

رهن المنقولات غير المادية دراسة مقارنة

تأليف

الاستاذ المساعد الدكتور

حسين عبدالله عبدالرضا الكلابي

٢٠١٤

خطة البحث

مقدمة

المبحث الاول: ماهية المنقولات غير المادية

المطلب الاول: المنقولات غير المادية التي يجوز رهنها

اولا: الحقوق التجارية

ثانيا: الحقوق الفكرية

ثالثا: الحقوق الشخصية

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمنقولات غير المادية

اولا: نقد تقسيم الاموال الى عقار و منقول

ثانيا: تطور فكرة تقسيم الاموال

المبحث الثاني: شروط رهن المنقولات غير المادية

المطلب الاول: الشروط العامة

اولا: التراضي

ثانيا: المحل

ثالثا: السبب

المطلب الثاني: الشروط الخاصة

اولا: التسجيل او الكتابة

ثانيا: الشهر او الاعلان

المبحث الثالث: التكيف القانوني لعقد رهن المنقولات غير المادية

المطلب الاول: الاتجاهات الفقيه السائدة لتكيف العقد

المطلب الثاني: التحليل المقترح لعقد رهن المنقولات غير المادية

خاتمة البحث

المصادر

مقدمة

إذا كانت الفكرة التقليدية لتقسيم الاموال الى عقارات و منقولات قد صمدت امام الهزات العنيفة التي تعرضت لها ، فانه لا ينكر من ظهور طائفة من الاموال لم تستطع تلك الفكرة التقليدية ان تستوعبها و تخضعها للاجراءات الخاصة بها.

ان هذه الطائفة من الاموال ظهرت نتيجة للتطور العلمي و التقني و الفني مما اضطر المشرعين للاعتراف بها في قوانين خاصة و ذلك لما تشكله من قيمة اقتصادية عالية تفوق احيانا القيمة المالية للعقارات و المنقولات ، و اطلق الفقه على هذه الطائفة الجديدة الاموال غير المادية (الاموال المعنوية) مثل حقوق المؤلف ، و براءات الاختراع ، و برامج الحاسوب ، و الاصناف النباتية ، و المحل التجاري و ... الخ، من الاموال غير المادية.

إذا كانت هذه الاموال غير المادية او المعنوية لها قيمة اقتصادية كما اسلفنا تفوق احيانا قيمة المنقولات و العقارات فانها و لدت رغبة جامحة لدى مالكيها للاستفادة منها ماديا من خلال بيعها او رهنها للحصول على الائتمان اللازم لتغطية قرض مالي او ضمان لوفاء دين معين مثلا.

و اذا كانت هذه الاموال تصلح ان تكون محلا لعقد الرهن باعتبارها المال المرهون لما لها من قيمة مالية ، و لما تمنحه للدائنين من ثقة و ضمان بسبب ارتفاع قيمتها الاقتصادية.

فان ذلك بالمقابل ولد مشاكل قانونية في نظام التامينات العينية بصورة عامة ، و اخرى في نظام الرهن بصورة خاصة وذلك لعدم خضوع هذه الاموال تحت اي من نظامي الرهن الرسمي او الحيازي ، و ذلك لانها ليست بعقار لكي تخضع للرهن الرسمي فضلا عن عدم قابليتها او امكانية حيازتها حتى تخضع لنظام الرهن الحيازي.

عليه و من هنا برزت اهمية البحث في هذا الموضوع الخاص برهن المنقولات غير المادية لمعالجة المشاكل الناشئة عن الطبيعة غير المادية لهذه الاموال و عدم قابليتها للحيازة.

فضلا عن لجوء بعض المشرعين الى تنظيم احكام خاصة لرهن هذه المنقولات غير المادية في قوانينها الخاصة و هو مما ادى الى نشوء انظمة متعددة لرهن هذه المنقولات و من ثم تعددت الاجراءات الخاصة برهن كل مال من هذه الاموال.

لذلك سوف نتناول هذا البحث في ثلاثة فصول ، نتناول في الفصل الاول ماهية المنقولات غير المادية حيث سنوضح المنقولات غير المادية التي يجوز رهنها ، و من ثم نتناول الطبيعة القانونية للمنقولات غير المادية ، و في المبحث الثاني

سنتناول شروط رهن المنقولات غير المادية حيث سنتناول الشروط العامة و الشروط الخاصة برهن هذه المنقولات و في المبحث الثالث سنتناول التكيف القانوني لعقد رهن المنقولات غير المادية حيث سنوضح فيه الاتجاهات القانونية السائدة لتكيف العقد ثم نحاول وضع تحليل قانوني مقترح لهذا العقد.

المبحث الاول

ماهية المنقولات غير المادية

ينبغي ابتداء ان نتعرف على ماهية المنقولات المادية التي يتم رهنها حيث ان هذه المنقولات غير المادية متعددة طائفة منها تدخل في الحقوق التجارية و طائفة اخرى تتعلق بالحقوق الشخصية و اخرى ترتبط بحقوق الملكية الفكرية ثم بعد ذلك ينبغي ان نتعرف على الطبيعة القانونية لهذه المنقولات فهل تخضع لمفهوم الاموال و من ثم خضوعها للنظريات الخاصة بتقسيم الاموال.

عليه سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الاول المنقولات غير المادية التي يجوز رهنها و في المطلب الثاني الطبيعة القانونية للمنقولات غير المادية.

المطلب الاول

المنقولات غير المادية التي يجوز رهنها

اذا كانت المنقولات المادية هي تلك الاشياء التي يدركها الحس ، فان هناك نوعا اخر من المنقولات لا يدركها الحس لانها غير مادية و اذا كانت غير مادية فهل تصح ان تكون محلا للرهن و كيف يتم حيازتها؟

يرى البعض ان المال الذي يرد عليه الرهن و يتعلق به حق الدائن المرتهن قد يكون عينا و قد يكون غير عين ، و الاعيان هي الاموال المادية ، كالدور و الاراضي و الملابس و الحيوان ، و غير الاعيان هي الاموال غير المادية (المعنوية) كالديون و الحقوق و المنافع¹.

اذ ان المنقول غير المادي شئ لا يدركه الحس و يكون محلا للحق العيني كالحقوق الفكرية² و براءات الاختراع و العلامات التجارية.

و ان هذه المنقولات غير المادية و ان كان من غير الممكن حيازتها فقد اباح المشرع في بعض التشريعات رهن البعض منها صراحة بدون حيازة مثل المحل

التجاري^٣، و حق المؤلف^٤، و براءات الاختراع^٥، و الاصناف النباتية^٦، و النماذج الصناعية^٧ و نظم اغلب احكامها بقوانين خاصة^٨.

عليه ادى ظهور المنقولات غير المادية الى تطور القواعد الخاصة بالرهن حيث ظهرت اموال لا تسري عليها القواعد التقليدية الخاصة التي تسري على المنقولات المادية و المتمثلة بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) و شرط القبض لتمام الرهن في عقود رهن المنقولات العادية و انما يخضع نقل ملكيتها و رهنها الى قواعد خاصة.

لذلك اذا كانت هذه المنقولات غير المادية لا تخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فانه يرى البعض^٩ لا يستطيع ان يتمسك بهذه القاعدة من ليست له الحيازة الفعلية و عليه فان من تسلم سند شحن او سند ايداع، دون ان يتسلم البضاعة المشحونة او البضاعة المودعة في احد المخازن لا يستطيع الاحتجاج بها.

تاخذ هذه المنقولات غير المادية صوراً متعددة، فهي اما تاخذ صورة حقوق تجارية او تاخذ صورة حقوق فكرية او تكون على نحو حقوق شخصية، و سنتناولها بالتفصيل و كالآتي :

اولاً:- الحقوق التجارية

تتضمن الحقوق المتعلقة بالاعمال التجارية و التي تتعلق بالمحل التجاري حيث يتكون المحل التجاري من عناصر مادية مثل المخازن و البضائع و عناصر معنوية، و يرى البعض^{١٠} بان رهن المحلات التجارية حظى باهتمام بعض التشريعات اهتماما كبيرا و اوردت الكثير من النصوص التي تعالج رهن هذه المحلات التجارية كالقانون المصري الخاص ببيع و رهن المحلات التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ و التشريع الفرنسي الصادر في ١٧ اذار لسنة ١٩٠٩ و الجزائري رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٥.

و يؤكد هؤلاء ان هذه التشريعات قد استجابت لدواعي السهولة و اليسر بقدر استطاعتها لتفادي قواعد الرهن التي تشترط انتقال الحيازة من الراهن الى الدائن المرتهن و ذلك لان انتقال حيازتها يتعارض مع مصالح التجارة، عليه فقد اثار هذا الموضوع كثيرا من المشكلات القانونية التي تستلزم التحليل و الدراسة و وضع الحلول الملائمة لها و خصوصا فيما يتعلق بالرهن^{١١}.

ثانياً:- الحقوق الفكرية

اختلف الفقه بصدد تكييف طبيعة حقوق الملكية الفكرية بين اتجاهات عدة كما مفصل في ادناه:-

الاتجاه الاول:- يرى بانها حقوق ملكية الا انه تعرض هذا الاتجاه للنقد على اساس ان حق الملكية يقتصر على المالك فضلا عن انه حق مؤبد بينما الحقوق الفكرية غير قاصرة على المالك وحده كما انها تنتهي بحلول اجل معين^{١٢}.

الاتجاه الثاني :- يضعها ضمن قائمة الحقوق الشخصية كالحق في الاسم و الشرف و السمعة و الكرامة لذلك لا يمكن ان تكون محلا للتعاقد و تمتاز بالخصوصية ، و قد تعرض هذا الاتجاه الى النقد على اساس ان حق المؤلف لا يمكن ان يكون الا اذا كان يعرض للناس كما انه يمكن التعامل به و التنازل عنه بعكس الحقوق الشخصية^{١٣}.

الاتجاه الثالث:- ينظر انصار هذا الاتجاه الى الحقوق الفكرية بان لها جانبين جانب شخصي و جانب مالي. و استنادا الى الجانب الاول الشخصي يستطيع المؤلف حمايه نتاجه الفكري من خلال الدعوى التي تحميه و استنادا الى الجانب الثاني المالي يستطيع المؤلف او المنتج استثمار نتاجه الذهني عن طريق بيعه او التنازل عنه^{١٤}.

و قد اطلق المشرع العراقي في المادة ٧٠ الفقرة ١ من القانون المدني على هذه المنقولات غير المادية تعبير الاموال المعنوية حيث ذكر (الاموال المعنوية هي التي ترد على شئ غير مادي كحقوق المؤلف و المخترع و الفنان)

ثالثا:- الحقوق الشخصية

تتخذ الحقوق الشخصية صور متعددة و هي:-

١- الديون الثابته في الذمة : يجوز رهن الدين سواء كان مصدر هذا الدين التزاما عقديا ام كان ناشئا عن التزامات غير عقدية افعال (نافعة او ضارة) لكن لا يمكن رهنه الا اذا كان ثابتا في محرر بصورة سند او اقرار بالدين^{١٥}.

٢- الديون الثابته في اوراق مالية:

و تتخذ هذه الديون ثلاثة اشكال هي :

أ- سندات لحاملها : تتضمن هذه السندات حق شخص يمثل دينا لصالح من يحملها، و قد اختلف الفقه اختلافا كبيرا بشأن رهن السندات لحاملها فذهب جانب من الفقه الفرنسي الى انه يتبع في رهن هذه السندات ما يتبع في رهن الدين بصورة عامة و قد اقرت محكمة النقض الفرنسية هذا الراي^{١٦}.

