص كالقانون المدني وقانون التسجيل العراقي وأحكام القانون التجاري الخاصة بالضمانات العينية التجارية، وعدم بيان أحكام تفصيلية في هذه القوانين عن التخصيص، إذ تم استخدام لفظ تعيين تارة ولفظ التسجيل في دائرة التسجيل العقاري تارة أخرى وذلك في المواد (1286 ، 1290 ، 1293 ، 1379، 2) من القانون المدني العراقي والمواد (328 ، 313 ، 307) من قانون التسجيل العقاري، وذكرت هذه المواد المذكورة الألفاظ التي تندرج تحت عنوان التخصيص في ضمانات الرهن دون غيرها من الضمانات الأخرى، على الرغم من أن التخصيص لا بد منه في جميع الضمانات الخاصة، مما أدى إلى عجز هذه النصوص عن الإحاطة بما يندرج من ضمانات تحت هذا التخصيص إذ تم التحدث عن مبدأ التخصيص فقط في حق الرهن دون مراعاة ذلك بالضمانات الأخرى التي لا تخلو من التخصيص.

رابعاً- تساؤلات البحث:

التساؤلات التي ممكن ان ترد بشأن الموضوع :

إنّ نظام تخصيص الضمانات العينية يثير تساؤلات عديدة ممكن أن تطرح بشأنه وهي:

- 1- ما المقصود من تخصيص الضمانات العينية؟
- 2- ما نطاق تخصيص الضمانات العينية؟
- 3- أي الضمانات تحتاج إلى تخصيص فتندرج تحت هذا النظام؟
- 4- ما الأثر المترتب على التخصيص وهل يختلف هذا الأثر باختلاف أنواع هذه الضمانات المندرجة تحت التخصيص؟
- 5- هل أنّ تخصيص الضمان يفقد المدين به ملكيته وحيازته لذلك الضمان؟

6- ما أثر التخصيص على حق الدائن في التقدم والتتبع؟

7- هل انّ تخصيص الضمان يوجب للدائن تملكه إذا لم يف المدين بالدين عند استحقاقه؟

ونتيجة لهذه التساؤلات ارتأينا أن نبحت في التخصيص كنظام قانوني عام وبشكل من التفصيل تدرج تحته العديد من الضمانات التي تحتاج إلى تخصيص، وما قد يندرج تحته من ضمانات أخرى قد تظهر مستقبلاً، أو ما هو موجود ولم نذكره اكتفاء بما هو أكثر استخداماً ومتعارفاً عند الفقهاء، وذلك بالبحث في تخصيص الضمانات كمبدأ عام يندرج تحته ما يندرج من ضمانات أخرى، في موضوعنا النظام القانوني لتخصيص الضمانات العينية (دراسة مقارنة)، نحاول جمع شتات النصوص المتناثرة، والوصول إلى نتائج واحكام عامة موحدة وأكثر تفصيلاً.

خامساً - الدراسات السابقة

لم يحظ تخصيص الضمانات العينية بدراسة سابقة شاملة لجميع ما يحيط بالتخصيص من مفهوم ونطاق واحكام، ولعدة تطبيقات تدرج تحته من الضمانات العينية المدنية والتجارية كنظام قانوني عام، إلا إننا وجدنا أحد الدراسات في التخصيص، وهي دراسة ليس إلا في أحد تطبيقات التخصيص وليس كنظام قانوني عام يشمل الضمانات العينية، فالذي وجدناه هو رسالة ماجستير لخولة كاظم محمد راضي بعنوان (مبدأ تخصيص الرهن - دراسة مقارنة) مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة بابل 2008، وقد تناولت الباحثة في الرسالة:

- 1- نشأة مبدأ تخصيص الرهن وتعريفه.
- 2- نطاق مبدأ تخصيص الرهن.
- 3- شروط مبدأ تخصيص الرهن، والذي تناولت فيه شروط تخصيص المال المرهون وشروط تخصيص الدين المضمون.
- 4- الآثار المترتبة على تخصيص الرهن والذي تناولت فيه آثار تخصيص المال المرهون والدين المضمون.

أما في أطروحتنا بيّننا النظام القانوني لمفهوم تخصيص الضمانات العينية في الفصل الأول منها، وذلك ببيان معنى التخصيص وكذلك الضمانات وتحديد معنى العينية للوصول الى المعنى الاصطلاحي الذي يلائم تخصيص تلك الضمانات، فالتخصيص ليس للرهن فقط وإنما لجميع الضمانات التي تدرج تحته، كما بيّنا في الفصل الثاني منها نطاق تخصيص الضمانات العينية ليشمل الضمانات الأخرى التي تدرج تحت مفهوم التخصيص، وبيّنا في الفصل الثالث منها آثار

تخصيص الضمانات العينية والتي سنبين فيها حقوق كل من الدائن والمدين ولما للتخصيص من أهمية في استيفاء الدائن حقه بالأولوية على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة.

سادساً- نطاق البحث ومنهجيته

ليس من السهولة بإمكان تحديد نطاق بحث ينطوي على جوانب متعددة يكون من شأنه أن يلملم شتاته بين قواعد عامة وقوانين خاصة عالجت موضوعه؛ إذ يتطلب البحث تعيين القوانين محل الدراسة ، فلا يمكن تجاهل القواعد العامة في القانون المدني الفرنسي كونه خلق مبدأ التخصيص في عهد الثورة الفرنسية ، وأخذت به مجموعة نابليون ثم انتقل من القانون الفرنسي إلى قوانين أخرى ، ونظراً لوجود بعض الاحكام الخاصة بالتخصيص في القانون المدني المصري والتي لم يشر إليها المشرع العراقي بشكل مباشر ارتأينا أن يكون القانون المدني المصري أحد القوانين المقارنة وقوانين مصرية اخرى موضوع الدراسة ، أما بالنسبة إلى القانون العراقي باعتباره القانون الوطني فسوف نتطرق بالبحث في القانون المدني وقانون التسجيل العقاري والقانون التجاري.

استكمالاً لمقتضيات نطاق البحث كان لزاماً البحث في مؤلفات فقهاء القانون المدني، للوقوف على الأحكام التي أقرها الفقهاء بخصوص تخصيص الضمانات العينية، فضلاً عن الإشارة إلى بعض أحكام القضاء بهذا الخصوص.

أما بالنسبة إلى منهجية البحث سوف نعتمد على أسلوب المقارنة والتحليل وستكون المقارنة بين آراء فقهاء القانون المدني بالرجوع إلى مراجع الفقه القانوني، فضلاً عن الإشارة إلى موقف القوانين المقارنة من الأحكام والعمل على الأخذ بها، ومعرفة مدى الاتفاق والاختلاف بين هذه القوانين للوصول إلى النتيجة الأكثر عدالة.

لم تقتصر الدراسة على أسلوب المقارنة فحسب، بل اعتمدت كذلك على المنهج التحليلي في الدراسة المقارنة والذي لا يقتصر على عرض النصوص القانونية وآراء الفقهاء، بل يستلزم تغيير هذه النصوص والآراء الفقهية وحمل بعضها على بعض وتحديد المتشابه منه والمختلف، ورصد مواطن الخطأ والصواب وتصحيح ما يحتاج إلى تصحيح ثم بعد ذلك نستنتج أمور جديدة تتناسب موضوع البحث.

سابعاً- خطة البحث

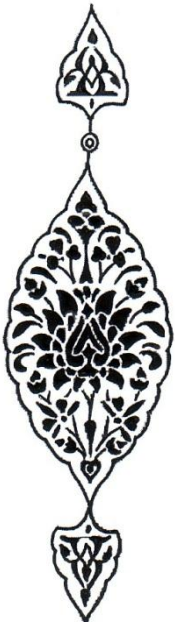
لأهمية البحث في التنظيم القانوني لتخصيص الضمانات العينية، وللوقوف على كل ما هو يحتاجه التخصيص من بيان مفهومه ونطاقه وأحكامه، ارتأينا أن نقسم هذه الأطروحة إلى ثلاثة فصول، نبين في **الفصل الأول** منها مفهوم تخصيص الضمانات والذي سيتضمن مبحثين، نخصص المبحث الأول لبيان ماهية تخصيص الضمانات العينية، أما المبحث الثاني فنخصصه لبيان عناصر تخصيص الضمانات العينية، أما **الفصل الثاني** فسوف نخصصه لبيان نطاق تخصيص الضمانات العينية، وسنتناول في المبحث الأول منه الضمانات العينية الاتفاقية، أما المبحث الثاني فنخصصه لبيان الضمانات العينية القانونية والقضائية، وبالنسبة **للفصل الثالث** فسوف نخصصه لبيان آثار تخصيص الضمانات العينية، وسنبين في المبحث الأول منه حقوق الدائن المضمون حقه، أما المبحث الثاني فنخصصه لبيان حقوق مالك العين المخصصة للضمان.

وسنهي البحث **بخاتمة** سندرج فيها ما سنتوصل إليه من خلال الرسالة والتي ندعو الله عز وجل أن تكون خالصة لوجهه تعالى وأن تكون الباقيات الصالحات

الفصل الأول /

مفهوم تخصيص

الضمانات العينية



الفصل الأول

مفهوم تخصيص الضمانات العينية

تمهيد وتقسيم

إنّ تخصيص الضمانات العينية مفهوم يكتنفه الكثير من الغموض، ولعل من أهمها اختلاف المفاهيم المتعلقة بالتخصيص وتداخلها وعدم تطرق الفقهاء إلى بيان مفهومه بشكل تفصيلي وتحديد معالمه، حيث إنّ لتحديد ماهيته يعتريه اللبس والغموض، إذ إنّ تخصيص الضمانات العينية يعد نظاما عاما بالنسبة إلى تخصيص التأمينات العينية المعروفة بالفقه والقانون والقضاء كالرهن وحق الامتياز وكذلك حق الاختصاص في القانون المدني المصري فهذه الضمانات لا تمثل جميع الضمانات العينية حصرا وإنما هناك ضمانات أخرى معمول بها في الوسط الفقهي والقانوني والقضائي، فكان لا بد من بيان معنى التخصيص وهل إنه يشمل ضمانات أخرى غير المذكورة وهل إنّ مصدر التخصيص هو ذاته مصدر الضمان.

للوصل إلى تعريف واضح لتخصيص الضمانات العينية حتى نكون أمام معرفة تامة بهذه الضمانات التي تدخل في نطاق التخصيص وخروج من لا يشملها التخصيص وبيان مصادره والوقوف بشكل دقيق على ذاتية التخصيص وهل أنها تقتصر على بيان وتحديد العين محل الضمان والدين المضمون أو أمور أخرى؟ .

فلكي نتضح كل تلك المعالم الخاصة بتخصيص الضمانات العينية لا بد من بيان التخصيص من حيث الأشخاص السبب والمحل وإعطاء صورة واضحة لذاتية التخصيص وعليه فإن الوقوف على ماهية التخصيص وأهميته وبيان عناصره الذاتية كان ولا بد أن نقسم الفصل إلى بحثين نتناول في المبحث الأول ماهية تخصيص الضمانات العينية ثم نتناول في المبحث الثاني ذاتية تخصيص الضمانات العينية.

المبحث الأول

ماهية تخصيص الضمانات العينية

إنّ تخصيص الضمانات العينية تنطوي تحته الكثير من العناوين المهمة وأهمها تعريفه وبيان مصادره التي أسس عليها لاختلاف أنواع هذه الضمانات التي يكتنفها التخصيص باختلاف تلك المصادر، وذلك لترتيب الأحكام المتعلقة بالتخصيص حسب أنواع هذه الضمانات المشمولة به ليتسنى لنا في نهاية المطاف إيجاد تعريف واضح ومحدد لتخصيص الضمانات العينية، كما ويجب بيان أهمية تخصيص الضمانات العينية، لما في ذلك من تأثير في تحديد ماهية ذلك التخصيص.

وتفصيلاً لما تقدم ذكره قسمنا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول تعريف تخصيص الضمانات العينية وبيان مصادره، أما المطلب الثاني سنعرض فيه بيان أهمية تخصيص الضمانات العينية.

المطلب الأول

تعريف تخصيص الضمانات العينية وبيان مصادره

إنّ تخصيص الضمانات العينية يتطلب أن نبين معنى ذلك التخصيص لغةً واصطلاحاً والحال نفسه في بيان معنى الضمانات العينية، وبشكل دقيق حتى نستخرج الضمانات الأخرى غير العينية ثم نقف امام مصادر ذلك التخصيص وهل هو ذاته مصدر الضمان وهل إنّ تلك المصادر تؤدي إلى تعدد أنواع الضمانات؟ وعليه كان لا بد أن نبحت هذا المطلب من خلال فرعين، نخصص الفرع الأول منه لتعريف تخصيص الضمانات العينية، أما الفرع الثاني فنخصصه لبيان مصادر تخصيص الضمانات العينية.

الفرع الأول

تعريف تخصيص الضمانات العينية

إنّ تعريف تخصيص الضمانات العينية لم يعثر له تعريفاً واضحاً، ولذا تطلب منا الرجوع إلى الجذر اللغوي والفقهي للوصول إلى تعريف جامع ومانع، فلذا يمكن بحث تخصيص الضمانات العينية لغةً واصطلاحاً من خلال الفقرات الآتية:

أولاً- تعريف تخصيص الضمانات العينية لغة

1- بيان معنى التخصيص:

التخصيص يقصد به في معاجم اللغة، خصص يخصص، تخصيصاً، فهو مخصص، ويعني أيضاً خصه بالشيء خصوصاً، أي تعلق بشي معين، تعلق بالبعض دون البعض الآخر، اختصه بكذا خصه به⁽¹⁾، وبمعنى أدق تحدد، فمثلاً تخصص لك هذا الإرث: أي عين لأجل شيء معين وتحدد له، فالتخصيص ضد التعميم⁽²⁾، وتأتي أيضاً تخصص: انفرد وصار خاصاً بعد تعيينه لأجل شيء محدد، يقال، خصصه فتخصص أي تخصص (فلم كذا) أي قصر عليه بحثه وجهده لأجل أمر معين، والخاصة خلاف العامة، وخصص الشيء أي جعله خاصاً، وخصص فلانا بالشيء، خصه به لسبب معين⁽³⁾.

يلاحظ إنّ التعيين والتحديد جزء من التخصيص، والتخصيص هو تعيين الشيء لأجل امر معين أو لسبب معين (لأجل شيء)، وعليه فالتخصيص أشمل وأعمّ من التعيين والتحديد، ويرى الباحث إنّ التحديد أو التعيين هو الجزء الأول من التخصيص، فالتخصيص يشمل أولاً التعيين أي تعيين الشيء ثم بيان لأجل أي امر تم تعيينه، ولما كان موضوعنا هو تخصيص الضمانات العينية فيكون تعيين ذلك الضمان لأجل سبب معين هو التخصيص، فالتخصيص في موضوعنا استناداً للتعريف اللغوي هو تعيين الضمان لأجل سبب معين وعليه ولوضوح التعريف بشكل أدق يستوجب علينا بيان معنى الضمانات.

(1) الرازي، محمد بن بكر عبد القادر، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1983، ص 177.
(2) الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، الطبعة الثانية، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2003، ص 570.
(3) إبراهيم مصطفى، احمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، محمد علي النجار، المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مؤسسة الصادق (ع) للطباعة والنشر، ص 238.

2- بيان معنى الضمانات:

الضمان من ضمن: الضمين: الكفيل. ضمن الشيء وبه ضمن وضمانا: كفل به، وضمنه إيّاه أي كفله. يقال: ضمننت الشيء أضمنه ضماناً، فأنا ضامن (كافل) وهو مضمون، وقال عز وجل: " وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ يُدْرِكُهُ الْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ"⁽¹⁾، أي أنه ضامن على الله أن يدخله الجنة أي ذو ضمان على الله تعالى، وضمن الشيء أي أودعه إيّاه كما تودع الوعاء والمتاع والميت القبر، وضمنه أودع فيه وأحزره⁽²⁾، والضمن والضمان واحد، والضمين: الضامن وكل شيء أحرز فيه شيء فقد ضمنه⁽³⁾.

فالضمانات هي الأوعية التي تحفظ شيء ما وهذا الشيء الذي تم إحرازه وحفظه يُخصص أي يتم تعيينه لأجل أمر معين، إذا تخصيص الضمانات حسب التعريف اللغوي هو تعيين ما تم إحرازه وحفظه لأمر معين، أما المقصود بالعينية في اللغة فالعين هي حقيقة الشيء يقال: جاء بالحق بعينه أي خالصاً واضحاً، وعين الشيء نفسه وشخصه وأصله، وعين كل شيء شاهده وحاضره، فعين الشيء نفسه وذاته أي تعين عليه الشيء: لزمه بعينه، وتعيين الشيء تخصيصه من الجملة⁽⁴⁾، فعين الشيء ذاته ومن تعين عليه الشيء لزمه نفسه لا غير، إذا تخصيص الضمانات العينية هو تعيين ما تم إحرازه وحفظه ذاتا دون غيره لأجل سبب معين.

ثانيا- تعريف تخصيص الضمانات العينية اصطلاحاً⁽⁵⁾

- (1) القرآن الكريم، سورة النساء، الآية (100).
- (2) ابن منظور، محمد جمال الدين، لسان العرب، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان 1999، ص 89-91.
- (3) ليس لمن ضمنه تربيته، أي ليس للذي يدفن في القبر، أي لا يربيه القبر، د. داوود سلمان العنبيكي د. انعام داوود سلوم، الطبعة الأولى، كتاب العين، مكتب لبنان ناشرون، 2018، ص 51.
- (4) العلامة ابن منظور، لسان العرب، الجزء التاسع، الطبعة الثالثة، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان 1999، ص 508-510.
- (5) قال تعالى: " وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ". أي فليكن بدل الكتابة رهان مقبوضة أي في يد صاحب الحق، فلم تعرف الشريعة الإسلامية ضماناً سوى الرهن المقبوض في حالة عدم التمكن من كتابة الدين لأي سبب كان لم يعرف الفقهاء المسلمون مصطلح تخصيص الضمانات العينية ولكن اختلفت تعريفاتهم بشأن الضمان والمتمثل بالرهن الحيازي والتي من خلالها نرى معنى التخصيص ضمن تعريفهم له، فقد عرف فقهاء الامامية، هو (جعل المال ضمان في الدين يستوفي منه عند تعذره ممن هو عليه) أشار إليه السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري، مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام، الجزء الواحد والعشرون، مطبعة الآداب، النجف، 1405 هـ، ص 83. أو هو (جعل عين وثيقة للتأمين على دين او عين مضمونة) أشار إليه المرجع الأعلى السيد علي الحسيني السيستاني، كتاب المسائل المنتخبة، أحكام المعاملات، مسألة 889. واما فقهاء الحنفية فعرفوه بأنه (هو حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاءه منه كالدين) أي تعيين لأجل استيفاء الدين، او حبس المال بحق يمكن اخذه منه وهو الدين حقيقة او حكماً، أشار إليه الشيخ

أما موقف فقهاء القانون في بيان معنى التخصيص، يلاحظ أنهم استخدموا في ذلك عبارات عديدة، فتارةً عبروا عنه بأنه التعيين، وتارةً التحديد وأخرى البيان، وقد اشتهر عند فقهاء القانون ذكر التخصيص في الرهن، على الرغم من استعماله في عدة مواطن أخرى كما سنبينه في مصادر التخصيص.

فقد كان موقف الفقه الفرنسي إزاء ذلك بأنه اطلق معنى التحديد على التخصيص من خلال عباراتهم وبيان هذا التعيين لأجل تحديد التزام المدين⁽¹⁾، وأما الفقه المصري فذهب في معنى التخصيص بأنه التعيين أو التحديد إذ اعتبر التخصيص هو تعيين أو تحديد محل الضمان وسبب الضمان وانهما ذاتية التخصيص، إذ جاءت في عباراتهم في تعريف التخصيص بأنه تحديد العقار المرهون والدين المضمون⁽²⁾، أو تعيين العقار المرهون والدين المضمون، ومن خلال عباراتهم أنّ هذا التحديد على المال المرهون هو لأجل الدين المضمون الذي تم تعيينه وفق مبدأ تخصيص الرهن.

أطلق على هذا التحديد والتعيين بأنه البيان أو البيانات الجوهرية التي تبين العقار أو العقارات المرهونة، وتحدد الدين أو الديون المضمونة بالتخصيص⁽³⁾، كما بينوا مبدأ

علاء الدين أبا بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، 1328 هـ، ص 135. في حين ذهب فقهاء المالكية على انه (مال قبض توثيقا لدين) مما يدل على أنّ التعيين لأجل دين، او (ما قبض توثيقا به في دين) فالقبض هنا تعيين للضمان لأجل دين لان القبض يقتضي التخصيص، مما يدل على أنّ تعريفهم هذا للرهن او الضمان هو تحديد وتعيين المال المرهون لأجل شيء، أشار إليه الشيخ أبا عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على المختصر الجليل، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، مطبعة بولاق، مصر، 1317 هـ، ص 236. وينظر أيضا: الشيخ أبا عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المالكي، مواهب الجليل لشرح مختصر ابي الضياء سيدي خليل، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، 1329، ص 2. اما الشافعية فقد عرفه بأنه (جعل عين مال متموله وثيقة بدين ليستوفي منها عند تعذر وفائه)، وبينوا انها عين مال لأجل دين ضمنا. أشار إليه شمس الدين بن شهاب المصري الانصاري، نهاية المحتاج على شرح المنهاج، الجزء الرابع، شركة ومكتبة مصطفى الحلبي وأولاده، مصر، 1357 هـ، ص 229.

(1) جاك مستر عما نوئيل بوتمان مارك بيو، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينة العام، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2006، ص 112.

(2) د. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، دراسة مفصلة لأحكام الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز، الطبعة الثانية، الاسكندرية، 1959، ص 146-149. وينظر أيضا: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، في التأمينات الشخصية والعينية، المجلد العاشر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 349-355.

(3) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية، حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 179 -

التخصيص بأنه الحق الذي يتقرر على مال معين بالذات وليس على كل أموال المدين الحاضرة والمستقبلية، فالرهن في صورته الحديثة هو رهن خاص وليس ضماناً عاماً، ومبدأ تخصيص الرهن المقصود به القضاء على فكرة الرهن العام الذي يرد على أموال المدين كلها دون تخصيص وكذلك عرف أيضاً بأنه البيانات اللازمة والمقيدة في تعيين العقار وعلى الأخص بيان موقعه، ومساحته، وحدوده، فإن كان من الأراضي الزراعية وجب ذكر اسم الناحية ورقم القطعة، وإن كان من أراضي البناء، أو من العقارات المبنية فيها، وجب ذكر اسم الشارع، والمنطقة، ورقم القطعة، وحدودها، ومساحتها، وما يحيطها من الجهات الأربعة، وتحديد الدين المضمون من حيث مصدر الدين فيجب تحديد المصدر هل هو عقد أم عمل غير مشروع، أو إثراء بلا سبب، أو الإرادة المنفردة، أو القانون، وقد يكون ديناً معلقاً على شرط، أو مضافاً إلى أجل أو منجز، كما قد يكون ديناً مستقبلاً. أو ديناً احتمالياً، وكذلك تحديد مقدار الدين فيحدد هذا المقدار من رأس مال وفوائد، ومتى يبدأ سريان الفوائد، ويستوي في الدين المنجز، والدين المعلق على شرط، وإذا كان الدين مستقبلاً كاعتماد مفتوح في مصرف، أو دين احتمالي كفتح حساب جارٍ يجب تحديد مقداره في عقد الرهن بتحديد حد أقصى ينتهي إليه الدين⁽¹⁾، كما وأقر الفقه المصري على ضرورة تعيين شخصية الراهن والمرتهن في القيد⁽²⁾، ومنهم من أكد على أن يصب عقد الرهن في صيغة معينة بحيث تحتوي على كل بيانات الشيء المرهون والدين المضمون والطرفين المتعاقدين⁽³⁾، وعليه يبدو التعيين والتحديد من شروط الرهن بالإضافة إلى تعيين أشخاص الرهن عند بعض الفقهاء، ومن الفقه من عرف تخصيص الرهن بأنه هو شمول العقد الرسمي على بيانات معينة يطلق عليها في العادة تخصيص الرهن⁽⁴⁾، فهذه البيانات تتعلق جانب منها بالعقار، وجانب بالدين .

وهناك جانب من الفقه المصري يذهب إلى عدم ضرورة تعيين العين محل الضمان تعييناً دقيقاً في حالة نقلها ووضعها تحت يد الدائن (كما في الرهن الحيازي وحق الحبس للضمان)، إذ إن تخلي المدين عن حيازة الشيء وتسليمه للدائن أو إلى عدل فإن ذلك يقتضي بالضرورة تعيين المال، فنقل الحيازة يتم به ذلك التعيين الكامل إذا كان التسليم امراً لازماً لانعقاد

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 446-776.

(2) السيد عيد نايل، احكام الضمان العيني والشخصي، دار النهضة العربية، 2001، ص 195 .

(3) د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 76.

(4) د. سعيد سعد عبد السلام، الحقوق العينية التبعية، مطابع الولاء الحديثة، 2004، ص 311.

الرهن الحيازي، فيقولون بعدم إعمال مبدأ تخصيص الرهن على الرهن الحيازي⁽¹⁾، بينما ذهب جانب آخر إلى إعمال مبدأ تخصيص الرهن على الرهن الحيازي⁽²⁾، ويبدو أنّ هذا الاختلاف الفقهي ناجم عن اختلاف في تحديد نوعية عقد الرهن الحيازي هل هو عقد عيني أم رضائي، وكونه عقداً رضائياً ينعقد بمجرد التراضي قبل التسليم وأن التسليم للتوثيق وليس ركناً ومن ثم يقتضي تعيين العين محل الضمان، ومن يرى أنه عقداً عينياً للتسليم ركناً فيه؛ فإن العين محل الضمان سوف تتعين بمجرد التسليم، وسيفقد شرط التعيين أهميته.

بنفس السياق ذهب فقه القانون العراقي إلى بيان معنى التخصيص بأنه تعيين محل وسبب الضمان وذلك من خلال تعريفهم للتخصيص بأنه تعيين العقار المرهون وتحديد الدين المضمون⁽³⁾، مع ذكر أهمية تحديد المدين ليكون واضحاً معلوماً للغير⁽⁴⁾.

من ذلك يتبين أنّ الفقهاء اتفقوا على أن التخصيص يشمل تعيين العقار الضامن للدين مع تعيين الدين المضمون، وأن من الفقهاء أضاف إلى ضرورة تعيين الدائن، ومنهم من ذهب إلى ضرورة تعيين المدين الراهن ليكون واضحاً للغير، ومنهم من ذهب إلى ضرورة احتواء العقد على بيانات معينة تثبت وقوع الايجاب والقبول وتوافق الارادتين على الضمان إضافة إلى بيان محل وسبب الضمان⁽⁵⁾، وعليه ومن خلال ما ذكره بعض الفقهاء أنّ التخصيص تعيين المال محل الضمان لأجل الدين المضمون.

في تعريف الضمان ذهب جانب من الفقه إلى أنّ الضمانات هي التأمينات وعرفها بأنها كل ما يؤمن الشخص من خطر معين، أو هو بصورة عامة تقديم مال عاجل ترقباً لمال أجل، وهو

(1) انظر: د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 183. د. سليمان مرقس، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد، الطبعة الثانية، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1959، ص 363. د. محمد علي امام، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1956، ص 476. انظر: د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، صور الائتمان و ضماناته والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته، الكفالة- الرهن الرسمي- حق الاختصاص- الرهن الحيازي- حقوق الامتياز، مطبعة كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2015، ص 465.

(2) د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، المطبعة العالمية، الإسكندرية، ص 196. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 765. (3) د. صلاح الدين الناهي، التأمينات الشخصية والعينية، بدون طبع، مطبعة دار المعرفة، بغداد، 1953، ص 33.

(4) د. عصمت عبد المجيد البكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة، الرهن، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019، ص 75 - 81.

(5) محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينية، دون سنة طبع، مطبعة العاني، بغداد، 1968، ص 62.

عصب الحياة المدنية والحياة التجارية، وبدونه أو بدون حمايته لا يقوم تعامل⁽¹⁾، ومنهم من اعتبر التأمينات العينية من بين أوليات ضمان الدين وعرفها بأنها تقنية ضمان ضد مخاطر غير المدفوع⁽²⁾، فاعتبر أنّ التأمينات نوع من أنواع الضمانات بتأكيده على أنها من أوليات ضمان الدين، وعُرفت أيضاً بأنها مجموعة الوسائل التي تمكن الدائن من استيفاء الدين في موعد الاستحقاق⁽³⁾، تستخدم الضمانات بشكل عام لتغطية مخاطر عدم وفاء الطرف المتعاقد بالتزاماته المتفق عليها مثل الإخفاق في السداد أو التسليم⁽⁴⁾، ومنهم من عرف الضمان العيني بأنه تخصيص مال معين يكون عادة مملوكاً للمدين لتأمين حق الدائن فيكون للدائن على هذا المال حق عيني تبعية ويكفل هذا الضمان العيني الوفاء بحق الدائن بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الضمان العيني التاليين له في المرتبة⁽⁵⁾. وعرفها آخر بأنها الأدوات العينية قبال الأدوات الشخصية (الكفالة) وقوامها تخصيص مال أو عدة أموال لتحسين الدائن ضد خطر عدم تنفيذ الالتزام وذلك بانها تخوله استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذا المال مفضلاً على سائر الدائنين الآخرين أي دون أن يخضع لمخاطر قاعدة المساواة، وهذه الأداة العينية يترجم عنها بأنها تكسب الدائن حقاً عينياً تبعياً على مال أو أموال معينة⁽⁶⁾، كما تم استخدام الملكية كضمان وسميت بملكية الضمانات غير الائتمانية كما في البيع مع الاحتفاظ بالملكية والبيع الايجاري لضمان الدين⁽⁷⁾، كما أكد الفقه أنّ حق الحبس يعد ضماناً فيعتبر من الضمانات وذلك من خلال استخدام عبارة حق الحبس في الضمان⁽⁸⁾، فإن حق الحبس يعطي للدائن وضع الحصرية على الشيء محل الحبس، ويعتبر ضماناً تم تخصيصه لضمان استيفاء الدين⁽⁹⁾.

(1) محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص4.

(2) فالتأمين العيني هو تخصيص الأموال لدفع الدين الذي يتم بالتزام من طريق الاقتطاع الأفضل من قيمة المال وأنه كتقنية مرتكزة على تخصيص مال او عدة أموال لضمان الدين. أشار إليه جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، المرجع السابق، ص12-21.

(3) د. هدى عبد الله، الضمانات العينية للدائن، احكامها ومفاعيلها، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2020، ص4.

(4) انظر الموقع الإلكتروني <https://tfig.itcilo.org/AR/contents/guarantees.htm>

(5) د. السيد عيد نايل، احكام الضمان العيني والشخصي، طبعة أولى، دار النهضة العربية 2008، ص9.

(6) د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص40.

(7) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، المرجع نفسه، ص26.

(8) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، احكام الالتزام، الجزء الثاني، المكتبة القانونية، القانونية، بغداد، ص115.

(9) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، المرجع السابق، ص63.

ويكون الضمان عينياً عندما ينصب على شيء معين بالذات فالحق الذي يرد على الشيء المعين يخول صاحبه التسلط عليه مباشرة⁽¹⁾، وعليه ومن كل ما ذكر يتبين أنّ الضمانات العينية العينية مفهوم أوسع من التأمينات العينية فإنها تشمل بالإضافة للتأمينات العينية ضمانات أخرى تتمثل بحق الحبس في الضمان والملكية الضمان، فمن الممكن لهذه الضمانات أن يشملها تعريفاً واحداً لخضوع هذه الضمانات إلى مبدأ التخصيص أي تعيينها لأجل أمر معين أو سبب معين وهو استيفاء الدين فضلاً على سائر الدائنين.

إذا ما انتقلنا إلى المشرع الفرنسي والمصري والعراقي في بيان معنى التخصيص نجد أنّ المشرع الفرنسي لم يتعرض في القوانين الخاصة إلى بيان تعريف التخصيص صراحة، وإنما أشار إليه من خلال بعض العبارات التي تدل على معناه، وذلك من خلال بعض النصوص القانونية الخاصة بالتأمينات، فقد نصت المادة (2132) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 على أنه (لا يكون التأمين التعاقدى صحيحاً إلا إذا كان المبلغ الذي أنشئ من أجله أكيداً أو محددًا في العقد ...) فهذه المادة تؤكد على ضرورة تحديد الدين الذي من أجله وضع التأمين، كما نصت المادة (2418) من القانون نفسه على أنه (لا يكون انشاء الرهن العقاري الاتفاقي صحيحاً إلا إذا كان السند الرسمي المنشئ للدين أو الصك الرسمي اللاحق يحدد بشكل خاص طبيعة ووضع كل من العقارات التي تمت الموافقة على القاء الرهن العقاري عليها)، فقد أشارت هذه المادة إلى ضرورة تعيين العقار محل الرهن من خلال بيان طبيعته مع ضرورة بيان موقع العقار كل بمفرده ليتم تعيينه استناداً للمادة (2426) التي جاء فيها (.. في مطلق الأحوال يجب تعيين العقارات المطلوب إلقاء الرهن عليها، كل عقار بمفرده مع ذكر البلدة التي يقع فيها، دون تعيين عام حتى ولو مقتصرًا على المنطقة العقارية المحددة) ولا يمكن رهن الأموال المستقبلية لعدم تحديدها وتعيينها استناداً للمادة (2419)⁽²⁾، إلا أنّ المشرع الفرنسي واستثناءً أجاز رهن الأموال المستقبلية وفق شروط محددة استناداً للمادة (2420)⁽³⁾، كما أنّ المشرع

(1) د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص56.

(2) نصت المادة (2419) من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها (من حيث المبدأ لا يمكن عقد الرهن الرهن العقاري الا على العقارات الحاضرة).

(3) نصت المادة (2420) على انه (1- استثناء للمادة السابقة يمكن انشاء الرهن العقاري على العقارات المستقبلية في الحالات وفقاً للشروط التالية: 1- من لا يملك عقارات حاضرة وحررة او من لا يملك عقارات كافية لضمان الدين، يمكنه أن يوافق على تخصيص جميع العقارات التي سيكتسبها لاحقاً لإيفاء الدين تباعاً بمجرد اكتسابها 2- من تعرض عقاره الحاضر الملقى عليه الرهن العقاري للتلف او التعيب بحيث أصبح غير كاف لضمان الدين، يمكنه القيام بذلك أيضاً دون المساس بحق الدائن في ملاحقة تسديد دينه في هذا الوقت. 3- من يملك حقاً حالاً بالبناء على عقارات الغير لمصلحته، يمكنه انشاء رهن عقاري على البناء قيد الانشاء او

الفرنسي أجاز ضمان الدين المستقبلي على شرط أن يكون هذا الدين قابلاً للتحديد وفق المادة (2421)⁽¹⁾.

قد سار المشرع المصري في القانون المدني رقم 131 لسنة 1948 على النهج نفسه الوارد في القانون الفرنسي دون بيان تعريف للتخصيص وإنما باستخدام بعض الألفاظ الدالة على معناه الذي بينه الفقهاء، فقد جاء في المادة (2/ 1035) منه "يجب أن يكون العقار المرهون معينا بالذات تعينا دقيقاً من حيث طبيعته وموقعة ..."، وهذه عبارة واضحة تقر مبدأ تخصيص الرهن وذلك بتعيينه تعيناً دقيقاً⁽²⁾، لذلك يجب أن يصب عقد الرهن في صيغة معينة بحيث تحتوي على كل بيانات الشيء المرهون والدين المضمون والطرفين المتعاقدين⁽³⁾.

المشرع العراقي هو الآخر لم يبين تعريفاً للتخصيص وإنما وردت الإشارة إليه في المادة (1290) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدلة والتي اكدت على وجوب تعيين العقار إذ نصت على أنه (ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وان يكون معيناً)، إذ تقضي هذه المادة على ضرورة تعيين الشطر الأول من مبدأ تخصيص الضمان، وكذلك نصت المادة (1293) من القانون نفسه على تخصيص الدين المضمون والتي جاء فيها "يجوز أن يترتب الرهن التأميني ضماناً لدين مستقبل، أو دين معلق على شرط، أو دين احتمالي فيجوز أن يترتب لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين". يتبين من خلال النص أن مبدأ تخصيص الرهن يقضي في الشطر الثاني منه تحديد الدين المضمون، والظاهر أن المشرع العراقي يشترط بانعقاد الرهن أن يذكر في العقد الرسمي البيانات المتعلقة بالتخصيص، أي البيانات التي تبين العقارات المرهونة وتحدد الدين أو الديون المضمونة كطبيعة العقار أو جنسه وموقعه ومساحته وحدوده ومصدر الدين وتاريخه ومحلّه ومقداره وأن تكون هذه البيانات كافية لتمييز محل العين

المخطط لبنائه فقط، في حال هدم هذه الأبنية، ينقل الرهن العقاري حكماً إلى الأبنية الجديدة المقامة في ذات الموقع).

- (1) نصت المادة (2421) من القانون المدني الفرنسي على انه (يجوز انشاء الرهن العقاري ضماناً لدين او أكثر، حاضراً كان ام مستقبلياً، وفي حال كان هذا الدين مستقبلياً، يجب أن يكون قابلاً للتحديد).
- (2) نصت المادة (1329) من القانون المدني الأردني على انه (..... ويجوز للمحكمة أن تبطل عقد الرهن التأميني إذا لم يكن العقار المرهون معيناً تعيناً كافياً)، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون الاماراتي (تستوجب قاعدة تعيين الرهن أن يحدد تحديداً دقيقاً مع بيان موقعه وحدوده ومساحته وطبيعته...)، وأيضاً ما نصت عليه المادة (947/ ب) من القانون المدني البحريني والتي جاء فيها بخصوص العقار المرهون على انه (... وان يكون معيناً بالذات تعيناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه...).
- (3) د. محمد شريف عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 211.

محل الضمان من غيرها⁽¹⁾، وإذا كان الدين مستقبلاً غير حاضراً كاعتماد مفتوح في مصرف مثلاً، أو دين احتمالي كفتح حساب جارٍ فهذا يلزم تحديد مقداره في عقد الرهن وذلك بتحديد الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين، فيجب أن يكون الدين موجوداً وقت الرهن أو قابلاً للوجود وأن يكون قد نشأ صحيحاً مستمراً قداماً حتى انعقاد الرهن⁽²⁾.

من التشريعات العراقية الخاصة التي ذهبت بذات السياق قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 في المادة (1/307) حيث نصت على أنه "يُدرج في سجل الرهن الاسم الكامل لكل من الدائن المرتهن والمدين الراهن وهوية كل منهما ومحل اقامته المختار في موقع العقار المرهون، كما يدون في السجل أوصاف العقار المرهون ومقدار الدين وشروط ومرتبة".

فتدل هذه المادة على وضوح كامل للتخصيص من خلال إدراج هذه البيانات الخاصة بالعين الضامنة والدين المضمون وتعيين أطراف العلاقة وبيان هوياتهم.

ووفقاً لما ذكرناه يتبين لنا أنه يجب تعيين العين الضامنة والدين المضمون، ويعبر فقهاء القانون في العادة عن هذا الشرط بمبدأ تخصيص الرهن، إلا أنه لم يذكر لفظ تخصيص في القوانين سالف الذكر وإنما بيان معناه وذلك باستخدام كلمة تعيين أو تحديد إذ يتبين من النصوص السالفة الذكر إن مبدأ التخصيص تمت الإشارة إليه ضمناً وذلك من خلال العبارات التي استخدموها كالتعيين أو التحديد لأجل دين معين.

لم يكن القضاء بعيداً عن الفقه والتشريع في بيان معنى التخصيص، إذ لم يعرفه في أحكامه تعريفاً صريحاً وإنما ورد في بعض منها مصطلح التخصيص بشكل صريح، وقد صرحت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء فيه بأنه "تخصيص العقار للتأمين هو بذاته الشرط القانوني..."⁽³⁾.

يلاحظ من هذا القرار القضائي أنّ محكمة النقض الفرنسية استخدمت مصطلح تخصيص العقار المتعارف عند الفقهاء وهو ما لم يصرح به القانون المدني الفرنسي كما بينا ذلك.

(1) محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، الحقوق العينية التبعية، الجزء الثاني، طبعة ثالثة، العاتك لصناعة الكتاب، 2010، ص412.

(2) محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، دار الحرية للطباعة، بغداد 1974، ص80. حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، الطبعة الثانية، الدار الجامعية، بيروت، 1985، ص249.

(3) قرارها رقم 327 بتاريخ 24 أيار 1992، والمعنى نفسه قرارها رقم 4 بتاريخ 7 كانون الثاني 1987، أشار إليهما دالوز، القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة 2009، الثامنة بعد المائة، 2012، ص1966.

ظهر مما تقدم أنّ التخصيص هو تعيين الأركان العامة لكل معاملة، فالتعيين كمبدأ عام ضروري من حيث محل الالتزام وسببه واشخاصه في جميع المعاملات المالية استناداً للقواعد العامة في القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ والمصري⁽²⁾ والعراقي⁽³⁾، فتحديد العين الضامة لأجل الدين المضمون المعين يسمى تخصيصاً، فالتخصيص مفهوم أوسع من التعيين وأنّ التعيين يعد أحد مفردات التخصيص؛ لأنه بعد تعيين الشيء يلزم بيان لأجل ماذا تمّ التعيين، أي لأجل أي دين تمّ التعيين، فالتعيين لأجل ضمان دين معين ومحدد المقدار يسمى بالتخصيص، ويبدو أنه يجب أن يصدر رضاء الطرفين في الشكل الرسمي المطلوب، وذلك طبقاً للمبادئ العامة في القوانين سالفة الذكر التي أوجبت لانعقاد الرهن أن يكون في ورقة رسمية، فالانعقاد لا يكون إلا بالإيجاب والقبول، كما أنّ اشتراط الرسمية وثيق الصلة بمبدأ التخصيص المتعارف عند الفقهاء وعلى ذلك يلزم ا فراغ رضا الدائن المرتهن والمدين الراهن معا (أشخاص الضمان) في الورقة الرسمية والتي تتضمن بالإضافة إلى ذلك البيانات اللازمة بشأن محل الضمان (العين المضمونة) وسبب الضمان (الدين المضمون) .

يبدو أنّ التخصيص يشمل البيانات الخاصة بالعين محل الضمان وهوية الضامن، والدين المضمون وهوية الدائن وعليه من الممكن أن نعرف تخصيص الضمانات العينية بأنه تعيين مال أو عدة أموال تحصن الدائن من خطر عدم تنفيذ المدين لالتزامه باستيفاء حقه من المقابل النقدي للمال المعين مفضلاً على سائر الدائنين الآخرين.

(1) نصت المادة (1129) من القانون المدني الفرنسي على انه (يجب أن يكون موضوع الالتزام شيئاً محدداً لجهة نوعه على الأقل. ويمكن أن يكون مقدار الشيء غير محقق شرط أن يكون تحديده ممكناً).

(2) نصت المادة 133 من القانون المدني الجديد على ما يأتي: (1- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً. 2- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد استطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط).

(3) نصت المادة (128) من القانون المدني العراقي على انه (1- يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتقي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف. 2 - على انه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر). 3- إذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل.

الفرع الثاني

مصادر تخصيص الضمانات العينية

إن للتخصيص أساساً يبنى عليه ولولا وجود هذا الأساس لم يكن هناك ضرورة من التخصيص، والتخصيص كما بينا يعين الحق ويحدده، وتتعدد مصادر هذا الحق، إذ قد يكون مصدره الاتفاق كالعقد، وقد يكون مصدره الإرادة المنفردة أو الكسب دون سبب أو المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾، كما قد يكون القانون⁽²⁾.

كما أنّ لتخصيص الضمانات العينية سبباً وهو وجود الدين وهذا الدين اما مؤجل أو حالاً ولكن لم يستوفى بسبب إخلال من أحد طرفي العلاقة (المدين) بالتزامه، وهنا وفر القانون ضمانه للدائن تحمي أمواله من الضياع⁽³⁾، وهذه الضمانة العينية في مجال بحثنا يستبعد أن يكون مصدرها المسؤولية التقصيرية؛ لأن المسؤولية هي التزام بعدم الإضرار بالغير أو هي إخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير⁽⁴⁾، فهي بذلك مصدر الحق الأصلي بسببه الإخلال بالتزام، كما يستبعد أن يكون مصدر الضمانات العينية الكسب دون سبب، كون الأخير هو اغتناء ذمة شخص بسبب افتقار ذمة أخرى ولم يكن هناك ما يبرر هذا الاغتناء إذا كان دون مسوغ شرعي وقانوني، وهو بهذا المعنى مصدر مباشر للالتزام وأصلي غير تبعي، ومن غير الممكن أن يكون تبعيةً لأن الذي يحصل للمشتري في دفع غير المستحق كان له سبب قانوني وهو الوفاء، انتهى إلى دون سبب قانوني بسبب الغلط الذي وقع فيه المدين⁽⁵⁾.

(1) د. عبد العال أبو قرين، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع واحكام القضاء، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 71. وينظر أيضاً: د. عبد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دون سنة طبع، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ص 610.

(2) القانون باعتباره مصدراً مباشراً للالتزامات شأنه شأن العقد أو الإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب دون سبب، إذ انه بهذا الوصف ينشأ التزامات محددة، ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1958، ص 128.

(3) المقصود من القانون هو المفهوم العام أي القوة الملزمة لجميع الروابط القانونية سواء نتجت هذه الروابط عن عقد أو إرادة منفردة أو عمل غير مشروع أو كسب دون سبب، فهو يضيف على هذه الروابط صفة الالتزام باعتباره مصدراً غير مباشر وبهذا الوصف يختلف عن وصفه كمصدر مباشر للالتزام. انظر في ذلك: موفق البياتي، الموجز المبسط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري، بغداد، ص 345.

(4) د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 317.

(5) د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 610.

إذا استبعدنا كل من العمل غير المشروع والكسب دون سبب فإنه يبقى لدينا العقد والقانون كمصدر للضمان، وإذا ما كان مصدراً للضمان فإنه يعد مصدراً للتخصيص، فإن كان الضمان قانوني كان التخصيص قانونياً وإذا كان اتفاقي كان التخصيص اتفاقياً وهكذا.

قد ذهب الفقه المدني في فرنسا إلى أنّ الضمانات ممكن أن تكون اتفاقية كالرهن الاتفاقي، أو قانونية كحق الامتياز أو قضائية كالرهن القضائي⁽¹⁾.

كما ذهب فقهاء القانون المدني المصري ومن خلال التتبع إلى شروحات القانون يتبين أنّ الضمانات العينية إما مصدرها الاتفاق كالرهن الاتفاقي الرسمي أو الحيازي فهي لا تنشأ إلا باتفاق الدائن مع مالك الشيء وقد تنشأ بحكم القضاء وهو ما يسمى بحق الاختصاص، وضمانات قانونية كحق الامتياز⁽²⁾.

أما ما يتعلق بموقف الفقه المدني العراقي للرهن القضائي، فلم يرد في مؤلفات فقهاننا وكذلك لم ينص عليه المشرع العراقي وإنما أخذ به الفقه والقانون الفرنسي والحال نفسه بالنسبة إلى حق الاختصاص الذي أخذ به الفقه المصري وإنما اكتفوا بالاتفاقي بالنسبة إلى الرهن والقانوني بالنسبة إلى حق الامتياز⁽³⁾.

لما كانت الورقة الرسمية يتم فيها التراضي بين الطرفين فإن هذا لا يكفي ما لم تشمل هذه الورقة على بيانات خاصة متعلقة بالعقار المرهون والدين المضمون وهوية كل من الدائن والمدين وهذه البيانات أساسها الاتفاق بين أطراف العلاقة على الضمان، وكما بينا أنّ التخصيص هو مجموعة هذه البيانات لأجل تحديد وتعيين محل الضمان وسببه وأطرافه.

أما لو كان الضمان يتمثل في الحبس للشيء لحق أقره القانون لأحد أطراف العلاقة سيكون أساس التخصيص المتمثل بالحبس هو القانون، فالحق الذي أقره القانون لأحد أطراف

(1) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، المرجع السابق، ص 234. وقد ذكر بأنه: (يمكن أن يعطي القانون أو الحكم القضائي الدائن مباشرة تأميناً عينياً على مدينه، حتى إن ذلك هو الحالة بالنسبة إلى معظم التأمينات العينية، ما دامت الامتيازات هي دائماً قانونية).

(2) د. سليمان مرقس، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد (الرهن الرسمي، الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، الطبعة الثانية، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1959، ص 7. د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية، 2000، ص 12-13.

(3) د. محمد طه البشير، المرجع السابق، ص 345.

العلاقة هو الذي سوغ له حبس الشيء ولولا وجود هذا الحق القانوني لما كان له حبس الشيء وثبوت حق له عليه⁽¹⁾.

نجد تأكيداً لما ذكرناه أعلاه في القوانين المدنية فيما يخص الضمانات العينية، فالقانون المدني الفرنسي أشار إلى ثلاثة أنواع للرهن، الأول هو الرهن القانوني والذي يكون مصدره القانون، والثاني وهو الرهن القضائي والذي يكون مصدره القضاء، وأما الثالث فهو الاتفاقية ومصدره الاتفاق استناداً للمادة (2116) من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾.

كما وأشارت المادة (2117) من القانون ذاته إلى تعريف كل نوع من أنواع الرهن أعلاه، إذ نصت على أنه (الرهن القانوني هو ما ينشأ بطبيعته ومن ذاته بموجب احكام القانون، والرهن القضائي هو الذي ينشأ عن قضاء المحكمة به، والرهن الاتفاقي هو الناشئ عن التراضي والاتفاق عليه صراحة في السندات والعقود).

بالنسبة إلى القانون المدني المصري والعراقي، فإن مصدر الرهن فيهما هو الاتفاق، وهذا واضح من خلال النصوص القانونية، وما نصت عليه المادتين من القانون المدني المصري، فبيّنت المادة (1030) على أنه "الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا... " وكذلك المادة (1096) المتعلقة بالرهن الحيازي "عقد به يلتزم شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين..."⁽³⁾ يلاحظ أنّ المشرع المصري ابرز في تعريف الرهن التأميني والحيازي مصدرهما وهو العقد، والعقد الرسمي للرهن ينشأ للدائن حقا عينيا تبعياً على عقار تم تخصيصه لأجل الوفاء بدينه، وبالنسبة إلى الرهن الحيازي يتم العقد بمجرد ان تبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ويترتب الحق العيني التبعي في الرهن الحيازي قبل التسليم⁽⁴⁾.

(1) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص119

(2) نصت المادة (2116) من القانون المدني الفرنسي على انه (الرهن أما قانوني أو قضائي بحكم القضاء أو اتفاقي بتراضي المتعاقدين).

(3) تقابل هذه المادة في التشريعات العربية المادة (1322) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، ولمادة (971) من القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980، والمادة (1055) من القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949.

(4) د. سمير عبدالسيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص125-339.

طابقت المادة (1285) من القانون المدني العراقي المادة (1030) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها "الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً...." وذهب في المادة (1321) فيما يتعلق بالرهن الحيازي على أنه "الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه..."، وهذا دليل على المصدر التعاقدى (الاتفاقي) للرهن بنوعيه الرسمي والحيازي.

هناك ضمانات أخرى سوف نتطرق إليها في موضوع نطاق البحث تندرج تحت الضمانات الاتفاقية تارة وتحت الضمانات القانونية تارة أخرى.

إلا أنّ المشرع المصري أشار إلى حق الاختصاص في المادة (1085) من القانون المدني والتي جاء فيها "يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى ملزم المدين بشيء معين أن يحصل متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات"، كما نصت المادة (1087) من القانون نفسه على أنه "... يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحا أو اتفاقا تم بين الخصوم.."، فهو ضمان عيني يتقرر بأمر رئيس المحكمة المختصة على طلب يتقدم به الدائن يمتلك حكم واجب التنفيذ بمديونية مدينه، يخوله ميزتي التقدم والتتبع العقار أو أكثر من عقارات مدينه. وحق الاختصاص له ثلاثة عناصر، الأول وجود حكم قضائي بثبوت المديونية لمصلحة الدائن، والثاني أن يتقدم الثاني بطلب إلى رئيس المحكمة المختصة ليؤشر عليه بحق اختصاص على عقار أو أكثر للمدين لاستيفاء دينه، لذلك قيل أنه حق الاختصاص لأنه تخصيص من قبل رئيس المحكمة لعقارات المدين بما يكفي لسداد دين الدائن الذي حصل على حكم قضائي بمديونية مدينه، أما العنصر الثالث هو ميزة التقدم والتتبع فحق الاختصاص ضمان عيني للدائن بأمر القضاء للدائن الذي ليس له الحق في ضمان اتفاقي ولا قانوني على عقارات مدينه فيتحول من دائن عادي إلى دائن ممتاز⁽¹⁾.

هكذا يتفق حق الاختصاص مع حق الرهن الرسمي في اتخاذ الأداة القانونية التي تحقق هدف التأمين العيني، ولكن التباعد بينهما يبدو واضحا في ترتيب الضمان على العقار عن طريق الاتفاق بين الدائن ومالك العقار، بينما بالنسبة إلى حق الاختصاص لا يكسب هذا الحق إلا بأمر من القاضي إذا توافرت شروط معينة واتخذت الإجراءات اللازمة لقريره، ويشبه حق

(1) د. أحمد عبد التواب، دروس في الحقوق العينية التبعية، الجزء الثاني، طبعة ثانية، دار النهضة العربية 2007، ص 303-304.

الاختصاص الرهن القضائي في القانون المدني الفرنسي، إلا أنه يختلف عنه من حيث الاختصاص، إذ أنّ الرهن القضائي الفرنسي هو رهن عام على جميع أموال المدين لا يراعى فيه التخصيص وهو يلحق عقارات المدين المستقبلية أيضاً، ولكن يراعى فيه مبدأ التخصيص من حيث الدين فقط، وهذا ما نجده في مضمون المادة (2412) من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾.

كما أنّ هنالك ضمانات قانونية غير الرهن أقرها القانون كحق الامتياز، وهذا ما نصت عليه المادة (2095)، من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها " أنّ الامتياز حق تمنحه صفة الدين للدائن بأن يكون مفضلاً على الدائنين المضمونين برهونات عقارية".

كما نصت المادة (1/ 1130) من القانون المدني المصري بخصوص حق الامتياز فأنة حق قانوني والتي جاء فيها بأنه " أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته".

في ذات السياق سار المشرع العراقي على نهج المشرع الفرنسي والمصري في حق الامتياز فيعد هذا الحق ضمانه قانونية لا تنقرر الا بمقتضى القانون وهذا ما تصرح به الفقرة الثانية من المادة (1361) بقولها " ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص القانون".

بناءً على ما تقدم ذكره لا يكون لحق الامتياز إلا مصدر واحد وهو نص القانون، فلا يجوز للطرفين أن ينشأ امتيازاً بإرادتهما، ولا يجوز للقاضي أن يقرر امتيازاً لدين لا يعتبره القانون ممتازاً.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء بخصوص حق الامتياز فقد أشارت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه " إن قيد الرهن العقاري القضائي هو مجرد ممارسة لحق قانوني معترف به لصاحب دين ولو كان عادياً وهو ليس بحد ذاته عملاً تصرفياً... " (2)، وفي نفس الرأي ذهب محكمة النقض المصرية بخصوص حق الامتياز في حكم لها جاء فيه "القانون وحده هو الذي

(1) نصت المادة (2412) من القانون المدني الفرنسي على انه (ينتج الرهن العقاري القضائي عن الاحكام أكانت حضورية او غيابية نهائية او مؤقتة لصالح من حصل عليها. ينتج أيضاً عن القرارات الحكيمة المقترنة بالصيغة التنفيذية كما وعن القرارات القضائية الصادرة في البلدان الأجنبية والتي تقرر المحكمة الفرنسية اعتباره نافذة.

مع مراعاة حق المدين بالتذرع بأحكام المواد 2444 وما يليها اثناء سير الدعوى او في أي وقت اخر يحق للدائن الاستفادة من رهن عقاري قضائي أن يقيد حقه على جميع العقارات المملوكة حينها من المدين شرط التقيد بأحكام المادة (2426) وبحق له مع مراعاة الشروط ذاتها أن يدون قيوداً تكميلية على عقارات دخلت في وقت لاحق في ذمة المدين المالية..)

(2) نقض مدنية، 5 شباط 1985، والمعنى ذاته نقض مدنية 4 تشرين الأول، أشار اليهما باللوز، القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة باللوز 2009 الثامنة بعد المئة بالعربية، ص2109.

يعين الحقوق الممتازة"⁽¹⁾، أما بخصوص الرهن الاتفاقي فقد أشارت محكمة النقض المصرية في حكم لها بانه "ما يتطلبه القانون المدني لنفاذ الرهن ... تدوين العقد في ورقه"، وبذكرها عقد هو اعتراف صريح بأن الرهن عقد⁽²⁾.

كما أشارت محكمة النقض المصري إلى حق الاختصاص القانوني في حكمها والذي جاء فيه " الحكم الذي يستصدر به الاختصاص واجب التنفيذ"⁽³⁾، وبخصوص حق الامتياز جاء في حكم لها "القانون وحده هو الذي يعين الحقوق الممتازة"

يبدو أنّ مصادر تخصيص الضمانات العينية تختلف عن مصادر الدين (الالتزام) الذي أنشئ الضمان بسببه، فمصادر الالتزام هي السبب القانوني المنشئ له ويرجع إلى القانون نشأة جميع الالتزامات، فلا يقوم أي التزام الا إذا أقره القانون واعترف به، حيث يعد مصدراً غير مباشراً لها فالالتزامات الناشئة عن العقد أو الإرادة المنفردة أو الكسب بدون سبب، وكذلك المسؤولية التقصيرية وأخيراً القانون كمصدر مباشر لأن القانون هو الذي جعلها تنشأ من مصادرهما وحدد أركانها وبين احكامها باعتباره مصدراً غير مباشر⁽⁴⁾.

بذلك نخلص إلى القول إنّ مصادر الضمانات العينية اما اتفاقية أو قضائية أو قانونية، وهذه المصادر هي أساس تخصيص الضمانات العينية، فلولا وجود اتفاق أو قانون يقرر حق أو قضاء يحكم بالضمان، لما كان هناك تخصيصاً لهذه الضمانات، ويعد القانون مصدراً للتخصيص.

(1) نقض مدني، طعن رقم 432، تاريخ الجلسة 1976/4/7، أشار إليه احمد محمد عبد الصادق، المرجع

القضائي في شرح احكام القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2011، ص 1679.

(2) نقض مدني – الطعن رقم 317 لسنة 32 ق- جلسة 1966/12/29، س 17، ص 3-4. ينظر في ذلك: احمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في شرح احكام القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2011، ص 1625.

(3) نقض مدني – الطعن رقم 191 لسنة 1970 س 21 ص 1125. أشار إليه: احمد محمد عبد الصادق، المرجع نفسه، ص 1652.

(4) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المكتبة القانونية، بغداد، 1974، ص 651.

المطلب الثاني

أهمية تخصيص الضمانات العينية

سبق أن بينا إنَّ التخصيص الذي نحن بصدده يتعلق بالضمانات العينية بشكل عام، ومن خلال استطلاعنا للمواد القانونية المقارنة والفقهاء المقارن، تبين لنا إنَّ تخصيص الضمانات العينية مفهوم أوسع من تخصيص التأمينات العينية، وتعد الأخيرة من أنواع الضمانات التي تدخل ضمن دائرة الضمانات العينية، وبسبب هذا التنوع في الضمانات قد يؤدي ذلك إلى الاختلاف من حيث الأهمية بالنسبة إلى الدائن والمدين كونها أداة ضمان تارة وإداة ائتمان تارة أخرى، ولبيان أهمية هذه الضمانات بالنسبة إلى الدائن والمدين والغير استناداً لنوع الضمان وهل كونه تأمينات عينية "رهن حق امتياز) سوف نقسم المطلب إلى فرعين نخصص الفرع الأول أهمية تخصيص التأمينات العينية ثم نخصص الفرع الثاني لأهمية تخصيص حق الحبس وضمانات البائع بالثمن.

الفرع الأول

أهمية تخصيص التأمينات العينية

إنَّ الضمانات المتمثلة بالرهن بنوعيه (التأميني والحيازي) وحق الامتياز، تعتبر تأمينات عينية كونها تثبت حق عيني على شيء مملوك للغير⁽¹⁾، وتخول الدائن عند استحقاق الدين التنفيذ على ذلك الشيء، وذلك ما سنوضحه في الفصل الخاص بأحكام التخصيص.

المنطق السليم يقضي بجواز توثيق الديون وخصوصاً المؤجلة لاستبعاد الخصومات، وأن أهم فائدة لتخصيص الضمانات هو بث الطمأنينة في نفوس الدائنين، فقد لا يقبل الكثير منهم اقراض الغير، أو منح اجل لديونهم إلا بتقديم ضمان.

قد ذكر الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم أهمية تخصيص الضمان المتمثل بالرهن، وذلك بذكر أهمية الكتابة وعطف هذه الأهمية على الرهان المقبوضة، وذلك في قوله "يا أيها

(1) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، المرجع السابق، ص

الذين امنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ذلكم أقسط عند الله واقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا (1) وأن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة" (2).

كتابة الشهادة والصك {أقسط} أي عدل {عند الله} لأنه سبحانه أمر به واتباع أمره أعدل من تركه {واقوم للشهادة} أي أصوب للشهادة وأبعد من الزيادة والنقصان والسهو والغلط والنسيان وقيل معناه أحفظ للشهادة مأخوذ من القيام على الشيء بمعنى الحفظ {وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا} أي أقرب إلى أن لا تشكوا في مبلغ الحق والأجل {إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً} معناه إلا أن تقع تجارة أي مداينة ومبايعة حاضرة حالة يدا بيد، اما بالنسبة لقوله تعالى ".... فرهان مقبوضة..." فإنها تقوم مقام الوثيقة بالصك والشهود (3).

يتبين من ذلك أنّ الضمانات سواء أكانت موثقة عن طريق الكتابة أم الشهود أم كانت مقبوضة فإن لها أهميتها في تحقيق العدالة بين الدائن والمدين وعدم الشك ونبذ الخلافات فيما بينهم، وقد اهتم فقهاء القانون المدني لبيان أهمية تخصيص الضمانات وبيّنوا فائدة التخصيص للمدين والدائن والغير، فالمدين الذي رهن كل أمواله دون تخصيص ضماناً للوفاء بدين للدائن يستنفذ في تصرف واحد كل ما يمكن الحصول عليه من ائتمان وتتعلط سلطته في التصرف بأمواله، لأنها على فرض تعد جميعها مرهونة ومن الصعب التصرف في الأموال المرهونة وفي هذا ضرر للمصلحة العامة لا شك فيه (4).

(1) سورة البقرة، جزء من الآية 282.

(2) سورة البقرة، جزء من الآية 283.

(3) الفضل بن الحسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن، بيروت، دار إحياء التراث العربي، الجزء الثاني، 1937هـ، ص 220-225.

فأهمية الرهان المقبوضة كونها أقسط عند الله واقوم للشهادة وأدنى أن لا ترتابوا، وقد فسر العلماء المسلمين هذه التعابير في كتب التفسير فاقسط من القسط وهو العدل، أي أكثر عدالة وابلغ في الاستقامة، واقوم: أي أقرب للشهادة، فإن أقرب الأمور إلى العدل عن الله وأعظم الأشياء إقامة للشهادة، وأكثر الأساليب تأكيداً على عدم الارتياب والشك في الوصول إلى معرفة الحق وهو الوقوف عند هذا الخط التشريعي فيما قرره الله من هذا البرنامج العملي المحدد، وذلك كله في المعاملات التي تفرض تأجيل دفع أحد العوضين إلى أجل مسمى. وقد أشار إليه محمد حسين فضل الله، موقع بينات.

[http:// Arabic. Bayynat . org / H TMLSECON DARY . ASPX? ID = 5896](http://Arabic.Bayynat.org/H TMLSECON DARY . ASPX? ID = 5896)

(4) اوبري ورو، ج3، فقرة 266. بلانيول وريبير وبيكيه، ج12، فقرة 427. بودان وفواران، ج14، فقرة 807. ريبير بولانجيه، ج2، فقرة 3694. كولان وكابيتان، ج2، فقرة 1761 وما بعدها. أشار إليهم: د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 144.

من جهة أخرى هو حماية له، فإن ذكر العقارات التي يشملها الرهن والمبلغ المضمون به وفق مبدأ التخصيص، يدفع المدين إلى التروي والتبصر فلا يرهن إلا وهو مصمم على الرهن ومقدر نتائجه⁽¹⁾.

أما بالنسبة إلى الدائن فيستطيع من خلال مبدأ التخصيص معرفة الرهن التي تثقل كل عقار من عقارات المدين ومن ثم يقدر درجة يسار المدين ولا يقوم على منحه الائتمان إلا إذا تيقن أي قيمة العقار الذي سوف يترتب عليه الرهن تكفي لسداد دينه ويزيد، كما أن مبدأ التخصيص يحقق للغير مصلحة واضحة، إذ أنه يستطيع معرفة الضمانات التي تثقل العقار الذي يرغب في شراءه فلا يفاجأ بعد ذلك بدائن أو دائنين مرتهين يتتبعوا العقار في يده.

كل هذا يؤدي في النهاية إلى خدمة الائتمان بصفة عامة، ويحقق بذلك سهولة تداول الأموال، ويحقق سهولة الحصول على الائتمان⁽²⁾.

الذي يستبعده المشرع هو الرهن العام دون تخصيص، ولا يمنع هذا المدين من رهن كل أمواله مع تخصيص كل منها. فيذكر في عقد الرهن كل عقار يرهنه بالذات، ولو أدى ذلك بالنظر إلى مجموع العقارات المرهونة إلى رهن أموال المدين كلها، ففي التخصيص حتى في هذه الصورة الأخيرة تنبيه للمدين لحقيقة التصرف المقدم عليه بخلاف ما إذا ورد الرهن العام في مجرد عبارة بمقتضاها يرهن المدين كل أمواله⁽³⁾.

إن لم يكن بالإمكان تعيين مقدار الدين وقت الرهن كما هو الحال في رهن عقار ضماناً لفتح اعتماد أو الحساب جارٍ، فإنه يجب ذكر الحد الأقصى الذي يمكن ان يصل إليه الدين الذي ينشأ عن فتح الاعتماد أو الحساب الجاري، وعندها لا يكون الرهن ضماناً إلا هذا الحد الأقصى المحدد، كما تضمن المبالغ المستحقة إلى التاريخ المحدد حتى ولو لم يصل إلى الحد الأقصى المتفق عليه استناداً للمادة 1293 من القانون العراقي والتي جاء فيها "يجوز أن يترتب الرهن التأميني ضماناً لدين مستقبل، أو دين معلق على شرط، أو دين احتمالي فيجوز ان يترتب لاعتماد

(1) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص 384.

(2) د. نبيل أبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 80.

(3) بودرى لاكنيتيزي، الجزء الثاني، فقرة 1380، بلانيول وريبير وبيكيه، الجزء الثاني عشر، فقرة 428، وبيير وبولاغيه، الجزء الثاني، فقرة 3698. نقلاً عن: د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية، هامش ص 38.

مفتوح او لفتح حساب جار، على ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الاقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين⁽¹⁾.

كما أن حق الأفضلية والتتبع لا يمكن الاستفادة منه إلا بتخصيص التأمينات العينية سواء رهن أم حق اختصاص أم حق امتياز، وعليه فالحق في التتبع غير متصور بالنسبة إلى حقوق الامتياز العامة، والتي لا ترد على مال معين بالذات يعتبر مثقلا بها، والحق في التتبع مقرر رغم عدم وجوب شهر الامتياز، وقد يفاجئ مشتر لعقار باستحقاقه مبالغ للخزانة العامة على هذا العقار لم يكن يستطيع العلم بها عن طريق الاطلاع على سجلات الشهر العقاري مما يؤدي إلى الاضرار بالمعاملات العقارية والائتمان العقاري⁽²⁾.

هنا تكمن فائدة تخصيص التأمينات العينية حتى في حقوق الامتياز ولا يقتصر على الرهن بل والحال نفسه في حق الاختصاص القضائي إذ يخضع حق الاختصاص شأنه في ذلك شأن الرهن لمبدأ التخصيص، ومؤدى ذلك ضرورة تعيين العقار بصورة كافية إضافة إلى تحديد الدين المضمون⁽³⁾.

الحال نفسه في حق الرهن القضائي الذي أخذ به الفقه والقانون الفرنسي، فالقاضي يحدد وحسب الظروف طبيعة التأمينات مع مراعاة وضع الفريقين الدائن والمدين، بحيث أن للدائن الحق في رفض التأمين الغير كافي لضمان حقه⁽⁴⁾.

أما بالنسبة إلى القوانين المدنية فقد ذهب المشرع الفرنسي إلى بيان أهمية التأمينات العينية من خلال التعريفات الخاصة بالتأمينات إذ جاء في المادة (2333) منه، أن الرهن الحيازي

(1) د . يوسف محمد عبيدات ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، الطبعة الأولى ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، عمان ، 2011 ، ص 263 .

(2) د . سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات العينية ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ، العاتك للكتاب ، 2010 ، ص 311 .

(3) د . طلبة وهبة خطاب ، النظم القانونية للتأمينات المدنية عينة وشخصية ، حقوق الامتياز ، الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، عقد الكفالة ، بدون طبع ، مكتبة الكتب العربي ، 2000 ، ص 300 .

(4) جاك مستر واخرون ، المطول في القانون المدني ، قانون التأمينات العينية العام ، المرجع السابق ، ص 27 .

للمنقول يعطي للدائن الحق في استيفاء دينه بالأفضلية، كما أنّ المادة (2336) اعتبرت الرهن غير تام ما لم يتم تعيين الدين المضمون وكمية الأموال المرهونة، كما ونوعها أو طبيعتها⁽¹⁾.

والحال نفسه في الرهن العقاري إذ نصت المادة (2393) منه على أهمية الرهن في كونه ضماناً للدائن بعد أن يتم تخصيصه وإلا لا يعد ضماناً له قبل التخصيص⁽²⁾.

كما جاء في المادة (2324) من القانون نفسه والخاص بحق الامتياز بأنه يمنح للدائن الأفضلية على الدائنين الآخرين⁽³⁾.

كذلك يلاحظ أنّ الامتيازات الخاصة تقدم على الامتيازات العامة، ذلك كون الامتيازات العامة تكون على عموم العقارات بينما الامتيازات الخاصة تكون على عقارات مخصصة أي معينة ومحددة للامتياز استناداً للمادة (2332)⁽⁴⁾.

من خلال استعراض هذه المواد يتبين أنّ المشرع الفرنسي بين أهمية الرهن بأنواعه وحقوق الامتياز بالنسبة إلى الدائن بأنه كضمانه لاستيفاء حقه من المدين، وإعطائه الأولوية في استيفاء ذلك الحق، وهذه الأولوية هي الميزة الأساسية في التأمينات العينية وهي الغاية من التأمين العيني التي ينشدها المتعاقدان وكذلك القانون والقضاء، أما حق التتبع فليس إلا مجرد وسيلة لتمكين الدائن من مباشرة حقه في التقدم والأولوية فيما إذا انتقل التأمين أي الضمان إلى الحائز⁽⁵⁾.

(1) نصت المادة (2333) من القانون المدني الفرنسي على انه (إنّ رهن المنقول هو اتفاق يعطي بمقتضاه منشئ الرهن إلى الدائن حق استيفاء دينه على أموال او مجموعة من الأموال المنقولة المادية الحاضرة او المستقبلية بالأفضلية على سائر الدائنين.

يمكن أن تكون الديون المضمونة حاضرة او مستقبلية في الحالة الأخيرة يجب أن تكون قابلة للتحديد) كما ونصت المادة (2336) على انه (يكون الرهن تاماً بوضع مخطوط يشتمل على تعيين الدين المضمون وكمية الأموال المرهونة كما نوعها او طبيعتها).

(2) نصت المادة من القانون المدني الفرنسي (2393) بان (الرهن العقاري هو حق عيني على العقارات المخصصة لضمان القيام بالتزام وهو بطبيعته غير قابل للتجزئة ويبقى بكامله على جميع العقارات المخصصة وعلى كل عقار منها وعلى كل جزء من هذه العقارات ويتبعها في اية يد تنتقل إليها).

(3) نصت المادة (2324) من القانون المدني الفرنسي على انه (إنّ الامتياز هو حق تمنحه صفة الدين للدائن بأن يكون مفضلاً على الدائنين الآخرين حتى المضمونين برهونات عقارية).

(4) نصت المادة (1/2332) من القانون المدني الفرنسي على انه (تتقدم الامتيازات الخاصة على الامتيازات العامة ما لم يكن ثمة احكام مخالفة).

(5) د . محمد طه البشير ، د . غني حسون طه ، المرجع السابق ، ص 434 .

قد بين المشرع المصري أهمية التخصيص عند تعريفه للعقد الرسمي والرهن الحيازي إذ نصت المادة (1030) منه على أنه " عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون"، يلاحظ أنّ المشرع المصري اعتبر العقار الذي تم تخصيصه هو الذي يعطي الأهمية للضمان، أي إنّ تخصيص العقار يعطي للدائن حق التقدم الذي بينه في المادة سالفة الذكر على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه، فتخصيص الضمان لدين معين هي التي تعطي الفائدة المتمثلة بالأفضلية أي التقدم على الدائنين .

الحال نفسه في الرهن الحيازي في المادة (1096) منه إذ تخول الدائن في اقتضاء حقه من ثمن الشيء المحبوس متقدماً على الدائنين العاديين والتاليين له بالمرتبة، والتي نصت على أنه "عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدين شيئاً يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

بالإضافة إلى ذلك فقد أشار المشرع المصري إلى أهمية حق الاختصاص وثبوت حق التقدم للدائن المضمون حقه استناداً للمادة (1095)⁽¹⁾.

إذا ثبت حق التقدم بتخصيص الضمان أي التأمين العيني فمن غير المعقول أن تكون هناك فائدة من التأمين ما لم يتم تخصيصه، فلا حق للتقدم بدون تخصيص.

كما أنّ المشرع المصري في تعريف حق الامتياز ذكر أهميته في المادة (1130) والتي جاء فيها "الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين ...".

فأهمية الامتياز للدائن بينها المشرع بأنها تثبت له حق الأولوية في استيفاء دينه ولكن بشرط أن يتم تعيين هذا الحق كما مذكور في المادة سالفة الذكر أي ضرورة تخصيص الحق لهذا الدين حتى يستطيع الدائن مباشرة حقه في التقدم والأولوية.

(1) نصت المادة (1095) من القانون المدني المصري على انه (يكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام وبخاصة ما يتعلق وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه، وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة).

وعلى نفس النهج سار المشرع العراقي في التأمينات العينية وذلك من خلال تعريف عقد الرهن التأميني في المادة (1285) والتي نصت على أنه "الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون"، فالمادة أكدت على حق الدائن بالتقدم والأولوية على العقار المخصص للتأمين، والحال نفسه في الرهن الحيازي استناداً للمادة (1321) (1)، كما أشار إلى أهمية التخصيص في حق الامتياز وذلك عند تعريف الامتياز في المادة (1/1361) منه والتي جاء فيها بأنه "أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين"، فالمشرع العراقي ذكر أهمية الامتياز للدائن في أولويته لاستيفاء حقه ولكن بعد تعيين الدين بقوله: "... لدين معين .." من المادة المذكورة، وأكمل ذلك في المادة (1/1363) إذ جاء فيها بأنه "... اما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو مال معين" أي بدون تعيين المنقول أو أي أموال أخرى محل الامتياز لأجل دين معين، لا تكون هناك فائدة من الضمان، فالفائدة تكمن في التخصيص نفسه.

بذلك نجد أنّ الفقه القانوني قد فصل في بيان أهمية التخصيص وهو ما لم تفصله القوانين المدنية المذكورة، وأكتفوا ببيان أهمية التخصيص بالنسبة للدائن، دون بيان فائدته بالنسبة إلى المدين والغير، ولكن من خلال دراسة النصوص القانونية نجد أنّ الأهمية ممكن أن تستنتج من خلال الاحكام الخاصة بالضمان وإن لم تصرح بها النصوص القانونية.

فكل تأمين عند تخصيصه أيّاً كان نوعه هو في جوهره أفضلية أو أولوية مقررة لدائن على دائنين آخرين، فكل تأمين يحقق لصاحبه الأولوية خروجاً على قاعدة المساواة بين الدائنين، وبهذه الأفضلية التي منحها المشرع له يستطيع الدائن المباشرة في استيفاء حقه في التقدم، وهو بصفة أصلية ثمن العقار أو المنقول المخصص بعد بيعه في المزاد العلني (2)، كما أن التخصيص وكما بينا يعد وسيلة انتمان يستفاد منها المدين، إذ يمنح المدين اجلاً للوفاء به، ويقتضي منح هذا الاجل الثقة أو التأمينات المخصصة التي تطمئن الدائن في الصول على حقه.

لذا تعد التأمينات خطوه إيجابية نحو انتعاش واستقرار العلاقات المالية بين الأفراد حيث تؤمنهم من مخاطر الائتمان التي تهددهم وما يستتبع ذلك من تقليص حجم التعامل وركود

(1) نصت المادة (1321) من القانون المدني المصري على انه (الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن او في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلاً او بعضاً مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال).

(2) د . سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 139 .

الاقتصاد القومي، ومع هذا وأمام عجز نظم التأمينات التقليدية عن تغطيته، بحث الدائنون عن ضمانات أخرى إضافية وبديلة وهذا ما سنوضحه في الفرع الثاني من المطلب نفسه بيان أهمية هذه الضمانات الأخرى.

الفرع الثاني

أهمية تخصيص الحق في الحبس وضمانات البيع الائتماني

إن أهمية تخصيص الضمانات العينية بالنسبة لحق الحبس القانوني والضمانات العينية الاتفاقية (البيع الائتماني)⁽¹⁾، يستوجب بيان هذه الأهمية التطرق إليها بشكل واضح وفق فقرتين كالآتي:

أولاً - أهمية تخصيص الحق في الحبس القانوني:

إن أهمية تخصيص الحق في الحبس القانوني اقرته المادة (278) من مجلة الاحكام العدلية والتي نصت على أنه "للبيع بالثمن الحال غير المؤجل أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن ...".

سار على ذلك الفقه القانوني في أهمية هذا الحق كضمانة للدائن في استيفاء حقه المستحق من المدين، إذ يمكن أن يواجه الدائن تقاعس المدين عن السداد من جهة ويمكن أن يتعرض لمخاطر إفساره من جهة أخرى فيجوز للدائن أن يرفض تسليم الشيء طالما لم يدفع

(1) يعرف البيع الائتماني : هو بيع عادي ينعقد صحيحاً ومن شأنه يرتب اثاره الكاملة ، الا ان احد الأطراف ياتمن الآخر على ارجاء تنفيذ التزام ما لفترة محددة . أي بالاتفاق، فقد يتفق الأطراف على ارجاء دفع الثمن او جزء منه لأجل او لأجل محددة او ارجاء تسليم المبيع لحين الحصول عليه او استكمال (تأخير التسليم)، او ارجاء نقل ملكية لحين استيفاء الثمن . ينظر : د . محمد حسين منصور ، النظرية العامة للائتمان، 2015 ، ص 35 . ومنهم عرفه بمعناه الواسع بين انه يمتد إلى كل حالة لا يتعاصر فيها تنفيذ الالتزامين الرئيسيين اللذين يرتبها عقد البيع ، وهما التزام المشتري بسداد الثمن ، والتزام البائع بتسليم المبيع ، فاذا تأخر تنفيذ أحد هذين الالتزامين عن تنفيذ الآخر كان البيع ائتمانيا بالنسبة للملتزم بالتنفيذ المعجل . فيكون البيع ائتمانيا بالنسبة للبائع إذا كان التزام المشتري بسداد الثمن مؤجلاً ، كله او بعضه ، على الرغم من تسليم المبيع.

ويكون البيع ائتمانيا بالنسبة للمشتري إذا كان التزام البائع بتسليم المبيع مؤجلاً على الرغم من قيام المشتري بسداد الثمن . ينظر د . إبراهيم دسوقي أبو الليل ، البيع بالتقسيط والبيع ائتمانيا الأخرى ، الطبعة الأولى ، مطبوعات الجامعة، جامعة الكويت ، 1984 ، ص 15-17 .

له⁽¹⁾، فالدائن في الضمانات العينية القانونية لا يطلب منه سوى اتخاذ موقفا سلبيا تجاه المدين وهو عدم التسليم للشيء حتى يستوفي حقه من المدين دون حاجة إلى إجراءات قضائية⁽²⁾.

قد نظم المشرع الضمانات التي تمنح الدائن الضمان اللازم للحصول على حقه، وفي موضوعنا المتعلق بتخصيص الضمانات العينية فإن المشرع يعتبر الحق في الحبس للضمان من أهم الوسائل لحماية حق الدائن، وقد أقرت التشريعات المقارنة هذا الحق واعتبرته تطبيقاً لفكرة الضمان الخاص وطريق من طرقه، وذلك إدراكاً منها بأن وسائل المحافظة على أموال المدين التي تعد الضمان العام لحقوق دائنيه قد لا تكفل للدائن استيفاء حقه كاملاً متى كانت أمواله لا تفلسداد ديونه.

قد نصت المادة (1612) من القانون المدني الفرنسي على أنه "لا يلزم البائع بتسليم الشيء المبيع إذا لم يدفع الشاري الثمن ...".

كما أنّ المشرع المصري هو الآخر أقر بأن حق الحبس أحد وسائل الضمان وذلك في الفصل الثالث من القانون المدني، حيث ذكر في النقطة الثانية من الفصل المذكور إنّ إحدى وسائل الضمان هو الحق في الحبس وذلك باعتباره ضماناً للدائن في استيفاء دينه من مدينه بأن يمتنع عن رد الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له وهذا ما جاء في نص المادة (2/246) من القانون المدني بأنه " ... فإنّ له أن يمتنع عن رد الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له ... "، إلا أنّ المشرع المصري بالرغم من أنه اعتبرها وسيلة ضمان لاستيفاء الدائن حقه لم يعطي للدائن حق أولوية على العين محل الحبس استناداً للمادة (1/274)⁽³⁾، ولكن تثبت هذه الأولوية عملياً وهذا ما سوف نبينه بشكل تفصيلي في الأحكام الخاصة بحق الحبس.

(1) ينظر: آلان بينابنت، القانون المدني، العقود الخاصة، المدنية والتجارية، الجزء الأول، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 2004، ص394. د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، المرجع السابق، ص 134. د. جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للائتمان، أحكام الالتزام، طبعة أولى، مكتبة الجامعة، 2006، ص358.

(2) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، مطبعة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2010، ص142.

(3) نصت المادة (1/274) من القانون المدني المصري على أنه (مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه).

على النهج ذاته سار المشرع العراقي إذ لم يعط للدائن حق امتياز وفق القانون للدائن على العين محل الحبس استناداً للمادة (1/283) من القانون المدني⁽¹⁾، إلا أنه وكما أقر نظيره المشرع المصري بأن الحق في الحبس يعتبر وسيلة ضمان للدائن وذلك في عنوان الفصل الرابع من القانون المدني العراقي، وتثبت أهمية حق الحبس كضمانة للدائن في استيفاء حقه استناداً للمادة (280) والمادة (281) من القانون المدني العراقي⁽²⁾.

من خلال الاستعراض الفقهي والقانوني يتبين أنّ الضمان العيني القانوني المتمثل بالحبس للضمان هو وسيلة ضمان للدائن وليس وسيلة انتمان كون هذه الوسيلة لم يتم الاتفاق عليها بين أطراف العلاقة وإنما وضعها القانون نتيجة تخلف أحد الأطراف عن الوفاء بالتزامه، اذن أهميته تكمن في أنه وسيلة لضمان حق الدائن في استيفاء حقه من المدين الذي تخلف عن أداء التزامه.

