

ملخص البحث

رهن المنقول المادي دون أنتقال حيازته للدائن المرتهن يعد نوع من أنواع الرهن الوارد على المنقولات يضاف الى الرهن الحيازي ، ولكن مع ذلك يختلف في احكامه عن الرهن الحيازي ليس فقط بعد انتقال الحيازة .

المقدمة

يعد الرهن الحيازي من التأمينات العينية التي تنشأ بتخصيص مال معين يكون مملوكاً للمدين أو لغيره ، لغرض إستيفاء حقه من هذا المال المرهون ، ويقوم الرهن الحيازي بأنتقال المرهون الى حيازة المرتهن ، ويعد ذلك ضماناً قوياً للدائن يمكنه من حبس المرهون لحين الوفاء بالدين ، ومع ذلك ، فان هذا الرهن يلحق ضرراً بالنسبة للراهن إذ يحرمه من الانتفاع بنفسه بالمال المرهون كونه في حيازة المرتهن طوال فترة الرهن ، وهو كثيراً ما يستنفذ من القيمة الائتمانية للمرهون ، حتى لو أمكن رهن الشيء ضماناً لديون متعددة ، كذلك الرهن الحيازي، من جهة أخرى ، يضر بالدائن المرتهن لأنه يحمله أعباء ثقيلة تتمثل بالمحافظة على المال المرهون وصيانته واستغلاله .

تأسيساً على ماتقدم ، ظهرت صور عديدة لرهن بعض المنقولات المادية دون نقل حيازتها للدائن المرتهن وانما تبقى في حيازة الراهن مالكةا ، كما هو الحال في الرهن التأميني الوارد على العقارات . وذلك بنصوص تشريعية نظمت احكام هذا الرهن في كل تطبيق من التطبيقات سواء في القانون العراقي أو المصري ، إلا ان القانون المدني الفرنسي في المرسوم رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ الصادر في ٢٣ / ٣ / ٢٠٠٦ جاء بمبدأ رهن المنقول دون نقل حيازته للدائن المرتهن وجعله نوعاً من انواع رهن المنقول المادي يضاف الى رهن المنقول بنقل حيازته للدائن المرتهن .

وبالنظر لأن رهن المنقول دون حيازته من قبل المرتهن يعد تطوراً في مفهوم رهن المنقولات المادية ، ولكون الدراسات القانونية المتعلقة بذلك لاتتعدى سوى دراستين، حسب علمنا، الأولى اطروحة دكتوراه بعنوان فكرة المنقول دون حيازة والحماية القانونية له مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد / عام ٢٠٠٠ والثاني بحث للدكتور احمد سلامة بعنوان الرهن الطليق للمنقول في عام ١٩٦٨ نشر الجزء الأول منه في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية لكلية الحقوق بجامعة عين شمس ونشر الجزء الثاني سنة في عام ١٩٦٩ في ذات المجلة . ولم تتطرق هاتان الدراستان الى مقارنة التطبيقات التي جاء بها القانون المصري والعراقي من جهة بالقانون الفرنسي الصادر عام ٢٠٠٦ ، لذلك اخترنا دراسة هذا الرهن واحكامه دراسة

مقارنة بين القوانين الثلاثة بعنوان ((رهن المنقول المادي دون حيازة "المفهوم والأثر" - دراسة مقارنة)) لكي تكون نواة للدراسات المستقبلية حول ذات الموضوع. لأننا نعتقد بأن هذا الموضوع لم يلق ما يستحق من البحث القانوني وستكون دراستنا على وفق القانون العراقي والمصري والفرنسي.

وستولى دراسة الموضوع أعلاه من حيث المفهوم والأثر دون التطبيقات التشريعية التي سيتم دراستها مستقبلاً ببحث مستقل يوضح مدى امكانية الخروج بمبدأ يضم هذه التطبيقات المتعددة. وستقوم بدراسة الموضوع في ثلاث مباحث ، نخصص الأول لدراسة ماهية رهن المنقول المادي دون حيازة في ثلاث مطالب ، الأول يخصص لمفهوم رهن المنقول المادي دون حيازة يتضمن تحديد معناه وتمييزه عما يشبهه به . اما المطلب الثاني نخصصه لاركان عقد رهن المنقول دون حيازة بينما المطلب الاخير خصص لدراسة الاراء التي قيلت بشأن طبيعة الرهن الوارد على منقول مادي دون نقل حيازته. اما المبحث الثاني فسيكون عنوانه آثار رهن المنقول دون حيازة فيما بين المتعاقدين وسيكون دراسته في مطلبين الأول يخصص لآثار الرهن بالنسبة للراهن . اما المطلب الثاني فسيكون مخصصاً لحقوق المرتهن، بينما كان المبحث الاخير عنوانه آثار رهن المنقول دون حيازة بالنسبة للغير وذلك في ثلاث مطالب الأول لوسائل حماية حق الغير والثاني لحق التتبع اما المطلب الثالث فسيكون لدراسة حق التقدم ، وختمنا دراستنا بخاتمه للنتائج والتوصيات بشأن هذا النوع من الرهن.

وعليه فإن خطة البحث كالاتي :

المبحث الأول: ماهية رهن المنقول المادة دون حيازة.

المطلب الأول : مفهوم عقد رهن المنقول المادي دون حيازة

الفرع الأول: تعريف عقد رهن المنقول المادي دون حيازة.

الفرع الثاني : تمييز رهن المنقول المادي دون حيازة عن البيع وفاءً بالاستغلال.

المطلب الثاني : اركان عقد رهن المنقول دون حيازة .

المطلب الثالث : طبيعة الرهن الوارد على منقول مادي دون حيازة.

الفرع الاول : رهن تأميني.

الفرع الثاني : رهن حيازة دون نزع الحيازة يتقرر استثناءً بأرادة المشرع.

الفرع الثالث : رهن واردة على منقول مادي دون نزع الحيازة .

المبحث الثاني: آثار رهن المنقول دون حيازة فيما بين المتعاقدين .

المطلب الأول : آثاره بالنسبة للراهن.

الفرع الأول : حقوق الراهن.

الفرع الثاني : التزامات الراهن .

المطلب الثاني : حقوق الدائن المرتهن.

الفرع الأول : حقوق الدائن المرتهن على اموال المدين غير المرهونة.

الفرع الثاني : حقوق الدائن المرتهن على المنقول المادي المرهون .

المبحث الثالث: آثار رهن المنقول دون حيازة بالنسبة للغير.

المطلب الأول: وسائل حماية الغير.

الفرع الأول: مفهوم الغير.

الفرع الثاني: وسائل تحقيق الموازنة بين حق الغير وحق المرتهن.

المطلب الثاني : حق التتبع.

الفرع الأول: مباشرة حق التتبع على الاموال المعينة بالذات.

الفرع الثاني : مدى مباشرة حق التتبع على الاموال المعينة بالنوع.

المطلب الثالث: حق التقدم.

الفرع الأول : محل التقدم .

الفرع الثاني : الحالات التي يحصل فيها التراحم مع الغير.

الخاتمة.

المبحث الأول

ماهية عقد رهن المنقول المادي دون حيازة

من خلال هذا المبحث سنبين مفهوم عقد رهن المنقول دون حيازة وتحديد تعريفه وبيان تمييزه عن البيع وفاءً بالاستغلال وكذلك بيان الاركان التي يشترط القانون لانعقاد هذا العقد، على وفق القوانين محل المقارنة ، لان تلك الاركان هي ذات اركان رهن المنقول حيازياً ماعدا الحيازة التي لايجرد منها الراهن في عقد رهن المنقول دون حيازة ، أي نكتفي بالاركان الثلاث ، الرضا والمحل والسبب في هذا العقد وكذلك يتعلق بموضوع الماهية تحديد طبيعة رهن المنقول دون حيازة ، لذا علينا ان نبين مفهوم عقد الرهن المنقول دون حيازة في مطلب اول وأركانه في مطلب ثاني ونخصص المطلب الأخير لبيان طبيعة رهن المنقول دون حيازة.

المطلب الأول

مفهوم عقد رهن المنقول المادي دون حيازة

سنقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الأول لتعريف عقد رهن المنقول دون حيازة والثاني لتمييزه عن البيع وفاءً بالاستغلال .

الفرع الأول

تعريف عقد رهن المنقول دون حيازة

وصفنا الرهن القائم على عدم تجرد الراهن من حيازة المنقول المرهون برهن المنقول دون حيازة ، ويفضل هذا المصطلح على مصطلحات اخرى ، جاء بها الفقه ، كالرهن الطليق للمنقول^(١)، أو الرهن التأميني^(٢)، أو ((الرهن الحيازي دون انتقال الحيازة))^(٣) ، لذا نعتقد بأن افضل مصطلح يتناسب مع هذا المضمون الذي يتضمنه هذا الرهن ، هو رهن المنقول دون حيازة ، كما سيتضح عند دراستنا لطبيعة هذا الرهن وهو رهن إتفاقي وارد على منقول مادي ضماناً للوفاء بدين لايتضمن تجرد الراهن من حيازة المرهون وانما مجرد إشهار الرهن. وقد حددت الدكتوراه سهام عبد الرزاق مفهومه بأنه ((تأمين عيني ينشأ عن مجرد توثيق الاتفاق على الرهن حسب الشكلية المطلوبة قانوناً، دون الحاجة لتسليم المرهون أو نقل حيازته للدائن المرتهن أو للعدل))^(٤).

ونعتقد ان هذا التعريف فيه الكثير من التكرار الذي لا مبرر له، لأن فيه كثير من المصطلحات التي تم تكرار مضمونها في مصطلحات اخرى ، فمثلاً تسليم المرهون هو ذاته نقل حيازته للدائن أو للعدل ، من جهة أخرى يجب التركيز في هذا التعريف على منشيء الرهن بأن لا يتجرد من الحيازة ، وليس الاشارة الى انه يتم دون نقل الحيازة الى المرتهن أو يدل العدل ، وكان الأجدر الاكتفاء بذكر عدم تجرد الراهن من حيازة المرهون . لذا نعتقد بأن تعريف الدكتور D.Legeais في بحثه الموسوم ضمان الاموال المنقولة بأنه "ضمان عيني اتفاقي يرد على منقول قائم على عدم نزع حيازة المرهون من مالكة"^(٥). تعريفاً وافياً جامعاً حدد جميع عناصر رهن المنقول دون حيازة ، وتجنب الاطالة أو النقص .

استناداً الى ماتقدم لابد من اجراء تعديل وصياغة للاحكام المتعلقة برهن المنقول حيازياً، أي التي تتعلق بنقل الحيازة الى الدائن المرتهن ، وهذا يجب ان لا يؤدي الى ضرر يُحقق منشيء الرهن ، إذ يجب ان نكون امام رهن وارد على منقول دون تجرد الراهن لحيازته للمرهون ، ولكن يحقق التوازن بين مصالح طرفي الرهن ، تحقق الفائدة للراهن بأبقاء ملكه في حيازته وتحافظ على مصالح المرتهن عن طريق الاشهار^(٦). وعدم تجرد الراهن من حيازة المرهون أقتضاه التطور الحاصل على الصعيد الاقتصادي والتجاري ، فأبقاء المرهون في حيازة مالكة يؤدي الى استثماره على أفضل وجه ممكن ، فالمنقولات، لم تعد كما كانت قليلة الاهمية، عند وضع القانون المدني الفرنسي في عام ١٨٠٤ ، الذي اعتبر الحيازة اساساً للرهن اذ جاء في المادة (٢٠٧١) التي تم الغاءها بصدور المرسوم ٣٤٦ في ٢٣/٣/٢٠٠٦ ((رهن الحيازة عقد يسلم بموجبه المدين شيئاً الى دائنه لأجل ضمان الدين)) اذ اشترط هنا التسليم أو تجريد المدين الراهن من حيازة المرهون لأنعقاد الرهن الحيازي الوارد على منقول .

بينما في الوقت الحاضر وبصدور المادة ٢٣٣٣ التي أنشأت بمرسوم ٢٠٠٦/٣/٢٣^(٧) فإن تجريد منشيء الرهن من حيازة المرهون لم تعد اساساً في عقد الرهن اذ جاء فيها ((رهن المنقول هو اتفاق يعطي بمقتضاه منشيء الرهن الى الدائن حق إستيفاء دينه على اموال أو مجموعة من الاموال المنقولة المادية الحاضرة أو المستقبلية بالأفضلية على سائر الدائنين، يمكن ان تكون الديون المضمونة حاضرة أو مستقبلية ، في الحالة الاخيرة يجب ان تكون قابلة للتحديد)) ، فأصبح منذ صدور هذا المرسوم، بالأمكان إنشاء رهن وارد على منقول مادي دون ان يتجرد الراهن من حيازته ، إلا ان هذا الرهن لا يكون نافذاً بالنسبة للغير إلا اذا تم شهره على وفق المادة ٢٣٣٧ من القانون المدني / الفقرة الأولى منها ((ان اشهار الرهن من شأنه ان يجعل منه حجة على الغير)) ومن ثم فإن عدم تجرد الراهن من حيازة المرهون تحقق فائدة له ، بأبقاء الحيازة له، وفي ذات الوقت توفر للغير الحماية بوجوب الاشهار، بما يحقق القانون الحماية لطرفي عقد الرهن . وأصبحت الحيازة بموجب هذا التعديل التشريعي ليست ركناً في عقد الرهن ،

وأصبح ذلك يتفق مع القوانين الخاصة المتعلقة بالتطبيقات التي تتضمن رهن المنقول المادي دون حيازة.

اما في القانون المدني العراقي والمصري فلا توجد قاعدة عامة كما هو في القانون المدني الفرنسي تضمن مبدأ عام ، وانما تضمنت عدة تطبيقات تشريعية في قوانين خاصة تضمنت عدم تجريد الراهن لحيازة بعض المنقولات المرهونة^(٨)، وإزاء ذلك هناك رأي يرى بوجود التخلص من فكرة العينية في العقود بشكل عام وليس فقط في الرهن الحيازي ، إذ يرى ((اذا ما سلمنا مع مَنْ يرى إن مصلحة المجتمع والافراد احياناً تقتضي وجوب إستيفاء شكلية معينة في انشاء بعض العقود فإن العينية ليست الصفة المناسبة لهذا العصر ، إذ إن المجتمعات الحديثة امامها خيارات أفضل منها كالكتابة))^(٩).

كما يذهب الى ذلك، رأي آخر في الفقه القانوني، إذ يرى ان الأخذ بالعينية يتناقض مع ما هو سائد في القوانين المدنية الحديثة من اعتماد مبدأ الرضائية ذلك المبدأ الذي لا يوجب اشتراط صيغة معينة يفرغ فيها التراضي حتى ينشأ العقد ، وذلك نتيجة لنسج الفكر القانوني وسيادة الافكار التي تقدر حرية الفرد فضلاً عن مقتضيات الحياة العملية المتمثلة في سرعة وكثرة ما يجريه الافراد من معاملات^(١٠).

ويبدو انه اذا كان اقتضاء عدم تجريد الراهن من حيازة المرهون ضرورات عملية اقتضتها التطورات الاقتصادية وأهمية المنقولات في الوقت الحاضر ، لذا اقتضى اعادة النظر في أمر التجرد من الحيازة وتحقيق الهدف الذي يرمي الى تحقيقه عن طريق وسائل اخرى وهي الأشهار ، لذا فإن عدم التجرد من الحيازة له ما يبرره ، فازدهار التجارة والتقدم الصناعي أدى الى خلق قيم منقولة مادية ذات اهمية ، وتقدم الصناعة ادى الى الانتاج الصناعي السريع للسلع والبضائع وبشكل كبير في المخازن والذي يتطلب رهنها بقاءها في مخازن الراهن^(١١). لذلك كله جاء القانون الفرنسي وفقاً للتعديل الجديد في ٢٠٠٦ بنوعين من الرهن الوارد على منقول رهن حيازي يتطلب نقل الحيازة الى المرتهن ورهن ثاني لا يتطلب نزع الحيازة من الراهن وانما ابقائها في يد الراهن مع الملكية . وهذا وفق مبدأ عام يكرس هذين النوعين من الرهن على جميع المنقولات المادية بغض النظر عن قيمتها وأهميتها. بالإضافة الى التطبيقات التي جاءت بها القوانين الخاصة ، والتي تتعلق ببعض المنقولات ذات خصوصية معينة. بينما القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري فلم يتضمنا مبدأ عاماً لتكريس رهن المنقول دون تجرد الرهن من الحيازة ، وانما وجدت تطبيقات تشريعية متناثرة في قوانين خاصة تتعلق ببعض المنقولات المادية المهمة .

وبعد تحديد تعريف عقد الرهن فإنه قد يختلط ويتشابه مع البيع وفاءً بالاستغلال لذلك يقتضي بنا حتى نكمل مفهوم رهن المنقول دون حيازة ، يجب علينا تمييزه عن البيع وفاءً بالاستغلال ، وهو موضوع دراسة

الفرع التالي.

الفرع الثاني

تمييز رهن المنقول المادي دون حيازة عن البيع وفاءً بالاستغلال

يشارك الرهن الوارد على منقول دون حيازة المرتهن له ، مع البيع وفاءً بالاستغلال في أن كلاً منهما يبقى المال المخصص للضمان بيد الراهن ولا ينتقل الى حيازة المرتهن، فالبيع وفاء هو البيع الذي يتضمن نقل ملكية المبيع للمشتري بثمن معين ولكن يتفق المتعاقدان بأنه متى رد البائع الثمن على المشتري يرد الأخير المبيع له^(١٢) ولبيع الوفاء صورة أخرى ، هو بيع الاستغلال ، وهو بيع الوفاء ، ولكن يتفق المتعاقدان على ان يستأجر البائع المبيع من المشتري ، والبائع هو المدين بالثمن لصالح المشتري^(١٣).

وعليه فإن بيع الوفاء، على وفق الصورة اعلاه، يعد تصرفاً صحيحاً على وفق القانون المدني العراقي، إذ يعد رهنًا حيازياً إذ جاء في المادة ١٣٣٣ منه " بيع الوفاء يعتبر رهنًا حيازياً " وقد أقرت بهذا البيع وعده صحيحاً استناداً لموقف الفقه الإسلامي الوارد اعلاه في المادتين ١١٨ و ١١٩ من مجلة الاحكام العدلية . فالقانون المدني العراقي ، أجاز إذن للمرتهن وهو (المشتري وفاءً) أن ينتفع بالعين المرهونة وهي " المبيعة " وأن يستولي على غلتها ولكن بموافقة البائع^(١٤)، وفي مقابل انتفاع الراهن (البائع) بالدين الذي قبضه من المرتهن ، وهذه صورة من صور الربا أقتضاها التعامل ، ولكن القانون المدني العراقي في المادة ١٣٤٠ منه ، أجاز للدائن المرتهن أن يستولي على غلة العين المرهونة محتسباً أياها من الفوائد والمصاريف وأصل الدين ، ومن ثم يكون البائع في بيع الوفاء في مركز الراهن والمشتري يكون في مركز الدائن المرتهن رهنًا حيازياً ، إذ يحتفظ المشتري وفاءً (الدائن المرتهن) بالشيء المباع ويرده الى صاحبه (البائع الراهن) عند رد الأخير الثمن والمصروفات . فهنا يختلط البيع وفاءً بالرهن الحيازي الذي تنتقل فيه الحيازة من الراهن الى المرتهن ، اما في بيع الوفاء بالاستغلال الذي يبقى المرهون في حيازة الراهن على سبيل الايجار مثلاً ، أي صورة من صور الاستغلال ، فإنه يتشابه به مع الرهن الوارد على منقول دون نزع الحيازة ، إذ يبقى الراهن، وهو المدين في ذات الوقت بالثمن ، محتفظاً بحيازة المرهون ولا تنتقل هذه الحيازة الى الدائن المرتهن.

