رهن الاسهم في الشركات التجارية

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها

عقيل مجيد كاظم السعدي

الى مجلس كلية القانون - جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

باشــراف

الاستاذ المســاعــد

الدكتور عباس مرزوك فليح العبيدي

1426 هـ **2005 م**

بِسْمِ اللهِ

الرحمن الرحيم

كُل نَفسٍ بِمَا كَسَبتْ رَهِينَةٌ

صدق الله العظيم

سورة المُدثر الآية 38

الإهداء

الى من وعدني بالحضور

00

فوعده الله بالشهادة 000

الى روح أخي

وحبيبي 0000 **احمد**

اهدي جهدي

المتواضع

إقـــــرار المشـــــــــرف

اشهد بان اعداد هذه الرسالة الموسومة بـ (**رهن الاسهم في الشركات ـ دراسة مقارنه**) المقدمه من الطالب (عقيل مجيد كاظم السعدي) قد جرى بإشرافي في كلية القانون ـ جامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون 0

التوقيع :
الاسم : **ا.م.د.عباس مرزوك فليح العبيدي**
التاريخ :

بنـاءً على التوصيـات المتـوفره ارشـح هذه الرسالـة للمناقشـة

التوقيع :
الاسم :
التاريخ :

قرار لجنة المناقشة

نحن رئيس و أعضاء لجنة المناقشة نشهد باننا قد اطلعنا على الرسالة الموسومة بـــ (رهن الاسهم في الشركات – دراسة مقارنة) وقد ناقشنا الطالب (عقيل مجيد كاظم السعدي) في محتوياتها وبما له علاقة بها ونعتقد بأنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون **0**

التوقيع
الاسم:**أ.م.د.عباس علي محمد الحسيني**
رئيساً

التوقيع
الاسم : **أ.م.د.ابراهيم اسماعيل ابراهيم**
عضواً

التوقيع
الاسم :
عضواً

التوقيع:
الاسم : **أ.م.د.عباس مرزوك فليح العبيدي**
عضواً مشرفاً

صدقت من قبل مجلس كلية القانون ـ جامعة بابل

التوقيع :
الاسم **: الاستاذ الدكتور حسن عوده الغانمي**

عميد كلية القانون

شـــــكـــــــــــر

وتقـــــديـــــــــــــــر

يطيب لي وقد انجزت هذه الرسالة بفضل من الله عز وجل ان اتقدم بجزيل الشكر والتقدير الى استاذي الفاضل الدكتور عباس مرزوك فليح العبيدي واثني عليه اطيب الثناء لرحابة صدره وسعة فكره وعلى توجيهاته السديدة وآرائه وملاحظاته القيمة التي كان لها الاثر الكبير في اظهار الرسالة بالمظهر الذي هي عليه .

كما اتقدم بعظيم الشكر والامتنان الى الساده اعضاء لجنة المناقشه شاكراً لهم تقبلهم قراءة الرسالة ومناقشتها. كما ويسعدني ان اسجل شكري لجميع اساتذة كلية القانون جامعة بابل وأخص منهم استاذي الدكتور حسن حنتوش لما ابداه من استعداد كبير للمساعده ، وكذلك المدرس المساعد صفاء تقي لتشجيعه الكبير لي عند أختيار موضوع البحث ولمشاركته المشكوره .و لا يمكنني ان اتجاوز وانا في موضع الشكر كل من عمي المحامي صبري السعدي وكذلك عمي ا لدكتور عبد عون السعدي الذي آزرني على طول الرحله ، وشكري وتقديري لخالي علي محمد صاحب القلب الكبير ، كما اتوجه بتقديري العالي للمدرس المساعد الاخ حسن محمد لتعاونه اللا محدود ومساعدتي في الحصول على المصادر

وانه من دواعي سروري ان اتقدم باجمل واسمى واعذب كلمات الشكر والامتنان لكل فرد من افراد عائلتي الذين تحملوا كي يوصلوني وابتسموا كي يسعدوني وكذلك الاخ عادل شمران رفيق رحلة الدراسة لطيب تعامله وتعاونه 0

ولايسعني الا ان اقدم شكري عرفاناً بالجميل للمعاملة الطيبة التي تلقيتها من العاملين في مكتبة كلية القانون جامعة بابل وكذلك المكتبة المركزية في جامعة بابل ومكتبة كلية القانون جامعة كربلاء ومكتبة كلية القانون جامعة بغداد ومكتبة كلية القانون جامعة النهرين ومكتبة المعهد القضائي ومكتبة كلية القانون جامعة المستنصرية ومكتبة كلية التراث الجامعه ومكتبة الحكيم ، لتعاونهم وحرصهم على تقديم المساعده

كما ولايفوتني ايضا ان ابدي شكري واعتزازي لكل من مد يد العون والمساعده لي على طول الطريق 0

الباحث

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحه
المقدمة	**2-1**
تمهيد : مفهوم الاسهم وطبيعتها	**19-3**
المطلب الاول / تعريف الاسهم وطبيعتها	7-3
المطلب الثاني / خصائص الاسهم	15-8
المطلب الثالث / اشكال الاسهم	19 -15
الفصل الاول : انشاء الرهن	**62-20**
المبحث الاول / الاركان العامه	**46-23**
المطلب الاول / التراضي	29 -23
المطلب الثاني / محل الرهن (الاسهم)	42 -29
المطلب الثالث / السبب (الدين المضمون)	46 -42
المبحث الثاني / الاركان الخاصه	62 - 46
المطلب الاول / الحيازه (القبض)	57 -46
المطلب الثاني / الشكليه (قيد الرهن)	62-57
الفصل الثاني : آثار الرهـــن	**111-63**
المبحث الاول / آثار رهن الاسهم فيما بين المتعاقدين	**99 -63**
المطلب الاول / حقوق والتزامات المساهم الراهن	80 -64
المطلب الثاني / حقوق والتزامات المرتهن	99 -80
المبحث الثاني / آثار رهن الاسهم بالنسبة للغير	**111-99**
المطلب الاول / حق الحبس	106 -100
المطلب الثاني / حق التقدم (الاولويه)	109 - 106

الموضوع	رقم الصفحه
المطلب الثالث / حق التتبع	111 -109
الفصل الثالث : انقضاء الرهن	**163 -112**
المبحث الاول / انقضاء رهن الاسهم بصفة تبعيه	**150 -112**
المطلب الاول / انقضاء رهن الاسهم تبعاً لبطلان او فسخ العقد الاصلي	119 -113
المطلب الثاني / انقضاء رهن الاسهم بسبب الطرق العامه لانقضاء الالتزام	150 -120
المبحث الثاني / انقضاء رهن الاسهم بصفه اصليه	**163 - 151**
المطلب الاول / البيع الجبري للاسهم المرهونه	153 -151
المطلب الثاني / اتحاد ذمة الراهن والمرتهن	155-153
المطلب الثالث / تنازل المرتهن عن الرهن	157 -155
المطلب الرابع / هلاك الاسهم المرهونه	163-158
الخاتمه	171 - 164
المصادر	184 - 172

ملخص رسالة الماجستير الموسومة بـ (رهن الأسهم في الشركات التجارية – دراسة مقارنه) و المقدمة من قبل (عقيل مجيد كاظم السعدي) الى كلية القانون – جامعة بابل – 2005

ان للحياة التجارية أو للمجال الاقتصادي بشكل عام أهمية قصوى ، لأنه يتداخل ويؤثر على جميع مجالات الحياة الأخرى ، ومن مظاهر الانتعاش الاقتصادي هي الشركات ، وخاصةً شركات الأموال – التي نحن بصددها – والتي لها القابلية أو الإمكانية على تجميع رؤوس أموال طائلة تقسم الى أسهم تمثل نسبة مساهمة كل عضو في الشركة .

وهذا يعني أننا أمام كم كبير من هذه الأسهم التي يجب الاستفادة منها بأقصى ما يمكن .

ولأجل القيام بذاك نرى ضرورة ان يكون هناك نظاماً قانونياً واضحاً لجميع التصرفات التي تجري على هذه الأسهم ومنها رهنها .

إذ ان لموضوع رهن الأسهم أهمية كبيرة حيث يمكن من خلاله للمساهم ان يحصل على التسهيلات المالية التي يحتاجها عن طريق رهن هذه الأسهم على اعتبار أنها أداة ائتمان مهمة .

ولذلك ورغبةً في الاحاطة بتفاصيل هذا الموضوع فقد ارتأينا ان نتناوله كدراسةٍ مقارنةٍ ، وذلك للإطلاع على النصوص القانونية المقارنة سواء العربية منها أو الاجنبيه ، والقرارات القضائية ، وما قيل فيه من أراء فقهيه للوصول الى النتيجة الأفضل أو الحكم القانوني الامثل قدر الامكان .

وقد قسمنا الموضوع الى ثلاثة فصول يسبقها تمهيد ، بينا فيه مفهوم الأسهم وطبيعتها باعتبار ان الأسهم هي محل الرهن الذي نحن بصدد ه ، أوضحنا فيه تعريف الأسهم وطبيعتها وما هي خصائصها وكذلك أشكالها ، ووجدنا ان لشكل السهم تأثيراً كبيراً على طريقة رهنه ، وان المشرع التجاري العراقي – وحسنا فعل – لا يعرف إلا الأسهم الاسمية فقط (المادة 29 منه) .

أما الفصل الأول فقد بحثنا فيه إنشاء رهن الأسهم من خلال مبحثين :

الأول خصصناه للأركان العامة التي يجب توافرها في كل عقد مع خصوصية عقد رهن الأسهم من حيث المساهم الراهن والدائن المرتهن والكفيل العيني والعدل .

في حين تناولنا في المبحث الثاني من الفصل الأول الأركان الخاصة برهن الأسهم والتي هي الحيازة أو القبض في مطلب أول ، وذلك لان عقد رهن الأسهم هو عقد عيني بموجب نص المادة (1322) مدني عراقي . كما أوضحنا ركن الشكلية في مطلب ثانٍ ، والذي هو القيد في سجل الشركة التي أصدرت الأسهم وذلك بموجب الفقرة الأولى من المادة (71) من قانون الشركات العراقي .

وبعد أن انتهينا من كيفية نشاء الرهن . تناولنا في الفصل الثاني آثار رهن الأسهم ومن خلال مبحثين أيضاً .

في المبحث الأول بينا آثار رهن الأسهم في ما بين المتعاقدين . إذ بحثنا في حقوق والتزامات المرتهن في مطلب ثان .

في حين خصص المبحث الثاني من الفصل الثاني لآثار رهن الأسهم بالنسبة الى الغير أما الفصل الثالث والأخير فقد بحثنا فيه كيفية انقضاء رهن الأسهم ومن خلال مبحثين أيضا .

في المبحث الأول تطرقنا الى انقضاء رهن الأسهم بصفةٍ تبعية على اعتبار ان رهن الأسهم هو حق عيني تبعي .

أما انقضاء رهن الأسهم بصفةٍ أصلية فكان من نصيب المبحث الثاني من الفصل الثالث وتطرقنا الى الحالات الأربعة التي حددتها المادة 1339 من القانون المدني العراقي .

وفي نهاية بحثنا وجدنا ان قانون الشركات العراقي لم ينظم مسألة رهن الأسهم في الشركات بشكل دقيق ، كما انه أحال الكثير من أحكامه الى القواعد العامة . وهذا مما جعلنا أمام نقص تشريعي واضح وأمام العديد من الالتباسات والكثير من التساؤلات لذلك جاءت خاتمة هذه الرسالة بمقترحات نأمل ان تكمل هذا النقص وتزيل تلك الالتباسات .فقد تم معالجة المواضيع التالية :

1- فيما يتعلق باسهم الضمان ، يلاحظ ان قانون الشركات العراقي لم ينظم هذه الأسهم بشكل دقيق ، مما جعلنا أمام مشاكل تتعلق بمقدار أسهم الضمان ، والجهة التي يجب الإيداع لديها ، والمدة التي ينقضي فيها حظر تداول هذه الأسهم ، وكذلك انه لزم الصمت إزاء تحديد نطاق ضمان أسهم الضمان وكذلك فانه لم يبين جواز رهنها أم لا .

وهذا مما شجعنا على وضع المقترحات التي نأمل ان تحل تلك المشاكل .

2- مشاكل تتعلق بعائدية الحقوق الملازمة للسهم خلال فترة رهنه . وارتأينا ان المساهم الراهن هو الذي يمارس جميع هذه الحقوق إلا ما تعلق منها بقبض الأرباح والفوائد فإنها تكون للمرتهن . ووفقاً لما تم توضيحه في متن الرسالة .

3- لم يشترط قانون الشركات العراقي – على العكس من التشريعات التجارية المقارنة – تأشير الرهن على ذات السند على الرغم مما يحققه هذا الإجراء من فوائد . لذلك اقترحنا إضافة عبارة (وعلى السهم ذاته) الى الفقرة الأولى من المادة (71 شركات عراقي) .

4- مشاكل تتعلق بالهلاك المنصوص عليه في المادة (195) من قانون التجارة العراقي . وقد اقترحنا تعديل مقدمة هذه المادة لكي تقتصر على حالة إذا كانت نفقات صيانة المرهون باهظة .

5- وفيما يتعلق بالضرائب التي تفرض على الأسهم خلال فترة رهنها . وغير ذلك من المقترحات التي تعالج المشاكل التي تعترض رهن الأسهم والتي من خلالها يمكن الإجابة عن الكثير من التساؤلات التي ترد على هذا الموضوع .وأخيراً نسأل الله ان نكون قد وفقنا في ذلك .

الباحث

عقيل السعدي

الـمقدمـة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد واله وصحبه أجمعين ، وبعد ....

ان تطور الحياة الاقتصاديه والاجتماعيه بشكل عام ، ادى الى ظهور اعداد كبيره من الشركات التجاريه التي ا صبحت لها اهميه بارزه ومكانه مهمه تصل الى حد التأثير المباشرعلى الاقتصاد الوطني في بعض الاحيان ، لما لهذه الشركات وخاصة شركات الاموال ـ التي نحن بصددها ـ من القابليه على تجميع رؤوس اموال طائله تقسم الى اسهم متساويه القيمه يملكها المساهمون الذين قد تكون اعدادهم كبيره جداً في هذه الشركات ، وهو مما يترتب عليه ان اصبحنا امام كم هائل من الاسهم التي تصدرها هذه الشركات والتي لابد من توظيفها والاستفاده منها باقصى مايمكن ، لماتتمتع به من خصائص تجعلها قابله للتداول باعتبارها منقولات ماديه او معنويه بحسب شكلها ، ويتم تدوالها بشكل اساسي من خلال سوق الاوراق الماليه (البورصه) الذي بدأ نشاطه يزداد ايضاً نتيجة لذلك .

ومن بين المزايا التي يمكن ان يحصل عليها ملاك الاسهم انها تعد وسيله مهمه من وسائل الائتمان وذلك من خلال رهنها ، ولهذا فان لرهن الاسهم اهميه بالغه في الوقت الحاضر ونتوقع زيادة هذه الاهميه بسبب ما يشهده القطرمن تحولات اقتصاديه خلال المرحله الراهنه.

فقد تدعو حاجات التعامل المساهم الراهن الى الاقتراض ، ومما يساعد على تسهيل هذه العمليه هو حصول الدائن على ضمان لوفاء ما يقرضه ، اذ قد يخشى افلاس المدين او اعساره عند حلول اجل الدين ، ذلك ان الدين يتعلق بذمة المدين وحده فله حق التصرف باموله تصرفاً يخرجها من ملكه ، او ترتيب حقوق اخرى للدائنين عليها او تحميل ذمته بديون اخرى لم تكن موجوده عند الاقتراض 0 فضماناً لحقوق الدائن ولتجنب افلاس المدين يتم اللجوء الى الرهن ، بان يقدم المساهم الاسهم التي يملكها في شركه معينه على سبيل الضمان ، اذ ان حق الدائن المرتهن يتعلق بهذه الاسهم التي قدمها المدين او الكفيل العيني ضمانا للوفاء بالدين عند حلول اجله .

ومما شجعنا على اختيار (رهن الاسهم في الشركات) موضوعاً لهذه الرساله هو انه على الرغم من اهميته الكبيره الا ان فيه من الثغرات والالتباسات والقصور والصمت احياناً في مواضع متعدده ، وهذا مما يجعلنا امام عدة مشاكل والكثير من التساؤلات التي تحتاج الى بحث وتوضيح ، ومما عزز قناعتنا بهذا الموضوع ايضاً خلو المكتبه القانونيه العراقيه من دراسه فقهيه فيه .

لذلك ورغبةً في التعرف على الاحكام والقواعد القانونيه التي جاء بها المشرع العراقي لتنظيم عملية رهن الاسهم في الشركات والاطلاع على الاراء الفقهيه والقرارات القضائيه التي قيلت فيه ، ومقارنة ذلك مع

النصوص القانونيه والاراء الفقهيه المقارنه قدر الامكان ، لاستيعاب الحلول والاحكام التي جاءت بها ومقارنتها مع النصوص الوارده في القانون العراقي ، لاجل التوصل الى النتيجه الامثل او الحكم القانوني الاكثر دقه سعياً منا واملاً في ان تضيف هذه الدراسه ولو شيئاً يسيراً للمعرفه القانونيه 0

وبغية بحث رهن الاسهم في الشركات بصورة تفصيليه ، فقد قسمنا هذه الرساله على ثلاثة فصول يسبقها تمهيد وضحنا فيه تعريف الاسهم وطبيعتها وماهي خصائصها وكذلك اشكالها باعتبار ان الاسهم هي محل الرهن الذي نحن بصدده 0

وفي الفصل الاول تطرقنا الى انشاء رهن الاسهم من خلال مبحثين ، بينا في الاول منهما الاركان العامه التي يجب توافرها في كل عقد مع الاشاره الى خصوصية عقد رهن الاسهم في بعض المسائل ، وبحثنا في الثاني الاركان الخاصه برهن الاسهم والتي هي الحيازه باعتباره عقداً عينياً ، ومن ثم نتطرق الى القيد في السجل باعتباره ركن الشكليه في رهن الاسهم 0

اما الفصل الثاني فقد تناولنا فيه اثار رهن الاسهم من خلال مبحثين ايضاً0 في الاول اوضحنا اثار رهن الاسهم فيما بين المتعاقدين ، مبينين حقوق والتزامات كل من المساهم الراهن والدائن المرتهن 0 اما المبحث الثاني من الفصل الثاني فخصصناه لاثار رهن الاسهم بالنسبه للغير من حق حبس الاسهم المرهونه وحق التقدم والتتبع عليها مع الاخذ بنظر الاعتبار خصوصية هذه الحقوق وفقاً للموضوع قيد البحث 0

وبحثنا في الفصل الثالث والاخير انقضاء رهن الاسهم ومن خلال مبحثين ايضاً في الاول تطرقنا الى انقضاء الرهن بصفه تبعيه باعتبار ان رهن الاسهم حق عيني تبعي ، وبينا انقضاء رهن الاسهم بصفه اصليه أي مستقلاً عن الدين المضمون في مبحثٍ ثانٍ

وانهينا دراستنا بخاتمه سجلنا فيها اهم ما توصلنا اليه من نتائج ومااوصينا به من مقترحات 0

وفي الختام لنا ان نقتبس مقولة العماد الاصفهاني ، فنستقبل دراستنا هذه بها ، حيث يقول (اني رأيت انه لا يكتب انسان كتابا في يومه الا قال في غده ، لو غير هذا لكان احسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان افضل ، ولو ترك هذا لكان اجمل ، وهذا من اعظم العبر ، وهو دليل استيلاء النقص على جملة البشر) 0

2005

الباحث
عقيل مجيد كاظم السعدي

تمهيد

مفـهـوم الاسهــم وطبيعتهــا

من خلال عنوان البحث بات من الواضح ان هذه الدراسة سوف تنصب اساساً على الاسهم باعتبارها محلا للرهن. لذلك فمن المنطقي ان نبين مفهوم الاسهم من خلال بيان تعريفها وخصائصها واشكالها، من خلال المطالب الثلاثه التاليه :-

المطلب الاول

تعريف الاسهم وطبيعتها

ان القانون العراقي لم يعرف السهم تجنبا للنقد والحرج [1] ـ وهذا اتجاه اغلب التشريعات [2] ـ وهو اتجاه حسن، اذ ان ايراد التعاريف ليس من مهمة المشرع ما لم توجبها المصلحة التشريعيه ، وانما هــي من اختصاص الفقــه والشراح ، وعلـيــه يكون لزامــا علينــا ان نــحدد تعريف السهـم من خــلال آرائهــم .

وفي الحقيقة ان للسهم معنيين :

الاول/ ذلك النصيب الذي يشترك فيه المساهم في رأس مال الشركه ، وهو حــق المساهم في الشركه .

الثاني/ ويغلب عليه طابع مادي، اذ يقصد بالسهم ذلك السند المكتوب الذي يتمثل فيه حق المساهم وتخول حيازته ممارسة الحقوق الناتجة عن هذا الحق [3] .

وتأسيساً على ذلك عرف اتجاه من الفقه الاسهم بانها ((وثــائق قابلة للتداول، تكون اسمية او لامـر او لحاملها، تمثل اقساما متساوية من رأس مال الشركه، غير قابلة للتجزئة)) [4] .

---

(1)- استاذنا د.عباس مرزوق فليح العبيدي:التصرف بالاسهم والحصص في الشركات بيعا او هبه،دراسة قانونية وعملية، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون- جامعة بغداد، 1997 ،ص 11 .

(2)- على خلاف الاتجاه السائد اوردت الماده (104) تجاري لبناني تعريف للسهم اذ نصت على ان (الاسهم هي اقسام متساوية من رأس مال الشركه غير قابلة للتجزئة تمثلها وثائق قابلة للتداول ، تكون اسمية او لامر او لحاملها). كذلك الماده (715) من قانون التجاره الجزائري ، إذ عرفت السهم بانه (سند قابل للتداول تصدره شركة مساهمة لتمثيل جزء من رأس مالها) .

(3) – د.ابو زيد رضوان: الشركات التجاريه في القانون الكويتي المقارن ، الطبعة الاولى،الكويت،دار الكتاب الحديث، 1978،ص430.

(4)- د.الياس ناصيف: الكامل في قانون التجاره، الجزء الثاني (الشركات التجاريه)، بيروت، منشورات البحر المتوسط، =

ويلاحظ على هذا التعريف تركيزه على الجانب الشكلي للسهم. كما عرفه اخرون بانه (جزء من رأس مال الشركه المساهمة) [1] .

ويلاحظ على هذا التعريف عدم شموليته، ذلك ان السهم لا يقتصر على الشركه المساهمة، بل يتكون منه رأس مال الشركه المحدوده وفقا للقانون العراقي [2] ، وكذلك شركة التوصية بالاسهم وفقا للقانون المقارن [3] .

وعرفه البعض الاخر من الفقه بانـه (حق المساهم في شركات الاموال ويقابله حصـة الشريك في شركات الاشخاص، كما يطلـق لفظ السـهـم على هذا الحـق فانه يطلق ايضـا على الصـك الذي يمثـلـه) [4] .

وهذا التعريف مـذكور ايضا عند الفقهـاء الفرنسيين، اذ لمصطلح السهم عندهم معنيـان:

فهو قد يعنـي حق المساهمة في شركات الاموال او بالتحديد مجموعة الحقوق والالتزامات التي تجسـد مـركز المسـاهـم في الشركه، وفـي هـذا المعنـى مقابلـة بالـحصـة في شركات الاشـخاص. وقد يعني الصك الذي يمثل هذا الحق ويثبته في نفس الوقت وتكون حيازة هذا الصك ضرورية لممارسة هذا الحق [5].

بـينمـا يـركـز الـفـقـه الانكلـيـزي علـى تـعبيـر الـمصلحـة عـند تعريفه للسهم

=1982، ص232 .

(1)- د.زياد سليم رمضان – محفوظ احمد جودة: الاتجاهات المعاصرة في ادارة البنوك، الطبعة الاولى، عمان، دار وائل للنشر، 2000،ص282 . كذلك انظر د. مصطفى كمال طه: محاضرات في القانون التجاري والبحري، الاسكندريه، منشأة المعارف، 1960 ،ص170 . كذلك د.سعيد يحيى: الوجيز في القانون التجاري ، الجزء الاول، القاهره، المكتب العربي الحديث،1980، ص248 .

(2)- انظر الماده (29 – أولاً) شركات عراقي إذ تنص (يقسم رأس المال في الشركه المساهمة والمحدوده الى اسهم ....). خلافا لذلك يقسم رأس مال الشركه المحدوده وفقا للقانون المقارن الى حصص وليس الى اسهم، مراعاة للاعتبار الشخصي فيها.انظر الماده (54) شركات اردني إذ تنص (يحدد رأس مال الشركه ذات المسؤولية المحدوده بالدينار الاردني، على ان لا يقل عن ثلاثين الف دينار مقسما الى حصص....).كذلك الماده(566) من القانون التجاري الجزائري .

(3)- انظر الماده (156) تجاري يمني اذ تنص (يقسم رأس مال شركة التوصية بالاسهم الى اسهم ...).كذلك الماده (715) تجاري جزائري .علما ان قانون الشركات العراقي النافذ لا يعرف هذا النوع من الشركات وهذا على خلاف قانون الشركات التجاريه رقم 31 لسنة 1957 الملغي.

(4)- د.علي جمال الدين عوض : دروس في القانون التجاري، القاهره، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص300. كذلك انظر د.ثروت على عبد الرحيم : الوجيز في القانون التجاري، القاهره دار النهضة العربية، 1988،ص125 . كذلك د.محمود سمير الشرقاوي: القانون التجاري، الجزء الاول، القاهره، دار النهضة العربية، 1982، ص86 . كذلك كامل عبد الحسين البلداوي: الشركات التجاريه في القانون العراقي، الموصل، دار الكتب للطباعة والنشر، 1990 ، ص144.

(5) RIPERT G.et ROBLOT .R. -Traite Elementrial de droit Commercial,neuviem e Ed,Paris ,1977,P.74

بانــه(مصلحة المساهم في الشركه مقدرة بمبلغ من النقود لاغراض بيان مسؤوليته في الدرجة الاولى ومقدار حقوقه في الدرجة الثانيه) [1] .

وذهــب رأي اخــر من الفقه العراقي الــى ان الــسـهـم (عـــبارة عن حصـة الشريك الممثلة بسند قابل للتــداول) [2] .

ومما يؤخذ على هذا التعريف هو ايراد كلمة الشريك في حين ان الادق هو ان استخدام هذه الكلمه يكون فـــي شركات الاشخاص اما في شركات الاموال - التي نحن بصددها - فانه يصطلح على المشارك في رأس مال الشركه اسم (المساهم) على اعتبار ان رأس مال هذا النوع من الشركات مقسم الى اسهم.

في حين عرف السهم بدقة اكثر بانه (اوراق مالية تمثل جزءا من رأس المال في الشركـات المساهمــة والمحدوده) [3] .

اوهو (جزء يساوي غيره من اجزاء رأس مال شركـة الاموال، يتمثل بسند قابل للتداول ويثبت حـــقوق المساهم في الشركه) [4] .

ونحن نميل الى الرأي الذي عرف السهم بانه حق للمساهم في شركة الاموال، كما انه يطلق على السنـــد الذي يثبت ويمثل هذا الحق، ذلك بسبب العلاقة الوطيدة بين المعنيين فالتمثيل المادي للحق يمـــارس تأثيرا ان لم يكن على مضمون هذا الحق فعلى الاقل على شروط تداوله. فالتمثيل المادي يعطي للحق نفسه طابعا خاصا يعد امرا جوهريا، ونعني به قابلية السهم للتداول الذي يمثل اخص خصائصه ، ووفقا لهذا المفهوم يمكن تعريف السهم بانه:

(سند قابل للتداول له قيمة اسمية متساوية مع غيره من السندات التي تكون بمجموعها رأس مال شركة الاموال، ويمثل حق المساهم فيها).

نخلص من هذا ان مصطلح السهم يمثل في حقيقته حق المساهم تجاه الشركه. وعندئذ يثار التساؤل الآتي: ما هي طبيعة هذا الحق؟ وبهدف الوقوف على طبيعة هذا الحق سوف نجري وراء الفقه ، إذ يرى جانب منه ان السهم يمثل حـــق دائنيه للمساهم قبل الشركه، يخوله الحصول على نسبة من ارباحها

---

(1)- Chorles Words and T.E. Cain – Company law stevens and Sons-London-9thed – 1986 p152.So-K.Smith and D.J.Keenan company law- pitmain- 2ed – 1970- P- 140. وايدهم في ذلك جانب من الفقه العربي انظر د.احمد زيادات – د.ابراهيم العموش: الوجيز في التشريعات التجاريه الاردنية، عمان، بدون دار نشر، 1996، ص248.كذلك د.موفق حسن رضا: قانون الشركات، بغداد، منشورات مركز البحوث القانونيه، 1985، ص74.

(2)- د.مرتضى ناصر نصر الله: الشركات التجاريه ، بغداد ،مطبعة الارشاد، 1969، ص163.

(3)- د. لطيف جبر كوماني: الوجيز في شرح قانون الشركات، الطبعة الاولى، بغداد، الجامعة المستنصرية، 1986،ص59.

(4)- استاذنا د.عباس مرزوق العبيدي: مصدر سابق، ص12.

والاشتراك في ناتج تصفيـــة الشركه عند انحلالها [1] .

بينما يرى جانب آخر من الفقه ان حق المساهم حق ملكية [2] ، فحق المساهم يشبه حق الملكيه من إذ انه حق مانع يحتج به علىالجميع ، وهو بهذه الصورة يدخل في عداد الملكيات غير الماديه. ولكـن هـذا الحق قد يبدو بصورة ملكيه ماديه من خلال اصدار السند (السهم) وتسليمه الى المساهم، ومن هنا شاعت عبارة (ملكية السند) [3] .

والواقع ان اكتساب شركـــات الاموال للشخصيـــة المعنوية [4] ، وبروزها بصفـــة واضـــحه في هـــذه الشركات [5] ، يجعل من الصعب القول بان للمساهم (حق ملكيه) على الانصبه التي اسهم بها في رأس المال، إذ تكون هذه الانصبه بمجموعها رأس مال الشركه وتستقر في ذمتها [6] .

لذا جرى البعض من الفقه [7]، على التفرقـة في هذا الموضوع بين نوعين من المساهمين بحسب موقفهم مـن السهام في رأس مال الشركه .

النوع الاول/ المساهم الذي تحدوه مجرد رغبه في المضاربه وتوظيف مدخراته فان مثل هذا المساهم ليس الا مجرد دائن عادي للشركة، على اعتبار انه لا يستطيع الحصـول على نصيبه من موجودات الشركه الا بعد الوفاء بديونها المستحقة للغير.وهـــؤلاء يشـــكـــلـــون القاعدة العريضه المساهمه في الشركه وتحكمهم سيكولوجية المضارب اكثر من سيكولوجية الشريك.اما النوع الثاني / فهؤلاء الذين يربطون مصيرهم بمصير الشركه عن طريق تولي المسؤوليات فيها والتصدي لاداراتها، وهؤلاء تتوفر لديهم نية

---

(1)- كـامـــل عـبد الـحـســين الـبـلـداوي: مـــصـدر ســابـق، ص144 ، انظر كذلك محمود سمير الشرقاوي: الشركات التجاريه في القانون المصري، القاهره، دار النهضة العربية، 1986، ص167.كذلك د.حسين المصري: القانون التجاري، الكتاب الثاني، الطبعة الاولى،القاهره، دار النهضة العربية،1986،ص277.

(2)- د.اسماعيل ابراهيم الطراد- جمعة محمود عباس: التشريعات المالية والمصرفية قي الاردن، عمان، بدون دار نشر،2000، ص160.كذلك انظر د.سعيد يحيى : مصدر سابق ، ص 251 . كذلك د.علي جمال الدين عوض : دروس في القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص 304 .

(3)- د. محمد صالح بك: شركات المساهمة، الطبعة الاولى، القاهره، مطبعة جامعة فؤاد الاول، بدون سنة طبع،ص122.

(4)- تنص الماده (5) من قانون الشركات العراقي على ((تكتسب الشركه الشخصيه المعنوية وفق احكام هذا القانون)).

(5)- خلافا لذلك نجد ان هنالك شركات لا تمتلك شخصية قانونية مستقلة عن شخصية اعضائها، كشركة المحاصة التي تعرف بانها ((الشركه التي تستتر عن الغير ولا تتمتع بشخصية اعتباريه ولا تخضع لاجراءات الشهر)).انظر الماده (52) شركات بحريني، الماده (59) شركات مصري، الماده (40) من نظام الشركات السعودي.علما ان قانون الشركات العراقي لم يأخذ بهذا النوع من الشركات عند تبيان انواع الشركات حصرا في الماده (6) منه والتي هي: الشركه المساهمه - الشركه المحدوده- الشركه التضامنية- المشروع الفردي ، وفي الماده (181) التي بين فيها الشركه البسيطه .

(6)- انظر د. ابو زيد رضوان: مصدر سابق، ص403.

(7)- انظر د.عدنان احمد ولي مؤلفه المشترك مع د.باسم محمد صالح: الشركات التجاريه، بغداد، بيت الحكمة،1989،ص182.انظر كذلك د. ابو زيد رضوان: المصدر السابق،ص404.

المشاركة بحيث يمكن القول بان لهم (حق في الشركه) ويمثلون الى حد بعيد عنصر الديمومة والاستمرار فيها. ولكن بالرغم من ان هذه النظرية تعكس واقع حال الشركات المساهمة الا انه لا يصح اتخاذ المواقف النفسية (السيكولوجيه) اساساً لازدواجية طبيعة حقوق المساهمين تجاه الشركه والتي يمثلها السهم ، وهذا ما حدى على القول بان السهم يمثل حقا من نوع خاص له مع حق الملكيه اوجه شبه عديدة [1].

ونحن نتفق مع ما ذهب اليه البعض من الفقه[2] ، من ان الشخصية المعنوية للشركة من شأنها ان تغير من طبيعة السهم. وذلك لان مال الشركه لا يكون مملوكا للشركاء، وانما تملكه الشركه، ويكون بالنسبة لها عقارا او منقولا بحسب طبيعته.اما الشركاء فليس لهم حق ملكيه على مال الشركه، انما يملكون اسهما تمثل انصبتهم في ارباح الشركه وخسائرها مادامت الشركه قائمة، وتمثل انصبتهم في مال الشركه بعد حلها وصيرورة هذا المال مملوكا مباشرة للشركاء.وهذه الاسهم (حق المساهم) ليست الا حقوقا شخصية للمساهم قبل الشركه، وما دامت حقوقا شخصية فهي اموال منقولة مهما كانت نوع الحصة التي قدمها المساهم ولو كانت هذه الحصة عقارا. ونرى ان هذا الحق اعمق من علاقة الدائن والمدين، تلك العلاقة التي يبدو فيها التناقض المصلحي بين اطرافها ، وهذا الحق هو خالص للمساهم يسري في مواجهة الجميع ويستطيع المساهم التصرف فيه دون مقابل او بمقابل عن طريق التنازل عن السهم، وجني ثماره وهو الربح، وكذلك يجوز رهنه وانتقاله الى الورثه ، كلها عناصر تشير الى ان حق المساهم في الشركه هو من قبيل حق الملكيه. وهنا لابد من التأكيد على ان هذه الملكيه هي ليست ملكية المساهم لاموال الشركه، وانما ملكيةالسهم نفسه باعتباره مالا منقولا يمكن التصرف به بمختلف التصرفات القانونية دون ان يضر الشركه من ذلك شيء [3] .

نخلص من كل ما تقدم الى ان ما استقر عليه الامر في العراق هو اطلاق مصطلح السهم على ما يمثل نصيب او جزء من نصيب المساهم في الشركه المساهمة وكذلك المحدوده.

---

(1)- انظر د. مرتضى ناصر نصر الله: مصدر سابق،ص164.

(2)- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن في حق الملكيه ، القاهره، دار النهضه العربيه ،1967،ص203.انظر كذلك د. خالد الشاوي: شرح قانون الشركات التجاريه العراقي، الطبعة الاولى، بغداد مطبعة الشعب ، 1986،ص287.كذلك د. طالب حسن موسى: الموجز في الشركات التجاريه، الطبعة الاولى بغداد، مطبعة المعارف، 1973،ص167.كذلك كامل عبد الحسين البلداوي- مهند ابراهيم الجبوري :زيادة رأس مال الشركه المساهمة في التشريع العراقي، جامعة الموصل، مجلة الرافدين للحقوق، العدد العاشر،2001، ص46.كذلك د. عدنان احمد ولي- د. باسم محمد صالح: الشركات التجاريه، مصدر سابق،ص182.

(3)- استاذنا د.عباس مرزوك فليح العبيدي: مصدر سابق، ص13.

المطلب الثاني

خـــصـائـــص الاســـــهـــم

للاسهم عدة خصائص من خلالها يمكن تمييزها عن حصة الشريك في شركات الاشخاص من ناحية وعن سندات القرض التي تصدرها الشركه من ناحية اخرى ، وتتمثل هذه الخصائص بما يأتي:-

اولاً / الاسهم متساوية القيمة:

ان الاسهـــم في الشركات المساهمه، كذلك في الشركات المحدوده وفقا للقانون العراقي، ذات قيمة اسمـــية متساوية[1].

وقـد نصـــت على ذلك الماده (" 29- اولا ") [2] من قانون الشركات العراقي النافذ إذ جاء فيها (يقسم رأس المال في الشركه المساهمة والمحدوده الى اسهم اسمية نقدية متساوية القيمة....).

---

(1)- للسهم قيمة فعلية او حقيقية تختلف عن قيمته الاسميه المذكورة في السند.كما ان له قيمة سوقية تختلف عن كل من قيمته الاسميه والحقيقيه لهذا يجب ان نحدد مفهوم كل منها :

ا. القيمة الاسميه للسهم: هي القيمة التي تكتب على ذات السند.ويقدر رأس مال الشركه على اساس القيمة الاسميه لمجموع الاسهم،وتصدر الاسهم بقيمتها الاسميه.ولا يجوز اصدارها بقيمة ادنى، على انه يمكن ان تصدر الاسهم بقيمة اعلى من قيمتها الاسميه عند زيادة رأس المال ، وفي هذه الحاله يجب تخصيص الزيادة أولاً لوفاء مصروفات الاصدار وما تبقى يضاف الى الاحتياطي.

ب. القيمة الحقيقيه للسهم: وهي قيمة ما يمثله السهم من موجودات الشركه. اي نصيب السهم في صافي اصول الشركه بعد خصم ما عليها من ديون. وقد تتساوى قيمة السهم الاسميه مع قيمته الحقيقيه وقد تختلف عنها. فاذا كانت الشركه غير مدينه فان اصولها تتساوى مع رأس مالها وبالتالي تتساوى القيمتان. واذا حققت الشركه ارباحا وزادت موجوداتها فان اصولها تزيد على رأس مالها. وبالتالي تزداد القيمة الحقيقيه عن قيمتها الاسميه.اما اذا منيت الشركه بخسائر وقلت موجوداتها عن رأس مالها فان قيمة السهم الحقيقيه تكون اقل من قيمته الاسميه عند اصداره.

ج. القيمة السوقية للسهم: وهي قيمته في سوق الاوراق المالية، وتتأثرقيمة السهم بالارباح التي توزعها الشركه وبقية موجوداتها التي تعلن عنها وسمعتها التجاريه ومدى نجاحها وفشلها في نشاطها التجاري والاقتصادي ولما يحتمل ان تكون عليه في المستقبل. وبمدى الاقبال على اسهمها وآلية العرض والطلب في بورصة الاوراق المالية...الخ للايضاح انظر د.ابو زيد رضوان : مصدر سابق ، ص 406 .كذلك د. ثروت عبد الرحيم : مصدر سابق ، ص 334.كذلك د.عبد العزيز الخياط : الشركات في الشريعه الاسلاميه والقانون الوضعي ،الجزء الثاني ، ط4 ، عمان ، دار البشير ، 1994 ، ص212-215 .كذلك انظر سهام سوداي طعمه الطائي : النظام القانوني لشركات الاستمثار المالي ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2001، ص 157 .

(2)- كما نصت على ذلك الماده (99) من قانون الشركات الكويتي. وهي تقتصر فقط على الشركات المساهمة ، كما اوضحنا سابقا.كذلك الماده (2/7) شركات مصري ، الماده (103) شركات بحريني وكذلك الماده (48) من نظام الشركات السعودي.

معنى ذلك انه لا يجوز اصدار اسهم مختلفة القيمة الاسميه لذا نرى ان القانون العراقي قد نص على انه ((تكون القيمة الاسميه للسهم ديناراً واحداً ....)) [1] وتكمن الحكمة من اصدار الاسهم متساوية القيمة في نواحٍ عديدة، كتسهيل توزيع الارباح، وحساب الاصوات عند اجتماع الهيئة العامه، وكذلك تسهيل تداول الاسهم [2] .

بينما يرى اخر ان الحكمة من جعل قيمة السهم ديناراً واحداً هو تشجيع صغار المدخرين على توظيف مدخراتهم في النشاط الاقتصادي الذي يتخذ شكل شركة مساهمه و يهدف الى منع هيمنة اصحاب رؤوس الاموال على الشركه فيما لو سمح بتحديد قيمة دنيا مرتفعه للسهم [3].

بقي ان نجيب عن التساؤل الاتي: هل يجوز زيادة او انقاص القيمة الاسميه للاسهم؟

وفقاً لقانون الشركات العراقي المعدل بالتعديل رقم 64 لسنة 2004 فان الاصل هو انه لا يجوز تغيير القيمة الاسميه للسهم التي تم تحديدها بدينارعراقي واحد. ولكنه كاستثناء اجاز تغيير القيمة الاسميه للسهم في حالات محددة[4].

---

(1)- الماده (30) من قانون الشركات رقم21 لسنة1997المعدل.يلاحظ ان القيمة الاسميه للسهم تختلف في مقدارها من تشريع لاخر بحسب منهج المشرع في تحديدها بقيمة منخفضة اوعالية.إذ ان الماده (98/ا) شركات اردني تنص ((القيمة الاسميه للسهم دينار واحد)).كذلك الماده (103) شركات بحريني تحدد القيمة بما لا يقل عن دينار ولا يزيد عن مئة دينار. الماده (7) شركات مصري تحدد القيمة بما لا يقل عن خمسة جنيهات ولا يزيد على الف جنيه.الماده (99) شركات كويتي تحدد القيمة بما لا يقل عن دينار واحد ولا يزيد على (75) دينار.الماده (93) تجارة سوري تحدد القيمة بما لايقل عن عشرة ليرات ولا يزيد على خمسمائة ليرة.الماده (206) شركات فرنسي لعام 1966 تحدد القيمة بما لايقل عن مئة فرنك فرنسي.

(2)- د. طالب حسن موسى: رأس مال الشركه المساهمة، مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين في العراق، العددان الثالث والرابع، 1988، ص164. كذلك د. علي جمال الدين عوض: مصدر سابق، ص103. كذلك د. مصطفى كمال طه: مصدر سابق، ص170. د. ثروت علي عبد الرحيم: مصدر سابق، ص326.

(3)- د. لطيف جبر كوماني: مصدر سابق،ص 61.

(6) - انظر الماده (30) من قانون الشركات العراقي المعدل التي تنص ((تكون القيمة الاسميه للسهم دينارا واحدا ولايجوز=

=اصدار سهم بقيمة اقل او اعلى عما ذكر باستثناء ما تنص عليه المواد (54-56)....)) علماً ان الماده (30) من قانون الشركات العراقي كانت تذهب قبل التعديل الى عدم جواز تغيير القيمه الاسميه للسهم عن دينار واحد . وهذا هو موقف قانون الشركات الاردنيه للماده (98\ ا) .

اما بالنسبة للقوانين التي تضع حدا ادنى واعلى للقيمة الاسميه للاسهم فيجوز تغيير القيمة الاسميه للاسهم زيادة او تخفيضا على ان تكون القيمة الاسميه للاسهم بعد التغيير متساوية[1]. وتعد زيادة او تخفيض القيمة الاسميه للاسهم من الوسائل التي يمكن من خلالها تعديل رأس مال الشركه[2].

ثانيا/ عدم قابلية السهم للتجزئة:

هذه الخاصية تعني ان السهم لا يقسم على اجزاء قابلة للتصرف بها بيعا او رهنا او غيرها من التصرفات، الا انه قد يشترك اكثر من شخص في ملكيته على سبيل الشيوع، وفي هذه الحاله يجب ان يمثل الجميع شخص واحد امام الشركه اذا نتج عن هذا التوزيع زيادة عدد أعضاء الشركة عن الحد الاعلى المقرر في القانون [3]، هذا يعني انه لا يجوز ان يتعدد مالكوا السهم امام الشركه، بحيث اذا آلت ملكية السهم الى اكثر من شخص نتيجة لإرث او هبة او وصية،فان هذه التجزئة وان كانت صحيحة بين هؤلاء، الا انها لا تسري في مواجهة الشركه ويتعين على هؤلاء ان يختاروا شخصا واحدا ليمثلهم امام الشركه خلال (60 يوما) من تسجيل انتقال الاسهم في سجل الشركه ، (م67- ثانيا من قانون الشركات العراقي المعدل). **ويصبح بمثابة الحائز الوحيد للسهم امام الشركه، وان اعتبربقية الشركاء في السهم مسؤولين بالتضامن عن الالتزامات الناجمة عن هذه الملكيه**[4]. **ولما كان الاصل ان الشركاء بالسهم** يجب ان يختاروا من يباشر الحقوق المتصلة به تجاه الشركه، لان الشركه تعرف السهم اكثر مما تعرف المساهم[5]، لذا فانه يجب معالجة حالة ما اذا حصل خلاف بينهم على الشخص الذي يمثلهم او يكون وكيلا عنهم ، وحقيقةً لا نجد في قانون الشركات العراقي ما ينظم هذه الحاله ، بينما يذهب قانون الشركات الفرنسي الى انه يعين من قبل القضاء بناءً على طلب احد المالكين من هو اكثر كفاءة بينهم[6].

---

(1)- انظر الماده (103) شركات بحريني ، الماده (99) شركات كويتي ، الماده (206) تجاره فرنسي ، الماده (93) تجاره سوري .

(2)- مزيداً من التفصيل انظر د.فوزي محمد سامي : شرح القانون التجاري ، ج 4 ، عمان ، مكتبة دار الثقافه للنشر والتوزيع ، 1997 ، ص 201- 206 . انظر كذلك كامل عبد الحسن البلداوي – مهند ابراهيم الجبوري : مصدر سابق ، ص 62 .انظر كذلك نغم حنا ننيس : النظام القانوني لزيادة رأس مال الشركه المساهمه ، رسالة ماجستير قدمت الى كلية القانون جامعة الموصل ، 2000 ، ص 99 .

(3)- د. لطيف جبر كوماني : مصدر سابق ، ص 63 ، انظر كذلك د. حسين المصري : مصدر سابق ، ص 228 .د. مرتضى ناصر نصر الله ، مصدر سابق ، ص 166 . د. محمود سمير الشرقاوي : الشركات التجاريه ، مصدر سابق ، ص 168 .

(4) - د. منير محمود الوتري : الوجيز لشرح قانون الشركات ، بغداد ، مطبعة الحافظ ، 1993 ، ص 71 .انظر كذلك د. ابو زيد رضوان : مصدر سابق ، ص 407 . كذلك د. علي جمال الدين عوض : مصدر سابق ، ص 301 .

(5)- د.مصطفى كمال طه: شركات المساهمة وشركات التوصية بالاسهم والشركات ذات المسؤولية المحدوده، الطبعة الاولى، الاسكندريه، مطبعة اتحاد الجامعات، 1954، ص58.

(1)- الفقره الثانيه من الماده (163) من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966.

في حين ذهب قانون الشركات الاردني في الماده 96 منه[1] الى اعطاء مجلس ادارة الشركه صلاحية تقديرمدة محددة يجب على الشركاء ان يختاروا احدهم خلالها وبعكس ذلك يعين المجلس احدا من بينهم [2].

لذلك ندعو الى الاخذ بحكم الماده "96" من قانون الشركات الاردني،اي ان يكون الحكم انه اذا انتهت المده التي حددها قانون الشركات العراقي (60) يوما، ولم يخترملاك السهم على الشيوع احدا ليمثلهم امام الشركه فان لمجلس ادارتها ان يعين احدا من بينهم.

ومما تجدر الاشاره اليه انه يجب ان لا يقاس على عدم قابلية تجزئة السهم حالة اثقاله بحقوق عينيه الى شخص اخر غير المساهم ، كرهنه مثلا فيكون هنالك مالك وهو الراهن وشخص اخر هو الدائن المرتهن، كما انه قد يرد على السهم حق انتفاع،كان يوهب حق الانتفاع الى شخص ما بينما يحتفظ المالك بملكية سهمه دون انتفاع به، فيكون هنالك مالك ومنتفع ، فلا يوجد في الواقع اي تشابه بين الحالات المذكورة آنفاً وحالة تجزئة السهم، نظرا لاختلاف طبيعة الحقوق اختلافا واضحا[3]. ولذلك فان هذه التصرفات جائزة عندما ترد على الاسهم المملوكة للقطاع الخاص[4] ، وينتج عن كون السهم غير قابل للتجزئه، ان كلا من اصحاب الملكيه المشتركه في الاسهم، او الملكيه الشائعه، ملزم بايفاء جميع الالتزامات الناشئة عن الاسهم، على ان يكون له حق الرجوع على سائر المساهمين، اي شركائه في الملكيه[5].

ولذلك نرى ان المشرع العراقي قد منع تجزئة السهم الواحد الى عدة اجزاء[6] ، وكذلك القوانين العربية [7] والاجنبية المقارنة[8].

ثالثاً/ قابلية السهم للتداول:-

---

(2)- تنص الماده (96) على"....، ولكن يجوز للورثة الاشتراك في ملكية السهم الواحد بحكم الخلفية فيه لمورثهم، وينطبق هذا الحكم عليهم اذ اشتركوا في ملكية اكثر من سهم واحد من تركة مورثهم على ان يختاروا في الحالتين احدهم ليمثلهم تجاه الشركه ولديها واذا تخلفوا عن ذلك خلال المده التي يحددها لهم مجلس ادارة الشركه يعين المجلس احدا من بينهم)).

(3)- للايضاح انظر د.خالد امين عبد الله : محاسبة الشركات، عمان، منشور بدعم من معهد الراسات المصرفية، 2000، ص206.

(4)- د.فوزي عطوى: القانون التجاري، الطبعة الاولى، بيروت، دار العلوم العربية، 1986، ص243.كذلك د.طالب حسن موسى: رأس مال الشركه المساهمه ، مصدر سابق، ص166.

(5)- إذ تنص الماده (71- أولاً) شركات عراقي على انه (يجوز رهن الاسهم المملوكة للقطاع الخاص في الشركه المساهمة والمحدوده...).

(6) - د.ابو زيد رضوان : مصدر سابق، ص234.

(7) - تنص الماده (29- أولاً) في نهاية فقرتها على ان الاسهم (... غير قابلة للتجزئة).

(8)- انظر الماده (96) شركات اردني ، الماده (3/97) تجاري سوري ، الماده (104) تجاري لبناني، الماده (15) شركات بحريني، الماده (32) تجاري قطري ، الماده (99) شركات كويتي.

(1)- الماده (266) شركات تجارية فرنسي.

هذه الخاصية تعني اتاحة الفرصه لمالك السهم في ان يتصرف به في البيع او الرهن اوغيرها من التصرفات الناقلة للملكيه، إذ يمكن نقل ملكيته من شخص الى اخر دون اخذ موافقة المساهمين الاخرين او موافقة الشركه[1].

وقابلية السهم للتداول بالطرق التجاريه هي الخصيصه البارزه التي تميزالسهم عن حصة الشريك في شركات الاشخاص إذ ان الاخيره لا يجوز التنازل عنها الا بموافقة بقيةالشركاء.وحرية تداول السهم تتفق وطبيعة شركات الاموال التي لا تقوم على الاعتبار الشخصي بعكس ما هو عليه الحال في شركات الاشخاص[2].

ووفقاً لهذا المفهوم يستطيع المساهم الحصول على قيمة سهمه دون ان يترتب على ذلك ضرر للشركه او لدائنيها، فالشركه لا ترد الى المساهم المتنازل القدر الذي ساهم به في رأس مالها، بل انها تستقبل مساهما جديدا(المتنازل اليه) بدلا من المساهم المتنازل.وتبعا لذلك يظل رأس مال الشركه ثابتا لا يتغير، فلا يضارالدائنون ولا ينتقص ما لهم من ضمان عام على رأس المال[3].

كما تجدر الاشاره الى ان المتنازل اليه لا يستمد حقه من المساهم القديم، وانما يعتبر صاحب حق خاص به قائم بذاته يستمده من السند الذي اصدرته الشركه،بمعنى ان تسليم السند او مناولته من شأنه ان يطهر هذا السند من الدفـــوع التي كان يمكن للشركـــة ان تحتج بها فـي مواجهــة المتـنازل اي المســاهم القديــم[4]. وذلك على عكس ما هو مقرر بمقتضى حوالة الحق إذ يمكن للشركه ان تتمسك بالدفوع التي كان لها التمسك بها قبل المحيل في مواجهة المحال اليه[5].

ومع ذلك فانه مهما يكن من امر الحصانه التي يتمتع بها المالك الجديد، فهي لا تبلغ حد حمايته من اوجه الدفع المتصلة بذات السهم(عيب شكلي واضح في السهم ، او عدم تسديد قيمته اذا كان ذلك مما يسهل الوقوف عليه من ظاهره)[6].

وقابلية السهم للتداول مرتبطة بالنظام العام، فلا يجوز الغاؤها في نظام الشركه، والا فقدت الشركه

---

(2)- د.احمد ابراهيم البسام: مبادئ القانون التجاري، الجزء الاول، بغداد، مطبعة العاني، 1961، ص311.كذلك د.عادل محمد خير : شركات الاموال في القوانين الخاصه ، الطبعة الاولى ، القاهره، دار الكتب القوميه ،2000 ، ص 64 .

(3)- د.ابو زيد رضوان- د.حسام عيسى: شركات المساهمه والقطاع العام، القاهره ، دارالفكر العربي، 1976،ص11-12 .

(4)- د.مصطفى كمال طه: القانون التجاري، الاسكندريه ، دار الجامعة الجديد للنشر، 1990، ص293.

(5)- د. يعقوب يوسف صرخوه : الاسهم وتداولها في الشركات المساهمه في القانون الكويتي ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 1982 ، ص 221 .

(6)- إذ تنص الماده (366) مدني عراقي على ان (للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له ، عند صيرورة الحواله نافذه في حقه ، ان يحتج بها على المحيل كما يجوز له ان يحتج بالدفوع الخاصه بالمحال له وحده) . انظر كذلك الماده (370) مدني كويتي ، الماده (312) مدني مصري .

(1)- د. احمد ابراهيم البسام : الشركات التجاريه في القانون العراقي ، الطبعه الثانيه ، بغداد ، ساعدت جامعة بغداد على طبعه ، 1967 ، ص 128 .

طبيعتها كشركة اموال واصبحت شركة اشخاص [1] ، وهو ما اكد عليه القضاء الفرنسي عندما قضى (ان النص على عدم قابلية الاسهم للتداول في النظام الاساسي للشركة المساهمة يزيل عنها صفة الشركه المساهمة ، كما ان النص في عقد تأسيس احدى شركات الاشخاص على قابلية الحصص للتداول يجعلها شركة مساهمة غير مؤسسة بشكل صحيح)[2] .

ولكن هذا لا يمنع من انه يمكن ان يحد من مدى تداول السهم، سواء بموجب نص في القانون او بالاتفاق[3].

فقد يتدخل المشرع من ناحية ليقيد حرية المالك في التصرف باسهمه في بعض الفروض، وتسمى هذه القيود عندئذ بالقيود القانونية [4] ، ومن الجائز ايضا من ناحية اخرى ان يحتوي نظام الشركه او تعديلاته على قيود من شأنها الحد من هذه الحرية، وتسمى هذه بالقيود الاتفاقية[5].على ان لا تؤدي تلك القيود الى الغاء قابلية التداول للسهم بصورة مطلقة[6].

---

(2)- د. الياس ناصيف : مصدر سابق ، ص 235 . كذلك كامل عبد الحسين : مصدر سابق ، ص 146 .

(3)- انظر قرار محكمة النقض في 1913/1/15 dalloz 1913 juin 1- 440-23 اشار اليه فاروق ابراهيم جاسم : حقوق المساهم في الشركه المساهمة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون- جامعة بغداد، 1993،ص 86.

(4)- د. مرتضى ناصر نصر الله : مصدر سابق ، ص 166 . كذلك د. علي جمال الدين عوض : دروس في القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص203 . كذلك L.C .B GOWER- The principles of modren company law – stevens audsons – London – 1969 –P392 .

(5)- تضمن قانون الشركات العراقي نصوصا قيد فيها حرية تداول الاسهم وانتقالها من شخص الى اخر وقد اختلفت هذه القيود باختلاف الحاله التي اوجبتها . ومثال ذلك ما اوردته الماده (64) من قانون الشركات النافذ في فقرتها الثالثه اذ تنص : (لا يجوز للمساهم من القطاع الخاص نقل ملكية اسهمه :

1ـــ اذا كانت مرهونة او محجوزة او محبوسة بقرار قضائي.

2 – اذا كانت شهادتها مفقوده ولم يعط بدلها .

3- اذا كان للشركة دين على الاسهم المراد نقل ملكيتها .

4 – اذا كان من تنقل اليه ملكية الاسهم ممنوعا من تملك اسهم الشركات بموجب قانون او قرار صادر من جهة مختصة) .

(6)- تهدف القيود الاتفاقية الى اختيار من يكون مساهما في الشركه، لكي لا تقع الاسهم في ايدي اشخاص معروفين بعدائهم للشركة، او معروفين بميول اجتماعي او سياسي معين.فلو كنا امام شركة مساهمة لاصدار صحيفة سياسية، فان فتح الباب على مصراعيه لكل مساهم لاستطاع الخصوم السياسيون للحزب الذي يصدرهذه الصحيفة ان يمتلكوا من الاسهم القدر الذي يمكنهم من تولي ادارة الشركه وتحويل سياسة الصحيفة. ومن امثلة القيود الاتفاقية هو تخويل الشركه حق افضليه على السهم المزمع بيعه.للايضاح انظر د.عدنان احمد ولي- د.باسم محمد صالح: القانون التجاري، مصدر سابق، ص(192 – 193).كذلك انظر د.احمد ابراهيم البسام: مبادئ القانون التجاري، مصدر سابق، ص318.=

= كذلك E.R.Hardy Ivamy- company law show and sons- ltd -six thed -1978-p.165.

(1) - د.احمد ابراهيم البسام: الشركات التجاريه، مصدر سابق، ص131.

واخيراً اذا كنا قد بينا من خلال ما تقدم ان الخصيصة الاساسية للسهم هي قابليته للتداول، فانه من المنطقي ايضا ان نوضح الاجل الذي تنتهي عنده هذه القابلية او الخصيصة. ولبيان ذلك لابد ان نبين ان حل الشركه لا ينهي شخصيتها المعنوية فورا، اذ تبقى هذه الشخصيه لاحتياجات تصفيتها والىان تنتهي هذه العمليه. وعلى ذلك نصت الماده (164) من قانون الشركات العراقي في الفقرة اولا ((تحتفظ الشركه بشخصيتها المعنويه مدة التصفيه على ان يذكر انها تحت التصفيه حيثما يرد اسمها)) [1].

ومن الملاحظ ان المشرع العراقي لم يبين حكم تداول الاسهم خلال عملية التصفية.ولذلك ندعوا الى اعمال حكم الماده (272) من قانون الشركات الفرنسي التي تذهب الى ان الاسهم تستمر قابلة للتداول بعد حل الشركه والى حين قفل عملية التصفية.على انه يشترط لصحة ذلك ان تكون الاسهم محل التداول صحيحة من حيث الشكل، فليس من المنطقي القول بصحة تداول اسهم كانت معيبة في شكلها[2].

رابعاً/ تحديد المسؤولية

مما لا شك فيه ان رأس المال يلعب دوراً مهماً وحيوياً في شركات الاموال، نظرا لان مسؤولية كل مساهم فيها تكون محدوده، اذ لا يسأل المساهم عن ديون او خسائر الشركه الا بقدر الاسهم التي يمتلكها[3]، حتى لو كانت هذه الخسائر او الديون تفوق رأس المال فان الدائنين هم الذين يتحملون الفرق في الخسارة الزائد عن رأس مال الشركه[4].كما انه لا تضامن بين المساهمين في استيفاء ديون الشركه[5].والى هذه الخاصية اشار قانون الشركات العراقي في الماده (6) منه[6]، عندما بين انواع الشركات إذ انتهت الفقرة - اولاً- الخاصة بالشركات المساهمه والفقرة – ثانياً – الخاصة بالشركات المحدوده بانه (..... ويكونون مسؤولين عن ديون الشركه بمقدار القيمة الاسميه للاسهم التي اكتتبوا بها)[7].

---

(2)- انظر كذلك الماده (172) شركات كويتي، الماده (138) شركات مصري، الماده (391 -2) شركات فرنسي.

(3)- اشار اليها د.احمد ابراهيم البسام: المصدر السابق، ص128.

(4) - يوسف كمال محمد: فقه الاقتصاد النقدي، الطبعة الاولى، الرياض، دار الهداية، 1993، ص130.كذلك د.يعقوب يوسف صرخوه: مصدر سابق،ص103.

(5)- د.خالد امين عبد الله: مصدر سابق، ص291.

(6)- د.مفلح عواد القضاة: الشركه ذات المسؤولية المحدوده وشركة ذات الشخص الواحد، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص29.كذلك د.محمد فريد العريني: القانون التجاري اللبناني،الجزء الاول، الطبعة الاولى، الاسكندريه ،الدار الجامعية،1983،ص376.

(7) - انظر كذلك الماده (63) شركات كويتي، الماده (36) تجاري مصري، الماده (59) شركات بحريني، الماده (77) تجاري لبناني، الماده (64) قانون الشركات الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحده.

(1)- خلافاً لذلك تذهب الماده (6) الفقرة الثالثة والرابعة من قانون الشركات العراقي التي تتعلق بشركات الاشخاص الى ان المسؤولية فيها غير محدودة. اي ان صاحب الحصة (الشريك) يلتزم بجميع امواله وليس بقدر الحصة التي قدمها للشركة.

وتأكيداً على ذلك عاد المشرع العراقي في الماده(33) شركات لينص على أنه ((لا يسأل المساهم عن ديون الشركه الا بمقدار القيمة الاسميه للاسهم التي يملكها)).ويترتب على تحديد مسؤولية المساهم انه متى دفع قيمة الاسهم التي اكتتب بها فانه لا تنشأ بينه وبين دائني الشركه اية علاقة،اذ ينقضي ما عليه من دين للشركة بالوفاء، ولا تبقى له الا حقوق في الارباح وفي موجودات الشركه عند تصفيتها[1].

كما ان تحديد مسؤولية المساهم على هذا النحو يتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز للهيئة العامه ان تتخذ قراراً بتحميل المساهم مسؤولية تتجاوز حدود المال الذي ساهم به في الشركه[2].

ومن المهم جدا ان نشير الى ان هذه القاعده (تحديد المسؤولية) لا تطبق الا في حال حسن النيه، وقيام المساهمين باعمال مشروعه.اما اذا قام المساهمون باعمال غير مشروعه كلجوئهم الى المبالغه في تقدير قيمة حصصهم العينية مثلا، فعندئذ لا يحق لهم التمسك بتحديد المسؤولية، بل يتعرضون لعقوبات الاحتيال ولاداء بدل الضرر[3].

واخيراً فانه مما لا شك فيه ان تحديد المسؤولية يعني ان المساهم لا يمكن ان يخسر، اذا ما فشل المشروع الذي اشترك فيه، اكثر مما قدمه من حصه.وهذا عامل اضافي يساعد على اجتذاب المدخرين الى هذا النوع من الشركات. وفي نفس الوقت يؤدي الى تشجيع الانفصام بين المساهم والشركه،فالمساهم الذي يعلم ان مسؤوليته محدوده في نهاية الامربقيمة ما اشتراه من اسهم، لن يبذل في الرقابة على الشركه وادارتها نفس العناية التي يبذلها الشريك المتضامن في شركة التضامن والمسؤول عن ديون الشركه في كل امواله[4].

المطلب الثالث

اشـــــكـــال الاســـــهـــم

تتضح اهمية بيان شكل السهم في هذا المقام لما له من أثركبير على طريقة رهنه، ذلك ان الشكل الذي يتخذه السند يخضع لنظام قانوني خاص. كما ان هذا الشكل هو الذي يجعل حق المساهم تجاه الشركه قيمة قابلة للتداول فيخرجه من قواعد القانون المدني ليخضعه للقواعد التجارية[5].

وحقيقة ان شكل السهم يحدد الى مدى بعيد درجة اندماج الحق الذي يمثله فيه وطريقة انتقال هذا الحق من

---

(2)- د. يعقوب يوسف صرخوه: مصدر سابق، ص104.

(3)- د. مصطفى كمال طه: القانون التجاري، مصدر سابق، ص292. كذلك د. فوزي عطوى : مصدر سابق، ص244.

(4)- د. الياس ناصيف: مصدر سابق، ص 235.

(5)- د. ابو زيد رضوان- د. حسام عيسى: شركات المساهمة ، مصدر سابق،ص12-13.

(1)- د. محمد صالح بك: مصدر سابق، ص148.

ذمة الى ذمة[1].

وتجدر الاشاره الى ان للسهم ثلاثة اشكال هي السهم الاسمي وللحامل والاذني[2].

فالسهم الاسمي/ هو الذي يحمل اسم صاحبه، ويتم تداوله بطريق القيد في سجل انتقال الاسهم الخاصة بالشركه[3] ، ولهذا النوع من الاسهم فوائد كثيره، فهو يؤدي الى استبعاد مخاطر السرقة، فلو فقد المساهم سنده فان ذلك لا يؤثر على حقه لوجود اسمه في دفاتر الشركه [4].

كما انه يساعد الشركه في معرفة المساهمين فيها شخصيا مما يمكنها من اجراء المراسلات معهم بشأن تمشية امورها، كتبليغ الذين يجب عليهم دفع المبالغ المترتبة في ذمتهم [5].

كذلك له فائدة كبيره تتمثل بمساعدة الدولة على ممارسة نوع من الرقابه على رأس المال المستثمر في الوطن، خاصة بعد التعديل المرقم 64 لسنة 2004 الذي طرأ على قانون الشركات العراقي. والذي سمح لغير العراقي ان يكون مؤسساً او مساهماً في الشركه، بعد ان كان ذلك مقتصرا على العراقي فقط [6].

ومما لا شك فيه ان فرض الشكل الاسمي يعد ضرورة لكي يمكن تطبيق النصوص التشريعية المقيدة لمبدأ حرية التصرف في الاسهم، كاسهم المؤسسين التي اوجب القانون العراقي عدم التصرف بها لمدة معينة [7].

---

(2)- د. احمد ابراهيم البسام: مبادئ القانون التجاري،مصدر سابق، ص334.

(3)- علماً ان قانون الشركات العراقي لا يعرف الا الاسهم الاسميه فقط اذ تنص الفقرة أولاً من الماده (29) منه على انه "يقسم رأس المال في الشركه المساهمة والمحدوده الى اسهم اسمية.....".

(4)- سجل انتقال الاسهم : هو سجل يحفظ في مركز ادارة الشركه ، يقيد فيه اسماء الاعضاء وعناوينهم وعدد الاسهم التي يمتلكها كل منهم وارقامها والمبلغ المدفوع من كل سهم وتاريخ قيد كل عضو في السجل وتاريخ انتهاء عضويته ، ويجوز لكل عضو الاطلاع عليه . انظر المواد (129- 132) شركات عراقي . للتفصيل انظر سعيد يحيى : مصدر سابق ، ص 247 . كذلك د. سميحه مصطفى القليوبي : القانون التجاري ، مصدر سابق ،ص 203 .

(5)- في حالة فقدان الاسهم الاسميه او تلفها يجوز للشركة ان تصدر لصاحب الحق فيها،حسب ماهو مدون في سجلاتها بدل فاقد او تالف بعد تكليفه مايثبت الفقدان او التلف وذلك وفقا للاجراءات المتبعة لدى بورصة الاوراق المالية في هذا الشأن، وادائه لمبلغ النفقات اللازمة للاستبدال وللاعلان. ويثبت على السهم في هذه الحاله انها بدل فاقد او تالف، ويؤشر عليها بكافة التصرفات الواردة عليها في السجلات، كما ينشر عن ذلك في صحيفة الشركات. للتفصيل انظر د. حسين المصري: مصدر سابق، ص238.

(6)– د. محمود سمير الشرقاوي : مصدر سابق ، ص 340 . بهذا المعنى د. لطيف جبر كوماني : مصدر سابق ، ص 60 .

(7)- عدلت الفقرة أولاً- من الماده (12) شركات عراقي لتقرا كالاتي: " للشخص الطبيعي او المعنوي اجنبيا كان ام عراقيا حق اكتساب العضويه في الشركات المنصوص عليها في هذا القانون كمؤسس لها او حامل اسهم او شريك...."

(1)- انظر الماده (64- أولاً) من قانون الشركات العراقي المعدل التي تنص

" لا يجوز لمؤسسي الشركه المساهمة نقل ملكية اسهمهم لغيرهم الا في الحالات التالية:

1- مرور سنة واحدة على الاقل من تاريخ تأسيس الشركه.

وبناءا على ما تقدم فنحن نؤيد اتجاه المشرع العراقي حينما ذهب الى ان الاسهم يجب ان تكون اسمية فقط.

اما السهم لحامله/ فهو الذي لا يذكر فيه اسم المساهم، ويعتبر حامله مالكا له قبل الشركه والغير بسبب الحيازه المادية، فيستطيع الحائز ان يتمسك بقاعدة (الحيازه في المنقول سند الملكيه) [1] ، إذ تعتبر الحيازه قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النيه [2].

وهذا ما اكده القضاء العراقي عندما قضى (من حاز شيئا اعتبر مالكا له حتى يقوم الدليل على العكس) [3].

ولا يختلف شكل السهم لحامله عن السهم الاسمي الا في كون الجزء الاعلى منه بدلا من ان يذكر فيه اسم المساهم يذكر فيه انه لحامله، مع بيان قيمة السهم الاسميه ورقمه المتسلسل وترافقه كوبونات يبين فيها تاريخ استحقاق الربح ، وتفصل هذه الكوبونات عند حلول ميعاد الاستحقاق وتقدم الشركه بدفع الارباح دون حاجة الى تقديم السهم نفسه[4].

اما عن ملكية الاسهم لحاملها فانها تنتقل بالمناوله اليدويه والتسليم، ولا تسجل اسماء حملتها في سجلات الشركه وانما يوجد لدى الشركه سجل بارقامها وبمجموع ما صدر منها [5].

ونظراً لاندماج الحق مع السند فان هذه الاسهم تعد من قبيل المنقولات المادية [6].

2- توزيع ارباح لا تقل عن 5% من رأس المال المدفوع.

(2)- يذهب د. صلاح الدين الناهي الى ان المصريين قد ترجموا هذه القاعدة ترجمة معيبة بما ادخل عليها من زيادة كلمة الملكيه،إذ ان القاعدة لديهم دائما تكون " الحيازه في المنقول سند الملكيه" . والادق ان تكون القاعدة "الحيازه في المنقول بمثابة سند". اي ان هذه الحيازه هي في الوقت نفسه سند وسبب ودليل لملكية المنقول وسائر الحقوق العينيه الاخرى .الوجيز في الحقوق العينيه الاصلية، الجزء الاول، بغداد، شركة الطبع والنشر الاهلية، 1961،ص394.

(3)- اذ تنص الماده (1163) مدني عراقي على انه "1- من حاز وهو حسن النيه منقولا او سندا لحامله مستندا في حيازته الى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد . 2- والحيازه بذاتها قرينه على توافر حسن النيه ووجود السبب الصحيح ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".انظر كذلك الماده (976-3) مدني مصري .

(4)- قرار محكمة التميز المرقم 1655ح (1956 عدد،ص283) بتاريخ 1954/12/21 منشور في مؤلف عبد الرحمن العلام: المبادىء القضائية لاحكام محكمة التمييز،بغداد، بلا دار نشر ،1957 ،ص 179.

(5)- د. محمد صالح بك: مصدر سابق ، ص151. انظر كذلك د. احمد ابراهيم البسام: الشركات التجاريه ، مصدر سابق،ص148.كذلك د. مصطفى كمال طه: القانون التجاري، مصدر سابق،ص301.

(6)- د.خالد الشاوي: مصدر سابق. ص310.كذلك د. نوري طالباني بالاشتراك مع كامل البلداوي وهاشم الجزائري: القانون التجاري، القسم الاول، بغداد، بدون دار نشر، 1979 ص 240 .

(1)- يترتب على اعتبار هذه الاسهم من قبيل المنقولات المادية ما يأتي:

أولاً – حائز السهم بحسن نيه يعتبر مالكا له.

ثانياً- اذا دفعت الشركه ارباحا بحسن نيه الى حامل السهم الظاهر كان وفاؤها مبرئا لها عملا بقاعدة تملك الحائز ما يقبضه

وتجدر الاشاره الى انه لا يمكن للشركه ان تصدر مثل هذه الاسهم الا بعد وفاء قيمة السهم كاملاً، والحكمة من ذلك هو ان المساهم قبل تسديده قيمة السهم يعتبر مدينا بالقيمة الباقيه للشركه، فليس من السهل على الشركه في هذه الحاله معرفة الشخص الذي انتقلت اليه هذه الاسهم لمطالبته بالدين اذا كان لحامله [1].

وللاسهم لحاملها محاسن ومآخذ . فمن محاسنها انها تجعل تداول الاسهم سريعا وتشجع على الاستثمارلان المساهم يستطيع ان يوظف نقوده في اسهم يمكنه التصرف فيها بسهولة في اي وقت ومن غيراية تعقيدات شكليه [2].

كما تتسم بميزة اخرى ، هي عنصر الخفاء وهو ما يوفر اكبر سريه لتوظيف الثروات لانه كما يقال في المصطلح الاقتصادي (الديمقراطية تحب الثروات المستتره) [3].

ولكن من مآخذها انها قد تسبب بعض المشاكل لحاملها عند رهنها او ايداعها او فقدانها، اذ في جميع هذه الحالات يفترض انها خرجت من حيازة المالك على اساس نقل ملكيتها، ويكون عليه عبء اثبات عكس ذلك [4].

كما لا يغيب عن الذهن ان انتقال الاسهم بالمناوله يؤثرسلباً على سير العمل في الشركه إذ يصعب معرفة حملة الاسهم ودعوتهم للاجتماع في الاحوال التي تتطلب مشاركة غالبية المساهمين بالقرار[5].
وقد تكون الاسهم لحاملها عاملا في خلق الازمات الاقتصادية للشركات وبالتالي للاقتصاد الوطني بسبب انتقالها السريع بمجرد المناوله بشكل يخرج عن سيطرة الجهات الرقابية [6].

مما يعني ان هذه الخاصيه تعد ميزة ومأخذاً في الوقت نفسه.بقي هنالك تساؤل يفرض نفسه وهو :هل يجوز تبديل او تغيير شكل الاسهم الاسميه الى اسهم لحاملها وبالعكس؟ [7] .

وللاجابة نقول: انه لا يجوز تبديل الاسهم الاسميه الى اسهم لحاملها الا اذا كان مصرحاً بذلك في نظام الشركه، ولكن مع ذلك يمكن للهيئة العامه في الشركه ان تعدل نظام الشركه وتجيز هذا التبديل. وعلى اية حالٍ لا يجوز تبديل الاسهم الاسميه الى سهم لحاملها الا اذا دفعت كل قيمتها. اما تبديل الاسهم التي لحاملها

من ثمار.انظر الماده (1165) مدني عراقي والماده (987) مدني مصري.

(2)- د. طالب حسن موسى: الموجز في الشركات التجاريه، مصدر سابق، ص169.

(3)- كامل عبد الحسين البلداوي: الشركات التجاريه، مصدر سابق، ص146.

(4)- د. يعقوب يوسف صرخوه: مصدر سابق، ص230.كذلك د.عبد العزيز الخياط : مصدر سابق ، ص 101 .

(5)- د. خالد الشاوي: مصدر سابق، ص311.

(6)- انظر د. عدنان احمد ولي - د.باسم محمد صالح : مصدر سابق ، ص 186. كذلك موفق حسن رضا : مصدر سابق ، ص 86

(7)- د. لطيف جبر كوماني: الوجيز،مصدرسابق، ص60.

(8)- من البديهي ان هذا التساؤل يكون فقط بالنسبة للتشريعات التي تسمح لشركاتها باصدار اسهم لحاملها كالتشريع الفرنسي.

الى اسهم اسميه فتعد من اعمال الاداره [1].

اما فيما يتعلق **بالاسهم الاذنيه او الاسهم لامر**، فان هذه الاسهم يذكر فيها اسم صاحب الحق مسبوقاً بعبارة (لامر او لاذن) ومن ثم يتم نقل ملكيتها او رهنها عن طريق التظهير دون حاجة الى الرجوع الى الشركه [2].

وجدير بالذكر ان تظهير هذه الاسهم يخضع للقواعد نفسها التي يخضع لها تظهيرالاوراق التجارية، ما لم تكن هنالك احكام مخالفة ناشئة عن القوانين والانظمة [3] .

ورغم ان اصدار الاسهم بهذا الشكل امر نادر في الواقع العملي [4]، وايضا نادر على صعيد التشريعات [5]، وان العديد من التشريعات تميل الى اعتماد الاسهم الاسميه فقط [6].

الا ان هنالك رأياً يذهب انه ليس ثمة مانع قانوني من اصدار هذا النوع من الاسهم، والحجة في ذلك ان التحريم او المنع لا يقع الا بنص [7].

وعموماً فان الاسهم لحاملها والاسهـــم الاذنيه غير معروفـــة في قانون الشركـــات العـراقي النـــافـذ.

الفصل الاول

---

(1)- د. محمد صالح بك: مصدر سابق، ص153.

(2)- د. ابو زيد رضوان: مصدر سابق، ص408.انظر كذلك د.طالب حسن موسى: الموجز في الشركات التجاريه ، مصدر سابق،ص169.بيد يذهب جانب من الفقه الفرنسي الى ان السهم لا ينتقل بالتظهير، لان السهم ليس من الاوراق التجاريه، بالرغم من ان قيمته الاسميه تمثل مبلغاً معيناً من النقود.والسبب في ذلك ان للسهم اضافة الى قيمته الاسميه قيمة سوقيه او تجاريه قد تختلف عن قيمته الاسميه. وتؤثر في القيمة السوقيه عوامل عديدة كالوضع المالي للشركه وكذلك مقدار عرض الاسهم والطلب عليها في وقت معين، ومقدار الارباح التي اعتادت الشركه المعينه توزيعه. اما الورقة التجاريه كالصك والسفتجة فانها تمثل دائما مبلغاً معيناً وثابتاً من النقود. وهذا ما يجعل الاوراق المالية وهي الاسهم والسندات بالرغم من قابليتها الكبيرة للتداول لا تنطوي تحت مصطلح الاوراق التجاريه. نقلاً عن د. محمود سمير الشرقاوي: القانون التجاري،مصدر سابق،ص238.

(3)- د. فوزي عطوى: مصدر سابق، ص255. كذلك د.سعيد يحيى: مصدر سابق، ص247. كذلك د. ابو زيد رضوان: مصدر سابق،ص407.

(4)- د. سميحة القليوبي: القانون التجاري، مصدر سابق، ص211.انظر كذلك د. مرتضى ناصر نصر الله: مصدر سابق،ص168.كذلك د. علي جمال الدين عوض:دروس في القانون التجاري،مصدر سابق،ص309.

(5)- د.عدنان احمد ولي – د. باسم محمد صالح: مصدر سابق، ص186.

(6)- انظر الماده (29- أولاً) قانون الشركات العراقي .والماده (101) شركات كويتي، والماده (106) شركات بحريني، والماده (68- ب) شركات اردني، والماده (34) شركات قطري .

(7)- د. يعقوب يوسف صرخوه: مصدر سابق، ص232.

انـــشـــــــاء الرهـــــن

لقد جوز قانون الشركات العراقي النافذ رقم 21 لسنة 1997 المعدل رهن اسهم الشركات المملوكة للقطاع الخاص ،حينما نص في الماده71- اولا على انه " يجوز رهن الاسهم المملوكة للقطاع الخاص في الشركه المساهمة والمحدوده....".

