

بحث

في

الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون

(دراسة مقارنة)

العراق

منصور حاتم محسن

كلية القانون - جامعة بابل

المقدمة

تتضمن الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية تخصيص مال معين يكون مملوكاً للمدين أو لغيره، لغرض استيفاء الدائن حقه من هذا المال سواء بقي في ملكية الراهن أو خرج منها. وقسمت التأمينات العينية من جهة نشوئها الى أنواع متعددة، تأمينات انفاقية تتمثل بالرهن التأميني والرهن الحيازي وتأمينات قضائية تتمثل بحق الاختصاص، وتأمينات قانونية تتمثل بحق الامتياز.

تنشأ التأمينات العينية الاتفاقية، التي هي نطاق بحثنا هذا، بموجب الاتفاق بين طرفي عقد الرهن، تأمينياً كان أم حيازياً، وهذا الاتفاق يخول صاحب الحق (الدائن المرتهن) أن يتخذ إجراءات التنفيذ على المال المرهون عند حلول أجل الدين المضمون وعدم قيام المدين بالوفاء به، عندها يستوفي الدائن المرتهن حقه من ثمن هذا المال بعد بيعه في المزاد العلني باستخدام حقه في التقدم، وكذلك حقه في تتبع المال المرهون إن خرج من يد الراهن. هذه هي أهم الآثار التي يربتها التأمين العيني بالنسبة للدائن المرتهن. إلا إن هذا الهدف يجب أن يتحقق على وفق ما رسمه القانون للتنفيذ على المال المرهون، فأني اتفاق بين طرفي عقد الرهن يخالف حق الدائن في التنفيذ على المرهون يعد تعديلاً لما حدده القانون من آثار متعلقة بالتنفيذ على المال المرهون. وعليه، فإن الاتفاق بين طرفي عقد الرهن، الدائن المرتهن والراهن، على بيع المال المرهون بغير إجراءات البيع بالمزاد العلني أو الاتفاق على أن يمتلك الدائن المرتهن المال المرهون بثمن يعادل قيمة الدين المضمون أو أعلى منه عند عدم وفاء المدين بالتزامه المضمون، تعد هذه الاتفاقات معدلة لآثار عقد الرهن المحددة قانوناً، وقد رتب القانون أحكاماً متعددة على هذه الاتفاقات، قد تصل الى بطلانها أو بطلان عقد الرهن المقترن بها، للحفاظ على غاية التأمين العيني ومصلحة طرفيه.

ومن هنا تتبع أهمية البحث في دراسة هذه الاتفاقات المعدلة لآثار التأمين العيني ألتفاقي المتعلقة بالتنفيذ على المال المرهون، وما يترتب على هذه الاتفاقيات من احكام، ومصير عقد التأمين العيني المقترن به كون هذه الاتفاقات قد خالفت ما حدده القانون من أحكام التنفيذ على المال المرهون، وكذلك دراسة موقف القوانين المقارنة من الأحكام المتعلقة بهذه الاتفاقات والاستثناءات التي من خلالها أجازت صحة هذه الاتفاقات على الرغم من كونها معدلة لإجراءات التنفيذ على المال المرهون.

نحاول من خلال هذه الدراسة المتواضعة الكشف عن جانب من حقيقة هذه الاتفاقات وطبيعتها القانونية التي تجمعها فكرة واحدة لأنها معدلة لآثار عقد التأمين العيني الاتفاقي الخاصة بالتنفيذ على الأموال المرهونة، على الرغم من ندرة أو قلة ما كُتب عن إتفاق بيع المرهون دون إجراءات وإتفاق تملك المرتهن للمال المرهون و ندرة القرارات القضائية المتعلقة بهذه الاتفاقات.

وعلى هذا، نعتقد بأن هذه الدراسة المتعلقة بـ (الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون - دراسة مقارنة) لم تلق ما تستحق من البحث القانوني، لذا سيكون منهج البحث المقارن في مجال القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، والقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل، والقانون المدني الفرنسي وأهم تعديلاته الصادرة بموجب القانون رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ وخاصة المادة (١١) منه.

وستتولى دراسة الموضوع أعلاه في تمهيد ومبحثين، نخصص التمهيد لدراسة طبيعة هذه الاتفاقات التي تقترن بعقد الرهن، أما المبحث الأول فنخصصه لدراسة الاتفاق الأول، وهو تملك الدائن المرتهن للمال المرهون عند عدم وفاء المدين

بالالتزام المضمون، ونحاول في هذا المبحث دراسة أحكام هذا الاتفاق التي ستكون في مطلب أول ندرس فيه بطلان هذا الاتفاق وأثر البطلان في عقد الرهن تأمينياً أم حيازياً المقترن به هذا الاتفاق، وذلك في فرعين. أما المطلب الثاني فسيخصص لدراسة علاقة بيع الوفاء بالاتفاق على تملك المرهون من قبل الدائن المرتهن وذلك في فرعين، نخصص الأول لدراسة موقف القانون المدني العراقي وسيكون الفرع الثاني مخصصاً لدراسة موقف القانون المدني الفرنسي، أما القانون المدني المصري فلا توجد فيه قواعد قانونية تعترف ببيع الوفاء لذا لا توجد علاقة بين بيع الوفاء والاتفاق على تملك المرتهن للمرهون، فلا مجال لدراستها على وفق القانون المصري. وندرس في المبحث الثاني الاتفاق على بيع المرهون دون إجراءات، نحاول فيه دراسة أحكام هذا الاتفاق في مطلب أول سيتم خلاله بيان بطلان هذا الاتفاق سواء في مرحلة إبرام عقد الرهن أم بعد إبرامه أما أثر هذا البطلان على العقد فهو لا يختلف عن أثر اتفاق تملك المرتهن للمرهون لذا لم يخصص له فرع مستقل تجنباً للتكرار. وفي المطلب الثاني سيتم دراسة الإجراءات في نطاق القانونين العراقي والمصري أما الفرع الثاني فسيكون مخصصاً لبيان هذه الإجراءات في نطاق القانون المدني الفرنسي. وفي خاتمة البحث توصلنا إلى بعض النتائج والتوصيات المتعلقة بموضوع بحثنا.

تمهيد

يستوفي الدائن المرتهن حقه من ثمن المال المثقل بالرهن بعد بيعه جبراً على الراهن، سواء كان مديناً أم كفيلاً عينياً. إذ إن غاية التأمين العيني هي إعطاء ضمان خاص لصاحبه عند عدم كفاية الضمان العام لاستيفاء الدين المترتب في ذمة المدين، إذ يخلق التأمين العيني عدم مساواة بين الدائنين، وذلك بإعطاء الأولوية والتتبع لصاحبه<sup>(١)</sup>، وما دنا أمام استثناء على مبدأ المساواة بين الدائنين، فإن القانون وحده يقرر هذا الاستثناء، فالتأمينات العينية لا تنشأ إلا بنص القانون<sup>(٢)</sup>. ومع ذلك، يستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على أموال مدينه الحاضرة والمستقبلية التي هي الضمان العام للدائنين شأنه في ذلك شأن سائر الدائنين العاديين من دون مزية التقدم والتتبع. إلا ان القوانين المقارنة، محل بحثنا هذا، قيدت حق الدائن المرتهن في الرجوع الى الضمان العام لعدم كفاية قيمة المرهون لسداد الدين المضمون ، إذ نصت المادة ١٢٩٩ من القانون المدني العراقي على أنه ((للمرتهن أن يستوفي حقه من العقار المرهون رهناً تأمينياً وفقاً للإجراءات المقررة لذلك، وإذا لم يف العقار بحقه فله أن يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر أموال المدين))<sup>(٣)</sup>.

وعلى هذا يتقيد حق الدائن المرتهن بأن ينفذ أولاً على الأموال المرهونة المملوكة للمدين وإذا لم تف قيمتها بسداد الدين ينفذ على أموال المدين بمقتضى حق الضمان العام، أما إذا كان الرهن غير المدين أي الكفيل العيني، فلا يمكن التنفيذ إلا على ما رهن من هذه الأموال<sup>(٤)</sup>.

<sup>(١)</sup>Pierre crocq – propriété garantie- M.Gobert- L.G.D.J – 1995 – no.269.

<sup>(٢)</sup> المادة ٢٦٠ /٢ من القانون المدني العراقي اذ نصت على (وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون)، وتطابقها المادة ٢٣٤ /٢ من القانون المدني المصري. والمادة ٢٢٨٥ من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب المادة (١) من القانون رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦، في ٢٣/٣/٢٠٠٦ والتي جاء فيها:-

((Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'én distribute entre eux par contribution, á moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.))

أي أن (ممتلكات المدين هي الضمان العام لدائنيه وتمنحها يوزع بينهم بالتساوي ما لم يكن هناك لأحدهم سبب من أسباب التفضيل).

<sup>(٣)</sup> حكم هذه المادة خاص بالرهن التأميني، إلا أنه ينطبق على الرهن الحيازي على وفق المادة (١٣٤١/١) منها. أما القانون المدني المصري فقد ذكر الأستاذ الدكتور السنهوري بأن المشروع التمهيدي للقانون المدني كان ينص على هذا القيد صراحة في المادة ١٤٥٩ منه، إلا إن لجنة المراجعة حذف هذا القيد، وذكرت بأن حكمها مستفاد من القواعد العامة التي تقضي بأن للدائن بصفته دائن عادي له حق الضمان العام ولكن لا ينفذ على مال غير مرهون قبل التنفيذ على الأموال المرهونة. الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح == = القانون المدني الجديد، الجزء العاشر والأخير. الطبعة الثالثة الجديدة . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . لبنان . ٢٠٠٠، ص٤١٦-٤١٧. أما القانون المدني الفرنسي فقد قيد حق الدائن المرتهن في التنفيذ على المرهون أولاً بموجب القانون الخاص بإجراءات التنفيذ المدنية رقم ١٩٨٥/٢٠١١ / في ١٩/١٢/٢٠١١ في المادة ٣٢٢، ١١ بالنص:

" Le titre de vente n'est délivré á l'adjudicataire que sur justification du paiement des fairs taxès".

أي أن (( ليس للدائن ان يطلب بيع العقارات غير المتعلق بها الرهن إلا اذا كانت لم تكف الأموال المرهونة لسداد الدين)).

<sup>(٤)</sup> فقد جاء في المادة ١٣٠٠ من القانون المدني العراقي الخاصة بالرهن التأميني ما نصه (إذا كان الراهن في الرهن التأميني غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يخصص لضمان حق الدائن، ولا تتجاوز مسؤوليته عن هذا الحق ما رهنه من المال....) وينطبق هذا الحكم على الرهن الحيازي بموجب المادة ١٣٤١/٢... أما القانون المدني المصري فجاه بهذه الأحكام المتعلقة بالرهن الرسمي (التأميني) في المادة ١٠٥٠، وينطبق حكمها على الرهن الحيازي بموجب المادة ١١٠٨ منه.

يتضح مما تقدم، أن الدائن المرتهن يبدأ بالتنفيذ على المرهون أولاً في أموال الراهن، إلا أن حقه في التنفيذ على المرهون يجب أن يتم على وفق ما حدده القانون الذي سينتهي ببيع المال المرهون في المزاد جبراً على الراهن، لذا فإن القانون لم يسمح لطرفي عقد الرهن، الدائن المرتهن والراهن، بالاتفاق على غير ذلك، فلم يجر اتفاق الطرفين على تملك الدائن المرتهن للمال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون، واتفاق ببيع المرهون دون اتباع الإجراءات المحددة قانوناً<sup>(١)</sup>، فقد حرم القانون هذه الاتفاقات كونها تخالف ما حدده للتنفيذ على المال المرهون وتعطل آثار الرهن المترتبة بعد حلول أجل الدين المضمون، فهذه الاتفاقات المخالفة للقانون شروط تقتزن بالعقد . أو كما تسمى بشروط التقييد . ويقصد بها على وفق الفقه القانوني ((كل ما يشترطه الطرفان المتعاقدان لتحديد علاقاتهما وتعيين التزاماتهما وحقوقهما الناشئة عنها))<sup>(٢)</sup>، ويذكر أحد الفقهاء بصدد المقصود بالشرط التقييدي ((بأن ما نقصده بشروط التقييد تلك الشروط التي يدرجها المتعاقدون في اتفاقهم وتصرفاتهم القانونية والتي يكون الهدف منها تحديد مضمون التصرف وتقييده على وجه دون آخر لذلك تأخذ هذه الشروط شكل بنود التعاقد، وتتمثل في أعباء معينة أو التزامات محددة تفرض على أحد طرفي التصرف أو على كليهما))<sup>(٣)</sup> بمعنى آخر هو التزام بأمر مستقبل ممكن مشروع يضيفه المتعاقدان الى العقد المبرم بينهما، بحيث يتقيد به أثر العقد تغييراً أو تعديلاً أو إضافة<sup>(٤)</sup>، وعلى وفق ذلك يكون الالتزام بموجب هذه الاتفاقات شرطاً تقييدياً لا بد أن تتوفر فيه مقومات عديدة، منها أن يكون الالتزام في الشرط التقييدي بأمر مستقبل، ولا يعني بأننا بصدد أمر محتمل الوقوع، بل إننا بصدد التزام يتحتم على المدين الوفاء به وإلا كان مسؤولاً عن إخلاله بالالتزام، وهذا اختلاف واضح بين هذا الشرط و شرط التعليق<sup>(٤)</sup>. من جهة أخرى من مقومات شرط التقييد هو أن يكون الالتزام ممكن القيام به غير مستحيل، ومشروعاً. حيث إن هذا الشرط يقيد أثر العقد، وقد يكون هذا التقييد بالتغيير أو بالتعديل أو بالإضافة<sup>(٥)</sup>، والذي يهمنها هو النوع الثاني، أي التقييد بالتعديل لان الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن الذي يخالف مارسمه القانون للتنفيذ على المال المرهون، يعد تقييداً بالتعديل في آثار عقد التأمين العيني الاتفاقي التي حددها القانون، وهذا التعديل لم يجزه القانون وجعله مخالفاً للنظام العام، إلا أنه قد أجازته في حالات تشريعية محددة على سبيل الحصر، كما سنرى ذلك لاحقاً.

وعلى الرغم من وصف الفقه هذه الاتفاقات كونها شروطاً تقييدية، وأنها شروط يقتزن بها عقد الرهن، إلا أننا اعتمدنا المصطلح التشريعي الذي حدده المشرع في النصوص القانونية المنظمة لهذه الاتفاقات إذ إنه دائماً يشير الى كونها (اتفاقات). فقد جاء في القانون المدني العراقي في المادة ١٣٠١ ((...يقع باطلاً كل اتفاق... حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم...))<sup>(٦)</sup>، وأشار القانون المدني المصري الى ذلك، في المادة ١٠٥٢/١ ف منه، إذ جاء فيها ((يقع باطلاً كل اتفاق... لو كان هذا الاتفاق قد أبرم...))<sup>(٧)</sup>. وكذلك القانون المدني الفرنسي في المادة ١٣٤٨ منه استخدم مصطلح (Convenu) أي ((يتفق)) ومن ثم، فإنه يمكن القول بأن الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون، هي الاتفاقات التي تبرم بين طرفي عقد الرهن، ولم يجزها القانون لأنها تعدل من آثار العقد المحددة قانوناً المتعلقة بالتنفيذ على

(١) منع القانون هذه الاتفاقات، في المادة ١٣٠١ من القانون المدني العراقي والمادة ١٠٥٢ من القانون المدني المصري والمادتين ٢٣٤٦، ٢٣٤٨ من القانون المدني الفرنسي، وهذه المواد هي محل دراستنا التي سنأتي الى البحث فيها من خلال فقرات البحث.

(٢) د. صبحي المحمصاني - محاضرات في القانون المدني الجديد - الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام - مطبعة نخضة مصر - ١٩٥٨ - ص ٦٠. د. عبد المنعم البدراني - النظرية العامة للالتزامات. دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري - الجزء الثاني - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - ص ٢٥٤.

(٣) د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل - البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية - دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الانقاص - مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٨٨ - ص ١٢٣.

(٤) بهذا المعنى : د. محمد سلام مذكور - المدخل للفقه الإسلامي - الطبعة الأولى - القاهرة - دار النهضة العربية - ١٩٦٠ - ص ٦٥٥.

(٥) يقصد بشرط التعليق ((أمر مستقبل غير محقق الوقوع ممكن يعلق عليه نشوء الالتزام أو زواله)). الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية - الجزء الأول - الطبعة الثالثة - مطبعة الجامعة السورية - ١٩٥٢ - ص ٥٢٦.

(٦) انظر المواد ٢٥٣٦، ٢٥٤١، ٥٥٦، ٥٥٧ من القانون المدني العراقي - فهنا تظهر شروط التقييد في صورة عيب أو تكليف يقع على عاتق احد المتعاقدين أو كلاهما، فالعقد المقترن بما تقوم بدونها مستوف لجميع عناصره الجوهرية إلا أن تأثيرها يتحدد بآثار العقد، فهذه الشروط تختلف عن شروط التعليق في إن إقترانها بالعقد لا يجعل العقد موصوفاً أو معلقاً. د. ابراهيم الدسوقي - مصدر سابق - ص ١٢٣.