ثانياً - أهمية تخصيص الضمانات الاتفاقية:

لقد أصبح تداول الأموال عاملاً جوهرياً لإنعاش الحياة الاقتصادية في المجتمع لتحقيق تقدم المجتمع واشباع حاجاته، الامر الذي يستوجب العمل على تذليل الصعوبات التي تقف في وجه عملية التداول ويحتل العقد الصدارة بالنسبة إلى الأدوات القانونية الأخرى وبالخصوص عقد البيع، ولقد كان لزيادة الإنتاج واتساع الأسواق تأثيراً على العلاقات الاقتصادية ومن ثم على العلاقات التعاقدية، وأما زيادة العرض وتنوع أساليب الترويج والدعاية وبالمقابل نقص القدرة على الشراء سوف يزداد الطلب على الائتمان وازدياد حاجة الموردين في طلبه، لذلك أصبحت العلاقات التعاقدية تتسم بالائتمان الذي يعد احدى السمات الرئيسية للعصر الحديث، فقد أجاز فقهاء القانون هذا البيع لازدياد أهميته على كل من الصعيدين القانوني والاقتصادي، وذلك لتداخل العلاقات الاقتصادية وثقل حجمها النقدي، فالبيع الائتماني ينطوي بلا شك على فوائد جمه بالنسبة إلى كل من المدين والدائن، حيث يتمكن الأول من قضاء حاجاته رغم ضعف إمكانياته، ويتمكن الثاني من مضاعفة عملياته التعاقدية ونشاطه الاقتصادي، ولكن في الوقت نفسه ينطوي على

(1) نصت المادة (1/283) من القانون المدني العراقي على انه (مجرد ثبوت الحق للدائن في حبس الشيء لا يعطيه حق امتياز عليه).

(2) نصت المادة (280) من القانون المدني العراقي للبائع على انه (1- للبايع أن يحبس المبيع إلى ان يؤدي المشتري جميع الثمن الحال وللعامل ان يحبس الشيء الذي يعمل فيه إلى ان يستوفي الاجر المستحق سواء كان لعمله أثر في هذا الشيء او لم يكن وذلك كله وفقاً للأحكام التي قررها القانون. 2- وفي كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين ان يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البديل المستحق). كما نصت المادة (281) منه على انه (يجوز لمن أنفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية او نافعة او أنشأ فيه بناء او غرس فيه شجاراً ان يتمتع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً الا ان يكون الالتزام بالرد عن عمل غير مشروع).

مخاطر قد يتورط الفرد أمام إغراء الائتمان في العملية التي تفوق امكانياته وتوقعاته مما يعرضه للتقاعس عن الوفاء بالتزامه والمساس بذلك بحقوق الدائن الذي يحاول الاحتياط في هذا الشأن من خلال الحصول على أكبر عدد ممكن من الضمانات لحقوقه⁽¹⁾.

قد أطلق الفقه الفرنسي على هذه الضمانات (الملكية الضمان) والتي لا تستوجب حقا على شيء مملوك للغير وإنما تخصيص حق حصري يشكل ضمان اعتماد لصالح الدائن، وبذلك تكون جميع التأمينات العينية بين يدي الدائن وليس في وسع دائني المدين الآخرين أن تكون لهم امتيازات منافسة على المال⁽²⁾.

بذلك يعد تخصيص الضمانات الاتفاقية المتمثلة في البيع الائتماني وسيلة تضمن حق البائع وتزداد قوته كأداة ضمان ووسيلة ائتمان، كونه وسيلة فعالة في توظيف الأموال⁽³⁾.

من الضمانات العينية الاتفاقية في البيع الائتماني هي شرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الأيجاري، فكل منهما يعد أداة ضمان ووسيلة ائتمان.

قد تدخل المشرع الفرنسي ليزيد من فعالية تخصيص الضمانات العينية الاتفاقية في البيع الائتماني وذلك في المادة الأولى من قانون رقم 84 - 595 تاريخ 12/ تموز يوليو 1984 في الفصل الأول منه بخصوص عقد الإيجار العقاري التملكي، والمادة (2367) من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها " يمكن الاحتفاظ بملكية المال على سبيل الضمانة بفعل بند احتفاظ بالملكية يعلق الأثر الناقل للعقد حتى الإيفاء الكلي للالتزام وهكذا تكون الملكية المحتفظ بها والضمانة للإيفاء مقابلة للدين"، إذ عدها أداة ضمان ووسيلة ائتمان.

(1) د . محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، المرجع السابق، ص 26. جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص، طبعة أولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2006، ص 17.

(2) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، المرجع السابق، ص 43-45.

(3) ان الائتمان المتمثل في إعطاء راس مال فانه يتم في صورة اقراض أموال حقيقية او في إعطاء وسيلة لكسب هذه الأموال، فلو ان تاجرا حصل على اعتماد من أحد البنوك لتمويل شراء بضاعة، وحرر للبائع في مقابل ذلك سندات على هذا البنك. هذا البائع يستطيع إيداع هذه السندات لدى بنكه لخصمها أو خلاقه. وعلى ذلك فإن حامل هذه السندات يكون له حق في مواجهة التاجر المشتري عن طريق البنك مانح الاعتماد. من الناحية الاقتصادية، يمكن ان تترجم هذه العملية على النحو التالي: حامل السندات هو في الواقع مالك البضاعة المباعة والتي انتقلت ملكيتها إلى المشتري بمقتضى الائتمان الذي منحه له البائع بقبوله هذه السندات، على ذلك فان هذه العملية تعادل في جوهرها إقراض البائع للمشتري هذه القيمة. ينظر في ذلك كله د. نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991، ص 19-20.

الى ذلك ذهب المشرع المصري في المادة (1 /430) من القانون المدني والتي جاء فيها "إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع"، كما نصت الفقرة الرابعة من المادة نفسها على أنه "وتسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً"، نلاحظ أنّ المشرع المصري نص على نوعين من الضمانات للبيع الائتماني وهي البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الايجاري، فالملكية المتفق عليها في البيع الائتماني تعد ضماناً للدائن وهو البائع في استيفاء دينه من مدينه المشتري والتي تعد في الوقت ذاته أداة ائتمان لذلك المشتري (المدين)، فشرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الايجاري وسيلة فعالة لضمان حق البائع في البيوع الائتمانية.

قد طبقت المادة (534) من القانون المدني العراقي المادة (430) من القانون المدني المصري بخصوص الضمانات الاتفاقيه المتمثلة بشرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الايجاري وفائدتهما كوسيلة ضمان وأداة ائتمان في الوقت نفسه، حيث نصت المادة (534) من القانون المدني العراقي على انه (1- إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية إلى ان يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع. 2 – فإذا كان الثمن يدفع اقساطاً، جاز للمتبايعين ان يتفقا على ان يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم تسدد جميع الاقساط، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعاً للظروف ان تخفض التعويض المتفق عليه، وفقاً لأحكام التعويضات الاتفاقيه. 3 – واذا سددت الاقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري من وقت البيع، الا إذا وجد اتفاق على غير ذلك. 4- وتسري احكام الفقرات الثلاث السابقة حتى ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً).

عليه يتضح أنّ تخصيص الضمانات العينية الاتفاقيه في البيع الائتماني سواءً كان التخصيص وفق شرط الاحتفاظ بالملكية أم وفق البيع الايجاري، والذي سنوضحه في الفصل الثاني، له أهميته وفائدته لكل من الدائن أو المدين، فهو للمدين وسيلة ائتمان وللدائن أداة ضمان في حالة البيع بالتقسيط أو البيع المؤجل بالثمن، ويكون للبائع حق التقدم في استيفاء الثمن، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بخصوص شرط الاحتفاظ بالملكية، والتي جاء في قرارها "لا تحول امتياز بائع العقار دون حق البائع في التذرع ببند الاحتفاظ بالملكية الملحوظ في عقد البيع، حتى ولو كان هذا الامتياز قد تم شهره"⁽¹⁾.

(1) نقض تجاري، 28 أيلول سبتمبر 2004، رقم 172 – 2005، أشار إليه دالوز، المرجع السابق، ص2374.

المبحث الثاني

عناصر تخصيص الضمانات العينية

إنّ تخصيص الضمانات العينية يتطلب تعيين العين محل الضمان حتى لا يتقرر الحق على جميع أموال المدين، وتحديد الدين المضمون فلا يجوز الضمان على ما سينشأ في ذمة المدين من دين جديد للدائن، كما أنّ تعيين محل الضمان يستوجب تعيين مالك هذه العين حتى لا يدعي غيره الملكية للعين محل الضمان في المستقبل، وتعيين سبب الضمان أي الدين المضمون، يستلزم تعيين الدائن صاحب هذا الحق، كما أنّ الارتباط بين العين محل الضمان والدين المضمون، يستوجب بيان قاعدة عدم تجزئة الضمان، فعدم تجزئة الضمان هو ما يربط بين العين المعينة الضامنة والدين المحدد المضمون.

عليه سوف نقسم المبحث إلى مطلبين نخصص الأول منه لتعيين العين الضامنة وتحديد الدين المضمون، أما المطلب الثاني فسنخصصه لتعيين الدائن ومالك العين المضمونة وبيان قاعدة عدم تجزئة الضمان.

المطلب الأول

تعيين العين الضامنة وتحديد الدين المضمون

إنّ من ذاتيات التخصيص هو تعيين العين التي ينصب عليها الضمان والتي تعد الأساس الذي يبني عليه الضمان ومحلّه، إذ إنّ من خصوصياته أن يرد على شيء معين موضح توضيحاً خاصاً ونظير ذلك الشيء المعين هو دين محدد والذي يعد سبباً للضمان، ولبيان كيفية تعيين العين محل الضمان والدين المضمون وفق اختلاف أنواع الضمانات من حيث مصادرها يلزم علينا أن نقسم المطلب إلى فرعين، نخصص الأول منه لتعيين العين محل الضمان ونخصص الثاني لتحديد الدين المضمون.

الفرع الأول

تعيين العين الضامنة

إنّ تخصيص الضمانات العينية يمكن البحث فيه من خلال مبدأ تخصيص الرهن المعروف عند فقهاء القانون إذ بينوا ذلك التخصيص من حيث تعيين العين المرهونة والدين المضمون، بحيث تكون العين الضامنة مخصصة للدين المضمون في الرهن وهو معنى التخصيص الذي أضحاه سالفاً، والعين الضامنة يلزم تعيينها تعييناً نافياً للجهالة.

إذ إنّ تعيين العين المضمونة من مسلمات الفقه والقانون والذي يعد من ذاتيات التخصيص فلا تخصيص دون تعيين العين محل الضمان، كما أنه في الوقت نفسه يعد التخصيص هو الضمان نفسه، فكيف يكون هنالك ضمان دون تخصيص، وهذا ما صرح به الفقه الفرنسي بان التخصيص هو الضمان⁽¹⁾، فيجب أن يوصف الشيء وصفاً دقيقاً مانعاً للجهالة، فلا يكفي أن تُعين العقارات التي يملكها الضامن في منطقة معينة دون بيان تفاصيل العقار الضامن للدين، فقد ذهب الفقه إلى ضرورة بيان طبيعته والعنوان كاملاً والإسنادات المساحية، فيعين تعييناً تفريدياً⁽²⁾.

فمبدأ تخصيص الضمانات العينية يقتضي أولاً، تعيين العين المضمونة بالذات، فلا يجوز رهن المالك لجميع ما يملك من العقارات، أو لجميع عقاراته الموجودة في جهة ما، فبالنسبة إلى الرهن ذهب فقهاء القانون إلى ضرورة تحديد العقار من حيث طبيعته فيقال إنّ هذا العقار أرض أو منزل أو مصنع، وإن كان أرض فهل هي أرض زراعية أو بناء أو غير ذلك، ويلزم ذكر حدودها ومساحتها ومميزاتها، بحيث توصف وصفاً تاماً، حتى يتعين من بين الكثير من العقارات المتشابهة، مع ذكر ما إذا كان العقار ملكاً كاملاً أم حق رقبة أم حق انتفاع، وثانياً يجب أن يعين من حيث موقعه فتذكر الجهة التي يوجد فيها العقار مع ذكر موقع العقار من هذه الجهة، حتى يتميز ولا يلتبس مع غيره من العقارات⁽³⁾، فحق الرهن يتقرر على عقار بالذات، وليس على كل أموال المدين الحاضرة والمستقبلية، فهو رهن خاص وليس عام، وذلك للقضاء على فكرة

(1) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، المرجع السابق، ص94-95.

(2) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص، المرجع السابق، ص784.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص354. د. شمس الدين الوكيل نظرية التأمينات في القانون المدني، المرجع السابق، ص159-160.

الرهن العام، وإذا أغفلت أحد البيانات، فلا يمنع ذلك من اعتبار العقار معيناً تعييناً دقيقاً، فالفكرة في تعيين العقار هي نفي للجهالة عنه⁽¹⁾، ولا يشترط أن يكون تعيين العقار في عبارات معينة، بل يصح بأي عبارة تنفي الجهالة عن العقار وتدل على ذاتيته دلالة لا تقبل الشك، ولا يلزم من تخصيص المرهون، منع المدين من رهن كل أمواله الحاضرة فذلك جائز بشرط أن تخصص كل العقارات المرهونة فلا يكفي أن ينص في عقد الرهن على أنّ المدين يرهن كل عقاراته⁽²⁾.

أما بالنسبة إلى الرهن الحيازي فقد ذهب رأي من الفقه، إلى أنه لا علاقة لقاعدة التخصيص في الرهن الحيازي، إذ لم يرد نص في نصوص الرهن الحيازي يوجب تعيين محله كما هو الحال في الرهن التأميني، كما أنّ التخصيص من شروط العقد الشكلية⁽³⁾، أما الجانب الآخر فلا يشترط تعيين العين المرهونة تعييناً دقيقاً فيه؛ والسبب في ذلك يعود إلى أن التسليم والقبض يستلزم التعيين كون الشيء المرهون يتعين بالقبض والتسليم⁽⁴⁾، ولو تمعنا في الرأيين السابقين لراينا أنّ الراي الأول انكر التخصيص بالنسبة إلى الرهن الحيازي ووفق المبررات التي تناولها، أما الراي الثاني قد أقر بأن القبض والتسليم يوجب التعيين، ولما كان التعيين هو جزء من التخصيص واحد ذاتياته، إذن تحقق الشطر الأول منه، وذلك في تعيين محل الضمان والذي هنا يتمثل بالعين المرهونة رهناً حيازياً بالقبض والتسليم، كما أنّ هناك رأي في الفقه ذهب إلى أنّ تخلي الراهن عن حيازة الشيء المرهون وتسليمه إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يقتضي بالضرورة تعيينه مما يغني عن تخصيصه في العقد ذاته⁽⁵⁾، هذا الرأي اعترف بأن تسليم العين الضامنة يعد تعييناً لها وإنها تخصصت لأجل الدين، فلا حاجة لتعيينها وتخصيصها في العقد.

نقول في ذلك إنّ من المسلمات يعد القبض والتسليم موجباً لتعيين ويستلزم هذا وجوب التخصيص بتحقيق ذاتيات التخصيص الأخرى التي سنبينها لاحقاً، وعليه سيفيد القبض

(1) د. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 37-38. ويكون تحديد العين المرهونة حسب المعاملة، فإذا كنا بصدد رهن رسمي يكون التعيين في نفس العقد الرسمي، ولا يكتفي بالقيّد لان التحديد في القيد يفيد الغير، وإذا لم يحدد في العقد الرسمي أو حدد تحديداً غير دقيق، وجب الحاق العقد بورقة أخرى تكون هي أيضاً رسمية، يحدد فيها العقار تحديداً دقيقاً، أو يستكمل فيها ما نقص من هذا التحديد، وتعتبر هذه الورقة ملحقاً للعقد الرسمي، فيكون العقد الرسمي متمثلاً بورقتين، ورقة يذكر فيها العقد وأخرى يحدد فيها العقار المرهون، انظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 354-355.

(2) محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق ص 36.

(3) د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 199. د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 580.

(4) د. علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 388. د. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص 189.

(5) د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للانتمان، المرجع السابق، ص 390.

التخصيص والذي بدوره يؤدي إلى الإعلان عن حق الدائن المرتهن على الشيء لأن الحيابة هي أساس الاعتراف بالحقوق وشهرها في مواجهة الغير⁽¹⁾، مع ضرورة القيد في السجل أو التسجيل بالنسبة إلى العقار وإثبات التاريخ بالنسبة إلى المنقول⁽²⁾، إلا أنّ ذلك ممكن أن يكون وباتفاق الجميع في حق الحبس في الضمان القانوني بخلاف الرهن الحيازي لاختلاف الآراء الفقهية حول طبيعة عقد الرهن الحيازي وهل كونه عقداً عينياً أو رضائياً، فإذا اعتبرنا عقد الرهن الحيازي عقداً عينياً⁽³⁾، فالتسليم ركن ومن ثم لا ينعقد عقد الرهن الحيازي الا بالتسليم وعليه يكون تعيين العين محل الرهن قد تحقق بالتسليم والقبض، أما من ذهب إلى أنّ الرهن الحيازي عقداً رضائياً فالعقد ينعقد قبل التسليم⁽⁴⁾ وعليه يكون التسليم للتوثيق، واستناداً لذلك سوف يتطلب لتخصيص العين تعيينها في عقد الرهن كون التسليم قد يتوفر أثناء العقد أو بعد العقد فلا نعتمد عليه في تعيين محل الرهن الحيازي.

(1) الغير الذي نعنيه في الرهن الحيازي كالاتي:

إذا كان المرهون عقاراً يمكن القول بأنه كل من يلحقه الضرر من مباشرة الأفضلية أو التتبع، أما في المنقول فيمكن القول كل من يعتبر خلفاً خاصاً للمالك، كمشترى المنقول أو من اكتسب عليه حق رهن، بل ويعتبر من الغير، الدائن العادي للراهن باعتبار حق الدائن الراهن يكسب له حق التقدم على سائر الدائنين من ثمن بيع المنقول. انظر في ذلك شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص 479-480. فالمقصود من الغير في الرهن إذا: هو كل من تعلق له حق على الشيء المرهون فيما عدا الراهن وورثته كالمشتري والمرتهن الآخر وكذلك الدائنين العاديين. ينظر في ذلك محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص 170.

(2) د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، ص 257. ولا يلزم ان يحوز المرتهن الشيء المرهون حيازة حقيقية، إذ تكفي الحيازة الرمزية طالما كانت ظاهرة، فالمهم هو ان تنتقل الحيازة إلى المرتهن أو العدل بشكل يدل دلالة ظاهرة على ان للمرتهن حقاً عليه وانه لم يعد حراً خالصاً للراهن، انظر في ذلك محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص 149-150.

(3) د. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص 189. د. علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، 2000، ص 388. منصور حاتم محسن، رهن المنقول المادي دون حيازة: المفهوم والأثر، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة التاسعة 2017، ص 53.

(4) فالرهن الحيازي يتم قبل التسليم ويترتب عليه الحق العيني ويستطيع الدائن ان ينفذ بحقه على العين المرهونة باعتباره دائناً مرتهناً ولكن لا يتقدم ولا يتتبع المرهون لأن الرهن الحيازي لا ينفذ بحق الغير قبل التسليم. انظر في ذلك كله محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، بدون طبع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 351. وقد بين المرجع الأعلى السيد السيستاني في تعريفه للرهن بأنه (جعل وثيقة للتأمين على دين أو عين مضمونة) فلم يذكر بأن الرهن هو قبض وانما استخدم تعبير (جعل) وبالتالي لا يشترط فيها القبض، كما انه أكد في المسألة (1028) بأنه (الرهن عقد مركب من ايجاب من الراهن وقبول من المرتهن....) كما ذكر في المسألة (1031) بأنه (لا يعتبر في صحة الرهن القبض على الأظهر وان كان هو الأحوط...). ينظر في ذلك إلى مرجعه منهاج الصالحين، المعاملات، الجزء الثاني، الطبعة 16، دار المؤرخ العربي، بيروت، 2011، ص 288.

أما بالنسبة إلى حق الحبس العيني للضمان، فلا يختلف عن الرهن الحيازي إلا من حيث مصدره، وقد أطلق عليه الفقه في فرنسا بحق الاحتجاز، وأنه ينبغي أن يتعلق بأموال مادية قابلة للاحتجاز، لأن جوهر الاحتجاز هو الحيازة المادية، فلا يمكن فهم سلطة مادية للحيازة على أشياء غير مادية إلا إذا تجسدت في سند أو دعامة مادية هما أموال مادية قابلة للاحتجاز، كسند كتابي يثبت ديناً أو سنداً للحامل⁽¹⁾، ووفق هذه الحيازة المادية للشيء تتعين العين المضمونة كما بينا سابقاً، ولما كان الحق في الحبس للضمان على عين في يد الحابس أو دين في ذمته، فإن العين هي الشيء المعين بالذات، وأما الدين فهو كل مالم يتعين بذاته كالنقود، وإن حبس الدين لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين، وإن حبس العين، قد يقع في العقود الملزمة للجانبين، كما يقع في العقود الملزمة لجانب واحد⁽²⁾، ولما كان القبض والتسليم للعين المادية تعييناً لها، إذا الحبس للضمان المادي هو أحد ذاتيات التخصيص التي تتمثل بتعيين العين المضمونة تعييناً نافياً للجهالة، وهو ما نعنيه في موضوعنا والذي سنبينه في نطاق التخصيص بشكل أكثر تفصيلاً.

الحال نفسه بالنسبة لحقوق الامتياز الخاصة، والتي ترد إما على عقار أو منقول، والتي يكون محلها العقار المعين أو المنقول المعين، وتشبه حقوق الامتياز على المنقول إلى حد كبير الرهن الحيازي، وتشبه حقوق الامتياز على العقار الرهن التأميني، إلا أنّ الاختلاف في مصدرها، فبينما يقرر الامتياز بالقانون ينشأ الرهن بالاتفاق⁽³⁾، وعليه إنّ العقار والمنقول يتعين كما يتعين الرهن التأميني والحيازي وكما بينا سلفاً وعليه تخضع حقوق الامتياز الخاصة لقاعدة تخصيص الضمانات التي تستوجب تعيين محل الضمان والذي يتمثل هنا بمحل الامتياز وهو العقار والمنقول، وفي غياب التعيين بالنسبة لحقوق الامتياز فانه لا يرتب للدائن الممتاز حقاً عينياً على مال معين من أموال المدين، وعليه فان حقوق الامتياز العامة وإن كان محلها عقار فهي ترد على جميع أموال المدين من منقول أو عقار دون تخصيص⁽⁴⁾.

بالنسبة إلى القانون المقارن، فقد نصت المادة (2336) من القانون المدني الفرنسي إلى أنه "يكون الرهن تاماً بوضع مخطوط يشتمل على تعيين ... وكمية الأموال المرهونة كما

(1) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، المرجع السابق، ص68-69.

(2) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني واحكام الالتزام، المرجع السابق، ص1432-144.

(3) د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص584.

(4) همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، الكفالة- الرهن الرسمي- حق الاختصاص- الرهن الحيازي- حقوق الامتياز، بدون طبع، منشأة المعارف، الإسكندرية 2002، ص649. د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص572.

ونوعها أو طبيعتها" ، يلاحظ أنّ المادة اكدت على ضرورة تعيين العين محل الضمان من حيث الكم والنوع والطبيعة، كما نصت المادة (2074) من القانون نفسه على أنه " لا تتحقق هذه الأفضلية تجاه الشخص الثالث الا في حال وجود سند رسمي أو ذي توقيع خاص مسجل وفقاً للأصول ومتضمناً إعلان... إضافة إلى نوع وطبيعة الأموال المرهونة أو بيان ملحق بنوعيتها ووزنها ومقاييسها" ، فالمادة بينت أنّ الأفضلية لا تتحقق للدائن تجاه الشخص الثالث إلا بتعيين الأموال المرهونة ببيان نوعها وطبيعتها وعليه لا أفضلية بدون تخصيص.

كما أورد القانون الفرنسي تطبيقات معينة في حق حبس الشيء للضمان كالباع، إذ نصت المادة (1610) منه على " إذا تخلف البائع عن التسليم في الوقت المتفق عليه بين الفريقين فيمكن للمشتري حسب اختياره أن يطلب فسخ البيع أو جعل الشيء في حيازته متى كان التأخير ناجماً عن فعل البائع فقط"⁽¹⁾، كما نصت المادة (2286) من القانون نفسه على أنه " يمكن أن يتذرع من حق الحبس على شيء:

- 1- كل من تم تسليمه الشيء لحين إيفاء دينه
- 2- كل من كان دينه غير المسدد ناتجاً عن عقد يلزمه بالتسليم
- 3- كل من كان دينه غير المسدد قد نشأ بمعرض وضع يده على الشيء....."

فجعل الشيء في حيازة الدائن أو تسليمه له أو وضع اليد عليه كلها ألفاظ تدل على أنّ الشيء معين بحيازته وحبسه وتسليمه كما بينا من عبارات الفقهاء بهذا الخصوص.

أما بالنسبة إلى شرط الاحتفاظ بالملكية فقد اشترط المشرع الفرنسي الكتابة حتى تتعين العين المراد الاحتفاظ بملكيته إذ نصت المادة (2368) من القانون المدني الفرنسي إلى أنه "يجب الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية كتابة" ، وعليه يلزم كتابة كل ما صرح به الاتفاق بين الطرفين بخصوص الاحتفاظ بالملكية، ومنه تعيين العين المراد الاحتفاظ بها.

(1) في بيان كيفية التسليم : نصت المادة (1605) من القانون المدني الفرنسي إلى انه (ان التزام تسليم العقارات يعد منفذاً من قبل البائع بتسليمه المفاتيح إذا تعلق الامر بمبنى او بتسليمه سندات الملكية)، وبخصوص تسليم المنقول نصت المادة (1606) إلى انه (يتم تسليم المنقولات: اما بالتسليم الفعلي، اما بتسليمك مفاتيح المباني التي تحويها، او حتى بمجرد قبول المتعاقدين إذا كانت عملية النقل غير ممكنة عند البيع او كان المبيع موجوداً تحت سلطة المشتري لسبب اخر)، وكما إشارة المادة 1607 من القانون نفسه إلى كيفية تسليم الحقوق الغير مادية، والتي جاء فيها (يتم تسليم الحقوق الغير مادية اما بتسليم الاسناد او باستعمال تلك الحقوق من قبل الشاري بموافقة البائع).

نصت المادة (2/1035) من القانون المدني المصري بأن " يجب أن يكون العقار المرهون... معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين أما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا وقع الرهن باطلاً"، إن المادة المذكورة أشارت إلى البيانات الواجب ذكرها من حيث طبيعة العقار وموقعه وان يرد هذا التعيين في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، فإذا لم يتم التخصيص في العقد من الممكن تكملته في ورقة لاحقة تكون هي أيضاً رسمية، وقد تضمنت هذا المادة الجزاء المترتب على تخصيص الرهن وهو البطلان، ويستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك به كالدائن والراهن ويكون تعيين العقار عن طريق قيد الرهن⁽¹⁾، لا يصححه لأن الرهن لا يقيد إلا إذا كان صحيحاً، ويلاحظ أن تخصيص العقار في عقد الرهن لا يغني عن التخصيص الواجب بيانه في قائمة القيد⁽²⁾، فهذا النص يقرر بشكل واضح مبدا تخصيص الضمانات من حيث تعيين العين محل الضمان والذي يعد من ذاتيات التخصيص التي لا يتقوم التخصيص بدونه.

كما قضت المادة (1/246) من التقنين المدني المصري بخصوص حق الحبس بصورة عامة إلى أنه " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به...."، كما أشارت الفقرة الثانية من المادة نفسها إلى حق الحبس العيني والتي جاء فيها "ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه....".

فالمشرع في الفقرة الثانية أكد أنه هناك حبس عيني بذكره لعبارة "بوجه خاص لحائز الشيء ومحرزه".

(1) القيد: هو الإجراء الذي رسمه المشرع المصري لشهر الرهن الرسمي والحقوق العينية التبعية عموماً والاحتجاج بها تجاه الغير. انظر في ذلك نص المادة (1053) من القانون المدني المصري (1- لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس. 2- لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو الاتفاق، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي). انظر في ذلك كله: د. همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص204.

(2) نصت المادة (22) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري على أنه (يجب في جميع البيانات التي تذكر في قائمة القيد ان تكون مطابقة لما ورد في عقد الرهن وإلا فلا عبرة بها)

في شرط الاحتفاظ بالملكية ذهب قانون التجارة المصري الجديد في المادة (2/106) منه بمناسبة البيع بالتقسيط إلى أنه " ... لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة... "، فعلى الرغم من تعيين محل الشرط وفق الاتفاق بين الطرفين عن طريق الشرط، اشترط القانون كتابة هذا الشرط والذي يزيد من تعيين العين الضامنة قوة في مواجهة الغير وهذا لا يعني أنّ مجرد الاتفاق المتمثل بشرط الاحتفاظ بالملكية لا يعين محل هذا الشرط، إلا أنّ الكتابة زادت الشرط قوة.

الحال نفسه نجد أنّ المشرع العراقي أكد على مبدأ تخصيص الضمان من حيث تعيين العين محل ذلك الضمان، فالمادة (2/1290) نصت على أنه " ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وأن يكون معيناً "، وقد أكدت المادة على وجوب تعيين العقار المرهون. ولم تنطرق إلى البيانات التي يجب ذكرها في تعيين العقار كما لم يتضمن نص المادة على الجزاء المترتب على عدم التخصيص أو الإخلال في ذكر تلك البيانات⁽¹⁾، إلا أنّ المشرع العراقي في قانون التسجيل العقاري ذكر تلك البيانات الجوهرية استناداً للمادة (1/307)⁽²⁾.

يقابل نص المادة (246) من التقنين المدني المصري، المادة (280-282) من القانون المدني العراقي⁽³⁾، إذ قضت المادة (280) منه بأن " للبايع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال.... "، وهو نص خاص بحبس الشيء محل الرهن والذي به يتعين الرهن تعييناً منافياً للجهالة، كما نصت المادة (281) منه بأن "يجوز لمن انفق على ملك غيره وهو في يده، مصروفات... أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً... "، وهنا حالات أخرى غير البيع ادخلها المشرع لبيان أنّ مصدر الحبس العيني لا يشترط أن يكون بيعاً

(1) تقضي القواعد العامة ببطلان العقد إذا كان المحل لم يعين تعييناً نافياً للجهالة وهذا ما نصت عليه المادة (128) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها (1- يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات، او بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف.2- على انه يكفي ان يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر).

(2) نصت المادة (1/307) من قانون التسجيل العقاري العراقي (1- يدرج في سجل الرهن الاسم الكامل لكل من الدائن المرتهن والمدين الراهن وهوية كل منهما ومحل اقامته المختار في موقع العقار المرهون. كما يدون في السجل اوصاف العقار المرهون ومقدار الدين وشروط ومرتبة الرهن).

(3) ونص المادة 247 من القانون المدني السوري، ونص المادة 249 من القانون المدني الليبي، ونص المادة 318 من القانون المدني الكويتي، ونص المادة 271-272 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

وإنما البيع أحد تطبيقاته وهي حالات يتحقق فيها تعيين العقار من خلال وضع اليد عليه، فوضع اليد أو الحبس أو التسليم أو القبض، كلها تؤدي إلى تعيين العين محل الضمان، ويلاحظ من هذه النصوص أنّ القانون الذي أعطى الحق في الحبس هو الأساس في تعيينه، فمن خلال القراءة للنصوص نجد أنّ القانون المقارن اخذ بحق الحبس العيني للشيء، والذي به يتم التعيين للضمان تعييناً نافياً للجهالة والذي يعد شرطاً من التخصيص وأحد ذاتياته.

قد أكدت محكمة النقض التجارية الفرنسية إلى أهمية الحيابة وأنها سبباً للتفضيل والتي جاء في قرار لها "إنّ الامتيازات القائمة على مبدا الحيابة تتمتع بالأولوية على تلك الممنوحة للدائن الذي أدخل مالا أو قيمة في ذمة المدين المالية"⁽¹⁾، كما أكدت في قرار لها على أهمية الحيابة للعين المضمونة في التفضيل لما في الحيابة من تعيين وتحديد لمحل الضمان وكيف تحدد الأفضلية بين أكثر من حائز وفق الاسبقية بالتاريخ، إذ جاء في قرار لها بأنه "مؤجر العقار والدائن المرتهن برهن حيابة على محل تجاري، يجب أن تحدد الأفضلية بالنسبة إلى كل من صاحبي الامتياز بحسب التاريخ الذي يصبح فيه كل من الضمانات حجة على الغير"⁽²⁾، وفي قرار آخر بينت محكمة النقض التجارية بأن "يخضع رهن السندات لحاملها لقواعد رهن المنقولات المادية"⁽³⁾، وجاء في حكم آخر لها بينت فيه أنّ المقولات غير المادية لاتعد حقاً عينياً إلا إذا سجل العقد المبرم بين الأطراف سند رسمي إذ جاء فيه "إنّ الرهن الذي يتناول منقولات غير مادية لا يمنح الدائن المرتهن حقاً عينياً إلا إذا سجل العقد المبرم بين الأطراف وأبلغ إلى المدين المرهون وقبل به هذا الأخير بسند رسمي"⁽⁴⁾، فالسندات لحاملها بما أنها محمولة وفي حيابة الدائن فهي تعد معينة كتابة وحيابة، وقد صرحت محكمة النقض المصرية أنّ حيابة العين هو تخصيص لها، وذلك في قرار لها جاء فيه "ومن ثم فإن القانون التجاري يكتفي لنفاذ الرهن في حق الغير بانتقال الحيابة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو من يعينه المتعاقدان وفقاً للمادة (77) تجاري ... ويكون لقاضي الموضوع السلطة

(1) قرارها المرقم 90 بتاريخ 6 اذار /مارس 1979. أشار إليه دالوز، المرجع السابق، ص2083.

(2) قرارها المرقم 43 بتاريخ 14 شباط 1977، كذلك قرار محكمة النقض المدنية المرقم 130 بتاريخ 7 أيار 1947. أشار اليهما دالوز، المرجع السابق، ص2084

(3) قرارها بتاريخ 25 شباط 1975، أشار إليه دالوز، المرجع السابق، ص1954.

(3) قرار محكمة النقض الفرنسية رقم 20 بتاريخ 23 كانون الثاني 2001، أشار إليه دالوز، المرجع نفسه، ص1956.

(4) قرار محكمة النقض الفرنسية رقم 20 بتاريخ 23 كانون الثاني 2001، أشار إليه دالوز، المرجع نفسه، ص1956.

التامة في تقدير ما إذا كانت إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى تخصيص المال المرهون لضمان الديون التجارية القائمة فعلا في ذمة المدين وقت ترتيب الرهن...⁽¹⁾، من خلال القرار المتقدم يلاحظ أنّ المحكمة اعتبرت الحيابة تخصيصا للرهن بقولها وهي تتحدث عن الحيابة للعين المرهونة (ما إذا كانت إرادة المتعاقدين اتجهت إلى تخصيص المال المرهون لضمان الديون)، واعتبرت ذلك التعيين المتمثل بالحيابة نافذا بحق الغير.

الفرع الثاني

تحديد الدين المضمون

لا يكفي حتى يكون الضمان مخصصاً، نخصه من حيث العين الضامنة، بل يجب أن نخصه من ناحية الدين المضمون أيضاً، ذلك لأن الدين المضمون هو الأصل الذي لأجله وجد الضمان، وأن الضمان يعد تأميناً لهذا الدين، وعليه لا بد من تحديد الدين المضمون تحديداً كافياً حتى يكون الضمان مخصصاً، فلا يصح أن تكون عين الضمان ضامنه لكل الديون التي تثبت في ذمة المدين الحالية و المستقبلية، إلا أنه لا مانع من ترتيب ضمان له طالما أنّ هذا الدين الاحتمالي أو المستقبلي معين وقت العقد، فلا بد من تعيين مقدار الدين ومصدره الذي ثبت في ذمه المدين⁽²⁾، فمن حيث مصدر الدين يجب تحديده هل هو عقد أو عمل غير مشروع، أو إثراء دون سبب، أو إرادة منفردة، أو القانون، وقد يكون هذا الدين معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل أو منجز، أو يكون ديناً مستقبلاً أو احتمالياً، أما من حيث المقدار، فيجب تحديد مقداره و الفوائد المترتبة عليه ومتى يبدأ سريان الفوائد⁽³⁾، وإذا كان الدين مستقبلاً كاعتماد مفتوح في مصرف، أو دين احتمالي كفتح حساب جار، فهنا يجب تحديد الحد الأقصى الذي ينتهي إليه

(1) نقض مدني، الطعن رقم 317 لسنة 32 ق – جلسة 1966/12/29 س 17 ص 2030. ينظر: احمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في شرح احكام القانون المدني، المرجع السابق، 2010-2011، ص 1625

(2) جاك مستر واخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، المرجع السابق، ص 329.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 10، المرجع السابق، ص 369-372.

الدين، وإذا كان تعويضاً عن عمل غير مشروع لم يتحدد مقداره بعد فهنا يجب تحديد العناصر المعروفة لمقدار هذا التعويض حتى يصبح هذا المقدار معروفاً قدر الامكان⁽¹⁾.

فأهمية تعيين الدين المضمون تفوق بكثير أهميته بالنسبة للعين الضامنة، لأن الضمان إذا كان عاماً بأن يضمن المدين كل أمواله الحاضرة و المستقبلية، فأن هذا لا يؤثر كثيراً على الائتمان إذا كان الدين المضمون بهذا الضمان العام بسيطاً، بحيث لا يغطي سوى القليل من أموال المدين، ولكن إذا كان عاماً بالنسبة إلى الدين بأن ضمن المدين أمواله لضمان جميع ديونه الحاضرة والمستقبلية، فهذا الضمان يقضي على ائتمانه، لأن مقدار الدين المضمون غير معروف ويحتمل الزيادة إلى ما لانهاية، وبالتالي سيحجم أي دائن آخر عن منح ائتمانه لهذا المدين، كما أن المدين لا يجد شخصاً يتصرف إليه في ملكية أمواله لأن الدائن الجديد أو المتصرف إليه، قد يفاجأ باستغراق أموال المدين بهذا الدين الذي يحتمل الزيادة دون حد⁽²⁾. فيجب أن يكون الدين المضمون معيناً تعيناً كافياً من حيث مصدره وتاريخه ومحلّه ومقداره، فلا يصح الرهن ضماناً لكل ما ينشأ في ذمة الراهن من دين للدائن المرتهن، وإذا لم يمكن تعيين مقدار الدين وقت الرهن كما في الاعتماد المفتوح والحساب الجاري فهنا يعين الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين كما بينا ذلك، وفي هذه الحالة لا يضمن الرهن إلا في حدود النهاية القصوى. وإذا عين للحساب الجاري أو الاعتماد المفتوح ميعاد يقفل فيه، فلا يضمن الضمان إلا المبالغ المستحقة في هذا الميعاد ولو لم تصل إلى الحد الأقصى المتفق عليه، وتكون مرتبه هذا الضمان من يوم تسجيله لا من يوم تحقق الدين، وإذا اتفق الطرفان على مد الميعاد الذي يقفل فيه الحساب أو الاعتماد فإن هذا الاتفاق لا ينفذ بحق الغير، بمعنى أن الرهن لا يشمل المبالغ التي تسلمها الراهن بعد الميعاد الأصلي المتفق⁽³⁾.

فتحديد الدين المضمون من حيث قدره يرمي إلى حماية مصالح الدائنين الذين يتعاملون مع المدين بعد الضمان، فلا يكفي أن يعلم الغير أن العين مضمونة، بل يعنيه أيضاً معرفه قدر الدين المضمون، ليعرف إلى أي حد استنفذ المدين ائتمانه على العين، ومن ثم إلى أي مدى لا زالت العين صالحه لمنح ائتمان، كما أن معرفة مصدر الالتزام يكشف للدائنين أن هذا الالتزام أي

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج10، المرجع السابق، ص368-370.

(2) د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص90.

(3) محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص55.

الدين مهدد بالزوال، كأن يكون قريب الانقضاء بالتقادم، وبذلك التحديد يطمئن الدائنون إلى أن المدين لن يتلاعب بما يضر حقوقهم⁽¹⁾.

الحال نفسه بالنسبة لحق الحبس للضمان، إذ يتطلب الحق في الحبس كضمانة قانونية، أن يكون مقدراً ومدنياً وحالاً لم يتم تنفيذه، فإذا كان طبيعياً لم يجزِ الحبس من اجله، لأننا سنكون امام جبر على تنفيذ التزام طبيعي⁽²⁾.

ولما كان مصدر الدين في حق الحبس للضمان اما عقداً أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نصاً في القانون، فهو إذا كان عقداً يتم تحديده بالاتفاق في صلب العقد، وإذا كان عملاً غير مشروع، كأن تصادمت سيارتان وأصبح صاحب كل سيارة مديناً بالتعويض لصاحب السيارة الأخرى ولم تتوفر شروط المقاصة بين الدينين، جاز لمن كان الدين الذي عليه مقدراً أن يحبس هذا الدين حتى يستوفي حقه بعد أن يتم تقديره، فما لم يتم تقدير ذلك الدين، ويتم تقدير التعويض اللازم من قبل المحكمة، والذي يكون تعويضاً عادلاً⁽³⁾.

بالرجوع إلى القوانين المدنية المقارنة فالقانون الفرنسي والمصري لا يشترطان تحديد مصدر الدين إلا أنهما أوجبا تعيين مقدار الدين في عقد الرهن، إذ يستفاد بطريقة قاطعة من المادة (٢٤٢١) من القانون المدني الفرنسي جواز رهن الديون الاحتمالية والمستقبلية، فهي تستلزم تحديد مبلغ الدين المضمون، وعلى ذلك نصت على أنه "يجوز انشاء الرهن العقاري ضماناً لدين أو أكثر، حاضراً كان أم مستقبلياً، وفي حال كان هذا الدين مستقبلياً يجب أن يكون قابلاً للتحديد"، فوفق هذا النص من الممكن أن يكون الدين مستقبلياً بشرط أن يكون قابلاً للتحديد

(1) د. شمس الدين الوكيل. المرجع السابق، ص 147-149.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، آثار الالتزام، ج2، المرجع السابق ص ١٤٧٨-١٤٨٠. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني واحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ١٤٠، واما كان مصدر الدين في حق الحبس للضمان اما بالاتفاق او عمل غير مشروع او الإثراء بلا سبب او نصاً في القانون، فإذا كان عقداً يتم تحديده بالإتقان في صلب العقد

(3) فمن اقام منشآت على ارض غيره دون رضا صاحبها، فكان له ان يطلب ازاله المنشآت على نفقه من اقامها مع التعويض، فيلتزم صاحب الارض بتسليم المنشآت بعد ازالتها إلى صاحبها، ومصدر التزامه الاشرء دون سبب، ويلتزم صاحب المنشآت ان يزيلها على نفقته وان يدفع تعويضاً عن الضرر الذي احدثه لصاحب الارض، ومصدر التزامه العمل غير المشروع، فيستطيع صاحب الارض ان يحبس المنشآت بعد ازالتها، حتى يستوفي من صاحبها نفقه الازالة والتعويض المستحق، اما إذا كان من اقام البناء حسن النية، فهنا يلتزم صاحب الارض بأن ينزل لجاره الذي اقام البناء على ارضه عن ملكيه الجزء المشغول بالبناء وهذا التزام مصدره نص القانون، وذلك في نظير تعويض عادل يلتزم بدفعه صاحب البناء لصاحب الارض " انظر في ذلك، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ١٤٧٨.

وخضوعه لمبدأ التخصيص، كما نصت المادة (٢٣٣٦) من القانون نفسه إلى أنه " يكون الرهن تاماً بوضع مخطوط يشتمل على تعيين الدين المضمون..."، فالمادة لم تشير إلى تعيين مصدر ذلك الدين واكتفت بذكر تعيين الدين المضمون، كما أنّ قانون رقم (٦٥٠٠٩١) تاريخ ٩ تموز/ يوليو ١٩٩١، نص في الفقرة الرابعة من المادة الأولى منه إلى كيفية تعيين مقدار الدين والتي جاء فيها "يكون الدين معين المقدار عندما يقدر بالمال أو عندما يتضمن السند كل العناصر التي تسمح بتقدير قيمته".

بالنسبة إلى حق الحبس للضمان القانوني، فإن القانون أعطى الحق للدائن لاستيفاء حقه حبس العين محل الضمان، مقابل الدين المعين أو المقدر حسب مصدر الالتزام، وأن هذا الدين المعين أو المقدر هو سبب الضمان، إذ أشارت المادة (٢٢٨٦) من القانون المدني الفرنسي سالفه الذكر، إلى أنّ حق الحبس يثبت للدائن على شيء قبال من عليه الدين وهذا الدين كما بينا في المبحث السابق له عدة مصادر، ومن المؤكد يتم تحديده وتعيينه أو تقديره حسب المصدر الذي انشئ منه، فإذا كان عقد بيع فيفترض أن يكون محدداً ومعيناً من قبل أطراف العقد، وهو أما أن يكون مرقماً أي تحديد رقم الثمن في العقد، أو يكون قابلاً للتحديد بالاستناد إلى عناصر أو أسس محددة لتسهيل ترقيم الثمن في حينها⁽¹⁾، وهذا من متطلبات المادة (1591) والمادة (1592)، من القانون ذاته⁽²⁾، وعليه فلا يكون الضمان صحيحاً إلا إذا كان المبلغ الذي انشئ من أجله أكيداً ومحدداً في العقد، وهو نص المادة (٢١٣٢) من القانون المدني الفرنسي، والتي جاء فيها بأنه "لا يكون التأمين التعاقدى صحيحاً إلا إذا كان المبلغ الذي من أنشئ من أجله أكيداً ومحدداً في العقد...".

أما بالنسبة إلى ضمانه شرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الاجاري فإن هذه الضمانة تستند إلى عقد البيع الذي اسست عليه فبعد الاتفاق الثمن وتعيينه وفق المادة (1591) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه "إنّ ثمن البيع يجب أن يحدد ويعين"، أو تحديد الأسس التي يعين

(1) آلان بينابنت، القانون المدني، العقود الخاصة، المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص40.
(2) نصت المادة 1591 على انه (ان ثمن البيع يجب ان يحدد ويعين من قبل الطرفين)، كما نصت المادة 1592 إلى انه (يجوز اللجوء إلى تحكيم شخص ثالث لتحديد الثمن، في حال رفض هذا الشخص القيام بالتقدير او كان عاجزا عن القيام به فانه لا يكون هناك بيع على الاطلاق)، ينظر أيضا الامر الاشتراعي في 30 كانون الأول، 1958.

التمن على أساسها⁽¹⁾، يتفقون على وضع تلك الضمانة لاستيفاء الحق وهي شرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الايجاري، وهذه الضمانة توضع لخدمة الدين كتابع له⁽²⁾.

ذهب القانون المدني المصري إلى ما ذهب إليه المشرع الفرنسي وإن كان هناك اختلاف في الصياغة، إذ نصت المادة (1040) منه على "يجوز أن يترتب الرهن ضمناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي، كما يجوز أن يترتب ضمناً لاعتماد مفتوح أو فتح لحساب جار، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين"، يلاحظ أن المشرع لم يصرح بلزوم تحديد الدين المضمون، ولكن يستنتج ضمناً وبصورة قطعية، من المادة المذكورة، إنَّ الرهن الذي يترتب على دين مستقبلي أو احتمالي يتوجب تحديد الدين المضمون أو الحد الأقصى منه⁽³⁾.

كما إنَّ المشرع المصري هو الآخر لم يشير إلى تعيين مصدر الدين في عقد الرهن بنص صريح في القانون المدني، إلا أنه أورد في قانون الشهر العقاري في المادة (٣٠) منه والتي تشير إلى البيانات واجبه الذكر في قائمه القيد، إذ توجب تحديد مصدر الدين المضمون ومقداره كاملاً وميعاد استحقاقه⁽⁴⁾.

الحال نفسه بالنسبة إلى حق الحبس للضمان، إذ نصت المادة (٢٤٦) من القانون المدني المصري " لكل من التزام بإداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء

(1) انظر المادة (١٥٨٣) من القانون المدني الفرنسي والمادة (١١٢٩) منه والمادة ٥٢٦/٢ من القانون المدني العراقي.

والملاحظ ان المشرع الفرنسي اشترط الكتابة في شرط الاحتفاظ بالملكية في المادة (٢٣٦٨) والتي جاء فيها (يجب الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية كتابة).

(2) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، المرجع السابق، ص 27-30.

(3) د. طلبية وهبة خطاب، النظم القانونية للتأمينات المدنية عينية وشخصية، المرجع السابق، ص 84.

(4) نصت المادة (٣٠) من قانون الشهر العقاري المصري على انه "إذا كان الشهر المحرر بطريق (القيد) وجب ان يقرن عند تقديمه لمكتب الشهر المختص بقائمة تشتمل على البيانات الآتية:

(أولاً) اسم الدائن ولقبه وصناعته ومحل اقامته ومحله المختار في دائرة المحكمة فان لم يختار له محلا صح اعلان الاوراق إليه في قلم كتاب المحكمة.

(ثانياً) اسم المدين أو المالك الذي رتب الحق على ملكه إذا كان غير المدين ولقبه وصناعته ومحل اقامته.

(ثالثاً) تاريخ السند والجهة التي تم امامها أو صدر منها.

(رابعاً) مصدر الدين المضمون ومقداره كاملاً وميعاد استحقاقه.

(خامساً) بيان يتضمن تعيين العقار الذي رتب عليه الحق تعييناً دقيقاً.

(سادساً) في حالة رهن الحيازة العقاري بيان خاص بالتكليف وبالإيجار إلى الراهن إذا نص عليه في عقد الرهن.

بالتزام مترتب عليه بسبب التزم المدين... " ، والالتزام المترتب عليه يتعين حسب مصدره إذ قد يكون عملاً غير مشروع أو إثراء دون سبب أو نصاً في القانون كما بينا ذلك في المبحث الخاص بمصادر التخصيص، ووفق المبادئ العامة يجب تعيين وتحديد محل الالتزام أياً كان مصدره، استناداً إلى المادة (133) من القانون سالف الذكر (1).

نصت الفقرة الثانية من المادة نفسها على أنه " ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء ومحرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له... " ، فما هو مستحق أما يكون ثمناً محددًا في عقد وفق المادة (424) من القانون المدني المصري (2) أو تعويضاً مقدراً من القضاء استناداً للمادة (170) من القانون نفسه والتي نصت على " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور... " ، ويشترط فيه أن يكون حالاً لم يتم تنفيذه (3).

قابلت المادة (١٢٩٣) من القانون المدني العراقي المادة (1040) من القانون المدني المصري ، إذ تستلزم تحديد مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين، ومن المؤكد أنّ الحكم لا يقتصر على الديون الاحتمالية والمستقبلية، فإنه من باب أولى للديون التي تحقق وجودها (4).

قد أشار المشرع العراقي في المادة (1/٢٨٠) منه على أنه " للبايع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال... " ، ومن المؤكد أنّ هذا الثمن هو المحدد بالاتفاق بين

(1) نصت المادة (133) من القانون المدني المصري على انه:

1. إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب ان يكون معيناً بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلاً
2. يكفي ان يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف او من أي ظرف اخر، التزم المدين بان يسلم شيئاً من صنف متوسط.

(2) نصت المادة (424) من القانون المدني المصري على انه (إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للبيع فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف ان المتعاقدين قد نوي اعتماد السعر المتداول في التجارة او السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما).

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، المرجع السابق، ص1482-1506.
ونصت المادة(171) من القانون المدني المصري على (ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور ان يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه او ان يحكم بأداء امر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض).

(4) د. صلاح الدين الناهي الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص35.

المتعاقدين، وهو أما يكون ثمناً مقدراً، أو يكون قابلاً للتقدير⁽¹⁾، إذ لا يشترط لانعقاد البيع اتفاق المتعاقدين على الثمن وقت انعقاد العقد، بل يكفي لذلك اتفاقهما على الأسس التي يمكن تحديد الثمن بمقتضاها تحديداً نافياً للجهالة الفاحشة باعتباره ركناً في عقد البيع، والأصل أن يتم تقدير الثمن في العقد ذاته، إلا أنه من الممكن أن يتضمن العقد الأسس التي يتم تقدير الثمن على أساسها⁽²⁾، ففي جميع الالتزامات لا بد أن يكون محل الالتزام معيناً، فإذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود فإن المدين ملزم بقدر عددها استناداً للمادة (128) من القانون المدني العراقي⁽³⁾، كما أنّ (309) من قانون التسجيل العقاري العراقي نصت على أنه " يشترط أن يكون الدين المؤمن بالرهن معيناً ومقبوضاً عند الإقرار والتسجيل كما يجوز أن يكون هذا الدين معلقاً على شرط أو مستقبلاً أو احتمالياً على أن يحدد مقدار أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه"، الواضح من خلال هذا النص إنّ القانون المدني العراقي لم يفصل مبدأ تخصيص الرهن استناداً للمادة المذكورة تاركاً ذلك لإجراءات التسجيل العقاري، فإجراءات التسجيل في دائرة التسجيل العقاري هي الكفيلة في بيان مبدأ تخصيص الرهن فيجب أن يعكس صورة صادقة لحال الدين المضمون⁽⁴⁾.
والحال نفسه في شرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الايجاري اللذان يستندان إلى عقد البيع الذي تم تحديد الثمن فيه، والذي يعد الدين المحدد الذي من اجله تم وضع هذه الضمانات.

قد أكدت محكمة النقض التجارية الفرنسية على تأكيد الدين وإلا لا يجوز حبس رصيد الحساب الجاري لضمان وفاء ديون غير مؤكدة، إذ جاء في حكم لها على أنه " إذا كان رصيد الحساب الجاري لشركة خاضعة للتقويم القضائي يمكن أن يكون محلاً للحبس من قبل مصرف

(1) - نصت المادة (2/ 526) من القانون المدني العراقي على انه (ويلزم ان يكون الثمن معلوماً بان يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة).

(2) د. سعيد مبارك وآخرون، الموجز في العقود المسماة، البيع - الإيجار - المقاوله، مكتبة السنهوري، بغداد، شارع المتنبي، 2009، ص 69 - 70، كما نصت المادة (1/527) من القانون المدني العراقي على أنه يجب ان يكون الثمن مقدراً بالنقد، ويجوز ان يقتصر التقدير على بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد.

(3) نصت المادة (128) من القانون المدني العراقي على:

1. يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه او إلى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات او بنحو ذلك مما تنفي به الجهالة الفاحشة ولا يكفي بذكر الجنس عن القدر والوصف.

2. على انه يكفي ان يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه اخر.

3. فاذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل.

(4) انظر د. عبد المجيد الحكيم، دراسة في قانون التسجيل العقاري، الجزء الأول، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، بغداد 1973، ص 255.

هذه الشركة فإن حبسه لا يجوز لضمان وفاء ديون غير أكيدة يمكن أن تنتج عن قيود عكسية لاحقة" (1).

قد يكون الدين تعويضاً عن عمل غير مشروع تقدره المحكمة. إذ جاء في قرار آخر للمحكمة ذاتها " يعود لقضاء الموضوع بسلطتهم المطلقة حق تقدير مبلغ الضرر وتحديد طريقة التعويض" (2).

من كل ما تقدم فإنه يجب تعيين مقدار الدين أيّاً كان نوع الضمان ومصدره لما في ذلك من مصلحة للمدين، إذ قد يخشى الغير التعامل معه خوفاً من استغراق الدين المضمون بالرهن كل المرهون إذا لم تعرف قيمته، كما أن تعيين الدين فيه مصلحة للدائن حتى لا يكون العقد فيه نوع من التجهيل الذي يبطل العقد (3).

قد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في حالة عدم تقدير الضرر واحتسابه دين على المدين إلا أن يترك التقدير للمحكمة المختصة فيتم تحديده من قبلها، إذ جاء في قرار لها على أنه "المحكمة هي التي تقدر التعويض الذي يستحقه المتضرر على وفق ما نصت عليه المواد 207 وما بعدها من القانون المدني وليس المتضرر نفسه" (4).

المطلب الثاني

تعيين الدائن ومالك العين محل الضمان وبيان قاعدة عدم التجزئة

إنّ تعيين العين الضامنة والدين المضمون يعد الشرط الأول من قاعدة تخصيص الضمانات العينية، ولكي يكتمل تخصيص الضمان في شطره الثاني، المتمثل بتعيين الدائن والمدين بالضمان، كان ولا بد من أن نفرّد فرعاً خاصاً بهذا الموضوع، ولأهمية قاعدة عدم تجزئة الضمان باعتبارها من مستلزمات العين المضمونة والدين المضمون، فقد خصصنا لها فرعاً

(1) قرارها المرقم 11 بتاريخ 7 نيسان 1998، أشار إليه دالوز، المرجع السابق، ص1879.

(2) قرارها رقم 421 بتاريخ 23 أيار 1911، كما أكدت المحكمة ذاتها على انه (ان انتفاء وجود الضرر يدخل في التقدير المطلق لقضاة الموضوع)، قرارها المرقم 35 بتاريخ 6 أيلول 2002، أشار إليهما دالوز، المرجع السابق، ص1370.

(3) شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية العقارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، بغداد 1953، هامش رقم 2، ص659.

(4) قرارها رقم 1077 بتاريخ 17/4/2021، أشار إليه الموقع الإلكتروني:

آخر، وعليه سنقسم المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول لتعيين الدائن ومالك العين المضمونة، أما الثاني فنخصصه لقاعدة عدم تجزئة الضمان وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

تعيين الدائن ومالك العين محل الضمان

إنّ البيانات التي تثبت في عقد الضمان، سواء كان رهنا أم شرط احتفاظ بالملكية أو بيع إيجاري، هي ذاتية ذلك العقد، وإن كل عقد يجب أن تتوفر فيه أركان من رضا ومحل وسبب، وما يلزم موضوعنا هنا هو ركن التراضي بالنسبة للعاقدين، والذي يتفرع منه أمور جوهرية منها (الإيجاب والقبول وصحة التراضي وأهلية التعاقد وعيوب الإرادة)، فعند توفرها يتحقق التراضي فيما بين العاقدين، وعندها ينبغي تعيين الأشخاص أطراف عقد الضمان الذين تمتعوا بهذه الأهلية وتحقق فيهم ركن الرضا⁽¹⁾، وتحديد من هو مالك العين الضامنة، حتى يكتمل تخصيص الضمان في شطره الثاني المتمثل بتعيين أطراف العلاقة، وهما الدائن المضمون حقه، والضامن مالك العين الضامنة، إذ إنّ المالك للعين الضامنة قد يكون المدين نفسه أو كفيلا عنه، والكفالة إما بالمال وإما بالأعيان، وما يهمنا في موضوعنا هي الكفالة العينية كون الضمان عيني⁽²⁾، فمالك العين الضامنة لا يشترط أن يكون المدين نفسه، إذ قد يكفل دينه شخص آخر، وذلك بتقديم عين معينة ضمانا لدينه، فالكفيل العيني هو من يرهن عقاره ضماناً للوفاء بدين على الغير ويجب في الكفيل ما يجب في المدين بأن يكون مالكا للعين الضامنة وأهلا للتصرف⁽³⁾،

(1) يجب أن يكون الراهن أهلا للتصرف في العقار المرهون، لأن الرهن من أعمال التصرف، وعليه يجب توفر الأهلية اللازمة لذلك، أما أهلية الدائن المرتهن فأهليته ليس كأهلية الراهن، لأن الرهن نافع نفعاً محضاً، فكفي في الدائن المرتهن أن يكون مميزاً، وقد يكون الراهن كفيلاً عينياً يجمع بين الرهن والكفالة، ويشترط فيه ما يشترط في المدين الراهن، أن يكون أهلاً للتصرف بالعقار. انظر، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10، المرجع السابق، ص336.

(2) الكفالة العينية: هي أن يقدم الكفيل مالا معيناً مملوكاً له ضماناً لدين الدائن، وفي هذه الحالة لا نكون أمام كفالة عادية، وإنما كفالة عينية، يجمع فيها الكفيل بين صفة الكفيل وصفة الراهن، وتسري عليه أحكام الكفالة والرهن في نفس الوقت. انظر في ذلك، د. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص22.

(3) إنّ الكفيل العيني يختلف عن المدين الضامن، كون الأخير يضمن الوفاء بدين عليه في ذمته فتعد أعماله من أعمال التصرف تدور بين النفع والضرر، بينما الكفيل العيني لا ينتفع بالضمان الذي يقدمه للوفاء بدين في ذمة غيره، بل هو ينعف المدين بضمانه، لذلك يعد عمله من أعمال التبرع، وعليه يجب أن تتوفر في الكفيل أهلية التبرع، لا أهلية التصرف فحسب، وعليه يجب أن يكون بالغاً سن الرشد غير محجور عليه لسفه أو غفلة، كذلك لا يجوز أن يرهن وليه ولو كان أباً، أو وصيه أو القيم عليه عقاره ضماناً للوفاء بالتزام في ذمة غيره حتى لو كان بأذن المحكمة، وإذا لم يباشر الكفيل العيني الرهن الرسمي بنفسه، بل بإشـره غيره، فهنا =يكون الغير وكفيل عن الكفيل العيني، ويجب أن تكون الولاية خاصة لعمل من أعمال التبرع، د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10، المرجع السابق، ص345-346.

وعليه سواءً كان المدين أم الكفيل العيني، يجب أن يكون مالكاً للعين الضامنة وقت الضمان، وان يكون معيناً، أكدت حق الأفضلية لا يثبت لأشخاص مجهولين سواء قل العدد أم زاد، وعليه يجب تعيين من هو الضامن للمدين، أي مالك العين الضامنة، ومن هو الدائن المضمون حقه، بحيث يكونا معرفين تعريفاً كافياً حتى لا يقع لبس فيهما، فلو رجعنا إلى القواعد العامة في القانون المدني لوجدنا أن كل التزام بين طرفين سواءً كان التزاماً شخصياً أم التزاماً عينياً⁽¹⁾، لا بد أن يكون هناك طرف دائن والآخر مدين، ووجود المدين المعين عند نشوء الالتزام، يعد أمراً أساسياً لا بد منه لما له من دور رئيسي في نشوء الالتزام، وهو واجب على شخص معين، وبهذا تستبعد الواجبات العامة التي تقع على جميع الناس، كواجب احترام القانون مثلاً أو واجب احترام حقوق الآخرين وعدم الاعتداء عليها⁽²⁾، أما بالنسبة إلى الدائن فممكن تصور وجود الالتزام مع عدم تعيينه وقت نشوئه، ولكنه يلزم تحديده عند تنفيذ الالتزام⁽³⁾، والملاحظ في الرهن التأميني يتم تعيين أطراف العلاقة في العقد نفسه، وقد ذهب جانب من الفقه في مصر إلى عدم اشتراط الرسمية في الدائن المرتهن واشتراطها في الراهن فقط⁽⁴⁾، أما الجانب الآخر فذهب إلى ضرورة اشتراط الرسمية بالنسبة إلى الدائن المرتهن أيضاً، كون الرسمية تنتقل لمصلحتيهما معا⁽⁵⁾، ونذهب مع الرأي الذي تبني ضرورة اشتراط الرسمية بالنسبة للدائن ومالك العين المرهونة.

(1) الالتزامات الشخصية: هي التي يلتزم فيها المدين شخصياً أي تكون ذمته المالية جميعها ضامنة للوفاء بالتزامه، أي انه يلتزم في جميع أمواله قبل الدائن، أما الالتزامات العينية: فهي تكون عندما يلتزم المدين بصفته حائزاً لبعض الأشياء أو الأموال، وفي حدود تلك الأشياء أو الأموال فقط، انظر في ذلك، د. عبد المجيد الحكيم، وآخرون، ج1، المرجع السابق، ص13.

(2) محمد هاشم قاسم، الالتزام، الموسوعة العربية متاح على الموقع:

<http://arab-ency.com.sy/detail/143>

(3) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، 1974، ص18. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص4-6. كما في حالة تأمين اب لصالح ابناؤه الموجودين حالياً ومن سيوجد منهم في المستقبل، فالمدين هنا هو شركة التأمين، ولكن الدائن غير محدد وقت نشوء الالتزام، ولكنه سيحدد عند تنفيذ الالتزام.

(4) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص135. محمد امام، عبد الفتاح عبد الباقي، سليمان مرقس، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد (الرهن الرسمي، الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، ط2، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، ص108.

(5) د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج10، المرجع السابق، ص282. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص67. د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص133.

بالنسبة إلى الرهن الحيازي العقاري وحق الاختصاص وحقوق الامتياز الخاصة العقارية، فهي أيضا تحتاج إلى الرسمية كما في الرهن التأميني⁽¹⁾، وذلك ما سنوضحه من خلال النصوص القانونية للقوانين المقارنة.

فعقد الضمان يجب أن يحتوي على جميع البيانات الذاتية ومنها البيانات الخاصة بأطراف العلاقة، إذ يجب أن يصب العقد في صيغة معينة بحيث يحتوي على جميع بيانات الشيء المرهون والدين المضمون والطرفين المتعاقدين والهدف من الرسمية هو ضمان التعبير عن الإرادة بالنسبة إلى الطرفين⁽²⁾، وشمول العقد الرسمي على هذه البيانات يعد تخصيصاً للضمان⁽³⁾، إذ لا بد من تعيين هذه الأمور وذلك بذكر بياناتها، وذكر هذه البيانات يؤدي إلى التعيين والذي به يكتمل التخصيص بجميع جوانبه.

الحال نفسه في الضمانات القانونية كحق الحبس للضمان العيني، يبدو أنه يلزم تعيين من هو الدائن والمدين، حتى يتم لكل منهم تخصيص ماله وما عليه من حقوق، فالأثار لا تترتب إلا لأشخاص معينين، إذ قد يكون نفس الدائن يثبت له حق الضمان، وذات المدين يثبت عليه الضمان، وقد يكون كفيلاً عينياً، كما ان تخصيص اطراف العلاقة يؤدي إلى سريان حق الحبس للضمان بالنسبة إلى غير حائز العين، لبيان من هو الدائن صاحب حق الحبس ومن هو الحائز، في حالة كون هذا الغير حائزاً للعين التي خرجت من يد الحابس دون سقوط حقه في الضمان⁽⁴⁾، ولما كان أساس أو مصدر حق الحبس، هي العلاقة السابقة سواء كانت عقداً أو أي مصدر آخر من مصادر القانون، كما في العلاقة التبادلية الناتجة عن ارتباط مادي موضوعي⁽⁵⁾، فمن المؤكد أن تعيين أطراف العلاقة قد تم من خلال المصدر الناتج عنه حق الحبس وفق القواعد العامة كما بينا ذلك.

- (1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج10، المرجع نفسه، ص442.
- (2) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية، حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص، المرجع السابق، ص76-110. د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص195.
- (3) د. سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص311.
- (4) إن حق الحابس بالعين المضمونة قد يسقط إذا خرجت هذه العين من يده طوعاً، ويعد ذلك نزولاً ضمناً عن حقه في الحبس، إلا إذا خرجت العين من يده خفية أو عنوة أو بالرغم من معارضته، فإذا اغتصبها المالك أو أجنبي من يده فان حقه لا يزول بالضمان، بل له أن يسترد العين الضامنة، انظر في ذلك، قدرتي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص107.
- (5) الارتباط المادي أو الموضوعي هو الذي لا ينشأ عن علاقة تبادلية بين دينين وإنما يقوم على واقعة مادية هي الحيازة، وما تؤدي من وجوب استيفاء الحائز حقا له نشأ عن الشيء الموجود تحت يده والذي يلتزم برده إلى مدينه، فلا يحتاج إلى وجود علاقة أخرى غير الحيازة بين حابس العين ومن له حق استرداده، د. عبد المجيد الحكيم واخرون، القانون المدني واحكام الالتزام، المرجع السابق ص142-143.

وفق المبادئ العامة في القانون المدني الفرنسي فقد بينت المادة (1108) بخصوص الشروط الأساسية لصحة الاتفاقيات بأن " ثمة أربعة شروط أساسية لصحة اتفاقية: 1- رضا الطرف الذي يلتزم. 2- أهليته للتعاقد..."، فأى اتفاق دون بيان رضى الطرفين يعد باطلاً كونه من الشروط الأساسية.

المادة (2428) من القانون المدني الفرنسي، ضرورة تعيين هوية منشئ الرهن والدائن وأطلقت عليهم اسم الفرقاء، إذ أكدت على رفض الإيداع في حالة التخلف عن البيانات ومنها "...المصادقة على هوية الفرقاء..."، كما نصت المادة (2430) من القانون نفسه على أنه: "...والخلاصات المودعة في مكتب الرهون العقارية بقصد تنفيذ التأشير يجب أن تتضمن تعييننا للفرقاء وفق الفقرة الأولى من المادتين (5) و (6) من المرسوم تاريخ 4 كانون الثاني / يناير 1955..."⁽¹⁾، يلاحظ أن المادة أوجبت تعيين الدائن ومالك الرهن في الخلاصات المودعة في مكتب الرهون العقارية.

بالنظر إلى القوانين الخاصة المقارنة نجد أنها أكدت على تعيين هوية الدائن والمدين مالك العين، التي ترتب الحق عليها، وذلك في البيانات الواجب ذكرها في قائمة القيد، فقد إشارة المادة (2/1) من قانون مر رقم (1804) - 2006، تاريخ 23 كانون الأول/ديسمبر 2006 الفرنسي إلى ضرورة تعيين منشئ الرهن والدائن سواء كان شخصا طبيعيا ام معنويا من خلال عدة بيانات ينص عليها القانون⁽²⁾.

(1) انظر المادة الملغاة 2148 من القانون المدني الفرنسي، صيغة الامر الاشتراعي في 28 أيلول 1967 والتي نصت على (تسمية الدائن او المدين او المالك إذا لم يكن المدين مالك العقار المثقل)، أضيف إلى ذلك المادتين 5 و6 من مرسوم 4 كانون الثاني 1955 (...إفادة الحالة المدنية للفريقين من قبل الكاتب العدل).

(2) نصت المادة 2/1 من قانون رقم 1804-2006 من تاريخ 23 كانون الأول / ديسمبر 2006 على انه (يسلم الدائن رئيس محكمة التجارة احدى النسخ الاصلية لصك العمل القانوني المنشئ للضمانة، او نسخة طبق الأصل إذا كان العقد منظما بالطريقة الرسمية، يرفق الصك بنسختين عن قائمة قيد الرهن وتتضمن:

1. تعيين منشئ الرهن والدائن:

=إذا كان شخصا طبيعيا: اسم عائلته، اسمه الشخصي، تاريخ مكان الولادة، محل الإقامة كما وعند الاقتضاء رقم التعريف الوحيد المكمل، إذا لزم الامر، بتأشيرة التسجيل في سجل التجارة والشركات ويليه اسم المدينة حيث يوجد قلم المحكمة الذي تسجل فيه.

إذا كان شخصا اعتباريا: شكله، وتسمية الشركة وعنوان مركزها الرئيسي كما وعند الاقتضاء رقم التعريف الوحيد المكمل، إذا لزم الامر، بتأشيرة في سجل التجارة والشركات ويليه اسم المدينة حيث يوجد قلم المحكمة الذي تم تسجيلها فيه.

كما نصت المادة (30) من قانون الشهر العقاري المصري على أنه " إذا كان شهر المحرر بطريق القيد، وجب أن يقرن عند تقديمه لمكتب الشهر المختص بقائمة تشمل على البيانات الآتية:

أولاً- اسم الدائن ولقبه وصناعته ومحل اقامته ومحله المختار في دائرة المحكمة، فان لم يختر له محلا صح اعلان الأوراق إليه في قلم كتاب المحكمة.

ثانياً- اسم المدين أو المالك الذي ترتب الحق على ملكه إذا كان غير المدين، ولقبه وصناعته ومحل اقامته...."

الملاحظ من النص أعلاه أن قائمة القيد لا تقتصر على ذكر اسم الدائن فحسب بل كل المعلومات التي تميزه وتعرفه، والمدين كذلك، والحكمة من ذلك هي ضرورة حماية الائتمان، حتى يعلم الدائن ما يثقل عقارات ذلك المدين من تأمينات، والمدين هنا هو مالك العين الضامنة، سواء هو المدين نفسه أم غير المدين، بأن يكون كفيلاً عينياً يملك العين الضامنة⁽¹⁾، وذلك لمعرفة الغير من خلال السجلات الرسمية بأن هناك شخصاً آخر قد سبق له اكتساب هذا الحق، وتكمن أهمية القيد في الشهر العقاري، حماية الغير في حالة وجود منازعات على الحقوق العينية العقارية من غش أو تدليس مالك العقار، فيعلم من هو مالك العقار عن طريق الاطلاع على سجلات الشهر العقاري⁽²⁾.

أهمية تعيين الدائن والمدين، هو أن نظام الشهر يقوم على أساس شخصي وليس عيني، حيث يتم شهر التصرف على اسم من صدر منه، لذا وجب تعيين المتصرف تعييناً كافياً حتى يسهل الكشف عن التصرفات الواردة على العقار محل الضمان⁽³⁾.

قد يكون المتصرف شخصاً آخر غير المدين، والى ذلك إشارة المادة (1032) من القانون المدني المصري بأنه "يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين كما يجوز أن يكون شخصاً آخر يقدم رهناً لمصلحة المدين)، فالكفيل العيني ضمانه مقصور على العين المرهونة، ولذا يقال له كفيلاً عينياً، ولا يكون ملزماً شخصياً بالمدين، ولا يلتزم بأمواله الغير مرهونة⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج10، المرجع السابق، ص443.

(2) د محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص287.

(3) د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، المرجع السابق، ص278.

(4) د. محمد كامل مرسي باشا، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص131.

وبالنظر للمادة (69) من القانون المدني العراقي نجد أنها عرفت الحق الشخصي (الالتزام) أو (الدين)⁽¹⁾، بأنه "رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين..."، أي إنه علاقة بين شخص وشخص دائن ومدين، ويعد قيدياً يرد على إرادة المدين وحرية.

ففي كل التزام يجب أن يكون هناك مدين معين وقت نشوءه، أما الدائن فيمكن عدم تحديده وقت نشوء الالتزام كما في حالة الوعد بجائزة، ولكنه سيتحدد عند تنفيذ الالتزام⁽²⁾، ويبدو أن تحديد الدائن في الضمان امر ضروري، فمن المستغرب أن يكون هناك ضمان دون تحديد اطراف العلاقة الدائن والمدين، فالضمان التزام أساسه العلاقة السابقة، سواءً كانت عقد تعين فيه كلا الطرفين، أم غير العقد لم يتعين فيه الدائن منذ نشوء الالتزام، كما في الجعالة، إذ لم يحدد الدائن منذ نشوء الالتزام، ولكن بعد أن يقوم شخص محدد بالعمل المعين سيكون دائناً للمدين الواعد بالجعل مقابل ذلك العمل، وعند عدم قدرة الواعد على دفع العطية فوراً، فإنه سيقدم ضماناً لذلك الدائن المحدد الذي قام بالعمل المطلوب، وعليه سنكون هنا أمام دائن محدد ومدين محدد، ويعد من عناصر الضمان وذاتياته، ولما كان التخصيص هو عين الضمان والأفضلية كما بينا، إذا تعيين وتحديد الأطراف من ذاتيات التخصيص.

كما نصت المادة (1/307) من قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 العراقي إلى أنه "يُدرج في سجل الرهن الاسم الكامل لكل من الدائن المرتهن والمدين الراهن وهوية كل منهما ومحل إقامته المختار في موقع العقار المرهون..."، وعليه يجب أن يدرج في السجل الاسم الكامل لطرفي العقد واللقب ان وجد مع هوية وجنسية كل منهما ودرج اسم الوكيل أو الولي أو الوصي، إذا جرى العقد نيابة عن الراهن والمرتهن، وإذا كان الراهن شخصاً معنوياً أو أجنبياً أو عربياً، فيجب إلى جانب تلك المعلومات أن يدرج الاسم الكامل وهوية ممثله القانوني⁽³⁾.

قد جاء في قرار محكمة النقض المدنية الفرنسية يفهم منه أن هوية الدائن والمدين مثبتة في القيد وأن التغيير في شخص صاحب القيد عن طريق الحلول القانوني يقيد هو الآخر وذلك في قرار لها جاء فيه "ان الحلول القانوني الذي يستفيد منه الشخص الذي أوفى دين الدائن والذي

(1) نصت المادة 3/69 من القانون المدني العراقي على انه (يؤدي التعبير (الالتزام) ولفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي).

(2) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص4-6.

(3) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، ج3، مكتبة السنهوري، 2008، ص371.

يتضمن تغييراً في شخص صاحب القيد من دون أن يؤدي إلى زيادة المدين والذي يولي الدائن البديل حق الاستفادة من الدين الأصلي ومن جميع توابعه ومنافعه لا يكون غير قابل للاحتجاج به لعدم شهره على الهامش" (1).

كما جاء في قرار آخر لها بخصوص رقابة امين السجل وما يتوجب عليه كمسؤول عن الشطب بأن يتأكد من أهلية طالبي الترقين الذين سوف تُرقن هوياتهم في السجل، إذ جاء في حكم لها بأنه "يتوجب على امين الرهون العقارية المسؤول عن نظامية الشطب التأكد من أهلية طالبي الترقين ومن سلطتهم إضافة إلى الزامهم بتقديم جميع المستندات التي من شأنها أن توضح له هذه النقاط..." (2).

الفرع الثاني

بيان قاعدة عدم تجزئة الضمان

إن قاعدة عدم تجزئة الضمان تنطوي تحتها جميع الضمانات العينية موضوع البحث (3)، أهمية هذه القاعدة عُني بها فقهاء القانون المدني، إذ صرحوا بها وأوردوا لها عدة تعريفات ذات المضمون الواحد تقريبا، وقد أكد الفقه الفرنسي إلى أن التأمينات غير قابلة للانقسام، أي لا انقسامية لحق الرهن أو الامتياز وهو من طبيعة هذه الضمانات، إذ يبقى الضمان العيني غير قابل للانقسام، فلا يؤدي الدفع الجزئي للمدين المضمون، إلى سقوط جزء من هذا الضمان، فيبقى التأمين بكامله لضمان رصيد الدين (4).

فالحق في الحبس يبقى قائما حتى لو نفذ المدين الدين تنفيذا جزئيا أو تنفيذا معيبا فطالما لم يكن التنفيذ كاملاً سليماً جاز حبس العين ولكن يجب أن يكون العيب في التنفيذ عيباً جدياً وأن

(1) قراره المرقم 246 بتاريخ 20 كانون الأول 1989. كذلك قرارها رقم 269 بتاريخ 19 كانون الأول

1990، أشار اليهما داللو، المرجع السابق، 2120.

(2) قرارها المرقم 593 بتاريخ 16 تموز 1975، أشار إليه داللو، المرجع السابق، ص 2125.

(3) هناك كثير من المفاهيم تدرج تحت عدم التجزئة، فبالإضافة إلى عدم تجزئة الرهن هناك حالات أخرى، كما في عدم تفرق الصفقة، وعدم قابلية الالتزام للانقسام، وعدم تجزئة الوفاء، وعدم تجزئة حق الحبس للضمان، ينظر د. عادل شمران، قاعدة عدم تجزئة الرهن، دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2013، ص 65.

(4) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص، المرجع السابق، ص 688.

يكون الجزء الباقي بغير تنفيذ جزءا غير تافه وإلا لا يجوز الحبس والقضاء رقيب على هذا الحق⁽¹⁾.

وجاء في تعريفات فقهاء القانون لقاعدة عدم تجزئة الرهن وذات المعنى الواحد مع الاختلاف في التعبير بأنه "كل جزء من الدين مضمون بكل الرهن، وكل جزء من الرهن ضامن لكل الدين"⁽²⁾.

كما عرفها آخر "ان الرهن لا يتجزأ من حيث العقار المرهون، ولا من حيث الدين المضمون، فكل العقار المرهون وكل جزء منه يضمن كل الدين المضمون وكل جزء منه"⁽³⁾.

ومنهم من عرفها بأنها "عدم انفكاك الرهن عن المرهون وحق المرتهن بحبسه لحين استيفاء تمام الدين أو إبراء المدين منه"⁽⁴⁾، وتطبيقا لذلك لو باع الراهن جزءا من العقار المرهون أو أحد العقارات المرهونة إذا كانت أكثر من واحدة فإن للدائن أن يرجع بكل الدين على ما بيع من المرهون، كما أن أي جزء من الدين مضمون بكل العقار المرهون، فإذا وقى المدين جزءا من الدين فإن العقار كله أو جميع العقارات إذا كانت أكثر من واحد تكون ضامنة للجزء الباقي من الدين⁽⁵⁾.

إن عدم قابلية الرهن للتجزئة تعد قاعدة عامة قابلة للاستثناء، إذ قد يقضي الاتفاق أو القانون على تجزئة الرهن، ففي عقد الرهن قد يتفق المتعاقدان على تجزئة الرهن فيخصص جزء من الدين المضمون لجزء من العقار أو العقارات المرهونة، فيكون هذا الجزء من العقار المرهون في قبال هذا الجزء من الدين، فيكون قابلاً للتجزئة حسب الاتفاق ويصح هذا الاتفاق ولو تم قبل استيفاء الدائن المرتهن لشيء من حقه، باعتبار أن الرهن ضمان خاص قرر لمصلحته، وله التنازل عنه كله أو بعضه، إلا أنه يستطيع أن يكتفي بالضمان العام المقرر له تجاه مدينه، فلما كان له أن يبرأ مدينه لأنه حق له وليس عليه، فمن باب أولى أن يتنازل عن

(1) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، نظرية الحق في الحبس ودعوى الاعسار المدني كوسيلة من وسائل الضمان للدائنين في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية 2005، ص39.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج10، ص581. د. فايز احمد عبد الرحمن، التأمينات العينية والشخصية، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2007، ص115.

(3) د. غني حسون، محمد طه البشير، الحقوق العينية، المرجع السابق، ص353.

(4) د. عادل شمran، المرجع السابق، ص54.

(5) د. سليمان مرقس، التأمينات العينية، المصدر السابق، ص10.

الضمان للوفاء بهذا الدين⁽¹⁾، كما قد ينص القانون على جواز تجزئة الرهن استثناء كما في تطهير العقار المرهون، فإذا استقرت ملكية الحائز للمرهون ودفع المبلغ الذي قوم به العقار لوفاء الدين المضمون والذي لا يكفي لسداد ذلك الدين، كذلك إذا كان المبلغ الذي يرسو عليه المزداد غير كافي للوفاء بهذا الدين ومع ذلك يطهر العقار من الرهن، ولكنه يصبح قابلاً للتجزئة⁽²⁾ بنص القانون⁽³⁾.

والحال نفسه في حقوق الامتياز الخاصة، فالامتياز لا يتجزأ، فإذا بيعت في صفقة واحدة وبثمن اجمالي واحد عدة منقولات، كانت هذه المنقولات جميعها وكل واحد منها ضامنة لكل الثمن، كون البيع واحد والامتياز لا يتجزأ⁽⁴⁾.

قد ذكر الفقهاء هذه القاعدة في الضمانات الأخرى غير الرهن، إلا أن العرف الفقهي جرى على ذكرها في الرهن دون الضمانات الأخرى، ففي الضمان المتمثل بحق الاحتجاز الفرنسي والذي يقابله حق الحبس للضمان، بانه حق غير قابل للانقسام، أي ان كامل الدين بكل قسم من الشيء المحتجز، وكل جزء من الدين بالشيء كله⁽⁵⁾، فانه يبقى قائماً حتى لو نفذ المدين تنفيذا جزئياً أو تنفيذا معيباً، فمالم يكون التنفيذ كاملاً سليماً، جاز حبس العين، بشرط أن يكون العيب جدياً، وأن يكون الجزء الباقي بغير تنفيذ جزءاً منه غير تافه، وإلا لم يجز الحبس⁽⁶⁾، فحق الحبس لا يقبل التجزئة، وللحائز أن يحبس كل شيء في يده حتى يستوفي حقه كاملاً من أصل

(1) د. همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 305-306.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 10، المرجع السابق، ص 374.

(3) انظر المادة (1064) من القانون المدني المصري على انه (1- يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من آل رهن تم قيده تسجيل هذا السند. 2- وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى هذا الحائز، ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع). ونصت المادة (1070) من القانون نفسه على انه (إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد بالأوضاع المقررة استقرت ملكية العقار نهائياً للحائز خالصة من آل حق مقيد، إذا هو دفع المبلغ الذي قوم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه، أو إذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة). كذلك نصت المادة (1332) من القانون المدني العراقي على أنه: (... لكن اذا كان المرهون شئيين وعين لكل منهما مقدار من الدين وادى الراهن مقدراً ما عليه لأحدهما كان له ان يأخذه)

(4) د. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص 249.

(5) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، المرجع السابق، ص 177.

(6) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج، المرجع السابق، ص 1482.

وفوائد ومصروفات، ولا يترتب على قبوله الجزئي سقوط حقه في حبس الشيء كله، ولا يلزم بتسليم جزء من الشيء المحبوس كمقابل للجزء الذي استوفاه⁽¹⁾.

