

الملكية ذات الوظيفة الائتمانية

م. كافي زغير البديري

كلية العلوم السياسية / جامعة النهدين

dr.kafi@ced.nahrainiv.edu.iq

| | | |
|------------------------|--------------------------|--------------------------|
| قبول البحث: 06/05/2026 | مراجعة البحث: 23/04/2026 | استلام البحث: 25/03/2026 |
|------------------------|--------------------------|--------------------------|

المخلص:

يتناول هذا البحث موضوع "الملكية ذات الوظيفة الائتمانية" باعتبارها احد المسالك الحديثة القانونية التي املتتها التطورات الاقتصادية والائتمانية المعاصرة. فلم يعد حق الملكية مجرد سلطة مطلقة تمنح صاحبها مكناات الاستعمال والاستغلال والتصرف , بل تطور ليؤدي وظيفة اقتصادية ضمانية تتجاوز المفهوم التقليدي للملكية. مما ترتب عليه ظهور اشكال قانونية مستحدثة تستهدف تحقيق غايات ائتمانية, عبر نقل السيطرة القانونية على المال, او تخصيصه لضمان الوفاء بالالتزامات. ويستهدف البحث تبيان الطبيعة القانونية لهذه الملكية الوظيفية, وتميزها عن النظم القانونية الأخرى المشابهة كالرهن, مع تقييم مدى قدرة القانون المدني العراقي على استيعاب هذا الاتجاه الحديث في ظل غياب التنظيم التشريعي الصريح, ومدى توافقه مع القواعد التقليدية المنظمة للملكية وفكرة الضمان العام. وقد اعتمد البحث على المنهج التحليلي المقارن عبر استقراء النصوص القانونية ذات الصلة والآراء الفقهية وبعض التشريعات المقارنة لاسيما الأنظمة الأنجلو أمريكية واللاتينية, ومقارنتها بموقف المشرع العراقي. وخلص البحث الى ان تطبيق هذا النظام في البيئة القانونية العراقية ما زال يصطدم بعقبات هيكلية, ابرزها مبدأ "وحدة الذمة المالية", وهو ما يستعي تدخلا تشريعيا عاجلا لمواكبة التطورات المالية الحديثة.

الكلمات المفتاحية: حق الملكية, الذمة المالية, الضمان الائتماني.

Abstract

This research deals with the topic of "property with a fiduciary function" as one of the modern legal paths dictated by contemporary economic and credit developments. By transferring legal control of the money, or allocating it to ensure the fulfillment of obligations.

The research aims to clarify the legal nature of this functional ownership, and its distinction from other similar legal systems such as mortgages, while evaluating the extent to which the Iraqi Civil Code is able to absorb this modern trend in the absence of explicit legislative regulation, and the extent to which it is compatible with the traditional rules regulating ownership and the idea of public security. The research relied on the comparative analytical method by extrapolating the relevant legal texts, jurisprudential opinions, and some comparative legislations, especially the Anglo-American and Latin systems, and comparing them with the position of the Iraqi legislator.

The research concluded that the application of this system in the Iraqi legal environment still encounters structural obstacles, most notably the principle of "financial unity", which requires urgent legislative intervention to keep pace with modern financial developments.

Keywords: Ownership Right, Financial Liability, Credit Guarantee.

مقدمة

شهد العصر الحديث تطورا اقتصاديا مصحوبا بتعدد العلاقات التجارية والاستثمارية أدى الى تطور المعاملات المالية والائتمانية الامر الذي أدى الى ظهور وسائل حديثة قانونية توفر ضمانا ومرونة وكفاءة اكثر للدائنين فاقت النطاق التقليدي للتأمينات العينية والشخصية المتعارف عليها في القوانين المدنية ومنها هذا النظام القائم على نقل ملكية مال معين الى الدائن او الى شخص اخر امين بغية ضمان الوفاء بالدين على ان يكون نقله متصلا بوظيفة ائتمانية مؤقتة تنقضي بانقضاء الغرض الذي نشأت من اجله .

وفي الأنظمة الأنجلو أمريكية ظهر نظام trust القائم على التفريق بين نوعين من الملكية القانونية والنافعة بما يجيز تخصيص مال معين لغرض معين مستقل عن الذمة المالية العامة وهذا يعني تحول من المفهوم التقليدي للملكية الى المفهوم الوظيفي الذي يوثق صلة الحق بالغاية الاقتصادية التي يؤديها وبعدها انتقلت هذه الفكرة بتباين الى بعض التشريعات المدنية الحديثة , يولد هذا النظام عدة إشكالات قانونية في القوانين المدنية ذات الأصل اللاتيني ومنها القانون المدني العراقي التي تقوم على مبادئ تقليدية كوحدة الذمة المالية وعدم تجزئة الملكية , الامر الذي يطرح تساؤل حول مدى إمكانية شمول البناء القانوني التقليدي لهذه الفكرة .

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في تناوله احد احداث المواضيع القانونية التي لم تحظ بتنظيم تشريعي واضح في العراق ودراسة متخصصة في الفقه العراقي بالرغم من أهميته العملية في الائتمان والضمان إضافة الى سعيه لتوضيح مدى قدرة القواعد العامة في القانون المدني العراقي على استيعاب هذه الفكرة وبيان المفهوم الوظيفي للملكية ودورها كأداة ائتمانية بما ينسجم مع التطور الائتماني الحديث.

اهداف البحث

بيان الطبيعة القانونية وتحليل دورها باعتبارها وسيلة ضمان حديثة وبيان مدى إمكانية تطبيقها في اطار القانون المدني العراقي وبيان أوجه التميز بينها وبين النظم القانونية المشابهة وتقييم الحاجة الى تنظيم تشريعي خاص بها .

إشكالية البحث

تتجلى في مدى إمكانية استيعاب القانون المدني العراقي لفكرة الملكية ذات الوظيفة الائتمانية باعتبارها وسيلة ضمان حديثة في ظل غياب تنظيم تشريعي صريح , وما تطرحه من إشكالات متصلة بطبيعتها القانونية ومدى انسجامها مع المبادئ التقليدية للملكية والذمة المالية وتميزها عن النظم القانونية المشابهة.

منهجية البحث

يعتمد البحث المنهج التحليلي المقارن من خلال تحليل القواعد القانونية في بعض التشريعات المقارنة كالأنظمة اللاتينية والانكلوامريكية مع تحليل موقف القانون المدني العراقي وبيان مدى قابليته لاستيعاب هذا النظام ضمن قواعده العامة التقليدية او الحاجة الى تدخل تشريعي خاص .

الدراسات السابقة

أولاً: اسيل ناظم محمد "شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان - دراسة مقارنة " , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة بغداد , 2018.

تناولتها كوسيلة ضمان لحماية الدائن , الا انها حصرتها بهذه الصورة التقليدية ولم تبحث الوظيفة الائتمانية ويختلف بحثنا عنها في تناوله التحول الوظيفي وعلاقته بالضمان الائتماني .

ثانياً: يوسف توكويوت , "الملكية الضمانية كألية لتعزيز مركز الدائن في ضوء تعديلات قانون التأمينات الفرنسي " , بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي , مجلد 13 , العدد 2 , الجزائر , 2021. تناولت توظيفها في الضمان ضمن التشريع الفرنسي بينما بحثنا تناول دراسة الموضوع من منظور مقارن وبيان موقف القانون المدني العراقي .

خطة البحث

اقتضت طبيعة البحث تقسيمه الى مبحثين خصص المبحث الأول للماهية والطبيعة القانونية لها وتميزها عما يشتهر بها من أنظمة قانونية , وخصص المبحث الثاني لبيان الاحكام القانونية .