و لكن يرى البعض بان هذا الراي غير موفق و قد انتقد من اغلب الفقهاء في فرنسا و مصر ، حيث يذهب هولاء انه القاعدة التقليدية المستقرة تشبه هذه السندات بالمنقولات المادية على اعتبار ان الحق الثابت بالسند يندمج فيه لدرجة انه يتداول

بتداوله من يد الى يد، وعليه لا يخضع لاحكام رهن الديون و انما يخضع لاحكام رهن المنقولات^{١٧}.

ب- **سندات اذنية اسمية** : مثل الكمبيالة و الصك لامر و يتم رهن هذه الاوراق بالطريقة التي رسمها قانون التجارة لحوالة هذه السندات على ان يذكر ان هذه الورقة قد تمت على سبيل الرهن^{١٨} ، و ينفذ هذا الرهن دون الحاجة الى اعلانه^{١٩}.

ج - **سندات رسمية** : مثل اسهم و سندات الشركات و يدخل رهن هذه الاوراق في عموم نص المادة ١٣٥٥ من القانون المدني العراقي و يجب الرجوع فيه الى احكام قانون الشركات بالكيفية التي ينظمها من حيث رهن هذه الاسهم^{٢٠}.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للمنقولات غير المادية

لقد تعرضت الفكرة التقليدية لتقسيم الاموال الى عقار و منقول^{٢١} الى نقد من جانب من الفقه و طرح البعض الاخر مفهوما جديدا لهذه الاموال و عليه سوف نتناول اولاً نقد تقسيم الاموال الى عقار او منقول و نتناول ثانياً تطور فكرة تقسيم الاموال.

اولاً:- نقد تقسيم الاموال الى عقار او منقول

ينتقد البعض^{٢٢} بشدة تقسيم الاموال الى عقار و منقول و ينادي بان يستبدل به تقسيم اخر و هو الاموال المعينة تعيننا ذاتياً و الاموال غير المعينة ذاتياً.

و يرى هولاء ان تقسيم الاموال الى عقار و منقول قد بدأ يعاني من ظهور نوع جديد من المنقولات الهامة ، و ان هذه المنقولات و ان كانت تدخل في نطاق هذا التقسيم الا انها لا تخضع لاهم اثاره جميعاً و هي الاثار المتعلقة بنظام الملكية و اثر الحيازة^{٢٣}.

فهذه المنقولات الخاصة تاتي الخضوع للقاعدة التي خضعت لها سائر المنقولات منذ القانون الروماني ، و هي قاعدة الحيازة في المنقول ، فهذه المنقولات الجديدة تتخذ فيما يتعلق بحق الملكية و الحقوق العينية نظاماً شبيه بنظام الحقوق العينية على العقار ، لانه يعتمد على مصدر الحق لا على واقع الحيازة ، و ان هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة اخذت تزداد عدداً و اهمية و اخذ المشرع يعترف بوضعها الخاص فيما يتعلق بترتيب الحقوق العينية دون نظر الى الحيازة ، و من هذه المنقولات التي لا تخضع لقاعدة الحيازة في المنقول (المنقولات المعنوية)^{٢٤}.

فلقد رتب المشرع الفرنسي^{٢٥} بعض الحقوق العينية كالرهن دون نقل حيازة حتى على المنقولات العادية^{٢٦} و على المثليات المتشابهة^{٢٧} و استغنى عن قاعدة الحيازة ببعض الاجراءات الكفيلة بحماية الحق العيني على هذه المنقولات^{٢٨}.

ثانياً:- تطور فكرة تقسيم الاموال

ان التطور الذي حصل في السنوات الاخيرة ادى الى ظهور مفهوم جديد للاموال تتميز بظهور اموال غير مادية و تعددت انواع هذه الاموال و اكتسب البعض من هذه الاموال غير المادية قيمة مالية باهضة تفوق احيانا القيم المالية للاموال التقليدية كالعقارات و المنقولات.

و دفع هذا المفهوم الجديد للاموال المشرعين في بعض الدول التي برزت فيها اهمية القيم المالية لتلك الاموال بالسعي الى منح اصحاب هذه الاموال امكانية الاستفادة من قيمتها المالية و الاقتصادية من خلال تمكينهم الحصول على الائتمان اللازم لغرض الحصول على قروض من المؤسسات المالية برهن تلك الاموال.

حيث يرى البعض^{٢٩} ان هذا الاتجاه تعزز بنشوء حركة تشريعية هدفت الى نزع الصفة المادية عن القيم المنقولة المادية و تحويلها بتشريع الى اموال معنوية و كان من تاثير ذلك ان مفهوم الاموال في تلك الدول اصبح يقوم على مفهوم جديد هو القيمة المالية و اصبحت هذه القيمة هي المحور المشترك بين الاموال على اختلاف انواعها.

و عليه بدأ التشريع و يسانده الفقه بتطوير وسائل رهن المنقولات غير المادية بالصيغة التي تتلائم مع طبيعة هذه الاموال ، لذلك تعددت المنقولات غير المادية التي يجوز ان تكون محلا لعقد الرهن ، فضلا عن تعدد القوانين المنظمة لها، و من ثم تعددت و سائل انشاء حق الرهن على تلك المنقولات.

حيث ان كل منقول غير مادي له نظام قانوني خاص به ينظم استعماله و يحميه و كذا الرهن الواقع عليه ايضا و ذلك لاستحاله اعتماد نظام موحد ينطبق عليها جميعها لاختلاف طبيعتها فيما بينهما اختلافا بينا.

فالمنقولات غير المادية تاخذ صورا متعددة فهي عبارة عن سندات دين او عبارة عن قيم منقولة منزوعة المادية او عبارة عن ارقام حسابات او اسهم شركات الاموال او ادوات تحويل او برامج حاسوب او براءات اختراع او افلام سينمائية او اي نتاج ادبي او صناعي ، و جميع هذه المنقولات غير المادية كما يرى البعض^{٣٠} قابلة للرهن بنصوص قانونية خاصة و لكن لكل منها طريقة خاصة في انشاء الرهن عليها.

عليه و استنادا لظهور هذا النوع من المنقولات غير المادية نشأ نظام قانوني خاص لرهن المنقول و هو ما ادى الى ظهور نوع من الرهن لا يتضمن نزع حيازة المدين الراهن ، لان الراهن نفسه لا يمكن حيازه تلك الاموال حيازه مادية ، فهو لا يمتلك سوى قيم مالية لا يوجد لها تمثيل مادي محسوس.

و نتيجة لذلك انقسم الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية لهذه المنقولات غير المادية ذات الطبيعة الخاصة التي تعتبر محلا للرهن و عليه برز في الفقه اتجاهان:-

الاتجاه الاول :- يرى البعض^{٣١} ان المنقولات غير المادية طبيعتها الخاصة هي صفة التعيين الذاتي فهذه المنقولات تتميز بانها تحمل في داخلها دون حاجة الى عنصر خارجي وسائل التعيين التي تكفي لتمييزها عن غيرها من المنقولات و يترتب على هذه الصفة الاساسية تغير جوهر في نظام الملكية و الحقوق العينية عامة الذي ينطبق على هذه المنقولات ، فنظام الملكية على المنقولات المتشابه لابد و ان يكون مختلفا عن نظام الملكية على العقار . فنظرا لان المنقولات العادية ليست معينة تعينا ذاتيا فان الحق العيني يباشر من خلال حيازة الانسان ، لان في هذه الحيازة عنصر التعيين ، حيث تعتبر الحيازة هي وسيلة التعيين الوحيدة التي تجعل المنقول المادي يخضع للحق العيني ، كذلك لا ينفذ حق الدائن المرتهن على المنقول الا اذا انتقلت حيازة هذا المنقول اليه ، لان انتقال الحيازة هو الوسيلة الوحيدة لتعيين المنقول موضوع حق الرهن.

اما المنقولات غير المادية ذات الطبيعة الخاصة فتخضع لنظام العقارات (الرهن التأميني) الذي يتجرد من الاستناد الى واقع الحيازة.

الاتجاه الثاني:- يرى البعض الاخر^{٣٢} ان التطور الذي حصل في مفهوم الاموال و ظهور مفهوم جديد للاموال غير المادية انعكس بدوره على فكرة الرهن و ادى الى ظهور نظام (الرهن غير الحيازي) الوارد على منقول لم يقتصر على المنقولات غير المادية فاخذ يمتد ليشمل اموالا منقولة مادية مثل رهن المركبات و السيارات و السفن و الطائرات و الذي ساعد على دخولها ضمن نظام الرهن اللاحيازي هو وجود سجلات لها تسجل فيها التصرفات القانونية الواردة عليها ، فيظهر الرهن على تلك السجلات دون حاجة لنقل الحيازة الى الدائن المرتهن.

و يجد البعض^{٣٣} تبريرا و تفسيريا عمليا لخروج المشرع عن فكرة الرهن الحيازي الى الرهن اللاحيازي بسبب تجنب مساوى الحيازة المتمثلة بشكل رئيسي في تعطيل القيمة المالية للمرهون بانتظار انقضاء الرهن.

و يرى البعض الاخر بانه و بحسب الفكرة الحديثة السائدة الان في الفقه الفرنسي يعتبر الرهن اللاحيازي (الرهن الطليق) هو تطور لنظام الرهن الحيازي نشأ تحت ضغط الضرورات العملية ليعالج المساوى التي تتمثل في تجريد الراهن من حيازة ما يرهن و لا ترى هذه الفكرة اي فارق جوهر في بين الرهن الحيازي و

الرهن دون حيازة فالأخير لا يعدو ان يكون مجرد تطور للالول ، و الدليل على ذلك ان الرهن الطليق ظل معروفا مدة طويلة بنفس تسمية الرهن الحيازي^{٣٤}.

و يتسأل هولاء كيف حدث هذا التطور من الرهن الحيازي الى الرهن من دون التجرد من الحيازة ؟ يرى هولاء بان الفكرة ولدت نتيجة للضرورات العملية و لما كانت العيوب التي نسبت لنظام الرهن الحيازي تنبثق كلها من اعتبار تجريد الراهن من الحيازة فان التطور قد حدث ليتلافى هذا العيب الجوهرى و يبقى للراهن حيازة ما يرهن^{٣٥}.

تحليل و استنتاج :

ان الفكرة الاساسية للرهن الحيازي في المفهوم التقليدي للرهن قائمة على اساس عنصرين متلازمين هما الحيازة او حق حبس المال المرهون و العنصر الاخر هو اعطاء حق الرهن او السلطة العينية او الحق العيني الذي يمنح للدائن المرتهن و من خلال الربط بين هذين المفهومين الحيازة و حق الرهن ، فانه و حسب المفهوم التقليدي ينشأ حق الرهن من اللحظة التي يتولى فيها حيازة المال المرهون .

