

ملخص البحث

الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون ، هو شرط يقترب بعقد الرهن ، تأمينياً كان أم حيازياً ، فهو اتفاق بين الدائن المرتهن والراهن على تملك المرتهن المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون بالرهن ، أما حكمه ، فيختلف بين التشريعات المختلفة محل المقارنة ، فبعضها جعلت البطلان مصير هذا الاتفاق ، وبعض التشريعات اجازته ولكن عند توافر بعض الشروط التي تحقق مصلحة المتعاقدين .

المقدمة

تقتضي دراسة موضوع " مفهوم الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء " بيان جوهر الموضوع واهميته واسباب اختياره ومنهج الدراسة :-

اولاً: جوهر فكرة الموضوع

حدد القانون الاجراءات التي يستطيع الدائن المرتهن بموجبها استيفاء حقه ، فإن حلول اجل الدين وعدم قيام المدين الراهن بوفاء دينه يعطي للمرتهن الحق في ان يقتضي حقه جبراً على الراهن وذلك عن طريق التنفيذ على امواله الضامنة لحقوق دائنه وفق للطرق التي حددها له المشرع ، وهذا يعني ان الدائن المرتهن لا يستطيع استيفاء حقه من مدينه الراهن الا وفقاً للحدود التي رسمها له القانون ، واي اتفاق يخالف ذلك يعتبر باطلاً ، على اعتبار ان مثل هذه الاتفاقات تعدل من اثار العقد المحددة قانوناً والمتعلقة بالتنفيذ على المال المرهون ، وحتى تتحقق طبيعة التأمين العيني المتمثلة بتعيين مال يخصص للوفاء بدينه ، ومن ثم يستطيع الدائن الحصول على حقه من هذه الاموال وكذلك يوفر التأمين العيني ائتمان الراهن في الوقت الذي يكون فيه بحاجة للائتمان وهذا يعني ان اتفاق المرتهن مع الراهن مدينا كان ام كفيلاً عينياً على انه عند حلول اجل الدين وعدم وفاء الاخير بالدين المضمون بتملك المرتهن المرهون ، يعد معدلاً لاجراءات التنفيذ . ولعل السبب في عدم السماح بوجود مثل هذا الاتفاق يكمن في ان الاجراءات التي حددها القانون وضعت لضمان حق كل من الدائن المرتهن والراهن بما يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة .

ثانياً: اهمية الموضوع واسباب اختياره

تتجلى اهمية الموضوع في ان الدائن المرتهن عندما يُعطي ائتماناً للراهن ، فإن ذلك لايعني ان يستطيع ان يبرم معه اتفاقات بشأن طريقة الحصول على حقه ، لان التشريعات قد حددت الاجراءات التي يستطيع

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

المرتهن استيفاء دينه المضمون بالرهن ، وهذه الاجراءات لايحوز الاتفاق على ماخالفها وبالتالي منعت التشريعات اتفاق المرتهن مع الراهن على تملك المرتهن للمال المرهون عند حلول اجل الدين وعدم الوفاء به من قبل الراهن ، ومن ثم ، فان البحث القانوني في مفهوم الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء به وخصوصاً فيما يتعلق بماهيته وطبيعته ، يعتبر من المسائل البالغة الاهمية ، اما اسباب اختياره فيرجع الى عدة امور :

١- تهدف هذه الدراسة الى تحديد مفهوم الاتفاق على التملك المقترن بعقد الرهن عند عدم الوفاء بالدين المضمون ، وبيان موقف التشريعات منه ، من حيث اثر هذا الاتفاق على عقد الرهن الذي اقترن به ، بالاضافة الى بيان التطور التشريعي الفرنسي فيما يتعلق بهذا الاتفاق الصادر في ٢٠٠٦^(١) .

٢- لم يتم دراسة هذا الاتفاق دراسة وافية بوصفها اثر من اثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن فلاتوجد دراسة تلم بجوانب هذا الاتفاق كونه معدل للاجراءات المحددة بالقانون والتي حددت التشريعات مصيرها بالبطلان - كقاعدة عامة - ضمن آثار الرهن بالنسبة للمرتهن .

٣- الرغبة في عقد مقارنة بين موقف التشريعات والفقه الاسلامي ، للبحث في ماهيته وصورة وأثر الاتفاق على التملك على عقد الرهن المقترن به .

ثالثاً: منهجية البحث

في دراسة هذا الموضوع فاننا نستنتج طريقة موضوعية مقارنة ، فهي موضوعية لاننا سننعمد بيان الموقف القانوني والفقهي والقضائي ونصوص القانون المدني العراقي وبعض القوانين المدنية الاخرى ، وبيان ما اورده الفقه الاسلامي بمذاهبه المختلفة بهذا الشأن مع الاستعانة بكتب الفقه الاسلامي وفقهاء القانون لاننا سننعمد المنهج المقارن سبيلاً لمعالجة موضوع البحث ، فنعمد المقارنة بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري و كذلك موقف القانون المدني الفرنسي قبل وبعد صدور مرسوم ٢٠٠٦ بالاضافة الى الفقه الاسلامي .

رابعاً : خطة البحث :

سيتم دراسة موضوع بحثنا الموسوم "مفهوم الاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء" بخطة تتضمن ثلاث مباحث ، نتناول في المبحث الاول ماهية الاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء ونعمد الاختصاص في المبحث الثاني لدراسة الطبيعة القانونية للاتفاق على التملك ، ونخصص المبحث الثالث لبيان بطلان الاتفاق على التملك عند عدم الوفاء وكما يلي :

المبحث الاول : ماهية الاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

المطلب الاول : التعريف بالاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء

المطلب الثاني : صور الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للاتفاق على التملك

المطلب الاول : طبيعة الاتفاق في المرحلة التي تسبق تنفيذه

المطلب الثاني : طبيعة الاتفاق عند التنفيذ

المبحث الثالث : بطلان الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون

المطلب الاول : نطاق البطلان ومبرراته

المطلب الثاني : مصير عقد الرهن عند بطلان الاتفاق

المبحث الأول

ماهية الاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء

تحديد ماهيته الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء به ، تقتضي التعريف بهذا الاتفاق ، وكذلك دراسة الصور التي يتحقق من خلالها ، ولذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين ندرس في المطلب الاول التعريف بالاتفاق على تملك المرتهن للمال المرهون عند عدم الوفاء به ، ثم نخصص المطلب الثاني لبيان صور الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف الاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء

يترتب على نشوء حق الرهن ان يكون للدائن المرتهن عند حلول اجل الدين المضمون وعدم الوفاء به من قبل المدين ، الحق في التنفيذ على المال المرهون ، الا ان سلطة المرتهن في التنفيذ مقيدة باتباع اجراءات معينة حددت بالقانون ، فقد نصت المادة ١٢٩٩ من القانون المدني العراقي على انه "للمرتهن ان يستوفي حقه في العقار المرهون رهنا تأمينيا على وفقا لإجراءات المقررة لذلك ، واذا لم تف قيمة العقار بحقه ، فله ان يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر اموال المدين"^(١) ، إذ أن هذه الاجراءات يجب ان تتبع في استيفاء الدائن المرتهن لحقه المضمون بالرهن ، وهذا هو هدف التأمين الذي يعطي

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

ضمان خاص عند عدم وفاء الرهن بالدين المضمون في ميعاد الاستحقاق، وهذا يعني ان الدائن المرتهن ليس لديه الحرية المطلقة في التنفيذ على المال المرهون، وانما يكون التنفيذ وفق اجراءات معينة حددت في قانون المرافعات وقوانين البيوع الجبرية، وأي اتفاق يخالف ذلك لا يقره القانون لان الاجراءات القانونية التي حددها المشرع للتنفيذ على المال المرهون وضعت ضماناً لحق كل من المرتهن والرهن بما يحقق التوازن بين مصلحتي المتعاقدين، لذا فإن أي اتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء دون المرور بالإجراءات، يعد تعديلاً لها بما يخالف ارادة المشرع^(٣)، فقد نصت المادة ١٣٠١ من القانون المدني العراقي على انه "لا يغلق الرهن، فيقع باطلاً كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في ان يملك العقار المرهون رهناً تأمينياً بالدين، او باي ثمن كان او ان يبيعه دون مراعاة الاجراءات التي فرضها القانون حتى لو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن" والمادة ١/١٠٥٢ من القانون المدني المصري التي تنص على "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، أو أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن"، اما في القانون المدني الفرنسي فقد اشارت المادة ٢٣٤٨ منه الى هذا الاتفاق، في مجال رهن المنقول المادي إلا أن هذا القانون، قد اتخذ موقفاً مختلفاً عن القانونين العراقي والمصري، فقد اعتبر الاتفاق صحيحاً ولكن بضمانات قانونية تضمن عدم استغلال الرهن، وعندما يعد الاتفاق الذي لم تتوافر فيه هذه الضمانات معدلاً لإجراءات التنفيذ على المال المرهون ومن ثم قرر بطلانه، أما اذا كان محققاً لهذه الضمانات فهو صحيح لأنه موافق لما حدده المشرع اذ جاء في هذه المادة "يمكن الاتفاق عند انشاء الرهن الحيازي او بتاريخ لاحق، على ان يصبح المال المرهون ملكاً للدائن المرتهن في حال التخلف عن تنفيذ التزام ايفاء الدين المضمون وتحدد قيمة المال يوم انتقال الملكية استناداً الى تقرير خبير يعين ودياً أو قضائياً، وفي حال غياب تسعيرة رسمية للمال في سوق مالية منظمة وفقاً لأحكام قانون النقد والمال، يعد كل بند مخالف كأنه لم يكن"^(٤). اما فيما يتعلق بالرهن العقاري من القانون المدني الفرنسي، فقد نظمت هذا الاتفاق المادة ٢٤٥٩ منه "يجوز ان تنص اتفاقية الرهن العقاري على ان يملك الدائن العقار المرهون، غير ان هذا البند لا اثر له على العقار الذي يشكل محل السكن الاساس للمدين"^(٥) وتطبق احكام المادة ٢٤٥٨ في مجال الرهن الحيازي العقاري بموجب احكام المادة ٢/٢٣٣٨ من القانون المدني الفرنسي وكذلك تمت الاشارة الى هذا الاتفاق بين طرفي عقد الرهن على تملك المرتهن للمرهون في عقد رهن الدين في الفقرة الاولى من المادة ٢٣٦٥ منه التي جاء فيها "في حال تخلف المدين عن الدفع يستطيع الدائن المرتهن تخصيص الدين المرهون وجميع الحقوق المتعلقة به لإيفاء دينه بموجب قرار قضائي أو ضمن الشروط المنصوص عليها في الاتفاقية"^(٦).

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

فالتشريعات^(٧) إعتبرت اتفاق الدائن المرتهن مع الراهن على تملك المال المرهون عند عدم الوفاء بالدين المضمون بالرهن ، بمثابة اتفاق معدل للإجراءات المحددة بالقانون للتنفيذ على المال المرهون ، فقد يتفق الدائن المرتهن مع الراهن على أن يصبح المال المرهون ملكاً للمرتهن عند عدم تمكن المدين الوفاء بالدين عند حلول أجله بدلاً من بيعه وفقاً للإجراءات المقررة ، فيقبل الراهن ذلك نتيجة لاعتقاده احتمال تيسر حاله وتمكنه من الوفاء بالدين المضمون ، ولكن نتيجة لظروف لم تكن بحسبان المدين ، تجربته على عدم الوفاء بالدين عند حلول الاجل ، عندها يتم تنفيذ الاتفاق إذ يؤدي الى تملك المال المرهون بثمن قد يكون اقل او اكثر من الدين عند حلول الاجل ، فيخيب ظنه فيقع ضحية لاتفاق غير متوقع وخارج عن ماهو مقرر بالقانون^(٨) . ومن اجل توفير الحماية اللازمة لمصالح كل من الدائن المرتهن و الراهن ، أُعتبر الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون اتفاق معدل للإجراءات المحددة بالقانون والتي لا يمكن مخالفتها ، كونها تضمن حقوق كل من طرفي عقد الرهن ، ومن ثم قضت اغلب التشريعات ببطلانه بصورة مطلقة ، بينما اجازته تشريعات اخرى عند توافر ضمانات تحقق مصالح طرفي عقد الرهن وخاصة عدم استغلال الراهن^(٩) .

اما على صعيد الفقه القانوني ، فإنه يتفق مع التشريع في تحديد مفهوم هذا الاتفاق وهذا يتضح جلياً من خلال تعريف الفقه لهذا الاتفاق ، فعرفه البعض على " انه كل اتفاق يقضي بتملك المرتهن للمرهون في مقابل دينه عند حلول اجل الدين وامتناع المدين عن الوفاء به " ^(١٠) وهذا يعني اذا امتنع المدين عن وفاء الدين المضمون بالرهن في ميعاد الاستحقاق يملك المرتهن المرهون بموجب هذا الاتفاق وبغض النظر سواء ادرج هذا الاتفاق في عقد الرهن ام باتفاق لاحق . وهناك من أكد على أثره ، وهو نقل الملكية الى المرتهن ، إذ عرفه بأنه " ايلولة المرهون الى المرتهن عند عدم وفاء المدين بالدين في ميعاد استحقاقه عند حلول اجله وسواء كان الاتفاق على أن يتم التملك في مقابل الدين أو مقابل إي ثمن آخر مهما كان " ^(١١) . وهذا يعني ان ملكية المرهون تنتقل الى المرتهن بعد حلول اجل الدين بمقابل نفس الدين المضمون او اي ثمن معين يتفقان عليه عند حلول الاجل .

كما وعرف من قبل الفقيه الفرنسي S.Hébert على انه بند فيه يسمح للدائن بامتلاك الشيء المقدم كضمان في حاله عدم دفع المدين للدين عند الاستحقاق^(١٢) ، وهذا يعني ان الاتفاق بحد ذاته يرتب الاثر الناقل للملكية دون حاجة لتدخل المحكمة في نقل الملكية . وهذا ما اكده C.Carbonnel بشكل اكثر وضوحاً ، إذ عرفه بأنه " اتفاق الدائن المرتهن مع الراهن على ان يصبح بموجبه المرتهن في عقد الرهن مالكا للمرهون عند عدم تمكن المدين من تسديد دينه المضمون عند الاستحقاق ودون حاجة لتقديم طلب الى القاضي " ^(١٣) .

كما وعرفه جانب اخر من الفقه الفرنسي مؤكداً على مصدر التملك عن طريق الاتفاق ، فقد ميز بين التخصيص القضائي والتخصيص الاتفاقي، نظراً لاختلاف كلا منهما ، إذ أن التخصيص القضائي لا

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

يتضمن اتفاقاً على تملك المرتهن المرهون وانما التملك يكون بموجب حكم قضائي ، بينما الاتفاق على التملك ، مصدره الاتفاق ، على أن يملك الاول المرهون عند عدم الوفاء به من قبل الراهن في ميعاد استحقاقه ، وهذا يعني ان المرهون قد خُصص اتفاقياً للمرتهن وتملكه نتيجة عدم الوفاء بالدين المضمون من قبل الراهن لذلك يسمى بالتخصيص الاتفاقي^(١٤). وبذات المعنى عرفه الفقيهان Capitant et Colin بأنه شرط يقترن بعقد الرهن " بند بموجبه يصبح الدائن المرتهن الذي لم يدفع له دينه المضمون عند الاستحقاق مالكا للمال المرهون " ^(١٥).

أما بالنسبة للفقه الاسلامي فقد حُدد مفهوم الاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء به ، استناداً للحديث الشريف "لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه " ^(١٦) وفي هذا الشأن ، ذكر أحد فقهاء الامامية على انه " وان شرط الراهن للمرتهن انه اذا لم يأت بالمال كان الرهن له بالدين " ^(١٧) وذكر فقيه اخر " هو استحقاق المرتهن له اذا لم يفتكه الراهن في الوقت المشروط " ^(١٨) وبيّن اخرجكم الاتفاق وهو عدم جواز نقل الملكية للمرتهن " لا يملك المرتهن بالارتهان وان شرط الراهن للمرتهن على انه اذا لم يات به كان الرهن له بالدين " ^(١٩).

وحده الطبرسي بانه استحقاق المرتهن للمرهون اذا لم يفكه الراهن في الوقت المعين ^(٢٠) وذات المعنى جاء به الشيرازي " اذا لم يفتك الراهن الرهن في الوقت المشروط استحققه المرتهن " ^(٢١)، اما الراوندي فبين " ان المرء قد غلقت رهونه اي استحققه المرتهن اذا لم يفكه الراهن في الوقت المشروط له بين كل منهما " ^(٢٢). قال البروجردي بشأن الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون " غلق الرهن للمرتهن ، اي صار ملكه اذا عجز الراهن عن افتكاكه في الوقت المعين " ^(٢٣).

وكذلك الحال بالنسبة لفقهاء المذهب الحنفي الذي ذهب بعض منهم الى ان الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون هو ذلك الشرط الذي يملك بموجبه المرتهن للمرهون اذا لم يفكه راهنه ^(٢٤).

أما فقهاء المالكية ، فقد بين الامام مالك ، " أن شرط تملك المرتهن للمرهون هو ان يقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى اجل يسميه به والا فالرهن لك بما رهن فيه " ^(٢٥) وذكر السيوطي بانه استحقاق المرتهن الشئ المرهون اذا لم يفتك في الوقت المشروط له ^(٢٦). وقد حدده فقيه آخر فعره بأنه " هو ان يقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى اجل تسميه له والا فالرهن لك بما فيه " ^(٢٧) وكذلك الحال بالنسبة للسمرقندي الذي عرفه " هو شرط المرتهن على الراهن انه اذا لم ينصفه من حقه ولم يأت به بدينه لأجل كذا فالرهن ملك له ... " ^(٢٨). وذكر ابن عبد البر " هو ان يرهن الرجل الرهن عند الرجل بالشئ وفي فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى اجل يسميه له والا فالرهن لك بما رهن به " ^(٢٩).

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

اما فقهاء الشافعية فذكر البعض منهم بشأن الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عن طريق بيان حكمه ، اذ جاء في المذهب " لا يكون الرهن للمرتهن اذا حل اجل الحق اي لا يملكه " ^(٣٠) وذكر الشافعي في كتابه الام مضمون الاتفاق على التملك ، اذ قال " ولو رهنه رهنا على انه اذا وقع الحق ولم يقضه اخذ الرهن منه " ^(٣١) وبين احد فقهاء الشافعية فذكر " لا يعلق الرهن ، بشي وان اراد صاحبه فكاكه فلا يعلق الذي هو في يده (المرتهن) والرهن للراهن ابدأ حتى يخرج من ملكه بوجه صحيح " ^(٣٢) وذكر ابن قدامة وهو احد فقهاء الحنابلة " فان شرط ان لا يبيعه عند الحلول او ان جاءه بحقه في محله والا فالرهن له " ^(٣٣) . وذكر فقيه اخر من فقهاء الحنابلة بانه " استحقاق المرتهن للمرهون اذا ترك الراهن فكاكه " ^(٣٤) .

اما فقهاء الظاهرية فذكر ابن حزم في كتابه المحلى قال العلامة ابن الاثير في النهاية " غلق الرهن غلوقا اذا بقي في يد المرتهن لا يقدر رهنه على تخليصه " ^(٣٥) اي انه اذا لم يفك الراهن رهنه في ميعاده استحقاقه ملك المرتهن للمرهون ولا يستطيع بعد ذلك الراهن اخذه منه .

من خلال استعراض آراء فقهاء المسلمين ، نرى بأنهم اتفقوا على تحديد الاتفاق على التملك ، وهو تملك المرتهن المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين استناداً الى الحديث الشريف " لا يعلق الرهن " .

واستناداً لما تقدم من تعريف الفقه القانوني والاسلامي ، للاتفاق على التملك ، فانه يمكن ان نحدد تعريفه ، بانه " كل اتفاق بين الدائن المرتهن والراهن ، مدينا كان ام كفيلاً عينياً ، بموجبه يكون للمرتهن ودون الحاجة لموافقته المحكمة ، الحق في ان يملك المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون في ميعاد استحقاقه " .

ولابد من الإشارة بان الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن على تملك المرتهن للمرهون لا يكون في صورة واحدة وانما في عدة صور تختلف من حيث وقت ابرام الاتفاق على التملك و من حيث العقد الذي اقترن به هذا الاتفاق سواء أكان رهناً تأمينياً ام حيازياً وهذا ما سندرسه في المطلب التالي .

المطلب الثاني

صور الاتفاق على تملك المرتهن المرهون

تبيين لنا في المطلب الاول من خلال استعراض النصوص القانونية التي اشارت الى تنظيم احكام الاتفاق ، فإن الاتفاق يمكن ان يكون معاصراً لأنشائه أو يدرج بعد انشاءه وقبل حلول اجل الدين او يتفق على ذلك بعد حلول اجل الدين المضمون ، وهذا يعني ان اتفاق المرتهن مع الراهن على تملك المرهون لا يكون في

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

صورة واحدة، وانما في عدة صور ، سواء أكان مقترناً بعقد رهن تأميني ام حيازي ، وعلى هذا تكون صور الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون ثلاث صور من حيث وقت ابرامه ، وكالاتي :

الصورة الاولى : ان يكون ابرام الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن متزامناً مع انشاء عقد الرهن وهذا ما جاءت به التشريعات^(٣٦) ومن ثم يكون أحد بنود هذا العقد عند انشاءه بين الدائن المرتهن و الراهن ، سواء أكان رهناً تأمينياً ام حيازياً ، فالرهن التأميني^(٣٧) وفق القانون المدني العراقي يعتبر من العقود الشكلية التي لا تكفي لانعقادها توافر الرضا والمحل والسبب ، وانما يجب لانعقادها اتخاذ اجراءات شكلية معينة نص عليها القانون^(٣٨) . وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني المصري اذ يعتبر الرهن الرسمي من العقود الشكلية التي لا بد من تسجيلها في ورقة رسمية^(٣٩) . اما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فقد نظم الرهن العقاري الاتفاقي^(٤٠) ، والزمته المادة ٢٤١٦ الرسمية في انعقاده^(٤١) .

ويتضح من النصوص القانونية اعلاه بان الرهن الاتفاقي مهما كان تسميته "تأمينياً ام رسمياً ام رهن عقاري اتفاقي" يعد عقد من العقود الشكلية التي يجب ان تتبع بها الرسمية بالإضافة الى الاركان الثلاثة الاخرى وهي الرضا والمحل والسبب ، فبالنسبة للرضا فلا بد من تطابق ارادة كل من الدائن المرتهن والراهن سواء أكان مديناً ام كفيلاً عينياً^(٤٢) اما بالنسبة للمحل فإن الرهن التأميني او الرسمي لا ينشأ الا على عقار او حق عيني عقاري يصح التعامل به والذي لا يمكن ان يكون كذلك الا اذا كان معيناً تعيناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه^(٤٣) . اما بالنسبة للسبب فإن الراهن لا يقرر الرهن الا ضماناً لحق اصلي للمرتهن، وهو الدين المضمون ، وهذا الدين يعتبر هو السبب في الرهن اذ يشترط فيه كونه موجوداً ليس بالضرورة في وجود الدين ان يكون منجزاً اذ يمكن ان يكون معلقاً على شرط^(٤٤) . هذه الاركان المتقدمة التي يجب ان تتوافر في الرهن التأميني ، ان تتوافر في الاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء من حيث التراضي والمحل والسبب ، وخاصة الاجراءات الشكلية من اشهار الاتفاق وتسجيله وصياغة الاتفاق وكتابته وتضمينه تخصيص الدين المضمون والعقار المرهون^(٤٥) .