في شرط الاحتفاظ بالملكية يتفق البائع مع المشتري على أن يكون نقل الملكية للمشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع والحال نفسه في شرط الاحتفاظ بالملكية، فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري، إلا بسداد كامل الثمن، إذ تتحدد لحظة انتقال الملكية بتمام السداد⁽²⁾.

أما بالنسبة إلى موقف القوانين المقارنة بخصوص عدم تجزئة الضمان فقد فصل المشرع الفرنسي في عدة مواد عن هذه القاعدة، إذ نصت المادة (2082) من القانون المدني الفرنسي إلى أنه "لا يجوز للمدين مالم يحصل عبث بالشيء المرهون من قبل حائزه، أن يطلب استرداده، إلا بعد دفع كامل الدين الذي أعطى المرهون لضمانه..."، ونصت المادة (2114) من القانون نفسه على أنه "الرهن لا يتجزأ ولا يتبعض بدفع بعض الدين المترتب على العقار المرهون فالعقار كله وكل جزء من اجزائه ضامناً لأخر جزء يبقى من الدين"، وأكدت ذلك المادة (2083) على أنه "يكون المال المنقول موضوع الرهن غير قابل للتجزئة..."، وكذلك المادة (2087) التي جاء فيها (لا يمكن للمدين قبل تسديد الدين بكامله أن يطالب بحق التمتع بالعقار الذي رهنه)، فالمشرع الفرنسي من خلال هذه النصوص حدد نطاق هذه القاعدة بان الرهن غير قابل للتجزئة بالنسبة إلى الدين المضمون والعين المرهونة، إلا أنه لم يورد تعريفاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن واكتفى ببيان نطاق هذه القاعدة وهو الرهن الغير قابل للتجزئة بالنسبة للدين المضمون والعقار المرهون إذا قام المدين بالوفاء الجزئي.

في حق الحبس للضمان نصت المادة (1948) من القانون نفسه بأنه "يستطيع الوديع حبس الوديعة حتى تاريخ الوفاء الكامل لما يتوجب له بسبب الإيداع"، فالوديعة أحد تطبيقات حق

(1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني واحكام الالتزام، المرجع السابق، ص139. إن حق الحبس للضمان لا يتعلق بالنظام العام بحيث يتصور تجزئته بالاتفاق أو عرف أو قد تقتضي طبيعة العقد قاعدة عدم تجزئة الحق في الحبس للضمان، كما لو اتفق الطرفان بان يسبق تنفيذ التزام أحد الطرفين تنفيذ الالتزام المتقابل. ينظر في ذلك د. عبد الباقي البكري شرح القانون المدني احكام الالتزام، تنفيذ الالتزام، دراسة مقارنة، ج3، مطبعة الزهراء، بغداد، 1971، ص248. والحال نفسه في قاعدة عدم تجزئة الرهن، إذ قد يتفق الدائن والراهن على التجزئة.

(2) د. محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دور الشرط في عقد البيع- آثار الشرط فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير والدائنين- الشرط كأداة ضمان ووسيلة ائتمان- الطبيعة القانونية للشرط- احكام الشرط في ظل قانون التجارة الجديد، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص24، ص139.

الحبس عندما ينفق المودع عنده مصاريف الحفظ فيكون العقد ملزم للجانبين وقد بين المشرع من خلالها ان هذا الحق غير قابل للانقسام، ويعد ذلك طابع مشترك مع التأمينات العينية⁽¹⁾.

في شرط الاحتفاظ بالملكية ذهب المشرع الفرنسي إلى إمكان البائع بالاحتفاظ بملكية العين محل الضمان حتى يستوفي كامل الثمن استناداً للمادة (2367) والتي نصت على أنه "يمكن الاحتفاظ بملكية المال على سبيل الضمانة ... حتى الإيفاء الكلي للالتزام..."، كما أن المادة (2371) منه أكدت على الإيفاء الكامل للدين عند استحقاقه حتى يستطيع الدائن المطالبة بإعادة المال⁽²⁾.

بنفس الاتجاه سار المشرع المصري في تحديد نطاق قاعدة عدم تجزئة الضمان، إذ نصت المادة (1041) من القانون المدني إلى أنه " كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك"، يلاحظ من خلال هذا النص ان المشرع المصري هو الآخر لم يورد تعريفاً لقاعدة عدم تجزئة الضمان، أما في حق الحبس فلا يوجد هناك نصاً يشير إلى هذه القاعدة إلا أنه بالرجوع إلى المادة (1/2046) من القانون المدني التي جاء فيها "الكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به... أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا...".

كما أن المادة (1/430) القانون المدني المصري أكدت على جواز احتفاظ البائع بملكية العين محل الضمان ما لم يتم استيفاء الثمن كله إذ جاء فيها "...جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله..."، أي إنه للبائع الحق في عدم نقل الملكية إذا تم تسديد جزءاً من الثمن.

أما بالنسبة إلى القانون المدني العراقي فقد أشار إلى قاعدة عدم تجزئة الرهن في المادة (1294) منه " كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها"، فالدائن يستطيع الرجوع على الراهن بكل الدين حتى وإن تم بيع جزء من المرهون، كما إن أي جزء من الدين يكون مضموناً بكل المرهون فإذا وفى الراهن الجزء الأكبر من الدين بقيت مع ذلك كل العقارات المرهونة ضامنة لما بقي منه.

(1) بالرغم من الجدل في ذلك الموضوع إلا أنه يمكن استخلاص أنّ الحق في الاحتجاز هو حق عيني فعلياً، انظر في ذلك: جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، ص 71.
(2) نصت المادة (2371) من القانون المدني الفرنسي (في حال التخلف عن الإيفاء الكامل للدين عند استحقاقه يمكن للدائن المطالبة بإعادة المال لاسترداد حق التصرف به..).

الحال نفسه في حق الحبس للضمان فمن خلال قراءة النصوص الخاصة بحق الحبس للضمان نجد انها تؤكد على أن للحابس الحق في حبس الشيء إلى أن يستوفي جميع الثمن المتفق عليه أو الثمن المستحق الذي اتفق عليه الطرفان، إذ نصت المادة (1/280) من القانون المدني العراقي إلى أنه " للبايع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال، وللعاقل أن يحبس الشيء الذي يعمل فيه إلى أن يستوفي الاجر المستحق..."، وكذلك الفقرة الثانية من المادة نفسها التي جاء فيها "...لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البديل المستحق"، فالبديل المستحق هو كل ما متفق عليه دون تجزئة وهذا ما فهمناه من ظاهر النص التشريعي.

وفي شرط الاحتفاظ بالملكية فلم يورد المشرع العراقي نصاً يذكر فيه قاعدة عدم تجزئة الضمان كما هو الحال في حق الحبس إذ لا يوجد نصاً صريحاً لهذه القاعدة على الرغم من أن حق الحبس وشرط الاحتفاظ بالملكية يدخلان في دائرة الضمانات العينية، وهذا ما سوف نبينه في الفصل الخاص بنطاق تخصيص الضمانات العينية.

أما ما يتعلق بموقف القضاء من قاعدة عدم تجزئة الضمان، فإن أحكامه تكرر لما جاء في النصوص القانونية، إذ جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية بانه " لما كان الرهن العقاري غير قابل للتجزئة فان تجزئة العقار نتيجة القسمة لا يؤدي إلى تجزئة الرهن"⁽¹⁾، وجاء في حكم آخر لها بخصوص حق الاحتجاز بأنه " ...يبقى الحق في الاحتجاز قائماً حتى الدفع الكامل، وفي حالة تقسيم الشيء نفسه يمكن احتجاز كل جزء من الشيء حتى الدفع التام"⁽²⁾، وفي حكم آخر لها ذهبت أنه " يمنح حق الحبس صاحبه الحق في ان يرفض رد الشيء المحبوس بصورة مشروعة حتى الوفاء بكامل دينه..."⁽³⁾، وعليه فمحكمة النقض أكدت على مبدأ عدم تجزئة الضمان المتمثل بحق الحبس، كما أنه في حكم آخر لها بخصوص البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية جاء فيه "يحق للبايع مع بند الاحتفاظ بالملكية والذي لم يدفع له الثمن بالكامل،

(1) نقض مدنية قرارها المرقم 63 بتاريخ 6 آذار 1996، وكذلك قرارها رقم 63 تاريخ 1997. أشار إليه دالوز، المرجع السابق، ص 2104.

(2) اجتهاد مستقر منذ حكم الغرفة المدنية في محكمة النقض، 9 كانون الأول 1840، م س، 841، 1، 23. انظر على سبيل المثال م ح ا باريس، 20 كانون الأول 1938، د، تجاري، 1942، 168 – 30 آذار 1954، د، 1945، ص 483. أشار إليه جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 71.

(3) قرار محكمة النقض التجارية، رقم 232 بتاريخ 25 تشرين الثاني 1997، أشار إليه دالوز، المرجع السابق، ص 1880.

...الاحتجاج بحقه في الملكية تجاه الضامن..."، فاعتبرت الدفع الجزئي للثمن لم يفقد البائع ملكية العين محل الضمان بل له الاحتفاظ بالملكية ما دام الدفع جزئياً.

يلاحظ أن القضاء الفرنسي اخذ بقاعدة عدم تجزئة الضمان، سواء في الرهن أم حق الحبس أم شرط الاحتفاظ بالملكية.

قد ذهبت محكمة النقض المصرية بنفس الاتجاه الذي ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية، وصرحت بقاعدة عدم التجزئة، إذ جاء في حكم لها بأنه "...ان الرهن الرسمي على العقار حق غير قابل للتجزئة، سواء بالنسبة إلى العقار المرهون أم بالنسبة إلى الدين المضمون، فإذا انقضى جزء من هذا الدين بقي العقار المرهون ضامناً لما بقي من الدين..."⁽¹⁾، وقد بينت محكمة النقض المصرية نطاق قاعدة عدم تجزئة الرهن المتمثل في العقار المرهون والدين المضمون.

في أحد القرارات لمحكمة التمييز في العراق جاء فيه "إذا وفى الراهن جزء من الدين الموثق بالرهن ولم يوفى الجزء الباقي فلا يؤثر وفاؤه هذا على حق المرتهن بطلب بيع المرهون بسبب عدم وفاء الباقي من الدين"⁽²⁾.

من خلال هذا البحث الفقهي والقانوني لقاعدة عدم تجزئة الضمان نجد أن فقهاء القانون المدني قد عرفوا قاعدة عدم تجزئة الرهن وبيّنوا نطاقها، أما بالنسبة إلى القوانين المقارنة سألقة الذكر فلم تتطرق إلى تعريف هذه القاعدة مع التسليم بأنه ليس من مهمة القانون وضع تعريف لبعض المصطلحات احتمال أن تكون هناك حالات مستجدة ممكن أن تدخل في نطاق المعرف، إلا ان الملاحظ ان هناك ضمانات أخرى لم يصرح المشرع على شمولها بقاعدة عدم تجزئة الضمان، فنأمل من المشرع العراقي أن تكون هناك نصوص تشير إلى قاعدة عدم تجزئة هذه الضمانات حماية لكل من الدائن والمدين.

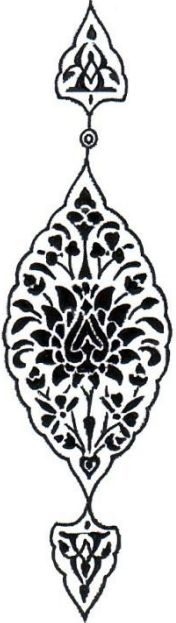
(1) نقض مدني - الطعن رقم 6272 لسنة 60 ق - جلسة 30 / 10 / 1994 س45 ص1292، أشار إليه احمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص1631.

(2) انظر قرارها رقم 1929، م2 عقار، 75 بتاريخ 14 / 6 / 1975، أشار إليه، القاضي إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، بلا سنة طبع، مطبعة العمال المركزية، بغداد، ص372.

الفصل الثاني:

نطاق تخصيص

الضمانات العينية



الفصل الثاني

نطاق تخصيص الضمانات العينية

تمهيد وتقسيم:

إن تخصيص الضمانات العينية، يتطلب منا معرفة الضمانات المشمولة بهذا التخصيص، والتي تتمثل بالضمانات العينية دون غيرها، وذلك لتمييزها عن باقي الضمانات غير العينية والتي لا يختص بها موضوعنا، فالضمانات المشمولة في موضوعنا، هي ضمانات عينية يتم تحديدها وتعيينها لتخصيصها من مجموع أموال المدين من منقولات وعقارات، ليتمتع الدائن بحق الافضلية عليها من خلال هذا التخصيص، فمالم تكن عينية لا يشملها التخصيص، وعليه كل ضمان يتم تخصيصه يُعد ضماناً عينياً.

هذه الضمانات تارة تكون على ملك الغير كما هو الحال في التأمينات العينية المعروفة في الوسط الفقهي والقانوني وهي الرهن وحق الامتياز وكذلك حق الاختصاص في التشريع المصري، وتارة تكون على ملك الشخص نفسه قبل أن ينقل ملكيته للغير كما في ضمانات البيع الائتماني كشرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الإيجاري، وقد تكون على الملكية بعد انتقالها للغير ولكن قبل التسليم ، كما في حق الحبس ، وتختلف هذه الضمانات من حيث مصدرها فتارة تنشأ عن اتفاق الدائن والمدين مالك الضمان وتارة يقرها القانون، كما أنه هناك من الضمانات ما تكون للقضاء دور في انشاءها ، وللوصول إلى جزئيات هذه الضمانات المشمولة بنطاق بحثنا للتخصيص ارتئينا أن نقسم الفصل إلى مبحثين، نخصص المبحث الأول للضمانات الاتفاقية ثم نخصص المبحث الثاني للضمانات القانونية والقضائية .

المبحث الأول

الضمانات العينية الاتفاقية

إن تخصيص الضمانات العينية الاتفاقية يشمل عقارات ومنقولات المدين القابلة للتخصيص، فهناك ضمانات اتفاقية تختص بالعقار دون المنقول، وهناك ضمانات تشمل كلاهما عقارا أو منقولا ورغم تعدد المحل إلا أنّ المصدر واحد هو إرادة الأطراف، فأطراف العلاقة وهما الدائن المضمون حقه والمدين مالك الضمان يحددان نوع الضمان بالاتفاق، كما أن مصدر الدين الذي من أجله تم الاتفاق على الضمان قد يختلف مصدره على الرغم من أن الضمان العيني اتفاقي كما في الرهن وتارة قد يكون مصدر الدين واحد كعقد البيع مثلا كما في ضمانات البيع الائتماني وعليه سنقسم المبحث على مطلبين نخصص المطلب الأول لحق الرهن الاتفاقي ثم نخصص المطلب الثاني لضمانات البيع الائتماني .

المطلب الأول

حق الرهن الاتفاقي

إن حق الرهن الاتفاقي يعد أحد الادوات التي منحها القانون للدائن لاستيفاء حقه بالأولوية من المقابل ليفلت من مخاطر قاعدة المساواة، ويتحقق هذا عن طريق التعاقد بين الطرفين، كما أن الرهن تارة يقوم على أساس الحيازة كما في الرهن الحيازي وتارة لا يقوم على الحيازة كما في الرهن التأميني.

للإحاطة بهذين النوعين عن الرهن ارتئينا تقسيم المطلب إلى فرعين نخصص الأول للرهن التأميني ونخصص الفرع الثاني للرهن الحيازي.

الفرع الأول

الرهن التأميني

قديمًا كان المدين إذا أراد تقديم تأمين عيني لدائن اضطر إلى نقل ملكية العين إليه على أن يعيد الدائن إليه الملكية بعد الوفاء بالدين، ولتلافي مخاطر عدم الوفاء من قبل المدين، نشأت فكرة البيع الوفاي⁽¹⁾، وفي خطوة تالية أمكن أن يرد على المال بجانب حق الملكية حقوقا عينية أخرى، وأصبح يجوز للمدين أن يقرر للدائن حق رهن على مال من أمواله دون أن يفقد ملكية هذا المال وبالاتفاق مع الدائن الذي يرغب الحصول على تأمين يضمن له استيفاء حقه عند عجز المدين عن الوفاء.

مع ذلك فإن تقرير حق رهن على مال من الأموال، ذكره سبحانه وتعالى في قوله "وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ..."، فعند عدم التوثيق بالإشهاد قال تعالى "وان كنتم" أي أيها المتدائنون المتبايعون "على سفر" أي مسافرين " ولم تجدوا كاتبًا" للصك ولا شهودا تشهدونهم " فرهان مقبوضة"، فالرهن التأميني الذي نحن بصددده هو الوثيقة، فالوثيقة تعتبر رهنًا⁽²⁾، وهي وثيقة بالصك والشهود والتي تقوم مقام الرهن التأميني المعروف في الفقه والقانون الوضعي، إذ أمكن للمدين تقرير حق عيني على ماله دون أن يتخلى عن حيازته، ولم يكن ممكناً إلا في العقار دون المنقول، ذلك لأنه إذا كان إعلان الغير بالتأمين العيني الذي تتحمل به العين ميسورًا في حالة العقارات بقيد ما يتحمل به العقار من حقوق عينية تبعية في سجلات تخصصها الدولة لذلك، فإنه من العسير إعلان الغير بذات الطريقة بما يتقل المنقول من حقوق عينية تبعية⁽³⁾.

هذا التأمين العيني الذي نحن بصددده هو الرهن الاتفاقي العقاري التأميني الرسمي، والذي يعد صميم التأمينات العينية العقارية وأداة ضرورية لصيانة التراث العقاري حسب تعبير

(1) البيع الوفاي: هو البيع الذي بمقتضاه تنتقل الملكية إلى الدائن على أن تعود إلى المدين بقوة القانون إذا ما قام بالوفاء في الأجل المحدد، ينظر في ذلك: د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 256.

(2) أشار إليه السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري، المرجع السابق، ص 83.

(3) د. همام محمد محمود زهران، المرجع نفسه، ص 256.

أحد الفقهاء الفرنسيين⁽¹⁾، وأنه أحد العقدان الكبيران "الرهن العقاري ورهن حيازة المنقول" المولدان للتأمينات العينية ، كما أنه يعد وسيلة لتوسيع حقل الحق في ضمانات الاعتماد⁽²⁾.

قد جرى الفقه في تعريفه للرهن العقاري التأميني الرسمي ، على أنه نظام قانوني، وتارة أخرى على أنه حق عيني تبعية يرتب أفضلية وتتبعاً ، ولكلا النظريتين جانب من الصحة، إذ ذهب جانب من الفقه إلى أن الرهن الرسمي هو " نظام قانوني يهدف إلى تحصين الدائن ضد مخاطر عدم تنفيذ الالتزام وخضوعه لقاعدة المساواة بين الدائنين ، وذلك بتزويده بحق عيني تبعية على العقار ، بواسطة تعاقد يتم بينه وبين الراهن ، ويستطيع بمقتضى هذا الحق استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار المرهون في أي يد يكون"⁽³⁾، فإن الرهن كنظام قانوني ، يستهدف وقاية الدائن مغبة عدم التنفيذ ومخاطر تتضمنها فكرة الضمان العام⁽⁴⁾.

ومنهم من عرفه بأنه "حق عيني تبعية يكتسبه الدائن بمقتضى عقد رسمي على عقار معين مملوك للمتعاقد الآخر"⁽⁵⁾.

كما عرفه منهم بأنه "حق عيني تبعية ينشأ بمقتضى عقد رسمي ويتقرر ضماناً لدين على عقار مملوك للمدين أو غيره من الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة، وأن يتتبع العقار في أي يد يكون"⁽⁶⁾، وإنما نميل مع هذا التعريف لأنه عرف الرهن بجنسه وجوهره باعتباره حقاً عينياً وأن العقد هو مصدر لذلك الحق وعليه يكون التعريف بالجنس والجوهر أصح من التعريف بمصدر الشيء.

ويفصح التعريف المتقدم عن الخصائص الجوهرية للرهن التأميني (الرسمي)، فهو حق عيني تبعية عقاري ، فهو حق عيني وجوهر الحق العيني هو الاتصال بين صاحب الحق وبين الشيء محل الحق ، هذا الاتصال لا يقتصر مظهره على الاستعمال المادي والاستغلال والتصرف ، فتلك بعض مظاهر الحق العيني ، وهي متوفرة في حق عيني واحد وهو حق الملكية

(1) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص ، المرجع السابق ، ص717 .

(2) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، المرجع السابق ، ص278 - 279 .

(3) د . شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص 66.

(4) د . طلبة وهبة خطاب ، النظم القانونية للتأمينات المدنية عينة وشخصية ، حقوق الامتياز ، الرهن الرسمي، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، عقد الكفالة ، بدون طبع ، مكتبة الكتب العربي ، 2000 ، ص 56.

(5) د . سعيد عبد السلام ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، بدون طبع ، مطبعة الولاء الحديثة ، 2004 ، ص150.

(6) د . سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 127 .

وليس من المعقول أن نأخذ مضمون حق الملكية ونجعله أساساً لتعريف الحق العيني بصفة عامة فالحق العيني هو جوهر أو جنس عام ، وحق الملكية يعد نوعاً واحداً، من هذا الجنس العام، فمناطق الحق العيني ليس في اجتماع السلطات الثلاثة فيه وإنما هذا المناطق هو للسلطة بين صاحب الحق وحقه⁽¹⁾ فهذا الحق لا يرد إلا على الشيء المادي وهذا الشيء معيناً بالذات ، فالعبرة بمحل الحق حتى يصدق أنه حق عيني ، ولما كان حق الرهن التأميني حق عيني تبعية ، فهو يتجاوز الكيان المادي للشيء المعين إلى الكيان الاقتصادي له ، ومن ثم ترد سلطة صاحب الحق العيني التبعية على القيمة الاقتصادية للشئ وهو العقار المعين ، فيرتبط حق الدائن بالقيمة الاقتصادية التي يمثلها هذا العقار وفي أي يد كانت ، إذ يترتب على تعلق حق الدائن بالقيمة الاقتصادية للمال المحمل بالتأمين العيني ، أنه يتسلط عليها ، وهذا التسلط الوارد على القيمة الاقتصادية للمال المحمل بالتأمين يظل قائماً حتى لو تصرف المدين في هذا المال إلى شخص آخر⁽²⁾ ، فالرهن التأميني يتعلق بالمرهون من حيث ماليته وقيمتها ، ويترتب على ذلك تحول حق الرهن التأميني من المرهون إلى أي مال آخر يحل محله عند هلاكه حقيقة أو حكماً⁽³⁾ ، كنزعه للمنفعة العامة، وهو نوع من أنواع الهلاك والذي يسمى بـ(الهلاك القانوني)"⁽⁴⁾ ، كون التأمينات ضمانات تابعة للالتزام الأصلي وان مدى ما تضمنه من ذلك الالتزام يكون محكوماً بصفة التبعية⁽⁵⁾ .

ولما كان الرهن التأميني الرسمي حق عيني عقاري، فهو يترتب على العقار المخصص لوفاء الدين، وبذلك هو ليس جزء من حق الملكية كحق الارتفاق وحق الانتفاع ، بل هو حق عقاري آخر وضع لضمان دين معين⁽⁶⁾ .

الرهن التأميني بما أنه حق اتفاقي بالنسبة إلى مصدره ولا ينشأ إلا بالاتفاق، إلا أن الاتفاق العرفي لا يكفي لإنشائه، بل تلزم فيه الرسمية ، فلا ينعقد إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وعليه يضمن لصاحب حق الرهن تتبع العقار في أي يد يكون واستيفاء حقه من ثمنه بالتقدم

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المدنية المسماة ، الرهن ، المرجع السابق، ص30 .
(2) د. شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص56-60.
(3) محمد طه البشير - د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، المرجع السابق ، ص354.
(4) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، المرجع السابق، ص284.
(5) د. عقيل فاضل حمد الدهان ، تبعية التأمينات للالتزام الأصلي في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2012 ، ص111.
(6) د عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون الجديد ، ج10 ، المرجع السابق ، ص269-271 .

والأولوية⁽¹⁾، فالرسمية في عقد الرهن نفسه وليس في عقد الدين المضمون بالرهن، كون الدين ينشأ بصورة مستقلة عن الرهن وتتعدد مصادره⁽²⁾.

ذهب جانب من الفقه إلى أن اشتراط الرسمية في الأصل هو حماية إرادة الراهن ولهذا فهو وحده الذي يجب أن يعبر عن إرادته بإنشاء الرهن في الشكل الرسمي، أما الدائن المرتهن فلأن الرهن مقرر لمصلحته فيستطيع قبوله في أي شكل، فلا يشترط أن يكون شكله رسمياً ولا حتى صريحاً، فقد يكون ضمناً يستفاد من قيامه بقيد الرهن، ومع ذلك فهذا الرأي لا يمكن التسليم به، وبصفة عامة يصعب تصور عقد نصف رسمي كما يعبر البعض وإذا أمكن تصوره فلا يكون رسمياً بالكامل.

عليه ذهب جانب آخر إلى أن الرسمية قد تقرر لمصلحة الراهن والمرتهن وعقد الرهن ذاته، فمصلحة الراهن، عن طريق إشعاره بخطورة التصرف الذي هو مقدم عليه، وحمله على التبصر في عواقبه، كما أنها تحقق فائدة للدائن المرتهن، لأنها تزوده منذ إبرام العقد بسند تنفيذي يغنيه عن إجراءات التقاضي ويكون بجانبه موظف رسمي يجمع له شتات الأمور ويعينه على تدبير اموره إذا امتنع المدين الراهن عن الوفاء بدينه عند حلول الأجل، وهذه فائدة عملية لا سبيل لإنكارها، ومن ثم فإن توثيق عقد الرهن من قبل جهة رسمية امر يؤمن دون شك سلامة عقود الرهن ذاتها من شبهة التصنيع والتزوير⁽³⁾.

فقد نصت المادة (2393) من القانون المدني الفرنسي على أنه "الرهن العقاري هو حق عيني على العقارات المخصصة لضمان القيام بالتزام ... ويتبعها في أي يد تنتقل إليها"، إلا أن الرهن العقاري الاتفاقي يخضع لخاصية التسجيل وذلك استناداً للمادة (2426) والتي جاء فيها "تسجل في أمانة شهر الرهونات العقارية حيث موقع الأموال... الرهونات العقارية... أو الاتفاقية..." حيث إن هذه الرهونات يتم تسجيلها للعينية التي تسند مسألة المرتبة لجميع الدائنين،

(1) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج2، المرجع السابق، ص352.

(2) د. سمير عبد السيد تناغو، الضمانات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص132.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10، المرجع السابق، ص280. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص133. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج3، المرجع السابق، ص406. ويقول د. سمير تناغو: (وليس صحيحاً أن تعقد مقارنة بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي، فيقال أن المشرع لا يشترط الرسمية في الرهن الحيازي مع أن له نفس خطورة الرهن الرسمي، ذلك أن في الرهن الحيازي ينقل الراهن حيازة العقار إلى المرتهن وفي هذا تنبيه كاف إلى خطورة تصرفه، أما في الرهن الرسمي فيظل الراهن محتفظاً بالسيطرة على العقار المرهون بما قد يوحي له أنه لم يفقد شيئاً بالرهن، وليس صحيحاً ما قيل في مقارنة الرهن الرسمي بالبيع، من أن المشرع لم يشترط الرسمية في البيع رغم أنه تصرف أشد خطورة من الرهن إذ بمقتضاه تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري، لأن في انتقال الملكية وحده ما ينبه البائع إلى خطورة تصرفه، أما الراهن فإنه يحتفظ بالملكية وهو غالباً يعتقد أنه سيوفي الدين في أجله فلا شيء يهدد ملكيته ثم يخيب تقديره بعد ذلك)، المرجع نفسه، ص130.

وان هذه الرسمية لعقد الرهن الاتفاقي هي لصحة عقد الرهن الرسمي حسب تعبير الفقه الفرنسي⁽¹⁾ استناداً للمادة (2394) والتي جاء فيها " لا ينشأ الرهن العقاري إلا في الحالات ووفقاً للأشكال التي يجيزها القانون"، ووفق هذه المادة إن الرهن العقاري الاتفاقي (الرسمي) حسب تعبير الفقه الفرنسي لا ينشأ إلا وفق شكل معين يجيزه القانون وهو التسجيل.

كما أشارت المادة (2395) منه إلى أنواع الرهن العقاري ومنها الرهن العقاري الاتفاقي وهو يقابل الرهن التأميني في القانون المدني العراقي والرسمي في القانون المدني المصري⁽²⁾، والرهن العقاري الاتفاقي هو الذي ينتج عن الاتفاق استناداً للمادة (2396)⁽³⁾.

إذ اعتبر المشرع الفرنسي الرهن العقاري الاتفاقي رهناً رسمياً كونه يُفرغ في ورقة رسمية، والى ذلك ذهب المشرع المصري في نص المادة (1030) من القانون المدني التي عرفت الرهن الرسمي بأنه "عقد يكسب به الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون"، وأول ما يلاحظ على هذا التعريف أن المشرع عرف الرهن بأنه عقد وغلب بذلك عقد الرهن على حق الرهن الذي ينشأ منه، والصحيح أن تعريف أي شيء يكون بتعريف ذاته لا بتعريف مصدره الذي ينشأ عنه كما أن المشرع اعتبر الكتاب المخصص للتأمينات العينية حقوقاً عينياً تبعية وعليه يغلب حق الرهن على عقد الرهن باعتباره مصدراً لهذا الحق⁽⁴⁾، كما أن المشرع وصف العقد بأنه رسمي وهذا أمكن قبوله فلا يكون مقبولاً عندما يوصف الحق بأنه رسمي، مما يجعل من المفضل اطلاق عبارة حق الرهن غير الحيازي على الرهن الرسمي⁽⁵⁾، كما أن المشرع بين أن العقد الرسمي للرهن ينشئ للدائن حقاً عينياً تبعياً على عقار مخصص لوفاء دينه⁽⁶⁾.

(1) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص، المرجع السابق، ص726.

(2) نصت المادة (2395) من القانون المدني الفرنسي بخصوص أنواع الرهن العقاري على أنه (ويكون إما قانونياً أو قضائياً أو اتفاقياً).

(3) نصت المادة (2396) من القانون المدني الفرنسي على أنه (الرهن العقاري القانوني هو الذي ينتج عن القانون).

الرهن العقاري القضائي هو الذي ينتج عن الأحكام.

الرهن العقاري الاتفاقي هو الذي ينتج عن الاتفاقيات).

(4) د. طلبية وهبه خطاب، المرجع السابق، ص55. د. عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية، دار النشر للجامعات 1954، ص24.

(5) منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، المطبعة العالمية 1963، ص17.

(6) د. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص125.

كما نصت المادة (1031) من القانون نفسه على أن " الرهن لا ينعقد إلا في ورقة رسمية"، ووفقاً لهذا النص فإن الرسمية تعتبر ركناً وليس أداة للإثبات⁽¹⁾، والمقصود بالرسمية هنا أن تكون هناك ورقة رسمية يفرغ فيها عقد الرهن الرسمي حتى يكون هذا العقد صحيحاً، والرسمية بهذا المعنى تهدف إلى ضمان التعبير عن الإرادة على وجه صحيح⁽²⁾.

كما أن المشرع المصري أمكن رهن المنقولات دون نقل حيازتها، كما في حالة إخضاع السفن للرهن الرسمي طبقاً لأحكام القانون رقم (35) لسنة (1951)، وإخضاع المحل التجاري للرهن الرسمي وفق أحكام قانون رقم (11) لسنة (1940)⁽³⁾.

كما قابلت المادة (1285)⁽⁴⁾ من القانون المدني العراقي ، المادة (1030) من القانون المدني المدني المصري بذات التعبير والمضمون ، وعليه فإن المشرع العراقي عرف الرهن التأميني بأنه عقد وغلب بذلك عقد الرهن على حق الرهن الذي ينشأ منه ، فالحق هو الغاية والعقد هو الوسيلة لتلك الغاية ، وباعتباره عقداً كما عرفه المشرع ، فهو عقد شكلي لا ينعقد إلا إذا سجل بدائرة التسجيل العقاري المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون وقد عالج المشرع العراقي في القانون المدني وقانون التسجيل العقاري أحكام التسجيل معالجة تختلف عما أورده المشرع المصري ، والقانون المدني الفرنسي ، فالنصوص القانونية في القانون العراقي تؤكد على أن التسجيل يعدّ ركناً من أركان العقد ، وأن التصرفات الواردة على العقار لا تنعقد ، ولا وجود لها أصلاً ، قبل التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، فقد جاء في المادة (90) من قانوننا المدني الفقرة الأولى منها " إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك" .

(1) د. سعيد عبد السلام ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، المرجع السابق ، ص210 .
(2) أن الشكلية في القوانين القديمة كالقانون الروماني كانت تطغى على الإرادة فلا يعتد بالإرادة إذا وجد الشكل، ينظر في ذلك : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج10 ، المرجع السابق ، ص282 .

(3) ووفقاً لما جاء في اتفاقية جنيف لسنة 1984 بشأن الرهن الرسمي على الطائرات ، وان قائمة المنقولات التي يمكن إخضاع الحقوق الواردة عليها لقاعدة الشهر ، وليس الحيازة يمكن أن تمتد إلى الكثير من المنقولات متى أمكن تصور وجود كيان ذاتي للمنقول ووجود علامة مميزة له يمكن على أساسها لأشهر الحقوق الواردة عليه ، ولهذا يمكن القول بوجود تطور حقيقي الآن نحو امكان رهن المنقول دون نقل حيازته ، الا أن القاعدة العامة لازالت هي أن العقار وحده هو الذي يمكن رهنه رسمياً دون نقل حيازته ، ينظر في ذلك : د. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ، ص143.

(4) نصت المادة (1285) من القانون المدني العراقي على انه (الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون).

كما جاء في المادة (247) منه على أن " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " ، كما أن المشرع أكد على أن العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا بالتسجيل استناداً للمادة (2/1126)⁽¹⁾.

كما نصت المادة (1286) من القانون المدني والتي جاء فيها " لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، وعلى كل المتعاقدين أن يعين محل إقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل ويعطي كل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما ، بعد أخذ تقريرهما في مواجهة الشهود " ، وظاهر هذا النص أن الرهن التأميني عقد رسمي لا يتم ولا ينعقد بمجرد التراضي أو الاتفاق ، بل لابد أن يقع الاتفاق بالشكل المقرر بالقانون وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، فالتسجيل ركن من أركان الانعقاد⁽²⁾.

أما بالنسبة إلى نصوص قانون التسجيل العقاري، فقد جاء في المادة (2/3) منه "لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري". يتضح من هذا النص أن التصرفات العقارية يجب لانعقادها توفر ركن ثالث عدا ركن (الرضا) وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، ويلزم لذلك أن يصدر إقرار المتعاقدين بالتصرف المعين في دائرة التسجيل العقاري أمام رئيس الدائرة أو من يخوله ويصادق الموظف المختص على إقرار المتعاقدين وتوقيعهم، وبناء على ذلك يكون التصرف العقاري باطلاً إلا بتسجيله بدائرة التسجيل العقاري، وعليه يكون التسجيل العقاري أحد أركان التصرف القانوني⁽³⁾.

إذا يجب لانعقاد التصرفات العقارية توفر ركن التسجيل في دائرة التسجيل العقاري على الرغم من أن المشرع العراقي عرف العقد في القانون المدني بأنه ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه⁽⁴⁾، وعليه فإن الأصل في العقود هو الرضائية، ويبدو منطقياً أن يكون التسجيل في دائرة التسجيل العقاري للعلنية أو الإثبات وليس ركناً كون الرضائية تكفي لانعقاد جميع العقود بمجرد تطابق الإيجابي مع القبول.

(1) نصت المادة (2/1126) من القانون المدني العراقي على انه (العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقرر قانوناً).

(2) محمد طه البشير - د.غني حسون طه ، الحقوق العينية ، المرجع السابق ، ص 354- 405 .

(3) مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، رقم 43 لسنة 1971 ، الجزء الأول ، مطبعة الارشاد بغداد ، 2008 ، ص 43-44.

(4) انظر المادة (73) من القانون المدني العراقي.

كما أن عقد الرهن التأميني يعد من عقود الضمان، لأن الهدف من الرهن هو الاستيثاق، وعلى الرغم من كونه عقداً ملزماً من جانب واحد وهو الرهن، إلا أنه يعد عقد بمقابل فلا يتبرع به الراهن للمرتهن، وإنما يقدمه بمقابل سواء كان هذا المقابل وفاء بالتزام تعهد به المدين للدائن أم كان هو قيام الدائن بإقراض المدين أو منحه اجلاً⁽¹⁾.

لا يرد الرهن التأميني على المنقول لصعوبة خضوعه لنظام التسجيل العقاري، كما أن الرهن التأميني لا يجرد الراهن من حيازة المرهون ومن ثم يسهل التصرف فيه تصرفاً يضر بالدائن المرتهن، إلا أن هناك بعض صور للمنقولات جائز رهنها رهنأً تأمينياً (المنقولات ذات الطبيعة الخاصة)، كرهن السفائن البحرية وفقاً للمادتين (3-4) من قانون التجارة البحرية، ويعلل الفقه ذلك كون هذه المنقولات متميزة تقبل الإعلان عن طريق التسجيل، فرهن السفينة البحرية لا يختلف كثيراً عن رهن عقار من هذه الناحية، لأن السفينة متميزة ظاهرة للعيان كالعقار⁽²⁾.

قد صرح المشرع بان الرهن التأميني يكسب به الدائن حقاً عينياً وفق نص المادة (1285) من القانون المدني العراقي، إذا هو يمنح مزايا الحق العيني، وهي حق التقدم والتتبع أو الأولوية في استيفاء الحق، وميزة التتبع تمكن الدائن من أن ينفذ على العقار في يد أي شخص تنتقل ملكيته إليه، وبمقتضى حق التقدم يستوفي المرتهن حقه من ثمن العقار المرهون بالأفضلية على الدائنين الآخرين، فالعقار المرهون ينتقل من المدين الراهن إلى غيره مثقلاً بالرهن فيصبح الغير الحائز عرضة لإقامة الدعوى التأمينية عليه، تلك الدعوى التي يتتبع فيها الدائن المرتهن العقار المرهون⁽³⁾.

يمكن أن نستنتج أن الرهن التأميني يعد حقاً عينياً تبعياً لوجود الاتصال بين صاحب الحق والشئ المادي الذي يمكن أن يتم تعينه وتحديده وأن الرهن التأميني تجاوز الكيان المادي للشئ المخصص للضمان إلى الكيان الاقتصادي له، فترد سلطة الدائن على القيمة الاقتصادية للشئ المادي وهو العقار المرهون.

(1) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص 253.

(2) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 28.

(3) محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص 13. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 11.

قد صرحت محكمة التمييز الاتحادية على أن التسجيل في دائرة التسجيل العقاري بالنسبة إلى الحقوق الواردة على العقارات يعد كاشفاً للحق وليس منشأً له، إذ جاء في حكم لها على أنه " ... المدعية تملك السهام العائدة للمستأنف عليه بتاريخ 2001/7/3 بموجب دعوة تملك وأصبحت مالكة للسهام المذكورة من ذلك التاريخ ومن ثم فإن وضع إشارة الرهن على السهام المذكورة بتاريخ لاحق لا ينفذ بحق المميز عليها لأن التسجيل لدى دائرة التسجيل العقاري كاشفاً للحق وليس منشأً له"¹.

الفرع الثاني

الرهن الحيازي

تقوم فكرة الرهن الحيازي على نقل حيازة التأمين العيني من المدين الراهن إلى يد الدائن المرتهن، ويبقى هذا الدائن الحائز مرتهاً للعين إلى أن يستوفي الدين ، فأما يستوفيه من المدين أو أن يبيع التأمين العيني طبقاً للإجراءات التي سنها القانون ليستوفي الدين من ثمنه⁽²⁾.

الرهن الحيازي لهذا السبب نظام شديد التأثير على حياة الراهن الاقتصادية ، لأنه يجرمه في المال من حيازة الشيء المملوك له ومن حقه في الانتفاع به ، ومع ذلك فلا زالت هناك مبررات دعت إلى الإبقاء على الرهن الحيازي ، فبالنسبة للمنقولات فإن القاعدة التي على أساسها يقيم الاعتراف بالحقوق الواردة عليها هي قاعدة الحيازة ، فلا يمكن ترتيب رهن على منقول دون انتقال حيازة إلى الدائن، وإذا كانت هناك أسباب لتفضيل الرهن دون نقل حيازته، فالأفضل أن يترك ذلك لإرادة المتعاقدين وحاجات العمل⁽³⁾.

(1) قرارها رقم 1386 بتاريخ 2006/7/25 ، أشار إليه الموقع الإلكتروني:

<https://www.hjc.iq/indexqanoun-ar.php>

(2) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء العاشر ، المرجع السابق ، ص 262 .

(3) د . سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، 336 . أما بالنسبة للعقارات فإن إمكان رهنها رهناً رسمياً دون نقل الحيازة قد لا يرضي العقلية الريفية ، التي لا يفتق فيها الدائن برهن لا تنتقل فيه الحيازة إليه ، ومن الناحية العملية فإن الرهن الحيازي اثر انتشار في البيئة الريفية . ينظر في ذلك : د.شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص 437.

قد عرفت الشريعة الاسلامية الرهن الحيازي استناداً لقوله تعالى " وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ... " (1)، أي أن الله تعالى أمر من يتعاقد مع غيره ولم يجد كاتباً يضع شيئاً عند الدائن باسم الرهن لكي يطمئن الدائن، والقصد من الآية الكريمة " وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا " ، بيان نموذج لحالة لا يمكن الوصول فيها إلى كاتب ولا تختص بالسفر وحده ، وعليه فللطرفين أن يكتفيا بالرهن حتى في موطنهما(2) .

قد ذهب الفقه القانوني، إلى أن تسليم المال من المدين الراهن إلى ذمة الدائن أو الغير له أهمية تذكر سواء كان الدين مدنياً أم تجارياً ، وذلك لحماية الدائن من تلاعب المدين من الجهة الاخرى، وأنه يشكل شكل من اشكال العلنية من جهة اخرى ، إذ يتم تنبيه دائني المدين بظاهر ماهية ذمة المدين المالية ، كما أن نزع الحيازة ، يساعد على تحديد محل الحق العيني للرهن(3) .

من الفقهاء من عرف الرهن الحيازي بأنه " حق عيني تبعي ينشأ عن عقد بين الراهن والدائن المرتهن والدائن المرتهن ويرد على عقار أو منقول ويخول صاحبه أو نائب يعينه المتعاقدان حيازة الشيء المرهون ويكون له بمقتضاه حق حبس الشيء المرهون لحين استيفاء حقه والتقدم على غيره من الدائنين العاديين أو التاليين له في المرتبة وتستتب الشيء في أي يد يكون"(4) .

يتبين مما تقدم بأن الرهن الحيازي يشبه الرهن التأميني من جهة ويختلف عنه من جهة اخرى، فهو يختلف عنه كون الرهن الحيازي يرد على عقار أو منقول، بينما الرهن التأميني لا يرد إلا على عقار. كما أن الرهن الحيازي يخول الدائن الحبس بالإضافة إلى ميزتي التقدم والتتبع التي تترتبان على الرهن التأميني، كما أن الرهن الحيازي يوجد التزام على الراهن هو أن يسلم الشيء المرهون ، منقولاً كان أم عقاراً للدائن المرتهن أو أجنبي يحافظ عليه ويديره ويستغله ، أما في الرهن التأميني فيبقى العقار المرهون في حيازة الراهن ، ولا ينتقل منه إلى أحد(5) .

(1) سورة البقرة ، جزء من الاية 283 .

(2) ناصر مكارم الشيرازي الأمثل في تفسير الميزان ، الجزء الثاني ، مؤسسة اية الله العظمى الميلاني، لإحياء الفكر الشيعي ، 2011 ، ص 359 .

(3) ينظر : جاك مستر وآخرون ، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص ، المرجع السابق، ص276 – 279.

(4) د. عبد القادر محمد شهاب ود. محمد بن عبد القادر محمد، الوجيز في الحقوق العينية ، ط2، دار مكتبة الفضيل، 2010 ، ص411 .

(5) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات العينية الشخصية والعينية، ج10، المرجع السابق، ص746 .

ويشترك الرهن الحيازي مع الرهن التأميني في أنهما لا ينشئان إلا من عقد وإنهما يتضمنان حقاً عينياً أي سلطة مباشرة على مال معين ، يعطيها ميزتي التقدم والتبعية ، وأن كل من الرهن التأميني والرهن الحيازي يتضمنان حقاً غير قابل للتجزئة⁽¹⁾ .

إلا أن الفقه القانوني اختلف في تعيين محل الرهن الحيازي وهل أن تسليم الشيء المرهون ركناً أو التزاماً؟

فمن ذهب إلى اعتبار الرهن الحيازي عقداً رضائياً و أن التسليم لا يعد ركناً في العقد وإنما التزاماً يقع على المدين الراهن وهذا الالتزام يتولد عن العقد بعد تمامه في ذمة المدين، أي بعد تبادل الإيجاب والقبول وتطابقهما⁽²⁾، ومن ثم فهو يخضع للقواعد العامة في تعيين المحل بأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين⁽³⁾ .

ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن التسليم يعد ركناً في الرهن الحيازي فلا ينعقد عقد الرهن إلا بالتسليم، وعليه لا يشترط أن يكون معيناً لأنه تم تعيينه بالقبض⁽⁴⁾ .

الملاحظ أن من اعتبر التسليم ركناً ذهب إلى عدم اشتراط التعيين، كونه تعيين بالقبض ومن ثم يتحقق شرطاً من التخصيص وهو تعيين محله. أما الجانب الآخر الذي اعتبر عقد الرهن الحيازي رضائياً، فقد أحال تعيين المحل للقواعد العامة، بأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وبما أنه قابلاً للتعيين فمن الممكن أن يتعين بالتسليم.

اختلفت القوانين المقارنة في ركنية التسليم بالنسبة إلى عقد الرهن الحيازي ، فقد نصت المادة (2071) من القانون المدني الفرنسي في تعريف الرهن الحيازي بأنه "عقد يسلم بموجبه المدين شيئاً إلى دائنه لأجل ضمان الدين" ، كما نصت المادة (2072) من القانون نفسه "أن رهن

(1) د . طلبية وهبة خطاب ، النظم القانونية للتأمينات المدنية عينية وشخصية ، المرجع السابق ، ص 241-243.

(2) د.همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، 572. د. طلبية وهبة خطاب، مصدر سابق، ص242. د. عبد القادر شهاب و د. محمد عبد القادر محمد، المرجع السابق، ص412. د. صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص124 - 127 .

(3) لا يشترط أن يكون محل الرهن معيناً وقت إبرام العقد، ما دام قابلاً للتعيين بعد ذلك، ولا يشترط تعيينه تعييناً دقيقاً، ينظر في ذلك: د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص237.

(4) د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة الرهن، المرجع السابق، ص388 - 389. محمد طه البشير و د.غني حسون طه، الحقوق العينية ، ج2، المرجع السابق، ص498 . وقال محمد طه البشير: أن شرط تعيين المال المرهون يفقد أهميته كثيراً من الناحية العملية في ظل قانوننا المدني، ذلك لأن الرهن الحيازي في فقه هذا القانون عقد لا يتم ولا ينعقد إلا بالتسليم ومن البديهي أن المال المرهون يتعين بتسليمه، كتابه، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص138 .

الشيء المنقول يسمى رهن المنقول، ويسمى رهن الشيء غير المنقول رهنًا حيازياً عقارياً، كما نصت المادة (2074) من ذات القانون بأنه "لا تتحقق هذه الأفضلية تجاه الشخص الثالث إلا في حال وجود سند رسمي أو ذي توقيع خاص مسجل وفقاً للأصول ومتضمناً إعلان المبلغ المستحق إضافة إلى نوع وطبيعة الأموال المرهونة أو بيان ملحق بنوعيتها ووزنها ومقاييسها" ، نصت المادة (2073) من القانون المدني الفرنسي على أنه " يمنح رهن المنقول الدائن حق تحصيل دنيه على الشيء موضوع الرهن بالامتياز وبالأفضلية على الدائنين الآخرين".

يتبين من النصوص المذكورة في القانون المدني الفرنسي أن مصدر الرهن الحيازي هو العقد أي الاتفاق، وأن عقد الرهن الحيازي وفق هذا القانون هو عقد رضائي، وليس عيني، وذلك واضح من صريح العبارة "عقد يسلم بموجبه المدين" فهو عقد والتسليم يترتب بموجب العقد كأثر له. ومن ثم لا يعد عقداً عينياً وإنما هو حقاً عينياً يترتب بموجب العقد الرضائي⁽¹⁾.

وأن محل الرهن الحيازي هو العقار أو المنقول وفق نص المادة (2072) وله شرطان الأول هو الحيازة، والثاني هو المستند الخطي بتاريخ ثابت ، كما أكد القانون الفرنسي خلال المادة (2074) المذكورة أعلاه على مبدأ التخصيص وذلك بالنص صراحة على ضرورة تعيين الشيء محل الرهن الحيازي⁽²⁾، ويبدو ذلك لأن المشرع الفرنسي اعتبر الرهن الحيازي عقداً رضائياً ينعقد برضى أطراف العلاقة وليس عينياً، إذ لا يحتاج إلى ركن ثالث وهو القبض أو التسليم وعليه كان ولا بد من تعيين الشيء محل الرهن الحيازي.

في القانون المدني المصري ورد تعريف الرهن الحيازي في المادة (1096) منه إذ جاء فيها: "الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه الدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون" ، فالمشرع كما في الرهن التأميني ، عرف الرهن الحيازي بمصدره فبيّنه على أنه عقد ، ولم يكتف بذلك بل أوضح بعدها مضمون حق الرهن الناشئ عن العقد ، وقال أنه حق عيني يتقرر على شيء عقار أو منقول يخول صاحبه حبس الشيء والتقدم والتتبع،

(1) ينظر: مصطفى راتب حسن علي ، نفاذ الرهن وأثاره – دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، قسم القانون المدني ، 1426 هـ – 2005 م ، ص 352.
(2) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني ، قانون التأمينات العينية الخاص ، المرجع السابق ، هامش رقم (5) ص 277.

وقد افصح المشرع المصري وهو بصدد تعريف الرهن بأنه حق عيني، وهو بهذا المعنى يخول الدائن سلطة مباشرة على الشيء دعماً لتلك السلطة بحق التقدم والتتبع⁽¹⁾.

يشترط في محل الالتزام أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين فالعقد يصح إذا كان محله غير معين وقت العقد ما دام تعيينه ممكناً بعد ذلك، ومحل الرهن الحيازي تنطبق عليه هذه القاعدة، ومن ثم لا يشترط أن يكون معيناً وقت إبرام العقد ما دام قابلاً للتعيين بعد ذلك ولا يشترط تعيينه تعييناً دقيقاً كما هو الحال في الرهن الرسمي وفق المادة (1035) في فقرتها الثانية، من القانون المدني المصري⁽²⁾.

إذا وفق القانون المدني المصري يعد عقد الرهن الحيازي عقداً رضائياً، ومن ثم يحتاج محله إلى تعيين باعتبار أن التسليم التزم وليس ركناً فيه، وعليه يخضع للقواعد العامة في تعيين المحل وفق المادة (133)⁽³⁾ من القانون المدني المصري، وبذلك يعد عقد الرهن الحيازي عقداً رضائياً وليس عينياً في القانون المدني الفرنسي والمصري.

أما بالنسبة إلى القانون المدني العراقي فقد عرف المشرع العراقي الرهن الحيازي في المادة (1321) من القانون المدني بأنه " عقد به يجعل الراهن مالا محبوساً في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه كلاً أو بعضاً مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال"، الملاحظ أن المادة (1321) تعرضت لتعريف عقد الرهن وليس لحق الرهن، والعقد هو المصدر الذي تولد منه حق الرهن، وكان الأفضل أن ينصب التعريف على الرهن باعتباره أنه حق، لأن حق الرهن هو الغاية وما العقد إلا الوسيلة⁽⁴⁾.

والرهن الحيازي كعقد كما عرفه المشرع العراقي فلا بد فيه من إيجاب وقبول ومحل وسبب، ويشترط المشرع إلى جانب ذلك التسجيل إذا وقع على عقار وفق نص المادة (1324) من القانون المدني والتي جاء فيها " إذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط أيضاً لتمامه أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً "، فالرهن الحيازي العقاري إذن

(1) د. طلبية وهبة خطاب، المرجع سابق، ص 240-241. د. محمد علي امام، التأمينات العينية، مكتبة سيد عبدالله وهبة، سنة 956، ص 449.

(2) د. السيد عيد نايل، المرجع سابق، ص 236 – 237.

(3) نصت المادة (133) من القانون المدني المصري على انه (١ - إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلاً. 2- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط).

(4) محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص 123.

عقد رضائي ينعقد خارج دائرة التسجيل العقاري انعقاداً صحيحاً ولكنه لا يتم إلا بالتسجيل في التسجيل العقاري ، ويعتبر الراهن ملزماً بإتمام الرهن بالحضور في دائرة التسجيل العقاري، وقد ذهب بعضهم إلى أن التسجيل في الرهن الحيازي للعقار يعد ركناً لانعقاده، فلا ينعقد إلا بالتسجيل، وهذا خلط بين ما هو ركن انعقاد وما هو شرط تمام ، وبين ما يعتبر فقده مانعاً من انعقاد العقد، وما يعتبر إخلالاً بالتزام صحيح مترتب على عقد منعقد على الوجه الصحيح ويبدو واضحاً وظاهراً حين النظر إلى الاختلاف في صياغة كل من المادتين، إذ نصت المادة (1286) على أنه "لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري..." ، ونص المادة (1324) منه والتي جاء فيها بأنه " إذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط أيضاً لتمامه أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري" ، ولا ريب أن هناك فرقاً شاسعاً بين شرط التمام وركن الانعقاد والقانون المدني اعتبر التسليم في الرهن الحيازي شرط تمام ايضاً بموجب المادة (1322) ، وليس ركن انعقاد⁽¹⁾، إلا أن أغلب الفقهاء من اعتبره ركن انعقاد وليس شرط تمام، كما واعتبروه عقداً عينياً لا يلزم ولا يتم ولا يرتب أي اثر إلا بالقبض والتسليم ، فالقبض ركناً فيه⁽²⁾، ولكنهم يتراجعون عن قولهم بتصريحهم بأن القبض ركناً في العقد⁽³⁾.

فهم من جميع الآراء حول مسألة القبض في الرهن الحيازي ، بأن من يعتقد القبض ركناً فهنا قد تم تعيينه من خلال التسليم لأنه بالقبض والتسليم يتم التعيين ، إلا أنه من يعتقد أن القبض التزام ناشئ عن العقد الرضائي بين الطرفين فهنا قد لا يكون التسليم عند العقد لأنه ليس ركناً فيه وإنما قد يتم بعد العقد ، ومن ثم ستحتاج العين الضامنة تعيين وفق القواعد العامة للقانون⁽⁴⁾.

إلا أن المادة (74) من قانون التسجيل العقاري نصت على أنه "1 - يسجل الرهن التأميني والرهن الحيازي في السجل الخاص بالتأمينات العينية استناداً إلى اقرار المتعاقدين أو

(1) نصت المادة (1322) من القانون المدني العراقي على انه (1- يشترط إتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن أن يقبض المرتهن المرهون.2- ونفقات العقد على الراهن، الا إذا اتفق على غير ذلك). د. صلاح الدين الناهي ، المرجع السابق ، ص124- 125 .

(2) محمد طه البشير و د.غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج2 ، المرجع السابق، ص512 . د. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المسماة ، الرهن ، المرجع السابق، ص388 .

(3) محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 512 . د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المسماة ، الرهن ، المرجع السابق ، ص 388 .

(4) نصت المادة (1129) من القانون المدني الفرنسي على انه (يجب أن يكون موضوع الالتزام شيئاً محدداً لجهة نوعه على الأقل ، ويمكن أن يكون مقدار الشيء غير محقق شرط أن يكون تحديده ممكناً) كما ونصت المادة (133) من القانون المدني المصري بانه (1- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا . 2 - ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ...) ونصت المادة (128) من القانون المدني العراقي على انه (1- يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه او إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد او ببيانا لأوصاف 2- على أن يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر).

إقرار الراهن وحده مع كتاب صادر من الدائن المرتهن إذا كان جهة رسمية أو من الأشخاص المعنوية العامة. 2 - يتم تسجيل حق الامتياز ومرتبته استناداً إلى نص القانون على أن يكون نشوء الدين الممتاز معززاً بحكم قضائي أو بسند رسمي أو بإقرار الطرفين. 3 - تدرج في السجل نفسه التغييرات المتعلقة بطرفي حق الامتياز أو عقد الرهن وشروطهما"، ونؤيد الرأي القائل بأن عقد الرهن الحيازي عقد رضائي وليس عيني على الرغم من أنه حقاً عينياً⁽¹⁾، وأنه ينعقد برضى الطرفين وتطابق ارادتهما، وأن القبض التزام ناشئ عن مصدر الرهن الحيازي وهو العقد الرضائي، والغاية منه لنهاذ الرهن في مواجهة الغير و إذ يؤدي ذات مفعول القيد في السجل العقاري بالنسبة لرهن العقار، كما أن العقود تنعقد برضى الأطراف استناداً للمادة (73) من القانون المدني العراقي الخاصة بتعريف العقد والتي نصت على أنه "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه"، ووفق هذه المادة تعد العقود رضائية بمجرد تطابق إرادة الأطراف.

وقد جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية، أكدت فيه بأن حق الرهن الحيازي حق عيني⁽²⁾، كما جاء في حكم آخر لها أن الدائن المرتهن يعد وديعاً للشيء المرهون إلى حين استرداده، فليس له التصرف به كمالك لهذا الشيء⁽³⁾.

جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية بأنه متى انتقلت حيازة العين إلى الدائن المرتهن أمكنه حبسها إلى حين استيفاء حقه وأن للدائن حق عيني على المال المرهون يخوله حق تتبع ذلك المال أينما استقرت ملكية المال للتنفيذ عليه، واستيفاء الدين⁽⁴⁾.

وبالنتيجة إذا الرهن الحيازي يعد عقداً رضائياً وليس عينياً، إلا أنه حقاً عينياً يكسب الدائن سلطة على شيء مادي معين بالذات على الرغم من ذهاب جانب من الفقه وبعض القوانين بأنه عقداً عينياً وليس رضائياً لا ينعقد إلا بالتسليم.

(1) العقد العيني هو العقد الذي لا بد لانعقاده إلى جانب الرضا من القبض والتسليم، وعلى هذا نجد التشريع العراقي يجعل من هبة المنقول ومن القرض ومن شركة المضاربة ومن الوديعة ومن العارية ومن رهن الحيازة عقوداً لا تتم إلا بالقبض استناداً للمواد (603، 661، 684، 684، 847، 951، 1322) وقد تجتمعان في العقد الواحد الشكلية والعينية مثال ذلك عقد الرهن العقاري الحيازي، انظر في ذلك كله د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، العاتك لصناعة الكتاب، 2012، ص31.

الحق العيني هو الحق الذي يرد على شيء مادي معين بالذات، انظر في ذلك: مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، بغداد، 2008، ص445.

(2) نقض مدني، 19 حزيران 1928، د.دوري 1929. 1. 45. أشار إليه داللو، المرجع السابق، ص1953.

(3) نقض تجاري، 12 تموز / يوليو 2005، رقم 175. أشار إليه داللو، المرجع السابق، ص1953.

(4) رقم 692 لسنة 49 ق - جلسة 28 / 3 / 1983 س 34، ص 825. أشار إليه: د. احمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص1636.

إلا أن محكمة التمييز الاتحادية ذهبت إلى بطلان عقد الرهن الحيازي في حالة عدم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، إذ أكدت على أن إشغال العقار استناداً إلى عقد رهن يبيح للدائن المرتهن إشغال العقار في الرهن الحيازي ولم يسجل عقد الرهن في دائرة التسجيل العقاري يجعل العقد باطلاً لا سند له (1).

المطلب الثاني

ضمانات البيع الائتماني

إن عقد البيع من أكثر العقود تطوراً وتجديداً في حياة الناس قائمة على التبادل الحاصل بصور البيع المختلفة ، كما أن تجدد المعاملات نتيجة حتمية لتطور الحياة الاقتصادية في المجتمع واتساع مجالات نشاطه ، الأمر الذي يدفع المشتري أحياناً إلى إرجاء الوفاء بالثمن كله أو بعضه، لذا كان لابد للبائع أن يبحث عن وسيلة لضمان حقه في ثمن المبيع ، وحمايته من مزاحمة دائني المشتري في حالة اعساره أو افلاسه قبل اكمال الثمن ، وعليه كان لابد أن يكون هناك ضمان للبائع حتى يستوفي حقه من ثمن ذلك المبيع ، ومن هذه الضمانات هو شرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الإيجاري .

عليه سنبحث هذين الضمانين من خلال فرعين نخصص الأول للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، ونخصص الفرع الثاني للبيع الإيجاري.

الفرع الأول

البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية

إن عقد البيع بطبيعته عقد فوري التنفيذ تتولد آثاره الكاملة بمجرد انعقاد العقد صحيحاً مستوفياً لشروطه وأركانه القانونية ، أن يتم انعقاد وتنفيذ الالتزام الناشئة عنه في وقت واحد ، بل إن الالتزام ينقل الملكية ليتم تنفذه فوراً بمجرد العقد إذا كان المبيع منقولاً معيناً بذاته ، ويعلق

(1) قرارها رقم 369 بتاريخ 2009/1/29، أشار إليه الموقع الإلكتروني :

المشرع أحيانا تنفيذ هذا الالتزام على القيام بإجراء معين⁽¹⁾، وتؤدي حاجة المعاملات في بعض الأحيان إلى الاتفاق على تأخير تنفيذ بعض الالتزامات أو التزام معين، وهذا يعبر عنه بالبيع الائتماني⁽²⁾، وتجنباً للمخاطر التي تهدد البائع في البيع الائتماني نجد البائع كثيراً ما يشترط على المشتري الاحتفاظ بملكية المبيع إلى حين استيفائه كامل حقه في الثمن وهذا هو شرط الاحتفاظ بالملكية الذي بموجبه يتم الاتفاق بين البائع والمشتري على أن يتم انتقال الملكية في أجل محدد، على سبيل المثال عندما يقوم المشتري بسداد كامل ثمن المبيع، عندئذ يظل البائع محتفظاً بملكيته رغم تسليمه للمشتري إلى أن يوفي هذا الأخير الثمن المتفق عليه، فشرط الاحتفاظ بالملكية يترتب عليه إبقاء ملكيته للبائع وعدم انتقالها للمشتري فور العقد تطبيقاً للقواعد العامة وإنما بتمام سداده بالثمن، لذلك فهذا الشرط يتحلل إلى مجرد إبقاء الملكية للبائع وعدم انتقالها للمشتري إلا بعد سداد كامل الثمن⁽³⁾.

من هنا كان لشرط الاحتفاظ بالملكية أداة ضمان هامة وأصبح بمقتضاها لحق الملكية دور تأميني لضمان استيفاء الحق إذا اعتبر الفقه في فرنسا البيع مع الاحتفاظ بالملكية أحد أنواع (الملكية الضمان)⁽⁴⁾، والذي يجبر المشتري على السداد أو إعادة المبيع، لذلك أصبح شرط الاحتفاظ بالملكية من الشروط الدارجة في بيع المنقولات الهامة على وجه الخصوص على الرغم من معارضة المشتريين لهذا الشرط يرون فيه قييداً كبيراً نحو إعادة بيعهم للبضائع المشترية بسهولة⁽⁵⁾.

(1) كالتسجيل بالنسبة لعقد البيع الوارد على العقار والافراز بالنسبة لبيع المنقول المعين بنوعه ولا يعني ذلك بطبيعة الحال شكلية البيع في هذه الحالات، لأن الاجراء المطلوب هنا غير لازم لانعقاد التصرف بل يلزم لترتيب أثر معين أو الاحتجاج به على الغير . ينظر : في ذلك د . محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص 15 . كذلك ينظر : د . عبد القاهر توفيق العطار، الاجل في الالتزام، بدون طبع، مطبعة دار التأليف، مصر، 1965، ص 160 .

(2) البيع الائتماني : هو بيع عادي ينعقد صحيحاً ومن شأنه ترتيب اثاره كاملة، إلا أن أحد الأطراف يأتى الآخر على رجاء تنفيذ التزام ما لفترة محددة لسبب أو لآخر، أي انه يتم الاتفاق بين الأطراف على ارجاء دفع الثمن أو جزء منه لأجل أو آجال محددة، أو ارجاء تسليم المبيع لحين الحصول عليه أو لحين استكماله، أو ارجاء تنفيذ نقل الملكية لحين استيفاء الثمن . ينظر : د . محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، المرجع السابق، ص 25 .

(3) د . إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، مطبوعات الجامعة، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1984، ص 268 - 269 . كذلك ينظر: د . توفيق حسن فرج، الطبعة الأولى، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1979، ص 299 .

(4) أن العقدين الرئيسيين اللذان يشكلان ضمانات للبائع هما البيع مع الاحتفاظ بالملكية، والبيع بصورة إيجار، ينظر في ذلك : جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص، المرجع السابق، ص 26 - 27 .

(5) انظر:

La clause de reserve de propriete et le droit des procedures collectives, Dalloz-Sirey, 1980, chronique-XLI, 293.

أشار إليه د . إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، هامش رقم 579، ص 270.

بالنسبة إلى العقارات فيمكن اللجوء إلى شرط الاحتفاظ بالملكية ، إلا أن البائع يستطيع الوصول إلى نفس النتيجة من خلال الامتناع عن القيام بالإجراءات اللازمة لتسجيل البيع، ذلك أن التسجيل اجراء لا غنى عنه لنقل ملكية العقار، وغالباً ما يتم الاتفاق بين البائع والمشتري على ارجاء التسجيل لحين الانتهاء من سداد الثمن ، ويندر اللجوء إلى شرط الاحتفاظ بالملكية في بيع المنقولات المعينة بالنوع ، ذلك أن ملكية تلك المنقولات لا تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد بل يلزم الإفراز، وغالباً ما يعلق البائع ذلك الإجراء على استيفاء حقوقه⁽¹⁾.

من هنا كان لشرط الاحتفاظ بالملكية دوراً هاماً يتمثل في ضمان عيني يكفل للبائع المالك استيفاء حقه⁽²⁾.

قد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية، بين فكرتي الشرط والاجل، كما اختلفت الآراء التي اعتبرت البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية (شرطاً) ، بين اعتباره بيع معلق على شرط واقف أو بيع معلق على شرط فاسخ أو مقترن بشرط فاسخ صريح، فقد ذهب رأي بالفقه إلى أن البيع مع شرط الاحتفاظ هو بيع معلق على شرط واقف يتمثل في وفاء المشتري بالثمن في الموعد المحدد⁽³⁾.

قد تعرض هذا التكييف إلى انتقادات شديدة من قبل جانب من الفقه ، كونه مجرد شرط الاحتفاظ بالملكية من قيمته الائتمانية التي يسعى إليها البائع من وراء تضمينه لعقد البيع⁽⁴⁾، فإذا أفلس المشتري والشرط لا يزال معلقاً ، كان الباقي من الثمن ديناً في التفليسة يزاحمه سائر دائني المشتري⁽⁵⁾.

(1) ومن المتصور ورود شرط الاحتفاظ بالملكية بصدد بيع الحقوق الذهنية كحق المؤلف والملكية الفنية والصناعية ، كمن يبيع الحق في براءة الاختراع مع الاحتفاظ بملكيته لضمان استيفاء حقوقه ولعل المثال والتطبيق البارز في هذا المجال يتمثل في بيع المحل التجاري ، وهو منقول معنوي مع الاحتفاظ بملكيته. ينظر في ذلك د. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، المرجع السابق ، ص 28 - 30 .

(2) د . إبراهيم دسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، ص 269 .

(3) د . أنور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، الطبعة الأولى ، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1951، ص 172. د. رمضان ابو السعود ، دروس في العقود المسماة- عقد البيع في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية، بيروت ، 1989، ص 17. د . جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1967 ، ص 137 . د. عباس حسن الصراف ، شرح عقد البيع والابجار في القانون المدني العراقي ، مطبعة الأهالي ، بغداد ، 1956 ، ص ، 132 . د . غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1969 ، ص 36 .

(4) د . إبراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 23 .

(5) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، المرجع السابق ، ص 147.

ذهب رأي آخر في تكييف البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه شرط فاسخ مع تباين الآراء باعتباره معلقاً على شرط فاسخ أو اعتباره بيع مقترن بشرط صريح فاسخ⁽¹⁾، ومضمون البيع المعلق على شرط فاسخ أن الملكية تنتقل للمشتري معلقة على شرط فاسخ منذ انعقاد البيع، فإذا لم يقيم المشتري بالوفاء في الوقت المحدد، فإن الملكية تزول باثر رجعي ويعود البائع مالكا للبيع بقوة القانون بدون حكم واعدار⁽²⁾.

قد وجهت انتقادات لهذا الرأي كونه ينافي جوهر شرط الاحتفاظ بالملكية، الذي يقتضي بقاء ملكية المبيع للبائع، فلا تنقل ملكيته حتى ينفذ التزامه بدفع الثمن⁽³⁾.

قد ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع بات يقترن بشرط صريح فاسخ، يستعمله البائع كجزء يتمكن بموجبه من فسخ العقد في حالة اخلال المشتري بالتزامه بالوفاء بالثمن⁽⁴⁾.

إلا أن هذا الشرط الفاسخ الصريح لا يسلم من النقد هو الآخر، كونه يتعارض مع إرادة المتعاقدين المتمثلة بعدم انتقال الملكية حتى وفاء كامل الثمن، فليس من شأن هذا التكييف حفظ الملكية للبائع، بل نقلها إلى المشتري ثم إعادة نقلها للبائع في حالة الفسخ، وأن صيغة الشرط الصريح الفاسخ تقتضي أن يكون قاطع الدلالة على وقوع الفسخ من تلقاء نفسه بمجرد تخلف المشتري عن الوفاء⁽⁵⁾.

(1) الشرط الفاسخ : هو امر مستقبلي غير محقق الوقوع يعلق عليه زوال الالتزام وله مقومات عدة منها ، أن يكون امرا عارضا ومستقبلا وغير محقق الوقوع ، ويؤدي تحقق الشرط الفاسخ إلى زوال الالتزامات المعلقة عليه باثر رجعي ، فيعتبر الالتزام كأن لم يكن دون حاجة إلى حكم واعدار . ينظر في ذلك : د . احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، المرجع السابق ، ص 52 .

اما الشرط الصريح الفاسخ : هو اتفاق اطراف العقد مسبقا على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم او دون أن يكون للقاضي سلطة تقديرية في ذلك ، عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، ولا يقع الفسخ الا بعد اعدار المدين ما لم يتفق الأطراف صراحة على الاعفاء من الاعذار . ينظر في ذلك : د . محمد حسين منصور ، الشرط الصريح الفاسخ ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، 2007 ، ص 16 .

(2) د . محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، المرجع السابق ، ص 301 . د . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، المرجع السابق ، ص 52 .

(3) د . صبري حمد خاطر ، الاحتفاظ بالملكية ، دراسة تأصيلية في عقد البيع ، بحث منشور في مجلة جامعة النهريين ، المجلد الرابع ، العدد الخامس ، 200 ، ص 100 .

(4) انظر :

Demoures . y ; L avente avec r esrve de propriete ، R.T . D . Com ، 1982.

أشار إليه : د . محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، المرجع السابق ، ص 304 .

(5) د . محمد حسين منصور ، الشرط الصريح الفاسخ ، المرجع السابق ، ص 51 . كذلك ينظر للمؤلف نفسه نفسه : شرط الاحتفاظ بالملكية ، المرجع نفسه ، ص 305 .

وفق الانتقادات التي وجهت إلى كونه بيع معلق على شرط واقف أو فاسخ ، فقد ذهب جانب آخر إلى أنه بيع معلق فيه انتقال الملكية على شرط واقف ، أي إن الشرط لا يوقف عقد البيع وإنما يوقف الالتزام بنقل الملكية فقط⁽¹⁾ .

إلا أن هذا التكييف لم يسلم من النقد ، فإذا كانت الملكية وحدها معلقة على شرط واقف ، فإن ذلك يؤدي إلى زوال الملكية بأثر رجعي عند عدم تحقق الشرط ، ويستتبع ذلك زوال البيع أيضاً مما يعني إن الشرط الواقف يؤثر على العقد ذاته وليس فقط نقل الملكية⁽²⁾ .

وإزاء الانتقادات السابقة إلى تكييف الشرط سواء كان واقفاً أم فاسخاً ، ظهر رأي في الفقه يرجح الأجل الواقف ومضمونه ، أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف إلى أجل واقف يتفق فيه الأطراف على إرجاء تنفيذ العقد إلى حين حلول الأجل وهو الموعد المحدد لدفع الثمن ، وفي هذه الحال فإن ملكية المبيع تنتقل من البائع إلى المشتري من وقت الوفاء التام بالثمن وليس بأثر رجعي⁽³⁾ ، فشرط الاحتفاظ بالملكية مجرد أجل يترتب عليه وفقاً للصيغة المستعملة في الغالب من الجانب العملي ، وفق نقل الملكية حتى دفع كامل الثمن⁽⁴⁾ .

إلا أن هذا القول أيضاً تم انتقاده ، ومن هذه الانتقادات هو قول الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن الاتفاق على تأخير نقل الملكية ليس اتفاقاً على أجل تنتقل بعده الملكية ، بل هو اتفاق على شرط يعلق انتقال الملكية إلى حيث تحققه ، ذلك أن الملكية تستعصي طبيعتها على أن تقتصر بأجل ، فالأجل يجعلها مؤقتة والملكية حق دائم لا يلحقه التوقيت ، فتأخير نقل الملكية إلى تمام وفاء أقساط الثمن هو تعليق لنقل الملكية على شرط وفاء الأقساط⁽⁵⁾ .

أما بالنسبة إلى القانون المقارن الفرنسي والمصري والعراقي فقد نصت المادة الأولى من قانون 12 مايو ، 1980 الفرنسي وهو القانون المتعلق بتنظيم آثار شرط الاحتفاظ بالملكية في عقود البيع بالنسبة إلى الغير في إطار الإجراءات الجماعية للتسوية القضائية وتصفية الأموال

(1) د . توفيق حسن فرج عقد البيع والمقايضة ، المرجع السابق، ص 188 . د . سليمان مرقس ، شرح القانون المدني، العقود المسماة، الجزء الأول، عقد البيع، الطبعة الرابعة، عالم الكتب، القاهرة، 1980، ص 110. د. سعيد مبارك . د . طه الملا حويش . د. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، مكتبة السنهوري، بغداد ، 2012 ، ص 85 .

(2) د . صبري حمد خاطر ، الاحتفاظ بالملكية ، المرجع السابق ، ص 106 .

(3) د . محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 42 . د . صبري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص 105 .

(4) د . نبيل إبراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، المرجع السابق ، ص 38 .

(5) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، المرجع السابق ، ص 71 .

على أنه "أن الشرط يوقف نقل الملكية على الدفع الكامل للثمن" ، وذهب الفقه الفرنسي في تفسير النص بأنه لم يفرق إذا كان البيع بسيطاً أو موصوفاً وعليه لا يستبعد تطبيق هذا القانون أن يطبق على العقد نفسه ؛ لأن تعليق عقد البيع على دفع الثمن يؤدي في الوقت نفسه إلى تعليق انتقال الملكية⁽¹⁾.

ثم جاء المرسوم التشريعي رقم 346 - 2006 في 23 اذار 2006 والذي نظم شرط الاحتفاظ بالملكية في المنقولات المادية فنص في المادة (2367) منه " لا يمكن الاحتفاظ بملكية المال على سبيل الضمان بفعل بند احتفاظ بالملكية يعلق الأثر الناقل للعقد حتى الإيفاء الكلي للالتزام" ، وهكذا تكون الملكية المحتفظ بها والضامنة للإيفاء مقابلة للدين ، فنجد أن المشرع الفرنسي قد نص على بند الاحتفاظ بالملكية يعلق الأثر الناقل للعقد، أي الأثر الناقل للملكية، إلا أن الاخذ بهذا التكييف في التشريع الفرنسي يحقق نتيجة هامة ، مؤداها تحمل البائع تبعة هلاك المبيع رغم تسليمه إلى المشتري، لأنه يظل مالكا له لحين استيفاء الثمن ، لذا فان مصلحة البائع تقتضي أن يكمل شرط الاحتفاظ بالملكية بشرط صريح يخالف قاعدة هلاك الشيء والتي لا تعد من النظام العام ويمكن الاتفاق على خلافها ، إذ يقتضي الشرط الإضافي بتحمل المشتري تبعة الهلاك ، ولا شك في صحة هذا الشرط⁽²⁾.

يتضح أن المشرع الفرنسي من خلال مبادرته في قانون 12 مايو 1980، والمرسوم التشريعي رقم 346-2006، بأنه تبنى ما تبنته محكمة النقض الفرنسية في شرط الاحتفاظ بالملكية بوقف نقل الملكية لحين الوفاء بالثمن⁽³⁾.

أما المشرع المصري فقد نص في المادة (1/430) من القانون المدني على أنه "إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم التسليم"، يرى البعض في شرح المادة (430) بأن المشرع اعتبر البيع غير باتاً، بل معلق على شرط واقف هو وفاء المشتري بالثمن في الوقت المحدد له ، وتنتقل الملكية معلقة

(1) انظر:

J . Ghenis ; Re flexions d un civiliste sur La clause dereserve de propriete . D. 1980 . 1 . p . 17

أشار إليه : د . محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص 342.

(2) جيروم هوييه، المطول في القانون المدني، الجزء الأول، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2003، ص186-187.

(3) Ghestin . op. cit .. n. 17

أشار إليه: محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، المرجع السابق ، هامش رقم واحد ، ص342.

على شرط واقف إلى المشتري ويستتقي البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ، وكل من الشرط الواقف والفاسخ المحدد ، فإذا تحقق الشرط انتقلت الملكية بأثر رجعي للمشتري، وتحقق في نفس الوقت الشرط الفاسخ وزالت ملكيته عن البائع⁽¹⁾، إلا أن من الفقهاء من انتقد هذا الرأي بان المشرع لم يصرح بأن الملكية تبقى للبائع معلقة على شرط فاسخ ، كما أن إرادة الافراد لم تفصح عن ذلك ، إذ أن النص القانوني صريح بان نقل الملكية ذاته يكون موقوفاً على استيفاء الثمن⁽²⁾، وعليه أن البيع وفق المادة (1/430) من القانون المدني المصري ينعقد باتا لا موقوفاً على شرط وان غاية الامر أن الثمن فيه يكون مؤجلاً ، وان انتقال الملكية يكون موقوفاً على وفاء الثمن ، اما باقي التزامات البائع والمشتري فإنها تكون منجزة طالما لم ينص العقد على غير ذلك⁽³⁾.

فالمشرع المصري في المادة (430) سألفة الذكر لم يعط الخيار للطرفين في تحديد انتقال الملكية، بل جعل انتقال الملكية بحكم القانون مستنداً إلى وقت البيع ، وعليه فان البيع لا يمكن أن يكون معلقاً على اجل واقف لأن الاجل لا يرتد بأثر رجعي⁽⁴⁾.

وهذا بخلاف المشرع العراقي، إذ نصت المادة (534) على أنه "إذا كان البيع مؤجلاً الثمن، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع. 2- 3- وإذا سددت الأقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري من وقت البيع إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك" ، إذ جعل المشرع العراقي انتقال الملكية مستنداً إلى وقت البيع كأصل عام وسمح للطرفين الاتفاق على خلاف ذلك، أي إنه أجاز انتقال الملكية من تاريخ وفاء الأقساط⁽⁵⁾، فالاتفاق على عدم سريان الاجل بأثر رجعي ، يرد عليه بأنه لا يوجد نص قانوني يحول دون أن يرتد الاجل بأثر رجعي إلى وقت إبرام العقد ، خاصة وان الفقرة الثالثة من المادة (534) من القانون المدني العراقي بعد أن نصت على انتقال الملكية من وقت البيع عادت إلى القول " إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك" .

مع هذه الاجتهادات الفقهية في تحديد طبيعة شرط الاحتفاظ بالملكية وتفسير النصوص القانونية فقد كان لمحكمة النقض الفرنسية قرارات مختلفة إذ جاء في قرار لها " إن البيع مع

(1) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الرابع ، المرجع السابق ، ص 220 .

(2) د . نبيل إبراهيم سعد / الملكية كوسيلة للضمان ، المرجع السابق ، ص 33 .

(3) د . سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، العود المسماة ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 110 .

(4) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، المرجع السابق ، ص 71 .

(5) د . صبري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص 105 .

شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف⁽¹⁾، أي إن شرط الوفاء بالثمن هو شرط واقف يتوقف على تحققه وجود البيع ذاته فلا ينعقد البيع قبل الوفاء بالثمن .

في حكم آخر لها ذهبت إلى أن شرط الاحتفاظ بالملكية يعد بمثابة الشرط الفاسخ إذ ساوت بين الأثر المترتب على الشرط الفاسخ وشرط الاحتفاظ بالملكية إذ قضت على أنه " ... إن دعوة الاسترداد المؤسسة على حكم المادتين (1184) و (1654) من القانون المدني أو على شرط يستتقي البائع بمقتضاها ملكية الأشياء المباعة لا تنتج أثرها في مواجهة جماعة الدائنين إلا إذا كانت قد رفعت قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس"⁽²⁾.

قد استمر تردد القضاء في فرنسا حول الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية بين اعتباره شرطاً واقفاً أو اعتباره شرطاً فاسخاً حتى عام 1979 حين حسمت محكمة النقض الفرنسية هذا بتبنيها فكرة الشرط الواقف، إلا أنها قررت أن هذا الشرط لا يوقف عقد البيع وإنما يوقف الالتزام بنقل الملكية⁽³⁾، فوفق هذا الشرط أن عقد البيع ينعقد صحيحاً نافذاً منتجاً لآثاره عدا نقل الملكية الذي يتأخر لحين تحقق الشرط .

قد أخذ القضاء في مصر بهذا التكييف إذ قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بأنه "أن مؤدى نص المادة (311/430) من القانون المدني أن البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية هو بيع بات تام وإن تراخى تنفيذ الالتزام بنقل الملكية إلى حين سداد كامل الثمن ، فهو ليس بيعاً موقوفاً على شرط سداد الثمن ، وإنما المعلق على هذا الشرط هو انتقال الملكية فقط..."⁽⁴⁾.

(1) وهذا هو الاتجاه السابق للقضاء الفرنسي. انظر على سبيل المثال:

Req. 21 juill.1897, D.P. 1897 .1. 269- Toulouse 19 loct . 1960 ,
D.1962 ، p .96, note Breau – Paris 3 juill . 1968, J.C.P . 1969 . 11. 15820 .
note Guerrin.

أشار إليه : د . محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية، هامش رقم 1، ص 295.
(2) انظر:

CASS CIV. 3 Mai 1935. S . 1945 . p . 277

قرار حكم مشار إليه لدى : د . علي سيد قاسم، شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الإفلاس ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1991، ص 26 .
(3) انظر:

Cass . com 20 nov. 1979 (Affaire Mecarex) Bull. civ, IV, NO77 – 15-978, Inedit.
أشار إليه: د . حسين عبدالله عبد الرضا، الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد 13، المجلد الثاني، سنة 2017، هامش رقم 62.
(4) قرار طعن رقم 4609 سنة 61 ق في 1999 /7/5 ، قرار منشور لدى د . عبد الحكيم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض ، الجزء الثالث ، العقود التي تقع على الملكية ، دون سنة طبع، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، الإسكندرية ، ص 300 .

قد اتخذت محكمة التمييز العراقية موقفاً مماثلاً لنظيرتها المصرية في قرار لها قضت فيه " إن اشتراط عدم تسجيل الدار حتى دفع الثمن كاملاً هو شرط واقف يعلق عليه انتقال الملكية"⁽¹⁾.