الا انه مع ظهور فكرة المنقول اللاحيازي غير المادي حدث تردد كبير لدى الفقه بتطبيق نظام الرهن الحيازي على هذه المنقولات غير المادية و لكن الواقع العملي يشير بانه لا يوجد مانع من تطبيق نظام الرهن الحيازي على هذه المنقولات و ذلك لان جوهر هذا النظام المتمثل بـ (الحيازة) و اعطاء حق الرهن او السلطة العينية متوفرة حتى في المنقولات غير المادية ، لانه من الممكن ان تكون هذه المنقولات غير المادية محلا للرهن حتى و ان كانت لا تقبل الحيازة المادية الفعلية و لا يمكن ان يتم نزاعها من يد مالکها لانه اصلا ليس لديه حيازة مادية عليها لكنه من جانب اخر يملك سلطة التصرف بامواله غير المادية من خلال بيعها او تاجيرها او حتى التنازل عنها ، و اذا كان صاحب هذه الاموال يمتلك سلطة التصرف و التنازل فانه من باب اولى يمتلك سلطة ترتيب حق عيني اصلي او تبعي على هذه الاموال ، لانه من يمتلك الكل يمتلك الجزء ، فعليه يستطيع ان يرهن هذه الاموال باعتبار ان الرهن هو احد القيود العينية ، و مادام الرهن هو قيد عيني يفيد من سلطة المالك على التصرف بتلك الحقوق فان تقيد سلطته بالتصرف بتلك الاموال غير المادية يكفي لكي نكون امام نتيجة مساوية لنظام نزع الحيازة في الرهن على المفهوم التقليدي الوارد على الاموال المادية.

و تحت تأثير الاعتبارات المذكورة اضطر المشرع الفرنسي بموجب المرسوم التشريعي رقم ٢٠٠٦ - ٣٤٦ في ٢٣ اذار ٢٠٠٦ الى وضع نظام قانوني خاص برهن المنقولات غير المادية ، حيث عرف المشرع الفرنسي في القانون المدني بموجب المادة ٢٣٥٥ رهن المنقولات غير المادية بانه (هو تخصيص اموال منقولة غير مادية او مجموعة من الاموال المنقولة غير المادية الحاضرة او المستقبلية ضمانا لتنفيذ التزام و يكون اتفاقا او قضائيا)^{٣٦}.

و ايضا بموجب المرسوم التشريعي المرقم ٢٠٠٦ - ١٨٠٤ في ٢٣ كانون الاول ٢٠٠٦ المتخذ لتطبيق المادة ٢٣٣٨ من القانون المدني الفرنسي و المتعلقة بشهر رهن المنقول دون نزع الحيازة و بذلك يكون المشرع الفرنسي قد وضع نظاما متكاملًا لرهن المنقولات غير المادية و ادرج ذلك في القانون المدني .

اما بالنسبة الى موقف المشرع العراقي فهو لم يتناول موضوع رهن المنقولات غير المادية سوى في المواد ١٣٥٤ - ١٣٦٠ من القانون المدني و المتعلقة برهن الدين و السندات الاسمية و السندات لامر واضعا بذلك نظرية عامة لرهن الديون و السندات و قد احوال بذلك الى القوانين الخاصة المتعلقة بالتجارة فيما يتعلق بها اما بالنسبة للمنقولات غير المادية الاخرى فهو لم يتطرق لها في القانون المدني.

لذلك يذهب البعض^{٣٧} بانه اذا لم يتعرض القانون المدني لرهن المنقولات غير المادية كحق الانتفاع بمنقول و حقوق الملكية الفكرية و الفنية ، فانه يرى بان رهن هذه الحقوق يسري بحق الغير باتباع القاعده في رهن المنقولات اي بتدوين عقد الرهن في ورقة ثابته التاريخ متضمنه بيانًا كافيًا للمرهون و للدين المضمون.

عليه لا يوجد نظام قانوني جامع لها فضلا عن ان الرهن في القانون المدني العراقي و خصوصا الحيازي لا يتم الا بالقبض استنادا الى المادة ١٣٢٢ الفقرة ١ و التي تنص بانه يشترط لتمام الرهن الحيازي و لزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون.

عليه لا يكون الرهن الحيازي تاما الا بحيازة المرتهن المال المرهون فوجود المال المرهون اذن شرط تمام و ليس ركن انعقاد و لذا يثار التساؤل هل يجوز الاتفاق بين الراهن و المرتهن قبل حيازة المال المرهون ؟ نعم يجوز ذلك و لكن لا يتم الرهن الا بالحيازة و يجب على الراهن ان يسلم المال المرهون و الا يعتبر مخلا بالتزامه .

عليه ينبغي للمشرع العراقي التدخل التشريعي لمعالجة هذا النقص و ايراد نصوص شاملة تعالج رهن المنقولات غير المادية ، و ان يتم اعداد نظام تشريعي عام بدلا من النصوص الموزعة بين القوانين المتعددة التي تنظم الملكية الفكرية و القانون المدني.

المبحث الثاني

شروط رهن المنقولات غير المادية

ينبغي لاتمام عقد رهن المنقولات غير المادية من توافر شروط معينة لاتمام هذا العقد فضلا عن اجراءات و شروط اخرى تتطلبها الطبيعة القانونية الخاصة لهذه المنقولات غير المادية.

و يجب ان لا يغيب عن الذهن ان هذا العقد هو كسائر العقود ينبغي ان تتوافر فيه شروطه العامة من تراضي و محل و سبب ، اذ هذه الشروط تعتبر عماد كل تصرف قانوني ، عليه سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الاول الشروط العامة و في الثاني الشروط الخاصة.

المطلب الاول

الشروط العامة

اذا كانت الشروط العامة الموضوعية لاي تصرف قانوني متمثلة بالتراضي و المحل و السبب ، فان عقد رهن المنقولات غير المادية ينبغي به ان تتوافر هذه الشروط و هذا ما سنبحثه تباعا :-

اولا:- التراضي

يعتبر التراضي اساس العقد و بدونه لا ينشأ اي تصرف قانوني و يتوفر التراضي بتبادل طرفي العقد ارادتين صحيحتين و متطابقتين^{٣٨}.

و هذا التطابق يتحقق من خلال تلاقي الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول المتعاقد الاخر^{٣٩} على نحو يتسم بالاتفاق على العناصر الجوهرية المتعلقة بعقد الرهن.

عليه يجب ان تكون ارادة كلا الطرفين خالية من العيوب و الا فلا يعتد بها اذا صدرت من كامل الاهلية الذي شاب رضاه غلط او تغيير مع غبن او اكراه او استغلال^{٤٠} اذ التصرف ينبغي ان تتوافر فيه جميع الشروط من حيث تحقق الاهلية القانونية او النيابة او الولاية ان تكون صحيحة مستوفية لجميع شروطها.

ثانيا:- المحل

ينبغي في المال المرهون تحقيق الشروط التي اقتضتها القواعد العامة من حيث :

١- ان يكون المال المرهون معينا تعينا دقيقا نافيا للجهالة و الغرر.

٢- ان يكون المال المرهون مما يصح التعامل به و يجوز بيعه بالمزاد العلني.

٣- ان يكون المال المرهون مملوك للراهن.

ان هذه الشروط المذكورة اعلاه هي قاعدة عامة تخضع لها جميع انواع الرهون من حيث وصف المال المرهون وصفا دقيقا حتى لا يختلط بمال من اموال الراهن او المرتهن و هو ما يصطلح عليه بمبدأ تخصيص المال المرهون.

و يضيف البعض^{٤١} شرطا اخر من شروط المحل حيث يرى بانه يشترط في المال المرهون ان يكون قابلا للحيازة لان الحيازة شرط اساس بدونه لا ينعقد العقد ، فاذا كان الشيء مما لا يمكن حيازته استحال رهنه.

في الواقع لا نتفق مع هذا التوجه حيث انه اذا صح طلب ان يكون المال المرهون يتطلب الحيازة و ينسجم مع مفهوم المنقول المادي فان ذلك لا يصح و لا ينسجم مع فكرة المنقولات غير المادية فضلا عن انه لا يستوعب التطور الذي وصلت اليه فكرة الرهن.

عليه قد ادى ذلك الى تراجع اصحاب الراي اعلاه الى التخفيف من حدة ذلك و الذهاب بالقول على انه لا يستلزم الحيازة الحقيقية للمال المرهون بل الحيازة الرمزية تكفي لذلك و سندهم في ذلك ان المشرع اجاز رهن الديون مع عدم امكانية تصور حيازتها حيازة حقيقية مكتفيا بحيازة السندات المثبته لها^{٤٢}.

ثالثا- السبب

تقضي القواعد العامة في السبب ان يكون موجودا و ان يكون مشروعاً^{٤٣} ، و السبب في الرهن هو الدين المضمون و لذلك ينبغي ان يكون موجودا او قابلا للوجود و هذا الشرط لا يتحقق الا اذا نشأ الدين صحيحا بالاضافة الى ان يكون الدين المضمون معينا تعينا كافيا من حيث المصدر و التاريخ و محله و مقداره ، و ان يكون الدين نشأ عن سبب مشروع و غير مخالف للنظام العام و الاداب كان يكون الدين قد نشأ عن دين قمار ، ثم ياتي الرهن ضمانا لهذا الدين.

المطلب الثاني

الشروط الخاصة

يمكن ان يحصل لدينا خلط بالنسبة الى طبيعة نظام الرهن الذي تخضع له المنقولات غير المادية ، حيث ان ما استقر عليه الفقه و التشريع في اغلب الانظمة القانونية ان هناك نظامين للرهن ، و يطرح الفقه نظاما ثالثا لهما يجده فعال في اطار رهن المنقولات غير المادية و سنتناول بحث هذه الانظمة و كما يأتي:

النظام الاول:- لاينفذ الرهن بحق الغير الا عن طريق القيد في سجل معين كالسجلات العقارية مثلا و لكن ما يميز هذا النظام القانوني الخاص بالرهن انه لايتطلب انتقال الحيازة من الراهن سواء كان مدينا ام كفيلا عينيا الى الدائن المرتهن ، و هذا الرهن قاصر على العقارات و حدها و هو ما يسمى بالرهن التاميني او الرسمي (hypothèque)^{٤٤}

النظام الثاني:- لا ينفذ الرهن بحق الغير الا بعد ان تنتقل الحيازة للمال المرهون من يد الراهن الى الدائن المرتهن و من هنا جاءت تسميته بالرهن الحيازي (gage)^{٤٥}.

النظام الثالث:- يرى البعض الاخر ان رهن المنقولات غير المادية كحقوق الملكية الفكرية و الادبية و الفنية ، يسري في حق الغير باتباع القاعدة في رهن المنقولات اي بتدوين عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ متضمنه بيانا كافيا للمرهون و للدين المضمون و بحسب راي هولاء ان رهن هذه الحقوق لا يتم الا بتسليم الورقة التي تتضمن الحق او ما يشبهه كالتمثال الذي ينحته النحات و الصورة التي يرسمها الفنان^{٤٦}

عليه يرى البعض^{٤٧} ان معيار التفرقة الذي كان سائدا في الفقه قبل ظهور المنقولات ذات الطبيعة الخاصة بين الرهن التاميني او الرسمي و الحيازي هو طبيعة كل منها ، فالاول كل رهن يقع على عقار و الثاني كل رهن يقع على منقول.

بينما يرى البعض الاخر^{٤٨} انه بعد ان ظهرت المنقولات الخاصة اصبح من الممكن ترتيب الرهن عليها دون نقل حيازة و ان هذا الرهن يتم عن طريق التسجيل (القيد) في سجل معين شأنه شأن الرهن التاميني او الرسمي على العقار.