ومن جهة ثانية ، فإن الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون ، قد يتزامن مع انعقاد الرهن الحيازي^(٤٦) فوفقاً للقانون المدني العراقي ينبغي ان تتوافر في الرهن الحيازي اركان كل عقد من رضا ومحل وسبب ، وكذلك ركن الحيازة كونه عقد عينياً فالتراضي يتحقق بتطابق ارادتي الدائن المرتهن والراهن ، اي توافق الايجاب مع القبول الصادر من كل منهما أمامحل الرهن الحيازي فقد يكون ، عقاراً او منقولاً ، يصح التعامل فيه وبيعه في المزداد استقلالاً ، بالإضافة الى وجوب ان يكون مملوكاً للراهن ، اضافة الى لزوم كونه قابلاً للحيازة لان العقد لا يمكن ان ينعقد بدون الحيازة ، وبما ان الراهن لا يقرر الرهن تبرعاً منه وانما ضماناً لدين فهذا الدين يعتبر سبب انشاء العقد الذي يشترط فيه ان يكون موجوداً او قابلاً للوجود ولا يكون كذلك مالم ينشأ صحيحاً ، واخيراً فإن عقد الرهن الحيازي من العقود العينية التي يلزم لتمامه انتقال الحيازة من الراهن الى الدائن المرتهن^(٤٧) ايأ كان موضوعه سواء أكان عقاراً ام

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

منقولاً وإذا وقع على عقار ، لا يكون تاماً مالم يسجل في دائرة التسجيل العقاري^(٤٨). اما اذا تعلق انشاء الرهن الحيازي بالدين وهو منقول معنوي فيلزم لتمامه حيازة المرتهن لسند الدين المرهون^(٤٩).

اما بالنسبة للقانون المدني المصري فان عقد الرهن الحيازي^(٥٠) عقد رضائي وليس عيني ينعقد بمجرد تبادل الايجاب والقبول دون الحاجة الى الرسمية او نقل الحيازة الذي يعتبر التزاماً على المتعاقدين لا ركناً فيه^(٥١) بمعنى يكفي لإنشائه توافر اركان العقد الثلاث من رضا ومحل وسبب ، أما الحيازة او القبض لايعتبر ركن لانعقاد عقد الرهن الحيازي ، وانما شرط لسريانه في حق الغير^(٥٢) ومن ثم فان انتقال الحيازة والقيود يلزم توافرها معاً لسريان الرهن في حق الغير^(٥٣).

اما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فإنشاء الرهن الحيازي^(٥٤) يختلف عما اذا كان قد ورد على منقول او عقار ، فإنشاء الرهن الوارد على منقول مادي يتطلب توافر الرضا والمحل والسبب كأركان للعقد ، بالإضافة الى وجوب أن يتم تحرير عقد الرهن كتابة وتعيين الدين المضمون والمال المرهون^(٥٥) وإذا كنا أمام رهن منقول مادي بنزع الحيازة فلا نحتاج الاشهار لان نزع الحيازة يكون بالتسليم فبمجرد تسليم المنقول المادي يعد اشهار له ، اما اذا كان رهن منقول مادي بدون نزع للحيازة فنحتاج هنا للإشهار لان غرض اشهار الرهن هو ان يكون حجة على الغير^(٥٦). اما بالنسبة لرهن الدين ، فإنه يخضع لأحكام خاصة وفي حالة غيابها يخضع لأحكام رهن المنقولات غير المادية ، اما بالنسبة للرهن الحيازي الواقع على منقولات غير مادية كرهن الديون، فيخضع لأحكام رهن المنقولات المادية^(٥٧). وأما الرهن الحيازي العقاري في القانون المدني الفرنسي فلا ينعقد الا بنزع حيازة العقار المرهون وهذا ما نصت عليه المادة ٢٣٨٧ منه التي جاء بها " رهن الحيازة العقاري هو عقد بمقتضاه يخضع عقارا ضماناً لالتزام ، وهو يؤدي الى نزع حيازة منشئ الرهن على العقار المرهون"^(٥٨) الا ان المادة ٢٣٨٨ توجب الاحالة الى مواد الرهن العقاري الاتفاقي وتطبيقها على الرهن الحيازي العقاري ومن ضمنها نص المادة ٢٤١٦ ، التي تشترط اتباع الاجراءات الرسمية في انعقاده^(٥٩).

يتضح من خلال ما تقدم ، ان الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون يكون معاصراً لانشاء عقد الرهن ومن ثم يعد بند من بنود هذا العقد ، وهذا يعني ان الاتفاق على التملك يخضع لكافة الشروط والاحكام التي تتعلق بانعقاد العقد الذي اقترن به من اركان ثلاث للعقد ، وكذلك الاجراءات الرسمية اذا كانت مشروطتوافرها في العقد المقترن به ، والتي يجب توافرها ، كذلك ، في الاتفاق على التملك إذا نشأ لاحقاً بعد ابرام عقد الرهن المقترن به وقبل حلول اجل الدين المضمون وهذه هي الصورة الثانية .

الصورة الثانية : أن يبرم الاتفاق على تملك المرتهن المرهون، بين كل من الدائن المرتهن والراهن ، بعد انشاء عقد الرهن وقبل حلول اجل الدين اذ نصت المادة ١٣٠١ من القانون المدني العراقي على انه "

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

لايغلق الرهن ،.....ولو كان الاتفاق قد ابرم بعد الرهن " وتقابلها في القانون المدني المصري المادة ١٠٥٢/١ التي نصت على انه "يقع باطلاً ، ولو كان الاتفاق قد ابرم بعد الرهن "

اما القانون المدني الفرنسي فقد نصت المادة ٢٣٤٨ الخاصة برهن المنقول المادي على انه " يمكن الاتفاق او بتاريخ لاحق على ان يصبح المال المرهون ملكاً للدائن " اما فيما يتعلق بالرهن العقاري فلم يشر المشرع الفرنسي في المادة ٢٤٥٩ من القانون المدني الفرنسي الى امكانية الاتفاق اللاحق لأبرام عقد الرهن العقاري كما نص على ذلك في المادة ٢٣٤٨ منه و التي تضمنت نصاً صريحاً بإمكانية ابرام الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند انشاء الرهن الوارد على منقول أوفي وقت لاحق ولكن يمكن ان يستنتج ذلك من نص المادة ٢٤٥٩ التي اكدت على انه يمكن ان ينص عقد الرهن على التملك ، وهذا الاتفاق يمكن ان يكون لاحقاً لإبرام عقد الرهن العقاري ويمكن ان يتزامن مع ابرامه^(٦٠) وهذا يعني ان الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون لا يكون احد بنود العقد وانما ملحق به سواء أكان عقد رهن تأميني ام حيازي . ولكن ابرام الاتفاق على التملك لا يكون بالضرورة عند انشاء عقد الرهن او بعد ذلك قبل حلول اجل الدين ، اذ يمكن ان يتفق المرتهن مع الراهن على ان يملك المرهون بعد حلول اجل الدين وهذه هي الصورة الثالثة .

الصورة الثالثة :قد لا يبرم الاتفاق عند انشاء عقد الرهن ولا في وقت لاحق عليه وانما بعد حلول اجل الدين وهذه الصورة وان لم تذكر صراحة الا في نص المادة ٢/١٠٥٢ من القانون المدني المصري التي نصت على انه " ولكن يجوز بعد حلول الدين او قسط منه الاتفاق على ان ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه "^(٦١) الا انه يمكن ان نستنتج في اغلب القوانين المقارنة كما سناتي الى بيان ذلك لاحقاً^(٦٢) إذ تتحقق الصورة الثالثة للاتفاق على تملك المرتهن المرهون ، بعد ابرام عقد الرهن ولكن بعد حلول اجل الدين المضمون ، وانه يمكن ان يقترن هذا الاتفاق اللاحق لحلول اجل الدين بعقد الرهن في كل من القانون العراقي والمصري والفرنسي^(٦٣).

ولكن لا بد من القول هنا، ان الاتفاق بين طرفي الرهن ، وعلى وفق هذه الصورة ، يختلف عن تملك المرتهن للمرهون قضاءً بعد حلول اجل الدين المضمون ،الذي يتم عن طريق تقديم المرتهن ، بعد حلول اجل الدين المضمون ، طلباً الى المحكمة يطلب فيها تملك المنقول المرهون بقيمته بحسب تقدير الخبراء في مقابل الدين المضمون، ويقدم الطلب للمحكمة بعد حلول اجل الدين المضمون ، وهذا ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون المدني المصري بان" ويجوز له ايضاً ان يطلب من القاضي ان يأمر بتملكه الشيء وفاء للدين على ان يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء" وكذلك ما جاءت به المادة ١٣٦٠ من القانون المدني العراقي بخصوص رهن الدين رهناً حيازياً بأن" اذا اصبح الدين المرهون الموثق بالرهن كلاهما مستحق الاداء ،جاز للمرتهن اذا لم يستوف حقه ان يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له او يطلب من المحكمة بيعه او تملكه بقيمته بعد خصم المستحق له"^(٦٤) اما في القانون

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

المدني الفرنسي ، فقد جاءت بذلك المادة ٢٣٤٧ في رهن المنقول المادي ، اذ بإمكان المرتهن ان يقدم طلباً بعد حلول اجل الدين الى المحكمة يطلب فيها تملك المنقول المرهون ، وهنا لا نكون أمام الاتفاق على التملك وانما التملك قضاءً ، اذ جاء فيها "يستطيع الدائن ايضاً المطالبة قضائياً بالاحتفاظ بالمال كوسيلة للإيفاء... " (٦٥). ومن خلال هذه النصوص ، يتبين بأن تملك الدائن المرتهن للمرهون يكون سببه صدور حكم من المحكمة وليس بناء على اتفاق طرفي عقد الرهن كما في الاتفاق على تملك المرتهن موضوع دراستنا ، لهذا وصف الفقه الفرنسي تملك المرتهن للمرهون بعد حلول اجل الدين بالتخصيص القضائي تمييزاً له عن الاتفاق على تملك المرهون الذي وصفه بالتخصيص الاتفاقي كونه يتم بناءً على الاتفاق (٦٦) .

ولا بد من القول بأن الصور الثلاث قد تقترن بعقد الرهن وهذا هو الاصل ، كما رأينا اعلاه ، عند بيان هذه الصور ، ولكن قد يكون مستتراً في عقد بيع الوفاء ، كما سنرى لاحقاً ، وذلك بان يكون البائع وفاءً بمركز الراهن ، والمشتري وفاءً بمركز الدائن المرتهن ، فيتملك الاخير المرهون عندما لا يرد البائع (الراهن) الثمن (الدين المضمون) (٦٧) وهذا ما يمكن استنتاجه من نص المادة ١٣٣٣ من القانون المدني العراقي التي نصت "يعتبر بيع الوفاء رهناً حيازياً" .

واخيراً فإن هذه الصور الثلاث للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء يمكن ان تقترن بعقد الرهن التأميني او عقد الرهن الحيازي ، في كل التشريعات المقارنة سواء التي اجازت الاتفاق او التي لم تجزه اذ يمكن ان يقترن الاتفاق على التملك على وفق القانون المدني العراقي بعقد الرهن التأميني او بعقد الرهن الحيازي سواء أكان المرهون عقاراً ام منقولاً وفقاً للمادة ٢/١٣٤١ (٦٨) . اما بالنسبة للقانون المدني المصري فالالاتفاق كما يمكن ان يقترن بعقد الرهن الرسمي (٦٩) يمكن ان يقترن بالرهن الحيازي وفقاً للمادة ١١٠٨ منه (٧٠) ، اما في القانون المدني الفرنسي فان الاتفاق على تملك الدائن المرتهن المرهون يمكن ان يقترن بعقد الرهن الوارد على منقول مادي (٧١) ، وكذلك في عقد الرهن العقاري الاتفاقي بموجب احكام المادة ٢٤٥٩ منه ، اما بخصوص الرهن الحيازي العقاري فيمكن ان يقترن الاتفاق على تملك المرتهن المرهون بهذا العقد تطبيقاً لأحكام المادة ٢٤٥٩ التي احالت اليها المادة ٢٣٨٨ منه على الرهن الحيازي العقاري واطاف القانون المدني الفرنسي الى العقود اعلاه عقد رهن الدين اذ اجاز ان يقترن هذا العقد بالاتفاق على تملك المرتهن للمرهون بموجب المادة ٢٣٦٥ منه . وفي هذه العقود جميعاً يجب ان تتوافر في الاتفاق على التملك المقترن به ، الاركان والشروط التي يجب ان تتوافر في العقد المقترن به ، حتى يكون صحيحاً ومرتبياً لأثاره .

رأينا الصور المختلفة للاتفاق على تملك الدائن المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء من حيث وقت ابرامه وهي ثلاث صور سواء اقترنت بعقد الرهن التأميني ام الحيازي أو قد يتضمنها عقد بيع وفاء . وأكماً لهذا الموضوع لا بد من الاشارة الى ان هذه الصور تتحقق في كل اتفاق يعطي للدائن المرتهن الحق في

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

تملك المرهون عند عدم الوفاء بالدين المضمون ، سواء كان ذلك الاتفاق يقضي بتملك المرتهن للمرهون في مقابل الدين المضمون ، أي الحصول على ملكية المرهون بغض النظر عن قيمة الدين ، باعتبار ان ثمن المال يعادل الدين ، او قد يكون الاتفاق بصورة تملك الدائن المرتهن بثمن يتفق عليه بين الطرفين ، سواء اقل من الدين المضمون او اعلى منه ، واذا كان اكبر من الدين يدفع الدائن المرتهن للمدين الفرق الزائد بين مبلغ الدين و ثمن المال المرهون ، اما اذا كان الثمن المتفق عليه اقل من قيمة الدين المضمون فيبقى الدائن دائناً للمدين حتى بعد تملك المال المرهون^(٧٢) بل الاكثر من ذلك اضاف بعض الفقه صورة اخرى قياساً على الحكمة من بطلان الاتفاق على التملك ، واعتبرها خاضعة لأحكام هذا الاتفاق وهي اتفاق المتعاقدين على ان يملك المرتهن مالاً اخر مملوكاً للراهن ولم يقدم كرهن ، اي لا يعد مرهوناً ولكن يتفق الراهن والمرتهن على ان يملكه المرتهن عند عدم الوفاء بالدين^(٧٣).

اما في الفقه الاسلامي فإنه يمكن أن يُستنتج من أقوال فقهاء المسلمين ، صورتان للاتفاق على التملك ، من حيث وقت أبرامه ، عند انشاء الرهن أو بعد انشاءه قبل حلول أجل الدين ، أما الصورة الثالثة للاتفاق على التملك بعد حلول أجل الدين ، فلا يتصور وجودها في الفقه الاسلامي، فقد اشار ابن قدامه في الفقه الحنبلي " وان شرط انه متى حل الحق ، ولم توفي ، فالرهن لي بالدين ، او بثمن سماه ، فسد "^(٧٤) وهو ماذهب اليه الامامية بالقول "وان شرط الراهن للمرتهن اذا لم يات بالمال الى اجل كذا كان الرهن له بالدين ولا يلزم ذلك ولا يملكه المرتهن بهذا الشرط... "^(٧٥) وكذلك الحنابلة"..... وان شرط الراهن للمرتهن على انه ان جاءه بحقه في محله -اي اجله- والا فالرهن له "^(٧٦).

وكذلك الزيدية اذ ذهب احمد المرتضى " فلو شرط في الرهن شرطاً ... ان جئتك بحقك الى وقت كذا والا فالرهن لك "^(٧٧) وايضاً الشافعية " ... لا يملك الرهن للمرتهن اذا حل الحق "^(٧٨) ، فذهب الامام مالك الى القول "ان جئتك بحقك الى اجل تسميه له والا فالرهن لك ،... وان جاء صاحبه بالدين الذي رهن به بعد الاجل فهو له "^(٧٩).

اذ يلاحظ من خلال ما تقدم من آراء فقهاء المسلمين ان الاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء شرط مقترن بعقد الرهن ، وهذا الاتفاق قد يكون عند انشاء عقد الرهن بحيث يكون مترامناً معه وهي الصورة الاولى من صور الاتفاق وهذه الصورة مشار إليها في أقوال فقهاء المسلمين ، اما عن ابرام الاتفاق بعد انشاء العقد وقبل حلول أجل الدين وهي الصورة الثانية من صور الاتفاق ، فهي تستنتج ضمناً من أقوال فقهاء المسلمين كون الاتفاق يعد مقترناً بعقد الرهن سواء كان ملازماً لانشاءه او بعد انشاءه قبل حلول أجل الدين ، إلا ان الصورة الواضحة لوجود هذا الاتفاق تكون عند القبض ، أي عند انشاء الرهن ، لان الرهن لا ينعقد الا بالقبض في الفقه الاسلامي ، اما الصورة الثالثة وهي الاتفاق على التملك بعد حلول أجل الدين فإنه غير متصور وجودها ، لأننا نكون بعد حلول أجل الدين ، امام بيع

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

المرهون وفقاً لإجراءات تتعلق بالأذن للمرتهن ببيع المرهون أو بأمر الحاكم والتي لا يمكن مخالفتها ستكون مدار للبحث في الفصل الثاني.

أن الاتفاق الذي يبرم بين كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن سواء أكان معاصراً لعقد الرهن ام لاحقاً له قبل حلول أجل الدين المضمون أم بعده ، يعطي الحق للمرتهن في ان يملك المرهون ، دون اللجوء للمحكمة لانتقال الملكية من الراهن للمرتهن ، وذلك يعد تعديلاً للإجراءات التي رسمها القانون التي تقضي بوجود بيع المرهون بالمزاد العلني ، لذا علينا ان نبين اثر مضمون هذا الاتفاق وهو نقل الملكية من الراهن الى المرتهن ، وذلك بتحديد طبيعته القانونية، وهذا ما يتم بيانه في المبحث القادم.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للاتفاق على التملك

ان الاتفاق بين المتعاقدين في عقد الرهن على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء ، يجعل العقد مقترناً بهذا الاتفاق ، أي يكون عقد الرهن مقترناً بشرط تقييدي هو تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء وأصبح هذا الشرط وهو الاتفاق جزءاً من العقد وبنوياً من بنوده ، فالشروط المقترنة بالعقد هي التي يتفق عليها المتعاقدان لتحديد العلاقة التعاقدية بينهما من حقوق والتزامات^(٨٠)، فهذا الاتفاق على التملك يتقيد به أثر العقد إذ لا يتحقق بيع المرهون في المزاد العلني وانما يملك المرتهن المرهون بمقابل الدين المضمون . وهذا الاتفاق على التملك يعتمد على ارادة المرتهن أو الراهن ، لذلك هو شرط يقيد به عقد الرهن^(٨١)، وعليه ، فإن مضمون الاتفاق ، يكون التزام بأمر ممكن ، وهذا الالتزام هو نقل الملكية الى المرتهن ، إذ يكون بمثابة بيع المرهون بمقابل الدين المضمون ، لذلك اختلف الفقه القانوني بشأن تكييف البيع أو تملك المرتهن المرهون قبل حلول أجل الدين المضمون ، وبين التملك الذي يحصل بعد حلول اجل الدين وعدم وفاء المدين به . لذا علينا ان نبين هنا طبيعة الاتفاق على تملك المرتهن للمال المرهون في هاتين الحالتين ، وبغض النظر عن حكم هذا الاتفاق من حيث بطلانه او جوازه بصورة مطلقة او جوازه بتوافر الضمانات القانونية ، فهنا يقتصر البحث في طبيعة الاتفاق على تملك المرتهن بحد ذاته ، دون النظر الى احكامه التي سيتم تفصيلها لاحقاً ، وعلى هذا الاساس ، سيتم دراسة هذا المبحث في مطلبين ، يخصص الاول لدراسة طبيعة الاتفاق في المرحلة التي تسبق تنفيذه ، وتخصيص الثاني لدراسة طبيعة هذا الاتفاق عند تنفيذه .

المطلب الاول

طبيعة الاتفاق في المرحلة التي تسبق تنفيذه

يعتبر التنفيذ على المال المرهون حق من حقوق الدائن المرتهن تجاه الراهن، الا انه لا يستطيع ان ينفذ على المال المرهون قبل حلول اجل الدين شأنه في ذلك شأن سائر الدائنين العاديين، ذلك ان الرهن في هذه المرحلة يكون في حاله ركود وبالتالي يقتصر دور المرتهن على التروي والتربص لحين حلول اجل الدين^(٨٢)، وهذا يعني قبل تنفيذ الاتفاق على التملك، لا تنتقل ملكية المرهون الى المرتهن أي وعد ببيع المرهون الى المرتهن في مقابل الدين، وانما يؤجل ذلك لحين حلول اجلا لادين، وعلى هذا، فقد اجمع الفقه الفرنسي بانه عند وجود الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون نكون امام وعد من جانب واحد هو الراهن بنقل ملكية المرهون الى المرتهن، وذلك قبل حلول اجل الدين المضمون^(٨٣)، ولم يأت القانون المدني الفرنسي بنظريه عامه للوعد بالتعاقد، وانما اكتفى بالاشارة الى تطبيق من تطبيقاته وهو الوعد بالبيع فقد جاء في المادة ١٥٨٩ "يعد الوعد بالبيع بيعاً عند وجود رضا متبادل بين الفريقين بشأن الشيء والثمن"^(٨٤).

وفي نطاق عقد البيع، فإن الوعد بالبيع يعد بيعاً عند وجود رضا متبادل بين الطرفين بشأن المبيع والثمن^(٨٥). وهذا هو الوعد الملزم للجانبين، فهو بيع كامل، كما يشير الدكتور السنهوري "الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين هو اذن بيع تام، تترتب عليه الاثار التي تترتب على البيع"^(٨٦) وقد جاء القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري بنظرية عامة للوعد بالتعاقد اذ نصت المادة ٩١ / ١ من القانون المدني العراقي "الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بإبرام عقد في المستقبل لا يكون صحيحاً، الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه، والمدة التي يجب ان يبرم فيها"^(٨٧).

ومن هذين النصين يتضح بأن الوعد بالتعاقد هو عقد يلتزم فيه احد الطرفين او كلاهما بإبرام عقد في المستقبل اذ اظهر الموعد له رغبته في التعاقد خلال المدة التي اتفق عليها^(٨٨) كما وعرف بمناسبة الكلام عن الوعد بالبيع باعتباره تطبيق من تطبيقات الوعد بالتعاقد على انه عقد يلتزم بمقتضاه الواعد ببيع شيء، اذا اظهر الموعد له خلال مدة معينه الرغبة في شراؤه^(٨٩).

ومن ذلك يتضح بان الوعد بالتعاقد باعتباره عقداً فيجب ان تتوافر فيه جميع اركان العقد المراد ابرامه، فبالنسبة للرضا يجب ان يكون صادراً من ذي اهليه، فالأهلية يجب ان تتوفر في الواعد حين الوعد لان التزامه يكون في تلك اللحظة، اما الموعد له فلا اهمية لأهليته وقت الوعد لأنه لا يلتزم الا عند ابرام العقد النهائي^(٩٠) إضافة الى وجوب تعيين المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه باعتبارها ركن من اركان

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العقد فإذا كان بيعاً فيجب الاتفاق في عقد الوعد بالبيع على المبيع والثمن^(٩١) وبغير هذه المسائل فإن العقد لا يمكن ان ينعقد^(٩٢).

اما بالنسبة للمدة ، فيعتبر تعيينها امر ضروري لاتعقاد الوعد بالتعاقد اذ تعتبر المدة من الشروط الجوهرية ، والتي اذا تخلف الاتفاق عليها فان الوعد يصبح باطلاً . اذ لا بد للموعد له ان يعبر عن رغبته خلالها ، والا تحلل الواعد من التزامه قبل الموعد له^(٩٣) . هذا اذا كان الوعد بالبيع وارد على منقول اما اذا كان وارد على عقار فهنا لا بد من توافر الشكلية المطلوبة الى جانب الاركان التي سبق ذكرها فقد نصت المادة ٢/٩١ من القانون المدني العراقي على انه "فاذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته ايضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بابرام هذا العقد"^(٩٤) .