(٧) بينما استخدم المشرع العراقي في قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل - مصطلحي ((الشرط)) و ((الاتفاق)) إذا جاء فيه في المادة ١٩٦ منه ((يبطل كل شرط في عقد الرهن أو كل إتفاق بعد انعقاده...)).

(٨) وكذلك استخدم المشرع المصري مصطلح (الاتفاق) في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ في المادة ١٢٩ منه إذا جاء فيها ((يكون باطلاً كل اتفاق يبرم وقت تقرير الرهن أو بعد تقريره...)).

المال المرهون، وحددها القانون بالاتفاق على تملك المرهون عند عدم وفاء الدين المضمون أو الاتفاق على بيع المرهون من دون إتباع الإجراءات.  
وبناء على ما تقدم، نحاول في المباحث القادمة، دراسة هذه الاتفاقات وأحكامها، والحالات التي بموجبها أقر المشرع صحتها خلافاً للقاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز هذه الاتفاقات، ونبدأ أولاً بدراسة الاتفاق على تملك الدائن المرتهن للمال المرهون عند عدم وفاء الدين المضمون في المبحث الأول.

### المبحث الأول

#### الاتفاق على تملك الدائن المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء

الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن في عقد الرهن التأميني أو الحيازي ، على أن يملك الدائن المرتهن المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالتزامه المضمون بالرهن، ويعد ذلك اتفاقاً يتضمن تغييراً بتعديل الآثار التي يربتها عقد الرهن بالنسبة للدائن المرتهن تلك الآثار التي تتعلق بحق الأخير في التنفيذ على المال المرهون ومن ثم يعدل ما حدده القانون بشأن ذلك. ولكن قد تكون هناك علاقة بين بيع الوفاء في القوانين المختلفة وهذا الاتفاق، لذا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين، نخصص الأول منهما لدراسة أحكام الاتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء، وندرس في المطلب الثاني العلاقة بين بيع الوفاء والاتفاق على تملك المرهون.

### المطلب الأول

#### أحكام الاتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء

قد يتضمن عقد الرهن ذاته أو يلحق به إتفاق بين الدائن المرتهن والراهن على أن يملك الأول المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون عند حلول أجله بتمن يحدده الطرفان، ويقبل الراهن الاتفاق لحاجة المدين الملحة الى هذا المال، خاصة إذا كان هو المدين نفسه، وفي أغلب الحالات لا يتناسب الثمن المتفق عليه مع قيمة المال المرهون الحقيقية ومن ثم يستغل الدائن المرتهن حاجة الراهن، لهذه المسوغات وغيرها، جعل المشرع هذا الاتفاق باطلاً. ولكن ما هو تأثير هذا البطلان على عقد الرهن المقترن به الاتفاق. وللاجابة على ذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين ، في الأول ندرس بطلان الاتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء ونخصص الفرع الثاني لدراسة اثر بطلان الاتفاق على عقد الرهن.

### الفرع الأول

#### بطلان الاتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء

تعد التأمينات العينية ومنها الاتفاقية، ضماناً فعالاً لإستحصال الدين المرتب في ذمة المدين من قيمة المال المرهون، مادام الأخير لم يهلك ، لذا لم يسمح المشرع للدائن المرتهن التخلص مما تفرضه الإجراءات القانونية للتنفيذ على المال المرهون، التي توجب بيع المرهون في المزاد العلني واستيفاء المرتهن حقه من ثمن المرهون. بعبارة أخرى ، لم يجز القانون للمرتهن أن يغير آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن أي لم يجز تعديل حقه في التنفيذ على المال المرهون. فقد تدخل المشرع العراقي في المادة (١٣٠١) من القانون المدني لتحديد الطريق الواجب سلوكه عند التنفيذ على المرهون من قبل المرتهن، إذ نصت على أن (( لا يغلق الرهن، فيقع باطلاً كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون رهناً تأمينياً بالدين، أو بأي ثمن كان،...حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن))<sup>(١)</sup>. وكذلك جاء الحكم ذاته في قانون التجارة العراقي النافذ في المادة ١٩٦ منه ، إذ نصت على أن (( يبطل كل شرط في عقد الرهن أو كل اتفاق بعد إنعقاده يعطي الدائن المرتهن في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول أجله الحق في تملك المرهون....))<sup>(٢)</sup>.

(١) وهذه الأحكام المتعلقة بمنع تملك المرتهن للعقار المرهون الخاصة بالرهن التأميني، تتبع في نطاق الرهن الحيازي كذلك، بموجب المادة ٢/١٣٤١ من هذا القانون. أما القانون المدني المصري فقد تضمن نصاً يشير الى عدم جواز الاتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء في الرهن التأميني في المادة ١٠٥٢ منه حيث جاء فيها (( يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في ان يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أياً كان....، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن)) وتسري هذه الأحكام على رهن الحيازة بموجب المادة ١١٠٨ من هذا القانون.

(٢) وتقابلها في القانون التجارة المصري المادة ١٢٩ منه حيث جاء فيه (( يكون باطلاً كل اتفاق يرم وقت تقرير الرهن أو بعد تقريره يعطي الدائن المرتهن في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول أجله الحق في تملك الشيء المرهون....)) وقد أشير سابقاً الى هذين القانونين. انظر ص ٧ هامش (٢، ٣) من البحث.

ويشير الفقه<sup>(١)</sup>، إلى إن الحكمة من بطلان هذا الاتفاق هي حماية طرفي عقد الرهن، وبالأخص حماية الراهن، إذ قد يلجأ الدائن المرتهن إلى تضمين عقد الرهن هذا الاتفاق حتى يستغل موقف الراهن الذي يكون ضعيفاً عادة ففي أكثر الحالات يفرض الدائن المرتهن على الراهن هذا الاتفاق للقبول بإبرام عقد الرهن، وكثيراً ما يعتقد الراهن بأن الدين سيؤفى عند حلول أجله مستخفاً بالظروف ويتفق على جعل الثمن هو الدين المستحق ذاته، أو إذا كانت قيمة المرهون تزيد كثيراً عن هذا الدين، يجعل الثمن أكبر من الدين المستحق (المضمون) ولكنه لا يصل عادة إلى قيمة المال المرهون ومن ثم يكون ليس لمصلحة الراهن. وعليه، فإن المشرع أراد حماية الراهن من هذا الاستغلال المخالف للنظام العام فذكر أن هذا الاتفاق باطلاً أي أن الثمن الذي اتفق عليه، بل يكون الاتفاق باطلاً إذا كان يقضي بأن يمتلك المرتهن عيناً أخرى مملوكة للراهن عند عدم وفاء المدين بدينه المضمون. وكذلك يبطل كل اتفاق بين طرفي العقد يؤدي إلى تحقيق المقصود من الاتفاق على تملك المرهون، ومن ثم يبطل الاتفاق الذي بمقتضاه يستولي المرتهن على جميع الثمن المتحصل من بيع المرهون دون مراعاة لقيمة الدين. من جهة أخرى، قد يتقرر بطلان هذا الاتفاق ولكن لمصلحة الدائن المرتهن، كما لو تم عند إبرام عقد الرهن على تملك المرتهن للمال المرهون وتم تحديد ثمن هذا المال، ولكن عند حلول أجل الدين وعدم وفاء المدين بدينه المضمون نزلت قيمة المرهون بكثير وخاصة إذا كان عقاراً. لهذه الأسباب لم يجز القانون المدني العراقي والمصري الاتفاق على تملك المال المرهون من قبل الدائن المرتهن عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون، وعد هذا الاتفاق باطلاً.

وللأسباب المتقدمة، ذهب الفقه الفرنسي إلى بطلان الاتفاق على تملك الدائن المرتهن بوصفه مخالفاً للنظام العام، فأبى اتفاق بين طرفي عقد الرهن بتملكه بموجبه الدائن المرتهن المال المرهون يعد باطلاً استناداً لأحكام المادة ٢٠٧٨/٢ ف من القانون المدني الفرنسي<sup>(٢)</sup>، إلا أن المشرع الفرنسي قد ألغى نص المادة المذكورة بموجب المادة (١١) من القانون رقم ٣٤٦ في ٢٣/٣/٢٠٠٦ وأحل محلها المادة ٢٣٤٨ بفقراتها الثلاث التي نظمت الاتفاق على تملك المرهون. إذ جاء فيها (( يمكن الاتفاقات عند إبرام عقد الرهن أو لاحقاً، عند تنفيذ الالتزام المضمون، يصبح الدائن المرتهن مالاً للمال المرهون. وتحدد قيمة المرهون يوم نقل الملكية، من قبل خبير تختاره المحكمة أو الاتفاق، فيما عدا إذا كان هناك سعر رسمي للمال المرهون حسب وثائق رسمية في ضوء ما مستقر عليه في القواعد المالية والنقدية، وأي اتفاق يخالف ما تقدم، يعد كأن لم يكن، وعندما تتجاوز قيمة المال المرهون مبلغ الدين المضمون، فإن الفرق يعود للمدين إذا لم يكن هناك دائنين مرتهنين آخرين يستطيعون حجزه))<sup>(٣)</sup>.

يتضح من هذا النص، أن المشرع الفرنسي قد أجاز الاتفاق على تملك الدائن المرتهن للمال المرهون تأمينياً أم حيازياً سواء أبرم هذا الاتفاق عند تكوين عقد الرهن أم لاحقاً، ولكن بشرط أن يحدد ثمن المال وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٣٤٨، أي

(١) د. عبد الرزاق السنهوري - مصدر سابق - ص ٤٢٢. د. سليمان مرقس - التأمينات العينية - بدون مكان طبع - ١٩٥٩ - ص ٤٣٤. الأستاذ محمد طه البشير - د. غني حسون طه - الحقوق العينية - الجزء الثاني - وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - جامعة بغداد - ١٩٨٢ - ص ٤٢٩. د. سمير عبد السيد تناغو - التأمينات العينية الاسكندرية - ٢٠٠٠ - ص ١٢٣. د. محمد كامل مرسي - الحقوق العينية أو التأمينات العينية - القاهرة - ١٩٥١ - ص ١٣٦. M.planiol et G.Riepert - Traité partique de droit - XII- E.Becqué -L.G.D.J -1953 -no.120

(٢) J.Mestre, E.Putman et M.Billiau - Traité de droit civil - Droit spécial des sûretés réelles - J.Ghestiaim - L.G.D.J - 1980 - no, 860.

وقد جاء في المادة ٢٠٧٨، الفقرة الثانية والتي ألغيت بكافة فقراتها كما ذكرنا أعلاه مايلي :-

(( Toute clause qui autoriserait le créancier a s'appropriere le gage ou à en disposer sans les Formalités ci-dessus st nulle)).

(٣) L'article 2348 code civil:

(( Il peut être convenu lors la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.

La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organize au sens du code monétaire et financier.

Toute clause contraire est réputée non écrite.

Lorsque cette valeur exceed le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée)).

نقلاً عن الموقع الإلكتروني

.www.legifrance. Gouv. Fr/affich code Article.do

من قبل خبير قضائي أو خبير يختاره الطرفان إذا لم يكن ثمن المال المرهون عقاراً كان أم منقولاً \_ محددًا حسب الوثائق الرسمية. هذا يعني أن الاتفاق على تملك المرهون من قبل الدائن المرتهن وبثمن يتفق عليه طرفاً عقد الرهن، سواء أكبر من الدين المضمون أو أقل منه، يعد كأن لم يكن حسب ما جاء في هذه المادة. فالمشرع الفرنسي، على وفق هذا التعديل أراد الحفاظ على عقد الرهن عندما قرر عدم بطلان عقد الرهن بصورة مطلقة، عند اقترانه باتفاق تملك الدائن المرتهن المال المرهون عند عدم تنفيذ الالتزام المضمون. إذ قرر القانون بطلان هذا الاتفاق إذا لم تتحقق الضمانات التي حددها في هذه المادة وعد هذا الاتفاق صحيحاً إذا التزم الطرفان بهذه الضمانات لأنها تحقق حماية الراهن وعدم استغلاله من قبل الدائن المرتهن. فالمشرع اشترط عدم تحديد ثمن المرهون من قبل طرفي عقد الرهن، بل يحدد على وفق الضمانات التي حددها التي توفر حماية الراهن، فإذا تحققت هذه الضمانات تحقق عدم استغلال الراهن وفي الوقت ذاته يبقى عقد الرهن صحيحاً. بعبارة أخرى أن المشرع الفرنسي لم يجعل الاتفاق على تملك المرهون باطلاً في جميع الحالات وبصورة مطلقة كما كان سابقاً قبل ٢٣/٣/٢٠٠٦، وفقاً للمادة ٢٠٧٨ الملغية، وإنما جعل هذا الاتفاق على وفق التعديل الصادر بموجب المادة ٢٣٤٨ باطلاً وكأن لم يكن في حال عدم التقيد بالضمانات التي حددها المشرع التي تجنب استغلال الراهن، وعليه يكون باطلاً الاتفاق على تملك المرهون مقابل ثمن يتفق عليه طرفاً عقد الرهن عند إبرام عقد الرهن، أو بثمن مساو للدين المضمون، أو الاتفاق على ثمن يقدر خلافاً لما نص عليه هذا التعديل<sup>(١)</sup>. إذ تعد هذه الاتفاقات باطلة وكأن لم تكن لأنها جاءت مخالفة للآثار التي رتبها القانون على عقد الرهن، ومعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون، عندها يُبطل هذا الاتفاق.

وفي أكثر الحالات، يتم الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند تكوين عقد الرهن، ولكن في بعض الحالات يمكن أن يكون الاتفاق على تملك المرهون بعد تكوين عقد الرهن، أي في وقت لاحق على إبرام عقد الرهن، ووفقاً للقانونين العراقي والمصري يُعد الاتفاق اللاحق كالاتفاق المعاصر لعقد الرهن باطلاً<sup>(١)</sup>. أما في القانون المدني الفرنسي، فإنه قبل صدور القانون ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ لا يوجد نص صريح يشير الى مصير هذا الاتفاق، وعليه فإن بعض الفقهاء الفرنسيين تصدوا لذلك، وذكروا بأنه لا يوجد تمييز من جهة آثار وجود هذا الاتفاق على الفترة التي يشترط فيها إستناداً الى مبدأ حرية التعاقد، إذ يعد الاتفاق على تملك المرهون باطلاً في أي وقت تم فيه الاتفاق سواء وقت إبرام عقد الرهن أو في وقت لاحق على ذلك، فالضغط يبقى على المدين مادام لم يتم بوفاء الدين المضمون<sup>(٢)</sup>. في حين ذهب قسم آخر منهم الى أن بطلان الاتفاق يجب أن يكون بنص صريح، مالم يوجد نص يقيد حرية المتعاقدين في الاتفاق بعد إبرام عقد الرهن، فلا يوجد ما يمنع من الاتفاق على تملك المرهون بعد انعقاد الرهن<sup>(٣)</sup>. والاتجاه الأخير أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قرارات عديدة، إذ حكمت بصحة الاتفاق اللاحق على إبرام العقد مسوغاً رأياً هذا، بأن الراهن بعد تكوين عقد الرهن هو أكثر حرية مما كان عليه عند إبرام عقد الرهن ومن ثم لا يكون تحت ضغط المرتهن واستغلاله لأن عقد الرهن قد إنعقد، لذا لا يوجد مسوغ لتقييد حق الدائن المرتهن في التنفيذ على المرهون والحصول على حقه<sup>(٤)</sup>. أما بعد صدور قانون الضمان برقم ٣٤٦ في ٢٣/٣/٢٠٠٦ فإن الأمر تغير إذ أجازت المادة ٢٣٤٨ صراحة الاتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء سواء تم الاتفاق في عقد الرهن أم في وقت لاحق بعد إبرامه بشرط توافر الضمانات التشريعية<sup>(٥)</sup>. أما عند عدم التقييد بهذه الضمانات، فإن الاتفاق على تملك المرهون يعد باطلاً وكأن لم يكن سواء اتفق عليه في عقد الرهن أم بعد إبرامه.

(١) وأكد المشرع الفرنسي على بطلان الاتفاق على تملك المرهون وفقاً للمادة ٢٣٤٨ في قانون خاص هو تعديل قانون الاستهلاك الصادر بالقانون رقم ٧٣٧/٢٠١٠ في ١٠/٧/٢٠١٠ وذلك في المادة ٣١١ فقرة (٢٣) وفقرة (٣٢)، حيث جاء في هاتين الفقرتين وبصيغة واحدة، عدت فيها هذا الاتفاق باطلاً وكأنه غير مكتوب بموجب المادة ٢٣٤٨ في القانون المدني الفرنسي: ((...du pacte comissoire prévu à l'artice 2348 qui est répute non écrite))

www.legifrance.gouv.fr/affich code Article.do.

