الأهلية والولاية في نطاق الرهن التأميني

((دراسة مقارنة))

منصور حاتم محسن

جامعة بابل/كلية القانون

mansoorhatem@yahoo.com

الخلاصة

نُظِمَتْ أحكام الأهلية في القانون المدني في جميع القوانين ، محل المقارنة ، بينما احكام الولاية فانها قد نظمت في القوانين المدنية والقوانين الخاصة في القانون العراقي والمصري ، بينما الولاية منظمة في القانون المدني الفرنسي . وهناك اختلافات أساسية وجوهرية لأحكام الولاية بين هذه القوانين محل المقارنة بالرغم من تشابه احكام الاهلية في هذه القوانين .

الكلمات المفتاحية:الأهلية ، الولاية ، القانونية ، تصرف ، الدائن.

Abstract

The Civil laws organized , The Capacity provisions of the laws .while the provisions of the organization and guardian ship laws in civil law and in special laws ik Iraqi and Egyption law.

Key Words: Act, Copncity , legal , state ,Creditor.

المقدمة

ان عقد الرهن التأميني من عقود الضمان التي تنشأ ضماناً للوفاء بالدين الأصلي المترتب في ذمة المدين،وبالنظر لكون غاية التأمينات العينية هي حصول الدائن على حقه المضمون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون ، لذا فإن هذا العقد وما يرتبه من آثار تتعلق بالتنفيذ على المال المرهون يمثل رهناً تأمينياً ، وأحتمالية فقدان الراهن ، مديناً كان أم كفيلاً عينياً لعقاره المرهون عند البيع بالمزاد العلني ، يتوجب لكل هذا توافر الأهلية اللازمة لإنتاج هذه الآثار، فعقد الرهن التأميني لاينشأ صحيحاً نافذاً إلا بتوافرها . وكذلك فأن هناك شروط واحكام يجب أنْ تَتَوفَر عند ابرام الولي أو الوصي أو الوكيل عقد الرهن نيابة عن احد المتعاقدين .

بناءً على ماتقدم يجب علينا الخوض في دراسة هذه الاحكام بالنظر لأن هذه الاحكام متناثرة بين القواعد العامة والقوانين الخاصة، لذلك درسنا احكام الاهلية والولاية في نطاق القانون المدني العراقي٤٠ لسنة ١٩٥١ والقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والقانون المدني الفرنسي وكذلك دراسة هذه الاحكام في قانون رعاية القاصرين في العراق رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ وقانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ وقانون الولاية على المال في مصر رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

وسيتم تقسيم البحث على وفق خطة موضوعية على ثلاثة مباحث ففي المبحث الأول درسنا المفهوم القانوني للأهلية والولاية ، وذلك في مطلبين نخصص الاول لماهية الأهلية والثاني لماهية الولاية واما المبحث الثاني خصصناه لدراسة احكام الأهلية في نطاق الرهن التأميني ، في مطلبين نخصص الأول لأحكام أهلية الراهن والثاني لأحكام اهلية المرتهن في حين خصصنا المبحث الثالث خصصناه لأحكام الولاية في الرهن التأميني ،وقسمناه على مطلبين ، في الاول درسنا احكام الولاية القانونية في الرهن التأميني وفي المطلب الثاني احكام الولاية الأتفاقية في الرهن التأميني ، وختمنا البحث بالتوصيات والاستنتاجات المتعلقة بالموضوع محل الدراسة.

المبحث الاول/المفهوم القانوني للأهلية والولاية

لغرض معرفة الاحكام المتعلقة بالأهلية والولاية في نطاق التأمين العيني الاتفاقي ، علينا أن نحدد المفهوم القانوني لكل من الأهلية والولاية وذلك ببيان المقصود من الاهلية والولاية ونظامهما القانوني ، لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نبين في الاول منهما ماهية الاهلية ، في حين نبين في المطلب الثاني ماهية الولاية .

المطلب الاول/ماهية الأهلية

تعد الأهلية من مستلزمات الشخصية القانونية ، سواء كانت شخصية طبيعية ام معنوية ، لذا ومن اجل الأحاطة بالأهلية التي تكون للراهن او المرتهن سواء اكان أي منهما شخصاً طبيعياً ام معنوياً نقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الاول منهما لدراسة تعريف اهلية الشخصية الطبيعية ونخصص الفرع الثاني لتعريف أهلية الشخص المعنوي.

الفرع الاول : تعريف اهلية الشخص الطبيعي

المقصود بالأهلية هنا هي أهلية الأداء ، فلا يكفي ان يكون الشخص قابلاً لأكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وهي اهلية الوجوب ، بل يجب كذلك ، ان يكون الشخص قادراً على القيام بالاعمال التي يترتب عليها كسب الحقوق واحتمال الالتزامات ، او صلاحية الشخص لأن يستعمل حقوقه بنفسه وأن ينفذ التزامه بنفسه[١]. وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد الحي حجازي [٢]: "يجب أن لاينظر الى أهلية الاداء إلا من ناحية التصرفات القانونية ، وانما الافعال البشرية التي يعتد بها لا تقتصر على التصرفات القانونية ،فهناك افعال لا تدخل في عداد التصرفات القانونية ويرتب عليها القانون آثاراً قانونية ،مثل الاعمال غير المشروعة ، لذا كان أحرى أن تعرف أهلية الاداء على نحو أوسع فيقال أنها صلاحية الشخص للقيام باعمال وتصرفات يرتب عليها القانون الآثار القانونية المناسبة، وعلى هذا التصوير يمكن ان توجد الى جوار أهلية الأداء التصرفية أهلية أداء سياسية وأهلية أداء أجرائية ....." .

وأيّاً كان التصوير الذي يؤخذ به في تعريف أهلية الأداء ، فإن أهلية الأداء تختلف عن أهلية الوجوب ، في أن الأخيرة تكتسب بمجرد ولادة الانسان حياً ، أي بمجرد بدء الشخصية القانونية ، وقد تكتسب قبل ذلك كما في حالة الجنين، في حين أهلية الاداء لا تتوافر إلا ببلوغ الانسان سناً معينةً . من جهة ثانية لا تتأثر أهلية الوجوب بصغر الانسان أو مرضه او حالته العقلية ، اما أهلية الاداء فأنها تتأثر وتتردد مع السن وكذلك تتأثر بالعوارض اللاحقة من سنه أو جنون أو عته أو غفلة . ومن جهة ثالثة ،فإن انعدام اهلية الوجوب لا يمكن علاجه أو إصلاحه بإحلال شخص آخر محله ، بخلاف انعدام الأهلية او نقصانها يمكن أنْ يباشر التصرفات القانونية نيابة عن عدم الأهلية أو نقصانها [٣].

وعلى هذا ،فإن أهلية الاداء تتدرج ، واساس تدرجها للشخص الطبيعي هو التمييز ، وهي تدور معه وجوداً وعدماً وتماماً ونقصاناً ، فإذا انعدم التمييز انعدمت أهلية الاداء ، واذا كان التمييز ناقصاً كانت أهلية الاداء ناقصة،واذا كان تاماً كانت اهلية الاداء كاملة ، وتظهر اهمية هذا التمييز بالنسبة للعقود التي يستطيع

---

[١] العلامة الدكتور السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / المجلد الاول / الجزء الاول / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت – لبنان / ٢٠٠٠/ص٢٨٥.

[٢] الدكتور عبد الحي حجازي / المدخل لدراسة العلوم القانونية /ج٢/ الحق/ مطبوعات جامعة الكويت / ١٩٧٠/ ص٤٠٢.

[٣] د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص٤٠٣-٤٠٤.

الانسان ان يبرمها، وتنقسم العقود من حيث الاهلية الى ثلاثة اقسام ، الاول ، عقود نافعة نفعاً محضاً ، وهي عقود التبرع بالنسبة للمتبرع له، كالهبة بالنسبة للموهوب له ، والوديعة من دون أجر بالنسبة للمودع ، وعقود ضارة ضرراً محضاً وهي عقود التبرع بالنسبة للمتبرع ، ومثالها الواهب بالنسبة لعقد الهبة ، وعقود دائرة بين النفع والضرر، وهي عقود المعاوضة بصورة عامة ، وهذه العقود على نوعين ، عقود يقصد بها استغلال الشيء واستثماره وتسمى عقود الادارة كعقد الايجار ، وعقود ترد على ملكية العين ذاتها وتسمى عقود التصرف ، ومثالها عقد البيع ، والمقايضة والرهن[١]. وعلى هذا فمن كانت أهليته كاملة كان له مباشرة هذه العقود جميعاً ، ومن كانت اهليته ناقصة وهو الصبي المميز كان له مباشرة العقود النافعة نفعاً محضاً، اما العقود الدائرة بين النفع والضرر فأنها تكون موقوفة على اجازة وليه أو وصيه في القانون العراقي، او قابلة للابطال لمصلحة القاصر في القانون المدني المصري[٢]، وتكون الأهلية منعدمة تماماً في حالة انعدام التمييز كالصغير غير المميز والمجنون ، فليس لهما مباشرة أي نوع من انواع العقود المذكورة اعلاه .

وتتأثر الاهلية بعامل السن وعوارض أخرى غير السن، اذ يمر الانسان بثلاثة أدوار من حيث السن، الدور الاول ، هو دور الصبي غير المميز وسن التمييز سبع سنوات كاملة [٣]. فقبل هذا السن ليس له اجراء أي نوع من انواع العقود ، ولو كانت نافعة نفعاً محضاً . اما الدور الثاني فهو دور الصبي المميز من اول يوم من السنة الثامنة الى بلوغ سن الرشد وهي ثمان عشر سنة كاملة في القانون العراقي واحدى وعشرون سنة كاملة في القانون المدني المصري[٤]. وعند بلوغ هذا السن ، تدخل في الدور الثالث وهو الاخير ، وبموجبه يمكن للأنسان أن يكون طرفاً في أي من العقود الثلاث ، النافعة نفعاً محضاً ، ام الضارة ضرراً محضاً ام الدائرة بين النفع والضرر، إلا اذا كان مصاباً بعارض من عوارض الأهلية التي تطرأ على تمييزه بما يخل به ويؤثر على أهليته ، فالجنون المطبق يكون في حكم دور الصبي غير المميز ، فجميع تصرفات المجنون باطلة، اما المعتوه فهو في حكم الصبي المميز من حيث التصرفات التي يجريها ، فهو يتمتع بأهلية اداء ناقصة . اما السفيه عند الحجر عليه يصبح في حكم الصبي المميز ، فيصبح من الضروري الحصول على اذن وليه للقيام بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر . وينطبق على ذي الغفلة الذي لا يهتدي الى التصرفات الرابحة المفيدة ، احكام السفيه ، اذ يعد ناقص الأهلية[٥].

الفرع الثاني : تعريف اهلية الشخص المعنوي

ان احد المتعاقدين ،الراهن أو الدائن المرتهن، يمكن ان يكون شخصاً معنوياً ، وهو مجموعة من الاموال او الاشخاص ترمي الى تحقيق غرض معين ويمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض. واذا نشأ الشخص المعنوي ثبتت له الشخصية القانونية فيكون أهلاً للوجوب له وعليه بالشكل الذي يتفق مع طبيعته وبالغرض الذي أُنشأ من اجله ذلك أن اهليته تتحدد بما يبينه سند انشائه أو مايقرره القانون[١].

---

[١] د. عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني / الجزء الاول / مصادر الالتزام / مطبعة نديم / بغداد / ١٩٧٧ /ص١١٦.

[٢] المادة ١/٩٧ من القانون المدني العراقي ، وكذلك المادة ٢/١١١ من القانون المدني المصري.

[٣] المادة ٢/٩٧ من القانون المدني العراقي ، والمادة ٤٥/ف٢ من القانون المدني المصري .

[٤] المادة ١٠٦ من القانون المدني العراقي ، والمادة ٤٤/ف٢ من القانون المدني المصري .

[٥] د. عبد المجيد الحكيم / مصدر سابق / ص١٢٠-١٢٢.

[١] الاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ المساعد علي محمد بدير والمدرس زهير البشير / المدخل لدراسة القانون / طبع بمطابع دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل /١٩٨٠ /ص٣٩٣. ويتضح من هذا التعريف : أ- ان الشخص المعنوي مجموعة من الاشخاص او الاموال . ب- أنه يقوم لتحقيق هدف معين مستقل عن الاهداف الخاصة للافراد المكونين له. جـ- انه لاتمنح الشخصية القانونية إلا بالقدر اللازم لتحقيق اغراضها اذ يجب ان يتحدد نشاطها القانوني بالحدود التي انشأت من اجلها .