فأذا توافرت هذه الاركان فان عقد الوعد يعتبر قد تم الا ان أحكامه تختلف بعد ابداء الرغبة عنها قبل ابداء الرغبة ، فقبل ابداء الرغبة ينشأ الوعد بالتعاقد التزاماً في ذمة الواعد بإبرام العقد اذا ابدى الموعد له رغبته في ذلك ، لان الوعد بالتعاقد ينشأ حق شخصي للموعد له بمجرد ابداء الرغبة ، وهذا يعني قبل ابداء الرغبة لا يترتب على الوعد بالتعاقد انتقال حق عيني لان العين لا تخرج من ملك صاحبها ، اذ يستطيع ان يتصرف بها بكافة انواع التصرفات قبل ابرام العقد النهائي فأذا هلكت فهاكها عليه ، اما اذا ابدى الموعد له رغبته فالعقد يتم بمجرد ابداء الرغبة ومن غير الحاجة لقبول جديد من الواعد ، اي ان الوعد يعتبر قد تم من حيث ابداء الرغبة لا من حيث الوعد وبالتالي فانه لا يتم باثر رجعي^(٩٥)

وعلى هذا ، فقد أعتبر الفقه الفرنسي^(٩٦) الاتفاق على التملك في المرحلة التي تسبق تنفيذه ، وعد بالبيع من جانب واحد هو الرهن اذ يتوقف الوعد بالبيع على ابداء الطرف الاخر لرغبته في الشراء خلال مدة معينة على وفق الثمن والمبيع المتفق عليه ، يعد وعد من طرف واحد يلتزم فيه الواعد بتنفيذ الالتزام عند ابداء الموعد له رغبته في ذلك^(٩٧) .

وهذا يعني ان الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء يعتبر بمثابة وعد بالتعاقد ملزم لجانب واحد وهو الرهن اذا ابدى الموعد له (المرتهن) رغبته في تملك المرهون خلال المدة المتفق عليها . اذ يلتزم الرهن بنقل ملكية المرهون للمرتهن عند ابداء المرتهن لرغبته في مقابل الدين المضمون عند حلول اجل الدين ، وهذا ما اشار اليه الفقيه الفرنسي F.Bicheron اذ بين بان "الاتفاق على التملك ليس الا اتفاقاً يتضمن وعداً ملزماً لجانب واحد وهو الرهن بنقل ملكية المرهون الا انه معلق على شرط عدم تمكن المدين من الوفاء بالدين المضمون ، بمعنى انه تضمن وعد من جانب واحد بنقل الملكية عند تحقق شرط عدم الوفاء بالدين المضمون"^(٩٨) ، وكذلك الفقيه الفرنسي P. Simler اذ بين " بأن الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون هو عقد اولي وهو وعد بالبيع يتحدد محله بالمبيع والثمن ، ملزم من جانب الرهن بنقل ملكية المرهون عند تحقق عدم الوفاء"^(٩٩) .

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

وهناك من الفقه الفرنسي من حدد التزام الراهن "الواعد بالبيع" بنقل ملكية المرهون يكون معلقاً على شرط واقف^(١٠٠) هو ابداء المرتهن لرغبته في تملك المرتهن عند حلول اجل الدين وعدم وفاء المدين بالدين المضمون وهذا ما اشار اليه الفقيه الفرنسي F.Martin "ان اتفاق المرتهن مع الراهن على تملك المرتهن للمرهون هو وعد بالبيع معلق على شرط عدم وفاء المدين بالدين" اذ ان نقل ملكية المرهون مقيد بتحقيق عدم الوفاء ، فقبل تحقق هذا الشرط لا يكون هنا انتقال لحق الملكية للمرتهن حق ملكية ، اما بعد تحققه يتملك المرتهن المرهون من تاريخ تحققه ، بمعنى ان نقل الملكية لا يتم من تاريخ الاتفاق بين الطرفين بل يتم في حالة عدم تنفيذ المدين بالتزامه، فعلى سبيل المثال المقترض (الراهن) في عقد القرض اذا لم يتمكن من سداد مبلغ القرض للمقرض (المرتهن) عندها يمكن ان ينفذ الاتفاق وبالتالي يتم نقل الملكية ، اي انها لا تنتقل اليه الا بعد تحقق الشرط وبالتالي يستبعد تطبيق الاثر الرجعي ووفقاً للمادة ١١٧٩ من القانون المدني الفرنسي ، وفقاً لارادة الطرفين ، اذ يكون من الصعب اعتبار الدائن مالكاً للمرهون عند ابرام هذا الاتفاق^(١٠١).

كما وقد اكد على طبيعة الاتفاق على التملك قبل تنفيذه ، أي قبل حلول أجل الدين المضمون ، القضاء الفرنسي فقد جاء في قرار قديم لمحكمة النقض الفرنسية "الاتفاق بين طرفي الرهن بعد انشاء عقد الرهن الذي بموجبه يمنح المرتهن ملكية المرهون عند عدم وفاء المدين ، وعداً ببيع العقار المرهون له....."^(١٠٢).

أما في القانونين العراقي والمصري فإن الاتفاق على التملك ، قبل حلول أجل الدين المضمون ، يكون باطلاً ، ولكننا نتطرق الى طبيعته بغض النظر عن احكامه، من حيث الصحة والبطالان ، لذلك فإن الراهن ، يمكن ان يكون في مركز الواعد في الوعد بالبيع، ويلتزم بنقل الملكية ولكنه معلقاً على شرط واقف هو عدم وفاء المدين بالدين عند حلول اجله ، ففي هذه المرحلة يعلق نشوء الالتزام في ذمة الراهن على تحقق هذا الشرط(عدم وفاء المدين بالدين)^(١٠٣) . إلا أن القانون يمنع نقل الملكية بهذه الصورة لذلك يعد هذا الاتفاق في هذه المرحلة باطلاً. وهذا ما ايده بعض الفقهاء ، إذ ذكر الدكتور سليمان مرقس "أن شرط تملك المرتهن المال المرهون من قبل المرتهن قبل حلول اجل الدين المضمون بمثابة بيع معلق على شرط عدم سداد الدين عند حلول الاجل"^(١٠٤) وكذلك الدكتور احمد سلامة "يعد الاتفاق على التملك قبل حلول الاجل بيع مقترن بشرط واقف هو عدم الوفاء"^(١٠٥) وتتوفر فيه الشروط المحددة اعلاه والتي نصت عليها المادة ١/٩١ من القانون المدني العراقي والمادة ١٠١ / ١ من القانون المدني المصري من حيث تعيين الشيء والثمن (الدين المضمون) والمدة التي تعد من العناصر الاساسية في الوعد بالتعاقد .

اما في الفقه الاسلامي ، فإنه قبل مرحلة تنفيذ الاتفاق على التملك، يعد البيع للمرتهن معلقاً على شرط واقف هو عدم وفاء المدين بالدين المضمون ، وهذا ما يمكن استنتاجه من بعض اراء الفقهاء المسلمين فذكر ابن قدامة في الفقه الحنبلي "فإن شرط انه متى حل الحق ولم توفي فالرهن لي بالدين ،

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

او بثمن سماه ، فسد ، لما روى عن النبي (ص) أنه قال " لا يعلق الرهن " ومعناه استحقاق المرتهن له بعجز الراهن عن فكاكه ، ولأنه علق البيع على شرط مستقبل ، فلم يصح كما لو علقه على قدوم زيد " (١٠٦) ، وفي الفقه المالكي جاء ذلك عند بعض الفقهاء " نهى النبي (ص) عن غلق الرهن .. لأنه تعليق بيع بصفة ، وعقود المعاوضة لا تقف على الصفات كقوله " اذا قدم زيد بعتك سلعتي هذه " (١٠٧) وكذلك تمت الاشارة الى ذلك في مذهب الشافعية ، إذ ذكر الخطيب " ولو شرط كون الرهن يباع عند الحلول فسد ... الرهن لتأقيته ... والبيع لتعليقه " (١٠٨) ومعنى هذا أن البيع علق على شرط عدم وفاء المدين بالدين المضمون . وهو ذات الاتجاه يمكن استنتاجه مما ذكره العاملي أحد فقهاء الامامية " ولو شرط كون الرهن مبيعاً عند تعذر الحلول ... " (١٠٩) .

مما تقدم ، يتضح لنا بان الفترة التي تسبق تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية للمرتهن ، يجمد هذا الاثر لفترة معينة ، أي نقل الملكية ، إذ يكون هناك التزام شخصي في ذمة الواعد بالبيع من جانب واحد بتنفيذ التزامه بنقل الملكية الى الطرف الاخر الراغب بالشراء وهو الدائن المرتهن ، وأذا ابدى رغبته في الشراء ، بعد حلول اجل الدين وعدم وفاء المدين ، فأذا تحقق هذا الشرط ، عدم وفاء المدين ينفذ الاتفاق وتنتقل الملكية للمرتهن ، لذا علينا ان نحدد ، طبيعة نقل الملكية في هذه المرحلة ، وهل تنتقل الى المرتهن باثر رجعي ام لا ، بعد تحقق عدم وفاء المدين بالدين ، وهذا ما سيكون محوراً للدراسة في المطلب التالي المخصص لتحديد اراء الفقه في طبيعة الاتفاق في مرحلة تنفيذه بعد حلول اجل الدين المضمون بالرهن .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للاتفاق عند تنفيذه

بما ان الاتفاق على تملك المرتهن المال المرهون بين طرفي عقد الرهن ، يؤدي الى انقضاء الدين المضمون نتيجة نقل ملكية المال المرهون من الراهن الى الدائن المرتهن بعد حلول اجل الدين المضمون وعدم وفاء المدين به ، فإن طبيعة الاتفاق في هذه المرحلة ، تتفق مع الوفاء بمقابل كطريق من طرق انقضاء الالتزام الذي اشارت له القوانين محل المقارنة ، إذ نصت المادة ٤٠٠ من القانون المدني العراقي على انه "يسري على الوفاء بمقابل من حيث انه ينقل ملكية الشيء الذي اعطى في الدين احكام البيع وبالأخص فيما يتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ويسري عليه من حيث انه يقضي الدين ، احكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات " وكذلك المادة ٣٥٠ من القانون المدني المصري التي نصت على انه " اذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء " والمادة ١٢٤٣ من القانون المدني الفرنسي التي نصت على " لا يرغم الدائن على استيفاء شيء اخر غير الشيء المستحق له حتى ولو تعادلت قيمة الشيء المعروض مع قيمة الشيء المستحق له او فاقتة " .

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

والوفاء بمقابل هو رضا الدائن بالشيء الذي قدمه مدينه على الرغم من كونه غير الشيء المستحق^(١١٠). كما وعرف على انه اتفاق بين الدائن والمدين على ان يقدم الاخير شيئاً غير الشيء الذي في ذمته فيقبل الدائن ملكية الشيء وتبرأ ذمة المدين^(١١١)، كما وعرف على انه اتفاق بين الدائن والمدين مؤداه ان يأخذ الدائن من المدين شيئاً بدلاً من الشيء المتفق عليه اصلاً وبذلك يستوفي حقه وتبرأ ذمة المدين^(١١٢).

ويتضح من ذلك ، ان الوفاء بمقابل هو مزيج مركب من تجديد ووفاء بطريق نقل الملكية فهو ينطوي على معنيين ، تجديد الدين القديم ، وذلك بتغيير محله وبالتالي ينقضي الدين القديم وتنقضي معه ضماناته ويحل محله الدين الجديد ، اي ان الدين الجديد يوفى به عيناً فينقضي بالوفاء^(١١٣). والوفاء بالدين الجديد يتم بنقل ملكية المقابل من الراهن الى الدائن المرتهن كما تنتقل ملكية المبيع الى المشتري ، وبالتالي يقترن التجديد بوفاء للالتزام الجديد بطريق نقل الملكية^(١١٤) ، وهو بوصفه ناقلاً للملكية تسري عليه احكام البيع من حيث توافر الأهلية اللازمة لأبرام العقد فضلاً عن اهلية الوفاء والاستيفاء فضلاً عن ضمان التعرض والاستحقاق في حالة اذا استحق المقابل الذي دفعه المدين الى الدائن محل التزامه الاصلي فأن الدين القديم وتأميناته لايعود ، بل يستطيع الدائن ان يرجع على مدينه بدعوى الدين الجديد وهي دعوى الاستحقاق ، كما يستطيع ان يرجع عليه بدعوى ضمان العيوب الخفية في حالة اذا ظهر في العين التي يتم الوفاء عيب خفي ، شأنه شأن رجوع البائع على المشتري بهذه الدعوى^(١١٥) وهو كوفاء تطبق عليه احكام الوفاء فيما يتعلق بانقضاء التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به سواء أكانت شخصية ام عينية وكذلك تطبق عليه احكام الوفاء فيما بتعيين جهة الدفع^(١١٦).

وبعد الانتهاء من بيان معنى الوفاء بمقابل كسبب من اسباب انقضاء الالتزام ، يتبين بأن احكام الوفاء بمقابل تنطبق على الاتفاق على التملك بعد حلول أجل الدين ، اذ إن الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون يتضمن انقضاء الدين المضمون بنقل ملكية المال المرهون الذي حل محل الدين المضمون من الراهن الى الدائن المرتهن عند عدم وفاء المدين به ، وهذا يعد بمثابة وفاء بمقابل تنتقل فيه ملكية المرهون الى المرتهن ويخضع انتقال الملكية فيه لأحكام البيع ، وينقضي الدين المضمون بنقل ملكية المال المرهون الذي حل محله عن طريق الوفاء. وقد ذهب جانب من الفقه القانوني العربي عند تحديده لطبيعة الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون بعد حلول أجل الدين المضمون ، فقد اشار هذا الفقهاء انه بيع معلق على شرط عدم الوفاء بالدين عند حلول اجله وهذا البيع يكون باطلاً ، إذا كان قد أبرم قبل حلول أجل الدين المضمون ، ومثل هكذا بيع يعد صحيحاً إذا أبرم بعد حلول أجل الدين ، وعليه فقد تم تحديد طبيعة الاتفاق على التملك بعد حلول أجل الدين عند تنفيذه ، من قبيل الوفاء بمقابل^(١١٧) فقد اشار صراحة الى ذلك الدكتور احمد سلامة " ... فشرط تملك المال المرهون عبارة عن وفاء بمقابل...."^(١١٨) وكذلك الدكتور حسام الدين كامل الاهواني "والنزول عن العقار في نظير الدين لا يعدو أن يكون وفاء بمقابل

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

"(١١٩). وتحديد طبيعة الاتفاق عند تنفيذه يعد بيع من الراهن للمرتهن ووفاء للدين، قد قضت به محكمة النقض المصرية جاء فيه " بان مفاد المادة ١٠٥٢ من القانون المدنيفأنه يجوز للراهن ان ينزل للدائن عن العقار المرهون ويكون هذا التصرف بيعاً صحيحاً سواء كان الثمن هو ذات الدين او ما يزيد او يقل عنه "(١٢٠).

اما الفقه الفرنسي فقد اجمع على تحديد طبيعة الاتفاق عند تنفيذه بعد حلول اجل الدين المضمون بانه وفاء بمقابل ، إذ ذكر جانب من الفقه الفرنسي " الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون هو وفاء بمقابل ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من الطرفين، تتطلب نقل ملكية المرهون الى المرتهن وفق القواعد القانونية الخاصة بذلك ، ونقل الملكية خالية من جميع الحقوق والتزام الراهن بضمان العيوب الخفية " (١٢١) و اشار الى ذلك ايضا D.Leoty في نطاق الرهن العقاري الاتفاقي حيث بين "بان الاتفاق على التملك يتضمن وفاء بمقابل لانه يسمح باطفاء الدين المضمون وانهاهه بمقابل العقار المرهون في الرهن العقاري الاتفاقي ومن ثم نكون امام نقل تبادلي بعوض او بمقابل ، وهذا يعني ان الوفاء بمقابل لا يتم الا باتفاق بين الطرفين على تغيير الوفاء بالالتزام الاصلي من جانب المدين "(١٢٢).

ويحدد جانب من الفقه الفرنسي ذلك بانه "الاتفاق على التملك من حيث المبدأ يتضمن وفاء بمقابل ، وفاء عينياً ولكن في الوقت المحدد لذلك وهو وقت التنفيذ ، اذ عند عدم وفاء المدين للدين المضمون يتملك المرتهن المرهون "(١٢٣). ويبين احد الفقهاء الفرنسيين طبيعة الاتفاق على التملك عند تنفيذه على وفق مرسوم ٣٤٦ لعام ٢٠٠٦ ، والذي اعتمد التملك على اساس تقدير الخبراء لقيمة المال المرهون ، وان الدين المضمون ينقضي بقدر قيمة المال المرهون ، اذ يقول بهذا الشأن " ان الفقه والقضاء السائدين يعتبران ان الاتفاق على تملك المرهون من قبل المرتهن عند عدم الوفاء ، عند تنفيذ الاتفاق وانتقال الملكية ، يعدان انقضاء الالتزام عن طريق الوفاء بمقابل مع احتفاظ المرتهن بحقه بضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق ، وهذا الامر يحقق فائدة للمرتهن إذ يحصل على المال المرهون في مقابل الدين المضمون ، فالأثر المترتب على تنفيذ الاتفاق هو اكتساب المرتهن للملكية في مقابل انقضاء الدين المضمون ، فأذا كانت قيمة المال المرهون أقل من الدين المضمون ، فالدائن المرتهن يرجع بما تبقى له الى ذمة المدين المالية ، كدائن عادي ، اما اذا كانت قيمة المال المرهون أعلى من قيمة الدين ، فالفرق يعطى للراهن اذا لم يوجد دائنين مرتهنين مسجلين ، وهذا كله يرجع الى ان تملك المرتهن للمرهون بدون قيد ، وانما يتملكه وفقاً لتقدير الخبراء الذين يعينون ودياً او قضائياً "(١٢٤).

وكذلك الفقيه R.le Guidec الذي اكد على وجوب تحقق الشرط الواقف وهو عدم الوفاء بالدين بان "فشل المدين بالوفاء بالدين المضمون عند حلول الاجل يؤدي الى نقل ملكية المرهون الى المرتهن ، وهو بذلك يعد عنصراً من هذا الاتفاق وليس شرطاً من شروطه ، فهو كالدائن الملتزم به المدين اساس الالتزام بالوفاء بمقابل ، اذ لولا هذا العنصر (عدم الوفاء) لما كنا امام تنفيذ للاتفاق على التملك "(١٢٥).

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

، وهو ما اكده F.Bicheron إذ بين بان "الاتفاق على التملك يسمح للمرتهن بان يملك العقار او المال المرهون عن طريق الوفاء العيني (الوفاء بمقابل)، إذ أن المرتهن يملك العين المرهونة في مقابل الدين المضمون الذي لم يتمكن المدين من دفعه عند الاستحقاق" (١٢٦). كما أن من احكام البيع التي تطبق في الاتفاق على التملك كونه وفاء بمقابل هو تطبيق احكام ضمان العيوب الخفية على الراهن تجاه المرتهن (١٢٧).

وقد أتجه القضاء الفرنسي الى أن ، تنفيذ الاتفاق على تملك المرتهن المرهون يعد بمثابة وفاء بمقابل ، وهذا ما اكده قرار المحكمة النقض الفرنسية ، جاء فيه " في حين ان الوفاء بمقابل في الاتفاق على التملك ، يعد وسيلة لنقل الملكية للمرتهن ، لذا يمكن للأخير ان يستفيد من دعوى ضمان العيوب الخفية في حالة توافر عيب في المال المرهون وتوافر شروطها ، لذا فإن اعتباره من الغير في مطالبته هذه لا يعد له اساس من الصحة" (١٢٨). وكذلك حددت طبيعة الاتفاق عند تنفيذه كوفاء بمقابل في قرار آخر جاء فيه " أن الترخيص المسبق ببيع المرهون الموطن من الكفيل قد أُعتبر كبنء تملك للمال المرهون متضمناً وفاء بأداء العوض عند عدم الوفاء والذي يلحظ الوفاء بالتمليك ويجب بالتالي بطلانه" (١٢٩).

وبما أن الاتفاق على التملك عند حلول أجل الدين يخضع لاحكام عقد البيع ، هل يمكن القول بأن عقد البيع يكون بديلاً عن الوفاء بمقابل في تحديد طبيعة الاتفاق على التملك ، باعتبار ان الوفاء بمقابل يتضمن بيع المرهون للمرتهن و ان نقل الملكية يكون في البيع والوفاء بمقابل .

لا يمكن القول بأن عقد البيع يكون بديلاً عن الوفاء بمقابل في تحديد طبيعة الاتفاق على التملك ، وذلك لاتجاه اغلب الفقه القانوني العربي واجماع الفقه الفرنسي على كونه يعد وفاء بمقابل ، نظرا لعدم وجود تطابق تام بينهما ، إذ ان سبب انتقال ملكية المبيع في عقد البيع هو دفع الثمن بينما سبب انتقال الملكية في الوفاء بمقابل هو انقضاء الالتزام السابق ، كون الوفاء بمقابل يكون دائماً مرتبطاً بالالتزام سابق وليس مستقل وقائم بذاته كعقد البيع ، اضافة الى ان الوفاء بمقابل ينهي الالتزام بنقل ملكية شيء اخر من المدين الى الدائن بناء على اتفاق بينهما ، بينما البيع ينشئ الالتزام بنقل ملكية المبيع الى المشتري مقابل التزام المشتري بدفع الثمن ، كما وان نقل الملكية يعتبر ركن من اركان الوفاء بمقابل وبالتالي يعتبر من مستلزماته ، بينما نقل الملكية في عقد البيع يعتبر اثر يترتب عليه (١٣٠) . وعلى اساس هذا التمييز بين البيع والوفاء بمقابل ، ذهب بعض الفقه الفرنسي ، بانه لا يوجد مطابقة تامة بين البيع والوفاء بمقابل ، لذلك لا يمكن القول بأن الاتفاق على التملك هو مجرد بيع وانما هو وفاء بمقابل يتضمن نقل ملكية ، وهذا ما بينه جانب من الفقه الفرنسي بانه "عند حلول اجل الدين المضمون وعدم الوفاء به ، يتم نقل الملكية للمرتهن ، بموجب الوفاء بمقابل ، ولا يمكن ان تخضع تماماً وبشكل مطلق لعقد البيع ، ومع ذلك ، فإن قواعد معينه في عقد البيع تطبق عادة في الوفاء بمقابل" (١٣١) بينما ذهب احد الفقهاء الفرنسيين الى القول بأنه يكفي تطبيق قواعد البيع على تنفيذ الاتفاق على التملك ولا حاجة لتطبيق قواعد الوفاء بمقابل

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

اذ ذكر " ان هذه النصوص الخاصة بالبيع الواردة في القانون المدني تكفي ، لذلك لا يوجد سبب يدعو لتطبيق الوفاء بمقابل في الاتفاق على تملك المرتهن المرهون " (١٣٢) يتضح من الرأي المتقدم ، بأنه لا يوجد تطابق بين البيع والوفاء بمقابل فيما يتعلق بتحديد طبيعة الاتفاق على التملك عند تنفيذه إذ ان طبيعة الاتفاق بعد تنفيذه بنقل الملكية ، هو الوفاء بمقابل الذي يتضمن نقل الملكية مقابل الدين المضمون ، فهو وفاء وبيع في ان واحد ، وليس مجرد بيع ، ومن ثم ، لو كنا أمام تحديد طبيعة التملك على وفق القانون المدني العراقي فأن الوفاء بمقابل في المادة ٤٠٠ المتقدمة اعتبرت الوفاء بمقابل وفاء وبيع في ان واحد كما يمكن ان تنطبق على نقل الملكية بمقابل الدين .

أما في الفقه الاسلامي ، فان اقوال فقهاء المسلمين أشاروا صراحة الى ان تنفيذ الاتفاق على التملك عند حلول أجل الدين وعدم وفاء المدين به يقتضي بيع المرهون من الراهن للمرتهن ، لذلك لم يجزوه ، لانه خلاف مقتضى الرهن ومخالفاً لقول الرسول (ص) " لا يغلق الرهن " وهذا ما جاء به الفقه الشافعي " ولو رهنه وشرط له أن لم يأت به بالحق الى اجل كذا فالرهن له بيع ، ... " (١٣٣) ، وكذلك ما جاء في فقه الإمامية ، فذكر العاملي " لو شرط كونه مبيعاً عند الأجل بطلا الرهن والبيع " (١٣٤) ، وكذلك ما جاء في فقه المالكية " اذا رهن منه رهناً على اتمه إن جاءه بحقه عند اجله ، وإلا فالرهن له ، ... نهى الرسول (ص) عن غلق الرهن والنهي يقتضي الفساد لانه بيع غرر ومجهول " (١٣٥) ، وكذلك الحنابلة يرون ان تملك المرتهن للمرهون يعد بيعاً من الراهن للمرتهن " قال النبي (ص) لا يغلق الرهن ، معناه استحقاق المرتهن له لعجز الراهن عن فكاكه ، لانه بيع معلق على شرط ... " (١٣٦) وكذلك البهوتي من فقهاء الحنابلة قد ذكر " وان شرط المرتهن ان جاءه الراهن بحقه في محله والأ فالرهن له فلا يجوز لمنافاته مقتضى العقد " (١٣٧) اما فقهاء الحنفية فقد ابطالوا العقد والشرط لان الشرط الفاسد في هذه الحالة فيه ربا او شبهة الربا وبيع المرهون الذي فيه الربا يعد بيع فاسد مع الشرط المقترن به فليس ثمة ما يبرر تصحيحه ومن ثم كان فاسداً فيسقط فذكر علاء الدين الكاساني " .. ان الحاق الشرط الفاسد بالعقد يغير العقد من الصحة الى الفساد فلا يصح .. " (١٣٨).