نقلًا عن الموقع الإلكتروني:

(٢) انظر المادة (١٣٠١) من القانون المدني العراقي التي تضمنت هذه الأحكام، وتطابقها المادة ١٠٥٢/١ ف١ من القانون المدني المصري.

(٣) Plaiol, Ripert et Becque –ouvr. Préc– no.121.

G.Marty,P.Raynaud et ph.Jestaz–les sûretés,la publicité foncière– 2' édition– sirey– 1987.no.102.

(٤)J.Mestre,E.Putman et M.Billiau– ouvr. Préc– no, 861.

(٥)Cass.civ,17,nov,1959,cass.civ.20 juin,1983 alloz,1989,p.175

J.Mestre,E.Putman et M.Billiau– ouvr. Préc– no, 861.

(٥) L.'article 2348 ( Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou post'erieurement...).

تبين لنا في الفقرة السابقة، أن الاتفاق على تملك المرهون يعد باطلاً سواء تم الاتفاق عند إبرام العقد أم بعد إبرامه، في جميع القوانين محل المقارنة، ولكن الى أي وقت بعد إبرام عقد الرهن يستمر مصير هذا الاتفاق هو البطلان؟ القانون المدني المصري حدد حكم هذه المسألة صراحة في المادة ١٠٥٢ الفقرة الثانية منها، إذ حدد الوقت الذي يمتد اليه البطلان وهو لغاية حلول أجل الدين المضمون أو جزء منه<sup>(١)</sup>. وعليه يصح الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن، على تملك المرتهن المال المرهون بمقابل الدين أو أكثر منه أو أقل منه إذا أبرم هذا الاتفاق بعد حلول أجل الدين أو حلول قسط منه، فالراهن لا يكون في هذا الوقت تحت ضغط الحاجة لأن الدين قد أستحقه ويستطيع أن يمتنع عن الاتفاق مع الدائن المرتهن ويطلب بيع المرهون طبقاً للإجراءات القانونية التي تنتهي ببيع المال في المزاد العلني<sup>(٢)</sup>. أما القانون المدني العراقي فلم يتضمن نصاً مماثلاً لما جاء في الفقرة الثانية من المادة (١٠٥٢) من القانون المدني المصري، أي لا يوجد نص يبين حكم الاتفاق الحاصل بعد حلول أجل الدين المضمون كله أو قسط منه، لكننا نعتقد بأنه يمكن الأخذ بما جاء به القانون المدني المصري، فهذه الأحكام لا تتعارض مع المادة (١٣٠١) من القانون المدني العراقي التي نصت على بطلان الاتفاق الحاصل بعد إبرام عقد الرهن وذلك للأسباب التي ذكرها الفقهاء والتي اشرنا إليها في أعلاه، فضلاً عن إن الاتجاه القضائي المقارن يرى صحة الاتفاق الحاصل بعد حلول اجل الدين كله أو قسط منه<sup>(٣)</sup>.

نستنتج مما تقدم، أن القانون المدني الفرنسي يختلف عن القانون المدني العراقي والمصري في تقرير بطلان الاتفاق على تملك المرهون، فالأول لا يجعل البطلان مصيراً لهذا الاتفاق في جميع الحالات، حيث قلل من حالات البطلان وقصرها على الحالات التي لم تتوافر فيها الضمانات الكافية التي يتحدد على أساسها ثمن المال المرهون. بينما القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري وكذلك قوانين التجارة في العراق ومصر، جعلت الاتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء باطلاً في كل الحالات وبصورة مطلقة، إذ يعد هذا الاتفاق معدلاً لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون لذا يكون مصيره البطلان في جميع الحالات. وقد يؤثر هذا البطلان على عقد الرهن المقترن به فيؤدي الى بطلان العقد أيضاً، وقد يقتصر البطلان على الاتفاق فقط دون أن يمتد الى العقد. وهذا ما سيتم البحث فيه في الفرع التالي.

### الفرع الثاني

#### أثر بطلان الاتفاق على عقد الرهن

يختلف أثر بطلان الاتفاق على تملك الدائن المرتهن المال المرهون على عقد الرهن المقترن به بحسب الفقه القانوني في القوانين المقارنة. فعلى وفق القانونين العراقي والمصري، هناك رأيان فقهيان في هذا الصدد يذهب الأول منهما<sup>(٤)</sup>، إلى أن بطلان الاتفاق يمكن أن يؤدي الى بطلان عقد الرهن المقترن به إذا كان هذا الاتفاق هو الباعث لإبرام عقد الرهن، إذ وفقاً للقواعد العامة في هذين القانونين، يكون الاتفاق الباطل غير مؤثر في عقد الرهن المقترن به إذا لم يكن هو الباعث الدافع لإبرام عقد الرهن، إذ يبقى عقد الرهن صحيحاً ويلغى الاتفاق الباطل لوحده، في حين إذا كان هذا الاتفاق هو الباعث الدافع لإبرام عقد الرهن، فعندها يبطل العقد والاتفاق المقترن به معاً<sup>(٥)</sup>. ولكننا لا نتفق مع الرأي المتقدم ونؤيد الرأي

(١) إذ جاء فيها (ولكن يجوز، بعد حلول الدين أو حلول قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاءً لدينه) ويسري هذا الحكم على الرهن الحيازي على وفق نص المادة ١١٠٨ من القانون المدني المصري التي جاء فيها (يسري على رهن الحيازة... وأحكام المادة ١٠٥٢ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشروط البيع دون إجراءات).

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري - مصدر سابق - ص ٤٢٣-٤٢٤ - د. سمير عبد السيد تناغو - مصدر سابق - ص ١٢٤. د. احمد سلامة - التأمينات المدنية- دار التعاون للطباعة - مصر، ١٩٦٦- ص ١٨٠.

(٣) انظر القرارات القضائية الفرنسية المشار إليها في هامش رقم ١٣-١٣-١٣ هامش رقم (٤) من البحث. وكذلك قرار محكمة النقض المصرية الذي يؤيد هذا الاتجاه القضائي إذ جاء فيه ((ان اتفاق الراهن مع الدائن المرتهن على تملك هذا الأخير العقار المرهون إذا لم يتم الوفاء بالدين يقع باطلاً متى أبرم هذا الاتفاق وقت إنشاء الرهن أو قبل حلول اجل الدين، أما بعد حلول الدين أو قسط منه فانه يجوز للراهن أن ينزل للدائن عن العقار المرهون ويكون هذا التصرف بيعاً صحيحاً سواء كان الثمن هو ذات الدين أو ما يزيد أو يقل عنه)) نقض ١٥/٩٨٢ - ٤/١٣٤٤/٤٨ ق. نقلاً عن المستشار أنور طلبية - المطول في شرح القانون المدني - الجزء ١٤ - ط ١ - الإسكندرية - ٢٠٠٤ - ص ٤٥٠.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري - مصدر سابق - ص ٤٢٥. صالح ناصر العتيبي - فكرة الجوهري في العلاقة العقدية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - ٢٠٠١ - ص ١٣٢-١٣٤. د. اسماعيل غام - مصادر الالتزام - مكتبة عبد الله هبه - القاهرة - ١٩٦٦ - ص ٢٩٦. المستشار أنور طلبية - مصدر سابق - ص ٤٤٩.

(٥) وذلك استناداً للمادة ١٣١/٢ من القانون المدني العراقي إذ جاء فيها (( كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لاحد المتعاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام ولا لغايع الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد أيضاً)). وكذلك جاء بمبدأ الأحكام في المادة (١٣٩) منه إذ جاء فيها (( إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان يتم بغير الشق الذي وقع باطلاً)) وتطابقها في الأحكام ذاتها في القانون المدني المصري المادة ١٤٣ منه.

الثاني<sup>(١)</sup>، الذي يذهب الى إمكانية المحافظة على عقد الرهن من الانهيار مادام بقاؤه لا يتعارض مع ما يبغى المشرع تحقيقه بل يتفق مع تلك الأهداف وذلك باستبعاد الجزء الباطل، أي الاتفاق على تملك المرهون، استبعاداً وجوبياً لأن هذا الاتفاق، مخالف للنظام العام، عندها يبقى عقد الرهن صحيحاً مرتباً لآثاره ويؤدي الى تحقيق غاية المشرع من وراء بطلان الاتفاق، إذ إن الاستبعاد الوجوبي للجزء الباطل يحكم القانون\_ يُنقذ عقد الرهن من البطلان المحتمل ويجعله موافقاً للنظام العام<sup>(٢)</sup>. في حين الإعتداد بالمعيار القسدي وإرادة الدائن المرتهن على وفق الرأي الأول، قد يؤدي الى بطلان عقد الرهن كلياً إذا كان هذا الاتفاق هو الباعث الدافع لإتقاد الرهن.

أما تأثير بطلان اتفاق تملك المرتهن للمرهون على عقد الرهن المقترن به في القانون المدني الفرنسي، فقد علمنا أن هذا القانون لا يجيز الاتفاق على تملك المرهون وبعده باطلاً قبل صدور المادة ٢٣٤٨، وعليه فان تأثير هذا البطلان على عقد الرهن يستشف من نص المادتين ٩٠٠ و ١١٧٢ منه، فعلى وفق المادة ٩٠٠ ((أن الشروط المستحيلة أو المخالفة للنظام العام أو الآداب أو القانون التي تتضمنها الوصية أو التبرعات تُعد كأن لم تكن))<sup>(٣)</sup>. في حين قضت المادة ١١٧٢ ببطلان العقد المقترن بشرط مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب مع بطلان الشرط<sup>(٤)</sup>. و على وفق ذلك فإن عقد التبرع يبقى ويُستبعد الشرط الباطل منه، بينما عقد المعاوضة، كعقد الرهن مثلاً، يُبطل كلياً بوجود الشرط المخالف للنظام العام أو الآداب أو الشرط الممنوع قانوناً<sup>(٥)</sup>، وقد سوغ بعض الفقهاء الفرنسيين هذا الاختلاف الواضح بين النصين، بقاء عقد التبرع دائماً باستبعاد الجزء الباطل يرجع الى إن أحد الطرفين في هذا العقد يحصل على شيء دون أن يعطي في مقابل ما حصل عليه، لذا يتردد هذا الطرف في التمسك بالبطلان خوفاً من استرداد الطرف الآخر لما حصل عليه هو، لذا لا يفرض عليه ذلك بل يوجب عليه الاحتفاظ بما حصل عليه، فالبطلان سوف يرد على الجزء الباطل فقط دون الأجزاء الأخرى، في حين إنه في عقود المعاوضات لم تتحقق هذه الفكرة لأنه دائماً هناك طرفان كل منهما يعطي شيئاً في مقابل ما حصل عليه<sup>(٦)</sup>. على الرغم من ذلك، فإن القضاء الفرنسي اتجه الى توحيد الحكم في الحالات جميعاً، سواء كانت تبرعات أم معاوضات، إذ إتجهت أحكام المحاكم الى أن الشرط الباطل المخالف للنظام العام إذا كان هو الباعث الدافع للتعاقد فان العقد بأكمله يكون باطلاً، أما إذا كان هذا الشرط ثانوياً بالنسبة للمتعاقدين وحده يكون باطلاً ويُعد كأنه لم يكن ويبقى العقد المقترن به صحيحاً مرتباً لآثاره، وعليه فإن عقد الرهن إذا تضمن اتفاقاً على تملك الدائن المرتهن المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالالتزام المضمون وكان هو الدافع لإبرام هذا العقد يكون عقد الرهن باطلاً كلياً، أما إذا كان هذا الاتفاق يُعد ثانوياً بالنسبة لطرفي عقد الرهن، فإن الاتفاق يبطل لوحده ويبقى عقد الرهن صحيحاً مرتباً لآثاره<sup>(٧)</sup>.

<sup>(١)</sup> ذهب الى هذا الاتجاه:

د. عبد العزيز المرسي حمود- نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري- دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة - اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة عين شمس ١٩٨٨، ص ٨٨. الاستاذ محمد طه البشير. د. غني حسون طه- مصدر سابق- ص ٤٣٠. د. سليمان مرقس - مصدر سابق- ١٣٦.

<sup>(٢)</sup> وهناك تطبيقات تشريعية في القانون المدني العراقي والمصري تؤيد هذا الاتجاه إذ تأخذ باستبعاد الجزء الباطل وجوبياً دون الاعتداد بقصد المتعاقدين في المواد ١٤٦، ٢٥٩/٢٥٩ ف/٢٠١٧ من القانون المدني العراقي والمواد ١٤٧/٢٤٤، ٢٠١٧/٢١٧ ف/٢٠١٧ من القانون المدني المصري

<sup>(٣)</sup> المادة ٩٠٠ المعدلة بموجب القانون ٢٠٠٦/٧٢٨ في ٢٣/٦/٢٠٠٦ والنافذة في ١/١/٢٠٠٧، حيث جاء فيها:

((Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux moeurs ,seront réputées non écrites)).

تقلاً عن الموقع الالكتروني [www.easy droit,fr/codes-et-lois/](http://www.easy droit,fr/codes-et-lois/)

<sup>(٤)</sup>L. article 1172((Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes moeurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle, la convention qui en dépend)).

تقلاً عن الموقع الالكتروني السابق.

<sup>(٥)</sup>Weill et Terré - droit civil - les obligations- Dalloz - 4<sup>e</sup> édition- 1986- no, 327.

<sup>(٦)</sup>J.Flour, J.Luc Aubert et Savaux- Obligation -1- L'act juridique- ARMAND Colin -2000, no.358.

<sup>(٧)</sup> وقد اوضحت الغرفة المدنية الاولى في محكمة النقض الفرنسية في حكمها بتاريخ ١٦/٣/١٩٨٣ بان ((إذا كان بطلان الاتفاق على تملك المال المرهون عند عدم الوفاء لم يتناول إلا الاتفاق ذاته، فإن الامر مختلف عندما يشكل هذا الاتفاق السبب الدافع للعقد)) تقلاً عن- J.Mestre, E.Putman et M.Billiau-ouvr. Préc no.864.

وكذلك القرارات التالية:

Cass 3e civ,5 févr, 1970 ,D,1973, 151, sous not cass com,27 mars,1990,bull,civ,Iv, no.93,p.62  
RTD.civ,1991.112.obs.J.mestre. تقلاً عن:

F.Terré, P.Simler et Y.Lequette- droit civil- les obligations- 8e, édition ,Dalloz,2002,no.420

في حين ظهر إتجاه فقهي<sup>(١)</sup>، يرى خلاف الاتجاه القضائي المتقدم، بأنه من أجل الحفاظ على عقد الرهن مع بقائه مطابقاً لما أراده المشرع أي مطابقاً للنظام العام، لذا يرى هذا الاتجاه- الذي سبق أن أيدناه- وجوب استبعاد الجزء الباطل لوحده لكونه مخالفاً للنظام العام، إستبعاداً وجوبياً وبحكم القانون مع الإبقاء على الأجزاء الأخرى من العقد أي يبقى صحيحاً مرتباً لآثاره ، ومن ثم يكون قد تم الأخذ بما أراده المشرع وهو عدم اقتزان العقد باتفاق مخالف للنظام العام، بينما الموقف القضائي السابق يُبطل العقد كلياً إذا كان الاتفاق الباطل هو الدافع للتعاقد.

ما تقدم كان على وفق نص المادة ٢٠٧٨ من القانون المدني الفرنسي التي ألغيت بصدور القانون رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦، فبموجب القانون الأخير الذي انشأ المادة ٢٣٤٨، فإن النص كان صريحاً بذكره بأن إتفاق تملك المال المرهون من قبل الدائن المرتهن يجب أن تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في هذا النص والتي جاءت لمنع استغلال الراهن وحمايته من عدم تقدير القيمة الحقيقية للمال المرهون وما يلحقه من غبن. ومن ثم فإن عدم توافر هذه الضمانات في هذا الاتفاق، فإنه يُعد كأن لم يكن، بمعنى أن بطلان هذا الاتفاق لا يؤثر في عقد الرهن، إذ يُبطل الاتفاق على تملك المرهون ويبقى عقد الرهن صحيحاً مرتباً لآثاره، فالتعديل الذي جاء به القانون المدني الفرنسي قد أزال الجدل حول تأثير هذا البطلان على عقد الرهن ، إذ كان النص القديم الملغى ينص على ((بطلان الاتفاق)) (( est nulle )) في حين جاء نص المادة ٢٣٤٨ واضحاً ينص على إنه ((غير مكتوب)) (( non écrite)). وعليه فإن الإتفاق على تملك المرهون يعد كأن لم يكن، ويعني ذلك بأن المشرع قد تدخل لتصحيح عقد الرهن تصحيحاً تشريعياً باستبعاد الجزء الباطل منه وجوبياً والإبقاء على العقد<sup>(٢)</sup>.