اما فيما يتعلق بأهلية الاداء للشخص المعنوي ، فلابد من الاشارة الى أن هذه الاهلية مناطها هو التمييز والارادة ، وحيث ان من الواضح بأن الشخص المعنوي لا أرادة له ذلك لأن الارادة تفترض التمييز أو الادراك وهذه لا يمكن تصورها إلا بالنسبة للأشخاص الطبيعين ، لذلك وجد رأي قديم [٢] مؤداه ان الشخص المعنوي هو شخص عديم الاهلية (عدم أهلية طبيعي) إذ لا ادراك ولا ارادة ، وهو لذلك لا يستطيع أن يعمل الا بواسطة ممثليه ، شأنه في ذلك شأن القاصر غير المميز ، الا ان هذا الرأي غير سليم ، فلا يلزم من أن الشخص المعنوي لايستطيع ان يعمل إلا بوساطة ممثليه ان يكون عديم الاهلية . فالارادة التي يفصح عنها ممثل الشخص المعنوي والتصرفات التي يجريها بعدها القانون لضرورة اجتماعية وقانونية ، بمثابة ارادة الشخص المعنوي وتصرفات الشخص المعنوي ، وهذا يختلف عن حالة القاصر عديم الاهلية ، لأن ممثل القاصر عندما يصدر تعبيرات عن الارادة ، انما يعبر عن ارادته هو لا عن ارادة عديم الاهلية ، في حين ان ممثل الشخص المعنوي إذ يصدر تعبيرات عن الارادة إنما يعبر عن ارادة الشخص المعنوي لا عن ارادته هو . أي ان ممثل الشخص المعنوي هو مجرد وسيلة لإظهار ارادة ذلك الشخص ،لذلك فلابد ان يباشر الشخص المعنوي نشاطه عن طريق اشخاص طبيعيين يمثلونه ويعبرون عن ارادته فيكون لهؤلاء ان يقوموا بالتصرفات القانونية لحساب الشخص المعنوي مع انصراف آثار هذه التصرفات مباشرة الى الشخص المعنوي[٣]. ولذلك تضمنت المادة ١/٤٨ من القانون المدني العراقي بأن يكون لكل شخص معنوي ممثل يعبر عن ارادته . في حين جاء المشرع المصري في القانون المدني في الفقرة (٣) من المادة (٥٣) " ويكون له نائب يعبر عن ارادته " ومعنى هذا ، لان الشخص المعنوي او الشخص الاعتباري كما يسميه القانون المصري يكون له نائب يعبر عن ارادة هذا الشخص ، إلا ان هذا يتناقض مع الاحكام العامة في النيابة التي تتضمن حلول ارادة النائب محل ارادة الأصيل ، لذلك تكون صياغة هذا النص غير دقيقة لذلك ما جاء به المشرع المدني العراقي في المادة (٤٨) افضل مما جاء به المشرع المصري، لانه تفادى ذلك وأعتبر من يعبر عن ارادة الشخص المعنوي ممثلاً عنه وليس نائباً[٤].

ومما تقدم ، يمكن ان نقول ، ان الشخص المعنوي يستطيع بوساطة ممثله أن يقوم بأي تصرف قانوني، إلا ما كان من هذه التصرفات يقتضي وجود شخص طبيعي[٥]، وكذلك يجب ان لا تتعارض مع ما يحدده القانون من قيود لمصلحة الشخص المعنوي نفسه او لمصلحة المجتمع . لذلك ، فأن الشخص المعنوي يصلح أن يقوم بأعمال الادارة وأعمال التصرف سواء كانت بعوض او بدون عوض ، وعليه يمكن ان يكون الشخص المعنوي طرفاً في احد المتعاقدين في عقد رهن تأميني أو رهن حيازي ، ولكن على وفق القيود والمقتضيات المحددة لتصرفاته التي ذكرت في أعلاه.

المطلب الثاني/ماهية الولاية

الولاية غير الاهلية ،فالأهلية صفة تلحق الشخص فتصبح بها اعمال نتيجة لآثارها القانونية في حق نفسه، اما الولاية فهي صفة تصبح معها اعمال الشخص ذات أثر في حق الغير . وقد يقصد بها نفاذ اقوال الانسان وتصرفاته على نفسه ، اذ تكون للشخص في مال نفسه ، فمن تثبت له هذه الولاية تكون له ولاية

---

[٢] اشار اليه د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص٥٤٤.

[٣] الاستاذ عبد الباقي البكري وآخرون / مصدر سابق / ص٣٢٨.

[٤] د. عبد الحي حجازي / مصدر سابق / ص٥٤٤.

[٥] كالوصية إذ لا يجوز له ان يتصرف في امواله بطريق الوصية لأن الوصية تصرف قانوني لا يقوم به إلا الشخص الطبيعي.

قاصرة على نفسه[١]. اما ما نقصده هنا فهو ليس هذا المعنى ، وانما تقصد بالولاية نفاذ الاعمال القانونية ومنها التأمين العيني في مال الغير ، أي صلاحية الشخص في مال الغير[٢] ، وهي سلطة نفاذ التصرفات قي الامور المالية كما في البيع والأجارة والرهن وغيرها. والولاية بالمعنى الاخير أما مصدرها القانون كولاية الاب او الجد ، او مصدرها القضاء كولاية الوصي أو القيم ، او الوكيل عن الغائب او المحكمة ، وقد يكون مصدرها أرادة الشخص كولاية الوكيل[٣] ، وقد عدَّ الدكتور عبد المجيد الحكيم هذا التقسيم هو تقسيم لا يعتمد على مصدر الولاية، وإنما يعتمد على مَنْ يتولى تحديد سلطة النائب، ففي الولاية والوصاية والقوامة يتولى القانون تحديدها ، اما في الوكالة فأن الاتفاق هو الذي يرسم حدود سلطة النائب [٤]. وعلى اساس ماتقدم سنقسم المطلب الى فرعين الأول لدراسة الولاية القانونية اما في الثاني فسيخصص لدراسة الولاية الاتفاقية .

الفرع الاول:الولاية القانونية

وتتمثل بالولاية على التي يكون مصدرها القانون على اموال القاصر[٥]. فهي القدرة التي تعطى للولي في التصرف في أموال غيره،القاصر، قسراً عليه، فهي القدرة على انشاء العقد نافذاً ، او سلطة تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتيب آثارها عليها ، دون توقف على رضا غيره [٦]. وعليه فان القانون هو مصدر الولاية ، وعلى وفق قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ في العراق ، تكون الولاية في نطاق اموال الصغير ، إذ نصت المادة ٢٧ منه " ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة " وجاءت المادة (٢٨) " لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا اذا كان أهلاً لمباشرة هذا الحق في ماله .

اما في القانون المصري ، فانها بموجب قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، فقد جاء في المادة الاولى منه بأن الولي هو الاب ثم الجد الصحيح [١]. اما المادة الثانية فقد جاء فيها " لايجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا اذا توافرت له الاهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو " .

اما احكام الولاية في القانون الفرنسي ، نظمها القانون المدني، تحت عنوان ((الادارة القانونية)) في المادة ٣٨٩ ، فجاء فيها [٢] " اذا كانت السلطة للوالدين بالاشتراك فهما مديران قانونيان ،في الحالات الاخرى تكون الادارة القانونية لمن من الوالدين يمارس السلطة الأبوية " والمادة ٣٨٩-١ حددت متى تكون الادارة القانونية محض بسيطة وهي تكون كذلك، عندما يمارس الوالدين بالأشتراك السلطة الوالدية . وتوضع الادارة القانونية تحت رقابة قاضي الوصاية عندما يتوفى احد الوالدين أو يصبح محروماً من ممارسة السلطة الوالدية، وكذلك عند الممارسة من جانب واحد للسلطة الوالدية[٣].

---

[١] د. ردينة محمد رضا مجيد في اطروحتها للدكتوراه الولاية على المال / دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون / مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد / ٢٠٠٧ / ص٩.

[٢] الاستاذ المساعد محمد طه البشير ، د. غني حسون طه / الحقوق العينية – الجزء الثاني / طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي /١٩٨٢/ص٣٦٤.

[٣] د. شفيق شحاته / النظرية العامة للتأمين العيني / الطبعة الثانية / المطبعة العالمية / القاهرة /١٩٥٥/ص٧٧ ، ويذكر هنا الاختلاف بين الولاية والنيابة ، فالنيابة لاتكون الا بين شخصين نائب ومنوب عنه لذلك تكون الولاية أوسع ، على ان الولاية قد تختلط بالنيابة في بعض صورها ، كما في حالة الوكيل.

[٤] د. عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني / مصدر سابق / ص٩٤.

[٥] يقصد بالقاصر على وفق قانون رعاية القاصرين في العراق هو الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة انه ناقص الاهلية او قاصرها والنائب والمفقود إلا اذ دلت القرينة على خلاف ذلك . الفقرة ثانيا من المادة الرابعة من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

[٦] الشيخ محمد ابو زهرة / الاحوال الشخصية / دار الفكر العربي / بيروت / دون سنة طبع / ص١١٢.نقلاً عن د. ردنيه محمد رضا / مصدر سابق / ص١١.

[١] اذ جاء فيها " للأب ثم الجد الصحيح اذا لم يكن الاب قد اختار وصياً للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولايجوز له ان يتنحى عنها إلا بأذن المحكمة " .

[٢] انشئت بموجب القانون رقم ٨٥-١٣٧٢ في ١٩٨٥/١٢/٢٣.

[٣] وهو ما جاءت به المادة ٣٨٩-٢ من القانون المدني الفرنسي .

وعلى هذا تختلف الولاية عن الاهلية ، فالاهلية صلاحية الشخص للقيام بالاعمال القانونية باسمه ولحساب نفسه بقصد احداث اثرٍ قانوني ، اما الولاية فهي صلاحية شخص للقيام بالاعمال القانونية باسم شخص آخر يكون نائباً عنه بحكم القانون[٤]. وكذلك تختلف عن الوكالة ، لأن الولاية تستمد وجودها من مصدر قانوني ، بينما الوكالة اتفاقية ، فالعقد هو الذي يتولى تحديد نطاقها .

من جهة أخرى ، فأن القانون يتولى تحديد سلطة الوصي ، والوصاية هي سلطة يخولها ولي القاصر أو المحكمة لرعاية شؤون من كانوا تحت ولايته من قاصرين أو محجورين، وادارة اموالهم ضمن حدود رسمها القانون، فالقانون هو الذي تولى رسم حدود هذه السلطة[٥].

وتتعدد صور الوصاية ، فمن حيث مصدرها هنا الوصي المختار والوصي المعين ، ومن حيث نطاق الوصاية ، أي نطاق ماتشمله من اعمال ، هناك وصي عام ووصي خاص ووصي الخصومة . فقد نصت المادة ٣٤ من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ " الوصي هو من يختاره الأب لرعاية شؤون ولده الصغير أو الجنين ثم من تنصبه المحكمة على أن تقدم الأم على غيرها على وفق مصلحة الصغير ، فأن لم يوجد أحد منهما فتكون الوصاية لدائرة رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصياً ". وهذه المادة تضمنت أشارة الى الوصي المعين ، فالمحكمة لها ان تنصب وصياً على القاصرين لادارة اموالهم ، وقد أشترط القانون الوصي سواء ان يكون عاقلاً بالغاً ذا اهلية كاملة قادراً على ممارسة شؤون الوصاية [٦]. وكذلك اشارت المادة ٨١ من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل الى تعين الوصي من قبل المحكمة ، اذ جاء فيها " اذا توفي شخص ولم ينصب وصياً فللقاضي وصية في الاحوال الاتية : ١-اذا كان للمتوفي دين ولا وارث له لأثباته واستيفائه ،٢-اذا كان عليه دين ولا وارث له لأيفائه. ٣- اذا كان له وصية ولايوجد من ينفذها . ٤-اذا كان احد الورثة صغيراً ولا وصي له ".

اما في القانون المصري ، فأن قانون الولاية على المال المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، فقد حددت المادة ٢٨ منه للوصي المختار اذ جاء فيها " يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً للقاصر أو للمحل المستكن ...." والمادة (٢٩) خصصت للحالات التي يعين فيها الوصي من قبل المحكمة ، اذ جاء فيها " إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصياً ويبقى وصي الحمل المستكن وصياً على المولود مالم يعين غيره " اما المادة ٣٢ منه فقد اشارت الى مايسمى بالوصي المؤقت ، فقد أجازت للمحكمة أن تقيم وصياً مؤقتاً اذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولي آخر ، وكذلك اذا وقف الوصي او حالت ظروف مؤقتة دون ادائه لواجباته . أما بالنسبة لوصي الخصومة فقد أجازت المادة ٣٣ أن تعين المحكمة وصي خصومة للقاصر ولم يكن له مال يمثل القاصر أو من في حكمه في الدعاوى والاجراءات التي يباشرها لمصلحة القاصر ، في حال تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو الوصي أو القيم عليه ، وهو ما أشارت اليه بوضوح المادة ٣٧ من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠[١].

---

[٤] الاستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون طه /مصدر سابق /ص٣٦٤.

[٥] ردينه محمد رضا / مصدر سابق / ص٢٢.