وبعد اكمال دراسة ماهية الاتفاق على التملك بتحديد عن طريق بيان الآراء الفقهية في تعريفه وموقف المشرع منها ، والآراء الفقهية في تحديد طبيعته ، يتوجب علينا دراسة احكامه من حيث بطلانه ومدى تأثيره على العقد المقترن به ، وكذلك الموقف التشريعي من جواز الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون ، وهذه الاحكام من حيث البطلان والصحة ستكون محور المبحث القادم.

المبحث الثالث

بطلان الاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء

يترتب على الاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء به ، بطلان الاتفاق في أغلب حالاته وصوره ، فلا بد من بيان الحالات والصور التي يتحقق فيها بطلان الاتفاق ومبررات هذا البطلان من جهة ، ومدى تأثير هذا البطلان على عقد الرهن المقترن به ، والاسباب التي ادت الى بطلان هذا الاتفاق ، لذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول نطاق البطلان ومبرراته ، ثم نخصص المطلب الثاني لبيان مصير عقد الرهن عند بطلان الاتفاق ، وذلك على النحو الاتي .

المطلب الاول

نطاق البطلان ومبرراته

ان الاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء به من قبل الراهن في ميعاد الاستحقاق ، يتضمن تغيير لما قرره المشرع من اجراءات ، فهو يسمح للدائن المرتهن بأن يملك المرهون عن طريق نقل الملكية من الراهن الى المرتهن ، عندها تكون امام عدم تطبيق للإجراءات المقررة بالقانون للتنفيذ على المال المرهون عند عدم الوفاء ، والتي توجب في ان يتم البيع بالمزاد العلني ، ومن ثم تنتقل ملكية المرهون الى الراسي عليه المزاد . ومن ثم فإن اغلب التشريعات قد جعلت مصير هذا الاتفاق هو البطلان كونه يخالف تلك الاجراءات ، فقد نصت المادة ١٣٠١ من القانون المدني العراقي على انه "لا يغلق الرهن ، فيقع باطلاً كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول اجله في ان يملك العقار المرهون حتى لو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن " . وتقابلها المادة ١/١٠٥٢ من القانون المدني المصري التي تنص على انه "يقع باطلاً ، كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول اجله في ان يملك العقار المرهون ولو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن " وهذه النصوص تتعلق بالاتفاق الذي يقترن بالرهن التأميني وكذلك تطبيق الاحكام ذاتها على الاتفاق الذي يقترن بالرهن الحيازي ^(١٣٩) .

اما المشرع الفرنسي فقد قرر بطلان الاتفاق على تملك المرتهن المال المرهون ، قبل صدور مرسوم ٢٠٠٦ في ٢٣/٣/٢٠٠٦ ، ووفقاً للمادة ٢/٢٠٧٨ التي نصت على انه " كل بند يجيز للدائن تملك الشيء المرهون او التصرف به دون القيام بالإجراءات المتقدم ذكرها يكون باطلاً ، " والمادة ٢٠٨٨ الخاصة بالرهن الحيازي العقاري التي تنص على انه " لا يصبح الدائن مالكاً للعقار في حال عدم الدفع في الاجل المتفق عليه ، وكل بند مخالف يكون باطلاً ، في هذا الحال يجوز له متابعة نزع الملكية المرهون بالطرق القانونية " ^(١٤٠) . وهذا يعني ان المشرع الفرنسي لغاية هذا التاريخ قد اعتبر الاتفاق على تملك المرتهن

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

للمرهون باطلاً كما هو في الحال في القانون العراقي والمصري ، وذلك لتفادي اكتساب المرتهن ملكية المرهون ، والتي قد تتجاوز قيمته قيمة الدين المضمون كله او جزء منه في حالة الوفاء الجزئي مما يسبب خسارة للراهن^(١٤١) . وعلى الرغم من ذلك الا انه اجاز التخصيص القضائي بالنسبة للرهن الوارد على المنقول^(١٤٢) والتخصيص القضائي هو تملك المرتهن المرهون قضاءً عن طريق طلب يقدمه الدائن المرتهن الى القاضي يطلب فيه تملك المال المرهون عند عدم الوفاء بالدين المضمون من قبل الراهن في ميعاد استحقاقه^(١٤٣) وعلى الرغم من التشابه بين الاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين او كما يسمى (التخصيص الاتفاقي) وبين التخصيص القضائي من حيث الهدف وهو نقل ملكية المال المرهون للدائن المرتهن نتيجة عدم دفع المدين للدين المضمون، الا ان الفرق واضح بينهما ، ذلك ان التخصيص الاتفاقي تنتقل فيه الملكية من المدين الراهن الى الدائن المرتهن عند عدم دفع المدين للدين المضمون وقت حلول اجله بموجب الاتفاق ، بينما في التخصيص القضائي ، تنتقل الملكية الى الدائن المرتهن بطلب يقدم منه الى القاضي ليأمر بتخصيص ملكية العقار المرهون للمرتهن بمقابل الدين المضمون^(١٤٤) .

أن المشرع الفرنسي وفقاً للمادة ٢٠٧٨ والمادة ٢٠٨٨ قد حظر الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء به من قبل الراهن سواء أكان الاتفاق عند انشاء الرهن ام بعده ، ولكن هذا الموقف التشريعي قد تغير بعد صدور مرسوم ٢٠٠٦ ، والمواد التي جاء بها ٢٣٤٨ ، ٢٤٥٩ ، ٢٣٦٥ ، ٢٣٨٨ ، فإنه قد قرر بطلان الاتفاق ، في حالة واحدة ، هي عدم توافر الشروط التي جاءت بها هذه المواد ، اما اذا توافرت هذه الشروط ، فالاتفاق على تملك المرتهن للمرهون يكون صحيحاً ، وهذا يعني ان المشرع الفرنسي بعد صدور المرسوم الاصل فيه صحة الاتفاق على التملك ، اما البطلان فيتحقق عند عدم توافر شروط الاتفاق التي تضمن عدم استغلال الراهن .

وعلى الرغم من التنظيم التشريعي لأحكام الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون ، الا انه ينبغي عدم اغفال دور الفقه القانوني الذي عنى بتنظيم احكام الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون، حيث ذهب الى انه ، لا يجوز للدائن المرتهن ان يتفادى الاجراءات المقررة بالقانون ، وذلك بأن يتفق المتعاقدان على ان يصبح المال المرهون مملوكاً للمرتهن بمجرد عدم وفاء الدين في ميعاده^(١٤٥) . ومن ثم يبطل الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن مديناً كان ام كفيلاً عينياً ، الذي يكون بموجبه للدائن المرتهن ، الحق في تملك المرهون عند حلول أجل الدين المضمون وعدم الوفاء به ، اذ يمنع هذا الاتفاق سواء أكان في مقابل الدين فقط او بأي ثمن اخر ، حتى لو كان اكبر من الدين بحيث يدفع الدائن المرتهن للمدين الفرق ، فمثل هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته لقاعدة امرة تتعلق بالنظام العام^(١٤٦) وهذا يعني ترتيب الحكم بالبطلان على اتفاق العاقدين على التملك عند عدم وفاء المدين الذي لا يصح بالإجازة ، اذ يجوز لكل

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

ذی مصلحة التمسك بالبطلان كما ان للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها إذ يبطل الاتفاق حتى ولو كان الثمن المتفق عليه للمال يعادل قيمته الحقيقية او اكثر^(١٤٧).

وكذلك موقف القضاء المصري ببطلان الاتفاق ، اذ قضت محكمة النقض المصرية بأن مفاد " المادة ١٠٥٢ من القانون المدني ان اتفاق الراهن مع الدائن المرتهن على تملك هذا الاخير العقار المرهون اذا لم يتم الوفاء بالدين يقع باطلاً متى ما ابرم هذا الاتفاق وقت انشاء الرهن او قبل حلول اجل الدين ، اما بعد حلول الدين او قسط منه فانه يجوز للراهن ان ينزل للدائن عن العقار المرهون ويكون هذا التصرف صحيحاً سواء أكان الثمن هو ذات الدين او ما يزيد او يقل عنه"^(١٤٨). وكذلك جاء في قرار قديم لمحكمة استئناف مصر بان " متى ما كانت الشركة المستأنفة قد اعتبرت تعاقدها مع المستأنف ضده عقد قرض مضمون برهن فان كل شرط في العقد يخولها حق تملك الشيء المرهون او يبيعه دون مراعاة الاجراءات التي فرضها القانون في المادة ٧٨ من قانون التجارة _ هو شرط باطل وسواء أكان هذا الشرط مدوناً في البند الاصيلي او ابرم بعد ذلك في عقد اتفاق لاحق وهذا هو الراي الذي اخذ به المشرع في المادة ٧٩ من قانون التجارة والذي اكده واوجبه في المادة ١٠٥٢ من القانون المدني والتي تسري في حاله الرهن العقاري والتي تطبق في حاله رهن المنقول الحيازي طبقاً للمادة ١١٠٨ من القانون المذكور. وقد تبين للمحكمة ان العقود الثلاث المبرمة بين الشركة المستأنفة والمستأنف ضده الاول هو عقد قرض مضمونه برهن وان القانون كان يلزمها اتباع اجراءات المنصوص عليها في المادة ٧٨ من قانون التجارة"^(١٤٩).

ويذهب الفقه السائد على انه في الاحوال التي يقع فيها شرط تملك المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء باطلاً ، يلحق البطلان هذا كل شرط يؤدي الى تحقيق المقصود منه وعلى ذلك ، فيبطل الشرط الذي بمقتضاه يملك المرتهن المرهون بغض النظر عن قيمة المرهون باعتبار أن ثمن المرهون يعادل الدين المضمون ، وكذلك يبطل الشرط الذي بمقتضاه يملك المرتهن عند عدم الوفاء شيئاً مملوكاً للراهن غير الشيء المرهون ، وكذلك يبطل الشرط الذي بمقتضاه يستولي المرتهن على جميع الثمن المستحصل من بيع المرهون دون مراعاة لقيمة دينه^(١٥٠) كذلك يذهب الفقه الفرنسي الى عدم مشروعية الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون سواء ابرم الاتفاق في عقد الرهن عند انشاءه او في وقت لاحق لأنشاء الرهن قبل حلول اجل الدين^(١٥١) اذ كان هذا الحظر انتقاداً للمادة ٢٠٧٨ بالنسبة للرهن الوارد على المنقول والمادة ٢٠٨٨ بالنسبة لرهن الحيازة العقاري. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية حيث بينت في قرار لها " ان الترخيص المسبق ببيع المرهون الموطن من الكفيل قد اعتبر كبنء تملك للمال المرهون متضمناً وفاء بأداء العوض عند عدم الوفاء والذي يلحظ الوفاء بالتملك ويجب بالتالي الحكم بأبطاله"^(١٥٢). بينما ذهب اتجاه فقهي آخر يؤيد مجموعة من قرارات محكمة النقض الفرنسية ، الى القول بصحة الاتفاق إذا انعقد بعد إنشاء عقد الرهن ، سواء أكان رهن وارد على منقول مادي أم رهن عقاري اتفاقي^(١٥٣).

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

ويُبرَّر بطلان هذا الاتفاق على وفق القواعد القانونية المتقدمة كونه يخالف الاجراءات التي حددها القانون والتي لا يجوز مخالفتها كونها من النظام العام لان هذه الاجراءات وضعت لضمان حق كل من الدائن المرتهن والراهن بما يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة ، فالإخلال بشيء من ذلك لا يقره القانون ولو ارتضاه المتعاقدان ، لأنه يؤدي الى تملك المرتهن للمال المرهون دون اتباع الاجراءات التي تحمي مصلحة جميع الاطراف المعنية ، وبصفة خاصة دون ان يحل محله مقابله الفعلي والاتفاق على التملك يعتبر ضمانات جديدة لم يكفلها القانون للدائن المرتهن وبالتالي لا يبد من بطلانه ، باعتبار ان الظروف التي اتفق فيها بحد ذاتها تثير الشبهات ولهذا يجب بطلانه^(١٥٤) فضلاً عن رغبة المشرع في حماية الراهن ، الذي قد تدفعه الحاجة ، الى الاذعان لإرادة الدائن ، الذي يستغل حاجة الراهن وينتزع منه رضاه ، لينقل ملكية العقار اليه في مقابل الدين او في مقابل ثمن يقل عن قيمة العقار^(١٥٥) وقد يفرض الدائن على الراهن تملك المرهون ويبرم الاتفاق معه لاعتقاده ان الامور سوف تسير على مايرام وسيتمكن من سداد الدين قبل حلول اجله ، فيندفع الى قبول مثل هكذا اتفاق خاصه وان المرتهن قد اتفق معه على ان يكون تملكه في نظير الدين او لقاء مبلغ اكبر ، وهذا لن يصل في الغالب الى معادله القيمة الحقيقية للعقار ، لذلك اراد المشرع حماية الراهن الذي اندفع الى قبول هذا الشرط تحت تأثير الاكراه الادبي ، مفترضاً ان ارادته في ذلك الوقت لم تكن حرة مختارة^(١٥٦) فضلاً عما يحمله هذا الاتفاق في طبياته من فوائد ربوية اذ ان الغالب الا يكون الثمن المتفق عليه لتملك المرتهن للمرهون مساوياً للقيمة الحقيقية للمرهون وهذا ما اتجه اليه اغلب الفقه القانوني^(١٥٧).

كما ان بعض الفقه الفرنسي اعتبر ان اتفاق تملك المرتهن للمرهون يتعارض مع جوهر الرهن الذي يتحدد في اعطاء الدائن المرتهن الحق في الحصول على ثمن المال المرهون ، والحصول على حقه بالافضلية من الثمن بعد بيعه في المزاد العلني ، وبالتالي فحق الدائن المرتهن يقتصر على قيمة المال المرهون فيبطل هذا الاتفاق على التملك^(١٥٨). وكذلك برر الفقه S. Hébert موقف المشرع الذي سبق تعديل الضمانات الرافض للاتفاق بأنه " لا يمكن للدائن المرتهن أن يقوم مقام السلطة العامة في الحصول على حقه ، وانما عليه ان يرفع الطلب للمحكمة المختصة^(١٥٩).

اما بالنسبة لموقف الفقه الاسلامي من شرط تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء ، فقد اجمع الفقهاء المسلمين على حظر شرط تملك المرتهن المرهون ، اذ انهم استندوا الى قول رسول الله (ص) "لا يغلِق الرهن ، هو لصاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه"^(١٦٠) فقد حظر رسول الله ما كان متبعاً في الجاهلية من تملك الدائن المرتهن محل الرهن ، اذ ما اعسر الراهن ولم يتمكن من الوفاء في الاجل المفروض له ، فقد روي ان رجلاً رهن داراً بالمدينة الى اجل مسمى ، فمضى الاجل فقال الذي ارتهن منزلي -اي صارلي- فقال رسول الله (ص) "لا يغلِق الرهن"^(١٦١) وهو ما ذهب اليه الامامية بالقول "لا يملك المرتهن حتى وان شرط الراهن للمرتهن على انه اذا لم يأت بالمال كان الرهن له بالدين

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

أذ قال صاحب القرويين لا يستحق الرهن لمرتهنه إذا لم يؤده الراهن مارهنه فيه^(١٦٢) وكذلك فقهاء الحنفية فذكر الكاساني " الرهن تبطله الشروط الفاسدة " وهو يعني بذلك شرط التملك عند عدم الوفاء^(١٦٣) اما الشافعية فذهبوا الى القول "لا يكون الرهن للمرتهن إذا حل اجل الحق"^(١٦٤) وكذلك المالكية فذكر الدسوقي "وإذا اشترط فيه شرط مناف لما يقتضيه مفسد له..."^(١٦٥) اما البهوتي وهو احد فقهاء الحنابلة فذكر "وان شرط المرتهن ان جاءه الراهن بحقه في محله والا فالرهن له ، فلا يجوز لمنافاته لمقتضى العقد"^(١٦٦) وكذا الزيدية إذ جاء في كشف الازهار "فلو شرط في الرهن شرطاً يخالف موجب عقده لم يعتبر مأن يقول الراهن للمرتهن ، ان جئتك بحقك الى اجل كذا والا فالرهنك"^(١٦٧).

وهذا يعني ان الفقه الاسلامي قد سلك مسلك التشريعات في منعه اشتراط تملك المرتهن المرهون اذا لم يتم مدينه بالوفاء بدينه عندما يحل اجله، ورتب الفقه الاسلامي والقانون المدني البطلان على هذا الشرط سواء أكان الثمن المحدد لتملك الدائن المرتهن للمرهون مساوياً لقيمة الدين او يزيد عليه او ينقص^(١٦٨).

وقد ارجع فقهاء المذاهب الاسلامية الحكمة المتوخاة من حظر شرط التملك من قبل المرتهن الى سببين:

أ: الجهالة: فالفقه الاسلامي يرفض الجهالة في المعقود عليه عموماً وهي متحققة هنا لذلك رتب عليها البطلان بسبب عدم معرفه ماسيحصل عليه المرتهن عند حلول اجل الوفاء هل هو مبلغ الدين ام محل الرهن ، وفي ذلك يقول المالكية اما وجه النهي عن شرط تملك المرتهن للمرهون كان في اصل المعاملة وهي العلة ذاتها^(١٦٩). ولعدم معرفه ما اذا كان محل الرهن مبيعاً ام مرهوناً. وهذا ماذهب اليه الامام الشافعي بقوله "ولو رهنه رهنأ على انه ان جاءه بالحق والا فالرهن له بيع ، فالرهن مفسوخ لأنه شرط انه -محل الرهن - رهن في حال وبيع في حال اخرى"^(١٧٠). وكذلك ما جاء في كتب الفقه المالكي " نهى الرسول (ص) عن غلق الرهن والنهي يقتضي الفساد ، لأنه بيع غرر ومجهول ، لأنه لا يعلم كيف يكون الرهن وقت آخذه ولا صفته"^(١٧١).

ب: توقيت الرهن : لان التوقيت يتنافى مع عقد الرهن ، اذ يقول الامامية "ولو شرط كونه مبيعاً عند الاجل بطل الرهن والبيع ، لان الرهن لا يؤقت والبيع لا يعلق"^(١٧٢) فالرهن لا يؤقت والبيع لا يعلق وفي ذلك يقول الرافعي "ولو شرط كون المرهون مبيعاً عند الحلول فسد الرهن لتأقيته والبيع لتعليقه"^(١٧٣).

وعليه فإن القواعد القانونية التي تمت الاشارة اليها حددت صراحة بطلان الاتفاق بين طرفي الرهن على تملك المرتهن للمرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون ، وذلك لكون هذا الاتفاق لا يحقق مصلحة الراهن ومن ثم لا تتحقق العدالة التعاقدية بين طرفي الرهن بوجوده ، ولكن مدى تأثير بطلان الاتفاق على عقد الرهن المقترن به ، فإنه سيكون محور المطلب القادم.

المطلب الثاني

مصير عقد الرهن عند بطلان الاتفاق

بما إن الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن على تملك المرتهن للمال المرهون عند عدم الوفاء بالدين المضمون ، يعد باطلاً في القانون المدني العراقي ، وكذلك في القانون المدني المصري ، عدا حاله الاتفاق بين المرتهن والراهن ، بعد حلول اجل الدين فهذا الاتفاق على التملك يعد صحيحاً في القانون المصري ، وكذلك يعد الاتفاق باطلاً في القانون الفرنسي على وفق المادة ٢٠٧٨ فيما يتعلق بالرهن الحيازي الوارد على منقول ، والمادة ٢٠٨٨ منه الخاصة برهن الحيازة العقاري ، وذلك قبل صدور المرسوم رقم ٣٤٦_٢٠٠٦ في ٢٣/٣/٢٠٠٦ أما بعد صدور هذا المرسوم فإنه يعد باطلاً في حالة واحدة هي عدم توافر الضمانات القانونية التي حددها المشرع^(١٧٤) . لذا يبقى علينا معرفة عقد الرهن عند اقرانه بالاتفاق ، ومدى تأثير بطلان الاتفاق عليه ، بمعنى هل يقتصر البطلان على هذا الاتفاق لوحده ويبقى العقد قائماً مرتباً لاثاره بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ، أم يؤدي ذلك الى بطلان العقد المقترن به .

لم تتطرق القوانين محل المقارنة الى تحديد مصير عقد الرهن بنص خاص في التأمينات العينية ، اكتفاءً بالأحكام العامة الواردة في القانون المدني والمتعلقة بانتقاص العقد الباطل ، على وفق المادة ١٣٩ في القانون المدني العراقي التي تنص على انه "اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده الذي يبطل ، أما الباقي من العقد فيفضل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً " ، والمادة ١٤٣ من القانون المدني المصري التي نصت على انه "اذا كان العقد في شق منه باطلاً او قابلاً للابطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً او قابلاً للابطال فيبطل العقد كله " ، اما القانون المدني الفرنسي فلم يتضمن نصاً عاماً في انتقاص العقد الباطل ، وانما وجد تطبيقين تشريعيين ، لم يتغيرا منذ عام ١٨٠٤ ، الاول في عقود التبرع فقد نصت المادة ٩٠٠ من القانون المدني الفرنسي على انه "الشروط المستحيلة الواردة في عقود التبرع بين الاحياء او في وصية المخالفة للقوانين والاداب تعتبر كأن لم تكن"^(١٧٥) اما النص التشريعي الثاني فيتعلق بعقود المعاوضة ، فقد نصت المادة ١٧٢ منه على انه "ان كل شرط لشيء مستحيل او مخالف للاداب العامة او ممنوع قانوناً هو شرط باطل ويبطل العقد الذي يرتبط به"^(١٧٦) وتطبيقاً للمادة ٩٠٠ يستبعد الجزء الباطل فقط لكونه مخالف للنظام العام ، دون العقد نفسه ، اذ يبقى قائماً بذاته ، ، على الرغم من اقتران الشرط به وصيرورته جزءاً منه ، ومن ثم نكون امام البطلان الجزئي بالنسبة للتبرعات ، اما بالنسبة لعقود المعاوضات فإن بطلان الشرط المقترن بالعقد والذي يعتبر مخالف للنظام العام والاداب العامة ، يستوجب بطلان عقد المعاوضة نفسه بطلاناً كلياً فلا مجال لاعمال الانتقاص ، وذلك تطبيقاً لنص المادة ١١٧٢ منه القانون المدني الفرنسي وقد برر الفقه الفرنسي ذلك

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

باستبعاد الجزء الباطل من عقد التبرع وبقائه قائماً يرجع الى كون احد المتعاقدين قد حصل على شيء دون ان يعطي مايقابله ، عكس المعاوضات ، اذ يأخذ كلا الطرفين مقابلاً لما اعطى ، لذا يتردد هذا الطرف المستفيد في التمسك بالبطلان خوفاً من استرداد الطرف الاخر ما حصل عليه فلا يفرض عليه ذلك ، وبالتالي لا بد من توحيد الحكم ليشمل التبرعات والمعاوضات وهذا هو موقف القضاء الفرنسي الذي ذهب الى اعمال الانتقاص ، وذلك بتوحيد الحكم ليشمل عقود التبرعات والمعاوضات ، وذلك بابطال الشرط المقترن بالعقد والمخالف للنظام العام ليبقى ، العقد صحيحاً ما لم يكن هذا الشرط الذي اقترن به هو الدافع الى التعاقد ، بمعنى انه كان جوهرياً في نظر المتعاقدين ، وبالتالي فإن العقد يبطل باكماله مع الشرط اما اذا كان غير جوهرياً فهنا يعتبر الشرط لغواً ويبطل لوحده دون العقد ، وقد برر القضاء مسلكه هذا باناه اذا كان يستطيع الحكم بالبطلان الكلي كونه مخالف للنظام العام فيكون له من باب اولى ، ان يحكم بالبطلان الجزئي ، اي ببطلان الشرط فقط كونه جزء من عقد الرهن ، دون عقد الرهن نفسه وذلك للحفاظ على العقد مادام كان موافقاً للنظام العام^(١٧٧) وهذا ما تضمنه قرار محكمة النقض الفرنسية الذي جاء به " عندما تكون كل نصوص العقد ووفقاً لنية الطرفين مرتبطة فيما بينهما ارتباطاً وثيقاً ويكون كل منها السبب الدافع للأخر فإن بطلان الشروط الغير مشروعة ويبطل العقد بكافة شروطه"^(١٧٨) .