عليه بدأ الفقه بحسب راي البعض^{٤٩} يلاحظ الخطأ الذي كان واقعا فيه حين جعل موضوع الرهن معيارا للتفرقة فبدأ يميل الى الاستناد الى المعيار الحقيقي المستمد من طبيعة الرهن ذاته ، فالرهن التاميني لا يتضمن انتقال الحيازة من المدين الراهن الى الدائن المرتهن بينما يعتبر انتقال الحيازة هو جوهر الرهن الحيازي.

و عليه يمكن القول في رهن المنقولات غير المادية ان اهم شروط رهنها هي الشكلية او الكتابة و الشهر او الاعلان و سنتناول ذلك في ادناه:-

اولا:- الشكلية او التسجيل.

ان اهم شئ يميز رهن المنقولات غير المادية في عملية رهنها انه لا يحتاج الى نقل حيازتها لعدم امكانية تحقق ذلك و ان يبقى الراهن محتفظا بالحيازة الفعلية و لكن يتم ذلك باجراءات شكلية معينة من خلال القيد في السجلات و ان القيد في السجل الخاص بكل منقول غير مادي سواء كان براءة اختراع^{٥٠} ام حقوق مؤلف^{٥١} فيتم تاثير ذلك كل حسب الاحوال التي تنظمه.

اذ الشرط الاساس الذي سيميز رهن المنقولات غير المادية عن المنقولات المادية هو القيد في السجل او وضع اشارة في السجلات او الاوراق التي تثبت ملكية هذه المنقولات غير المادية تفيد رهن هذه المنقولات.

و لكن قد يثار التساؤل بصدد الاساس الذي يتم الرجوع اليه في استنباط الاحكام عند نقص القواعد الخاصة المتعلقة برهن المنقولات غير المادية هل نجدها في احكام الرهن التاميني على العقار ام نجده في احكام الرهن الحيازي على المنقول؟

يرى البعض^{٥٢} ان اكثر الفقهاء يقررون انه طالما المنقولات غير المادية هي (منقول) فان نظام القيد في السجل الذي يطبق عليها ماهو الا نقل رمزي للحيازة و انه عند نقص النصوص فان الرجوع يكون الى الاحكام العامة في رهن المنقول رهنا حيازيا.

و ينتقد البعض الاخر^{٥٣} الراي اعلاه لانه يؤدي الى الخلط فالرهن دون نقل الحيازة نظام يرتبط بالمنقولات غير المادية باعتبارها منقولات ذات طبيعة خاصة بينما الرجوع الى الاصل في احكام الرهن الحيازي يستند الى اعتباره منقولا عاديا لا يختلف عن سائر المنقولات .

لذلك يذهب البعض الاخر الى ان الفقه قد بدأ مؤخرا يتحدث عن تغيير مفهوم دور انتقال الحيازة (رفع يد الراهن عن المرهون) في عقد الرهن الحيازي للمنقولات من جهة و منازعة الخصيصة العينية لعقد الرهن الحيازي من جهة اخرى ، و بعبارة ادق الاتجاه نحو انشاء الرهن الحيازي دون حاجة لرفع يد الراهن عن المرهون ، على اعتبار ان انتقال الحيازة شرط للاحتجاج بالرهن قبل الاغيار و ليس بركن لازم لنشأة عقد الرهن الحيازي للمنقولات ، و هكذا تطور مفهوم انتقال الحيازة من حماية مصالح الدائن فحسب الى عده الى جانب ذلك اجراء وقائيا للاغيار حيث ان رفع يد المدين له دور مماثل للتسجيل المفروض في ميدان الرهن العقاري^{٥٤}.

و قد حسم المشرع الفرنسي مشكلة تسجيل رهن المنقولات غير المادية و ذلك من خلال المرسوم التشريعي رقم ٢٠٠٦ - ١٨٠٤ في ٢٣ كانون الاول لسنة ٢٠٠٦ المتخذ لتطبيق نص المادة ٢٣٣٨ من القانون المدني المتعلقة باجراءات الرهن دون نزع الحيازة.

حيث نص في المادة الاولى^{٥٥} من القسم الاول الخاص باجراءات القيد بان رهن المنقول غير المادي يتم بناء على طلب من الدائن و يتم تاشير ذلك في سجل خاص ممسوك لدى رئيس قلم محكمة التجارة و يمكن ان يكون السجل الكتروني ، و يتم اعطاء رقم متسلسل لعقد رهن المنقول غير المادي، و الذي يجب ان تحدد فيه البيانات الاتية^{٥٦}:

١- منشئ الرهن و الدائن.

٢- تاريخ العمل القانوني المنشئ للضمان.

٣- قيمة اصل الدين المضمون ، تاريخ استحقاقه ، معدل فوائده.

٤- تعيين المال المرهون مع ذكر عناصر تحديده.

٥- بالنسبة للشركات المرهونة حصصها و تسمية الشركة و عنوان مركزها الرئيسي .

٦- الفئة التي ينتمي اليها المال المخصص للضمانة.

و يسلم رئيس قلم المحكمة نسخ من عقد الرهن ، و قد انشاء المشرع الفرنسي استمارة الكترونية وطنية خاصة باجراءات رهن المنقولات غير المادية دون نزع الحيازة^{٥٧}، و بهذا يكون المشرع الفرنسي قد وضع نظاما متكاملًا خاصًا برهن المنقولات غير المادية.

بينما نجد ان المشرع العراقي في اطار رهن المنقولات غير المادية فهو متردد بين التسجيل و الكتابة^{٥٨} ، حيث ان التسجيل يقتضي وجود نظام قانوني معين و سجلات رسمية خاصة تنظم رهن و تداول المنقولات غير المادية ، اما بالنسبة للكتابة فيمكن الاحتجاج بها من خلال ورقة عادية^{٥٩} بين الراهن و المرتهن ، فنجد ان المشرع العراقي تزم في رهن بعض المنقولات غير المادية حيث التزم بالشكلية من خلال ضرورة القيد في سجلات رسمية ، بينما في منقولات اخرى غير مادية لم يشترط التسجيل و اكتفى بالشكلية البسيطة المتمثلة بالكتابة.

فعلى سبيل المثال نجد في قانون حماية حق المؤلف المعدل اجاز المشرع للمؤلف ان ينقل الى الغير حقوق الانتفاع الا انه نقل هذه الحقوق لا يترتب عليها اعطاء الحق في مباشرة حق اخر و قد اشترط لصحة هذا التصرف ان يكون مكتوبًا و ان يحدد صراحة و بالتفصيل كل حق يكون محلا للتصرف مع بيان مداه و غرضه و مدة الاستغلال و مكانه^{٦٠}.

و يرى البعض^{٦١} ان المعنى الظاهر لنص المادة ٣٨ من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٧٠ المعدل يقود الى الاعتقاد بان الكتابة ركن في

التصرفات الواردة على حق من الحقوق المالية للمؤلف و ان غيابها يؤدي الى البطلان.

عليه يبدو ان موقف المشرع العراقي في اطار حق المؤلف اخذ بالشكلية البسيطة المتمثلة بالكتابة من خلال ورقة عادية بين المؤلف و المتصرف له.

لذلك يذهب البعض^{٦٢} الى انه يبدو الامر كأنه تشبيه الكتابة في التصرفات الواردة على حق المؤلف بشرط القبض في العقود العينية التي يشترط فيها المشرع القبض لتتمام العقد ، مثل عقد الرهن الحيازي ، لكن بحسب رأي هولاء ان شرط القبض غير الكتابة فالاول يدل على حيازة القابض للشئ حيازة مادية ، و هذا مالم يشترط في التصرفات الواردة على حقوق المؤلف ، و ان الغاية من القبض هي منع الضرر الذي يترتب على غيابه بطلان العقد^{٦٣}.

اما في جانب اخر نجد ان المشرع العراقي تشدد في موضوع الشكلية حيث لم يكتف بالكتابة كما ورد في قانون حماية حق المؤلف و انما اشترط التسجيل في سجلات رسمية معدة لهذا الغرض ، حيث يشترط لرهن براءة الاختراع و كافة التصرفات القانونية الواردة عليها لكي يكون للتصرف حجة في مواجهة الغير تاشير ذلك في السجل المعتمد من قبل مسجل براءة الاختراع و النماذج الصناعية في الجهاز المركزي للتقييس و السيطرة النوعية^{٦٤} و كذلك قد نص ايضا على اعتماد التسجيل في السجلات اساسا لنفاذ الرهن في اتجاه الغير من تاريخ التسجيل في السجلات فيما يتعلق برهن السلالة النباتية او الصنف الهجين^{٦٥}.

ثانيا: الشهر او الاعلان.

يعتبر الشهر او الاعلان من الشروط الخاصة برهن المنقولات غير المادية و رغم ذلك يرى البعض^{٦٦} من الصعب شهر الحقوق التي تترتب على المنقولات و لهذا فقد اخضعت التشريعات المنقول لقاعدة اخرى غير الشهر و هي قاعدة الحيازة بدلا من الشهر.

لذلك يرى هولاء من الصعب تصور خضوع المنقول لنظام رهن لا يعتد اصلا بالحيازة ، خشية التصرف فيه الى شخص اخر حسن النية لا يستطيع الدائن المرتهن ان يحتج بحقه في الرهن في مواجهته^{٦٧}.

بينما يذهب فريق اخر الى القول بانه ليس هناك ما يحظر على تقرير رهن مع عدم نقل الحيازة ، و لا يستند في ذلك الى ان عدم نقل الحيازة في عقد عيني صحيح و مطابق للقواعد القانونية ، بل يستند الى ان المشرع في تقريره لشرط نقل الحيازة انما اراد اخبار الغير ، اي ان المشرع نظر الى نقل الحيازة باعتبارها اداة للعلانية و وسيلة للاشهار ، و اذا كان من السهل الحصول على العلانية بطريق خلاف طريقة نقل الحيازة فلماذا لا يعمل بهذه الطريقة الاخرى بدلا من طريقة الحيازة و

ماينسجم عنها من المضايقات و الاضرار و ربما كانت مستحيلة بعض الاحيان ، و وربما كان مما لا يتعارض مع طبيعة عقد الرهن القول بمحو شرط نقل الحيازة فيه ، لان الغرض الاساسي من الرهن تقرير حق الاولوية للمرتهن على الشئ و يتحقق هذا الغرض سواء كان الرهن موجودا تحت يد الدائن ام تحت يد غيره^{٦٨}.

لكن الطبيعة غير المادية التي افرزتها المنقولات الحديثة جعلت البعض^{٦٩} يفكر مليا في مسألة رهن المنقولات و ذلك لاهمية هذه المنقولات و المنفعة الاقتصادية التي يحققها الاحتفاظ بها و يرى بان هناك نظامين للشهر و هما:-

الشهر السلبي:- و هو اجراء يتطلبه المشرع في رهن بعض المنقولات ، و لكنه لا يرقى الى درجة الشهر الذي يخول الدائن حق التتبع صراحة، و انما الشهر هنا مجرد و سيلة لاعلام الغير ان المال لم تعد ملكيته محررة من القيد^{٧٠}.