[٦] انظر المادة ٣٥من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ فقد منعت تعيين الوصي من حكم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب والشرف او الماسة بالنزاهة ، ومن كان مشهوراً بسوء السيرة او من لم يكن له وسيلة مشروعة للتفتيش .وكذلك لم تجز هنا المادة ، ان يعين وصياً من كانت بينه او احد اصوله او فروعه او زوجته وبين القاصر نزاع قضائي او من كان بينه وبين القاصر او بين عائلته خصومة يخشى على مصلحة القاصر منها ،اما في قانون الولاية على المال المصري في المادة ٢٧ منه .

[١] اذ نصت على انه " يجوز للمحكمة أن تعين وصياً للخصومة اذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة وليه أو صيه أو القيم عليه ".

اما في القانون الفرنسي ، فان هذه الاحكام منظمة بموجب القانون المدني . فقد حددت المادة ٣٩٠ الحالات التي يعين فيها الوصي ، اذ نصت " تُفتح الوصاية عندما يكون الأب والأم كلاهما قد توفيا أو أصبحا محرومين من ممارسة السلطة الوالدية ، او اذا لم يكن للقاصر أب ولا أم ....."[٢] ، اما اختيار الوصي فتكفلت بهما المواد ٤٠٣، ٤٠٤ منه ، إذ تضمنت الاولى " ان الحق الفردي في اختيار الوصي سواء كان من أقارب القاصر أم لا ، لايعود إلا لمن لا يزال على قيد الحياة من الوالدين ، اذا كان يوم وفاته ، محتفظاً بممارسة السلطة الوالدية ، ولايمكن اجراء هذا التعيين إلا في شكل وصية او تصريح خاص امام الكاتب العدل.ويُفْرَضْ هذا التعيين على مجلس العائلة إلا اذا كانت مصلحة القاصر تقتضي استبعاده ، وأن الوصي المعين من قبل الأم أو الأب ليس ملزماً بقبول الوصاية " اما المادة ٤٠٤ فقد اشارت الى انه اذا لم يعين الوصي من قبل الأم أو الاب فإن مجلس العائلة هو المكلف بتعيين وصياً على القاصر فقد نصت " اذا لم يكن وصيٌّ معين في الوصية او اذا كان مَنْ عُين بهذه الصفة قد توقف عن القيام بمهامه ، يُعيِّن مجلس العائلة وصياً على القاصر". اما بالنسبة لوصي الخصومة فقد حددت أحكامه المادة ٤٤٠ ، الذي وصفته بـــ " المشرف على الوصي " إذ يعين من قبل مجلس العائلة من بين أحد اعضائه[٣]، فقد أشارت الى ذلك بقولها " يراقب المشرف على الوصي ممارسة المهمة الوصائية ، ويُمثِّل القاصر عندما تتعارض مصالح هذا الاخير مع مصالح الوصي،إذ يُحاط المشرف على الوصي علماً ،ويستشار قبل كل عمل هام يقوم به الوصي....." .

ومن انظمة الولاية على المال التي يحدد القانون سلطة من يباشرها هو نظام القوامة ،وفي القانون العراقي، إذا تقرر بحكم المحكمة الحجر على شخص تعرض لعارض من عوارض الأهلية كجنون أو عته أو سفه أو غفلة ، فإن على المحكمة المختصة عند اصدارها قرار الحجر اخبار مديرية رعاية القاصرين لتثبيت أموال المحجور والقيام باعمال الادارة المعتادة لتلك الاموال لحين تعيين قيِّم عليه من محكمة الاحوال الشخصية ، وتقوم مديرية رعاية القاصرين بأعمال الادارة المعتادة لأموال المحجور عند عدم تعيين قيم عليه من قبل المحكمة المختصة ، وتقوم كذلك بالأشراف على القيم في حالة وجوده وفق احكام هذا القانون [١].

فالقوامة نظام قصد به حماية المصالح المالية للأشخاص البالغين (غير القصر) الذين يطرأ على أهليتهم عارض ، أما أن يؤدي الى فقد العقل ، ومن ثم انعدام الادراك والتمييز وأما الى الضعف في الملكات النفسية التي تتحكم بالتقدير والتدبير . فالقَيّم نائب قانوني عن المحجور عليه يستلزم توليه هذه السلطة شروطاً معينة هي الشروط الواجب توافرها في الوصي[٢]. وهذه الأحكام جاء بها المشرع المصري في قانون الولاية على المال في المادة (٦٥) منه إذ جاء فيها " يحكم بالحجر على البالغ المجنون او للعته او للسفه او للغفلة ولا يرفع الحجر الا بحكم ، وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيِّماً لادارة امواله وفقاً للاحكام المقررة في هذا القانون " والمادة ٦٨ من هذا القانون أشارت الى ان القوامة تكون للأبن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة .

الفرع الثاني: الولاية الاتفاقية

اذا كان مصدر الولاية او السلطة التي تعطي للنائب،هو الاتفاق الذي يحدد نطاق هذه السلطة ، عندها تكون امام الولاية الاتفاقية وصورتها الوكالة . وقد عرفت بموجب القانون المدني العراقي في المادة ٩٢٧

---

[٢] انظر المادة ٣٩٥ منه التي اشارت الى الاشخاص الذين لايمكن ان يمارسوا أعباء الوصاية .

[٣] انظر المادة ٤٠٩ من القانون المدني الفرنسي.

[١] المادتان ٨٢، ٨٣ من قانون رعاية القاصرين ٧٨ لسنة ١٩٨٠ .

[٢] وهذا ماحددته المادة ٦٩ من قانون الولاية على المال المصري .

منه " الوكالة عقد بمقتضاه يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم" وعرفت في القانون المدني المصري في المادة ٦٩٩ منه "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بان يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل " اما القانون المدني الفرنسي فقد عرفها في المادة ١٩٨٤ منه "عقد بمقتضاه يفوض شخص آخر بعمل شيء لحساب الموكل وبأسمه" وعرفت الوكالة في الفقه القانوني على انها اتفاق بين شخصين على ان يحل احدهما محل الآخر في اجراء عمل قانوني "[٣].

والوكالة بموجب النصوص اعلاه ، عقد يجب ان تتوافر فيه الاركان العامة في كل عقد ، فهي تستلزم الايجاب والقبول ، وتوافقهما على احداث الاثر ذاته في الموكل فيه او الموكل به ، وهذا التصرف الجائز الذي يتم اتفاق الموكل والوكيل على نيابة الوكيل في اجرائه عن الموكل . وانواع الوكالة نوعان عامة وخاصة ، والاولى هي تفويض الموكل لوكيله صلاحية كاملة للتصرف في جميع اموره وحقوقه أي تصرف الوكيل بكافة ما يمكن عمله من قبل الموكل في العقود والمعاملات . اما الوكالة الخاصة فهي التوكيل في التصرف بأمر معلوم ومعين ، ولا يجوز للوكيل في هذه الوكالة تجاوز حدود ممارسة الموكل أو ان يتصرف بغير الامر المعين في وكالته [٤].

ولاتقبل الوكالة في دائرة التسجيل العقاري، اذا مضى على تنظيمها خمس عشرة سنة إلا اذا ايدها الموكل ، وعلى الموظف المختص أن يأخذ اقرار الوكيل بأن موكله لا يزال حياً كامل الاهلية ومستمراً على توكيله عند قيامه باجراء التصرفات القانونية العقارية باسم موكله [٥]. ولا يجوز للوكيل ان يستعمل الوكالة لصالح نفسه او لصالح ولده القاصر ، ويسري ذات الحكم على ممثل الشخص المعنوي [٦].

المبحث الثاني/احكام الأهلية في نطاق الرهن التأميني

الأهلية شرط من شروط صحة التراضي في عقد الرهن التأميني ، فلا يكتمل الركن الأول من اركان العقد ، بتوافق ارادتي الراهن والمرتهن، بل لابد أن تكون ارادة كل من العاقدين قد صدرت من شخص يتمتع بالأهلية اللازمة لصدور عقد الرهن ، وأنْ يكون رضاؤه سليماً خالياً مِنْ عيوب الارادة [١]، اذ يلزم لكي يكون الرضا صحيحاً أن يصدر من شخص يتمتع بالأهلية اللازمة لأبرام عقد الرهن ، وعليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين في الأول ، نتطرق الى احكام اهلية الراهن وفي الثاني ندرس احكام أهلية المرتهن.

المطلب الأول/أحكام أهلية الراهن

تختلف أحكام اهلية الراهن ، في عقد الرهن التأميني ، بين ما اذا كان الراهن هو المدين نفسه ، أي المدين بالدين المضمون والذي وجد الرهن ضماناً للوفاء به ، وبين الراهن اذا كان شخصاً آخر غير المدين وهو الكفيل العيني الذي يقدم ماله رهْناً لضمان الوفاء بدين شخص آخر. وعلى هذا ، سنقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الأول لأهلية الراهن المدين والثاني يكون أهلية الكفيل العيني عنواناً له .

---

[٣] د. عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني / مصدر سابق / ص٩٥.

[٤] الاستاذ مصطفى مجيد / شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ / الجزء الثاني / الناشر العاتك لصناعة الكتاب / القاهرة / توزيع المكتبة القانونية / بغداد / ٢٠٠٨ / ص٣٩٥.

[٥] المادتان ٢٠١ ، ٢٠٢ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

[٦] المادة ١٩٨ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

[١] وتطبق بشأن عيوب الارادة في الرهن ، القواعد العامة الواردة في القانون المدني بشأن عيوب الارادة وهي الأكراه والغلط والتغرير مع الغبن والاستغلال، لذا نحيل القارئ ، ونكتفي هنا ببيان الأهلية وأحكامها في الرهن التأميني.

الفرع الأول: أهلية الراهن المدين

يعد الرهن من أعمال التصرف وليس من أعمال الادارة ، بالنسبة للراهن المدين ، وأعمال التصرف هي تلك الاعمال التي تمس عناصر رأس المال لا الدخل ، والرهن يمثل تهديداً خطيراً لعنصر من عناصر الذمة المالية ، وإن كان يبقي المال المرهون على ملك المدين الراهن، إلا انه يُعد خطراً يهدد الذمة المالية ، ولا يتمثل هذا الخطر في ان الرهن قد يؤدي الى بيع العقار المرهون المملوك للراهن ، فحسب ، وانما يتمثل في أنه منذ أبرام الرهن فأنه يضعف من فرص الائتمان بالنسبة للمدين في المستقبل ، كما ان سلطات الراهن المدين بوصفه مالكاً للعقار تكون محلاً لبعض القيود مثل الالتزام بسلامة الرهن ، فضلاً عن ذلك،فأن الرهن ينقص من قيمة العقار المرهون نسبياً ، فلا يمكن التصرف فيه بسهولة ، وفي حالة بيع العقار المرهون من قبل الراهن، يتم إنقاص قيمة الثمن بما يساوي قيمة الدين، فرهن العقار يُنقِصْ من قيمته ، ما يسوّغ عدَّه من قبيل التصرف الجزئي فيه[٢].

وهذا ما أيده أيضاً الدكتور سمير تناغو إذ قال " والمعيار الذي نعتقده هو ان كل تصرف في اصل الشيء من اعمال التصرف ، وكل تصرف في ثمار الشيء من اعمال الادارة ، لذا فأن البيع يكون تصرفاً اذا ورد على أصل الشيء ، اما اذا ورد على ثمار الشيء كان من اعمال الأدارة . فالمعيار لا يؤخذ من نوع التصرف ذاته ، وهل هو ناقل أم غير ناقل للملكية او الحقوق العينية الاخرى ، ولكن يؤخذ من محل العقد هل هو الاصل ام الثمار ، وعليه فأن رهن العقار دائماً من اعمال التصرف لأنه وارد على أصل الشيء ، فالرهن الرسمي إذن يُعد دائماً من اعمال التصرف"[١].

ورأي الفقه المتقدم يتفق مع موقف القوانين المدنية بشأن ذلك ، إذ اشارت الى وجوب توافر أهلية التصرف في الرهن عند تنظيم الرهن التأميني. ولم تكتفِ بما ورد في القواعد العامة التي تحدد وجوب توافر الاهلية اللازمة للمتعاقد ، فقد جاء بالمادة (١٣٠٢) من القانون المدني المصري " ..... يجب ان يكون الراهن..... أهلاً للتصرف فيه " والمادة ١٢٨ من قانون الملكية العقارية اللبناني " لايعقد التأمين الرضائي إلا من كان له الأهلية بأن يتصرف بالعقار أو بالحق الذي يخضعه للتأمين " . وكذلك الأمر في القانون المدني الفرنسي فقد جاء في المادة ٢٤١٣ منه " لايمكن الموافقة على الرهن العقاري الاتفاقي إلا من قبل من له أهلية التصرف بالعقارات الذي يلقونه عليها "[٢] بينما القانون المدني العراقي فلم يخص الرهن التأميني بنص خاص يشير الى الأهلية الواجب توافرها في منشيء الراهن ، وانما اكتفى بالقواعد العامة الواردة في انشاء العقد.