وعلى اساس ذلك فبطلان الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون المقترن بعقد الرهن يؤدي الى السبطلان الجزئي لعقد الرهن ، ومن ثم تطبق القواعد اعلاه بشأن مصير العقد المقترن به هذا الاتفاق ، فالالاتفاق على التملك يعد بنداً من عقد الرهن او شقاً فيه او شرطاً مقترناً به تضمن اتفاقاً على امر مخالف لما جاء به المشرع ، لذا عد باطلاً ، وأن أثر بطلانه على العقد المقترن به تحكمه قواعد انتقاص العقد الباطل ، فالانتقاص هو اقتطاع الشق الباطل من العقد المقترن به ما لم يكن هذا الشق جوهرياً في نظر المتعاقدين بأن يكون هو الدافع الى ابرام العقد^(١٧٩) . وهذا يعني ان اقتطاع الجزء الباطل من العقد لا يؤثر على العقد نفسه ومن ثم تترتب اثاره بشكل مستقل عن ذلك الجزء الباطل ، وعندها يتقيد بطلان العقد على الجزء المعيب وحده دون ان يمتد هذا البطلان الى العقد بأكمله^(١٨٠) .

وعلى هذا ، اذا كان العقد معيباً بالبطلان في جزء منه فقط بأن كان صحيحاً في جزء وباطلاً في جزء اخر ، اقتصر البطلان على هذا الجزء ما لم يكن جوهرياً في نظر المتعاقدين ، بحيث يتعذر اتمام العقد بغير الشق الذي وقع باطلاً ، فيبطل عندئذ العقد والاتفاق معاً ، وقد قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها جاء فيه " ان البطلان يزول عن العقد اذا تبين بأن العقد يمكن ان يتم بغير الشق الذي وقع باطلاً والا فالعقد يبطل جميعه"^(١٨١) ، وهذا ما تضمنه صراحة قرار محكمة النقض المصرية اذ جاء فيه " بطلان العقد في شق منه او قابليته للإبطال ، اثره بطلان العقد في شق منه او قابليته للأبطال وحده ، والاستثناء ، تعذر اتمام العقد بغير الشق الذي وقع باطلاً"^(١٨٢) .

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

يترتب على الاخذ بنظرية الانتقاص المحافظة على العقد من الوقوع بالبطلان وتحقيق مبدأ استقرار المعاملات ، يتطلب توافر شروط معينة يكمن الشرط الاول بقابلية التصرف للاتقسام والتجزئة ، اما الشرط الثاني فيتمثل في أن لا يكون جوهرياً في نظر المتعاقدين وعلى وفق الشرط الاول يجب لأعمال الانتقاص ان يكون التصرف فيه قابلاً للاتقسام والتجزئة ، بمعنى امكانية الفصل بينه وبين الجزء الباطل ، أي وجود شق باطل او معيب، له وجوده الذاتي المستقل عن الشق الباطل وقابل لإنتاج جميع اثاره اي ان طبيعة التصرف تجيز انقسامه انقساماً مادياً بحيث يكون المتبقي منه قائماً بذاته وله وجوده الذاتي المستقل^(١٨٣). ومن ثم اذا تعذر انقسام التصرف وتجزئته على الرغم من كون العيب لا يلحق الا شقاً منه فقط او امكن تجزئه التصرف الباطل جزئياً واسقاط شقه الباطل دون شقه الصحيح الذي يمكنه الوجود الذاتي المستقل عن الشق الباطل ، ولكن ترتب على ذلك تغيير في اثار التصرف من حيث تغيير تكييف التصرف وطبيعته القانونية ، فلا يتحقق الانتقاص ، وهذا يعني ان التصرف القانوني اذا كان باطلاً في شق منه بطلاً جزئياً ، وكان للشق الصحيح وجود ذاتي ومستقل وغير مرتبط بالشق الباطل ومع ذلك تعذر الفصل بين كلاً منهما ، كان ذلك مانعاً من انقاص التصرف بسبب عدم قابليته للاتقسام المادي بطبيعته^(١٨٤).

اضافة الى ذلك ، لا بد ان يكون عقد الرهن قابلاً للاتقسام من الناحية القانونية ، وهذا يعني عقد الرهن لا بد ان يكون قابلاً للاتقسام من الناحية المادية والموضوعية والقانونية حتى يمكن العمل بالانتقاص ، وذلك باقتطاع الشق الباطل المتمثل بشرط تملك المرتهن للمرهون ليبقى عقد الرهن صحيحاً ، ومن ثم فالانتقاص لا يؤدي الى الغاء عقد واستبداله بعقد اخر بل على العكس تماماً اذ يبقى عقد الرهن قائماً بذاته ومرتباً لآثاره ، ولكن بصورة منتقصة للجزء الباطل^(١٨٥). كما وان قابلية التصرف للاتقسام من الناحية المادية والقانونية لا تكفي لأعمال الانتقاص بل يشترط كذلك ان يكون الشق المتبقي صحيحاً قابلاً للوجود الذاتي المستقل في نظر المتعاقدين وهذا لا يتحقق الا اذا كان الشق الباطل من التصرف ذا اهمية ضئيلة من حيث ارتباطه بالشق الصحيح ، وغير جوهري في نظر المتعاقدين^(١٨٦) اي ان ارادة المتعاقدين قد انصرفت الى جعل العقد قابلاً للتجزئة لو علما ببطلان الجزء الباطل ، وذلك بإبقاء العقد بعد بتر الشق الباطل منه وهذا يعني ان الشرط الباطل غير دافع للتعاقد او التصرف اما اذا كان الشق الباطل هو الدافع للتصرف امتد البطلان ليشمل الشق الصحيح ايضاً ، فيبطل التصرف بأكمله ، اي ان الجزء الباطل يعتبر جوهرياً في نظر كلاً منهما . والتصرف الجوهري هو الذي عبر عنه المشرع العراقي بأن العقد ما كان ليتم بغيره اذا جاء في المادة ١٣٩ من القانون المدني العراقي " اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، اما الباقي من العقد فيفضل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً"^(١٨٧).

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

وهذا يعني ان التشريع والقضاء، في اعلاه ، قد جعل فكرة الشق الدافع معياراً للبطلان الكامل للعقد ، لأنه بين ان الاصل هو بطلان الشق الباطل فقط اي اعمال الانتقاص ، وعلى هذا يقع على عاتق من يدعي عكس ذلك عبء اثبات جوهرية الشق الباطل ، وهو في هذه الحالة يطالب ببطلان العقد ككل ، لذا عليه ان يثبت ان الشق الباطل كان جوهرياً في نظره ودافعاً له للتعاقد شريطة ان يكون بإمكان المتعاقد الاخر التعرف على ذلك^(١٨٨) وهذا الاتجاه قد تبنته محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه " عدم اقامه مدعي البطلان الاثبات على ان الشق الباطل او القابل للأبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد ، اثره بطلان هذا الشق وحده حيث يضل ما بقي من العقد صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده"^(١٨٩) وقضت محكمة النقض المصرية بالبطلان الكلي في قرار لها " لا يكفي لأبطال العقد في شق منه تطبيقاً للمادة ١٤٣ من القانون المدني مع ابقائه قائماً على باقي اجزائه ان يكون المحل مما يقبل الانقسام بطبيعته بل يجب ايضاً ان لا يكون هذا الانتقاص متعارضاً مع قصد المتعاقدين بحيث اذا تبين ان أياً من المتعاقدين ما كان ليرضى ابرام العقد بغير الشق المعيب فإن البطلان او الابطل لا يبد من ان يمتد الى العقد كله ولا يقتصر على الشق وحده"^(١٩٠).

وعلى اساس ما تقدم ، يعد الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون المقترن بعقد الرهن ، جزء منه وبطلانه يخضع للأحكام المتقدمة ، فإذا كان يمثل اهمية خاصة بالنسبة للمتعاقد وكان من اهم العوامل التي دفعته الى التعاقد ، واستطاع اقامة الدليل على ذلك ، فإن بطلان الاتفاق سيبيطل عقد الرهن جميعه ، وبالعكس ذلك يعتبر العقد صحيح والشرط لاغياً^(١٩١) ولا يكون بطلاناً كلياً بل يكون بطلاناً جزئياً للاتفاق . هذا بموجب الاحكام العامة الواردة في القانونين العراقي والمصري بشأن انتقاص العقد الباطل ، وكذلك هذه الاحكام ذاتها تطبق في اتفاق القانون الفرنسي ، ولكن قبل صدور مرسوم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ الذي عدل فيه الكثير من احكام الضمانات العينية ، أما بعد صدور هذا المرسوم في ٢٣/٣/٢٠٠٦ ، فإن أحكام الانتقاص الواردة اعلاه لم يعد لها مجال في التطبيق ، لان هذا المرسوم جاء بحكم خاص بالرهن عند اقتراعه بالاتفاق على تملك المرتهن للمرهون الذي لم تتوافر فيه الضمانات القانونية التي حددها في المادة ٢٣٤٨ منه ، ومن ثم فإنه لا حاجة لنا تطبيق الاحكام العامة الواردة في المادتين ٩٠٠ و ١١٧٢ ، اللتين تضمنتا حلين متناقضين ، و اوجد الاجتهاد الفقهي والقضائي الحل بشأنها كما رأينا اعلاه ، اما الحل الذي جاءت به المادة ٢٣٤٨ من القانون المدني الفرنسي بشأن اقتران عقد الرهن بالاتفاق على التملك في حالة بطلان الأخير ، فهو عدم الاخذ بالمعيار القسدي ، أي عدم الاخذ بإرادة المتعاقدين ، إذ يستبعد الاتفاق على التملك ويبقى عقد الرهن مرتباً لأثاره سواء كان الاتفاق جوهرياً في نظر المرتهن أم لا . ففي كل الاحوال يستبعد الاتفاق الباطل لوحده دون عقد الرهن ، إذ جاء في المادة (٢٣٤٨) عبارة non écrite أي غير مكتوب ، بينما المادة ٢٠٧٨ الملغية بموجب المرسوم ٢٠٠٦ قد تضمنت بطلان .^(١٩٢) est nulle

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

أما موقف الفقه القانوني العربي بشأن مدى تطبيق احكام الانتقاص على اقتران عقد الرهن بالاتفاق على تملك المرتهن للمرهون فقد اتجه الى اتجاهين ، فقسم من الفقه ذهب الى بقاء عقد الرهن صحيحاً ومرتباً لآثاره مادام الاتفاق الباطل لم يكن جوهرياً في نظر المتعاقدين أو احدهما والابطال كلاً منهما عقد الرهن والاتفاق إذا كان الاتفاق جوهرياً في نظر احد المتعاقدين، بمعنى طبق هذا الفقه احكام انتقاص العقد الباطل وشروطه المتقدمة على عقد الرهن المقترن بالاتفاق الباطل^(١٩٣) فذكر الدكتور ابراهيم الدسوقي ابو الليل "واري ابطال الشرط فقط والابقاء على العقد صحيحاً ما لم يكن الشرط ضرورياً في نظر المتعاقدين فيستوجب عندئذ بطلان العقد مع الشرط"^(١٩٤) كما وذكر الدكتور حسام كامل الاهواني "وبطلان الشرط لا يمس عقد الرهن الرسمي ذاته... اما كان الشرط من الدوافع الباعثة للتعاقد، اي ابرام الرهن ، فأن عقد الرهن يبطل ايضاً"^(١٩٥). وهذا يعني ان الرأي المتقدم يأخذ بالاعتداد بالمعيار القسدي للمتعاقدين وبطلان العقد كله او الاقتصار على الجزء الباطل يعتمد على ارادة المتعاقدين^(١٩٦).

ونحن لانؤيد ماذهب اليه هذا الرأي ، اذ وفقاً لهذا الرأي ، يمكن المحافظة على عقد الرهن المقترن بالاتفاق الباطل ، في حالة اذا كان ذلك الاتفاق غير جوهرى بالنسبة لارادة احد الطرفين او كليهما بينما اذا كان جوهرياً في نظر احدهما او كليهما، فأن عقد الرهن يكون مصيره البطلان ، لذا يفقد الراهن الغاية التي يبغى الحصول عليها من المتعاقدين من وراء الرهن وخاصة الراهن ، وهو الذي يكون بحاجة الى وجود الرهن اكثر من بطلانه وعلى هذا الاساس اتجه جاتب كبير من الفقه وهو الراجح من الفقه القانوني^(١٩٧) ، الى رأي اخر بموجبه يتم الابقاء على عقد الرهن ، مع استبعاد الجزء الباطل منه في ذات الوقت ، اي يستبعد الاتفاق الباطل في كل الحالات المخالف للنظام العام وهو الاتفاق على التملك ولكن دون النظر الى قصد المتعاقدين بعبارة اخرى يتم استبعاد الاتفاق على التملك بغض النظر عن المعيار القسدي ، سواء كان الاتفاق على التملك اساسياً او جوهرياً - بأن العقد لا يمكن ان يوجد الا بوجود الاتفاق - أم لا ففي كل الحالات ، تكون امام استبعاد هذا الاتفاق لوحده والابقاء على عقد الرهن مرتباً لآثاره^(١٩٨). وبالتالي يمكن القول ان الرأي الثاني لم يكتف بالقواعد العامة التي تقرر بطلان الاتفاقات المقترنة بالعقد ، استناداً لأحكام الانتقاص ، التي تعتمد على المعيار القسدي و جوهرية الشق الباطل بالنسبة للمتعاقدين او لاحدهما ، وانما اعتمد على الاخذ بالجانب الايجابي لمفهوم النظام العام ، اذ اعتبر الاتفاق على التملك مخالفاً للنظام العام لكونه يؤدي الى استغلال الراهن وعدم تحقيق العدالة التعاقدية بين طرفي عقد الرهن ، لذا يستبعد هذا الاتفاق لوحده نظراً لمخالفته للنظام العام ، وهذا الاستبعاد لا يعتمد على ارادة المتعاقدين اذ يطبق هذا الاستبعاد حتى لو كان مخالفاً لما اتجهت اليه ارادتهم المشتركة او ارادة احدهما ، وعليه سيتحقق قصد المشرع من وراء اقرار بطلان هذا الاتفاق ، اذا استبعد الاتفاق على التملك اذا كان باطلاً وفي ذات الوقت يبقى عقد الرهن مرتباً لآثاره ، بغض النظر سواء اكان هذا الاتفاق وهو الجزء الباطل من العقد جوهرياً ام لا^(١٩٩). وهذا الرأي ، قد تبناه القانون الفرنسي ، إذ حدد هذا

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

القانون مصير عقد الرهن المقترن بالاتفاق الباطل على تملك المرتهن للمرهون ، وذلك باستبعاد الجزء الباطل دون الاعتداد بالمعيار القسدي ، والابقاء على عقد الرهن مرتباً لآثاره ، وذلك بأنها حددت بأن هذا الاتفاق يعد (غير مكتوب) (٢٠٠).

اما على صعيد الفقه الاسلامي ، فقد استبعد الاتفاق على التملك اذا كان باطلاً ، ليبقى عقد الرهن الذي اقترن به صحيحاً ومرتباً لآثاره ، وبغض النظر سواء أكان الاتفاق المقترن بالعقد وهو الجزء الباطل من العقد جوهرياً لكلا المتعاقدين ام لاحدهما ، اذ ان بطلان او فساد شرط التملك اذا اقترن بعقد الرهن فانه لا يستتبع بطلان عقد الرهن ، بل يبطل الشرط ويصح العقد ، وهذا يعني ان الفقهاء المسلمين على الرغم من اجتماعهم على حظر شرط تملك المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء به ، الا انهم اختلفوا في مدى صحة او بطلان هذا الشرط ، واثره على لزوم عقد الرهن ونفاذه باعتباره شرطاً منهياً عنه شرعاً (٢٠١) ، فانقسموا الى اتجاهين من حيث صحة او بطلان عقد الرهن الذي اقترن به الشرط الباطل :

الاتجاه الاول : وفيه يرى بعض الفقهاء ان بطلان الشرط يقضي بطلان عقد الرهن ايضاً وذلك لان غلق الرهن منهى عنه والنهي يقضي بطلان عقد الرهن الذي اقترن به، وبغض النظر عما اذا كان الرهن مترامناً مع العقد سبب الدين المضمون كالبيع او القرض ام مستقلاً عنه ، فهو يبطل في الحالتين بحيث لا يكون للدائن سلطة على محل الرهن ، وحينئذ يلتزم بأن يرد الرهن اذا كان قد قبضه ويبقى الدين مادياً دون ان يكون للمرتهن اي افضلية على بقية الدائنين وهذا ما ذهب اليه الحنفية فذكر الكاساني "ان الرهن تبطله الشروط الفاسدة" (٢٠٢) وذهب المالكية الى ذلك سواء أكان الرهن مشروطاً في اصل المعاملة من بيع او سلف (٢٠٣) وكذلك الشافعية حيث ذهب الشيخ محمد الشربيني بالقول "ولو شرط كون الرهن بيعاً عند الحلول فسد... الرهن لتأقيته... والبيع لتعليقه..". (٢٠٤). اما فقهاء الحنفية فقد ابطلوا العقد والشرط لان الشرط الفاسد في هذه الحالة فيه ربا او شبهة الربا وبيع المرهون الذي فيه الربا يعد بيع فاسد مع الشرط المقترن به فليس ثمة ما يبرر تصحيحه ومن ثم كان فاسداً فيسقط فذكر علاء الدين الكاساني " .. ان الحاق الشرط الفاسد بالعقد يغير العقد من الصحة الى الفساد فلا يصح ..". (٢٠٥).

الاتجاه الثاني : اذ يرى فقهاء المسلمين ان بطلان او فساد شرط التملك اذا ما اقترن بعقد الرهن فأنه لا يستتبع بطلان عقد الرهن بل يبطل الشرط ويصح العقد وهو الرواية الثانية للحنابلة (٢٠٦) وهو ما ذهب اليه الخطاب الرعيني في رؤوس المسائل بدليل قول النبي لا يغلق الرهن ، فنفي غلق الرهن دون الاصل دليل على صحة اصله ولان النبي قد سمى الرهن مع هذا الشرط رهناً ولم يحكم ببطلانه فقد نهى عن غلق الرهن دون اصله فدل على صحته. وادلة هذا الاتجاه هي العموميات اذ يسئل على صحة العقد بعموم الادلة وإطلاقها كقوله تعالى "أوفوا بالعقود" (٢٠٧). وكذلك رجح هذا القول العاملي من فقهاء الامامية في مفتاح الكرامة ، إذ جاء فيه " الاقوى في نفسي أن الشرط يفسد ويصح الرهن" (٢٠٨).

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

وهذا يعني ان الفقه الاسلامي على وفق الرأي الثاني و الرأي الثاني للفقه القانوني في استبعاد الاتفاق على تملك المرتهن المرهون ، يتم تطبيق استبعاد الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون دون الاعتماد على المعيار القصدي، وبناء على ماتقدم ، يمكن القول ان اغلب الفقه القانوني والاسلامي إضافة الى التشريعات الحديثة^(٢٠٩) تبطل الشرط الباطل لوحده دون العقد المقترن به وذلك فيه فائدة للمتعاقدين وخاصة من كان في حاجة الى هذا العقد كونه يتماشى مع الغاية المقصودة منه ، وهو ما نرجحه للأسباب أعلاه ، وعليه يلغى الشرط ويبقى العقد صحيحاً عندهم لان ابقاء العقد مع الغاء الشرط افضل من ابطال عقد الرهن كله .

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

الخاتمة

بعد دراستنا موضوع " مفهوم الاتفاق على تملك عدم الوفاء " اتضح لنا بان الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء هو اتفاق بين الدائن المرتهن والراهن، مديناً كان ام كفيلاً عينياً بموجبه ، يكون للمرتهن ، ودون الحاجة الى موافقة المحكمة ، الحق في ان يملك المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون في ميعاد استحقاقه ،وحدد مفهومه هذا في الفقه الاسلامي ، استناداً للحديث الشريف " لا يعلق الرهن له غنمه وعليه غرمه " كما ان المشرع قد تطرق الى الاتفاق على التملك في نطاق اثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن ، سواء كان العقد الذي اقترن به هذا الاتفاق تأمينياً ام حيازياً ، او في صورة بيع الوفاء ، وهذا يعني ان اتفاق الطرفين على التملك لا يكون في صورة واحدة وانما يكون في عدة صور ، اذ قد يتفق عليه اثناء ابرام عقد الرهن ويكون معاصراً لأنشائه ومن ثم يكون بند من بنوده ، وهو بذلك يخضع لكافة الشروط والاحكام التي تتعلق بانعقاد العقد الذي اقترن به من اركان ثلاث رضا ومحل وسبب ، وكذلك الرسمية اذا كانت مشروط توافرها في العقد المقترن به، وقد يبرم الاتفاق على التملك بعد انشاء عقد الرهن وقبل حلول اجل الدين ، وبالتالي يكون الاتفاق ملحقاً بالعقد، او يبرم بعد حلول اجل الدين وهذه الصورة للاتفاق ،انفرد ببيانها المشرع المصري دون بقية التشريعات وذلك في نص المادة ٢/١٠٥٢ اذ جاء بها " ولكن يجوز بعد حلول اجل الدين او قسط منه الاتفاق على ان ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه" ، اما في الفقه الاسلامي فالاتفاق على التملك الذي يبرمه الدائن المرتهن مع الراهن على تملك المرتهن للمرهون بعد حلول اجل الدين يكون وقت انتقال حيازة المرهون من الراهن الى الدائن المرتهن ، وهذا يعني ان المرتهن يصبح مالكا للمرهون مقابل الدين المضمون ،ويغض النظر عن موقف التشريعات من الاتفاق على التملك فقد بينا ، حسب آراء الفقه ، أن طبيعة هذا الاتفاق تختلف في المرحلة التي تسبق تنفيذه عنها بعد التنفيذ ، إذ ان اغلب الفقهاء بينوا ان الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون يكون بمثابة وعد بالبيع ، يكون الراهن بمثابة الواعد بالبيع قبل تنفيذ هذا الاتفاق ، فاذا ابدى المرتهن رغبته في الشراء في مرحلة تنفيذ الاتفاق بعد حلول اجل الدين فإن ملكية المرهون تنتقل اليه ، على اعتبار ان الراهن يكون ملزماً ، باعتباره الواعد بالبيع ، بنقل ملكية المرهون عند حلول اجل الدين المضمون وعدم وفاء المدين به، وهذا يعني ان التزامه، معلق على شرط عدم الوفاء بالدين ، وبتحقيق هذا الشرط ، فإن الاتفاق سينفذ ، وبالتالي يكون بمثابة وفاء بمقابل ، وهذا ما اجمع عليه اغلب الفقه القانوني العربي والفقه الفرنسي، اما في الفقه الاسلامي فإنه قبل تنفيذ الاتفاق ، يكون الاتفاق بالنسبة للمرتهن معلقاً على شرط واقف هو عدم وفاء الراهن بالدين المضمون ، اما بعد تنفيذه فإن الفقهاء المسلمين بينوا أن، تنفيذ الاتفاق على التملك يقتضي بيع المرهون لذلك لم يجيزوه ، لأنه خلاف مقتضى الرهن .