وبما اننا قد بينا من خلال التمهيد ان الاسهم هي عبارة عن منقولات مادية او معنويه ، إذ لاحظنا ان هذه الاسهم متى كانت اسمية او اذنيه فانها تعد من قبيل المنقولات المعنويه، ذلك ان الصك يمثل حق المساهم في الشركه فيكون امتلاكه امتلاكاً لذلك الحق .اما الاسهم لحاملها فانها تعد من قبيل المنقولات المادية، بحيث يندمج الحق في الصك وينتقل بمجرد التسليم . وعليه فانه يمكن القول ان رهن الاسهم تطبق عليه احكام الرهن التجاري الذي يقتصر بدوره على المال المنقول، إذ يشمل المنقول المادي والمعنوي على حد سواء [1] .

وقد نصت على ذلك الماده (186) من قانون التجارة العراقي النافذ رقم30 لسنة1984 الخاصة بالرهن التجاري على انه " تسري احكام هذا الفرع على كل رهن يتقررعلى مال منقول توثيقاً لدين مترتب على عمل تجاري بالنسبة الى كل من المدين والدائن او بالنسبة الى احدهما".

وبما ان رهن الاسهم عملا تجاريا بصريح نص الفقرة (15) من الماده (5) من قانون التجارة العراقي [2] ، فان هذا يؤكد ان رهن الاسهم يخضع لاحكام الرهن التجاري الذي يعرف بانه : الرهن الذي يعمله تاجر او غير تاجر تأميناً على عمل من الاعمال التجارية. اوهوعقد من عقود الضمان يهدف الى ضمان الدين للدائن يمنحه حيازة مال لمدينه او لشخص اخر [3].

ولكن لما كان الرهن التجاري بحسب اصله من قبيل الرهن الحيازي ، ذلك ان الرهن الحيازي يرد على

المنقول والعقار معا خلافاً للرهن التأميني الذي يرد على العقار فقط [4]، كما ان اجراءات الشكلية في

---

(1)- د.علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجه القانونيه ، القاهره،مكتبة النهضة العربية ،1988، ص660.

(2)- إذ تنص على انه ((تعتبر الاعمال التالية اعمالا تجارية اذا كانت بقصد الربح. ويفترض فيها هذا القصد مالم يثبت العكس:خامس عشر – التعامل في اسهم الشركات وسنداتها....)) .

(3)- د.عدنان احمد ولي العزاوي: مفهوم العمل التجاري وآثاره القانونيه ، بغداد، مطبعة الصقر، 1987، ص92.

(1)- تنص الماده (1328) مدني عراقي على انه (يجوز ان يكون محلا للرهن الحيازي كل ما يصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار و منقول....).

الرهن التأميني تتعارض مع طبيعة الحياة التجاريه التي تتطلب السرعة وبساطة الاجراءات [1].
لذلك فانه يجب التأكيد على ان احكام الرهن الحيازي هي احكام اساسية تسري على رهن الاسهم بالقدر الذي لا تتعارض فيه صراحة او ضمنا مع القوانين التجارية [2].

ويعرف الرهن الحيازي وفقاً للمادة (1321) مدني عراقي التي تنص :" الرهن الحيازي ، عقد به يجعل الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن او في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلا او بعضا، مقدما على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اي يد كان هذا المال " .نخلص من هـــذا ان عقد الرهن الحيازي عقد عيني [3]، لانــه لا يتم بمجرد الايجـــاب والقبـــول بـــل يتوقف تمامه وافادته لآثاره على القبض [4] .وهذا ما تنص عليه صراحة الماده (1322-1) مدني عراقي، اذ تقول " يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون".ولما كان رهن الاسهم هو رهن حيازي ، هذا يعني ان رهن الاسهم هو عقد عينـــي لا يتم الا بالقبض [5] .

كما لا يكفي ذلك لانعقاد الرهن بل لابد من اتباع الشكليه التي نص عليها قانون الشركات العراقي النافذ وهي تأشير الرهن في سجل رهن الاسهم الخاصة بالشركه [6].

وعليه يعد عقد رهن الاسهم عقدا شكليا ايضا. وقبل ان ندخل في تفصيلات انشاء رهن الاسهم في الشركات بقيت مسأله لابد من توضيحها، وهي: متى يعد الرهن تجاريا ؟ وبالتالي يكون جوهر دراستنا هذه،

---

(2)- د. خالد الشاوي: مصدر سابق، ص320.كذلك انظر د. علي حسن يونس: العقود التجاريه ، الاسكندريه ، دار الفكر العربي، بلا سنة طبع، ص68. كذلك د. السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 10 ، القاهره، دار النهضة العربية، 1970، ص747.

(3)- د. عدنان احمد ولي- د. باسم محمد صالح : مصدر سابق، ص197. انظر كذلك الماده (1029) مدني سوري ، الخاصه برهن المنقول التي تنص " لا تسري احكام هذا الباب الا بالقدر الذي لا تتعارض فيه صراحة او ضمناً مع القوانين التجاريه والقوانين المتعلقة بحالات خاصة في الرهن".

(4)- خلافا لذلك يعرف القانون المدني المصري الرهن الحيازي في الماده (1096) منه بانه "الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه او على غيره ، ان يسلم الى الدائن او الى اجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يترتب عليه للدائن حقا عينياً...."ويتضح من هذا التعريف ان الرهن الحيازي هنا هو عقد رضائي، وان التسليم هو التزام وليس ركنا في العقد. فالحيازه لا تستلزم الا لنفاذ الرهن في حق الغير. مزيداً من التفصيل انظر د. انور طلبه: الوسيط في القانون المدني ، الجزء السادس، الاسكندريه ، المكتب الجامعي الحديث ، 2001،ص 799.كذلك د. احمد سلامة: " دروس في التأمينات المدنيه ، القاهره، دار النهضة العربية، 1968،ص352.وهذا هو حكم قانون التجاره المصري في الماده (77) منه وكذلك قانون التجاره الكويتي في الماده(224) منه، والماده (92) من قانون التجاره الفرنسي.

(5)- د. محمد طه البشير: الوجيز في الحقوق العينيه التبعية، ط3، بغداد، دار الحرية للطباعه ، 1974،ص183.

(6)- د. طالب حسن موسى: رأس مال الشركه المساهمة،مصدر سابق، ص199.

(7)- تنص الماده(71- أولاً) على انه "يجوز رهن الاسهم المملوكة للقطاع الخاص في الشركه المساهمة والمحدوده على ان= =يؤشر عقد الرهن في سجل خاص لدى الشركه ".

ومتى يكون مدنيا بحيث يخضع لاحكام القانون المدني؟ وللاجابة نقول ان الرأي الغالب هو ان الرهن باصله لا يعتبر تجاريا ولا مدنيا، بل هو تابع اي يأخذ الرهن صفة الدين الذي انشأ لضمان الوفاء به. فهو عمل محايد، والعبرة بوصفه هي بوصف الدين المضمون بالنظر الى المدين به، ولا عبرة بصفة طرفي الرهن [1].

فيجب اذن لاعتبار الرهن تجاريا ان يكون الالتزام المضمون تجاريا. مع الاخذ بنظر الاعتبار عدم امكانية تطبيق نظرية الاعمال التجاريه المختلطه على الرهن التجاري ، تلك النظرية التي تسمح بان يكون العقد تجاريا بالنسبة الى احد الطرفين ومدنيا بالنسبة للاخر[2].

كما لا يعتبر كل رهن ضامن لدين تجاري رهنا تجاريا الا اذا ورد على مال منقول ـ مادي او مـعنوي ـ . اما الرهن الذي ينصب على عقار فانه مدني ويخضع للقانون المدني ولو كان يضمن ديـن تـــجاري [3].

نخلص مما تقدم ان عقد الرهن هو مصدر الحق العيني (حق الرهن)، إذ ان الرهن لا يتقرر بحكم القانون ولا بقرار من المحكمة واذا تقرر رهن بحكم المحكمة، فلابد من ان يكون هذا الحكم قد استند على تعاقد سابق.لذا يلزم لقيام الرهن ان ينعقد عقد الرهن صحيحا. ورهن الاسهم كما رأينا عقد عيني وشكلي، يلزم لانعقاده ان يتوافر رضاء المتعاقدين، وان ينصب هذا الرضا على شيء يجوز رهنه، وان يستند الرهن الى التزام صحيح حتى يوفر ضمان الوفاء به، وان ينتقل المرهون الى المرتهن او العدل،كما يتبع الشكل الذي فرضه القانون. ولذلك سوف نبحث انشاء الرهن في مبحثين نتناول في الاول الاركان العامه الواجب توفرها في كل عقد مع خصوصية رهن الاسهم . ونتطرق في المبحث الثاني الى الاركان الخاصة اللازمة لانشاء رهن الاسهم.

المبحث الاول / الاركـ ـ ـان العامـ ـ ـه :

اسلفنا القول ان مصدر نشوء حق الرهن هو العقد، وبالتالي لا مناص من ضرورة توفر الاركان العامه لكل عقد من تراض ومحل وسبب وهذا ما سنتعرض اليه تباعا. في المطالب الثلاثه الآتيه :

---

(1)- د. عدنان احمد ولي: الرهن التجاري، مجلة التجاره، الجزء الرابع، السنة 35 ،بغداد، مطبعة المعارف، 1972،ص68.كذلك انظر د. علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونيه، مصدر سابق،ص659. كذلك د. علي حسن يونس: العقود التجاريه، مصدر سابق،ص71.

(2)- د. علي البارودي : العقود والعمليات التجاريه ، الطبعة الاولى، بيروت، المؤسسة الجامعية للنشر، 1987،ص109.

(3)- د. علي جمال الدين عوض: العقود التجاريه، القاهره، دار النهضة العربية،1982، ص89.

المطلب الاول

التـــــراضـــــــي

وجود الرضا وصحته:

يطبق على الرضا في رهن الاسهم، ما يطبق على رهن المنقول في سائر العقود الاخرى [1]. فيشترط لوجود الرضا، وجود الاراده لدى كل من المتعاقدين لان معدوم الارادة لا يعتد برضائه، وان تتفق الارادتان، اي توافق الايجاب والقبول الصادرين من طرفي عقد الرهن وهما الراهن (المساهم المدين) والمرتهن (الدائن) [2].

والـغالب ان يـكـون الراهـــن هو الـمديـــن، ولكـــن قد يكـــون شخصا اخر يرهن مالا من اموالـــه ضمانا للوفاء بدين على غيره، وهذا هو الكفيل العيني [3].

وفي هذه الحاله ينعقد رهن الاسهم بين الدائن المرتهن و المساهم الراهن الذي هو الكفيل العيني.اما المدين فانه ليس طرفا في عقد الرهن هذا،وانما هو شخص اجنبي عن الرهن مع انه يثبت في ذمته الدين الاصلي الذي يضمنه رهن الاسهم [4].

كما وان الرضا قد يتم صراحة، او يكون ضمنيا يستفاد من ظروف الاحوال، كما هو الشأن في تسلم الدائن للاسهم المرهونه او وجود عقد رهن بيده موقع عليه من الراهن فقط [5].

ولكي ينعقد الرهن صحيحا توجب القواعد العامه ان تكون ارادة كل من طرفيه سليمة خاليه من العيوب، وان يكون كلٌ من المتعاقدين اهلا لابرام الرهن اي انهما ذوا اهليه لابرام العقد اذا كان اصالة ، او ذا صفه في النيابة [6].

---

(1)- القاضي حسين عبد اللطيف حمدان: التأمينات العينيه، الطبعة الثانيه، بيروت، الدار الجامعية، 1985، ص240.

(2)- د. اكرم ياملكي في المؤلف المشترك مع د. فائق الشماع : القانون التجاري، بغداد، جامعة بغداد، 1980،ص331.

(3)- تنص الماده(1287)مدني عراقي والخاص بالرهن التأميني على انه "يجوز ان يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز ان يكون كفيلا عينيا...". وعلى الرغم من اننا لا نجد مثل هذا النص في باب الرهن الحيازي الا انه لا نعتقد بوجود ما يمنع من تطبيق الماده اعلاه بالنسبة للرهن الحيازي عموما.اما رهن الاسهم فقد انهت الموضوع الماده (198) تجارة عراقي حينما نصت" اذا كانت الاوراق المالية والمستندات التجاريه الاخرى مقدمة من غير المدين فلا يلزم حاملها وفاء الدين الموثق بالرهن الا بوصفه كفيلاً عينيا".انظر كذلك الماده(1096) مدني مصري ، كذلك الماده (1324)مدني اردني كذلك الماده (973) مدني كويتي، كذلك الماده (845) مدني جزائري.

(4)- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: مصدر سابق،ج 10،ص752.

(5) - د. شمس الدين الوكيل: نظرية التأمين في القانون المدني، ط2، الاسكندريه ، منشأة المعارف، 1959، ص 352 .

(1) - د. محمد لبيب شنب: دروس في التأمينات العينيه والشخصيه ، القاهره، دار النهضة العربية ، 1974، ص146. كذلك

الاهلية اللازمة لابرام عقد الرهن:

فيما يتعلق باهلية المساهم الراهن فانها تتوقف على تحديد طبيعة الرهن بالنسبة له من حيث النفع والضرر، فاذا كان الراهن هو المدين فان الرهن يعد من قبيل اعمال التصرف، باعتبار ان مآله الاحتمالي هو بيع الاسهم المرهونه واستيفاء الدين من ثمنها، وعلى هذا النحو يلزم لوقوعه صحيحا ان تتوفر في الراهن الاهليه القانونية للتصرف [1]. بيد ان رأياً في الفقه قد اعترض على ذلك بالقول ان حق الرهن ليس من الحقوق المتفرعه عن حق الملكيه ولايخول صاحبه بعضاً من مزايا الملكيه ، فهو لا ينتقص من ملكية الراهن ولا يضره في شيء ، فلا محل اذن لاعتباره داخلاً في اعمال التصرف [2] .

وحقيقةً لايمكن التسليم بالرأي أعلاه ، ذلك ان حق الرهن ينقل الاسهم المرهونه وينقص صلاحيتها باعتبارها عنصراً من عناصر الائتمان ، فيحد من قدرة المساهم الراهن على الاقتراض .

ويعتبر اهلاً للتصرف كل من كان كامل الاهليه اي كل من بلغ الثامنة عشرة من عمره، ما لم يكن محجوراً عليه اومصرحاً بعدم اهليته بنص قانوني [3].

اما الاجنبي فيخضع في اهليته لقانون بلاده [4].

وعليه اذا كان الراهن عديم التمييز كان معدوم الاهلية ووقع رهنه باطلا [5].

ولقد تصدى القضاء العراقي للموضوع في نزاع عرض عليه إذ قضى بان الصبي غير المميز عديم الاهليه، وليس له حق التصرف باملواله وتكون جميع تصرفاته باطلة وان اذن له وليه [6].

اما اذا كان مميزا فيعتبر ناقص الاهلية وبالتالي يقع رهنه موقوفا على اجازة من له حق الاجازه [7].

د. اكرم ياملكي- د. فائق الشماع : مصدر سابق، ص 330.

(2)- د. علي هادي العبيدي: الوجيز في شرح القانون المدني الاردني (الحقوق العينيه)، الطبعة الاولى، عمان ، مكتبة دار الثقافه، 2000، ص324.

(3)- مزيداً من التفصيل انظر د. منصور مصطفى منصور : التأمينات العينيه ، القاهره ، المطبعه العالميه ، 1963 ، ص 21 .

(4)- تنص الماده (106) مدني عراقي على انه " سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة".كذلك تحدد الماده (215) من قانون الموجبات والعقود اللبناني وتحدد الماده (1) من تشريع اصطلاح قانون العائلة الانجليزي لسنة 1969 سن البلوغ بثماني عشرة سنة اما القانون المدني المصري والفرنسي فانهما يحددان سن الرشد باحدى وعشرين سنة. للايضاح انظر القاضي. حسين عبد اللطيف حمدان: مصدر سابق، ص77.

(5)- إذ تنص الفقرة الاولى من الماده (18) مدني عراقي على انه "الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته".

(6)- تنص الماده (96) مدني عراقي على ان "تصرفات الصغير غير المميز باطلة وان اذن له وليه". كذلك انظر الماده (110) مدني مصري .

(1)- تمييز 87 لسنة 1988 منشور في مجلة القضاء- العددان 3،4 سنة 1988- ص368.

(2)- تنص الفقرة الاولى من الماده (97) مدني عراقي على انه "يعتبر تصرف الصغير المميز...اما التصرفات الدائرة في

واجازة العقد الموقوف تكون صراحة او دلالة، وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد، ويجب ان يستعمل خيار الاجازة او النقض خلال ثلاثة اشهر يبدا سريانها من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد او من وقت بلوغ ناقص الاهلية سن الرشد [1].

في حين ان الصغير الذي اكمل الخامسة عشرة من عمره واذن له بالتجارة[2] ، فانه يكون كبالغ سن الرشد في التصرفات الداخلة تحت الاذن وعليه يكون رهنه نافذا [3] ،كذلك من اتم الخامسة عشرة من عمره وتزوج باذن المحكمة فانه يعتبر كامل الاهلية [4].

على انه اذا كان المساهم الراهن غير المدين- اي الكفيل العيني- اعتبر الرهن بالنسبة له من التصرفات الضارة ضرراً محضاً التي تتطلب اهلية كامله [5] ،اي من كان قاصرا مميزا اوغيرَ مميزٍ او محجوراً عليه، ورهن ماله ككفيل عيني كان رهنه باطلا، ذلك انه يقوم بعمل من اعمال التبرع [6].

ولكن اذا ما حصل الكفيل العيني على مقابل من المدين نظير ما يقدمه من ضمان لمصلحته ، فان الرهن

ذاتها بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على اجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداء". كذلك الماده (118) مدني اردني. بيد انه وفقا للقانون المقارن. فان الرهن الصادر من ناقص الاهلية يكون قابلا للابطال وليس موقوفاً. ذلك ان تلك القوانين تأخذ بنظرية البطلان اي التدرج في مراتب البطلان (البطلان المطلق والبطلان النسبي) على خلاف القانون المدني العراقي الذي لا يعرف البطلان النسبي. بل هو بطلان واحد، وهو ما تسميه التقنينات الاخرى بالبطلان المطلق.فالعقد في القانون المدني العراقي اما صحيح او باطل. إذ ان احكامه جاءت منسجة مع احكام الفقه الاسلامي التي تأخذ بنظرية العقد الموقوف. مزيدا من التفصيل د. عبد المجيد الحكيم- عبد الباقي البكري- د.محمد طه البشير: الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الاول، بغداد، مطبعة التعليم العالي، 1986، ص121.ومما يمكن ذكره هنا انه وفقا للقانون الانجليزي فانه هنالك من العقود التي يبرمها القاصر وتكون صحيحه وهي تلك التي تتعلق بشراء ما يعتبر من الضروريات كالملبس والكتب الثقافية او مايتعلق بالعقود التي تحقق منفعة للقاصر كعقود التدريب والتعليم. للتفصيل انظر د.مجيد حميد العنبكي: العوامل المؤثره على صحة العقد ، مجلة جامعة النهرين، المجلد 3 ، العدد 4 ، 1999 ، ص77.

(3)- انظر نص الماده (136- 1،2،3) مدني عراقي.مزيدا من التفصيل انظر د.محمد طه البشير: مصدر سابق، ص188.

(4)- إذ تنص الماده (98- 1) مدني عراقي على انه "للولي بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز اذا اكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ويأذن له بالتجاره تجربة له ويكون الاذن مطلقا او مقيدا".

(5) - تنص الماده (99) مدني عراقي على انه "الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ سن الرشد". للتفصيل انظر د.علي هادي العبيدي:مصدر سابق، ص325.

(6)- انظر الفقرة الاولى من الماده (3) من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980.

(7)- د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص146.كذلك د. شفيق شحاته : النظرية العامه للتأمين العيني، الطبعة الثانيه، القاهره ، المطبعة العالمية، 1953، ص69.

(1)- د. عبد الرزاق احمد السنهوري: مصدر سابق، ج 10، ص761.كذلك د. منصور مصطفى منصور: مصدر سابق. ص22.

يكون دائرا بين النفع والضرر [1]، وعليه تطبق في هذه الحاله احكام الاهلية بالنسبة للراهن عندما يكون هو المدين نفسه وفقا لما تم توضيحه فيما سبق.

ومما تجب الاشاره اليه هو ان اهلية التصرف يجب ان تتوافر لدى الراهن سواء اكان شخصا طبيعيا او معنويا ، فالشركه اذن لا يصح ان ترهن اموالها رهنا حيازيا الا اذا كانت نصوص القانون وعقد التأسيس يعطيانها الحق في ذلك في حين يحق لها ان ترهن ما تمتلكه من اسهم في شركه اخرى [2].

امـــا بالنسبـــة للمرتـــهن ، فان رهـــن الاسهـــم بـــاعتباره رهنا حيازيا يعد دائماً من التصرفات الدائرة بـين النفع والضرر، ذلك لانه ينشأ التزامات متقابله في ذمة الراهن والمرتهن [3].

وبالتالي فان الاهلية المطلوبة في المرتهن لا تختلف عن الاهلية المطلوبة في الراهن عندما يكون هو المدين [4] .

الولايه/

الولايه غير الاهليه فالاهليه صفة تلحق الشخص فتصبح بها اعماله منتجة لآثارها القانونية في حق نفسه.اما الولاية فهي صفة تصبح معها اعمال الشخص ذات أثرفي حق الغير [5] .

والاصل في الولايه انها تكون للشخص في مال نفسه ، فشرطها الاول هو الملك . ولكنها قد تكون في بعض الحالات للغير وهذه هي الولاية بالمعنى الضيق . والولاية بهذا المعنى الاخير اما ان تكون قانونيه اي مصدرها القانون كولاية الاب والجد وكولاية الوصي او القيم او المحكمه وقد تكون اتفاقية مصدرها الاتفاق كولاية الوكيل [6].

اما الاب فولايته على ابنه الصغير تبيح له ان يرهن مال ابنه في دين على ابنه كما تتيح له ان يرتهن مالا ضمانا لدين لابنه على الغير .ويجوز للاب ايضا ان يرهن ماله عند ولده الصغير وان يرتهن

---

(2)- د. محمد طه البشير: مصدر سابق، ص188.

(3)- د. محمد علي امام: التأمينات الشخصيه والعينيه، القاهره، مطبعة نهضة مصر، 1956، ص456.

علما ان قانون الشركات العراقي النافذ يذهب الى ان الشركه تكتسب الشخصيه القانونيه (اهلية التصرف) من تاريخ صدور شهادة تأسيسها، وفقا لنص الماده، (22) منه.

(4)- على خلاف رهن الاسهم في القانون الاردني إذ يكون رهنها تأمينياً اي دون نقل حيازتها. انظر الماده(68-1) شركات اردني والماده (1334) مدني اردني. و بالتالي يرى جانب من الفقه ان هذا الرهن يعد في ذاته من الاعمال النافعه بالنسبة للمرتهن ذلك انه ضمان لاستيفاء الدين الذي له في ذمة المدين، كما انه لا يرتب التزاما بذمة المرتهن وعليه يكفي لصحة ونفاذ الارتهان ان يتوفر في الدائن المرتهن التمييز فقط.مزيدا من التفصيل انظر د. علي هادي العبيدي: مصدر سابق، ص326.

(5)- د. سليمان مرقس: التأمينات العينيه، القاهره، دار النشر الجامعية، 1959،ص354.كذلك القاضي حسين عبد اللطيف حمدان:مصدر سابق، ص242.كذلك د. محمد لبيب شنب،مصدر سابق،ص146.

(6)- د . شفيق شحاته : مصدر سابق ، ص 74 .

(1)- د. محمد علي امام: مصدر سابق، ص239. كذلك محمد طه البشير: مصدر سابق، ص22.

مال ولده لنفسه وكذلك يمكن له ان يرهن مال ولده بدين عليه هو نفسه. وهذا ما نص عليه صراحة القانون المدني العراقي [1].

ولكن في هذه الحاله الاخيرة اذا هلك مال الصغير لا يكون الاب ضامنا الا بقدر ما سقط من دينه [2]. ويلاحظ ان هذا الحكم لا ينسجم مع القواعد التي قررها المشرع بخصوص ضمان هلاك المرهـــون .اذ ان الثابت هو ان تبعة هلاك المرهون او تلفه على الـــــراهن اذا كان ذلك راجعـا الى خطأه او الـى قـوة قاهره [3] .

وقد ذهب جانب من الفقه العراقي من اجل تحقيق الانسجام بين حكم الماده (1289- 1) وحكم القواعد العامه في ضمان الهلاك الى القول :

انه لما كان اعمال الكلام اولى من اهماله، فانه يمكن القول ان حكم هذه الماده يقتصر على حالة هلاك المرهون او تلفه بخطأ من الدائن المرتهن. اي اذا هلك المال المرهون او تعيب بخطأ المرتهن كان هذا ضامنا لقيمته وسقط من الدين قدر هذا الضمان وبهذا القدر يكون الاب ضامناً لولده ، لانه يكون قد قضى دين نفسه بمال ولده الصغير فيكون قد اثرى على حسابه دون سبب فيضمن [4].

ولكن ما تجدر الاشاره اليه انه بالرغم من ان الماده (1289-1) قد قصرت حكمها على الاب. دون غيره من الاولياء [5] ، الا ان الرأي الغالب هو ان الجد حكمه حكم الاب، والسبب في ذلك ان هذا هو حكم الشريعة الاسلاميه [6] ، وهي المصدر الاول لاحكام الاهليه والولايه في القانون المدني العراقي هذا من جانب.ومن جانب اخر فان القانون المدني العراقي قد ساوى في اكثر من موضع بين مدى ولاية الاب

---

(2)- إذ تنص الماده(1289-1) الخاصة بالرهن التأميني والتي تحيلنا اليها الماده (1327-1) الخاصة بالرهن الحيازي، على انه"يجوز للاب ان يرهن رهنا تأمينيا ماله عند ولده الصغير وان يرتهن مال ولده لنفسه و يجوز له ان يرهن مال ولده بدين على نفسه وبدين على الصغير...."ولكن خلافا لحكم هذه الماده نلاحظ ان الماده (1326) مدني اردني تذهب الى انه ليس للاب او الجد ان يرهن مال ولده الصغير لاجنبي بدين لهذا الاخير على الاب او الجد. للتفصيل انظر د. علي هادي العبيدي: مصدر سابق، ص326.

(3)- إذ تنص الماده(1327-2) مدني عراقي على انه" اذا رهن الاب مال ولده الصغير بدين نفسه فهلك فلا يكون ضامناً الا بقدر ما سقط من دينه".

(4)- انظر الماده (1336-1) مدني عراقي التي تنص على انه "اذا هلك المرهون رهنا حيازيا او تعيب قضاء وقدراً كان كان هلاكه او تعيبه على الراهن...".

(5)- د. محمد طه البشير: المصدر السابق، ص190.

(6)- خلافاً لذلك نجد ان الماده(1326) مدني اردني تنص على انه "يجوز للاب، او الجد ابي الاب عند عدم وجود الاب، ان يرهن .....".

(1) - انظر السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم : الاحكام الفقهيه ، الطبعه السابعه ، مكان الطبع بلا ، دار الهلال ، 2003 ، ص 315 .

وولاية الجد في التصرف باموال الصغير [1].

وقد يحصل ان يجعل شخص لغيره ولاية على ماله، وهذه هي الوكاله [2]، فاذا اوكل المدين او غيره شخصاً في رهن ماله رهنا حيازيا كان الرهن الصادر منه نافذا في حق المدين او الموكل ولكن لا بد فيه من وكالة خاصه. ذلك ان الوكاله العامه ولو كانت مطلقه فانهالا تخول الوكيل العام دون تفويض خاص اجراء الرهن [3].

كذلك الحال بالنسبة للكفيل العيني اذا لم يباشر الرهن بنفسه، بل باشره وكيل عنه فيشترط هنا ايضا وكاله خاصة للقيام بعمل من اعمال التبرع [4].

اما بالنسبة للمرتهن فلا شك انه يستطيع ان يعقد الرهن عن طريق الوكاله [5].

واخيرا قد يفقد الشخص الولاية على ماله دون ان يفقد الاهلية او الملكيه كالمفلس فلا ولاية له على ماله فيما يضر بمجموع الدائنين. وهنا يجب ان نبين ان منع المفلس اوالمعسر من التصرف مختلف عن نقص الاهلية في انه ليس مقرر لمصلحة الشخص الممنوع من التصرف، بل لمصلحة اشخاص من الغيرهم مجموعة الدائنين [6].

وبناءً على ذلك لا يعتبر المفلس انه عديم الاهليه او ناقصها بالنسبة الى الرهن ولا يقع رهنه باطلا ولا موقوفا (قابلاً للابطال وفقا للقانون المقارن) وانما يقع صحيحا نافذا فيما بين الطرفين لكنه غير نافذ في حق

مجموعة الدائنين اذا صدر بعد حكم شهر الافلاس، بل انه غير نافذ في حقهم حتى خلال فترة الريبة [7]، فالمدين المعسر بمجرد تسجيل صحيفه دعوى الاعسار فان رهنه لا يسري في حق الدائنين السابقين على شهر الاعسار. ولكن هذا لا يمنع من نفاذ التصرف او الرهن في حق الدائنين الذين يستجدون بعد حالة

---

(2)- انظر نص الماده (103-1) مدني عراقي الذي يقول (الاب والجد اذا تصرفا في مال الصغير وكان تصرفهما بمثل القيمة او بيسير الغبن صح العقد ونفذ).كذلك تنص الماده(588-3) مدني عراقي والمتعلقة ببيع الاولياء والوكلاء وشرائهم لانفسهم على (والجد كالاب في الحكم).

(3)- وقد عرفت الماده (927) مدني عراقي الوكاله بقولها:"الوكاله عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم".

(4)- د.شمس الدين الوكيل : مصدر سابق،ص 354. كذلك القاضي.حسين عبد اللطيف حمدان: مصدر سابق، ص241.

(5)- د.عبد الرزاق السنهوري : مصدر سابق، ج 10 ، ص761.

(6)- د. شفيق شحاتة: مصدر سابق،ص 78.

(7)- د.سليمان مرقس:مصدر سابق،ص 30.

(1)- د. محمد طه البشير : مصدر سابق،ص24.

الاعسار [1].

المطلب الثاني
محل الرهن (الاسهم)

يجب ان تتوفر في محل رهن الاسهم الشروط الواجب توفرها في محل الرهن الحيازي الوارد على منقول ، وبالتالي يشترط في المال المرهون ان يكون من المنقولات القابله للتداول والبيع بالمزاد العلني، والقابلة للتسليم، وان يكون مملوكا للراهن [2] ونتطرق لهذه الشروط تباعاً.

اولاً / يجب ان يكون المرهون من المنقولات القابلة للتداول والبيع بالمزاد العلني

بدءاً لا بد من التأكيد على ان قابلية السهم للتداول بالطرق التجارية هي الخصيصه البارزه التي يتميز بها السهم وهي مرتبطة بالنظام العام، فلا يجوز الغاؤها، والا فقدت الشركه المساهمه او المحدوده طبيعتها كشركة اموال واصبحت من شركات الاشخاص، وفقا لما تم توضيحه سابقا [3].

وعلى ذلك فان شرط القابلية للتداول متوفر باعتباره اصلاً عاماً في الاسهم. ولكن هذا لا يمنع من امكانية ان يحد من مدى قابلية السهم للتداول، سواء بموجب نص القانون او بالاتفاق، دون ان يؤدي ذلك الى منع تداوله بصورة نهائية [4].

اي انه اذا كانت هنالك ظروف معينه تخص المساهم او السهم ذاته فانه يمكن استثناءً للمشرع ان يمنع تداولها وبالتالي رهنها، ويبقى الحظر قائماً ما بقي الظرف المبرر للمنع قائماً، ويزول الحظر ويباح الرهن بزوال علته [5] .

كما انه وفقا للقواعد العامه يجب ان يكون المال المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني،

---

(2) - د.محمد علي امام: مصدر سابق،ص237.

(3)- د.عدنان احمد ولي:الرهن التجاري، مصدر سابق،ص73.

(4)- انظر الفقرة ثالثاً من المطلب الثاني من التمهيد.كذلك انظر د.الياس ناصيف: مصدر سابق،ص235.كذلك كامل عبد الحسين البلداوي: الشركات التجاريه ، مصدر سابق، ص146.

(5)- د.مرتضى ناصر نصر الله: مصدر سابق،ص166.كذلك د.علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك، مصدر سابق،ص302.

(1)- د.محمد حسين اسماعيل: رهن اسهم الشركات العامه، مجلة دراسات، المجلد الثالث عشر، العدد التاسع،1986،ص345.

وهذا ما تذهب اليه الماده (1328) مدني عراقي إذ تنص:

" يجوز ان يكون محلا للرهن الحيازي، كل ما يصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار او منقول ...." [1] .

هذا يعني ان الاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون وكذلك التي لا يمكن بيعها استقلالاً ، لا يجوز رهنها [2].

والحكمة من ذلك تكمن انه في حالة عدم وفاء المدين بدينه المضمون بالرهن اختياريا، يكون للدائن المرتهن ان يتخذ اجراءات التنفيذ الجبري التي تنتهي ببيع الاسهم المرهونه [3].

نخلص مما تقدم ان هناك اسهما لا يجوز تداولها اذا احاطت بها ظروف معينة. ومن هذه الاسهم وفقا للقانون العراقي هي الاسهم العينية [4]،التي يمكن تعريفها بانها: الاسهم التي يدفع عنها عند الاكتتاب حقا او مالا من غير النقود، إذ يتم تقويم هذا المال العيني او الحق بالنقود، ويمنح مقدمه عدد من الاسهم على هذا الاساس [5].

وقد قررت بعض القوانين المقارنة صراحة مسأله عدم قابلية هذه الاسهم للتداول الا بعد توفر شروط معينة [6] ، فالقانون المصري يذهب الى انها لا تكون قابلة للتداول قبل نشر الميزانيه وحساب الارباح

---

(2)- انظر كذلك الماده (1097) مدني مصري إذ تنص (لا يكون محلا للرهن الحيازي الا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول او عقار).انظر كذلك الماده (1028) مدني سوري ، الماده (1110) مدني ليبي، الماده (101) من قانون الملكيه العقارية اللبناني.

(3)- عبد الرزاق السنهوري : مصدر سابق،ج10،ص764.كذلك د.سميحة القليوبي: الموجز في القانون التجاري، القاهره ،دار النهضة العربية ،1978،ص526.د.علي حسن يونس:العقود التجاريه: مصدر سابق،ص72.كذلك د.علي البارودي: العقود وعمليات البنوك التجاريه، مصدر سابق،ص105.كما تجدر الاشاره الى ان ذلك مطابق لحكم الشريعة الاسلامية .فالقاعدة فيها ان كل ما يصح بيعه يصح رهنه لان المقصود من الرهن هو الاستيثاق بالدين للتوصل الى استيفائه من ثمن المرهون ان تعذر استيفائه من ذمة الراهن.للتفصيل انظر فرج توفيق الوليد: الرهن في الشريعة الاسلامية ، النجف، مطبعة القضاء،1973،ص192.كذلك الماده (757) من المجله.

(4)- القاضي حسين عبد اللطيف حمدان: مصدر سابق،ص242.كذلك د.اكرم ياملكي مؤلفه المشترك مع د.فائق الشماع: مصدر سابق،ص330.

(5)– لم يجز قانون الشركات العراقي السابق هذا النوع من الاسهم الى ان تم النص عليها في الماده (29/ ثانياً) من القانون النافذ . و لقد اخذت اغلب التشريعات التجاريه المقارنه بهذا النوع من الاسهم ،كالقانون الفرنسي الماده (278) ،الكويتي الماده (105)، المصري الماده (82)، اللبناني الماده (89) ، البحريني الماده (95) ، الاماراتي الماده (82) .في حين لا يعرفها التشريع القطري.

(6)- د.سميحة القليوبي : الشركات التجاريه وفقا للقانون الكويتي ، جامعة الكويت كلية الحقوق،1973،ص18. كذلك انظر د.خالد الشاوي: مصدر سابق،ص304.كذلك كامل عبد الحسين البلداوي :الشركات التجاريه، مصدر سابق،ص147.

(1)- خلافاً لذلك يلاحظ ان قانون الشركات الانجليزي قد اجاز في الماده (85) منه ان تصدر الشركه اسهما تسدد كلاً اوجزءا تسديدا عينيا، وعند اتمام الاجراءات التي نص عليها القانون تعتبر الاسهم العينيه مماثلة للاسهم النقديه في كل الوجوه وتكون قابلة في الحال للتعامل بها ونقل ملكيتها الى الغير.

والخسائرعن سنتين كاملتين لا تقل كل منهما عن اثني عشرة شهرا من تاريخ تأسيس الشركه [1].وهذا هو الحكم المقرر في القانون الفرنسي [2] .

كما يذهب القانون الاردني الى عدم قابلية هذه الاسهم للتداول الا بعد انقضاء سنتين على اصدارها [3].

اما موقف القانون العراقي فانه لم ينص مباشرة على عدم قابلية هذه الاسهم للتداول.إذ يلاحظ انه قد قرر في الفقرة الثانيه من الماده (29) من قانون الشركات العراقي المعدل . بان الحصص العينية لا تقدم الا من قبل المؤسسين فقط. وبالتالي لا يجوز لغيرهم من المساهمين تقديم مثل هذه الحصص [4] ، ثم عاد في الفصل الخاص بالتصرف بالاسهم والحصص من نفس القانون المذكور آنفاً ، وحصرا في الفقرة اولا من الماده (64) بالنص على انه (لا يجوز لمؤسسي الشركه المساهمه نقل ملكية اسهمهم لغيرهم الا في الحالات التاليه :

1 - مرور سنة واحدة على الاقل عن تاريخ تأسيس الشركه.

2 - توزيع ارباح لا تقل عن (5%) من رأس المال الاسمي المدفوع) . [5]

نخلص من ذلك ان قانون الشركات العراقي حينما نص على عدم جواز تداول اسهم المؤسسين (العينيه والنقديه) الا بعد تحقق شروط الماده (64) المشار اليها، فضلاً عن انه قد قصر تقديم الاسهم العينية على المؤسسين فقط (الماده 29 منه). هذا يعني بشكل واضح ان المشرع العراقي قد منع بشكل او باخر تداول الاسهم العينية وفقا لنفس الشروط المنصوص عليها في الماده (64) منه. وعليه يمكن القول ان المشرع العراقي قد حقق الحكمة من حظر تداول هذه الاسهم . اذ انه قد يحدث ان يقدم بعض المؤسسين للشركة حصه عينية ويستطيعون بتأثيرهم على الشركاء الاخرين المبالغة في تقدير قيمتها على نحو يتجاوز كثيرا قيمتها الحقيقية. ومن ثم يحصلون على اسهم عينيه في رأس المال بدلاً من الحصة العينيه التي جرى تقديمها. و بالتالي يتساوى كل سهم عيني في مزاياه وقيمته باي سهم نقدي اخر، ثم يسارع اصحاب الاسهم العينية الى التخلص منها ببيعها او باي تصرف قبل انكشاف امرهم، فيحصلون على الفرق بين قيمة الاسهم العينية والقيمة الحقيقية للحصة التي قدموها، مما يلحق الضرر بالشركه ويمس على نحو ظاهر مبدأ ثبات رأس المال، بل نكون ازاء رأس مال صوري مما يضر بكل دائني الشركه واصحاب الاسهم النقدية، لذلك

---

(2) - انظر الماده (45) من قانون الشركات المصري والماده (89) شركات لبناني، والماده (132- 1) شركات سوري ، والماده (114) شركات بحريني، والماده (56) من نظام الشركات السعودي .

(3)- الماده (278) من قانون الشركات لعام 1966.

(4)- الماده (79- 1) شركات اردني.

(5)- إذ تنص الماده (29– ثانياً) على انه (يجوز لرأس مال احد الشركات المساهمة او احد الشركات محدودة المسؤولية ان يتكون من اسهم تعرض مقابل ممتلكات ملموسة او غير ملموسة يساهم بها احد مؤسسي الشركه او عدد منهم) .

(6)- في حين ان نص الفقرة أولاً من الماده (64) شركات كانت تنص قبل التعديل على عدم الجواز الا بعد مضي ما لا يقل عن سنتين على تاسيس الشركه او توزيع ارباح لا تقل عن 5% من رأس المال المدفوع.

حرص المشرع على حرمان اصحاب الاسهم العينيه من التصرف بها خلال مدة محددة [1].

وهـذا ما دفــع المــشـــــرع العراقي الى وضع نظاما خاصا لضمان سلامة تقويم الحصص العينية [2].

والسؤال هنا هل ان المنع من التداول يشمل رهنها ام لا؟ يجيب الفقه والقضاء الفرنسيان الى انه ليس ثمة ما يمنع من رهن هذه الاسهم بالطرق التجارية خلال مدة الحظر بحجة ان ذلك لا يتعارض مع حكمة الحظر ولا يعد تداولاً ممنوعاً ذلك انه اذا تم التنفيذ على الاسهم فلا تؤول ملكيتها الى من رسا عليه المزاد الا بعد انقضاء مدة الحظر [3].

في حين ان الرأي الاقرب الى الصواب يذهب الى ان الحظر يستغرق التداول سواء بالبيع او الرهن مادام المقصود هوالابقاء على مسؤولية مقدمه حتى تنتهي المهلة المنصوص عليها. بل ان السماح لصاحب الاسهم العينيه برهنها يعني تمكينه من التخلص منها عن طريق غش المرتهن. وعندئذ فان الضرر لا يقتصر على المرتهن بل على رأس مال الشركه ودائنيها والمساهمين باسهم نقديه ، فالمصلحه العامه للشركه اذن هي التي تقضي الامر بمنع الرهن وهذه مرجحه على مصلحة الراهن. واما ان نمهل الراسي عليه المزاد حتى نهاية مدة الحظر فلم يرد بشأنه نص، وهو غير مقبول لان الملكيه في هذه الحاله تنتقل بمجرد رسو المزاد دون شرط ، اي ان الملكيه تنتقل مطهره من هذه الاعباء العينية [4].

ونعتقد بان هذا الحكم نفسه ينطبق على اسهم المؤسسين المشار الى حظر تداولها في الماده(64) من قانون الشركات العراقي المعدل . ذلك ان الحكمه عند منع تداول اسهم المؤسسين لمدة سنة واحده او لحين توزيع 5% من الارباح هي انه في بعض الاحيان يعمد المؤسسون الى المبالغه في اهمية المشروع قيد التأسيس، ويلجأون احيانا الى المضاربات الوهميه وذلك بقصد استقطاب ثقة الجمهور في اسهم الشركه ، ثم يقومون ببيع اسهمهم باسعار مرتفعه لا تتناسب في الواقع مع مركز الشركه المالي.اي ان المقصود من هذا القيد هو الربط بين مصير الشركه ومصلحة المؤسسين الشخصية خلال المده التي تعقب التأسيس [5].

واعمالاً للحكمة من النص يسري هذا القيد على التصرف بغير عوض كالهبة والوصيه، وكذلك وبدون شك يسري على الرهن حتى لا يكون في ذلك ثغرة لاستخدام هذه التصرفات لتغطية بيع الاسهم [6].

---

(1) - للتفصيل انظر. د.يعقوب يوسف صرخوه: مصدر سابق، ص359.

(2)- انظر نصوص الفقرات (1،2،3،4) من الماده (29 - ثانياً) من قانون الشركات العراقي النافذ.

(3)– انظر في ذلك د.يعقوب يوسف صرخوه: المصدر السابق،ص278. كذلك انظر د.ابوزيد رضوان-د.حسام عيسى:شركات المساهمة والقطاع العام، مصدر سابق،ص133.

(4)- انظر د.محمد حسين اسماعيل:رهن اسهم الشركات العامه ، مصدر سابق، ص249.

(5)- د.عدنان احمد ولي- د. باسم محمد صالح: القانون التجاري، مصدر سابق،ص192كذلك انظر د.علي جمال الدين= =عوض: دروس في القاانون التجاري، مصدر سابق،ص320.

(1)- د.ابو زيد رضوان :الشركات التجاريه، مصدر سابق،ص419.خلافا لذلك يذهب جانب من الفقه الى انه يجوز

وتجدر الاشاره الى ان الحظر يمتد ليشمل اسهم المؤسسين ليس فقط عند تأسيس الشركه بل ايضا عند الاكتتاب بها في حالة زيادة رأس المال [1]، كما ان تنازل احد المؤسسين للاخرعن اسهمه لا يخل بالضمان الذي استهدفه المشرع من هذا الحظر [2].

اما فيما يتعلق باسهم الضمان التي تعرف ، بانها الاسهم التي يجب ان يمتلكها المساهم لتأهيله للترشيح لعضوية مجلس الادارة في الشركه [3]، فانه يشترط وفقا للتشريع العراقي ان يكون عضو مجلس الاداره مالكا لما لا يقل عن الفي سهم ، فضلاً عن ان عضويـــة كل عضو تسقط تلقائيـا اذا نقصت اسهمه او قلت عن ذلك العدد خلال مدة العضويه، الا اذا استطاع اكمال النقص خلال ثلاثين يوما من تاريخ حصوله [4].

والسؤال هنا هل يمكن للعضو في مجلس الادارة رهن اسهمه التي قدمها لضمان حسن ادارته خلال فترة توليه العضويه؟ وقبل الاجابه عن هذا التساؤل نود ان نوضح ان قانون الشركات العراقي النافذ لم يعالج موضوع اسهم الضمان بشيء من الوضوح والدقه الامر الذي ادى الى اثارة اكثر من تساؤل بصدد موقفه هذا ، ودفع البعض الى القول بان اسهم الضمان غير موجوده فيه [5].

للمؤسسين التصرف باسهمهم على سبيل الرهن خلال مدة الحظر وحجتهم في ذلك انه في حالة بيع الاسهم بالمزاد العلني لن يكون ساريا في حق الشركه. انظر د.خالد الشاوي: مصدر سابق،ص298. ولكن يمكن الرد على هذا الرأي بانه في ذلك الحكم اضرار بالدائن المرتهن الذي لا يستطيع في هذه الحاله الحصول على دينه من ثمن الاسهم المبيعه.

(2)- د.ثروت علي عبد الرحيم: مصدر سابق،ص335.

(3)- د.ابو زيد رضوان: الشركات التجاريه في القانون الكويتي: المصدر السابق، ص 419.

(4)- انظر د.علي جمال الدين عوض: دروس في القانون التجاري: مصدر سابق،ص321.

(5)- انظر نص الماده (106) شركات عراقي إذ تقول : (أولاً- يشترط في عضو مجلس الادارة ان يكون : 3- مالكاً لما لا يقل عن الفي سهم ، اذا كان ممثلا للقطاع الخاص واذا نقصت اسهمه عن هذا الحد وجب عليه اكمال النقص خلال ثلاثين يوما من تاريخ حصوله على عضوية مجلس الادارة والا اعتبر فاقدا لعضوية المجلس عند انتهاء المهلة المذكورة) . وتجدر الاشاره الى ان التشريعات قد اتجهت في سبيل تحديد القدر اللازم من الاسهم الى اسلوبين :

الاول / هو تحديد مقدار معين من الاسهم صراحة كما فعل المشرع الكويتي في الماده (139) من قانون الشركات حينما ذهب الى ان يكون العضو مالكا لعدد من الاسهم في الشركه لاتقل عن 1% من رأس المال او اسهما لا تقل قيمتها الاسميه عن 7500 ديناراً كويتياً كحد ادنى . كذلك الماده (147) من قانون الشركات البحريني تشترط عدد الاسهم بما لاتقل قيمتها الاسميه عن 2500 دينار بحريني . وتعمل تحت هذا الاتجاه تشريعات كل من قطر الماده (53) شركات ، سوريا الماده (180-3) شركات ، الاردن (106 – 1) شركات ، السعوديه (68) شركات . اما الاسلوب الثاني / فهو ترك تحديد عدد الاسهم ومقدارها الى النظام الاساسي للشركه وهذا ما اخذ به التشريع الفرنسي في الماده (95 – 1) من قانون 24/ تموز / 1966 . كذلك موقف قانون الشركات الانجليزي لعام 1985 . انظر Cd.Thomas-company law for accounts –butter worths – second edition – 1988 – p195 .

(1)- استاذنا د.عباس مرزوك فليح العبيدي : مصدر سابق ، ص 54 .

إذ يلاحظ ان مقدار اسهم الضمان في قانون الشركات الحالي متواضع جداً ولم يعد يوفر ضماناً كافياً للشركه او المساهمين او الدائنين ازاء تنامي دخل القطاع الخاص وانخفاض قيمة العمله الوطنيه في ظل الظروف الحاليه ، ذلك ان مقدار اسهم الضمان الفا سهم (الماده 106 – اولاً) والقيمه الاسميه للسهم الواحد دينار واحد (الماده 30) وهو مما يعني ان مقدار الضمان هو الفا دينار عراقي فقط ، وهو مبلغ قليل جداً مقارنة بالوضع الاقتصادي الحالي .

وحقيقةً نرى وجاهة الرأي الفقهي الذي يؤكد ان الحد الادنى لاسهم الضمان عندما يكون قليلاً لايشكل ضمانه كافيه ، لان الضمان كي يكون كافياً لابد من ان يكون كبيراً [1].

وثمة ملاحظه اخرى يمكن تأشيرها على التشريع العراقي هي اغفال عملية ايداع اسهم الضمان وعدم تحديد الجهه التي يجب الايداع لديها . مخالفاً بذلك الاتجاه السائد في التشريعات المقارنه [2].

وتبدو اهمية الايداع في توفير الفرصه لاصحاب المصلحه في الحجز على اسهم الضمان والتنفيذ عليها عندما تتوفر شروط مسؤولية عضو مجلس الاداره ، ويؤيد فريق من الفقه اهمية الايداع كونه بمثابة رهن تأسيساً على ان اسهم الضمان هي ضمان عيني لالتزامات عضو مجلس الاداره [3].

لذا نأمل ان يصار الى تحديد جهة الايداع بنص القانون ، ولتكن احد المصارف المعتمده .

ويؤخذ ايضاً على قانون الشركات العراقي انه سكت عن تحديد المده التي ينقضي فيها حظر التصرف بالاسهم [4].

ومن المحتمل الرد على هذا المأخذ بان مدة الحظر مفهومه ضمناً وهي ثلاث سنوات من تاريخ اول اجتماع (الماده 106- ثالثاً شركات عراقي) ، وقد تقلص هذه المده اذا استقال العضو وقبلت من المجلس (107- ثانياً شركات) ، ومع ذلك يبدو لنا من الافضل ودفعاً لشبهة الاختلاف ايجاد نص صريح بهذا الصدد ويا حبذا لو تم اعمال حكم الماده (147- 2) من قانون الشركات البحريني التي حددت انتهاء مدة الحظر بانتهاء مدة العضويه والمصادقه على اخر سنه ماليه قام العضو باعماله .

اضف الى ذلك ان قانون الشركات العراقي قد لزم الصمت بالنسبه الى تحديد نطاق ضمان اسهم الضمان ، أي هل انها تضمن اخطاء العضو الشخصيه فحسب ام اخطاءَهُ واخطاء غيره من اعضاء مجلس

---

(2) - د.ابو زيد رضوان – د. حسام عيسى : شركات المساهمه والقطاع العام ، مصدر سابق ، ص 133 .

(3)- الماده (106- 1) شركات فرنسي ميزت بين الاسهم الاسميه التي يلزم ايداعها خزانة الشركه والاسهم للحامل التي يجب ايداعها لدى مصرف ، كذلك الماده (139) شركات كويتي ، والماده (91 - 4) شركات مصري التي اوجبت ايداعها لدى المصارف المعتمده .

(4) - د.محمد كامل امين ملش ، ص 307 كذلك اسكار اورو : الوسيط في القانون التجاري ، بند 1374 . نقلاً عن د.يعقوب يوسف صرخوه : مصدر سابق ، ص 347 .

(5) - خلافاً لذلك نجد ان الماده (134- ب) شركات تجاريه يمني قد حددت مدة الحظر بانتهاء مدة العضويه ، كذلك الماده (161- ب) شركات اردني قضت بان لاتنتهي مدة الحظر الابعد ستة اشهر من تاريخ انتهاء العضويه .

الاداره ؟.

ونظراً لهذا الصمت نرجع الى القواعد العامه ، نجد ان التضامن السلبي لايفترض وفقاً لاحكام القانون المدني العراقي وانما يكون بناءً على اتفاق او بموجب نص في القانون .[1]

لذا فان اسهم الضمان لاتضمن الا اخطاء عضو مجلس الاداره الشخصيه فقط ، وهو حكم اخذت به بعض التشريعات المقارنه [2].

بينما يبدو الحكم اكثر شمولاً في الماده (95- 2) شركات فرنسي إذ تقضي بضمان تلك الاسهم لاخطاء مالكها ولاخطاء غيره من اعضاء مجلس الاداره ، أي ان مجموع اسهم الضمان يغطي جميع الافعال الضاره او الخاطئه التي يقوم بها أي عضو في المجلس [3].

ونعتقد بوجاهة هذا الحكم ، إذ ان من شأن التضامن بين اعضاء مجلس الاداره ان يؤدي الى مراقبة كل عضو لغيره من الاعضاء بهدف منعه من القيام بالتصرفات الضاره ، وزد عليه ما يؤدي الى اختيار العناصر المشهود لها بالنزاهه والكفاءه .لذا ندعو قانون الشركات العراقي الى الاخذ بهذا الحكم بدلاً من صمته عن الموضوع .

وللاجابه على التساؤل حول امكانيه رهن اسهم الضمان ام لا ، يلاحظ ان هنالك رأياً في الفقه يذهب الى انه لما كانت الحكمه من منع تداول هذه الاسهم تكمن في اعتبارها ضامنه لمسؤولية العضو الشخصيه عن الاخطاء ، ولكي تبقى له مصلحه في ادارتها على خير وجه [4] ، لذا فان الحكم يجب ان يكون بقدر الحكمه التي وضع لاجلها والا لحق الضرر بالمساهم العضو ، بمعنى ان منع التداول حكم مبرر بحكمته اما منع الرهن فهو حكم مجاوز لتلك الحكمه مادام ان للشركه المعنيه اولويه في اقتضاء ما ترتبه مسؤولية العضو في الاداره من تعويضات بسبب اخطائه او سوء تصرفه .[5]

وحقيقةً نحن لانتفق مع الرأي المتقدم . ونعتقد بعدم بجواز رهن اسهم الضمان ، والسبب هو انه وفقاً للتشريعات التي تعتبر رهن الاسهم عقداً عينياً ومنها التشريع العراقي ، فانه يلزم لاتمام عقد الرهن انتقال الاسهم من المساهم الى الدائن المرتهن ، و هذا مما يترتب عليه انه لايمكن رهن اسهم الضمان لانها سوف تكون مودعه لدى جهة معينه ، وبالتالي فان المساهم لا يستطيع نقل حيازتها للدائن المرتهن لانها ليست في

---

(1) - تنص الماده (320) مدني عراقي على انه (التضامن مابين المدينين لا يفترض وانما يكون بناءً على اتفاق او نص في القانون) .

(2) - الماده (139) شركات تجاريه كويتي ، والماده (91 – 4) شركات مصري .

(3) - انظر يعقوب يوسف صرخوه : مصدر سابق ، ص 347 .

(4)- د. ابو زيد رضوان : الشركات التجاريه ، مصدر سابق ، ص 420 .كذلك د.ثروت علي عبد الرحيم : مصدر سابق ، ص 335 .

(5)- د.محمد حسين اسماعيل :رهن اسهم الشركات العامه ، مصدر سابق ، ص 247 .كذلك د.سميحه القليوبي: القانون التجاري ،مصدر سابق ،ص259 .

حيازته .

بل نعتقد بعدم جواز رهن هذه الاسهم حتى لو كان عقد رهن الاسهم عقداً رضائياً (وفقاً لبعض التشريعات المقارنه) وذلك لسببين :-

الاول/ ان السماح لعضو مجلس الاداره برهن اسهمه المقدمه كضمان خلال فترة توليه العضويه يعني الحاق الضرر بالدائن المرتهن (كالمصرف مثلاً) عند تنفيذه على هذه الاسهم ، اذ من الممكن ان لايحصل على دينه المضمون ، وذلك لان للشركه المعينه حق امتياز على اسهم الضمان لما ترتبه مسؤولية العضو في الاداره من تعويضات بسبب سوء ادارته .

الثاني / ان التنفيذ على اسهم الضمان المرهون من قبل الدائن المرتهن يؤدي الى انتهاء عضوية المساهم الراهن ، وبالتالي اما ان يقدم هذا العضو اسهماً جديده كأسهم ضمان او يُرشح بدلاً عنه عضواً جديداً .

ولتحاشي ذلك ولدفع الضررعن المرتهن نرى ضرورة الاخذ بحكم الماده (82 - 2) من قانون الشركات الفرنسي التي تقضي صراحة بعدم جواز رهن اسهم الضمان خلال فترة تولي العضويه .

بقيت مسألة الاسهم العائدة لقطاع الدولة إذ يثار التساؤل حول امكانية رهنها، اي هل يجوز ذلك ام لا ؟ وللاجابة نقول بما ان تعديل قانون الشركات العراقي رقم 64 لسنة 2004 لم يضع اي قيود على تداول اسهم قطاع الدولة [1]، لذا فانه من المنطقي ان يكون رهن هذه الاسهم جائز، حتى لو ادى ذلك (في حالة افتراض بيع هذه الاسهم) [2] الى انخفاض مساهمة هذا القطاع في الشركه الى اقل من (25%) من رأس لها .

وطبقاً للقواعد العامه في الرهن الحيازي الوارد على منقول [3] ، فانه يخضع الى مبدأ تخصيص الرهن [4]،الذي يمكن تعريفه بانه تعيين الدين المضمون والشيء المرهون تعينا كافياً [1].

---

(1) - إذ تنص الفقرة أولاً من الماده (7) من التعديل على انه" تتكون الشركه المختلطة باتفاق شخص واحد او اكثر من قطاع الدولة مع شخص واحد او اكثر من غير القطاع المذكور وبرأس مال مختلط لا يقل مساهمة قطاع الدولة فيه مبدئياً عن (25%) ويجوز كذلك لشخصين او اكثر من القطاع المختلط تكوين شركة مختلطة وتعتبر الشركه المختلطة التي تنخفض مساهمة قطاع الدوله فيها الى اقل من 25% شركة خاصة وتعامل على هذا الاساس....." بيد ان الفقرة الثانيه من الماده (64) من قانون الشركات رقم 21 لسنة 1997 كانت تنص قبل التعديل على انه " لا يجوز للمساهم من القطاع الاشتراكي نقل ملكية اسهمه في الشركه المختلطة الى شخص من غير هذا القطاع، اذا ادى ذلك الى انخفاض نسبة مساهمة القطاع الاشتراكي عن 25% من رأس المال) .

(2)- تجب الاشاره الى ان اسهم قطاع الدولة المزمع التنفيذ عليها او بيعها فانها تخضع الى قانون بيع وايجار اموال الدولة .

(3)- تنص الماده (1352) مدني عراقي على انه" يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير الى جانب انتقال الحيازه ، ان=

=يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ ، يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونه بيانا كافيا".

(1) - هذا المبدأ هو من خلق التشريع الفرنسي في عهد الثورة الفرنسية، واخذت به مجموعة نابليون وان كانت قد استثنت منه حالات الرهن القانوني والرهن القضائي وانتقل مبدأ التخصيص من القانون الفرنسي الى غيره من القوانين المدنيه. انظر د.سليمان مرقس: مصدر سابق،ص40.

ولما كان رهن الاسهم هو رهن منقول مادي اومعنوي، لذا يثار التساؤل حول خضوع او عدم خضوع هذا الرهن لمبدأ التخصيص؟ والواقع نعتقد ان الاجابة هنا تنقسم على قسمين:

الاول/ يتعلق بالشيء المرهون (الاسهم): إذ يمكن القول بانه يخضع لمبدأ تخصيص الرهن لسببين :-

1 - ان رهن الاسهم عقد عيني، كما ذكرنا سابقا، وبالتالي لا يتم الا بالقبض اي بانتقال حيازة المرهون [2]، ومما لا شك فيه ان الشيء عندما تنتقل حيازته يكون قد تعين بالذات.

2 - لقد اشترط قانون الشركات العراقي تسجيل عقد رهن الاسهم لدى الشركه المعنيه [3]، وهذا بالتأكيد يستتبع تعيين الاسهم محل الرهن تعينا كافياً من حيث اسم المساهم ورقم السهم وتاريخ الرهن.وكذلك تشترط بعض القوانين التأشير بالرهن على ذات السند او الصك [4]، وهـذا ما سنوضحـــه لاحقـــا.وعليه لا جدال من ان السهم محل الرهن خاضع لمبدأ التخصيص المشار اليه في القواعد العامه [5].

ثانياً/ اما فيما يتعلق بالدين المضمون : فلا يشترط قانون الشركات و لا القانون التجاري العراقي تخصيص الدين المضمون فيما يتعلق برهن الاسهم ، وبالتالي لا يخضع لهذا المبدأ .بل ذهب اتجاه الى ابعد من ذلك بالقول انه يمكن ان يكون الرهن ضامنا لدين لم يوجد بعد ، عندما يكون الرهن تجاريا ، وذلك لمواجهة حاجات التعامل التجاري [6].

ويلاحظ ان هذا الاتجاه هو خروج عن القواعد العامه التي تؤكد على وجـوب تحديد الدين المضمون [7].

---

(2)- د. شمس الدين الوكيل: مصدر سابق ، ص496.كذلك انظر د.محمد طه البشير: مصدر سابق، ص233.

(3)- تنص الماده (1322- 1) مدني عراقي على انه (يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون) ، كذلك انظر نص الماده (187- أولاً) تجارة عراقي إذ تقول" يشترط لنفاذ الرهن في حق كل من المدين والغير ان تنتقل حيازة المرهون الى الدائن المرتهن او الى عدل يعينه الطرفان) .انظر كذلك الماده (120) من قانون التجاره المصري رقم 17 لسنة 1999.

(4)- تنص الماده (71- أولاً) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 على انه "يجوز رهن الاسهم المملوكة للقطاع الخاص في الشركه المساهمه والمحدوده على ان يؤشر عقد الرهن في سجل خاص لدى الشركه ...".

(5)- انظر في ذلك الماده (225) من قانون التجاره الكويتي التي تشترط اضافة على تسجيل الرهن في دفاتر الجهة التي اصدرت الصك (السهم) ان يؤشر كذلك على الصك نفسه. كذلك انظر الماده (121-1) تجارة مصري، كذلك الماده (91-1). تجارة فرنسي .

(6)- خلافاً لذلك يرى جانب من الفقه المصري الى ان عقد الرهن الحيازي لا يخضع لمبدأ تخصيص الرهن. والسبب ان التخصيص من شروط العقد الشكلية التي لا تلزم بالنسبة للرهن الحيازي ونعتقد ان سبب هذه الرؤية تكمن في ان الرهن الحيازي وفقا للمادة (1096) مدني مصري. هو عقد رضائي، فالتسليم شرط نفاذ وليس شرط انعقاد وبالتالي لا يخضع الرهن الحيازي لهذا التخصيص.للتفصيل انظر الى د. شفيق شحاته: :مصدر سابق،ص110.وكذلك د. منصور مصطفى منصور: مصدر سابق،ص199.

(1) - انظر د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق،ص38.كذلك د. سليمان مرقس: مصدر سابق،ص380.

(2)- انظر الماده (1293) مدني عراقي إذ تنص"... على ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الاقصى

وهذا ما سيتم توضيحه بالتفصيل عن دراستنا لركن السبب في المطلب الثـالـث من هذا المـبـحـث.

ثانياً/ ان يكون المرهون قابلا للتسليم :

يشترط كذلك في المال المرهون ان يكون قابلا للحيازة . ذلك ان الحيازه ركن في عقد الرهن الحيازي لا ينعقد بدونه. وهذا امر طبيعي ذلك انه عقد عيني يقوم على اساس انتقال حيازة المرهون الى المرتهن او العدل [1] ، كما سيتم توضيحه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

وهذا يقتضي امرين:

1- ان يكون المرهون معينا ، لان المال غير المعين يستحيل تسليمه واذا استحال تسليمه، استحال انعقاد الرهن، لتخلف ركن من اركانه وهو التسليم ويعد هذا تأكيدا على مبدأ تخصيص الرهن الذي تم توضيحه فيما سبق.

2- ان يكون موجودا، لان الاشياء المعدومه او غير الموجوده في حيازة الراهن غير قابلة للتسليم [2].

وتطبيقا لهذه الفكرة نعتقد بعدم جواز رهن الاسهم اذا كانت شهادتها مفقودة ولم ُيعطِ المساهم بدلها، والسبب هو ان الراهن (المساهم) لا يملك حيازتها في هذه الحاله فهي غير موجودة وبالتالي لا يمكنه نقلها الى حيازة الدائن المرتهن او الى يد العدل [3] ، ومع ذلك يمكن القول انه لا يشترط في التسليم هنا ان يكون حقيقياً بل يكفي التسليم او الحيازه الرمزيه.وهذا ما جعل المشرع يجيز رهن الاسهم الاسميه ، رغم انها منقولات معنوية لا يتصور حيازتها حيازة حقيقية مكتفيا بحيازة السندات المثبتة لها [4].

وللسبب نفسه يجيز المشرع رهن الديون الثابتة بالكتابه رغم عدم امكانية حيازتها حيازة حقيقية [5].

وقد يحصل في الواقع العملي ان تصبح الاسهم مملوكة على الشيوع بسبب الارث او الهبة او الوصية.

والسؤال هنا ما حكم رهن الاسهم المملوكة على الشيوع ؟ نلاحظ ان قانون الشركات العراقي النافذ قد نص على ان ملكية الاسهم تنتقل الى الورثه بحسب انصبتهم في القسام الشرعي اذا كان المساهم المتوفي

الذي ينتهي اليه هذا الدين".

(3)- انظر نص الماده (1322-1). مدني عراقي.

(4)- انظر د. محمد طه البشير: مصدر سابق، ص 198. كذلك القاضي حسين عبداللطيف حمدان : مصدر سابق، ص243.

(5)- تجدر الاشاره الى موقف القانون الاردني الماده (1334مدني) إذ انه لا يشترط انتقال حيازة الاسهم المرهونه الى المرتهن او العدل ولكننا مع ذلك نرجح عدم امكانية رهن الاسهم المفقودة شهاداتها ولم تعط بدلا عنها .والسبب هنا ليس عدم قابلية نقل الحيازه بل ان قانون الشركات الاردني قد ذهب في الماده (68-1) منه الى وجوب الاستعاضه عن انتقال الحيازه بالتأشير على شهادة الاسهم المرهونه بما يفيد الرهن الى جانب تسجيل ذلك في سجل الشركه. وعليه كيف يمكن ان نتصور تأشير الرهن على شهادة الاسهم المفقودة .لذا نذهب الى القول بعدم جواز رهن هذه الاسهم بموجب التشريع الاردني .

(6)- انظر نص الماده (71- أولاً) شركات عراقي"يجوز رهن الاسهم...".

(1) - انظر الماده (1354) مدني عراقي اذ تقول: "لا يكون رهن الدين تاما الا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون....".

عراقياً اما اذا لم يكن كذلك فتراعى في انتقال ملكية الاسهم الى الورثه القوانين المرعيه في الدوله التي ينتمي اليها [1] ، وفي هذه الحاله يكون لكل منهم ان يتصرف في نصيبه بكافة انواع التصرفات ومنها الرهن . ولكن ما هو الحكم اذا وقع الرهن قبل صدور القسام الشرعي؟ في الواقع ان قانون الشركات العراقي لا يسعفنا من خلال نصوصه بالاجابه لذا يجب الرجوع الى القواعد العامه في الرهن الحيازي. وبالرجوع اليها نجد ان رهن الاسهم المملوكه على الشيوع رهنا حيازيا جائزاً [2]، ذلك انه من الممكن تسليم الاسهم الى المرتهن او العدل.اذ يجوز للشركاء الاتفاق على نقل حيازتها الى المرتهن ليحوزها بصفته مرتهناً للحصة الشائعه المرهونه وبصفته نائباً عن بقية الشركاء بالنسبة لحصصهم، او باية صفة اخرى . او يحصل الاتفاق على تسليم الاسهم محل الرهن لاحد الشركاء ليحوز الحصة الشائعة نيابة عن المرتهن بصفته عدلاً [3].

وفي الحقيقة نجد ان القواعد العامه بشأن المسأله التي نحن بصددها تميز بين حالتين..

الاولى/ اذا صدر الرهن من احد الملاك على الشيوع ثم اختص بعد القسمة بمال غير الذي رهن، إذ نجد ان المشرع يذهب الى ان الرهن ينتقل الى الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب هذا الشريك [4].

الثانيه/ اذا صدر الرهن من كل الملاك على الشيوع ثم وقع المال المرهون عند القسمة في نصيب احدهم، فالمشرع يذهب في هذه الحاله الى ان الرهن يبقى نافذاً [5].

وتجدر الاشاره الى ان الحكمين المذكورين آنفاً استثنائيان اختص بهما الرهن. ففي الحاله الاولى، نجد انه طبقا للقواعد العامه يكون هذا التحول غير ممكن إذ تنص الماده" 1062-2" مدني عراقي على انه " واذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع فلا يكون للتصرف أثرالا اذا وقع هذا التصرف عند القسمة في نصيب هذا الشريك ".اما الحاله الثانيه ، فانه طبقاً للقواعد العامه يؤدي وقوع المرهون في نصيب احد الشركاء دون البقيه الى جعل الرهن غير صحيح الا بنسبة القدر الذي كان لهذا الشريك قبل القسمة، اما

---

(2)– انظر الفقره الاولى من الماده (67) من قانون الشركات العراقي المعدل التي تنص " اذا توفي مساهم عراقي في شركة مساهمه او شركة محدودة المسؤوليه تنتقل ملكية الاسهم الى ورثته او ورثتها بحسب انصبتهم المحدده في الشريعه اما اذا كان المساهم مواطناً لدولة اخرى فتنتقل ملكية الاسهم الى ورثته بموجب القانون المرعي في تلك الدوله .... "

(3)- إذ تنص الماده (1329) مدني عراقي والخاصة بالرهن الحيازي على انه(يجوز رهن المال الشائع رهنا حيازيا وتسري عليه احكام الرهن التأميني الوارده في الماده (1291) . كذلك انظر الماده (1030) مدني كويتي.

(4)- انظر د.علي هادي العبيدي: مصدر سابق،ص389.كذلك د.شفيق شحاته: مصدر سابق،ص96.

(5)- انظر نص الماده (1291-1) مدني عراقي المحال اليها من قبل الماده (1329) الخاصة بالرهن الحيازي إذ تقول " اذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة الى الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب الشريك".

(6)- تنص الماده السابقة في فقرتها الثانيه على انه " ويبقى نافذا الرهن الصادر من جميع ملاك العقار الشائع او المتصرفين ، ايا كانت النتيجة التي تترتب فيما بعد على قسمة العقار او على غيره او افراغه لعدم امكان قسمته ". كذلك الماده (890) مدني جزائري .

بالنسبة الى باقي المال فيعتبر ان رهنه قد صدر من غير المالك تطبيقاً للأثرالرجعي للقسمة. ومن ثم فهولا يسري في مواجهة الشريك الذي وقع المال في نصيبه ما لم يقره [1].

واخيراً يتبادر السؤال الاتي : هل يجوز تعدد الرهون الحيازية على الاسهم محل الرهن؟ وهل يتعارض ذلك مع قابلية هذه الاسهم للتسليم؟

بالرجوع الى القواعد العامه نجد انه من الممكن ان يكون السهم محلا لعدة رهون حيازية يضمن كل منها دينا مستقلا عن الديون الاخرى [2]، وفي هذه الحاله يتحدد لكل رهن مرتبته، فيكون هنالك رهن في المرتبه الاولى، ورهن في المرتبة الثانيه ، وهكذا... وفقا لتاريخ نفاذه في حق الغيراي اسبقية التاريخ الثابت ثبوتا رسميا (القيد في سجل الشركه) [3].

واذا كانت عقود الرهن تلك كلها ذات تاريخ ثابت واحد فان الثمن يقسم بين الدائنين المرتهنين [4].

اما الشق الثاني من السؤال: نلاحظ ان ذلك لا يتعارض مع قابلية السهم للتسليم. ولكن الصعوبة تكمن في وجوب انتقال الاسهم من الراهن، فالاصل ان تنتقل هذه الحيازه الى الدائن المرتهن او الى يد عدل ، ولكن في حالة تعدد الدائنون المرتهنون لمن تنتقل الحيازه؟ لهذا ومن اجل التغلب على هذه الصعوبه يتم الاتفاق على تسليم الاسهم المرهونه الى احد الدائنين المرتهنين، يحوزها لحساب نفسه ولحساب سائر الدائنين، او بتسليم هذه الاسهم الى شخص من غير الدائنين يحوزها لحسابهم جميعا [5].

---

(1) - د.عبد الفتاح عبد الباقي: مصدر سابق، ص541-542.كذلك د.انور طلبه: مصدر سابق، ص800.د.احمد سلامه: مصدر سابق،ص364. بيد ان جانب من الفقه يذهب الى انه لا يجوز الالتجاء الى فكرة الأثرالرجعي للقسمة لان هذه الفكره لا يؤخذ بها الا لتحقيق غرض معين هو حماية كل مشتاع من تصرفات شريكه منفرداً .اما اذا كان التصرف (الرهن الحيازي) قد صدر من جميع الشركاء على الشيوع فلا يكون اي من الشركاء في حاجة الى حماية.وبالتالي ليس للشركاء الذين اختصوا بالشيء الشائع ان يشكوا من تحمل انصبتهم بالرهن لانهم ارتضوا هذا الرهن ولانهم ايضا ارتضوا القسمة صراحة او ضمنا.مزيدا من التفصيل انظر د.محمد لبيب شنب: مصدر سابق ، ص144.كذلك د.نبيل ابراهيم سعد: التأمينات العينيه والشخصيه، القاهره ، منشأة المعارف،1982،ص187.

(2)- انظر الماده (1331-2) مدني عراقيا التي تنص على انه " يجوز ان يكون الشيء المرهون رهنا حيازيا موثقا لعدة ديون ...".كذلك الماده (1384 -1) مدني اردني. كذلك انظر الماده (1109 -2) مدني مصري .كذلك الماده (1032) مدني كويتي ، ويلاحظ هنا ان القانون اللبناني قد جاء خاليا من نص يجيز او يمنع تعدد الرهون على المنقول الواحد . ومع ذلك وبناءً على طبيعة الرهن والمبادئ العامه في هذا التشريع يذهب الفقه الى انه ليس هناك ما يمنع من ان يخصص الشئ المرهون لضمان عدة ديون اذا ما اتبع ما اقره المشرع العراقي والمصري في المادتين اعلاه للتفصيل انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان: مصدر سابق،ص247.

(3)- د. نبيل ابراهيم سعد : المصدر السابق، ص181. كذلك د. سليمان مرقس: مصدر سابق،ص361.

(4)- انظر د. محمد طه البشير: مصدر سابق،ص204.

(1) - انظر الماده (1331-2) في شطرها الثاني إذ تنص على انه "اذا قبل من تسلمه ان يكون وضع يده لحساب اربابها حتى لو كان واضع اليد احد هؤلاء".

ثالثاً/ ان يكون المرهون مملوكاً للراهن :

لما كان رهن المال حيازة هو بمثابة التصرف فيه، ولما كان يجب على المتصرف ان يكون مالكاً للمال المتصرف فيه لذلك يجب ان يكون الراهن حيازة لمال معين(سواء كان المدين ام الكفيل العيني) مالكا لهذا المال [1] ، وهذا ما تنص عليه صراحة الماده (1325) مدني عراقي اذ تقول" يشترط في من يرهن مالا توثيقا لدين عليه او على غيره ان يكون مالكا للمرهون او متصرفا فيه".فاذا لم يكن الراهن مالكا للاسهم محل الرهن او متصرفا فيها فلا يتصور انه يستطيع اعطاء المرتهن اي حق عليها لان فاقد الشيء لا يعطيه [2].

ولكن ماذا يترتب على ذلك ؟ نقول انه طبقا للقواعد العامه يكون رهن الاسهم المملوكه للغير موقوفا على اجازة مالك هذه الاسهم [3] .

ومعنى ذلك انه لا يترتب على انشاء رهن الاسهم اي أثرمن آثاره ، بل يتوقف ترتب الأثرعلى اجازة المساهم مالك السهم فان اجازه اجازة صحيحة صار نافذا من وقت صدوره [4]، واذا لم يجزه بطل التصرف [5].

اما وفقاً للقانون المقارن فان رهن الاسهم المملوكه للغير يكون حكمه قابلا للابطال ، ويصبح صحيحا اذا اقره المالك الحقيقي او من الوقت الذي تصبح فيه هذه الاسهم مملوكه للراهن [6].

ويترتب على ذلك ان للمالك الحقيقي ان يعتبر الرهن غير موجود ويسترد الاسهم المرهونه من المرتهن.[7]

بيد ان حق المالك في الاسترداد(سواء في القانون العراقي ام المقارن) كثيرا ما يشل نتيجة لتطبيق قاعدة ((الحيازه في المنقول سند الحائز)). فمن يرتهن منقولا من غير مالكه لا يكسب عليه حق الرهن بمقتضى ذات عقد الرهن، ولكنه يستطيع ان يتمسك في مواجهة المالك بمقتضى القاعدة المذكور آنفاً اذا ما

---

(2)- انظر د. سميحة القليوبي: الموجز في القانون التجاري ، مصدر سابق،ص526.كذلك د. علي البارودي: العقود وعمليات البنوك التجاريه ، مصدر سابق،ص105.

(3)- انظر د. اكرم ياملكي- د. فائق الشماع: القانون التجاري ، مصدر سابق، ص331 .

(4)- تنص الماده (135-1) مدني عراقي على "من تصرف في مال غيره بدون اذن انعقد تصرفه موقوفا على اجازة المالك".

(5)- انظر الماده اعلاه – الفقرة الثانيه اذ تنص "فاذا اجاز المالك تعتبر الاجازة توكيلا...".

(6)- كذلك الماده اعلاه الفقرة الثالثة (واذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف.....) .

(7)- إذ تنص الماده (1033-1) مدني مصري والخاصة بالرهن الحيازي، على انه "اذا كان الراهن غير المالك للعقار المرهون، فان عقد الرهن صحيحا اذا اقره المالك الحقيقي....، واذا لم يصدر هذا الاقرار فان حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن".انظر كذلك الماده (974) مدني كويتي .

(1) - د. عبد الرزاق احمد السنهوري:الوسيط ، الجزء 10 ، مصدر سابق،ص756.

توافرت شروطها [1].

المطلب الثالث

السبب (الدين المضمون)

قدمنا ان المساهم الراهن لا يقرر الرهن تبرعا منه للمرتهن بل رغبة منه في الحصول على قرض او اجل وبعبارة اعم فان الراهن يقرر الرهن ضمانا لحق اصلي للمرتهن فيعتبر هذا الحق هو السبب في رهن الاسهم [2].

وهذا يعني ان سبب الرهن هو الدين الذي قام الرهن لضمانه، لان الرهن هو حق تابع يستند في وجوده الى حق اصلي، ويكون تابعاً لهذا الحق في وجوده وعدمه. فلا يوجد الرهن دون ان يكون هنالك حق مضمون به [3].

وهذا الحق في الغالب يكون مبلغا من النقود، ولهذا يكون دائما مشروعا بمجرد وجوده ، عندما تتوافر الشروط اللازمة لنشوئه ولكنه لا يشترط ان يكون كذلك اذ يمكن ان يكون عملا او امتناعاً عن عمل [4]، او اعطاء شئ اخر غير النقود [5].

و يشترط في الدين المضمون برهن الاسهم ان يكون موجودا، ذلك لان وجود الدين لازم لوجود الرهن، ولا يتوفر هذا الوجود الا اذا نشأ الدين المضمون صحيحا قبل الرهن. ثم بقي قائما الى حين انعقاد الرهن [6].