وعلى اساس ما تقدم ، يعد الرهن من أعمال التصرف للراهن المدين ، ولكن هل يُعد من التصرفات الضارة ضرراً محضاً أم من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ...للاجابة على ذلك ، نقول ، إذا كان الراهن هو المدين نفسه ، فإن الرهن بالنسبة له عقد بمقابل ، إذ يحصل بمقتضاه على أجل أو يمد أجل الوفاء

---

[٢] د. حسام الدين كامل الاهواني ، الوجيز في التأمينات العينية / بدون مكان طبع وسنة نشر/ ص٣٤-٣٥. د. نبيل ابراهيم سعد / التأمينات العينية والشخصية / الطبعة الاولى / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت – لبنان / ٢٠١٠/ ص٤٩.

[١] في كتابه / التأمينات العينية / بدون مكان طبع ونشر / ٢٠٠٠/ص٦٢-٦٣.

[٢] وفي هذا الصدد يذكر الفقه الفرنسي " لايمكن اعتبار تكوين رهن الحيازة او الرهن العقاري كاعمال ادارة بسبب خطورتها الكبيرة وان نتائجها الضارة لاتظهر في آوانه وانما في المستقبل . جاك مستر عمانوئيل بوتمان ، مارك بيوّ / المطول في القانون المدني/ قانون التأمينات العينية العام/بأشراف جاك غستان / ترجمة منصور القاضي/ ط١/ المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والوزيع /لبنان /٢٠٠٦ / ص٢٩٤.

بالالتزام المترتب في ذمته،لذا يشترط توافر أهلية التصرف ، وعلى وفق ذلك ، ينعقد عقد الرهن صحيحاً نافذاً إذا كان الراهن بالغ سن الرشد[٣] ومتمتعاً بقواه العقلية ، أي غير مصاب بعارض من عوارض الأهلية ، كالسفه والعته والجنون والغفلة.

فاذا كان المدين الراهن صبياً غير مميز أو مجنوناً ،أي عديم التمييز ، وقع رهنه باطلاً ، وإذا كان صبياً مميزاً أو كان بالغاً سن الرشد ولكن سفيهاً او ذو غفلة محجوراً عليه ، أي ناقص التمييز عندها يكون ناقص الأهلية،ويكون عقد الرهن بالنسبة له صحيحاً ولكن موقوف على أجازة وليه أو وصيه أو أجازته نفسه اذا كان صبياً مميزاً بعد بلوغه سن الرشد ، على وفق أحكام القانون المدني العراقي[٤]. اما في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري وقانون الموجبات والعقود اللبناني فأنه يكون قابلاً للأبطال لمصلحة ناقص التمييز[٥].

اما بالنسبة للصبي المأذون بالتجارة الذي يسلم له قسم من امواله للتجارة[١]، فأنه بموجب القواعد القانونية يكتسب أهلية كاملة في ادارة امواله ، وفي القيام بالتصرفات التي تقتضيها هذه الادارة ، لذلك كان هناك رأيان بصدد مدى امكانية رهن امواله ضماناً بالوفاء بالتزاماته الناتجة عن الادارة ، الرأي الأول ، يرى" ان الرهن الصادر منه ضماناً لدين من الديون التي اقتضتها شؤون الادارة ، يُعد رهناً صحيحاً لانه من الثابت ان للقاصر المأذون أن يوفي ديناً ترتب على اعمال ادارته فيجوز رهنه في هذا الدين كذلك ، وقد جاء في كتب الفقه الاسلامي ان الصبي المأذون يجوز رهنه لأن الرهن من باب إيفاء الدين ومتى ملك ذلك ملك الرهن[٢].

اما الرأي الثاني[٣]– وهو ما نؤيده على وفق أحكام القانون المصري – يرى بأن الأذن الممنوح للصبي المميز يتعلق بالسماح بالقيام بأعمال الادارة، كأعمال الصيانة الضرورية لحفظ المال المسلم اليه ، وكذلك الأعمال التي تقتضيها إدارة هذه الأموال كبيع الحاصلات الزراعية وشراء الأسمدة للزراعة والوفاء بالديون واستيفاء الحقوق المترتبة على اعمال الادارة ، لذا لم يكن الأذن متعلقاً بأعمال التصرف كبيع العقار أو رهنه رهناً تأمينياً لصالح دين متعلق بذمة الصغير المميز ....و مايؤيد الرأي هذا بان قانون الولاية على

---

[٣] في القانون المدني الفرنسي سن الرشد هي تمام الثامنة عشرة من العمر على وفق المادة ٤١٤ منه . وهو ذات الحكم في المادة ١٠٦ من القانون المدني العراقي. اما القانون المدني المصري فهو تمام الحادية والعشرين سنة على وفق المادة ٤٤/ الفقرة (٢) منها .

[٤] المادة ٩٧ منه .

[٥] المادة ٢١٦ من قانون الموجبات اللبناني ، المادة ١١١/ ف٢ من القانون المدني المصري والمادة ١/٤١٤ من القانون المدني الفرنسي.

[١] وفق المادة١/٩٨ من القانون المدني العراقي " للولي بترخيص من قبل المحكمة ان يسلم الصغير المميز اذا اكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له ، ويكون الاذن مطلقاً أو مقيداً" والمادة ٩٩ منه اعتبرت الصغير المأذون في التصرفات الداخلية في الاذن بمنزلة البالغ سن الرشد " اما في القانون المدني المصري فجاءت بالاحكام المتقدمة المادة ١١٢ الا انها حددت السن بثمانية عشرة سنة كاملة " اذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم امواله لادارتها او تسلمها بحكم القانون كانت اعمال الادارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون " وهذا ماحددته المادة ٤١٣/ف٢ من القانون المدني الفرنسي اذ جاء فيها " يمكن ان يصبح القاصر مأذوناً له ، ولو لم يكن متزوجاً عندما يبلغ سن السادسة عشرة كاملة . والمادة ٤١٣/ف٦ اعتبرت ان القاصر المأذون له ، كالراشد بكل اعمال الحياة المدنية . اما في القانون اللبناني فالأذن للقاصر غير مقيد ببلوغه سن معينة ، كما انه مقيد بنوع من التصرفات .

[٢] د. شفيق شحاته / مصدر سابق /ص٧٤. ومن الفقه العراقي الاستاذ محمد طه البشير ، د. غني حسون طه / مصدر سابق / ص٣٦٣ ، إستاذنا الاستاذ المساعد شاكر ناصر حيدر / شرح القانون المدني الجديد / الحقوق العينية العقارية /ج٢/ط١/ مطبعة المعارف/ بغداد/١٩٥٣ / ص١٠٧.

[٣] د. السنهور ي / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / الجزء العاشر /منشورات الحلبي / لبنان /٢٠٠٠/ ص٣٣٧ هامش (٢) ، د. احمد سلامة / التأمينات العينية /المطبعة العالمية /القاهرة /١٩٦٢ / ص٦٣ ، د. سمير عبد السيد تناغو / مصدر سابق / ص٦٣ ، د. منصور مصطفى منصور / التأمينات العينية / المطبعة العالمية /القاهرة /١٩٦٣ / ص٢٢، د. رمضان ابو السعود / التأمينات الشخصية والعينية / دار الجامعة الجديدة / مصر / ٢٠٠٨ / ص٢٠٣ ، د. همام محمد محمود / التأمينات العينية والشخصية / دار الجامعة الجديدة / مصر / ٢٠٠٤ / ص٢٤١ هامش (٣) .

المال المصري قد حظرت على الصبي المميز ان يؤجر العقار لمدة تزيد على سنة ، ولايجوز له كذلك ايفاء ديون غير المترتبة على أعمال الادارة المصرح بها ، إلا بأذن خاص من المحكمة[٤].

وهذا يعني أنَّ القانون لم يسمح إلا بأعمال الادارة [١]. في حين يحدد القانون العراقي في قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ في المادة (٣) أولاً ، بانه يُعد من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن المحكمة كامل الأهلية . وكذلك الحكم لو كان مأذوناً على وفق المادة (٩٨) من القانون المدني ،. إلا أن المادة (٩٨) من القانون المدني تجعل الرهن المتعلق بما سلم له في شؤون التجارة من أموال صحيحاً نافذاً، في حين ان المادة (٣) من قانون رعاية القاصرين ،تجعل الرهن صحيحاً بصورة مطلقة وفي كل الحالات ، وهذا لا ينسجم، في نظرنا، مع حالة القاصر ، لانه في هذا العمر لايكون مقدراً لخطورة كافة الاعمال القانونية لذلك نعتقد بضرورة تعديلها بما ينسجم مع القواعد العامة في المادة (٩٨) مدني وبما ينسجم مع احكام المادة (٤٣) من قانون رعاية القاصرين التي جعلت تصرف الولي أو الوصي تصرفاً عقارياً غير صحيح إذا كان دون موافقة دائرة رعاية القاصرين.

اما في القانون المدني الفرنسي ، فأن القاصر يعد مأذوناً بحكم القانون للزواج[٢] وكذلك يمكن ان يتحقق للقاصر عن طريق القضاء ولو لم يكن متزوجاً وذلك عند تمام السادسة عشرة من العمر . من الواضح ان القانون الفرنسي قد أجاز للصبي المأذون قانوناً بحكم الزواج او قضاءً بسبب العـــمر أن يرهن عقاراً من عقاراته ضماناً لدين متعلق بذمته [٣].

الفرع الثاني/ أهلية الراهن الكفيل العيني

الاحكام المتقدمة في الفرع الأول كانت تتعلق بأهلية الراهن اذا كان هو المدين نفسه ، إلا انه قد لايكون الراهن المدين وانما هو كفيل عيني يقدم عقاره رهناً تأمينياً لضمان دين غيره ، فقد جاء في المادة ١٢٨٧ من القانون المدني العراقي " يجوز ان يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز ان يكون كفيلاً عينياً يقدم رهناً تأمينياً لمصلحة المدين " وفي هذه الحالة أي عندما يكون الراهن غير المدين ، يعد المدين والراهن طرفاً واحداً في عقد الرهن . ويقابلها في القانون المصري المادة ١٠٣٢-١ . اما القانون المدني الفرنسي فلا يوجد نص صريح في نطاق الرهن العقاري الاتفاقي يشير الى امكانية ان يقدم شخص آخر غير المدين عقاره ضماناً للوفاء بدين المدين.إلا انه المستقر في نطاق القانون الفرنسي امكانية ذلك استناداً الى قرار شهير لمحكمة النقض الفرنسية في ٢٠٠٥/١٢/٢ ، الذي بموجبه اصبح بالامكان أن يكون الراهن شخصاً آخر غير المدين اذ جاء فيه " التأمين العيني الذي يتم إجراءه من اجل ضمان دين طرف ثالثاً لا يتضمن التزاماً شخصياً لمقدمة يضمن دين الغير وانما يعد ضماناً عينياً"[٤].

---

[٤] المادة ٥٦ من قانون الولاية على المال .

[١] إذ يرى الدكتور همام محمد محمود بشأن ذلك " لايصح ان يسمح للقاصر بمباشرة عمل من اعمال التصرف – على سبيل البيع – يكون اخطر عليه مما سمح له من اعمال الادارة وإلا لكان صحيحاً استناداً للمنطق ذاته للقاصر المأذون بالأدارة بيع عقاره بفرض تسديد ديونه الناتجة عن إدارة امواله ، ويتعين تفسير المقصود بأعمال التصرف التي تقتضيها الادارة تفسيراً معيناً بحيث تنحصر في التصرفات الملحقة بأعمال الادارة كبيع المحصول أو رهنه بغير أن يمتد الى الحق في رهن بقية الاصول الرأسمالية يساندها في ذلك المادة ٥٦ التي تخرج من نطاق أعمال الادارة اعمال التصرف التي يترتب عليها المساس بالأصل الرأسمالي او ترتيب حق عيني عليه " انظر ذلك في المصدر السابق / ص٢٤١ هامش (٣) .

[٢] وفق المادة ١/٤١٣ منه.

[٣] المادة ٦/٤١٣ منه اذ جاء فيها " القاصر المأذون له ، أهل كالراشد ، للقيام بكل اعمال المدنية إلا أن المادة ٤١٣-٨ من القانون المدني الفرنسي تمنع القاصر المأذون له ان يكون تاجراً.

[٤]Cass ch-mixte 2.dec 2005 D.2006 .p.729.

اشار اليه : N.Ronthchersky/les dispositions relatives au droit des sûretes personnells,Dalloz.2006.n° 19,p.1303.