ومع هذا، فإن البيع وفاءً بالاستغلال أو البيع وفاءً عموماً، يختلف عن الرهن ، وهما عمليتان قانونيتان متميزتان ففي حالة الرهن يعد الراهن مدينًا بالمبلغ المقرض ، في اغلب الحالات^(١٥) يقدم ماله المملوك له ضماناً للوفاء بالدين المضمون ، بينما في البيع وفاءً فالبايع في مركز الراهن لا يكون مدينًا للمشتري

(المرتهن)، من جهة ثانية الرهن ينقل فقط الحيازة دون الملكية للمرتهن ،بينما البائع وفاءً ينقل الملكية وينقل الحيازة معها في البيع وفاءً ، اما في البيع وفاءً بالاستغلال يبقى محتفظاً بالحيازة وينقل الملكية للمشتري ، ولكن له حق استرداد الملكية اذا رد الثمن والمصروفات ،ولكن ليس ملزماً بالرد واسترداد المبيع وفاءً، ومن ثم تستقر الملكية نهائياً للمرتهن فيملك المرهون في مقابل الثمن والمصروفات ، لأن تملك المبيع كان معلقاً على شرط فاسخ^(١٦). من جهة ثالثة يجبر الرهن على سداد الدين المضمون للتخلص من الرهن بينما البائع وفاءً لا يكون مديناً للمشتري ولا يكون مجبراً على رد الثمن له لاسترداد المبيع ، ويختلف البيع وفاءً عن الرهن ، في أن المشتري وفاءً يستطيع أن يتصرف بالمباع بوصفه مالكا له ولكنها ملكية معلقة على شرط فاسخ هو الاسترداد ، وهذا يتناقض مع وصفه دائن مرتهن، لأن الأخير لا يستطيع أن يتصرف بالمرهون بالبيع أو أي تصرف آخر ، وانما سلطة التصرف تبقى للرهن (مالك المرهون) وهذا لا يتحقق بالنسبة للبائع وفاءً (في مركز الرهن) إذ يتجرد من سلطة التصرف لانه نقل الملكية للمشتري ولم يعد مالكا للشيء ، وأخيراً لا بد من القول بأن رهن المنقول المادي دون حيازة يقتصر على المنقول بينما بيع الوفاء يكون على المنقول والعقار .

بينما اعتبر القانون المدني المصري بيع الوفاء باطلاً ، وكل بيع يتضمن رهناً ، يعد باطلاً^(١٧)، إذ جاء في المادة ٤٦٥ " اذا احتفظ بالبائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً " وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية " يتقرر على محكمة الموضوع ان تقضي ببطان عقد البيع اذا ثبت لها ان البيع يخفي رهناً ، وذلك لاتجاه نية المتعاقدين وقت ابرام العقد الى الرهن لا الى البيع "^(١٨).

اما القانون المدني الفرنسي ، فإنه نظم البيع مع حق الاسترداد وأقر عقد البيع ولكنه لم يعتبره رهن حيازي ، وقد جاء بهذه الاحكام في المواد ١٦٥٩-١٦٧٣ ، فهو بيع معلق على شرط فاسخ هو الاسترداد . فقد جاء في المادة ١٦٥٩ " إن حق استرداد المبيع أو استرداده وفاءً ، هو اتفاق يخول البائع استعادة المبيع مقابل رد الثمن الأصلي والدفع المبين في ١٦٧٣ " والمادة ١٦٧٣ أثبتت ان البائع يستعمل حق الاسترداد اذا سدد الثمن الأصلي مع مصاريف البيع وتكاليفه الرسمية والاصلاحات الضرورية في المبيع . وعليه فإن القانون المدني الفرنسي اعتبر بيع الوفاء أو البيع مع حق الاسترداد صحيحاً معلقاً على شرط فاسخ هو الاسترداد ، لذا فإن هذا البيع يمكن ان يتضمن اتفاقاً على تملك الدائن المرتهن للمال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون^(١٩) ، إذ يعد هذا البيع مع حق الاسترداد وسيلة يلجأ اليها المتعاقدان للتحايل على اجراءات بيع المال المرهون وفقاً للقانون^(٢٠)، وإذا كنا امام رهن المنقول المادي دون حيازة ، فإن البيع وفاءً بالاستغلال يتشابه معه في الحالة التي يمكن للمرتهن ان يبقى مالكا للمرهون عند عدم إسترداده من الرهن ، ولكن تبقى بينهما الاختلافات الجوهرية التي توضح بأن البيع وفاءً أو البيع وفاءً

بالاستغلال عملية قانونية متميزة في احكامها عن احكام رهن المنقول المادي دون حيازة كما بينا ذلك أعلاه.

وبعد بيان تحديد مفهوم الرهن دون حيازة ببيان تعريفه وتمييزه عن البيع وفاءً بالاستغلال ، لا بد من معرفة ان حق الرهن دون حيازة مصدره الاتفاق عن طريق عقد يجب ان تتوافر فيه الاركان العامة للعقد ، وهذا ما سيكون محوراً للمطلب التالي.

المطلب الثاني

اركان عقد رهن المنقول دون حيازة

لا تعقد الرهن الوارد على منقول مادي دون انتقال الحيازة الى المرتهن لا بد من توافر الاركان العامة للعقد هي الرضا والمحل والسبب والتي اشترطت جميع القوانين توافرها لاتعقده ، واران اخرى اشترطتها بعض القوانين، إذ لم تتفق جميعها عليها .

لكي ينعقد عقد الرهن الذي يكون محله منقولاً مادياً يجب ان يتم التوافق بين طرفي الرهن ، الدائن المرتهن والراهن ، وهذا بمعنى يجب ان يتحقق ركن الرضا أولاً ، الذي يتضمن وجود ارادتين متوافقتين ، أي وجود ارادة الدائن المرتهن و ارادة الراهن ويصدر التعبير عنهما في ابرام عقد الرهن الحيازي ، وان يكون توافق بين هاتين الارادتين باتجاه ابرام عقد الرهن الوارد على منقول وفقاً لمحله والدين المضمون^(٢١)، إلا ان وجود الرضا على، وفق ما تقدم، لا يكون كافياً لاكتمال ركن التراضي كركن أول من اركان عقد الرهن الحيازي ، وإنما يُشترط بالإضافة الى ذلك ، ان يكون رضاه كل من الراهن والمرتهن صحيحاً ، ولا يكون كذلك إلا اذا كان كل منهما ارادته خالية من عيوب الارادة ومتمتع بالاهلية اللازمة^(٢٢) والتي تدور مع العقل والتمييز وجوداً وعدمياً ، والتي تنقسم العقود بالنسبة لها الى ثلاثة عقود ، عقود نافعة نفعاً محضاً وضارة ضرراً محضاً ، ودائرة بين النفع والضرر ، وعلى اساس هذا التقسيم فإن أهلية الراهن اذا كان هو المدين ذاته ، فإن عقد الرهن بالنسبة إليه يعتبر من العقود الدائرة بين النفع والضرر، لأن المدين اذا كان راهناً، لا يتبرع بأعطاء الرهن وانما في مقابل الحصول على قرض أو من اجل دينه أي ضماناً للوفاء بالتزامه المضمون ، لذا فإن الراهن يجب ان تتوافر في أهلية المعاوضة أو التصرف .فإذا كان صغيراً مميزاً أو من في حكمه من ناقصي الاهلية فإن عقد الرهن يكون موقوفاً على اجازة من له حق الاجازة أو قابلاً للأبطال^(٢٣).

اما اذا كان الراهن ليس مديناً للدائن ، وانما قدم المنقول المملوك له ضماناً للوفاء بدين المدين ، أي الراهن يعد كفيلاً عينياً ، فان الرهن بالنسبة اليه يعد عملاً ضاراً ضرراً محضاً ، وعلى ذلك يشترط لصحته أن يكون

الراهن بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، فإذا كان قاصراً أو ناقص الأهلية وقع رهنه باطلاً^(٢٤). وإجاز القانون المدني العراقي ان يكون الراهن شخصاً آخر غير المدين ، عند تنظيمه الرهن الحيازي في المادة ١٣٤١ الفقرة الثانية منها إذ جاء فيها ((والرهن الحيازي كالرهن التأميني في اقتصار التنفيذ على المرهون إذا كان الراهن غير المدين)) اما القانون المدني المصري فقد أجاز ذلك في تعريف الرهن الحيازي في المادة ١٢٩٦ منه ، بينما القانون المدني الفرنسي ، فلم يكن قبل صدور المرسوم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ نص قانوني ينظم الكفالة العينية التي يمكن من خلالها ان يقدم شخص ماله ضماناً لدين غيره ، إذ كانت المادة ٢٠٧١ التي ألغيت بصدور هذا المرسوم تشترط ان يكون منشئ الرهن هو المدين^(٢٥). ولكن في عام ٢٠٠٥ صدر قرار شهير لمحكمة النقض الفرنسية بدائرتها المختلطة في ٢٠٠٥/١٢/٢ الذي بموجبه اصبح بالإمكان ان يكون الراهن غير المدين ، إذ تضمن على المبدأ التالي ((التأمين العيني الذي يتم اجراءه من اجل ضمان دين طرف ثالث لا يتضمن التزاماً شخصياً لمقدمه يضمن دين الغير ، وإنما يعد رهنًا أو ضماناً عينياً))^(٢٦)، وبعد ذلك ، كرس هذا المبدأ أي أمكانية أن يكون الراهن من غير المدين في المادة ٢٣٣٤ التي أنشئت بمرسوم ٢٠٠٦ إذ جاء فيها ((يمكن للمدين أو الغير أن ينشئ رهن المنقول وفي الحالة الاخيرة لايمارس الدائن حقوقه الا على المال الموضوع كضمانة)) وعلى هذا فأن مسؤولية الراهن إذا كان كفيلاً عينياً لا تتعدى ما يقدمه من مال كرهن ، بينما مسؤولية الراهن المدين تكون في هذا المال المرهون كضمان خاص ودمته المالية كمدين عادي للدائن بالدين المضمون .

أما فيما يتعلق بأهلية الدائن المرتهن في عقد رهن المنقول المادي دون حيازة فأن المرتهن لا يعد ملتزماً بالتزامات تجاه الراهن ، لذا يكون العقد ملتزماً لجانب واحد هو الراهن ، اما الدائن المرتهن فأنه يحصل على الرهن كضمان لما قدمه للمدين ، لذا يعد الرهن بالنسبة للمرتهن من الاعمال النافعة نفعاً محضاً ، ومن ثم لا يشترط ان تتوافر لدى المرتهن أهلية التصرف وإنما يكفي لصحة الرهن توافر أهلية الاغتناء ، وعليه يكفي ان يكون مميزاً أو من في حكمه ، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه^(٢٧). إلا اننا ، نؤيد الاتجاه الاخر من الفقه ، الذي يرى بأن الرهن حتى لو لم تنتقل الحيازة للمرتهن يعد بالنسبة له عملاً من اعمال الإدارة الدائرة بين النفع والضرر ، وهو حكم الشريعة الاسلامية وهو المصدر التاريخي لاحكام الأهلية في القانون المدني العراقي ، فالارتهان إستيفاء للدين من وجه ، ولايستوفي الدين الا من توافرت فيه أهلية المعاوضة^(٢٨)

أما بالنسبة للركن الثاني وهو محل الرهن الحيازي الوارد على منقول مادي فهو المنقولات المادية التي يمكن حيازتها ومما يصح التعامل بها ويمكن بيعها استقلالاً بالمزاد العلني . فعلى هذا المنقولات المملوكة للدولة أو حق الاستعمال الوارد على منقول لا يمكن رهنها لعدم امكانية التصرف فيهما ، وكذلك يجب ان تكون

قابلة للبيع في المزاد العلني لأن غاية المرتهن هو بيع المرهون لإستيفاء دينه المضمون، وكذلك يشترط ان يكون هذا المال مملوكاً للراهن ، لان عدم ملكية المال للراهن يجعل الرهن موقوفاً على اجازة المالك الحقيقي^(٢٩) على وفق القانون العراقي أو قابلاً للابطال على وفق القانون المصري^(٣٠)، اما القانون المدني الفرنسي فإنه جعل الرهن الصادر من غير مالك المنقول المادي باطلاً على وفق المادة ٢٣٣٥^(٣١).

وكذلك فان المنقول يجب ان يكون معيناً معيناً دقيقاً وصفاً مانعاً للجهالة استناداً للقواعد العامة الواردة في القانون أي لم تتضمن نصاً خاصاً يتضمن تعيين محل الرهن الحيازي تعييناً دقيقاً^(٣٢)، بعكس الرهن التأميني الذي تضمن نصاً خاصاً يوجب تعيينه في عقد الرهن التأميني. وهذا الاختلاف يرجع الى كون الرهن الحيازي لا يتم الا بحيازة المرتهن للمنقول المادي محل الرهن وهذه الحيازة تغني عن التعيين فهي بمثابة تعيين وتخصيص للمال المنقول بالمرهون . أما في عقد رهن المنقول دون حيازة فإنه القانون أشرط تسجيله والتسجيل يقتضي تحديده تحديداً دقيقاً في القانون المدني العراقي والمصري ، اما القانون المدني الفرنسي فقد اشترط الكتابة مع وجوب تعيين كمية الاموال المرهونة ونوعها وطبيعتها وعدم تحديدها وتعيينها يستوجب البطلان في المادة ٢٣٣٦ منه .

وكذلك يشترط في محل عقد رهن المنقول دون حيازة ، ان يكون موجوداً وفق ابرام العقد ، وعليه فان رهن الاموال المنقولة المستقبلية وهي التي تكون غير موجودة وقت ابرام عقد الرهن ولكن يمكن وجودها مستقبلاً ، يكون باطلاً على وفق القانون المدني المصري في المادة (١٠٩٨) منه ، التي جاءت فيها ((تسري على الرهن الحيازي احكام المادة ١٠٣٣ (...))^(٣٣) ومن ثم لم يتم اجازة رهن الاموال المستقبلية. بينما في القانون المدني الفرنسي فإن القانون الصادر في ٢٠٠٦ ، قد كرس مبدأ عدم تطلب ركن العينية في الرهن ، أي لم يتطلب التسليم على وفق المبادئ التي جاء بها المشرع ، مما ادى الى النص صراحة في المادة ٢٣٣٣ ، على امكانية رهن الاموال المستقبلية ، ومن ثم يمكن ان تكون محلاً للرهن الوارد على المنقول دون حيازة . أما في القانون المدني العراقي فإن رهن الاموال المستقبلية يعد باطلاً كما هو الحال في الرهن الحيازي والرهن التأميني، لعدم وجود نص يشير الى امكانية رهنها ومن ثم لا يمكن اقرار جواز ذلك عند عدم وجود نص بذلك .

درسنا فيما تقدم ، الاركان التي يشترط توافرها لأنعقاد عقد رهن المنقول دون حيازة ، وهي التراضي والمحل والسبب ، ومع ذلك فإن بعض القوانين وفي بعض التطبيقات التشريعية لرهن المنقول دون حيازة جاءت بأركان أخرى لأنعقاد ولكن بما أنها لم تكن متفق عليها بين جميع القوانين محل المقارنة . آثرنا على عدم بحثها كركن من اركان عقد رهن المنقول دون حيازة ، وانما تبحث ركن انعقاد في هذا العقد في

قانون معين دون غيره ، أو يتعلق ببعض التطبيقات التشريعية المتعلقة برهن المنقول دون حيازة دون غيرها من التطبيقات ، لذلك لاتعد ركنا لعقد رهن المنقول دون حيازة في جميع المنقولات التي تخضع لهذا الرهن. ومن تلك الاركان الكتابة العرفية التي لاتشترط التسجيل لدى موظف مختص، وكذلك ركن الكتابة الرسمية التي تعد ركناً في عقد رهن المنقول دون حيازة في بعض التطبيقات ، أي تسجيل العقد لدى موظف مختص رسمي . لذلك فأن دراسة هذه الاركان تكون عند دراسة تطبيقات هذا العقد في الجزء الثاني من بحثنا هذا . لعدم اتفاق جميع القوانين محل المقارنة على كون احدها أو كلاهما يعد ركنا للاتعاقد .

بينما ، أعتبر القانون المدني الفرنسي ، في المادة ٢٣٣٦ منه ، الكتابة العرفية ركن من اركان هذا العقد ، ولم يفرق في هذه المادة بين الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي والرهن الذي يرد عليه دون انتقال الحيازة ، إذ اعتبر الكتابة العرفية ركنا من اركان الاتعاقد ، لا يتم بدون كتابته ، إذ جاء فيها ((يكون الرهن تاماً بوضع مخطوط يشتمل على تعيين الدين المضمون وكمية الاموال المرهونة فضلاً عن نوعها وطبيعتها)) ففي هذا النص، اعتبر الكتابة المتضمنة تخصيصاً وتعييناً للمرهون والدين المضمون ، ركن من اركان عقد رهن المنقول حيازة أو دون حيازة ، وفي هذا الصدد يذكر الفقيه الفرنسي D.Legeais ((يكون تكوين وتام الرهن الوارد على منقول بمجرد كتابة خطية للدين المضمون ومبلغه ومقداره وكمية الأموال المرهونة وطبيعتها ، مجرد كتابتها خطياً ، لذا لايشترط التسجيل لتام الرهن ، وانما يرتبط التسجيل بنفاذ الرهن))^(٣٤) ، وقد حدد المشرع الفرنسي في رهن الحاصلات الزراعية طريقتين لانشاء الرهن أو يمكن أن تثبت بالشكل العرفي أو بالشكل الرسمي على حد سواء^(٣٥).

بينما في القانون المدني العراقي ، فانه لم يكتف بالشكل العرفي وإنما اشترط التسجيل الرسمي في انشاء الرهن في تطبيقات عقد رهن المنقول المادي دون حيازة - أي التسجيل - يعد ركناً شكلياً من اركان العقد، لاينعقد دونها ، كرهن المكائن ورهن السيارات ورهن السفينة وغيرها ، فإنه ويكون مصير العقد البطلان في حالة تخلفها . بينما في القانون المدني المصري فأن القيد لا أثر له في تكوين العقد وانما يتعلق بسريانه تجاه الغير^(٣٦).

وعلى هذا الاساس ، يمكن القول بأن عقد رهن المنقول المادي دون حيازة تكفي فيه الاركان الثلاث لاتعقده في بعض القوانين وفي قوانين أخرى يتطلب اجراءات شكلية للاتعاقد ، وعليه يمكن أن نضع تعريفاً له بأنه عقد رهن محله منقولاً مادياً لايتجرد الراهن من حيازة المرهون يخصص للوفاء بالدين المضمون بالتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة .

المطلب الثالث

طبيعة الرهن الوارد على منقول مادي دون حيازة

من المبادئ المستقرة ان التأمينات العينية قد وردت على سبيل الحصر من قبل المشرع، ولا يمكن انشاء تأمين عيني اتفاقي لم ينص عليه التشريع . وعليه لابد من تحديد طبيعة الرهن الذي يتجرد من الحيازة والذي يكون محله منقولاً مادياً على وفق أي من النوعين أو يكون رهناً على منقول لا ينتمي الى أي منهما . فأختلف الفقه في وصف الرهن الوارد على منقول مادي دون أن يتجرد من حيازته فالبعض أطلق عليه (Warrant) أي سند الخزن، والبعض وصفه بأنه رهن حيازة (nantissement) والآخر وصفه بأنه امتياز (Privilège) وأتجاه رابع وصفه بالضمان (gage) .