يتضح من موقف القانون المدني الفرنسي، بأنه لم يُبقَ الأمر خاضعاً للبائع الدافع للتعاقد وللاجتهاد القضائي المتعلق بهذه المسألة كما كان قبل صدور التعديل الأخير، فالأفضل هو الإبقاء على العقد مرتباً لآثاره ومطابقاً لأهداف المشرع في الوقت ذاته، أي رفع الاتفاق المخالف للنظام العام وهذا ما أراده المشرع والإبقاء على العقد بين طرفيه مرتباً لآثاره في الوقت ذاته، إذ يكون استبعاد الجزء الباطل المخالف للقانون إجبارياً بحكم القانون حتى لو كان هذا الجزء هو الدافع الى التعاقد بالنسبة لأحد المتعاقدين أو كليهما، لأن بقاء ذلك الجزء قد يؤدي الى بطلان العقد بأكمله.

يتضح لنا مما تقدم في هذا المطلب بفرعيه، أن الاتفاق الحاصل بين طرفي عقد الرهن على تملك المرتهن المال المرهون يُعد باطلاً، وإذا حصل هذا الاتفاق فإنه يبطل لوحده دون أن يؤثر على عقد الرهن المقترن به. ومع ذلك فإن بعض القوانين قد أقرت بيع الوفاء ونظمت أحكامه وهذا البيع يتضمن ستاراً يخفي وراءه اتفاقاً بين طرفي العقد على تملك المرتهن للمرهون، لذا نبين من خلال المطلب القادم العلاقة بين اتفاق تملك المرهون من جهة و بيع الوفاء من جهة أخرى.

<sup>(١)</sup>P.Malaurie et L.Ayné- Cours de droit civil- T.VI-les obligations-9' edition -paris- 1998-no.584.  
B.starck,H.Roland et L.Boyer-obligations-2-contract. Quatrième édition-paris- 1993-no.921-J.luc Aubert et p.Jestaz- connaissance du droit- le contract droit des obligations -daloz- paris- 1992 -p. 130.

<sup>(٢)</sup> انظر في الاستبعاد الوجوبي للجزء الباطل للإبقاء على العقد.

G.Marty et P.Raynaud - droit civil -les obligations -2° édition,T.1-Les sources-Sirey -1988- no.127,225.J.Floure,J.Luc. Aubert et savaux -ouvr.préc-no.360.F.Terré, P.Simler et lequette - ouvr.préc-no.421.

وفي الفقه العربي حول هذا الاستبعاد: د.رما فرج مكي، تصحيح العقد- دراسة مقارنة- الطبعة الأولى - المؤسسة الحديثة للكتاب - لبنان-ص-٤٤-٤٥.

### المطلب الثاني

#### العلاقة بين بيع الوفاء والاتفاق على تملك المرهون

عندما يبرم عقد البيع معلقاً على شرط فاسخ هو إذا رد البائع الى المشتري المبالغ التي يتفق عليها وهي الثمن والمصروفات في مدة معينة، أنفسخ عقد البيع، وعُد كأن لم يكن ورجع المبيع الى مُلك البائع وعُد أنه لم يخرج من ملكه اصلاً، يسمى هذا النوع من البيع ببيع الوفاء<sup>(١)</sup>. القانون المدني المصري لا يعد هذا النوع بيعاً، ويعد التصرف باطلاً<sup>(٢)</sup>، فالقانون يرى أن هذا البيع وسيلة تُخفي وراءها رهناً، حيث ينتهي الرهن الى تجريد البائع من ملكه وبئس قد يكون بخساً. فالبايع وفاءً لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع، بل يحصل على ما يحتاجه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة، وكثيراً ما يعتمد على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد، فإذا عجز عن رد الثمن ضاع عليه المبيع دون ان يحصل على ما يتعادل مع قيمته وتحمل غبناً ينبغي أن يدرأه القانون عنه، لذا عد القانون المصري هذا البيع بكل صورته تصرفاً باطلاً<sup>(٣)</sup>.

يتضح من موقف القانون المدني المصري، أن السبب الرئيس وراء بطلان بيع الوفاء هو إنه يخفي وراءه رهناً، ومن ثم يستخدم هذا العقد وسيلة للتحايل على إجراءات التنفيذ التي يتطلبها الرهن الحيازي، ويعدّل من حق المرتهن في التنفيذ على المرهون، من ثم يمكن الدائن المرتهن في أن يملك المال المرهون عن عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله، لذا فإنه في نطاق هذا القانون لا نكون أمام اتفاق على تملك المرهون لأن هذا الاتفاق مجاله بيع الوفاء الذي يخفي رهناً حيازياً، وهنا لا نكون أمام بيع وفاء ومن ثم ينتفي بحث هذه العلاقة في نطاق هذا القانون، فلا تظهر هذه العلاقة إلا في القوانين التي تصف بيع الوفاء بأنه رهن حيازي كالقانون المدني العراقي والقوانين التي تنظم بيع الوفاء وتبين أحكامه كالقانون المدني الفرنسي، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرعين الآتيين:

(١) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء الرابع - الطبعة الثالثة الجديدة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان، ٢٠٠٠ - ص ١٤٨. د. سليمان مرقس - مصدر سابق - ص ٤٣٦.

(٢) حيث تضمنت المادة ٤٦٥ من هذا القانون هذه الأحكام، حيث جاء فيها (إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد البيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً).  
(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - الجزء الرابع - ص ١٦٩-١٧١ - نقلاً عن الدكتور السنهوري - الجزء الرابع - مصدر سابق - ص ١٦٣ - ١٦٤. وهذه الأحكام أبدتها محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه ( عقد البيع الذي يخفي رهناً أي بيع وفاء يجوز إثباته بطلانه بكافة الطرق بين المتعاقدين).  
طعن ١٠٨٥ لسنة ٤٨ في ١٩٨٢/٢/٧ - نقلاً عن فتحة محمود قرة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض - الدائرة المدنية في خمس سنوات ٧٩ - ١٩٨٤ - الجزء الأول - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٨٤ - ص ١٢٩.

### الفرع الأول

#### موقف القانون المدني العراقي

يعد بيع الوفاء<sup>(١)</sup>، تصرفاً قانونياً صحيحاً في القانون المدني العراقي و قد عده رهناً حيازياً. ويذكر الأستاذ الدكتور حسن علي الذنون في هذا الصدد ((يبدو من نصوص القانون المدني العراقي، للوهلة الأولى أنه لا يعترف ببيع الوفاء كعقد ناقل لملكية معلقة على شرط فاسخ كما فعلت القوانين المدنية الغربية، ولا يجعل هذا العقد باطلاً كما فعل القانون المدني المصري، وإنما هو يقرر إن بيع الوفاء يعتبر رهناً حيازياً، وهو في هذا يُرد أن يأخذ بما ذهب إليه الفقه الإسلامي))<sup>(٢)</sup>. فهذا القانون أقر بيع الوفاء ولكنه أخذ بموقف الفقه الإسلامي بوصفه رهناً حيازياً وهذا الوصف قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس، إذ جاء في المادة ١٣٣٣ منه ((بيع الوفاء يعتبر رهناً حيازياً)). وهذا الحكم مأخوذ من مجلة الاحكام العدلية<sup>(٣)</sup>.

وعلى وفق ما تقدم، يُعد بيع الوفاء تطوراً للرهن في الشريعة الإسلامية، إذ أُجيز فيه أن ينتفع المرتهن بالعين المرهونة وأن يستولي على غلتها في مقابل انتفاع الراهن بالدين الذي قبضه من المرتهن، وهذا صورة من صور الربا إقتضاها التعامل، فسأيرت الشريعة الإسلامية في ذلك الضرورات العملية، ولما كان القانون المدني العراقي قد أجاز للدائن المرتهن ان يستولي على غلة العين المرهونة محتسباً أياها من الفوائد والمصاريف وأصل الدين، لذا يصبح التمييز بين الرهن وبيع الوفاء معدوماً للأهمية ويَجِبُ الرهن ببيع الوفاء<sup>(٤)</sup>.

(١) ووجه تسميته ببيع الوفاء كونه فيه عهد الوفاء من المشتري بأن يرد على البائع المبيع حين رد الثمن من البائع. الاستاذ محمد طه البشير. د. غني حسون طه - مصدر سابق - ص ٥٢٠ - هامش (١٥٠).

(٢) مؤلفه شرح القانون المدني العراقي - العقود المسماة - عقد البيع - مطبعة الرابطة - بغداد - ١٩٥٣ ص ٣٨٨.

(٣) إذ جاء في المادة ١١٨ منها (بيع الوفاء هو بيع المال بشرط ان البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع، وهو في حكم البيع الجائر بالنظر الى انتفاع المشتري به، وهو في حكم البيع الفاسد بالنظر الى اقتدار كل من المتعاقدين على الفسخ، وفي حكم الرهن بالنظر إلى إن المشتري لا يقدر على بيع المبيع من الغير). الأستاذ منير القاضي - شرح المجلة - الجزء الأول - الطبعة الأولى - القواعد الكلية - البيع، الإجارة - مطبعة العاني - بغداد - ١٩٤٩ - ص ٢٩.

(٤) فقد جاء في المادة ١٣٤٠ من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها (ليس للمرتهن ان ينتفع بالمرهون رهناً حيازياً دون مقابل وما حصل عليه من صافي ريعه وما استفاده من استعماله يخصم من الدين الموثق بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله...) وانظر تفصيل ذلك. د. حسن الذنون - مصدر سابق - ص ٣٨٨ - ٣٨٩.

ومن ثم يكون البائع (في البيع وفاءً) بمثابة الراهن، ويكون المشتري في مركز الدائن المرتهن رهناً حيازياً، إذ يحتفظ المشتري وفاءً (الدائن المرتهن) بالشيء المباع ويرده الى صاحبه البائع (الراهن) عند رد الأخير الثمن والمصرفات، ويتملك الدائن المرتهن (المشتري وفاءً) الشيء المباع (المال المرهون) عند عدم رد الراهن (البائع وفاءً) الثمن والمصرفات<sup>(١)</sup>. وعندها نكون أمام تملك الدائن المرتهن (المشتري وفاءً) للمرهون عند عدم وفاء المدين الراهن (وهو البائع وفاءً) بالدين (أي الثمن والمصرفات)، وقد قصد المتعاقدان التخلص من أثر بطلان الاتفاق على تملك المرهون وما قد يتبعه من بطلان عقد الرهن، لذا لجأ المتعاقدان إلى تسميته ببيع الوفاء، ولكنه يتضمن بالنظر لقصدتهما رهناً حيازياً. وهذا ما أكده المشرع العراقي عندما وصفه رهناً حيازياً<sup>(٢)</sup>.

وعلى هذا نعتقد بأن موقف القانون المدني العراقي قد أعطى للمتعاقدين وسيلة للتخلص من آثار بطلان الاتفاق على تملك المرهون، وذلك بإجازته بيع الوفاء وعده رهناً حيازياً، فقد وقع في خلط وتناقض، لأن هناك إختلافاً جوهرياً بين بيع الوفاء والرهن الحيازي، فالمشتري وفاءً (وهو بمركز الدائن المرتهن) تملك الشيء المباع ولكن تحت شرط فاسخ، في حين لا يملك الدائن المرتهن رهناً حيازياً المال المرهون وإنما تنتقل إليه حيازته فقط، والبائع وفاءً (وهو بمركز الراهن) يتجرد عن ملكه في البيع وفاءً، بينما لا يتجرد الراهن عن المُلْك وإنما عن الحيازة فقط، من جهة ثانية، فإن البائع إذا كان بمركز الراهن، فالراهن كثيراً ما يكون مديناً وقدم الشيء المرهون ضماناً لسداد الدين المضمون المترتب في ذمته، ويجبر على سداد هذا الدين للتخلص من الرهن، بينما البائع وفاءً لا يكون مديناً بدين سابق ولا يكون مجبراً على رد الثمن (الذي هو بمثابة الدين) وإنما له الحق في أن يرد الثمن ويسترد المبيع<sup>(٣)</sup>. من جهة ثالثة، إنه بيع يخول المشتري على المبيع حقاً عينياً أصلياً هو حق الملكية، في حين إن عقد الرهن الحيازي يخول المرتهن على المرهون حقاً عينياً تبعياً هو حق الرهن الحيازي، فالدائن المرتهن له ضمانان وحقان، فهو كدائن له حق شخصي يخوله حق الضمان العام على جميع اموال المدين، ويوصفه مرتين له حق الضمان الخاص يخوله مزاي الحبس والتقدم والتتبع. وفي البيع وفاءً يكون الدائن المرتهن في مركز المشتري وفاءً، والمشتري يستطيع أن يتصرف بالمباع بوصفه مالكا له ولكنها ملكية معلقة على شرط فاسخ هو الإسترداد، وهذا ما يتناقض مع وصفه دائناً مرتين لأن الأخير لا يستطيع أن يتصرف بالمرهون بالبيع أو أي تصرف ناقل للملكية<sup>(٤)</sup>.

يستنتج مما تم ذكره، إن هناك إختلافاً جوهرياً بين بيع الوفاء والرهن الحيازي، ونظراً لهذا الإختلاف ومن أجل الحفاظ على ما جاء به القانون المدني العراقي من إجراءات التنفيذ على المال المرهون عند عدم وفاء الدين المضمون وعدم تجاوز الدائن المرتهن لما خوله المشرع من حق للتنفيذ على المال المرهون، نرى وجوب إلغاء المادة ١٣٣٣ لأن بقاءها يعني السماح ضمناً بالاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند عدم وفاء الدين المضمون والتحايل على أحكام بطلان هذا الاتفاق<sup>(٥)</sup>. فالمادة ١٣٠١ من القانون المدني توجب بطلان هذا الاتفاق في نطاق الرهن الحيازي استناداً لأحكام المادة ١٣٤١/٢ف التي ألزمت إتباع هذا الحكم في نطاق الرهن الحيازي أي سنكون أمام تعارض بين المادة ١٣٠١ وأحكام المادة ١٣٣٣ فالأولى أوجب بطلان إلا تفاق بينما الثانية سمحت به وأجازته تحت تسمية أخرى هي بيع الوفاء، بل الأكثر من ذلك وصفت هذا البيع بأنه رهن حيازي. بالإضافة إلى ذلك، فأنا وجود المادة ١٣٣٣ يتعارض مع أحكام المادة ١٣٤١/٢ف التي تضمنت صراحة بطلان كل اتفاق بتملك المرتهن المال المرهون عند عدم استيفائه للدين<sup>(٦)</sup>.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري - الجزء الرابع - مصدر سابق - ص ١٤٨، ١٦١، ١٤٨. د. خالد حمدي عبد الرحمن - البيع المرتد - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٩ - ص ٥٩.

(٢) في المادة ١٣٣٣ من القانون المدني.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري - مصدر سابق - الجزء الرابع - ص ١٤٨. د. سليمان مرقس - مصدر سابق - ص ٤٣٦.

(٤) د. حسن علي الذنون - مصدر سابق - ص ٣٨٨ - ٣٨٩. د. غني حسون طه - مصدر سابق - ص ٥٢٦.

(٥) ويرى الدكتور حسن علي الذنون بأنه يمكن الاكتفاء بأحكام المادة ٥٠٩ من القانون المدني العراقي التي تجيز شرط الخيار مدة معلومة حتى يزول التعارض مع المادة ١٣٣٣ وإلغاء هذه المادة حيث جاء في المادة = = = ٥٠٩ ( يصح أن يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة، ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية الى المشتري سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما معاً أو لأحدهما ) المصدر ذاته المشار إليه في الهامش السابق.

(٦) حيث جاء في المادة ١٣٤١/٢ف (( والرهن الحيازي كالرهن التأميني في اقتصار التنفيذ على المرهون اذا كان الراهن غير المدين وفي بطلان كل اتفاق يملك المرتهن المرهون عند عدم استيفائه للدين، وفي جواز نزول المرتهن للغير عن الدين الذي له مع الرهن الذي يوثق هذا الدين وتبعية في كل ذلك أحكام المواد ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢. ))

فالمشرع بموجب المادة ١٣٤١/ف٢ منع الدائن المرتهن من تعديل حقه في التنفيذ على المرهون رهناً حيازياً وجعل مثل هذا التعديل المتفق عليه مع الراهن باطلاً، في حين أجاز في المادة ١٣٣٣ وجود الاتفاق على تملك المرهون. لذا من أجل تطبيق هذه الاحكام، ونقترح إلغاء المادة ١٣٣٣ وعدم إجازة بيع الوفاء، وعد هذا التصرف باطلاً كما فعل المشرع المصري، خاصة وإن المشرع العراقي لم يتطرق إلى بيع الوفاء إلا في هذه المادة، على عكس المشرع الفرنسي الذي نظم أحكامه بالتفصيل في عدة مواد، وهذا ما سنراه في الفرع القادم.