فاذا كان الراهن كفيلاً عينياً ، وهو من يقدم عقاره ضماناً للوفاء بدين غيره ، فهو لايُحمَّل شخصياً بأي التزام تجاه الدائن، فأمواله لاتدخل في الضمان العام للدائن المرتهن ، اذ يقتصر حق الاخير في التنفيذ على العقار المرهون وحده، وبهذا يختلف المدين الراهن عن الكفيل العيني من حيث ان المدين يسأل عن الالتزام المضمون في كافة امواله أي تضمن ذمته المالية الوفاء بديونه ولا يقتصر الضمان على العقار المرهون،اما الكفيل العيني فلا يضمن الالتزام إلا في حدود قيمة العقار المرهون ، لذا لا يكون للكفيل العيني الاحتجاج تجاه الدائن المرتهن بحق الدفع بتجريد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون[١]. لذلك فأن الرهن بالنسبة للراهن اذا كان كفيلاً عينياً ، يعد عملاً تبرعياً، في الاصل ، اذا كان قدم الضمان متبرعاً تدفعه رغبة إسداء خدمة للمدين ، عندها يكون من التصرفات الضارة ضرراً محضاً عندها يلزم أن تتوافر فيه أهلية التبرع، أي يجب ان يكون كامل الأهلية ، اما اذا لم يكن كذلك كان باطلاً بالنسبة اليه سواء كان ناقص الاهلية او عديم الاهلية. إلا ان ذلك لا يعني بالضرورة ان يكون الضمان الذي قدمه الكفيل العيني تبرعاً في العلاقة بينه وبين المدين بالدين المضمون ، فقد يتفق المدين مع الكفيل العيني على ان يكفله الأخير مقابل عوض معين،أي يُقَدمَ الضمان نظير مقابل يحصل عليه الكفيل العيني عن المدين،عندها يكون الرهن من التصرفات الدائرة بين الفع والضرر ويكون رهن الصبي المميز ومَنْ في حكمه قابلاً للأبطال أو موقوفاً ، ولا يكون باطلاً[٢].

المطلب الثاني/أحكام أهلية المرتهن

الدان المرتهن هو الذي يتقرر له حق الرهن التأميني دون ان يلتزم بأي التزام ، لأنَّ حيازة المرهون لم تنتقل اليه وإنما بقيت في يد مالك المرهون ، والمرتهن يمكن ان يكون شخصاً طبيعياً وكذلك يمكن ان يكون شخصاً معنوياً ، كالوقف والدولة والبلديات والمصارف والشركات، ولكن بحدود مايسمح له القانون ، على انه لا يجوز للشخص المعنوي اذا ارتهن عقاراً ان ترسو عليه مزايدة هذا العقار لاستيفاء حقه الا بقدر ما يجوز أن يمتلك الاشخاص المعنوية من العقارات[٣].

ولأنَّ عقد الرهن التأميني عقد ملزم لجانب واحد هو الراهن ، اما المرتهن فلا يلتزم بأي التزام ، لانه يحصل على الرهن كضمان لما قدمه للمدين ، ولم تنتقل اليه حيازة المرهون [٤]، لذا يعد عقد الرهن بالنسبة للمرتهن من الاعمال النافعة نفعاً محضاً ، ومن ثم لا يشترط ان تتوافر لدى المرتهن اهلية التصرف، وانما يكتفي لصحة الرهن توافر أهلية الاغتناء ، فيكتفي ان يكون مميزاً أو في حكمه ، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه[٥]. في حين يرى من جانب آخر من الفقه – وهو ما نؤيده للحجج التي أوردها – ان الرهن بنوعيه – التأميني والحيازي– يعد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بالنسبة للمرتهن وهو حكم الشريعة الاسلامية وهي المصدر التاريخي لأحكام الأهلية في القانون المدني العراقي والمصري، على إن الارتهان

---

[١] انظر في ذلك د. السنهوري / ج١٠/ مصدر سابق / ص٤٢٠.

[٢] د. حسام الدين كامل الاهواني / مصدر سابق /ص٣٣-٣٤.

[٣] فقد جاء في المادة ١٢٨٨ من القانون المدني العراقي مايلي :

(١-يجوز ان يكن المرتهن شخصاً معنوياً كالوقف والمصارف والشركات وذلك كله في حدود القانون .٢- ولايجوز للشخص المعنوي اذا ارتهن عقاراً أن ترسو عليه مزايدة هذا العقار لاستيفاء حقه ، الا بقدر مايجوز ان يمتلك الاشخاص المعنوية من العقارات).

[٤] د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط / جـــ١٠/ مصدر سابق / ص٣٤٠.

[٥] د. عبد الفتاح عبد الباقي/ احكام القانون المدني المصري/التأمينات الشخصية والعينية /مطبعة دار نشر الثقافة /الاسكندرية/١٩٥٠/ص٢٧٩ ،د. منصور مصطفى منصور / مصدر سابق / ص٢٠ ، د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط / جـــ١٠ / مصدر سابق / ص٣٤ ، د. حسام الدين كامل الاهواني / مصدر سابق / ص٣٠ ، د. نبيل ابراهيم / مصدر سابق / ص٥٠ ، الاستاذ محمد طه البشير،د. غني حسون طه / مصدر سابق / ص٣٦٣ ، د. احمد سلامة / مصدر سابق /ص٦٧وكذلك د. رمضان ابو السعود / مصدر سابق /ص٢٠٢.

استيفاء للدين من وجه، ولا يستوفي الدين إلا من توافرت فيه أهلية المعاوضة . وهو ماذهب اليه الدكتور شفيق شحاته[١]،وأيده في ذلك الدكتور سمير عبد السيد تناغو الذي قال بأن هذا الرأي فيه حماية للدائن المرتهن اذا كان ناقص الاهلية ، فقد يقبل رهناً لايعد ضماناً كافياً للوفاء بدينه وكان الدين مثلاً قد نشأ بعقد صحيح أبرمه نائب عن القاصر وأشترط فيه على المدين أن يقدم رهناً لضمانه ، فيقوم القاصر بعقد رهن لايعد ضماناً كافياً[٢].

وفي هذا الصدد ، يذكر الفقه الفرنسي "" من المقبول تقليدياً الى حد كبير عدُّ الرهن العقاري اعمالاً تحفظية (اعمال ادارة) بالنسبة للدائن المرتهن[٣]. اما القاصر المأذون في القانون الفرنسي ، فأنه يستطيع ان يرتهن أي مال ضماناً لدين من الديون التي أقتضتها شؤون الادارة ، ويكون ارتهانه له صحيحاً نافذاً ،لان له أستيفاء حقوقه ، لان استيفاء الحق من اعمال الأدارة التي للصبي المأذون القيام بها دون توقف على أجازة أحد.

المبحث الثالث/احكام الولاية في الرهن التأميني

الولاية غير الاهلية ، فالأهلية صفة تلحق الشخص فتصبح بها أعماله منتجة لآثارها القانونية في حق نفسه ، اما الولاية فهي صفة تصبح معها أعمال الشخص ذات أثر في حق الغير[٤]. وقد تم بيان احكام الأهلية في نطاق الرهن التأميني، أما احكام الولاية فقد نظمت في قوانين خاصة ، ونخصص هذا المبحث لدراسة احكامها في القوانين المتعلقة بها في القانون المصري والعراقي والفرنسي ، وسيكون ذلك في مطلبين الاول لاحكام الولاية القانونية في الرهن التأميني،أما الولاية الاتفاقية في الرهن التأميني فسيكون المطلب الثاني محوراً لها .

المطلب الاول/احكام الولاية القانونية في الرهن التأميني

الولاية من حيث مصدرها قد لاتكون قانونية، كولاية الولي والوصي والقيم، وتختلف الاحكام المنظمة لولاية الولي أو الوصي أو القيم في القوانين محل المقارنة ، وعلى هذا الاساس، سنقسم المطلب الى ثلاثة فروع بحسب هذه القوانين، الاول يخصص لدراسة احكام الولاية القانونية في القانون العراقي، والفرع الثاني لاحكام الولاية القانونية في القانون المصري،اما الفرع الأخير فيخصص لدراستها في القانون الفرنسي .

الفرع الاول/ أحكام الولاية القانونية في القانون العراقي

في القانون العراقي ،أحكام المنظمة للولاية قد وردت في قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ ، وبموجب ذلك، ولي الراهن اذا كان صغيراً هو ابوه ثم المحكمة[١]. ولايجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا اذا كان أهلاً لمباشرة هذا الحق في ماله[٢].ويدخل في هذه الولاية ما يؤول للصغير بطريق التبرع إلا اذا كان قد أشترط المتبرع غير ذلك[٣]. اما الوصي فهو من يختاره الأب لرعاية شؤون ولده الصغير أو الجنين ثم من تنصبه المحكمة على ان تقدم للأم على غيرها على وفق مصلحة الصغير ،فأذا لم

---

[١] د. شفيق شحاته/ مصدر سابق / ص٧٥-٧٦.

[٢] د. سمير عبد السيد تناغو / التأمينات العينية / مصر / ٢٠٠٠/ص٦٣.

[٣] انظر في ذلك جاك مستر وعمانوئيل بوتمان ومارك بيّو / مصدر سابق /ص٢٩٧.

[٤] د. شفيق شحاته / مصدر سابق / ص٧٧.

[١] المادة ٢٧ من قانون رعاية القاصرين.

[٢] المادة ٢٨ من قانون رعاية القاصرين .

[٣] المادة ٢٩ من قانون رعاية القاصرين .

يوجد أحد منهما تكون الوصاية لدائرة رعاية القاصرين حتى تعين المحكمة وصياً[٤]. ويشترط في الوصي ان يكون عاقلاً بالغاً ذا أهلية كاملة قادراً على ممارسة شؤون الوصية [٥]. او تقوم مديرية رعاية القاصرين بأعمال الأدارة المعتادة لأموال المحجور [٦]عند عدم تعيين قيم عليه من قبل المحكمة المختصة وتقوم بالاشراف على القيم في حالة وجوده وفق أحكام هذا القانون[٧].

اما بالنسبة للرهن الصادر من الولي أو الوصي أو القيم بموجب احكام القانون العراقي ، فأن القانون المدني خول الوصي سلطة أضيق من الولي ،ذلك لكون الوصي لاتربطه بالصغير مثل الصلة التي تربط الولي بأبنه أو حفيده ، ولذلك نص على جواز بيع الاب الذي له ولاية على ولده ماله لولده ، وأن يشتري مال ولده لنفسه بدون أذن من المحكمة[٨]. في حين لم يجز ذلك بالنسبة للوصي المنصوب أو القيم المقام من قبل المحكمة ولا للوصي المختار إلا بأذن المحكمة[٩]. وكذلك اجاز للأب أن يرهن رهناً تأمينياً ماله عند ولده الصغير وأن يرتهن مال ولده لنفسه بدين على نفسه وبدين على الصغير بدون إذن المحكمة، في حين لم يجز لغير الأب من الأولياء رهن ماله عند المحجور ، ولا ارتهان مال المحجور لنفسه ، وله بأذن من المحكمة رهنه عند اجنبي بدين على المحجور [١٠]. إلا ان هذه القواعد القانونية قُيِّدت بقانون رعاية القاصرين الذي ساوى بين سلطة الولي والوصي والقيم ، فقد جاء في المادة (٤٣) من هذا القانون إذ جاء فيها " لايجوز للولي أو الوصي او القيم مباشرة التصرفات التالية إلا بموافقة دائرة رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك : أولاً جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية او التبعية او نقله او تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة . ثانياً : التصرف في المنقول أو الحقوق الشخصية أو الاوراق المالية ...." .

ويتضح من هذا النص ، أنَّ المقصود بالتصرفات المذكورة في هذا النص ، يقصد بها جميع التصرفات سواء ما كان نافعاً نفعاً محضاً او الضارة ضرراً محضاً أو الدائرة بين النفع والضرر[١]. فجميع هذه التصرفات لا تكون صحيحة نافذة إلا بموافقة دائرة رعاية القاصرين سواء كان الولي او الوصي او القيم راهناً او مُرتهناً . ومع ذلك ، لابد من الاشارة بأنه هذه الاحكام نظمت وفقاً لقانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ بالنسبة للتصرفات الصادرة من الاولياء والاوصياء المتعلقة بالحقوق الصيغية العقارية . إلا ان هذه التصرفات تبقى محكومة على وفق قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠، كونه القانون اللاحق الخاص الذي نظم كافة التصرفات المتعلقة بالقاصر.

اما اذا كان الولي او الوصي نائباً عن القاصر بوصف الأخير مرتهناً ، فأنه يجوز ارتهان الولي او الوصي نيابة عن القاصر ولكن بموافقة دائرة رعاية القاصرين وفقاً للمادة (٤٣) من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

---

[٤] المادة (٣٤) من قانون رعاية القاصرين .

[٥] المادة (٣٥) من قانون رعاية القاصرين ، وانظر الشروط الاخرى التي حددتها هذه المادة والتي يجب توافرها في الوصي.

[٦] فقد جاء بالمادة (٨٢) من قانون رعاية القاصرين " على المحكمة المختصة عند اصدارها قراراً بالحجر اخبار مديرية رعاية القاصرين المختصة لتثبيت اموال المحجور وفق احكام هذا القانون ".

[٧] المادة (٨٣) من قانون رعاية القاصرين .

[٨] المادة (٥٨٨) من القانون المدني العراقي.

[٩] المادتان ٥٨٩و١/٥٩٠ من القانون المدني العراقي.

[١٠] المادة (١٢٨٩/ف١، ف٢) من القانون المدني العراقي.