لذا فإن هناك ثلاث اتجاهات فقهية حول الطبيعة القانونية للراهن الوارد على منقول دون ان يتجرد الراهن من حيازته ، هي أما ان يعتبر رهناً تأمينياً^(٣٧) أو رهن حيازة دون نزع الحيازة يتقرر استثناءً بأرادة المشرع أما الاتجاه الثالث فهو يرى بأنه نوع جديد رهن وارد على المنقول المادي وهذا ماسيتم بحثه في ثلاث فروع .

الفرع الأول

رهن تأميني

يرى قسم من الفقهاء بأن رهن المنقول دون حيازة هي رهون تأمينية تتشابه مع الرهون التأمينية التي لا يكون محلها إلا عقاراً أو حقاً عينياً عقارياً ، ومن ثم تنطبق عليها احكام الرهن التأميني عليها في اغلب الاحوال ، مع الأخذ بالأعتبار اختلافهما من حيث المحل ، فالرهن التأميني لا يكون محله الا عقاراً بينما الرهن الذي نحن بصدده لا يكون محله إلا منقولاً مادياً^(٣٨)، إذ يذكر الدكتور عبد السلام ذهني في هذا الصدد ((لا يصح رهن المنقول الا بتسليم المرهون للدائن المرتهن ، ولكن اجازت بعض القوانين رهن المنقولات دون نقلها وفي ذلك رجوع الى إحياء الرهن الرسمي للمنقولات))^(٣٩).

وذهب الدكتور السنهوري الى تأييد هذا الرأي بقوله ((ظهر الرهن الرسمي على المنقولات ، اذ ترتبت عليها دون ان تنقل حيازة المنقولات الى الدائن المرتهن ، فصارت رهوناً رسمية لا رهون حيازة ، وهذه الرهون ثلاثة هي : (١) رهن رسمي بحري وهو رهن رسمي يترتب على السفينة البحرية بحيث تبقى هذه السفينة في حيازة الراهن مالکها ويكون للدائن المرتهن حق رهن عليها يماثل الرهن الرسمي . (٢) رهن

رسمي نهري يترتب على السفينة النهرية فتبقى هذه السفينة في حيازة مالكها ولا يكون للدائن إلاحق رهن رسمي عليها. (٣) رهن رسمي على الطائرات وهو رهن يتقرر على الطائرة ، فتبقى الطائرة في حيازة مالكها ويكون للدائن حق رهن رسمي عليها ((^(٤٠).

ووفقاً لما تقدم لا ينحصر الرهن الرسمي بالعقارات وإنما يمكن أن يرد على المنقولات التي يحددها القانون بنص تشريعي صريح كالسفن البحرية والنهرية والطائرات .

واستناداً الى هذا الاتجاه ذهب البعض من الفقهاء الى الاستعانة بقواعد الرهن التأميني أو الرسمي ، في الحالات التي يخلو فيها التشريع الخاص برهن المنقولات الخاضعة للتسجيل من النصوص المنظمة لها ، وذلك لكون القانون المدني يعد مصدراً عاماً لمثل هذا الرهن^(٤١).

ومن القوانين المدنية التي أشارت صراحةً الى ان رهن المنقول دون انتقال حيازته من الراهن الى المرتهن يعد رهنأ تأميناً هو القانون المدني الاردني ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ، اذ جاء في المادة ١٣٣٤ منه ((تسري احكام الرهن التأميني على المنقول الذي تقضي قوانينه الخاصة تسجيله كالسيارة والسفينة)) وأطلق الدكتور محمد وحيد الدين سوار على هذا الرهن المجرّد^(٤٢).

ومع ذلك ، فأن هناك اتجاه آخر يرى بأن رهن المنقول المادي دون نقل حيازته للمرتهن نوعاً من أنواع الرهن الحيازي ولكن دون نقل حيازة المرهون وهذا ما سنراه في الفرع التالي.

الفرع الثاني

رهن حيازة دون نزع الحيازة يتقرر استثناءً بأرادة المشرع

يرى هذا الاتجاه بأن رهن المنقول المادي دون نزع حيازة المنقول يتقرر بموجب نصوص تشريعية تحدد اجراءات شكلية واجبة الاتباع على بعض المنقولات كرهن السفن والطائرات ، فالنص التشريعي يقرر رهنه دون نقل الحيازة ويجعل الشهر والتسجيل بديلاً للحيازة وفي هذه الحالة يتجرد الدائن المرتهن من حق الحبس ولكن بنص القانون وعلى بعض المنقولات دون غيرها ، وفي ذات الاتجاه ، هناك رأي يمنع الراهن من التصرف في وعاء الرهن كالرهن الصناعي ورهن منقولات الفنادق ورهن الآلات ، أو يمنح الرهن الراهن سلطة التصرف في المرهون اذا كان مثلياً بشرط استبداله بغيره من المنقولات المثلية عند التنفيذ عليه ، كالرهن الزراعي ورهن البترول ورهن النبيذ^(٤٣).

ويرى هذا الاتجاه بأن رهن السيارات يعد رهنأ وارداً على منقول مادي دون نزع حيازة المنقول وذلك

استناداً لنص تشريعي يقرر رهن دون نزع حيازته ، إذ يتمتع الدائن المرتهن بكافة الحقوق التي يعطيها الرهن للدائن المرتهن .

وفي ذات المعنى ، اعتبر الفقه بيع السيارات بالآجل ، أو البيع بالتقسيط تطبيقاً معاصراً جاء به المشرع للرهن المنقول المادي دون نزع حيازته ، وهو ما جاء به المشرع الفرنسي في المواد (٢٣٥١ - ٢٣٥٣) ففي المادة ٢٣٥١ منه جاء فيها ((يكون الرهن الواقع على سيارة مزودة بمحرك أو مقطورة مسجلتين حجة على الغير بعد التصريح عنه الى السلطة الادارية ضمن الشروط المحددة بموجب مرسوم صادر بعد استشارة مجلس الدولة)) . اما المادة ٢٣٥٢ فقد جاء فيها ((بمجرد تسليم ايصال التصريح يُعد الدائن المرتهن قد احتفظ بحيازة المال المرهون)) اما المادة ٢٣٥٣ يخضع تنفيذ الرهن الى القواعد المنصوص عليها في المواد ٢٣٤٦ الى المواد ٢٣٤٨ مهما كانت صفة الدين^(٤٤) ، ومهما كانت صفة المدين تاجراً أم غير تاجر^(٤٥) .

ويذكر الدكتور ابراهيم الدسوقي ابو الليل في هذا الصدد (ان فكرة انشاء رهن على المنقولات المبيعة المادية ، هو في الأصل رهن حيازي ولكن يُسمح فيه للمشتري أي للراهن بالتمتع بالشيء المبيع بأستعماله والافادة منه أو الاحتفاظ به فقط تحت حراسته ، ونظراً لان سلب البائع المرتهن حيازة الشيء المبيع الذي يقع عليه الرهن يكون مخالفاً لطبيعة الرهن الحيازي، وهذا الرهن في هذه الحالة لا يمكن تقريره إلا بنص خاص^(٤٦) . كما هو في القانون الخاص برهن المركبات الفرنسي المشار اليه أعلاه . هذا الاتجاه في تحديد طبيعة الرهن يتناسب مع موقف المشرعين العراقي والمصري حيث ان كلا منهما قد أورد تطبيقات تشريعية لهذا الرهن خاصة لبعض المنقولات .

إلا ان هناك اتجاه آخر يرى بأن رهن المنقول المادي دون التجرد من حيازته يعد رهن وارد على منقول مادي ولا يحتاج للنص على كل منقول بعينه بنص تشريعي خاص به . وكما سنبين ذلك في الفرع القادم وهو الاخير .

الفرع الثالث

رهن جديد وارد على منقول مادي دون نزع الحيازة

يرى هذا الاتجاه هو ان رهن المنقول المادي دون تجريد الراهن من حيازته هو نوع جديد من الرهن الوارد على منقول مادي ، إذ بموجب هذا الاتجاه يكون على المنقول المادي رهنان ، الأول يتم بانتقال حيازة المنقول المادي المرهون الى الدائن المرتهن ، اما الثاني، وهو نطاق بحثنا ، فهو الرهن الذي يتم

دون حاجة لانتقال الحيازة الى المرتهن ، وهذا الاتجاه جاء به مشروع القانون المدني الفرنسي حديثاً في ٢٣/٣/٢٠٠٦ في المرسوم ٣٤٦/٢٠٠٦ ، إذ تخلى المشرع الفرنسي في هذا المرسوم عن المفهوم التقليدي للرهن الحيازي الذي يتم بانتقال الحيازة وأبقى عليه في نطاق الرهن الحيازي العقاري ، أما في مجال المنقول فقد تخلى عن الطبيعة العينية للرهن الوارد على المنقول ، ولم يسمه بـ "الرهن الحيازي" ، وإنما جاء بعنوان بمصطلح "رهن المنقول المادي" ليتضمن نوعي الرهن، بنزع الحيازة وبدون ذلك . وهذا ما جاءت به المادة ٢٣٣٣ الفقرة الأولى منها ((ان رهن المنقول هو اتفاق يعطي بمقتضاه منشيء الرهن الى الدائن حق إستيفاء دينه على أموال أو مجموعة من الاموال المنقولة المادية الحاضرة أو المستقبلية بالافضلية على سائر الدائنين)) . اما الفقرة الثانية منها فقد جاء فيها ((يمكن ان تكون الديون المضمونة حاضرة أو مستقبلية ، في الحالة الاخيرة يجب ان تكون قابلة للتحديد)) .

وفي هذا الصدد ، يذكر الفقيه الفرنسي D.Legeais بأن هذا الاصلاح الذي جاء به المرسوم أعلاه ، يعد قطعة بشكل نهائي للمفهوم التقليدي لرهن المنقول الذي لا يتم إلا بحيازة المرتهن للمرهون ، وكان أحد الاهداف الرئيسية للأصلاح الذي جاء به هذا القانون لعام ٢٠٠٦ هو التخلي عن الصفة العينية لرهن المنقول المادي ، ولكن مع المحافظة على النوع الذي يتم بالحيازة كنوع آخر يكون مع الرهن الذي يتجرد عن انتقال الحيازة ، وأصبح الضمان العيني دون نزع الحيازة هو الاصل مع وجود الرهن الحيازي الذي يرتكز على الحيازة ، ومن ثم أمكن بهذا الاصلاح ، حل صعوبات اجراءات التنفيذ على المال المرهون ، إذ من السهل تنظيم تقدم الدائنين بعضهم على بعض بالرغم من عدم نزع الحيازة من الراهن (منشيء الرهن) وكذلك فإن رهن المنقول دون حيازة يقدم ميزة اخرى لم يقدمها الرهن الحيازي مع انتقال حيازة المرهون الى المرتهن ، وهي ان مكونات الضمان تبقى محتفظاً بعدم العلنية الواضحة التي ترافق نقل الحيازة^(٤٧) .

وعند ملاحظة نصوص القانون المدني الفرنسي ، يتضح بأنه لا يوجد تقسيم بشكل رسمي في قانون ٢٠٠٦ للتمييز بين رهن المنقول دون نزع حيازته وبين رهنه مع نزع الحيازة ، يقع الاثنان تحت عنوان الفصل الثاني الذي يحمل عنوان ((القانون العام لرهن المنقول)) لذا يتضمن هذا الفصل الذي يضم النوعين معاً ، ويتضمن نظاماً موحداً يتضمن المال المرهون وآثارها ، إلا ان نزع الحيازة والتسليم يغير من هذه الاحكام ، فالقانون المدني جعل نوعين الأول هو رهن المنقولات ضمن القانون العام لرهنها والثاني ضمان رهن السيارات ، ومن ثم فإن رهن المنقول بنوعيه نزع الحيازة أو بدونها تخضع لاحكام القانون العام لرهن المنقول .

وعلى هذا ، فإن فقدان الطابع العيني الناشيء عن تسليم الشيء المرهون من الابتكارات الرئيسية الجديدة

من قانون الاصلاح هو فقدان الرهن الحيازي للطابع العيني (أي التسليم) ولكنه مع ذلك فإنه يشترط في قسمي الرهن سواء بعدم نزع الحيازة أو بتسليمها على وفق المفهوم التقليدي الذي كان سائداً وفق المادة الملغية ٢٠٧١، يشترط في الأثنين كتابة وتحرير عقد الرهن بشكل مخطوط وهذا اساسي في تمام الرهن الوارد على منقول بقسميه^(٤٨)، إلا ان الرهن دون حيازة لا يعد نافذاً تجاه الغير إلا بعد اشهاره في سجل خاص ينظم لهذا الغرض^(٤٩).

وأخيراً ، يرى جانب من الفقه الفرنسي بأن الاحكام الجديدة في هذا القانون ، جعلت الرهن دون تسليم مبدأ يطبق على كل المنقولات ، لذا فهناك مخاوف بالنسبة للأخيرة تتعلق بالاضرار التي قد تحصل بالاموال المرهونة عندما تبقى في يد صاحبها ، لانه سيكون الرهن دون تسليم المرهون وهو أقرب للرهن العقاري الاتفاقي^(٥٠) من الرهن الحيازي لأنه يقوم فقط بمجرد لتسجيل الرهن دون نقل حيازة المرهون ولكن هناك آثار اخرى تنشأ عن الرهن تحافظ على مصالح المرتهن للوفاء بالدين المضمون بالرغم انه يتم دون تسليم المرهون^(٥١) . وهذه الآثار ستكون محور المبحث الثاني .

المبحث الثاني

آثار رهن المنقول دون حيازة فيما بين المتعاقدين

إذا نشأ عقد الرهن الوارد على منقول مادي دون حيازة ، فإنه سيرتب آثاراً فيما بين المتعاقدين ، الرهن وهو منشئ الرهن سواء كان هو المدين ذاته أو كفيلاً عينياً والدائن المرتهن ، لذا سيكون تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نخصص المطلب الأول لدراسة آثاره بالنسبة للراهن اما المطلب الثاني فستكون لحقوق الدائن المرتهن .

المطلب الأول

آثاره بالنسبة للراهن

يرتب رهن حيازة المنقول دون نزع حيازته آثاراً بالنسبة للراهن منشئ الرهن ، إذ يتم إنشاء الضمان العيني على المنقول دون تسليم الشيء المرهون الى المرتهن ، وهذا الأمر يولد حقوقاً والتزامات للراهن وعليه تختلف عن الرهن الوارد على منقول بنزع حيازته وهذا الاختلاف سببه إحتفاظ الراهن بحيازة المنقول المادي وعدم انتقالها الى المرتهن ، لذا سيكون محور هذا المطلب دراسة هذه الحقوق والالتزامات في فرعين يخصص الأول لحقوق الراهن ويكون الفرع الثاني للالتزاماته .

الفرع الأول

حقوق الراهن

يعطي الرهن للراهن حق التصرف في المال المرهون لأن الرهن لا يفقد الراهن ملكية المرهون وكذلك يعطيه الحق في ادارة واستغلال المرهون واستعماله مادام المرهون باقياً في حيازته في رهن المنقول دون انتقال الحيازة .

إذ يبقى الراهن حائزاً للمرهون ومالكاً له . فله أن يتصرف فيه شتى انواع التصرفات بشرط أنه لا يؤدي هذا التصرف الى الاضرار بالدائن المرتهن، فله حق التصرف في المنقول المادي المرهون الى الغير ، وفي هذه الحالة يحق للمرتهن ان يمارس حقه في التتبع ضد الحائز وهو المتصرف اليه بالمرهون كأن يكون مشتري المنقول المادي فعندها يكون التصرف غير نافذ في مواجهة المرتهن . فللراهن حقوقاً على المنقول المادي المرهون الموجود في حيازته ، تكون في المرحلة التي تسبق اتخاذ اجراءات التنفيذ على المرهون

، إذ يحتفظ الراهن بمزايا ملكيته بشكل كامل ، اما بعد إتخاذ المرتهن لاجراءات تنفيذ يعد عندها المال المرهون محجوزاً تحت يد القضاء نتيجة لاجراءات التنفيذ^(٥٢).

فالأصل، في المرحلة التي تسبق اتخاذ اجراءات التنفيذ، ان للراهن كل اعمال التصرف في المال المرهون ، ولكن يجب ان لا يترتب عليه ضرر بالمرتهن ، فحقوق الراهن في المال المرهون تنقيد بما لا يضر بالمرتهن ، سواء كان التصرف الذي يجريه الراهن في المنقول المرهون تصرفاً مادياً ، لان التصرف المادي قد يؤدي الى الاضرار بالدائن المرتهن ، لذا فأن هذه التصرفات مقيدة بعدم المساس بسلامة المال المرهون أو الانقاص من قيمته^(٥٣).

ويكاد يجمع الفقه القانوني على إن للمالك سلطة التصرف في المال المرهون ما دامت لا تترتب عليها المساس بسلامة المرهون أو الانقاص من قيمته سواء كانت تصرفات قانونية أو مادية فهو حق مطلق للراهن، لا يجوز حرمانه منها باتفاق بينه وبين الدائن المرتهن وتعد سلطة التصرف الممنوحة للراهن من النظام العام^(٥٤).

لذا لا نتفق مع من يقول ((يجوز الاتفاق على وجوب استحصال موافقة الدائن المرتهن قبل التصرف ، وإلا اعتبر التصرف فيه دون الحصول على هذه الموافقة إخلالاً بضمان المرتهن فمثل هذه الاتفاقات مشروعة وجائزة إذ انها لا تخالف نصاً صريحاً ولا النظام العام ، ويبدو لنا ان ادراج مثل هذا الشرط في عقد رهن المنقول دون حيازة سوف يؤدي الى تعزيز الحماية القانونية للمرتهن في هذه الحالة ، أي مخالفة الشرط تنطبق عليه المادة ٤٥٧ من قانون العقوبات العراقي النافذ ١١١ لسنة ١٩٦٩))^(٥٥).

ويكفي الرد على هذا الرأي بالقول بأن سلطة التصرف للراهن تعد من النظام العام باتفاق جميع الفقهاء ، ويعد ذلك بموجب التنظيم التشريعي الذي يعتبر ذلك الاتفاق مخالفاً لنصوصه الصريحة ، التي تعطي للدائن المرتهن حق التتبع والتقدم ، أما القول بتطبيق المادة ٤٥٧ من قانون العقوبات العراقي على تصرف الراهن بالمرهون نقول، بأنه لا علاقة لهذه المادة التي تنظم احكام من يتصرف في مال منقول أو عقار يعلم انه لا يملكه أو ليس له حق التصرف فيه في هذا المال ، وهذا مخالفة صريحة لاحكام الرهن التي تعطي سلطة التصرف للراهن ولم يحرم منها حتى يمكن القول بأن التصرف يعد مخالفة لنص المادة ٤٥٧ . لذا نعتقد عدم صواب هذا الرأي ونتفق مع الاجماع الفقهي القانوني بهذا الصدد .

من جانب آخر ، فأن للراهن، مادام محتفظاً بملكية المنقول المرهون بالاضافة الى حيازته له ، سلطة الاستعمال والاستغلال وادارة المنقول وقبض ثماره الى وقت اتخاذ اجراءات التنفيذ ضده ، فله ايجار المنقول

والحصول على ثمار ذلك ، مادام حق الدائن المرتهن مصاناً بحق التتبع والتقدم ، باعتبار التصرف غير نافذ بحق المرتهن مادام تالياً لنشوء حقه ، ومادام اعمال الادارة والانتفاع بالمرهون وهو في حيازته لا يؤدي للانقاص من قيمة المرهون ، اما اذا حل اجل الدين المضمون بالرهن عندها للدائن التنفيذ بالدين المضمون على المنقول المرهون^(٥٦) .