يبدو أن شرط الاحتفاظ بالملكية ضماناً عينياً اتفاقياً باعتبار مصدره اتفاق الطرفين وأنه يرد على الملكية فهو ضمان عيني ، فشرط الاحتفاظ بالملكية يوفر ضماناً لحق البائع في دين الثمن ، وهذا الضمان العيني لا يؤثر في طبيعة عقد البيع ، فالعقد ينعقد صحيحاً بسيطاً غير موصوف ، وتترتب عليه جميع آثاره ، ما عدا نقل الملكية الذي يتعطل مؤقتاً لارتباطه بواقعة دفع الثمن كاملاً ، فكونه ضماناً هي الوظيفة الرئيسية في عقد البيع ، وهذا الضمان كالرهن إذ من الممكن أن يتفق الطرفان على بيع ائتماني مع تقديم المدين رهناً معيناً لضمان استيفاء الثمن فيكون الاتفاق في صلب عقد البيع وعندها يكون الرهن شرطاً مقترناً بالعقد وبند من بنوده ويكون صحيحاً إذا كان مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو جرى به العرف أو العادة وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو كلاهما وغير مخالف للنظام العام والآداب⁽²⁾ ، فالحال نفسه مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، إذ أن هذا الشرط يكون في صلب عقد البيع وبند من بنوده فهو من الشروط التي تلائم العقد لأنه يوثق استيفاء الثمن وهو شرط فيه منفعة لكلا المتعاقدين ، إذ أنه يحقق مصلحة للبائع في ضمان حقه في الثمن ويحقق مصلحة للمشتري في الحصول على المبيع دون أن يكون مضطراً إلى دفع الثمن كاملاً دفعة واحدة، وعليه يترتب تقييد انتقال الملكية لحين سداد الأقساط، ويبقى عقد البيع بسيطاً غير موصوف منجزاً تترتب عليه جميع الآثار عدا نقل الملكية الذي تنقيد بالشرط ، إذ إن تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن فالعقد لا يفسخ بقوة القانون، بل يحتاج إلى إجراءات من البائع لفسخه دون أن يؤثر ذلك على البائع في استرداد المبيع .

إلا أن الاختلاف بين الرهن وشرط الاحتفاظ بالملكية هو أن مصدر الدين قد يتعدد بالرهن والبيع أحد مصادره الاتفاقية، بينما شرط الاحتفاظ بالملكية فهو لا يرد إلا في عقد البيع، وإذا كان ايجاراً فقد وضع المشرع ضماناً آخر للبائع بصورة البيع الإيجاري والذي سنبينه في الفرع التالي.

(1) قرار رقم (381) لسنة 1970، منشور في مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين العراقية، العدد الثالث، 1970 ، ص 243 .

(2) أن الشرط الذي يقترن بالعقد هو شرط يضاف إلى العقد ليغير بعض احكامه العامة، مثال ذلك أن يقول شخص لأخر ابيعك داري هذه بمبلغ قدره... علي أن أبقى فيها ستة أشهر، وهذا هو النوع الذي يهمننا في موضوعنا، اما العقد المعلق على شرط هو ما عُلق وجودا او زوالا على امر آخر كأن يقول شخص لأخر: استأجر دارك هذه بمبلغ...في السنة إذا نُقلت إلى مدينة بغداد، انظر في ذلك كله د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص139.

كما أن شرط الاحتفاظ بالملكية يختلف عن الرهن في كونه يرد على ذمة الدائن المالية ، بينما الرهن يرد على ذمة الغير المالية⁽¹⁾ .

إذا شرط الاحتفاظ بالملكية هو ضمان عيني تبعي كالرهن فهو ضمان كونه يضمن الثمن وعيني لأنه يرد على حق الملكية وأنه تبعي تابع لعقد البيع الذي أسس عليه .

كما أن طبيعة شرط الاحتفاظ بالملكية القانونية هي شرط مقترن بالعقد وجزءاً منه وبند من بنوده كما بينا ذلك .

الفرع الثاني

البيع الإيجاري

إن المخاطر التي تترتب على البيع الائتماني دفعت البائع إلى ابتكار نوع آخر من الضمانات تجعله يحتفظ بملكية المبيع لحين استيفاء الثمن دون استخدام شرط الاحتفاظ بالملكية وذلك عن طريق عقد يسمى بالبيع الإيجاري أو (الإيجار الساتر للبيع) والذي يهدف إلى اظهار عقد البيع الائتماني بصورة إيجار فيتفادى البائع بذلك استهلاك المشتري للمبيع إذا ما تصرف به قبل سداد الثمن، بالإضافة إلى إمكان استرداده من تقليسة المشتري ، باعتبار أن المؤجر يبقى مالكا للعين المستأجرة فلا تنتقل الملكية إلى المستأجر⁽²⁾ .

يتميز البيع الإيجاري بحيازة المشتري للشيء المبيع والاستفادة منه باعتباره مستأجراً، ويكون في نفس الوقت دائناً بوعده بالبيع يتحقق في نهاية العقد ، ويصبح مالكا للعين المستأجرة إما تلقائياً بمجرد سداد آخر قسط متفق عليه ، وإما بإعلان المستأجر رغبته في ذلك وبعد المتفق عليه كمقابل للشراء ، فيلجأ البائع إلى هذه الوسيلة إمعاناً منهم في ستر حقيقة البيع وإظهاره في صورة إيجار⁽³⁾ .

(1) جاك مستر وآخرون ، المطول في القانون المدني ، قانون التأمينات العينية الخاص ، المرجع السابق ، ص43.

(2) زياد جمال عبد المنعم نورة، بيوع موصوفة بالقانون المدني المصري، ص71، متاح على الموقع الإلكتروني:

https://drive.google.com/file/d/1TQTVvStmzE_GuRdiXsCjeosdtMsTKi2V/view

(3) انظر دي باج:

DEPAG : traite de droit civil belge .T . IV، NO. 278.

أشار إليه: د . إبراهيم دسوقي ابو الليل ، المرجع السابق ، ص 303 .

لكي يُحتج بحق البائع في البيع الإيجاري تجاه الغير أن يكون عقد البيع في صورة إيجار موضوع علنية أي مكتوباً⁽¹⁾.

وردت تعريفات بخصوص البيع الإيجاري من قبل فقهاء القانون منهم من عرفه بأنه "عقد يوصف بأنه إيجار حتى إذا واطب المستأجر على دفع الأجرة المتفق عليها لمدة معينة صار العقد بيعاً، واصبح ما دفع من أجرة اقساطاً من الثمن"⁽²⁾.

منهم من عرفه بأنه "عقد بموجبه يتم إيجار مال معين لمدة معينة مقابل أجر معين، على أن ينقلب العقد بيعاً إذا وفي المستأجر بجميع التزاماته وفاءً تاماً"⁽³⁾.

يلاحظ من التعريفين أن الفقهاء قد وصفوا البيع الإيجاري بأنه إيجار ينقلب بيعاً بعد سداد الثمن، وليس بيعاً مع أن هناك من وصفه بأنه إخفاء عقد بيع انتماني يحتفظ فيه البائع بالملكية لحين استيفاء كامل الثمن⁽⁴⁾.

وقد عرفه آخر بأنه "عقد يتحقق من خلاله البائع مع المشتري على تأجير منزل أو محل تجاري لمدة معينة مقابل التزام الأخير بدفع إيجار دوري، وفي حال اوفى المستأجر بجميع دفعات الإيجار المستحقة طول مدة العقد في مواعيدها المحددة تنتقل إليه الملكية دون أن يكلف بدفع مبالغ أخرى عند نهاية العقد، وفي حالة التخلف عن دفع الأقساط يتم فسخ العقد، ويعد من العقود المركبة التي تجتمع بين عدد من العقود"⁽⁵⁾.

يلاحظ من التعريف أنه اعتبر البيع الإيجاري عقداً مركباً من بيع وإيجار دون الأخذ بما يريده المتعاقدان.

قد اختلفوا في بيان طبيعة هذا العقد، وذلك كونه ليس إيجاراً بالمعنى الصحيح لأنه يتضمن في نفس الوقت عناصر البيع لإمكان تملك المستأجر تلك العين المؤجرة عند سداد الأقساط، فقد ذهب منهم إلى أن البيع الإيجاري هو عقد بيع يعتبر فيه المشتري مالكاً تحت شرط واقف هو

(1) أن البيع الإيجاري على الرغم من انه يشكل ضماناً للبائع في استرداد ماله فانه يعفى أيضاً من العمل على الاعتراف بحقه في الملكية، ينظر في ذلك : جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص، المرجع السابق، ص 32

(2) زياد جمال عبد المنعم قورة، بيوع موصوفة في القانون المدني المصري، ص 75 .

(3) د . سعيد مبارك، د . طه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة، المرجع السابق، ص 18 .

(4) ويتحقق هذا إذا كان نقل ملكية إلى المشتري يتم تلقائياً بمجرد سداد آخر قسط من الأقساط المتفق عليها

دون حاجة لإجراء آخر كإعلان المشتري رغبته في ذلك أو سداد مبلغ تكميلي، ينظر في ذلك : د . إبراهيم دسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 307 .

(5) متاح على الموقع الإلكتروني <https://www.meemapps.com/term/rental-sale>

سداد جميع الأقساط ، وان الثمن الحقيقي الذي يسميانه أجرة أن هو إلا أقساط ، فتسري عليه احكام البيع بالتقسيط حتى لو اضيف إلى هذه الأقساط مبلغاً رمزياً تكميلياً⁽¹⁾ .

منهم من ذهب إلى أنه بيع يليه إيجار معلق على شرط واقف وفاسخ، فهو إيجار معلق على شرط فاسخ وبيع معلق على شرط واقف، والشرط هو قيام المنتفع بالوفاء بكافة الأقساط في مواعيدها، فإذا تحقق الشرط انفسخ عقد الإيجار وانتج عقد البيع آثاره مستنداً إلى وقت انعقاده، وإذا تخلف الشرط تأكد الإيجار نهائياً وامتنع عن البيع أن ينتج آثاره ، وتخلف الشرط يعني تخلف المستأجر عن دفع الأجرة وهي الأقساط⁽²⁾ .

يصعب القبول بهذا الرأي لأنه يضيف على العقد وصفين متناقضين في ذات الوقت ، حيث يصعب اعتبار العقد إيجاراً وبيعاً في أن واحد نظراً لاختلاف طبيعة كل من العقدين، والقول بتحول الاتفاق إلى بيع أو إلى اجارة حسب الظروف يعد امراً مخالفاً للقواعد العامة⁽³⁾ .

ذهب رأي إلى ضرورة البحث عن قصد المتعاقدين لتكييف العقد ، بان نتيجة ارادتهم من البداية لأبرام عقد بيع وليس عقد إيجار ، فإذا تبين أنه عقد بيع فهو بيع موقوف معلق على الوفاء الكامل بالأقساط لانتقال الملكية، أي أن انتقال الملكية معلق على الوفاء بجميع الأقساط⁽⁴⁾ .

تظهر نية المتعاقدين واتجاههم إلى إبرام عقد بيع وليس عقد إيجار من الظروف المختلفة المحيطة بالتعاقد ، وبصفة خاصة من حقيقة ومدى التزامات الطرفين ، ومن النشاط المهني الذي يمارسه المؤجر ، وقد يتأكد أن المقصود بيع وليس إيجار من وجود اتفاق يلحق بالعقد ويظل سرياً بين المتعاقدين ، ولعل العنصر الأساسي الذي يجب أن يتجه إليه بحث القاضي للوصول إلى نية الأطراف هو كيفية سداد الثمن ، فإذا كانت الأقساط المحددة كأجرة مرتفعة بدرجة كبيرة بالنسبة إلى القيمة الإيجارية بحيث يكون قد سدد جزء كبير من الثمن قبل تحقق البيع، فان

(1) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، المرجع السابق ، ص 174-

178 . د . سعيد مبارك ، د . طه الملا حويش ، الموجز في العقود المسماة ، المرجع السابق ، ص 18 .

(2) د . لبيب سنبل ، د . مجدي صبحي خليل ، شرح احكام عقد البيع ، بدون طبع، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1968 ، ص 18.

(3) د . محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 35 .

(4) د . محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، عقد البيع وعقد المقايضة ، المرجع السابق ، ص 205 . د . محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، المرجع السابق ، ص 39 .

وصف الأطراف للاتفاق بأنه إيجار يكون محلاً للشك ، ما لم يوجد دليل يوضح عكس ذلك، ومن ثم فإن هذه المبالغ تعد أقساطاً من الثمن ويكون الاتفاق بيعاً⁽¹⁾ .

قد يقصد المتعاقدان الإيجار، كما إذا لم يشترط في الاتفاق انتقال الملكية بعد انتهاء المدة التي تدفع فيها الأقساط، بل اتفق على أن يكون للمستأجر خيار الشراء في أي وقت مقابل أدائه ثمناً معيناً تخصم منه الأقساط التي دفعها، فيكون العقد في هذه الحالة عقد إيجار مصحوب بوعده بالبيع ويسمى الإيجار المقترن بوعده بالبيع⁽²⁾ .

وقد اعتبر المشرع الفرنسي⁽³⁾، بدلات الإيجار ديون تتمتع بامتياز استناداً لنص المادة (40) من قانون رقم 25 كانون الثاني لسنة 1985، ويضمن هذا الامتياز دفع المبالغ عند استحقاقها بالاستقلال عن ممارسة البائع في صورة إيجار حقه بالمطالبة أو عدم ممارسة هذا الحق ، وأن الملكية التي احتفظ بها البائع في صورة إيجار هي بالمعنى الحصري للتعبير ضمان لديونه⁽⁴⁾ .

قد حسم القانون المدني المصري الخلاف بخصوص طبيعة عقد البيع الإيجاري في المادة (430) منه والتي جاء فيها " 1- إذا كان البيع مؤجلاً للثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع..."⁽⁵⁾ ، وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي أن هذه المادة قد نقلت عن المشروع الفرنسي الإيطالي المادة (331)⁽⁶⁾ ، فلمادة تجيز أن يشترط البائع إذا كان الثمن مؤجلاً أن يكون نقل الملكية إلى المشتري

(1) د . إبراهيم دسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، ص 308- 309 .
(2) د . محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، عقد البيع وعقد المقايضة ، المرجع السابق ، ص 205 . د . إبراهيم دسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، ص 317 .
(3) وترجع فكرة البيع الإيجاري في أصلها التاريخي إلى القانون الإنجليزي ففي عام 1846 لجأ أحد تجار الآلات الموسيقية بإنجلترا إلى هذه الطريقة المعروفة في القانون الانجليزي أميركي باسم (HIRE - PURCHASS) ، قاصداً رواج مبيعاته يتمكن عملاءه من الحصول عليها بطريق الائتمان ، وما لبثت هذه الطريقة أن انتشرت نتيجة تقدم الاختراعات ولجأ إليها العديد من المصانع مثل مصنع سنجر لألات الحياكة ، الذي كان يقوم بتسليم منتجاته إلى عملائه في شكل عقد إيجار يتضمن إمكانية تملك الآلات المؤجرة بعد تمام سداد مبلغ معين على عدد من الأقساط تمثل في الحقيقة ثمنها لها .
ينظر في ذلك:

R.M. GOODE

- Hire- purchase ، Law and Practice. London ، 1962.

أشار إليه : د . إبراهيم دسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 304.

(4) جاك مستر ، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص، المرجع السابق، ص 37- 38.
(5) ينظر في القانون الكويتي حيث جاء في المادة (410) من قانون التجارة رقم (68) لسنة 1980 سريان أحكام البيع بالتقسيط ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً .
(6) انظر في ذلك محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المرجع السابق، ص 208.

المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن ، حتى لو تم تسليم المبيع ، فاعتبر المشرع عقد البيع الإيجاري عقد بيع موقوف على تسديد الأقساط كاملة ، فالفقرة الثالثة من المادة نفسها جاء فيها "وإذا وفيت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستندا إلى وقت البيع" ، كما نصت الفقرة الرابعة منها بأنه " وتسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً" ، وبذلك حسم المشرع إشكالا بإيراده هذه الفقرات من المادة (331) ، فقد جرت العادة أن البيع الذي يبرم على هذا النحو يسميه المتعاقدان إيجاراً إمعاناً من البائع في ضمان حقه، إذ هو بذلك يستوفي الأقساط أجرة لا ثمناً ، وإذا ما تصرف المشتري بالمبيع عد هذا تبديداً ، وعليه أقر المشرع المصري بتسميه الأشياء بأسمائها حتى لو ميت باسم آخر فهذا العقد بيع لا إيجار ويعتبر معلقاً على شرط واقف هو دفع الأقساط جميعاً⁽¹⁾ ، فالغرض الذي يرمي إليه العاقدان واضح وإن لم يذكر بعقد البيع حين قصداً أن يكون الإيجار عقداً صورياً يستتر به العقد الحقيقي وهو البيع بالتقسيط⁽²⁾ .

قابلت المادة (430) من القانون المدني المصري المادة (534) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع ...3 - وإذا سددت الأقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري من وقت البيع إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك .4 - وتسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى لو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً" ، فالمشرع العراقي اعتبره بيعاً معلقاً على شرط واقف هو الوفاء بجميع أقساط الثمن⁽³⁾ .

كما الفقرة الثانية من المادة (534) مدني عراقي أجازت أن يشترط البائع في حالة عدم دفع الأقساط وفسخ البيع تبعاً لذلك أن يستبقي الأقساط المدفوعة (وهي جزء من الثمن) على سبيل التعويض ، إلا أن القانون كيف هذا الاتفاق بأنه شرط جزائي⁽⁴⁾ ، وأجاز تخفيضه تطبيقاً

(1) د . محمد كامل مرسي باشا ، المرجع نفسه ، ص 210 .
(2) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، المرجع السابق ، ص 178 .
(3) د . سعيد مبارك ، د . طه الملا حويش ، الموجز في العقود المسماة ، المرجع السابق ، ص 18 .
(4) نصت المادة (1/170) من القانون المدني العراقي على انه (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة احكام المواد (168 ، 256 ، 257 ، 258) ، وهذه المواد تتكلم عن الاعذار كشرط لاستحقاق التعويض ويترتب على ذلك أن التعويض الذي قدره الطرفان لا يستحق الا بعد اعدار المدين ، ويترتب على أن الشرط الجزائي تعويض فانه لا يستحق إلا إذا كان عدم التنفيذ او الاخلال به نتيجة خطأ صادر من المدين وهذا هو معنى إحالة المادة (170) على المادة (168) مع ضرورة تحقق الضرر ، وهو مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس عندما يكون التأخير عن تقصير او خطأ من المتعاقد وليس بسبب اجنبي . ينظر في ذلك د . حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 355 – 357 .

للقواعد العامة التي قررت بشأن الشرط الجزائي وذلك منعا للتعسف الذي قد يقع في هذه الأحوال، فقد يحدث أن البائع يكون قد استوفى أكثر الأقساط ، ثم يفسخ البيع لعدم استيفاء ما بقي منها، ويحتفظ بكل الأقساط التي استوفاهها ، وفي هذا عنت على المشتري يستطيع القاضي أن يرفعه إذا خفض الشرط الجزائي وقضى بأن يرد البائع بعض هذه الأقساط⁽¹⁾.

يجب التفرقة بين الحالة المتقدمة وهي (البيع الإيجاري) ، وحالة ما إذا اتفق شخص مع شخص آخر على أن يؤجر له شيئا مملوكا له لقاء أجر معلوم يدفع في أوقات معينة وأن يصبح المستأجر مالكا إذا دفع مبلغاً معيناً عند نهاية الإيجار، ففي هذه الحالة يوجد عقدان إيجار ووعده بالبيع ، فإذا دفع المستأجر المبلغ المعين المتفق عليه عند نهاية الإيجار أصبح مالكا، ولكن يشترط أن يكون هذا المبلغ مما يمكن اعتباره ثمناً أي متناسباً مع قيمة الشيء⁽²⁾.

قد اعتبرت محكمة النقض المصرية البيع الإيجاري بيعاً باتاً معلقاً على شرط واقف هو انتقال الملكية، فالعقد ينتج كافة اثاره ، فإذا تم تسديد الثمن كاملاً تحقق الشرط الموقوف عليه تنفيذ الالتزام بنقل الملكية ومن ثم تنتقل إلى المشتري بأثر رجعي من وقت البيع⁽³⁾.

بالنسبة إلى انتقال الملكية المستند إلى وقت البيع جاء في حكم لها بأنه "يجب لإعماله عدم الاخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل، فإذا كانت الملكية في المواد العقارية أو الحقوق العينية الأخرى لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ، فما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف ولا يكون للمتصرف إليه ما بين تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد امل في الملكية دون أي حق فيها ..."⁽⁴⁾.

(1) نصت المادة (170 / 2) بانه (ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه إذا ثبت المدين أن التقدير كان فادحا او أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلا كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة) .

(2) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، المرجع السابق ، ص 178 . د.محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، المرجع السابق ، 210 .

(3) طعن رقم 4609 لسنة 61 ق – جلسة 1999 / 7 / 5 . أشار إليه: احمد محمد عبد الصادق ، المرجع السابق، ص 77 .

(4) (الثابت أن الطاعنين لم يسجلا عقد شرائهما للأرض محل النزاع الا بتاريخ 30 / 3 / 1971 ، فان الملكية لا تنتقل إليهم إلا منذ هذا التاريخ ويكون الحكم وقد التزم هذا النظر موافقا لصحيح القانون . ينظر في ذلك : نقض مندي الطعن رقم 53 ق – جلسة 1990 / 2 / 1 ، أشار إليه : احمد محمد عبد الصادق ، المرجع نفسه ، ص 78 .

إلا أن محكمة النقض المصرية ذهبت في عام 1934 ، إلى أن تكيف العقد هو بيع أو إيجار يتبع فيه قصد العقدين ، وان المحكمة تستهدي في ذلك بنصوص العقد والظروف التي تحيط به⁽¹⁾.

نؤيد ما ذهب إليه الفقه بضرورة البحث عن نية المتعاقدين لتكيف العقد فإن اتجهت إرادتهم من البداية إلى إبرام عقد بيع فهو بيع بالتقسيم مع الاحتفاظ بالملكية⁽²⁾.

لكن يبدو أن الشرط ليس شرطاً واقفاً أي أن البيع ينعقد صحيحاً بسيطاً غير موصوف كما بينا ذلك في شرط الاحتفاظ بالملكية⁽³⁾، إذ تترتب على العقد جميع آثار عقد البيع سوى نقل الملكية الذي يتعطل مؤقتاً لحين سداد جميع الأقساط ويعتبر شرط تعطيل نقل الملكية شرطاً يفتضيه العقد ويلائمه لما فيه من منفعة لكلا المتعاقدين ، ويعد الشرط بند من بنود العقد ، فالبيع الإيجاري يهدف إلى اظهار البيع الائتماني وبالتحديد البيع بالتقسيم في صورة عقد إيجار فيتفادى البائع عدم اعتبار المشتري مبددا للمبيع إذا ما تصرف فيه قبل الوفاء بالثمن ، بالإضافة إلى إمكان البائع من استرداد المبيع من تفليسة المشتري ، باعتبار أن الإيجار يبقى على ملكية المؤجر ، ومن ثم يكون المستأجر مجرد حائز ولا تنتقل إليه الملكية ، فإذا تصرف فيها عد مرتكباً لجريمة التبيد، كما أن الأموال المستأجرة لا تدخل ضمن تفليسة المشتري⁽⁴⁾.

إذا يخضع البيع الإيجاري لأحكام البيع بالتقسيم مع الاحتفاظ بالملكية.

عليه وكما بينا شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه ضمان عيني تبعي كالرهن فهو يعتبر ضمان لأنه يضمن ثمن المبيع للبائع وأنه عيني كونه يرد على حق الملكية باعتباره حق من الحقوق العينية، إلا أنه يختلف عن التأمينات العينية المذكورة على سبيل الحصر كون شرط الاحتفاظ بالملكية يرد على ملك الدائن نفسه، وهو خلاف التأمينات العينية التي ترد على ملك الغير.

(1) أشار إليه : د . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، المرجع السابق، ص174 .

(2) إبراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، ص 310 .

(3) خصوصاً أن المشرع العراقي اعتبر البيع الإيجاري بيعاً تسري عليه الاحكام الخاصة بالبيع مع الاحتفاظ بالملكية ، وذلك استناداً للمادة (4 /534) والتي جاء فيها (وتسري احكام الفرات الثلاثة السابقة حتى ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً) .

(4) ينظر :

لما كان الضمان الخاص يكفل حقاً شخصياً للدائن في ذمة المدين ويريد أن يطمئن لاستيفائه (والذي يتمثل بثمن المبيع في البيع الإيجاري" الذي يطالب بموجبه الدائن (البائع) مدينه (المشتري) بتقديم ضمان خاص (1)، وهذا الضمان إما قد يكون على شكل شرط الاحتفاظ بالملكية أو بيع ايجاري، وفي الصورتين ينصب الضمان على شيء معين بالذات وهو محل الضمان، والذي يتمثل بالعين المبيعة التي تم تعيينها وتحديدها في عقد البيع وتم استناداً إلى ذلك التعيين تخصيصها أي تعيينها كضمان لأجل سداد كامل الأقساط، فالحق العيني هو الحق الذي يرد على شيء معين بالذات، وهكذا يتضح أن العبرة بمحل الحق هي التي تحدد كون الحق أو الضمان عينياً أم شخصياً⁽²⁾، كما أنه حق تابع وذلك لكونه لم ينشأ مستقلاً وإنما استناداً لعقد البيع الذي أسس عليه وأن طبيعته كما في شرط الاحتفاظ بالملكية شرط مقترن بالعقد وجزءاً منه وبند من بنوده⁽³⁾.

المبحث الثاني

الضمانات العينية القانونية والقضائية

تفرد مختلف التشريعات والأنظمة القانونية للدائن حماية وضمانات هامة منها نظمت خصيصاً للدائن ومنها تطبيقاً للقواعد العامة، كما في حق الحبس للضمان ، أما التي نظمت خصيصاً للدائن فتركز في حق الامتياز ، الذي يتقدم بمقتضاه الدائن على سائر دائني المدين ، وأكثر من ذلك فقد تدخل القضاء في بعض الدول لتقرير حماية خاصة أخرى للدائن مثل حق الاختصاص في مصر الذي يتمثل في منح الدائن حق رهن بإذن المحكمة .

للتعرض إلى هذه الأنواع من الضمانات سنقسم المبحث إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول لحق الامتياز والاختصاص ، فيما سنخصص المطلب الثاني لحق الحبس للضمان وتطبيقاته .

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص7.

(2) د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص57.

(3) ينظر ص 95-96 من اطروحتنا .

المطلب الأول

حق الامتياز وحق الاختصاص

وضع القانون للدائن مراعاة لحقه في استيفاء الدين امتيازاً يتقدم بمقتضاه حق الدائن على سائر الحقوق الأخرى التي تكون لدائنين آخرين وتشغل ذمة المدين، كما أن القضاء قد أفرد حقاً للدائن يتقرر بأمر القضاء على عقارات المدين يخوله اقتضاء حقه بالأولوية على الدائنين الآخرين.

للقوف على هذين الحقين سنقسم المطلب على فرعين: نخصص الفرع الأول لحق الامتياز القانوني ونخصص الفرع الثاني لحق الاختصاص القضائي.

الفرع الأول

حق الامتياز

إن حقوق الامتياز منها ما يكون عاماً على جميع أموال المدين من منقول وعقار ومنها ما يكون خاصاً مقصوراً على منقول أو عقار معين وحقوق الامتياز العامة ترد على كل أموال المدين من عقار أو منقول دون تخصيص ، فلا تعطي للدائن حقاً عينياً على عقار معين من أموال المدين ، ومن ثم فهي خارجة عن موضوعنا⁽¹⁾ ، أما حقوق الامتياز الخاصة فهي أما ترد على منقول معين أو عقار معين ، فالامتياز الوارد على منقول معين يعد تأميناً عينياً مملوك للمدين إلا أن الدائن لا يحوز هذا المنقول أي دون نقل حيازته ، وهو يشبه رهن المنقول دون نقل الحيازة ، أما حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار معين فهي تقترب إلى درجة كبيرة من حق الرهن التأميني فهي تعطي للدائن حقاً عينياً تبعياً على عقار معين مملوك للمدين يجب فيه القيد وتحدد مرتبة الدائن حسب تاريخ القيد⁽²⁾ .

(1) د. سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 389 . وحقوق الامتياز تخول صاحبها فقط حق التقدم على أموال المدين التي تكون متوافرة وقت التنفيذ ، فلا يمكن بذلك أن يحدد مسبقاً ما هي الأموال التي يمكن التنفيذ عليها طالما أن هناك إمكانية الخروج أو دخول أموال جديدة في ذمة المدين المالية خلال الفترة الواقعة بين تقرير الامتياز والتنفيذ على أموال المدين ، ينظر في ذلك : د. يوسف محمد عبيدات ، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، المرجع السابق ، ص 333 .

(2) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 10 ، المرجع السابق ، ص 919.

قد ذهب الفقه في فرنسا إلى اعتبار كل حق امتياز عقاري خاص بمثابة حق رهن على هذا العقار ، إلا أنه رهن ممتاز يتقدم صاحبه على اصحاب الرهون العادية⁽¹⁾ ، فالامتياز اصبح حق رهن من كل وجه يعطي لصاحبه حقاً عينياً وبهذه الصورة يختلط الرهن بالامتياز تماماً لتظهر طائفة الرهن الممتاز⁽²⁾ .

عرف فقهاء القانون حق الامتياز بأنه "الحق الذي خوله القانون بعض الدائنين بسبب صفة ديونهم وبمقتضاه يستوفون ديونهم بالتقدم على غيرهم"⁽³⁾ .

منهم من عرفه بأنه "سلطة يقررها القانون للدائن ومراعاة لصفة تخوله أن يستوفي هذا الحق من مال معين من مجموع أموال مدينه بالأولوية على سائر الدائنين"⁽⁴⁾ .

من هذه التعريفات ، يتبين أن الحق هو الممتاز وليس الدائن فالحق يظل ممتازاً ولو حل فيه دائن آخر محل الدائن الاصيلي ، وأن القانون هو الذي يتولى تعيين الحقوق التي تقضي طبيعتها أن تكون ممتازة ، كما يعين مرتبة ذلك الامتياز⁽⁵⁾ ، ومنهم من عرفه بأنه " أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين ، ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص القانون"⁽⁶⁾ . وفي هذا التعريف ذكر مراعاة لسبب الدين لا لصفة ، ومنهم من عرفه بأنه "حق عيني يقرره القانون ضماناً لوفاء دين معين مراعاة منه لصفته وهذا يمنح الدائن سلطة مباشرة على الشيء المحمل به تمكنه من استيفاء دينه بالأولوية في اي يد يكون"⁽⁷⁾ .

من خلال هذه التعريفات فإن المتفق عليه أن حق الامتياز هو ضمان تابع فلا يتقرر مستقلاً بذاته، بل لضمان دين في ذمة المدين، فهو ضمان تابع للدين يدور معه وجوداً وعدماً وصحة وانقضاء وانتقالاً ، كما أن مصدره القانون ، فلا يحتاج إلى اتفاق اطراف العلاقة ولا أن يقرره

(1) ينظر : جاك مستر ، المطول في القانون المدني ، قانون التأمينات العينية الخاص ، المرجع السابق، ص939.

(2) اوبرى ورور ج3 ، فقرة /25- 1 . بلانيول وبيير وبيكيه ، ج22 ، فقرة 4 - 5 ، بودان وفوران ، ج3 ، فقرة 313 ، اشار إليهما د. سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، هامش رقم (1) ، 385 .

(3) محمد كامل مرسي باشا ، المرجع السابق، ص369 .

(4) د. السيد عيد نايل ، المرجع السابق، ص298 .

(5) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج10 ، المرجع السابق، ص919 .

(6) مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 ، ج3 ، المرجع السابق، ص445 .

(7) محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج2 ، المرجع السابق، ص565 .

القضاء ، وإنما يتقرر بالقانون ، فلا يوجد امتياز في غير الحالات التي يقرها القانون بالنص كما أنه حق غير قابل للتجزئة مثله مثل باقي الضمانات العينية⁽¹⁾ .

الواقع أن التسليم بمبدأ عدم القابلية للتجزئة يرتبط بالنظر إلى الامتياز على أنه حق عيني يخول لصاحبه حق التتبع، فإذا سلمنا بذلك فإن حق الامتياز لا يتجزأ كالرهن والاختصاص⁽²⁾ .

إلا أنه قد ثار خلاف في الفقه الفرنسي حول عينية حقوق الامتياز وخاصة فيما يتعلق بحقوق الامتياز العامة لأنها لا ترد على مال معين بالذات وفيما يتعلق بالامتياز على الديون لأنه يرد على حقوق شخصية⁽³⁾ ، ولكن اغلب الفقهاء المصريين والعراقيين ذهبوا إلى أن حق الامتياز حقاً عينياً يخول صاحبه ما يخوله إياه سائر الحقوق العينية من ميزتي التقدم والتتبع⁽⁴⁾ ، كونه يرد على شيء مادي، إلا أنه على الرغم من عينية حق الامتياز ، القانون يحرم بعض الامتيازات من حق التتبع وهي الامتيازات العامة⁽⁵⁾ .

إلا أن العبرة في تحديد الطبيعة العينية للحقوق هي بمحل الحق ، فالمحل المادي المفرز المعين هو الذي يصلح وحده لتقرير العينية عليه ، فالحق العيني يقتضي وجود محل مادي مفرز، والملاحظ أن حقوق الامتياز العامة، لا تربط حق الدائن بشيء معين، ولا يظهر اثرها إلا عند التنفيذ على أموال المدين فالدائن الذي يتمتع بامتياز عام بشأن دين من الديون المستحقة في ذمة المدين ، فإنه يجوز له استيفاء هذا الدين مفضلاً على غيره من الدائنين ، كون الامتياز العام لا يربط حق الدائن بشيء مادي معين بالذات وإنما تبقى مسؤولية المدين في مواجهة الدائن شخصية غير محددة ، ويترتب على ذلك حرية المدين بالتصرف بجميع أمواله لعدم تخصيص شيء منها للوفاء بالدين عند استحقاقها، فحق الامتياز العام لا يكسب الدائن حقاً عينياً، أما حق الامتياز

(1) د. أحمد عبد التواب، محمد بهجت، دروس في الحقوق العينية التبعية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2007، ص13-14.

(2) د. توفيق حسين فرج ، التأمينات الشخصية والعينية (دراسة لعقد الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز)، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص 261 .

(3) بوردي دفوران 13 فقرة 292 – ديرو وبييه في طبيعة حق المستأجر رسالة من تولوز سنة 1952 فقرة 353 وما بعدها ، وقال بعض اخر أنها حقوق عينية إذا باشرها الدائن على عقار ، وهي مجرد أوصاف تلحق الالتزام إذا باشرها الدائن على منقول ، بودري (1) ص273 ، اويرى ورو 3 ص122 ، ينظر في ذلك : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون الجديد ، ج10 ، المرجع السابق ، هامش رقم (1) ، ص922 .

(4) د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص518 ، انور العمروسي ، الحقوق العينية التبعية ، التأمينات العينية العينية في القانون المدني ، الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز ، معلقاً على نصوصها بالفقه واحكام النقص ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003 ، ص517.

(5) محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص196. د. محمد حسين منصور ، النظرية العامة للاتئمان ، المرجع السابق ، ص 445 . د. عبد القادر محمد شهاب ، د. محمد عبد القادر محمد، الوجيز في الحقوق العينية، المرجع السابق، ص462.

الخاص فهو يكسب الدائن حقاً وارداً على شيء مادي معين بالذات⁽¹⁾، فحق الامتياز العام يرد على جميع أموال المدين من منقول أو عقار بغير تخصيص لمال معين وفي غياب هذا التخصيص، فإن حق الامتياز لا يرتب للدائن صاحب الحق الممتاز، حقاً عينياً على مال معين من أموال المدين.

قد نصت المادة (2324) من القانون المدني الفرنسي على تعريف حق الامتياز بأنه "حق تمنحه صفة الدين للدائنين بأن يكون مفضلاً على الدائنين الآخرين حتى المضمونين برهونات عقارية"، يلاحظ أن المادة صرحت بأن حق الامتياز صفة تلحق بالدين وليس الدائن.

كما نصت المادة (2325) على أنه " بين الدائنين الممتازين ، تنظم الأفضلية وفقاً للصفات المختلفة للامتيازات".

قد وصل الاقتراب بين الرهن والامتياز في القانون الفرنسي إلى درجة اعتبار كل حق امتياز عقاري خاص بمثابة حق رهن على هذا العقار ، إلا أنه الرهن الممتاز يتقدم صاحبه على أصحاب الرهن العادية ، فالامتياز أصبح حق رهن من كل درجة يعطي لصاحبه حقاً عينياً في جميع الأحوال وبهذا يختلط الرهن بالامتياز ويندمج معه⁽²⁾.

(1) معيار الحق هو (المحل الذي يرد عليه، فيجب أن يكون شيئاً مادياً معيناً بالذات ، اما هنا (حقوق الامتيازات العامة) ، فمسؤولية المدين تبقى شخصية غير محددة بمال معين، ولا يظهر اثر الامتياز الا عند التنفيذ ، حينئذ تبرز صفة الدين الممتاز فتحول الدائن أن يفلت من قاعدة المساواة التي تحكم سعي الدائنين إلى أموال المدين، وهو يستطيع أن يستفيد من هذا الامتياز، أي ما كانت طبيعة المال محل التنفيذ ، فقد يكون عقاراً او منقولاً ، بل وقد يكون ديناً مستحقاً للمدين لدى الغير، ويجري التنفيذ في هذه الصورة عن طريق حجز مال المدين لدى الغير)، انظر في ذلك كله، د . شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص567-574.

(2) بيري رينور انسيكلوبيد داللو ، ج4 ، ص215 ، فقرة 4 ، اوبري و/و ، ج3 ، فقرة 1-258 . بلانيول وريبير وبيكيه ، ج23 ، فقرة 4-5 . بودان وفوران ، ج13 ، فقرة 313 ، 321 ، مازو ، ج3 ، فقرة 131 . أشار لهم د. سمير عيد السيد تناغو ، المصدر سابق ، هامش رقم (1) ، ص385 . كما نصت المادة (15) من مرسوم رقم 22-55 بتاريخ 4 كانون الثاني/يناير 1955 ، المتضمن اصلاح الشهر العقاري (د 4401955 ، منشئ ت د 4401955) على أنه (كل الامتيازات الخاصة والعامة على العقارات غير تلك المشار إليها في المادتين (2374 و 2375) من القانون المدني تحول إلى رهون عقارية قانونية وتخضع للقواعد المقررة لهذا الأخير بموجب القانون المدني وهذا المرسوم بمعزل عن كل الاحكام الخاصة المخالفة).

كما نصت المادة (2386) على أنه (... جميع الديون الممتازة الخاضعة لإجراءات القيد والتي لم تراعي فيها الشروط المذكورة ... تبقى ديوناً مضمونة برهن عقاري، غير أن الرهن العقاري لا يأخذ مرتبته تجاه الغير إلا من تاريخ القيود) .

الامتيازات في القانون المدني الفرنسي إما عامة أو خاصة⁽¹⁾، كما نصت المادة (1/2332) منه بأنه " تتقدم الامتيازات الخاصة على الامتيازات العامة ، ما لم يكن ثمة أحكام مخالفة " ، كما بينت المادة (3/3232) منه ترتيب الامتيازات⁽²⁾ .

قد أشارت المادة (2374) من القانون المدني الفرنسي إلى اصحاب الامتياز على العقارات وهم بائع العقار ومقدمي الأموال النقدية بهدف تملك العقار، والشركاء في الإرث على عقارات التركة من أجل ضمان القسمة الجارية بينهم، والمهندسون المعماريون والمقاولون والبنائون وغيرهم من مستخدمي أعمال بناء وإعادة بناء وتصليح الأبنية .

لا تنتج الامتيازات أثرها بين الدائنين بالنسبة للعقارات إلا إذا تم شهرها من خلال قيدها في أمانة الرهون العقارية استناداً للمادة (2377) من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾ .

عرف المشرع المصري الامتياز في المادة (1/1130) من القانون المدني بأنه " أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته "، وفي هذا التعريف يشير المشرع إلى فكرة لا يختلف فيها الامتياز عن غيره من التأمينات الأخرى ، وهي أولوية لحق من الحقوق فكل تأمين

(1) انظر المادة (2330) من القانون المدني الفرنسي نصت على انه (تكون الامتيازات أما عامة أو خاصة على بعض المنقولات) ، ونصت المادة (2332) من القانون نفسه على انه (أن الديون الممتازة على بعض المنقولات هي :

- 1- بدلات إيجار العقارات والأراضي الزراعية ...
- 2- الدين على رهن الحيازة الذي وضع الدائن يده عليه .
- 3- النفقات المدفوعة للمحافظة على الشيء .
- 4- ثمن الأشياء المنقولة غير المدفوعة قيمتها، إذا كانت ما تزال في حيازة المدين سواء اشتراها بأجل أو بدون أجل...

5- تقديرات صاحب النزل على امتعة المسافرين التي نقلت إلى نزله) .

(2) نصت المادة (3/ 2332) من القانون المدني الفرنسي بانه (تمارس الامتيازات الخاصة العائدة لمؤجر العقار والمحافظة على المنقول وبائعه وفقاً للترتيب الآتي :

- 1- امتياز المحافظ على المنقول عندما تكون نفقات المحافظة لاحقة بتاريخها لنشوء الامتيازات الأخرى .
 - 2- امتياز مؤجر العقار الذي لم يكن يعلم بوجود الامتيازات الأخرى .
 - 3- امتياز المحافظة على المنقول ، عندما تكون نفقات المحافظة سابقة بتاريخها لنشوء الامتيازات الأخرى
 - 4- امتياز بائع المنقول
 - 5- امتياز مؤجر العقار الذي كان يعلم بوجود الامتيازات الأخرى.
- تعطى الأفضلية بين الذين حافظوا على المنقول ذاته إلى الاحداث عهدا بينهم. وتعطى بين بائعي المنقول ذاته إلى البائع الاقدم.

لتطبيق القواعد المذكورة أعلاه يعتبر امتياز صاحب الفندق مماثلاً لامتياز مؤجر العقار ويعتبر امتياز الاجير المساعد للعامل في محل سكنه مماثلاً لامتياز بائع المنقول) .

(3) نصت المادة (2377) من القانون المدني الفرنسي على انه (بين الدائنين لا تنتج الامتيازات اثرها بالنسبة إلى العقارات إلا إذا تم شهرها من خلال قيدها في أمانة الرهون العقارية بالطريقة المحددة في المواد التالية وبموجب المادتين 2426 و 2428).

يحقق هذه الأولوية ، وأن هذه الأولوية يعد القانون هو المصدر المباشر لها⁽¹⁾ . وهذا ما يميز حق الامتياز عن التأمينات الأخرى ، وأن صفة الدين هي التي بررت تدخل المشرع لمنح هذه الأولوية ، والمشرع تحاشى في تعريفه الإشارة إلى ما إذا كان الامتياز حقاً عينياً أو غير عينياً ، وذلك لأن الامتياز ليس حقاً واحداً من طبيعة واحدة وإنما أكثر من حق ، فهناك حقوق امتياز ترد على عقار معين أو منقول معين أو على مجموعة من العقارات المنقولات⁽²⁾ ، والبعض يقوم على فكرة تخصيص مال معين ينشأ عنه حق عيني تبقي والبعض الآخر لا يقوم على فكرة التخصيص ، فلا يعطي للدائن حقاً عينياً أو الحق في التتبع⁽³⁾ .

كما بينت المادة (1/1131) من القانون نفسه بأن مرتبة الامتياز يحددها القانون إذ نصت على أنه " مرتبة الامتياز يحددها القانون ، فإذا لم ينص صراحة في حق ممتاز على مرتبة امتيازه ، كان هذا الحق متأخراً في المرتبة عن كل امتياز ورد في هذا الباب " .

وقد نص القانون المدني المصري على ثلاثة حقوق من الامتيازات الخاصة على العقار التي تقوم على فكرة تخصيص مال معين وهي امتياز بائع العقار استناداً للمادة (1147) وامتياز المقاول والمهندس المعماري وفق المادة (1148) وامتياز المتقاسم في العقار تبعاً للمادة (1149) ، ويتقدم أصحاب هذه الحقوق بعضهم على بعض أو على أصحاب التأمينات العينية الأخرى كل حسب وقت قيد حقه كما هو مبين في المادة (1/1134) من القانون ذاته، وهي تشبه الرهن الرسمي خاصة من حيث ما ترتبه من آثار⁽⁴⁾ .

حقوق الامتياز الواردة على منقول هي كقاعدة عامة تأمين عيني على منقول دون حيازته، فصاحب حق الامتياز لا يحوز المنقول الذي يرد حقه وهذا سر ضعف حق الامتياز، إذ نصت المادة (1/1133) من القانون المدني المصري على أنه " لا يحتج بحق الامتياز على حائز منقول حسن النية" ، إلا أن المادة (2/1133) من القانون نفسه نصت على أنه " ويعتبر حائزاً في حكم المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة للأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه " .

(1) نصت المادة (2/1130) من القانون المدني المصري بأنه (ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون) .

(2) نصت المادة (1132) من القانون المدني المصري على أنه (ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار ، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين) .

(3) د. سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق، ص 380-383 .

(4) د. توفيق حسن فرج ، المرجع السابق، ص 268 .

نظراً لأن نقل الحيازة للمنقول المحمل بالامتياز إلى حائز حسن النية يؤدي إلى عدم الاستفادة من الحق ، فقد أعطى المشرع صاحبه أن يتخذ الإجراءات التحفظية لحماية حقه وفق المادة (3/1113)⁽¹⁾.

إذا حقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول تعد تأميناً عينياً دون نقل حيازة ، فهو يشبه فكرة رهن المنقول دون حيازته⁽²⁾.

أما بالنسبة إلى المشرع العراقي فقد عرفت المادة (1/1361) من القانون المدني الامتياز بأنه "أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين" ، ويلاحظ أن المشرع العراقي خالف المشرع المصري تقريره للأولوية مراعاة لسبب الدين وليس لصفة الدين ، مع أن القانون يقرر الأولوية لصفة الدين لا لسببه ولا لمصدره ، فالأفضل أن نستبدل عبارة (لسبب هذا الدين) بعبارة (لصفة هذا الدين) ، وهو ما يتفق والتحليل القانوني لحق الامتياز ، فهو يختلف عن الحقوق العينية التبعية الأخرى في أن الممتاز هو الحق لا الدائن ، إذ يراعي القانون عند تقريره للحق صفة الدين لا شخص معين ، فهذا الحق ليس امتياز ممنوح لشخص بل مقرر لبعض الديون التي يقرر المشرع أنها جديرة بالرعاية ، ويترتب على ذلك أن الامتياز يبقى ولو تغير شخص الدائن كما إذا حول الدائن حقه إلى غيره⁽³⁾.

كما نصت الفقرة الثالثة من المادة نفسها على أنه " ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص في القانون" ، وبينت المادة (1/1363) من القانون نفسه محل الامتياز بأنه يرد على عقارات معينة أو منقولات معينة أو على مجموع أموال المدين من منقول وعقار ، وأن حقوق الامتياز العامة التي ترد على جميع أموال المدين عن عقار أو منقول لا تسجل وأن كان محلها عقارا وهي خارجة عن موضوعنا كما بينا سابقاً⁽⁴⁾.

(1) نصت المادة (3/1133) من القانون المدني المصري على أنه (إذا خشي الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة) .

(2) كما في نظام شهر الرهن لبعض المنقولات استثناءً كرهن السفن البحرية وفق المادتين (3 ، 4) من قانون التجارة البحرية والمكائن وفق المادتين (2 - 3) من قانون تسجيل المكائن والطائرات حسب ما نصت عليه اتفاقية جنيف لسنة 1948 .

(3) د. عبد المنعم البدر اوي ، التأمينات العينية ، مكتبة سيد عبدالله وهبة ، 1969 ، ص 258.

(4) نصت عليه المادة (2/1365) من القانون المدني والتي جاء فيها " ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها التسجيل ولا يثبت فيها حق التتبع ... " ، فحقوق الامتياز العامة ترد على أموال المدين جميعها تخول الدائن استيفاء دينه مقدماً على غيره من الدائنين ، كالمبالغ المستحقة للخرينة من ضرائب ورسوم ، وإنه حق لا يكسب الدائن حقاً عينياً تبعياً باعتبار أن حق الامتياز العام لا يرد على شيء مادي معين بالذات وإنما تبقى مسؤولية المدين شخصية غير محددة بمال معين ، لذلك نص القانون على عدم الحاجة لتسجيل حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً ، ولا يثبت فيها حق التتبع ، ولا حاجة للتسجيل أيضاً في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخرينة وفق نص المادة (2 / 1365) والتي جاء فيها " ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها تسجيل ولا يثبت فيها حق التتبع ، ولا حاجة للتسجيل أيضاً في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخرينة " .

أما حقوق الامتياز الخاصة والتي ترد على منقولات فهي معينة كامتياز المؤجر⁽¹⁾. وامتياز بائع المنقول⁽²⁾، وامتياز مصروفات المنقول وحفظه⁽³⁾، ولا يحتج بهذه الحقوق على حائز حسن النية.

فإذا اشترى المستأجر منقولاً لم يدفع ثمنه وأدخله في العين المؤجرة وكان المؤجر حسن النية أي لا يعلم بامتياز البائع فإن هذا الامتياز الأخير لا يحتج به على المؤجر، وكذا المنقول إذا كان لم يدفع ثمنه ودخل في أمتعة نزيل الفندق فلا يحتج بامتياز البائع على صاحب الفندق، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (1364) من القانون المدني في فقرتها الأولى والثانية حيث جاء فيها بأنه "1- لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن النية. 2- ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه".

- (1) نصت المادة (1374) من القانون المدني العراقي بأنه (1 - اجرة المباني والاراضي الزراعية لثلاث سنوات، او لمدة الإيجار أن قلت عن ذلك، وكل حق آخر لمؤجر بمقتضى عقد الإيجار، لها جميعاً حق امتياز على ما يكون موجوداً في العين المؤجرة مملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي.
 - 2 - ويقع حق الامتياز على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من المستأجر الاصيلي، إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة على المستأجر عدم الإيجار، فإذا لم يشترط ذلك فلا يثبت حق الامتياز، الا على المبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الاصيلي في ذمة المستأجر منه في الوقت الذي ينذر فيه المؤجر بعدم دفع هذه المبالغ للمستأجر الاصيلي.
 - 3 - وإذا نقلت الاموال المثقلة بحق الامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر وعلى غير علم منه، ولم يبق في العين اموال كافية لضمان المبالغ الممتازة، بقي حق الامتياز قائماً على الاموال التي نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذي يكسبه الغير حسن النية على هذه الاموال.
 - 4 - وتستوفي هذه المبالغ الممتازة من ثمن الاموال المثقلة بحق الامتياز بعد الديون الواردة في المواد السابقة، الا ما كان من هذه الديون غير نافذ في حق المؤجر باعتباره حائزاً حسن النية).
- (2) نصت المادة (1376) من القانون المدني العراقي بأنه (1 - ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له حق امتياز على المبيع ويبقى حق الامتياز قائماً ما دام المبيع محتفظاً بذاتيته، وهذا دون اخلال بالحقوق التي كسبها الغير حسن النية ومع مراعاة الاحكام الخاصة بالقضايا التجارية.
 - 2 - ويكون حق الامتياز هذا تالياً في المرتبة مباشرة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز، الا انه يسري في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت انهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة او الفندق).
- (3) نصت المادة (1371) من القانون المدني العراقي بأنه (1 - المبالغ التي صرفت لحفظ المنقول وفيما يلزم له من اصلاح، يكون لها حق امتياز عليه كله.
 - 2 - وتستوفي هذه المبالغ من ثمن المنقول مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ عليه كله.
 - 3- وتستوفي هذه المبالغ من ثمن المنقول مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة، اما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض حسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها).

أما حقوق الامتياز الخاصة العقارية وفق القانون المدني العراقي فهي ترد على عقارات معينة كامتياز بائع العقار⁽¹⁾، وامتياز المتقاسم في العقار⁽²⁾، وحقوق الامتياز هذه تشبه إلى حد كبير الرهن التأميني ولا تختلف عنه إلا من حيث المصدر ، كون الرهن مصدره الاتفاق ، والامتياز مصدره القانون ، إذ يسري عليها ما يسري على الرهن التأميني من أحكام⁽³⁾.

قد حدد قانون التسجيل العقاري العراقي حقوق الامتياز الخاصة والواجبة التسجيل في المادة (328) منه والتي جاء فيها "تسجل حقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقار وفقاً لما يلي وتكون مرتبة امتيازها من وقت التسجيل: 1- ما يستحقه بائع الحقوق العينية الأصلية من الثمن بإقرار أحد الطرفين أو بحكم قضائي الحائز درجة البتات. 2- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين بذمة صاحب المنشآت المقامة على العقار بالاستناد إلى إقرار الطرفين أو سند رسمي أو إلى حكم قضائي حائز درجة البتات ويقدم هذا الحق على الرهن التأميني أو الحيازي الوارد على الأرض فيما يخص المنشأة المقامة عليها. 3- ما يستحقه كل شريك متقاسم في العقار المشاع من المتقاسمين الآخرين عن الغبن الذي اصابه بنتيجة القسمة بإقرار الطرفين أو بالاستناد إلى حكم قضائي حائز درجة البتات".

فيشمل حق الامتياز مصروفات البناء وإعادة البناء وكذلك مصروفات الترميم والصيانة، ويقتصر الامتياز على المقاول والمهندس، ولا يفيد غيرها كالعامل أو المستأجر أو الفضولي أو الحائز عقار قام بترميمه وصيانته ، ويكون الامتياز على ما زاد من قيمة العقار سبب هذه المصروفات ، لا على قيمة المال كله كما في امتياز بائع العقار⁽⁴⁾.

يبدو من خلال العرض الفقهي والقانوني أن الرأي الراجح هو أن الامتياز أولوية ترجع إلى صفة في الدين وليس سبباً أو مصدرًا للدين ، كما أن الامتياز العام لا يعد حقاً عينياً لعدم تخصيص وتعيين شيئاً كضمان لحق الدائن ، وأن الامتياز الخاص يعد حقاً عينياً تبعياً يمنح

(1) نصت المادة (1378) من القانون المدني العراقي بأنه (1- ما يستحق لبائع العقار او مفرغة من الثمن وملحقاته، له حق امتياز على العقار المبيع او المفرغ.

2- ويجب ذكر حق الامتياز في سجل دائرة التسجيل العقاري، وتكون مرتبته من وقت التسجيل).

(2) نصت المادة (1380) من القانون المدني العراقي بأنه (1- إذا اقتسم الشركاء منقولا شائعاً بينهم، فحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفي استيفاء ما تقرر له فيها من معدل، يكون مضموناً بحق امتياز على جميع الحصص المفردة التي وقعت في نصيب باقي الشركاء.

2 – ويجب تسجيل حق الامتياز هذا في دائرة التسجيل العقاري، وتكون مرتبته من وقت التسجيل).

(3) محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص571-572. ينظر المادة (1366) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (يسري على حق الامتياز ما يسري على حق الرهن التأميني والحيازي من احكام متعلقة بهلاك الشيء او تعييه).

(4) مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، ج3 ، المرجع السابق، ص454.

صاحبه حق الأولوية والتتبع ، فالأولوية هي الميزة الأساسية للتأمينات العينية ومنها حق الامتياز القانوني ، أما حق التتبع فهو ليس إلا مجرد وسيلة لتمكين المرتهن من مباشرة حقه في التقدم في حاله ما إذا أنتقل الضمان إلى حائز (1) .

ونظراً لتصادم حقوق الامتياز مع حائز حسن النية، فكان لابد أن يكون هناك نص تشريعي بضرورة تسجيل حق الامتياز على المنقول كما فعل المشرع المصري في المادة (3 / 1133) التي نصت على أنه " واذا خشي الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة " حتى يستطيع أن يحتج صاحب حق الامتياز قبل الحائز حسن النية .

أما بالنسبة للقضاء فقد صرحت محكمة النقض الفرنسية بأن الامتياز لا ينشأ إلا بالقانون، إذ جاء في حكم لها " لا يمكن أن تنشأ الامتيازات إلا بموجب القانون " (2) .

وفي قرار آخر لها جاء فيه " أن أولوية الدفع ... التي لا ترتبط بصفة الدين لا تشكل امتيازاً... " (3) ، تصريح من المحكمة بأن حق الامتياز متعلق بصفة الدين وليس الدائن .

وجاء في حكمها بأنه " أن الدين الناشئ عن نفقات المحافظة على الشيء عندما يكون لاحقاً بتاريخه لرهن الحيازة يتقدم على هذا الأخير " (4) ، أي بتقديم الدين الناشئ عن المحافظة على الشيء على الرهن الحيازي وإن كان لاحقاً للرهن .

الفرع الثاني

حق الاختصاص

أن حق الاختصاص ضماناً عرفها الفقه والقانون والقضاء المصري، وهو يختلف من حيث الصياغة القانونية المؤدية لنفس النتيجة التي تؤديها باقي التأمينات العينية، فحق الاختصاص مثل رائع على وحدة الفكرة بين نظم التأمينات المختلفة، فهو لا يكاد يختلف عن

(1) محمد طه البشير، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، المرجع السابق ، ص 343 .

(2) قرارها المرقم 264 بتاريخ 19 كانون الاول 2006 ، داللو ، المرجع السابق ، ص 2072 .

(3) قرار محكمة النقض التجارية المرقم 27 بتاريخ 5 شباط 2002 ، داللو ، المرجع نفسه ، ص 2072 .

(4) قرارها رقم 1 بتاريخ 13 تشرين الثاني 1963 ، أشار إليه داللو ، المرجع السابق ، ص 2083 .

الرهن إلا من حيث المصدر، فبينما مصدر الحق في الرهن هو الاتفاق، فإن مصدر الحق في الاختصاص هو أمر القاضي، إذ يخصص رئيس المحكمة من عقارات المدين ما يكفي لسداد دين دائنه الذي بيده حكم قضائي يثبت مديونية مالك العقارات، ولهذا السبب أطلق عليه تعبير حق الاختصاص، فإذا نشأ لم يعد هناك فرقاً يذكر بين الرهن والاختصاص⁽¹⁾.

ومن مزايا حق الاختصاص، أنه ضمان تنفيذ الاحكام القضائية بحماية الدائن الذي حصل على هذه الاحكام أكثر مما تحميه الدعوى البوليصة، إذ يكون له حق التقدم والتتبع، ولا يحتاج إلى اثبات غش المدين، ويترتب عليه تفصيل بعض الدائنين على البعض الآخر، ولا يكون مصدر هذا التفصيل إرادة المتعاقدين كما في الرهن، ولا على صفة في الدين كما في حق الامتياز، بل على سرعة الحصول على حكم واجب التنفيذ، كما أنه قد يكون مجحفاً للمدين، لأن عقاراته سوف يتقرر عليها رهن قد لا يوافق ارادته، وقد يتسابق دائنوه للحصول على حق الاختصاص مما يزيد المصروفات عليه⁽²⁾.

وقد عرف الفقه القانوني حق الاختصاص عدة تعريفات منها، بأنه " حق عيني تبقي يتقرر للدائن على عقار مملوك لمدينه يكون له بمقتضاه أن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن هذا العقار في أي يد يكون"⁽³⁾.

ومنهم من عرفه بأنه " عبارة عن حق عيني تبقي للدائن في عقار أو أكثر من عقارات مدينه، وينشأ بأمر من رئيس المحكمة بناء على حكم واجب التنفيذ صادر بالزام المدين بالدين، ويخول صاحبه ميزتي الاولوية والتتبع"⁽⁴⁾.

وعرفه آخر بأنه " حق عيني تبقي يمنحه رئيس المحكمة للدائن بناء على حكم واجب التنفيذ صادر بالزام المدين بالدين على عقار أو أكثر من عقارات المدين، ويستطيع الدائن بموجب حق الاختصاص هذا الذي حصل عليه أن يستوفي حقه في الدين متقدماً على الدائنين التاليين له في المرتبة وعلى الدائنين العاديين من هذا العقار أو العقارات في أي يد تكون"⁽⁵⁾.

(1) د. احمد عبد التواب، المرجع السابق، ص301-303. د. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص309.

(2) جرانمولان، 574 - 575، اشار إليه : د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10، المرجع السابق، هامش رقم (2)، ص662. د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص267 - 268.

(3) د. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص310.

(4) د. طلبة وهبة خطاب، المرجع السابق، ص297.

(5) د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص527.

الملاحظ من التعريفات السابقة أن حق الاختصاص يشبه الرهن الرسمي في أنه حق عيني تبعية عقاري ، وأنه حق غير قابل للتجزئة ، إلا أن حق الاختصاص يختلف عن الرهن الرسمي في أنه يتقرر بأمر من رئيس المحكمة المختصة بناءً على طلب دائن محكوم له بدينه على عقار أو أكثر من عقارات مدينه ، بناء على حكم واجب التنفيذ صادر بالزام المدين بالدين ويتقرر للدائن بموجب هذا الحق أن يستوفي دينه من ثمن العقار متقدماً على من عداه من الدائنين، فهو يشبه الرهن الرسمي من حيث اثره ويختلف عنه من حيث نشوئه ، كون الأول ينشأ بالاتفاق والثاني ينشأ بأمر من رئيس المحكمة المختصة⁽¹⁾ ، وهذا الأمر هو الذي يجب أن يقيد لنفاذ الاختصاص في حق الغير ، والمسلم به أنه لا يجوز قيد الاختصاص بموجب الحكم الملزم بالمدين ، بل لابد من اصدار أمر القاضي بالاختصاص⁽²⁾ ، ويقترب حق الاختصاص من حق الرهن القضائي في القانون الفرنسي ، إلا أن حق الرهن القضائي يترتب بقوة القانون على حكم قضائي لمن صدر لمصلحته هذا الحكم⁽³⁾ .

ووجود حكم الاختصاص من الإجراءات التحفظية التي يلجأ إليها الدائن لضمان تنفيذ الحكم الصادر له على عقارات المدين ، فالسند المنشئ لحق الاختصاص هو الامر الصادر من المحكمة بتقرير هذا الحق ، إذ أن هذا الأمر هو الذي يقرر للدائن حق الاختصاص ويعين الاموال التي يرد هذا الحق عليها وهو الذي يجب أن يقيد لكي ينفذ حق الاختصاص في حق الغير ، وأمر الاختصاص المسجل لا يحول دون حرية التصرف بالملك، وإنما هو وسيلة لحفظ وصيانة الحق العيني المترتب بسببه ازاء الغير ، وبناء عليه يجب قبول دعوى الملكية المرفوعة بناءً على سندات صحيحة وخالية من النزاع بشرط أن تبقى كافة الحقوق العينية السابقة في التسجيل واقعة على العين ما دامت صحيحة⁽⁴⁾ .

نظام الاختصاص عرفه المشرع المصري في ظل القانون المدني القديم وقد استمدته من نظام الرهن القضائي في القانون الفرنسي ، إلا أن الرهن القضائي الفرنسي يقوم على فكرة اساسية وهو أنه يتقرر بقوة القانون بالنسبة إلى أحكام معينة ، إذ نصت المادة (2412) من القانون المدني الفرنسي على أنه " ينتج الرهن العقاري القضائي عن الأحكام أكانت حضورية

(1) د.محمد علي إمام ، التأمينات الشخصية والعينية، بدون طبع ، مطبعة النهضة، مصر ، القاهرة ، 1957 ، ص414 . محمد كامل مرسي باشا ، المرجع السابق ، ص302 .

(2) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10 ، المرجع السابق ، ص661 .
(3) جاك مستر ، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام ، المرجع السابق ، ص256 – 261 .

(4) محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن ، المرجع السابق، ص529 – 530 . د. محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص265 .

أو غيابية نهائية أو مؤقتة لصالح من حصل عليها ..."⁽¹⁾، يلاحظ أن الرهن العقاري القضائي في فرنسا لا يلزم لتقريره أن يطلبه الدائن ، وليس للقاضي سلطة في الامتناع عن تزويد الدائن به، كما أنه قد يصيب جميع العقارات المملوكة للمدين الحاضرة والمستقبلية ، إلا أنه يخضع لمبدأ التخصيص من حيث الالتزام الذي يضمن الوفاء فقط⁽²⁾ .

إلا أن المشرع المصري جرد حق الاختصاص من العيوب التي أخذها الفقه الفرنسي على الرهن القضائي واتخذ موقفاً من التأمينات العينية الخاصة التي تنقرر بأمر القاضي ، واتجه بصياغة نظام الاختصاص بوضع أحكام تجرده من عيوب الرهن القضائي ، فهو لا يتقرر بقوة القانون بل يلزم صدور امر من القضاء ، إذ نصت المادة (1/1085)⁽³⁾ من القانون المدني المصري على أنه " يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل ، متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات" ، فحق الاختصاص وفق نص المادة (1/1085) من القانون المدني المصري لا يتناول جميع عقارات المدين، بل تخصيص محله بعقار أو عقارات معينة ، كما يشترط تقريره أن يتوافر لدى الدائن حسن النية ، وأن يكون مزوداً بحكم تتحقق فيه صفات خاصة وان الدائن يتبع إجراءات معينة للحصول عليه⁽⁴⁾ .

(1) نصت المادة (2412) من القانون المدني الفرنسي على أنه (ينتج الرهن العقاري القضائي عن الاحكام أكانت حضورية أو غيابية نهائية أو مؤقتة ، لصالح من حصل عليها. ينتج أيضا عن القرارات التحكيمية المقرنة بالصيغة التنفيذية كما وعن القرارات القضائية الصادرة في البلدان الأجنبية والتي تقرر المحكمة الفرنسية اعتبارها نافذة . مع مراعاة حق المدين بالتذرع بأحكام المواد (2444) وما يليها أثناء سير الدعوى او في أي وقت آخر، يحق للدائن المستفيد من رهن عقاري قضائي أن يقيد حقه على جميع العقارات المملوكة حينها من المدين شرط التقيد بأحكام المادة (2426)، ويحق له ، مع مراعاة الشروط ذاتها ، أن يدون قيودا تكميلية على عقارات دخلت في وقت لاحق في ذمة المدين المالية .)

(2) جاك مستر، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص ، المرجع السابق ، ص 256 – 260. تعرض الرهن القضائي بوضعه المتقدم لنقد من قبل الفقه الفرنسي كونه ينحرف بالقاضي عن سلطته الأصلية ، فهو يجعله في مركز يخوله انشاء الحقوق مع أن مهمته فقط تقرير حقوق متنازع فيها ، ويعاب عليه بصورة خاصة ما يفضي إليه من اخلال بالمساواة وصعوبة في التطبيق نظراً لتساع وعائه وامتداده لكافة العقارات المملوكة للمدين ، وهو على هذا النحو يشل نشاط المدين ويعرقل تداول الثروة العقارية ، بل يخول للدائن مركزاً ممتازاً ، لا فضل له في اكتسابه سوى تربصه للمدين ، والمبادرة في السبق للحصول على حكم والفوز في هذا التسابق كثيراً ما يتحقق لأسباب تتعلق بسير الإجراءات ، وبذلك تتحقق الافضلية بشأن الرهن القضائي على اساس ظروف واعتبارات خارجة عن إرادة المدين ، ينظر في ذلك : د. شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص 397 .

(3) كذلك نصت المادة (1088) من القانون المدني المصري على أنه (لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلني) .

(4) شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص 398 .

كما نصت الفقرة الثانية من المادة ذاتها على أنه " ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة" ، فالمشرع المصري في القانون المدني الجديد⁽¹⁾، حرم الدائن من الالتجاء إلى الاختصاص بعد وفاة المدين أو اتخاذ الإجراءات لشهر اعساره وتسجيل صحيفة دعوى الاعسار "أي أنه أخذ بمبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون" .

أما ما يتعلق بحالة اعسار المدين في حياته فقد اكتفى القانون المدني المصري الجديد، بما نص عليه في باب الاعسار في المادة (256) منه على أنه " لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأن اختصاصاً يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل " ، كما حال المشرع المصري دون أن يأخذ الدائن من مبدأ الأمر حق اختصاص على عقار قيمته أكبر من الدين ، بأن ألزم الدائن أن يقدم أوراقاً دالة على قيمة العقار أو العقارات التي يريد أن يختص بها وأنها مملوكة للمدين⁽²⁾ .

وفي تفسير المقصود بحسن النية المذكور في المادة (1/1085) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها " ... أن يحصل متى كان حسن النية على حق اختصاص " ، بأنه انتفاء التواطؤ بينه وبين المدين في تقرير حق الاختصاص اضراً بالغير ممن تعلق لهم حقاً بالعقار المراد تقرير اختصاص عليه ، ولو لم تستكمل إجراءات شهر هذا الحق المقرر للغير بالعقار ، فلا يكفي لاعتبار الدائن سيء النية مجرد علمه بتعلق حق الغير بل انتفاء التواطؤ بينه وبين المدين في تقرير هذا الحق ، ولما كان حسن النية وفق المبادئ العامة هو الأصل فإن على من يدعي سوء النية أن يقيم الدليل بكل طرق الإثبات على توافره وقت تقرير الحق الاختصاص ،

(1) عيوب التقنين المصري الملغى في حق الاختصاص كثيرة أهمها من ناحية الشكل ، فقد كانت النصوص الخاصة بحق الاختصاص مبعثرة بين القانون المدني وقانون المرافعات ، وعلى الرغم من أن القانون المدني المصري الملغى خصص عقارات معينة بالذات إلا أنه استمر حق الاختصاص سبباً لإيثار الدائن على دائن آخر دون مبرر بل قد يكون الأسبق من الدائنين يأخذ حق الاختصاص هو الدائن المتمتع ، وقد تكون الصدفة وحدها جعلت أحد الدائنين يحصل على حكم قبل الآخر ، فيسبق إلى حق الاختصاص ، كما لا زال يستطيع الدائن أن يأخذ عقار قيمته أكبر من الدين إلا أن القانون المدني الجديد عالج ذلك وفق المواد الخاصة بالتخصيص والتي جمعها في مكان واحد ، سواء ما تعلق منها بأصل الحق أو ما كان منظماً لإجراءاته ورتب هذه النصوص ترتيباً منطقياً على غرار الرهن الرسمي ، كما عالج القانون المدني الجديد جميع العيوب التي اشترنا إليها في القانون المدني المصري الملغى ، ينظر في ذلك : محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق، ص 268 – 269.

(2) نصت المادة (1/1089) من القانون المدني المصري على أنه (1- على الدائن الذي يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينه أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها العقارات التي يريد الاختصاص بها . 2 – وهذه العريضة يجب أن تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو شهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم ، وان تشتمل على البيانات الآتية : 1 ... ن ... و ... د ... مقدار الدين فإذا كان الدين غير محدد المقدار ، تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتاً وعين المبلغ الذي يؤخذ به حق الاختصاص . هـ- تعيين العقار تعييناً دقيقاً وبيان موقعها مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها) .

وواضح من نص المادة (1085) أن وقت تقدير حسن النية بالنسبة للدائن هو وقت تقرير الحق في الاختصاص وليس وقت قيده⁽¹⁾.

ومن خلال نصوص المواد الخاصة بالاختصاص في القانون المدني المصري يتبين أن حق الاختصاص يتطلب عدة شروط منها في طالب الحق وهو الدائن بأن يكون بيده حكم واجب التنفيذ، فحق الاختصاص لا ينشأ مستقلاً وإنما يتقرر ضمناً لحق شخصي، وبما أنه صاحب حق شخصي وهو الدين أياً كان مصدره إلا أنه ينبغي أن يكون هذا الحق تقرر بحكم القانون، ويعتبر فيه الحكم الذي يثبت صلحاً أو اتفاقاً تم بين الخصوم وهو نص المادة (1087) من القانون نفسه والتي جاء فيها " يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً بين الخصوم ... " ، فيجب أن يكون الحكم صادراً في موضوع الدعوى ملزماً للمدين بشيء، باعتبار أن حق الاختصاص هو تأمين عيني يضمن الوفاء بالتزام⁽²⁾.

كما يجب أن يكون الدائن وكما بينا ذلك حسن النية بانتفاء الغش من جانبه ، وان يكون الحكم واجب التنفيذ⁽³⁾، ويجب أن لا يتأخر توقيع الاختصاص إلى ما بعد اعسار المدين لأن نظام الاعسار يعد اختصاص لجميع الدائنين على أموال المدين وأهم آثاره هو منع نفاذ أي تصرف أو وفاء يقوم به المدين بعد توقيعه في حق الدائنين الذين ثبتت حقوقهم من قبل . وهذا ما نصت عليه المادة (1/256) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها " لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين تكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل " ، إذ بمجرد الاعسار نشأ اختصاص لمصلحة جميع الدائنين الذين ثبتت حقوقهم في ذلك الوقت على جميع أموال المدين ، فلا يجوز لدائن منهم ، ولو كان قد حصل على حكم واجب التنفيذ أن يتمسك لنفسه باختصاص فردي يتقدم به على الآخرين،

(1) همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق، ص553.

(2) نصت المادة (1 / 1085) من القانون المدني المصري بانه (يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل متى كان حسن النية ، على حق اختصاص بعقارات مدينه ضمناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات) .

(3) الحكم الواجب التنفيذ : هو الحكم الذي يكون حائزاً قوة الشيء المحكوم به غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية ومن ثم يجوز الحصول على حق اختصاص بحكم استؤنف فأصبح نهائياً أو سقط حق الطعن فيه بالاستئناف ولا يمنع من الحصول على حق الاختصاص بموجب حكم جواز الطعن في الحكم بالنقض أو بالتماس إعادة النظر ولكن يزول حق الاختصاص إذا تم الطعن في الحكم بأحد هذين الطريقتين وقضي بقبول الطعن ، ويمتنع الحصول على حق اختصاص بموجب حكم قضت محكمة النقض بوقف تنفيذه ، ينظر في ذلك : د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص548 .

فالمشرع المصري أقام النظامين معاً نظام الاختصاص ونظام الاعسار المدني وهو اختصاص على نطاق واسع⁽¹⁾.

ولما كان حق الاختصاص لا يقرر إلا على عقار وفق المادة (1088) من القانون المدني المصري " لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة "

وعليه فقد أخضع الاختصاص لأحكام القيد كما وردت في نظام الرهن الرسمي ، كون الاختصاص ينشئ تأميناً عقارياً وعلى هذا النحو فإن القيد يحدد مرتبة صاحب الاختصاص في مواجهة اصحاب الحقوق العينية التبعية الأخرى التي تكون قد قيدت على ذلك العقار وتكون افضلية صاحب الاختصاص محددة في مرتبتها بتاريخ القيد⁽²⁾، كما في الرهن الرسمي إذ نصت المادة (1095) من القانون المدني المصري بأنه " ويسري على الاختصاص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق "

إذا حق الاختصاص يحقق مصلحة أكيدة للمدين في ترغيب الدائن في التنفيذ بمقتضى حكم فكأنه يعطي للمدين انتمانياً جديداً حتى بعد صدور الحكم عليه فعلاً بالنفاد ، أما بالنسبة للدائن فهو يغنيه بصفة مؤقتة على اتخاذ إجراءات التنفيذ وما فيها من جهد ، لعل المدين يوفيه حقاً بدونها، إلا أنه لا يفقد حقه ابداً في التنفيذ إذا رغب في هذا، ومن ثم يمكن تلخيص فكرة الاختصاص في أنه حصول للمدين على انتمان جديد في فترة حرجة أصبح التنفيذ فيها على ماله موشكاً، وهو في نفس الوقت حصول للدائن على تأمين خاص بأمر القاضي⁽³⁾.

ورغم ما يحققه نظام الاختصاص من مصلحة للدائن والمدين من ضمان وانتمان إلا أن المشرع العراقي لم يأخذ به ، إذ لا يوجد نص في القانون المدني العراقي بخصوص حق الاختصاص كتأمين عيني يضمن استيفاء الدين على الرغم من أهمية حق الاختصاص بالنسبة للمدين في حصوله على انتمان قضائي في فترة حرجة لا يبعد خلالها من التنفيذ على أمواله، وفي نفس الوقت أهميته للدائن الذي كان قد أهمل أو اعتمد على الثقة في استيفاء حقه فأصبح له ضمان خاص بأمر القضاء في حال تخلف المدين عن تنفيذ التزامه، وهذا يعد فراغاً تشريعياً نأمل من المشرع أن يلاحظه ويسد هذا النقص التشريعي.

(1) د. سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق، ص 319 – 320 .

(2) د. سعيد عبد السلام ، المرجع السابق، ص 536 .

(3) د. سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 313 .

وذهب القضاء في فرنسا إلى ما ذهب إليه المشرع الفرنسي من الأخذ بنظام الرهن القضائي وبيان طبيعته بأنه رهن عقاري قانوني مرتبط بأحكام بأداء معين ، إذا جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية بأنه " قيد الرهن العقاري القضائي هو مجرد ممارسة لحق قانوني معترف به لصاحب دين ولو كان عادياً " (1) .

وفي حكم لمحكمة النقض المصرية بلزوم أن يكون الحكم واجب التنفيذ جاء فيه " إذا كان الحكم أو أمر الأداء الذي صدر على أساسه الأمر بالاختصاص لم يكن مشمولاً بالتنفيذ عند استصدار هذا الأمر فإن الاختصاص يكون قد وقع باطلاً لفقدان شرط الحكم واجب التنفيذ....." (2) .

وفي حكم آخر لها جاء فيه " شرط حسن النية الوارد في المادة (1085) مدني ، إنما يعني بالنسبة للتصرفات السابقة على الاختصاص والتي تسجل طبقاً لأحكام الشهر العقاري " (3) .

فللدائن الذي اخفى عن رئيس المحكمة أن بعض العقارات الذي اراد الاختصاص به قد باعه مدينه من قبل بعقد عرفي ثابت تاريخه رسمياً قبل قانون التسجيل وقبل نشوء حقه في الدين، وذكر في عريضته أن هذا العقار هو ملك مدينه ولا يزال على ملكه فصدر له أمر الاختصاص وما كان ليصدر لو صدق وذكر عن اوصاف العقار ما يجب عليه ذكره صدقاً ، هذا الدائن يعتبر أنه قد عمل عملاً إيجابياً منطوياً على سوء النية يجعل الاختصاص الذي صدر له منطوياً على

(1) قرارها المرقم 1 بتاريخ 5 شباط 1986 . كذلك قرارها رقم 1 بتاريخ 4 تشرين الأول 1983 . أشار إليها دالوز ، المرجع السابق ، ص 2109 .

(2) نقض مدني، الطعن رقم 264 لسنة ق – جلسة 1963/4/4 س 14 ، ص 475، اشار إليه أحمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق ، ص 1652. كذلك يُنظر حكمها الذي أكدت فيه على أن حق الاختصاص يعد من التأمينات العينية التي يكون محلها عقاراً إذ جاء في قرار لها (... والحقوق العينية التبعية هي حق الاختصاص... شرط أن يكون محل كل منهما عقاراً)، يُنظر في ذلك حكمها رقم 6597 بتاريخ 2017/3/27، والحكم نفسه رقم 1939 من سنة 88 قضائية بتاريخ 2020/2/24، أشار إليه: محكمة النقض المصرية على الموقع:

https://www.cc.gov.eg/civil_judgments

(3) ينظر حكمها رقم 264 لسنة 27 ق – جلسة 1963/4/4 س 14 ، ص 475 ، اشار إليه أحمد محمد عبد الصادق، المرجع نفسه ، ج 2 ، ص 1653.

سوء النية ، فلا يمكن اعتباره سنداً ثابتاً صحيحاً ولا اعتبار تسجيله مقيداً لحكمه قانوناً في حق المشتريين من المدين (1) .

ولم يشير القضاء العراقي إلى حق الاختصاص ، لعدم سلوك المشرع العراقي هذا الطريق كضمان .

ويبدو أن حق الاختصاص كما وضعه المشرع المصري يخلو من العيب فهو لا يعطي للدائن أكثر من حقه بالنسبة لغيره من الدائنين لأنه يشترط في الدائن حسن النية وأن يكون بيده حكم واجب التنفيذ، وكذلك يمتنع تقرير الاختصاص بعد وفاة المدين أو بعد اعساره، وان فيه مصلحة للمدين كونه يعطي للمدين ائتماناً جديداً حتى بعد صدور الحكم عليه بالإنفاذ ، كما أنه يغني الدائن بصفة مؤقتة عن اتخاذ إجراءات التنفيذ وما فيها جهد لعل المدين يوفيه حقه بدونها ، إلا أنه لا يفقد حقه في التنفيذ إذا رغب في هذا .

إذا ممكن تلخيص فكرة نظام الاختصاص بأنه حصول ائتمان جديد للمدين من جهة وفي نفس الوقت حصول للدائن على تأمين خاص بأمر القاضي من جهة أخرى.

المطلب الثاني

حق الحبس للضمان وتطبيقاته العينية

أن من الضمانات القانونية التي يملكها الدائن لوفاء المدين بالدين والتي تعد تطبيقاً للقواعد العامة في القانون هي حق الحبس وقد وردت على هذا الحق تطبيقات في نصوص متفرقة، كما أن هناك تطبيقات لا تحتاج إلى نصوص خاصة، أي أن هناك تطبيقات لقاعدة الحق في الحبس منصوص عليها وأخرى غير منصوص عليها.

(1) ينظر حكمها رقم 10 لسنة 1938، وكذلك حكمها رقم 15 بتاريخ 31 مايو لسنة 1936، مجموعة عمر، القسم المدني، أشار إليهما د. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص540.

ولبيان حق الحبس وطبيعته والتطبيقات الواردة بخصوصه، ارتأينا إلى تقسيم المطلب إلى فرعين نخصص الأول لبيان حق الحبس للضمان، ثم نخصص الفرع الثاني لبيات التطبيقات العينية للحق في الحبس.

الفرع الأول

حق الحبس للضمان

يستطيع الدائن أن يحبس المال أو الشيء الموجود تحت يده للمدين حتى يستوفي حقه المرتبط بهذا الشيء ، فهو ضمان خاص أعطاه القانون لكل دائن يكون مدينا في ذات الوقت لمدينه ، يفترض في الحق في الحبس أن هناك شخصين احدهما يحوز شيئاً عليه أداؤه للأخر، وله في نفس الوقت حق عليه مرتبط بالتزامه هذا ، فيكون له أن يحبس الشيء الذي يلتزم بأدائه حتى يستوفي حقه⁽¹⁾.

ولابد لقيام الحق في الحبس من وجود محل يرد عليه الحق ، ويلتزم الحابس بأدائه لتعلق حق المدين به ويكون في يد الحابس أو في ذمته ، ومحل الحق في الحبس وهو الدين الذي يلتزم الدائن بأدائه ، قد يتعلق بعين معينة بالذات سواء كانت عقارا أو منقولا ، وهو الغالب يكون على شيء مادي في يد الدائن ، وقد يكون محل الحق في الحبس ديناً لم يتعين بذاته ، كأن يكون من النقود، ولا يقع حبس الدين إلا في العقود الملزمة للجانبين أما حبس العين فقد يقع في العقود الملزمة للجانبين كما يقع في العقود الملزمة لجانب واحد وكذلك في الحالات التي لا تقع فيها علاقة تعاقدية بين طرفين⁽²⁾، وهو ما يهمننا في موضوعنا تخصيص الضمانات العينية ، فالضمان العيني المعني هو ما نرمي إليه ، وعليه نستبعد حبس الدين كونه ضماناً لا تعد عينياً وإنما هو مجرد دفع بعدم التنفيذ ، كما تمتنع المقاول عن العمل حتى يستوفي ما أنفقه عليه مع رب العمل من الأجرة فهذا لا يعد ضماناً عينياً، فهو ليس حبس عيني للضمان وإنما دفع بعدم التنفيذ⁽³⁾.

(1) مثال ذلك : حبس البائع للشيء المبيع حتى يستوفي الثمن وان يحبس المودع لديه الوديعة حتى يتقاضى أجره وما أنفقه في حفظها . ينظر في ذلك : د . محمد حسين منصور، النظرية العامة للانتماء، المرجع السابق، ص11.

(2) د . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني، المرجع السابق ، ص1475- 1476 .

(3) فأى من المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين أن يقف تنفيذ التزامه إذا كان حقه المترتب في ذمة المتعاقد الآخر مستحق الأداء في الحال وكان الأخير ممتنعاً عن تنفيذ التزامه الذي نشأ بسبب التزام الطرف الأول وارتبط

واطلق الفقه الفرنسي على الحبس للضمان بالاحتجاز واعتبروه ضماناً للدائن في استيفاء حقه، فالبايع يرفض تسليم الشيء طالما لم يدفع له من قبل المشتري ، وان حق الحبس للضمان لا يكون موجوداً إلا أن يكون البيع نقداً ، فإذا كان البائع قد منح مهلة للدفع فلن يعود في مقدوره حبس الشيء ، ولا يحرم البائع منح المدين مهلة قضائية من الحق في الحبس⁽¹⁾ .