### الفرع الثاني

#### موقف القانون المدني الفرنسي

نظم القانون المدني الفرنسي البيع مع إمكانية الاسترداد في المواد ١٦٥٩-١٦٧٣ في خمسة عشر مادة، فقد أقر عقد البيع الذي يحتفظ بمقتضاه باسترداد الشيء المباع عند رده الثمن مع المصروفات ونفقات صيانة الشيء الضرورية التي نصت عليها المادة ١٦٧٣، وكذلك رد ما زاد في قيمة المال، فهو بيع معلق على شرط فاسخ هو الاسترداد<sup>(١)</sup>. والمهلة التي أعطيت للبائع لاسترداد الشيء هي خمس سنوات، أي أن الحد الأقصى للمدة التي يجوز أن يستعمل فيها حق الاسترداد هو خمس سنوات بعد البيع وإن اتفقا على أكثر من ذلك أتقضى ما اتفقا عليه إلى خمس سنوات<sup>(٢)</sup>، ولكن يجوز لهما الاتفاق على مدة أقصر من خمس سنوات<sup>(٣)</sup>.

وعليه، فإن شرط الاسترداد، هو شرط فاسخ إرادي صرف، مادام متوقفاً على إرادة البائع بيع وفاء، والقانون وحده قد أقر هذا الشرط وفي الحدود التي رسمها القانون دون تجاوزها، وخاصة ما يتعلق بالمدة المحددة التي تبدأ من تاريخ إبرام عقد البيع مع حق الاسترداد<sup>(٤)</sup>. وعندما يمارس البائع حق الاسترداد، فإنه يسترد العين المبيعة مع سقوط الحقوق التي رتبها المشتري بعد انتقال الملكية إليه في عقد بيع الوفاء<sup>(٥)</sup>.

وعليه، فإن القانون المدني الفرنسي عد بيع الوفاء أو البيع مع حق الاسترداد بيعاً صحيحاً معلقاً على شرط فاسخ هو الاسترداد، ولذا فإن هذا البيع يمكن أن يتضمن اتفاقاً على تملك الدائن المرتهن للمال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون، لأن البائع وفاءً يكون في مركز الراهن رهناً حيازياً بينما يعد المشتري وفاءً بمثابة الدائن المرتهن، وعند تطبيق أحكام بيع الوفاء، يمتلك الدائن المرتهن (المشتري وفاءً) الشيء المرهون (المباع وفاءً) عند عدم قيام الراهن (البائع وفاءً) برد الثمن والمصروفات الأخرى المتعلقة بالبيع التي تكون بمثابة الدين المضمون، خلال المهلة المحددة قانوناً وهي خمس سنوات، ومن ثم نكون أمام مخالفة للقواعد الأمرة التي تقضي ببطلان اتفاق تملك المرتهن المرهون في مقابل ثمن يتفق عليه المتعاقدان مسبقاً<sup>(٦)</sup>، إذ يُعد هذا البيع مع حق الاسترداد وسيلة يلجأ إليها المتعاقدان للتحايل على إجراءات التنفيذ على

<sup>(١)</sup> وهذا ما تضمنته المادة ١٦٥٩ من القانون المدني الفرنسي التي عدلت بموجب القانون ٢٠٠٩/٥٢٩ في ١٢/٥/٢٠٠٩:-

L'art. 1659 (la faculté de rachat ou de réméré est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'art. 1673).

نقلًا عن الموقع الإلكتروني [www.legifrance.gouv.fr/affich\\_code\\_article.do](http://www.legifrance.gouv.fr/affich_code_article.do) ?

<sup>(٢)</sup> l'art. 1660 (la faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années. Si elle a été stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce terme).

نقلًا عن الموقع الإلكتروني السابق.

<sup>(٣)</sup> Jérôme Huet – Traité de droit civil- J.Ghestin-L.G.D.J-1980-no. 11458.

<sup>(٤)</sup> Alain Bénabent – droit civil – C.Mantchrestien – no. 108.

<sup>(٥)</sup> L'art. 1673 code civil ((...lorsque le vendeur rentre dans son héritage par l'effet du pacte de rachat, il le reprend, exempt de toutes les charges et hypothèques dont l'acquéreur l'aurait grevé, à la condition que ce pacte ait été régulièrement publié au bureau des hypothèques, antérieurement à la publication desdites charges et hypothèques....)).

<sup>(٦)</sup> L'art. 1348 code civil :

التي اشترنا إليها سابقاً، وهناك من ذهب إلى أنه يمكن التخلص من البطلان الوارد في هذه المادة، وذلك بتحديد ثمن المال المرهون حسب الشروط والضمانات التي حددها القانون في المادة المذكورة وعندما يكون الاتفاق على تملك المرهون من قبل الدائن المرتهن (المشتري وفاءً) صحيحاً وعندها لا حاجة إلى البيع مع حق الاسترداد والاكتفاء بما احازه المشرع الفرنسي من تملك المرهون بالشروط التي حددها. انظر في ذلك :-

Serge Braudo – conseiller honoraire a la cour d'appel de versailles.

[www.juritravail.com/lexique/remere.html](http://www.juritravail.com/lexique/remere.html).

نقلًا عن الموقع الإلكتروني

المال المرهون التي يحق للدائن المرتهن رهناً حيازياً القيام بها، فالقانون قد رسم للدائن المرتهن كيفية ممارسة هذا الحق، ومن ثم فإن بيع الوفاء يعد تعديلاً لحق الدائن المرتهن بالتنفيذ على المرهون ويكون وسيلة للتحايل على القواعد القانونية الأمرة التي تتضمن بطلان كل اتفاق يؤدي إلى تملك المرتهن للمال المرهون رهناً تأمينياً أو حيازياً عند عدم وفاء المدين بالالتزام المضمون.

يتضح مما تم بيانه، أن القواعد القانونية في القانون المدني الفرنسي تضمنت تنظيم عقد البيع مع حق الاسترداد، وهي في الوقت ذاته قد تضمنت إقراراً ضمناً بجواز تملك المرهون من جانب الدائن المرتهن باتفاق بين المشتري والبائع في البيع وفاء، لذا أصبح هناك تعارض بين القواعد القانونية لبيع الوفاء وبين المادة ٢٣٤٨ المتعلقة ببطلان الاتفاق على تملك المرهون الذي لم تتوافر فيه الضمانات التي حددتها هذه المادة، وحتى قبل صدور المادة ٢٣٤٨، فإن هناك تعارضاً بين القواعد القانونية التي تنظم بيع الوفاء و المادة ٢٠٧٨ التي كانت نافذة قبل ذلك، الأمر الذي أدى بالقضاء الفرنسي إلى التصدي لذلك، بإصداره قرارات تقضي ببطلان بيع الوفاء عندما يخفي في حقيقته وبحسب النية المشتركة لطرفي عقد بيع الوفاء يخفي رهناً حيازياً يتضمن تملك الدائن المرتهن المرهون عند عدم الوفاء بالدين المضمون، وللحكم بهذا البطلان يمكن الكشف عن حقيقة النية المشتركة للمتعاقدين بطرق عديدة منها، التفاوت في ثمن المبيع عندما يكون البيع بثمن بخس لا يتناسب مع القيمة الحقيقية للمال المباع أو يتفق المشتري وفاءً (المرتهن) مع البائع (الراهن) بأن الأخير لا يستطيع إسترداد الملكية إلا بثمن أعلى من الثمن المدفوع من قبل مقرض المال (المشتري وفاءً) ، وكذلك يمكن أن يتبين أن هناك تعديلاً في حق المرتهن في التنفيذ على المرهون بتملك الدائن المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء، وذلك عن طريق صفة المرتهن (المشتري وفاءً) إذا كان يمارس الربا ويشكل واضح للناس<sup>(١)</sup>. ففي هذه الحالات يتضح بأن البيع مع حق الاسترداد ستارٌ يخفي وراءه المتعاقدان رهناً حيازياً يمكن للمرتهن أن يملك المرهون عند عدم الوفاء بالدين (رد الثمن) لذا إتجه القضاء الفرنسي إلى بطلان البيع مع حق الاسترداد لانه يتضمن تعديلاً لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون وهذا التعديل لم يجزه القانون الفرنسي. وكذلك الأمر بعد صدور التعديل على وفق المادة ٢٣٤٨ في قانون ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦، إذ أبطلت المحاكم الفرنسية عقد البيع مع حق الاسترداد إذا تبين لها أن الطرفين أرادا ضمناً أن يرهنا الشيء رهناً حيازياً ومن ثم يملك المرتهن المرهون (المباع) عند عدم وفاء الدين (الثمن مع المصروفات)<sup>(٢)</sup>.

درسنا في هذا البحث، الاتفاق على تملك المرهون من قبل الدائن المرتهن عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون، ووجدنا أن هذا الاتفاق يُعد باطلاً حتى لو كان تحت ستار بيع الوفاء، ويكون الحكم نفسه وهو البطلان بالنسبة لاتفاق الطرفين على بيع المرهون دون المرور بالإجراءات القانونية التي حددها القانون للبيع. وهذا ما سيتم دراسته في البحث القادم.

<sup>(١)</sup> نقلاً عن Cass civ 16.nov,1964,cass, civ, 24,oct,1956.

J.Mestre,E.putman et M.Billian- Ouvr.péc-no.861.

<sup>(٢)</sup> ass , civ,23, déc,2006 , Serge Braudo- Ouvr préc.

نقلاً عن

المبحث الثاني

الاتفاق على بيع المرهون دون الإجراءات القانونية

نشأت التأمينات العينية تسهيلاً للائتمان وتنشيطاً له، وأعطت لصاحبها مزية التقدم على غيره من الدائنين عند توزيع ثمن المال المرهون بعد بيعه في المزاد العلني على وفق الإجراءات القانونية التي نصت عليها قوانين المرافعات والتنفيذ في البيوع الحبرية<sup>(١)</sup>. وقد خشى المشرع أن يستغل الدائن المرتهن حاجة المدين للمال فيشترط على الراهن بيع المرهون من دون إتباع الإجراءات التي قررها المشرع لحماية المدين الذي تنزع ملكية أمواله المرهونة ويسمى هذا الاتفاق بـ ((الاتفاق على بيع المرهون دون إجراءات))<sup>(٢)</sup>، أو يسمى بمصطلح آخر، الإتفاق على الطريق المُمهّد<sup>(٣)</sup>، الذي يُمهّد البيع دون المرور بإجراءات بيع المال المرهون بالمزاد العلني. فكلا المصطلحين يعطيان المعنى ذاته وهو الاتفاق على بيع المرهون من دون إتباع الإجراءات القانونية التي حددتها القوانين المختصة. وعلى هذا ستتم دراسة أحكام هذا الاتفاق في مطلب أول ، ونخصص المطلب الثاني لبيان الإجراءات القانونية المتعلقة بالتنفيذ على المال المرهون.

(١) انظر المادة ١٣١٦ / ف١ من القانون المدني العراقي، ١٠٦٩/١ ف١ من القانون المدني المصري، والمادة ٢٣٤٦ من القانون المدني الفرنسي حسب القانون ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦.

(٢) د. السنهوري - مصدر سابق - الجزء العاشر - ص ٤٢٤. د. سمير عبد السيد تناغو - مصدر سابق - ص ١٢٣.

(٣) د. سليمان مرقس - مصدر سابق - ص ١٣٣ وما بعدها. الأستاذ محمد طه البشير. د. غني حسون طه - مصدر سابق - ص ٤٢. وكذلك أنظر في الفقه الفرنسي

المطلب الأول

أحكام الاتفاق على بيع المرهون دون الإجراءات القانونية

لم يسمح المشرع للدائن المرتهن بأن يتمكن من تجنب الأشكال القانونية التي حددها للتنفيذ على المال المرهون وإستحصال حقه من ثمنه، حتى لو كان ذلك قد تم عن طريق الاتفاق مع الطرف الثاني في عقد الرهن وهو الراهن، لذا عدّ الاتفاق المعدل لحق الدائن في التنفيذ على المرهون باطلاً، ولكن مدى تأثير بطلان الاتفاق المعدل لهذا الحق على عقد الرهن المقترن به لا يختلف عن مدى تأثير اتفاق تملك المرهون الذي تمت دراسته سابقاً. لذا لم نفرد لأثر بطلان هذا الاتفاق فرعاً مستقلاً، تجنباً لتكرار الأحكام ذاتها والاتجاه الفقهي الذي تم الحديث عنهما في دراسة اثر بطلان اتفاق تملك المرهون على عقد الرهن<sup>(١)</sup>، ونكتفي بدراسة أحكام هذا البطلان في هذا المطلب.

تضمنت المادة ١٣٠١ من القانون المدني العراقي بطلان الاتفاق بين طرفي عقد الرهن التأميني على بيع المال المرهون من دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون حتى لو كان هذا الاتفاق قد وقع بعد إبرام عقد الرهن<sup>(٢)</sup>. وتضمن القانون المدني المصري الأحكام ذاتها التي توجب بيع المال المرهون وفقاً لإجراءات القانون، وذلك في المادة ١٠٥٢ منه الخاصة بالرهن التأميني<sup>(٣)</sup>. أما القانون المدني الفرنسي فقد جاء بهذه الأحكام في المادة الأولى من القانون رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ الصادر في، الذي أنشأ المادة ٢٣٤٦، التي جاء فيها (( يستطيع الدائن أن يطلب قضائياً، في حالة عدم وفاء الدين المضمون ببيع المال المرهون، ويحصل هذا البيع حسب الأحكام المنصوص عليها لإجراءات التنفيذ، ودون إمكانية أن تُلغى إتفاقية الضمان هذه (الإجراءات)<sup>(٤)</sup>. ولم يكتفِ القانونان المدني العراقي والمصري بالنص على عدم جواز الاتفاق على بيع المرهون دون إجراءات مناسبة أثار عقد الرهن بالنسبة للدائن المرتهن، وإنما أكدوا على بطلان هذا الاتفاق في نص قانوني آخر بمناسبة أثار عقد الرهن بالنسبة للغير، عند ممارسة حق التتبع في مواجهة حائز العقار المرهون رهناً تأمييناً بمناسبة تحرير العقار المرهون أو تظهيره من التأمينات العينية، فإذا طلب الدائن المرتهن بيع العقار المرهون فإن هذا البيع وطلبه يجب أن تتبع فيه الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية على وفق قانون التنفيذ<sup>(٥)</sup>. وبذلك أكد قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل على عدم جواز الاتفاق على بيع المال المحجوز من دون اتباع الإجراءات القانونية<sup>(٦)</sup>، وذلك للحيلولة دون إستغلال ضعف مركز المدين من جهة ولضمان عدم الإخلال بالموازنة بين مصلحة تلك الأطراف، فالإجراءات التي يرسمها قانون التنفيذ قد حققت هذه الموازنة، ومثال الاتفاق الذي منعه القانون، اتفاق الدائن والمدين على بيع العقار المحجوز دون

(١) انظر ذلك في المبحث الأول، الفرع الثاني من المطلب الثاني.

(٢) وتطبق هذه الأحكام على الرهن الحيازي وفقاً للمادة ١٣٤١/ف٢ من هذا القانون.

(٣) وتطبق هذه الأحكام على الرهن الحيازي بموجب المادة ١١٠٨ منه، التي تنص على (( يسري على رهن الحيازة... أحكام المادة ١٠٥٢ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشروط البيع دون إجراءات)).

(٤) L'article 2346:-

((A défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut faire ordonner en justice la vente du bien gagé. Cette vente a lieu selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution sans que la convention de gage puisse y déroger)).

المتعلق بالضمانات (التأمينات) (( relative aux sûretés )) نقلاً عن الموقع الإلكتروني:-

www. Legi france.gouv. fr/ affich code -do.

(٥) إذ جاء في المادة ١٣١٠ من القانون المدني العراقي، الفقرة الأولى منها ((أذا طلب بيع العقار وجب إتباع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية وفقاً لقانون التنفيذ...)) وتقابلها في القانون المدني المصري المادة ١٠٦٩ منه.

(٦) إذ جاء في المادة (٥٨) منه على (لا يعتد باتفاق الطرفين على إجراءات الحجز أو البيع خلافاً لأحكام هذا القانون).

الإعلان عن بيعه في الصحف أو بيعه بأقل من النسبة المحددة قانوناً<sup>(١)</sup>. فضلاً عن كل ما تقدم، إن قانون التجارة في العراق ومصر، قد تضمننا بطلان اتفاق الدائن المرتهن والراهن على بيع المال المرهون من دون إتباع الإجراءات القانونية<sup>(٢)</sup>.