تبين لنا مما تقدم بأن للراهن سلطة التصرف في الشيء المرهون مادام مالكا للمرهون ، ولكن سلطة التصرف هذه محكومة بعدم الانتقاص من قيمة الشيء المرهون والحفاظ عليه كضمان خاص للدائن خوفاً من تصرف الراهن بالشيء أضراراً بالمرتهن ، خاصة وان المرهون في حيازة الراهن ، لذا قيدَ المشرع الفرنسي في رهن المنقول دون حيازة اذا كان محله منقولاً مثلياً سلطة التصرف فيه من قبل المالك بحصول موافقة المرتهن بموجب عقد الرهن أو اتفاق لاحق بين طرفي عقد الرهن يجيز بموجبه للراهن ان يتصرف بالمرهون المثلي بشتى أنواع التصرفات لأن التصرف في الاشياء المثلية عند التصرف بها تمتزج وتذوب مع أموال المتصرف اليه وبما انه يوجد ما يماثلها في الاسواق لذا فأن المشرع الفرنسي نص على أنه عند اتفاق طرفي الرهن على امكانية الراهن بالتصرف فيها ، يجب على الراهن ان يقوم بأستبدالها بكمية معادلة لها^(٥٧) .

الفرع الثاني

التزامات الراهن

ينشأ حق الرهن على منقول مادي بمجرد إنعقاد العقد بتوافر اركانه ، وعندما يلتزم الراهن بموجب عقد الرهن بأعطاء حق الرهن يلتزم كذلك بضمان سلامة الرهن والحفاظ على قيمة المرهون أي ضمان التعرض وضمان الاستحقاق ، وهذا لا يختلف سواء انتقلت حيازة المنقول المادي الى المرتهن أو بقيت في يد الراهن ، ولكن في الحالة الأخيرة أي الرهن دون حيازة يلتزم الراهن فوق ذلك بالمحافظة على المنقول المرهون دون نزع الحيازة .

وعلى هذا يلتزم الراهن في رهن المنقول دون حيازة بضمان التعرض والاستحقاق فهو يلتزم أولاً بالامتناع شخصياً عن كل تعرض مادي أو قانوني ، أي عن كل عمل إيجابي أو سلبي ينتقص من الضمان الذي يخوله الرهن للدائن المرتهن كما يلتزم بدفع التعرض القانوني الصادر من الغير .

والتعرض القانوني الصادر من الراهن يكون مباشرة الراهن تصرف يتعارض وحق الدائن أو من شأنه أن يؤثر في هذا الحق . كأن يكون الراهن غير مالك للمنقول واكتسب ملكيته بعد انعقاد الرهن ، فليس له ان

يطلب عدم نفاذ الرهن في مواجهته على إعتبار صدوره من غير مالك لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض^(٥٨).

والالتزام بضمان سلامة الرهن المترتب في ذمة الراهن في رهن المنقول دون حيازة يلتزم بموجبه بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير ، إذ يلتزم أن يدفع أي ادعاء من الغير بحق لو ثبت لترتب عليه المساس بحق الدائن كأن يدعي الغير أن يملك المرهون ، أو يدعي الغير ان له حق انتفاع أو استعمال وارد على المنقول اذا كان المنقول رهن خالياً من هذه الحقوق . كل هذه الادعاءات يجب ان يقوم بردها اما اذا لم يستطع فإنه يكون ضامناً للمرتهن ما يكون قد تسبب من نقصان بقيمة الرهن نتيجة وجود هذه الحقوق^(٥٩). وإن لم ينص عليها المشرع صراحة ، كالتزام يترتب في ذمة الراهن، بضمان سلامة الرهن ، أي ضمان التعرض والاستحقاق، إلا ان القواعد العامة تقضي به كون الراهن هو من قدم الرهن وهو مالك المرهون لذا يلتزم بضمان سلامته دون ان يعمل عملاً ينقص من قيمته . ومن جهة اخرى ، وبالنظر لبقاء حيازة المنقول المادي لدى الراهن ، يترتب التزام آخر يتعلق ببقاء الحيازة وهو التزام الراهن بالمحافظة على المرهون ، ولا توجد إشارة الى هذا الالتزام في التطبيقات التشريعية المتعلقة بالقانون العراقي والمصري المتعلقة برهن المنقول دون حيازة ، كون ذلك ، تطبيق للقواعد العامة التي توجب مثل هذا الالتزام ما دام الراهن محتفظاً بالحيازة وما يوجبه من حماية مصلحة الدائن المرتهن بعدم الاضرار بحقه .

اما القانون الفرنسي فقد جاء في رهن المنقول المادي دون نزع حيازته ، بنص يتضمن إشارة صريحة الى التزام الراهن بالمحافظة على المرهون ، كأثر من آثار الرهن بالنسبة للراهن ، ورتب جزءاً واضحاً على اخلال الراهن بهذا الالتزام ، وهو نص عام يطبق على جميع عقود رهن المنقول المادي دون حيازة مهما كان محله ومهما كانت طبيعته ، وهذا ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة ٢٣٤٤ إذ جاء فيها ((يستطيع الدائن في الرهن الحاصل دون نزع الحيازة أن يتذرع بسقوط اجل الدين المضمون أو ان يلتمس زيادة الرهن إذا أخل منشيء الرهن بالتزام المحافظة على المال المرهون))^(٦٠).

وبموجب التزام الراهن بالمحافظة على المرهون يلتزم بعدم القيام بأي تعديلات جوهرية في الغرض المعد له المنقول المادي اذا كان يسبب ضرر للدائن المرتهن في الحصول على حقه ، وعند عدم الالتزام بذلك يلتزم بالضمان ، وكذلك يكون مسؤولاً عن القيام بالأعمال اللازمة للمحافظة على قيمة المال المرهون ، ولعدم وجود نص يشير الى مقدار العناية يمكن تطبيق مقدار العناية المطلوبة من الدائن المرتهن للمحافظة على المال المرهون في الرهن الحيازي الذي حددته نصوص القانون بعناية الرجل المعتاد^(٦١).

اما القانون المدني الفرنسي ، فهو لم يتضمن نصاً يشير الى تحديد العناية الواجب توافرها ، ولكن الفقه

الفرنسي يشير الى تطبيق مقدار عناية الرجل المعتاد ، ويستند في ذلك الى المبدأ العام المقرر في مقدار العناية المطلوبة في الالتزام بالمحافظة على الشيء، وهو نص الفقرة الأولى من المادة ١١٣٧ منه اذ جاء فيها (يُخضع إلتزام المحافظة على الشيء المسؤول عنه ، للأعتناء به عناية رب العائلة الصالح ، سواء أكانت تستهدف منفعة احد المتعاقدين ام كانت تهدف الى تحقيق منفعتهم المشتركة)) .ويرى الفقه الفرنسي ذلك بالقول ((بأن هذا النص العام لا يكون كافياً لحماية مصالح المرتهن لذا جاءت المادة ٦/٥٢٧ من قانون التجارة لمواجهة خطر التلف وهلاك الاسهم بتدابير عدة ، منها ان يقدم الراهن وثيقة التأمين ضد مخاطر الحريق والتلف ، وكذلك حق الدائن من التأكد في أي وقت من حالة المال المضمون والنفقات التي احتاجها الراهن ، ويجب ان يهيء المدين باستمرار للدائن الاسهم والمعاملات المحاسبية المتعلقة بها ، ويلتزم بعدم انخفاض لاكثر من ٢٠% من قيمة الاسهم ، وعند حصول هذا الانخفاض يمكن للدائن أن يطلب استعادة جزء من الاموال المقرضة بما يتناسب مع نسبة الانخفاض اما اذا لم يقبل الدائن بهذا الانخفاض عندها يمكن ان يطلب سداد كامل الدين ، وينتهي الضمان بذلك بتسديد كامل الدين))^(٦٢).

ويقرب من الموقف التشريعي الفرنسي والفقه المؤيد له ، ما جاء به القانون المدني العراقي والمصري في نطاق الرهن التأميني ونعتقد بأمكانية الأخذ بها في رهن المنقول المادي دون حيازة ، حيث اجاز للمرتهن أن يطلب من الراهن استبدال المرهون بشيء آخر يحل محله ويصبح محملاً بالرهن وهذا ما تضمنته الفقرة (٢) من المادة ٢/١٢٩٧ من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها ((٢ - واذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك المرهون أو تعيبه كان المرتهن مخيراً بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً))^(٦٣). وهنا عندما يطلب المرتهن من الراهن تأميناً كافياً معناه يطلب استبدال المرهون الذي نقصت قيمته بسبب الراهن بمال مرهون آخر يكون كافياً للوفاء بالدين المضمون ، وهذا يمكن تطبيقه في حالة بقاء المنقول المادي في يد الراهن وعدم انتقاله الى المرتهن في رهن المنقول المادي دون حيازة .

ويمكن تطبيق فكرة استبدال المرهون بوصفه يعد من التزام الراهن بالمحافظة على المرهون الذي في حيازته ، استناداً على القواعد القانونية المنظمة للراهن الحيازي بالرغم من انتقال حيازة المرهون الى المرتهن ، والتي اجازت للمرتهن مطالبة الراهن باستبداله للمرهون اذا اصبح غير كاف للوفاء بالدين المضمون أو مهدداً لأن يصبح كذلك ، وهذا ما جاء في المادة ١١١٩ من القانون المدني المصري ، اذ نصت الفقرة الأولى منها ((اذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يُخشى ان يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شيء اخر يقدم بدله ، جاز للدائن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه)) والمادة ٢/١٣٣٨ من القانون المدني العراقي ((واذا كان المرهون مهدداً بأن يصيبه هلاك أو نقص في القيمة ، وجب على المرتهن ان يبادر باعلان الراهن بذلك

وإلا كان مسؤولاً ، وفي حالة الإعلان يجوز للراهن أن يسترد المرهون إذا قدم للمرتهن تأميناً ، فإذا لم يفعل جاز للمرتهن ان يطالب المحكمة ببيع المرهون وابقاء ثمنه رهناً في يده ((.

وكذلك الحال ، في القانون المدني الفرنسي، إذ جاء بمبدأ عام بشأن التزام الراهن بالمحافظة على المنقول المادي المرهون في رهن المنقول دون حيازة ، وحدد جزاء مخالفة الراهن ، ان يطالب المرتهن بسقوط أجل الدين المضمون أو يطالب بتأمين تكميلي يسد النقص الحاصل بسبب اخلال الراهن وهذا ما جاءت به المادة ٢٣٤٤ / الفقرة الثانية من القانون المدني الفرنسي اذ 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)) .

ومع ذلك ، وبالرغم من عدم وجود نص عام في القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي يجيز للراهن استبدال المرهون ، إلا في حالة اذا كان مهدداً بالهلاك أو التلف المؤدي الى نقص قيمته ، إلا أنه من وجهة نظرنا ، يمكن في القانونين العراقي والمصري المدنيين اعطاء الراهن حق استبدال المرهون المنقول سواء كان مالاً مثلياً أو قيمياً ، ولكن باتفاق طرفي الرهن على استبداله ، وهذا يتفق مع القواعد العامة في انشاء الرهن ، فالرهن ينشأ بالاتفاق لذا يمكن اجراء أي تغيير أو تعديل في عناصره بالاتفاق . ويتفق هذا مع ما جاء به قانون التجارة العراقي والمصري ، إذ قرر استبدال المال المثلي المرهون رهناً تجارياً دون حاجة للاتفاق بين طرفي الرهن بوصف الاشياء المثلية يوجد ما يماثلها ولايتضرر المرتهن عند استبدال الراهن لها ، اما المنقول القيمي لايمكن استبداله الا بالاتفاق بين طرفي الرهن التجاري فقد جاء بالمادة ١٩٢ من قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ((أولاً : اذا ترتب الرهن على مال مثلي بقي الرهن قائماً ولو استبدل بالمرهون مالاً آخر)) .

المطلب الثاني

حقوق الدائن المرتهن

المرتهن في عقد رهن المنقول دون حيازته ، هو الطرف الثاني في هذا العقد ، وهو يحمل صفتان، كدائن بوصفه له دين في ذمة المدين وجد الرهن ضماناً للوفاء به وصفة كونه مرتهن بما له من رهن وارد على منقول مادي وإن لم يكن حائزاً له .

إلا ان ممارسة حقوق الدائن المرتهن في الضمان الخاص وهو التنفيذ على المنقول المادي وبيعه في المزداد العلني مقيد بالاجراءات التي نص عليها القانون . لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتحدث في الفرع الأول عن حقوق المرتهن على اموال المدين لدراسة حقوق المرتهن على المنقول المادي المرهون .

الفرع الأول

حقوق الدائن المرتهن على اموال المدين غير المرهونة

في عقد رهن المنقول دون حيازة ، اذا حل أجل الدين المضمون بالرهن ، أصبح للدائن المرتهن حقاً في إستيفاء دينه المضمون من المال المرهون وهو في حيازة الراهن ولكن على وفق الاجراءات التي جاء بها المشرع وهذا ما اكده المشرع في الرهن التأميني اذ نص على ((للمرتهن أن يستوفي حقه من العقار المرهون رهناً تأمينياً وفقاً للاجراءات المقررة لذلك ، واذا لم يف العقار بحقه ، فله أن يستوفي مابقي كدائن عادي من سائر اموال المدين))^(٦٤).

فالاحكام الواردة في هذه النصوص ، تعطي للدائن أن ينفذ بحقه المضمون على المنقول المرهون ببيعه في المزداد العلني وإستيفاء حقه المضمون من ثمن المال ، واذا لم يكف هذا الثمن للوفاء بحق الدائن المرتهن ، فان للدائن بوصفه دائناً عادياً أن ينفذ بحقه على اموال المدين غير المخصصة لضمان هذا الحق ، ولكن كدائن عادي ، إذ تعد الذمة المالية للمدين الضمان العام لحقوقه . ولكن اذا كان الراهن غير المدين ، فلايكون للدائن أن ينفذ على امواله الاخرى غير المرهونة ، وانما يقتصر حق الدائن المرتهن بالتنفيذ على مارهنه الراهن دون ان يتعدى ذلك لأموال الراهن غير المرهونة ، ويكون للدائن المرتهن أن ينفذ أولاً على المال المرهون ، فان لم يف بدينه كان له أن ينفذ على جميع اموال المدين باعتبارها ضماناً عاماً لدينه دون أن يكون له حق التنفيذ على اموال الكفيل العيني غير المرهونة لأن مسؤولية هذا الكفيل لاتتجاوز نطاق المال المرهون^(٦٥) . ولايجوز للكفيل العيني (الراهن) ان يجبر المرتهن أن يرجع أولاً على اموال المدين غير المرهونة (وهذا هو حق التجريد) ، لان مال الكفيل مرهون بالدين ، ويجوز للدائن المرتهن ان يبدأ التنفيذ على هذا المال المرهون ، حتى لو كان في مال المدين عين أخرى مرهونة في نفس الدين ، عندها للدائن أن ينفذ على أي من العينين المرهونتين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك^(٦٦) .

اما القانون المدني المصري فقد تضمن وجوب اتباع القواعد المقررة للتنفيذ في قانون المرافعات عند حلول أجل الدين المضمون وعدم وفاء المدين به^(٦٧) ، ولكنه لم يتضمن الاحكام التي جاء بها القانون المدني العراقي بشأن تقييد رجوع الدائن المرتهن أولاً على المال المرهون المقدم من الراهن اذا كان هو المدين

نفسه، وإذا لم يكن ثمن المال المرهون للوفاء بالحق المضمون ، يرجع بالباقي على الذمة المالية للمدين كدائن عادي . وعليه فإن القانون المدني المصري لا يقيد الدائن المرتهن بأن يرجع على المال المرهون أولاً إذا كان الراهن هو المدين ، ومن ثم يرجع بالباقي على الذمة المالية للمدين بما له من ضمان عام ، لذا يبقى له الضمانين معاً الضمان الخاص والضمان العام ، فوجود الراهن لا يحرم الدائن المرتهن من حقه كدائن عادي في التنفيذ على اموال المدين الاخرى ، فليس هناك ما يمنع أن يبدأ بالتنفيذ على اموال المدين الاخرى ، دون حاجة ان يلجأ بالتنفيذ على المال المرهون وكل ما هنالك انه سوف يتعرض لمزاحمة باقي الدائنين ، وله الخيار كذلك بأن يبدأ بالتنفيذ على المال المرهون وإذا لم تكف قيمته للوفاء بالدين المضمون يرجع على اموال المدين الاخرى لإستيفاء ما تبقى له من الدين المضمون . وقد تم تبرير ذلك ان هذا التقييد بالتنفيذ أولاً على المال المرهون وإذا لم يكف يرجع على اموال المدين الاخرى ، يضع الدائن المرتهن الذي له ضمان خاص في مركز أقل من مركز الدائن العادي الذي له حق الحجز على اموال المدين بما فيها امواله المحملة بتأمينات^(٦٨) . اما إذا كان الراهن غير المدين ، أي الكفيل العيني ، فإن مسؤوليته تتحدد بحدود المال الذي قدمه ضماناً عينياً لدين المدين ، فلا تتجاوزه ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٥٠ من القانون المدني المصري ((إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك)) ، فأذا نفذ الدائن المرتهن على المال المرهون المقدم من الكفيل العيني لا يكون للراهن (الكفيل العيني) أن يجبر المرتهن على التنفيذ على اموال المدين مرهونة كانت ام غير مرهونة^(٦٩) . بعبارة أخرى ، للدائن ان يبدأ بالتنفيذ على اموال المدين غير المرهونة كدائن عادي ، بما له من حق الضمان العام ، وهنا خلاف القانون العراقي الذي قيد المرتهن بأن يرجع أولاً على ما رهنه الكفيل ثم بعد ذلك يرجع لما تبقى له على اموال المدين غير المرهونة .

وكذلك جاء حكم القانون المدني الفرنسي مماثلاً للقانون المدني المصري فلم يتضمن تقييد الدائن المرتهن بالتنفيذ أولاً على المال المرهون سواء مقدماً من المدين أو الكفيل العيني، إذ جاء في المادة ٢٣٤٦ التي انشأها المرسوم رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ ، المتعلقة برهن المنقول المادي ((يستطيع الدائن في حال التخلف عن ايفاء دينه المضمون ، المباشرة أن يطلب بيع المرهون قضائياً ، ...)).

الفرع الثاني

حقوق الدائن المرتهن على المنقول المادي المرهون

سواء كان الراهن هو المدين أو غيره ، فللدائن المرتهن أن ينفذ على كل المنقول المرهون أو على أي جزء منه ليستوفي كل حقه أي جزء منه ، فأى جزء من المال ضامن لكل الدين المضمون وأي جزء من

الدين المضمون مضمون بكل المرهون ، ولا يتخلص الراهن من الرهن بالوفاء الجزئي للدين المضمون ، إلا ان هذا الامر يمكن الاتفاق على خلافه ، أي بقدر الوفاء ينتهي الرهن ، لان قاعدة عدم تجزئة الرهن ليست من مستلزمات الرهن ومن ثم يمكن الاتفاق على خلافها^(٧٠). بينما في القانون المدني الفرنسي في المادة ٢٣٤٩ منه فإنه قد كرس مبدأ عدم قابلية عقد رهن المنقول بنوعيه سواء الذي يتم بانتقال الحيازة أو بدونها التي جاء فيها ((لايقبل رهن المنقول التجزئة على الرغم من تجزئة الدين بين ورثة المدين أو الدائن . ولايحق لوريث المدين الذي سدد ما يصيبه من الدين المطالبة بأسترداد حصته في الرهن ما لم يتم ابقاء الدين بمجمله ، وبالعكس لا يحق لوريث الدائن ، الذي استوفى حصته من الدين تسليم المرهون قبل ابقاء دين شركائه بالارث)) .

