

الوعاء العقاري للرهن دون حيازة

أ.م.حسين عذاب السكيني

مقدمة:

تعتمد معاملات العصر على (التمويل)، اذ يندر قيام مشروع او استمراره بإمكانيات ذاتية. والحصول على (الائتمان) يحتاج الى (تأمين)، فلا احد يعطي ماله دون (ضمان).

والضمان (الخاص) قد يكون:شخصيا تمثل (الكفالة) اصدق صوره، او عينيا يعد(الرهن) في طبيعته. وعلى الرغم من ان التأمين الشخصي اسبق في الظهور من التأمين العيني، ولم يحتله- في الحياة التجارية المعاصرة- من مكانة. فانه يتأخر في المنزلة عن التأمين العيني لان المخاطر التي تتهدده جمة، لذلك يقال ان الأشياء أقوى ضمانا من الرجال.

والرهن اليوم على صورتين: رهن حيازة، ورهن دون حيازة. وإذا كان رهن الحيازة أقدم في النشأة من الرهن دون حيازة، فان الأخير يمثل صورة متقدمة عليه. صحيح أنهما يجتمعان في إبقاء الملكية للراهن في مقابل التصرف الائتماني، ألا ان الرهن دون حيازة يبقى للراهن الحيازة، وهي الفكرة الجوهرية التي تقف عندها نظم التأمينات العينية الحديثة.

ان استبقاء الملكية للراهن مثل فتحة في نظم التأمينات، والفتح الآخر يكمن في إضافة الحيازة.

على ان الاختلاف بين نظم التأمينات العينية الاتفاقية الثلاثة : التصرف الائتماني، والرهن الحيازي، والرهن دون حيازة، مرده تعارض المصالح : مصالح المدينين الراهنين ومصالح الدائنين المرتهنين، فما ينتقص من هذا يرد على

الأخر . يضاف الى ذلك التقدم في الفكر القانوني الذي اخذ يميز بين الشيء والمال، والإقرار بإمكانية تعدد الحقوق على الشيء الواحد. ثم في مرحلة لاحقة أمكن التوصل الى طرق قادرة - الى حد ما - على حماية طرفي العلاقة في الوقت نفسه.

فالرهن دون حيازة يحقق مصلحة الراهن والمرتهن على حد سواء، فينعكس بالإيجاب على المعاملات عموماً.

فإما مصلحة الراهن ، فتتمثل في ان هذا النوع من الرهن لا يجرد همن حيازة المال، ومن ثم يكون أمر الانتفاع بالمال له وحده لا يشاركه فيه احد . وتتفرع عن هذا مسألة بالغة الخطورة وهي المحافظة على المال المرهون ، ففي رهن الحيازة تنتقل الحيازة الى المرتهن وعبثا ان نطلب منه عناية بالمال كعناية المالك . وهو ما ينتزه عنه الرهن دون حيازة.

ألا ان ما يعد ميزة لهذا الرهن، هو في الوقت نفسه عيب يؤخذ عليه . فلو حاز المرتهن المال فان المتوقع منه المحافظة عليه لأنه يمثل ضمانه وهو الغالب الشائع فتكون العبرة به، وأما القليل النادر فهو ان يهمل العناية به او يتعمد أتلافه. وهذه الإشكالات تعرض في حالة استبقاء الراهن لحيازة المرهون لان تصرفه بالمال المرهون إضرار بالمرتهن وارد.

وأما مصلحة المرتهن ، فهي ان الرهن دون حيازة يعفيه من الالتزامات المترتبة على حيازة المرهون اذ قد تنقصه القدرة او تعوزه الرغبة على تحمل أعبائها . وهي المضار التي يخفف منها في رهن الحيازة (يد العدل) ، إلا ان (العدل) ينشئ التزامات جديدة وهي البحث عن من يقبل ان يحوز المال ، ومن ذا الذي يرتضي الدخول في علاقة لا مصلحة له فيها.

هذا فيما بين المتعاقدين، أما بالنسبة للغير فان الحيازة تمثل وسيلة إعلامهم بالوضع المالي للراهن وبالحقوق التي تثقل المال، اذ في خروج المال عن حيازة مالكة ما ينبىء بالاثنين.

أما في الرهن دون حيازة فلا بد من وسيلة تؤمن بقدر الامكان حقوق المرتهن والغير فتقابل الحيازة. هذه الوسيلة هي الشكلية او بمعنى أدق نوع من الشكل يحقق ما تحققه الحيازة ويتغلب على مساوئها ، ولكن يجب ان يلحظ ان الرهن دون حيازة نظام يكمل رهن الحيازة دون ان يلغيه وان كان قد ضيق من نطاقه.

ولكن ماذا نسمي هذا النظام او النوع من الرهن ؟

يشيع لدى الفقه مصطلح الرهن دون حيازة في مقابل رهن الحيازة لأنه يستبقي الحيازة للراهن، أما القانون المدني المصري فقد اسماه (الرهن الرسمي) وقوفه عند العنصر المقابل للحيازة وهو الرسمية التي أوجبها القانون لقيامه، وفي القانون العراقي يسمى (الرهن التأميني) وهي تسمية غير دقيقة لان التأمين يطلق على كل مال يقدم لضمان الوفاء بالتزام.

بقي ان نعرف: هل ان الشكل الذي استعاض به المشرع عن الحيازة - وهو من خلق القانون - جاء من دون أساس ، أم هو إقرار بواقع، أم هو مزيج من الأمرين معا ؟

ان البحث في هذا الشأن ، على قدر كبير من الأهمية والاصالة، ولا نعرض له إلا من زاوية محدودة ، حسبنا ان نقول فيها، ان هذه الصياغة جاءت مستجيبة لطبيعة الأشياء. أي ان الشكل مظهر عن ي بتنظيمه القانون مسايرة منه للواقع، فثبات الأشياء وحركتها كان أساس لتقسيمها الى عقار ومنقول . وهو الأساس الذي ان لم يكن قد فرض انفراد العقارات بالتسجيل فانه قد سهل ذلك . وفي تطور لاحق أخذت بعض المنقولات تخضع لنظام التسجيل لا للاستفادة من مزاياه، لان ذلك (هدف) القانون ويحتاج في بلوغه الى (أداة) ، بل لأنها تحمل المقومات التي تجعل منها أهل لولوج هذا الميدان . على ان تظافر عاملي (الواقع) و(الصياغة القانونية) في هذا النظام لا يعني تساوي

حصة كل م نهما فيه ، ففي العقارات نجد حظ الواقع اكبر، وفي (المنقولات) يكون نصيب القانون أوفر.

موضوع الدراسة:

نخلص مما تقدم الى ان العنصر الجوهرى في نظام الرهن دون حيازة هو (الشكل)، وهو ما يقابل (الحيازة) في نظام رهن الحيازة .فيؤديان الوظيفة ذاتها بشكل مختلف ، ويقفان عمادا للتأمين العيني.

ويترتب على ذلك ، ان تخير الرهن دون حيازة - سبيلا للتأمين - تفرضه طبيعة المال المرهون، وما إذا كان يخضع لنظام التسجيل من عدمه . والوعاء الطبيعى للرهن دون حيازة هو العقار ^(١)، اذ ان التسجيل بالأساس نظام عقارى . على ان ثمة طائفة من المنقولات استعارت نظام التسجيل هذا ، وأخذت تختص بأنظمة مشابهة ، الأمر الذى جعلها وعاءً للرهن دون حيازة .

وإذا كان الوعاء العقارى للرهن دون حيازة ، هو الأصل . والوعاء المنقول، هو الاستثناء. الحال الذى يفترض وضوح أحكام الأول ، وحاجة الثانى الى دراسات تبلور نظام الرهن فيه وتمهد لتأصيله . فإننا نجد اقتصار ما كتب فى الوعاء العقارى على نبذ مختصره فى المؤلفات العامة، فى موازاة دراسات معمقة فى الوعاء المنقول. لذا ارتأينا تخصيص هذا البحث للم ال العقارى . ألا ان المال العقارى ^(٢) وكما يصح رهنه لابد ان تتوافر فيه شروط معينة. ولان الرهن، وبعد ان يتحدد محله، لا يقتصر عليه بل يمتد الى مشتملاته (ملحقاته). لكن هذين موضوعان يخرجان عن نطاق بحثنا.

^(١) وكان المنطق يقضى بانحسار الرهن الحيازي بالمنقول ، وهو ما لم يأخذ به قانوننا ، انظر فى ذلك مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى الجزء ٧ ص ٢٤٥-٢٤٨ .

^(٢) والصفة العقارية ليست شرطا فى المال بل وعاء، د . شمس الدين الوكيل / الموجز فى نظرية التأمينات ص ١١١ ، محمد كامل مرسى شرح القانون المدنى الجديد الحقوق العينية التبعية ط ٢ المطبعة العالمية ١٩٥١ ص ٧٣ .

والمال: هو الحق ذو القيمة المالية (المادة ٦٥ مدني)، وينقسم الى حق عيني وحق شخصي (المادة ٦٦). أما ما يعرف بالحق الذهني : وهو الحق الذي يرد على شيء غير مادي، كحقوق المؤلف والمخترع والفنان ، فتنظمه قوانين خاصة (المادة ٧٠).

على ان القانون المدني المصري أتى بتقسيم جديد للأموال اذ نصت المادة (٨٣) منه على انه:

١- يعتبر مالا عقاري كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار.

٢- ويعتبر مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية).

((ويتبين من هذا النص ان القانون يمد تقسيم الأشياء الى عقار و منقول من الأشياء المادية الى الحقوق . والحقوق أشياء معنوية لا مادية، وهي بهذا الوصف لا تقبل ان تكون عقارا او منقولاً ولكن المشرع، وتبعاً لتقاليد قديمة، قسم الحقوق المعنوية ذاتها الى عقار ومنقول ، لاتبعاً لطبيعته بل تبعاً لطبيعة المحل الذي تقع عليه))^(١).

فالقانون المصري يعد الحقوق العينية التي تقع على عقار عقاراً او مالا عقاري، وجعل كل ما عدا ذلك من الحقوق المالية مالا منقولاً . وكذلك فعل مع الدعاوى.

وعلى الرغم من خلو القانون المدني العراقي من نص مقابل ، ألا ان التطبيقات الخاصة توحى باعترافه في الرهن التأميني - وهو ما يخصنا - نصت المادة (١٢٩٠) على انه:

(لا يجوز ان يرد الرهن التأميني إلا على عقار او حق عيني على العقار).

(١) د. السنهوري / الوسيط الجزء ٨ ص ١٩٣.

فالعقار - الوارد في النص - هو حق الملكية العقاري (المادة ١/٣٠٥ من قانون التسجيل العقاري). والملكية حق ، والحق شي ء معنوي . والعقار شي ء مادي (المادة ١/٦٢ مدني). وهذه التفرقة ما بين المال (الحق) والشئ ء (المحل) باتت معروفة^(١) ، على ان العادة جرت على خلط حق الملكية بالشئ ء المملوك لما في (الحق) من استغراق (للشيء)^(٢). ولهذا حرص القانون المصري في المادة (١/٨٣) على نعت الملكية بالحق وتمييزه عن الشئ ء الذي يقع عليه. ونحن نستفيد من هذه القواعد ، التي جاء بها القانون المصري، لمنطقتيها وبساطتها ووضوحها ولا لتفانها مع نص المادة (١٢٩٠) من القانون المدني والتي تعرض لوعاء الرهن التأميني فتحدده ب :

(١) الحقوق العينية (٢) الواردة على العقار وهو الذي يكون المال العقاري.