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

كما يتضح لنا بأن التشريعات المدنية اعتبرت اتفاق الدائن المرتهن مع الراهن على تملك المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء بمثابة اتفاق معدل لطرق استيفاء الدائن المرتهن لحقه المضمون ، ومعدلاً للإجراءات التي حددها القانون فيما يتعلق بالتنفيذ على المال المرهون . ومن ثم قضت ببطلان هذا الاتفاق وذلك لمخالفته للنظام العام ، سواء تم الاتفاق على ذلك عند إبرام عقد الرهن أم بعده وذلك وفقاً للمادة ١٣٠١ الخاصة بالرهن التأميني والمادة ٢/١٣٤١ الخاصة بالرهن الحيازي من القانون المدني العراقي ، والمواد ١/١٠٥٢ الخاصة بالرهن الرسمي و الخاصة بالرهن الحيازي ١١٠٨ من القانون المدني المصري ، اما القانون المدني الفرنسي فقد قرر بطلان الاتفاق على التملك بكل صورته قبل صدور مرسوم ٢٠٠٦ في ٢٣/٣/٢٠٠٦ وفقاً للمواد ٢٠٧٨ و ٢٠٨٨ وذلك لتفادي اكتساب المرتهن ملكية المرهون مع اجازة التخصيص القضائي، اما بعد صدور مرسوم ٢٠٠٦ ، فإنه قرر جواز هذا الاتفاق وبطلانه في حالة واحدة، وهي عدم توافر الشروط التي جاءت بها كل من المادة ٢٣٤٨ ، ٢٤٥٩ ، ٢٣٦٥ ، ٢٣٨٨ وهذا يعني ان المشرع الفرنسي قد جعل الاصل في هذا الاتفاق هو الصحة اما السبطلان فيتحقق عند عدم توافر شروط الاتفاق ، كما يمكن القول بأننا نتفق مع الاتجاه الفقهي الذي يرى بوجود بطلان الاتفاق وحده دون عقد الرهن ، وذلك رغبة في الحفاظ على عقد الرهن الذي اقترن به هذا الاتفاق اضافة الى التخفيف من حالات البطلان .

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

الهوامش

- ١- المرسوم رقم ٣٤٦ الصادر في ٢٣/٣/٢٠٠٦ والنافذ في ٢٤/٣/٢٠٠٦ والمتعلقة بتعديل الضمانات .
- ٢- تقابلها المواد ١/١٠٥١ من القانون المدني المصري التي نصت على انه "للدائن بعد التنبية على المدين بالوفاء ان ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في المواعيد ووفقاً للاوضاع المقررة في قانون المرافعات "، المادة ٢٣٤٦ من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها "يستطيع الدائن في حال التخلف عن ايفاء دينه المضمون ، المباشرة بطلب بيع المال المرهون قضائياً ، يتم هذا البيع وفقاً للطرق المحددة بمقتضى اصول التنفيذ المدنية ولا يمكن لاتفاقية الرهن ان تخالف هذا المبدأ" ، والمادة ١٠٥٥ من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ التي جاء فيها "الرهن عقد يضع بموجبه المدين عقاراً في يد دائنه او في يد شخص اخر يتفق عليه الطرفان ويحول الدائن حق حبس العقار الى ان يدفع له دينه تماماً واذا لم يدفع الدين فله الحق في ملاحقة نزع ملكية مدينه بالطرق القانونية ."
- ٣- د. انور العمروسي ، الحقوق العينية (التأمينات العينية في القانون المدني) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ١٥٦ .

4- Article (2348) Il peut être convenu, lors de 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 organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite....."

5-Article(2459) Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur.

6-Article (2365) En cas de défaillance de son débiteur, le créancier nanti peut se faire attribuer, par le juge ou dans les conditions prévues par la convention,....."

٧- وبالإضافة للتشريعات المدنية فقد نظمت القوانين الخاصة بالاتفاق على التملك ، اذ نصت المادة ١٩٦ من قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على انه "يبطل كل شرط في عقد الرهن او كل اتفاق بعد انعقاده يعطي للدائن المرتهن في حاله عدم استيفائه الدين عند حلول اجل الحق في تملك المرهون او بيعه دون مراعاة الاحكام المنصوص عليها في المادة ١٩٣ من هذا القانون " والمادة ١٢٩ من قانون التجارة المصري النافذ رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ التي نصت على انه " يقع باطلا كل اتفاق يبرم وقت تقرير الرهن او بعد تقريره يعطي الدائن المرتهن في حاله عدم استيفاء الدين عند حلول اجله ، الحق في تملك الشي المرهون او في بيعه دون مراعاة الاجراءات المنصوص عليها في المادة ١٢٦ من هذا القانون ". اما قانون التجارة الفرنسي فقد اكدت المادة ١/٥٢١ المعدلة بقانون رقم ٢٠١١/٥٨٠ في ٢٠/٧/٢٠١١ على وجوب التنفيذ على المال المرهون على وفق الاجراءات القانونية اذ جاء

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

بها " اذا لم يتم الوفاء في الوقت المحدد يجوز للدائن ان يطلب بيع الاشياء محل الرهن في المزداد العلني بعد ثمانية ايام من تاريخ تبليغ المدين والغير بذلك ويكون البيع وفقاً للنصوص القانونية الواردة في هذا القانون والتي لا يمكن للاتفاق ان يخرج عنها " اما الفقرة الثالثة من هذه المادة فقد جاءت بما يتفق مع الاحكام العامة الواردة في القانون المدني بصحة الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون ولكن على وفق توافر ضمانات تؤدي الى عدم استغلال الراهن وعدم الاضرار به، اذ نصت "للدائن ان يتفق مع الراهن على تملك المرهون وفقاً للمادة ٢٣٤٨ من القانون المدني"

Article(521)Le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article L. 110-3.Le gage, à l'égard des valeurs négociables, peut aussi être établi par un endossement régulier, indiquant que les valeurs ont été remises en garantie.A l'égard des actions, des parts d'intérêts et des obligations nominatives des sociétés financières, industrielles, commerciales ou civiles, dont la transmission s'opère par un transfert sur les registres de la société, ainsi qu'à l'égard des inscriptions nominatives sur le grand-livre de la dette publique, le gage peut également être établi par un transfert, à titre de garantie, inscrit sur lesdits registres.

Il n'est pas dérogé aux dispositions des articles 2355 à 2366 du code civil en ce qui concerne les créances mobilières Les effets de commerce donnés en gage sont recouvrables par le créancier gagiste

٨- د. منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينية ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص ٩٥ ، د. همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٣١ .

٩- واحكام هذا الاتفاق سيتم دراستها في المبحث القادم.

١٠- د. احمد السعيد الزقرد ، الوجيز في التأمينات العينية ، بدون سنة طبع ، بدون مكان طبع ، ص ٢٣٦. القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، التأمينات العينية ، بدون سنة طبع ، لبنان ، ص ٢٠١ . د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية ، دار الثقافة للنشر ، الاردن ، ٢٠١٣ ، ص ٢٧٠ .

١١- د. شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، المطبعة العالمية ، ط ٣ ، ١٩٥٥ ، ص ٢٤٢ . وانظر د. عبد العزيز المرسي ، نظرية انقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، بدون مكان طبع ، ٢٠٠٦ ، ص ٩٠ .

12-S. Hébert, Le pacte comissoire après , l' ordonnance du 23 mars 2006 ,Dalloz 2052

13 -"convention par laquelle le créancier et le constituant de la sûreté prévoient , qu'a défaut par le débiteur de rembourser sa dette a l'échéance. Le créancier deviendra

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

propriétaire du bien hypothéqué.(sans avoir a' le demander au juge)"C.Carbonnel ,le pacte comissoire en matière de sûretés réelles j.c.p.E. n° 50, 13 December 2007 ,2536,p.1.

14-F.martin ,la pact comissoire/n°1.

j.c. p. Notariale et immobilière,n°21.27 mai 2011.1183.

نقلًا عن :

15-" la clause en vertu de laquelle le créancier ,non payé a'échéance demeureite de plein droit propriétaire du gage"colin et capitant ,cours élÉmentaire, de droit ,civil ,fronçais ,II,par Julliot De La morandière , 9eéd ,1942..p.919.n°1457.

١٦-يقال غُلِقَ الرَّهْنُ يُغْلَقُ غَلَوْقًا إذا بقي في يد المرتهن لا يقدر رهنه على تخليصه ، والمعنى انه لا يستحقه المرتهن إذا لم يستفكه صاحبه ، وكان هذا من فعل الجاهلية ، ان الراهن اذا لم يؤد ما عليه في الوقت المُعِين مَلَك المرتهن الرهن ، فأبطله الإسلام . وقد روي الحديث بروايات عديدة منها رواية معاوية بن عبدالله بن جعفر " ان رجلاً رهن داراً بالمدينة الى أجل ، فلما جاء الاجل ، قال الذي ارتهن ، هي لي ، فقال النبي (ص) " لا يغلق الرهن" اخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، ج٦، ص٤٤ . وكذلك رواية اسحاق بن راشد عن الزهري ، اخرجها ابن ماجة (٨١٦/٢) كتاب الرهن :باب لا يغلق الرهن ، حديث (٢٤٤١) من طريق محمد بن حميد حدثنا ابراهيم بن المختار عن اسحاق بن راشد عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة ان رسول الله ص قال " لا يغلق الرهن وكذلك رواية مالك اخرجها ابن جميع في معجم شيوخه (ص ٢١٠-٢١١) رقم (١٦٨) من طريق محمد والخطيب في تاريخ بغداد (٣/٣٠٣-٣٠٤) ، (١٦٥/٦) من طريق ابراهيم بن ابي سكينه ومحمد بن كثير كلاهما عن مالك بن انس عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة قال :قال رسول الله (ص) " لا يغلق الرهن له غنمه وعليه غرمه" ورواية يحيى بن انيسة اخرجها الشافعي في الام (١٦٧/٣) باب ضمان الرهن وفي "المسند" (١٦٤/٢) كتاب الرهن حديث (٥٦٨) عن طريق الثقة عن يحيى بن ابي انيسة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة قال :قال رسول الله (ص) " لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه " وهذه الروايات نقلًا عن محمد بن ادريس الشافعي ، كتاب الام ، ج٤ ، ط٣ ، دار الوفاء للطباعة والنشر ، مصر ، ٢٠٠٥ ، ص٦١ .

١٧-ابن ادريس الحلبي ، السرائر (موسوعة ابن ادريس الحلبي) ، ج٤ ، ط١ ، العتبة العلوية المقدسة للنشر ، ٢٠٠٣ ، ص٦٠ .

١٨-ابن فهد الحلبي ، المذهب البارع في شرح المختصر النافع ، ج٢ ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، ص٤٩٢ .

١٩-علي اصغر مراويد ، النبايع الفقهية ، ج١٥ ، دار التراث الاسلامي ، ط١ ، ١٩٩٠ ، ص١٤٢ .

٢٠-الميرزا الشيخ حسين النووي الطبرسي ، مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل ، ج١٣ ، ط٢ ، مؤسسة ال البيت لاحياء التراث ، ١٩٨٨ ، ص٤٢٢ .

٢١-علي خان المدني الشيرازي ، رياض السالكين في شرح صحيفة سيد الساجدين (ع) ، ج٥ ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، ص٥٧ .

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

- ٢٢- قطب الدين الراوندي، منهاج البراعة في شرح نهج البلاغة، ج١، مطبعة الخيام، ١٤٠٦، قم، ص ٤٦٧ .
- ٢٣- السيد محمد تقي البروجردي، احاديث الشيعة، ج١٨، المهر للطباعة والنشر، قم، بدون سنة طبع، هامش ص ٣٥٦ .
- ٢٤- الامام علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، ط١، المكتبة الحبيبية، ١٩٨٩، باكستان، ص ١٤٥ .
- ٢٥- الامام مالك، الموطأ، ج٢، دار احياء التراث، بيروت، ١٩٨٥، ص ٧٢٩ .
- ٢٦- جلال الدين السيوطي، تنوير الحوالك في شرح موطأ مالك، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧، ص ٥٤٦ .
- ٢٧- ابي عبد الله المغربي (الخطاب الرعيني)، الجليل لشرح مختصر خليل، ج٦، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٥، ص ٥٤٧ .
- ٢٨- علاء الدين السمرقندي، البهجة في شرح التحفة، ج١، ط٢، مطبعة الحلبي، مصر، ص ١٨٠ .
- ٢٩- ابن عبد البر، الاستنكار، ج٧، بدون سنة طبع، ص ١٣١ .
- ٣٠- ابي زكريا محي الدين بن شرف النووي الدمشقي، المجموع شرح المهذب، ج١٣، دار الفكر للطباعة والنشر، بدون سنة طبع، ص ٢٥٠ .
- ٣١- الامام ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي، الام، ج٣، ط١، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٨٠، ص ١٦٣ .
- ٣٢- العلامة محمد عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير من احاديث البشير النذير، ج٦، ط١، القاهرة، ١٩٥٦، ص ٥٨٤ .
- ٣٣- عبدالرحمن ابن قدامه، الشرح الكبير، ج٤، بدون طبعة، دار الكتاب للنشر، بدون سنة طبع، ص ٤٢٢ .
- ٣٤- احمد بن محمد المقرئ الفيومي الرافعي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج٢، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع، ص ٤٥١ .
- ٣٥- ابن حزم الظاهري، المحلى، ج٨، دار الفكر للطباعة والنشر، هامش ص ٩٨ .
- ٣٦- وتُستنتج هذه الصورة من نص المادتين ١٣٠١ من القانون المدني العراقي. والمادة ١/١٠٥٢ من القانون المدني المصري فلم تشر أي منهما اشارة صريحة الى ابرام الاتفاق عند ابرام عقد الرهن، الا ان بالإمكان الاستنتاج ضمناً، لان عبارة (ولو كان الاتفاق قد ابرم بعد الرهن) الواردة في آخر المادتين السالفتي الذكر، توحي لنا بان عبارة (يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للمرتهن ..) الواردة في اول المادتين، امكانية ابرام الاتفاق عند نشوء عقد الرهن، اي ان

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

يتزامن هذا الاتفاق مع عقد الرهن عند انشاءه. اما المشرع الفرنسي فقد كان صريحاً في الاشارة لهذه الصورة في المادة ٢٣٤٨ " يمكن الاتفاق عند انشاء رهن الحيازة ... "

٣٧- انظر المادة ١٢٨٥ التي نصت على انه " الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينياً يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في اي يد تكون . "

٣٨- انظر المادة ١/١٢٨٦ التي نصت على " ١- لا ينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري... ". ويقابل الرهن التأميني، الرهن الرسمي في القانون المدني المصري والرهن العقاري الاتفاقي في القانون المدني الفرنسي .

٣٩- انظر المادة ١٠٣١ / ١ " ١- لا ينعقد الرهن الرسمي الا اذا كان بورقة رسمية " .

٤٠- فالرهن العقاري بالقانون المدني الفرنسي اما ان تكون قانونياً ام قضائياً ام اتفاقياً وهذا مانصت عليه المادة ٢٣٩٥ منه. أما الرهن العقاري الاتفاقي فقد حددت المادة ٢٤١٣ مصدره العقد أذ جاء فيها " لا يمكن الموافقة على الرهن العقاري الاتفاقي إلا من قبل من له أهلية التصرف بالعقارات التي يلقونه عليها "

٤١- فقد جاء فيها " لا يمكن الموافقة على الرهن العقاري الا بموجب صك رسمي "، حيث اعتبر عقد الرهن العقاري الاتفاقي من العقود الشكلية التي يجب لانعقاده مراعاة الرسمية .

٤٢- انظر المادة ١٢٨٧ التي جاء فيها " يجوز ان يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز ان يكون كفيلاً عينياً يقدم رهنأ تأمينياً لمصلحه المدين، " وتقبلها المادة ١/١٠٣٢ من القانون المدني المصري التي تنص على " يجوز ان يكون الراهن هو نفس المدين كما يجوز ان يكون شخصاً اخر يقدم رهنأ لمصلحة المدين ".

٤٣- انظر المادة ١٢٩٠ . من القانون المدني العراقي و المادة ١/١٠٣٥ من القانون المدني المصري. و المادة ٢٣٨٣/ف١ من القانون المدني الفرنسي .

٤٤- اذ تنص المادة ١٢٩٣ من القانون المدني العراقي على انه " يجوز ان يترتب الرهن التأميني ضماناً لدين مستقبلي، او دين معلق على شرط، او دين احتمالي فيجوز ان يترتب لاعتماد مفتوح او لفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الاقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين ".

45-P. Malaurie , L. Aynés et P. coreq , Droit des sûretés: 3eéd . Defrénois, 2008. n°687 .

j.cl.civil code10.juin,2009. n°15-16.:

نقلًا عن:

٤٦- نصت المادة ١٣٢١ من القانون المدني العراقي على انه " الرهن الحيازي عقد يجعل به الراهن مالا محبوساً في يد المرتهن او في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاءه منه كلا او بعضاً مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اي يد كان هذا المال . "

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

٤٧- فقد نصت المادة ١/١٣٢٢ من القانون المدني العراقي على انه "١- يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون ". وانتقال حيازة المرهون اما الى الدائن المرتهن ، او اجنبي بعد ان يعينه كل من الراهن والمرتهن باتفاق بينهما اي يد عدل ، سواء كان هذا الاتفاق انشأ عند انشاء عقد الرهن ام بعد ذلك .

٤٨- اذ نصت المادة ١٣٢٤ القانون المدني العراقي على انه " اذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط لتمامه ان يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً".

٤٩- فقد نصت المادة ١٣٥٤ على انه " لا يكون رهن الدين تاماً الا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ، ولا يكون نافذاً في حق المدين الا بإعلان هذا اليه او بقبوله اياه ، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت لتبليغ الاعلان او القبول".

٥٠- فقد جاءت المادة ١٠٩٦ القانون المدني المصري " الرهن الحيازي عقد به يلزم شخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره ، ان يسلم الى الدائن او الى اجنبي يعينه المتعاقدان بشيئاً يرتب عليه الدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وان يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في اي يد تكون".

٥١-د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١٠ ، التأمينات العينية ، ط٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت -لبنان ، ٢٠٠٠ ، ص ٧٥١ .

٥٢- فقد نصت المادة ١١١٤ من القانون المدني المصري على انه " يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة ان يقيد عقد الرهن ، وتسري على هذا القيد الاحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي".

٥٣-للمزيد انظر د. عبد الفتاح عبد الباقي احكام القانون المدني المصري ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار نشر الثقافة ، الاسكندرية ، ١٩٥٠ ، ص ٥٦٢ .

٥٤-بعد صدور مرسوم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ في ٢٣/٣/٢٠٠٦ اصبح يسمى برهن المنقولات المادية اذا كان محله منقولاً مادياً ، ولا يسمى بالرهن الحيازي ، لانه لم يشترط الحيازة لانشاء الرهن الوارد على منقول مادي .

٥٥- فقد جاء في المادة ٢٣٣٦ منه " يكون الرهن تاماً بوضع مخطوط يشمل تعيين الدين المضمون وكمية الاموال المرهونة بالإضافة الى نوعها او طبيعتها".

٥٦-نصت المادة ٢٣٣٧ من القانون المدني الفرنسي على انه " ان اشهار الرهن من شأنه ان يجعل منه حجة على الغير"

٥٧- انظر المادة ٢٣٥٥ من القانون المدني الفرنسي التي نصت على "..... اما الرهن الاتفاقي الواقع على الديون ، وفي غياب احكام خاصه به ، فيخضع لاحكام هذا الفصل ، يخضع الرهن الواقع على منقولات اخرى غير مادية ، في غياب احكام خاصة به ، الى القواعد المنصوص عليها لرهن المنقولات المادية".

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

58-Article(2387) Le gage immobilier est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation ; il emporte dépossession de celui qui le constitue.

٥٩- نصت المادة ٢٣٨٨ على انه " تطبق على رهن الحيازة العقاري الاحكام المتعلقة بالرهن العقاري الاتفاقي المنصوص عليه في الفقرة الاخيرة من م ٢٣٩٧ وفي المواد ٢٤١٣، ٢٤١٤، ٢٤١٦...". اذ نصت المادة ٢٤١٦ على انه "لا يمكن الموافقة على الرهن العقاري الاتفاقي الا بموجب صك رسمي " .

٦٠- وهو ما أيده الفقهاء جاك مستر ، أمانوئيل بوتمان ، مارك بيو ، المطول في القانون المدني ، قانون التأمينات العينية الخاص ، باشراف جاك غستان ، ترجمة منصور القاضي ، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان، ٢٠٠٦، ص ٢٨٩ .

٦١- اما في القوانين الخاصة، فنلاحظ من خلال نص المادة ١٩٦ من قانون التجارة العراقي الى انه لم يشر اشاره صريحة الى امكانية ان يبرم الاتفاق بعد حلول اجل الدين على تملك المرتهن للمرهون وهو بذلك قد اتفق مع القانون المدني العراقي في نص المادة ١٣٠١ الذي لم يشر الى هذا كذلك ، بخلاف قانون التجارة المصري في نص المادة ١٢٩ منه ، الذي بين ان الاتفاق على التملك قد يبرم عند انشاء عقد الرهن او بعده ، ولم يشر صراحة الى امكانية ابرام الاتفاق بعد حلول اجل الدين المضمون ، وبذلك لم يتفق مع منهج القانون المدني المصري الذي اشار في نص المادة ٢/١٠٥٢ الى صحة الاتفاق بعد حلول اجل الدين .

٦٢- انظر تفصيل ذلك في المبحث القادم من هذا الفصل .

٦٣- فهذا الاتفاق يعقد بين الطرفين بعد حلول اجل الدين وعدم وفاء المدين بالدين المضمون ، وسنأتي على بيان حكم الاتفاق على وفق هذه الصورة ، في المبحث القادم لان القوانين محل المقارنة قد اختلفت في حكمه فالبعض اجازة والبعض اعتبره باطلاً .

٦٤- وهنا طلب تملك الدين المرهون لا يكون إلا إذا لم يكن الدين المرهون من جنس الدين المضمون ، كما سنرى ذلك في المبحث الثاني ، وتقابلها في القانون المدني المصري المادة ١١٢٩ التي تنص على " اذا اصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الاداء ، جاز للدائن المرتهن اذا لم يستوف حقه ، ان يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له او ان يطلب بيع هذا الدين او تملكه وفقاً للمادة ١١٢١ الفقرة الثانية" ، اما القانون المدني الفرنسي ، فسنأتي على بيان حكم هذه الحالات في المبحث القادم كون هذا القانون جاء بمبدأ عام لتملك المرتهن قضاءً بعد حلول اجل الدين ، ولا يقتصر على المنقولات فحسب وانما يشمل المنقولات والعقارات ، ولا مجال لتفصيلها هنا وانما سيكون المبحث القادم مخصصاً لها .

65-Article (2347) Le créancier peut aussi faire ordonner en justice que le bien lui demeurera en paiement.

66-M.planiol et G.Ripert,Traité Partique de droit civil Frangiais: L G D J. 1953,2eéd.T.X11.parF. Becque n° 299. F.Martin.op. cit. n°1.

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

٦٧- الاستاذ محمد طه البشير ، د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج٢ ، ط٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ٥٢٠

٦٨- انظر المادة ١٣٤١ / ٢ التي تنص على انه " 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 وتتبع في كل ذلك احكام المواد ١٣٠٠ و ١٣٠١ و ١٣٠٢ ."

٦٩- انظر المادة ١٠٥٢ / ١ منه .

٧٠- اذ نصت على انه " يسري على رهن الحيازة احكام المادة ١٠٥٠ المتعلقة بمسؤولية الراهن غير المدين واحكام المادة ١٠٥٢ المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون اجراءات " .

٧١- وفقاً للمادة ٢٣٤٨ / ف١ اذ نصت على انه " يمكن الاتفاق عند انشاء رهن الحيازة او بتاريخ لاحق ، على ان يصبح المال المرهون ملكاً للدائن في حال التخلف عن تنفيذ التزام ايفاء الدين المضمون " .

٧٢- د. حسام الدين كامل الاهواني ، الوجيز في التأمينات العينية ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع ، ص ٢٢١ .