وتطبق بشأن التنفيذ على المال المرهون تطبيق عليه القواعد العامة في التنفيذ على الاموال المرهونة ، وعليه فإن حق الدائن المرتهن في رهن المنقول المادي دون حيازة في إستيفاء حقه المضمون من ثمن المرهون يقيد بأتباع الاجراءات الواردة في قوانين البيوع الجبرية ولايختلف سواء كان الراهن هو المدين ذاته أو الكفيل العيني ، وواجب التقيد بهذه الاحكام من النظام العام أي ان أي اتفاق يعقد بين الطرفين يعد مخالفاً للنظام العام وذلك لتحقيق مصالح كل من طرفي عقد الرهن وتحقيق العدالة التعاقدية^(٧١).

فالدائن المرتهن لا يستوفي حقه من المنقول المرهون دون نقل الحيازة إلا طبقاً لاجراءات قانونية معينة تنتهي آخر الامر الى بيع المنقول المادي جبراً الى الراهن في المزاد طبقاً للقوانين الخاصة بذلك ، وعلى هذا يبطل كل اتفاق بين طرفي الرهن للمرتهن عند عدم إستيفاء الدين المضمون وقت حلول اجله في ان يمتلك المنقول المادي بمقابل الدين المضمون أو بأي ثمن آخر في ان يبيعه دون اتباع الاجراءات التي نص عليها المشرع . حتى لو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد انعقاد الرهن^(٧٢) وهذا النص يتضمن الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء كذلك والاتفاق على بيع المرهون دون اجراءات والحكمة من بطلان كل منهما ، هي حماية الراهن ، فقد خشى المشرع ان يستغل الدائن حاجة المدين الى المال فيتفق معاه وقت الرهن أن يصبح مالكا للمال المنقول المرهون ، بمجرد عدم وفاء المدين بالدين المضمون فيضطر المدين تأثير الحاجة الى قبول هذا الاتفاق اعتماداً منه على قدرته على الوفاء أو استخفافاً بالظروف التي يمكن تعجزه عن ذلك . ففي بطلان هذا الاتفاق حماية للراهن ورد قصد المرتهن في إستغلال الراهن ، لذا اعتبر مثل هذا الاتفاق باطلاً لمخالفته للنظام العام فيجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسه عند عدم التمسك به من قبل كل ذي مصلحة^(٧٣).

و لايتبع بطلان هذا الاتفاق بطلان عقد رهن المنقول المادي دون حيازة ، وانما يُلغى الاتفاق المقترن

بعقد الرهن ويبقى الرهن قائماً منتجاً لآثاره ، عند الرأي الراجح للفقهاء القانوني^(٧٤).

هذا في القانونين العراقي والمصري ، اما في القانون المدني الفرنسي ، فإن مرسوم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ ، قد جاء بأحكام مختلفة عن القانون المدني العراقي والمصري ، حيث اجاز القانون الفرنسي الاتفاق بين طرفي عقد الرهن على أن يمتلك المرتهن للمنقول المادي عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون وتحدد قيمة المال المرهون من قبل خبراء يتم اختيارهم بالاتفاق أو تعيينهم المحكمة عند عدم حصول الاتفاق ، ويعد هذا الاتفاق صحيحاً ناقلاً لملكية المرهون من الراهن الى المرتهن ، سواء ابرم عند انشاء عقد الرهن ام بعد ذلك^(٧٥). أما الاتفاق على بيع المرهون دون اتباع الاجراءات القانونية المتعلقة بذلك، فإنه باطلاً في كل الاحوال على وفق القانون الفرنسي ، فلم يأت المشرع في مرسوم ٢٠٠٦ بتغيير احكام هذا الاتفاق ، اذ بقي البطلان مصيره ، وهذا ما جاءت به المادة ٢٣٤٦ منه ((يستطيع الدائن في حال التخلف عن ايفاء دينه المضمون ، المباشرة بطلب بيع المرهون قضائياً ، يتم هذا البيع وفقاً للطرق المحددة بمقتضى اصول التنفيذ المدنية ولا يمكن لاتفاقية الرهن ان تخالف هذا المبدأ)).

وعلى اساس ما تقدم من موقف القوانين محل المقارنة ، لانتفق مع من يرى بأن ((يمكن اجازة الاتفاق على بيع المرهون دون المرور بالاجراءات القانونية في نظام رهن المنقولات دون حيازة ، متى رضا به المدين وأذن به قاضي المحكمة المختصة ، فالامر الاخير يحقق المصلحة في الوصول الى القيمة الحقيقية للمنقول))^(٧٦). ويرجع سبب اختلافنا مع هذا الرأي الى ان القول بجواز اتفاق طرفي عقد الرهن على بيع المرهون دون إجراءات في رهن المنقولات دون حيازة ، يحتاج الى نص تشريعي يقرر ذلك ، لأن التشريعات جميعها تتضمن عدم جوازه حمايةً لطرفي عقد الرهن وخاصة الراهن لان البيع في المزاد العلني تجريه الدوائر المختصة يؤدي الى إعطاء القيمة الحقيقية للمرهون وحماية ضمان الدائن المرتهن وانتمان الراهن ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، اما ما جاءت به المادتين ١١٢١ ، ١١١٩ من القانون المدني المصري والمادة ١٣٥٣ من القانون المدني العراقي الواردة في الرهن الحيازي الوارد على منقول لا يعد خروجاً على ماتقدم من احكام وارده في هذين القانونين ، اذ لم يتقرر في هذه النصوص الثلاث ، اجازة للاتفاق على تملك المرتهن للمرهون^(٧٧) ، وانما كان سماحاً تشريعياً بتملك المرتهن للمرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون أو اجازة البيع دون المرور بالاجراءات القانونية بناء على موافقة المحكمة على طلب احد المتعاقدين ولم يكن سماحاً تشريعياً للاتفاق وانما كان اجازة للدائن المرتهن في بعض الحالات ، أو لاحد المتعاقدين في حالات اخرى في ان يقدم طلباً للمحكمة يتضمن موافقتها على تملك المرتهن للمرهون بناء على طلب المرتهن ، أو

موافقتها على بيع المرهون دون اجراءات ، بناء على طلب احد طرفي عقد الرهن المرتهن أو الراهن ، لذا فإن البيع دون اجراءات أو تملك المرتهن لم يكن اساسه الاتفاق وانما حكم المحمة ، ومن ثم فلم تكن امام الاتفاق على التملك أو على البيع دون اجراءات ، وانما كان تملك المرتهن للمنقول المادي المرهون أو يبيعه دون اجراءات بحكم القاضي ، فنقل ملكية المنقول المرهون الى غير الراسي عليه المزداد لم يكن أساسه الاتفاق وإنما حكم المحكمة بناء على تفويض تشريعي بذلك^(٧٨).

اما موقف القانون المدني الفرنسي في قانون ٢٠٠٦ بشأن تملك المرتهن للمرهون قضاء أو الطلب من القضاء يبيعه دون المرور بالاجراءات القانونية، فإن ما جاء به مختلفاً تماماً عما ورد في القانون المدني العراقي والمصري ، إذ لم يقرر السماح، بحكم المحكمة، ببيع المنقول المادي المرهون دون المرور بأجراءات القانون . بينما بشأن تملك المرتهن للمرهون قضاءً ، فقد اجازة كمبدأ عام وليس لحالات معينة تتعلق بالتلف أو الهلاك أو البيع لوجود صفقة رابحة وذلك في المادة ٢٣٤٧ حيث نصت على ((يستطيع الدائن ايضاً المطالبة قضائياً بالاحتفاظ بالمال المرهون كوسيلة للايفاء، وعندما تتجاوز قيمة المال مقدار الدين المضمون ، فإن الفرق يدفع الى المدين أو يودع بحساب الدائنين المرتهنين ان وجدوا)).

المبحث الثالث

آثار رهن المنقول دون حيازة بالنسبة للغير

إذا انعقد عقد رهن المنقول دون حيازة صحيحاً ، فإنه لا يقتصر على إنشاء حقوق للمرتهن والراهن وإلتزام الراهن تجاه المرتهن بسبب عدم تجرده من الحيازة ، وإنما سوف يرتب العقد آثاراً تجاه الغير، وهي التتبع والتقدم وقد حدد المشرع وسائل من شأنها أن توفر حماية لما توفره انتقال الحيازة في الرهن الحيازي للمنقول . لذا سيكون هذا المبحث مقسماً في ثلاث مطالب الأول لدراسة وسائل حماية حق الغير ، أما الثاني فسيخصص حق التتبع والمطلب الأخير سيكون عنوانه حق التقدم .

المطلب الأول

وسائل حماية حق الغير

بما إن رهن المنقول دون تجرد الراهن من حيازة المرهون يمكن أن يضر بالغير ، لكون الحيازة في يد الراهن لذا لا بد من خلق وسائل تشريعية لحماية الغير تكون كافية لحماية حقه وخلق موازنة بين الغير ومصصلحة الدائن المرتهن . ولكن قبل ذلك يجب دراسة مفهوم الغير الذي يمكن الاحتجاج بالرهن في مواجهته . لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين سيكون عنوان الفرع الأول هو : مفهوم الغير أما الفرع الثاني فسيكون عنوانه وسائل تحقيق الموازنة بين حق الغير وحق المرتهن .

الفرع الأول

مفهوم الغير

رهن المنقول المادي دون حيازة ، يعطي للدائن المرتهن حقاً يتمثل في إستيفاء دينه المضمون من ثمن المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون، وإذا استوفى ذلك وكان المال في ملكية الراهن لم ينتقل الى غيره، سمي ذلك الحق الذي للدائن بحق التقدم ، اما اذا انتقلت ملكية المال المرهون الى الغير فأنت حق التقدم لا يمكن للدائن المرتهن استخدامه إلا اذا استخدم حقاً آخر هو التتبع، أي سريان حقه كمرتهن في مواجهة الغير إذ يستوفي المرتهن حقه من ثمن المال المرهون في مواجهة الغير ، وعليه فأنت حق التقدم وحق التتبع مزيتان غير موجهتان قبل الراهن وإنما قبل الغير .

والمقصود بالغير هنا هو كل شخص يتضرر في وجود رهن المنقول المادي عند نفاذ الرهن في مواجهته ،

وهو لا يخرج عن احد اشخاص ثلاث . دائن عادي للراهن ، ليس له حق عيني على المال المرهون ، بمعنى له الضمان العام للدائنين ، وعليه فسيضار من وجود دائن مرتهن للمال المرهون يتقدم عليه في تقاضي حقه من ثمن المال المرهون ، استناداً الى افضلية الضمان الخاص على الضمان العام ... اما الشخص الثاني فهو كل شخص له حق عيني تبعي على المال المرهون ، كدائن له حق امتياز على المنقول أو دائن مرتهن آخر رهنأ حيازياً للمنقول المادي ، أو مرتهن للمال المرهون دون حيازته إذا كان المنقول المادي مرهوناً عدة رهون دون نزع الحيازة^(٧٩) . فأياً من هؤلاء يضار من وجود رهن المنقول دون حيازة ، إذا تقدم الأخير عليه وتقاضى حقه قبله من ثمن المال المرهون . اما الشخص الأخير الذي يعد من الغير عند سريان الرهن تجاهه ، عند توافر شروط ذلك ، إذ يمارس المرتهن حق التتبع في مواجهته ، وهو كل شخص إنتقلت اليه ملكية المنقول المادي المرهون أو أي ترتب له عليه أي حق عيني أصلي آخر ، ولم يكن مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن ، ويجب ان يكون قد أكتسب حقه بعد تسجيل الرهن وقبل تسجيل الحجز التنفيذي على المنقولات ، وهذا الشخص يسمى بـ ((الحائز)) الذي يباشر حق الرهن تجاهه ، وهو لا يختلف عن مفهوم الحائز في الرهن التأميني .

وقد عرف القانون المدني العراقي الحائز في المادة ١٣٠٦ / ف٢ منه إذ جاء فيها ((ويعتبر حائز للعقار المرهون كل من انتقلت اليه بعد الرهن بأي سبب من الاسباب ملكية هذا العقار ، أو أي حق عيني آخر عليه ، قابل للرهن ، دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المرفق بالرهن))^(٨٠) .

وعليه فأن حائز المنقول المرهون دون تجرد الراهن من حيازته ، ليس طرفاً في الدين المضمون ، وليس طرفاً في عقد الرهن ، ومع ذلك يستطيع الدائن المرتهن أن ينزع المال المرهون منه ويبيعه جبراً عليه ويستوفي حقه من ثمنه ، فحائز المنقول المرهون اجنبي عن الدين المضمون وكان من الممكن ان يكون اجنبياً عن الرهن لولا انتقال ملكية المرهون اليه ، فهو يلزم بدفع الدين المضمون بالرهن لا على اساس ترتب التزام شخصي في ذمته ، وانما على اساس ملكيته للمال المرهون وبسبب هذه الملكية ، ومن ثم يكون التزامه عينياً ومسؤوليته عينية وليست شخصية وهذا ما اشارت اليه المادة ١٣٠٦ / ف٢ من القانون المدني العراقي اذ جاء فيها ((.....دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن)) .

واستناداً للنصوص القانونية الواردة أعلاه ، فأن الشخص حتى يكتسب صفة الحائز للمال المرهون في الرهن دون حيازة ، توافر الشروط التالية :

أولاً : أن تنتقل اليه ملكية المال المرهون أو أي حق عيني أصلي قابل للرهن : بما ان غاية تتبع المرهون هو التنفيذ على الحق الذي أنتقل الى الحائز واتخاذ الاجراءات القانونية المحددة في بيعه في المزاد العلني

لإستيفاء الدين المضمون ، لذا يجب ان يكون الحق الذي انتقل الى الحائز قابلاً للرهن والحجز عليه بالبيع بالمزاد العلني . ومن الطبيعي أن يحصل أنتقال الحق العيني بأحد اسباب كسب هذه الحقوق كالبيع أو المقايضة أو الهبة .

ثانيا : عدم توافر صفة المديونية في الحائز : يشترط في الحائز أن لا يكون مسؤولاً مسؤولاً شخصية عن الدين المضمون بالرهن أي لا يمكن للدائن المرتهن بالتنفيذ على جميع امواله بمقتضى الضمان العام^(٨١) .

ثالثاً : تسجيل سند الحائز :- يشترط لكي يكتسب الشخص صفة الحائز ان يقوم بتسجيل سند ملكية المنقول الذي انتقل اليه اذا كان هذا المنقول مما يشترط تسجيله ، لان عدم التسجيل لا يجعل الشخص حائزاً . بمعنى لا يباشر حق التتبع في مواجهته ، اذ يستطيع المرتهن ان يتجاهل حقه .

رابعاً: اكتساب الحائز للحق بعد تسجيل الرهن الوارد على منقول مادي أو شهره : اما لو أكتسب الحائز الحق الذي انتقل اليه قبل تسجيل الرهن على المنقول ، فإن الرهن لا يكون سارياً في مواجهته .

الفرع الثاني

وسائل تحقيق الموازنة بين حق الغير وحق المرتهن

نبتأ في دراسة هذه الوسائل بما ذكره الاستاذ الدكتور احمد سلامة في بحثه الرهن الطليق للمنقول اذ ذكر ((الاحكام التي تنظم رهن المنقول دون تجرد من الحياة جاءت بالمرونة التي تعد ميزة لها بما يوفق بين مصلحتين متعارضتين : ترك الحرية للمدين وكفالة حقوق الدائن والغير)) وهذا يعني خروج رهن المنقول دون حياة عن المبدأ التقليدي في رهن المنقول ، وهو انتقال حياته للمرتهن وإبقاءها لحين وفاء المدين بالدين المضمون ، وهذا يحقق مصلحة الراهن ، ولكن ذلك يجب أن لا يكون له أثر سلبي على مصالح الطرف الثاني في عقد الرهن وهو المرتهن ومصالح الغير عن العقد بما لا يلحق الضرر بهم ، نتيجة عدم انتقال الحياة . فبالنسبة لحق الدائن المرتهن فقد وفر القانون حماية كافية له من خلال القواعد العامة للتأمين العيني الاتفاقي المتعلقة بانشاء الرهن، فتخصيص المال المرهون كما ونوعاً وتشبث ذلك في عقد الرهن الذي يشترط فيه أن يحرر كتابة، أو تسجيله في الدائرة المختصة إذا كان مما يجب تسجيله ، بوصف التسجيل كركن انعقاد في بعض القوانين أو شرط لنفاذه في حق الغير عند القسم الاخر منها ، هذه كلها ضمانات تشريعية كافية لحق المرتهن عند الانعقاد ، وكذلك ضمانات تنفيذ التأمين العيني عند حلول أجل الدين وهو الهدف الرئيسي للمرتهن في التأمين العيني ، اذ أوجب أن يباع المال المرهون في المزاد العلني على وفق الاجراءات القانونية الخاصة بذلك . أما حقوق الغير فقد رتب القانون الحماية الكافية لها عن

طريق توفير الوسائل التي يمكن من خلالها أعلام الغير الذين يتعاملون على المنقول المادي المرهون بوجود الرهن عليه ويكون على بينة حقيقة المرهون ، وهذه الوسائل تتلخص بتسجيل الرهن أو قيده في الدائرة المختصة بذلك عندها تتحقق حماية مصلحة الغير بأشهره ، وعندها يتحقق نظام قانوني كامل يوفر حماية لطرفي عقد الرهن وكذلك يوفر حماية حق الغير .

وإذا تحقق اشهار الغير بوجود الرهن على المنقول المادي ، عندها يمنح الدائن المرتهن ميزة التتبع (كمبدأ عام) وميزة التقدم ، إذ يقوم أشهار الرهن بقيده أو تسجيله ، بالدور الذي تقوم به الحيازة في الرهن الحيازي للمنقول، وهو اعلام الغير بوجود الرهن على المنقول ، وعندها يكون الرهن سارياً في مواجهته ، وعندها ينتفي حسن النية المفترض في جانب الغير إذا أراد أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، لأن نجاحه في التمسك بهذه القاعدة سيلحق الضرر بمصلحة المرتهن ، بينما عدم تحقق علم من أنتقلت اليه ملكية المنقول بوجود رهن على المنقول ، لعدم شهر الرهن ، سيكون عندها الرهن غير نافذ في مواجهة الحائز ولا يمكن للدائن المرتهن التنفيذ على المال المرهون ، إذ أن الحائز سيحتج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية^(٨٢) ، فهذه القاعدة ، عند توافر شروطها ، تمنع على المرتهن "حق تتبع المنقول المرهون" وممارسة حق التقدم على ثمنه . وهذه القاعدة كرسها المادة ٢٢٧٦ من القانون المدني الفرنسي التي أنشئت بالقانون رقم ٢٠٠٨ / ٥٦١ / ١٧ في ٢٠٠٨ / ٦ / ١٧ إذ جاء في الفقرة الأولى منها ((فيما يتعلق بالمنقولات ، الحيازة تساوي سند التمليك)) .