و(١- الحق العيني هو سلطة مباشرة على شي معين ، يعطيها القانون لشخص معين ٢- وهو إما اصلي او تبعي)(المادة ٦٧).
و(١- الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وحق ا لتصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الإجارة الطويلة . ٢- والحقوق العينية التبعية هي حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز) (المادة ٦٨).
ونترسم خطى المشرع، فننتصدى للنظرية العامة للحق العيني في مطلب، وللحقوق العينية العقارية في مطلب آخر.

المطلب الأول

النظرية العامة للحق العيني

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجزء ١ ص ٤٥٧.

(٢) د. السنهوري / الوسيط ٢٧٤/٨.

❖ التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي: يصعد تمييز الحقوق المالية الى شخصية وعينية الى القانون الروماني، وبقي - في القوانين المشتقة منه - تمييزاً جوهرياً ومحتفظاً بأهميته^(١). وعلى أساس التمييز، انقسم القانون المدني على قسمين : القسم الأول: الحقوق الشخصية او الالتزامات (المواد ٧٣-١٠٤٧)، والقسم الثاني: الحقوق العينية (المواد ١٠٤٨-١٣٨٠).

والحق العيني (سلطة مباشرة على شي معين، يعطيها القانون لشخص معين (المادة ١/٦٧)، أما الحق الشخصي فهو (رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين، يطالب بمقتضاه الدائن المدين بان ينقل حقا عينيا او أن يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل) (المادة ١/٦٩).

والفارق بين القسمين من الحقوق يكمن في الرابطة التي تتولد عن الحق، فهي في الحق العيني رابطة تسلط او سلطة مباشرة تثبت للشخص على الشئ، أما في الحق الشخصي فهي رابطة اقتضاء يتوسط فيها المدين بين الدائن وحقه. فالفائدة التي تترتب على الحق يستخلصها صاحبه مباشرة في الحق العيني، وفي الحق الشخصي تحتاج إلى وساطة المدين إذ يقتضي حقه منه.

والحق يتحلل إلى عنصرين -متمى كان عيرياً- هما: صاحب الحق ومحل الحق، وللحق الشخصي ثلاث عناصر هي: الدائن والمدين و محل الحق. والعنصر الهام في الحق العيني هو تعيين الشئ محل الحق فالرابطة فيه تنصب على شي معين بالذات، أما في الحق الشخصي فالمهم هو تعيين المدين لان الرابطة تتعلق بذمته.

(١) د. السنهوري / نظرية العقد ص ٥.

ويختص الحق العيني ، بخصائص عدة ، تميزه عن الحق الشخصي ، يمكن أجمالها في ثلاث^(١) . نكتفي هنا بتثبيتها مقارنة بالحق الشخصي وهي:

١ الحقوق العينية واردة على سبيل الحصر ، أما الحقوق الشخصية فلا تتناهى.

٢ محل الحق العيني شيء معين ، ومحل الحق الشخصي عمل معين .

٣ الحق العيني يخلو صاحبه م يزتي التتبع والتقدم ، ولا تنطوي الحقوق الشخصية على أي منهما .

❖ محاولات هدم التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي : التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي هو الأساس الذي تقوم عليه تقسيمات القانون المدني ، ألا أن ذلك لم يعد المحاولات الرامية الى هدمه . اذ نهض نفر من الفقهاء بوجه التمي يز . وهم فريقان : "فريق يقرب الحق العيني من الحق الشخصي ، وآخر على العكس من ذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني"^(٢) .

يذهب الفريق الأول ، الى اعتبار الحقوق المالية كلها حقوقاً شخصية ، والقانون - عند بلانيول (وهو من ابرز دعاة الفريق) - ينظم الروابط، والرابطة تكون بين الأشخاص ، يستوي في ذلك الحق العيني والحق الشخصي ، وليس صحيحاً ان الحق العيني رابطة بين الشخص والشيء ، فالشيء محل للحق لا طرفاً فيه، ثم أن الحق العيني ، كالحق الشخصي ، يتحلل الى عناصر ثلاثة هي : الدائن والمدين و محل الحق . وفي هذا تظهر الوحدة ما بين الحقوق المالية في الطبيعة والعناصر .

(١) انظر في ذلك : د. السنهوري / الوسيط ٢٠٩/٨ ، د. عبد الحي حجازي / المدخل لدراسة العلوم القانونية ٢٨١/٢ ، د. احمد سلامة / المدخل لدراسة القانون المدني ط ٢ مطبعة دار التأليف ١٩٦١ ص ٣١٤ .

(٢) د. السنهوري / نظرية العقد ص ٣ .

على ان بلانيول، يقر بوجود اختلاف بين الحقين .ألا انه يراه غير
جوهرى، هو جانب المدين. فهو في الحق الشخصي معين بالذات ، أما في الحق
العيني ، فللمدين - دائما - هم جميع الناس عدا الدائن ، فيمكن اعتبار الحق
العيني حقا شخصيا عاما من حيث المدين.

ويؤخذ من هذا المذهب ، ان الحق العيني ليس بالرابطة ، وإنما هو سلطة ،
ذلك ان الر وابط لا تنهض الا بين الأشخاص . ويرد عليه ، القول بأن الحق
العيني هو حق شخصي عام من حيث المدين ، اذ ان الحقين يتفقان في هذا ،
فالناس تلتزم باحترام الحقوق ، العينية والشخصية . الا ان الحق الشخصي
يزيد على الحق العيني ، في الجانب الخاص من حيث المدين . ووجود المدين
في الحق الشخصي ، عنصر لازم لقيام الحق ، أما احترام الناس كافة للحق
العيني فيكون بعد نشوء الحق ، وذلك باستيفاء مقوماته وليس من بينها هذا
الاحترام^(١).

والفريق الآخر ، يتجه الى عد الحقوق المالية كلها حقوقاً عينية ، فالحق
الشخصي - عند سالي (الذي يرأس الفريق) - كالحق العيني عنصر من
عناصر الذمة المالية . ويجب النظر اليه على أساس هذا الاعتبار مجردا عن
شخص الدائن وعن شخص المدين . وهذا هو المذهب المادي للالتزام.
ويحسب للمذهب المادي النتائج العملية المترتبة عليه ، اذ من شأنه ان
يزيد في سرعة التعامل ، وهو ما تقتضيه النظم الاقتصادية المعاصرة . ويساير
التطور في الفكر القانوني الحديث ، فيفسر الكثير من الاوضاع المستجدة .

(١) د. السنهوري / الوسيط ٨ / ١٨٤ .

الا ان النظرة المادية للالتزام ، والتي تصير محله شيئاً مادياً فتوليه الاعتبار، لا تنفي ما بين الحق العيني والحق الشخصي من فروق ، اهمها ان الحق العيني سلطة مباشرة ، والحق الشخصي سلطة غير مباشرة (١) .

❖ حالات اختلاط الحق العيني بالحق الشخصي : يقوم التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي على اسس سليمة ، ويتكفل ببيان الحدود الفاصلة فيما بينهما بوضوح . الا انه لم يقف حائلا بوجه اختلاطهما ، اذ توجد حالات تجتمع فيها خصائص كل من الحقيين كما في حق المستأجر والالتزام العيني .

حق المستأجر : الإيجار عقد (به يلتزم المؤجران يمكّن المستأجر من الانتفاع بالمأجور) (المادة ٧٢٢) ، وهو من العقود الواردة على الانتفاع بالشيء والتي تنشئ التزامات شخصية على عاتق طرفيها . وحق المستأجر في الانتفاع يمكن استخلاصه من مجمل التزامات المؤجر ، والذي يهمننا من الحق في هذا المقام تحديد طبيعته . اذ يثور بصدده خلاف مشهور ، واساس الخلاف يستند الى السلطات التي يخولها عقد الايجار للمستأجر فهي على نوعين :-

الاول : وهو سلطة الانتفاع بالمأجور ، فالعين المؤجرة تنتقل الى حيازة المستأجر ويكون له عليها سلطة الاستعمال ، وفي هذا يتفق حق المستأجر مع حق المنتفع .

الثاني : الرابطة ما بين المستأجر والمؤجر ، فللمؤجر يلتزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة .

النوع الاول من السلطات يمثل العنصر العيني لحق المستأجر ، اما النوع الثاني منها فهو العنصر الشخصي للحق (٢) .

(١) د. السنهوري / الوسيط / ١٠٥/١ .

(٢) د. فاضل حبشي / الامتداد القانوني لعقود الايجار ص ٢٣١ .

وبسبب ذلك، يشغل حق المستأجر منطقة وسط بين الحق العيني والحق الشخصي فيكون حقاً مختلطاً^(١).

على ان استحواذ حق المستأجر على الطبيعة المزدوجة وتكوينه للحق المختلط، ، لم يكن م من اليسر التسليم به ، على اعتبار ان الحقوق المالية نوعين : فاما شخصية او عينية ولا وجود لنمط ثالث . فلا مناص- والحال هذه- من تغليب احد العنصرين في الحق وتحديد طبيعته في ضوء ذلك .
عينية حق المستأجر ، يذهب من يغلب العنصر العيني في حق المستأجر الى القول بعينية الحق ، ويحتجون لمذهبهم بادلة عدة ابرزها : تمتع المستأجر بمزيتي التمتع والتقدم ، وهما من خصائص الحق العيني^(٢) .

فالمادة ١٧٤٣ من القانون المدني الفرنسي ، وتقابلهما المادة ٦٠٤ من القانون المدني المصري والمادة ٧٨٦ من القانون المدني العراقي . تقضي بسريان عقد الايجار اذا انتقلت ملكية المأجور الى الغير ، شريطة ان يكون الايجار ثابت التاريخ قبل انتقال الملكية . فالنصوص تعطي للمستأجر حق التمتع ، اذ انه يستطيع الاحتجاج بحقه قبل من انتقلت اليه ملكية المأجور (او حق عيني عليه)^(٣) .

والمادة ١٣٠٣ من القانون المدني الملغاة بالمادة ٣١٤ من قانون التسجيل العقاري ، اتت باحكام هي تطبيقات للمادة ٧٨٦ اكثر منها تكريسا لمزية التقدم . ثم ان نفاذ الايجار في حق الدائنين متأني من طبيعة مركز

(٢) د. عبد الحي حجازي / عقد المدة ص ٢٣٩ .

(٣) لا يرى البعض صلاحية الميزتين لتحديد طبيعة الحق ، لانهما غير قاصرتين على الحقوق العينية . د. حبشي ص ٢١٩ .

(١) د. السنهوري / الايجار ص ٤٧٤ د. جعفر الفضلي / الوجيز في العقود المدنية جامعة الموصل ١٩٨٩ ص ٢٨٤ .

المستأجر (فهو دائن في التزام بعمل) ، فلا يخضع لمزامحة الدائنين بالالتزام نقدي لاختلاف المحل ، وليس لان له حق التقدم عليهم (١) .

