



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل

كلية القانون / قسم القانون الخاص

بيع الأموال المرهونة

(دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي)

رسالة تقدّم بها الطالب

ليث عباس منصور العامري

إلى مجلس كلية القانون / جامعة بابل، وهي جزء من متطلبات نيل شهادة
الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

أ. د. منصور حاتم محسن الفتلاوي

٢٠٢٢ م

١٤٤٤ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ)

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ

سورة البقرة: الآية ٢٨٣

الإهداء

الى من شرفني بحمل اسمي، والذي رحمه الله ...

ورحل قبل ان يرى ثمرة غرسه ...

الى امي ادام الله صحتها و مد في عمرها ...

الى السند والعضد أخوتي ...

الى بذرة الفؤاد و أمل الغد أبنتي (زهراء و زينب) ...

الى من لم تبخل بمساعدتي يوما ما ... زوجتي العزيزة ...

اهديكم خلاصة الجهد والتعب.

الباحث

شكر وعرفان

عرفانا بالجميل، وبكل اجلال وإكبار واحترام، اتقدم بالشكر والتقدير الى الاستاذ الكبير الدكتور (منصور حاتم محسن الفتلاوي) استاذ القانون المدني في جامعة بابل، لاهتمامه بطلبة الدراسات العليا عموماً ومساندته لي خصوصاً، إذ غمرني بفضل لا ينسى ومنحني من فيضه ما قوم به هذه الدراسة، بل وجعلها بما لا يمكن ان تكون بما هي افضل مما هي عليه بدونه، سائلاً المولى جل وعلا ان يديمه طريقاً مستقيماً راعياً لكلمة الحق والقول الفصل كما هو شأنه.

الباحث

المستخلص

خلاصة هذه الدراسة انها تهدف الى توضيح حكم من الاحكام الاستثنائية الاجبارية التي تأتي على العقود المالية، على الرغم ان الاصل حرية التعاقد ولكن حفاظاً للمصالح المعتبرة شرعاً وقانوناً يأتي حكم الاجبار وهو بيع الاموال المرهونة للحفاظ على حق الدائن المرتهن الذي قد يضيع جراء عجز المدين الراهن عن سداد الدين الموثق بالرهن وهو معسر او امتناعه عن السداد وهو موسر او تضرر الدائن المرتهن من جراء التأخير في سداد الدين المضمون بالرهن، وهذه الدراسة تهدف الى بيان المقصود بالأموال التي يرد عليها الرهن التأميني أو الحيازي من عقار ومنقول من خلال عرض الشروط التي يجب توفرها في هذه الاموال وتوضيح ما يلحق بالرهن تبعاً من غير ذكره في العقد و تعريف هذا النوع من البيوع الجبرية وطبيعته القانونية ثم التعرض للحالات المختلفة لبيع هذه الاموال وفقاً للطريق الذي رسمه القانون قبل حلول اجل الدين وبعد الحلول واتفاق الاطراف على البيع دون مراعاة الاجراءات القانونية وحكم هذا الاتفاق اولاً، ثم ثانياً تأتي مرحلة الحاجة الى الاجبار على بيع الاموال المرهونة وفقاً للقواعد والاجراءات التي وضعتها التشريعات لحجز وبيع العقار والمنقول وتوضيح آثار حكم البيع على الاطراف وكيفية توزيع حصيلة البيع حيث ان هذا التوزيع يفترض وجود دائنين لهم اولوية في استيفاء حقوقهم وهي الرهن التأميني أو الحيازي أو حقوق الامتياز وفقاً لما نص عليه القانون والدائنين الذين يحق لهم الاشتراك في توزيع الثمن النقدي لبيع الاموال المرهونة والذي يسمى بحصيلة التنفيذ مع بيان طرق التوزيع وكيفية اجرائه عند تعدد الديون واختلاف درجات الديون الممتازة مع اختلاف تسلسل الديون العادية بوساطة الوقوف على الاحكام والاجراءات التي جاءت بها القوانين محل المقارنة مع استعراض آراء فقهاء المذاهب الاسلامية في هذا الشأن، وخلصت الدراسة الى ان احكام واجراءات بيع الاموال المرهونة هي اداة مواكبة لحفظ الحقوق وايصالها الى اصحابها من الدائنين، ومن الله التوفيق والسداد.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ	الآية القرآنية
ب	الإهداء
ج	شكر وعرفان
د	المستخلص
هـ - ط	المحتويات
١ - ٧	المقدمة
٢ - ٤	أولاً: جوهر فكرة الموضوع
٤ - ٥	ثانياً: أهمية واسباب اختيار الموضوع
٥ - ٦	ثالثاً: مشكلة الموضوع
٦	رابعاً: نطاق الموضوع
٦ - ٧	خامساً: منهجية الموضوع
٧	سادساً: هيكلية الموضوع
٨ - ١٠٠	الفصل الأول: مفهوم بيع الاموال المرهونة
١٠ - ٦٤	المبحث الأول: ماهية بيع الاموال المرهونة
١١ - ٤٦	المطلب الأول: التعريف ببيع الاموال المرهونة
١١ - ٣٤	الفرع الأول: المقصود بالأموال المرهونة
١٢ - ٢٥	الفقرة الأولى: الشروط الواجب توافرها في الاموال المرهونة
٢٥ - ٣٤	الفقرة الثانية: ملحقات الاموال المرهونة
٣٤ - ٤٦	الفرع الثاني: تعريف بيع الاموال المرهونة
٣٥ - ٤٠	الفقرة الأولى: معنى بيع الاموال المرهونة
٤٠ - ٤٦	الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية لبيع الاموال المرهونة
٤٦ - ٦٤	المطلب الثاني: حالات بيع الاموال المرهونة

الصفحة	الموضوع
٥٩ - ٤٧	الفرع الأول: بيع الاموال المرهونة قبل حلول الاجل
٥٥ - ٤٧	الفقرة الاولى: بيع الاموال المرهونة قبل حلول الاجل بناء على طلب الدائن المرتهن او المدين الراهن
٥٩ - ٥٥	الفقرة الثانية: بيع الاموال المرهونة قبل حلول الاجل بناء على طلب الدائن العادي
٦٤ - ٥٩	الفرع الثاني: بيع الاموال المرهونة بعد حلول الاجل
٦١ - ٥٩	الفقرة الاولى: بيع الاموال المرهونة بعد حلول الاجل بناء على طلب الدائن المرتهن رهنا تامينيا
٦٤ - ٦١	الفقرة الثانية: بيع الاموال المرهونة بعد حلول الاجل بناء على طلب الدائن المرتهن رهنا حيازيا
١٠٠ - ٦٥	المبحث الثاني: الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية
٨٢ - ٦٥	المطلب الاول: التعريف بالاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية
٧٥ - ٦٦	الفرع الاول: تعريف الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية
٧١ - ٦٦	الفقرة الاولى: معنى الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية
٧٥ - ٧١	الفقرة الثانية: تمييز الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية عن الاتفاق على تملك الدائن المرتهن الاموال المرهونة عند حلول الاجل وعدم الوفاء
٨٢ - ٧٦	الفرع الثاني: طبيعة وحالات الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية
٧٩ - ٧٦	الفقرة الاولى: طبيعة الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية

الصفحة	الموضوع
٨٢ - ٧٩	الفقرة الثانية: حالات الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية
١٠٠ - ٨٣	المطلب الثاني: احكام الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية
٩٢ - ٨٣	الفرع الاول: عدم جواز الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية
٨٨ - ٨٣	الفقرة الاولى: بطلان الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية
٩٢ - ٨٨	الفقرة الثانية: نطاق بطلان الاتفاق ومصير عقد الرهن المقترن بالاتفاق
١٠٠ - ٩٢	الفرع الثاني: اسباب بطلان الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية
٩٥ - ٩٣	الفقرة الاولى: حماية المدين الراهن والحصول على اعلى ثمن للبيع
١٠٠ - ٩٥	الفقرة الثانية: حماية التامين العيني والمحافظة على النظام العام
٢٠٢ - ١٠١	الفصل الثاني: احكام بيع الاموال المرهونة
١٥١ - ١٠٣	المبحث الاول: اجراءات بيع الاموال المرهونة
١٢٩ - ١٠٣	المطلب الاول: اجراءات بيع الاموال المرهونة العقارية
١١٦ - ١٠٤	الفرع الاول: حجز العقار المرهون
١٠٩ - ١٠٤	الفقرة الاولى: تقديم طلب البيع وتبليغ المدين الراهن
١١٦ - ١٠٩	الفقرة الثانية: وضع اليد على العقار المرهون وتنظيم قائمة المزايدة
١٢٩ - ١١٦	الفرع الثاني: اجراءات بيع العقار المرهون
١٢٦ - ١١٦	الفقرة الاولى: المزايدة والاحالة و الضم
١٢٩ - ١٢٦	الفقرة الثانية: نكول المشتري واعادة المزايدة
١٥١ - ١٢٩	المطلب الثاني: اجراءات بيع الاموال المرهونة المنقولة
١٣٩ - ١٣٠	الفرع الاول: حجز المنقول المرهون

الصفحة	الموضوع
١٣٥ - ١٣٠	الفقرة الاولى: القائم بالحجز ومصاريف الحجز ومن يشترط ومن يجوز حضوره اثناء الحجز
١٣٩ - ١٣٥	الفقرة الثانية: المعاملة الحجزية وتبليغ المدين الراهن
١٥١ - ١٣٩	الفرع الثاني: اجراءات بيع المنقول المرهون
١٤٣ - ١٤٠	الفقرة الاولى: الاعلان عن بيع الاموال المنقولة المرهونة
١٥١ - ١٤٤	الفقرة الثانية: المزايدة والبيع والنكول عن الشراء
٢٠٢ - ١٥١	المبحث الثاني: اثار بيع الاموال المرهونة وتوزيع حصيلة البيع
١٦٨ - ١٥١	المطلب الاول: اثار بيع الاموال المرهونة
١٦٣ - ١٥٢	الفرع الاول: اثار بيع الاموال المرهونة بالنسبة للمشتري
١٥٨ - ١٥٢	الفقرة الاولى: حق المشتري في تملك المبيع
١٦٣ - ١٥٨	الفقرة الثانية: حق المشتري في تسلم المبيع
١٦٨ - ١٦٣	الفرع الثاني: اثار بيع الاموال المرهونة بالنسبة للدائن المرتهن والمدين الراهن
١٦٦ - ١٦٣	الفقرة الاولى: اثار بيع الاموال المرهونة بالنسبة للدائن المرتهن
١٦٨ - ١٦٦	الفقرة الثانية: اثار بيع الاموال المرهونة بالنسبة للمدين الراهن
٢٠٢ - ١٦٨	المطلب الثاني: توزيع حصيلة بيع الاموال المرهونة
١٨٤ - ١٦٩	الفرع الاول: الديون الممتازة بحكم القانون
١٧٧ - ١٦٩	الفقرة الاولى: الديون الممتازة في القانون المدني
١٨٤ - ١٧٧	الفقرة الثانية: الديون الممتازة في القوانين الخاصة
٢٠٢ - ١٨٥	الفرع الثاني: توزيع حصيلة التنفيذ
١٩٤ - ١٨٥	الفقرة الاولى: طرق توزيع حصيلة التنفيذ
٢٠٢ - ١٩٤	الفقرة الثانية: اجراء التوزيع بين الدائنين
٢١١ - ٢٠٣	الخاتمة

المستخلص باللغة الانكليزية

المقدمة



المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) ومن اتبعهم بإحسان الى يوم الدين اما بعد، سنقوم بتوضيح موضوع بيع الاموال المرهونة بوساطة هذه المقدمة التي تتضمن النقاط التالية:

اولاً: جوهر فكرة الموضوع.

الاموال المرهونة هي المحل في عقد الرهن تأمينياً كان أو حيازياً وهي التي تحقق الهدف المنشود في ضمان حق المرتهن وائتمان الراهن، ويلزم توفر شروط عدة في هذه الاموال لكي يصح رهنها بعض هذه الشروط يشترك فيها الرهن التأميني والحيازي وبعضها ينفرد بها احد الرهنيين دون الآخر، والاصل ان تحديد ما يشمل الرهن هو امر متروك لارادة المتعاقدين الا ان المشرع تحسباً منه اغفال المتعاقدين ذلك قرر ان هنالك توابع وملحقات تلحق بهذه الاموال ويمتد اليها الرهن من غير ذكر وتصبح مرهونة وجزئاً من وعاء الافضلية أي الاموال التي يستطيع الدائن المرتهن ان يباشر عليها حقه في التقدم على الدائنين في استيفاء حقه عند التنفيذ على الاموال المرهونة في حال عدم وفاء المدين بعد حلول الاجل، وموضوع بيع الاموال المرهونة هو حكم استثنائي نصت عليه القوانين حفاظاً على مصلحة الدائن المرتهن في اقتضاء حقه عند امتناع المدين الراهن عن الوفاء بالدين المضمون بالرهن بعد حلول الاجل، وعلى الرغم من ذلك لم نجد تعريفاً صريحاً لبيع الاموال المرهونة ويمكن ان نعرفه بأنه "البيع الجبري الذي تجريه السلطة العامة متمثلة بمديرية التسجيل العقاري ومديرية التنفيذ ولا يتم إلا بناءً على طلب صاحب المصلحة وان يكون الدين المضمون بالرهن مستحق الاداء وامتناع المدين الراهن عن الوفاء به ويتم وفقاً للأحكام وللإجراءات التي لا يجوز مخالفتها لأنها تعدّ من النظام العام والغرض منه هو حصول الدائن المرتهن على حقه من ثمن البيع وحماية المدين الراهن من ان تبخس امواله وحماية مصالح الغير"، وبما ان الوقت عنصر مهم في عقد الرهن فقد راعى المشرع مصلحة الدائن المرتهن والمدين الراهن والدائن العادي ونص على حالات يتم فيها هذا البيع قبل حلول اجل الدين وبعد الحلول للحفاظ على الحقوق من الضياع كما يلزم توفر شروط عدة لكي يتم هذا البيع وهي طلب صاحب المصلحة و حلول اجل الدين وامتناع المدين الراهن عن الوفاء، وقد يستغل الدائن المرتهن حاجة المدين الراهن للائتمان فيتفق معه عند ابرام عقد الرهن او بعده على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية التي نصت عليها القوانين في حالة

عدم وفاء المدين الراهن للدين المضمون بعد حلول اجل الدين وهو ما يسمى بشرط الطريق الممهد، ويتضمن هكذا اتفاق تعديل الآثار التي يربتها عقد الرهن لأنه يتضمن تعديل ما نص عليه القانون في هذا الشأن حيث ان الدائن المرتهن لا يستطيع تجنب الاجراءات التي وضعها المشرع في هذا المجال ومن هذا المنطلق فأن القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة منعت هكذا اتفاق وقد جاء هذا الحظر في نصوص قانونية واضحة وصريحة نصت على بطلان هذا الشرط والابقاء على عقد الرهن صحيحاً وذلك لحماية المدين الراهن من الاستغلال وللحصول على اعلى ثمن للبيع يكون قريباً من القيمة الحقيقية لهذه الاموال من جهة ومن جهة اخرى المحافظة على التأمين العيني والنظام العام، ولأن هذا النوع من البيوع يتسم بدرجة من الخطورة كان لا بد من تنظيم قواعده بحيث تفرض قدراً من الشروط الشكلية والموضوعية تحمي الاطراف المعنيين بهذا الشأن وفي الوقت نفسه تتصف بالسهولة كما تتضمن ما يحمي الغير من المساس بحقوقه، ومن هذا المنطلق كان لا بد للتشريعات من وضع نصوص وقواعد لتنظيم احكام بيع الاموال المرهونة والتي تمر بثلاث مراحل المرحلة الاولى هي حجز هذه الاموال والثانية هي بيعها والثالثة هي توزيع حصيلة البيع التي تسمى حصيلة التنفيذ، و تمتاز اجراءات حجز وبيع العقار المرهون بالتعقيد والمدد الطويلة اتباعاً لمبدأ تقييد اجراءات التنفيذ العقاري وتعقيدها الذي اخذ به المشرع العراقي على اعتبار ان العقار يعدّ من اهم العناصر الايجابية للذمة المالية للإنسان لما يشكله من ضمان واثتمان، بينما تمتاز اجراءات بيع المنقول المرهون بالسرعة والبساطة، كما ان هنالك قواعد واجراءات يشترك فيها بيع الاموال المرهونة العقارية والمنقولة بينما هنالك قواعد واجراءات ينفرد بها احد البيعين دون الاخر، وعلى هذا نص المشرع العراقي على ان تكون مديرية التسجيل العقاري هي الدائرة المختصة في حجز وبيع العقار المرهون حيث تختص دوائر التسجيل العقاري بتسجيل الحقوق العينية التبعية واجراء المزايدة على العقار المرهون عند استحقاق الدين بانتهاء المدة المحددة له في عقد الرهن وعدم وفاء المدين الراهن، اما اجراءات حجز و بيع المنقول المرهون فتكون اكثر بساطة وسرعة وتجرى في مديريات التنفيذ، ولا يتم هذا النوع من البيوع الا بطلب من قبل صاحب المصلحة في ذلك حيث يتم حجز هذه الاموال وتقييمها والمحافظة عليها من قبل الدائرة المختصة بالبيع حسب نوع المال فيما اذا كان عقاراً او منقولاً، ثم يجري البيع بعد ذلك بالمزايدة العلنية، ويحق لكل شخص ان يشترك في المزايدة بعد دفع التأمينات القانونية لذلك إلا بعض الاشخاص الذين منعوا من الاشتراك بنص القانون وبانتهاء اجراءات البيع تفتح المرحلة الثالثة والاخيرة

من مراحل بيع الاموال المرهونة وهي مرحلة توزيع حصيلة البيع والتي تسمى بحصيلة التنفيذ حيث تترتب من هذا البيع آثارٌ ويلحق هذه الآثار تطورٌ في مراكز كل من المشتري والدائن المرتهن والمدين الراهن، كما وتعدّ مرحلة توزيع حصيلة التنفيذ مكملّة لمرحلتَي الحجز والبيع حيث تنتهياً حصيلة التنفيذ لاستيفاء الدائن المرتهن لحقه النقدي منها ويتم هذا الاستيفاء عن طريق توزيع هذه الحصيلة عند تعدد الدائنين، إذ يتم تحديد الدائنين الذين لهم حق الاشتراك في التوزيع كما يتم تحديد الدائنين الذين لهم اولوية في استيفاء حقوقهم قبل غيرهم متى ما تحقق لهم الامتياز عند التنفيذ وفقاً للقانون، وتحدد القواعد والنصوص التي وضعتها التشريعات محل المقارنة طرق التوزيع وكيفية اجرائه على الدائنين، وبهذا تكون عملية بيع الاموال المرهونة قد حققت الهدف الاساسي لها وهو اقتضاء الدائنين لحقوقهم وفقاً للأحكام للإجراءات التي رسمها القانون، ولما كانت ظاهرة الرهن ظاهرة موهلة في القدم وتناولها فقهاء المذاهب الإسلامية بالتفصيل رأى الباحث أن استعراض تلك الاقوال يثري الجهد العلمي في هذا الدراسة.

ثانياً: اهمية واسباب اختيار الموضوع.

ان من اهم الاسباب التي دفعتنا لدراسة موضوع بيع الاموال المرهونة هي:

١- أن الحديث عن بيع الاموال المرهونة يثير بحث المقصود بالأموال المرهونة بوساطة التعرض للشروط الواجب توفرها في هذه الاموال لكي يصح رهنها رهناً تأمينياً أو حيازياً حيث ان هنالك شروطاً يشترك فيها هذان الرهنان بينما بعض تلك الشروط ينفرد بها احد الرهنيين دون الآخر، كما ان بعض هذه الاموال يلحق بها تبعاً ومن غير ذكر ملحقاتها وتدخل في الرهن وتصبح مرهونة و جزءاً من وعاء الافضلية التي يباشر المرتهن عليها حقه في التقدم عند التنفيذ على هذه الاموال، وبثير هذا الموضوع التطرق لبيان تعريف بيع الاموال المرهونة بعده بيعاً جبرياً وحكماً استثنائياً يتم رغماً عن ارادة المدين الراهن وتجريه السلطة العامة المتمثلة بالدولة والدوائر المختصة بهذا النوع من البيوع.

٢- التعرض لحالات بيع الاموال المرهونة التي نظمها القوانين بناءً على طلب احد الاطراف دون الآخر، سواء تم البيع قبل حلول اجل الدين اذا كانت هذه الاموال مهددة بالهلاك ونقص القيمة وطلب الدائن المرتهن بيعها لعدم تقديم المدين الراهن اموالاً بدلاً عنها، او طلب المدين الراهن بيعها قبل الاجل على اعتبار ان هذا البيع يعدّ صفقة رابحة بالنسبة له، وحفاظاً على الحقوق من

الضياح نص القانون على جواز بيع الاموال المرهونة قبل الاجل بناءً على طلب الدائن العادي اذا كانت قيمة هذه الاموال تزيد عن قيمة الدين المؤمن لكن ببعض القيود، كما نظمت القوانين بيع الاموال المرهونة رهناً تأمينياً او حيازياً بعد حلول الاجل اذا لم يقيم المدين الراهن بالوفاء بناءً على طلب الدائن المرتهن يقوم بتقديمه الى الدائرة المختصة بالبيع.

٣- قد يستغل الدائن المرتهن الحاجة الملحة للمدين الراهن فيتفق معه اما عند انشاء عقد الرهن او بعد العقد على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية التي نصت عليها القوانين عند عدم وفاء المدين الراهن بالدين المضمون عند حلول الاجل، حيث منع القانون مثل هكذا اتفاق وقد جاء الحضر بنصوص قانونية واضحة وصريحة اذ يتضمن هكذا اتفاق تعديل آثار عقد الرهن سواء كان الرهن تأمينياً ام حيازياً كونه يتضمن تعديلاً لما نص عليه القانون.

٤- تعدّ عملية بيع الأموال المرهونة من اعمال الجزاء وتستهدف منذ البداية تحويل هذه الأموال عقاراً كان أو منقولاً إلى اموال يقتضي منها الدائن المرتهن حقه النقدي وتهدف قواعد واجراءات هذا النوع من البيوع إلى حماية التأمين العيني الذي يعدّ من النظام العام.

٥- قلة الدراسات القانونية في هذا المجال وان بعض الباحثين قد درج على شرح التنفيذ الجبري دون الإشارة اليه، ومن ناحية اخرى فأن بيع الأموال المرهونة يثير من الناحية النظرية ادق المشاكل سواء بالقانون الموضوعي او الإجرائي.

٦- اما اهمية الموضوع من الناحية العملية فيمكن في ان بيع الأموال المرهونة يعدّ بيعاً جبرياً تجريه السلطة العامة وبمقتضى البيع الجبري هذا يتم الاستيفاء الفعلي لثمرة ومنافع الحق الموضوعي الوارد في السند التنفيذي والذي هو هنا عقد الرهن تأمينياً كان ام حيازياً وبدون هذا البيع تصبح التأمينات العينية دون جدوى ولا تؤدي الهدف المنشود منها.

ثالثاً: مشكلة الموضوع.

إنّ المشكلة الاساس في موضوع بيع الاموال المرهونة تكمن في تحديد الدائرة المختصة والقانون الواجب التطبيق على هذا النوع من البيوع عندما تكون الاموال المرهونة المطلوب بيعها والموثقة بعقد الرهن اموالاً عقارية أو اموالاً منقولة وهل تختلف احكام واجراءات حجز وبيع الاموال المرهونة العقارية عن احكام واجراءات حجز وبيع الاموال المرهونة المنقولة اتباعاً لمبدأ تقييد اجراءات التنفيذ العقاري وتعقيدها وهو المبدأ الذي اخذ به المشرع العراقي، كما تثار مشكلة تحديد طبيعة هذا

البيع هل هو ذو طبيعة عقدية ام قرار قضائي كونه يجري رغماً عن ارادة المدين الراهن وجبراً عنه من قبل السلطة العامة والمتمثلة بالدولة ودوائرها وتحت وهل يخضع من حيث صحته وبطلانه الى قواعد بطلان الاعمال الاجرائية ام الى قواعد بطلان التصرف القانوني، كما تثار مشكلة اخرى بعد تمام عملية البيع وتحويل هذه الاموال إلى مبلغ نقدي وهي كيفية تقسيم وتوزيع حصيلة هذا البيع والتي تسمى بحصيلة التنفيذ في حال تعدد الدائنون الممتازون واختلاف درجات امتيازهم وتعدد الديون العادية بدرجات متسلسلة وأي الطريقة التي ستتبع في التوزيع وفقاً لمعيار التفضيل بين الديون ووفقاً للقواعد الخاصة بهذا الشأن التي نصت عليها القوانين.

رابعاً: نطاق الموضوع.

يعدّ موضوع بيع الاموال المرهونة من المواضيع المهمة والتي تترتب عليها آثار علمية وعملية، ومن الناحية النظرية تثير ادق المشاكل سواء بالقانون الموضوعي أو الاجرائي، وسيتم تحديد نطاق دراسة بيع الاموال المرهونة العقارية والمنقولة ضمن النصوص القانونية في القانون المدني العراقي رقم "٤٠" لسنة "١٩٥١م" المعدل وقانون التسجيل العقاري العراقي رقم "٤٣" لسنة "١٩٧١م" المعدل وقانون التنفيذ العراقي رقم "٤٥" لسنة "١٩٨٠م" المعدل، والقانون المدني المصري رقم "١٣١" لسنة "١٩٤٨م" وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم "١٣" لسنة "١٩٦٨م"، والقانون المدني الفرنسي لسنة "١٨٠٤م" وأهم تعديلاته الصادرة بموجب القانون رقم "٣٤٦" لسنة "٢٠٠٦م" وقانون اجراءات التنفيذ المدنية الفرنسي رقم "٢٠١١/١٨٩٥م" في "٢٠١١/١٢/١٩م"، وقوانين خاصة اخرى، وبيان التطبيقات القضائية واحكام المحاكم المتعلقة بموضوع الدراسة والصادرة من المحاكم في العراق ومصر وفرنسا، مع استعراض آراء فقهاء المذاهب الاسلامية الخمسة وهي الإمامية والمالكية والشافعية والحنفية والحنبلية.

خامساً: منهجية الموضوع.

سنتبع المنهج التحليلي التطبيقي المقارن، اذ سنتولى تحليل النصوص القانونية وآراء الفقهاء بشأن بيع الاموال المرهونة وتحليل هذه القواعد لاستخلاص الاحكام والاجراءات المتعلقة بهذا النوع من البيوع الجبرية، كما اعتمدنا في هذه الدراسة على عرض آراء الفقهاء وبيان التوافق والاختلاف فيما بين هذه الآراء مع بيان رأي الباحث كلما كان ذلك مناسباً، مع الاستعانة بالمنهج التطبيقي اذ سنتولى بيان التطبيقات القضائية واحكام المحاكم المتعلقة بموضوع الدراسة والصادرة من المحاكم في العراق ومصر

وفرنسا، اما عن المنهج المقارن إذ سنتولى مقارنة القواعد والنصوص القانونية التي ترتبط بموضوع بيع الاموال المرهونة في كل من القانون المدني وقانون التسجيل العقاري وقانون التنفيذ العراقي، والقانون المدني وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، والقانون المدني وقانون اجراءات التنفيذ المدنية الفرنسي، مع قوانين خاصة اخرى، وكلما كانت هنالك ضرورة لذكر موقف القانون العراقي يلحق به ذكر موقف القانون المصري والقانون الفرنسي، مع استعراض آراء فقهاء المذاهب الاسلامية الخمسة وهي الامامية والمالكية والشافعية والحنفية والحنبلية واختلافهم إن وجد، للوصول إلى افضل النتائج والتوصيات.

سادساً: هيكلية الموضوع.

تقتضي دراسة بيع الاموال المرهونة تقسيم هذه الدراسة على فصلين نسبتهما بمقدمة ونختهما بخاتمة تضمنت ابرز ما توصلنا اليه من النتائج والتوصيات، حيث سنخصص الفصل الاول لدراسة مفهوم بيع الاموال المرهونة، والذي يتضمن مبحثين المبحث الاول ماهية بيع الاموال المرهونة، والذي تم تقسيمه على مطلبين، المطلب الاول التعريف ببيع الاموال المرهونة، والمطلب الثاني حالات بيع الاموال المرهونة، والمبحث الثاني سندرس فيه الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية، وتم تقسيمه على مطلبين، المطلب الاول التعريف بالاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية، والمطلب الثاني احكام الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية، اما الفصل الثاني فقد تضمن احكام بيع الاموال المرهونة وبمبحثين، المبحث الاول اجراءات بيع الاموال المرهونة، وتم تقسيمه على مطلبين، المطلب الاول اجراءات بيع الاموال المرهونة العقارية، اما المطلب الثاني فسنبحث فيه اجراءات بيع الاموال المرهونة المنقولة، والمبحث الثاني سيكون عنوانه آثار بيع الاموال المرهونة وتوزيع حصيلة البيع، والذي تم تقسيمه على مطلبين، المطلب الاول آثار بيع الاموال المرهونة، والمطلب الثاني توزيع حصيلة بيع الاموال المرهونة.

الفصل الأول

مفهوم بيع الاموال المرهونة

المبحث الاول: ماهية بيع الاموال المرهونة

المطلب الاول: التعريف ببيع الاموال المرهونة

المطلب الثاني: حالات بيع الاموال المرهونة

المبحث الثاني: الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة

الاجراءات القانونية

المطلب الاول: التعريف بالاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون

مراعاة الاجراءات القانونية

المطلب الثاني: احكام الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة

الاجراءات القانونية



الفصل الاول

مفهوم بيع الاموال المرهونة

تُعَدُّ الاموال المرهونة المحل في عقد الرهن تأمينياً كان ام حيازياً^(١) وهي تحقق غاية التأمين العيني وهدفه الأساس وهو الضمان الخاص، وسنسعى في هذا الفصل الى بيان المقصود بالاموال المرهونة من خلال بيان الشروط الواجب توافرها في هذه الاموال لجواز رهنها مع بيان تداعبات وملحقات هذه الاموال والتي تدخل في الرهن تبعاً من غير ذكر، كما نحاول ايجاد تعريف لهذا البيع وتحديد طبيعته القانونية، مع بحث الحالات التي اجاز فيها القانون بيع هذه الاموال قبل حلول الاجل بناءً على طلب الدائن المرتهن أو المدين الراهن نفسه أو الدائن العادي وفقاً للطريق الذي حدده القانون، كما انه عند انتهاء اجل الدين قد يتعذر على المدين الراهن الوفاء ان كان معسراً او قد يمتنع عن ذلك ان كان موسراً وبالتالي يتمسك الدائن المرتهن صاحب الحق بالمطالبة بحقه واتخاذ اجراءات التنفيذ على هذه الاموال وطلب بيعها ليستوفي حقه كاملاً، كما نسعى في هذا الفصل الى توضيح الاتفاق بين طرفي عقد الرهن على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة اجراءات البيع بالمزاد العلني التي فرضها القانون، حيث أنه على الرغم من ان الاصل حرية التعاقد الا انه للمصالح المعتبرة لطرفي عقد الرهن وللحفاظ على غاية التأمين العيني رتب القانون احكاماً على هذه الاتفاقات تصل الى بطلانها أو بطلان عقد الرهن المقترن بها، ولغرض بيان مفهوم بيع الاموال المرهونة سنقسم هذا الفصل على مبحثين، نبين في المبحث الاول ماهية بيع الاموال المرهونة، ونكرس المبحث الثاني لبيان الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الإجراءات القانونية.

(١) عرف المشرع العراقي الرهن التأميني في المادة "١٢٨٥" من القانون المدني العراقي رقم "٤٠" لسنة "١٩٥١م" المعدل النافذ بانه "الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في اي يد يكون" كما عرف الرهن الحيازي في المادة "١٣٢١" بانه "الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن او في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلاً او بعضاً مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اي يد كان هذا المال"، اما المجموعة المدنية المصرية الملغاة فقد اطلقت على الرهن التأميني تسمية "الرهن العقاري" اما القانون المدني المصري رقم "١٣١" لسنة "١٩٤٨م" فقد سماه بالرهن الرسمي و عرفه في المادة "١٠٣٠" بأنه "عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار في اي يد يكون" كما عرف الرهن الحيازي في المادة "١٠٩٦" بأنه "عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه او على غيره، بأن يسلم إلى الدائن او إلى اجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه الرهن 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 يكون".

المبحث الاول

ماهية بيع الاموال المرهونة

الاصل انه عند حلول اجل الدين في الرهن يستوفي الدائن المرتهن حقه وينقضي الرهن ويتوقف إستيثاق الاموال المرهونة المرتبط بالدين^(١) اما إذا حل اجل الدين المضمون بالرهن ولم يوف المدين الراهن فان القانون قد سمح للدائن المرتهن اتخاذ اجراءات التنفيذ على الاموال المرهونة وبيعها في المزاد العلني ليستوفي حقه من ثمنها على وفق الاجراءات التي نص عليها القانون^(٢)، ونحاول في هذا المبحث توضيح المقصود بالاموال المرهونة من خلال بيان الشروط الواجب توفرها في هذه الاموال لجواز رهنها رهناً تأمينياً او حيازياً من خلال بيان الشروط التي يفرد بها احد الرهنيين دون الاخر والشروط التي يشترك فيها كلا الرهنيين، وتوضيح ما يلحق بالرهن تباعاً من غير ذكر، كما نوضح تعريف بيع الاموال المرهونة وتحديد الطبيعة القانونية لهذا البيع، هذا من جهة ومن جهة اخرى سمح القانون للدائن المرتهن طلب بيع هذه الاموال قبل حلول اجل الدين اذا كانت مهددة بالهلاك، وبما ان الهدف الاساسي للقانون حماية مصالح الاطراف فقد اجاز القانون ايضاً للمدين الراهن طلب بيع الاموال المرهونة اذا كان هذا البيع يمثل صفقة رابحة بالنسبة اليه^(٣) كما اجاز القانون للدائن العادي طلب بيع هذه الاموال اذا تبين ان قيمتها تزيد عن الدين الموثق بعقد الرهن ليستوفي حقه لكن ببعض القيود^(٤)، كما نص القانون على جواز بيع الاموال المرهونة بعد حلول الاجل عند امتناع المدين الراهن عن الوفاء بناءً على طلب الدائن المرتهن، ولتوضيح ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص الاول منهما لدراسة التعريف ببيع الاموال المرهونة، وندرس في المطلب الثاني حالات بيع الاموال المرهونة.

(١) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية والحقوق العينية التبعية، بغداد، ط١، ٢٠١٦م، ص٤٧٥ وص٥٤٩.

(٢) الاستاذ المساعد شاكِر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد، ج٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٣م، ص١٧٢، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، المصدر نفسه، ص٤٢٨.

(٣) الاستاذ المساعد شاكِر ناصر حيدر، المصدر نفسه، ص٢٣٨، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، المصدر نفسه، ص٥٥٠.

(٤) القاضي عبود صالح مهدي التميمي، شرح قانون التنفيذ، بغداد، مطبعة الخيرات، ط١، ٢٠٠٠م، ص١٩٩، د. ادم وهيب النداي، احكام قانون التنفيذ، مطبعة جامعة بغداد، ط١، ١٩٨٤م، ص٢٣٣، د. سعيد عبد الكريم مبارك، احكام قانون التنفيذ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ط١، ١٩٨٩م، ص٢٤٥.

المطلب الاول

التعريف ببيع الاموال المرهونة

يحتل موضوع بيع الاموال المرهونة اهمية كبيرة في عقد الرهن حيث يمكن الدائن المرتهن من اقتضاء حقه من ثمن هذه الاموال بعد بيعها كما يرفع عامل القهر او التسلط الذي قد يستشعره المدين الراهن من المرتهن على محل الرهن بسبب رهنه، لذلك لا بد لنا من معرفة ماذا نقصد بالاموال المرهونة من خلال بيان الشروط التي يجب توفرها في هذه الاموال لجواز رهنها مع توضيح ما يلحق بالرهن تبعاً ومن غير ذكر، كما يتطلب منا التطرق الى تعريف بيع الاموال المرهونة من خلال عرض تعريف هذا النوع من البيوع وتحديد طبيعته القانونية، ولتوضيح ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الفرع الاول المقصود بالاموال المرهونة، ونخصص الفرع الثاني الى تعريف ببيع الاموال المرهونة.

الفرع الاول

المقصود بالاموال المرهونة

تُعدُّ الاموال^(١) المرهونة المحل في عقد الرهن ويثير الحديث عن المقصود بالاموال المرهونة بحث الشروط الواجب توفرها في هذه الاموال لجواز رهنها ثم بحث توابع وملحقات هذه الاموال والتي تدخل في الرهن تبعاً من غير ذكر، وهذا ما سندرسه في فقرتين وعلى النحو التالي:

(١) ميز القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري الاموال عن الاشياء حيث عرف القانون المدني العراقي المال في المادة "٦٥" بأنه "كل حق له قيمة مادية" اما الاشياء فجاء تعريفها في المادة "٦١" والتي تنص "١ - كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية ...". فاذا نقلنا المال من لغة الاقتصاد الى لغة القانون سمي حقاً والحق مصلحة يحميها القانون، فالاموال ليست سوى المنافع المتوقعة اما الاشياء فهي لا تعدو ان تكون مصدراً او محلاً لهذه الحقوق، ورغم تمييز المشرع العراقي الاموال عن الاشياء إلا انه خلط بينها في العديد من النصوص، حيث تنص المادة "٧١" من القانون المدني على "تعتبر اموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة او للأشخاص المعنوية والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل او بمقتضى القانون" بينما العقارات والمنقولات هي من تقسيمات الاشياء وفقاً للمادة "٦٢" التي تنص "١ - العقار كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله او تحويله دون تلف فيشمل الارض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الاشياء العقارية. ٢ - والمنقول كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكبات والموزونات وغير ذلك من الاشياء المنقولة" وكذلك المادة "١٢٦" تعتبر العين مالا بينما هي شيء، وكان موقف القانون المدني المصري مشابهاً لموقف القانون المدني العراقي في تعريف المال وتمييزه عن الاشياء والخلط بينهما في بعض النصوص حيث عرفت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري المال =

الفقرة الاولى: الشروط الواجب توفرها في الاموال المرهونة.

نص القانون على شروط عدّة يجب توفرها في الاموال المرهونة لجواز رهنها رهناً تأمينياً أو حيازياً بعض هذه الشروط ينفرد بها احد الرهنين دون الآخر فالرهن التأميني لا يرد الا على عقار او حق عيني على عقار ويجب ان يكون معيناً اما الرهن الحيازي فيشترط فيه ان تكون الاموال المرهونة قابلة للحيازة، والبعض الآخر من هذه الشروط يشترك فيها الرهنان فاشتترطت ان تكون الاموال المرهونة مما يصح التعامل فيها وبيعها بالمزاد العلني كما يجب ان تكون مملوكة للراهن، ويتفق القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة على هذه الشروط إلا انه توجد بعض الاختلافات ستنتم الاشارة اليها.

تنص الفقرة اولاً من المادة "١٢٩٠" من القانون المدني العراقي على "١- لا يجوز ان يرد الرهن التأميني الا على عقار او حق عيني على عقار" كما نصت الفقرة اولاً من المادة "٣٠٥" من

= "كل حق له قيمة مالية" وان الحقوق التي ترد على الاشياء المادية هي الاموال تمييزاً للمال عن الشيء ومجموع هذه الاموال وتدخل معها الديون والحقوق المالية التي ترد على الاشياء غير المادية هي الذمة المالية حيث ان الشيء هو محلاً للحقوق المالية، إلا ان القانون المدني المصري قد خلط بين الاموال والاشياء في بعض النصوص وذلك في الفقرة اولاً المادة "٨٧" التي تنص "١- تعتبر اموالاً عامة العقارات والمنقولات" حيث ان العقارات والمنقولات هي من تقسيمات الاشياء واعتبرها المشرع المصري من تقسيمات الاموال، اما القانون المدني الفرنسي فقد اختلف في ايجاد تعريف للمال حيث ان جانب من الفقه الفرنسي يركز على عنصر المنفعة في المال اي ان المال هو كل شيء يحقق للإنسان منفعة ما ويكون قابلاً للتملك الخاص ويقرر فريق من الفقه الفرنسي ان القانون لا يهتم بالاشياء الا بسبب ما تحقّقه من منفعة للشخص لدى مباشرته لحقوقه المقررة عليها اما الفريق الآخر فيعرف المال بالإحالة الى الذمة المالية فيقولون ان الاموال هي العناصر الايجابية للذمة المالية اي هي الاشياء التي يمكن ان تكون محلاً لحق وتكون لها قيمة مالية وان القانون المدني الفرنسي لم يميز بين المال والشيء حيث اعتبر العقار والمنقول من تقسيمات الاموال وفقاً للمادة "٥١٦" منه التي تنص على "تكون الاموال بأجمعها عقارات او منقولات" وجاء في قرار الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٦ حزيران ١٩٩١م الذي يتضمن "يحدد القانون الطبيعة العقارية او المنقولة للمال ولا يؤثر اتفاق الاطراف على هذا الامر"، د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ط٢، ١٩٦٣م، ص١، د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠م، ص٣، د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤م، ص٣، د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص١٨٠، فائز الحاج ياسين، القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز، ٢٠٠٩م، ص٦٣١.

قانون التسجيل العقاري رقم "٤٣" لسنة "١٩٧١م" على "١- يرد الرهن التأميني على حق الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الاصلية الاخرى المسجلة في السجل العقاري سواء كان هذا الحق مستقلاً او مشاعاً مع مراعاة القيود المفروضة قانوناً على رهن بعض الحقوق"^(١)، فالعقار هو الذي يصح ان يكون محلاً للرهن التأميني اما المنقول فلا يجوز فيه ذلك لأنه كثير وسريع التداول ولعدم ملائمة طبيعة الرهن التأميني ولعدم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري وهو الامر الذي يتطلبه نظام الرهن التأميني وفقاً للفقرة اولاً من المادة "١٢٨٦" من القانون المدني التي تنص "١- لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري" وأشارت الى ذلك ايضاً الفقرة ثانياً من المادة "٣٠٥" من قانون التسجيل العقاري التي تنص "٢- لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري"، والحقوق العينية العقارية التي يمكن رهنها هي حق التصرف في الاراضي المملوكة للدولة^(٢) وحق العقر وحق المنفعة^(٣) وحق المساحة^(٤) والاجارة الطويلة اذا كان الرهن ضمن المدة المحددة لكل منهما وحق المغارسة^(٥).

(١) وتقابلها المادة "٢٣٩٧" من القانون المدني الفرنسي التي اجازت رهن العقارات والحقوق العينية العقارية مادامت هذه الحقوق قابلة للبيع في المزاد العلني والتي تنص "تكون وحدة قابلة للرهن العقاري: ١- الاموال العقارية الداخلة في التعامل وملحقاتها المعتمدة عقارات. ٢- الانتفاع بالاموال والملحقات ذاتها خلال مدته" وهذا ما اكدته المادة "٢٣٣٦" من المرسوم الاشتراكي الفرنسي الصادر في "٢٣ اذار ٢٠٠٦م" التي تنص "يكون الرهن تاماً بوضع مخطوط يشتمل على تعيين الدين المضمون وكمية الاموال المرهونة".

(٢) مع ملاحظة القيود التي تمنع الرهن في قانون الاصلاح الزراعي رقم "١١٧" لسنة "١٩٧٠م" وقانون وتعليمات توحيد اصناف اراضي الدولة رقم "٥٣" لسنة "١٩٧٦م".

(٣) حيث اشارت الى ذلك الفقرة اولاً من المادة "١٢٥٣" من القانون المدني العراقي والتي تنص على "١- للمنتفع ان يتصرف في حقه معاوضة او تبرعاً، مالم يكن في السند الذي انشأ هذا الحق احكام تخالف ذلك" بشرط ان تزيد مدته عن مدة الرهن.

(٤) حيث نصت على ذلك الفقرة اولاً من المادة "١٢٦٩" من القانون المدني العراقي التي تنص "١- يملك المسطح ملكاً خاصاً ما احدث على الارض من بناء، او منشآت اخرى وله ان يتصرف فيه، مقترناً بحق المساحة، بالبيع والرهن وغيرهما من عقود التمليك في دائرة التسجيل العقاري، وذلك دون اخلال بحق صاحب الارض وبالغرض الذي اعد له البناء او المنشآت، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه".

(٥) فاذا لم يكن حق المغارسة مسجلاً بصورة نهائية فيقتصر رهنه لدى الجهات الرسمية او الجمعيات التعاونية، موجز تعليمات التسجيل العقاري، وزارة العدل، مديرية التسجيل العقاري، ١٩٧٩م، ص ٣٧.

ويرى رأي في الفقه ان العقار يجوز رهنه مهما كان جنسه اي سواء كان ارضاً معدة للبناء أو ارضاً زراعية أو منزلاً أو دكاناً أو مهما كان نوعه من الاملاك الصرفة أو الاراضي الاميرية أو الاوقاف غير الصحيحة التي من قبيل التخصيصات^(١).

كما يجوز رهن العقار المشاع حيث يجوز للمالك ان يرهنه كله أو نصفه ويجوز رهن العقار المشاع من قبل جميع الشركاء كما ويجوز ان يرهن احد الشركاء حصته لدى شريكه أو لدى الغير وفقاً للمادة "١٢٩١" التي تنص "١- إذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة المفردة التي وقعت في نصيب هذا الشريك. ٢- ويبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع ملاك العقار الشائع أو المتصرفين فيه، أيأ كانت النتيجة التي تترتب فيما بعد على قسمة العقار أو على بيعه أو افراغه لعدم امكان قسمته".

اما القانون المدني المصري فقد اشار في الفقرة أولاً من المادة "١٠٣٥" على "١- لا يجوز ان يرد الرهن الرسمي الا على عقار مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك" وهنا نشير الى الاختلاف الاول بين القانون المدني العراقي والقانون المدني الفرنسي اللذان نصا على ان تكون الاموال المرهونة تامينياً عقاراً أو حقاً عينياً على عقار والقانون المدني المصري الذي نص على ان الرهن الرسمي لا يرد الا على عقار مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك^(٢).

اما الاختلاف الثاني فهو الحكم الذي جاءت به الفقرة ثانياً من المادة "١٠٣٩" من القانون المدني المصري التي تنص على "٢- إذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرداً من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة اعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الاعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الاصل، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة. ويقوم الدائن المرتهن بأجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل اليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة. ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين" ومفاد هذا النص انه اذا رهن الشريك حصته الشائعة

(١) الاستاذ المساعد شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص ١١٤.

(٢) وقد ذهب الى خلاف ذلك د. سليمان مرقص عند شرح المادة "١٠٣٥" في مؤلفه التأمينات العينية، وقد ذكر ان المال العقاري الذي يجوز رهنه هو كل حق عيني وكل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار وان المشرع قصد من عبارة لا يجوز ان يرد الرهن الرسمي الا على عقار كان القصد ان لا يرد الا على مال عقاري، كما يفهم ذلك من نص المادة "٨٣" والتي تنص على "يعتبر مالاً عقارياً كل حق عيني يقع على عقار"، د. سليمان مرقص، التأمينات العينية، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، مصر، ط ٢، ١٩٥٩م، ص ٣٥.

في عقار وبعد القسمة لم يقع في نصيبه هذا العقار او اي جزء منه ووقع في نصيبه عقار اخر، في هذه الحالة ينتقل الرهن بمرتبه الى العقار الذي وقع في نصيبه وبقدر الحصة التي رهنها في العقار الاول، ولم ينص القانون المدني العراقي على حكماً مشابهاً لهذا الحكم.

ويجب ان يكون العقار المرهون معيناً حيث لا يجوز للراهن ان يرهن جميع املاكه بدون تعيين بل يلزم تعيين العقار المرهون تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة كأن يرهن ارضاً وبيان فيما اذا كانت ارضاً زراعية او معدة للبناء او يرهن بناءً ويذكر اذا كان منزلاً او مصنعاً وقد اكدت على ذلك الفقرة ثانياً من المادة "١٢٩٠" من القانون المدني العراقي والمادة "١٢٩٤" من نفس القانون التي تنص على "كل جزء من العقار او العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار او العقارات المرهونة كلها" وكذلك المادة "٣١٣" من قانون التسجيل العقاري التي تنص على "يجوز ان ينصب الرهن على عدت عقارات لقاء دين واحد ويسجل رهن كل عقار بسجل مستقل على ان يثبت في سجلات الرهن ما يفيد بان جميع هذه العقارات مضمونة بنفس الدين" وفي هذه الحالة يسجل رهن كل عقار بسجل مستقل حسب قواعد التسجيل التي قررها قانون التسجيل العقاري في المادة "١١٢" منه على ان يثبت في سجلات الرهن لكل عقار ما يفيد ان هذه العقارات جميعها ضامنة لنفس الدين وهذا يمثل الشطر الاول من قاعدة مبدأ تخصيص الرهن، كما نصت المادة "٩٧" من قانون التسجيل العقاري على "تقوم دائرة التسجيل العقاري بمسك سجل خاص للحجز وموانع التسجيل الاخرى يتضمن تسلسل العقار واوصافه وصاحب الحقوق العقارية والتفاصيل الخاصة بطلب الحجز وتاريخ وروده الى الدائرة"، وقد كان القانون المدني المصري على حد سواء مع القانون المدني العراقي في موضوع تعيين العقار المرهون فقد نص على تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه وان يرد التعيين في عقد الرهن او في عقد رسمي والا وقع الرهن باطلاً وفقاً للفقرة ثانياً من المادة "١٠٣٥" منه^(١) حيث اراد الوصول الى ابعاد من حالة الجهالة الفاحشة.

(١) تنص الفقرة ثانياً من المادة "١٠٣٥" على "٢- ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، وان يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وان يرد هذا التعيين اما في عقد الرهن ذاته او في عقد رسمي لاحق، والا وقع الرهن باطلاً".

اما موقف القانون المدني الفرنسي من شرط تعيين العقار المرهون فقد نص عليه في المادة "٢٤١٨" كما انه رتب جزاء البطلان عند عدم التعيين، وهو يتفق مع موقف القانون المدني المصري بجواز ان يتم التعيين للعقار المرهون في عقد الرهن او في عقد رسمي لاحق^(١).

واذا كان الاصل ان تكون الاموال المرهونة تامينياً هي عقار أو حقاً عينياً على عقار الا انه يرد استثناء على هذه القاعدة، فقد اجازت بعض القوانين الخاصة رهن المنقولات ذات الطبيعة الخاصة رهنأ تامينياً نظراً لطبيعتها و قيمتها الاقتصادية والتي يمكن اشهار ما يرد عليها من تصرفات شهراً مفيداً^(٢).

(١) تنص المادة "٢٤١٨" من القانون المدني الفرنسي على "لا يكون انشاء الرهن العقاري الاتفاقي صحيحاً الا اذا كان السند الرسمي المنشئ للدين او الصك الرسمي اللاحق يحدد بشكل خاص طبيعة ووضع كل من العقارات التي تمت الموافقة على القاء الرهن العقاري عليها كما هو مبين في المادة ٢٤٢٦ ادناه" وتجدر الاشارة الى ان المادة "٢٤١٨" اضيفت الى القانون المدني الفرنسي بموجب القانون رقم "٣٤٦" الصادر عام "٢٠٠٦م".

(٢) نظم قانون كتاب العدول العراقي رقم "٣٣" لسنة "١٩٩٨م" رهن المكائن في الفقرة ثانياً من المادة "٣٠" التي تنص "لا تتعد التصرفات القانونية على الماكينة الا بتسجيلها لدى دائرة الكاتب العدل المختص" كما اشارت المادة العاشرة من قانون تسجيل المكائن رقم "٣١" لسنة "١٩٣٩م" الى ان الراهن لا يفقد حيازة الماكينة المرهونة كما لا يفقد حقه في التصرف فيها والانتفاع بها واستغلالها على غرار الرهن التأميني، واشارت الفقرة "ج" من المادة السابعة من نفس القانون الى انه يجوز رهن الماكينة كلها، كما يجوز رهن اي سهم منها، وفي نفس الصدد ينظر المادتين "٣" و "٤" من قانون التجارة البحرية والذي يعد السفن بحكم العقار من حيث التصرف والملكية فيجوز وضعها تاميناً لدين، كما نصت المادة "٥" من قانون تسجيل السفن النهرية رقم "١٢" لسنة "١٩٣٤م" على "يجب ان تسجل من جديد السفينة المسجلة وفق هذا القانون في الاحوال الاتية... ج- رهنها كلها او رهن قسم منها"، ونص مشروع القانون البحري العراقي لسنة "١٩٨٧م" على تحرير عقد الرهن في سجل السفن في مكتب السفن اذا تم الرهن في العراق اما اذا تم الرهن في بلد اجنبي وجب تحريره امام القنصل العراقي، وتكون محكمة بداءة البصرة المختصة في العراق للنظر في دعاوى الحقوق العينية المترتبة على سفينة عراقية، ونص قانون المرور العراقي رقم "٤٨" لسنة "١٩٧١م" في الفقرة سابعاً من المادة الاولى على تسجيل جميع العقود المتعلقة بالمركبات ويفهم من عبارة جميع العقود انها تشمل عقد الرهن، اما قانون الطيران المدني العراقي رقم "١٤٨" لسنة "١٩٧٤م" فلم نجد فيه امكانية رهن الطائرة المدنية كونها تمثل قيمة مالية ووحدة اقتصادية تمكنها من الاقتراض من المصارف للقيام بمشاريع الاستثمار الجوي، وفي نفس الصدد تنص المادة "٢٥" من قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية العراقي رقم "٦٥" لسنة "١٩٧٠م" على "يجوز التصرف بالبراءة بكافة التصرفات القانونية... ويعلن عن التصرف بالبراءة وعن رهنها ونقل ملكيتها حسب الاصول"، كما نظم المشرع المصري في القانون رقم "٣٥" لسنة "١٩٥١م" رهن السفن البحرية كما نظم قانون رقم "١١" لسنة "١٩٤٠م" رهن المحل التجاري، وهذا ايضا ما نصت عليه اتفاقية جنيف لسنة "١٩٤٨م" بشأن الرهن الرسمي على الطائرات، وقد اجاز التعديل التشريعي الفرنسي رقم "٣٤٦" لسنة "٢٠٠٦م" رهن المنقولات المادية دون نزع =

اما الرهن الحيازي فينفرد بشرط ان تكون الاموال المرهونة فيه قابلة للحيازة، وتبين المادة "١٣٢٨" (١) من القانون المدني العراقي ان الاموال المرهونة التي تعدّ المحل في عقد الرهن الحيازي هي العقار والمنقول والديون حيث تنص على "يجوز ان يكون محلاً للرهن الحيازي، كل ما يصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار ومنقول وديون" (٢)، وتقسّم المنقولات الى منقولات مادية ومنقولات معنوية (٣) واشترط القانون المدني العراقي حيازة المرتهن للمرهون أو ايداعه لدى امين أو يد عدل في الفقرة أولاً من المادة "١٣٢٢" (٤) التي تنص "١- يشترط لتمام الرهن الحيازي و لزومه على الراهن، ان يقبض المرتهن المرهون" كما اكد القانون المدني العراقي على حيازة المرهون المعنوي في المادة "١٣٥٤" (٥) التي تنص "لا يكون رهن الدين تاماً الا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون،...".

ويرى الفقه ان اشتراط كون المرهون قابلاً للحيازة انه اذا كان المرهون غير قابل للحيازة سيتعذر نقله من الراهن الى المرتهن، وتتم حيازة العقار بالتخلية حتى يتمكن المرتهن من حيازته دون حائل والاستيلاء عليه مادياً وتكون حيازة المنقول المادي بتسليمه من الراهن الى المرتهن بحيث يتمكن

=حيازتها، حيث اجاز ابقاء المرهون المنقول في يد الراهن بموجب المادة "٢٣٤٠" التي تنص "عندما يكون المال موضوعاً لرهونات عديدة متتالية دون نزع الحيازة ...". كما نصت المادة "٢٣٤٢" من نفس القانون على "يستطيع منشأ الرهن في الرهن الحاصل دون نزع الحيازة والواقع على مثليات ان يتصرف بها اذا اجيز له ذلك بمقتضى الاتفاقية ..."، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٣٨١ و ٣٨٢، د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٣٤٩، د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦م، ص ٣٦.

(١) وتقابلها المادة "١٠٩٧" من القانون المدني المصري التي تنص "لا يكون محلاً للرهن الحيازي الا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار".

(٢) ويشترط في رهن العقار رهنأ حيازياً ان يسجل في مديرية التسجيل العقاري وهذا ما اشارت اليه المادة "١٣٢٤" من القانون المدني العراقي والتي تنص "اذا وقع الرهن الحيازي على عقار، فيشترط ايضاً لتمامه ان يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً"، والفقرة ثانياً من المادة "٣٠٥" من قانون التسجيل العقاري التي تنص "لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري" وهذا الحكم عام وشامل ويشمل الرهن الحيازي.

(٣) المنقولات المادية كالبضائع والاثاث والحيوانات والسندات لحاملها التي يندمج فيها الحق بالسند، والمنقولات المعنوية كالسندات الاسمية والأذنية والديون العادية وحق المؤلف وبراءة الاختراع والاسم التجاري والمحل التجاري.

(٤) وتقابلها الفقرة أولاً من المادة "١٠٩٩" من القانون المدني المصري التي تنص "١- على الراهن تسليم الشيء المرهون الى الدائن او الى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه".

(٥) وتقابلها الفقرة ثانياً من المادة "١١٢٣" من القانون المدني المصري التي تنص "٢- ولا يكون نافذاً في حق الغير الا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان او القبول".

من حبسه الى ان يستوفي دينه اما المنقول المعنوي فتتم حيازته بتسليم سندھ أياً كان الحق أو شكل السند اسماً أو لحامله أو اذنياً أي سواء كان مدنياً أو تجارياً وهذه هي الحيازة الرمزية^(١).

وقد كان للقضاء العراقي تطبيقات في هذا المجال، حيث قضت محكمة تمييز العراق في هذا السياق بأحقية مطالبة الراهن بتسليم الاثاث المرهونة بناءً على عقد صحيح وان عدم تسليم المرهون الى المرتهن يبطل الرهن ولا يمكن ان يتحول الى رهن تأميني لا نه واقع على منقول^(٢) وفي قرار اخر لمحكمة استئناف السليمانية مفاده يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون وحيث ان المرهون عقار فلكي يتم القبض فيه يقتضي تسجيله في دائرة الطابو^(٣).

أما عن موقف القانون المدني الفرنسي فقد نظم رهن الحيازة العقاري في المادة "٢٠٨٥" واشترط انتقال حيازة العقار الى الدائن^(٤) كما اكد على ضرورة النقل الفعلي للأموال المرهونة المنقولة الى ذمة الدائن المالية او الى الغير لصحة الرهن بين الفريقين وذلك حسب المادتين "٢٠٧٦" من القانون المدني و"٩٢" من قانون التجارة^(٥) ويتضح من النصوص اعلاه ان القانون المدني الفرنسي اجاز ان يكون المحل في الرهن الحيازي العقار والمنقول كما اكد على ضرورة انتقال حيازتهما الى المرتهن لنفاذ الرهن بين الاطراف.

اما شروط الاموال المرهونة التي يشترك فيها الرهنان التأميني والحيازي فهي ان تكون مما يصح التعامل فيها وبيعها بالمزاد العلني وان تكون مشروعة وغير مخالفة للنظام العام والآداب، وتتفق القوانين محل المقارنة على هذا الشرط حيث نص على ذلك القانون المدني العراقي في الفقرة ثانياً من

(١) د. علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠٠م، ص٣٨٨، د.

صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٣م، ص١٤٢.

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ١٠٠/م ٣/عقار/٧٣/بتاريخ ٢٠/٧/١٩٧٣م، منشور في النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الثانية، ١٩٧٣م، ص٦٥.

(٣) ينظر قرار محكمة استئناف السليمانية رقم القرار ١٣/حقوقية/٦١/السليمانية، اشار اليه المحامي سلمان بيّات، القضاء المدني العراقي، ج٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٢م، ص٧١٩.

(٤) جاك غستان، مفاعيل العقد وآثاره، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ترجمة منصور القاضي، ص٥٣٠.

(٥) ينظر نص المادة "٢٠٧٦" من القانون المدني الفرنسي والمادة "٩٢" من قانون التجارة الفرنسي.

المادة "١٢٩٠" ^(١) الخاصة بالرهن التأميني التي تنص "٢- ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وان يكون معيناً" والمادة "١٣٢٨" ^(٢) الخاصة بالرهن الحيازي التي تنص " يجوز ان يكون محلاً للرهن الحيازي، كل ما يصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار ومنقول وديون، ويجوز بوجه خاص رهن الاراضي الاميرية رهنأ حيازياً"، وعليه لا يجوز رهن الاملاك العامة والعقارات الموقوفة وفقاً صحيحاً ولا يجوز رهن حق الاستعمال وحق السكنى لانهما خاصان بصاحبيهما ولا يجوز رهن حق الارتفاق مستقلاً عن العقار المرتفق به كونها لا يمكن بيعها مستقلاً عنه في المزاد العلني.

ويرى الفقه ان هذا الشرط هو الغاية الاساسية من عقد الرهن لكي يمكن الدائن من الحصول على حقه عند عدم وفاء المدين من ثمن بيع المرهون وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون ^(٣).
واكد هذا الشرط القضاء الفرنسي في احد قراراته حيث نص على ان الاموال غير القابلة للتصرف لا تقبل الرهن العقاري بما انها لا تدخل في التعامل ^(٤).

ويشترط في الاموال المرهونة ان تكون مملوكة للراهن او الكفيل العيني واكد القانون المدني العراقي هذا الشرط في المادة "١٢٨٧" ^(٥) الخاصة بالرهن التأميني التي تنص "يجوز ان يكون الراهن هو نفس المدين، ويجوز ان يكون كفيلاً عينياً يقدم رهنأ تأمينياً لمصلحة المدين، وفي كلتا الحالتين

(١) وتقابلها الفقرة ثانياً من المادة "١٠٣٥" من القانون المدني المصري التي تنص على "٢- يجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني"، والمادة "٢٣٩٧" من القانون المدني الفرنسي.

(٢) وتقابلها المادة "١٠٩٧" من القانون المدني المصري التي تنص على " لا يكون محلاً لرهن الحيازة الا ما يمكن بيعه استقلاً بالمزاد العلني من منقول وعقار"، والمادة "٢٠٧٨" من القانون المدني الفرنسي.

(٣) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤٩٩، د. حسام الدين كامل الاهواني، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، بلا مكان وسنة طبع، ص ٢٩٠، د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية، دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٦م، ص ١٩٠.

(٤) ينظر قرار الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية في ٩ حزيران ١٩٨٣م، رقم القرار ٢٢٩٠، اشار اليه فائز الحاج ياسين، مصدر سابق، ص ٢٠١٥.

(٥) وتقابلها الفقرة ثانياً من المادة "١٠٣٢" من القانون المدني المصري التي تنص على "٢- وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون واهلاً للتصرف فيه" والفقرة اولاً من المادة "١٠٣٣" التي تنص على "١- اذا كان الراهن غير مالك العقار المرهون فان عقد الرهن يصبح صحيحاً اذا اقره المالك الحقيقي بورقة رسمية واذا لم يصدر هذا الاقرار فان حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن".

يجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون او متصرفاً فيه" والمادة "١٣٢٥" ^(١) الخاصة بالرهن الحيازي التي تنص "يشترط فيمن يرهّن مالاً توثقه لدين عليه، او على غيره ان يكون مالكا للمرهون او متصرفاً فيه" اي ان الراهن اذا لم يكن مالكا للمال المرهون فلا يستطيع ان يعطي الدائن المرتهن اي حق لان فاقد الشيء لا يعطيه ^(٢).

وتجدر الاشارة الى ان اختلاف القانون العراقي والقانون المصري هو ان الاخير اورد حكماً خاصاً برهن ملك الغير في الفقرة اولاً من المادة "١٠٣٣" التي تنص "١- اذا كان الراهن غير مالك العقار المرهون فان عقد الرهن يصبح صحيحاً اذا اقره المالك الحقيقي بورقة رسمية، واذا لم يصدر هذا الاقرار فان حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن" اي ان عقد الرهن ينشأ متى ما اصبح الراهن مالكا للمرهون، اما القانون المدني العراقي فلم يورد حكماً مماثلاً، بل نص في المادة "١٢٨٧" منه على جواز ان يكون الراهن هو نفس المدين او يكون كفيلاً عينياً يقدم رهناً تأمينياً لمصلحة المدين وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون او متصرفاً فيه.

وجدير بالذكر نشير الى الحكم الذي جاءت به الفقرة اولاً من المادة "١٢٨٩" من القانون المدني العراقي والتي اجازت للأب ان يرهّن ماله عند ولده الصغير وان يرهّن مال ولده الصغير لنفسه والتي تنص "١- يجوز للأب ان يرهّن رهناً تأمينياً ماله عند ولده الصغير وان يرتهن مال ولده لنفسه، ويجوز له ان يرهّن مال ولده بدين على نفسه وبدين على الصغير، واذا رهنه بدين نفسه فهلك لا يكون ضامناً" حيث لم نجد مثل هذا الحكم في القوانين محل المقارنة.

وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدّة، حيث قضت محكمة التمييز في حكم لها ان صدور حكم بتمليك المدعية سهام من العقار وفقاً للقرار "١١٩٨" لسنة "١٩٧٧م" يجعلها مالكة من تاريخ الحكم ولا ينفذ بحقها وضع اشارة الرهن التأميني على هذه السهام لان التسجيل في دائرة

(١) وتقابلها الفقرة ثانياً من المادة "١٠٣٢" والفقرة اولاً من المادة "١٠٣٣" اللتان تسريان على الرهن الحيازي بدلالة المادة "١٠٩٨" من القانون المدني المصري، والمادة "٢٣٣٥" من القانون المدني الفرنسي التي تنص على "يعتبر رهن المنقول الجاري على اشياء مملوكة من الغير باطلاً، وقد يترتب تعويضات في حال لم يكن الدائن عالماً بان الشيء المرهون عائد للغير".

(٢) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٥٠٠.

التسجيل العقاري هو كاشفٌ للحق وليس منشئاً له^(١)، كما جاء في قرار اخر للمحكمة نفسها بشأن ملكية الراهن للمرهن مفاده ان خضوع رهن العقار الى نظام التسجيل يمنع رهنه من غير مالكة ولا يكون الرهن صحيحاً حتى لو تم من الوارث الوحيد الذي ستؤول اليه ملكية العقار مستقبلاً^(٢)، وقضت في حكم اخر يجوز ان يرهن المالك عقاراً ضماناً لدين الغير ولو لم يكن هو المدين ويعدّ في هذه الحالة كفيلاً عينياً في حدود هذا العقار عملاً بنص المادة "١٢٨٧" ^(٣)، وقد بينت محكمة النقض المصرية في حكم لها "لا ينفذ رهن ملك الغير في حق المالك الحقيقي الا اذا اجازته بورقة رسمية"^(٤) وفي حكم اخر يتضمن "ان التصرف في الشيء المرهون برهنه رهن حيازة لا يجوز الا من مالك الشيء"^(٥).

واستناداً الى ما تم ذكره يرجح الباحث ما سار عليه المشرع المصري وهو الحكم الذي نصت عليه الفقرة ثانياً من المادة "١٠٣٩" من القانون المدني المصري فيما يتعلق برهن الشريك حصته الشائعة في عقار وبعد القسمة اذا لم يقع في نصيبه هذا العقار او أي جزء منه ووقع في نصيبه عقار اخر حيث ينتقل الرهن بمرتبته الى العقار الذي وقع في نصيبه وبقدر الحصة التي رهنها في العقار الاول، لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل الفقرة اولاً من المادة "١٢٩١" لتصبح كالتالي: "١- اذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة الى الحصة المفردة التي وقعت في نصيب هذا الشريك، واذا وقع في نصيبه بعد القسمة عقار اخر غير العقار الذي رهن حصته الشائعة فيه ينتقل الرهن الى العقار الذي وقع في نصيبه وبمقدار الحصة التي رهنها قبل القسمة في العقار الاول".

اما عن موقف الفقه الاسلامي من شروط العين المرهونة في الرهن الحيازي، فاختلف الفقهاء في عدد الشروط الواجب توفرها في الرهن ولكن اتفقوا على عدد معين، والظاهر أن منشأ اختلافهم

(١) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ١٣٨٦ في ٢٥/٧/٢٠٠٦م، قرار غير منشور.

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ٣٣٥/م/عقار/١٩٩٢ بتاريخ ١٧/١٢/١٩٩٢م، قرار غير منشور.

(٣) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ١٢/هيئة عامة اولى بتاريخ ٣٠/٤/١٩٧٧م، منشور في مجلة القضاء، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية، العدد الثالث والرابع، ١٩٧٧م، ص ٢٥٠.

(٤) ينظر قرار محكمة النقض المصرية المرقم ٢٧٢٦ بتاريخ ٣٠/١٠/١٩٩٢م، اشار اليه المستشار فاروق اسماعيل، ماذا تعرف عن الرهن الرسمي والرهن الحيازي، دون مكان طبع، ٢٠٠٣م، ص ١٣٣.

(٥) ينظر قرار محكمة النقض المصرية نقض مدني ٣/٤/١٩٣٩م، اشار اليه خالد شهاب، موسوعة احكام ومبادئ النقض، ج ٨، ص ٤٠٩.

بالإضافة إلى ما استظهره من النصوص والروايات المعتمدة عندهم هي قابلية الرهن في أن يكون ضماناً للمرتهن وكونه وثيقة له يستطيع أن يستوفي حقه من الراهن في حالة نكوله، أما الشروط التي اتفقوا عليها هي:

الشرط الأول: أن تكون عيناً ومعنى (عين) هو: "النقد الحاضر" ^(١) أي ما له مالية قابلة للمعاوضة من خلال البيع، لذا قالت الإمامية: "شرط الرهن أن يكون عيناً" ^(٢)، ومن الحنفية: "وأما) -الشروط التي - ترجع إلى المرهون فأنواع (منها) أن يكون محلاً قابلاً للبيع" ^(٣)، ومن الشافعية: "الركن الأول المرهون وفيه ثلاثة شرائط الأولى أن يكون عين" ^(٤)، والحنابلة: "ولا يصح الرهن إلا أن يكون مقبوضاً من جائز الامر" ^(٥) والقبض لا يكون إلا للعين فالمنافع والحقوق والدين لا تقبض كما هو واضح، ومن المالكية: "يشترط في المرهون ما يشترطه في الشيء المبيع" ^(٦).

الشرط الثاني: أن يكون قابلاً للبيع عند حلول الأجل فمن الإمامية: "الشرط الرابع: أن يكون المرهون ممّا يصحّ بيعه عند حلول الدّين... فلا يجوز رهن الحرّ وأمّ الولد والمكاتب والوقف وغير ذلك ممّا يمتنع شرعاً ببيع" ^(٧)، ومن الشافعية: "الشرط الثالث: كون العين قابلة للبيع عند حلول الدين، فلا يصح

(١) محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري (ت ٧١١هـ)، لسان العرب، نشر أدب الحوزة، قم، إيران، ١٤٠٥هـ، ج ١٣، ص ٣٠٦.

(٢) زين الدين بن علي الجبعي العاملي (الشهيد الثاني)، (ت ٩٦٥هـ)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، اللمعة الدمشقية، انتشارات داورى، قم، إيران، ط ١، ١٤١٠هـ، ج ٤، ص ٥٢، محمد جواد الحسيني العاملي (ت ١٢٢٦ هـ)، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، تحقيق: الشيخ محمد باقر الخالصي، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، إيران، ط ٢، ١٤٣٠ هـ، ج ١٥، ص ٢٢٥، السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، مطبعة مهر، قم، إيران، ط ١، ١٤١٤هـ، ج ٢، ص ٣٤٨.

(٣) أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ)، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المكتبة الحبيبية، باكستان، ط ١، ١٩٨٩م، ج ٦، ص ١٣٥.

(٤) عبد الكريم بن محمد الرافعي (ت ٦٢٣ هـ)، فتح العزيز شرح الوجيز، دار الفكر، بيروت، بلا ت، ج ١٠، ص ٢.

(٥) محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (ت ٦٣٠ هـ)، المغني، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، بلا ت، ج ٤، ص ٣٦٨.

(٦) محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب الرعيني (ت ٩٥٤ هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤١٦ هـ، ١٩٩٥ م، ج ٦، ص ٥٣٨.

(٧) الحسن بن يوسف بن المطهر العلامة الحلّي (ت ٧٢٦ هـ)، تذكرة الفقهاء، تحقيق: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لأحياء التراث، مطبعة ستارة، قم، إيران، ط ١، ١٤٢٣هـ، ج ١٣، ص ١٤٣.

يصح رهن أم الولد، والمكاتب، والوقف، وسائر ما لا يصح بيعه^(١)، ومن الحنفية: "ما قبل البيع قبل الرهن إلا في أربعة: المشاع والمشغول والمتصل بغيره و..."^(٢)، ومن الحنابلة من جعلها قاعدة في الرهن: "ولنا أنه يصح بيعه فصح رهنه كغيره وما ذكره لا يصح، لأن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتتهن فيمنع القسمة المضرة كما يمنع من بيعه"^(٣)، بل المالكية جعلته في تعريف تعريف الرهن لوضوح هذا الشرط فقالوا: "الرهن بذل من له البيع ما يباع"^(٤).

الشرط الثالث: مقدور عل التسليم ومقصدهم هو أن العين المرهونة يجب أن كون الرهن له القدرة على تسليمها إلى المرتتهن عند العقد له أو للعدل أو عند النكول فقالت الإمامية: "في شرائط الرهن: ومن شرائطه أن يكون ، يمكن قبضه" ثم فصل فقال: "ولو رهن ما لا يصح إقباضه، كالطير في الهواء، والسماك في الماء، لم يصح رهنه"^(٥)، ومن الحنفية: "أن يكون موجوداً وقت العقد مطلقاً متقومًا مملوكًا معلوم مقدور التسليم ونحو ذلك فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد ولا رهن ما يحتمل الوجود"^(٦)، ومن الشافعية: "ولا يجوز رهن مال الغير بغير اذنه: لأنه لا يقدر على تسليمه ... ، فلم يجز رهنه، كالطير الطائر والعبد الآبق"^(٧)، أما الحنابلة فلا يصح العقد إلا بالقبض: "ولا يصح الرهن إلا أن يكون مقبوضاً من جائز الامر"^(٨)، وأما المالكية فقالوا أن الرهن أما أن يكون تطوعاً أو في عقد دين وفي الحالتين فلا نشترط القدرة على التسليم عند حلول الأجل بل يجب قبل

-
- (١) يحيى بن شرف النووي دمشقي (ت: ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود - الشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بلا ت، ج ٣، ص ٢٤٨.
- (٢) محمد علاء الدين أفندي الخصفي (ت ١٠٨٨ هـ)، رد المختار على الدر المختار، اشراف: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٩٩٥م، ج ٧، ص ٥٠.
- (٣) عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي (ت ٦٨٢ هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، دار دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، بلا ت، ج ٤، ص ٣٧٥.
- (٤) خليل بن إسحاق الجندي (ت ٧٦٧ هـ)، مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٩٩٥م، ص ١٧٢.
- (٥) جعفر بن الحسن المحقق الحلي (ت ٦٧٦ هـ)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، تحقيق: السيد صادق الشيرازي، مطبعة أمير، قم، إيران، ١٤٠٩هـ، ط ٢، ج ٢، ص ٣٣١.
- (٦) الكاشاني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٣٥.
- (٧) يحيى بن شرف النووي دمشقي (ت سنة ٦٧٦هـ)، المجموع شرح المهذب، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، بلا ت، ج ١٣، ص ٢٠٤.
- (٨) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٣٦٩.

موت الراهن أو إفلاسه وذلك تطبيقاً لقاعدتهم التي انفردوا بها: "إن كل ما جاز بغير عوض جاز فيه الغرر كالرهن والطلاق والهبة" ولذا قالوا: "(ما يباع) من كل طاهر منتفع به مقدور على تسليمه معلوم غير منهي عنه ودخل فيه رهن الدين فيجوز من المدين وغير... وانظر تفصيل المسألة في الأصل ولما كان قوله ما يباع يخرج ما فيه غرر مع أنه يجوز رهنه" ^(١)، وقالوا أيضاً: "سئلت عن رهن الدار الغائبة والشيء الغائب فأجبت أنه يصح...، فإن مات الراهن أو فلس قبل قبض المرتهن أو وكيله بطل الرهن" ^(٢).

أما بقية الشروط فاختلّفوا فيها ففي رهن المشاع فأجازت الإمامية ذلك ^(٣) وأدعي الإجماع عليه عليه ^(٤) والشافعية ^(٥) والحنابلة ^(٦) والمالكية ^(٧).

أما الحنفية فأجمعوا على عدم جوازه ^(٨) واختلفوا في تفاصيله ما بين مقارنته للعقد أو طارئ عليه ^(٩)، أما في رهن الدين فقد قالت الإمامية على عدم جوازه ^(١٠) وكذلك الحنفية ^(١١) وجمهور من الحنابلة ^(١٢) وأغلب الشافعية ^(١٣) وأجازته المالكية ^(١٤) وبعض الشافعية ^(١٥) وبعض الحنابلة ^(١٦)، وهنالك

-
- (١) أبو البركات أحمد الدردير، الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، لبنان، بلا ت، ج ٣، ص ٢٣١.
 - (٢) الخطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج ٦، ص ٥٣٩.
 - (٣) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، ج ١٣، ص ١٢٧.
 - (٤) العاملي، مفتاح الكرامة، ج ١٥، ص ٢٧٥.
 - (٥) الشرييني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٢٢-١٢٣.
 - (٦) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٣٧٥.
 - (٧) أبو البركات، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٣٥.
 - (٨) الخصفي، الدر المختار، ج ٧، ص ٥٠.
 - (٩) السرخسي، المبسوط، ج ٢١، ص ٦٨.
 - (١٠) العلامة الحلي، إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٣٩٢، العاملي، مفتاح الكرامة، ج ١٥، ص ٢٥٠.
 - (١١) الكاشاني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٤٦.
 - (١٢) منصور بن يونس البهوتي الحنبلي المتوفى (ت ٥١ هـ)، كشف القناع عن متن الاقتناع، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٧ م، ط ١، ج ٣، ص ٣٧٤.
 - (١٣) النووي، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٢٨٢.
 - (١٤) مالك بن أنس (ت ١٧٩ هـ)، المدونة الكبرى، دار إحياء الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ١٣٢٣ هـ، ج ٥، ص ٣٤٠.
 - (١٥) الرافعي، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٣.
 - (١٦) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٣٦٧.

اختلافات كثيرة جداً عدها بعضهم مع تفرعاتها إلى عشرة شروط كلية وأكثر وثمانية عشر فرعي^(١) منها: جواز الرهن في أمور منها المنفعة أي منافع الدار وغيرها والمحجوز والمغصوب والمعار والجنایات والمهر والثمار قبل النضج وغيرها وكذلك اشتراط متمایز عن غيره وكونه غير مشغول وغيرها، وتجدر الإشارة إلى ان الشريعة الاسلامية لا تعرف الرهن التأميني وان واقع نظام الرهن فيها لا يتعدى الرهن الحيازي^(٢).

الفقرة الثانية: ملحقات الاموال المرهونة.

الاصل ان تحديد ما يشمل الرهن بالإضافة الى العقار المرهون يترك لإرادة المتعاقدين الا ان المشرع تحسباً منه ان يغفل المتعاقدان ذلك قرر ان الرهن مثلما يشمل العقار المرهون فإنه يمتد ليشمل ملحقات العقار وتصبح تبعاً لذلك اموالاً مرهونة من دون ذكرها في عقد الرهن، وان دراسة ملحقات الاموال المرهونة يحقق اهمية خاصة اذ ان على ضوئها يتحدد وعاء حق الافضلية اي الاموال التي يستطيع الدائن المرتهن ان يباشر عليها حقه في التقدم على باقي الدائنين في استيفائه لحقه عند التنفيذ على الاموال المرهونة بعد حلول الاجل وعدم قيام المدين الراهن بوفاء الدين، وهذه القاعدة مقررة وليست امرة وعليه يجوز للمتعاقدین الاتفاق على ما يخالفها بإضافة اموال اخرى يمتد اليها الرهن او باستبعاد اموال من ذلك، وهذا ما اشار اليه القانون المدني العراقي في المادة "١٢٩٢"^(٣) التي تنص على "١- يشمل الرهن التأميني ملحقات المرهون المعتبرة عقاراً ٢- ويشمل بوجه خاص، الاشجار

(١) الرهن في الفقه الإسلامي، مبارك بن محمد الدجيلج، أطروحة ماجستير مقدمة إلى جامعة الإمام محمد بن سعود سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، ١٤٠٥ هـ، ص ٢٣٠-٣٣٠.

(٢) الاستاذ المحامي محمود المظفر، الرهن التأميني حكمه ومحتواه في الشريعة الاسلامية، بحث مقدم للمؤتمر التاسع التاسع لاتحاد المحامين العرب، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٦٧م، ص ٨.

(٣) وتقابلها المادة "١٠٣٦" من القانون المدني المصري التي تنص على "يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات التي تعود بمنفعة على المالك، ما لم يتفق على غير ذلك، مع عدم الاخلال بالمبالغ المستحقة للمقاولين او المهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة ١١٤٨" والمادة "١٠٣٧" التي تنص "يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية ان يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وايراد عن المدة التي اعقبت التسجيل ويجري في توزيع هذه الغلة ما يجري في توزيع ثمن العقار" والمادة "٦١٧" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري التي تنص على "تلتحق بالعقار ثمراته وايراداته من يوم تسجيل التنبيه ليوزع منها ما يخص المدة التي تلي التسجيل كما يوزع ثمن العقار"، والمادة "٢٣٩٧" من القانون المدني الفرنسي التي تنص على " تكون وحدة قابلة للرهن العقاري: ١- الاموال العقارية الداخلة في التعامل وملحقاتها المعتبرة عقارات. ٢- الانتفاع بالأموال والملحقات ذاتها خلال مدته".

والابنية التي تكون قائمة وقت الرهن على العقار المرهون، او تستحدث بعده، وحقوق الارتفاق والعقار بطريق التخصيص، وجميع التحسينات والانشاءات التي اجريت في العقار المرهون" كما نص قانون التنفيذ العراقي رقم "٤٥" لسنة "١٩٨٠م" على شمول الزوائد المتصلة بالعقار المبيع بعد وضع اليد عليه في الفقرة ثالثاً من المادة "١٠٥" التي تنص على " ثالثاً - تدخل في المبيع الزوائد المتصلة بالعقار بعد وضع اليد عليه" كما نصت المادة "٥٧" من القانون نفسه على "تكون الزوائد الحاصلة من الاموال المحجوزة بعد الحجز تابعة لها في الحكم" اي ان الزوائد المتصلة في العقار بعد اجراء الحجز ووضع اليد عليه يكون حكمها حكم العقار المحجوز، وينبغي لأمتداد الرهن الى ملحقات العقار المرهون ان تكون هذه الملحقات من العقارات ايضاً او من الحقوق العقارية، فإذا كانت الملحقات من الاموال المنقولة فلا يشملها الرهن، حيث لا يمتد الرهن الى السيارة الخاصة التي يستعملها صاحب المصنع المرهون او الارض الزراعية المرهونة للركوب.

ويرى الفقه ان الرهن عدا انه يشمل العقار المرهون وكل جزء منه فهو يشمل كل ما كان من ملحقات العقار وتوابعه سواء ما كان موجوداً منها وقت الرهن او وجد بعده، ويستوي ان تكون الملحقات التي اتصلت بالعقار تعود الى فعل فاعل او الى فعل الطبيعة وسواء كانت هذه الملحقات من فعل الراهن ام من فعل غيره، اذ تلحق هذه الملحقات بالرهن فتكون مرهونة مثله بالدين نفسه دون حاجة الى ذكرها في العقد، وكل ما يلزم في هذه الملحقات لكي يشملها الرهن ان تكون عقارات^(١).