أما القانون المدني المصري فقد جاء في المادة ١/٩٧٦ منه ، باحكام هذه القاعدة ، إذ جاء فيها ((من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته)) وقضت المادة ١١٦٣/ف١ من القانون المدني العراقي بأن ((من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد)) والحكمة في تقرير القاعدة ، هو توطيد الائتمان والثقة في المعاملات فيقدم من يريد التعامل بمنقول مع الحائز وهو آمن لا يخشى أن تمتد اليه يد شخص يثبت فيما بعد انه المالك الحقيقي ، فيسترده منه ، وكذلك لأن الحائز للمنقول يبدو في نظر الناس كأنه هو المالك الحقيقي ولا تخضع المنقولات، كقاعدة عامة ، لأجراءات تسجيل أو شهر كما هو الحال في العقارات ، وعليه فلا يكون مقصراً من يتعامل مع حائز المنقول وإعتقد انه المالك الحقيقي له ، مع ملاحظة سرعة تداول المنقولات فلا يمكن للمتعامل مع الحائز ان يتحقق من ملكية الاخير ، فقاعدة الحيازة في المنقول تهدف الى حماية من يتعامل بمنقول حسن نية مع غير صاحب الحق فيه ، لهذا يكتفي القانون لاستقرار حق المتصرف اليه حيازته للمنقول المادي وهو حسن النية بناء على سبب صحيح^(٨٣) . اما اذا كان الحائز الذي انتقل اليه المنقول المادي عالماً بوجود الرهن لكون الأخير قد أشهر في

سجلات خاصة لهذا الغرض، فإن الحائز (الغير) لا يستحق الحماية، إذ لا يستطيع ان يحتج بقاعدة الحيازة في المنقول، لذا كان إشهار الرهن وسيلة لأعلام الغير به وفي ذات الوقت حماية لحق الدائن المرتهن الذي سيكون سارياً في مواجهة الغير مادام سابقاً للتصرف الوارد على المنقول المادي، ويترتب على الأشهار، إنشاء حق الدائن المرتهن تجاه الغير من تقدم وتتبع دون نقل الحيازة .

ومع ذلك، لا بد من القول، بأن شهر الرهن الوارد على الاشياء المثلية لا يترتب عليه الاثر الذي يترتب كما لو كان وارداً على شيء معين بالذات، فالمنقول المثلي عند التصرف فيه من قبل الراهن للغير، يخضع لقاعدة الحيازة في المنقول على الرغم من تسجيل الرهن الوارد عليه، كرهن المحاصيل الزراعية والمنتجات الصناعية وما شابه ذلك، فإن تسجيل الرهن لا ينقذ المرتهن من قاعدة الحيازة في المنقول عند التصرف به للغير، فالتسجيل الوارد عليه لا يحقق العلانية الكاملة والكافية التي من شأنها ان تجعل الحائز سيء النية، بينما تسجيل الرهن الوارد على الاشياء القيمية كالسفن والطائرات وغيرها من المنقولات التي تتمتع بالتفرد الذاتي، يحقق العلانية العامة، وعلى هذا الاساس وجد رأي يقول بسريان الرهن في مواجهة الحائز دون حاجة لاتخاذ اجراءات الشهر على المنقولات المثلية، مع احتفاظ الحائز الذي هو حسن النية هنا بحقه بالرجوع على المدين الراهن بمقتضى دعوى ضمان التعرض القانوني الصادر من الغير^(٨٤) وهناك من لا يعترف اصلاً بإمكانية ترتيب رهن على مال مثلي ويقول بأن الاموال المثلية لاتصلح ان تكون تعطي للمرتهن حقاً عينياً بالرغم من اعتراف المشرع بالأولوية للدائن^(٨٥).

أما أثر تسجيل الرهن على المنقول المادي في القانون المدني الفرنسي فإنه قد حدد بالمادة ٢٣٣٧ بشكل واضح إذ تضمنت اشارة واضحة الى ان اشهار الرهن الوارد على منقول في الرهن دون حيازة يجعل من الرهن نافذاً في مواجهة الغير، أما بدون اشهار الرهن فلا يكون نافذاً تجاه الغير، سواء كان وارداً على اموال مثلية أو اموال قيمية، وهذا ماسيكون موضوع دراسة المطلب التالي.

المطلب الثاني

حق التتبع

يقصد بحق التتبع اتخاذ اجراءات التنفيذ على المال المرهون وبيعه في المزاد العلني في مواجهة الغير، فعند خروج المال المرهون من يد الراهن خروجاً لا يحتج به على المرتهن نكون امام التتبع، إلا ان مباشرة ذلك الحق من قبل المرتهن ليس بذات الامر في الاموال المعينة بالنوع والاموال المعينة بالذات، لذا نتحدث أولاً عن مباشرة حق التتبع على الاموال المعينة بالنوع وثانياً عن مدى مباشرة حق التتبع على الاموال

المعينة بالنوع وذلك في فرعين مستقلين .

الفرع الأول

مباشرة حق التتبع على الأموال المعينة بالذات

يذكر الدكتور احمد سلامة بأن سلطة التتبع في رهن المنقول دون حيازة لا تكون في كل رهن دون حيازة وارد على منقول ، فمن بين رهون التي تعطي الدائن المرتهن سلطة التتبع هي الرهن المترتب على الفيلم السينمائي والرهن الوارد على السيارة وفاءً لثمنها المؤجل أو القرض الذي دفع لشراءها نقداً ، وكذلك التأمين المترتب على الآلات وادوات الحرفة اذا قام المرتهن بوضع اللوحة المعدنية على ما باع أو أقرض لشرائه وكذلك الرهن الوارد على الطائرة والسفينة والمحل التجاري ، أما بقية التأمينات فلا تعطي صاحبها سلطة التتبع ، ويبرر ذلك بأن سلطة التتبع تصطدم في المنقول بعقبتين ، الأولى هي ان سلطة التتبع تفترض نظام شهر تتخذ اجراءته في موقع المال الذي يجري التتبع بالنسبة له، وهذا يبدو صعباً بالنسبة للمنقولات التي هي سريعة التداول ، والعقبة الثانية هي ان قاعدة الحيازة في المنقول بموجب الأثر المسقط لها ، تتعارض مع مباشرة حق التتبع ^(٨٦).

يتضح لنا بانه لو تم التغلب على هاتين العقبتين لأمكن مباشرة حق التتبع في مواجهة الغير ، وبالنسبة للعقبة الأولى ، وهي الشهر فأنها تحتاج الى ان يكون المنقول المادي المرهون معيناً تعيناً ذاتياً بعناصر تكفل تمييزها عن غيرها من الاموال الاخرى وذلك دون الحاجة الى عنصر خارجي ^(٨٧). وصفة التعيين الذاتي هذه تتحقق في المنقولات المعينة بالذات ، أي الاموال القيمية ، وعندها يمكن ان تكون محلاً لاجراءات شهر الرهن الوارد عليها ، وعندما يخضع لنظام الشهر فإنه يتحقق من خلاله الغاية التي تحققها الحيازة في الرهن الحيازي ، وهي اعلام الغير بوجود الرهن .

ومن جهة اخرى ، فإن خضوع المنقول المعين بالذات لنظام الشهر يكون في حد ذاته طريقاً لانهاء العقبة الثانية المتمثلة باحتجاج الغير بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، فالرهن متى شهر فإنه لا يستطيع الحائز ان يحتج بسقوطه بموجب الأثر المسقط لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، وكما يذكر احد الفقهاء بأنه ((لاما نع من تقرير الرهن الرسمي على منقول اذا سمحت طبيعته بهذا ، ويكون هذا إذا أمكن تفريد المنقول وشهر الحقوق الواردة عليه في سجل خاص كما هو الشأن بالنسبة للسفن والطائرات)) ^(٨٨).

وعليه نرى إن المنقولات الخاصة للتسجيل ، لكونها معينة بالذات ، تخرج تلقائياً ومباشراً من نطاق قاعدة الحيازة في المنقول متى ما خضعت لاجراءات الشهر الذي يتحقق من خلال اعلام الغير بوجود الرهن

ومن ثم عدم امكانية احتجازه بقاعدة الحيازة في المنقول وذلك لانقضاء حسن النية لديه . إذ يستطيع الدائن المرتهن أن يتتبع المال المرهون وهو المنقول المادي في أي يد يكون في كل مرة لانتوافر فيها شروط تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية بشرط أن تبقى مادة الشيء كما هي حتى يستطيع الدائن المرتهن أن يتعرف عليه . ومن ثم يحصن حق المرتهن من خطر قاعدة الحيازة في المنقول .

والاحكام المتقدمة المتعلقة بالتسجيل أو الشهر معمول بها في القانون العراقي والمصري ولكن في تطبيقات تشريعية متعددة تتعلق بالسيارات والسفن والطائرات والمحل التجاري وغيرها من المنقولات المعينة بالذات ، بينما في القانون المدني الفرنسي، فان الامر قد حددته المادة ٢٣٣٧ الفقرة الأولى منها^(٨٩) ، إذ اعتبر الشهر كافياً لنفاذ الرهن الوارد على منقول دون نزع حيازته ، باتجاه الغير ، فالأخير لا يستطيع الأحتجاج بقاعدة الحيازة في المنقول الواردة في المادة ٢٢٧٦ متى ما خضع المنقول لاجراءات الشهر ومن ثم فقد تم حماية حق الدائن المرتهن ، وفق مبدأ عام على كل المنقولات بعكس القانونين العراقي والمصري فأنا لازلنا امام تطبيقات تشريعية متعددة تحدد نفاذ الرهن ضد الغير .

إلا ان الاحكام المتعلقة باجراءات الشهر وكونها تجعل رهن المنقول دون حيازة نافذاً في مواجهة الغير لاتطبق بذات السهولة في اذا كان المنقول مالاً مثلياً ، وهذا ما سيكون محوراً لدراسته في الفرع القادم .

الفرع الثاني

مدى مباشرة حق التتبع على الأموال المعينة بالنوع

من التأمينات التي ترد على شيء مثلي بعض الرهون الزراعية ورهن البترول ورهن المنتجات الصناعية ورهن المواد الحربية ، ووفقاً لمفهوم التتبع وهو اتخاذ اجراءات التنفيذ والحجز على هذه الاموال المرهونة وهي في يد الغير لايمكن ان يتحقق هنا ، إذ لايمكن الاعتراف بوجود التتبع على المنقول المثلي . إذ بقاء المال المثلي في يد الراهن مع بقية امواله لحين حلول أجل الدين لا يتم تعيين المال تعييناً ذاتياً عن بقية امواله ، ومن ثم لايتحدد إلا وقت التنفيذ على المال المرهون وعندها يتم في هذا الوقت تعيين المال المرهون ، فحتى لو كنا أمام إشهار للرهن قبل التعيين فأن ذلك لايجعل أمكانية مباشرة التتبع في مواجهة الغير ، فالاشهار بدون التعيين لا يكفي للأحتجاج بالرهن تجاه الغير^(٩٠) .

وعلى هذا ، فإنه في حالة رهن مالاً مثلياً دون نقل الحيازة ، يمكن للراهن قبل حلول أجل الدين المضمون ، أن يتصرف بها ويأتي بغيرها ما دامت هذه الاموال يوجد مايمثلها ، ولا يعد مقصراً في ذلك ، فالمثليات يقوم بعضها مقام بعض ، إذ ان ذلك لا يؤثر على وجود التأمين ، ويكون قائماً منذ وقت انشاءه ،

فالدائن يكتسب أولوية تتحدد مرتبتها منذ القيام بأجراء الشهر ، وذلك التفسير يتحقق على أساس فكرة الاثر الرجعي ، وهذا الاثر الرجعي ليس بدعة في قانون التأمينات بل له نظير في رهن العقار إذ يصح الرهن الصادر من مالك تحت شرط واقف ويجوز قيده ، فإذا تحقق الشرط نشأ الرهن مرتداً الى تاريخ القيد ، وبفعل هذا الاثر الرجعي لا يقع الرهن في هذه الحالة تحت خطر رهن المال المستقبل ، ولكن يجب التأكيد على ان الاثر الرجعي يجعل التقدم ينتج اثره كاملاً إلا ان الامر مختلفاً مع حق التتبع ، إذ نظراً لكون الحق العيني لا ينشأ إلا عند الاقرار فأنة لا يمكن ان يحتج به على من يكون المال قد انتقل اليه قبل ذلك ، فهذا الأثر لا يفيد إلا اذا كان المال لا يزال بين يدي المدين ، اما اذا لو كان قد تصرف فيه فأن هذا التصرف يحيل التتبع الذي سينشأ الى لاشيء ، فالعبرة في فاعليته ان يكون قائماً عند التصرف ، بينما هنا فأن المحل غير قائم لأن محل التأمين لا يزال شيئاً مثلياً ، وعليه إن سلطة التتبع تتعارض مع كون المال مثلياً لانه عندما ينتقل الى ذمة المتصرف اليه يذوب فيها ومن ثم يستحيل على المرتهن أن يحدد هذا الشيء أو ذاك هو الذي ارتهن^(٩١).

ومن هذا يتضح ، ان الفرق واضحاً بين الرهن الوارد على شيء غير معين بالذات (معينا بالنوع) والرهن الوارد على شيء معين بالذات ففي هذا الأخير يتوافر التتبع وان اصطدام بقاعدة الحيازة في المنقول ولكن أمتنع تطبيق هذه القاعدة لوجود تسجيل الرهن أو إشهاره على الشيء المعين بالذات محل الرهن ، أما في الأول فأن التتبع لا يوجد مطلقاً وكل ما يكون لصاحب التأمين هو التقدم . ومع هذا لا يمكن أن نتفق مع من يقول بنفي صفة الحق العيني ووصفه حقاً شخصياً اذا كان محل الرهن دون حيازة مالياً مثلياً^(٩٢). ونتفق مع الرأي المتقدم بعدم وجود سلطة التتبع لأنها تقتضي وجود الشيء ذاته حتى يمكن أن تتخذ اجراءات التنفيذ في مواجهته ، ولكن هذا لا ينفى صفة العينية عن حق الرهن ، وعليه نقول بإمكانية ورود التأمين العيني على الشيء المثلي ، بل توفر ضمان أقوى للمرتهن في إستيفاء حقه ، فالمثليات عند هلاكها لا تؤدي الى انقضاء الرهن ، إذ يقوم بعضها مقام البعض في الوفاء ، والراهن يلتزم بالمحافظة على كمية مماثلة وليس كما في الاشياء القيمة يحافظ على ذات الشيء .

اما بالنسبة الى عدم وجود سلطة التتبع في الرهن الوارد على منقول مثلي فإنه لا يؤدي الى نفي صفة العينية ، فالدائن المرتهن يستوفي حقه بالتقدم على بقية الدائنين من ثمن المال المرهون ، فالأولوية هي غاية الرهن وليس التتبع وانما التتبع هو شرط لممارسة الافضلية . كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها ((حق التتبع شرط لممارسة حق الافضلية ولا يجوز للدائن عندئذ ممارسة هذا الحق إلا بعد ان يكون القى الحجز على هذا المال))^(٩٣) وغاية المرتهن الاساسية والوحيدة هي إستيفاء المرتهن حقه المضمون بالأولوية وهذه الغاية تتمثل بالتقدم ، فالتقدم اذن هو غاية التأمينات العينية كلها ، اما التتبع

والانظمة الاخرى وسائل لتحقيق هذه الغاية تتمثل بأزالة العقبات التي تعترض التقدم أو الافضلية ، ومن هذه العقبات خروج المال من يد الراهن خروجاً لا يحتج به على المرتهن ، ومن ثم لا يمكن مباشرة حق التقدم إلا بعد اتخاذ الاجراءات في الحجز والتنفيذ بين يدي من آل اليه وهو التتبع ، بينما التقدم يمارس في الحالتين سواء خرج من يد الراهن أو عند بقاءه في يده ، لذا يكون هو غاية التأمين ، لذا فإن المشرع الفرنسي عند تعريفه للرهن الوارد على منقول مادي سواء كان بأنتقال حيازته للمرتهن أو دون إنتقال الحيازة ، لم يشر إلا الى حق التقدم دون أن يذكر " حق التتبع " في المادة ٢٣٣٣ منه وميزة التقدم ستكون محور دراسة المطلب التالي.

المطلب الثالث

حق التقدم

حق التقدم أو الأولوية أو الافضلية هو الميزة الاساسية لحق الرهن ، وقد عرفنا ان حق التتبع ما هو إلا وسيلة لتمكين المرتهن من مباشرة حق التقدم أو الأولوية والتي هي غاية التأمين العيني أيأ كان نوعه ، ولكي يتم دراسة غاية التأمين وهو التقدم يجب ان ندرس محل التقدم ومن ثم الحالات التي يحصل فيها التزام مع الغير في فرعين مستقلين .

الفرع الأول

محل التقدم

يباشر المرتهن حقه في إستيفاء حقه المضمون المتمثل بأصل الدين والفوائد والنفقات بعد بيع المال المرهون في المزاد العلني ، وعندها يكون ثمن المنقول المادي المرهون دون حيازة هو محل التقدم وهذا هو الأصل، ولكن على وفق نظرية الحلول العيني ، يكون حق التقدم على أي مال ، يحل محل المال المرهون ، وعليه ينتقل حق الدائن المرتهن في التقدم الى المال الذي يحل محل المرهون كالتعويض ومبلغ التأمين وبدل الاستهلاك للمنفعة العامة ، وللمرتهن ان يستوفي حقه من ذلك بحسب مرتبته^(٩٤). ويستوفي الدائن حقه بالتقدم على بقية الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة . فحلول الاموال المستبدلة محل اموال محملة برهن منقول دون حيازة تعتبر من أهم تطبيقات الحلول العيني ولكن اثر للتأمين العيني ، اذ يعتبر المال المحمل بتأمين عيني مخصصاً بالمعنى الذي يكون مناطاً لتحقيق الحلول العيني ، حيث يوجد المال في ذمة صاحبه خاضعاً لمركز قانوني ما كان يخضع له لمجرد وجوده في هذه الذمة ، فالأصل ان مجرد وجود المال في الذمة يجعله ضامناً لكل ديون صاحبها بالمساواة. بينما يضمن

المال المحمل بتأمين عيني حق بعض الدائنين بالتقدم على غيرهم . فالتأمين العيني هو تخصيص مال في ذمة المدين المالية لكي يتيح للدائن إستيفاء حقه بالتقدم على غيره من الدائنين بحسب مرتبته ، وحتى يستطيع الدائن مباشرة حقه بالتقدم يجب ان يتحول المال الذي يرد عليه التأمين العيني الى مبلغ من النقود ، والطريق الطبيعي لأجراء مثل هذا التحول هو بيع المال المحمل بالتأمين العيني جبراً على مالكة (الراهن) ، وقد يتم هذا التحول بغير البيع ، كما في حالة اذا هلك المنقول المادي المحمل بالرهن واستحق عنه الرهن تعويضاً أو مبلغ تأمين ، وعلى هذا يستلزم تحقيقاً للغاية المقصودة من التأمين العيني أن يباشر الدائن المرتهن حقه بالأولوية على مبلغ التأمين أو التعويض ، وامتداد حق التقدم الى غير الثمن ليس أثراً لفكرة الحلول العيني وإنما للتأمين العيني ذاته^(٩٥).

أما الحقوق التي يستوفيهها الدائن المرتهن بالتقدم على غيره ، فهي اصل الدين والفوائد والنفقات ، فلا يقتصر حق الدائن على توثيق اصل الدين وانما يشمل كذلك في نفس المرتبة النفقات الضرورية التي صرفها الدائن المرتهن في المحافظة على الشيء وله حق الرجوع بها لا بناءً على عقد الرهن بل بناءً على الكسب بلا سبب ، ولكنها مع ذلك تضمن بالرهن علاقتها الظاهرة به. ويضمن الرهن كذلك التعويض عن الاضرار الناشئة عن عيب في المرهون وهذه مصدرها العمل غير المشروع ولكنها تضمن بالرهن للعلاقة الظاهرة ، ومصروفات العقد الذي انشأ الرهن والمصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي والفوائد التي نص في العقد على سعرها وعلى مبدأ سريانها . إلا انه لا يوجد نص قانوني يشير الى الفوائد التي يضمنها المال المرهون هل الفوائد التي أشارت لها نصوص الرهن الحيازي^(٩٦) ، أم الفوائد التي أشارت لها نصوص القانون المتعلقة بالرهن التأميني^(٩٧). ولا يوجد رأي فقهي - حسب علمنا - يبين إمكانية تطبيق أي منهما على رهن المنقول المادي دون نقل حيازته . لذا نعتقد بأن الغاية التي أصبح هناك فرق بين الرهن التأميني والرهن الحيازي بشأن ما يضمن من الفوائد في مرتبة أصل الدين ، هو قيد الرهن أو تسجيله ، فاذا أراد الدائن أن يستوفي الفوائد ضمن نطاق التقدم، وحسب مرتبة الرهن يجب أن يذكر قدرها في قائمة القيد أو التسجيل، وهذا الأخير متحقق في رهن المنقول دون حيازة، لذا نعتقد بوجود الأخذ باحكامها بما يضمنه المال المرهون من فوائد بالإضافة الى أصل الدين حتى لا يتحقق الضرر للدائنين الآخرين وهم من الغير .