شخصية حق المستأجر ، ويجادل القائلون بشخصية حق المستأجر بادلة معارضتهم . ويرون ان المادة ١٧٤٣ من القانون المدني الفرنسي تعبر عن رغبة المشرع في الاحتفاظ بتقاليد قديمة ، ويقدمون التفسير التاريخي لها ، ويردون حكم المادة الى طبيعة عقد الايجار باعتباره من عقود الادارة ، فالقواعد العامة لها نقضي بسريانها حتى بعد زوال ملكية المؤجر . كما يبنون الحكم على اصل آخر من اصول القانون هو الخلافة في الحقوق الشخصية(٢) .

خلاصة القول ، ان التحليل المتقدم لطبيعة حق المستأجر ، والخلاف المحتدم حول العنصر الغالب فيه ، انما يكون في غياب الحكم التشريعي القاضي بعينية الحق . فقد يجد المشرع وهو يست نصوصه ، ان المصلحة تقضي بجعل حق المستأجر عينياً ، سواء ارتقى الحكم الى مصاف القواعد العامة ام قنع بالطابع الاستثنائي (٣) .

الالتزام العيني : الالتزام ، عند الراجح في الفقه ، طائفة واحدة. وهو الذي عُرفنا به فيما تقدم ، وعند البعض منهم ، هو طائفتان : الالتزام (الشخصي) بالتحديد التقليدي له ، والالتزام (العيني) (٤) .

والالتزام العيني ، كالتزام الشخصي ، الا انه ويتعد عنه ويؤترب من الحق العيني - او يكاد - في خصائص ثلاث هي (١) :-

(٢) د. السنهوري / الوسيط ٦/المجلد ١ / ٦٣٧ .

(٣) د. السنهوري / المصدر السابق ص ٦٣٥ . د. سعيد مبارك ، د. طه الملا حويش ، د. صاحب الفتلاوي / الموجز في العقود المسماة جامعة بغداد ١٩٩٢-١٩٩٣ ص ٣١٤ .

(١) د. السنهوري / الايجار ص ٤٨٢ . د. حبشي ص ٢٣٤ - ٢٤٦ ، د. رمضان ابو السعود / عقد الايجار ص ٣١ .

(٢) وهو غير الالتزام العيني في نظرية جينو سار .

- (١) ارتباطه بعين معينة بالذات .
- (٢) دورانه مع ملكية العين وجوداً و عدماً .
- (٣) امكانية التخلص منه بترك العين او التخلي عنها .
- ان الالتزام العين ي انما يشغل ذمة المدين بس بب صلته بعين معينة بالذات لا بصفته الشخصية (٢) . فهو التزام ملحق بحق عيني (تبعي او اصلي) (٣) . مثال الالتزام الملحق بحق عيني تبعي ، حالة الكفيل العيني فهو ليس مديناً شخصياً ، بل مسؤولاً عن الدين في حدود العين المرهونة ، فيكون التزامه عينياً من هذه الناحية (٤) . اما الالتزام الملحق بحق عيني اصلي ، مثله ما ورد في مادة (١٠٦٠) والتي تنص على انه : (لكل مالك ان يسور ملكه وله ان يجبر جاره على وضع ح دود لاملاكهم المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد شركة بينهم) .
- فالالتزام صاحب الارض ، بالمشاركة في وضع الحدود وفي تحمل النفقات ، (متفرع) عن ملكية هذا الشخص للارض ودائرها (٥) .
- والفقه العربي ، بوجه عام ، لا يلتفت في العادة لهذا النمط من الالتزام . والذين يعرضون له منهم يختلفون في بيان طبيعته (٦) . يذهب رأي الى عدة

(٣) د. السنهوري / الوسيط ٨ / ١٩٠ .

(٤) د. حجازي / المدخل ص ٢٦٥ .

(٥) د. السنهوري / الوجيز ٦/١ هامش ٢ .

(٦) د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، القانون المدني ١/١٤ .

(١) د. السنهوري / الوسيط ٨ / ١٨٨ .

(٢) وكذلك في تحديد حالاته ، اذ يوردها بعضهم محصورة في حالات بعينها د. حجازي / المدخل

ص ٢٧٠ فيما ياتي البعض بنماذج من باب التمثيل د. السنهوري ٨ / ١٩٠ .

صورة (خاصة) من الالتزام^(١) ، ويعتبره آخر مجرد (استكمال) لحق عيني^(٢) ، فيما يحلّ ثلث وسط مابين الحق العيني والحق الشخصي^(٣) .

❖ مفاهيم جديدة للحقوق المالية : عرض الفقيه الفرنسي جيريسار^(٤) ، في كتاب كتاب له صدر في باريس سنة ١٩٦٠ تحت عنوان رئيس هو ((الحق العيني ، الملكية والدين)) تقسيماً جديداً للحقوق المالية .

وبدأ الفقيه دراسته ، باستعراض التميّز بين الحق العيني والحق الشخصي ومحاولات هدم التفرقة بينهما ، وهو اذا لا يسلم بالتفرقة ، فانه لا يكتفي بالانضمام الى نقادها . بل يطمح الى الاطاحة بها جميعاً مبشراً بنظريات جديدة تمهد السبيل الى تقسيم (عقلاني) للحقوق المالية .

والحق العيني - في نظرية جيريسار - هو الالتزام العيني او (يقابله) . يسمى حقاً عينياً اذا نظر اليه من جهة الدائن ، والالتزام عينياً اذا نظر اليه من جانب المدين . واذا عرضنا الحقوق العينية (بالمفهوم السائد) على هذه النظرية نجد ان الصفة العينية تصدق على الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن حق الملكية ، والحقوق العينية التبعية . فيما يخرج من عدادها اهم الحقوق وهو (الملكية) . أي ان الحق العيني لا يكون الا في الحالات التي

(٣) د. حجازي / المدخل ص ٢٦٥ .

(٤) السنهوري / الوسيط ٨/١٩١ ، وقد رجع عن رأيه ، وحاول في الوجيز ص ٦ هامش ٢ تصفية حالات الالتزام العيني واذا بت خصائص تميزها عن القواعد العامة للالتزام الشخصي . انظر في هذه الاراء وليد خالد الجابري / فكرة الالتزام العيني وتطبيقاتها في القانون المدني رسالة ماجستير غير منشورة كلية القانون / جامعة بغداد ص ٤٥ وما بعدها .

(٥) اعتمدنا في كتابة هذه الفقرة على تعليق د. برهام محمد عطا الله على كتاب جينوسار مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد ٢ السنة ٩ ١٩٦٧ ص ٤٠٦ .

٢٩ - حسن جاد / شرح القانون التجاري العراقي الجزء ١ ص ٢٩١ .

يتقرر فيها لشخص حق على شيء مملوك للغير ، فالمنتفع ... والمرتهن ...
لهما حق عيني يقابله التزام عيني على مالك الشيء (محل الحق) . اما حق
الملكية ، فهو ليس بالحق العيني ، وذلك لعدم تحقق حق المقابلة بين الحق
والالتزام فيه ، فضلاً عن عدم انطوائه على اهم خصائص الحق العيني
(التقليدي) وهما مزيتاً التتبع والتقدم ، فالتتبع في حق الملكية ما هو الا
دعوى الاستحقاق ، والتقدم غير متصور لافتراضه المنافسة .

وبعيد جبرين سار تصوير حق الملكية ، فبعد ان يجعل منه قسماً قائماً
بذاته لا مجرد مفردة في قسم ، فانه يتوسع في رسم مده . ويحدد ماهيته في
ضوء فكرة الاستئثار التي يجد انه يقوم عليها ، ولان الاستئثار - عنده - صفة
مميزة لجميع الحقوق . فانه يبني على ذلك ان الملكية لا تقتصر على (الاشياء
المادية) بل تشمل (الحقوق الشخصية او حق الدائن) ايضاً ، وكل
الاختلاف بينهما انما يقع في محل الحق ، فهو في حق الملكية (التقليدي) ؟
شيء مادي حين انه في حق الدائنية ديناً .

وخلص النظرية ، ان الحق المالي : اما : (ملكية) بمفهوم واسع يستوعب
الحق الشخصي ، او (حق عيني) ، ذو معنى جديد يستبعد الملكية من نطاقه .
والنظرية - بعد ذلك - على الرغم من الجدة فيها ، ظلت - في الفقهاء العرب
على الاقل - معزولة ليس لها من مؤيد ولا نصير في مواجهة تقسيم تقليدي
عتيد .

❖ فشل التقسيم في استيعاب التطور في الحقوق المالية : تقسيم الحقوق
المالية الى شخصية وعينية موغل في القدم ، فالسلسلة التاريخية له طويلة
تنتهي عند الرومان . وعبر هذه العهود ، استجدت في حياة البشر - التي لا
تهداً على حال -

علائق افوزت - بفعل التطور في العوامل الاقتصادية - انماط من الحقوق عسر على هذا التقسيم (العتيق) هضمها . ويمكن ان نشير بايجاز الى ابرز هذه المظاهر :

ابتداع الشركة ، تعد الشركة - بحق - (آية من اعجب الآيات التي ابتكرتها الفطنة لتطبيق مبدأ التعاون) (١) . وجه العجب ليس في هـ ذا (الشخص) المتولد عنها والذي زاحم الانسان في تفردده بال شخصية ، بل في هذه الاغراض التي يراد تحقيقها بها ، والتي يقصر عمر الانسان عن بلوغها وتعجز قدراته عن الوصول اليها . فه داه عقله الى خلق هذه (الاداة) ، عن طريق المشاركة، بان يسهم في نصيب من رأسمالها قد يكون (حصاة) او (سهم) والحصاة هي حق الشريك في شركة الاشخاص ، اما السهم فهو نصيب الشريك في شركة الاموال (٢) والصعوبة التي تنهوها الشركة - وقد تمتعت بشخصية مستقلة عن اشخاص المشاركين فيها - هي في تحديد طبيعة حق الشريك ؟

يذهب رأي الى ان (مال الشركة لا يكون م ملوكاً للشركاء ، وانما يملكه ذلك الشخص المعنوي الذي تتمثل فيه الشركة ، ... اما الشركاء فليس لهم حق ملكية على مال الشركة ، وانما يملكون اسهما او ح صصاً تمثل انصبتهم في ارباح الشركة وفي خسائرها مادامت الشرك ة قائمة ، وتمثل انصبتهم في مال الشركة بعد ح لها وصيرورة هذا المال مملوكا مباشرة للشرك اء . وهذه الاسهم والحصص ليست الا حقوقاً شخصية للشريك قبل الشركة(٣) .

(١) حسن جاد / شرح القانون التجاري العراقي الجزء ١ ص ٢٩١ .

(١) عباس مرزوق / التصرف بالاسهم والحصص في الشركات بيعا او هبة ، رسالة دكتوراه غير منشورة بغداد ١٩٩٧ ص ٩ .

(٢) د. السنهوري / الوسيط ٨/٢٠٣ .

وفي رأي آخر (ان هذا الحق هو اعرق من علاقة الدائن والمدين ، تلك العلاقة التي يبدو فيها التناقض المصلحي بين اطرافها . وهذا الحق هو خالص للمساهم يسري في مواجهة الكافة وجني ثماره وهو الربح . وكذلك يجوز رهنه وانتقاله الى الورثة . ويستطيع المساهم التصرف فيه بمقابل عن طريق التنازل عن السهم وكلها عناصر تشير الى ان حق المساهم في الشركة هو من قبيل حق الملكية ، وان كان لا يتأكد الا عند تصفية الشركة وتقسيم موجوداتها^(١) .