[١] الاستاذ مصطفى مجيد / مصدر سابق / ص٤٠٠.

الفرع الثاني/احكام الولاية القانونية في القانون المصري

نكون امام الولاية القانونية في القانون المصري ، عندما يكون من له سلطة الولاية منصب قانوناً، وهو في هذا القانون، والد القاصر او جده، فأذا كان الراهن قاصراً ، يجوز لوالده أن يرهن عقار القاصر دون أذن المحكمة اذا كانت قيمة العقار لاتزيد عن ثلثمائة جنيه ،وبأذنها إن زادات القيمة على ذلك بشرط ان لايكون العقار قد آل الى القاصر عن طريق تبرع الأب له ، فأذا كان كذلك جاز للأب ان يحمله برهن مهما كانت قيمته ودون أذن المحكمة[٢]. اما اذا كان الولي هو الجد فلايجوز له ان يرهن مال القاصر إلا بأذن المحكمة مهما كانت قيمة المال المرهون وأيّا كان المصدر الذي أكسب القاصر ملكيته[٣]. وفي الاحوال كلها ، لايجوز للولي أباً كان هو أو جَدّاً ان يرهن عقار القاصر لضمان دين الولي[٤]. اما الوصي فهو من يختاره الأب على وفق المادة ٢٨ من قانون الولاية على المال[٥]. وأشترطت المادة ٢٧ من هذا القانون أن يكون الوصي عدلاً كفوءً ذا اهلية . وكذلك اشترطت هذه المادة ان يكون غير محكوم عليه بجريمة من الجرائم المخلة بالآداب او الماسة بالشرف، وعدد من الشروط الاخرى التي يجب توافرها في الوصي.

اما بالنسبة لاحكام الرهن الصادر من الوصي والقيم الذي تعينه المحكمة فإنه على وفق قانون الولاية على المال المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، يجوز له رهن اموال القاصر او من تقررت عليه القوامة وذلك بموافقة المحكمة المختصة[١]. اما صلاحية الارتهان للولي او الوصي او القيم في القانون المصري ، فقد يكاد يجمع الفقه على انه يجوز لكل من الوصي او الولي او القيم ان يرتهن عقار الغير نيابة عن القاصر او المحجور عليه ضماناً لدين القاصر او المحجور عليه دون حاجة الى اذن المحكمة ، وذلك لأن الرهن من اعمال الادارة وليس من اعمال التصرف بالنسبة للدائن المرتهن[٢].

الفرع الثاني / احكام الولاية القانونية في القانون الفرنسي

---

[٢] المادتان ٣، ٧ من قانون الولاية على المال المصري ١١٩ لسنة ١٩٥٢ وهذا مأيده حكم محكمة النقض المصرية رقم ٣٦٠ لسنة ٧٠ جلسة ٢٠٠٨/٦/٢ اذ جاء فيه " النص في المادة ١٣ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ يدل على اعفاء الولي من كان القيد الموضوعية او المتعلقة بالادارة بالنسبة للمال الذي آل للقاصر بطريق المتبرع من أبيه فيعفى من اجراءات الحصول على أذن المحكمة " نقلاً عن موقع محكمة النقض المصرية على الانترنت،تاريخ الزيارة ٢٠١٦/٢/٤ .

[٣] المادة (١٥) من قانون الولاية على المال المصري .

[٤] المادة (٦) من قانون الولاية على المال المصري.

[٥] اذ نصت " يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن ويجوز ايضاً للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة (٣) ويشترط ان يثبت الاختيار بورقة رسمية او عرضية مصدق على توقيع الأب او المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بأمضائه. ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية في أي وقت أن يعدلا عن اختيارهما وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها ".

[١] المادة ٣٩ فقرة اولا وثانيا ، من هذا القانون ، وكذلك المادة ٧٨ منه التي أوجبت تطبيق احكام المادة ٣٩ على القوامة فلا يجوز للوصي ان يرهن مال الصغير إلا بأذن المحكمة بموجب المادة (٣٩) اعلاه وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية " وعليه فإن رهن الوصي لمال الصغير دون اذن المحكمة يكون باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة القاصر لتعلقه بأهلية ناقصة أوجب القانون إذن المحكمة لتكملتها . فاذا صدر أذن محكمة الاحوال الشخصية بالموافقة على بيع عقار القاصر اكتملت للعقد شروط صحته وأرتد اثر الاذن الى تاريخ ابرام العقد " طعن رقم ١٠٢٦ لسنة ١٩٩٢ في ١٩٩٢/١/٢٦ نقلا عن موقع محكمة النقض المصرية على الانترنت بتاريخ الزيارة ٢٠١٦/١/٢.

[٢] د. السنهوري / الوسيط / جـ١٠/ مصدر سابق ، د. احمد سلامة /مصدر سابق / ص٦٧ ، د. شفيق شحاته / مصدر سابق /ص٧٩ ، د. منصور مصطفى منصور / مصدر سابق/ ص٢٠،د. سليمان مرقس / مصدر سابق /ص٢٣.

نظم القانون المدني احكام الادارة القانونية والوصاية وتختلف احكام المدين القانون (الولي) عن احكام الوصاية ، ففي القانون المدني الفرنسي يمارس الادارة القانوني[٣]، الوالدين بالاشتراك إذ لهما السلطة الوالدية بالاشتراك [٤]، وتكون الادارة القانونية تخص السلطة عندما يمارس الوالدين بالاشتراك السلطة الوالدية[٥]، ويمكن ان تمارس من جانب واحد او قد يحرم احدهما من ممارستها أو وفاة احد الوالدين عندها توضع الادارة القانونية تحت رقابة قاضي الوصاية[٦]. ويمثل الدين القانوني القاصر في كل الحالات المدنية ، ماعدا الحالات التي يرخص فيها القانون للقاصرين بالتصرف بأنفسهم[٧]. اما عند وفاة الأب والأم كليهما ، أو أصبحا محرومين من ممارسة السلطة الوالدية ، نكون امام الوصاية[٨]. اذ يعين الوصي[٩]،لشخص القاصر ويمثله في جميع اعمال الحياة المدنية، ماعدا الحالات التي يرخص فيها القانون او العرف للقاصر بالقيام بنفسه[١٠] .

اما بالنسبة للوصي،فلا يجوز له اجراء الرهن العقاري إلا بأذن مجلس العائلة وهذا ما جاءت بهالمادة ٥٠٥ منه[١١] " لايمكن للوصي ، دون ترخيص من مجلس العائلة ،او في حالة عدم وجوده من القاضي ، أن يقوم بأعمال تصرف بأسم الشخص المحمي "، وعلى هذا فأن الرهن من اعمال التصرف التي يجب أخذ موافقة مجلس العائلة لكي يكون الرهن الصادر من الوصي صحيحاً. وبموجب هذا التحديد يكون الرهن الصادر من الوصي نيابة عن القاصر لا يكون صحيحاً إلا بموافقة مجلس العائلة ، له أثر في القواعد القانونية المتعلقة بصلاحية المدير القانوني (الولي) لاصدار الرهن العقاري نيابة عن القاصر ، فالمادة ٥/٣٨٩ من القانون المدني الفرنسي ،جعلت الرهن الصادر من المدير القانوني في الادارة القانونية المحض بسيطة صحيحاً اذا تم بأتفاق الوالدان معاً بالأعمال التي لايمكن للوصي القيام بها إلا بترخيص من مجلس العائلة ، ومنها الرهن لانها تحتاج الى الترخيص بموجب المادة ٥٠٥ من هذا القانون الواردة أعلاه ، وفي حالة غياب الاتفاق بين الوالدين، يجب أن يرخص بالعمل من قبل قاضي الوصاية [١]، وبما ان الادارة القانونية هنا لم تخضع للرقابة القضاء ،إذ يكفي الاتفاق بين المديران القانونيان ،الأب والأم ،لصحة الرهن الصادر نيابة عن القاصر، إلا إن جاءت به هذه المادة (٥/٣٨٩) في الفقرة الثالثة منها[٢]، جعل التساؤل يثار في الفقه الفرنسي، عن ان الرهن العقاري الذي يعقد نيابة عن القاصر، يماثل في الحكم بيع مال القاصر بالتراضي ، او القرض الذي يتعاقد عليه باسم القاصر ، او قسمة الاموال الشائعة الرضائية او القضائية لبتي يكون للقاصر حصة شائعة في هذه الاموال ، بمعنى هل يشترط في الرهن العقاري الذي يجريه المدير القانوني نيابة عن القاصر

---

[٣] الولاية على القاصر.

[٤] المادة ٣٨٩ منه.

[٥] المادة ١/٣٨٩ منه .

[٦] المادة ٢/٣٨٩ منه.

[٧] المادة ٣/٣٨٩ منه.

[٨] المادة ٣٩٠ منه.

[٩] يعين وفقاً للمواد ٤٠٣، ٤٠٥ من القانون المدني الفرنسي.

[١٠] المادة ٤٠٧ منه.

[١١] جاءت هذه المادة بموجب القانون ٣٠٨/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٣/٥. وقد تم تحديد مفهوم الوصي والوصاية في القانون المدني الفرنسي في المبحث الأول من هذا البحث.

[١] المادة ٥/٣٨٩ الفقرة (١) من القانون المدني الفرنسي.

[٢] اذ جاء فيها " لايمكن للوالدين ، حتى بأتفاقها معاً ،ان يبيعا بالتراضي ولا ان يُقدِّما عقاراً لشركة أو محلا تجارياً عائداً للقاصر ، ولا ان يعقد قرضا باسمه ، ولا أن يتنازلا عن حق له دون ترخيص من قبل قاضي الوصاية ، ان الترخيص عنه مفروض للقسمة الودية وحالة التصفية يجب ان يقرها قاضي الوصاية ".

الراهن موافقة قاضي الوصاية كما هو في هذه التصرفات التي جاءت بها الفقرة (٣) من المادة ٥/٣٨٩ من القانون الفرنسي ، إذْ ذهب بعض من الفقه الفرنسي الى ذلك ، أي الى اشتراط موافقة القاضي على ابرام العقد من قبل المدير القانوني نيابة عن القاصر[٣]. على ان الرأي الراجح في الفقه الفرنسي[٤]،يرى بأن الرهن الذي يعقد عن طريق المدير القانوني في الادارة القانونية المحضة بسيطة[٥]، عمل من اعمال التصرف يكون صحيحاً عندما يتم بأتفاق الوالدان يكون دون حاجة الى موافقة قاضي الوصاية[٦]. وذلك لثلاثة اسباب أشار اليها هذا الفقه، وهي : اولاً ان ماورد في المادة ٥/٣٨٩ من الفقرة الثالثة منها من اعمال محددة، ولم يرد الرهن من ضمنها، فهذه المادة هي نص قانوني استثنائي ،لانه لايمكن قياس التأمين العيني على البيع أو القرض بأعتباره وجد ضماناً لوفاء القاصر بالالتزامات الناشئة عن البيع والقرض، والسبب الثاني :أن الخلاف بشأن ذلك والقول بوجوب الحصول على موافقة قاضي الوصاية على اجراء الرهن العقاري نيابة عن القاصر، ليس له اثر عملي كبير، اكثر مما هو قانوني بحت ،لأن قاضي الوصاية سيراقب عموماً منح ضمانات اعتماد في مناسبة القروض التي تتطلب إذنه ، فمنذ اللحظة التي يتعاقد فيها الوالدان على قرض يضمنه تأمين يخضعان العملين ،أي القرض والتأمين ،لأذن قاضي الوصاية ، واذا تم ابرام القرض بشرط تقديم لاحق للتأمين فمن البديهي أن تعود الى القاضي رقابة هذا الشرط ، ولاشك ان التأمينات هي اعمال تصرف وهذه الاعمال على وفق الفقرة الاولى من المادة ٥/٣٨٩ ، لا تحتاج الى أذن القاضي، مادامت خاضعة لـــ " الاعمال التي يقوم بها الوصي بأذن مجلس العائلة" .

أما ماجاءت به الفقرة الثالثة فهو تعداد لبعض تكوينات التأمين العيني ، وليس جميعها ، ومنها البيع بالتراضي ، الذي أوجبت حصوله موفقة قاضي الوصاية لأنه أخطر من الأثر المترتب على التأمين العيني وهو البيع بالمزاد (البيع القسري) الذي تتبع فيه الاجراءات القانونية التي توفر الحماية الكافية للراهن عند بيع أمواله بالمزاد. أما السبب الثالث الذي أشار اليها الفقه هو ندرة النزاعات القضائية حول ذلك الموضوع، وهذه الندرة قد تَرجَعْ الى ان إذن القاضي ، قد تم طلبه أنطلاقاً من المبدأ " من يملك الاكثر يملك الأقل" بأعتبار ان القاضي يملك الأذن في البيع والقرض الذي يكون عادة التأمين ضماناً للوفاء به ، لذلك يكون الأذن حاضراً بالبيع والتأمين الضامن له ، وأما ان ترجع ندرة النزاعات القضائية الى ان الدائن يفضل كفالة القرض من والدي القاصر مما يزيل المشكلة ، وقد يرغب بكفالة عينية من الغير التمتع بالأهلية الكاملة أفضل من الرهن العقاري لأموال القاصر نفسه .