وأخيراً ، لا بد من الإشارة الى إن إستيفاء المرتهن في رهن المنقول المادي دون حيازة لأصل الدين والفوائد والنفقات من ثمن المرهون أو أي مال يحل محله يستلزم بطبيعته المزاحمة مع الغير، وهذا ماسيكون محوراً لدراسة في الفرع القادم في الحالات التي يحصل فيها التزام مع الغير عند مباشرة حق التقدم .

الفرع الثاني

الحالات التي يحصل فيها التزام مع الغير

عند حصول أجل الدين المضمون وعدم سداد المدين به ، يأتي دور التأمين العيني في إستيفاء المرتهن لدينه المضمون وعندها يتقدم على جميع الدائنين العاديين في إستيفاء حقه المضمون من ثمن المنقول بعد بيعه في المزاد العلني وإذا بقي من الثمن شيئاً بعد الوفاء بالدين المضمون فإن المتبقي يكون للراهن وهو مالك المرهون المبيع في المزاد . ولكن الأمور لا تكون بهذه السهولة إذ قد يكون المنقول ذاته مرهوناً لعدة دائنين مرتهنين مسجلة حقوقهم على المال المرهون أو مرهوناً رهناً حيازياً وقد انتقلت حيازة المرهون الى المرتهن أو هناك حق امتياز لبائع المنقول في إستيفاء الثمن ، وغيرها من الحقوق التي تتزاحم مع حق المرتهن للمنقول دون نزع الحيازة . ولا بد هنا من الإشارة الى الأسبقية في إستيفاء المرتهن لدينه المضمون عند وجود حالة من حالات التزام مع الغير ، تحدد مرتبة الرهن وذلك بأشهر في سجل خاص محدد لهذا الغرض ، فعند تسجيل الرهن عندها يصبح نافذاً في مواجهة الغير وعندها تتحدد مرتبة الرهن من تاريخ الاشهار بيوم أو ساعة تاريخه .

وتطبيقاً لما تقدم ، فإذا تزاحم الدائن المرتهن رهناً على منقول مادي ، دون ان يتجرد من حيازة المرهون ، مع دائنين مرتهنين آخرين لهم ذات الرهن على ذات المنقول المادي ، أي أصبحنا امام رهون متعددة وارادة على منقول وفي كلها لم يتجرد الراهن من حيازة المرهون ، يحل هذا التزام استناداً للقواعد العامة المتعلقة بأن الأسبقية يحددها تاريخ التسجيل أو القيد ، أيهما أسبق في تاريخ قيد رهنه على المنقول المادي يتقدم أولاً في إستيفاء حق المضمون .

وهذا ما تضمنه صراحة القانون المدني الفرنسي في المادة ٢٣٤٠ / الفقرة الأولى منها ((عندما يكون المال ذاته موضوعاً لرهونات عديدة متتالية دون نزع الحيازة تحدد مرتبة الدائنين بحسب قيدهم)) .

أما إذا كان التزام بين حق المرتهن رهناً على المنقول المادي دون حيازة مع دائن مرتهن آخر تنتقل له حيازة المرهون ذاته ، أي ان المنقول تم رهنه دون ان تنتقل حيازته للمرتهن وقد تم قيد الرهن في السجل الخاص ، وبما ان المرهون بقي في حيازة الراهن رهناً ثانياً ولكن رهن نزع الحيازة ، فهنا يتقدم المرتهن الأسبق في التسجيل على المرتهن اللاحق بالرغم من انتقال حيازة المرهون اليه (أي الى المرتهن اللاحق)^(٩٨) . لذا لا يتفق مع من يذكر ((ان المنقولات التي يمكن رهنها دون حيازة لاتخضع للرهن الحيازي ، ومن ثم فإن هذا الفرض غير متصور فيه وقوع التزام بين المرتهن حيازة وبين المرتهن دون

حيازة^(٩٩)))، لأننا نكون أمام تحقق هذه الفرضية كما في الحالة التي تطرقنا لها أعلاه، وعندها نحتاج لحل التزام، وأي من الحقين يقدم أولاً، وليس نفي تحقق مثل هذه الحالة ولا يكفي في نظرنا أن نقول بأن الرهن قد اخل بالتزامه سلامة الرهن عندما نقل حيازة المرهون ورتب رهن حيازي على ذات المنقول، لأن الحكم بتقديم المرتهن دون حيازة على المرتهن الاخر أفضل من تقرير مسؤولية الأخير تجاه الأول .

أما الحالة الأكثر وجود التزام فيها بين الدائن المرتهن دون حيازة مع الغير، هي التزام حقه مع حق امتياز بائع المنقول، فإذا وجد امتياز بائع المنقول وسابقاً لرهن المنقول دون حيازة فإن الأول يتقدم على المرتهن دون حيازة، ولكن دون اخلال بحق الغير (الدائن المرتهن) إذا كان حسن النية. مع مراعاة إذا ادمج المنقول في منقول خاضع للتسجيل فإن لايسري حق امتياز بائعه في الثمن في مواجهة المرتهن لأنه عندها يكون قد فقد ذاتيته^(١٠٠).

وأخيراً قد يتزام حق المرتهن رهن دون حيازة مع حق امتياز المصروفات القضائية أو امتياز المبالغ المستحقة للخزينة أو امتياز المبالغ التي صرفت لحفظ المنقول، فطبقاً للقواعد العامة في هذا الصدد، فإن اصحاب حقوق الامتياز العامة تتقدم أولاً على حق المرتهن رهناً دون حيازة^(١٠١). اما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي، فإنه قد اشار الى حق الافضلية في إستيفاء الدين المضمون ولكن لم يبين احكام التقدم والمزاومة مع بقية الحقوق، وكل ما تضمنته الاشارة الى امتياز مؤجر العقار على جميع المنقولات في العين المؤجرة، فيجب الرجوع الى المادة ٢٣٣٢ التي حددت مرتبة امتياز المحافظة على المنقول، وكذلك مرتبة امتياز بائع المنقول، لحل التزام مع حق الدائن المرتهن. ولكن تتقدم عليهم جميعاً الامتيازات العامة من المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة على وفق المادة ٢٣٣١ من القانون المدني الفرنسي^(١٠٢).

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة رهن المنقول المادي دون حيازة من حيث المفهوم وتحديد طبيعة هذا الرهن واحكامه وآثاره بالنسبة للمتعاقدین وبالنسبة للغير، نسجل بعض الاستنتاجات والتوصيات التي اتضحت لنا من خلال الدراسة :

أولاً: الاستنتاجات

١- ان رهن المنقول المادي دون انتقال الحيازة للدائن المرتهن طوال فترة الرهن يعد تطوراً تشريعياً للنظام القانوني للرهن الحيازي وقد نشأ استناداً لانتقادات الموجهة لاحكام رهن الحيازة المتعلقة بوجوب انتقال الحيازة للمرتهن وما يترتب عليها من ضرر للراهن الذي يفقد القوة الاقتصادية والائتمانية للمرهن .

٢- تبقى الاحكام العامة الواردة في الرهن الحيازي تنطبق على احكام رهن المنقول المادي دون حيازة ولكن بما لا يتعارض مع طبيعة الأخير التي تتعلق بعدم انتقال الحيازة للمرتهن، وبقاء الحيازة للراهن . فعدم انتقال حيازة المرهون للمرتهن أدى الى وجود قواعد واحكام لاتنسجم مع الرهن الحيازي الذي يتطلب انتقال الحيازة وهذا مما جعل الرهن دون حيازة خاضعاً لبعض أحكامه وآثاره لاحكام الرهن التأميني ، ولكن سريان احكام الرهن الحيازي والرهن التأميني بما لا يتعارض مع طبيعة رهن المنقول دون انتقال حيازته للمرهون .

٣- وطبقاً لما ورد في الفقرة (٢) أعلاه، فإن رهن المنقول دون حيازة بوصفه عقد رهن وارد على منقول مادي لا يتجرد الراهن من حيازة المرهون له احكامه التي يختلف بها عن الرهن الحيازي الذي يتم بقل الحيازة وعن الرهن التأميني الذي يتطلب أن يكون محله عقاراً ، فرهن المنقول دون حيازة يشترك مع كل من الرهنيين في نقاط معينة ويختلف معها في اخرى ، فهو يعطي للدائن المرتهن حق التقدم في إستيفاء حقه المضمون بالتقدم على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين في المرتبة ، ومع ذلك فهو ليس رهن حيازي فلا يعد قسماً من اقسام الرهن الحيازي ، وانما قسماً من اقسام رهن المنقول المادي ، فهو يكون نوع آخر يضاف الى الرهن الحيازي ، وهو ليس رهن تأميني وانما رهن واقع على منقول مادي لا يشترط فيه نقل الحيازة ولا يرد على العقارات ، لذلك فإن رهن المنقول المادي تنسجم مع القول بأنه رهن وارد على منقول مادي لاتنتقل فيه الحيازة يعد نوع ثاني يضاف الى رهن المنقول المادي الذي لا يتم الا بنقل حيازة المرهون الى المرتهن . وهذا ما جاء به القانون الفرنسي في تعديل قانون الضمانات العينية في المرسوم رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ .

ثانياً : التوصيات

نوصي المشرع العراقي والمشرع المصري بوضع قاعدة قانونية ضمن قواعد رهن المنقولات المادية تنص على امكانية رهن المنقول رهناً مادياً بموجب عقد بين طرفي الرهن ، ودون نقل حيازته للدائن المرتهن ، إذ يبقى طول فترة الرهن في حيازة مالكة . مع تنظيم ذلك ، باحكام تراعي مصلحة الراهن والدائن المرتهن ، بما يحقق للتأمين العيني غايته وهي حماية ضمان المرتهن وائتمان الراهن . لذلك نوصي المشرع العراقي والمصري بأن ينهجان منهج المشرع الفرنسي إذ جاءت احكام هذا الرهن في هذين القانونين في تطبيقات متناثرة وحسب طبيعة المنقول الذي تم رهنه دون انتقال الحيازة ، بينما جاء المشرع الفرنسي بقاعدة عامة لهذا الرهن يمكن ان تنطبق على أي منقول مادي، بالاضافة الى ما جاء به من قواعد قانونية خاصة لتنظيم رهن بعض المنقولات المادية بما لا يتعارض مع المبدأ الذي جاء به القانون المدني الفرنسي.

الهوامش

- (١) د. احمد سلامة / الرهن الطليق للمنقول / مجلة العلوم القانونية والاقتصادية / السنة العاشرة / العدد الثاني / ١٩٦٨ / ص ٢٩٧ هامش ١ .
- (٢) الاستاذ محمد طه البشير ، د. غني حسون طه / الحقوق العينية الأصلية والتبعية / ج٢/وزارة التعليم العالي والبحث العلمي/١٩٨٢/ ص ٣٨٣ ، اذ يفضل على الرهن التأميني نكون الرهن الرميني محله عقاراً أو حقاً عينياً عقارياً
- (٣) جاك مستر، أمانويل بوتمان مارك بيو / قانون التأمينات العينية الخاص بأشرف جاك غستان / ترجمة منصور القاضي / الطبعة الاولى / المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع / لبنان / ٢٠٠٩ / ص ٢١٨ وما بعدها.
- (٤) اطروحتها للدكتوراه / عنوانها فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له / مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد / ٢٠٠٠ / ص ١٨ .
- (٥) D.Legeais , Le gage de meubles ,croporels ,JCPE ,2006 ,1698, no 5.
- (٦) D.Legeais , op.cit , no 1.
- (٧) مرسوم رقم ٣٤٦ / ٢٠٠٦ الصادر في ٢٣/٣/٢٠٠٦ والنافذ في ٢٤/٣/٢٠٠٦ والذي يعد من هذا التاريخ، قانون الضمانات العينية الذي يتضمن كافة الاحكام القانونية بكافة الاحكام القانونية بكافة الرهون والامتيازات .
- (٨) سنأتي للتطرق اليه لاحقاً في الجزء الثاني من البحث ذاته.
- (٩) د. سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني - المدخل للعلوم القانونية - ١- / الطبعة السادسة / ١٩٨٧ / ص ٨٣.
- (١٠) د. مالك دوهان الحسن / شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزامات / دار الطبع والنشر الاهلية / بغداد / ١٩٧١ / ص ٧٠٣ .
- (١١) د. احمد سلامة / مصدر سابق / ص ٧.
- (١٢) تنص المادة ١١٨ من مجلة الاحكام العدلية ((بيع الوفاء هو البيع بشرط ان البائع متى رد الثمن يرد المشتري اليه المبيع وهو في حكم البيع الجائز بالنظر الى انتفاع المشتري به وفي حكم البيع الفاسد بالنظر الى كون كل من الطرفين مقتدرًا على الفسخ وفي حكم الرهن بالنظر الى ان المشتري لا يقدر على بيعه للغير)).
- (١٣) تنص المادة ١١٩ من مجلة الاحكام العدلية ((بيع الاستغلال هو بيع وفاء على ان يستأجره البائع)).
- (١٤) المادة ٤٥٥ من مرشد الحيران ((لايجوز للمشتري وفاءً أن ينتفع بالمبيع إلا بأذن البائع)).
- (١٥) إلا اذا كان كفيلاً عينياً يقدم ماله ضماناً عينياً للوفاء بدين غيره .
- (١٦) د. عبد السلام ذهني بك / في التأمينات / مطبعة الاعتماد / مصر / ١٩٢٦ / ص ٨٠ فقرة ٧٧ .
- (١٧) د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / الجزء الرابع / الطبعة الثالثة الجديدة / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت - لبنان / ٢٠٠٠ / ص ١٤٨ .

(١٨) رقم الطعن ٥٧٩ لسنة ٤٨ في ١٩٨١/٥/٦ . موقع محكمة النقض على الانترنت تاريخ الدخول على موقع محكمة النقض المصرية / القسم المدني / في ٢٠١٥/٤/٩ .

(١٩) كما هو ايضا في القانون العراقي ، الذي أجاز بيع الوفاء واعتبره رهن حيازي ، انظر بحثنا الموسوم ((الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون - دراسة مقارنة)) / منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية / مجلد ٢١ / عدد ١ / لسنة ٢٠١١ .

(٢٠) M.planiol et G.Ripert ,Traité partique de droit civil ,Tome X , ed 1956, no 187.

(٢١) د. عبد المحيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني/ الجزء الأول / مصادر الالتزام / الطبعة الخامسة / مطبعة نديم / بغداد / ١٩٧٧/ ص ٥٩ .

(٢٢) يقصد بها اهلية الاداء وهي صلاحية كل من طرفي الرهن لصدور العقد منهما على وجه يعتد به قانونا ، انظر في ذلك د. انور سلطان / مصادر الالتزام / الموجز في النظرية العامة للالتزام - دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني / دار النهضة العربية / بيروت / ١٩٨٣ / ص ٤٠ .

(٢٣) انظر المادة (٩٧) من القانون المدني العراقي ، تقابلها المادة (١١١) من القانون المدني المصري/ إلا انه يكون قابلاً للإبطال لمصلحة ناقص التمييز ، اما القانون المدني الفرنسي فقد جاء ذلك في المادة ٤١٤/١ .

(٢٤) الاستاذ المساعد محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه / مصدر سابق / ص ٣٦٣ .

(٢٥) اذ جاء فيها ((رهن الحيازة عقد يسلم بموجبه المدين شيئاً الى دائته لأجل ضمان المدين)) .

(٢٦) Cass .ch.mixte , 2.dec, 2005. D.2006, p.729.

نقلًا عن:

N.Ronthchevsky/les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles , Dalloz,2006,no 19 , p.1303.

(٢٧) وهذا الرأي الغالب في الفقه جاء بمناسبة الحديث عن أهلية الدائن المرتهن في الرهن التأميني إلا ان تبرير رأيهم جاء بسبب عدم حيازة المرتهن للمرهون وهو ذات الشيء في رهن المنقول المادي دون حيازة . ويتمثل هذا الفقه به ،

د. عبد الفتاح عبد الباقي / مصدر سابق / التأمينات الشخصية والعينية / مطبعة دار الثقافة / الاسكندرية / ١٩٥٠ /

ص ٢٧٩ . محمد طه البشير ، د. غني حسون طه / مصدر سابق / ص ٣٦٣ . د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في

شرح القانون المدني الجديد / الجزء العاشر / الطبعة الثالثة / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / لبنان /

٢٠٠٠/ص ٣٤١ . د. نبيل ابراهيم سعد / التأمينات العينية والشخصية / ط١/ منشورات الحلبي الحقوقية/ بيروت -

لبنان / ٢٠١٠ .

(٢٨) د. شفيق شحاته / النظرية العامة للتأمين / ط٣/ القاهرة / ١٩٥٥/ ص ٧٦ . د. سمير عبد السيد تتاغو / التأمينات

العينية / مصر / ٢٠٠٠/ ص ٦٣ .

(٢٩) المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي .

(٣٠) المادة ١/٤٦٧ من القانون المدني المصري .

- (٣١) اذ جاء فيها ((يعتبر رهن المنقول الجاري على اشياء مملوكة من الغير باطلاً ، وقد تترتب تعويضات في حال لم يكن الدائن عالماً بأن الشيء المرهون عائد للغير)).
- (٣٢) انظر المادة (٢/١٢٨ ، ٣) من القانون المدني العراقي والمادة (١٣٣) من القانون المدني المصري .
- (٣٣) وهذه المادة في فقرتها الثانية نصت على بطلان رهن المال المستقبلي .
- (٣٤) D.Legeais.op.cit.no 15.
- (٣٥) نقلاً عن د. احمد سلامة / الرهن الطليق للمنقول / مصدر سابق / ص ٣٥١.
- (٣٦) المادة ١٠٣٠ من القانون المدني المصري.
- (٣٧) يُسمى في القانون المدني المصري بالرهن الرسمي المادة (١٠٣٠)، وفي القانون المدني الفرنسي بالرهن العقاري الاتفاقية ٢٣٩٦/ف ٣ منه .
- (٣٨) د. عبد السلام ذهني / مصدر سابق / ص ٤٩ ، د. سهام عبد الرزاق / مصدر سابق / ص ٥٢ ، عبد الرزاق السنهوري / الوسيط / ج ١٠ / مصدر سابق / ص ٢٦٥.
- M.Cabrillac , la protection du Creancier dans les sûretes Mobilliers Conventionnelles Sans de possession ,Montpellier ,1954, p.66.
- نقلاً عن د. سهام عبد الرزاق / مصدر سابق / ص ٤٨ / هامش (١) .
- (٣٩) د. عبد السلام ذهني / مصدر سابق / ص ٤٩-٥٠.
- (٤٠) د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط / ج ١٠ / ص ٢٦٥ . وفي ذات المعنى يذهب الدكتور شمس الدين الوكيل / نظرية التأمينات في القانون المدني / الطبعة الثانية / منشأة المعارف / الاسكندرية / ١٩٥٩ / ص ٤٩٢ هامش (١) ، اذ يؤكد على ان شهر التصرفات الواردة عليها ادى ان تخضع لنظام ضمان قريب من الرهن الرسمي .
- (٤١) د. علي حسن يونس / العقود التجارية / دار الفكر العربي / القاهرة / ١٩٦٢ / ص ٢٧٦.
- (٤٢) د. محمد وحيد الدين سوار / الحقوق العينية التبعية / مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع / عمان - الاردن / ١٩٩٥/ص ٢٧.
- Roneserray : Gage Sans depossion et Le droit de retention , Gaz , pal.1955,II , p. 17. (٤٣)
- نقلاً عن د. سهام عبد الرزاق ، مصدر سابق ، ص ٤٩.
- (٤٤) وقد جاءت هذه المواد بالمرسوم رقم ٢٠٠٦ / ٣٤٦ الصادر في ٢٣/٣/٢٠٠٦ والنافذ في ٢٤/٣/٢٠٠٦ والذي أُلغى بموجبه المرسوم ٥٣-٩٦٨ الصادر في ٣٠/٩/١٩٥٣ .
- (٤٥) D.Legeais , op.cit . no 33.
- (٤٦) في كتابه / البيع وبالتقسيم والبيع والائتمانية الاخرى / مطبوعات جامعة الكويت / ١٩٨٤ / ص ١٨٩.
- (٤٧) D.Legeais. op.cit ,no 7-8.
- (٤٨) المادة ٢٣٣٦ من القانون المدني الفرنسي .
- (٤٩) المادة ٢٣٣٧ / فقرة (١) والمادة ٢٣٣٨ من القانون المدني الفرنسي .