ظهور الاشياء غير المادية ، التفرقة بين المال والشئ اضحت واضحة ، من ذلك ان المال (معنوي) والشئ (مادي) . لكن الحال لم يكن هكذا عند الرومان ، ولم يعد على هذا المنوال في الفكر القانوني المعاصر . اذ كان الرومان يصنفون الحق الى مادي يضم الملكية لا ست غرقه الشئ (محلـهـ) فيختلط به ، وغير مادي يجمع سائر الحقوق . وفي الفكر القانوني المعاصر ظهر التمييز بين الاشياء الى مادية وغير مادية . و(الاشياء المادية هي ما كان لها حيز مادي محسوس ، وهي كثيرة متنوعة ، بل هي الاصل الذي كان القانون لا يعرف غيره)^(٢) . ام ا الشئ غير المادي فهو (شئ لا يدرك بالحس ، وانما يدرك بالفكر . واكثر الاشياء غير المادية هي نتاج الذهن)^(٣) .

وفي ذلك تنص المادة (٧٠) من القانون المدني على انه :

١ الاموال المعنوية هي التي ترد على شئ غير مادي ، كحقوق الم ولف والمخترع والفنان .

^(٣) د. ابو زيد رضوان / شركات المساهمة ص ١١٠ .

^(١) د. السنهوري / الوسيط ١٠/٨ .

^(٢) د. السنهوري / المصدر السابق ص ٢٧٥ .

٢ - ويتبع في حقوق المؤلفين والمخترعين والفنانين وعلامات التجارة ونحو ذلك من الاموال المعنوية احكام القوانين الخاصة).

وعلى ذلك تشمل الاموال (المعنوية) : حق المؤلف او ما يسمى بالملكية الادبية والفنية ، والحقوق المتعلقة بالرسالة وتعرف بملكية الرسائل ، وحق المخترع و يصطلح عليه الملكية الصناعية ، وحق التاجر ويطلق عليه الملكية التجارية ، وحق العالم وينعت بالملكية العلمية (١) .

وقد جهد الفقه في تحديد طبيعة هذه الحقوق . فتشعبت الآراء . اذ ذهب البعض الى انه حق ملكية ، مستنداً الى حجة مفادها ان عناصر حق الملكية (الاستعمال والاستغلال والنصرف) متوافرة في حق المؤلف بشكل او ب آخر . وقد كتب لوجهة النظر هذه الشيوخ على صعيد التشريع والفقه والقضاء (٢) . واعترض عليها باختلاف حق المؤلف عن حق الملكية في زوايا اربع : الاولى : وهي طبيعة المحل ، فهو في الملكية (شيء مادي) وفي حق المؤلف (شيء غير مادي) (٣) ، الثانية : طريقة الاستغلال فاستغلال الاشياء المادية يكون بالاستئجر ، وثمار الافكار تؤتى بالانتشار (٤) الثالثة : صفة التوقيت ، فالتأبيد ليس من طبيعة حق الملكية فحسب بل ومن مستلزماته ايضاً ، اما حق المؤلف فهو مؤقت (٥) ، الرابعة : تعدد عناصر الحق ، اذ يتم حصر حق الملكية عنصراً مالياً خالصاً ، فيما يتحلل حق المؤلف الى عنصرين : مالي وهو موضوع الجدل ، وادبي يعد جزءاً من الشخصية (٦) .

(٣) د. السنهوري / المصدر السابق ص ٢٧٦ .

(٤) د. نواف كنعان / حق المؤلف ص ٦٢ .

(١) د. حجازي / المدخل ص ٢٨٦ .

(٢) د. السنهوري / الوسيط ٢٧٩/٨ .

(٣) د. مختار القاضي / حق المؤلف ص ١٥ .

(٤) استاذنا زهير البشير / الملكية الادبية والفنية ص ١٤٣ .

والمذهب الثاني في هذه المسألة يرى ان حق المؤلف حق عيني اصلي ذو طبيعة خاصة مثلثية من طبيعة الشيء الذي يرد عليه (١).

❖ المذهب المادي في الالتزام ، الالتزام (رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين ، يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقاً عينياً او ان يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل) (المادة ١/٦٩). وترتب على هذه الرابطة عدم جواز تغيير طرفيها ،

فلا يجوز انتقال الالتزام ، لا في شقها الايجابي (حوالة الحق) ولا في جانبه السلبي (حوالة الدين) . هذا هو عند الرومان ، وهكذا هو في القوانين التي اعتنقت تقاليدهم فيما اخذ يعرف بالمذهب الشخصي في الالتزام (٢) . الا ان التطور في حركة الاقتصاد وما يتطلبه من تيسير في المعاملات ، ووجه نظر الفقهاء الالمان الى احياء الفكرة الجرمانية في الالتزام ، والتي تغادر الرابطة الشخصية فيه الى المحل فتصير الالتزام عنصراً مالياً لا علاقة شخصية وهو ما اصطلح على تسميته بالمذهب المادي في الالتزام . وترتب على الاخذ بالمذهب المادي نتائج عملية عديدة تكسب القانون مرونة تكفل مسابرة للتطور في النظم الاقتصادية ، من ذلك تصور تغيير اشخاص الالتزام في جانبيه (٣) . ومع تجسد هذه الحقوق في اسناد التداول (الاوراق المالية والاوراق التجارية)

(٥) د. السنهوري / الوسيط ٢٨١/٨ ، وعند فريق اخر هو احتكار للاستغلال د . حسام الدين الاهواني / اصول القانون ٦٦٠ .

(٦) محمد السامرائي / انتقال الالتزام بين الاحياء رسالة دكتوراه غير منشورة جامعة الازهر ص ٢٦ .

(٧) د. عبد الودود يحيى / حوالة الدين ص ٨ .

يظهر مدى التطور في هذه الحقوق ويستدعي البحث في طبيعتها (١).

المطالب الثاني

الحقوق العينية العقارية

❖ **الحقوق العينية واردة على سبيل الحصر** : واحدة من اهم الخصائص التي يمتاز بها الحق العيني عن الحق الشخصي وهي ان الحقوق العينية واردة على سبيل الحصر ، بخلاف الحقوق الشخصية التي تكون فيها الارادة المصدر الاكبر . ومعنى ذلك ان الحقوق العينية لا سلطان لها رادة بشأنها ، فليس بإمكانها ان تنشر حقاً لم يورده القانون ، ولا ان ترتب اثرأ ياباه القانون .

وهذه النتيجة مستخلصة من صريح نصوص التشريع (العراقي على الاقل) . فالقانون المدني العراقي بعد ان عرف الحق العيني وقسمه ، نص على ان الحقوق العينية الاصلية هي ، والحقوق العينية التبعية هي (المادة ٦٨) وهي صياغة توحى بالحصرية . واتى القانون في القسم الثاني على تناولها حقاً حقاً على وجه الاستقصاء .

اما بخصوص الحقوق الشخصية فالمبدأ الذي يحكمها هو نص المادة ٧٥ مدني التي نقضي بانه : (يصح ان يرد العقد على أي شيء اخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً او مخالفاً للنظام العام او للآداب) .

وتخضع العقود المسماة للقواعد الخاصة بها ، اما العقود غير المسماة فتسري عليها احكام اقرب العقود المسماة للعقد المعني (١) او القواعد العامة مباشرة (المادة ٧٦) .

(٣) د. فائق الشماع / الشكلية في الاوراق التجارية مجلة القانون المقارن العدد ٢٠ السنة ١٣
١٩٨٧ ص ١٦٤ .

اما في الفقه ، فثمة خلاف في فرنسا حول حصرية الحقوق العينية .
على ان الراي القائل بقدرة الارادة على انشاء حقوق عينية غير منصوص عليها
يورد من التحفظات الى الحد الذي يهدم الاهمية العملية لرأية (٢) .
وفي مصر الاجماع منعقد على ان الحقوق العينية واردة على سبيل
الحصر . الا رأياً ظل وحيداً في هذا الفقه هو رأي د. عبد المعطي خيال (٣)
ومبيرات القول بالحصرية تكمن في امرين : (اولهما ان الحق العيني بطبيعته
حجة على الناس كافة ، فلا يجوز ان ينشئ الاتفاق ، وهو بطبيعته مقصور
الحجوية على طرفيه ، حقاً عينياً يكون حجة على الكافة . والسبب الثاني ان
الحقوق العينية وعلى راسها حق الملكية ، وكذلك تفريغ حقوق عينية من حق
الملكية ، سواء كانت حقوقاً اصلية او حقوقاً تبعية ، كل هذا يعتبر من النظام
العام اذ يقوم عليه الائتمان الاقتصادي القومي . فالقانون وحد هو الذي يحدد
ذلك ، ويحدد للملكية مداها ، ويضع لها قيودها ، ويفرع منها ما يرى تفريغه
من الحقوق العينية . ولا شأن لارادة الافراد في ذلك (٤) .
معنى الحصرية . ولكن ما معنى الحصرية ؟

ان الحصرية في هذا المقام لا تعني ان يعدد النص هذه الحقوق حقاً
حقاً كما فعل نص المادة (٦٨) مدني ، ولا ان يبردها المشرع في الك تاب
المخصص لها ، ولا غير ذلك من طرق الحصر الشكلي او الت بويحيي . بل ان
الحصر المقصود هو الحصر الموضوعي الذي يعني وجود نص يقر قيام الحق ،

(١) د. غني حسون طه / عقد البيع ص ١١ د. جعفر الفضلي / الوجيز في العقود المدنية
ص ٧ .

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده / الحقوق العينية الاصلية دار النهضة العربية ١٩٨٢ ص ٩ .

(٣) د. محمد كامل مرسي / شرح القانون المدني الجديد الباب التمهيدي ١٩٥٤ ص ١٥٣ ، د.
سلامة / المدخل ص ٣١٦ .

(٤) د. السنهوري / الوسيط ٢١٥/٨ .

اي كان موضع هذا النص : الشريعة العامة ام قانون خاص ، الكتاب الخاص بالحقوق العينية او غيره ، وبصرف النظر عن سبيل تنظيم الحق : سماه القانون ونظمه ، او نظمه دون ان يسميه ، او سماه دون ان ينظمه^(١).

واكثر الحقوق العينية وردت في القانون المدني ، وازافت اليها التشريعات الخاصة حقوقاً اخرى . وقد قسم القانون المدني الحق العيني الى اصلي وتبعي ، الحقوق العينية الاصلية هي :-

(١) حق الملكية ، (٢) حق التصرف ، (٣) حق العقر (٤) حق المنفعة (٥) حق الاستعمال (٦) حق السكنى ، (٧) حق المساطحة ، (٨) حقوق الارتفاق ، (٩) حق الوقف ، (١٠) حق الاجارة الطويلة .

والحقوق العينية التبعية هي :

(١) حق الرهن التأميني ، (٢) حق الرهن الحيازي ، (٣) حقوق الامتياز ، فتكون ثلاثة عشر حقاً .