وقد اتجه القضاء الى ذلك ويبدو ذلك واضحاً في حكم لمحكمة النقض المصرية يتضمن ان ملحقات العقار المرهون تلحق به دون حاجة الى نص صريح بعقد الرهن اذا لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك^(٢).

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، احكام القانون المدني المصري التأمينات الشخصية والعينية، ١٩٥٠م، مطبعة دار نشر الثقافة، ص٣٢٤، الاستاذ المساعد شاكراً ناصر حيدر، مصدر سابق، ص١١٩، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص٣٩٦، د. خميس خضير، التأمينات العينية في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٨٢م، ص٥٣، د. السيد محمد السيد عمران، التأمينات الشخصية والعينية، دار الهدى للطباعة، مصر، ٢٠٠٢م، ٢٠٠٣م، ص١٣٣، د. سمير عبد السيد تناعو، التأمينات العينية، ٢٠٠٠م، ص٤٧.

(٢) ينظر قرار محكمة النقض المصرية المرقم ١٣٨ لسنة ٢١ ق، جلسة ١٣/٥/١٩٥٤م، اشار اليه د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، مج ١٠، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع، ط٧، ٢٠٠٤م، ص٩٤٩.

وعلى ضوء ما تقدم نبين ما يعدّ من ملحقات العقار المرهون فيأخذ حكمه ويرد عليه حق الدائن المرتهن:

أولاً: الابنية والاشجار.

يشمل الرهن الابنية والاشجار وغيرها من النباتات طالما كانت متصلة بالأرض ويشمل الرهن كذلك ثمار هذه الاشجار والنباتات طالما لم تتفصل عن اصلها، ولا يهم اذا كانت هذه الابنية والاشجار والثمار موجودة وقت الرهن او وجدت بعد ذلك وما اذا وجدت بفعل الطبيعة او بفعل الغير، بيد ان امتداد الرهن الى الثمار لا يحرم الراهن من التصرف وادارة العقار المرهون وفقاً للمادة "١٢٩٥" ^(١) التي تنص "١- يجوز للراهن ان يتصرف بالبيع وغيره في العقار المرهون رهنأً تأمينياً، وتصرفه هذا لا يؤثر في حق المرتهن. ٢- وله الحق في ادارة العقار المرهون وفي قبض غلته الى وقت التحاقها بالعقار وفقاً لقواعد الاجراء" والتاريخ الذي تلحق فيه الثمار بالعقار هو تاريخ اجراء معاملة وضع اليد على العقار المرهون، او تسجيل تنبيه نزع الملكية ^(٢)، وسيأتي بيان ذلك بالتفصيل في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

ثانياً: العقارات بالتخصيص.

عرّف القانون المدني العراقي العقار بالتخصيص في المادة "٦٣" ^(٣) بأنه "يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه ماله في عقار مملوك له رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله"

(١) وتقابلها المادة "١٠٤٣" من القانون المدني المصري التي تنص "يجوز للراهن ان يتصرف بالعقار المرهون، واي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن" والمادة "١٠٤٤" من نفس القانون التي تنص "للاهن الحق في ادارة العقار المرهون وفي قبض ثماره الى وقت التحاقها بالعقار".

(٢) الاستاذ المساعد شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص ١٢٠، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٣٩٧، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٣٢٥، د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٣) عرف القانون المدني المصري العقار بالتخصيص في الفقرة ثانياً من المادة "٨٢" بأنه "٢- ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله"، اما القانون المدني الفرنسي فقد عرف العقار بالتخصيص في الفقرة اولاً من المادة "٥٢٤" منه التي تنص على "١- الاشياء التي يضعها مالك العقار في عقاره، لخدمة هذا العقار واستغلاله، تكون عقاراً بالتخصيص".

والمقصود بالعقارات بالتخصيص المنقولات التي يملكها الراهن ويضعها في العقار المرهون رسداً لخدمة عقاره واستغلاله، أي انه يلزم لكي تصير المنقولات عقارات بالتخصيص ومن ثم يشملها الرهن ان تكون مملوكة لصاحب العقار مثل الماشية والآلات الزراعية التي يخصصها صاحبها لخدمة العقار الذي يملكه، فالرهن لا يشمل المنقولات التي يخصصها مستأجر العقار لخدمته، ولا يشمل المنقولات التي يضعها في العقار نفس مالكة طالما لم تنتقل اليه ملكية هذه المنقولات، والعقارات بالتخصيص تأخذ حكم العقار المرهون وتصبح مرهونة بالتبعية سواء وجدت بالعقار المرهون وقت الرهن او بعد ذلك، أي ان الرهن يشمل العقارات بالتخصيص طالما بقيت محتفظة بهذه الصفة فاذا زالت عن هذه العقارات صفتها عن طريق فصلها والتصرف فيها فأنها تسترد صفتها المنقولة ويزول عنها الرهن^(١).

اما المشرع الفرنسي فقد نص على عدة تطبيقات للعقار بالتخصيص وردت في نصوص القانون المدني الفرنسي^(٢).

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٣٥٧، محمد كامل مرسي، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة نصر، ١٩٢٧م، ص ١٣٧، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٣٩٧، الاستاذ المساعد شاكِر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص ١٢٠، د. السيد محمد السيد عمران، مصدر سابق، ص ١٢٤، د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٤٨، د. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، الاسكندرية، ط ٢، ١٩٥٩م، ص ١٦٢، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٣٢٨.

(٢) حيث وردت تطبيقات عديدة للعقار بالتخصيص في القانون المدني الفرنسي فقد نصت الفقرتان ثانياً وثالثاً من المادة " ٥٢٤ " على " ٢- وعلى ذلك تكون عقارات بالتخصيص اذا وضعها المالك لخدمة العقار واستغلاله الحيوانات والمواشي المخصصة للزراعة، الات الحرث، البذور المعطاة للمستأجرين او المزارعين، حمام الأبراج، أرانب الاوكار، خلايا النحل، اسماك البرك، المعاصر والمراجل والانابيب و الخواوي والدنان (اواني لتقطير الخمر)، الآلات الضرورية لاستغلال معامل الحديد ومعامل الورق والمعامل الاخرى، التبن والسماذ، ٣- وتكون ايضاً عقارات بالتخصيص المنقولات التي يربطها المالك بالعقار على سبيل الدوام " ، كما تبين المادة " ٥٢٥ " من ذات القانون ما هو المقصود بالمنقولات الوارد ذكرها في اخر المادة السابقة فتتص على "يعتبر المالك انه ربط منقولات بعقاره على سبيل الدوام اذا كانت هذه المنقولات قد الصقت بالعقار بالحبس او بالجبر او بالإسمنت او كانت لا يمكن فصلها دون ان تتكسر وتتلف، او دون ان يتكسر او يتلف الجزء من العقار الذي الصقت المنقولات به، وتعتبر مرايا المسكن قد ربطت به على سبيل الدوام اذا كان الخشب الذي الصقت به المرايا تتحد مع خشب الحائط، وكذلك يكون حكم الواح التصوير وسائر ما تزين به المساكن، اما بالنسبة الى التماثيل، فأنها تكون عقاراً اذا هي وضعت في مخابئ حفرت في الحائط خصيصاً لوضعها فيها، حتى لو امكن نقلها دون ان تتكسر او تتلف"، نقلا عن د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٨، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والاموال، دار احياء التراث العربي، لبنان، بيروت، ص ٣٠ و ص ٣١.

وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدّة حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية مفاده "ان العقارات بالتخصيص تعدّ من الملحقات وتتبع العقار المرهون ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك"^(١).

ثالثاً: حقوق الارتفاق.

عرف القانون المدني العراقي حق الارتفاق في المادة "١٢٧١"^(٢) بأنه "الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة غيره يملكه مالك اخر" فالرهن يمتد ليشمل حقوق الارتفاق المقررة لمنفعة العقار المرهون، ونقصد بها حقوق الارتفاق الايجابية التي تكون تابعة للعقار المرهون ويكون هذا العقار عقاراً مرتفقاً له ارتفاق على عقارات مجاورة اخرى، لان حق الارتفاق يتبع العقار الذي يخدمه ولا ينفصل عنه فاذا بيع العقار بيعت معه حقوق ارتفاقه وكذلك اذا رهن العقار فان حقوق الارتفاق تصبح مرهونة مثله سواء كانت هذه الحقوق مقررة عند انشاء عقد الرهن او انها قررت بعد ذلك، وهذه الحقوق بوصفها من الاموال العقارية لا يجوز رهنها مستقلة عن العقار الذي تخدمه اذ انها لا يجوز الحجز عليها منفصلة عن العقار الذي تخدمه"^(٣).

(١) ينظر قرار محكمة النقض المصرية المرقم ١٢١، س ٢١ قضائية بتاريخ ١٤/١/١٩٤٥م، كما قضت المحكمة نفسها في حكم اخر لها بأن "تعتبر العقارات بالتخصيص وفقاً لنص المادة ١٠٣٦ من القانون المدني ملحقة بالعقار الاصلي المرهون دون حاجة الى نص صريح عنها بعقد الرهن كما تعتبر داخلة ضمن الملحقات المشار اليها في المادة المذكورة ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك"، نقض مدني جلسة ١٣/٥/١٩٥٤م في الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٢١ق، اشار الى هذه القرارات المستشار انور طلبه، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١٤، ص ٦٢٢، د. عبد المنعم دسوقي، قضاء النقض في المواد المدنية، ج ١، ط ٣، ٢٠٠٤م، ص ١٩٤٠ وما بعدها.

(٢) عرف القانون المدني المصري حق الارتفاق في المادة "١٠١٥" منه بأنه "الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص اخر، ويجوز ان يترتب الارتفاق على مال عام ان كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال".

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، مصدر سابق، ص ٣٥٧، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٣٣١، الاستاذ المساعد شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص ١٢٠، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٣٩٨، د. سمير عبد السيد تناعو، مصدر سابق، ص ٤٨، محمد كامل مرسى، مصدر سابق، ص ١٣٨، د. السيد محمد السيد عمران، مصدر سابق، ص ١٣٣، د. رضا عبد الحليم عبد المجيد، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠٠٩م، ص ١٤٤، د. شمس الدين الوكيل، الموجز في نظرية التأمينات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط ١، ١٩٦٦م، ص ١٦٢.

وقد اكد القضاء في احكامه من ان الارتفاق حق عيني على العقار ويبقى ملازماً للعقار الذي انشئ لخدمته والى أي يد ينتقل^(١).

رابعاً: التحسينات والانشاءات.

لا نقصد هنا بالتحسينات اتي تحصل نتيجة ارتفاع سعر العقار بسبب التقلبات الاقتصادية كون ذلك يزيد من قيمة العقار ويدخل في الرهن، بل نقصد بالتحسينات ما يصنعه صاحب العقار المرهون مثل توسيع الغرف او بناء طوابق اخرى على البناء او اضافة ملاحق للبناء سواء حدثت هذه التحسينات قبل الرهن او بعده ما دامت قد اصبحت عقاراً ملحقاً بالعقار المرهون حتى وان كانت قيمتها تزيد عن قيمة العقار الاصلي المرهون، وكل ملحق بالعقار المرهون يدخل في الرهن اذا اعتبر عقاراً^(٢) كما تدخل في الرهن التحسينات والانشاءات التي تكون مثقلة بحق امتياز المقاول والمهندس المعماري الذي بناها حتى وان لم تقم هذه التحسينات والانشاءات الا بعد الرهن ومع ذلك يتقدم المقاول والمهندس المعماري بامتيازه المتأخر على الدائن المرتهن صاحب الامتياز المتقدم بشرط تحرير سند بأعمال التحسينات والانشاءات وان يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للمادة "١٣٧٩" (٣) من القانون المدني العراقي التي تنص على "١- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد اليهم تشييد ابنية او منشآت اخرى او اعادة تشييدها او ترميمها او صيانتها، لها حق امتياز على هذه المنشآت بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الاعمال في قيمة العقار وقت بيعه. ٢- ويجب تحرير سند رسمي بالأعمال التي تمت والمبالغ المستحقة في مقابلها وتسجيل الامتياز في دائرة التسجيل العقاري

(١) ينظر قرار محكمة النقض الفرنسية، نقض مدني رقم ٨٠٣ بتاريخ ٥ كانون الاول ١٩٦٦م، كما جاء في قرار اخر لنفس المحكمة يؤكد ان الارتفاق ملازم للعقار وليس للشخص ولا يحق لمالك العقار المرتفق ان يمنع شخص ثالث = من استعماله، نقض مدني رقم ٩٠٠ بتاريخ ١٢ حزيران ٢٠٠٣م، اشار الى هذه القرارات، فائز الحاج ياسين، مصدر سابق، ص ٦٨٨.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٣٥٨، الاستاذ المساعد شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص ١٢٠، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٣٩٩، د. السيد محمد السيد عمران، مصدر سابق، ص ١٣٤، د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ١٦٣.

(٣) وتقابلها المادة "١١٤٨" من القانون المدني المصري التي تنص على "١- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد اليهم في تشييد ابنية او منشآت اخرى او في اعادة تشييدها او في ترميمها او صيانتها، يكون لها امتياز على هذه المنشآت، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الاعمال في قيمة العقار وقت بيعه. ٢- ويجب ان يقيد هذا الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد".

بناء على هذا السند، وتكون مرتبة هذا الامتياز من وقت التسجيل. ٣- وفيما يتعلق بهذه المنشآت يتقدم صاحب هذا الامتياز على حق المرتهن للأرض التي قامت عليها هذه الاعمال اذا شملها الرهن، سواء كان هذا الرهن تأمينياً او حيازياً.

وقد طبق القضاء موقف القانون من ان الرهن يمتد ليشمل جميع التحسينات التي تطرأ على العقار المرهون^(١).

ويرى الفقه انه اذا كانت العين مثقلة بحق انتفاع ورهن المالك الرقبة ثم انتهى الانتفاع فألت المنفعة الى الراهن امتد الرهن الى حق الانتفاع، اما اذا ورد الرهن على حق الانتفاع ثم آلت الرقبة الى المنتفع فان الرهن يظل مقصوراً على حق الانتفاع ولا يمتد الى الرقبة، وذلك لان الرقبة ليست من ملحقات الانتفاع، والامر كذلك بالنسبة لحق الحكر فهو يعتبر من ملحقات العين المرهونة^(٢).

أما فقهاء المذاهب الاسلامية فقد قسموا النماء والزيادة في الرهن إلى نوعين زيادة أو نماء متصل ومنفصل، والنماء المتصل كالسمن بالنسبة للحيوانات والنمو للنباتات والحيوانات والمنفصل كالولد والحليب والصوف والشعر للحيوان والثمار وأجرة الدار والدابة والسيارة ونحوها، واتفقوا على أن الرهن وزياداته المتصلة فقط هي رهن أما المنفصلة فاختلّفوا فيها، واتفقت كلمات فقهاء الأمامية على أن النماء المتصل هي ملك للراهن وتتبع الرهن: "منفعة الرهن للراهن دون المرتهن، وذلك مثل: سكنى الدار، وخدمة العبد، وركوب الدابة، وزراعة الأرض"^(٣)، وأدعي الأجماع على ذلك: "زوائد الرهن إمّا متّصلة كسمن العبد وكبّر الشجرة، وتتبع الأصل إجماعاً في دخولها تحت الرهن"^(٤)، واتفق أغلبهم

(١) ينظر قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ٢/تموز/١٩٠١م الذي يتضمن "التأمين المكتسب على عقار يطال جميع التحسينات التي تطرأ عليه من دون تمييز ما اذا كانت هذه التحسينات تشكل عقارات بطبيعتها او عقارات بالتخصيص"، كما ايدت محكمة النقض الفرنسية في احد قراراتها بأن حق المرتهن على المرهون يشمل جميع التحسينات التي تكون موجودة وقت العقد او وجدت بعده حيث جاء في القرار "ان التأمين المكتسب على عقار يطال جميع التحسينات التي تطرأ عليه" ينظر قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ٦ كانون الثاني ١٩٧٢م، اشار الى هذه القرارات فائز الحاج ياسين، مصدر سابق، ص ١٩٦٦ و ص ٦٨٨.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٣٦٠، الاستاذ المساعد شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص ١٢١، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٣٣٤، د. خميس خضير، مصدر سابق، ص ٥٣، د. سمير عبد السيد تناعو، مصدر سابق، ص ٥٢.

(٣) محمد بن الحسن الطوسي (ت ٤٦٠ هـ)، الخلاف، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، إيران، ١٤١١ هـ، ج ٣، ص ٢٥١.

(٤) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٢٩٨.

أيضاً على أن النماء المنفصل ملك للراهن ولا يدخل ضمن الرهن: "إذا رهن جارية أو شاة، فحملتا بعد الرهن، كان الحمل خارجاً عن الرهن، وكذلك لو رهن نخلة فأثمرت" ^(١)، وكذلك: "وكذلك نماء الرهن المنفصل عن الرهن لا يدخل في الرهن مثل: الثمرة، والصوف، والولد، واللبن" ^(٢)، وكذلك لو أجر الدار المرهونة بأذن المرتهن: "ليس للراهن أن يكره داره المرهونة، أو يسكنها غيره إلا بأذن المرتهن، فإن أكرها وحصلت أجرتها كانت له" ^(٣)، بل أي زيادة متجددة فإنها غير تابعة للرهن: "والأقرب عدم دخول المتجددة -النماء المنفصل - إلا مع الشرط، أو كانت متصلة وأدعي الأجماع عليه" ^(٤)، أما إذا رهن الدابة وهي حامل فتدخل في الرهن لأن الرهن سابق على حالة الحمل ^(٥)، ومن الإمامية من جعل الحمل والثمر من الزيادات المتصلة فقال بإلحاقها بالرهن: "ولو حملت الشجرة، أو الدابة، ...، كان الحمل رهناً كالأصل، على الأظهر" ^(٦)، ولكن منهم من قال إن الزيادة المتصلة فقط فقط هي التي تدخل في الرهن دون المتصلة: "ولا يسري الرهن إلى زيادته أي المرهون المتصلة فقط كثمر وولد ولبن وصوف ومهر وكسب بخلاف المتصلة كسمن وكبر شجرة لعدم تمييزها فتتبع الأصل" ^(٧).

وقريب من ذلك الشافعية فقالوا أن الزيادة المتصلة كالسمن والكبر والنمو تدخل في الرهن لعدم إمكانية تمييزها عنه ولا يدخل فيه، أي نماء منفصل كالثمر والولد والصوف واللبن والبيض وكذلك أجرة دار لذلك قالوا: "زوائد المرهون وهي إما متصلة كسمن العبد وكبر الشجرة والثمر فتتبع الأصل في الرهن ... أو منفصلة كالثمر والولد واللبن والبيض والصوف فلا يسري إليها الرهن" ^(٨)، بل أكثر من ذلك فقد نصوا على أن كان النماء المتوقع حصوله كان شرطاً في العقد فالشرط باطل: "ما يحدث من عين الرهن من النماء المتميز، كالشجر والثمر واللبن والولد والصوف والشعر، لا يدخل في الرهن ...

(١) الطوسي، الخلاف، مصدر سابق، ج ٢، ص ٥٨.

(٢) العلامة الحلي، تنكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٢٩٨.

(٣) العلامة الحلي، المصدر نفسه، ج ١٣، ص ٢٩٨.

(٤) العامل، مفتاح الكرامة، مصدر سابق، ج ١٥، ص ٥٧٦.

(٥) العلامة الحلي، تنكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٢٩٤.

(٦) المحقق الحلي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٣٨.

(٧) محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت ١٠٠٤ هـ)، نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، لبنان

لبنان، ١٩٨٤م، ج ٤، ص ٢٨٩.

(٨) الرافعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج ١٠، ص ١٤٨.

فإن رهن نخلا أو ماشية على أن ما تنتج داخل في الرهن، فالمنصوص في الام -أي كتاب الأم للشافعي - أن الشرط باطل" (١).

أما الحنفية فقد قسموا الزيادات المتولدة وهي الصوف والحليب والولد وغير متولدة كالأجرة والكسب والهبة والصدقة^(٢)، وقالوا أن المتولدة هي من ضمن الرهن: "للعديل أن يبيع الزوائد المتولدة من الرهن لأنها مرهونة تبعا للأصل لثبوت حكم الرهن"^(٣)، وكذلك: "أن الزوائد المتولدة منه حين الرهن الرهن تكون مرهونة عند المرتهن على معنى أن له أن يحبسها بالدين"^(٤)، قالوا معللين ذلك: "أن موجب عقد الرهن يد الاستيفاء ويد الاستيفاء إنما تثبت في العين وهي معتبرة بحقيقة الاستيفاء ... وهذا لان المتولد منه الأصل ثبت فيه ما كان في الأصل والأصل كان مملوكا للراهن مشغولا بحق المرتهن فيثبت ذلك الملك في الزيادة" (٥)، أما الزيادة غير المتولدة مثل الأجرة والكسب فإنها غير داخلية في الرهن: "وجملة الكلام في زوائد الرهن انها على ضربين زيادة غير متولدة من الأصل ولا في حكم المتولد منه كالكسب والهبة والصدقة ... ولا خلاف في أن الزيادة الأولى انها ليست بمرهونة بنفسها ولا في بدل المرهون ولا جزء منه ولا بدل جزء منه فلا يثبت فيها حكم الرهن" (٦)، وعللوا ذلك "بخلاف الكسب والغلة فهو غير متولد منه الأصل ولا يثبت في الكسب لهذا المعنى"^(٧).

أما المالكية فقالوا يدخل في الرهن كل نماء متولد متصل لا ينفصل وعلى خلقته وصورته، كالسمن وطول والحسن، أو منفصل جراء التناسل أو التكاثر كالولد وفسيل النخيل وكذلك يدخل صوف الغنم إذا كان وقت الرهن هو تابع للرهن، أما ما لم يكن على خلقه المرهون وصورته فلا يدخل في الرهن سواء أكان متولداً عنه كثمر الشجر أو النخل واللبن، أم غير متولد ككراء الدار وسائر الغلات لذا قالوا: "... وفرق مالك فقال: ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته، فإنه داخل في الرهن كولد الجارية مع الجارية وأما ما لم يكن على خلقته فإنه لا يدخل في الرهن كان متولداً عنه

(١) النووي، المجموع، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٢٢٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٥٢.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر نفسه، ج ٦، ص ١٥٠.

(٤) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ٢١، ص ٧٤.

(٥) السرخسي، المصدر نفسه، ج ٢١، ص ٧٥.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر نفسه، ج ٦، ص ١٥٢.

(٧) السرخسي، المبسوط، المصدر نفسه، ج ٢١، ص ٧٥.

كثمر النخل أو غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام" ^(١)، وقالوا أيضاً على نفس المنوال : "... (واندرج) في رهن الغنم (الصوف) على ظهرها يوم الرهن تبعاً لها وإلا لم يندرج (و) اندرج في الرهن (الجنين) في بطنها وقت الرهن (وفرخ نخل) الفسيل (لا غلة) كاللبن وما تولد منه وعسل نحل فلا تدخل في الرهن وكذا البيض بل هي للراهن كأجرة الدار والحيوان ونحوها" ^(٢) .

أما فقهاء الحنابلة فقد وسعوا الدائرة إلى أقصى حد فقالوا إن جميع نماء الرهن متصلاً أو منفصلاً يكون رهناً في يد المرتهن أو نائبه العدل وإن دعت الحاجة إلى بيعه ببيع مع أصل الرهن توفية للدين؛ وذلك لتعلق الدين بالمال المرهون المثبت بالعقد ، فيدخل في العقد النماء والزيادات والمنافع، كما في البيع، ولأن الزيادات المنفصل جاءت من عين مرهونة، فيكون حكمها حكم المتصل بها، فتكون بحكم الرهن، لذا قالوا : "... (وغلة الدار وخدمة العبد وحمل الشاة وغيرها وثمره الشجرة المرهونة من الرهن) ... وجملة ذلك أن نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهناً في يد من الرهن في يده كالأصل ... وإذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين ببيع مع الأصل سواء في ذلك المتصل كالسمن والتعليم المنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمره واللبن والصوف والشعر" ^(٣)، وكذلك صرحوا في باب البيوع أن للمشتري النماء المتصل وهذا واضح وكذلك: "(فما حصل) في المبيع (من كسب أو نماء منفصل) فهو للمشتري" ^(٤).

الفرع الثاني

تعريف بيع الاموال المرهونة

عرف المشرع العراقي البيع في المادة "٥٠٦" من القانون المدني بأنه "مبادلة مال بمال" ^(٥)، ونحن هنا لسنا بصدد تعريف البيع الذي يكفي لانعقاده تراضي الاطراف بل تعريف بيع الاموال

(١) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٢٣.

(٢) أبو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٤٥.

(٣) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٣٤.

(٤) البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٩١.

(٥) كما عرفت مجلة الاحكام العدلية عقد البيع في المادة "١٠٥" بأنه "مبادلة مال بمال ويكون منعقداً وغير منعقد"، و عرفه مرشد الحيران في المادة "٣٤٣" بأنه "عقد البيع هو تملك البائع مالاً للمشتري بمال يكون ثمناً للمبيع"، وعرفه القانون المدني المصري في المادة "٤١٨" بأنه "عقد يلتزم به البائع ان ينقل للمشتري ملكية شيء او حقاً مالياً اخر مقابل ثمن نقدي"، وعرفه القانون المدني الفرنسي في المادة "١٥٨٢" بأنه "عقد يلتزم به احد الطرفين بتسليم شيء ويلتزم الآخر بدفع الثمن ويجوز ان يتم بعقد رسمي او عرفي".

المرهونة الموثقة بعقد الرهن، وبناءً عليه ستنم دراسة تعريف بيع الأموال المرهونة من خلال الفقرتين التاليتين:

الفقرة الاولى: معنى بيع الاموال المرهونة.

نلاحظ ابتداءً اننا لم نجد تعريفاً صريحاً لبيع الاموال المرهونة في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة على الرغم من ايراد نصوص قانونية تقضي بحق الدائن المرتهن والمدين الراهن والدائن العادي في طلب بيع الاموال المرهونة وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون.

وبما ان الوقت يكون عنصراً مهماً في عقد الرهن، فقد يتم بيع الأموال المرهونة قبل حلول الاجل بناءً على طلب الدائن المرتهن او المدين الراهن او الدائن العادي، كما قد يتم بيع الأموال المرهونة بعد حلول اجل الدين المضمون ويلزم توفر شروط عدة لكي يتم هذا البيع الشرط الاول حلول اجل الدين والشرط الثاني امتناع المدين الراهن عن الوفاء والشرط الثالث طلب صاحب المصلحة البيع.

ويتفق القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة في حق الدائن المرتهن في الرهن التأميني او الرهن الحيازي في طلب بيع الاموال المرهونة لكي يستوفي حقه بعد حلول الاجل وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون حيث تنص المادة "١٣١٦" ^(١) من القانون المدني العراقي والخاصة بالرهن التأميني على "اذا حلَّ الدين الموثق بالرهن التأميني ولم يوف جاز للمرتهن دون حاجة للحصول على حكم ان يقدم سند الرهن التأميني الى الدائرة المختصة وله ان يطلب بيع العقار المرهون وفقاً للإجراءات المقررة في قانون التنفيذ، ولا تتأخر معاملة المزايدة والبيع والاخلاء، ولو كان للراهن او غيره اعتراض رفعه الى المحكمة، لكن يجوز اجبار المرتهن على تقديم كفالة بأمر من

(١) وتقابلها الفقرة اولاً من المادة "١٠٥١" من القانون المدني المصري التي تنص على "١- للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء ان ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في المواعيد، ووفقاً للأوضاع المقررة في القانون"، والمادة "٢٣٤٦" من القانون المدني الفرنسي التي شرعت بموجب المادة الاولى من القانون رقم "٣٤٦" لسنة "٢٠٠٦م" والتي تنص على "يستطيع الدائن ان يطلب قضائياً في حالة عدم وفاء الدين المضمون بيع المال المرهون، ويحصل هذا البيع حسب الاحكام المنصوص عليها لإجراءات التنفيذ، ودون امكانية ان تلغي اتفاقية الضمان هذه الاجراءات" ونص المادة "٢٣٤٦" كالتالي:

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

المحكمة^(١) وقد ايد القضاء اختصاص دائرة التسجيل العقاري في بيع العقار المرهون^(٢) كما تنص المادة "١٢٢٩" من القانون المدني العراقي على "للمرتهن ان يستوفي حقه من العقار المرهون رهناً تأمينياً وفقاً للإجراءات المقررة لذلك، وإذا لم يف العقار بحقه، فله ان يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر اموال المدين" وتنص الفقرة اولاً من المادة "١٣٤١"^(٣) من القانون نفسه الخاصة بالرهن الحيازي على "١- للمرتهن حيازة ما للمرتهن تأميناً من حق في التنفيذ على المرهون، ثم على سائر اموال المدين، وتتبع في ذلك احكام المادة "١٢٩٩" كما وتنص المادة "٥٥" من قانون التنفيذ على "يكون حجز مال المدين ورفع وبيعه بطلب من الدائن وقرار من المنفذ العدل" وقد وضع القانون حكماً خاصاً اذا كان المرهون ديناً حل اجله حيث اجاز للمرتهن استيفاء حقه اذا حل اجل الدين عن طريق اجراء المقاصة بين الدينين او ان يطلب من المحكمة ان تأذن ببيعه او تملكه في المادة "١٣٦٠"^(٤)

(١) لم يحدد هذا النص الجهة المختصة ببيع العقار المرهون بشكل دقيق، بل اشار الى الاجراءات المقررة بقانون التنفيذ، هل يعني هذا ان مديرية التنفيذ هي الجهة المختصة، لكن هذا يتعارض مع ما جاءت به المادة "١٦١" من قانون التسجيل العقاري التي تنص "تقوم دائرة التسجيل العقاري المختصة ببيع العقارات الموثقة برهن او ما هو بحكمه او حق امتياز بناءً على طلب تحريري من الدائن المرتهن بتحصيل دينه وملحقاته اذا كان مستحق الاداء" وتليها المادة "١٦٢" التي تنص "يتخذ رئيس الدائرة القرارات التي لرئيس التنفيذ اتخاذها بشأن المزايدة واجراءاتها ولا تقبل الطعن بها عدا الطعن بطريقة الاعتراض لدى مدير التسجيل العقاري..." ، واجاب على هذا التنازع مجلس شورى الدولة، باعتباره الدائرة المختصة بتحديد الاختصاص، بان دائرة التسجيل العقاري هي المختصة ببيع العقار المرهون بقراره المرقم "١١٢" ، ١٢ / ١٩٨١ بتاريخ "١٨/٢/١٩٨١م"، حيث تختص دائرة التسجيل العقاري مديرية كانت او ملاحظيه بأجراء مزايدات العقارات المرهونة رهناً تأمينياً او حيازياً او المترتب عليها حق امتياز خاضع للتسجيل قانوناً او المحجوزة على شكل رهن كالعقارات المحجوزة من قبل المصرف العقاري او الزراعي او الصناعي او ادارة اموال القاصرين وغيرها من الجهات الاخرى المعتمدة اشارة حجزها بحكم الرهن قانوناً والتي يجري تسجيلها في سجل التأمينات العينية للحجز المعتمدة بحكم الرهن، د. محمد طه البشير ود. غني حصون طه، مصدر سابق، ص ٤٦٦، مجموعة تعليمات التسجيل العقاري، وزارة العدل، ج ١، ص ٩٤.

(٢) وقد ايد اختصاص دائرة التسجيل العقاري في بيع العقار المرهون قرار الهيئة التمييزية في رئاسة محكمة استئناف بغداد، الرصافة الاتحادية المرقم ٢٠٥/ت/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٩/٩م والذي تضمن "ان بيع العقار المنقول بالرهن التاميني يكون وفقاً لقواعد التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل، المادة ١٦١ منه"، اشار اليه استاذنا الدكتور منصور حاتم محسن، الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية/مج ٢١/العدد ١: ٢٠١٣م ، ص ١٩ هامش رقم ٤".

(٣) وتقابلها المادة "١١٢١" من القانون المدني المصري التي تنص على "١- يجوز للدائن المرتهن اذا لم يستوف حقه ان يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون في المزاد العلني او بسعره في البورصة او السوق ٢- ويجوز له ايضا ان يطلب من القاضي ان يأمر بتملكه الشيء وفاء للدين على ان يحسب عليه بالقيمة التي يقدراها الخبراء".

(٤) وتقابلها المادة "١١٢٩" من القانون المدني المصري 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..."

والتي تنص "اذا اصبح الدين المرهون و الدين 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"، يتضح من هذه النصوص ان القوانين المدنية اجازت للدائن المرتهن رهناً تأمينياً او حيازياً طلب بيع الاموال المرهونة عند حلول الاجل وتجدر الاشارة الى ان اجراءات بيع الاموال المرهونة تختلف فيما اذا كانت هذه الموال عقاراً أو منقولاً فالمنقول المرهون يكون بيعه من اختصاص مديرية التنفيذ التي يكون المنقول المرهون ضمن منطقة اعمالها اما عن السلطة التي تباشر هذا البيع فهي السلطة العامة المتمثلة في الدولة واجهزتها المختصة.

ويرى الفقه ان السند القانوني لاختصاص دائرة التسجيل العقاري في بيع العقار المرهون بالمزايدة العلنية هو الفقرة اولاً من المادة "١٣١٦" من القانون المدني لأنه لو كان المقصود بها دائرة التنفيذ لكان النص قد ورد بها صراحة بالإضافة الى ذلك ان عبارة "وفقاً للإجراءات المقررة في قانون التنفيذ" تؤكد ان الدائرة المختصة الواردة في تلك المادة هي ليست دائرة التنفيذ وكذلك الفقرة "و" من المادة "١٤" من قانون التنفيذ بدليل ان الوثيقة التي تعطيها دائرة التسجيل العقاري الى المرتهن بما تبقى له على الراهن بعد بيع العقار المرهون تعتبر من سندات التنفيذ التي تقوم دائرة التنفيذ بتنفيذها^(١).

وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدّة، حيث قضت محكمة التمييز في حكم لها "ان حق الدائن المرتهن في بيع المرهون لا يثبت الا بعد حلول اجل الدين المضمون به وله ان يبيع المرهون ليستوفي ما تبقى من دينه على الراهن بعد حلول الاجل"^(٢) كما قضت في حكم اخر لها ان من حق الدائن المرتهن ان يستوفي حقه كاملاً مباشرة من الرهن او من ثمن المال المرهون اذا كان المرهون عنده رهناً حيازياً^(٣) كما قضت المحكمة نفسها في قرار لها انه عند حلول الاجل اذا طلب الدائن المرتهن بيع المرهون فعليه ان يحسب غلة المرهون من تاريخ وضع يده على المرهون حتى

(١) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج ٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٨م، ص ٢٠٨ و ص ٢٠٩.

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ١٩٢٩، م ثانية عقار، ٧٢، ت ٢٤/٦/١٩٧٥م، منشور في مجموعة الاحكام العدلية، العدد الرابع، السنة الثانية عشر، ١٩٨١م، ص ٤٦.

(٣) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ١٩٢٩/٤م/٢٤ في ١٩٧٢/٣/١، والقرار رقم ١٩٧٣/٣م/٥٥٩ في ١٩٧٣/٩/٥م، اشار الى هذه القرارات ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز القسم الجنائي، بغداد، ١٩٩٨م، ص ٣٥٦ و ص ٣٥٩.

تاريخ البيع ويدفعها للراهن^(١)، كما اصدرت محكمة النقض الفرنسية قراراً يقضي بانه اذا تم بيع المرهون بناءً على طلب الدائن عند حلول اجل الدين فان على المرتهن ان يسلم المرهون للمشتري اذا تم البيع وما تبقى له من الدين اذا لم يفِ ثمن البيع يرجع به على الراهن بما بقي في ذمته من دين^(٢) كما قضت في حكم اخر لها انه على المرتهن ان يعمل الرهن اذا حل اجل الدين ولم يقم المدين بالوفاء في الموعد المحدد^(٣).

وهذا يبين ان من حق الدائن المرتهن الطلب من المحكمة بيع المال المرهون عند حلول اجل الدين المضمون وفي هذه الحالة على الدائن المرتهن ان يسلم المال المرهون الى المشتري عند حصول البيع ويستوفي دينه من حصيلة ثمن البيع.

واستناداً الى ما تم ذكره وبعد عرض موقف القانون والفقه والقضاء العراقي والمقارن ولعدم ايراد تعريف صريح لهذا البيع فأنا نقترح التعريف التالي لبيع الاموال المرهونة " هو البيع الجبري الذي تجريه السلطة العامة متمثلة بدائرة التسجيل العقاري ومديرية التنفيذ ولا يتم الا بناءً على طلب صاحب المصلحة وان يكون الدين المضمون بالرهن مستحق الاداء وامتناع الراهن عن الوفاء به ويتم وفقاً للأحكام وللإجراءات التي نص عليها القانون التي لا يجوز مخالفتها لأنها تعدّ من النظام العام والغرض منه هو حصول الدائن المرتهن على حقه من ثمن البيع وحماية المدين الراهن من ان تبخس امواله وحماية حقوق الغير".

اما عن موقف الفقه الاسلامي فلا يوجد تعريف متمايز لبيع الاموال المرهونة ولكننا نستطيع ان نستشف ذلك من خلال نفس تعريف الرهن عند مختلف المذاهب الإسلامية حيث عرفته الإمامية من العملي بأنه: "وثيقة دين المرتهن"، وأردف مفسراً المراد من الوثيقة ليستوفي دينه منها، وقيل ليستوفي دينه بها، والثاني هو الأرجح^(٤) وهذا التعريف يستنبط الأستيثاق بالعين المرهونة من خلال بيعها في حالة النكول أو الغياب أو الوفاة، ومنها يبدأ التفرع في حالات بيع الرهن لذا فقد نصت الامامية: "إذا حان زمان قضاء الدين وطالبه الدائن فلم يؤد الدين جاز للمرتهن بيع العين المرهونة

(١) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ١٧٢/م/٤٧ في ١٩٧٢/٦/١م، اشار اليه مجلة القضاء، العدد الاول، السنة ٥٣، ص ٣١٣.

(2) Cass Civ 5 majo 1905 By Planiol et Repert et Pekeh، op cit، p 386.

(3) Cass Comm 15Nov 1991. Cass Comm 28 majo 1996 By Dalloz، 1996، p 942.

(٤) مفتاح الكرامة، مصدر سابق، ج٥، ص ٧١ وص ٧٢.

واستيفاء دينه إذا كان وكيلًا عن مالكها في البيع واستيفاء دينه منه، وإلا لزم استجازت الراهن،... فإن لم يتمكن من الوصول إلى الراهن استجاز الحاكم الشرعي على الأحوط،... وإذا امتنع الراهن عن إجازة المرتهن رفع أمره إلى الحاكم ليلزمه بالوفاء أو البيع، فإن تعذر على الحاكم إلزامه باع المرتهن الرهن،... ومع فقد الحاكم أو عدم اقتداره على الإلزام بالبيع وعلى البيع عليه لعدم بسط اليد باعها المرتهن بنفسه مع الاستئذان من الحاكم الشرعي على الأحوط إن أمكن^(١)، وعرف المذهب الشافعي الرهن بأنه: "جعل عين متمولة وثيقة يستوفي منها عند تعذر الوفاء" وتمول هي ما يقابل بمال أو يسد مسداً، أما وثيقة أي أن الدائن يستوثق بها في حفظ حقه، ويستوفي منها أي يأخذ حقه منها^(٢) وفي بيع الأموال المرهونة فذكروا "إذا حل الحق وأبى الراهن وأمرهما الحاكم بالبيع فإن امتنع أمر عدلاً فباع"^(٣)، وعرفها فقهاء المالكية بأنه: "بذل من له البيع ما يباع أو غررا ولو اشترط في العقد وثيقة بحق"^(٤)، ومعنى البذل هو الاعطاء والدفع، وإن الرهن لا يتم لا بالتسليم ولا بالقبض، ويمكن بيعه، أي شيئاً يصح بيعه، وشرطه أن يكون مما يمكن أن يستوفي الدين منه أو من ثمن منافعه^(٥) المرهونة أن امتنع الراهن عن الوفاء وذكروا "للحاكم أن يبيع الرهن أن امتنع الراهن عن بيع الرهن وهو معسر أو من وفاء الدين وهو موسر ولا يهدد بحبس أو ضرب وليس للمرتهن تولي ذلك بنفسه"^(٦)، وأما المذهب الحنبلي فعرفوا الرهن بأنه "المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه أن تعذر استيفاء ممن هو عليه"^(٧)، ويباع المرهون إذا امتنع الراهن عن البيع وإن الحاكم يجبره ويحبسه فإن أصر باع عليه،

(١) السيد علي الحسيني السيستاني، مصدر سابق، ص ٣٥٢-٣٥٣، سماحة آية الله العظمى الشيخ محمد اسحاق الفياض، مطبعة أمير، قم، إيران، بلا ت، ج ٢، ص ٣٦٣.

(٢) سليمان بن عمر بن منصور العجلي الأزهرى (ت ١٢٠٤)، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، دار الفكر، بيروت، لبنان، بلا ت، ج ٣، ص ٢٦٢ و ص ٢٦٣.

(٣) الشافعي، الام، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة طبع، سنة النشر ١٩٩٠م.

(٤) محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (ت ١١٠١هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي (حاشية الخرشي)، دار الفكر للطباعة، بيروت لبنان، ج ٥، ص ٢٣٦.

(٥) أحمد بن غانم شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي (ت ١١٢٦هـ)، الفواكه الدواني، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م، ج ٣، ص ٤٦.

(٦) محمد الامير المالكي، ضوء الشموع بحاشية المجموع، حاشية الحجازي الدوري المالكي، المحقق: محمد محمود ولد محمد الامين المومي، دار يوسف، مكتبة الامام مالك، موريتانيا، ج ٣، ص ٢٤٤.

(٧) ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٣٢٦.

عليه، ومن الاصحاب من يقول الحاكم مخير ان شاء اجبره على البيع وان شاء باع عليه^(١)، وعرفها المذهب الحنفي بانه "حبس المال بحق يمكن اخذه منه، وهو الدين حقيقة او حكماً"^(٢)، والمال هو "كل ما يملك وينتفع به على الوجه المعتاد، وحبس المال بحق، اي بسبب حق، سواء كان ديناً او عيناً مضمونة معلوماً كان او مجهولاً، ويمكن اخذه اي استيفاء الحق منه، اي من المال المرهون"^(٣)، وللمرتين بيع الرهن بإجازة الحاكم واخذ دينه اذا كان الراهن غائباً لا يعرف موته ولا حياته^(٤)، ومن خلال كل التعريفات للمذاهب يمكن أن نقول أن تعريف بيع الأموال المرهونة هي مدلول لازم لتعريفهم للرهن من خلال إيرادهم مفردات تدل على ذلك مثل (وثيقة) و(عين متمولة وثيقة) و(بذل ... ما يباع) و(المال ... وثيقة) و(حبس المال ..أخذه منه) وكلها تدل بالدلالة الالتزامية على أنه في حالة عدم تمكن الوفاء ببيع الرهن لغرض الوفاء وهذا هو شرط المرتين لإعطاء الدين.

الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية لبيع الاموال المرهونة .

الغاية الاساسية من بيع الاموال المرهونة هي تحويل هذه الاموال الى مقابل نقدي لكي يتمكن الدائن من استيفاء حقه من هذا المقابل، وقد اختلف الفقه حول طبيعة هذا البيع ويرى رأي في الفقه العراقي ارجاع النظريات المختلفة بهذا الشأن الى اساسين:

الأساس الاول: ان بيع الاموال المرهونة ليس عقداً بل عمل سلطة عامة يصدر من موظف منحه القانون هذه الصفة فاذا كانت هذه الاموال عقارية فان مدير التسجيل العقاري هو المسؤول عن هذا البيع استناداً الى الفقرة اولاً من المادة "١٣١٦" من القانون المدني العراقي والمادة "١٦١" من قانون التسجيل العقاري، اما اذا كانت الاموال المرهونة منقولة فان المنفذ العدل بعد اصدار قرار الحجز يقوم هو بتنفيذه او يعين احد موظفي مديرية التنفيذ للقيام بذلك وفقاً للمادة "٦٣" من قانون التنفيذ التي تنص "يقوم المنفذ العدل او من ينيبه من موظفي مديريته بتنفيذ قرار حجز اموال المدين المنقولة".

(١) زين الدين عبد الرحمن بن احمد بن رجب بن الحسن السلامي البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي (ابن رجب) (ت: ٧٩٥هـ)، القواعد، دار الكتب العلمية، المنامة، البحرين، ج ١، ص ٣٢.

(٢) محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا خسرو (ت ٨٨٥هـ)، درر الحكام شرح غرر الاحكام، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، لبنان، ج ٢، ص ٣٠٨.

(٣) الاموال ونظرية العقد، محمد يوسف موسى، دار الكتاب العربي، مصر، ط ١، ١٣٧٢ هـ، ١٩٥٢ م، ص ١٦٢.

(٤) مختار بن محمد الزاهدي (١٢٦٠هـ)، قنية المنية لتتيمم الغنية، مطبعة المهانند، كلكتا، الهند، ١٢٤٥هـ، ص ٢٩٠٣.

وان هذه النظرية لا تتكر صفة البيع بل نلاحظ ان وسيلته الفنية التي يتم بها هي سلطة الدولة وقرارها وتؤدي هذه النظرية الى نتيجتين:

النتيجة الاولى: ان هذا البيع يخضع من حيث صحته وبطلانه الى قواعد بطلان الاعمال الاجرائية وليس الى قواعد بطلان التصرف القانوني.

النتيجة الثانية: عند تفسير محل البيع او اي شرط لا يلجأ الى ارادة الموظف العام او المشتري بل ينظر الى العناصر والاعمال التي نشأ عنها الخلاف^(١).

الاساس الثاني: يعدّ البيع الجبري عقداً وان اهم النظريات التي اخذت بهذا الاساس:

١- نظرية النيابة القانونية: وفقاً لهذه النظرية فان بيع الاموال المرهونة هو عقد بين المرسى عليه المزداد والموظف القضائي الذي يعدّ نائباً عن المدين نيابة قانونية، ويؤخذ على هذه النظرية انه في النيابة القانونية يعمل النائب باسم من ينوب عنه ولمصلحته بينما تعمل السلطة العامة في هذا البيع لتحقيق مصلحة الدائن في استيفاء حقه والمصلحة العامة في تطبيق القانون.

٢- نظرية كيوفندا: وترى هذه النظرية ان بيع الاموال المرهونة هو عقد بين السلطة القضائية وبين من يتقدم بأحسن عطاء وان الدولة كبائعة لا تبيع نيابة عن المدين بل استناداً الى سلطة التصرف التي منحها لها القانون لتحقيق غرض معين، ويؤخذ على هذه النظرية ان فصل ونزع سلطة التصرف من المدين يتعارض مع ما هو مسلم فيه من ان للمدين التصرف في هذه الاموال حتى يتم البيع وكذلك ان ابرام الدولة عقد بيع مع الغير يؤدي الى الزامها بالتزامات البائع وهذا لا يمكن التسليم به.

٣- نظرية التوافق بين سلطة الموظف وارادة المشتري: وملخص هذه النظرية ان بيع الاموال المرهونة يعدّ عقداً ينعقد نتيجة توافق سلطة الموظف العام مع ارادة الراسي عليه المزداد، ويؤخذ على هذه النظرية انه اذا كان الموظف هو الذي يعلن ارادته بالبيع لأدى ذلك الى الزامه تعاقدياً مع المشتري في حين لا توجد اي مسؤولية تعاقدية على السلطة العامة او الموظف من جراء قرار الاحالة^(٢).

(١) علي مظفر حافظ، شرح قانون التنفيذ، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤م، ص ٢١٩.

(٢) علي مظفر حافظ، المصدر نفسه، ص ٢٢٥.

اما رأي الفقه المصري والفرنسي بشأن الخلاف حول طبيعة بيع الاموال المرهونة هل هو عقد بيع اختياري ام انه يتميز بطبيعة مغايرة فقد تركز هذا الخلاف في نظريتين اساسيتين:

النظرية الاولى هي النظرية العقدية: وفقاً للفقه المصري ترى هذه النظرية ان بيع الاموال المرهونة لا يختلف من حيث طبيعته القانونية عن البيع الاختياري فهو عقد والحكم الذي يصدر بإيقاع بيع العقار حكم من حيث الشكل لكنه عقد من حيث طبيعته ويرتب ما يترتب على عقد البيع من التزامات وآثار ما لم ينص القانون على غير ذلك، ويرى انصار هذه النظرية ان وضع المال المرهون في المزاد يعدّ دعوة الى التعاقد وان العطاء الذي يتقدم به الراغب في الشراء هو ايجاب و رسو المزاد قبول للعقد، ويؤخذ على هذه النظرية انه اذا كان العطاء يعبر عن ارادة المشتري فان الصعوبة التي تثار هي في ارادة البائع، حيث ان الاموال المرهونة تباع جبراً عن المدين مالك المال المبيع ودون ارادته^(١).

اما الفقه الفرنسي فيرى انه وفقاً لهذه النظرية يكون العطاء الذي يتقدم به المشتري معبراً عن ارادته اما عن ارادة المدين فيرى فقهاء القانون الفرنسي استخدام فكرة النيابة والقول بان الدائن المباشر بالإجراءات او ان الموظف القضائي يمثل المدين في عقد البيع وان القضاء يمارس سلطة عامة على مال المدين ولكنه بهذا يبرم عقداً من عقود القانون العام، ويؤخذ على هذه النظرية هو تكييف بيع الاموال المرهونة كعقد من عقود القانون العام حيث ان ما يميز عقود القانون العام هو ان الادارة تقوم بإبرامها من اجل تسيير مرفق عام بينما ارادة الموظف القضائي في هذا البيع ليست ارادة حرة عقدية ترمي الى تحقيق مصلحة ذاتية للمرفق^(٢).

النظرية الثانية هي نظرية القرار القضائي: وفقاً للفقه المصري ترى هذه النظرية ان بيع الاموال المرهونة عبارة عن قرار يصدره الموظف القضائي بما له من سلطة عامة، وهو قرار يتضمن نزع ملكية المال المبيع ونقلها الى المشتري مقابل الثمن الذي دفعه هذا المشتري حيث يصدر هذا القرار وفقاً لإجراءات يحددها القانون في التنفيذ ونزع الملكية، ولذلك فان العطاء الذي يتقدم به المشتري لا يعد ايجاباً ولا قبولاً للتعاقد وانما هو اجراء من اجراءات البيع، ويؤخذ على هذه النظرية ان بيع الاموال

(١) د. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ١٩٧٤م، ص ٢٠٢.

(٢) نقلاً عن د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الاداري، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ١٩٦١م، ص ٨٨٨.

المرهونة هو قرار يصدر من القضاء ضمن اجراءات التنفيذ ولا يعني عدّه عملاً قضائياً بالمعنى الدقيق فهو حتى لو اتخذ شكل الحكم يبقى عملاً من اعمال التنفيذ القضائي^(١).

اما الفقه الفرنسي فيرى انصار هذه النظرية ان بيع الاموال المرهونة هو قرار يصدر وفقاً للإجراءات التي يحددها القانون ولا يعدّ عطاء المشتري ورسو المزاد ايجاباً ولا قبولاً، حيث يخضع عقد بيع الاموال المرهونة الى نظام اجرائي متميز يرسمه القانون وهو لا يخضع لقواعد البطلان في العقود وانما القواعد البطلان في الاجراءات، وان ما يؤخذ على هذه النظرية هو ان البيع القضائي لا يخضع للقواعد العامة للحكم القضائي حيث لا يلزم تسبب الحكم لإيقاع البيع ولا يخضع لقواعد الطعن في الاحكام بل يخضع للنظام القانوني للبيع وبناءً على ما تسبقه من اجراءات^(٢).

واستناداً الى ما تم ذكره فأنا نرى ان نظرية القرار القضائي هي النظرية الجديرة بالتأييد، فهي تتفق مع تحديد طبيعة التنفيذ كنشاط قضائي وعدّ البيع القضائي خطوة من خطوات هذا النشاط، وكذلك فهي تتجنب الانتقادات التي واجهت محاولة تصوير التكوين النقدي للبيع القضائي حيث انها تفسر اختلاف الآثار بينهما.

اما عن طبيعة وتكييف بيع الاموال المرهونة في الفقه الاسلامي فعلى فقرتين:

الفقرة الاولى: بيع الأموال المرهونة من قبل الراهن لوفاء دينه بعد حلول الأجل أو قبل حلول الأجل بأذن المرتهن فهذا لا شك ولا ريب في حليته وطبيعته الفقهية واضحة لأن الرهن ملك للراهن وبأذن المرتهن وفاءً لعقد الرهن وليس هنا محل الكلام.

الفقرة الثانية: بيع الأموال المرهونة من قبل الحاكم وهنا محل الكلام ولفهم هذه الطبيعة يجب التطرق إلى النظرية الإسلامية للمجتمع الإسلامي فالمشرع الإسلامي جعل في رأس هرم السلطة التنفيذية والتشريعية خليفة أو حاكم أو ولي الأمر أو حاكم شرعي على اختلاف مسمياته في الفرق الإسلامية يكون من واجباته حفظ النظام الإسلامي في المجتمع بمختلف مستوياته ومحل كلامنا النزاعات المالية بين أفراد المجتمع، فلذا تجد في مختلف أبواب الفقه في المذاهب الإسلامية ما يحيل الحكم فيها إلى القاضي أو الحاكم أو ولي الأمر لكون أي مجتمع من المجتمعات يجب أن تتوفر فيه سلطة تنفيذية

(١) د. وجدي راغب، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

(٢) نقلاً عن د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٧٥م، ص ٤٧٧.

تلازم السلطة التشريعية فإذا كان الفقيه هو سلطة تشريعية متكاملة فيجب أن تكون في جنبه سلطة تنفيذية قادرة على تنفيذ هذا الحكم وتبدو الحاجة ملحة جداً في أبواب النزاع والتشاح والخلاف والقضاء فإذا لم تكن هنالك سلطة تنفيذية ستسود شريعة الغاب وتعطل الحدود وتستشري الفوضى في أي مجتمع لذا وجب وجود تلك السلطة التنفيذية، واستدلوا على ذلك بنصوص كثيرة بغض النظر عن تماميتها على المراد أو سعة تلك الحدود لأن نظر الفقهاء أن ما استنبطوه هو حكم الله ورسوله وهذه الأدلة تدل على وجوب اتباع تلك الأحكام منها: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا، أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(١) ومحل الشاهد ﴿أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾، ومنها: ﴿فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يَحْكُمَوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيَسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾^(٢) ومنها: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مِؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾^(٣)، والكثير من الأحاديث الشريفة قد تبلغ العشرات^(٤) في تواترها بوجوب اتباع حكم الله في جميع الأمور ومنها النزاعات المالية، بل خصصوا الكثير من النصوص لواجبات الحاكم في الدولة الإسلامية منها: "أَحَدُهَا حِفْظُ الدِّينِ عَلَىٰ أَصُولِهِ الْمُسْتَقَرَّةِ وَمَا أَجْمَعَ عَلَيْهِ سَلَفُ الْأُمَمِ، فَإِنْ نَجَمَ مُبْتَدِعٌ أَوْ زَاغَ دُؤْ شُبْهَةٌ عَنْهُ أَوْ ضَحَّ لَهُ الْحُجَّةُ وَبَيَّنَّ لَهُ الصَّوَابَ ... الثَّانِي: تَنْفِيذُ الْأَحْكَامِ بَيْنَ الْمُتَشَاكِرينَ وَقَطْعُ الْخِصَامِ بَيْنَ الْمُتَنَازِعِينَ"^(٥)، لذا نجد كتب الفقه الإسلامي بمختلف مشاربهم يحيلون إلى الحاكم في أبواب عدة منها أرث ما لا وارث له وباب الطلاق وباب زواج المجنون وباب أموال اليتيم الذي لا أقارب له وباب أموال السفية وباب دفن الميت الذي لا مال له وباب المفلس وباب الحجر وباب القضاء وباب الديات وباب الجنايات وباب الجهاد وباب المفازات والأرض المفتوحة وباب الرهن وغيرها الكثير.

(١) سورة النساء: الآية ٥٩.

(٢) سورة النساء: الآية ٦٥.

(٣) سورة الأحزاب: الآية ٣٦.

(٤) الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي (ت ١١٠٤ هـ)، تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، تحقيق مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، الناشر: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم، إيران، ١٤١٤ هـ، ط ٢، ج ٢٧، ص ١١، البخاري، الصحيح، ج ٨، ص ١٠٤ وما بعدها.

(٥) علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي (٤٥٠ هـ)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٦٦ م، ط ٢، ص ١٥.

نعم هنالك اختلاف قد يكون جوهري بين الإمامية وبقيّة الفرق الإسلامية في تحديد هذا الحاكم أو الإمام فتجد الفرق الإسلامية تنص على أنه "خِلَافَةُ النَّبُوَّةِ فِي حِرَاسَةِ الدِّينِ وَسِيَاسَةِ الدُّنْيَا" (١) ومقصدهم منها من نال واقعاً هذه الصفة إما بالبيعة أو باختيار أهل الحل والعقد أو غيرها وتسلطن على الناس فيكون هو الأمين على أموالهم وأنفسهم (٢)، وعند الإمامية ويسموه الحاكم الشرعي هو المنصوص عليه من قبل الله أو نائبه (٣) والمقصود من نائبه المجتهد العادل (الأعلم) ينوب عن الامام الغائب المهدي المنتظر عجل الله فرجه الشريف (٤).

والمحصل واحد بوجود من هو صمام أمان للدين بإقامة شرعه والفصل بين الناس في النزاعات والرجوع إليه عند الاختلاف، لذا فقد أصبح الحاكم هو نائب للمالك وولي للغائب والمفلس والمحجور والسفيه لذا كانت في كتبهم الفقهية كثيراً ما يستخدمون لفظات تعليلية لهذا المنصب، لذا قالت الإمامية: "... فان الحاكم ولي المالك ونائب عنه مع غيبته" (٥)، والشافعية لذلك بصيغة التعليل: "لأن الحاكم ولي حاضر" (٦) وكذلك قالوا: "فلا ضمان على المساكين ولا على الامام لأنه وكيل للمال" (٧)، وقالت الحنفية: "... إذ الحاكم ولي" (٨)، وكذلك القاضي لنفس السبب: "قله أن يبيعه لكن لكن بأذن القاضي له لان له ولاية في مال غيره في الجملة" (٩)، الحنبلية: ".... فتكون للحاكم لأنه ولي من لا ولي له" (١٠)، وقالت المالكية: "لأن الحاكم أو نائبه أمين لا ضمان عليه" (١١).

-
- (١) علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، مصدر سابق، ص ٥.
- (٢) علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، المصدر نفسه، ص ٧ وما بعدها.
- (٣) أحمد فتح الله، معجم ألفاظ الفقه الجعفري، مطابع المدخول، الدمام، السعودية، ١٩٩٥م، ط ١، ص ١٤٩.
- (٤) احمد فتح الله، المصدر نفسه، ص ٤١٩.
- (٥) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٦٧.
- (٦) الشيخ محمد الشربيني الخطيب (ت ٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٥٨م، ج ٣، ص ١٤٧.
- (٧) يحيى بن شرف النووي الدمشقي (ت سنة ٦٧٦هـ)، المجموع شرح المذهب، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، بلا ت، ج ٦، ص ١٥٨.
- (٨) محمد امين الشهير بابن عابدين، الدر المختار شرح تنوير الابصار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٩٥م، ج ٣، ص ٥٩.

- (٩) الكاشاني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٤٨.
- (١٠) الهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج ٣، ص ٥٢١.
- (١١) أبو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٧٦.

وبما تقدم من حكومة الحاكم الشرعي غض النظر عن كونه شرعياً فالأصل عدم جواز بيع المال من غير إذن صاحبه وهذا من أوضح الواضحات ولكن عند امتناع الراهن بسبب من الأسباب عن الوفاء بعقده ولم تكن للمرتهن وكالة عن الراهن في البيع - على من يرى جوازها - يرفع أمره إلى الحاكم باعتباره السلطة التنفيذية للجانب التشريعي الإسلامي فيعمل الحاكم جانبه التشريعي في لزوم حفظ نظام المجتمع فيأمره إن كان حاضراً بالوفاء وبغض النظر عن الطريقة ببيع الرهن أو غيرها فإن تعنت أو تعذر على الحاكم تحصيل أذنه أعمل ولايته الفقهية على الرهن باعتباره ولياً عليه فيبيعه بما منحت له الشريعة ذلك حفظاً على نظام المجتمع ولما أنه ولي للراهن في حالة وجوده أم غيابه وجب عليه أن يراعي ذلك بأن لا يبيعه ببخس أو يجحف بحق وليه الراهن بل يبيعه بما يضمن حق الراهن وليه وحق المرتهن رعيته وهذه هي الطبيعة الفقهية لبيع الأموال المرهونة وسيأتي تفصيلها في المباحث القادمة.

المطلب الثاني

حالات بيع الاموال المرهونة

إن منح الدائن حق اقتضاء دينه جبراً قد يؤدي الى تعسفه في استعمال هذا الحق فيظلم مدينه ويعتدي على حقوق الغير كما قد يؤدي الى عجزه عن تحصيل دينه واخلاله بالمصالح العامة و نظراً لما في ذلك من محاذير اجتماعية واقتصادية فقد نص القانون على حالات يتم فيها بيع الاموال المرهونة ليقضي الدائن حقه من مقابلها النقدي مع حماية مصلحة المدين والغير وتحقيق المصلحة العامة ويتم هنا البيع من خلال الاستعانة بالسلطة العامة^(١) وبعض هذه الحالات يتم فيها بيع الأموال المرهونة وفقاً للقواعد العامة والبعض الآخر يتم فيها البيع استثناء لتحقيق مصلحة الاطراف، ولتوضيح حالات بيع الاموال المرهونة سنقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص الفرع الاول لدراسة بيع الاموال المرهونة قبل حلول الاجل، اما الفرع الثاني فسنبحث فيه بيع الاموال المرهونة بعد حلول الاجل.

(١) المقصود بالسلطة العامة اجهزة الدولة المتمثلة بالوزارات والدوائر الحكومية، وفي هذه الدراسة تتمثل هذه الدوائر بدائرة التسجيل العقاري فيما يخص بيع الاموال المرهونة العقارية وفقاً للمادة "١٦١" من قانون التسجيل العقاري، ومديرية التنفيذ فيما يخص بيع الاموال المرهونة المنقولة وفقاً للمادة "٦٣" من قانون التنفيذ، وهذا طبقاً للقرار الصادر عن مجلس شورى الدولة بالرقم "١١٢ ، ١٢ / ١٩٨١م" بتاريخ "١٨ / ٢ / ١٩٨١م"، اشار اليه د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤٦٦.

الفرع الاول

بيع الاموال المرهونة قبل حلول الاجل

لا يجوز بيع الاموال المرهونة الا بناءً على طلب الدائن المرتهن بعد حلول اجل الدين، الا ان القوانين المدنية الحديثة ومنها القانون المدني العراقي اجاز بيع الاموال المرهونة قبل حلول اجل الدين في حالتين، الحالة الاولى هي بيع الاموال المرهونة قبل حلول الاجل بناءً على طلب الدائن المرتهن اذا كانت هذه الاموال مهددة بالهلاك او التلف او نقص القيمة او بيع الاموال المرهونة قبل حلول الاجل بناءً على طلب المدين الراهن اذا عرضت عليه فرصة للبيع وكانت تعدّ صفقة رابحة، اما الحالة الثانية فهي بيع الاموال المرهونة قبل الاجل بناءً على طلب الدائن العادي اذا كانت قيمتها تزيد عن قيمة الدين المؤمن بعقد الرهن، وسيتم بحث هذه الحالات من خلال الفقرتين التاليتين:

الفقرة الاولى: بيع الاموال المرهونة قبل حلول الاجل بناءً على طلب الدائن المرتهن أو المدين الراهن:

اولاً: بيع الاموال المرهونة قبل حلول الاجل بناءً على طلب الدائن المرتهن .

يتفق القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة على انه اذا كانت الاموال المرهونة مهددة بالهلاك او التلف او نقص في القيمة وقام المرتهن بإبلاغ الراهن ولم يقم الراهن بتقديم اموالاً بدلاً عنها ان يطلب الدائن المرتهن من المحكمة بيع هذه الاموال وابقاء الثمن رهناً في يده وقد اكدت على ذلك الفقرة ثانياً من المادة "١٣٣٨" من القانون المدني العراقي الخاصة بالرهن الحيازي التي تنص "٢- وإذا كان المرهون مهدداً بان يصيبه هلاك او نقص في القيمة وجب على المرتهن ان يبادر بإعلان الراهن بذلك والا كان مسؤولاً، وفي حالة الاعلان يجوز للراهن ان يسترد المرهون اذا قدم للمرتهن تاميناً آخر، فاذا لم يفعل جاز للمرتهن ان يطالب المحكمة ببيع المرهون وابقاء ثمنه رهناً في يده"، وللقضاء تطبيقات في هذا المجال^(١)، كما تنص المادة "١٢٩٦" من القانون نفسه على "١- يضمن الراهن في الرهن التأميني سلامة الرهن، وللمرتهن ان يعترض على كل عمل يكون من شأنه انقاص

(١) حيث قضت محكمة استئناف الموصل في حكم لها يتضمن "ان ادعاء المدعي بطلب اعادة المرهون عيناً او قيمته بدلاً وحيث ان المدعي عليه يعد اميناً ومصدقاً بيمينه ودفع بتسليمه المرهون للمدعي وحلف بطلب من المدعي اليمين بأن ذمته لم تكن مشغولة عن بدل رهن الحلقين ... وقضت المحكمة برد الدعوى"، ينظر قرار محكمة استئناف الموصل المرقم ١١٠٥، صلحيه، ١٥٦، الموصل، اشار اليه المحامي سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج ٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٢م، ص ٧٢٥.

ضمانه. ٢- فإذا وقعت اعمال من شأنها ان تعرض العقار المرهون للهلاك او التعيب او تجعله غير كافي للضمان، كان للمرتهن ان يطلب من المحكمة وقف هذه الاعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر".

ونص القانون المدني المصري على جواز بيع الاموال المرهونة قبل الاجل اذا كانت مهددة بالهلاك او نقص القيمة في المادة "١١١٩"^(١) منه الا انه يوجد اختلاف بين القانونين هو ان القانون المدني العراقي قد اجاز للدائن المرتهن فقط طلب بيع الاموال المرهونة في هذه الحالة، اما القانون المدني المصري فقد اجاز للدائن المرتهن والمدين الراهن طلب البيع^(٢).

ويرى الفقه ان الاموال المرهونة قد تهلك او تتعيب بسبب خطأ الراهن او المرتهن او بسبب اجنبي ولا يقصد بالهلاك نقص القيمة المادية بسبب هبوط الاسعار فالدائن المرتهن يضار من نقص قيمة المرهون كما يستفيد من زيادة قيمته نتيجة ادخال تحسينات او انشاءات عليه، والمقصود بالهلاك في هذه الدراسة حصول تغيير مادي في الاموال المرهونة^(٣).

(١) تنص المادة "١١١٩" من القانون المدني المصري على "١ - اذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك او التلف او نقص القيمة بحيث يخشى ان يصبح غير كاف لضمان حق الدائن، ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شيء اخر يقدم بدله، جاز للدائن او الراهن ان يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني او بسعره في البورصة او السوق. ٢ - ويفصل القاضي في امر ايداع الثمن عند الترخيص في البيع، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء الى ثمنه".

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٨٩٥، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٦٤٤، د. السيد محمد السيد عمران، مصدر سابق، ص ٢٨٦، د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٢٧٣.

(٣) د. محمد علي امام، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة النهضة، مصر، ١٩٩٦م، ص ٣٢٨، محمد كامل مرسي، التأمينات الشخصية والعينية، تنقيح المستشار محمد علي شكيكة والمستشار معتز كامل، منشاة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ١٦١، د. احمد سلامة، التأمينات العينية، دار النهضة العربية، بيروت، =لبنان، ١٩٧٠م، ص ٢٤٣، د. محمد حسين منصور، التأمينات العينية "الرهن الرسمي"، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٥م، ص ٢٨٤، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤٢٣.

كما ويرى الفقه الفرنسي امكانية استثنائية لحلول عيني في ما يتعلق برهن اشياء مثلية وقابلة للتلف، وهذا يبدو مزعجاً و بصورة خاصة عندما يحرم المرتهن من المنفعة مادامت الاموال المرهونة فقدت قيمتها واصبحت معدومة^(١).

واستنادا الى ما تم ذكره فأنا نرجح ما سار عليه المشرع المصري من اجازة الراهن والمرتهن في طلب بيع الاموال المرهونة اذا كانت مهددة بالهلاك او نقص في القيمة ونقترح على المشرع العراقي تعديل الفقرة ثانياً من المادة "١٣٣٨" ليشمل طلب البيع من قبل الراهن بالإضافة الى المرتهن لتصبح كالتالي "٢- واذا كان المرهون مهدداً بان يصيبه هلاك او نقص في القيمة وجب على المرتهن ان يبادر بإعلان الراهن بذلك والا كان مسؤولاً، وفي حال الاعلان يجوز للراهن ان يسترد المرهون اذا قدم للمرتهن تاميناً اخر، فاذا لم يفعل جاز للمرتهن او الراهن ان يطلب كل منهم من المحكمة ببيع المرهون، وينتقل حق المرتهن في هذه الحال من المال المرهون الى ثمنه".

اما اراء فقهاء المذاهب الاسلامية من بيع الاموال المرهونة في اطار الرهن الحيازي اذا كانت مهددة بالهلاك، اذا كان الرهن على الدين المؤجل وكان مما يسرع اليه الفساد قبل الاجل من دون ان يمكن دفعه عنه، كتجفيف التمر، فان شرط بيعه قبل ان يطرأ عليه الفساد وجعل ثمنه مكانه في استيفاء الدين صح الرهن، وببيعه الراهن او يوكل المرتهن في بيعه، وان امتنع اجبره الحاكم الشرعي، فان تعذر باعه الحاكم الشرعي، او وكيله، ومع فقد بابه المرتهن، فاذا بيع جعل ثمنه مكانه في استيفاء الدين^(٢) وهذا هو رأي الامامية، وفي قول للعلامة الحلي من الامامية: "ان الرهن امانة في يد المرتهن لا يسقط بتلفه شيء من الدين ولا يلزمه ضمان الا اذا تعد فيه عند علمائنا اجمع"^(٣).

اما رأي المذهب المالكي من هلاك العين المرهونة، فكان رايهم مفصلاً فان كان مما لا يعاب عليه كالحيوان والعقار ونحوهما، فهذا ضمانه من رهنه ، ولا يضمه المرتهن الا ان تعدى، وما يعاب

(١) جاك ميتر وعمانويل بوتمان ومارك بيو، المطول في القانون المدني الفرنسي قانون التأمينات العينية العام، بأشراف جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، ٢٠٠٦م، ص ٢٩٢.

(٢) السيد علي الحسيني السيستاني، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٤٨، والشيخ محمد اسحاق الفياض، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٦٣.

(٣) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٤٧، العاملي، مفتاح الكرامة، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٨١.

عليه كالثياب والسلع وغيرها، فهذه ان كانت في يد غير المرتهن فهي كالأول وان كانت في يد المرتهن فلا يقبل قوله في هلاكها الا بينه على التلف فان لم تقم بينه على التلف ضمن^(١)، وقالوا: "ان بيع الرهن هو ضمان حق الراهن والمرتهن، وعلى ذلك فلو هلك بيد المرتهن الرهن بلا تفريط، هلك من ضمان الراهن ولا يضمنه المرتهن بل يبقى دينه بتمامه وكماله حتى يؤدي اليه"^(٢)، وفي قول اخر لهم من خشية هلاك العين المرهونة: "فان كان مما يسارع اليه الفساد ولم يحل فان الرهن يباع كله ويوف الدين"^(٣)، وبما ان الهلاك يسري الى الرهن دون تعدي منه ولا تقصير فان البيع يكون حق للمرتهن ويكون الثمن بدل الرهن، فان اخذ المرتهن دينه فعليه ان يرد الرهن الى المرتهن، فقالوا: "قال واذا اخذ المرتهن دينه فعليه ان يرد الرهن على الراهن، فان منعه بعد سؤاله اياه فانه غاصب وان اخذ الراهن الرهن ثم وضعه عنده صار امانة، فان هلك بعده هلك على الامانة، ولو ان الراهن دفع الى المرتهن دينه وترك الرهن في يديه ثم هلك فان المرتهن يرد على الراهن ما اخذ منه لان هلاك الرهن استيفاء الدين وليس له ان يستوفي دينه مرتين"^(٤).

اما عن رأي المذهب الشافعي من بيع المرهون الذي يسرع اليه الفساد، فاذا كان المرهون ما يفسد من يومه او غده او بعد يومين او ثلاثة او مدة قصيرة مثل البقل والبطيخ، فان كان الى اجل يفسد اليه الرهن، فان للراهن بيعه قبل محل الحق، على ان يعطي صاحب الحق حقه بلا شرط^(٥).

وقال فقهاء المذهب الحنبلي إذا خشي هلاك و فساد العين المرهونة، انه يصح رهن مما يسرع اليه الفساد، سواء كان مما يمكن اصلاحه بالتجفيف كالعنب والرطب، او لا يمكن كالبطيخ والطبيخ،

(١) جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دراسة وتحقيق د . حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الاسلامي، المغرب، ج ١، ص ٧٧٨.

(٢) ابو عبد الله محمد بن علي بن عمر النُمَيْمي المازري المالكي (المتوفى: ٥٣٦هـ)، الشيخ محمد المختار السلامي، شرح التلقين، دار الغرب الاسلامي، ط ١، ٢٠٠٨ م، ج ١، ص ٥.

(٣) الامام محمد الامير المالكي، ضوء الشموع، المكتبة الازهرية للتراث، مصر، ج ٣، ص ٢٢٧.

(٤) علي بن الحسين بن محمد السُّعْدي الحنفي (ت ٤٦١هـ)، النتف في الفتاوي، تحقيق: صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، عمان، الأردن، ط ٢، ١٩٨٤ م، ج ٢، ص ٦٠٨.

(٥) محمد بن ادريس الشافعي، كتاب الام، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٦٣.

ثم ان كان مما يجفف فعلى الراهن تجفيفه، وان كان مما لا يجفف، فانه يباع ويقضي الدين من ثمنه ان كان حالاً، او يحيل قبل فساد^(١).

وقال المذهب الحنفي بجواز البيع بشرط خوف الفساد ويكون ذلك بأذن الحاكم لذا قالوا: "وله أن يبيع ما يخاف الفساد عليه بأذن القاضي ... لان بيع ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ فله أن يبيعه لكن بأذن القاضي له لان له ولاية في مال غيره في الجملة فان باع بغير اذنه ضمن لأنه لا ولاية له عليه وإذا باع بأمر الحاكم كان ثمنه رهنا في يده لأنه بدل المرهون فيكون رهنا"^(٢).

اما اذا تعدى المرتهن او فرط في حفظه حتى تلف فانه يضمنه للراهن وهو مذهب الامامية^(٣) والحنفية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) والمالكية^(٧) على أن الرهن امانة عند المرتهن لا يضمنه الا ان يتعدى فان تلف بغير تعد منه فلا شيء عليه لأنه امين فأشبه المودع او يقال: "ان المرهون امانة في يده فلزمه اذا تلف بتعديه او تقريطه كالوديعة ويكون الضمان بالمثل مهما كان المثل اذا كان المرهون من المتليات وبالقيمة ان كان قيميا مهما بلغت قيمه وتوضع القيمة مكان المرهون"^(٨) وقال العامل من الامامية: "ويتعلق الرهن بالقيمة لو اتلفه المرتهن او اجنبي وكذا لو اتلفه الراهن لان معنى الرهن الاستيثاق بالعين ليستوفي الدين من قيمته ... فان جرى عليه شيء بحيث يكون له عوض يكون ذلك هو الرهن وكما انها صارت ملكا للمالك لتكون رهنا للمرتهن وان كان العقد انما

(١) ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٣٨٧.

(٢) الكاشاني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٤٨.

(٣) العامل، مفتاح الكرامة، مصدر سابق، ج ١٥، ص ١١٤-١١٥، الشهيد الثاني، الروضة البهية، ج ٢، ص ٣٥٧.

(٤) السرخسي، المبسوط، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٨٦م، ج ٢١، ص ٦٧، الهداية في شرح

البداية، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني (ت ٥٩٣هـ)، تحقيق: طلال يوسف، الناشر دار احياء

التراث العربي، بيروت، لبنان، ج ٤، ص ١١١.

(٥) الشافعي، الام، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٦٨، الشرييني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٣٨، أبو اسحاق إبراهيم بن

علي بن يوسف الشيرازي (ت ٤٧٦هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج ١، ص ٣٢٣.

(٦) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٣٩٧، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار

النجار (ت ٩٧٢هـ)، منتهى الارادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان،

ط ١، ١٩٩٩م، ج ١، ص ٤٠٤.

(٧) الخرخشي، حاشية الخرخشي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٥٧، الفواكه الدواني، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٧.

(٨) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٣٩٦، المرغيناني، الهداية شرح البداية، مصدر سابق، ج ٤،

ص ١٠٩.

جرى على العين وكان الحكم اجماعي اذ لا نجد فيه خلاف ... وكذا لو جنى عليه فوجب الارش فانه يكون رهنا كالأصل وليس من الزوائد لأنه بدل جزء من الرهن وفصل الراهن عن المرتهن^(١).

وقال الحنابلة ان من غير المعقول ان الهلاك يسري الى الراهن دون ان يباع الرهن ، وبما ان المرتهن امين وضامن فعليه ان يضمن الرهن من التلف والهلاك وقال ابن قدامة: "اذا تعدى المرتهن في الرهن او فرط في حفظ الرهن الذي عنده حتى تلف فانه يضمن ... لا نعلم في وجوب الضمان عليه خلاف"^(٢).

ثانياً: بيع الاموال المرهونة قبل حلول الاجل بناءً على طلب المدين الراهن.

اجاز القانون المدني العراقي للمدين الراهن ان يطلب الترخيص له في بيع الاموال المرهونة قبل حلول الاجل اذا كان هذا البيع يعد صفقة رابحة بالنسبة له ونص على ذلك في المادة "١٣٥٣" من القانون المدني العراقي التي تنص على "يجوز للراهن اذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع صفقة رابحة، ان يطلب اذن المحكمة في بيع هذا الشيء، ولو كان ذلك قبل حلول اجل الدين، وتحدد المحكمة عند الاذن شروط البيع وتفصل في امر ايداع الثمن".

ويتفق القانون المدني المصري مع القانون المدني العراقي بهذا الشأن وقد نصت على ذلك المادة "١٢٠"^(٣) من القانون المدني المصري، الا انه يوجد اختلاف بين القانونين وهو ان القانون المدني المصري جعل البيع في هذه الحالة قاصراً على المنقول^(٤) اما القانون المدني العراقي فان النص جاء مطلقاً ويشمل العقار والمنقول.

اما موقف الفقه الاسلامي اذا اذن المرتهن للراهن ببيع المرهون فأما ان يكون الحق حالاً وأما ان يكون مؤجلاً ، فان كان البيع بعد حلول الاجل واذن المرتهن جاز ذلك بلا خلاف لأنه وفاء لعقد الرهن وهو قول الامامية^(٥) والحنفية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) والمالكية^(٤) ، واستدلوا لذا ان حق

(١) العامل، مفتاح الكرامة، مصدر سابق، ج ١٥، ص ٦٠١.

(٢) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٤٣.

(٣) تنص المادة "١٢٠" من القانون المدني المصري على "يجوز للراهن اذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون وكان البيع فرصة رابحة، ان يطلب من القاضي الترخيص له في بيع هذا الشيء، ولو كان ذلك قبل حلول اجل الدين، ويحدد القاضي عند الترخيص شروط البيع ويفصل في امر ايداع الثمن".

(٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٨٩٩.

(٥) العامل، مفتاح الكرامة، المصدر نفسه، ج ١٥، ص ١١٤-١١٥، الشهيد الثاني، الروضة البهية، مصدر سابق، ج ٤، ص ٣٥٧.

حق المرتهن قد تعلق بالثمن ووجب قضاء الدين منه لان مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الحق منه، او يقال: ان منع الراهن من التصرف في المرهون كان لحق المرتهن فان اذن جاز ذلك واذا باعه فعلا وجب عليه قضاء الدين منه فان تسلم الحق من الثمن فقد اخذ حقه، وان بقي من الدين شيء تبع المرتهن الراهن به^(٥).

واذا اذن المرتهن للراهن قبل حلول اجل الدين فأما ان يكون مشروطا، ومثل ذلك اذا اذن المرتهن للراهن ببيع المرهون واشترط عليه تعجيل دينه قبل اجله او اشترط عليه ان يجعل ثمنه رهنا بدله وفيه قولان:

القول الاول: يصح البيع ويصح الشرط وهو قول الامامية^(٦) ومذهب الحنفية^(٧) وقول للشافعية^(٨) والصحيح من مذهب الحنابلة^(٩) وظاهر قول المالكية^(١٠) او يقال: ان الراهن باع الرهن بأذن المرتهن فوجب ان يثبت حقه فيه كما لو حل الدين ولان الثمن بدل المبيع والبدل يقوم مقام المبدل منه^(١١)، ووجه اقوال الجمهور: ان المرتهن لو اذن للراهن في بيعه بعد المحل بشرط ان يكون ثمنه رهنا فجاز انتقاله^(١٢).

-
- (١) المرغيناني، الهداية شرح البداية، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٠٧.
 - (٢) الشافعي، كتاب الام، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٦٩، محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة الرملي المنوفي المصري الانصاري (ت: ١٠٠٤هـ)، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٦١-٢٦٢.
 - (٣) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٠٤.
 - (٤) الخرشي، حاشية الخرشي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٥١-٢٥٢.
 - (٥) الشافعي الصغير، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٦٣.
 - (٦) الشهيد الثاني، الروضة البهية، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٥٦، مفتاح الكرامة، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٢١-١٢٥.
 - (٧) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ٢١، ص ١٠٦، الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٤٦.
 - (٨) الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٢١.
 - (٩) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٣٠٤.
 - (١٠) أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي المالكي (ت ١٢٤١هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، بيروت، لبنان، ج ٢، بلا ت، ص ١١٤.
 - (١١) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ٢١، ص ١٠٨.
 - (١٢) الشيرازي، المهذب، ج ١، ص ٣٢٠.

القول الثاني: يفسد البيع ويفسد الشرط ايضاً، وهو الاصح من قول الشافعية^(١) والراجح من اقوال الحنابلة^(٢) وكان مستندهم لهذا الفساد: ان ما يباع به المرهون من الثمن مجهول ورهن المجهول لا يصح، فان بطل الشرط بطل البيع لأنه انما اذن بهذا الشرط ولم يثبت الشرط فلم يصح البيع^(٣)، او ان ان نقل عين الرهن الى بدل لا يقضي فساد الرهن لان الجهالة لا تضر بالبدل، ثم ان الرهن قد ينتقل من العين الى البدل شرعاً كما لو اتلف المرهون فجاز ان ينتقل اليه شرعاً^(٤).