٧٣- د. عيد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص ٣٩٠ وقد ذكر في هذه الصفحة في هامش رقم ٢ قرار قضائي قديم لمحكمة اسبوط الجزائية ، المحاماة ٧ ، رقم ٤٥١ ، ص ٧٤٦ جاء به " ان الشرط الذي يشترطه الدائن المرتهن على الراهن بأن عيناً اخرى مملوكة للراهن غير العين المرهونة تصبح ملكاً للمرتهن ، يقع باطلاً وخالفاً للنظام العام ، لان حكمة التحريم في الحاليتين واحدة إذ ان المفروض في كلتا الحاليتين ان الدائن ينتهز فرصة حاجة المدين وظروفه السيئة التي ألجأته للاستدانة ورهن عقاره ليحصل منه بسهولة في هذه الظروف على الرضا بالبيع بثمن بخس لا يقبله المدين في الظروف العادية " . وانظر كذلك في تأييد هذا الاتجاه د. مصطفى منصور مصطفى ، مصدر سابق ، ص ٩٥ . ، د. حسام كامل الاهواني ، مصدر سابق ، ص ٢٢٣ .

٧٤- موفق الدين عبد الله ابن قدامة ، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل ، تحقيق محمد حسن اسماعيل الشافعي واحمد محروس ، ج ٢ ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ص ١١٧ . وانظر كذلك في ذات المعنى ، ابن قدامة ، المغني ، مصدر سابق ، ج ٤ ، ص ٢٤٩

٧٥- ابن ادريس الحلبي ، السرائر ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٤٢٠ .

٧٦- البيهوتي ، كشف القناع ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٤٩ .

٧٧- احمد المرتضى ، شرح الازهار ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٣٩٥ .

٧٨- النووي ، المجموع شرح المذهب ، مصدر سابق ، ج ١٣ ، ص ٢٥٠ .

٧٩- الامام مالك ، الموطأ ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ٧٢٩ .

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

٨٠- إذ جاء في المادة ٢/١٣١ من القانون المدني العراقي " كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لاحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد ايضاً."

٨١- د. ايمان طارق الشكري ، أثر الشرط في حكم العقد ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بابل ، ١٩٩٨ ، ص

٨٢- الأستاذ محمد طه البشير ، د. غني حسون طه، مصدر سابق ، ص ٤٢٨ .

83-F.Bicheron. la dation en paiement: éd panthéon.Assas 2006 ,n°288.P. Simler et p. Delebecque, droit civil les sûretés, la publicite: Dalloz ,5e éd 2009. n°492.

P, Malaurie I, Aqués et P.Stoffel-Munck ,Les obligation :3e éd , Defrénois ,2007,n°1225.
M. Latina, La condition en droit des contrats .LGD,2009,n°169.

J.cl.civil code. Op. cit. n°29

نقلاً عن :

وهو ما ايده ايضاً الفقيه الفرنسي:

P.Delebecque ,le régime des hypothèques, op . cit .n°27.

C.Carbonnel , op. cit .p.4. F.Martin. op. cit . p.21 .

وسنوضح آراء هؤلاء الفقهاء في الصفحات القادمة.

84-Article(1589) La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

٨٥- فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف " ان محكمة الاستئناف ، اذ تحققت بسلطتها المطلقة : ان المستفيد من الوعد قد قبل العرض في اليوم ذاته الذي قدم فيه وانه قد حصل اتفاق على الشيء والتمن امكنها الاستنتاج وبحق ، ان للوعد طابعاً متبادلاً ويعد بيعاً " نقض مدنية ٣ ، ١١ حزيران /يونيو ١٩٩٢ :نش مدنية ١١ ارقم ٢٠٦ . نقلاً عن دالوز العربية للاجتهد لعام ٢٠٠٩ تعليقا على المادة ١٥٨٩ حاشية ٣ .

٨٦- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج ٤ ، البيع والمقايضة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٠ ، ص ٧٨ وانظر في هذا المصدر الاعتبارات العملية التي تقتضي ابرام الوعد الملزم للجانبين ، اذ يقول الدكتور السنهوري بهذا الشأن " يبقى اذن ان نعرف لماذا لجأ الطرفان في الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين الى عبارة الوعد وهما في الحقيقة بيرمان بيعاً تاماً ، السبب في ذلك يرجع الى اعتبارات عملية محضة ، فقد اراد الطرفان ابرام بيع تام ، وسمياه بالوعد لانهما يعتبران ان هذا البيع التام ليس هو البيع النهائي ، فقد يريد المشتري بعدان قيد البائع بالبيع وتفيد هو بالشراء ، ان يبحث عن حالة الدار من حيث ترتب حقوق عليها فأذا رآها خالية من التكاليف استبدل بالوعد البيع النهائي والا طلب الفسخ وقد يريد المشتري بعد

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتزح المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

ابرام الوعد على النحو الذي قررناه ان يتسع له الوقت لتدبير الثمن ، حتى اذا ما دبره ابرم البيع النهائي " المصدر نفسه ، ص ٧٨ .

٨٧- تقابلها المادة ١/١٠١ من القانون المدني المصري التي تنص " ان الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بإبرام عقد في المستقبل لا ينعقد ، الا اذا عينت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه ، والمدة التي يجب ابرامه فيها" .

٨٨- د. عبد المجيد الحكيم ، الاستاذ عبد الباقي البكري ، الاستاذ محمد طه البشير ، مصادر الالتزام ، ج ١ ، ط ٢ ، ٢٠٠٨ ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ص ٤٩ ، د. عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ ، مج ١ ، مصدر سابق ، ص ٢٦٧ .

٨٩- د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية للنشر ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص ٧٣ .

٩٠- د. عبد المجيد الحكيم ، شرح القانون المدني ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ط ٥ ، مطبعة نديم ، بغداد ، ص ١٠٩ ، د. انور سلطان ، مصدر سابق ، ص ٧٤ .

٩١- انظر نص المادة ١٥٨٩ من القانون المدني الفرنسي .

٩٢- د. عبد المجيد الحكيم ، الاستاذ عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٥٠ . د. عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ ، مج ١ ، مصدر سابق ، ص ٢٦٩ . وانظر د. مصطفى الجمال ، السعي الى التعاقد في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط ١ ، لبنان ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٥٣ .

٩٣- انظر المادة ٩١ من القانون المدني العراقي . والمادة ١٠١ من القانون المدني المصري . اما في القانون المدني الفرنسي فيفرق بين اذا كان الوعد بالبيع و ارد على منقول وبالتالي فلا يشترط فيه المدة لانها ليست شرط لانعقاد العقد بخلاف الوعد الوارد على العقار اذ لا بد من تحديد المدة التي يبدي خلالها الموعود له رغبته في الشراء فبدونها لا ينعقد العقد .

٩٤- تقابلها المادة ٢/١٠١ من القانون المدني المصري " اذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته ايضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بابرام هذا الاتفاق " .

٩٥- د. عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ ، مج ١ ، مصدر سابق ، ص ٢٧٣ . د. انور سلطان ، مصدر سابق ، ص ٧٧ . د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ١١١ .

٩٦- انظر الفقه الفرنسي الذي يرى بأن الاتفاق على التملك قبل حلول اجل الدين بمثابة وعد من جانب واحد هو الراهن في ص ٢١ هامش ٢ من رسالتنا .

٩٧- فقد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بان " الاتفاق الذي بموجبه يعلن شخص موصوف بالبايع بيع عقار الى مشتري تحت شرط معلق بان يؤكد هذا الاخير خلال مهلة شهر قصده النهائي بالشراء لا يمكن ان يوصف الا

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

بالوعد بالبيع من طرف واحد " نقض مدنية ٣ ، ٢١ تشرين الثاني / نوفمبر ١٩٨٤ : نش مدنية ١١١ رقم ١٩٨ ، مجلة فصلية مدني ١٩٨٥ ، ٥٩١ مل ريمي Remy . نقلاً عن دالوز العربية للاجتهااد لعام ٢٠٠٩ تعليقا على المادة ١٥٨٩ حاشية ١٠ .

98- " une promesse unilatérale et conditionnelle de dation en paiement . le créancier acquiert un droit a' la realization de la dation sous la condition suspensive de l in execution de l'obligation contractée par le débiteur" F.Bicheron ، op. cit, n° 288.

99- "Promesse de vente don't le prix determinable serait a' fixer au jour de la défaillance ou une promesse unlatérale" P.Simler et, P.Delebecque ,op.cit. , n° 492.

١٠٠ - Stoffel-Munck,op.cit. n°1226 . P, Malaurie I, Aqunés etp . جاءت المادة ١١٦٨ من القانون المدني الفرنسي على حكم الشرط الواقف إذ نصت " يكون الالتزام شرطياً عندما يُربط بحدث مستقبلي وغير مؤكد ، أما بتعليقه الى ان يحصل الحدث وأما بفسخه ، تبعاً لحصول الحدث أو عدم حصوله "

101- F.Martin,op.cit, p.34.

١٠٢- قرار محكمة النقض الفرنسية ، الغرفة المدنية الاولى ، رقم ٣٤ ، ١٩٥٧/٣/٢٥ .

J.cl.civil.code.op.cit.n°7

نقلاً عن:

١٠٣- وهذا ما نصت عليه المادة ٢٨٨ من القانون المدني العراقي "العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ الا اذا تحقق الشرط" وتقابلها المادة ٢٦٥ من القانون المدني المصري " يكون الالتزام معلقاً على شرط اذا كان وجوده او زواله مترتباً على امر مستقبلي غير محقق الوقوع " وكذلك ما نصت عليه المادة ١١٦٨ من القانون المدني الفرنسي "

١٠٤- د. سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مصر ، بدون سنة طبع ، ص ٤٣٥ .

١٠٥- د. احمد سلامة ، الرهن الطليق للمنقول ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة العاشرة ، العدد الثاني ، مطبعة عين شمس ، ١٩٦٨ ، ص ٣٠٩ . وكذلك بنفس الاتجاه د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد ، النظام القانوني لرهن الاوراق المالية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ١٥٨ .

١٠٦- عبد الرحمن ابن قدامة ، المغني ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص ٢٤٩ . وكذلك ، الكافي ، مصدر سابق ، ج ٢ ، ص ١١٧ .

١٠٧- الامام مالك بن انس القاضي عبد الوهاب البغدادي ، المعونة على مذهب عالم المدينة ، تحقيق حشيش عبد الحق ، مج ٢ ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، دون سنة طبع ، ص ٨٤٥ .

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

١٠٨- الشيخ محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، ج ٢ ، مطبعة الحلبي ، بدون سنة طبع ، ص ١٣٧ .

١٠٩- السيد محمد جواد العاملي ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، ج ٥ ، مطبعة دمشق ، سوريا ، بلا سنة طبع ، ص ١٨٥ .

١١٠- د . حسن علي الذنون ، احكام الالتزام ، العاتك للتوزيع والنشر ، مصر ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٩٦ .

١١١- د. عبد المجيد الحكيم ، شرح القانون القانون المدني ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ط ٥ ، مطبعة نديم ، بغداد ، ص ٤٣٢ .

١١٢- د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ٧٩٦ .

١١٣- د. عبد الرزاق السنهوري ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٨٠٥ .

١١٤- منقذ عبد الرضا علي الفردان ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص ١٢ .

١١٥- انظر د. عبد الرزاق السنهوري ، ج ٣ ، مصدر سابق ، ص ٨٠٩ . د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٤٢٥ .

١١٦- د. حسن علي الذنون ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص ٢٩٨ .

١١٧- انظر في هذا المعنى د. حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ، ص ٢٢٤ . د. جلال محمد ابراهيم ، عبد العزيز المرسي ، التأمينات الشخصية والعينية ، بدون معلومات ص ١٩٨ . د. احمد سلامة ، د. احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، الرهن الرسمي ، دار التعاون للطبع ، ١٩٦٦ ، هامش ص ١٨١ . القاضي عبد اللطيف حسين حمدان ، مصدر سابق ، ص ٢٧٠ و ص ٤٩٤ . د. سهام عبد الرزاق السعيد ، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٠٥ . د. عاشور عبد الجواد ، مصدر سابق ، ص ١٥٨ .

١١٨- د. احمد سلامة ، المصدر سابق ، هامش رقم ٢ ص ١٨١ .

١١٩- د. حسام الدين كامل الاهواني ، مصدر سابق ، ص ٢٢٤ .

١٢٠- قرار محكمة النقض المصرية رقم ١٣٤٤ لسنة ٤٨ ق جلسة منعقدة بتاريخ ١٥/٤/١٩٨٢ ، موسوعة الفقه والقضاء ، مج ١٩ ، اعداد المستشار محمد عزمي البكري ، دار محمود للنشر ، بدون سنة طبع ، ص ٣٨٤ .

121-S.Becqué_Ickowicz, Les réformes de l'hypothèque in l'volution des sûretés réelles, litéc, 2007 p .84 . p. Dupichot , la ré forme du régime hypothécair in la ré forme du droit des sûretés _D.2006.p. 12 91 .

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

j.c..l. civil code, op. cit.n°3

نقلاً عن:

122-D.Léoty , la nature juridique de la dation en paiement .RtD.civ . 1975 . n° 26 ..P .29.

123-P.malaurie ,L.Aynés et P.Y. Gautier ,les contrats spéciaux,3eéd, Defrénois , 2007,N°71

124-S.Hébert. op. cit. n°30 , n°35

وكذلك اشارت S.Hébert ، في هذا المكان الى قرار يؤيد ما ذهب اليه ، صادر من محكمة النقض الفرنسية . civ. 1^{re} , 18 nov. 1997.

125-R.LeGuidec. Répeiv .Dalloz .V°Dation en paiement n°11.

j.c.l.civil.code.op.cit.n°8

نقلاً عن:

126-" En ce qu'il permet au créancier hypothécaire d'être payé en nature sur l'immeuble, constitue une sorte de dation en paiement."F.Bicheron ,op. cit. ,n°287 .

j.c.l.civil.code.op.cit.n°8

نقلاً عن:

127-S.Hébert. op. cit.n°30.p.2054 .

128-Cass .1re civil, 18 nov 1997,n°95_20 ,471, Jurisdata n° 004724 .

نقلاً عن :

J.cl.civil.code.op.cit.n°7.

١٢٩- فرساي ٢٧ تشرين الأول / اكتوبر ١٩٩٣ ش نقض ١٥ / شباط فيراي ١٩٩٤ ، رقم ٢٢٧ ، نقلاً عن : دالوز العربية للاجتهد لعام ٢٠٠٩ تعليقاً على المادة ٢٠٧٨ ، ص ١٩٦٠ ، حاشية ١٢ .

١٣٠- انظر تمييز ذلك منقذ عبد الرضا علي الفردان مصدر سابق ، ص ٢٠

131-P. Malaurie ,L. Aynés et P.Y. Gautier , op. cit .n°76.

F.Terré ,y, Leguette et p. Simler .Droit des obligations. Dalloz .9eéd 2005.n°1334.

نقلاً عن : J.cl.civil.code.op.cit.n°20.

132-"il n'y a aucune raison d'en faire l'application a'la dation en paiement et , spécialement , au pact commissoire" G.flora .la réalisation de hypothèque. Rev.lamy dr. aff.14/2007,n°856.p.99

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

نقلًا عن J.cl.civil.code.op.cit.n°20.

- ١٣٣- الامام الشافعي ، الام ، ج٤ ، ط٣ ، دار الوفاء للطباعة والنشر ، مصر ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٤٨ .
- ١٣٤- الشيخ محمد حسن العاملی ، الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية ، ج٥ ، ط٢ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ٢٠١١ ، ص ١٠٠ .
- ١٣٥- عبد الوهاب البغدادي ، المعونة على مذهب عالم المدينة ، مصدر سابق ، مج ٢ ، ص ٨٤٥ .
- ١٣٦- موفق الدين عبدالله بن قدامه المقدسي ، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص ١١٧ .
- ١٣٧- منصور بن يونس المعروف بالبهبوتي ، كشف القناع ، ط٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص ٤٩ .
- ١٣٨- علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٥ ، ط١ ، المكتبة الحبيبية ، باكستان ، ١٩٨٩ ، ص ١٧٦ .
- ١٣٩- اذ ينطبق حكم البطلان على الاتفاق المقترن بعقد الرهن الحيازي بموجب المادة ١١٠٨ من القانون المدني المصري وبموجب المادة ٢/١٣٤١ من القانون المدني العراقي . اما على صعيد القوانين الخاصة ، فنلاحظ انها سلكت مسلك التشريعات المدنية ، إذ حددت بطلان الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون وهو ماذهب اليه قانون التجارة العراقي في المادة ١٩٦ التي نصت على انه "يبطل كل شرط في عقد الرهن يعطي الحق في تملك الشيء المرهون او في بيعه دون مراعاة الاحكام المنصوص عليها في المادة ١٩٣ من هذا القانون" وتقابلها المادة ١٢٩ من قانون التجارة المصري النافذ التي تنص على " يقع باطلاً كل اتفاق يبرم وقت تقرير الرهن أو بعد تقريره يعطي الدائن المرتهن في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول اجله الحق في تملك الشيء المرهوندون مراعاة الاجراءات المنصوص عليها في المادة ١٢٦ من هذا القانون " وهذا يعني ان القوانين الخاصة قد نصت على بطلان الاتفاق بين الراهن والمرتهن على تملك الاخير المرهون بغض النظر عن حصول الاتفاق وقت انشاء الرهن ام حصل بعد انشاءه. للمزيد انظر د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، مطبعة جامعة القاهرة ، الكتاب الجامعي ، مكتبة النهضة العربية ، بدون سنة طبع . ص ٦٧١ . د. مصطفى كمال طه ، العقود التجارية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص ٥٧ .
- ١٤٠- نقلًا عن دالوز العربية للاجتهد لعام ٢٠٠٩ ، ص ١٩٥٨ ، و قد الغيت المادتان ٢٠٧٨ و ٢٠٨٨ بموجب المرسوم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ والصادر في ٢٣/٣/٢٠٠٦ .

141-C.Carbonnel ,op.cit.n°50 .p1.

- ١٤٢- جاء ذلك في المادة ١/٢٠٧٨ إذ نصت "لايجوز للدائن عند عدم الدفع ، أن يتصرف بالشيء المرهون إلا اذا حصل على قرار من القضاء باستيفاء هذا المرهون له على سبيل بمقدار دينه بالاستناد الى تخمين يقوم به خبراء أو اذا تم بيعه بالمزاد العلني "نقلًا عن دالوز العربية للاجتهد لعام ٢٠٠٩ ، ص ١٩٥٨ .

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

143-C. Carbonnel ,op. ,cit. ,p1.F.Martin. op. cit. p.3.

144- F. Martin, op. ,cit. ,p.4 .

وسنأتي لبيان التملك القضائي تفصيلاً في المطلب القادم.

١٤٥- د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ٤٣٤ .

١٤٦- د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٤٢٢. د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص ١١١ .
د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص ٩٥ .

١٤٧- د. حسام كامل الاهواني ، مصدر سابق ، ص ٢٢٢ .

١٤٨- قرار رقم ١٣٤٤ لسنة ٤٨ ق جلسة منعقدة بتاريخ ١٥/٤/١٩٨٢، مشار إليه سابقاً. وانظر قرار محكمة النقض السوري رقم ١٦٢ اساس عقاري رقم ٢٠ بتاريخ ٢١/٥/١٩٧٥ مجله المحامون ص ٤٩ لسنة ١٩٧٦ والذي جاء فيه " اذا اشترط امتلاك العقار المرهون للمرتهن مقابل دينه اذا لم يؤده الراهن في الاجل المعين باطل ومخالف للنظام العام من ناحية التهرب من تطبيق احكام القانون وحماية المدين المضطر من تأثيرات الدائن عليه وقت التعاقد معه" .

١٤٩- قرار محكمة استئناف نصر ، دائره التجارية الاولى ، رقم ١٦٢، و ٢٧٧ في ١/١/١٩٥١. صحيح أن هذا القرار قد صدر ضمن نطاق سريان قانون التجارة المصري الملغي الا ان المبدأ وهو بطلان الاتفاق لكن دون تغيير في قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٧ .

١٥٠- د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص ٩٥ وما بعدها د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، فقره ٢٩٢ ص ٣٩٠ . د. محمد علي امام ، مصدر سابق ، ص ٣٣٤. وانظر الصور المختلفة لهذا الاتفاق الذي تحدثنا عنها في المبحث الاول عند تحديد مفهوم الاتفاق .

151-F. Martin ,op. ,cit. ,p.4 . C. Carbonnel , op. ,cit. ,p1

١٥٢- فرساي ٢٨ تشرين الأول/ اكتوبر ١٩٩٣ ش نقض ١٥ / شباط فبراير ١٩٩٤ ، رقم ٢٢٧. نقلاً عن دالوز العربية للاجتهاد لعام ٢٠٠٩ ، ص ١٩٦٠ ، حاشية رقم ١٢ .

١٥٣- جاك مستر ، أمانويل بوتمان ، مارك بيو ، التامينات العام ، مصدر سابق ، ص ٣١٣ و ص ٢٨٩

S. Hébert. op. cit. n°30.p.2054 .

وانظر كذلك

أما القضاء الفرنسي ، فقد اتجه الى صحة الاتفاق المنعقد بعد أنشاء عقد الرهن في قرارين هما:

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

cass 1 re civ. ,25/3/1957.cass 1 re civ. 1961,1966

نقلًا عن:

J.cl.civil.code.op.cit. p .7

١٥٤- د. حسام الدين الاهواني ،مصدر سابق ،ص ٢٢٢ .

١٥٥- د . عبد المنعم البدر اوي ،مصدر سابق ، ص ٢٢٢. كما أتجه الفقه التجاري الى ذلك ، إذ إن اتفاق المرتهن مع الراهن على تملك المال المرهون ،سواء اكان اسهم او سندات او محل تجاري او نقود او غير ذلك ،يكون باطلاً أياً كان الثمن الذي اتفق عليه ، لما فيه من تعسف واستغلال الراهن من قبل الدائن المرتهن ،وهذا يعني ان الدائن المرتهن لا يستطيع ان يملك العين المرهونة لان القانون منع ذلك. للمزيد انظر د.جمال الدين عوض ، مصدر سابق ،ص ٦٧٦. انظر المادة ١٩٦ قانون التجارة العراقي. والمادة ١٢٦ من قانون التجارة المصري.

١٥٦- د احمد سلامة. ، مصدر سابق ، ص ١٨١ ، د. عبد العزيز المرسي ، مصدر سابق ،ص ١٩٢ .

١٥٧- د.جلال ابراهيم ،د عبد العزيز المرسي ،مصدر سابق ، ص ١٩٤ .د. عبد الناصر العطار ، التأمينات العينية ، بدون معلومات ، ص ١٠٨ وما بعدها د. حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ، ص ٢٢٣ .

158-P.Simler et p.Delebeque ,op. cit ,n^o47

159- S.Hébert. op. cit.n.^o2

١٦٠- الامام الشافعي ، الام ، ج٣ ، مصدر سابق ، ص ١٦٣ .

١٦١- ابن قدامه ،المغني ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص ٤٥٧ ، الشوكاني ،نيل الاوطار ، مصدر سابق ، ص ٢٥٠ .

١٦٢- علي اصغر بن مراويد ،الينابيع الفقهية ،مصدر سابق ،ص ١٤٢ .

١٦٣- الكاساني ،بدائع الصنائع ،مصدر سابق ،ج ٦ ، ص ١٤٠ .

١٦٤- النووي ،مصدر سابق ،ص ٢٥٠ .

١٦٥- ابي البركات سيدي احمد ، الشرح الكبير حاشية الدسوقي ، ط١ ، الحلبي ، ج٣ ، ص ٢٤٠ .

١٦٦- البهوتي ، كشف القناع ،مصدر سابق ،ص ٤٩ .

١٦٧- احمد المرتضى الزيدي ، كشف الازهار ، مصدر سابق ، ص ٣٩٥ .

١٦٨- د. بيان يوسف رجب ، دور الحيازة في الرهن الحيازي ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠١٠ ، ص ٧١٣ .

١٦٩- ابي البركات سيدي احمد ، المصدر السابق ، ص ٢٥٠ .

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني/ السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

١٧٠- الامام الشافعي ، الام ، مصدر سابق، ج ٣ ، ص ١٦٣ .

١٧١- الامام مالك بن انس القاضي عبد الوهاب البغدادي ، المعونة على مذهب عالم المدينة ، تحقيق حشيش عبد الحق ، مج ٢ ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، دون سنة طبع ، ص ٨٤٥ .