اما القوانين الخاصة التي نصت على حقوق عينية اخرى فهي :-

- ١ قانون العلامات والبيانات التجارية رقم (٢١) لسنة ١٩٥٧ ،
- ٢ قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ ،
- ٣ قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ ،
- ٤ نظام الاسماء التجارية والسجل التجاري رقم ٦ لسنة ١٩٨٥ ،
- ٥ قانون تنظيم الاستثمار المعدني رقم ٩١ لسنة ١٩٨٨ ،
- ٦ ويمكن للوهلة الاولى القول بان قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ نص على حقين هما : (١) حق تسقيف قضاء الرصيف ، (٢) المخرسة .

٧ كما ان ثمة حقاً يرد الى الشريعة الاسلامية هو حق الحكر .

(٢) د. احمد سلامة / التأمينات المدنية (الرهن الرسمي) ص ٣٩-٤٠ .

❖ الحقوق العينية التي يجوز رهنها تأمينياً يجب ان تكون عقارية : وهي تكون كذلك متى وردت على عقار ، اذ ان الحقوق العينية قد تكون عقارية فقط، او تشمل الورود على العقار وعلى المنقول على حد سواء ، او ترد على المنقول فقط .

الصفة العقارية للحق تأتي من طبيعة المحل الذي يقع عليه الحق ، وهذا المحل - في الحق العيني - ينقسم بحسب طبيعته الى عقار و منقول . العقار له مقر ثابت ، والمنقول ليس له مقر ثابت بل يقبل النقل من مكان الى آخر . وفيصل التفرقة واضح ، لولا ان المنقول يصبح احيانا عقاراً ، والعقار يعده القانون م نقولاً ، الاول يقال له العقار بالتخصيص ، والثاني يعرف بالمنقول بحسب المآل . في العقار بالتخصيص يكون بصدد منقول (بطبيعته) الحق ماله رصد أ على خدمة عقاره او استغلاله فيكونان مشروع اقتصادي يقوم على افتراض ان المنقول اصبح عقاراً بالتخصيص حكماً من نواحي الحجز عليه وبيعه ورهنه . فيسري عليه ما يسري على الاصل الملحق به أي العقار . واذا كان الرهن التأميني لا يقع على منقول ، فان هذا المنقول يصح ان يكون من مشتملاته وهذا موضوع اخر .

اما المنقول بحسب المآل فان القاعدة العامة فيه والمستخلص ة من النصوص المتفرقة هي ان يجري التعامل في عقار (بطبيعته) على اساس ايلولته منقولاً فيأخذ حكم ما سريه اليه لا حقيقته الحاضرة .

عموماً ان الحقوق العينية التي تقبل الرهن التأميني هي الحقوق العينية التي ترد على عقار . وقلنا ان الحقوق العينية - من هذه الزاوية - طوائف ثلاث :

١ - الحقوق العقارية وهي الحقوق التي لا يتصور ورودها على منقول وهي :

(١) حق التصرف ، (٢) حق العقر ، (٣) حق السكنى ، (٤) حق المساحة ،
(٥) حقوق الارتفاق ، (٦) الرهن التأميني ، (٧) حق تسقيف فضاء الرصيف ،
(٨) المخرسة ، (٩) حق الحائط ، (١٠) حق استثمار المقالع والمناجم .

٢- الحقوق التي يمكن ان ترد على العقار وعلى المنقول وهي :

(١) الملكية ، (٢) المنفعة ، (٣) الاستعمال ، (٤) الوقف ، (٥) الاجارة الطويلة ،
(٦) الرهن الحيازي (٧) الامتياز .

٣- الحقوق المنقولة وهي الحقوق التي لا يمكن ان ترد على عقار ، وتشمل كل الحقوق المنصوص عليها في القوانين الخاصة التي اشرفنا اليها والتي تقرر حقوقاً مالية ترد على اشياء غير مادية^(١) . وتشمل ايضاً الملكية التجارية او المتجر وهو : (مجموعاً يشتمل على عناصر مادية وعناصر غير مادية . ولما كان الحق هنا حقاً عينياً يقع على مجموع من المال أي على شيء غير مادي ، فانه يصبح مالا منقولاً)^(٢) ومع ذلك يمكن رهنه تأمينياً على وجه الاستثناء^(٣) .

ومن حيث المبدأ فان الذي يجوز رهنه تأمينياً من هذه الطوائف من الحقوق هي الطائفة الاولى ، والثانية ان وردت على عقار . وهذه الحقوق هي :-
(١) التصرف ، (٢) العقر ، (٣) السكنى ، (٤) المساحة ، (٥) الارتفاق (٦) الرهن التأميني ، (٧) حق تسقيف فضاء الرصيف ، (٨) المخرسة ، (٩) الحكر ، (١٠) استثمار المقالع والمناجم ، (١١) الملكية العقارية ، (١٢) المنفعة العقارية ، (١٣) الاستثمار العقاري ، (١٤) الوقف العقاري ، (١٥) الاجارة الطويلة ، (١٦) رهن الحيازة العقاري ، (١٧) الامتياز العقاري .

(١) الجانب المالي في هذه الحقوق يكيف على انه حق عيني اصلي.

(١) د. السنهوري / الوسيط ٢٠٥/٨ .

(٢) اسلام مجيد البدري / رهن المحل التجاري رسالة ماجستير غير منشورة بغداد ١٩٩٨

ويمكن ان ترد هذه الحقوق الى المجموعات الاربعة الاتية (١) :

اولاً : حق الملكية ويشمل :-

(١) الملكية العقارية ، (٢) التصرف ، (٣) العقر ، (٤) تسقيف فضاء الرصيف، (٥) المخرسة ، (٦) استثمار المقالع والمناجم .

ثانياً : الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية وهي :

(١) الاجارة الطويلة للعقار ، (٢) المساطحة ، (٣) المنفعة العقارية ، (٤) الاستعمال العقاري ، (٥) السكنى ، (٦) الارتفاق .

ثالثاً : الحقوق العينية المأخوذة عن الشريعة الاسلامية وهي :-

(١) الوقف العقاري ، (٢) الحكر .

رابعاً: التأمينات العينية وهي :

(١) الرهن التأميني ، (٢) رهن الحيازة العقاري ، (٣) الامتياز العقاري .

اولاً : حق الملكية :-

(١) الملكية العقارية :-

للملكية ، في القانون العراقي ، مفهوم يختلف عنه في سائر القوانين المدنية . وهذا المفهوم لا نعول فيه على تعريف الحق الوارد في المادة ١٠٤٨ باصطلاحاته غير المحددة ، بل نعتمد في تحديده على احكام حق الت صرف ذي الطابع المحلي والمدرج تحت عنوان الحقوق المتفرعة عن حق الملكية . والمادة المذكورة تقول في تعريف الحق انه : (الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك ...) ، والمادة ٧٢٢ تعرف الاجار على انه : (... تملك منفعة) ، والمادة ١٢٤٩ تقول عن المنفعة : (يصح ان تملك منافع الاعيان دون رقبته) .

(٣) ونستبعد هنا الطائفة التي تضم الدعاوى العينية العقارية اذ انها ليست ح ق وانما وسيلة حمايته ، د. صلاح الدين الناهي / الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ص ٢٨ .

والمستخلص من النصوص ان الملك ملكان : تام وناقص ، التام تجتمع فيه للشخص الرقبة والمنفعة معاً ، والناقص يكون فيه للشخص احدى الميزتين اما الرقبة او المنفعة . وطبقاً لهذا التصوير يكون صاحب الرقبة مالك ، والمستأجر والمنفع مالك ايضاً ، وملك كل منه ناقص . وواضح ان هذا المعنى الاسلامي المنشأ لا يريد ه التقيين ، الا ان التمعن في حق التصرف يضعف من حق الملكية ، ويقوي من الحقوق المتفرعة عنها ، ويشوه معيار التمييز بين النمطين من الحقوق.

ان حق الملكية العقارية يأتي في مقدمة الحقوق الجائر رهنها تأمينياً (ملكاً تاماً او ملك رقبة) ، على ان الصور الخاصة منها كالشيوخ تكتنفها الصعوبات وهي ليست موضوعنا .

(٢) حق التصرف:-

ان حق التصرف ، او حق التفويض ، او حق الطابو هو حق الانتفاع بالارض الزراعية المملوكة للدولة ، واستغلالها، والتصرف في حقه عليها في حدود القانون (المادة ١١٦٩/٣) .

والمصدر التاريخي لهذا الحق هو نظام الاراضي في العصر الاسلامي حيث برزت مشكلة استغلال اراضي العراق الزراعية بعد الفتح الاسلامي في عهد الخليفة الراشد عمر بن الخطاب . وتلقف العثمانيون هذا الحق ونظمه قانون الاراضي الصادر سنة ١٢٧٤ هجرية على غرار الاجارة ، الا ان الدولة العثمانية رأت لزوم تقوية الحق فوسعت من مداه حتى كاد ان يعادل حق الملكية^(١) . وهو ما اعتنقه القانون العراقي بعد ان اعاد تنظيمه وهذب نصوصه .

(١) عبد الرحمن خضر / شرح القانون المدني - المواد الخاصة بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية ص ١٧ .

وقوة حق التصرف ليست متأتية من سعة السلطات التي يخولها الحق لصاحبه من زرع الأشجار وقلعها ، وتشبيد الابنية وهدمها ، وبيع رمالها واحجارها ، واتخاذها حديقة او بستاناً ، او غابة او مرعى ، وبناء الدور فيها والحوانيت وغيرها من المنشآت التي تستخدم للاغراض الزراعية ، وانما ايضا من كون الحق غير مؤقت وهي سمة كل الحقوق عدا الملكية . وحق كهذا لا بد ان يعطى صاحبه حقوقا عديدة من بينها رهن الحق تأمينياً (المادة ١١٦٩ /٢) .

(٣) حق العقار :-

(حق العقار : هو حق يخول اخذ حصة بنسبة معينة من حاصلات الارض مع ان الارض تحت تصرف الغير)^(١) . وهو حق عيني غير الحق الشخصي الذي له في استيفاء الغلة من المستغل^(٢) . وهذا الحق ليس له وجود الا في العراق ، نظمه الوالي مدحت باشا ب فيمانه المعروف الصادر سنة ١٨٧٠ ، ثم بقانون حقوق العقار رقم ٥٥ لسنة ١٩٣٢ . ويتقرر هذا الحق على الاراضي التي يعجز اصحابها عن استغلالها ، مما اضطر الحكومة الى وضع يدها عليها واحالتها الى من يقوم باستغلالها مقابل دفع حصة معينة من حاصلاتها الى اصحابها وتتراوح هذه الحصة بين ١/٢٠ و ١/٢٥ و ١/٣٠ وهي التي تسمى (عقرا)^(٣) .

على اية حال ، لم يعد لهذا الحق وجود الا ان اذ تمت تصفيته بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٠ . وقبل ذلك هو حق عيني اصلي عقاري غير مرتبط بشخص صاحبه ومن ثم امكن رهنه تأمينياً .

(٤) حق تسقيف فضاء الرصيف :-

(٢) عبد الرحمن خضر / شرح القانون المدني - المواد الخاصة بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية ص ١٧ .

(١) وهو اشبه بحق المستحق في الوقف د. الناهي ص ٢١ .