- (٥٠) يقابل الرهن التأميني في القانون المدني العراقي والرهن الرسمي في القانون المدني المصري.
- (٥١) D.Legeais . op.cit , no , p.34.
- (٥٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي / التأمينات الشخصية والعينية / مصدر سابق / ص ٣٧٣ - ٣٧٤.
- (٥٣) د. منصور مصطفى منصور / التأمينات العينية / المطبعة العالمية / القاهرة / ١٩٦٣/ص ٨٥.
- (٥٤) د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط / ج ٨ / ص ٣٩٨ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي / مصدر سابق / ص ٣٧٥ ، د. منصور مصطفى منصور / مصدر سابق / ص ٨٦ ، د. حسام الدين كامل الاهواني / مصدر سابق / ص ١٨٢ ، أ. محمد طه البشير - د. غني حسون طه / مصدر سابق / ص ٤١٦ ، د. سمير عبد السيد تناغو / التأمينات العينية / الاسكندرية / ٢٠٠٠/ص ١٠٢.
- (٥٥) د. سهام عبد الرزاق / مصدر سابق / ص ٢١٨.
- (٥٦) د. منصور مصطفى منصور / مصدر سابق / ص ٨٧.
- (٥٧) هذا هو مقتضى المادة ٢٣٤٢ من القانون المدني الفرنسي.
- (٥٨) الاستاذ محمد طه البشير - د. غني حسون طه / مصدر سابق / ص ٤٢٠ .
- (٥٩) د. حسام الدين كامل الاهواني / الوجيز في التأمينات العينية / بدون مكان طبع وسنة نشر / ص ١٨٨-١٨٩.
- (٦٠) التي انشئت بموجب المرسوم الجديد ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦.
- (٦١) المادة ١/١٣٣٨ من القانون المدني العراقي والمادة ١١٠٣ من القانون المدني المصري . وانظر في ذلك د. سهام عبد الرزاق / مصدر سابق / ص ٢١١.
- (٦٢) D.Legeais , op.cit , no , p.51.
- (٦٣) تقابلها في القانون المدني المصري المادة ١٠٤٨ منه ((اذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيراً بين ان يقتضي تأميناً كافياً أو يستوفي حقه فوراً)).
- (٦٤) المادة ١٢٩٩ من القانون المدني العراقي.
- (٦٥) المادة ١٣٠٠ من القانون المدني العراقي .
- (٦٦) إستاذنا الاستاذ المساعد شاكر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد / الحقوق العينية العقارية / الجزء الثاني / الطبعة الأولى / مطبعة المعارف / بغداد / ١٩٥٣ / ص ١٤١ ، وفي هذا الصدد ، يذكر الاستاذ محمد طه البشير في مؤلفه السابق / ص ٧٥ بانه (يتعين على الدائن المرتهن أن يبدأ بالتنفيذ على المرهون من المدين أو من الراهن (الكفيل العيني) قبل غير المرهون من اموال المدين (طبقاً للمادة ١٢٩٩) من القانون المدني العراقي.
- (٦٧) انظر في ذلك المادة ١٠٥١ / فقرة ١ منه.
- (٦٨) انظر في هذا الرأي د. حسام الدين كامل الاهواني / مصدر سابق / ص ٢١٧-٢١٨ ، وكذلك قد انتقد هذا التقييد بقوة ، د. نبيل ابراهيم سعد / التأمينات العينية والشخصية / الطبعة الأولى / منشورات الحلبي الحقوقية / لبنان / بيروت / ٢٠١٠/ص ١١٧

(٦٩) الدكتور السنهوري / الوسيط / ج ١٠ / مصدر سابق / ص ٤٢٠-، د. حسام الدين كامل الاهواني / مصدر سابق / ص ٢١٨.

(٧٠) المادة ١٠٩٨ من القانون المدني المصري التي أوجبت تطبيق احكام المادة ١٠٤١ المتعلقة بقاعدة عدم جواز تجزئة الرهن في الرهن التأميني في نطاق الرهن الحيازي ، بينما القانون العراقي جاء بنص مستقل في الرهن الحيازي في المادة ١٣٣٢ يشير الى عدم جواز تجزئة الرهن .

(٧١) د. حسام الدين كامل الاهواني / مصدر سابق / ص ٢١٩.

(٧٢) وهذا ما أوجبت العمل به المادة ١٣٤٠ / ف٢ من القانون المدني العراقي والمادة ١١٠٨ من القانون المدني المصري ، حيث احوالت كل منها الى تطبيق احكام الرهن التأميني التي تقضي بذلك على وفق المادة ١٣٠١ من القانون المدني العراقي والمادة ١٠٥٢ من القانون المدني المصري .

(٧٣) د. منصور مصطفى منصور / مصدر سابق / ص ٩٥-٩٦، الاستاذ محمد طه البشير / مصدر سابق / ص ٧٧-٧٨.

(٧٤) ينظر تفصيل ذلك الرأي الراجح للفقهاء القانوني المشار اليه في ، بحثنا الموسوم ((الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون - دراسة مقارنة) / مصدر سابق / ص ٢١٣. إذ تم التطرق الى احكام الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون ، والاتفاق على بيع المرهون دون اجراءات وأحكامهما واثرتما على عقد الرهن المقترن به . والفقهاء القانوني الذي يؤيد بقاء عقد الرهن قائماً وأقتطاع الاتفاق الباطل فقط.

(٧٥) هذا ما جاءت به المادة ٢٣٤٨ من القانون المدني الفرنسي إذ تطبق احكامها على رهن المنقول المادي حيازياً أو رهنه دون أنتقال الحيازة.

(٧٦) د. سهام عبد الرزاق / مصدر سابق / ص ٢٠٥.

(٧٧) كما يذكر ذلك البعض ومنهم د. سهام عبد الرزاق / مصدر سابق / ص ٢٠٥.

(٧٨) انظر التملك القضائي للمرهون من قبل المرتهن أو طلب بيعه دون اجراءات، نص المادة ١١١٩ الفقرة (١) من القانون المدني المصري التي سبق الاشارة اليها . اما المادة ١١٢١ منه فقد جاء فيها : ((١- يجوز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه ان يطلب من القاضي الترخيص له في بيع المرهون بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق . ٢- ويجوز له ايضا ان يطلب من القاضي أن يأمر بتمليكه الشيء وفاءً للدين على ان يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبير)) اما المادة ١٣٥٣ من القانون المدني العراقي فقد جاء فيها ((يجوز للراهن اذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة رابحة ، أن يطلب أذن المحكمة في بيع هذا الشيء ، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين ، وتحدد المحكمة عند الاذن شروط البيع وتفصل في امر ايداع الثمن)) . ويلاحظ هنا بأن الجواز التشريعي في بيع المرهون دون اجراءات بناء على موافقة المحكمة المختصة ، في المادتين ١١١٩ / ف١ ، من القانون المدني المصري والمادة ١٣٥٣ من القانون المدني العراقي ، يكون قبل حلول أجل الدين المضمون ، ولم يقتصر على المرحلة التي تلي حلول أجل الدين المضمون كما هو مقرر في المادة ١١٢١ من القانون المدني المصري .

- (٧٩) انظر المادة ٢٣٤٠ / الفقرة الأولى منها من القانون المدني الفرنسي .
- (٨٠) تطابقها في القانون المدني المصري المادة ١٠٦٠ / الفقرة الثانية منها . اما القانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم الجديد رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ ، فإنه اشار الى ذلك في المادة ٢٤٦٥ من القانون المدني الفرنسي اذ جاء فيها ((غير انه يجوز للشخص واضع اليد غير الملزم شخصياً بالدين الاعتراض على بيع العقار المرهون المنقول اليه في حال بقيت عقارات أخرى مرهونة للدين ذاته في حيازة المدين أو الملتزمين الاصلين وأن يطلب التجريد المسبق وفقاً للشكل المذكور في باب الكفالة ويجري وقف تنفيذ بيع العقار المرهون خلال هذا التجريد)) .
- (٨١) استاذنا الاستاذ المساعد شاكرا ناصر حيدر / مصدر سابق / ص ١٤٨ .
- (٨٢) انظر تفصيل هذه القاعدة في : د. محمد كامل مرسي / شرح القانون المدني الجديد / الموجز في التأمينات الشخصية والعينية / المطبعة العالمية / القاهرة / ١٩٤٩ / ص ١١٧ .
- (٨٣) الاستاذ المساعد محمد طه البشير ، د. غني حسون طه / الحقوق العينية / ج ١ / مصدر سابق / ص ٤٢٨ .
- (٨٤) انظر تفصيل هذه الاراء في د. سهام عبد الرزاق / مصدر سابق / ص ٢٣٠-٢٣١ .
- (٨٥) انظر تفصيل، انكار وجود الحق العيني على المال المثلّي في د. احمد سلامة / مصدر سابق / ص ٤٠٠ .
- (٨٦) انظر في ذلك د. احمد سلامة الرهن الطليق للمنقول / ص ٣٨١-٣٨٢ .
- (٨٧) انظر في هذه العناصر والوسائل التي بموجبها يتم هذا التعيين ، د. احمد سلامة / في الجزء الثاني من بحثه الموسوم / الرهن الطليق / منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية / العدد الأول / السنة الحادية عشر / ١٩٦٩ / ص ١٤٧ .
- (٨٨) د. سمير عبد السيد تناغو / التأمينات العينية على الطائرات حسب اتفاقية جنيف /مجلة العلوم القانونية والاقتصادية / السنة السابعة / العدد الثاني / ١٩٦٥ / ص ٢٠٥ .
- (٨٩) مع بقاء الأحكام الواردة في التطبيقات ، والتي لا تتعارض هذه الاحكام مع حكم المادة ٢٣٣٧/ف ١ .
- (٩٠) د. احمد سلامة / الجزء الأول من البحث المشار اليه سابقاً / ص ٤٠١ ، إذ يذكر في هذا الصدد حتى لو تم الاشهار على المال المثلّي فأن انتقالها الى يد الحائز بتصرف ما ، يمكن للحائز عندها الاحتجاج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وعندها لا يحقّق الاشهار وظيفته التي يحققها في الاموال القيمة اذ يمنع الاشهار تطبيق قاعدة الحيازة بينما لا يكون هذا الامر في رهن الاشياء المثلّية .
- (٩١) د. احمد سلامة / الجزء الأول من البحث المشار اليه سابقاً / ص ٤٠٢-٤٠٣ .
- (٩٢) د. احمد سلامة / الجزء الأول من البحث المشار اليه سابقاً / ص ٤٠٥ .
- (٩٣) Cass, civ. 27 -1- 1999 .
- نقلاً عن مجموعة دالوز للاجتهاد / ٢٠٠٩ باللغة العربية تعليقاً على المادة ٢٤٦١ منه .
- (٩٤) انظر المادة ١٢٩٨ من القانون المدني العراقي ، م/١٠٥٦ من القانون المدني المصري .

- (٩٥) انظر تفصيل ذلك في د. منصور مصطفى منصور / الحلول العيني وتطبيقاته في القانون المدني المصري / اطروحة دكتوراه / كلية الحقوق / القاهرة / ١٩٥٦ / ص ٢٢٠-٢٢٤. ومؤلفنا في ((نظرية الذمة المالية - دراسة مقارنة بين الفقهين الوضعي والاسلامي) / الطبعة الاولى / مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع / عمان - الاردن / ١٩٩٩/ص ٨٥-٨٧
- (٩٦) المادة ١٣٠٥ من القانون المدني العراقي ، المادة ٢٣٣٩ من القانون المدني الفرنسي والمادة ١١١١ من القانون المدني المصري.
- (٩٧) المادة ١٣٤٣/ف٢ من القانون المدني العراقي ، المادة ٢٤٣٢ من القانون المدني الفرنسي ، والمادة ١٠٥٨ من القانون المدني المصري.
- (٩٨) وهذا ما جاءت به الفقرة الثانية في المادة ٢٣٤٠ من القانون المدني الفرنسي وهذه الاحكام تحافظ على حق الدائن المرتهن المسجل وتعطي اهمية للقيود والتسجيل وتفضله على الحيازة وتجعل حقه مصاناً من أي تصرف يجريه الراهن لكونه حائزاً للمرهون.
- (٩٩) د. سهام عبد الرزاق / مصدر سابق / ص ٢٦٩.
- (١٠٠) المادة ١٣٧٦ / ف١ من القانون المدني العراقي ، والمادة ١١٤٥/ف١ من القانون المدني المصري .
- (١٠١) المواد ١٣٦٩ - ١٣٧٢ من القانون المدني العراقي والمواد ١١٣٨-١١٤١ من القانون المدني المصري.
- (١٠٢) انظر في ذلك المادتين ٢٣٣١، ٢٣٣٢ من القانون المدني الفرنسي .

المصادر

أولاً: الكتب القانونية

- ١- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل / البيع بالتقسيط والبيوع الاتفاقية الاخرى / مطبوعات جامعة الكويت / ١٩٨٤.
- ٢- د. انور سلطان / مصادر الالتزام / الموجز في النظرية العامة للالتزام - دراسة مقارنة مع القانونين المصري واللبناني / دار النهضة العربية / بيروت / ١٩٨٣.
- ٣- د. حسام الدين كامل الاهواني / الوجيز في التأمينات العينية / بدون مكان طبع وسنة نشر.
- ٤- د. سليمان مرقس / الوافي في شرح القانون المدني / المدخل للعلوم القانونية - ١ - / الطبعة السادسة / ١٩٨٧.
- ٥- د. سمير عبد السيد تناغو / التأمينات العينية / الاسكندرية / ٢٠٠٠.
- ٦- الاستاذ المساعد شاكرا ناصر حيدر / شرح القانون المدني الجديد / الحقوق العينية العقارية / الجزء الثاني / الطبعة الأولى / مطبعة المعارف / بغداد / ١٩٥٣.
- ٧- د. شمس الدين الوكيل / نظرية التأمينات في القانون المدني / الطبعة الثانية / منشأة المعارف / الاسكندرية / ١٩٥٩.
- ٨- د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / ج-١٠ / التأمينات العينية والشخصية / الطبعة الثالثة الجديدة / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / ٢٠٠٠.
- ٩- د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / ج-٤ / في عقد البيع / الطبعة الثالثة الجديدة / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / لبنان / ٢٠٠٠.
- ١٠- د. عبد السلام ذهني بك / في التأمينات / مطبعة الاعتماد / مصر / ١٩٢٦.
- ١١- د. عبد الفتاح عبد الباقي / التأمينات الشخصية والعينية / مطبعة دار الثقافة / الاسكندرية / ١٩٥٠.
- ١٢- د. عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني / الجزء الأول / مصادر الالتزام / طه / مطبعة نديم / بغداد / ١٩٧٧.
- ١٣- د. علي حسن يونس / العقود التجارية / دار الفكر العربي / القاهرة / ١٩٦٢.
- ١٤- د. مالك دوهان الحسن / شرح القانون المدني / النظرية العامة للالتزامات / دار الطبع والنشر الاهلية / بغداد / ١٩٧٧.

- ١٥- الاستاذ محمد طه البشير / د.غني حسون طه / الحقوق العينية الاصلية والتبعية / الجزء الثاني / وزارة التعليم العالي والبحث العلمي / ١٩٨٢ .
- ١٦- د. محمد كامل مرسي / شرح القانون المدني الجديد / الموجز في التأمينات الشخصية والعينية / المطبعة العالمية / القاهرة / ١٩٤٩ .
- ١٧- د. منصور حاتم محسن / نظرية الذمة المالية - دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعي والاسلامي / الطبعة الاولى / مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع / عمان - الاردن / ١٩٩٩ .
- ١٨- د. منصور مصطفى منصور / التأمينات العينية / القاهرة / ١٩٦٣ .
- ١٩- د. نبيل ابراهيم سعد / التأمينات العينية والشخصية / الطبعة الأولى / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / لبنان / ٢٠١٠ .
- ثانياً: اطاريح الدكتوراه
- ٢٠- د.سهام عبد الرزاق / فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له / اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد / ٢٠٠٠ .
- ٢١- د.منصور مصطفى منصور / الحلول العيني وتطبيقاته في القانون المدني المصري / اطروحة دكتوراه / كلية الحقوق / جامعة القاهرة / ١٩٥٦ .
- ثالثاً: البحوث
- ٢٢- د.احمد سلامة / الرهن الطليق للمنقول / الجزء الأول / مجلة العلوم القانونية والاقتصادية / السنة العاشرة / العدد الثاني / ١٩٦٨ .
- ٢٣- د.احمد سلامة / الرهن الطليق للمنقول / الجزء الثاني / مجلة العلوم القانونية والاقتصادية / السنة الحادية عشر / العدد الأول / ١٩٦٩ .
- ٢٤- د. سمير عبد السيد تناغو / التأمينات العينية على الطائرات حسب اتفاقية جنيف / مجلة العلوم القانونية والاقتصادية / السنة الرابعة / العدد الثاني / ١٩٦٥ .
- ٢٥- د. منصور حاتم محسن / الاتفاقيات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون - دراسة مقارنة / مجلة جامعة بابل / العلوم الانسانية / مجلد ٢١ / عدد ١ .

رابعاً/ المصادر الاجنبية

26-D.Legeais ,le gage de meubles Croporels,J.C.P.E,2006.

27-M.Planiol et G.Ripert,Traité partique de droit Civil,Tome X,ed, 1956.

28-N.Ronthchevsky,les dispositions relatives au droit des Sûretés personells,Dalloz,2006.

خامساً: القوانين

٢٩- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٣٠- القانون المدني المصري رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨ .

٣١- القانون المدني الفرنسي وحسب المرسوم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ المعدل للضمانات العينية .

Abstract

Mortgage transferred without the transfer of possession of the mortgagee is a type of mortgage types contained on portables added to the mortgage possessory . But nevertheless it differs in its provisions for mortgage possessory not only not to transfer possession .

Mortgage Transferred without transfer of Possession

- Concept and impact -

BY

P.Dr.Mansoor Hatem Mohsen