وتتمثل هذه الإجراءات بحجز المال ثم بيعه في المزاد العلني، إذ يجب أن يوضع بيد القضاء بهدف المحافظة على حقوق الدائنين أيأ كانوا عاديين أم مرتهنين كون الإجراءات القضائية كفيلاً بتحقيق أكبر فائدة لجميع الدائنين إذ تتمثل بإمكانية بيع المال المرهون بأكثر قيمة ممكنة من خلال إتباع هذه الإجراءات<sup>(٣)</sup>. من ناحية أخرى، فإن الإجراءات التي نصت عليها قوانين التنفيذ حريصة على تأمين مبدأ تعقيد وتقييد إجراءات التنفيذ على الأموال مرهونة كانت أم من أموال الضمان العام، وذلك بكثرة هذه الإجراءات وطول بدء مواعيدها ومراعاة الشكل الذي حدده القانون، وذلك بحجة إعطاء فرصة كافية للمدين يتمكن من خلالها تسديد دينه ومن ثم المحافظة على المال الذي يرغب في بقاءه تحت يده<sup>(٤)</sup>. فالإجراءات التي رسمها القانون تضمن حق كل من الدائن المرتهن والراهن بما يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة، ولكنها توفر حماية لمصالح الراهن بشكل خاص، إذ يُخشى أن يكون الدائن المرتهن قد إستغل حاجة الراهن وضعف مركزه وحاجة المدين للاستئانة والاقتراض فيفرض على الراهن هذا الشرط، الذي بموجبه يباع المرهون بدون مراجعة القضاء سواء بطريقة ودية أو عن طريق مزاد لا تتدخل المحكمة بتنظيمه، أي دون الرجوع إلى الإجراءات القضائية التي تنتهي ببيع المرهون بيعاً جبرياً عن طريق المزاد العلني<sup>(٥)</sup>، ومن ثم يفقد صاحب المال المرهون فرصة بيع ماله بأكثر قدر ممكن عن طريق المزاد العلني فيصاب بضرر بسبب ذلك، لذا كان اتفاق طرفي عقد الرهن على بيع المرهون دون إجراءات باطلا بموجب أحكام القانونين العراقي والمصري.

وكذلك الأمر بالنسبة للقانون المدني الفرنسي في المادة ٢٣٤٦، عندما ذكر أن بيع المرهون عند عدم وفاء المدين يجب أن يحصل على وفق إجراءات التنفيذ<sup>(٦)</sup>. ويقصد هنا بإجراءات التنفيذ هي الإجراءات الصادرة بموجب القانون رقم ٢٠١١/١٢/١٩ في ٢٠١١/١٨٩٥ وهي الإجراءات الواجب اتخاذها عند الحجز على المال المرهون وبيعه في المزاد العلني، وهي التي سنتطرق إليها في المطلب القادم، وقد أكد هذا القانون بطلان الاتفاق على بيع الدائن للعقار المحجوز دون اتخاذ الإجراءات القانونية المتعلقة بالحجز على العقار وذلك في المادة ٣١١/الفقرة الثالثة من هذا القانون<sup>(٧)</sup>. وبطلان الاتفاق على بيع المال المرهون دون إتباع الإجراءات المحددة قانوناً أكده الفقه الفرنسي بوصف هذا البطلان ضماناً لحماية حقوق الراهن وخاصة إذا كان هو المدين، لأن الدائن المرتهن يهدف إلى إستيفاء حقه بأية طريقة كانت فقد يحصل على ثمن لا يتناسب مع القيمة الحقيقية للمال المرهون، وذلك عن طريق البيع خارج بصورة ودية مع المشتري دون إتباع ما

(١) د. مدحت المحمود، شرح قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠، وتطبيقاته العملية، بغداد، ١٩٩٢، ص ١٨٥. وأنظر قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية رقم ٧٢٧/تنفيذ، ١٩٩٠ في ١٩٩٠/١٠/٤، الذي يؤكد على هذا البطلان نقلاً عن المصدر ذاته، ص ٢٨٥.

(٢) إذ جاء في المادة ١٩٦ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل، (يبطل كل شرط في عقد الرهن أو كل اتفاق بعد انعقاده يعطي الدائن المرتهن في حالة عدم إستيفاء الدين عند حلول اجله.... يبيعه دون مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المادة (١٩٣) من هذا القانون) وهذه المادة (١٩٣) أوجبت إتباع قواعد قانون المرافعات المدنية في بيع المال المرهون بطريق الاستعمال. وتقاليلها في القانون المصري، قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المعدل، المادة (١٢٩) منه التي حددت تطبيق الإجراءات المنصوص عليها في المادة ١٢٦ منه التي حددت البيع عن طريق المزاد العلني عن طريق السلطة القضائية.

(٣) علي مظفر حافظ - شرح قانون التنفيذ - طبعة منقحة - مطبعة العاني - بغداد - ١٩٧٤ - ص ١٥٥. وستحدث عن هذه الإجراءات بالتفصيل في المطلب القادم.

(٤) علي مظفر حافظ - مصدر سابق - ص ٣٠٣.

(٥) قرار محكمة النقض المصرية ١٥٨٤ س/٦١ ق، في ١٩٩٧/٢/٢٧. نقلاً عن المستشار أنور طلبية - مصدر سابق - ص ٤٣٩. وأنظر في هذا الصدد د. منصور مصطفى منصور - التأمينات العينية-المطبعة العالمية - القاهرة- ١٩٦٣ - ص ٩٦.

(٦) M.Planiol et G.Ripert ouvr. Préc-no.119. ويشيرون هنا إلى إن مصير البطلان محدد وفقاً للمادة ٢٠٧٨ التي حلت محلها المواد ٢٣٤٦، ٢٣٤٧، ٢٣٤٨، والتي ابقت على بطلان الاتفاق على بيع المرهون دون اجراءات أما بالنسبة للاتفاق على تملك المرتهن للمرهون فانها تبطل هذا الاتفاق اذا لم يتضمن الشروط والضمانات التي جاءت بها المادة ٢٣٤٨.

(٧) L'article L311-3 ((est nulle toute convention Portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier peut faire vendre les immeubles de son débiteur en dehors des formes prescrites pour la saisie immobilière)).

نقلاً عن الموقع الالكتروني:

رسمه القانون<sup>(١)</sup>. وفضلاً عن القانون المدني الفرنسي وقانون إجراءات التنفيذ فإن قانوناً آخر تضمن النص على بطلان الاتفاق على بيع المرهون دون إجراءات، وذلك هو قانون الاستهلاك الصادر في ١/٧/٢٠١٠ برقم ٧٣٧/٢٠١٠، في المادة ٣١١ الفقرتان ٢٣، ٣٢ اللتان جاء فيهما بصياغة واحدة ((.... في حالة العجز عن دفع الدين، فإنه تتبع أشكال بيع المرهون وفقاً للمادة ٢٣٤٦....))<sup>(٢)</sup>.

وتطبق الأحكام المتقدمة سواء تم الاتفاق على بيع المرهون دون إجراءات عند إبرام الرهن أو بعده، إذ يعد هذا الاتفاق باطلاً في الحالتين، هذا ما جاء به صراحة القانون المدني العراقي والمصري<sup>(٣)</sup>. أما القانون المدني الفرنسي، فلم يتضمن نص المادة ٢٣٤٦ منه إشارة صريحة إلى حكم الاتفاق اللاحق لعقد الرهن إذ تضمنت هذه المادة عدم جواز أن يُلغى أو يُبطل عقد الرهن هذه الإجراءات القانونية<sup>(٤)</sup>. وعليه يعد هذا الاتفاق باطلاً إذا تم عند تكوين عقد الرهن لأن النص جاء صريحاً بأن لا يمكن لعقد الرهن إلغاء هذه الإجراءات القانونية، ومن ثم يكون هذا الاتفاق معدلاً لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المرهون، لذا يكون باطلاً. أما إذا كان هذا الاتفاق قد أبرم في وقت لاحق على إبرام عقد الرهن، فإن الفقه الفرنسي وبعض أحكام المحاكم تنص على أن هذا الاتفاق يعد صحيحاً وإن البطلان لا يلحقه، ومن ثم لا يكون معدلاً لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المرهون، ويُبرر هذا الرأي بالقول بأن الراهن لا يكون بعد إنعقاد عقد الرهن تحت ضغط واستغلال الدائن المرتهن<sup>(٥)</sup>، إلا أن هذا الرأي قديم ولا ينسجم مع القانون الجديد الصادر في ١٩/١٢/٢٠١١ الخاص بإجراءات التنفيذ والذي تطبق إجراءاته عند التنفيذ على المال المرهون بموجب المادة ٢٣٤٦، إذ تضمنت المادة ٣١١ فقرة (٣) منه على عدم جواز الاتفاق على بيع الدائن العقار المحجوز دون إتباع الإجراءات القانونية المتعلقة بالحجز العقاري<sup>(٦)</sup>. فبموجب هذا النص لا يمكن الاتفاق على بيع العقار المرهون المحجوز من دون تطبيق الإجراءات القانونية التنفيذية الواردة في هذا القانون، حتى لو كان هذا الاتفاق بعد تكوين عقد الرهن، لكن ما هو الوقت الذي يمنع خلاله حصول هذا الاتفاق بعد إنعقاد عقد الرهن؟

لم ينص القانون المدني العراقي على حكم هذه المسألة، في حين أجاز القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٢ منه الاتفاق على تملك الدائن المرتهن للمرهون بعد حلول أجل الدين المضمون كله أو قسط منه، عند عدم وفاء المدين بالتزامه المضمون، في حين لم يتضمن هذا النص وجود الاتفاق على بيع المرهون دون إجراءات. لذلك ذهب الفقه القانوني المصري<sup>(٧)</sup>، إلى سريان حكم الفقرة الثانية من المادة أعلاه على اتفاق بيع المرهون دون إجراءات لتشابه العلة في الاتفاقيين، وهي انعدام شبهة إستغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن ولحاجة المدين للاقتراض والاستدانة، إذ أصبح الراهن بعيداً عن الضغط وبإمكانه أن لا يتفق على اتفاق الطريق المُمهّد ما دام عقد الرهن قد إنعقد ورتب آثاره وأن الدين المضمون قد حل كله أو قسم منه، وعندها يباع المرهون بالمزاد العلني على وفق الإجراءات المقررة قانوناً ولكن إذا لم يَختَر هذا الطريق واتفق مع الدائن المرتهن على بيع المرهون دون إجراءات بطريقة ودية أو عن طريق المزاد خارج نطاق

<sup>(١)</sup> J.Mestre, E.Putman et M.Billiau-ouvr, préc- no.856

وقد أشاروا هنا الى قرار قديم لمحكمة النقض الفرنسية تطبيقاً لهذا البطلان وفقاً للمادة ٢٠٧٨ الملغية وهو. Cass,civ,4,mars,1902,Dalloz ,1903,sirey,1905,p495.

<sup>(٢)</sup> L.311-23-32 (( ..... En can dé faillacnce de Lémprunteur,Seuls les modes de réalisation du gage autorisés , par les articles 2346 ....))

تقلاً عن الموقع الالكتروني السابق.

<sup>(٣)</sup> المادة ١٣٠١ من القانون المدني العراقي والمادة ١٠٥٢، من القانون المدني المصري.

<sup>(٤)</sup> L'article 2346 ((.... Sans que la convention de gagé puisse y déroger)).

<sup>(٥)</sup> J.Mestre,E.Putman et M.Billiau - ouvr - préc -no 856.

<sup>(٦)</sup> سبق الإشارة الى هذه المادة في ص ٣٣ من البحث ، هامش (٣).

<sup>(٧)</sup> د. السنهوري-الجزء العاشر- المصدر السابق-ص٤٢٥-٤٢٦. د. سليمان مرقس - المصدر السابق- ص ١٣٥. د. سمير عبد السيد تناغو - المصدر السابق- ص ١٢٤. د. شفيق شحاته - النظرية العامة للتأمين - الطبعة الثالثة- القاهرة- ١٩٥٥- ص٢٤٢- إذ يذكر في هذا الصدد ((أن البيع للدائن وإن كان ممنوعاً عند إبرام عقد إبرام أو بعده يصبح جائزاً إذا أبرم بعد حلول أجل الدين أو قسط منه)) أما الدكتور أحمد سلامة- مصدر سابق -ص١٨٨ فإنه يذكر ((أن ما أوردته المادة ١٠٥٢ ف٢/ صراحة وإن كانت خصت به شرط تملك المال عند عدم الوفاء، إلا ان حكمها ينطبق من باب أولى على شرط بيع المرهون دون إجراءات إذ الثاني ماهو إلا تطبيق للأول)) ومن يؤيد صحة الاتفاق عند حلول أجل الدين في الفقه الفرنسي J.Mestre, Eputman et M.Blliau, ouvr , préc, no.856. والفقهاء المشار إليهم في هذا الموضوع.

القضاء فإن هذا الاتفاق يعد صحيحاً، للأسباب التي وردت في أعلاه. كما أنه قد يحقق مصلحة للراهن هي تجنب المصروفات اللازمة لبيع المال في المزايمة العلنية، ويمكن تطبيق هذه الأحكام في نطاق القانون المدني العراقي لجميع الأسباب الواردة في أعلاه، وكذلك للأسباب التي ذكرناها سابقاً عند دراسة هذا الموضوع في نطاق الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء<sup>(١)</sup>.

هذه هي الأحكام المتعلقة بالاتفاق على بيع المال المرهون دون إتباع الإجراءات القانونية المتعلقة بالتنفيذ على المال المرهون الواجب اتخاذها، وعليه سيكون موضوع المطلب القادم هذه الإجراءات التي يجب على الدائن المرتهن سلوكها لاستعمال حقه في التنفيذ على المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالالتزام المضمون.

### المطلب الثاني

#### الإجراءات القانونية المتعلقة بالتنفيذ على المال المرهون

تنفيذ المدين ألتزامه قد يكون اختيارياً وهذا هو الوفاء وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام، وقد يكون التنفيذ العيني للالتزام جبراً على المدين وهنا يجب أن يقتصر التنفيذ بموافقة السلطة العامة على ذلك<sup>(٢)</sup>، وتختلف وسائل التنفيذ الجبري فكثيراً ما يكون عن طريق إجبار المدين على تنفيذ الالتزام بعينه عن طريق السلطة العامة، وقد يقوم الدائن بتنفيذ الالتزام بعينه عن طريق السلطة، وقد يقوم الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان تدخل المدين الشخصي غير ضروري في هذا التنفيذ وبموافقة القضاء، وقد يقوم حكم المحكمة مقام التنفيذ الجبري في حالات أخرى إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك، وقد يتكفل القانون ذاته بإجراء التنفيذ العيني فتنتقل ملكية العين المعنية إلى الدائن بحكم القانون في الالتزام بنقل الملكية، وهناك وسيلتان أخريان لتنفيذ العين هما الإكراه البدني والتهديد المالي<sup>(٣)</sup>. ولكن هذه الوسائل المتعددة للتنفيذ الجبري لا تعطي الحرية المطلقة للدائن في اختيار احداها، وإنما القانون قد حدد شروطاً معينة وبموافقة القضاء للحصول على إحدى هذه الوسائل التي تمكنه في التنفيذ الجبري. وكذلك الأمر فإن القانون قيد الدائن المرتهن في استعمال حقه للتنفيذ على المال المرهون وذلك بوجوب اتخاذ الإجراءات التي رسمها القانون لذلك.

لذا نتطرق أولاً لإجراءات التنفيذ على المرهون على وفق القانونين العراقي والمصري في فرع أول، ونخصص الفرع الثاني لإجراءات التنفيذ على المرهون على وفق القانون الفرنسي.

### الفرع الأول

#### إجراءات التنفيذ على المرهون على وفق القانونين العراقي والمصري

لا تُعطى للدائن المرتهن الحرية المطلقة في استعمال حقه في التنفيذ على المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون، فالقانون قيد المرتهن في اللجوء للإجراءات المحددة قانوناً التي تكفل تحقيق الرهن، عن طريق بيع المال المرهون في المزاد العلني لاستحصال حقه من ثمن هذا المال<sup>(٤)</sup>. وقد علمنا أنّ أي اتفاق يُعدّل هذا الحق يُعد باطلاً، فحق الدائن المرتهن في التنفيذ ليس مطلقاً. ولا ينقضي حق الرهن بمجرد رسو المزايمة، وإنما بإيداع الثمن الذي رست به المزايمة صندوق المحكمة لتتولى توزيعه على المستحقين، وهنا تنتقل ملكية المال المرهون إلى الراهن عليه المزاد ولكن ليس أكثر مما كان للمدين المنزوعة ملكيته<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر ص ١٤-١٥ من البحث.

(٢) Alain Bénabent, ouvr, préc, no.895.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء الثاني - نظرية الالتزام بوجه عام - الطبعة الثالثة الجديدة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - ٢٠٠٠-٧٩٩-٨٠٠، انظر في التنفيذ الجبري - القانون المدني العراقي المواد ٢٤٦-٢٥٩، وفي القانون المدني المصري المواد ٢٠٣-٢٣٣ وفي القانون المدني الفرنسي المواد ١١٤٢-١١٤٧ منه.

(٤) إذ جاء في المادة ١٣١٦ /١ من القانون المدني العراقي (( إذا حل الدين الموثق بالرهن التأميني ولم يوف، جاز للمرتهن دون حاجة للحصول على حكم من يقدم سند الرهن التأميني الى الدائرة المختصة، وأن يطلب بيع العقار المرهون وفقاً للإجراءات المقررة في البيوع الجبرية وفقاً لقانون التنفيذ....)).