وقد وردت عدة تعريفات من قبل الفقهاء للحق في الحبس تارة بينت فيها معنى الحيابة للشيء وتارة ظهر فيها أسلوب المنع من التنفيذ ، إذ عرفه منهم بأنه " الحق المعترف به في بعض الحالات للدائن حائز الشيء الملزم برده ورفض رده طالما لم يدفع له"⁽²⁾ . ومنهم من عرفه بأنه " حق المدين في أن يقف الوفاء بدينه حتى يستوفي الدين الذي له في ذمة دائئه"⁽³⁾ .

ومنهم من عرفه " حق الدائن الذي يكون مديناً لمدينه في الوقت نفسه ، بالامتناع عن الوفاء بالتزام حتى ينفذ المدين التزاما ترتب في ذمته بمناسبة التزام الدائن وارتباط به"⁽⁴⁾ .

رغم اختلاف التعريفات من حيث الالفاظ والتعبير إلا أنها لم تبين طبيعة الحق في الحبس ولم تظهر بأنه ضمانة عينية إلا أن من الفقهاء الفرنسيين من بيّن ذلك من خلال تعبيراتهم عن حق الحبس، إذ عرفوه بأنه "وسيلة اخذ المال رهينة، ووصفوه بأنه طريق حق احتياطي ذي طابع خاص، وأنه تأمين غير مباشر، أو تأمين ناقص، وتارة تأمين واقعي، وهو الحق المعترف به في بعض الحالات للدائن حائز الشيء الملزم برده ورفض رده طالما لم يدفع له"⁽⁵⁾ .

وقد اختلف في تحديد الفقه في تحديد طبيعة الحق في الحبس للضمان ، بين حق شخصي وآخر عيني ، ورأي ذهب إلى أنه دفع بعدم التنفيذ ، فقال بعض الفقهاء بان حق الحبس للضمان

به ، فإذا كان الالتزام بدفع مبلغ من النقود كالتزام المشتري بدفع الثمن او التزام المستأجر بدفع الأجرة امتنع كل منهما عن الدفع، وإذا كان التزام بعمل كالتزام المقاول ببناء دار توقف المقاول عن اعمال البناء ، وإذا كان الالتزام بالامتناع عن عمل كتعهد بائع المتجر بالامتناع عن مباشرة التجارة في نفس الحي منعاً للمزاحمة واستمر البائع في تجارته في الحي ذاته . د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني واحكام الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص144.

(1) الان بينا بنت، القانون المدني ، العقود الخاصة المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 134.

(2) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص، المرجع السابق، ص 64.

(3) د . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص469.

(4) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني واحكام الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 137.

(5) ينظر في ذلك: هامش رقم (1) (2) (3) ص 63 وهامش (1) و (2) و (4) ص 64: أشار إليهم : جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام ، المرجع السابق ، ص 63- 64 .

هو حق عيني⁽¹⁾، وأنه كالتأمينات العينية ضمان على مال الغير يشكل حقاً عينياً غير قابل للانقسام⁽²⁾، إلا أن الفقهاء عند تعرضهم للأثار التي تترتب على حق الحبس لاحظوا أنه لا يخول للدائن حق تقدم أو حق تتبع بالمعنى المألوف، فدفعهم ذلك إلى القول بأن حق الحبس حق عيني من نوع خاص، فهو يتضمن حق تتبع على نحو خاص، فيجوز لمن له الحق حق الحبس أن يتمسك بحقه في مواجهة مالك العين ودائنيه والخلف العام والخلف الخاص، ولكنه إذا تخلى عن الحيازة اختياراً لم يجز له يستردها وفقد حقه في الحبس، كما يتضمن حق تقدم ولكن بطريقة غير مباشرة⁽³⁾.

وذهب جانب منهم إلى أن الحق في الحبس هو حق شخصي كونه لا يمنح ميزتي التقدم والتتبع اللتين يمنحها الحق العيني لصاحبه، وإنما هو عبارة عن وسيلة ضمان يحتج بها اتجاه الغير⁽⁴⁾، وأن الفائدة الوحيدة التي يمنحها هذا الحق للحابس هي القدرة على أن يقول: لا، ومن ثم يرفض رد الشيء المحبوس حتى يحصل عليه كاملاً⁽⁵⁾.

ولما كان الحق الشخصي لا يمنح صاحبه امتياز على غيره من الدائنين العاديين وأنه واحداً منهم، وإن الحق في الحبس يمنح الدائن الحابس عملياً امتياز أفضل حتى من ميزتي التقدم والتتبع اللتين يمنحهما الحق العيني لصاحبه، يستطيع الحابس بموجبه أن يستوفي كامل دينه وذلك بمجرد امتناعه عن تسليم الشيء المحبوس، وهذا الامتناع له حجية مطلقة تجاه الغير وحتى بالنسبة إلى الدائن الذي يرسو عليه المزداد فيما لو تقرر بيع الشيء المحبوس في المزاد

(1) انظر: كابري (K a b r y e) في حق الحبس فقرة 74. جلاسون (G a s s o n) في حق الحبس ص 35 وما بعدها. كاسان (c a s s i n)، ص 665. سيرفي (S a v v i l l e)، 2، فقرة 541، بون (p o n t) 1، فقرة k l - 22، بيد أن، 1، فقرة 251 - فقرة 257، أشار لهم: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، المرجع نفسه، هامش رقم (2)، ص 1460.

(2) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، المرجع السابق، ص 65.

(3) د. محمد كامل مرسي باشا، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 265.

(4) انظر في اللغة الفرنسية:

Laurent، Principes du droit civil francais، T.XXIX، 3 eme edition Paris 1878، N292، Aubry et Rau، Cours de droit civil FRANCAIS، 6 eme edition، par Bartin، T. IV، Nn256 bis، 119.

أشار إليه: د. فواز صالح، الطبيعة القانونية للحق في الحبس، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الأول، 2013، هامش رقم (17) ص 47.

(5) ينظر في اللغة الفرنسية:

Josserand، Cours de du droit civil francais، T.II، theorie g enerale des obligations، les principaux contrats du droit civil، les suretes، 3 eme edition، Paris 1939، n 1471m p. 898 . 19.

أشار إليه: د. فواز صالح، المرجع نفسه، هامش رقم 18، ص 48.

العلمي بشرط أن لا يكون ذلك البيع بناء على طلب من الدائن الحابس ، فهو لا يعد حقا شخصيا⁽¹⁾.

ونتيجة لذلك ذهب اغلب الفقهاء إلى أن الحق في الحبس هو دفع بعدم التنفيذ⁽²⁾، والذي يعد فرعا ضمن نطاق الحبس ، لما في حق الحبس من سعة ، فالحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ وسيلتان دفاعيتان يلجأ اليهما المدين لتأمين أو ضمان أداء ماله تجاه الطرف الآخر الذي يجب أن يكون مستحقاً⁽³⁾.

ومن هنا يتبين أن هناك خلط بين حق الحبس والدفع بعدم التنفيذ ، فالقانون الفرنسي لم يضع نظرية عامة للحق في الحبس ولا للدفع بعدم التنفيذ، واقتصر على ايراد تطبيقات معينة في نصوص متناثرة في البيع والوديعة، منها المادة (1612) من القانون المدني والتي جاء فيها "لا يلزم البائع بتسليم الشيء المبيع إذا لم يدفع الشاري الثمن ولم يمنحه البائع مهلة للدفع" ، كما ونصت المادة (1613) من القانون نفسه على أنه " لا يلزم البائع بتسليم المبيع أيضا ... إذا أفلس المشتري بعد انعقاد البيع أو أصبح في حالة اعسار ... إلا إذا قدم له الشاري كفالة بالدفع في الاجل المحدد"⁽⁴⁾.

(1) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، احكام الالتزام، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص484.

(2) يرى السنهوري أن الدفع بعدم التنفيذ في ظل القانون المدني المصري الجديد ، تطبيق للحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين ، لأن هذا القانون جعل الحق في الحبس هو الأصل ، والدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق لهذا الأصل في مجال العقود الملزمة للجانبين ، ومن ثم يكون الدفع بعدم التنفيذ فرعا عن الحق في الحبس. فحيث يطبق الحق في الحبس في نطاق العقد الملزم للجانبين كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ، فإذا خرج عن هذا النطاق عاد حقا في الحبس لا دفعا بعدم التنفيذ. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، بلا تاريخ ، ص 731 . وفي المعنى ذاته ينظر : د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني ، احكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص148 . د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، نظرية الحق في الحبس ودعوى الاعسار ، المرجع السابق، ص24. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني واحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص139. د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، المرجع السابق ، ص 373 . د. عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، مكتبة سيد عبد الله وهبه ، 1975 ، ص 520 .

(3) د. يزيد انيس نصير، توقع الاخلال والاخلال المسبق في العقد، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، العدد الرابع، 2007 ، السنة 31 ، جامعة الكويت ، مجلة النشر العلمي، ص256.

(4) والمعنى نفسه ينظر: المادة (1673) من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها (أن البائع الذي يستعمل شرط الاسترداد ، عليه أن يسترد ليس فقط الثمن الأصلي بل أيضا مصاريف البيع وتكاليفه الرسمية والإصلاحات الضرورية ، وتلك التي زادت من قيمة العقار ، وبمقدار الزيادة ، ولا يمكنه تسلم حيازة العقار إلا بعد إيفائه كل هذه الالتزامات)، والمادة (1749) التي جاء فيها (لا يمكن اخراج المستأجرين ما لم يدفع لهم المؤجر والا فللمالك الجديد التعويض عن العطل والضرر الموضح أعلاه) والمادة (1748) التي نصت على أنه (أن المالك الجديد الذي يريد استعمال الامكانية الملحوظة في عقد الإيجار والتي تخوله اخراج المستأجر في حالة البيع يلتزم بإبذار هذا الأخير مسبقا في الوقت المحدد لذلك في العرف المحلي المتعلق بالإبذار بالإخلاء).

فالنصوص خاصة بحق البائع في رفض تسليم الشيء طالما لم يدفع له ، وهذا الحق في الحبس لا يكون إلا إذا كان البيع نقداً أما إذا منح البائع والمشتري مهلة للدفع فلن يكون بمقدوره حبس الشيء وبالمقابل لا يحرمه منح مهلة قضائية إضافية للدفع من حق الحبس، كما يتيح الإفلاس والاعسار الذي يصيب الشاري أن يقدم كفالة، ويكون الدفع بعدم التنفيذ بتسليم الشيء وتوابعه⁽¹⁾.

وبالنسبة لحق المودع عنده في حبس الوديعة نصت (1948) منه على أنه "يستطيع الوديع حبس الوديعة حتى تاريخ الوفاء الكامل لما يتوجب له بسبب الإيداع".

وفي آخر تعديل للقانون المدني نجد أن المشرع الفرنسي وضع قواعد عامة لحق الحبس إذ جاء في المادة (1219) منه على أنه "يجوز لأحد الأطراف أن يرفض تنفيذ التزامه ، على الرغم من كونه مستحقاً ، إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه وكان عدم التنفيذ على قدر كاف من الجسامة" ، كما نصت المادة (1220) منه على "يجوز لأحد الأطراف أن يوقف تنفيذ التزامه إذا تبين أن المتعاقد معه لن يقوم بالتنفيذ عند استحقاقه وأن نتائج عدم التنفيذ ستكون على قدر كاف من الجسامة بالنسبة إليه ويجب أن يتم الاخطار بهذا الوقف في اقرب الوقت"⁽²⁾.

فالمادتين يلاحظ أنهما تكلمتا عن أي التزام بصورة عامة وهذا ما صرحت به وأطلقتها أيّاً كان مصدره إذا امتنع أحد الأطراف من تنفيذ التزامه يتوقف المقابل عن التنفيذ أيضاً أي تنفيذ الالتزام، وعليه وفق هاتين المادتين وضع المشرع الفرنسي في تعديله الأخير نظرية عامة للحق في الحبس.

ومن خلال النصوص الفرنسية يتبين أن المشرع لم يحدد طبيعة الحق في الحبس ، إلا أن المشرع المصري في القانون المدني القديم (السابق)، اعتبر حق الحبس حقا عينيا ، فقد كانت نصوص هذا القانون صريحة في هذا المعنى، إذ كانت المادة (5/19) من هذا القانون تعدد الحقوق العينية التي يمكن أن تترتب على الأموال ، فقد ذكر على سبيل الحصر حق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الامتياز وحق الرهن وحق الاختصاص وحق الحبس، وكانت المادة (554 / 678) تعدد أنواع الدائنين ، فتذكر الدائن العادي الذي لا ضمان له ، ثم تذكر الدائن المضمون حقه بضمان عيني ، فتذكر الدائن المرتهن والدائن الحاصل على حق الاختصاص،

(1) الان بينا بت، القانون المدني ، العقود الخاصة ، المرجع السابق ، ص 134 .

(2) نظر في ذلك : د . محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد ، باللغة العربية ، (المواد ، 1100 ، إلى 1231 - 7) من القانون المدني الفرنسي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2018 ، ص 95-96.

فالدائنين " الذين لهم حق صالح للاحتجاج به على جميع الدائنين الاخرين في حبس ما تحت أيديهم من ملك مدينهم إلى حين استيفاء ديونهم) ، واذا عرضت مناسبة في نص من نصوص هذا التقنين لذكر الحقوق العينية ، كان حق الحبس يذكر صراحة فقد كانت المادة (92 / 146) منه تنص على أنه "التعهد بإعطاء حق عيني على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق، بشرط عدم الاخلال بحق الامتياز والرهن العقاري والحبس " ، وكانت المادة (189 / 253) منه تعتبر حق الحبس حقا عينيا تأمينيا أي أنه من التأمينات العينية فذكرت بأنه يجوز الاتفاق على "أن التأمينات العينية كالامتياز ورهن العقار وحبس العين تكون تأميناً على الدين الجديد " .

كما أن هذا القانون قد عدد حالات حق الحبس على سبيل الحصر شأنه شأن سائر الحقوق العينية⁽¹⁾، وجعل حق الحبس حقا عينيا ، وقد فصل بينه وبين الدفع بعدم التنفيذ، ففي حق المشتري في حبس الثمن إذا تعرض له في وضع يده على المبيع اعتبره دفعا بعدم التنفيذ " ... لا يكون له حق عيني على ملكه وانما يكون هذا الحق تطبيقا من تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ العقد " م (411/331)⁽²⁾، فحق الحبس وفق القانون المدني السابق هو حق عيني مصدره القانون ، اما التقنين المدني الحالي لم يحدد طبيعة حق الحبس وهل هو حق عيني ام شخصي وجعل منه نظرية عامة قوامها الضمان ، بان يكون لكل مدين أن يدفع بعدم التنفيذ ، أي يحبس التزامه عن دائنه حتى يستوفي ما له من حق قبل الدائن ، وهو ما يتحقق في حالة العقود التبادلية وفي كافة الحالات التي يتوفر فيها الارتباط القانوني أو المادي بين الالتزامين⁽³⁾، فان حق الحبس ليس مقصورا على الحالات التي ذكرها المشرع وليست هذه الحالات مذكورة على سبيل الحصر ، بل يجوز أن

(1) نصت المادة (731 / 605) من القانون المدني المصري السابق على انه (يكون الحق في حبس العين في الأحوال الاتية فضلا عن الأحوال المنصوصة المصريح لها في القانون: أولا - للدائن الذي له حق امتياز. ثانيا - لمن اوجد تحسينا في العين، ويكون حقه من اجل ما صرفه أو ما ترتب على مصرفه من زيادة القيمة التي حصلت بسبب التحسين على حسب الأحوال، ثالثا - لمن صرف على العين مصاريف ضرورية او مصاريف لصيانتها).

والاحوال المخصوصة التي كان مصرحا بها في التقنين المدني السابق هي : أ - حق البائع في حبس المبيع حتى يقبض الثمن (م 279 / 350) .

ب - حق المستأجر في حبس العين المؤجرة عند بيعها بيعا يكون سببا في فسخ عقد الإيجار ، حتى يستوفي من المؤجر او المشتري التعويض الواجب له (م . 39 فقرة 25 / 477).

ج- حق حافظ الوديعة في حبس العين المودعة، حتى يستوفي من المودع (المصاريف المنصرفة منه لحفظها ويعطيه بدل الخسارات التي نشأت له عنها) (م 488 فقرة 2 / 597) .

(2) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المرجع السابق، هامش رقم(1)، ص 1463 .

(3) د . أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزامات ، احكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 1997، ص 96- 97 .

يمتد الحق في الحبس إلى حالات مماثلة عن طريق القياس بعد استخلاص قاعدة عامة ترد إليها جميع حقوق الحبس⁽¹⁾.

واستناداً للمادة (1/246) والتي جاء فيها " لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبطة به ، أو ما دام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا"، جعل من الحق في الحبس نظرية عامة لم يورد تطبيقاتها على سبيل الحصر ولم يجعله حقا عينيا وتناول فيه حالتي الدفع بعدم التنفيذ للعقد والارتباط بين الشيء المحبوس والدين المحبوس من أجله ، كما اوجب أن لا يكون سبب الحبس احراز أشياء مفقودة أو مسروقة أو أشياء انتزعت بالعنف عن صاحبها⁽²⁾، استناداً لنص المادة (2/246) منه والتي جاء فيها " ويكون ذلك بوجه خاص كحائز الشيء أو محزره إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فان له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئ عن عمل غير مشروع " .

إذا القانون المدني المصري الجديد لم يبيّن طبيعة حق الحبس كما فعل المشرع الفرنسي والحال نفسه المشرع العراقي إذ لم يحدد تلك الطبيعة ، وهل هو حق عيني ام شخصي وانما ورد مبدأ عام تارة ، كما ورد فيه بعض التطبيقات تارة أخرى إذ نصت المادة (280) منه "1- للبايع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال ، وللعامل أن يحبس الشيء الذي يعمل فيه إلى أن يستوفي الاجر المستحق سواء كان لعمله اثر في هذا أو لم يكن وذلك وفقا للأحكام التي قررها القانون 2 -وفي كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البديل المستحق" ، فلا بد إذا لقيام الحق في الحبس أن يكون هناك محل يرد عليه حق الحبس ويكون في يد الحابس كأن يكون عين معينة بالذات سواء كانت عقارا أو منقولا ، أي شيء مادي في يد الحابس .

وقد يكون المحل عملا كأن يحبس مصلح الثلاجة في يده بعد تصليحها حتى يستوفي أجرته ، وهذا ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة (280) والمادة (281) من القانون المدني العراقي ، كما قد يتعلق بالذمة كالنقود كأن يحبس المشتري الثمن لحين تسليم المبيع له من قبل

(1) بودري ولوان ، الفقرة 230-232 . بلنيول وروبير وأسمان ، 6 ، فقرة 444، أشار إليهما : د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، المرجع نفسه ، ص 1461 .
(2) د . قدرى عبد الفتاح ، نظرية الحق في الحبس ، المرجع السابق ، ص 30 - 13 .

البائع⁽¹⁾، أو قد يكون عملاً أو امتناع عن عمل فالمقاول يستطيع أن لا يبدأ العمل حتى يستوفي ما انفق مع رب العمل على أن يعجل له الأجرة ، وصاحب الأرض الذي تعهد إلا يمنع جاره من المرور في أرضه مقابل جعل معين ، يستطيع أن يقف تنفيذ التزامه فيمنع الجار من المرور حتى يستوفي جعله⁽²⁾، وهذا ما تضمنته المادة (280) في فقرتها الثانية والمادة (282) من القانون نفسه والتي جاء فيها "الكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوفي بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً فيه"، وبما أن المشرع اطلق لفظ الالتزام دون تعيين مصدر معين له، إذا قد يكون هذا الالتزام مصدره العقد وقد يكون مصدره العمل غير المشروع وقد يكون مصدره الكسب دون سبب⁽³⁾، كما قد يكون مصدره القانون⁽⁴⁾.

إذا محل الحق في الحبس هو اما العين أي عينا في يد الحابس ، أو دين وهو كل ما لم يتعين بذاته، أيًا كان مصدره ، ومحل الحق هو الذي تستند إليه طبيعة الحق في الحبس ، وقد جاء في حكم لمحمة النقض الفرنسية، بينت فيه أن حق الحبس حق عيني قابل للاحتجاج به إذ جاء فيه

(1) د . عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، القانون المدني واحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص140.

(2) د . عد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني، المرجع السابق ، ص1476.

(3) قد ينشأ الالتزام عن عقد، مثال ذلك أن يبيع شخصاً عينا لأخر بثمن حال ، فكل منهما حبس محل التزامه حتى يقوم الآخر بالتنفيذ وقد ينشأ عن عمل غير مشروع ، مثال ذلك إذا تصادمت سيارتان واصبح صاحب السيارة مدنيا بالتعويض للآخر ، فجاز لمن كان الدين عليه مقدر أن يحبس هذا الدين حتى يستوفي حقه بعد أن يتم تقديره فالدين المحبوس مصدره العمل غير مشروع ، وقد يكون مصدره الكسب دون سبب ، كما لو انفق الوديع على الوديعة مصاريف لحفظها فله حبس هذه العين حتى يسترد ما انفق . ينظر في ذلك . د . حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 375 .

(4) فإذا رفع الحجر عن المحجور كان الولي او الوصي او القيم أن يرد إليه ما تحت يده من ماله إلا أن لأي منهم الحق في حبس المال إذا كان قد انفق في تنفيذ الولاية ما يحق له استرداه حتى يستوفي ما انفق . ينظر في ذلك: د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، القانون واحكام الالتزام الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 142 .

كما وقضت المادة (928) من القانون المدني المصري بانه (إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد حاز بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن يجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك نظير تعويض عادل) ، ففي هذه الصورة يلتزم صاحب الأرض بان ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وهذا التزامه مصدره نص القانون ، وذلك نظير تعويض عادل يلتزم بدفعه صاحب البناء لصاحب الأرض ، ولصاحب الأرض أن يوقف تنفيذ التزامه القانوني بشأن اتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل ملكية الجزء من الأرض المشغول بالبناء إلى صاحب البناء حتى يستوفي منه التعويض العادل . ينظر في ذلك: د. قدري عبد الفتاح ، نظرية الحق في الحبس ، المرجع السابق ، ص35 .

" أن الحق في حبس شيء ما ، والناتج عن حيازته هو حق عيني يحتج به على الجميع وحتى على الغير الذين لا يلزمون بالدين " (1) .

كما جاء في حكم آخر لها " ... تجوز ممارسة حق الحبس في جميع الأحوال التي يكون فيها الدين الذي نشأ بمناسبة الشيء المحبوس في علاقة تلازم مادية مع هذا الشيء ... " (2) ، إذ بينت في هذا الحكم ضرورة وجود الترابط بين الدينين، كما اكدت على أن يكون الترابط مادياً .

وقد بينت المحكمة نفسها أن الاحتجاج بحق الحبس غير مرتبط بالشهر العقاري (3) .

وفي حكم لمحكمة النقض المصرية ايدت ما جاءت به محكمة النقض الفرنسية والذي جاء فيه " والغالب فيما يرد عليه الحبس أن يكون شيئاً مادياً منقولاً أو عقاراً " (4) .

فيبدو أن محل الحق في الحبس هو الذي يبين طبيعة ذلك الحق فمحل الحق في الحبس المتمثل بعين معينة بالذات هو صلب موضوعنا كون تخصيص الضمانات العينية، هو تحديد وتعيين شيء لأجل دين معين وجوهر التخصيص هو تحديد العين والدين فيكون تحديد عين معينة لأجل دين معين، ويعد حق الحبس العيني ما هو إلا تطبيق من تطبيقات تخصيص الضمانات العينية، ويدخل في نطاقها فهو حق عيني (5) ، كونه ينصب على شيء معين بالذات، وكل ما ينصب على شيء معين بالذات فهو حق عيني، فالعبرة بمحل الحق، فإذا كان الالتزام أياً كان مصدره مضموناً بشيء مادي أو أشياء معينة بالذات، نكون بصدد حق عيني تبقي تابع للالتزام الأصلي الذي ينشأ منه الضمان (6) ، فهذا التحديد هو الذي يحدد الموقف من طبيعة الضمان ، إلا أن على الرغم من تعدد آراء الفقهاء وشراح القانون المدني وكذلك القوانين المقارنة فإن موقفهم لم يكن محددًا في بيان طبيعة حق الحبس للضمان على الرغم من تفرقهم بين حبس العين وحبس

(1) قرارها رقم 1، بتاريخ 7 كانون الثاني، 1992. أشار إليه : داللو ، المرجع السابق ، ص 1878 .
(2) قرارها رقم 1 281 ، بتاريخ 22 أيار ، 1962 ، مطابق بالنسبة إلى الوديعة ، أشار إليه داللو ، المرجع السابق ، ص 1879-1880 .
(3) قرارها رقم 253 ، بتاريخ 16 كانون الأول 1998 ، وقرارها رقم 8 ، بتاريخ 14 تموز ، 1999 ، أشار إليهما : داللو ، المرجع نفسه ، ص 1880 .
(4) استئناف مختلط ، 8 نوفمبر سنة 1933 ، 46 ، ص 21 . أشار إليه : د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، هامش رقم 2 ، ص 1475 .
(5) حق الحبس : هو ضمان على مال الغير وهو يشكل حقا عينيا غير قابل للانقسام . ينظر في ذلك : جاك مستر وآخرون ، المطول في القانون المدني ، قانون التأمينات العينية العام ، المرجع السابق ، ص 65 .
(6) د . شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات ، المرجع السابق ، ص 58- 61 .

الدين، كما ببناءه في الاستعراض الفقهي ، ونرجح الرأي القائل بأن حق الحبس جوهره الحيابة المادية فلا حيازة لأشياء غير مادية⁽¹⁾ .

كما أن أغلب القوانين المقارنة لم تمنح الحابس حق التقدم أو الامتياز على المحبوس⁽²⁾، على الرغم من اعتراف هذه القوانين بان حق الحبس يعد ضماناً بقولها "حق الحبس للضمان" ، وكذلك الفقهاء وكما بينا قد أكدوا على أن حق الحبس للضمان ما هو إلا ضمان لاستيفاء الدائن حقه من المدين، ولما كانت الحيازة تستند إلى قبض الشيء ، وان القبض يخص ذلك الشيء المعين لأجل ما يخص من أجله وهو الدين، إذا سيكون له عليه حق افضلية كون التخصيص للمال يجعل افضلية لمن خصص المال لأجل استيفاء دينه، فالشيء المخصص للوفاء بدين معين يجعل للدائن الذي تم التخصيص من أجله حق افضلية على سائر الدائنين العاديين، وقد ذهب الفقه إلى أن الحابس متى اقدم على بيع العين جبرا لاستيفاء دينه فقد نزل عن حقه في حبس العين⁽³⁾، فكونه طلب بيع العين لا يستطيع أن يمتنع عن تسليم العين لمن رسا عليه المزداد، ولا يبقى امامه إلا الثمن الذي رسا به المزداد يستوفي منه دينه هو وسائر الدائنين فيما بينهم يقاسمونهم قسمة غرماء، ولكن إذا بقي الحائز حابسا للعين ولم ينفذ عليها فان حقه في الحبس يبقى قائما، حتى لو باع المالك العين أو نفذ عليها أحد الدائنين فباعها جبرا لمن رسا عليه المزداد، ففي هذه جميع الأحوال يبقى حق الحائز الحابس للعين قائما في مواجهة المشتري من المالك أو في مواجهة الراسي عليه المزداد ولا يبقى إلا توفي الحابس حقه كاملاً إذا لم يكن هو الذي نفذ على العين ، وينتهي حق الحبس في هذه الحالة إلى النتيجة الفعلية التي ينتهي إليها حق الامتياز⁽⁴⁾ .

فلحابس أن يمتنع عن تسليم العين في مواجهة الجميع إذا لم يكن هو نفسه من طلب البيع، وهذا يعد امتيازاً من الناحية العملية⁽⁵⁾، فإذا نفذ غير الحائز من الدائنين على العين وبيعت جبراً

(1) ومن الصحيح أن الدين او حق غير مادي آخر يمكن أن يتجسد او يندك في سند او دعامة مادية كسند كتابي يثبت ديناً او سند للحامل او شريط مغناطيسي أو داعم الورق لبطاقة معلوماتية ، وبالتالي فحق الحبس يتعدر أن يتعلق بمال غير مادي. ينظر في ذلك: جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام ، المرجع السابق ، ص70 .

(2) ينظر المادة (1 / 247) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها (مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه) والمادة (1 / 283) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (مجرد ثبوت الحق للدائن في حبس الشيء لا يعطيه حق امتياز عليه) .

(3) انظر المادة (1 / 248) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها (ينقضي حق الحبس بخروج الشيء من يد حائزه او محرزه) والمادة (1 / 284) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (يزول الحق في الحبس بزوال الحيازة)

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص1526-1527.

(5) د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، المرجع السابق ، ص 376 . د. قدرى عبد الفتاح ، نظرية الحق في الحبس ، المرجع السابق ، ص 88 .

إلى من رسا عليه المزاد، وشعر الحائز أن نصيبه في توزيع الثمن لا يفي بكامل حقه، جاز له حبس المبيع عن رسا عليه المزاد عليه، وقد تقتضي مصلحة الراسي عليه المزاد والدائنين الآخرين كي يكون التنفيذ مجديا الاتفاق عندئذ على ايفاء الحائز حقه كاملا لتسليم المبيع منه⁽¹⁾.

يبدو من هذا العرض الفقهي والقانوني أن للحابس حق امتياز ما دام الشيء المعين محبوس في يده ، فحق الحبس العيني في ذاته هو حيازة الشيء ولما كان الشيء في حيازة الحابس فهو حابس له وله امتياز عليه وما أن خرج الشيء من يده بإرادته زال حق الحبس فزال منه حق الامتياز ، ونحن في الكلام بصدد حق الحبس وليس خروج المحبوس من يد الحابس ، وكون حق الحبس في نفسه هو الضمانة التي يستفيد منها الدائن في استيفاء حقه وبالفعل يستطيع أن يتقدم بالأولوية على جميع الدائنين في استيفاء حقه ما بقي المحبوس في يده ، ومن الممكن ولتقوية الضمان أن يسجل حق الحبس في ورقة رسمية حتى يستطيع الحابس التنفيذ عليه والتقدم على سائر الدائنين العاديين كما هو الحال في الرهن الحيازي⁽²⁾، كون الضمانين يعتمدا على القبض وأن اختلف مصدر كل منهما، فالعبرة بمحل الحق لا بمصدره .

وعليه يعد حق الحبس ضمان عيني يخول صاحبه حق التقدم في استيفاء حقه كالرهن الحيازي.

وعلى الرغم من أن محكمة النقض الفرنسية أكدت في قرار لها على أن حق الحبس هو حق عيني قابلاً للاحتجاج به تجاه الغير وذلك استناداً لما جاء فيه من أنه (أن الحق في حبس شيء ما والنتائج عن حيازته هو حق عيني يحتج به على الجميع وحتى على الغير الذين لا يلزمون بالدين"⁽³⁾).

إلا أنها في قرار آخر لها ذهبت فيه إلى أن حق الحبس لا يعد تأميناً إذ جاء فيه "أن حق الحبس ليس تأميناً ولا يماثل الرهن"⁽⁴⁾.

(1) د . عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، القانون المدني واحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص 148 – 149 .
(2) نصت المادة (1117) من القانون المدني المصري بانه (يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن)، وكتابة ورقة ثابتة التاريخ هو شرط لنفاذ الرهن في مواجهة الغير وليس لانعقاده او لإثباته . ينظر في ذلك : د . منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية ، المرجع السابق، ص 247.

(3) قرارها رقم 1 بتاريخ 7 كانون الثاني 1992، دالوز، المرجع السابق، ص1878.

(4) قرارها رقم 181 بتاريخ 9 حزيران 1998، دالوز، المرجع نفسه، ص1878.

يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت حق الحبس حقاً عينياً، كما أكدت أنه يحتج به تجاه الغير كما هو الحال في الرهن، وبالنسبة لقرارها الذي أكدت فيه أن حق الحبس ليس تأميناً ولا رهناً فالمقصود منه ليس من حيث المصدر، فالتأمينات قد يكون مصدرها الاتفاق أو القانون وكذلك حق الحبس، كما أن حق الحبس والتأمينات تعد من الضمانات، وعليه وفق ما جاءت فيه محكمة النقض الفرنسية أن الضمانات اوسع من التأمينات، فالضمانات العينية تشمل جميع التأمينات العينية بالإضافة إلى حق الحبس وضمانات أخرى عينية.

الفرع الثاني

التطبيقات العينية لحق الحبس للضمان

أن المبدأ العام لحق الحبس وكما بينا هو أن الدائن إذا كان مدنياً في الوقت ذاته لمدينه فمن حقه قدر الإمكان أن يستوفي الدين الذي له من الدين الذي عليه، وهذا هو المبدأ الذي يقوم على اعتبارات تمليها بداهة المنطق ومقتضيات العدالة⁽¹⁾، ولتطبيق هذا المبدأ لابد من توفر شرطين أساسيين الأول: هو وجود دينان متقابلان، أي أن يكون هناك شخصاً مدنياً لآخر وان يكون هذا الأخير مدنياً هو أيضاً للأول فيوقف الأول الوفاء بالدين الذي عليه حتى يستوفي الدين الذي له، والدين الذي في ذمة الشخص الأول هو المحل الذي يقع عليه الحبس⁽²⁾، والذي يلزم أن يكون عيناً معينة بالذات وليس دين في الذمة، لأن حبس الدين لا يدخل في نطاق تخصيص الضمانات العينية وكما بينا ذلك، فمحل الحبس للضمان العيني هو ما اختص به موضوع تخصيص الضمانات العينية، كما لا يدخل في نطاق تخصيص الضمانات العينية المحل الذي يتمثل بالقيام بعمل أو امتناع عن عمل كونه لا يعد محلاً عينياً مادياً معيناً.

أما الشرط الثاني فهو قيام الارتباط بين الدينين، فلا يكفي أن يكون هناك دينان متقابلان كما بيناه في الشرط الأول، بل يجب أن يقوم ارتباط ما بين هذين الدينين⁽³⁾، وعلى أساس هذا

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 489.
د. قدرى عبد الفتاح، نظرية الحق في الحبس، المرجع السابق، ص 56 وما بعدها.
(2) د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 74 وما بعدها. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 374.
(3) د. جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، المكتبة الجامعية، 2006، ص 367.

الارتباط تتعدد تطبيقات حق الحبس للضمان، وهذه التطبيقات قد ينص عليها القانون فتقوم تارة على الارتباط القانوني أو التبادلي وتارة تقوم على الارتباط المادي الموضوعي، كما أن هناك تطبيقات لم ينص عليها القانون ولكن ممكن الرجوع فيها إلى القواعد العامة وهي أيضاً نوعين اما تطبيقات قانونية تبادلية أو تطبيقات مادية موضوعية، وعليه سوف نبين هذه التطبيقات على النحو الآتي:

أولاً / تطبيقات منصوص عليها في القانون:

1- تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي:

أ – حق البائع في حبس المبيع: نصت المادة (1612) من القانون المدني الفرنسي على أنه " لا يلزم البائع بتسليم الشيء المبيع إذا لم يدفع الشاري ... " ، وكذلك لا يلزم البائع بالتسليم إذا افلس المشتري استناداً للمادة (1612) والتي جاء فيها " لا يلزم البائع بتسليم المبيع ايضاً ولو كان قد منح المشتري مهلة للدفع إذا افلس المشتري بعد انعقاد البيع ... " ، فالبائع في وسعه حبس الشيء المبيع المعد للتسليم إذا لم يسدد المشتري الثمن ، وذلك يستوجب أن يكون الشيء ما زال في حيازته⁽¹⁾.

كما نصت المادة (1 / 459) من القانون المدني المصري بأنه " إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ... " ، كما نصت الفقرة الثانية من المادة نفسها بأنه " وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الاجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الاجل طبقاً لأحكام المادة 273 " ، فهناك دينان متقابلان تقابلاً تبادلياً هما دين البائع في تسليم المبيع للمشتري ، ودين المشتري في دفع الثمن للبائع ، ودين المشتري سواء كان حالاً أو كان مؤجلاً ثم سقط الاجل فاصبح حالاً ، فهنا يكون للبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن⁽²⁾.

وسار المشرع العراقي على ما سار عليه المشرع المصري والفرنسي في حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن إذ نصت المادة (280) من القانون المدني العراقي على أنه

(1) جبروم هويبة، المطول في القانون المدني ، الجزء الأول، المرجع السابق ، ص 406 . كذلك ينظر نص المادة (1673) من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها بأنه (أن البائع الذي يستعمل شرط الاسترداد ، عليه أن يسدد ليس فقط الثمن الأصلي بل أيضاً مصاريف البيع وتكاليفه الرسمية والاصلاحات الضرورية ، وتلك التي زادت من قيمة العقار وبمقدار هذه الزيادة ولا يمكنه تسليم حيازة العقار إلا بعد إيفاءه كل هذه الالتزامات) .

(2) د . عبد الفتاح قدرى ، نظرية الحق في الحبس ، المرجع السابق ، ص 56 .

(للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري الثمن الحال ... " ، ففي عقد البيع يلتزم البائع بتسليم المبيع ووجود حق للحابس البائع مستحق الأداء في ذمة المشتري الذي لم يسدد كامل الثمن⁽¹⁾ .

ب - حق المستأجر في حبس العين المؤجرة في مواجهة كل من المؤجر والمشتري للعين:

لم نجد لهذا التطبيق في نصوص القانون المدني الفرنسي، إلا أن المشرع المصري نص صراحة في المادة (2/605) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها "فإذا نبه المستأجر بالإخلاء قبل انقضاء الإيجار فإن المؤجر يلتزم بان يدفع للمستأجر تعويضاً ما لم يتفق على غير ذلك، ولا يجبر المستأجر على الاخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض" .

وهذا يعد تطبيق لحق الحبس متمثلاً بوجود دينان متقابلان مرتبطان فيما بينهما، لأنهما ينشأن معا من عقد الإيجار على وجه التبادل، هما دين المؤجر الذي عليه أن يدفع تعويضا للمستأجر لإخلاله بالتزامه ودين المستأجر أن يرد العين المؤجرة إلى المؤجر أو خلفه المشتري فيجوز حينئذ للمستأجر أن يحبس العين حتى يستوفي التعويض⁽²⁾ .

والحال نفسه بالنسبة للمشرع العراقي استناداً لنص المادة (2/787) من القانون المدني والتي جاء فيها بأنه "إذا نبه المالك الجديد المستأجر بالإخلاء قبل انقضاء الإيجار ، فإن المؤجر يكون ملزماً بتعويض المستأجر ، ما لم يتفق على غير ذلك ، ولا يجبر المستأجر على الاخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو من المالك الجديد نيابة عن المؤجر ... " .

ج - حق المستأجر في حبس العين لاستيفاء ما يستحق من التعويض سبب إنهاء الإيجار قبل انقضاء مدته:

نصت المادة (1749) من القانون المدني الفرنسي على أنه " لا يمكن اخراج المستأجرين ما لم يدفع لهم المؤجر وإلا فالمالك الجديد التعويض عن العطل والضرر الموضح أعلاه"⁽³⁾ .

(1) د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام واحكامها ، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الإسلامي معزره بأراء الفقهاء واحكام القضاء ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان، 2012 ، ص 495 .

(2) د. جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 368 وما بعدها .

(3) المقصود من عبارة الموضح أعلاه في المادة (1749) من القانون المدني الفرنسي هو ما نصت عليه المواد (1744) والمادة (1745) والمادة (1746) والمادة (1747) والمادة (1748) .

كما ونصت المادة (608 / 2) من القانون المدني المصري بأنه "فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد ، فلا يجبر المستأجر على رد العين المؤجرة حتى يستوفي التعويض أو يحصل على تأمين كاف ، وهذا يعد تطبيقاً تشريعياً للحق في الحبس والدينان المتقابلان القائم على علاقة تبادلية هما: دين المؤجر في إعطاء تعويض للمستأجر لإنهاء عقد الإيجار قبل انقضاء مدته ، ودين المستأجر في رد العين إلى المؤجر ، فللمستأجر إذن أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفي حقه في التعويض، أو حتى يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا الحق⁽¹⁾ .

وقابلت المادة (608 / 2) من القانون المدني المصري و المادة (2/792) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب الفسخ ، فلا يجبر المستأجر على رد المأجور حتى يستوفي التعويض أو حتى يحصل على تأمين كاف" ، فكون المؤجر هو الذي طلب إنهاء العقد ، ثبت للمستأجر الحق في حبس العين ، فلا يجبر على ردها حتى يستوفي التعويض أو يحصل من المؤجر على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض⁽²⁾ .

ثانيا / تطبيقات تقوم على الارتباط المادي الموضوعي:

1 – الحائز وحق حبس العين لاسترداد ما أنفقه عليها من المصروفات:

نصت المادة (1948) من القانون المدني الفرنسي على أنه "يستطيع الوديع حبس الوديعة حتى تاريخ الوفاء الكامل لما يتوجب له بسبب الإيداع" ، فالوديعة له الحق في حبس الشيء المودّع عنده طالما لم يتم تعويضه أو دفع له ما أنفقه في ضرورة حفظ الشيء⁽³⁾ .

ويعد هذا النص تطبيقاً خاصاً وليس عاماً نص عليه القانون المدني الفرنسي صراحة، كما نصت المادة (2/246) من القانون المدني المصري على أنه " ويكون ذلك (أي الحبس) بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام ناشئاً عن عمل غير مشروع" ، ويعد هذا هو التطبيق الرئيسي والعام الشامل لجميع حالات الحبس القائم على الارتباط المادي أو الموضوعي والذي نص عليه القانون، وتطبيق هذا النص العام نجده في المادة

(1) د. قدرى عبد الفتاح، نظرية الحق في الحبس، المرجع السابق، ص 58-59 .
(2) د . سعيد مبارك، وآخرون ، المؤجر في العقود المسماة ، البيع ، الإيجار ، المقاوله ، المرجع السابق ، ص343 .
(3) جبروم هوييه ، المطول في القانون المدني، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 1583-1584 .

(1/980) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه "على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما انفق من المصروفات الضرورية".

فهناك دينان متقابلان الأول هو دين على المالك للحائز وهو رد قيمة المصروفات التي انفقها الحائز على العين ومصدرها الاثراء دون سبب والثاني هو دين على الحائز برد العين وعليه تتوفر شروط الحق في الحبس لوجود الدينان المتقابلان المرتبطان أحدهما بالآخر ، وعليه يجوز للحائز أن يحبس العين حتى يسترد المصروفات⁽¹⁾ ، هذا بالنسبة للحائز الذي يضع يده على كمالك له أي وجود نية التملك، اما بالنسبة للمحرز فهو الذي يحوز العين حيازة مادية دون أن يضع يده كمالك وذلك كالمستأجر والمستعير وحافظ الوديعة والدائن المرتهن رهنا حيازياً استناداً لما صرحت به المادة (2/246) من القانون نفسه "... لحائز الشيء ومحرزه .."⁽²⁾.

كما نصت المادة (281) من القانون المدني العراقي على أنه "يجوز لمن انفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية أو نافعة أو أنشئ فيه بناء أو غرس فيه أشجار أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً ، إلا أن يكون الالتزام بالرد عن عمل غير مشروع"، يلاحظ أن المشرع العراقي نهج نفس سياق المشرع المصري ولكن بشيء من التفصيل، كما أن كل من المشرع المصري والعراقي أشارا إلى عدم جواز حبس المغصوب أو المسروق لحصول الغاصب أو السارق على حقه ، لأن فعل الغصب والسرقة من الأفعال التي توجب الرد وهو ما نصت عليه المادة (281) من القانون المدني العراقي بقولها " ... إلا يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع"⁽³⁾.

إلا أن المشرع العراقي نص على حق الحبس في حالة الالتصاق وهو ما لم ينص عليه المشرع المصري، إذ أن المشرع المصري قد أطلق العبارة بقوله " .. لحائز الشيء أو محرزه إذا انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فان له أن يمتنع عن رد هذا الشيء ... " ، بينما المشرع العراقي في المادة (281) نص صراحة على حق الحبس بالنسبة للالتصاق إضافة في حالة ما انفق من مصاريف ضرورية أو نافعة إذ جاء فيها " ... أو انشئ بناء أو غرس فيه أشجار أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق قانوناً "، وهنا سوف نكون امام دينان مرتبطان وهو ارتباط يقوم على واقعة مادية كما بينا وسوف يكون وفق احكام الالتصاق سواء كان الحائز

(1) د . قدرى عبد الفتاح ، نظرية الحق في الحبس ، المرجع السابق ، ص 63 – 65 .

(2) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، هامش رقم (1)، ص 1502.

(3) د . منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام واحكامها ، المرجع السابق ، ص495.

حسن النية ام سيء النية أن يرد الأرض لصاحبها، وصاحب الأرض أن يدفع القيمة التي اختار دفعها للحائز⁽¹⁾، وتطبيقاً لنص المادة (281) مدني عراقي ، أن يتمتع الحائز عن رد الأرض إلى صاحبها حتى يتقاضى حقه والتعويض المستحق.

ب - صاحب العلو وحق حبس السفل بعد أن يعيد بناءه:

لم يوجد نص خاص في القانون المدني الفرنسي بخصوص حبس صاحب العلو للسفل بعد أن يعيد بناءه على نفقته .

إلا أن المشرع المصري تناول هذا الامر في المادة (860) من القانون المدني والتي جاء فيها " 1 - إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله فإذا امتنع ، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه. 2- وفي الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته ... " ، فان المشرع قد قرر قيماً على حرية المالك في المادة بناء ملكه مراعاة للوضع الخاص بالمساكن التي تقع في المباني المتعددة الطبقات ، حيث اوجب على صاحب السفل أن يعيد بناء السفل في حال تهدم البناء حتى يستطيع صاحب العلو بناء مسكنه الذي يقع أساساً على السفل ، واذا امتنع صاحب السفل عن إعادة بناء سفله تولى صاحب العلو بناءه على نفقته فإذا لم يدفع له صاحب السفل كل ما انفق ، جاز لصاحب العلو أن يحبس السفل عن صاحبه بمنعه من السكن فيه أو الانتفاع منه ، استيفاءً لما قام بدفعه من مصاريف بناء السفل⁽²⁾ .

وعلى النهج نفسه سار المشرع العراقي في المادة (1085) من القانون المدني إذ جاء في الفقرة الثانية من المادة المذكورة بأنه "ولصاحب العلو أن يمنع في الحالتين صاحب السفل من الانتفاع به حتى يوفيه حقه ... " ، فلصاحب العلو في سبيل استيفاء ما انفق ، أن يحبس السفل في يده⁽³⁾ .

فهذه الحالة تتولد عن فكرة أن المصروفات التي انفقت كانت ضرورية لا في حفظ الشيء، بل فيما بعد من ذلك إلا وهو انشاء الشيء مرة أخرى.

(1) د . جمال الحاج ياسين ، الالتصاق الصناعي ، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2011 ، ص 124 .

(2) د . عبد القادر محمد شهاب ، د . محمد عبد القادر محمد ، الوجيز في الحقوق العينية، الطبعة الثانية ، دار ومكتبة الفضيل ، 2010 ، ص 209 .

(3) د . محمد طه البشير ، د . غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الأول، المرجع السابق ، ص 148.

ثانيا / تطبيقات غير منصوص عليها في القانون:

بيّن أن المشرع الفرنسي والمصري والعراقي أوردوا قاعدة عامة لحق الحبس استناداً للمادة (1219) والمادة (1220) من القانون المدني الفرنسي والمادة (1/246) مدني مصري، والمادة (281) مدني عراقي، مما اغنت المشرع عن الاكثار من ايراد تطبيقات، تاركه الامر للقواعد العامة، وهذه التطبيقات التي تستند إلى القواعد العامة في القانون منها تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني التبادلي، ومنها تقوم على الارتباط المادي الموضوعي، والتي سنميزها كالآتي:

1- تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني التبادلي
أ - حق المؤجر في حبس العين المؤجرة:

عقد الإيجار عقد ملزم للجابين ومن ثم إذا لم يستوف المؤجر الاجرة الحالة كاملة ، جاز له أن يحبس العين المؤجرة عن المستأجر حتى يستوفي الأجرة ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس دون حاجة إلى ايراد نص خاص بذلك⁽¹⁾.

ب - حافظ الوديعة وحق حبسها:

يعد حبس الوديعة في القانون المدني الفرنسي من التطبيقات التي ورد فيها نص بالقانون استناداً للمادة (1948) من القانون المدني الفرنسي وكما بينا ذلك.

اما بالنسبة للمشرع المصري والعراقي فلم يرد هنالك نص بشأن حبس الوديعة حتى يستوفي المودع ما انفق من مصروفات أو ما يلحقه من خساره ، وعليه يعد حبس الوديعة في القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي من التطبيقات التي تقوم على الارتباط القانوني دون النص عليه قانوناً، فالتزام المودع بالرد مصدره عقد الوديعة الذي تحقق بمناسبة الارتباط المادي نتيجة ما انفق عليها المودع عنده من مصاريف وما لحقه من خسارة ، وعليه واستناداً

(1) جبروم هوييه، المطول في القانون المدني، المجلد الأول، المرجع السابق، ص714-740. د . سعيد سعد عبد السلام ، الوجيز في احكام الالتزام المدني ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 2005، ص 166 .

للمادة (2/246) من القانون المدني المصري والمادة (281) من القانون المدني العراقي يمكن حبس الوديعة لحين استيفاء المصروفات الضرورية لحفظها⁽¹⁾.

وهذا ما قضت به المادة (725) من القانون المدني المصري بخصوص التزام المودع بأنه " على المودع أن يرد إلى المودع عنده ما انفق في حفظ الشيء و عليه أن يعرضه كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة" .

كما بينت المادة (723) التزام المودع عنده بقولها " يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه ... " .

عليه يجوز لكلا المتعاقدين نتيجة الالتزامات المتقابلة والمرتبطة بعضها مع بعض وتطبيقاً لقاعدة الحبس استناداً للمادة (2/246) ، ودون حاجة إلى نص خاص بحبس الوديعة ، أن يحبس العين المودعة حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض حسب الأحوال⁽²⁾.

الحال نفسه ما قضت به المادة (961) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها "إلى الوديع متى انتهى عقد الوديعة أن يرد الوديعة ... ومصروفات الرد على المودع.. " .

بخصوص المصاريف التي تنفق على الوديعة من قبل المودع فقد جاء في المادة (966) من القانون نفسه بأنه " ... أما أن ينفق عليها (المودع عنده) من ماله ويرجع على المودع ... " .

ج – الواهب وحق حبس الهبة المشروطة:

نصت المادة (954) من القانون المدني الفرنسي بأنه " في حالة الرجوع عن الهبة بسبب عدم تنفيذ الشروط المفروضة على الموهوب له ، تعود الأموال إلى الواهب خالية من أي عبئ ... " .

كما نصت المادة (497) من القانون المدني المصري على أنه " يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض ، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب ام لمصلحة اجنبي ام للمصلحة العامة" ، فهنا التزامان متقابلان مرتبطان احدهما بالآخر ارتباطاً تبادلياً وهو التزام الواهب بتسليم العين الموهوبة والتزام الموهوب له بتسليم العوض المشروط في عقد الهبة ،

(1) د . أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، احكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص 81 . كما أن الملتقط الذي يلتقط شيئاً ضائعاً يقوم بالإتفاق عليه له حق حبسه حتى يدفع له صاحب المبالغ التي انفقها لحفظه وصيانته . ينظر في ذلك : د . حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 375 .

(2) د . قدرى عبد الفتاح ، المرجع السابق ، ص 69 .

فيجوز إذا لكلا المتعاقدين تطبيقاً لقاعدة الحبس دون حاجة إلى نص خاص أن يحبس الالتزام الذي في ذمته حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه⁽¹⁾.

كما يلاحظ أن المادة (620) من القانون المدني العراقي تقابل المادة (497) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه " على الموهوب له أداء ما اشترط عليه من عوض سواء أكان هذا العوض مشترطاً لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة"، فالهبة هنا تكون بمقابل وإن كان الأصل هي تملك بلا عوض استناداً للمادة (601) من القانون المدني ، إلا أنه من الممكن أن تكون بعوض بحيث يشترط الواهب على الموهوب له التزاماً مالياً وتبقى الهبة بعوض محتفظة بوصف الهبة كونها تتميز عن عقد البيع بوجود نية التبرع⁽²⁾، واشترط هذا الالتزام يوفر التزامان متقابلان تبادليان أحدهم بتسليم الهبة والثاني بتسليم العوض المشروط مما أمكن تطبيق نظرية حق الحبس وفق النظرية العامة للحق بالحبس .

د - حق المستعير في حبس العارية:

نصت المادة (1891) من القانون المدني الفرنسي على أنه " إذا اضطر المستعير خلال فترة الإعارة، ولأجل المحافظة على الشيء أن يبذل بعض المصاريف غير العادية والضرورية والملحة إلى حد أنه لم يستطع إعلام المعير بها ، ويكون هذا الأخير ملزماً بتسديدها " .

كما نصت المادة (637) من القانون المدني المصري على أنه " إذا اضطر المستعير إلى الاتفاق للمحافظة على شيء اثناء العارية، التزم المعير أن يرد إليه ما أنفقه من مصروفات..".

سار على ذلك نص المادة (849) من القانون المدني العراقي بأنه "إذا انفق المستعير على الشيء المعار مصروفات اضطرارية لحفظه من الهلاك، التزم المعير أن يرد إليه هذه المصروفات".

عليه ووفق هذه النصوص القانونية أعلاه كان هنالك التزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض، فعلى المستعير أن يرد العارية عند انتهاء العقد وعلى المعير أن يعرض المستعير عن

(1) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص1510.

(2) د . غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، الجزء الأول، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1971، ص 36

المصروفات التي انفقها ، وبذلك يجوز لكلا المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفي حقوقه وبالخصوص امتناع المستعير عن تسليم العارية وحبسها حتى يستوفي ما في ذمة المعير بسبب المصروفات ، وذلك دون حاجة إلى نص خاص في حق المستعير في حبس العين⁽¹⁾ ، بل استناداً للمادة (1219) و (1220) من القانون المدني الفرنسي الخاصة بالحبس ، والمادة (246) من القانون المدني المصري ، والمادة (281) و (282) من القانون المدني العراقي .

هـ - الحبس في حالة ابطال العقد أو فسخه:

نصت المادة (1184) من القانون المدني الفرنسي أنه "يعتبر الشرط الملغي مفترضا على الدوام في العقود المتبادلة ، وذلك في الحالة التي يمتنع فيها أحد الطرفين من تنفيذ تعهده..." ، والشرط الملغي عرفته المادة (1183) من القانون نفسه بأنه " الشرط الملغي هو الشرط الذي عند تحققه يؤدي إلى الغاء الالتزام ويعيد الأوضاع إلى الحالة التي تكون عليها كما لو أن الالتزام لم يحصل..." ، إذا المشتري بإمكانه العدول عن العقد في حالة غياب أي تسليم والتخلف عن التنفيذ وإعادة الحال إلى ما كانت عليه مع الاسترداد التي تفرض نفسها⁽²⁾ .

كما نصت المادة (1681) منه بأنه "في حالة قبول دعوى الفسخ، للمشتري الخيار بين رد الشيء واسترداد الثمن الذي دفعه أو..." ، كما نصت المادة (1682) منه على أنه " إذا فضل المشتري رد الشيء المشتري واسترجاع الثمن ، فإن عليه أن يعيد الثمار التي جناها من يوم الطلب..." .

كما نصت المادة (142) من القانون المدني المصري بأنه "في حالتي ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد..." ، ونصت المادة (160) من القانون نفسه بأنه " إذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد..." .

ففي جميع هذه الأحوال تكون هناك التزامات متقابلة ارتبط بعضها ببعض وقد نشأت عن انحلال الرابطة العقدية إما بالأبطال أو الفسخ ، وعليه يوجب للطرفين أن يرد للطرف الآخر ما أخذه منه بسبب تنفيذ العقد⁽³⁾ ، ومن ثم يجوز لكل من الطرفين تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس

(1) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 1512 . د . قدرى عبد الفتاح ، نظرية الحق في الحبس ، المرجع السابق ، ص 70 .

(2) جبروم هويبة ، المطول في القانون المدني ، المجلد الأول ، المرجع السابق ، ص 237 .

(3) د . جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 371 . وذكر د . جلال محمد إبراهيم في هامش رقم 2 ، ص 371 . (هذا ما كانت تنص عليه المادة 224 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري التي حذفتم

ودون حاجة إلى نص خاص أن يحبس ما في يده للطرف الآخر حتى يسترد ما له في يد هذا الطرف⁽¹⁾.

الحال نفسه بالنسبة للمشرع العراقي فلم يرد نص خاص بحق الحبس في حالة إلغاء العقد أو بطلانه وإنما ذكرت النصوص القانونية الأثر المترتب على الإلغاء والبطلان وهو إعادة الحال إلى ما كانت عليه وترتب التزامات على الطرفين متقابلة ومرتبطة بعضها ببعض ، إذ نصت المادة (180) من القانون المدني العراقي بأنه " إذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الاعيان المالية أو انفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتباً عليه فلا يلزم تسليم البديل الذي وجب بالعقد ، وان كان قد سلم يسترد ، فإذا استحال رده يحكم بالضمان" ، كما نصت المادة (2/138) منه على أنه " فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل" .

يترتب على انتهاء القوة الملزمة للعقد فيعتبر كأن لم يكن، وبهذا يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى هذا العقد بعد أن تم فسخه، حيث أنه إذا فسخ العقد يعني كأن لم يكن، فإذا كنا بصدد عقد بيع تعين على البائع رد الثمن وعلى المشتري رد المبيع⁽²⁾.

بهذا تتحقق الالتزامات المتقابلة والمترابطة بين الطرفين التي لا تحتاج إلى نص خاص بالحبس وإنما استناداً للقاعدة العامة في الحبس يستطيع كل منهم حبس ما في يده حتى يسترد ما له في يد الآخر.

بالنسبة إلى العقد المقاول فقد نصت المادة (1794) من القانون المدني الفرنسي بأنه "يجوز لصاحب العمل أن يفسخ الصفقة الجزافية بمجرد ارادته، ولو كان العمل قد بدأ ، وذلك بالتعويض على المقاول عن مصاريفه كافة واشغاله كافة وعن كل ما كان ممكناً أن يجنيه من هذا

لأنها مجرد تطبيق للحق في الحبس ليس هناك ما يدعو للنص عليه بصفة خاصة، الأعمال التحضيرية ، الجزء الثاني، ص 331 .

(1) د . إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، احكام الالتزام والاثبات ، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1967، ص 240 .

(2) د . عبد الحكيم فوده ، انتهاء القوة الملزمة للعقد ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1993 ، ص 520-521 . د . عد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة، المكتبة القانونية ، بغداد، 1977 ، ص 268 .

المشروع"، وهنا يجوز للمقاول أن يحبس الشيء العائد لصاحب العمل حتى يستوفي دينه المتمثل بالتعويض عن المصاريف كافة وعمله⁽¹⁾.

كما نصت المادة (663) من القانون المدني المصري بأنه " لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل اتمامه ، على أن يعوض المقاول ، جميع ما أنفقه من مصروفات وما انجزه من اعمال ، وما كان يستطيع كسبه باستخدام وقته في أمر آخر " ، توضح المادة المذكورة أن لرب العمل يستطيع التحلل من العقد في أي وقت قبل اتمامه، ولكن بشرط أن يعوض المقاول عما أنفقه من مصروفات وما انجزه من أعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه اتم العمل⁽²⁾.

تقابلها المادة (885) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه "لرب العمل أن يفسخ العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل اتمامه على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما انجزه من الاعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل"⁽³⁾.

إذا تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة إلى نص يستطيع المقاول حبس ما قام به من أعمال حتى يستوفي التعويض المقرر له بالقانون وفق عقد المقاولة، وذلك لوجود ارتباط بين الالتزامين، التزام المقاول برد ما قام به من اعمال والتزام رب العمل بالتعويض.

2 – تطبيقات تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي:

1 – حق المشتري في المنقول المسروق الضائع.

نصت المادة (2277) من القانون المدني الفرنسي على أنه "إذا كان الحائز الحالي قد اشترى الشيء المسروق أو الضائع من معرض أو سوق أو في بيع عمومي أو من تاجر يبيع

(1) فرانسواز لبارت – سيريل نوبلوت ، المطول في العقود ، عقد المقاولة ، لطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، 2018 ، ص 780-781 .

(2) د . معوض عبد التواب ، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني ، الجزء السابع ، الطبعة السابعة ، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، 2004 ، ص 346 .

(3) ينتهي عقد المقاولة لأسباب عامة وأخرى خاصة، ينتهي للأسباب العامة التي تنتهي بها العقود عموماً وهي إما بالوفاء إذا ما قام طرفاه بتنفيذ التزاماتهما وقد ينتهي دون تنفيذ كما لو اتفق طرفاه على انتهائه وهذا هو التقايل من العقد (الإقالة) أو أخلّ احدهما بالتزاماته فيكون للأخر فسخ العقد، كما ينقضي عقد المقاولة طبقاً للقواعد العامة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه، كما ينتهي عقد المقاولة بانقضاء المدة المحددة، أما بالنسبة للأسباب الخاصة لانتهاء المقاولة فتتمثل في تحلل رب العمل من المقاولة بإرادته المنفردة أو بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في العقد. انظر في ذلك: د. سعيد مبارك وآخرون، المرجع السابق، ص 491.

أشياء مماثلة له، لا يمكن للمالك الأصلي أن يسترد هذا الشيء إلا بتسديده الحائز الثمن الذي دفعه للحصول عليه".

كما نصت المادة (977) من القانون المدني المصري بأنه "1- يجوز المالك المنقول أو السند لحامله، إذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة. 2- فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه"⁽¹⁾.

يتبين من هذه النصوص، إن من يشتري بحسن نية شيئاً مسروقاً أو ضائعاً في سوق أو مزاد علني ممن يتجر في مثله، لا يلزم برد الشيء إلى مالكة إلا إذا طلبه المالك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ورد للمشتري الذي دفعه، وليس بين المشتري والمالك أي علاقة غير حيازة المشتري للشيء المسروق أو الضائع، وقد أصبح المشتري دائناً باسترداد الثمن بمناسبة هذا الشيء الذي يجب عليه أن يرده للمالك، ومن ثم وجد ارتباط مادي موضوعي ما بين التزام المشتري برد الشيء إلى المالك والتزام المالك برد الثمن إلى المشتري فيجوز اذن للمشتري وبدون نص خاص أن يحبس الشيء عن المالك طبقاً لقاعدة الحبس حتى يسترد منه الثمن⁽²⁾.

ب - الحبس في حالات الالتصاق:

تكلّمنا عن الحائز وحقه في حبس العين لاسترداد ما انفقه عليها من مصروفات، فإذا كان هذا الحائز أقام على أرض مملوكة للغير منشآت فقد نصت المادة (924) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها "إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض أن كان له وجه، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت..."، ففي هذه الصورة يلتزم صاحب الأرض بتسليم المنشآت بعد ازالتها إلى صاحبها، ومصدر التزامه الاثراء دون سبب، ويلتزم صاحب المنشآت أن يزيلها على نفقته وان يدفع تعويضاً عن الضرر

(1) بل أن نص المادة (977) يتضمن معنى الحبس فقد ورد فيه أن للمشتري أن يطلب من المالك (أن يعجل له الثمن الذي دفعه)، فتعجيل الثمن يفيد أن المشتري يؤخر تسليم الشيء حتى يستوفي الثمن. ينظر في ذلك: د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 238 وما بعدها.

(2) د. قدرى عبد الفتاح، نظرية الحق في الحبس، المرجع السابق، ص 78 - 79.

الذي احدثه لصاحب الأرض ، ومصدر التزامه العمل غير المشروع ، فيستطيع صاحب الأرض أن يحبس المنشآت بعد ازالتها حتى يستوفي من صاحبها نفقة الازالة والتعويض المستحق⁽¹⁾ .

تقابل ذلك المادة (1119) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها "إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها..." ، وإذا ما تقرر التعويض لمالك المواد وامتنع مالك الأرض عن الوفاء به ، بعد أن استبقى المحدثات ملكاً له ، فلمالك المواد وان كان سيء النية أن يحبس العقار حتى يستوفي التعويض لأن التزامه بالرد لا ينشأ عن عمله الغير مشروع بل ينشأ عن تطبيق احكام الالتصاق⁽²⁾ .

كنقطة هامة ينبغي الإشارة إليها هي أن التطبيقات المذكورة وغير المنصوص عليها في القانون المدني تعد أمثلة تقاس على التطبيقات المذكورة في القانون وليس على سبيل الحصر ومن ثم قد نجد امثلة أخرى إذا ما توفر التقابل والارتباط بين الدينين.

هذه التطبيقات التي أوردناها هي خاصة بالتطبيقات العينية ، إذ أن هناك تطبيقات أخرى في حق الحبس لم يتطرق إليها كونها لا تمثل حق عيني ومنها حق المستأجر في حبس الأجرة وحق المشتري في حبس الثمن وحق صاحب العمل وحبس الأجرة ، كلها حالات خارج نطاق موضوع تخصيص الضمانات العينية الذي يحيط بكل ما هو مخصص عينا للضمان ، إلا أنه من الممكن أن تكون هذه الديون عينية في حالة كتابتها في محرر أو سند حتى يكون الحق منديكاً في ذلك السند ويكون الحبس حينئذ لذلك السند الذي تضمن الحق بالتعويض أو الأجرة بعد تحديدها أو تعينها كما في الشيك أو الكمبيالة .

(1) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني ، المرجع السابق، ص 1478

(2) د . حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني ، احكام الالتزام ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 122 .
د . محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، المرجع السابق ، ص 311 . د . جمال الحاج ياسين، المرجع السابق ، ص 125 .

الفصل الثالث:

آثار تخصيص

الضمانات العينية



الفصل الثالث

آثار تخصيص الضمانات العينية

عندما يتم تخصيص الضمانات بتعيينها لأجل دين معين فإن هذا الاجراء سوف يرتب آثاراً على حقوق الدائن ومالك الضمان أيًا كان سواء المدين أم الكفيل العيني وهذه الآثار ناتجة عن كون تخصيص الضمان لأجل الوفاء بدين معين لا يجرد المالك من ملكيته للعين محل الضمان ولا ما يترتب على الملكية من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، وبالقدر الذي لا يتعارض مع حق الدائن بتخصيص الضمان لحماية حقه لأن حقه ينشأ لضمان استيفاء دينه الموثق به فقط، وبذلك فإن حقه بالضمان لا يعد أكثر مما كونه طريق من طرق الاستيثاق لا غير، وعلى ضوء تعدد هذه الضمانات المتضمنة ضمانات اتفاقية وأخرى قانونية وقضائية ، فإن آثار التخصيص قد تختلف حسب وسيلة الضمان المتبعة ، فمن الوسائل ما يكون ضامنا للدائن أيًا كان مصدره كالرهن وحق الاختصاص والحبس للضمان ، ومنها ما يكون ضامنا للدائن الناشئ عن عقد البيع دون غيره ، كما في شرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الايجاري ، وأياً كان مصدرها سوف ترتب آثاراً تراعى فيها مصلحة الدائن تارة ومصلحة المدين تارة أخرى وتتجسد هذه المصلحة بعدة حقوق لكل من الدائن المضمون حقه والمدين مالك الضمان ومدى سريان هذه الحقوق بالنسبة إلى الغير وتعارضها مع حق الدائن بالأفضلية نتيجة تخصيص الضمانات.

عليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول حقوق الدائن المضمون حقه، ثم نتناول في المبحث الثاني حقوق مالك الضمان.

المبحث الأول

حقوق الدائن المضمون حقه

إنّ آثار تخصيص الضمانات العينية أيّا كان مصدرها وباختلاف صور تلك الضمانات، تقتضي تحديد مركز الدائن المضمون حقه خلال مرحلتين، المرحلة الأولى والتي تتميز بطابع سلمي إذ يتربص الدائن خلالها بانتظار حلول أجل الوفاء بدينه، فيقتنع بالحق الذي اكتسبه لضمان دينه، ولكنه يرد المدين عن كل عمل من شأنه يؤثر في سلامة الضمان بما له من حق عيني تبغي عليه، أما المرحلة الثانية فهي مرحلة عدائية لأنها تبدأ عندما يمتنع المدين مالك الضمان عن تسديد دينه فتظهر في هذه المرحلة آثار تختلف عن المرحلة الأولى السلمية فتظهر الآثار الأساسية لحق الدائن على العين محل الضمان والهدف والغاية من هذا الحق والتي سنلاحظها من خلال بيان حقوق الدائن على العين محل الضمان، ونتيجة اختلاف تلك الآثار سوف تختلف حقوق الدائن بالنسبة للفترتين وعلى ضوء ذلك ارتأينا أن نقسم المبحث إلى مطلبين نخصص المطلب الأول لبيان حقوق الدائن في الفترة السلمية قبل حلول أجل الدين، ثم نخصص المطلب الثاني لحقوق الدائن بعد حلول أجل الدين.

المطلب الأول

حقوق الدائن قبل حلول أجل الدين

إنّ تخصيص الضمانات العينية يجتاز مرحلة هادئة لا يلجأ فيها الدائن إلى التنفيذ على العين الضامنة، لأن دينه لم يستحق أجله بعد، وتتميز هذه المرحلة بالطابع السلمي، إلا أنه قد تعرض بعض الآثار فتدفع الدائن المضمون حقه إلى الحركة وذلك إذا أتى المدين أعمالاً تهدد قيمة العين محل الضمان بالنقصان كون المالك يظل متمتعاً بكافة السلطات التي يخولها حق الملكية، ومن ثم قد تتعرض العين إلى الهلاك أو التلف أو عدم كفاية الضمان والتصرف به للغير، وذلك خلال استعمال المدين سلطاته في الاستعمال والاستغلال والتصرف.

عليه كان هناك قيود ترد على هذه السلطات الثلاثة تتمثل بحقوق للدائن المضمون حقه خلال هذه الفترة السلمية، لذلك سوف نقسم المطلب إلى فرعين، نخصص الأول منه لحق الدائن للمحافظة على الضمان من الهلاك والتلف فيما سنخصص الثاني لحق الدائن على سلطة المالك في التصرف .

الفرع الأول

حق الدائن في المحافظة على الضمان من الهلاك والتلف

يقوم حق الدائن كحق عيني تبعي على العين المخصصة للضمان إلى جانب حق المدين بالضمان في الملكية كحق عيني ولا تناقض في ذلك؛ لأن الضمان لا يتعارض مع حق الملكية ولا يعتبر تجزئة له ويختلف مضمون كل منها ، ففي الرهن التأميني لا يهدف الدائن المرتهن من وراء حقه سوى إمكان بيع العقار لاستيفاء حقه من الثمن في حالة عدم وفاء المدين بالدين عند حلول الأجل ، ولا يحرم المالك من ممارسة سلطاته على العقار في الفترة ما قبل الشروع في التنفيذ بما تتضمن هذه السلطات من استعمال واستغلال وتصرف ، والرهن التأميني وهذه الخصيصة تباعد بينه وبين الرهن الحيازي الذي يجرد الراهن عن حيازة الشيء⁽¹⁾ .

على أن هذه القاعدة يرد عليها بعض القيود التي تعتبر بمثابة حقوق للدائن المرتهن ، وقوامها أن الراهن في مباشرته لسلطات الملكية يمتنع عليه القيام بأي فعل مادي أو عمل قانوني من شأنه إضعاف قيمة الضمان⁽²⁾ ، وتتلخص حقوق الدائن في اتخاذ إجراءات تحفظية للمحافظة على الضمان من الهلاك أو التلف أو التعيب وانقاص قيمته⁽³⁾ ، فالرهن التأميني لا يحرم الراهن من حق استعمال العقار المرهون فله أن يسكنه إذا كان من المباني وأن يزرعه إذا كان أرضاً

(1) ولا أهمية تذكر بأن يكون مدنيا أو تجاريا كون لها طابع نفسي على المدين لأنه بإعطاء التأمين سوف يحرم نفسه اراديا من استعمال المال فيصبح من مصلحته البديهية أن يفي بدينه في الموعد المحدد ليستعيد استعمال ملكيته وبذلك يشكل انتقال الحيازة للدائن حقا فعلا لسداد الديون، انظر في ذلك جاك مستر واخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص، المصدر السابق، ص 277.

(2) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية، المرجع السابق، ص 219. د. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات، المرجع السابق، ص 228-229.

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المسماة ، الرهن ، المرجع السابق ، ص 225 .

زراعية كما له أن يتصرف في ثمار الزرع تصرفاً مادياً أو قانونياً بشرط عدم الإضرار بالدائن المرتهن وذلك بالانتقاص من قيمة العقار أو إضعافها ، فلا يجوز للراهن أن يقوم بتخريب العقار المرهون أو أن يتركه يخرب أو أن ينزع بعض أجزائه كالأبواب والشبابيك أو الأشجار أو يهدم البناء ، فإذا فعل ذلك وامتنع عن استعمال ملكه على نحو يعرض الضمان للتخريب أو التلف جاز للدائن أن يرده أو يعين حارس يحافظ على الضمان⁽¹⁾ .

والحال نفسه في الاستغلال فالمالك له أن يستغل العين محل الضمان فيستطيع أن يوجه أرضاً زراعية إلى تخصيص آخر كأن يقيم عليها مصنعاً أو يشيد منشآت سكنية ، إلا أن هذه الحرية يحد منها حق الدائن المرتهن ، فهو يستطيع أن يراقب الراهن في نشاطه فيفوت عليه كل محاولة من شأنها إنقاص قيمته واضعاف الضمان الذي يعتمد عليه الدائن⁽²⁾ .

هذا بالنسبة إلى الرهن الرسمي ، أما بالنسبة للرهن الحيازي ، فإن للدائن المرتهن الحق في تسليم الرهن، إذ على الراهن الالتزام بتسليم الشيء المرهون ، وهذا تسليم قد يكون مادياً بنقل الحيازة للشيء فعلاً وأما يكون حكماً كأن يكون الشيء من قبل في حيازة المرتهن أو الأجنبي على أساس الإيجار ويتفق مع الراهن على أن يظل الشيء معه على أساس الرهن وهذا التسليم يسيطر فيه الدائن على المال المرهون سيطرة قانونية عن طريق حيازته ، ثم يقوم باستغلاله أو يستعمله استعمالاً يقوم نقداً ، ومن حصيلة هذا الاستغلال يتم استهلاك ملحقات الدين وأصله بالوفاء التدريجي ولا يتيسر إدراك هذه الغاية إلا عن طريق حيازة المال المرهون ، ولا يمكن الاستمرار في تحقيقها إلا إذا بقي المال المرهون سليماً لا يهدده هلاك أو تلف ، وظل في مأمن من أي عمل مادي أو قانوني يهدده بالضياع أو النقصان ، ومن أجل ذلك يلزم الراهن بتسليم المال المرهون للدائن ويضمن سلامة الرهن ونفاذه بالامتناع عن كل ما يؤدي إلى حرمان الدائن

(1) د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، المرجع السابق، ص 250. د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص 80

(2) د. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات، المرجع السابق، ص 234. فلا يحق للمدين الراهن أن يقوم بالإضرار عمداً وعليه القيام بأعمال الحفظ التي تتفق مع طبيعة الرهن وعناصره ففي رهن المحل التجاري عليه المحافظة على حق الاتصال بالعملاء فلا يأتي من التصرفات والأفعال التي تنفر العملاء وتصرفهم مما يعرض المحل التجاري لخطر الزوال أو مثلاً بالنسبة لعنصر الإيجار فعليه أن يلتزم بالوفاء بأجرة المحل المرهون حتى يتفادى فسخ الإيجار لأنه قد يؤدي بالإضرار بالدائن المرتهن وإذا اشتمل المحل التجاري على آلات أو اثاث تجاري فيجب على المدين الراهن أن يقوم بصيانتها حتى لا تتلف أو تنقص قيمتها حماية لحقوق الدائن المرتهن، انظر في ذلك د. زحراح محمد، النظام القانوني لرهن المحل التجاري، دراسة مقارنة، طبعة أولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2018، ص 100-103.

من الاستفادة من الضمان المخصص لاستيفاء دينه ويمتنع على الراهن أن يمس حق الدائن أو يعوّق مباشرة سلطاته ، فتتعقد مسؤوليته إذا عمد إلى محاولة سلب الحيازة أو وضع العقبات في سبيل استغلال المال المرهون فمن حق الدائن أن يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه بتوفير حيازة هادئة للدائن المرتهن تكفل مباشرة سلطة الاستغلال (1) .

جزاء الاخلال بحق الدائن في سلامة الرهن، فتتمثل بحركة وقائية يقوم بها الدائن بأن يتجه إلى القاضي يسأله المعونة في اتخاذ كافة الإجراءات التي تقضي إلى المحافظة على سلامة الشيء المرهون ، وله أن يعترض على كافة التصرفات التي تهدد التأمين الضياع ، كما يجوز له أن يطالب بفسخ الرهن والمطالبة بالأداء الفوري وسقوط أجل الدين (2) .

أما إذا هلك الضمان على أو تلف فهنا تخضع العلاقة بين الراهن والدائن للأحكام الواردة في الرهن التأميني كما سنبينها.

في حق الحبس العيني للضمان فبالرغم من أنه مبني على الحيازة كما هو الحال في الرهن الحيازي فلا يستطيع مالك العين أن يطالب الحابس برد العين حتى يقوم بالوفاء ما في ذمته من الدين للحابس وهو حق ثابت للحابس ، إلا أنه ليس له استغلال المحبوس والاستيلاء على ثمراته لخصمها من الدين كما هو الحال في الرهن الحيازي ، وإنما حقه يكون فقط في حبسها مع العين المحبوسة حتى يستوفي حقه ، وقد بيعها إذا كان يخشى عليها الهلاك والتلف ويحبس الثمن بعد استئذان القاضي فيقوم ثمنها مقامها فيبقى حابسا له حتى يستوفي حقه (3) ، فحق الحابس يتلخص أولاً بالامتناع من تسليم العين للمدين الذي يغلب أن يكون مالكاها حتى يستوفي حقه وبدون حاجة إلى حكم أو إنذار ، وأن من له الحق في استرداد العين ليس له أن يطالب الحابس بردها حتى يستوفي الحابس حقه كاملاً من أصل وفوائد ومصروفات ، وثانياً امتناع الحابس عن تسليم ما تنتجها العين من غلة أو ثمرات يقتصر على حبسها فقط ، فليس له تملكها ولا يترتب عليها حق امتياز وإنما يكون شأنه شأن سائر الدائنين العاديين إذا باعها لاستيفاء حقه ، إلا إذا كانت معرضة للتلف كما بينا ذلك فيستطيع بيعها بأذن القاضي فيقوم ثمنها مقامها وينتقل حق الحبس إلى الثمن ، كما أن للحابس الاحتجاج بحق الحبس على ورثة المدين ودائنيه العاديين ، وأن الحق في الحبس

(1) د شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات ، المرجع السابق ، ص 507 - 509 .

(2) د . شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات ، المرجع نفسه ، ص 503 .

(3) د . عد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 1528 .

ينتقل من الحابس إلى ورثته الذين يحق لهم حبس العين وما تنتجه حتى يستوفي حقوقهم^(1)، وللحابس أن يسترد العين محل الحبس إذا خرجت منه عنوةً وغصباً واختلاصاً حتى لو انتقلت الحيازة من المختلس أو المغتصب إلى شخص حسن النية؛ لأن اختلاس الشيء أو اغتصابه من الحابس يعد سرقة ضمان، والحيازة بحسن نية لا تمحو اثر سرقة الضمان^(2).

من حق الحابس إذا هلكت العين المحبوسة بسبب أجنبي كان على المالك أن يتحمل تبعه هلاكها ، ما لم يكن بخطأ الحابس لأنه عندئذ تقع عليه تبعه الهلاك ، أما إذا هلكت العين المحبوسة بخطأ من الغير فيتحمل هذا الغير تبعه الهلاك^(3)، إلا أن الفقه انقسم إلى اتجاهين في جواز انتقال حق الحبس إلى مبلغ التعويض أو التأمين ، فذهب جانب منهم إلى أن الهلاك إذا كان بخطأ الغير ودفع التعويض أو كانت العين مؤمناً عليها ودفعت شركة التأمين مبلغ التعويض أنتقل حق الحبس إلى مبلغ التعويض أو التأمين تطبيقاً لفكرة الحلول العيني^(4).

وذهب الجانب الآخر من الفقه إلى أن حق الحبس ينقضي بهلاك العين المحبوسة ولا تنتقل إلى التعويض أو التأمين^(5).

(1) د . عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، القانون المدني واحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 147.

(2) د . محمد سليمان الأحمد ، المدخل لدراسة الضمان ، دراسة تحليلية مقارنة ، الطبعة الأولى ، الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ص 64 وما بعدها .
وتأكيداً لذلك جاءت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ما يأتي (ليس الحبس على وجه الاجمال ، إلا حيازة الشيء فعلية لذلك كان طبيعياً أن ينقضي بفقد هذه الحيازة ولكن ينبغي أن يكون هذا الفقد ارادياً فإذا خرج الشيء من يد محتبسه خفية او انتزع منه برغم معارضته ظل حقه في الحبس قائماً وكان له أن يسترده ولو من يد حائز حسن النية باعتبار أن الامر ينطوي على سرقة ضمان على أن حق الاسترداد هذ وان كان جزءاً يكفل حماية الحق في الحبس ، إلا أن من واجب المحتبس وان يستعمله خلال 30 يوماً من وقت علمه بخروج الشيء من يده) انظر في ذلك : د . احمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، المرجع السابق ، ص 656 .

(3) د. نواف حازم خالد، انقضاء الحق في الحبس للضمان بطريق أصلي، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد الأول، السنة العاشرة، عدد 24، 2005، ص 127.

(4) د . عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، القانون المدني واحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 154 . د . عبد المنعم البدر اوي ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، احكام الالتزام ، بدون سنة طبع ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ص 225 .

(5) د . أنور طلبية ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء الثاني ، بدون سنة طبع ، ص 698 . طارق زياد ، أبحاث قانونية ، منشورات جروس ، بدون سنة طبع ، ص 134 . د . إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 232 .

يبدو أن الاتجاه الصحيح يتمثل بعد اطلاق القول بوجود الحلول العيني أو عدم وجوده، فنتفق مع من ذهب إلى القول بأنه إذا كان بدل الشيء المحبوس نقوداً ، فلا معنى لاستمرار حق الحبس بالحلول العيني إذ يأخذ الحابس حقه من هذا المبلغ وإذا كان المبلغ أكثر مما يستحق أرجع الباقي إلى المدين ، وأن كان المبلغ أقل من حق الحابس اخذه الحابس ورجع بالباقي على المدين كدائن عادي ، أما إذا كان بدل الشيء نقوداً ولكن حق الحابس في ذمة مدينه عيناً في هذه الحالة ينتقل الحق في الحبس إلى مبلغ النقود اخذاً بفكرة الحلول العيني ، والحكم نفسه إذا كان حق الحبس في ذمة مدينه مبلغاً من النقود ولكن أعطى بدل الشيء المحبوس الذي هلك عيناً شبيهة بالعين التي هلكت فيستمر الحق في الحبس عليها أيضاً استناداً لفكرة الحلول العيني (1) .

وبالنسبة إلى شرط الاحتفاظ بالملكية، فإن حقوق البائع مع هذا الشرط تتمثل في حقه في استغلال العين المباعة واستعمالها والتصرف بها لأنه وكما بينا سابقاً يبقى محتفظاً بحق الملكية للشيء المباع وليس للمشتري التصرف فيه أو استعماله أو استغلاله أو المطالبة بثماره (2) وفي حالة تسليم المبيع المحتفظ بملكيته للمشتري فالبائع رغم تخليه عن الحيازة يظل هو المالك ويكون من حقه استغلاله وتلقي ثماره بل والتصرف به ، ويؤدي انتقال الحيازة إلى حرمانه من مكنة الاستعمال فقط وليس للمشتري كحائز عرضي ممارسة أي مكنة من مكنات حق الملكية على المبيع (3) .

ففيما يخص تبعة الهلاك من الفقهاء من يربط تبعة الهلاك بالملكية ، أي إن هلاك العين بسبب أجنبي يتحمل تبعتها البائع في شرط الاحتفاظ بالملكية كونه مالك ولم تنتقل الملكية بعد للمشتري حتى سداد الثمن (4)، ومنهم من ذهب إلى أن تبعة الهلاك ترتبط بتسليم المبيع ، فإذا هلك قبل تسليمه للمشتري لسبب أجنبي فهو على البائع ، ويسقط التزام المشتري بدفع الثمن ويمكنه

(1) د . منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المصري ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1956 ، ص 252 .