الشهر الايجابي:- يقتضي هذا النظام ان حق الدائن يرتبط بقيد الرهن في سجلات رسمية و من ثم يقوم الشهر على هذا الاساس^{٧١} ، عليه فالعلانية التي يحققها الشهر هنا تعتبر علانية كاملة يمكن للدائن ان يمارس من خلالها حق التتبع على المرهون^{٧٢}.

و قد تبنى المشرع الفرنسي هذا الموقف حيث نص في المادة ٢٣٣٨ بانه (يشهر الرهن بقيدته في سجل خاص تنظم دقائقه بموجب مرسوم صادر بعد استشارة مجلس الدولة) و قد صدر فعلا مرسوم تشريعي ينظم اجراءات الشهر الخاص برهن المنقول دون نزع الحيازة^{٧٣}.

و على هذا الاساس فقد ذهب المشرع الفرنسي في المادة ٢٣٤٠ من القانون المدني الى اعتبار الرهن اذا تم دون نزع حيازة فان حق الاولوية او الافضلية تكون للدائن المرتهن الذي تم شهر رهنه وفق الاصول و تكون له حجة على الدائن المرتهن المتأخر في المرتبة حتى لو كان الاخير يحبس المال المرهون في يده^{٧٤}.

و يبدو ان المشرع العراقي ايضا قد تبنى النظام الاخير الشهر الايجابي حيث انه اشترط لرهن بعض المنقولات غير المادية و نفاذ هذا الرهن في حق الغير بالاضافة الى التسجيل ان يتم الشهر في نشرات خاصة تصدر لهذا الغرض.

فعلى سبيل المثال لنفاذ رهن براءات الاختراع ، و النماذج الصناعية ينبغي ان يتم تاشير ذلك الرهن في السجلات الرسمية^{٧٥} ، و من ثم يتم نشر ذلك الرهن ، و قد حدد ذلك بموجب المادة ١٠ من نظام براءة الاختراع و النماذج الصناعية رقم ٢١ لسنة ١٩٧٠ حيث تنص الفقرة ٣ من المادة المذكورة بانه (يعلن المسجل في النشرة مايلي : ٣- انتقال ملكية البراءة و رهنها و حجزها و كل تصرف اخر يطرأ عليها)، و كذلك تطلب المشرع في المادة ١٤ من النظام المذكور لنفاذ رهن النموذج الصناعي قيام المسجل بالنشر في النشرة اعلانا يتضمن بيان ذلك.

و قد تبني المشرع العراقي هذا الاتجاه ايضا فيما يتعلق بحماية الدوائر المتكاملة حيث اكد في قانون براءات الاختراع و النماذج الصناعية و المعلومات غير المفصح عنها و الدوائر المتكاملة و الاصناف النباتية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ في الفصل الثالث مكرر ثانيا في المادة ٢ على ضرورة تنظيم سجل تحت اشراف المسجل يسجل فيه تصاميم الدوائر المتكاملة و اي رهن او حجز عليها^{٧٦}.

المبحث الثالث

التكييف القانوني لعقد رهن المنقولات غير المادية

اذا كان الفقه قد اختلف حول الطبيعة القانونية للمنقولات غير المادية و ذلك لصعوبة حيازتها حيازة مادية و عدم امكانية ادراجها تحت مفهوم التقسيمات التقليدية للاموال و من ثم صعوبة حيازتها ، فانه ايضا قد اختلف بصدد تكييف عقد الرهن الوارد على هذه المنقولات غير المادية و نتيجة ذلك تعددت الاراء عليه سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول التكييف القانوني لعقد رهن المنقولات غير المادية ، و في المطلب الثاني سنتناول فيه التحليل المقترح لتكييف عقد رهن المنقولات غير المادية.

المطلب الاول

الاتجاهات الفقيه السائدة حول تكييف عقد الرهن

لقد اختلف الفقه اختلافا بينا حول تكييف عقد رهن هذه المنقولات غير المادية ، و ان هذا الاختلاف مرده يرجع الى تحديد النظام القانوني الذي سيخضع له عقد الرهن ، و نتيجة ذلك برزت اتجاهات فقيه عدة و سنتناولها بالتفصيل الاتي :-

الاتجاه الاول:- يرى البعض^{٧٧} ان رهن المنقولات غير المادية يخضع لاحكام الرهن التاميني مادام هذا الرهن يتم دون حيازة المال المرهون ، حيث ان رهن هذه المنقولات يتشابه من حيث التنظيم مع التامين العقاري و عليه يجب ان يخضع لاحكام هذه الرهون.

و يؤيد البعض الاخر^{٧٨} هذا الاتجاه حيث يرى ان التطور يشهد بامكان ترتيب حق على منقول دون نقل حيازته و في هذه الحالة يمكن اخضاع المنقول لنظام الرهن التاميني ، اذ ان بعض المنقولات استجابت طبيعتها لنظام شبيه بالرهن التاميني من حيث خضوعها لتنظيم اداري معين يتمثل بقيد و تسجيل التصرفات القانونية الواردة عليها ، و ذلك لانه يتعذر اخفائها و تهريبها من سيطرة الدائن و يحرص المدين على الاحتفاظ بها^{٧٩}.

و يذهب انصار هذا الاتجاه^{٨٠} الى اكثر من ذلك حيث يرون بانه لا يوجد هناك فارق في الطبيعة بين رهن المنقولات غير المادية دون حيازة و الرهن التاميني

للعقار ، لانه كما يبدو و حسب وجه نظرهم ، ان وسيلة الاحتجاج بكل منهما هي التسجيل ، فالتسجيل عندهم ليس من جوهر العقار ، فضلا عن ان التسجيل ليس ضرورة لقيام حق التتبع و انما هو ضرورة تنظيم ترتيب الدائنين في الاستيفاء للدين ايضا.

و على هذا الاساس يؤكد انصار هذا الراي^{٨١} الى تطبيق القواعد الخاصة بالرهن التاميني في حال عدم وجود نصوص تتعلق برهن المنقولات غير المادية في التشريعات الخاصة المنظمة لها ، على اعتبار ان القواعد الخاصة بالرهن التاميني تمثل مصدرا عاما لمثل هذه الرهون اذا كانت تخضع للتسجيل.

الاتجاه الثاني:- يذهب انصار هذا الاتجاه^{٨٢} الى القول بان عقد رهن المنقولات غير المادية هو عقد رهن حيازي يخضع للقواعد التقليدية الخاصة بالرهن الحيازي ، و اذا كان عقد الرهن الحيازي يخول الدائن سلطة الحبس ، فانه في عقد رهن المنقولات غير المادية يكون الشهر بديلا للحيازة و يحل التتبع محل الحبس.

عليه و استنادا الى هذا الراي فانه يتم بدلا من انتقال الحيازة و حبس المال المرهون منع المدين من التصرف في وعاء الرهن من خلال شهر اجراءات الرهن و يمنح الدائن سلطة التتبع.

و ينتقد البعض^{٨٣} هذا الاتجاه حيث يرى ان منع المدين من التصرف في بعض الرهون لا يجوز ان يرتبط مع الحق في الحبس، فالحق في الحبس ليس الا مانعا واقعا من التصرف فهو ليس بمانع قانوني لانه لا يؤدي الى بطلان التصرف الصادر من المدين في المال المرهون.

الاتجاه الثالث:- يذهب انصار هذا الاتجاه للقول بان طبيعة عقد رهن المنقولات غير المادية لا يعتبر رهنا تامينيا ، لانه لا يمكن الاستناد على فكرة الرهن التاميني لان جوهر هذا العقد قائم على رهن العقارات ، فضلا عن ان عقد الرهن الحيازي هو من العقود العينية و ان هذه العقود لا يمكن القول بها في حالة عدم نقل الحيازة ، و ان تقرير هذا النوع من الرهن من جانب بعض المشرعين منح امكانية رهن المنقول دون حيازة و هو من ثم ينصب على منقول لا يمكن حمايته بحق التتبع^{٨٤} .

و عليه فانه وفقا لهذا الراي لا يمكن اعتبار رهن المنقولات غير المادية لا تامينيا (رهن رسمي) و لا حيازيا (رهن حيازي) و انما هذا الرهن استثناء من هذين النظامين تقرر بنص تشريعي.

المطلب الثاني

التحليل المقترح لتكيف عقد رهن المنقولات غير المادية

يبدو ان اساس المشكلة يرجع مرده الى المادة ٢٢٧٩ من القانون المدني الفرنسي^{٨٥}، و التي تقابل المادة ١١٦٣ من القانون المدني العراقي^{٨٦} حيث تقضي المادة المذكورة ان المنقولات تخضع لقاعدة التملك بالحيازة ، و عليه انه لا بد لنفاذ الرهن من انتقال الحيازة الى الدائن المرتهن^{٨٧}.

الا ان المشكلة التي حصلت لدى القضاء الفرنسي بعدم امكانية تطبيق هذه المادة على الحقوق غير المادية العائدة لمؤلف على نتاج عمل فني^{٨٨} ، و لا على المنقولات غير المادية^{٨٩} و لا على التذكارات العائلية^{٩٠}، و يبدو ان الحاجة لرهن هذه المنقولات غير المادية بلا نقل حيازة هي الحافز الاساسي الذي دفع المشرع الفرنسي الى اصدار قانون ٢٢ شباط ١٩٤٤ الخاص بالافلام السينمائية و التي تضم مجموعة عناصر بعضها مادي و البعض الاخر غير مادي ، حيث اثارَت مشكلة كيفية نقل حيازة هذه المجموعة من العناصر من المدين الراهن الى الدائن المرتهن قبل صدور هذا القانون امام القضاء الفرنسي على نحو يشبه الى حد كبير ذات المشكلة التي عرضت من قبل كما يراها البعض^{٩١} بالنسبة للمحل التجاري، عليه لجا المتعاملون بهذا النوع من المنقولات الى حيل مشابهة تهدف الى نقل حيازة رمزية مع بقاء استغلال الفلم السينمائي لصالح المدين الراهن الا انها و كما يراها هؤلاء لم تكن كافية لحماية الغير ، و لاحماية الدائن المرتهن نفسه من غش المدين الراهن.

لذلك تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون المذكور اعلاه لكي ينظم سجلا عاما محله المركز القومي للسينما في باريس (centre national de la cinématographie) و واجب لسريان التصرفات و الاحكام المتعلقة بالافلام السينمائية ان تفيد في هذا السجل و ان تبدأ هذه القيود بايداع السند المؤقت او النهائي الدال على وجود الفلم و المتضمن سائر عناصره التي تكفل تعيينه تعيينا ذاتيا مانعا ، و عليه فقد نظم هذا القانون بعد ذلك احكام رهن الافلام السينمائية بما يتفق مع طبيعته الخاصة و مع حاجات استغلاله^{٩٢}.