مما تقدم ذكر من خلاف فقهي ، كان بشأن الادارة القانونية بلا شرط ، أي الادارة القانونية المشتركة للوالدين، أما بالنسبة للمدير في الادارة القانونية برقابة قضائية [١] ،فأنه لاخلاف فيها ، لأن الرهن لايكون

---

[٣] M.Dogot ,Les Sûretés et la publicité fonciére /P.U.F.1981. p.339.

نقلا عن جاك ميز ،عمانوئيل بوتمان ،مارك بيّو / مصدر سابق /ص٣١٣.

[٤] انظر تفصيل هذه الاراء في :جاك مستر ،عمانوئيل بوتمان ، مارك بيّو / مصدر سابق /ص٣١٣ .وكذلك الرأي الذي أشار اليه في هذا المكان للفقيه الفرنسي A.well في كتابه:

Les Sûretés,La publicité fonciére .Dalloz ,1979, n° 294.

[٥] أي التي يمارس الوالدين بالاشتراك السلطة القانونية فهما مديران قانونيان انظر ٣٨٩ ، ١/٣٨٩ من القانون المدني الفرنسي.

[٦] حسب ما جاء في المادة ٥/٣٨٩ الفقرة الاولى منها " في الادارة القانونية المحضة بسيطة يقوم الوالدان معاً بالاعمال التي لايمكن للوصي القيام بها إلا بترخيص من مجلس العائلة".

[١] يقصد بها وفقا للمادة ٢/٣٨٩ من القانون المدني الفرنسي الادارة التي توضع تحت رقابة قاضي الوصاية عندما يتوفى احد الوالدين او يصبح محروماً من ممارسة السلطة الوالدية وكذلك عند الممارسة من جانب واحد للسلطة الوالدية.

صحيحاً اذا لم يكن صادراً بموجب موافقة من قاضي الوصاية عليه ، وهذا صريح المادة (٦/٣٨٩ / الفقرة الاولى من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها " في الادارة القانونية تحت الرقابة القضائية ينبغي على المدير ان يستحصل على ترخيص من قاضي الوصاية للقيام بالأعمال التي لايمكن للوصي أن يقوم بها إلا بترخيص[٢].

اما اذا كان الولي او الوصي نائباً عن القاصر بوصف الأخير كفيلاً عينياً يقدم عقاراً ضماناً للوفاء بدين لايترتب في ذمة القاصر ، وانما في ذمة غيره ، فلا يجوز للوصي اجراءه حتى لو كان مرخصاً بذلك وهو ماجاءت به المادة ٥٠٩ من القانون المدني الفرنسي " لايمكن للوصي ،بالرغم من الترخيص ١. القيام بأعمال تؤدي الى تصرف بلا عوض بأموال او حقوق الشخص المحمي ... كالابراء من الدين .... فك الرهن العقاري او الضمانة دون مقابل ".

من جهة أخرى ، اذا كان الولي او الوصي نائباً عن القاصر بوصف الأخير دائناً مرتهناً ، فأنه يمكن للولي أو الوصي ابرام الرهن نيابة عنه دون حاجة للترخيص بذلك ، لان الارتهان يحقق فائدة محضة للقاصر ، وهذا ما اتجه اليه الفقه الفرنسي "من المقبول أن يشكل التسجيل او التجديد في حدود الرهن العقاري اعمالاً تحفظية ،بأمكان الممثل القانوني لعديم الاهلية أو ناقصها اتمام العمل بسبب الخطر الذي تتعرض له ذمة الدائن المالية اذا لم يتم هذا الأنجاز، ويخشى في حال غياب هذه الاعمال ، أنْ يخسر حقه في التفضيل أو في التتبع أو اذا تدخلت الاعمال بعد فوات الأوان أن لا يعود في وسعه القيام بالتسجيل الذي يتوقف سريانه أو يتفوق عليه دائنون آخرون "[٣].

المطلب الثاني/أحكام الولاية الاتفاقية في نطاق الرهن التأميني

اذا كانت السلطة التي تمنح للنائب يحددها الاتفاق ، فعندها نكون أمام الولاية الاتفاقية ، والتي تجد صورتها في الوكالة ، بين الوكيل والموكل[١]. ولدراسة هذا الموضوع ، سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع ،الاول : أحكام الولاية الاتفاقية في القانون العراقي ، وفي الفرع الثاني : أحكام الولاية الاتفاقية في القانون المصري وفي الفرع الثالث احكام الولاية الاتفاقية في القانون المصري.

الفرع الاول/ احكام الولاية الاتفاقية في القانون العراقي

ان موقف القانون المدني العراقي بشأن الوكالة الصادرة من الراهن في رهن عقار الموكل ، فأن المادة (٥٢/الفقرة الثانية) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، جاءت ببيان ذلك ، اذ جاء فيها " الوكالة العامة المطلقة لاتخول الوكيل العام بغير تفويض خاص الاقرار بحق ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم ولا البيع أو الرهن أو الاجارة أو غير ذلك من عقود المعاوضة ولا القبض ولا التبرع ....ولا أي تصرف يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً"وعلى هذا ، فأن الوكالة العامة لا تخول الوكيل رهن عقار الموكل رهناً تأمينياً ، فلابد من تفويض خاص بذلك أو بعبارة أوضح لابد من وكالة خاصة بالرهن[٢].وكذلك اكد

---

[٢] وهذا ماقضت به محكمة النقض الفرنسية في قرار لها ، إذ جاء فيها " يمكن للمدير المرتهن ، بترخيص من قاضي الوصاية أن يقوم بأعمال التصرف ، ولاسيما اثقال عقارات القاصر بحقوق عينية ، عندما تكون هذه الاعمال متوافقة مع مصلحة القاصر " نقض مدني / الغرفة المدنية الاولى / في ١٩٩٧/١٢/٢ / النشرة المدنية الاولى / رقم ٣٤٣ /ص١٨٩ نقلاً عن مجموعة دالوز للاجتهاد ٢٠٠٩ بالعربية / تعليقاً على المادة ٦/٣٨٩ /ص٥٢٦.

[٣] جاك مستر ،عمانؤيل بوتمان ، مارك بيّو / بأشراف جاك غستان / مصدر سابق / ص٢٩٧-٢٩٨.

[١] انظر في مفهوم الوكالة في المبحث الاول من هذا البحث.

[٢] الاستاذ محمد طه البشير ، د. غني حسون طه / مصدر سابق /ص٣٧٠-٣٧١.

قانون التسجيل العقاري في المادة ١٩٧على ذكر نوع التصرف في الوكالة بالرهن[٣]. ويُعد النصان الواردان في القانونين المشار اليهما مخصصين للاطلاق الوارد من ظاهر المادة ٩٣١ من القانون المدني العراقي[٤]. وهذا يعني ان اذا اشتملت الوكالة على الفاظ عامة ، ولم يرد فيها نص يعين التصرف الذي خول به الوكيل فلا يمكن قبول رهنه الذي لم يعين في الوكالة ، لان التصرفات العقارية تستوجب أن تكون النيابة فيها نيابة خاصة لخطورتها ، لاسيما في الرهن الذي يعد من اعمال التصرف ، إذ يجب تحديد العقار الذي تقع عليه عليه الرهن في الوكالة[٥].

كل ماتقدم كان بشأن الوكيل عن الراهن ، اما بالنسبة للوكالة الصادرة بشأن الارتهان ، أي يكون الوكيل نائب عن المرتهن ، فأن الرأي الراجح في الفقه يرى ان الوكيل يستطيع ان يرتهن نيابة عن الموكل (الدائن المرتهن)عن طريق الوكالة العامة،وهناك اتجاهان في تسويغ اجازة الرهن عن المرتهن بوكالة عامة ، فمن الفقهاء من يُسوغ ذلك على اساس كون الرهن عملاً نافعاً نفعاً محضاً للدائن المرتهن فإذا كان الاخير قاصراً مميزاً أو محجوراً عليه لسفه أو لغفلة فأنه يجوز له ان يصدر توكيلاً عاماً للغير بالارتهان [٦].

في حين يرى قسم آخر من الفقهاء اجازة الرهن نيابة عن المرتهن بوكالة عامة على اساس كون الرهن بالنسبة للمرتهن من اعمال الادارة وليس من اعمال التصرف ، ومن المعروف بأن اعمال الادارة تدخل في نطاق الوكالة العامة، ولم يَعد هؤلاء الفقهاء أعمال الادارة قاصرة على الاعمال النافعة نفعاً محضاً ، اذا أعُتبَّر الرهن بالنسبة للمرتهن عملاً من اعمال الادارة ، ولكن يعد دائراً بين النفع والضرر كما هو بالنسبة للراهن إلا انه بالنسبة للأخير يعد من اعمال التصرف ، إذ ذكر هؤلاء " ان الوكيل العام يستطيع القيام بكافة اعمال الادارة ،واعمال الادارة في باب الوكالة تشمل استيفاء الحقوق(المادة ٧٠١/ف٢) ،ولما كان الارتهان نوع استيفاء للحق ، فأنه يدخل في سلطة الوكيل العام ، ومن ثم يمكن القول بأن الوكالة من جانب الدائن المرتهن لايلزم فيها أن تكون خاصة "[١].

ولم نجد، حسب علمنا ، في الفقه القانوني من يرى وجوب توافر الوكالة الخاصة ، في الوكالة عن المرتهن، سوى رأي الاستاذ محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه في مؤلفهما الحقوق العينية ، اذ جاء فيه " اما المرتهن فيستطيع كذلك ان يعقد الرهن عن طريق الوكالة ويشرط في الوكالة هنا ايضاً ان تكون خاصة. ولانؤيد هذا الرأي ، ونرى بأن الاجماع يكاد يكون منعقداً حول تطلب الوكالة العامة في الارتهان لان الارتهان من اعمال الادارة وهذه لاتتطلب الوكالة الخاصة .

الفرع الثاني/ أحكام الولاية الاتفاقية في القانون المصري

اذا كان من له الولاية هو وكيل يفوض له المدين الراهن رهن عقاره ، فالرهن هنا يعتبر من أعمال التصرف لا من اعمال الادارة،وعلى هذا يجب ان يصدر من المدين الراهن توكيل خاص ولايكفي التوكيل العام .

---

[٣] التي نصت على " لايجوز اجراء التصرفات العقارية وكالة ما لم ينص على نوع التصرف صراحة بصورة مطلقة أو مقيدة في الوكالة ".

[٤] التي نصت على " يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به وتعميمها بتعميمه ، فمن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق هو له وبالخصومة في كل حق له صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم ".

[٥] الاستاذ مصطفى مجيد / مصدر سابق/ ص٤٠٧.

[٦] د. احمد سلامة / مصدر سابق / ص٦٧-٦٨ ، د. رمضان ابو السعود / مصدر سابق / ص٢٥٤ ، د. السنهوري / الوسيط /جـ١٠ / مصدر سابق /ص٣٤٤ ، د. حسام الدين كامل الاهواني / مصدر سابق / ص٢٩ ، القاضي حسين عبد اللطيف / التأمينات العينية/لبنان / ص٤٠١.

[١] د. شفيق شحاته / مصدر سابق /ص٨١ ، د. نبيل ابراهيم سعد / مصدر سابق /ص٩٢-٩٣.

واحكام ذلك في القانون المصري حددتها المادة ٧٠٢ بفقرتيها من القانون المدني المصري " ١- لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الادارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات .....٢- والوكالة الخاصة في نوع من الاعمال القانونية يصح ولو لم يعين كل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا اذا كان العمل من التبرعات " وهذا يعني انه في حالة إذا وكل شخصاً آخر برهن عقاراته دون ان يحدد عقاراً محدداً بذاته ، جاز للوكيل أنْ يرَهنْ أي عقار رهناً رسمياً ، ويكون رهناً صحيحاً[٢]،إلا ان هذه الصحة في هذه الحالة ، تتأثر عند قسم من الفقه القانوني أي ان عدم التحديد للعقار المرهون يؤدي الى بطلان الوكالة [٣]، وذلك وفقاً لرأيهم استناداً الى المادة ٧٠٠ من القانون المدني المصري التي نصت" يجب ان يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك " حيث يرون بأن الشكل الرسمي المطلوب توافره في التوكيل برهن العقار يجب ان لايقتصر على الرسمية وانما يجب ان يشتمل ايضا على التخصيص ، أي يجب ان تتضمن الوكالة البيانات التي يتخصص بها الرهن[٤]،بمعنى أن وجوب التخصيص يعد أحد متطلبات الشكل المطلوب للوكالة بأجراء الرهن وليس بأعتبارها وكالة خاصة أي تطلب التخصيص يكون وفقاً للمادة ٧٠٠ وليس على وفق الفقرة ٢ من المادة ٧٠٢، وقد ذكر بعض الفقهاء ذلك" لا يعترض على ذلك بأن المادة ٧٠٢ /٢ تنص على ان الوكالة الخاصة نوع معين من انواع الاعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص، إلا اذا كان العمل من التبرعات ، ومفهوم ان الرهن ليس تبرعاً ، ذلك ان وجوب تخصيص الوكالة في الرهن ليس مرده الى انها وكالة خاصة بل لانها وكالة بالقيام بتصرف شكلي"[١].في حين يرى آخر من الفقهاء [٢] بان الشكلية المقصودة توافرها في التوكيل عن اجراء الرهن على وفق هذه المادة هو اجراء عقد الوكالة بالشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون دون ان يعني وجوب تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون والدين المضمون ، وهذا يعني ان يكفي صدور وكالة خاصة بالرهن ولايشترط تعيين محل الرهن على سبيل التحديد، لان التعيين سيتم في عقد الرهن نفسه عندها يجب تعيين العقار المرهون مع الدين المضمون بالرهن ،فالمشرع لم يستلزم في الوكالة بالرهن ان يحدد فيها موضوع التصرف إلا بالنسبة للتبرعات بوصفها أعمالاً قانونية تؤدي الى افتقار الأصيل بلا مقابل[٣].