(2) السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، المرجع السابق ، 221 .

(3) أن التطبيق العملي في البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية تنتقل حيازة المبيع إلى المشتري في اغلب الأحوال خصوصاً في البيوع التجارية انظر في ذلك .

y. Demoures, Lavente avec reserve de propiete , R D Com 1982 , p . 33 . n . 23

أشار إليه : د . محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، المرجع السابق ، هامش رقم (1) ، ص 118 .

(4) جيروم هوبيه ، المطول في القانون المدني، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 1324 .

استرداد ما دفعه من أقساط ويمتنع عن دفع ما تبقى ، وإذا تم تسليمه فعلاً للمشتري فإنه يهلك على المشتري ويظل ملتزماً بدفع كامل الثمن ولا يكون له استرداد ما دفعه⁽¹⁾.

ويبدو أن الرأي الثاني فيه جنبه من الصواب كون هذه النتيجة تحمل المشتري تبعه الهلاك ودفعه لكامل الثمن سوف يحث المشتري على المحافظة على المبيع والعناية به.

لتفادي خطر تحمل البائع لتبعه هلاك المبيع الموجود في حيازة المشتري بالنسبة إلى الرأي الذي يربط تبعه الهلاك بالملكية، نستطيع أن نضيف شرط يلقي بمقتضاه تبعه هلاك المبيع على المشتري وهو شرط صحيح لأنه لا يتعلق بالنظام العام بل إن البائع أحياناً يشترط على المشتري إبرام تأمين خاص على البضاعة لصالح مالكها.

أما بالنسبة إلى القانون المقارن ، فقد ذهب المشرع الفرنسي إلى حماية الدائن من خلال اعطائه الحق في المطالبة بسقوط الأجل والتسديد أو استحصاله على ضمان إضافي عن الضمان الذي هلك أو استهلك إذ نصت المادة (2131) من القانون المدني الفرنسي بأنه " في حال هلك العقار أو العقارات الحاضرة الخاضعة للتأمين أو استهلكت بشكل أصبحت غير كافية لضمان الدائن ، يحق لهذا الأخير المطالبة بالتسديد في حينه أو الاستحصال على تأمين إضافي"⁽²⁾.

في الرهن الحيازي نصت المادة (2082) منه بأنه " لا يجوز للمدين ... أن يطلب استرداد العين المرهونة إلا بعد دفع كامل الدين الذي أعطى المرهون لضمانه"، فللدائن الحق في الحبس وعدم التسليم طالما لم يكن هنالك عرضاً من المدين يرضي الدائن⁽³⁾.
في شرط الاحتفاظ بالملكية فإن حق الملكية ينتقل إلى التعويض في حالة الهلاك استناداً لنص المادة (2372) من القانون المدني الفرنسي بقولها "ينتقل حق الملكية إلى دين المدين ... بالنسبة إلى تعويض التأمين الحال محل المال".

وفي حق الحبس للضمان للدائن الحق في حبس الشيء وليس للمدين التعرض له استناداً للمادة (1749) التي جاء فيها " لا يمكن اخراج المستأجرين ما لم يدفع لهم المؤجر..."⁽⁴⁾.

(1) د . محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، المرجع السابق ، ص 128 .
(2) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام ، المرجع السابق ، ص 406 .
(3) جيروم هوييه ، المطول في القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق ، ص 394 .
(4) المادة (1973) من القانون المدني الفرنسي الخاصة بالبائع الذي يستعمل شرط الاسترداد الذي عليه أن يسدد ما في ذمته من التزامات وإلا (... لا يمكنه تسليم حيازة العقار إلا بعد إيفائه كل هذه الالتزامات) .

يخلو القانون المدني الفرنسي من نصوص تفصل أحكام الحق في الحبس إلا أنه وتطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني الفرنسي فإن تبعة الهلاك تقع على المدين إذا قام بانقاص الضمان بفعله وعليه يترتب الحق للدائن بإسقاط الأجل استناداً لنص المادة (1188) منه والتي نصت على أنه " لا يحق للمدين طلب الاستفادة من الأجل حينما ينقص بفعله الضمانات " ، إذا على المدين ضمان سلامة العين محل الضمان وعدم التعرض لأي أمر يؤدي إلى هلاكها أو تلفها، كما أن المشرع الفرنسي قد ربط تبعة الهلاك بالملكية وليس بالتسليم وأن المشتري يتحمل تبعة هلاك المبيع منذ اللحظة التي تنتقل إليه ملكية المبيع ولو لم يتسلمه بعد استناداً للمادة (1138) من القانون المذكور فالهلاك إذا كان بأفة سماوية يقع على مالك العين⁽¹⁾ .

كما نصت المادة (1047) من القانون المدني المصري على أنه " يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ... "، ونصت المادة (1044) على أنه " للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار " ونصت المادة (1045) بأنه " الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ بحق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قب تسجيل تنبيه نزع الملكية " ، فالمالك يبقى محتفظاً بسلطاته على العقار المرهون ، وأن الدائن في الفترة السلمية السابقة على تنفيذ العقار لا مصلحة له في تعطيل مباشرة المالك لسلطاته ، إلا أنه من ناحية أخرى لا ينبغي أن تؤثر مباشرة الراهن لحقه على حقوق الدائن المرتهن لأنه ضامن لسلامة الرهن، فيستطيع الدائن المرتهن الاعتراض على الأعمال التي تمس بسلامة الرهن وأن يطلب دفعها ، كما يستطيع أن يأخذ موقفاً سلبياً ويترك للراهن حماية الرهن وإذا قصر وتحقق الضرر له الرجوع عليه بالضمان ، فواجب المحافظة على سلامة الرهن يقع على الراهن ويعتبر حقا للدائن ، كما يعتبر التزام الراهن بسلامة الرهن يعني التزامه بضمان الهلاك أو التلف وإن كان سبب أجنبي لا يد له فيه ، والدائن له حق الاعتراض عن كل ما يمس بالرهن باعتباره صاحب حق على العقار⁽²⁾ ، استناداً للمادة (1047) من القانون المذكور ، والتي جاء فيها " ... وللدائن المرتهن أن يعترض عن كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله في حالة الاستعمال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما يلزم " .

(1) نصت المادة (1138) من القانون المدني الفرنسي على انه (يكون التزام التسليم تاماً برضاء الأطراف المتعاقدين وحده ، وهو يجعل الدائن مالكا ويحمله مسؤولية الشيء منذ أن توجب تسليمه ، ولو لم يتم التسليم على الإطلاق ، إلا إذا كان المدين قد انذر بوجوب التسليم ، ففي هذه الحالة يتحمل هذا الأخير مخاطر الشيء) .
(2) د . سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 230 .

بالإضافة إلى الحق بالاعتراض عن أعمال الراهن التي تخل بسلامة الرهن فللدائن الحق في أن يطالب بتأمين كافي أو أن يستوفي حقه فوراً ويسقط الأجل في حالة الهلاك بسبب الراهن استناداً لنص المادة (1 / 1048) من القانون نفسه والتي جاء فيها "إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً " ، أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبي فإن المدين مخير بان يقدم تأمين آخر يكفي لاستحقاق الدائن أو يوفي الدائن حقه فوراً قبل الأجل استناداً للفقرة الثانية من المادة (1048) والتي جاء فيها " فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل... "(1).

للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي حصل عليها الدائن في الرهن التأميني، استناداً للمادة (1095) من القانون المدني المصري.

تسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين (1048) و (1049) المتعلقة بهلاك الشيء المرهون في الرهن الرسمي استناداً للمادة (1102) من القانون المدني نفسه (2).

ولما كان الرهن الحيازي يختلف عن الرهن التأميني في الالتزام بتسليم المرهون للراهن فهنا يكون من حق الدائن على المدين تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو الشخص العدل الذي عينوه استناداً للمادة (1/1099) منه، كما أن للدائن الحق في كتابة ورقة ثابتة التاريخ تتضمن تخصيصاً للرهن ليكون الرهن نافذاً في مواجهة الغير استناداً للمادة (1117) من القانون ذاته.

(1) لا يجوز للدائن المرتهن مطالبة المدين بتقديم تأمين كافي بدلاً من التأمين الهالك أو التالف، إذا المطالبة بسداد الدين فوراً ، وذلك لان الخطأ من جانب الدائن المرتهن ، بل يجب عليه أن يدفع للراهن تعويضاً عما اتلفه بخطئه وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية ، وينتقل الرهن بمرتبته إلى التعويض المقرر للراهن استناداً للمادة (1053) مدني مصري ، انظر في ذلك : د . عبد القادر محمد شهاب ، محمد بن عبد القادر محمد ، الوجيز في الحقوق العينية، المرجع السابق ، ص 356 وما بعدها.

(2) نصت المادة (1048) من القانون المدني المصري على انه (فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب اجنبي ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الاجل ...) كما نصت المادة (1049) على انه (إذا هلك العقار أو تلف لأي سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة). ونصت المادة (1102) على انه (1- يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك والتلف راجعاً لخطئه او ناشئاً عن قوة قاهرة . 2 - وتسري على الرهن الحيازي احكام المادتين (1048 ، 1049) المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل من حقوق)

تسري على حقوق الامتياز الواقعة على العقار أحكام الرهن الرسمي استناداً للمادة (1/1134) من القانون المدني المصري.

يسري على حقوق الامتياز ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه استناداً للمادة (1135) منه ، كما نصت المادة (1133) من القانون نفسه على أنه " إذا خشي الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة "، فمن حق الدائن صاحب حق الامتياز إذا خشى لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق الامتياز ، أن يضعه تحت الحراسة فمن حق الدائن صاحب حق الامتياز إذا خشى لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق الامتياز، أن يضعه تحت الحراسة⁽¹⁾.

في الحق في الحبس يكون للدائن الحق في حبس العين محل الضمان عن مالها حتى يستوفي دينه، فالمالك لا يستطيع المطالبة برد العين حتى يقوم بوفاء ما في ذمته من دين استناداً للمادة (246) بفقرتها⁽²⁾.

للدائن الحابس إذا خشي الهلاك أو التلف على العين المحبوسة أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وينتقل حق الحبس على العين إلى ثمنها استناداً للمادة (3/247)⁽³⁾.

كما أن للدائن إذا خرجت العين محل الحبس من حيازته رغماً عنه أن يطلب استردادها خلال 30 يوم من وقت علمه بخروج الشيء من يده وفق المادة (2/248).

وبالنسبة إلى أحكام الهلاك والتلف يتبع فيها نص المادة (1/1119) من القانون المدني بخصوص رهن المنقول، والتي جاء فيها " إذا كان الشيء المرهون مهدد بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كافٍ لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدم بدله ، جاز للدائن أو الراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له ببيعه بالمزاد

(1) د . السيد عيد نايل ، المرجع السابق ، ص 306 .
(2) نصت المادة 246 على أنه (1- لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كافي للوفاء بالتزامه هذا . 2-ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع).
(3) نصت المادة 3/247 من القانون المدني المصري على أنه (وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليه في المادة (119) وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه).

العلمي أو بسعره في البورصة أو السوق" فيشترط وفق هذه المادة أن لا يكون المدين مالك الضمان قد عرض شيء آخر للمرتهن بدل الشيء المعرض للهلاك أو التلف حتى يؤذن له بالبيع⁽¹⁾. وكذلك نص المادة (1 / 1102) بخصوص الرهن الحيازي وأحكام المادتين (1048 و 1049) من الرهن التأميني الخاصة بأحكام الهلاك والتلف سابقة الذكر والتي تمت الإحالة إليها استناداً للمادة (2/1102) من القانون المذكور بخصوص الرهن الحيازي⁽²⁾.

يتسم موقف المشرع المصري بالمنطقية حيث ربط تبعة الهلاك بالتسليم استناداً للمادة (1/106) من القانون التجاري بنصه على أن يتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه رغم احتفاظ البائع بملكيته⁽³⁾.

أما بالنسبة إلى المشرع العراقي بخصوص حمايته للدائن المضمون حقه فقد نصت المادة (1296) من القانون المدني العراقي على أنه " 1- يضمن الراهن في الرهن التأميني سلامة الرهن وللمرتهن أن يعترض على كل عمل يكون من شأنه إنقاص ضمانه. 2- فإذا وقعت أعمال من شأنها تعرض العقار المرهون للهلاك أو التعيب أو تجعله غير كافٍ للضمان كان للمرتهن أن يطلب من المحكمة وقف هذه الأعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر " ، فإذا حصل تعرض للعقار المرهون سواء كان هذا التعرض صادراً من المدين الراهن نفسه أم من غيره فللدائن المرتهن أن يلجأ إلى القضاء وهذا ما أشارت إليه المادة المذكورة " للمرتهن أن يطلب من المحكمة ..."⁽⁴⁾ ، والحال نفسه في الرهن الحيازي إذ يضمن الراهن سلامة الرهن وليس له أن يأتي بعمل ينقص من قيمة المرهون استناداً للمادة (1335) من القانون المدني ، فمن حقوق الدائن المرتهن هو امتناع الراهن عن التعرض الشخصي والدفاع عن التعرض القانوني الصادر من الغير لضمان سلامة الرهن ، فليس له يخرب العين ولا يطلب ردها قبل انقضاء الرهن ولا

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 1528 .
(2) أن الحابس خلافاً للدائن المرتهن رهناً حيازياً، إذ ليس له أن يستولي على ثمرات العين ويخصمها من الدين، بل كل ما له هو أن يحبسها مع العين حتى يستوفي حقه، وقد يبيعها إذا يخشى عليها من الهلاك أو التلف فيحبس ثمنها وليس له أن يمتلك الثمرات خصماً من الدين كما ليس عليه الزام باستغلال العين المحبوسة ، وكان المشروع التمهيدي لنص المادة (247) يجري على الوجه الاتي (... وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وان يقدم حساباً عن غلته وفقاً للأحكام التي تسري في حق الدائن المرتهن رهن حيازة) انظر في ذلك : د . قذافي عبد الفتاح ، نظرية الحق في الحبس ، المرجع السابق ، ص 96 .

(3) نصت المادة 1/106 من القانون التجاري المصري (إذا احتفظ البائع بملكية المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأكملها اكتسب المشتري هذه الملكية بأداء القسط الأخير ويتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه).

(4) انظر في ذلك : د . صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 54.

يعطي الغير حقاً عينياً يكون نافذاً بحق الدائن المرتهن ، فللدائن الحق في أن يتخذ وعلى نفقة الراهن كل الوسائل اللازمة للمحافظة على الشيء المرهون فإن أخل الراهن بالتزامه بضمان سلامة الرهن فهنا يكون الحق للدائن أما فسخ العقد ووفاء الدين فوراً مع التعويض بمقابل سواء بتقديم تأمين تكميلي يعادل ما نقص من قيمة المال المرهون أم كان يدفع مبلغ يقابل قيمة ما نقص من الرهن على أن يخصم هذا المبلغ من أصل الدين وفوائده تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني العراقي (1).

كما نصت المادة (1336) من القانون نفسه بخصوص هلاك المرهون على أنه "1- إذا هلك المرهون رهناً حيازياً أو تعيب قضاءً وقدرراً كان هلاكه أو تعيبه على الراهن ويتبع في تخير المدين أو الدائن إذا هلك المرهون قضاءً وقدرراً أو بخطأ الراهن أحكام الرهن التأميني الواردة في المادة (1297) 2- وإذا هلك المرهون انتقل حق المرتهن إلى المال الذي يحل محله وفقاً لأحكام الرهن التأميني الواردة في المادة (1298) .

وظاهر النص تبعة الهلاك على الراهن إذا كان راجعاً إلى خطئه أو إلى قوة قاهرة كما هو الحال في الرهن التأميني ويكون الدائن مخيراً بين أن يطلب تأميناً كافياً أو يستوفي حقه فوراً لسقوط الأجل استناداً للمادة (1/ 1297) (2).

تطبيقاً للمادة (1298) من القانون المدني العراقي الواردة في الرهن التأميني والتي تقضي المادة (2 /1336) سالفه الذكر باتباع حكمها في الرهن الحيازي فإنه إذا ترتب على هلاك المرهون أو تلفه حلول حق محله كمبلغ التعويض الذي يدفعه أجنبي لوقوع الهلاك أو التلف بخطئه ، وكمبلغ التأمين الذي يدفع عنه عند هلاك المرهون إذا كان مؤمناً عليه ، وكمبلغ

(1) د . محمد طه البشير ، د . غني حسون طه ، الحقوق العينية ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 523-524.

(2) نصت المادة (1/1297) من القانون المدني العراقي على انه (1 – إذا هلك العقار المرهون رهناً تأمينياً أو تعيب قضاءً وقدرراً كان هلاكه أو تعيبه على الراهن ، وفي هذه الحالة إذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين تأمين يكون المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل ، وإذا اختار وفاء الدين فوراً ولم يكن للدين فوائد منفصلة عنه فلا يكون للدائن حق إلا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منه الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين) .

التعويض الذي يقرر مقابل نزع ملكية العقار المرهون في كل هذه الأحوال يحل الحق محل الشيء المرهون الهالك حلوياً عينياً فيصبح مرهوناً مثله⁽¹⁾.

في حق الحبس للضمان فإن للدائن الحق المتمثل بحق الحبس الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفي كامل حقه دون حاجة إلى حكم أو أضرار ، كما نصت المادة (3 / 283) من القانون المذكور بأنه " إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التعيب فللحابس أن يحصل على اذن من المحكمة في بيعه وفقاً للإجراءات المرسومة لبيع الشيء المرهون حيازة وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه " ، فالمشرع ذكر أن " للحابس أن يحصل " وليس على الحابس ، إذا اعتبره حقاً وليس التزاماً عليه على الرغم من ذهاب البعض من الفقهاء إلى أنه يعدّ التزاماً لاحقاً⁽²⁾.

ويبدو أنه حقاً للدائن للمحافظة على حقه في الحبس لأن هلاك المحبوس يعني زوال حيازته ومن ثم يؤدي إلى زوال حق الحبس وفق المادة (1 / 284) من القانون المدني العراقي وعليه يعتبر حقاً وليس التزاماً عليه.

أما بالنسبة إلى هلاك المحبوس في يد الحابس، فإن الهلاك يختلف حسب ما إذا وقع بخطأ الدائن أم بقوة قاهرة أم بخطأ الغير، فلو هلك بخطأ الحابس فهلاكه عليه وأن كان بخطأ الغير فالغير ملزم بالتعويض وإذا كان لأفة سماوية فالهالك على المالك، كون الحابس يعتبر حائزاً للعين ويده يد امانة كون حيازته مشروعة استناداً لنص المادة (6) من القانون المدني العراقي⁽³⁾، وحينها ينتقل حق الحابس إلى التعويض الذي حل محل الشيء المحبوس إستناداً للمادة (3/283) والتي جاء فيها (... وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه) فاستناداً لهذه المادة ممكن أن ينتقل الحق في الحبس إلى التعويض الذي حل محل الشيء الهالك.

(1) د . عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المسماة ، الرهن ، الطبعة الأولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2019 ، ص 432 وما بعدها .

(2) انظر : د . منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 498 . د . عبد الحكيم وآخرون ، القانون المدني واحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 149 .

(3) نصت المادة (6) على انه (الجواز الشرعي ينافي الضمان ، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر) .

فإذا كان حكم على الغير بالتعويض أو كانت العين مؤمناً عليها فإن الحق في الحبس ينتقل إلى مبلغ التعويض أو التامين وهو شيء يجوز حيازته وتكون حيازته بمثابة العين ذاتها ويحق للدائن حبسه ضماناً لاستيفاء حقه⁽¹⁾.

يختلف الحكم في القانون المدني الفرنسي عنه في القانون المدني المصري والعراقي بالنسبة لتبعة الهلاك، إذ يربط القانون المدني الفرنسي تبعة الهلاك بالملكية وليس بالتسليم، وأن المشتري يتحمل تبعة هلاك المبيع منذ اللحظة التي تنتقل إليه ملكية المبيع ولو لم يتسلمه بعد استناداً للمادة (1138) من القانون نفسه، في شرط الاحتفاظ بالملكية فمن الممكن أن يكون هناك اتفاق يقضي بتحمل تبعة الهلاك على المشتري إذا تسلم المبيع كي تتحقق للبائع ضمانات قوية قبل مدينه المشتري.

بينما المشرع المصري أكد في قانون التجارة ذلك بنصه على أن يتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه رغم احتفاظ البائع بملكيته استناداً للمادة (1 / 106) منه، فالعبرة بالتسليم وليس بالملكية وهو نفس حكم المادة (437) من القانون المدني المصري التي تربط تبعة هلاك المبيع بالتسليم بغض النظر عن انتقال الملكية⁽²⁾.

الحكم نفسه ما نصت عليه المادة (547) من القانون المدني العراقي إذا هلك المبيع قبل تسليمه بقوة قاهرة لسبب لا يد للبائع فيه فإن عقد البيع يفسخ من تلقاء نفسه ويتحمل البائع تبعة الهلاك، فإن كان قد قبض جزء من الثمن فإنه يلتزم برده، وإن لم يقبضه ليس له الحق فيه وتبرأ ذمة المشتري من الالتزام بدفع الثمن⁽³⁾.

إذا يتفق القانون المدني الفرنسي والعراقي في أن للدائن الحق في سقوط أجل الدين أو الحصول على ضمان آخر يحل محله، وأن هذا الخيار تارة يكون للمدين إذا كان الهلاك بسبب أجنبي وتارة يكون للدائن إذا كان الهلاك بسبب المدين، إلا أن هناك اختلاف بالأحكام

(1) ينظر : نص المادة (391) من القانون المدني الأردني والتي أعطت امتيازاً على المحبوس للدائن الحابس، ويبدو أن المشرع العراقي لم يذكر ذلك لأن القواعد العامة في الهلاك التي تطبق . ينظر في ذلك : د . منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 502 .
(2) نصت المادة (437) من القانون المدني المصري على أنه (إذا هلك المبيع لسبب لا يد للبائع فيه أن فسخ البيع واسترد المشتري الثمن الا إذا كان الهلاك بعد اعدار المشتري لتسليم المبيع).
(3) د . غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، الجزء الأول ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1970 ، ص 260.

بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي يجعل تبعة الهلاك مرتبطة بالملكية بينما جعل المشرع المصري والعراقي تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم.

الفرع الثاني

حق الدائن على سلطة مالك الضمان بالتصرف

إن مالك العين الضامنة يحتفظ بسلطته في التصرف في العين محل الضمان، وسلطته في التصرف تعتبر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها، فله الحق في أن يبرم التصرفات القانونية على الضمان سواء أكان التصرف ينقل الملكية كالبيع والهبة أم تصرف منشئ لحق عيني كحق انتفاع أو ارتفاع أو رهن.

ففي الرهن التأميني أي تصرف يصدر من المالك لا يؤثر في حق الدائن المرتهن إذا كان قد قيد حقه قبل أن يشهر المتصرف إليه التصرف الذي صدر له من الراهن ، لأن الدائن المرتهن يستطيع أن يحتج بحقه في مواجهة أي شخص اكتسب حقاً على العقار المرهون بعد شهر الحق ، إذ لا يمنعه التصرف من تتبع العقار (1) .

كما قد يتصرف المدين الراهن تصرفاً مادياً على العقار محل الضمان ، كأن يبيع الأبنية المقامة على أرضه أو جزء منها إلى مشتر يقوم بفصلها عن الأرض باعتبارها منقول حسب المال، ومن ثم إنقاص الضمان وهو إخلال المدين بضمان سلامة الرهن إلا أن الدائن يستطيع أن يوقع الجزاء المقرر للإخلال بهذا الالتزام والذي يتمثل بسقوط الأجل ، كما يستطيع أن يعترض على هذه التصرفات وله أن يتخذ الإجراءات التحفظية كالمطالبة بتعيين حارس لمنع المدين أو المشتري من هدم العقار أو فصل الأجزاء المباعة منه ، وإذا تم نزع هذه الأشياء ولم تسلم إلى المشتري ، كان للراهن أن يمنعه من نقلها (2) .

(1) بلانيول وريبير وبيكيه ، الجزء 12 ، فقرة 758 ، بودان وفواران ، الجزء 14 ، فقرة 863 ، أشار إليهما : د.سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 328 . د . عبد الرزاق السنهوري ، الجزء العاشر ، المرجع السابق ، ص 426 .

(2) د . محمد حسين منصور ، النظرية العامة للائتمان المرجع السابق ، ص 211 .

كما أن حق الدائن يمتد إلى الاعتراض على تصرف المدين مالك العين المخصصة للضمان (العقار) وبيعه إذا سبب ذلك انقاصاً كبيراً في الرهن ، وسقوط أجل الدين ، وله أن يطالب بوضع حارس على العقارات بالتخصيص يمنع نقلها ، وله أن يستردها إذا كان المشتري سيء النية ، أما إذا كان حسن النية فلا يستطيع أن يستردها ، إلا أنه يستطيع الحجز على الثمن في يد المشتري ليباشر حقه في التقدم عليه (1) .

والحال نفسه في الرهن الحيازي فليس للراهن التصرف بالعين المرهونة تصرفاً يحول بين الدائن وبين إدارة المال المرهون واستغلاله ، فليس له أن يعطي عليها حقا عينياً للغير نافذاً بحق الدائن المرتهن ، وليس له أن يسلب الدائن حيازة المال المرهون ، ويمتنع عليه أي تصرف بالعين المرهونة يضر بالدائن ويتعارض مع حقوقه ، كما أن للدائن الحق في المصروفات الضرورية التي ينفقها في سبيل المحافظة على المرهون رهناً حيازياً وكذلك المصروفات النافعة في حدود ما ينشأ عنها من زيادة في قيمة هذا المال ، فإذا أحل الراهن بضمان سلامة الرهن كما لو تلفت العين أو استحققت للغير جاز للدائن المرتهن رهناً حيازياً أن يطلب التنفيذ بمقابل عن طريق تقديم عين بديلة أو تأمين تكميلي يعادل ما نقص من قيمة العين محل الرهن ، كما له الحق في المطالبة بفسخ الرهن والذي يترتب عليه سقوط أجل الدين ويصبح واجب الأداء حالاً(2) .

وبالنسبة إلى حق الامتياز على المنقول فتظهر فائدته للدائن صاحب حق الامتياز إذا كان المنقول في حيازته ، فيستطيع أن يدعم حقه بحبس المنقول فيفضل الحابس على كل من ادعى حقا على ذلك المنقول ، أما إذا لم يكن تحت حيازته واعتصم شخص بحيازة توافر فيها السبب الصحيح وحسن النية فلا يحتج عليه ، إلا أنه يجوز للدائن صاحب حق الامتياز أن يباشر الأفضلية على الثمن إذا لم يتم دفعه للمدين ، وتطبيقاً لذلك إذا وضعت منقولات في عين مؤجرة ، وقام شخص بأنفاق مصروفات حفظ وترميم عليها ، فإن مؤجر العقار يتقدم في استيفاء الأجرة من

(1) د . شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص 262 . كذلك ينظر : د . طلبة وهبة خطاب ، المرجع السابق ، ص 53 . د . عبد الرزاق السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر ، المرجع السابق ، ص 80 وما بعدها .

(2) د . شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ص 260-261 . كذلك ينظر : د . محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن ، المرجع نفسه ، ص 215 وما بعدها .

المنقولات على الدائن بمصرفات الحفظ والترميم ، على الرغم من أن الأخير له ضمان قانوني وهو الامتياز⁽¹⁾.

يبدو أن حق الدائن هو الحق الممتاز بالأفضلية من الممكن المحافظة عليه بان تكون هنالك كتابة ثابتة التاريخ لحق الامتياز يخطر بها من يريد التعرض للمنقول المثقل بالامتياز كالمؤجر "لا يشترط الكتابة في محرر رسمي بل تكفي الورقة العرفية لنفاذه قبل الجميع " ، وإذا تم تخصيص المنقولات المثقلة بالامتياز لخدمة عقار مرهون سابقا وتحويلها إلى عقار بالتخصيص ، فمن الفقهاء من ذهب إلى أن الأفضلية لصاحب حق الامتياز على اعتبار أن انفاق المصرفات كان لها الفضل في الإبقاء على المنقول⁽²⁾ ، ولكن ذهب آخر إلى أن الدائن المرتهن مقدم على صاحب حق الامتياز إذا كان حسن النية⁽³⁾ ، ونؤيد الرأي القائل بان المتصرف إليه حسن النية الذي يجهل وجود الامتياز لا يحتج عليه ، سواء أكان التصرف بنقل ملكية أم رهناً وعلى الدائن المحافظة على حقه بالوسائل القانونية.

أما حقوق الامتياز الخاصة بالعقار فهي إحالتها إلى الرهن التأميني والحال نفسه بالنسبة إلى حق الاختصاص على عقار معين.

في شرط الاحتفاظ بالملكية ، فليس للمشتري سلطة التصرف بالمبيع لعدم اكتسابه ملكية العين المباعة فلا يكون تصرفه صحيحاً إلا إذا كان معلقاً على شرط اكتساب الملكية⁽⁴⁾ ، وإذا سلم البائع المبيع المحتفظ بملكيته للمشتري ، يبقى حقه في التصرف به ، ويؤدي انتقال الحيازة حرمانه فقط من الاستعمال وليس المشتري إلا حائز عرضي ، وعليه لا يستطيع التصرف بالمبيع حتى لو تسلمه، ما لم يوجد اتفاق مخالف ، فإذا خالف وتصرف بالمبيع المحتفظ بملكيته تعرض للجزاء

(1) د . شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص 617 . كذلك ينظر : د . نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، المرجع السابق ، ص 230 .

(2) د . محمد حسين منصور ، النظرية العامة للائتمان ، المرجع السابق ، ص 462 . د . شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص 619 .

(3) د . سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 440 . د . نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، المرجع السابق ، ص 230 .

(4) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 221 .

المدني وهو الفسخ أو التعويض أو كلاهما فلا يوجد جزاء جنائي لأن عقد البيع ينطبق عليها جزاء خيانة الأمانة⁽¹⁾.

لما كان من الناحية العملية أن يسلم المبيع للمشتري لتحقيق مقاصد الطرفين من البيع الائتماني ، لذلك تتجه إرادة الطرفين في بعض الأحيان إلى تنظيم العلاقة القائمة بينهم تتناسب مع مصلحة المشتري العاجز عن الدفع الفوري وضمان حق البائع وذلك بإدراج بعض الشروط التكميلية لشرط الاحتفاظ بالملكية لتحديد اثاره ونطاق اعماله ، إذ تتمثل الشروط في تحويل المشتري بعض مكنات حق الملكية ومنها الحق بالتصرف ، فيمكن تحويل المشتري حق بيع المبيع مع حوالة الحق في الثمن للمالك أي البائع الأصلي⁽²⁾.

أما بالنسبة إلى حق الحبس في الضمان فليس للحابس أن يسلم العين محل الحبس للخلف الخاص لمالك العين المحبوسة، فإن سلمه بإرادته انقضى حقه في الحبس، وإن أخذ منه بدون رغبته في ذلك فله أن يطلب استرداده ممن هو في حيازته وأن كان الحائز حسن النية لأن الأمر ينطوي على غصب للضمان، ولكن للحائز حسن النية أن يطالب الحابس الذي يريد استرداد العين بتعجيل ثمنها الذي اشتراها به من السوق أو مزاد علني⁽³⁾.

فالحابس ليس له أن يحتج على التصرفات التي تسبق حق الحبس ، أما الحقوق التي وجدت بعد ثبوت الحق في الحبس ، فإن للدائن الحابس التمسك بالحبس في مواجهة الخلف الخاص والدائنين، وأن وجود الشيء في يد الدائن الحابس يعد إعلاناً كافياً فلا يقبل من الغير أن يدعي جهله بالعلاقة القائمة بين الدائن الحابس والمدين ، فإذا كان محل الحبس عقاراً ، لا يجبر الدائن على التخلي عن العقار ، وإذا كان منقولاً فإن حيازة المنقول بحسن نية الحابس ترتب أثراً آخر وهو أن حق الحبس يسري كذلك على من يكتسب ملكية العين المحبوسة قبل الحبس إذا كان الحابس حسن النية ، أي غير عالم بالتصرفات التي أجراها المدين على المنقول ورتب بمقتضاها

(1) د . إبراهيم دسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 290. د. محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص 115.

(2) د . محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، المرجع نفسه، ص 117. د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، المصدر السابق، ص 293.

(3) د . أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 94- 95.

حقوقاً للغير عليه ، ويرجع ذلك إلى أن الحبس يتضمن الحيازة ، ومن المقرر أن حيازة المنقول بحسن نية ترتب هذا الأثر (1) .

إلا أنه هناك مسألة مهمة لم نجد حكم بخصوص حق الامتياز والحبس للضمان بسقوط الأجل، ويبدو ذلك لأن حق الامتياز وحق الحبس للضمان مصدرهما القانون وليس الاتفاق، وعليه هما يقومان أساساً على مخالفة الطرف المقابل وعدم تنفيذ التزامه ومن ثم ليس امام صاحب حق الامتياز إلا المباشرة بالأفضلية على ثمن العين محل حق الامتياز أو الحبس أو المباشرة بالأفضلية على ما يحل محلها.

وبالنسبة إلى القوانين المقارنة فقد ذهب المشرع الفرنسي في المادة (2114) إلى بيان حق الدائن في الرهن واستمراره حتى لو تصرف به المدين إذ نصت على أنه "...يبقى حكم الرهن على العقارات مستمراً ضامناً للديون ولو نقلت ببيع أو غيره إلى يد أخرى غير اليد الراهنة" ومن ذلك يتبين أن المشرع الفرنسي أكد على حق الدائن في الرهن وأن تصرف المدين أيًا كان لا يؤثر فيه.

كما نصت المادة (1188) من القانون نفسه على أنه " لا يجوز للمدين طلب الاستفادة من الأجل حينما ينقص بفعله الضمانات التي أعطاها إلى دائنه بموجب العقد " ، فالمادة المذكورة تتيح للدائن طلب سقوط الأجل في حالة التصرف بالضمان لتدارك البيع المنفصل للعقارات بالتخصيص والبيع بعد فصل المنقولات المرتبطة ببقاء دائم وبيع قطع الأشجار والغلة وكل ما ينقص من قيمة الضمان (2) .

كما نصت المادة (2337) منه على أنه " أن إشهار الرهن من شأنه أن يجعل منه حجة على الغير..."⁽³⁾، فالمكتسب الثاني لملكية عقار يجب أن يتحمل الرهونات المسجلة قبل سند البائع⁽⁴⁾،

(1) د . محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ، احكام الالتزام ، بدون طبع، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2006 ، ص 183-184 .

(2) جاك مستر وآخرون، قانون التأمينات العينية العام ، المرجع السابق ، ص 658 . كما نصت المادة (2284) من القانون المدني الفرنسي على انه (يجب على كل من التزم شخصياً أن يفي بما تعهد به على كافة أمواله المنقولة وغير المنقولة الحاضرة والمستقبلية) .

(3) نصت المادة (2338) من القانون المدني الفرنسي (يشهر الرهن بقيده في سجل خاص تنظيم دقائقه بموجب مرسوم صادر بعد استشارة مجلس الدولة) .

كما ونصت المادة (2339) على انه (لا يحق للراهن طلب شطب القيد او استرداد المال المرهون إلا بعد ايفاء كامل اصل الدين المضمون والفوائد والنفقات) ، فمن حق الدائن أن لا يشطب المدين قيد الرهن ولا يسترده .

(4) الان بينا بنت ، المرجع السابق ، ص 124 .

ونصت المادة (2342) منه على أنه " يستطيع منشئ الرهن في الرهن الحاصل دون نزع الحيازة والواقع على مثليات أن يتصرف بها إذا اجيز له ذلك بمقتضى الاتفاقية وتحت شرط استبدالها بكمية معادلة منها " ، هذا وإذا أخل منشئ الرهن بالتزامه قبل الدائن فمن حق الدائن أن يتذرع بسقوط الأجل أو طلب زيادة الرهن وهو ما نصت عليه المادة (2344) من القانون نفسه والتي جاء فيها "يستطيع الدائن في الرهن الحاصل دون نزع الحيازة أن يتذرع بسقوط أجل الدين المضمون أو أن يلتمس زيادة الرهن إذا أخل منشئ الرهن بالتزام المحافظة على الرهن" ، فإن تقنية التخصيص يستفاد منها في التعويض بمقابل قيمة الضمان المخصص لاستيفاء الدين ، كما وأن المادة (1231) سمحت للدائن بالحصول على تكملة للرهن العقاري إذا كانت العقارات المرهونة غير كافية لضمان الدين^(1).

كما نصت المادة (213) من القانون نفسه على أنه " يطال التأمين المكتسب جميع التحسينات التي تطرأ على العقار المؤقت...." ، أي سواء كانت هذ التحسينات عقار بالتخصيص أم عقار بطبيعتها^(2).

في شرط الاحتفاظ بالملكية نصت المادة (2368) من القانون المدني الفرنسي على أنه "يجب الاتفاق على الاحتفاظ بالملكية كتابة " ، كما ونصت المادة (2372) " منه على " ينتقل حق الملكية إلى دين المدين بالنسبة إلى المكتسب الثاني أو بالنسبة إلى تعويض التأمين الحال محل المال" ، أن شرط الاحتفاظ بالملكية لا يكون محتجاً به ضد مكتسب الملكية الثاني إلا إذا كان على علم به ، وحق البائع الأولي المضمون بشرط الاحتفاظ بالملكية سوف يحل محله ثمن المبيع^(3) ، فالكتابة إذن في شرط الاحتفاظ بالملكية تثبت أسبقية حق البائع وأن حق البائع في بيع العين المحتفظ بملكيتهامشتر ثاني ينتقل إلى الثمن كما هو مذكور في المادة (2372) أو إلى التعويض في حالة التأمين فيحل الثمن والتعويض محل دين المدين .

(1) جاك مستر وآخرون، قانون التأمينات العينية الخاص، المرجع السابق، ص 405 .
(2) نقض عرائض ، 2 تموز / يوليو / 1901 ، ذات المعنى نفسه نقض مدني 11 أيار / مايو 1906 ، أشار إليهما: دالوز ، المرجع السابق ، 1966 . كذلك ينظر: جاك مستر وآخرون، قانون التأمينات العينية العام، المرجع السابق ، ص 403 .
(3) الان بينا بنت ، المرجع السابق ، ص 125 .

فلا يستطيع البائع ملاحقة مكتسب الملكية الثاني الذي تسلم الشيء الحسن النية والمحمي بالمادة (2279) من القانون المدني⁽¹⁾.

إلا أن حقه يتحول إلى الثمن المتوجب على مكتسب الملكية الثاني عندما لم يكن هذا الأخير قد دفع الثمن⁽²⁾، وبما أن المشتري لا يعد مالكاً إلا حين تسديد كامل الثمن فإذا تصرف بالمال المشترط الاحتفاظ بملكيته كان عليه أن يدفع للمشتري الثاني جميع ما صرفه على المبيع استناداً لنص المادة (1635) من القانون المدني⁽³⁾.

حرصاً على حماية البائع بالتقسيط من المخاطر التي يتعرض لها بسبب قيام المشتري بالتصرف بالشيء المبيع قبل وفائه بجميع الأقساط المتبقية عليه، فقد نصت المادة (42) من قانون رقم 100 لسنة 1975 المعدل في شأن بعض أنواع البيوع التجارية على أنه "يحظر على المشتري بدون إذن سابق من البائع أن يتصرف بأي نوع من التصرفات في السلعة موضوع التقسيط قبل الوفاء بثمنها".

لم يختلف موقف المشرع المصري عن المشرع الفرنسي في تقرير حق للدائن على تصرفات مدنيه فقد و نصت المادة (1043) من القانون المدني المصري بخصوص الرهن التأميني على أنه " يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن " ، والمقصود بالتصرف الذي أجاز النص للراهن القيام به هو التصرف القانوني وليس المادي ، فالراهن من حقه التصرف في العقار تصرفاً قانونياً أي كانت صورته بشرط أن لا يؤثر على حق الدائن المرتهن⁽⁴⁾، كما ونصت المادة (1047) منه على أنه " يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ، وللدائن المرتهن أن يعترض عن كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً ، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك " .

(1) نصت المادة (2279) من القانون المدني الفرنسي على انه (يحق للذين يملكون أو يضعون يدهم بشكل هادئ أن يقدموا دعاوى الحيازة وفقاً للشروط المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية) .

(2) (آلان بينا بنت ، المرجع السابق ، ص 134 ، كما ينظر المادة (621 - 124) من قانون التجارة الجديد الفرنسي .

(3) نصت المادة (1635) من القانون المدني الفرنسي بانه (يجب على بائع مال الغير إذا كان سيء النية أن يدفع إلى المشتري جميع ما صرفه على المبيع وإن كان للكفاليات أو التحسينات) .

(4) د . طلبه وهبه خطاب ، المرجع السابق ، ص 158 .

كما ذكر التقنين المدني المصري السابق اثرأ واحداً للعقار بالتخصيص وهو عدم جواز الحجز عليه منفرداً على العقار الأصلي فنصت المادة (4/18) منه على أنه " إلا أن الآلات الزراعية والماشية اللازمة لها متى كانت ملكاً لصاحب الأرض ، وكذلك الات المعامل ومهماتهما إذا كانت ملكاً لمالك تلك المعامل ، تعتبر أموالاً ثابتة ، بمعنى أنه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به " ، أما القانون المدني الجديد فلم يورد أي تطبيق وأي أثر للعقار بالتخصيص واكتفى بإيراد شروطه فقط وفق نص المادة (82) منه⁽¹⁾.

من خلال هذه النصوص يتبين أن الرهن لا يؤثر على سلطة الراهن في التصرف مديناً كان أم كفيلاً عينياً ، أي تصرف قانوني على العقار المرهون سواء تعلق بتصرف ناقل للملكية كالبيع والهبة ، أم بتصرف منشئ لحق عيني عليه كحق انتفاع أو ارتفاق أو رهن ، فلا يؤثر في حق الدائن إذا كان حقه مقيد قبل أن يشهر المتصرف إليه التصرف الذي صدر له من الراهن ، لأن الدائن من حقه الاحتجاج بحق الرهن في مواجهتهم فالملكية تنتقل للمتصرف إليه مثقلة بحق الرهن والحقوق العينية الأخرى لا تنفذ بحق الدائن المرتهن فينفذ على الرهن خالي من تلك الحقوق ، فحرية الراهن مقيدة بعدم المساس بحق الدائن المتمثل بعدم الاخلال بسلامة الرهن ، كالتصرفات القانونية التي تقيد قبل الرهن فأنها تنفذ ضد الدائن فتعد تعرضاً له واخلاقاً بالتزام الراهن بالضمان⁽²⁾.

كما ونصت المادة (1049) من القانون نفسه على أنه " إذا هلك العقار المرهون أو تلف انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة " ، فإذا باع الراهن المبنى أنقاضاً وهدم العقار فعلاً ولا يزال في ذمة المشتري ثمن الأنقاض كله أو بعضه ، أو فصل عن العقار بعض المنقولات الثابتة بالتخصيص وسلمها إلى مشتري حسن النية وما زال ثمنها في ذمته أو نزع ملكية العقار للمنفعة العامة ودفعت الدولة التعويض عن ذلك ، فإنه في كل هذه الأحوال يحل محل العقار مبلغ أو مقابل نقدي يتعلق به حق الدائن المرتهن⁽³⁾.

(1) نصت المادة (82) من القانون المدني المصري على انه (ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار او استغلاله) .

(2) د . محمد حسين منصور ، النظرية العامة للانتمان ، المرجع السابق ، ص 259 .

(3) د . نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، المرجع السابق ، ص 88 .

تسري على الرهن الحيازي المادة (1049) سالفه الذكر المتعلقة بانتقال حق الدائن من الشيء المرهون رهناً رسمياً إلى ما حل محله من حقوق استناداً للمادة (2 / 1102) من القانون نفسه (1) .

الحال نفسه لحقوق الامتياز الخاصة، إذ يسري عليها ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام استناداً للمادة (1135) منه، وكذلك حقوق الاختصاص استناداً للمادة (1095) من القانون نفسه .

أما بالنسبة إلى شرط الاحتفاظ بالملكية فبموجب قانون التجارة المصري الجديد نصت المادة (2 / 106) منه بمناسبة تنظيم البيع بالتقسيط على أنه " مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس ، لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع " فالمشرع اشترط الكتابة بالإضافة إلى ثبوت التاريخ طبقاً لأي وسيلة من وسائل ثبوت التاريخ يسري شرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الغير في حال التصرف بالمبيع ويسري هذا الشرط في مواجهة جماعة الدائنين سواء تعلق الأمر بدائن عادي أم دائن ممتاز وسواء تعلق الأمر بالتنفيذ العادي على أموال المدين أو باتباع إجراءات التنفيذ في إطار أحكام الإفلاس التجاري (2) .

في حق الحبس للضمان فلا يوجد نص عام يبين فيه المشرع تصرف المدين غير نافذ بحق الحابس ، ألا أنه وبالرجوع إلى بعض التطبيقات نجد أن المادة (605) من القانون المدني نصت على أنه "...ولا يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض" فالمؤجر التزم بعقد الإيجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طول مدة الإيجار وقد أخل بالتزامه بان باع العين المؤجرة إلى مشترٍ لا ينفذ الإيجار في حقه ، فوجب عليه

(1) نصت المادة (2 / 1102) من القانون المدني المصري بانه (وتسري على الرهن الحيازي بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً ، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق) .
(2) د . محمد حسنين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، المرجع السابق ، ص 99 .

التعويض للمستأجر بموجب عقد الإيجار نفسه ، فحق الحبس يكون نافذاً بحق المؤجر وخلفه الخاص وهو المشتري للعين المؤجرة^(1).

كما أن المادة (2 / 248) نصت على أنه " ... إذا خرج الشيء من يده خفية أو على الرغم من معارضته أن يطلب استرداده ... " وعليه لا يوجد نص عام يبين حق الحابس عند تصرف المدين بالشيء المحبوس ، إلا أن للحابس استناداً للمادة (246) ، أن يمتنع عن تسليم الشيء المحبوس إلى مالكة أو إلى المتصرف إليه حتى يستوفي حقه كاملاً ، مما يضطر هذا الأخير ، إذا كان راغباً في الحصول على العين إلى وفاء دين الحابس والرجوع بما دفع على المدين المتصرف طبقاً للقواعد العامة^(2).

كما نلاحظ أن المشرع العراقي هو الآخر قد وضع حقوق للدائن في حالي تصرف المدين بمحل الضمان إذ نصت المادة (1 / 1295) من القانون المدني العراقي على أنه "يجوز للراهن أن يتصرف بالبيع وغيره في العقار المرهون رهناً تأمينياً وتصرفه هذا لا يؤثر في حق المرتهن.. " كما نصت المادة (1 / 317) من قانون التسجيل العقاري العراقي على أنه " للراهن اجراء جميع التصرفات الناقلة للملكية على العقار المرهون وحينئذ يتحول الدين بمرتبته وشروطه إلى من انتقل إليه العقار المرهون بموافقة الدائن المرتهن " ، فالرهن التأميني لا يخول الدائن المرتهن شيئاً من سلطات المالك ويبقى التصرف بيد المدين الراهن ، فالراهن سواء أكان مديناً أم كفيلاً عينياً يستطيع أن ينقل ملكية العقار المرهون للغير ، لأن انتقال الملكية لا يحول بين الدائن المرتهن وبين التنفيذ على العقار، إذ يتحول الدين بمرتبته وشروطه إلى من انتقل إليه العقار المرهون ولكن قانون التسجيل العقاري في المادة (1/317) المبينة أعلاه اشترط موافقة الدائن وهو ما لم يشترطه القانون المدني في المادة (1/1295) كما رأينا ، فلم يرد على سلطات الراهن من قيود إلا تلك التي تنشأ من التزامه بضمان سلامة الرهن وعدم تأثر تصرف الراهن في حقوق المرتهن ، بينما اشترط موافقة الدائن على تصرف الراهن يعد قيداً على حرية التصرف^(3) ، وبعد ذلك تقوية لحق الدائن بالنسبة إلى تصرف المدين .

(1) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 1500 .
(2) د . محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ، احكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص 178 وما بعدها .
(3) د . مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، الجزء الثالث ، المرجع السابق ، ص 416 .

كما يحق للراهن أن يقوم بنقل الرهن المترتب على عقاره إلى عقار آخر استناداً لنص المادة (318) من قانون التسجيل العقاري والتي جاء فيها "لراهن بموافقة الدائن المرتهن نقل الرهن المترتب على عقاره إلى عقار آخر يعود له بنفس الدين وبنفس مرتبة الرهن وشروطه"، فلا مانع من تسجيل نقل الرهن بموافقة المتعاقدين "الدائن المرتهن والمدين الراهن".

في السياق ذاته نصت المادة (1296) من القانون المدني العراقي على أنه "يضمن الراهن في الرهن التأميني سلامة الرهن وللمرتهن أن يعترض على كل عمل يكون من شأنه إنقاص ضمانه" ، فإذا تعرض الراهن للعقار المرهون أو قام بهدم أو قلع أو فصل المنقولات المرصدة لخدمة العقار فللدائن المرتهن أن يلتجئ إلى القضاء ، فالمحكمة لها أن تمنع القلع أو الهدم وتأمّر بإعادة المنقول المرصود إذا كان فصله دون حق ، وإذا هدم العقار بالفعل وسلمت الأنقاض إلى مشترٍ حسن النية فليس للدائن دعوى قبل المشتري استناداً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، غير أن للمرتهنين طلب إيداع الثمن الذي لم يتم دفعه لدى الجهة المختصة لتوزيعه عليهم مع ثمن العقار ، وإذا لم يكن المشتري قد تسلم الأنقاض أو تسلمها وهو سيء النية فأنها تبقى مثقلة بالرهن وكذلك الحال في الأموال المرصدة على خدمة العقار في حالة نقلها منه⁽¹⁾، وإذا أراد الراهن اخراج ملحقات العقار من الرهن توجب عليه الاتفاق مع الدائن على ذلك صراحة⁽²⁾ .

في الرهن الحيازي كما في الرهن التأميني، إذ ليس للراهن أن يعطي للغير حقاً عينياً يكون نافذاً قبل الدائن المرتهن. بحيث يمنع نفاذ حق هذا الدائن قبل ذلك الغير ، بل يجب عليه أن يدفع كادعاء قانوني صادر من الغير ومستند إلى حق عيني مزعوم وجوده للغير قبل نشوء الرهن، استناداً للمادة (1335) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " يضمن الراهن في الرهن الحيازي سلامة الرهن .." ، فإذا أخل الراهن بالتزام الضمان كأن استحوذت العين للغير فهنا جاز للدائن أن يطلب أمّا فسخ الرهن وسقوط أجل الدين وأما التنفيذ بمقابل سواء بتقديم تأمين آخر محل الذي استحق أم بدفع مبلغ يقابل قيمة المرهون تطبيقاً للقواعد العامة⁽³⁾.

لما كان الرهن الحيازي يشترط فيه التسليم الذي يعتبر التزام على الراهن تجاه الدائن بموجب عقد الرهن الحيازي استناداً للمادة (1 / 1322) والتي جاء فيها " يشترط لتتمام الرهن

(1) . د . محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، المرجع السابق ، ص 71 .

(2) . د . عصمت عبد المجيد البكر ، الوجيز في العقود المدنية المسماة ، الرهن ، المرجع السابق، ص 210.

(3) . د . محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، المرجع نفسه ، ص 157 – 158 .

الحيازي ولزومه على الراهن أن يقبض المرتهن المرهون " ، فللدائن الحق في حبس المرهون عن الراهن سواء أكان هو المدين أم كان غير المدين وله التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية⁽¹⁾، ويعد حبس المرهون سبيلاً لإعلام الغير بوجود الرهن ، وذلك من خلال الاستيلاء المادي للعين محل الضمان⁽²⁾، وبالإضافة إلى الحبس يشترط لنفاذه بحق الغير إذا كان عقاراً أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري استناداً للمادة (1 / 1344) والتي جاء فيها " إذا وقع الرهن الحيازي على عقار، فإنه لا يخل بالحقوق العينية المكتسبة على العقار المرهون قبل تسجيل الرهن الحيازي"، وإذا كان منقولاً فيشترط لنفاذه بحق الغير أن يدون في ورقة ثابتة التاريخ وهذا التاريخ يحدد مرتبة الرهن استناداً للفقرة الثانية من ذات المادة المذكورة ، والتي جاء فيها " يشترط لنفاذه بحق الغير أن يدون في ورقة ثابتة التاريخ ..."⁽³⁾ ، ويسترد الدائن حيازة العقار عن طريق استعمال دعوى استرداد الحيازة أو دعوى منع التعرض لأنه حائز قانوني كما له أن يستعمل دعوى الحق المؤسسة على حق الرهن وإذا كان منقولاً كان له استرداده أيضاً⁽⁴⁾.

يبدو أن الحيازة تمنع الراهن من التصرف بالعقار المرهون وجعله إنقاداً أو حتى تفكيك العقار بالتخصيص وصيرورته منقولاً، وإن استطاع فعل ذلك عنوة فتطبيق أحكام الرهن التأميني سالفة الذكر تشير إلى ذلك.

هناك حالة خاصة ممكن للراهن التصرف بالعقار المرهون بأذن المحكمة في حالة إذا كانت هناك صفقة مربحة استناداً للمادة (1353) التي نصت على أنه " يجوز للراهن إذا عرضت فرصة للبيع المرهون وكان البيع صفقة رابحة أن يطلب إذن المحكمة في بيع هذا الشيء ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين ... " .

أما عن حق الاختصاص وحق الامتياز فتطبق الأحكام الخاصة بالرهن التأميني بالنسبة إلى العقار، وأما المنقول فتطبق عليه الأحكام الخاصة بالرهن الحيازي، إلا أن حق الامتياز لم يوجب فيه حبس العين محل الضمان وعليه من الممكن أن يتمسك الغير بقاعدة الحيازة في المنقول

(1) د . صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية ، المرجع السابق ، ص 152 .
 (2) د . ملاك عبد اللطيف ، حق المرتهن بحبس المرهون ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر والقانون ، 2016 ، ص 346 .
 (3) كما نصت المادة (1352) من القانون المدني العراقي على انه (يشترط لنفاذ المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً .
 (4) د . محمد طه البشير ، غني حسون طه ، الحقوق العينية ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 544 – 545 .

سند الملكية إذا كان حسن النية استناداً لنص المادة (1364) والتي جاء فيها " لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية " .

يقترّب حق الحبس للضمان من الرهن الحيازي في كون العين محل الضمان تكون تحت يد الدائن حابساً لها رغم اختلاف مصدر كل منهما ، والملاحظ أن المشرع في المادة (283) لم يشير إلى آثار الحق في الحبس ولكنها ذكرت حقوق الحابس وهي الامتناع عن تسليم العين المحبوسة حتى يستوفي الحابس حقه كاملاً ولكن أن استردها بموافقة الحابس اعتبر ذلك نزولاً من الحابس عن حقه وافقده الحق في طلب استردادها ، وإذا استردها عنوة أو خلصة اعتبر ذلك اعتداء على الحق في الحبس وجاز للحابس المطالبة بردها خلال ثلاثين يوماً من وقت علمه بخروج العين من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجها استناداً للمادة (2 / 284) التي جاء فيها " يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من حيازته خفية أو على الرغم من معارضته أن يسترد الحيازة إذا هو قام بهذا الطلب في خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من حيازته وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه " .

لما كان حق الحبس لا يبطل حق المالك في التصرف بالعين فإن حق الحبس هل ينفذ بحق الغير أم لا؟

لا يوجد نص خاص يبين سريان حق الحبس قبل الغير وهذا يعني نقصاً تشريعياً إلا أن من الفقهاء من ذهب إلى أنه إذا كان سبب الحبس انفاق مصروفات على العين المحبوسة وهذه المصروفات أفادت العين المحبوسة فحفظتها وزادت في قيمتها فيسري حق الحبس قبل الغير وإذا كان سبب الحبس غير انفاق المصروفات وكانت العين منقولاً ، سرى الحق في الحبس في حق من ترتب له حق عيني عليها بعد ثبوت الحق في الحبس ، ويسري كذلك في حق من ترتب له الحق العيني قبل نشوء الحق في الحبس إذا كان الحائز حسن النية أي جاهلاً بثبوت حق الخلف الخاص⁽¹⁾، أي أنه إذا كان الحابس سيء النية فلا يسري الحق في الحبس في حق من ترتب له حق عليه قبل ثبوت حق الحبس .

(1) د . عبد المجيد الحكيم ، وآخرون ، القانون المدني واحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص 146 .

ويبدو أن الحق في الحبس للضمان وكما بينا هو ضمان عيني كالرهن الحيازي وعليه فإن من الممكن تطبيق أحكام الرهن الحيازي بما يتلاءم مع أحكام حق الحبس للضمان العيني، وفي جميع الأحوال فإن الحابس سواء في الرهن الحيازي أم حق الحبس للضمان يستطيع التمسك بحقه في الحبس وعدم تسليم العين المحبوسة حتى يقبض دينه، لأنه حق أقره القانون له كما بينا .

في شرط الاحتفاظ بالملكية لا يوجد نصوص خاصة توضح الآثار المترتبة على شرط الاحتفاظ بالملكية ، كما لا يوجد نص يبين ضرورة كتابة هذا الشرط وكيفيةها ، ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني العراقي من الممكن الاستفادة من نص المادة (135) بخصوص انتقال الملكية التي لا تنتقل بمجرد عقد البيع إذا لم يكن المبيع مملوكاً للبائع وقت البيع ، إذ نصت المادة المذكورة على أنه " من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك " ، فملكية المبيع (العين الضامنة) ، المملوكة للبائع الذي اشترط الاحتفاظ بالملكية لا تنتقل إلى المشتري الثاني المتصرف إليه إلا إذا أجاز المالك الأصلي ، فإذا صدرت الإجازة انتقلت الملكية بأثر رجعي إلى المشتري الذي يصبح مالكاً للمبيع من يوم إبرام عقده مع المشتري الأول المشتري عليه الاحتفاظ بالملكية^(1) .

ويبدو أن هناك نقصاً تشريعياً بصدد أحكام شرط الاحتفاظ بالملكية وحق الحبس للضمان.

(1) د . سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، البيع والإيجار ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1970 ، ص 93 .

المطلب الثاني

حقوق الدائن على العين محل الضمان بعد حلول أجل الدين

قدمنا أن الحق العيني يخول الدائن الذي تقرر لصالحه أن يستوفي دينه من المقابل النقدي لشيء مادي تم تخصيصه للوفاء بالدين مفضلاً على سائر الدائنين العاديين والتأليين له في المرتبة، هذه السلطة تكفل للدائن المضمون حقه بضمان تم تخصيصه لأجل ذلك الدين أن يحقق هدفه من الضمان الخاص ، الذي يجنبه اعسار المدين والخضوع لقاعدة المساواة بين الدائنين فبذلك يطمئن الدائن إلى منح ائتمانه للمدين ويقنع حتى يحل أجل الوفاء ، فإن امتنع المدين عن الوفاء فإن للدائن الحق في استيفاء حقه من الضمان والحق في التقدم والتتبع ، ولبيان هذه الحقوق سنقسم المطلب إلى فرعين نخصص الأول منه لبيان حق الدائن في استيفاء حقه من الضمان ثم نخصص للفرع الثاني لحق الدائن في التقدم والتتبع .

الفرع الأول

حق الدائن في استيفاء حقه من العين المخصصة للضمان

يختلف حق الدائن في استيفاء حقه من العين المخصصة للضمان من حيث مصدر الضمان " رهن ، امتياز ، حبس للضمان ، أو شرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الايجاري " ، كذلك من حيث محل الضمان كأن يكون عقاراً أو منقولاً، ففي العقار سواء أكان رهناً تأمينياً أم حيازياً أم حق اختصاص أم حتى حق امتياز ، إذا حل أجل الوفاء بالدين ولم يقم المدين بالوفاء اختياراً كان للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على العقار لبيعه في المزاد العلني واستيفاء حقه من ثمن العين محل الضمان (العقار) ، وعليه لا يحتاج الدائن إلى استصدار حكم من القضاء لأن الحق العيني المترتب على العقار هو في نفس الوقت سند تنفيذي يمكن بمقتضاه التنفيذ على العقار مباشرة والذي يتم طبقاً لإجراءات التنفيذ ، التي لا يتميز الدائن المضمون حقه عن غيره من الدائنين العاديين في الإجراءات التي يتخذها في التنفيذ على العقار ، ولم يعد بإمكان الدائن أن يمتلك العقار المضمون أو يبيعه دون إجراءات التنفيذ حماية للمدين من شروط قد يفرضها الدائن عليه ، وأي اتفاق بتملك العقار محل الضمان يكون باطلاً سواء أكان الاتفاق عليه وقت الاتفاق على الضمان أم بعد الاتفاق على الضمان ولكن إذا حل أجل الدين فقد انعدمت شبهة الاستغلال من قبل

الدائن لحاجة المدين مقدم الضمان واصبح على بينة من أمره فهنا يكون للدائن الحق في الاتفاق مع المدين على أن ينزل الأخير عن العقار محل الضمان للوفاء بالدين أو على أن يشتري الدائن العقار محل الضمان بثمن معين أكبر أو أقل من الدين ، أو أن يباع العقار بالممارسة وليس بالمزاد العلني ، وقد تكون هذه الاتفاقات في مصلحة المدين مقدم الضمان نفسه إذ يتجنب المصروفات التي تنجم عن بيع العقار بالمزاد(1) .

في حق الحبس للضمان يبدو أنه لا يوجد ما يسمى بأجل الدين وحلوله ، لعدم وجود أجل معين، وإنما هو إخلال من أحد اشخاص المعاملة بعدم تنفيذه لالتزامه فيبقى الدائن حابساً للعين محل الضمان حتى يستوفي حقه من المدين ، فليس له أن يسلم العين طالما لا يوجد عرضاً بالإرضاء، وغالباً ما يكون الاختيار للدائن وفق رأي بعض الفقهاء في فرنسا إلى الفسخ مع انذار مسبق للمدين، بيد أن الادعاء امام القضاء يعادل إنذاراً كهذا ، وأن الفسخ غالباً يلجأ إليه الدائن عندما يكون معرضاً لخطر خسارة الشيء والتمن فحسب فيعيد الفسخ للدائن ملكية الشيء(2) .

كما أن الفقه في مصر والعراق متفق على أن حبس العين محل الضمان لا يمنح للحابس ثمنه حق امتياز عليه ، فيستطيع الحابس أن ينفذ على العين المحبوسة كدائن عادي يزاحمه سائر الدائنين في الثمن ، وأنه متى أقدم على بيع العين المحبوسة لاستيفاء دينه فقد نزل عن حقه في الحبس ، لأنه لا يستطيع وهو الذي طلب البيع أن يمتنع عن تسليم العين لمن رست عليه المزاد، فلا يبقى امامه إلا الثمن الذي رسا به المزاد حيث يستوفي منه هو وسائر الدائنين ، أما إذا ابقى حابساً للعين فإن حقه في الحبس يبقى قائماً ، حتى لو باع المالك العين إلى آخر أو نفذ أحد الدائنين الآخرين بحقه على العين فباعها جبراً لمن رسا عليه المزاد ، فمن الناحية العملية إذا أراد دائناً للمالك أيا كان تاريخ دينه سواء أكان متأخراً أم متقدماً على حق الحبس ، أن ينفذ على العين المحبوسة ، فباع العين جبراً فإن الحابس يستبقي حقه في الحبس في مواجهة الدائنين والمشتري الراسي عليه المزاد إلى أن يستوفي حقه كاملاً(3) .

يمكن أن ينقل حق الحبس إلى تأمين يقدمه مالك العين كالرهن أو الكفالة وعندها تتبع إجراءات التنفيذ الشيء يكفلها الاتفاق على التأمين المعين سواء أكان رهناً أم كفالة شخصية أم

(1) د . سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 226 .
 (2) جبروم هويبه، المطول في القانون المدني، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 395- 396 .
 (3) د . قدرى عبد الفتاح ، المرجع السابق ، ص 88 .د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني المرجع السابق، ص138.

عينية، وعند الخلاف فإن القاضي هو الذي يبت فيما إذا كان التأمين الذي يقدمه المالك كافياً من عدمه (1).

قد وضعت أحكام من قبل التشريعات المقارنة بخصوص التنفيذ على الضمان حسب نوع الضمان ومحلّه ، فإذا كان محل الضمان عقاراً كما في الرهن التأميني فقد نصت المادة (2533) من القانون المدني الفرنسي على أنه " أن الدائن الحائز على شهادة قيد اسمية مسلمة إليه من قبل أمين سجل الملكية العقارية أو سند تنفيذي ، يمكنه في حالة عدم الدفع عند الاستحقاق ملاحقة البيع عن طريق نزع الملكية الجبري للعقارات المسجلة على اسم مدنيه والمخصصة لضمان الدين...) ، فالعقارات التي تم تخصيصها كضمان لاستيفاء الدين ممكن نزع ملكيتها جبراً استناداً لشهادة القيد المسلمة له من قبل أمين الملكية ، كما أن البيع يجب أن يكون وفقاً للطرق المنصوص عليها بموجب القوانين المتعلقة بإجراءات التنفيذ المدنية التي لا يجوز مخالفتها استناداً للمادة (2458) من القانون المذكور والتي جاء فيها "...الذي لم يستوفي دينه ببيع المال المرهون وفقاً للطرف المنصوص عليها بموجب القوانين المتعلقة بإجراءات التنفيذ المدنية..." ، كما أن المشرع الفرنسي أجاز تملك العقار المرهون وفق اتفاق مسبق نصت عليه اتفاقية الرهن العقاري شرط أن لا يكون العقار محل السكن الأساسي للمدين ، استناداً للمادة (2459) (2).

في الحالتين السابقتين سواء تم البيع عن طريق نزع الملكية الجبري أو في حالة تملك العقار المرهون ، فإن تقدير قيمة العقار تكون من قبل خبير يتم الاتفاق عليه من قبل الطرفين الدائن والمدين أو يتم تعيينه من قبل القضاء استناداً لنص المادة (2460) (3) ، ولا يوجد مثل هذا النص في القانون المدني المصري والعراقي بخصوص كيفية تحديد قيمة العقار .

(1) د . إسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ، المرجع السابق ، ص 232 .
(2) نصت المادة (2459) من القانون المدني الفرنسي على أنه (يجوز أن تنص اتفاقية الرهن العقاري على أن يملك الدائن العقار المرهون غير أن هذا البند لا أثر له على العقار الذي يشكل محل السكن الأساس للمدين) .
(3) نصت المادة (2460) من القانون المدني الفرنسي بأنه (في الحالات المنصوص عليها في المادتين السابقتين (2458 و 2459) ، يجب أن يخمن العقار من قبل خبير يعين ودياً أو قضائياً ، وفي حال تجاوزت قيمته مقدار الدين المضمون ، يتوجب على الدائن للمدين مبلغ مساوي للفرق ، وفي حال وجود دائنين آخرين مرتهين فيودع هذا الفرق) .

أما بالنسبة إلى الرهن الحيازي على المنقول فلا يمكن التصرف بالمنقول إلا بالحصول على قرار من القضاء ، إذ نصت المادة (2078) من القانون المدني الفرنسي على أنه " لا يجوز للدائن عند عدم الدفع أن يتصرف بالشيء المرهون إلا إذا حصل على قرار من القضاء باستيفاء هذا المرهون له على سبيل الوفاء بمقدار دينه بالاستناد إلى تخمين يقوم به خبراء أو إذا تم بيعه في المزاد العلني ، كل بند يجيز للدائن تملك الشيء المرهون أو التصرف به دون القيام بالإجراءات المتقدمة ذكرها يكون باطل " ، فبعد حصوله على قرار من القضاء باستيفاء المرهون المخصص له للوفاء بدينه ، فله أن يملك هذا المرهون بقيمته حسب تقدير الخبراء فإذا كان الثمن أقل ظل دائناً بالباقي ، وإذا زاد الثمن عن الدين أصبح مديناً بالزيادة^(1) .

إذاً لا بد من الحصول على قرار من المحكمة يبيح للدائن بيع المنقول أو يتخذ إجراءات البيع في المزاد العلني ولا يحتاج إلى مخبر أو ضبط المنقول كونه تحت يد عدل إلا إذا تم نزع الحيازة منه فهنا للدائن بإمكانه اللجوء إلى حجز المنقول وضبطه ، ويبدو أن هذا الحجز منظم في المادة 56 من قانون 9 تموز 1991 والمادة 139 وما يليها من مرسوم 31 تموز 1992^(2) .

فالسند التنفيذي كما يبدو بالنسبة إلى الدائن في الرهن الحيازي هو القرار القضائي الذي يخوله بالتصرف بالمرهون لاستيفاء حقه والذي يقابله شهادة القيد في الرهن العقاري أو حق الامتياز على عقار.

أما بالنسبة إلى حق الحبس للضمان فلم نجد هنالك أحكام خاصة بالتنفيذ على العين محل الضمان المحبوس في القانون المدني الفرنسي.

في شرط الاحتفاظ بالملكية فقد ذهب المشرع الفرنسي في المادة (2367) على أنه "... يعلق الأثر الناقل للعقد حتى الإيفاء الكلي للالتزام..." ، فبقاء البائع مالكاً يعد تأميناً له بمقدار قيمة العين يتقدم به على دائني شاربي الآخرين ، إذ يخضع نقل الملكية لسداد كامل الثمن^(3) .

(1) بودان وفوران ، الجزء 13 ، فقرة 210 . انيكلو بيدي ، دالوز ، الجزء الثاني ، ص 858 ، فقرة 129 .
أشار إليهما : د . سمير تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 368-369 .
(2) جاك مستر ، قانون التأمينات العينية العام ، المرجع السابق ، ص 466 .
(3) جيروم هوييه ، المطول في القانون المدني ، الجزء الاول ، المرجع السابق ، ص 185 .

كما نصت المادة (2371) من القانون نفسه على أنه " في حالة التخلف عن الإيفاء الكامل للدين عند استحقاقه ، يمكن للدائن المطالبة بإعادة المال لاسترداد حق التصرف به ... " ، فيجوز للبائع إذا تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن طلب فسخ البيع والحق في استرداد المبيع كنتيجة لوقوع الفسخ أو اعمالاً لدعوى استرداد المبيع بوصفه لا زال مالاً له^(1) .

أما بالنسبة إلى أثر إفلاس المشتري على شرط الاحتفاظ بالملكية، فقد تدخل المشرع الفرنسي وصادر قانون مايو 1980 سابق الإشارة إليه ، الذي أجاز تمسك البائع بملكية العين المباعة استناداً إلى شرط الاحتفاظ بالملكية ولو بعد الحكم بشهر إفلاس المشتري^(2) ، وعليه يستطيع استرداد العين باعتباره مالاً.

ذهب المشرع المصري إلى ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في عدم احتياج الدائن إلى استصدار حكم من القضاء للتنفيذ على العقار المرهون ، لأن عقد الرهن التأميني يعد في نفس الوقت سند تنفيذي يمكن بمقتضاه التنفيذ على العقار مباشرة طبقاً للإجراءات والقواعد التي يحددها قانون المرافعات^(3) ، استناداً للمادة (1051) من القانون المدني المصري والتي جاء فيها " للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في المواعيد وفقاً للأوضاع المقررة في قانون المرافعات" ، كما نصت المادة (1052) من القانون نفسه على

Pontiac, Intevets et Iimite de la Clause de reserve de propriete Banaue , OCT . Nv (1)
.Dec . 1980 j anv . 1981 .

أشار إليه : محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، المرجع السابق ، هامش رقم (1) ، ص 116 .
(2) ويرى جانب من الفقه الفرنسي عدم جدوى هذا القانون بعد أن قررت محكمة النقض الفرنسية صراحة أن شرط الاحتفاظ بالملكية يتحلل إلى شرط واقف وليس شرطاً فاسخاً كما كان يحكم من قبل . راجع في ذلك :

G A R C I N et thieffy.

أشار إليه : د . إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، هامش رقم (660) ، ص 299 .
(3) ينفذ الدائن المرتهن رهنأ رسمياً على العقار المرهون المملوك للمدين وعلى المال الذي حل محل هذا العقار ، كون الحق يتعلق بالقيمة الاقتصادية للعقار او ما حل محل العقار والصورة المألوفة لتحويل العقار إلى مقابل نقدي هي بيعه بيعاً جبرياً واستيفاء الحق من الثمن الذي رسا عليه المزاد ، والبيع طريقة لتقويم العقار بمبلغ من النقود ، وتوجد طرق أخرى كمبلغ التعويض في حالة الهلاك أو التلف ، و عوض التأمين إذا كان العقار مؤمناً عليه فاحترق مثلاً ، أو مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة ، وقد لا ينفذ المدين على العقار المملوك للمدين او الذي حل محله وانما ينفذ على العقار المرهون المملوك للكفيل العيني ، يفرض أن مالك العقار غير المدين . ينظر في ذلك :
د . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، التأمينات العينية والشخصية ، الجزء العاشر، المرجع السابق ، ص 503- 509 .

كما نصت المادة (1049) من القانون المدني المصري على انه (إذا هلك العقار المرهون أو تلف لاي سبب ، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك ، كالتعويض او مبلغ التأمين ، او الثمن الذي يقدر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة) .

أنه "يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أياً كان ، أو في بيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن " ، فعلى الدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على العقار وبيعه في المزاد العلني كما يفعل أي دائن عادي دون تمييز ، وليس له الحق في تملك العقار المرهون، وإن شرط تملك العقار المرهون أو بيعه دون مراعاة إجراءات التنفيذ التي يحددها القانون يعد باطلاً، وذلك حماية للمدين الراهن من شروط قد يفرضها الدائن عليه وقد لا تكون في مصلحته أو مصلحة الدائنين الآخرين ، وأي اتفاق من هذا النوع يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، أما إذا حل الدين فقد انعدمت شبهة الاستغلال فيكون للدائن الحق في تملك العقار المرهون بالاتفاق مع المدين وفاءً للدين ، أو يشتري الدائن العقار بثمن معين أكبر أو أقل من الدين⁽¹⁾.

أما في الرهن الحيازي على منقول فعلى الدائن الحصول على حكم قضائي ليقوم بالتنفيذ على العين المرهونة وذلك لأنه كدائن مرتهن حيازة قد لا يكون مزوداً بورقة رسمية ، استناداً للمادة (1/1121) التي نصت على أنه " إنه يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوفي حقه أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق "، كما يستطيع الدائن أن يطلب من القاضي الترخيص له في تملك الشيء المرهون استناداً للفقرة الثانية من المادة نفسها⁽²⁾، ولا يعتبر هذا الحكم مخالفاً لقاعدة بطلان الاتفاق على تملك المال المرهون عند عدم الوفاء بالدين فالمقصود بالبطلان هو الاتفاق على ذلك وقت انشاء الرهن أما عند حلول الأجل فالاتفاق صحيح⁽³⁾.

أما في حق الحبس للضمان فقد ذهب المشرع المصري إلى أن حق الحبس يزول بخروج الشيء من يد حائزه إذ نصت المادة (1/248) من القانون المدني المصري على أنه "ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يده حائزه أو محرزه".

كما نصت المادة (1/247) نصت على أنه " مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه "، وعليه فإن الحابس إذا نفذ على العين المحبوسة بحقه فإنما ينفذ عليها كدائن عادي

(1) د . سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 227 .
(2) نصت المادة (2/1121) من القانون المدني المصري على انه انها (يجوز له (أي دائن) ايضاً أن يطلب من القاضي أن يأمر بتمليكه الشيء وفاء للدين على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء) .
(3) د . سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع نفسه ، ص 368 – 369 .

لا كدائن له حق امتياز ، فالدائنين جميعا يزاحموه ويقاسمونه في الثمن قسمة غرماء ، وهو متى خرجت العين من يده بإرادته لبيعها فقد نزل عن حقه في الحبس وفق المادة (1 / 248) أعلاه، لأنه لا يستطيع وهو الذي طلب البيع أن يمتنع عن تسليم العين لمن رسا عليه المزاد ، ولا يبقى امامه إلا الثمن الذي يستوفي منه حقه مع باقي الدائنين ، أما إذا بقي حابساً ولم ينفذ على العين يبقى حقه بالضمان قائماً حتى لو باع المالك العين إلى آخر أو نفذ دائن بحقه على العين محل الحبس فباعها جبراً ، إذ يبقى حقه في مواجهة المشتري من المالك أو الراسي عليه المزاد^(1).

للحاسب الحق في التنفيذ على الغلة إلا أنه سيفقد حقه في حبسها كما يفقد هذا الحق إذا ما نفذ على العين الأصلية ، ومن ثم يكون هو وسائر الدائنين يستوفون حقه من ثمنها قسمة غرماء استناداً لنص المادة (1 / 248)^(2).

كما نصت المادة (2 / 106) من القانون التجاري المصري على أنه " مع عدم الاخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي اتخذها الدائنون على المبيع " ، فبصدور قانون التجارة الجديد أصبح شرط الاحتفاظ بالملكية أكثر فعالية إذ يشترط أن يدون هذا الشرط في ورقة ثابتة التاريخ للاحتجاج به قبل الغير ، كما أنه يسري في مواجهة جماعة الدائنين سواء تعلق الأمر بدائن عادي أم دائن ممتاز وسواء تعلق الأمر بالتنفيذ العادي على أموال المدين أم باتباع إجراءات التنفيذ في إطار أحكام الإفلاس التجاري^(3).

تنتقل الملكية الضمان في شرط الاحتفاظ بالملكية إلى المدين الشاري بعد سداد كامل الثمن استناداً لنص المادة (106) من قانون التجارة المصري والتي نصت على أنه "إذا احتفظ البائع بملكية المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأكملها، اكتسب المشتري هذه الملكية بأداء القسط الأخير...".

(1) د . قدري عبد الفتاح ، المرجع السابق ، ص 88 .
(2) د . سليمان مرقس ، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد (الرهن الرسمي، الإختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز)، الطبعة الثانية، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1959 ، ص 599 وما بعدها .
(3) د . محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، المرجع السابق ، ص 99 .

ليس هنالك من ثمة أحكام خاصة في حالة حلول أجل الدين ووفاء المشتري بالتزامه وسلك المشرع العراقي نفس الطريق الذي سلكه المشرع الفرنسي والمصري بخصوص التنفيذ على العقار المرهون وفقاً للإجراءات القانونية دون الحاجة إلى استصدار حكم قضائي بذلك ، إذ نصت المادة (1299) منه القانون المدني العراقي على أنه " للمرتهن أن يستوفي حقه في العقار المرهون رهناً تأميناً وفقاً للإجراءات المقررة لذلك وإذا لم يف العقار بحقه ، فله أن يستوفي ما بقي له كدائن عادي منه سائر أموال المدين " ، فالدائن يستوفي حقه طبقاً لإجراءات معينة تنتهي آخر الأمر إلى بيع العقار جبراً في المزاد⁽¹⁾ ، وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلاً كونه مخالف للنظام العام ، لأن الإجراءات القانونية هي حماية لكلا الطرفين تحقق التوازن بين المصالح المتعارضة ، وهذا ما بينته المادة (1301) التي نصت على أنه " لا يغلق الرهن فيقع باطلاً لكل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون رهناً تأمينياً بالدين أو باي ثمن كان أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون حتى لو كان الاتفاق قد أبرم بعد الرهن " ، وواضح من النص يقع باطلاً كل اتفاق يُمكن الدائن المرتهن من تملك العقار المرهون عند عدم استيفاء حقه وقت حلول أجله ، وشرط تملك المرهون عند عدم الوفاء يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به كما أن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها لأنه من النظام العام ، ويقع هذا الشرط باطلاً سواء قضى بتملك الدائن للعقار عن إبرام الرهن أم بعده ، وخشي المشرع العراقي على المدين من الخضوع للدائن بان يشترط عليه قبول بيع العقار دون إجراءات البيع الجبري التي قررها القانون كان يبيعه بطريقة ودية أو بطريق المزاد دون تدخل دائرة التسجيل العقاري فنص في المادة (1301) على بطلان هذا الاتفاق⁽²⁾ ، فلا يكون أمام الدائن إلا ممارسة حقه المقرر بالقانون باتباع الإجراءات القانونية المنصوص عليها في

(1) أن المشرع العراقي خول دوائر التسجيل العقاري ببيع العقارات المرهونة استناداً للمادة (161) من قانون التسجيل العقاري والتي جاء فيها (تقوم دائرة التسجيل العقاري المخصصة ببيع العقارات الموثقة برهن ام ما هو بحكمة او حق امتياز بناء على طلب تحريري من الدائن المرتهن بتحصيل دينه وملحقاته إذا كان مستحق الأداء) ، فالنص يؤكد على اختصاص دوائر التسجيل العقاري ببيع العقارات الموثقة برهن بالرغم عن معارضة بعض العاملين في تسجيل التسجيل العقاري في أن دوائر التسجيل العقاري تختص بالتسجيل التصرفات العقارية والاحكام القضائية وما في حكمها الواردة على الحقوق العقارية الاصلية والتبعية وان إجراءات المزايده تعتبر من اختصاص دوائر التنفيذ بموجب احكام قانون التنفيذ . ينظر في ذلك : مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 206 – 209 .

(2) د . محمد طه البشير ، وغني حسون طه ، الحقوق العينية ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 429-431 . د. عصمت عبد المجيد ، الوجيز في العقود المدنية المسماة ، الرهن ، المرجع السابق ، ص 235.

القوانين الخاصة بقانون التسجيل العقاري وقانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980 للتنفيذ على العقار المرهون .

كما نصت المادة (1341) من القانون المدني العراقي "للمرتهن حيازة ما للمرتهن تأمينياً من حق في التنفيذ على المرهون ثم على سائر أموال المدين، وتتبع في ذلك أحكام المادة 1299".

فالمرتهن رهناً حيازياً له أن يستوفي دينه بالتنفيذ على العقار المرهون وفقاً لإجراءات بيع العقار المرهون رهناً تأمينياً، وللدائن الحق في أن يشترك في المزايدة التي تجري لبيع العين المرهونة ومن الجائز أن ترسو عليه المزايدة لأنه لا يعد وكيلاً عن المدين استناداً للمادة (592) من القانون المدني العراقي^(1)، والرهن الحيازي كالتامين في بطلان كل اتفاق يملك الدائن المرهون عند عدم استيفاء الدين^(2).

إلا أن المشرع الفرنسي والمصري كما بينا أجاز بتملك الدائن المرتهن في رهن المنقول بعد الحصول على اذن من القضاء استناداً للمادة (2 / 1121) مدني مصري التي أعطت الحق للدائن المرتهن إذا لم يستوفي حقه أن يطلب من القاضي أمر بتمليكه الشيء وفاء للدين بالقيمة التي يقدرها الخبراء إذا لم يستوف حقه بعد حلول أجله ، والمادة (2459) من القانون المدني الفرنسي التي أجازت التملك في الاتفاق عليه في عقد الرهن ذاته ولا مقابل لهذين النصين في القانون المدني العراقي، كما لا مقابل لما جاء به المشرع الفرنسي والمصري بخصوص التنفيذ على المنقول باختيار طريقة لبيعه بإذن القاضي دون اتخاذ إجراءات البيع في المزاد العلني استناداً للمادة (2078) فرنسي والمادة (1 / 1121) مصري ، ونأمل من المشرع العراقي ملاحظة هذا النقص التشريعي لتقوية الضمان وتوازن حقوق كل من الدائن والراهن .

(1) نصت المادة (592) من القانون المدني العراقي على انه (1 - ليس للوكلاء أن يشرروا الأموال الموكلين هم ببيعها وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين أن يشتروا الأموال المكلفين هم ببيعها أو التي يكون بيعها على يدهم 2 - على أن الشراء في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح إذا أجازها.....).

(2) يسئل الكفيل العيني في الرهن الحيازي أو التأميني في حدود المال المرهون وليس له الدفع بالتجريد ، وقد أحالت الفقرة الثالثة من المادة (1341) على أحكام الكفالة العينية في باب الرهن التأميني أي على المادة (1300) التي نصت على (الرهن الحيازي كالرهن التأميني في اقتصار التنفيذ على المرهون إذا كان الراهن غير المدين) . ينظر في ذلك كله : د . صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 160.