أما إذا باع الراهن الرهن بإذن المرتهن وبدون شرط الوفاء بالدين كان البيع صحيحاً باتفاق المذاهب واختلفوا في صحة عقد الرهن بعد هذا البيع فقالت بعض الإمامية: "إذا أعتق أو وهب بإذن المرتهن، بطل حقه من الرهن، سواء كان الدَّيْن حَالاً أو مُؤَجَّلاً، وليس عليه أن يجعل قيمته رهناً مكانه" ^(٥)، ومنهم من قال بل يجب أن يفي بعقده معللين: "لو أذن له بالبيع مطلقاً بعد محلّ الحقّ فباع، صحّ البيع، وكان ثمنه رهناً مكانه حتى يقضى منه أو من غيره لأنّ عقد الرهن يقتضي بيع الرهن عند محله عند امتناع مَنْ عليه الدَّيْن من بدله" ^(٦)، أما الحنفية: "ولو باعه توقف نفاذ البيع على على إجازة المرتهن ان أجاز جاز لأن عدم النفاذ لمكان حقه فإذا رضى ببطلان حقه زال المانع فنفاذ وكان الثمن رهناً سواء شرط المرتهن عند الإجازة كونه رهناً أو لا" ^(٧) وأما المالكية فحكموا ببطلان الرهن وانقلب عقد الرهن إلى دين إذا كان قد سلم الرهن للراهن وكان المرتهن يعلم أنه سيبيعه ولم يشترط عليه: "... بطل الرهن وأصبح دينه بلا رهن" ^(٨)، وكذلك الشافعية: "التي يمنع منها الراهن لحق المرتهن إذا اقترنت بإذن المرتهن نفذت ... أو باع بالأذن نفذت هذه التصرفات وبطل الرهن"

(١) الشافعي، كتاب الام، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٤٥، الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٢٠-٣٢١.

(٢) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٣٧٨.

(٣) النووي، المجموع، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٢٤٠.

(٤) الشافعي الصغير، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٦٣، الشريبي، المصدر نفسه، ج ٢، ص ١٣٣.

(٥) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٢٣٢.

(٦) العلامة الحلي، المصدر نفسه، ج ١٣، ص ٢٣٢.

(٧) الكاشاني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٤٦.

(٨) الدعيلىج، الرهن في الفقه الإسلامى، مصدر سابق، ص ٥٥٤.

(١)، وكذلك الحنابلة: "أن يبيعه قبل حلول الدين بإذن مطلق من المرتهن فيبطل الرهن ويسقط حق المرتهن من الوثيقة، لأنه تصرف في عين الرهن تصرفاً لا يستحقه المرتهن" (٢).

الفقرة الثانية: بيع الاموال المرهونة قبل حلول الاجل بناءً على طلب الدائن العادي.

ذكرنا سابقاً ان اموال المدين جميعها ضامنة لكل التزاماته وان للدائن المرتهن حق الضمان العام على جميع اموال المدين هذا من جهة ومن جهة اخرى له حق عيني وسلطة على المال المرهون تخوله ميزتا التقدم والتتبع، و للدائن العادي كما للدائن المرتهن الحق في التنفيذ على اموال المدين الراهن بما فيها الاموال المرهونة وقد نصت على ذلك الفقرة اولاً من المادة "١٣٤٩" (٣) من القانون المدني العراقي التي تنص على "ينقضي ايضاً الرهن الحيازي بأحد الاسباب الآتية: ١- اذا بيع المرهون لإيفاء دين آخر وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً"، كما نص صراحة قانون التنفيذ العراقي على جواز بيع الاموال المرهونة المنقولة والعقارية بناءً على طلب الدائن العادي وذلك في المادة "١٠٧" منه التي تنص على "يجوز بيع الاموال المرهونة المنقولة والعقارية تأميناً لدين اذا تبين ان قيمتها تزيد على الدين المؤمن وطلب صاحب الدين العادي بيعها ويشترط في ذلك:

اولاً - ان لا تفتح المزايدة عليها بمبلغ يقل عن الدين المؤمن.

ثانياً - ان يدفع عند تمام البيع الى صاحب الدين الممتاز حقوقه اولاً ثم يدفع الباقي الى صاحب الدين العادي".

(١) الرافعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج ١٠، ص ١١٠.

(٢) البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٩٤.

(٣) وتقابلها المادة "٢٣٤٠" من القانون المدني الفرنسي التي تنص على انه يجوز ان يصدر طلب بيع المرهون من دائن عادي الا ان حق الدائن المرتهن لا يسقط فيتقدم على غيره من الدائنين في استيفاء حقه، ونص المادة "٢٣٤٠" كالتالي:

"Lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers est réglé par l'ordre de leur inscription. Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste = =postérieur lorsqu'il est régulièrement publié nonobstant le droit de rétention de ce dernier".

يتضح من النص اعلاه انه على وفق هذا القانون يجوز بيع الاموال المرهونة بناءً على طلب الدائن العادي لكن ببعض القيود التي نص عليها المشرع العراقي وهذه القيود هي:

- ١ - ان تزيد قيمة الاموال المرهونة على الدين الموثق بالرهن.
 - ٢ - طلب صاحب الدين العادي بيع الاموال المرهونة المنقولة والعقارية تأميناً لدين.
 - ٣ - ان لا تفتح المزايعة على بيع هذه الاموال بمبلغ يقل عن الدين الموثق بالرهن حماية لحق الدائن المرتهن.
 - ٤ - ان يدفع عند تمام البيع حق الدائن المرتهن وبعد ذلك يدفع الى صاحب الدين العادي.
- ولم نجد مثل هذا الحكم في القانون المصري، حيث يعدّ هذا الحكم تقنياً لمبدأ استقر عليه الفقه والقضاء العراقي والفرنسي.
- وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدّة، حيث جاء في احد قرارات محكمة التمييز يتضمن جواز ان ينفذ الدائن العادي على عقار مدينه المرهون ويطلب بيعه لاستيفاء دينه، اذا كان ثمنه يسد مبلغ الرهن وشراء دار اخر بدلاً عنه بعد سداد الديون^(١)، وفي قرار اخر لمحكمة استئناف بغداد ايد هذا النص حيث جاء فيه ان المادة "١٠٧" تجوز بيع العقار المرهون اذا كانت قيمته تزيد عن الدين المؤمن، وعليه وجب اعادة وضع اليد عليه وتقيم قيمته من ثلاثة خبراء يكون من بينهم مدير التسجيل العقاري^(٢).

اما موقف الفقه الاسلامي في حالة طلب احد الدائنين غير المرتهن بيع الرهن فهنا حالتان أن يكون الرهن قد حل أجله أو يكون غير حال، أما إذا كان الرهن غير حال فاتفقت الإمامية والشافعية والحنابلة والحنفية بعدم جواز طلب أي مدين ببيع الرهن لكون المفلس غير ناكل باتفاقه ولا يستطيع الحاكم أن يجبره على الوفاء بالتزاماته نحو الآخرين من خلال الإخلال بعقده الرهني وخالفهم المالكية، فقالت الإمامية بعدم جواز ذلك لكون الديون المؤجلة لا تحل بالإفلاس وعدم استطاعة المفلس بالوفاء

(١) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم، ٣٤٦، تنفيذ، ١٩٥٨، في ١٨ / ٦ / ١٩٥٨م، اشار اليه باقر الخليلي، تطبيقات قانون التنفيذ، بغداد، ١٩٦٣م، ص ١٣٠.

(٢) ينظر قرار محكمة استئناف بغداد المرقم ١٣٨ / بغداد / ١٩٨٩م / استئناف بغداد، اشار اليه القاضي عبود صالح مهدي التميمي، مصدر سابق، ص ١٨٣.

بالتزاماته وعقد الرهن جاري على حاله: "وإذا حُجر عليه بالديون الحالة، لم تحلّ عليه الديون المؤجلة"^(١)، وكذلك قالوا: "لا يحل بالحجر الدين المؤجل"^(٢)، وفي نفس السياق قالت الشافعية معللة ذلك لكونه مقصود في نفس العقد: "وإذا حجر بحال لم يحل المؤجل في الأظهر... لأن الاجل مقصود له فلا يفوت عليه"^(٣) وكذلك: "فلا حجر بالمؤجل لأنه لا يطالب به في الحال"^(٤) وكذلك الحنابلة أردفت أن المفلس عند إفلاسه لا يعني أنه لا يفي بالتزاماته: "ولنا أن الاجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ولأنه لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ما عليه كالجنون والاعماء..... ولأنه دين مؤجل على حي فلم يحل قبل أجله كغير المفلس"^(٥) وكذلك الحنفية قالت أنه يبقى على تعهدهات ومعاملاته لأن المطالبة ببيع الرهن فرع نكله بالعقد وعقده ماض: "لان صاحب الدين هو الذي آخر حق نفسه بالتأجيل... ولأنه لا يملك مطالبته بالوفاء قبل حل الأجل"^(٦)، وأما المالكية يحل الدين بالحجر وكان تخرجها له: "تحل، وبه قال مالك، لان ما يتعلق بالمال بالحجر، أسقط الحجر الآجل كالموت، يحل الدين الآجل"^(٧) وقالوا لا يجب على الراهن تسليم الرهن إلا في حالة قيام الغرماء وعندها يعجل الدين: "... (أو قيام الغرماء) على الراهن فليس له حينئذ أخذ الرهن ويعجل الدين في غير قيام الغرماء وأما في قيامهم فهو أسوة الغرماء كالموت"^(٨).

أما إذا كان بعد حلول الأجل فاتفقت كلمات الفقهاء بالجواز بل يلزم ذلك وفاء للعقد ويكون طلب الدائن عندئذ تحصيل حاصل فيقدم الحاكم ببيع الرهن على غيره ليستوفي المرتهن دينه فإن فضل منه شيء يقسم بين الغرماء وإن نقص من دينه شيء شارك الغرماء، قالت الإمامية: "ثم البدأ بالرهن بعد المخوف ثلثه خيرة... على ما اختير فيها من وجوب وندب إلا أنّ وجوب تقديم الرهن على غيره كما هو ظاهر... أنه ربما زادت قيمته على دين المرتهن فيضمّ الباقي إلى مال المفلس، وربما نقصت

(١) العلامة الحلي، مصدر سابق، ج ١٤، ص ١٦.

(٢) السيد الخوئي، منهاج الصالحين، ج ٢، ص ١٨١.

(٣) الشرييني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٤٧.

(٤) محمد بن أحمد الشرييني الخطيب القاهري الشافعي (ت ٩٧٧ هـ)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بلا ت، ج ١، ص ٢٧٦.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٤٨٥.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٢٧٣.

(٧) النووي، المجموع، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٢٨٩.

(٨) ابو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٤٣.

فيضرب المرتهن بباقي دينه مع باقي الغرماء" ^(١)، ومن الحنفية: "وأما إذا مات الراهن فهو أحق به من سائر الغرماء فيستوفي منه دينه وما فضل فهو للغرماء" ^(٢)، ونفس الحكم نجده عند مالك بن أنس: "ولو فلس رجل أو مات وقد ارتهن... فما كان له - من دين - أخذه ورد ما بقي فصار بين الغرماء بالحصص" ^(٣)، وكذلك قال الشافعي: "وإذا بيع الرهن فالمرتهن أولى بثمنه حتى يستوفي حقه فإن لم يكن فيه وفاء حقه حاص غرماء الراهن بما بقي من ماله غير المرهون" ^(٤)، وجاء الحكم معللاً معللاً عند فقهاء الحنابلة فقالوا: "ثم من له رهن فإنه يخص بثمنه عن سائر الغرماء لأن حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معا... وهو تقديمه بحقه عند فرض مزاحمة الغرماء، ولا نعلم في هذا خلافاً" ^(٥).

وتوجد حالة أخرى وهو أن الإفلاس سبق الرهن وفي هذه الحالة يكون الرهن باطلاً ويحق للدائن المطالبة بالبيع وذلك كونه ممنوع من التصرف بأمواله وبهذا قالت الإمامية والمالكية والشافعية والحنبلية، فقد قالت الإمامية: "ويمنع من التصرف، احتياطاً للغرماء، فلو تصرف، كان باطلاً سواء كان بعوض، كالبيع والإجارة، أو بغير عوض كالعتق والهبة" ^(٦) وكذلك من المالكية فإن أي تصرف مالي فهو ممنوع عنه: "يعني أن من أحاط الدين بماله ممنوع من التبرع بالمال، ومراده قبل التقليل، وأما بعده فإنه ممنوع من التصرف المالي مطلقاً" ^(٧)، ومن الشافعية: "ولا يصح تصرفه فيه بما يضرهم يضرهم كوقف وهبة ولا يصح بيعه ولو لغرمائه بدينهم بغير إذن القاضي لأن الحجر يثبت على العموم ومن الجائز أن يكون له غريم آخر" ^(٨)، ومن الحنابلة: "فحجر المفلس منع الحاكم من أي

(١) العاملي، مفتاح الكرامة، مصدر سابق، ج ١٦، ص ٢٨٥.

(٢) محمد بن علي الطوري القادري الحنفي (ت ١٣٨ هـ)، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٧م، ط ١، ج ٢، ص ٤٢٧.

(٣) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٣٥.

(٤) الشافعي، كتاب الأم، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٧٣.

(٥) ابن قدامة المقدسي، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٥٢.

(٦) المحقق الحلي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٤٤.

(٧) الخطاب الرعيني، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج ٦، ص ٥٩١.

(٨) زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري (ت ٩٣٦ هـ)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٩٩٧م، ج ١، ص ٣٤٢.

شخص عليه دين حال يعجز عنه ماله الموجود ... من التصرف فيه أي في ماله^(١)، أما الحنفية فلا يرون الحجر على الحر وعليه فيمكن له أن يرهن وللحاكم أن يجبره على البيع بالحبس ونحوه: "قال أبو حنيفة: لا أحجر على المفلس في الدين لأن مال الله غاد ورائح، فهو لا يرى الحجر على المدين المفلس فتتفد تصرفاته، ولا يباع ماله جبراً عنه ، وإنما يؤمر بسداد ديونه ... وإن امتنع عن الأداء، حبس حتى يسدد دينه أو يبيع ماله بنفسه وشرع حبسه دفعاً لظلمه وليس للقاضي أن يبيع ماله جبراً عنه"^(٢).

الفرع الثاني

بيع الاموال المرهونة بعد حلول الاجل

أجاز المشرع العراقي والتشريعات محل المقارنة بيع الاموال المرهونة بعد حلول الاجل اذا لم يقر المدين الراهن بالوفاء ويتم ذلك بناءً على طلب الدائن المرتهن يقوم بتقديمه الى الدائرة المختصة ببيع هذه الاموال، ولتوضيح ذلك سنقسم هذا الفرع على الفقرتين التاليتين:

الفقرة الاولى: بيع الاموال المرهونة بعد حلول الاجل بناءً على طلب الدائن المرتهن رهناً تأمينياً.

الرهن التأميني يمنح الدائن المرتهن ميزتي التقدم والتتبع في استيفاء حقة من ثمن العقار المرهون بعد بيعه وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون واذا لم يفِ ثمن العقار المرهون بوفاء الدين المضمون بالرهن اجاز له القانون ان يرجع كدائن عادي على سائر اموال المدين الراهن لاقتضاء حقه كاملاً وفقاً للفقرة اولاً من المادة "١٣١٦" والمادة "١٢٢٩" من القانون المدني العراقي وتوضح هذه المواد القانونية ان القانون المدني منح الدائن المرتهن بعد حلول اجل الدين الحق في طلب بيع العقار المرهون لاقتضاء حقه من ثمن البيع، وكما ذكرنا ان الدائرة المختصة في بيع العقارات المرهونة هي مديرية التسجيل العقاري وفقاً للمادة "١٦١" من قانون التسجيل العقاري ومديرية التنفيذ هي المختصة في بيع الاموال المرهونة المنقولة وذلك بعد تقديم طلب تحريري بالبيع من قبل الدائن المرتهن^(٣).

(١) البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج٣، ص٤٧٨.

(٢) الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٨٥م، ط٢، ج٦، ص٥٠٦.

(٣) مجموعة تعليمات التسجيل العقاري، وزارة العدل، مديرية التسجيل العقاري العامة، ج١، ص٩٤، علي مظفر

حافظ، مصدر سابق، ص٣٠٥، د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص٢٠٧.

ويرى الفقه انه في حالة عدم وفاء المدين للدين المضمون عند حلول الاجل يثبت للدائن حقه في التنفيذ على العقار المرهون، حيث ان حق الرهن يتركز في العقار المرهون وهو سلطة تخول الدائن ان يستوفي حقه من هذا العقار طبقاً للإجراءات القانونية التي نص عليها القانون، وكل اتفاق على خلاف ذلك يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام^(١).

وللقضاء العراقي تطبيقات قضائية عدة في هذا المجال ويبدو ذلك واضحاً في قراراته، حيث قضت محكمة استئناف بعقوبة في حكم لها بأن "البيع الجاري كان بيعاً جبرياً وذلك لعدم تسديد المدينين ما عليهم من ديون وان نظام الطابو قد رسم الطريق الذي يجب اتباعه في بيع المال غير المنقول وتلك الطريق واجبة الرعاية لحق القانون"^(٢)، كما اشار القضاء الى ذلك في قرار اخر لمحكمة استئناف نينوى جاء فيه "لما كانت الشروط التي رسمها قانون تأمين الاموال غير المنقولة ونظام الطابو لغرض البيع الجبري هي من حق القانون وتعتبر من النظام العام، وخاصة ان البيع الجبري انتهى بعدم تسديد الملك المباع المؤمن به وذلك لوجود رهنين ووجب على محكمة البدائه القاضي برد الاعتراض وتصديق الحكم لان دخول المدعين في دعوى اقيمت حول الملك المرهون اشخاصاً ثالثة لا يؤثر على حقهم في طلب ابطال المزايدة"^(٣).

وفي هذا المقام فقد كان موقف القوانين المدنية محل المقارنة مماثلاً لموقف القانون المدني العراقي فقد اجاز القانون المدني المصري للدائن المرتهن طلب بيع العقار المرهون عند حلول الاجل^(٤) وتجدر الاشارة الى انه ثمة اختلاف بين القانون المدني العراقي و القانون المدني المصري لا بد من ذكره في هذا المقام، وهو ان القانون المدني العراقي ذكر صراحة في المادة "١٢٩٩" على وجوب اتباع

(١) الاستاذ المساعد شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص ١٤٢، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤١٨.

(٢) ينظر قرار محكمة استئناف بعقوبة المرقم ١٦٥٩ / حقوقية / ٨ / بعقوبة، اشار اليه المحامي سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج ٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٢م، ص ٧١٤.

(٣) ينظر قرار محكمة استئناف نينوى المرقم ٨٢٦/حقوقية/٦٠/بعقوبة، اشار اليه المحامي سلمان بيات، مصدر سابق، ص ٧١٤.

(٤) وهذا ما اشارت اليه المادة "١٠٨٤" من القانون المدني المصري والتي تنص على "اذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار او الحائز او الحارس الذي سلم اليه العقار عند التخلية، فان حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد، او بدفعه الى الدائنين المؤيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن".

الاجراءات القانونية في البيوع الجبرية، حيث تعتبر هذه الاجراءات من النظام العام ولا يجوز مخالفتها وجزاء مخالفة هذه الاجراءات بطلان البيع، اما القانون المدني المصري فلم يذكر اتباع اجراءات البيع الجبري بالمزاد العلني، كما لم يذكر بطلان البيع عند عدم اتباع هذه الاجراءات.

ويرى الفقه المصري انه على الرغم من عدم ذكر شرط في حالة عدم اتباع اجراءات البيع الجبري بطريق المزاد العلني فان البيع يكون باطلاً في المادة "١٠٨٤" من القانون المدني المصري الا ان الفقه المصري يرى ان البيع الجبري بالمزاد العلني يكون باطلاً في حالة عدم اتباع هذه الاجراءات^(١).

اما عن موقف القانون المدني الفرنسي من بيع الاموال المرهونة بعد حلول الاجل، فقد اكد على ان بيع الاموال المرهونة عند عدم وفاء المدين الراهن بعد حلول الاجل يجب ان يتم على وفق اجراءات التنفيذ، وان تدخل القضاء هو اجراء لحماية المدين الراهن وهذا ما اكدت عليه المادة "٢٣٤٦" من القانون المدني الفرنسي.

ويرى الفقه الفرنسي انه "يجب ان يكون المفعول القانوني للرهن العقاري جواباً موحداً وهو ان يكون في وسع الدائنين ان يمارسوا وبشكل مفيد حقهم في المال ثمن العقار بعد البيع"^(٢).

اما عن موقف الفقه الاسلامي فقد ذكرنا سابقاً بانه لا يعرف الرهن التاميني، لذلك سنحيل آراء فقهاء المذاهب الاسلامية بهذا الشأن الى الفقرة التالية الخاصة بالرهن الحيازي، كونه معروفاً لدى الفقه الاسلامي.

الفقرة الثانية: بيع الاموال المرهونة بعد حلول الاجل بناءً على طلب الدائن المرتهن رهناً حيازياً.

أجاز القانون المدني العراقي للدائن المرتهن رهناً حيازياً اذا لم يقيم المدين بوفاء دينه عند حلول الاجل ان يطلب بيع الاموال المرهونة وفقاً للإجراءات المقررة في القانون والتي تنتهي ببيع الاموال المرهونة جبراً في المزاد العلني واستيفاء الدائن المرتهن دينه من ثمن البيع فاذا لم يكف الثمن لوفاء دينه يحق له التنفيذ على باقي اموال المدين بصفته دائن عادي، ولا بد من الاشارة الى ان الاموال المرهونة في الرهن الحيازي هي العقار او المنقول وبما اننا تكلمنا بإيجاز عن العقار في الفقرة

(١) محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص ٩٩.

(٢) جاك مستر وعمانويل بوتمان و مارك بيو، مصدر سابق، ص ٦٤٢.

الاولى سنكتفي في هذه الفقرة لتوضيح بيع الاموال المرهونة المنقولة بعد حلول الاجل بناءً على طلب الدائن المرتهن.

تنص المادة "١٣٤٨" ^(١) من القانون المدني العراقي على "اذا حل الدين الموثق بالرهن الحيازي ولم يوف، جاز للمرتهن ان يطلب بيعه واستيفاء الدين من ثمنه" كما تنص الفقرة اولاً من المادة "١٣٤١" من نفس القانون على "١- للمرتهن حيازة ما للمرتهن تأميناً من حق في التنفيذ على المرهون ثم على سائر اموال المدين، وتتبع في ذلك احكام المادة "١٢٩٩" اي ان للدائن المرتهن رهناً حيازياً اتباع اجراءات التنفيذ على الاموال المرهونة في حالة عدم وفاء المدين الراهن بالدين المضمون اذا كانت الاموال المرهونة منقولاً مادياً.

اما موقف القانون المدني المصري من بيع الاموال المرهونة المنقولة المادية فقد كان مختلفاً عن موقف القانون المدني العراقي والقانون المدني الفرنسي، حيث اجاز للدائن المرتهن عند حلول الاجل ولم يقم المدين الراهن بالوفاء ان يطلب من المحكمة ان تأذن له ببيع المنقول المرهون او تملكه لكي يستوفي منه حقه وهذا يبدو واضحاً من نص المادة "١١٢١" من القانون المدني المصري بفقرتيها اولاً وثانياً ^(٢).

اما في حالة اذا كانت الاموال المرهونة منقولاً معنوياً "الديون" فقد نص القانون المدني العراقي على الاجراءات التي تضمن للمرتهن استيفاء حقه في المادة "١٣٦٠" ^(٣) والتي تنص على "اذا اصبح الدين المرهون و الدين الموثق بالرهن كلاهما مستحق الاداء، جاز للمرتهن اذا لم يستوف حقه

(١) وتقابلها المادة "٢٣٤٦" من القانون المدني الفرنسي التي انشأت بموجب المادة اولاً من القانون رقم "٣٤٦" لسنة "٢٠٠٦م" التي تنص على "يستطيع الدائن ان يطلب قضائياً في حالة عدم وفاء الدين المضمون بيع المال المرهون ويحصل هذا البيع حسب الاحكام المنصوص عليها لإجراءات التنفيذ دون امكانية ان تلغي اتفاقية الضمان هذه الاجراءات".

(٢) تنص المادة "١١٢١" من القانون المدني المصري على "١ - يجوز للدائن المرتهن اذا لم يستوفي حقه ان يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني او بسعره في البورصة او السوق. ٢ - ويجوز له ايضاً ان يطلب من القاضي ان يأمر بتمليك الشيء وفاءً للدين على ان يحسب عليه بالقيمة التي يقدرها الخبراء".

(٣) وتقابلها المادة "١١٢٩" من القانون المدني المصري 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 ثانياً ".

ان يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له أو يطلب من المحكمة بيعه او تملكه بقيمته بعد خصم المستحق له".

ويرى الفقه انه في رهن الدين اذا لم يتقاضى المرتهن حقه بعد حلول الاجل فله ان يقبض من الدين المرهون بالقدر الذي يستوفي حقه ويلتزم المدين بذلك حتى تبرأ ذمته امام المرتهن كما للدائن المرتهن ان يطلب من المحكمة الاذن ببيع الدين المرهون حتى يستوفي حقه من ثمنه وكما له ايضاً ان يطلب من المحكمة الامر بتمليكه الدين المرهون وفاءً لحقه على ان يحسب له بقيمته، وتخصم من هذه القيمة مما يحق له^(١).

وقد طبق القضاء العراقي ذلك في احكامه ويبدو ذلك واضحاً من قرار محكمة التمييز الاتحادية والذي مفاده "ان حق الدائن المرتهن بالبيع لا يمكن ان يتم الا بحلول اجل الدين فاذا حل اجل الدين يثبت حق الدائن في ان يطلب من المحكمة البيع واستيفاء حقه من ثمن ذلك البيع"^(٢).

اما موقف الفقه الاسلامي فإن المشرع الإسلامي أوجب الوفاء بالعقود إذا أجريت بالصيغة الصحيحة وهو حكم تكليفي ووضعي تدل عليه آية محكمة: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٣)، وفي عقد الرهن الصحيح عند حلول أجل الدين يلزم الراهن بتسليم الدين فإذا لم يفي بالعقد حق للمرتهن المطالبة بالبيع وعلى هذا اتفق جميع فقهاء بني الإسلام ولكن الاختلاف في كيفية هذا البيع ومساءلة الفرعية فقالت الإمامية إذا حان أجل الرهن طالب المرتهن الراهن بأداء الدين فإن لم يؤده وكان وكيلاً من الراهن بالبيع باعه واستوفى حقه فإن قصر ثمنه عن الدين طالبه وإن زاد أرجعه إلى الراهن وأما إذا لم يكن وكيلاً: "رفع امره الى الحاكم الشرعي ليلزمه بالوفاء او البيع فان تعذر على الحاكم الزامه باعها عليه بنفسه او بتوكيل الغير ولو كان هو المرتهن نفسه"^(٤).

(١) الاستاذ المساعد شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص ٢٤٧، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٥٥٩.

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ١٩٢٩، م ثانية عقار، ٧٥، في ٢٤/٦/١٩٧٥م، اشار اليه مجموعة الاحكام العدلية، العدد الرابع، السنة الثانية عشر، ١٩٨١م، ص ٤٦.

(٣) سورة المائدة: آية ١.

(٤) السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٥٢، الشيخ محمد اسحاق الفياض، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٦٣.

وعلى نفس المنوال المذهب الحنبلي: "وإذا حل الدين وامتنع من الرهن عن وفاء المرتهن فإن كان الرهن اذن للمرتهن أو العدل في بيع الرهن باعه والا رفع الامر إلى الحاكم فيجبره على وفاء الدين أو بيع الرهن فإن لم يفعل باعه الحاكم وقضى دينه"^(١).

وكذلك الشافعية: "ولو كان الرهن بحق حال فأذن الرهن للمرتهن أن يبيع الرهن على أن يعطيه حقه فالبيع جائز وعليه ان يدفع إليه ثمن الرهن ولا يحبس عنه منه شيئاً"^(٢) وإذا كان الرهن حالاً فأذن الرهن للمرتهن ان يبيع الرهن على ان يعطيه حقه فالبيع جائز وعليه ان يدفع اليه ثمن الرهن ولا يحبس عنه منه شيئاً"^(٣).

اما المذهب المالكي فللمرتهن المطالبة بالدين وعلى الرهن الوفاء أو البيع فإن أمتنع الرهن بطل عقد الرهن وأصبح كأنه باعه الرهن بيعاً فاسداً: "وأما إن حل الاجل في مسألة الكتاب ولم يدفع إليه ثمنه أو أسلفه فإنه يصير حينئذ كأنه باعه الرهن بيعاً فاسداً وتقاصه بدينك وتترادان الفضل"^(٤) والبيع الفاسد عند المالكية يقتضي حبس المال في يديك حتى تستوفي حقه أو يكون ملكك مقاصّة.

واما راي فقهاء المذهب الحنفي فان المطالبة واجبة قبل أي اجراء يتخذه المرتهن لذا قالوا: "لان الرهن شرع لتوثيق الدين وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بإيفاء الدين"^(٥)، بل لو طالبه بالدين وقال له الراهن بع الرهن وأستوفي حقه ورفض المرتهن كان له ذلك: "ولو طالب المرتهن الراهن بحقه فقال الراهن بعه واستوف حقه فقال المرتهن لا أريد البيع ولكن أريد حقي فله ذلك لان الرهن وثيقة"^(٦) ، فإن باع الراهن الرهن وجب الوفاء عليه وإن وكل عدل بالبيع وجب على العدل البيع وتوفية الدين: "فإن حل الاجل وغاب الراهن أجبر الوكيل على بيعه ... وإذا غاب موكله وأباها فإنه يجبر عليها بأن يحبسه أياما ليبيع، فإن لح بعد ذلك باع القاضي دفعا للضرر"^(٧).

(١) ابن قدامة المقدسي، مصدر سابق، ص ٩٨٨.

(٢) الشافعي، كتاب الام، مصدر سابق، ج٣، ص١٤٨، مختصر المزني، اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل ابو ابراهيم المزني(ت: ٢٦٤هـ)، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ، ١٩٩٠م، ج٨، ص١٩٣.

(٣) الشافعي، كتاب الأم ، المصدر نفسه، ج٣، ص ١٤٥.

(٤) الرعيني، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٦، ص ٥٥١.

(٥) الكاشاني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦، ص١٤٨.

(٦) الكاشاني، المصدر نفسه، ج٦، ص١٤٨.

(٧) الخصفي، الدر المختار، مصدر سابق، ج٧، ص٦٧.

المبحث الثاني

الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية

إن القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة حددت اجراءات لبيع الاموال المرهونة وعدّتها من النظام العام لأنها تضمن حقوق الدائن المرتهن والمدين الراهن وبقية الدائنين على سواء لغرض تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة والتي تنتهي ببيع الاموال المرهونة وتوزيع حصيلة هذا البيع على الدائنين في حالة تعددهم وفقاً للإجراءات القانونية المنصوص عليها في القوانين المدنية وقوانين التنفيذ والمرافعات في البيوع الجبرية وسياتي دراسة هذه الاجراءات في الفصل الثاني من هذه الدراسة، وقد يستغل الدائن المرتهن حاجة المدين الراهن الملحة للمال فيتفق معه اما في عقد الرهن عند ابرامه او بعد العقد خلال الاجل او بعد انقضاء الاجل على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات التي حددها القانون عند عدم وفاء المدين الراهن بالدين المضمون عند حلول الاجل حيث يتضمن هذا الاتفاق تعديل الآثار التي يترتبها عقد الرهن سواء كان عقد الرهن تأمينياً أو حيازياً لأنه يتضمن تعديل ما نص عليه القانون في هذا الشأن، ولتوضيح ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص المطلب الاول لدراسة التعريف بالاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية، وندرس في المطلب الثاني احكام الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية.

المطلب الاول

التعريف بالاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية

ينبغي علينا من اجل التعريف بالاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية التطرق لتعريف هذا الاتفاق الذي يتم بين اطراف عقد الرهن ويتم ذلك من خلال بيان معنى هذا الاتفاق وتحديد طبيعته كما لا بد لنا من بيان حالات هذا الاتفاق عند ابرام عقد الرهن او بعد ابرامه او بعد حلول الاجل، وعليه سنقوم بدراسة تعريف الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية في فرع اول، اما الفرع الثاني فسنخصصه لدراسة حالات الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية.

الفرع الاول

تعريف الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية

قد يتفق المرتهن مع الراهن مديناً كان او كفيلاً عينياً على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات التي قررها القانون لحماية المدين الراهن وهو الطرف الضعيف من الوقوع تحت برائن الدائن المرتهن عند انشاء عقد الرهن او بعد انشائه او بعد حلول الاجل كما ان هذه الاجراءات تؤدي في الوقت نفسه الى حماية الدائن المرتهن وحقوق الغير لأن هدفها الاساس هو حماية التأمين العيني، ولدراسة تعريف هذا الاتفاق سنقسم هذا الفرع على فقرتين كالتالي:

الفقرة الاولى: معنى الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية.

ان نظام التأمينات العينية يهدف الى تحقيق وظيفة اقتصادية للدائن المرتهن والمدين الراهن حيث يمنح المرتهن الضمان الذي يمكنه من استيفاء حقه في حال عجز الراهن عن الوفاء عند حلول الاجل ويمنح الراهن الائتمان الكافي للحصول على المال والاجل^(١) وقد نص القانون على حق عيني تبقي للمرتهن على الاموال المرهونة تمكنه من التقدم على غيره من الدائنين العاديين والتالبيين له في المرتبة في استيفاء حقه من القيمة الاقتصادية لهذه الاموال اي مقابلها النقدي بعد بيعها ويتم هذا البيع عن طريق اتباع الاجراءات التي نصت عليها القوانين لهذا الغرض لتحقيق مصلحة الراهن والمرتهن وبقيّة الدائنين^(٢).

وفي هذا المقام تجدر الاشارة الى ان الدائن المرتهن لا يستطيع تجنب الاجراءات التي وضعها المشرع في هذا المجال لتحقيق مصالح الاطراف حيث لا يستطيع الدائن المرتهن ان يشترط على المدين الراهن عند ابرام عقد الرهن او بعد ابرامه على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات التي فرضها القانون ويسمى هذا الاتفاق "الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية"^(٣) او يسمى بمصطلح اخر "شرط الطريق الممهد"^(١) وهذا ما اشار اليه المشرع العراقي في

(١) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٣٤١.

(٢) القاضي مدحت محمود، شرح قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠م وتطبيقاته العملية، بغداد، ١٩٩٢م، ص ١٨٥.

(٣) د. عبد المنعم البدرابي، التأمينات العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا ت، ص ١٤٤، د. جلال محمد ابراهيم ابراهيم ود. عبد العزيز المرسي محمود، التأمينات العينية، ص ١٩٢، د. انور العمروسي، الحقوق العينية والتأمينات العينية في القانون المدني، منشورات الحلبي، الاسكندرية، ص ١٦١.

المادة "١٣٠١" (٢) من القانون المدني التي تنص "لا يغلق الرهن، فيقع باطلاً كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول اجله في ان يمتلك العقار المرهون رهناً تامينياً بالدين، او أي ثمن كان، او في ان يبيعه دون مراعاة الاجراءات التي فرضها القانون حتى لو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن" كما اشار الى بطلان هذا الاتفاق في حالة تتبع وتحرير العقار المرهون وتطهيره من التأمينات العينية في الفقرة أولاً من المادة "١٣١٠" (٣) من القانون نفسه التي تنص على "١- اذا طلب بيع العقار وجب اتباع الاجراءات المقررة في البيوع الجبرية، وفقاً لقانون التنفيذ، ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل من طالب او حائز، وعلى من يباشر الاجراءات ان يذكر في اعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار، ولا يجوز ان ترسو المزايدة على العقار بأقل من هذا المبلغ مضافا اليه نصف العشر".

وقد عرف رأي في الفقه العراقي الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية بانه "اتفاق الدائن المرتهن مع الراهن مديناً كان ام كفيلاً عينياً، على انه متى ما حل اجل

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٤٢٤، د. همام محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ٣٣٢، د. سمير عبد السيد تناعو، مصدر سابق، ص ١٢٣، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤٣١، د. احمد عبد التواب بهجت، الوجيز في شرح احكام الضمانات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٨٩، وفي نفس الصدد فقد اطلق الفقيه د. بيان يوسف رجب على هذا الاتفاق، بالاتفاق على تخطي او تجاوز اجراءات البيع، دور الحيازة في الرهن الحيازي، دار الثقافة للنشر، دون مكان طبع، ط ١٠٢٠١٠م، ص ٣٦٤.

(٢) وتقابلها الفقرة أولاً من المادة "١٠٥٢" من القانون المدني المصري التي تنص على "١- يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول اجله في ان يمتلك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، او ان يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن"، والفقرة ثانياً من المادة "٢٢٠١" من القانون المدني الفرنسي التي تنص على "٢- تكون باطلة كل اتفاقية تنص على انه يمكن للدائن ان يبيع عقارات معينة اذا لم تنفذ التعهدات المعقودة لصالحه خارج التشكيلات المفروضة للحجز العقاري" كما تشير المادة "٢٣٤٦" من نفس القانون الى ذات الحكم.

(٣) وتقابلها الفقرة أولاً من المادة "١٠٩٦" من القانون المدني المصري التي تنص على "١- اذا طلب بيع العقار وجب اتباع الاجراءات المقررة في البيوع الجبرية، ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل من طالب او حائز. وعلى من يباشر الاجراءات ان يذكر في اعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار".

الدين ولم يتم سداده يباع المال المرهون دون اتباع الاجراءات التي فرضها قانون المرافعات والبيع الجبرية^(١).

كما عرف هذا الاتفاق راي في الفقه المصري بانه "بند يدرجه الدائن المرتهن في العقد يكون له بمقتضاه، اذا لم يوف بالدين عند حلول الاجل، الحق في بيعه دون اتباع الاجراءات المقررة، باعتباره وسيلة حاسمة لاقتضاء دينه من ثمن المال المرهون"^(٢).

كما عرفه رأي في الفقه الفرنسي بانه "بند يتفق عليه طرفا عقد الرهن بموجبه يوافق المدين او المنشئ للرهن على منح الدائن المرتهن الحق في حالة عدم وفاء المدين بالدين المضمون على بيع الاموال المرهونة دون التقيد بالاجراءات القانونية"^(٣).

اما موقف الفقه الاسلامي في بيع الرهن فله عدة صور إذا كان البائع هو الراهن في حالتي أن المرتهن وعدم أذنه والحالة الثانية إذا كان البائع هو المرتهن بإذن الراهن وبغير أذنه، في البدء يجب التذكير بأن الرهن هو وثيقة لضمان دين المرتهن والتصرف فيها ممنوع لكل طرف بدون إذن من الثاني، وتفصيل الصور الأربع هي: إذا باع الراهن بغير إذن المرتهن وقد أجمعت الفقهاء على وقوع البيع باطلاً فمن الإمامية: "إذا رهنه شيئاً، ثم تصرف فيه الراهن بالبيع، أو الهبة..." وأعقبها الشيخ بعدم فسخ عقد الرهن بقوله: "أن القول بفسخ الرهن بذلك يحتاج إلى دليل، والأصل صحته"^(٤) وكذلك قال العلامة الحلي: "ويُمنع الراهن من كل تصرف يزيل الملك إلى الغير، كالبيع والهبة ونحوهما... وإلا فانت الوثيقة"^(٥)، وقال فقهاء الحنفية: "وتصرف الراهن في رهن لازم أي مقبوض بغير إذن مرتهن بما يمنع ابتداء عقده، كهبة ووقف وبيع ورهن ونحوه... (لا يصح) لأنه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة"^(٦)، والحنبلية: "وان تصرف الراهن بغير العتق كالبيع والإجارة والهبة والوقف والرهن وغيره

(١) د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص ٥٦.

(٢) د. محمود كمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، ط ١، ١٩٧٩م، ص ٢٧٨.

(3) Glikillimba، La'pplication distributive du droit des sûretés réelles. no15

(٤) محمد بن الحسن الطوسي (ت ٤٦٠ هـ)، الخلاف، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، إيران، ١٤١١ هـ، ج ٣، ص ٢٢٧.

(٥) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٢٠٩.

(٦) البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٩٠.

فتصرفه باطل لأنه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة^(١)، والمالكية: "المشترط في عقد البيع أو القرض (مضى بيعه) وإن لم يجز ابتداء (قبل قبضه) للمرتهن (إن فرط مرتهنه) في طلبه حتى باعه وصار دينه بلا رهن لتفريطه (وإلا) يفرط بل جد في الطلب... (فتأويلان) في مضي البيع فات أم لا ويكون الثمن رهنا وفي رده إن لم يفت ويبقى رهنا وإلا فالثمن (و) إن باعه (بعده) أي بعد قبض المرتهن له (فله) أي للمرتهن (رده) أي رد البيع فيكون رهن"^(٢)، والشافعي له عدة أقوال في المسألة أشهرها: "وهو ممنوع - أي الراهن - عن كل تصرف قولي يزيل الملك كالبيع والهبة أو يزاحم حقه كالرهن من غيره"^(٣) أما وقوع البيع صحيحاً ولكنه موقوف على أذن المرتهن فهذا هو البيع الفضولي وهو صحيح على كل حال إن كان بين الراهن والمرتهن والبائع وأي ملك لأجنبي ومعناه أن العقد اللفظي صحيح دون أثره وهو النقل والانتقال فمتوقف على أذن المرتهن^(٤) وهذا يعني الصورة الثانية وهي: بيع الراهن مع أذن المرتهن وهو صحيح بالقطع واليقين لأن عقد الرهن من شرائطه أن التصرف الرهن موقوف عليهما وقد أذنا بالبائع ولكن الكلام في أثر هذا الأذن هل إذا أذن المرتهن بطل عقد الرهن أم صار ثمنه رهناً قالت الإمامية إن مجرد الأذن بالبائع هو بطلان عقد الرهن: "ولو أذن له في بيعها فباع، بطل الرهن، ولا يجب جعل الثمن رهناً"^(٥) فلذا كانت عبارتهم: "إذا أعتق أو وهب بإذن المرتهن، بطل حقه من الرهن، سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً"^(٦)، وكذلك المالكية قالت نفس الكلام بتفصيل ملخصه إن مجرد تسليم المرتهن للرهن بدون شرط هو إبطال لعقد الرهن وانقلب كونه ديناً بلا وثيقة^(٧)، وتابعهم الشافعية فجعلت الأذن غير المشروط مبطله لعقد الرهن: "التصرفات التي يمنع منها منها الراهن لحق المرتهن إذا اقترنت بإذن المرتهن نفذت... أو باع بالأذن نفذت هذه التصرفات وبطل الرهن... إذا أعتق أو وهب بإذن المرتهن بطل حقه من الرهن سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً"^(٨)

(١) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٠١.

(٢) أبو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٤٨.

(٣) الرفاعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج ١٠، ص ٨٨.

(٤) العاملي، مفتاح الكرامة، مصدر سابق، ج ١٥، ص ٣٦٠، الكاشاني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٤٦.

(٥) المحقق الحلي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٢٩.

(٦) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٢٢٩.

(٧) أبو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٤١-٢٤٢.

(٨) الرفاعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج ١٠، ص ١١٠، ١١٤.

وقالت الإمامية والمالكية والشافعية أما شروط الأذن فممضاة مثل رد الدين أو جعل رهن آخر مكانه... الخ^(١)، وقالت الحنبلية إذا كان البيع بعد حلول أجل الدين: "إذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن بعد حلول الحق جاز وتعلق حقه بثمنه"، أما إذا كان قبله فعقد الرهن مسوخ وتحول عقد الرهن إلى دين: "أنه تصرف يبطل حق المرتهن من عين الرهن لا يملكه المرتهن فإذا أذن فيه أسقط حقه"^(٢)، أما الحنفية فقالت إذا أذن المرتهن قام الثمن مقام الرهن سواء كان الدين حالاً أم لا شرط ذلك أم لم يشترط معللين: "(وصار ثمنه رهناً) أي سواء قبض الثمن من المشتري أو لا لقيامه مقام العين والثمن"^(٣)، أما الصورة الثالثة في حالة باع المرتهن الرهن بغير إذن الراهن وبدون مبرر كالخوف من تلف الرهن ونحوه فالبيع باطل بالجزم واليقين لسببين الأول لأن الرهن ليس ملكه وثانياً أن تصرفه بالعين الرهنية باطل بغير إذن الراهن وهذا ما اتفقت عليه الفقهاء^(٤) ووقعه بيعاً فضولياً لا مزية فيه لأنه ينقلب إلى الصورة الرابعة وهي إذا باع المرتهن بأذن الراهن بغير ضرورة قالت الإمامية إذا كان وكيلاً في البيع وقد حل الدين فلا إشكال في بيعه ويستوفي دينه من ثمنها: "وإذا امتنع الراهن من الأداء وقت الحلول باع المرتهن إن كان وكيلًا"^(٥)، أما إذا لم يكن وكيلًا فلا يمكن أن يستوفي دينه منها قبل حلول الأجل ولا يكون ثمنها رهناً: "لو باع المرتهن العين المرهونة قبل حلول الأجل بإذن الراهن ففي كون ثمنها كالأصل رهناً اشكال بل منع"^(٦)، فإذا بقي ثمن الرهن عند المرتهن وحان أجلها ولم يأذن له الراهن بالاستيفاء جاز استيفائها منه: "لو أذن الراهن في البيع قبل الأجل فباع لم يتصرف في الثمن إلا بإذن الراهن حتى بعد الأجل وإذا لم يأذن في الاستيفاء حينئذ جاز للمرتهن الاستيفاء بلا إذن"^(٧)، وقريب من هذا التفصيل للحنابلة: "إذا حل الحق لزم الراهن الإيفاء لأنه دين حال فلزم إيفاؤه

(١) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٢٣٣، أبو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣،

ص ٢٤٢، الرافعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج ١٠، ص ١١٤.

(٢) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٠١.

(٣) ابن عابدين، تكملة حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج ١، ص ٧٠.

(٤) الإمامية: العاملي، مفتاح الفلاح، مصدر سابق، ج ١٥، ص ٥٥٥، الشافعية: النووي، المجموع، مصدر سابق،

ج ١٣، ص ١٨٦، المالكية: مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٩٨، الحنفية: السرخسي،

المبسوط، مصدر سابق، ج ٣، ص ١١٢، الحنبلية: ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٣٤٣.

(٥) العلامة الحلي، قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١١٤.

(٦) السيد علي الحسيني السيستاني، المسائل المنتخبة، مطبعة مهر، قم، إيران، ١٩٩٣م، ط ٣، ص ٣٥٢.

(٧) السيد الخوئي، منهاج الصالحين، ج ٢، ص ١٧٧.

كالذي لا رهن به فإن لم يوف وكان قد أذن للمرتهن أو للعدل في بيع الرهن باعه ووفى الحق من ثمنه^(١)، أما الحنفية فجعلت ثمن الرهن رهنا: "بان باعه الراهن أو المرتهن بأذن الراهن أو باعه العدل لان ملك المرهون قد زال بالبيع ولكن لا يبطل الرهن لأنه زال إلى خلف وهو الثمن فبقي العقد عليه"^(٢)، وقالت المالكية بصحة التوكيل والبيع فقط: "وقال مالك وأبو حنيفة: يصح التوكيل والبيع"^(٣)، أما الشافعية فقد منعوا وكالة الراهن للمرتهن بالبيع واعتبروه باطلاً: "إذا شرطاً أن يبيع المرتهن الرهن فالشرط باطل، فإذا حل الحق لم يجز للمرتهن بيع الرهن الا أن يحضر الراهن"^(٤) بل منعوا المرتهن أن يكون له أي حق في الرهن غير الأستيئاق: "المرتهن ممنوع من كل تصرف قولاً وفعلاً"^(٥).

الفقرة الثانية: تمييز الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية عن الاتفاق على تملك الدائن المرتهن الاموال المرهونة عند حلول الاجل وعدم الوفاء.

اشرنا في الفقرة السابقة الى ان الدائن المرتهن لا يستطيع ان يتفق مع المدين الراهن وقت انشاء عقد الرهن او في اي وقت بعد انشاء العقد على بيع الاموال المرهونة خلافاً للإجراءات التي وضعها المشرع لتحقيق الهدف الاساسي للرهن وهو الحفاظ على المصالح المشتركة للأطراف.

ويتميز الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية عند حلول الاجل وعدم وفاء المدين الراهن عن الاتفاق على تملك الدائن المرتهن الاموال المرهونة عند حلول الاجل وعدم وفاء المدين الراهن في ان القانون المدني العراقي والقوانين المدنية محل المقارنة منعت الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية وقد جاء هذا الحظر في المادة "١٣٠١" من القانون المدني العراقي والفقرة اولاً من المادة "١٠٥٢" من القانون المدني المصري والمادة الاولى من القانون رقم "٣٤٦" لسنة "٢٠٠٦م" والذي انشأ المادة "٢٣٤٦" من القانون المدني الفرنسي.

(١) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٤٥١.

(٢) الكاشاني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٧١.

(٣) النووي، المجموع، ج ١٣، ص ٢٢٥.

(٤) النووي، المجموع، المصدر نفسه، ج ١٣، ص ٢٢٥.

(٥) الرافعي، فتح العزيز، ج ١٠، ص ١٤٢.

اما الاتفاق على تملك الدائن المرتهن المال المرهون عند عدم وفاء المدين عند الاجل فقد نص القانون المدني العراقي على بطلانه في المادة "١٣٠١" منه ^(١)، وفي نفس الصدد منع القانون المدني المصري هذا الاتفاق في الفقرة اولاً من المادة "١٠٥٢"، الا انه استثنى هذا الحظر واجازه في الفقرة ثانياً من المادة اعلاه اذا تم هذا الاتفاق بعد حلول اجل الدين او قسم منه والتي تنص على "٢- ولكن يجوز بعد حلول الدين او قسط منه الاتفاق على ان ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه".

اما موقف القانون المدني الفرنسي فقرر بطلان اي اتفاق يملك بموجبه الدائن المرتهن للمال المرهون وهذا ما نصت عليه الفقرة ثانياً من المادة "٢٠٧٨" من القانون المذكور الا ان المشرع الفرنسي قد الغى هذه المادة بموجب المادة "١١" من القانون رقم "٣٤٦" لسنة "٢٠٠٦" وشرع بدلا عنها المادة "٢٣٤٨" والتي نظمت تملك الدائن المرتهن للمال المرهون والتي تنص "يمكن الاتفاق عند ابرام عقد الرهن او لاحقاً، عند تنفيذ الالتزام المضمون، ان يصبح الدائن المرتهن مالكا للمال المرهون، وتحدد قيمة المرهون يوم نقل الملكية، من قبل خبير تختاره المحكمة او الاتفاق فيما عدا اذا كان هناك سعر رسمي للمال المرهون حسب وثائق رسمية في ضوء ما مستقر عليه في القواعد المالية والنقدية، واي اتفاق يخالف ما تقدم يعد كان لم يكن، وعندما تتجاوز قيمة المال المرهون مبلغ الدين المضمون، فان الفرق يعود للمدين اذا لم يكن هناك دائنان مرتهنان اخران يستطيعان حجزه" وبذلك نظم القانون المدني الفرنسي الاتفاق على تملك المرتهن للمال المرهون بشرط توفر الضمانات التشريعية، واي اتفاق على تملك المرتهن المال المرهون بدون هذه الضمانات يعد باطلا.

ويتميز شرط الاتفاق على بيع المرهون دون مراعاة الاجراءات القانونية عن شرط تملك المرهون في ان الاتفاق الاول يكون على حالة واحدة وهي ان يتم البيع بالممارسة بدون اذن من المحكمة ودون اتباع الاجراءات التي نص عليها القانون ويتم ذلك اما بسعر السوق او بسعر البورصة

(١) كما نصت على بطلان هذا الاتفاق المادة "١٩٦" من قانون التجارة العراقي التي تنص "يبطل كل شرط في عقد الرهن او كل اتفاق بعد انعقاده يعطي الدائن المرتهن في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول اجله الحق في تملك المرهون"، وتقابلها المادة "١٢٩" من قانون التجارة المصري التي تنص "يكون باطلاً كل اتفاق يبرم وقت تقرير الرهن او بعد تقريره يعطي الدائن المرتهن في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول اجله الحق في تملك الشيء المرهون".

و قد يكون السعر اقل لعدم وجود راغبين في الشراء، اما الاتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء بعد الاجل فانه يتستر في اوضاع قانونية تتجسد في حالتين:

الحالة الاولى: هي بيع الاموال المرهونة الى الدائن المرتهن ويتم ذلك عندما يتحايّل الدائن المرتهن على القانون ويتجنب خطورة تضمين عقد الرهن هذا الشرط حيث يتفق مع المدين الراهن على شراء هذه الاموال عند عدم الوفاء سواء تم هذا الاتفاق في عقد الرهن او في عقد اخر وسواء كان الثمن هو قيمة الدين او اكثر او اقل وسواء تم الاتفاق وقت الرهن او بعده حيث يعدّ هذا الاتفاق صورياً يخفي تحت ستاره شرط تملك الاموال المرهونة^(١).

الحالة الثانية: هي عندما يجعل الراهن نفسه على انه بائع للأموال المرهونة، والمرتهن مشترٍ لهذه الاموال والثمن هو الدين المضمون وفوائده ويحتفظ الراهن في استرداد هذه الاموال اذا قام بالوفاء عند الاجل^(٢)، وقد نص القانون المدني العراقي على ذلك في المادة "١٣٣٣" التي تنص على "بيع الوفاء يعتبر رهناً حيازياً"، وقد عدّ القانون المدني المصري هذا التصرف باطلاً ولا يعدّه بيعاً وهذا ما نصت عليه المادة "٤٦٥" من القانون المذكور والتي تنص "اذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلاً".

أما من حيث موقف فقهاء المذاهب الإسلامية فهم مختلفون أشد الاختلاف في تملك الدائن المرتهن الاموال المرهونة عند حلول الاجل وعدم الوفاء وسمي بـعده تسميات فعند الحنفية (بيع الوفاء)^(٣) (الرهن المعاد)^(٤) وسمته الشافعية (بيع العهدة)^(٥) وسمته الحنابلة (بيع الأمانة)^(٦) وسمته

(١) محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص ١١٩، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٢٩٨.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط ٣، ٢٠٠٠م، ص ١٤٨، د. سليمان مرقص، مصدر سابق، ص ٤٣٦، د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ٣٦٧، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٢١٦.

(٣) الكاشاني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٢، ص ٦.

(٤) زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي (ت ٩٧٠هـ)، البحر الرائق، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، ١٩٩٧، ط ١، ج ٦، ص ١١.

(٥) الشرواني والعبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا ت، ج ٤، ص ٢٩٤.

(٦) موسى بن أحمد الصالحي البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٧م، ج ٣، ص ١٧١.

المالكية بـ(بيع الثنيا)^(١) وعند الإمامية بـ(البيع الخيار)^(٢) وهو كما يفهم من أسماء المتعددة هو بيع لا رهن وإن كان له صورة الرهن، لذا ألحقه بعض فقهاء الحنفية بالرهن وأحكامه^(٣) وكذلك اختلفوا في تعريفهم لهذه المعاملة تبعاً لحكمهم عليها ولكن يمكن إعطاء صورة لها من خلال هذا التقريب: "وهو عبارة عن أن يبيع البائع العين على أنه إذا رد على المشتري الثمن ردّها له"^(٤)، أما حكمها فليس لها علاقة بأحكام الرهن إلا لمن ألحقها به، وإلا هي اتفاق بين شخصين بالغين عاقلين على هذه الكيفية من المعاملات وكلامنا عن حكم هذه المعاملة وحليتها وأقوال الفقهاء فيها أما الإمامية إجماعهم على حليتها ولا خلاف بينهم: "بيع الخيار جائز عندنا، وهو أن يبيعه شيئاً عقاراً أو غيره، ويشترط البائع الخيار لنفسه سنة أو أقل أو أكثر إن جاء بالثمن الذي قبضه من المشتري وردّه إليه، كان أحقّ بالمبيع.

وإن خرجت المدّة ولم يأت بالثمن، سقط خياره"^(٥)، ومن المتأخرين: "جواز اشتراط الخيار للبائع في مدة معينة متصلة بالعقد، أو منفصلة عنه، على نحو يكون له الخيار في حال رد الثمن بنفسه مع وجوده أو ببدله مع تلفه ويسمى بيع الخيار فإذا مضت مدة الخيار لزم البيع وسقط الخيار وامتنع الفسخ، وإذا فسخ في المدة من دون رد الثمن أو بدله"^(٦)، بل أدعي الأجماع عليه^(٧).

أما الحنفية فلهم فيه ثمانية أقوال: "الأول أنه رهن حقيقة فلا يملكه المشتري ولا ينتفع به الثاني أنه بيع صحيح... الثالث الصحيح أنه إن وقع بلفظ البيع ... الرابع أنه بيع فاسد ... الخامس إن أطلق البيع، صحيح كبيع المكروه لا كالبيع الفاسد بعد القبض... القول الثامن فاسد في حق بعض

(١) محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب الرعيني (ت ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق

: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٥م، ط ١، ج ٦، ص ٢٤٢.

(٢) السيد الخوئي، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٠.

(٣) منهم: أبو الشجاع السمرقندي، علي بن الحسين السفدي الحسن الماتردي وغيرهم، ينظر: الدعيلى، الرهن في الفقه الإسلامي، ص ٦٥٠.

(٤) حسن الجواهري، بحوث في الفقه المعاصر، مجمع الذخائر الإسلامية، قم، إيران، ١٤٢٧هـ، ط ١، ج ٥، ص ٩٣.

(٥) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ١١، ص ٦٠.

(٦) السيد الخوئي، منهاج الصالحين، المصدر نفسه، ج ٢، ص ٣٠.

(٧) العامل، مفتاح الكرامة، مصدر سابق، ج ١٤، ص ٢٠٥.

الأحكام .. وصحيح في حق بعض الأحكام ورهن في حق البعض^(١) وأتيت بالأقوال الثمانية لتبيين الخلاف في المسألة، ولكن تبقى الضابطة الكلية في الفقه الحنفي: "ان البيع متى وقع وجب ترتب جميع اثاره عليه مادام العقد مستوفيا لشروطه واركانه، ثم انه وعد ويلزم الوفاء بالمواعيد لقوله صلى الله عليه واله وسلم (العدة دين) فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس اليه "^(٢).

أما المالكية فمنهم من أجازوه وأنزله منزلة الرهن استنادا للخبر المنقول عن مالك: "سئل مالك عن رجل باع عبدا أو غيره وشرط على المبتاع أنه لا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطي الثمن قال: لا بأس بذلك لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى "^(٣)، ومنهم غير جائز لكونه بيع وسلف: "ولا يجوز بيع الثنيا وهو أن يقول: أبيعك هذا الملك أو هذه السلعة على أني إن أتيتك بالثمن إلى مدة كذا أو متى ما أتيتك فالبيع مصروف عني، قال سحنون: بل سلف جر منفعة"^(٤) والظاهر أن هذه المعاملة كانت بمثابة معاملة بديلة عن الوقوع في الربا وذلك عن طريق السلف على أن البائع له منافع المبيع وهذا ما حدا بالحنابلة فأجمعوا على كونه باطلاً ولا يصح: "قال الشيخ: بيع الأمانة هو الذي مضمونه اتفاقهما أي اتفاق البائع والمشتري على أن البائع جاءه بالثمن، أعاد إليه المشتري ... وهو أي البيع إذن عقد باطل بكل حال"^(٥)، وعللوا ذلك بأنه ربا: "إنما هو الربا بإعطاء دراهم إلى أجل ، ومنفعة الدار أو نحوها هي الربح "^(٦)، وقالت مشهور الشافعية هو عقد صحيح إذا خلا من الشرط الفاسد لذا أجاب ابن حجر عند سؤاله عن بيع العهدة: " هو صحيح معتد به يترتب عليه سائر الأحكام حيث خلا من شرط فاسد "^(٧) وكذلك: "في بيع الوفاء: إنه صحيح لحاجة الناس فرارا من الربا"^(٨).

(١) ابن نجيم المصري، البحر الرائق، ملخصاً من ص ١١ - ١٣.

(٢) عبدالله بن محمود بن مودود ابن محمود مجد الدين الموصلي (ت ٦٨٣ هـ)، الاختيار والتعليل، مطبعة السعادة،

مصر، ط ٣، ١٣٧٦هـ، ١٩٥٧م، ج ٢، ص ٣٠، السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ٦، ص ٢٣١.

(٣) الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج ٦، ص ٢٤٢.

(٤) الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، المصدر نفسه، ج ٦، ص ٢٤٣.

(٥) البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٧١.

(٦) محمد بن احمد بن رشد القرطبي (ت ٥٩٥ هـ)، بداية المجتهد، مطبعة الاستقامة، القاهرة، مصر، ١٩٥٢م، ج ٢،

ج ٢، ص ١٣٠.

(٧) ابن حجر، الفتاوى الكبرى، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٣٠، عن: الدعيلج، الرهن في الفقهي الإسلامي، مصدر

سابق، ٦٥٤.

(٨) ابن عابدين، الدر المختار شرح تنوير الابصار، مصدر سابق، ج ٥، ص ٤١٣.

الفرع الثاني

طبيعة وحالات الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية

لم يسمح القانون المدني العراقي باي اتفاق بين الدائن المرتهن والمدين الراهن على بيع الاموال المرهونة بدون اتباع الاجراءات المقررة لذلك سواء تم هذا الاتفاق وقت انشاء عقد الرهن او في وقت لاحق لأنشاء العقد ولغرض توضيح طبيعة وحالات بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية سنقسم هذا الفرع على الفقرتين التاليتين:

الفقرة الاولى: طبيعة الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية.

يعدّ الاتفاق الذي يبرم بين المدين الراهن والدائن المرتهن على انه اذا حل اجل الدين ولم يقيم الراهن بالوفاء فان للمرتهن بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية من قبيل الوكالة بالبيع سواء تم هذا البيع عن طريق الممارسة او عن طريق المزاد لكن بدون تدخل واشراف من قبل المحكمة حيث يكون الدائن المرتهن في هذا البيع وكيلًا عن المدين الراهن ومن ثم فان آثار البيع تنصرف الى الموكل وهو الراهن وفقا لأحكام الوكالة.

وهنا لا نتفق مع الراي الذي يقول انه يجوز ان يباع المرهون بالممارسة وليس المزاد العلني لان المنع من هذا الاتفاق ذكر نصاً في المادة ١٣٠١^(١) من القانون المدني العراقي^(٢).

ويرى الفقه ان دقة المسالة ترجع في ان الدائن عندما يبيع باسم مدينه وفقاً للقواعد العامة تنصرف آثار الوكالة الى الموكل والاصل ان المدين يحق له التصرف في امواله المرهونة فالبايع يكون هو المدين لا الدائن وان اعتبار المرتهن وكيلًا عن الراهن يكون من مصلحته ابرام هذا الاتفاق حيث يقوم بالبيع بغض النظر عن الحصول على اعلى ثمن ويكون هدفه الحصول على دينه وهذه

(١) وتقابلها الفقرة اولاً من المادة "١٠٥٢" من القانون المدني المصري، والمادة "٢٣٤٦" من القانون المدني الفرنسي والمادة "٢٤٥٨" من نفس القانون التي تنص على " ما لم يباشر الدائن المضمون برهن عقاري الذي لم يستوفي دينه ببيع المال المرهون وفقاً للطرق المنصوص عليها بموجب القوانين المتعلقة بإجراءات التنفيذ المدنية والتي لا يمكن لاتفاقية الرهن مخالفتها".

(٢) الاستاذ المساعد شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص ١٤٣.

هي خطورة هكذا اتفاق لأنه قد يؤدي الى الاضرار بمصلحة الموكل الراهن وكذلك الاضرار بمصالح بقية الدائنين وعليه فان الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة اجراءات البيع التي نص عليها القانون هو من قبيل الوكالة وان بطلان هذا الاتفاق يستلزم بطلان هذه الوكالة كونها تحقق فقط مصلحة المرتهن وانها فعلاً شرط الطريق الممهد حيث لا بد للتوكيل هنا ان يقتصر بعدم جواز الرجوع فيه رغم ان الاصل هو جواز الرجوع عن الوكالة ويرى الفقه بعدم صحة هذا الاتفاق وهذه الوكالة كونها لا تحقق المصالح العادلة والمتوازنة للأطراف^(١).

اما موقف الفقه الاسلامي من منع التعسف بين الراهن والمرتهن فقد وضع عدة شروط ضمنية تحسباً من هكذا تصرفات قد تصدر من الراهن والمرتهن سوف أعدد بعضاً منها دون ذكر كل أقوال المذاهب لكثرتها منها ما تناولناه ومنها ما سوف يأتي بتفصيله فمن جهة الراهن منعه المشرع من عدة أمور منها عدم جواز التصرف: "التصرف في الرهن باستخدام، ولا سكنى، ولا إجارة"^(٢) وما ذلك إلا رعاية للمرتهن لأن ذلك مما يقلل قيمته أو يؤدي إلى عدم الرغبة فيها، بل شرطوا في تصرف الراهن عدم إضراره بالرهن ضرراً معتد به لذا قالوا: "بأن لا يكون أي - التصرف - متلفاً لها (للرهن) أو موجباً للنقص في ماليتها ... فيجوز له الانتفاع من الدابة بركوبها ومن الكتاب بمطالعته ... وأما التصرف المتلف أو المنقص لماليتها كاستعمال ما تنقص قيمته بالاستعمال أو ايجار الدار على نحو تكون مسلوقة المنفعة على تقدير الحاجة إلى ... فغير جائز إلا بإذن المرتهن"^(٣) وكذلك منع المرتهن من التصرف في الرهن: "وإذا رهن النخل، لم يدخل الثمرة... وكذا إن رهن الأرض، لم يدخل الزرع ولا الشجر ولا النخل"^(٤) وذلك صيانة لمال الراهن وكذلك: "لا يجوز للمرتهن التصرف في العين المرهونة بدون إذن مالكيها ... فلو تصرف فيها بركوب أو سكنى أو نحوهما ضمن العين لو تلفت أو تعيبت تحت يده للتعدي ولزمه أجره المثل لما استوفاه من المنفعة" أي إذا تصرف المرتهن بدون إذن الراهن فعليه الضمان إذا تعيب وعليه أجره ما استوفاه من منفعة العين بل على المرتهن أن يسمح للراهن بإصلاح الرهن وإن كان قد قبضه المرتهن: "ولا يمنع الراهن من إصلاح الرهن ودفع الفساد

(١) د. جلال محمد ابراهيم ود. عبد العزيز المرسى محمود، التأمينات العينية، ص ١٩٥، د. حسام الدين كامل الاهواني، مصدر سابق، ص ٢٢٨.

(٢) المحقق الحلبي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٣٦.

(٣) السيد السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٩٢.

(٤) المحقق الحلبي، شرائع الإسلام، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٣٧.

عنه ومداواته ان احتاج إليها ... لأن فيه مصلحة للرهن وزيادته وذلك زيادة في حق المرتهن من غير ضرر^(١) بل أن نفقات الرهن واجبة على الراهن "مؤنة الرهن التي يبقى بها، كنفقة العبد وكسوته، وعلف الدابة على الراهن... هل يجبر عليها الراهن حتى يقوم بها من خالص ماله، أصحهما الاجبار، حفظاً للوثيقة"^(٢) بل لو احتاج الرهن إلى نفقة لكي لا يتعرض للفساد أو التلف وجب على الراهن بذلها وإن لم يفعل أمره الحاكم بذلك ولو دفعها المرتهن أشهد عليها واخذها من الراهن: "وكل زيادة تلزم الراهن إذا امتنع أجبره الحاكم عليها"^(٣) وما هذه التفريعات الفقهية إلا صيانة لمال المرتهن لأن عدم بذل المال هو نقصان لقيمة الرهن عند بيعه، ونرى ذلك بأوضح صوره في أن الفقه الإسلامي منع من بيع الرهن من قبل المرتهن - رغم أن الرهن تحت يده في الأغلب - عند امتناع الراهن عن الوفاء أو سفره بل يجب عليه مراجعة الحاكم أو القاضي ليقوم بهذه المهمة وما ذاك إلا صيانة لمال الراهن والمرتهن وضمان عدم وجود غبن أو تعسف لأحدهما على الآخر^(٤).

كما ان اتفاق الراهن والمرتهن يجب ان يكون ضمن شروط الرهن فان خالف شرط منها بطل الاتفاق بين الطرفين وهذا ما قال به الامامية^(٥)، ومن امثلة ذلك ما قال به الحنفية " ولو رهن دارا والراهن والمرتهن في جوفها فقال رهنها منك وسلمتها اليك وقال المرتهن قبلت لم يتم الرهن حتى يخرج الراهن من الدار ثم يقول الراهن قد سلمتها اليك لأنه لا يصح التسليم الى المرتهن وهو في الدار فاذا خرج فلا بد من تسليم جديد"^(٦) كما لا يجوز رهن ما لا يعد مالا في الشريعة الاسلامية كان يرهن خمرا او يرهن خنزير، فقد جاء في كتب الحنفية ما نصه " وكذلك لا يجوز ان يكون الخمر والخنزير رهنا سواء كان العاقدان مسلمين او احدهما مسلماً والاخر ذمياً لان الرهن للإيفاء والاستيفاء وإيفاء

(١) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٤، ص٤٢٧.

(٢) يحيى بن شرف النووي الدمشقي(ت ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود - الشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج٣، ص٣٣٢.

(٣) ابن قدامة، المغني، المصدر نفسه، ج٤، ص٤٤١.

(٤) وسيأتي تفصيل ذلك في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

(٥) الشهيد الثاني، الروضة البهية، مصدر سابق، ج٢، ص٤٨١، العاملي، مفتاح الكرامة، مصدر سابق، ج٥، ص١٣١.

(٦) تحفة الفقهاء، محمد بن احمد بن ابي احمد، ابو بكر علاء الدين السمرقندي(ت: نحو ٥٤٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤١٤ هـ، ج٢، ص٤٠.

الدين من الخمر والخنزير لا يجوز من المسلم وكذا الاستيفاء من المرتهن المسلم^(١)، وان اتفق الراهن والمرتهن ان يكون سداد الدين (الرهن) بعضها قبل بعض" اي على شكل دفعات"، فهذا لا يجوز فقد قال الامام الشافعي "لو رهن رجل رجلاً شيئاً مثل دقيق وابل وغنم وعروض ودرهم ودنانير بألف درهم او الف درهم ومائة دينار او الف درهم ومائتي دينار او بعيراً وطعاماً فدفعت الراهن الى المرتهن جميع ماله في الرهن كلها الا درهما واحداً او اقل او وبه حنطة او اقل منها كانت الرهون كلها بالباقي وان قل لا سبيل للراهن على شيء منها ولا لغرمائه ولا لورثته لو مات حتى يستوفي المرتهن كل ماله منها لان الرهون صفقة واحدة لا ينفك بعضها قبل بعض"^(٢).

الفقرة الثانية: حالات الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية.

ذكرنا انه قد يتفق الدائن المرتهن مع المدين الراهن على ان يتم ببيع الاموال المرهونة من غير اتباع الاجراءات القانونية المنصوص عليها اذا لم يستوف المرتهن حقه عند حلول الاجل وهو ما يطلق عليه الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية او شرط الطريق الممهد، ويتم هذا الاتفاق في ثلاث حالات سيتم توضيحها فيما يلي:

الحالة الاولى: وهي ان يتفق الدائن المرتهن مع المدين الراهن عند انشاء عقد الرهن على انه اذا لم يقيم المدين الراهن بالوفاء عند حلول الاجل يتم بيع الاموال المرهونة دون اتباع الاجراءات القانونية التي نصت عليها القوانين في البيوع الجبرية حيث يشترط المرتهن هذا الشرط لإتمام عقد الرهن وبطبيعة الحال فان هذا الشرط يؤدي الى استغلال الدائن المرتهن للمدين الراهن لاحتمال ضعف المركز المالي للمدين الراهن الذي قد يتعرض اليه بعد ابرام عقد الرهن^(٣) وذلك من خلال قيام الدائن المرتهن بعملية بيع الاموال المرهونة بمعرفته، ويستبعد ان يتم مثل هذا الشرط عند انشاء عقد الرهن سواء كان رهناً تأمينياً ام رهناً حيازياً اذا كانت الاموال المرهونة فيه عقاراً او حقاً عينياً عقارياً حيث ان الرهن التأميني يعدّ من العقود الشكلية و يلزم لأنشائه ان يستكمل الشكلية التي نص عليها القانون وهي

(١) عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت: ٧٤٣ هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الحاشية: شهاب الدين احمد بن محمد بن احمد بن يونس بن اسماعيل بن يونس الشلبي (ت:

١٠٢١ هـ)، بولاق، القاهرة، ط١، ١٣١٣ هـ، ج٦، ص٦٢، السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج٢١، ص٦٣.

(٢) الشافعي، الام، ج٣، ص١٤٣، الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص١٤١.

(٣) علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١٣،

٢٠١٧م، ص٢٧٥.

التسجيل في مديرية التسجيل العقاري وهذا ما اشارت اليه الفقرة أولاً من المادة "١٢٨٦" ^(١) التي تنص على "١- لا ينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله بدائرة التسجيل العقاري، ..."، كما ان الرهن الحيازي اذا ورد على عقار يلزم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري وهذا ما اشارت اليه المادة "١٣٢٤" ^(٢) من القانون المدني العراقي التي تنص "اذا وقع الرهن الحيازي على عقار، فيشترط ايضاً لتمامه ان يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً" أي ان المادة اعلاه اشارت الى ان التسجيل شرط تمام لكن قانون التسجيل العقاري عدّه ركناً للانعقاد، وبما ان المشرع العراقي والتشريعات محل المقارنة اشترطت تسجيل عقد الرهن التأميني او الحيازي اذا ورد على عقار في الدوائر المختصة هذا من جانب ومن جانب اخر فان هذه التشريعات قد منعت ان يتضمن عقد الرهن هذا الشرط بنص القانون ^(٣) وبناءً على ذلك يستبعد ان يتم الاتفاق على هذا الشرط عند انشاء عقد الرهن.

الحالة الثانية: وهي ان يتفق الدائن المرتهن مع المدين الراهن بعد انشاء عقد الرهن وقبل حلول اجل الدين على بيع الاموال المرهونة بدون اتباع الاجراءات القانونية اذا لم يقيم المدين الراهن بالوفاء عند حلول الاجل، ويستبعد ان يتم هذا الاتفاق في هذه الحالة كونه مادام عقد الرهن باقياً ولم يحل اجله فلا حاجة ولا ضرورة لموافقة الراهن على هذا الاتفاق.

(١) وتقابلها الفقرة أولاً من المادة "١٠٣١" من القانون المدني المصري التي تنص على "١- لا ينعقد الرهن الرسمي الا اذا كان بورقة رسمية"، والمادة "٢٤١٦" من القانون المدني الفرنسي والتي اشارت الى ان الرهن العقاري الاتفاقي هو من العقود الشكلية ويجب مراعاة الرسمية في انعقاده والتي تنص على "لا يمكن الموافقة على الرهن العقاري الا بموجب صك رسمي" كما نظم القانون المدني الفرنسي الرهن العقاري الاتفاقي في المادة "٢٤١٣" التي حددت ان يكون مصدره العقد.

(٢) وتقابلها المادة "١١١٤" من القانون المدني المصري التي تنص على "يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة ان يقيد عقد الرهن، وتسري على هذا القيد الاحكام الخاصة بعقد الرهن الرسمي" اما القانون المدني الفرنسي فقد نص على الشكلية والتسجيل في رهن الحيازة العقاري في المادة "٢٣٨٨" منه والتي تنص على "تطبق على رهن الحيازة العقاري الاحكام المتعلقة بالرهن العقاري الاتفاقي المنصوص عليه في الفقرة الاخيرة من المادة ٢٣٩٧ وفي المواد ٢٤١٣ و ٢٤١٤ و ٢٤١٦ " حيث تنص المادة "٢٤١٦" على "لا يمكن الموافقة على الرهن العقاري الاتفاقي الا بموجب صك رسمي" وان هذا يدل على ان المشرع الفرنسي قد اشترط الشكلية والرسمية عند انشاء الرهن الحيازي اذا ورد على عقار.

(٣) حيث منع القانون المدني العراقي ان يتضمن عقد الرهن هذا الاتفاق في المادة "١٣٠١" وكذلك القانون المدني المصري منع هذا الاتفاق في الفقرة أولاً من المادة "١٠٥٢"، ومنع هذا الاتفاق القانون المدني الفرنسي في الفقرة ثانياً من المادة "٢٢٠١" وكذلك المادة الاولى من قانون "٣٤٦" لسنة "٢٠٠٦" الذي انشا المادة "٢٣٤٦".

الحالة الثالثة: وهي ان يتفق الدائن المرتهن مع المدين الراهن ليس وقت انشاء عقد الرهن ولا بعد انشاءه وقبل حلول اجل الدين وانما يكون الاتفاق بعد حلول الاجل وعدم وفاء الراهن بالدين على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الإجراءات القانونية.

وان جميع هذه الحالات هي باطلة وقد نصت القوانين محل المقارنة على بطلانها كما ذكرنا سابقا.

واستناداً الى ما تم ذكره فأنا نرجح الحالة الثالثة التي يتم فيها اتفاق الدائن المرتهن مع المدين الراهن على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية أي بعد حلول اجل الدين وعدم وفاء المدين الراهن وذلك لأن الدائن المرتهن يكون مصرراً على اقتضاء حقه والمدين الراهن يكون مضطراً الى الاذعان له وقبول الاتفاق لكي يتم بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية بوقت اسرع لكي يتم وفاء الدائن المرتهن بحقه ويتخلص المدين الراهن من الدين والمسؤولية.

اما اراء فقهاء المذاهب الاسلامية فذكروا انه اذا اطلق المرتهن اذنه بالبيع وقت العقد او بعده سواء كان قبل الاجل او بعد الاجل ولم يقيد الراهن بشرط تعجيل الدين او جعل ثمنه رهنا بدله صح البيع، ولكنهم اختلفوا في جعل الثمن بدله رهنا وعدم جعله وفي وجوب تعجيل الدين وعدم وجوبه على اقوال:

القول الاول: لا يبطل الرهن ويبقى الثمن مكانه رهناً، وهو قول الطوسي من الامامية^(١)، وهو قول للحنابلة^(٢) وهو ما ذهب اليه الحنفية^(٣) حيث قال فقهاء المذهب الحنفية في ذلك: " ان الثمن قائم مقام ما يتعلق به حقه وهو بدل ما تعلق به حقه ومحل لحقه لان حقه بالمالية والبدل حكم المبدل فوجب انتقال حقه اليه كالعبد اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل من غير شرط ولا يسقط حقهم بالكلية لعدم رضاهم بذلك ظاهراً والرضى بالبيع لا يدل على سقوط الحق رأساً فيبقى الحق على حاله " (٤).

(١) العاملي، مفتاح الكرامة، مصدر سابق، ج٥، ص ١٢١.

(٢) علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط١، ١٣٧٦هـ، ١٩٥٦م، ج٥، ص ١٥٧.

(٣) المرغيناني، الهداية شرح البداية، مصدر سابق، ج٤، ص ١٠٧.

(٤) الزيلعي، تبیین الحقائق، مصدر سابق، ج٦، ص ٨٤.

القول الثاني: يبطل الرهن ولكن اختلفوا في هل يجب تعجيل الدين او لا يجب على رأيان:

اصحاب الراي الاول: لا يجب تعجيل الدين، وان بطل الرهن، وهو قول الامامية وشرطوا عدم تصرف الراهن بالثمن رغم أنه ليس رهنا: "ولو أذن له في بيعها - أي العين المرهونة - فباع، بطل الرهن، ولا يجب جعل الثمن رهنا، ولو أذن الراهن للمرتهن في البيع قبل الأجل، لم يجز للمرتهن التصرف في الثمن إلا بعد حلوله"^(١)، وهو مذهب الشافعية: "(ولو أذن في بيته) أي المرهون فباعه والدين مؤجل فلا شيء له على الراهن ليكون رهنا مكانه، لبطلان الرهن"^(٢) ويصبح المال الذي في ذمة الراهن ديناً غير موثق إلى أجله، وعلى نفس المنوال الحنابلة: "وإن أذن المرتهن فيه - أي بتصرف الراهن - كالهبة والوقف والبيع والرهن ونحوه صح التصرف المأذون فيه لان الراهن إنما منع من مثل ذلك لتعلق حق المرتهن وقد أسقطه بالأذن وبطل الرهن"^(٣) ويكون المال ديناً كما مر، وأما المالكية فقالوا لو سلم المرتهن الرهن للراهن فباعه فهنا حالتان إن علم وأذن أو لا فإن كان قد أذن له بذلك مضى البيع ولا يكون الثمن رهنا ويبطل الرهن وإن لم يأذن جد في طلب الرهن لاسترجاعه^(٤).

اصحاب الراي الثاني: يجب تعجيل الدين وان بطل الرهن، وهو احد اقوال المالكية، فقد قالوا: "ان المرتهن لما اذن للراهن ببيع المرهون فقد رضى بتعجيل دينه، او ان اذن المرتهن للراهن بالبيع يتضمن شرط التعجيل عرفا والمعروف عرفا كالمشروط شرطا فوجب تعجيل دين الرهن"^(٥).

(١) المحقق الحلبي، شرائع الاسلام، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٢٧.

(٢) الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٣٣، الشيرازي، المهذب، ج ١، ص ٣٢٠.

(٣) علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان الحنبلي (ت ٥٨٥ هـ)، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط ١، ١٣٧٦ هـ، ١٩٥٦ م، ج ٥، ص ١٥٧.

(٤) الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٢٨، ج ٢، ص ١١٤.

(٥) الخرشي، حاشية الخرشي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٥٢.

المطلب الثاني

احكام الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية

تتفق القوانين محل المقارنة على ان اي اتفاق بين الراهن و المرتهن على بيع الاموال المرهونة عند حلول اجل الدين وعدم الوفاء به من قبل المدين الراهن بدون اتباع الاجراءات التي نص عليها القانون في البيوع الجبرية سواء تم هذا الاتفاق عند انشاء عقد الرهن او بعده يكون باطلاً ويبطل الشرط وحده ويبقى الرهن صحيحاً، ولغرض بيان ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، نبحت في الفرع الاول عدم جواز الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية، اما الفرع الثاني فسنبحث فيه اسباب بطلان الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية.

الفرع الاول

عدم جواز الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية

الهدف والغاية من ابرام عقد الرهن هو حفظ حقوق الراهن والمرتهن حيث انه عند حلول اجل الدين وعدم قيام المدين الراهن بالوفاء يتم بيع الاموال المرهونة ويحصل الدائن على دينه جبراً عن الراهن وفقاً للإجراءات التي نظمتها التشريعات الوضعية وقد منع القانون اتفاق الاطراف على اجراء هذا البيع بدون مراعاة تلك الاجراءات، وسيتم توضيح ذلك من خلال الفقرتين التاليتين:

الفقرة الاولى: بطلان الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية.

اتفقت القوانين محل المقارنة على بطلان الاتفاق بين المرتهن والراهن على بيع الاموال المرهونة عند حلول الاجل وعدم وفاء الراهن بالدين دون مراعاة الاجراءات القانونية بغض النظر عن الطريقة التي يتم فيها البيع سواء كان البيع بالمزاد ولكن بدون رقابة المحكمة او بالممارسة^(١) وقد نص القانون المدني العراقي على هذا الحكم في المادة "١٣٠١"^(٢) والفقرة اولاً من المادة "١٣١٠"^(٣) كما

(١) الممارسة "هي عملية البيع او الشراء بدون مزايدة ولا مناقصة"، المعجم الوسيط، اصدار مجمع اللغة العربية، ط٢، ١٩٧٢م، ص ٩٠١، د. عطية فتحي الفقي، البيوع الاجبارية دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ط١، ٢٠٢١م، ص ١٤٨.

(٢) ونقابلهما الفقرة اولاً من المادة "١٠٥٢" من القانون المدني المصري، والمادة "٢٢٠١" من القانون المدني الفرنسي والمادة الاولى من القانون الفرنسي رقم "٣٤٦" لسنة "٢٠٠٦"م "التي انشأت المادة "٢٣٤٦" من القانون المدني الفرنسي.