و لكن يبقى السؤال الالهم و الذي لم تتم الاجابة عليه لحد الان هو هل ان هذه المنقولات تخضع لنظام الرهن التاميني او تخضع لنظام الرهن الحيازي ؟ ، نعتقد ان كلا النظامين لهما مميزاتهما الخاصة بهما و قد استغرق بذلك كثير من الوقت استيعاب المفهوم التقليدي لتقسيم الاموال باعتبارها عقارا او منقولا لذلك فان محاولة توسيع احد هذين النظامين تبدو محاولة معقدة و محفوفة بالمخاطر لرسوخ كل من هذين المفهومين لفترة زمنية طويلة فضلا عن وجود مفاهيم راسخة لها لا يمكن تقويضها لكي تتلائم مع هذا المفهوم الجديد عليه نعتقد بان من الضروري ان يتم استحداث نظام جديد خاص برهن هذه المنقولات التي تاتي طبيعتها ان تتلائم

تحت اي من هذين المفهومين و هو فعلا ما بداءه الفقه القانوني بطرح مفهوم جديد للرهن في الفترة التي ظهرت فيها المنقولات ذات الطبيعة الخاصة التي تاتي طبيعتها الحيابة كالتاثيرات و السفن و يتمثل هذا النظام بطرح مفهوم جديد للرهن الحيابة ليست عنصرا فيه و يطلق على هذا النظام الرهن الطليق او الرهن اللاحياري.

عليه من اجل حسم مشكله رهن المنقولات غير المادية سوف نكون امام خيارين لا ثالث لهما ، و سنتناول الخيارين ادناه موضحين مزايا و عيوب كل منهما:-

الخيار الاول:- ان يكون هناك تنظيم قانوني خاص لكل من المنقولات غير المادية و تنظيم ذلك بقانون خاص كما في رهن الافلام السينمائية ، و اخر خاص برهن حقوق المؤلف و اخر برهن برامج الحاسوب... الخ من المنقولات غير المادية و يجب ان يتابع المشرع بالتعديل و التشريع هذه الانظمة مع ظهور نوع جديد من المنقولات و هذه طريقة فيها كثير من التعقيدات فضلا عن تعدد التشريعات و ضرورة تعديلها بين الحين و الاخر، مع ما يستجد من تطور علمي و فني و تقني.

و هذا الخيار سار عليه المشرع العراقي في القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية مثل قانون حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل و قانون براءات الاختراع و النماذج الصناعية و المعلومات غير المفصح عنها و الدوائر المتكاملة و الاصناف النباتية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ المعدل و قانون تسجيل و اعتماد و حماية الاصناف الزراعية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣ ، حيث انشأ المشرع العراقي انظمة متعددة لرهن المنقولات المادية ، فهو تارة يكتفي بالكتابة كشرط للرهن كما في قانون حق المؤلف و تارة اخرى يقتضي تسجيل ذلك الرهن في سجلات خاصة.

لا يخفى على القارئ ان المسلك الذي سلكه المشرع العراقي في رهن المنقولات غير المادية يمثل صعوبة عملية لما يقتضيه من تعدد اجراءات الرهن و اختلافها عن بعضها فضلا عن وجود تشريعات متعددة يقتضي الامر وجود اجراءات متعددة خاصة بكل منها كل منها على حدا من اجل استكمال اجراءات رهن هذه المنقولات.

الخيار الثاني:- يتمثل هذا الخيار بوضع نظرية عامة خاصة برهن المنقولات غير المادية و التي تاتي الخضوع لقاعدة الحيابة و من ثم تخضع جميع هذه المنقولات لهذه النظرية و يصار الى تبني المشرع لهذه النظرية و وضع تشريع عام من شأنه استيعاب جميع المنقولات غير المادية حتى يمكن رهنها .

و نحن نميل الى تبني الخيار الثاني و المتمثل بوضع نظرية عامة يمكن صياغتها تشريعا تستوعب جميع المنقولات غير المادية .

و نقترح ان يتم تشريع ذلك في القانون المدني في الكتاب او الباب المخصص للحقوق العينية التبعية او التامينات العينية و نقترح على المشرع العراقي ان يفرد

فصلا خاصا برهن هذه المنقولات و ان يتم تنظيم سجل خاص و يعتمد هذا السجل لدى الكاتب العدل ، فضلا عن ان يتضمن هذا التشريع ضرورة الاشارة الى عدم نقل الحيازة من المدين الى الدائن و يحدد طريقة بيع هذه المنقولات في حال عدم ايفاء المدين الراهن بالدين الاصلي و الاثار التي تترتب على اخلال المدين بعدم تنفيذ التزامه باعطاء حق الرهن، وبذلك يكون للعقد نظامه القانوني الخاص به و يمكن تسميته بعقد رهن المنقولات غير المادية.

خاتمة البحث

بعد الانتهاء و بعون الله من انجاز البحث و الذي نامل ان نكون قد وفقنا الله في انجازه لما فيه من خير للمكتبة القانونية و محاولة لتاسيس مفهوم جديد لنظام التامينات العينية و محاولة للخروج بها من المفهوم التقليدي الذي يقتصر على رهن العقارات و المنقولات الى رهن اموال غير مادية ، وذلك لما لهذه الاموال من قيمة اقتصادية و مالية عالية ، و من ثم تمكن اصحابها من الحصول على التامين اللازم لتغطية و ضمان القروض التي يرغبون بالحصول عليها.

و عليه نسجل في ادناه اهم الاستنتاجات و التوصيات التي توصلنا اليها:-

- ١- عند ظهور فكرة المنقول اللاحيازي غير المادي حدث تردد كبير لدى الفقه بتطبيق نظام الرهن الحيازي على هذه المنقولات غير المادية .
- ٢- ينبغي على المشرع العراقي التدخل التشريعي لمعالجة النقص و ايراد نصوص شاملة تعالج رهن المنقولات غير المادية ، و ان يتم اعداد نظام تشريعي عام بدلا من النصوص الموزعة بين القوانين المتعددة التي تنظم الملكية الفكرية و القانون المدني.
- ٣- اذا كان المال المرهون يتطلب الحيازة و ينسجم هذا مع مفهوم المنقول المادي فان ذلك لا يصح و لا ينسجم مع فكرة المنقولات غير المادية فضلا عن انه لا يستوعب التطور الذي وصلت اليه فكرة الرهن.
- ٤- ان موقف المشرع العراقي في اطار حق المؤلف اخذ بالشكلية البسيطة المتمثلة بالكتابة من خلال ورقة عادية بين المؤلف و المتصرف له ، اما في جانب اخر نجد ان المشرع العراقي تشدد في موضوع الشكلية حيث لم يكتف بالكتابة كما ورد في قانون حماية حق المؤلف و انما اشترط التسجيل في سجلات رسمية معدة لهذا الغرض ، حيث يشترط لرهن براءة الاختراع و كافة التصرفات القانونية الواردة عليها لكي يكون للتصرف حجة في مواجهة الغير تاشير ذلك في السجل المعتمد من قبل مسجل براءة الاختراع و النماذج الصناعية في الجهاز المركزي للتقيس و

السيطرة النوعية و كذلك قد نص على اعتماد التسجيل في السجلات اساسا لنفاذ الرهن في اتجاه الغير من تاريخ التسجيل في السجلات فيما يتعلق برهن السلالة النباتية او الصنف الهجين.

٥- ان المشرع العراقي تبنى نظام الشهر الايجابي حيث انه اشترط لرهن بعض المنقولات غير المادية ونفاذ هذا الرهن في حق الغير بالاضافة الى التسجيل ان يتم الشهر في نشرات خاصة تصدر لهذا الغرض.

٦- ان المسلك الذي سلكه المشرع العراقي في رهن المنقولات غير المادية يمثل صعوبة عملية لما يقتضيه من تعدد اجراءات الرهن و اختلافها عن بعضها فضلا عن وجود تشريعات متعدد يقتضي الامر وجود اجراءات متعددة خاصة بكل منها كل منها على حدا من اجل استكمال اجراءات رهن هذه المنقولات.

٧- نقترح ان يتم اجراء تعديل تشريعي في القانون المدني في الكتاب او الباب المخصص للحقوق العينية التبعية او التامينات العينية و نقترح على المشرع العراقي ان يفرد فصلا خاصا برهن هذه المنقولات و ان يتم تنظيم سجل خاص و يعتمد هذا السجل لدى الكاتب العدل ، فضلا على ان يتضمن هذا التشريع ضرورة الاشارة الى عدم نقل الحيازة من المدين الى الدائن و يحدد طريقة بيع هذه المنقولات في حال عدم ايفاء المدين الراهن بالدين الاصلي و الاثار التي تترتب على اخلال المدين بعدم تنفيذ التزامه باعطاء حق الرهن، وبذلك يكون للعقد نظامه القانوني الخاص به و يمكن تسميته بعقد رهن المنقولات غير المادية.

و من الله التوفيق

مصادر البحث

اولاً: المراجع بالغة العربية.

أ- الكتب

- ١- د. احمد سلامة ، الرهن الطليق للمنقول – دراسة مقارنة ، مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٦٨.
- ٢- د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للتزامات ، بغداد ، ١٩٧٦.
- ٣- د.سمير عبدالسيد تناعو ، التأمينات العينية ، مطبعة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٦٧.
- ٤- شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني – الحقوق العينية الاصلية ، ج ٢ ، حق الملكية ، بغداد ، مطبعة المعارف ، ١٩٥٩.
- ٥- د. شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، ط ٢ ، منشأة المعارف ، ١٩٥٩.
- ٦- د.شمس الدين الوكيل ، مبادئ القانون ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٦٨.
- ٧- د.شمس الدين الوكيل ، دروس في القانون ، الطبعة الاولى ، الاسكندرية ، منشأة المعارف.
- ٨- د.شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، المطبعة العالمية ، مصر ، ١٩٥٥.
- ٩- عبد الباقي البكري ، زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، بغداد ، ١٩٨٩.
- ١٠- محمد طه البشير و د.غني حسون طه ، الحقوق العينية ج ١ و ج ٢ ، طبعة بيروت ، ٢٠١٢.
- ١١- د.عبدالسلام ذهني بك ، في التأمينات ، مطبعة الاعتماد ، ١٩٢٦.
- ١٢- د.عبدالرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني نظرية الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ٤٨.
- ١٣- د.عبدالمجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج ١ ، شركة الطبع و النشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٧.
- ١٤- د.عدنان ابراهيم السرحان و دنوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني الاردني ، مصادر الحقوق ، اربد ، ١٩٩٧.
- ١٥- علي حسن يونس ، العقود التجارية ، دار الفكر العربي ، دار الحمامي للطباعة ، ١٩٦٢.
- ١٦- عمار تركمانيه غزال ، الحقوق العينية التبعية ، كتاب منشور على الانترنت في الموقع <http://www.google.iq/url?sa=t&rct=j&q>.
- ١٧- د.صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية ، ج ١ ، بغداد ، مطبعة دار المعرفة ، ١٩٥٣.

١٨- د.محمد يحيى المحاسنة ، مفهوم المحل و السبب في العقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ .

ب- البحوث و الرسائل العلمية.

- ١- اسل عبدالكاظم كريم ، الحماية القانونية المدنية لبرامج الحاسوب ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة بابل ، ٢٠٠٠ .
- ٢- اسلام مجيد حوشي البدرى، رهن المحل التجاري ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد ، ١٩٩٨ .
- ٣- د.حسين حامد سلمان ، الرهن الوارد على غير الاعيان ، بحث منشور في مجلة القانون و الاقتصاد للبحوث القانونية و الاقتصادية ، العدد ٣ – ٤ ، السنة ٤٠ ، ١٩٧٠ .
- ٤- د.يسمير تناغو ، التامينات العينية على الطائرات ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، عدد ٣ ، السنة ٧ ، ١٩٦٥ .
- ٥- سهام عبدالرزاق مجلي السعيدى ، فكرة رهن المنقول دون حيازة و الحماية القانونية المقررة له ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ .
- ٦- د.علي محمد البارودي ، حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية ، العدد ٣-٤ ، السنة العاشرة ، ١٩٦٠-١٩٦١ .
- ٧- د.محمد فواز المطالقة و د.يسام محمد نبي ياسين ، ماهية حق المؤلف ، بحث منشور في مجلة cybrarians journal ، العدد ٣٣ ، ديسمبر ، ٢٠١٣ ، منشور في الموقع : www.journal.cybrarians.org .
- ٨- د.نوري حمد خاطر ، تقييد حرية التعاقد في نطاق التصرفات الواردة على حقوق المؤلف المالية – دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة دراسات – علوم الشريعة و القانون ، الاردن ، مجلد ٢٦ ، العدد ٢ ، ١٩٩٩ .