المبحث الأول

ماهية الملكية ذات الوظيفة الائتمانية وطبيعتها القانونية

اتجه جانب من الفقه القانوني الحديث نحو توظيف حق الملكية كأداة فاعلة لتحقيق غايات ائتمانية, دون حصرها في نطاق الاستئثار التقليدي. اذ أصبحت الملكية وسيلة لتعزيز مركز الدائن وضمان الالتزام , مما يباعدها عن مفهومها الكلاسيكي القائم على السلطة المطلقة. وتثير هذه الفكرة اشكالا يتعلق بمدى توافقها مع القواعد العامة في القانون المدني ولاسيما مبدأ وحدة الذمة المالية. اذ يرتكز هذا التوجه على تخصيص مال معين لغرض ائتماني مستقل , وهو ما يقترّب من فكرة "الذمة المالية المخصصة". التي لم يأخذ به المشرع العراقي إضافة للتساؤل عن طبيعتها القانونية , ولا يستهدف البحث تأصيل حق عيني جديد , وانما الكشف عن الاليات القانونية التي يمكن من خلالها تطويع الملكية لخدمة الائتمان .وسنتناول ذلك في مطلبين على النحو الاتي:

المطلب الأول

مفهوم الملكية ذات الوظيفة الائتمانية والطبيعة القانونية لها

لبيان هذا المفهوم وتوضيح طبيعته القانونية سنقسم هذا المطلب الى فرعين على النحو الاتي:

الفرع الأول

مفهوم الملكية ذات الوظيفة الائتمانية

اصبحت الملكية أداة قانونية قابلة للتوظيف لتحقيق غايات بالإمكان الاستفادة منها في تعزيز الائتمان I وضمان الوفاء بالالتزامات. ومن ثم امكن توظيفها في بعض التطبيقات القانونية, سواء عن طريق نقل الملكية على سبيل الضمان , والاحتفاظ بالملكية ,وبعض صور الضمانات المصرفية الحديثة , اذ تستعمل الملكية فيها لتحقيق الحماية الائتمانية للدائن ,او تقييد سلطات المالك لتحقيق غاية ائتمانية محددة , او تعزيزا لمركز الدائن بنقلها او تقيدها بشكل وظيفي, او مؤقت متصلة بتحقيق غاية معينة مفتقرة للمفهوم التقليدي القديم للملكية باعتبارها سلطة استثنائية كاملة 2 ثم تنتقل الى ملكية لها وظيفة مرتبطة بالغاية الاقتصادية التي انبعت لأجلها لا مقتصرة على التمكين المطلق من الشيء 3 . يقصد بالوظيفة الائتمانية هنا " تسخير السلطات الممنوحة للمالك قانونا كألية توثيق الائتمان وتأمين الوفاء بالحقوق , بحيث لا يكون القصد من تملك الشيء مجرد الاستمتاع به , بل جعله جدار يحمي حقوق الدائنين ". مقيدة

¹ الائتمان يراد به الثقة بين اطراف العلاقة قوامها التعهد برد ما تسلمه خلال امد معين وفق الشروط المتفق عليها.

شراين حمزة , الملكية كوسيلة لدعم الائتمان , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة الجزائر , 2008, ص7-11 منشور على

<https://www.univdz.com/bibliotheque/1-droit-prive/68-%D8%A7%D9%84%D9%84> تاريخ الزيارة 2026/1/5

² عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد, ج8, حق الملكية, منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت, 2000, ص638

³ د. عبد المنعم فرج الصدة, الحقوق العينية الاصلية , دار النهضة العربية , بيروت , 1982 , ص30-31

د. احمد عبد العال أبو قرين , الحماية الدستورية للملكية الفردية أسسها ومقتضياتها في ضوء الفقه والقضاء المصري والفرنسي , دار الثقافة الجامعية , القاهرة , 1999, ص37-

بالقيود التي تمنع التعسف في استخدام الحق 1, يسفر ذلك الى إعادة صياغة فكرة الحق العيني بما يوجب متطلبات الاقتصاد الحديث , ويتبين هذا الاتجاه في الفقه الإنجليزي والأمريكي حيث ولد نظام الـ trust التي تجيز استخدام الحقوق العينية كضمانة فعالة للائتمان حسب ما نظمه 9 ARTICLE من القانون التجاري الموحد (UCC) 2 الذي ثبت مبدأ تحويل الأصول الى ضمانات ائتمانية دون الالتزام بالشكل التقليدي القديم للنقل. ويعد نقل الملكية على سبيل الضمان احد ابرز تطبيقات الوظيفة الائتمانية للملكية لكنه لا يستغرق جميع صورها فالمدن بوسعه نقل ملكية مال معين الى الدائن ضمانا للوفاء بدينه مع احتفاظه بحق استعادتها بعد تنفيذ الالتزام وبذلك يكون انتقال الملكية مؤقتا وشكليا وغرضه ليس النقل بصورة نهائية، بل للضمان والائتمان مع تمتع الدائن بسلطة اقوى من الرهن التقليدي مع عودة المال الى المدن بانتهاء الوفاء بالدين 3.

وان استخدام الملكية في بعض التطبيقات الحديثة كأداة لتحقيق غايات ائتمانية وضمانية , اتجاه يجد جذوره في بعض التطبيقات الفقهية والقانونية فيمكن توظيف الحق العيني خارج اطاره التقليدي ومنها كسب الملكية بالضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي الذي اخذ برأي الفقه الحنفي والراجح في الفقه الامامي والفقه المالكي , ان الغاصب اذا غير في الشيء المغصوب افقده ذاتيته واسمه فانه يتملكه مقابل ما يدفعه من ضمان 4 وقد اخذ المشرع العراقي بحكم تملك الغاصب للعين المغصوبة بالضمان في المادة (2/194) ((اذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامنا وبقي المال المغصوب له . . .)) ولا يقتصر كسب الملكية بالضمان في القانون المدني العراقي على هذه الحالة بل شمل أيضا حالة اتلاف مال الغير . نصت المادة (188) مدني عراقي ((اذا قطع احد الأشجار التي في روضة غيره بدون حق فصاحبها مخير ان شاء اخذ قيمة الأشجار قائمة مع التعويض عن الاضرار الأخرى وترك الأشجار المقطوعة للقاطع وان شاء حط من قيمتها قائمة بقيمتها مقطوعة واخذ المبلغ الباقي والأشجار المقطوعة مع التعويض عن الاضرار الأخرى)) غير ان كسب الملكية بالضمان يختلف عن الملكية ذات الوظيفة الائتمانية لأنها تقوم على التعويض الناشئ عن المسؤولية , بينما تقوم الملكية ذات الوظيفة الائتمانية على تخصيص الملكية منذ البداية لتحقيق غرض ائتماني وضمانى .

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للملكية ذات الوظيفة الائتمانية

ان قصور التأمينات التقليدية كالرهن الحيازي والرسمي عن معاصرة التطور الاقتصادي والائتماني, أدى الى ظهور تطبيقات حديثة كالملكية الضمانية والاحتفاظ بالملكية 5 ونظام الـ trust. في الأنظمة الأنجلو أمريكية والـ fiducia في القانون الفرنسي ويراد بها قيام المنشئ بتحويل أموال سواء كانت حالة او مستقبلية , الى الائتماني فيحتفظ بها منفصلة

¹ علي يوسف الشكري , القيود التي ترد على سلطات المالك تحقيقاً للوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة, مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية مجلد 8, العدد 29, 2016, ص10-13, منشور على <https://journal.uokufa.edu.iq/index.php/kjips/article/view/9657> , تاريخ الزيارة 2026/1/6.

² نصت المادة 9-109 (A) من القانون التجاري الأمريكي الموحد "UCC" أي تصرف ينشئ مصلحة ضمانية في الأموال المنقولة بغض النظر عن الشكل القانوني للتصرف" <https://www.law.cornell.edu/ucc/9> , تاريخ الزيارة 2026/2/1.

³ A. S. Khamitov & A. A. Khamitova, "Ownership Rights Object to Fiduciary Guarantee as Collateral for Debt Responsibility," Russian Law Journal, Vol. 11, No. 4, 2023, available at: Russian Law Journal, <https://www.russianlawjournal.org/index.php/journal/article/view/2504/1413>

⁴ سعد حسين عيد ملحم , كسب الملكية بالضمان بحث مقارن في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي, مجلة النهرين للعلوم القانونية, 2025, ص13-14 متاح على الرابط <https://journal.nahrainlaw.org/index.php/ar/article/view.com> , تاريخ الزيارة 2026/2/1.