(٣) ونقابلهما المادة "١٠٦٩" من القانون المدني المصري.

ورد حكم بطلان هذا الاتفاق في المادة "٥٨" ^(١) من قانون التنفيذ العراقي التي تنص على "لا يعتد باتفاق الطرفين على اجراءات الحجز او البيع خلافاً لأحكام هذا القانون" وجاء حكم البطلان المطلق على هذا الاتفاق كون هذه الاجراءات تتضمن مواعيد واوضاع على بيع الاموال المرهونة لا يجوز مخالفتها كونها تعدّ من النظام العام ^(٢)، يتضح لنا ان الغرض من هذه النصوص حماية المدين الراهن من ان يستغل الدائن المرتهن حاجته ليملي عليه شروطاً قاسية وينتزع منه رضاه عليها لان المدين يظل مضطراً الى الرضوخ لإرادة الدائن المرتهن مادام الدين لم يسدد اذ ان الدائن يهدده دائماً بإجراءات التنفيذ على الرغم من ان اجراءات التنفيذ لا تحقق فقط مصلحة المرتهن بل تحقق مصالح الطرفين والموازنة بينهما من خلال اتباع المدد المحددة والاعلان عن البيع للوصول الى اعلى سعر ممكن لبيع الاموال المرهونة ^(٣).

ويرى الفقه الفرنسي ان بطلان هذا الاتفاق يحقق مصلحة الراهن وخصوصاً اذا كان نفسه المدين لان المرتهن هدفه اقتضاء حقه باي وسيلة حتى لو تم البيع خارج المحكمة وبدون اجراءات قانونية وتم بيعه باقل من قيمته الحقيقية ^(٤).

وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدّة، حيث اكد على بطلان هذا الاتفاق في قراراته ^(٥).

(١) كما اكد القانون الفرنسي على هذا البطلان في قانون اجراءات التنفيذ المدنية في الفقرة ثالثاً من المادة "٣١١" وكذلك في قانون الاستهلاك الصادر بتاريخ "٢٠١٠/٧/١م" وذلك في الفقرتان "٢٣" و "٣٢" اللتان جاءتا بعبارة واحدة نصت على "في حالة العجز عن دفع الدين، فإنه تتبع اشكال بيع المرهون وفقاً للمادة ٢٣٤٦"، وان المقصود بإجراءات التنفيذ هي تلك الاجراءات الصادرة بموجب القانون رقم "١٨٩٥ / ٢٠١١م" في "٢٠١١/١٢/١٩م" وهي الاجراءات الواجب اتباعها عند الحجز على المال المرهون وبيعه في المزاد العلني.

(٢) النظام العام "هو الاساس السياسي والاقتصادي والاجتماعي والخلقي الذي يقوم عليه كيان المجتمع في الدولة كما ترسمه القوانين المطبقة فيها"، د. اسماعيل عبد النبي شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية النظرية العامة للحق نظرية القانون، هابوا للطباعة بكفر الشيخ، ١٩٨٦م، ص ١٣٢، د. عطية فتحي الفقي، البيوع الاجبارية دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ط١، ٢٠٢١م، ص ١٤٧.

(٣) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤٣٠، الاستاذ المساعد شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص ١٤٢، القاضي مدحت المحمود، مصدر سابق، ص ١٨٥.

(4) J.Mestre, E.Putman et M.Billiau-ouvr, préc- no.856

وقد أشاروا هنا الى قرار قديم لمحكمة النقض الفرنسية تطبيقاً لهذا البطلان وفقاً للمادة "٢٠٧٨" الملغية وهو:

Cass.civ,4,mars,1902,Dalloz, 1903,sirey,1905,p495.

(٥) ينظر القرار الصادر من محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، رقم القرار، ٧٢٧، تنفيذ، ١٩٩٠، في ١٠/٤/١٩٩٠م، كما اكد القضاء المصري حكم بطلان هذا الاتفاق وفي وجوب اتباع اجراءات القانونية اثناء بيع الاموال المرهونة حيث جاء في =

وفي رأي آخر للفقهاء المصري بهذا الشأن حيث جاء بصحة هذا الاتفاق بعد حلول اجل الدين او قسم منه وذلك لانتفاء مظنة استغلال الراهن وتجنب المصروفات اللازمة لبيع الاموال المرهونة في المزاد العلني رغم ان القانون المدني المصري لم يصرح بصحة هذا الاتفاق في الفقرة ثانياً من المادة "١٠٥٢"، التي اجازت على ان ينزل الراهن للمرتهن عن المرهون وفاء للدين بعد حلول الاجل عند عدم الوفاء ولكن يمكن قياس الحالة الاولى على الحالة الثانية والقول بصحة الاتفاق في الحالتين^(١). واستنادا الى ما تم ذكره فأنا نرجح ما نص عليه القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة في منع الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية، سواء تم هذا الاتفاق عند انشاء عقد الرهن او بعد ذلك، حتى وان تم هذا الاتفاق بعد حلول الاجل وذلك لمنع استغلال المدين الراهن ولحماية التأمين العيني.

اما موقف الفقه الاسلامي فكان، اذا اقترن العقد بشرط يقتضيه كتقديم المرتهن على سائر الغرماء، او اقترانه بشرط يلائمه وفيه مصلحة للعاقدين مثل الإشهاد عليه صح العقد والشرط، وان اقترن بشرط لا يقتضيه ولا نفع فيه لاحد العاقدين كان يطعم الدابة المرهونة صح العقد وبطل الشرط، لان هذا الشرط لا يؤدي الى النزاع، فكان للفقهاء في هذا قولان:

=حكم له يتضمن "ان اوجه بطلان اجراءات التنفيذ العقاري بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع، شرطه، ان يكون المدين طرفا في الاجراءات، وان عدم اعلان المدين بهذه الاجراءات، اثره، اعتباره من الغير، وعليه يجوز تمسكه بالعيب في الاجراءات بما فيها حكم مرسى المزاد"، ينظر قرار الطعن المرقم ٦٠٤ لسنة ٣٩ ق، جلسة ١٣/٣/١٩٧٥م، س٢٦، ص٥٩٠، وقد اكد القضاء الفرنسي هذا البطلان حيث جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية يتضمن "اي اتفاق بين المدين الراهن والدائن المرتهن بموجب عقد الرهن على اعطاء الدائن حقه عن طريق استبدال الية الدفع المحددة بموجب اجراءات الحجز القانونية يعد باطلاً"، نقلاً عن استاذنا الدكتور منصور حاتم محسن، مصدر سابق، ص١٥، د. معوض عبد التواب، مصدر سابق، ص٤٢٦ و٤٢٧:

Cass.com.8.ferr.Dm2003.p.372 P.Delebecque، Droite de sûretés، op. cit ، p. 69.

(١) تؤيد المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي هذا الاتجاه حيث قررت "اما اذا حل الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة المدين الراهن، واصبح هذا على بينة من الامر، فيجوز الاتفاق حينئذ على ان ينزل الراهن للدائن عن العقار المرهون وفاء للدين، او على ان يشتري الدائن العقار بثمن معين اكبر او اقل من الدين، او على ان يباع العقار بالممارسة لا بالمزاد العلني، وقد يكون في هذه الاتفاقات مصلحة للراهن نفسه اذ يتجنب المصروفات التي تتجم عن بيع العقار بالمزاد"، مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٧، ص ٦٢، د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٨٤٠ و ٨٤١، محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص ٩٧، د. سمير عبد السيد تتاغو، مصدر سابق، ص ١٢٤، د. خميس خضير، مصدر سابق، ص ١١٥، د. معوض عبد التواب، مصدر سابق، ص ٤٠٢، د. عطية فتحي الفقي، مصدر سابق، ص ٢٢٠، د رمضان ابو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٥م، ص ٣٧٣ و ٣٧٤، د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ٢٧٥.

القول الاول: صحة الشرط ونقل العاملي اجماع المذاهب الامامية عليه "ان الرهن عقد قابل للشروط الصحيحة التي لا تقضي الى جهالة في بيع ان شرط فيه اجماعا كما في التذكرة، فان شرط في الرهن شرطا فأما ان يكون من مقتضى عقدة او لا يكون من مقتضى العقد وعلى الثاني ان يتعلق بمصلحة العقد كالشهاد اولا يتعلق به غرض كقوله بشرط ان لا تأكل الهريسة او يكون غير هذين وعلى الاخير فأما ان يكون مما ينتفع به المرتهن ويضر الراهن او بالعكس، وعلى التقادير اما ان يكون الرهن رهن تبرع او مشروطا في عقد بيع وشبهه ولم يكن مما لا تتعلق به اغراض العقلاء لأنها شروط سائغة فيجب الوقوف عندها سواء كان تبرعا او مشروطا" ^(١) وكذلك: "الرهن عقد قابل للشروط الصحيحة التي لا تقضي إلى جهالة في بيع إن شرط فيه، عند علمائنا أجمع ... ومعنى الإيفاء به العمل بمقتضاه، فإذا كان مشروطاً، دخل تحت هذا الأمر" ^(٢) وهذا ما ذهب اليه الحنفية ^(٣) والشافعية ^(٤) والحنابلة ^(٥) والمالكية ^(٦)، فقد استدل جمهور الفقهاء على ذلك بقوله صلى الله عليه واله وسلم " المؤمنون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا " ^(٧).

القول الثاني: فساد الشرط، وهذا ما قال به جمهور من الفقهاء ^(٨)، ان الشرط المنافي يخل بالغرض المقصود.

(١) العاملي، مفتاح الكرامة، مصدر سابق، ج ٥، ص ٧٤، الشهيد الثاني، الروضة البهية، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٧٠.

(٢) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٩٣.

(٣) عبد الرحمن بن محمد بن بن سليمان المدعو بشيخي زادة يعرف بداماد افندي (المتوفى: ١٠٧٨ هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج ٢، ص ٦٢.

(٤) الشافعي الصغير، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٣٠، ابن قدامة، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٢١.

(٥) علاء الدين الحنبلي، الانصاف، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٦٧، تقي الدين احمد بن محمد الفتوحي الحنبلي الشهير بأبن النجار، منتهى الارادات لجمع المقنع مع التتقيح والزيادات، القسم الاول، مكتبة دار العروبة، القاهرة، ج ١، ص ٤٠٧.

(٦) الصاوي، بلغة السالك، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٢٢، الخرخشي، حاشية الخرخشي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٤٤.

(٧) نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتهى الأخبار، محمد بن علي ابن محمد الشوكاني (ت ١٢٥٥ هـ)، دار الجيل، بيروت، لبنان، ١٩٧٣م، ج ٥، ص ١٩٠.

(٨) الاموال ونظرية العقد، محمد يوسف موسى، مصدر سابق، ص ٤٢٨.

ومن ثم هل يلزم من فساد الشرط فساد العقد اختلفوا على اقوال تبعاً لأحكام الشروط التي قد يكون من أهمها أن لا يخالف حكماً شرعياً مثل شرب الخمر، وأن يذكر في متن العقد وأن لا يكون منافياً لمقتضى العقد مثلاً أن تباع الرهن الآن فهذا إخلال بشرط عقد الرهن إذا خلا من الوثيقة، وغيرها^(١)، لذلك قد يكون الشرط صحيحاً عند بعض الفقهاء وسقيماً لدى البعض الآخر وتبعاً لذلك كان اختلافهم إلى قولين:

القول الاول: بطلان العقد كالشرط، وهو قول بعض فقهاء الامامية: "ولو شرط ما ينافي العقد بطل كالمنع من بيعه في حقه أو من تسليمه إليه بالكآبة وكاشتراط عدم فكه بعد أداء الحق واشتراط أن يرهنه عند غيره"^(٢) وهو قول للحنفية: "وأما العقد فلان استثناء ما في البطن بمنزلة الشرط الشرط الفاسد والرهن تبطله الشروط الفاسدة"^(٣)، وهو الاصح من قولي الشافعية: "فالأظهر فساد الشرط الشرط والعقد لاقتضى أن القول بفساد العقد على القول بفساد الشرط"^(٤)، وقول للحنابلة معللين: "فإذا فسد الشرط فأت الرضى به فيفسد البيع لعدم التراضي به"^(٥)، وكذلك قول المالكية: "ولو شرط أن تكون المنافع مرهونة بطل قطعاً والأظهر (أنه متى فسد الشرط المذكور (فسد العقد) يعني أنه يفسد بفساد الشرط"^(٦) واستدلوا بعموم قوله صلى الله عليه واله وسلم "ما بال اقوام يشترطون شرطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن اعتق"، وبالمعقول، لان العاقد انما بذل ملكه بالشرط فاذا لم يسلم له الشرط لم يصح العقد لعدم الرضا بالعقد بدون الشرط^(٧).

(١) ينظر: من الإمامية الخوئي، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٢، الحنفية: ابن نجيم المصري، البحر الرائق، مصدر سابق، ج ٦، ص ٣-٤٢، ابن عابدين، حاشية رد المحتار، مصدر سابق، ج ٥، ص ٩-١٠٣، المالكية: أبو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣، ص ٩١ وما بعدها، الحنبلية: ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٦٠-٦٦، الشافعية: مغني المحتاج، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٢١.

(٢) العاملي، مفتاح الكرامة، مصدر سابق، ج ١٥، ص ٢٣٣.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٤٠.

(٤) حواشي الشيرازي، الشيرازي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٥٣.

(٥) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٥٤.

(٦) أبو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٢٢.

(٧) أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الراجعي القزويني، فتح العزيز، تحقيق علي معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م، ص ٤٣.

أما القول الثاني: صحة العقد وهو قول بعض من متقدمي فقهاء الإمامية: "فهذه كلها شروط فاسدة لأنها مخالفة لمقتضى عقد الرهن ... وهل يفسد الرهن، الأقوى في نفسي أن الشرط يفسد ويصح الرهن"^(١) وعليه جمهور متأخري الإمامية إذا كان الشرط مستوفياً لشروطه مثل: "الظاهر أن فساد الشرط لا يسري إلى العقد المشروط فيه فيصح العقد ويلغو الشرط"^(٢)، أي ويصبح الشرط بمثابة اللغو وكذلك ابن أبي ليلى^(٣)، وهو الأصح من أقوال الحنفية^(٤) وهو ما ذهب إليه بعض الحنابلة^(٥).

الفقرة الثانية: نطاق بطلان الاتفاق ومصير عقد الرهن المقترن بالاتفاق.

لم نجد في القوانين محل المقارنة ما يشير إلى نطاق بطلان الاتفاق على بيع الاموال المرهونة بدون اتباع الاجراءات القانونية ولم تأت هذه القوانين بنصوص تحدد مصير عقد الرهن المقترن به هذا الاتفاق سوى احكام القواعد العامة في القانون المدني التي تتعلق بنظرية انتقاص العقد الباطل حيث نص القانون المدني العراقي في المادة "١٣٩"^(٦) على "إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، اما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً"، وعلى هذا الاساس فان بطلان الاتفاق على بيع الاموال المرهونة المقترن بعقد الرهن يؤدي الى البطلان الجزئي للعقد مالم يكن هذا الاتفاق جوهرياً وهو الباعث الى التعاقد حيث يبطل العقد كله ويلزم لتطبيق نظرية انتقاص العقد شرطان الاول قابلية التصرف للانقسام او التجزئة و الثاني ان لا يكون الشرط جوهرياً للمتعاقدين، كما اشارت الى ذلك الفقرة ثانياً من المادة "١٣١" من القانون المدني التي تنص "٢- كما يجوز ان يقتصر بشرط نفع للاحد

(١) العلامة الحلي، مختلف الشيعة، مصدر سابق، ج ٥، ص ٤٢٩.

(٢) السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ٥٨، السيد أبو القاسم الخوئي، منهاج الصالحين، مطبعة مهر، قم، إيران، ط ٢٨، ١٤١٠ هـ، ج ٢، ص ٦.

(٣) الاموال ونظرية العقد، مصدر سابق، ص ٤٢٦.

(٤) ابن عابدين، الدر المختار، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤١٩، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زادة، زادة، يعرف بداماد افندي، مجمع الانهر، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٢٠.

(٥) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٣٨٤، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي الحنبلي، الانصاف، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٦٨.

(٦) وتقابلها المادة "١٤٣" من القانون المدني المصري التي تنص على "إذا كان العقد في شق منه باطلاً او قابلاً للأبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، الا اذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً او قابلاً للأبطال فيبطل العقد كله".

العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام او للآداب والا لغي الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً".

والرأي الذي اتجه اليه جانب كبير من الفقه الذي بموجبه يتم المحافظة على عقد الرهن مع استبعاد الاتفاق الباطل في الوقت نفسه أي يتم استبعاد الاتفاق على بيع الاموال المرهونة بدون اتباع الاجراءات القانونية لمخالفته للنظام العام دون النظر الى قصد المتعاقدين وبغض النظر عن المعيار القسدي أي سواء كان هذا الاتفاق جوهرياً أم لا والابقاء على عقد الرهن مرتباً لكل اثره^(١).

وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدّة، حيث قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها "ان البطلان يزول عن العقد اذا تبين بان العقد يمكن ان يتم بغير الشق الذي وقع باطلاً والا فالعقد يبطل جميعه"^(٢)، وفي الصدد نفسه جاء ذلك في حكم لمحكمة النقض المصرية جاء فيه "بطلان العقد في شق منه او قابليته للإبطال اثره بطلان الشق وحده، والاستثناء، تعذر اتمام العقد بغير الشق الذي وقع باطلاً"^(٣).

اما القانون المدني الفرنسي فلم نجد فيه نصاً خاصاً بنظرية انتقاص العقد الباطل، بل وجدنا تطبيقين تشريعيين لم يتغيرا منذ سنة "١٨٠٤م"، يختص الاول بعقود التبرع حيث تنص المادة "٩٠٠" على "الشروط المستحيلة الواردة في عقود التبرع بين الاحياء او في الوصية المخالفة للقوانين والآداب تعتبر كان لم تكن"، بينما يختص الثاني بعقود المعاوضة حيث تنص المادة "١١٧٢" على "ان كل شرط لشيء مستحيل او مخالف للآداب العامة او ممنوع قانوناً هو شرط باطل ويبطل العقد الذي يرتبط به"، ووفقاً للمادة "٩٠٠" الخاصة بعقود التبرعات يبطل الجزء المخالف للنظام العام ويبقى العقد صحيحاً، أي ان البطلان هنا جزئي، اما وفقاً للمادة "١١٧٢" الخاصة بعقود المعاوضة فيبطل العقد ولا مجال لأعمال الانتقاص.

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٣٨٩، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤٣١، د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص ٥٦، د. علي هادي العبيدي، مصدر سابق، ص ٢٧٦، د. محمد كامل مرسى، مصدر سابق، ص ١٨٠، د. احمد سلامة، مصدر سابق، ص ١٨٠، د. همام محمود زهران، مصدر سابق، ص ٣٣٢.

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ٩١٥، الغرفة المدنية الثانية، ١٩٧٤، بتاريخ ١٩٧٥/٤/١م، ص ٦٦، نقلاً عن استاذنا الدكتور منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، دار شتات للنشر، مصر، ٢٠١٠م، ص ١٢٥.

(٣) ينظر قرار محكمة النقض المصرية رقم ٧١١ لسنة ٤٧ ق في ١٩٨٢/٢/١٠م، المستحدث في مبادئ محكمة النقض التي قررتها الدوائر المدنية، المكتب الفني لمحكمة النقض، ص ٩٦.

وكان موقف الفقه والقضاء الفرنسي توحيد الحكم ليشمل عقود التبرعات والمعاوضات ويبرر القضاء هذا الموقف اذا كان يستطيع الحكم بالبطلان لمخالفته النظام العام فمن باب اولى الحكم بالبطلان الجزئي واستبعاد الشرط لمخالفته للنظام العام والابقاء على عقد الرهن كونه موافقا للنظام العام^(١).

وهذا ما اشار اليه قرار محكمة النقض الفرنسية الذي جاء فيه "عندما تكون كل نصوص العقد وفقاً لنية الطرفين مرتبطة فيما بينها ارتباطاً وثيقاً ويكون كل منها السبب الدافع للأخر فان بطلان الشروط غير المشروعة تبطل العقد بكافة شروطه"^(٢).

واستناداً الى ما سبق ذكره يؤيد الباحث الاتجاه الفقهي الذي بموجبه يتم المحافظة على عقد الرهن مع استبعاد الاتفاق الباطل، أي استبعاد الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية من العقد لمخالفته للنظام العام دون النظر لقصد المتعاقدين وبغض النظر عن المعيار القسدي أي سواء كان هذا الاتفاق جوهرياً ام لا والابقاء على عقد الرهن صحيحاً و مرتباً لكل آثاره وهذا بدوره يؤدي الى استقرار اكثر للمعاملات والتي هي الوظيفة الاساسية للقوانين والتشريعات، وبناءً عليه نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة "١٣٠١" من القانون المدني العراقي لتكون بالشكل التالي: "يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول اجله في ان يمتلك الأموال المرهونة رهناً تأمينياً او حيازياً بالدين، او أي ثمن كان، او في ان يبيعها دون مراعاة الاجراءات التي فرضها القانون حتى لو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن، ويبطل الاتفاق دون عقد الرهن".

اما عن موقف الفقه الاسلامي عن نطاق بطلان الاتفاق فقد تقدم الكلام في اختلاف الفقهاء فيه وكذلك عن مصير عقد الرهن المبرم أما عن أثره فقد يكون اجماع فقهاء المسلمين على أن العقد الباطل يبطل أثره الواجب في متن العقد ففي عقد البيع يبطل النقل والانتقال بين البائع والشاري وهذا مما لا خلاف فيه لذا قالوا في حكم العقد الباطل: "أنه لا يعد منعقداً أصلاً، وإن وجدت صورته في الظاهر، فلا يترتب عليه أي أثر شرعي، فلا يفيد نقل الملكية أصلاً، إذ لا يعد موجوداً بحال... لأن

(١) د. منصور حاتم محسن، النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء، بحث منشور في

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، ٢٠١٧م، ص ١٢٨ و ص ١٢٩.

(٢) ينظر قرار محكمة النقض الفرنسية ٣ يوليو ١٩٥٨م، مجموعة احكام النقض، رقم ٣٥٣، ص ٢٨٤، اشار اليه

الاستاذ الدكتور منصور حاتم محسن، مصدر سابق، ص ١٢٩.

البطلان المطلق ينجم عن فقدان أحد أركان تكوين العقد^(١)، ولكن أن نشأت من العقد الباطل أفعال نتيجة جهل المتعاقدين فما هو حكمها بعد علم المتعاقدين ببطلان عقدهم، فصل الفقهاء في هذه المسألة فكانت اقوالهم متعددة تعدد تلك الحالات في مختل أنواع العقود، وفي عقد الرهن محل الكلام هنالك فروع كثيرة فمن تلك التي اتفق عليها فقهاء المسلمين: لو قبض المرتهن الرهن بالعقد الباطل انتفعت كلماتهم على أن الرهن المقبوض هنا أمانة ولا ضمان عليه "فالرهن والبيع باطلان ... ويكون المال أمانة في يده"^(٢) بل عليه رده في الحال "يجوز للمشتري أن يأخذ رهناً أو كفيلاً من المسلم إليه، وليس بمكروه، فلو تقايلا السلم - أي أقال بعضهم بعضاً - أو فسخ لتعذر المسلم فيه، بطل الرهن وبرأ الضامن، وعلى المسلم إليه رد مال المسلم في الحال"^(٣) ولا يجب رده إلا مع المطالبة لكونه أمانة: "إذا فسخ المرتهن عقد الرهن، أو نزل عنه، أو قضاه الراهن الدين أو أبرأه المرتهن منه، بطل الرهن، وكان أمانة في يد المرتهن، لا يجب رده إلا مع المطالبة"^(٤) وكذلك بطلان عقد الرهن لا يفسد عقد الدين الداخل فيه "وان شرط كون المنافع مرهونة أيضاً فالشرط فاسد والقرض صحيح"^(٥)، كذلك إذا تصرف المرتهن بتصرف في الرهن يؤدي إلى بطلان عقد الرهن مثل إجارة الرهن بدون إذن الراهن "ولو آجره المرتهن صحت الإجارة وبطل الرهن"، وتكون أجرة الرهن للراهن لكونه ماله والمرتهن ممنوع من التصرف فيه إلا بأذنه^(٦)، وكذلك إن بطل الرهن جراء بيع الرهن بإذن المرتهن فإن الدين ماض إلى أجله باتفاق الإمامية^(٧) الشافعية^(٨) والحنابلة^(٩) والمالكية^(١٠) والحنفية^(١١).

(١) وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٣٧.

(٢) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٢٥٦.

(٣) العلامة الحلي، تحرير الأحكام، ج ٢، ص ٤٣٣.

(٤) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، المصدر نفسه، ج ٢، ص ٤٧٨.

(٥) الرافعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج ١٠، ص ٥٢.

(٦) الكاشاني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٤٧.

(٧) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، المصدر نفسه، ج ١٣، ص ٢٣٢.

(٨) الرافعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج ١٠، ص ١١٠.

(٩) البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٧٨.

(١٠) أبو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٤٣.

(١١) الزيلعي، تبیین الحقائق، مصدر سابق، ج ٦، ص ٨٤.

وعليه فانه لا يترتب على العقد الباطل اثار الرهن الصحيح واحكامه حتى انه لوهلك بيد المرتهن لا يضمنه المرتهن لان الحق لا يتعلق به فصار كالوديعة^(١) اما الحنفية فلم تفصيل في ذلك فهم يرون ان هناك رهن فاسد ورهن باطل:

الرهن الفاسد: انه "ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه اي كان صادراً حقاً من اهليه في محله او موضوعه القابل له ولكن لازمه او عرض له ولكن لازمه او عرض له امر او وصف غير مشروع فصار العقد منهياً عنه شرعاً من اجله او انه الذي فقد شرطاً من شروط الصحة في الرهن كان يكون المرهون مشغولاً بغير ما رهن او ان يكون المرهون به مضموناً بغيره كالمبيع ونحو ذلك في شروط الرهن، ولا يثبت للمرتهن حق الحبس والراهن ان يسترده منه"^(٢).

واما الرهن الباطل: اما اقوال فقهاء المذهب الحنفي عن الرهن الباطل "هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه اي ان يكون العاقدان او احدهما ليس اهلاً لعقد او ان يكون محل العقد ليس قابلاً له وبهذا يكون عرض له من الوصف ما يقتضي النهي عنه لعدم مشروعيته، وذلك كالرهن بما يكون مقابل حق القصاص ومقابل حق اليمين والكفالة بالنفس لان القصاص واليمين مثلاً لا تكون من الحقوق المالية التي يمكن استيفائها من الرهن وعلى هذا فلا يعتبر العقد منعقد فعلاً وان وجدت صورته في الخارج ولا يترتب الشارع عليه اي اثر من اثار الرهن حتى اذا اراد المرتهن حبسه واراد الراهن اخذه وامتنع المرتهن عن اعطائه ثم هلك لزم الضمان عليه"^(٣).

الفرع الثاني

اسباب بطلان الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية

تتجلى الاسباب التي دفعت التشريعات محل المقارنة على الحكم ببطلان اتفاق الراهن مع المرتهن على بيع الاموال المرهونة بدون اتباع الاجراءات القانونية في حماية الراهن من الاستغلال وللحصول على اعلى ثمن للبيع يكون قريباً من القيمة الحقيقية لهذه الاموال هذا من جانب ومن جانب اخر المحافظة على التامين العيني والنظام العام ولتوضيح ذلك سنقسم هذا الفرع على الفقرتين التاليتين:

- (١) قاسم بن محمد النوري، الروض النضير الجامع بين تحفة الطلاب والتيسير في فقه الإمام الشافعي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٤م، ج٣، ص٣٧٥.
- (٢) وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مصدر سابق، ج٤، ص٢٣٧.
- (٣) ملا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الاحكام، مصدر سابق، ج٤، ص٨٠٠، الاموال ونظرية العقد، مصدر سابق، ص٤٤٠.

الفقرة الاولى: حماية المدين الراهن والحصول على اعلى ثمن للبيع.

حرصت التشريعات محل المقارنة على تأمين الحماية الكافية للمدين الراهن من الاكراه والتسلط الذي يتوجسه من الدائن المرتهن على امواله المرهونة كما حرصت على ان تبعث الاطمئنان في نفسه من خلال تشريع الاحكام التي تقضي بان التنفيذ بالبيع على امواله المرهونة لا يتم قبل حلول اجل الدين وبعد استنفاد الاساليب الودية عن طريق القضاء واعلامه بها ومن ثم نص القانون على بطلان الاتفاق على بيع الاموال المرهونة بالممارسة او بالمزاد بدون اذن ورقابة القضاء، كما وتمتاز الاجراءات التي نصت عليها القوانين في البيوع الجبرية بالتعقيد وكثرة اجراءات التنفيذ التي تطبق على الاموال المرهونة او اموال الضمان العام وتمتاز بطول مواعيدها مع مراعاة الشكلية التي تنص عليها هذه القوانين كما قد توفر الفرصة للمدين الراهن لتسديد دينه وللحفاظ على المال الذي يرغب في بقاءه تحت يده بدون بيعه^(١).

ويرى الفقه ان الحكمة والغاية من حكم بطلان هذا الاتفاق هو حماية طرفي عقد الرهن وبالأخص حماية المدين الراهن فقد يقصد الدائن المرتهن تضمين عقد الرهن بهذا الاتفاق مستغلاً بذلك موقف المدين الراهن الضعيف ففي الكثير من الحالات يفرض الدائن المرتهن على المدين الراهن هذا الاتفاق للقبول بأبرام عقد الرهن ويضطر المدين الراهن تحت تأثير حاجته الى الاستدانة قبول هذا الاتفاق الذي قد لا يقبله لو كان في غير ظرف الحاجة إلى الائتمان ويعتمد على قدرته على الوفاء عند حلول الأجل او قبل ذلك ويستخف بالظروف التي يمكن ان تمنعه من الوفاء عند الاجل فيجد نفسه عاجزاً عن الوفاء فكان حكم البطلان على هذا الاتفاق هدفه حماية المدين الراهن ورداً لقصد الدائن المرتهن الذي قد يحدو به جشع الاستغلال، كما ان الحكمة من بطلان هذا الاتفاق ايضاً هي الحصول على القيمة الحقيقية لهذه الاموال والبيع بأعلى سعر وذلك كون البيع بدون هذه الاجراءات لا يؤدي الى ذلك كما ان البيع بأعلى سعر وبقيمة قريبة من قيمة هذه الاموال لا يحقق الفائدة للمدين للراهن وحده بل ايضاً يستفاد من ذلك الدائن المرتهن و الدائنون المرتهنون التالون في المرتبة وكذلك الدائنون العاديون كونهم اصحاب الضمان العام حيث ان الاموال المرهونة هي من عناصر الذمة المالية للمدين الراهن وهذا يعني ان السماح للدائن المرتهن البيع بدون هذه الاجراءات يجعله يقبل باي ثمن يكون كافياً لتغطية دينه حتى لو كان اقل من القيمة الحقيقية التي يمكن الحصول عليها لو تم

(١) علي مظفر حافظ، مصدر سابق، ص ٣٠٣.

البيع وفقاً للإجراءات القانونية وهذا يبطل البطلان لأن البيع هنا لا يعبر عن القيمة الحقيقية للأموال المرهونة ويؤدي الى حرمان الراهن من الحصول على أعلى ثمن لأمواله كما يؤدي الى الاضرار بمصالح باقي الدائنين^(١).

وقد اكد الفقه الفرنسي على هذا الرأي، حيث اشار الفقيه F. Grua على ذلك بالقول "وقد منع هذا الاتفاق خوفاً من اضرار المدين والدائنين الآخرين المرتهنيين عندما يباع المرهون بسعر اقل من قيمته الحقيقية عند عدم اتباع الاجراءات القانونية"^(٢).

اما عن موقف الفقه الاسلامي من حماية مصلحة الراهن في الرهن، ان غاية الشريعة الاسلامية من التشريع هو حفظ حقوق الناس، فما شرعت البيع والقرض والرهن وسائر المعاملات المالية الاخرى الا لضمان تلك الحقوق، والرهن احد تلك الحقوق، فان اتفق الراهن والمرتهن على الرهن، واتفقا على البيع عند حلول الاجل، واشترط الراهن وضع الرهن في يد عدل وهو من يقوم ببيع الرهن، فيكون ذلك من اجل الحفاظ على الرهن، وربما يكون العدل هو الاصلح للبيع، او انه يبيعه بسعر اكثر، وهذا يخدم مصلحة الراهن، ويرى فقهاء المذهب الحنبلي "ان حل الاجل ولم يوافق الراهن او المرتهن على البيع امر السلطان بتوكيل عدل ببيع الرهن، او اذا وكل المتعاقدان العدل ببيع العين المرهونة عند حلول الاجل جاز له ذلك بدون استئذانهما كسائر الوكلاء، وان عزلاه قبله بطلت الوكالة ولا يجوز له البيع حينئذ"^(٣)، اما اذا عزل العدل نفسه، او عزله الراهن او المرتهن، فلفقهاء في ذلك اقوال:

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٤٢٢، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤٣٠، د. سليمان مرقص، التأمينات العينية، بدون مكان طبع، ١٩٥٩م، ص ٤٣٤، د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ١٢٣، محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص ١٣٦، القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية والشخصية دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٥م، ص ٢٠٤، د. بيان يوسف رجب، دور الحيازة في الرهن الحيازي، دار الثقافة للنشر، بدون مكان طبع، ط ١، ٢٠١٠م، ص ٣٨٠.

(2) F.Grua, larealization de hypothèque.Rev. lamy dr.aff 14/2007. no17 .

نقلا عن :

J.cl.civil.code.op.cit.,no4 24 janvier, 1986, 1009.

(٣) الشريبي، مغني المحتاج، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٣٤، ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٣٥٤.

القول الاول: وهو ما ذهب اليه فقهاء الامامية، فقال المحقق الحلي: "لا يصح عزل الراهن له، ولا عزله لنفسه ان كانت وكالته بالبيع مشروطة في عقد الرهن لأنه هو اصلح لبيع الرهن والوصول الى سعر يرضي الطرفين، ان كان توكيله بأمر السلطان، ويصح ذلك ان كانت مشروطة بعده" (١).

كما ذهب الى ذات المعنى فقهاء الحنفية وجاء في اقوالهم: "وجه عدم صحة عزلهما في المشروط بالعقد، ان الوكالة صارت لازمة بلزوم عقد الرهن، كما ان السلطان او الراهن والمرتهن هم اعلم بالشخص العدل الذي يتوكل ببيع العين المرهونة، كما انه لما اشترطت الوكالة في عقد الرهن واصبحت وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه صارت لازمة بلزوم الاصل" (٢).

القول الثاني: يصح عزل الراهن للعدل، لان الراهن يسعى للوصول الى اعلى الاسعار عند حلول الاجل، ويصح عزله لنفسه، سواء اشترط تعيينه في عقد الرهن ام بعده، وهذا قول الشافعية (٣)، والحنابلة (٤)، والمالكية (٥)، وفي رأي اخر للحنفية ذكروا فيه: "وجه عزل الراهن للعدل، ان الوكالة عقد جائز فلم يلزم المقام عليها، فللراهن ابطالها متى شاء كسائر الوكالات، ووجه عزل العدل لنفسه انه وكيل متطوع فلا يجبر على المضي في الوكالة، او انه امين متطوع بالحفظ فلا يلزمه استمرار قيامه" (٦).

الفقرة الثانية: حماية التامين العيني والمحافظة على النظام العام.

التامين العيني الاتفاقي ينشأ بموجب اتفاق الراهن مع المرتهن في عقد الرهن تامينياً كان ام حيازياً هدفه الرئيسي اعطاء ضمان خاص للمرتهن من خلال ميزتي التقدم والتتبع ويخول هذا الاتفاق الدائن المرتهن ان يباشر الاجراءات القانونية في التنفيذ على الاموال المرهونة عند حلول اجل الدين

(١) الشهيد الثاني، الروضة البهية، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٥٥، المختصر النافع، ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي (ت: ٧٧١ هـ)، مطبعة وزارة الاوقاف، مصر، ط ٢، ١٣٧٨ هـ، ١٩٥٨ م، ص ١٦٢.

(٢) السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤١، المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج ٤، ص ١٠٥، السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ٢١، ص ٧٩.

(٣) الشافعي، الام، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٣٤، الشافعي الصغير، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج ٤، ص ٣٣٣.

(٤) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٣٥٤.

(٥) الخرخشي، حاشية الخرخشي، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٥٤.

(٦) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ٨٠، ص ٢١، المرغيناني، الهداية شرح البداية، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٠٧.

المضمون وعدم قيام المدين بالوفاء سواء كان المدين هو الراهن ام كفيلاً عينياً حيث يستوفي المرتهن حقه من ثمن الاموال المثقلة بعقد الرهن بعد بيعها جبراً وفقاً للكيفية التي وضعها القانون فيتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه وهذا ما أشارت اليه المادة "٢٦" (١) من القانون المدني العراقي التي تنص "١- اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. ٢- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون" فهدف التأمين العيني هو استيفاء المرتهن حقه من ثمن الاموال المرهونة فاذا لم يكفِ ثمن هذه الاموال بحقه يستطيع المرتهن ان ينفذ على اموال مدينه الحاضرة والمستقبلية التي تعتبر الضمان العام للدائنين شأنه شأن سائر الدائنين العاديين من غير ميزتي التقدم والتتبع وهذا ما جاءت به المادة "١٢٩٩" من القانون المدني العراقي الخاصة بالرهن التأميني التي تنص "للمرتهن ان يستوفي حقه من العقار المرهون رهناً تأمينياً وفقاً للإجراءات المقررة لذلك، واذا لم يفي العقار بحقه فله ان يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر اموال المدين"، والفقرة اولاً من المادة "١٣٤١" الخاصة بالرهن الحيازي والتي تنص "١- للمرتهن حيازة ما للمرتهن تأميناً من حق في التنفيذ على المرهون، ثم على سائر اموال المدين، وتتبع في ذلك احكام المادة ١٢٩٩" (٢)، فالقانون قيد الدائن في عدم التعسف في استعمال حقه في طلب بيع الاموال المرهونة لاستيفاء الدين وان يستعمل حقه ضمن الاجراءات القانونية التي تهدف الى

(١) وتقابلها الفقرة ثانياً من المادة "٢٣٤" من القانون المدني المصري، والمادة "٢٢٨٥" من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب المادة "١" من القانون رقم "٣٤٦" لسنة "٢٠٠٦" بتاريخ "٢٣/٣/٢٠٠٦"م و التي جاء فيها: "Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence."

اي ان "ممتلكات المدين هي الضمان العام لدائنيه وثمانها يوزع بينهم بالتساوي ما لم يكن هناك لأحدهم سبب من اسباب التفضيل".

(٢) اما القانون المصري فان المشروع التمهيدي للقانون المدني نص على ذلك في المادة "١٤٥٩" الا ان لجنة المراجعة حذفت هذا النص وذكرت بان حكمها مستفاد من القواعد العامة التي تقضي بان للدائن بصفته دائن عادي له حق الضمان العام ولكن لا ينفذ على مال غبر مرهون قبل التنفيذ على المال المرهون، د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٤١٦ و ٤١٧، اما القانون المدني الفرنسي فقد قيد حق المرتهن في التنفيذ على الاموال المرهونة في القانون الخاص بإجراءات التنفيذ المدنية رقم "٢٠١١/١٩٨٥" بتاريخ "١٢/١١/٢٠١١"م في الفقرة "١" من المادة "٣٢٢" التي تنص "ليس للدائن ان يطلب بيع العقارات غير المتعلقة بها الرهن الا اذا كانت لم تكف الاموال المرهونة لسداد الدين"، ونصها الاصلي:

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

حماية غاية التأمين العيني وحماية مصلحة الراهن والمرتهن وبقية الدائنين فيكون تصرفه باطلاً اذا قصد الأضرار بالراهن ويتحقق ذلك عندما يشمل التأمين عقارات عدّة ويكون أحد هذه العقارات محملاً برهون أخرى تلي تأمينه بالمرتبة وتكون باقي العقارات كافية لوفاء دينه ولكنه يصر على التنفيذ على العقار المحمل بعدة تأمينات فيقضي دينه ولا يبقى للدائنين التاليين له في المرتبة شيء حيث يفقدون حقهم ويتحولون الى دائنين عاديين، او ان تكون المصلحة التي يبتغي المرتهن تحقيقها اقل من الاضرار التي تصيب الراهن والغير كما لو تقرر الرهن على عدة اموال بحيث يكون احدها ضامناً لديون أخرى تلي دينه في المرتبة وعلى الرغم من كون قيمتها كافية لوفاء حقه الا انه قد يتمسك بحقه بعدم تجزئة الرهن فيطلب التنفيذ على المال المرهون المثقل برهون أخرى فيضر باقي الدائنين المرتهنين حيث يصبحون دائنين عاديين ولا يحصلون على حقوقهم بالكامل حيث سيتشاركون مع بقية الدائنين العاديين في اموال المدين وتقسم عليهم قسمة غرماء^(١) فالمرتهن وان استعمل حقه في التنفيذ على الاموال المرهونة الا انه قد اضر ببقية الدائنين وبذلك يكون قد تعسف في استعمال هذا الحق، وقد منع القانون ذلك في المادة "٧" من القانون المدني العراقي^(٢) حيث ان المرتهن لو نفذ على الاشياء المرهونة الاخرى كان قد حصل على حقه كاملاً وايضاً لتمكن باقي الدائنين من الحصول على كامل حقوقهم، فاذا استعمل المرتهن حقه بقصد الاضرار بالغير فانه يتحمل المسؤولية، ويحق لباقي الدائنين المرتهنين الطلب من المحكمة اجبار الدائن ذي المرتبة الاولى ان ينفذ على الاموال المرهونة الاخرى الضامنة لحقه^(٣) وهذا دليل على حماية القانون للتأمين العيني، كما ان بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات الواردة في القوانين يعدّ مخالفاً للنظام العام، وهذا ما جاءت به الفقرة

(١) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، مصدر سابق، ص ٣٢٦.

(٢) وقد نصت المادة "٧" من القانون المدني العراقي على "١- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان. ٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الاتية: أ- اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير. ب- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة".

(٣) د. عباس علي الحسيني، قاعدة عدم تجزئة الرهن، بحث منشور في مجلة الحقوق العلمية، جامعة كربلاء، المجلد الاول، العدد الاول، ٢٠٠٩م، ص ٣٢.

اولاً من المادة "١٣٠" (١) من القانون المدني العراقي التي تنص "١- يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او للآداب والا كان العقد باطلاً"، كما اشارت الى ذلك الفقرة اولاً من المادة "١٣٢" (٢) من نفس القانون التي تنص "١- يكون العقد باطلاً اذا التزم المتعاقدون دون سبب او لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام او للآداب" (٣).

يتضح لنا من خلال النصوص القانونية وهذا الايجاز البسيط ان القوانين محل المقارنة منعت اتفاق الدائن المرتهن مع المدين الراهن على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية وعدته باطلاً لغرض حماية التامين العيني، كما ان هذا الاتفاق يعدّ مخالفاً للنظام العام.

اما اراء فقهاء المذاهب الاسلامية فذكروا ان الشريعة الاسلامية راعت حالة كون الدين أقل من قيمة الرهن بأن جعل صلاحية للحاكم بما هو وكيل لمالك الراهن بأن يتصرف بما لا يضر بمصلحة المالك وليس للمرتهن إلا حقه في عقد الرهن وهو استيفاء الدين لا أكثر وهذا ما اتفقت عليه فقهاء بني الإسلام، فقد قالت الإمامية: "وإن كانت القيمة أكثر من الدين، فإن وُجد راعب في شراء شقص من العبد بقدر الدين وتساوت قيمة الشقص منفرداً وقيمتة منضمّاً، أو وُجد باذل لذلك، بيع الشقص وقُضي منه الدين" (٤) الشقص هو القطعة أو الجزء، أي إذا كان العبد

(١) وتقابلها المادة "١٣٥" من القانون المدني المصري التي تنص على "اذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام او الآداب كان العقد باطلاً"، و المادة "١١٢٨" من القانون المدني الفرنسي التي تنص على "لا يمكن ان تشكل موضوعاً للاتفاقيات سوى الاشياء التي هي محل للتعامل:

" Article(1128) Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions."

كما منعت المادة "٦" من نفس القانون اتفاق الاطراف المتعاقدة على مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والقوانين التي تتعلق بالآداب العامة.

(٢) وتقابلها المادة "١٣٦" من القانون المدني المصري، والمادة "١١٣٣" من القانون المدني الفرنسي التي تنص على "وجوب ان يكون السبب غير مشروع عندما يخرجه القانون او عندما يخالف الآداب العامة او النظام العام:

"Article(1133)La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public. "

(٣) وفي نفس الصدد اشارت الى ذلك الفقرة ثانياً من المادة "١٣١" من القانون المدني العراقي التي تنص "٢- كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لاحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام او للآداب والا لغى الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً".

(٤) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج١٣، ص١١٩.

المرهون أكثر من قيمة الدين جاز للحاكم بيع جزء من ملكية العبد مثل نصفه، "وكان الباقي لمالك العبد ولو لم يرض المالك بالتشقيص ببيع الجميع، ولو كانت قيمة الشقص منضمّاً أكثر من قيمته منفرداً ولم يوجد باذل للزيادة مع الانفراد، بيع الجميع لئلاً يتضرّر المالك"^(١)، فالأمر يدور على سداد الدين ومصلحة المالك وليس للراهن الحق بالمطالبة ببيع الدين، وكذلك في حالة وفاة الراهن: "يجب على ورثة الراهن دفع الدّين، فإن دفعوه من غير الرهن، وإلاّ لزمهم بيع الرهن وتسليم الدّين إلى المرتهن"^(٢)، وكذلك بتفصيل مشابه قالت الشافعية: "وظاهر أنه لا يتعين بيعه، فقد يجد له -أي الحاكم- ما يوفي به الدين من غير ذلك"^(٣)، ثم بعد تفصيل ونقاش يرجح: "ولنعم ما أفتى به السبكي من أن للحاكم بيع ما يرى بيعه من المرهون وغيره، لأن له ولاية على الغائب فيفعل ما يراه مصلحة"^(٤)، وكذلك الحنفية معللين ذلك لأن ليس من حق المرتهن المطالبة ببيع العين المرهونة ولكن له الحق بالمطالبة بدينه: "لان الرهن شرع لتوثيق الدين وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بإيفاء الدين ولو طالب المرتهن الراهن بحقه فقال الراهن بعه واستوف حقه فقال المرتهن لا أريد البيع ولكن أريد حقي فله ذلك لان الرهن وثيقة والبيع يخرج عن كونه رهنا فيبطل معنى الوثيقة فله أن يتوثق باستيفائه إلى استيفاء الدين"^(٥)، وكذلك قال فقهاء الحنابلة: "يجب الوفاء إما من الرهن وإما من غيره إذا كان أسرع وطالب المرتهن به فإنه يجب تعجيلاً للوفاء على ما إذا أدى ذلك لتأخير من غير غرض صحيح ... ولو طلب المرتهن بيعه فأبى الراهن ذلك ألزمه القاضي قضاء الدين من محل آخر أو بيعه ... وظاهر أنه لا يتعين بيعه فقد يجد ما يوفي به الدين من غير ذلك"^(٦)، فالأمر يدور مدار سداد سداد دين المرتهن ومصلحة الراهن في حالة موافقته أو في حالة امتناعه، أما المالكية فقالت

(١) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ١٣، ص ١٢٠.

(٢) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، المصدر نفسه، ج ١٣، ص ٢٨٣.

(٣) الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٣٥.

(٤) الشرييني، المصدر نفسه، ج ٢، ص ١٣٦.

(٥) الكاشاني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٤٨.

(٦) الشافعي الصغير، نهاية المحتاج، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٧٥.

بوجوب بيع نفس الرهن لا غيره لكونه الوثيقة التي بني عليها العقد: "(وباع الحاكم) الرهن (إن أمتنع) ... وكذا يباع إذا غاب الراهن مع ثبوت الدين والرهن ولو كان غيره أولى بالبيع"^(١).

(١) ابو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٥١.

الفصل الثاني

احكام بيع الاموال المرهونة

المبحث الاول: اجراءات بيع الاموال المرهونة

المطلب الاول: اجراءات بيع الاموال المرهونة العقارية

المطلب الثاني: اجراءات بيع الاموال المرهونة المنقولة

المبحث الثاني: آثار بيع الاموال المرهونة وتوزيع حصيلة البيع

المطلب الاول: آثار بيع الاموال المرهونة

المطلب الثاني: توزيع حصيلة بيع الاموال المرهونة



الفصل الثاني

احكام بيع الاموال المرهونة

عندما يكون بيع الاموال المرهونة بيعاً جبرياً فإنه يستهدف ومنذ البداية تحويل هذه الاموال من خلال بيعها الى مبلغ من النقود يتهياً لاستيفاء الدائن المرتهن حقه النقدي منها عند عدم وفاء المدين الراهن بانتهاء المدة المحددة في عقد الرهن، ومن هذا المنطلق تعدّ عملية بيع الاموال المرهونة اخر مراحل اعمال عنصر الجزاء وأخطرها اذ يتم المساس بأموال المدين الراهن ونزع ملكيتها جبراً عنه، ولان هذا النوع من البيوع يتسم بدرجة من الخطورة كان لا بد من تنظيم قواعده بحيث تفرض قدراً معقولاً من الشروط الشكلية والموضوعية تحمي المدين الراهن من اي تعسف يقوم به الدائن المرتهن في استعماله لحقه وفي نفس الوقت تتصف بالسهولة والدقة فتولد الاطمئنان لدى الدائن المرتهن وتمكنه من الحصول على حقه دون عناء كما يجب ايضاً ان تتضمن هذه القواعد ما يحمي الغير من المساس بحقوقه فكان لا بد للتشريعات الحديثة محل المقارنة من تقنين هذه القواعد وتنظيم اجراءاتها، وفي هذا الاطار نظم المشرع العراقي النصوص الخاصة ببيع الاموال المرهونة ضمن القانون المدني العراقي رقم "٤٠" لسنة "١٩٥١م" المعدل وقانون التسجيل العقاري رقم "٤٣" لسنة "١٩٧١م" المعدل و قانون التنفيذ رقم "٤٥" لسنة "١٩٨٠م" المعدل، كما نظم المشرع المصري القواعد الخاصة بالبيع الجبري للأموال المرهونة في القانون المدني المصري رقم "١٣١" لسنة "١٩٤٨م" و قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم "١٣" لسنة "١٩٦٨م"، وقد وردت اجراءات التنفيذ على الاموال المرهونة في القانون المدني الفرنسي لسنة "١٨٠٤م" واهم تعديلاته الصادرة بموجب القانون رقم "٣٤٦" لسنة "٢٠٠٦م" وقانون اجراءات التنفيذ المدنية الفرنسي رقم "٢٠١١/١٨٩٥" في "٢٠١١/١٢/١٩م"، وسنتولى دراسة الاحكام والقواعد اعلاه من خلال تقسيم هذا الفصل على مبحثين، نخصص المبحث الاول لدراسة اجراءات بيع الاموال المرهونة، وندرس في المبحث الثاني آثار بيع الاموال المرهونة وتوزيع حصيلة البيع.

المبحث الاول

اجراءات بيع الاموال المرهونة

ان اختلاف انواع الاموال المرهونة الى عقار ومنقول واختلاف طبيعتها واهميتها ادى الى اختلاف اجراءات بيعها، حيث ان اجراءات بيع العقار المرهون تمتاز بالتعقيد وطول المدد القانونية وذلك اتباعاً لمبدأ تقييد اجراءات التنفيذ العقاري وتعقيدها، وهو المبدأ الذي اخذ به المشرع العراقي، كون العقار يعدّ الجانب الاهم والايجابي للذمة المالية للإنسان بما يشكله من ائتمان وضمن، ووفقاً للقانون العراقي فإن اجراءات حجز وبيع العقار المرهون تخضع لأحكام قانون التسجيل العقاري حيث تختص دوائر التسجيل العقاري بتسجيل الحقوق العينية التبعية واجراء المزايدة العلنية على العقار المرهون عند استحقاق الدين بانتهاء المدة المحددة له في عقد الرهن وعدم قيام المدين الراهن بالوفاء، بينما تمتاز اجراءات بيع المنقول المرهون بالسرعة والبساطة لذلك فإن اجراءات حجز المنقول وبيعه يخضع لأحكام قانون التنفيذ، ووفقاً للقانون المصري فإن الاجراءات الخاصة بالتنفيذ على العقار والمنقول المرهون تخضع لأحكام القانون المدني و قانون المرافعات المدنية والتجارية، كما نظم القانون الفرنسي اجراءات التنفيذ على العقار والمنقول المرهون بموجب احكام القانون المدني و قانون اجراءات التنفيذ المدنية، ولا بد ان ننوه الى ان هنالك قواعد واجراءات يشترك فيها هذان البيعان، بينما هنالك قواعد واجراءات ينفرد بها كل بيع عن الآخر، الامر الذي يستوجب علينا بحث اجراءات بيع كل نوع من هذه الاموال بصورة منفصلة، لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص الاول منهما لدراسة اجراءات بيع الاموال المرهونة العقارية، وندرس في المطلب الثاني اجراءات بيع الاموال المرهونة المنقولة.

المطلب الاول

اجراءات بيع الاموال المرهونة العقارية

ان اجراءات حجز و بيع الاموال المرهونة العقارية تخضع لأحكام المواد "١٦١ و لغاية ١٨٥" من قانون التسجيل العقاري، حيث تضمنت المواد "١٦١ لغاية ١٦٢" على اختصاص دائرة التسجيل العقاري في بيع العقارات المرهونة والقرارات التي يتخذها رئيس الدائرة بهذا الشأن، وخصصت المواد "١٦٣ و لغاية ١٦٩" لإجراءات التبليغ، والمواد "١٧٠ لغاية ١٨٢" لإجراءات وضع اليد والمزايدة والاحالة القطعية، ووجببت المواد "١٨٣ لغاية ١٨٤" على دائرة التسجيل العقاري اشعار رئاسة التنفيذ لتسليم العقار المبيع الى المشتري وتزويد المرتهن بوثيقة لما تبقى له من الدين واصدار قرار توزيع بدل

المبيع على الدائنين، كما اشارت المادة "١٨٥" الى تطبيق احكام قانون المرافعات وقانون التنفيذ فيما لم يرد به نص في هذا القانون، ولا بد من التأكيد على ان المشرع العراقي قد اجاز بيع الاموال المرهونة العقارية بناءً على طلب الدائن العادي وفقاً للمادة "١٠٧" من قانون التنفيذ لكن لا يتم ذلك الا ببعض القيود^(١)، ووفقاً للقانون المصري فإن الاجراءات الخاصة بالتنفيذ على العقار المرهون تخضع لأحكام المواد "٤٠١" و"٤٥٨" من قانون المرافعات المدنية والتجارية، ولبحث هذه الاجراءات سنقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص الاول لدراسة حجز العقار المرهون، وندرس في الفرع الثاني اجراءات بيع العقار المرهون.

الفرع الاول

حجز العقار المرهون

حجز العقار المرهون هي المرحلة الاولى من مراحل التنفيذ على العقار المرهون عند امتناع المدين الراهن عن الوفاء بعد حلول اجل الدين، وتتطلب القيام بعدة اجراءات قانونية وضعها المشرع لحفظ حقوق الراهن والمرتهن والغير، ولتوضيح ذلك سيتم تقسيم هذا الفرع على الفقرتين التاليتين:

الفقرة الاولى: تقديم طلب البيع وتبليغ المدين الراهن.

نص القانون على اجراءات لحجز العقار المرهون وقد اكدت على وجوب اتباع هذه الاجراءات الفقرة اولاً من المادة "١٣١٦"^(٢) من القانون المدني العراقي حيث ان اول اجراء لحجز العقار المرهون

(١) ينظر في تفصيل ذلك ص ٥٥ وما بعدها من هذه الدراسة.

(٢) وتقابلها الفقرة اولاً من المادة "١٠٥١" من القانون المدني المصري التي احالت اجراءات التنفيذ على العقار المرهون من التنبيه على المدين بالوفاء واجراءات حجز وبيع العقار المرهون الى الاجراءات المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، اما المشرع الفرنسي فقد احال اجراءات التنفيذ على العقار المرهون الى قانون اجراءات التنفيذ المدنية رقم "٢٠١١/١٨٩٥" في "٢٠١١/١٢/١٩"م حيث يتضمن هذا القانون الاجراءات المفروضة على المدين الراهن لسداد الدين وكذلك الاجراءات التي يباشرها الدائن المرتهن لاستيفاء حقه، وقد اشارت الفقرة اولاً من المادة "١١١" على المبادئ التي جاء بها هذا القانون ونصها الاصلي:

"L'article L111-1 code des procédures civiles d execution Tout créancier peut dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard. tout créancier peut pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits" .

نقلا عن الموقع الالكتروني

www.legifrance.gouv.fr/affich_code.do?

هو تقديم طلبت تحريري بالبيع برفقة سند الرهن من قبل المرتهن أو ممثله قانوناً أو كتاب رسمي اذا كان شخصاً معنوياً، كما يمكن تقديم الطلب من قبل المدين الراهن^(١) الى دائرة التسجيل العقاري وفقاً للمادة اعلاه.

ولا يقوم القاضي بأجراء البيع بدون طلب اصحاب المصلحة والا كان البيع باطلاً^(٢) ويتضمن الطلب او الكتاب وصف العقار ورقمه ومبلغ الدين والفوائد المترتبة عليه وتاريخ الاستحقاق واسم المرتهن والاسم الكامل للمدين الراهن وعنوانه ان امكن، واذا كان متوفياً تعيين اسماء الورثة بموجب قسام شرعي واسم وكيله ان كان له وكيل يقبل التبليغ نيابة عنه وكل المعلومات التي تؤدي الى تسهيل مهمة الدائرة لإجراء الحجز والبيع^(٣) حيث يقوم الموظف المختص بتدقيق الطلب عند استلامه والتأكد ان الدين مستحق الاداء وان سجل العقار والرهن مكتسباً الشكل النهائي، واذا كان العقار محجوزاً من قبل جهة اخرى يجب مفاتها لئتم البيع من قبل جهة واحدة فقط وعندئذ تنتقل كافة الحجز والرهن الى بدل البيع والتأكد من عدم وجود مانع قانوني يحول دون بيع العقار وبعد التحقق من صحة الطلب يقوم الموظف المختص بتسجيله في سجل مراحل معاملات المزايدة^(٤)، ويجب على مديرية التسجيل العقاري تبليغ المدين الراهن بطلب البيع وضرورة دفع الدين والمصاريف خلال ثلاثة ايام اعتباراً من اليوم التالي للتبليغ والا يباع العقار المرهون بالمزايدة وفقاً للقانون وقد نظم قانون التسجيل العقاري اجراءات تبليغ المدين الراهن والقائم بالتبليغ في المواد "١٦٣ لغاية ١٦٩" وقد كان للقضاء تطبيقات في هذا المجال^(٥)، كما اشارت المادة "٥٠" من قانون المرافعات الى حكم البطلان والتي تنص على

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك، احكام دعاوى التنفيذ، ط٢، ١٩٧٤م، ص١٣٨.

(٢) وتجدر الاشارة الى ان المشرع المصري قد جعل طلب البيع بعد تحديد جلسة البيع ويوم المزايدة التي لا تجري ما لم يطلب البيع احد اطراف التنفيذ اي ان عدم طلب البيع هو احتمال ترك الاجراءات بسبب الاتفاق على الوفاء، او التفاوض لغرض التسوية، او تأجيل الاجراءات الى وقت يكون اكثر ملائمة للبيع، مادام اصحاب المصلحة يملكون طلب البيع ولم يقوموا بتقديمه وفقاً للفقرة ثانياً من المادة "٤٣٥" مرافعات، د. احمد خليل، قانون التنفيذ الجبري، مكتبة مطبعة الاشعاع الفنية، مصر، ١٩٩٨م، ص٣٣٥.

(٣) مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص٢١٣.

(٤) موجز تعليمات التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص٥٠، مصطفى مجيد، المصدر نفسه، ص٢١٤، عامر خطاب عمر، بيع العقار عن طريق المزايدة، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧٣م، ص١٨٧.

(٥) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ١٧٧٣/ح/٩٦٧، تاريخ القرار ١٩٦٧/٦/١م، وفي قرار اخر لنفس المحكمة يتضمن "يجب ان يدون في محضر الامتناع ساعة التبليغ وان تلتصق الورقة على باب المحل" كما جاء في قرار اخر لنفس المحكمة يتضمن "يلغ المدين الراهن في الصحف اذا انتقل من المحل المختار"، اشار الى هذه القرارات الاستاذ عبد الرحمن علام، شرح قانون المرافعات، ج١، ص٢٥٢ وص٣٥٣، مصطفى مجيد، المصدر نفسه، ص٢٣٢.

"١- اذا وجد خطأ او نقص في البيانات الواجب ذكرها في عريضة الدعوى من شأنه ان يجهل المدعي به او المدعي او المدعي عليه او المحل المختار لغرض التبليغ بحيث لا يمكن اجراء التبليغ بطلب من المدعي اصلاحه خلال مدة مناسبة والا تبطل العريضة بقرار من المحكمة. ٢- تقرر المحكمة ابطال عريضة الدعوى ، اذا تعذر تبليغ المدعي لتكليفه بما ورد في الفقرة ١ من هذه المادة".

ويرى الفقه ان نقص او اغفال البيانات الجوهرية في ورقة التبليغ بشكل يفوت الغاية من التبليغ يؤدي الى بطلانها فاذا كانت الورقة خالية من المدة التي ينبغي تسديد الدين خلالها فان هذا التبليغ يعدّ باطلاً اما اذا لم يدون في ورقة التبليغ رقم الابواب ودونت بقية المعلومات بصورة كاملة فان ذلك لا يعدّ نقصاً جوهرياً ولا يؤدي الى بطلان ورقة التبليغ^(١).

اما وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فقد اشترطت الفقرة اولاً من المادة "٢٨١" على انه يجب ان يسبق التنفيذ اعلان السند التنفيذي والا كان التنفيذ باطلاً ومقتضى ذلك ان اعلان السند التنفيذي الى المدين وتكليفه بالوفاء بالدين هو اجراء يسبق اتخاذ اجراءات التنفيذ ولا يعتبر منها وبمعنى انه مقدمة لهذا التنفيذ وليس من اجراءاته^(٢) وان المشرع المصري اورد النص على وجوب القيام بهذا الاجراء في الفصل الخاص بالسند التنفيذي مما يدل على ان النص حكمه عام ايّ كان نوع الحجز التنفيذي الذي يوقعه الدائن^(٣) ويقوم المرتهن بإعلان السند التنفيذي بموجب ورقة من اوراق المحضرين وفقاً للقواعد المقررة في القانون^(٤) اما بيانات هذا الإعلان فقد وردت في المادة "٩"

(١) عامر خطاب عمر، مصدر سابق، ص ٢٠٠.

(٢) تنص المادة "٢٨١" على " يجب ان يسبق التنفيذ اعلان السند التنفيذي لشخص المدين او في موطنه الاصلي والا كان باطلاً، ويجب ان يشمل هذا الاعلان على تكليف المدين بالوفاء وبيان المطلوب وتعيين موطن مختار لطالب التنفيذ في البلدة التي بها مقر محكمة التنفيذ المختصة، ويجب عند الشروع في تنفيذ عقد رسمي بفتح اعتماد ان يعلن معه مستخرج بحساب الدين من واقع دفاتر الدائن التجارية، ولا يجوز اجراء التنفيذ الا بعد مضي يوم على الاقل من اعلان السند التنفيذي".

(٣) وقد كان القانون السابق ينص في الفقرة ثانياً من المادة "٤٦٢" على "ويعتبر الحجز بداية التنفيذ على المنقول، والتنبيه بنزع الملكية بداية التنفيذ على العقار" ولكنه حذف هذه الفقرة من المادة "٢٨٤" "المقابلة للمادة السابقة، واكتفى بالرجوع الى كل نوع من انواع الحجز لمعرفة الاجراء الذي يعتبر بداية التنفيذ، فاذا كان الحجز على المنقول لدى المدين فانه يبدأ بتحرير محضر الحجز في مكان الحجز وفقاً لنص المادة "٣٥٣"، واذا كان التنفيذ على العقار، فانه يبدأ وفقاً لنص المادة "٤٠١" بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار الى المدين لشخصه او لموطنه، د. امينة النمر، احكام التنفيذ الجبري وطرقه، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧١م، ص ٣٠٦، د. احمد ابو الوفاء، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٥م، ص ٧١٩ هامش رقم "١".

(٤) حيث يتم الاعلان الى المدين واذا تعدد المدينون وجب اعلان كل مدين على حده وقد استلزم القانون ان يتم الاعلان لشخص المدين او لموطنه الاصلي، وتقريباً على ذلك لا يجوز الاعلان في الموطن المختار في عقد=

مرافعات^(١)، وإن المشرع المصري لم يحدد ميعاداً معيناً لأجراء الإعلان إلا أنه قد استلزم لإجراء التنفيذ انقضاء يوم على الأقل من هذا الإعلان^(٢) ويجري حجز العقار المرهون بأجراء مركب بدايته اعلان التنبيه بنزع الملكية الى المدين ثم تسجيل هذا التنبيه في الشهر العقاري^(٣)، وهذا ما اشارت اليه المادة "٤٠١" مرافعات^(٤) فإذا شاب الاعلان نقص او خطأ ترتب البطلان وهو مقرر لمصلحة المدين^(٥) وقد طبق القضاء ذلك في احكامه^(٦).

اما وفقا لأحكام قانون اجراءات التنفيذ المدنية الفرنسي رقم ١٨٩٥ في ١٩/١٢/٢٠١١م المعدل فقد اشترطت الفقرة ثانياً من المادة "١١١" منه ان يكون لدى الدائن سند تنفيذي يدل على الدين

=الرهن المراد تنفيذه، وإذا كان المدين شخصاً معنوياً فإن الاعلان يتم وفقاً للقواعد الخاصة المقررة في القانون لإعلان الاشخاص المعنوية، وإذا كان المدين قاصر يجب توجيه الاعلان بالسند التنفيذي الى الممثل القانوني له، د. احمد ابو الوفاء، المصدر نفسه، ص ٢٩٣، د. محمد حامد فهمي، تنفيذ الاحكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية، مطبعة فتح الله الياس نوري واولاده، القاهرة ، ط ١، ١٩٣٧م، ص ٦٩، د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات، ص ١٧٠، د. فتحي والي، مصدر سابق، ص ٢٠٨.

(١) وهي البيانات التي اشترط المشرع المصري توافرها في اوراق المحضرين وهي التاريخ الذي حصل فيه الاعلان واسم المحكمة والمحضر واسم المعلن اليه واسم من سلمت اليه الورقة وتوقيعه وتوقيع المحضر وعقد الرهن باعتباره السند التنفيذي والمبلغ المطلوب والموطن المختار لطالب التنفيذ، د. امينة النمر، مصدر سابق، ص ٣١٣.

(٢) والميعاد المذكور هو ميعاد كامل يجب ان ينقضي كله قبل اتخاذ اجراءات التنفيذ ويمتد بسبب العطلة الرسمية وبسبب المسافة، ويضاف ميعاد المسافة على اساس المسافة بين موطن المدين والمكان الذي يجب فيه الوفاء، باعتبار ان الوفاء هو الاجراء الذي يقوم به المدين خلال هذا الميعاد لينقضى التنفيذ الجبري، د. امينة النمر، المصدر نفسه، ص ٣١٥.

(٣) د. احمد ابو الوفاء، مصدر سابق، ص ٧٢٧، د. امينة النمر، المصدر نفسه، ص ٣٧١.

(٤) تنص المادة "٤٠١" مرافعات "يبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين لشخصه او لموطنه...".

(٥) د. احمد محمد احمد حشيش، مبادئ التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م، ص ٢٥٧، د. احمد خليل، مصدر سابق، ص ٢٩٠.

(٦) حيث قضت محكمة الاستئناف المختلطة "ان القاعدة القانونية التي توجب التنبيه العقاري في الموطن الاصلي للمدين من النظام العام رعاية لصالحه كما يجوز اعلانه في موطن وكيله بكل ما تعلق بإجراءات التنفيذ حيث يكون هذا الموطن بحكم موطنه الاصلي"، ينظر قرار محكمة الاستئناف المختلط المرقم ١٨ يونيو ١٩٣١م ، السنة ٤٣ ص ٤٥٤، كما جاء في حكم اخر يتضمن "إذا خلت ورقة التنبيه من بيان تاريخ اعلان السند التنفيذي، وكان هذا السند لم يعلن مع اعلان التنبيه فان تلك الورقة تكون باطلة"، ينظر قرار النقض ٦٢/٤/١٢ - ١٣- ٤٥١ ، اشار الى هذه القرارات د. احمد ابو الوفاء، المصدر نفسه، ص ٧٣٢ و ص ٧٣٨.

المستحق لكي يتم مباشرة اجراءات الحجز على العقار وفق احكام هذا القانون^(١) ووفقاً للمادة "٦٨٤" من قانون المرافعات الفرنسي وما بعدها يعد التنبيه بنزع الملكية من مقدمات التنفيذ إلا انه يترتب اثرا هاما وهو يقيد المدين الراهن في استغلال عقاره.

اما موقف الفقه الاسلامي فعند عدم توكيل الراهن للعدل او المرتهن يرفع المرتهن امره الى الحاكم او القاضي ويدلي ببينته وهي شكواه على الراهن مع عقد الرهن وقيمة الدين والاجل والرهن في حالة قبضه من قبله او اوصافه اذا كان بيد عدل ويعد ان يثبت للحاكم صدق المدعى فعلى الحاكم تبليغ الراهن ان كان في البلد وكما هو الغالب، ويسير الحاكم في حل ذلك النزاع من العسر إلى اليسر لذلك يبدأ بتبليغه بالوفاء بعقده ببيع الرهن ومن الملاحظ ان اغلب كتب الفقه طوت اجراءات حجز العقار لوضوحها وكونها عرفية واكتفت بإيضاح المسائل العويصة، وتطبيقا لما مر قالت الامامية: "والا رفع امره الى الحاكم، ليلزمه بالبيع فان امتنع كان له حبسه"^(٢) وكذلك الحنابلة اعطت الصلاحية للحاكم فيما يرى فيبلغه بوجوب الوفاء: "فان فعل والا فعل الحاكم ما يرى من حبسه وتعزيزه لبيعه او يبيعه بنفسه او امينه"^(٣)، وقريب من ذلك عن فقهاء الشافعية يبدأ بإلزامه او ان الحاكم سيتصرف نيابة عنه بإيفاء الزامه في عقد الرهن وذلك ببيع الرهن: "اجبره الحاكم على قضائه او البيع اما بنفسه او بوكيله فان اصر باعه الحاكم وعند ابي حنيفة لا يبيعه ولكن يحبس الراهن حتى يبيع"^(٤)، والحنفية الوحيدون الذين لا يرون صلاحية للقاضي بالبيع، اما فقهاء المالكية فلم يقولوا بإجباره على البيع بل الحاكم هو الذي يباشر البيع عند الامتناع "وباع الحاكم الرهن ان امتنع الراهن من بيعه وهو معسر او امتنع من الوفاء وهو موسر ولا يحبس ولا يضرب ولا يهدد"^(٥)، والمحصل فان الامامية والشافعية والحنابلة متفقون على هذه الخطوات: التبليغ بالوفاء أولاً، الحبس ثانياً، البيع من قبل الحاكم ثالثاً، اما

(1) " L'article L 111-2 Le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcee sur les biens de son d'ebiteur dans les conditions properes á chaque mesure d execution ."

نقلا عن الموقع الالكتروني السابق

(٢) المحقق الحلبي، شرائع الاسلام، مصدر سابق، ج٢، ص٣٢٧.

(٣) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٤، ص٤٥٢.

(٤) الرافعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج١٠، ص١٢٧.

(٥) ابي البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج٣، ص٢٥٣.

الحنفية فالتبليغ أولاً الحبس حتى يبيع ثانياً ولا يجوز بيع القاضي، والمالكية التبليغ بالوفاء والا باع القاضي ولا حبس على الراهن، هذا كله عند حضور الراهن وشهوده اما اذا كان غائباً فالأمر للحاكم بالبيع او الانتظار واطلاق الاحكام السابقة كقيلة بشمولها للغائب لذا لم يفرع الكثير من الفقهاء فرع عدم حضور الراهن، فمنها من الامامية ما جاء في السرائر: " فان غاب عنه، فالأولى الصبر عليه الى ان يجئ " ^(١)، والشافعية اجازوا بيع المرتهن او بيع غيره من اموال الراهن: "وأولى من ذلك ما افتى به السبكي من ان للحاكم بيع ما يرى بيعه من المرهون وغيره، لان له ولاية على الغائب فيفعل ما يراه مصلحة " ^(٢)، وقريب منه عند الحنفية ^(٣)الحنابلة ^(٤) وكذلك المالكية ^(٥) نعم اضاف بعض فقهاء المالكية اليمين على المرتهن بان ما وهب الراهن الدين ولا تصدق به عليه وانه باق في ذمته ^(٦).

الفقرة الثانية: وضع اليد على العقار المرهون وتنظيم قائمة المزايدة.

يتم وضع اليد على العقار المرهون المطلوب بيعه بالمزايدة العلنية من قبل مدير دائرة التسجيل العقاري المختصة او غيره من الموظفين الذين يخولهم لهذا الغرض مع موظف فني وفقاً للفقرة أولاً من المادة " ١٧٠ " من قانون التسجيل العقاري وفي حالة عدم وجود موظف فني يتم اشراك موظف فني من دائرة تسجيل عقاري اخرى بوضع اليد بتنسيب من مدير الدائرة المختصة ويفهم من ذلك ان اشراك موظف فني في عملية وضع اليد امر وجوبي ^(٧) ويتم وضع اليد بالكشف الموقعي على العقار حيث يقوم الموظف المختص بتنظيم محضر خاص بذلك موقعياً ويوقعه مع الموظف الفني والحاضرون ويستعمل لذلك الصفحة الاولى من استمارة قائمة بيع العقار بالمزايدة ويجوز الاستعانة بخبير في تقدير ما تقتضيه طبيعة وضع اليد وتدفع اجور الخبرة من قبل المرتهن ويكون المكلف بها نهائياً

(١) محمد بن إدريس العجلي الحلي (ت ٥٩٨هـ)، كتاب السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي، تحقيق وتقديم: السيد محمد

مهدي السيد حسن الموسوي الخرسان، العتبة العلوية المقدسة، ط ١، ١٤٢٩ هـ، ٢٠٠٨ م، ج ٢، ص ٤٢٢.

(٢) الشربيني، مغنى المحتاج، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٣٥.

(٣) ابن عابدين، رد المختار، مصدر سابق، ج ١، ص ٦٣.

(٤) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٥٣.

(٥) ابو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٥٠.

(٦) الدعليج، الرهن في الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص ٦٤٣.

(٧) مجموعة تعليمات التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ٩٩، موجز تعليمات التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ٥٣،

مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٢٦١، عامر خطاب عمر، مصدر سابق، ص ٢١٩.

الراهن كجزء من مصاريف المزايدة وفقاً للفقرة رابعاً من تعليمات التسجيل العقاري رقم "٩" لسنة ١٩٧٢م^(١) وقد طبق القضاء ذلك في احكامه^(٢)، ولا بد من الاشارة ان قانون التسجيل العقاري لم يحدد موعداً لمعاملة وضع اليد على خلاف اجراء الكشف في الفقرة اولاً من المادة "٨٨" منه التي اجازت اجراء الكشف خارج اوقات الدوام وفي العطلات الرسمية^(٣)، ووفقاً للفقرة اولاً من المادة "١٧١" من قانون التسجيل العقاري يملأ موظف المزايدة الصفحة الثانية من استمارة المزايدة بأوصاف العقار الثابتة منقولة من محضر وضع اليد واسماء طرفي الرهن وبدله وشروطه ومرتبته^(٤).

اما حجز العقار المرهون وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فيتم وفقاً للمواد "٤٠١ لغاية ٤٢٥"، وتبين المواد "٤٠٢ لغاية ٤١٣" الاحكام الخاصة بإجراءات التنبيه بنزع ملكية العقار المرهون، حيث يتم تسجيل تنبيه نزع الملكية وفقاً للفقرة اولاً من المادة "٤٠٢" ومن ثم يترتب

(١) ويجب ان يتضمن المحضر موقع العقار والوصاف الكاملة له الثابتة عند وضع اليد عليه من تسلسل ورقم القطعة واسم المقاطعة ورقمها وجنس العقار وصفه والمنشآت المقامة عليه والمغروسات والمزروعات القائمة عليه وشاغل العقار وصفته اذا كان نفسه المدين الراهن او الدائن المرتهن او الشريك او المستأجر او غير هؤلاء ومستند كل منهم ان وجد والقيمة الحقيقية المقدرة للعقار وبدل الإيجار والواردات السنوية له، مجموعة تعليمات التسجيل العقاري، المصدر نفسه، ص ٩٩، موجز تعليمات التسجيل العقاري، المصدر نفسه، ص ٥٤، مصطفى مجيد، المصدر نفسه، ص ١٦٣، عامر خطاب عمر، المصدر نفسه، ص ٢٥٣.

(٢) وجاء ذلك في قرار لمحكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية جاء فيه "ان قيام مديرية التسجيل العقاري في نينوى بإجراءات وضع اليد على العقار هو اجراء صحيح"، القرار المرقم ٢٧٧/ت/ب/٢٠٠٧ في ٢٩/٢/٢٠٠٧م، وفي قرار لمحكمة التمييز مفاده "يجب ان يحتوي الاعلان على جميع اوصاف العقار واحواله الثابتة عند وضع اليد عليه وفقاً للمادة "١٧١" بدلالة الفقرة "٣" من المادة "٣١٤" من قانون التسجيل العقاري " ينظر القرار المرقم ١٦٣/٥م/تنفيذ/٩٧٣ بتاريخ ٢٦/٥/١٩٧٣م، اشار الى هذه =القرارات صالح احمد محمد عبطان واخلاص احمد رسول، التنفيذ على العقار المرهون تأمينا، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١١، العدد ٤١، لسنة ٢٠٠٩م، ص ٩٦ هامش رقم "٢"، مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٢٦٧.

(٣) لكن الكشف يختلف عن وضع اليد حيث يجري بناءً على موافقة وطلب ذوي العلاقة أما وضع اليد فيجري خلافاً لإرادة المدين المدين الراهن ولا يمكن اجراؤه إلا في الأوقات الاعتيادية، كما تنص المادة "٢٣" من قانون التنفيذ "لا يجوز القيام باي عمل تنفيذي بعد الساعة التاسعة ليلاً وحتى الساعة السادسة صباحاً ولا في ايام الاعياد والعطل الرسمية الا بقرار من المنفذ العدل" وبما ان وضع اليد من الاعمال التنفيذية نرى وجوب شموله بحكم المادة اعلاه بدلالة المادة "١٨٥" من قانون التسجيل العقاري التي اشارت الى اتباع قانون المرافعات وقانون التنفيذ في اجراءات حجز وبيع العقار بالمزايدة فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، واذا تعذر القيام بوضع اليد بسبب مخالفة ذوي العلاقة يجب على الموظف المختص الاستعانة بأقرب مركز شرطة لتسهيل مهمته ويجب =على مركز الشرطة تقديم المعونة اللازمة وفقاً للمادة "٢٨" من قانون التنفيذ بدلالة المادة "١٨٥" من قانون التسجيل العقاري، مصطفى مجيد، لمصدر نفسه، ص ٢٦٣، عامر خطاب عمر، مصدر سابق، ص ٢٥٣.

(٤) وقد نصت على ذلك ايضاً الفقرة خامساً تسلسل "٥" من تعليمات التسجيل العقاري رقم "٩" لسنة ١٩٧٢م، مجموعة مجموعة تعليمات التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ١٠٠، موجز تعليمات التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ٥٤.

اعتبار العقار محجوزاً وفقاً للمادة "٤٠٤" ^(١)، وعندما يتعدد الحاجزون يجب ان يقوم كل منهم بتسجيل تنبيه نزع الملكية الوارد على نفس العقار وتطبيقاً لقاعدة توحيد الاجراءات يتولى الدائن الاسبق في التسجيل دون غيره اجراءات التنفيذ التالية ويسمى بالدائن مباشر الاجراءات ما لم يأذن قاضي التنفيذ لمن اعلن التنبيه اللاحق بالحلل محله في السير في الاجراءات وفقاً للمادة "٤٠٢" على ان يسجل هذا الامر القضائي على هامش التسجيلين السابق واللاحق وذلك بمجرد طلبه بعريضة تقدم الى مكتب الشهر ^(٢).

اما قائمة شروط البيع وكيفية الاعتراض عليها فخصصت لها المواد "٤١٤" لغاية "٤٢٥" من هذا القانون، ويجب على مباشر الاجراءات ان بودع قلم كتاب محكمة التنفيذ فأئمة شروط البيع خلال تسعين يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه والا عدّ التسجيل كان لم يكن وفقاً للفقرة اولاً من المادة "٤١٤".

وتجدر الاشارة انه بعد ايداع قائمة شروط البيع والاخبار بإيداعها والتأشير بالأخبار على هامش تسجيل التنبيه تصبح اجراءات التنفيذ ملكاً لكل دائن من الدائنين ولا تكون ملكاً للدائن المباشر للإجراءات فحسب بحيث لا يجوز شطب التسجيلات والتأشيريات المتقدمة الا برضاء هؤلاء جميعاً او بالحكم عليهم برمتهم ومن ناحية اخرى لا يبقى بعد اتخاذ كل ما تقدم الا اجراء البيع بعد الاعلان عنه ^(٣)، وأشارت الفقرة ثانياً من المادة "٤١٤" الى بيانات هذه القائمة وهي السند التنفيذي الذي حصل التنبيه بمقتضاه وتاريخ التنبيه والعقارات المبينة في التنبيه وشروط البيع والتمن الاساسي، ويكون تحديد الثمن وفقاً للفقرة اولاً من المادة "٣٧" ^(٤)، وقد كان للقضاء تطبيقات في هذا الشأن ^(٥)، كما ان تحديد

(١) تنص الفقرة اولاً من المادة "٤٠٢" على "يسجل تنبيه نزع الملكية في مكتب من مكاتب الشهر التي تقع في دائرتها العقارات المبينة في التنبيه" وتنص المادة "٤٠٤" على "يترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً".

(٢) لكن بمقتضى نظام الحلل في الاجراءات يجوز لمن اعلن تنبيهه لاحقاً في التسجيل، ان يطلب من قاضي التنفيذ ان يأذن له في الحلل محل من اعلن التنبيه الاسبق في التسجيل في السير في الاجراءات، والحكمة من ذلك ان هناك = اعتبارات قد تستوجب احيانا اعطاء الدائن اللاحق في التسجيل الاولوية في مباشرة الاجراءات، فقد يحدث ان يكون الدائن اللاحق في التسجيل دائناً مرتباً متقدماً في المرتبة، بينما الدائن المباشر للإجراءات وهو الدائن الاسبق في التسجيل دائناً عادياً، د. أمينة النمر، مصدر سابق، ص ٣٧٧، د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص ٧٤٠.

(٣) د. احمد ابو الوفا، المصدر نفسه، ص ٧٩٦.

(٤) تنص الفقرة اولاً من المادة "٣٧" على " ... يكون تقدير هذه القيمة باعتبار خمسمائة مثل قيمة الضريبة الاصلية المربوطة عليه اذا كان العقار مبنياً، فان كان من الاراضي يكون التقدير باعتبار اربعمائة مثل من قيمة الضريبة الاصلية، فان كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته".