(٢) محمد طه البشير ، د. غني حسون طه / الحقوق العينية القسم الاول ص ٢٧١ .

تعد الطرق من الاشياء العامة الارضية ، ويخصص من الطريق جزء لاستعمال السابلة يسمى الرصيف . والدولة تملك الطرق ارصفاً وشوارع ، ارضا وعلوا وسفلا ملكية عامة . ونظرا لجواز انفصال ملكية الارض عما فوقها وعما تحتها، وللاستفادة من مزايا تسقيف الرصيف ، جوز قانون ادارة البلديات رقم ١٦٥ لسنة ١٩٦٤ بيع فضاء الرصيف . ويلحظ ان بيع فضاء الرصيف لا يتعارض مع صفة المال العام الثابتة للطريق ، لكونه لا يؤثر على تخصيصه للمنفعة العامة وهي مرور الجمهور وغير ذلك من الاعمال ، بل هو يستترهم من الشمس ويقيهم من المطر ، وهذا يفترض ان يشمل البيع فضاء الرصيف ابتداءً من الطابق الاول فما فوق . وواضح ان الحق يباع لمالك العقار الملاصق للرصيف حصراً . وبعد ان يفرز الفضاء عن الرصيف ويعطى له تسلسلاً خاصاً به ، ثم يسجل باسم المشتري ويوحد مع عقاره الملاصق للرصيف (١).

ويجب التمييز في احكام هذا الحق بين مرحلتين : الاولى : قبل البيع، والثانية : بعد البيع. فقبل البيع أي وهو على ملك الدولة ، لا يحتل الحق اياً من التصرفات غير بيعه بالضوابط المتقدمة لصفة المال العام التي يحملها . وبعد البيع فانه يفقد ذاتيته ويوحد مع ملكية العقار الملاصق له فيسري عليه ما يسري على هذا العقار من التصرفات ومنها رهنه تأمينياً.

(٥) المغارسة :-

(المغارسة ، عقد على اعطاء احد ارضه الى اخر ليغرس فيها اشجارا معلومة ويتعهد بتربيتها مدة معلومة على ان تكون الاشجار والارض او الاشجار وحدها مشتركة بينهما بنسبة معينة بعد انتهاء المدة) (المادة ٨٢٤ مدني ، وانظر المادة ١/١٤ من قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠) .

(١) د. سعيد مبارك / موجز احكام قانون التسجيل العقاري ص ١٧٦ .

وتختلف القوانين حيال توصيف المغارسة وموضعها من تبويب التقنين، فبعضها يعدها من قبيل الاجارات ، واخر يعتبرها من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية ^(١) . وقد نظم القانون المدني المغارسة بوصفها نوعا خاصا من الايجار ، على ان تحديد الباب الذي يرد تحته عقدا ما ، او حقا ما ، وان كان يسهم في الكشف عن طبيعته القانونية الا انه ليس القول الفصل في ذلك . ان العلامة البارزة في العلاقات التي تثيرها المغارسة ، هي انجاز المغارسات لالتزاماته في بحر المدة المتفق عليها ، اذ يعتبر المغارسات عندها مالكا لمحل المغارسة وبالنسبة المتفق عليها او المحددة بنص القانون وهو ما لا يثير الاشكال . اما قبل ذلك أي اثناء تنفيذ العقد فما هي طبيعة حق المغارسات ؟ تنص الفقرة (١) من المادة ٢٣٦ من قانون التسجيل العقاري على انه : (لا تسجل أية حقوق عينية اصلية للمغارسات في الارض خلال مدة المغارسة وانما تؤشر في حقل خاص من السجل ...) .

واذا لم يكن حق المغارسات (خلال مدة المغارسة) حقا عينيا فانه لايجوز رهنه تأمينيا ، ومع ذلك فان المادة ٢٣٨ من قانون التسجيل العقاري تنص على انه : (ويجوز له (المغارسات) رهنها بدون موافقته (صاحب الارض) لدى الجهات الرسمية او الجمعيات التعاونية) .

والحكم الاستثنائي الذي تقرره المادة يعترضه انتفاء الصفة العينية عن الحق وهو وعاء الرهن التأميني ، ولا نخال المادة تقصد غيره ، كما ان شرط تسجيل الحق في السجلات العقارية لجواز الرهن غير متوافر ^(٢) .

(٦) حق استثمار المقالع والمناجم :-

(٢) د. عدنان ولي الغراوي / في القانون الزراعي العراقي ص ٢٩٩ .

(١) د. سعيد مبارك ص ١٨٢ .

مالك الشيء يملك : (١) الشيء ذاته ، (٢) وما يتفرع عنه ، (٣) وما يلحق به . و (الشيء المملوك يشمل حق الملكية فيه جميع اجزائه المكونة له ، والجزئية آيتها ان يكون الجزء مندمجاً في الكل ، بحيث لو فصل عنه لهلك الشيء او تلف او تغير)^(١).

وإذا كان الشيء المملوك ارضاً فان ملكية الارض (تشمل ما فوقها ... وما تحتها) (المادة ١٠٤٩/٢ مدني) ، أي العلو والعمق . والاصل ان هذه العناصر تمثل وحدة واحدة ، ويجوز بمقتضى القانون او الاتفاق (ان تكون ملكية سطح الارض منفصلة عن ملكية ما فوقها او ما تحتها) (المادة ١٠٤٩/٣ مدني) . وعليه فان ملكية سطح الارض لا تستتبع - على وجه الحتم - ملكية كل ما يوجد في باطنها ، فالمواد المعدنية والخامات ، لا تكون مملوكة لمالك الارض ، وانما هي ملك للدولة بحكم القانون. والقانون النافذ بهذا الشأن هو قانون تنظيم الاستثمار المعدني رقم ٩١ لسنة ١٩٨٨ .

ويعرف القانون ، الاستثمار المعدني بان هـ : (كل عمل يهدف الى استثمار المواد المنجمية والمقلعية في حالتها الطبيعية او بعد المعالجة (المادة ٥/١) ، والمقلع هو : (المكمن الطبيعي المستثمر الذي يحتوي على الصخور والمواد المقلعية كالرخام والجبس والحصى والاحجار الكلسية او الرملية والصوان والطين والرمل و الاتربة وسواها من المواد التي تستعمل لاغراض الصناعة او البناء سواء كانت على سطح الارض او في باطنها او في المياه الاقليمية او تحتها) (المادة ٧/١) ، اما المنجم فهو : (المكمن الطبيعي المستثمر الذي يحتوي على الخامات المعدنية مثل الحديد والفوسفات والاملاح والكبريت والاطيان الصناعية او اية خامات معدنية تستعمل لاغراض الصناعة

^(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ١٧/٦ .

سواء كانت على سطح الارض او في باطنها او في المياه الاقليمية او تحتها) (المادة ٨/١) .

وقد عد القانون المواد المقلعية والمنجمية ملكاً للدولة (المادة ١/٤) ، وهو ما نص عليه دستور سنة ١٩٧٠ الملغى في المادة (١٣). الا ان القانون يفرق بخصوص استثمار هذه المواد ، فالنفط والغاز لا يجوز استثماره الا بالطريق المباشر (المادة ٤-٢/٤) ، ويجوز استثمار المواد المقلعية من قبل القطاع الاشتراكي ، والمختلط ، والخاص ، العراقي والاجنبي (المادة ٤-٢/٤)، اما المواد المنجمية فتتولى الشركة العامة للمسح الجيولوجي او من تخوله من القطاع الاشتراكي او المختلط وبموافقة وزير الصناعة استثمارها بشكل مباشر، وللشركة بموافقة الوزير - في حالة تعذر قيامها او من تخوله بالاستثمار المباشر - التعاقد مع الغير من القطاع الخاص (المادة ٦/٤ و ٧) .

ونعتقد ان ثمة تعارضاً بين هذا الحكم وحكم الدستور الذي تقرره المادة

(١٣) والتي توجب استثمار هذه الثروات استثماراً مباشراً .

واياً كان الحكم ، ومهما كان مداه ، فان المهم هنا تحديد طبيعة حق

المستثمر ؟

الرأي في فرنسا انه حق عيني قائم بذاته (١) .

اما عندنا فان القانون ، ومن بعده التعليمات رقم (١) لسنة ١٩٨٩ ، ينصان على (عقود استثمار المقالع) ، ويعين ين بيان المركز القانوني للمستثمر . وعلى الرغم من احتواء نماذج عقود الاستثمار على بند خاص بالمدة ، ولما لهذا العنصر من اهمية في التعاقد ، فان نصوص القانون ، والتعليمات خاليان من تحديدها . ولا يخفى ما لهذا التحديد من دور في بيان

(١) د. السنهوري ٥٨١/٨ هامش ١ .

طبيعة الحق . ويفهم من المادة (٤) الفقرة (٥) من القانون ، والمادة (١٢) الفقرة (٢) من التعليمات ان الحق على درجة كبيرة من الضعف ولا يمكن رهنه .
والمادة (٤) الفقرة (٥) من القانون تنص على انه : (لايجوز لاية جهة مستثمرة ان تجيز او تتعاقد من الباطن على استثمار مقلع او منجم ضمن المسافة المخصصة لها للاستثمار الا بعد استحصال موافقة الوزير او من يخوله وبخلافه تطبق احكام الفقرة (١) من المادة الرابعة عشرة بالنسبة لكافة المستثمرين اضافة الى تطبيق احكام المادة العاشرة فقرة (١/ البند ي) بالنسبة للقطاع الخاص).
والمادة (١٢) الفقرة (٢) من التعليمات تنص على انه :
(يجوز منح عقود استثمار المقالع لمدة تزيد على سنة لمشاريع ومعامل القطاعات المختلفة وحسب طاقتها الانتاجية وعمر المرفق الانتاجي).

ثانياً : الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية :-

(١) الاجارة الطويلة والمساطحة^(١) :

اكتفى القانون المدني ، بذكر الاجارة الطويلة في المادة ٦٨ منه بوصفها حقاً عينياً اصلياً ، من غير عناية بتعريفها ولا ببيان احكامها . ويشير هذا الحق، من بين ما يثيره ، تسائلاً عن وجه الاختلاف بينه وبين الاجارة كعقد مسمى يرد على المنفعة وينشئ حقوق شخصية .

ويعتمد بعض الفقه على معيار المدة للتمييز بين الا جارتين ، فالاجارة الطويلة حسب هذا الراي تكون مدتها طويلة قياساً الى الاجارة الشخصية^(٢) .
فيما يلجا اخر الى الاستناد الى المعيار المميز بين الحق العيني والحق

(١) اما المباني المقامة على ارض الغير - في غير الحالات المنصوص عليها - فان رهنها يحتل اهمية في بعض القوانين كالمصري (المادة ١٠٣٨) ولا يجوز قانوننا ذلك (المادة ١/٣٠٥ قانون التسجيل العقاري)، انظر محمد كامل مرسي / الحقوق العينية التبعية ص ٧٠ .

(٢) محمد طه البشير / الوجيز في الحقوق العينية التبعية ص ٤٨ .

الشخصي، وهو هذه السلطة المباشرة في الحق العيني والتي تحتاج الى وسيط في الحق الشخصي^(١).

وجاء قانون التسجيل العقاري ليخضع الاجارة الطويلة لاحكام حق المساطحة (المادة ٢/٢٢٩).