⁵ عادل احمد الجسمي , مدى ملائمة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان دراسة مقارنة, رسالة ماجستير , كلية القانون, جامعة الامارات العربية المتحدة, 2018, ص35 وما بعدها.

عن ذمته المالية الشخصية، وذلك لغرض ضمان التزام الشخص المشيء لمصلحة الشخص المستفيد وتم إدخاله في القانون المدني وفق القانون المرقم 2007-211 في 19 فبراير 2007 والذي عدل عدة مرات اخرها في 2009¹ وتمثل هذه التطبيقات اتجاه قانوني حديث يمنحها وظيفة ائتمان وضمان متجاوزة المفهوم التقليدي في الفقه المدني . وفي هذا السياق نلاحظ ان الملكية لم تعد غاية بذاتها 2 وانما وسيلة لغاية أخرى الضمان 3 والائتمان 4 مما أدى الى ظهور الملكية الوظيفية 5 التي سلطاتها محددة بالغاية الائتمانية او الاقتصادية التي نشأت من اجلها لا بمجرد السلطة المطلقة المقررة وفق المفهوم القديم للملكية كوهذا ما ذهب اليه جانب من الفقه. عليه فان الملكية ذات الوظيفة الائتمانية قوامها تخصيص الحق لخدمة غرض ائتماني او ضمانني معين فتقيد سلطات المالك بقصد تأمين الوفاء بالالتزام او انتقال السيطرة القانونية على المال ويبدو ذلك جليا في شرط الاحتفاظ بالملكية فيظل البائع محتفظا بملكية المبيع لضمان الحصول على الثمن⁷ وفي نقل الملكية على سبيل الضمان والذي تنتقل بموجبه الملكية الى الدائن او الى شخص اخر امين لغرض تأمين الوفاء بالدين فقط ولا توجد نية لدى الطرفين للتملك النهائي للمال محل الضمان .

وقد اثارت هذه الطبيعة القانونية خلافا فقهيًا بشأن كيفية القانوني لاسيما في ظل مغادرتها نسبيا للمفهوم التقليدي للملكية بوصفها حقا مطلقا وجوهر الاشكال يتمثل في تحديد هل الوظيفة الائتمانية لحق الملكية تنشئ نمط حديث من الملكية قائم على تخصيص الحق لخدمة غاية ائتمانية وضمانية ام انها مجرد تنظيم خاص لممارسة سلطات المالك في ظل المفهوم التقليدي للملكية . وفي هذا السياق ذهب الاتجاه الأول: الى وصفها (بيعا معلق على شرط) فيرى اصحابه ان التصرف ينطوي على بيع يشترط فيه التزام الدائن برد المال عند استيفاء دينه. الا ان هذا الاتجاه تعرض للانتقاد لان إرادة اطراف العلاقة انصرفت ابتداء الى الضمان والائتمان لا الى التبادل الناقل للملكية و يفقد التصرف الطبيعة البيعية الحقيقية.

اما الاتجاه الثاني: وصفها (رهنا مستترا) فيرى انتقال الملكية رهن مقنع يخول الدائن سلطات واسعة للوفاء بالدين بما يمنح الدائن مركزا قانونيا يفوق مركز المرتهن العادي وهذا الاتجاه أيضا تعرض للنقد لان الرهن لا ينقل الملكية الى الدائن بينما الوظيفة الائتمانية لحق الملكية تنقل الملكية او السيطرة القانونية في بعض التطبيقات لتحقيق غرض ضمانني محدد.

في حين ذهب الاتجاه الثالث الى: وصفها (بنظام قانوني مستقل) فيرى انتقال الملكية هنا له نظام قانوني خاص فنقلها

¹

-LOI n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, JORF n°44 du 21 février 2007.

-G. FORT, « Étude simplifiée de la fiducie sûreté », Site: village de justice, Consulté le, <https://www.village-justice.com>.

-LOI n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures ; JORF n°0110 du 13 mai 2009.

² شراين حمزة ,مصدر سابق , ص101 ومابعدها .

³ الضمان ((تخصيص مال او اكثر للوفاء بحق الدائن , بما يكفل حصوله على حقه عند عدم قيام المدين بالوفاء الاختياري)) عبد الرزاق احمد السهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , ج 10 , التأمينات الشخصية والعينية , دار احياء التراث العربي , بيروت , ص5 وما بعدها .وعرف ((وسيلة قانونية تمنح الدائن لتقوية حقه وزيادة فرص اقتضائه سواء تعلقت بذمة المدين المالية عامة ام بمال معين يخصص للوفاء بالدين)) حسن كيرة , التأمينات الشخصية والعينية , منشأة المعارف , الإسكندرية , 1964 , ص7.

⁴ الائتمان ((حصول الشخص على مال او خدمة او مهلة في الوفاء اعتمادا على الثقة بقدرته المالية وملاسته في المستقبل))عزيز العكيلي , الوسيط في شرح القانون التجاري , دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , 2011, ص21.

⁵ - James E. Penner, *The Concept of Property in Law*, Cambridge University Press, 1997, p110-103.

محمد حسين منصور, الحقوق العينية الاصلية, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, 2009, ص34-36.

⁶ شراين حمزة ,مصدر سابق , ص101 ومابعدها .

⁷ اسيل ناظم محمد "شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان - دراسة مقارنة" , رسالة ماجستير , كلية الحقوق, جامعة بغداد, 2018, ص.

مقرون بارتباطها بوظيفة ائتمانية وتقييد سلطة الدائن بهدف الضمان وبقاء الغاية الاقتصادية للمدين وهذا الاتجاه هو الراجح لدينا .

ونرى ان التكيف الاخير بوصفها نظاما قانونيا مستقلا هو الأقرب الى الواقع العملي , ذلك ان هذه الوظيفة لا تستوعبها بالكامل قواعد البيع او الرهن التقليدية , لأنها تقوم على توظيف الملكية لتحقيق غاية ضمانية مؤقتة مع بقاء الارتباط الاقتصادي للمال بالمدين وهو ما يميزها عن التصرفات الناقلة للملكية بالمفهوم التقليدي .

تقترب الطبيعة القانونية للملكية ذات الوظيفة الائتمانية في بعض تطبيقاتها مع فكرة تخصيص الذمة المالية أي تخصيص مال معين لتحقيق غرض ائتماني مستقل نسبيا عن الذمة المالية الكلية للمدين اي فكرة الذمة المالية المخصصة المأخوذ بها في بعض التشريعات الحديثة صراحة او ضمنا, ويبدو ذلك جليا في نظام trust الأنجلو امريكي الذي يفصل بين نوعين من الملكية بما يسمح بتخصيص المال لغاية محددة مستقلة عن الذمة المالية الا ان هذا الاتجاه يثير إشكالية قانونية في الأنظمة اللاتينية ومن ضمنها القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل وذلك لقيام هذه الأنظمة على مبدأ وحدة الذمة المالية¹ و مبدأ عدم تجزئة حق الملكية او التخصيص خلافا لما اقره القانون فوفق القانون المدني العراقي المادة 21/260 فان أموال المدين كلها ضامنة لوفاء ديونه مما يجعل تخصيص جزء من أموال المدين لتحقيق وظيفة ائتمانية مستقلة امرا يبعث عن التساؤل حول مدى مشروعيته وإمكانية ضمه ضمن القواعد العامة التقليدية. ورغم ان القواعد التقليدية في القانون المدني العراقي لا تنظم الملكية ذات الوظيفة الائتمانية الا ان التطور الاقتصادي والائتماني الحديث اوجد تطبيقات عملية تقترب من هذه الفكرة الامر الذي يثير التساؤل حول مدى إمكانية استيعابها ضمن القواعد العامة او الحاجة الى تدخل تشريعي خاص لتنظيمها , و لا يعني تخصيص المال في الوظيفة الائتمانية الاعتراف الكامل بفكرة الذمة المالية المخصصة , وانما يقتصر على تخصيص وظيفي محدود يرتبط بضمان الالتزام. ولا يمكن حصر وظيفة هذا الحق، بل لابد من مد هذا المفهوم ليؤدي وظيفة توفر الحماية القانونية للدائنين فان الملكية ذات الوظيفة الائتمانية تمثل اتجاه قانوني حديث لابد من الاخذ به خاصة وان الملكية لم تقتصر على مجرد سلطة مطلقة على الشيء وانما أصبحت وسيلة تحقق غاية اقتصادية وائتمانية وان التطور التجاري والمالي وسع من استعمال الملكية الى وسيلة ضمان فعالة تقلل مخاطر الدائن وتدعم الاستثمار والائتمان وبذلك أصبحت للملكية وظيفة أخرى تضاف الى وظيفتها التقليدية .