التمن الاساسي في بيانات قائمة شروط البيع وفقاً للمعيار القانوني الذي وضعه المشرع وعدم ترك تحديده لارادة الدائن مباشر الاجراءات يؤدي الى ان يكون التمن الاساسي اقرب الى المقابل الحقيقي للعقار المرهون فلا يباع بتمن بخس فضلاً عن رفع الالتزام بالشراء من الدائن المباشر بالإجراءات فليس من العدالة الزام الدائن بالشراء وقد لا يكون رغباً فيه او قد يكون غير قادر على دفع التمن و حتى لا يتغالى الدائن في تحديده فينفر الراغبين في المزايدة^(٢).

كما اوضحت المادة "٤١٥" مرفقات القائمة حيث يقوم قلم الكتاب بتحرير محضر ايداع القائمة ومرفقاتها ويتم تحديد تاريخ جلسة الاعتراضات وتاريخ جلسة البيع وفقاً لما جاءت به المادة "٤١٩"، فاذا لم تبد اعتراضات اعتبر تحديد جلسة الاعتراضات كان لم يكن ويجب على قلم الكتاب خلال "١٥" يوم ان يخبر المدين والدائنين الذين سجلوا تنبيهاتهم والدائنين اصحاب الحقوق المقيدة قبل تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية كما يعلن قلم الكتاب عن ايداع القائمة بالنشر في احدى الصحف اليومية المقررة للإعلانات القضائية وتعليقها في اللوحة المعدة للإعلانات بالمحكمة وذلك خلال ثمانية ايام من اخر اخبار بإيداع القائمة وفقاً للمادة "٤٢١"^(٣)، وأشارت الفقرة أولاً من المادة "٤٢٢" الى تقديم الاعتراض في منازعة التنفيذ بتقرير في قلم كتاب محكمة التنفيذ دون حاجة لإعلانه لاحد^(٤).

اما وفقاً للقانون الفرنسي فان التنبيه بنزع الملكية في فرنسا يعد من مقدمات التنفيذ ومع ذلك فهو يقيد سلطة المدين في استغلاله للعقار وفقاً للمادة "٦٨٤" من قانون المرافعات الفرنسي، وحدد

(١) وجاء ذلك في قرار لمحكمة النقض يتضمن "ان التمن الاساسي في القائمة لقدرين من الاطيان محل التنفيذ لا يمنع مباشر الاجراءات من طلب تخصيص كل قدر بجزء من هذا التمن دون ادخال تعديل عليه ولا يترتب على ذلك اي بطلان"، ينظر قرار النقض ١٩٧٤/١/٢٢ - ٢٥ - ١١٥٣، اشار اليه د. احمد ابو الوفا، المصدر نفسه، ص ٧٨٨.

(٢) د. امينة النمر، المصدر نفسه، ص ٣٩٧.

(٣) د. احمد محمد احمد حشيش، مصدر سابق، ص ٢٦٣، د. احمد خليل، مصدر سابق، ص ٣٠١، د. امينة النمر، مصدر سابق، ص ٤٠٠، د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص ٧٩٨.

(٤) تكون المنازعات حسب موضوعها وهي ثلاثة انواع الاول بطلان اجراءات التنفيذ السابقة على جلسة الاعتراضات وفقاً للفقرة أولاً من المادة "٤٢٢"، والثاني منازعات موضوعها ملاحظة على شروط البيع كشرط دفع المشتري مصاريف تزيد على تلك التي قررها القاضي وفقاً للمادة "٤٣٤" او شرط عدم ايداع التمن قبل ايقاع البيع وفقاً للمادة "٤٤٠"، والنوع الثالث منازعة موضوعها طلب من الطلبات التي اجاز القانون تقديمها بطريق الاعتراض كطلب وقف بيع بعض العقارات بشرط اثبات ان قيمة العقار الذي تظل الاجراءات تطيله تكفي لوفاء الدين المادة "٤٢٤" او طلب البائع تدوين دعواه بالفسخ لعدم دفع التمن وفقاً للمادة "٤٢٥" ويكون الحكم الصادر في المنازعة قابل للاستئناف ولا يستأنف الا امام المحكمة الابتدائية وفقاً للمادة "٢٧٧" ولا يجوز للقاضي تحديد جلسة البيع الا بعد التحقق من الفصل في جميع الاعتراضات المقدمة في الميعاد بأحكام واجبة النفاذ وفقاً للفقرة أولاً من المادة "٤٢٦"، د. احمد محمد احمد حشيش، المصدر نفسه، ص ٢٦٧، د. احمد خليل، المصدر نفسه، ص ٣٠٩، د. امينة النمر، المصدر نفسه، ص ٤٠٧، د. احمد ابو الوفا، المصدر نفسه، ص ٨٢٤.

ميعاد اربعون يوماً لأعداد قائمة شروط البيع ومرفقاتها وفقاً للمادة "٦٨٨" من قانون المرافعات الفرنسي وهو ميعاداً لازماً للقضاء على بطئ الاجراءات لان الدائن يستطيع ان يظل ساكناً حتى اليوم الاخير ثم يودع القائمة مما يعطل الاجراءات بلا مبرر^(١)، كما ان القانون الفرنسي القائم لا يجيز تسجيل تنبيه ثاني على ذات العقار ويكتفي بالتأشير على هامش التسجيل الاول وفقاً للمادة "٦٢٠" من قانون المرافعات الفرنسي^(٢).

ويرى الفقه الفرنسي الحديث ان قائمة شروط البيع تختلف طبيعتها قبل جلسة الاعتراض عليها وبعد الجلسة، فقبل الجلسة تعتبر مشروعاً لعقد يقدم من جانب واحد اما بعد الفصل في الاعتراضات المقدمة عليها تعد عملاً نهائياً مشكلاً لشريعة الاطراف المشتركين في المزاد، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا المعنى^(٣).

بينما ذهبت بعض احكام القضاء الفرنسي الى انه لا يجوز للمدين المحجوز عليه او لأي دائن ان يطالب القضاء بتعديل الثمن الاساسي الذي حدده المباشر للاجراءات وذلك لأنه اذا كان الثمن ضئيلاً فالمزايدة كفيلاً برفعه الى ما يساوي القيمة الحقيقية للعقار فضلاً على ان مباشر الاجراءات يعتبر قابلاً شراء العقار بالثمن الذي اقترحه اذا لم يزايد احد ولا يجوز الزامه عند الاقتضاء بالشراء بثمان لم يقترحه ولم يقبله واذا كان الثمن الاساسي مرتفعاً فان مباشر الاجراءات يعتبر قابلاً للشراء به، اذا لم يزايد عليه احد يوم البيع، فلا تكون هنالك مصلحة في تخفيضه^(٤).

اما اراء فقهاء المذاهب الاسلامية فان وضع اليد من قبل دائرة التسجيل العقاري في القانون يقابله منع التصرف والقبض في الفقه . اما منع التصرف فقد مرت الاشارة اليه فالتصرف في المرهون من شروط الرهن الشرعي وهو حق مشترك بين الراهن والمرتهن ولا يجوز التصرف لأي منهما بغير اذن صاحبه^(٥).

(١) نقلا عن د. طلعت محمد دويدار، طرق التنفيذ القضائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٤م، ص ٤٧٧.

(٢) نقلا عن د. احمد ابو الوفا، المصدر نفسه، ص ٧٣٧.

(٣) نقلا عن د. طلعت محمد دويدار، مصدر سابق، ص ٤٦٧.

(٤) ينظر قرار محكمة النقض الفرنسية في ١٣ اغسطس ١٨٨٣م، واستئناف باريس في ١٢ يناير ١٨٩٢م، اشار الى

هذه القرارات د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص ٨٠٩.

(٥) راجع الفقرة الاولى اجراءات حجز العقار وقول الفقهاء فيه .

اما القبض وتعريفه: هو التخلية مطلقا ^(١) ومقصده رفع المانع بين المشتري والبضاعة وفي العقار بين المشتري والعقار. وعرف ايضا : هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفا وعادة حقيقة ^(٢). وهو مما يؤدي الى حيازة المشتري ووضع اليد عليه، اما كيفية القبض فقد انفقت كلمة الفقهاء على كونه امر عرفي في الشرع بالنسبة الى العقار فيصح باي طريقة فمن الامامية: "والظاهر انّ القبض ليست له حقيقة شرعية ولا حقيقة متشعبة وانما هو باق على معناه العرفي، ولم يستعمل في لسان الشارع او المتشرعين في معنى خاص غيره، ومعناه العرفي واضح" ^(٣)، وقريب من ذلك من الحنفية: "... (والتخلية) بين الرهن والمرتهن (قبض) حكما على الظاهر (كالبيع) فأنها فيه ايضا قبض" ^(٤)، ومن المالكية: "(وقبض العقار) وهو الارض وما اتصل بها من بناء وشجر (بالتخلية) بينه وبين المشتري وتمكنه من التصرف فيه بتسليم المفاتيح ان وجدت" ^(٥)، ومن الشافعية: "بل يقبضه المشتري من البائع ثم يسلمه الى المرتهن ... فلو اذن المشتري لهما في قبضه قال البعوي يكفي" ^(٦)، ومن الحنابلة: "وان كان غير المنقول ... فقبضه بالتخلية بينه وبين مرتهنه بغير حائل لأنه المتعارف ف ذلك كله كما تقدم في البيع" ^(٧)، فيصح قبض العقار باي صيغة عرفية نعم يجب معرفة العقار اذا كان في غير مدينته وهو من العرف فيصح.

(١) العلامة الحلي، قواعد الاحكام، مصدر سابق، ج ٢، ص ٨٥.

(٢) علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ)، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المكتبة الحبيبية، باكستان، ١٩٨٩م، ط ١، ج ٥، ص ١٤٨.

(٣) السيد ابو القاسم الخوئي، موسوعة السيد الخوئي، التقيح في شرح المكاسب، تقرير الشيخ علي الغروي، مؤسسة احياء السيد الخوئي، قم، طهران، ٢٠٠٥م، ط ١، ج ٤٠، ص ٢٨٦.

(٤) محمد علاء الدين الحصفكي (ت ١٠٨٨هـ)، رد المختار على الدر المختار في فقه مذهب الامام ابي حنيفة النعمان، اشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٥ هـ، ج ٧، ص ٣٨.

(٥) ابو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٤٥.

(٦) محيي الدين بن شرف النووي (ت ٦٧٦ هـ)، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، بيروت، لبنان، بلا ط، ج ٩، ص ٢٩٥.

(٧) منصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٤٦ هـ)، كشف القناع عن متن الاقناع، عالم الكتب، بيروت، لبنان، بلا ت، بلا ط، ج ٣، ص ٣٣١.

اما كون القبض شرط في الرهن ام لا فقد اختلفت كلمات علماء الامامية فيه: "فقد قال الطوسي: انه شرط، وبه قال المفيد، وابن البراج، وابن الجنيدي، وابو الصلاح، وسالر، وابو منصور الطبرسي، وابن حمزة، وقال الشيخ في الخلاف: يلزم الرهن بالإيجاب والقبول خاصة، وبه قال ابن ادريس. "(١) وقد نفى شرطيته العلامة في نفس الكتاب بعد رد الاقوال^(٢)، واستمر خلافهم الى الان فمن المتأخرين السيد الخوئي قال بالوجوب: "ولا بد فيه من الايجاب والقبول من اهله ولا يعتبر في الايجاب والقبول التلفظ بل يتحققان بالفعل ايضا وفي اشتراط الأقباض اشكال اقواه ذلك "(٣)، والسيستاني قال بعدمه وان كان احوط: مسألة ١٠٣١: " لا يعتبر في صحة الرهن القبض على الاظهر وان كان هو الأحوط، نعم مقتضى اطلاقه كون العين المرهونة بيد المرتهن الا ان يشترط كونها بيد ثالث او بيد الراهن ما لم يناف التامين المقوم له "(٤) وهنالك تفصيل في: "انّ الأقباض هل هو شرط في الصّحة على معنى أنّه لو اوجب وقبل المرتهن لا يكون رهنا لازما ؟ او يكفي الايجاب والقبول ويكون الأقباض مؤكّدا للزوم ؟"(٥) تركناه رعاية للاختصار، واتفقت المذاهب الاربعة على شرطيه واختلفوا في حيثيته فقال بعض الحنفية وبعض الحنابلة بان القبض شرط في صحة الرهن فمن الحنفية: "وقوله: (فرهان مقبوضة) يدل على ان الرهن لا يصح الا مقبوضاً من وجهين"(٦) وساق ادلته، ومن الحنابلة بعد ان ساق اقوال العلماء: "ان القبض شرط في صحة الرهن وانه قبل القبض غير صحيح"(٧)، وعلى هذا القول ان العقد قبل القبض باطل، وذهب جمهور فقهاء الحنفية والشافعية والحنبلية على ان القبض شرط في لزوم العقد اي ان عقد الرهن قبل القبض صحيح ومنعقد

(١) العلامة الحلي(ت٧٢٦هـ)، مختلف الشيعة، تحقيق مؤسسة النشر الاسلامي، التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة،

ايران، ١٤١٥هـ، ط١، ج٥، ص٣٩٩.

(٢) العلامة الحلي، المصدر نفسه، ج٥، ص٤٠٠.

(٣) السيد الخوئي، منهج الصالحين، مطبعة مهر، قم، ايران، ط٢٨، ١٤١٠هـ، ج٢، ص١٧٦.

(٤) السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، مطبعة ستارة، قم، ايران، ١٤١٥هـ، ط١، ج٢، ص٢٨٨.

(٥) مفتاح الكرامة، محمد جواد العاملي، مصدر سابق، ج١٥، ص٤٢٨.

(٦) ابي بكر احمد بن علي الرازي الجصاص(ت ٣٧٠ هـ)، احكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار

الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٤ م، ط١، ج١، ص٦٣٥.

(٧) علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي(ت٨٨٥هـ)، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف

على مذهب الامام المبجل احمد بن حنبل، صححه وحققه محمد حامد الفقي، ١٩٥٦م، ط١، ج٥، ص١٤٩.

ولكنه غير ملزم على الراهن ولا يجبر على اتمامه فيمكنه التراجع عنه فمثلا من الحنفية: "قد بينا ان موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وكما ان حقيقة الاستيفاء لا تكون الا بالقبض فكذلك يد الاستيفاء لا تثبت الا بالقبض" ^(١)، ومن الشافعية امامهم في كتاب الام: "لم يجز ان يكون رهنا الا بما اجازه الله عز وجل به من ان يكون مقبوضا واذا لم يجز فللراهن ما لم يقبضه المرتهن منه منعه منه" ^(٢) ومثله ما جاء عند الحنابلة ^(٣)، وذهب المالكية ان القبض هو شرط لتمام العقد وعله فان العد صحيح ولازم وليس للراهن التراجع ولكنه لا يتم الا بالقبض وعلى المرتهن المطالبة بالقبض: "واختلفوا هل هو شرط تمام او شرط صحة ؟ وفائدة الفرق ، فذهب مالك الى انه من شروط التمام" ^(٤)، وعليه فالمرجع الاسلامي ليس بحاجة الى من يضع يديه على المرهون بل المرهون في الغالب بيد المرتهن وهو الذي يسلمه للحاكم لتنفيذ الحكم الشرعي واسترداد حقه بل تطبيق عقد الرهن الممضي مع الراهن.

الفرع الثاني

اجراءات بيع العقار المرهون

بعد اكمال اجراءات الحجز تبدأ مرحلة بيع العقار المرهون بالمزاد العلني وقد لا تتم احالة العقار اثناء المزايدة فقد يتم تمديد المزايدة او اعادتها وذلك عند عدم بلوغ السوم ٨٠% من القيمة المقدرة للعقار المرهون او نكول الراسي عليه المزاد عن الشراء ولدراسة ذلك سنقسم هذا الفرع على الفقرتين التاليتين:

الفقرة الاولى: المزايدة والاحالة و الضم.

ينظم القائم بأعمال المزايدة اعلان بيع العقار المرهون بنسخ كافية واذا تعددت العقارات المرهونة المراد بيعها صفقة واحدة فيتم تنظيم اعلان واحد للبيع و يتضمن الاعلان جميع الاوصاف والبيانات الثابتة

(١) شمس الدين السرخسي (ت ٤٨٣هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٩٨٦م، ج ٢١، ص ٦٨.

(٢) ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، كتاب الام، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٨٣م، ط ٢، ج ٣،

ص ١٤٣.

(٣) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢٣٦.

(٤) محمد بن احمد بن رشد القرطبي الاندلسي (بابن رشد الحفيد) (ت ٥٩٥ هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تنقيح

وتصحيح خالد العطار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٩٥م، مج ٢، ص ٢٢٢.

في محضر وضع اليد وتوضع نسخة منه في اضبارة العقار وتعلق نسخة في مديرية التسجيل العقاري ويتم نشر الاعلان في جريدة يومية واحدة تصدر في منطقة اعمال الدائرة او في اقرب محل او في العاصمة ولمرة واحدة وتكون مدة الإعلان ثلاثين يوم تبدأ من اليوم التالي للنشر^(١) وهذا ما اشارت اليه الفقرات ثانياً وثالثاً ورابعاً من المادة "١٧١" من قانون التسجيل العقاري^(٢) وقد طبق القضاء ذلك في احكامه^(٣)، ويشترط لمن يرغب الاشتراك في المزايدة ان يقوم بدفع تأمينات قانونية نقدية او كفالة مصرفية لا تقل عن ١٠% من القيمة المقدرة للعقار المرهون والغرض من هذه التأمينات هو للتأكد من جدية الراغب في الشراء ولتعويض الاضرار التي يمكن ان تحصل في حالة نكوله عن الشراء^(٤) وفقاً للفقرة اولاً من المادة "١٧٢" من قانون التسجيل العقاري، كما نصت الفقرة ثانياً على اعفاء الدائن المرتهن^(٥) او الشريك في العقار المرهون من دفع التأمينات^(٦) وللقضاء تطبيقات في هذا المجال^(٧)، وكل شخص يكون اهلاً للبيع والشراء يحق له الاشتراك في المزايدة الا ان المادة "١٨٠" من قانون

(١) ويجوز تسليم نسخة من الاعلان الى الجهات الرسمية المرتهنة، وعند ورود الجريدة الى الدائرة يدقق موظف المزايدة الاعلان للتأكد من صحة ومطابقة المعلومات واذا وجد خطأ جوهري يجب اعادة النشر كاملاً وصحياً ولا يكفي تصحيح الاعلان المغلوط، ويجوز لرئيس الدائرة ان يقرر نشر الاعلان او اذاعته بطريق اخر غير الطرق المعينة قانوناً إذا رأى ان الحالة تدعو إلى ذلك على ان يدون اسباب ذلك في القرار الذي يتخذ بهذا الشأن، مجموعة تعليمات التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ١٠٠، موجز تعليمات التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ٥٥، علي مظفر حافظ، مصدر سابق، ص ٣١٦، د. ادم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص ٢١٩.

(٢) وتقابلها المادة "٤٢١" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٣) ينظر القرار المرقم ٢٣٧/تنفيذ/١٩٨٩ بتاريخ ١٠/٥/١٩٨٩م، اشار اليه هادي عزيز علي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٩م، ص ١٥٥.

(٤) د. فاروق احمد خماس و محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩٢م، ص ١٠٥.

(٥) وتقابلها المادة "٤٤٢" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٦) بالنسبة للدائن المرتهن يكون بدل الدين ضامناً للأضرار في حال نكوله عن الشراء اما اذا كان بدل الدين اقل من التأمينات او توجد ديون تتقدم في المرتبة على دينه فيتم دفع التأمينات او تكملتها حسب الحالة، وبالنسبة للشريك تكون حصته ضامنة للأضرار في حال نكوله عن الشراء، اما اذا قلت حصته عن التأمينات فيدفع ما يكملها، او كانت مرهونة بدين يستغرقها فيدفع التأمينات كاملة واذا كان الدين اقل منها يدفع ما يكمل التأمينات، مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٢٧٨، موجز تعليمات التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٧) ينظر القرار المرقم ٢١٥٧/تنفيذ/في ٢١/١٠/١٩٩٧م اشار اليه المحامي هادي عزيز علي، مصدر سابق، ص ٥٧.

التسجيل العقاري^(١) منعت بعض الاشخاص من الاشتراك والتي تنص " لا يجوز للموظف القائم بأجراء المزايدة ولا لرئيس الدائرة واقاربهما واصهارهما إلى الدرجة الرابعة المشاركة بالمزايدة " واي شخص ممنوع من الاشتراك بنص في القانون او نظام او تعليمات خاصة^(٢) وعند انتهاء مدة اعلان البيع تجري المناداة للمشاركة بالمزايدة ثلاث مرات في الدائرة وفي الساعة الثانية عشر من اليوم الاخير من قبل الشخص المكلف بالمناداة وبعدها تجري المزايدة العلنية بين الراغبين الموجودين او نوابهم القانونيين وفقاً للفقرة ثالثاً من المادة "١٧٢" من قانون التسجيل العقاري^(٣)، فاذا وجد اكثر من راغب في الشراء جرت المزايدة بينهم والعرض الذي يتقدم به احدهم ولا يزداد عليه بعد مرور خمس دقائق يعدّ نهاية المزايدة اذا بلغ السوم ٨٠% من القيمة المقدرة ولا يجوز قبول ضم بعده، اما اذا استمر المزايدون بالزيادة فان العرض الذي يحصل من احدهم عند نهاية الدوام الرسمي يعدّ نهاية المزايدة إذا كان يساوي او يزيد على ٨٠% من القيمة المقدرة وفقاً للفقرة ثالثاً من المادة "١٧٢"^(٤)، اما اذا لم يتقدم مزاييد للاشتراك بعد المناداة فان المزايدة تبقى مفتوحة حتى نهاية الدوام الرسمي ويجوز قبول اي عرض خلال هذه الفترة من اي مزاييد واذا لم يحصل راغب للشراء حتى نهاية الدوام يقرر رئيس الدائرة اعتبار

(١) وتقابلها المادة "٣١١" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري التي تنص "لا يجوز للمدين ولا للقضاة الذين نظروا باي وجه من الوجوه اجراءات التنفيذ او المسائل المتفرعة عنها، ولا المحامين الوكلاء عن مباشرة الاجراءات ان يقدموا للمزايدة بأنفسهم او بطريق تسخير غيرهم، والا كان البيع باطلاً".

(٢) لا يجوز ان يشترك في المزايدة عديمو الاهلية كالصغير غير المميز و المجنون المطبق لان هؤلاء ليسوا اهلاً للشراء وفقاً للمادة "٩٤" من القانون المدني، كما لا يجوز ذلك للراهن المحجوز على ماله وذلك لان مديرية التسجيل العقاري عند قيامها ببيع ماله تكون بمثابة الوكيل عنه ولا يجوز ان يكون هو البائع والمشتري في نفس الوقت، علاوة على ذلك ان المفروض في المدين الراهن المحجوز على عقاره انه ليس لديه نقود لتسديد الدين فان اظهرها تؤخذ منه لتسديد الدين المضمون، كما لا يجوز ان يشترك في المزايدة القضاة وموظفو وزارة العدل اذ منعت وزارة العدل القضاة والموظفين العائدين اليها والذين لم يدخلوا ضمن شمول الموظفين القائمين ببيع المحجوز من الاشتراك في هذه المزايدة لان في مشاركتهم فيها نفس المحاذير الناجمة عن اشتراك الموظفين القائمين بالبيع، كما لا يجوز ان يشترك في المزايدة الوصي والقيم والوكيل ومدير الشركة ومن في حكمه ووكلاء التفليس والحراس والمصنفين والسماسرة والخبراء وفقاً للمواد "٥٨٩ لغاية ٥٩٢" من القانون المدني، والاجنبي الا بعد استحصال الموافقات الخاصة بتملك الاجنبي للعقار في العراق، مجموعة تعليمات التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ١٠١، موجز تعليمات التسجيل العقاري، المصدر نفسه، ص ٥٥.

(٣) وتقابلها المادة "٤٣٧" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٤) وتقابلها المادة "٤٣١" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، الا ان الاختلاف بين القانونين هو ان قانون التسجيل العقاري يعتمد العطاء الذي يتقدم به المزايد ولا يزداد عليه خلال خمس دقائق، اما قانون المرافعات المصري فيعتمد العطاء الذي لا يزداد عليه خلال ثلاث دقائق ويعتبر منهياً للمزايدة.

المزايدة مفتوحة لمدة ستة أشهر فإذا حصل خلالها أي راغب تعاد المزايدة بنشر اعلان تمديد لها لمدة خمسة عشر يوماً وفقاً للتفصيل الوارد في المادة التاسعة من تعليمات التسجيل العقاري لسنة ١٩٧٢^(١)، وفي حالة عدم بلوغ العطاء الذي تقدم به آخر مزاييد ٨٠% من القيمة المقدرة يتم تمديد المزايدة لمدة خمسة عشر يوماً ويتم الإعلان عن التمديد وبانتهاء مدة الاعلان يتم احالة العقار على المزاييد الاخير مهما كان العرض الذي قدمه ولا تجري مزايدة ثالثة وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدّة^(٢)، ويحرر القائم بالمزايدة الشرح الخاص بهذه الحالة في استمارة قائمة المزايدة وبعد ذلك لا يقبل أي ضم مهما كان مقداره وفقاً للفقرة رابعاً من المادة "١٧٢" ويصدر مدير الدائرة قرار تبليغ المدين ويطلب منه تسديد الدين مع الفوائد والمصاريف خلال ثلاثة ايام تبدأ من اليوم التالي ليوم التبليغ وعند عدم مراجعة المدين لتسديد الدين وملحقاته تصبح الاحالة نهائية وفقاً للمادة "١٧٣" من قانون التسجيل العقاري^(٣)، وحرصاً على مصلحة الراهن والمرتهن ولغرض بيع العقار بقيمته الحقيقية فقد اجاز قانون التسجيل العقاري قبول الضم على بدل المزايدة الاخير رغم صدور قرار مدير الدائرة بالإحالة القطعية ويشترط لذلك ان يقع الضم قبل انقضاء مهلة التبليغ النهائي المبينة في المادة "١٧٣" وان لا يقل الضم عن ١٠% من بدل الاحالة القطعية بالنسبة لأول مزاييد يكسر قرار الاحالة القطعية اما باقي المزايدين فيقبل منهم الضم مهما كان على ان يدفع الراغب بالضم تأمينات نقدية او كفالة مصرفية لا تقل عن ١٠% من مجموع بدل الاحالة القطعية مع الضم الذي فسخت بموجبه تلك الاحالة وفقاً للمادة "١٧٤" وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدّة^(٤)، ويمكن اعادة المزايدة لمدة خمسة عشر يوماً اذا تأخرت مدة لا تزيد عن ستة أشهر لا سبب قانونية او عدم تعقيب الدائن المرتهن وفقاً للفقرة اولاً من المادة "١٧٦" اما الفقرة ثانياً فقد نصت على الغاء المزايدة اذا تركت او تأخرت اكثر من ستة اشهر، كما نصت المادة "١٧٧" على جواز اتفاق المرتهن مع الراهن على تأجيل المزايدة مدة لا تزيد

(١) اما وفقاً للمادة "٤٣٨" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ففي حالة عدم تقدم أي مشتري يحكم قاضي التنفيذ بتأجيل البيع مع انقاص عشر الثمن الاساسي مرة تلو مرة كلما اقتضت الحال الى ذلك حتى يتم البيع.

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ٧١٢/٩٦١/٢١ بتاريخ ١٩٦١/١٠/٢١م، والقرار المرقم ١٩٧٤/٢٢ بتاريخ ١٩٧٤/٢/٢١م، اشار الى هذه القرارات مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٣٨٤.

(٣) تنص المادة "١٧٣" من قانون التسجيل العقاري على "يلغ المدين الراهن بالإحالة القطعية ويطلب منه تسديد الدين وملحقاته مع الرسوم والمصاريف خلال ثلاثة ايام وعند انقضائها تصبح الاحالة قطعية".

(٤) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ٦١/١١٨/٦١ بتاريخ ١٩٦١/٤/٦م، اشار اليه مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٢٨٨.

عن ستة اشهر بشرط موافقة المزايد الاخير على التأجيل، وان نص المادة "١٧٧" بالنسبة للمقصود بالمزايد الاخير الذي اشترطت موافقته على التأجيل ينصرف الى المزايد الاخير قبل اجراء الاحالة القطعية كون النص تكلم عن تأجيل المزايدة لذلك يجب ان يقدم طلب التأجيل والمزايدة ما تزال قائمة اي قبل الاحالة القطعية^(١)، ويستطيع الراهن تسديد مبلغ الدين وفوائده والمصاريف في اية مرحلة من المزايدة، فاذا سدد اعتبرت اجراءات المزايدة ملغاة اذا كانت غير مقترنة بإحالة واذا كانت مقترنة بإحالة فان التسديد يفسخ المزايدة^(٢) وفقاً للمادة "١٧٨"، وتشير المادة "١٨١" الى تسجيل العقار باسم المشتري او المتفرغ بعد دفعه البدل والرسوم، واذا توفى المشتري او المتفرغ بع الاحالة النهائية ودفع البدل يسجل العقار باسم ورثته الشرعيين، ويجوز للمحال عليه التنازل عن العقار الذي اشتراه او تفرغه لشخص اخر، كما يحق لمن احيل العقار بعهدته احالة نهائية طلب فسخ المزايدة اذا تأخر تسجيل المبيع باسمه مدة تزيد على ثلاثين يوم من تاريخ دفع البدل والرسوم بشرط ان لا يكون التأخير بسببه، ونصت المادة "١٨٣" على قيام دائرة التسجيل العقاري بأشعار رئاسة التنفيذ لتسليم العقار المبيع الى المشتري خالياً من الشواغل بعد تسجيله باسمه مع مراعاة احكام القوانين النافذة، وتزويد الدائن المرتهن بوثيقة لما تبقى له من الدين وملحقاته على المدين بعد بيع العقار المرهون لتحصيله وفق احكام القانون، ويصدر رئيس دائرة التسجيل العقاري قرار توزيع بدل المبيع على اصحاب الديون المتحققة على العقار المبيع، واخيراً نصت المادة "١٨٥" على تطبيق احكام قانون المرافعات المدنية وقانون التنفيذ على اجراءات البيع بالمزايدة فيما لم يرد به نص وفق احكام هذا القانون.

اما وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فأن المزايدة لا تجري الا بناءً على طلب احد اصحاب الشأن في جلسة المزايدة والا كانت باطلة وفقاً للمادة "٤١٧"، وخصص القانون اعلاه لإجراءات بيع العقار المرهون عشرون مادة وذلك في المواد "٤٢٦" ولغاية "٤٤٥" حيث تنص المادة "٤٢٧" على ان البيع يحصل في المحكمة ويجوز لمباشر الاجراءات والمدين وكل ذي مصلحة ان يستصدر اذنًا من قاضي التنفيذ بأجراء البيع في نفس العقار او في مكان غيره، وتجدر الاشارة إلى ان اعتماد القاضي للعتاء الاكبر قيمة ليس حكماً بإيقاع البيع وانما هو حكم بأنهاء المزايدة^(٣) وعلى من اعتمد القاضي عطاءه ان يودع حال انعقاد جلسة البيع كامل الثمن والمصاريف والرسوم حيث يقوم

(١) عامر خطاب عمر، مصدر سابق، ص ٢٣٠.

(٢) مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٣٠٦.

(٣) د. احمد محمد احمد حشيش، مصدر سابق، ص ٢٧٠، د. امينة النمر، مصدر سابق، ص ٤٨١.

قاضي التنفيذ بتقدير مصاريف اجراءات التنفيذ بما فيها مقابل اتعاب المحاماة ويعلن هذا التقرير في الجلسة قبل افتتاح المزايمة ويذكر في حكم ايقاع البيع وفقاً للمادة "٤٣٤" حيث يحكم القاضي بإيقاع البيع عليه وفقاً للفقرة أولاً من المادة "٤٤٠" اما اذا لم يقم من اعتمد عطاءه بذلك فيجب عليه ان يودع خمس الثمن على الاقل والا اعيدت المزايمة على ذمته في نفس الجلسة وفقاً للفقرة ثانياً من المادة "٤٤٠" اما اذا قام بإيداع خمس الثمن يقوم القاضي بتحديد ميعاد جلسة ثانية لا تمام البيع وفي هذه الجلسة اذا قام من اعتمد عطاؤه بإيداع باقي الثمن ولم يتقدم غيره بعرض زيادة العشر فان القاضي يأمر بإيقاع البيع عليه فوراً، اما اذا لم يودع باقي الثمن ولم يعرض احد زيادة عشر الثمن فان المزايمة تعاد فوراً على ذمته ولا يعتد باي عطاء غير مصحوب بكامل قيمته تقادياً لما سبق حدوثه^(١)، ويعتبر الدائن الذي وجه تنبيهاً ولم يسجله طرفاً في الاجراءات كونه يعتبر حاجزاً لمجرد توجيه التنبيه لان المشرع عملاً بالمادة "٤٠١" عدّ توجيه التنبيه من اجراءات التنفيذ وان كانت المادة "٤٠٤" تفيد ان العقار لا يعتبر محجوزاً الا بتسجيل التنبيه، وجاءت المواد "٤٤٦" لغاية "٤٥١" متضمنة كيفية اصدار حكم ايقاع البيع، واخيراً المواد "٤٥٢" لغاية "٤٥٨" مخصصة لأحكام انقطاع الاجراءات والحلول ودعوى الاستحقاق الفرعية.

اما قانون اجراءات التنفيذ المدنية الفرنسي فقد اكد في الفقرة خامساً من المادة "٣٢٢" ان بيع العقار يجب ان يتم في المزداد العلني وبحضور القاضي المختص^(٢) واكدت الفقرة سادساً من هذه المادة انه لا يمكن بيع العقار وفقاً للقيمة التقديرية له الا وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المزايمة العلنية^(٣)، كما اشارت الفقرة سابعاً من المادة اعلاه انه بإمكان اي شخص المشاركة في المزايمة اذا قام بدفع الضمانات المحددة^(٤) كما اكدت الفقرة تاسعاً من المادة نفسها اعلاه انه يجب على الراسي

(١) وقد استمد القانون الجديد هذا الحكم من المادة "٥٢٣" من مشروع القانون الموحد الذي ادمج اجراءات المزايمة والزيادة بالعشر واعادة البيع على مسؤولية المشتري المتخلف، د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص ٨٥٤.

(2) "L'article L 322-5 L adjudication de l'immeuble a lieu aux enchères publiques à l'audience du juge" .

نقلا عن الموقع الالكتروني السابق.

(3) "L'article 322-6To Tutefois ، à défaut d'enchère ، le poursuivant ne peut être declare adjudicataire que pour la mise à prix initiale" .

نقلا عن الموقع الالكتروني السابق

(4) "Article(322/7) L'indication des lieu، jour et heure de l'audience d'orientation".=

عليه المزاد ان يودع الثمن الذي رسا به المزاد والمصاريف الاخرى في صندوق الايداع وفقا لعملية البيع في المزاد العلني^(١) وتوضح هذه النصوص الاجراءات الواجبة الاتباع في المزايدة لبيع العقار المرهون.

اما عن موقف الفقه الاسلامي فقد ذكرنا انفا ان الغاية من التأمينات هو للتأكد من جدية الراغب في الشراء ولتعويض الاضرار التي يمكن ان تحصل في حالة نكوله عن الشراء، وهذا المفهوم او قريب منه موجود في الفقه الاسلامي تحت عنوان العريون او العريان وقد عرف من قبل فقهاء الامامية: "وهو عبارة عن دفع المشتري للبائع مبلغا من المال على انه ان امضى البيع الذي وقع على عين خارجية احتسبه من الثمن وان لم يمضه اخذ البائع ما دفعه المشتري"^(٢). وقال المالكية في تفسيره وهو ان: "اعطيك دينارا او درهما، او اكثر من ذلك، او اقل، على اني ان اخذت السلعة، او ركبت ما تكاريت منك، فالذي اعطيك هو من ثمن السلعة، او من كراء الدابة، وان تركت ابتياع السلعة، او كراء الدابة، فما اعطيتك لك باطل بدون شيء"^(٣)، و(باطل بدون شيء) اي لك ان تمتلكه بدون مقابل، وعرفته الحنابلة^(٤) والحنفية^(٥) والشافعية^(٦) بقريب من ذلك، واختلف في حليته فأباحه جمهور متأخري فقهاء الشيعة ان كان شرطا في عقد البيع^(٧)، واختلف الاقدمون فيه فمنهم من منعه وابطله مثل العلامة:^(٨) والشهيد الثاني: "ولو شرط البائع تملك العريون لو لم يرض المشتري بالبيع بطل العقد،

=نقلا عن الموقع الالكتروني السابق

(1) "L'article 322-9 code des procédures civil d execution".

(2) حسن الجواهري، بحوث في الفقه المعاصر، مجمع الذخائر الاسلامية، قم، ايران، ١٤٢٧ هـ، ط ١، ج ٤، ص ٤٠٢.

(3) مالك بن انس (ت ١٧٩ هـ)، الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٤٠٦ هـ

١٩٨٥ م، ج ٢، ص ٢٠٦.

(4) الشافعي الصغير، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٧٥.

(5) الانصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، مصدر سابق، ج ١، ص ٢٨٢.

(6) النووي، المجموع، مصدر سابق، ج ٩، ص ٣٣٥.

(7) مثل السيد الخوئي، صراط النجاة، مطبعة سلمان الفارسي، قم، طهران، ١٤١٦ هـ، ط ١، ج ١، ص ٢٥٢، وكذلك

السيد السيستاني في موقعه الرسمي : <https://www.sistani.org/arabic/qa/02264>

(8) العلامة الحلي، تحرير الاحكام، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٥٥.

ووجب ردّه^(١)، ومنهم من اباحه مثل ابن جنيد البغدادي: "العربون من جملة الثمن ولو شرط المشتري على البائع انه ان جاء بالثمن والا فالعربون له كان ذلك عوضا عما منعه ذلك من النفع وهو التصرف في سلعته"^(٢)، وممن منعه وابطله منعه الحنفية: "وعدم صحته لاشتماله على شرط الرد والهبة ان لم يرض السلعة"^(٣)، والمالكية: "حدثني يحيى عن مالك ... ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العريان، قال مالك: وذلك، فيما نرى"^(٤)، والشافعية: "ان مذهبنا بطلانه ان كان الشرط في نفس العقد"^(٥)، اما الحنابلة وبعض من الصحابة والتابعين فانهم اباحوه وهذا ما نقله ابن رشد الحفيد: "... من هذا الباب بيع العريان، فجمهور علماء الامصار على انه غير جائز ... وقال احمد وابو ثور وداود ذلك جائز، وهو مروي عن ابن عمر"^(٦)، لذا فان وحدة المفهوم بين التأمينات والعربون موجودة فلا باس بتسرية الحكم والنزاع عندها يكون لفظيا ولا اثر له.

اما الاحالة: وهي كما اسلفنا اجراءات نقل الملكية من الراهن الى من اشتراه وتقبله في الفقه الاسلامي القبض وقد اسلفنا ان القبض يتم عن طريق التخلية بين البائع والعقار او السلعة لعدم الحاجة لما عليه زماننا من اجراءات تنظيمية عن طريق التسجيل في الدوائر المختصة.

اما الضم: يأتي الضم ومسائله في القوانين الحديثة بما يقابل (خيار الشرط) في الفقه الاسلامي وهو: "الثابت بالاشتراط في ضمن العقد"^(٧) وهذا التعريف من الامامية، وعرف ايضا من الحنفية: "ما يثبت لاحد المتعاقدين من الاختيار بين الامضاء والفسخ"^(٨)، واتفقت المذاهب الاسلامية

(١) محمد بن مكي العاملي (الشهيد الاول)، (ت ٧٨٦ هـ)، الدروس الشرعية في فقه الامامية، تحقيق مؤسسة النشر

الاسلامي، قم، طهران، ج ٣، ص ٢١٧.

(٢) علي پناه الاشتهادي، مجموعة فتاوى ابن الجنيد، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، طهران، ص ١٨٥.

(٣) زكريا الانتصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٨٢.

(٤) مالك بن انس، الموطأ، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٠٦.

(٥) النووي، المجموع شرح المذهب، مصدر سابق، ج ٩، ص ٣٣٥.

(٦) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي الاندلسي الشهير (بابن رشد

الحفيد) (ت ٥٩٥ هـ)، تحقيق خالد العطار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٩٥ م، ج ٢، ص ١٣١.

(٧) السيد عبد الاعلى السبزواري، مذهب الاحكام في بيان الحلال والحرام، مصدر سابق، ج ١٧، ص ١١١.

(٨) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، مصدر سابق، ج ٥، ص ٧٦.

كافة على جواز هذا الشرط باستثناء ابن حزم الظاهري فحكم ببطلانه، فمن الامامية: "لا خلاف بين العلماء في جواز اشتراط الخيار في البيع"^(١)، وحكى الاجماع عن المذاهب الاربعة النووي: "في مذاهب العلماء في شرط الخيار وهو جائز بالأجماع"^(٢)، اما ابن حزم فقال: "وكل بيع وقع بشرط خيار خيار للبائع او للمشتري او لهما جميعا او لغيرهما خيار ساعة او يوم او ثلاثة ايام او اكثر او اقل فهو باطل تخيرا انفاذه او لم يتخيرا"^(٣)، اما الاختلاف بين المذاهب فوقع في شموله لكل العقود ام في بعضها وهذا خارج عن دراستنا، نعم انهم اتفقوا على جوازه في البيع وهو المراد هنا واختلفوا ايضا في المدة الزمنية لهذا الخيار فقال جمهور الامامية انه لا يشترط المدة ويجب تعيينها: "وهو بحسب ما يشترطانه او احدهما، لكن يجب ان يكون مدة مضبوطة. ولا يجوز ان يناط بما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج"^(٤)، وايضا: "لا يتقدر هذا الخيار بمدة معينة، بل يجوز اشتراطه في اي مدة كانت قصيرة او طويلة، متصلة او منفصلة عن العقد، نعم لا بد من تعيين مبدا وتقديرها بقدر معين"^(٥)، وقالت الحنابلة ايضا بذلك: " ويجوز اشتراط الخيار ما يتفقان عليه من المدة المعلومة قلت مدته او كثرت، وبذلك قال ابو يوسف ... ولنا انه حق يعتمد الشرط فرجع في تقديره الى مشطرة كالأجل او نقول مدة ملحقة بالعقد فكانت الى تقدير المتعاقدين كالأجل"^(٦)، وقالت الحنفية ان المدة ثلاثة ايام: "ثم خيار الشرط يتقدر بثلاثة ايام وما دونها ولا يجوز اكثر من ذلك في قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى"^(٧)، وكذلك الشافعية^(٨) وقالت المالكية ان يقدر الى اختلاف المبيع: "وانكر مالك التوقيت في خيار الشرط ثلاثة ايام بغير زيادة وان كانت في الغالب يمكن الاختيار فيها لكن لكل

(١) العاملي، مفتاح الكرامة، مصدر سابق، ج ١٤، ص ١٩٢.

(٢) النووي، المجموع، مصدر سابق، ج ٩، ص ٢٢٥.

(٣) علي بن احمد بن سعيد بن حزم (ت ٤٥٦ هـ)، المحلى، تحقيق احمد محمد شاكر، دار الفكر، بيروت، لبنان، بلا ت، ج ٨، ص ٣٧٠.

(٤) المحقق الحلي، شرائع الاسلام، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٧٦.

(٥) منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٠.

(٦) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٩٦-٩٧.

(٧) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٤١.

(٨) ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج ٥، ص ٩٧.

شيء امد بحسبه يتخير فيه فللدابة مثلاً والثوب يوم او يومان وللجارية جمعة وللدار شهر^(١)، فاذا صح الضم على انه خيار الشرط وقد قدم الى من شارك في المزايدة يكون صحيحاً والاختلاف في المدة.

اما عن موضوع اعادة المزايدة لعدم وصول البذل ٨٠% فأن الفقه الاسلامي جعل بيع الرهن حقاً مشتركاً بين الراهن والمرتهن -كما تقدم- اما ثمن البيع فهو من اختصاص الراهن لأنه ملكه وباق في ملكيته ولكن عند النزاع جعل هذا الحق للحاكم وعلى الحاكم ان يبيعه من دون غبن فهو مؤتمن والغبن هو: "في اللغة هو النقصان وعند الفقهاء: هو النقص في احد العوضين"^(٢) وقد نص قانون التسجيل العقاري على عدم احالة العقار المرهون في حالة عدم وصول السوم ٨٠% من القيمة المقدرة كما نص قانون التنفيذ على اعادة المزايدة اذا لم يبلغ السوم ٧٠% من القيمة المقدرة للمنقول المرهون لتلافي الغبن نسبة ٢٠% من القيمة المقدرة للعقار المرهون ونسبة ٣٠% من القيمة المقدرة للمنقول المرهون وانها نسبة مقبولة اما في الفقه فقد اختلف فيه فقالت امامية هو مقدار عرفي: "كان له الخيار اذا كان مما لم تجري العادة بمثله"^(٣)، وقال السيد الخوئي "بان يكون مقدارا لا يتسامح به عند غالب الناس"^(٤) لذا حددها ١٠% او ٥% في بعض المعاملات او اكثر حسب طبيعة المعاملة، وقال الشافعي: "على اصل ما ذهبنا اليه من ان الغبن يكون في الثلث"^(٥) فيكون حدد الغبن بنحو ٣٣%، ومثله قال بعض المالكية والحنبلية ولكن اكثر علماء الشافعية على ان الغبن غير مبرر لفسخ العقد: "فاعلم) ان مجرد الغبن لا يثبت الخيار وان تفاحش خلافا لمالك حيث قال ان كان الغبن فوق

(١) شهاب الدين ابن حجر العسقلاني(ت ٨٥٢هـ) فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بلا

ت، ط ٢، ج ٤، ص ٢٧٣.

(٢) د . محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والالفاظ الفقهية، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، بلا ت،

ج ٣، ص ٦.

(٣) ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي(ت ٤٦٠ هـ)، كتاب الخلاف، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ايران، ١٤١١هـ،

١٤١١هـ، ط ١، ج ٣، ص ٤٣.

(٤) منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٢.

(٥) الشافعي، كتاب الام، مصدر سابق، ج ٤، ص ١٠٨.

الثالث ثبت الخيار للمغبون ونقل بعض اصحاب احمد مثله^(١) وايضا الحنفية "على ان الغبن غير لازم فلا خيار للمغبون سواء قل الغبن او كثر"^(٢) وعليه فلا غبن في البيع عند الشافعية والحنفية، ولذا فان نسبة ٢٠% هي نسبة مقبولة شرعاً عند من يقول بالغبن العرفي وهي ليست كذلك عند من يقول ٣٣% وغير مبررة عند من لا يقول بالغبن.

الفقرة الثانية: نكول المشتري واعادة المزايدة.

اجاز القانون لمدير التسجيل العقاري امهال المشتري مدة اقصاها خمسة عشر يوماً يسلم خلالها البديل ورسوم التسجيل وفقاً للفقرة اولاً من المادة "١٧٥" من قانون التسجيل العقاري فاذا انقضت مدة الامهال وابتى المشتري دفع البديل ورسوم التسجيل يعدّ حينئذ ناكلاً عن الشراء ولل قضاء تطبيقات في هذا المجال^(٣)، وفي حالة نكول المحال عليه يعرض العقار على المزايد السابق بالمبلغ الذي كف يده به ويسقط ضم الناكل فاذا قبل يقرر مدير الدائرة احالة العقار عليه بدون مزايدة ويضمن الناكل الفرق بين البديلين تستحصل من تأميناته او عن طريق مديرية التنفيذ وفقاً للفقرة ثانياً من المادة "١٧٥" اما اذا رفض المزايد السابق فيجب على المديرية نشر اعلان اعادة المزايدة مجدداً بسبب النكول لمدة خمسة عشر يوماً وتطبق نفس الاحكام الواردة في المواد "١٧٠ لغاية ١٧١" كأنها مزايدة جديدة باستثناء امرين، الاول عدم تبليغ الراهن بإخبارية اخرى والثاني عدم قبول الضم حسب المادة "١٧٤" على بدل الاحالة القطعية، وبانتهاء المدة تجري المزايدة ويحال العقار على المزايد الاخير باي بدل كان ولا تجري مزايدة ثالثة ويضمن الناكل الفرق بين البديلين، وتجدر الاشارة الى انه في حالة نكول المشتري الثاني فلا تضامن بينهما^(٤) ويتحمل الناكل فرق البديل بين المزايدة التي نكل عنها والتي جرت الاحالة بموجبها على من بعده اما اذا لم يحصل راغب للشراء يقرر مدير الدائرة اعتبار الناكل

(١) عبد الكريم الرافعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج ٨، ص ٣٣٨.

(٢) العيني، عمدة القاري، دار احياء التراث، بيروت، لبنان، بلا ت، ج ١١، ص ٢٣٣.

(٣) حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز "لا يجوز للمحال عليه احالة قطعية ان يطلب اعادة المزايدة عليه مجدداً او امهاله مدة اخرى لدفع البديل اذا كان قد امهل سابقاً"، ينظر قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٥٩/٣١ بتاريخ ١٩٥٩/٢/٢٣م، اشار اليه مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٢٩٥.

(٤) وجاء ذلك في قرار لمحكمة التمييز يتضمن "لا تضامن بين الناكل الاول والناكل الثاني اذ التضامن لا يفترض ويجب تحميل كل ناكل فرق البديل بين المزايدة التي نكل عنها والتي جرت الاحالة بموجبها على من بعده"، ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ٩٥٨/٥٦١ بتاريخ ١٩٥٨/٩/٢٩م، اشار اليه مصطفى مجيد، المصدر نفسه، ص ٢٥٩.

مشترياً للعقار المرهون ويتم استحصال البذل والمصاريف بواسطة دائرة التنفيذ وفقاً للفقرة رابعاً من المادة "١٧٥" من قانون التسجيل العقاري.

ويرى الفقه انه يجب منع المشتري الناكل من الاشتراك في المزايدة التي تجري بعد النكول كونه هو المسبب للمزايدة الثانية فيجب حرمانه من المشاركة بالمزايدة جراء نكوله مع عدم وجود نص يقضي بعدم السماح له بالاشتراك بالمزايدة وقد استقر على هذا الرأي اكثر شراح قانون التنفيذ العثماني والعراقي^(١)، وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدة^(٢).

اما قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فقد اوجب على من اعتمد القاضي عطاءه ان يودع حال انعقاد جلسة البيع كامل الثمن الذي اعتمد والمصاريف خزانة المحكمة وبذلك يحكم القاضي بإيقاع البيع عليه وفقاً للفقرة أولاً من المادة "٤٤٠" اما اذا لم يودع كامل الثمن فيجب عليه ان يودع خمس الثمن على الاقل والا اعيدت المزايدة على ذمته في نفس الجلسة وفقاً للفقرة ثانياً من المادة "٤٤٠"، فاذا قام بذلك فان القاضي يؤجل البيع الى جلسة تالية يحدد مياعدها ويشمل اعلان هذه الجلسة ببيان العقار الذي اعتمد عطاءه واسم من اعتمد عطاءه ومهنته وموطنه والثمن الذي اعتمد به العطاء وفي الجلسة التالية اذا تقدم احد للشراء وعرض زيادة عشر الثمن وكان العرض مصحوباً بكامل الثمن تعاد المزايدة في نفس الجلسة على اساس الثمن الجديد^(٣) وفقاً للفقرة رابعاً من المادة "٤٤٠" اما اذا لم يتقدم احد للشراء مع زيادة عشر الثمن يحكم القاضي بإيقاع البيع على من دفع في الجلسة السابقة خمس الثمن بعد ان اعتمد عطاءه وعندئذ يجب عليه ايداع كامل الثمن والمصاريف ورسوم التسجيل فوراً واتجه القضاء الى ذلك في قراراته^(٤)، واذا لم يقيم من اعتمد القاضي عطاءه في الجلسة السابقة بهذا الايداع وجبت اعادة المزايدة فوراً على ذمته وعلى اساس الثمن الذي كان قد رسا به عليه وليس على اساس الثمن الاساسي الذي بدأت به المزايدة في الجلسة السابقة لان اعادة المزايدة لا تبطل العطاء الذي تقدم به من اعتمد القاضي عطاءه ومن يتخلف عن اداء كامل الثمن او خمسة

(١) علي مظفر حافظ، مصدر سابق، ص ٢١١، مصطفى مجيد، المصدر نفسه، ص ٢٧٦.

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ٩٥٩/٢٠٩ بتاريخ ١٩٥٨/٤/٣٠، اشار اليه علي مظفر حافظ، مصدر سابق، ص ٣٤٩.

(٣) د. احمد محمد احمد حشيش، مصدر سابق، ص ٢٧٢، د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص ٨٥٥.

(٤) وجاء ذلك في قرار لمحكمة النقض المصرية يتضمن "اذا لم يتقدم من يقبل الشراء مع زيادة عشر الثمن في الجلسة الجديدة حكم القاضي بإيقاع البيع على من دفع في الجلسة السابقة خمس الثمن بعد ان اعتمد القاضي عطاؤه فعندئذ يتعين عليه ايداع كامل الثمن والرسوم والمصاريف فوراً"، ينظر قرار النقض ٢٦ - ١٤١٠ بتاريخ

١٩٧٥/١١/١٧م، اشار اليه د. احمد ابو الوفا، المصدر نفسه، ص ٨٥٦.

ولا يملك الاشتراك في المزايدة الجديدة والا أصبح اجراء البيع الجديد عبثاً^(١)، فاذا رسا المزايد باقل مما رسا به على المتخلف عن الدفع التزم بدفع الفرق وفقاً للفقرة اولاً من المادة "٤٤٣" ويعتبر الفرق استكمالاً لثمن العقار ويوزع على الدائنين كما يوزع الثمن^(٢) اما اذا رسا المزايد بأكثر مما رسا به على المتخلف عن اداء كامل الثمن او خمسه فان الفرق يكون من حق مالك العقار وفقاً للمادة "٤٤٣" ويوزع على الدائنين كما يوزع ثمن العقار على تقدير ان العقار يظل على ملك صاحبه على الرغم من سبق اعتماد عطاء ما حتى ايقاع البيع عملاً بالمادة "٤٤٦".

ويرى الفقه ان القانون يلزم المزايد المتخلف بفرق الثمن على اساس مسؤوليته في سحب العطاء الذي تقدم به فيمكن اعتباره في هذه الحالة بمثابة تعويض جزاء الاخلال بالتزامه المشار اليه وهذا التعويض المقدر تتعلق به حقوق الدائنين، وان كان البعض يفسر ذلك بانه جزء من الثمن ويبرر ذلك اعتباره تعويضاً من شأنه ان يؤدي الى اقتسامه بين الدائنين قسمة غرماء^(٣).

اما قانون اجراءات التنفيذ المدنية الفرنسي فقد اشارت في الفقرة اولاً من المادة "١١١" والتي تتعلق بالمبادئ العامة لهذا القانون الى الاجراءات التي تتخذ لا جبار المدين على تنفيذ جميع التزاماته تجاه دائنيه واتخاذ جميع الاجراءات التي تكفل حماية حقوقه وتضمن تحصيلها^(٤)، كما اشارت الفقرة تاسعاً من هذه المادة انه يجب على من يرسو عليه المزايد ان يودع الثمن الذي رسا به المزايد والتكاليف الاخرى المنصوص عليها في صندوق الايداع وفقاً لعملية البيع في المزايد العلني^(٥)، وقد اشارت الفقرة

(١) د. احمد ابو الوفاء، مصدر سابق، ص ٨٥٦.

(٢) وقيل في تقرير ذلك وفقاً للقانون السابق ان اعادة البيع تفسخ حقوق المشتري المتخلف وحدها دون التزاماته التي تبقى قائمة حتى يتم الوفاء بها من جانب المشتري الجديد، د. احمد ابو الوفاء، المصدر نفسه، ص ٨٥٧.

(٣) د. عبد العزيز خليل ابراهيم بديوي، قواعد واجراءات التنفيذ الجبري والتحفظ في قانون المرافعات بالمقارنة بأحكام الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي، ط ١٩٨٠م، ص ٢٢٩، د. فتحي والي، مصدر سابق، ص ٤٥٦، د. رمزي سيف، مصدر سابق، ص ٥٨١.

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

نقلا عن الموقع الالكتروني

www.legifrance.gouv.fr/affich_code.do?

(5) "L'article 322-9 code des procédures civil d'exécution."

ثانياً من المادة " ٧٠٥ " من قانون المرافعات الفرنسي على سقوط التزام المزايد اذا تقدم غيره بعرض يزيد على عرضه ولو حكم ببطلان العرض الاخير .

واستناداً الى ما تم ذكره فأننا نرجح ما سار عليه المشرع العراقي في الفقرة رابعاً من المادة "١٧٥" في حالة نكول المشتري واعادة المزايدة وعدم حصول راغب للشراء، في اعتبار الناكول مشترياً للعقار المرهون وعدم اجراء مزايدة ثالثة بقرار من رئيس الدائرة ويستوفى بدل الشراء والرسوم والمصاريف من امواله وفقاً لأحكام قانون التنفيذ، لأن ذلك يحقق مصلحة المرتهن في اقتضاء حقه ومصلحة المدين في ان لا تبخس امواله.

اما في الفقه الاسلامي فان عقد البيع لازم في الشرع الاسلامي بمجرد وقوعه بشروطه لعموم قوله تعالى : ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) وهذا اللزوم تكليفي من جهة بمعنى واجب بمقابل الحرمة وكذلك واجب وضعي بمعنى يجب الوفاء به وترتب العقوبة عليه من قبل الحاكم الشرعي عند نكوله والزامه بالوفاء ، فعند العقد لزم البائع بالبضاعة او المثلث ولزم المشتري الثمن الا ان يقال - من الاستقالة - الناكول من قبل صاحبه ويعني اعفائه من التزام العقد ، ولكن في حالة الشرط وهو تملك العربون او العريان بمقابل النكول على من يقول به من المذاهب الاسلامية يكون تملك العربون له مبرر شرعي وكذلك النكول فيسقط الوجوب التكليفي والوضعي، فلذا تملك التأمينات صحيحة شرعاً والنكول صحيح شرعاً.

المطلب الثاني

اجراءات بيع الاموال المرهونة المنقولة

ان اجراءات بيع الاموال المرهونة المنقولة يخضع لأحكام المواد "٦٣ ولغاية ٨١" من قانون التنفيذ، فالمواد "٦٣ لغاية ٧٠" مخصصة لإجراءات الحجز على المنقول، اما المواد "٧١ لغاية ٧٤" فتضمنت الاحكام المتعلقة بإجراءات البيع، واخيراً خصص المواد "٧٥ لغاية ٨١" لإجراءات حجز ما للمدين لدى الغير، كما اجازت المادة "١٠٧" من القانون نفسه للدائن العادي طلب بيع الاموال المنقولة المرهونة لكن لا يتم ذلك الا ببعض القيود^(٢)، اما على وفق القانون المصري فإن اجراءات بيع المنقول المرهون تخضع لأحكام المواد "٣٥٣ ولغاية ٤٠٠" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المتعلقة بالحجوزات التنفيذية الخاصة بحجز المنقول لدى المدين وكيفية بيعه وحجز الاسهم والسندات

(١) سورة المائدة: اية "١".

(٢) ينظر في تفصيل ذلك ص ٥٥ وما بعدها من هذه الدراسة.

والايرادات والحصص وكيفية بيعها، وحيث ان من وسائل التنفيذ الجبري بيع الاموال المرهونة المنقولة العائدة للراهن وذلك بعد ان يتعذر على المرتهن الحصول على حقه بالوسائل الاخرى، فقد وضع المشرع اجراءات تخضع لأحكام المواد اعلاه ونظم بموجبها كيفية حجز وبيع هذه الاموال لغرض تأكيد سلطة الدولة ومسؤوليتها عن توفير الحماية القانونية للحقوق، ولتحقيق التوازن بين مصلحة الراهن والمرتهن، ولتوضيح ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص الاول منهما لدراسة حجز المنقول المرهون، وندرس في الفرع الثاني اجراءات بيع المنقول المرهون.

الفرع الاول

حجز المنقول المرهون

يكون حجز الاموال المرهونة المنقولة بقرار يصدره المنفذ العدل بناءً على طلب الدائن المرتهن استناداً على احكام الحجز المحددة في القانون^(١) ومجرد صدور هذا القرار لا يجعل الحجز واقعاً بل يجب تنفيذه من خلال القيام بإجراءات معينة ولتوضيح هذه الاجراءات يتوجب علينا البحث في الفقرتين التاليتين:

الفقرة الاولى: القائم بالحجز ومصاريف الحجز ومن يشترط ومن يجوز حضوره اثناء الحجز.

على المرتهن اذا اراد اقتضاء حقه ان يتبع الاجراءات التي تنص عليها القوانين لحجز وبيع الاموال المرهونة المنقولة واشارت الى ذلك المواد "١٣٤٨ و ١٣٤١" من القانون المدني العراقي حيث ان اول اجراء يقوم به الدائن المرتهن تقديم طلب حجز وبيع الاموال المرهونة المنقولة الى المنفذ العدل كما ونصت على هذا الاجراء المادة "١٥" من قانون التنفيذ وبعد اصدار قرار الحجز من قبل المنفذ العدل يجب ان يقوم بتنفيذه او يعين احد موظفي مديرية التنفيذ للقيام بذلك حسب اهمية القضية وفقاً المادة "٦٣"^(٢) من قانون التنفيذ ويسمى الموظف المكلف بتنفيذ قرار الحجز مأمور الحجز^(٣)، وبما ان تنفيذ الحجز يحتاج الى مصاريف ونفقات كأجور وسائط النقل والخبراء والحراسة والاعلان

(١) وهذا ما اشارت اليه المادة "٥٥" والمادة "٥٤" من قانون التنفيذ التي تنص على "ينفذ الحكم او المحرر التنفيذي بتسليم مبلغ معين او شيء بحكم الدين بحجز ما يكفي لتسديده من اموال المدين مع النفقات والرسوم ثم بيعه وفق احكام هذا القانون".

(٢) وتقابلها المادة "٢٧٩" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري التي تنص "يجري التنفيذ بواسطة المحضرين وهم ملزمون بإجرائه بناءً على طلب ذي الشأن...".

(٣) حيث يقوم مأمور التنفيذ نفسه بتنفيذ قرارات الحجز في القضايا الهامة فقط وقيام بقية الموظفين بتنفيذ قرارات الحجز الاخرى، نظراً لكثرة اعمال مأمور التنفيذ ولزوم بقائه في الدائرة لمراقبة موظفيها والاشراف عليهم، علي

مظفر حافظ، مصدر سابق، ص ٢٢٣، د. ادم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص ١٦٢.

وغيرها فقد نص قانون التنفيذ على استيفاء هذه المصاريف من المرتهن على ان تحتسب بعدئذ على الراهن وفقاً للمادة "٦٠" من قانون التنفيذ التي تنص "يدفع الدائن سلفاً جميع المصاريف التي ينبغي صرفها في سبيل الحجز والبيع على ان تحصل له فيما بعد من المدين" والاصل في تنفيذ الحجز ان يجري بحضور الراهن والمرتهن الا ان القانون اجاز اجراء الحجز بغياب الطرفين او احدهما وفقاً للمادة "٦٤" من قانون التنفيذ التي تنص "يجوز التنفيذ في غياب طالب الحجز او المحجوز على امواله"^(١)، وللقائم بالحجز الذهاب الى المحل الموجودة فيه الاموال المرهونة المراد حجزها لوحده او ان يصطحب معه كاتباً او غيره من مستخدمي الدائرة ليساعده اذا دعت الحاجة الى ذلك وقد اوجب القانون على القائم بالحجز ان يصطحب معه مختار المحلة واذا تعذر احضاره فيستعاض عنه بشاهدين لا تربطهم قرابة او علاقة به ولا بأحد الطرفين وفقاً للمادة "٦٥"^(٢) من قانون التنفيذ .

ويرى الفقه ان قانون التنفيذ العراقي وان لم يحدد درجة قرابة الشهود الذين يتم اصطحابهم اذا تعذر اصطحاب مختار المحلة مع القائم بالحجز مع ان بعض القوانين الاجنبية قد حددت درجة القرابة المذكورة ، وعلى ذلك فهي تشمل القرابة البعيدة والقرابة القريبة عصبية او غير عصبية عمودية او افقية^(٣).

ويمكن للقائم بالحجز الاستعانة بخبير او اكثر لمعاونته في تثبيت اوصاف المحجوزات وتقدير أقيامها اذا كانت الاموال المرهونة المنقولة كثيرة او مهمة ويصعب عليه تقدير قيمتها واذا توقع حدوث مقاومة لمنع اجراءات الحجز يقوم بمراجعة اقرب مركز شرطة لاصطحاب قوة كافية لتأمين اجراء الحجز وهذا ما نصت عليه المادة "٢٨"^(٤) من قانون التنفيذ^(٥).

(١) اجاز المشرع اجراء الحجز بغياب الطرفين او احدهما لسببين، السبب الاول اذا تعذر احضارهما اثناء الحجز، والثاني لاحتمال حصول نتائج غير مرغوبة، كمحاولة المرتهن الحط من كرامة الراهن، او محاولة الاخير الانتقام من المرتهن، علي مظفر حافظ، مصدر سابق، ص ٢٢٣، د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ١٨٠.

(٢) وتقابلها المادة "٣٥٣" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٣) علي مظفر حافظ ، المصدر نفسه ، ص ٢٣٠، د. سعيد عبد الكريم مبارك ، المصدر نفسه ، ص ١٧٩، د. ادم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص ١٦٧، القاضي عبود صالح مهدي التميمي، مصدر سابق، ص ١٦٥.

(٤) وتقابلها المادة "٢٧٩" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٥) لا يجوز التخلف عن تقديم المساعدة للقائم بالحجز لان المشرع نص على ان مساعدة الموظف القائم بالحجز هو من واجبات وظائفهم، كما نص القانون على العقوبة التي تفرض على من يمانع موظف التنفيذ من القيام بعمله في قانون العقوبات وهي المادة "٢٣١" التي تنص "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة او بإحدى هاتين العقوبتين من منع قصداً موظفاً او اي شخص مكلف بخدمة عامة عن القيام بواجباته"، وكذلك الظروف =

اما القانون المدني المصري ففي حالة كون المرهون منقولاً فالأصل ان دعوى الرهن لا تخول المرتهن سوى اتخاذ اجراءات التنفيذ على المال المرهون وفقاً لقانون المرافعات لاستيفاء حقه من ثمنه الا ان القانون المدني المصري اجاز استثناء في رهن المنقول للدائن المرتهن عند عدم الوفاء بحقه وقت حلول الاجل ان يطلب من القاضي الترخيص له في بيع المرهون بالمزاد العلني او بسعره في السوق كما اجاز المشرع للمرتهن ايضاً ان يطلب من القاضي تمليكه المرهون وفاءً للدين على ان يحسب بثمنه او بقيمته حسب تقدير الخبراء ونصت على ذلك المادة "١١٢١" من القانون المدني المصري بفقرتيها اولاً وثانياً.

ويرى الفقه ان اجازة المشرع للمرتهن عند عدم وفاء الراهن بحقه وقت حلول الاجل ان يطلب من القاضي الترخيص له في بيع المرهون او ان يأمر القاضي بتمليكه اياه وفاءً للدين على ان يحسب بثمنه او بقيمته حسب تقدير الخبراء هي للتيسير على المرتهن وتجنبه اجراءات البيع الجبري وفيه فائدة للراهن ايضاً وهي تفادي نفقات التنفيذ الجبري^(١).

اما اذا لم يأذن القاضي فيتم اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية حيث يجب على الدائن قبل ان يبدأ في اتخاذ اجراءات التنفيذ ان يعلن السند التنفيذي للمدين ويشمل هذا الاعلان تكليف المدين بالوفاء وفقاً للفقرات اولاً وثانياً من المادة "٢٨١" ولا يجوز اجراء التنفيذ الا بعد مضي يوم على الاقل من الاعلان وفقاً للفقرة رابعاً من نفس المادة^(٢) وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدّة^(٣)، وتصبح الاموال المرهونة المنقولة محجوزة بمجرد ذكرها في محضر الحجز وفقاً للمادة "٣٦١" واذا قام بالتقويم خبير وفقاً لنص المادة "٣٥٨" في هذه الحالة يرفق تقرير الخبير بمحضر الحجز.

=المشددة في المادة "٢٣٢" وهي سبق الاصرار وحمل السلاح والمادة "٢٢٩" الخاصة بإهانة وتهديد الموظف والمادة "٢٣٠" المتعلقة بالتعدي على الموظف والمادة "٢٤٠" الخاصة بمخالفة اوامر الموظفين.

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٨٣٥، د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٤٢٤، د. عبد الناصر العطار، التأمينات العينية، ١٩٩٠م، ص ٢٤٣، د. عطية فتحي الفقي، مصدر سابق، ص ٢٢٦.

(٢) د. حامد محمد ابو طالب، التنفيذ الجبري، ٢٠٠٥م، ص ١٤٣.

(٣) حيث جاء في قرار لمحكمة استئناف القاهرة يتضمن "يتطلب اتخاذ مقدمات التنفيذ وهي اعلان السند التنفيذي الى المدين وتكليفه بالوفاء بدينه"، استئناف مختلط ١٤ ابريل ١٩٣٨م، وفي قرار اخر لمحكمة النقض المصرية يتضمن "يستطيع الدائن ان يقوم بأجراء التنفيذ مهما كانت قيمة الحق الثابت في السند التنفيذي ولو كان ما بقي في ذمة المدين من الدين الثابت في السند جزئاً ضئيلاً"، نقض مدني الطعن رقم ١١٥ في ١٦/١١/١٩٤٦م، س ١٢، اشار الى هذه القرارات د. احمد ابو الوفاء، مصدر سابق، ص ٤٦٣، د. عبد العزيز خليل ابراهيم بديوي، مصدر سابق، ص ١٦٤ هامش رقم "١".

اما موقف قانون اجراءات التنفيذ المدنية الفرنسي فقد بينت الفقرة اولاً من المادة "٢٢١" من هذا القانون الاجراءات الواجب اتخاذها للحجز على الاموال المرهونة المنقولة و اشارت الى ان الدائن بالسند التنفيذي له الحق في حجز اموال مدينه المنقولة لغرض تسديد ديونه الواجبة الدفع والمستحقة الوفاء بناءً على امر مأمور التنفيذ او قاضي التنفيذ وذلك لمباشرة اجراءات الحجز^(١)، كما تنص المادة "٢٠٧٨" من القانون المدني الفرنسي على "الدائن ليس في وسعه، عند عدم الدفع، ان يحوز رهناً" بمعنى ان على الدائن عند عدم الوفاء بعد حلول اجل الدين مراجعة القضاء، وتقع نفقات ذلك على المدين^(٢)، ولا يوجب القانون الفرنسي حضور شهود وقت الحجز وان هذا الشرط لا يحقق اي فائدة عملية ولا تتحقق فيه اي رقابة او اشراف على عمل المحضر القائم بالحجز، وتجدر الاشارة الى ان القانون الفرنسي قد عدل المادة "٥٨٥" وجعل اصطحاب الشاهدين امراً جوازيّاً للمحكمة في تعديل "٣ يناير ١٩٢٣م".

ويرى الفقه الفرنسي ان شكل الانذار غير محدد ويأمر الحذر بالحد الأدنى اي الكتاب المضمون مع الاشعار بالتسليم، وان الانذار بعمل صادر عن المباشر به مفضل الا انه ليس هناك اي سبب لاستبعاد انذار بكتاب عادي شرط ان يذكر فيه قيمة المبالغ المتوجب دفعها وان يتضمن انذاراً بالدفع تحت طائلة مراجعة المحكمة^(٣).

اما الفقه الاسلامي فقد اكد ان القائم بالحجز هو الحاكم او القاضي وقد اتفقت المذاهب على جملة من الاحكام في كيفية تعامل الحاكم او القاضي مع الرهن، ففي حالة تعذر الاداء قالت الامامية: "واذا حل الاجل وتعذر الاداء كان للمرتهن البيع ان كان وكيلًا، والا رفع امره الى الحاكم، ليلزمه بالبيع"^(٤)، بل حتى ان كان الرهن عند عدل واراد الخروج من البلد ولم يكن قد حل اجل الرهن وجب عليه ان يدعه الى الحاكم كما قالت الشافعية: "فان كان للعدل عذر مثل ان يريد سفراً او به مرض

(1) "L'article L 221-1 tout créanciers muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut , après signification d'un commandement , faire procéder à La saisie et à l' vente des biens meubles corporels appartenant à son débiteur,"

نقلا عن الموقع الالكتروني السابق.

(٢) وتجدر الاشارة الى ان المشرع الفرنسي قد الغى هذه المادة بموجب المادة "١١" من القانون رقم "٣٤٦" لسنة "٢٠٠٦م" وشرع بدلاً عنها المادة "٢٣٤٨"، جاك مستر وامانويل بوتمان ومارك بيو، مصدر سابق، ص ٣٤٢.

(٣) جاك مستر وامانويل بوتمان ومارك بيو، مصدر سابق، ص ٥٣٥.

(٤) المحقق الحلبي، شرائع الاسلام، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٣٧.

يخاف منه او قد عجز عن حفظه دفعه الى الحاكم وقبضه الحاكم او نصب عدلا ليكون عنده"^(١)، بل عند التنازع بين الراهن والمرتهن في حيازة الرهن يكون القول الفصل للحاكم لذا قالت المالكية: "... (عند تنازع الراهن والمرتهن) اي في كيفية وضع الرهن فقال الراهن مثلاً يوضع على يد امين وقال المرتهن يوضع عندي او بالعكس ... (نظر الحاكم في الاصلح منهما فيقدمه) اي ولا يعدل لغيرهما فيقدمه ولو كان كل منهما لا يصلح لوضعه عنده لرضاها بهما"^(٢)، بل ان تغير حال المرتهن العادل والرهن في قبضته جاز ان يرفع امره الى القاضي كما قالت الحنابلة: "وهكذا لو كان في يد المرتهن فتغيرت حاله في الثقة والحفظ فللراهن رفعه عن يده الى الحاكم ليضعه في يد عدل"^(٣)، بل للمرتهن ان يبيع الرهن بأذن القاضي ان خيف عليه الفساد وتعدر اذن الراهن: "لان بيع ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ فله ان يبيعه لكن بأذن القاضي له لان له ولاية في مال غيره في الجملة"^(٤) فملخصه ان الحاكم او القاضي هو المخول بحل النزاع وله الولاية على مال غيره في جميع انحاء التصرف في النزاعات المالية بين الافراد وهذا مما يتفق عليه كل فقهاء الاسلام واختلافهم بجزئيات هذه الكبرى.

اما اجرة الحجز والحفاظ على الاموال المنقولة لحين بيعها فهي في الغالب اعلى من كلفة حفظ الاموال الغير منقولة لذا فصل المشرع الاسلامي وفرع فيها وقد اتفق فقهاء الامامية والشافعية والمالكية والحنبلية على ان نفقة الرهن مهما كانت واختلفت على الراهن لأنها ماله وله نفعها وزيادتها وثمرتها وقد تقدم الكلام في ذلك ولان عنوان الرهن باق عليها ما لم يسدد الراهن او يبيع الرهن من قبل نفسه او من الحاكم ، فمن الامامية : "اذا احتاج الرهن الى مؤونة يبقى بها الرهن - كنفقة العبد وكسوته وعلف الدابة - كانت على الراهن ... وفي معناه سقي الاشجار ومؤونة الجذاذ وتجفيف الاثمار واجرة الاصطبل والبيت الذي يُحفظ فيه المتاع المرهون"^(٥) وكذلك ادعي عدم الخلاف فيه بين فقهاء الامامية معللاً ذلك كونه ملك: "وكانه مما لا خلاف فيه والوجه فيه ظاهر لأنه المالك"^(٦)، وكذلك من الشافعية:

(١) النووي، المجموع، مصدر سابق، ج١٣، ص٢٢٢.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج٣، ص٢٤٤.

(٣) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٤، ص٣٨٩.

(٤) الكاشاني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦، ص١٤٨.

(٥) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج١٤، ص٤٨.

(٦) العاملي، مفتاح الكرامة، مصدر سابق، ج١٥، ص٦٠٤.

الشافعية: "مؤنة الرهن التي يبقى بها، كنفقة العبد وكسوته، وعلف الدابة على الراهن وفي معناها، سقي الاشجار والكروم، ومؤنة الجداد، وتجفيف الثمار، واجرة الاصطبل، والبيت الذي يحفظ فيه المتاع المرهون"^(١)، ومن الحنابلة: "مؤنة الرهن من طعامه وكسوته ومسكنه وحافظه وحرزه ومخزنه وغير ذلك على الراهن"^(٢)، ومن المالكية من يعلل بصريح العبارة: "لان غلته له ومن له الغلة عليه النفقة"^(٣)، وخالف اكثر الاحناف بنحو من التفصيل لذا قال ابن حزم: "وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي نفقة الرهن على راهنه وهذا صحيح لأنه ماله الا ان الحنفيين قالوا: ان مرض الرقيق المرهون او اصابته العبد جراحة ... فان كان الدين وقيمة الرهن سواء فالعلاج كله على المرتهن وان كان الدين اقل من قيمة الرهن فالعلاج على الراهن والمرتهن بحساب ذلك"^(٤)، لذا قالوا بصريح العبارة: "واما نفقة الرهن فعلى وجهين: فكل نفقة ومؤنة كانت لمصلحة الرهن وتبقيه : فعلى الراهن وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فات بسبب حادث: فعلى المرتهن"^(٥)، وبعد ذلك يعطي امثلة لكليهما: "فان كان الرهن بستانا فيه اشجار وكرم: فسقيه، وتلقيح نخله ... والقيام بمصلحته على الراهن وكذا الخراج ... واما ما يحتاج اليه للحفظ - كأجرة المسكن، واجرة الحافظ، ومأوى البقر والغنم: فعلى المرتهن"^(٦).

الفقرة الثانية: المعاملة الحجزية وتبليغ المدين الراهن.

يتم اجراء المعاملة الحجزية من قبل مأمور الحجز عند الذهاب الى المحل الذي توجد فيه الاموال المطلوب حجزها ويباشر المعاملة الحجزية بتنظيم محضر يدون فيه محل الحجز وتاريخه واسماء الاشخاص الذين حضروا الحجز وبيان مفردات الاموال التي وضع الحجز عليها وقيمتها التقديرية ... الخ، مما ينفي الجهالة عنها ويحول دون ابدالها واذا كانت الاموال المحجوزة من الاشياء الثمينة كالحلي او النقود فينقلها إلى دائرة التنفيذ ويودعها في المحل الخاص بحفظ الامانات وان يعتني

(١) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٣٢.

(٢) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٣٨.

(٣) ابو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٥١.

(٤) ابن حزم ، المحلى، مصدر سابق، ج ٨، ص ٩٣.

(٥) السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٤.

(٦) السمرقندي، تحفة الفقهاء، المصدر نفسه، ج ٣، ص ٤٤.

بتفصيل اوصاف مواد كهذه في المحضر وبإمكانه ان يستعين على ذلك بالخبراء وقبل نقلها يفضل وضعها في كيس عدا النقود ويختمه مع الحاضرين وللمأمور ان يحفظ الاشياء غير الثمينة حسبما يدرجه وحسب طبيعتها بختمها في محلها او ينقلها الى محل يناسبها بعد ان يتفق مع صاحبه على اجرة المحل او بإيداعها في يد عدل او بإقامة حارس عليها^(١) واذا عين القائم بالحجز حارساً او شخصاً عدلاً فعليه تقدير اجرة له يوافق عليها المنفذ العدل، وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدة^(٢)، وبعد اكمال المحضر يوقع هو والحاضرين عليه ويقدمه الى المنفذ العدل وقد نصت على تلك الاجراءات المادة "٦٥"^(٣) من قانون التنفيذ، واذا لم يتم الحجز في يوم واحد جاز اتمامه في يوم او ايام تالية على ان تتابع^(٤) على ان يتخذ مأمور الحجز كل التدابير اللازمة لحفظ الاموال المحجوزة الى حين انتهاء المعاملة الحجزية واذا وجد القائم بالحجز ان الاموال المطلوب حجزها سبق وان حجزت من قبل جهة اخرى يكفي مأمور الحجز الثاني بتنظيم محضر ويذكر علمه بالحجز الاول ويضع ختم الدائرة ازاء ختم الحجز الاول ويبلغ الحارس او العدل عن وقوع الحجز الثاني وتصبح الاموال محجوزة عن الدينين معاً^(٥) ونصت على ذلك المادة "٦٦"^(١) من قانون التنفيذ، ويجب الاعتناء بتنظيم محضر

(١) علي مظفر حافظ، مصدر سابق، ص ٢٢٧، د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ١٧٩.

(٢) حيث قضت محكمة التمييز في حكم لها "انه على القائم بالحجز ان يقوم بتنظيم محضر يدون فيه ما مطلوب والاعتناء بتنظيمه بشكل لا يكون فيه حك او شطب واذا دعت الحاجة الى اضافة شيء يكتب ذلك ويوقع عليه مع الحاضرين"، ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ٩١٨ - تنفيذ - ٩٥٧ في ٣٠/١٢/١٩٥٧م، اشار اليه د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ١٨٠.

(٣) وتقابلها المواد "٣٥٧" الخاصة بعدم الحاجة الى نقل الاموال المنقولة من مكانها ويتم حجزها بانتقال المحضر اليها والمادة "٣٥٨" الخاصة بالحجز على مصوغات او سبائك من ذهب او معدن نفيس او مجوهرات او احوار كريمة وتقييمها ووضعها في حرز مختوم والمادة "٣٥٩" الخاصة ببيان اوصاف العملات الورقية ومقدارها وايداعها خزانة المحكمة والمادة "٣٦٥" الخاصة بحراسة الاموال المطلوب حجزها او تكليف احد رجال الادارة للحراسة مؤقتاً من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(٤) تنص الفقرة اولاً من المادة "٣٦٠" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على "١- اذا لم يتم الحجز في يوم واحد جاز اتمامه في يوم او ايام تالية بشرط ان تتابع، وعلى معاون التنفيذ ان يتخذ ما يلزم للمحافظة على الاشياء المحجوزة والمطلوب حجزها الى ان يتم المحضر ويجب التوقيع على المحضر كلما توقفت اجراءات الحجز".

(٥) علي مظفر حافظ، مصدر سابق، ص ٢٢٦، د. سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر نفسه، ص ١٧٥، د. ادم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص ١٦٣، القاضي عبود صالح مهدي التميمي، مصدر سابق، ص ١٦٥.

محضر الحجز بشكل لا يكون فيه حك او شطب واذا دعت الحاجة لأضافه شيء اليه يكتب ذلك ويوقع عليه مع الحاضرين^(٢)، ونصت المادة "٦٩" من قانون التنفيذ على كيفية تفهيم او تبليغ المدين بخلاصة محضر الحجز فاذا كان المدين حاضراً اثناء الحجز فيفهمه مأمور الحجز حالاً بخلاصة المحضر وان يبادر بتأدية الدين خلال ثلاثة ايام ويشرح على هذا التفهيم ويثبتته وتبدأ مدة الثلاثة ايام من اليوم التالي لوقوع الحجز والتفهم واذا كان المدين غائباً اثناء الحجز فتبلغ اليه الخلاصة وفق القواعد المتعلقة بتبليغ الاخبارات وتعد المهلة مبدئية من اليوم التالي لتاريخ وصول التبليغ لان يوم التبليغ او التفهيم لا يدخل في مدة الامهال.

ويرى الفقه انه اذا كانت الاموال المرهونة المحجوزة محتويات مخزن تجاري او ما شابه ذلك يقوم مأمور الحجز بحفظه في مخزنه ويختتم بابه ويقيم حارس عليه، اما اذا كانت الاموال المرهونة اشياء بيتية فيودعها بيد عدل يتعهد بحفظها وتسليمها للدائرة عند الطلب والا فيضمن قيمتها^(٣).