فاذا كان الدين غير موجود وقت الرهن وقع الاخير باطلا. وعلى هذا لا يجوز عقد رهن الاسهم

---

(2) - تنص الماده (1163) مدني عراقي على "1- من حاز وهو حسن النيه منقولا او سندا لحامله مستندا في حيازته الى سبب صحيح فلا تسمح عليه دعوى الملك من احد. 2- والحيازه بذاتها قرينة على توافر حسن النيه ووجود السبب الصحيح، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك"..كذلك انظر نص الماده (970) مدني جزائري .الماده (975) مدني كويتي. كذلك الماده (976-2) مدني مصري.

(3)- د. سميحة القليوبي: الموجز في القانون التجاري ، مصدر سابق،ص526.كذلك انظر د. سليمان مرقس : مصدر سابق،ص103.

(4)- د. شمس الدين الوكيل: : مصدر سابق،ص473.

(5)- وفي هذه الحاله الرهن يضمن ما يمكن ان يحكم به من تعويض بسبب اخلال المدين بالتزامه.

(6)- د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق،ص337.كذلك د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق،ص39. انظر كذلك د. علي حسين يونس: العقودالتجاريه ، مصدر سابق،ص72.

(1)- د. اكرم ياملكي – د. فائق الشماع: القانون التجاري ، مصدر سابق،ص332.

لضمان دين نشأ عن عقد باطل او عقد تقرر ابطاله لاي سبب من اسباب البطلان، كانعدام الرضا او عدم مشروعية موضوعه او سببه، لان هذا البطلان يذهب بالدين، ويجعل الرهن بدون سبب، فيقع عقد الرهن باطلاً ولا يكون له اثر [1].

وبناءً على ذلك اذا انقضى الدين المضمون باية طريقة من طرق الانقضاء فان ذلك يؤدي الى انقضاء الرهن تبعا له. وتجدر الاشاره الى انه في حالة البطلان، يكون لكل ذي مصلحة ان يتمسك به، فيتمسك به المدين الراهن وخلفه العام والخاص، وكل دائن مرتهن متأخر في المرتبه، وكل حائز للشيء المرهون [2].

ومن الجائز ان يفي شخص ما الدين المضمون فينقضي ، وعندئذ يحل محل الدائن المرتهن حلولاً قانونياً او حلولاً اختيارياً ، فيرجع على الراهن بالمرتبة التي حل فيها محل الدائن المرتهن " دعوى الحلول" [3].

ويذكر هنا ان للكفيل العيني الحق في ان يتمسك باوجه الدفع المتعلقة بالدين الى جانب الدفوع الخاصة به [4] ، ذلك لان الكفيل العيني يستطيع التمسك بالدفوع التي يتمسك بها الكفيل الشخصي فهو لم يخرج عن كونه كفيلا يضمن دين الغير [5].

فضلاً عن ذلك لا يشترط في وجود الدين ان يكون منجزا، بل يجوز ان يكون معلقا على شرط (ويعتبر عقد رهن الاسهم في هذه الصورة معلقاً هو الاخر على شرط) او ديناً مستقبلياً او دينا احتمالياً ، كما هو الحال في تقرير الرهن ضمانا لوعد بقرض او لقرض لم يتم تنفيذه او لاعتماد مفتوح او لحساب جار [6].

ويلاحظ هنا ان الشارع قد خرج على قاعدة تبعية الرهن للدين المضمون ، اذ قد يوجد الرهن قبل وجود هذا الدين [7].

والعلة في خروج الشارع على قاعدة التبعية واجازته رهن الاسهم ضمانا لدين لم يوجد بعد وقت ابرامه،

---

(2) - القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق،ص249. كذلك د. سليمان مرقس : مصدر سابق، ص104.

(3)- د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق،ص43.

(4)- د. عبد الرزاق السنهوري : مصدر سابق، ج 10،ص708.

(5)- تجدر الاشاره الى ان الدفوع المتعلقة بالكفيل العيني قد ترجع الى العقد المبرم بينه وبين الدائن المرتهن كان يكون باطلا دون ان يكون الدين باطلا اوترجع هذه الدفوع الى ما يرد على عقده من اوصاف،كعدم تحقق الشرط الواقف او تحقق الشرط الفاسخ ، فيستطيع التمسك بان الرهن لم ينشأ لعدم تحقق او تحقق الشرط كذلك قد ترجع الدفوع الخاصة بالكفيل العيني الى ان الرهن قد انحل دون ان ينقضي الدين المرهون، ويتحقق ذلك مثلا اذا نزل المرتهن عن الرهن فينقضي دون ان ينقضي الدين المضمون، فللكفيل العيني حينئذ التمسك بانقضاء الرهن.

(6)- د.علي حسن يونس:العقود التجاريه، مصدر سابق،ص72.

(7)- انظر الماده (1293) مدني عراقي الخاصة بالرهن التأميني والتي تحلينا اليها الماده (1331-1)الخاصة بالرهن الحيازي إذ تنص"يجوز ان يترتب الرهن التأميني ضمانا لدين مستقبل، او دين معلق على شرط،او دين احتمالي فيجوز ان يترتب لاعتماد مفتوح او لفتح حساب جار ، على ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الاقصى الذي ينتهي= =اليه هذا الدين"انظر كذلك الماده (981) مدني كويتي.

(1)- انظر د. محمد طه البشير: مصدر سابق،ص202. كذلك القاضي .حسين عبد اللطيف حمدان: مصدر سابق،ص250.

هي لمواجهة حاجات التعامل ، اذ قد لا يقبل بعض الاشخاص اعطاء ائتمان الا اذا حصلوا مقدماً على تأمين يضمن لهم استيفاء حقوقهم. اي ان هذه العمليه تسهل للمتعاملين الحصول على الائتمان [1] ، ومن البديهي انه اذا انشأ عقد رهن الاسهم ضمانا لدين لم يوجد بعد فان ترتيب هذا الرهن لآثاره لا يمكن ان يتم الا اذا وجد الدين المضمون. فاذا لم يوجد ذلك الدين انقضى الرهن دون ان ينتج اثره [2].

واذا صح رهن الاسهم الضامن للالتزامات المستقبلية والاحتمالية فمن اي وقت تثبت لهذا الرهن مرتبته؟ وللاجابة نقول يؤدي تطبيق القواعد القانونية العامه الى ان مرتبة هذا الرهن لا تثبت له الا من الوقت الذي يوجد فيه الالتزام بالفعل(تحقق الدين)، اذ حتى هذا الوقت لا يكون الرهن مستنداً لاي التزام ومن ثم لا يكون صحيحاً بمعناه الدقيق ، وكما رأينا ان الاعتبارات العمليه ادت بالشارع الى مخالفة المنطق القانوني بالنسبة الى الرهن الرسمي وجعلته يقرر في الماده (1286-1) مدني عراقي [3]، ان هذا الرهن تكون له مرتبته من تاريخ تسجيله ولو كان الالتزام المضمون به مستقبلياً او احتماليا. ونفس هذه الاعتبارات تؤدي بنا الى اتباع حكم مماثل في رهن الاسهم باعتباره رهناً حيازياً [4]، والقول بان رهن الاسهم الضامن لالتزام مستقبلي او احتمالي يأخذ مرتبته من وقت توافر شروط سريانه على الغير، أي من وقت قيد الرهن في سجل الشركه التي اصدرت الاسهم ، حتى لو وجد الالتزام المضمون . في ذمة المدين بعد ذلك [5].

ونخلص مما تقدم الى ان الدين المضمون في رهن الاسهم لا يخضع لمبدأ تخصيص الرهن فقد لاحظنا انه نتيجة لحاجات التعامل التجاري، قد يوجد الرهن التجاري ضمانا لدين لم يوجد بعد [6].

ولكن مع ذلك وتطبيقاً للقواعد العامه في الرهن فانه يشترط ان يكون الدين المضمون محددا وان لم يكن بدقة.بمعنى انه لا يجوز ان يعقد رهن الاسهم لضمان كل الديون التي تثبت للمرتهن في ذمة المساهم الراهن، سواء في اية مدة، او في ومدة محدودة [7].

وعليه اذا كان الدين منجزاً فيجب ان يحدد مقدار رأس المال والفوائد، ومتى يبدأ سريان الفوائد

---

(2) - د.محمد لبيب شنب: مصدر سابق،ص38.

(3)- د.نبيل ابراهيم سعد: مصدر سابق،ص46. كذلك انظر د.سليمان مرقس: مصدر سابق،ص380.

(4)- إذ تنص هذه الماده على ان " لا ينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله..." كذلك انظر الماده (1075) مدني مصري إذ تنص (تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده، ولو كان الدين المضمون معلقا على شرط او دين مستقبلاً او احتمالي).

(5)- خصوصا اذا علمنا ان الماده (1331) مدني عراقي تنص على انه " يجوز الرهن الحيازي لتوثيق الديون التي يجوز توثيقها بالرهن التأميني.."

(6)- مزيدًا من التفصيل انظر د.عبد الفتاح عبد الباقي: مصدر سابق، ص546.

(7)- يذهب د.سليمان مرقس في كتابة التأمينات العينيه الى القول "قضت المحاكم بان الرهن يجوز ان ينعقد ضماناً لدين غير معين سلفاً، وبانه لا يمنع من صحة الرهن عدم تعيين الدين المضمون بدقه وذلك بسبب ما تقتضيه طبيعة المعاملات التجاريه وهذا الخروج يجب ان يبقى مقتصرا على الرهن التجاري" مصدر سابق،ص380.

(1)- د.شفيق شحاته: مصدر سابق، ص55.

بحيث يكون للدائن المرتهن الحق في استيفائها مع اصل الدين بالافضلية من ثمن الاسهم المرهونه في حالة بيعها [1].

اما اذا كان الدين مستقبلاً اواحتمالياً فانه يتحدد مقداره في عقد الرهن بتحديد حد اقصى ينتهي اليه الدين،بحيث اذا نشأ الدين وجاوزت قيمته الحد الاقصى المقرر في عقد الرهن، فلا يضمن الرهن الا مقداراً من الدين يساوي ذلك الحد [2].

ومما يمكن ملاحظته هنا ان المشرع يؤكد على خاصية عدم قابلية الرهن للتجزئة. إذ تنص الماده (1332-1) مدني عراقي على انه "كل جزء من المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بكل المرهون" [3]. وهذا الارتباط بين الشيء المرهون والدين المضمون، له معنيان :

الاول/ ان اي جزء من الشيء المرهون رهن حيازة ضامن لكل الدين ، فلو كان المرهون عقارا واسهماً، فان الدائن المرتهن يستطيع باعتباره دائنا مرتهنا ان ينفذ بكل الدين على الاسهم وحدها دون العقار. فاذا استوفى كل حقه من هذه الاسهم برأت ذمة المدين وتخلص العقار من الرهن [4].

والمعنى الثاني/ ان اي جزء من الدين مضمون بكل الاسهم المرهونه ، فلو وفى المدين ثلثي الدين مثلا وبقي الثلث، فان هذا الثلث يبقى مضموناً بكل الاسهم محل الرهن . ولا يتخلص ثلثا هذه الاسهم من الرهن.اي لا يكلف المرتهن بتسليم ثلثي الاسهم المرهونه ، في هذه الحاله، للدائن المرتهن ان يحبسها الى حين استيفاء ما بقي من دينه [5].

ولكن هنالك حالة اخرى هي اذا كان المرهون شيئين وعين لكل منهما مقدار من الدين واستطاع المدين ان يؤدي مقدار ما عليه لاحدهما، كان له وفقا للقانون العراقي ان يأخذ الشيء الذي ادى مقداره [6].

يخلص من كل ذلك، ان الدين ايا كان سببه وايا كان محله يصح ان يوثق بالرهن، سواء اكان الدين

---

(2)- القاضي حسين عبد اللطيف حمدان: مصدر سابق، ص250.كذلك انظر د.محمد لبيب شنب: مصدر سابق، ص40.

(3)- انظر نص الماده (1293) مدني عراقي إذ تذهب الى ".....على ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الاقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين".انظر كذلك الماده (1040) مدني مصري .كذلك الماده (1374) مدني اردني.

(4)- انظر كذلك الماده (891) مدني جزائري الخاصة بالرهن التأميني والتي تحيلنا اليها الماده (950) الخاصة بالرهن الحيازي .إذ تنص" كل جزء من العقار او العقارات المرهونه ضامن لكل دين، ولكل جزء من الدين مضمون بالعقار او العقارات المضمونة كلها.".كذلك الماده (1041) مدني مصري .الماده (1384) مدني اردني. الماده (982) مدني كويتي.كذلك الماده (1462)معاملات مدني اماراتي .

(5)- د.السنهوري : الوسيط، الجزء 10 ، مصدر سابق، ص776.

(6)- انظر الماده (1332- 2) مدني عراقي إذ تنص " فاذا قضى الراهن بعض الدين لا يكلف المرتهن بتسليمه بعض المرهون بل له ان يحبسه الى استيفاء ما بقي منه ولو كان قليلا..". انظر كذلك الماده (1031) مدني سوري.

(1)- انظر الماده (1332-2) في شقها الثاني إذ تنص" .....لكن اذا كان المرهون شيئين وعين لكل منهما مقداراً من الدين وادى الراهن مقدار ما عليه لاحدهما كان له ان يأخذه".

موجوداً ام موعوداً به، لازماً ام آيلاً للزوم، لا فرق بين التزام محله عين مضمونه بنفسها كالمغصوب او عين مضمونه بغيرها كالمبيع في يد البائع فهو مضمون بالثمن.اما الاعيان غير المضمونة كالوديعة في يد الوديع فلا يصح اعطاء رهن بها الا في الاحوال التي يكون فيها الامين مسئولاً [1] وهذا ما ذهب اليه القانون العراقي [2].

المبحث الثاني

الاركـــــــــان الـــخاصـــــه

بعد ان تطرقنا الى الاركان العامه التي يجب توافرها في كل عقد، واوضحنا تفصيلاته الخاصة برهن الاسهم، كان مما لابد منه ان نتطرق ايضا الى الاركان الخاصة التي يجب توفرها في عقد الرهن هذا، وقد ذكرنا فيما تقدم ان عقد رهن الاسهم هو عقد عيني شكلي، وبالتالي تعد الحيازه او القبض ركناً فيه، كما ان اشتراط قانون الشركات قيد الرهن جعل منه الشكل الذي يجب اتباعه لانشاء الرهن.وللخوض في هذه التفاصيل سيقسم هذا المبحث على مطلبين نناقش في الاول الحيازه او القبض والثاني نخصصه للشكلية.

المطلب الاول

الحيازه (الـــقبـــض)

لقد نصت الماده(1145) من القانون المدني العراقي في فقرتها الاولى على تعريف الحيازه حين قالت "الحيازه، وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقا من الحقوق" [3].

ان انتقال حيازة المرهون من يد الراهن مدينا كان ام كفيلا عينيا الى يد المرتهن او العدل هو جوهر رهن

---

(2)- د.محمد طه البشير: مصدر سابق،ص203.وكذلك د.نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق،ص44.

(3)- تنص الماده (1331) مدني على " ....ويصح ان يكون الرهن الحيازي توثيقا للامانة في الاحوال التي يكون فيها الامين مسؤولا".

(1) - انظر كذلك الماده (1171-1) مدني اردني.كذلك الماده (905) مدني كويتي،والماده (1110) مدني يمني . خلافاً لذلك لا يتضمن القانون المدني المصري وكذلك السوري نصا خاصا لتعريف الحيازه.

الحيازه والصفة التي ينفرد بها وتميزه عن غيره [1].

إذ يعد بقاء المنقولات، باعتبارها محلا للرهن الحيازي، بيد الراهن مخاطره في ضمان الدائن المرتهن لحقوقه، وذلك لتيسر اخفائها، ولان التصرف فيها الى شخص حسن النيه يفقد الدائن الضمان الذي توفره له باعتبارها اموالا مرهونة. كما اوضحنا ذلك فيما سبق ، ولهذا ذهب القانون العراقي في الفقرة الاولى من الماده (1322) مدني الى انه(يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون).

يفهم من خلال النص المذكور آنفاً ، ان انتقال حيازة المرهون من الراهن الى الدائن المرتهن او من ينوب عنه شرط لازم لتمام الرهن، اي ان الرهن الحيازي عقد لا يلزم ولا يتم ولا يرتب اي أثرالا بالقبض . ومما يؤكد ذلك هو ان المشرع العراقي قد تناول كل ما يتصل بالقبض من احكام في الفصل الاول من باب الرهن الحيازي والمخصص للكلام عن اركان العقد من تراض ومحل وسبب، وبحثه في هذا المكان بالذات يوحي بان المشرع اراد ان يجعل من القبض ركنا للعقد لا مجرد أثرمن آثاره [2].

اذن وفقا للقانون العراقي [3]، فان عقد الرهن الحيازي عقد عيني، القبض فيه ركن وليس مجرد التزام ينشأ عن العقد بعد تمامه [4] .

---

(2)- حسين عذاب السكيني: فكرة العينيه ودورها في انشاء التصرف القانوني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد، 1995 ، ص167.

(3) - د. محمد طه البشير: مصدر سابق، ص208.

(4)- كذلك انظر القانون اللبناني إذ تنص الماده (3) من المرسوم الاشتراعي" ان رهن الشيء المادي يتم بان يسلم المديون او شخص ثالث بالنيابة عنه هذا الشيء الى الدائن تامينا لدين ما" كذلك انظر الماده (1030) مدني سوري . والماده (2076) مدني فرنسي.

(5)- لقد اختلف الفقه بشأن ذلك، إذ يذهب رأي الى ان الرهن الحيازي من العقود الرضائية، اي ان انتقال الحيازه ليس الا أثرمن آثار عقد الرهن وليس ركن لانشائه . انظر د.صلاح الدين الناهي: الوجيز في التأمينات الشخصيه والعينيه ، بغداد بدون دار طبع، 1953،ص104. لكن الرأي الغالب في الفقه يذهب الى اعتبار الرهن الحيازي من العقود العينيه.مزيدا من التفصيل انظر ما اشار اليه د. اكرم ياملكي – د.فائق الشماع :القانون التجاري ، مصدر سابق، ص336. في حين ان القضاء العراقي مستقر على ان الرهن الحيازي من العقود العينيه بتفسير الماده (1322) باعتبار الحيازه ركناً في العقد.وهذا ما اكدته محكمة التمييز في القرار التمييزي المرقم 120 ح971/1 والمؤرخ في 1971/8/5. فقد ورد في حيثيات القرار " الرهن الحيازي لا يعتبر تاما الا بتسليم المرهون تسليما فعليا" فالتسليم في نظر القانون المدني العراقي شرط لتمام عقد الرهن و يترتب على ذلك انه اذا لم يتم التسليم فلا ينعقد الرهن)).منشور بمجلة القضاء، العدد الثالث، السنة 26، 1971 ، ص262-264.وتجدر= =الاشاره هنا الى ان مشروع القانون المدني العراقي الجديد لسنة 1986 قد هجر فكرة اعتبار الحيازه ركنا في العقد واعتبرها مجرد التزام ينشأ من العقديلتزم الراهن به ان يسلم المال المرهون الى يد الدائن المرتهن، وفي الاسباب الموجبة للمشروع يبرر فكرة الاخذ بالرضائية وهجر العينه هو مسايرة الاوضاع الاجتماعية والاقتصادية ومصالح الفئات الاجتماعية المختلفه .للتفصيل انظر القاضي .حسن ابراهيم حسن الحميري: تطور فكرة الرهن في مشروع القانون المدني الجديد، رسالة

ويذكر ان هذا هو موقف الشريعة الاسلامية [1]، إذ يذهب فقهاء الشريعة الى ان الرهن عقد لا تكفي صيغته (اي الايجاب والقبول) في ترتيب آثاره عليها بل يحتاج معها الى القبض لكي يتم بها العقد وتترتب عليه آثاره لقوله تعالى " فرهان مقبوضة" [2] .

بل يذهبون الى القول بان الالتزامات هنا لا تنشأ عن العقد بل عن واقعة القبض نفسها [3] ، بينما نجد في تشريعات اخرى ان عقد الرهن الحيازي عقداً رضائيا [4] ، اي ينعقد بمجرد تبادل ايجاب وقبول متطابقين ، ولا يشترط في انعقاده نقل الحيازه من الراهن [5]، ذلك ان نقل الحيازه اصبح في ظل هذه التشريعات التزاماً على الراهن وليس ركنا في العقد [6].

مقدمة الى المعهد القضائي،بغداد ،1987،ص78.

(1)- اشار اليه د.محمد عبد الجواد : الحيازه والتقادم في الفقه الاسلامي ، الاسكندريه ، منشأة المعارف ،1977 ، ص 71 .

(2)- سورة البقرة الاية 283.

(3) - انظر ابو القاسم نجم الدين جعفر الحلي: المختصر النافع في فقه الاماميه ، دار الكتاب العربي، مصر ، بلا سنة طبع ،ص137.كذلك انظر السيد صادق الحسيني الشيرازي : المسائل الاسلامية مع المسائل المتجددة ، مؤسسة الكلمة للطباعة والنشر ، بيروت، بلا سنة طبع،ص547. كذلك موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن قدامه : المغني ،المجلد الرابع ، بيروت ، دار الفكر ، الطبعه الاولى ، 1985 ، ص 216 . ويذهب الى ذلك ايضا جانب من الفقه القانوني.إذ يقول د.شفيق شحاته " المصدر الحقيقي والمباشر لرهن المنقول هو واقعة التسليم. فان لم يحصل التسليم، فلا يكون هنالك رهن حيازي،اما عقد الرهن الحيازي فلا ينشيء سوى التزامات شخصيه يلتزم بمقتضاها الراهن بتسليم المنقول، فمن المهم ان تميز بين عقد الرهن والرهن نفسه. اما العقد فلا يمكن ان يتولد عنه التأمين العيني بما يستوجب من حق التقدم وحق التتبع.ذلك ان العقد يقتصر اثره في الاصل على المتعاقدين ولا يتعداهما، في حين ان التأمين العيني يظهر اثره ابتداءاً في حق الغير.ولذلك فهو لا ينشأ الا من تلك الواقعة القانونيه التي جعلها القانون مصدراً للتأمين العيني. وليس صحيحا ما يقال من ان عقد الرهن ينشيء حق الرهن فيما بين المتعاقدين ، وان التسليم يجعل هذا الحق نافذا على الغير. فالواقع ان حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ من عقد الرهن، وهو اذا نشأ كان حتما نافذا في حق الغير، والا لما كانت هنالك فائدة من وجوده، ولذلك نقول ان الرهن مصدره التسليم لا العقد، على ان العقد يعتبر السبب القانوني للتسليم". مصدر سابق،ص43- 45.انظر كذلك د.شمس الدين الوكيل: مصدر سابق،ص476.

(4)- انظر التقنين المدني المصري إذ تنص الماده (1096) على انه " الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ، ضمانا لدين عليه او على غيره ان يسلم الى الدائن او الى اجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً....." .انظر كذلك الماده (212) مدني تونسي إذ تنص" يتم الرهن : 1- بتراضي الطرفين على عقده .كذلك الماده (1375) مدني اردني، الماده (948) مدني جزائري .والماده (1027) مدني كويتي.

(5)- انظر المذكرة الايضاحيه للقانون المدني المصري إذ تقول (قبل التسليم يتم الرهن ويترتب الحق العيني ويبقى هذا الحق نافذا فيما بين المتعاقدين ويستطيع الدائن عند حلول الدين ان ينفذ على العين المرهونه بحقه باعتباره دائنا مرتهنا لا باعتباره دائنا عاديا ولكن لا يكون له ان يتقدم او يتتبع لان الرهن لا ينفذ في حق الغير قبل التسليم) جزء 7، ص200.

(1)- تنص الماده (1099) مدني مصري "على الراهن تسليم الشئ المرهون الى الدائن المرتهن او الى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه".

الغرض من انتقال الحيازه:-

ان الغرض من انتقال الحيازه هو جعل المرهون بمنأى عما قد يجريه فيه الراهن من تصرفات تضر بالمرتهن،كتصرفه في الاسهم المرهونه لشخص حسن النيه يستطيع الاعتصام وراء قاعدة الحيازه في المنقول سند الحائز [1].كما ان انتقال الحيازه يمكن المرتهن من حبس هذه الاسهم الى حين استيفاء حقه، كذلك تمكينه من مباشرة دوره باعتباره دائناً مرتهناً فيستطيع ان يحافظ عليها وان يديرها [2] ، وغيرها من الحقوق والالتزامات التي سيأتي بيانها في الفصل الثاني من الرسالة.كذلك يحقق انتقال الحيازه نوعا من الاشهار، اذ يستطيع الغير ان يعلم بواسطته ان المرتهن قد تعلق له حق على الاسهم المرهونه ، وان هذه الاسهم لم تعد حرة خالصة للراهن، إذ ان بقاءها في حيازة الراهن قد يؤدي الى خداع الغير بجعله يعتقد بيسر المساهم الراهن فيقرضه بضمان هذه الاسهم على اعتبار انها جزء من امواله الحرة [3].

وعلى هذا النحو تبدو الحيازه أداة قانونيه ملائمه للاعلان عن حق الدائن المرتهن على الاسهم المرهونه [4].

لمن تنتقل الحيازه/

الاصل هو ان تنتقل الحيازه الى الدائن المرتهن ، فهو الطرف الذي جعل الانتقال لحمايته ولضمان مصالحه. ولكن مع ذلك لا يوجد ما يمنع من ان يتفق المتعاقدان (المساهم الراهن والدائن المرتهن) ،على وضع الاسهم المرهونه في حيازة شخص اخر يسمى"عدلا" في الفقه الاسلامي [5]، والقانون العراقي [6] ،

---

(2)- انظر د.احمد سلامه: الرهن الطليق للمنقول، مصر، مطبعة جامعة عين شمس،1968،ص40.كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي: مصدر سابق،ص459.

(3)- انظر د.اكرم ياملكي- د. فائق الشماع:القانون التجاري ، مصدر سابق،ص333. كذلك د. انور طلبه: مصدر سابق، ص805.

(4) - انظر د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق،ص393.كذلك د. احمد سلامه: دروس في التأمينات العينيه، مصدر سابق،ص390. كذلك د. محمد لبيب شنب: مصدر سابق،ص170 د. سميحة القليوبي: الموجز في القانون التجاري: مصدر سابق،ص527.كذلك د. علي البارودي: العقود وعمليات البنوك التجاريه، مصدر سابق،ص107.

(5)- د. شمس الدين الوكيل: مصدر سابق، ص484. كذلك د. عبد الرزاق السنهوري: مصدر سابق،ج 10، ص789. انظر كذلك د. علي حسن يونس: العقود التجاريه: مصدر سابق،ص76.

(6)- تنص الماده (705) من المجله على ان"العدل هو من ائتمنه الراهن والمرتهن وسلماه واودعاه" .

(7)- لاحظ الماده (1321) مدني التي تنص "الرهن الحيازي، عقد يجعل به الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن او في يد عدل ...". انظر كذلك الماده (187- أولاً) تجارة عراقي. بينما نجد ان المشرع المصري في الماده (1096) مدني ، كذلك=

=المشرع الليبي في الماده(1100) مدني والمشرع الاردني في الماده (1375) قد استخدموا لفظة (اجنبي) بدلا من (العدل) على اعتبار ان لفظة العدل قد توحي الى توفر شروط معينة فيه. ولكن مع ذلك يمكن القول ان لفظ العدل الذي استخدمه المشرع العراقي اكثر دقة من الاجنبي، ذلك ان الاول يشمل حيازة الدائن لمحل الرهن اصالة عن نفسه وكذلك نيابة عن غيره

يتسلم هذه الاسهم ويحتفظ بها نيابة عن المرتهن [1] .

يتبين من ذلك ان العدل يجب ان يتفق عليه المتعاقدان . ولكن يجوز ان يقع هذا الاتفاق عند الرهن او بعد ذلك. ولا يلزم ان يكون الاتفاق على العدل ثابت التاريخ وهو يخضع في اثباته للقواعد العامه [2] .

كمـا انه لا ضرورة في ان يدخل العدل في هذا الاتفاق ولكن يجب ان يقبل العدل المهمة المنوطة به [3].

ويصح ان يكون العدل دائنا مرتهنا سابقا ، فيحوز الاسهم بصفته دائنا مرتهنا وبصفته عدلا نائبا عن دائن مرتهن آخر[4].

كما يصح ان يكون اي شخص عدلاً فيما عدا الراهن لانه اذا بقيت الاسهم في يده ولم تنتقل حيازتها لم ينعقد العقد ، ويكون باطلا لتخلف ركن التسليم فيه [5]، ويجوز التمسك بهذا البطلان من قبل كل ذي مصلحة حتى لو كان الراهن [6]، ولكن يشترط في من يكون عدلا ان يتمتع باهلية الالتزام ، لان قبوله يفرض عليه الالتزامات التي كانت تنشا في ذمة المرتهن لو تسلم بنفسه الاسهم محل الرهن [7].

اما اذا كانت الاسهم المرهونه موضوعة تحت يد العدل قبل تقرير الرهن، بان كانت موضوعة عنده بصفته مودعا لديه مثلا ، فلا يكفي لتغيير صفة حيازته ان يعلنه الدائن المرتهن بعقد رهنه بل لا بد من قبول العدل ان يحوز الاسهم باسم المرتهن ونيابة عنه [8].

مع الاشاره الى انه عندما تكون الاسهم موضوعة تحت يد المرتهن بسبب اخر سابق على الرهن فانه يعتبر حائزا لها بصفته دائنا مرتهنا بمجرد انشاء الرهن [9].

من الدائنين في حالة تعدد الرهون وهو بهذا الاعتبار ليس اجنبيا إذ ان بامكان اي شخص اخر فيما عدا الراهن ان يكون عدلا. للتفصيل انظر حسين عذاب السكيني: مصدر سابق، ص165.

(1)- د.عدنان احمد ولي العزاوي:الرهن التجاري، مصدر سابق، ص71.د.عبد الفتاح عبد الباقي: مصدر سابق،ص550،د.منصور مصطفى منصور: مصدر سابق،ص211،

(2)- د.انور طلبه: مصدر سابق،ص804.

(3) - انظر الماده (188) تجارة عراقي إذ تنص" .....وان يرضى المودع لديه بحبس السند لحساب الدائن المرتهن..." وهذا موافق لنص الماده (1323-1) مدني عراقي كما انه موافق لحكم الشريعة الاسلاميه ايضا، انظر الماده (752) من المجلة.

(4)- د. شمس الدين الوكيل: مصدر سابق، ص483. كذلك د.نبيل ابراهيم سعد: مصدر سابق، ص190.

(5)- د.علي هادي العبيدي: مصدر سابق،ص394. كذلك القاضي .حسين عبد اللطيف حمدان: مصدر سابق،ص251.

(6)- د.سليمان مرقس: مصدر سابق،ص385.

(7)- انظر د.شفيق شحاته: مصدر سابق،ص120. كذلك فرج توفيق الوليد: مصدر سابق،ص336.

(8)- قضت محكمة استئناف اسيوط بان الاتفاق الحاصل على ايداع المرهون عند اخر وفاء لدين على المودع لايعتبر رهنا ما لم يثبت ان هنالك اتفاقا بين الدائن والمودع لديه على قبول الوديعة لحسابه، فاذا لم يثبت ذلك فان الاتفاق الاصلي يعتبر وكالة وتسري عليه احكامها ، وان هذه الوكاله لا يجوز العزل فيها لانها حاصلة لمصلحة الغير. استئناف اسيوط 1927/12. مشار اليه في مؤلف د.سليمان مرقس: المصدر السابق،ص415.كذلك انظر د.محمد طه البشير: مصدر سابق،ص209.

(1)- انظر الماده (197) تجاره عراقي إذ تنص" اذا كان محل الرهن اوراقا مالية او مستندات تجارية اخرى وحازها

كما ان للحيازة بوساطة العدل فوائد للراهن والمرتهن على السواء .فمن فوائدها للمرتهن انها تعفيه من عبء المحافظة على الاسهم المرهونه وادارتها واستغلالها وغير ذلك من الالتزامات التي ترتبط بالحيازه خاصة عندما تعوزه الرغبه وتنقصه القدرة والخبرة على القيام بهذه الالتزامات فيكون هذا الاسلوب منجاة له من مسألة عما قد يقع منه من اخطاء في استغلال المرهون . اما فوائدها للراهن فانها تحميه من التصرفات التي قد يجريها المرتهن في الاسهم المرهونه اضراراً به، كما تمكنه من رهن الاسهم نفسها ضمانا لديون اشخاص متعددين [1].

ومما يجب ذكره انه ليس للعدل ان يعطي الاسهم للراهن او للدائن المرتهن الا برضا الاثنين معاً ، واذا اعطاها لاحدهما دون رضا الاخر كان له استردادها، وان هلكت قبل استردادها ضمن العدل قيمتها لانه صار متعديا [2].

في حين اذا تلفت الاسهم المرهونه في يد العدل فلا يكون ضامنا الا اذا كان التلف بتقصير منه ، لان يده على المرهون يد امانه لا يد ضمان [3].

واذا توفي العدل تودع الاسهم عند غيره بتراضي الطرفين، فاذا لم يتفقا على احد يصارالىالمحكمة فتضع الاسهم المرهونه في يد عدل تختاره، كمصرف مثلاً [4].

شروط الحيازه .

لما كان الغرض الاساسي من انتقال الحيازه هو اعلام الغير بوجود حق الرهن ، لذا فان هذا الحق لا يمكن تحققه الا اذا توافر الشرطان التاليان في الحيازه .

الشرط الاول/ ان تكون الحيازه ظاهره

اي واضحة للجميع ، بحيث لا يخفى امرها على الغير. وعليه يجب ان تكون الحيازه حقيقية ، فلا تكفي الحيازه الصوريه ، فاذا اقر الراهن انه يحوز الاسهم المرهونه لحساب الدائن على سبيل الوديعة او

الدائن المرتهن بسبب اخر سابق على الرهن فيعتبر حائزا لها بوصفه دائنا مرتهنا بمجرد انشاء الرهن".

(2) - د. عدنان احمد ولي العزاوي ، الرهن التجاري: مصدر سابق،ص73.كذلك القاضي حسين عبد اللطيف حمدان: مصدر سابق،ص185. د.احمد سلامه: دروس في التأمينات العينيه، مصدر سابق، ص389.كذلك د.نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص185

(3)- انظر الماده (1323-2) مدني عراقي إذ تنص "وليس للعدل ان يعطي المرهون للراهن او المرتهن بدون رضاء الاخر ما دام الدين باقيا. وان اعطاه كان له استرداده، واذا هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته". انظر كذلك الماده (1377) مدني اردني، الماده (754) من المجله .

(4)- د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق،ص394.

(5)- انظر الفقرة(3) من الماده اعلاه مدني عراقي إذ تنص "واذا توفي العدل يودع الرهن عند عدل غيره بتراضي الطرفين وان لم يحصل بينهم اتفاق، فالمحكمة تضعه في يد عدل تختاره. انظر كذلك الماده (1378) مدني اردني.

الاعارة او غيرها ، فان هذه الحيازه لا تكون كافية [1] ، بل يجب ان يتخلى المساهم الراهن عن الاسهم تماماً ، بحيث لا يبقى ادنى شك او غموض في ان الحيازه قد انتقلت الى الدائن المرتهن [2].

ومن الجدير بالذكر ان الدائن المرتهن يعتبر حائزا قانونيا بالنسبة لحق الرهن، لانه يسيطر على الاسهم معتبرا نفسه صاحب حق رهن عليها. ولكن بما انه ليس مالكاً لهذه الاسهم ولا يحوزها بنية كسب الملكيه ، فانه يعتبر حائزا عرضيا بالنسبة لحق الملكيه ومن شأن ذلك ان لا يسمح له بالتمسك باكتساب ملكية الاسهم بالتقادم مهما طال وضع يده عليها [3].

ومع ذلك لا يشترط في حيازة المرتهن ان تكون حيازة فعلية، اذ تكفي الحيازه الرمزية طالما كانت ظاهرة [4]، والقانون نفسه يعطينا مثالا للحيازة الرمزية باجازته رهن الدين الذي يكتفي فيه بتسليم السند، لان الدين شئ معنوي لا يتصور حيازته [5].

اذن المهم في كل ما سبق هو انه يجب ان تنتقل حيازة الاسهم المرهونه الى المرتهن او العدل بشكل يدل دلالة ظاهرة على ان للمرتهن حقا عليها وانها لم تعد حرة خالصة للراهن.وقاضي الموضوع هو الذي يقرر في النهاية ما اذا كان انتقال الحيازه يفي بالغرض السابق ام لا [6].

الشرط الثاني/ ان تكون الحيازه مستمرة

يشترط استمرار حيازة المرتهن للاسهم الى حين استيفاء حقه.ولا يقصد بالاستمرار هنا بقاء الاسهم في يد الدائن المرتهن ، لانه لا يوجد ما يمنع من نقل حيازتها الى الغير بصفة عارضة، كما لو قام الدائن

---

(1)- انظر د.احمد سلامه: دروس في التأمينات المدنيه، المصدر السابق، ص390. كذلك انظر حسين عذاب السكيني: مصدرسابق، ص186. كذلك انظر سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي: فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونيه له، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد،2000، ص14. كما ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى عدم كفاية هذه الصوره لانتقال الحيازه، اذ فضلا عن ان انتقال الحيازه فيها غير حقيقي فهو ليس ظاهرا ايضا ومن ثم لا يتحقق معه غرض الحيازه باعتبارها وسيلة اعلام واشهار . P97، . 1927،Planiol-Ripertet Besque- suretes، reelles lere partie

(2) - د.عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق،ص553.كذلك د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق،ص191.

(3)- د.محمد لبيب شنب : مصدر سابق،ص171. ذلك د.سميحة القليوبي: الموجز في القانون التجاري ، مصدر سابق،ص527 .

(4)- د.علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجاريه ، مصدر سابق، ص107. كذلك د. يعقوب يوسف صرخوه : مصدر سابق،ص273.

(5)- انظر الماده (1354) مدني عراقي إذ تنص "لا يكون رهن الدين تاما الا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون...".

(6)- د. محمد طه البشير : مصدر سابق،ص212. كذلك د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق، ص396. د. شمس الدين الوكيل : مصدر سابق،ص486.

المرتهن بايداعها لدى الغير [1].

ولكن المحظور هو ان تعود الاسهم المرهونه لحيازة الراهن قبل ان يتم الوفاء ، ذلك ان الحيازه عندئذ تعد منقطعه [2] .

وهذا موقف القضاء العراقي اذ قرر بانه (يستبقي المرتهن المرهون حتى انتهاء الرهن) [3].

وإن عودة الاسهم للراهن، اما ان تكون باختيار المرتهن واما ان تعود قسراً عنه. ففيما يتعلق بالرجوع الاختياري فانه اذا عادت الاسهم المرهونه الى المساهم الراهن طوعا اي بأرادة المرتهن فان ذلك يعد تنازلا من المرتهن عن حيازة الاسهم للراهن، وهذه قرينه بسيطة يمكن للدائن ان يثبت عكسها ، ويفهم من خلالها ان المرتهن قد تنازل عن الرهن نفسه وعندئذ لا يستطيع استردادها، وذلك لانقضاء الرهن ، لا في مواجهة الغير فحسب ، بل فيما بين المتعاقدين ايضا [4].

نخلص مما تقدم انه اذا عادت الاسهم الى الراهن بارادة المرتهن انقضى الرهن.ولكن هنالك مسأله هي انه قد تعود الاسهم الى الراهن بارادة المرتهن ولكن على سبيل اخر كالوديعة مثلا. فما حكم هذه الحاله؟ وللاجابة نقول ان الرهن في هذه الحاله يبقى قائما فيما بين المتعاقدين ولا يبطل لبقاء يد المرتهن على الاسهم حكما، بحيث يجوز للمرتهن استردادها جبرا على الراهن [5] ، اما في مواجهة الغير ، فلا يعد الرهن ساريا ، اذ ان استمرار الحيازه في يد المرتهن او من ينوب عنه شريطة لازمه لنفاذ الرهن في حق الغير [6].

---

(1) - د. محمد سليمان الاحمد: الفرق بين الحيازه والضمان في كسب الملكيه ، عمان، بلا دار نشر2001، ص 21. كذلك د.علي البارودي: مصدر سابق،ص107 .

(2)- انظر الماده (1337-1) مدني عراقي إذ تنص "يستبقي المرتهن في الرهن الحيازي المرهون حتى انقضاء الرهن...". كذلك الماده (17) من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم (46) التي تنص "يبقى المرهون مؤمناً للدين حتى يتم الايفاء...".

(3) - قرار محكمة التمييز المرقم 182 ح 1971/3 بتاريخ 1971/2/4 منشور في مجلة القضاء/ العدد 2/ السنة 26 / 1972 ، ص 267.

(4)- الماده (1349) مدني عراقي تنص "ينقضي ايضا الرهن الحيازي باحد الاسباب الاتية: جـ - اذا تنازل المرتهن عن حق الرهن ولو مستقلا عن الدين،ويجوز ان يستفاد التنازل دلالة، من تخلي المرتهن باختياره عن حيازة المرهون، او موافقته على التصرف فيه دون تحفظ". انظر كذلك (1402) مدني اردني كذلك الماده (1113- ا) مدني مصري. كذلك الماده (1046-ا) مدني كويتي.

(5)- د. شمس الدين الوكيل : مصدر سابق،ص488.كذلك د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق،ص172.

(6)- خلافاً لذلك ذهبت المحاكم الفرنسيه ، متاثره في ذلك باعتباره العدالة والمصلحه الى ابعد من ذلك.مقررة ان الرهن يبقى نافذا في مواجة الغير، حتى اذا عاد المرهون الى يد الراهن باختيار المرتهن، طالما كان هذا الرجوع لمدى قصير ولحاجة= =ملحه.وقد طبقت تلك المحاكم هذه الفكره ، في حالة ارجاع المرتهن للراهن السندات لحاملها ، لكي يباشر بواسطتها حقه في حضور الجمعية العموميه للشركه والتصويت فيها.للتفصيل انظر د.عبد الفتاح عبد الباقي: مصدر سابق،ص558. كذلك

وتجدر الاشاره هنا الى ان عبء اثبات سبب عودة الاسهم الى الراهن وانه لسبب غير تنازل الدائن المرتهن عن الرهن يقع على عاتق هذا الاخير ، وعليه فانه اذا سكت عن اثبات ذلك ولم يفعل شيء حكم بانقضاء الرهن [1].

اما مسألة سلب الحيازه. فان قيام المساهم الراهن او اي شخص اخر بانتزاع الاسهم من المرتهن بالرغم من ارادته، وكذلك حالة ضياعها، لا يترتب عليها انقطاع سريان الرهن في حق الغير ويطلق على الارجاع القسري للمرهون تسمية (سرقة الضمان) [2].

وبما ان المرهون منقولا (اسهما) فان للمرتهن ان يتمسك بحق الرهن حتى في مواجهة الحائز حسن النيه مشتريا كان ام مرتهنا، شريطة ان يطلب استرداده منه خلال مده الثلاث سنين التالية لانتزاع الرهن [3].

كيف تنتقل الحيازه

تذهب الماده (1099) مدني مصري في فقرتها الثانيه الى انه " تسري على الالتزام بتسليم الشئ المرهون احكام الالتزام بتسليم الشئ المبيع" [4].

اي ان تتبع في تسليم العين المرهونه الاحكام التي تنطبق على تسليم العين المبيعة من حيث كيفية التسليم ومكانه وزمانه وما الى ذلك [5].

في حين لا نجد في القانون العراقي مثيلا لهذا النص. ولكن مع ذلك لا يوجد ما يمنع من ان يتبع في

انظر المحامي حسن الفكهاني: الوسيط في شرح القانون المدني الاردني، ج1، القاهره، الدار العربية للموسوعات/1978،ص659.

(1)- انظر الماده (1104) مدني ليبي التي تنص " اذا رجع المرهون الى حيازة الراهن انقضى الرهن،الا اذا اثبت الدائن المرتهن ان الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن".كذلك الماده (1100) مدني مصري ، و على الرغم من عدم وجود نص مماثل نعتقد ان الحكم نفسه في القانون العراقي وفقاً لدلالة الماده (1349) مدني منه .

(2) - د.صلاح الدين الناهي: الوجيز في الحقوق العينيه الاصلية،مصدر سابق، ص 304.

(3)- انظر الماده (1164) مدني عراقي التي تنص"....يجوز لمالك المنقول او السند لحامله اذا كان قد اضاعه او خرج من يده لسرقة اوغصب او خيانة امانة ان يسترده ممكن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقه او الغصب او خيانة الامانة". كذلك انظر الماده (977) مدني مصري التي تنص(يجوز لمالك المنقول او السند لحامله اذا فقده او سرق منه ان يسترده ممن يكون حائزا بحسن نيه، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة). ونلاحظ هنا ان بين النصين السابقين بعض الفوارق فالقانون المصري يشير الى حالتين هما الضيا ع والسرقة بينما القانون العراقي نعتقد انه اكثر توفيقاً عندما اضاف الغصب وخيانة الامانة .كما اشار الى السبب الصحيح دون القانون المصري.

(4)- انظر كذلك الماده (1103) مدني ليبي ، الماده (101) قانون الملكيه العقاريه اللبناني.

(5)- ورغم ذلك يبقى للتسليم في رهن الحيازه مدلولا خاصا يتميز به عن التسليم في البيع لكون الاخير ينقل الحيازه القانونيه وان لم يقترن بها نقل الحيازه المادية.بخلاف التسليم في الرهن فلا يتم الا بنقل الحيازه المادية الى المرتهن ا و العدل.
للتفصيل انظر د.سليمان مرقس : مصدر سابق، ص381.

انتقال حيازة المرهون نفس الاحكام التي تراعى في انتقال حيازة المبيع الى المشتري [1] .

هذا يعني ان يكون التسليم بوضع الشيء المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن (او العدل) بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق [2].

ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المرهون [3]، ففي الاشياء المادية، يكون التسليم اما حقيقيا او رمزيا، على ان يكون تخلي الراهن عن هذه الاشياء ظاهرا بصورة كافيه [4].

اما اذا كان المرهون غير مادي. كاسهم الشركات عندما لا تكون لحاملها والديون فان تسليمها يتم بتسليم السندات التي تمثل قيمتها المالية [5] ، او تسليم ايصال الايداع متى كان السند مودعا عند الغير وعلى شرط ان يكون السند معينا في الايصال تعينا نافيا للجهالة [6].

وفي الحاله التي تكون فيها الاسهم موجودة قبل الرهن في يد المرتهن او العدل بصفة اخرى، فان نقل حيازتها يحصل بتغيير سبب الحيازه، من وديعة او غيرها الى رهن [7].

اما فيما يتعلق بمكان تسليم الاسهم المرهونه فيكون في محل اقامة الراهن، هذا عند عدم وجود اتفاق على تحديد مكان التسليم، فاذا وجد مثل هذا الاتفاق التزم الطرفان باحترامه [8] .

بينما زمان التسليم او انتقال الحيازه، فانه لا توجد اية مشكلة في ذلك، إذ ان عقد رهن الاسهم عقد عيني اي ان الحيازه ركن فيه، وبالتالي فان زمان انتقال محل الرهن هو نفسه زمان تمام العقد، ولا يجوز التأخير

---

(1)- د. محمد طه البشير : مصدر سابق،ص211.

(2)- د.انور طلبه : مصدر سابق، ص804.

(3)- د.شفيق شحاته : مصدر سابق، ص119.

(4)- انظر الماده (187- ثانياً) تجارة عراقي إذ تنص" يعتبر الدائن المرتهن او العدل حائزا للمرهون في الحالتين الاتيتين:- 1- اذا وضع تحت تصرفه بكيفية تحمل الغير على الاعتقاد بان الشيء قد اصبح في عهدته"

(5) - انظرالفقره الثانيه من الماده اعلاه التي تنص" 2- اذا تسلم سند يمثل المرهون ويعطي حائزه حق تسلمه".

(6)- انظر الماده (188) تجارة عراقي التي تنص " ....واذا كان السند مودعا عند الغير اعتبر تسليم وصل الايداع بمثابة تسليم السند ذاته بشرط ان يكون السند معينا في الوصل تعيينا نافيا للجهالة...."

(7)- انظر نص الماده (197) تجارة عراقي" اذا كان محل الرهن اوراقا مالية او مستندات تجارية اخرى وحازها الدائن المرتهن بسبب اخر سابق على الرهن فيعتبر حائزا لها بوصفه كفيلا عينيا". وهذا يتفق مع ما جاء في الماده (539) مدني عراقي. كذلك الماده (435-2) مدني مصري.كذلك الماده (243) مدني سوري، الماده (403-4) قانون الموجبات والعقود اللبناني.الماده(424-2) مدني ليبي. بيد اثير التساؤل في الفقه الفرنسي عن مدى توافر شرط ظهور الحيازه في الحاله التي يكون المال تحت يد الدائن على سبيل الايجار او العاريه او الوديعه ، ثم يكتسب عليه حق الرهن. وقد اتجه القول الى ان مثل هذه الحيازه لا تكفل للغير العلم بوجود الرهن اذ لا تكفي تغيير صفة الدائن في الحيازه لتمكينهم من العلم به. للتفصيل انظرد.شمس الدين الوكيل : مصدر سابق، ص486.كذلك د.علي هادي العبيدي : مصدر سابق،ص396.

(8)- انظر الماده (541) مدني عراقي التي تنص" 1- ....واذا كان المبيع منقولا ولم يعين محل وجوده اعتبر مكانه محل اقامة البائع . 2- اما اذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين، لزمه تسليمه في المحل المذكور".

عن زمان ابرام العقد، لان التأخير في تسليم محل الرهن يجعل العقد غير موجود وباطـــــلاً [1].

وهذا هو موقف كل من القانون العراقي، اللبناني، السوري والفرنســي كما اشرنا الـــى ذلك ســـــابقا.

اما بالنسبة لبعض التشريعات الاخرى كالمصري والليبي، التي اعتبرت التسليم التزاما لا ركنا في العقد، على اساس اعتبارها الرهن الحيازي عقدا رضائيا، فانه يمكن تسليم الاسهم فور ابرام العقد. مع الاخذ بنظر الاعتبار انه يمكن ان يكون التسليم بعد ذلك بمدة مادام عقد الرهن قائما. ومتى تم التسليم امكن الاحتجاج بالرهن على الكافة، الا اذا حصل الغير قبل التسليم على حقوق متعارضة مع الرهن على الاسهم المرهونه [2].

وتكون نفقات التسليم على الراهن الا اذا اتفق على غير ذلك [3].

ولكن بقي هنالك تساؤل هو: ما حكم انتفاء الحيازه؟ والمقصود بالانتفاء هنا هو عدم تحقق انتقال حيازة الاسهم من الراهن او الكفيل العيني الى من له الحق في تسلم هذه الاسهم من دائن مرتهن او عدل. وللاجابة نقول: ان حكم هذه المسأله يختلف في العقد العيني عنه في العقد الرضائي هذا من جانب. ومن جانب اخر يختلف في حالة امتناع الراهن عن تسليم الاسهم، وحالة امتناع المرتهن عن تسلمها. ففي الحاله الاولى المتمثله في امتناع الراهن عن تسليم الاسهم، فانه وفقا للقانون العراقي والقوانين المماثله والتي تعتبر عقد الرهن عقدا عينيا اي التسليم ركن فيه ، يؤدي عدم التسليم الى بطلان العقد لتخلف ركن من اركانه. ولذلك اذا امتنع المساهم الراهن عن تسليم هذه الاسهم فان القانون لا يجبره على ذلك وهذا هو موقف القضاء العراقي [4] .

اما بالنسبة للتشريعات التي اعتبرت التسليم التزاما على الراهن لا ركنا في العقد، فان العقد ينعقد وحق الرهن ينشأ فيما بين المتعاقدين دون تسليم الاسهم محل الرهن.ولهذا اذا امتنع الراهن عن التسليم جاز اكراهه عليه [5]، او فسخ الرهن والمطالبة بوفاء الدين فورا اذا كان اجل الدين ممنوحا اعتمادا على تعهد

---

(1)- انظر سماهر محمد علي عبد الله: دور الحيازه في الرهن الحيازي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة النهرين، 2001 ، ص47. كذلك انظر د.منصور مصطفى منصور : مصدر سابق، ص211 .

(2)- د.عبد الرزاق السنهوري : مصدر سابق،ج10، ص196.

(3)- انظر الماده (1322-2) مدني عراقي إذ تنص" ونفقات العقد على الراهن،الا اذا اتفق على غير ذلك". انظر كذلك الماده (348) مدني مصري.

(4)- انظر القرار الذي صدر من محكمة التمييز العراقية المرقم 2533/مدنية ثالثة/ 75 والمؤرخ في 1977/6/2 إذ ينص " يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه ان يقبض المرتهن المرهون فان لم يتم القبض عند العقد فليس للمرتهن مطالبة الراهن بتسليم المرهون".منشور في مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني ، السنة الثامنة، مؤسسة ايف للطباعة،لبنان ،1977،ص30.

(5)- قررت محكمة النقض المصريه (انه في عقد الرهن الحيازي اذا امتنع الراهن عن تسليم المرهون امكن للمرتهن ان= =يجبره على ذلك قضاء) نقض 1934/5/31 مجموعة القواعد القانونيه.للتفصيل انظر د.انور طلبه : مصدر سابق،

المدين بتقديم الرهن [1].

ويكون الراهن مسؤولا عن هذا الامتناع الا اذا اثبت انه راجع لسبب اجنبي [2].

وفي حالة الامتناع هذه لا يستطيع المرتهن ان يتقدم او يتتبع لان الرهن لا ينفذ في حق الغير قبل التسليم [3].

اما في الحاله الثانيه المتمثلة في الامتناع عن تسلم الاسهم فان المرتهن لا يجبرعلى ذلك سواء في التشريعات التي اعتبرت الحيازه ركن ام التي اعتبرتها التزام [4].

ذلك ان الرهن يهدف الى توفير الضمان للمرتهن في استيفاء حقه فهو قد وجد لمصلحته وفي حالة امتناعه عن تسلم الاسهم محل الرهن فان القانون لا يستطيع اجباره على ذلك. مثلما لا يستطيع اجبار الموصى له على قبول الوصية [5] .

المطلب الثاني

الـشكليــة (قيــد الــرهن)

يتوقف تقرير رضائية عقد ما على كفاية تتطابق ارادتي طرفيه لانعقاده ، وعدم كفاية ذلك ولزوم افراغ الارادتين في شكل ما يفرضه القانون يستتبع القول باننا امام عقد شكلي [6] .

ولما كان قانون الشركات العراقي قد اوجب في الماده 71 منه [7] ، لانشاء الرهن، ان يؤشر عقد الرهن في

ص807.

(1)- د. سليمان مرقس : مصدر سابق،ص417 كذلك د.علي حسن يونس: العقود التجاريه ، مصدر سابق،ص72.

(2)- انظر الماده (168) مدني عراقي التي تنص (اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشات عن سبب اجنبي لا يد له فيه وكذلك الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه)انظر كذلك الماده (215) مدني مصري .

(3)- د.منصور مصطفى منصور : مصدر سابق، ص213. كذلك د.شفيق شحاته : مصدر سابق، ص122.

(4)- تجدر الاشاره الى انه في االتشريعات التي تعتبر التسليم التزام ، اذا كان هنالك تسليم فقط دون تسلم المرهون من قبل المرتهن اي ان يضع الراهن المرهون تحت تصرف المرتهن بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادي ما دام قد اعلمه بذلك، فانه لا يؤدي الى نفاذ الرهن في مواجهة الغير وان كان مبرءا لذمة الراهن .انظر الماده (435-1) مدني مصري مزيدا من التفصيل انظر د.سليمان مرقس : المصدر السابق، ص413.

(5) - انظر سماهر محمد علي عبد الله : مصدر سابق،ص51.

(6)- د.محمد حسين اسماعيل : رهن اسهم الشركات العامه ، مصدر سابق،ص233.

(1)- تنص الماده (71) شركات عراقي على ما يأتي "...على ان يؤشر عقد الرهن في سجل خاص لدى الشركه".

سجل خاص لدى الشركه. فان ذلك يعني ان عقد رهن الاسهم عقدا شكليا في القانون العراقي وتتمثل شكليته بقيد الرهن. والى ذلك ذهب القضاء العراقي عندما قرر(لا عبرة بالتصرف الوارد على الاسهم ما لم يسجل في سجل الشركه) [1] .

وتأسيساً على ذلك فان رهن الاسهم الاسميه [2] يتم بعقد بين المساهم الراهن والدائن المرتهن بموجبه تحدد شروط الرهن وحقوق والتزامات كل طرف من اطرافه [3] ، وتسلم بموجب هذا العقد شهادتها المؤقته او النهائيه الى الدائن المرتهن .على ان تخبر الشركه بهذا العقد وتسجله في سجل خاص تمسكه لتسجيل عقود الرهن وفكها، بحيث تضع اشارة الرهن في هذا السجل ولا ترفعها الا بموافقة الدائن المرتهن او تنفيذا لحكم مكتسب الدرجة القطعية [4] . كما نجد ان قوانين الشركات العربية تجوز رهن الاسهم بشروط مختلفة [5].

---

(2)- انظر قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التميزية رقم (7) العدد 66 مستعجل 1992 منشور في الموسوعة العدلية التي تصدرها شركة التأمين الوطنية العدد5/ السنة الاولى/1992،ص9. وهو موقف القضاء السوري إذ قرر ان (الحقوق العينيه المرخص بانشاءها لا تعتبر موجودة الا بقيدها). مدنية ثالثة/52/ قرار326 بتاريخ 1985/4/10. منشور في مجلة القانون، تصدرها وزارة العدل السورية، الاعداد(1-4)، السنة1987/37،ص235.

(3)- بينا في التمهيد ان شكل السهم هو الذي يحدد طريقة رهنه، فاذا كنا بصدد اسهم اسمية او اذنيه تسري عليها احكام رهن المنقول المعنوي اما الاسهم لحاملها فتخضع لاحكام المنقولات المادية.

ومما يجب التأكيد عليه هو ان القانون العراقي لا يعرف سوى الاسهم الاسميه إذ تنص الماده (29-أولاً)على انه " يقسم رأس المال في الشركة المساهمة والمحدوده الى اسهم اسمية ...".كذلك انظر الماده (47-6) شركات اردني.

(4)- د.احمد ابراهيم البسام:مباديء القانون التجاري ، مصدر سابق،ص322.كذلك د.فوزي محمد سامي:شرح القانون التجاري ، مصدر سابق،ص172.

(5) - انظر الشطر الثاني من الماده (71) شركات عراقي والتي تنص" ..... على ان يؤشر عقد الرهن في سجل خاص لدى الشركه ولا ترفع اشارة الرهن الا بعد تسجيل موافقة المرتهن على فكه او تنفيذا لحكم بات صادر عن محكمة مختصة".

(6)- انظرالقانون البحريني الذي يجوز رهن الاسهم على ان تتم مراعاة نفس الاجراءات المطلوبة في بيعه بمعنى يرهن في مجلس عقد يحضره الراهن والمرتهن وممثل عن الشركه وسكرتير الشركه ولا يعتبر الرهن نافذا في حق الشركه او الغير الا اذا دون في السجل الخاص باسماء المساهمين وسهامهم الماده (111) منه وبالمعنى نفسه الماده (138) من قانون الشركات القطري . كذلك قانون الشركات الكويتي الماده (106) إذ يجوز في ظله رهن الاسهم بنفس الكيفية المقررة في التصرف به فلا ينفذ بحق الشركه الا اذا دون في السجل الخاص الموجود عندها كما لا يجوز الرهن الا بعد ان تصدر الشركه او ميزانية لها عن اثنتي عشر شهرا على الاقل و يعتبر كل تصرف يتم قبل ذلك باطلا ويكون لكل ذي شأن التمسك بهذا البطلان وعلى المحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها.اما في القانون الاردني فانه وفقا للماده (1334) مدني يخضع رهن الاسهم الى احكام الرهن التأميني الوارد على منقول الذي يقضي قانونه الخاص بوجوب التسجيل عند انتقال ملكيته أي عدم تجريد الراهن من حيازة اسهمه الاسميه المرهونه. و يبدأ الرهن بكتابة العقد بين طرفيه الراهن والمرتهن ثم يرسل=

=ذلك العقد مع شهادة الاسهم الى الشركه المعنية ليتم قيده في سجلاتها والتأشير على الشهاده ذاتها بما يفيد الرهن ثم تقوم الشركه بابلاغ اللجنة المسؤولة عن سوق عمان المالي ليصار الى قيد الرهن في سجلاته المواد، (68-1)، (71)،(72-1)

وكذلك القوانين المقارنة الاخرى التي تتبع اجراءات مختلفة في رهن اسهم شركاتها [1]، ومن خلال ما تقدم نجد ان قانون الشركات العراقي قد اشترط لانشاء الرهن تأشير ذلك في سجلات الشركه دون ان ينص على ضرورة التأشير على الصك ذاته ، وهذا على ما نعتقد ماخذ على المشرع العراقي لما يحققه هذا الاجراء من مزايا. ذلك ان التأشير على الصك من شأنه ان يدعم قابلية الاسهم الاسميـــــه علـــى ما يسمـــى بالتفرد الذاتي [2].

كما يساهم في تحقيق الاشهار بالنسبة لحالة الرهن، ويمنع ان يكون لحائز الاسهم المرهونه حق الادعاء بحسن النيه، إذ لا يتصور حسن النيه في هذه الحاله [3].

ولهذا نلاحظ ان اغلب التشريعات المقارنه قد ذهبت فيما يتعلق برهن الاسهم الى اشتراط ان يؤشر على الصك ذاته اضافة لعملية تقييد الرهن في سجلات الجهة التي اصدرت الصك [4].

شركات اردني.

(1)- انظر القانون الانجليزي الذي يستقل بنظام خاص به بخصوص رهن الاسهم إذ يميز به نوعين هما:

1- الرهن القانوني / وهو الذي يتم عن طريق نقل الاسهم من المقترض (الراهن) الى المقرض (المرتهن) وتسجيل هذا النقل في سجلات الشركه وعند الوفاء بقيمة القرض يعاد نقل الاسهم من المرتهن الى الراهن في سجلات الشركه.
هذا النوع من الرهن يمثل افضل ضمان للمرتهن متى كان رهنه مسجلا فاذا لم يسدد الدين فبامكان المرتهن ان يبيع الاسهم وفقا للشروط المتفق عليها .

2- الرهن العادل / ان يقوم الراهن بايداع شهادة الاسهم لدى المرتهن مع وثيقة التحويل على بياض موقعا عليها من الراهن مع ترك اسم المحال اليه خاليا وفي هذه الحاله يكون للمرتهن سلطة ضمنية ببيع الاسهم دون اللجوء الى المحكمة للحصول على اذنها ،اذا حصل تقصير في السداد من جانب الراهن في الوقت المتفق عليه او اذا لم يقم الراهن بالسداد خلال مدة معقولة بعد اخطاره عندما لا يكون هنالك ميعاد متفق عليه وتشمل هذه السلطة الضمنية للبيع على مكنة ادراج اسم المشتري في التحويل على بياض. للتفصيل انظر د.يعقوب يوسف صرخوه : مصدر سابق، ص379-380. كذلك د.صلاح الدين الناهي : الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي ج2 ، ط4 ، بغداد ، مكتبة كلية الاداره والاقتصاد ، 1962 ، ص231-232. اما القانون الامريكي فبالرغم من كونه يأخذ بالنظرية السكسونيه الا انه لا يعرف طريقتي الرهن اللتين يأخذ بهما القانون الانجليزي ويكون الرهن في القانون الامريكي بتسليم شهادة الاسهم مع تنازل منفصل او تظهير شهادة الاسهم لصالح المرتهن او الحامل مع الاعتراف – وهذا عنصر جوهري- بان يكون في مقدور المرتهن بيع الاسهم المرهونه عند عجز الراهن عن الوفاء . للتفصيل انظر د.محمد حسين اسماعبل :رهن اسهم الشركات العامه ، مصدر سابق، ص255.

(2) - يقصد بالتفرد الذاتي -...هو ان تحمل الاسهم الاسميه في كيانها وسائل تعيين تميزها عن غيرها وتبين الاجراءات الواردة عليها فلكل سهم رقم ولكل سهم مالك معروف بالاسم واسمه مسجل لدى سجلات الشركه ولا يجري رهنه او نقل ملكيته الا بتأشير ذلك.

(3)- انظر د.عدنان احمد ولي – د. باسم محمد صالح : القانون التجاري ، مصدر سابق،ص199.

(1)- انظر الماده (225) تجاره كويتي التي تنص "... ويتم رهن الحقوق الثابتة في صكوك اسمية بنزول كتابي يذكر فيه انه على سبيل الضمان ويقيد في دفاتر الهيئة التي اصدرت الصك ويؤشر به على الصك ذاته".انظر كذلك الماده(121-1)

فضلاً عما تقدم فقد اشترط قانون سوق بغداد للاوراق المالية رقم 24 لسنة 1991 ، عدم جواز التعامل في اسهم الشركات المقبولة في هذا السوق خارج القاعة [1]، وهذا ما جاءت به الماده (4- ثالثاً) من القانون نفسه حينما نصت " ينحصر التعامل بالاوراق المالية المقبولة في السوق بالوسطاء المقبولين لديهم ولا يجوز التعامل بهذه الاوراق خارج القاعة" [2].

ويلاحظ ان تفسير عبارة (لا يجوز) الواردة في هذه الماده مؤداها بطلان التصرف اذا تم خارج قاعة السوق، ومما يؤكد ذلك ما قررته الفقرة- 4 – من الماده اعلاه إذ نصت :" يقرر المجلس بطلان اي تعامل بالاوراق المالية جرى خلافا لاحكام هذا القانون".وهذا ما قرره القضاء العراقي صراحة حينما ذهب الى انه (اذا لم يأخذ التصرف بالاسهم الشكل الذي رسمه القانون فيعتبر غير تام اصلا ولا يترتب عليه اثر) [3] .

على ان القانون آنف الذكر قد اوجب، حتى على الشركات التي لم تقبل في السوق، ان تبلغه بجميع عمليات بيع وشراء اسهمها وفقا للتعليمات التي يصدرها هذا السوق [4].

و تجدر الاشاره الى انه يجوز رهن الاسهم التي لم تدفع اقساطها كاملة [5] ، الا ان مثل هذا الرهن لا يؤثر على حق الامتياز الذي منحه القانون للشركة في استيفاء اقساطها غير المدفوعة [6]، وهو امتياز يتقدم مرتبه على حق مرتهن الاسهم [7].

تجارة مصري .كذلك الماده (91-2) تجارة فرنسي، الماده (68-1) شركات اردني.

(2)- يقصد بالقاعه : المكان المخصص في مبنى السوق لتنفيذ عمليات بيع وشراء الاوراق المالية المدرجة على لوحاتها وفق احكام هذا القانون والانظمة والتعليمات الصادرة بموجبه .انظر الفقرة (8) من الماده (1) من القانون نفسه.

(3)- تقابلها الفقرة (ب) من الماده (5) من قانون سوق عمان المالي.

(4)- انظر قرار محكمة التمييز المرقم198 ح،68في 1986/10/23. مجلة القضاء، العددان(3-4)/1969،ص192.

(5) - انظر الماده (4- خامساً) التي تنص" على جميع الشركات المساهمة التي لم يقبل السوق التعامل باوراقها المالية ان تبلغه بجميع عمليات بيع وشراء اسهمها على وفق تعليمات يصدرها..."

(6)- يجب التأكيد على انه وفقاً للتعديل رقم 64 لسنة 2004 الذي طرأ على قانون الشركات العراقي ، فان الاكتتاب في اسهم شركة ما يتطلب تسديد قيمة الاسهم بالكامل ، إذ الغيت بموجبه الفقرتين الاولى والثانيه من الماده (48) شركات عراقي ، والتي كانت تجيز الاكتتاب بجزء من قيمة الاسهم وتسديد ما تبقى على شكل اقساط حيث اصبحت الماده (48) من قانون الشركات العراقي المعدل تنص على انه (يتطلب الاكتتاب في اسهم احدى الشركات المساهمه تسديد قيمة الاسهم الصادره بالكامل . وتسري احكام هذه الماده على الاسهم التي لم تسدد قيمتها ، ويبت في امرها بموجب القانون السابق) .
وهذا مما يعني ان الحاله التي نود الاشاره اليها تقتصر فقط على الاسهم التي تم الاكتتاب بها قبل صدور التعديل آنف الذكر والتي لم تسدد أقيامها بالكامل.

(7)- انظر الماده (48- ثالثاً) شركات عراقي المعدل التي تنص " تكون الاقساط المستحقة دينا ممتازا واجب الاداء للشركة..".

(1)- ان ما جرى عليه الحال في القانون الانجليزي هو ان ينص على حق امتياز الشركه في استيفاء الاقساط غير المدفوعة من الاسهم في نظام الشركه الاساسي. وقد حكم عندهم بضرورة تبيان مرتبته وما اذا كان يتقدم مرتبة على حقوق مرتهن

ولكن كيف تحدد مرتبة الرهن ؟ تنص الماده (76- 2) من القانون التجاري المصري على انه" يكون رهن الصكوك الاسميه كتابة بمقتضى تنازل يذكر فيه انه على وجه الضمان ويؤشر على الصك نفسه ويقيد في سجلات المؤسسه التي اصدرت الصك وتتحدد مرتبة الدائن المرتهن من تاريخ ذلك القيد ".يفهم من ذلك ان مرتبة الرهن تتحدد وفقا للقانون المصري من تاريخ قيد الرهن في سجلات الشركه التي اصدرت الاسهم .

وحقيقةً لا نجد مثل هذا النص في قانون الشركات العراقي ولا في القانون التجاري . ولكن بالرجوع الى القواعد العامه في الرهن الحيازي نجد ان مرتبة الرهن تتحدد بالتاريخ الثابت الذي تحمله الورقة المدون فيها الرهن [1].

كما نرى والحال هذه ان ثبوت تاريخ رهن الاسهم لا يتم الا من خلال قيد هذا الرهن في سجلات الشركه المعنيه. وبالتالي ووفقاً لهذا المفهوم نعتقد ان تاريخ قيد الرهن في سجلات الشركه هو الذي يحدد مرتبته، كما هو الحال في التشريع المصري الماده(76 – 2) شركات .

ويجب ان لا يغيب عن الذهن ان الاسهم لا تقتصر على الاسميه منها ، فهي قد تكون اسهما للحامل او اسهما اذنيه او لامر [2] ، كما بينا ذلك في التمهيد.فاذا كانت للحامل فان رهنها يتم بعقد ايضا وليس بمجرد التسليم لان التسليم ينقل ملكيتها [3] .

ولا حاجة الى تأشير هذا الرهن في سجلات الشركه لعدم وجود سجلات باسماء حملة الاسهم لحاملها [4].

وعليه في حالة رهنها من غير عقد مكتوب ، وحصول نزاع على ان الاسهم قد سلمت للحامل على سبيل الرهن وليس على اساس نقل الملكيه، فيكون عبء الاثبات على المساهم الراهن، لان المرتهن هو الحائز ، والحيازه في المنقول سند الملكيه مع الاخذ بنظر الاعتبار ان هذه الاسهم ترهن على انها من

السهم بعقد رهن منفصل ،لانه لا يعتبر اعلى مرتبة من الرهن بمجرد النص عليه في نظام الشركه الاساسي ومن غير تبيان مرتبته صراحة..انظر القضية الانجليزية Brad for ban king co V.Briggs co.1886.12App.Ca.29 ومن البديهي انه لا يمكن الاخذ هذا الحكم في القانون العراقي الذي جعل الامتياز بنص القانون وليس بنص يذكر او لا يذكر بنظام الشركه. مزيدا من التفصيل انظر د.خالد الشاوي : مصدر سابق، ص323.

(2)- انظر الماده (1344-2) مدني عراقي التي تنص ((واذا وقع على منقول ، فيشترط لنفاذه في حق الغير ان يدون في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ الموثق بالرهن والعين المرهونه بيانا كافيا وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن)).

(3)- علما ان قانون الشركات العراقي لا يعرف الا الاسهم الاسميه الماده (29- أولاً) شركات، كذلك الماده (101) شركات كويتي ، الماده (106) شركات بحريني، الماده (64) شركات قطري .

(4) - د.خالد الشاوي : المصدر السابق، ص323.

(5)- د.نوري الطالباني بالاشتراك مع كامل البلداوي وهاشم الجزائري : مصدر سابق، ص241.

المنقولات المادية [1].

اما السهم لاذن او لامر، فان رهن الحق الثابت به يتم بطريقة التظهير التأميني [2] ، بحيث يخضع للقواعد نفسها التي تخضع لها عملية تظهير الاوراق التجارية [3].

وتجدر الاشاره الى ان نقل ملكية هذا النوع من الاسهم تكون بالتظهير نفسه، ولكن في الرهن تذكر عبارة القيمة للرهن او للضمان [4].

وهذا يعني ان عقد رهن الاسهم الاذنيه عقد شكلي، إذ ينبغي افراغه في عبارة معينة تفيد ان القيمة للضمان، وان تكتب هذه العبارة على ظهر الصك نفسه [5].

كما انه عقد عيني إذ انه لا يترتب الحق العيني للمرتهن الا بكتابة العباره وانتقال حيازة الصك الى الدائن المرتهن او من ينوب عنه [6].

---

(1)- د.يعقوب يوسف صرخوه : مصدر سابق، ص269.

(2)- د.سميحة القليوبي : الموجز في القانون التجاري : مصدر سابق،ص529.

(3)- د.فوزي عطوى : مصدر سابق،ص255.

(4)- د.علي البارودي: العقود وعمليات البنوك التجاريه ، مصدر سابق،ص108.

(5)- د.خالد الشاوي : مصدر سابق،ص323.

(6) - د. محمد حسين اسماعيل : مصدر سابق، ص233.

الفصل الثاني

آثار الرهـ ـ ـن

اذا انعقد الرهن صحيحا" ترتبت عليه آثاره فيما بين المتعاقدين (الراهن والمرتهن) . واذا توافرت في الرهن شروط سريانه على الغير ، يمنح القانون للمرتهن في مواجهة هذا الغير ما يتفق واداء وظيفة الرهن في ضمان الوفاء بحقوقه . وعلى ذلك فان رهن الاسهم ينتج آثارا فيما بين المتعاقدين ، وآثاراً اخرى فيما بين المرتهن والغير . وهذا ما سيتم توضيحه من خلال المبحثين الآتيين :

المبحث الاول :

آثار رهن الاسهم فيما بين المتعاقدين

يقرر الرهن لكل من الراهن والمرتهن حقوقا ، ويفرض على كل منهما التزامات . وبالرغم من تداخل هذه الحقوق والالتزامات بحيث يلاحظ ان كل التزام يتحمل به الراهن هو في الوقت نفسه حق للمرتهن ، وهكذا [1] .. الا انه يمكن ان نبحث هذا الموضوع من خلال مطلبين نتطرق في الاول الى حقوق والتزامات المساهم الراهن ، وحقوق والتزامات المرتهن في مطلب ثان .

(1) - د.عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص612 .

المطلب الاول

حقوق والتزامات المساهم الراهن

للراهن سواء كان مديناً ام كفيلاً عينياً حقوق وعليه التزامات يمكن توضيحها من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الاول : حقوق المساهم الراهن

مما لاشك فيه ان للراهن حقوقاً مهمةًعلى الاسهم المرهونه ناتجة من حقه في الملكيه . اذ ان الرهن لا ينزع هذه الاسهم من ملكيه راهنها ، غاية الامر انه يحد من المزايا التي تترتب له عند ملكيتها ، بالقدر اللازم لعدم المساس بحقوق المرتهن التي يستمدها من الرهن [1].

ذلك يعني ببساطة ان الرهن يقيد الملكيه ، فلا يجوز للمساهم الراهن ان ينقل ملكيه اسهمه المرهونه ، وان الشركه ملزمه بمراعاة ذلك استنادا" للشروط التي ينص عليها قانون الشركات بشأن نقل ملكيه الاسهـــم [2] .

فسلطة التصرف للمساهم الراهن تكون مقيده في حاله الرهن ، خلافا" للقواعد العامه [3] ، اما سلطتا الاستعمال والاستغلال ، فيتعذر عليه استعمالها بنفسه نظرا" لوجود شهادة الاسهم بحيازة المرتهن ، شأنه في ذلك شأن القواعد العامه في الرهن . ولكن ذلك لا يعني ان الراهن يفقد سلطتي الاستعمال والاستغلال او انهما اصبحا حقا للمرتهن ، بل تبقى له قيمتهما الماليه ، لان الرهن لا ينتقص شيئا" من قيمة المال وغاية الامر ان الراهن لا يستطيع ان يستعمل المرهون او يستغله الا عن طريق المرتهن ، هذا يعني ان المرتهن نائبا قانونيا عن المساهم الراهن [4].

ولهذا فان رهن الاسهم يثير بعض الصعوبات ، فهنالك مشاكل تثار بشأن تحديد حقوق والتزامات طرفي

---

(1) - د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق ، ص 399 . كذلك د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 201 .

(2)- انظر الفقرة ثالثاً من الماده (64) من قانون الشركات العراقي التي تنص ((لايجوز للمساهم من القطاع الخاص نقل ملكيه اسهمه : 1- اذ كانت مرهونه او محجوزه او محبوسه بقرار قضائي)) .

(3)- اذ انه وفقا للقواعد العامه في الرهن الحيازي فانه يمكن التصرف بالمرهون بكافه التصرفات القانونيه ، إذ تنص الماده (1334) مدني عراقي على انه ((يجوز للراهن ان يتصرف بالبيع وغيره في الشيء المرهون رهنا" حيازيا واي تصرف يصدر لايخل بحق المرتهن)) .اما التصرفات الماديه فالفقه يذهب الى عدم جواز هذه التصرفات من قبل الراهن او المرتهن على حد سواء ، مالم يتفقا على اجرائها . للتفصيل انظر د. منصور مصطفى منصور : مصدر سابق ، ص 218كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 284 .

(4) - انظر د. طالب حسن موسى : رأس مال الشركه المساهمه ، مصدر سابق ، ص 201 كذلك د. سليمان مرقس : مصدر سابق ، ص 426 . د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 218 .

عقد الرهن . وعليه ستتم مناقشة حقوق المساهم الراهن من خلال الفقرات الثلاث الآتيه:

اولا / حق التصويت :

يقررقانون الشركات العراقي لكل عضو في الشركه حق الاشتراك في اجتماعات الهيئة العامه والتصويت فيها ، فالمبدأ هوان القانون لا يجيز اصدار اسهم لا يتمتع اصحابها بحق التصويت ولا منح هذا الحق لغير الشركاء المساهمين [1].

والسؤال هنا : في حاله رهن الاسهم ، من له حق التصويت الراهن ام المرتهن الذي يحوز شهادة الاسهـــم ؟ وحقيقة يؤخذ على قانون الشركات العراقي النافذ انه لم يتضمن نص يعالج هذه الحاله . على العكس من قانون الشركات الكويتي الذي يذهب في الماده (108) منه الى انه ((تسري على الحاجز والمرتهن جميع القرارات التي تتخذها الجمعية العامه على النحو الذي تسري به على المساهم المحجوزة اسهمه او الراهن دون ان تكون له حقوق العضويه في الشركه)) [2] .

نستنتج من قراءة هذا النص انه لا يجيز حق التصويت للدائن المرتهن ، اي ان المساهم الراهن لا يفقد شيئا" من حقوق العضويه المتصلة باسهمه المرهونه تأمينا لدين عليه للغير.وهذا الحكم هو المعمول به في التشريع الفرنسي ، فقد حسم قانون الشركات التجارية الصادر في 24 يوليو 1966 المسأله في الماده (163-3) حين اعطى الحق في التصويت لمالك الاسهم المرهونة وحده [3] .

---

(1)– للايضاح انظرالماده (91- أولاً) من قانون الشركات العراقي المعدل . د. احمد ابراهيم البسام : الشركات التجاريه ، مصدر سابق ، ص 139 . بنفس المعنى د. جميل احمد توفيق – د. محمد صالح الحناوي : مصدر سابق، ص615. كذلك د. اكرم ياملكي في المؤلف المشترك مع د. باسم محمد صالح : القانون التجاري (القسم الثاني – الشركات التجاريه) ، بغداد ، مطبعه جامعه بغداد ، 1983 ، ص 212 .