. لذلك يمكن القول ان التكيف الادق للملكية ذات الوظيفة الائتمانية لا يقوم على الشكل التقليدي لهذا الحق , وانما على الوظيفة التي يؤديها في الواقع العملي . وبالاستناد الى معيار الغاية الاقتصادية يتبين ان الغرض الجوهرى من انشاء هذا النمط ينصرف أساسا الى ضمان الوفاء بالدين وتعزيز الائتمان فالملكية ليست غاية بذاتها، بل وسيلة لضمان ائتماني ويتعزز هذا الاتجاه عند اعتماد معيار انتقال المخاطر , اذ يتبين ان تبعه الهلاك او التلف غالبا ما تبقى مرتبطة بالمدين وذلك يتعارض مع فكرة انتقال الملكية الكاملة الى الدائن ويؤكد ان المركز القانوني للدائن لا يتجاوز حدود الضمان , وهنا لابد من الإشارة الى . كما يدعم هذا التكيف معيار نية التملك , اذ ان إرادة الأطراف لا تنصرف في حقيقتها الى تملك نهائي كامل , وانما الى تحقيق غرض ائتماني يتمثل في تأمين الدين وضمان استيفائه دون ترتيب اثار الملكية التقليدية على وجهها المطلق³ .

¹ تعرف الذمة المالية ((مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات قابلة للتقدير المالي وتشكل وحدة قانونية مستقلة قابلة للوفاء والضمان)) احمد سلامة، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام واحكامه، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008، ص41وما بعدها

² نصت المادة 1/ 260 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل ((أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بدينه))

³ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -التأمينات العينية ، ج2، مطبعة السلام ، القاهرة ، 1992، ص55وما بعدها.

المطلب الثاني

تميز الملكية ذات الوظيفة الائتمانية عن النظم القانونية المشابهة

تكمن أهمية التمييز بين الملكية ذات الوظيفة الائتمانية وغيرها من النظم القانونية المشابهة في منع الخلط بينهما وبين التأمينات العينية التقليدية او التصرفات الناقلة للملكية , نظرا لتقاربها في بعض الاثار القانونية واختلافها في الأساس والغاية .

لذلك لابد من التمييز بينها ومن ابرز هذه النظم الرهن والاحتفاظ بالملكية ونظام الـ trust وهذا ما سنبينه في فرعين على النحو الاتي:

الفرع الأول

تميز الملكية ذات الوظيفة الائتمانية عن الرهن والاحتفاظ بالملكية

تتباين الملكية ذات الوظيفة الائتمانية عن الرهن من حيث البناء القانوني وطبيعة الحق المقرر للدائن ففي الرهن التأميني او الحيازي تبقى الملكية للمدين ويكتسب الدائن حقا عينيا تبعا يمنحه سلطة التنفيذ على المال حال عدم الوفاء بالدين¹ اما في الملكية ذات الوظيفة الائتمانية فان الملكية ذاتها تستعمل للضمان اذ قد تنتقل الى الدائن او تقيد وظيفيا لتأمين الغاية الائتمانية مع بقاء الانتقال متصلا بالدين المضمون بدون قصد التملك النهائي². كما ان الرهن يرتكز على مبدأ التخصيص العيني للضمان مع بقاء المال في الذمة المالية للمدين³, بينما الملكية ذات الوظيفة الائتمانية تقوم على فكرة أكبر تتمثل في توظيف الملكية لخدمة الائتمان وهذا يجعلها اقرب للملكية الوظيفية من مجرد حق تباعي. والاحتفاظ بالملكية رغم التقاءه مع الوظيفة الائتمانية في استخدام الملكية كأداة تضمن الوفاء الا ان الاختلاف الجوهرى يكمن في ان الاحتفاظ بالملكية ينشأ غالبا في عقود البيع , يحتفظ البائع بالملكية لحين سداد الثمن كاملا⁴ بينما الملكية ذات الوظيفة الائتمانية تتوسع وتمتد الى صور متعددة أوسع من المعاملات التمويلية والائتمانية ولا تنحصر على البيع وحده .

وان شرط الاحتفاظ بالملكية يعتبر استثناء على انتقال الملكية في عقد البيع⁵, بينما الملكية ذات الوظيفة الائتمانية تمثل اتجاه قانونيا فقها حديثا يعيد تشكيل مفهوم الملكية وذلك بربط الحق بالغاية الائتمانية والاقتصادية التي يؤديها وقد اشارت لذلك الدراسات المقارنة الى ان نقل الملكية لأغراض الضمان لا يراد به التمليك النهائي وانما انشاء ضمان فعال للدائن مع بقاء الارتباط الاقتصادي للمال بالمدين وهذا ما يميز الملكية الضمانية⁶ عن التصرف الناقل للملكية بالمفهوم التقليدي⁷.

¹ محمد طه البشير وغني حسون طه, الحقوق العينية : الحقوق العينية الاصلية والحقوق العينية التبعية , جامعة بغداد, بغداد, 1982, ص287.

² Andrew Steven, "The Transfer of Ownership for Security Purposes: A Scottish Perspective", *Edinburgh Law Review*, Vol. 20, No. 2, Edinburgh University Press, 2016, pp. 139-162, متاح على الموقع الإلكتروني <https://www.eupublishing.com/doi/abs/10.3366/elr.2016.2026/1/2> تاريخ الزيارة 2026/1/2

³ عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الجزء العاشر, التأمينات الشخصية والعينية, منشورات الخبي الحقوقية , بيروت , 1998, ص517 وما بعدها.

⁴ سميحة القليوبي , الحقوق العينية التبعية (الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحقوق الامتياز) , دار النهضة العربية, القاهرة , 2002, ص112 وما بعدها.

⁵ السنهوري , مصدر سابق, ص606 وما بعدها.

⁶ الملكية الضمانية يراد بها ملكية تستخدم لضمان دين تبقى مرتبطة بالدين وتزول بزواله او الوفاء به . ينظر للتوسع: السنهوري , التأمينات العينية , مصدر سابق, ص150-

⁷ Maja Proso & Fani Milan Ostojic, *Fiduciary Ownership in the Act of Ownership and Other Real Rights*, Pravni vjesnik, vol.39, no.1, 2023, pp95-116, متاح على الموقع https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/pravni-vjesnik/article/view/24117?utm_source=chatgpt.com, تاريخ الزيارة 2026/2/1