الفرع الثالث/ احكام الولاية الاتفاقية في القانون الفرنسي

والاحكام المتقدمة في القانونين العراقي والمصري هي ذاتها في القانون المدني الفرنسي ، فاذا كان الشخص قد وكل آخر برهن العقار العائد له رهناً ، فتوكيل الراهن يجب ان تتبع فيه الاجراءات الشكلية ،اذ يمكن اعطاء الوكالة من أجل رهن عقاري ولكن لاتنتج الوكالة آثارها إلا اذا كانت محددة لنوع التصرف

---

[٢] الدكتور السنهوري / الوسيط / جـ١٠/ص٣٤٣.

[٣] د. سمير تناغو / مصدر سابق /ص٢٦ ، د. شفيق شحاته / مصدر سابق / ص٨١، د. احمد سلامة / مصدر سابق /ص٦٥.

[٤] المادة ١٠٣٥ من القانون المدني المصري.

[١] د. سليمان مرقس / مصدر سابق / ص٣٣-٣٤، د. احمد سلامة / مصدر سابق / ص٦٥ هامش (٤).

[٢] د. حسام الدين الاهواني / مصدر سابق / ص٤٣ ، د. السنهوري / الوسيط / جـ١٠/ مصدر سابق / ص٣٤٣ ، د. شمس الدين الوكيل / مصدر سابق / ص١٧٥-١٧٦.، د. رمضان ابو السعود / مصدر سابق / ص٢٥٤.د. همام محمد محمود زهران / مصدر سابق /ص٢٠٥-٢٠٦.

[٣] وفي هذا الشأن قررت المذكرة الايضاحية المشروع القانون المدني المصري / جـ٥ /١٩٥٠ " تدرج الاعمال في الخطورة يتمشى معه تدرج الوكالة في التخصيص ، فما كان من الاعمال محدود الخطورة كأعمال الادارة تكفي فيها الوكالة العامة ، فأذا زادت خطورة العمل ، كما في اعمال التصرف وملحقاتها وجب تخصيص الوكالة في نوع العمل القانوني حتى اذا وصلت الخطورة الى الذروة كما في اعمال التبرع وجب ان تخصص الوكالة في نوع العمل القانوني وفي محله " نقلاً عن د. شمس الدين الوكيل / مصدر سابق /ص١٧٦ هامش (١) .

وموقفه امام الكاتب العدل ، وهذا ما أشارت اليه المادة ١٩٨٨ من القانون المدني الفرنسي ،إذ نصت على انه " ان الوكالة المحررة بعبارات عامة لا تتناول سوى أعمال الادارة ، اذ تعلق الأمر بنقل الملكية او الرهن العقار أو اجراء أَيْ عقد تمليك ، وجب أن تكون الوكالة صريحة " وهذا ما اكده الاجتهاد القضائي في عدة قرارات أصدرتها محكمة النقض،بأن مصير عدم تحديد نوع التصرف وعدم توثيق الوكالة امام الكاتب العدل سيكون البطلان[٤].

وموقف القوانين المتقدم في الفرع أعلاه بشأن توكيل الراهن بإجراء الرهن لا يختلف بين ما إذا كان الراهن هو المدين نفسه أم كان كفيلاً عينياً ، إذ ينطبق الحكم ذاته على التوكيل بالرهن الصادر من الكفيل العيني،وعندها يتطلب الرسمية والتخصيص في الوكالة إذا كان الكفيل العيني (الموكل) متبرعاً في تقديم الرهن ضماناً للوفاء بدين المدين.

إذ لايُثارُ هذا الاعتراض الذي أثر في الفقه القانوني المصري بمناسبة الوكالة عن الراهن المدين من حيث تخصيص الوكالة، فالمادة (٢/٧٠) صريحة في أن بالنسبة للتبرعات يجب ان يعين محل العمل على وجه التخصيص، أما إذا كان الكفيل العيني يبغي من وراء ذلك مقابلاً فأنه ينشأ الخلاف في الفقه القانوني المصري بشأن ذلك يتطلب الرسمية فقط دون التخصيص على وفق المادة (٧٠٢/ف٢) من المادة بوصف الرهن عمل من أعمال المعاوضة،ام يتطلب الشكلية بشقيها الرســمية وتخصيص الرهن على وفق المادة ٧٠٠ وذلك لأن الوكالة هنا عن تصرف شكلي هو الرهن[٥].

الخاتمة

بعد دراسة أحكام الاهلية والولاية في نطاق عقد الرهن التأميني، في التشريعات محل المقارنة ، وهي القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي ، المتعلقة ببيان أهلية الراهن سواء كان مديناً أم كفيلاً عينياً وأهلية الدائن المرتهن والولاية سواء كانت قانونية أم أتفاقية تبين لنا مايأتي:

١- أن أحكام الأهلية قد نُظمتْ في القانون المدني في جميع القوانين محل المقارنة ، بعكس الولاية فان احكامها تناثرت بين القانون المدني وقوانين خاصة في كل من القانونين العراقي والمصري في حينا نُظمَتْ أنظمة الولاية في القانون المدني الفرنسي.

٢-رأينا بأن المشرع العراقي كان موفقاً في إخضاع إبرام الولي أو الوصي لعقد الرهن التأميني نيابة عن القاصر لموافقة دائرة رعاية القاصرين ، إذ لايمكن للولي أو الوصي ابرام العقد دون هذه الموافقة ، كون هذه الدائرة ذات معرفة بشؤون القاصر ومصالحه ، فأحكام المشرع العراقي هذه قد خففت الأعباء عن المحاكم ، بينما في نطاق التشريعيين المصري والفرنسي فأن هذه الصلاحية من مهام المحكمة المختصة .

٣- نعتقد بأن قانون رعاية القاصرين في العراق رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ قد أضاف حكماً في المادة (٣/ أ) منه، يتعارض مع الهدف من وضع هذا القانون وهو توفير أقصى درجات الحماية الممكنة للقاصر من النواحي الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتربوية ، والمحافظة على اموال القاصر وادارتها بما لا يلحق به ضراً ، لأن المشرع في هذه المادة قد عدَّ الصغير الذي أكمل الخامسة عشرة من عمره، وتزوج بأذن المحكمة كامل الأهلية ، وهذا يعني ان كل التصرفات الناقلة للملكية وغيرها ، وكذلك أي تصرف يرتب حقاً

---

[٤] انظر اتجاه محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد في/ جاك مستر،عمانؤيل بوتمان،مارك بيّو / بأشراف الفقيه جاك غستان / قانون التأمينات العينية الخاص / ترجمة منصور القاضي /المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع / لبنان /٢٠٠٩ /ص٧٣٥ هامش ١، ٢، ٣، ٤.

[٥] انظر ص ( ) من الدراسة .

عينياً تبعياً كالرهن التأميني مثلاً ، يعد صحيحاً نافذاً حتى لو كان وارداً على عقار، مادام المتصرف يعد كامل الأهلية ، بينما من المعلوم أن الصغير في هذا العمر يمكن أن يتصرف في امواله وهو لايقدر نتائج عمله ، وخاصة في مجال التصرفات التي من شأنها انشاء حق عيني أصلي أو تبعي أو نقله أو زواله ، فهذه التصرفات قد تلحق بالصغير ضرراً جسيماً ، بدليل ان المشرع في المادة (٤٣/ أولا) من قانون رعاية القاصرين قد عدَّ تصرف الولي أو الوصي بمثل هذه التصرفات باطلاً دون موافقة ادارة رعاية القاصرين ، ولذلك نرى تناقض بين حكمة المشرع في المادتين (٤٣/ أولا) و (٣/ أ) ، وكان يمكن ان يعدل النص الوارد في المادة (٣/ أ) المتعلق بعدَّ الصغير المتزوج بأذن المحكمة كامل الأهلية بما ينسجم ولا يتعارض مع حكمة المشرع في وضع المادة (٩٨) من القانون المدني العراقي.

المصادر

اولاً : الكتب القانونية

د. احمد سلامة ، التأمينات العينية / المطبعة العالمية /القاهرة /١٩٦٢

د. حسام الدين كامل الاهواني ، الوجيز في التأمينات العينية / بدون مكان طبع وسنة نشر/ ص٣٤-٣٥. د. نبيل ابراهيم سعد / التأمينات العينية والشخصية / الطبعة الاولى / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت – لبنان / ٢٠١٠/ ص٤٩.

القاضي حسين عبد اللطيف / التأمينات العينية / لبنان / بدون مكان نشر وسنة طبع .

د. رمضان ابو السعود / التأمينات الشخصية والعينية / دار الجامعة الجديدة /مصر /٢٠٠٨.

د. سمير عبد السيد تناغو / التأمينات العينية / بدون مكان طبع ونشر /٢٠٠٠.

الاستاذ المساعد شاكر ناصر حيدر / شرح القانون المدني الجديد / الحقوق العينية العقارية / ج٢/ ط١/ مطبعة المعارف / بغداد/١٩٥٣.

د. شفيق شحاته / النظرية العامة للتأمين العيني / الطبعة الثانية / المطبعة العالمية / القاهرة /١٩٥٥.

الاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ المساعد علي محمد بدير والمدرس زهير البشير / المدخل لدراسة القانون/ طبع بمطابع دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل /١٩٨٠.

د.عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / المجلد الاول / الجزء الاول / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت – لبنان / ٢٠٠٠.

د. عبد الرزاق السنهور ي / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / الجزء العاشر /منشورات الحلبي الحقوقية/ بيروت –لبنان /٢٠٠٠.

د. عبد الفتاح عبد الباقي/ احكام القانون المدني المصري/التأمينات الشخصية والعينية /مطبعة دار نشر الثقافة /الاسكندرية/١٩٥٠.

د. عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني / الجزء الاول / مصادر الالتزام / مطبعة نديم / بغداد / ١٩٧٧ .

الاستاذ المساعد محمد طه البشير ، د. غني حسون طه / الحقوق العينية – الجزء الثاني / طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي /١٩٨٢.

الاستاذ مصطفى مجيد / شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ / الجزء الثاني / الناشر العاتك لصناعة الكتاب / القاهرة / توزيع المكتبة القانونية / بغداد / ٢٠٠٨.

د. منصور مصطفى منصور / التأمينات العينية / المطبعة العالمية /القاهرة /١٩٦٣.

د. نبيل ابراهيم سعد/ التأمينات العينية والشخصية/الطبعة الاولى/منشورات الحلبي الحقوقية/بيروت– لبنان/ ٢٠١٠.

د. همام محمد محمود / التأمينات العينية والشخصية / دار الجامعة الجديدة / مصر / ٢٠٠٤ .

ثانياً: أطاريح الدكتوراه

– د. ردينة محمد رضا مجيد في اطروحتها للدكتوراه الولاية على المال / دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون / مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد / ٢٠٠٧.

ثالثاً الكتب الفرنسية المترجمة

جاك ميز عمانوئيل بوتمان ، مارك بيوّ / المطول في القانون المدني/ قانون التأمينات العينية العام/بأشراف جاك غستان / ترجمة منصور القاضي/ ط١/ المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والوزيع /لبنان /٢٠٠٦.

جاك مستر،عمانؤيل بوتمان،مارك بيّو / بأشراف الفقيه جاك غستان / قانون التأمينات العينية الخاص / ترجمة منصور القاضي /المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع / لبنان /٢٠٠٩.

رابعاً: الكتب الاجنبية

M.Dogot ,Les Sûretés et la publicité fonciére /P.U.F.1981.

N.Ronthchersky/les dispositions relatives au droit des sûretes personnells,Dalloz.2006.n^{o} 19,

خامساً: القوانين

١–القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٢–القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٣–قانون التسجيل العقاري في العراق رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

٤–قانون رعاية القاصرين في العراق رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

٥–قانون الولاية على المال المصري ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

٦–القانون المدني الفرنسي.