ج - القوانين

- ١- القانون المدني الفرنسي بالعربية طبعة دالوز ، ٢٠٠٩ ، الطبعة ١٠٨ .
- ٢- قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل .
- ٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- ٤- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .
- ٥- قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل .
- ٦- قانون براءات الاختراع و النماذج الصناعية و المعلومات غير المفصح عنها و الدوائر المتكاملة و الاصناف النباتية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ المعدل .

٧- قانون تسجيل و اعتماد و حماية الاصناف الزراعية العراقي رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣.

ثانياً- المصادر باللغة الاجنبية

- 1- Atiyah M.A., an introduction to the law of contract, 2ed, oxford, 1971.
- 2- G. htreitel , an outline of the law of contract ,2ed , London, 1979.
- 3- Geoff Monahan ,essential contract law , 2ed , London.

الهوامش

- ^١ انظر د.حسين حامد سلمان ، الرهن الوارد على غير الاعيان ، بحث منشور في مجلة القانون و الاقتصاد للبحوث القانونية و الاقتصادية ، العدد ٣ - ٤ ، السنة ٤٠ ، ١٩٧٠ ، ص٣.
- ^٢ انظر د.شمس الدين الوكيل ، مبادئ القانون ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٦٨ ، ف ٢٢١ ، ص ٣٦٧ . و انظر ايضا د.شمس الدين الوكيل ، دروس في القانون ، الطبعة الاولى ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، ف ١٤٢ ، ص ٢٣١.
- ^٣ انظر د.شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، المطبعة العالمية ، مصر ، ١٩٥٥ ، ص ٤٢ - ٤٤ .
- ^٤ انظر المادة ٣٨ من قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ المعدل العراقي التي تنص (للمؤلف ان ينقل الى الغير حقوق الانتفاع المنصوص عليها في هذا القانون....)
- ^٥ اجاز المشرع العراقي في قانون براءات الاختراع و النماذج الصناعية و المعلومات غير المفصح عنها و الدوائر المتكاملة و الاصناف النباتية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ المعدل في المادة ٢٥ منه امكانية رهن براءة الاختراع و نقل ملكيتها حسب الاصول.
- ^٦ تناول الفصل الثالث من قانون من قانون تسجيل و اعتماد و حماية الاصناف الزراعية العراقي رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣ المادة ١٥ الفقرة اولا (يجوز انتقال حقوق المستنبت كلها او بعضها الى الغير بعوض او بدون عوض او رهنها او الحجز عليها) و نص في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة كيفية تحديد اجراءات رهن و حجز و سائر التصرفات القانونية الخاصة بالاصناف النباتية.
- ^٧ تنص المادة ١٤ من قانون براءات الاختراع و النماذج الصناعية و المعلومات غير المفصح عنها و الدوائر المتكاملة و الاصناف النباتية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ المعدل (تحدد اجراءات نقل ملكية النموذج الصناعي و رهنه و الحجز عليه و سائر التصرفات القانونية بموجب تعليمات يصدرها الوزير و يتم نشرها في الجريدة الرسمية)
- ^٨ مثل المشرع العراقي في القانون المدني المادة ٧٠ الفقرة ٢ حيث تنص على (و يتبع في حقوق المؤلفين و المخترعين و الفنانين و علامات التجارة و نحو ذلك من الاموال المعنوية احكام القوانين الخاصة)
- ^٩ انظر شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الحقوق العينية الاصلية ، ج ٢ ، حق الملكية ، بغداد ، مطبعة المعارف ، ١٩٥٩ ، ص ١٧٠٧ .
- ^{١٠} انظر اسلام محيد حوشي البدري ، رهن المحل التجاري ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد ، ١٩٩٨ ، ص ٣ .
- ^{١١} انظر المرجع السابق ، الصفحة نفسها .

١٢ انظر اسل عبدالكاظم كريم ، الحماية القانونية المدنية لبرامج الحاسوب ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة بابل ، ٢٠٠٠ ، ص ١٥ .

١٣ انظر د.محمد فواز المطالقة و د.بسام محمد نبي ياسين ، ماهية حق المؤلف ، بحث منشور في مجلة cybrarians journal ، العدد ٣٣ ، ديسمبر ، ٢٠١٣ ، منشور في الموقع : wwwjournal.cybrarians.org.

١٤ انظر عبد الباقي البكري ، زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ٢٧٣ - ٢٧٤ .

١٥ انظر المادة ١٣٥٤ من القانون المدني العراقي الذي نصت (لا يكون رهن الدين تاما الا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ، و لا يكون نافذا في حق المدين الا باعلان هذا الرهن اليه او قبوله اياه و تحتسب للرهن مرتبة من التاريخ الثابت لتبليغ الاعلان او القبول)

١٦ مشار اليه في محمد طه البشير و د.غني حسون طه ، الحقوق العينية ج ٢ ، طبعة بيروت ، ٢٠١٢ ، ص ٢٠٤ .

١٧ المرجع السابق الصفحة نفسها.

١٨ انظر د.صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، ج ١ ، بغداد ، مطبعة دار المعرفة ، ١٩٥٣ ، ص ١٧٣ . و انظر ايضا المادة ٥٩ الفقرة اولا من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ التي تنص (اذا اشتمل التظهير على عبارة (القيمة للضمان) او (القيمة للرهن) او اي بيان اخر يفيد الرهن جاز للحامل استعمال جميع الحقوق الناشئة عن الحوالة و مع ذلك اذا ظهر الحامل الحوالة اعتبر التظهير حاصلا على سبيل التوكيل)

١٩ نصت المادة ١٣٥٥ من القانون المدني العراقي (السندات الاسمية و السندات لامر يتم رهنها بالطريقة التي رسمها قانون التجارة بحوالة هذه السندات على ان يذكر ان الحوالة قد تمت على سبيل الرهن و ينفذ الرهن دون حاجة الى اعلان)

٢٠ حيث نظم المشرع العراقي في قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل رهن و حجز الاسهم و الحصص حيث نصت المادة ٧١ منه على انه (اولا: يجوز رهن الاسهم المملوكة للقطاع الخاص في الشركة المساهمة و المحدودة على ان يؤشر عقد الرهن في سجل خاص لدى الشركة و لا ترفع اشارة الرهن الا بعد تسجيل موافقه المرتهن على فكه او تنفيذا لحكم بات صادر من محكمة مختصة)

٢١ ان التقسيم التقليدي للاموال الى عقار و منقول يقوم على اساس معيار مادي يعتمد على اختلاف طبيعة الاشياء فثبات البعض منها و استقرارها في مكانها ، و حركة البعض الاخر او قابليته للحركة يبرر اختلاف القواعد التي تحكم كل نوع منها ، غير ان هذا المعيار كما يرى البعض قد تعرض في القرون الوسطى الى هزة عنيفة بحيث كاد هذا المعيار ان يختفي وراء معيار اقتصادي يستند الى قيمة الاشياء لا الى طبيعتها ، فاصبحت العقارات في منطق هذا المعيار الجديد هي الاشياء ذات القيمة الكبيرة لا الاشياء الثابتة ، و اصبحت المنقولات هي الاشياء ذات القيمة الزهيدة لا الاشياء القابلة للحركة ، و لكن هذا المعيار الاقتصادي و ما استتبعه من نتائج اضطر المشرع الفرنسي عند وضع القانون المدني الى التخلي عن هذا المعيار و الاخذ بالمعيار المادي . انظر بهذا الصدد محمد طه البشير ، و د.غني حسون طه ، الحقوق العينية ج ١ ، طبعة بيروت ٢٠١٣ ، ص ١٤٠ و انظر المراجع التي يشير اليها المصدر اعلاه بهذا الصدد في الصفحة نفسها.

٢٢ انظر د.علي محمد البارودي ، حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية ، العدد ٣-٤ ، السنة العاشرة ، ١٩٦٠-١٩٦١ ، ص ٣٤-١٣٦ .

٢٣ انظر د.احمد سلامة ، الرهن الطليق للمنقول – دراسة مقارنة ، مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٦٨ ، ص ١٤٥ .

٢٤ انظر المرجع السابق ، الصفحة نفسها .

٢٥ انظر المادة ٢٣٥٢ من القانون المدني الفرنسي التي تنص على انه (بمجرد تسليم ايصال التصريح يعد الدائن المرتهن بانه احتفظ بحيازة المال المرهون) .

٢٦ انظر المادة ٢٣٥١ من القانون المدني الفرنسي حيث اجازت رهن السيارات او المقطورة دون نقل حيازتها حيث نص على انه (يكون الرهن الواقع على سيارة مزودة بمحرك او على مقطورة مسجلتين حجة على الغير بعد التصريح عنه الى السلطة الادارية ضمن الشروط المحددة بموجب مرسوم صادر بعد استشارة مجلس الدولة)

٢٧ تنص المادة ٢٣٤٢ من القانون المدني الفرنسي على انه (يستطيع منشئ الرهن في الرهن الحاصل دون نزع الحيازة و الواقع على مثليات التصرف بها) و كذلك انظر المادة ٢٣٤٤ من القانون المدني الفرنسي التي تنص على انه (..... يستطيع الدائن في الرهن دون نزع الحيازة ان يتدرع بسقوط اجل الدين المضمون او يلتزم زيادة الرهن اذا قل)

٢٨ انظر د. احمد سلامة ، المرجع السابق ، الصفحة نفسها.