(2) - علما ان النص منقول حرفيا" من الماده (81) من قانون الشركات التجاريه العراقي رقم 31 لسنه 1957 الملغي. كذلك انظر الماده (150) شركات سوري ، والماده (111) شركات بحرين . وهي تعطي للدائن المرتهن الحق في قبض الارباح واستعمال الحقوق المتصله بالسهم مالم يتفق في عقد الرهن على غير ذلك . ومع ذلك لايجوز للدائن المرتهن حضور الجمعية العامه او الاشتراك في مداولاتها او التصديق على قراراتها . كذلك الماده (39) شركات قطري ، والماده (68) ، شركات اردني . وهي توجب ضرورة النص في عقد الشركه على الارباح المستحقه مده الرهن وعلى سائر الشروط المتعلقة بالرهن .

(3) –اشار اليه د. يعقوب يوسف صرخوه : مصدر سابق ، ص 284 وكذلك الحكم في التشريع الالماني وفقا" للماده (135) من قانون شركات الاسهم . على الرغم من انه يسمح للدائن المرتهن باستعمال حق المساهم الراهن في التصويت بشرط ان يؤذن بذلك كتابة ، وان يذكر عند التصويت ، وان يكون ذلك في مدة زمنيه لا تتجاوز خمسه عشر شهرا" على الاكثر .للتفصيل انظر د. ابو زيد رضوان : الشركات التجاريه في القانون الكويتي والمقارن : مصدر سابق ، ص 427 وهذا على خلاف الوضع في القانون الانجليزي الذي يقرر ان للمرتهن رهنا قانونيا ان يستخدم حق التصويت كما يشاء بالنسبة للاسهم المرهونه ولا يكون ملزما بتوجيهات الراهن ، لانه ليس وكيلا عنه في استعمال حق التصويت . اما الرهن العادل فان حكمه يختلف بحيث يبقى الحق في التصويت للراهن ، ولايكون ملزما" بطاعه توجيهات المرتهن الا اذا نص عقد الرهن على غيرذلك=

ولكن بالرجوع الى قواعد قانون التجاره العراقي نجد ان المرتهن ملزم بممارسة الحقوق المقررة للاسهم المترتب عليها حق رهن ومنها حق التصويت [1] .

بمعنى ان حق التصويت يكون للدائن المرتهن خلال فتره الرهن [2] .

وهنا يثار التساؤل الاتي : هل ان هذا الحكم متعلقا بالنظام العام ام لا ؟ بمعنى هل يمكن تقرير اتفاق مخالف بين المدين الراهن والدائن المرتهن ؟ وحقيقة نحن نرجح ما يذهب اليه جانب من الفقه من ان هذا الحكم ليس متعلقا" بالنظام العام [3] ، وسبب هذا الترجيح هو ان الاتفاق المخالف ليس محظورا" بنص قانوني ، وبالتالي فان كل شرط او اتفاق غير ممنوع قانونا" ولا مخالف للنظام العام و لا الاداب شرط صحيح يجب احترامه . على انه يجب ان يأخذ بنظر الاعتبار ان الاصل هو ان المساهم لا يستطيع ان يتنازل عن حقه في التصويت والذي يعد حقا" اساسيا له ، وكل اتفاق يلزم المساهم بعدم التصويت يعد باطلاً لمخالفته للنظام العام . [4]

وهنا لا نكون امام حالة تناقض بين الاصل وما سبق ان تم ترجيحه ذلك لانه في حالة الرهن يعتبر المرتهن نائبا قانونيا عن الراهن . كما تم توضيحه سابقا" [5] .

ثانيا"/ الارباح وحق الاكتتاب بالاسهم الجديده

ان الغايه الاساسيه بالنسبة للمساهم هي امله في الحصول على نصيب من الارباح عن طريق استثمار اموال في مشروع الشركه . وهذا النصيب هو عباره عن الحصة العائدة لكل سهم من الارباح خلال سنة مالية معينه والخاضعه للتوزيع بموجب قرار من الهيئة العامه بعد المصادقة على حسابات السنة المالية للشركة [6] .

والسؤال هنا : اذا رهن المساهم اسهمه لمن تؤول هذه الارباح ؟ ومرة اخرى نجد ان قانون الشركات

=انظر **Pennington,company law.p344.** مشار اليه في مؤلف د. محمد حسين اسماعيل : القانون التجاري الاردني ، الطبعه الاولى ، عمان ، دار عمار للنشر والتوزيع ، 1985، ص265 .

(1)- انظر الماده (191) التي تنص ((على الدائن المرتهن ان يستعمل لحساب المدين جميع الحقوق والاجراءات المتعلقة بالمرهون ....)) . بنفس المعنى الماده (65- 1) تجاري اردني .

(2) - فاروق ابراهيم جاسم : حقوق المساهم في الشركه المساهمه ، رساله ماجستير مقدمه الى كليه القانون – جامعه بغداد ، 1993 ، ص85 .

(3)- انظر د. اكرم ياملكي : الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي ، الجزء الثاني (الشركات التجاريه) ، الطبعه الثانيه ، بغداد مطبعه العاني ، 1972 ، ص 204 كذلك انظر د. يعقوب يوسف صرخوه : مصدر سابق ، ص285 .

(4) - انظر د. اكرم ياملكي بالاشتراك مع د. باسم محمد صالح : القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص212. كذلك د. الياس ناصيف : مصدر سابق ، ص 243 .

(5) - راجع ما سبق ص64 .

(6) - د. احمد ابراهيم البسام : مبادئ القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص 330 . كذلك د. اكرم ياملكي بالاشتراك مع د. باسم محمد صالح : المصدر السابق ، ص 207 .

العراقي لم ينظم هذه المسأله ، خلافاً لبعض القوانين المقارنـه، فقانون الشركات الاردني يشترط ان يتحدد في عقد الرهن من له حق استلام الارباح التي توزعها الشركه خلال مدة الرهن [1] .

في حين يذهب قانون الشركات الكويتي الى ان حقوق العضويه في الشركه (والتي منها الارباح) تكون للمدين الراهن وحده [2].

بينما على العكس منه موقف قانون الشركات البحريني الذي يذهب الى ان قبض الارباح واستعمال الحقوق المتصلة بالاسهم المرهونه يكون للدائن المرتهن وليس للراهن [3] .

والى هذا الحكم الاخير ذهب قانون التجارة العراقي حينما قرر ان ارباح الاسهم المرهونة وفوائدها يقبضها المرتهن خلال مدة الرهن [4] .

على ان حق المرتهن في قبض الارباح والفوائد يكون في مقابل قيمتها من الدين الموثق بالرهن وليس باعتباره صاحب حق فيها[5]، اذ انه لا يغيب عن الذهن ان الراهن محتفظ بملكيه الاسهم المرهونة مما يستتبع القول بان له الحق في ارباحها ، بالرغم من وجود هذه الاسهم في حيازة الدائن المرتهن . هذا يعني ان ارباح الاسهم من حق مالكها وهو المدين الراهن اما الدائن المرتهن فانه يتقاضى فوائد عن دينه الذي اعطيت الاسهم ضماناً له وليس عن قيمة الاسهم الاسميه او المدفوعه [6].

ولهذا فانه اذا ما قام المرتهن بقبض الارباح عند استحقاقها لا يكون دون مقابل لانه ليس صاحب حق فيها وبالتالي يجب ان تخصم من الدين الموثق بالرهن [7] .

---

(1)- انظر الفقرة الثانيه من الماده (68) اذ تنص ((يجب ان ينص عقد الرهن على مصير الارباح المستحقه مدة الرهن ...)) .

(2) - انظر الماده (108) التي تنص ((...وتسري على الحاجز والراهن جميع القرارات التي تتخذها الجمعية العامه على النحو الذي تسري به على المساهم المحجوزة اسهمه او الراهن ، دون ان تكون له حقوق العضويه في الشركه)) .

(3)- انظر الماده (111) التي تنص ((... ويكون للدائن المرتهن قبض الارباح واستعمال الحقوق المتصلة بالسهم مالم يتفق في عقد الرهن على غير ذلك)).

(4) - انظر الماده (191) منه التي تنص على ان للمرتهن ((... ان يقبض قيمة ارباحه وفوائده وغير ذلك من المبالغ الناتجه عنه ...)). بيد انه لابد من التمييز بين ارباح الاسهم وفوائدها ، اذ بينما يستحق المساهم نصيبه من ارباح الشركه بحكم كونه عضوا" فيها ، فانه قد لاتؤول اليه فائده ما الا اذا نص عقد الشركه على ذلك صراحه . نظرا" لاختلاف الارباح في طبيعتها عن الفوائد . للتفصيل انظر د. اكرم ياملكي مؤلفه المشترك مع د. باسم محمد صالح : القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص 207 .

(5) - انظر فاروق ابراهيم جاسم : مصدر سابق ، ص 85 . كذلك د. خالد الشاوي : مصدر سابق ، ص 321 .

(6) - انظر القاضي .حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 257 .

(7) - انظر ذيل الماده (191) تجاري عراقي اذ تنص ((... على ان يخصم مايقبضه من الدين الموثق بالرهن)) . انظر كذلك الماده (111) شركات بحريني . كذلك الماده (230) تجاري كويتي . علماً ان هذا الحكم موافق لما تقضي به القواعد العامه في الرهن الحيازي اذ تنص الماده (1340) مدني عراقي على انه ((ليس للمرتهن ان ينتفع بالمرهون رهنا=

اما فيما يتعلق بحق الافضلية في الاكتتاب بالاسهم الجديده ، والذي يخصص للمساهمين عند زيادة رأس المال [1] فانه يمكن ممارسته ، ولكن من المخول في ممارسة هذا الحق ؟

تجيب الماده (191) من قانون التجارة العراقي على ان هذا الحق يجب ممارسته من قبل الدائن المرتهن لحساب الراهن [2].

وعندئذ يثار التساؤل الاتي : هل ان هذه الاسهم الجديده خاضعة للرهن ام لا ؟

وللتمكن من الاجابة لابد من ان نبين ان زيادة رأس مال الشركه الناتج عن الاسهم الجديده يغطى باحدى الطرق الثلاث التي نصت عليها الماده (55) من قانون الشركات العراقي المعدل حين قالت ((للهيئة العامه في الشركه المساهمة والمحدوده تغطيه زيادة رأس المال، باحدى الطرق الاتية :

اولا" – اصدار اسهم جديدة ، تسدد اقيامها نقدا" .

ثانيا" – تحويل اموال من الفائض المتراكم او من علاوات الاصدار (الاحتياطي الاساسي) الى اسهم توزع على المساهمين بنسبه مساهمة كل منهم برأس المال .

ثالثا"- احتجاز جزء من ارباح الشركه كاحتياطي لتوسيع وتطوير المشروع بدلا" من توزيعه ارباحا، بعد استثماره فعلا في الغرض المحتجز من اجله واضافة هذا الاحتياطي الى رأس المال واصدار اسهم جديدة بما يعادل هذا الاحتياطي يوزع على المساهمين بنسبه مساهمة كل منهم برأس المال)).

ووفقا" لما تقدم يتبين انه اذا تحققت هذه الاسهم (زيادة رأس المال) عن طريق اصدار اسهم جديدة تدفع اقيامها نقدا" (الفقرة- اولا-الماده -55-) فان هذه الاسهم لا تعد من ضمن المرهون لانها لا تتصل بالاسهم القديمة المرهونة ولم تكن تابعه لها او متفرعة منها [3].

اما اذا كانت الاسهم الجديده ناتجة عن طريق تحويل جزء من الفائض المتراكم الى اسهم توزع على المساهمين او ناتجة عن تحويل جزء من احتياطي الشركه الى اسهم توزع ايضا" على المساهمين كل بنسبه مساهمة في رأس مال الشركه (الفقرة ثانيا" وثالثا من الماده -55-) . فانه في هذه الحاله لا يوجد شك من ان الاسهم الجديده هي فرع للاصل (الاسهم القديمة محل الرهن) وبناءً على ذلك فان الرهن يمتد الى هذه

=حيازياً دون مقابل وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفاده من استعماله ، يخصم من الدين الموثق بالرهن ...)). بنفس المعنى انظر الماده (1126- 1) مدني مصري ، الماده (1038 - 3) مدني كويتي ، الماده (956) مدني جزائري ، الماده (1036) مدني سوري .

(1)- اذ تنص الماده (56 / ثالثاً) من قانون الشركات العراقي المعدل على انه ((لكل مساهم حق الافضلية بشراء الاسهم بسعر الاكتتاب بما يتناسب وعدد الاسهم التي يمتلكها ...)) . انظر كذلك الماده (137) شركات اردني .

(2)- تقرر هذه الماده بانه ((على الدائن المرتهن ان يحمل لحساب المدين جميع الحقوق والاجراءات المتعلقة بالمرهون ...)). كذلك الحكم في الماده (111) شركات بحريني وخلافا" لذلك حكم قانون الشركات الكويتي الذي يذهب في الماده (108) منه سالفه الذكر الى ان ممارسة هذا الحق تكون من قبل المساهم الراهن .

(3) - انظر د. محمد حسين اسماعيل : رهن اسهم الشركات العامه ، مصدر سابق ، ص 270.

الاسهم الجديده إذ ان الرهن هنا يشمل ثمار المرهون وملحقاته [1].

واخيرا" تجدر الاشاره الى ان تحويل الاحتياطي الى اسهم او تحويل الفائض من الارباح الى اسهم لزيادة رأس مال الشركه سوف يؤدي حتما" الى زيادة عدد الاسهم الضامنة للدين ، وبالتالي يزيد من تأكيد قدره الدائن على استيفاء دينه المضمون بالرهن [2].

ثالثاً/ حق استرداد الاسهم المرهونة او طلب بيعها

الاصل ان الاسهم المرهونة تبقى في حيازة الدائن المرتهن او العدل لحين انقضاء الرهن [3] .

ولكن هنالك اربع حالات تخرج عن هذا الاصل ، يحق للراهن فيها ان يسترد الاسهم المرهونة قبل الوفاء بالدين المضمون بالرهن ، وهذه الحالات هي :-

الحاله الاولى / والتي بينها قانون التجارة العراقي بان يكون للمساهم الراهن استرداد الاسهم المرهونه اذا كانت مهدده بان يصيبها هلاك او تلف او نقص في القيمه ، على نحو يضر بالراهن ويؤدي الى خسارته ، بشرط ان يقدم المساهم الراهن تأمينا اخر للمرتهن . والا فللدائن المرتهن المطالبة ببيعها ، وفي هذه الحاله ينتقل حق الدائن الى الثمن الذي يحل محل الاسهم المرهونة ويبقى مخصصا" للوفاء به [4] .

الحاله الثانيه / والتي بينها قانون التجاره العراقي ايضاً [5] بان يكون للمساهم الراهن استرداد اسهمه اذا

---

(1) - انظر الماده (1330) من القانون المدني العراقي التي تنص ((يشمل الرهن الحيازي ثمار المرهون وملحقاته ...)). كذلك انظر الماده (1031) مدني كويتي. في حين لم يتضمن القانون المدني المصري مثل هذا النص بحجة ان في القواعد العامه مايغني عنه . انظر د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، جزء 10، مصدر سابق ، ص 770 . وخلافا لذلك يذهب القضاء الفرنسي الى انه ((الرهن المقرر على اسهم ما ، لايمتد بقوة القانون الى الاسهم المجانيه الممنوحه لمالك الاسهم الاولى بسبب ضم الاحتياطي لرأس المال ولكن هذا الامتداد قد ينص عليه في التصرف الاصلي للرهن)). انظر د. محمد حسين اسماعيل : مصدر سابق ، ص 272 .

(2) - انظر نغم حنا رؤوف ننيس : مصدر سابق ، ص 132 .كذلك انظر كامل عبد الحسين البلداوي ـ مهند الجبوري :زيادة رأس مال الشركه المساهمة ، مصدر سابق ، ص 60 كذلك د.خالد امين عبد الله : مصدر سابق ، ص 236.

(3) - انظر الماده (1337-1) مدني عراقي التي تنص ((يستبقي المرتهن في الرهن الحيازي حيازة المرهون حتى انقضاء الرهن ...)). انظر كذلك الماده (1372) مدني اردني ، الماده (952) مدني جزائري ، الماده (1100) مدني مصري .

(4) - انظر الماده (195) تجاري عراقي إذ تنص ((اذا تعرض المرهون للهلاك او التلف او اصبحت صيانته تستلزم نفقات باهضة ولم يشا المدين ان يقدم ما لا اخر بدله جاز للدائن ان يطلب من المحكمة الاذن له في بيعه وينتقل الرهن في هذه الحاله الى الثمن الناتج من البيع)) . انظر كذلك الفقرة الثانيه الماده (128) تجاري مصري .كذلك الماده (1338- 2) مدني عراقي ، كذلك الماده (13) مرسوم اشتراعي لبناني رقم 46.

(5) - انظر الماده (192- ثانياً) والتي تنص (اذا كان المرهون من الاموال المعينه بالذات جاز للمدين ان يستبدل به غيره اذا كان قد تم الاتفاق على ذلك في عقد الرهن وقبل الدائن المرتهن بالبدل) . تقابلها الماده (64) من القانون التجاري الاردني ، وكذلك الفقره الثانيه من الماده (124) من قانون التجاره المصري .

استبدلها بتأمين اخر وبشرطين هما :

1- ان يتم الاتفاق على جواز الاستبدال في عقد الرهن ذاته 0

2- ان يقبل الدائن المرتهن بالبدل .

الحاله الثالثه / كما ان للراهن ان يسترد الاسهم المرهونه او يضعها في يد عدل اذا ادار المرتهن هذه الاسهم ادارة سيئه ، او ارتكب في ذلك اهمالا" جسيما" ، على انه في حاله استردادها يجب عليه ان يدفع ما بقى عليه للمرتهن من دين واذا كانت هنالك فوائد منفصله عنه ، على ان تخصم قيمة الفائده من الدين بسعرها القانوني عن المده ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين [1] .

اما **الحاله الرابعه /** فانها تطبيق للاصل الذي مؤداه اعادة محل الرهن بعد وفاء الدين المضمون بالرهن . وتتمثل في حالة وقوع الرهن على عده اشياء مستقله وكان كل جزء منها ضامن لجزء من الدين هنا يتجزء ، بحيث اذا قام الراهن بوفاء جزء من الدين حق له استرداد ما يقابل هذا الجزء من المرهون [2] .وهذا ما اوضحته الفقرة الثانيه من الماده (1332) مدني عراقي بقولها ((... ولكن اذا كان المرهون شيئين وعين لكل منهما مقدار من الدين وأدى الراهن مقدار ما عليه لاحدهما كان له ان يأخذه)) .

وتجدر الاشاره هنا الى ان المشرع المدني العراقي هو الوحيد ، فيما بين ايدينا من قوانين مدنيه عربيه ، الذي نظم هذه المسأله ، وحسناً فعل بتنظيمه بشكل واضح يتعذر اللبس والغموض فيه ، هذا فيما يتعلق بحق الراهن في استرداد الاسهم المرهونه .

اما حق الراهن في طلب بيع هذه الاسهم ، فانه يكون له هذا الحق اذا ما سنحت فرصه ملائمه لبيعها، وهذا ما قررته الماده (1353) من القانون المدني العراقي حينما نصت ((يجوز للراهن اذا عرضت فرصه لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة رابحه ، ان يطلب اذن المحكمة في بيع هذا الشيء ، ولو كان ذلك قبل حلول اجل الدين . وتحدد المحكمة عند الاذن شروط البيع وتفصل في امر ايداع الثمن)) [3] .

ويلاحظ من هذا النص ان القانون قد اجاز للراهن ان يطلب من المحكمة الاذن ببيع الاسهم محل الرهن قبل انقضاء الرهن ، جلبا" للنفع ، فقد تسنح فرصه ملائمه لبيع هذه الاسهم ، كما لو عرض احدهم شراءها بثمن

---

(1)- انظر الفقرة ثانياً من الماده (1339) مدني عراقي التي تنص ((فاذا ادار المرهون ادارة سيئه ، او ارتكب في ذلك اهمالاً جسيماً ، كان للراهن ان يطلب وضعه في يد عدل او ان يسترده مقابل دفع ما عليه . وفي الحاله الاخيره اذا كان الدين الموثق بالرهن ليست له فوائد منفصله عنه ، ولم يكن قد حل اجله ، فلا يكون للمرتهن الا مايبقى من الدين بعد خصم قيمة الفائده منه بسعرها القانوني عن المده مابين يوم الوفاء ويوم حلول الدين)) . كذلك انظر الماده (1308) مدني سوري ، 1110 مدني ليبي، الماده (11) مرسوم اشتراعي لبناني رقم 46 ، الماده (237) مدني تونسي و الفقرة الثانيه من الماده (1039) مدني كويتي .

(2) - انظر د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص231.

(3) - انظر بالمعنى نفسه الماده (1047) مدني كويتي ، الماده (14) مرسوم لبناني رقم 46 ، الماده (972) مدني جزائري ، الماده (1120) مدني مصري .

مرتفع او ازدادت القيمة السوقيه لهذه الاسهم في البورصه . ففي هذه الحاله يكون من حق المساهم الراهن ان يطلب الاذن في بيعها كي لا تضيع عليه هذه الفرصه .على ان القاضي هو الذي يحدد شروط البيع ويقرر ايداع الثمن في مكان موثوق به ، ومما لاشك فيه ينتقل حق الدائن في هذه الحاله الى هذا الثمن .[1] اضافه الى كل ذلك فقد يكون هنالك حق للمساهم للراهن ناتج عن اعتباره الحائز القانوني للاسهم المرهونه ، فالمرتهن بالنسبة الى حق الملكيه ، لا يعتبر الا حائزاً عرضياً ، اي مجرد محرز للاسهم [2] .ويترتب على ذلك نتيجتان :

الاولى / ان المرتهن لا يستطيع تملك الاسهم المرهونه بالتقادم ، مهما طالت مده وضع يده عليها [3] .

اما **الثانيه** / فتتمثل بانه اذا كان الراهن قد رهن ملك غيره ، وتوافرت شروط كسب الملكيه بالتقادم ، تم التقادم لمصلحة الراهن دون المرتهن ، لان الثاني يحرز المرهون نيابة عن الاول [4] .

بيد ان المرتهن يعتبر حائزا" قانونيا" بالنسبة الى حق الرهن ، لانه يحرز الشيء بنية كسب حق الرهن عليه ، ويترتب على ذلك ان المنقول المرهون من غير مالكه يستطيع المرتهن حسن النيه ان يكتسب حق الرهن عليه بمجرد حيازته ، تطبيقا" لقاعدة الحيازه في المنقول سند الحائز [5] .

نخلص من كل ما تقدم ان للمساهم الراهن حقوقاً مهمه على الاسهم المرهونه ناتجة عن حقه في الملكيه وكذلك عن الحيازه القانونية على هذه الاسهم ، وبالقدر اللازم لعدم المساس بحقوق المرتهن التي يستمدها من الرهن . وان الدائن المرتهن يمارس جميع الحقوق المتعلقة بالسهم لحساب المساهم الراهن . وحقيقة نحن لا نتفق مع موقف المشرع التجاري العراقي في جعل ممارسة الحقوق الماليه والادارية المتعلقة بالسهم من قبل المرتهن . ولذلك ندعو الى ضرورة اخضاع ممارسة الحقوق الادارية لتصرفات الراهن خلال فترة الرهن ، باعتباره مالك الاسهم المرهونه وعضواً في الشركه . ومن هذه الحقوق مثلا" :

1- الاشتراك في اجتماعات الهيئة العامه للشركة ومداولاتها واستجواب اعضاء مجلس الادارة .

2- حق التصويت .

---

(1) - انظر القاضي .حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص258.

(2) - انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 584 . كذلك القاضي حسن ابراهيم حسن الحميري : مصدر سابق ، ص 135.

(3) - انظر الفقرة الاولى من الماده (1160) مدني عراقي التي تنص ((ليس لاحد ان يحتج بالتقادم على خلاف مقتضى سنده فلا يستطيع ان يغير بنفسه سبب حيازته والاصل الذي تقوم عليه هذه الحيازه)). انظر كذلك الفقرة الثانيه من الماده (972) مدني مصري .

(4) - انظر د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص218 . كذلك د. منصور مصطفى منصور : مصدر سابق ، ص 218 .

(5) - د. سليمان مرقس : مصدر سابق ، ص 427 . كذلك د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 202 .

3- الاطلاع على المعلومات الخاصة باسهمه وبالشركه عموماً .

4- حق الترشيح لعضويه مجلس الادارة .

وغيرها من الحقوق الاخرى ، وكذلك الحقوق الماليه نرى ان ينص في عقد الشركه على مصير الارباح والفوائد خلال فترة الرهن ، اما اذا لم ينص على ذلك فنرى انها تكون للمرتهن ولكن ليس دون مقابل بل تخصم من الدين الموثق بالرهن . اما حق الافضليه في الاكتتاب بالاسهم الجديده ، فقد وضعها المشرع العراقي تحت تصرف المرتهن خلال فترة الرهن . و كما تم توضيحه فيما سبق ان احدى وسائل الاكتتاب بالاسهم الجديده ، هي دفع اقيامها نقدا" ، ولذلك نقترح ان تكون ممارسة حق الافضليه في الاكتتاب بالاسهم الجديده من حق المساهم الراهن وحده . ومما يشجعنا على قول ما تقدم هو ما ذهب اليه الدكتوراكرم ياملكي [1] من انه ((لاعبرة بالمخاوف التي يبديها البعض من السماح للمدين الراهن بالاستمرار في ممارسة حقوق العضويه المتصلة بملكية الاسهم المرهونه . لان الراهن الذي يعمل على حمل الهيئة العامه على اتخاذ اجراءات من شأنها اضرار المرتهن كتخفيض رأس مال الشركه مثلا" ، ان وافقت على ذلك ، لا يكسب شيئا" من هذه العمليه ان لم يخسر الكثير بسببها ، كما ان الفرد لا يلجأ الى تحطيم دائنه بالعمل على تحطيم نفسه . اضافة لذلك ان النيل من حق الرهن لا يبريء المدين من دينه ولا يؤثر في شيء على حق الدائن في الحجز على بقيه امواله لبيعها واستيفاء حقه من ثمنها)) .

الفرع الثاني / التزامات المساهم الراهن

يتحمل المساهم الراهن ، سواء كان مديناً ام كفيلا عينيا" ، التزامات متعدده ، الغرض منها تمكين المرتهن من الاستفادة من حق الرهن في ضمان الوفاء بحقه وتعويضه عما يلحقه من مصروفات بسبب وجود هذا المرهون بيده [2] .

وهذه الالتزامات ستتم مناقشتها من خلال ثلاث فقرات ايضاً و تتمثل بما يأتي :

اولا" / الالتزام بضمان سلامه الرهن ونفاذه :

تقضي المادة (1335) من القانون المدني العراقي بانه ((يضمن الراهن في الرهن الحيازي سلامه الرهن ، وليس له ان يأتي عملا" ينقص من قيمة المرهون او يحول دون استعمال المرتهن لحقوقه)) [3] . هذا يعني ان الراهن يضمن كل تعرض يمس سلامة الرهن وبالتالي يؤثرعلى حقوق

---

(1)- الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي ، مصدر سابق ، ص 178 .

(2)- انظر د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 198 .

(3)- كذلك انظر الماده (1388) مدني اردني ، الماده (1101) مدني مصري ، الماده (1105) مدني ليبي ، الماده (1035) مدني كويتي . اما بالنسبة للمشرعين السوري واللبناني فلم يرد فيهما نص صريح مقابل للنصوص المدنيه العربيه اعلاه يقضي بالتزام الراهن بضمان الرهن، ومع ذلك يذهب الفقه في هذين التشريعين الى ان هذا الالتزام تقضي به القواعد

المرتهن سواء كان التعرض قانونيا" ام ماديا" [1] .

ولا يقتصر التزام الراهن على اداء ما يلزم من جانبه لكي يعتبر رهن الاسهم نافذا" لمصلحةالمرتهن ، بل هو يضمن للاخير هذا النفاذ سواء في مواجهته هو ام في مواجهة الغير [2] .

يتضح مما تقدم ان المساهم الراهن يلتزم – **اولا"** – بالامتناع عن التعرض الشخصي للمرتهن سواء كان قانونيا" ام ماديا". اي يمتنع عليه ان يأتي عملا يحول دون استعمال المرتهن حقوقه المستمده من الرهن . فليس له مثلا" سلب حيازة الاسهم المرهونه ، او ان يحول بين المرتهن وبين ادارة المرهون واستغلاله مادام المرتهن لم يرتكب في ذلك تقصيرا" [3].

وفوق ذلك ليس له ان يطلب رد الاسهم محل الرهن قبل انقضاء الرهن ، ولا ان يحتفظ بها اذا وصلت اليه لاي سبب لا يتضمن نزول المرتهن عن الرهن [4].

كما لا يجوز له النزول عن الفوائد التي تنتجها هذه الاسهم او ينقص منها ، والى غير ذلك من التصرفات الضارة بحقوق المرتهن [5].

وثانيا" – يضمن الراهن التعرض القانوني الصادر من الغير . فيمتنع عليه ان يعطي الغير حقا" عينيا" يكون نافذاً قبل الدائن المرتهن بحيث يمنع نفاذ حق هذا الدائن قبل الغير. كما يدفع كل ادعاء قانوني صادر من الغير ومستند الى حق عيني مزعوم وجوده قبل نشوء الرهن ، ويكون الراهن ضامنا" اذا ترتب على عمله شيء من ذلك [6].

فاذا رهن شخص اسهما"مملوكة للغير ، تحمل هو المسؤولية لعدم نفاذ الرهن في حق المالك الحقيقي [7] . كما انه اذا اكتسب ملكية هذه الاسهم بعد ذلك ، فلا يجوز له ان يطلب نقض عقد الرهن بحجة

العامه وطبيعة الرهن.للتفصيل انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 260 .

(1)- انظر د. محمد طه البشير: مصدر سابق،ص220. كذلك د.علي هادي العبيدي: مصدر سابق،ص347.

(2) - انظر المستشار انور طلبه: مصدر سابق،ص807. كذلك د. عبدالفتاح عبدالباقي: مصدر سابق،ص580.

(3)- انظر د. شفيق شحاته : مصدر سابق ،ص 123 . كذلك د. احمد سلامه : دروس في التأمينات المدنيه ، مصدر سابق ، ص 372 . كذلك القاضي . حسن ابراهيم حسن الحمري : مصدر سابق ، ص 129 .

(4) - د. طالب حسن موسى : رأس مال الشركه المساهمه ، مصدر سابق ، ص 200 كذلك انظر د. سليمان مرقس : مصدر سابق ، ص 420.

(5)- انظر د. اكرم ياملكي مؤلفه المشترك مع د. فائق الشماع : القانون التجاري ، مطبعة جامعة بغداد ، 1980 ، ص 339 .

(6)- انظر د. عدنان احمد ولي : الرهن التجاري ، مصدر سابق ، ص 74 .كذلك د. منصور مصطفى منصور : مصدر سابق ، ص 213 .

(7) - انظر د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط .ج 10 ، مصدر سابق ، ص801 . كذلك د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 200 .

صدوره من غيرالمالك ، لان هذا الطلب يعد تعرضا" قانونيا" من جانبه للمرتهن [1] ، وبالتالي يكون المساهم الراهن مخلا" بالتزامه بالضمان [2] .

اما التعرض المادي الصادر من الغير فلا يضمنه المساهم الراهن ويكون للمرتهن الحق في ان يدفع هذا التعرض بنفسه دون وساطة الراهن [3].

واخيرا" تجدر الاشاره الى انه وفقا" للقواعد العامه في الرهن الحيازي فان التزام الراهن بسلامة الرهن ونفاذه لا يحرمه من التصرف في الشيء المرهون بالبيع او الهبة او غيرها من التصرفات الاخرى ، مادام ان هذه التصرفات لا تضر بالمرتهن لانها متأخره عنه في المرتبة [4] ، ولكن هنا نجد ان قانون الشركات العراقي قد خرج على هذه القواعد بحيث منع الراهن من نقل ملكية اسهمه المرهونه [5] ، ولكن مع ذلك يجوز له رهن هذه الاسهم مره اخرى كما بينا فيما سبق [6] .

ثانيا" / الالتزام بضمان هلاك الاسهم او تلفها :

يقع على الراهن ضمان كل اعتداء يؤدي الى هلاك الاسهم المرهونه او تلفها او تعيبها او نقص قيمتها ، سواء كان سبب الهلاك او التلف او التعيب المساهم الراهن ام القوة القاهره ام الغير (بشرط ان لا يكون بفعل الدائن المرتهن) . وهذا الالتزام هو تطبيق للقاعدة القاضيه بان (هلاك الشيء على مالكه) [7] .

فالماده (195) من قانون التجاره العراقي تنص على انه ((اذا تعرض المرهون للهلاك او التلف او

---

(8) - انظر د. علي هادي العبيدي : المصدر السابق ، ص 348 .

(1) - د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 220 . كذلك د. انور طلبه : مصدر سابق ، ص 808 .

(2) - انظر الفقرة الثانيه من الماده (1296) الخاصة بالرهن التأميني التي تنص ((فاذا وقعت اعمال من شأنها ان تعرض العقار المرهون للهلاك او التعيب او تجعله غير كاف للضمان كان للمرتهن ان يطلب من المحكمة وقف هذه الاعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر)). انظر كذلك الفقرة ثالثاً الماده (1048) مدني مصري .زيادة في التفصيل انظر د. شفيق شحاته : مصدر سابق ، ص 125.

(3)- انظر الماده (1334) مدني عراقي التي تنص ((يجوز للراهن ان يتصرف بالبيع وغيره في الشيء المرهون رهنا حيازيا واي تصرف يصدر لا يخل بحق المرتهن)). انظر كذلك الفقرة الثانيه من الماده (1102) مدني مصري . خلافاً لذلك انظر الماده (1386-1) مدني اردني التي تنص ((لايجوز للراهن ان يتصرف في المرهون حيازيا تصرفا قابلا للفسخ مثل البيع والاجاره والهبه الا بقبول المرتهن))زيادة في التفصيل انظر د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق ، ص 151 .

(4)- انظر الفقرة ثالثاً من الماده (64) من قانون الشركات العراقي المعدل التي تنص ((لايجوز للمساهم من القطاع الخاص نقل ملكية اسهمه : 1- اذا كانت مرهونه ...)).

(5) - راجع صفحه 40 من الرساله .

(6)- د. محمد طه البشير : المصدر السابق ، ص 221 . كذلك د. سليمان مرقس : مصدر سابق ، ص 423 . كذلك د. صلاح الدين الناهي : الوجيز في الحقوق العينيه الاصليه ، مصدر سابق ، ص 143 .كذلك انظر د. انور طلبه :المصدر السابق، ص 808 . كذلك د. عدنان احمد ولي العزاوي : الرهن التجاري ، مصدر سابق ، ص 74.

اصبحت صيانته تستلزم نفقات باهضه ولم يشأ المدين ان يقدم مالاً اخر بدله جاز للدائن المرتهن ان يطلب

من المحكمة الاذن له في بيعه وينتقل الرهن في هذه الحاله الى الثمن الناتج من البيع)) [1] .

وحقيقة نلاحظ على هذه الماده امرين :

الاول / انها تتعرض لمسأله هلاك المرهون او تلفه دون ان توضح سبب هذا الهلاك او التلف ، ذلك ان الحكم اعلاه لا يصدق عندما يكون الهلاك او التلف بخطأ الدائن المرتهن الذي يحوز المرهون او بخطأ الراهن ، وفقا" لما سنبينه لاحقا" ، هذا من جانب .ومن جانب اخر انها اكدت نظرية الحلول العيني عندما نصت على حلول الثمن محل المرهون في حاله هلاكه او تلفه .

اما الامر الثاني / ان هذه الماده لا تعدو ان تكون مؤكدة للقواعد العامه في الرهن الحيازي . إذ جاءت الفقرة الاولى من الماده (1336) مدني عراقي [2] ، بخصوص التزام الراهن بضمان الهلاك والتعيب بالقول ((اذا هلك المرهون رهنا حيازيا" او تعيب قضاء وقدرا" كان هلاكه او تعيبه على الراهن . ويتبع في تخيير المدين او الدائن اذا هلك المرهون قضاء وقدرا او بخطأ الراهن احكام الرهن التأميني الواردة في الماده (1297))) [3] .

ومن قراءة نص الماده اعلاه نلاحظ ان هلاك محل الرهن اما ان يقع بفعل الراهن او بفعل المرتهن او قضاء وقدر[4] ، او ان يكون بفعل الغير . وعليه اذا كان هلاك الاسهم المرهونه او تلفها او نقص قيمتها قد وقع نتيجة خطأ المساهم الراهن ، فان تبعه الهلاك تكون عليه ويكون مسؤولا" عن الخطأ الذي بدر منه . فنحن هنا امام ابرز صور التعرض المادي ، ذلك ان التزام الراهن بضمان الهلاك او نقص القيمة هو ليس التزاما" مستقلا" بل هو ناتج عن التزامه بسلامه محل الرهن ، فمادامت هذه السلامة تتعرض لضرر فهنا

---

(1) - انظر كذلك الفقرة الاولى والثانيه من الماده (128) من القانون التجاره المصري . في حين لم يرد في قانون التجاره الاردني نص مماثل مكتفياً بالقواعد العامه الماده (1389) مدني .

(2)- ويقابل هذا النص في التشريعات العربيه المقارنة نص الفقرة الاولى من الماده (1102) مدني مصري ، الماده (8) من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 46، الماده (1035) مدني سوري ، الماده (1106) مدني ليبي ، والماده (953) مدني جزائري .

(3)- تنص الماده (1297) مدني عراقي على انه ((1- اذا هلك العقار المرهون رهنا تأمينيا" او تعيب قضاء وقدرا" كان هلاكه او تعيبه على الراهن ، وفي هذه الحاله اذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين بلا تأمين يكون المدين مخيرا" .... 2- واذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك المرهون او تعيبه كان المرتهن مخيرا" بين ان يطلب تأمينا كافيا" او يستوفي حقه فورا")).

(4) - يلاحظ هنا ان المشرع العراقي قد استخدم مصطلح ((قضاء وقدر)) في القانون المدني النافذ ، اما مشروع القانون المدني الجديد فقد اورد في الماده (916) منه مصطلح ((السبب الاجنبي)) في حين ان القانون المصري في الماده (1102) منه استعمل مصطلح ((القوه القاهره)) بهذا الشأن . ويبدو ان مصطلح ((السبب الاجنبي)) الذي اخذ به المشروع اوفق من المصطلحين الاخرين . فالسبب الاجنبي له مفهوم اوسع ويشمل القوه القاهره وفعل الغير معا" . للتفصيل انظر القاضي حسن الحميري : مصدر سابق ، ص 132 .

ينهض التزام الراهن بالضمان [1].

ولهذا ورغبة من المشرع العراقي في حماية حق الدائن المرتهن فقد قرر ان هذا الدائن مخير بين امرين [2] :

الاول / ان يستوفي حقه فورا" لسقوط الاجل .

الثاني / ان يطلب التنفيذ بمقابل بمعنى يطلب تأمينا" كافيا" يحل محل الاسهم التي هلكت او نقصت قيمتها . وللدائن المرتهن ان يطلب تعويضا" مساويا" لما اصاب الاسهم المرهونه من نقص في القيمه ، ويخصم هذا التعويض المالي من اصل الدين المضمون وفوائده [3].

ويظهر واضحا" ان المشرع قد راعى جانب الدائن المرتهن في حاله وقوع الهلاك او التلف او نقص القيمة بفعل الراهن بحيث حرمه من تقديم تأمين كاف يحل محل ما هلك اذا ما رغب في تجنب التنفيذ الفوري لمحل الالتزام ، اضافةً الى حرمانه من خصم الفوائد عن المده المتبقيه حتى ميعاد الاستحقاق ، وكأن المشرع قد اعطى للدائن فرصه لاستيفاء حقه فورا" [4] .

اما اذا كان هلاك او تلف او تعيب الاسهم محل الرهن بسبب خطأ الدائن المرتهن ، على اعتبار ان محل الرهن يكون بحيازته ، فيكون هو المسؤول عن هذا الخطأ وهذا ما ذهب اليه القضاء العراقي [5] .

وعندئذٍ ليس له ان يطالب الراهن بشيء ، بل عليه ان يدفع تعويضا" عما ارتكبه من خطأ ادى الى هلاك او تلف او نقص في قيمة الاسهم المرهونه ، وحق المرتهن ينتقل الى هذا التعويض الذي دفعه [6] ،كما سيتم

---

(5) - انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 582 . كذلك انظر سماهر محمد علي عبد الله : مصدر سابق ،= =ص 103 .

(1) - انظر الفقرة الثانيه من الماده (1297) مدني عراقي التي تنص ((واذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك المرهون او تعيبه كان المرتهن مخيرا" بين ان يطلب تأمينا" كافيا" اوان يستوفي حقه فورا")). وهذه الماده تقابل الفقرة الاولى من الماده (1048) مدني مصري ، الفقرة الاولى الماده(1052) مدني ليبي ، والماده (113) من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، الماده (988) مدني كويتي المحال اليها من قبل الماده (1036) ، والماده (954) مدني جزائري .

(2)- د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق ، ص 152 .

(3)- د. سليمان مرقس : مصدر سابق ، ص 434.

(4) - انظر ما قضت به محكمه التمييز في قرارها المرقم 584- حقوقيه – 69 – بتاريخ 1969/10/7 الذي جاء فيه ((على المرتهن ان يبذل العناية اللازمه في حفظ وصيانه المرهون رهنا حيازيا" والا فيكون مسؤولا" عن هلاكه كلا او بعضا اذا حدث فيه ضرر من جراء الاستعمال غير الاعتيادي)). انظر ابراهيم المشاهدي :المبادئ القانونيه في قضاء محكمه التمييز ، القسم الثاني ، بغداد ، مطبعه العمال المركزيه ، 1988، ص 363.

(5) - انظر د. اكرم ياملكي – د. فائق الشماع : القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص340. كذلك د. انور طلبه : مصدر سابق ، ص 808 ، كذلك د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 221 كذلك د. شمس الدين الوكيل : مصدر سابق ،ص 510 .

توضيحه عند بحث التزامات المرتهن . وذلك كله تطبيقا" لنظرية الحلول العيني [1].

وهذا الحكم هو نفسه عند ما يكون الهلاك او التلف او نقص القيمة نتيجة لفعل الغير إذ يحل مبلغ التعويض الذي يلتزم به بموجب قواعد المسؤولية التقصيريه بسبب ما احدثه فعله من ضرر في محل الرهن [2]،ولكن فيما يتعلق بالشركه التي اصدرت الاسهم – والتي تعد من الغير بالنسبة الى عقد الرهن – فقد يجيز لها القانون في حالات معينه القيام ببعض التصرفات التي تتطلبها طبيعة الشركه او الظروف المحيطة بها ، والتي من الممكن ان تؤثر على الاسهم المرهونه وبالتالي حقوق المرتهن سلبا" ، دون ان تقوم بدفع تعويضات عن تلك التصرفات . كما لو اتخذت الشركه قرارا" بتخفيض رأس مالها . إذ يجوز للشركة المساهمه والمحدوده ان تخفض رأس مالها اذا كان زائدا" عن حاجتها ، اواذا طرأت عليها خسارة ورأت الشركه انقاص رأس المال [3] .

ولكن يشترط هنا ان لا يؤدي تخفيض رأس المال الى تجاوز الحد الادنى لرأس مال الشركه المحدد قانونا" [4]. ومن البديهي ان قرار التخفيض هذا من شأنه الحاق الضرر بمرتهن الاسهم ، ذلك ان كل تخفيض ينجم عنه ضياع جانب من الضمان الخاص المقرر له ، اي يؤدي الى هلاك جزء من الاسهم المرهونه ، إذ ان التخفيض يتم عن طريق انقاص عدد الاسهم بنسبة مساهمة كل عضو في الشركه [5].

---

(6) - هذا ما تقضي به الماده (1298) من القانون المدني العراقي الخاصة بالرهن التأميني والتي تحيلنا اليها الفقرة الثانيه من الماده (1336) مدني والخاصة بالرهن الحيازي اذ تنص ((اذا هلك العقار المرهون رهنا تأمينيا" او تعيب ، انتقل حق= =المرتهن الى المال الذي يحل محله ، كالتعويض ومبلغ التأمين وبدل الاستملاك للمنفعه العامه ، وللمرتهن ان يستوفي حقه من ذلك بحسب مرتبته)). انظر كذلك الماده (989) مدني كويتي التي تحيلنا اليها الماده (1036) .زياده في التفصيل انظر سلام منعم مشعل : الحلول العيني وتطبيقاته في القانون العراقي والمقارن ، رساله ماجستير مقدمه الى كليه الحقوق – جامعه النهرين ، 1999 ، ص 105 . كذلك انظر د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق ، ص 152 .

(1) - انظر د. السنهوري : الوسيط ، جزء 10 ، مصدر سابق ، ص 805 . كذلك انظر سماهر محمد علي عبد الله : مصدر سابق ، ص 108 .

(2)- انظر الماده (58) من قانون الشركات العراقي المعدل اذ تنص ((يجوز للشركة تخفيض رأس مالها اذ ازاد عن حاجتها ، او اذا لحقتها خساره ...)). كذلك انظر الفقرة (ا) من الماده (114) شركات اردني كذلك الماده (135) من قانون الشركات الانجليزي لعام 1985. للايضاح انظر د. نوري طالباني – كامل عبد الحسين البلداوي – هاشم الجزائري : مصدر سابق ، ص 244 .

(3)- إذ تنص الفقرة الاولى من الماده (28) لقانون الشركات العراقي المعدل على ((لايقل الحد الادنى لرأس مال الشركه المساهمه عند مليوني (2000000) دينار ولايقل الحد الادنى لرأس المال في الشركه المحدوده عن مليون (1000000) دينار ...)).

(4) - انظر الفقرة الاولى من الماده (59) من قانون الشركات العراقي التي تنص ((في الشركه المساهمه والمحدوده ، يتم

ولهذا فان تخفيض رأس مال الشركه يعد هلاك او انقاص للتأمين الموجود بيد المرتهن [1].

وبالرغم من ان قانون الشركات قد اعطى للمرتهن الحق في الاعتراض على قرار التخفيض خلال ثلاثين يوما" من تاريخ نشر الاعلان [2] ، الا انه في مقابل ذلك اذا لم يرغب المرتهن في بقاء الدين بما تبقى من تأمين ، عندئذ يكون الحكم هو نفسه عند هلاك او تلف او نقص قيمة الاسهم المرهونه اذا حصل قضاء وقدرا" ، إذ تكون المسؤوليه على الراهن استنادا" لقاعدة (الهلاك على المالك) . وهنا يعطي المشرع الخيار للمساهم الراهن في امرين [3].

الاول / ان يقدم المساهم الراهن تأمينا كافيا لضمان وفاء الدين المضمون فاذا امتنع عن تقديم هذا التأمين او قدم تأمينا اقل مما هلك من الاسهم المرهونه عندئذ نكون بصدد ضعف في التأمينات وبالتالي ينقلب الخيار فيه للدائن المرتهن ، ولقاضي الموضوع سلطه تقديريه في كفاية الضمان المقدم من قبل الراهن او عدم

تخفيض رأس المال بالغاء اسهم فيها تساوي قيمتها المبلغ المراد تخفيضه من رأس المال ، ويكون الالغاء بنسبه مساهمة كل عضو في الشركه الى اقرب سهم صحيح)). بيد ان الغاء الاسهم ليست الطريقه الوحيده لتخفيض رأس مال الشركه ، فقد يكون التخفيض عن طريق تنزيل قيمة الاسهم او اعفاء المساهمين من الاقساط المستحقه في ذمتهم للشركة . للايضاح انظر= =د. خالد امين عبد الله : مصدرسابق، ص243. كذلك انظر**David kelly and Ann Holmes with Ruth Hayward :Bussiness Law، Third Edition،WWW.covendish publishing .com- 2000 p.33.**

(1)- انظر د. اكرم ياملكي – د. باسم محمد صالح : الشركات التجاريه ، مصدر سابق ، ص 200-203. كذلك محمد حسين اسماعيل : رهن اسهم الشركات العامه ، مصدر سابق ، ص 270 .كذلك انظر د. احمد زيادات بالاشتراك مع د. ابراهيم العموش : مصدر سابق ، ص 262.

(2)- عندما تتخذ الشركه قرارا" بتخفيض رأس مالها – ودون الخوض في اجراءات هذا التخفيض – يكون على المسجل نشر اعلان بذلك في النشره وفي صحيفتين يوميتين (البند 3 من الفقرة ثالثاً من الماده (59) من قانون الشركات العراقي المعدل ، ضمانا لحقوق الدائنين الذين لا يجوز ان يلحق بهم الضرر نتيجة للتخفيض ، ولهؤلاء حق الاعتراض خلال ثلاثين يوما" من تاريخ نشر الاعلان ، وهنا على المسجل تسويه الامر رضائيا" خلال ثلاثين يوما" من تاريخ انتهاء مده الاعتراض (60 – أولاً) ، واذا لم يتوصل لتسويه يحال الامر الى المحكمة المختصه خلال خمسة عشر يوما" من تاريخ انتهاء مدة التسويه الرضائيه ويعتبر النظر في الاعتراضات من الامور المستعجله (الماده 60- ثانياً شركات عراقي) ، وللمحكمه ان لم تكن ضمانات الشركه كافيه ان تقرر الغاء التخفيض او تقرر تخفيضا" جزئيا" لايضر حقوق المرتهن ويكون قرارها باتا" (الماده 61- أولاً" شركات عراقي).

(3)- انظر الفقرة الاولى من الماده (1297) مدني عراقي الخاصة بالرهن التأميني والتي تحيلنا اليها الفقرة الاولى من الماده (1336) اذ تنص ((اذا هلك العقار المرهون رهنا تأمينيا او تعيب قضاء وقدرا كان هلاكه او تعيبه على الراهن ، وفي هذه الحاله اذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين بلا تأمين يكون المدين مخيرا" بين ان يقدم تأمينا كافيا او ان يوفي الدين فورا" قبل حلول الاجل واذا اختار وفاء الدين فورا" ولم يكن للدين فوائد منفصلة عنه فلا يكون للدائن حق الا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصا" منه الفوائد بالسعر القانوني عن المده مابين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين)). انظر كذلك الفقرة الثانيه من الماده (1048) مدني مصري وكذلك الفقرة الثانيه من الماده (1053) مدني ليبي .

كفايته [1].

والثاني / ان يوفي الراهن الدين فورا" قبل حلول الاجل . وفي هذه الحاله اذا لم يكن للدين فوائد منفصله عنه ، فلا يكون للدائن حق الا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصا" منه الفوائد بالسعر القانوني عن المده مابين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين [2].

واخيرا" تجدر الاشاره الى انه في حالة اختيار المساهم الراهن وفاء الدين ، وكان كفيلا" عينيا" ، أي لم يكن المدين نفسه ، فانه اذا ما دفع الدين منقوصا" منه الفوائد رجع على المدين بالدين كاملا" عند حلول الاجل [3].

ثالثاً / التزام الراهن بنفقات العقد

تنص الفقرة الثانيه من الماده (1322) من القانون المدني العراقي على انه ((ونفقات العقد على الراهن الا اذا اتفق على غير ذلك)) [4] .

يظهر من هذا النص انه غير آمر فيجوز للمتعاقدين ان يتفقا على ان يتحملا مناصفة بينهما هذه النفقات او على ان يتحملها المرتهن كلها ، ولكن اذا لم يوجد اتفاق على شيء من ذلك فتكون كلها على الراهن [5] .

وهذه النفقات تتمثل بالمصروفات الضرورية التي انفقت في حفظ الاسهم المرهونه – كما سيتم توضيحه لاحقا" – وهذا يعني ان الراهن ملزم بان يعيد الى المرتهن جميع النفقات التي تكبدها في هذا السبيل ، وان اساس رجوع المرتهن على المساهم الراهن ليس مبناه عقد الرهن وانما بناءً على قاعدة الاثراء دون سبب ،

---

(4)- انظر د. شفيق شحاته : مصدر سابق ، ص 128 .كذلك د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 87 .كذلك د. عدنان احمد ولي العزاوي : الرهن التجاري ، مصدر سابق ، ص 75.

(1) - انظر الفقرة الاولى من الماده (1297) مدني عراقي المشار اليها فيما سبق والمواد المقابله لها من التشريعات العربيه المقارنة . وللتفصيل انظر د. سليمان مرقس : مصدر سابق ، ص 424 .

(2)- انظر د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، ج 10 ، مصدر سابق ، ص805 .كذلك انظر سماهر محمد علي عبد الله : مصدر سابق ، ص 108 .

(3) – بالرغم من عدم وجود نص صريح في القوانين المدنيه المقارنه يلزم الراهن بدفع نفقات العقد الا انه يمكن استنتاج هذا الحكم من الفقرة (ج) من الماده (1115) مدني ليبي التي تنص ((لايقتصر الرهن الحيازي على ضمان اصل الحق بل يضمن ايضا" وفي نفس المرتبة مايأتي – ج- مصروفات العقد الذي انشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازي وقيده عند الاقتضاء)).تطابقها الماده (1111/ج) مدني مصري . بنفس المعنى الماده (1401) مدني اردني التي تقضي بانه ((يضمن المرهون حيازيا" الدين والنفقات الضروريه التي يؤديها المرتهن عن الراهن ومصروفات عقده وتنفيذه)). ولا شك هنا ايضا" انه يمكن الاتفاق على خلاف هذا الحكم . للتفصيل انظر د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق ، ص 401. وهذا هو موقف القانون المدني السوري وقانون الملكيه العقاريه اللبناني إذ لم يرد فيهما نص صريح يبين من يتحمل نفقات عقد الرهن.

(4)- انظر د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 222 .

وهذه المصروفات تكون مضمونه بالرهن وتأخذ مرتبته نفسها [1].

كما وتشمل النفقات النافعه اذا ادت الى زيادة قيمة الاسهم المرهونه ، وفي هذه الحاله يلتزم المساهم الراهن باقل القيمتين ، اما النفقات التي انفقها المرتهن او نسبه الزيادة في قيمة الاسهم المرهونه . على ان هذه النفقات لا امتياز لها عند بيع الاسهم محل الرهن فان الدائن المرتهن يتقاسم دينه مع باقي الدائنين للراهن قسمة غرماء [2] ، ومع ذلك يحق للدائن المرتهن حبس الاسهم المرهونه الى حين استيفاء هذه النفقات [3].

ومما يعد من نفقات العقد وبالتالي تكون على المساهم الراهن ، نفقات قيد عقد الرهن في سجلات الشركه التي اصدرت الاسهم محل الرهن لانه كما بينا سابقا" ان عقد رهن الاسهم عقد شكلي والشكلية فيه تتمثل بقيده في سجلات الشركه . فاذا دفع المرتهن هذه النفقات فان الرهن يضمنها بنفس المرتبة ايضا" [4] .

فضلاً عن ذلك تشمل نفقات العقد نفقات تنفيذه ، كنفقات تسليم الاسهم المرهونه الى المرتهن او نفقات ردها ، فتكون على الراهن الا اذا اتفق على غير ذلك [5] .

المطلب الثاني

حـقـوق والتزامات المرتهن

ان عقد رهن الاسهم هو عقد عيني ، اي يستلزم نقل حيازة الاسهم المرهونه الى الدائن المرتهن او الى العدل الذي يتفق عليه المتعاقدان وذلك لضمان حقوق المرتهن ، ولكن بالمقابل يترتب على وجود الاسهم بيد المرتهن التزامات تقع على عاتقه . وهذا ما سيتم توضيحه من خلال الفرعين التاليين :

---

(5) - انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 277.

(1) - انظر د. شمس الدين الوكيل : مصدر سابق ، ص 530. كذلك انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 618.

(2) - انظر نص الماده (281) مدني عراقي التي تنص على ((يجوز لمن انفق على ملك غيره وهو في يده مصروفات ضروريه او نافعه .... ان يمتنع عن رده حتى يستوفي ماهو مستحق له قانونا)) . وكذلك نص الماده (246) مدني مصري والماده (247) مدني سوري ، والماده (272) من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، والماده (249) مدني ليبي . للتفصيل انظر د. صلاح الدين الناهي : الوجيز في حقوق العينيه الاصلية ، مصدر سابق ، ص 157 .

(3) - انظر د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء 10، مصدر سابق ، ص 843. كذلك انظر د. شفيق شحاته : مصدر سابق ، ص 205 .

(4)- انظر د. سمير عبد السيد تناغو : التأمينات الشخصيه والعينيه ، الاسكندريه ، دار المعارف ، 1986، ص 390.

الفرع الاول / حقوق الدائن المرتهن

للدائن المرتهن كما تدل على ذلك تسميته صفتان ، صفه الدائن وصفه المرتهن ، وعليه تنقسم حقوقه الى

قسمين رئيسيين هما :

القسم الاول: هي الحقوق التي يستمدها من الضمان العام على اموال المدين المرهونه وغير المرهونه باعتباره دائنا عاديا وهذه هي الحقوق الشخصيه والتي لا يتمتع الدائن بها باي امتياز وانما يكون على قدم المساواة مع باقي دائني المساهم [1] .

على انه لا يجوز للدائن المرتهن ان ينفذ على اموال المدين غير المرهونه الا اذا كان المرهون لا يفي بالدين [2] .

علما" ان حق المرتهن في التنفيذ على سائر اموال المدين عند عدم كفاية المرهون هو ليس اثرا" لعقد الرهن وانما هو حق من حقوق المرتهن ،[3] وهذا خارج اطار بحثنا .

اما القسم الثاني : من الحقوق والذي نحن بصدده فهي الحقوق التي يباشرها على الاسهم المرهونه باعتباره دائنا مرتهنا" ، وهذه هي الحقوق العينيه ، إذ يتمتع المرتهن بالامتيازات التي تضمن له استيفاء حقه الاصلي كحبس الاسهم او التقدم على سائر دائني الراهن الا من سبقه منهم في تاريخ ترتيب حق عيني تبعي على هذه الاسهم وكذلك يتمتع بميزة التتبع [4].

وحقوق الدائن المرتهن قد يباشرها في مواجهة الراهن وحده ، كحقه في التنفيذ على محل الرهن ، او يباشرها في مواجهة الراهن والغير معا" او الغير وحده ، كحقه في حبس المرهون او حق التقدم والتتبع [5].

وسنتطرق في هذا المقام الى حقوقه في مواجهة الراهن وحده على ان نبحث في الحقوق الاخرى في المبحث الثاني من هذا الفصل. وتتمثل هذه الحقوق بما يأتي :

اولا" / التنفيذ على الاسهم المرهونه

---

(1) – انظر عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 610 . كذلك د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 213 .

(2) - انظر د. سليمان مرقس : مصدر سابق ، ص 428 ، كذلك د. منصور مصطفى منصور . مصدر سابق ، ص237.

(3) - انظر د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق ، ص 402 . كذلك انظر القاضي حسن ابراهيم حسن الحميري : مصدر سابق ، ص 150.

(4)- انظر د. طالب حسن موسى : رأس مال الشركه المساهمه ، مصدر سابق ، ص 210 .

(5)- انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 197. كذلك د. السنهوري : الوسيط ، جزء 10 ، مصدر سابق ، ص 855 . كذلك سماهر محمد علي عبد الله : مصدر سابق ، ص 72.

ان للدائن المرتهن حق التنفيذ على الاسهم محل الرهن في حاله امتناع المساهم الراهن عن الوفاء بقيمة الرهن عند حلول اجله . وهذا اما اوردته الفقرة الاولى من الماده (1341) من القانون المدني العراقي حينما نصت ((للمرتهن حيازة ما للمرتهن تأمينا" من حق في التنفيذ على المرهون ، ثم على سائر اموال المدين ، وتتبع في ذلك احكام الماده 1299)) [1].

ووفقاً للقواعد العامه يجب على الدائن المرتهن عند عدم الوفاء بالدين في تاريخ الاستحقاق ان يرفع الدعوى على المدين ليستصدرحكما" يسمح له بالتنفيذ على الشيء المرهون واستيفاء حقه من ثمن المبيع . ولكن الامر ليس كذلك في الرهن التجاري ، فهذا الرهن يرد على منقولات تخضع لتقلبات الاسعار خلال فترة التقاضي التي قد تطول ، الامر الذي قد يترتب عليه عدم استيفاء المرتهن كامل حقه [2] .

ولذلك نجد ان قانون التجاره العراقي قد بسط الاجراءات الخاصه بالتنفيذ على الاسهم المرهونه اذ نصت الماده (193- اولا") على انه (اذا لم يدفع المدين الدين الموثق بالرهن كان للدائن بعد انقضاء سبعه ايام من تاريخ انذار المدين بالوفاء ان يطلب من المحكمه الاذن له في بيع المال المرهون بطريقة الاستعجال طبقا" لقانون المرافعات المدنية ووفقا" للطريقة التي تعينها المحكمة) [3].

وبالرجوع الى قانون المرافعات المدنيه العراقي رقم 83 لسنه 1969 نجد ان الماده (150) منه تنص ((يقدم الطلب المستعجل بعريضة يبلغ فيها الخصم قبل الجلسة المحدده باربع وعشرين ساعه على الاقل ، ويرفق بها ما يعزز طلبه من المستندات ، وتصدر المحكمة قرارها بشأن الطلب خلال مده لا تتجاوز سبعه ايام ....)) . ومن قراءة النصوص اعلاه يتضح ان اجراءات التنفيذ على الاسهم المرهونه تتمثل بما يأتي:

1 - انذار المساهم الراهن بالوفاء اذا لم يقم بالدفع عند حلول اجل الدين .

2- بعد سبعه ايام من تاريخ الانذار بالوفاء يكون للمرتهن ان يطلب ، بعريضة تقدم الى قاضي الامور المستعجلة ، الامر ببيع الاسهم المرهونه كلها او بعضها.[4]

---

(1)- بالرجوع الى الماده (1299) نجدها تنص على ((للمرتهن ان يستوفي حقه في العقار المرهون رهنا تأمينا وفقا للاجراءات المقررة لذلك واذا لم يف العقار بحقه ، فله ان يستوفي مابقي له كدائن عادي من سائر اموال المدين)). انظر الفقرة الاولى من الماده (1051) مدني مصري ، والماده (1397) مدني اردني والماده (101) لبناني ، والماده (1055) مدني سوري والماده (1055) مدني ليبي .

(2)- انظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهه القانونيه ، مصدر سابق ، ص 671. كذلك انظر د. علي البارودي : دروس في العقود التجاريه ، مصدر سابق ، ص 109 . كذلك انظر د. يعقوب يوسف صرخوه : مصدر سابق ، ص 288.

(3) - يقابلها في التشريعات المقارنة الماده (231) تجاري كويتي ، والماده (78) تجاري مصري والماده (16) من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 46 ، والماده (247) تجاري فرنسي ، والفقرة الاولى من الماده (67) تجاري اردني .

(4)- في حين تكون المده في القانون المصري والكويتي (ثلاثه ايام من تاريخ التنبيه على المدين بالوفاء) بينما في القانون التونسي والفرنسي تكون المده المطلوبه هي (ثمانيه ايام) .انظر د. يعقوب يوسف صرخوه : المصدر السابق ، ص 289 .

3- تصدر المحكمة قرارها خلال مده لا تتجاوز سبعه ايام .

4- يخضع القرار الصادر من القضاء المستعجل للنفاذ المعجل بقوة القانون وفقا" للمادة (165 مرافعات مدنيه) .[1]

5- تعين المحكمة طريقة بيع الاسهم وغالبا" ما تكون بسعرها في البورصة او بالمزاد العلني ، مع ضرورة بيان المكان الذي يجري فيه البيع وتاريخه وساعته [2] .

يتبين من ذلك انه اذا حل اجل الدين ولم يقم المدين بايفائه ، حق للدائن المرتهن ان ينفذ على الاسهم المرهونه لاستيفاء الدين من ثمنه بالافضلية على غيره من الدائنين . [3]

كما تجدر الاشاره الى انه في الحاله التي يكون فيها الرهن مقررا" على عدة اموال ، يزيد مجموع قيمتها على مبلغ الدين المضمون وملحقاته من فوائد ونفقات ، يكون من حق الدائن ان يعين المال الذي يجري عليه البيع مالم يتفق على غير ذلك ، وفي جميع الاحوال لا يجوز ان يشمل البيع الا ما يكفي للوفاء بحق الدائن المرتهن .[4]

والذي يمكن ملاحظته هنا ان المشرع العراقي كان موفقا" عندما اتخذ مسلكا" وسطا"،[5] بين ما تقضي به الاحكام المدنية – اي استصدار حكم بالدين على المدين ثم التنفيذ عليه كما بينا فيما سبق – وبين ما يتطلبه التقنين التجاري الفرنسي في الماده (93) منه ، والذي يجيز للدائن المرتهن ان ينفذ على الشيء المرهون دون حاجه لسند تنفيذي او أي تدخل من القضاء عن طريق بيع الشيء المرهون بيعا" علنيا" بمجرد انقضاء ثمانية ايام من تاريخ تنبيه المدين بالوفاء . [6]

---

(1) - وفقاً للقانون الكويتي و المصري لايجوز تنفيذ الامر الصادر من المحكمة ببيع الشيء المرهون الا بعد انقضاء خمسه ايام من تاريخ تبليغه الى المدين او الكفيل العيني ان وجد . انظر الماده (232) تجاري كويتي والماده (78) تجاري مصري .

(2)- انظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهه القانونيه ،مصدر سابق ، ص 671. كذلك القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 268. كذلك انظر د. علي البارودي : دروس في العقود التجاريه ، مصدر سابق ، ص 109. كذلك انظر د. علي حسن يونس : العقود التجاريه ، مصدر سابق ، ص77 .

(3)- انظر الفقرة الثانيه الماده (193) تجاره عراقي التي تنص ((يستوفي الدائن المرتهن ، مقدما في ذلك على سائر الدائنين العاديين ، ماله من دين وفوائد ومصاريف من ثمن البيع)).

(4)- انظر الماده (194) من قانون التجاره العراقي التي تنص ((اذا ورد الرهن على عدة اموال كان من حق الدائن المرتهن ان يعين المال الذي يجري عليه البيع مالم يكن قد اتفق مع المدين على غير ذلك في عقد الرهن ، وفي جميع الاحوال لايجوز ان يشمل البيع الا مايكفي للوفاء بحق الدائن)) .

(5)- وهو مسلك القانون التجاري المصري الماده (78) منه ، والكويتي الماده (231) تجاري ، واللبناني الماده (18) من المرسوم الاشتراعي رقم 46.

(6)- يقترب موقف القانون الانجليزي من موقف المشرع الفرنسي ، إذ يلزم الاول ان يكون الرهن القانوني في وثيقه بالاضافه الى قيده ، وتعطي هذه الوثيقه الحق للدائن المرتهن في بيع الاسهم في حاله التقصير من جانب المدين الراهن . اما

وهذا المسلك الوسط يتم عن طريق سند تنفيذي الا انه سند مبسط مقارنه بالحكم الصادر في الدعوى ، كما انه يمكن القاضي من فرض رقابته على البيع وتعيين شروطه ، بما يوفر الحماية للراهن ويدفع عنه خطر سوء تصرف المرتهن ولذلك يتعين على الدائن المرتهن ان يتقيد في البيع بالطريقة او الشروط التي عينها له القاضي . [1]

يخلص لنا مما تقدم ان التنفيذ على الاسهم المرهونه عند حلول الاجل وعدم الايفاء ، حق للدائن المرتهن . وعليه اذا ما امتنع الراهن عن الوفاء عند حلول الاجل او عدم قدرته عليه ، فانه لا يجوز مساءلة الدائن المرتهن لانه لم يستعمل حقه في التنفيذ ، [2] ولكن بالرغم من ذلك يكون الدائن المرتهن ملزما" بالتنفيذ ويسأل عن عدم تنفيذه على محل الرهن في حالتين :

الاولى / اذا طلب الراهن من الدائن المرتهن ان ينفذ على محل الرهن ولكن الاخير توانى عن التنفيذ ، فهنا يجوز مساءلته عن الضرر الذي حصل بسبب تأخره.

اما الحاله الثانيه / اذا كان محل الرهن مما يمكن اصابته بنقص محسوس في قيمته (كما لو اتضح ان الشركه المعنيه على وشك اصابتها بخسارة كبيره قد تؤدي الى انخفاض قيمة اسهمها) وتأخر الدائن المرتهن في بيع الاسهم المرهونه . ففي هاتين الحالتين فقط يسأل الدائن عن عدم اتخاذ اجراءات التنفيذ في الوقت المناسب منعاً لوقوع الضرر . [3]

غلق الرهن

قد يحصل ان يتفق المرتهن مع الراهن ، مدينا كان ام كفيلا" عينيا" ، على تملك الاسهم المرهونه عند عدم ايفاء الاخير بالدين المضمون بالرهن ، وهذا التملك قد يكون بنفس ثمن الدين المستحق او بثمن معين ، ويسمى هذا الشرط بشرط التملك عند عدم الوفاء [4].

ولقد اكد المشرع العراقي على ان هذا الشرط باطلٌ ومخالفٌ للنظام العام ، حينما نص في الماده (196) من قانون التجارة على انه ((يبطل كل شرط في عقد الرهن او كل اتفاق بعد انعقاده يعطي الدائن المرتهن في حاله عدم استيفاء الدين عند حلول اجله الحق في تملك المرهون او بيعه دون مراعاة الاحكام المنصوص عليها من الماده (193) من هذا القانون)).[5]

صاحب الرهن العادل (الذي يقبل تحويلا" على بياض وشهاده على سبيل الضمان) فيمكنه ان يبيع الاسهم محل الرهن في الميعاد المتفق عليه او بعد مده معقوله اذا لـم يكن هنالك اتفاق.للتفصيل انظر د. يعقوب يوسف صرخوه : مصدر سابق، ص 292.

(1)- انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 612.

(2) - انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 201 .

(3) - انظر سماهر محمد علي عبد الله : مصدر سابق ، ص 116. كذلك د. سليمان مرقس : مصدر سابق ، ص 432.

(4)- انظر د. علي البارودي : دروس في العقود التجاريه ، مصدر سابق ، ص 109. كذلك د. يعقوب يوسف صرخوه : مصدر سابق ، ص 290. كذلك د. محمد طه البشير : مصدر سابق ،ص 224.

(5)- انظر الماده (79) تجاري مصري ، والماده (237) تجاري كويتي والماده (4/93) تجاري فرنسي ، والماده (67)

فالنص صريح وواضح على اعتبار هذا الشرط باطلا" ، وبغض النظر عن الثمن الذي اتفق عليه المتعاقدان .[1]

والحكمه من تقرير هذا البطلان ، هي حماية المدين من المرابين الذين لا يتورعون عن استغلال حاجته الماسة الى المال ، فيشترطون عليه تنازل عن ملكيه اسهمه لمصلحتهم اذا لم يدفع الدين بالاستحقاق . وقد يضطر المساهم الراهن الى الاذعان لهذا الشرط مكرها" بالرغم من ان قيمة الاسهم تفوق قيمة الدين المضمون . الامر الذي يلحق بالمدين الراهن ضرر . [2]

وهذا الشرط قد يرد في عقد الرهن نفسه او بعد فترة من ابرام العقد .[3]

ومهما كان الوقت الذي اتفق فيه الطرفان على وضع مثل هذا الشرط فانه لا يؤثر على عقد الرهن فيبقى العقد صحيحا" والشرط باطلا" .[4]

ومع ذلك فان هذا الشرط قد يؤثر على عقد الرهن ويبطله في حاله ما اذا اثبت الدائن المرتهن ان هذا الشرط هو الدافع لابرام عقد الرهن ولولاه لما ابرم العقد. [5]

ولكن مما لاشك فيه انه يجوز للدائن المرتهن عند ممارسته للاجراءات المقررة قانونا" ان يدخل في المزاد وان يشتري الاسهم المرهونه كاي شخص اخر ، عند رغبته في تملكها .[6]

وتجدر الاشاره الى انه هنالك حاله واحده يكون فيها هذا الشرط صحيحا" ، هي اذا اتفق عليه

تجاري اردني .خلافاً لذلك فقد اجاز القانون الانجليزي للدائن المرتهن ان يطلب من المحكمة غلق الرهن (**Foreclosure**) وذلك عندما يمتنع المدين الراهن عند تسديد الدين . واذا وافقت المحكمة على هذا الطلب يحرم المدين من فك الرهن ويؤول= =المال المرهون الى المرتهن وفاء لحقه ..انظر.**Smithand keenans , op.cit.p.444**، اشار اليه د. علي العبيدي : مصدر سابق ،ص 352.

(1) - انظر علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهه القانونيه ، مصدر سابق ، ص 671. كذلك انظر د. محمد حسين اسماعيل : القانون التجاري الاردني ، مصدر سابق ، ص 266.

(2)- انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 272.

(3) - انظر الماده (1301) والتي تحيلنا اليها الفقرة الثانيه من الماده (1341) مدني عراقي التي تنص ((لايغلق الرهن ، فيقع باطلا" كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول اجله في ان يتملك العقار المرهون رهنا تأمينيا" بالدين ، او اي ثمن كان ، او في بيعه دون مراعاه الاجراءات التي فرضها القانون حتى لو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن)) . تقابلها في التشريعات الاخرى الماده (1398) مدني اردني ، الماده (1061) مدني سوري الماده (1112) مدني ليبي ، الماده (101) من قانون الملكيه العقاريه اللبناني ، الماده (992) مدني كويتي ، الماده (903) مدني جزائري .

(4) - انظر د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 78. كذلك د. السنهوري : الوسيط ، جزء 10 ، مصدر ســـــابق ، ص 840.

(5) - انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 614.

(6) - انظر د. سليمان مرقس : التأمينات العينيه ، مصدر سابق ، 433.

الراهن والمرتهن بعد حلول اجل الدين او قسط منه ، إذ يجوز للمساهم الراهن هنا ان ينزل للمرتهن عن

الاسهم المرهونه او جزء منها وفاء للدين ،[1] ذلك لان المدين الراهن لا يكون مضطرا" في هذه الحاله ، للقبول بتملك الدائن المرتهن لهذه الاسهم المرهونه دون اللجوء الى البيع ، فتنقضي بذلك مظنة الاستغلال .[2]

واخيرا" يمكن ان نذكر ان بعض التشريعات المقارنة قد اعطت للمرتهن ، عند عدم ايفاء الراهن للدين عند الاستحقاق ، حق تملك الاسهم المرهونه او جزء منها بقيمتها وفقا" لتقدير الخبراء ،[3] إذ ان تدخل القاضي هنا يحقق الحمايه الكافيه للمدين الراهن .[4]

وعليه يكون للدائن المرتهن الخيار بين بيع الاسهم المرهونه بالمزاد العلني او بسعره في البورصه وبين تملكها بقيمتها التي يحددها الخبراء ،[5] في حين ان هذا الخيار غير موجود في التشريع العراقي ، اذ ليس امام المرتهن الا التنفيذ على الاسهم المرهونه وفقا" لما تم توضيحه .

اما فيما يتعلق بشرط بيع الاسهم المرهونه دون اتباع الاجراءات التي فرضها القانون ، وهو ما يسمى بشرط الطريق الممهد ، فانه تنطبق عليه نفس الاحكام المترتبة على شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء المبينة سلفا" .[6]

ولكن اذا كان الدائن المرتهن لا يحق له تملك الاسهم المرهونه او بيعها دون اتباع الاجراءات المنصوص عليها قانونا" فان ذلك لا ينفي حقه في النزول عن الرهن للغير بمقابل او بدون مقابل ،[7] وهذا ما سيتم توضيحه في الفصل الاخير من الرساله .

ثانيا"/ حق بيع الاسهم قبل الاستحقاق

---

(1) – انظر يعقوب يوسف صرخوه : مصدر سابق، ص 291 . كذلك د. منصور مصطفى منصور : مصدر سابق، ص 138 .

(2) - انظر د. علي جمال الدين عوض : العقود التجاريه ، مصدر سابق ، ص 112. كذلك انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 273.

(3) - انظر الفقرة الثانيه من الماده (1121) مدني مصري التي تنص ((ويجوز له ان يطلب من القاضي ان يأمر بتمليكه الشيء وفاءً للدين على ان يحتسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء)). كذلك انظر الفقرة الثانيه من الماده (237) تجاره كويتي والماده (2078) مدني فرنسي . والماده (16) من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 46.

(4) - انظر د.علي البارودي : دروس في العقود التجاريه : مصدر سابق ، ص111.

(5) - انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : المصدر السابق ، ص 271. كذلك د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونيه : مصدر سابق ، ص 671.

(6)- انظر د. خالد الشاوي : مصدر سابق ، ص 324. كذلك انظر د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 224.

(7) - انظر الماده (1302) مدني عراقي الخاصة بالرهن التأميني والتي تحيلنا اليها الفقرة الثانيه من الماده (1341) وتنص ((يجوز للمرتهن ان ينزل لاخر عن الدين الذي له مع الرهن التأميني الذي يضمن هذا الدين ....)).

في الاصل انه لايجوزللدائن المرتهن ان يطالب ببيع الاسهم المرهونه الا اذا استحق دينه ولم يبادر المساهم الراهن الى ايفائه [1] .

واستثناءً اجاز قانون التجاره العراقي للدائن المرتهن الخروج على هذه القاعده ، حينما نصت الماده (195 منه) على انه (اذا تعرض المرهون للهلاك او التلف او اصبحت صيانته تستلزم نفقات باهضه ولم يشأ المدين ان يقدم مالاً اخر بدله جاز للدائن ان يطلب من المحكمه الاذن له في بيعه وينتقل الرهن في هذه الحاله الى الثمن الناتج من البيع) . [2]

إذ يلاحظ ان المشرع قد اجاز للمرتهن ان يطلب من المحكمه بيع الاسهم المرهونه قبل حلول اجل دينه المضمون بالرهن ، وذلك حينما تكون هذه الاسهم عرضة للهلاك او نقص القيمه، [3] اذ ان هنالك عوامل عديده من شأنها ان تؤدي الى انخفاض قيمة الاسهم كالحاله السياسيه للبلد وخطط التنميه الاقتصاديه المتبعه فيه او آلية العرض والطلب بان تتجه الشركه التي اصدرت الاسهم الى زيادة المعروض منها في البورصه مقابل قلة الطلب عليها ، فقد تؤدي مثل هذه العوامل الى انخفاض قيمة الاسهم المرهونه وبالتالي انخفاض ضمان الدائن المرتهن . ولهذا يكون على المساهم الراهن في هذه الحاله ان يقدم تأميناً اخر يقبل به المرتهن ، فان لم يفعل الاول ذلك يصبح من حق الاخير ان يطلب بيع الاسهم محل الرهن لاستيفاء حقه . ومما لاشك فيه انه يتبع هنا الاجراءات نفسها المشار اليها فيما سبق بخصوص بيع الاسهم المرهونه عند حلول اجل

---

(1)- انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 269 . كذلك د . نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 215 .

(2)- انظر كذلك الماده (128) تجاري مصري . في حين لم يرد نص مماثل في قانون التجاره الاردني ، ولكن الماده (1390) مدني اردني تقضي بالحكم نفسه ، كذلك الماده (1040) مدني سوري .

(3)- ومما يمكن ذكره ان هنالك حاله اخرى اجاز قانون التجاره العراقي فيها خروج الدائن المرتهن على الاصل ، أي بيع المرهون قبل حلول اجله ، الا ان هذه الحاله اصبح من غير الممكن تطبيقها على الاسهم المرهونه بسبب التعديل رقم 64 لسنة 2004 الذي طرأ على قانون الشركات العراقي رقم 21لسنة 1997 . اذ كانت الماده (48 – ثانياً) من قانون الشركات العراقي قبل التعديل تسمح للمساهم ان يدفع المتبقي من قيمة الاسهم المكتتب بها في مرحلة التأسيس على شكل اقساط تسدد خلال مده لاتزيد على اربع سنوات من تاريخ تأسيس الشركه . وبالتالي ووفقاً للماده (200) تجاري التي تنص على انه (اذا لم تكن القيمه الكامله للورقه الماليه او لاي مستند تجاري اخر قد دفعت وقت تقديمه للرهن وجب على المدين عند مطالبته بالجزء غير المدفوع ان يبادر الى تسديده قبل ميعاد استحقاقه بيومين على الاقل والاجاز للدائن المرتهن ان يطلب من المحكمه الاذن له في بيع المستند ويدفع من الثمن الناتج من البيع الجزء الغير مدفوع ويحتفظ بالباقي ضماناً لدينه) يكون على المساهم اذا ما رهن اسهمه ان يبادر الى دفع القسط قبل يومين من تأريخ استحقاقه ، وبعكس ذلك يكون من حق المرتهن ان يطلب من المحمكه بيع هذه الاسهم رغم عدم حلول اجل دينه المضمون ، على ان يقوم المرتهن في هذه الحاله بدفع القسط المستحق للشركه من ثمن الاسهم المبيعه ويحتفظ بما تبقى ضماناً لدينه الى حين حلول اجله .