ونعتقد ان اللجوء الى المدة كضابط للتمييز بين نوعي الاجارة ليس حاسماً، فالاجارة الشخصية قد تصل مدتها الى ثلاثين عاماً (المادة ١/٧٤٠)، فيما يجوز ان تقل الاجارة العينية عن هذه المدة .

ونرى ان هذه السلطات الاوسع في الاجارة العينية والمساطحة والمنفعة هي الفاصل بين هذه الحقوق و حق المستأجر الشخصي ، على ان وجود الاجارة العينية كحق متميز عن حق المساطحة ليس له معنى ماداما متفقان في المضمون^(٢).

اما المساطحة التي استقدمت الى النظام القانوني العراقي بالقانون المدني فتعني : (حق عيني يخول صاحبة ان يق يم بناء ، او منشآت اخرى غير الغراس ، على ارض الغير بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الارض ...) (المادة ١/١٢٦٦) ويعطي حق المساطحة صاحبة (المساطح) حق ملكية على هذه الابنية والمنشآت (المادة ١/١٢٦٩) ، وينتقل هذا الحق بالميراث والوصية (المادة ٢/١٢٦٩) . ومدة هذا الحق يجوز ان تصل الى خمسين عاماً كحد اقصى (المادة ١/١٢٦٧) ، وهو لا يزول بزوال البناء قبل انتهاء مدته (٢/١٢٦٧) . والحق ، لكل هذا ، يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري

(٣) د. حسن الذنون / دور المدة في العقود المستمرة ص ٤٧ .

(١) المصدر السابق ص ٤٥ .

(المادة ٢/١٢٦٦) ، ويقبل التصرف فيه بالبيع والرهن وغيرهما من عقود التمليك^(١).

(٢) حقوق المنفعة والاستعمال والسكنى :

يمثل حق الملكية جماع الحقوق على الاطلاق ، اذ هو يخول صاحبه سلطات :

الاستعمال والاستغلال والتصرف . وعنصر التصرف هو قوام حق الملكية ، فلا بد ان يبقى للمالك . اما الاستعمال والاستغلال فيجوز نقلهما الى الغير مع بقاء الملكية لصاحبها (رقبة) شريطة ان يكون النقل مؤقتاً . فان انتقل للغير عنصرا الاستعمال والاستغلال معاً فنكون بصدد حق المنفعة ، ويجوز ان ينتقل عنصر الاستعمال وحده فلا يكون لصاحبه الا استعمال الشيء بنفسه وهذا هو حق الاستعمال ، ويكون الحق سكنى اذا تخصص الاستعمال بالسكنى .

وظاهر ان هذه الحقوق تتفق مع حق المستأجر في ورودها على الانتفاع وفي صفة التوقيت ، و تختلف عنه في كونها حقوقاً عينية ، وهذا واضح، وفي انها تنتهي حتماً بموت المنتفع وهو سبب ضعفها وارجحية الاجارة عليها .

وقد يكون لهذه الحقوق اهمية في بعض القوانين ، كالفرنسي^(٢) اما في مصر فهي نادرة^(٣) . وفي العراق ، يقول الاستاذ عبد الرحمن خضر في مؤلف صادر سنة ١٩٥٣ : (ان حق المنفعة ليس من الحقوق الشائعة ولا

(٢) يشار الى ان الرهن ليس من عقود التمليك .

(١) د. محمد كامل مرسي / شرح القانون المدني الجديد - الحقوق العينية الاصلية الجزء الثاني ط٢ المطبعة العالمية ١٩٥١ ص ٤٩٦ .

(٢) د. السنهوري / الوسيط ٩ ص ١٢٠٩ ، د. الوكيل ص ١١٤ .

المستعملة في العراق كما انني لا اتوقع لهذا الحق من رواج ... (لكونه) يقتصر... على المنتفع ويموت بموت المنتفع (١).

وكان ما قاله الاستاذ ، فقد بقيت هذه الحقوق الثلاثة ومنذ دخولها الى التشريع العراقي مع نفاذ القانون المدني سنة ١٩٥٣ مجرد نصوص ميتة لم تجد طريقاً الى الحياة . وعند البحث في حكم رهنها - على وجه الخصوص - فان ما يقبل الرهن منها هو (حق المنفعة) ، ويظهر ان يرضى الدائن به لكونه لا يخوله الا تأميناً معرضاً للزوال (٢). اما الاستعمال والسكنى فلا يجوز رهنهما لكونهما حقين شخصيين ولا يجوز التصرف فيهما للغير (المادة ١٢٦٣).

(٣) حقوق الارتفاق :

تنص المادة ١٢٧١ مدني على انه : (الارتفاق ، حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه مالك آخر) . ولان هذا الحق يختص بكونه تابعاً ، تابعاً للعقار المرتفق والعقار المرتفق به ، أي انه من الملحقات ، فانه لا ينفرد بالحكم، وانما يكون مشمولاً بالتصرفات التي تجري على العقار المرتفق والعقار المرتفق به (المادة ١٢٩٢) .

ثالثاً : الحقوق العينية المأخوذة عن الشريعة الاسلامية -:

(١) الوقف العقاري :

عدت المادة ٦٨ من القانون المدني الوقف كاحد الحقوق العينية الاصلية، ولم يبين القانون المدني او غيره من القوانين احكامه ، واقتصرت كثرة من القوانين والانظمة والتعليمات المتعلقة بالاقواف على سن الاحكام الاجرائية لادارة الاوقاف .

واصطلاح الوقف له معان عدة ، ويمكن ايراد معان ثلاثة منها :

(٣) ص ١٨٨ هامش ١ .

(٤) ص ١٨٨ هامش ١ .

المعنى الاول : الوقف كتصرف قانوني منفرد يحبس به المالك العين على ملك الله ، ويُسهل المنفعة .

المعنى الثاني : الحق العيني للمستحق في الوقف ، والذي يخوله الانتفاع بالعين الموقوفة .

المعنى الثالث : الحق الشخصي للمستحق في الوقف ، وهو تقاضي نصيبه في ريع الوقف من المتولي .

وبالطبع فان الوقف اذا اريد به التصرف القانوني (المعنى الاول) ، فلسنا بصدده ، وان كان يصرف الى الحق اشخصي (المعنى الثالث) ، فهذا لا يجوز رهنه تأمينياً ، وان جاز رهنه حيازياً ، اما (المعنى الثالث) وهو المقصود - أي الحق العيني للمستحق في الوقف - فلا يجوز رهنه لعدم جواز التصرف فيه كونه وثيق الصلة بشخص صاحبة .

(٢)الحكر :

تقدم انه ليس للوقف في القانون العراقي نظام قانوني واضح الملامح ومرتب الاحكام يسهل الرجوع اليه في تقصي مسائله الكثيرة والمهمة . وقد كانت الشريعة الاسلامية - باعتبار الوقف احد مباح ثما - هي المرجع بهذا الشأن بنص القانون الاساسي (الملغي) . ويرد الحكر في سياق تعميم الاوقاف كنظام يستعان به على ذلك . ويتضح من بعض القوانين ذات العلاقة بالاقواق انه يعني : علاقة تتيح اعمار الوقف واستغلاله عن طريق تحويل شخص اقامة بناء او غراس في ارض الوقف مقابل اجرة . (المادة الاولى من قانون اطفاء حق الحكر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦٠) .

وقد يقال ان الحكر على هذا النحو شبيه بالاجارة الطويلة او المساطحة في القانون العراقي ، وحق الحكر في القانون المصري . ويصح هذا القول لولا ان مدته غير محدد ، وهو ما يخلق وضعاً معقداً وشاذاً ، فالاجارة الطويلة والمساطحة لا يجوز ان تزيد مدتها على خمسين عاماً ، وحق الحكر - في

القانون المصري - لا يجوز ان تزيد مدته على ستين عاماً (المادة ٩٩٩ مدني مصري) .

ومهما يكن الامر ، فان حق الحكر قد الغي بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ .
وقبل ذلك هو من الحقوق التي يجوز رهنها .
رابعاً: التأمينات العينية :

البحث في رهن التأمينات العينية يقتضي دراسة امرين :
(١)الجدل في عينية التأمينات العينية :

على الرغم من ان القانون المدني نص في المادة ٦٨ على تقسيم الحق العيني الى اصلي وتبعي ، وحدد بعد ذلك الحقوق العينية التبعية (الثلاثة) ، وتولى تفصيل احكامها في الكتاب الرابع (القسم الثاني) ، وهو التكليف المجمع عليه في الفقه . الا ان اقلية من الفقه نازعت في هذا التكليف ، ورأت ان التأمينات العينية ليست من الحقوق العينية ، وانما هي اوصاف في الالتزام المضمون .

وقال د . شفيق شحاته : (ان التأمين العيني لا ينطوي على عنصر من عناصر الحق العيني الاصلي ، فهو ليس منه بيقين . ان الدائن ليس له على العين المرهونة حق استعمال او حق استغلال من أي نوع كان ، وهو لا يستطيع قطعاً التصرف فيها . والاصل في الحق العيني انه يجعل للشخص سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من الاستئثار بمنافعهم ، وليس في انواع الرهون او التأمينات العينية شيء من هذا كله)^(١).

(١) شفيق شحاته / النظرية العامة للتأمين العيني ص ١٢ .

وينتهي الكاتب الى ان التأمين العيني ليس بحق شخصي ، ولا هو بحق عيني ، بل هو ليس بحق اصلاً ، وانما هو وصف يلحق بالالتزام كما الشرط والاجل^(١).

ويحاول هذا الفقه في دراسته تحليل التكيف التقليدي للتأمينات العينية ، ويورد حججاً للتكيف الذي يقدمه . ولسنا في معرض مناقشة ذلك^(٢) ، لان هذا الرأي كان ومازال وحيداً وسط اجماع فقهي على التكيف التقليدي . ثم ان هذا هو موقف التشريع ، وتقول عنه المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي (المصري) : (جمع المشروع في القسم الثاني منه الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، وتتميز الحقوق ال تبعية اخيراً بانها تخول صاح بها التقدم والتبعية ، وهذان لا يظهران في الحقوق الاصلية بالوضوح الذي نراه في الحقوق التبعية ، على ان صفة العينية هي التي تجمع بين الحقوق الاصلية والحقوق التبعية . فهذه الحقوق جميعاً تشترك في معنى واحد ، هو ان كل حق منها اذا حلل تكشف عن سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين)^(٣).

(٢) قابلية التأمينات العينية للرهن :

تنص الفقرة (١) من المادة (٣٠٥) من قانون التسجيل العقاري على انه : (يرد الرهن التأميني على حق الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الاصلية الاخرى) .

ويتضح من النص ان الرهن التأميني ينحصر بالحقوق العينية الاصلية ، ومن ثم لا يجوز ان يرد على الحقوق العينية التبعية او التأمينات العينية . ويعلل الاستاذ محمد طه البشير هذا الحكم بالقول : (لا يجوز رهن الحقوق

^(٢) ويعدها القانون المدني لجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية رقم ٨ لسنة ١٩٨٨ من ضمانات التنفيذ .

^(٣) انظر في هذه المناقشة د. احمد سلامة ص ٢٩ .

^(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ٦ ص ٣ .