الفرع الثاني

تميز الملكية ذات الوظيفة الائتمانية عن نظام الـ trust

يعتبر نظام الـ trust من أكثر النظم القانونية قرباً من فكرة الملكية ذات الوظيفة الائتمانية وذلك لأنه يستند على تخصيص مال معين لتحقيق غاية معينة وإدارته لمصلحة شخص آخر ، ومع ذلك يوجد اختلاف جوهري بينهما من حيث الأساس القانوني والبنية النظرية فالـ trust في النظام الأنجلو امريكي قائم على فكرة ازدواج الملكية فتوجد ملكية قانونية وملكية منفعة الأولى تثبت للـ trust والثانية تثبت للمستفيد وتسمى الملكية المنقسمة او المزدوجة 1 حيث يلتزم شخص (الأمين) باستلام أموال الغير بغرض ادارتها لحسابهم ، ويتميز هذا نظام بالشخصية الاعتبارية ، وتعتبر أموال محملة بالترست مملوكة للأمين ، مع تنازل مؤسسه عن الحق محل الترسر فيجعل الحقوق في حيازة الأمين ويتولاها لحساب المستفيد مما يجعلها وحدة مستقلة عن ذمة المستفيد وذمة الأمين وذمة مؤسس الترسر² ، اما الملكية ذات الوظيفة الائتمانية في الأنظمة المدنية اللاتينية فلا تقسم الملكية بهذه الصورة وإنما تقيد الملكية بغاية معينة او وظيفة دون المساس بالوحدة القانونية لها . كما يرتبط الـ trust بفكرة الإدارة الائتمانية للأموال وتحقيق مصلحة المستفيد ، بينما الملكية ذات الوظيفة الائتمانية تركز على استخدام الملكية كوسيلة لضمان الائتمان والوفاء بالالتزامات ، فالعلاقة في الـ trust لها طابع اداري ائتماني أوسع بينما الوظيفة الائتمانية يغلب عليها الطابع الضامن ، مع ملاحظة ان نظام الـ trust لا يقتصر على الوظيفة الضمانية ، وإنما يمتد الى إدارة الأموال وتحقيق مصالح المستفيدين ، لذلك فان المقارنة بينه وبين الملكية ذات الوظيفة الائتمانية تقتصر على الجانب الائتماني منه ، وقد ذهب Daniel Clarry الى وصف الملكية الائتمانية ادق من فكرة الملكية المزدوجة لان المال محل الـ trust يظل متقلاً بوظيفة ائتمانية تحد من اطلاق سلطات المالك³ .

وان الدراسات المقارنة ترى ان ادخال نظام الـ trust الى الأنظمة المدنية قد يثير صعوبات تتصل بمبدأ وحدة الملكية وعدم قابليتها للتجزئة⁴ ، مما يجعل الملكية ذات الوظيفة الائتمانية في هذه الأنظمة تتبنى شكل الملكية الوظيفية اكثر من كونها ملكية منقسمة على النحو المتعارف عليه في القانون الأنجلو امريكي⁵

¹ Yaëll Emerich, "La fiducie civiliste : modalité de la propriété ou intermédiaire à la propriété?", *McGill Law Journal*, Vol. 58, No. 4, 2013, pp. 803-838. متاح على الموقع الإلكتروني <https://lawjournal.mcgill.ca/article/la-fiducie-civiliste-modalite-de-la-propriet-ou-intermede-la-propriet/> ، تاريخ الزيارة 2026/2/3.

² يوسف توكيوت ، "الملكية الضمانية كألية لتعزيز مركز الدائن في ضوء تعديلات قانون التأمينات الفرنسي" ، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي ، مجلد 13 ، العدد 2 ، الجزائر ، 2021 ، متاح على الرابط <https://asjp.cerist.dz/en/downArticle/124/13/3/167698> ، تاريخ الزيارة 2026/2/3.

³ Daniel Clarry, "Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, No. 4, Cambridge University Press, 2014, pp. 901-933.

يراد بالملكية الائتمانية نقل ملكية شكلية لغرض الثقة او التمويل ، مع بقاء الغاية ضمانية لا تملك تام للتوسع بنظر: محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 120 وما بعدها.

⁴ Ruiqiao Zhang, "A Comparative Study of the Introduction of Trusts into Civil Law and its Ownership of Trust Property", *Trusts & Trustees*, Vol. 21, Issue 9, Oxford University Press, 2015, p. 942. متاح على الموقع الإلكتروني <https://academic.oup.com/tandt/article-abstract/21/9/939/1657793?> ، تاريخ الزيارة 2026/2/3.

⁵ Ruiqiao Zhang, "A Comparative Study of the Introduction of Trusts into Civil Law and its Ownership of Trust Property," *Trusts & Trustees*, Vol. 21, Issue 9, Oxford University Press, 2015, pp. 939-950.

المبحث الثاني

احكام الملكية ذات الوظيفة الائتمانية وموقف القانون العراقي منها

تعتبر من المفاهيم الحديثة التي يترتب عليها اثار قانونية تمس اطراف العلاقة والغير , كما انها تثير اشكالا يتصل بموقف القانون المدني العراقي في ظل الافتقار لتنظيم تشريعي صريح لها وسنتناول ذلك في هذا المبحث في مطلبين على النحو الاتي:

المطلب الأول

الاثار القانونية للملكية ذات الوظيفة الائتمانية

يراد بالاثار القانونية للملكية ذات الوظيفة الائتمانية توضيح النتائج المترتبة على توظيف الملكية كوسيلة لضمان الالتزام في العلاقة بين أطرافها او في مواجهة الغير والدائنين وهذا ما سنبينه في فرعين على النحو الاتي :

الفرع الأول

اثار الملكية ذات الوظيفة الائتمانية بين اطراف العلاقة

يترتب على الوظيفة الائتمانية لحق الملكية جملة اثار قانونية تحكم العلاقة بين أطرافها , تتجسد في إعادة هيكلة سلطات الملكية وبما يحقق الغاية الائتمانية التي عقدت من اجلها , فان انتقال الملكية او تقريرها غير مقصود لذاته , وانما لضمان الوفاء بالالتزام او تعزيزا لمركز الدائن . عليه فان هذه العلاقة لا تمتثل للقواعد التقليدية للملكية وانما ملكية مقيدة بالوظيفة الضمانية المحددة .

فالدائن على الرغم من انتقال الملكية او السلطة القانونية اليه . الا انه لا يملك التصرف في المال او استعماله بصورة مطلقة انما يلتزم باستعماله بحدود الغاية المتفق عليها الائتمانية , كما يلتزم برد المال وإعادة الملكية للمدين عند انقضاء الدين المضمون او بتحقيق الغرض الذي انعقدت من اجله الوظيفة الائتمانية ويظل المدين محتفظا بالمصلحة الاقتصادية للمال وان تقيدت سلطته القانونية على هذا المال مؤقتا I فرغم الانتقال الشكلي للملكية الا ان المدين يظل هو المنتفع الحقيقي اقتصاديا ويستفيد من فائض القيمة وفي الغالب يتحمل تبعة الهلاك للمال والنفقات , كما تقيده حرته في التصرف فليس له التصرف بالمال محل الضمان او تعريضه للهلاك او ترتيب ضمان اخر عليه لان ذلك يهدد الغاية الائتمانية .

وهذه الوظيفة تلزم الطرفين احترام مبدأ حسن النية والثقة والائتمان , فلا يجوز للمدين التصرف بالمال بما يضر بحقوق الدائن او تقييد الغاية الائتمانية , كما لا يجوز بالمقابل للدائن استغلال انتقال الملكية لنيل منفعة تتجاوز حدود الضمان . لذلك فان الوظيفة الائتمانية تقوم على التوازن بين الحماية القانونية للدائن والمحافظة على مركز المدين المالي 2. ولا يجوز للدائن اثراء غير المشروع على حساب المدين حال تجاوزت قيمة المال مقدار الدين فيقتصر حقه على مقدار الدين فقط ولا يجوز له تملك المال كله لنفسه فلا يمكن ان يتحول الضمان الى استيلاء . ومن اهم الاثار انتقال الملكية في هذا النظام مؤقت فلا يعد انتقال نهائي بالمفهوم التقليدي وانما انتقال وظيفي مؤقت متعلق بوجود

¹ Clarry, Daniel, "Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective," p. 914-910

² Yaëll Emerich, "La fiducie civiliste: modalité de la propriété ou intermédiaire à la propriété, p.816-812 .