ولكن بموجب التعديل اصبحت الماده (48 – 2) تنص على انه (يتطلب الاكتتاب في اسهم احد الشركات المساهمه تسديد قيمة الاسهم الصادره بالكامل ...) . وبالتالي يكون واضحاً ان حكم الماده (200 تجاري عراقي) لايطبق على رهن الاسهم في ظل هذا التعديل .

الدين المضمون وعدم ايفائه من قبل المساهم الراهن او عدم قدرته على ذلك . [1]
وتجدر الاشاره الى ان الدائن المرتهن يبقى محتفظاً في هذه الحاله بثمن الاسهم المبيعه ، إذ يحل هذا الثمن محل الاسهم المرهونه في ضمان الدين ويبقى مخصصاً لوفاء هذا الدين لحين حلول اجله [2].

الفرع الثاني / التزامات المرتهن

قدمنا ان القانون يمنح الدائن المرتهن حيازة الاسهم المرهونه حتى انقضاء الرهن ، وهو مقابل ذلك يفرض عليه في الوقت نفسه التزامات ، يمنع من خلالها الحاق الضرر بالراهن لتخليه عن حيازة شهادة الاسهم الى الدائن المرتهن . كما انه اذا كانت الحيازه بيد العدل التزم بنفس الالتزامات التي تترتب على المرتهن وعندئذ يصبح المرتهن في حل من الالتزامات التي تترتب بذمته لانها سوف تنتقل الى هذا العدل .وقبل ان نبين هذه الالتزامات لابد من التنويه الى ان قانون الشركات العراقي لم ينص عليها ولذلك يتم الرجوع لتوضيح هذه الالتزامات الى القواعد العامه في الرهن الحيازي . وتتمثل هذه الالتزامات بما يأتي :

اولا" / الالتزام بحفظ الاسهم المرهونه

لقد جاءت الفقرة الاولى من الماده (1338) من القانون المدني العراقي بالنص ((على المرتهن ان يبذل في حفظ المرهون رهنا حيازيا" وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وان يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه وان يدفع ما يستحق عليه من ضرائب وتكاليف على ان يرجع بذلك على الراهن وهو مسؤول عن هلاكه كلا او بعضا" مالم يثبت ان ذلك يرجع لسبب اجنبي لايد له فيه)) . [3]

وقبل ان نتكلم عن هذا الالتزام لابد من توضيح طبيعته ، أي هل ان التزام الدائن المرتهن بحفظ الاسهم التزام بوسيلة ام التزام بنتيجة ؟ لقد اختلف الفقه بهذا الخصوص ، اذا اعتبر جانب من الفقه ان هذا الالتزام هو التزام بنتيجه ، باعتبار ان الدائن المرتهن يكون مسؤول عن الهلاك او التلف او التعيب حتى ولو لم يثبت الراهن ان المرتهن لم يبذل عناية الرجل المعتاد ، إذ ان الاخير ملتزم برد الاسهم المرهونه الى الراهن عند انتهاء الرهن ، وليس له ان يتحلل من هذه المسؤولية الا اذا اثبت ان الهلاك او التلف قد حصل نتيجة

---

(1)- راجع ص 82- 83 من الرساله .

(2)- انظر سلام منعم مشعل : مصدر سابق ، ص 109 . وهو ايضاً حكم الماده (327) من قانون التجاره المصري . للتفصيل انظر د. محمد شتا ابو سعيد : التعليق على قانون التجاره الجديد ، الاسكندريه ، دار الفكر العربي ، 2000 ، ص 1064 .

(3)- يقابلها في التشريعات المدينه المقارنة الماده (1103) مصري ، والماده (1107) ليبي ، والفقرة الاولى من الماده (1066) سوري والماده(8) من المرسوم الاشتراعي اللبناني ، والماده (1391) اردني.

لسبب اجنبي لايد له فيه .[1]

ولكن يرد على هذا الرأي ان الالتزام لايكون التزاما" بنتيجة الا اذا تحمل فيه المدين تبعه الحادث المفاجئ او السبب الاجنبي . والامر غير ذلك بالنسبة للدائن المرتهن حسب نصوص القوانين .[2]

فهو كما رأينا يلتزم في ان يبذل في حفظ الاسهم المرهونه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد . والتزامه على هذا النحو هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجه . ومع ذلك فليس هنالك ثمة ما يمنع من الاتفاق على جعل المرتهن مسؤولا" عن الهلاك او التلف في جميع الاحوال ، وفي هذه الصورة فقط يصبح التزام الدائن المرتهن التزاما" بنتيجه .[3]

وهذا الرد هو ما ذهب اليه الرأي الاخر من الفقه – وهو الرأي الاقرب الى الصواب – من ان التزام الدائن المرتهن بحفظ الاسهم المرهونه هو التزام بوسيله ، فعليه ان يبذل عناية الرجل المعتاد ليعتبر انه قد اوفى بالتزامه .[4]

ولكن اذا كان هذا هو الحال ، فما هي درجه العناية اللازمة لحفظ الاسهم المرهونه ؟

اجابت الماده (1338) مدني عراقي ان العناية اللازمة هي عناية الرجل المعتاد . وعليه اذا كان المرتهن معروفا" بالحيطة والحذر ويزيد على الشخص العادي في العناية بشؤونه فلا يتطلب منه هذه العنايه لانها تزيد عن عناية الشخص العادي ، اما اذا كان معروفا" بالاهمال وعدم الحيطة فلا تكفي هذه العنايه لانها تقل عن عناية الرجل العادي ، فالمطلوب هو عناية الرجل العادي لا اكثر ولا اقل .[5]

غير انه من البديهي ان درجه العناية تختلف باختلاف الاحوال والظروف فالمعيار هنا هو معيار

---

(1)– انظر د. شمس الدين الوكيل : مصدر سابق ، ص 153. كذلك د. منصور مصطفى منصور : مصدر سابق ، ص224. كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 589. كذلك د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق ، ص 403.

(2) - انظر نهايه الماده (1338) مدني عراقي التي تنص ((... وهو مسؤول عن هلاكه كلا او بعضا مالم يثبت ان ذلك يرجع لسبب اجنبي لايد له فيه)) وكذلك النصوص المقابله لها المشار اليها اعلاه .

(3) - انظر د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 226. كذلك انظر سماهر محمد علي عبد الله : مصدر سابق ، ص 119.

(4)- انظر د. احمد سلامه : الرهن الطليق للمنقول ، مصدر سابق ، ص 49. كذلك انظر د. صلاح الدين الناهي : الوجيز في التأمينات الشخصيه والعينيه ، مصدر سابق ، ص 145.

(5) - تجدر الاشاره الى ان درجه العناية المطلوبه وفقا" لمشروع القانون المدني العراقي الجديد اعلى نسبيا" مما هي عليه في القانون النافذ ، فعنايه المرتهن وفقا" لاحكام المشروع هي عنايته الخاصة باموالاه اذا كان معروفا" بالحيطه وتدبير اموره ، فاذا كان المرتهن يزيد على الشخص المعتاد في عنايته بشؤونه يطلب منه كل هذه العناية في المحافظه على المرهون ، دون ان تنزل درجه العناية عن عناية الرجل المعتاد . انظر الماده (919) من المشروع إذ تنص ((اذا كان المرهون منقولا" تسلمه الدائن المرتهن فعليه ان يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله في المحافظه على امواله الخاصة دون ان ينزل في ذلك عن عناية الشخص المعتاد ...)). للتفصيل انظر القاضي حسن ابراهيم حسن الحميري : مصدر سابق ، ص 139.

موضوعي وليس شخصي وتقدير ذلك متروك لقاضي الموضوع فهو الذي يقرر ما اذا كان الدائن مقصرا" في تنفيذ التزامه ام لا .[1]

وبما اننا امام اسهم مرهونة فانه يدخل في مضمون الالتزام بالحفظ واجب الدائن المرتهن في المبادرة باخطار الراهن بكل خطر يمكن ان يهدد هذه الاسهم من هلاك او تلف او نقص في القيمة ، والا عد مسؤولا" ، [2] الا اذا اثبت ان الهلاك او التلف او نقص القيمة قد حصل قضاء وقدرا" او بخطأ الراهن او الغير .[3]

وهذا ما ذهب اليه القضاء العراقي إذ جاء قرار محكمه التمييز بالقول :

((اذ ثبت بالكشف ان مصرف الرهون قام بحفظ المرهون وبذل من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وان الضرر حصل بفعل الغير فتسرب الماء الى سقف السرداب من الاملاك المجاوره والشقة التي فوقه فان هذا السبب الاجنبي تنتفي معه مسؤولية المصرف وينتقل حق المطالبة بالتعويض على الاشخاص الذين ثبت وقوع الضرر بسببهم)).[4]

كما يدخل ايضا" في مضمون الالتزام بحفظ الاسهم المرهونه حفظها في مكان امين ، ذلك لانها في حوزة المرتهن وبالتالي يكون ضياعها او سرقتها عليه .[5]

ومن البديهي ان تكون نفقات ابلاغ الشركه بالسرقة او الضياع ونشر ذلك في الصحف واستصدار شهادات اسهم جديده بدل التالفة او الضائعة تكون على المرتهن .[6]

على ان النفقات او المصاريف التي ينفقها الدائن المرتهن للمحافظة على الاسهم المرهونه ، كما لو كانت شهادة الاسهم تالفة وقام باستصدار شهادة اسهم جديدة – بدل تالف – على نفقته ، فانه يرجع بها على

---

(1)- انظر د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 203-204. كذلك د. احمد سلامه : دروس في التأمينات المدنيه ، مصدر سابق ، ص 375. كذلك د. السنهوري : الوسيط ، جزء 10 ، مصدر سابق ، ص 810. كذلك د. منصور مصطفى منصور : مصدر سابق ، ص 220.

(2)- انظر الفقرة الثانيه من الماده (1338) مدني عراقي التي تنص ((واذا كان المرهون مهددا" بان يصيبه هلاك او نقص في القيمة ، وجب على المرتهن ان يبادر باعلان الراهن بذلك والا كان مسؤولا" ...)). تقابلها الماده (235) مدني تونسي ، في حين لم يرد في نصوص القوانين المدنيه الاخرى مثل هذا النص ، كالمصري والكويتي والسوري والاردني والجزائري .

(3)- انظر الفقرة الاولى من الماده اعلاه من القانون المدني العراقي التي تنص ((... وهو مسؤول عن هلاكه كلا او بعضا مالم يثبت ان ذلك يرجع لسبب اجنبي لايد له فيه)). تقابلها الماده (1037) مدني كويتي ، والماده (955) مدني جزائري والماده (1103) مدني مصري ، والماده (1391) مدني اردني ، والماده (1120) مدني ليبي .

(4)- رقم القرار 1874/ حقوقيه /63في 1963/12/22 . منشورفي مؤلف القاضي : ابراهيم المشاهدي : المبادئ القانونيه في قضاء محكمه التمييز ، مصدر سابق ص361.

(5) - انظر د. يعقوب يوسف صرخوه : مصدر سابق ، ص 311.

(6)- انظر د. حسني المصري :مصدر سابق ، ص 238.

المساهم الراهن .[1]

وتجدر الاشاره الى ان ما جاءت به الفقرة الاولى من الماده (1338) مدني عراقي حينما نصت ((... وان يدفع ما يستحق عليه من ضرائب ...)) باعتبار ان الدائن المرتهن ملزم من اجل المحافظة على المرهون بدفع ما يستحق عليه من ضرائب يرجع بها في النهاية على الراهن . فانه يجب ان نؤكد هنا ان المرتهن في رهن الاسهم في حل من هذا الالتزام . ذلك ان المشرع العراقي – وحسناً فعل - قد ذهب الى ان الضرائب تفرض على الشركه مباشرة " ، اي قبل توزيع الارباح على المساهمين .[2]

وعليه تكون هذه المبالغ خالصه من الضريبه ، لانها شملت اصلا" بها وقبل وصولها الى من له حق تسلمها من المساهمين او الدائنيين المرتهنيين في حاله الرهن ، وذلك منعا" للازدواج الضريبي .[3]

ويدخل ايضا" في مضمون هذا الالتزام ، عدم جواز تصرف المرتهن بالاسهم المرهونه بالبيع او ترتيب حق عيني اخر عليه ، فتصرفاته هذه غير نافذه في حق المساهم الراهن وله ان يسترد كل الاسهم المرهونه في اي يد تكون، ذلك لان الرهن الحيازي لاينقل الملكيه بل تبقى للراهن .الا اذا تمسك الحائز بقاعده الحيازه في المنقول سند الملكيه . وفي هذه الاحوال يعتبر الدائن المرتهن مخلا" بالالتزام الذي نحن بصدده .[4]

و مما ينبغي توضيحه ان للدائن المرتهن ان يحافظ على الاسهم المرهونه بنفسه اوان يأتمنها تحت يد عدل يلتزم ببذل عناية الرجل العادي في الحفظ اذا تقاضى اجرا" عن ذلك ، اما اذا لم يتقاضى شيء فانه يلتزم بعناية المتفضل فلا يكلف باكثر من عنايته باحواله الشخصية .[5]

واخيرا" يمكن التأكيد على انه اذا اخل الدائن المرتهن في تنفيذ التزامه بحفظ الاسهم المرهونه فانه يكون مسؤولا" عن تبعية هذا الاخلال .[6]

---

(1) - انظر د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق ، ص 154 . كذلك د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 528. كذلك القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 277. كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 588.

(2)- انظر فلوريدا حميد العامري : الشرح النظري والعملي لقانون الشركات رقم 36 لسنه 1983، بغداد ، شركه التايمس للطبع والنشرالمساهمة ، 1986، ص 42.

(3)- وهذا الحكم نفسه في حاله توزيع الارباح التي تحققها الشركه على شكل اسهم للمساهمين كل قدر مساهمته . ويتشابه موقف الادارة المالية المصريه والفرنسيه من هذا الحكم ، بخلاف ما تذهب اليه المحاكم الانجليزيه من عدم فرض الضريبه على الارباح الموزعه على شكل اسهم للمساهمين بحجة انهم حازوا على اسهم بدلا" من حصتهم في الارباح . انظر استاذنا د. كمال عبد حامد ال زياره : محاضرات القاها على طلبه الماجستير بكليه القانون – جامعة بابل ، للعام الدراسي 2002-2003 .

(4)- انظر د. شفيق شحاته : مصدر سابق ، ص 587. كذلك د. احمد سلامه : دروس في التأمينات المدنيه، مصدر سابق ، ص 376.

(5) - انظر د. محمد لبيب شنب : المصدر السابق ، ص 155. كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي : المصدر السابق ، ص 586.

(6) - انظر د.عدنان احمد ولي العزاوي : الرهن التجاري ، مصدر سابق ، ص 75. كذلك القاضي حسين عبد اللطيف

وبما ان المسؤولية هنا مسؤولية تعاقديه فانه طبقا" للقواعد العامه ، يقع على المرتهن الذي لم ينفذ التزامه او يخل به تعويض المساهم الراهن عما اصابه من ضرر .[1]

وليس في وسع الدائن المرتهن، كي يتخلص من مسؤولية هلاك الاسهم المرهونه او ضياعها او تلفها او نقص قيمتها ، ان يثبت انه قد بذل في سبيل تنفيذ التزامه عناية الشخص المعتاد ، اي ان ينفي عن نفسه الخطأ والتقصير ، وانما عليه عبء اثبات السبب الاجنبي الذي نتج عنه ذلك والذي لايد له في وقوعه .[2] ويعد هذا دون شك تشدد من جانب المشرع العراقي في نفي المسؤوليه عن المرتهن الذي يحوز الاسهم محل الرهن .

ثانيا"/ الالتزام باداره الاسهم واستثمارها

ان انتقال الاسهم المرهونه من الراهن الى الدائن المرتهن وحبسها تحت يده يلزمه ان يقوم بادارتها واستثمارها ،[3] وفي ذلك مصلحه لكل منهما فمن مصلحة المساهم الراهن ان لا يؤدي رهن اسهمه الى جعلها عقيمة ويحرمه من فوائدها وارباحها ، ومن مصلحه الدائن المرتهن ان يستوفي حقه من هذه الفوائد والارباح فيستغني بذلك عن التنفيذ الجبري على الاسهم في حالة عدم ايفاء المساهم الراهن دينه عند حلول الاجل ، وكذلك لكي يكفي ماحصل عليه المرتهن من فوائد وارباح مضافة الى قيمة الاسهم المرهونه لوفاء دينه المضمون وخاصة في الاحوال التي تصبح فيها قيمة الاسهم المرهونه اقل من مبلغ الدين ،[4] وعليه سنتطرق الى مسأله ادارة الاسهم المرهونه ثم نتناول استثمارها .

1- ادارة الاسهم المرهونه

لقد نصت الماده (191) من قانون التجارة العراقي بانه ((على الدائن المرتهن ان يستعمل لحساب المدين جميع الحقوق والاجراءات المتعلقة بالمرهون ....)) ،[5] ومما لاشك فيه ان من هذه الحقوق التي يلتزم المرتهن بممارستها هي ادارة الاسهم المرهونه ، ذلك الالتزام الذي اكدته صراحة الفقره الاولى من الماده (1339) مدني عراقي حينما نصت ((يتولى المرتهن ادارة المرهون رهناً حيازيا" ، وليس له ان يتصرف فيه ببيع او برهن . وعليه ان يبذل في ادارته من العناية مايبذله الرجل المعتاد، وليس له ان يغير

حمدان : المصدر السابق ، ص 209-211.

(1) - انظر الماده (168) من القانون المدني العراقي التي تنص ((اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لايد له فيه ...)). انظر نص الماده (2) من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 46. وللتفصيل انظر د.عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء 10 ، مصدر سابق ، ص 815.

(2)- انظر د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 226 . كذلك انظر د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق ، ص 403.

(3) - انظر د. اكرم ياملكي – د. فائق الشماع : القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص 341.

(4) - انظر د. شفيق شحاته : مصدر سابق ، ص 136. كذلك د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق ، ص 175.

(5) - تقابلها الفقرة الاولى من الماده (65) من قانون التجاره الاردني . كذلك الماده (111) من قانون الشركات البحريني .

في طريقة استغلاله الا برضاء الراهن)) .[1]

يتضح مما تقدم ان اساس التزام المرتهن بادارة الاسهم المرهونه هو القانون،اما العدل فان اساس التزامه هو الاتفاق الحاصل بينه وبين الراهن والمرتهن الذين ارتضياه عدلا" .[2]

وينبغي على الدائن المرتهن هنا ان لا يباشر الا الاعمال التي تدخل ضمن حدود ادارته وبما يتفق وطبيعة الاسهم ، اي يديرها الادارة المعتادة المألوفه ، كحضور اجتماعات الهيئة العامه للشركة وقبض الارباح والفوائد نيابة عن الراهن. هذا يعني انه يديرها كما كان يديرها المساهم الراهن قبل ان يسلمها الى المرتهن .[3]

وبالتالي ليس للمرتهن ان يرهن الاسهم مرة اخرى – رغم جواز تعدد الرهون الحيازية على الاسهم محل الرهن من قبل المساهم الراهن – لان ذلك لايدخل ضمن اعمال الادارة بل هو من اعمال التصرف .[4]

اما بشأن درجه العناية المطلوبة في ادارة هذه الاسهم ، فانه وفقا" لما صرحت به الفقرة الاولى من الماده (1339) مدني عراقي سالفه الذكر ، يجب على الدائن المرتهن ان يبذل عناية الرجل المعتاد في ذلك .[5] وحسب ماتم توضيحه عند تحديد درجه العناية المطلوبه لالتزام المرتهن بحفظ الاسهم المرهونه . ويلاحظ ان الدائن المرتهن في الاصل لا يستحق اجرا" عن قيامه باعمال الاداره ، لانها وان كانت التزاما" عليه لمصلحة المساهم الراهن ، فهي تحقق في الوقت نفسه مصلحه المرتهن ، اذ يستوفي حقه من خصم فوائد وارباح الاسهم محل الرهن – وكما بينا فيما سبق – ولكن ذلك ليس من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافه ، اي اعطاء اجر الى الدائن المرتهن عند قيامه بادارة الاسهم محل الرهن ، اما العدل فانه يستحق اجرا" في مقابل عمله مالم يكن متبرعا" .[6]

---

(1) - تقابلها الماده (921) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد ، والماده(1110) مدني ليبي ، والماده (958) مدني جزائري ، والفقرة الاولى من الماده (1106) مدني مصري والفقرة الاولى من الماده (1039) مدني كويتي ، والماده (326) مدني تونسي .

(2)- انظر سماهر محمد علي عبد الله : مصدر سابق ، ص 125.

(3) - انظر د. طالب حسن موسى : رأس مال الشركه المساهمة ، مصدر سابق ، ص 201 .كذلك انظر د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق ، ص 406 . كذلك د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 205 . كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 590.

(4) - انظر د. عدنان احمد ولي العزاوي : الرهن التجاري ، مصدر سابق ، ص 75.

(5)- للتفصيل انظر د. اكرم ياملكي – د. فائق الشماع : القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص 341. كذلك انظر د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهه القانونيه ، مصدر سابق ، ص 675. كذلك د. انور طلبه : مصدر سابق ، ص 816 . وكذلك د. احمد سلامه : دروس في التأمينات المدنيه ، مصدر سابق ، ص 376.

(6) - انظر د. سليمان مرقس : التأمينات العينيه ، مصدر سابق، ص 455. كذلك د. منصور مصطفى منصور : مصدر سابق ، ص 225. كذلك د. نبيل ابراهيم سعد : المصدر السابق ، ص 205 .

ولكن قد تستلزم ادارة الاسهم بعض النفقات ، ومما لاشك فيه ان هذه النفقات تكون على المساهم الراهن ، اي ان المرتهن يرجع بها على الراهن ،[1] وكما تم توضيحه عند بحث التزام الراهن بنفقات العقد.

واخيرا" يثار التساول الاتي : ماهو جزاء اخلال الدائن المرتهن بالتزامه بادارة الاسهم المرهونه ؟ وللاجابه نقول ان الاسهم محل الرهن بيد المرتهن يديرها ليستثمرها ، ويجب عليه ان لا يغلو في تلك الاداره او يهمل فيها بشكل يتجافى مع العناية المتطلبة من الرجل المعتاد . فاذا اخل بالتزامه هذا ، كان طبيعيا" ان يمنح القانون المساهم الراهن من الوسائل مايمكنه من تفادي الخطر الذي يهدد هذه الاسهم [2]، والقانون في هذا السبيل منح المساهم الراهن خيارين بينتهما الفقرة ثانيا" من الماده (1339) مدني عراقي إذ نصت ((فاذا ادار المرهون ادارة سيئه ، او ارتكب في ذلك اهمالا" جسيما" ، كان للراهن ان يطلب وضعه في يد عدل اوان يسترده مقابل دفع ماعليه . وفي الحاله الاخيرة اذا كان الدين الموثق بالرهن ليست له فوائد منفصلة عنه ، ولم يكن قد حل اجله ، فلا يكون للمرتهن الا ما تبقى من الدين بعد خصم قيمة الفائده منه بسعرها القانوني في المده ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين)).[3]

ومن ذلك يتضح ان الخيارين الذين منحهما القانون للمساهم الراهن في هذه الحاله هما :

الاول / ان يطلب نقل الاسهم المرهونه الى يد عدل تعينه المحكمة ، وهنا انتقال الحيازه يكون قضائيا" وليس باتفاق الطرفين لان المحكمة هي التي تعينه .[4]

اما الخيار الثاني / فهو ان يطلب استرداد الاسهم المرهونه وتعجيل الوفاء بالدين ،[5] وكما تم توضيحه عند دراسة حقوق الراهن . كل ذلك مع عدم الاخلال بحق المساهم الراهن في الرجوع على المرتهن بما لحقه من ضرر وفقا" للقواعد العامه .[6]

---

(1)- انظر د. شمس الدين الوكيل : مصدر سابق ، ص 530 . كذلك د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء 10 ، مصدر سابق ، ص 828 .

(2)- انظر د. عدنان احمد ولي : الرهن التجاري ، مصدر سابق ، ص 75.

(3) - يلاحظ ان مشروع القانون المدني العراقي الجديد قد الغى هذين الخيارين إذ نصت الماده (921) منه على ((اذا ادار الدائن المرتهن المرهون ادارة سيئه ، كان للراهن ان يطلب من المحكمة وضعه في يد عدل)) للتفصيل انظر القاضي حسن ابراهيم حسن الحميري : مصدر سابق ، ص 144. وتقابل الماده (2/1339) مدني عراقي كل من الماده (1038) مدني سوري والفقرة الثانيه من الماده (1106) مدني مصري ، والماده (1394) مدني اردني ، والماده (958) مدني جزائري ، والماده (237) مدني تونسي ، والفقرة الثانيه من الماده (1039) مدني كويتي ، والفقرة الاولى من الماده (2082) مدني فرنسي .

(4) - انظر د. شفيق شحاته : مصدر سابق ، ص 69. كذلك د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق ، ص 407.

(5) - للتفصيل انظر د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 227. كذلك د. سليمان مرقس :التأمينات العينيه ، مصدر سابق ، ص 450 .

(6)- انظر د. علي جمال الدين عوض : العقود التجاريه ، مصدر سابق ، ص 108.كذلك د. منصور مصطفى منصور : مصدر سابق ، ص 225. كذلك د.نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 205.

2 - استثمار الاسهم المرهونه

ان واجب الدائن المرتهن في ادارة الشيء المرهون يقتضي انه اذا كان الشيء مثمرا" ان يقوم باستثماره وفقا لما هو مألوف ،[1] وتأسيساً" على ذلك يكون على المرتهن استثمار الاسهم محل الرهن ، كأن يودعها في مصرف بوديعة ثابتة او متحركه .[2]

فالاستثمار ليس حقا" للمرتهن بل هو واجب عليه . والتزام الدائن هذا يجد سنده في القانون إذ تنص الماده (1340) مدني عراقي على ذلك بقولها ((ليس للمرتهن ان ينتفع بالمرهون رهنا حيازيا" دون مقابل وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفادة من استعماله ، يخصم من الدين الموثق بالرهن ولو لم يكن قد حل اجله ...)) .[3]

فان ترك المرتهن الاسهم دون استثمار اولم يستثمرها استثمارا" كاملا" كان مسؤولا" عن تقصيره .[4] وعليه ان يستثمر الاسهم بما يتفق وطبيعتها .[5]

وان المعيار الذي يحدد مسؤوليته عن الاستثمار هو معيار الرجل المعتاد .[6]

والدائن المرتهن اما ان يستثمر الاسهم المرهونه بنفسه مباشرة إذ يجتمع له في هذه الحاله عنصري الحيازه المادي والمعنوي ، واما بواسطة العدل . وفي هذه الحاله يبقى محتفظا" بعنصر الحيازه المعنوي بما يبرر حقه في الاحتفاظ بفوائد وارباح الاسهم خلال فترة الرهن ويمكنه من استيفاء دينه من هذه الايرادات .[7]

واذا كان صافي الربح الذي يحصل عليه الدائن المرتهن من استغلال الاسهم المرهون حقا" للمساهم الراهن ، فان للمرتهن ان يخصمه مما يستحقه ، اي انه ليس للدائن المرتهن استثمار الاسهم المرهونه دون مقابل (خصم الارباح والفوائد من الدين المضمون) حتى لا يؤدي ذلك الاستثمار الى حصوله على فوائد

---

(1)- انظر د. محمد كامل مرسي : شرح القانون المدني الجديد ، القاهره ، المطبعه العالميه ، 1948، ص 343. كذلك القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 278.

(2) - انظر د. طالب حسن موسى : رأس مال الشركه المساهمة ، مصدر سابق ، ص 201.

(3)- تقابلها الفقرة الثانيه من الماده (1104) مدني مصري ، والفقرة الاولى من الماده (1108) مدني ليبي ، والماده (1037) مدني سوري ، والفقرة الثانيه من الماده (10) من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 46 . والماده (1395) مدني اردني .

(4) - انظر د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق ، ص 159. كذلك د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 228.

(5)- انظر د. اكرم ياملكي – د. فائق الشماع : القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص 342.

(6)- انظر د. منصور مصطفى منصور : مصدر سابق ، ص 325.

(7) - انظر د. محمد طه البشير : المصدر السابق ، ص 211. كذلك سماهر محمد علي عبد الله : مصدر سابق ، ص 136.

وارباح لا حق له فيها .[1]

فمن المعلوم ان الاسهم المرهونه تبقى ملكا" للمساهم الراهن ، وان انتقال ادارتها واستثمارها الى المرتهن هو نتيجة لوجود هذه الاسهم في حيازته باعتبارها محل التزام مقرر في ذمته لمصلحة الراهن ، لا محل حق خالص له ، فهو انما يدير المرهون ويستغله بصفته نائبا" قانونيا" عن الراهن .[2]

ولهذا السبب يجب عليه ان يقدم للراهن حسابا" مفصلا" عن ادارته واستثماره للاسهم المرهونه.[3]

ووفقا" لهذا المفهوم يقع باطلا" كل اتفاق يجعل الدائن المرتهن يمارس حقه في الاستثمار بدون مقابل لان ذلك من النظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على خلافه ،[4] وهذا ما قضت به محكمه تميز العراق بقرارها المرقم 30/ هيئه عامه / 80 بتاريخ 1981/1/31 والذي نص على انه ((ليس للمرتهن ان ينتفع بالمرهون رهنا حيازيا" دون مقابل)) .[5]

نخلص مما تقدم ان للدائن المرتهن هنا صفتان . صفه دائن بالالتزام الذي يضمنه الرهن ، وصفه مدين فيما استفاده من استثمار الاسهم محل الرهن[6] .

وعندئذ تحصل المقاصه بين الدينين فتخصم فوائد وارباح الاستثمار من الدين المضمون ولو لم يحل اجله .[7]

ومما يمكن ملاحظته ان المشرع العراقي قد خرج عن احكام المقاصه التي تقضي بان المقاصه لا تقع الا اذا كان الدينان مستحقي الاداء ، اي حالين وهذا ما نصت عليه الماده (409) في فقرتها الثانيه بقولها ((ويشترط لحصول المقاصه الجبريه اتحاد الدينين جنسا" ووصفا" وحلولا" وقوه وضعفا".....)) .[8]

كما تجدر الاشاره الى انه قد يتفق الطرفان على ان تكون ارباح وفوائد الاسهم مقابل فوائد الدين المضمون . وهنا يصح هذا الاتفاق في حدود الفائدة الاتفاقية التي لا تزيد على (7%)[9] ، وما زاد عن ذلك

---

(1) - انظر نص الماده (1340) مدني عراقي سالفه الذكر والمواد القابله لها . للايضاح انظر د. شمس الدين الوكيل : مصدر سابق ، ص 521.

(2)- انظر د. منصور مصطفى منصور : مصدر سابق ، ص 229 كذلك د. احمد سلامه : دروس في التأمينات المدينه ، مصدر سابق ، ص 378.

(3)- انظر د. طالب حسن موسى : رأس مال الشركه المساهمه : مصدر سابق ، ص 201.

(4) - انظر د. شفيق شحاته : مصدر سابق ، ص 136.

(5)- راجع ابراهيم المشاهدي : المختار من قضاء محكمة التمييز ، الجزء الرابع ، بغداد ، مطبعة الزمان ، 2000، ص 14.

(6)- انظر د. اكرم ياملكي – د.فائق الشماع : القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص 178.

(7)- انظر نص الماده (1340) مدني عراقي والمواد المقابله لها .

(8) - تقابلها الفقرة الاولى من الماده (362) مدني مصري ، والماده (360) مدني سوري ، والماده (330) من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، والفقرة الاولى من الماده (349) مدني ليبي .

(9)- انظر الفقره الاولى من الماده (172) مدني عراقي والتي تنص ((يجوز للمتعاقدين ان يتفقا على سعر اخر للفوائد

يخصم من اصل الدين .[1]

واخيراً يجدر القول ان الاصل هو ان المرتهن يستثمر الاسهم المرهونه، ذلك لانه صاحب مصلحه تتمثل باستيفائه حقه من هذا الاستثمار ،[2] ولكن بما ان الاستثمار يتعلق بمصلحه الطرفين فليس ثمة ما يمنع من اتفاقهما على ترك الشيء دون استثمار ،[3] و ذلك لان التزام المرتهن باستغلال المرهون وان كان من طبيعة الرهن الحيازي الا انه ليس من مستلزماته .[4]

ثالثا" / الالتزام برد الاسهم

لقد نصت الفقرة الاولى من الماده (1350) مدني عراقي على انه ((اذا انقضى الرهن الحيازي وكان المرهون لايزال باقياً في يد المرتهن وجب عليه رده الى الراهن)) .[5]

يتناول هذا النص تحديد الزمن المألوف لتنفيذ التزام الدائن المرتهن برد الاسهم المرهونه، وذلك اذا ما استوفى المبالغ المضمونة بالرهن كلها . ولا يحق للمساهم الراهن كقاعدة عامه ان يطالب بالرد قبل هذا التاريخ ، حتى لو اوفى جزء من الدين المضمون ،[6] تطبيقا" لمبدأ عدم تجزئه الرهن [7].

اذن فالقاعدة العامه ان الدائن المرتهن يلتزم باعادة الاسهم محل الرهن عند انقضاء الرهن بصوره اصليه او تبعيه ،[8] وفقا" لما سيتم توضيحه في الفصل الثالث من هذه الرسالة . وتجدر الاشاره الى ان العدل يلتزم هو كذلك بالرد بعد انقضاء حق الرهن ، وهو يرد الاسهم المرهونه الى الراهن . اما اذا اراد

على الايزيد هذا السعر عن سبعة في المئه ...)) .

(1)- انظر د. منصور مصطفى منصور : مصدر سابق ، ص 229. كذلك د. احمد سلامه : دروس في التأمينات المدنيه ، ص 379. كذلك د. شفيق شحاته : مصدر سابق ، ص 138.

(2)- انظر د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق ، ص 157.

(3)- انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 215 كذلك د. سليمان مرقس : التأمينات العينيه ، مصـدر سابـق ، ص 455. كذلك د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 207.

(4)- انظر د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 228.

(5) – تقابلها الماده (922) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد ، والماده (1107) مدني مصري والماده (1191) مدني ليبي ، والماده (1395) مدني اردني ، والماده (238) مدني تونسي ، والماده (1040) مدني كويتي ، والماده (959) مدني جزائري ، والماده (15) من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 46.

(6)- انظر الفقرة الاولى من الماده (1337) مدني عراقي التي تنص ((يستبقي المرتهن في الرهن الحيازي حيازة المرهون حتى انقضاء الرهن ...)) للايضاح انظر د. شمس الدين الوكيل : مصدر سابق ، ص 528.

(7) – انظر الفقره الاولى من الماده(1332) مدني عراقي التي تنص ((كل جزء من المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بكل الرهن)) . للايضاح انظر د. السنهوري : الوسيط ، ج 10 ، مصدر سابق، ص 832 .

(8) - انظر د. اكرم ياملكي – د. فائق الشماع : القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص 322. كذلك د. انور طلبه : مصدر سابق ، ص 818. كذلك د. سليمان مرقس : التأمينات العينيه ، مصدر سابق ، ص 448 .

النزول عن الحيازه قبل انقضاء حق الرهن ، فانه يلتزم بالرد الى كل من الراهن والمرتهن معا" .[1]

ويتم الرد بوضع الاسهم المرهونه تحت تصرف المساهم الراهن ، بحيث يتمكن من حيازتها دون عائق .[2]

ويجب ان يشمل الرد الاسهم محل الرهن وملحقاتها ، فلو استحق المرتهن تعويضا" عن هلاك الاسهم او تلفهـا او نقص قيمتهـا ، فان الالتزام بالرد ينصب على هذا التعويض.[3]

و مع ذلك يبقى للدائن المرتهن الحق في الامتناع عن رد الاسهم المرهونه ، ضمانا" لاستيفاء ما انفق من مصروفات ضرورية ونافعه ، فيحق للمرتهن حبس الاسهم ليتمكن من الحصول على حقه ، دون ان يكون له حق امتياز في هذا الاستيفاء اذا ما بيعت الاسهم المرهونه .[4]

اما اذا تأخر او امتنع الدائن المرتهن في رد الاسهم المرهونه بعد انقضاء الرهن ، كان مسؤولا" عن ذلك ، وعليه هنا ان يرد مع الاسهم الارباح والفوائد التي حصل عليها بعد استيفاء الدين وملحقاته ، كما انه ملزم بتعويض الراهن عما يصيب الاسهم المرهونه من تلف او هلاك او نقص في القيمة حتى لو كان ذلك لسبب لا يد له فيه ، لانه بامتناعه عن رد محل الرهن يعتبر غاصبا" له وبالتالي يسأل عن كل ما يصيب ما اغتصبه حتى لو كان بسبب اجنبي . ولا يستطيع الدائن المرتهن التخلص من التزامه بالتعويض الا اذا اثبت ان الاسهم محل الرهن ستصاب بالهلاك او غيره حتى لو كانت بيد المساهم الراهن .[5]

ولابد من ان نبين ان المساهم الراهن يستطيع اجبار الدائن المرتهن على رد الاسهم محل الرهن عن طريق احدى دعويين :

الاولى / الدعوى الشخصيه : وهي الدعوى الناشئة عن عقد الرهن نفسه. ويلاحظ على هذه الدعوى انها تسقط بالتقادم ، اي بانقضاء خمس عشره سنه يبدأ سريانها من وقت انتهاء عقد الرهن وصيرورة الدائن المرتهن ملزما" برد الاسهم المرهونه .[6]

والثانيه / دعوى الاستحقاق : وهي دعوى عينيه اساسها الملكيه ولا تسقط بالتقادم ويستطيع المساهم الراهن

---

(1) - انظر د. شفيق شحاته : مصدر سابق ، ص 143. كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 608.

(2) - انظر د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق ، ص 164.

(3)- انظر د. عدنان احمد ولي : الرهن التجاري ، مصدر سابق ، ص 75. كذلك د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهه القانونيه ، مصد سابق ، ص 675. كذلك انظر د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق ، ص 408.

(4) - انظر د. علي جمال الدين عوض : العقود التجاريه ، مصدر سابق ، ص 108 كذلك د. شمس الدين الوكيل : مصدرسابق ، ص 531.

(5)- انظر الماده (1168) مدني عراقي .للتفصيل انظر د. احمد سلامه : دروس في التأمينات المدنيه ، مصدر سابق ، ص 383.كذلك انظر سماهر محمد علي عبد الله : مصدر سابق ، ص 144.

(6) - انظر د. سمير عبد السيد تناغو : مصدر سابق ، ص 256. كذلك شمس الدين الوكيل : المصدر السابق ، ص 532. كذلك د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 231.

ان يرفعها ، بعد ان يثبت ان ملكية الاسهم المرهونه تعود اليه ، في اي وقت يشاء . خاصة اذا ما فقد حقه في رفع الدعوى الشخصيه بسبب سقوطها بالتقادم ،[1] إذ لا يستطيع المرتهن ولا ورثته ان يدعوا اكتساب الملكيه بمضي المده ، لان يدهم عارضه على الاسهم المرهونه .[2]

ولا يغفل عن الذكر ان نفقات رد الاسهم المرهونه على الراهن الا اذا اتفق على غير ذلك [3].

واخيرا" فان للمرتهن ان يتخلص من جميع التزاماته السابق ذكرها اذا هو نزل عن حقه في الرهن وعاد الاسهم المرهونه الى المساهم الراهن ، وعندئذ يصبح دائنا" عاديا" .[4]

المبحث الثاني

آثار رهـن الاسهم بالنسبة للغير

لقد اقر المشرع العراقي فكره الضمان الخاص ادراكا" منه بان وسائل المحافظه على اموال المدين التي تعتبر الضمان العام لحقوق دائنيه ، ووسائل التنفيذ عليها لاستخلاص هذه الحقوق ، قد لا تكفل للدائنين استيفاء كامل حقوقهم متى كانت اموال المدين لا تكفي لسداد ديونه مما يضطر الدائنون الى قسمتها فيما بينهم قسمة غرماء . لذلك انشأ الحقوق العينيه التبعيه كتأمينات عينيه ، لتكون سبيلا" الى اطمئان الدائنين لاستيفاء حقوقهم كامله.[5]

وعليه اذا انعقد هذا الحق العيني التبعي (الرهن) صحيحا" وتوافـرت اركانه وشروطـه واصبح نافذاً في حق الغير ، فانه يرتب للدائن المرتهن حقوقا" في مواجه الراهن والغير كحق الحبس ، او يرتب حقوقا"

---

(1) - انظر د. منصور مصطفى منصور : مصدر سابق ، ص 236كذلك د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 212 .

(2) - انظر الفقرة الاولى من الماده (1160) مدني عراقي التي تنص ((ليس لاحد ان يحتج بالتقادم على خلاف مقتضى سنده ، فلا يستطيع ان يغير بنفسه سبب حيازته والاصل الذي تقوم عليه هذه الحيازه)). بنفس المعنى الماده (972) مدني مصري .

(3) - انظر د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، ج 10 ، مصدر سابق ، ص 834. كذلك انظر د.انور طلبه : مصدر سابق ، ص 819.

(4) - انظر د. محمد كامل مرسي : مصدر سابق ، ص 347. كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 610.

(5) - انظر عبد الباقي البكري : شرح القانون المدني العراقي ، الجزء الثالث ، بغداد ، مطبعه الزهراء ، 1971، ص 441. بنفس المعنى انظر د. نبيل ابراهيم سعد : المصدر السابق ، ص 216.

في مواجهة الغير وحده كحق التقدم والتتبع ،[1] وسيتم توضيح هذه الحقوق من خلال المطالب الثلاث التاليه:-

المطلب الاول

حق الحبس [2]

للدائن المرتهن ان يحبس الاسهم المرهونه الى ان يستوفي دينه كاملا" ، من مصروفات وفوائد وملحقات اخرى ،[3] وهذا ما جاءت به الفقرة الاولى من الماده (1342) مدني عراقي التي تنص ((للمرتهن حبس المرهون دون اخلال بما للغير من حقوق تم كسبها وفقا" للقانون ، واذا خرج المرهون من يده دون ارادته او دون علمه ، كان له استرداد حيازته من الغير وفقا" لاحكام الحيازه)) . [4]

وحق حبس الاسهم المرهونه يثبت للمرتهن طالما بقى له حق الرهن ، ويزول بزواله وهو يثبت للمرتهن حتى يستوفى كل مايضمنه الرهن من اصل الدين وفوائده وكذلك المصروفات التي ينفقها المرتهن على الرهن .[5]

و ان حق الدائن المرتهن في حبس الاسهم محل الرهن غير قابل للتجزئه ، بناء على قاعدة عدم تجزئه الرهن ، ذلك ان حق الحبس متفرع عن حق الرهن .[6]

---

(1) - **Mazeaud-(H-EH.Etg) – Leconsede Droit civil – T.III. 2 ERE – 1963-p.55.**

(2) - يجب عدم الخلط بين حق الحبس والحق في الحبس . فحق الحبس هو احدى مزايا الحق العيني (الرهن الحيازي) ويبقى للدائن المرتهن مابقى له حق الرهن ، حتى يستوفي المبالغ التي يضمنها الرهن الحيازي . اما الحق في الحبس ، فهو الذي يثبت للدائن بمقتضى الماده (280) من القانون المدني العراقي ، وهو دفع يثبت للدائن اذا توافرت فيه الشروط التي يستلزمها القانون . للايضاح انظر د. انور طلبه : مصدر سابق ، ص 821.

(3) - انظر د. طالب حسن موسى : رأس مال الشركه المساهمه ، مصدر سابق ، ص 201 كذلك انظر د. سمير عبد السيد تناغو : مصدر سابق ، ص 390. انظر كذلك د. صلاح الدين الناهي : الوجيز في الحقوق العينيه الاصليه ، مصدر سابق ، ص 157.

(4) - يقابلها نص الماده (1110) مدني مصري ، والماده (1031) مدني سوري ، والماده (1400) مدني اردني ، والفقرة الاولى من الماده (1114) مدني ليبي ، والماده (4) من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 46.

(5)- انظر د.صلاح الدين الناهي : الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي ، مصدر سابق ، ص 139. كذلك د.علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهه القانونيه ، مصدر سابق ، ص 675. كذلك د. احمد سلامه : دروس في التأمينات المدنيه : مصدر سابق ، ص 297.

(6)- انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان :مصدر سابق ، ص 263.

وعليه فان للمرتهن ان يحبس كل الاسهم المرهونه حتى يستوفي المبالغ التي يضمنها الرهن بتمامها ، فاذا بقي جزء منها مهما كان تافها" ، كان للمرتهن ان يحبس الاسهم كلها حتى يستوفيه [1] ، وهذا ما تذهب اليه الفقرة الثانيه من الماده (1332) مدني عراقي إذ تنص ((فاذا قضى الراهن بعض الدين لا يكلف المرتهن بتسليمه بعض المرهون بل له ان يحبسه الى استيفاء ما بقي منه ولو قليلا" ...)) . وبناء على ذلك اذا وفى المساهم الراهن جزء من الدين فلا يجوز اجبار المرتهن على تسليم جزء من الاسهم المرهونه مقابل ذلك . [2]

غير ان قاعدة عدم تجزئه الرهن ليست مطلقه فقد يتفق طرفي عقد الرهن على خلافها ، كما لو اتفقا على انه كلما سدد جزء معين من الدين ، حرر من الاسهم المرهونه ما يقابل ذلك واعيدت الى الراهن .[3] ذلك ان عدم تجزئة الرهن من طبيعته وليس من مستلزماته كما ذكرنا سابقا" . ولكن اذا كان محل الرهن يتضمن اشياء اخرى غير الاسهم وعين لكل منها مقدار معين من الدين ، فاذا ما دفع الراهن مقدار ما عليه لاحدها سقط حق المرتهن في حبسه وجاز للراهن ان يأخذه .[4]

ويلاحظ ان حق الحبس يثبت للدائن المرتهن سواء كانت الاسهم المرهونه في حيازته ام في حيازة عدل ، فله ان يمتنع عن اعادة هذه الاسهم الى المساهم الراهن الى ان يستوفى المرتهن حقه كاملاً مادام انه يحوز الاسهم المرهونة لمصلحة المرتهن ولحسابه والا فانه يعد مسؤولاً عن كل ضرر يتعرض له الدائن المرتهن فيما لو اخرج الاسهم محل الرهن من حيازته .[5]

وهذا يعني انه ليس للمساهم الراهن حق استرداد الاسهم المرهونه قبل الوفاء بما في ذمته من دين للمرتهن .[6]

ولكن يجب ان لا تغيب عن الذهن الحالات الاستثنائيه التي يجوز فيها للمساهم الراهن استرداد الاسهم

---

(1)- خلافاً لذلك يذهب عبد الباقي البكري الى القول ((ان قاعده عدم تجزئه الرهن مقيده بمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق ، فاذا كان الباقي من الدين بعد الوفاء الجزئي ، جزء" تافها ، جاز للقاضي ان يلزم المرتهن برد المرهون الى المدين ليطالبه بما بقي له من دين بعد الرد)). مصدر سابق ، ص 474.

(2)- انظر د.محمد وحيد الدين سوار : الحقوق العينيه التبعيه ، عمان ، مكتبه دار الثقافه ، 1995، ص 232. كذلك انظر د. توفيق حسن فرج : الحقوق العينيه الاصليه ، الاسكندريه ، مؤسسه الثقافه الجامعيه ، 1986، ص 247.

(3)- انظر د.عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، ج 10 ، مصدر سابق ، ص 855.كذلك انظر د. انور طلبه : مصدر سابق ، ص 821. كذلك انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 621.

(4) - انظر الفقرة الثانيه من الماده (1332) مدني عراقي التي تنص ((... لكن اذا كان المرهون شيئين وعين لكل منهما مقدار من الدين وادى الراهن مقدار ما عليه لاحدهما كان له ان يأخذه)).

(5)- انظر د. فوزي محمد سامي : مصدر سابق، ص 174. كذلك د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق ، ص 176. كذلك د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 216.

(6)- انظر . **Ploniol Ripesrtet Becque / op- cit / p.34**

المرهونه قبل ان يوفي ما بذمته من دين ، والمشار اليها فيما سبق [1] ، ففي هذه الحالات لا يجوز للدائن المرتهن ان يمتنع عن ردالاسهم المرهونه بناء على حق الحبس .[2]

في حين اذا استرد المساهم الراهن الاسهم بموافقة المرتهن ، اعتبر ذلك تنازلا" من الاخير عن حقه وافقده الحق في طلب استردادها ،[3] وكما سيتم توضيحه لاحقا" . واذا كان للدائن المرتهن ان يحبس الاسهم محل الرهن حتى يستوفى كل المبالغ التي يضمنها الرهن ، فليس له ان يحبس هذه الاسهم لاستيفاء حق اخرمستحق له نشأ بذمة الراهن قبل الرهن او بعده .[4]

وخلافا" لذلك نجد ان بعض التشريعات قد ذهبت الى جواز ذلك إذ نصت الماده (15) من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 46 على ((... واذا وجد لنفس الدائن على نفس المديون دين اخر عقد بعد انشاء الرهن واصبح مستحق الاداء قبل ايفاء الدين الاول ، حق للدائن ان يحبس المرهون الى ان يستوفي مبلغ الدينين تماماً)) .[5]

ولكن في مواجهة من يحتج المرتهن بحق الحبس ؟ وللاجابه يلاحظ ان المرتهن يحتج بحق حبس الاسهم المرهونه في مواجهة كل من يسري عليه رهنه[6] ، اي يمارس حقه في مواجهة كل من :

1- المساهم الراهن : سواء كان المدين نفسه ام الكفيل العيني ، وحق الحبس هو استجابة طبيعيه لآثارالتعاقد بين طرفي عقد الرهن ، اذ ان المساهم المدين قد سلم المرتهن الاسهم المرهونه ضمانا للوفاء بدين للاخير في ذمة الاول. ومادام الدائن المرتهن لم يستوف حقه ، فان بقاء الاسهم تحت يده له ما يبرره ومن ثم يمتنع على المساهم الراهن المطالبة بالاسترداد . كما ان حق الحبس استجابة لمضمون الحق العيني المقرر للمرتهن ، فهو كما قدمنا يستثمر الاسهم المرهونه ويخصم ما يحصل عليه من ارباح وفوائد من اصل الدين وملحقاته .[7]

2 - الغير : ويقصد بالغير هنا كل من مالك الاسهم المرهونه اذا كان غير الراهن ، هذا يعني انه اذا ادعى الراهن ان هذه الاسهم مملوكة للغير ، استطاع الدائن المرتهن ان يتمسك بقاعدة الحيازه في المنقول سند

---

(1) - راجع ص 70 من الرساله .

(2)- انظر د. منصور مصطفى منصور : مصدر سابق ، ص 250.

(3)- انظر عبد الباقي البكري : مصدر سابق ، ص 473.

(4)- انظر د.محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 238. كذلك د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء 10، مصدر سابق ، ص 860. كذلك انظر د. انور طلبه : مصدر سابق ، ص 822.

(5) - انظر كذلك الماده (2082) مدني فرنسي ، والفقرة الثانيه من الماده (1042) مدني سوري .

(6)- انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 622.

(7)- انظر د. صلاح الدين الناهي : الوجيز في الحقوق العينيه الاصليه ، مصدر سابق ، ص 152. كذلك د. اكرم ياملكي - د. فائق الشماع : القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص 342. كذلك د. شمس الدين الوكيل : مصدر سابق ، ص 549. كذلك القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 265.

الحائز، مادام انه لم يعلم عند نشوء الرهن ان هذه الاسهم غير مملوكة للراهن ، اي انه حسن النيه [1]. وكذلك للمرتهن ان يحبس الاسهم في مواجهة دائني الراهن ، سواء كانوا الدائنيين المرتهنيين الذين ارتهنوا الاسهم بعد ان اصبح حق المرتهن الحابس سارٍ في مواجهتهم ، او الدائنيين العاديين للراهن ، اذا استوفى الرهن شروط سريانه على الغير . [2] وتجدر الاشاره الى انه وفقاً لقانون الشركات العراقي فانه لا يتصور ان يكون المشتري من الغير خلافا" للقواعد العامه في الرهن الحيازي التي تعتبره كذلك والسبب هو ان قانون الشركات هذا قد منع اساسا" بيع الاسهم المرهونه ، عندما نصت الفقرة الثالثة من الماده (64) منه على انه ((لا يجوز للمساهم من القطاع الخاص نقل ملكيه اسهمه : 1- اذا كانت مرهونة ...)) [3]. وبالتالي لا يتصور وجود مشتري اصلا" نتيجة لهذا المنع .

ومما يمكن ذكره في هذا المقام انه لما كان رهن الاسهم لا ينقضي بموت الراهن او المرتهن.[4]

وبما ان للمرتهن ان يحبس الاسهم وفوائدها وارباحها عن الراهن ، فمن باب اولى يجوز للاول ان يحبسها عن الخلف العام للثاني ، اي ورثة الراهن ، اذ لا يتصور ان تكون للخلف العام حقوق اكثر مما لسلفه[5] ، كما انه اذا كان المرتهن يحبس الاسهم في مواجهة ورثة الراهن حتى يستوفى حقه ، فان مما لاشك فيه ان حق الحبس ينتقل الى ورثة المرتهن عند موته[6] . يفهم مما تقدم ان للمرتهن حق حبس الاسهم المرهونه في مواجهة الدائنين العاديين والدائنين المرتهنيين التاليين له في المرتبه . ولكن ليس معنى ذلك ان حق المرتهن في الحبس يحول بين هؤلاء وبين حقهم في التنفيذ على الاسهم محل الرهن ، اذ ان الرهن لا يخرجها من ملكيه المساهم الراهن وبالتالي من الضمان العام لدائنيه .[7] إذ ان للدائن المرتهن نفسه، ولغيره

---

(1)– انظر د.محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 242 ، كذلك د.علي هادي العبيدي : مصدر سابق ، ص 408 . كذلك د. سليمان مرقس : التأمينات العينيه ، مصدر سابق ، ص 482 .

(2)- انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 622 .كذلك د. احمد سلامه : دروس في التأمينات المدينه ، مصدر سابق ، ص 398 .

(3)- تقابلها الفقرة الثانيه من الماده (67) شركات اردني ، والفقرة الاولى الماده (110) شركات بحريني .

(4) - انظر الماده (1351) مدني عراقي التي تنص ((لايبطل الرهن الحيازي بموت الراهن او بموت المرتهن)) .بنفس المعنى الماده (1371) مدني اردني .

(5) - انظر عبدالباقي البكري: مصدر سابق،ص476.

(6) – انظرحكم محكمة النقض المصريه في 1979/6/8 ج 2 في 25 سنه ص 998. جاء فيه ((اذا مات الدائن المرتهن انتقل حقه في الرهن الى ورثته وانتقل معه حقه في حبس العين المرهونه حتى يوفي الدين)). مشار اليه في مؤلف د.انور طلبه : مصدر سابق ، ص 823.

(7)- انظر د. محمد وحيد الدين سوار : مصدر سابق ،ص 233. كذلك القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ،ص 265.

من ذوي الحقوق المتقدمة على رهنه ، ان ينفذوا على الاسهم المرهونه .[1]

فان اجري التنفيذ الجبري ، سواء باشره المرتهن نفسه ، ام باشره غيره من دائني الراهن ، فانه يثار التساؤل الاتي : هل يستطيع المرتهن ان يتمسك بحق الحبس في مواجهة المشتري او الراسي عليه المزاد الى ان يستوفى حقه كاملا" ؟ وللاجابه يجب ان نفرق بين حالتين :-

الحاله الاولى / اذا كان المرتهن هو الذي اجرى التنفيذ على الاسهم المرهونه ،[2] في هذه الحاله لا يحق له ان يحبسه في مواجهة المشتري او الراسي عليه المزاد ، ولو كان الثمن الذي بيعت به الاسهم لا يكفي للوفاء بحقه .[3]

وعلــة هذا الحكم واضحه ، اذ لا يمكن تفسير طلب المرتهن بالتنفيذ على الاسهم المرهونه الا على انه يقبل تسليمها لمن يشتريها اذا قام هذا الاخير بدفع ثمنها في البورصه او الثمن الذي يرسو به المزاد عليه . **فالمرتهن هنا ينزل ضمنا عن حق الحبس ولا يبقى له الاحق التقدم على الثمن بحسب مرتبة الرهن** [4].

اما الحاله الثانيه / والتي تتمثل بمباشرة اجراءات التنفيذ من قبل دائن اخر غير المرتهن ، فتجيبنا الماده (1349) مدني عراقي بانه ((ينقضي ايضا" الرهن الحيازي باحد الاسباب التالية : ا – اذا بيع المرهون لايفاء دين اخر وفقا" للاجراءات المقررة قانونا")) . [5]

ومن قراءة هذا النص يتضح ان الرهن ينقضي اذا بيعت الاسهم المرهونه بيعا" جبريا" ولو كان طالب البيع دائنا اخر غير المرتهن . وبانقضاء الرهن ينقضي حق الحبس ويلتزم المرتهن بتسليم الاسهم المرهونه

---

(1)- انظر د. طالب حسن موسى : رأس مال الشركه المساهمه ، مصدر سابق ، ص 201. كذلك محمد طه البشير: مصدر سابق ، ص 239 كذلك نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 218.

(2)- تجدر الاشاره الى ان حق التنفيذ يثبت للدائن المرتهن عند حلول اجل الدين لاقبل ذلك ، ويبقى الى ان ينقضي هذا الدين . في حين حق الحبس يثبت للمرتهن من وقت تسلمه المرهون ، ويبقى حتى يحصل على كامل حقه ، ولو بقي بعد حلول الدين بمده طويله ، وعليه اذا حل اجل الدين عندئذ يحق للمرتهن ان يختار ايهما شاء الحبس او التنفيذ. انظرد. السنهوري : الوسيط ، الجزءالعاشر، مصدر سابق ، ص 857.

(3)- انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 623.

(4)- انظر د. نبيل ابراهيم سعد : المصدر السابق ، ص 218.

(5) - يلاحظ ان هذا الحكم لايزال محل خلاف بين شراح القانون المدني المصري ذلك ان هذا القانون جاء خاليا" من نص مماثل لنص القانون العراقي اعلاه . ومع ذلك يذهب جانب من الفقه المصري الى ان للمرتهن ان يحبس المرهون في مواجهة مشتريه بالمزاد حتى يستوفي كامل حقه ، وذلك مالم يكن في هذا الحبس اضرار بدائن متقدم عليه في المرتبه ، او دائن له حق امتياز سار عليه . انظر د.احمد سلامه : دروس في التأمينات المدينه ، مصدر سابق ، ص 399. كذلك د. شمس الدين الوكيل : مصدر سابق ، ص 551. في حين ان المشرع الاردني لم يعتبر بيع المرهون في المزاد بناء على طلب دائن اخر سبباً من اسباب انقضاء الرهن الحيازي . وعليه يكون للدائن المرتهن حبس المرهون لحين استيفاء كامل حقه حتى اذا كان طالب التنفيذ غيره الا اذا كان طالب التنفيذ دائنا متقدما على المرتهن الحائز . انظر د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق ، ص 409 .

للمشتري ، على شرط ان يستوفي حقه من الثمن بحسب مرتبة رهنه .[1]

ويذكر في هذا المقام ان المرتهن في الغالب يحمي حقه في الحبس على صورة دفع ، بان يطالب بتسليم الاسهم ، فيدفع بحقه في حبسها . ولكن قد يحمي المرتهن هذا الحق على صورة دعوى ،[2] ويكون ذلك في حاله ما اذا خرجت الاسهم المرهونه من حيازته دون ارادته او دون علمه ،[3] ففي هذه الحاله يستطيع المرتهن ان يسترد هذه الاسهم ممن تكون في يده ، سواء كان المساهم الراهن[4] ، ام الغير[5] ، دون اخلال بما للغير حسن النيه من حقوق .[6]

واخيرا" نذكر ان خروج الاسهم المرهونه من يد المرتهن خلسة يعد نوعا" من السرقة ، وهذا ما اكدت عليه الماده (454) من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم 111 لسنه 1969 حينما نصت ((ويعد في حكم السرقة ...، وكذلك اختلاس مال منقول مثقل بحق انتفاع او بتأمين عيني او بحق حبس او متعلق به حق الغير ولو كان ذلك حاصلا" من مالكه)) .

ووفقا" لهذا المفهوم فانه يجوز للدائن المرتهن ان يسترد الاسهم المرهونه ممن توجد في يده ، وذلك خلال ثلاث سنوات من تاريخ خروجها من يده [7] ، على ان يعوض هذا المرتهن ان كان هنالك مقتضى

---

(1) - انظر د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 240 .

(2) - انظر د. منصور مصطفى منصور : مصدر سابق ، ص 250. كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي :مصدر سابق ، ص 624.

(3) - انظر طعن رقم 3سنه 4ق جلسه 1964/5/31.إذ جاء فيه ((ثبت ان عدم وضع يد المرتهن على العين كان رغم ارادته مما يجيز له طلب حبسها ويكون الرهن صحيحا" . اما اذا كان وضع يد الراهن برضاء المرتهن يبطل الرهن ولا يكون له حق طلب حبسها)) منشور في الموسوعه الذهبيه للقواعد القانونيه / جزء 4/ القاهره / 1982 / ص477. مشار اليه د. انور طلبه : مصدر سابق ، ص 823.

(4) - انظر الفقرة الاولى من الماده (1337) مدني عراقي التي تنص ((... جاز للمرتهن ان يسترده مادام عقد الرهن قائما" دون اخلال بما قد يكون للغير من حقوق)) بنفس المعنى الماده (1400) مدني اردني ، كذلك الماده (1035) مدني كويتي . كذلك الماده (1100) مدني مصري .

(5) - انظر الماده (1342) مدني عراقي التي تنص ((... واذا اخرج المرهون من يده دون ارادته او دون علمه ، كان له استرداد حيازته من الغير وفقا لاحكام الحيازه)). انظر كذلك الفقرة الثانيه من الماده (1110)(مدني مصري .والفقرة الثانيه من الماده (1043) مدني كويتي . كذلك الماده (962) مدني جزائري .

(6) - انظر د.اكرم ياملكي – د. فائق الشماع : القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص 342. كذلك القاضي . حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 263. كذلك د. شمس الدين الوكيل : مصدر سابق ، ص 549.كذلك د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، ج 10 ، مصدر سابق ، ص 862.

(7)- انظر الماده (1164) مدني عراقي التي تنص (.....يجوز لمالك المنقول او السند لحامله اذا كان قد اضاعه او خرج من يده بسرقه او غصب او خيانة امانه ان يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نيه وبسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقه او الغصب او خيانة الامانه) .

وذلك طبقا" للقواعد العامه .[1]

المطلب الثاني

حــق التقــدم (الاولويــه)

ان هدف الدائن المرتهن من ارتهان الاسهم هو تجنب مزاحمة الدائنين واقتسام اموال المساهم الراهن قسمه غرماء ، اي ان يستوفى دينه الموثق بعقد الرهن بالافضلية على غيره من الدائنين التالين له في المرتبة والدائنين العاديين ، وذلك الهدف يتحقق عن طريق حق التقدم ،[2] الذي ضمنه القانون للدائن المرتهن بما اوردته الفقرة ثانيا" من الماده (193) من قانون التجارة العراقي اذ تنص ((يستوفي الدائن المرتهن ، مقدماً في ذلك على سائر الدائنين العاديين ، ماله من دين وفوائد ومصاريف من ثمن البيع)) .[3]

ويؤخذ على هذا النص انه قد اشار الى حق المرتهن في التقدم على الدائنين العاديين فقط ، واغفل الاشاره الى تقدمه على الدائنين المرتهنين التالين له في مرتبة الرهن . ولهذا نجد ان المشرع المدني العراقي كان اوفر حظا" حينما نص في الفقرة الاولى من الماده (1343) على انه ((يخول الرهن الحيازي المرتهن ان يتقاضى الدين من ثمن المرهون في مرتبته وقبل الدائنين العاديين)) .[4]

لذلك نأمل من المشرع التجاري العراقي ان يتلافى هذا النقص بان ينص في الماده (193) منه على تقدم الدائن المرتهن على الدائنين المرتهنين التالين له في المرتبه بالاضافه الى الدائنين العاديين .

يتضح من ذلك ان حق التقدم هو ليس ميزه يمنحها القانون للدائن المرتهن فقط ، بل هو أثر للرهن قبل دائني المساهم الراهن يخول المرتهن التقدم على ثمن الاسهم المبيعة عند التزاحم مع الدائنين العاديين

---

(1) - انظر د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 241. كذلك عبد الباقي البكري : مصدر سابق ، ص 473. كذلك د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 217 .كذلك د. سليمان مرقس : التأمينات العينيه ، مصدر سابق ، ص 486. انظر كذلك د.محمد كامل مرسي : مصدر سابق ، ص 324.

(2) - انظر د. طالب حسن موسى : رأس مال الشركه المساهمة ، مصدر سابق ، ص 201. كذلك د. محمد علي امام : مصدر سابق ، ص 333. كذلك د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق ، ص 410. كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 626.

(3) - تقابلها الفقرة رابعا" من الماده (126) من قانون التجاره المصري في حين يلاحظ ان التشريعات التجاريه الموجوده تحت ايدينا لم يرد فيها مثل هذا النص ونعتقد انها قد اكتفت بما جاء في قواعد ها العامه .

(4) - يلاحظ ان المشرع العراقي قد افرد ماده خاصه لتنظيم هذا الحق . في حين ان اغلب التشريعات المقارنه الاخرى اكتفت بالاشاره الى هذا الحق عند تعريف الرهن الحيازي . كالمشرع المصري الذي ينص عند تعريفه للرهن الحيازي في الماده (1096) على ان للمرتهن ان ((.. يتقدم الدائنيين العاديين والدائنيين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في اي يد يكون)) . كذلك انظر الماده (1372) مدني اردني ، والماده (1031) مدني سوري ، والماده (1027) مدني كويتي ، والماده (4) من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 46، والماده (948) مدني جزائري .

والدائنيين المرتهنيين التالين في المرتبه. وعليه سنتطرق الى محل حق التقدم في فرع اول ، اما الفرع الثاني فسيخصص لمرتبة حق التقدم .

الفرع الاول / محل حق التقدم

محل حق التقدم هو في الاصل ثمن الاسهم المبيعة محل الرهن ، وهذا الثمن ينتج عن بيع هذه الاسهم عند حلول اجل الدين وعدم وفاء المساهم الراهن للدين المضمون . [1]

إذ يكون للمرتهن بيع الاسهم لمرهونه وفقا" لاجراءات التنفيذ الجبري التي تم توضيحها عند بحث حقوق المرتهن . مع الاخذ بنظر الاعتبار الحالات التي يجوز فيها للدائن المرتهن بيع الاسهم المرهونه قبل حلول اجل الدين وفقا" لما تم توضيحه في المبحث الاول من هذا الفصل . ومن البديهي ان هذه الحالات ايضاً يمارس المرتهن فيها حق التقدم على ثمن الاسهم المبيعه .

وخروجا" على مبدأ عدم قابلية الرهن للتجزئة المشار اليه في القواعد العامه [2] ، نجد ان المشرع التجاري العراقي قد اعطى الحق للدائن المرتهن في حالة ورود الرهن على عدة اموال ان يختار المال الذي يجري عليه البيع والذي يكون كافياً لاستيفاء حقه ، الا اذا كان قد اتفق مع المساهم الراهن على غير ذلك في عقد الرهن . كما انه قد اعطى الحق للمساهم الراهن في ان يطلب قصر التنفيذ على جزء من الاسهم المرهونه وبالقدر الكافي للوفاء بالدين الذي بذمته ، او بما تبقى من الدين في حالة اذا كان المساهم الراهن قد او فى ببعض الدين المضمون ولم يف بالبعض الاخر .[3]

ومن الجدير بالذكر ان حق التقدم هو ميزه منحها القانون للدائن المرتهن لاستيفاء حقه والمتمثل ليس فقط بأصل الدين وانما يشمل الفوائد والارباح وكذلك النفقات او المصاريف التي ينفقها المرتهن ، والتي يرجع بها على المساهم الراهن .[4]

---

(1)- انظر د. شفيق شحاته : مصدر سابق ،ص230. كذلك د.عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 622.

(2) - انظر الفقرة الاولى من الماده (1332) مدني عراقي التي تنص ((كل جزء من المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بكل المرهون)) .

(3) - انظر الماده (194) تجاري عراقي التي تنص ((اذا ورد الرهن على عدة اموال كان من حق الدائن المرتهن ان يعين المال الذي يجري عليه البيع مالم يكن قد اتفق مع المدين على غير ذلك في عقد الرهن وفي جميع الاحوال لايجوز ان يشمل البيع الا مايكفي للوفاء بحق الدائن)) تقابلها الماده (127) من القانون التجاري المصري .

(4) - انظر الفقرة الثانيه من الماده (193) تجاري عراقي . والمواد المقابله لها .وهذا هو حكم القانون المدني ايضاً انظر الفقرة الثانيه من الماده (1343) مدني عراقي ، والماده (111) مدني مصري ، والماده (1401) مدني اردني ، والماده (1115) مدني ليبي ، والماده (963) مدني جزائري ، والماده (1044) مدني كويتي . وللتفصيل انظر د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 242 . كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي : المصدر السابق ، ص 618 .كذلك د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق ، ص 410. كذلك د. منصور مصطفى منصور : مصدر سابق ، ص 253.

كما ان للدائن المرتهن حق التقدم على كل مقابل نقدي يحل محل الاسهم المرهونه لاي سبب كان ، كما لو هلكت هذه الاسهم فاستحق الراهن عوض تأمين او مبلغ تعويض او غيرها ، وهذا ما يعبر عنه بـ(وعاء الافضلية)[1] .

الفرع الثاني / مرتبة حق التقدم

ان حق التقدم يستلزم بطبيعته المزاحمه ، اي ان يكون هنالك اكثر من دائن يتنازع في سبيل الاستئثاربثمن المرهون ، اذن لابد من التزاحم لينهض حق التقدم [2]، ومقتضى هذا الحق ان الدائن المرتهن يتقاضى دينه المضمون بالرهن قبل غيره من الدائنين العاديين ، فاذا تزاحم معهم على ثمن الاسهم المبيعه تـقدم عليهـم بشـرط ان يكون الرهـن ساريا" في مـواجهـتهـم .[3]

وكذلك يتقاضى دينه عند تزاحمه مع غيره من اصحاب التأمينات العينيه[4]، كما لو رهنت هذه الاسهم ضمانا" لاكثر من دين .عندئذ تكون الاولويه للاسبق في التاريخ .[5]

وتاريخ رهن الاسهم – كما مر بنا – يتحدد بتاريخ قيده في سجل الشركه التي اصدرت هذه الاسهم. فاذا اتحد تاريخ القيد ، اقتسم الدائنون المرتهنون فيما بينهم الثمن كل بنسبه حقه لانهم في مرتبة واحـــده .[6]

اما اذا وقع التزاحم بين اصحاب تأمينات عينيه مختلفة ، كأن يتزاحم الدائن المرتهن حيازيا" مع صاحب حق امتياز ، عندئذ تكون الاولوية ايضا" لمن هو اسبق في التاريخ ، فلصاحب حق الامتياز التقدم على

---

(1) - انظر الفقرة الثانيه من الماده (1336) مدني عراقي التي تنص ((واذا هلك المرهون انتقل حق المرتهن الى المال الذي قد يحل محله ...)). تقابلها الماده (1049) مدني مصري ، والماده (900) مدني جزائري ، والماده (1390) مدني اردني ، والماده (978) مدني كويتي والتي تحيلنا اليها الماده (1029) منه . للتفصيل انظر د. محمد وحيد الدين سوار : مصدر سابق ، ص 237.كذلك د. سمير عبد السيد تناغو : مصدر سابق ، ص 294. كذلك د. احمد سلامه : دروس في التأمينات المدينه ، مصدر سابق ، ص 400 .كذلك د. شمس الدين الوكيل مصدر سابق ، ص 540.

(2) - انظر د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 242 . كذلك انظر سماهر محمد علي عبد الله : مـصدر ســابق ، ص 79.

(3)- انظر الفقرة الثانيه من الماده (193) تجاري عراقي سالفه الذكر. كذلك انظر د.عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ،

ص 627. كذلك د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ،ص 219.

(4) - لاجدال في ان المقصود بالتأمينات العينيه هنا ، الرهن الحيازي وحقوق الامتياز فقط .اما الرهن التأميني فلا وجود له هنا لانه لايسري الا على العقار دون المنقول ، ونحن الان بصدد المنقول (الاسهم). انظر الماده (1285) مدني عراقي .

(5) - انظر د. محمد وحيد الدين سوار : المصدر السابق ، ص 239. كذلك د. سميــر عبد السيد تناغو:المـصــدر السابق ، ص 294. كذلك د. منصور مصطفى منصور : مصدر سابق ، ص 254.

(6) - انظر د. شفيق شحاته : مصدر سابق ، ص 238.

جميع دائني المدين العاديين والدائنين الممتازين والمرتهنين المتأخرين عنه في المرتبه .[1]
والقاعده ان مرتبة كل امتياز يحددها القانون فاذا لم ينص صراحة في دين ممتاز على مرتبة امتيازه كان هذا الدين متأخراً في المرتبة عن كل امتياز منصوص على مرتبته . [2]

نخلص مما تقدم ان حق التقدم هو الذي يضمن الاولويه للدائن المرتهن في استيفاء حقه من ثمن الاسهم المبيعه قبل الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين المتأخرين عنه في مرتبة هذا الحق والتي تتحدد من تاريخ قيد رهن الاسهم في سجل الشركه التي اصدرت هذه الاسهم .

المطلب الثالث

حق التتبع

حق التتبع معناه ان للدائن المرتهن ان يتتبع محل الرهن سواء كان بيد الراهن او في اي يد ينتقل اليها اذا ما تصرف به الراهن للغير ببيعه او بترتيب حق عيني عليه .إذ يجوز للدائن المرتهن ان يستوفى حقه عند حلول اجل الدين بالتنفيذ على محل الرهن في مواجهة المالك الاصلي او المالك الجديد الذي انتقل اليه محل الرهن بالبيع او صاحب الحق العيني الذي ترتب على محل الرهن ، طالما كان الرهن ساريا" في مواجهتهم .[3]

وهذا المعنى يستفاد من قراءة الماده (1345) من القانون المدني العراقي التي تنص ((للمرتهن ان يستوفي حقه من المرهون رهنا حيازيا" حتى لو انتقلت ملكيته الى اجنبي ، غير ان للاجنبي ان يوفي الدائن حقه فيحل محله ، الا في رهن قدمه غير المدين ضمانا" لنفس الحق)) .[4]

---

(1) - انظر الفقرة الاولى من الماده (1361) مدني عراقي التي تنص ((الامتياز ، اولويه في استيفاء لدين معين مراعاه لسبب هذا الدين)) للايضاح انظر د. سليمان مرقس : التأمينات العينيه ، مصدر سابق ، ص 490.

(2) - انظر الفقرة الاولى من الماده (1362) مدني عراقي اذ تنص ((مرتبه الامتياز يحددها القانون ، فاذا لم ينص صراحه في دين ممتاز على مرتبة امتيازه ، كان هذا الدين متأخر في المرتبة عن كل امتياز منصوص على مرتبته)).

(3) - انظر د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 243. كذلك د. محمد لبيب شنب مصدر سابق ، ص 178. كذلك د. صلاح الدين الناهي : الوجيز في الحقوق العينيه : مصدر سابق ، ص 155. كذلك د.عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 625.

(4) - يلاحظ ان التشريعات المدنيه الاخرى اكتفت بالاشاره الى حق التتبع في النص الخاص بتعريف الرهن الحيازي ، كالمشرع المصري الماده (1096) مدني ، والماده (1031) مدني سوري ، والماده (948) مدني جزائري ،

معنى ذلك ان التصرف الوارد على المرهون لا يؤثر في حق المرتهن ، فهو تصرف غير نافذ في مواجهته طالما كان متأخرا" عنه في المرتبه ، على ان التصرف هو نفسه صحيح ، وينتج آثاراً فيما بين المتصرف والمتصرف اليه [1] .

ومما يمكن ملاحظته ان الدائن المرتهن يتتبع المرهون في يد الغير مع ان حيازته في يده . ذلك ان المقصود بالتتبع هنا هو التتبع القانوني ، اي سلطه الدائن المرتهن في تعقب المال المرهون اينما استقرت ملكيته ، للتنفيذ عليه واستيفاء الدين من ثمنه . وعلى هذا النحو لا تتعارض مباشرة حق التتبع مع بقاء الحيازه للدائن المرتهن .[2]

ولكن هنا نجد ان قانون الشركات العراقي قد اكد وبشكل صريح على عدم جواز بيع الاسهم اذا كانت مثقله بحق رهن إذ نصت الفقرة الثالثه من الماده (64) منه على انه ((لا يجوز للمساهم من القطاع الخاص نقل ملكيه اسهمه : 1- اذا كانت مرهونه ...)) . ووفقا" لما تقدم يثار التساؤل الاتي : لما كان الدائن المرتهن في رهن الاسهم لا يمارس حق التتبع المادي لان الاسهم في حيازته ، فهل هو في حاجه لممارسة التتبع القانوني بعد ان منع قانون الشركات نقل ملكية الاسهم اذا كانت مرهونة ؟ وللاجابه نقول انه بالرغم من انه لايحق للمساهم الراهن نقل ملكية اسهمه المرهونه ، الا ان هنالك حالات اخرى يكون فيها لمرتهن الاسهم ان يمارس حقه في تتبعها في اي يد تكون ، كما في حالة موت المساهم الراهن ، فكما بينا سابقا" ان الرهن لا ينقضي بموت احد طرفيه .[3]

وعلى ذلك يكون للدائن مرتهن الاسهم حق تتبعها للتنفيذ عليها واستيفاء حقه ، عند عدم وفاء الدين المضمون بالرهن عند حلول اجله ، من قبل من عليه الوفاء .ولكن قد تثار هنا مسأله اخرى هي ان حق الدائن المرتهن في التتبع قد يصطدم بقاعدة الحيازه في المنقول سند الحائز ، اذا ما توافرت شروطها . إذ يكون للحائز حسن النيه ان يدفع تتبع الدائن المرتهن ، ولكن مع ذلك يستطيع الدائن المرتهن ان يثبت سوء

والماده= =(1027) مدني كويتي ، بيد ان المشرع الاردني لم يتعرض لحق المرتهن حيازيا" في تتبع المرهون لا في تعريفه للرهن الحيازي ولا في اي نص اخر ، ولكن مع ذلك يحق للمرتهن ان يتتبع المرهون في اي يد يكون ، لان هذا الحق يعد من مزايا الحقوق العينيه التبعيه عموما" ، للتفصيل انظر د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق ، ص 410.

(1) - انظر زهدي يكن : شرح قانون الملكيه الموسع ، بيروت ، دار النهار للنشر ، 1973، ص 173. كذلك انظر د. شفيق شحاته : مصدر سابق ، ص 244.

(2) - انظر د. محمد وحيد الدين سوار : مصدر سابق ، ص 236. كذلك د. احمد سلامه : دروس في التأمينات المدنيه ، مصدر سابق ، ص 399. كذلك د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 243.

(3) - انظر الماده (1351) مدني عراقي التي تنص ((لايبطل الرهن الحيازي بموت الراهن او بموت المرتهن)). كذلك الماده (1423) مدني اردني التي تنص ((لاينقضي الرهن الحيازي بموت الراهن او المرتهن ويبقى رهناً عند الورثه حتى وفاء الدين)).