العينية التبعية مستقلة عن الالتزام الذي تضمن الوفاء به ، لانه لا يمكن بيعها مستقلة عن هذا الالتزام بل هي لا توجد اصلاً ما لم تستند الى هذا الالتزام^(١) .
وهو ذات الحكم المتبع في فرنسا ، وعليه الرأي السائخ في مصر . في فرنسا ويتحصل الحكم من نص المادة ٢١١٨ مدني التي ذكرت على سيل الحصر الاموال التي يجوز رهنها رسمياً وليس من بينها (التأمينات العينية) ، (ولان المادة ٧٧٥ مرافعات فرنسي نصت على وجوب قسمة الناتج من الرهن قسمة غرماء بين دائني الدائن المرتهن فاعتبر ذلك الناتج منقولاً لا عقاراً)^(٢) .
واذا كان الرهن ذاته لا يقبل الرهن ، فان الدين المضمون يقبل البيع والرهن (الحيازي) فيتبعه في ذلك الرهن^(٣) .

على ان د . سليمان مرقس يخرج على الراي السائد في مصر بهذا الشأن ويدعو الى اعادة النظر فيه ويستند الى انه ليس في مصر نص يقابل المادة ٢١١٨ فرنسي ، والمشرع في المادة ١٠٣٥ مدني (قد اشترط فيما يرهن رهناً رسمياً ان يكون عقاراً ويجوز بيعه بالمزاد العلني تبعاً للحق المضمون . ومن ناحية اخرى تنص المادة ٧٦٩ مرافعات على توزيع نصيب الدائن بين دائني ه ولم تبين ان التوزيع يجب ان يكون بالمحاصة ، أي لم تنف امكان حصوله بالترتيب)^(٤) .

(٢) محمد طه البشير ص ٤٩ .

(٣) د . السنهوري ٣٥١/١٠ .

(٤) د . سلامة ص ٩٤ .

(١) المصدر السابق ص ٩٤ الذي يشير الى مؤلف د . سليمان مرقس / التأمينات العينية ١٩٥٩ ص ٤٠ .

الختام

يمثل الرهن التأميني ، او الرهن الرسمي ، او الرهن دون حيازة ، آخر التطورات في نظم التأمينات العينية . والسبب في ذلك انه لا يبقى ل لراهن الملكية ، وانما الحيازة ايضا ، وفي ذلك فوائد جمة ، على ان قيام تأمين عيني دون حيازة ، يحتاج الى وسيلة تحقق الحماية لطرفي العلاقة وللغير . وهذه الوسيلة هي التسجيل . والتسجيل تخ تص به العقارات كأصل ، مما جعل هذا النوع من التأمينات نظام عقاري . على ان طائفة لا باس بها من الاموال غير العقارية استعارت هذا النظام ، وهو الموضوع الذي شكل نقطة هامّة كثرت حولها الابحاث والدراسات المعمقة . في حين ظل الوعاء الاساس - الوعاء العقاري - غير مثير للاهتمام الا في الموضوع المخصص له في الكتب العامة . وقد اتخذناه موضوعاً لبحثنا ، ووجدنا بعد دراسته ما ياتي :

- ١ - اتخذنا من تقسيم الحقوق المالية الى عينية وشخصية اساساً للدراسة ، جرياً على م ن وال المشري عت ، تبويباً ونصوصاً ، وقسمنا بحثنا الى قسمين : الاول عرضنا فيه مفاهيم عامة في الحق العيني ، والثاني خصصناه للحقوق العينية العقارية .
- ٢ - مع التسليم بان تقسيم الحقوق المالية التقليدي ، تقسيم عتيد ، فقد لا حظنا انه ليس بالحاسم دائماً . فثمة كثرة من الاموال تقف بين الاثنين . على ان ذلك - بقدر تعلق الامر ببحثنا - ليس بالامر المهم ، لان وعاء الرهن دون حيازة - هنا - يشترط فضلاً عن الحق العيني المحل العقاري ، وهو ما لاثثيره الحقوق التي يصعب ردها الى أي من القسمين ما عدا الاجارة الشخصية .
- ٣ - ان الحقوق العينية في القانون العراقي على قسمين : اصلية وتبعية ، التبعية ثلاثة هي : الرهن التأميني ، والرهن الحيازي ، وحقوق الامتياز . اما

الاصلية ، فاعلها وردت في القانون المدني وهي عشرة هي : الملكية ، والتصرف ، والحق ، والمنفعة ، والاستعمال ، والسكنى ، والمساحة ، والارتفاق ، والوقف ، والاجارة الطويلة . ووردت في القوانين الخاصة بثلاثة حقوق هي : تسقيف فضاء الرصيف ، والمغارة ، واستثمار المقالع والمناجم . وثمة حق الحكر الذي يرجع الى الشريعة الاسلامية . اما الجوانب المالية من الحقوق التي ترد علي اشياء غير مادية - وبغض النظر عن الخلاف في تكييفها - فانها تعد في قانوننا ولعدم وجود تنظيم متميز للحقوق الذهنية حقوقاً عينية اصلية .

٤ الحقوق العينية الجائز رهنها تأمينياً تنحصر في طائفتين : الاولى : حق الملكية والثانية : الحقوق المتفرعة عن حق الملكية . اما سائر الحقوق الاخرى فاما قد الغي كالحكر (ومثله الحق) ، او لا يجوز رهنه تأمينياً كالتأمينات العينية لعدم جواز بيعها مستقلة عن الالتزام الذي تضمنه .

٥ يشمل حق الملكية من الحقوق العينية العقارية الجائز رهنها تأمينياً :

١ حق الملكية العقارية ،

٢ وحق التصرف ،

٣ وتسقيف فضاء الرصيف ،

٤ والمغارة .

اما حق استثمار المقالع والمناجم فبحسب النصوص الخاصة به لا يجوز رهنه .

٦- تضم فئة الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية الجائز رهنها تأمينياً :

١- الاجارة الطويلة والمساحة ،

٢- والمنفعة (من ناحية نظرية) .

اما حقوق الاستعمال والسكنى والا رتفاق ، فلا يجوز رهنها تأمينياً، الاولين
كونهما ذا طبيعة شخصية (ومثلهما الوقف)، والثالث حق تابع فلا يقبل حكما
منفردا .

المصادر

اولا : الكتب :

١. د. ابو زيد رضوان / شركات المساهمة دار الفكر العربي ١٩٨٣
٢. د. احمد سلامة / التأمين المدنية - الرهن الرسمي دار التعاون ١٩٦٦
المدخل لدراسة القانون المدني مطبعة دار التأليف ط٢ ١٩٦١ .
٣. د. جعفر الفضلي / الوجيز في العقود المدنية وزارة التعليم العالي والبحث العلمي جامعة الموصل ١٩٨٩ .
٤. د. حسن الذنون / دور المدة في العقود المستمرة بغداد ١٩٨٨ .
٥. حسن جاد / شرح القانون التجاري العراقي الجزء ١ مطبعة الاهالي بغداد ١٩٤٠
٦. د. حسام الدين الاهواني / اصول القانون ١٩٨٨
٧. د. رمضان ابو السعود / عقد الايجار الدار الجامعية
٨. زهير البشير / الملكية الادبية والفنية وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بغداد ١٩٨٩
٩. د. سعيد مبارك د . طه الملا حويش د . صاحب الفتلاوي / الموجز في العقود المسماة ١٩٩٢-١٩٩٣ .
١٠. د. سعيد مبارك / موجز احكام قانون التسجيل العقاري و زراة التعليم العالي والبحث العلمي جامعة بغداد ١٩٩٠ .
١١. د. شمس الدين الوكيل / الموجز في نظرية التأمينات ط١ المعارف ١٩٦٦ .
١٢. د. شفيق شحاته / النظرية العامة للتأمين العيني ١٩٥٣ ط٢ .
١٣. د. صلاح الدين الناهي / الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية دار المعرفة ١٩٥٣ .

١٤. د. عبد الرزاق السنهوري / عقد الايجار دار الفكر للطباعة والنشر
١٩٣٠ / نظرية العقد المجمع العلمي العربي الاسلامي بيروت ١٩٣٤
- / الوجيز في شرح القانون المدني الجزء ١ ١٩٦٦
/ الوسيط في شرح القانون المدني الجزء ١ / ١٩٥٢ ، الجزء ٦ المجلد
الاول ١٩٦٣ ، الجزء ٨ / ١٩٦٧ الج ٩ / ١٩٦٨ ، الجزء ١٠ /
١٩٧٠ .
١٥. د. عبد الحي حجازي / المدخل لدراسة العلوم القانونية ٢ الحق وفقا
للقانون الكويتي جامعة الكويت ١٩٧٠ ، عقد المدة القاهرة ١٩٥٠ .
١٦. د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير / القانون
المدني الجزء ١ مصادر الالتزام ، و وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بغداد .
١٧. عبد الرحمن خضر / القانون المدني - المواد الخاصة بالحقوق العينية
المتفرعة عن حق الملكية مطبعة العاني بغداد ١٩٥٣ .
١٨. د. عبد الودود يحيى / حوالة الدين مكتبة القاهرة الحديثة ١٩٦٠ .
١٩. د. عدنان ال عزاوي / في القانون الزراعي العراقي وزارة التعليم العالي
والبحث العلمي جامعة بغداد .
٢٠. د. غني حسون طه / الوجيز في العقود المسماة الجزء الاول ع قد البيع
المعارف بغداد ١٩٧٠ .
٢١. د. فاضل حبشي / الامتداد القانوني لعقود الايجار القاهرة .
٢٢. د. محمد كامل مرسي / شرح القانون المدني الجديد - الحقوق العينية
الاصلية الجزء الثاني ، الحقوق العينية التبعية الطبعة الثانية المطبعة
العالمية ١٩٥١ .
٢٣. محمد طه البشير . د. غني حسون طه / الحقوق العينية القسم الاول
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي جامعة بغداد ١٩٨٢ .

- ٢٤ . محمد طه البشير / الوجيز في الحقوق العينية التبعية دار الحرية ط ٤
١٩٧٦ .
- ٢٥ . د. مختار القاضي / حق المؤلف الكتاب الاول ط ١ ١٩٥٨ مكتبة انجلو
المصرية .
- ٢٦ . د. نواف الكنعان / حق المؤلف ط ١ ١٩٨٧ .

ثانيا : الرسائل والبحوث :

- ١ - اسلام مجيد البديري / رهن المحل التجاري رسالة ماجستير غير منشورة
جامعة بغداد ١٩٩٨ .
- ٢ - بيهام محمد عطا الله / تعليق على كتاب جيوسار مجلة العلوم القانونية
والاقتصادية العدد ٢ السنة ٩ - ١٩٦٧ .
- ٣ - عباس مرزوق العبيدي / التصرف بالاسهم والحصص في الشركات بيعا
اوهبة رسالة دكتوراه غير منشورة جامعة بغداد ١٩٩٧ .
- ٤ - د. فائق الشماع / الشكلية في الاوراق التجارية مجلة القانون ال مقارن
العدد ٢٠ السنة ١٣ - ١٩٨٧ .
- ٥ - محمد عباس السامرائي / انتقال الالتزام بين الاحياء رسالة دكتوراه غير
منشورة جامعة الازهر ١٩٧٦ .