اما قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فيوجب على معاون التنفيذ ان يسلم صورة محضر الحجز الى المدين اذا تم الحجز بحضوره واذا تم الحجز بغيبته فيجب اعلانه بمحضر الحجز في اليوم التالي على الاكثر^(٤) اما اذا وجد معاون التنفيذ ان الاموال محجوزة من قبل فيجب عليه ان يجرّد الاموال في محضر الحجز ويجعل حارس الحجز الاول حارساً عليها ويعلن المحضر في اليوم التالي على الاكثر الى الحاجز الاول والمحجوز عليه والحارس ومعاون التنفيذ الذي اوقع الحجز ويترتب على هذا الاعلان بقاء الحجز لمصلحة الحاجز الثاني ولو نزل عنه الحاجز الاول كما يعدّ حجزاً تحت يد معاون التنفيذ على المبالغ المستحصلة من البيع^(٥).

اما وفقاً لقانون اجراءات التنفيذ المدنية الفرنسي فقد اشارت الفقرة ثالثاً من المادة "٢٢١" الى ان حجز الاموال المنقولة للمدين تستمر ثلاثين يوماً حتى يتم بيعها بالمزاد العلني وذلك لا عطاء

(١) وتقابلها الفقرة ثالثاً من المادة "٣٧١" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري التي تنص على "يترتب على اعلان محضر الجرد ان يبقى الحجز لمصلحة الحاجز الثاني ولو نزل عنه الحاجز الاول، وان هذا التدخل يعتبر حجزاً تحت يد المحضر على الثمن المتحصل من البيع".

(٢) د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ١٨٠.

(٣) علي مظفر حافظ، مصدر سابق، ص ٢٢٧ و ص ٢٢٩.

(٤) د. احمد محمد احمد حشيش، مصدر سابق، ص ٢٤٢، د. امينة النمر، مصدر سابق، ص ٣٢٨.

(٥) د. احمد خليل، مصدر سابق، ص ٢٦٤، د. امينة النمر، المصدر نفسه، ص ٣٣٩.

الفرصة الكافية للمدين لتسديد الدين^(١) كما تتيح الفقرة أولاً من المادة "٢١٠٢" من القانون المدني الفرنسي حجز المنقولات التي تنتقل من مكانها بدون موافقة المرتهن الذي تم نزع حيازتها منه رغماً عنه ما دام هذا الامتياز مبني على رهن الحيازة ويتم حجزه وفقاً للمادة "٥٦" من قانون الاجراء الجديد وهو اجراء جديد يدعى "حجز الضبط"^(٢)، ويكون في وسع الدائن أياً كانت طبيعة الرهن المدني او التجاري عند الاستحقاق او بعد مهلة متفق عليها ان يحقق تأمينه بعد ثمانية ايام من الانذار الموجه الى المدين بكتاب مضمون وان الاشعار بالتسليم ليس ضرورياً^(٣).

ويرى الفقه الفرنسي ان الدائن المرتهن كالبائع يستطيع العمل على الامر ببيع المؤسسة المرهونة في وضعها الحالي بعد ثمانية ايام من الانذار بالدفع الموجه الى المدين اذا كان هناك ما يدعو الى ذلك واذا بقي غير مثمر ويبدو ان انجاز هذا الاجراء امر ويعاقب ببطلان الاجراء^(٤).

وكان للقضاء تطبيقات في هذا المجال، حيث حكمت محكمة استئناف فرساي بان الدعوة التي لا تحدد اي مهلة للدفع ولا تزود المدين بالمعلومات بعدم فعاليتها في حالة الدفع وغير مقبولة، والدعوة التي تتضمن هذه البيانات مقبولة استدلالاً بالضد، وتكون الدعوى مقامة على وجه قانوني^(٥).

اما الفقه الاسلامي فقد جعل المرحلة العملية الاولى بعد ثبوت دعوى الرهن او الحجر عند القاضي منعه من جملة امور اهمها هو حجز متعلق المعاملة الرهنية او الحجرية، فان كانت رهن منعه من الرهن ومنافعه، وهذا المنع رغم انه حكم تكليفي في عنق الراهن في المرحلة الاولى من جهة الزامية العقد اما بعد رفع الدعوى للحاكم فهنا الحكم حكماً وضعياً في عنق الحاكم ويقتضي امتثال الحاكم له عن طريق اما قبضه هو او تيقنه ان الرهن في يد عدل تؤديه اليه بحيث يتيقن او يرجح الحاكم انه سيمتثل لهذا المنع وذلك لكي يعيد الحق لأهله ويكون هذا كله بمثابة الحجر العملي على الرهن، وان كانت حجراً فنفس الكلام ويضاف اليها المناذي كما مر لكي يقطع على المحجور اي

(1) "L'article L221-3 La vente forcee des biens a lieu aux enchères publiques a prés un délai d'un mois à compter du jour de la saisie pendant lequel le débiteur peut procéder à une vente amiable dans les conditions prévues au présent article....." .

نقلا عن الموقع الالكتروني السابق.

(٢) جاك مستر وامانويل بوتمان ومارك بيو، مصدر سابق، ص ١٣٧.

(٣) جاك مستر وامانويل بوتمان ومارك بيو، المصدر نفسه، ص ٤٧٢.

(٤) جاك مستر وامانويل بوتمان ومارك بيو، المصدر نفسه، ص ٥٣٤.

(٥) جاك مستر وامانويل بوتمان ومارك بيو، المصدر نفسه، ص ٥٣٥.

معاملة تضر بالغرماء، لذا قالت الامامية: "يمنع من كل تصرف يصادف المال الموجود عند ضرب الحجر: كالعق ... والبيع..."^(١) وانما طويت كيفية منعه لوضوحه، ومن المتأخرين: "واذا حجر عليه الحاكم بطل تصرفه في ماله"^(٢) اما كيفية بطلان تصرفه فانه اذا وجد الحاكم انه باع او اشترى فانه سوف يحكم ببطلان اثر تلك المعاملة وسوف يرجع الثمن والمثمن لصاحبها وما ذلك الا حجر عملي لأموال المحجور، وبعبارة واضحة قالت الشافعية: "حكم الحجر منع المفلس من التصرف والمستحب للحاكم اذا حجر عليه ان يشهد عليه ليحذر الناس من معاملته"^(٣)، وبجملة واضحة وجلية قالت المالكية: "المفلس اسم مفعول ... قال في المقدمات: والتفليس العدم، والتفليس خلع الرجل من ماله لغرمائه"^(٤) وما خلع ارجل من ماله الا وضع اليد عليها باي طريقة عرفية تُطمئن الحاكم الغرماء بانه سيطبق الحكم الشرعي على امواله وعلى نفس المنوال قالت الحنابلة: "ويستحب ان يظهر الحجر عليه لتجنب معاملته فاذا حجر عليه ثبت بذلك اربعة احكام... (والثاني) منع تصرفه في عين ماله"^(٥)، واما الحنفية فانهم لا يرون جواز الحجر على الحر خلافا للمذاهب الاخرى.

الفرع الثاني

اجراءات بيع المنقول المرهون

يتم المباشرة ببيع الاموال المرهونة المحجوزة اذا انقضت مدة الامهال ولم يقم المدين الراهن بالوفاء وهذا البيع يتخلله مجموعة من الاجراءات يكمل بعضها بعضاً وتبدأ هذه الاجراءات بالإعلان عن المزايدة وتنتهي برسو المزاد ودفع الثمن وسيتم توضيح ذلك من خلال البحث في الفقرتين التاليتين:

(١) المحقق الحلبي، شرائع الاسلام، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٤٤.

(٢) الخوئي، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٧٩.

(٣) عبد الكريم الرافعي، فتح الوهاب، مصدر سابق، ج ١٠، ص ٢٠٤.

(٤) الخطاب الرعيني، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٦٣.

(٥) ابن قدامة، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٥٦.

الفقرة الأولى: الاعلان عن بيع الاموال المنقولة المرهونة.

نص القانون على لزوم الاعلان عن البيع بصحيفتين محليتين واسعتي الانتشار وتعلق الاعلانات في محل وجود الاموال ومحل بيعها والدائرة الحاجزة وفقاً للفقرة أولاً من المادة "٧١"^(١) من قانون التنفيذ الا اذا كانت الاموال زهيدة القيمة ولا تتحمل مصاريف النشر فيكتفي بتعليق الاعلانات وفقاً للفقرة ثانياً من المادة اعلاه^(٢) ولما كان من مصلحة المرتهن والراهن معا ان يتم بيع هذه الاموال بأعلى سعر ولا يتم ذلك ما لم ينشر خبر البيع نشرأ يؤدي الى ان يعلم به اكبر عدد ممن يرغبون شراء اموال كهذه وان تكون مصاريف البيع مناسبة مع قيمة الاموال تطلب قانون التنفيذ لزوم بيان خمسة امور في الاعلان نصت عليها الفقرة ثالثاً من المادة "٧١" وهذه الامور هي بيان جنس المال المراد بيعه ونوع المال ومقداره وقيمه المقدرة وساعة المزيدة ووقت المزيدة اي تاريخ يوم المزيدة وقد اشترط قانون التنفيذ ان تجري المزيدة في اليوم الثالث من اليوم التالي للنشر في الصحف المحلية ومحل المزيدة^(٣)، وقد نصت الفقرة أولاً من المادة "٧٢"^(٤) عن مكان البيع.

(١) وتقابلها المادة "٣٦٣" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري التي تنص "يجب على معاون التنفيذ عقب اقفال محضر الحجز مباشرة ان يلصق على باب المكان الذي توجد فيه الاشياء المحجوزة وعلى باب العمدة او الشيخ او المقر الاداري التابع له المكان، وفي اللوحة المعدة لذلك بمحكمة المواد الجزئية، اعلاناً موقعاً عليها منه، يبين فيها يوم البيع وساعته ونوع الاشياء المحجوزة ووصفها بالإجمال ويذكر حصول ذلك في محضر يلحق بمحضر الحجز"، والمادة "٣٨١" التي اجازت ان يعهد الى رجال الادارة المحليين بلسق الاعلانات الواجب لسقها فيما عدا ما يجب وضعه منها في لوحة المحكمة الجزئية المقصود بها محكمة التنفيذ، والمادة "٣٧٨" التي تنص "اذا كانت قيمة الاشياء المطلوب بيعها بحسب ما هي مقررته به في محضر الحجز تزيد على عشرة الاف جنيه وجب الاعلان عن البيع بالنشر في احدى الصحف اليومية المقررة لنشر الاعلانات القضائية ويذكر في الاعلان يوم البيع وساعته ومكان ونوع الاشياء المحجوزة ووصفها اجمالاً"، والمادة "٣٧٩" التي اجازة لكل من الحاجز والمحجوز عليه ان يطلب من قاضي التنفيذ لصق عدد كبير من الاعلانات او بيان الاشياء المطلوب بيعها في الاعلانات بالتفصيل، والمادة "٣٨٠" التي اوجبت النشر في الصحف ثلاث مرات في ايام مختلفة قبل يوم البيع اذا كانت الاموال المطلوب بيعها مجوهرات او مصوغات او سبائك ذهب او فضة.

(٢) د. ادم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص ١٧١، القاضي عبود صالح مهدي التميمي، مصدر سابق، ص ١٦٧.
(٣) ويقضي تعيين هذا المحل وفقاً لأحكام الفقرة أولاً من المادة "٧٢" من قانون التنفيذ والذي تطلب اجراء المزيدة في اقرب سوق من المحل الذي توجد فيه الاموال المحجوزة وذلك لتقليل مصاريف النقل ولان بيعها في السوق يحتمل معها الحصول على ائتمان اعلى من بيعها وهي في محلها لوجود راغبين للشراء، وحرصاً على مصلحة الدائن والمدين واحتمال وجود عدة اسواق يمكن بيع المال المحجوز فيها بالنظر لماهيته جوز القانون للمنفذ العدل اجراء البيع في المحل الذي ينسبه وفقاً لطبيعة هذه الاموال ومصاريف نقلها وبيعها بأعلى سعر.

(٤) وتقابلها المادة "٣٣٧" مرافعات والتي تقضي بان مكان البيع يقوم بتحديد محضر الحجز وهو بحسب القانون المكان الذي توجد فيه الاموال المحجوزة او اقرب سوق الا اذا امر القاضي بأجراء البيع في مكان اخر بناءً على طلب ذوي الشأن.

اما المشرع المصري فقد حرص على عدم اجراء البيع الا بعد مضي ثمانية ايام على الاقل من تاريخ تسلم المدين صورة محضر الحجز او اعلانه بها اذا تم تحديد يوم البيع في محضر الحجز اما اذا تم تحديد يوم البيع في ورقة مستقلة لاحقة على تحرير المحضر فان ميعاد الثمانية ايام يبدأ من اعلان المدين بهذه الورقة كما لا يجوز اجراء البيع الا بعد يوم على الاقل من تاريخ اللصق والنشر^(١) وقد اشارت الى هذه الاجراءات الفقرة اولاً من المادة "٣٧٦"^(٢).

ويرى الفقه بشأن حكم الاخلال بمراسيم الإعلان ونشره الى القول بإمكان فسخ المزايدة واعادة معاملات الاعلان والمزايدة من جديد عند عدم مراعاة المراسيم المذكورة بشرط ان لا تكون المعاملة قد اكتسبت صفة التنفيذ النهائية ذلك لان مشرع قانون التنفيذ قد استهدف من هذه الاجراءات تأمين سلامة المزايدة وصيانة حقوق الطرفين وعليه فان الاخلال بها يؤثر مباشرة على سلامة المزايدة التي لا يصح البيع بدونها والقول بان هذا البطان سيؤثر على حقوق المشتري حسن النية قول مردود لأنه ليس هنالك ما يبرر السماح له بالاستفادة من اخطاء غيره ومخالفته للقانون وليس من العدل تعريض المحجوز عليه للضرر بسبب مخالفة غيره للقانون^(٣)، وقد ايد القضاء ذلك في احكامه^(٤).

بينما يتجه الراي الراجح في فرنسا الى ان مخالفة النصوص الخاصة بالإعلان عن البيع والمزايدة لا يترتب اي بطلان او سقوط لان المادة "٦١٣" لم تنص عليه صراحة او دلالة ويرى البعض ان الجزاء هو الزام الحاجز بتعويض الضرر الناتج عن تعجيل البيع قبل اوانه وايد ذلك جانب

(١) د. احمد محمد احمد حشيش، مصدر سابق، ص ٢٤٥، د. احمد خليل، مصدر سابق، ص ٣٢٨.

(٢) تنص الفقرة اولاً من المادة "٣٧٦" من قانون المرافعات المصري على "لا يجوز اجراء البيع إلا بعد مضي ثمانية ايام على الأقل من تاريخ تسليم صورة محضر الحجز للمدين او اعلانه بها، ولا يجوز اجراؤه إلا بعد مضي يوم على الأقل من تاريخ اتمام اجراءات اللصق والنشر".

(٣) علي مظفر حافظ، مصدر سابق، ص ٢٣٣، د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ١٨٨، د. ادم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص ١٧٢، د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص ٤٩٠، د. عبد العزيز خليل ابراهيم بديوي، مصدر سابق، ص ١٨٩.

(٤) وجاء في قرار لمحكمة التمييز يتضمن "اذا بيعت السيارة وسلمت الى المحال عليه وتسلمت الرئاسة البديل منه ثم تبين ان الاعلان الذي جرت المزايدة استناداً اليه كان يتضمن خطأ جوهرياً في صفة السيارة وكان هذا الخطأ خافياً فلا يجوز للمحال عليه المشتري المطالبة بفسخ المزايدة واعادة السيارة والمطالبة بالبديل لان الاعمال التنفيذية تكون قد تمت ويكون له في هذه الحالة مراجعة المحكمة المختصة واقامة الدعوى بسبب العيب الخفي"، ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ١٤٥ - تنفيذ - ٧٤ في ١٢/٥/١٩٧٤م، اشار اليه د. سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر نفسه، ص ٢٦٩.

آخر من الفقه الفرنسي فذهب الى عدم ترتيب البطلان للبيع الجبري الذي تم بغير علانية وان كان ذلك يعطي للمدين فرصة المطالبة بالتعويض^(١).

كما اشار القضاء الفرنسي في قرار لمحكمة النقض الفرنسية الى ان مخالفة النصوص المتعلقة بالإعلان عن البيع والمزايدة لا يترتب عليه بطلان او سقوط الاجراءات، ويكون الجزاء تعويض الضرر الناتج عن اجراء البيع قبل اوانه^(٢).

واستناداً الى ما تم ذكره يرى الباحث ان المشرع العراقي كان موفقاً عندما نص على ان البيع عن طريق المزايدة يكون بعد مضي ثلاثة ايام اعتباراً من اليوم التالي للنشر والاعلان، وان هذا الميعاد مناسباً ولا يتضمن أمداً طويلاً بدون مبرر وهو يكفي لكي يطلع اكثر عدد ممكن ممن يرغبون شراء هكذا اموال ولأتاحه الفرصة لهم للاشتراك في المزايدة ولغرض الوصول الى اعلى سعر اثناء المزايدة وعدم الاضطرار الى تأجيلها.

اما المشرع الاسلامي فلا يرى الاعلان الطريق الوحيد لبيع المال المرهون او المحجور فالحاكم والقاضي مؤتمنون على مال الراهن وبغيثهم هو بيع المال بثمنه المقدر او اعلى حلاً للنزاع وتحصيل المبتغى يكون امراً عرفياً ومتنوعاً باختلاف الازمنة والامكنة فنرى الفقهاء انهم راوا ان يكون البيع في سوق تلك السلعة طلباً لاشتهار خبرها واصلح لثمنها، لذا يقول المحقق الحلي من الامامية في كيفية البيع ان يكون البيع في السوق لوجود من يرغب فيها: "ليتوفر الرغبة، وحضور الغرماء تعرضاً للزيادة"^(٣)، ولنفس السبب والتصرف العرفي رجح الفقهاء ان يكون بيع السلع في سوقها الخاص لا اي سوق وبرروا لذلك بنفس الاسباب: "ينبغي ان يُباع كلّ متاع في موضع سوقه، فتباع الكتب في سوق الورّاقين، والبرّ في البرّازين، والحديد في الحدّادين، وما اشبه ذلك، لأنّ بيعه في سوقه احوط له واكثر لطلبه ومعرفة قيمته"^(٤)، وكذلك قالت فقهاء الشافعية وبينت ان الهدف هو صلاح الثمن: "وباع في موضع سوقه وما فيه صلاح ثمن المبيع"^(٥)، وكذلك اضافت بعض التفصيل واكدت ان

(١) نقلاً عن د. طلعت محمد دويدار، مصدر سابق، ص ٢٩٦.

(٢) ينظر قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٦ ابريل ١٩٤٣م، اشار اليه د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص ٤٨٤.

(٣) المحقق الحلي، شرائع الاسلام، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣١١.

(٤) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ١٤، ص ٤٩.

(٥) المزني، مختصر المزني، مصدر سابق، ص ١٠٤.

البيع في سوق السلعة ليس شرطاً بل طريقاً لتحصيل الثمن فلذا لو باعها ففي غيره بنفس الثمن صح وان لزم بيعه في سوقه وجب لذا قالوا : " وليبيع ندبا (كل شيء في سوقه) لان طالبه فيه اكثر والتهمة فيه ابعد، ...، فلو باع في غير سوقه بثمن مثله جاز، نعم ان تعلق بالسوق عرض معتبر للمفلس او للغرماء وجب"^(١)، وقالت المالكية بالتريث في البيع عدة ايام طلبا للزيادة وما هذا التريث الا لكي يشتهر خبره بين الناس: "يتريص به الايام اليسيرة طلباً للزيادة"^(٢)، اما الحنفية لا يرون ذلك كما تقدم مراراً بل على القاضي التضيق عليه حتى يبيع بنفسه: " (وحبس (ليبيع ماله في دينه) لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه وايصالا للحق الى مستحقه، ... لان المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين باي طريق كان عند ابي حنيفة"^(٣).

وانما خلت اغلب كتب الفقه عن كيفية الاعلان لوضوح ان الاعلان ليس هدفا بحد ذاته ولذا فلا ضير ان يكون بالطرق الحديثة عبر الاعلان المقروء في الصحف والملصقات وحتى عن طريق الترويج لذلك في صفحات الانترنت ومواقع التواصل وتكون تكلفتها على البائع لان احتمال بيعها بسعر اعلى احوال معتد به وهو في مصلحة البائع ولكون القاضي والحاكم مؤتمن على البيع، نعم في بعض الحالات يكون الاعلان عن البيع تشهير متقصد بالراهن والمحجور ان كان محتالاً او ان دعت الحاجة الى ذلك كالفلسه او تجنب معاملته لإفلاسه فقالت الامامية: "فانَّ الحاكم يشهر امر المحجور عليه بالنداء والاشهاد والاعلان"^(٤)، وكذلك الشافعية في عدم عذر من باع للمفلس بالأجل فقالت معللة: "فان الحاكم يشهر امر المحجور عليه"^(٥)، وقالت المالكية: "واذا افلس المديان نودي عليه في باب المسجد الا ان فلاناً افلس من له عليه دين او قرض او وديعة ... فليرفع امره الى القاضي"^(٦)، ويكون هذا التشهير بالضمن اعلان عن بيع امواله.

(١) الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٥١.

(٢) ابو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٧١.

(٣) الطوري القادري، تكملة البحر الرائق، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٥٠.

(٤) تذكرة الفقهاء، العلامة الحلي، مصدر سابق، ج ١٤، ص ٣٣.

(٥) عبد الكريم الرفاعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج ١٠، ص ٢٠٨.

(٦) شرح التاودي على تحفة الحكام، ج ٢، ص ٣٢٩ عنه: عبد الرحمن الهيبي، احكام المفلس في الشريعة الاسلامية،

الفقرة الثانية: المزايمة والبيع والنكول عن الشراء.

يكون حجز الاموال المرهونة للمدين الراهن وبيعها بطلب من الدائن المرتهن وقرار من المنفذ العدل وفقاً للمادة ٥٥ من قانون التنفيذ^(١)، وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدة^(٢)، وقد سارت مديريات التنفيذ تسهياً وتسريعاً للمعاملات على استحصال طلب البيع مع طلب الحجز وعلى اصدار قرار البيع مع قرار الحجز وقد نصت على اجراءات بيع الاموال المرهونة المنقولة الفقرة اولاً من المادة "٧٣" من قانون التنفيذ، حيث تفتح المزايمة بما لا يقل عن ٦٠% من القيمة المقدرة للأموال المحجوزة ولا تتم الاحالة الا اذا بلغ البذل ٧٠% من القيمة المقدرة فاذا لم يبلغ البذل هذه النسبة يتم اعادة تقدير قيمتها ويتم الاعلان عن مزايمة جديدة ولا تتم الاحالة الا اذا بلغ البذل ٧٠% من قيمة التقدير الاخير عند بلوغه النسبة اعلاه بعد مضي خمس دقائق عليه دون ان يزيد عليه احد^(٣)، وعلى الراغب بالاشتراك في المزايمة ان يودع تأمينات لا تقل عن ١٠% من القيمة المقدرة وفقاً للفقرة ثانياً من المادة " ٧٢ " من قانون التنفيذ التي تنص "على الراغب بالاشتراك في المزايمة ان يودع تأمينات لا تقل عن عشرة من المئة من قيمة المال المقدرة " واذا رغب الدائن المرتهن او الشريك الاشتراك في المزايمة فلا

(١) وتقابلها المادة "٣٩٢" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري التي تنص "اذا لم يطلب الدائن مباشر الاجراءات البيع في التاريخ المحدد في محضر الحجز، جاز للحاجزين الاخرين طبقاً للمادة ٣٧١ ان يطلبوا اجراء البيع...".

(٢) حيث قضت محكمة استئناف بغداد في حكم لها يتضمن "اذا لم يرق المدين بالتنفيذ بالرغم من انتهاء المهلة يباشر ببيع المحجوز"، ينظر قرار محكمة استئناف بغداد المرقم ٨٨٢٨٧/٢٣٩ في ١٩٨٨/١/٣م، اشار اليه د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ١٨٥.

(٣) وعلى مأمور البيع الحضور في الساعة المعينة في إعلان البيع وفي اليوم والمحل المعينين به وذلك لبيع الاموال المرهونة المنقولة المعلن عن بيعها ويباشر بيعها بالمزايمة بواسطة احد الدالين الذي يختاره مأمور البيع لكي يعلم كل من حضر لغرض الشراء بدء المزايمة بواسطة منادات الدالين ليتم البيع خالي من الشبهات، علي مظفر حافظ، مصدر سابق، ص ٢٤٢، د. سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر نفسه، ص ١٨٩.

(٤) وتجدر الاشارة الى ان مزايمة الاموال المنقولة تجري على شكلين، الشكل الاول يتم بتنظيم قائمة مزايمة يتم فيها تدوين الاسعار التي يبديها طالبي الشراء تدريجياً وتوثق بتوقيع المزايد وعند انتهاء الرغبات يوقع المزايدون عدا المزايد الاخير على كف يدهم، حيث يقرر مأمور البيع بيعها بالسعر الاخير ان لم يرى جدوى من تأخير المزايمة لنقص الثمن، حيث يتم تسليم المال المباع الى من رست عليه المزايمة بالبذل الاخير بعد استلامه بدل الاحالة، اما الشكل الثاني فيتم بأجراء المزايمة شفهيّاً وينبغي على مأمور البيع تنظيم محضر بالوقائع عند اكمال معاملة البيع والتسليم والتسلم ويتضمن كيفية جريان المعاملة ويوقع المحضر مأمور البيع والحاضرون كالدال والمشتري والمرتهن والراهن ان حضروا المزايمة، وان تقرير احد الشكلين المذكورين يعود الى مأمور البيع، ويتوقف ذلك على ماهية الاموال المباعة وكميتها والوقت الكافي لبيعها، مثلاً اذا كانت الاموال المطلوب بيعها محتويات مخزن تجاري فالأفضل اجراء المزايمة الشفهية لبيعها، اما اذا كانت حيواناً فيفضل اجراء المزايمة بقائمة المزايمة.

تؤخذ منه التأمينات اذا كان دينه او حصته تعادل النسبة المذكورة او اكثر^(١)، ويجوز لكل راغب الاشتراك في المزايدة الا اذا كان من الممنوعين من الاشتراك فيها وفقاً للفقرة ثالثاً من المادة "٧٢" من قانون التنفيذ التي تنص "لا يجوز للمنفذ العدل ومنتسبي مديريته ولا لا زواجهم او اصهارهم او اقربائهم حتى الدرجة الرابعة الاشتراك بالمزايدة مباشرة او بالواسطة لحسابهم او لحساب الآخرين^(٢)، واذا تخلف المشتري عن القيام بالتزاماته الناشئة عن البيع الجبري يعتبر ناكلاً عن الشراء وقد نصت على ذلك المادة "٧٤" من قانون التنفيذ^(٣)، فاذا جرت المزايدة الاولى ونكل المشتري ثم وضع المال في المزايدة مجدداً ونكل المشتري الثاني كذلك يوضع المال في مزايدة ثالثة، ويضمن الناكّل الاول الفرق بين بدلي المزايدتين الاولى والثانية مع نفقات المزايدة الثانية، ويضمن الناكّل الثاني الفرق بين بدلي المزايدتين الثانية والثالثة مع نفقات المزايدة الثالثة وهكذا^(٤) وبنتيجة المزايدة الجديدة التي تجري بعد النكول اما ان تباع الاموال بما يعادل بدل المزايدة الاولى مع نفقات المزايدة الثانية فتنتهي المعاملة بدون تضمين واما ان تباع الاموال باقل من ذلك فيضمن المشتري الناكّل الفرق بين البديلين مضافاً اليه النفقات واما ان تباع الاموال بالمزايدة المجددة بأكثر من مجموع البديل السابق ونفقات المزايدة المجددة فيعتبر الفرق عائداً للمدين، اما اذا لم يحصل راغب للشراء بالمزايدة المجددة بعد النكول فحينئذ يعتبر المال ملكاً للمشتري الناكّل^(٥) وتستحصل مديرية التنفيذ بدل المزايدة مع النفقات من المشتري الناكّل^(٦) ولا يوجد

(١) ينظر في تفصيل ذلك ص ١١٧ هامش رقم " ٥ " وهامش رقم " ٦ " من هذه الدراسة.

(٢) ينظر في تفصيل ذلك ص ١١٨ هامش رقم " ١ " وهامش رقم " ٢ " من هذه الدراسة.

(٣) اذا جرى النكول وكان الوقت مساعداً ولم يترك راغبو الشراء محل المزايدة بعد، فتجري المزايدة الجديدة حالاً بدون حاجة الى اعلانات ولا الى قرار من رئاسة التنفيذ ويقوم بأجراء المزايدة مأمور البيع الذي اجري المزايدة الاولى مستعيناً بالدلال الذي نادى بالمزايدة الاولى، وينظم المأمور محضر يبين فيه كيفية البيع والنكول وكيفية اجراء المزايدة الثانية ونتيجتها، واما اذا ادرك الوقت عند النكول وانصرف بعض راغبي الشراء فلا يجوز اجراء المزايدة المجددة حالاً بل على المأمور ان ينظم محضراً بكيفية وقوع المزايدة والنكول ويودعه لدى مديرية التنفيذ التي عليها ان تعين يوماً اخر للبيع وتعلن عنه وفق الاصول، علي مظفر حافظ، مصدر سابق، ص ٢٤٨.

(٤) ان تحديد التأمينات ١٠ % لا يعني تحديد مقدار الضمان بهذه النسبة، بل يضمن المشتري الناكّل الفرق بين البديلين مع نفقات المزايدة الثانية مهما بلغ مجموعها، اما اذا كان المشتري الناكّل قدم كفالة مصدقة ولم يقدم تأمينات، فيجوز تضمين الكفيل الفرق بين بدلي المزايدة مع النفقات على ان لا يتجاوز مجموع ما يؤخذ منه على مبلغ الكفالة اي مبلغ ال ١٠ % باعتبار ان هذه الكفالة تنفيذية.

(٥) وتجدر الاشارة الى انه في حالة نكول المشتري عن دفع البديل الذي رسا به المزاد على المزايد الاخير في مزايدة العقار المرهون يعرض العقار على المزايد الذي كف يده قبله بالبديل الذي كان قد عرضه هو، فان اخذه يضمن الناكّل الفرق بين البديلين، اما في بيع المنقول المرهون فلا يجري ذلك، وانما يعلن عن بيع المرهون المنقول ثانية=

نص في قانون التنفيذ يستوجب الدفع الفوري للثمن و يذهب شراح القانون الى جواز امهال المشتري مدة وجيزة لدفع الثمن اذا تعذر عليه دفع الثمن فوراً على ان تبقى الاموال تحت الحجز لحين الدفع وان يتحمل المشتري مصاريف الحفظ اعتباراً من تاريخ الاحالة^(٢)، اما القضاء فقد كان مصرّاً في قراراته على دفع الثمن كاملاً لاستلام المبيع^(٣).

ويرى الفقه ان من الصواب امهال المشتري الذي يتعذر عليه دفع الثمن حالاً مدة وجيزة لدفعه لأنه ليس من الحكمة اعادة البيع لمجرد عدم دفع الثمن فوراً لاسيما اذا ما تبين لمديرية التنفيذ ان بإمكان المشتري تدارك الثمن خلال مدة الامهال التي ستعطى له لان الاخذ بخلاف ذلك يؤدي الى تأخير ايفاء حقوق المرتهن واشغال مديرية التنفيذ بإعادة معاملات البيع بدون مبرر معقول^(٤).

اما وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فان المحضر هو الذي يقوم بالبيع بناءً على طلب الحاجز فاذا لم يتقدم هذا الاخير بالطلب فلا يحصل البيع على تقدير ان الخصوم قد اتفقوا على التأجيل او ان الدائن الحاجز قد استوفى حقه من المدين^(٥)، ويجري البيع بالمزايدة العلنية بمناذات المحضر بعد جرد الاشياء المحجوزة والتحقق من وجودها بعينها وفقاً لمحضر الجرد وقد نصت على ذلك للمادة "٣٨٤"، ولا يتقيد المحضر بسعر معين يجب ان يبلغه للبيع بل بأكبر عطاء أيا كان ومع ذلك تنص المادة "٣٨٥" بعدم جواز بيع المصوغات وسبائك الذهب والفضة بثمن اقل من قيمتها فاذا لم يتقدم احد لشرائها تحفظ في خزانة المحكمة كما تحفظ النقود ويوفى من عينها الحاجز وبقيّة الدائنين، كما نصت المادة "٣٨٦" اذا لم يتقدم احد لشراء المجوهرات والاحجار الكريمة والاشياء

=ويحمل الناكل الفرق بين البديلين مع مصاريف المزايدة الثانية، كما لم يجز القانون قبول الضم بعد الاحالة القطعية كما هو الحال بالنسبة لبيع العقار المرهون.

(١) ولا حاجة لحكم محكمة بشأن التضمن بل يكتفي بقرار من رئاسة التنفيذ واخبارية تبلغ الى الناكل وفق الاصول فاذا لم يدفع الضمان المقرر برضاه خلال مدة الاخبارية تستحصله مديرية التنفيذ منه جبراً كما لو كان مبلغ سند تنفيذي مودعاً للتنفيذ، علي مظفر حافظ، مصدر سابق، ص ٢٤٩، د. ادم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص ١٧٦.

(٢) علي مظفر حافظ، المصدر نفسه، ص ٢٥٠.

(٣) حيث جاء في قرار لمحكمة استئناف بغداد يتضمن "يجب دفع الثمن كاملاً لاستلام المال المنقول حيث لا يجوز دفع قسم منه وتأجيل الباقي الى وقت اخر"، ينظر قرار محكمة استئناف بغداد المرقم ٨٧/٢٦٤ في ١٢/١٢/١٩٨٧م، اشار اليه د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ١٩٢.

(٤) د. سعيد عبد الكريم مبارك، المصدر نفسه، ص ١٩٢.

(٥) وقد يكون البيع من اختصاص شخص اخر غير المحضر، فبيع الاسهم والسندات لحاملها او القابلة للتظهير يتم بواسطة احد البنوك او السماسرة او الصيارفة يعينه قاضي التنفيذ بناءً على عريضة يقدمها له الحاجز وفقاً للمادة "٤٠٠" من قانون المرافعات، د. احمد خليل، مصدر سابق، ص ٢٣٠.

المقومة يتم تأجيل البيع الى اليوم التالي فان لم يتقدم مشتري بالقيمة المقدرة يتم تأجيل البيع الى يوم اخر ويعاد النشر على الوجه المبين في المواد السابقة وحينها تباع لمن يرسو عليه المزاد ولو بثمان اقل مما قومت به^(١)، واشارت المادة "٣٨٢" على انه اذا لم يحصل البيع في اليوم المعين في المحضر اعيد اللصق والنشر وتبليغ المحجوز عليه قبل يوم على الاقل من البيع^(٢)، ويستثنى من هذه المادة اذا كان المال المحجوز سبائك ذهب او فضة او مصوغات عملا بالمادة "٣٨٥" والمادة "٣٨٦"^(٣) وجاءت المادة "٣١١" لتشير الى الاشخاص الممنوعين من الشراء بالمزايدة^(٤) ولل قضاء تطبيقات في هذا المجال^(٥) ويجب على الراسي عليه المزاد ان يدفع الثمن فوراً والا وجب اعادة البيع على ذمته ذمته في الحال باي ثمن كان ويكون ملزماً بالفرق بين الثمنين اذا قل ثمن البيع الثاني عن ثمن البيع الاول^(٦)، وعلى المحضر ان يثبت في محضر يسمى محضر البيع جميع اجراءات البيع وفقاً للمادة "٣٩١"^(٧)، واذا تم البيع وقبض المحضر ثمن المبيع وجب عليه ان يدفع مباشرة الى الدائن المرتهن الحاجز حقه اذا كان الثمن كافياً للوفاء وفقاً للمادة "٤٧٠" وعند تعدد الدائنين عليه ان يودعه خزانة المحكمة ليوزع على الدائنين وفقاً للمادة "٤٧١".

- (١) د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص ٤٩٤، د. امينة النمر، مصدر سابق، ص ٣٥١.
- (٢) وتجدر الاشارة الى ان المشرع قد استثنى من حكم المادة "٣٨٢" ما قرره في المادة "٣٨٧" التي تنص "اذا كانت الاموال المحجوزة غير مقومة، اي التي لم تقوم بمعرفة اهل الخبرة عملاً بالمادة "٣٥٨" ولو قومها المحضر على وجه التقريب وقبل الدائن الحاجز اخذها استيفاءً لحقه بالقيمة التي يقومها اهل خبرة يعينه المحضر ويذكر اسمه في محضر البيع".
- (٣) تنص المادة "٣٨٨" على انه "يكفي لإعلان استمرار البيع او تأجيله ان يذكر المحضر ذلك علانية ويثبته في محضر البيع".
- (٤) ينظر في تفصيل ذلك ص ١١٨ هامش رقم ١ " من هذه الدراسة.
- (٥) وجاء ذلك في قرار لمحكمة النقض يتضمن "الممنوع من الشراء عملاً بالمادة ٣١١ هو تقدم المشار اليهم في المادة اعلاه للمزايدة سواء بأنفسهم او بوساطة تسخير غيرهم، لان التسخير يقصد به الاحتيال على القانون"، ينظر قرار النقض ٥٠٧ - ٦- في ١٩٥٥/٢٠م، اشار اليه د. احمد ابو الوفا، المصدر نفسه، ص ٨٦٨ هامش رقم ٣ ".
- (٦) وفي هذه الحالة لا يستفيد الناقل عن الشراء اي الراسي عليه المزاد اولاً، من زيادة ثمن البيع الثاني عن ثمن البيع الاول، بل بل يستحقه المدين والدائن المرتهن وذلك قياساً على المادة "٤٤٣" المتعلقة ببيع العقار، حيث يعتبر محضر الحجز سنداً تنفيذياً بفرق الثمن بالنسبة للمشتري الناقل عملاً بالمادة "٣٨٩"، وفي هذه الحالة يكون المحضر ملزماً بالثمن اذا لم يستوفي فرق = = الثمن من المشتري فوراً، ولم يبادر بإعادة البيع على ذمته، ويعتبر محضر البيع سنداً تنفيذياً بالنسبة اليه كذلك وفقاً للمادة "٣٨٩".
- (٧) ويتعين ان يتوفر في محضر البيع كافة البيانات العامة الواجب توفرها في اوراق المحضرين، ويبطل اذا لم يشتمل عليها عملاً بالمادة "١٩" من قانون المرافعات، كما يبطل المحضر اذا شابه عيب جوهري لم تتحقق بسببه الغاية التي قصد القانون حمايتها بما اوجبه وحصلت فيه المخالفة، كما اذا لم يشتمل على الثمن الذي رسا به المزاد او لم يشتمل على اسم من رسا عليه، د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص ٤٩٥.

ويرى الفقه ان خلو محضر الحجز من تحديد يوم البيع لا يؤثر على الحجز فاذا لم يتحدد تاريخ البيع في محضر الحجز وانما تم بعد ذلك من المحضر او بناءً على طلب الحاجز فان هذا الميعاد يجب ان يكون بعد مضي ثمانية ايام من تاريخ اعلان المدين باليوم المحدد للبيع ومن جهة اخرى لا يجوز اجراء البيع قبل مضي يوم على الاقل من تاريخ القيام بإجراءات اللصق فاذا كان الاعلان عن البيع بالنشر واجباً فان البيع لا يجوز اجراؤه الا بعد مضي يوم على الاقل من تاريخ انتهاء النشر في الصحف^(١).

اما وفقاً لقانون اجراءات التنفيذ المدنية الفرنسي فقد نصت الفقرة تاسعاً من المادة "٣٢٢" منه على انه يجب على من رسا عليه المزاد العلني ان يقوم بإيداع الثمن الذي رست به المزايدة وباقي التكاليف الاخرى في صندوق الايداع وفقاً لعملية البيع في المزاد العلني^(٢)، كما نصت الفقرة اولاً من المادة "٣٣١" على توزيع ثمن البيع على الدائنين اصحاب الحقوق العينية المسجلة وذلك حسب شروط الحجز المشار اليها في هذا القانون وحسب تواريخ استحقاقهم المشار اليها في القانون المدني^(٣)، كما نصت الفقرة اولاً من المادة "٣٣٤" من هذا القانون على انه اذا لم يكن ثمن البيع في المزاد العلني يكفي للوفاء بجميع الحقوق المسجلة فيتم التوزيع على اصحاب الحقوق بحسب تواريخ سنداتهم وحسب الاقدمية في التسجيل^(٤)، كما منع القانون الفرنسي في المادة "٧١١" الاشخاص المشهورين بالإعسار من الاشتراك في المزايدة، وعللوا ذلك لتفادي اجراءات اعادة البيع على مسؤوليته^(٥).

اما الفقه الاسلامي فلم يفرق بين بيع الاموال المنقولة والغير منقولة ولم يجعل لأي مال خصوصية وكيفية تغاير الاخرى، ولكن ميز ما بين الاموال التي يسرع اليها الفساد او يكون هنالك تكلفة اضافية لحفظها وغيرها، فجعل للحاكم تقديم هذه الاموال على غيرها ولعله يجب في بعض الحالات وتأخير الاموال التي هي اقل عرضة للفساد والتلف واقل تكلفة وارجع ذلك لتقدير الحاكم ونوع المال لان هنا الحاكم مؤتمن على اموال المسلمين، لذا فان المشرع الاسلامي لم يعط خصوصية للأموال المنقولة بما هي منقولة لوضوح ان بعض الاموال المنقولة غير قابلة للتلف مثل المصوغات

(١) د. امينة النمر، مصدر سابق، ص ٣٤٧.

(2) "L'article 322-9 code des procédures civil d execution".

(3) "L'article 331-1 code des procédures civil d execution".

(4) "L'article 334-1 code des procédures civil d execution".

(٥) نقلا عن د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص ٨٦٥، هامش رقم "٣".

الذهبية والاحجار الكريمة ولعله يؤخرها للحصول على ثمنها المقدر، وهذا ما اتفقت عليه جميع المذاهب فمن الامامية ما نقله صاحب مجمع الفائدة والبرهان عن العلامة الحلي: "ويقدّم بيع ما يخاف عليه الفساد كالفواكه وشبهها لئلا يضيع على المفلس وعلى الغرماء، ثم الحيوان لحاجته الى النفقة وكونه عرضةً للهلاك، ثم سائر المنقولات لانّ التلف اليها اسرع من العقارات"^(١) ثم علق على عبارته: "وهو ظاهر في وجوب تقديم ما يخشى التلف"^(٢)، وقوله ثم سائر المنقولات لان الغالب عليها سرعة التلف والتكلفة الاضافية لا لخصوصية خارجة عن ذلك، ومن الشافعية "وبيع من ماله اولا ما يخاف عليه الفساد كيلا يضيع ثم الحيوان لحاجته الى النفقة وكونه عرضة للهلاك ثم سائر المنقولات ثم العقارات"^(٣)، والقول هنا ايضاً لنفس العلة والا فمن الواضح ان بعض المنقولات قد يكون تأخيرها حتى على العقارات مثل الجواهر النادرة التي يصعب وجود مشتري لها لكونه ثمنها مرتفع وعدد جناتها قليل، الحنابلة: "ثم يبيع ما يسرع اليه الفساد من الطعام الرطب لان بقاءه يتلفه بيقين، ثم ببيع الحيوان لأنه معرض للأتلاف ويحتاج الى مؤنة في بقاءه ثم ببيع السلع والاثاث لأنه يخاف عليه وتنااله الايدي ثم العقار اخراً لأنه لا يخاف تلفه"^(٤)، وهو واضح ان التقديم والتأخير معلل لأمر عرفي كما تقدم، ومن المالكية: "... (وعجل بيع الحيوان) اي لا يستأني به كما يستأني ببيع عقاره وعرضه فلا ينافي انه يتربص به الايام اليسيرة طلباً للزيادة ثم يباع لأنه يسرع له التغير ويحتاج الى مؤنة وفيه نقص لمال الغرماء ... واما ما يخشى فساد كطري لحم وفاكهة فلا يستأني به الا كساعة واما نحو سوط ودلو فيباع عاجلاً"^(٥)، وقوله سوط ودلو لحقارة مبلغه لا لسرعة تلفه او تكلفة حظه وهو واضح، ومن الحنفية الحنفية مع قولهم بعدم جواز الحجر وعدم جواز بيع القاضي قالوا بنفس العلة لكونه قاضي تجب

(١) أحمد الارديلي (ت ٩٩٣هـ)، مجمع الفائدة والبرهان، مجتبي العراقي والاشتهاردي وحسين اليزدي، منشورات جماعة

المدرسين، قم، طهران، بلا ت، ج ٩، ص ٢٦٥.

(٢) أحمد الارديلي، مجمع الفائدة والبرهان، مصدر سابق، ج ٩، ص ٢٦٥.

(٣) عبد الكرم الرفاعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج ١٠، ص ٢١٨.

(٤) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٩٥.

(٥) ابو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٧٣.

طاعته: "وله اي - للقاضي - ان يبيع ما يخاف الفساد عليه بأذن القاضي لان بيع ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ فله ان يبيعه لكن بأذن القاضي له لان له ولاية في مال غيره في الجملة"^(١).

وقد يتفق الفقهاء باستحباب حضور صاحب السلعة المباعة لأنه اعرف بثمنها واطيب لقلبه وقلوب المشتري وكذلك لا يستعجل ببيع امواله ولا يبيعها بالبخص لذا قال العلامة: "اذا حجر الحاكم على المفلس، استحَبَّ له المبادرة الى بيع ماله وقسمته لثلاث يتلف منه شيء، و لثلاث تطول مدة الحجر، ولا يفرط في الاستعجال لثلاث يطمع المشترون فيه بثمن بخس ويستحبَّ احضار المفلس او وكيله لأنه يحصي ثمنه ويضبطه ولأنه اخبر بمتاعه واعرف من غيره بجيده من رديئة وثنمه، وكذا يفعل اذا باع المرهون ، وليس ذلك واجبا فيهما."^(٢)، وفي موضع اخر يخير الحاكم صاحب السلعة والغرماء على منادي امين لكي تطمئن قلوبهم ويكون البيع على اتم وجه: "ينبغي للحاكم ان يقول للمفلس والغرماء: ارتضوا مَنْ ينادي على الامتعة والاموال، لانَّ الحاكم لا يكلف ذلك، بل يرده اليهم، فأنه ابعد من التهمة، فان اتفقوا على رجل وكان مرضياً، امضاه الحاكم، وان لم يكن ثقةً، رده"^(٣)، وقالت الحنبلية قريب من ذلك: "ويستحب احضار المفلس لمعان اربعة (احدها) احصاء ثمنه وضبطه ... (الثاني) انه اعرف بثمن متاعه وجيده ورديئة فاذا حضر تكلم عليه وعرف الغبن من غيره (الثالث) ان الرغبة تكثر فيه فان شراؤه من صاحبه احب الى المشتري (الرابع) انه اطيب لقلبه"^(٤)، وفي موضع اخر لزوم البائع تحري اعلى ثمن للمبيع خلال ايام الخيار لذا قال: "فان زاد في السلعة احد في مدة الخيار لزم الامين الفسخ لأنه امكنه بيعه بثمن فلم يبيعه بدونه كما لو زيد فيه قبل العقد، وان زاد بعد لزوم العقد استحَبَّ للأمين سؤال المشتري الاقالة واستحب للمشتري الاجابة لتعلقه بمصلحة المفلس وقضاء دينه"^(٥)، وعللت الشافعية استحباب حضور المفلس والغرماء لنفي الغبن ولأنه ولأنه اعرف بثمن ماله: "وليبيع ندبا بحضرة المفلس او وكيله (وغرمائه) او وكيلهم، لان ذلك انفي للتهمة واطيب للقلوب، ولان المفلس يبين ما في ماله من عيب فلا يرد، ومن صفة مطلوبة فيرغب

(١) الكاشاني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٦، ص١٤٨.

(٢) العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج١٤، ص٤٧.

(٣) العلامة الحلي، المصدر نفسه، ج١٤، ص٤٨.

(٤) عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج٤، ص٤٩٣.

(٥) عبد الرحمن ابن قدامة، المصدر نفسه، ج٤، ص٤٩٣.

فيه، ولأنه اعرف بثمان ماله فلا يلحقه غبن^(١)، ومثل هذا الحكم للمالكية وزادوا ان بيع الحاكم بخيار التروي وهو شرط الخيار المتقدم شرحه: "والظاهر ان للحاكم البيع بخيار التروي وعليه فيكون خيار الحاكم ثلاثاً بعده واعلم انه لا يختص ما ذكره المصنف من الخيار ثلاثاً بسلع المفلس بل كل ما باعه الحاكم على غيره من سلع غائب ومغرم كذلك"^(٢)، وقد تقدم الكلام في المزايدة والنكول في بيع الاموال غير المنقولة.

المبحث الثاني

آثار بيع الاموال المرهونة و توزيع حصيلة البيع

ان مرحلة بيع الاموال المرهونة هي المرحلة الوسطى في اجراءات التنفيذ، ويؤدي اتمام هذه المرحلة الى انغلاق المرحلة السابقة وهي مرحلة الحجز وانفتاح المرحلة الاخيرة وهي مرحلة توزيع حصيلة البيع، ويلحق هذا التطور آثاراً بالنسبة لأطراف البيع، فقد اوجب القانون على الراسي عليه المزداد دفع بدل المبيع مع الرسوم والمصاريف بعد انتهاء المزايدة ليتسنى الى الدائرة المختصة بالبيع تسجيل المبيع باسمه وتسليمه اياه من قبل مديرية التنفيذ، حيث تتحول الاموال المرهونة عقاراً كانت ام منقولاً بعد بيعها الى مبلغ من النقود تسمى بحصيلة التنفيذ وبهذا تنهياً لاستيفاء الدائن المرتهن لحقه النقدي منها بعد نزع ملكيتها من المدين الراهن، ويتم هذا الاستيفاء عن طريق توزيع هذه الحصيلة عند تعدد الدائنين واختلاف درجات ديونهم وفقاً للقواعد والاحكام التي وضعها المشرع في القوانين بشأن اولوية بعض الدائنين في استيفائهم لحقوقهم قبل غيرهم متى ما تحقق لهم الامتياز عند التنفيذ، ويتم ذلك على وفق طرق توزيع حصيلة التنفيذ وحسب اختلاف الديون، وبناءً عليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين، ندرس في الاول آثار بيع الاموال المرهونة، ونخصص المطلب الثاني لدراسة توزيع حصيلة بيع الاموال المرهونة.

المطلب الاول

آثار بيع الاموال المرهونة

لا يرتب بيع الاموال المرهونة الآثار التي يرتبها عقد البيع فلا ينشأ الالتزام بدفع الثمن عن ايقاع البيع بل ان البيع لا يقع فعلاً ولا يتم نقل ملكية العقار او المنقول المبيع وتسليمها الى المشتري

(١) الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢، ص ١٥٠.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج٣، ص ٢٦٩.

الا بعد دفعه الثمن، كما يرتب بيع الاموال المرهونة آثاراً ويلحق هذه الآثار تطوراً في مراكز كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن، ولدراسة هذه الآثار سنقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص الاول لدراسة آثار بيع الاموال المرهونة بالنسبة للمشتري، وندرس في الفرع الثاني آثار بيع الاموال المرهونة بالنسبة للدائن المرتهن والمدين الراهن.

الفرع الاول

آثار بيع الاموال المرهونة بالنسبة للمشتري

يجب على المشتري بعد الاحالة النهائية ورسو المزاد ان يدفع الى الدائرة المختصة بالبيع بدل المزايدة مع الرسوم والمصاريف ليتسنى لمديرية التنفيذ تسليمه المبيع المنقول او تسجيل العقار باسمه من قبل مديرية التسجيل العقاري وتسليمه اياه من قبل مديرية التنفيذ، ولتوضيح ذلك سنقسم هذا الفرع على الفقرتين التاليتين:

الفقرة الاولى: حق المشتري في تملك المبيع .

تنص المادة "٨٩" من القانون المدني العراقي على "لا يتم العقد في المزايدات الا برسو (المزايدة)، ويسقط العطاء بعطاء ازيد ولو وقع باطلاً او بأقوال المزايدة دون ان ترسو على احد، هذا مع عدم الاخلال بالأحكام الواردة في القوانين الاخرى" وعندما يحال العقار بعهددة المزايد الاخير وقام بتسديد بدل المبيع والرسوم ينبغي تسجيل العقار باسمه فوراً وفقاً للفقرة اولاً من المادة "١٨١" من قانون التسجيل العقاري^(١) التي تنص "يسجل العقار باسم المشتري او المتفرغ بعد دفعه البديل والرسوم القانونية" وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدة^(٢)، اي ان تسجيل العقار باسم المحال عليه امر وجوبي وان مديرية التسجيل العقاري لا يسعها توزيع البديل على الدائن المرتهن ودفع الضرائب المتحققة على العقار ومالكه قبل التسجيل ولان المزايدة تعتبر منتهية بالتسجيل^(٣)، وتجدر الاشارة الى

(١) وتقابلها الفقرة ثانياً من المادة "٤٤٧" من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الخاصة بالعقار التي تنص "يكون الحكم المسجل سند بملكية من اوقع البيع عليه، على انه لا ينتقل اليه سوى ما كان للمدين او الحائز او الكفيل العيني من حقوق في العقار المبيع" والمادة "٣٨٤" الخاصة بالمنقول.

(٢) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ٥٢/٢٢٠/تنفيذ في ١١/٩/١٩٧٢م، اشار اليه مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٣٢٧.

(٣) بعد دفع المشتري البديل ورسوم التسجيل تقوم مديرية التسجيل العقاري بتسجيل العقار باسمه دون حاجة لاتباع مراسيم اخرى كتصديق الضرائب وغيرها لان الدائرة ملزمة بعدم توزيع البديل قبل تامين الضرائب والاجور المتحققة باعتبارها من الديون الممتازة بنص القانون وتستوفى من بدل البيع قبل اي دين اخر ولو كان ممتازا او موثقاً برهن وفقاً للمادة "١٣٧٠" من القانون المدني، وتستند مديرية التسجيل العقاري في تسجيل العقار المرهون باسم المشتري الى استمارة المزايدة ولا يحتاج الى تقديم استمارة التسجيل الخاصة بالمعاملات التصريفية الاعتيادية، مصطفى مجيد، المصدر نفسه، ص ٣١٠.

ان وفاة الراهن او المرتهن اثناء مراحل المزايدة لا تؤثر على اعمال المزايدة اذا رغب الخلف العام الاستمرار بها واذا توفي المشتري بعد الاحالة القطعية ودفع البذل والرسوم فان العقار يسجل باسم ورثته الشرعيين بعد استيفاء رسم الارث اضافة الى رسم البيع وفقاً للفقرة رابعاً من المادة "١٠" من قانون رسوم التسجيل العقاري رقم "١٢٦" لسنة "١٩٧٤" باعتبار ان معاملة الارث والبيع تسجل معا واشارت الى ذلك الفقرة ثانياً من المادة "١٨١" التي تنص "اذا توفي المشتري او المتفرغ بعد الاحالة النهائية ودفع البذل يسجل العقار باسم ورثته الشرعيين"^(١)، في حين اشارت المادة "١٩٠" الى تسجيل حق التصرف بأسماء اصحاب حق الانتقال وحسب القسام القانوني وليس الشرعي حيث نصت على "ينتقل حق التصرف في الاراضي الاميرية الى اصحاب حق الانتقال عند وفاة المتصرف ويسجل بأسمائهم في السجل العقاري بالاستناد الى قسام قانوني او حكم قضائي حاز درجة البتات صادر من المحكمة المختصة يبين فيه اصحاب حق الانتقال وانصبتهم وفقاً لأحكام القانون النافذ عند الوفاة"^(٢)، واجازت الفقرة ثالثاً من المادة "١٨١" للمحال عليه التنازل عن العقار الذي اشتراه او حق التصرف الذي تفرغه والتي تنص "يجوز للمحال عليه التنازل عن العقار الذي اشتراه او تفرغه للأخر وحينئذ يجري التسجيل باسم المتنازل له بعد دفع الرسوم" والظاهر ان هذا الحكم جاء بخلاف حكم المادة الرابعة من قانون التسجيل العقاري التي تنص "لا يجوز اجراء التصرفات العقارية على الحقوق التي صدر بها حكم قضائي حاز على درجة البتات او قرار قانوني له قوة الحكم القضائي الا بعد تسجيل تلك الحقوق في السجل العقاري"^(٣)، كما لا يوجد نص في قانون التنفيذ يقضي بجواز تنازل مشتري

(١) ان البيع يرد على الاملاك الصرفة ويسمى المحال عليه العقار المشتري اما الافراغ فيرد على حق التصرف في الاراضي المملوكة للدولة ويسمى المحال عليه حق التصرف المتفرغ وان النص اعلاه يشير إلى تسجيل العقار او الحق العقاري بأسماء ورثة المشتري الشرعيين سواء كان العقار من نوع ملك صرف او كان البيع منصبا على حق التصرف.

(٢) الظاهر ان المقصود بحق الملكية وحق التصرف في المادتين "١٨١" و "١٩٠" من قانون التسجيل العقاري هو الحق المسجل باسم المتوفي في السجل العقاري عند وفاته، في حين ان المتروك للورثة في الحالة المبينة اعلاه هو ليس عقاراً او حقاً عينياً مسجلاً وانما هو بدل البيع الذي هو مال منقول يتعلق بحق الورثة في تملك العقار بالاستناد الى قرار الاحالة ولذلك تتبع في انتقاله الى الورثة احكام الارث الشرعي غير اننا نرى ان حكم الفقرة الاخيرة من هذه المادة يتعارض مع حكم الفقرة الاولى منه لان هذه المادة عندما تنص على تسجيل العقار باسم ورثة المشتري المتوفي يعني ذلك انتقال ملكية العقار اليه بالإحالة ودفع البذل حيث لو كان التسجيل شرطاً لذلك لم يسوغ المشرع تسجيل العقار المبيع باسم الورثة لعدم تسجيله باسم مورثهم وعليه ان حق التصرف يعتبر منتقلاً الى المتفرغ بالإحالة ايضاً وعلى هذا الاساس يجب تسجيله باسم اصحاب حق الانتقال ولكن النص صريح ولا مجال للتسجيل بخلافه.

(٣) ان نص الفقرة ثالثاً من المادة "١٨١" قد سد باب الاجتهاد حوله بالنسبة للمزايدات التي تجريها دوائر التسجيل العقاري وان المشرع ادرك ان العقار وان لم يسجل باسم المحال عليه بصورة مستقلة وانما يتم ذلك التسجيل مزدوجاً بوقت واحد مع التسجيل باسم المتنازل له ويشترط لذلك اخذ اعتراف المتنازل والمتنازل له من قبل مدير الدائرة او من يخوله وفقاً للمادة=

العقار بطريق المزايدة الى الغير، كذلك ليس فيه نص يمنع ذلك، واجازت الفقرة رابعاً من المادة اعلاه لمن احيل العقار المبيع بعهدته طلب فسخ المزايدة اذا تأخر تسجيل البيع باسمه مدة تزيد على ثلاثين يوماً من تاريخ دفعه البديل والرسوم بشرط ان لا يكون التأخير بسببه والتي تنص "يحق لمن احيل العقار بعهدته احالة نهائية طلب فسخ المزايدة اذا تأخر تسجيل المبيع باسمه مدة تزيد على ثلاثين يوماً من تاريخ دفعه البديل والرسوم بشرط ان لا يكون التأخير بسببه وذلك بقرار من رئيس الدائرة"^(١).

ويرى الفقه ان القانون لم يعط حق تسجيل العقار او الحق العقاري للورثة اذا توفي مورثهم قبل الاحالة النهائية ودفع البديل لان اعمال المزايدة لا تنتهي الا بالاحالة القطعية وان شخصية المزايد تنتهي بموته استناداً للفقرة اولاً من المادة "٣٤" من القانون المدني العراقي وان الورثة يخلفون مورثهم بالحقوق العقارية المسجلة باسمه في حين ان المزايد لا يكسب اي حق على العقار المبيع بمجرد الضم عليه والاشتراك في المزايدة وانما يكسب حق الشراء بالاحالة القطعية ودفع البديل^(٢).

اما وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فقد نصت الفقرة ثانياً من المادة "٤٤٧" منه على ان الاصل انتقال الملكية لمن اوقع البيع عليه وللقضاء تطبيقات في هذا المجال^(٣) اي ان كل حق على العقار يسري في مواجهة من حكم بإيقاع البيع عليه متى كان قد استوفى شروط تسجيله

"١٠٨" وعلى استمارة المزايدة بعد التأكد ان المتنازل له غير ممنوع من الاشتراك في المزايدة واستيفاء رسمين على اساس بدل المزايدة باعتباره قيمة حقيقية للعقار واستحصال موافقة ضريبة الدخل على التنازل، مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٣١٣، عامر خطاب عمر، مصدر سابق، ص ٢٤٠.

(١) اي يكون التأخير بسبب مديرية التسجيل العقاري او الجهات الرسمية الاخرى كورود قرار من المحكمة المختصة بتأجيل التسجيل او خضوع المعاملة لموافقات خاصة بموجب تشريعات لاحقة صدرت بعد صدور قرار الاحالة وغيرها وعلى المشتري ان يقدم طلب رسمي بذلك الى مدير الدائرة، وقد ايد ديوان التدوين القانوني في قراره المؤرخ في ١٤/٣/١٩٧٦م حق المشتري في طلب الفسخ اذا تأخرت معاملة المزايدة وادى هذا التأخير الى عدم تسجيلها، اشار اليه مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٣١٧.

(٢) عامر خطاب عمر، مصدر سابق، ص ٢٣٩، مصطفى مجيد، المصدر نفسه، ص ٣١٢.

(٣) حيث قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها على اعتبار من حكم بإيقاع البيع عليه خلفاً خاصاً للمدين المنزوعة ملكيته، ينظر الطعن المرقم ١١٨ لسنة ٤٣ق، جلسة ١٩٨٢/١/٤م، والطعن رقم ٧٩٩ لسنة ٤٧ق، جلسة ١٩٨٣/٢/٢١م، والطعن رقم ١١١٧ لسنة ٤٨ق، جلسة ١٩٨٣/٦/١٢م، اشار الى هذه القرارات د. طلعت محمد دويدار، مصدر سابق، ص ٥٤٢.

او شهره او ثبوت تاريخه قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية^(١)، وقد اورد المشرع المصري على هذه القاعدة استثنائين الاول لا تنفذ في حق المشتري بالمزاد التصرفات والحقوق غير النافذة في مواجهة الدائنين الاطراف في اجراءات التنفيذ وفقاً للمادة "٤٠٥" التي تنص على عدم نفاذ التصرفات والحقوق العينية التبعية التي تترتب على العقار في مواجهة من حكم بإيقاع البيع عليه الا اذا كانت مشهورة قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية اي قبل حجز العقار كما لا تسري على مشتري العقار بالمزاد الاجارة الا اذا كانت نافذة في حق الدائنين المعترين طرفاً في اجراءات التنفيذ وفقاً للمادة "٤٠٨" وكذلك المخالصات عن الاجرة او الحوالة لا يحتج بها على المشتري الا اذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه وفقاً للمادة "٤٠٩" وقد طبق القضاء ذلك في احكامه^(٢)، اما الاستثناء الثاني فهو تطهير العقار المبيع من الحقوق العينية التبعية المقيدة قبل تسجيل التنبيه طالما اخبر اصحابها بإيداع قائمة شروط البيع وبتاريخ جلسته^(٣)، اما في المنقول فانه بمجرد ارساء المزاد على المشتري تنتقل اليه الملكية بالتسليم بشرط دفع الثمن فوراً وفقاً للمادة "٣٨٤" ويتمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز حسن النية وفقاً للمادة "٩٧٦" من القانون المدني المصري.

ويرى الفقه انه على الرغم من عدم النص في القانون المدني و قانون المرافعات على مبدأ تطهير المنقول غير انه بأعمال المبادئ العامة يمكن الوصول الى نتائج مشابهة في حالات استثنائية وهي اذا كان الدائن الحاجز هو الدائن المرتهن وكان اسبق في المرتبة من بقية الدائنين الحاجزين ولم يكن المنقول في حيازة المرتهن او في حيازة من اتفق على حيازته له فلا يحتج بالحق المثل في مواجهة الغير وفقاً للمادة "١١٠٩" مدني ويعدّ المشتري بالمزاد هنا من الغير، واذا تعلق الامر بحقوق الامتياز العامة إذ ان هذه الحقوق لا تخول ميزة التتبع وفقاً للمادة "١١٣٤" مدني واذا بيع المنقول وسلم

(١) د. وجدي راغب، مصدر سابق، ص ٢١٧، د. اسماعيل ابراهيم المنيوي، مصدر سابق، ص ٢٩٣، د. طلعت محمد دويدار، مصدر سابق، ص ٥٤٢، د. احمد خليل، مصدر سابق، ص ٣٤٢، د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص ٨٨١.

(٢) وجاء ذلك في قرار لمحكمة النقض مفاده "ان المشتري في المزاد يستحق الثمار والثمرات في العقار والمنقول على السواء من تاريخ ابرام البيع عملاً بالمادة "٤٥٨" من القانون المدني، ينظر قرار النقض ١٩٧٣/١/٣ - ٢٤ - ٩، اشار اليه د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص ٨٨٠ وص ٨٨١.

(٣) د. امينة النمر، مصدر سابق، ص ٤٢٤، د. احمد ابو الوفا، المصدر نفسه، ص ٨٨٥.

الى مشتري حسن النية فلا يحتج في مواجهته بحق الامتياز وفقاً للفقرة ثانياً من المادة "١١٣٣" مدني وبالتالي يظهر المنقول منه بالبيع^(١).

اما الفقه الاسلامي فقد الزم المتعاقدين بالوفاء بشروط العقد المبرم بينهما وما دام المشتري قد اوفى بتعهده في العقد بسداد قيمة المبيع لزم الوفاء من الطرف الاخر بتسليمه بدون تأخير وهذا الاصل هو شرعي لنص الآية " اوفوا بالعقود " وللسيرة العقلانية الجارية بين الناس منذ القدم الى الان. اما مسالة وفاة احد اطراف عقد الرهن ففيها تفصيل الاول هو وفاة الراهن او المرتهن قبل قبض الرهن وفيها قولان ما قالته الامامية وبعض الشافعية بصحة العقد^(٢)، والقول الثاني البطلان فيمن يرى ان القبض شرط في صحة العقد وهم بعض الامامية^(٣) والمالكية^(٤) والحنبلية^(٥) وبعض الشافعية^(٦) والحنفية^(٧)، اما بعد القبض فان مات الراهن لم يبطل عقد الرهن بل حل اجله فقد حل اجل الرهن وعلى هذا اغلب الفرق فمن الامامية: "وان كان الميّت هو الراهن، قام وارثه مقامه في الرهن، الا ان الدّين الذي كان مؤجّلاً في حقّ الراهن يصير حالاً في حقّ وارثه، لأنّ الاجل لا

(١) د. طلعت محمد دويدار، مصدر سابق، ص ٣١٤.

(٢) الطوسي، الخلاف، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٢٦ وكذلك: السيد السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٨٨، ومن الشافعية: النووي، المجموع، مصدر سابق، ج ١٣، ص ١٩٢.

(٣) العلامة الحلي (ت ٧٢٦هـ)، تلخيص المرام في معرفة الأحكام، تحقيق هادي القبيسي، مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية، مطبعة مكتب الإعلام الإسلامي، ط ١، ١٤٢١هـ، ص ١١٣، وكذلك: السيد الخوئي، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٧٦.

(٤) الرعيني، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج ٦، ص ٥٣٩.

(٥) المرادوي الحنبلي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام المبجل احمد بن حنبل، ج ٥، ص ١٤٩.

(٦) النووي، المجموع، مصدر سابق، ج ١٣، ص ١٩٢، عبد الكريم الرفاعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج ١٠، ص ٧٧.

(٧) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ٢١، ص ٦٨، و الطوري القادري، تكملة البحر الرائق، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٢٨.

يُورَثُ^(١)، وكذلك: "إذا مات المدين حل الاجل"^(٢) ومن الشافعية: "لان بموت الراهن يحل الدين ويتعلق بالتركة"^(٣)، ومن الحنفية: "حتى يكون احق بإمساكه الى وقت ايفاء الدين في حال الحياة واما اذا مات مات الراهن فهو احق به من سائر الغرماء"^(٤)، وقال مالك بن انس ففي المدونة: "يباع الرهن ويقضي المرتهن حقه لأنه اذا مات الذي عليه الدين فقد حل المال"^(٥)، والحنابلة رجحت ذلك مع ذكر العلة: "فأما ان مات وعليه ديون مؤجلة فهل تحل بالموت فيه روايتان ... (والرواية الاخرى) انه يحل بالموت... ولا يجوز تعليقه على الاعيان وتأجيله لأنه ضرر بالميت"^(٦)، واما اذا مات المرتهن فلا يحل اجل الرهن ويبقى على اجله فمن الامامية: "فان كان الميت هو المرتهن، ورث وارثه حق الوثيقة لان ذلك مما يورث"^(٧)، وعلى نفس المنوال قالت الشافعية: "وفي صورة موت المرتهن يبقي الدين كما كان وانما ينتقل الاستحقاق فيه الي الورثة وهم محتاجون الى الوثيقة حاجة مورثهم"^(٨)، وكذلك الحنابلة وتكلموا في هل يجوز ابقاء الرهن بيد الورثة ام لا فقالوا: "وان مات المرتهن والرهن بيده، لم يكن لورثته امساكه الا برضا الراهن ... اي على بقاء الرهن بيد ورثة العدل او المرتهن جاز"^(٩)، ومن المالكية من علل الحكم بكبرى جارية في جميع الحقوق المالية للآخرين: "قالدين انما يحل بموت من عليه الدين لا بموت من له"^(١٠)، اما الحنفية فقالت ان قبض رهن هو وكالة وغايته بموت المرتهن بطلت: "ولان الراهن رضى به ولم يرض بغيره فاذا مات - اي المرتهن - بطلت الوكالة - قبض الرهن - لكن لا يبطل العقد"^(١١)، نعم هنالك كلام في ان الرهن هل يبقى في يد الورثة ام لا فيه كلام والاكثر

(١) العلامة الحلبي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٣٧٢.

(٢) السيد الخوئي، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٧٢.

(٣) النووي، المجموع، مصدر سابق، ج ١٣، ص ١٩٢.

(٤) الطوري القادري، تكملة البحر الرائق، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٢٧ .

(٥) مالك بن انس ، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج ٥، ص ٣٠٩.

(٦) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٣٦٩.

(٧) العلامة الحلبي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٣٧٢.

(٨) عبد الكريم الرافعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج ١٠، ص ٧٧ .

(٩) البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٠٣.

(١٠) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٦٦.

(١١) الكاشاني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٥١.

باستثناء الامامية بكونه لا يبقى^(١)، اما تنازل المشتري فهو اما ان يكون من باب البيع قبل القبض لكونه حصل عقد البيع ولكنه ممنوع من التصرف فيه ولم يحن يقبضه بعد، وهذا البيع من الامامية من اباحه على كراهة في ما يكال ويوزن: "والمعتمد هو الاول، وهو الكراهية في ما يكال او يوزن خصوصاً الطعام"، ومنهم من حرم ذلك من المتأخرين: "من اشترى شيئاً ولم يقبضه فان كان مما لا يكال ولا يوزن جاز له بيعه قبل قبضه"^(٢)، ونفس الكلام قول الحنابلة: "ان كل ما بيع على الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه"^(٣)، اما فقهاء المالكية فاستثنوا الطعام: "واما بيع ما سوى الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهب مالك في اجازته"^(٤)، اما الحنفية فلا يجوز بيع المنقول قبل القبض مثل الحيوان ونحوه اما العقار فجائز: "يشترط القبض في بيع المشتري المنقول فلا يصح بيعه قبل القبض وبيع المشتري العقار قبل القبض فجائز عند ابي حنيفة"^(٥)، فأما الشافعية فمنعته جملة وتفصيلاً: "فمذهبنا انه لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه عقاراً كان او منقولاً لا بأذن البائع ولا بغير اذنه لا قبل اداء الثمن ولا بعده"^(٦)، او يكون من باب التنازل عن الحق لشخص معين وهذا بالقطع واليقين لا اشكال فيه.

الفقرة الثانية: حق المشتري في تسلم المبيع.

بعد انتهاء المزايدة ودفع المشتري المحال عليه الثمن تقوم دائرة التسجيل العقاري بأشعار مديرية التنفيذ المختصة بتسليم العقار المبيع الى المشتري خالياً من الشواغل وفقاً للفقرة اولاً من المادة "١٨٣" من قانون التسجيل العقاري التي تنص "تقوم دائرة التسجيل العقاري المختصة بأشعار رئاسة

(١) شمس الدين محمد بن مكي العاملي (الشهيد الأول) (ت ٧٨٦ هـ)، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، طهران، ط ٢، ١٤١٧ هـ، ج ٣، ص ٣٨٥، العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٣٧٢، عبد الكريم الرافي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج ١٠، ص ٧٧، البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٠٣، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٣١، الكاشاني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٥١.

(٢) السيد السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ٦٦.

(٣) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٢١٤.

(٤) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج ٢، ص ١١٧.

(٥) الكاشاني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٨٠-١٨١.

(٦) النووي، المجموع، مصدر سابق، ص ٢٦٤.

التنفيذ لتسليم العقار المبيع الى المشتري خالياً من الشواغل بعد تسجيله باسمه مع مراعاة احكام القوانين النافذة" ويكون من الافضل تزويد مديرية التنفيذ المختصة بتسليم العقار المبيع بصورة طبق الاصل من محضر وضع اليد وذلك لكي تقوم بتسليم العقار بموجبه الى المشتري^(١) لان قانون التنفيذ جعل الحالة الثابتة للعقار عند وضع اليد عليه حكماً في تعيين حقوق المشتري من ناحية عقد الاجارة المثبت في محضر وضع اليد قبل وضع اليد على العقار المبيع حيث يبقى عقد الاجارة معتبراً ولا يجوز اخراج المستأجر ما لم تتم مدة عقد الاجارة^(٢) وتعتبر التخلية والتسليم من متمامات اعمال المزايدة ولا تحتاج الى حكم من محكمة مختصة لتنفيذها من قبل مديرية التنفيذ حيث تقوم دائرة التسجيل العقاري المختصة بأشعار رئاسة التنفيذ لتسليم العقار المبيع الى المشتري خالياً من الشواغل بعد تسجيله باسمه مع مراعات احكام القوانين النافذة، أي ان قانون التنفيذ مقيد بأحكام قانون تنظيم ايجار العقار رقم "٦٧" لسنة "١٩٧٣م" او اي قانون او قرار له قوة التشريع الصادر بتفسير احكامه او تعديله يتعلق بتنظيم ايجار العقار، ولا يسلم العقار الى المشتري خالياً من الشواغل في حالة ما اذا كان العقار مؤجراً لان مشتري العقار يحل محل بائعه المؤجر ولا يحق للمشتري فسخ المزايدة عند عدم تسليمه العقار خالياً من الشواغل طالما ان عقد الايجار يكون نافذ بحقه حكماً^(٣).

ولا بد من التأكيد على ان بيع الاموال المرهونة عن طريق المزايدة العلنية وبمعرفة الجهات الحكومية مستثناة من ضمان العيوب الخفية وفقاً للمادة "٥٦٩"^(٤) من القانون المدني العراقي التي تنص "لا تُسمع دعوى ضمان العيب فيما بيع بمعرفة المحكمة او الجهات الحكومية الأخرى بطريق المزايدة العلنية"، والعلة في ذلك هو ان هذه البيوع تسبقها اجراءات طويلة تتاح خلالها الفرصة للمزيدين لفحص المبيع قبل الاقدام على شرائه، كما ان المشرع اراد بذلك ضمان الاستقرار لهذه البيوع والحيلولة دون اعادة اجراءاتها ومصاريفها^(٥)، وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدة^(٦).

(١) حيث يكون محضر وضع اليد مرجعاً في حل الخلافات التي قد تحصل عند تسليم المبيع الى المشتري سواء حدثت بينه وبين دائرة التسجيل العقاري او دائرة التنفيذ، او بينه وبين شخص ثالث.

(٢) وقد نصت على ذلك المادة "٣١٤" من قانون التسجيل العقاري والمادة "٨٨" من قانون التنفيذ.

(٣) عامر خطاب عمر، مصدر سابق، ص ٢٤٣، مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٣٢٠.

(٤) وتقابلها المادة "٤٥٤" من القانون المدني المصري التي تنص "لا ضمان للعيب في البيوع القضائية".

(٥) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، ط ١، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٩م، ص ١٣٧، د. سعيد عبد الكريم مبارك ود. صاحب عبيد الفتلاوي ود. طه الملا حويش، الموجز في العقود =

ويلاحظ ان شراح القانون المدني العراقي على خلاف حول مدى امكانية ثبوت احكام ضمان الاستحقاق في البيوع الجبرية فذهب فريق منهم الى عدم ثبوت الضمان في البيوع الجبرية لان البيع لا يتم بإرادة البائع وانما يتم بناءً على حكم من المحكمة في بيع الاموال المرهونة عن طريق المزايدة ولا ضمان على المحاكم، والرأي اعلاه ظاهر الخطأ فأمر المحكمة بالبيع لا يجعلها مالكة للمبيع ولا هي قصدت ان تكون طرفاً في العقد، والرأي الراجح فقهاً يذهب الى ان البائع يضمن الاستحقاق في البيوع الجبرية ايضاً، لأن من الثابت ان المشتري بالمزاد لم يحرمه القانون الا من الرجوع بضمان العيوب الخفية، ويترتب على ما تقدم انه اذا باع الدائن عيناً غير مملوكة لمدينه عن طريق المزايدة ونزعت العين ممن رسا عليه المزاد فأن للمشتري الرجوع على المدين بضمان الاستحقاق كما له الرجوع على الدائنين الذين استوفوا حقوقهم من الثمن في حالة كون المدين معسراً^(٢).

ووفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فان من حق المشتري بالمزاد العلني بعد دفع الثمن من تسلم الشيء المبيع وملحقاته اما اذا كان الشيء المبيع عقار فالأصل ان يسلم العقار المبيع مطهراً مما علق به من حقوق عينية تبعية على النحو السابق الى من حكم بإيقاع البيع عليه ويكون ذلك بموجب ما تضمنه منطوق الحكم وفقاً للمادة "٤٤٦" مرافعات فاذا لم يرق المعني بهذا الامر بتنفيذه فقد نصت المادة "٤٤٩" على "لا يعلن حكم ايقاع البيع ويجري تنفيذه جبراً بان يكلف المدين او الحائز او الكفيل العيني او الحارس على حسب الاحوال الحضور في مكان التسليم في اليوم والساعة المحددين لإجرائه على ان يحصل الاعلان بذلك قبل اليوم المعين للتسليم بيومين على الاقل" ولمن حكم بإيقاع البيع عليه وفقاً للنص اعلاه الحق في تسلم العقار وملحقاته كالعقارات

=المسماة، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥م، ص١٣٣، غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠م، ص٣١١.

(١) ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ٢٥٩٨ / مدنية ثانية وثالثة / ٩٧٥ في ٨ / ٦ / ١٩٧٦م ، اشار اليه د. سعيد عبد الكريم مبارك ود. صاحب عبيد الفتلاوي ود. طه الملا حويش، المصدر نفسه، ص١٣٤.

(٢) كما اختلف رأي الفقه المصري حول حق المشتري بالمزاد في ضمان الاستحقاق، ويرجع ذلك الى الاختلاف في تكييف البيع بالمزايدة العلنية، فمن اخذ بالتكييف التعاقدي ذهب الى تقرير حق المشتري بالمزاد في ضمان الاستحقاق، غير انه لما كنا قد انتهينا الى ان البيع القضائي ليس عقداً، ولما كان ضمان الاستحقاق يقوم اساساً على فكرة الارادة، وطبقاً للرأي الراجح الذي يميل مع رأي الفقه الذي يذهب الى انه لا ضمان للاستحقاق في البيع القضائي لأننا لسنا بصدد عقد بيع، د. جعفر الفضلي، المصدر نفسه، ص١١٨، د. سعيد عبد الكريم مبارك ود. صاحب عبيد الفتلاوي ود. طه الملا حويش، المصدر نفسه، ص١٢٧، غني حسون طه، المصدر نفسه، ص٢٩٥، د. طلعت محمد دويدار، مصدر سابق، ص٣١٥.

بالتخصيص وثماره المستحقة وقت صدور الحكم^(١)، وللقضاء تطبيقات في هذا المجال^(٢)، وراعى المشرع حق الغير على المنقولات الموجودة في العقار ساعة تسليمه فأوجب على طالب التسليم ان يطلب من القاضي اتخاذ التدابير للمحافظة على حقوق اصحاب الشأن وفقاً للفقرة ثانياً من المادة "٤٤٩" (٣).

واستناداً الى ما تم ذكره يرجح الباحث الرأي الفقهي الذي يذهب الى ان بيع الاموال المرهونة عن طريق المزايدة العلنية يخضع للقواعد العامة في ضمان الاستحقاق، وان المدين الراهن هو الذي يلتزم بالضمان لأنه هو البائع الحقيقي للأموال المرهونة ولا يهم بعد ذلك ان يكون البيع قد وقع اختياراً او جبراً عن طريق المزايدة العلنية.

اما المشرع الاسلامي فيرى في ان استئجار العقار المرهون له عدة صور: الاولى ما لو كان العقد بإذن الراهن والمرتهن فقالت بالجواز الامامية مطلقاً^(٤) وكذلك الحنابلة^(٥) والشافعية^(٦)، اما المالكية والحنفية فقالوا بصحة الاجارة وبطلان عقد الرهن مباشرة^(٧)، والصورة الثانية بغير اذن المرتهن: وهو باطل ولا يجوز ورجع المرتهن الى الحاكم وذلك باتفاق فقهاء الامامية^(٨) والحنفية^(٩)

(١) يكون للمشتري الحق في استلام الملحقات سواء كانت عقار بالتخصيص او ثمار، حيث يستحق المشتري الثمار الطبيعية القائمة في الشيء المبيع وقت تمام البيع باعتبار ان الثمن يشملها، اما الثمار المدنية كالأجرة فانه يستحقها عن المدة اللاحقة لإيقاع البيع، د. وجدي راغب، مصدر سابق، ص ٢٢٣.

(٢) حيث قضت محكمة النقض في حكم لها جاء فيه "ان المنقولات التي رصدها المالك لخدمة عقاره المستغل تجارياً بمعرفته عقاراً بالتخصيص وفقاً للمادة "١٨" من القانون المدني المختلط وليس يلزم لاعتبارها كذلك ان تكون مثبتة بالعقار على وجه الاستقرار ومن ثم هي تباع مع العقار المرهون ما لم يتفق صراحة في عقد الرهن على خلاف ذلك"، ينظر قرار محكمة النقض ١٤ يناير ١٩٥٤م المحاماة ٣٥ ص ١١٠٠، اشار اليه د. احمد ابو الوفاء، مصدر سابق، ص ٨٩٥.

(٣) تنص الفقرة ثانياً من المادة "٤٤٩" على "اذا كان في العقار منقولات تعلق بها حق الغير المحجوز عليه وجب على طالب التسليم ان يطلب من قاضي التنفيذ بصفة مستعجلة اتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على حقوق اصحاب الشأن".

(٤) العلامة الحلبي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٢١٠.

(٥) البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٧٧.

(٦) الرافعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج ١٠، ص ٨٩-٩٠.

(٧) من المالكية: ابو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٤٢، من الحنفية: الكاشاني، بدائع الصنائع،

مصدر سابق، ج ٦، ص ١٤٦.

(٨) العلامة الحلبي، تذكرة الفقهاء، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٢١٠.

(٩) الكاشاني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٤٦.