نية الحائز او عدم توافر السبب الصحيح كي يمارس حق التتبع وبعكسه يتعطل حقه في ذلك .[1]

وتجدر الاشاره الى ان للحائز الذي لا تنطبق عليه شروط القاعدة اعلاه ان يختار سداد الدين ليحل محل الدائن المرتهن عملا" بقاعدة الوفاء مع الحلول .[2]

نخلص مما تقدم ان حق التتبع هو الوسيله التي يستطيع الدائن بواسطتها ان ينفذ على الاسهم المرهونه ، اذا ما خرجت من ذمة المساهم الراهن ، ذلك انه لا يجوز التنفيذ في الاصل الا على اموال المدين ، وبالتالي بخروجها من ملكيته لا يكون من الجائز للدائن المرتهن ، لولا حقه في التتبع ، ان ينفذ عليها في مواجهة مالكها الجديد .[3]

اي ان حق المرتهن يسري في مواجهة كل من يكتسب حقاً على الاسهم المرهونه اذا كان متأخراً عن حق المرتهن في المرتبه ، وهو بهذا الوضع ، يتمتع بسلطة اضافيه تدعم مركزه وهي حبس هذه الاسهم تحت يده حتى يستنفذ غرضه من الرهن .[4]

واخيرا" فان التتبع الفعلي او المادي ، والذي يتصل بسلب الحيازه خلسة او اغتصابا" او سرقةً او غيرها هو حق ثابت للدائن المرتهن ايضا" ، طبقا" للقواعد العامه في الحيازه .[5]

---

(1) - انظر د. توفيق حسن فرج : مصدر سابق ، ص 22. كذلك د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 220.كذلك د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق ، ص 178.

(2) - انظر د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق ، ص 410. كذلك د. سليمان مرقس : التأمينات العينيه ، مصدر سابق ، ص 488. كـذلك د. منصور مصطفى منصور : مصدر سابق ، ص 178.

(3) - انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 274. كذلك القاضي حسن ابراهيم حسن الحميري : مصدر سابق ، ص 162.

(4) - انظر د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 243. كذلك د.شمس الدين الوكيل : مصدر سابق ، ص 547.كذلك د. السنهوري : الوسيط ، الجزء 10، مصدر سابق ،ص 850.

(5) - انظر د. شفيق شحاته : مصدر سابق ، ص 263. كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 625.

الفصل الثالث

انـ ـقضـ ـ ـاء الرهـ ـ ـ ـ ـن

بعد ان انتهينا في الفصل الاول من بحث كيفية نشوء رهن الاسهم وماهي الاركان العامه والخاصه لعقد الرهن هذا ، وقد بينا آثار رهن الاسهم فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير في الفصل الثاني ، نصل اخيراً الى بحث انقضاء رهن الاسهم وماهي طرق هذا الانقضاء .

ونشير الى ان رهن الاسهم باعتباره تأميناً عينياً يمكن ان ينقضي بصفةٍ تبعيه أي تبعاً لانقضاء الالتزام المقرر له هذا الرهن ، كما انه من الممكن ايضاً ان ينقضي بصفةٍ اصليه أي مستقلاً عن الدين المضمون .

وهذا ما سيتم التطرق اليه من خلال المبحثين الآتيين :

المبحث الاول

انقضاء رهن الاسهم بصفه تبعيه

بما ان الرهن حق تابع يرتكز في وجوده على حق اصلي يقوم لضمانه ، ويتبعه في وجوده وعدمه ، فان انقضاء الدين المضمون يؤدي الى انقضاء رهن الاسهم تبعاً له ، وعليه سنقسم البحث على مطلبين ، نتناول في الاول انقضاء رهن الاسهم بصفه تبعيه بسبب بطلان او فسخ العقد المنشىء للالتزام المضمون ، وفي الثاني نبين انقضاء هذا الرهن بصفة تبعيه بسبب الطرق العامه لانقضاء الالتزام .

المطلب الاول

انقضاء رهن الاسهم تبعاً لبطلان او فسخ العقد الاصلي

من اجل بحث هذا الانقضاء بشيء من الدقه كان لابد من التطرق الى الانقضاء بسبب البطلان في فرع اول ومن ثم توضيح الانقضاء بسبب الفسخ في فرع ثان ، وذلك لاختلاف الحكم في كل حاله .

الفرع الاول / انقضاء رهن الاسهم بسبب البطلان [1]

البطلان اما ان يكون كلياً بحيث يعدم التصرف من اساسه ، اوان يكون جزئياً وذلك اذا كان التصرف في شق منه باطلاً ولم يلحق البطلان التصرف القانوني باكمله ، ولكل نوع من البطلان حكمه الخاص الذي نوضحه من ما يأتي :

اولاً / البطلان الكلي للعقد الاصلي :

اذا كان العقد الذي أنشأ الالتزام المضمون باطلاً بصوره كليه فانه لايتولد عنه أي التزام ، فكل ما اريد انشاؤه من التزامات تكون باطله [2].

ومن اسباب البطلان عدم توافر الرضا في العقد الذي انشأ الالتزام الاصلي ، او لعدم الاهليه ، او لانعدام المحل ، او لعدم مشروعية السبب ، او لعدم توافر الشكل الذي يفرضه القانون ، وهو مما يترتب عليه ان نكون امام عقد باطل[3].

ولا ينشأ عن هذا العقد أي التزام وان نشأ فهو معدوم [4].

وبناءً على ذلك يكون رهن الاسهم الضامن لهذا الالتزام باطلاً بصفه تبعيه ، ذلك ان كل ما بني على باطل فهو باطل ، بمعنى اذا كان العقد الاصلي باطلاً كان الالتزام المضمون باطلاً وكان رهن الاسهم

---

(1)- يعرف البطلان في الفقه القانوني بانه (وصف يلحق التصرف القانوني لنشأته مخالف لقاعده قانونيه او اتفاقيه ، فيؤدي الى توقيع جزاء يتمثل في شل فعاليه التصرف القانوني وافقاده اثاره القانونيه) 0 انظر المستشار محمد محمود المصري – محمد احمد عابدين : الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه ، الاسكندريه ، منشأة المعارف ، 1986 ، ص 56 . كذلك نجم عبد سليمان الحراشة : فكرة عدم سريان التصرف القانوني – دراسه مقارنه ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون – جامعة بابل ، 1999 ، ص 8 .

(2)- انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط ، الجزء 10 ، مصدر سابق ، ص 864 .

(3)- انظر الفقره الثانيه والثالثه من الماده (137) مدني عراقي التي تنص (2- فيكون العقد باطلاً اذا كان في ركنه خلل كأن يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلاً للتعاقد او يكون المحل غير قابل لحكم العقد او يكون السبب غير مشروع . 3- ويكون باطلاً ايضاً اذا اختلت بعض اوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون) .

(4)- انظر الفقره الاولى من الماده (138) مدني عراقي التي تنص (العقد الباطل لاينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً) .

الضامن لهذا الالتزام باطلاً ايضاً بسبب تبعيته للالتزام المضمون في الصحه والبطلان [1].

ومما يمكن الاشاره اليه هو البطلان في الالتزامات القابله للابطال والالتزامات الموقوفه[2] ، فالقاسم المشترك بينهما هو السبب الذي جعلها قابله للابطال او موقوفه ، والذي يتمثل بعدم الولايه على التصرف او عدم الولايه على المحل . ومما لاشك فيه ان كلتاهما يمكن ان يتصور ان تنتهي بالبطلان ، الاولى اذا تقرر ابطالها والثانيه اذا لم تلحقها الاجازه ، وبالتالي اذا ما انتهت هذه الالتزامات بالبطلان فان حكم رهن الاسهم الضامن لها هو البطلان بصفه تبعيه ، فالابطال او الاجازه ينصرف اثرهما الى الالتزام الاصلي والتبعي (رهن الاسهم) على حد سواء [3].

وبسبب تأثير التبعيه على فكرة الدفوع فان للمساهم الراهن عندما يكون غير المدين (الكفيل العيني) ان يتمسك بهذا البطلان في مواجهة الدائن المرتهن ، حتى وان لم يتمسك به المدين الاصلي او تنازل عنه ، ذلك ان لكل ذي مصلحه التمسك بالبطلان [4] .

ومن الجدير بالذكر انه اذا كانت مسأله الدفوع التي يكون للكفيل العيني التمسك بها لاتثير اشكالاً في حالة البطلان بسبب ما اورده القانون المدني العراقي في الماده (141) منه من ان لكل ذي مصلحه التمسك بالبطلان ، والكفيل العيني حتماً له مصلحه في ذلك ، فان المشكله قائمه بالنسبه للاسباب الاخرى لانقضاء الالتزام . إذ ان هنالك دفوعاً للمدين الاصلي حق التمسك بها ، ويجب اعطاء الكفيل العيني الحق في التمسك بها بسبب الصفه التبعيه لالتزامه ، مثل الدفوع الخاصه بانهاء الالتزام الاصلي [5] . وقد نص القانون المدني المصري على ذلك صراحة في اطار الكفاله العينيه ، فنرى ان الماده (1042 – 2) منه قد نصت (اذا كان الراهن غير المدين كان له الى جانب تمسكه باوجه الدفع الخاصه به ان يتمسك بما للمدين التمسك به من اوجه الدفع المتعلقه بالدين ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين) .

---

(1)- انظر د.عبد المجيد الحكيم – عبد الباقي البكري – د. محمد طه البشير :مصدر سابق ، ص 222 . كذلك القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 280 .

(2)- مما نود التأكيد عليه هو ان القانون المدني العراقي لم يأخذ بنظرية البطلان أي التدرج في مراتب البطلان (البطلان المطلق والبطلان النسبي) بل هو بطلان واحد وهوما تسميه التقنينات الاخرى البطلان المطلق ، فالعقد وفقاً للقانون المدني العراقي اما صحيح او باطل ، وانه اخذ بنظريه العقد الموقوف مجاراة لحكم الشريعه الاسلاميه . للتفصيل راجع ص 25 من الرساله .

(3)- انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 629 . كذلك د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، ج 10 ، مصدر سابق ، ص 864 .

(4)- انظر الماده (141) مدني عراقي التي تنص (اذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحه ان يتمسك بالبطلان 000) .

(5)- انظر د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق ، ص 181 . كذلك انظر عقيل فاضل حمد الدهان : تبعية التأمينات للالتزام الاصلي في القانون المدني – دراسه مقارنه بالفقه الاسلامي ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون - جامعة بغداد ، 1999 ، ص 134 .

ويلاحظ ان القانون المدني العراقي لم يورد نصاً مماثلاً ، وهذا مما يعني اننا امام نقص تشريعي نأمل تلافيه ، وذلك لغرض المحافظه على حقوق الكفيل العيني ، فالامر يتعلق بالتزامات يمكن ان يتحملها الكفيل دون مسوغ ، خاصةً اذا لم يتمسك المدين بمثل تلك الدفوع التي تنهي الالتزام الاصلي وبالتالي تُبرأ ذمة الكفيل العيني ، ولذلك ندعو المشرع العراقي الى اعمال حكم الماده (1042-2) من القانون المدني المصري آنفة الذكر .

ثانياً / البطلان الجزئي للعقدالاصلي :

قد يكون العقد باطلاً في شق منه وصحيحاً في الشق الاخر ، مما يدفعنا الى التساؤل عند اثر مثل هذا البطلان على رهن الاسهم الضامن للالتزامات الناشئه عن ذلك العقد .

ولكن قبل ذلك لابد من التعرف على اثر البطلان الجزئي على التصرف نفسه .

ويمكن القول انه تطبق ، في مثل هذه الحاله ، نظرية انتقاص العقد ، وهي النظريه التي تذهب الى انه اذا كان العقد في شق منه باطلاً وصحيحاً في الشق الاخر ، وكان التصرف قابلاً للانقسام فينتقص العقد ، أي يزول الشق الباطل مع بقاء الشق الصحيح من العقد ، الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير ذلك الشق الباطل ، عملاً بقاعدة تصحيح العقود قدر الامكان [1].

وقد اخذ القانون المدني العراقي بهذه النظريه في الماده (139) منه والتي جاء فيها (اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل . اما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً) .

اما عن اثر البطلان الجزئي على رهن الاسهم فيمكن توضيحه من خلال ما يأتي :

1- اذا كان رهن الاسهم يضمن العقد كله أي بكافة التزاماته ، فان سقوط الشق الباطل لايؤثر على هذا الرهن ، لان الرهن في ا صله كان ضامناً لذلك الشق الصحيح فهو داخل ضمن العقد المضمون [2] ، وعليه يبقى رهن الاسهم ببقاء الجزء الصحيح ولكنه لايبقى ضامناً للجزء الذي زال بسبب بطلانه .

2- اما اذا كان رهن الاسهم يضمن التزاماً محدداً او التزامات محدده فالامر يختلف بحسب ما اذا وقع ذلك الالتزام او تلك ضمن الشق الباطل او الصحيح من العقد المنشيء للالتزامات المضمونه .

بمعنى ان رهن الاسهم ينقضي بسبب البطلان اذا وقع اللاتزام المضمون به ضمن الشق الباطل من العقد الاصلي ، اما اذا حصل العكس بان وقع ذلك اللالتزام ضمن الشق الصحيح فان هذا الرهن يبقى ببقاء الالتزام المرهون بسبب تبعيته له . ولكن هذا كله في حال ما اذا لم تكن نية المتعاقدين قد انصرفت الى ان العقد ما كان ليتم من غير الشق الذي وقع باطلاً ، والا فان العقد الاصلي يبطل بالكامل وتزول كافة

---

(1)- انظر د. عبد المجيد الحكيم – عبد الباقي البكري – د. محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 125 .

(2)- انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص280. . كذلك انظر د. سمير عبد السيد تناغو : التأمينات العينيه ، مصدر سابق ، ص 198 . كذلك د. سليمان مرقس : مصدر سابق ، ص 264كذلك Mazeaud- opcit. no. 84- p79

الالتزامات المضمونه التي كان يمكن ان تنشأ منه ، وبالتالي يبطل رهن الاسهم الضامن لهذه اللاتزامات تبعاً لذلك[1].

الفرع الثاني / انقضاء رهن الاسهم بسبب الفسخ

يعد الفسخ من الاسباب المهمه التي تؤدي الى انتهاء الالتزامات بعد نشوئها [2].

ويعرف الفسخ بانه (انقضاء الرابطه التعاقديه لاستحالة التنفيذ او الامتناع عنه او الاخلال به) [3].

والفسخ على ثلاثة انواع فهو اما فسخ قانوني (انفساخ) او فسخ قضائي او فسخ اتفاقي (اقاله) وتجدر الاشاره الى انه فيما يتعلق بالانفساخ وهي الحاله التي ينفسخ فيها العقد من تلقاء نفسه ودون حاجه الى استصدار حكم ، اذا استحال تنفيذ هذا العقد لسبب اجنبي لا يد للمدين فيه ، والتي اشارت اليها الماده (425) من القانون المدني العراقي ، فانه سوف يتم التطرق اليها عند بحث انقضاء رهن الاسهم بسبب الطرق العامه لانقضاء الالتزام وتحديداً عند تناول استحاله التنفيذ في المبحث الثاني من هذا الفصل .لذلك سيقتصر البحث هنا على الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي باعتبارهما سببين لانقضاء رهن الاسهم بصفه تبعيه وذلك من خلال ما يأتي :

اولاً – الفسخ القضائي : هو الفسخ الذي يوقعه القضاء وتكون فيه للقاضي سلطه تقديريه واسعه في تقرير الفسخ من عدمه ، وسببه هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه او الاخلال به [4].

والدائن عند اخلال مدينه بالعقد مخيراً ان شاء طلب الفسخ امام القضاء او ان يطلب التنفيذ العيني ، مع الاشاره الى ان للدائن في كلا الحالتين ان يطالب بالتعويض عما اصابه من ضررنتيجة عدم التنفيذ او التأخر فيه اذا ما توافرت شروط الحكم بالتعويض [5] .

وللدائن ايضاً ، اذا امتنع المدين عن التنفيذ او اخل به ، دعوتان كلتاهما ناشئه عن العقد .

<u>الاولى</u> / دعوى المسؤوليه : التي يقصد بها الدائن اعادة التوازن الاقتصادي بينه وبين المتعاقد الآخر ، أي ان الدائن يطالب بالتعويض مع تمسكه ببقاء الرابطه التعاقديه .

اما <u>الثانيه</u> / فهي دعوى الفسخ : التي ترمي الى نقض الرابطه التعاقديه مع احتمالية ان يصحبها تعويض

---

(1)- انظر د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، ج 10 ، مصدر سابق ، ص 864 . كذلك د.عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 630 .

(2)- انظر الماده (180) مدني عراقي التي تنص (اذا فسخ عقد المعاوضه الوارد على الاعيان الماليه او انفسخ سقط الالتزام الذي كان مترتباً عليه ....) .

(3)- انظر المستشار محمد محمود المصري – محمد احمد عابدين : مصدر سابق ، ص 14 . كذلك انظر عقيل فاضل حمد الدهان : مصدر سابق ، ص 141 .

(4)- انظر المستشار محمد محمود المصري – محمد احمد عابدين : المصدر نفسه ، ص 35 .

(5)- انظر د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص359 .

للدائن عن الاضرار التي سببها له المدين بسبب خطأه [1] .

فاذا طالب الدائن المدين بالتنفيذ العيني كان له ان يطالب بالتعويض طبقاً لاحكام المسؤوليه العقديه ،و في هذه الحاله يبقى رهن الاسهم الضامن لهذا الالتزام والسبب هو بقاء الالتزام المضمون ، وكذلك يبقى الرهن لضمان ما يمكن ان يحكم به من تعويض ، ذلك ان نطاق الرهن يمتد ليشمل ملحقات الالتزام المضمون ومسؤولية المدين الاصلي العقديه [2] .

اما اذا طالب الدائن بالفسخ ، فان لم يحكم باي تعويض ، وحكم فقط بفسخ الالتزام المضمون ، زال رهن الاسهم الضامن له بصفة تبعيه ، اما اذا حكم بتعويض معين بسبب اخلال المدين الراهن بالتزامه ، فان هذا الرهن لايزول لانه – وكما بينا فيما سبق – يمتد ليشمل ملحقات الالتزام الاصلي بسبب صفته التبعيه [3].

ومما ينبغي الاشاره اليه هو انه لايكفي للحكم بالفسخ ان يكون هذا الفسخ وارداً على عقد ملزم للجانبين وان يكون عدم التنفيذ راجع لغير السبب الاجنبي ، وانما يشترط ايضا ان يكون طالب الفسخ مستعداً هو الاخر للقيام بالتزامه الذي نشأ عن العقد والمتفق على المبادره الى تنفيذه من يوم تحريره .فاذا كان قد اخل هو بالتزامه هذا فلا يحق له أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الاخر بتنفيذ ما بذمته من التزام ، وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض المصريه[4] .

واخيراً فانه يلاحظ ان الكفيل العيني (المساهم الراهن غير المدين) يبقى مسؤولاً عن اخلال المدين الاصلي بالتزامه وفيما يترتب على ذلك الاخلال من نتائج وآثار ، فمتى حكم على المدين الاصلي بالتعويض كان الكفيل العيني مسؤولاً عن ذلك التعويض حتى لو حكم بفسخ العقد [5].

ثانياً : الفسخ الاتفاقي :

سنحاول في هذه الفقره التطرق الى كل فسخ مصدره الاتفاق وهو يشمل الشرط الفاسخ الصريح ، خاصه في الصوره التي لايحتاج فيها الفسخ الى حكم قضائي واعذار ، إذ تسلب سلطة القاضي التقديريه في تقرير الفسخ من عدمه ، وكذلك الاقاله التي تمثل الاتفاق على ازالة العقد من قبل اطرافه ، وكذلك الشرط الفاسخ باعتباره وصفاً للالتزام اذ ان مصدره الاتفاق وعند تحققه يفسخ العقد باثر رجعي وهذا ما ذهبت اليه محمكة النقض المصريه عندما قررت (ان فسخ العقد اثره انحلاله باثر رجعي منذ نشوئه واعادة كل شيء

---

(1)- انظر عقيل فاضل حمد الدهان : مصدر سابق ، ص 142 .

(2) - انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 46 . كذلك د. السنهوري : الوسيط ، ج 10 ، مصدر سابق ، ص 650 .

(3)- انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 281 .

(4)- انظر نقض 8/ 1969/4 . مجموعة احكام النقض س 20 رقم 92 ص / 57 . منشور في مؤلف المستشار محمد محمود المصري – محمد احمد : مصدر سابق ، ص 13 .

(5)- انظر عقيل فاضل حمد الدهان : المصدر السابق ، ص142 .

الى ما كان عليه من قبل) [1].

ثم نبحث اثر هذه الانواع الثلاثه من الفسخ على رهن الاسهم .

1- الشرط الفاسخ الصريح :

يتمثل هذا الشرط بما ورد في الماده (178) مدني عراقي التي تنص (يجوز الاتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجه الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئه عنه . وهذا الاتفاق لايعفي من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحه على عدم ضرورته) . [2]

فالعقد لايزول هنا بحكم القانون ولا بحكم قضائي وانما يكون مصدره الاتفاق . هذا يعني ان رهن الاسهم باعتباره حقاً عينياً تبعياً يزول ، في هذه الحاله ، بمجرد اخلال احد المتعاقدين بالتزامه دون حاجه الى انتظار حكم من المحكمه [3] .

وهذا ما اكدته محكمة النقض المصريه حينما قررت (تحقق الشرط الفاسخ الصريح ، اثره زوال الالتزام المعلق عليه دون حاجه ال حكم او اعذار) [4].

مع الاشاره الى انه اذا تم اللجوء الى المحكمه ، في هذه الحاله ، فان حكمها يكون كاشفاً لهذا الفسخ وليس منشئاً له [5].

ولكنه اذا كان طرفا العقد الذي نشأ الالتزام المضمون عنه ، قد اتفقا على تعويض يترتب على اخلال أي منهما بالتزامه ، فاذا اخل المساهم المدين بالتزامه ، فان رهن الاسهم لاينقضي في هذه الحاله وانما يضمن ما يحكم به من تعويض حتى وان فسخ العقد ، اما اذا كان الاخلال بالالتزام من قبل الدائن المرتهن وفسخ العقد المضمون فمما لاشك فيه ان ذلك يؤدي الى انقضاء رهن الاسهم بصفه تبعيه ، مع ضرورة قيام الدائن

---

(1)- انظر الطعن رقم 1390 لسنة 69 ق ، جلسة 2000\7\1 . منشور في مؤلف د. عبد القادر مراد : موسوعة مراد ، الجزء الثالث ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 2004 ، ص 299 .

(2)- تقابلها التشريعات المدنيه المقارنه الماده (158) مصري ، والماده (159) سوري ، والماده (160) ليبي ، والماده (241-1) لبناني .انظر د.عبد الرزاق السنهوري : الوجيز في النظريه لعامه للالتزام ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، الاسكندريه ، منشأة المعارف ، 2004 ، ص 291 .

(3)- انظر هشام فالح طاهات : سلطة القاضي التقديريه في فسخ العقد ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون – جامعة بابل ، 1998 ، ص 84 .

(4)- الطعن رقم 350 لسنة 48 ق جلسه 30 / 1981/4 . منشور في مؤلف المستشار محمد محمود المصري – محمد احمد : مصدر سابق ، ص 28 .

(5)- انظر عقيل فاضل حمد الدهان : مصدر سابق ، ص 145 .

المرتهن بتقديم التعويض عن هذا الاخلال وفقاً لما هو متفق عليه [1].

2- اقالة العقد الاصلي :

لقد نصت الماده (183) من القانون المدني العراقي على انه (الاقاله في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد) . فالاقاله صوره من صور الفسخ الا انه يقع برضا المتعاقدين دون حاجه الى حكم محكمه [2].

وتجدر الاشاره الى انه تطبق في الاقاله نفس الاحكام السابق ذكرها بالنسبه لرهن الاسهم ، فما دامت الاقاله فسخ في حق المتعاقدين ، اذن يترتب عليها ازالة الالتزام الاصلي وتبعاً له يزول رهن الاسهم الضامن لهذا الالتزام .

3- تحقق الشرط الفاسخ المعلق عليه الالتزام المضمون :

لقد اشار القانون المدني العراقي في الفقره الاولى من الماده (289) منه الى انه (العقد المعلق على شرط فاسخ يكون تافذاً غير لازم . فاذا تحقق الشرط فسخ العقد والزم الدائن برد ما اخذه فاذا استحال رده وجب الضمان ...) . يتضح من هذه الماده ان تحقق الشرط الفاسخ يؤدي الى فسخ العقد تلقائياً وبزوال العقد تزول كافة الالتزامات التي كان ذلك العقد مصدراً لها ، وتعد كأن لم تكن ، وبدون شك فان رهن الاسهم يتبع تلك الالتزامات في زوالها فينقضي هو ايضاً بسبب الصفه التبعيه [3].

واخيراً وقبل ان ننهي الكلام عن انقضاء رهن الاسهم بصفه تبعيه بسبب زوال الالتزام المضمون نتيجة لفسخ العقد الاصلي ، نرى ضرورة الاشاره الى اسباب اخرى للفسخ ، كاستحقاق المبيع او اذا ظهر انه مثقل بتكليف لا علم للمشتري به وقت التعاقد (الماده 555-1 مدني عراقي) ، وكذلك اذا ظهر في المبيع عيب خفي (الماده 558- 1 مدني عراقي) واية اسباب اخرى والتي من الممكن ان تنهي الرابطه العقديه بأثررجعي ، اذ ان هذه الاسباب ستؤدي بدون شك الى انقضاء رهن الاسهم تبعاً لانقضاء الالتزام المضمون به بسبب الفسخ .

---

(1)- انظر د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، ج 10 ، مصدر سابق ، ص 864 . كذلك انظر د. محمد وحيد الدين سوار : مصدر سابق ، ص 240 .

(2)- انظر د. عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، بغداد ، دار النشر بلا ، 1963 ، ص 476 . ويلاحظ انه وفقاً للقانون الانجليزي ان الاقاله تحصل بطريقتين :

ا – انشاء عقد لاحق للعقد الاصلي يلزم الطرفين بانهاء التزامهما وحقوقهما في العقد الاصلي .

ب – تضمين العقد الاصلي ، عند انشائه ، بنداً يقضي بانهاء العقد في حالات معينه . انظر د. مجيد حميد العنبكي : مبادىء العقد في القانون الانجليزي ، كلية النهرين للحقوق ، جامعة النهرين ، 2001 ، ص 162 .

(3)- انظر د. سمير عبد السيد تناغو : التأمينات العينيه ، مصدر سابق ، ص 198 . كذلك د. محمد وحيد الدين سوار : المصدر السابق ، ص 241 .

المطلب الثاني

انقضاء رهن الاسهم بسبب الطرق العامه لانقضاء الالتزام

لما كان رهن الاسهم باعتباره تأميناً عينياً هو حق تبعي ، لذلك فانه ينقضي حتماً بانقضاء الالتزام المقرر له هذا الرهن ، ومن ثم ، فان طرق انقضاء التأمينات بشكل عام هي في الاصل طرق انقضاء الالتزامات ،وهذا مما يترتب عليه ان رهن الاسهم ينقضي بصفه تبعيه لانقضاء الدين المضمون ، واسباب انقضاء الدين المضمون يمكن توضيحها من خلال الفروع الآتيه :

الفرع الاول

انقضاء الدين المضمون بالوفاء

الوفاء : هو قيام المدين بما التزم به ، اي التنفيذ العيني الاختياري للالتزام ، ويعتبر الوفاء الطريق الطبيعي المرغوب فيه لانقضاء الالتزام[1] .

والوفاء واقعه مختلطه ، فهو يجمع بين التنفيذ المادي للالتزام وبين الاتفاق على قضاء الدين ، والاتفاق تصرف قانوني . ولكن يلاحظ ان الوفاء يغلب فيه عنصر التصرف القانوني ، ولذلك يلحق عادة بالتصرفات القانونيه [2].

وهذا التصرف اذا وقع من المدين الى الدائن ، كان وفاءً بسيطاً يترتب عليه انقضاء الالتزام . اما اذا حصل من غير المدين ، فانه يقضي الالتزام ايضا ، ولكن قد يترتب عليه حلول الموفي محل الدائن قبل المدين ، ويسمى في هذه الحاله وفاء مع الحلول [3] .

ووفقا لما تقدم سنبين اولا الوفاء البسيط ، ثم نعرض بعد ذلك الوفاء مع الحلول .

---

(1) - انظر د.عبد المجيد الحكيم – عبد الباقي البكري – د.محمد طـــه البشير : مصدر سابق ، ص 251 كـذلك انظـر د. محمد حسين منصور مؤلفه المشترك مع د. همام محمد محمود : الالتزامات الاسكندريه ، منشأة المعارف ، 1992 ، ص 416 .

(2)- انظر د. توفيق حسن فرج : النظريه العامه للالتزام ، الجزء الثاني في احكام الالتزام ، الاسكندريه ، منشأة المعارف ، 1978 ، ص 177 . كذلك انظر د . عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 636 .

(3) - انظر د. سليمان مرقس :الوجيز في شرح القانون المدني ، القاهره ، المطبعه العالميه ، 1964 ، ص 799 .

اولاً / الوفاء البسيط

الموفي / لقد نصت الماده (375) مدني عراقي على انه (1- يصح وفاء الدين من المدين او نائبه ، ويصح وفاؤه من أي شخص اخر له مصلحه في الوفاء ..... 2- ويصح ايضاً وفاء الدين من اجنبي لا مصلحه له في الوفاء بامر من المدين او بغير امره ...) .

وعليه فالاصل في الوفاء ان يكون من قبل المساهم المدين باعتباره صاحب المصلحه الاولى في ابراء ذمته مما يثقلها من التزام .ولكن قد يتولاه عنه نائبه ، سواء كانت نيابته قانونيه ام اتفاقيه ، كما يجوز الوفاء من قبل كل من له مصلحه فيه كشريك الملتزم او كفيله او المدين المتضامن ، ويجوزايضا حتى من قبل من ليس له مصلحة فيه. فقد يرغب شخص بالتبرع للمدين بقيمة الدين الذي وفاه عنه [1].

والى ذلك ذهب القضاء العراقي إذ قرر ((اذا كان الدافع له مصلحه بوفاء الدين فلا يكون متبرعا ولو لم يأمره المدفوع عنه بدفع هذا الدين)) [2].

الموفى له/ الاصل لكي يكون الوفاء صحيحاً مبرئاً للذمه يجب ان يتم للدائن مرتهن الاسهم او نائبه [3]، وهذا ما قرره القضاء العراقي بالقول ((اذا قام المدين بدفع الدين الى وكيل الدائن وبامره فان هذا الايفاء يبرىء ذمة المدين من الدين)).[4]

اي الوفاء لغير الدائن المرتهن او نائبه لايكون صحيحا ولايبريء ذمة المدين [5]، ولكن هنالك حالات ثلاث يكون فيها الوفاء لغير هؤلاء صحيحا على سبيل الاستثناء هي :

1- اذا اجاز الدائن المرتهن هذا الوفاء ، فاجازة الدائن للوفاء الذي تم لغيره يجعل منه وفاءاً صحيحاً ويترتب على الاجازه ان ينقلب الغير وكيلا ، ويتعين عليه ان يقدم حسابا للدائن المرتهن ، وذلك لان الاجازه اللاحقه كالوكاله السابقه [6].

---

(1)- انظر د. انور سلطان : احكام الالتزام ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 1980 ، ص .349 كذلك د. حسن علي الذنون : احكام الالتزام ، بغداد ، مطبعة المعارف ، 1948 ، ص 172 .

(2) - قرار محكمة التمييز المرقم 29ص (1955 عدد ص 65) في 30 / 1 / 1955 منشور في مؤلف عبد الرحمن العلام : المبادئ القضائيه الاحكام محكمة التمييز ، بغداد ، 1957 . ص 347 .

(3) – انظر الفقره الاولى من الماده (383) مدني عراقي التي تنص (يصح دفع الدين للدائن او وكيله ..) تقابلها في التشريعات المقارنه الماده (330) مدني سوري والماده(293) موجبات لبناني ، والماده (320) مدني اردني .

(4)- قرار محكمة التمييز المرقم 1697 ح (1954 عدد 1 ص 63) في 1954/12/19 منشور في مؤلف عبد الرحمن العلام : المصدر السابق ص 346 .

(5)- انظر د. حسن علي الذنون : المصدر السابق ، ص 175 كذلك د. سليمان مرقس : الوجيز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 805 .

(6) - انظر الماده (384) مدني عراقي التي تنص (اذا كان الوفاء لشخص غير الدائن او نائبه فلا تبرأ ذمة المدين الا اذا اقرالدائن هذا الوفاء او تم الوفاء بحسن نيه لشخص كان الدين له ظاهرا كالوارث الظاهر). تقابلها التشريعات المقارنه الماده =

وهذا ماذهبت اليه محكمة تمييز العراق عندما قررت (اذا لم يكن الوكيل مخولا في سند الوكاله باقامة الدعوى فيجوز للاصيل اجازة هذا العمل عملا بقاعدة الاجازه اللاحقه بحكم الوكاله السابقه) [1].

2- اذا تم الوفاء بحسن نيه لشخص كان الدين في حيازته ، اي ان يفي المساهم المدين بحسن نيه الدين لشخص يظهر مظهر الدائن المرتهن في نظر الجميع وهو ليس كذلك في الواقع ، كالوارث الظاهر والموصى له ثم يتبين ان الوصيه باطله [2].

3- وهي الحاله التي لم ينص عليها القانون المدني العراقي ، ولكن يؤخذ بها لانها لاتعدو ان تكون تطبيقا للقواعد العامه ، و تتمثل بحالة ما اذا عادت على الدائن مرتهن الاسهم منفعه من الوفاء ، كما لوتم الوفاء لدائن الدائن المرتهن ، وبقدر هذه المنفعه ، تطبيقا لقاعده الكسب بلا سبب .[3]

شروط صحة الوفاء/ ويشترط لصحة الوفاء ،سواء كان الموفي هو المدين الراهن ام غير المدين ، ان يكون الموفي مالكاً للشيء الذي يوفى به ، وبعكس ذلك يقع الوفاء باطلا ، لاستحالة نقل ملكية الشيء الموفى به الى الموفى له (المرتهن)[4] ، هذا من جانب ويشترط من جانب اخران يكون الموفي اهلا للتصرف في الشيء الموفى به ، اي ان يكون بالغاً سن الرشد[5] .

ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس اهلاً للتصرف فيه (كالصغير المميز اوالكبير المعتوه او المحجور عليه لسفهٍ اوغفله) ينقضي به الالتزام اذا لم يلحق هذا الوفاء ضرراً بالموفي [6].

=(333)مدني مصري ، والماده (331) مدني سوري ، والماده (320) مدني ليبي انظر د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 718 .

(1)- انظر قرارها المرقم 1502ص (1954 عدد 1ص 91) في 17- 10 / 1954 منشور في مؤلف عبد الرحمن العلام : مصدر سابق ، ص 362 .

(2) - انظر د. عبد المجيد الحكيم –عبد الباقي البكري – د. محمد طـــه البشير : مصـدر سابق ، ص 264 .كـذلك د. محمد حسين منصور- د. همام محمد محمود : مصدر سابق ، ص 264 . كذلك د. توفيق حسن فرج : احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 177 .

(3)- انظر د. سليمان مرقس : الوجيز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 804 .

(4)- انظر الماده (376) من القانون المدني العراقي التي تنص (يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءه منه ان يكون الدافع مالكاً لما دفعه .....) تقابلها الفقره الاولى من الماده (325) مدني مصري . كذلك الماده (318) مدني اردني .

(5)- انظر د. محمد حسين منصور- د. همام محمد محمود : المصدر السابق ، ص 461 . كذلك د.سليمان مرقس : الوجيز في شرح القانون المدني ، المصدرالسابق ، ص 802 .

(6)- انظر الماده (377) من القانون المدني العراقي اذ تنص (اذا كان المدين صغيرا او كبيرا معتوها او محجورا عليه لسفه اوغفله ودفع الدين الذي عليه صح دفعه مالم يلحق الوفاء ضررا بالموفي) . تقابلها الفقره الثانيه من الماده (325) مدني مصري . والماده (324) مدني سوري . والماده (318- 2) مدني اردني . والماده (312) مدني ليبي ولايوجد نص مقابل في القانون اللبناني ، ومع ذلك يمكن الاخذ بالشرطين اعلاه لانهما مجرد تطبيق للقواعد العامه . انظر د. عبد الرزاق السنهوري : الوجيز ، مصدر سابق ، ص 1226 .

ومن الطبيعي ان شرط الضرر متوافر دائما اذا كان الموفي ناقص الاهليه من الغير ، اي لم يكن هو المساهم المدين . [1]

ويذهب رأي في الفقه الى ان هنالك تعارضاً بين القول بصحة الوفاء الصادر من ناقص الاهليه اذا لم يلحق به ضرر ، والقول بان تصرفات ناقص الاهليه موقوفه على الاجازه (الماده 97- 1 مدني عراقي) [2] .

ويمكن الرد على هذا الرأي بالقول ان المشرع المدني العراقي قد اشترط ان لايلحق الوفاء الصادر من ناقص الاهليه ضررا به ، اي انه في هذه الحاله تصرف نافع بدون شك ، إذ ادى الى انقضاء الدين الذي يثقل ذمته وتبعاً له ينقضي الرهن وعليه يكون هذا التصرف نافذاً .

وتجدر الاشاره الى انه اذا رغب غير المساهم المدين بالوفاء فليس للدائن المرتهن رفض الوفاء منه ، بل هو ملزم بقبوله الا في حالتين هما :

الاولى / اذا نص في الاتفاق المنشيء للالتزام او استوجبت طبيعته ان يقوم به المدين نفسه [3].

الثانيه / اذا كان الغير الذي يريد الوفاء بالدين لامصلحة له في ذلك ، واعترض المساهم المدين على قبول الوفاء او رفضه ، وابلغ الدائن المرتهن هذا الاعتراض .[4]

العرض والايداع /

قد يمتنع الدائن المرتهن عن قبول الوفاء لاي سبب من الاسباب ، كأن يرى انه يستحق اكثر مما يعرضه المدين عليه. في الوقت الذي يحرص فيه المدين على ان تبرأ ذمته باسرع ما يمكن ، كما لوكان الدين ينتج فوائد. لذلك رسم القانون اجراءات معينه يستطيع المساهم المدين (اوالكفيل العيني) من خلالها التغلب على عنت الدائن المرتهن الذي لايقبل الوفاء .[5]

إذ يكون للمدين ان ينذر الدائن المرتهن ، في حالة رفضه قبول الوفاء ، بوجوب استيفاء حقه في مدة مناسبه

---

(1)- انظر د. توفيق حسن فرج : احكام الالتزام مصدر سابق ص 180كذلك د. انور السلطان : مصدر سابق ص 352 .

(2)- انظر د. حسن الذنون : مصدر سابق ، ص 173 .

(3) - انظر الماده (249) من القانون المدني العراقي التي تنص (في الالتزام بعمل اذا نص الاتفاق او استوجبت طبيعة الدين ان ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن ان يرفض الوفاء من غير المدين) . تقابلها في التقنينات المدنيه المقارنه الماده(208) مدني مصري ، والماده (322) مدني سوري ، والماده (301) مدني ليبي ، والفقره الاولى من الماده (292) من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(4)- انظر الفقره الثانيه من الماده (375) مدني عراقي اذ تنص (... يجوز للدائن ان يرفض الوفاء من الغير اذا اعترض المدين على ذلك وابلغ الدائن هذا الاعتراض) . تقابلها الفقره الثانيه من الماده (323) مدني مصري ، كذلك الفقره الثانيه من الماده (317) مدني اردني . اما قانون الموجبات والعقود اللبناني فلم يرد فيه نص مماثل .

(5)- انظر د. عبد القادر الفار : احكام الالتزام ، الطبعه السادسه ، عمان ، دار الثقافه للنشر والتوزيع ، 2001 ، ص 28 . كذلك عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 733 .

يحددها في الانذار ، تاتي بعد ذلك مرحلة العرض الحقيقي ، اي يعرض المدين على الدائن ما التزم بادائه بواسطة الكاتب العدل ، فاذا رفض الدائن العرض ، قام الكاتب العدل بايداعه في صندوق المحكمه او في يد عدل او بيعه اذا كان سريع التلف [1]، اما اذا قبل الدائن المرتهن العرض اوقضت المحكمه بصحة الايداع برئت ذمة المدين وتبعاً لذلك انقضى رهن الاسهم من وقت الايداع [2] . وهذا ما قررته محكمة تمييزالعراق بالقول ((ان ايداع مبلغ الالتزام لدى الكاتب العدل يعتبر ايفاء للالتزام)) .[3]

نخلص من كل ما تقدم ان الوفاء الصادر من المساهم المدين او نائبه يؤدي الى انقضاء الدين المضمون ، وبالطبع فان رابطة التبعيه تقود الى انقضاء رهن الاسهم بصفه تبعيه . ولكن يجب التأكيد على ان انقضاء الدين المترتب على الوفاء يجب ان يكون تاماً وشاملاً لفوائد الدين ونفقاته ، فاذا بقي جزء من ذلك ، بقي رهن الاسهم بكامله ، الى ان يتم الوفاء باخر جزء من الدين ، لان الرهن لا يتجزأ الا اذا اتفق على غير ذلك [4]، وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض المصريه عندما قررت (جواز تجزئة الالتزام بارادة

---

(1)- انظر المواد (من 385 الى 389) من القانون المدني العراقي . تقابلها المواد (من 334 الى 340) مدني مصري . كذلك المواد (من 332 الى 338) مدني سوري . كذلك المواد (من 321 الى 327) مدني ليبي . والمواد (من 294 الى 297) من قانون الموجبات والعقود اللبناني . كذلك المواد (من 347 الى 353) معاملات مدنيه اماراتي .

اما وفقاً للقانون الانجليزي ، فانه يجب الاخذ بالاعتبار النقاط الاتيه :

ا- ان يكون العرض للمبلغ بالكامل .

ب- ان يكون عرض المبلغ الى الدائن او وكيله .

ج- ان يكون عرض المبلغ مستمراً ، اي ان يكون المدين مستعداً دائماً بدفع المستحق .

د- ان يكون عرض المبلغ في الحدود القانونيه التي يقبل البنك ان يدفعه .

للتفصيل انظر د. مجيد حميد العنبكي : مباديء العقد في القانون الانجليزي ، مصدر سابق ، ص 158 .

(2) - انظر الفقره الاولى من الماده (386) مدني عراقي ، تقابلها الماده (339) مدني مصري والماده (337) مدني سوري ، والماده(326) مدني ليبي ، والماده (2-294) موجبات وعقود لبناني ، والماده (327) مدني اردني . وهذا موقف القانون الانجليزي انظر د. مجيد العنبكي : انقضاء العقد في القانون الانجليزي ، مجلة جامعة النهرين، المجلد السادس ، العدد 4 ، 2000 ، ص 68 . مزيدا من التفصيل انظر د.توفيق حسن فرج : احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 203 . كذلك د.محمد حسين منصور – د.همام محمد محمود : مصدر سابق ، ص 465 .

(3)- انظر حكمها المرقم 332 ح (1954 عدد 4ص 76) في 1954/3/18 منشور لدى عبد الرحمن العلام : مصدر سابق ، ص 347 .

(4)- انظر الفقره الاولى من الماده (1332) مدني عراقي التي نصت (كل جزء من المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بكل المرهون) للتفصيل انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 280 . كذلك انظر **Mazeaud-opcit-p.79** . ولقد خالف مشروع القانون المدني العراقي لعام 1986 هذا المبدأ إذ نصت الماده (904) منه على انه (ثانياً : اذا اوفى الراهن جزءاً مهماً من الدين جاز للمحكمه بناء على طلب الراهن ان تنقص المرهون بما يتناسب مع مقدار ما تم الوفاء به) .

المتعاقدين) [1] .

ويلاحظ بان الوفاء الذي يتم من قبل الكفيل العيني (المساهم الراهن غير المدين) لاتنطبق عليه احكام الانقضاء بصفه تبعيه ، اذ انه يؤدي الى انقضاء رهن الاسهم بصفه اصليه ، اي مستقلاً عن الدين الذي يبقى قائماً في هذه الحاله .

واخيراً يثار التساؤل الاتي : ما الحكم اذا زال السبب الذي ادى الى انقضاء الالتزام المضمون ؟ وللاجابه نقول ان فكرة عودة التأمينات اذا عاد الدين الذي تم وفاؤه اشار اليها القانون المدني العراقي في الماده (1346) منه اذ نصت (ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين الموثق ، ويعود معه اذا زال السبب الذي انقضى به الدين .....) . فاذا كان الوفاء باطلاً اوابطل عاد الدين الاصلي الى الوجود ، كأن لم ينقض ، وبما ان الاصل باق ولم ينقض فان رهن الاسهم يتبعه في البقاء .

ثانياً / الوفاء مع الحلول

اذا تم الوفاء من غير المساهم المدين ، كان للموفي الرجوع على مدينه بما دفعه ، الااذا كان متبرعا . وعندئذ يحل الموفي محل الدائن المرتهن فيما لهذا الاخير من حقوق على المدفوع عنه ، كما ينتقل حق الرهن الى الموفي [2].

ويكون للموفي في سبيل الحصول على ما اوفى به ان يسلك احد طريقين هما :

1- الدعوى الشخصيه: إذ يرجع الموفي على المساهم المدين اما بدعوى الفضاله ، اذا تم الوفاء بغير علم الاخير.او بدعوى الوكاله اذا اقر المدين بعد ذلك هذا الوفاء.اما اذا تم الوفاء على الرغم من اعتراض المدين ، او كان الموفي وقت الوفاء معتقدا انه يوفي دين نفسه ، فيكون الرجوع على اساس الاثراء بلا سبب وبقدر ما ابرأ من ذمة المدين.[3]

ويذكر في هذاالصدد ان للمدين الذي حصل الوفاء على الرغم من اعتراضه ان يمنع رجوع الموفي بما اوفاه عنه كلاً او بعضاً ، اذا اثبت ان له اية مصلحه في الاعتراض على الوفاء ، كما هو الحال فيما لو كان المساهم المدين ممتنعا عن الوفاء حتى يقوم الدائن المرتهن بتنفيذ التزام عليه مرتبط بالتزام المدين . [4]

2 - دعوى الحلول : وقد يكون للموفي كذلك دعوى الحلول التي تعطيه الحق في ان يحل محل المرتهن . في ذات الدين الذي وفاه لابدين جديد ، كما في الدعوى الشخصيه [5] .

---

(1)- **انظر الطعن رقم 1384 لسنه 47 ق – جلسة 18-4-1982 . اشارت اليه . فتحيه محمود القره :مصدر سابق، ص173.**

(2)- انظر د.عبد الرزاق السنهوري : مصدر سابق، الجزء الثالث ، ص 658 . كذلك د.حسن علي الذنون : مصدر سابق ، ص 193.

(3) - انظر د.محمد حسين منصور- د. همام محمد: مصدر سابق ، ص 462 . كذلك د. سمير عبد السيد تناغو : المبادىء الاساسيه في نظريه العقد واحكام الالتزام ، الاسكندريه ، منشأة المعارف ، سنة الطبع بلا ، ص 324 .

(4)- انظر د.انورسلطان: مصدر سابق ،ص 350 . كذلك د. توفيق حسن فرج : احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 178 .

(5)- انظر د.محمد حسين منصور د. همام محمد محمود : المصدر السابق ، ص 462 . كذلك د.حسن الذنون : المصدر السابق، ص 195.

وحلول الموفي محل الدائن قد يكون بحكم القانون (الحلول القانوني) او بحكم الاتفاق (الحلول الاتفاقي) ، ولقد حدد القانون حالات الحلول القانوني على سبيل الحصر[1] ، في حين يتحقق الحلول الاتفاقي باتفاق الموفي مع الدائن المرتهن او مع المدين الراهن. ويشترط في الاتفاق مع الدائن المرتهن توافر شرطين هما [2] :

الاول / قبول الدائن احلال الموفي محله ، ويشترط اثبات هذا القبول بورقه رسميه .

الثاني / ان يكون الاتفاق على الحلول وقت الوفاء، لانه اذا حصل الوفاء قبل الاتفاق على الحلول انقضى الدين وتبعا له ينقضي رهن الاسهم الضامن لهذا الدين ولم يعد هنالك مبرر لهذا الاتفاق .

اما الاتفاق مع المدين، فيكون عندما يرغب المدين بالتخلص من دائنه لسبب ما، إذ يجوز للمدين ان يتفق مع شخص اخر على ان يقرضه مبلغ الدين، فيستعمل هذا المبلغ في وفاء حق الدائن ويحل المقرض محله، فيحقق مصلحة الدائن المرتهن في الحصول على حقه بسهوله كما يحقق مصلحة المساهم المدين في التخلص من الدائن الاول غير المرغوب فيه مثلا .[3]

واخيراً فانه يترتب على الحلول ، سواء كان قانونياً ام اتفاقياً ، الآثار نفسها. وهي ان يحل الموفي محل الدائن مرتهن الاسهم في ذات الحق الذي كان له ، اي ان الموفي يصبح هو الدائن المرتهن الجديد في الحق نفسه ، بما لهذا الحق من خصائص وماله من توابع وتأمينات وما عليه من دفوع .[4]

هذا يعني ان رهن الاسهم الضامن للدين لاينقضي اذا تم الوفاء من اجنبي (غير المدين وغير الكفيل) ، الا اذا كان متبرعا ، اما اذا لم يكن كذلك فان حق الرهن ينتقل الى الدائن الجديد ليكون دائنا

---

(1)- انظر الماده (379) مدني عراقي التي تنص (اذا دفع الدين شخص غير المدين حل الدافع محل الدائن يحكم القانون في الاحوال الاتيه :

ا- اذا كان ملزما بالدين مع المدين او ملزما بوفائه عنه .

ب- اذا كان دائنا ووفى دائنا اخر مقدما عليه بما له من تأمين عيني ولو لم يكن للدافع اي تأمين .

ج- اذا كان قد اشترى عقارا ودفع ثمنه تسديدا لاحد الدائنين الذين خصص العقار لضمان حقوقهم .

ء- اذا كان هنالك نص يقرر للدافع حق الحلول).

تقابلها الماده (326) مدني مصري ، والماده (312) موجبات لبناني ، والماده (325) مدني سوري ، والماده (313) مدني ليبي .

(2)- انظر نص الفقره الاولى من الماده (380) مدني عراقي ، كذلك الماده (327) مدني مصري ، والماده (326) مدني سوري ، والماده (314) مدني ليبي والماده (313) موجبات لبناني . للتفصيل انظر د.سليمان مرقس : الوجيز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ص 825 كذلك د.عبد الرزاق السنهوري : مصدر سابق ، الجزء الثالث ، ص 684.

(3) – انظر د. عبد الحي حجازي : النظريه العامه للالتزام (احكام الالتزام) ، الجزء الثالث ، مصر ، مطبعة الفجاله الجديده ، 1954 ، ص 139.

(4) – انظر الماده (381) مدني عراقي اذ تنص (من حل قانونا او اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع .....) تقابلها الماده (329) مدني مصري ، والماده (328) مدني سوري ، والماده (316) مدني ليبي ، والماده (315) موجبات وعقود لبناني .

مرتهنا للاسهم ، اي ان الموفي يأخذ مكان الدائن المرتهن الذي استوفى حقه لانه قام بالوفاء ، ولكن حقوقه تحدد في نطاق هذا الوفاء وبقدره . [1]

الفرع الثاني

انقضاء الدين المضمون بما يعادل الوفاء

الاصل ان الالتزام ينقضي اذا وفي به عينا ، ولكن هنالك حالات ينقضي فيها الالتزام بما يعادل الوفاء ، والتي يمكن توضيحها من خلال ما يأتي :

اولاً / الوفاء بمقابل

الوفاء بمقابل : هو قبول الدائن مقابلا يستعيض به عن المستحق له اصلا، بمعنى ان يقوم المدين ، في سبيل الوفاء بما هو ملتزم به قبل الدائن ، باعطاء الدائن شيئا اخر غير الذي كان ملتزما بادائه . فقد يكون ملتزما باداء مبلغ من النقود ، ومع ذلك تبرأ ذمته بتقدم بضائع او سلع او اي شيء اخر. [2]

وهذا ماقررته محكمة تمييز العراق إذ قضت (اذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئا غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء) . [3]

وتجدر الاشاره الى ان الوفاء بمقابل عمليه قانونيه مركبه لم تسلم من خلاف في فقه القانون لتحديد طبيعتها ، فذهب جانب من الفقه الى ان الوفاء بمقابل هو عقد خاص يقصد به تمليك عين في مقابل دين ، وهذا العقد يترتب عليه نقل الملكيه للدائن وانقضاء دين المدين بالتالي .[4]

في حين يذهب رأي اخر الى ان الوفاء بمقابل هو بيع مصحوب بمقاصه . [5]

ولكن يلاحظ ان التكييف القانوني الذي اخذ يتغلب في الفقه المعاصر ، هو ان الوفاء بمقابل عمليه

---

(1) - انظر نهاية الماده (318) مدني عراقي إذ نصت (.... ويكون هذا الحلول بالقدر الذي اداه من حل محل الدائن). للايضاح انظر د. محمد حسين منصور ـ د. همام محمد محمود : مصدر سابق ، ص 463 . كذلك د.حسن علي الذنون : مصدر سابق ، ص 205 . كذلك د.سمير عبد السيد تناغو : المبـــادئ الاساسيه في نظريه العقد ، مصــدر ســابق ، ص 329 .

(2)- انظر د. توفيق حسن فرج : احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 219 . كذلك د.انور سلطان : مصدر سابق ، ص 396 .

(3)- انظر قرار ها المرقم 6440 ح (1956 عدده ص 753) في 1956/6/9 منشور في مؤلف عبد الرحمن العلام : مصدر سابق، ص 345 .

(4)- انظر د. حسن علي الذنون : المصدر السابق ، ص 210 . كذلك د. انور سلطان : المصدر السابق ، ص397.

(5)- انظر بلانيول وريبير وردان 7 فقره 1249 ص 659 .مشاراليه في مؤلف د.عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ،الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 802 .

قانونيه مختلطه بين التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكيه ، اي ان الدين الاصلي ينقضي بالتجديد ، اما الدين الجديد فينقضي بالوفاء عيناً [1].

والقاعده ان الشيء المستحق اصلاً هو الذي يجب الوفاء به ، فلا يجبر الدائن مرتهن الاسهم على قبول غيره، حتى لو كان هذا الشيء مساوياً لقيمة المستحق اصلا او اعلى قيمه [2]، ولكن هذا لايمنع الدائن من ان يقبل شيئاً غيرالذي حدد في الالتزام [3]، ووفقا لهذا المفهوم فانه يشترط لتحقق الوفاء بمقابل توفر امرين :

الاول / ان يوجد اتفاق بين الدائن المرتهن والمساهم المدين يقبل فيه الاول ان يستعاض عن الوفاء بمحل الالتزام الاصلي ، بنقل ملكية شيء اخر ، بمعنى ان يقوم المدين بتقديم مقابل لما كان عليه من التزام. [4] وهذا ما اكد عليه القضاء العراقي في حكمه [5] .

كما يجب ان ينفذ هذا الاتفاق فعلاً ، لانه اذا تم الاتفاق على نقل ملكية الشيء للدائن مرتهن الاسهم ولكن اجل تنفيذه ، لم نكن بصدد وفاء بمقابل ، وانما بصدد تجديد للالتزام [6].

الثاني / ان يكون ما قدمه المساهم المدين شيئا اخرغيرالمستحق اصلا وبهذا يفترق الوفاء بمقابل عن الالتزام الذي يتعدد فيه المحل عند نشوئه او وفائه (الالتزام التخييري والالتزام البدلي) فتقديم احد الشيئين في الالتزام التخييري او البدلي لا يعد وفاء بمقابل ، لان الشيء الموفى به داخل اصلا في نطاق الالتزام

---

(1) - انظر محمد حسين منصور – همام محمد محمود : مصدر سابق ، ص 469 . كذلك عبد الحي حجازي : مصدر سابق ، ص 60 . كذلك د. عبد المجبد الحكيم – عبد الباقي البكري – د. محمد طه البشير : مصدر سابق، ص 279 . كذلك انظر منقذ عبد الرضا الفردان : الوفاء بمقابل (راسه مقارنه) رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون جامعة بغداد ، 2003 ، ص 69 .

(2) - انظر الفقره الاولى من الماده (390) مدني عراقي التي تنص (اذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين ان يدفع غيره بدلا عنه بدون رضاء الدائن حتى و لو كان هذا البدل مساوياً في القيمه للشيء المستحق او كانت له قيمه اعلى) ، تقابلها الماده (341) مدني مصري والماده (339) مدني سوري والماده (328) مدني ليبي ، والماده (499) موجبات وعقود لبناني والماده (329) مدني اردني للايضاح انظر د.انور سلطان : مصدر سابق ، ص 396.

(3)- انظر الماده (399) مدني المراقي التي تنص (اذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئا اخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء). تقابلها الماده (340) مدني اردني ، والماده (348) مدني سوري ، والماده (350) مدني مصري ، والماده (337) مدني ليبي ، والماده (318) موجبات وعقود لبناني . للايضاح انظر د.حسن علي الذنون : مصدر سابق ، ص 210 .

(4)- انظر د.توفيق حسن فرج : احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 221 .

(5)- انظر قرار رقم 644 / حقوقيه /56 موصل ، إذ ورد في حيثياته (ان استلام مديرية السجن لمادة المحروقات على شكل نفط ابيض بدلاً من الحطب بموافقتها ، ولم تجد المحكمه في الاوراق مايشير الى اعتراض سبق صدوره من قبل المديريه . لذلك يعتبر قبول النفط الابيض بدل الحطب هو استيفاء للشيء المستحق وفاءه) .

(6)- انظر د.عبد المجيد الحكيم - البكري - د.البشير : المصدر السابق ، ص 279 . كذلك انظر منقذ عبد الرضا علي الفردان : المصدر السابق ، ص 83 .

الاصلي [1].

اما فيما يتعلق باحكام الوفاء بمقابل ، فيلاحظ انها احكام مزدوجه ، فهو باعتباره ناقلا للملكيه تسري عليه احكام البيع ، اما باعتباره وفاءً فانه تسري عليه احكام الوفاء [2].

وتأسيساعلى ذلك فان من الآثار التي تترتب على الوفاء بمقابل باعتباره وفاء ،ان التأمينات التي كانت على الدين الاصلي تزول ، اي ينقضي رهن الاسهم تبعاً لانقضاء الدين المضمون بسبب علاقة التبعيه ،ولا يعود حتى لوا ستحق المقابل في يد الدائن المرتهن ، ذلك ان الدين الاصلي انقضى مع كل تأميناته [3].

اما في حالة بطلان الوفاء بمقابل فانه تطبق احكام الوفاء نفسها ، في اعتبار ان الوفاء كأن لم يكن وان الالتزام المضمون لم ينقض اصلاً وان رهن الاسهم باقياً على حاله ضامناً للالتزام .

فالوفاء بمقابل لا يؤدي الى انقضاء رهن الاسهم بصفةٍ تبعيه الا اذا كان مبرءاً ، فان لم يكن كذلك فلا ينقضي الالتزام المضمون ولا الرهن الضامن له [4] .

ثانياً / التجديد والانابه

في البدايه لابد من التنويه على ان سبب الربط بين التجديد والانابه ، كطرق لانقضاء الالتزام ، هو ان الاخيره قد تنطوي على تجديد في بعض صورها وهذا ماسيتم توضيحه من خلال التطرق الى التجديد اولا ثم الانابه في الوفاء في الفقره الثانيه .

1- التجديد [5] : هو اتفاق على انقضاء الالتزام القديم ، وانشاء التزام جديد يحل محله ويختلف عنه في

---

(1)- انظر د.انور سلطان : مصدر سابق ، ص 396 .

(2) - انظر الماده (400) مدني عراقي اذ تنص (يسري على الوفاء بمقابل من حيث انه ينقل ملكية الشيء الذي اعطي في الدين احكام البيع وبالاخص ما يتعلق منها باهلية المتعاقدين وضمان العيوب الخفيه . ويسري عليه من حيث انه يقضي الدين احكام الوفاء وبالاخص ماتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات). تقابلها الماده (351) مدني مصري ، والماده (349) مدني سوري ، والماده (341) مدني اردني والماده (319) موجبات وعقود لبناني ، والماده (338) مدني ليبي .

(3)- انظر د.سمير عبد السيد تناغو : المبادئ الاساسيه في نظريه العقد ، مصدر سابق ، ص 347 . كذلك د. حسن علي الذنون : مصدر سابق ، ص 211 كذلك د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 811 .

(4)- انظر د. سميرعبد السيد تناغو : التأمينات العينيه ، مصدر سابق ، ص 301 . كذلك انظر د. عبد الحي حجازي : مصدر سابق ، ص 66 .

(5)- التجديد كنظام قانوني اصبح اليوم محدد الاهميه . فالتجديد بتغيير الدين اصبح يغني عنه الوفاء بمقابل ، وتغني حوالة الدين عن التجديد بتغيير المدين ، وحوالة الحق عن التجديد عن التجديد بتغيير الدائن . وقد اختفى التجديد فعلا في بعض التقنينات الحديثه كالتقنين الالماني ، وكذلك التشريع المدني الاردني إذ انه لم يتناول التجديد كسبب من الاسباب التي ينقضي بها الالتزام بما يعادل الوفاء . الا ان ذلك لايعني ان المشرع الاردني لايعرف التجديد ، ، اذ ورد في الماده (429) مدني مايلي (اذا اتفق الدائن مع احد المدينين المتضامين على تجديد الدين برئت ذمة الباقين الااذا احتفظ بحقه قبلهم جميعا) انظر د.عبد القادر الفار: مصدر سابق ، ص 54 .

عنصر من عناصره (محل الالتزام ا واحد طرفيه) [1].

على ان الالتزام الجديد يكون دائما التزاما تعاقديا، مصدره عقد التجديد.في حين ان الالتزام القديم قد يكون مصدره العقد اوغيره ، كالعمل غير المشروع او الكسب دون سبب او القانون .[2]

ويشترط لوقوع التجديد شروط ثلاثه هي :

أ - ضرورة وجود التزام سابق يحل محله التزام جديد، وان يكون كل من الالتزامين صحيحاً. فاذا كان ايهما قد انقضى لاي سبب او كان باطلا لا يصح التجديد .[3]

ب - اختلاف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في احد عناصره الجوهريه فالتجديد قد يكون بتغيير الدين اذا اتفق الطرفان على ان يستبدلا بالالتزام الاصلي التزاما جـديدا يختلف عنـه في محله او فـي مصدره [4]، كاستبدال النقود بكميه من السلع او العكس . وقد يكون التجديد بتغيير احد طرفي الالتزام الدائن المرتهن او المساهم الراهن عندما يكون هو المدين .[5]

ج - ضرورة توافر نيه التجديد . اذ يتعين انصراف قصد المتعاقدين الى استبدال الالتزام الاصلي بالتزام جديد يحل محله ، اذ ان الـتجديـد لايفترض بـل يجب ان يتفق عليـه صـراحه ، او ان يستخلص بوضوح من الظروف [6] .

---

(1) - انظرد.سمير عبد السيد تناغو : المبادئ الاساسيه في نظريه العقد ، مصدر سابق ، ص 348 كذلك د.توفيق حسن فرج : احكام الالتزام : مصدر سابق ، ص 223 كذلك د.انور سلطان : مصدر سابق ، ص 401 .

(2)- انظر د.عبد المجيد الحكيم - البكري - د. البشير : مصدر سابق ، ص 286.

(3)- انظر الماده (353) مدني مصري التي تنص (لايتم التجديد الا اذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من اسباب البطلان) ، والماده (340) مدني سوري وهذه المواد لاتعد وان تكون تطبيقا للمبادئ العامه ، ولذلك يمكن الاخذ باحكامها في القانون المدني العراقي رغم عدم وجود نص مماثل فيه .

(4)- انظر الماده (401) مدني عراقي التي تنص (يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين على ان يستبدلا بالالتزام الاصلي التزاما جديدا يختلف عنه في محله او في مصدره) تقابلها الماده (352-1) مدني مصري ، والماده (350-1) مدني سوري والماده (339-1) مدني ليبي ، والماده (323) موجبات وعقود لبناني . للايضاح انظر د. محمد حسين منصور – د همام محمد محمود : مصدر سابق ، ص 471 .

(5)- انظرما اوردته الماده (402) مدني عراقي اذا نصت (يجوز تجديد الالتزام ايضا بتغيير الدائن ..... او بتغيير المدين ....) . تقابلها الماده (352- 2) مدني مصري ، والماده (350-2) مدني سوري ، والماده (323) موجبات وعقود لبناني ، والماده (339- 2) مدني ليبي .

(6)- انظر ما جاءت به الماده (354-1) مدني مصري إذ نصت (التجديد لايفترض بل يجب ان يتفق عليه صراحه ، او ان يستخلص بوضوح من الظروف). تقابلها الماده (352) مدني سوري ، والماده (341) مدني ليبي ، والماده (320) موجبات وعقود لبناني . ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني العراقي . ولكن يمكن العمل باحكام التقنين المدني المصري لاتفاقها مع القواعد العامه . انظر د.حسن علي الذنون : مصدر سابق ، ص 215 .

وللتجديد اثران أثرمسقط وأثرمنشيء [1].

فالأثرالمسقط للتجديد يتمثل بانقضاء الالتزام القديم وتوابعه وتأميناته ويكون هذا السقوط نهائيا بغير عوده . بمعنى انه اذا لم يقم المدين بوفاء الدين الجديد لم يكن للدائن ان يرجع على كفلاء الدين الاصلى ولاعلى الاموال التي كانت ضامنة له .[2]

اما الأثرالمنشيء للتجديد ، فيقصدبه نشوء دين جديد ، له خصائصه الذاتيه ودفوعه وتأميناته . فقد يكون الالتزام القديم مكفولاً برهن ولايكون الالتزام الجديد كذلك ، كما قد يكون الالتزام الاصلي تجاريا في حين ان الالتزام الجديد مدنيٌ .[3]

ولكن بالرغم من ذلك يمكن الاتفاق على نقل رهن الاسهم الذي يضمن الالتزام الاصلي الى الالتزام الجديد ، على ان ذلك يتطلب التمييز بين ما اذا كان هذا الرهن مقدماً من المساهم المدين ام من الغير . [4]

فاذا كان هذا الرهن مقدم من المدين يتعين الاتفاق على انتقاله فلا يكفي مجرد الاتفاق على التجديد ، بل لابد من انصراف نية المتعاقدين الى نقل رهن الاسهم الى الالتزام الجديد وقت الاتفاق على التجديد لابعد ذلك . اذا لو تم التجديد دون الاتفاق على نقل هذا التأمين لترتب على ذلك انقضاؤه تبعاً لانقضاء الدين ذاته . [5]

والتجديد قد يكون بتغيير الدين ، إذ يجوز للدائن والمدين ان يتفقا على انتقال الرهن الى الالتزام الجديد في الحدود التي لاتلحق ضررا بالغير .[6]

اما اذا كان التجديد بتغيير المدين ، فانه يجوز للدائن المرتهن والمدين الجديد ان يتفقا على استبقاء التأمين العيني (رهن الاسهم) دون حاجة الى رضا المدين القديم (المساهم الراهن) وفي هذه الحاله يصبح

---

(1) - انظر الماده (403) مدني عراقي اذ تنص (اذ جدد الالتزام سقط الالتزام الاصلي وحل محله التزام جديد) تقابلها الماده (356- 1) مدني مصري والماده (325-1) موجبات وعقود لبناني ، والماده (354) مدني سوري ، والماده (343) مدني ليبي .

(2)- انظر د.محمد حسين منصور . د. همام محمد محمود : مصدر سابق ص 471 . كذلك د. سمير عبد السيد تناغو : المبادئ الاساسيه ... ، مصدر سابق ، ص 352 .

(3)- انظر د. توفيق حسن فرج : احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 230 كذلك انظر عقيل فاضل حمد الدهان :مصدر سابق ، ص 158 .

(4)- انظر الماده (404) مدني عراقي التي تنص (اذا كان الدين الاصلي مكفولاً بتامينات شخصيه او عينيه وصار تجديده سقطت التأمينات الا اذا جددت هي ايضاً). تقابلها الماده (356-2) مدني مصري ، والمده (325-2) موجبات وعقود لبناني ، والماده (356) مدني سوري ، والماده (343) مدني ليبي والماده (1278) مدني فرنسي .

(5)- انظر د.عبد المجيد الحكيم البكري د. البشير : مصدر سابق ، ص 286 كذلك انظر د.السنهوري : الوجيز ، مصدر سابق ، ص 1297 .

(6)- انظر د.انور سلطان : مصدر سابق ، ص411.

هذا المدين كفيلاً عينياً [1].

في حين اذا كان التجديد بتغيير الدائن ، جاز للمتعاقدين ثلاثتهم (المساهم المدين والدائن المرتهن القديم والدائن الجديد) ان يتفقوا على استبقاء رهن الاسهم الضامن للالتزام . [2]

اما بالنسبه لرهن الاسهم المقدم من غير المدين ، فلا ينتقل الى الالتزام الجديد الااذا رضي بذلك المدينون المتضامنون ، اي لابد من رضاء الغير [3] .

نخلص من كل ما تقدم الى انه يترتب على التجديد ، كاصل عام ، انقضاء رهن الاسهم تبعا لانقضاء الدين المضمون . ولايعود هذا الرهن حتى لو لم ينفذ المدين الجديد التزامه بوفاء الدين الجديد .ولكن قد يحصل ان يتفق المدين الراهن مع الدائن المرتهن على نقل حق رهن الاسهم الى الدين الجديد ، في الوقت نفسه الذي يتم فيه الاتفاق بينهما على التجديد ، هذا عندما يكون التجديد بتغيير الدين . اما اذا كان التجديد بتغيير المدين المساهم ، فمما لاشك فيه ان ذلك يؤدي الى انقضاء رهن الاسهم نتيجة الانقضاء الدين المضمون بالتجديد وبراءة ذمة المساهم الراهن على انه يمكن الاتفاق بين الدائن المرتهن والمدين الجديد على استبقاء رهن الاسهم ، دون حاجه الى رضا المساهم الراهن (المدين القديم) ، وفي هذه الحاله يصبح هذا الاخير كفيلاً عينياً . في حين اذا كان التجديد بتغيير الدائن ، فانه يجوز ان يتفق المدين الراهن والدائن المرتهن القديم والدائن الجديد على نقل حق رهن الاسهم الى هذا الاخير. اما مسألة الرهن المقدم من قبل الكفيل العيني ، فانه لاينتقل الى الالتزام الجديد الا اذا رضي بذلك هذا الكفيل .

2- الانابه في الوفاء :

تعني الانابه ان المدين قد اناب عنه شخصا اخر يتعهد للدائن بوفاء الدين الذي يشغل ذمة المدين الاول فهي تتم اذا حصل المدين على رضاء الدائن بان يقوم شخص اجنبي بوفاء الدين مكان المدين . وعلى ذلك فالانابه عمل قانوني يقتضي وجود ثلاثة اشخاص ، المنيب (المدين) ، والمناب (الشخص الاجنبي الموفي للدين) ، والمناب لديه (الدائن) . [4]

وغالباً ما تكون بين المنيب والمناب علاقه مديونيه سابقه ، فيها المنيب دائن والمناب مدين ، وهذا مايفسر رضاء المناب بان يتعهد بالوفاء للمناب لديه ، كما لو اناب البائع المشتري في ان يدفع ما عليه من ثمن لدائن البائع . [5]

---

(1) - انظر د.توفيق حسن فرج : احكام الالتزام ، مصدر سابق ص 226 .

(2)- انظر د.عبد الحي حجازي : مصدر سابق ، ص 85 . كذلك انظر د. عبد القادر الفار : مصدر سابق ، ص55 .

(3)- انظر د.عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 854 .

(4)- انظرد.حسن علي الذنون : مصدر سابق ، ص 219 . كذلك د. محمد حسين منصور - د.همام محمد محمود : مصدر ، سابق ، ص 471 .

(5)- انظر د.توفيق حسن فرج : احكام الالتزام ، المصدرالسابق ، ص 234. كذلك د. عبد القادر الفار: المصدر السابق ، ص 57 .

وقد لايكون المناب مدينا للمنيب ولكنه يقصد التبرع بقيمة الدين للمنيب او يقصد اقراضه تلك القيمه على ان يطالبه بها بعد ذلك [1] .

وللانابه في الوفاء صورتان :

الاولى / الانابه الكامله: وتكون اذا اتفق على ابراء ذمة المنيب ، اي ينقضي التزامه ، ففي هذه الحاله يكون الدائن المناب لديه ، قد استبدل بمدين قديم (المنيب) مدينا جديدا (هو المناب) ، وفي هذه الحاله نكون امام انابه كامله لانها تتضمن تجديدا بتغيير المدين . وقد تنطوي هذه الانابه الكامله فوق ذلك على تجديد اخر بتغيير الدائن ، اذا كان المناب مدينا للمنيب وجدد هو الاخر دينه فجعل دائنه هو المناب لديه بدلا من المنيب ، فيكون المنيب قد جدد دينه نحو المناب لديه بتغيير المدين ، ويكون المناب قد جدد دينه نحو المنيب بتغيير الدائن [2].

وتجدر الاشاره في هذا المقام الى ان كل ماقلناه بصدد أثرالتجديد بتغيير المدين الراهن على رهن الاسهم ينطبق هنا، ذلك لان هذه الصوره من الانابه ما هي الا تجديد للالتزام بتغيير المدين .

الصوره الثانيه / الانابه الناقصه (القاصره): وهي التي لا تتضمن تجديدا ، بل يبقى الدين في ذمة المدين الاصلي ، وينضم اليه المدين الجديد ليكون مديناً لذات الدائن بدين اخر . فمناط التفرقه بين نوعي الانابه يكمن في تضمنها تجديدا بتغيير المدين او عدم تضمنها له ، ففي الحاله الاولى تكون كامله اما الثانيه فتكون الانابه ناقصه .[3]

ولما كان التجديد لايفترض [4] ، وجب ان يكون هنالك اتفاقٌ صريحٌ على تغيير المدين ، اي براءة ذمة المنيب وحلول المناب محله تجاه الدائن المرتهن ، وهذا شرط ضروري حتى نكون بصدد انابه كامله ، وهذا ما اشارت اليه محكمة تمييز العراق عندما قررت (ان قبول الحقوق والالتزامات ينقل المسؤوليه سواء على اساس الانابه في الوفاء او تجديد الالتزام) [5]، اما اذا لم يوجد اتفاق صريح على تجديد الالتزام

---

(1) - انظر الفقره الثانيه من الماده (405) مدني عراقي التي تنص (ولا تقتضي الانابه ان يكون هناك مديونيه سابقه ما بين المدين والاجنبي) تطبقها الماده (359-2) مدني مصري ، والماده (357 – 2) مدني سوري ، والماده (346 -2) مدني ليبي ، وتقابلها الماده (326-2) موجبات وعقود لبناني .

(2)- انظر د.عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص 859 .كذلك د.انور سلطان : مصدر سابق ، ص 406 .

(3)- انظر د.سليمان مرقس : الوجيز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 841 .

(4)- انظر الفقره الثانيه من الماده (406) مدني عراقي التي تنص (والاصل ان الانابه لايفترض فيها التجديد ....) تقابلها الماده (360-2) مدني مصري والماده (358-2) مدني سوري ، والماده (346-2) مدني ليبي ، والماده (326-3) موجبات وعقود لبناني .

(5)- إذ جاء في حيثيات القرار (ان انسحاب بعض الشركاء من الشركه ، وبقاء الشركاء الاخرين مسؤولين عن جميع طلباتها (مالها وما عليها حسب ماورد في العقد) وعن جميع علاقاتها التجاريه الاخرى . يعني ان الشركاء الباقين قد انابوا=

، بقي المنيب مديناً الى جانب المناب ، وهذه هي الانابه الناقصه والتي تكون بمثابه تأمين شخصي ، اذ يصبح للدائن مدينان ، المدين الاصلي (المنيب) والمدين الجديد (المناب) ، يمكنه ان يطالب ايا منهما باداء دينه . ولكن ينبغي التأكيد على انه لايوجد تضامن بين المدينين ، وان اتحد محل التزامهما لان التزام كل منهما له مصدره الخاص ، فالتزام المدين الاصلي مصدره العلاقه الاصلية بينه وبين الدائن ، اما التزام المدين الجديد فمصدره عقد الانابة ويقال ان الالتزام هنا التزام تضاممي (لاتضامني) [1].

وهذا هو موقف القضاء العراقي الذي بينه من خلال قراره الذي جاء فيه (ان باب الوفاء في القانون المدني يحبذ لاحد المدينين ايفاء الدين المشترك والرجوع على شريكه بما اوفى ، ويصح هذا الرأي اذا كان هناك تضامن بين المدينين ، وليس في فصل الوفاء ولا في فصل الدين المشترك مايشير الى هذه الحاله ، ويصح الرجوع عن طريق الاثراء على حساب الغير) .[2]

ويشترط لكي ترتب الانابه الكامله اثرها من حيث براءة ذمة المنيب توافر شرطين هما :

اولاً :- ان يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا . وهذا شرط بديهي لانه تطبيق للقواعد العامه في التجديد ، إذ يتعين ان ينشأ التزام جديد لكي ينقضي الالتزام القديم . [3]

ثانيا :- ان لايكون المناب معسرا وقت الانابه ، والعله في ذلك ظاهره ، اذ من غير المنطقي ان يقبل الدائن المرتهن ابراء ذمة مدينه الا اذا توافرت في المناب الملاءه وقت الانابه .[4]

وعلى العموم سواء كانت الانابه كامله ام ناقصه ، فان التزام المناب بوفاء الدين للمناب لديه مكان المنيب يكون مجردا عن سببه ، اي عن العلاقه التي تربط المناب بالمنيب ، اذ يبقى التزامه قبل المناب لديه

=عن الشركاء المنسحبين في وفاء ديون الشركه ، ولما كانت هذه الانابه قد انقضى بها الدين عن المدعى عليهم الشركاء المنسحبين ، فلا حق للباقين في دعواهم ويكونون مسؤولين تجاه البنك المميز). انظراضباره رقم 1630ح/968 في 1969/12/6 . منشور في مجلة القضاء : مصدر سابق، العدد الثالث ، السنه الخامسه والعشرون ، بغداد مطبعة العاني ، 1970،ص191 .

(1) - انظر د.عبد المجيد الحكيم . البكري . د. البشير : مصدر سابق ، ص 289. كذلك انظر د.حسن علي الذنون : مصدر سابق ، ص 221 .

(2)- انظر قرار محكمة التمييز المرقم 242 ح (1956 عدد 3ص 456) في 1956/3/20 منشور في مؤلف عبد الرحمن العلام : مصدر سابق ، ص 345 . ويلاحظ ان هذا هو موقف القضاء المصري ايضا . انظر الطعن رقم 481 لسنة 49 ق – جلسه 16-4-1981 منشور في مؤلف فتحيه القره : مصدر سابق ، ص 129

(3)- انظر د.محمد حسين منصور- د. همام محمد محمود : مصدر سابق ، ص 472 .

(4)- انظر ما ورد في الماده (1286) مدني فرنسي إذ تقضي (ان المنيب لاتبرأ ذمته اذا ظهران المناب كان وقت الانابه في حالة افلاس او اعسار) تقابلها الماده (360-1) مدني مصري ، والماده (358-1) مدني سوري ، والماده (347 -1) مدني ليبي ، والماده (327) موجبات وعقود لبناني . ولاجود لمثل هذا النص في التشريع المدني العراقي ، الا انه لايوجد ما يمنع من الاخذ بما ورد في النصوص اعلاه . انظر د. حسن علي الذنون : المصدر السابق ، ص 221 كذلك د. سليمان مرقس : الوجيز في شرح القانون ، مصدر سابق ، ص 841 .

صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا او منقضياً بسبب من اسباب الانقضاء . [1]

وقد اراد المشرع بذلك تحقيق استقرار المعاملات وسرعتها ، ولهذا السبب كانت للانابه اهميتها في المعاملات التجاريه إذ تشتد الحاجه الى استقرارها وسرعتها . [2]

نخلص مما تقدم ان الانابه الكامله هي وحدها التي يمكن ان تؤدي الى انقضاء رهن الاسهم بصفه تبعيه بسبب انقضاء الالتزام المضمون عن طريق تجديد الدين بتغيير المدين وهو مما يترتب عليه انقضاء هذا الرهن تبعاً لذلك . اما الانابه الناقصه فيلاحظ انها لاتبريء ذمة المدين ، فكل الذي يحصل ان يصبح للدائن المرتهن مدينان بدلاً من مدين واحد ، وما دام التزام المنيب (المدين القديم) قائماً فان رهن الاسهم الضامن لهذا الالتزام يبقى قائماً هو الاخر لضمان الوفاء به .