لم يختلف موقف المشرع العراقي عن المشرع المصري بخصوص زوال حق الحبس عن الحابس إذا خرج بإرادته فقد نصت المادة (284) من القانون المدني العراقي إلى أنه " يزول حق الحبس بزوال الحيازة "، إلا إذا خرج الشيء من يد الحابس خفيةً دون إرادته فله أن يسترد الحيازة^(1)، وإذا طلب الحائز نفسه التنفيذ على العين وبيعها في المزاد العلني بإرادته حتى يستوفي حقه فإنه يعتبر دائناً عادياً ليس له حق امتياز^(2)، لزوال حق الحبس بإرادته بزوال حيازته ، كون الحبس في الواقع هو حيازة فعلية فمن الطبيعي ينقضي بفقد هذه الحيازة بشرط أن يكون فقد هذه الحيازة إرادياً فحق الحابس يبقى قائماً حتى يستوفي الثمن كاملة ، فله أن يمتنع عن تسليم العين المحبوسة في مواجهة الجميع أي حتى بالنسبة لمن رسا عليه المزاد إذا لم يكن هو الذي طلب التنفيذ على العين وبيعها وهذا يعد امتيازاً عملياً وليس قانونياً^(3).

فيبدو أن الحابس يفقد خصوصية الضمان بمجرد طلب التنفيذ على العين المحبوسة ، وقد تقتضي مصلحة الراسي عليه المزاد والدائنين الآخرين كي يكون التنفيذ مجدياً بالاتفاق عندئذ على إيفاء الحائز حقه كاملاً لتسلم المبيع منه، كما يحق له أن يتسلم الغلة وأن يحبسها عن مالك العين، إلا أنه يجب عليه أن يقدم حساباً للمالك عما انتجته وما قبضه منها وأن يرد العين وما انتجته للمالك عندما يستوفي حقه استناداً للمادة (2 / 283) التي جاء فيها " وعلى الحابس ... ويقدم مساوياً عن غلته " ، فمن حقه حبس الغلة ولكن مقابل هذا الحق عليه أن يقدم حساب عن غلته فلا يجوز للحابس أن يستولي على الغلة ليخصمها من دينه^(4).

أي يتعامل مع الغلة كما يتعامل مع العين المحبوسة ، ومن ثم لا يستطيع أن يستوفي حقه من الغلة كما هو الحال بالنسبة إلى الرهن الحيازي ، لأن الرهن الحيازي حسب تعبير بعض الفقهاء

(1) نصت المادة (284) من القانون المدني العراقي على انه (1 - يزول الحق في الحبس بزوال الحيازة ، 2 - ومع ذلك يجوز الحابس الشيء إذا خرج الشيء من حيازته خفيةً او بالرغم من معارضته أن يسترد الحيازة إذا هو قام بهذا الطلب في خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من حيازته وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه) .

(2) نصت المادة (83) من القانون المدني العراقي (مجرد ثبوت الحق للدائن في حبس الشيء لا يعطيه حق امتياز عليه ..)

(3) د . حسن على الذنون ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 376 - 377 .

(4) د . عبد الباقي البكري ، تنفيذ الالتزام ، الطبعة الأولى ، المعارف ، بغداد ، 1980 ، ص 485 .

تأمين عيني يخول صاحبه حقوقاً لا تترتب على الحق في الحبس الذي لا يعدو أن يكون مجرد امتناع عن تنفيذ ورفضاً لفكرة الحق العيني (1) .

استناداً إلى ما ذهبنا إليه من أن الحق في الحبس هو حق عيني إذا كان محل الحبس شيئاً مادياً تحت يد الحابس، فمن الممكن أن يعامل معاملة المرهون حيازياً من حيث التدوين في ورقة ثابتة التاريخ وممارسة الحابس حقه في التنفيذ على العين كصاحب ضمان عيني حتى وأن خرجت العين المضمونة من يده وبإرادته لمن رسا عليه المزاد، كما يستطيع أن ينفذ على الغلة لاستيفاء حقه منها باعتبار أنه حق عيني يعامل معاملة المحبوس في الرهن الحيازي.

نأمل من المشرع العراقي النظر بخصوص توثيق ذلك الحق في ورقة ثابتة التاريخ كما هو الحال في الرهن الحيازي والنظر في المادة (2 / 283) الخاصة بغلة الشيء لتحقيق الفائدة من هذه الضمانة.

نرى أن الحق في الحبس ممكن تسميته رهناً حيازياً قانونياً، فلا يفترق عن الرهن الحيازي إلا من حيث المصدر، فحقيقة كلاهما واحدة ضمان عيني لاستيفاء الحق.

لم يفصل المشرع العراقي بخصوص شرط الاحتفاظ بالملكية في القانون المدني، ولا حتى التجاري إلا أنه من الممكن تطبيق القواعد العامة الخاصة بعقد البيع وانتقال الملكية في حالة عدم وفاء المشتري ثمن المبيع وما للدائن من ضمانات في ذلك كالفسخ مع التعويض أو الحبس.

الفرع الثاني

حق التقدم والتتبع

يستهدف الضمان حماية الدائن لبلوغ غايته في استيفاء حقه من المدين وذلك عن طريق بيع العين محل الضمان وقبض الدين من ثمنها حسب المرتبة التي هو فيها فيتقدم على الغير في

(1) د . عبد المجيد الحكيم وآخرون ، القانون المدني واحكام الائتزام ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 149- 150 . د . ملاك عبد اللطيف الدارمي ، المرجع السابق ، ص 116 – 117 . د . سعيد سعد عبد السلام ، الوجيز في احكام الائتزام المدني ، المرجع السابق ، ص 171 .

استيفاء ذلك الحق المضمون ، وعلى هذا النحو يجوز له التتبع في الأحوال التي تنتقل فيها ملكية العين محل الضمان إلى شخص آخر غير الدائن الذي تم تخصيص الضمان لأجل استيفاء دينه.

ففي الرهن التأميني العقاري يتعلق بحجز العقار المثقل بالضمان بين يدي الغير ، إذ يعتبر الحجز العقاري كالذراع المسلح للحق في الرهن العقاري وهو حق في التتبع التام كما أطلق عليه الفقه الفرنسي الذي اعتبر الحق في التتبع بالنسبة للمنفول حقاً احتمالياً ، كون الغير مكتسب الملكية يكون محمياً بحسن النية ، بينما الحق في التتبع في الرهن العقاري يمارس ضد الغير مكتسب الملكية بصفة عوض أو بصفة مجانية (الوصية أو الهبة) وعلنيته بتسجيله في أمانة السجل العقاري أو الشهر العقاري تجعله محتجاً بها ، وتعود الفعالية الأكبر للحق في التتبع بالنسبة للعقارات إلى أن دور الحيازة يخسفه الحق في الملكية ، ويعتبر الحق في التفضيل مرتبة معينة في تصنيف الحقوق المتنافسة على قيمة الضمان ، والحق في التتبع هو إمكانية ممارسة الحق في التفضيل فيما يتعلق بثمن الشيء⁽¹⁾ ، وحق التقدم لا يعمل من تلقاء نفسه فعلى الدائن الذي قيد حقه في الرهن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على العقار أو أن يتدخل في إجراءات اتخاذها دائن آخر ، فالدين مطلوب وليس محمول ، فعلى الدائن أن يسعى لاستيفاء حقه⁽²⁾.

حق الدائن المرتهن بالتتبع مرتبط بحق الراهن في التصرف في العقار المرهون ، ولا يتصور قيام أحد الحقين بدون الآخر ، إلا إذا انتقصنا من حق الراهن في الملكية أو من حق المرتهن في الرهن ويعد الحق في التتبع مظهر من مظاهر نفاذ الرهن في مواجهة الغير ويعتبر من أهم آثار الرهن ولكن جوهره حق الأفضلية الذي أنتجه التخصيص ، إلا أن الأفضلية وهي جوهر الحق تظل مهددة إذا لم يساندها الحق في التتبع فبدون هذا الأخير تنعدم كل قيمة للأفضلية بمجرد تصرف الراهن في العقار المرهون لشخص آخر ، فلا يستطيع الدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهته ، فحق التتبع يلجأ إليه الدائن إذا تصرف المدين بالرهن⁽³⁾ ، فإذا استوفى الدائن حقه في مواجهة دائن آخر سمي تقدماً ، وعليه يعد حق التقدم أو الأولوية الميزة الأساسية

(1) عرف الحق في التتبع بأنه (تعينه قانونية تتيح أن تترجم في الوقائع في حالة انتقال المال المثقل ، تخصيص قيمته للدائن) ، ما دام يسعى إليه الدائن الملاحق بالفعل هو حجز العقار بين يدي الغير لكي يدفع له من قيمته ثمن العقار . ينظر في ذلك كله : جاك مستر وآخرون ، قانون التأمينات العينية العام ، المرجع السابق ، ص 467 - 468.

(2) ينظر في ذلك : انسيكلو بيدي دالوز ، الجزء الثاني ، ص 920 ، فقرة 242 . أشار إليه : د . سمير تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، هامش رقم (2) ، ص 229 .

(3) د . سمير تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 243 - 245 .

لحق الرهن وما حق التتبع إلا وسيلة لتمكن المرتهن من مباشرة حقه في التقدم فيما إذا انتقل العقار المرهون إلى الغير⁽¹⁾، وبالنسبة إلى حق الحبس فإن للحابس أولوية عملية ، إذ أن للدائن الحابس من الناحية العملية أن يستوفي حقه كاملاً قبل سائر الدائنين ، فإذا بيعت العين جبراً عنه لا يفقد حقه في الحبس ويبقى متمسكاً به⁽²⁾ .

لممارسة الحق في التتبع ذهب المشرع الفرنسي في المادة (2461) منه على أنه " أن الدائنين أصحاب الامتياز أو الرهن العقاري (المقيدين) على عقار ، يتبعونه في أي يد ينتقل إليها للحصول على ترتيب بين الدائنين واستيفاء ديونهم وفقاً لمرتبتها أو قيدها" ، فلحق في التفضيل يعني مرتبة معينة في تصنيف الحقوق المتنافسة على القيمة ، والحق في التتبع يعني إمكانية ممارسة الحق في التفضيل المسجل في أي يد كانت ، مما يعني بتعبير آخر الحجية ضد الغير حائز الحق في التفضيل فيما يتعلق بثمن الشيء⁽³⁾ ، وعليه فإن الشخص الثالث (الغير حائز العقار) ملزم بدفع ثمن العقار والفوائد المترتبة عليه أو التخلي عن العقار استناداً للمادة (2463)⁽⁴⁾ ، وإذا تخلف عن ذلك ولم يدفع ثمن العقار والفوائد المترتبة ولا يتخلى عن العقار ، فإن للدائن الذي يتمتع بحق التتبع الحق في متابعة حجز العقار وبيعه وفق الإجراءات القانونية بعد التخلي عنه في قلم المحكمة المختصة التي يوجد فيها العقار محل الضمان استناداً للمادة (2464) والمادة (2469) من القانون نفسه⁽⁵⁾ ، كما أن الهلاك الناتج عن فعل واهمال الحائز الذي أدى إلى الإضرار بالدائنين المضمونين برهن عقاري أو أصحاب امتياز ، يعطي الحق للمتضرر في المطالبة بالتعويض استناداً للمادة (2470)⁽⁶⁾ .

(1) د . محمد طه البشير ، د . غني حسون ، الحقوق العينية ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 433 .
 (2) بلانيول وروبييرو اسمان ، 6 فقرة 458 ، ص 615 . أشار إليه : قدرى عبد الفتاح ، نظرية الحق في الحبس ، المرجع السابق ، هامش رقم (15) ص 90 .
 (3) جاك ميتر عما نؤئيل بوتمان مارك ، قانون التأمينات العام ، المرجع السابق ، ص 470 .
 (4) نصت المادة (2463) من القانون المدني الفرنسي (أن الشخص الثالث واضع اليد ملزم ، في الحالة عينها ، اما بدفع جميع الفوائد ورؤوس المستحقة ، مهما بلغت قيمتها ، إما التخلي عن العقار المرهون دون أي تحفظ) .
 (5) نصت المادة (2464) من القانون المدني الفرنسي على انه (في حال تخلف الشخص الثالث واضع اليد عن إتمام إحدى الالتزامات المذكورة ، يحق لكل دائن صاحب حق تتبع على العقار متابعة حجز هذا العقار وبيعه وفقاً للشروط الملحوظة) . ونصت المادة (2469) (يتم التخلي لوجود رهن عقاري في قلم محكمة محل وجود الأموال وتقوم هذه المحكمة بالتصديق عليه) .

(6) نصت المادة (2470) من القانون المدني الفرنسي على انه (أن الهلاك الناتج عن فعل أو اهمال الشخص الثالث واضع اليد ، والذي يؤدي إلى الأضرار بالدائنين المضمونين برهن أو أصحاب الامتيازات ، يتيح إقامة دعوى التعويض بوجهه ، لكن لا يجوز له المطالبة باسترداد المصاريف والتحسينات إلا في حدود زيادة القيمة الناتجة عن التحسينات) .

في رهن المنقول يرسل الدائن إنذاراً إلى المدين أو الشخص الثالث (الغير) ، وبعد ثمان أيام يمكنه إجراء البيع في المزاد العلني استناداً للمادة (93) من قانون التجارة الفرنسي رقم 23 أيار لسنة 1863، إلا أن هذا الحق قلماً يمارس لأن الدائن يفضل التمسك بحقه في الحبس وهذه الضمانة فعالة بوجه الجميع^(1)، كما نصت المادة (2333) منه بخصوص رهن المنقول على أنه "...اتفاق يعطي بمقتضاه منشئ الرهن إلى الدائن حق استيفاء دينه ... بالأفضلية على سائر الدائنين".

يعد إشهار الرهن الحيازي وحيازة المنقول حجة على الغير استناداً للمادة (2337) منه، كما أن ابداع المبالغ أو السندات أو القيم المقررة قضائياً على سبيل الضمانة أو الاحتياط من شأنه تخصيص تلك الايداعات لإيفاء الدين ويمنح حق الأفضلية عليها بمفهوم المادة (2333) المذكورة أعلاه.

في نفس السياق ذهب المشرع المصري إلى أن حق الأفضلية يخول الدائن استيفاء حقه مفضلاً على غيره الذين لا يتمتعون بنفس مركزه، إذ نصت المادة (1030) عن القانون المدني المصري بأنه للدائن بمقتضى الرهن ".... يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه ..."، كما أن المادة (1056) تقرر " يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أم من المال الذي حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أروا القيد في يوم واحد " ، فينشأ حق الدائن في التقدم بقيد الرهن وتحسب مرتبته من تاريخ القيد^(2)، وتحسب مرتبة الرهن من تاريخ القيد حتى لو كان الدين لم ينشأ بعد وقت التنفيذ، بأن كان ديناً مستقبلياً أو احتمالياً أو معلقاً على شرط استناداً للمادة (1057) منه⁽³⁾.

كما أن المادة (1060) من القانون نفسه بينت حق التتبع للدائن في حالة ما إذا تصرف الراهن بالعقار ، إذ نصت المادة على أنه " يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع

(1) فيليب ديلبيك ميشال جرمان ، المطول في القانون التجاري ، الاسناد التجارية المصارف والبورصات ، العقود التجارية الأصول الجماعية ، الجزء الثاني، الطبعة الأولى ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2008 ، ص 942 .

(2) د . سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص 229 وما بعدها .

(3) نصت المادة (1057) من القانون المدني المصري على انه (تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط او كان ديناً مستقبلياً أو احتمالياً) .

ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار ... " ، ويعتبر حائز للعقار المرهون كل من انتقلت إليه باي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أي حق عيني عليه قابل للرهن دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن ، فالنص يضع شرطاً مبدئياً لمباشرة التتبع هو أن يكون أجل الدين قد حل ، ومعنى ذلك أنه لا مجال للتتبع إذا كان الدين لم يحل أجله فإذا حل أجل الدين حلت مباشرة التتبع يستوي في ذلك أن يكون حلول الأجل طبيعياً أو يكون حدث نتيجة سقوطه لأي سبب من الأسباب (1) .

يستفاد من النص أعلاه وجوب توافر شروط في الحائز حتى يعتبر حائزاً أي يجب أن تنتقل إليه ملكية العقار كله أو بعضه أو أي حق عيني قابل للبيع في المزاد العلني بصفة مستقلة والعبرة من هذا الشرط هو أن حق التتبع لا ينشأ إلا عند تقرر حق عيني قابل للبيع في المزاد العلني، فحينها سوف يتعرض مركز الدائن للخطر فيحقق له مباشرة حق التتبع ، ويتحقق باكتساب الحائز ملكية العقار المرهون أو تقرر له حق انتفاع أو إذا تصرف الراهن بملكية الرقبة واحتفظ بالانتفاع، وأن يكون تصرف الراهن بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ويستفاد من هذا الشرط أن حق الحائز إذا تم شهره في تاريخ سابق على قيد الرهن فهنا لا يستطيع الدائن المرتهن أن يحتج بحقه في مواجهته ومن ثم يمتنع عليه مباشرة سلطة التتبع (2) ، والدائن يباشر حقه في الأفضلية على ثمن الشيء المرهون بعد بيعه بالمزاد العلني أو على القيمة المالية التي حلت محل الشيء المرهون في حالة هلاكه أو تلفه وهو ما اقرته المادة (1102) من القانون المدني المصري (3) .

مرتبة الدائن في الأفضلية تتحدد بوقت القيد بالنسبة للعقار ووقت اثبات تاريخ العقد بالنسبة إلى المنقول ، هذا بشرط توافر حيازة ظاهرة ومستمرة للمرتهن ، وهو الشرط المشترك لنفاذ الرهن الحيازي بأنواعه المختلفة في مواجهة الغير ، بالإضافة إلى قيد عقد الرهن بالنسبة

(1) د . سعيد عبد السلام ، الحقوق العينية التبعية ، المرجع السابق ، ص 392 .
 (2) د . شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 315 وما بعدها .
 (3) نصت المادة (1102) من القانون المدني المصري على انه (1- يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطئه أو ناشئاً عن قوة قاهرة . 2- وتسري على الراهن الحيازي احكام المادتين (1048 ، 1049) المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن في الشيء المرهون إلى ما حل من حقوق والتزامات الدائن المرتهن) .

للرهن العقاري استناداً للمادة (1114) من ذات القانون^(1)، وأن يدون في ورقة ثابتة التاريخ بالنسبة للمنفول إلى جانب الحيازة وفق المادة (1117) منه^(2)، والعبرة في نشأة حق الدائن بالتقدم يقيد الرهن وتحسب مرتبته من وقت القيد وليس من وقت الدين وهو ما نصت عليه المادة (1057) التي جاء فيها "تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط ، أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً" .

كما أن حق التقدم يثبت في الرهن الحيازي وحق الاختصاص والامتياز ففي الرهن الحيازي ذهب المشرع المصري في المادة (1530) إلى أنه " ... يسلم إلى الدائن أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه حقاً عينياً يخول الدائن أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في انقضاء حقه من الثمن لهذا الشيء في أي يد يكون " ، يفهم من ذلك أن الدائن في الرهن الحيازي كما هو الحال في الرهن التأميني يتقدم على جميع الدائنين العاديين وعلى جميع الدائنين التاليين له في المرتبة ويتأخر عن جميع الدائنين المتقدمين عليه في المرتبة ويتقاضى حقه إذا حل حق في أي وقت أراد^(3) .

لما كانت الرهونات العقارية لا تنفذ في مواجهة الغير إلا بالتسجيل في دائرة الشهر العقاري، فأذن يسري عليها ما يسري على الرهن التأميني من أحكام خاصة بحق التتبع فحق الدائن في التتبع إذا كان محل الرهن عقاراً ، يعد تطبيقاً مطلقاً في حال تصرف الراهن بالعقار المرهون، إلا أنه يصطدم بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية إذا كان محل الرهن منقولاً سواء أكان حق امتياز(رهن قانوني) أو رهنأ حيازياً فإن القانون اشترط لنفاذ الرهن الوارد على منقول مادي إلى جانب انتقال الحيازة ، تدوين عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة تعيناً كافياً استناداً للمادة (1117) من القانون المدني، فإذا اكتفى بإبرام عقد الرهن شفويّاً أو حرر ولم يكن ثابت التاريخ ، لم يكن باستطاعة المرتهن أن يحتج بالرهن تجاه الغير ، فإذا تصرف الراهن في المنقول إلى الغير حسن النية بالبيع ونحوه قبل توافر هذه الشروط، كان الرهن غير سارياً في مواجهة المتصرف إليه ، كذلك لا يسري في

(1) نصت المادة (1114) من القانون المدني المصري على انه (يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد عقد الرهن وتسري على هذا القيد الاحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي) .

(2) نصت المادة (1117) مدني مصري على انه (يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن) .

(3) د . عبد الرزاق السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ، ص 848 .

مواجهة جماعة الدائنين إلا إذا توافرت شروط سريانه في مواجهة الغير قبل الحكم بشهر الإفلاس⁽¹⁾، استناداً للمادة (1118)، وفي حق الحبس للضمان صرح المشرع المصري في المادة (1/247) بأنه " مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه) ، كما نصت المادة (1/248) بأنه " ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرره) ، وعليه إذا قام الحابس بالتنفيذ على العين المحبوسة فإنه يتمتع عليه رفض تسليمها إلى الراسي عليه المزاد ، لأن في طلبه بيع العين جبراً يعد تنازلاً ارادياً عن حقه في الحبس ، أما بالنسبة إلى الثمن الذي دفعه الراسي عليه المزاد فإنه يوزع عليه وسائر الدائنين قسمة غرماء⁽²⁾، إلا أن حق الدائن يثبت عملياً وليس قانونياً ، فلو أن دائناً أراد أن ينفذ على العين المحبوسة سواء أكان متأخراً عن تاريخ ثبوت الحق في الحبس أم متقدماً عليه ، فباع العين جبراً ، فإن الحابس يستبقي الحق في الحبس في مواجهة هذا الدائن وكذلك في مواجهة المشتري الذي رسا عليه المزاد إلى أن يستوفي حقه كاملاً ولو كان غير ذلك لفق الحق في الحبس أهميته⁽³⁾، فعلى الرغم من عدم حصوله على حق امتياز قانوني إلا أن له الأولوية العملية التي تمكنه من الاستفادة من حق الحبس.

نصت المادة (1072) على إجراءات التتبع إذ جاء فيها " إذا لم يختَر الحائز سداد بعض الديون المقيدة وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون ، كما يجوز في جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن " ، أو يظهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار ، فلا يجوز للدائن أن يتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت واحد ، إذ على الدائن ممارسة حقه في التتبع أن يوجه تنبيهه للمدين وإنذاراً للحائز 9، فضلاً عن وجوب تسجيلهما⁽⁴⁾.

(1) نصت المادة (1118) من القانون المدني المصري على انه (1- الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسري على رهن المنقول. 2-ويوجه خاص يكون للمرهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن).

(2) د . همام محمد محمود زهراء ، التأمينات العينية والشخصية ، المرجع السابق ، ص 625 وما بعدها . د . سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 88 .

(3) د . قدرى عبد الفتاح ، نظرية الحق في الحبس ، المرجع السابق ، ص 90 .

(4) استوجب قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 ضرورة تسجيل التنبيه وكذلك الإنذار ، وقد نصت المادة (412) منه على انه (يسجل الإنذار وان يؤشر بتسجيله على هامش تسجيل التنبيه وإلا سقط تسجيل التنبيه).

يبود أن المشرع المصري بالنسبة للحل الذي اخذه لا يمكن الاستفادة منه فقرر أن العبرة في الاسبقية في القيد ولو تم القيد في يوم واحد استناداً (1056) ، بينما القانون الفرنسي كما لاحظنا في الرهن على عقار اخذ بحل آخر فقرر أن العبرة في هذه الحالة بالأسبقية في تاريخ السند المنشئ للحق ، فالتزام لا يقع بين اصحاب حقوق من نوع واحد ، خاضعة لنفس الإجراءات حتى يمكن معرفة الأسبق فيها في إجراءاته ، فالتزام يقع بين المتصرف إليه وهو صاحب حق عيني اصلي شهر حقه عن طريق تسجيله ، وبين دائن مرتهن شهر حقه عن طريق قيده ، ولا توجد قائمة شهر واحدة تجمع بين هذين الحقين حتى يمكن معرفة ايهما اسبق في الدرجة (1) .

لا يوجد في القانون الفرنسي والمصري يوجب تسجيل السند المنشئ للحق في حبس العقار، وهذا أيضاً ما سوف نلاحظه في نصوص المشرع العراقي بخصوص حق الحبس للضمان كما لا يوجد نص بتوثيق حق الحبس على منقول تحريراً في سند ثابت التاريخ مما أدى إلى أن ينص المشرع صراحة بأن حق الحبس لا امتياز له ، كذلك في شرط الاحتفاظ بالملكية لا توجد نصوص قانونية تؤكد على ضرورة تسجيل هذا الشرط في السجل العقاري أو الشهر العقاري إذا كان المبيع عقاراً، إلا أن المشرع المصري سار إلى ما سار إليه المشرع الفرنسي في ضرورة كتابة هذا الشرط في ورقة ثابتة التاريخ ، إذ نصت المادة (2 / 106) من قانون التجارة المصري على أنه " ... لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على حق الغير إلا إذا كن الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت على المبيع " ، وعليه أصبح الشرط أكثر فعالية فالكتابة تعتبر حجة على الغير مما يجعل البائع يتمسك بحقه قبل الغير ، وإذا انتقلت ملكية العقار للمنفعة العامة

وللحائز استناداً للمادة (1072) من القانون المدني المصري وسائل هيأها المشرع للحائز إذا باشر الدائن سلطة التتبع ، فتارة يكون الحائز حريصاً على الاحتفاظ بالملكية وهنا يتصرف جهده إلى تحرير العقار من الرهن عن طريق قضاء الديون المستحقة للدائنين المزودين بتأمينات خاصة على هذا العقار ، أو باتخاذ إجراءات التطهير التي يستطيع الدائن الاستعانة بهذه الوسيلة القانونية قبل أن يتخذ الدائن إجراءات التنفيذ على العقار بالتنبيه على المدين وانذار الحائز ، وتارة أخرى يكون زاهداً في الإبقاء على ملكية العقار وعندئذ يستمر الدائن المرتهن في مباشرة إجراءات التنفيذ ، على أن الحائز يحرص على عدم ظهور اسمه فيها ولذا أجاز له القانون تخلية العقار ، سواء تخلى عن العقار أو تحمل إجراءات نزع الملكية ، قد يستعين مرة أخرى يحكم قرره القانون يؤدي في نهاية الامر إلى أن يحتفظ بملكية العقار ، إذ أجاز له المشرع الاشتراك بالمزاد بشرط أن لا يعرض ثمناً اقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجاري بيعه .

ينظر في ذلك : د . شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 331 وما بعدها .

أو بيعه جبراً في مزاد علني حيث يترتب على تسجيل حكم مرسي المزاد تطهير العقار من الحقوق التي تنقله^(1)، وينتقل حق البائع إلى التعويض المستحق في الحالة الأولى وإلى الثمن الذي رسا عليه المزاد في الحالة الثانية ، وإذا قام المشتري بالتصرف بالمبيع إلى الغير فإن هذا التصرف لا ينفذ بحق البائع ، ذلك أن الشرط يسري في مواجهة المتصرف إليه طالما كان ثابت التاريخ في وقت سابق على إجراء التصرف ، بغض النظر عن حسن أو سوء نية المتصرف إليه فلا يستطيع التمسك بقعدة الحيابة في المنقول سند الملكية^(2).

يعد ذلك تطوراً هاماً يؤدي إلى استقرار المعاملات، فيتعين على كل من يتعامل بصدد أي شيء أن لا يكون مهملأ بل عليه أن يتأكد من ملكية المتعاقد معه له، وخصوصاً من احتفاظ المالك الأصلي بها لحين استيفاء كامل الثمن، فيثبت للمالك وفق ما بيناه حق أولوية على الملكية المحتفظ بها، إلا أن المشرع المصري في القانون المصري جاءت نصوصه خالية من حق التقدم والتتبع للبائع وهذا أيضاً ما سوف نلاحظه في لقانون المدني العراقي.

وكما بينا سابقاً أن الحق في الحبس استناداً للقانون المدني العراقي والمصري لا يخول امتيازاً للحابس وإن تميز عن غيره من الدائنين من الناحية العملية، كما هو الحال في القانون المدني المصري فبمجرد ثبوت الحق في الحبس لا يعطي الحابس حق امتياز عليه ولا يتقدم على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من ثمن العين المحبوسة إذا بيعت وأريد توزيع ثمنها استناداً للمادة (283/1) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه " مجرد ثبوت الحق للدائن في حبس الشيء لا يعطيه حق امتياز عليه " ، إلا إذا خوله القانون امتيازاً إضافة إلى حقه في الحبس، وقد قرر القانون حق الامتياز لديون عديدة منها المبالغ التي صرفت لحفظ المنقول وفيما يلزم له من إصلاح^(3)، وإلا فإن القانون لا يكفل للحابس أولوية قانونية ، ولكن للحابس مركز يتميز به عن غيره من

(1) نصت المادة (450) من قانون المرافعات المصري على انه (يترتب على تسجيل حكم إيقاع البيع أو التأشير به وفقاً لحكم المادة (448) تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهن الرسمية والحيابية التي على أصحابها بإيداع قائمة شروط البيع وأخبروا بتاريخ الجلسة طبقاً للمادتين (417، 426) ولا يبقى لهم الا حقهـم الرهن) .

(2) د . محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، ص226 . ينظر ايضاً: د . محمد حسين منصور ، النظرية العامة للائتمان ، المرجع السابق ، ص 30 .

(3) نصت المادة (1371) من القانون المدني العراقي على انه (1- المبالغ التي صرفت لحفظ المنقول وفيما يلزم له من اصلاح ، ويكون لها حق امتياز عليه كله . 2- وتستوفي هذه المبالغ من ثمن المنقول مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة، اما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض حسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها).

الدائنين من الناحية الفعلية إذا أرادوا ذوا المصلحة تخلص الشيء من يده فإذا نفذ غير الحائز من الدائنين على العين وبيعت جبراً إلى من رسا عليه المزاد ، وشعر الحائز أن نصيبه في توزيع الثمن لا يفي بكامل حقه ، جاز له أن يحبس المبيع عن رسا عليه المزاد⁽¹⁾ .

نميل إلى ما ذهب إليه الرأي القائل "وهو أن كان اخلاقاً بمبدأ المساواة بين الدائنين إلا أنه إخلال تبرره قواعد العدالة والإنصاف"⁽²⁾ .

فالعدالة والإنصاف يقتضيان أن يستفاد الدائن من الضمان الذي تحت يده وأن ينفذ عليه ويأخذ حقه منه متى أراد ذلك، وبالخصوص أن حق الحبس يتحقق بسبب مقابل لم يدفع، أي أن سببه إخلال بالالتزام بالتنفيذ، أي أن الالتزام المقابل مستحق الأداء وعليه فمن العدالة أن يكون للحابس الحق في التنفيذ على العين محل الحبس والتقدم على سائر الدائنين التاليين له، وعليه نأمل من المشرع أن يعطي الحق للحابس في التمتع بحق الامتياز.

بشرط الاحتفاظ بالملكية نجد أن المشرع العراقي لم يبين حق البائع في التقدم على الغير في حالة تصرف المدين (المشتري) للعين محل الضمان الا أنه بالرجوع إلى حق الملكية وباعتباره حق عيني اصلي وليس تباعي، فمن المؤكد أن يكون للدائن وهو البائع الذي لم يتم بنقل الملكية وتم تأجيلها إلى وقت تسليم كامل الثمن يكون له الحق في الأفضلية على جميع أصحاب الحقوق العينية التبعية، باعتبار أن الحق الأصلي أقوى من الحق التباعي عقلاً ونأمل من المشرع العراقي أن يلتفت إلى هذا النقص التشريعي بخصوص شرط الاحتفاظ بالملكية ومدى حق البائع في الأفضلية.

وقد أكدت محكمة النقض على "أن حق التتبع هو حق عيني يحجج به على الجميع ولا سيما على كل مكتسب بمعزل عن حسن أو سوء نيته" سواء كان مكتسب الحق العيني حسن النية أم سيء النية يثبت حق التتبع للدائن، كما أنها بينت في قرار آخر لها بأن حق التتبع هو شرط لممارسة حق الأفضلية⁽³⁾ .

(1) د . عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني واحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 148

(2) د . منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 494 . كما نصت المادة (391) من القانون المدني الأردني على انه (لا ينفذ الوفاء لبعض الدائنين في حق الدائنين الاخرين إذا كان المدين محجوراً للدين ووفى من المال المحجور او مريضاً مرض الموت وكان الوفاء يضر ببقية الدائنين).

(3) قرارها المرقم 219 بتاريخ 6 تشرين الثاني 2002، كذلك ينظر قرارها المرقم 26 بتاريخ 27 كانون الثاني 1999، أشار إليهما باللوز، المرجع السابق، ص 2129.

المبحث الثاني

حقوق مالك العين المخصصة للضمان

قدمنا بأن الدائن يجتاز مرحلة هادئة لا يلجأ فيها إلى المطالبة بحقه إذ يتربص انتظاراً بحلول أجل الوفاء بدينه ويقتنع بالحق العيني الذي اكتسبه، وعند حلول أجل الدين هنا تبدأ مرحلة عدائية تظهر فيها الآثار الأساسية لتخصيص الضمانات العينية والحال نفسه بالنسبة للمدين إذ يجتاز الفترة السلمية الهادئة قبل حلول أجل الدين حيث لا يلجأ الدائن في هذه المرحلة إلى المطالبة بحقه بالضمان المخصص للدين؛ لأن دينه لم يستحق أجله بعد، وبعد انتهاء هذه المرحلة تبدأ المرحلة الثانية التي تظهر فيها آثار أساسية للضمانات العينية وهي تقابل الآثار الأساسية لحق الدائن والتي تعد بمثابة التزامات له وحقوق لمالك الضمان سواء أكان المدين نفسه أم الكفيل العيني.

للقوف على هذه الآثار بالنسبة إلى المدين ومعرفة حقوقه خلال الفترة السلمية الأولى ثم ما يليها من مرحلة عدائية تظهر بعد حلول أجل الدين سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول منه لحقوق الدائن أثناء الفترة السلمية وثم نخصص المطلب الثاني منه لحقوق الدائن عند حلول أجل الدين (المرحلة العدائية).

المطلب الأول

حقوق مالك الضمان قبل حلول أجل الدين

كقاعدة عامة خلال هذه الفترة السلمية أن مالك الضمان يظل متمتعاً بكافة السلطات التي يخولها حق الملكية ولا يتجرد عن حقه في التصرف بملكه وإن كان هناك قيود ترد عليها باعتبارها حقوقاً للدائن كما بينا ذلك. فيبقى المدين مالك الضمان محتفظاً بملكه وسلطته عليه فيتمتع بحق التصرف في العين محل الضمان ولكن قد يفقد في بعض أنواع الضمانات سلطتي الاستعمال والاستغلال إذا تجرد عن حيازة العين محل الضمان باعتباره مالكا لها، وذلك حسب نوع الضمان وما يتطلبه من قواعد خاصة به، إلا أن الحق في استثمار العين المخصصة للضمان وإدارتها سواء أكان هو المستثمر نفسه أم الدائن يعد حق من حقوقه وتعود عليه فائدته من هذا

الاستثمار لأنه بتسليم الضمان لم يتخلَّ عن ملكيته للضمان ولبيان حقه في ذلك، ارتأينا أن نقسم المطالب إلى فرعين: نخصص الفرع الأول لبيان حق مالك الضمان في الاحتفاظ بملكية العين المخصصة للضمان أما الفرع الثاني فسوف نخصصه لحق المالك في إيجار العين المخصصة للضمان وإدارتها.

الفرع الأول

حق مالك الضمان في الاحتفاظ بملكية العين المخصصة للضمان

إن المدين أو الكفيل العيني عندما يخصص عين معينة كضمان للوفاء بدينه، فهو لا يستغني عن ملكية العين التي خصصها ويمارس عليها سلطاته باعتباره مالكا لها فله كافة السلطات من تصرف واستعمال واستغلال إلا أنه وفي بعض الضمانات العينية قد يتخلى المالك عن حيازة هذه العين فتنتقل سلطة الاستعمال والاستغلال إلى الدائن وفي جميع الأحوال فإن هذه السلطة تعود بالنفع على المدين ومن ثم هي حق من حقوقه.

ففي الرهن التأميني يحق للمالك سواء أكان مديناً أم كفيلاً عينياً أن يحتفظ بحق التصرف في العين محل الضمان كما كان قبل الرهن، أما التصرف الذي يظهر منه بعد الرهن فلا يؤثر في الدائن فله الحق أن يبيع العقار أو يأخذ عليه حق اختصاص أو يرهنه رهناً حيازياً أو قد يثبت على العقار حق امتياز كامتياز المتقاسم فيما إذا كان العقار المرهون شائعاً، فإذا الدائن المرتهن قيد رهنه قبل التصرف المذكور لا تسري في مواجهته هذه الحقوق ويتقدم عليها جميعاً، كما أن للمدين الحق في إدارة العقار حتى يستطيع أن يستغله وإن يقبض ثماره طبيعية كانت أو مستحدثة أو مدنية، فالثمار للمدين لأن له الحق في استغلال العقار المرهون، وهذا الحق يرجع إلى أن الراهن لا يزال مالكا للعقار المرهون حائزاً له في نفس الوقت، كما له أن يستعمله كما كان يستعمله قبل الرهن فإذا كان العقار منزلاً كان يسكنه استمر ساكناً له بعد الرهن، وإذا كان أرضاً فضاء وكان يصطاد فيها أو يستعملها للإقامة، كان له أن يبقى في هذه الأرض وإن يصطاد كما كان الأمر قبل الرهن، ولا يقيد من سلطة الراهن باستعمال العقار المرهون إلا مراعاة حق الدائن

المرتهن.^(1) والأثر ذاته بالنسبة إلى حق الاختصاص في القانون المصري والامتياز بخصوص حق التصرف والاستعمال والاستغلال.

في الرهن الحيازي كما في الرهن التأميني يباشر المالك سلطاته على الشيء المرهون إلا ما يتعارض مع حقوق الدائن المرتهن حيازياً، فله أن يتصرف في العين محل الضمان سواء أكانت عقاراً أم منقولاً تصرفاً قانونياً بنقل ملكيته إلى الغير أم يرهنه ثانياً وهكذا، أما سلطة الراهن المدين في الاستعمال والاستغلال فيباشرها الدائن المرتهن أو العدل الذي يعينه المتعاقدان لهذا الغرض مع خصم ما ينتجه الشيء من ثمار من مستحقات الدائن المرتهن بعد ذلك وتبقى الحيازة للمدين حيازة قانونية أما حيازة الدائن والعدل تعد حيازة عرضية إذ يعد الدائن نائباً عن المدين في إدارة واستغلال الشيء المرهون وقبض ثماره ثم تقديم حساب عن غلة الشيء المرهون وهو تحت يده.^(2)

يبدو أن إدارة واستغلال الرهن في الرهن الحيازي تعد حقاً بالنسبة إلى المدين وللدائن معاً، فهي حقاً للمدين لأنه يستفاد منها في سداد دينه وإن لم يكن هو المستغل أو المستثمر وهي من جهة أخرى حقاً للدائن يستفاد منه في الحصول على دينه.

الحابس خلافاً للدائن المرتهن رهناً حيازياً على الرغم من أنهما يتشابهان من حيث حيازة الشيء محل الضمان، إذ ليس للحابس أن يستولي على الثمرات ويخصمها من الدين فكل ماله هو أن يحبسها مع العين حتى يستوفي حقه وليس له أن يملك الثمرات خصماً من الدين، فينهض حق المدين في التزام الحابس بتقديم حساب عن الغلة التي تحت قبضته فيقدم حساباً عنها للمدين (المالك)، فالعين إذا كانت بطبيعتها تنتج غلة كأرض تزرع أو داراً تسكن فهنا على الحابس أن يستمر في زراعة الأرض أو إيجارها وعليه أن يقدم حساباً عن الغلة إلى المدين المالك، أما إذا لم

(1) فليس للمدين أن ينقص من قيمة العقار في استعماله إياه وليس له أن يهدم العقار المرهون، إلا إذا كان يريد من وراء هدمه أن يقيم على الأرض بناءً آخر لا يقل عن البناء الأول كذلك ليس له أن يترك البناء دون وقاية حتى يتخرب، انظر في ذلك كله: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، ص 397-413. والمعنى نفسه ينظر جاك مستر، قانون التأمينات العينية الخاص، المرجع السابق، ص 651-658. د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 112.

(2) د. عبد الخالق حسن أحمد، التأمينات الشخصية والعينية - الكفالة - الرهن التأميني - الرهن الحيازي - الامتياز، الجزء السابع، دبي (الامارات) 1990، ص 18.

تنتج غلة فينهض حق المدين في المحافظة على العين محل الحبس وصيانتها كما في الرهن الحيازي وهو التزام بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية. (1)

أما المدين وهو المشتري بشرط الاحتفاظ بالملكية فمن حقه تسلم المبيع والانتفاع به قبل سداد كامل الثمن ويتحمل في مقابل ذلك تبعة هلاك المبيع من يوم تسلمه وهذا التسليم هو تسليم قانوني وليس فعلي فمن حق المدين (المشتري) أن يتمكن من حيازة المبيع والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاءً مادياً مادام البائع قد أعلمه بذلك. (2)

لو أردنا أن نجد أساساً تشريعياً لحق المدين في الاحتفاظ بملكيته والتمتع بسلطات المالك فلا يكون إلا بالرجوع إلى ما أورده النصوص القانونية التي تمنح المدين هذا الحق، فإن القانون المدني بالفرنسي قد نص في المادة (2079) منه على أنه: "يبقى المدين مالكا للمرهون حتى نزع ملكيته منه عند الاقتضاء، إذ أنه لا يكون في يد الدائن سوى وديعة تؤمن له امتيازاً عليه" وبذلك يتمتع الرهن بكافة السلطات من تصرف واستعمال واستغلال، فالمالك حر مبدئياً في التصرف بعقاره أو أثقاله بحقوق عينية استناداً للمادة (2340) التي نصت على أنه "عندما يكون المال ذاته موضوعاً لرهونات عديدة متتالية دون نزع الحيازة تحدد مرتبة الدائنين بحسب قيدهم..." فمن الممكن وفق هذا النص أن يتم التصرف بالعقار المرهون رهناً تأمينياً دون نزع الحيازة برهنه مرة أخرى وتعدد الرهن عليه وهو حق مشروع للمدين باعتباره مالكا للعقار محل الضمان كما وإن له الحق بأن يتصرف به عن طريق رهنه رهناً حيازياً بتاريخ لاحق عليه، وإن التصرف اللاحق للتسجيل العقاري أو الامتياز لا يحتج به ضد الدائن المسجل وهو حق للمدين وليس باطلاً لأن القانون أعطى للدائن قبل ذلك الحق، الحق في التتبع والتفضيل على الثمن⁽³⁾، إلا أن هذه التصرفات قد تؤدي إلى تطهير العقار بقوة القانون فتسقط حق التتبع وذلك حال الأمر بالاستملاك للمنفعة العامة استناداً للمادة (12-2)، الفقرة 1 من قانون الاستملاك⁴.

(1) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 1532-1536. د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني، ص 149-150.
(2) د. محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 127.
(3) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص، المرجع السابق، ص 657
(4) نقلاً عن جاك مستر وآخرون، قانون التأمينات العينية الخاص، المرجع نفسه، ص 947.

كما أن للمدين الحق في مسائلة الدائن عن خسارة المرهون أو تلفه الحاصل نتيجة إهماله، الدائن مسؤول عن ذلك كله استناداً للمادة(2080) من القانون نفسه.(¹)

حيث إن للمدين على الدائن بأن يدفع الضرائب والتكاليف السنوية التي تترتب على العقار المرهون وصيانة العقار وإجراء التصليحات المفيدة والضرورية استناداً للمادة(2086)(²) .

إضافة إلى أن للمدين على الدائن أن يجني ثمار العقار المخصص للضمان في الرهن الحيازي العقاري وإن يحسمها من الفوائد وأصل الدين مع المحافظة على العقار وصيانته استناداً للمادة(2389)(³) ، وليس للدائن المرتهن حق استغلال المنقول المرهون من غير رضاء المدين الصريح أو الضمني ويعتبر المنقول المرهون وديعة في يد الدائن المرتهن لضمان حقه(⁴) .

كما أن للمدين الحق في استرداد الضمان والمطالبة بالتعويض قبل حلول أجل الدين إذا أدخل الدائن أو المتفق عليه في المحافظة على الرهن الحيازي للمنقول باعتباره مالاً محتفظ بملكية العين محل الضمان وفقاً للمادة(2344)(⁵) .

لم يختلف موقف المشرع المصري عن المشرع الفرنسي في إقراره بحق المدين في الاحتفاظ بملكيته وما يترتب على ذلك من حقه في التصرف، إذ نصت المادة (1042) من القانون المدني المصري على أنه "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون...". والظاهر من هذا النص أن الراهن يحتفظ بحق تصرفه في العقار المرهون كما كان قبل الرهن، كما أن له الحق في

(1) نصت المادة (2080) من القانون المدني الفرنسي على انه (يكون الدائن مسؤولاً عن خسارة المرهون او تلفه الحاصل بنتيجة اهماله وفق للقواعد الواردة تحت عنوان العقود والالتزامات الاتفاقية بوجه عام)

(2) نصت المادة (2086) من القانون المدني الفرنسي على أنه (إن الدائن ملزم إذا لم يتفق على العكس بدفع الضرائب والتكاليف السنوية التي تترتب على العقار المرهون لصالحه، يجب عليه أيضاً تحت طائلة التعويض عن العطل والضرر أن يقوم بصيانة العقار وبإجراء التصليحات المفيدة والضرورية له، على أن يكون له الحق في أن يقتطع من الثمار جميع المصاريف المتعلقة بمختلف هذه الأعمال)

(3) نصت المادة (2389) على انه (يجني الدائن ثمار العقار المخصص للضمان تحت شرط حسمها من الفوائد إذا كانت متوجبة واستطراداً من أصل الدين).

يتوجب على الدائن تحت طائلة السقوط المحافظة على العقار وصيانته وله استعمال الثمار المحصلة قبل حسمها من الدين، وله في أي وقت الحق في التخلص من هذا الالتزام بإعادة المال إلى مالكه).

(4) (بون فقرة (1181) وفقرة(1182) -جيوار فقرة(142) مكررة- بودري ودي لوان فقرة 96، أشار إليه د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء العاشر، المرجع السابق، هامش رقم2، ص817.

(5) نصت المادة (2344) من القانون المدني الفرنسي على أنه (يجوز لمنشئ الرهن في رهن نزع الحيازة المطالبة باسترداد المال المرهون مع الاحتفاظ بحق المطالبة بالتعويض إذا أدخل الدائن أو الغير المتفق عليه بموجب المحافظة على الرهن...)

استغلال العقار المرهون رهناً تأمينياً استناداً للمادة (1044)⁽¹⁾. وهذا الحق يعود إلى أن المدين لا يزال مالكا للعقار المرهون وحائزاً له، وعليه يثبت له حق استعمال العقار المرهون أيضاً كون العقار في يده يستعمله كما كان يستعمله قبل الرهن، هذا في الرهن التأميني، أما بالنسبة إلى الرهن الحيازي فهو يختلف عن الرهن التأميني بانتقال حيازة الشيء المرهون سواء أكان عقاراً أم منقولاً إلى الدائن وعليه يكون الدائن مسؤولاً عن حفظه وصيانته استناداً للمادة (1103)⁽²⁾. فالملاحظ أن هناك التزامات تترتب على الدائن بالرهن الحيازي بسبب تسلمه الشيء المرهون وهو المحافظة على الشيء واستثماره وإدارته والتي تعد بمثابة حقوق للمدين، فقد نصت المادة (1104) من القانون المدني المصري على أنه "2...- وعليه (الدائن) أن يستثمره استثماراً كاملاً، مالم يتفق على غير ذلك، فيكون استثمار الشيء المرهون استثماراً كاملاً مناسباً له وبالطريقة المألوفة لاستثماره فلا يجوز للدائن المرتهن تغيير هذه الطريقة المألوفة إلا إذا رضي الراهن بذلك فاستغلال الأراضي الزراعية استغلالاً معتاداً يكون بزراعتها بمحصولات عادية كالتن والقمح والأرز وغير ذلك أو أن يقوم بتأجيرها لمن يريد زراعتها واستغلال المنازل للسكن أو تأجيرها للسكنة ولا يجوز تحويلها إلى فندق أو مصنع إلا برضى الراهن"⁽³⁾، وإذا أخل الدائن المرتهن رهناً حيازياً بهذا الواجب من العناية كان للمدين حقين: الحق الأول هو أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة فيوليه الحارس عناية الشخص المعتاد، أما الحق الثاني فللمدين أن يرد الدين المضمون بالرهن قبل حلول أجله استناداً للمادة (2344) سألفة الذكر⁽⁴⁾.

فالضمانات التي لا تنتقل فيها الحيازة يكون للمدين الحق في التصرف بها واستغلالها واستعمالها بنفسه، أما الضمانات التي تنتقل فيها الحيازة فإن حق الاستعمال والاستغلال ينتقل إلى الدائن المرتهن، إلا أن هذا الاستعمال والاستغلال وإن كان من قبل الدائن المرتهن فهو يعود بالفائدة لمصلحة المدين وحق من حقوقه كونه محتفظ بملكه على الرغم من الرهن.

(1) نصت المادة (1044) من القانون المدني المصري على أنه (للاهن الحق في إدارة العقار المرهون، وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار)

(2) نصت المادة (1103) من القانون المدني المصري على أنه (إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه مالم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه).

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص 807-817.

(4) جاء في مذكرة المشروع التمهيدي المصري ما يأتي: (فإن أخل الدائن المرتهن بهذا الواجب من العناية كان للاهن أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة كما يجوز له أن يرد الدين فيسترد الرهن. فإذا لم يكن للدين فوائد، رده بعد خصم الفائدة بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم الحلول).

في شرط الاحتفاظ بالملكية هل أجاز المشرع المصري التصرف بالملكية المحتفظ بها من قبل المدين (الشاري)؟ لا يوجد نص في القانون المدني المصري يبين هذا الحكم ومدى حق المدين في التصرف بالملكية المباعة له، إلا أن القانون التجاري المصري لم يعطي الحق للمدين (المشتري) في التصرف بالمبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بإذن مكتوب من البائع كما أن المشتري إذا تصرف بالمبيع بدون إذن مكتوب من البائع لا يكون نافذاً في حق البائع، وللبيع الحق في أن يطالب المشتري بأداء الأقساط الباقية فوراً إذا تصرف المشتري قبل أدائها، كما أن المشتري (المدين) يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر مع الغرامة استناداً للمادة (107)⁽¹⁾

وبالنسبة إلى حق الحبس للضمان لا توجد هناك نصوص خاصة لبيان حقوق المدين، إلا أنه يمكن الرجوع إلى الأحكام العامة، فالمالك وهو المدين يكون له الحق بالتصرف في ملكيته واستعمالها واستغلالها وهي سلطات يمنحها حق الملكية، ولما كان حق الحبس قريباً من الرهن الحيازي كون الدائن في الضمانان يتمتع بحق القبض ولا اختلاف بينهما إلا من حيث المصدر وعليه سوف يباشر الدائن سلطتي الاستعمال والاستغلال كما هو الحال في الرهن الحيازي، إذ أن في الرهن الحيازي بعد أن يقوم الدائن باستغلال العين يتولى بعد ذلك خصم الغلة من الدين فليس للحابس أن يستولي على الثمرات ويخصمها من الدين بل كل ماله هو أن يحبسها مع العين حتى يستوفي حقه وقد يبيعها إذا كان يخشى عليها الهلاك أو التلف كما أن الحابس ليس له أن يمتلك الثمرات خصماً من الدين كذلك ليس عليه التزام باستغلال العين المحبوسة كما هو الحال في الرهن الحيازي استناداً لنص المادة (247) التي جاء فيها "... وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة وإن يقدم حساباً عن غلته"⁽²⁾.

استناداً للمادة (430) من القانون المدني المصري سألنا الذكر فإن البائع يحتفظ بملكية المبيع إلا أن المشرع المصري أعطى الحق للمشتري الثاني بإبطال البيع لأنه لم يصدر من مالكة،

(1) نصت المادة (107) من القانون التجاري المصري على أنه (1- لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بإذن مكتوب من البائع وكل تصرف يجريه المشتري بالمخالفة لهذا الحكم لا يكون نافذاً في حق البائع إذا أثبت علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله. 2- للبائع عند تصرف المشتري في المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها وبغير إذن منه أن يطالب المشتري بأداء الأقساط الباقية فوراً. 3- يعاقب المشتري عند مخالفة أحكام الفقرة الأولى بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز 500 جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويسري على هذه الجريمة حكم المادة 18 مكرراً أ : من قانون الإجراءات الجنائية. وتأمّر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح إثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً).

(2) كان المشروع التمهيدي لنص المادة (247) يجري على الوجه الآتي (..... وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وأن يقدم حساباً عن غلته وفقاً للأحكام التي تسري في حق الدائن المرتهن رهنأ حيازياً).

وإن هذا البيع لا يسري في حق المالك للعين المبيعة حتى إذا أجاز المشتري ذلك ولم يبطل ابطاله استناداً للمادة(466)⁽¹⁾ فيما أن البائع لم يفقد ملكية الشيء فهنا ليس للمدين (المشتري) الحق في التصرف بالعين محل الضمان إذ يعتبر المشتري مجرد واضع يد أو حائز عرضي ليس له نظرياً سلطة استعماله أو التصرف فيه إلا أنه يستعمله بحكم مركزه الواقعي من جهة أو بسبب الشروط الإضافية الواردة في البيع فلا يستطيع المدين (المشتري) التصرف في المبيع أو تحويله أو ادراجه في شيء آخر مالم يوجد اتفاق بينه وبين البائع إلا أن هذا خلاف الواقع العملي الذي يفرض على البائع تسليم العين محل الضمان إلى المشتري وعندها يتمتع بسلطتي الاستعمال والاستغلال إلا أنه من الممكن أن يتفقا على أن للمشتري الحق بالتصرف⁽²⁾.

كما نلاحظ أن القانون المدني العراقي هو الآخر وضع حقوقاً للمدين الراهن المحتفظ بملكية المرهون، فوفقاً للمادة (1295) يحق للمدين أن يتصرف بالمبيع وغيره في العقار المرهون رهناً تأمينياً كما أنه له الحق في إدارة العقار المرهون وقبض غلته⁽³⁾، وحرية الراهن بالتصرف في العقار المرهون لا يقيدتها اتفاق مع الدائن المرتهن ويكون باطلاً تعهد المدين للدائن المرتهن بأن لا يتصرف بالعقار المرهون وذلك لأن نظام الرهن التأميني يهدف على تمكين المالك من استعمال عقاره وما يمثله من قيمة اقتصادية في الحصول على الائتمان الذي ينشده دون أن يجرّد سلطته بالتصرف، وكما يستتقي المدين حق التصرف بالعقار كذلك يستتقي عنصرى الملكية الآخرين وهما حق الاستعمال وحق الاستغلال، فله أن يستعمل العقار المرهون بنفسه وله أن يستغله فيجني ثمراته وله أن يستولي على ثمار العقار المرهون التي يجنيها لأنها بعد الجني تصبح منقولاً وتخرج عن المال المرهون، كما له أن يبيع المحصولات قبل جنيها فتصبح في هذه الحالة منقولة "تفسيراً لإرادة المتعاقدين" ولا يدخل ثمنها في الرهن بل يقسم قسمة غراماء بين جميع

(1) نصت المادة (466) من القانون المدني المصري على انه (1-إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب ابطال البيع. ويكون الامر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل - وفي كل حال ال يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد).

(2) ان المشرع المغربي في إطار تنظيمه لعقد البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية تعامل بنوع من الليونة فيما يتعلق بالأشياء المنقولة اذ سمح للمشتري ان يتصرف بالمبيع ببيعه مرة أخرى ولو قبل أدائه للثمن فبالرجوع إلى الفصل 25-618 نجد نص على انه (في حالة قيام المشتري ببيع الشيء المنقول تصبح حقوق البائع الأول في استيفاء ما تبقى من يده قائمة في ثمن البيع او في التعويض الذي ستؤديه شركة التأمين لمشتري عند الاقتضاء).

(3) نصت المادة (1295) من القانون المدني العراقي على أنه: - يجوز للراهن أن يتصرف بالمبيع وغيره بالعقار المرهون رهناً تأمينياً وتصرفه هذا لا يؤثر في حق المرتهن. - وله الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض غلته إلى وقت التحاقها بالعقار وفقاً لقواعد الإجراءات

الدائنين كما له أن يحصل على الثمار المدنية (الإيجارات)، وأخص ما يتصل بالاستغلال هو إيجار العقار المرهون⁽¹⁾.

لا يفقد المدين في الرهن الحيازي كما في الرهن التنفيذي التأميني ملكية المال المرهون ولا ما يتفرع عن هذه الملكية من مزايا التصرف والاستعمال والاستغلال فيجوز للمدين أن يتصرف في المال المرهون بالبيع أو الهبة أو الرهن ثانية استناداً للمادة (1334)⁽²⁾ ، وإذا كانت ميزتا الاستعمال والاستغلال مما يتعذر على الراهن استعمالهما بنفسه وذلك لوجود المال المرهون في حيازة الدائن المرتهن إلا أنه ليس معنى ذلك أنهما أصبحا حق للدائن المرتهن بل تبقى للمدين قيمتها المالية لأن الرهن لا ينقص شيئاً من قيمة المال وكل ما في الأمر أن المدين لا يستطيع أن يستعمل الشيء ويستغله بنفسه وإنما عن طريق من انتقلت إليه حيازة المرهون وهو الدائن المرتهن، كما أن للمدين على الدائن المرتهن بالرهن الحيازي المحافظة على الشيء المرهون وإدارته واستغلاله إذ يلتزم الدائن بحفظ الشيء المرهون وصيانته وإن يبذل في سبيل ذلك ما يبذله الشخص المعتاد وهذا الأمر يستلزم من الدائن القيام بإنفاق المصروفات اللازمة لهذا الغرض ودفع ما يستحق على المرهون من ضرائب وتكاليف استناداً للمادة (1/1338)⁽³⁾ ، ويدخل في العناية المطلوبة من الدائن أن يقوم باعتباره حائزاً إلى إخطار المدين بما عسى أن يهدد المرهون من هلاك أو تلف أو نقص بالقيمة فإن لم يفعل ذلك كان من حق المدين مسألته قانونياً ويكون له الحق في هذه الحالة أن يسترد الشيء المعرض للتلف واستبداله بغيره استناداً للمادة (1/1339)⁽⁴⁾، وإذا قصر الدائن في حفظ وصيانة المرهون وترتب على ذلك هلاكه أو تلفه ، يكون الحق للمدين بالتعويض عما لحقه من ضرر إلا إذا كان الهلاك بسبب أجنبي تطبيقاً للقواعد العامة⁽⁵⁾ وإذا قصر الدائن في إدارة المرهون وكانت إدارته سيئة وكان إهماله جسيماً، فللمدين الحق في استرداد المرهون في مقابل وفاء الدين فوراً وفي هذه الحالة الأخيرة ينبغي إلا يثري الدائن بسبب إخلاله

- (1) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 414-417.
- (2) نصت المادة (1334) من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز للراهن أن يتصرف بالبيع وغيره في الشيء المرهون رهناً حيازياً وأي تصرف يصدر لا يخل بحق المرتهن).
- (3) نصت المادة (1/1338) على أنه (على المرتهن أن يبذل في حفظ المرهون رهناً حيازياً وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه وأن يدفع ما يستحق عليه من ضرائب وتكاليف على أن يرجع بذلك على الراهن وهو مسؤول عن هلاكه كلاً أو بعضاً ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه)
- (4) نصت المادة (1/1339) على أنه (يتولى المرتهن إدارة المرهون رهناً حيازياً، وليس له أن يتصرف فيه ببيع أو برهن وعليه ان يبذل في إدارته من العناية ما يبذله الرجل المعتاد وليس له أن يغير في طريقة استغلاله إلا برضاء الراهن).
- (5) انظر للمادة 168 من القانون المدني العراقي.

بالتزامه، فإذا كان الدين مؤجلاً دون فوائد كان للمدين الحق في أن يخصم منه مقابل الباقي من الأجل على أساس الفوائد القانونية وهذا ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة(1339)⁽¹⁾.

يلاحظ أن المادة الخاصة بحفظ المرهون لم تبين طبيعة التزام الدائن هل هو التزام ببذل عناية أم هو التزام بتحقيق نتيجة وإن كان من الأفضل أن يكون هذا الالتزام بذل عناية دون التشديد على الدائن كي لا يعزف عن الرهن الحيازي.

في حق الحبس نجد أن المشرع العراقي اقتصر على بيان قواعد عامة بحق الحبس وأحكام متفرقة دون التفصيل ببيان حقوق المدين الذي امتنع عن التنفيذ بالنسبة لملكيته المحبوسة عند الحابس (الدائن) والحال نفسه بالنسبة للمشرع الفرنسي والمصري إلا أنه من الممكن الرجوع للمبادئ العامة في القانون التي تبين حق المدين المحتفظ بملكيته بالنسبة إلى حق الحبس فله استعماله واستغلاله والتصرف فيه كونه مالاً له إلا أن طبيعة حق الحبس تقتضي وضع محل الضمان تحت يد الحابس (الدائن) ومن ثم وكما بينا سابقاً أن قبض الشيء يؤدي إلى انتقال سلطتي الاستعمال والاستغلال إلى الحابس (الدائن)، إلا أن على الحابس وكحق للمدين أن يحافظ على الشيء ويقدم حساباً عن غلته استناداً للمادة (2/283)⁽²⁾، فعليه أن يقدم حساباً له عما أنتجته وما قبضه منها وإذا استعمل العين وانتفع بها فلا يجوز أن يقع ذلك دون مقابل بل يجب عليه أن يردها إلى مالكها مع العين وإذا كلفه في حبسها نفقات فلا يستطيع خصم ذلك من غلتها كما هو الحال في الرهن الحيازي، فلا يجوز للحابس أن يستولي على الغلة ليخصمها من دينه⁽³⁾.

ويبدو لنا أن حق الحبس العيني للضمان الذي حددناه في نطاق أطروحتنا هو حق عيني كما هو الحال في الرهن الحيازي وعليه من الممكن تطبيق أحكام الرهن الحيازي على حق الحبس للضمان لوجود التشابه بينهما ، من حيث القبض أو التسليم ونأمل من المشرع العراقي أن يضع فصلاً خاصاً بالضمانات العينية يورد فيه أحكام هذه الضمانات على نحو من التفصيل ووضع الأحكام الموحدة للضمانات التي يتمتع بها الدائن بحق القبض كما هو الحال في الرهن الحيازي

(1) نصت المادة(2/1339) على أنه (فإذا أدار المرهون إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً، كان للراهن أن يطلب وضعه في يد عدل أو أن يسترده مقابل دفع ماعليه وفي الحالة الأخيرة إذا كان الدين الموثق بالرهن ليس له فوائد منفصلة عنه ولم يكن قد حل أجله فلا يكون للمرتهن إلا ما يبقى من الدين بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني على المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين).

(2) نصت المادة (2/283) من القانون المدني العراقي على أنه (... وعلى الحابس أن يحافظ ويقدم حساباً عن غلته...).

(3) د. عبد الباقي البكري، تنفيذ الالتزام، بدون طبعة، مطبعة الزهراء، بغداد، 1971، ص485.

وحق الحبس فالضمان والحق نفسه بالنسبة إلى شرط الاحتفاظ بالملكية إذ لا يوجد هناك نصوصاً تفصيلية تبين أحكام هذه الضمانة المتشابهة مع البيع الإيجاري، إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني العراقي.

الفرع الثاني

حق المالك في إيجار العين المخصصة للضمان

بيّنا أن للمدين الحق في استغلال عين الضمان وإن يقبض ثمارها سواء أكانت طبيعية أم مستحدثة أم مدنية، فالثمار للمدين لأن له الحق في استغلال عين الضمان وإن كان هذا الاستغلال عن طريق الدائن في حالات معينة كما في الرهن الحيازي إلا أن ثمار العين حق للمدين وهذا الحق يرجع إلى أن المدين لا يزال مالكا للعين محل الضمان باستثناء شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع فإن هذا الحق لا يتمتع به المشتري كونه لا يعد مالكا للعقار إلا بعد سداد كامل الثمن.

يستطيع المدين أن يوجه استغلاله بالوجهة التي يراها فإذا كانت العين محل الضمان أرض زراعية تنتج محصولات عادية جاز للمدين أن يزرع فيها أشجاراً للفاكهة أو الأزهار فيحول الأرض إلى حدائق مثمرة، كما أن له أن يحول الأرض الزراعية إلى أرض صناعية أو إلى مباني للسكنة، ولا يحد من سلطة المدين سواء أكان هو المدين نفسه أم كان كفيلاً عينياً مادام يتمتع بحق الملكية على العين إلا حق الدائن، فلا يجوز للمدين مثلا أن يحول عين الضمان إلى أغراض أخرى تنقص من قيمة الضمان، وأهم ما يعرض للمدين في ذات العقار المضمون واستغلاله هو إيجار العقار المضمون ونفاذ ذلك في حق الدائن.

ففي الضمانات الخاصة بالعقار ذهب الفقه في فرنسا أن الإيجارات المنشورة والسابقة على تسجيل العقار محل الضمان نافذة في حق الدائن ومحتجاً بها ضده، أما الإيجارات اللاحقة لتسجيل الضمان غير محتجاً بها ضد الدائن ويبقى فيها المدين سيد إدارة ذمته المالية وبإمكانه عقد إيجارات خاضعة للعينية⁽¹⁾.

(1) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص، المرجع السابق، ص 652-654. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات، المرجع السابق، ص 52.

منهم من ذهب إلى أن الإيجار لا يسري بكامل مدته على الدائن إلا إذا كان مسجلاً قبل تاريخ الضمان، أما إذا كان مسجلاً بعد تاريخ الضمان ولكن له تاريخ ثابت على تسجيل تنبيه نزع الملكية فإنه يسري لمدة محددة يحددها القانون أما إذا كان بعد تنبيه نزع الملكية فإنه لا يسري في حق الدائن⁽¹⁾.

قد استند الفقه في ذلك إلى ما أسسته تشريعاتهم بخصوص حق المدين بإيجار العين محل الضمان باعتباره مالكا لها، إذ يتمثل بما جاءت به النصوص القانونية لتلك التشريعات التي تعطي الحق للمدين بإيجار العقار مع اختلاف الأحكام المتفرعة عن الحكم الأصلي.

ففي التشريع الفرنسي تعد الإيجارات المنشورة قبل تسجيل التأمين محتج بها ضد الدائن المرتهن عقاريا أو حائز امتياز استناداً للمادة (30-3) للمرسوم 4 كانون الثاني 1955 (الحقبة تفوق اثنتي عشرة سنة)، فيكون الإيجار محتجا به خلال 12 سنة اعتباراً من تسجيل التأمين أيّاً كانت مدته السابقة، أما بالنسبة إلى الإيجارات اللاحقة لتسجيل الضمان فمبدئياً غير محتجا بها ضد الدائن المسجل ويبقى المدين بإمكانه عقد الإيجارات إذا كانت مدتها لا تتجاوز اثنا عشرة سنة (المادة 28-1-b من مرسوم 4 كانون الثاني 1955) فلا يحتج بها ضد الدائن المسجل قبلها لمدة تفوق اثنتي عشرة سنة الأولى أما الإيجارات الأقل من اثني عشر سنة التي تعتبر مجرد أعمال إدارة محتج بها بكامل مدتها، وبالمقابل إذا لم تكن الإيجارات الأكثر من اثنتي عشرة سنة محتج بها لكامل مدتها إلا بشرط أن تكون قد نشرت قبل تسجيل الضمان، فذلك لأنها لا تعامل مجرد أعمال إدارة وإنما كأعمال تصرف، فبما أن المدين (المالك) يتمتع بحق الاستعمال يبقى سيديا لملكه ولكن الدائن له الحق في مراقبة هذه الأعمال لأنها قابلة لأن تنقص من قيمة الضمان، ويسعى المشرع الفرنسي في هذه الحالة إلى التوازن بين مصلحة الدائنين والمالك والمدين، فليس الإيجار المنشور بعد تسجيل الرهن العقاري أو الامتياز محتجاً به طول مدته وإنما خارج اثنتي عشرة سنة ويتيح ذلك للمدين جني منفعة العين محل الضمان التي قام بإيجارها بإيجارات ممتدة تحقق له بدلات إيجارات بدون ائثال رهن دائنيه بإعطاء المستأجر الحق في استقرار جدا كبير بحيث يتمتع مدة مناسبة، ويحصد نتائج تقصيره في نشر سنده والنشر بعد فوات الأوان يعني عدم النشر، والنتيجة أن الإيجارات التي تم نشرها قبل تسجيل الضمان (الرهن العقاري والامتياز) محتج بها

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص405-407.

ضد الدائن أما الغير منشورة فلا يحتج بها، كما أن الإيجارات التي تزيد عن اثنتي عشرة سنة والمنشورة بعد تسجيل الرهن العقاري أو حق الامتياز غير محتج بها كلياً، وتكون الإيجارات الأقل من اثنتي عشرة سنة محتجاً بها وهي من حق المدين في حين أن الإيجارات ذات المدة الأطول ليس محتجاً بها⁽¹⁾.

قد اختلف المشرع المصري عن المشرع الفرنسي في تحديد الوقت الذي ينفذ فيه الإيجار في حق الدائن وعدم نفاذه، إذ اعتبر تسجيل تنبيه نزع الملكية⁽²⁾ هو الحد الفاصل فيما إذا كان الإيجار سابق على هذا التنبيه أم لاحقاً عليه، إذ نصت المادة (1045) من القانون المدني المصري على أنه " 1- الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه الملكية، أما إذا لم يكن الاجار ثابت التاريخ على هذا الوجه أو يكون قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة فلا يكون نافذاً إلا إذا امكن اعتباره داخلاً في أعمال الإدارة الحسنة"، أن أعمال هذا النص لا يثور إلا بعد مرحلة البدء بالتنفيذ، فقد فرق المشرع بين إيجار أبرم قبل تسجيل التنبيه و إيجار أبرم بعده والفيصل في ذلك هو ثبوت التاريخ، فقد جعل المشرع منزلة الإيجار المبرم قبل تسجيل التنبيه بمنزلة المبرم بعد هذا التسجيل ففي الحالتين لا ينفذ إلا إذا اعتبر من قبل أعمال الإدارة الحسنة⁽³⁾.

اشترط المشرع في ذلك أن تكون الأجرة قد عُجلت فإذا كان الإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل نزع الملكية أو عقد بعد تسجيل هذا التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة فإنه لا يسري في حق الدائن إلا في حدود أعمال الإدارة الحسنة فيسري لمدة سنة واحدة أو أقل أو أكثر بحسب ما يقدره قاضي الموضوع، كما أن الفقرة الثانية من المادة نفسها نصت على أنه "وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات فلا يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن إلى لمدة

(1) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص، المرجع السابق، ص652-655. كما ان المادة(2390) من القانون المدني الفرنسي نصت على أنه (يجوز للدائن ان يؤجر العقار من الغير او حتى من المدين دون ان يفقد حيازته لهذا العقار).

(2) نصت المادة (415) من قانون المرافعات المصري على انه (لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العيني في العقار ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو امتياز في حق الحاجزين ولو كانوا دائمين عاديين ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة 417 ولا من حكم بإيقاع البيع عليه إذا كان التصرف أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية).

(3) إن عدم نفاذه من حيث المبدأ فمرده عدم تمكين الراهن من الاضرار بالدائنين عن طريق التأجير بأجر زهيد، إذ العقار على طريق الخروج عن ذمته وأما نفاذه إذ اعتبره من اعمال الإدارة الحسنة فمرده إلى انتفاء هذه الشبهة، انظر في ذلك د. سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص343-344.

تسع سنوات مالم يكن قد سجل قبل قيد الرهن" (1)، فإذا كان الراهن قد أجر العقار المرهون لمدة اثنتي عشرة سنة دون أن يسجل عقد الإيجار ولكن هذا العقد كان له تاريخ ثابت سابق على تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المرهون بخمس سنوات مثلاً، سرى الإيجار في حق الدائن لمدة تسع سنوات فقط وتبدأ مدة التسع سنوات من بدء سريان عقد الإيجار، فيسري هذا العقد على الدائن المرتهن لمدة أربع سنوات من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية، ويجب على الدائن المرتهن إذا نزع ملكية العقار المرهون أن ينزعها باعتباره مؤجراً لمدة أربع سنوات منذ تسجيل تنبيه نزع الملكية (2) .

ذهب المشرع العراقي إلى ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في تحديد مدى نفاذ الإجارة وعدم نفاذها من وقت عقد الرهن نفسه، نصت المادة (1303) على أنه "1- الإجارة المنجزة الصادرة من الراهن لا تنفذ في حق المرتهن إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل الرهن 2- الإجارة المضافة التي تبدأ بانتهاء الإجارة المنجزة ولا تنفذ في حق المرتهن إطلاقاً إلا إذا سجلت في عقد الرهن"، علماً أن المادة (314)(3) من قانون التسجيل العقاري العراقي قد نصت على " إيجار العقار المرهون وإعادة صياغة الأحكام المذكورة بحيث إنه إذا كان العقار المرهون مؤجراً وثبت الإيجار في سجل الرهن بموافقة الدائن المرتهن فهذه الإجارة تكون نافذة بحقه، وبين أن يكون العقار المرهون تم تأجيله من غير أن يوضح ذلك في سجل الرهن وهذه الإجارة لا تنفذ بحق الدائن إلا إذا كانت بعقد رسمي ثابت التاريخ قبل تسجيل الرهن فإنها تنفذ بحق الدائن خلال مدة الرهن على أن لا تزيد على ثلاث سنوات من بدء عقد الإيجار" (4) .

(1) نصت المادة (11) من قانون الشهر العقاري المصري على انه (يجب تسجيل الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار اذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بأكثر من اجرة ثلاث سنوات مقدما وكذلك الاحكام النهائية المثبتة بشيء من ذلك ويترتب على عدم تسجيلها انها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإيجارات والسندات وفيما زاد على اجرة ثلاث سنوات بالنسبة للمخالصات والحوالة).

(2) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص406-408.

(3) نصت المادة (314) من قانون التسجيل العقاري العراقي على انه (1- إذا ان العقار المرهون مؤجراً فينبغي تثبيت ذلك في سجل الرهن بموافقة الدائن المرتهن وتعتبر هذه الاجارة نافذة بحقه. 2- الاجارة المنعقدة بعد تسجيل الرهن لا تنفذ بحق الدائن المرتهن الا إذا اشرت في السجل بموافقته. 3- إذا تبين ان العقار المرهون مأجور بعقد رسمي ثابت التاريخ قبل تسجيل الرهن ولم يبين ذلك في سجل الرهن فتعتبر هذه الاجارة نافذة بحق الدائن المرتهن خلال مدة الرهن على ان لا تزيد على ثلاث سنوات من بدء سريان عقد الايجار ولا يخل ذلك بحق ذوي العلاقة بمراجعة المحاكم المختصة بهذا الشأن).

(4) د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة (الرهن)، المرجع السابق، ص238. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص418.

رأينا في الرهن الحيازي أن المرتهن يستغل المال المرهون لحساب المدين الراهن وليس لحسابه الخاص، فالغلة الناتجة من المرهون هي ملك المدين، إلا أن على الدائن أن يلتزم باستثمار المرهون التزاماً كاملاً، فإذا كانت أرضاً أو منزلاً عليه أن يوجرها إلا إذا عوفي من ذلك بموجب اتفاق بينه وبين المدين، أي أن على الدائن تأجير المرهون لصالح المدين، وإذا قام بالسكن في المنزل المرهون عليه أن يدفع أجرته إلى المدين، إلا أن استغلال المرهون من قبل الدائن باستثماره سواء أكانت ثمرات طبيعية أم مدنية فهي ليست بمستلزمات الرهن الحيازي، إذ من الممكن أن يعفى الدائن عن ذلك بموجب اتفاق بينه وبين المدين استناداً للمادة (1339) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها على أنه (1- يتولى المرتهن ادارة المرهون رهناً حيازياً، وليس له ان يتصرف فيه ببيع او برهن، وعلين ان يبذل في ادارته من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، وليس له ان يغير في طريقة استغلاله الا برضاء الراهن.2- فإذا ادار المرهون ادارة سيئة، او ارتكب في ذلك اهمالاً جسيماً، كان للراهن ان يطلب وضعه في يد عدل او ان يسترده مقابل دفع ما عليه، وفي الحالة الاخيرة اذا كان الدين الموثق بالرهن ليست له فوائد منفصلة عنه، ولم يكن قد حل اجله، فلا يكون للمرتهن الا ما يبقى من الدين بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين.) ، كما أنه يجوز للمدين الراهن للعقار رهناً حيازياً أن يستأجره من الدائن وإن يكتب الإيجار في سند الرهن عند الاتفاق عليه وقت الرهن أو على هامش تسجيل الرهن في دائرة التسجيل العقاري إذا اتفق على الإيجار بعد عقد الرهن استناداً للمادة (2/1337) والتي جاء فيها على أنه (2- ومع ذلك يجوز لراهن العقار رهناً حيازياً ان يستأجره من المرتهن ويجب ان يذكر في الايجار في سند الرهن اذا اتفق عليه وقت الرهن وان اتفق عليه بعد ذلك وجب ان يؤشر به على هامش تسجيل الرهن في دائرة التسجيل العقاري)

التي استثنى فيها المشرع العراقي من قاعدة انتقال الحيازة وبقائها لدى المرتهن أو العدل إيجار العقار المرهون لنفس الراهن واشترط لذلك أن يذكر هذا الإيجار في سند الرهن إذا تم الاتفاق عليه عند الرهن أما إذا تم الاتفاق عليه بعد الرهن كان شهره عن طريق التأشير في هامش تسجيل الرهن في دائرة التسجيل العقاري، وعليه بقاء العقار المرهون بيد المدين الراهن أو عودته إليه على سبيل الإيجار لا يؤثر في صحة العقد ولزومه ولا في قيام حق الرهن ونفاذه قبل الجميع بشرط أن يتم شهر الإيجار وذلك لحماية الغير إذ بواسطته يستطيع الغير أن يعلم أن العقار موجود في يد المدين على سبيل الإيجار وانه مازال محملاً بالرهن على أن هذا الاستثناء قاصر على

إيجار العقار المرهون حيازة أما المنقول فيبقى فيه لقاعدة استمرار الحيازة حكماً ومن ثم إجارته للمدين الراهن لا تعني بطلان الرهن لبقاء يد الدائن حكماً، ولما كان الدائن ليس له أن ينتفع بالمرهون رهنأ حيازياً فإن كل يحصل عليه من ريع المرهون يخضم من الدين الموثق بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله، وما يدفعه المدين مقابل استجاره للعقار المرهون يعود بالنفع عليه عن طريق خصمه من الدين الموثق بالرهن استناداً للمادة (1340)⁽¹⁾، ونلاحظ أن المشرع العراقي يخالف هنا الأحكام العامة في المقاصة التي تقضي بأن المقاصة لا تقع إلا إذا كان الدينان مستحقي الأداء استناداً للمادة (2/409) من القانون المدني العراقي، لأن المادة (1340) تنص على أن ما يستفاد به الدائن من المرهون يخضم من الدين الموثق بالرهن حتى لو لم يحل أجله فتحدث مقاصة بين غلة المرهون والدين المضمون وإذا كان الدائن يستعمل المرهون بنفسه كما إذا سكن المنزل المرهون تقدر قيمة الفائدة التي عادت إليه لخصمها من أصل الدين⁽²⁾، ومن ثم سيكون استغلال المال المرهون يعود بالنفع على الدائن لخصم الدين منه وعلى المدين يوفي من الغلة دينه فتحصل المقاصة بين غلة المرهون والدين المضمون.

ليس هنالك أحكام خاصة بحق الحبس للضمان تبين حق المدين في تأجير العين المحبوسة عند الدائن، إلا أنه من الممكن الرجوع في ذلك إلى الأحكام العامة في القانون المدني العراقي التي تعطي الحق لمالك العين أن يستغلها ومن ثم يستطيع أن يقوم بتأجيرها لكن هل ستنفذ الإجارة بحق الحابس ومتى تنفذ هذه الإجارة؟ لم يرد المشرع العراقي نصوصاً بهذه الأحكام الخاصة بحق الحبس إلا أنه الأحكام الخاصة بالرهن الحيازي ممكن تطبيقها على حق الحبس للضمان وهي الحل الأمثل لتلافي هذا النقص التشريعي لتمتع الضمانين بميزة الاستيلاء على العين محل الضمان.

في شرط الاحتفاظ بالملكية لم يبين المشرع العراقي أحكام خاصة في حق المدين بتأجير العقار المحتفظ بملكيته ومدى نفاذه بحق البائع ويعد ذلك نقصاً تشريعياً يحتاج بيان أحكام تفصيلية في ذلك، إذ أن عقد البيع يتكفل بنقل الملكية التي يتمتع من انتقلت إليه بكافة السلطات من تصرف

(1) نصت المادة (1340) من القانون المدني العراقي على أنه (ليس للمرتهن ان ينتفع بالمرهون رهنأ حيازياً دون مقابل، وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفاده من استعماله، يخضم من الدين الموثق بالرهن ولم يكن قد حل أجله، على ان يكون الخصم اولاً من قيمة ما أنفقه عليه، وما دفعه من الضرائب والتكاليف وما استحقه من التعويض ثم من المصروفات والفوائد، ثم من أصل الدين).

(2) المقصود بالغلة التي تخضم من الدين المضمون هو صافيها بعد استقطاع المصروفات التي انفقت عليها. انظر في ذلك محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص533.

واستعمال واستغلال استناداً للقواعد العامة في القانون المدني، لكن في حالة عدم تحقق هذا الانتقال للملكية فإننا نكون بصدد نوع من الفراغ القانوني وهذا الفراغ يتزايد عندما نجد المشتري لا يستطيع واستناداً إلى نصوص قانونية أن يمارس على البضاعة أي سلطة مباشرة على الرغم من أن الحيازة المادية تسمح للمشتري بأنه يستعملها قبل الوفاء بالثمن.

المطلب الثاني

حقوق مالك الضمان عند حلول أجل الدين

عند حلول أجل الدين ينتهي الضمان من حالة ركوده ويستطيع الدائن الذي تم تخصيص العين للوفاء بدينه أن ينفذ على العين محل الضمان، وجاز له أن يستوفي حقه مفضلاً على الدائنين العاديين والتاليين له المرتبة، كما بينا ذلك في حقوق الدائن بعد حلول أجل الدين، ولما كان حق الضمان يتركز في العقار الذي تم تخصيصه للوفاء بالدين وهو سلطة تخول الدائن أن يستوفي حقه من ثمن هذا الضمان المخصص طبقاً للإجراءات القانونية، هذا في حالة إذا لم يستوفِ الدائن حقه من المدين أما إذا استوفى الدائن حقه فإن من حق المدين رد عين الضمان، فكما أن للدائن حقوق أثناء الفترة السلمية قبل حلول أجل الدين وبعد حلول أجل الدين فإن للمدين أيضاً حقوقاً قبل الدائن يتمتع بها أثناء الفترة السلمية والتي بينها آنفاً وكذلك بعد الفترة السلمية والتي هي عند حلول أجل الدين، وهي الفترة التي يستوجب على المدين أن يوفي للدائن كامل حقه أو ينفذ على الضمان ولكن قبال هاذين الالتزامين هناك حقوق أخصها الفقه والقانون للمدين لتحقيق التوازن بين كلا الحقين حق الدائن والمدين، ومن حق المدين الأساسي هو رد العين محل الضمان كما وله الحق في عدم تملك الدائن للعين محل الضمان أو بيع الضمان دون اتباع الإجراءات القانونية، إذا لم يستوفِ الدائن حقه عند حلول الأجل، وعلى ضوء هاذين الحقين سوف نقسم المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول لبيان حق مالك الضمان في تأشير إقرار الدائن رد العين محل الضمان ثم نخصص الفرع الثاني لحق مالك الضمان في بطلان شرطي تملك الضمان أو الطريق الممهد.

الفرع الأول

حق مالك الضمان في تأشير إقرار الدائن أو رد العين ونقل الملكية

قد يكون الدين قد انقضى أو زال كأن يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال فيقضى بإبطاله، وينقضي الدين بأحد أسباب انقضاء الالتزام كالوفاء بالدين أو التجديد أو المقاصة أو الإبراء أو سقوط الدين بالتقادم، ففي جميع هذه الأحوال ينقضي الدين ويزول، فإذا انقضى الدين سوف يسقط الضمان؛ لأن الضمان تابع للدين وإذا سقط الدين والضمان يسقط تبعاً لذلك قيد الضمان فيجب أن يمحي، وإذا كان الضمان يستوجب التسليم فللمدين الحق في أن يسترد العين المخصصة للضمان لاستيفاء الدائن لدينه عند حلول الأجل.