الالتزام المضمون. فانقضاء الدين ينهي الوظيفة الائتمانية ورجوع الملكية الى وضعها القديم الأصلي ولذلك ميز الفقه المقارن بين الملكية النهائية و الضمانية لان الأخيرة متصلة بوظيفة قانونية محددة ولا علاقة لها بإرادة التملك النهائي¹. كما تقيد الوظيفة الائتمانية حرية التصرف في المال محل الضمان , فلا يجوز للدائن التصرف بما يتنافى مع الغرض الائتماني ,ولا يجوز للمدين أيضا اجراء أي تصرف من شأنه الحاق الضرر بحق الدائن او ان يعرض المال محل الضمان للخطر , وهذا يجسد الطبيعة الخاصة لهذه العلاقة الجامعة بين وظيفة الضمان وعناصر الحق العيني².

ان اثار الوظيفة الائتمانية بين اطراف العلاقة تكشف ان الملكية في هذا النظام لا تقوم بوظيفتها التقليدية باعتبارها سلطة استثنائية مطلقة , وغدت تؤدي وظيفة ضمانية مؤقتة الى جانب طبيعتها الاصلية وهذا ما يعكس الوظيفة الحديثة للملكية.

الفرع الثاني

اثار الملكية ذات الوظيفة الائتمانية تجاه الغير والدائنين

لا تنحصر اثار الوظيفة الائتمانية لحق الملكية على اطراف العلاقة فقط, وانما تمتد لتؤثر في مركز الدائنين والغير , وذلك لان تخصيص مال معين لتحقيق غاية ضمانية تؤثر في الحد من خضوعه للضمان العام المقرر لدائني المدين. وهذا الأثر يعد من اهم الإشكالات القانونية التي تنكحها الوظيفة الائتمانية , فالأصل وفق القواعد العامة كل أموال المدين ضامنة للوفاء بدينه³, غير ان تخصيص مال محدد يؤدي لمنحه مركزا قانونيا متميزا دون بقية الدائنين. لذلك فان تخصيصها او انتقالها لغرض ائتماني يترتب عليه استبعاد المال محل الضمان جزئيا من نطاق الضمان العام , ويهب الدائن المستفيد أولوية في استيفاء حقه. كما يحتج بالوظيفة الائتمانية للملكية في مواجهة الغير متى استكملت شروط العلنية القانونية خاصة وان الغاية منها حماية التعامل ومنع الاضرار بالدائنين الاخرين واستقرار المعاملات . اما اذا تمت العلاقة الائتمانية بالخفاء فقد يثور النزاع بشأن مدى نفاذها تجاه الغير , ولا سيما عند تعدد الدائنين او افلاس المدين⁴.

ومن الآثار المهمة أيضا للوظيفة الائتمانية انها تؤدي الى الحد من سلطة دائني المدين في التنفيذ على المال محل الضمان مادام قد خصص هذا المال قانونا لضمان حق دائن معين فتقترب من فكرة التأمينات العينية المانحة لميزة الأفضلية والتتبع وان اختلفت معها من حيث الأساس القانوني وطبيعة انتقال الملكية⁵. وعند افلاس المدين تتجلى أهمية الوظيفة الائتمانية فيتمسك الدائن المستفيد بحقه في المال محل الضمان بوصفه مالا مخصصا لضمان حقه , الامر الذي يترتب عليه استبعاده من نطاق التوزيع الجماعي على الدائنين او من أموال التقلية وحسب النظام القانوني المعمول به .

الامر الذي يطرح مسألة مدى تعارض هذا النظام مع مبدأ المساواة بين الدائنين لا سيما اذا اضر بحقوق الدائنين العاديين⁶. وقد تستخدم الوظيفة الائتمانية أحيانا للتحايل على قواعد الضمان العام او على احكام التأمينات التقليدية

¹ Andrew Steven, "The Transfer of Ownership for Security Purposes: A Scottish Perspective,"p. 148-145.

² Maja Proso & Fani Milan Ostojic, "Fiduciary Ownership in the Act of Ownership and Other Real Rights,"p. 104-101.

³ السنهوري , مصدر سابق, ص15 وما بعدها³

⁴ Andrew Steven, "The Transfer of Ownership for Security Purposes: A Scottish Perspective,"p. 152-150.

⁵ Maja Proso & Fani Milan Ostojic, "Fiduciary Ownership in the Act of Ownership and Other Real Rights,"p. 108-104.

⁶ - Daniel Clarry, "Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective,"p. 922-918.

والرهن, لذلك لابد من خضوعها لرقابة القضاء للتأكد من حقيقة الغاية من التصرف وهل المقصود منه انشاء ضمان مشروع ام مجرد احتيال للتهرب من القواعد القانونية المتعلقة بحماية الدائنين¹

المطلب الثاني

موقف القانون المدني العراقي من الملكية ذات الوظيفة الائتمانية

يثير موقف القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 المعدل من الملكية ذات الوظيفة الائتمانية اشكالا يتعلق بمدى قدرة القواعد العامة في القانون المدني على استيعاب هذا النظام , خاصة في ظل الافتقار لوجود تنظيم تشريعي صريح له . على الرغم من ان القانون المدني العراقي نظم وساءل الضمان العام وافر مبدأ الضمان العام للدائنين , الا ان التطور الاقتصادي الحديث اظهر صورا جديدة لتوظيف الملكية كأداة ائتمانية متجاوزة الأطر التقليدية للتأمينات العينية . لذلك سنخصص هذا المطلب لبحث مدى كفاية القواعد العامة لاستيعاب الوظيفة الائتمانية لحق الملكية , وبيان فيما اذا كانت الحاجة تستدعي تدخلا تشريعي خاصا لتنظيمها بصورة مستقلة في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

مدى كفاية القواعد التقليدية

يثير موضوع الوظيفة الائتمانية لحق الملكية تساؤلا جوهريا مفاده مدى قدرة القواعد العامة في القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 المعدل على استيعاب هذا النظام , في ظل غياب تنظيم تشريعي صريح له , نظم القانون المدني العراقي وسائل الضمان التقليدية , كالرهن الحيازي والتأميني وحقوق الامتياز والكفالة , الا انه خلا من تنظيم هذا النظام بصورة مباشرة فلم ينظم نقل الملكية او تخصيصها لغرض ائتماني باعتبارها وسيلة ضمان مستقلة. ومن اهم القواعد التي تثير اشكالا في هذا النطاق مبدأ الضمان العام للدائنين اذ تنص المادة (260) من القانون المدني العراقي على "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه". حيث يفهم من النص ان الأصل هو خضوع جميع أموال المدين الحالية والمستقبلية للضمان العام المقرر للدائنين , وعدم صحة تخصيص مال معين لدائن محدد الا في الحدود المقررة قانونا . عليه فان فكرة الملكية الائتمانية القائمة على تخصيص مال محدد لتحقيق وظيفة ضمانية خاصة قد تبدو متعارضة مع هذا المبدأ لأنها تؤدي الى منح دائن معين مركز افضل على حساب بقية الدائنين. كما يركز القانون المدني العراقي على النظرية التقليدية للذمة المالية المتصلة بالشخصية القانونية , والقائمة على وحدة الذمة المالية وعدم قابليتها للتجزئة , وان فكرة تخصيص جزء من المال لغرض مستقل اقرب الى نظرية الذمة المالية المخصصة 2 التي لم يأخذ بها المشرع العراقي صراحة . لذلك تواجه الوظيفة الائتمانية صعوبة فقهية تتصل بمدى انسجامها مع البناء التقليدي للحقوق العينية في القانون المدني العراقي³ . ورغم غياب التنظيم التشريعي الا ان ذلك لا يمنع من الاستناد الى بعض القواعد العامة لتفسير بعض التطبيقات العملية ذات الطبيعة الائتمانية حيث يمكن الاستناد الى مبدأ سلطان

¹ Yaëll Emerich, "La fiducie civiliste: modalité de la propriété ou intermédiaire à la propriété,"p. 824-820

² يراد بالذمة المالية المخصصة تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق غاية قانونية او اقتصادية معينة بصورة مستقلة نسبيا عن الذمة المالية العامة للشخص. ينظر للتوسع السنهوري , مصدر سابق, ص234.