والمالكية^(١) والحنابلة^(٢) والشافعية على تفصيل فاذا كانت الاجارة تنته قبل اجل الرهن جاز والا فلا^(٣)،
^(٣)، الصورة الثالثة هي اجارة المرتهن للرهن وهذه لا تجوز مطلقاً الا بأذن الراهن وقد تقدم الكلام في
 عدم جواز تصرف المرتهن الا بأذن الراهن، اما مسالة جواز بيع المستأجر فقد قالت امامية بجواز بيع
 العقار المستأجر وعليه اجماعهم: "الدار المستأجرة يصح هبتها وبيعها لغير المستأجر دليلنا:
 اجماع الفرقة على ان بيع المستأجر يصح"^(٤)، وهذا ما قالته الحنابلة: "اذا اجر عينا ثم باعها صح
 البيع نص عليه احمد سواء باعها للمستأجر ام لغيره"^(٥)، وكذلك قالت اغلب فقهاء الشافعية معللين:
 "فالبيع صحيح قطعاً (ولو باعها) (اي العين) المؤجر او وهبها (لغيره) اذن المستأجر ام لا
 (جاز في الاظهر) لان ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع بيع الرقبة"^(٦) وفي قول اخر لهم بالمنع^(٧)،
 اما الحنفية فقالوا بالجواز مع علم المشتري: "لو باع المستأجر ورضي المشتري ان لا يفسخ الشراء الى
 مضي مدة الاجارة ثم يقبضه من البائع، فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضيتها، ولا للبائع مطالبة
 المشتري بالثمن ما لم يجعل المبيع بمحل التسليم"^(٨)، وكذلك المالكية والا فللمشتري الخيار بالفسخ:
 "ويجوز بيع العين المستأجرة من مستأجرها وغيره والمنفعة للمستأجر الى انقضاء الاجارة وللمؤجر
 جميع الاجرة، وفي جهل المشتري الاجارة يثبت له الخيار بالخيار"^(٩)، اذا علمنا هذين المطلبين نقول
 ان صحت الاجارة وصح البيع جاز البيع والاجارة الى مدتها ويؤول العقار الى المشتري بعدها ولا
 خلاف، اما اذا لم تصح الاجارة فللمستأجر مقاضاة المؤجر لكون عقده كان باطلاً .

(١) ابو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج٣، ص٢٤٢.

(٢) البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج٣، ص٢٧٧.

(٣) الرافعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج١٠، ص٩٠.

(٤) الطوسي، الخلاف، مصدر سابق، ج٣، ص٥٧٢.

(٥) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٦، ص٤٧.

(٦) الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج٢، ص٢٦٠.

(٧) الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج٧، ص٤٠٣.

(٨) ابن عابدين، حاشية بن عابدين، مصدر سابق، ج٥، ص٢٣٣.

(٩) الرعيني، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج٧، ص٥٢٢.

اما ما تحويه الارض من اشجار وكانت غير ملحوظة في عقد الرهن لا نصا ولا ضمنا وكالأثاث الموجود في البيت المرهون فان عائدتها الى الراهن وهذا من اوضح الواضحات فان شاء نقلها او باعها وان شاء وهبها للبائع.

الفرع الثاني

آثار بيع الاموال المرهونة بالنسبة للدائن المرتهن والمدين الراهن

يترتب على بيع الاموال المرهونة مجموعة من الآثار العينية بالنسبة للدائن المرتهن والمدين الراهن وتتمثل هذه الآثار في اقتضاء المرتهن حقه من ثمن البيع الذي يعدّ هنا محل التنفيذ، ونزع ملكية هذه الاموال سواء كانت عقاراً او منقولاً وبيعها جبراً عن ارادة الراهن وسيتم توضيح هذه الآثار من خلال الفقرتين التاليتين:

الفقرة الاولى: آثار بيع الاموال المرهونة بالنسبة للدائن المرتهن.

الحق العيني التبعية يخول صاحبه سلطة على مال معين وتمتاز هذه السلطة بحق الافضلية والتتبع في اي يد كان ذلك المال وفقاً للمواد "١٢٨٥ و ١٣٢١" من القانون المدني العراقي كما تنص الفقرة اولاً من المادة "٣١٦" من قانون التسجيل العقاري على "يجوز رهن العقار او جزء منه بدرجات متعددة ويتقدم كل دائن مرتهن على من يليه في التسجيل في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون عند بيعه او هلاكه" كما تنص المادة "١٨٤" من القانون نفسه على "يصدر رئيس دائرة التسجيل العقاري قراراً بتوزيع بدل المبيع على اصحاب الديون المتحققة على العقار المبيع في دائرته وفقاً للقواعد المقررة قانوناً ويكون هذا القرار خاضعاً للتمييز وفقاً للمادة "١٦٢" من هذا القانون" وان المقصود بالديون المتحققة على العقار المبيع هي الديون الموثقة بالرهن التأميني او الحيازي وملحقاتها التي تكون في نفس المرتبة ولا تشمل الديون العادية والاصل ان جميع الدائنين متساوون في استيفاء حقوقهم من اموال المدين والاستثناء من كان له حق التقدم وفقاً للقانون وهذا الاستثناء لا يجوز التوسع فيه وفقاً للمادة "٢٦٠" من القانون المدني اي ان المرتهن من الدرجة الاولى يتقدم على المرتهن من الدرجة الثانية وهكذا، وبعد اتمام عملية البيع اذا لم يكن هناك من يشارك المرتهن في الاستيفاء فانه يستوفي حقه من بدل المبيع ويعطى الباقي الى الراهن اما اذا تعدد الدائنون وكان البديل كافي للوفاء بحقوقهم جميعاً فتسدد جميع ديونهم ويعطى الباقي للمدين الراهن بقرار من رئيس الدائرة بتوزيع البديل

على الدائنين المسجلة حقوقهم على العقار المرهون وفقاً لما ينص عليه القانون^(١) وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدّة^(٢)، أما إذا لم يفِ ثمن المبيع بحقوق الدائن المرتهن أو كانت الديون الممتازة الواردة في المادة "١٣٧٠" تستغرق معظم الثمن فعلى رئيس الدائرة اصدار قرار بتوزيع بدل المبيع على الدائنين حسب درجاتهم على ان لا يتم دفع البدل على الموزع عليهم في حالة علم الدائرة المختصة بوقوع الاعتراض على هذا القرار لدى مديرية التسجيل العقاري المختصة وانتظار نتيجة هذا الاعتراض ويتم اشعار الجهات الرسمية الدائنة المرتهنة أو الحاجزة بهذا القرار^(٣)، ويجوز تمييز القرار الصادر بعد الاعتراض من مدير التسجيل العقاري لدى محكمة التمييز خلال سبعة ايام من تاريخ صدوره حسب الاسس المبينة في المادة "١٦٢" وقرار محكمة التمييز بذلك يكون واجب الاتباع كما تنص الفقرة ثانياً من المادة "١٨٣" على "ترود دائرة التسجيل العقاري الدائن المرتهن بوثيقة لما تبقى له من الدين وملحقاته على المدين بعد بيع العقار المرهون لتحصيله وفقاً لأحكام القانون" وتعتبر هذه الوثيقة المشار اليها في هذه المادة من سندات التنفيذ بحكم الفقرة "و" من المادة "١٤" من قانون التنفيذ لكونها صادرة من دائرة مختصة، ومستندة الى معاملات وسندات رسمية لذلك فأنها تنفذ في مديرية التنفيذ دون حاجة لصدور قرار فيها وتجدر الإشارة الى ان الدائن المرتهن عندما ينفذ بموجب هذه الوثيقة على اموال المدين الراهن الاخرى فانه ينفذ عليها باعتباره دائناً عادياً وليس دائناً مرتبهاً وهذا ما نصت عليه المادة "١٢٩٩" من القانون المدني.

ويرى الفقه انه عند توزيع بدل المزايدة يقتضي قبل كل شيء التأكد من ان الديون التي تدعي الجهات المختصة بامتيازها على الدين الموثق بالرهن متعلقة بذات العقار وان يكون لها امتياز بنص

(١) وفي ضوء احكام القوانين والنظم النافذة في تحديد الديون ودرجة امتيازها، يصدر رئيس الدائرة قراره بتوزيع البدل، وقراره هذا قابل للاعتراض لدى مدير التسجيل العقاري سواء كان صادراً منه او من رئيس الدائرة التابعة له وللمدير الغاء القرار او تعديله او تبديله، مجموعة تعليمات التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ١٠٩، موجز تعليمات التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ٦٠، مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٣٢٥.

(٢) ويبدو ذلك واضحاً في حكم لمحكمة التمييز يتضمن "تعتبر ديون مصرف الرافدين من الديون الممتازة امتيازاً عاماً عاماً وحيث ان دين المميز عليه ب ناشئ عن رهن تأميني على العقار المبيع فان امتيازها يكون خاصاً بهذا العقار ويستوفي ذلك قبل غيره من الديون الممتازة امتيازاً عاماً"، ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ٣٣٣/م/٥/تنفيذ/٩٧٤ تاريخ القرار ١٨/١١/١٩٧٤م، اشار اليه مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٣٢٨.

(٣) مجموعة تعليمات التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ١٠٨، موجز تعليمات التسجيل العقاري، مصدر سابق، ص ٦٠.

القانون وعلى سبيل المثال ان الدين المتحقق لضريبة العقار على ثمن العقار المرهون يتقدم على ضريبة الدخل لان الاول يتعلق بذات العقار في حين يتعلق الثاني بشخص المالك^(١).

اما وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فيعد دفع الثمن من قبل المشتري الالتزام الاول عليه في البيع الاختياري وهو كذلك في البيع القضائي للمنقول فكلاهما مبادلة مال بثمن نقدي واشارت الى ذلك المادة "٣٨٤" من قانون المرافعات بنصها "يجري البيع بالمزاد العلني بمناذات المحضر بشرط دفع الثمن فوراً" ودفع الثمن في بيع المنقول يعد اثراً من آثار البيع ليقضي الدائن المرتهن حقه من ثمن المبيع ويعطى الباقي للمدين الراهن^(٢)، اما في بيع العقار المرهون فان المادة "٤٦٩" تنص على انه "متى تم بيع المال المحجوز اختص الدائنون الحاجزون ومن عدّ طرفاً في الاجراءات بحصيلة التنفيذ دون اي اجراء اخر" وهذا يعني ان الثمن يصبح مخصصاً لوفاء الدائن المرتهن سواء كان حاجزاً ام تم ادخاله قبل البيع ويكون للدائن المرتهن اولوية اجرائية في اقتضاء حقه من حصيللة التنفيذ ويترتب هذا الاثر في حالة تعدد الدائنين ايضاً سواء كان الثمن كافياً للوفاء بحقوقهم ام غير كاف.

ويرى الفقه انه لا يوجد ما يحول دون توقيع حجز على الثمن تحت يد المحضر او خزانة المحكمة بعد اجراء البيع ولكن لا يستوفي الحاجز بعد البيع حقه الا ما تبقى من حصيللة التوزيع بعد استيفاء الدائن المرتهن والدائنين الحاجزين قبل البيع حقوقهم^(٣).

أما المشرع الإسلامي فقد راعى أولوية حق المرتهن في ثمن الرهن عند بيعه على غيره من الغرماء فقد قالت الإمامية: "وينبغي للحاكم أن يبدأ ببيع الرهن لأن حق المرتهن متعلق بعينه يختص به لا يشاركه فيه أحد وربما فضل ثمنه عن دينه فيرد الفاضل مع باقي ماله على الغرماء"^(٤)، وهذا النص واضح ومعلل لكون الرهن وثيقة للدين، وقال من المتأخرين: "المرتهن أحق بالعين المرهونة من باقي الغرماء إذا صار الراهن مفلساً أو مات وعليه ديون الناس، ولو فضل من الدين شيء شاركهم

(١) مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٣٢٥.

(٢) د. طلعت محمد دويدار، مصدر سابق، ص ٣١٤.

(٣) د. وجدي راغب، مصدر سابق، ص ٢٢٥، اسماعيل ابراهيم الزيايدي، مصدر سابق، ص ٢٩٨.

(٤) محمد بن الحسن بن علي الطوسي (ت ٤٦٠ هـ)، المبسوط في فقه الإمامية، تحقيق محمد تقي الكشفي، المكتبة

الرضوية، إيران، بلا ت، ج ٢، ص ٢٦٩.

في الفاضل^(١)، ونفس الحكم نجده عند مالك بن أنس: "ولو فلس رجل أو مات وقد ارتهن منه رجل زرعاً... فما كان له أخذه ورد ما بقي فصار بين الغرماء بالحصص"^(٢)، أي أنه يأخذ ما بيع به الزرع وإن بقي من دينه شيء شارك المدينون بحصصهم، ونفس الحكم قال به الشافعي: "وإذا بيع الرهن فالمرتحن أولى بثمنه حتى يستوفى حقه فإن لم يكن فيه وفاء حقه حاص غرماء الراهن بما بقي من ماله غير المرهون"^(٣)، وجاء الحكم معللاً عند فقهاء الحنابلة فقالوا: "لأن حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معا وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين"^(٤)، أما فقهاء الحنفية فلم يجوزوا بيع الرهن من قبل الحاكم ولكنه يجبره على الوفاء بالبيع^(٥) أما في حالة وفاته هو أحق بالرهن : "وأما إذا مات الراهن فهو أحق به من سائر الغرماء فيستوفي منه دينه وما فضل فهو للغرماء"^(٦) .

الفقرة الثانية: آثار بيع الاموال المرهونة بالنسبة للمدين الراهن.

ان آثار بيع الاموال المرهونة بالنسبة للمدين الراهن هي نزع ملكيته عن هذه الاموال ونقلها الى المشتري عند قيام الدائن المرتهن بالتنفيذ عليها حيث تنتهي علاقة المدين الراهن بالاموال المرهونة عند التنفيذ عليها وبيعها بسبب عدم وفائه بالدين المضمون بعد حلول الاجل ويطلق على هذا الاثر انتقال ملكية ثمن بيع الاموال المرهونة الى الدائن المرتهن، ويتم ذلك من خلال انتهاء اجراءات الحجز والبيع وتحويل الاموال المرهونة المحجوزة الى مبلغ من النقود الذي يحل محل الاموال المرهونة بعد بيعها، وبعد اتمام عملية البيع تقوم الدائرة المختصة بالبيع بتوزيع ثمن المبيع على الدائنين وفي حالة عدم وجود من يشارك الدائن المرتهن في الاستيفاء فانه يستوفي حقه من بدل المبيع ويعطى الباقي للمدين الراهن، اما في حالة تعدد الدائنين فتسدد جميع حقوقهم ويعطى الباقي للمدين الراهن، واذا لم يفي ثمن المبيع بحق الدائن المرتهن يتم التنفيذ بالبيع على باقي امواله غير المرهونة لتسديد ما بقي للدائن المرتهن من حقوق ولكنه في هذه الحالة يكون دائناً عادياً وليس له حق امتياز كما تقوم دائرة

(١) السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٩٤.

(٢) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٣٥.

(٣) الشافعي، كتاب الأم، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٧٣.

(٤) عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٩٩.

(٥) الكاشاني، البدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٤٨.

(٦) الطوري، تكملة البحر الرائق، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٢٧.

التسجيل العقاري بتزويده بوثيقة لما تبقى له في ذمة المدين الراهن من دين وملحقاته لتحصيلها وفقاً لأحكام القانون وينقضي الرهن تبعاً لانقضاء الدين سواء كان الرهن تأمينياً أم رهناً حيازياً^(١).

أما آثار بيع الأموال المرهونة بالنسبة للمدين الراهن وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فيترتب على حكم ايقاع البيع اتمام اجراءات بيع العقار المحجوز فيزول الحجز الواقع عليه لاستنفاد الغاية منه وهو تحويل العقار الى مبلغ نقدي يتم نزع ملكيته جبراً عن المدين الراهن ليستوفي الدائن المرتهن حقه منه وللقتضاء تطبيقات في هذا المجال^(٢)، ويخصص الثمن لهذا الغرض فالعقار المبيع ينتقل الى المشتري بالمزاد خالصاً من وصف الحجز ويختص الدائن المرتهن بالثمن المودع خزينة محكمة التنفيذ ويكون له اولوية في اقتضاء حقه منه سواء كان هذا الثمن كافياً او غير كاف^(٣).

ويرى الفقه ان حق الرهن ينقضي تبعاً لانقضاء الدين لأنه حق عيني تبقي ويتقرر هذا الحق لغرض ضمان التزام اصلي حيث يتبعه في وجوده وعدمه وبناءً عليه اذا انقضى الدين المضمون بالرهن فان الرهن ينقضي تبعاً له كون الرهن سيفقد علة وجوده^(٤).

كما ويرى الفقه ان الهدف الختامي من اتخاذ اجراءات التنفيذ وبيع الاموال المرهونة هو اقتضاء الدائن المرتهن حقه ويتم ذلك بنزع ملكية المبالغ المتحصلة عن البيع من المدين الراهن وتسليمها للدائن المرتهن الذي اعتبر طرفاً في الاجراءات واذا تبقى شيء بعد استيفاء الدائن المرتهن لكامل حقوقه فانه يكون من نصيب المدين الراهن^(٥).

أما اراء فقهاء المذاهب الاسلامية بهذا الصدد فقد أجاز للحاكم الحجز على مال الراهن إذا ثبت له ذلك وعند عدم الوفاء الراهن بعقده وهذه هي المرحلة الأولى لإرجاع الحق للمرتهن وفي المرحلة الثانية أجاز للحاكم إجباره على البيع بنفسه بطرق مختلف عليها وفي هاتين المرحلتين ما يزال

(١) مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص ٣٢٠.

(٢) ويظهر ذلك واضحاً في حكم محكمة النقض المصرية يتضمن "ان حكم مرسى المزاد هو عقد بيع ينعقد جبراً بين مالك العقار وبين المشتري الذي تم ايقاع البيع عليه"، ينظر قرار نقض رقم ٦٧١ سنة ٤١ ق ، ٣/٣/١٩٧٦م، اشار اليه د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص ٨٧٨.

(٣) اسماعيل ابراهيم الزيايدي، التنفيذ العقاري، ١٩٩٧م، ص ٢٩٨.

(٤) الاستاذ المساعد شاكراً ناصر حيدر، مصدر سابق، ص ٢٣٦، القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، مصدر سابق، سابق، ص ٢٢١.

(٥) د. سيد احمد محمود، توزيع حصيلة التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦م، ص ٢٢، نبيل اسماعيل عمر، اجراءات التنفيذ، ١٩٧٩م، ص ٦٩٤.

ملك الراهن وفي المرحلة الثالثة أجاز للحاكم أن يبيع الرهن نيابة عن الراهن وفيها أنه سلبه حق البيع وفي المرحلة الرابعة يبيع الحاكم الرهن وفيها أنه أنتزع ملكيته منه وأحالها إلى المشتري ليفي بالتزاماته التي عقدها هو بملء إرادته، أذن فانتزع ملكية الراهن للرهن هي وفاء من الحاكم للمرتهن نيابة عن الراهن لذا قالت الأمامية: "فيلزمه الحاكم بالبيع أو يبيع لأته ولي الممتنع ... وللحاكم حبسه؛ لأن ذلك حق عليه-أي البيع-"^(١)، فمجرد امتناعه عن أداء عقده جعل الشارع الحاكم ولياً للراهن في البيع، وبذلك قالت المالكية: "وباع الحاكم الرهن إن امتنع الراهن من بيعه"^(٢) فامتناع الراهن عن البيع هي بمثابة إجازة إجبارية شرعية من الراهن للحاكم بالبيع لأنه وليه، وتشبه هذه المراحل عند الشافعية: "وإن طلب المرتهن بيعه، وأبى الراهن، ولم يقض الدين، أجبره القاضي على قضائه، أو البيع، إما بنفسه، أو وكيله، فإن أصر، باعه الحاكم"^(٣)، وقريب من ذلك الحنبلية^(٤)، أما الحنفية فلا يجوزون للحاكم ذلك ولكنهم يرون أن الوفاء أو البيع لازم للراهن: "وقال أبو حنيفة لا يبيعه الحاكم لأن ولاية الحاكم على من عليه الحق لا على ماله فلم ينفذ بيعه بغير اذنه"^(٥).

المطلب الثاني

توزيع حصيلة بيع الاموال المرهونة

تتحقق حصيلة بيع الاموال المرهونة متى ما تم بيع هذا المال عقاراً كان ام منقولاً وانتهت اجراءات البيع وقام المشتري بدفع الثمن، حيث تبدأ المرحلة الاخيرة من مراحل بيع الاموال المرهونة وهي مرحلة توزيع حصيلة البيع بين الدائنين وفقاً للقواعد التي وضعها المشرع في القوانين بشأن اولوية بعض الدائنين في استيفائهم لحقوقهم قبل غيرهم متى ما تحقق لهم الامتياز عند التنفيذ، ونحن عند بحثنا للأحكام الخاصة بتوزيع حصيلة بيع الاموال المرهونة ينبغي ان نقسم هذا المطلب على فرعين، نخصص الاول لدراسة الديون الممتازة بحكم القانون، وندرس في الفرع الثاني توزيع حصيلة التنفيذ.

(١) ابن إدريس الحلبي، السرائر، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٦٢.

(٢) ابو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٥١.

(٣) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٢٨.

(٤) الدعيلاج، الرهن في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص ٦٣٩، الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، ج ٦،

ص ٨٢.

(٥) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٥١.

الفرع الاول

الديون الممتازة بحكم القانون

القانون وحده الذي يتولى تعيين الديون الممتازة ويقرر مرتبة الامتياز، حيث يقسم حق الامتياز إلى قسمين الأول الامتياز العقدي كالدين الموثق برهن واساسه رضا الطرفين، فهما اللذان اختارا للدين ضماناً وهو المال المرهون، والرهن اعطى الدائن حق امتياز لدينه يستوفيه من ثمن المال المرهون قبل غيره من الدائنين العاديين، والقسم الثاني هو امتياز قانوني وهو يستند إلى نص صريح في القانون بغض النظر عن ارادة الطرفين ومثاله حق الدولة والقطاع العام في استيفاء ديونها من اموال المدين كافة، والقانون عندما يقرر الامتياز لدين معين فإنه لا يراعي إلا صفة هذا الدين دون اعتبار لشخص الدائن، وهذه الصفة تجعل الدين في نظره جديرة بالرعاية والحماية، ويوفر له ضمان الوفاء به بتقرير امتياز ذلك لاعتبارات مختلفة، ولبيان ذلك سنقسم هذا الفرع على الفقرتين التاليتين:

الفقرة الاولى: الديون الممتازة في القانون المدني.

تتفق التشريعات محل المقارنة بشأن الديون الممتازة في القوانين المدنية، حيث عرف المشرع العراقي حق الامتياز في المادة "١٣٦١"^(١) من القانون المدني العراقي التي تنص "١- الامتياز اولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين. ٢- ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص في القانون".

ونص القانون المدني العراقي على الديون التي اعتبرها ديون ممتازة في المواد "١٣٦١ لغاية ١٣٨٠" كما نص القانون المدني المصري على هذه الحقوق في المواد "١١٣٠ لغاية ١١٤٩" كما تنص المواد "٢٠٩٣ لغاية ٢٠٩٥" من القانون المدني الفرنسي على المساواة بين الدائنين في مشاركتهم في ذمة المدين المالية والتي تكون رهنهم العام، غير انه يجب تماماً فهم مداها، انها تتعلق، كما في قرار المجلس الدستوري رقم "٨٤-١٨٣" في "١٥ كانون الثاني ١٩٨٥م" بان ينشئ القانون امتيازات جديدة وهذا الانشاء يقتضي ان لا يؤدي إلى تمييز غير مسوغ بصفة الدين الذي يريد التشريع ان

(١) عرف المشرع المصري حق الامتياز في المادة "١١٣٠" من القانون المدني المصري التي تنص "١- الامتياز اولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته. ٢- ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون"، وعرف المشرع الفرنسي حق الامتياز في المادة "٢٠٩٥" من القانون المدني الفرنسي التي تنص بأنه "حق تمنحه صفة الدين في التقدم على غيره من الدائنين حتى المرتين منهم".

يمنحها امتيازاً وإلا فإن المجلس الذي يراجع بإمكانه ان يمارس رقابته^(١)، وتقسم حقوق الامتياز إلى قسمين الأول حقوق امتياز عامة وحقوق امتياز خاصة على المنقول، والقسم الثاني حقوق امتياز خاصة على العقار كالتالي:

أولاً: حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة على المنقول.

١ - تشمل حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على المنقول والمتقدمة في المرتبة ثلاثة حقوق امتياز، الامتياز الأول هو امتياز المصروفات القضائية التي انتهت لمصلحة جميع الدائنين في حجز وحفظ اموال المدين وبيعها وتوزيعها، ولها حق امتياز على ثمن هذه الأموال وتستوفي قبل أي دين آخر ولو كان ممتازاً أو موثقاً برهن، كما تستوفي قبل مصروفات إجراءات التوزيع ونصت على ذلك المادة "١٣٦٩"^(٢)، كما وتقدم المصروفات التي انفقت في حفظ الأموال وبيعها على التي انفقت في إجراءات التوزيع فإذا لم يكف ثمن البيع لاستيفائها يتم تقسيم الثمن على الدائنين بهذه المصروفات كل بحسب ما انفق قسمة غرماء، ويأتي امتياز المصروفات القضائية في المرتبة الأولى^(٣).

ويرى الفقه انه لا يلزم لاعتبار المصروفات القضائية ممتازة على اساس انها انفقت اثناء الدعوى، بل ان المصروفات التي تتفق قبل الدعوى تعدّ ايضاً ممتازة ما دام الغرض منها هو حفظ اموال المدين ليتسنى تحويلها إلى نقود واستيفاء الدائنين ديونهم منها وعليه فإن مصروفات جرد اموال المدين ووضع الأختام عليها تتمتع بامتياز المصروفات القضائية ولو انفقت قبل قيام الدعوى^(٤).

اما الامتياز الثاني فهو امتياز المبالغ المستحقة للخرينة من ضرائب ورسوم ونحوها ويكون لها حق امتياز بالشروط المقررة في القوانين والنظم الصادرة بهذا الشأن وتستوفي من اموال المدين بعد المصروفات القضائية وقبل اي حق آخر ولو كان ممتازاً أو موثقاً برهن ومرتبة امتيازها الثانية وفقاً

(١) جاك ميتر وعمانويل بوتمان ومارك بيو، مصدر سابق، ص ١٧٥.

(٢) وتقابلها المادة "١١٣٨" من القانون المدني المصري.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهاوي، مصدر سابق، ص ٩٤٧، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٦٧٧، د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٣٠٧، محمد كامل مرسى، مصدر سابق، ص ٢٧٤، د. السيد محمد السيد عمران، مصدر سابق، ص ٣٠٥، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٥٧٨، القاضي مدحت المحمود، شرح قانون التنفيذ، ١٩٩٢م، بغداد، ص ١٩٣، القاضي عبود صالح مهدي التميمي، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

(٤) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر نفسه، ص ٦٧٣، د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ٥٩١، د. سمير عبد السيد تناغو، المصدر نفسه، ص ٣٠٤.

للفقرة ثانياً^(١) من المادة "١٣٧٠"^(٢) والغاية من هذا الامتياز هو حماية الاموال العامة وضمان تحصيل الديون الحكومية والرسوم ومستحقات الدولة لتتمكن من تسيير انشطتها ومرافقها العامة. ويرى الفقه ان الحكمة من تقرير الامتياز بالمرتبة الثانية للمبالغ المستحقة للخزانة العامة يكمن في الرغبة على حماية الأموال العامة والعمل على تحصيل مستحقات الدولة لتتمكن من تنفيذ انشطتها وتسيير مرافقها العامة كون الدولة لها الولاية العامة^(٣).

اما الامتياز الثالث فهو امتياز المبالغ المصروفة لحفظ المنقول واصلاحه وتستوفى من ثمن المنقول بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخرينة مباشرة ويقدم بعضها على بعضها الاخر فيما بينها حسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها^(٤)، ويكون امتيازها في المرتبة الثالثة وفقاً للمادة "١٣٧١"^(٥) من القانون المدني العراقي.

ويرى الفقه بشأن امتياز المبالغ المصروفة لحفظ المنقول واصلاحه ان تكون هذه المصروفات من المصروفات الضرورية لحفظ المال ويذهب بعض شراح القانون إلى ان هذا الامتياز يشمل المصروفات التي تنفق على حفظ عقار المدين واصلاحه ايضاً لأتحد السبب^(٦).

كما ويرى الفقه بشأن الفقرة ثانياً من المادة "١٣٧١" على اشارة النص في حالة تعددت المصروفات التي انفقت قدم بعضها على بعض حسب الترتيب العكسي وتواريخ الصرف، اي ما

(١) وتجدر الاشارة إلى ان الفقرة ثانياً من هذه المادة علققت بمقتضى احكام القسم السابع من قرار سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٢٠٠٤/٧٨ م والمعنون تطوير الإجراءات القضائية المتعلقة بمنازعات الدين، منشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد ٣٩٨٣، حزيران ٢٠٠٤ م.

(٢) وتقابلها المادة "١١٣٩" من القانون المدني المصري.

(٣) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٥٧٩، د. السيد محمد السيد عمران، مصدر سابق، ص ٣٠٧.

(٤) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، المصدر نفسه، ص ٥٨٤.

(٥) وتقابلها المادة "١١٤٠" من القانون المدني المصري، والمادة "٢١٠٢ - ٣" من القانون المدني الفرنسي الخاصة بنفقات حفظ الشيء.

(٦) د. سمير عبد السيد تتاغو، مصدر سابق، ص ٣٠٣، د. ادم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص ٢٤١.

صرف آخر يقدم على ما صرف أولاً، وإن الحكمة في ذلك إلى أنه لولا اتفاق المصروفات الأخيرة لتلف المال ولما استطاع الدائن الذي صرف المصروفات الأولى أن يستوفي حقه^(١).

٢- أما الامتيازات العامة التي نصت عليها المادة "١٣٧٢" ^(٢) فهي التي تقع على جميع اموال المدين من عقار ومنقول وتكون على ثلاثة انواع، الأول امتياز المبالغ المستحقة للأجراء والثاني امتياز المبالغ المستحقة عن توريد المأكّل والملبس والدواء والثالث امتياز النفقة^(٣) وتتمتع هذه الامتيازات بمرتبة واحدة هي الرابعة فإذا تزاخمت هذه الامتيازات فيما بينها فتستوفي بنسبة كل منها، وإن الضمان الذي تمنحه هذه الامتيازات لا يشمل كل المبالغ المستحقة بل يقتصر على المستحق منها خلال الستة اشهر الأخيرة^(٤) أما القانون المدني الفرنسي فقد نظم الامتيازات العامة التي تثقل منقولات المدين وعقاراته في ان واحد في المواد "٢١٠١ و ٢١٠٤" فالديون التي تضمنها تولد وتبقى موضوع امتياز

(١) د. السيد محمد السيد عمران، المصدر نفسه، ص ٣١٠، د. سمير عبد السيد تناغو، المصدر نفسه، ص ٣١٥،

القاضي عبود صالح مهدي التميمي، مصدر سابق، ص ٢٠٤، د. ادم وهيب النداوي، المصدر نفسه، ص ٢٤٢.

(٢) وتقابلها المادة "١١٤١" من القانون المدني المصري.

(٣) يعتبر دين النفقة دين ممتاز وايضاً غير قابل للحجز وفقاً للفقرة رابعاً من المادة "٣٤٨" من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم "٨٣" لسنة "١٩٦٩م" المعدل.

(٤) حيث نص القانون على امتياز بعض الديون بقدر ما هو مستحق منها في الستة شهور الاخيرة على جميع اموال المدين من عقار ومنقول وهي المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال وكل اجير اخر من اجرهم ومرتباتهم من اي نوع كان، والمبالغ المستحقة في ذمة المدين ولمن يعوله من مأكّل وملبس ودواء، والنفقة المستحقة في ذمة المدين لمن تجب نفقتهم عليه، وتستوفي بنسبة كل منها إذا لم تكن اموال المدين كافية، وتستوفي بعد الديون الواردة في المواد السابقة وفقاً للمادة "١٣٧٢"، وتجدر الإشارة إلى ان المادة "١٠" من قانون العمل الملغى رقم "١٥١" لسنة "١٩٧٠م" تعطي المبالغ المستحقة بالكامل للعامل او لمن يخلفه في حقوقه اعلى درجات الامتياز على جميع اموال صاحب العمل المدين وليس على الستة اشهر الأخيرة وبإلغاء قانون العمل المذكور وعدم وجود نص مماثل للنص المتقدم في قانون العمل النافذ رقم "٧١" لسنة "١٩٨٧م" فقد اقتضى اعمال نص القانون المدني بهذا الشأن، اما بخصوص العمال الخاضعين لقانون العمل المصري الصادر في "٥" ابريل سنة "١٩٥٩م" فأنهم يستفيدون مما نص عليه قانون العمل الذي يمنح العمال امتياز بالنسبة للمبالغ المستحقة لهم في ذمة صاحب العمل ويعطي هذا الامتياز المرتبة الرابعة وعلى ذلك فأن امتياز العمال في قانون العمل المصري يضمن كل المبالغ المستحقة للعامل من رواتب وتعويض مكافئة الخدمة كما انه لا يقتصر على مدة معينة كما في القانون المدني الذي اقتصرها عن الستة اشهر الاخيرة، القاضي مدحت المحمود، مصدر سابق، ص ١٩٤، د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٩٦٠، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٦٩٤، د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٣١٦، د. السيد محمد السيد عمران، مصدر سابق، ص ٣١٢.

ضمن الحدود التي يضعها القانون^(١) حيث نصت الفقرة أولاً من المادة "٢١٠١" على امتياز المصروفات القضائية ونصت الفقرة ثانياً على الامتياز الجنائي أي مصاريف الدفن ونصت الفقرة ثالثاً على امتياز نفقات المرض الاخير ونصت الفقرة رابعاً على امتياز الاجراء كما نصت الفقرة خامساً على امتياز توريد المواد^(٢).

٣- أما حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على المنقول وتكون متأخرة في المرتبة فتشمل امتياز المصروفات الزراعية^(٣) وامتياز المبالغ المستحقة في مقابل الآلات الزراعية ويأتي امتيازها في المرتبة الخامسة وفقاً للمادة "١٣٧٣"^(٤) مع ملاحظة ان مصروفات الزراعة تستوفي من ثمن المحصول^(٥) ومقابل الآلات الزراعية يستوفي من ثمن الآلات^(٦)، وامتياز مؤجر العقار الذي نصت عليه المادة "١٣٧٤"^(٧)، وللقضاء تطبيقات في هذا المجال، وجاء ذلك في قرار لمحكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية يتضمن "تستوفي اجرة المباني والاراضي الزراعية لثلاث سنوات او دون ذلك من ثمن الاموال المثقلة بحق الامتياز بعد الديون الواردة في المواد السابقة"^(٨)، وامتياز صاحب الفندق وفقاً للمادة "١٣٧٥"^(٩) ويتمتعان بنفس المرتبة وهي السادسة فإذا تزامن الحقان قدم الاسبق في

(١) جاك ميتر و عمانويل بوتمان ومارك بيو، مصدر سابق، ص ٢٣٩.

(٢) جاك ميتر و امانويل بوتمان ومارك بيو، المصدر نفسه، ص ١٢٢.

(٣) ولا يضمن امتياز المصروفات الزراعية القروض التي يقترضها المزارع لزراعة الارض وفقاً للمادة "١٣" وما بعدها من قانون حقوق وواجبات الزراع رقم "٢٨" لسنة ١٩٣٣ م.

(٤) وتقابلها المادة "١١٤٢" من القانون المدني المصري.

(٥) وقد ايدت محكمة الاستئناف المصرية هذا الامتياز وأشارت الى ان المبالغ المصروفة في اعمال الزراعة والحصاد هي المبالغ المصروفة في البذر والسماذ ومواد التخصيب الاخرى والمواد المقاومة للحشرات وجميع المبالغ المصروفة في اعمال الزراعة والحصاد، ينظر قرارات محكمة الاستئناف المختلط في ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م، وفي ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م، وفي ٢٠ مايو سنة ١٩٣٩ م، اشار الى هذه القرارات د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٩٦٧.

(٦) د. محمد طه النشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٥٩٥، د. السيد محمد السيد عمران، مصدر سابق، سابق، ص ٣١٦.

(٧) وتقابلها المادة "١١٤٣" من القانون المدني المصري، والفقرة ثالثاً من المادة "٢١٠٢ - ٤" من القانون المدني الفرنسي.

(٨) ينظر القرار التمييزي المرقم ٥١٥/تنفيذ/١٩٩٠، الصادر من محكمة استئناف منطقة بغداد في ١٢/٧/١٩٩٠ م، اشار اليه القاضي مدحت المحمود، شرح قانون التنفيذ، ص ١٩٤.

(٩) وتقابلها المادة "١١٤٤" من القانون المدني المصري، والمادة "٢١٠٢ - ٥" من القانون المدني الفرنسي.

التاريخ^(١)، وامتياز بائع المنقول الذي نصت عليه المادة "١٣٧٦"^(٢) وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدة^(٣)، وامتياز المتقاسم في المنقول وفقاً للمادة "١٣٧٧"^(٤)، وامتيازهما من المرتبة السابعة فإذا فإذا تزاخما قدم الأسبق، وإذا كانت القسمة بعد البيع قدم امتياز البائع، أما إذا كان البيع بعد القسمة قدم امتياز المتقاسم^(٥).

ثانياً: حقوق الامتياز الخاصة على العقار.

وتشمل هذه الفئة من الامتيازات على ثلاثة انواع من الامتيازات، الامتياز الأول هو ما يستحق لبائع العقار او مفرغه بالنسبة للأراضي المملوكة للدولة او حق نفقتها للأفراد من الثمن وملحقاته له حق امتياز على العقار المبيع والمفرغ ويجب ذكر الامتياز في قيد العقار ويكون مرتبته من وقت التسجيل وفقاً للمادة "١٣٧٨" من القانون المدني^(٦) والمادة "٣٢٨" من قانون التسجيل العقاري^(٧)، أما في القانون المصري فأن هذا الامتياز لا يسري في مواجهة الغير إلا إذا اشهر، وشهر الامتياز يحصل بالقيد، وشأن الامتياز هنا شأن كل الحقوق العينية التبعية التي تقع على العقار وفقاً للمادة "١٢" من قانون الشهر، ويجب قيد الامتياز ولو كان البيع مسجلاً وتحسب مرتبته من وقت

(١) د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، المصدر نفسه، ص ٦٠٩، د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق،

سابق، ص ٣٤٢، د. السيد محمد السيد عمران، المصدر نفسه، ص ٣٢٢.

(٢) وتقابلها المادة "١١٤٥" من القانون المدني المصري، والمادة "٢١٠٢ - ٤" من القانون المدني الفرنسي.

(٣) وإيد القضاء العراقي هذا الامتياز في القرار التمييزي المرقم ٤٣٣/تف/١٩٨٩ الصادر من محكمة استئناف منطقة بغداد في ١٩٨٩/٨/٥م، الذي يتضمن "ان ما يستحق لبائع المنقول من ثمن وملحقات يكون له حق امتياز على المبيع ويبقى هذا الامتياز ما دام المبيع محتفظاً بذاتيته"، اثار اليه القاضي مدحت المحمود، المصدر نفسه، ص ١٩٥.

(٤) وتقابلها المادة "١١٤٦" من القانون المدني المصري، والفقرة ثانياً من المادة "٢١٠٣ - ١" الخاصة بالامتياز المتعلق بالمنقول بالمنقول في بيوعات متعاقبة من القانون المدني الفرنسي.

(٥) د. عبد الرزاق احمد السنهاوي، مصدر سابق، ص ٩٩٦، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٦١٦، د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٣٥٠، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٧٥٦.

(٦) أما مشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري فليس له حق امتياز في حالة استعادة ثمن العقار في حالة بيع العقار قبل نقل ملكيته إليه بناءً على طلب دائني مالك العقار على ثمن هذا العقار عند تزاخمه مع باقي الدائنين، لأن القانون اعطى الامتياز لدين بائع العقار بالنسبة لثمنه او ما تبقى من الثمن بشرط تسجيل هذا الدين في مديرية التسجيل العقاري المختصة، لان عقد بيع العقار هو عقد شكلي ولا ينعقد إلا إذا سجل في مديرية التسجيل العقاري وأفراغ الارض الاميرية لا يعد معتبراً إلا إذا تم تسجيله في مديرية التسجيل العقاري وفقاً للمواد "١٢٠٣" و "٥٠٨" من القانون المدني.

(٧) وتقابلها المادة "١١٤٧" من القانون المدني المصري، والمادة "٢١٠٣ - ١" من القانون المدني الفرنسي.

القيد^(١) وللقضاء تطبيقات في هذا المجال^(٢)، اما الامتياز الثاني فهو امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم تشييد ابنية أو منشآت أو اعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها لها حق امتياز على هذه المنشآت بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الاعمال في قيمة العقار وقت بيعه، ويجب تحرير سند بهذه الاعمال والمبالغ المستحقة في مقابلها وتسجيل هذا الامتياز في مديرية التسجيل العقاري المختصة وتكون مرتبة الامتياز من وقت تسجيل الامتياز في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للمادة "١٣٧٩"^(٣) ويتقدم صاحب هذا الامتياز على حق المرتبة للأرض التي اقيمت عليها هذه المنشآت وفقاً للمادة "١٣٧٩"^(٤)، ويجب تحرير سند بالأعمال التي اجريت من قبل المقاول والمهندس المعماري والمبالغ التي تستحق مقابلها لثبوت الامتياز وتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، ويحدد هذا الامتياز من وقت القيد وفقاً لما نص عليه المشرع المصري^(٥)، اما الامتياز الثالث فهو امتياز المتقاسم في العقار الذي نصت عليه المادة "١٣٨٠"^(٦) والغرض من هذا الامتياز كما في امتياز المتقاسم في المنقول تحقيق المساواة بين المتقاسمين لضمان الوفاء بالديون الناتجة من القسمة

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، المصدر نفسه، ص ٩٩٨، د. عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر نفسه، ص ٧٩٠، د. سمير عبد السيد تناعو، المصدر نفسه، ص ٣٥١، د. السيد محمد السيد عمران، مصدر سابق، ص ٣٢٥.

(٢) وجاء ذلك في القرار التمييزي المرقم ٣٢٩/٣٧٤/تنفيذ/١٩٨٩ الصادر من محكمة استئناف منطقة بغداد في ١٩/٧/١٩٨٩م الذي تضمن "يستحق بائع العقار أو مفرغه بالنسبة للأراضي المملوكة للدولة وحق منفعتها من الثمن وملحقاته حق امتياز على العقار المبيع والمفرغ وتكون مرتبته من وقت التسجيل في مديرية التسجيل العقاري"، اشار اليه القاضي مدحت المحمود، مصدر سابق، ص ١٩٥.

(٣) وتقابلها المادة "١١٤٨" من القانون المدني المصري.

(٤) وجاء ذلك في القرار التمييزي المرقم ١١٤/تنفيذ/١٩٨٩ الصادر من محكمة استئناف منطقة بغداد في ١٩/٣/١٩٨٩م، والقرارات الصادرة من نفس المحكمة بهذا الخصوص المرقمة ٨٨٤/تنفيذ/١٩٨٨ في ٢١/١١/١٩٨٨م، والقرار المرقم ١٧٤/تنفيذ/٩٨٩ في ٤/٤/١٩٨٩م، والقرار المرقم ١٦/تنفيذ/٨٨/٧٨ في ١/١١/١٩٨٩م، والقرار المرقم ٦٩٥/تنفيذ/١٩٩٠ في ٢٢/٩/١٩٩٠م، اشار الى هذه القرارات القاضي مدحت المحمود، مصدر سابق، ص ١٩٥.

(٥) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، مصدر سابق، ص ١٠٠١، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٦٢٤، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٣٥٥، د. السيد محمد السيد عمران، مصدر سابق، ص ٣٢٦.

(٦) وتقابلها المادة "١١٤٩" من القانون المدني المصري والمادة "٢١٦٦" من القانون المدني الفرنسي.

او بسببها، ويجب تسجيل حق الامتياز هذا وتحسب مرتبته من وقت التسجيل، ووفقاً للقانون المدني المصري تتحدد مرتبته من وقت القيد^(١).

اما آراء فقهاء المذاهب الاسلامية بهذا الشأن، ففي البدء الفقه الإسلامي لم يفرق بين الأموال المنقولة وغير المنقولة في جعل أصناف من أصحاب الحقوق على المدين مقدم على غيرهم على كل حال، ورغم الاختلاف الفقهي الواقع بين المذاهب الإسلامية فيها فإن الكثير منها محل اتفاق، فقد اتفقت كلمتهم على تقديم ما انفقه الحاكم في تحصيل وحفظ وبيع أموال الدائن مقدمة على غيرها فقالت الإمامية: "ويقدم على الديون أجرة الكيال والحمال وما يتعلق بمصلحة الحجر"^(٢)، ومن الشافعية: "أجرة الكيال والوزان والحمال والمنادى والدلال وكرى البيت الذي يوضع فيه المتاع فهذه المؤنات مقدمة على ديون الغرماء لأنها لمصلحة الحجر"^(٣)، وكذلك من الحنابلة: "يعطي المنادي وحافظ المتاع، وحافظ الثمن أجرته من مال المفلس لأنه حق على المفلس لكونه، طريقاً إلى وفاء دينه، فمؤنته عليه"^(٤)، وكذلك المالكية: "كما أن أجرة الثمن أي أجرة كيله أو وزنه أو عده قوله: (على فاعلها) أي البائع"^(٥)، أما الحنفية فقد خالفوا جمهور المسلمين في أنهم لا يقولون بجواز الحجر على الحر: "وليس وليس للقاضي أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه"^(٦) ولكنهم قالوا بأن هذه النفقات هي على البائع: "وعلى هذا تخرج أجرة الكيال والوزان والعداد والذراع والذراع ... انها على البائع"^(٧)، فيكون المحصل واحداً.

وكذلك اتفقت فقهاء الامامية والحنابلة والحنفية وبعض الشافعية على أن نفقة المحجور وعياله مقدمة على غيرها وكذلك كفنه وتجهيزه إذا توفي أو زوجته واختلفوا في مقداره والأشهر بينهم إعطاؤه

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ١٠٠٦، د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٦٢٦، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٧٧٠، د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٣٥٧.

(٢) أحمد الارديلي، مصدر سابق، ط ١، ج ٩، ص ٢٤٧.

(٣) الرافعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج ١٠، ص ٢٠٩.

(٤) البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج ٣، ص ٥٠٨.

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٤٥.

(٦) الكاساني، كتاب بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٤٨.

(٧) الكاساني، المصدر نفسه، ج ٥، ص ٢٤٣.

إلى اليوم الذي يتم فيه البيع فقالت الإمامية: "ويجرى عليه نفقته مدة الحجر ونفقة من تجب عليه نفقته بالمعروف وكسوته جار عادة أمثاله إلى يوم القسمة"^(١)، وكذلك من المتأخرين: "ينفق على المفلس من ماله إلى يوم القسمة وعلى عياله ولو مات قدم الكفن وغيره من واجبات التجهيز"^(٢)، وقال من الشافعية: "وإذا قام الغرماء على رجل فأرادوا أخذ جميع ماله ترك له من ماله قدر ما لا غناء به عنه، وأقل ما يكفيه وأهله يومه من الطعام والشراب ... وإن مات كفن من ماله قبل الغرماء وحفر قبره بأقل ما يكفيه"^(٣) وضعف الشافعي بعدها كون النفقة إلى أكثر من ذلك، ومن الحنابلة ابن قدامة على نفس المنوال إذا لم يكن كاسباً: "وإن لم يكن ذا كسب أنفق عليه من ماله مدة الحجر ... تُقدم أيضاً نفقة من تلزمه نفقته من أقاربه مثل الوالدين والمولودين وغيرهم ممن تجب نفقتهم ... وإن مات المفلس كفن من ماله"^(٤)، أما المالكية وبعض الشافعية فقد اختلفوا في ذلك وقالوا بتقديم حق الغير على نفقته وكفنه وكفنه ونحوها مثل: "فإن تعلق بعين التركة حق (كالزكاة) ... (والمرهون) ... سواء أحرر على المشتري قبل موته أم لا لتعلق حق فسخ البائع به، (قدم) ذلك الحق على مؤنة تجهيزه"^(٥)، ومن المالكية: "يخرج من تركة الميت: حق تعلق بعين: كالمرهون، و... ثم مؤن تجهيزه بالمعروف"^(٦).

الفقرة الثانية: الديون الممتازة في القوانين الخاصة.

ينص قانون التنفيذ والقوانين الخاصة كقانون المحاماة العراقي رقم "١٧٣" لسنة "١٩٦٥م" وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم "٣٩" لسنة "١٩٧١م" وقانون رعاية القاصرين رقم "٧٨" لسنة "١٩٨٠م" وغيرها من القوانين الخاصة التي سيأتي ذكرها على عدد من الديون ديوناً ممتازة الى جانب الديون المقرر امتيازها في نصوص القانون المدني، وإن قانون التنفيذ والقوانين الخاصة الاخرى شأنها شأن القانون المدني لا تقر امتياز لدين من الديون الا إذا كان هناك نص في القانون يصرح بامتياز او تفصح طبيعة الدين عن هذا الامتياز وتخول صاحبه حق التقدم في استيفاء دينه

(١) العلامة الحلي، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٤٦.

(٢) السيد أبو القاسم الخوئي، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٨١.

(٣) الشافعي، كتاب الأم، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٠٦.

(٤) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٩٢-٤٩٣.

(٥) الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤.

(٦) خليل بن اسحاق الجندي، مصدر سابق، مختصر خليل، ص ٢٦٩.

متقدماً على غيره من الدائنين، ومما تقدم فإن هنالك نصوصاً في قانون التنفيذ والقوانين الخاصة قد اشارت الى امتياز عدد من الديون، وعلى من له مصلحة في اعتبار دينه ممتازاً ان يوضح ذلك الامتياز ويشير اليه اثناء التنفيذ.

حيث تنص المادة "١٠٨" من قانون التنفيذ على "١- لا يتحقق امتياز الدين إلا بنص في القانون او كان مدوناً بصورة صريحة في المحرر التنفيذي. ٢- تعد ديون الدولة والقطاع العام ومتراكم نفقة الزوجة والأولاد والوالدين المحكوم بها والمنفذة في مديريات التنفيذ ديوناً ممتازة من الدرجة الأولى وتستوفي قبل اي دين اخر ولو كان ممتازاً موثقاً برهن" يتضح من النص اعلاه ان قانون التنفيذ لا يقر امتيازاً لأي دين من الديون إلا إذا كان هناك نص في قانون يصرح بامتياز، او ان الامتياز يفصح عنه طبيعة الدين في سنده المنفذ كأن يكون الدين موثقاً برهن تأميني او رهن حيازي ثابت التاريخ حيث يكون للدائن المرتهن استيفاء دينه من ثمن المال المرهون متقدماً على غيره من الدائنين وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدّة^(١)، وان قانون التنفيذ لا يعترف بأي امتياز لأي دين إلا إذا استند على نص في القانون او على صفة في الدين مدونة في سند ثابت التاريخ يجعل دينه ممتازاً ويخوله حق التقدم باستيفاء دينه متقدماً على غيره من الدائنين، والديون الممتازة وفقاً لقانون التنفيذ هي ديون الدولة والقطاع العام وان امتيازها يعدّ من الدرجة الأولى وتستوفي قبل اي دين اخر حتى ان كان موثقاً برهن او ممتازاً^(٢)، ومن هذه الديون ديون مصرف الرافدين لأنه مصرف حكومي استناداً إلى قانونه ولل قضاء تطبيقات في هذا المجال^(٣)، وتعدّ وفقاً لقانون التنفيذ حقاً ممتازة المصاريف التنفيذية التي انفقها الدائن في سبيل تحصيل الدين ومنها مصاريف الحجز ونفقات النشر ومبلغ الضريبة المتحققة على العقار المبيع وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدّة^(٤) وتستقطع مديرية التنفيذ

(١) وجاء في القرار التمييزي لمحكمة استئناف منطقة بغداد يتضمن "يكون للدائن المرتهن حق استيفاء دينه متقدماً على غيره من الدائنين إذا كان الدين موثقاً برهن حيازي" ينظر القرار التمييزي المرقم ٢٣٤/تنفيذ/١٩٨٧ الصادر من محكمة استئناف بغداد بتاريخ ١/١٢/١٩٨٧م، اشار اليه القاضي مدحت المحمود، مصدر سابق، ص ١٩٨.

(٢) وهذا النص يعتبر مكملاً لنص المادة "١٣٧٠" من القانون المدني.

(٣) ينظر القرار التمييزي المرقم ٤٨٠/تنفيذ/١٩٨٩ الصادر من محكمة استئناف منطقة بغداد بتاريخ ٢٩/٨/١٩٨٩م، اشار اليه القاضي مدحت المحمود، مصدر سابق، ص ١٩٨.

(٤) ينظر القرار التمييزي المرقم ١٦٩٥/تنفيذ/١٩٩٠ الصادر من محكمة استئناف منطقة بغداد بتاريخ ٢٢/٩/١٩٩٠م، وجاء في قرار اخر لنفس المحكمة مفاده "على المنفذ العدل التأكد من صحة سبب الدين الممتاز قبل منحه الامتياز كونه يؤثر على بقية الديون"، ينظر القرار التمييزي المرقم ٢٤٢/تنفيذ/١٩٩٠ الصادر من محكمة استئناف بغداد بتاريخ ٨/٤/١٩٩٠م، اشار الى هذان القراران القاضي مدحت المحمود، المصدر نفسه، ص ١٩٨.

هذه المصاريف قبل اي دين وتعاد لمن انفقها من الدائنين وإذا كانت الديون ممتازة و عادية يستوفي الدائنون الممتازون ديونهم أولاً ثم يوزع الباقي على اصحاب الديون العادية وفقاً للمادة "١١١" من قانون التنفيذ^(١)، كما نصت المادة "١٠٩" منه ان الفائدة القانونية المحكوم بها في الحكم المنفذ تتبع اصل الدين من حيث حقوق الامتياز، وتعدّ النفقة غير المتراكمة والمحكوم بها في ذمة المدين ديناً ممتازاً^(٢) وتجدر الاشارة إلى ان اسبقية احد الدائنين في حجز اموال المدين لا يمنحه حق امتياز وفقاً للمادة "١١٠" من قانون التنفيذ^(٣).

ويرى الفقه انه يتم احتساب الفائدة من التاريخ المحدد في الحكم ولحين تاريخ توزيع حصيلة التنفيذ، اي ان الفائدة المحكوم بها في الحكم المنفذ تعدّ من جنس الدين المنفذ وتكتسب صفته وتكون ممتازة او عادية حسب صفة الدين الأصلي^(٤).

كما نص المشرع العراقي على حقوق امتياز متعددة ومتنوعة غير التي نص عليها في قانون التنفيذ حيث تنص المادة "٦٤" من قانون المحاماة رقم "١٧٣" لسنة "١٩٦٥م" على "١ - لأتعاب المحامي حق امتياز من الدرجة الأولى على ما آل إلى موكله من اموال نتيجة الدعوى او العمل موضوع التوكيل. ٢ - لأتعاب المحاماة المحكوم بها في الأعلام حق امتياز من الدرجة الأولى ولا تدفع إلا للمحامي الوكيل نفسه في المحاكم ودوائر التنفيذ وتعدّ جزءاً من الاتعاب المتفق عليها ولا يجوز حجزها إلا عن ديون الحكومة والنفقات الشرعية والمهر"، ومن اجل تطبيق وتنفيذ الفقرة أولاً من المادة اعلاه ينبغي صدور حكم لمصلحة المحامي على موكله يتضمن الزام الموكل بمبلغ من المال

(١) حيث تعتبر الفقرة أولاً من المادة "١١١" من قانون التنفيذ مكملة للمادة "١٣٦٩" من القانون المدني.

(٢) ويعتبر هذا الامتياز متفقاً مع الامتياز الوارد في الفقرة أولاً تسلسل "ج" من المادة "١٣٧٢" من القانون المدني التي تعطي للنفقة المستحقة في ذمة المدين لمن تجب نفقتهم عليه ويقدر ما هو مستحق منها في السنة شهور الأخيرة امتيازاً على اموال المدين من منقول وعقار، اما النفقات المتراكمة الاخرى والمتجمعة عن الفترة الزمنية التي تتجاوز السنة اشهر او السابقة على تنفيذ الحكم الصادر بالنفقة فيجري تنفيذها وفقاً للإجراءات التنفيذية الأخرى، القاضي عبود صالح مهدي التميمي، مصدر سابق، ص ٢١٠.

(٣) تنص المادة "١١٠" من قانون التنفيذ على "١- ان اسبقية احد الدائنين في حجز اموال المدين لا يمنحه حق امتياز لدينه. ٢- إذا استند الحجز المتأخر على حكم مبني على اقرار شفهي او على نكول عن اليمين او على اقرار تحريري لم يثبت رسمياً ان تاريخه يسبق او يوافق الحجز المتقدم فليس للحاجز المتأخر المشاركة في الأموال المحجوزة، بل له ان يستوفي دينه من اموال المدين الاخرى. ٣- تطبق احكام الفقرة ثانياً من هذه المادة، إذا استند الحجز المتأخر على محرر لم يثبت رسمياً ان تاريخه يسبق او يوافق الحجز المتقدم".

(٤) القاضي عبود صالح مهدي التميمي، مصدر سابق، ص ٢٠٩، القاضي مدحت المحمود، مصدر سابق، ص ١٩٨.

عن اتعاب المحامي الوكيل في الدعوى التي ترفع فيها الوكيل عن موكله، وإن وجود المحرر الثابت التاريخ يتضمن اقرار الموكل بانشغال ذمته للمحامي الوكيل عن اتعاب المحاماة بالنسبة للدعوى التي ترفع فيها نيابة عن موكله، ففي هاتين الحالتين إذا نفذ المحامي الحكم الصادر على موكله او المحرر الموصوف فإن المبلغ المذكور في الحكم او المحرر يكون له حق امتياز على المبلغ الذي حصل عليه الموكل نتيجة الدعوى التي ترفع المحامي فيها، وللقضاء تطبيقات في هذا المجال^(١) اما بالنسبة للفقرة ثانياً من المادة اعلاه فإنها تخص اتعاب المحامي التي حكمت المحكمة بها للمحامي على خصم موكله في اعلام الحكم الصادر لصالح موكله، كما تعتبر ديون مؤسسة التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال وأي مبلغ لها ديون ممتازة ويطبق في تحصيلها عند الاقتضاء قانون جباية الديون المستحقة للحكومة وهذا ما نصت عليه الفقرة "ج" من المادة "٢١" من قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم "٣٩" لسنة "١٩٧١م"، كما وتعتبر ديون دائرة رعاية القاصرين من الديون الممتازة، وفي حالة تعذر استيفائها لأي سبب كان تستوفى وفقاً لأحكام قانون تحصيل الديون الحكومية وهذا ما نصت عليه المادة "٩٩" من قانون رعاية القاصرين رقم "٧٨" لسنة "١٩٨٠م"، وهناك نصوص اخرى في قوانين خاصة تشير إلى امتياز الديون ومن له مصلحة في اعتبار دينه ممتازاً ان يوضح ذلك عند تنفيذ سنده التنفيذي في مديرية التنفيذ لإمكان اعتبار دينه ممتازاً.

اما قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فقد ورد امتياز المصروفات القضائية على المنقولات المحجوز عليها طبقاً لنص المادة "٣٦٧" من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي تقابل المادة "١١٣٨" من القانون المدني المصري، وهي مصاريف الخبرة واجرة الحارس وغيرها من المصروفات التي تعود بالمنفعة على جميع الدائنين، حيث يقوم قاضي التنفيذ بتقدير مصاريف إجراءات التنفيذ بما فيها مقابل اتعاب المحاماة ويعلن هذا التقدير في الجلسة قبل افتتاح المزايدة ويذكر في حكم ايقاع البيع ولا يجوز المطالبة بأكثر مما ورد في امر تقدير المصاريف ولا يصح اشتراط خلاف هذا الامر وفقاً للمادة "٤٣٤" مرافعات، وبداية يحدد القاضي مصاريف الحجز والبيع والتوزيع وهذه المصاريف لها اولوية على أي حق ولو كان مضموناً برهن او كان ممتازاً أما باقي حقوق

(١) حيث قضت محكمة استئناف بغداد في قرار لها يتضمن "عدم جواز دمج اتعاب المحامي مع المبلغ الذي يخص موكله عند توزيع حصيلة التنفيذ من قبل دائرة التنفيذ اذ قد يختلف هذا المبلغ من حيث صفته فقد يكون ديناً عادياً بينما اتعاب المحامي ديناً ممتازاً"، ينظر القرار التمييزي المرقم ١١٧٥ تنفيذاً ١٩٩٠ الصادر من محكمة استئناف منطقة بغداد بتاريخ ١١٨ / ١٤ / ١٩٩٠م، اشار اليه القاضي مدحت المحمود، المصدر نفسه، ص ١٩٧.

الامتياز فتكون بالترتيب المقرر في القانون الموضوعي، اما الدائنين العاديين والذين لا يتمتعون بأي حق من حقوق الامتياز فيحسب نسبة كل دين من ديونهم إلى مجموع الدين، أي قسمة غرماء^(١).

وقد نص المشرع المصري على حقوق امتياز في قوانين خاصة ايضاً غير التي نص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية منها امتياز الوكيل التجاري على البضائع المرسلّة او المسلمة اليه او المودعة عنده كما ويضمن الامتياز اجر الوكيل والمصاريف والمبالغ التي يدفعها عن الموكل وفقاً للمادة "١٥٩" من قانون التجارة رقم "١٧" لسنة "١٩٩٩م" وامتياز اتعاب المحامي وفقاً للمادة "٥٠" من قانون المحاماة رقم "٩٦" لسنة "١٩٥٧م"، وامتياز نفقات تجهيز الميت وفقاً للمادة "٤" من القانون رقم "٧٧" لسنة "١٩٤٣م" الخاص بالمواريث، وامتياز التعويض عن اصابات العمل وفقاً للمادة "٨" من القانون رقم "٨٩" لسنة "١٩٥٠م" الخاص بإصابات العمل، وامتياز الجمعيات التعاونية بالمبالغ المستحقة لها قبل اعضائها نتيجة لتعاملهم معها في حدود الاغراض المبينة في القانون رقم "٣١٧" لسنة "١٩٥٦م" او في نظامها وفقاً للمادة "٢٥" من هذا القانون^(٢).

اما القانون الفرنسي فاستناداً إلى المادة "٥٨" من قانون "١١" إذار "١٩٥٧م" اصبحت المادة "١٣١ - ٨" من قانون الملكية الفكرية في سبيل دفع العائدات المستحقة عن السنوات الاخيرة الثلاث في مناسبة التنازل عن انتاجاتهم او استعمالها من الامتياز العام للأجراء المبين في المادة "٢١٠١ - ٤" والمادة "٢١٠٤" من القانون المدني ويستهدف هذا الامتياز جميع العقود المتعلقة بحقوق المؤلف وليس عقد النشر فقط^(٣)، واعطى المرسوم الاشتراكي في "٢٩ تموز ١٩٣٩م" للأولاد الذين عملوا في استثمار زراعي عائلي كي يكون لهم على الاقل دين على خلف المستثمر وهذا الدين محمي بقوة القانون ما دام مضموناً عدا الامتياز العام المضاعف للأجراء برهن عقاري قانوني المادتان "٢١٠١ - ٤" الفقرة ثالثاً والمادة "٢١٠٤ - ٢" من القانون المدني، والمرسوم الاشتراكي لعام "١٩٣٩م" المادة "٧٣"، كما منح القانون رقم "٨٩ - ١٠٠٨" في "٣١ كانون الأول ١٩٨٩م" المادة "١٤" ايضاً الاجر المؤجل المزود بامتياز وبرهن عقاري قانوني لكامل الاجر لأحد الزوجين الباقي على قيد الحياة ورئيس مؤسسة تجارية او حرفية شارك مباشرة او بطريقة غير مباشرة في نشاط المؤسسة مدة عشر سنوات على الاقل بدون ان يقبض اجراً وليس شريكاً في الارباح والخسائر، وقد اكد هذا النص بشكل ملائم

(١) د. احمد ابو الوفاء، مصدر سابق، ص ٩٧٨، د. امينة النمر، مصدر سابق، ص ٣٣٦.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، مصدر سابق، ص ٩٢١، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٦٧٠.

(٣) جاك مستر وامانويل بوتمان ومارك بيو، مصدر سابق، ص ٤٦.

قانون "١٠ تموز ١٩٨٢م" وزود الامر الاشتراكي في "٤ تشرين الأول ١٩٤٥م" الضمان الاجتماعي بامتياز على المنقول وغير المنقول في ان واحد وحل محل الامتيازات المختلفة لصناديق المساعدة الاجتماعية التي حل محلها التنظيم الجديد وهذا الامتياز يغطي السنة المنصرمة وما يتوجب خلال السنة الجارية والبساطة التي نتجت عن انشاء امتياز وحيد كانت له ميزة حسنة وامتد هذا الامتياز على المادتين "٢٤٣ - ٤ L. و ٢٤٣ - ٥ L. من قانون الضمان الاجتماعي الذي كان منصوصاً عليه بالنسبة إلى صناديق الضمان الاجتماعي بموجب المادة "٧٣١-٣ L إلى مؤسسات التقاعد وصندوق التعاون الموازية للنظام العام^(١) وامتياز الموردين والعمال في مادة الاشغال العامة حول المبالغ المستحقة على الادارة للمقاولين المسمى امتياز بلو فيوز الذي انشئ بمرسوم "٢٦" بلو فيوز العام ولاحقاً قانون "٢٥ تموز ١٩١٨م" ثم المرسوم الاشتراكي في "٣٠ تشرين الأول ١٩٣٥م" المادتان "١٤٣ - ٦ L من قانون العمل و"١٩٣" وما يليها من قانون صفقات الدولة الحاليتان وبقي اليوم مفيداً للدائنين غير المحميين بقانون "٣١ كانون الأول ١٩٧٥م" حول المقاوله من الباطن^(٢).

اما فقهاء المذاهب الاسلامية فقد اتفقوا على تقديم صاحب الرهن على غيره من الغرماء فقالت الأمامية: "وينبغي للحاكم أن يبيد بيع الرهن لأن حق المرتهن متعلق بعينه يختص به لا يشاركه فيه أحد وربما فضل ثمنه عن دينه فيرد الفاضل مع باقي ماله على الغرماء"^(٣)، وهذا النص واضح ومعلل لكون الرهن وثيقة للدين، وقال من المتأخرين: "المرتهن أحق بالعين المرهونة من باقي الغرماء إذا صار الراهن مفلساً أو مات وعليه ديون الناس، ولو فضل من الدين شيء شاركهم في الفاضل"^(٤)، ونفس الحكم نجده عند مالك بن أنس: "ولو فلس رجل أو مات وقد ارتهن منه رجل زرعاً ... فما كان له أخذه ورد ما بقي فصار بين الغرماء بالحصص"^(٥)، أي أنه يأخذ ما يبيع به الزرع وإن بقي من دينه شيء شارك المدينون بحصصهم، ونفس الحكم قال به الشافعي: "وإذا بيع الرهن فالمرتهن أولى بثمنه

(١) جاك مستر وامانويل بوتمان ومارك بيو، مصدر سابق، ص ١١٢.

(٢) جاك مستر وامانويل بوتمان ومارك بيو، المصدر نفسه، ص ١٥١.

(٣) محمد بن الحسن بن علي الطوسي (ت ٤٦٠ هـ)، المبسوط في فقه الإمامية، تحقيق محمد تقى الكشفي، المكتبة

الرضوية، إيران، بلا ت، ج ٢، ص ٢٦٩.

(٤) السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٩٤.

(٥) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٣٥.

حتى يستوفي حقه فإن لم يكن فيه وفاء حقه حاص غرماء الراهن بما بقي من ماله غير المرهون^(١)، وجاء الحكم معللاً عند فقهاء الحنابلة فقالوا: "لأن حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معا وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين"^(٢)، وقريب منه ما قالت به فقهاء الحنفية: "وأما إذا مات الراهن فهو أحق به من سائر الغرماء فيستوفي منه دينه وما فضل فهو للغرماء"^(٣)، واتفقوا على أن من وجد من المدينين عين ماله، كان أحق به من بباقي الغرماء لعموم الحديث النبوي: "من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس فهو أحق به من غيره"^(٤)، ومثله ما روي عن الإمام الصادق (عليه السلام): "عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل باع متاعاً من رجل فقبض المشتري المتاع ولم يدفع الثمن ثم مات المشتري والمتاع قائم بعينه، فقال: إذا كان المتاع قائماً بعينه رد إلى صاحب المتاع، وقال: ليس للغرماء أن يحاصوه"^(٥)، ويدخل تحتها العديد من العناوين وسنأتي.

أما الفقه الإسلامي فنجد أنه عدد الديون الممتازة في بعض النصوص منها ما يصلح للانطباق على كثير من المصادق وقد يكون أهم تلك النصوص الحديث النبوي: "من وجد ماله بعينه"^(٦) فقد استفاد من ذلك الفقهاء في تفرعات عديدة منها معناه الحرفي في أن من باع سلعة ولم يقبض ثمنها فأفلس صاحبه ووجد السلعة أو المتاع أو الأرض لم يتصرف به المفلس فللبائع الخيار في استرجاعها أو الدخول مع الغرماء وهذا ما قالته جميع الفرق الإسلامية^(٧) باستثناء الحنفية: "و اشتري متاعاً فأفلس والمتاع في يده فالذي باعه المتاع أسوة الغرماء فيه"^(٨).

(١) الشافعي، كتاب الأم، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٧٣.

(٢) عبد الرحمن بن قدامة، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٩٩.

(٣) الطوري، تكملة البحر الرائق، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٢٧.

(٤) محمد بن اسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ)، الصحيح، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٨١م، ج ٣، ص ٨٦.

(٥) محمد بن الحسن الحر العاملي (ت ١١٠٤هـ)، تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، تحقيق مؤسسة

آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ١٤١٤هـ، ط ٢، ج ١٨، ص ٤١٤.

(٦) البخاري، الصحيح، مصدر سابق، ج ٣، ص ٨٦.

(٧) العاملي، مفتاح الكرامة، مصدر سابق، ج ١٦، ص ٣١٨، ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢١٣.

مختصر خليل، مصدر سابق، ج ١، ص ٢٠٢، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٥٧.

(٨) الطوري، تكملة البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٥٢.

ومنها ما قالته فقهاء الأمامية بأن الزكاة والخمس إذا كانا قد عينهما المفلس أو الميت ولم يكن قد أوصلهما لمستحقيها فإنهما مقدمان على باقي الغرماء: "وإذا كان في التركة عين زكوية قدمت الزكاة على الديون وكذلك الخمس، وإذا كانا في ذمة الميت كانا كسائر الديون"^(١)، أما الشافعي فلم يفرق أن تكون الزكاة عينت أم لا: "وإذا مات الرجل وقد وجبت في ماله زكاة وعليه دين وقد أوصى بوصايا، أخذت الزكاة من ماله قبل الدين والميراث والوصايا"^(٢).

ومنها تقديم ما كان له عقد استئجار منفعة مع المفلس وقد قبض أجرها فقال علماء الأمامية: "ولو أفلس المؤجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ، بل يقدم المستأجر بالمنفعة، كما يقدم المرتهن"^(٣)، وقال فقهاء الشافعية قريب من ذلك: "وان أفلس المكري بعد تعيين ما أكرهه فلا فسخ بل يقدم المستأجر بالمنفعة لتعلق حقه بعين الدابة كما يقدم المرتهن"^(٤)، وقريب من ذلك ما جاء عن مالك وخالفهم أنه في كراء الدابة لا غير^(٥)، ومن ذلك أجر الأجير إذ قالت الشافعية: "أن للقصار والخياط حبس الثوب حتى يقبض أجرته فيقدم بأجرته من ذلك الثوب على الغرماء"^(٦) والقصار الذي يقصر ألوان الملابس، وغير بعيد من ذلك قالت به المالكية: "وقال مالك كل من استؤجر زرع أو نخل أو أصل يسقيه فسقاه ثم فليس صاحبه فساقية أولى به من الغرماء حتى يستوفي حقه وإن مات رب الأصل أو الزرع فالمساقى أسوة الغرماء"^(٧)، وكذلك السرخسي من الحنفية: "والحاصل أن كل أجير يكون أثر عمله قائما في المعمول كالنساج والقصار والصباغ والفتال فله حق الحبس"^(٨).

(١) السيد أبو القاسم الخوئي، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٨٠.

(٢) الشافعي، كتاب الأم، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٦.

(٣) العلامة الحلبي، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٤٩.

(٤) الرافعي، فتح العزيز، مصدر سابق، ج ١٠، ص ٢٣٧.

(٥) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٣٩.

(٦) عبد الحميد الشرواني (ت ١١١٨ هـ)، حواشي الشرواني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج ٥، ص ١٢٩.

(٧) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ص ٢٤١.

(٨) السرخسي، المبسوط، ج ١٥، ص ١٠٦.

الفرع الثاني

توزيع حصيلة التنفيذ

إذا كانت حصيلة التنفيذ تكفي لتسديد الدائن أو الدائنين جميع حقوقهم إذا كانوا متعددين فلا توجد مشكلة، أما إذا كانت الديون متفاوتة بالدرجات، كأن تكون بعضها ديوناً ممتازة بدرجات مختلفة وتوجد ديون عادية بعضها متقدم على بعض بحسب ثبوت تاريخها أو سندها أو من بينها احكاماً نفذت وكانت قد صدرت بناءً على اقرار شفهي أو نكول عن اليمين من المدين أو مستندة على اقرار تحريري لم يثبت تاريخه ان كان يسبق أو يوافق الحجز المتقدم وان حصيلة التنفيذ لا تغطي هذه الديون، عندها يصدر رئيس دائرة التسجيل العقاري قراراً بتوزيع بدل المبيع على اصحاب الديون المتحققة على العقار المبيع في دائرته وفقاً للقواعد المقررة قانوناً كما يقوم المنفذ العدل بتوزيع بدل المبيع على اصحاب الديون المتحققة على المنقول المبيع في دائرته وفقاً للمادة "١١١" من قانون التنفيذ، ولتوضيح ذلك سنقسم هذا الفرع على الفقرتين التاليتين:

الفقرة الاولى: طرق توزيع حصيلة التنفيذ.

إذا كان للمدين دائن واحد أو عدة دائنين وكانت حصيلة التنفيذ كافية للوفاء بهذه الديون تقوم مديرية التسجيل العقاري أو مديرية التنفيذ بتسليم الدائن أو الدائنين ديونهم مع المصاريف والفوائد إن وجدت من حصيلة التنفيذ وإن بقي منها شيئاً تعيده للمدين، وفي حالة عدم كفاية حصيلة التنفيذ وكان هناك دائن واحد فتعطى له الحصيلة ويكون له ان ينفذ على اموال المدين الاخرى ليستوفي ما بقي من حقه، أما إذا كان للمدين عدة دائنين ممتازين أو دائنين عاديين ولم تكف حصيلة التنفيذ بديونهم فتستوفي أولاً المصاريف التنفيذية وإذا بقي شيء فيوزع على الدائنين على طريقتين حسب اختلاف الديون، الطريقة الأولى هي طريقة التوزيع النسبي أو قسمة غرماء، والطريقة الثانية هي طريقة التوزيع الترتيبي أو على حسب الدرجة^(١)، وسيتم توضيح طرق التوزيع كالتالي:

(١) علي مظفر حافظ، مصدر سابق، ص ٤٠٥، د. ادم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص ٢٥١، القاضي عيود صالح مهدي التميمي، مصدر سابق، ص ٢١٢، القاضي مدحت المحمود، مصدر سابق، ص ٢٠١، د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ٢٥٤ و ٢٥٥، د. سيد احمد محمود، مصدر سابق، ص ٢٩.

أولاً: طريقة التوزيع النسبي أو قسمة غرماء.

لتوضيح طريقة التوزيع النسبي أو قسمة غرماء أي القسمة بنسبة مقدار كل دين نشرح المثال التالي:

إذا كانت حصيللة التنفيذ مبلغاً مقداره ٣٠٠٠ دينار وكانت هنالك ثلاث ديون على الدائن، الأول ٢٥٠٠ دينار والثاني ٥٠٠ دينار والثالث ٢٠٠٠ دينار، فيكون مجموع هذه الديون ٥٠٠٠ دينار، أي ان حصيللة التنفيذ لا تكفي لسداد جميع الديون بصورة كاملة ويجري تقسيم حصيللة التنفيذ على الدائنين قسمة غرماء، وقسمة الغرماء تكون على النحو الاتي، يضرب مقدار دين كل دائن بحصيللة التنفيذ ويقسم على مجموع دين الدائنين جميعهم وفق العملية الحسابية ادناه:

$$\begin{aligned} \frac{3000}{5000} \times 2500 &= 1500 \text{ حصة الدائن الأول.} \\ \frac{3000}{5000} \times 500 &= 300 \text{ حصة الدائن الثاني.} \\ \frac{3000}{5000} \times 2000 &= 1200 \text{ حصة الدائن الثالث.} \end{aligned}$$

وهكذا في كل تقسيم إذا كانت حصيللة التنفيذ تقل عن مجموع الديون، اما ما تبقى من ديون فتستحصل من المدين من امواله الاخرى ان وجدت وفقاً لقانون التنفيذ.

ثانياً : طريقة التوزيع الترتيبي او على حسب الدرجة .

يفترض وفقاً لطريقة التوزيع هذه ان يكون الدائنون المشتركون في التوزيع اصحاب حقوق عينية تبعية، أي اصحاب رهن تأميني أو رهن حيازي أو حق امتياز، فهذه الطريقة لا تتبع عند وجود دائنين عاديين، ولتوضيح ذلك نشرح المثال التالي:

إذا كانت الديون كلها ممتازة إلا انها في مراتب مختلفة كأن يكون بعضها ممتازاً بامتياز عام وبعضها الاخر ممتازاً بامتياز خاص حيث يرجح صاحب الامتياز الخاص على صاحب الامتياز العام، مثلاً لو كان الشخص مديناً لشخصين احدهما بدل رهن والثاني نفقة ولده الصغير، فعند بيع المرهون يستوفي المرتهن بدل الرهن أولاً وما بقي يعطى لصاحب النفقة، لان دين الرهن ممتازاً بامتياز خاص ودين النفقة ممتازاً بامتياز عام، وكذلك الحال لو كان الشخص مديناً لشخصين دين احدهما

ممتاز بامتياز عام وخاص ودين الاخر ممتاز بامتياز خاص او عام حيث يرجح عند التوزيع الدين الأول على الثاني^(١).

اما إذا كانت الديون عادية وممتازة ، فيستوفي الدائنون الممتازون ديونهم أولاً وفقاً لطريقة التوزيع حسب الترتيب او على حسب الدرجة، ثم يوزع الباقي على اصحاب الديون العادية وفقاً لطريقة قسمة الغرماء او طريقة التوزيع النسبي، وسيتم توزيع قسمة حصيلة التنفيذ عند اختلاف الديون من خلال المثال التالي:

نشرح هذا المثال لتوضيح كيفية توزيع حصيلة التنفيذ على ديون مختلفة في المرتبة بعضها ممتاز بمرتبة متقدمة وبعضها الاخر ممتاز بمرتبة متأخرة، والبعض الاخر ديون عادية، فإذا كانت حصيلة التنفيذ المتحصلة عن بيع العقار المرهون ٣٥٦٠٠ دينار، وكانت على المدين مالك العقار ستة ديون، الأول مصرف الرافدين بمبلغ ١٤٠٠٠ دينار، والثاني الدائن المرتهن للعقار بمبلغ ١٧٠٠٠ دينار، والثالث الدائن (أ) بمبلغ ٥٠٠٠ دينار دين عادي سواء كان حكماً منفذاً او دين عادي، والرابع الدائن (ب) بمبلغ ٣٠٠٠ دينار دين عادي سواء كان حكماً او محرراً تنفيذياً، والدائن (س) طلب اشتراكه بحصيلة التنفيذ وكان قد نفذ حكماً استند على اقرار شفهي للمدين او معلقاً على نكوله عن اليمين بمبلغ ١٠٠٠ دينار، والدائن (ص) هو الاخر طلب اشتراكه بحصيلة التنفيذ حيث نفذ محرراً تنفيذياً بمبلغ ١٠٠٠ دينار وكان المحرر المنفذ غير ثابت تاريخه رسمياً بأنه يسبق او يوافق الحجز الذي جرى على العقار المرهون للعائد للمدين والذي تم بيعه حيث يجري التوزيع كالاتي :

١- يتم حسم المصاريف التنفيذية البالغة ٦٠٠ دينار وتسدد أولاً للدائن الذي انفقها وفقاً للفقرة أولاً من للمادة "١١١" من قانون التنفيذ.

٢- يتم تسديد ديون مصرف الرافدين البالغة ١٤٠٠٠ دينار على اعتبار ان هذا الدين من ديون الدولة ذات الامتياز من الدرجة الأولى وفقاً للفقرة ثانياً من للمادة "١٠٨" من قانون التنفيذ.

٣- يتم تسديد دين الدائن المرتهن للعقار البالغ ١٧٠٠٠ دينار باعتباره ديناً ممتازاً يمنح الدائن حق التقدم على بقية الدائنين وفقاً للمادة "١٣٠٤" من القانون المدني.

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ٢٥٧.

يكون مجموع الديون المسددة ٣١٦٠٠ دينار وبعد طرح هذا المجموع من حصيللة التنفيذ باعتبار تم تسديده من الحصيللة يتبقى ٤٠٠٠ دينار توزع على الدائنين كل من (أ) و (ب) بنسبة مقدار كل دين منهما، على اعتبار ان ديونهم عادية ولا يوجد بينهما تفضيل وتكون النتيجة كالآتي:

$$٥٠٠٠ + ٣٠٠٠ = ٨٠٠٠ \text{ مجموع الدينين (أ) و (ب)}$$

$$\frac{٤٠٠٠}{٨٠٠٠} \times ٥٠٠٠ = ٢٥٠٠ \text{ نصيب الدائن (أ)}$$

$$\frac{٤٠٠٠}{٨٠٠٠} \times ٣٠٠٠ = ١٥٠٠ \text{ نصيب الدائن (ب)}$$

وينبغي على هذين الدائنين ملاحقة بقية أموال المدين ان وجدت للحصول على بقية دينهما، اما الدائنان (س) و (ص) اللذان استندا في التنفيذ والحجز على حكم مبني على اقرار شفهي من المدين او على نكول عن اليمين او على اقرار تحريري لم يثبت رسمياً ان تاريخه يسبق او يوافق الحجز الذي جرى على العقار فلا يشاركان الدائنين وانما لهما ان يستوفيا ديونهما من اموال المدين الأخرى، اما الدائنون العاديون او الممتازون ذوو المطالب غير المعلومة الذين لم يودعوا سنداتهم للتنفيذ ولم يشاركوا في حجز ما تم بيعه فلن ينالوا شيئاً ولا يحق لهم الرجوع على من شملهم التوزيع^(١).

وإذا صادف وجود حجز احتياطية على اموال المدين وتم بيع هذه الاموال، وقررت مديرية التنفيذ توزيع حصيللة هذه الاموال على الدائنين، فيمكن حجز ما يعادل الحجز الاحتياطية من حصيللة التنفيذ لنتيجة حسم الدعوى التي تمت الحجز الاحتياطية بمناسبة، وتوزيع الباقي من الحصيللة على الدائنين الحاجزين دون انتظار حسم الدعوى التي وقعت فيها الحجز الاحتياطية، لأن عدم توزيع حصيللة التنفيذ بداعي وجوب حسم الدعوى من شأنه ان يلحق ضرراً بالدائنين، وللقضاء تطبيقات في هذا المجال^(٢).

ويفترض ان تعد مديرية التنفيذ قائمة بالديون كافة التي تشغل ذمة المدين المنفذة لديها او لدى مديريات التنفيذ الأخرى، وديون الجهات الأخرى التي اشعرت مديرية التنفيذ بديونها، وبعد حصر هذه الديون وتنظيم قائمة بها يجري تنظيم اسبقية للديون وفق امتيازها، وان تنظيم هذه القائمة يعطي

(١) القاضي مدحت المحمود، مصدر سابق، ص ٢٠١ و ص ٢٠١، علي مظفر حافظ، مصدر سابق، ص ٤٠٥، د. ام

وهيب النداوي، مصدر سابق، ص ٢٥٣، القاضي عبود صالح مهدي التميمي، مصدر سابق، ص ٢١٥.