(٥) وهذا ما جاءت به المادة ١٣١٦ /٢ من القانون المدني العراقي ((وإذا بيع العقار المرهون بالمزايمة العلنية، سواء كان ذلك في مواجهة الراهن أو الحائز، فإن الحقوق المسجلة على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رست به المزايمة في صندوق المحكمة...)). وهذه الأحكام تقابلها في القانون المدني المصري المادة ١٠٨٤ منه، وانظر قرار محكمة النقض المصرية رقم ٥٤٣ في ١٩٨١/١/٦ نقلاً عن د. احمد أبو الوفاء - إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٠ - ص ٧٧١-٧٧٢، هامش رقم (١).

وقد أشار القانون المدني إلى أن العقد في المزادات لا يتم إلا برسو المزايدة<sup>(١)</sup>. وقد جاء في قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بالمزايدة الجبرية بأن المشتري لا يعد مالكا للعقار إلا إذا قام بتسديد البدل ورسوم التسجيل ومصاريفه، إذا انتهت مدة عشرة أيام الممنوحة للمدين بموجب الفقرة الثالثة من المادة (٩٧)<sup>(٢)</sup>.

والإجراءات المطبقة على المزايدة المذكورة في أعلاه، تخضع وفقاً للقانون المصري لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل من المادة ٤٠١ ولغاية المادة ٤٥٨ منه الخاصة بالتنفيذ على العقار المرهون، فعلى وفق المادة ٤٠١ يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار الى المدين لشخصه أو لموطنه مشتملاً على البيانات الرئيسية التي تتعلق بالسند التنفيذي ووصف العقار المرهون وصفاً دقيقاً وبيان موطن الدائن المباشر للإجراءات التنفيذية، فإذا لم تشتمل ورقة التنبيه على احد هذه البيانات كان التنبيه باطلاً. وإذا كان التنفيذ على عقار مرهون مملوك لغير المدين يجب إعلان التنبيه للراهن بعد تكليف المدين بالوفاء. وتستمر المواد من المادة ٤٠٢ ولغاية المادة ٤١٣ تبين الأحكام الخاصة بإجراءات التنبيه بنزع ملكية العقار المرهون، وكيفية إنذار الحائز بدفع الدين أو تخلّيته وإلا يجري التنفيذ في مواجهته، وكذلك تبين أحكام تسجيل كل من التنبيه والإنذار في مكاتب الشهر التي تقع في دائرتها العقارات المبينة في التنبيه أو الإنذار.

أما قائمة شروط بيع العقار وكيفية الاعتراض عليها فخصصت لها المواد من المادة ٤١٤ ولغاية المادة ٤٢٥ من هذا القانون. إذ يوجب على من يباشر الإجراءات أن يودع قلم كتاب محكمة التنفيذ قائمة شروط البيع خلال تسعين يوماً من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية وإلا عدّ تسجيل التنبيه كأنه لم يكن، ويجب أن تتضمن تلك القائمة البيانات الرئيسية التي تتعلق بالسند التنفيذي وتاريخ التنبيه والإنذار والأوصاف الدقيقة للعقار المرهون وشروط البيع مع بيان الثمن<sup>(٣)</sup>. وكذلك إجراءات بيع العقار المرهون فخصص لها القانون عشرين مادة وذلك من المادة ٤٢٦ ولغاية المادة ٤٤٥. وجاءت المواد ٤٤٦ ولغاية المادة ٤٥١ متضمنة كيفية إصدار حكم إيقاع البيع، وأخيراً المواد ٤٥٢ ولغاية المادة ٤٥٨ مخصصة لأحكام إنقطاع الإجراءات وال طول ودعوى الاستحقاق الفرعية.

إما إذا كان المال المرهون من الأموال المنقولة، فإن إجراءات التنفيذ تخضع للمواد ٣٥٣ ولغاية المادة ٤٠٠ من هذا القانون المتعلقة بالحجوزات التنفيذية الخاصة بحجز المنقول لدى المدين وكيفية بيعه وحجز الأسهم والسندات والإجراءات والحصص وكيفية بيعها.

أما في القانون العراقي فإن إجراءات حجز المنقول وبيعه يخضع لأحكام المواد ٦٣ ولغاية المادة ٨١ من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل، ولكن يشترط على وفق هذا القانون لجواز بيع الأموال المنقولة والعقارية المرهونة لصالح دين، أن تزيد قيمتها على الدين المضمون وأن يطلب صاحب المدين العادي بيعها ويشترط أن لا تقع المزايدة عليها بمبلغ يقل عن الدين المضمون<sup>(٤)</sup>. فالمواد ٦٣ لغاية ٧٠ مخصصة لإجراءات الحجز على المنقول، أما المواد ٧١ لغاية ٧٤ فتضمنت الأحكام المتعلقة بإجراءات البيع، وأخيراً خصص المواد ٧٥ لغاية ٨١ لإجراءات حجز ما للمدين لدى الغير. وخول هذا القانون المنفذ العدل أو من ينيبه من موظفي دائرته. بتنفيذ قرار حجز أموال المدين المنقولة ووفقاً للإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون<sup>(٥)</sup>.

أما إذا كان المال المرهون عقاراً، فإنه وفقاً للمادة ١٣٠١ من القانون المدني العراقي يجب إتباع الإجراءات القانونية في التنفيذ عليه من قبل الدائن، وقد أكدت المادة (١٣١٠/ف) مرة أخرى على ذلك بنصها ((إذا طلب بيع العقار وجب أتباع

(١) إذ جاء في م (٨٩) منه: (لا يتم العقد في المزادات إلا برسو المزايدة ويسقط العطاء بعطاء أزيد ولو وقع باطلاً أو بأقل المزايدة دون أن ترسو على أحد. هذا مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة في القوانين الأخرى).

(٢) وهذا ما جاءت به المادة ١٠٢ الفقرة الثانية من هذا القانون.

(٣) انظر تفصيل تلك البيانات المادة ٤١٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل.

(٤) نصت المادة ١٠٧ من قانون التنفيذ: (( يجوز بيع الأموال المرهونة المنقولة والعقارية تأميناً لدين إذا تبين إن قيمتها تزيد على الدين المؤمن وطلب صاحب الدين العادي بيعها ويشترط في ذلك:

أولاً: بأن لا تفتح المزايدة عليها بمبلغ يقل عن الدين المؤمن.

ثانياً: أن يدفع عند تمام البيع إلى صاحب الدين الممتاز حقوقه أولاً ثم يدفع الباقي الى صاحب الدين العادي.

(٥) المادة (٦٣) من قانون التنفيذ.

الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية وفقاً لقانون التنفيذ...)) وذلك بمناسبة إجراءات تطهير العقار المرهون من الحقوق العينية التي تنقله، وهذا يعني أنه على وفق المادتين (١٣٠١ و ١٣١٠/ف١) أن يبيع العقار المرهون يجب ان يكون وفقاً لأحكام قانون التنفيذ، وأياً كان المال المرهون في حيازة الراهن المدين أو الكفيل العيني أو في يد الحائز .

ومع ذلك فإن الأحكام المتقدمة قد قيّدت بالمادة (١٨٥) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل الذي أوجب تطبيق أحكام قانون التسجيل العقاري على بيع العقار المرهون رهناً حيازياً أم تأمينياً وإجراءات المزايمة، أما الحالات التي لم تنظم من هذا القانون فيتم الرجوع فيها إلى أحكام قانون المرافعات وقانون التنفيذ<sup>(١)</sup>. لذا فإن نص المادة (١٣١٠/ف١) لا يستقيم بوجود هذه الأحكام، إلا إذا تم تعديله برفع عبارة ( قانون التنفيذ ) والاكفاء بعبارة (( الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية )) كما هي واردة في النص الذي يقابل هذه المادة في القانون المدني المصري<sup>(٢)</sup>. وقد بدأ قانون التسجيل العقاري بهذه الإجراءات في المادة ١٦١ منه ، حيث تضمنت على إختصاص دائرة التسجيل العقاري المختصة ببيع العقارات المثقلة برهن أو ما هو بحكمه أو حق امتياز بناء على طلب تحريري من الدائن المرتهن بتحصيل دينه وملحقاته إذا كان مستحق الأداء<sup>(٣)</sup>. وحددت المادة ١٦٢ منه القرارات التي لرئيس التنفيذ اتخاذها بشأن المزايمة وإجراءاتها. إذ جاء فيها (( ١- يتخذ رئيس الدائرة القرارات التي لرئيس التنفيذ اتخاذها بشأن المزايمة وإجراءاتها ولا تقبل الطعن بها عدا الطعن بطريق الاعتراض لدى مدير التسجيل العقاري سواء كان القرار صادر منه أو من رئيس الدائرة التابعة له وللمدير إلغاء القرار أو تعديله أو تبديله. ٢- يجوز تمييز القرار الصادر بعد الاعتراض من مدير التسجيل العقاري لدى محكمة التمييز خلال سبعة أيام من تاريخ صدوره وقرارها بذلك يكون واجب الأتباع. ٣- لا يقبل الاعتراض على قرارات رئيس الدائرة بعد تسجيل العقار باسم المشتري ولا يخل ذلك بحق ذوي العلاقة في مراجعة المحكمة المختصة)). وحددت المادة ١٦٣ من قانون التسجيل العقاري وجوب تسديد الدين المضمون خلال مدة معينة وحددت كيفية تبليغ الراهن بتأدية الدين، إذ جاء فيها (( ١- يبلغ الراهن بلزوم تأدية الدين وملحقاته خلال ثلاثة أيام تبدأ من اليوم الذي يلي التبليغ في محل الإقامة المختار من قبله في سجل الرهن ويعتبر هذا المحل ملزماً للراهن لهذا الغرض ما لم يقم بأشعار الدائرة بصورة رسمية بتغييره. ٢- تنظم ورقة التبليغ بنسختين تحتوي على رقم التسلسل أو القطعة والمقاطعة وموقع العقار واسم الدائن المرتهن واسم المطلوب تبليغه وسجل الرهن ومقدار الدين)). وخصصت المواد من ١٦٤ ولغاية ١٧٠ لإجراءات التبليغ والمواد ١٧١ لغاية ١٨٢ لإجراءات المزايمة والإحالة القطعية.

وأوجبت المادة ١٨٣، الفقرة الأولى منها على دائرة التسجيل العقاري المختصة إشعار رئاسة التنفيذ لتسليم العقار المبيع إلى المشتري (الراسي عليه المزاد) خالياً من الشواغل بعد تسجيله بإسمه مع مراعاة القوانين النافذة. أما الفقرة الثانية من هذه المادة فإنها ألزمت تزويد الدائن المرتهن بوثيقة لما بقي له من الدين وملحقاته بعد بيع العقار المرهون لتحصيله على وفق أحكام القانون. بعدها يصدر رئيس دائرة التسجيل العقاري قراراً بتوزيع بدل المبيع على أصحاب الديون المتحققة على العقار المبيع في دائرته على وفق القواعد المقررة قانوناً ويكون قراره خاضعاً لطريق الطعن تمييزاً على وفق أحكام المادة ١٦٢ من قانون التسجيل العقاري<sup>(٤)</sup>، التي سبقت الإشارة إليها.

## الفرع الثاني

### إجراءات التنفيذ على المرهون على وفق القانون الفرنسي

تنظم إجراءات التنفيذ على المال المرهون في القانون الفرنسي بموجب أحكام قانون إجراءات التنفيذ المدنية رقم ٢٠١١/١٨٩٥ في ٢٠١١/١٢/١٩ وهي الإجراءات الواجب اتخاذها لإجبار المدين على تنفيذ التزامه تجاه دائنيه واتخاذ

(١) إذ جاء في المادة ١٨٥ (( تطبق أحكام قانون المرافعات المدنية وقانون التنفيذ على إجراءات البيع بالمزايمة فيما لم يرد به نص بهذا القانون )) .

(٢) وتقابلها في القانون المدني المصري المادة ١٠٠٦٩ / ف١ إذ جاء فيها (( إذا طلب بيع العقار وحب أتباع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية...)).

(٣) وقد أيد ذلك قرار الهيئة التمييزية في رئاسة استئناف بغداد / الرضاة الاتحادية رقم ٢٠٥ / ت / ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٩/٩ عندما ذكر (( أن بيع العقار المثقل بالرهن التأميني يكون وفقاً لقواعد التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل، المادة ١٦١ منه )) انظر في ذلك : مجلة التشريع والقضاء / العدد الأول / كانون الثاني - شباط / آذار / ٢٠٠٩ / ص ١٩٨-١٩٩ .

(٤) هذا ما جاءت به المادة ١٨٤ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.

الإجراءات اللازمة بحماية حقوقه وضممان تحصيلها، وهذا ما قضت به المادة ١١١ الفقرة الأولى منها المتعلقة بالمبادئ العامة لهذا القانون<sup>(١)</sup>.

واشترطت الفقرة الثانية من هذه المادة أن يكون للدائن سند تنفيذي يدل على ديونه المستحقة والواجبة السداد عندها يتم الشروع في إجراءات التنفيذ على ممتلكاته على وفق الشروط المحددة في هذا القانون<sup>(٢)</sup>. وجاءت المادة ٢٢١، الفقرة الأولى منها لبيان الإجراءات الواجب إتخاذها للحجز على الأموال المنقولة، إذ ذكرت بأن الدائن بالسند التنفيذي له الحق في الحجز على أموال المدين المنقولة لصالح ديونه المستحقة والواجبة السداد بناء على أمر من المأمور بالتنفيذ أو قاضي التنفيذ لتنفيذ إجراءات الحجز وبيع هذه الأموال<sup>(٣)</sup>. وقد أشارت ذات المادة في فقرتها الثالثة إلى أن البيع الجبري لممتلكات المدين المحجوزة في المزاد العلني يقام خلال شهر واحد من تاريخ الحجز ويستطيع المدين أن يقوم خلال هذه المدة بتسديد الدين<sup>(٤)</sup>. وهذا ما أكدته في إجراءات الحجز على العقارات، إذ ذكر بأن بيع العقار يجب أن يتم في المزاد العلني وبحضور القاضي المختص على وفق الفقرة الخامسة من المادة ٣٢٢ من قانون إجراءات التنفيذ المدنية<sup>(٥)</sup>. وأشارت الفقرة السادسة منها الى أنه لا يمكن بيع العقار من قبل طالب التنفيذ وفقاً للقيمة التقديرية إلا على وفق إجراءات المزايدة العلنية<sup>(٦)</sup>. وطبقاً للفقرة التاسعة من هذه المادة على الراسي عليه المزداد أن يودع الثمن الذي رست به المزايدة والتكاليف الأخرى في صندوق الإيداع وفقاً لعملية البيع في المزاد العلني<sup>(٧)</sup>. ويتم توزيع الثمن على الدائنين أصحاب الحقوق العينية المسجلة حسب شروط الحجز المشار إليها في هذا القانون وحسب تواريخ استحقاقاتهم في القانون المدني وهذا ماتضمنته الفقرة الأولى من المادة ٣٣١ من هذا القانون<sup>(٨)</sup>. ووفقاً للمادة ٣٣٤، الفقرة الأولى منها إذا لم يكن الثمن لجميع الحقوق المسجلة فانه يوزع على أصحابها حسب تاريخ سندهم وحسب الأقدمية في التسجيل<sup>(٩)</sup>.

<sup>(١)</sup> L'article L111-1 code des procédures civiles d'exécution « Tout créancier peut dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard. tout créancier peut pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits .... »

نقلاً عن الموقع الإلكتروني

[www.legifrance.gouv.fr/affich\\_code.do?](http://www.legifrance.gouv.fr/affich_code.do?)

<sup>(٢)</sup> L'article L 111-2 « Le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur dans les conditions propres à chaque mesure d'exécution ».

نقلاً عن الموقع الإلكتروني السابق

<sup>(٣)</sup> L'article L 221-1 « tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut, après signification d'un commandement, faire procéder à la saisie et à la vente des biens meubles corporels appartenant à son débiteur, ... ».

نقلاً عن الموقع الإلكتروني السابق

<sup>(٤)</sup> L'article L221-3 « La vente forcée des biens a lieu aux enchères publiques à partir d'un délai d'un mois à compter du jour de la saisie pendant lequel le débiteur peut procéder à une vente amiable dans les conditions prévues au présent article..... ».

نقلاً عن الموقع الإلكتروني السابق

<sup>(٥)</sup> L'article L 322-5 « L'adjudication de l'immeuble a lieu aux enchères publiques à l'audience du juge ».

نقلاً عن الموقع الإلكتروني السابق.

<sup>(٦)</sup> L'article 322-6 « ..... To Tutefois, à défaut d'enchère, le poursuivant ne peut être déclaré adjudicataire que pour la mise à prix initiale ».

نقلاً عن الموقع الإلكتروني السابق.

<sup>(٧)</sup> L'article 322-9 code des procédures civiles d'exécution.

<sup>(٨)</sup> L'article 331-1 code des procédures civiles d'exécution.

<sup>(٩)</sup> L'article 334-1 code des procédures civiles d'exécution.