ففي الرهن التأميني يتم محو القيد فيسترجع المدين حقه خالياً من أي قيود، ويكون محو القيد بالتأشير على هامش قيد الرهن بما يدل على اعتبار أن القيد غير موجود وإذا وقع الاتفاق بين الدائن المرتهن والمدين عن تخليص بعض العقار عن دفع جزء من الدين وتم دفع جزء من الدين بالفعل فهنا يجب محو الرهن جزئياً بالتأشير وذلك على هامش القيد وذلك لإزالة الآثار التي تترتب على وجود القيد كاملاً بدون التأشير بدفع جزء من الدين⁽¹⁾. ويجوز أن يكون المحو اختيارياً أو قضائياً إذا رفض الدائن محو القيد أو لم يكن في استطاعته إجراء المحو الاختياري، فهنا جاز لكل ذي مصلحة أن يطلب محوه أمام القضاء، فللمدين الحق في أن يرفع دعوة المحو القضائي، كذلك يجوز للغير الذي انتقلت إليه ملكية الضمان أن يقوم برفع هذه الدعوة⁽²⁾.

يترتب على المحو زوال الرهن في حال ما إذا كان الضمان مقيد رسمياً دون انتقال حيازته للدائن، أما في حالة استيلاء الدائن على الضمان كما في الرهن الحيازي فإن للمدين الحق في رد الضمان، فإذا دفع المدين للدائن الدين المضمون والمصروفات والتعويضات والملحقات من فوائد وغير ذلك وبرأت الذمة فإنه على الدائن أن يرد العين محل الضمان وملاحقاتها إلى المدين إذ يكون قد انقضى الضمان فنهض حق المدين بالرد⁽³⁾.

(1) د. محمد كامل مرسي باشا، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص 173.
(2) بودردي ودي لوان، فقرة 1861، أشار إليه د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، المرجع السابق، هامش رقم 3، ص 484.
(3) د. طلبة وهبة خطاب، المرجع السابق، ص 269. د. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص 168.

قد أقر المشرع الفرنسي والمصري حق المدين في محو قيد الضمان في الضمانات التي تستوجب القيد وحقه برد الضمان فيما إذا كان الضمان تحت يد الدائن المضمون حقه. إذ نصت المادة (2440) على أنه " تشطب القيود بموافقة الفرقاء أصحاب العلاقة الذين يتمتعون بالأهلية اللازمة لهذا الخصوص أو بمقتضى حكم بالدرجة الأخيرة أو اكتسب حجية القضية المحكوم بها، يفرض الشطب على الدائن الذي يتخلف عن القيام بمعاملة الشهر المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة (2422) بشكل تأشيرة في الهامش"، فالدائن هو وحده المؤهل لرفع اليد في الشكل الموثق، فهذا لا يعني أن النص يشترط أن يكون رفع اليد بالاتفاق (عقداً بين الدائن والمدين) وإنما يفترض فقط رضى الدائن ولا يتطلب قبول المدين كونه يقدم كعمل قانوني من جانب واحد، لأن رضى المدين إذا لم يكن ظاهراً فهو ليس غائباً عن العملية إذ إن المدين على وجه العموم هو الذي يطلب من الدائن إعطاؤه رفع اليد وهو الذي يتحمل على عاتقه مصاريف الشطب، وإذا رفض الدائن رفع اليد يمكن أن يطالب المدين رفع اليد إلى القاضي⁽¹⁾.

المشرع الفرنسي أشار في المادة (2443) إلى عدة حالات للشطب ومنها عندما تزول حقوق الامتياز أو الرهن العقاري أيّاً كان نوعه بالطرق القانونية لإطلاقه المشرع عبارة الرهن العقاري دون تحديد نوع معين من أنواع الرهونات العقارية⁽²⁾.

في شرط الاحتفاظ بالملكية لا توجد هناك نصوص خاصة بأحكام هذا البيع كما بينا ذلك آنفاً إلا أن المادة (2367) من القانون المدني الفرنسي أقرت حق المدين (المشتري) بانتقال الملكية له إذا قام بالوفاء الكامل لالتزامه، فإذا استوفى الدائن (البائع) كامل ثمن المبيع يكون عليه التزام بنقل ملكية العين المحتفظ بها إلى المشتري، فإن تخلف البائع عن التزامه للمشتري بعد تنفيذ المشتري لالتزامه أصبح من حقه طلب تنفيذ العقد عيناً مع العثور على الإجراء الأكثر ملاءمة

(1) جاك مستر وآخرون، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص، المرجع السابق، ص 1053-1059. ونصت المادة (2441) من القانون المدني الفرنسي على أنه (في كلتا الحالتين يتوجب على طالبي الشطب إيداع نسخة طبق الأصل عن السند الرسمي المثبت لاتفاق الفرقاء أو عن الحكم لدى مكتب امين السجل. لا يتوجب تقديم أي أوراق مؤيدة للنسخة طبق الأصل عن السند الرسمي فيما يخص البيانات التي تثبت الحالة الشخصية أو الأهلية أو صفة الفرقاء عندما تكون تلك البيانات قد تم التثبت من صحتها في الصك من قبل الموثق أو السلطة الإدارية. يمكن طلب شطب القيد من خلال إيداع صورة رسمية عن السند الموثق المثبت لموافقة الدائن على هذا الشطب بناء على طلب المدين لدى مكتب امين السجل، تقتصر رقابة امين السجل على نظامية السند من حيث الشكل بمعزل عن صحته في الأساس).

(2) نصت المادة (2443) على أنه (على المحاكم ان تأمر بالشطب عندما يكون القيد قد تم دون الاستناد إلى القانون أو إلى سند أو عندما يكون قد اتم تدوينه بمقتضى سند إما غير نظامي أو منقوض أو موفى أو عندما تزول حقوق الامتياز أو الرهن العقاري بالطرق القانونية).

كالغرامة الإكراهية استناداً إلى المادة (1144) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها "يستطيع الدائن أيضاً في حال عدم التنفيذ أن يحصل على ترخيص بأن ينفذ بنفسه الالتزام على حساب المدين ويمكن أن يحكم على المدين بدفع سلفة على حساب النفقات اللازمة لهذا التنفيذ". يلاحظ أن المدين بعد استيفاء الدائن حقه كاملاً تحول إلى دائن يطالب البائع الدائن سابقاً وهو الدائن سابقاً والمدين حالياً بانتقال ملكية العين محل الضمان، فإن امتنع طالبه بالتنفيذ العيني الجبري فله الحق أن يشتري بضائع من نفس النوعية ونفس الكمية وعلى البائع أن يدفع له ثمنها⁽¹⁾.

ذهب المشرع المصري إلى ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في حق المدين برفع القيد من المرهون الذي لا يثبت عليه الضمان إلا بقيده، فإذا وفى المدين التزامه قبل الدائن جاز للمدين أن يطلب رفع القيد، ويتعين على ذلك اتخاذ إجراء يحرر العقار من عبء الرهن الذي يتقله، وقد قضت المادة (1054) على أنه " يتبع في إجراء القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله، الأحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقاري"، وقد نصت المادة (45) من قانون الشهر العقاري على أنه "لا يجوز محو القيد إلا بمقتضى حكم نهائي أو برضاء الدائن بتقرير رسمي منه، ومع ذلك يكتفى بإجراء المحو في حالة رهن الحياز العقاري وحقوق الامتياز العقارية بإقرار عرفي مصدق على التوقيع فيه"، ومن هذا النص يتبين أن محو القيد أما أن يكون رضائياً باختيار الدائن ورضاه إلا أن القانون اشترى بالرهن الرسمي أن يكون رضى الدائن بالمحو في محرر رسمي وإذا صدر عن الوكيل بالمحو فلا بد أن يكون التوكيل رسمياً وإن المحو يتم بالتأشير بالشطب على هامش القيد، وقد يكون المحو قضائياً عندما يمتنع الدائن عن التقرير بالمحو أما تعنتاً منه أو لخلاف قانوني حول صحة الرهن أو استمراره، ففي هذه الحال يجوز لكل صاحب مصلحة أن يطلب رفع القيد من العقار (كالمدين أو الدائن المرتهن التالي في المرتبة أو مشتري العقار) أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بمحو القيد وإذا صدر حكم بالمحو وأصبح نهائياً جاز إلغاء الشطب بالتأشير بالحكم على هامش القيد⁽²⁾، إلا أنه إذا أزال المحو القيد دون الرهن

(1) فيليب ديلبيك، ميشال جرمان، المطول في القانون التجاري، المرجع السابق، 2008، ص863-864. كما نصت المادة (1603) من القانون المدني الفرنسي على أنه (ان عليه (البائع) التزامين اساسيين هما التزام تسليم المبيع والتزام ضمانه).

(2) د. سعيد عبد السلام، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، المرجع السابق، ص387-379.

أمكن بمقتضى عقد الرهن ذاته إجراء قيد جديد ما لم يكون هنالك تقرير من الدائن أو حكم من القاضي على زوال الرهن ذاته⁽¹⁾.

في الرهن الحيازي عندما ينقضي لأي سبب كان ينقضي معه حق الدائن المرتهن في حبس المال المرهون ويثبت الحق للمدين باسترداد العين محل الضمان وذات الالتزام يقع على عاتق العدل ، فيتوجب عليه رد المال المرهون الذي بعهدته إلى المدين الراهن ويعد التزام الدائن برد المال المخصص للضمان التزاماً ينشأ عن عقد الرهن الحيازي وهو معلق على شرط استيفاء الدائن المرتهن حقه من المدين (2)، ويستند حق الرد إلى المادة (1107) من القانون المدني المصري على أنه " يرد الدائن الشيء المرهون إلى الرهان بعد أن يستوفي كامل حقه وما يتصل بالحق من مصروفات وتعويضات".

فإذا دفع المدين للدائن المرتهن الدين المضمون والمصروفات والتعويضات والملحقات من فوائد وغير ذلك وبرأت ذمته من كل ذلك فإنه يجب على الدائن أن يرد العين المرهونة وملحقاتها إلى المدين إذ يكون قد انقضى الرهن فوجب رد العين المرهون، فإذا بقي شيء من فوائد أو ملحقات أو مصروفات مهما قل بقي الرهن قائماً حتى يوفى ما بقي، كما أن حق الرد قد يكون قبل وفاء الدين إذا أساء الدائن المرتهن استعمال الشيء المرهون فللمدين أن ينتزعه من يد الدائن المرتهن قبل أن يوفى حقه إذا قدم تأميناً آخر⁽³⁾، كما يلتزم الدائن برد المال المرهون وملحقاته بالحالة التي كان عليها عند استلامه لها فإذا هلك أو تلف كان مسؤولاً عن ذلك ما لم يثبت السبب الأجنبي المسبب لذلك استناداً للمادة (1103)⁽⁴⁾، ويقابل التزام الدائن بالرد حق المدين في استرداد المال المرهون سواء على أساس الدعوة الشخصية استناداً لعقد الرهن أو ما يترتب من التزام على عاتق الدائن المرتهن برد العين المرهونة عند انقضاء الرهن وهي ما تعرف

(1) د. حسن حسني محمود عبد الدايم، الانتماء العقاري بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2007، ص92.

(2) د. همام محمد محمود، المرجع السابق، ص605. د. يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، طبعة أولى، 2011، ص315.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص832-833.

(4) نصت المادة (1103) من القانون المدني المصري على انه (إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه ان يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وهو مسؤول عن هلاك الشيء او تلفه ما لم يثبت ان ذلك يرجع لسبب اجنبي لا يد له فيه).

بدعوى الرهن أو على أساس صفته كمالك للعين محل الضمان بتقوى الاستحقاق العينية بما يستدعي منه للانتصار في دعواه إثبات ملكيته للعين التي يطالب باستردادها⁽¹⁾

في حق الحبس للضمان يستطيع المدين (المشتري) أن يسترد العين المحبوسة إذا قام بالوفاء الكامل للدائن فيصبح المشتري دائناً بالعين المحبوسة استناداً للمادة (2/246) والتي جاء فيها "ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له..."، ومفهوم المخالفة لهذا النص أن الدائن الحابس إذا استوفى حقه من المثمن يكون عليه حق للمدين برد هذا الشيء وبنفس المعنى ما جاء في الفقرة الأولى من المادة نفسها بالتزام الحابس بالوفاء كمفهوم واسع قبيل وفاء المدين لالتزامه ومن الوفاء هو رد العين إلى مالكة، وهذا الحق يختلف مصدره باختلاف العلاقة السابقة فيما بين الحابس والمال فقد يكون مصدره العقد كما في حبس البائع للمبيع حتى يستوفي الثمن فإذا استوفى حقه انقض حق الحبس ووجب عليه تسليم المبيع إلى المشتري وقد يكون مصدره غير العقد كما إذا حاز شخص أرضاً مملوكة للغير وبنى عليها أو غرس ثم حبسها حتى يستوفي حقه بالتعويض وهو بعد استيفاء حقه ملزم بردها إلى مالكة، فمصدر الالتزام هنا هو الإثراء بلا سبب وأياً كانت علاقة المالك بالحابس فإن المالك يستطيع دائماً باعتباره مالكا أن يرفع على الحابس بعد انقضاء الحق في الحبس دعوة لاستحقاق العين⁽²⁾.

في شرط الاحتفاظ بالملكية إذا قام المشتري بأداء جميع أقساط الثمن اكتسب ملكية العين بأداء القسط الأخير استناداً للمادة (106) من القانون التجاري المصري⁽³⁾، فإكتساب المشتري للملكية باعتباره كان مديناً وكان عدم انتقال الملكية كضمان للبائع يعتبر بمثابة الرد كما في الرهن الحيازي أو شرط القيد كما في الرهن العقاري.

حق المدين برد العين محل الضمان بعد الوفاء بالتزامه للدائن أقر به المشرع العراقي كما أقر به المشرع الفرنسي والمصري، أما بالنسبة لشطب القيد فإن المشرع العراقي خالف المشرع المصري في اتباعه أسلوباً آخر لتخليص محل الضمان من قيد الرهن وذلك بتأشير إقرار الدائن

(1) د. همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 606.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 1537-1538.

(3) نصت المادة (106) من القانون التجاري المصري على أنه (إذا احتفظ البائع بملكية المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأكملها اكتسب المشتري هذه الملكية بأداء القسط الأخير...)

في الحقل المخصص لمعاملات انقضاء الرهن وفي نفس سجل الرهن، فقد بين المشرع العراقي في قانون التسجيل العقاري أن الدين إذا انقضى سينقضي معه الرهن لوجود الارتباط بين الرهن والدين المضمون، فعليه إذا أقر الدائن المرتهن في دائرة التسجيل العقاري بقبض الدين وفوائده المتحققة أو قام المدين بإيداع الدين مع فوائده المتحققة في صندوق دائرة التسجيل العقاري المختصة فينقضي بذلك الدين كما ينقضي معه الرهن تبعاً، وبذلك يفسخ الرهن استناداً للمادة (323) منه والتي جاء فيها "يفسخ الرهن بإقرار الدائن المرتهن أو من ينوب عنه أو خلفه العام أمام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري المختصة" ويؤشر الإقرار في الحقل المخصص لمعاملات انقضاء الرهن في نفس سجل الرهن بالاستناد إلى الاستمارة الخاصة بالحقوق العينية التبعية، وإذا لم يحضر الدائن المرتهن لقبض الدين وفسخ الرهن فتقوم دائرة التسجيل العقاري باستيفاء الدين وفوائده المستحقة حسب القانون استناداً للمادة (316) من قانون التسجيل العقاري⁽¹⁾، والمادة (2/1315) من القانون المدني العراقي⁽²⁾، من المدين الراهن أو من ينوب عنه ويتم تقييد امانه باسم الدائن المرتهن ويفسخ الرهن تبعاً من تاريخ إيداع الدين وفوائده في دائرة التسجيل العقاري كما يؤشر الفسخ في الحقل الخاص بانقضاء الرهن⁽³⁾، وعندئذ يتم فك الضمان من قيده حسب تعبير الفقرة الأخيرة من المادة (2/1315) من القانون المدني العراقي سالفة الذكر، ويلاحظ أن المشرع العراقي استخدم تعبير الفسخ الذي على أساسه يتم فك الضمان من قيده وهناك حالات أخرى يتم بها فسخ الرهن دون أن ينقضي الدين المضمون كالنزول عن الرهن استناداً للمادة (2/324)⁽⁴⁾، في حالة هلاك العقار المرهون حقيقة أو حكماً استناداً للمادة (4/324)⁽⁵⁾، كما قد يفسخ بحكم قضائي حائز درجة البتات يتضمن فسخ الرهن

(1) نصت المادة (316) من قانون التسجيل العقاري العراقي على انه (1- يجوز رهن العقار او جزء منه بدرجات متعددة ويتقدم كل دائن مرتهن على من يليه في التسجيل في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون عند بيعه او هلاكه. 2- يقتصر التقدم على أصل الدين والفوائد المتحققة من تاريخ المطالبة بالدين إلى يوم رسوم المزايدة عند البيع مضافاً إلى ذلك فائدة السنة السابقة على تاريخ المطالبة. 3- يشمل حق التقدم عند هلاك العقار أصل الدين والفوائد المتحققة من تاريخ هلاك العقار إلى تاريخ دفع التعويض مضافاً إلى ذلك فائدة السنة السابقة على تاريخ الهلاك).

(2) نصت المادة (2/1315) من القانون المدني العراقي على انه (يجوز للمدين ان يفي بالدين قبل حلول الاجل ويطلب فك الرهن فاذا لم يقبل الدائن جاز للمدين ان يودع الدائرة المختصة الدين مع ملحقاته وما قد يكون اشترط من تعويض عند التعجيل بالوفاء وعندئذ يفك الرهن).

(3) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص429-430.

(4) نصت المادة (2/324) من قانون السجل العقاري العراقي على انه (يعتبر الرهن مفسوخاً في الحالات التالية:.....2- تنازل الدائن المرتهن عن حقه في الرهن دون الدين).

(5) نصت المادة (4/324) من قانون السجل العقاري العراقي على انه (يعتبر الرهن مفسوخاً في الحالات التالية:.....4- هلاك العقار المرهون حقيقة أو حكماً).

عند ثبوت استلام الدائن الدين من الراهن المدين خارج دائرة التسجيل العقاري اوحكم بإبطال تسجيل الحق العيني الأصلي وفي الحالة الأخيرة يبطل سجل الرهن ولا يفسخ الرهن استناداً للمادة (5/324)⁽¹⁾، من قانون التسجيل العقاري، كما أنه يفسخ بالتقادم استناداً للمادة (1/1319) من القانون المدني العراقي⁽²⁾، غير أن القانون المدني الفرنسي والمصري لا يقر كل منهما بمبدأ سقوط الرهن بالتقادم مستقلاً عن الدين المضمون على أساس أن الدائن لا يقوم بأعمال مادية على العقار المرهون والقول بسقوط الرهن بالتقادم مستقلاً عن الدين المضمون لا يسنده منطق قانون أو حاجة عملية⁽³⁾، وحسب المادة (435) إن مدة التقادم تحسب من تاريخ انتهاء أجل الرهن والقاعدة في احتساب مدة التقادم هي عدم مطالبة الدائن بالدين خلال هذه الفترة التي بعد تاريخ انتهاء أجل الرهن فلن يراجع ولم يطالب بطلبات رسمية وبدون أي عذر، ونرى في ذلك وإن كان بدون عذر وهو حق ثابت للدائن وإن سقوطه بالتقادم يضعف من ذلك التأمين وعليه من الأفضل أن لا يسقط حق الرهن بالتقادم، فإشارة الرهن في السجل العقاري لا تؤثر بالضمان، إذاً لماذا تسقط بالتقادم؟! نأمل من المشرع العراقي النظر في هذه المادة من أجل تقوية الضمانات بما فيها من فائدة تعود على الطرفين كما بينا ذلك سابقاً.

وفي الرهن الحيازي يقع على عاتق الدائن رد المرهون للمدين عند انقضاء الرهن هذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (1350) من القانون المدني إذ تقول "1- إذا انقضى الرهن الحيازي وكان المرهون لا يزال باقياً في يد المرتهن وجب عليه رده إلى الراهن...."، فالأصل أن للدائن الحق في حبس العين لحين استيفاء الدين من أصل وفوائد وملحقات فإذا استوفى هذا كله يلتزم برد العين إلى المدين، كما أنه يلتزم في حالات خاصة برد المرهون قبل وفاء الدين إذا كان هناك خطر يهدد المال المرهون يؤدي إلى هلاكه أو تلفه فيكون للمدين رد المرهون إليه ويقدم تأمين آخر بذلك⁽⁴⁾، كما أنه أدار المرتهن المرهون إدارة سيئة وارتكب اهمالاً في ذلك فللمدين

(1) نصت المادة (5/324) من قانون السجل العقاري العراقي على انه (يعتبر الرهن مفسوخاً في الحالات التالية:.....5- عند صدور حكم قضائي حائز درجة البتات).

(2) نصت المادة (1/1319) من القانون المدني العراقي على انه (إذا انقضت مدة التقادم على الدين الموثق بالرهن جاز للراهن ان يطلب الحكم بفك الرهن).

(3) د. عبد المنعم البدر اوي، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص25.

(4) نصت المادة (2/1338) من القانون المدني العراقي على انه (وإذا كان المرهون مهدداً بأن يصيبه هلاك أو نقص في القيمة وجب على المرتهن ان يبادر بإعلان الراهن بذلك وإلا كان مسؤولاً وفي حالة الإعلان يجوز للراهن ان يسترد المرهون اذا قدم للمرتهن تأميناً اخر...).

أن يسترده استناداً للمادة (2/1339)⁽¹⁾، وإذا امتنع الدائن المرتهن عن رد المرهون يكون للراهن دعوى ناتجة عن رد الرهن وهي دعوى شخصية حتى ولو لم يكن مالكا للرهن لأن أساسها عقد الرهن وله أيضاً أن يقيم دعوى الاستحقاق وهي دعوى يستوجب فيها اثبات حق الملكية⁽²⁾، ولا يلزم المرتهن أو العدل بالرد إلا إذا كان استيفاء المبالغ المذكورة تاماً نظراً لقاعدة عدم تجزئة الرهن التي نصت عليها المادة (1332) من القانون المدني، إلا أن المشرع العراقي استثنى في باب رهن الحيازة من قاعدة عدم التجزئة بعض الاستثناءات استناداً للمادة (2/1332) والتي جاء فيها "... إذا كان المرهون شئيين وعين لكل منها مقدار من الدين وأدى الراهن مقدارا ما عليه لأحدهما كان له أن يأخذه" أي كان له أن يسترده، فقد استثنى القانون المدني من قاعدة عدم تجزئة الرهن رهن الشئيين بمقادير متميزين من الدين⁽³⁾.

يلاحظ أن المشرع العراقي لم يبين الحالة التي يكون عليها المرهون عند رده، فقد تكون العين المخصصة للضمان قابلة للزيادة فما هو حكم رده، كما أن المشرع العراقي لم يذكر مصاريف الرد على عاتق من؟ هل هي على عاتق الدائن أم على المدين، إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة في ذلك فقد نصت المادة (398) على أنه "نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو عرف أو نقص يقضي بغير ذلك"، مما يعني مصروفات رد المرهون تقع على عاتق الدائن وفق القانون المدني العراقي مما يضع عبئاً على عاتق الدائن إذا يقوم بصرف هذه المصروفات الإضافية على المرهون دون أن يستفيد منها ولتحقيق التوازن بين حق الدائن والمدين أن يتحمل المدين مصاريف العين محل الضمان لأنه هو المستفيد من هذا الرد فنأمل من المشرع العراقي بأن يلزم الدائن برد المرهون بالحالة التي كان عليها عند استلامه وأي زيادة حاصلة طبيعية متولدة عن المرهون يتم ردها مع العين المضمونة نفسها عند انقضاء حقه، كما نأمل أن يجعل مصروفات الرد على المدين خصوصاً أن المادة (398) من القانون المدني اجازت أن تقع مصروفات تنفيذ الالتزام على غير المدين بموجب اتفاق أو نص قانوني وهذا النص سيجعل الدائن

(1) نصت المادة (2/1339) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا أدار المرهون إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك اهمالا جسيما كان للراهن ان يطلب وضعه في يد عدل او ان يسترده مقابل دفع ما عليه....).

(2) محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص534-535.

(3) وهذا الاستثناء منقول بشروطه من الفقرة الأخيرة من المادة (731) من المجلة وقد عللوا ذلك (بتعدد العقد بتفصيل البديل في الرهن) أي بتفريق الصفقة إلى صفتين، انظر في ذلك كله د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص104، 206.

يرد العين محل الضمان دون أن يحمل هم عبء مصاريف الرد ومن ثم لا يخل بالتزامه، إذ قد يمنعه الالتزام بالمصاريف من رد العين محل الضمان.

وبالنسبة إلى حق الحبس فإن حق المدين بالرد اقرته المادة (280) وفق مفهوم المخالفة إذ جاء فيها "1- للبايع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن الحال وللعامل أن يحبس الشيء الذي يعمل فيه إلى أن يستوفي الأجر المستحق.... 2-... لكل واحد من المتعاقدين أن يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البديل المستحق"، فبمفهوم المخالفة يكون على البائع أن يرد للمشتري المحبوس إذا وفي المشتري ثمن الحال ويكون على العامل أن يرد الشيء الذي يعمل فيه للمدين إذا استوفى الأجرة المستحقة وعلى كل متعاقد بصورة عامة أن يرد المحبوس المعقود عليه للمتعاقد الاخر وهو المدين إذا قبض البديل المستحق، كذلك المادة (281) والتي جاء فيها "يجوز لمن انفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضرورية أو نافعة أو أنشأ فيه بناء أو غرس فيه أشجار أن يتمتع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق..."، فالمنفق يتمتع عن رد الشيء الذي انفق عليه حتى يستوفي الثمن وعليه وبمفهوم المخالفة إذا استوفى الثمن استوجب عليه الرد، وكل مم امتنع عن الوفاء بشيء معين لعدم وفاء الدائن بالتزامه يكون عليه الوفاء إذا قام الدائن بالوفاء بالتزامه⁽¹⁾، ولكن ما هو الحكم إذا امتنع الدائن الحابس عن رد الشيء المحبوس؟ لا يوجد نص في القانون المدني يبين الحكم بحالة امتناع الدائن الحابس عن رد المحبوس، إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة واستنادا للمادة (1/246) من القانون المدني العراقي يجبر المدين على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا، فوفق هذه المادة يجبر الحابس الذي أصبح مدينا بالعين بعد استيفاء حقه من مالها على تنفيذ التزامه بردها إليه باعتبار رد العين هو الأصل بتمكين الالتزام، كما أن للمدين أن يسترد العين عن طريق دعوى الاستحقاق باعتباره مالكا للعين محل الحبس كما هو الحال في الرهن الحيازي.

نأمل من المشرع العراقي أن يتدارك الأحكام الغير موجودة وتفصيلها بنصوص قانونية صريحة.

وفي شرط الاحتفاظ بالملكية نصت المادة (3/534) من القانون المدني العراقي على أنه "إذا سددت الأقساط جميعا انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري من وقت البيع..."، فوفق هذه المادة

(1) انظر في ذلك نص المادة (282) من القانون المدني العراقي.

إذا تم تسديد جميع الأقساط تنتقل الملكية للمشتري المدين بأثر رجعي من يوم عقد البيع، فلما كان حق المدين بالتمتع بملكه بالرهن المسجلة على العقارات يكون عن طريق رفع القيد أو إقرار الدائن بانتهاء الرهن، كان حق المدين في الرهن الحيازي للتمتع بملكه وفكه من الضمان يكون عن طريق الرد وكذلك في حق الحبس إلا أن يثبت حق المدين للتمتع بملكه في شرط الاحتفاظ بالملكية وفكه من الضمان أن تنتقل إليه تلك العين التي خصصت بشرط الاحتفاظ بالملكية حتى تسديد الثمن، إذا تنفك العين محل الضمان أما برفع القيد أو إقرار الدائن وتارة بالرد وتارة أخرى بنقل الملكية وجميعها حقوق تترتب للمدين أقرها الفقه والقانون على الرغم من وجود النقص التشريعي في بيان أحكام بعضها.

ذهب القضاء في فرنسا إلى ضرورة موافقة الفرقاء المعنين حتى يتم الشطب، فإن لم تتم الموافقة فإن الشطب لا يتم إلا بموجب قرار قضائي⁽¹⁾.

قد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن رفع القيد يكون بتأثيره على الهامش استناداً لقرارها الذي جاء فيه "طلب شهر الرفع الكامل لقيد الرهن العقاري بتأثيره على الهامش"².

ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في العراق إلى أنه لا يوجد مبرر ببقاء إشارة الحجز الموضوعة بموجب الرهن التأميني المبرم ما دام المدين أوفى بالتزاماته في عقد الرهن، إذ جاء في حكم لها "ولانقضاء الدين فيعتبر عقد الرهن قد انقضى مما يلزم المرتهن بفك الرهن وتحرير العقار المرهون من حجز المداينة..."⁽³⁾.

1 (نقض تجاري، 17 كانون الثاني 1995، رقم 17، أشار إليه دالوز، المرجع السابق، ص2124.

2 نقض مدني، 9 شباط 1994، أشار إليه دالوز، المرجع السابق، ص2125.

(3) قرارها رقم 312 بتاريخ 2017/8/27، أشار إليه الموقع الإلكتروني:

الفرع الثاني

حق مالك الضمان في بطلان شرطي تملك الضمان أو الطريق الممهد

قد يلجأ الدائن المتمتع بحق الضمان إلى استغلال موقف المدين مالك الضمان والذي يكون عادة ضعيفا قبل الدائن الذي يتمتع بمركز قوي يفرض عليه شروط وكثيراً ما يعتقد المدين مالك الضمان أن الدين سيوفى عند حلول أجله، ونظراً لضعف مركزه قد يقبل بعض الشروط ومن هذه شروط هو الشرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء وهو شرط يتفق فيه الدائن مع مالك الضمان مديناً كان أو كفيلاً عينياً على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن الحق في أن يملك الضمان بثمن وهذا الثمن هو الديانة المستحقة أو بأي ثمن آخر قد يكون أكبر من الديانة المستحقة، فإن هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام فإذا كانت قيمة العقار أو المنقول تزيد كثيراً عن هذا الدين يجعل الثمن أكبر من الدين المستحق ولكن لا يصل عادة إلى قيمة العقار⁽¹⁾، والهدف من بطلان هذا الشرط هو حماية المدين (مالك الضمان) كي لا يستغل الدائن حاجته إلى المال فيصبح الضمان ملكه بمجرد عدم الوفاء عند حلول أجل الدين فيضطر إلى قبول هذا الشرط اعتماداً على قدرته بالوفاء، ولا يتبع بطلان هذا الشرط بطلان الرهن وإنما يلغون الشرط وحده ويبقى الرهن صحيحاً⁽²⁾، كما يبطل الشرط الذي يفرضه الدائن على المدين مالك الضمان بقبول بيع المرهون دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون وكذلك يبطل الشرط وحده دون بطلان الرهن ويسمى عادة بشرط الطريق الممهد وصورته أن يتفق الدائن مع مالك الضمان مديناً كان أو كفيلاً عينياً على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يجوز بيع العقين محل الضمان بأية طريقة كانت دون اتباع الإجراءات التي تفرضها القوانين الاجرائية المدنية فيحرم مالك الضمان من الحماية التي كفلها هل القانون في فرض إجراءات معينة في بيع الضمان⁽³⁾، فالقوانين المقارنة نصت على إجراءات معينة يجب اتباعها في بيع العين محل الضمان، إذ نصت المادة (278) من القانون المدني الفرنسي على أنه "لا يجوز للدائن عند عدم

(1) وبلائيول و ريبير و بيكيه فقرة 445، بودرى ودى لون 2 فقرة 1291، أشار إليه د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، هامش رقم1، ص422.

(2) محمد كامل مرسي، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص136. د. عبدالفتاح عبدالباقي، التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص388-389. د. عصمت عبدالجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة (الرهن)، المرجع السابق، ص228.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص424-425. محمد طه البشير، د. غني حسون، الحقوق العينية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص431.

الدفع أن يتصرف بالشيء المرهون إلا إذا حصل على قرار من القضاء باستبقاء هذا المرهون له على سبيل الوفاء بمقدار دينه بالاستناد إلى تخمين يقوم به خبراء أو إذا تم بيعه بالمزاد العلني كل بند يجيز للدائن تملك الشيء المرهون أو التصرف به دون القيام بالإجراءات المتقدمة ذكرها يكون باطلاً" ، فالمادة تؤكد على عدم التصرف بالمرهون أو بيعه من قبل الدائن دون اتباع الإجراءات القانونية يعد باطلاً وكذلك الحال في تملك الشيء المرهون من قبل الدائن المضمون حقه، إلا أن المشرع الفرنسي في المادة (2348) أجاز الاتفاق على تملك المرهون الحيازي عند إنشاء الرهن أو بتاريخ لاحق عليه وفق إجراءات وأحكام معينة نصت عليها المادة المذكورة وتؤدي مخالفتها بطلان شرط التملك حيث نصت المادة (2348) من القانون المدني الفرنسي على أنه "يمكن الاتفاق عند إنشاء رهن الحيازة أو بتاريخ لاحق على أن يصبح المال المرهون ملكاً للدائن في حال التخلف عن تنفيذ التزام إيفاء الدين المضمون" .

تحدد قيمة المال يوم انتقال المليكة استناداً إلى تقرير يدون ودياً أو قضائياً في حال غياب تسعيرة رسمية للمال في سوق مالية منظمة وفقاً لأحكام قانون النقد والمال. يعد كل بند مخالف كأنه لم يكن. عندما تتجاوز هذه القيمة مقدار الدين المضمون فإن الفرق يدفع إلى المدين أو يودع لحساب الدائنين الآخرين المرتهين إذا وجدوا⁽¹⁾.

يتضح من هذا النص أن المشرع الفرنسي قد أجاز الاتفاق على تملك الدائن المرتهن للمال المرهون سواء أبرم هذا الاتفاق عند تكوين عقد الرهن أم لاحقاً ولكن بشرط أن يحدد ثمن المال من قبل خبير قضائي أو خبير اختاره الطرفان وعليه إذا لم تحدد المال حسب الوثائق الرسمية هذا يعني أن الاتفاق على تملك المرهون من قبل الدائن المرتهن يعود كأن لم يكن فالمشرع الفرنسي أراد الحفاظ على عقد الرهن عندما قرر عدم بطلان هذا الاتفاق بصورة مطلقة، إذ قرر القانون بطلان هذا الاتفاق إذا لم تتحقق الضمانات التي حددها في هذه المادة واعتبر هذا الاتفاق صحيحاً إذا التزم الطرفان بهذه الضمانات ؛ لأنها تحقق حماية المدين وعدم استغلاله من قبل الدائن، فالمشرع اشترط عدم تحديد ثمن المرهون من قبل طرفي عقد الرهن، بعبارة أخرى أن المشرع الفرنسي لم يجعل الاتفاق على تملك المرهون باطلاً لجميع الحالات وبصورة مطلقة كما كان سابقاً

(1) إلا ان المشرع الفرنسي أكد على بطلان الاتفاق على تملك المرهون وفقاً للمادة (2348) سالف الذكر وذلك في قانون خاص هو تعديل قانون الاستهلاك الصادر بالقانون رقم 737-2010 في 2010/7/1 وذلك في المادة (311) فقرة (23) وفقرة (32)، حيث جاء في هاتين الفقرتين وبنفس الصياغة، عد فيها هذا الاتفاق باطلاً وكأنه غير مكتوب بموجب المادة 2348 في القانون المدني.

وفقا للمادة (2078) الملغية، وإنما جعل هذا الاتفاق على وفق التعديل الصادر بموجب المادة (2348) باطلاً وكأن لم يكن في حال عدم التقيد بالضمانات التي حددها المشرع والتي تجنب استغلال المدين ومن ثم يعد باطلاً أي اتفاق على تملك المرهون مقابل ثمن يتفق عليه طرفي العقد. في حق الحبس للضمان لم نجد نصوص خاصة تبين حكم شرط تملك العين المحبوسة أو التصرف بها دون اتباع الإجراءات القانونية إذا تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه.

بشرط الاحتفاظ بالملكية فإن البائع وهو ما يقابل الدائن في الرهن يعد مالكا للعين محل الضمان وعليه لا مجال لوجود شرط تملك العين محل الضمان أي المحتفظ بملكيتها ولا شرط بالتصرف بهذه العين دون اتباع إجراءات قانونية وإنما من الممكن أن نخوض في مسألة حق البائع وهو الدائن في استرداد تلك العين من المدين (المشتري) وهل أن الاتفاق على استرداد تلك العين بمجرد تخلف المشتري عن الوفاء وإن كان معسراً أو مفلساً صحيحاً أم باطلاً؟

ذهب المشرع الفرنسي إلى أنه لا يجوز للبائع طلب استرداد المبيع في مواجهة جماعة الدائنين إلا إذا كان هناك اتفاق مكتوب على الشرط قبل تسليم المبيع للمشتري، يعد هذا النص استثناءً هاماً من القواعد العامة والعرف التجاري القائمين على مبدأ الرضائية وقد أضيف هذا النص بقانون 12 مايو 1980 استجابة لتوصية من الحكومة بهدف توقي احتمالات الغش، حيث أن يكون الشرط المتفق عليه البائع والمشتري منصوصاً عليه صراحة وأن يكون مكتوباً على نحو لا يفتح الباب أمام أي جدل أو غش⁽¹⁾.

لم يجز القانون المدني المصري تملك المال المرهون من قبل الدائن عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون وعُدَّ هذا الاتفاق باطلاً، إذ نصت المادة (1052) من القانون المدني المصري على أنه "يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حول أجله في أن يملك العقار المرهون نظير ثمن معلوم أيّاً كان ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن"، فإذا اتفق الدائن المرتهن مع المدين سواء كان المالك نفسه أو كفيلاً عينياً على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن الحق في أن يملك العقار المرهون بثمن هو الدين المستحق وهذا هو الغالب أو بأي ثمن آخر قد يكون أكبر من الدين المستحق فإن هذا الاتفاق يكون باطلاً

(1) Houni, op.cit. Ass, nat, débats, 2 séance 19 avr,980, J, O, P571, Col.2. د.محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، المرجع السابق، هامش رقم 2 و3، ص164.

لمخالفته النظام العام و يبرم هذا الاتفاق بعد عقد الرهن فإنه يكون باطلاً أيضاً إذ نص المشرع صراحة على ذلك (ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن) وبطلان الاتفاق لا يمس عقد الرهن فيبطل الاتفاق لمخالفته للنظام العام إلا أن عقد الرهن يبقى صحيحاً⁽¹⁾.

نلاحظ أن المشرع المصري اعتبر هذا الاتفاق صحيحاً إذا أبرم بعد حلول أجل الدين أو حلول قسط منه، فإن مظنة ضعف المدين تكون قد انتفت بحلول الدين كله أو بعضه وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (1052) منه التي نصت على أنه " ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاءً لدينه".

كما أكد المشرع المصري على بطلان شرط بيع العقار المرهون دون مراعاة الإجراءات القانونية كأن يتفق الدائن مع المدين أو الكفيل العيني على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يجوز بيع العقار المرهون بأي طريقة اتباع الإجراءات القانونية استناداً للمادة (1/1052) والتي جاء فيها " يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يبيعه (العقار المرهون) دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن" ، فالاتفاق على بيع المال المرهون دون اتباع إجراءات فرضها القانون في البيوع الجبرية يكون باطلاً ويقتصر أثر البطلان على الشرط نفسه، أما إذا عقد الاتفاق بعد حلول أجل الدين كله أو حلول قسط منه فإنه يقع صحيحاً باستغلال المدين في هذه الحالة إذ يمكن القياس على صحة اتفاق شرط تملك المال المرهون عند حلول أجل الدين كله أو بعضه⁽²⁾.

يسري على الرهن الحيازي أحكام المادة (1052) المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات استناداً للمادة (1108) من القانون المدني⁽³⁾، ويسري على حق الاختصاص والامتياز ما يسري على الرهن في ذلك الخصوص.

(1) شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، المرجع السابق، ص273. سليمان مرقس، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق، ص136.

(2) ويؤيد ذلك ما ورد في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص فهي تقول: (اما إذا حل الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن وأصبح هذا على بينة من الامر فيجوز الاتفاق حينئذ.... على ان يباع العقار بالممارسة لا بالمزاد العلني، وقد يكون في هذه الاتفاقات مصلحة للراهن نفسه اذ يتجنب المصروفات التي تنجم عن بيع العقار بالمزاد) انظر في ذلك كله د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص425-426.

(3) نصت المادة (1108) من القانون المدني المصري على انه (يسري على رهن الحيازة احكام (1050) المتعلقة بمسؤولية الراهن غير المدين، وأحكام المادة (1052) المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات).

في حق الحبس لضمان يلاحظ كذلك كما هو الحال عند المشرع الفرنسي لا توجد نصوص خاصة تبين حكم اتفاق الدائن حابس العين محل الضمان مع المدين في تملك هذه العين أو بيعها دون اتباع الإجراءات القانونية، إلا أنه نص المشرع المصري صراحة في المادة (1/274) بأن "مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق الامتياز عليه" أي أنه حتى لو باع الشيء محل الضمان وفق الإجراءات القانونية يفقد حقه في التفضيل ومن المؤكد أن المشرع يبطل تصرفه في العين المحبوسة خلافاً للإجراءات القانونية ومن باب أولى لا يجوز له أن يملكها.

في شرط الاحتفاظ بالملكية فلا مجال لشرط التملك أو شرط التصرف بالعين المحتفظ بملكيته دون إجراءات قانونية كون الدائن باقٍ على ملكيته للعين وليس له إلا الحق في استردادها فيستطيع أن يعقد اتفاقاً في استرداد العين إذا لم يوفي المدين ثمنها وهو بذلك سوف يعد حقاً للدائن وليس للمدين لعدم وجود نص قانوني يبطل ذلك الاتفاق بين البائع والمشتري على استرداد البائع للعين من المشتري، وقد نص المشرع الفرنسي في قانون التجارة في المادة (2/106)⁽¹⁾ على نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية على الدائنين حيث لا يجوز لهم التنفيذ على المبيع الذي احتفظ البائع بملكته لحين استيفاء الثمن فيجوز لهذا البائع أن يسترده من التفليسة استناداً للمادة (1/626)⁽²⁾، كما أنه لا يمكن الاعتراض على حق الدائن وهو البائع في أن يسترد العين محل الضمان أو الاعتراض على حق امتيازها عليها قبل جماعة الدائنين إذ استثنى القانون التجاري شرط الاحتفاظ بالملكية كحكم خاص يمكن البائع من استرداد البضائع والاحتفاظ بامتيازها عليها استناداً للمادة (631) بفقرتها⁽³⁾.

أما القانون المدني العراقي فبالرغم من أنه وافق المشرع المصري ببطلان شرطي تملك المال المرهون أو بيعه دون إجراءات قانونية استناداً للمادة (1301) من القانون المدني التي جاء

(1) نصت المادة (2/106) من القانون التجاري المصري على انه (مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع).

(2) نصت المادة (1/626) من القانون التجاري المصري على أنه (لكل شخص أن يسترد من التفليسة الأشياء التي تثبت له ملكيتها أو حق استردادها وقت شهر الإفلاس. 2- ويكون لأمين التفليسة، بعد أخذ رأي المراقب والحصول على إذن من قاضي التفليسة رد الشيء إلى مالكة أو صاحب الحق في استرداده. وإذا رفض طلب الاسترداد جاز لطالبه عرض النزاع على المحكمة).

(3) نصت المادة (631) من القانون التجاري المصري على أنه (1- إذا أفلس المشتري قبل دفع الثمن وبعد دخول البضائع مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها، فلا يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع أو استرداد البضائع، كما يسقط حقه في الامتياز. 2- وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع أو الاحتفاظ بامتيازها عليها لا يحتج به على جماعة الدائنين).

فيها "لا يخلق الرهن فيقع باطلاً كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون رهناً تأمينياً بالدين أو بأي ثمن كان أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون حتى ولو كان الاتفاق قد أبرم بعد الرهن"، فاعتبر شرط المال المرهون عند عدم استيفاء الدائن لحقه وقت حلول أجله باطلاً وأطلق عليه بخلق الرهن، كما اعتبر شرط بيع المال المرهون دون اتباع إجراءات قانونية كأن يبيعه بطريق ودّي أو بطريق المزاد دون تدخل دائرة التسجيل العقاري باطلاً ويبقى الرهن صحيحاً، إلا أن القانون المدني العراقي لم يتضمن نصاً مماثلاً لما جاء في الفقرة الثانية من المادة (1052) من القانون المدني المصري فلا يوجد نص يبين حكم الاتفاق الحاصل بعد حلول أجل الدين المضمون كله أو قسط منه وهل يقع هذا الاتفاق صحيحاً أم باطلاً، نأمل من المشرع العراقي إيجاد حكم لهذه المسألة والأفضل هو أن يكون الاتفاق صحيحاً باعتبار أن مظنة استغلال المدين قد ضعفت فلا يكون في مثل هذه الظروف تحت ضغط الحاجة وقد استحق الدين ويستطيع أن يمتنع عن الاتفاق مع الدائن أن شاء أو يطلب بيع العقار المرهون وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون.

هل يستطيع الحابس (الدائن) في حق الحبس للضمان أن يتفق مع المدين في أن يمتلك العين المحبوسة في حالة امتناع المدين عن الوفاء أو بيعه دون مراعاة الاجراءات القانونية؟ أو يعدُّ مثل هكذا اتفاق باطلاً كما هو الحال في الرهن؟ لا يوجد نص يبين حكم ذلك.

في شرط الاحتفاظ بالملكية نجد أن الوضع مختلف تماماً عن باقي الضمانات فالدائن في هذه الضمانة الخاصة بالبيع هو بالأساس مالكا للعين محل الضمان فلا حاجة له على أن يتفق مع المشتري وهو المدين بأن يمتلك العين محل الضمان إذا لم يسدد المشتري أقساط العين ولا حاجة له أن يتفق مع المدين في حالة عدم تسديد الأقساط أنه سوف يتصرف بالعين وذلك كونه مالكا لها، ففي حالة تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن يكون للبائع المحتفظ بملكيته الحق في استردادها، إلا أن المشرع العراقي في القانون المدني جاء خالياً من هذه الأحكام وكذلك في القانون التجاري، ولم يبين الحكم فيما إذا كان المدين ميسراً أو معسراً كما أنه لم يعالج حالة افلاس المدين وهل للبائع الحق في مواجهة جماعة الدائنين، وهو خلاف ما وجدناه في القانون المدني الفرنسي الذي أكد على ضرورة وجود اتفاق مكتوب بشرط الاحتفاظ بالملكية قبل تسليم العين محل الضمان للمشتري ونص صراحة على أنه لا يجوز للبائع طلب استرداد المبيع في مواجهة جماعة الدائنين إلا إذا كان هناك اتفاق مكتوب على الشرط قبل تسليم المبيع للمشتري، والحال نفسه بالنسبة للمشرع المصري

الذي أكد في قانون التجارة على أن يكون الشرط مدونا في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على إجراءات التنفيذ أو وقت شهر الإفلاس، وأكد على نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية على الدائنين فيستطيع البائع أن يسترد المبيع وإن كان في تفيسه، ولما كان بطلان شرط تملك المبيع شرط التصرف به خلافاً للإجراءات القانونية هو حق للمدين إلا أن في شرط الاحتفاظ بالملكية من غير الممكن بطلان استرداد البائع للعين المحتفظ بملكيته أو التصرف بها إذا تخلف المشتري وهو المدين عن دفع الثمن أو الأقساط عند حلول الأجل، ونأمل من المشرع العراقي أن يفصل في أحكام هذه الضمانة لبيان حق كل من الدائن والمدين.

ذهب القضاء في فرنسا إلى جواز تملك المال المرهون بشرط استصدار قرار من القضاء بمقدار الدين المستحق وخضوع المدين لإجراءات التقويم القضائي⁽¹⁾.

قد جاء في حكم لمحكمة التمييز الاتحادية ذهبت فيه إلى أنه "العقار المثقل برهن تأميني تتولى مديرية التسجيل العقاري إجراءات البيع ويخرج ذلك عن اختصاص دوائر التنفيذ..."⁽²⁾.

أما في مصر فقد أكدت محكمة النقض المصرية على بطلان الاتفاق على تملك الدائن للمال المرهون، إذ جاء في قرار لها على أنه "... بطلان الاتفاق على تملك الدائن المرتهن للعقار المرهون نظر ثمن معلوم عند عدم استيفاء حقه ولو كان بعد اتفاق الرهن..."⁽³⁾.

(1) نقض تجارية، 6 آذار 1990 رقم 67، أشار دالوز، المرجع السابق، ص 1958.

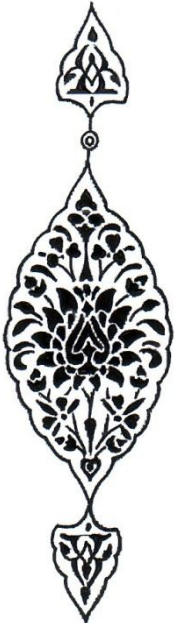
(2) قرارها رقم 205 لسنة 2008، أشار إليه الموقع الإلكتروني:

<https://www.hjc.iq/indexqanoun-ar.php>

(3) قرارها رقم 9352 لسنة 66 قضائية بتاريخ 2009/7/7، متاح على الموقع:

https://www.cc.gov.eg/civil_judgments

الخاتمة



الخاتمة

بتوفيق من الله سبحانه وتعالى انتهينا من بحث أطروحتنا (النظام القانوني لتخصيص الضمانات العينية- دراسة مقارنة) والذي أثار الكثير من النقاشات الفقهية، وأبرز الواقع العديد من مشكلاته التي حاولت النصوص التشريعية في ظل القواعد العامة او الخاصة من إيجاد الحلول لها اجمالاً، ولذلك كان لزاماً علينا وقد وصلنا الى نهاية البحث أن نبين أهم النتائج التي توصلنا اليها وبيان التوصيات أو المقترحات المهمة التي من الممكن الاسترشاد بها لتطوير الرأي الفقهي والقانوني والقضائي.

أولاً-النتائج

1. لم تعرف القوانين المدنية تخصيص الضمانات العينية، وإن كان هذا لا يعد عيباً تشريعياً إلا أن النصوص القانونية استخدمت مصطلح التعيين تارة والتحديد تارة أخرى، والتعيين يعد أحد مفردات التخصيص كون التخصيص يشمل التعيين وبيان سببه لأي شيء تم التعيين والمتمثل بتعيين العين محل الضمان لأجل الدين المضمون.
2. يعد أساس تخصيص الضمانات العينية هو وجود دين والذي يعد في الوقت ذاته سبباً له، وهذا الدين قد تتعدد مصادره اذ قد يكون مصدره العقد أو الإرادة المنفردة او الكسب دون سبب وقد يكون المسؤولية التقصيرية او القانون، أما بالنسبة إلى مصادر تخصيص الضمانات العينية فهي أما الاتفاق أو القانون او القضاء، والتي تعد مصادر الضمان فإذا كان مصدر الضمان الاتفاق يكون التخصيص اتفاقياً وإذا كان القانون يكون قانونياً وهكذا.
3. لا أهمية للضمانات العينية بدون التخصيص، فالتخصيص هو الذي يمنح الضمانات العينية الأهمية المرجوة من الضمان باعتبار أن التخصيص يمنح الدائن حق الأفضلية على الدائنين الآخرين والذي يُعد في الوقت ذاته أداة ائتمان للمدين.
4. اختلف الفقه في تحديد طبيعة شرط الاحتفاظ بالملكية ويبدو انه شرط مقترن بعقد بيع بسيط وأن نقل الملكية متقيدا بموجب هذا الشرط، وهذا ما يفسر وجود المبيع في حيازة المشتري والتزامه بأداء أقساط الثمن من البائع فإذا تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن فإن العقد لا يفسخ بقوة القانون بل يحتاج لاتخاذ إجراء من البائع لفسخه.

5. إن عناصر تخصيص الضمانات العينية لا تقتصر على تعيين العين محل الضمان وتعيين الدين المضمون كما هو المتفق عليه عند ذكر مصطلح التخصيص عند أغلب الفقهاء، وإنما يشمل هوية الدائن والمدين لبيان من هو الشخص المعين الذي لأجله تم تعيين الضمان وتخصيصه لاستيفاء الدين وبيان هوية المدين الذي عليه الحق المعين.
6. بما أن تخصيص الضمانات العينية مفهوم يدخل في نطاقه عدة ضمانات لا على سبيل الحصر، وبذلك يكون نطاق تخصيص الضمانات العينية شاملاً للضمانات الاتفاقية كالرهن و ضمانات البيع الائتماني وقد يكون قانونياً كحق الامتياز وحق الحبس للضمان او قد يكون قضائياً كحق الاختصاص في مصر والرهن القضائي في فرنسا ولا يوجد في العراق رهنا قضائياً كحق الاختصاص.
7. تتجاوز الضمانات العينية الكيان المادي للشيء المخصص للضمان الى الكيان الاقتصادي له، فترد سلطة الدائن على القيمة الاقتصادية للشيء المادي.
8. إن عقد الرهن الحيازي لا يتم إلا بالتسليم إذ يعد القبض والتسليم شرطاً لنفاذه وليس لإيقاده.
9. تعد ضمانات البيع الائتماني ضمانات عينية تبعية كونها عينية لأنها ترد على حق الملكية الذي يعتبره القانون حقاً عينياً، وتبعية لن ضمانات البيع الائتماني تابعة للدين الذي وضع من أجله ضمانه البيع الائتماني المتمثلة بشرط الاحتفاظ بالملكية او البيع الإيجاري.
10. يعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية شرطاً مقترناً بالعقد ونستبعد أن يكون شرطاً واقفاً او فاسخاً ولا حتى مؤجلاً.
11. إن حق الحبس للضمان حقاً عينياً عندما ينصب على شيء مادي معين بالذات تم تخصيصه بالحبس لأجل الدين المطلوب.
12. يتمتع المدين في الضمانات العينية بحق الملكية ويترتب على ذلك حقه في استعمال العين محل الضمان واستغلالها والتصرف بها، ووفق هذه القاعدة العامة هناك استثناء بالنسبة ل ضمانات البيع الائتماني، إذ إن المدين لا يعد مالكا للعين محل الضمان وإن كان هو المشتري نفسه وذلك لتأجيل انتقال الملكية الى حين سداد ثمن العين، وعليه ليس للمدين المشتري استعمال الشيء أو استغلاله أو التصرف به إذا تسلم العين محل الضمان.
13. ذهب الفقه والقانون الفرنسي إلى أن تبعة الهلاك إذا كانت لسبب أجنبي ترتبط بالملكية بينما الفقه والقانون المصري ذهب الى أن تبعة الهلاك تنتقل بالتسليم، وفي

شرط الاحتفاظ بالملكية أكد المصري على ان تبعة الهلاك على المشتري إذا تسلم العين محل الضمان.

14. اشترط المشرع الفرنسي في القانون المدني والمشرع المصري في قانون التجارة الكتابة وتدوين شرط الاحتفاظ بالملكية، بينما المشرع العراقي لم يذكر ذلك، كما أن المشرع العراقي لم يبين تبعة هلاك العين محل الضمان بالنسبة لحق الحبس وشرط الاحتفاظ بالملكية.

15. أجاز المشرع الفرنسي والمصري تملك الدائن المرتهن في رهن المنقول للرهن بعد الحصول على إذن من القضاء، ولا مقابل في ذلك بالنسبة للمشرع العراقي وبعد ذلك نقصاً تشريعياً، كما أن المشرع العراقي لم يبين الأحكام الخاصة في حالة وفاء المشتري في شرط الاحتفاظ بالملكية وكذلك في حق الحبس للضمان.

16. جاءت نصوص القانون المدني العراقي وكذلك القانون المدني المصري والفرنسي خالية من بيان حق التقدم والتتبع بالنسبة لشرط الاحتفاظ بالملكية وحق الحبس للضمان، بل لم يعط للحابس امتيازاً على العين محل الضمان.

17. يتمتع مالك العين المخصصة للضمان بكامل حقوقه قبل حلول أجل الدين من استعمال واستغلال وتصرف، وبعد استغلال العين المخصصة للضمان في الرهن الحيازي حقاً بالنسبة إلى المدين وللدائن معاً، فهي حقاً للمدين لأنه يستفاد منها في سداد دينه وحقاً للدائن يستفاد منه الحصول على دينه، والحابس لحق الحبس للضمان خلاف ذلك على الرغم من أنه يشبه الرهن الحيازي من حيث حيازة الشيء المخصص للضمان، إذ ليس للحابس أن يستولي على الثمرات ويخصمها من الدين كما هو الحال في الرهن الحيازي، فكل ماله هو أن يحبسها مع العين حتى يستوفي حقه، بالرغم من أننا توصلنا إلى أن حق الحبس العيني للضمان هو حق عيني كما هو الحال في الرهن الحيازي لا خلاف بينهم إلا من حيث المصدر.

18. اختلفت التشريعات في تحديد الوقت الذي ينفذ فيه الايجار في حق الدائن المضمون حقه، فمنهم من ذهب إلى أن الإيجارات المقيدة قبل تسجيل الضمان محتج بها ضد الدائنين الآخرين كما هو الحال عند المشرع الفرنسي، بينما اعتبر المشرع المصري تسجيل تنبيه نزع الملكية هو الوقت الذي يحدد نفاذ الايجار في حق الدائن وعدم نفاذه، بينما المشرع العراقي ذهب إلى ما ذهب إليه المشرع المصري في تحديد مدى نفاذ الايجار وهو وقت عقد الرهن نفسه، كما أنه ليس هنالك أحكام خاصة بحق الحبس

للضمان تبين حق المدين من تأجير العين المحبوسة، والحال نفسه في شرط الاحتفاظ بالملكية على الرغم من نفاذه بحق البائع.

19. عند حلول أجل الدين والوفاء به كاملاً يكون للمدين رفع التخصيص عن العين محل الضمان، وذلك عن طريق محو القيد في الرهون العقارية أو رد العين في الرهن التأميني أو حق الحبس العيني للضمان، وقد يكون عن طريق نقل الملكية كما في شرط الاحتفاظ بالملكية، إلا أن المشرع العراقي لم يبين الحالة التي يكون عليها الضمان عند رده فقد تكون العين المخصصة للضمان قابلة للزيادة، كما أنه لم يذكر مصاريف الرد هل هي على عاتق الدائن ام المدين، لا يوجد نص في القانون المدني يبين ما هو الحكم في حالة امتناع الدائن عن رد العين المخصصة للضمان.

20. أجاز المشرع الفرنسي تملك الدائن للمال محل الضمان إذا اتفق مع المدين قبل تكوين العقد أو بعده بشرط أن يحدد ثمن المال من قبل خبير اختاره الطرفان، بينما المشرع المصري لم يجر ذلك وأكد على بطلان تملك العين المخصصة للضمان، إلا أنه اعتبره صحيحاً بعد حلول أجل الدين أو حلول قسط منه، بينما المشرع العراقي اعتبر شرط تملك المال المرهون أو بيعه دون إجراءات قانونية يعد باطلاً إلا أن المشرع العراقي لم يتضمن في القانون المدني منه نصاً مماثلاً لما جاء في المادة الفقرة الثانية من المادة (1052) من القانون المدني المصري، إذ لا يوجد هنالك نصوصاً قانونية تبين حكم الاتفاق الحاصل بعد حلول أجل الدين وهل يقع باطلاً او صحيحاً.

21. إن شرط الاحتفاظ بالملكية يختلف عن باقي الضمانات، فالدائن في هذه الضمانة غالباً ما يستعملها في البيوع الائتمانية، فلا حاجة له أن يتفق مع المشتري (المدين) ان يملك العين محل الضمان إذا لم يسدد المشتري أقساط العين، ولا حاجة له ان يتفق مع المدين في حالة عدم تسديد الأقساط انه سوف يتصرف بالعين وذلك كونه مالكاً لها وفق مبدأ الملكية الضمان الذي استخدمه الفقه الفرنسي، إلا أن المشرع العراقي في القانون المدني وكذلك القانون التجاري جاءت نصوصه خالية من هذه الأحكام، فلم يبين الحكم كون المدين ميسراً أو معسراً، كما أنه لم يعالج في أحكامه حالة افلاس المدين وهل أن للبائع الحق في مواجهة جماعة الدائنين.

ثانياً : التوصيات

1. نأمل من المشرع العراقي وإن لم يُعرّف تخصيص الضمانات العينية أن يحدد ذاتية التخصيص بأن تشمل تعين العين محل الضمان وتحديد سبب الضمان وبيان هوية أطراف العلاقة كل من الدائن والمدين في نصوص مباشرة وخاصة لتخصيص الضمانات.
2. نقترح على المشرع العراقي ذكر مبدأ تخصيص الضمانات بشكل صريح واضح وبفصل خاص يشمل جميع الضمانات العينية سواء أكانت التأمينات أم غيرها عن طريق وضع قواعد عامة شاملة كي تتدرج بالرجوع اليها جميع الضمانات العينية وحتى التي سوف تستحدث بالمستقبل، وبيان أن مبدأ التخصيص ليس فقط يستفاد منه في الرهن.
3. نأمل من المشرع العراقي أن يحدد في نظرية الحبس للضمان الضمانات العينية عن الضمانات غير عينية بأن يُدرج الضمانات العينية تحت عنوان حق الحبس العيني للضمان.
4. توحيد الأحكام الخاصة لضمانات البيع الائتماني كشرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الإيجاري لتشابههما من حيث مصدر الضمان وهو البيع الائتماني.
5. إعادة صياغة المادة (534) من القانون المدني العراقي بشكل يحسم طبيعة شرط الاحتفاظ بالملكية لرفع الغموض عنه، ونقترح إعادة صياغة الفقرة الأولى من المادة المذكورة لتكون كالآتي: (إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للطرفين الاتفاق على تعطيل نقل الملكية مؤقتاً لحين استيفاء الثمن كله وإن تم تسليم المبيع).
6. التأكيد على بيان قاعدة عدم تجزئة الضمان لجميع الضمانات العينية دون الاقتصار على حق الرهن.
7. تقوم العقود على مبدأ الرضائية وبالتالي أي التزام آخر في العقود لا يعد ركناً لها، وعليه من الممكن أن يعتبر المشرع الرهن التأميني والرهن الحيازي عقود رضائية، وأن التوثيق سواء أكان بالكتابة العرفية أم الرسمية أم بالقبض والتسليم ليس إلا التزاماً لنفاذ الضمان بحق الغير كون الكتابة العرفية أو القبض تفيد الإعلام، فنقترح أن يكون نص المادة (1286) من القانون المدني كما يلي: (لا يعد الرهن التأميني حجة على الغير إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري....).

8. نأمل من المشرع العراقي أن يسلك مسلكه المشرع المصري في تقرير حق الاختصاص القضائي الذي أخذ به المشرع المصري لتوفير حماية للمدين لحصوله على ضمان قضائي في فترة حرجة لا يبعد أثناء هذه الفترة التنفيذ على أمواله وفي نفس الوقت أهميته للدائن الذي أهمل في تخصيص ضمان للوفاء بالدين واعتمد على الثقة في استيفاء حقه.

9. نأمل من المشرع العراقي بيان حقوق الدائن بالنسبة لجميع الضمانات وبشكل موحد وبطريقة من التفصيل والوضوح لتحقيق أهميتها بالنسبة إلى الدائن والمدين.

10. نرجو من المشرع العراقي أن يبين الآثار التي تترتب على حق الحبس العيني للضمان في حالة هلاك العين المحبوسة بأن يكون هناك نصاً يبين حكم الهلاك أو التلف وماذا يترتب عليهما فهل يسقط حق الحبس أم نعمل بمبدأ الحلول العيني للضمان، وبيان إذا كان حق الحبس العيني للضمان هل ينفذ بحق الغير أم لا، فنقترح إيجاد نصوص قانونية مماثلة للمواد (1296-1297-1298) من القانون المدني العراقي الخاصة بالهلاك، ويكون هناك نصاً كالاتي: (ان حق الحبس العيني للضمان يعد حجة على الغير).

11. إن مبدأ شرط الاحتفاظ بالملكية يخلو من نصوص تشريعية خاصة تبين حقوق والتزامات أطراف العلاقة، نأمل من المشرع بأن تكون هنالك أحكام مفصلة لشرط الاحتفاظ بالملكية كونها ضمانه مهمة وفعالة خصوصاً في الوسط التجاري لسهولة تبادل السلع والبضائع.

12. إن نص المادة (1/283) الخاصة بحق الحبس للضمان تُضعف من ضمانه حق الحبس العيني، نرجو من المشرع العراقي تعديلها على النحو الآتي: (إن حق الحبس العيني للضمان يخول صاحبه ميزتي التقدم والتتبع) كي لا يفقد الضمان خصوصيته بمجرد طلب التنفيذ على العين المحبوسة، وزيادة على ذلك أن يشترط المشرع تدوين ضمانه الحبس العيني في ورقة ثابتة التاريخ كي يتأكد حقه في الأولوية بعد خروج الضمان من يده بعد التنفيذ عليه فيعامل معاملة الرهن الحيازي ومن ثم يبقى محافظاً على حق الأفضلية الذي هو جوهر الضمان، فنحقق الغاية المطلوبة من هذا الضمان القانوني لتقوية حقوق الدائن في الأولوية.

13. نقترح على المشرع العراقي في رهن المنقولات ان يجيز للدائن بتملك ذلك المنقول أو بيعه بعد حصول إذن من القضاء دون اتخاذ إجراءات البيع بالمزاد العلني كما هو

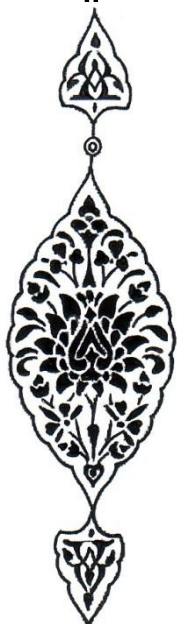
الحال بالنسبة إلى المشرع الفرنسي والمصري وذلك لتقوية الضمان وتوازن حقوق كل من الدائن ومالك العين المخصصة للضمان.

14. أن يفصل المشرع العراقي الاحكام الخاصة بشرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الإيجاري تفصيلا يمنع اللبس والغموض من حيث بيان طبيعته والآثار المترتبة عليه من حقوق والتزامات كلا الطرفين لوجود نقص تشريعي واضح.

15. يفتقر القانون المدني الى نصوص قانونية بخصوص حق المدين في تأجير العين في كلا الضمانتين، حق الحبس وشرط الاحتفاظ بالملكية ولكون تأجير العين ينفذ بحق الحابس والبائع لأنه صادر من المالك الذي يتمتع بسلطاته التي تخوله حق الملكية على الرغم من كون مديناً فالضمان لا يسلب منه ملكيته، وعليه نأمل من المشرع العراقي أن ينظر في ذلك.

16. نأمل من المشرع العراقي وضع نصاً بخصوص رد الضمان، اذ قد تكون العين المخصصة للضمان قابلة للزيادة والنقصان، فما هو الحكم المترتب على ذلك، وهل أن مصاريف الرد على الدائن أو مالك العين المخصصة للضمان.

المصادر



المصادر

القرآن الكريم

أولاً - كتب التفسير

1. الطبرسي ، الفضل بن الحسن ، مجمع البيان في تفسير القرآن، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1937م.
2. الشيرازي ، ناصر مكارم ، الأمثل في تفسير الميزان، الجزء الثاني، مؤسسة اية الله العظمى الميلاني، لإحياء الفكر الشيعي، 2011م.

ثانياً - المراجع اللغوية

1. إبراهيم مصطفى، احمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، محمد علي النجار، المعجم الوسيط ، الجزء الأول، الطبعة الثانية ، مؤسسة الصادق (ع) للطباعة والنشر.
2. ابن منظور، محمد جمال الدين ، لسان العرب، ج (8-9)، الطبعة الثالثة، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1999.
3. داوود سلمان العنبيكي انعام داوود سلوم، كتاب العين، الطبعة الأولى مكتب لبنان ناشرون، 2018.
4. الرازي ، محمد بن ابيثا بكر بن عبد القادر ، مختار الصحاح ، دار الرسالة ، الكويت ، 1983 .
5. الفيروز آبادي ، مجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ، الطبعة الثانية ، دار احياء التراث العربي، بيروت ، لبنان ، 2003.

ثالثاً - كتب الفقه الإسلامي

1. الانصاري ، شمس الدين بن شهاب المصري ، نهاية المحتاج على شرح المنهاج، الجزء الرابع، شركة ومكتبة مصطفى الحلبي وأولاده، مصر، 1357 هـ.
2. الخرشي ، أبا عبد الله محمد ، شرح الخرشي على المختصر الجليل، الجزء الخامس، الطبعة الثانية ، مطبعة بولاق ، مصر ، 1317 هـ .
3. السبزواري ، السيد عبد الأعلى ، مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام، الجزء 21 ، مطبعة الآداب ، النجف ، 1405 هـ.
4. السيستاني، المرجع الأعلى السيد علي ، منهاج الصالحين، ، المعاملات، الجزء الثاني، الطبعة16، دار المؤرخ العربي، بيروت، 2011.
5. الكاساني ، علاء الدين أبا بكر مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس ، الطبعة الأولى ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1328 هـ.
6. المالكي ، أبا عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي ، مواهب الجليل لشرح مختصر ابي الضياء سيدي خليل، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، 1329.

رابعاً: كتب القانون:-

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الانتمائية الأخرى ، الطبعة الأولى، مطبوعات الجامعة ، جامعة الكويت ، 1984.
2. إبراهيم سعد ، الملكية كوسيلة للضمان ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007.
3. أحمد عبد التواب محمد بهجت، دروس في الحقوق العينية التبعية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2007.
4. إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، احكام الالتزام والاثبات ، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1967 .

5. انور العمروسي، الحقوق العينية التبعية ، التأمينات العينية في القانون المدني ، الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز ، معلقاً على نصوصها بالفقه واحكام النقض ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003.
6. أنور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، الطبعة الأولى، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1951.
7. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، احكام الالتزام ، بدون طبع، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 1997.
8. أنور طلبة ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء الثاني ، بدون سنة طبع .
9. توفيق حسين فرج ، عقد البيع والمقايضة، الطبعة الأولى ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، 1979.
10. توفيق حسين فرج ، التأمينات الشخصية والعينية (دراسة لعقد الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز) ، بدون سنة طبع، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية.
11. جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام ، طبعة أولى، مكتبة الجامعة، 2006.
12. جمال الحاج ياسين ، الالتصاق الصناعي ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية.
13. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني ، احكام الالتزام، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992.
14. جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1967 ،
15. حسن حسني محمود عبد الدايم، الائتمان العقاري بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2007.
16. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، العاتك لصناعة الكتاب، 2012.

17. حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، الطبعة الثانية، الدار الجامعية، بيروت 1985
18. رمضان ابو السعود ، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
19. رمضان ابو السعود ، دروس في العقود المسماة- عقد البيع في القانون المصري واللبناني ، الدار الجامعية، بيروت ، 1989.
20. زحزاح محمد، النظام القانوني لرهن المحل التجاري، دراسة مقارنة، طبعة اولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2018.
21. زياد جمال عبد المنعم فودة، بيوع موصوفة في القانون المدني المصري.
22. سعيد سعد عبد السلام ، الحقوق العينية التبعية، مطابع الولاء الحديثة، 2004.
23. سعيد سعد عبد السلام ، الوجيز في احكام الالتزام المدني ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة ، 2005.
24. سعيد مبارك واخرون، الموجز في العقود المسماة، البيع – الايجار – المقاوله، مكتبة السنهوري، بغداد، شارع المتنبي، 2009
25. سعيد مبارك وطه الملا حويش وصاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2012.
26. سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، الجزء الأول ، عقد البيع ، الطبعة الرابعة ، عالم الكتب ، القاهرة، 1980 .
27. سليمان مرقس ، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد (الرهن الرسمي، الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، الطبعة الثانية، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1959.
28. سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات العينية ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ، العاتك للكتاب ، 2010 .

29. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية العقارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، بغداد 1953.
30. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، دراسة مفصلة لأحكام الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز، الطبعة الثانية، الاسكندرية، 1959.
31. شمس الدين الوكيل نظرية التأمينات في القانون المدني، ط2، 1959.
32. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، بدون طبع، مطبعة دار المعرفة بغداد، 1953.
33. طارق زياد، أبحاث قانونية، بدون سنة طبع، منشورات جروس.
34. طلبة وهبة خطاب، النظم القانونية للتأمينات المدنية عينة وشخصية، حقوق الامتياز، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، عقد الكفالة، بدون طبع، مكتبة الكتب العربي، 2000.
35. عباس حسن الصراف، شرح عقد البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، 1956.
36. عبد الباقي البكري، تنفيذ الالتزام، الطبعة الأولى، المعارف، بغداد، 1980.
37. عبد الحكيم فودة، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دون سنة طبع، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.
38. عبد الحكيم فودة، انتهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993.
39. عبد الخالق حسن أحمد، التأمينات الشخصية والعينية - الكفالة - الرهن التأميني - الرهن الحيازي - الامتياز، الجزء السابع، دبي (الامارات) 1990.
40. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، دار النهضة العربية، القاهرة 1970.

41. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1958.
42. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ،الجزء الرابع، بلا تاريخ .
43. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق ، دار النهضة العربية، القاهرة 1970.
44. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1958.
45. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، في التأمينات الشخصية والعينية ، المجلد العاشر ، بدون طبع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1969.
46. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني ، بدون طبع، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1969.
47. عبد العال أبو قرين، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع واحكام القضاء، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 2006
48. عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية، دار النشر للجامعات 1954.
49. عبد القادر محمد شهاب ، محمددين عبد القادر محمد ، الوجيز في الحقوق العينية ، الطبعة الثانية ، دار ومكتبة الفضيل، 2010.
50. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة، المكتبة القانونية ، بغداد، 1977.
51. عبد المجيد الحكيم ، دراسة في قانون التسجيل العقاري، الجزء الأول، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، بغداد 1973.

52. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، مطبعة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2010 .
53. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، احكام الالتزام، الجزء الثاني، المكتبة القانونية، بغداد، 1974.
54. عبد المنعم البدر اوي ، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، مكتبة سيد عبد الله وهبه ، 1975.
55. عبد المنعم البدر اوي ، التأمينات العينية ، مكتبة سيد عبدالله وهبة، 1969.
56. عبد المنعم البدر اوي ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، احكام الالتزام ، بدون سنة طبع، دار النهضة العربية ، بيروت.
57. عبد الباقي البكري، تنفيذ الالتزام، بدون طبعة، مطبعة الزهراء، بغداد، 1971.
58. عدنان هاشم جواد الشروفي، الحق في الحبس للضمان، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2021.
59. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في العقود المسماة ، الرهن ، الطبعة الأولى ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2019 .
60. عقيل فاضل حمد الدهان ، تبعية التأمينات للالتزام الأصلي في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2012.
61. علي سيد قاسم، شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
62. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع.
63. عيد نايل ، احكام الضمان العيني والشخصي ، دار النهضة العربية ، 2001.

64. السيد عيد نايل ، احكام الضمان العيني والشخصي، 2008، طبعة أولى، دار النهضة العربية.
65. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1969.
66. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، الجزء الأول ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1970 .
67. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، الجزء الأول، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1971.
68. قدري عبد الفتاح الشهاوي، نظرية الحق في الحبس ودعوى الاعسار المدني كوسيلة من وسائل الضمان للدائنين في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية 2005.
69. لبيب شنب ، مجدي صبحي خليل ، شرح احكام عقد البيع ، بدون طبع، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1968.
70. محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد ، باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2018
71. محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ، احكام الالتزام ، بدون طبع ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2006.
72. محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام، صور الائتمان وضمائنه والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته، الكفالة- الرهن الرسمي- حق الاختصاص- الرهن الحيازي- حقوق الامتياز، مطبعة كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2015 .
73. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية، دور الشرط في عقد البيع- آثار الشرط فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير والدائنين- الشرط كأداة ضمان ووسيلة انتمان- الطبيعة القانونية للشرط- احكام الشرط في ظل قانون التجارة الجديد، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007 .

74. محمد سليمان الأحمد ، المدخل لدراسة الضمان ، دراسة تحليلية مقارنة ، الطبعة الأولى ، الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن.
75. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، المبادئ الأساسية في الحقوق العينية التبعية ، حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008.
76. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينية، دون سنة طبع، مطبعة العاني، بغداد.
77. محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، دار الحرية للطباعة، بغداد 1974.
78. محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية، الحقوق العينية التبعية، الجزء الثاني، طبعة ثالثة، العاتك لصناعة الكتاب، 2010.
79. محمد علي امام، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1956.
80. محمد علي إمام ، التأمينات الشخصية والعينية ، بدون طبع ، مطبعة النهضة، مصر ، القاهرة ، 1957.
81. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، بدون طبع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
82. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، بغداد، 2008.
83. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، الجزء الثاني ، مكتبة السنهوري، 2008.
84. معوض عبد التواب ، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني ، الجزء السابع ، الطبعة السابعة ، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، 2004 .

85. ملاك عبد اللطيف ، حق المرتهن بحبس المرهون ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون ، 2016.
86. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام واحكامها ، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقہ الإسلامي معززه بأراء الفقهاء واحكام القضاء ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، 2012.
87. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، المطبعة العالمية ، الإسكندرية ، 1963.
88. نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، 2007
89. نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991.
90. هدى عبد الله، الضمانات العينية للدائن، احكامها ومفاعيلها، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2020.
91. همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، الكفالة – الرهن الرسمي – حق الاختصاص – الرهن الحيازي – حقوق الامتياز ، بدون طبع ، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002.
92. يوسف محمد عبيدات ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، الطبعة الأولى ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، عمان ، 2011.

خامساً - المراجع الأجنبية

1. آلان بينابنت، القانون المدني، العقود الخاصة، المدنية والتجارية، الجزء الأول، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2004.
2. جاك مستر ، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص، طبعة أولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2006.
3. جاك مستر، عمانوئيل، بوتمان مارك بيو، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، طبعة أولى، بيروت، 2006.

4. جيروم هوييه، المطول في القانون المدني، العقود الرئيسية الخاصة، الجزء (1-2)، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان ، 2003.
5. فرانسواز لابات - سيريل نوبلوت ، المطول في العقود ، عقد المقاوله ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، 2018.
6. فيليب ديبيك ميشال جرمان ، المطول في القانون التجاري ، الاسناد التجارية المصارف والبورصات ، العقود التجارية الأصول الجماعية ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2008.

سادساً - الأطاريح الجامعية

1. عادل شمران حميد ، قاعدة عدم تجزئة الرهن - دراسة قانونية مقارنة بالفقه الاسلامي، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون - جامعة كربلاء ، 2013 .
2. مصطفى راتب حسن علي، نفاذ الرهن وأثاره - دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، قسم القانون المدني ، 1426 هـ - 2005 م.
3. منصور مصطفى منصور ، نظرية الحلول العيني وتطبيقاتها في القانون المصري ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1956.

سابعاً - البحوث

1. حسين عبدالله عبد الرضا، الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد 13، المجلد الثاني، سنة 2017.
2. صبري حمد خاطر، الاحتفاظ بالملكية ، دراسة تأصيلية في عقد البيع ، بحث منشور في مجلة جامعة النهريين ، المجلد الرابع ، العدد الخامس ، 200.
3. منصور حاتم محسن، رهن المنقول المادي دون حيازة: المفهوم والأثر، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة التاسعة 2017.

4. نواف حازم خالد، انقضاء الحق في الحبس للضمان بطريق أصلي، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد الأول، السنة العاشرة، عدد 24، 2005.
5. يزيد انيس نصير، توقع الاخلال والاخلال المسبق في العقد، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، العدد الرابع، 2007، السنة 31، جامعة الكويت، مجلة النشر العلمي.

ثامناً : القوانين :-

أ- القوانين العراقية

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
2. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل.
3. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 23 لسنة 1971 المعدل.
4. قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980 المعدل.

ب- القوانين المقارنة

1. القانون المدني الفرنسي لعام 1804.
2. قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد 1100 الى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي.
3. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
4. القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999.
5. قانون تنظيم الشهر العقاري المصري 114 لسنة 1946.
6. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
7. القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949.

8. القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980.

9. القانون المدني الليبي رقم 6 لسنة 2016.

10. قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932.

تاسعاً - المراجع القضائية

1. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، بلا سنة طبع، مطبعة العمال المركزية، بغداد.
2. احمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في شرح احكام القانون المدني، ج2، ط1، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، 2010-2011.
3. دالوز، القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة 2009، الثامنة بعد المائة، 2012.
4. عبد الحكيم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، الجزء الثالث، العقود التي تقع على الملكية، دون سنة طبع، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية.
5. مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين العراقية، العدد الثالث، 1970.

عاشراً - المواقع الالكترونية

1. https://drive.google.com/file/d/1TQTVvStmzE_GuRdiXsCjeosdtMsTKi2V/view
2. <https://tfig.itcilo.org/AR/contents/guarantees.htm>
3. <https://www.meemapps.com/term/rental-sale>
4. <http://arab-ency.com.sy/detail/143>.
5. www.legifrance.gouv.fr/affich code Article.do.
6. https://www.cc.gov.eg/civil_judgments.
7. <https://www.hjc.iq/indexqanoun-ar.php>.

Summary

The Legal System for Allocating of Rem Guarantees

(A Comparative Study)

The assignment of guarantees in kind is a concept represented in specifying the thing for a specific matter, that is, the assignment includes two parts: the first is the assignment and the second is the reason for that assignment, i.e. specifying or specifying a specific thing as a guarantee in order to immunize the creditor from the risk of the debtor not carrying out his obligation.

Privatization has several sources, including agreement or legal and may be judicial. The sources of allocation are the same as the sources of guarantee, and if it were not for the allocation of guarantees, the essential importance of these guarantees would not have emerged, which is the creditor's right to preference over all other ordinary and next-ranked creditors, in addition to the other benefit that is represented as an authentication tool for the debtor and inform others.

Assigning the guarantee, the reason for which the guarantee was appointed, the parties to the relationship, the creditor and the owner of the guarantee, is one of the subjective aspects of the assignment of guarantees.

The rule of not dividing the mortgage is applied to all the specific guarantees specified for a particular debt, as the scope of the assignment of the in-kind guarantees includes the agreement guarantees, of which the mortgage is one of its members, and it also includes other judicial and legal guarantees. Which may be known in the legal jurisprudence, and some of them may be discovered in the future, provided that they are in kind. The guarantees in kind are the guarantees allocated because the assignment gives them the character of in kind. They may be specified in a document, either official or unofficial, or they may be seized.

The allocation of these guarantees, i.e. their designation for the purpose of repaying the debt, has effects, and these effects are a right of rights for the creditor and corresponding to the rights of the owner of the guarantee, since by allocation the creditor acquires some rights over the property subject of the guarantee in the period before the maturity of the debt, which is represented in preserving the guarantee from loss and damage. And his right over the authority of the owner of the guarantee to dispose of, in addition to his right after the debt is due and not being paid by the debtor to collect his right from the asset allocated to the guarantee and in preference to all creditors and those next in rank. The rights of the owner of the guarantee before the maturity of the debt is the right to retain the ownership of the property allocated for the guarantee with his right to rent it. Conditions of ownership of the guarantee or the road paved by the creditor. The creditor is not entitled to sell the asset allocated for the guarantee without taking legal measures and has no right to own it once his right is not met when it is due.

After this, we do not claim for ourselves to be aware of every stray or subject, or mastery of its forelock, or knowledge of the expected or unexpected problems that arise in it, for these are from the attributes of perfection and perfection to God alone.



**Republic of Iraq
Ministry of Higher Education and scientific Research
University of Kerbala - College of law**

**The legal system for allocating of
rem guarantees (A Comparative Study)**

To the Council of Collage of Law - Karbala

**University as partial fulfillment of the requirements for the
degree of doctoral in private law**

A thesis presented by the researcher

Abeer Noori Mohammed AL kattan

Under the Supervised of

**Dr. Abbas Ali Mohammed (may God have mercy on
him) earlier**

Dr. Ali Shaker Abdel Qader Al-Badri

1443 A.H

2022 A.D