³ نصت المادة 68 من القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 ((1- الحقوق العينية الاصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الاجارة الطويلة. 2- والحقوق العينية التبعية هي حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز.))

الإرادة والحرية التعاقدية¹ المنصوص عليهما في القانون المدني العراقي², مادام التصرف لم يخالف النظام العام او النصوص القانونية الامرة . ويظهر ذلك في بعض المعاملات الحديثة كشرط الاحتفاظ بالملكية وبعض صور الضمانات المصرفية والتمويلية الحديثة³ التي تؤدي فيها الملكية وظيفه ضمانية او ائتمانية بصورة غير مباشرة الا ان هذا الاستيعاب يظل محدودا وغير كاف لإنشاء نظام قانوني متكامل ومستقر يحدد الطبيعة القانونية للملكية ذات الوظيفة الائتمانية واثارها وحدود الاحتجاج بها تجاه الغير والدائنين , كما ان وجود بعض التطبيقات العملية تكشف عن اتجاه عملي نحو توظيف الملكية لتحقيق غاية ائتمانية وضمانية وحتى وان لم توصف صراحة فهذه التطبيقات لم تنظم بوصفها ملكية ذات وظيفة ائتمانية وانما تم تكيفها ضمن عقود وضمانات تقليدية . وان التطور بين قصور بعض وسائل الضمان التقليدية عن تلبية حاجات الائتمان المعاصر . لذلك لجأت العديد من التشريعات المقارنة الى تبني صور اكثر مرونة للضمان قائمة على نقل الملكية او تخصيصها لغرض ائتماني كما ورد في بعض التطبيقات الحديثة في التشريع الاماراتي والفرنسي . فالتشريع الاماراتي اعترف ببعض صور نقل الملكية لأغراض الضمان لاسيما في نطاق المعاملات التجارية والضمانات المنقولة ويوضح ذلك اتجاه تشريعي نحو توسيع فكرة الوظيفة الائتمانية للملكية واستيعاب حاجات الائتمان المعاصر .

عليه يمكن القول ان القواعد العامة في القانون المدني العراقي قد تسمح بصورة غير مباشرة استيعاب بعض تطبيقات الوظيفة الائتمانية لحق الملكية الا انه محدود وغير مستقر بسبب غياب التنظيم التشريعي الذي يحدد طبيعته واثارها وحدود الاحتجاج بها تجاه الدائنين والغير .

الفرع الثاني

الحاجة الى تنظيم تشريعي خاص للملكية ذات الوظيفة الائتمانية

يعود قصور القواعد العامة في القانون المدني العراقي الى انها نظمت وسائل الضمان التقليدية ضمن اطار يعتمد على وحدة الذمة المالية وعدم تخصيص الأموال , في حين تقوم الملكية ذات الوظيفة الائتمانية على تخصيص المال لتحقيق غاية ضمانية محدودة , الامر الذي يجاوز البناء التقليدي للتأمينات العينية . ان استمرار خضوع الوظيفة الائتمانية لحق الملكية للقواعد العامة في القانون المدني العراقي يؤدي الى نتائج غير مستقرة عمليا , بسبب الطبيعة الخاصة لهذا النظام القائم على تخصيص الملكية لوظيفة ضمانية لا تتسجم مع المفاهيم التقليدية للحقوق العينية , فهذه الوظيفة لا تقتصر على انشاء التزام شخصي , بل تمتد الى إعادة تشكيل مركز قانوني له اثر في مواجهة الدائنين والغير مما يثير

¹ يرى السنهوري ان مبدأ سلطان الإرادة يقوم على حرية الافراد في انشاء العقود وتحديد اثارها مالم تخالف النظام العام او النصوص الامرة . للتوسع ينظر : السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الجزء الأول, نظرية الالتزام , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , 1998 , ص 163 وما بعدها .

² . ويوجد في القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 المعدل ما يعد أساسا لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية في المواد 75 ((يصح ان يرد العقد على أي شيء اخر لا يكون الالتزام به ممنوعا بالقانون او مخالفا للنظام العام او الآداب)), ونصت المادة 131 ((1- يجوز ان يعقرون العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جاريا بع العرف والعادة 2- كما يجوز ان يعقرون بشرط نفع ل احد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعا قانونا او مخالف للنظام العام او الآداب والا لغي الشرط وصح العقد مالم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد أيضا .)), ونصت المادة 146 ((1- اذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي .)) وهذه المادة تجسد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين .

³ صور الضمانات المصرفية الحديثة تعني وجود تطبيقات عملية في البيئة المصرفية والتمويلية تجعل الملكية تؤدي وظيفة ائتمانية الا ان المشرع العراقي لم يسمها ملكية ائتمانية ومن امثلتها الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع بالتقسيط فتبقى الملكية للبائع او الجهة الممولة الى حين سداد الثمن كاملا . والإيجار التمويلي الذي تبقى فيه ملكية المال للممول بينما ينتفع به العميل وتؤدي الملكية هنا وظيفة ائتمانية لحين انتهاء الالتزام. ومن الصور الأخرى نقل ملكية بعض المقاولات او الأسهم للمصارف كضمان للائتمان مع بقاء الانتفاع الاقتصادي للمدين . والرهن التجاري الحديث للمقاولات الذي يقترن من فكرة تخصيص المال ائتمانيا لصالح دائن معين . والاعتماد المستندي والضمانات المصرفية التي تمنح المصرف سيطرة قانونية على أموال او مستندات لضمان الوفاء .

ضرورة تدخل تشريعي صريح يحدد طبيعتها ونطاق الاحتجاج بها واثارها . وان تدخل المشرع ضرورة لضبط هذا النظام من عدة زوايا تحديد طبيعة الحق وتميزه عن التأمينات التقليدية , تنظيم اثاره تجاه الغير والدائنين بما يكفل التوازن والائتمان والضمان العام , وضع قواعد نفاذه واولوية الحقوق المتصلة به منعا لاضطراب التكييف القانوني .

ومن ناحية المقارنة , يظهر ان بعض التشريعات الحديثة اتجهت الى تنظيم بعض هذه الصور بدل تركها للاجتهاد . ففي القانون الاماراتي تبنى المشرع الاماراتي نظام الضمان على الأموال المنقولة بموجب القانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2020 فاقر إمكانية انشاء حق ضمان على المنقولات دون اشتراط نقل الحيازة التقليدي وتنظيم دقيق لقواعد التسجيل والاولوية والنفاذ قبال الغير ويمثل ذلك انتقالا تشريعيًا نحو الاعتراف بالوظيفة الاقتصادية للملكية لا بشكلها التقليدي I . اما في القانون الفرنسي فقد تبنى نظام (fiducia) بموجب الامر التشريعي لسنة 2007 الذي يسمح بنقل الملكية الى امين قانوني بهدف ادارتها او استخدامها كضمان مع خضوع هذه العملية لنظام قانوني خاص يحدد اثارها تجاه الغير والدائنين ويرسم حدود سلطة الأمين ويضمن عدم الاخلال بمبدأ الضمان العام.2

الاتجاه الحديث في التشريعات لم تعد تكتفي بأعمال القواعد العامة، بل اجهت لتشريعات خاصة مستقلة تنظم الوظيفة الائتمانية لحق الملكية وتحقيق التوازن بين فعالية الائتمان وتمويل النشاط الاقتصادي وحماية الدائنين واستقرار المعاملات ومنع التحايل على قواعد الضمان العام .