ثالثاً / المقاصه

المقاصه: هي احدى طرق انقضاء الالتزام ، الغرض منها تسهيل عمليه الوفاء به ، بمنع الوفاء المزدوج. وتتحقق المقاصه عندما يتلاقى دينان في ذمة شخصين ، اجتمعت في كل منهما صفة الدائن والمدين ، فينقضي الدينان بقدر الاقل منهما .[3]

والمقاصه على انواع ثلاثه ، فهي اما قانونيه تقع بحكم القانون متى توافرت شروطها ، واما قضائيه تجري امام القضاء ، واما اتفاقيه يستطيع الافراد ان ينظموها بارادتهم ويحددوا شروطها .[4]

---

(1) - انظر الماده (407) مدني عراقي التي تنص (يكون التزام المناب صحيحا حتى لو كان ملتزما قبل المنيب وكان التزامه باطلاً اوخاضعاً لدفع من الدفوع ولايبقى للمناب الاحق الرجوع على المنيب كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضي بغيره). تقابلها الماده (361) مدني مصري ، والماده (359) مدني سوري ، والماده (348) مدني ليبي ، اما قانون الموجبات والعقود اللبناني فانه لم يأخذ بفكرة تجريد التزام المناب قبل المناب لديه من سببه . انظر انور سلطان : مصدر سابق ، ص 418 .

(2)- انظر د.عبد المجيد الحكيم البكري - د. البشير : مصدر سابق ، ص 290 كذلك د. محمد حسين منصور- د. همام محمد محمود : مصدر سابق ، ص 473 .

(3)- انظر د.سمير عبد السيد تناغو : المبادئ الاساسيه في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص 356 كذلك د. انور سلطان : المصدر السابق ، ص 419 .

(4)- انظر د.توفيق حسن فرج : احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 237 بيد ان التقنينات الجرمانيه ، كتقنين الالتزامات السويسري الماده (138) والتقنين الالماني الماده (387) والتقنين الياباني الماده (506) لا تأخذ بالمقاصه القانونيه ولا بالمقاصه القضائيه ، بل جعلت المقاصه رهينه بالاعلان عن الاراده . اي ان المقاصه وفقا لهذه التقنينات تعد تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد ، وله أثررجعي يستند الى وقت تلاقي الدينين المتوفر فيهما شروط المقاصه . اما النظام اللاتيني ، فيلاحظ ان الماده (1291) من التقنين المدني الفرنسي تنص (المقاصه تتم من تلقاء نفسها وبحكم القانون ، ولو بغير علم المدينين ....) **اي ان المقاصه في هذا التقنين هي مقاصه قانونيه تقع من تلقاء نفسها وبحكم القانون دون حاجه الى تمسك احد الطرفين بها .انظر د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيـط ، الجـزء الثالث ، مصـدر سـابق ، ص 880 كذلك د. عبد الحي حجازي : مصدر سابق ، ص 110.**

أ – المقاصه القانونيه : وتتمثل شروطها بما يأتي :-

1 - التقابل ما بين الدينين [1]. بمعنى ان يكون كل من طرفي المقاصه دائنا للاخر بصفته الشخصيه . فلا يجوز للوكيل مثلا ان يتمسك بالمقاصه بين حق موكله ودينه هو ، كما لاتقع المقاصه بين دين للشركه في ذمة اجنبي ، ودين لهذا الاجنبي في ذمة احد الشركاء ، اذ ان الاجنبي مدين للشركه ودائن لاحد الشركاء،والشركه غير احد الشركاء فيها .[2]

وهذا ما اكدته محكمة تمييز العراق عندما قررت (لامجال لنظر دعوى المقاصه الا اذا كان كل طرف دائنا ومدينا للطرف الاخر) [3] .

ويلاحظ ان المقاصه تقع ولو لم يكن المدين اهلا للوفاء او الدائن اهلا للاستيفاء لان المقاصه نوع من الوفاء الجبري . [4]

2 - التماثل في محل الدينين . اذ يجب ان يكون محل الدينين متحدا ، فالمقاصه لاتقع الا بين النقود وفيما بين المثليات ، فلا مقاصه بين التزام بنقل ملكيه والتزام بعمل.[5]

3 - خلو الدينين من النزاع . يلزم ان يكون كلا الدينين خاليا من النزاع ، اي ان يكون محققا في وجوده معلوما في مقداره ، فلا تقع المقاصه اذا كان احد الدينين محل منازعه جديه في صحة نشأته او في تحديد مقداره ، مثل دين تعويض عن ضرر قبل تقدير التعويض .[6]

4 - ان يكون كلٌ من الدينين مستحقاً الاداء . فلا تقع المقاصه بين دين حال ودين مؤجل ، او بين دينين مؤجلين . ذلك لان المقاصه وفاء اجباري كما قدمنا والمدين لايجبر على الوفاء الا عند استحقاق الدين .[7]

---

(1) - انظر الماده (408) مدني عراقي اذ تنص (المقاصه ، هي اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابله دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه). تقابلها الماده (362-1) مدني مصري ، والماده (360-1) مدني سوري ، والماده (349- 1) مدني ليبي ، والماده (328) موجبات وعقود لبناني ، والماده (323) مدني اردني . والماده (1290) مدني فرنسي .

(2)- انظر د.عبد المجيد الحكيم - البكري- د. البشير: مصدر سابق ، ص 292كذلك د. محمد حسين منصور - د.همام محمد محمود: مصدر سابق ، ص 474 .

(3)- حكمها المرقم 299 عامه /1971 في 1972/8/26 منشور في مجلة القضاء ، العددان 3-4، السنه 27 ، 1972 ، ص 198 .

(4)- انظر د. سمير عبد السيد تناغو : المبادىء الاساسيه في نظريه العقد ، مصدر سابق ، ص 357.

(5)- انظر د. توفيق حسن فرج : احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 239 .

(6)- انظر د. عبد القادر الفار : مصدر سابق ، ص 45 .

(7)- انظر الفقره الثانيه من الماده (409) مدني عراقي التي تنص (ويشترط لحصول المقاصه الجبريه اتحاد الدينين جنساً ووصفاً وحلولاً وقوةً وضعفاً ...) تقابلها الماده (362-1) مدني مصري ، والماده (360-1) مدني سوري ، والماده (345) مدني اردني والماده (349-1) مدني ليبي ، والمادتين (329-330) موجبات وعقود لبناني .

5- صلاحية الدينين للمطالبه القضائيه. اي يجب يكون كل من الدينين جائزا اقتضاؤه جبرا على المدين بالقضاء ، فلا تقع المقاصه بين دين طبيعي واخر مدني لان الدين الطبيعي لاجبر في ادائه .[1]

6 - قابلية الدينين للحجز، فمثلا اذا ا قرض زوج زوجته مبلغا من المال ، ثم حكم لها بالنفقه عليه ، لم تقع المقاصه بين حق الزوج الناشيء من القرض ودين النفقه المتوجب عليه . ويجب في هذه الحاله ان يوفي بدين النفقه ، ثم يرجع بحقه على زوجته.[2]

ومن الجدير بالذكرانه لا اهميه لاختلاف مكان وفاء الدينين ، فيجوز للمدين ان يتمسك بالمقاصه ولو اختلف وفاء الدينين ، ولكن يجب على المدين في هذه الحاله ان يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصه من استيفاء ماله من دين في المكان الذي عين لذلك [3]، وهذا مانصت عليه صراحة الماده (363) من القانون المدني المصري ،[4] ولا مقابل لهذا النص في التشريع المدني العراقي [5]، ولكن بما ان المشرع العراقي لم يذكر اتحاد مكان الوفاء ضمن شروط المقاصه ، فيستخلص من ذلك انه ليس بشرط ، وبالتالي يقودنا الى القول بامكانيه اعمال حكم الماده (363 مدني مصري) في التشريع المدني العراقي .

والاصل ان المقاصه تقع في كل الديون ايا كان مصدرها او سببها ، فهي سبب لانقضاء كافة الالتزامات عقديه كانت ام غير عقديه ، الا ان المشرع المدني العراقي قد منع وقوع المقاصه في ديون معينه[6] ، تتمثل بما يأتي :-

1- لايجوز للمودع لديه ان يتمسك بالمقاصه بين التزامه برد الشيء المودع وبين ما قد يكون المودع ملتزما به قبله ، ذلك ان الشيء المودع يعد امانه في يد المودع لديه وليس دينا في ذمته ، وبالتالي لا تقع

---

(1) - انظر د. محمد حسين منصور- د. همام محمد محمود : مصدر سابق ، ص 474.

(2)- انظر د. عبد المجيد الحكيم - البكري - د. البشير : مصدر سابق ، ص 294 .

(3)- انظر د.انور سلطان : مصدر سابق ، ص 428 .

(4)- إذ نصت (يجوز للمدين ان يتمسك بالمقاصه ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين ، ولكن يجب عليه في هذه الحاله ان يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصه من استيفاء ماله من حق او الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك). تقابلها الماده (361) مدني سوري ، والماده (350) مدني ليبي ، والماده (330- 2) موجبات وعقود لبناني ، والماده (1296) مدني فرنسي التي نصت (اذا كان الدينان غير واجبي الوفاء في مكان واحد ، لم يجز التمسك بالمقاصه الا بعد حساب مصروفات النقل) .

(5)- كذلك التشريع المدني الاردني .

(6)- انظر الماده (410) مدني عراقي التي تنص (اذا كان للوديع دين على صاحب الوديعه والدين والوديعه من جنس واحد او كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبه من جنسها فلا تصير الوديعه او العين المغصوبه قصاصا بالدين الا اذا تقاص الطرفان بالتراضي).تقابلها الماده (364) مدني مصري ، والماده (362) مدني سوري ، والماده (351) مدني ليبي ، كذلك الماده (331) موجبات وعقود لبناني ، والماده (348) مدني اردني .كذلك الماده (373) معاملات مدنيه اماراتي .

المقاصه بينهما .[1]

2- لايجوز ان تقع المقاصه اذا كان احد الدينين شيئاً نزع دون حق من يد مالكه ، فاذا طالبه المالك بالرد فلا يجوز للغاصب ان يتمسك بالمقاصه بين التزامه برد ماغصب وما قد يكون على المالك من التزام قبله .[2]

ب – المقاصه القضائيه : هي المقاصه التي يجريها القاضي ، إذ قد يتخلف شرط من شروط المقاصه القانونيه مما يستطيع القضاء استكماله . وذلك هو شرط الخلو من النزاع ، فاذا طالب دائن مدينه بالوفاء بما عليه ، فتقدم المدعى عليه بطلب يدعي فيه بحق ينازعه خصمه في وجوده او مقداره ، فلن تقع المقاصه القانونيه لان احد الدينين متنازع عليه. ولكن للمحكمه ان تفصل في هذا النزاع ، فان قضت بوجود الحق وعينت مقداره ، حكمت بالمقاصه بين الحقين اذا كانا من جنس واحد .[3]

وهذا ماذهبت اليه محكمة تمييز العراق عندما قضت (اذا كان المبلغ المحكوم به في الدعوى الموحده من نوع المبلغ المحكوم به للخصم الاخر فان اجراء التقاص بين المبلغين صحيحا). [4]

على ان حكم القاضي لايكون الا تقريرا لا انشاءً للمقاصه [5]، وهو ما اكده القضاء العراقي حينما قرر ان (قرار محكمة التمييز كاشف لامنشيء يسري بأثررجعي على الدعاوى المقامه قبل صدوره) [6] وعلى ذلك فان المقاصه القضائيه تقع من وقت الحكم بها .[7]

ج – المقاصه الاختيارية : قد لايتوافر شرط من شروط المقاصه القانونيه ،فلا تقع بين الطرفين . ولكن هذا لايمنع من وقوع المقاصه الاختياريه التي تتم بارادة احد الطرفين بارادتيهما معا .[8]

---

(1)- انظر د.عبد القادر الفار : مصدر سابق ، ص 46 .

(2) - انظر د.عبد المجيد الحكيم - البكري - د. البشير : مصدر سابق ، ص 295.

(3)- انظر الماده (347) مدني اردني التي نصت (تتم المقاصه القضائيه بحكم من المحكمه اذا توفرت شروطها ...). ولا مقابل لهذا النص في التشريع المدني العراقي او التشريعات المدنيه المقارنه . ومع ذلك ليس هنالك ما يمنع من الاخذ بحكم الماده اعلاه . للتفصيل انظر د.انور سلطان : مصدر سابق ، ص 437 .

(4)- قرارها المرقم 6 مدنيه / 1972 في 1972/3/9 . منشور في مجلة القضاء ، العددان 3-4 ، السنه 27 ، 1972 ، ص 206.

(5)- انظر د. عبد المجيد الحكيم - البكري - د. البشير : المصدر السابق، ص303.

(6)- قرار محمكة التمييز المرقم 1129 - عدليه حقوقيه / 1983 . منشور في مجلة القضاء ، العددان 3- 4 ، السنه 38 ،1983 ، ص 414 .

(7)- انظر د. سمير عبد السيد تناغو : المبادىء الاساسيه في نظريه العقد ، مصدر سابق، ص 362 .كذلك د.محمد حسين منصور د. همام محمد محمود : مصدر سابق، ص 484 .

(8)- انظر الفقره الثانيه من الماده (409) التي تنص (ويشترط لحصول المقاصه الجبريه اتحاد الدينين جنسا ووصفا وحلولاً وقوة وضعفاً ، ولايشترط ذلك في المقاصه الاختياريه فان كان الدينان من جنسين مختلفين او متفاوتين في الوصف او مؤجلين ، او احدهما حالا والاخر مؤجلا او احدهما قويا والاخر ضعيفا فلا يلتقيان قصاصا الابتراضي المتداينين سواء اتحد=

فان كان عدم وقوع المقاصه بحكم القانون قد قصد به مصلحة احد الطرفين ، جاز له ان يوقع المقاصه بارادته وحدها، كما لو كان احد الدينين مؤجلاً وتنازل من تقررالاجل لمصلحته عن الاجل فيصبح حالاً ، وتقع المقاصه متى تمسك بها . اما اذا كان عدم وقوع المقاصه القانونيه لمصلحة الطرفين معا ، كما لو كان الاجل في المثال السابق لمصلحه الطرفين ، فلا تقع المقاصه الا بارادتهما، فتكون المقاصه عندئذ اتفاقيه .[1]

وعموماً فان المقاصه الاختياريه لاتقضي الدينين الامن وقت التمسك بها او الاتفاق عليها [2].

اما عن أثرالتمسك بالمقاصه فانه يترتب عليه انقضاء الدينين المتقابلين بقدر الاقل منهما [3]، فالمقاصه هي احدى الحالات الاستثنائيه التي تؤدي الى قبول الدائن الوفاء الجزئي لحقه. وهي وفاء مزدوج ، فكل من الطرفين يوفي ما عليه من دين للاخر مما هو دائن له. [4]

و يترتب على سقوط الدين المضمون بالمقاصه سقوط التأمينات التي كانت ضامنه له، بمعنى ان رهن الاسهم ينقضي تبعا لانقضاء الدين المضمون به. [5]

ولكن هنالك حاله تجدر الاشاره اليها تتمثل بقيام المدين الراهن بوفاء دين عليه للدائن المرتهن على الرغم من تحقق شروط المقاصه بينه وبين دائنه ، فيكون ذلك تنازلاً من المدين عن المقاصه . وبالتالي يثارالتساؤل الاتي :هل يجوز للمدين ان ينزل عن المقاصه، وما أثرذلك على حق الغير في التأمين العيني الذي يكفل هذا الدين؟ ففيما يتعلق بالشطر الاول من السؤال ، فانه يجوز لصاحب المصلحه في المقاصه النزول عنها ، سواء كان ذلك قبل ان يثبت له حق التمسك بالمقاصه ، اي قبل ان تتوافر شروطها او قبل تلاقي الدينين ، ام بعد ان يثبت له هذا الحق[6] . اما الشطر الثاني من السؤال ، فيلاحظ ان المشـــرع

=سببهما او اختلف). تقابلها الماده (1291-2) مدني فرنسي ، والماده (364) مدني اردني . ولا مقابل لهذا النص في التقنينات المدنيه العربيه المقارنه الاخرى .على ان للمقاصه الاختياريه حدودا لاتتخطاها ارادة الطرفين ، وهذه هي منطقه النظام العام . فهي لاتجوز مثلاً بعد شهر الافلاس . للايضاح انظر د.عبد الرزاق السنهوري : مصـدر سابق ، ج 3 ، ص 934 .

(1) - انظر د. توفيق حسن فرج : احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 251.

(2)- انظر د. عبد القادر الفار : مصدر سابق ، ص 50.

(3)- انظر الماده (413) مدني عراقي التي نصت (تقع المقاصة بقدر الاقل من الدينين .....) . تقابلها الماده (365-2) مدني مصري ، والماده (363-2) مدني سوري ، والماده (350) مدني اردني ، والماده (352-2) مدني ليبي ، والماده (375) مدني اماراتي ، والماده (332) موجبات وعقود لبناني ، والماده (1290) مدني فرنسي التي تنص في نهايتها (.....في حدود ما يتعادل من مقدار كل دين).

(4)- انظر د.توفيق فرج : احكام الالتزام ، المصدر السابق ، ص 245 .

(5)- انظر د.انور سلطان: مصدر سابق، ص 231 .

(6) انظر الماده (331) موجبات وعقود لبناني التي تنص (تجري المقاصه ... فيما خلا الاحوال الاتيه : 4- اذا عدل المديون عن المقاصه) . ورغم عدم وجود نص مماثل في القانون المدني العراقي الا انه لايوجد ما يمنع من الاخذ بحكم=

المدنـــي قد فرق في هـــذا الصدد بين حالتين:

الاولى / اذا كان المدين الراهن يعلم بوجود حق له قبل الدائن المرتهن تجوز فيه المقاصه ، ولم يتمسك بها على الرغم من ذلك ، اعتبر متنازلا عن التمسك بها ضمنا ، ومن ثم يترتب على دفعه للدين انقضاؤه بالوفـاء. ويكون له بعد ذلك ان يرجع بما له من حق في ذمة الدائن ، بعد ان كان هذا الحق قد انقضى بالمقاصه التي نزل عنها المدين [1]، إذ ان النزول عن المقاصه يعيد الدينين الى الوجود بما كان لهما من تأمينات ، وذلك دون اضرار بحقوق الغير .اي انه لو كان الرهن مقدما من المساهم المدين نفسه فان الدين يعود مضمونا به ، اما اذا كان رهن الاسهم مقدما من الغير (الكفيل العيني) فان رهن الاسهم في هذه الحاله ينقضي منذ ان انقضى الدين بالمقاصه ، فلا يضار هذا الغير بنزول المدين عن مقاصة الدين المكفول [2].

وبهذا لايجوز للمدين المتنازل التمسك برهن الاسهم الذي كان يضمن حقه قبل انقضائه بالمقاصه التي نزل عنها ، اضراراً بالغير أي المساهم الراهن غير المدين (الكفيل العيني) [3] .

الثانيه / اذا كان المدين الراهن قد وفى عن جهل بوجود هذا الحق ، ففي هذه الحاله يعتد القانون بالوفاء الصادر منه على انه وفاء لدين قائم في ذمته لا على انه وفاء لدين قد انقضى بالمقاصه [4]. ومادامت المقاصه لم تقع والدين لم ينقضِ بها ، فان حق المدين الراهن في ذمة الدائن المرتهن يبقى بماله من تأمينات

=الماده اعلاه ، وبالتالي يجوز النزول عن المقاصه قبل ثبوت الحق فيها او بعد ذلك للتفصيل انظر د.حسن علي الذنون : مصدر سابق ، ص 235 .ويذكر ان هذا هو موقف القانون والفقه الفرنسي ، بل ان هذا الفقه يذهب الى القول ، بان النزول بعد ثبوت الحق اشد اشكالا من النزول قبل ثبوته ذلك ان المقاصه بعد ثبوت الحق، تكون قد قضت الدينين من وقت تلاقيهما بحكم القانون ، فكيف يمكن بعد ذلك النزول عن المقاصه وعوده الدينين بعد انقضائهما .للتفصيل انظر د.عبد الرزاق السنهوري : مصدر سابق ،ج2 ، ص 913 . خلافا لذلك موقف القانون المدني المصري إذ تنص الفقره الاولى من الماده (365) منه على انه (.... ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها) . تطابقها الماده (363- 1) مدني سوري ، والماده (352-1) مدني ليبي.

(1)- انظر سليمان مرقس : الوجيز ، مصدر سابق ، ص 849 . كذلك عقيل فاضل حمد الدهان : مصدر سابق ، ص 162 .

(2)- انظر د. توفيق حسن فرج : احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 250 .

(3)- انظر الماده (416) مدني عراقي التي نصت (اذا وفى المدين دينا وكان له ان يطلب المقاصه فيه بحق له فلا يجوز له ان يتمسك اضرارا بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه .....) .تقابلها الماده (329) مدني مصري ، والماده (367) مدني سوري ، والماده (356) مدني ليبي ، والماده (356) مدني اردني ، ولايوجد نص مماثل في القانون الموجبات والعقود اللبناني .

(4)- انظر نهايه الماده (416) مدني عراقي اذ انتهت بالقول (..... الا اذا كان يجهل وجود هذا الحق وكان له في ذلك عذر مقبول) . وكذلك انظر النصوص المقارنه المقابله لها .

(رهن الاسهم) ، حتى لو اضر بقاؤها بالغير ، وذلك كله رعاية لحسن نية المساهم المدين .[1]

رابعاً / اتحاد الذمه

اتحاد الذمه : هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبه الى دين واحد ، ويترتب على ذلك انقضاء هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمه. [2]

وهذا ماورد في الماده (418) من القانون المدني العراقي التي نصت (في الدين الواحد اذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين انقضى الدين لاتحاد الذمه بالقدر الذي اتحدت فيه). [3]

وغالباً مايقع اتحاد الذمه بسبب الميراث او الوصيه ، فاذا مات الدائن وورثه المدين اجتمعت في هذا الاخير صفة الدائن والمدين ، اي اصبح دائنا لنفسه وبالتالي ينقضي دينه عن طريق اتحاد الذمه . والحكم نفسه اذا كان الدائن قد اوصى لمدينه بجزء من التركه ، فبعد موت الدائن ، يكون المدين مدينا للتركه بحكم مديونيته السابقه ، ودائنا في نفس الدين بحكم الوصيه ، فتجتمع فيه صفتا المدين والدائن ، اي تتحد الذمه في الدين [4] ، ولكن تجدر الاشاره الى انه اذا مات المدين وورثه الدائن ، لايتحقق اتحاد الذمه [5]، نظراً لان الديون التي على المدين تدفع من التركه ، وتنتقل الاخيره الىالورثه خالصة بعد سداد الديون ، طبقا لقاعده لا تركه الابعد سداد الديون .اي انه يتعين على الوارث ان يستوفى دينه اولا من التركه باعتباره دائنا ، وما تبقى من حقوق التركه بعد ذلك تنتقل اليه باعتباره وارثاً . [6]

---

(1)- انظر د. سمير عبد السيد تناغو : المبادئ الاساسيه في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص 362 . كذلك د. انور سلطان : مصدر سابق ، ص 435 .

(2)- انظر د. حسن علي الذنون : مصدر سابق ، ص 228.

(3) - تقابلها في التقنينات المقارنه . الماده (370-1) مدني مصري ، والماده (368-1) مدني سوري ، والماده (357-1) مدني ليبي ، والماده (337) موجبات وعقود لبناني ، والماده (353-1) مدني اردني .كذلك الماده (378) مدني اماراتي .

(4)- انظر د.عبد القادر الفار : مصدر سابق ، ص 52 .

(5)- هذا ماجاءت به الفقره الثانيه من الماده (353) مدني اردني اذ نصت (ولايتم اتحاد الذمتين اذا كان الدائن وارثا للمدين ويشترك مع باقي الدائنين في اقتضاء دينه من التركه) . ولا مقابل لهذا النص سواء في التشريع المدني العراقي ام التشريعات المدنيه المقارنه .ومع ذلك يمكن الاخذ بحكم هذه الماده في التشريع العراقي لانها لاتعدو ان تكون تطبيقا لقاعدة ـ لاتركه الا بعد سداد الديون ـ المعمول بها في هذا التشريع .

(6) - بخلاف الحال في القانون الفرنسي الماده (1301) مدني اذ قد يرث الدائن الدين الذي على التركه اذا كان قد قبل الميراث دون قيد ، فتتحد الذمه في الدين .او انه يقبل الميراث مع اشتراط الجرد ، وعندئذ يصبح في وضع مماثل لوضع الوارث في الشريعه الاسلاميه ، والتي يأخذ منها القانون المدني العراقي احكامه ، فلا تتحد الذمه ، بل يتقاضى الدائن أولاً الدين من التركه ثم يرث التركه بعد تصفيتها من الديون .للتفصيل انظر د.عبد الرزاق السنهوري : مصدر سابق ، الجزء الثالث ،ص 948 . كذلك د.عبد المجيد الحكيم ـ البكري- د. البشير : مصدر سابق ، ص 304 .

ومع ذلك قد يقع اتحاد الذمه بين الاحياء،ومن امثلته ان تشتري احدى الشركات السندات التي اصدرتها . [1]

اثراتحاد الذمه : يترتب على اتحاد الذمه انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمه [2]. والعله في انقضاء الدين باتحاد الذمه هي استحالة ان يطالب الانسان نفسه ، فاتحاد الذمه هو مانع طبيعي من اقتضاء الدين ، وعليه فان رهن الاسهم ينقضي تبعاً لانقضاء الدين المضمون باتحاد الذمه ، ولكن مما لاشك فيه انه لو بقي جزء من الدين المضمون لم ينقض ، كما لو كانت قيمة الدين المضمون اكبر من قيمة المبلغ الموصى به ، فان الرهن في هذه الحاله لا ينقضي تبعاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن المشار اليها في الماده (1332-1) مدني عراقي . كما انه اذا زال السبب الذي ادى الى اتحاد الذمه ، عاد الدين الى الوجود هو وملحقاته بالنسبه لذوي الشأن جميعا ،[3] فاذا اوصى الدائن لمدينه بالدين الذي له بذمته ثم ظهر ان الوصية باطله ،عاد الدين الموصى به الى الوجود بأثر رجعي .[4]

وهذا مما يعني ان رهن الاسهم يعود تبعاً لعودة الدين المضمون ، اذا زال السبب الذي ادى الى اتحاد الذمه ، لان القاعده ان التابع يلحق المتبوع وجودا وزوالاً . [5]

الفرع الثالث

انقضاء الدين المضمون دون ان يوفى به

الاصل ان الالتزام ينقضي دون ان يقوم المدين بالوفاء به اوبما يعادل الوفاء في حالات ثلاث ، هي الابراء واستحاله التنفيذ والتقادم . ولكن فيما يتعلق برهن الاسهم ، يلاحظ ان الالتزام المضمون لايسقط بالتقادم ، بمعنى ان التقادم لايعد هنا سببا من اسباب انقضاء الدين المضمون برهن الاسهم . والعله في ذلك هو ان رهن الاسهم عقد عيني [6]، اي ان تسليم الاسهم محل الرهن الى الدائن المرتهن ركن فيه، وهذا ما

---

(1)- انظر د.سمير عبد السيد تناغو : المبادىء الاساسيه في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص 363 .

(2)- انظر الماده (418) مدني عراقي المشارااليها سلفا والمواد المقابله لها .

(3)- انظر ماجاءت به الماده (419) مدني عراقي إذ نصت (اذا زال السبب الذي ادى الى اتحاد الذمه وكان لزواله أثررجعي عاد الالتزام الى الوجود هو وملحقاته بالنسبه لذوي الشأن جميعا ويعتبر اتحاد الذمه كان لم يكن). تقابلها الماده (370-2) مدني مصري ، والماده (368-2) مدني سوري ، والماده (357-2) مدني ليبي ، والماده (337) موجبات وعقود لبناني ، والماده (354) مدني اردني .كذلك الماده (379) مدني اماراتي .

(4) - انظر د. سليمان مرقس : الوجيز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 852 . كذلك د.محمد حسين منصور - د.همام محمد محمود : مصدر سابق ، ص 478 .

(5)- انظر د.حسن علي الذنون : مصدر سابق، ص 230. كذلك د. عبد القادر الفار: مصدر سابق، ص 53 .

(6)- انظر الفقره الاولى من الماده (1322) مدني عراقي التي تنص (يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون) .

اشاراليه القضاء العراقي حينما قرر(الرهن الحيازي لايعتبر تاما الا بتسليم المرهون تسليماً فعلياً) [1].

ويشترط بقاء الاسهم المرهونه في يد المرتهن لحين انقضاء الرهن [2]، وهذا ما اكد عليه ايضا القضاء العراقي بقوله (يستبقي المرتهن المرهون حتى انتهاء الرهن) .[3]

وبالتالي فان ترك المساهم الراهن حيازة الاسهم المرهونه في يد المرتهن يعتبر اقرارا ضمنيا من الاول بوجود الدين المضمون [4]، وهذا بدوره . يؤدي الى انقطاع مدة التقادم [5] ، فيترتب على ذلك عدم سقوط الدين المضمون بسبب التقادم المسقط ، وتبعا له يمتنع سقوط رهن الاسهم ايضا.[6]

وهذا ماذهبت اليه محكمة التمييز اللبنانيه عندما قضت (ان الدين المؤمن برهن لايمر عليه الزمن ، اذا كان المرتهن يتصرف بالمرهون ، لان قبول الراهن باستمرار يد المرتهن هو اقرار بالدين). [7]

ولهذا سوف تقتصر دراستنا على الابراء واستحالة التنفيذ باعتبارهما سببين لانقضاء رهن الاسهم بصفه تبعيه ، دون ان يقوم المدين بوفاء الدين المضمون ، وذلك من خلال ما يأتي :

اولاً / الابراء

الابراء:هو تـــصرف قانوني بموجبه يتنـــازل الدائن مختارا وبلا مقابـل عمـــا له من حق في مواجهـــة

---

(1)- قرار محمكة التمييز المرقم 120 ح1 / 1971 المؤرخ في 1971/8/5. منشور في مجلة القضاء ، العدد الثالث ، السنه 26، 1971 ، ص 262 .

(2)- انظر الفقره الاولى من الماده (1337) مدني عراقي اذ تنص (يستبقي المرتهن في الرهن الحيازي حيازة المرهون حتى انقضاء الرهن .....) .

(3)- قرار محمكه التمييز المرقم182 ح3 /1971 المؤرخ في 1971/2/4 منشور في مجلة القضاء ، العدد الثاني ، السنه 26، 1971 ، ص 267 .

(4) – انظر الفقره الثانيه من الماده (438) مدني عراقي التي تنص (ويعتبر المدين قد اقر دلالة بحق الدائن اذا هو ترك تحت يده مالا مرهونا بالدين رهن حيازه). تقابها الماده (384- 2) مدني مصري ، والماده (381- 2) مدني سوري ، والماده (371- 2) مدني ليبي ، والماده (358) موجبات وعقود لبناني ، ولم يتضمن التشريع المدني الاردني نص مماثل .

(5) – انظر الفقره الاولى من الماده (438) مدني عراقي التي تنص (تنقطع ايضا المده المقرره لعدم سماع الدعوى اذا اقر المدين بحق الدائن صراحه او دلاله مالم يوجد نص بخلاف ذلك). تقابلها الماده (384 -1) مدني مصري ، والماده (381-1) مدني سوري ، والماده (371-1) مدني ليبي ، والماده (357) موجبات وعقود لبناني ، والماده (460) مدني اردني للايضاح . انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 629 .

(6)- انظر د.محمد طه البشير: مصدر سابق ، ص 244 كذلك د. شمس الدين الوكيل : مصـــدر سابق، ص 561 كـــذلك د. منصور مصطفى منصور: مصدر سابق، ص 255 كذلك انظر **Mazeaud –opcit –p.97.**

(7)- انظر قرارها المرقم 76/ 960 ، مجموعة باز الثامنه 1960. مشاراليه في مؤلف القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 281.

المدين .[1]

ويعتبر الابراء تصرفا تبرعيا، ذلك لانه اذا استوفى الدائن عين حقه كان هذا وفاء ، واذا استوفى مقابلا لحقه كان هذا وفاء بمقابل ، اما اذا نزل عن حقه فلم يستوف لا عينا ولا بمقابل كان هذا هوالابراء [2] .

ويمكن ان نورد على الابراء الملاحظات الاتيه :

اولاً – الابراء تصرف قانوني يتم بارادة الدائن المرتهن وحده [3] ، ويترتب على الابراء دون حاجه الى قبول المدين الراهن انه اذا مات هذا المدين قبل قبوله ابراء الدائن فان الدين لايؤخذ من تركته [4]، كما انه يصح ابراء الميت عن دينه [5]، ومع ذلك فقد يتحرج المساهم المدين من تفضل الدائن المرتهن عليه بالابراء، فيصر على ان يقوم بالوفاء للدائن بالرغم من رغبة الاخير في ابرائه [6]، لذلك فقد اعطى القانون الحق للمدين في ان يرد الابراء الصادر من الدائن متى وصل الى علمه .[7]

ثانياً – الابراء تصرف تبرعي من جانب الدائن المرتهن. ولذلك تطبق احكام التبرع الموضوعيه عليه، فيشترط في الدائن اهليه التبرع [8].

ثالثاً - لايشترط في الابراء شكل خاص ، حتى لو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون

---

(1)- انظر د. حسن علي الذنون : مصدر سابق ،ص 232. كذلك د.عبد القادر الفار: مصدر سابق، ص 207 .

(2)- انظر د.توفيق حسن خرج : احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 258 .كذلك سمير عبد السيد تناغو: المبادىء في نظريه العقد ، مصدر سابق ، ص 364 .

(3)- انظر الفقره الاولى من الماده (422) مدني عراقي اذ تنص (لايتوقف الابراء على قبول المدين .....) . تقابلها الماده (371) مدني مصري ، والماده (369) مدني سوري ، والماده (358) مدني ليبي ، والماده (445) مدني اردني خلافا لذلك يذهب قانون الموجبات والعقود اللبناني الى ان الابراء يعتبر عقدا لايتم الا باتفاق الدائن مع المدين ، اذ تنص الماده (338) منه على (ان الابراء من الدين او تنازل الدائن عن حقوقه لمصلحة المديون ، لايكون الا بمقتضى اتفاق .....).

(4) - انظر نهايه الماده (422) المشار اليها اعلاه التي تنص (..... وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته). والمواد المقابلها من التشريعات المقارنه .

(5)- هذا ما نصت عليه الفقرة الثانيه من الماده (422) مدني عراقي ، ولا مقابل لهذا النص في التشريعات المدنيه المقارنه .

(6)- يمكن القول ان الابراء لايقضي من الالتزام الا عنصر المسؤوليه وحده ، فهو وحده الذي يملك الدائن النزول عنه بارادته المنفرده ، فيكون له ان ينزل عن حقه في الالتجاء الى القهر لاجبار المدين على تنفيذ التزامه . ولكن الدائن لايستطيع بارادته المنفرده ان يقضي على عنصر المديونيه ، ولذلك فان المدين لايجبر على قبول الابراء ، فقد يرغب بالوفاء فعلا دفعا للحرج او تفضل الغير عليه . وينبني على ان عنصر المديونيه يظل قائما على الرغم من الابراء ، ان قيام المدين باداء الدين رغم الابراء لايعتبر تبرعا ، بل هو وفاء بدين . انظر د. عبد المجيد الحكيم ـ البكري - د. البشير : مصدر سابق ، ص 305. كذلك انظر د. محمد حسين منصور - د. همام محمد محمود : مصدر سابق ، ص 479.

(7)- انظر الفقره الاولى من الماده (422) مدني عراقي المشار اليها سلفا إذ نصت (لايتوقف الابراء على قبول المدين لكن اذا رده قبل القبول ارتد .....) .

(8)- انظر ما اوردته الماده (421) مدني عراقي اذ نصت (يشترط لصحة الابراء ان يكون المبريء اهلا للتبرع). تقابلها الماده (372-2) مدني مصري والماده (339) موجبات وعقود لبناني ، الماده (447-1) مدني اردني .

او اتفق عليه المتعاقدان .[1]

اي ان الابراء تصرف رضائي يكفي فيه التعبير عن الاراده صراحة او ضمنا وان يكون هذا التعبير لايحتمل اي لبس ، اذ ان التنازل عن الحق لا يفترض .[2]

وبالرغم من انه لايشترط في الابراء شكل خاص ، الا انه يقع على المدين ، الذي يدعي ان دائنه ابراه من الدين، عبء اثبات هذا الابراء ، وتسري على ذلك احكام القواعد العامه في الاثبات [3] . والى ذلك اشارت محكمة تمييز العراق عندما قررت (ان المدعي اعترف بالوصل المبرز من قبل المميز المدعى عليه والمتضمن ابراء ذمة المميز فكان على المحكمه ان تعتبر الابراء شاملاً طالما لم يستثن من الابراء شيء).[4]

رابعاً – لايصح الابراء الا عن دين قائم وموجود ولايجوز عن دين مستقبل [5]. وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامه التي تشترط ان يكون للابراء محل ، ومحل الابراء هنا هو الالتزام الذي يبريء الدائن مرتهن الاسهم منه المدين الراهن ، وهذا الالتزام يجب ان يكون موجودا عند الابراء منه . [6]

خامساً – يصح تعليق الابراء.فان علق الدائن المرتهن ابراء مدينه من بعض الديون التي في ذمته بشرط اداء البعض منها او عمل شيء ، فاذا نفذ المدين هذا الشرط برات ذمته ، اما اذا لم يؤده فلا ابراء وبالتالي

---

(1)- هذا ما نصت عليه الماده (447-2) مدني اردني ، تطابقها الماده (372-2) مدني مصري ، والماده (370-2) مدني سوري ، والماده (359-2) مدني ليبي ، وتوافقها الماده (339) موجبات وعقود لبناني .ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني العراقي ، والسبب في ذلك هوان القوانين المقارنه المشارااليها قد نصت على عدم ضرورة توافر شكل خاص في الابراء لانها اعتبرت الابراء هبه للدين وبما انها قد اشترطت في الهبه عموما شروط شكليه معينه لذا ارادت ان تؤكد على عدم ضرورة هذا الشكل عند الابراء . اما القانون العراقي فانه لم يشترط شكل خاص في الهبه وبالتالي لا اهميه لذكر هذه الماده .للايضاح انظر د. حسن علي الذنون : مصدر سابق ، ص 233 . كذلك د. سليمان مرقس : الوجيز في شرح القانون المدني : مصدر سابق ، ص 853 .

(2)- انظر د. توفيق حسن فرج : احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 260 كذلك د. انور سلطان : مصدر سابق، ص 449 .

(3)- انظر د. عبد الرزاق السنهوري : مصدر سابق ، الجزء الثالث، ص 969 كذلك د. عبد القادر الفار : مصدر سابق ، ص 209 .

(4)- قرارها المرقم 1836/ صلحيه /60 المؤرخ 1961/11/19 منشور في مؤلف المحامي سلمان بيات : مصدر سابق، ص 419 .

(5) - انظر ما اورته الماده (446) مدني اردني اذ نصت (لايصح الابراء الا عن دين قائم ولايجوز عن دين مستقبل). ولا مقابل لهذا النص سواء في القانون المدني العراقي ام في القوانين العربيه المقارنه الاخرى .

(6)- انظر د.عبد المجيد الحكيم – البكري- د. البشير : مصدر سابق ،ص 306 . كذلك د. سمير عبد السيد تناغو : المبادىء الاساسيه في نظريه العقد ، مصدر سابق، ص 365.

يستقر الدين كله في ذمته[1].

وبناءً على ذلك قرر القضاء العراقي(ان الابراء جاء معلقاعلى تسجيل قطعه باسم المدعي وحيث ان القطعه لم يتم تسجيلها لذا يعتبر الابراء كأن لم يكن ولكل الرجوع بما يستحق على الاخر قبل هذا الابراء). [2]

واخيراً فان من الآثار التي تترتب على ابراء الدائن مرتهن الاسهم مدينه من الدين ، ان هذا الدين ينقضي وتبرأ ذمة المدين تجاه الدائن المرتهن [3]، كما تبرأ ذمة الكفيل العيني ببراءة ذمة المدين ، وينقضي رهن الاسهم الضامن للدين تبعا له .[4]

اما اذا اقتصرالابراء على التزام الكفيل فلا تبرأ ذمة المدين ، وذلك لانه اذا كان الفرع يأخذ حكم الاصل فان الاصل لايأخذ حكم الفرع [5] ، مما يترتب عليه ان رهن الاسهم ينقضي في هذه الحاله ولكن بصفة اصليه وليس بصفه تبعيه لان الرهن وحده هو الذي ينقضي أي مستقلاً عن الدين الذي يبقى قائماً بين الدائن والمدين . كما يجب ان يراعى ان ابراء الدائن احد المدينين المتضامنين ، لايترتب عليه ان تبرأ ذمة الباقين الا اذ صرح الدائن بذلك [6].

وهذا ماذهب اليه القضاء العراقي عندما قرر (اذا ابرأ الدائن احد المدينين المتضامنين فان هذا الابراء لايسري على جميع المدينين) . [7]

اما اذا لم يصدر من الدائن هذا التصريح ، فلا يكون له ان يطالب باقي المدينين المتضامنين الا بما قد يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي ابرأه [8] ، الا اذا كان قد احتفظ الدائن بحقه في الرجوع عليهم

---

(1) – انظر مانصت عليه الماده (423) مدني عراقي . ولا مقابل لهذا النص في التشريعات العربيه المقارنه .

(2)- انظر القرار رقم 619 / حقوقيه / 157 ابو الخصيب في 1957/4/15 منشور في مؤلف المحامي سلمان بيات :مصدر سابق ، ص 420.

(3)- انظر الماده (420) مدني عراقي التي تنص (اذا ابرأ الدائن المدين سقط الدين) ، تقابها الماده (371) مدني مصري ، والماده (369) مدني سوري ، والماده (358) مدني ليبي ، والماده (444) مدني اردني ، والماده (340) موجبات وعقود لبناني .

(4)- انظر د.حسن علي الذنون : مصدر سابق، ص 260 . توفيق حسن فرج ، احكام الالتزام ، مصدر سابق، ص 260 . كذلك د.حسين منصور – د همام محمد محمود : مصدر سابق، ص 479 .

(5)- انظر د.انور سلطان : مصدر سابق ، ص 209 . كذلك د.سمير عبد السيد تناغو : المبادىء الاساسيه في نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص 365 .

(6)- هذا ماذهبت اليه الفقره الاولى من الماده (326) مدني عراقي ، تقابلها الماده (289-1) مدني مصري ، والماده (289-1) مدني سوري ، والماده (276-1) مدني ليبي ، والماده (42) موجبات وعقود لبناني .

(7) - انظر قرار محكمة التمييز المرقم 750 ص (1956 عدد ص 397) المؤرخ في 1956/4/23 منشور في مؤلف د. عبد الرحمن العلام : مصدر سابق ، ص 7 .

(8)- انظر الفقره الثانيه من الماده (326) مدني عراقي .

بكل الدين ، عندئذ يكون لهم الرجوع على المدين الذي صدر الابراء لصالحه بحصته في الدين[1] .

وهذا ماقررته محكمة تمييز العراق بقولها (ان باب الوفاء في القانون المدني يحبذ لاحد المدينين ايفاء الدين المشترك والرجوع على شريكه بمـا اوفـى،هذا الرأي يصح اذا كان هنالك تضامن بين المدينين). [2] ولكن اذا ابرأ الدائن ذمة المدينين المتضامنين من جزء من الدين دون ان يعين نصيب كل منهم من هذا الابراء ، فقد برئت ذمة كل منهم بنسبة حصته من الدين[3] . وعليه فان الابراء اما ان يكون خاص وهو الذي يتعلق بحق معين او جزء من هذا الحق والذي لايترتب عليه انقضاء رهن الاسهم الا اذا وقع هذا الابراء على الرهن بالذات او وقع على الدين المضمون به وادى الى انقضائه فينقضي الرهن تبعاً له ، وهو ما اشار اليه القضاء العراقي عندما قرر (اذا انصب الابراء على حق خاص فان وصف الابراء بالعموم لايسبغ عليه آثار الابراء العام) [4] . او يكون ابراء عام والذي ينصب على جميع ما في ذمة المدين للدائن ، والذي بينه القضاء العراقي بقوله (ان اقرار المميز بانه لم يبق له دين بذمة المدعى عليه يعتبر ابراءً شاملاً لكل الدين) [5] ، وهذا مما يترتب عليه انقضاء رهن الاسهم بصفه تبعيه لانقضاء الدين المضمون به .

ثانياً / استحالة التنفيذ

تنص الماده (425) من القانون المدني العراقي على انه (ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه).[6]

---

(1)- انظر د. توفيق حسن فرج : احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 261 .

(2)- قرارها المرقم 242 ح (1956 عدد 3ص 456) في 1956/3/20 منشور في مؤلف عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق، ص 347 .

(3)- انظر د. حسن علي الذنون : مصدر سابق ، ص 235 كذلك د. عبد الرزاق السنهوري : مصدر سابق، الجزء الثالث ، ص 980 .

(4)- قرار محمكة التمييز المرقم 135 ح (1955 عدده ص 31) في 1955/10/27. منشور في مؤلف عبد الرحمن العلام : المصدر السابق، ص 7.

(5)- قرار محمكة التمييز المرقم 930/ صلحيه / 58 المؤرخ في 1958/5/20 منشور في مؤلف المحامي سلمان بيات : المصدر السابق، ص 421 .

(6)- تقابلها الماده (448) مدني اردني ، والماده (373) مدني مصري ، والماده (317) مدني سوري ، والماده (341) موجبات وعقود لبناني ، والماده (360) مدني ليبي .اما عن موقف القانون الانجليزي فيلاحظ ان القاعده العامه ان الطرف المدين بالعقد لايعفى من التزاماته التعاقديه لمجرد ان تنفيذ العقد اصبح مستحيلا او اكثرارهاقا بسبب حوادث غيرمتوقعه ، ذلك لان الالتزام التعاقدي مطلق ، فاذا رغب احد الطرفين بحمايه نفسه من الصعوبات اللاحقه على ابرام العقد فعليه ان يشترط تلك الحمايه بنص صريح في العقد وهذا ما يطلق عليه الفقه بقاعدة العقود المطلقه **(absolutecontracts)**
الا ان الاستحاله تؤدي الى انقضاء العقد في ثلاث حالات :

1- عندما يكون هنالك تغيير في القانون .=

يتضح من النص ان استحالة تنفيذ الالتزام قد تكون سبب من اسباب انقضائه . ولهذا سنبين شروط انقضاء الالتزام باستحالة التنفيذ ثم نتطرق الى آثاره .

أ – شروط انقضاء الالتزام باستحالة التنفيذ :

1- يجب ان ينشأ الالتزام ، لان الاستحاله لاترد على شيء ليس موجودا ، فاذا كان تنفيذ الالتزام منذ البدايه مستحيلاً فانه لاينشأ اصلا ويكون العقد الذي رتبه باطلا لانعدام محله . [1]

2- يجب ان يصبح تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا على المدين الراهن استحاله تامه او مطلقه، بحيث تجعل هذه الاستحاله الوفاء بالالتزام غير ممكن البته [2].

وهذا ماقررته محكمة تمييز العراق اذ قضت (لان الشحن واقعٌ بطريق قناة السويس ، وحيث ان القناة اصابها تلف خلال الفتره المعقود عليها وامتنع السير فيها ، فان القوه القاهره تكون موجوده فيمتنع على الشركه تنفيذ التزامها) . [3]

اما اذا كانت الاستحاله نسبيه بحيث اصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين الراهن وليس مستحيلا فانه لايترتب على هذه الاستحاله النسبيه انقضاء الالتزام [4]، ويمكن حينئذ تطبيق نظريه الظروف الطارئه اذا ما توافرت شروطها ، بحيث يجوز للقاضي ان يرد ذلك الالتزام الى الحد المعقول [5].

وقد اتبع القضاء العراقي هذا الحكم عندما قرر (اذا كان الحادث عاما لم يكن بالوسع توقعه وترتب على حدوثه ان تنفيذ الالتزام التعاقدي صار مرهقا للمدين فللمحكمه بعد الموازنه بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول). [6]

وتجدر الاشاره الى ان الاستحاله المطلقه تقدر بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي ، فلا يعتبر وفاء التزام مدين معين انه صار مستحيلا وانقضى بالاستحاله الا اذا كان يستحيل على الرجل العادي ان يفي به

=2- عندما يهلك شيء معين ، كليا او جزيئا ، يكون ضروريا لتنفيذ العقد .

3- عندما يكون العقد معتمدا على حاله معينه ، والتي اذا لم تحصل يعتبر العقد منقضيا .

للتفصيل انظر د. مجيد حميد العنبكي :انقضاء العقد في القانون الانجليزي، مصدر سابق ،ص 75-77.

(1) - انظر د.عبد القادر الفار : مصدر سابق ، ص 211 .

(2)- انظر د.محمد حسين منصور د- همام محمد محمود : مصدر سابق، ص 478.

(3)- قرارها المرقم 738/ حقوقيه /85 المؤرخ في 1958/5/5 منشور في مؤلف المحامي سلمان بيات : مصدر سابق، ص 423 .

(4)- انظر د.حسن علي الذنون : مصدر سابق ص 236 . كذلك د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ص 983 .

(5)- انظرما اورته الفقره الثانيه من الماده (146) مدني عراقي . تقابلها الماده (147-2) مدني مصري ، والماده (205) مدني اردني .

(6)- انظر قرار محكمة التمييز المرقم 1394/ مدنيه اولى/92 بتاريخ 1992/12/11.منشور في مؤلف ابراهيم المشاهدي :المختار ، مصدر سابق ، ص 197 .

في ظروف هذا المدين [1] ، والى ذلك ذهبت محكمة النقض المصريه إذ قررت (ان توافر القوه القاهره التي تسبب استحاله تنفيذ الالتزام تستقل محكمة الموضوع بتحصيلها). [2]

3- يجب ان تكون استحالة التنفيذ راجعه الى سبب اجنبي لايد للمدين المساهم فيه كالقوه القاهره اوخطأ الغير [3] ، وهذا ما اكد عليه القضاء العراقي عندما قرر (لايجوز للمدعي ان يخلق الظروف الطارئه لنفسه).[4]

كما قرر (بان دفع المدين قيمة العقد لدى مصرف الرشيد لغرض تحويله الى مصرف الرافدين فرع لندن . فعدم تحويل هذا المبلغ نتيجة لوجود الحصار المفروض على القطر فان المدعى عليه يكون قد اوفى بالتزامه)[5].

ومن المهم ذكره هو ان القوه القاهره التي تؤدي الى استحالة التنفيذ يجب ان تقع خلال مدة تنفيذ الالتزام ، عليه فلا يحق للمدين الراهن، اذا تأخر في تنفيذ التزامه، ان يتمسك بالقوة القاهرة اذا ما وقعت بعد انتهاء مده تنفيذ الالتزام، والى ذلك اشارت محكمة النقض المصريه اذ قررت (ان انقضاء الالتزام بصيرورة التنفيذ مستحيلا بسبب القوه القاهره شرطه حدوث القوه القاهره خلال المدة المحدده لتنفيذ الالتزام) [6].

اما اذا كانت الاستحاله راجعه الى خطأ المدين لم ينقض الالتزام ، بل يصبح من حق الدائن الرجوع على المدين ، ولكن لما كان تنفيذ الالتزام عينا قد اصبح مستحيلا وجب تنفيذه عن طريق التعويض .[7]

والى ذلك اشارت محكمة التمييز العراقيه عندما قررت (اذا استحال على الملتزم تنفيذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم وفاء الالتزام). [8]

ب– الآثار التي تترتب على استحالة التنفيذ :

---

(1)- يلاحظ ان اعتبار تنفيذ الالتزام قد اصبح مستحيلا استحاله فعليه هي مسأله واقع يقدرها قاضي الموضوع ولارقابة لمحكة التمييز في ذلك . في حين ان اعتبار تنفيذ الالتزام قد اصبح مستحيلا استحاله قانونيه هي مسأله قانون وتخضع لرقابة محكمة التمييز . انظر د. عبد الرزاق السنهوري : مصدر سابق ، الجزء الثالث ،ص 982 .

(2) - الطعن رقم 979 سنة 47 ق – جلسة 27 / 3 / 1980 نشرته فتحيه القره: مصدر سابق ، ص 342.

(3)- انظر د. انور سلطان : مصدر سابق ، ص 441 .

(4)- قرار محكمة التمييز المرقم 807/ م/2002 . منشور في مجلة القضاء، العددان 1-2 ، السنه 57، 2004 ، ص 197 .

(5)- قرار محكمة التمييز المرقم 807 / م / 2002 . منشور في مجلة القضاء ، العددان 1-2 ، السنه 57 ، 2004 ، ص 227 .

(6)- نقض مصري في 1978/11/27 ، مجموعة المبادىء القانونيه ، السنه 29، رقم 341 ، ص 1766 . مشار اليه في مؤلف د. عبد القادر الفار : مصدر سابق ، ص 212.

(7)- انظر د. حسن علي الذنون : مصدر سابق ، ص 237 كذلك د. عبد المجيد الحكيم - البكري د. البشير : مصدر سابق، ص 307.

(8)- قرارها المرقم 3963/ مدينه ثانيه /96 . منشور في مجلة القضاء، العددان 1،2 ، السنه 52، 1997 ، ص 75 .

يترتب على استحاله تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي لايد للمدين فيه ما يأتي :-

1- انقضاء الالتزام ، إذ ينقضي الالتزام بالاستحاله المطلقه وتنقضي توابعه ، اي تبرأ ذمة المساهم المدين براءه تامه ، ولا يجوز الرجوع عليه بالتعويض لان استحالة التنفيذ ليست راجعه الى خطئه ، وتبعــاً لذلك ينقضي رهــن الاسهم الضامــن للالتزام [1] ، اما اذا كان الهلاك بفعل الغير والزم هذا الغير تعويضا انتقل حق المدين الراهن في التعويض الى الدائن مرتهن الاسهم .[2]

2- بالنسبه لتحمل التبعه ، فيما يتعلق برهن الاسهم، باعتبار ان عقد رهن الاسهم من العقود الملزمة للجانبين ، فانه يترتب عليه انه اذا استحال على احد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب اجنبي لايد له فيه انقضى الالتزام ، ولكن ينقضي بالمقابل له وينفسخ العقد بقوة القانون[3] ، اي ان تبعة الاستحاله في هذه الحاله تكون قد وقعت على المدين الراهن الذي استحال عليه تنفيذ الالتزام .[4]

ومع ذلك يذهب رأي من الفقه الى انه من الممكن ان يظل المدين الراهن مسؤولاً عن تنفيذ الالتزام على الرغم من استحالته لسبب اجنبي ، اذا كان الطرفان قد اتفقا منذ البدايه على تحمل المدين تبعة السبب الاجنبي .[5]

واخيرا ينبغي ان نبين ان عبء اثبات السبب الاجنبي الذي يؤدي الى انقضاء الالتزام يقع على عاتق المساهم المدين [6] ، وهذا ما اكدته محكمة تمييز العراقي حينما قضت (على المدين ان يثبت ان انهياراً تاماً حصل بين التزامات طرفي الدعوى بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الاساس الذي قام عليه التقدير المالي). [7]

---

(1)- انظر د. سليمان مرقس : الوجيز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 856 كذلك د.محمد سليمان الاحمد - هاله مقداد الجليلي : استحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن التي تصدرها جمعية القانون المقارن العراقيه ، العدد 29 ، 2001، ص 139 .

(2)- انظر د. سمير عبد السيد تناغو : المبادىء الاساسيه في نظريه العقد ، مصدر سابق ، ص 366 .

(3) - انظر الفقره الاولى من الماده (179) مدني عراقي التي تنص (اذا هلك المعقود عليه في المعوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله او بقوة قاهره .....) تقابلها الماده (159) مدني مصري ، والماده (243) موجبات وعقود لبنانى .

(4)- انظر د. توفيق حسن فرج : احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 262 كذلك انظر د . عبد الرزاق السنهوي :الوجيز، مصدر سابق ، ص297 . كذلك انظر حامد شاكر محمود الطائي : استحالة التنفيذ واثرها على الالتزام العقدي ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون – جامعه بابل ، 2002 ، ص 107 .

(5)- انظر د. عبد القادر الفار : مصدر سابق ،ص 212 .

(6)- انظر د. انور سلطان : مصدر سابق ، ص 452 . كذلك د. سمير عبد السيد تناغو : المبادىء الاساسيه في نظريه العقد ، المصدر السابق، ص 367.

(7)- قرارها المرقم 22/ موسعه / 1989 في 4/4 / 1989 . منشور في مجلة القضاء ، العدد 2 ، السنه 45، 1990، ص 216.

المبحث الثاني

انقضاء رهن الاسهم بصفه اصليه

ينقضي رهن الاسهم بصفه مستقله عن الدين المضمون بكل سبب يمسه في ذاته ويترتب عليه زواله ، دون ان ينقضي الدين المضمون . فيزول الرهن بصفه اصليه ويبقى للدائن حقه الشخصي كاي دائن عادي ، ويحصل ذلك في الحالات التي بينتها الماده (1349) من القانون المدني العراقي [1]، اذ نصت على انه (ينقضي ايضا الرهن الحيازي باحد الاسباب الاتيه :

ا- اذا بيع المرهون لايفاء دين اخر وفقا للاجراءات المقرره قانونا .

ب- اذا اجتمع حق الرهن مع حق الملكيه في يد شخص واحد ، ويعود الرهن اذا زال سبب اتحاد الذمه بأثررجعي .

ج- اذا تنازل المرتهن عن حق الرهن ولو مستقلا عن الدين ، ويجوز ان يستفاد التنازل دلاله ، من تخلي المرتهن باختياره عن حيازة المرهون ، او موافقته على التصرف فيه دون تحفظ .

ء- اذا هلك المرهون).

وهذا ماسيتم بحثه من خلال المطالب الآتيه .

المطلب الاول

البيع الجبري للاسهم المرهونه

لقد انفرد القانون المدني العراقي عن التقنيات المدنية العربية المقارنة بالنص في الفقره (آ) من الماده (1349) منه على ان الرهن ينقضي (اذا بيع المرهون لايفاء دين اخر وفقا للاجراءات المقرره قانونـــا). [2]

---

(1) - تقابلها الماده (1113) مدني مصري ، والماده (1070) مدني سوري ، والماده (1117) مدني ليبي ، والمواد(1420-1421-1422) مدني اردني ، والماده (1064) مدني كويتي ، والماده (965) مدني جزائري . ولم يتعرض المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 46 لطرق انقضاء رهن المنقول ، ولكن القاضي حسين عبد اللطيف حمدان يرى ان رهن المنقول كالرهن العقاري ينقضي بصورة تبعيه او بصوره اصليه . مصدر سابق ،ص 280.

(2) - إذ نجد ان المشرع المدني الاردني لم يعتبر بيع المرهون جبرا بناء على طلب دائن اخر سببا من اسباب انقضاء الرهن الحيازي . انظر د.علي هادي العبيدي : مصدر سابق، ص 409. كما ان المشرع المدني المصري لم يضع نصا مماثلاً فيما=

بمعنى اذا كنا امام عدة رهون على الاسهم ، اي ان هنالك اكثر من دائن مرتهن واحد. فانه اذا حل اجل دين اي من هؤلاء الدائنين المرتهنين ولم يف المدين به ، كان لهذا الدائن ان ينفذ على الاسهم المرهونه طبقا للاجراءات المقرره قانونا ، وبيعها في البورصه او المزاد العلني لاستيفاء دينه من ثمن هذه الاسهم ، كل حسب مرتبه رهنه .[1]

فاذا بيعت الاسهم المرهونه لايفاء دين اخر غير دين المرتهن كأن يكون مرتهن اخر متقدم عليه في المرتبه او صاحب حق امتياز على هذه الاسهم . فان الرهن ينقضي بصفه اصليه بالنسبه للدائن المرتهن المتأخر مرتبه ، وذلك لزوال محل الرهن (الاسهم) وبقاء الدين . [2]

ومن الجدير بالذكر ان هذا الحكم هام ، لان مشتري الاسهم المرهونه يستند إليه في تسلمها من المرتهن الحائز لها ، إذ انه بانقضاء الرهن ينقضي حق المرتهن بحبس المرهون عمن اشتراه ، وحسب ماتم توضيحه عند بحث حق الحبس في الفصل الثاني من الرساله . ولكن انقضاء رهن الاسهم بسبب بيعها لايفاء دين اخر متقدم في المرتبه عن حق الدائن المرتهن الحائز لا يمنع هذا الاخير من حقه في استيفاء دينه بحسب مرتبة رهنه عندما يكون ثمن الاسهم المبيعه كافيا للوفاء بهذا الدين والديون التي تسبقه[3] ، هذا اذا كان طالب البيع دائن اخر .اما اذا كان طالب البيع المرتهن نفسه ، فهل ينقضي الرهن بصفه تبعيه ام ينقضي بصفه اصليه ؟ وللاجابه نقول انه يجب التفرقه بين حالتين :

الاولى / اذا كان ثمن الاسهم محل الرهن كافياً للوفاء بكل الدين المضمون فانه اذا تم الوفاء فعلا انقضى هذا الدين وتبعا له ينقضي الرهن ، هذا يعني ان انقضاء رهن الاسهم في هذه الحاله يكون بصفه تبعيه وليس مستقلاً عن الدين . [4]

اما الحاله الثانيه / فهي اذا لم يكف ثمن الاسهم المرهونه للوفاء بكل الدين فيلاحظ في هذه الحاله ان حق

=يتعلق برهن المنقول على العكس مما فعل بالنسبه للعقار الماده (690) مرافعات ، ويترتب على ذلك ان رهن المنقول في هذا التشريع لاينقضي كقاعده عامه بالبيع اذا كان طالب البيع دائن اخر ، فيكون للدائن المرتهن حق حبس المرهون في مواجهة الراسي عليه المزاد حتى يستوفي كل المبالغ التي يتضمنها الرهن ولكن تستثنى من الحكم السابق حالتان ، لايجوز للمرتهن فيهما ان يتمسك بحقه على الاسهم المرهونه هما :

الحاله الاولى / اذا كان المرتهن هو الذي طلب التنفيذ على الاسهم المرهونه او اشترك فيه .

الحاله الثانيه / اذا ماطلب التنفيذ من دائن اخر له على الاسهم المرهونه حق متقدم في المرتبه على حق المرتهن ، سواء كان هذا الحق هو رهن حيازي اخر ام حق امتياز. للتفصيل انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 693 . كذلك د. شمس الدين الوكيل : مصدر سابق ،ص 564. كذلك د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق، ص 184 .

(1)- انظر د.آدم وهيب النداوي : شرح قانون البيانات والاجراء ، عمان ، دار الثقافه للنشر والتوزيع ، 1998 ، ص 407 .

(2)- انظر د.علي هادي العبيدي : مصدر سابق، ص 414 .

(3) - انظر د. محمد طه البشير : مصدر سابق، ص 240 .

(4)- انظر د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق، ص 218 .

الرهن ينقضي على الرغم من عدم انقضاء كل الدين ، إذ ان محل الرهن قد زال ، ويترتب على ذلك ان للدائن المرتهن ان يرجع بما تبقى على المدين باعتباره دائناً عادياً ، فهنا ينقضي حق رهن الاسهم بصفه اصليه ، وهذا استثناء على قاعدة عدم تجزئة الرهن . [1]

وبناء على ماتقدم فنحن لا نتفق مع ماذهب اليه جانب من الفقه [2]، من اعتبار التنفيذ الجبري طريق من طرق انقضاء الالتزام بصفه اصليه باشاره مطلقه ، فكما لاحظنا آنفاً انه ليس كل تنفيذ جبري على الاسهم المرهونه يؤدي الى انقضاء رهن الاسهم بصفه اصليه ، اذ ينقضي هذا الرهن تبعاً لانقضاء الدين المضمون اذا اوفي الدين كاملا من ثمن الاسهم المبيعه .

المطلب الثاني

اتحاد ذمة الراهن والمرتهن

لقد بينا في المبحث السابق من هذا الفصل ان اتحاد ذمة الدائن والمدين يعد سبباً من اسباب انقضاء الدين وبالتالي انقضاء رهن الاسهم الضامن له بصفة تبعيه . ونعود في هذا المقام لنبين ان اتحاد الذمه ممكن ان يكون احد الاسباب التي تؤدي الى انقضاء رهن الاسهم بصفه مستقله عن الدين المضمون اي بصفه اصليه وذلك باتحاد ذمة الراهن والمرتهن .والى ذلك اشارت الفقره (ب) من الماده (1349) مدني عراقي عندما قررت ان الرهن الحيازي ينقضي (اذا اجتمع الرهن مع حق الملكيه في يد شخص واحد .....) .[3]
يتضح من خلال هذا النص ان رهن الاسهم ينقضي باجتماع حق الرهن وحق ملكية هذه الاسهم في يد واحده ، كما لو ورث المرتهن الاسهم المرهونه ، اذ قد يحصل ان يرهن الاب اسهمه لدى ابنه الوحيد ، فيموت بعد ذلك ، عندئذ تتحد ملكية الاسهم والرهن لوارث المساهم ، وبالتالي ينقضي الرهن باتحاد الذمه .[4]

ومما ينبغي توضحه هنا ، هو انه ليس كل اتحاد لذمة الراهن والمرتهن يؤدي الى انقضاء رهن الاسهم بصفه اصليه اذ يجب ان لايغيب عن الذهن انه اذا كان المساهم الراهن هو المدين نفسه ، فانه يترتب

---

(1)- انظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق، ص 284. كذلك د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق، ص 412 .

(2)- د. محمد طه البشير : مصدر سابق، ص 245 .

(3)- تقابلها الماده (1113- ب) مدني مصري والماده (1421) مدني اردني ، والماده (264- 3) مدني تونسي والماده (1117- ب) مدني ليبي ، والماده (1046- ب) مدني كويتي ، والماده (965-2) مدني جزائري .

(4) - انظر د.منصور مصطفى منصور : مصدر سابق، ص 257 كذلك د. سمير عبد السيد تناغو : التأمينات الشخصيه والعينيه ، مصدر سابق، ص 205 كذلك د.محمد وحيد الدين سوار : مصدر سابق، ص 242 .

على اتحاد ذمة المدين الراهن والدائن المرتهن انقضاء الدين المضمون ، وتبعا له ينقضي الرهن، [1] اي ان رهن الاسهم ينقضي في هذه الحاله بصفة تبعيه. ووفقا لهذا المفهوم فان الحاله التي نحن بصددها لاتصدق الا اذا كان المساهم الراهن هو غير المدين اي الكفيل العيني ، فاذا اجتمعت ذمة هذا الاخير والدائن المرتهن ، عندئذ ينقضي رهن الاسهم بصفه اصليه باتحاد ذمة الراهن والمرتهن على الرغم من بقاء الدين قائما تجاه المدين.إذ ان اتحاد ذمـة الكفيل لا يـؤدي الى انقضاء الالتزام الاصلـي ، لانــه اذا كان الفرع يزول بزوال الاصل ، فان الاصل لايزول بزوال الفرع . [2]

وتجدر الاشاره الى انه يجب ان لا يخل اتحاد الذمه بحق الغير، فلو كان المساهم الراهن قد رتب حق رهن على الاسهم لمرتهن ثان، ثم اتحدت ذمة الراهن في ملكية الاسهم مع حق الرهن بالنسبه للمرتهن الاول ، فان ذلك لايؤثر على حق المرتهن الثاني .[3]

ولكن قد تقتضي مصلحة المرتهن عدم انقضاء الرهن على الرغم من تحقق اتحاد الصفتين بانتقال ملكية الاسهم المرهونه اليه . وتكون هذه الحاله عندما تكون هذه الاسهم مرهونه لدائنين اخرين [4].

حيث انه اذا امتنع على صاحب التأمين العيني التنفيذ على الاسهم بعد ان اصبحت مملوكه له (اتحاد الذمه) ، فليس معنى ذلك انه فقد تأمينه ، ذلك ان الخاصيه الاولى للرهن تتمثل في حق التقدم ، وهو باق للدائن اذا ما وجد دائنون مرتهنون اخرون لهذه الاسهم ، فاذا اراد هؤلاء الدائنون تتبع الاسهم تحت يد مالكها ، فان لهذا الاخير ان يحتج قبلهم برهنه فيما لو كان سابقا على رهونهم [5].

واخيرا فانه اذا زال السبب الذي ادى الى اتحاد الذمه ، كان فسخ العقد الذي ترتب عليه اتحاد ذمة المساهم الراهن والمرتهن او ابطل لسبب من الاسباب ، فان الرهن يعود ولا يعتبر منقضيا باتحاد الذمه ، [6]

---

(1)- انظر د. عبد القادر الفار : مصدر سابق، ص 53 كذلك د.سليمان مرقس : الوجيز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 852 كذلك د. محمد حسين منصور – د. همام محمد محمود : مصدر سابق، ص 478.

(2)- انظر د. انور سلطان : مصدر سابق، ص 442 .

(3)- انظرد.سعيد سعد عبد السلام: الوجيز في الحقوق العينيه التبعيه ، القاهره ، مطابع الولاء الحديثه ، 2004 ، ص 635. كذلك د.احمد سلامه : دروس في التأمينات المدنيه ، مصدر سابق، ص 403 .

(4)- انظر المستشار انور طلبه : مصدر سابق، ص 827. كذلك د. علي هادي العبيدي : مصدر سابق، ص 378.

(5)- انظر د.شفيق شحاته : مصدر سابق، ص 268 . كذلك د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق ، ص 183 . كذلك د.نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 223 .

(6) - انظر الماده (419) مدني عراقي (اذا زال السبب الذي ادى الى اتحاد الذمه وكان لزواله أثررجعي عاد الالتزام الى الوجود هو وملحقاته بالنسبه لذوي الشأن جميعا ويعتبر اتحاد الذمه كان لم يكن). تقابلها الماده (370- 2) مدني مصري ، والماده (368-2) مدني سوري ، والماده (357- 2) مدني ليبي ،والماده (337) موجبات وعقود لبناني ، والماده (354) مدني اردني .للتفصيل انظر د. عبد الرزاق السنهوري : مصدر سابق ،ج 10 ، ص 877 كذلك د.محمد علي امام : مصدر سابق، ص 410 .

ذلك لان عودة الرهن يكون لها أثررجعي . [1]

المطلب الثالث

تنازل المرتهن عن الرهن

بمقتضى نص الفقرة (ج) من الماده (1349) من القانون المدني العراقي ينقضي الرهن (اذا تنازل المرتهن عن حق الرهن ولومستقلا عن الدين ....) . [2]

هذا يعني ان رهن الاسهم ينقضي بصفه اصليه ، اي مستقلا عن الدين المضمون ، اذا نزل الدائن المرتهن عنه ، باعتباره هو صاحب حق الرهن وله القيام بذلك ، كما له ان يقوم بالتنازل عن حقه في الدين ذاته . [3]

والتنازل عن الرهن تصرف قانوني يتم باراده واحده ، هي ارادة الدائن المرتهن ولايحتاج الى قبول المساهم الراهن [4].

وهذا ماذهبت اليه محكمة النقض المصريه عندما قررت (متى كان الدائن المرتهن قد تسلم المرهون وظل في حيازته وكان هو الذي تخلى عن هذه الحيازه باختياره فانه يكون متنازلاً)[5].

ويشترط لصحة التنازل ان يكون المرتهن متمتعا باهلية الابراء من الدين المضمون ، ذلك لان النزول عن الرهن بمثابة النزول عن الدين نفسه ، إذ ان النزول ولو انه لايؤثر في وجود الدين المضمون الا انه قد يؤدي الى عدم امكانيه استيفاءه .[6]

وهذه الاهليه هي اهلية التبرع ، فيجب ان يكون الدائن المرتهن بالغا سن الرشد غير محجور عليه لسفه او غفله ، فان كان صغيرا او محجورا عليه فلا يملك النزول عن رهن الاسهم ، ولا يملك احدا غيره ذلك ، قيما كان او وصيا او وليا ولو باذن المحكمه ، لان التنازل يعد من التصرفات الضاره ضررا

---

(1)- انظر نهايه الفقره (ب) من الماده (1349) مدني عراقي التي تنص (.... يعود الرهن اذا زال سبب اتحاد الذمه بأثر رجعي).ولا مقابل لهذا النص في التشريعات المدينه العربيه التي تحت ايدينا . للتفصيل انظر د.عوض احمد الزغبي : المدخل الى علم القانون الطبعه الاولى ، عمان ، دار وائل للنشر والطباعه ، 2001 ، ص 369 . كذلك د.منصورمصطفى منصور : مصدر سابق ،ص 257 .

(2)- تقابلها الماده (1113- ا) مدني مصري ، والماده (1420) مدني اردني ، والماده (1070- 1) مدني سوري ، والماده(1117- ا) مدني ليبي ، والماده (965-1) مدني جزائري ، والماده (1046- ا) مدني كويتي ، والماده (264-1) مدني تونسي .

(3)- انظر د. محمد وحيد الدين سوار : مصدر سابق ، ص 270.

(4)- انظر د. شفيق شحاته : مصدر سابق ، ص 270 . كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق، ص 631.

(5)- نقض 1969/2/11 طعن 67 س 35ق . مشار اليه في مؤلف د. انور طلبه : مصدر سابق ، ص 828 .

(6) - انظر د.احمد سلامه : دروس في التأمينات المدنيه ، مصدر سابق ،ص 412 كذلك القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق، ص 282 كذلك د. سليمان مرقس : التأمينات العينيه ، مصدر سابق ، ص 496 .

محضاً . [1]

ولكن مع ذلك قد يكون التنازل بمقابل وفي هذه الحاله فان الاهليه اللازمه هي اهليه التصرف في الحق المضمون وليس اهليه التبرع .[2]

ولابد من الاشاره الى ان التنازل عن رهن الاسهم قد يكون صريحا كما قد يستدل عليه ضمنا من ظروف الحال ، حيث لايشترط فيه شكل خاص ، وفي هذه الحاله الاخيره يجب ان تظهر نيه المرتهن في التنازل بصفه لاتحتمل الشك ، اذ ان التنازل الضمني لايؤخذ بطريق الظن . [3]

والقاعده هي انه يجب على من يدعي نزول المرتهن عن الرهن ان يقيم الدليل على صحة ادعائه [4]، ومع ذلك فالمشرع المدني العراقي يقرر قرينتين على سبيل المثال [5]، يجوز للمرتهن اثبات عكسهما [6]، يستخلص منهما هذا النزول هما :

الاولى / تخلي الدائن المرتهن باختياره عن الاسهم المرهونه. بمعنى انه اذا تخلى الدائن المرتهن عن الاسهم المرهونه بارادته اعتبر ذلك تنازلاً عن الرهن لزوال احد اركانه (الحيازه) ، اذ ينقضي الرهن في هذه الحاله بصفةٍ اصليه بينما يظل الدين قائماً . [7]

ولكن نظراً لان التخلي عن الحيازه قد لا يتم بقصد النزول عن الرهن بل لاسباب اخرى ، كالوديعه مثلا . لذلك فقد اعتبر التخلي عن حيازه الاسهم قرينه غير قاطعه على توافر قصد النزول عنها لدى الدائن المرتهن ، وبالتالي يجوز لهذا الدائن ان يهدم تلك القرينه [8].

الثانيه/ موافقه الدائن المرتهن على التصرف في الاسهم المرهون دون تحفظ . كما لو انتزع المساهم الراهن حيازة الاسهم ورهنها للغير ، ورضى المرتهن الاول بذلك دون تحفظ بان يسلم الاسهم مع حفظ حقه فيها باعتباره دائنا مرتهنا ، فانه يكون قد نزل ضمنا عن حقه في الرهن باختياره فيزول الرهن .[9]

---

(1)- انظر د. نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق، ص 222 . كذلك د. سمير عبد السيد تناغو : التأمينات الشخصيه والعينيه ، مصدر سابق ، ص 204 .

(2)- انظر د.محمد علي امام : مصدر سابق ، ص 409 . كذلك د.منصور مصطفى منصور: مصدر سابق، ص 256.

(3)- انظر د.محمد طه البشير : مصدر سابق ، ص 247 .كذلك د. شمس الدين الوكيل : مصدر سابق ، ص 562 .

(4)- انظرد.عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق ، ص 631.

(5)- انظرما اوردته الفقره (جـ) من الماده (1349) مدني عراقي اذ نصت (..... ويجوز ان يستفاد التنازل دلاله ، من تخلي المرتهن باختياره عن حيازة المرهون ، او موافقته على التصرف فيه دون تحفظ).

(6)- انظر د.شفيق شحاته : مصدر سابق، ص 271 .

(7)- انظر د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، مصدر سابق ، ج 10 ، ص 873 .

(8) - انظر د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق ، ص 183 . كذلك د. نبيل ابراهيم سعد : المصدر السابق ، ص 223 .

(9)- انظرد. سعيد سعد عبد السلام: مصدر سابق ، ص 635 . كذلك د. شمس الدين الوكيل : المصدر السابق ، ص 562 .

كما ان الاصل هو ان تنازل المرتهن عن رهن الاسهم يزيله ويحرر الاسهم المرهونه. [1]

ويكون هذا الزوال من تاريخ النزول عن الرهن لا قبل ذلك [2] ، على انه اذا قام المرتهن بالتنازل عن الرهن فانه يلتزم به بمجرد صدوره منه ولايجوز له العدول بعد ذلك .[3]

واستثناءً من هذا الاصل فانه لايترتب على تنازل المرتهن هذا الأثر بالنسبة للغير الذي تعلق له حق بالرهن مالم يقر هذا الغير التنازل . [4]

إذ ان تنازل المرتهن عن الرهن ينبغي ان لايضر بحقوق الغير المكتسبه على الاسهم المرهونه . فاذا كان الدين المضمون مثلا ، قد رهنه الدائن للغير ، فان هذا الرهن يشمل التأمينات التي تكفل الوفاء به ، ومن بينها رهن الاسهم المقرر لمصلحة الدائن المرتهن ، وبالتالي اذا ما تنازل الدائن المرتهن عن رهن الاسهم، فان هذا التنازل لايسري في حق دائنه الذي ارتهن الدين المضمون بما يكفله من تأمينات .[5]

واخيرا فان الدائن المرتهن يستطيع دائما التخلي عن الرهن ، فتنقضي بذلك جميع التزاماته ولا يحتاج في هذا الى قبول المساهم الراهن . [6]

---

(1)- انظر المستشار انور طلبه : مصدر سابق، ص 827 . كذلك د. محمد وحيد الدين سوار: مصدر سابق، ص 241.

(2)- انظر د. محمد كامل مرسي : مصدر سابق ، ص 381 . كذلك د. محمد علي امام : مصدر سابق ، ص 408 . كذلك د. سمير عبد السيد تناغو : التأمينات الشخصيه والعينيه ، مصدر سابق ، ص 205 .

(3)- يجب ان نفرق هنا بين تنازل المرتهن عن حق الرهن ـ الذي نحن بصدده ـ وبين تنازل المرتهن عن مرتبة الرهن، ففي الحاله الاخيره يكون المرتهن قد تنازل عن مرتبة الرهن لدائن اخر متأخر عنه ، وبالتالي يعد هذا التنازل اتفاقا يلزم فيه توافق ارادتي المتنازل والمتنازل له ، ومن ثم يجوز للمرتهن – المتنازل – العدول عن هذا الاتفاق ما دام ان المتنازل اليه لم يقبله بعد .للتفصيل انظر د.منصور مصطفى منصور : مصدر سابق ، ص 122 .كذلك د .علي هادي العبيدي: مصدر سابق ، ص 412 .

(4)- انظر نهاية الفقره الاولى من الماده (1113) مدني مصري اذ نصت (..... على انه اذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير ، فان تنازل الدائن لاينفذ في حق هذا الغير الا اذا اقره) تقابلها الماده (965-1) مدني جزائري ، والماده (1046- ا) مدني كويتي . ولم تتضمن التشريعات المدنيه المقارنه ، ومن ضمنها التشريع المدني العراقي ، نص مماثل. ومع ذلك نعتقد بجواز اعمال حكم هذه الماده في التشريع المدني العراقي حماية للحقوق المكتسبة . للتفصيل انظر د . سليمان مرقس : التأمينات العينيه ، مصدر سابق ، ص 496 .