يتضح من بيان الإجراءات التنفيذية الواجب إتباعها من قبل الدائن المرتهن للتنفيذ على المال المرهون، بأن هذه الإجراءات تعد تعقيداً وتقييداً لحق الدائن في التنفيذ على المال المرهون والاستفادة من قيمة المال المحمل بالرهن للحصول على حقه المرتب في ذمة مدينه<sup>(١)</sup>. لذا يحاول الدائن المرتهن الخروج عن هذا التنظيم بالاتفاق على بيع المرهون من دون المرور بهذه الإجراءات لتسهيل حصوله على نتيجة الرهن بأسرع وبأسهل طريقة يراها مناسبة من دون النظر لمصلحة الراهن مالك المرهون ومصحة الدائنين الآخرين أو يتفق مع الراهن على تملك المرهون عند عدم الوفاء، كما رأينا في المطلب الأول الأمر الذي قد يضر بالراهن أو الدائنين الآخرين لذا منع القانون مثل هذه الاتفاقات وعدها باطلة. ومع ذلك، فإن المشرع في القوانين المقارنة أجاز تملك الدائن المرتهن للمرهون أو بيع المرهون دون إجراءات لأسباب عديدة، منها تتعلق بطبيعة المال المرهون أو الحفاظ على مصلحة طرفي الرهن بحيث لا يلحق الضرر بالراهن مالك المال المرهون أو بالدائنين الآخرين أو تتعلق بتحقيق مصلحة حائز العقار المرهون، وهذا ما سنراه في المبحث القادم.

### الخاتمة

بعد أن درسنا موضوع ((الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون- دراسة مقارنة)) إتضح لنا أن القوانين محل المقارنة لم تُجر هذه الاتفاقات كونها تعدل آثار عقد التامين العيني المتعلقة بحق الدائن في التنفيذ على المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالالتزام المضمون، إذ حدد القانون كيفية ممارسة الدائن المرتهن هذا الحق ولم يسمح القانون بتجاوز الحدود التي رسمها وعد هذا التجاوز مخالفة للنظام العام، إذ قرر بطلان الاتفاق بين طرفي عقد الرهن على تملك الدائن المرتهن المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون أو الاتفاق على بيع المال المرهون دون إتباع الإجراءات القانونية وذلك لمخالفتها النظام العام، سواء تم الاتفاق على ذلك عند إبرام عقد الرهن أم بعده.

إلا أن القانون المدني الفرنسي وعلى وفق التعديل الصادر بقانون ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦، قلل من حالات بطلان الاتفاق على تملك الدائن المرتهن المال المرهون عند عدم الوفاء، وجعلها مقتصرة على الحالات التي لم تتوفر فيها ضمانات بعدم استغلال للراهن وعدم تحقق الغبن بالنسبة لقيمة المال المرهون وهذه الضمانات حددتها المادة ٢٣٤٨ من هذا القانون، فعلى وفق هذه المادة يتم تحديد ثمن المال المرهون على أسس تمنع استغلال الراهن صاحب المال المرهون. في حين لم يأت القانونان المدنيان العراقي والمصري بتعديل على القواعد القانونية التي تضمنها هذان القانونان منذ صدورهما، فالاتفاقات على تملك المرهون عند عدم الوفاء تعد باطلة في كل حالاتها، عدا القواعد القانونية المتعلقة ببيع الوفاء في القانون المدني العراقي إذ تضمنت إجازة لتملك الدائن المرتهن المال المرهون رهناً حيازياً عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون، لذا نوصي بإلغاء المادة ١٣٣٣ من القانون المدني العراقي التي تضمن بيع الوفاء بوصفته بأنه رهن حيازي لتعارضها مع المادة ١٣٠١ منه والاكتفاء بنص المادة ٥٠٩ من هذا القانون التي أجازت أن يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة. بالاستناد على ما تقدم، نقترح امكانية وضع قواعد قانونية في القانونين العراقي والمصري تتضمن قيوداً وضمانات تمنع استغلال الدائن المرتهن الراهن عند الاتفاق على تملك المرهون عند عدم وفاء الدين المضمون، فعندما تضمن عدم تحقق هذا الاستغلال، عندها لا يوجد مانع من الاتفاق على تملك الدائن المرتهن المال المرهون عند عدم الوفاء مادام ثمن المرهون قد حُدد على وفق القانون وبطرق يتحدد على أساسها الثمن الحقيقي للمال المرهون وعدم استغلال مالكه. فهذا التعديل المقترح يقلل من حالات بطلان الاتفاق على تملك المرتهن المرهون ويجعل البطلان مقتصرًا على الاتفاق الذي يخالف القيود القانونية التي تمنع استغلال الراهن ويعدل حق الدائن المرتهن، ومن ثم يحافظ على عقد الرهن في الحالات الأخرى وعندها تتحقق غاية التأمينات العينية بوصفها ضمان خاص، لذا نقترح أن يكون نص المادة ١٣٠١ من القانون المدني العراقي بالشكل التالي ((يقع باطلاً كل إتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم إستيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك المال المرهون رهناً تأمينياً أو حيازياً بثمن يتفق عليه خلافاً لما تقرره المحكمة في تحديد الثمن، أو في بيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون، حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن ويبطل الاتفاق دون عقد الرهن)). وبذلك تم رفع عبارة (لا يغلق الرهن) فالنص المقترح يشير الى ما تتضمنه هذه العبارة فلا فائدة من التكرار. ومن جهة ثانية، يتم

<sup>(١)</sup> J.Mestre , E.putman et M.Billiau , Traité de droit civil, Droit Commun des sûreté réelles Théorie générale, J.Ghestin , L.G.D.J. 1980, n°.473

تطبيق هذا النص في عقد التأمين العيني سواء كان رهناً تأمينياً أم رهناً حيازياً. ومن جهة ثالثة، فإن هذا النص يقلل حالات بطلان الاتفاق على تملك المرتهن المال المرهون وجعل البطلان مقتصرًا على حالة عدم تحديد الثمن على وفق ما تقرره المحكمة ومن ثم يتم الحفاظ على عقد الرهن قائماً وموافقاً للنظام العام في الوقت ذاته. ومن جهة رابعة فإن هذا التعديل يشير صراحةً بأن بطلان الاتفاق لا يؤثر في عقد الرهن وإنما يبطل الاتفاق المخالف للنظام العام دون بطلان عقد الرهن لكي لا يكون هذا الاتفاق المخالف مبطلًا لعقد التأمين العيني ولاغياً غايته وهدفه الأساس وهو الضمان الخاص.

أما الاتفاق على بيع المرهون دون المرور بالإجراءات القانونية فإن جميع القوانين المقارنة قد حددت موقفاً واحداً ببطلان هذا الاتفاق لأنه يخالف ما حدده القانون من حق للدائن بالتنفيذ على المرهون عن طريق البيع في المزاد العلني ووفقاً للإجراءات المحددة في القوانين المختصة.

وعلى هذا، وللحفاظ على عقد الرهن من الانهيار، فإن المشرع الفرنسي جاء في القانون المدني بتعديل جديد جعل عقد الرهن لا يتأثر بالاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن المخالف لنصوص القانون الآمرة، وذلك باستبعاد الاتفاق المخالف والإبقاء على عقد الرهن صحيحاً مرتباً لآثاره. في حين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري قد جعلاً للمعيار القسدي لإرادة المتعاقد دوراً في ذلك، فإذا كان الاتفاق المخالف هو الدافع الرئيسي لإبرام عقد الرهن فإنه يبطل هو وعقد الرهن معاً. وهذا يؤدي الى عدم تحقيق الرهن غايته الأساسية وهو الضمان الخاص، لذا نقترح أن تتضمن نصوص هذين القانونين أحكاماً تقضي بالمحافظة على عقد الرهن باستبعاد الاتفاق المخالف للنظام العام بغض النظر عن إرادة الدائن المرتهن، والإبقاء على عقد الرهن مرتباً لآثاره محققاً غايته الأساس ، الأمر الذي حددناه في التعديل المقترح للمادة ١٣٠١ من القانون المدني العراقي.

وعليه، فإن الاتفاقات على تملك الدائن المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء أو الاتفاق على بيع المرهون دون الإجراءات القانونية، تعد باطلة لكونها معدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون عند عدم الوفاء والذي حدده القانون ضمن بيانه لآثار عقد الرهن، حيث قرر بطلان الاتفاق المخالف لهذه الآثار باطلاً للحفاظ على مصلحة طرفي عقد الرهن، وخاصة الراهن.

ومن الله التوفيق..

مصادر البحث

أولاً: الكتب القانونية

- ١ - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل/ البطلان الجزائري للعقود والتصرفات القانونية / دراسة تحليلية تطبيقية لنظرية الانقاص/ مطبوعات جامعة الكويت/١٩٨٨
- ٢ - د. أحمد أبو الوفا/ إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية/ منشأة المعارف/ الاسكندرية/ بدون سنة طبع.
- ٣ - د. أحمد سلامة/ التأمينات المدنية/ دار التعاون للطباعة / القاهرة/١٩٦٦
- ٤ - د. اسماعيل غانم/ مصادر الالتزام / مكتبة عبد الله وهبة/ القاهرة/ ١٩٦٦
- ٥ - المستشار أنور طلبه/ الوسيط في القانون المدني/ الجزء السادس/ المكتب الجامعي الحديث/٢٠٠١
- ٦ - المستشار أنور طلبه/ المطول في شرح القانون المدني / الجزء الرابع عشر/ الطبعة الأولى/ الاسكندرية/٢٠٠٤
- ٧ - د. حسن علي الذنون /شرح القانون المدني العراقي/العقود المسماة . عقد البيع / مطبعة الرابطة/بغداد/١٩٥٣
- ٨ - د. خالد حمدي عبد الرحمن/ البيع المرتد/ دار النهضة العربية/ القاهرة/١٩٩٩
- ٩ - د. ريماء فرج مكي / تصحيح العقد/ دراسة مقارنة / الطبعة الأولى/ المؤسسة الحديثة للكتاب /لبنان/٢٠١١
- ١٠ - د. سليمان مرقس/ التأمينات العينية/ بدون مكان طبع/١٩٥٩
- ١١ - د. سمير عبد السيد تناغو/ التأمينات العينية/ الاسكندرية/ ١٩٥٢
- ١٢- الاستاذ شاكرا ناصر حيدر / شرح القانون المدني الجديد/ الحقوق العينية العقارية - الجزء الثاني/ الطبعة الأولى/ مطبعة المعارف/ بغداد/ ١٩٥٣
- ١٣ - د. شفيق شحاته/ النظرية العامة للتأمين / الطبعة الثالثة / القاهرة/١٩٥٥
- ١٤ - د. صالح ناصر العتيبي/ فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية/ دراسة مقارنة/ الطبعة الأولى/٢٠٠١.
- ١٥ - د. صبحي المحمصاني/ محاضرات في القانون المدني الجديد/ الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام/ مطبعة نهضة مصر/ ١٩٥٨.
- ١٦ - د. عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / الجزء الثاني / نظرية الالتزام بوجه عام/ الطبعة الثالثة الجديدة/ منشورات الحلبي الحقوقية/ بيروت - لبنان/٢٠٠٠.
- ١٧ - د. عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد/ الجزء الرابع / الطبعة الثالثة الجديدة/ منشورات الحلبي الحقوقية/ بيروت - لبنان/٢٠٠٠.
- ١٨ - د. عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني الجديد/ الجزء العاشر والأخير/ الطبعة الثالثة الجديدة / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت - لبنان/ ٢٠٠٠.
- ١٩ - د. عبد المنعم البدرابي / النظرية العامة للالتزامات / دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري/ الجزء الثاني / دار النهضة للطباعة والنشر/ بدون سنة طبع.
- ٢٠ - د. علي جمال الدين عوض/ عمليات البنوك من الوجهة القانونية/ مطبعة جامعة القاهرة / الكتاب الجامعي/ مكتبة النهضة العربية/ ١٩٥٨.
- ٢١ - د. علي جمال الدين عوض/ عمليات البنوك من الوجهة القانونية/ مطبعة جامعة القاهرة / الكتاب الجامعي/ مكتبة النهضة العربية/ ١٩٨٨.
- ٢٢ - السيد علي مظفر حافظ / شرح قانون التنفيذ / طبعة منقحة/ مطبعة العاني/ بغداد/ ١٩٧٤.
- ٢٣ - فتحة محمود فرة/ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض الدائرة المدنية في خمس سنوات ٧٩ - ١٩٨٤/ الجزء الأول / دار المطبوعات الجامعية/ الاسكندرية/١٩٨٤.
- ٢٤ - د. محمد سلام مذكور/ المدخل للفقهاء الاسلامي / الطبعة الأولى / دار النهضة العربية/ القاهرة/ بدون سنة نشر.
- ٢٥ - الاستاذ محمد طه البشير، د. غني حسون طه/ الحقوق العينية / الجزء الثاني/ وزارة التعليم العالي والبحث العلمي / جامعة بغداد/١٩٨٢

- ٢٦ - د. محمد لبيب شنب/ دروس في التأمينات العينية والشخصية / دار النهضة العربية/ القاهرة/ ١٩٧٤،  
 ٢٧ - د. مدحت المحمود/ شرح قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ وتطبيقاته العملية/ بغداد / ١٩٩٢،  
 ٢٨ - د. مصطفى احمد الزرقا/ المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية/ الجزء الأول / الطبعة الثالثة/ مطبعة الجامعة السورية/ ١٩٥٢،  
 ٢٩ - د. منصور مصطفى منصور / التأمينات العينية/ المطبعة العالمية / القاهرة/ ١٩٦٣،  
 ٣٠ - الاستاذ منير القاضي/ شرح المجلة / الجزء الأول / القواعد الكلية، البيع - الاجارة/ الطبعة الأولى / مطبعة العاني/ بغداد/ ١٩٤٩،  
 ٣١ - د. نبيل إبراهيم سعد / التأمينات العينية والشخصية/ منشورات الحلبي الحقوقية/ بيروت- لبنان - ٢٠١٠.

#### ثانياً: القوانين

- ١ - القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١،  
 ٢ - القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨،  
 ٣ - القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤،  
 ٤ - القانون الفرنسي الخاص بالضمان رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦.  
 ٥ - قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.  
 ٦ - قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩،  
 ٧ - قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠،  
 ٨ - قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١،  
 ٩ - قانون إجراءات التنفيذ المدنية الفرنسي رقم ١٨٩٥ في ١٢/٩/٢٠١١،  
 ١٠ - تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي رقم ٧٣٧ في ١/٧/٢٠١٠،  
 ١١ - قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨،  
 ١٢ - قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

#### ثالثاً: المواقع الإلكترونية

- 1 - [www.Lcgifrance.Gouv.Fr/affich.Code.article.do?](http://www.Lcgifrance.Gouv.Fr/affich.Code.article.do?)  
 2 - [www.Easydroit.fr/codes-et-lois/](http://www.Easydroit.fr/codes-et-lois/)  
 3 - [www.Juritravail.com/lexique/remere.html](http://www.Juritravail.com/lexique/remere.html)  
 4 - [www.Legifrance.gouv.fr/affich.code.do?](http://www.Legifrance.gouv.fr/affich.code.do?)

#### رابعاً : المصادر باللغة الفرنسية

- 1 - Alain Bénabent, Droit civil, C.Montchrestien.  
 2- B.starckH.Roland et L.Boyer, obligations,2.contract.quatrième édition, paris, 1993.  
 3 -Flour, Abert et Savaux, obligations,1, L'act juridique ,ARMAND COLIN,2000.  
 4 - G.Marty et P.Raynaud, les obligations,2' édition, T.1,les Sources, Sirey,1988.  
 5 - G.Marty,P.Raynand et ph.Jestaz, les sûretés, la publicité foncière, 2' édition, sirey, 1987.  
 6 - Jérôme Huet, Traité de droit civil, L.G.D.J, J.Ghestién, 1980.  
 7 - J.Luc-Aubert et ph.Jestaz , connaissance du droit, le contract droit des obligations, Dalloz, paris, 1992.  
 8 - J.Mestre, E.Putman et M.Billiau, Traité de droit civil,Droit commun des Sûretés réelles, Théorie Générale, J.Ghestien,L.G.D.j.1980.  
 9 - J.Mestre,E.Putman et M.Billiau,Traité de droit civil, Droit spécial des Sûretés réelles, J.Ghestien,L.G.D.J,1980.  
 10 - M.P;aniol et G.Riepert,Traité partique de droit,XII, L.G.D.J, Becqué, 1953.  
 11- Pierre corcq ,propriété et garantie, L.G.D.J.M.. Gobert, 1995.  
 12 - P.Malaurie et L.Ayné, cours de droit civil, T.VI, les obligations, 9' édition , paris, 1998.  
 13 -Serge Braudo, conseiller honoraire a la cour d'appel de Versailles.  
 14 -Terré, Simler et Lequette, droit civil les obligations, 8' édition,Dalloz, 2002.  
 15 - Weill et Terré , droit civil, les obligations, Dulloz, 4' , édition ,1986.