- ٢٩ F. zenati , L,immaterial et les choses .arch .phil.dr. t.43.1999.p.79. مشار إليه في عمار تركمانيه غزال ، الحقوق العينية التبعية ، كتاب منشور على الانترنت في الموقع <http://www.google.iq/url?sa=t&rct=j&g> ص ١٠٢ .
- ٣٠ انظر المرجع السابق ، ص ١٠٣ .
- ٣١ د علي محمد البارودي ، المرجع السابق، ص ١٠٧ و مابعدھا .
- ٣٢ انظر سهام عبدالرزاق مجلي السعيد ، فكرة رهن المنقول دون حيازة و الحماية القانونية المقررة له ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص ٨٣ . و انظر ايضا عمار تركمانيه غزال ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ .
- ٣٣ انظر عمار تركمانيه غزال ، المرجع السابق ، الصفحة نفسها .
- ٣٤ انظر د.احمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٢٣ .
- ٣٥ انظر المرجع السابق ، ص ٢٤ .
- ٣٦ المادة ٢٣٥٥ من القانون المدني الفرنسي بالعربية طبعة دالوز ، ٢٠٠٩ ، الطبعة ١٠٨ .
- ٣٧ انظر محمد طه البشير ، د.غني حسون طه ، الحقوق العينية ج ٢ ، المرجع السابق ، ص ٢٠٤ .
- ٣٨ انظر د.عبدالرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني نظرية الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ٤٨ . و انظر ايضا د.عبدالمجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، ج ١ ، شركة الطبع و النشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٧ ، ص ١١٧ .
- ٣٩ G . htreitel ,an outline of the law of contract ,2ed , london, 1979 ,p.8.
- ٤٠ انظر استاذنا د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص ٧٦ و مابعدھا .
- ٤١ انظر محمد طه البشير و د.غني حسون طه ، الحقوق العينية ج ٢ ، المرجع السابق، ص ١٦٧ - ١٦٨ .
- ٤٢ المرجع السابق، الصفحات نفسها.
- ٤٣ انظر د.محمد يحيى المحاسنة ، مفهوم المحل و السبب في العقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص ١٦١ و ما بعدها .
- ٤٤ انظر د.سمير عبدالسيد تناغو ، التامينات العينية ، مطبعة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٦٧ ، ص ١٧ . و انظر ايضا المادة ١٢٨٦ من القانون المدني العراقي التي تنص (لا ينعقد الرهن التاميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، و على كل من المتعاقدين ان يعين محل اقامة مختار)
- ٤٥ انظر المادة ١٣٢١ من القانون المدني العراقي التي تنص (الرهن الحيازي عقد يجعل به الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن او في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاءه منه كلا او بعضا مقدما على الدائنين العادين التاليين له في المرتبة في اي يد ككان هذا المال)
- ٤٦ انظر محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، المرجع السابق ، ص ٢٠٤ - ٢٠٥ .
- ٤٧ Cabrillac Michel la protection du creancier dans les suretes mobilières conventionnelles sans depossesion, 1954, no 1954, p.211.
- مشار إليه في د.علي محمد البارودي ، المرجع السابق ، ص ٥٢ .
- ٤٨ انظر د.علي محمد البارودي ، المرجع السابق، الصفحة نفسها.
- ٤٩ Cabrillac Michel ,op. cit.p. 212. مشار إليه في المرجع السابق ، الصفحة نفسها.
- ٥٠ يرى البعض ان براءات الاختراع من المنقولات غير المادية الهامة التي يجوز رهنها بصورة مستقلة كما انها يمكن ان ترهن مع المحل التجاري . انظر بصدد ذلك اسلام مجيد حوشي البديري، المرجع السابق، ص ٤٢ .
- ٥١ ان الحق المالي (الجانب المالي) للمؤلف هو ما يجوز رهنه لانه كغيره من الحقوق المالية الاخرى يجوز التصرف بها باي شكل من اشكال التصرف وذلك بعكس الحق الادبي (الجانب المعنوي) الذي يعتبر من الحقوق اللصيقة بشخصية المؤلف و التي لا تقبل التعامل بها او التنازل عنها و من ثم لا يجوز رهنها . انظر المرجع السابق ، ص ٤٤ .
- ٥٢ كولان و كابيستان ، ج ٢ ، ١٩٤٨ ، ص ٩٢٣ . مشار إليه في د.علي محمد البارودي ، المرجع السابق ، ص ٥٣ .
- ٥٣ انظر د.علي محمد البارودي ، المرجع السابق ، ص ٥٣ .
- ٥٤ Faiq mahmoud al shammaa , les suretes reelles du vendeur accredité de neubles corporels , these ,pour le doctorat universite du droit et economic et de sciences sociales de paris.p.431- 432.
- مشار إليه في سهام عبدالرزاق مجلي السعيد ، المرجع السابق، ص ١٤ .
- ٥٥ انظر المادة الاولى من المرسوم التشريعي رقم ٢٠٠٦ - ١٨٠٤ في ٢٣ كانون الاول ٢٠٠٦ .

- ٥٦ انظر المادة ٢ من المرسوم التشريعي اعلاه.
- ٥٧ انظر القسم الخامس المادة ٩ من المرسوم التشريعي اعلاه.
- ٥٨ ان العقود اما ان تكون رسمية ، الشكلية فيها ركن للانعقاد (a formal contract) او تكون الكتابية وسيلة للاثبات (evidenced in writing) انظر ، Geoff Monahan , essential contract law , 2ed , London, p.35.
- ٥٩ انظر بصدد التمييز بين العقد المسجل و العقد المكتوب و العقد الرضائي Atiyah M.A., an introduction to the law of contract , 2ed, oxford, 1971, p.25.
- ٦٠ انظر المادة ٣٨ من قانون حماية حق المؤلف المعدل رقم ٣ لسنة ١٩٧٠.
- ٦١ انظر د.نوري حمد خاطر ، تقيد حرية التعاقد في نطاق التصرفات الواردة على حقوق المؤلف المالية – دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة دراسات – علوم الشريعة و القانون ، الاردن ، مجلد ٢٦ ، العدد ٢ ، ١٩٩٩ ، ص ٣١٩.
- ٦٢ انظر المرجع السابق ، الصفحة نفسها.
- ٦٣ انظر د.عدنان ابراهيم السرحان و د.نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني الاردني ، مصادر الحقوق ، اربد ، ١٩٩٧ ، ص ١٦٩.
- ٦٤ انظر المادة ٢٥ من قانون براءات الاختراع و النماذج الصناعية و المعلومات غير المفصح عنها و الدوائر المتكاملة و الاصناف النباتية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ المعدل.
- ٦٥ انظر المادة ١٥ الفقرة رابعا من قانون تسجيل و اعتماد و حماية الاصناف الزراعية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٣.
- ٦٦ انظر سهام عبدالرزاق مجلي السعيد ، المرجع السابق ، ص ٩٧.
- ٦٧ انظر المرجع السابق ، الصفحة نفسها.
- ٦٨ انظر د.عبدالسلام ذهني بك ، في التأمينات ، مطبعة الاعتماد ، ١٩٢٦ ، ص ٥٠ ، هامش ١.
- ٦٩ Marcel planiol, George ripert , traite pratique du droit civil , no253. مشار اليه في المرجع السابق ، ص ٩٨.
- ٧٠ انظر المرجع السابق، ص ٩٨.
- ٧١ Philip fargeeaud , le gage sans de possession comm. Instrument de credit dans le marche comment faired , 1963, p.124,no 59. مشار اليه في المرجع السابق ، ص ٩٩.
- ٧٢ انظر المرجع السابق ، الصفحة نفسها.
- ٧٣ انظر المرسوم التشريعي رقم ٢٠٠٦ - ١٨٠٤ في ٢٣ كانون الاول ٢٠٠٦ المتخذ لتطبيق المادة ٢٣٣٨ من القانون المدني و المتعلقة بشهر رهن المنقول دون نزع الحيازة.
- ٧٤ تنص المادة ٢٣٤٠ من القانون المدني الفرنسي (عندما يكون المال ذاته موضوعا لرهونات عديدة متتالية دون نزع الحيازة تحدد مرتبة الدائنين بحسب قيدهم. عندما يكون المال المرهون رهنا دون نزع الحيازة موضوعا لرهن مع نزع الحيازة بتاريخ لاحق فان حق الافضلية العائد للدائن المرتهن الاسبق يعتبر حجة على الدائن المرتهن اللاحق اذا كان الرهن قد تم شهره اصولا بالرغم من حق الحبس العائد لهذا الاخير)
- ٧٥ انظر المواد ٢٥ و ١٤ الفصل الثالث مكرر من قانون براءات الاختراع و النماذج الصناعية و المعلومات غير المفصح عنها و الدوائر المتكاملة و الاصناف النباتية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ المعدل.
- ٧٦ نصت المادة ٢ من القانون المذكور اعلاه (ينظم سجل تحت اشراف المسجل يسمى سجل تصاميم الدوائر المتكاملة و يسجل فيه و يكتب بخط اليد كل المعلومات المتصلة بالتصميم و اسماء المالكين و عناوينهم و الشهادات الصادرة لهم و ما طرأ عليها من اجراءات قانونية بما في ذلك :- ٢- اي رهن او حجز او مصادرة او استيلاء او قيد على استعمال التصميم) .
- ٧٧ Michal cabrillac , op.cit.no. 34,p.66. مشار اليه في سهام عبدالرزاق مجلي السعيد ، المرجع السابق، ص ٤٨.
- ٧٨ انظر د.سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات العينية ، المرجع السابق ، ص ١٢.
- ٧٩ انظر د.سمير تناغو ، التأمينات العينية على الطائرات ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، عدد ٣ ، السنة ٧ ، ١٩٦٥ ، ص ٢١٥ - ٢١٦ . و انظر ايضا د. شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، ط٢ : ١٩٥٩ ، منشأة المعارف، ص ٤٢٩.
- ٨٠ انظر سهام عبدالرزاق مجلي السعيد ، المرجع السابق ، ص ٥٣.
- ٨١ انظر علي حسن يونس ، العقود التجارية، دار الفكر العربي ، دار الحمامي للطباعة ، ١٩٦٢ ، ص ٢٧٦.
- ٨٢ Ronserray , gage sans depossion et le droit de retention ,gaz, pal 1955,II,p.17. مشار اليه في سهام عبدالرزاق مجلي السعيد ، المرجع السابق ، ص ٤٩.

- ٨٣ انظر سهام عبدالرزاق مجلي السعيدي ، المرجع السابق، ص ٥١.
- ٨٤ انظر د. عبدالسلام ذهني بك ، المرجع السابق ، ص ٥٠ هامش ١ .
- ٨٥ تنص المادة ٢٢٧٩ من القانون المدني الفرنسي (فيما يتعلق بالمنقولات الحيازة تساوي سند التمليك غير انه من اضع شيئاً او سرق منه شيء ، يمكنه ان يطلب استرداده من الذي يكون هذا الشيء بحيازته خلال ثلاث سنوات اعتباراً من يوم ضياعه او سرقة مع حفظ حق الحائز ان يرجع الى الشخص الذي تلقاه منه)
- ٨٦ تنص المادة ١١٦٣ من القانون المدني العراقي (١- من حاز و هو حسن النية منقولا او سند لحامله مستندا في حيازته الى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد . ٢- الحيازة بذاتها قرينة على توفر حسن النية و وجود السبب الصحيح ، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك.)
- ٨٧ انظر المادة ١٣٢٢ من القانون المدني العراقي التي تنص (١- يشترط لتمام الرهن الحيازي و لزومه على الراهن، ان يقبض المرتهن المرهون.)
- ٨٨ باريس، ١٧ شباط، فبراير ١٩٨٨: ١٩٨٩. موجزة ، مل Colombet مشار اليه في القانون المدني الفرنسي ، طبعة دالوز ٢٠٠٩ ، ص ٢٠٠٧.
- ٨٩ نقض اجتماعية ، ٣ تموز ، يوليو ١٩٥٣، نش ، مدنية ١٧ ، رقم ٥٣٦. مشار اليه في المرجع السابق، الصفحة نفسها
- ٩٠ مح اب كبرى باريس ، ٢٩ حزيران ، يونيو ١٩٨٨. مشار اليه في المرجع السابق الصفحة نفسها
- ٩١ انظر د.علي محمد البارودي ، المرجع السابق، ص ١٢١.
- ٩٢ انظر المرجع السابق ، ص ١٢٢.