(5)- انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق، ص 632 . كذلك انظر د. احمد سلامه : دروس في التأمينات المدنيه ، مصدر سابق ، ص 402 .

(6) - انظر د. شفيق شحاته : مصدر سابق ، ص 271 .

المطلب الرابع

هـلاك الاسهـم الـمـرهـونــه

اذا هلكت الاسهم المرهونه هلاكاً تاماً انقضى الرهن لزوال محله ، سواء كان الهلاك مادياً ام قانونياً [1] .

والى ذلك ذهبت الفقره (د) من الماده (1349) مدني عراقي إذ نصت بان الرهن ينقضي (اذا هلك المرهون) [2].

اما اذا كان هلاك الاسهم محل الرهن جزئياً فان الرهن يظل قائماً على الجزء المتبقي من اجل كل الدين ، تطبيقا لقاعده عدم تجزئة الرهن .[3]

ومنعاً للتكرار يمكن القول ان الاحكام المتعلقه بهلاك الاسهم محل الرهن ، التي تم توضيحها عند بحث التزامات المساهم في المبحث الاول من الفصل الثاني ، هي منطبقه على الحاله التي نحن بصدد بحثها. وعليه نكتفي بالتنويه الى انه اذا كان الهلاك بسبب الراهن ، كان للدائن المرتهن الخيار بين ان يقتضي تأمينا جديدا كافيا او ان يستوفي حقه فورا لسقوط الاجل. [4]

اما اذا كان الهلاك ناشئاً عن قوة قاهره ، كان المدين مخيرا بين ان يقدم تأمينا اخر اوان يوفي الدين فورا [5].

في حين اذا حصل الهلاك نتيجة لخطأ المرتهن ، فانه يلتزم بالتعويض عما ارتكبه من خطأ ، وهذا ماذهب اليه القضاء العراقي عندما قضى (اذا اتلف احد مال غيره ضمن) [6]، وعليه ينتقل حق الرهن الى

---

(1)- انظر د. عوض الزعبي : مصدر سابق ، ص 369 . كذلك سعيد سعد عبد السلام : مصدر سابق ، ص 636 . كذلك نبيل ابراهيم سعد : مصدر سابق ، ص 223 . كذلك د. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص 412 .

(2)- تقابلها الماده (1113- ج) مدني مصري ، والماده (1422) مدني اردني ، والماده (1117 - ج) مدني ليبي ، والماده (264-2) مدني تونسي ، والماده (965- 3) مدني جزائري ، والماده (1046-ج) مدني كويتي .

(3)- انظر د.عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، مصدر سابق ، ج 10 ، ص 878 . كذلك د. محمد وحيد الدين سوار : مصدر سابق ، ص 242 . كذلك د.محمد علي امام: مصدر سابق ، ص 407 .

(2) - انظر الماده (1297-2) مدني عراقي ، والماده (1048- 2) مدني مصري ، والماده (1052) مدني ليبي ، والماده 988 مدني كويتي ، والماده (954) مدني جزائري ، والماده (113) موجبات وعقود لبناني . للتفصيل انظر د. محمد طه البشير : مصدر سابق، ص 120 ، كذلك د. عبد الفتاح الباقي : مصدر سابق ، ص 472 .

(4)- انظر الماده (1297-1) مدني عراقي ، والماده (1048-1) مدني مصري ، والماده (1053) مدني ليبي ، والماده (954) مدني جزائري . للتفصيل انظر المستشار انور طلبه : مصدر سابق، ص 827 .

(5)- قرار محكمة التمييز المرقم 2319 ص [1955 عدد 1 ص 98] في 1955/1/27 .منشور في مؤلف عبد الرحمن العلام : مصدر سابق ، ص 8 .

هذا التعويض ، تطبيقا لنظريه الحلول العيني [1] .

وهذا هو الحكم نفسه عندما يكون الهلاك نتيجة لفعل الغير، إذ يحل مبلغ التعويض، الذي يلتزم به هذا الغير بموجب قواعد المسؤوليه التقصيريه بسبب ماحدثه من ضرر، محل الاسهم الهالكه . [2]

ولكن مع ذلك قد يحصل ان الشركه التي اصدرت الاسهم محل الرهن – والتي تعد من الغير بالنسبة الى عقد الرهن – ان تتخذ بعض المواقف نتيجه للظروف التي تمر بها الشركه ، ويترتب على ذلك هلاك الاسهم المرهونه دون ان تقوم هذه الشركه بدفع تعويض عن تلك المواقف او التصرفات ، كما لو اتخذت قرارا بتصفيه الشركه .عندئذ يثار التساؤل الاتي: ماهو أثرانقضاء الشركه على رهن الاسهم ؟ وقبل الاجابة لابد من ان نبين ما المقصود بالانقضاء، فانقضاء الشركه : يعني انحلال العلاقه بين الشركاء لاحد الاسباب التي ينص عليها القانون .[3]

ومما ينبغي التأكيد عليه هو ان الانقضاء لايعني زوال شخصية الشركه المعنويه فوراً ، وصيرورة اموال الشركه الى ملكيه شائعه بين الشركاء ، وانما تظل شخصيتها المعنويه قائمه طيلة فترة التصفيه بالقدر اللازم لهذه التصفيه مراعاة لمصلحة دائني الشركه على مصلحة دائني الشركاء ، على ان يذكر ان الشركه تحت التصفيه اينما يرد اسمها .[4]

ووفقا لهذا المفهوم فان الشركه لاتنقضي الا بعد استكمال اجراءات تصفيتها وصدور قرار بشطب اسمها من قبل مسجل الشركات .[5]

---

(1) - انظر د. اكرم ياملكي - د. فائق الشماع : القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص 340 كذلك د. شمس الدين الوكيل : مصدر سابق ، ص 510 . كذلك د. سليمان مرقس : التأمينات العينيه ، مصدر سابق، ص 424 .

(2)- انظر د. عبد الرزاق السنهوري : مصدر سابق، ج 10 ، ص 805 كذلك سماهر محمد علي عبد الله : مصدر سابق، ص 108 .

(3)- انظر الماده (147) من قانون الشركات العراقي المعدل ، تقابلها الماده (287) شركات اردني ، والماده (216) شركات لبناني ، والماده (281) من قانون الشركات الاتحادي الاماراتي ، والماده (311) من قانون الشركات الانجليزي . انظر **L.C.B. Gowers : principles of moderen company law,fifth edition ,1992,p.216**

(4)- انظر الفقره الاولى من الماده (164) شركات عراقي التي نصت (تحتفظ الشركه بشخصيتها المعنويه مده التصفيه على ان يذكر انها تحت التصفيه حيثما يرد اسمها). تقابلها في التشريعات العربيه المقارنه . الماده (20) من قانون الشركات العماني ، والماده (254-ج) من قانون الشركات الاردني . للايضاح انظركامل السامرائي : القوانين الخاصه بالشركات التجاريه ، الطبعه الرابعه ، بغداد ، مطبعة النجاح ، 1962 ، ص 252.كذلك د. لطيف جبركوماني – د.علي كاظم الرفيعي : القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص 395 .كذلك انظر اسيل ياسين فليح المعيني : مسؤوليه المصفي في شركات الاموال، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الحقوق جامعة النهرين ، 2001 ص 55 . كذلك د.سمير عاليه : مصدر سابق ، ص 196.

(5)- انظر الفقره الثانيه من الماده (177) من قانون الشركات العراقي التي تنص (تعتبر الشخصيه المعنوية للشركة منتهية من تاريخ صدور قرار شطب اسمها). وهذا هو موقف قانون الشركات الاردني الماده (252). وكذلك قانون الشركات الانجليزي 1985 انظر د. مجيد حميد العنبكي : تصفية الشركات في القانون الانجليزي ، بحث منشور في مجلة =

اما بخصوص أثرانقضاء الشركه على رهن الاسهم ، فانه يترتب على ذلك ان موجوداتها طيلة فترة التصفيه هي ضمانا عاما لدائنيها دون دائني الشركاء فيها طبقا لمبدأ انفصال شخصية الشريك عن شخصية الشركه [1]، هذا المبدأ الذي يرتب اولويه لدائن الشركه حتى لو كان دائنا عاديا على دائن الشريك ولو كـــان مرتهنـــــا او ممتازاً ، [2] الـى ان تنتهي تصفيــة الشــركه بـــــزوال شخصيتها المعنويه ،[3] فاذا زالت الشخصيه المعنويه للشركه اصبح المال ملكاً شائعاً للمساهمين ، وعندئذ يكون لدائني المساهم اقتضاء حقوقهم من نصيب مدينهم هذا ، وهنا يتقدم مرتهن الاسهم على بقية دائني المساهم ، باعتبار ان له الاولويه والتقدم على المال الذي حل محل الاسهم المرهونه ولو لم يكن دينه مستحق الاداء بعد ، لان الرهن ينقضى بهلاك المرهون ، اي بانقضاء الشركه . [4]

فضلاً عن ذلك فان الشركه ممكن ان تنقضي عن طريق اندماجها في او مع شركه اخرى [5].

=الحقوق – جامعة النهرين ، المجلد 5 ، العدد 8 ، 2001 ، ص 110 . خلافا لما تقدم موقف قانون الشركات الفرنسي والمصري والاماراتي ، إذ ان قرار حل الشركه يسبق تصفيتها في هذه القوانين ، وتعتبر الشركه في حاله تصفيه بقوة القانون بعد انقضائها اي بعد حل الشركه .للتفصيل انظر د. مفلح عواد القضاة : مصدر سابق ، ص 106 .

(1) - انظر د.علي حسن يونس : الشركات التجاريه ، القاهره ، دار الفكر العربي ، سنه الطبع بلا ، ص 400 كذلك زهدي يكن : شرح قانون الموجبات والعقود ، الجزء 14، بيروت ، دار الثقافه ، 1969 ، ص 250.

(2)- انظر الماده (174) من قانون الشركات العراقي المعدل التي تنص (يسدد المصفي ديون الشركه وفق الترتيب الاتي بعد حسم نفقات التصفيه .....) تقابلها الماده (291) شركات اردني ، كذلك الجدول رقم 6 من قانون الاعسار الانجليزي لعام 1986 . انظر د.مجيد حميد العنبكي : تصفيه الشركات في القانون الانجليزي ، المصدر السابق ، ص 127.

(3)- انظر د. رزق الله انطاكي ـ د. نهاد السباعي : موسوعة الحقوق التجاريه (الشركات التجاريه) ، دمشق ، بدون دار نشر، 1966 ، ص 335. كذلك د.فوزي محمد سامي : شرح القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص 360 كذلك د.نوري طالباني – البلداوي – الجزائري : مصدر سابق ، ص 248 .

(4)- انظر د.محمد حسين اسماعيل : رهن اسهم الشركات العامه ، مصدر سابق، ص 274 كذلك د. فلوريدا حميد العامري : مصدر سابق، ص 138 .

(5)- الاندماج : هو اتفاق بين شركتين او اكثر متماثليتن او متكاملتين في الغرض ، يبرم بواسطة ممثليها ، على الاتحاد فيما بينهما بالمزج او الضم ، فتختفي الشركات اطراف العقد جميعا وتنشأ شركه جديده بدلا منها ، او تزول الشركه المندمجه وتبقى الشركه الدامجه ، وذلك حسب طريقه الدمج .معنى ذلك ان للاندماج شكلين :

الاول / المزج: ويحدث المزج في الغالب بين الشركات المتعادله في القوة الاقتصاديه والمركز المالي .وفي هذا الشكل من اشكال الدمج تنحل الشركتان وتنتهي شخصيتهما المعنويه ليكونا معاً شركه جديده تعمل على مسرح القانون بشكل مستقل عن الاشخاص المعنويه الفانيه .

الثاني / الضم: وفقاً لهذا الشكل تتم عملية الدمج بانضمام شركه او اكثر لشركة اخرى قائمه فتسمى الاولى بالشركه المندمجه مع وزوال شخصيتها المعنويه في حين تبقى الشركه الدامجه محتفظه بها ، وهو مما يستلزم ان تعدل عقدها بما ينسجم مع الوضع الجديد وما يستتبع ذلك من القيام باجراءات النشر القانونيه . انظر حيدر سلمان حسن الجنابي : دمج الشركات ، رسالة دكتوراه مقدمه الى كليه الحقوق – جامعة النهرين ، 1999، ص5. كذلك انظر د.عبد الحميد الشواري : الشركات التجاريه

وبالتالي نكون امام التساؤل نفسه ، ماهو أثرذلك على رهن الاسهم ؟ وللاجابه نقول ان الامر لايتجاوز زياده في رأس مال الشركه الدامجه عن طريق ضم موجودات ومطلوبات شركه اخرى او ذوبان شركتين في شركه جديده .[1]

فاذا كانت الشركه المندمجه ضعيفه اصلا فان عملية الدمج تكون في مصلحة المرتهن ، لان الاسهم المرهونه الضامنه لدائنيته ستتحسن قيمتها بالاندماج ، فالمسأله ستتعلق حينئذ بمركز الشركه الدامجه المالي والذي غالبا مايكون افضل من المركز المالي للشركه المندمجه [2]، وهذا ما اكدته نتائج العديد من الدراسات التي توصلت الى ان اسعار الاسهم بالنسبه للشركات المندمجه اكبر بكثير من قيمتها قبل الاندماج [3] ، اما اذا كانت الشركه المندمجه قويه اصلا ويخشى ان تضعف اسهمها بالاندماج ، فان الخشيه في ذاتها لا تبرر القول بسقوط الاجل ، بل لابد من ضعف التأمينات اي ضعف الاسهم الجديده التي ستحل محل الاسهم القديمه حلولاً عينياً ، وعندئذ يكون الخيار للدائن المرتهن بين اكمال التأمينات او الوفاء فورا من قبل المساهم الراهن . [4]

اما بشأن انقضاء الشركه المحدوده بسبب تحولها الى شركه مساهمه وفقا للشروط التي ينص عليها القانون [5]، فانه لايؤثر على ضمانة الدائنين ذلك لان الضمان الوحيد لهم هو رأس مال الشركه وهذا

= =، الاسكندريه ، منشأة المعارف ، 1985، ص 39 . كذلك د.الياس ناصيف : مصدر سابق ، ص 403 .

(1) - انظر الماده (152) من قانون الشركات العراقي المعدل التي تنص (تنتقل حقوق والتزامات الشركه المندمجه كافه الى الشركه المدمج بها او الناجمه عن الدمج) . تقابلها الماده (425) من قانون الشركات الانجليزي وكذلك الماده (269) من قانون الشركات الاردني للايضاح انظر د. فوزي محمد سامي : شرح القانون التجاري الاردني ، الجزء الثالث ، عمان ، دار الثقافه للنشر والتوزيع ، 1995 ، ص 73 كذلك د. طالب حسن موسى : ملاحظات في قانون الشركات ، مجلة القضاء ، العدد 1-2-3-4 ، السنه 38، 1983 ، ص 94

(2)- انظر د. مفلح القضاة : مصدر سابق، ص 127 . كذلك كامل عبد الحسين البلداوي : الشركات التجاريه ، مصدر سابق ، ص 237 .

(3)- انظر د. مجيد حميد العنبكي : الشركات في القانون الانكليزي ، الطبعه الاولى ، بغداد ، المكتبه الوطنيه ، 2004 ، ص 108 .

(4)- انظر د. محمد حسين اسماعيل : رهن اسهم الشركات العامه ، مصدر سابق ، ص 275 . كذلك انظر حيدر سلمان الجنابي : مصدر سابق ،ص 65 . كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي : مصدر سابق، ص 582 كذلك د. محمد لبيب شنب : مصدر سابق، ص 152 .

(5)- التحول : هو طلب شركه خاضعه لنظام قانوني معين تغيير نوعها ، اي خضوعها لنظام قانوني اخر ، مما يترتب عليه انقضاؤها وفق شكلها السابق على التحول ، الاان هذا الانقضاء لايؤدي الى انهاء الشخصيه المعنويه ، بل تبقى الشركه مستمره وكل ما يترتب على التحول هو مجرد تعديل عقدها بما ينسجم ووضعها الجديد . للايضاح انظر. د .فلوريدا حميد العامري: مصدر سابق ، ص 135. كذلك انظر د.رزق الله انطاكي – د.نهاد السباعي : مصدر سابق ، ص 343 .

الاخير لا يضار بتحويلها الى شركه مساهمه .[1] اذا ان التحول يكون من النمط الادنى الى النمط الاعلى ولا يجوز العكس.[2]

وعموماً فانه مهما كانت الاسباب التي من شأنها ان تؤدي الى انقضاء رهن الاسهم ، سواء بصفةٍ تبعيه ام اصليه ، فان هذا الرهن لا ينقضي الا اذا تم شطب قيده في سجلات الشركه التي اصدرت الاسهم المرهونه .

شطب القيد :

لاحظنا ان عقد رهن الاسهم هو عقد شكلي ، والشكليه فيه تتمثل بقيد الرهن في سجلات الشركه التي اصدرت الاسهم المرهونه.[3]

مما يترتب عليه القول بان رهن الاسهم الناشيء عن واقعة القيد لا ينقضي الا بشطب هذا القيد . [4]

وقد قررت الماده (71) من قانون الشركات العراقي المعدل انه لايجوز رفع اشارة رهن الاسهم (شطب القيد) الا بعد تسجيل اقـرار المرتهن ، باستيفاء حقه في سجل الشركه،او بموجب حـكم مكتسب الدرجـه القطعيه [5].

ويتضح من ذلك ، ان تطهير الاسهم من الحق العيني التبعي المقررعليها للمرتهن انما يتم باحدى طريقتين هما :

اولاً : الشطب الاختياري :- اي ان يتم شطب اشارة الرهن في سجلات الشركه المعنيه وسوق بغداد للاوراق الماليه بارادة واختيار المرتهن ، التي يتعين ان تأخذ صورة الاقرار من المرتهن نفسه وليس من الغير والا كانت شهاده ، والشهاده هنا لاتكفي [6]، كما يجب ان يكون المرتهن متمتعا باهليه التصرف ، واذا توفي المرتهن كان الشطب برضاء الورثه ، اما اذا صدر اعلان الشطب عن نائب المرتهن وكان النائب وكيلا، فتكفي الوكاله العامه اذا كان الشطب في مقابل قبض الدين المضمون ، اما اذا كان شطب القيد دون مقابل فلا بد من وكاله خاصه. وفي حالة كون النائب وصيا ، فهو يملك قبض الدين الذي للقاصر، وبالتالي

---

(1)- انظر كامل عبد الحسين البلداوي : الشركات التجاريه ، مصدر سابق ، ص 241. كذلك انظر موفق حسن رضا : مصدر سابق، ص 182 . كذلك د.لطيف جبر كوماني – د.علي كاظم الرفيعي : القانون التجاري، مصدر سابق، ص 393 .

(2)- انظر الماده (153) من قانون الشركات العراقي المعدل .

(3) - راجع الشكليه في المبحث الثاني من الفصل الاول .

(4)- انظر د. شفيق شحاته : مصدر سابق ،ص 279 .

(5)- انظر ماجاءت به الماده (71) اذ نصت (..... على ان يؤشر عقد الرهن في سجل خاص لدى الشركه ولاترفع اشارة الرهن الا بعد تسجيل موافقه المرتهن على فكه او تنفيذا لحكم بات صادر عن محكمه مختصه) تقابلها الفقره الثالثه من الماده (68) شركات اردني .

(6)- انظر د.خالد الشاوي : مصدر سابق ، ص 323. كذلك د. احمد زيادات - د.ابراهيم العموش : مصدر سابق ، ص 253 .

يملك شطب قيد الرهن ان كان في مقابل قبض الدين ، دون الحصول على اذن المحكمه .[1]

ثانياً – الشطب القضائي :- اما اذا رفض المرتهن تقديم اقرار يبريء فيه ذمة المساهم الراهن ليصار الى شطب الرهن ، كما لو كان المرتهن مصرفا وكان للراهن فيه حسابات متعدده وكان رهن الاسهم قد تم ضمانا لاحدها والذي تمت تصفيته ، ورفض المصرف تقديم الاقرار لاشكالات تخص الحسابات الاخرى ، ففي هذه الحاله يكون لكل ذي مصلحه في شطب قيد الرهن ان يستصدر حكما قضائيا بالشطب ، على انه لايجوز التأشير بالشطب قبل صيرورة الحكم الصادر به نهائيا ، اي مكتسباً الدرجه القطعيه .[2]

وايا كانت طريقه شطب قيد رهن الاسهم فانه واجب في كل الحالات ، ذلك ان بقاء القيد بعد زوال التأمين العيني التبعي يثير الشك عند من يريد التعامل مع من كان قد تقرر الرهن على اسهمه ، لذلك يتعين على المساهم الذي زال رهنه ان يعمل على شطب القيد ، والاصل ان مصروفات هذا الشطب تقع عليه الا اذا اتفق على غير ذلك .[3]

ومن المهم ذكره انه يؤخذ على المشرع التجاري العراقي انه لم يبين الطريقه التي يتم بها شطب قيد الرهن ، ونعتقد ان ذلك يكون من خلال الكتابه في سجل انتقال الاسهم الموجود لدى الشركه الذي يتم تأشير قيد الرهن فيه ، تفيد ان الرهن قد انقضى مع الاشاره الى سبب الانقضاء ، ويكون ذلك بناء على اقرار المرتهن الخطي او الحكم المكتسب الدرجه القطعيه .اما شهادة الاسهم المرهونه فلا يذكر فيها شيء ، ذلك انه يؤخذ على المشرع التجاري العراقي ايضا انه لم يشترط تأشير قيد الرهن على ذات السند ، خلافا لبعض التشريعات التجاريه المقارنه [4]، وبالتالي ليس هنالك مايبرر تأشير شطب قيد الرهن على السند نفسه . واخيرا نخلص مما تقدم انه متى تم شطب قيد الرهن اختياريا ام قضائيا من سجلات الشركه التي اصدرت الاسهم وسجلات سوق بغداد للاوراق الماليه ، انقضى الرهن وعادت الاسهم الى الوضع الذي كانت عليه قبل تقرير حق الرهن عليها .

---

(1)- انظر د.عبد الرزاق السنهوري : مصدر سابق ، ج 10 ، ص 482 كذلك د. فوزي محمد سامي : شرح القانون التجاري ، مصدر سابق ، ص 171

(2) - انظر د.محمد حسين اسماعيل : رهن اسهم الشركات العامه ، مصدر سابق، ص 266 كذلك د. سليمان مرقس : التأمينات العينيه ، مصدر سابق ، ص 204 كذلك د منصور مصطفى منصور : مصدر سابق، ص 112 .

(3)- انظر د. محمد كامل مرسي : مصدر سابق ، ص 182 . كذلك القاضي حسين عبد اللطيف حمدان : مصدر سابق ، ص 229 .

(4)- انظر الماده (225) من قانون التجاره الكويتي التي اتنهت بالقول (..... ويؤشر به على الصك ذاته) . كذلك الفقرة الاولى من الماده (121) تجاره مصري ، والفقره الثانيه من الماده (91) تجاره فرنسي ، والفقره الاولى من الماده (68) شركات اردني .

المصـــادر

اولاً – القـــرآن الكريـــم

ثانياً – المؤلفات العربيه :

1- د0 ابو زيد رضوان - د0 حسام عيسى : شركات المساهمه والقطاع العام ، القاهره ، دار الفكر العربي ، 1976 0

2- د0 ابو زيد رضوان : الشركات التجاريه في القانون الكويتي والمقارن ، الطبعه الاولى ، الكويت ، دار الكتاب الحديث ، 1978 .

3- د0 احمد ابراهيم البسام : مبادىء القانون التجاري ، الجزء الاول ، بغداد ، مطبعة العاني ،1961 .

4- د. احمد ابراهيم البسام : الشركات التجاريه في القانون العراقي ،الطبعه الثانيه ، بغداد ، ساعدت جامعة بغداد على طبعه ،1967 .

5- د. احمد زيادات – د. ابراهيم العموش : الوجيز في التشريعات التجاريه الاردنيه ، الطبعه الاولى ، عمان ، بدون دار نشر ،1996 .

6 - د. احمد سلامـــه : دروس في التأمينات المدنيه ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 1968 .

7 - د. احمد سلامـه : الرهن الطليق للمنقول ، مصر ، مطبعـة جامعة عين الشمس ، 1968 .

8 - د. احمد فهـي الامام : اسواق الاوراق الماليه في البلاد العربيه، بلجيكا ، بدون دار نشر ، 1979 .

9- د. آدم وهيب الـنداوي : شرح قانون البيانات والاجراء ، عمان ، دار الثقافـه للنشـر والتوزيع ، 1998.

10 - د. اسماعيل ابراهيم الطراد ـ جمعه محمود عباس : التشريعات الماليه والمصرفيه في الاردن ، عمان ، مكتبة دار الثقافه ،2000.

11- د. اكرم ياملكي : الوجيز في شـرح القانون التـــجاري العراقـــي ، الجـزء الثانـــي (الشركات التجاريه) ، بغداد ، مطبعة العاني ، 1972 .

12- د. اكرم ياملكي - د. فائق الشمـاع : القانون التجاري ، بغداد ، جامعة بغداد ، 1980 .

13- د. اكرم ياملكي – د.باسم محمد صالح : القانون التجاري ، القسم الثاني (الشركات التجاريه) ، بغداد ، مطبعة جامعة بغداد ، 1983 .

14- د. الياس ناصيف : الكامل في قانون التجاره ، الجزء الثاني (الشركات التجاريه) ، بيروت ، منشورات البحر المتوسط ، 1982 .

15- د. انور سلطان : احكام الالتزام ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 1980 .

16- د. انور طلبه : الوسيط في القانون المدني ، الجزء السادس ، الاسكندريه ، المكتب الجامعي الحديث ، 2001 .

17- د. توفيق حسن فرج : النظريه العامه للالتزام ، الجزء الثاني (احكام الالتزام) ، الاسكندريه ، منشأة المعارف ، 1978 .

18- د. توفيق حسن فرج : الحقوق العينيه الاصليه ، الاسكندريه ، مؤسسة الثقافه الجامعيه ، 1986 .

19- د. ثروت علي عبد الرحيم : الوجيز في القانون التجاري ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 1988.

20- د. جميل احمد توفيق – د. محمد صالح الحناوي : الاداره الماليه ، الاسكندريه ، دار الجامعات المصريه ، 1997 .

21- المحامي . حسن الفكهاني : الوسيط في شرح القانون المدني الاردني ، الجزء الاول ، القاهره ، الدار العربيه للموسوعات ، 1978 .

22- د. حسن علي الذنون : احكام الالتزام ، بغداد ، مطبعة المعارف ، 1948 .

23- د. حسني المصري : القانون التجاري ، الكتاب الثاني ، الطبعه الاولى ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 1968 .

24- القاضي – حسين عبد اللطيف حمدان : التأمينات العينيه ، الطبعه الثانيه ، بيروت ، الدار الجامعيه ، 1985 .

25- د. خالد امين عبد الله : محاسبة الشركات ، عمان ، منشور بدعم من معهد الدراسات المصرفيه ، 2000 .

26- د. خالد الشاوي شرح قانون الشركات التجاريه العراقي ، الطبعه الاولى ، بغداد مطبعة الشعب ، 1968 .

27- د. خالد وهيب الراوي : إدارة المخاطر الماليه ، الطبعه الاولى ، عمان ، دار المسيره للنشر والتوزيع ، 1999 .

28- د. رزق الله انطاكي – د. نهاد السباعي : موسوعة الحقوق التجاريه (الشركات التجاريه) ، مطبعة جامعة دمشق ، 1966 .

29- زهدي يكن : شرح قانون الموجبات والعقود ، الجزء 14 ، بيروت ، دار الثقافه ، 1969 .

30- زهدي يكن : شرح قانون الملكيه الموسع ، بيروت ، دار النهار للنشر ، 1973 .

31- د. زياد سليم رمضان – محفوظ احمد جوده : الاتجاهات المعاصره في إدارة البنوك ، الطبعه الاولى ، عمان ، دار وائل للنشر ، 2000 .

32 - د. سعيد سعد عبد السلام : الوجيز في الحقوق العينيه التبعيه ، القاهره ، مطابع الولاء الحديثه ، 2004 .

33- د. سعيد يحيى : الوجيز في القانون التجاري ، الجزء الاول ، القاهره ، المكتب العربي الحديث ، 1980 .

34- د. سليمان مرقس : التأمينات العينيه ، القاهره ، دار النشر الجامعيه ،1959 .

35- د. سليمان مرقس : الوجيز في شرح القانون المدني ، القاهره ، المطبعه العالميه ، 1964 .

36- د. سميحه مصطفى القليوبي : الشركات التجاريه وفقاً للقانون الكويتي ، كلية الحقوق ، جامعة الكويت ، 1973 .

37- د. سميحه مصطفى القليوبي : الموجز في القانون التجاري ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 1978.

38- د. سميحه مصطفى القليوبي : القانون التجاري ، الجزء الثاني ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 1981 .

39- د. سمير عاليه : الوجيز في القانون التجاري ، الطبعه الاولى ، بيروت ، المؤسسه الجامعيه للنشر ، 1987 .

40- د. سمير عبد السيد تناغو : التأمينات الشخصيه والعينيه ، الاسكندريه ، دار المعارف ، 1986 .

41- د. سمير عبد السيد تناغو : المبادىء الاساسيه في نظرية العقد واحكام الالتزام ، الاسكندريه منشأة المعارف ، سنة الطبع بلا .

42- د. شفيق شحاته : النظريه العامه للتأمين العيني ، الطبعه الثانيه ، القاهره ، المطبعه العالميه ، 1953.

43- د. شمس الدين الوكيل : نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعه الثانيه ، الاسكندريه ، منشأة المعارف ،1959 .

44- صادق الحسيني الشيرازي : المسائل الاسلاميه مع المسائل المتجدده ، مؤسسة الكلمه للطباعه والنشر ، بيروت ، سنة الطبع بلا.

45- د. صلاح الدين الناهي : الوجيز في التأمينات الشخصيه والعينيه ، بغداد ، بدون مكان طبع ، 1953.

46- د. صلاح الدين الناهي : الوجيز في الحقوق العينيه الاصليه ، الجزء الاول ، بغداد ، شركة الطبع للنشر الاهليه ، 1961 .

47- د. صلاح الدين الناهي : الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي ، الجزء الثاني ، الطبعه الرابعه ، بغداد ، مكتبة كلية الاداره والاقتصاد ،1962 .

48- د. طالب حسن موسى : الموجز في الشركات التجاريه ، الطبعه الاولى ، بغداد ، مطبعة المعارف ، 1973 .

49- د. عادل محمد خير : شركات الاموال في القوانين الخاصه ، الطبعه الاولى ، القاهره ، دار الكتب القوميه ، 2000 .

50- عبد الباقي البكري : شرح القانون المدني العراقي ، الجزء الثالث ، بغداد ، مطبعة الزهراء ، 1971 .

51- د. عبد الحي حجازي : النظريه العامه للالتزام (احكام الالتزام) ، الجزء الثالث ، مصر ، مطبعة الفجاله الجديده ، 1954 .

52- د. عبد الحميد الشواربي : الشركات التجاريه ، الاسكندريه ، منشأة المعارف ، 1985 .

53- د. عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ،الجـزء الثالث (نظرية الالتزام بوجه عام) ، دار النهضه العربيه ، القاهره ، 1958 .

54- د. عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثامن في حق الملكيه ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 1967 .

55- د. عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء العاشر في التأمينات الشخصيه والعينيه ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 1970 .

56- د.عبد الرزاق احمد السنهوري : الوجيز في النظريه العامه للالتزام ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي ، الاسكندريه ، منشأة المعارف ، 2004 .

57- د.عبد العزيز الخياط : الشركات في الشريعه الاسلاميه والقانون الوضعي ، الجزء الثاني ، ط 4،عمان ، دار البشير ، 1994 .

58- د. عبد الفتاح عبد الباقي : التأمينات الشخصيه والعينيه ، الاسكندريه ، دار نشر الثقافه ، 1950 .

59- د. عبد القادر الفار : احكام الالتزام ، الطبعه السادسه ، عمان ، دار الثقافه للنشر والتوزيع ، 2001 .

60- د. عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني ، ج 1 ، مصادر الالتزام ، بغداد ، 1963.

61- د. عبد المجيد الحكيم – عبد الباقي البكري – د. محمد طه البشير : الوجيز في نظرية الالتزام ، الجزء الاول ، بغداد ، مطبعة التعليم العالي ، 1986 .

62- د. عدنان احمد ولي العزاوي : مفهوم العمل التجاري وآثاره القانونيه ، بغداد ، مطبعة الصقر ، 1987 .

63- د. عدنان احمد ولي العزاوي – د. باسم محمد صالح : الشركات التجاريه ، بغداد ، بيت الحكمه ، 1989 .

64- د. علي البارودي : العقود وعمليات البنوك التجاريه ، الاسكندريه ، منشأة المعارف 1968 .

65- د. علي جمال الدين عوض : دروس في القانون التجاري ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، سنة الطبع بلا .

66- د. علي جمال الدين عوض : العقود التجاريه ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 1982 .

67- د. علي جمال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهه القانونيه ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 1988 .

68- د علي حسن يونس : الشركات التجاريه ، القـاهره ، دار الفكر العربي ، سنة الطـبع بلا .

69- د . علي حسن يونس : العقود التجاريه ، القاهره ، دار الفكر العربي ، سنة الطبع بلا .

70- د. علي هادي العبيدي : الوجيز في شرح القانون المدني الاردني (الحقوق العينيه) ، الطبعه الاولى ، عمان ، مكتبة دار الثقافه ، 2000 .

71- د. عوض احمد الزعبي : المدخل الىعلم القانون ، الطبعه الاولى ، دار وائل للنشر والطباعه ، 2001 .

72- فرج توفيق الوليد : الرهن في الشريعه الاسلاميه ، النـجف ، مطبعة القضاء ، 1973 .

73- فلوريدا حميد العامري : الشرح النـظري والعملي لقانون الشركات ، بغداد ، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمه ، 1986 .

74- د. فوزي عطوى : القانون التجاري ، الطبعه الاولى ، بيروت ، دار العلوم العربيه ، 1986 .

75- د. فوزي محمد سامي : شرح القانون التجاري الاردني ، الجزء الثالث ، عمان ، دار الثقافه للنشر والتوزيع ، 1995 .

76- د. فوزي محمد سامي : شرح القانون التجاري ، الجزء الرابع ، عمان ، مكتبة دار الثقافه للنشر والتوزيع ، 1997 .

77- كامل السامرائي : القوانين الخاصه بالشركات التجاريه ، الطبعه الرابعه ، بغداد ، مطبعة النجاح ، 1962 .

78- كامل عبد الحسين البلداوي : الشركات التجاريه في القانون العراقي ، الموصل ، دار الكتب للطباعه والنشر ، 1990 .

79- د. كمال عبد حامد آل زياره : القانون الضريبي ، محاضرات القاها على طلبة الماجستير في كلية القانون – جامعة بابل ، 2002-2003 .

80- د. لطيف جيركوماني : الوجيز في شرح قانون الشركات ، الطبعه الاولى ، بغداد ، الجامعه المسـتـنصريه ، 1986 .

81- د. لطيف جيركوماني – د. علي كاظم الرفيعي : القانون التجاري ، بغداد ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، 2000 .

82- د. مجيد حميد العنبكي : مباديء العقد في القانون الانكليزي ، بغداد ، كلية النهرين للحقوق – جامعة النهرين ، 2001 .

83- د. مجيد حميد العنبكي : الشركات في القانون الانكليزي ، الطبعه الاولى ، بغداد ، المكتبه الوطنيه ، 2004 .

84- د. محمد حسين اسماعيل : القانون التجاري الاردني ، الطبعه الاولى ، عمان ، دار عمار للنشر والتوزيع ، 1985 .

85- د. محمد حسين منصور – د. همام محمد محمود : الالتزامات ، الاسكندريه ، منشأة المعارف ، 1992 .

86- محمد سعيد الطباطبائي الحكيم : الاحكام الفقهيه ، الطبعه السابعه ، مكان الطبع بلا ، دار الهلال ، 2003 .

87- د. محمد سليمان الاحمد : الفرق بين الحيازه والضمان في كسب الملكيه ، عمان ، مكتبة دار الثقافه ، 2001 .

88- د. محمد شتا ابو سعيد : التعليق على نصوص قانون التجاره الجديد ، الاسكندريه ، دار الفكر العربي ، 2000 .

89- د. محمد صالح بك : شركات المساهمه ، الطبعه الاولى ، القاهره ، مطبعة فؤاد الاول ، 1949

90- د. محمد طه البشير : الوجيز في الحقوق العينيه التبعيه ، الطبعه الثالثه ، بغداد ، دار الحريه للطباعه ، 1974 .

91- د.محمد عبد الجواد محمد : الحيازه والتقادم في الفقه الاسلامي ، الاسكندريه ، منشأة المعارف ، 1977 .

92- د. محمد علي امام : التأمينات الشخصيه والعينيه ، القاهره ، مطبعة نهضة مصر ، 1956 .

93- د. محمد فريد العريني : القانون التجاري اللبناني ، الجزء الاول ، الطبعه الاولى ، الاسكندريه ، الدار الجامعيه ، 1983 .

94- د. محمد كامل مرسي : شرح القانون المدني الجديد ، القاهره ، المطبعه العالميه ، 1948 .

95- د. محمد لبيب شنب : دروس في التأمينات العينيه والشخصيه ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 1974 .

96- المستشار محمد محمود المصري – محمد احمد عابدين : الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه ، الاسكندريه ، منشأة المعارف ، 1986 .

97- د. محمد وحيد الدين سوار :الحقوق العينيه التبعيه ، عمان ، مكتبة دار الثقافه ، 1995 .

98- د. محمود سمير الشرقاوي : القانون التجاري ، الجزء الاول ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 1982 .

99- د. محمود سمير الشرقاوي : الشركات التجاريه في القانون المصري ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 1986 .
100- د. مرتضـى نـاصر نصـر الله : الشركات التجاريه ، بغداد ، مطبعة الارشاد ، 1969 .
101- د. مصطفى كمال طه : شركات المساهمه وشركات التوصيه بالاسهم والشركات ذات المسؤوليه المحدوده ، الطبعه الاولى ، الاسكندريه ، مطبعة اتحاد الجامعات ، 1954 .
102- د. مصطفى كمال طه : محاضرات في القانون التجاري والبحري ، الاسكندريه ، منشأة المعارف ، 1960 .
103- د. مصطفى كمال طه : القانون التجاري ، الاسكندريه ، دار الجامعه الجديد للنشر ، 1990 .
104- د. مفلح عواد القضاة : الشركه ذات المسؤوليه المحدوده وشركة الشخص الواحد ، عمان ، دار الثقافه للنشر والتوزيع ، 1998 .
105- د. منصور مصطفى منصور : التأمينات العينيه ، القاهره ، المطبعه العالميه ، 1963 .
106- د. منير محمود الوتري : الوجيز لشرح قانون الشركات ، بغداد ، مطبعة الحافظ ، 1993 .
107- موفق الدين ابي محمد بن عبد الله بن احمد بن قدامه : المغني ، المجلد الرابع ، بيروت ، دار الفكر ، ط الاولى ، 1985 .
108- د. موفق حسن رضا : قانون الشركات ، بغداد ، منشورات مركز البحوث القانونيه ، 1985 .
109- د. نبيل ابراهيم سعد : التأمينات العينيه والشخصيه ،الاسكندريه ، منشأة المعارف ، 1982 .
110- د. نـوري طالباني – كامل عبد الحسين البلداوي – هاشم الجـزائري : القانون التـجاري ، القسم الاول ، بغداد ، بدون دار نشر ، 1979 .
111- د. يعقوب يوسف صرخوه : الاسهم وتداولها في الشركات المساهمه في القانون الكويتي ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 1982 .
112- يوسف كمال محمد: فقه الاقتصاد النقدي ، الطبعه الاولى ، الرياض ، دار الهدايه ، 1993

ثالثاً ـ الرســـــائل والبـــــحوث :

1- اسيل ياسين فليح المعيني : مسؤولية المصفي في شركات الاموال ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الحقو ق- جامعة النهرين ، 2001 .

2- اسلام مجيد حوشي البدري : رهن المحل التجاري – دراسه مقارنه ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون – جامعة بغداد ، 1998 .

3- حامد شاكر محمود الطائي : استحالة التنفيذ واثرها على الالتزام العقدي ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون – جامعة بابل ، 2002 .

4 -القاضي حسن ابراهيم حسن الحميري : تطور فكرة الرهن في مشروع القانون المدني الجديد ، رساله مقدمه الى المعهد القضائي ، بغداد ، 1987 .

5- حسين عذاب السكيني : فكرة العينيه ودورها في انشاء التصرف القانوني ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون جامعة بغداد ، 1995 .

6- حيدر سلمان حسن الجنابي : دمج الشركات ، رسالة دكتواره مقدمه الى كليه الحقوق – جامعة النهرين ، 1999 .

7 – سلام منعم مشعل : الحلول العيني وتطبيقاته في القانون العراقي والمقارن ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية الحقوق – جامعة النهرين ، 1999 .

8- سهام سوادي طعمه الطائي : النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون – جامعة بغداد ، 2001 .

9- سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي : فكرة رهن المنقول دون حيازه والحمايه القانونيه له ، رسالة دكتوراه مقدمه الى كلية القانون – جامعة بغداد ، 2000 .

10 – د. طالب حسن موسى : ملاحظات في قانون الشركات ، بحث منشور في مجلة القضاء ، الاعداد (1-4) ، السنه 38 ، 1983 .

11- د. طالب حسن موسى : رأسمال الشركه المساهمه ، بحث منشور في مجلة القضاء ، العددان 3-4 ، 1988 .

12 – د. عباس مرزوك فليح العبيدي : التصرف بالاسهم والحصص في الشركات بيعاً او هبة (دراسه قانونيه وعمليه) ، رسالة دكتوراه مقدمـه الى كلية القانون – جامعــة بغداد ، 1997 .

13- د. عدنان احمد ولي العزاوي : الرهن التجاري ، بحث منشور في مجلة التجاره ، الجزء الرابع ، السنه 35 ، بغداد ، مطبعة المعارف ،1972 .

14- عقيل فاضل حمد الدهان : تبعية التأمينات للالتزام الاصلي في القانون المدني (دراسه مقارنه بالفقه الاسلامي) ،رسالة ماجستير قدمت الى كلية القانون – جامعة بغداد ، 1999 .
15 – فاروق ابراهيم جاسم : حقوق المساهم في الشركه المساهمه ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون – جامعة بغداد ، 1993 .
16 – كامل عبد الحسين البلداوي – مهند ابراهيم الجبوري : زيادة رأس مال الشركه المساهمه في التشريع العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، جامعة الموصل ، العدد العاشر ، 2001 .
17- د . مجيد حميد العنبكي : تصفية الشركات في القانون الانجليزي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد 5 ، العدد 8 ، 2001 .
18- د. مجيد حميد العنبكي : العوامل المؤثره على صحة العقد ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد 3 ، العدد 4 ، 1999 .
19 – د. مجيد حميد العنبكي : انقضاء العقد في القانون الانجليزي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد 6 ، العدد 4 ، 2000 .
20- د. محمد حسين اسماعيل : رهن اسهم الشركات العامه ، بحث منشور في مجلة الدراسات الاردنيه ، المجلد الثالث عشر ، العدد التاسع ، 1986 .
21- د.محمد سليمان الاحمد - هاله مقداد الجليلي : استحالة تنفيذ الالتزام لسبب اجنبي ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن التي تصدرها جمعية القانون المقارن العراقيه ، العدد 29 ، 2001 .
22- منقذ عبد الرضا علي الفردان : الوفاء بمقابل – دراسة مقارنه ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون – جامعة بغداد ، 2000 .
23– نجم عبد سليمان الحراشة : فكرة عدم سريان التصرف القانوني – دراسه مقارنه ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون – جامعة بابل ، 1999 .
24- نغم حنا رؤوف ننيس : النظام القانوني لزيادة رأس مال الشركه المساهمه ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون – جامعة الموصل ، 2000 .
25- هشام فالح طاهات : سلطة القاضي التقديريه في فسخ العقد – دراسه مقارنه ، رسالة ماجستير مقدمه الى كلية القانون جامعة بابل ، 1998 .

رابعـــاً - مصادر الاحكام القضائيه :

1- ابراهيم المشاهدي : المبادئ القانونيه في قضاء محكمة التمييز ، القسم الثاني ، بغداد ، مطبعة العمال المركزيه ، 1988 0

2- ابراهيم المشاهدي : المختار من قضاء محكمة التمييز ، الجزء الرابع ، بغداد ، مطبعة الزمان ، 2000 .

3- المحامي سلمان بيات : القضاء المدني العراقي ، الجزء الاول ، بغداد ، شركة الطبع للنشر الاهليه ، 1962 0

4- عبد الرحمن علام :المبادئ القضائيه لاحكام محكمة التمييز ، بغداد ، بلا دار نشر ، 1957 0

5- د. عبد الفتاح مراد : موسوعة مراد ، الجزء الثالث ، القاهره ، دار النهضه العربيه ، 2004 .

6- فتحيه محمود القره : مجموعة المبادىء القانونيه التي قررتها محكمة النقض 79-84 ، الاسكندريه ، دار المطبوعات الجامعيه ، 1985 0

7- مجلة القضاء : تصدرها نقابة المحامين العراقيه ، بغداد :

العدد 3 السنه 25 بتاريخ 1970

العدد 3 السنه 26 بتاريخ 1971

الاعداد 2،3،4 السنه 27 بتاريخ 1972

العددان 3،4 السنه 38 بتاريخ 1983

العددان3،4 السنه 43 بتاريخ 1988

العدد 2 السنه 45 بتاريخ 1990

العددان 3،4 السنه 51 بتاريخ 1996

العددان1،2 السنه 52 بتاريخ 1997

العددان1،2 السنه 57 بتاريخ 2004

8- مجموعة الاحكام العدليه : العدد الثاني ، السنه 8 ، مؤسسة ايف للطباعه ، لبنان ، 1977 .

9- مجلة القانون : تصدرها وزارة العدل السوريه ، الاعداد 1-4 ، السنه 37 ، 1987 .

10- الموسوعه العدليه : تصدرها شركة التأمين الوطنيه ، بغداد ، العدد الخامس ، السنه الاولى ، 1992 .

خامساً - القوانين

اولاً – القوانين العراقيه :

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 0

2- قانون المرافعات المدنيه رقم 83 لسنة 1969 0

3- قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 0

4- قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 0

5- قانون ضريبة الدخل رقم 113 لسنة 1982 0

6- قانون التجاره العراقي رقم 30 لسنة 1983 0

7- مشروع القانون المدني العراقي الجديد لسنة 1986 0

8- قانون بيع وايجار اموال الدوله رقم 32 لسنة 1986 0

9- قانون سوق بغداد للاوراق الماليه رقم 24 لسنة 1991 0

10- قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل بالتعديل رقم 64 لسنة 2004 0

ثانياً - القوانين المقارنه :

1- القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804 .

2- قانون الملكيه العقاريه اللبناني المنشور في الجريده الرسميه بتاريخ 11\4\1932 .

3- المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 46 لسنة 1932 .

4- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1948 .

5- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .

6- القانون السوري رقم 84 لسنة 1949 المعدل في 1\4\1972 .

7- القانون المدني الليبي لسنة 1953 .

8- القانون المدني الجزائري رقم 75-58 لسنة 1975 .

9- القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 .

10- القانون المدني التونسي لسنة 1976 .

11- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنه 1980 .

12- قانون المعاملات المدنيه لدولة الامارات العربيه المتحده رقم 5 لسنة 1985 والمعدل بالقانون رقم 1 لسنة 1987 .

13- قانون التجاره الفرنسي الصادر في 23 مايو 1863 .
14- قانون التجاره اللبناني لسنة 1943 .
15- قانون التجاره السوري لسنة 1949 .
16- قانون التجاره الجزائري رقم 75-59 لسنة 1975 .
17- قانون التجاره الكويتي رقم 68 لسنة 1980 .
18- قانون التجاره الاردني رقم 1 لسنة 1989 .
19- قانون التجاره المصري رقم 17 لسنة 1997 .
20- نظام الشركات السعودي رقم 6 لسنة 1385 هـ .
21- قانون الشركات الفرنسي الصادر في 24 – تموز –1966 .
22- قانون الشركات الكويتي رقم 15 لسنة 1960 .
23- قانون الشركات العماني رقم 4 لسنة 1974 .
24- قانون الشركات البحريني رقم 28 لسنة 1975 .
25- قانون الشركات المصري رقم 19 لسنة 1981 .
26- قانون الشركات الاتحادي لدولة الامارات العربيه المتحده رقم 8 لسنة 1984 .
27- قانون الشركات الإنجليزي لعام 1985 .
28- قانون الشركات اليمني رقم 34 لسنة 1991 .
29- قانون الشركات الجزائري لسنة 1993 .
30- قانون الشركات الاردني رقم 22 لسنة 1997 .

سـ ـ ـ ـ ـ ـ ـادساً - القوانين

اولاً – القوانين العراقيه :

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 0
2- قانون المرافعات المدنيه رقم 83 لسنة 1969 0
3- قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 0
4- قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 0
5- قانون ضريبة الدخل رقم 113 لسنة 1982 0
6- قانون التجاره العراقي رقم 30 لسنة 1983 0
7- مشروع القانون المدني العراقي الجديد لسنة 1986 0
8- قانون بيع وايجار اموال الدوله رقم 32 لسنة 1986 0
9- قانون سوق بغداد للاوراق الماليه رقم 24 لسنة 1991 0
10- قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل بالتعديل رقم 64 لسنة 2004 0

ثانياً - القوانين المقارنه :

1- القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804 .
2- قانون الملكيه العقاريه اللبناني المنشور في الجريده الرسميه بتاريخ 11\4\1932 .
3- المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 46 لسنة 1932 .
4- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1948 .
5- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .
6- القانون السوري رقم 84 لسنة 1949 المعدل في 1\4\1972 .
7- القانون المدني الليبي لسنة 1953 .
8- القانون المدني الجزائري رقم 75-58 لسنة 1975 .
9- القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 .
10- القانون المدني التونسي لسنة 1976 .
11- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنه 1980 .
12- قانون المعاملات المدنيه لدولة الامارات العربيه المتحده رقم 5 لسنة 1985 والمعدل بالقانون رقم 1 لسنة 1987 .

13- قانون التجاره الفرنسي الصادر في 23 مايو 1863 .
14- قانون التجاره اللبناني لسنة 1943 .
15- قانون التجاره السوري لسنة 1949 .
16- قانون التجاره الجزائري رقم 75-59 لسنة 1975 .
17- قانون التجاره الكويتي رقم 68 لسنة 1980 .
18- قانون التجاره الاردني رقم 1 لسنة 1989 .
19- قانون التجاره المصري رقم 17 لسنة 1997 .
20- نظام الشركات السعودي رقم 6 لسنة 1385 هـ .
21- قانون الشركات الفرنسي الصادر في 24 – تموز –1966 .
22- قانون الشركات الكويتي رقم 15 لسنة 1960 .
23- قانون الشركات العماني رقم 4 لسنة 1974 .
24- قانون الشركات البحريني رقم 28 لسنة 1975 .
25- قانون الشركات المصري رقم 19 لسنة 1981 .
26- قانون الشركات الاتحادي لدولة الامارات العربيه المتحده رقم 8 لسنة 1984 .
27- قانون الشركات الإنجليزي لعام 1985 .
28- قانون الشركات اليمني رقم 34 لسنة 1991 .
29- قانون الشركات الجزائري لسنة 1993 .
30- قانون الشركات الاردني رقم 22 لسنة 1997 .

سادسـ ـ ـ ـ ـ ـ ـأ – المؤلفات الاجنبيه :

1- C.D.Thomas company law for accounts – butter worth- second edition –1988 .

2- Charles worths and T.E. cain – company law – Stevens and sons – 9thed london – 1968 .

3- David Kelly and Ann Holmes with Ruth Hayward. Business law – third edition –www.covendish publishing. Com- 2000.

4- E.R hardy Ivamy- company law – show and sons – LTD- 6thed-1978 .

5- K.Smith and D.J keeanan – company law – pitman – 2ed- 1970 .

6- L.C.B. Gower`s – the principles of modern company law – Stevens and sons – London – 1969 .

7- L.C.B. Gower`s principles of company law – fith edition – London – 1992 .

8- Mazeaud – (H-eH.Etg) Leconsede Driot Civil- T.III .2ere-1963.

9- Planiol – Ripert et Besque- Suretes reelles – 1ere partie – 1927 .

10- RIPERT. G. et ROBLOT .R. , Traite Elementrial de droit Commercial , neuviem e Ed.Paris ,1977.

الخـــــاتمه

في نهاية دراستنا لموضوع رهن الاسهم في الشركات نستطيع ان نستخلص اهم النتائج التي توصلنا اليها والتوصيات التي نضعها ، فضلاً عن ماتم طرحه ومناقشته كلاً في موضعه ،وذلك من خلال ما يأتي :-

1- ان السهم يمثل في حقيقته حق المساهم تجاه الشركه ، ونرى ان هذا الحق اعمق من علاقة الدائن بالمدين ، وهو خالص للمساهم يسري في مواجهة الكافه ويستطيع المساهم التصرف فيه بمقابل او دون مقابل ، وجني ثماره وهو الربح ، ويجوز له رهنه وكذلك ينتقل الى الورثه ، كلها عناصر تشير الى ان حق المساهم في الشركه هو من قبيل حق الملكيه .**(انظر ص 7 من الرساله)**

2- في حالة تعدد مالكي السهم امام الشركه ، أي اذا آلت ملكية السهم لاكثر من شخص نتيجه لارث او وصيه او غيرها ، وجب عليهم ان يختاروا شخصاً واحداً يمثلهم امام الشركه خلال (60) يوماً من تاريخ تسجيل انتقال الاسهم في سجل الشركه 0(الماده 67 - ثانياً شركات عراقي) .

ولكنه يؤخذ على قانون الشركات العراقي انه لم يتعرض لمسألة انتهاء هذه المده ولم يختر هؤلاء من يمثلهم امام الشركه 0 ولهذا نقترح الاخذ بحكم الماده (96 شركات اردني) التي تذهب الى انه في هذه الحاله يكون لمجلس ادارة الشركه ان يعين احداً من بينهم 0 بمعنى ان تضاف الى الفقره الثانيه من الماده (67) من قانون الشركات العراقي المعدل العباره التاليه (000 **واذا تخلفوا عن ذلك خلال المده المحدده يعين مجلس ادارة الشركه احدهم**)0 **(انظر ص 10 من الرساله)**

3- يلاحظ على قانون الشركات العراقي انه لم يتصدَ لحكم تداول الاسهم خلال عملية تصفية الشركه التي اصدرت هذه الاسهم 0 وهذا قصور واضح 0 ولذلك نقترح اعمال حكم الماده (272) من قانون الشركات الفرنسي التي تذهب الى ان الاسهم تستمر قابليتها للتداول بعد حل الشركه والى حين قفل عملية التصفيه ، ذلك ان الشركه لاتفقد شخصيتها المعنويه الا عند اتمام عمليه التصفيه وبالتالي فان الاسهم لاتفقد خاصية التداول الا في ذلك الوقت 0 **(انظر ص 14 من الرساله)**

4- لم يتضمن قانون الشركات العراقي نصاً مباشراً يمنع فيه تداول الاسهم العينيه – على العكس من التشريعات المقارنه الاخرى – ولكنه قصر تقديم هذه الاسهم على المؤسسين فقط ، ثم منع تداول اسهم المؤسسين الا بعد توفر شروط بينها الماده (64-اولاً) منه ، وهذا مما يدلل على ان موقف المشرع العراقي مطابق لمواقف التشريعات المقارنه فيما يتعلق بمنع تداول الاسهم العينيه على الرغم من عدم ورود نص صريح ومباشر بذلك 0**(انظر ص31 من الرساله)**

5- يلاحظ ان مقدار اسهم الضمان في قانون الشركات العراقي متواضع جداً ، ولم يعد يوفر ضماناً كافياً للشركه او المساهمين او الدائنين ازاء تنامي دخل القطاع الخاص وانخفاض قيمة العمله الوطنيه في ظل الظروف الحاليه ، اذا ان مقدار اسهم الضمان الفا سهم (الماده 106- اولاً شركات) والقيمه الاسميه

للسهم الواحد دينار واحد (الماده 30 شركات) مما يعني ان مقدار الضمان هو الفا دينار عراقي فقط ، ونعتقد بانه مبلغ قليل جداً مقارنة بالوضع الاقتصادي الحالي ، لذلك ندعو المشرع العراقي الى تعديل مقدار اسهم الضمان بما يتفق والاوضاع الاقتصاديه التي يشهدها البلد . **(انظر ص34 من الرساله)**

6- يؤشر على قانون الشركات العراقي انه قد اغفل عملية ايداع اسهم الضمان ولم يحدد الجهه التي يجب الايداع لديها ، مخالفاً بذلك الاتجاه السائد في التشريعات المقارنه ، لما لهذه العمليه من اهميه تتمثل بتوفير الفرصه لاصحاب المصلحه في الحجز على اسهم الضمان والتنفيذ عليها عندما يتوفر شرط مسؤولية عضو مجلس الاداره ، لذلك نأمل ان ينص قانون الشركات على ضرورة الايداع لدى جهة محدده ، ولتكن احد المصارف المعتمده . **(انظر ص 34 من الرساله)**

7- لم يحدد قانون الشركات العراقي بشكل دقيق المده التي ينقضي فيها حظر تداول اسهم الضمان ، لذلك ندعو الى ايجاد نص صريح بهذا الصدد ونفضل اعمال حكم الماده (147 – 2) من قانون الشركات البحريني التي حددت انتهاء مدة الحظر بانتهاء مدة العضويه والمصادقه على آخر سنه ماليه قام فيها العضو باعماله . **(انظر ص 34 من الرساله)**

8- لقد لزم قانون الشركات العراقي الصمت ازاء تحديد نطاق ضمان اسهم الضمان ، وبالرجوع الى القواعد العامه نجد ان التضامن السلبي لا يفترض وانما يكون بناءً على اتفاق او بموجب نص في القانون ، وعليه فان هذه الاسهم لا تضمن سوى اخطاء عضو مجلس الاداره الشخصيه فقط ، دون غيره من الاعضاء . ولكننا ندعو الى اعمال حكم الماده (95- 2) من قانون الشركات الفرنسي التي تقضي بضمان تلك الاسهم لاخطاء مالكها واخطاء غيره من اعضاء مجلس ادارة الشركه . إذ ان من شأن التضامن بين اعضاء مجلس الاداره ان يؤدي الى مراقبة كل عضو لغيره من الاعضاء ، كما انه يؤدي الى اختيار العناصر المشهود لها بالنزاهه والكفاءه لادارة الشركه ، أي تضاف الى الماده (106) من قانون الشركات العراقي المعدل فقره رابعه تنص على انه :

(رابعاً - اعضاء مجلس الاداره متضامنون فيما ينتج عن ادارتهم من اخطاء) . **(انظر ص 35 من الرساله)**

9- لم يتصدَ قانون الشركات العراقي لمسألة جواز او عدم جواز رهن اسهم الضمان ونعتقد بعدم جواز ذلك . والسبب هو انه وفقاً للتشريعات التي تعتبر رهن الاسهم عقداً عينياً ومنها التشريع العراقي ، فانه يلزم لاتمام عقد الرهن انتقال الاسهم من المساهم الى الدائن المرتهن . وهذا مما يترتب عليه انه لايمكن رهن اسهم الضمان لانها سوف تكون مودعه لدى جهة معينه وبالتالي فان المساهم لا يستطيع نقل حيازتها للدائن المرتهن لانها ليست في حيازته .

بل نعتقد بعدم جواز رهن اسهم الضمان حتى لو كان عقد رهن الاسهم عقداً رضائياً (وفقاً لبعض التشريعات المقارنه) وذلك لسببين :

الاول / ان السماح لعضو مجلس الاداره برهن اسهمه المقدمه كضمان خلال فترة توليه العضويه يعني الحاق الضرر بالدائن المرتهن (كمصرف مثلاً) عند تنفيذه على هذه الاسهم ، اذ من الممكن ان لايحصل على دينه المضمون ، وذلك لان للشركه المعنيه حق امتياز على اسهم الضمان لما ترتبه مسؤولية العضو

في الاداره من تعويضات بسبب سوء ادارته .

الثاني / ان التنفيذ على اسهم الضمان المرهونه من قبل الدائن المرتهن يؤدي الى انتهاء عضوية المساهم الراهن ، وبالتالي اما ان يقدم هذا العضو اسهماً جديده كأسهم ضمان او يُرشح بدلاً منه عضواً جديداً . ولتحاشي ذلك ولدفع الضررعن المرتهن نرى ضرورة الاخذ بحكم الماده (82- 2) شركات فرنسي التي تقضي صراحةً بعدم جواز رهن اسهم الضمان خلال فترة تولي العضويه . **(انظر ص 36 من الرساله)**

10- لم يتعرض قانون الشركات العراقي لمسألة رهن الاسهم المملوكه على الشيوع قبل صدور القسام الشرعي 0وبالرجوع الى احكام الرهن الحيازي نجد ان هذا الرهن جائز ، ولكن يترتب عليه حكمان استثنائيان يختص بهما ويعدان خروجاً على القواعد العامه 0

الاول / اذا صدر الرهن من احد الملاك على الشيوع ثم اختص بعد القسمه بمالٍ غير الذي رهن ، فهنا ينتقل الرهن الى الحصه المفرزه التي وقعت في نصيب هذا الشريك 0 بينما وفقاً للقواعد العامه فان هذا التحول غير ممكن 0

الثاني / اذا صدر الرهن من كل الملاك ثم وقع المال المرهون عند القسمة في نصيب احدهم فان الرهن يبقى نافذاً 0في حين انه بموجب القواعد العامه يؤدي وقوع المرهون في نصيب احد الشركاء دون البقيه الى جعل الرهن غير صحيح الا بنسبة القدر الذي كان لهذا الشريك قبل القسمه 0 **(انظر ص40 من الرساله)**

11 – لم يبين التشريع العراقي ، سواء المدني منه او التجاري ، الاحكام التي تتبع عند نقل حيازة المرهون 0 لذلك فنحن ندعو الى الاخذ بحكم الماده (1099) مدني مصري التي تذهب الى انه تسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون احكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع ، وذلك من حيث كيفية التسليم وزمانه ونفقاته 0 مع الاخذ بنظر الاعتبار المدلول الخاص للتسليم في الرهن 0 **(انظرص54 من الرساله)**

12- يؤخذ على المشرع التجاري العراقي – على العكس من التشريعات التجاريه المقارنه – انه لم يشترط تأشير الرهن على وثيقة السهم ذاته ، بالرغم مما يحققه هذا الاجراء من مزايا ، اذ ان هذا التأشير من شأنه ان يدعم قابلية السهم للتفرد الذاتي ، كما يساهم في تحقيق الاشهار بالنسبه للرهن ، ويمنع من يريد كسب حق الرهن على السهم عن طريق الحيازه من الادعاء بحسن النيه (عدم علمه بالرهن) إذ لا يتصور حسن النيه في هذه الحاله 0

وهذا ما شجعنا على ان ندعو الى ضرورة النص في قانون الشركات العراقي على وجوب تأشير الرهن على شهادة الاسهم ، أي ان تصبح الفقره الاولى من الماده (71) كالآتي (000 على ان يؤشر عقد الرهن في سجل خاص لدى الشركه **وعلى السهم ذاته** 0000) 0 **(انظر ص 59 من الرساله)**

13- لم يتعرض قانون الشركات العراقي لمسالة تحديد مرتبة رهن الاسهم لذلك ندعو الى الاخذ بحكم الماده (76-2) تجاري مصري التي تذهب الى ان مرتبة الرهن تتحدد من تاريخ قيده في سجل الشركه 0 أي ان ترد عباره في قانون الشركات العراقي تفيد هذا المعنى ، بحيث من الممكن ان تصبح الماده (71- اولاً) منه كالآتي

(000 على ان يؤشر عقد الرهن في سجل خاص لدى الشركه وعلى السهم ذاته **وتتحدد مرتبة الرهن**

من تاريخ ذلك التأشير 00000) (انظر ص 61 من الرساله)

14- يلتزم قانون الشركات العراقي الصمت ازاء عائدية الحقوق الملازمه للاسهم خلال فترة رهنها كالتصويت والحصول على الارباح والاكتتاب بالاسهم الجديده وغيرها من الحقوق0 وهذا موقف منتقد 0 ولكن بالرجوع الى قانون التجاره العراقي (الماده 191 منه) نجد ان المرتهن هو الذي يمارس جميع الحقوق الماليه والاداريه المتعلقه بالسهم نيابة عن المساهم الراهن 0

وكما اوضحنا في حينه نحن لانتفق مع حكم قانون التجاره العراقي هذا ، اذ انه يثير بعض الاشكالات او الصعوبات في التطبيق العملي 0 فيلاحظ ان هذا الحكم يمنع المساهم الراهن من ممارسة حقوقه الملازمه لاسهمه المرهونه بمجرد رهنها ،على الرغم من ان الرهن لا يخرجها من ملكيته ولا يفقده عضويته في الشركه 0

لذلك اقترحنا ان ينص قانون الشركات العراقي على ضرورة ممارسة الحقوق الاداريه المتعلقه بالسهم من قبل المساهم الراهن خلال فترة الرهن كحضوره اجتماعات الهيئه العامه للشركه والاشتراك في مداولاتها واستجواب اعضاء مجلس الاداره وحقه في التصويت والترشيح لعضوية مجلس ادارة الشركه وغيرها ، اذ نجد ان المساهم الراهن احرص من غيره في ممارسة هذه الحقوق هذا من جانب .

ومن جانب اخر فان حكم قانون التجاره يؤدي الى زيادة اعباء الدائن مرتهن الاسهم ، وقد يحصل انه يفتقر الى القدره او الخبره في ممارسة هذه الحقوق وبالتالي تكون عبءاً عليه 0 لذلك فضلنا ان تقتصر حقوق المرتهن خلال فترة الرهن على بعض الحقوق الماليه ، وهي قبض الارباح والفوائد وخصمها من اصل الدين ليساعده علىاستيفاء دينه المضمون ، اما الاكتتاب بالاسهم الجديد باعتباره حقاً مالياً فنفضل ممارسته من قبل المساهم الراهن خاصة اذا علمنا ان احدى صور اصدار هذه الاسهم هو عن طريق تسديد اقيامها نقداً 0

معنى ذلك ان يرد نص صريح في قانون الشركات العراقي يبين ان جميع الحقوق المتعلقه بالاسهم تكون للمساهم الراهن خلال فترة الرهن الا ماتعلق منها بقبض ارباح الاسهم وفوائدها فانها تكون للمرتهن ، على ان تخصم من الدين الموثق بالرهن ، اذ يمكن ان يضاف للبند -أولاً- من الماده (71) من قانون الشركات العراقي فقره تنص على انه : **(للمساهم الراهن استعمال الحقوق المتعلقه بالسهم ، الا ما تعلق منها بقبض ارباح الاسهم وفوائدها فانها تكون للمرتهن على ان تخصم من الدين المضمون ، مالم يتفق على غير ذلك)** 0 **(انظر ص 71-72 من الرساله)**

15- خروجاً على القواعد العامه يلاحظ ان قانون الشركات العراقي المعدل (الماده 64 – ثالثاً منه) قد منع المساهم الراهن من نقل ملكية اسهمه المرهونه ، الا انه لزم الصمت ازاء امكانية رهن هذه الاسهم مرةً اخرى ، ونرى بجواز ذلك مجاراة لحكم القواعد العامه ، هذا من جانب . ومن جانب اخر لاعطاء الاسهم قوه ائتمانيه اكثر خاصة اذا ما علمنا ان ذلك لن يؤثر سلباً لا على الشركه ولا على المرتهن المتقدم مرتبه . وعليه نأمل بان يرد نص في قانون الشركات يقرر ما يأتي (**يجوز للمساهم رهن اسهمه المرهونه)** .

على انه لا يجوز للدائن المرتهن رهن الاسهم المرهونه والسبب هو ان الرهن لايعد من اعمال الاداره التي يلتزم بها ، بل هو من اعمال التصرف التي تكون للمساهم . **(انظر ص 74 من الرساله)**

16- في التزام الراهن بضمان هلاك المرهون لا نجد ما ينظم هذه الحاله في قانون الشركات العراقي ، لذا تم الرجوع الى قانون التجاره فوجدناه ينص في الماده (195) على انه (اذا تعرض المرهون للهلاك او التلف او اصبحت صيانته تستلزم نفقات باهظه ولم يشأ المدين ان يقدم مالاً اخر بدله جاز للدائن المرتهن ان يطلب من المحكمه الاذن في بيعه وينتقل الرهن في هذه الحاله الى الثمن الناتج من البيع) 0

ولنا على هذا النص مأخذان :

الاول / انه يتعرض لمسألة هلاك المرهون او تلفه دون ان يوضح سبب هذا الهلاك او التلف ، بمعنى على اية حاله يصدق هذا الحكم ؟ هل على حالة الهلاك نتيجه للقوه القاهره ام خطأ الراهن ام خطأ المرتهن .

الثاني / إذ ينص على انه (اذا تعرض المرهون للهلاك او التلف 0000000) .

بمعنى ان المرهون قد تعرض للهلاك او التلف الكلي او الجزئي ، وعندئذٍ كيف لنا ان نتصور بيعه من قبل المرتهن اذا هلك او تلف بشكل كلي ؟ 0

ولذلك نجد ان المشرع المدني العراقي كان اكثر دقه عندما نص في الماده (1338 -2) منه على انه (واذا كان المرهون مهدداً بان يصيبه هلاك اونقص في القيمه 00000) 0 أي ان الهلاك لم يقع بعد ، وبالتالي يمكن للمرتهن طلب بيع المرهون 0

ولهذا نقترح ان يقتصر حكم الماده (195) تجاره عراقي على حاله واحده هي اذا اصبحت نفقات صيانة المرهون باهظه ، أي ان تقرأ الماده اعلاه كالآتي (**اذا اصبحت صيانة المرهون تستلزم نفقات باهظه** 0000) 0

وتكمن الفائده في حذف مقدمة هذه الماده في امرين :

الاول / خضوع كل احكام هلاك او تلف او نقص قيمة الاسهم المرهونه للقواعد العامه ، بما يساعد في دقة ووحدة و عدم تداخل او تعارض الاحكام 0

الثاني / الابتعاد عن تكرار النصوص التي تحكم حاله واحده في قوانين مختلفه دون تحقيق فائده او دون ان تكون لها خصوصيه معينه 0 **(انظر ص 75 من الرساله)**

17- المشرع التجاري العراقي كان موفقاً عند اتخاذه مسلكاً وسطاً في تبسيط اجراءات التنفيذ على الاسهم المرهونه بين ما تقضي به الاحكام المدنيه من رفع دعوى واستصدار حكم ومن ثم تنفيذه ، وبين ما يتطلبه التقنين التجاري الفرنسي من التنفيذ على المرهون دون حاجه لسند تنفيذي او تدخل القضاء ، وهذا المسلك الوسط يتم عن طريق سند تنفيذي الا انه مبسط مقارنة بالحكم الصادر في الدعوى 0 وذلك لتحقيق السرعه في المعاملات والتي تتطلبها الحياة التجاريه 0 **(انظر ص 83-84 من الرساله)**

18- فيما يتعلق بالتزام المرتهن بدفع ما يستحق على المرهون من ضرائب المنصوص عليه في الماده (1338- اولاً) مدني عراقي والخاصه بالرهن الحيازي 0 فانه يجب ان نؤكد ان المرتهن في رهن

الاسهم في حلٍ من هذا الالتزام ، والسبب ان المشرع التجاري العراقي - وحسناً فعل- قد ذهب الى ان الضرائب تفرض على الشركه مباشرةً ، أي قبل توزيع الارباح على المساهمين او الدائنين المرتهنين في حالة الرهن ، وذلك منعاً للازواج الضريبي .**(انظر ص 91 من الرساله)**

19- قد تكون للدائن المرتهن في رهن الاسهم صفتان . صفة دائن بالالتزام الذي يضمنه الرهن ، وصفة مدين فيما يحصل عليه من فوائد الاسهم و ارباحها ، وعندئذ تحصل المقاصه بين الدينين فتخصم فوائد وارباح السهم من الدين المضمون ولو لم يحل اجله وهذا خروج من المشرع التجاري العراقي على احكام المقاصه التي تبنتها الماده (409) مدني عراقي . **(انظرص 96 من الرساله)**

20- لقد نصت الماده (193- ثانياً) من قانون التجاره العراقي على انه (يستوفي الدائن المرتهن ، مقدماً في ذلك على سائر الدائنين العاديين ، ماله من دين وفوائد ومصاريف من ثمن البيع)

وقد سجلنا على هذا النص انه اغفل الاشارة الى حق الدائن المرتهن في التقدم على الدائنين المرتهنين التالين له في المرتبه 0 اذ اشار فقط الى الدائنين العاديين 0 وهذا نقص ينتقد0في حين نجد ان المشرع المدني العراقي كان موفقاً في ايراد نص الماده (1343-اولاً) اذ جاءت بانه (يخول الرهن الحيازي المرتهن ان يتقاضى الدين من ثمن المرهون في مرتبته وقبل الدائنين العاديين) 0

لذلك اقترحنا ان تقرأ الماده (193 – ثانياً) تجاري عراقي كالآتي (يستوفي الدائن المرتهن ، مقدماً في ذلك على سائر الدائنين العاديين **والدائنين التالين له في المرتبه** ، ماله من دين 000) **(انظر ص106 من الرساله)**

21- ان المقصود بحق التتبع في رهن الاسهم هو التتبع القانوني فقط ، رغم ان قانون الشركات العراقي قد منع في الماده (64- ثالثاً) منه نقل ملكية الاسهم المرهونه ، ولكن قد يحصل انتقال الملكيه نتيجة لارث او وصيه او غيرها 000 فيستعمل المرتهن حق التتبع في مواجهة هؤلاء 0 اما بالنسبه للتتبع المادي ، فان الاسهم هي في الاصل في يد المرتهن خلال فترة الرهن ، وبالتالي لاحاجه اليه الا في حالة سرقة الاسهم او اختلاسها او ضياعها فيكون للمرتهن استراجعها وفقاً للاحكام العامه في الحيازه. **(انظر ص 110 من الرساله)**

22- يؤخذ على المشرع العراقي انه لم يورد نصاً صريحاً يعطي فيه للكفيل العيني حق التمسك بالدفوع التي يكون للمدين الاصلي حق التمسك بها والمتعلقه بالدين المضمون ، خاصةً اذا لم يتمسك بها هذا المدين وكان من شأن التمسك بها ان يؤدي الى انهاء الالتزام المضمون وبالتالي براءة ذمة الكفيل . وهذا يعني اننا امام نقص تشريعي ، ولذلك نرى ضرورة اعطاء الكفيل العيني حق التمسك بهذه الدفوع بسبب الصفه التبعيه لالتزامه ، وندعو المشرع المدني العراقي الى الاخذ بحكم الماده (1042 -2) مدني مصري التي تنص (اذا كان الراهن غير المدين كان له الى جانب تمسكه باوجه الدفع الخاصه به ان يتمسك بما للمدين التمسك به من اوجه الدفع المتعلقه بالدين ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين) . **(انظر ص 115 من الرساله)**

23- ان الوفاء بالشيء المستحق الصادر من ناقص الاهليه يكون صحيحاً اذا لم يلحقه ضرر من جراء

هذا الوفاء ، ونرى ان ذلك لا يتعارض مع الماده (97-1) مدني عراقي التي تذهب الى ان تصرف ناقص الاهليه يكون موقوفاً اذا كان دائراً بين النفع والضرر ، والسبب في هذه الرؤيه انه يشترط هنا لصحة الوفاء الصادر من ناقص الاهليه عدم الحاقه بضرر ، مما يعني ان وفاءه هنا تصرف نافع يترتب عليه براءة ذمته من الدين الذي يثقلها 0**(انظر ص 123 من الرساله)**

24- تذهب التشريعات المدنيه المقارنه الى النص على انه يجوز للمدين ان يتمسك بالمقاصه حتى لو اختلف مكان وفاء الدينين ، في حين لم يرد في القانون المدني العراقي نص يشير الى ذلك ، ولكن بما انه لم يذكر اتحاد مكان الوفاء ضمن شروط المقاصه ، فان ذلك يعني انه ليس بشرط ، وهو ما يقودنا الى القول بجواز التمسك بالمقاصه على الرغم من اختلاف مكان الوفاء . ولكن تحقيقاً للعداله فانه يجب على المدين في هذه الحاله ان يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصه من استيفاء ماله من دين في المكان الذي عين لذلك ، ولهذا ندعو المشرع المدني العراقي الى الاخذ بحكم الماده (363) من القانون المدني المصري التي تنص (يجوز للمدين ان يتمسك بالمقاصه ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين ، ولكن يجب عليه في هذه الحاله ان يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصه من استيفاء ماله من حق او الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك). **(انظر ص 137 من الرساله**

25- لم يرد في القانون المدني العراقي نص صريح يشير الى جواز نزول المدين عن المقاصه – على خلاف اغلب التشريعات المدنيه المقارنه سواء العربيه منها ام الاجنبيه ، كما انه لم يحدد الوقت الذي يجوز فيه هذا النزول .

ومع ذلك نرى انه يجوز لصاحب المصلحه في المقاصه النزول عنها ، اما عن الوقت الذي يحق للمدين فيه التنازل ، فاننا نرى بانه يمكن لهذا المدين النزول عن المقاصه سواء كان ذلك قبل ان يثبت له حق التمسك بالمقاصه ام بعد ان يثبت له هذا الحق . ولذلك ندعو المشرع العراقي الى اعمال حكم الماده (331) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تنص على انه (تجري المقاصه ... فيما خلا الاحوال الاتيه : 4- اذا عدل المديون عن المقاصه) . **(انظر ص 140 من الرساله)**

26- ان اعتبار التنفيذ الجبري احد طرق انقضاء الرهن بصفه اصليه باشاره مطلقه قول غير دقيق 0 اذ اتضح لنا انه ليس كل تنفيذ جبري على الاسهم المرهونه لايفاء دين اخر يؤدي الى انقضاء الرهن بصفةٍ اصليه 0 ذلك انه اذا كان ثمن هذه الاسهم يكفي لسداد كل الديون التي في ذمة المساهم الراهن عندئذٍ ينقضي الدين المضمون وتبعاً له ينقضي الرهن ، أي ان انقضاء الرهن هنا بصفةٍ تبعيه 0ا ما اذا لم يكف ثمن هذه الاسهم للوفاء بكل الدين ، ففي هذه الحاله فقط يكون انقضاء الرهن بصفةٍ اصليه لزوال محله ، ويبقى الجزء غير المدفوع من الدين قائماً 0**(انظر ص 153 من الرساله)**

27- نرى ان اجتماع حق الرهن مع حق الملكيه في يد شخص واحد المشار اليه في الماده (1349 - ب) مدني عراقي ، لا يؤدي في جميع حالاته الى انقضاء رهن الاسهم بصفةٍ اصليه 0إذ انه يترتب على اتحاد ذمة المدين الراهن والدائن المرتهن انقضاء الدين المضمون وبالتالي انقضاء الرهن تبعاً له 0

معنى ذلك ان انقضاء الرهن بصفة اصليه نتيجة اتحاد ذمة الراهن والمرتهن لا يصدق إلا اذا كان المساهم الراهن غير المدين أي كان كفيلاً عينياً 0**(انظر ص 155 من الرساله)**

28- واخيراً يؤخذ على قانون الشركات العراقي انه لم يبين الطريقه التي يتم بها شطب قيد الرهن ، وعملياً فان ذلك يكون من خلال الكتابه في سجل انتقال الاسهم الموجود لدى الشركه المعنيه الذي يتم تأشير قيد الرهن فيه ، تفيد ان الرهن قد انقضى مع الاشاره الى سبب الانقضاء ، ويكون ذلك بناءً على اقرار المرتهن الخطي او الحكم المكتسب الدرجه القطعيه 0 ولا حاجه لتأشير شطب القيد على وثيقه السهم لانه كما بينا ان المشرع العراقي لم يشترط تأشيرهذا القيد على السند ذاته 0 **(انظر ص 163 من الرساله)**

تمت بعون الله