١٧٢- اللعة دمشقية ، المصدر السابق ، ج ٤ ، ص ٨٨ .

١٧٣- الرافعي ، مصدر سابق ، ج ١٠ ، ص ١٣٩ .

١٧٤- وهذه الضمانات التشريعية سنتحدث عنها في المطلب القادم

175-Article(900) Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux moeurs, seront réputées non écrites.

176- 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.

١٧٧- انظر في الموقف الفقهي والاجتهاد القضائي أشار اليه آلان بينابنت ، القانون المدني الموجبات (الالتزامات) ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، ط ١ ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٤ ، ص ١٦٨ .

١٧٨- انظر قرار محكمة النقض الفرنسية ٢ يوليو ١٩٥٨ ، مجموعة احكام النقض ، ١٩٥٨ ، رقم ٢٥٢ ، ص ٢٨٤ . نقلاً عن د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ٢٠٥ . وانظر كذلك قرار غ ت ن ، ١٥ تموز ١٩٩٢ ، ن م IV ، ر ٢٨٠ . وكذلك قرار غ ت ن ، ٢٧ ، آذار ١٩٩٠ ، د ، ٢٨٨ ، م ف ق م ، ١٩٩١ ، ١١٢ ، م Mestre نقلاً عن آلان بينابنت ، مصدر سابق ، هامش ص ١٦٨ .

١٧٩- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية ، دراسة تحليلية وتطبيقية لنظرية الانقاص ، مطبوعات جامعية ، الكويت ، ١٩٨٨ ، ص ١٢٥ .

١٨٠- د. عبد العزيز المرسي حمود ، نظرية انقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، بدون مكان طبع ، ٢٠٠٦ ، ص ٣١٧ .

١٨١- انظر قرار محكمة تمييز العراق ذو العدد ٩١٥_الغرفة المدنية الثانية_ ١٩٧٤ في ١٩٧٥/٤/١ ، ص ٦٦. المنشور في مجموعة الاحكام العدلية ، السنة السادسة ، ١٩٧٥ . نقلاً عن استاذنا د. منصور حاتم محسن ، فكرة تصحيح العقد ، دار شتات للنشر ، مصر ، ٢٠١٠ ، هامش ص ١٢٥

١٨٢- انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم ٧١١ لسنة ٤٧ ق بتاريخ ١٩٨٢/٢/١٠ المستحدث في مبادئ محكمة النقض التي قررتها الدوائر المدنية ، المكتب الفني لمحكمة النقض ، ص ٩٦ .

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

- ١٨٣- انظر بالتفصيل هذه الشروط في د. عبد العزيز المرسي حمود ، مصدر سابق ، ص ٣٣٨.
- ١٨٤- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ١٨٩.
- ١٨٥- انظر تفصيل تصحيح العقد بانتقاصه واختلاف الانتقاص عن استبعاد الجزء الباطل بحكم القانون ، استاذنا د. منصور حاتم محسن ، فكرة تصحيح العقد، دار شتات للنشر ، مصر ٢٠١٠ ، ص ١٢٦.
- ١٨٦- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ٢٠٩ .
- ١٨٧- تقابلها المادة ١٤٣ من القانون المدني المصري .
- ١٨٨- د. صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهريّة في العلاقة العقدية ، ط١، مصر ، ٢٠٠١ ، ص ١٣٤.
- ١٨٩- انظر قرار محكمة النقض المصرية رقم ٦٦٧ ، لسنة ٦٢ بتاريخ ١٦/٥/٢٠٠٠ ، المستحدث في مبادئ محكمة النقض التي قررتها الدوائر المدنية ، المكتب الفني لمحكمة النقض ، ص ١٩١ .
- ١٩٠- قرار محكمة النقض المصرية الغرفة المدنية ١٦ مايو ١٩٦٨ ، مجموعة احكام النقض ص ١٩ ، نقلاً عن د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ٢٠٤.
- ١٩١- أنظر في تطبيق ذلك على تملك المرتهن المرهون د. عصام انور سليم ، عدم تجزئة العقد في الشريعة والقانون ، مؤسسة المعارف ، الاسكندرية ، ص ٣٥٢ . وكذلك من القضاء السوري بشأن الاتفاق على تملك المرتهن المرهون وهذا ما تضمنه قرار محكمة النقض السورية ، رقم ١٥٢ ، قرار هيئة عامة ، بتاريخ ١١/٥/١٩٥٤ والقاعدة رقم ٣٢١٦ من هذا الجزء ، والذي جاء فيه " ان بطلان شرط امتلاك المرهون عند عدم الوفاء بالدين لا يستتبع بطلان الرهن فيصح الرهن ويبطل الشرط مما يوجب تثبيت الرهن واعطاءه اثاره القانونية حسب الاتفاق الذي ارتضاه المتعاقدان" وانظر كذلك مما وجد في نفس المعنى قرار نقض سوري رقم ٢٨٠ اساس ١٠١٥ بتاريخ ١٩٨٠/٣/١ سجلات محكمة النقض ، اذ جاء فيه " ان بطلان شرط امتلاك العقار المرهون عند عدم الوفاء بالدين لا يستتبع بطلان الرهن ولا اعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبله لأنه في حالة اشتراط تملك العين المرهونة للمرتهن في مقابل دينه ان لم يؤده الراهن في الاجل المعين لأدائه ، يصح الرهن ويبطل الشرط" . نقلاً عن الموقع الإلكتروني : <http://www.mohamah.net/answer/15587/2016/3/4.07;24.pm>.
- ١٩٢- انظر المادة ٢٣٤٨ التي جاء فيها (...يعد كل بند مخالف كأن لم يكن) ، صحيح هذه المادة متعلقة برهن المنقولات المادية ، إلا ان الفقه الفرنسي طبق حكمها في كل انواع الرهون ، في رهن المنقولات المعنوية ورهن العقار الحيازي ورهن العقار الاتفاقي ، لأن هذا يتناسب مع غاية المشرع الفرنسي وهي الحفاظ على العقد قدر الامكان ، باعتبار الشرط الباطل مستبعد وكأن لم يكن للمزيد انظر S. Hébert. op. cit.n.2 و C.Carbonnel. op. cit. n°28 .

- ١٩٣- د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ج ١٠ ، ص ٤٢٣ ، وانظر د. صالح ناصر العتيبي ، مصدر سابق ، ص ١٣٤ ، د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ١٣٣ ، د. حسام الدين الاهواني ، مصدر سابق ،

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

ص ٢٢٤ ، المستشار انور طلبه ، المطول في شرح القانون المدني ، ج ١٤ ، ط ١ ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٥٠ ،
المستشار محمد عزمي البكري ، مصدر سابق ، ص ٣٨١ ، القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، مصدر سابق ،
ص ٢٠١ ، د. جلال محمد ابراهيم ، د. عبد العزيز المرسي ، الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ١٩٧ ، د. محي
الدين اسماعيل علم الدين ، اصول القانون المدني ، مصر ، ص ٥١١ . الاستاذ محمد طه البشير ، د. غني حسون طه
، الحقوق العينية ، ج ٢ ، ط ٢ ، المكتبة العلمية ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص

١٩٤ - د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص ١٣٣ .

١٩٥ - د. حسام الاهواني ، مصدر سابق ، ص ٢٢٤ .

١٩٦ - وهو ماذهب اليه الفقه التجاري بمناسبة اتفاق المرتهن مع المدين الراهن على تملك الاوراق المالية عند عدم
وفاء بها في ميعاد الاستحقاق ، اذ يبطل هذا الاتفاق وحده ليصل عقد رهن الاوراق المالية صحيحاً مالم يكن هذا
الاتفاق هو الدافع الى ابرام عقد الرهن ، عندئذ يبطل كل من الاتفاق وعقد الرهن ، للمزيد انظر د. عاشور عبد
الجواد ، مصدر سابق ، ص ١٦٠ .

١٩٧ - د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص ٣٨٩ . صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية
والعينية ، دار المعرفة ، بغداد ، ١٩٥٣ ، ص ٥٦ . د. محمد كامل مرسي ، التأمينات العينية ، ط ٢ ، المطبعة العالمية
، القاهرة ، ١٩٥١ ، ص ١٨٠ ، د. عبد المنعم البدر اوي ، التأمينات العينية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ١٤٣ ،
د. عبد العزيز المرسي حمود ، نظرية انقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، مصدر سابق ،
ص ٩٢ . د. احمد سلامة ، مصدر سابق ، ص ١٨٠ . د. محمد لبيب شنب ، دروس في التأمينات العينية والشخصية ،
دار النهضة العربية ، ١٩٧٨ ، ص ٧٥ . د. محمد علي امام ، مصدر سابق ، ص ٣٣٤ . د. همام محمود زهران ،
التأمينات العينية والشخصية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٣٢ . د. يوسف محمد عبيدات ، دار النهضة العربية ، بدون
سنة طبع ، بدون مكان طبع ، ص ٢٧٠ ، د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ،
دار الثقافة للنشر ، ٢٠١٣ ، الاردن ، ص ٢٧٦ . د. احمد عبد التواب بهجت ، الوجيز في شرح احكام الضمانات
العينية والشخصية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ٢٠٥ . د. احمد السعيد الزقرد ، الوجيز في التأمينات
الشخصية والعينية ، مصر ، بدون سنة طبع ، ص ٢٣٨ .

١٩٨ - د. عبد العزيز المرسي حمود ، مصدر سابق ، ص ٤٩٧ .

١٩٩ - وهناك قرارات قضائية في العراق ومصر ، تقضي باستبعاد الجزء الباطل اذا كان مخالفاً للنظام العام دون
الاعتداد بقصد المتعاقدين ، انظر في ذلك قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢٦٧٥ ، مدنية رابعة ، ١٩٧٦ ، في
١٩٧٧/٩/٢٧ ، المنشور في مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثالث والرابع ، سنة ١٩٥٥ ، ص ٥١ . وبذات الاتجاه
قرار محكمة النقض المصرية ، ٢١٠٦ ، في ٢٨/٤/١٩٨٥ ، سنة ٥١ ق ، منشور في مجموعة احكام النقض ، ج ٢ ،
طلعة ١٩٩٠ ، ص ١٤٦ .

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

٢٠٠ - وهذا ما حددته المادة ٢٣٤٨ المتعلقة بالاتفاق المقترن بعقد رهن المنقول المادي ، أنظر تفصيل ذلك في ص ٥١ ، وكذلك هامش (١) في ذات الصفحة ، من رسالتنا .

٢٠١ - وقد أختلف الفقهاء في أثر فساد هذا الشرط على العقد المقترن به ، فانقسموا الى موقفين :

أ: من الفقهاء من رتب على فساد الشرط فساد العقد ، وهو اصح قولي الشافعية الامام الشافعي ، مغني المحتاج ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص ٢٢٢ وقول للمالكية في ابي البركات سيدي احمد ، حاشية الدسوقي ، مصدر سابق ، ج٣ ، ص ٢٤٠ .

ب: من لم يرتب على فساد الشرط فساد العقد ، بل يبقى العقد صحيحاً باعتبار ان الاصل في العقود والشروط الاباحة والصحة حتى يقوم الدليل على المنع وهو الاصل من قول ابي حنيفة في حاشية رد المحتار للعلامة محمد ابن عابدين ، ج٢ ، مطبعة الحلبي ، بدون سنة طبع ، ص ٤١٩ .

٢٠٢ - انظر الكاساني ، بدائع الصنائع ، مصدر سابق ، ج٦ ، ص ١٤٠ ، وذلك خلاف ما ذهب اليه قدوري باشا في مرشد الحيران حيث نصت المادة ٨٦٤ منه على انه " لا يصح اشتراط تملك العين المرهونة للمرتهن في مقابل دينه اذا لم يؤده الراهن في الاجل المحدد لأدائه بل يصح الرهن ويبطل الشرط" .

٢٠٣ - علاء الدين السمرقندي ، البهجة شرح التحفة ، مصدر سابق ، ج١ ، ص ١٨٠ .

٢٠٤ - محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، ج٢ ، مطبعة الحلبي ، ص ١٣٧ .

٢٠٥ - علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٥ ، ط١ ، المكتبة الحبيبية ، باكستان ، ١٩٨٩ ، ص ١٧٦ .

٢٠٦ - للمزيد انظر ابن قدامه ، المغني ، مصدر سابق ، ص ٤٣٠ .

٢٠٧ - سورة المائدة ، الآية ٢٧٥ .

٢٠٨ - لسيد محمد جواد الحسن العاملي ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، تحقيق الشهي محمد باقر الخالصي ، ج١٥ ، ط٢ ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، ١٤٣٠ هـ ، ص ٢٣٣ .

٢٠٩ - المادة ٢٣٤٨ و المادة ٢٤٥٩ و المادة ٢٣٣٨ والتي أنشأت بموجب المرسوم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ . الصادر في ٢٠٠٦/٣/٢٣ .

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتزح المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

المصادر

أولاً: كتب الفقه الإسلامي

- ١- ابن ادريس الحلبي ، السرائر (موسوعة ابن ادريس الحلبي)، ج٤ ، ط١ ، العتبه العلوية المقدسة للنشر ، ٢٠٠٣ ،
- ٢- ابن فهد الحلبي ، المهذب البارع في شرح المختصر النافع ، ج٢ ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم
- ٣- ابن عبد البر ، الاستذكار ، ج٧ ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع .
- ٤- ابن محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، المحلى ، ج٨ ، دار الفكر للطباعة والنشر . بدون سنة طبع
- ٥- ابي البركات سيدي احمد الدردير ، الشرح الكبير حاشية الدسوقي ، ط١ ، الحلبي ، ج٣ . بدون مكان طبع .
- ٦- ابي عبد الله المغربي المعروف (الحطاب الرعيني) ، الجليل لشرح مختصر خليل ، ج٦ ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥
- ٧- الامام ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي ، الام ، ج٣ ، ط١ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٩٨٠ .
- ٨- الامام ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي ، الام ، ج٤ ، ط١ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٩٨٠ .
- ٩- ابي زكريا محي الدين بن شرف النووي دمشقي ، المجموع شرح المهذب ، ج١٣ ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بدون سنة طبع .
- ١٠- احمد بن محمد المقرئ الفيومي الرافي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، ج٢ ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع .
- ١١- الميرزا الشيخ حسين النووي الطبرسي ، مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل ، ج١٣ ، ط٢ ، مؤسسة ال البيت لاحياء التراث ، ١٩٨٨ .
- ١٢- جلال الدين السيوطي ، تنوير الحوالك في شرح موطأ مالك ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ ،
- ١٣- الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٦ ، ط١ ، المكتبة الحبيبية ، باكستان ، ١٩٨٩ .
- ١٤- علاء الدين السمرقندي ، البهجة في شرح التحفة ، ج١ ، ط٢ ، مطبعة الحلبي ، مصر
- ١٥- علي اصغر مراويد ، الينايع الفقهية (سلسلة الينايع الفقهية) ، ج١٥ ، ط١ ، دار التراث -الدار الاسلامية ، ١٩٩٠ ،

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتزح المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

- ١٦- السيد علي خان المدني الشيرازي ، رياض السالكين في شرح صحيفة سيد الساجدين (ع) ، ج ٥ ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، بدون سنة طبع .
- ١٧- الامام مالك بن انس ، الموطأ ، ج ٢ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨٥ .
- ١٨- الامام مالك بن انس القاضي عبد الوهاب البغدادي ، المعونة على مذهب عالم المدينة ، تحقيق حشيش عبد الحق ، مج ٢ ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، دون سنة طبع .
- ١٩- الشيخ محمد الشريبي الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، ج ٢ ، مطبعة الحلبي ، بدون سنة طبع .
- ٢٠- العلامة محمد جواد العاملي ، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، ج ١٥ ، مطبعة دمشق ، سوريا ، بلا سنة طبع .
- ٢١- العلامة محمد عبد الرؤوف المناوي ، فيض القدير شرح الجامع الصغير من احاديث البشير النذير ، ج ٦ ، ط ١ ، القاهرة ، ١٩٥٦ .
- ٢٢- الشيخ موفق الدين ابي محمد بن عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، الشرح الكبير المطبوع مع المغني ، ج ٤ ، دار الكتاب العربي للنشر ، بيروت ، بدون سنة طبع .
- ٢٣- موفق الدين عبد الله ابن قدامه المقدسي ، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل ، تحقيق محمد حسن اسماعيل الشافعي واحمد محروس ، ج ٢ ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠١ .
- ٢٤- منصور بن يونس المعروف بالبهوتي ، كشف القناع ، ط ٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥ .

ثانياً: الكتب القانونية :

- ١- د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية ، دراسة تحليلية وتطبيقية لنظرية الانقاص ، مطبوعات جامعية ، الكويت ، ١٩٨٨ .
- ٢- د. احمد السعيد الزقرد ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصر ، بدون سنة طبع ، ص ٢٣٨ .
- ٣- د. احمد عبد التواب بهجت ، الوجيز في شرح احكام الضمانات العينية والشخصية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ .
- ٤- الان بينابت ، القانون المدني الموجبات (او الالتزامات) ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، ط ١ ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٤ .
- ٥- د. انور العمروسي ، الحقوق العينية (التأمينات العينية في القانون المدني) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ .
- ٦- د. انور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية للنشر ، بيروت ، ١٩٨٣ .
- ٧- المستشار انور طلبه ، المطول في شرح القانون المدني ، ج ١٤ ، ط ١ ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

- ٨-د. بيان يوسف رجب ، دور الحيازة في الرهن الحيازي ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر ، دون مكان طبع .
- ٩- جاك ميتر ، عمانوئيل بوتمان ، مارك بيو ، المطول في القانون المدني ، قانون التأمينات العينية العام ، بإشراف جاك غستان ، ترجمه منصور القاضي ، ط ١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، بيروت ، ٢٠٠٦ .
- ١٠- د. حسام الدين كامل الاهواني ، الوجيز في التأمينات العينية ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع .
- ١١- د. حسن علي ذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٥٣
- ١٢- القاضي حسين عبد اللطيف حمدان القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، التأمينات العينية ، بدون سنة طبع ، لبنان
- ١٣- د. سليمان مرقس ، احكام الالتزام ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٧ ، ص ٤٥٢ .
- ١٤- د. شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، المطبعة العالمية ، ط ٣ ، ١٩٥٥
- ١٥- د. صالح ناصر العتيبي ، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية ، ط ١ ، مصر ، ٢٠٠١
- ١٦- د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، دار المعرفة ، بغداد ، ١٩٥٣
- ١٧- د. عبد العزيز المرسي حمود ، نظرية انقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، بدون مكان طبع ، ٢٠٠٦ .
- ١٨- د. عبد الفتاح عبد الباقي ، احكام القانون المدني المصري ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار الثقافة ، الاسكندرية ، ١٩٥٠
- ١٩- د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، مصادر الالتزام ، ج ١ ، ط ٢ ، ٢٠٠٨ ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة .
- ٢٠- د. عبد المجيد الحكيم ، شرح القانون المدني ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ط ٥ ، مطبعة نديم ، بغداد .
- ٢١- د. عبد المنعم البدر اوي ، التأمينات العينية ، دار النهضة العربية ، القاهرة
- ٢٢- د. عصام انور سليم ، عدم تجزئة العقد في الشريعة والقانون ، مؤسسة المعارف ، الاسكندرية .
- ٢٣- د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، دار الثقافة للنشر ، ٢٠١٣ ، الاردن .
- ٢٤- د. محمد عبيدات ، دار النهضة العربية ، بدون سنة طبع ، بدون مكان طبع .
- ٢٥- د. محمد كامل مرسي ، التأمينات العينية ، ط ٢ ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥١ .
- ٢٦- د. محمد لبيب شنب ، دروس في التأمينات العينية والشخصية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٨
- ٢٧- د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، اصول القانون المدني ، مصر ، ص ٥١١ .
- ٢٨- د. مصطفى الجمال ، السعي الى التعاقد في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط ١ ، لبنان ، ٢٠٠٢ ،

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

- ٢٩- د. منصور حاتم محسن ، فكرة تصحيح العقد، دار شتات للنشر ، مصر ٢٠١٠ ، ص ١٢٦ .
٣٠- د. همام محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .
٣١- يس محمد يحيى ، عقد الصلح بين الشريعة والقانون المدني ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٨ ، ص ٢٠٧ .

ثالثاً: البحوث والرسائل :

- ١- اسلام مجيد البديري ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٨ .
٢- سهام عبدالرزاق مجلي السعيدي ، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ .
٣- منقذ عبد الرضا علي الفردان ، رساله ماجستير مقدمة الى كليه القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٢ .
٤- ندى عبد الكاظم ، نظرية انتقال العقد ، رساله ماجستير مقدمة الى كلية صدام للحقوق ، ٢٠٠٠ .

رابعاً: المصادر الاجنبية

- 1-Becqué_Ickowicz (S.) ,Les réformes de l'hypothèque in volution des sûretés réelles, litec, 2007 p .84 .
2-Bicheron (F.) .la dation en paiement: éd panthéon.Assas 2006 ,no288.
3-colin (A.) et capitant (H.) ,cours élémentaire, de droit ,civil ,fronçais ,II,par Julliot De La morandière , 9e éd ,1942. .p.919.no1457
4-Carbonnel (C.) ,le pacte comissoire en matière de sûretés réells j.c.p.E. no 50, 13 December 2007 ,2536,p.1.
5-Flora (G.) .laréalization dé hypothèque. Rev.lamy dr. aff.14/2007,no856.p.99
6-Hébert (S.), Le pacte comissoire après , l' ordonnance du 23 mars 2006 ,Dalloz 2052
7-Léoty (D.) , la nature ,juridique de la dation en paiemant .RtD.civ . 1975 . no 26 ..P .29.
8- Malaurie(P.), Aqunés(L.) et Stoffel-Munck (p.) ,Les obligation :3e éd , Defrénois ,2007,no1225.
9-malaurie (P.) , Aynés (L.) et Gautier(P.Y.) ,les contrats spéciaua,3eéd, Defrénois , 2007,No71 .

النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

- 10-martin (F.), la pact commissaire/no1 / j.c. p. Notariale et immobilière ,no21.27 mai 2011.1183.
- 11-planiol (M.) et Ripert (G.), Traité Partique de droit civil Frangiais: L G D J. 1953, 2e éd. T.X11. par F. Becque no 299
- 12- Simler (P.) et Delebecque (P.), droit civil les sûretés, la publicite: Dalloz ,5e éd 2009. no492.
- 13-Terré (F.), Leguette (Y.) et Simler (P.) .Droit des obligations. Dalloz .9e éd 2005.no1334.

خامساً: القرارات القضائية

- ١- فتحية محمود قررة ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ، الدائرة المدنية في خمس سنوات ، ٧٩-١٩٨٤ ، مج ١ ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٤ .
- ٢- مجموعة الاحكام العدلية ، تصدر عن وزارة العدل العراقية ، العدد ٢ ، السنة السادسة ، ١٩٧٥ .
- ٣- مجموعة احكام النقض المصرية ، المكتب الفني ، محكمة النقض المصرية للسنوات ٤٧ ، ٥١ .

سادساً: القوانين

- ١- القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
- ٢- قانون التجارة العراقي رقم ٣ لسنة ١٩٨٤ .
- ٣- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
- ٤- المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري .
- ٥- قانون التجارة المصري النافذ رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المعدل .
- ٦- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .
- ٧- القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ .
- ٨- مرسوم عام ٢٠٠٦ الصادر في ٢٣/٣/٢٠٠٦ .
- ٩- قانون التجارة الفرنسي المعدل رقم ٢٠١١/٥٨٠ في ٢٠/٧/٢٠١١ .
- ١٠- القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٨/٥/١٩٤٩ .
- ١١- قانون الملكية اللبناني رقم ٣٣٣٩ لسنة ١٢/١١/١٩٣٠ .

Abstract

The agreement on the mortgagor's mortgagor's possession is a condition associated with the contract of mortgage, whether insurance or possession.

It is an agreement between the mortgagor and the mortgagor on the mortgaged mortgagor's possession when the debtor fails to pay the secured debt.

Agreement, and some legislation, but when the availability of certain conditions that achieve the interests of contractors.

The legal Regime of the agreement of acquirement mortgage pledged in the case of nullity settlement

(Comparative Study)

P.Dr. Mansoor Hatem Mbhsen

Zainab Hussain Yousif