عليه فان استمرار عدم تنظيم هذه الوظيفة في القانون المدني العراقي يولد فراغا تشريعيًا لا يمكن تلافيه بالاجتهاد وحده , لذلك فان التدخل التشريعي ضرورة قانونية لا مجرد خيار فقهي , خاصة في ظل توسع التطبيقات المصرفية الحديثة المعتمدة على الملكية باعتبارها أداة ضمان .وان تمسك القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 المعدل بالمفهوم التقليدي للضمان العام المادة 260 لم يعد كافيا لموائمة التطور الائتماني الحديث لأنه يفترض وحدة الذمة المالية باعتبارها أداة وحيدة لضمان الدائنين في حين ان الواقع الاقتصادي افرز كما اسلفنا أدوات تمويلية تقوم على تجزئة الضمان وتخصيص الأموال لوظائف محددة دون المساس بالاستقرار العام للمعاملات .فالأشكال لا يكمن في وجود الوظيفة الائتمانية لحق الملكية بذاته بل في غياب الاطار التشريعي الذي ينظمها ويرسم حدودها وذلك يفرض الى احد احتمالين غير مرغوب فيهما :

اما رفضها عمليا رغم ضرورتها الاقتصادية او قبولها اجتهاديا بصورة غير منضبطة قد تضر بمبدأ المساواة بين الدائنين .لذلك فان التطور التشريعي المقارن في الامارات وفرنسا لا يعد مجرد تقارب نظري , بل يعكس تحولا في فلسفة الضمان نفسها من نظام يأسس على عمومية الذمة المالية الى نظام اكثر مرونة يرتكز على تخصيص الضمانات وفق الوظيفة الاقتصادية للمال .

ويمكن ان يتخذ التنظيم التشريعي المقترح صورة فصل خاص ضمن التأمينات العينية او قانون مستقل للضمانات الائتمانية الحديثة , ينظم شروط نقل الملكية على سبيل الضمان , وقواعد العلنية , وحدود الاحتجاج تجاه الغير , واثار الإفلاس , بما يحقق التوازن بين حماية الائتمان وضمان حقوق الدائنين الاخرين .

¹ القانون الاتحادي الاماراتي رقم 4 لسنة 2020 بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة , المواد (1,3,9)

² Ordonnance n° 2007-736 du 7 mai 2007 relative à la fiducie, Journal Officiel de la République Française, France.

الخاتمة

توصلنا في ختام بحثنا الى جملة من النتائج والتوصيات نبينها على النحو الآتي:

أولاً : النتائج

1. ان التطور الاقتصادي الحديث أثر على الوظيفة التقليدية لحق الملكية , بحيث أصبحت الملكية تؤدي دوراً ائتمانياً وضمانياً الى جانب وظيفتها الاصلية مما يفرض إعادة النظر في البناء التقليدي للتأمينات العينية في القانون المدني العراقي .
2. الملكية ذات الوظيفة الائتمانية لا تنشئ حقاً عينياً جديداً , وانما تقوم على توظيف حق الملكية لتحقيق غاية ضمانية .
3. لم ينظم القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 المعدل هذه الوظيفة , وافر مبدأ الضمان العام في المادة (260) مما يخلق فراغاً تشريعياً .
4. ان القواعد العامة في القانون المدني العراقي تسمح باستيعاب بعض التطبيقات المحدودة للملكية ذات الوظيفة الائتمانية استناداً الى سلطان الإرادة , الا انها لا تكفي لتأسيس نظام قانوني متكامل ومستقر ينظم اثارها تجاه الغير والدائنين مما يقتضي تدخلاً تشريعياً .
5. ان الملكية ذات الوظيفة الائتمانية تثير اشكالا يتعلق بمدى انسجامها مع مبدأ وحدة الذمة المالية والضمان العام للدائنين في القانون العراقي .
6. الطبيعة القانونية للملكية ذات الوظيفة الائتمانية ما تزال محل خلاف فقهي , الا ان تكيفها بوصفها نظاماً قانونياً مستقلاً يعد الأقرب لطبيعتها العملية .
7. تؤثر الوظيفة الائتمانية في مركز الدائنين والغير عبر منح دائن معين افضلية عملية على غيره .
8. أظهرت المقارنة ان بعض التشريعات الحديثة كفرنسا والامارات اتجهت لتنظيم صور الملكية ذات الوظيفة الائتمانية لضمان الاستقرار القانوني .

ثانياً: التوصيات

1. ضرورة تنظيم الملكية ذات الوظيفة الائتمانية تشريعياً في القانون المدني العراقي بنصوص واضحة تحدد طبيعتها واثارها , وحدود الاحتجاج بها تجاه الغير والدائنين , وافراد احكام خاصة ضمن القانون المدني تنظم قواعد العلنية والنفذ والاولوية واحكام الإفلاس المتعلقة بالملكية ذات الوظيفة الائتمانية منعا للتحايل على قواعد الضمان العام .
2. الاستفادة من التجارب التشريعية المقارنة خصوصاً التشريع الاماراتي والفرنسي عند وضع تنظيم قانوني حديث للملكية ذات الوظيفة الائتمانية .
3. الاستفادة من التطبيقات المصرفية والتمويلية الحديثة عند تنظيم الملكية ذات الوظيفة الائتمانية بما يحقق التوازن بين حماية الائتمان وحماية الدائنين .
4. تطوير المفاهيم التقليدية للضمانات العينية بما ينسجم مع التطورات الاقتصادية والائتمانية الحديثة .

قائمة المراجع

أولاً : الكتب

1. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج8، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
2. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج10، التأمينات الشخصية والعينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
3. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، 1982.
4. أحمد عبد العال أبو قرين، الحماية الدستورية للملكية الفردية: أسسها ومقتضياتها في ضوء الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1999.
5. حسن كيرة، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1964.
6. عزيز العكلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
7. أحمد سلامة، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام وأحكامه، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
8. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
9. محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية: الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، جامعة بغداد، بغداد، 1982.
10. سميحة القليوبي، الحقوق العينية التبعية (الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحقوق الامتياز)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
11. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -التأمينات العينية ، ج2، مطبعة السلام ، القاهرة ، 1992
- 12.

James E. Penner, The Concept of Property in Law, Cambridge University Press, 1997

ثانياً : الرسائل والبحوث

13. شرابين حمزة، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.
14. عادل أحمد الجسمي، مدى ملاءمة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018.
15. سعد حسين عبد ملحم ، كسب الملكية بالضمان بحث مقارن في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، مجلة النهدين للعلوم القانونية، 2025، ص13-14 متاح على الرابط <https://journal.nahrainlaw.org/index.php/ar/article/view.com>
16. يوسف تبوكيوت، "الملكية الضمانية كألية لتعزيز مركز الدائن في ضوء تعديلات قانون التأمينات الفرنسي"، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، مجلد 13، العدد2، الجزائر، 2021.

A. S. Khamitov & A. A. Khamitova, "Ownership Rights Object to Fiduciary Guarantee as Collateral for Debt Responsibility," Russian Law Journal, Vol. 11, No. 4, 2023.

15 Andrew Steven, "The Transfer of Ownership for Security Purposes: A Scottish Perspective," Edinburgh Law Review, Vol. 20, No. 2, 2016.

16.Maja Proso & Fani Milan Ostojic, "Fiduciary Ownership in the Act of Ownership and Other Real Rights," Pravni Vjesnik, Vol. 39, No. 1, 2023.

17.Yaëll Emerich, "La fiducie civiliste: modalité de la propriété ou intermède à la propriété," McGill Law Journal, Vol. 58, No. 4, 2013.

18.Daniel Clarry, "Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective," International and Comparative Law Quarterly, Vol. 63, No. 4, 2014.

19.Ruiqiao Zhang, "A Comparative Study of the Introduction of Trusts into Civil Law and its Ownership of Trust Property," Trusts & Trustees, Vol. 21, Issue 9, 2015.

ثالثاً: القوانين

20.القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.

21.القانون الاتحادي الإماراتي رقم (4) لسنة 2020 بشأن ضمان الحقوق في الأموال المنقولة.

22

-LOI n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, JORF n°44 du 21 février 2007.

-G. FORT, « Étude simplifiée de la fiducie sûreté », Site: village de justice, Consulté le, <https://www.village-justice.com>.

23 Ordonnance n° 2007-736 du 7 mai 2007 relative à la fiducie