(٢) ينظر القرار التمييزي المرقم ٩٩٧/تنفيذ/١٩٨٨ الصادر من محكمة استئناف بغداد في ١٤/١٩٨٩م، اشار اليه

القاضي مدحت المحمود، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

للدائنين فرصتهم باستيفاء ديونهم او جزء منها باعتبار ان اموال المدين كافة ضامنة للوفاء بديونه كافة ولا يحرم احد من هذا الحق إلا إذا تقدمت ديون الآخرين على دينه وفقاً للمادة "١١١"، كما ان تنظيم هذه القائمة يستبعد تفضيل دائن على اخر دون وجه حق، وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدة^(١).

وقد نظم قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري نصوص موحدة لإجراءات التوزيع في المواد "٤٦٩ لغاية ٤٨٦"، حيث ان المشرع المصري قد فرق بين الدائنين الذين يختصون بحصيلة التنفيذ ويشاركون في التوزيع وبين غيرهم من الدائنين الذين لا يشاركونهم هذا التوزيع سواء كان هنالك دائن واحد او عدة دائنين وذلك وفقاً للمادة "٤٦٩"^(٢)، كما اشارت المادة "٤٧٠" على انه إذا كانت حصيلة التنفيذ كافية للوفاء بجميع حقوق الدائنين فلا تتبع إجراءات التوزيع المقررة في القانون لانتفاء الحاجة اليها، ونصت المادة "٤٧٣" انه في حالة اتفاق الدائنين على التوزيع رغم ان الحصيلة غير كافية للوفاء بحقوقهم فلا تتبع الإجراءات المقررة في القانون ويتم توزيع الحصيلة في هذه الحالة وفقاً للاتفاق الذي تم بين اصحاب الشأن^(٣) على ان يتم هذا الاتفاق خلال الخمسة عشر يوماً التالية على ايداع الحصيلة خزانة المحكمة، والمقصود بأصحاب الشأن الحاجزون ومن في حكمهم والمدين ومن

(١) ينظر القرار التمييزي المرقم ٢٤٢/تنفيذ/١٩٩٠ الصادر من محكمة استئناف بغداد في ٨/٤/١٩٩٠م، والقرار التمييزي المرقم ٣٢٩/تنفيذ/١٩٨٩ الصادر من محكمة استئناف بغداد في ١/٧/١٩٨٩م، اشار إلى هذه القرارات القاضي مدحت محمود، المصدر نفسه، ص ٢٠٢.

(٢) فالمشرع المصري وضع حد زمني فاصل هو لحظة تمام الحجز على نقود المدين او بيع امواله سواء كانت منقولة او عقارية او خمسة عشر يوماً من تاريخ تقرير المحجوز لديه بما في ذمته، فالدائنون الحاجزون حتى هذه اللحظة ومن اعتبر طرفاً في إجراءات الحجز وهم الدائنين اصحاب الحقوق المقيدة على العقار الذين تم القيد لحقوقهم قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية بالنسبة للتنفيذ على العقار المرهون يختصون وحدهم بحصيلة التنفيذ فتوزع عليهم دون غيرهم من الدائنين اللاحقين على هذه المرحلة، وليس هنالك ما يمنع دائني المدين الآخرين من توقيع حجز على ثمن المبيع المتحصل تحت يد المحضر او الثمن المودع في خزينة المحكمة إلا ان الحجز الموقع بواسطة هؤلاء الدائنين المتأخرين لا يتناول إلا ما زاد على ما اختص به الأولين، بمعنى انه يتم الوفاء أولاً بحقوق الحاجزين الأولين ولو كانوا عاديين ولن يتم التوزيع على المتأخرين ولو كانوا ممتازين إلا إذا تبقى شيء، وهكذا يكافئ المشرع المصري الدائن النشط الذي يبادر بتوقيع الحجز ويقرر اختصاصه بثمن المحجوز، في الوقت الذي يتحول به المحجوز إلى مبلغ من النقود، ويمنحه افضلية وتقدم ولو على دائن ممتاز او صاحب حق مضمون برهن، مادام هذا الاخير لم يوقع الحجز او لم يتدخل فيه حتى لحظة البيع، د. امينة النمر، مصدر سابق، ص ٥٣٧، د. احمد خليل، مصدر سابق، ص ٣٥١.

(٣) د. سيد احمد محمود، مصدر سابق، ص ٧٧، د. امينة النمر، مصدر سابق، ص ٥٣٩.

في حكمه، وإذا اتفق بعض اصحاب الشأن دون البعض الآخر، التزم بالاتفاق الأولين دون الآخرين^(١) ويسمى هنا التوزيع بالتوزيع غير القضائي او التوزيع بدون قائمة، ويكون على نوعين الأول التوزيع المباشر بالتسليم او القبض او الدفع المباشر، والثاني التسوية او التوزيع الرضائي أي الارادي والاتفاقي^(٢)، ولا تختلف طرق توزيع حصيلة التنفيذ باختلاف طرق التنفيذ وتطبق سواء كان التوزيع نسبياً "قسمة غرماء" أي بحسب نسبة كل دين إلى مجموع الديون ام كان التوزيع ترتيبى "على حسب الدرجة" عند وجود دائنين لهم اولوية وفقاً للقانون أي لهم حقوق عينية "الاختصاص، الامتياز، الرهن الرسمي او الحيازي"، ام كان التوزيع بالترتيب ثم اعقبه توزيع نسبي فأن إجراءاته لا تختلف باختلاف الاحوال وذلك لتشابه احكامها وتعلقها جميعاً بتنفيذ واحد وهو اقتضاء الدائنين حقوقهم من اموال المدين^(٣)، ولا حاجة لتكرار شرح طرق التوزيع كونه تم شرحها بالتفصيل^(٤).

وهناك اجماع في الفقه على ضرورة ان يكون الاتفاق بين جميع ذوي الشأن على توزيع حصيلة التنفيذ توزيعاً غير قضائي أي بدون قائمة فلا يكفي الاتفاق الجزئي فاذا كان الاتفاق بين البعض فإنه يسري بالنسبة لا طرافه ولا ينفذ في مواجهة الباقيين الا اذا اعتمده جميع الاطراف^(٥).

وفي هذا الصدد افرد المشرع الفرنسي إجراءات خاصة بالتقسيم بالمحاصة او التقسيم بين الغرماء وذلك في الباب الحادي عشر من كتاب التنفيذ المواد "٦٥٦ لغاية ٦٧٢" وإجراءات اخرى متعلقة بالتوزيع بحسب درجات او ترتيب الدائنين في الباب الرابع عشر من كتاب التنفيذ في المواد

(١) ويقصد بمن في حكم الحاجزين الدائنين غير الحاجزين ولكنهم اصحاب حقوق مقيدة على العقار المرهون وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، ويقصد بمن في حكم المدين الحائز او الكفيل العيني ان وجد، د. سيد احمد محمود، المصدر نفسه، ص ٨٠، د. امينة النمر، المصدر نفسه، ص ٥٣٩، د. احمد خليل، مصدر سابق، ص ٣٥٤.

(٢) د. سيد احمد محمود، المصدر نفسه، ص ٧٧ وما بعدها.

(٣) محمد محمود ابراهيم، اصول التنفيذ الجبري، ١٩٨٣م، ص ٦٣٧، د. امينة النمر، المصدر نفسه ص ٤٤٧، د. فتحي والي، بحث بعنوان توزيع حصيلة التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٦٥م، السنة ٣٥، العدد ٧، بند ٧٧، ص ١٦٠.

(٤) ينظر ص ١٨٥ وما بعدها من هذه الدراسة.

(٥) د. عبد الحميد ابو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، ١٣٤١هـ، ١٩٢٣م، مطبعة الاعتماد، ش. حسن الاكبر بمصر، بند ١١١٥، ص ٧٣١، د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الاحكام والمحركات الموثقة، ١٩٦٨م، بند ٥٦٧، ص ٥٦٩، د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، ١٩٨١م، بند ٣٠٦، ص ٥٦٣، د. نبيل اسماعيل عمر، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ١٩٧٩م، ص ٧٠٣، د. احمد ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط ٦، ص ١٥١٨.

"٧٤٩ لغاية ٧٧٩" من القانون الفرنسي القديم، وهذه المواد سارية التطبيق حالياً في ظل قانون المرافعات الفرنسي الحالي لسنة ١٩٧٥م"، ووفقاً لهذين النوعين من التوزيع لا يجوز اتباع نوع من الإجراءات حيث يجب اتباع الآخر، وهذا المسلك منتقد ذلك انه يجعل المشرع مضطراً بالرغم من ان الإجراءات في معظمها واحدة إلى تكرار نصوص النوع الأول في الثاني او الإحالة من الثاني إلى النوع الأول، ومن ناحية أخرى يصعب في العمل وضع معيار لتحديد الطريق الواجب الأتباع الأول ام الثاني، وقد يؤدي بالتالي اتباع احدهما دون الآخر الذي يجب اتباعه إلى بطلان الإجراءات^(١)، بعكس التشريع العراقي والمصري اللذان وحدا إجراءات التقسيم والتوزيع على اعتبار انها المرحلة النهائية لخصومة التنفيذ الجبري والتي تؤدي إلى استيفاء الدائن الحاجز استيفاءً فعلياً لحقه الوارد في السند التنفيذي^(٢).

والرأي الغالب للفقهاء الفرنسي والمصري ذهب الى ان طريقة التوزيع بالترتيب تنطبق سواء كانت الحقوق مقيدة او معفاة من القيد على العقار طالما لها اولوية^(٣).

وقد اثارَت مسألة وجود دائن واحد له تأمين عيني على العقار امام القضاء الفرنسي في حكمين امام محكمة النقض قضت فيها "ان التوزيع بالترتيب يهدف إلى تحديد مرتبة كل دائن له تأمين وارد على العقار ومن ثم فإنها تفترض تعدد الدائنين المقيدين فإذا وجد دائن واحد له تأمين عيني فلا تتبع هذه الطريقة ويعتبر طلب افتتاح التوزيع غير مقبول لانعدام المصلحة ويكفي لهذا الدائن ان ينبه من لديه حصيلة التنفيذ لاستيفاء حقه منه"^(٤).

واستناداً الى ما تم ذكره، يؤيد الباحث ما سار عليه المشرع العراقي والمصري في توحيد اجراءات طرق توزيع حصيلة التنفيذ، وهما طريقة التوزيع النسبي او قسمة غرماء وطريقة التوزيع الترتيبي او على حسب الدرجة، كون ذلك يؤدي الى تسهيل الاجراءات، وسرعة اوصول الحقوق الى اصحابها من الدائنين، على غرار المشرع الفرنسي الذي ميز وفرق في اجراءات طرق التوزيع المبينة

(١) نقلاً عن د. سيد احمد محمود، مصدر سابق، ص ١١ وما بعدها.

(٢) القاضي مدحت محمود، مصدر سابق، ص ٢٠١، القاضي عبود صالح مهدي التميمي، مصدر سابق، ص ٢١٢ وما بعدها، د. سيد احمد محمود، المصدر نفسه، ص ١١.

(٣) نقلاً عن د. سيد احمد محمود، المصدر نفسه، ص ٣٣.

(٤) ينظر قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٤ فبراير ١٩١٩م، نقلاً عن د. سيد احمد محمود، مصدر سابق، ص ٣٢.

اعلاه، والذي قد يؤدي اتباع احدى هذه الاجراءات دون الاخرى التي كان يجب اتباعها الى بطلان الاجراءات.

أما الفقه الإسلامي بعد أن أعطى الامتياز لعدد من الدائنين وفاضل بينهم كان البقية بمثابة الطبقة الواحدة فيقسم بينهم المتبقي من حصيلة بيع المال بالتساوي حسب نسبة الديون، وحكم التوزيع بالنسب متفق عليه لذا قالت الأمامية: "تم يقسم الثمن على نسبة الديون الحالة خاصة" ^(١)، وأيضاً: "يشرع في بيعها ، وقسمتها بين الغرماء بالحصص وعلى نسبة ديونهم" ^(٢)، وكذلك قالت فقهاء الشافعية "وما قبض - أي الحاكم - قسمه بين الغرماء بنسبة ديونهم على التدرج لتبرأ منه ذمة المفلس" ^(٣)، والمالكية: "فيكون الأولون والآخرون - من الغرماء الحالة ديونهم والذين يطالبون بها- يتحاصون فيه بقدر ديونهم تساوي" ^(٤)، ومن الحنابلة: "يبادر القاضي أو نائبه ندبا ... وقسمه أي قسم ثمنه بين الغرماء على حسب ديونهم لئلا يطول زمن الحجر" ^(٥)، بل أن (قسمة الغرماء) اضحى مصطلح في العلوم القانونية والفقهية ومرادهم منه: "قسمة الغرماء: قسمة مال المدين المفلس على دائنيه العاديين بنسبة ديونهم" ^(٦)، أما الاحناف فأنهم لا يرون الحجر على الحر ولكنهم يرون أجبار المفلس على البيع أو التكبس ويكون توزيع الدين أيضاً بالحصص: "إذا اكتسب يأخذون فضل كسبه فيقتسمونه بينهم بالحصص" ^(٧).

ووجب على القاضي تقصي ما على المفلس من دين وتعيين الغرماء بالبينة والشهود واليمين وتقرير المفلس وحصر ما له من مال واخضاعه للبيع والتعجيل بالبيع لذا قال فقهاء الأمامية: "ينبغي للحاكم المبادرة إلى بيع ماله لئلا تطول مدة الحجر" ^(٨)، ومثيلهم الحنابلة: "ومتى باع - الحاكم - شيئاً

(١) العلامة الحلي، قواعد الأحكام، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٤٦.

(٢) السيد عبد الأعلى السبزواري، مهذب الأحكام، مصدر سابق، ج ٢١، ص ١٦١.

(٣) زكريا الأنصاري، فتح الوهاب، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٤٤.

(٤) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٣٢.

(٥) الشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مصدر سابق، ج ٤، ص ٣٢٠.

(٦) محمد قلججي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، ١٩٨٨م، ط ٢، ص ٣٦٣.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ج ٧، ص ١٧٣.

(٨) العاملي، مفتاح الكرامة، ج ١٦، ص ٢٨١.

من ماله وكان الدين لواحد وحده دفعه إليه لأنه لا حاجة إلى تأخيرهِ وإن كان له غرماء فأمكن قسمته عليهم قسم ولم يؤخر^(١)، وكذلك الشافعية: "وما قبضه الحاكم من ثمن أموال المفلس (قسمه) ندبا على التدرج (بين الغرماء) لتبرأ منه ذمته ويصل إليه المستحق، إن طلب الغرماء القسمة"^(٢)، ويدلك على هذا ما قالته المالكية بوجوب القسمة وإن غاب بعض الغرماء: "قسم مال المفلس أو الميت على الغرماء لا يتوقف على حضور جميعهم بل يقسم ولو غاب بعضهم والحاكم وكيل الغائب"^(٣)، أما الحنفية فلا يرون الحجر على المفلس فعلى القاضي أن يجبره على البيع بكل طريقة وآخرها الحبس: "الحبس الحمل على قضاء الدين بأي طريق كان عند أبي حنيفة"^(٤).

وقالت بعض الشافعية وكذلك لا يكلف الغرماء بأن لا دائن غيرهم : "... (ولا يكلفون) الغرماء عند القسمة (إثبات أن) هو أعم من قوله بينة بأن (لا غريم غيرهم) لان الحجر يشتهر ولو كان ثم غريب لظهر وطلب حقه"^(٥).

أما إذا ظهر أحد الغرماء بعد القسمة ففيها كلام كثير اختلف فيه أصحاب المدرسة الواحدة من الفقهاء فمن متقدمي الإمامية: "فإن ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب، ويحتمل النقض"^(٦)، أما المتأخرين فيكاد ان يكون قولهم واحد بالنقض ومشاركتهم القسمة: "ولو ظهر دين حال بعد القسمة نقضت وشاركهم"^(٧)، وورد عن المالكية في سؤالهم لمالك في هذا الصدد: "قال يرجع عليهم بقدر حقه فمن وجد منهم غنيا أخذ منه بقدر ذلك ومن وجد منهم قد أعدم ولا شيء عنده لم يكن له أن يأخذ من هذا الغنى الا ما أخذ منه مما يصيبه واتبع هذا المفلس في ذمته"^(٨)، وذهب الحنفية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة إن القسمة تنقض^(٩)، وقال بعض الشافعية

(١) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٤٩٥.

(٢) الشرييني، مغني المحتاج، ص ١٥٢.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٢٦٧.

(٤) الطوري القادري الحنفي، تكملة البحر الرائق، ج ٢، ص ١٥٠.

(٥) الأنصاري، فتح الوهاب، ج ١، ص ٣٤٤.

(٦) العاملي، مفاح الكرامة، ج ١٦، ص ٢٨٩ وما بعدها.

(٧) السيد أبو القاسم الخوئي، منهاج الصالحين، ج ٢، ص ١٨١.

(٨) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج ٥، ص ٢٢٦.

إنها لا تتقضى: "وإذ أجرت القسمة ثم ظهر غريم آخر فالظاهر أن القسمة لا تتقضى ولكن يشاركهم من ظهر بالحصة لأن المقصود يحصل به"^(٢)، وقالوا أيضاً معللين: "فلو قسم فظهر غريم أو حدث دين سبق سببه الحجر، كأن استحق مبيع مفلس قبل حجره وثمنه المقبوض تالف (شارك) الغريم في الصورتين الغرماء (بالحصة)..."^(٣).

واستناداً إلى ما تم ذكره يؤيد الباحث في رأيه المتواضع ما سار عليه المشرع العراقي والمصري في توحيد إجراءات طرق توزيع حصيلة التنفيذ وهما طريقة التوزيع النسبي أو قسمة غرماء وطريقة التوزيع الترتيبي أو على حسب الدرجة كون ذلك يؤدي إلى تسهيل الإجراءات وسرعة إيصال الحقوق إلى أصحابها من الدائنين على غرار المشرع الفرنسي الذي ميز وفرق في إجراءات طرق التوزيع المبينة أعلاه، والذي قد يؤدي اتباع إحدى هذه الطرق دون الأخرى التي كان يجب اتباعها إلى بطلان الإجراءات.

الفقرة الثانية: اجراء التوزيع بين الدائنين.

أوضحنا في الفقرة السابقة طرق توزيع حصيلة التنفيذ بين الدائنين، إلا أن ذلك لا يتم إلا بعد أن يصدر رئيس دائرة التسجيل العقاري قراراً بتوزيع بدل المبيع أو يتخذ المنفذ العدل قرار الاشتراك في حصيلة التنفيذ وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدّة^(٤)، ويوضح في القرار الديون كافة ومرتبتيها وتسلسلها وفقاً للمواد ١٠٨ و ١١٠ من قانون التنفيذ كما يبين نوعها كالتالي:

أولاً: المصاريف التنفيذية.

ثانياً: الديون الممتازة ذات المرتبة المتقدمة.

(١) عبد الرحمن بن عبد الله الهيبي، أحكام المفلس في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الإمام

محمد بن سعود، معهد العالي للقضاء، ١٤٠٠ هـ، ص ٣٥٥-٣٥٦.

(٢) عبد الكريم الرفاعي، فتح العزيز، ج ١٠، ص ٢١٩.

(٣) الأنصاري، فتح الوهاب، ج ١، ص ٣٤٤.

(٤) حيث قضت محكمة استئناف بغداد بأنه "ينبغي على المشتري الدائن أن يسدد كامل قيمة الاسهم وأن من حقه الاشتراك في استحصاال الدين مع بقية الدائنين بموجب قرار الاشتراك الذي سيصدره المنفذ العدل"، ينظر القرار التمييزي المرقم ٢٣٣٤/تنفيذ/٩٧ الصادر من محكمة استئناف بغداد، اشار اليه القاضي عبود صالح مهدي التميمي، مصدر سابق، ص ٢١٨.

ثالثاً: الديون الممتازة ذات المرتبة المتأخرة.

رابعاً: الديون العادية.

وللقضاء تطبيقات في هذا المجال^(١)، وتعطى الديون العادية درجات متسلسلة فيكون هنالك دين عادي درجة اولى وثانية وثالثة وهكذا، وان معيار التفضيل بين الديون العادية هو تاريخ ثبوت سند الدين المنفذ رسمياً، ويتم ثبوت تاريخ السند رسمياً بأحد الاسباب التي نصت عليها الفقرة اولاً من المادة "٢٦" من قانون الاثبات^(٢)، حيث يكون قدم الدين هو الاساس في التفضيل بشرط ان يكون تاريخه ثابتاً رسمياً، ويترتب على ذلك ان الدائن الحاجز المتقدم يستوفي دينه قبل الدائن الحاجز المتأخر إذا كان الدينان من الديون العادية^(٣)، وتتزامن الديون العادية إذا كانت سنداتهم التنفيذية احد المحررات التنفيذية او حكم قضائي مبني على اقرار شفهي او على نكول عن اليمين او على اقرار تحريري لم يثبت رسمياً ان تاريخه يسبق او يوافق الحجز المتقدم^(٤)، وقد كرست هذا المعيار الفقرة ثانياً وثالثاً من المادة "١١٠" من قانون التنفيذ، بعد ما نصت الفقرة اولاً على ان اسبقية احد الدائنين

(١) حيث قضت محكمة استئناف بغداد في حكم لها يتضمن "ان على مديرية التنفيذ عند توزيع حصيلة التنفيذ ان تبدأ بتسديد المصاريف التنفيذية إلى من انفقها ثم تسديد الديون الممتازة ذات المرتبة المتقدمة إذا كانت حصيلة التنفيذ تكفيها اما إذا كانت حصيلة التنفيذ لا تكفي فيتم التوزيع على الدائنين ذوي الديون الممتازة بشكل قسمة غرماء"، ينظر القرار التمييزي المرقم ١٧٣/تنفيذ/١٩٨٩ الصادر من محكمة استئناف بغداد في ٢٠/٤/١٩٨٩م، اشار اليه القاضي مدحت المحمود، مصدر سابق، ص ٢٠٥.

(٢) تنص الفقرة اولاً من المادة "٢٦" من قانون الاثبات على "١- لا يكون السند العادي حجة على الغير في تاريخه الا منذ ان يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ السند ثابت في احدى الحالات التالية: أ- من يوم ان يصدق عليه الكاتب العدل. ب- من يوم ان يثبت مضمونه في ورقة اخرى ثابتة التاريخ. ج- من يوم ان يؤشر عليه قاض او موظف عام مختص. د- من يوم وفاة احد ممن لهم على السند اثر معترف به من خط او امضاء او بصمة ابهام او من يوم ان يصبح مستحياً على احد من هؤلاء ان يكتب او يبصم لعة في جسمه وبوجه عام من يوم وقوع اي حادث اخر يكون قاطعاً في ان السند قد صدر قبل وقوعه".

(٣) وقد اعتمد قانون التنفيذ هذا المعيار في تفضيل دين على اخر في الاستيفاء للحيلولة دون تواطؤ المدين الذي استغرقت ديونه الحقيقية امواله القابلة للحجز مع اشخاص اخرين فيحرر لهم سندات دين بتاريخ سابقة على تواريخ الديون الحقيقية وتواريخ حوز هذه الديون، فيتشارك هؤلاء الاشخاص مع اصحاب الديون الحقيقية حصيلة التنفيذ ويحرمونهم من قسم منها، علي مظفر حافظ، مصدر سابق، ص ٤١٨، القاضي مدحت المحمود، المصدر نفسه، ص ٢٠٤، القاضي عبود صالح مهدي التميمي، مصدر سابق، ص ٢١٦.

(٤) ينظر القرار التمييزي المرقم ٣٢٦١/بغداد/٩٧ بتاريخ ١٥/١١/١٩٩٧م الصادر من محكمة استئناف بغداد، اشار اليه القاضي عبود صالح مهدي التميمي، المصدر نفسه، ص ٢١٧.

في حجز اموال المدين لا يمنحه حق امتياز لدينه ما لم يكن تاريخ سنده التنفيذي الثابت رسمياً يسبق او يوافق بقية الحجز، ولل قضاء تطبيقات في هذا المجال^(١)، حيث يكون ايداع السند إلى مديرية التنفيذ وطلب الحجز بمناسبته وسيلة لثبوت تاريخ السند، ويعدّ تاريخه ثابتاً من يوم تقديمه إلى مديرية التنفيذ وقيام المديرية اعلاه بالتأشير عليه بما يشير إلى قبول تنفيذه وإيقاع الحجز على اموال المدين بمناسبته، إذا لم يكن تاريخه قد ثبت رسمياً بوسيلة اخرى من الوسائل المنصوص عليها في المادة "٢٦" من قانون الاثبات^(٢)، وعلى سبيل المثال إذا تم تقديم سند كمبيالة مؤرخ في "٢٠٠٢/٢/٤م" إلى مديرية التنفيذ بتاريخ "٢٠٠٣/٢/٤م" واشترت المديرية بقبول تنفيذه ووقعت الحجز على مال المدين استناداً اليه فيعدّ تاريخ هذا السند ثابتاً بشكل رسمي في "٢٠٠٣/٢/٤م" ما دام التاريخ الذي يحمله وهو "٢٠٠٢/٢/٤م" غير ثابت بشكل رسمي، اما إذا كانت سندات التنفيذ بديون عادية ثابتة التاريخ رسمياً على اليوم نفسه او كان سند التنفيذ حكماً قضائياً غير مبني على اقرار شفهي او على نكول عن اليمين او على اقرار تحريري لم يثبت رسمياً ان تاريخه يسبق او يوافق الحجز، فأن ديون هذه السندات تكون بدرجة واحدة وتوزع حصيلة التنفيذ عليها بنسبة كل منها وفق قاعدة قسمة الغرماء^(٣)، وبعد اتخاذ قرار الاشتراك وتدوينه في محضر الاضبارة التنفيذية تبدأ مديرية التنفيذ بتوزيع موجودات الحصيلة من الاموال على الدائنين مبتدأه بالمصاريف التنفيذية وتسديدها لمن انفقها ثم تسديد الديون الممتازة ذات المرتبة المتقدمة وتليها الديون الممتازة ذات المرتبة المتأخرة وبعدها الديون العادية متقدمة بعضها على بعض وفق تاريخ ثبوت مبالغها وفقاً لما تقدم ذكره.

وان قرار الاشتراك الذي يقرره المنفذ العدل وفقاً لأحكام المادة "١١٠" من قانون التنفيذ يتضمن الديون المنفذة قبل صدوره وقبل توزيع حصيلة التنفيذ ولا يتضمن الديون التي نفذها الدائنون بعد ذلك، اما الديون التي يتم تنفيذها بعد صدور قرار الاشتراك فتستوفي من اموال المدين الاخرى، وان القول

(١) حيث جاء في قرار لمحكمة استئناف بغداد يتضمن "يستوفي صاحب الدين العادي دينه من حصيلة التنفيذ متقدماً على من يليه من الدائنين ذوي الديون العادية إذا كان تاريخ سنده الثابت رسمياً يسبق تواريخ سندات بقية الدائنين العاديين"، ينظر القرار المرقم ٢٣٤٩/تنفيذ/٩٧ الصادر من محكمة استئناف بغداد في ١٥/١١/١٩٩٧م، اشار اليه القاضي عبود صالح مهدي التميمي، مصدر سابق، ص ٢١٧.

(٢) علي مظفر حافظ، مصدر سابق، ص ٤١٨، القاضي مدحت المحمود، مصدر سابق، ص ٢٠٤، القاضي عبود صالح مهدي التميمي، المصدر نفسه، ص ٢١٧.

(٣) القاضي مدحت المحمود، المصدر نفسه، ص ٢٠٤، القاضي عبود صالح مهدي التميمي، المصدر نفسه، ص ٢١٧.

بغير ذلك يؤدي إلى إجراءات لا تنتهي، وينبغي على المنفذ العدل ان يكون دقيقاً عند اصدار قرار الاشتراك وبالأخص عندما تكون الديون كثيرة ومختلفة اما الديون المنفذة بعد صدور قرار الاشتراك فتستوفى من اموال المدين الاخرى وضمن حصيلة تنفيذ جديدة، وهذا الحكم كان محلاً لتطبيقات قضائية عدّة^(١).

اما قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فقد نص على انه في حالة تعدد الدائنين وكانت حصيلة التنفيذ لا تكفي للوفاء بجميع حقوقهم ولم يتفق اصحاب الشأن على التوزيع غير القضائي او ما يسمى التوزيع بدون قائمة، وقام قلم كتاب المحكمة بعرض الامر على قاضي التنفيذ خلال ثلاثة ايام، ففي هذه الحالة على قاضي التنفيذ اعداد قائمة مؤقتة وايداعها قلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من عرض الامر عليه الذي يقوم بدوره باتخاذ إجراءات الاعلان عن هذا الایداع، ويتم الاعلان للمدين او الحائز او الكفيل العيني وللدائنين الحاجزين ومن اعتبروا طرفاً في الإجراءات إلى جلسة يحدد تاريخها بقصد الوصول إلى تسوية ودية^(٢) وفقاً للمادة "٤٧٤" مرافعات، اما الاجراء البديل عند عدم اتفاق اصحاب الشأن على التوزيع غير القضائي او التوزيع بدون قائمة، هو ان يقوم قاضي التنفيذ بأجراء التوزيع بصورة قائمة تحرر من واقع ملف التنفيذ ويسمى التوزيع في هذه الحالة التوزيع القضائي او التوزيع بالقائمة^(٣)، هنالك اذن جلسة تعرف بجلسة التسوية الودية يحضرها من تم اعلانه بها كما يقبل فيها القاضي تدخل كل ذي شأن لم يعلن، فإذا اتفق ذوي الشأن الحاضرين على توزيع معين لحصيلة التنفيذ يقوم القاضي بتثبيت ذلك في محضر تكون له قوة السند التنفيذي

(١) ينظر القرار التمييزي المرقم ١٥٦/تنفيذ/١٩٨٩ الصادر من محكمة استئناف بغداد بتاريخ ١٩٨٩/٥/٣١م، اشار اليه القاضي مدحت المحمود، مصدر سابق، ص ٢٠٥.

(٢) وان علة دعوة المدين او الحائز او الكفيل العيني هي تمكينه من المنازعة في الديون التي يزعم انها قد وردت بالقائمة رغم عدم صحتها او عدم صحة مقدارها او انها ادرجت في غير مرتبتها، اما علة دعوة الدائنين الحاجزين او الدائنين الذين اعتبروا طرفاً في الإجراءات فهي تمكينهم من معرفة ما إذا كانت بعض ديونهم استبعدت من القائمة او انها ادرجت بقدر اقل مما يستحقه، كما ان المشرع لم يقصر الامر بالإعلان على دعوة الدائنين الحاجزين الذين ادرجت = اسماؤهم في القائمة بل الزم بإعلان جميع الحاجزين حتى ولو لم يدرج لهم نصيب في القائمة المؤقتة، د. سيد احمد محمود، مصدر سابق، ص ٨٨.

(٣) ان القواعد التي تحكم هذه القائمة هي قواعد القانون الموضوعي، فالدائنون اصحاب الأولوية يأخذون حقوقهم أولاً بحسب مراتبهم وفقاً لقسمة التوزيع الترتيبي او حسب الدرجة، ثم يقسم الباقي على الدائنين العاديين بحسب نسبة دين كل منهم إلى مجموع الديون وفقاً لقسمة الغرماء او التوزيع النسبي، د. احمد خليل، مصدر سابق، ص ٣٥٦، د. امينة النمر، مصدر سابق، ص ٥٤٠، د. احمد محمد احمد حشيش، مصدر سابق، ص ٢٧٩.

وفقاً للمادة "٤٧٦" مرافعات، ولا يجوز لمن يتخلف عن الجلسة ان يطعن في هذه التسوية الودية التي اثبتها القاضي بناءً على اتفاق الخصوم وفقاً للمادة "٤٧٧" مرافعات، فإذا تخلف احد ذوي الشأن عن الحضور في جلسة التسوية الودية ومناقشة القائمة المؤقتة فان ذلك لا يحول دون اتفاق من حضروا على التسوية الودية ويكون الاتفاق ملزماً له، ويقوم قاضي التنفيذ بأعداد قائمة نهائية للتوزيع فيحدد ما يستحقه كل دائن من اصل الدين مع الفوائد والمصاريف ان وجدت ويكون اعداد هذه القائمة خلال خمسة ايام التالية للتسوية الودية، اما إذا تخلف كل اصحاب الشأن في الجلسة المحددة فأن قاضي التنفيذ يعد القائمة المؤقتة النهائية للتوزيع فيما بين الدائنين وفقاً للفقرة اولاً من المادة "٤٧٨"، ووفقاً للفقرة ثانياً يأمر قاضي التنفيذ بتسليم اوامر الصرف للدائنين على الخزنة كما بأمر بشطب القيود سواء تعلقت بديون ادرجت في القائمة او تعلقت بديون لم يدركها التوزيع^(١) أما إذا حضر ذوي الشأن في الجلسة المحددة وابدأ احدهم اعتراضاً على القائمة فأن ذلك يفتح الباب امام ما يسمى بالمناقضة في القائمة وفقاً للمادة "٤٧٩" مرافعات حيث ينظر القاضي على الفور بالاعتراضات ولا يجوز ابداء مناقضات جديدة بعد هذه الجلسة، والحكم الصادر بالمناقضة لا يقبل الطعن بالاستئناف إلا إذا كان المبلغ المتنازع فيه يزيد عن خمسة الاف جنيه بصرف النظر عن قيمة حق الدائن المناقض وقيمة حصيلة التنفيذ وميعاد الاستئناف هو عشرة ايام ويستأنف امام المحكمة الابتدائية عملاً بالمادة "٢٧٧" ويقوم قلم كتاب المحكمة الاستئنافية خلال ثلاثة ايام من صدور الحكم بأخبار قلم كتاب محكمة التنفيذ بمنطوق الحكم الاستئنافي وفقاً للمادة "٤٨١"، ويقوم قاضي التنفيذ بأعداد قائمة نهائية للتوزيع خلال سبعة ايام من تاريخ قيامه بالفصل في المناقضة او من تاريخ صدور الحكم الاستئنافي او من تاريخ سقوط الحق في الاستئناف لانقضاء ميعاد الاستئناف دون رفع استئناف عنه ويتم اعداد القائمة النهائية على اساس القائمة المؤقتة ويقوم القاضي في القائمة النهائية بتحديد المبالغ التي يستحقها كل دائن من اصل الدين والفوائد والمصاريف، ووفقاً للفقرة ثانياً من المادة "٤٧٨" يأمر بتسليم اوامر الصرف إلى الدائنين على الخزنة وشطب القيود^(٢)، ووفقاً للمادة "٤٨٣" فان المناقضة بالقائمة المؤقتة

(١) د. سيد احمد محمود، مصدر سابق، ص ٨٧، د. احمد خليل، مصدر سابق، ص ٣٥٧، د. امينة النمر، مصدر سابق، ص ٥٤٢.

(٢) د. سيد احمد محمود، المصدر نفسه، ص ١٠٣ وما بعدها، د. امينة النمر، المصدر نفسه، ص ٥٤٤، د. احمد محمد احمد حشيش، مصدر سابق، ص ٢٨٢، د. حامد محمد ابو طالب، مصدر سابق، ص ٣٨٣.

لا تمنع ادارة التنفيذ من تسليم الدائنين المتقدمين في الدرجة اوامر الصرف الخاصة بديونهم على الدائنين المتنازع في ديونهم^(١).

وفي حالة اغفال قلم الكتاب اعلان من يجب اعلانه وفقاً للمادة "٤٧٤" مرافعات فإن الجزاء هو بطلان إجراءات التسوية الودية لأن الهدف من الإعلان هو الحصول على اتفاق ذوي الشأن بفرض التسوية وإذا لم يعلن من يجب اعلانه فإن الغاية من اجراء التسوية تتخلف ويبطل اجراء التسوية وما يليها من إجراءات حيث ان الشكل جوهري في هذا المقام وهو بطلان غير متعلق بالنظام العام^(٢).

ووفقاً للقانون الفرنسي عند تحقق تامين الدائنين ضد مشيئتهم تنص المادة "٣٤" من قانون "١٩٨٥م" خلال مرحلة المراقبة على "الحصة من الثمن المناظرة للديون التي تضمنتها هذه التأمينات في حالة البيع الذي يقرره القاضي في شأن مال مثقل بامتياز خاص او رهن منقول او رهن عقاري تدفع في حساب ايداع صندوق الضمانات والودائع وتوزع بين الدائنين حائزي تأمينات بعد تبني مخطط التقويم"، كما ان المادة "٩٣" في حال تبني مخطط التنازل تنص على الحصة من الثمن عندما يتعلق التنازل بأموال مثقلة بامتياز خاص او رهن منقول او رهن عقاري تخصصها المحكمة، بيد ان القانون رقم "٩٤-٤٧٥" في "١٠ حزيران ١٩٩٤م" الذي عدل هذه النصوص حسن وضع الدائنين المعنيين والفقرة ثانياً من المادة "٣٤" الجديدة من قانون "٢٥ كانون الثاني ١٩٨٥م" تجبر قاضي التفليسة بالفعل الامر بدفع مؤقت لكامل الديون او قسم منها شريطة ان يقدم هؤلاء الدائنين ضماناً صادراً من مؤسسة اعتماد، ثم ان الدائنين يمكن ان يحرموا من تأميناتهم ضد مشيئتهم فالمادتان "٣٤" الفقرة "٣" الخاصة بمرحلة المراقبة والفقرة ثالثاً من المادة "٧٨" الخاصة بمخطط التقديم تتصان بدلاً من الترحيل الى الثمن على الاستبدال بضمانات معادلة غير ان تقدير المعادلة ليس متروكاً للدائنين إذا اختلفوا حيث يقرر الاستبدال قاضي التفليسة وفقاً للمادة "٣٤" او المحكمة وفقاً للمادة "٧٨"^(٣)، وبمقتضى قانون "٢٥ كانون الثاني ١٩٨٥م" في مخطط التنازل او التصفية القضائية تنص المادتان "٩٢ و ٩٣" من القانون على ان الدائنين يتم الدفع لهم بتوزيع ثمن التنازل بينهم ويؤدي الدفع الكامل

(١) د. حامد محمد ابو طالب ، مصدر سابق، ص ٣٨٤، د. امينة النمر، مصدر سابق، ص ٥٤٢، د. احمد محمد احمد حشيش، مصدر سابق، ص ٢٨١.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الاحكام واعمال القاضي في المواد المدنية والتجارية، ١٩٨٣م ، ص ٨٦١.

(٣) جاك مستر وامانويل بوتمان ومارك بيو، مصدر سابق، ص ١٤٨.

الى تطهير التسجيلات^(١)، وتجدر الاشارة ان القانون الفرنسي اخذ بجلسة التسوية الودية لأول مرة بمقتضى القانون "١٨٥٨م" ولكن التسوية الودية وفقاً للقانون الفرنسي تكون قبل اعداد القاضي للقائمة المؤقتة بعكس القانون المصري حيث تكون التسوية الودية بعد اعداد قاضي التنفيذ للقائمة المؤقتة^(٢).

واستنادا الى ما تم ذكره يؤيد الباحث ما سار عليه المشرع المصري والفرنسي في منح الدائنين الذين لهم حق الاشتراك في توزيع حصيلة التنفيذ قدراً من الحرية بهذا الشأن من خلال السماح لهم بالاتفاق الودي والارادي على كيفية وطريقة التوزيع في جلسة تسوية ودية وبأشراف القضاء وذلك اختصاراً للوقت والمصاريف وتقليل الزخم على الدوائر المختصة بذلك لإكمال اجراءات باقي الدائنين الذين لم يتفقوا على الاتفاق الارادي للتوزيع فيما بينهم ولكي يحصل كل دائن على حقه بأيسر الطرق واسهلها، وبناءً عليه نقترح على المشرع العراقي تشريع النص التالي: "في حالة تعدد الدائنين الحاجزين على اموال المدين والدائنين الذين لهم حق الاشتراك في حصيلة التنفيذ وكانت هذه الحصيلة غير كافية للوفاء بجميع حقوقهم، فيجوز لهؤلاء الدائنين الاتفاق فيما بينهم على طريقة وكيفية توزيع حصيلة التنفيذ بالاتفاق الارادي والرضائي فيما بينهم من خلال جلسة تسوية ودية تتعد بقرار من قبل رئيس دائرة التسجيل العقاري بعد اصدار قرار توزيع بدل المبيع او من قبل المنفذ العدل بعد اصدار قرار الاشتراك في حصيلة التنفيذ".

وتتفق اراء فقهاء المذاهب الاسلامية على أن امتياز الديون ليس امتيازاً واحداً لذا فإن ما أسلفناه من ترتيب الديون هو ترتيب لازم فالأجور المصروفة لتحصيل أموال المفلس مقدمة وتليها نفقة المفلس وعياله وكفنه وهكذا باختلاف الفقهاء فيه لأن هذا ينعكس على ما سيحصل عليه الغرماء أو أصحاب الحقوق من أموال المفلس لذا كان من يقسم المال هو القاضي العارف لكثرة الاختلافات في هذا الباب ففي موضع واحد تجد أكثر من عشرة أقوال^(٣)، نعم هنالك قدر متيقن من الديون الممتازة وهو ما اتفق عليه الفقهاء قد بينهاها.

(١) جاك مستر وامانويل بوتمان ومارك بيو، مصدر سابق، ص ٦٤٩.

(٢) نقلا عن د. سيد احمد محمود، مصدر سابق، ص ٩٠.

(٣) العامل، مفتاح الكرامة، مصدر سابق، ج ١٦، ص ٢٨١ - ٣٤٣، وينظر: أحكام المفلس في الشريعة الإسلامية،

عبد الرحمن بن عبد الله الهيبي، مصدر سابق، ٣٣١ - ٣٥٥، وينظر: أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي،

مينة شواد، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الجزائر كلية العلوم الإسلامية، ٢٠١١م، ص ١٥٧ - ٢٤٤.

وقد أُنقِص فقهاء المذاهب الإسلامية على أن الديون الحالة أجلها تدخل في قسمة بيع أموال المديون أما الديون غير الحالة والمؤجلة فقد أُنقِص الإمامية والشافعية والحنابلة والحنفية وخالفهم المالكية، فقالت الإمامية لا يكون الحجر سبب لحلول الدين الآجل فقد قال الشيخ الطوسي: "من كان عليه ديون حالة ومؤجلة، وحجر عليه الحاكم بسبب الديون الحالة، لا تصير المؤجلة حالة"^(١)، وكذلك قال به المتأخرين: "لا يحل بالحجر الدين المؤجل ولو مات من عليه الدين حل"^(٢)، وكذلك قالت الشافعية: "وإذا حجر بحال لم يحل المؤجل في الأظهر ... لأن الاجل مقصود له فلا يفوت عليه"^(٣)، وكذلك الحنابلة: "ولنا أن الاجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ولأنه لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ما عليه كالجنون والاعماء"^(٤) وكذلك الحنفية إذ لا حجر على الحر ويبقى على تعهداته ومعاملاته: "لان صاحب الدين هو الذي أخر حق نفسه بالتأجيل"^(٥)، وقالت المالكية يحل الدين بالحجر وكان تخرجها له: "تحل، وبه قال مالك، لان ما يتعلق بالمال بالحجر، أسقط الحجر الآجل كالموت، يحل الدين الآجل"^(٦).

واستثنى الفقهاء أشياء لا تباع من ملكية المفلس وهو ما يحتاجه وأهله واختلف الفقهاء فيها فقالت الامامية أن الدار ولوازمه والخادم والدابة لا تباع فقال من المتقدمين: "ولا يجوز أن تباع دار الإنسان التي يسكنها، ولا خادمه الذي يخدمه في الدين، إذا كان مقدار ما فيها كفايته"^(٧)، وعليه إجماع المتأخرين: "يستثنى من ذلك بيع دار سكنه وثيابه المحتاج إليها ولو للتجمل وسيارته ونحو ذلك ما يحتاج إليه ولو بحسب حاله وشؤونه"^(٨)، وقالت الشافعية يستثنى من أمواله ثيابه وثياب أهله والأثاث قليل القيمة ويترك لبعض المهن أشياءها مثل العالم والجندي: "ويترك من ماله ثوب لائق له

(١) الشيخ الطوسي، الخلاف، مصدر سابق، ج ٣ ص ٢٧١.

(٢) السيد الخوئي، منهاج الصالحين، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٨١.

(٣) الشرييني، مغني المحتاج، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٤٧.

(٤) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٨٥.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٧، ص ٢٧٣.

(٦) النووي، المجموع، مصدر سابق، ج ١٣، ص ٢٨٩.

(٧) ابن إدريس الحلبي، السرائر، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٥.

(٨) السيد علي السيستاني، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٨٠.

من قميص وسراويل وعمامة ... ويزاد في الشتاء جبة أو نحوها والمرأة مقنعة وغيرها مما يليق بها ولا يترك له فرش وبسط لكن يسامح باللبد والحصير القليل القيمة ... ويترك للعالم كتب ... ترك للجندي المرتزق خيله وسلاحه المحتاج إليهما" ^(١)، وقريب منذ ذلك المالكية: "وترك له أي للمفلس الأخص من ماله (قوته) أي ما يقتات به مما تقوم به البنية لا ما يترفه به (والنفقة الواجبة عليه) لغيره كزوجاته ووالديه وأولاده ورقيقه الذي لا يباع عليه كأم ولده ومدبره ... (و) يترك لهم أيضا (كسوتهم كل) أي كل واحد منهم كقميص وعمامة وقلنسوة ويزاد للمرأة مقنعة وإزار" ^(٢)، أما الحنابلة فقد اقتربوا من قول الإمامية وكذلك الحنفية: "نقول لا تباع داره التي لا غنى له عن سكنائها، وبهذا قال أبو حنيفة وإسحاق، وقال شريح ومالك والشافعي تباع ويكترى له بدلها ... ولنا أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه فلم يصرف في دينه كثيابه وقوته" ^(٣).

(١) فتح الوهاب، زكريا الأنصاري، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٤٥.

(٢) أبو البركات، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج ٣، ص ٢٧٧.

(٣) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٩٦.

الخاتمة



الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع بيع الاموال المرهونة التي اقتضت البحث في مفهوم واحكام بيع هذه الاموال في القوانين المقارنة والفقہ الاسلامي، وبعد ان بذلنا الجهد والوقت للوصول الى الغاية التي ينشد كل باحث الوصول اليها توصلنا الى النتائج والتوصيات التالية:

اولاً: النتائج:

١. تعدّ الاموال المرهونة المحل في عقد الرهن وتختلف حسب طبيعتها الى عقار ومنقول، ونصت القوانين محل المقارنة على شروط عدّة يجب توفرها في هذه الاموال لجواز رهنها، بعض هذه الشروط ينفرد بها احد الرهنيين، فالرهن التأميني لا يرد الا على عقار او حق عيني على عقار ويجب ان يكون معيناً، ويتفق القانون المدني العراقي والفرنسي على ذلك باستثناء القانون المدني المصري الذي نص على ان الرهن الرسمي لا يرد الا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، واتفقت القوانين على ان الرهن يشمل ملحقات العقار المعتبرة عقارات، اما الرهن الحيازي فيشترط فيه ان تكون الاموال المرهونة قابلة للحيازة، والبعض الاخر من هذه الشروط يشترك فيها الرهنان فاشتترطت ان تكون الاموال المرهونة مما يصح التعامل فيها وبيعها بالمزاد العلني، وان تكون مملوكة للراهن او الكفيل العيني الا ان المشرع المصري اورد حكماً بشأن رهن ملك الغير ونص على ان عقد الرهن يصبح صحيحاً اذا اقره المالك الحقيقي بورقة رسمية واذا لم يصدر هذا الاقرار فان عقد الرهن يترتب متى ما اصبح الراهن مالكاً للمرهن، ولم يأت القانون المدني العراقي والفرنسي بحكم مماثل لذلك، اما فقهاء المذاهب الإسلامية فيرون ان الرهن هو وثيقة ضمان بين المتعاقدين فيكون اعم مما في القوانين النافذة فأجمع الفقهاء على اشتراط كون الرهن له مالية يفي بالدين المقدم بغض النظر عن انه منقول او غير منقول فصح عند بعض الفقهاء من مختلف المذاهب صحة رهن منافع الدار والدين غير حال الاجل والديات غير المستلمة والمعار الى اجل وغيرها.

٢. رغم ان الاصل ان تكون الاموال المرهونة رهنأً تأمينياً عقار او حق عيني على عقار الا انه يرد استثناء على هذه القاعدة فقد اجازت القوانين الخاصة رهن المنقولات ذات الطبيعة الخاصة رهنأً تأمينياً نظراً لطبيعتها وقيمتها الاقتصادية والتي يمكن اشهار ما يرد عليها من تصرفات شهراً مفيداً.

٣. لم نجد في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة تعريفاً صريحاً لبيع الاموال المرهونة على الرغم من ايراد نصوص قانونية تقضي بحق الدائن المرتهن والمدين الراهن والدائن العادي طلب بيع هذه الاموال وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون، وقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لبيع الاموال المرهونة وتركز الخلاف في نظريتين اساسيتين هما النظرية العقدية ونظرية القرار القضائي .

٤. اجازت القوانين محل المقارنة بيع الاموال المرهونة قبل الأجل بناءً على طلب الدائن المرتهن وابقاء الثمن رهناً في يده اذا كانت مهددة بالهلاك او نقص القيمة ، كما اجاز القانون المدني العراقي والمصري للمدين الراهن ان يطلب بيع هذه الاموال قبل الاجل اذا كان البيع يعدّ صفقة رابحة بالنسبة له الا ان القانون المدني المصري جعل البيع في هذه الحالة قاصراً على المنقول اما القانون المدني العراقي فان النص على هذا البيع جاء مطلقاً ويشمل العقار والمنقول، كما اجاز القانون المدني العراقي والفرنسي للدائن العادي طلب بيع الاموال المرهونة قبل الاجل لكن ببعض القيود ولم نجد مثل هذا الحكم في القانون المدني المصري، واجازت القوانين بيع هذه الاموال بعد حلول اجل الدين عند امتناع المدين الراهن عن الوفاء وطلب صاحب المصلحة بيعها لاقتضاء حقه، وعلى نفس المنوال اجاز فقهاء المذاهب الإسلامية البيع قبل حلول الاجل فيما اذا كان الغرض عقلاً مثلاً الخوف من فساد الرهن وغيره واختلفوا في اتمام اجل عقد الرهن او انه قد حان اجله بالبيع، اما بيع الرهن قبل الاجل اذا كان يعتبر صفقة رابحة فلا تكون الا بموافقة المرتهن على تفصيل فيه.

٥. نص المشرع العراقي على اختصاص دائرة التسجيل العقاري في بيع العقار المرهون وقد ايد الفقه ذلك، اما بيع المنقول المرهون فيكون من اختصاص دائرة التنفيذ التي يقع المنقول ضمن منطقة اعمالها، أما فقهاء المذاهب الإسلامية فيرون ان بيع الاموال المرهونة في حالة حلول الأجل وعدم الوفاء ورفض الراهن للبيع هي من اختصاص الحاكم واختلفوا في شخصه فقالت الامامية هو الامام المنصب من قبل الله تعالى او من ينوب عنه وهو الفقيه الجامع لشرائط الفتيا وقالت المذاهب الاربعة هو الحاكم المتفق على ولايته وبيعه او من يخوله مثل القاضي، والعلة في كليتهما واحدة وهي جعل سلطة يرجع لها المواطن لحفظ نظام المجتمع في النزاعات المالية.

٦. قد يستغل الدائن المرتهن حاجة المدين الراهن للمال فيتفق معه عند إبرام عقد الرهن او بعده على بيع الاموال المرهونة دون اتباع الاجراءات القانونية عند عدم وفاء المدين الراهن بعد الاجل ويسمى هذا الاتفاق "الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الإجراءات القانونية" او يسمى بمصطلح اخر " شرط الطريق الممهد"، حيث يتضمن هذا الاتفاق تعديل الآثار التي يربتها عقد الرهن لأنه يتضمن تعديل ما نص عليه القانون وقد اتفقت القوانين على بطلان المطلق لهذا الاتفاق لأن هذه الاجراءات تتضمن مواعيد و اوضاع على البيع لا يجوز مخالفتها لأنها تهدف الى حماية مصلحة الاطراف وحماية التأمين العيني والنظام العام، واتفقت كلمات فقهاء الامامية والحنفية والمالكية والحنابلة على جواز توكيل المرتهن بالبيع عند الاجل وخالفهم فقهاء الشافعية بعدم الجواز ورغم ذلك اتفقت كلمة الفقهاء على عدم جواز البيع بأقل من المثل ووضعوا شروطاً تضمن حق الراهن وعدم احجاف حقه بالبيع بأقل من المثل.

٧. لم نجد في القوانين محل المقارنة ما يشير الى نطاق بطلان الاتفاق على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات القانونية في البيوع الجبرية ولم تأت هذه القوانين بنصوص تحدد مصير عقد الرهن المقترن به هذا الاتفاق سوى احكام القواعد العامة في القانون المدني التي تتعلق بنظرية انتقاص العقد الباطل وعلى هذا الاساس لا يتبع بطلان هذا الشرط بطلان عقد الرهن بل يبطل الشرط وحده ويبقى الرهن صحيحاً ومرتباً لكل آثاره وهو الرأي الذي اتجه اليه جانب كبير من الفقه والذي بموجبه يتم المحافظة على عقد الرهن مع استبعاد الاتفاق الباطل، اما فقهاء المذهب الشافعي الذين قالوا ببطلان توكيل المرتهن بالبيع فقالوا بصحة عقد الرهن والشرط باطل.

٨. نظمت القوانين محل المقارنة قواعد واحكام لبيع الاموال المرهونة بحيث انها تقرض قدراً معقولاً من الشروط الشكلية والموضوعية لغرض حماية الراهن من أي تعسف يقوم به المرتهن في استعماله لحقه وفي الوقت نفسه تتصف بالسهولة والدقة فتولد الاطمئنان لدى المرتهن وتمكنه من الحصول على حقه دون عناء كما تضمنت هذه القواعد والاحكام ما يحمي الغير من المساس بحقوقهم، وفي هذا الاطار نظم المشرع العراقي الاحكام الخاصة ببيع الاموال المرهونة ضمن القانون المدني وقانون التسجيل العقاري وقانون التنفيذ، كما نظم المشرع المصري الاحكام الخاصة ببيع الاموال المرهونة في القانون المدني وقانون المرافعات المدنية والتجارية، كما وردت احكام واجراءات التنفيذ على الاموال المرهونة في القانون المدني

الفرنسي واهم تعديلاته وقانون اجراءات التنفيذ المدنية، وكذلك افتى فقهاء المذاهب الاسلامية بمختلف مشاربها بوجوب كون بيع الاموال المرهونة بأفضل صورة تضمن حق الراهن بعدم بخس ماله وتضمن حق المرتهن بسداد دينه لذا كان التصرف الاول للحاكم ان يأمر الراهن ببيع رهنه عند الاجل فإذا امتنع باعه الحاكم وما ذلك الا لصيانة مال الراهن ولذا جعلوا العديد من الشروط في كيفية البيع ترددت بين الوجوب والاستحباب ومنها وجوب او استحباب حضوره لأنه اعرف بماله وثمره.

٩. تضمنت احكام بيع الاموال المرهونة ثلاثة مراحل لا غنى لأحداها عن الاخرى المرحلة الاولى هي مرحلة الحجز على هذه الاموال والثانية هي مرحلة البيع والثالثة هي مرحلة توزيع حصيلة بيع الاموال المرهونة والتي تسمى بحصيلة التنفيذ، وان اختلاف طبيعة وانواع الاموال المرهونة الى عقار ومنقول ادى الى اختلاف اجراءات بيعها حيث ان اجراءات بيع العقار المرهون تمتاز بطول المدد القانونية وذلك اتباعاً لمبدأ تقييد اجراءات التنفيذ العقاري وتعقيدها وهو المبدأ الذي اخذ به المشرع العراقي بينما تمتاز اجراءات بيع المنقول المرهون بالسرعة كما ان هنالك احكاماً يشترك فيها بيع العقار والمنقول المرهون بينما هنالك قواعد واجراءات ينفرد بها كل نوع من هذه البيوع، وكذلك فقهاء المذاهب الإسلامية جعلوا مراحل لبيع الاموال المرهونة ولم يفرقوا بين المنقول منها وغير المنقول إلا في الاجراءات فجعلوا خطوات لبيع كل سلعة في سوقها ولأصحاب الرغبة فيها مراعاة للراهن والمرتهن.

١٠. نص المشرع العراقي على ان اول اجراء لبيع الاموال المرهونة هو تقديم طلب تحريري من قبل الدائن المرتهن الى الدائرة المختصة، اما المشرع المصري فقد اشترط على ان يسبق التنفيذ اعلان الدائن السند التنفيذي للمدين وتكليفه بالوفاء وهو اجراء يسبق اتخاذ اجراءات التنفيذ وبمعنى انه مقدمة لهذا التنفيذ وليس من اجراءاته حيث تبدأ اجراءات التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع الملكية ويتم الحجز بتسجيل هذا الاعلان، اما المشرع الفرنسي فقد عدّ التنبيه بنزع الملكية من مقدمات التنفيذ وهو يرتب أثراً مهماً وهو يقيد الراهن في استغلال عقاره، اما فقهاء المذاهب الإسلامية فجعلوا الاجراء الأول للمرتهن إثبات الرهن لدى الحاكم والى اجراء الاول للحاكم هو إجبار الراهن بالبيع وإلا باعه وخالفهم فقهاء المذهب الحنفي فلم يجوزوا للحاكم ان يبيع الرهن إلا برضا الراهن.

١١. نص المشرع العراقي على ان حجز العقار يتم بوضع اليد عليه من قبل الدائرة المختصة اما التشريعات محل المقارنة فأن العقار يعدّ محجوزاً من تاريخ تسجيل التنبيه بنزع الملكية، وتتفق القوانين محل المقارنة على ان حجز الاموال المنقولة يتم بانتقال القائم بالحجز او المحضر الى مكان المنقولات المطلوب بيعها وجردها وتثبيت اوصافها وتنظيم محضر بذلك وتعدّ محجوزة منذ هذا التاريخ، ومشابه لهذه الاجراءات ما اتفقت عليه كلمات فقهاء المذاهب الاسلامية من وضع يد الحاكم على العين المرهونة باستثناء فقهاء المذهب الحنفي وافتوا بعدم جواز الحجر على الحر.

١٢. يتم بيع الاموال المرهونة العقارية والمنقولة بالمزايدة العلنية ويسبق المزايدة الاعلان عن البيع ويحق لكل شخص الاشتراك في المزايدة بعد دفع التأمينات القانونية الا الاشخاص الذين منعهم القانون من الاشتراك، ووفقاً للقانون العراقي يعدّ العرض الذي يتقدم به احد المزايدين ولا يزداد عليه بعد مرور خمس دقائق نهاية المزايدة اما القانون المصري فقد عدّ العرض الذي يتقدم به احد المزايدين ولا يزداد عليه بعد مرور ثلاث دقائق نهاية المزايدة، اما فقهاء المذاهب الاسلامية فلم يحددوا نوع والية البيع من خلال مزايدة او غيرها من البيع المباشر للمال المرهون فالمهم عندهم هو الوفاء بعقد الراهن للمرتهن وعدم بخسهم لحق الراهن بالبيع بثمن المثل، اما البيع بالمزايدة فهو جائز عند اغلب الفقهاء وكان معمولاً به في سوق المسلمين، أما التأمينات وتخريجها الفقهي عند فقهاء الإسلام فهي نوع العربون او العريان وهي من الموارد المختلف في صحتها بين ابناء المذهب الواحد وإن كان جمهور متأخري الأمامية افتى على صحته وكذلك الكثير من فقهاء الحنابلة والشافعية.

١٣. اذا لم يدفع المشتري الثمن يعدّ حينئذ ناكلاً عن الشراء وفي حالة نكول المحال عليه تعرض الاموال المرهونة المطلوب بيعها على المزايد السابق بالمبلغ الذي ضم به ويسقط ضم الناكل فإذا قبل يعدّ مشترياً ويضمن الناكل الفرق بين البديلين اما اذا رفض المزايد السابق يتم اعادة المزايدة وتحال هذه الاموال على المزايد الاخير بأي بدل كان ويضمن الناكل الفرق بين البديلين مع الرسوم والمصاريف اما اذا لم يتقدم احد للشراء يعدّ حينها الناكل مشترياً ويتم استحصال البديل والرسوم والمصاريف منه وفقاً للقانون، أما في الفقه الإسلامي فلم يرد شيء عن النكول لكون العقد لازم للطرفين بمجرد عقده بشروطه وهذا ما اتفقت كلمتهم عليه وأما ان كان بيع العربون فلا اشكال ولا ريب بصحة الإجراءات فقهاً على من يقول به، وأما الاستقالة

بمعنى التراجع عن لزوم العقد فهي غير لازمة بل مستحبة، واما الضم فهو ما يقابل خيار الشرط في الفقه الاسلامي وهو جائز عند معظم فقهاء الإسلام باستثناء المذهب الظاهري.

١٤. يحدد القانون الديون الممتازة ويقرر مرتبة الامتياز، ويقسم حق الامتياز الى قسمين الاول الامتياز العقدي كالدين الموثق برهن واساسه رضا الطرفين فهما اللذان اختارا للدين ضماناً وهو المال المرهون والقسم الثاني هو امتياز قانوني وهو يستند الى نص صريح في القانون بغض النظر عن ارادة الطرفين ومثاله حق الدولة والقطاع العام في استيفاء ديونها من اموال المدين كافة والقانون عندما يقرر الامتياز لدين معين فإنه لا يراعي الا صفة هذا الدين دون اعتبار لشخص الدائن وهذه الصفة تجعل الدين في نظره جديرة بالرعاية والحماية.

١٥. يتم توزيع حصيلة بيع الاموال المرهونة وفقاً لطرق توزيع حصيلة التنفيذ عند تعدد الدائنين واختلاف درجات الديون الممتازة واختلاف تسلسل الديون العادية من قبل الدائرة المختصة بالبيع حيث تبدأ بالمصاريف التنفيذية وتسديدها لمن انفقها من الدائنين ثم تسديد الديون الممتازة ذات المرتبة المتقدمة وتليها الديون الممتازة ذات المرتبة المتأخرة وبعدها الديون العادية مقدمة بعضها على بعض وفق تاريخ ثبوت سند الدين، وبالمقابل فإن فقهاء الإسلام جعلوا قائمة بالديون الممتازة وتقدم بعضها على بعض فيقدم ما انفق على بيع الاموال المرهونة من اجور العمال والمنادي والنقل ثم يقدم ما كان رهناً ويقدم من كان ماله موجود بعينه ويقسم الباقي بالسوية وحسب النسب وفي ما لا يباع من مال المحجور ومقدار ما يترك له وفيه تفصيل اختلف الفقهاء عليه فيما بينهم، وإن قالت المالكية وبعض الشافعية لا يترك له شيء.

١٦. اجازت التشريعات محل المقارنة للدائنين الذين لهم حق الاشتراك في توزيع حصيلة التنفيذ قدراً من الحرية من خلال السماح لهم بالاتفاق على توزيع معين لحصيلة التنفيذ في جلسة تسوية ودية وبأشراف القضاء وتكون التسوية الودية وفقاً للقانون المصري بعد اعداد قاضي التنفيذ القائمة المؤقتة اما وفقاً للقانون الفرنسي فتكون قبل اعداد القاضي القائمة المؤقتة.

١٧. استعرض الباحث في جميع فقرات الدراسة رأي المذاهب الإسلامية في مضمون تلك الفقرات ووجد أن جميع القوانين النافذة مطابقة لرأي مذهب أو أكثر وهذا يطابق ما نصت عليه المادة الثانية فقرة اولاً تسلسل " أ " من الدستور العراقي التي تنص " أ- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام ".

ثانياً: المقترحات:

١. نقترح على المشرع العراقي تشريع نص قانوني يتضمن تعريف بيع الاموال المرهونة كالتالي:
"هو البيع الجبري الذي تجريه السلطة العامة متمثلة بدائرة التسجيل العقاري ومديرية التنفيذ ولا يتم الا بناءً على طلب صاحب المصلحة وان يكون الدين المضمون بالرهن مستحق الاداء وامتناع المدين الراهن عن الوفاء به ويتم وفقاً للأحكام وللإجراءات التي نص عليها القانون التي لا يجوز مخالفتها لأنها تعدّ من النظام العام والغرض منه هو حصول الدائن المرتهن على حقه من ثمن البيع وحماية المدين الراهن من ان تبخس امواله وحماية حقوق الغير".
٢. لم يتضمن القانون المدني العراقي على حكم فيما يتعلق برهن الشريك حصته الشائعة وبعد القسمة اذا لم يقع في نصيبه هذا العقار او أي جزء منه ووقع في نصيبه عقار اخر، ونقترح انتقال الرهن بمرتبته الى العقار الذي وقع في نصيبه وبقدر الحصة التي رهنها في العقار الاول لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل نص الفقرة اولاً من المادة "١٢٩١" لتصبح كالتالي: "١- اذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في عقار يتحول الرهن بعد القسمة الى الحصة المفردة التي وقعت في نصيب هذا الشريك، واذا وقع في نصيبه بعد القسمة عقار اخر غير الذي رهن حصته الشائعة فيه ينتقل الرهن الى العقار الذي وقع في نصيبه وبمقدار الحصة التي رهنها قبل القسمة في العقار الاول".
٣. اجاز المشرع العراقي في الفقرة ثانياً من المادة "١٣٣٨" للدائن المرتهن فقط ان يطلب من المحكمة بيع المرهون اذا كان مهدداً بالهلاك او نقص في القيمة ونقترح شمول المدين الراهن بطلب البيع من المحكمة اذا كان غير قادر على تقديم تأمين اخر لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل الفقرة ثانياً من المادة "١٣٣٨" لتصبح كالتالي: "٢- واذا كان المرهون مهدداً بأن يصيبه هلاك او نقص في القيمة وجب على المرتهن ان يبادر بإعلان الراهن بذلك والا كان مسؤولاً، وفي حالة الاعلان يجوز للراهن ان يسترد المرهون اذا قدم للمرتهن تأميناً اخر، فإذا لم يفعل جاز للمرتهن او الراهن ان يطلب كل منهم من المحكمة ببيع المرهون، وينتقل حق المرتهن في هذه الحالة من المال المرهون الى ثمنه".
٤. لم يتضمن القانون المدني العراقي نص صريح يتضمن حكماً بالمحافظة على عقد الرهن سواء كان رهناً تأمينياً او رهناً حيازياً مرتباً لآثاره ومحققاً هدفه الأساس وهو الضمان الخاص

باستبعاد الاتفاق المخالف للنظام العام بين الراهن والمرتهن على بيع الاموال المرهونة دون مراعاة الاجراءات التي فرضها القانون بغض النظر عن ارادة الاطراف والابقاء على عقد الرهن، لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة " ١٣٠١ " من القانون المدني العراقي لتكون بالشكل التالي: " يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك الأموال المرهونة رهناً تأمينياً أو حيازياً بالدين، أو أي ثمن كان، أو في ان يبيعها دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون حتى لو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن، ويبطل الاتفاق دون عقد الرهن".

٥. نقترح على المشرع العراقي تشريع نص قانوني صريح في قانون التنفيذ بشأن قرار الاشتراك في حصيلة التنفيذ الذي يصدره المنفذ العدل من خلال تشريع النص التالي: "بعد الانتهاء من اجراءات البيع وايداع الثمن خزانة المحكمة يصدر المنفذ العدل قرار الاشتراك في حصيلة التنفيذ ويوضح في القرار كافة الديون ومرتبها وتسلسلها وفقاً للمواد " ١٠٨ و ١١٠ " من قانون التنفيذ كما ويبين نوعها".

٦. نقترح على المشرع العراقي اسوة بالتشريعات محل المقارنة السماح للدائنين الذين لهم حق الاشتراك في حصيلة التنفيذ على الاتفاق الرضائي والارادي على طريقة وكيفية التوزيع فيما بينهم ويكون بأشراف القضاء من خلال تشريع النص التالي: "في حالة تعدد الدائنين الحاجزين على اموال المدين والدائنين الذين لهم حق الاشتراك في حصيلة التنفيذ وكانت هذه الحصيلة غير كافية للوفاء بجميع حقوقهم، فيجوز لهؤلاء الدائنين الاتفاق فيما بينهم على طريقة وكيفية توزيع حصيلة التنفيذ بالاتفاق الارادي والرضائي فيما بينهم من خلال جلسة تسوية ودية تتعد بقرار من قبل رئيس دائرة التسجيل العقاري بعد اصدار قرار توزيع بدل المبيع او بقرار من قبل المنفذ العدل بعد اصدار قرار الاشتراك في حصيلة التنفيذ".

وبهذا نكون قد انتهينا من هذه الدراسة ومن الله التوفيق

المصادر والمراجع



المصادر والمراجع

• القرآن الكريم

أولاً: المعاجم اللغوية والفقهية:

١. ابراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، اصدار مجمع اللغة العربية، ط٢، ١٩٧٢م.
٢. محمد رواس قلججي ومحمد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، ط٢، ١٩٨٨م.
٣. محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والالفاظ الفقهية، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، بلا ت.

ثانياً: كتب الحديث:

١. محمد بن اسماعيل البخاري(ت:٢٥٦هـ)، صحيح البخاري، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٨١م.
٢. محمد بن علي بن عبد الله الشوكاني، نيل الأوطار شرح ملتنقى الاخبار من أحاديث سيد الأخيار، مكتبة الكليات الأزهرية، بلا مكان طبع، ١٣٩٨هـ، ١٩٧٨م.

ثالثاً: الكتب الفقهية:

أ- كتب المذهب الامامي:

١. ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المحقق الحلي(ت:٦٧٦هـ)، المختصر النافع في فقه الامامية، المكتبة الاهلية، بغداد، العراق، ط٢، ١٣٨٣هـ، ١٩٦٤م.
٢. ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المحقق الحلي(ت:٦٧٦هـ)، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، مؤسسة الوفاء، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م.
٣. ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي(ت:٤٦٠هـ)، الخلاف، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ايران، ط١، ١٤١١هـ.

٤. احمد الاردبيلي (ت: ٩٩٣هـ)، مجمع الفائدة والبرهان في شرح ارشاد الاذهان، تحقيق: مجتبى العراقي وعلي پناه الاشتهاري وحسين اليزدي الاصفهاني، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ايران، ط١، ١٤١٢هـ.
٥. أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.
٦. حسن الجواهري، بحوث في الفقه المعاصر، مجمع الذخائر الاسلامية، قم، ايران، ط١، ١٤٢٧هـ.
٧. الحسن بن يوسف بن علي بن محمد بن المُطَهَّر العلامة الحلي (ت: ٧٢٦هـ)، تذكرة الفقهاء، مطبعة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤٢٣هـ.
٨. الحسن بن يوسف بن علي بن محمد بن المُطَهَّر العلامة الحلي (ت: ٧٢٦هـ)، مختلف الشيعة، تحقيق مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المقدسة، ايران، ط١، ١٤١٥هـ..
٩. الحسن بن يوسف بن علي بن محمد بن المُطَهَّر العلامة الحلي (ت: ٧٢٦هـ)، قواعد الأحكام، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم المشرفة، ط١، ١٤١٩هـ.
١٠. الحسن بن يوسف بن علي بن محمد بن المُطَهَّر العلامة الحلي (ت: ٧٢٦هـ)، تحرير الأحكام، تحقيق الشيخ إبراهيم البهاري، مؤسسة الإمام الصادق (عليه السلام)، مطبعة اعتماد، قم، ط١، ١٤٢٢هـ.
١١. زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني)، (ت: ٩٦٥هـ)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ٤، انتشارات داوري، قم، ايران، ط١، ١٤١٠هـ.
١٢. السيد ابو القاسم الخوئي، صراط النجاة، مطبعة سلمان الفارسي، قم، ايران، ط١، ١٤١٦هـ.
١٣. السيد ابو القاسم الخوئي، منهاج الصالحين، مطبعة مهر، قم، ايران، ط٢٨، ١٤١٠هـ.
١٤. السيد ابو القاسم الخوئي، موسوعة السيد الخوئي، التنقيح في شرح المكاسب، تقرير، الشيخ علي الغروي، مؤسسة احياء السيد الخوئي، قم، ايران، ط١، ٢٠٠٥م.

١٥. السيد عبد الأعلى السيزواري، مهذب الاحكام في بيان مسائل الحلال والحرام، مطبعة الكوثر، بدون مكان طبع، ط١، ١٤٢٥هـ.

١٦. السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، مطبعة ستارة، قم، ايران، ١٤١٥هـ.

١٧. صادق الحسيني الشيرازي، المسائل الاسلامية، ط٥، دار العلوم، بيروت.

١٨. علي پناه الاشتهازي، مجموعة فتاوى ابن الجنيد، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ايران.

١٩. محمد إسحاق الفياض، منهاج الصالحين، مطبعة أمير، ط١، قم، إيران.

٢٠. محمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة، المطبعة الرضوية، مصر، ١٣٢٣هـ.

٢١. محمد بن الحسن الحر العاملي(ت: ١١٠٤هـ)، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، تحقيق مؤسسة ال البيت عليهم السلام لأحياء التراث، ط٢، ١٤١٤هـ.

٢٢. محمد بن الحسن بن علي الطوسي(ت: ٤٦٠ هـ)، المبسوط في فقه الامامية، تحقيق محمد تقى الكشفي، المكتبة الرضوية، ج٢، ايران، بلا ت.

٢٣. محمد بن مكي العاملي(الشهيد الاول)،(ت: ٧٨٦ هـ)، الدروس الشرعية في فقه الامامية، تحقيق مؤسسة النشر الاسلامي، قم، طهران.

٢٤. محمد جواد مغنية(ت: ١٤٠٠هـ)، فقه الإمام جعفر الصادق(عليه السلام)، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر، مطبعة الصدر، قم، ١٤٢١هـ.

ب- كتب المذهب الحنفي:

١. ابو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيديّ اليميني الحنفي(ت: ٨٠٠هـ)، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، ط١، ١٣٢٢هـ.

٢. ابو محمد بدر الدين العيني، عمدة القاري، دار احياء التراث، بيروت، لبنان، بلا ت.

٣. ابي بكر احمد بن علي الرازي الجصاص(ت: ٣٧٠ هـ)، احكام القران، تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٤م.

٤. برهان الدين على بن ابي بكر بن الجليل (ت: ٥٩٣هـ)، الهداية شرح بداية المبتدي، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ١٣٥٥هـ، ١٩٣٦م.
٥. زين الدين بن ابراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، (ت: ٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وفي اخره تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت: ١١٣٨هـ)، دار الكتاب الاسلامي، بيروت، بلا ت.
٦. شمس الدين السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٩٨٦م.
٧. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد افندي (ت: ١٠٧٨هـ)، مجمع الانهر في شرح ملتقى الابرار، دار احياء التراث العربي، القاهرة، بلا ت.
٨. عبدالله بن محمود بن مودود ابن محمود مجد الدين الموصلي (ت: ٦٨٣هـ)، الاختيار والتعليل، مطبعة السعادة، مصر، ط٣، ١٣٧٦هـ، ١٩٥٧م.
٩. عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت: ٧٤٣هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الحاشية، شهاب الدين احمد بن محمد بن احمد بن يونس بن اسماعيل بن يونس الشلبي (ت: ١٠٢١هـ)، بولاق، القاهرة، ط١، ١٣١٣هـ.
١٠. علاء الدين ابن عابدين (ت: ١٣٠٦هـ)، حاشية قرّة عيون الاخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار، تحقيق مكتب التحقيق والدراسات، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٩٥م.
١١. علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٨، دار الكتب العلمية، بيروت.
١٢. محمد بن احمد بن ابي احمد ابو بكر علاء الدين السمرقندي (ت: ٥٤٠هـ)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤١٤هـ.
١٣. محمد بن علي الطوري الحنفي (ت: ١١٣٨هـ)، تكملة البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٧م.

١٤. محمد بن فرامر زين على الشهير بملا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الاحكام، مطبعة محمد اسعد عثمان، ١٣٠٠هـ.

١٥. محمد علاء الدين الحصفكي (ت: ١٠٨٨هـ)، رد المحتار على الدر المختار في فقه مذهب الامام ابي حنيفة النعمان، اشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ.

ج- كتب المذهب الشافعي:

١. أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني (ت: ٦٢٣هـ)، فتح العزيز، تحقيق علي معوض عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.

٢. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي (ت: ٤٥٠هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م.

٣. أبو إسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ)، المهذب في فقه الامام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م.

٤. أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي (ت: ٢٠٤هـ)، الام، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط ٢، ١٩٨٣م.

٥. اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل ابو ابراهيم المزني (ت: ٢٦٤هـ)، مختصر المزني، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ، ١٩٩٠م.

٦. حسين بن محمد حسين المحلي الشافعي، كتاب الفروع المسمى كشف اللثام عن السنة الآتام، تحقيق محمد حسن محمد حسم اسماعيل، ج ١، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٩م.

٧. زكريا بن محمد بن احمد الانصاري (ت: ٩٣٦هـ)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٩٩٨م.

٨. قاسم بن محمد النوري، الروض النضير الجامع بين تحفة الطلاب والتيسير في فقه الإمام الشافعي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٤م.
٩. عبد الحميد الشرواني (ت: ١١١٨هـ)، حواشي الشرواني، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا ت.
١٠. محمد الشربيني الخطيب (ت: ٩٧٧هـ)، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، دار احياء التراث الاسلامي، بيروت، لبنان، بلا ط، ١٩٥٨م.
١١. محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة الرملي المنوفي المصري الانصاري (ت: ١٠٠٤هـ)، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، دار احياء التراث الاسلامي، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤١٣هـ.
١٢. محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، بيروت، لبنان، بلا ت.
١٣. محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الاسلامي، ط٣، ١٤١٢هـ، ١٩٩١م.
١٤. مصطفى البغا والاستاذ الدكتور مصطفى الحن والاستاذ الشيخ علي الشرجي، الفقه المنهجي عن مذهب الامام الشافعي، دار المصطفى، دمشق، ط١، ٢٠٠٨م.

د - كتب المذهب المالكي:

١. أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السعدي (ت: ٤٦١هـ)، النتف في الفتاوى، تحقيق د. صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م.
٢. ابو العباس احمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (ت: ١٢٤١هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي، دار المعارف، بيروت، بلا ت.
٣. ابو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري المالكي (ت: ٥٣٦هـ)، شرح التلقين، الشيخ محمد المختار السلاوي، دار الغرب الاسلامي، ط١، ٢٠٠٨م.

٤. ابي عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر الخليل، ج٥، دار الكتاب الإسلامي، بلات.

٥. ابي عبد الله محمد بن محمد الشهير بالحطاب، الحطاب مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل بن اسحاق الجندي، مج٥، دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، ط١، ٢٠١١م.

٦. ابي عمر جمال الدين عثمان بن عمر بن ابي بكر ابن الحاجب المالكي، جامع الامهات، دار الكتب العلمية، لبنان، ط١، ٢٠٠٤م.

٧. أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي(ت: ١١٢٦هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن ابي زيد القيرواني، دار الفكر، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.

٨. جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دراسة وتحقيق حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الاسلامي.

٩. سيدي محمد الامير المالكي، ضوء الشموع بحاشية المجموع، حاشية الحجازي الدوري المالكي، المحقق محمد محمود ولد محمد الامين المومي، دار يوسف، مكتبة الامام مالك، موريتانيا.

١٠. شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي احمد الدرديري وبهامشه الشرح المذكور مع تقارير العلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عlish شيخ السادة المالكية، ج٣، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢م.

١١. مالك بن انس(ت:١٧٩هـ)، الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٥م.

١٢. مالك بن انس(ت:١٧٩هـ)، المدونة الكبرى، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٣٢٣هـ.

١٣. محمد بن احمد بن رشد القرطبي الاندلسي المعروف (بابن رشد الحفيد) (ت: ٥٩٥ هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تنقيح وتصحيح خالد العطار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٩٩٥ م.

هـ - كتب المذهب الحنبلي:

١. محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب الرعيني (ت: ٩٥٤ هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤١٦ هـ، ١٩٩٥ م.

٢. ابو محمد علي بن حزم الاندلسي، المحلى، دار الجيل، دار الافاق الجديدة، بيروت، بلا ت.

٣. ابو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠ هـ)، المغني، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨ هـ، ١٩٦٨ م.

٤. أبي البركات احمد الدردير (ت: ١٣٠٢ هـ)، الشرح الكبير، دار احياء الكتب العربية، لبنان، بلا ت.

٥. تقي الدين أحمد بن محمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار، منتهى الإرادات لجمع المقنع مع التنقيح والزيادات، القسم الأول، مكتبة دار العروبة، القاهرة، بدون سنة طبع.

٦. زين الدين عبد الرحمن بن احمد بن رجب بن الحسن السلمي البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي (ت: ٧٩٥ هـ)، القواعد، دار الكتب العلمية، المنامة، بلا ت.

٧. عبد الرحمن بن قدامة المقدسي (ت: ٦٨٢ هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، بلا ت.

٨. عثمان احمد النجدي الحنبلي، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب، تحقيق حسنين محمد مخلوف، الدار الشامية، بيروت، ط ٤، ١٩٩٦ م.

٩. علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام المبجل احمد بن حنبل، ج٥، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط١، ١٣٧٦هـ، ١٩٥٦م.

١٠. ابو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بأبن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل، تحقيق محمد حسن محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١م.

١١. منصور بن يونس البهوتي (ت: ١٠٤٦هـ)، كشف القناع عن متن الاقناع، عالم الكتب، بيروت، لبنان، بلا ت.

رابعاً: الكتب القانونية:

١. احمد ابو الوفا، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٥م.

٢. احمد ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٦، بلا ت.

٣. احمد خليل، قانون التنفيذ الجبري، مكتبة مطبعة الانتفاع الفنية، مصر، ١٩٩٨م.

٤. أحمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٧٠م.

٥. احمد عبد التواب بهجت، الوجيز في شرح احكام الضمانات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.

٦. احمد محمد احمد حشيش، مبادئ التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م.

٧. ادم وهيب النداوي، احكام قانون التنفيذ، مطبعة جامعة بغداد، ط١، ١٩٨٤م.

٨. اسماعيل ابراهيم الزيايدي، التنفيذ العقاري، مطابع روز اليوسف، ١٩٩٧م.

٩. اسماعيل عبد النبي شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية النظرية العامة للحق نظرية القانون، هابوا للطباعة بكفر الشيخ، ١٩٨٦م.
١٠. امينة النمر، احكام التنفيذ الجبري وطرقه، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٢، ١٩٧١م.
١١. الان بينابنت، القانون المدني الموجبات (الالتزامات)، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٤م.
١٢. انور العمروسي، الحقوق العينية والتأمينات العينية في القانون المدني، منشورات الحلبي، الاسكندرية، بلا ت.
١٣. انور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج ١٤، الاسكندرية، ط١، ٢٠٠٤م.
١٤. باقر الخليلي، تطبيقات قانون التنفيذ، بغداد، مطبعة اسعد، ١٩٦٣م.
١٥. بيان يوسف رجب، دور الحيازة في الرهن الحيازي، دار الثقافة للنشر، ط١، بدون مكان طبع، ٢٠١٠م.
١٦. جاك غستان بالتعاون مع كريستوف جامان و مارك بيو، المطول في القانون المدني الفرنسي مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٠م.
١٧. جاك مستر وامانويل بوتمان ومارك بيو، المطول في القانون المدني الفرنسي قانون التأمينات العينية الخاص، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٩م.
١٨. جاك ميتر وعمانويل بوتمان ومارك بيو، المطول في القانون المدني الفرنسي قانون التأمينات العينية العام، بأشراف جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٦م.
١٩. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ط١، ١٩٨٩م.

٢٠. حامد محمد ابو طالب، التنفيذ الجبري، ٢٠٠٥ م.
٢١. حسام الدين كامل الاهواني، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، بلات.
٢٢. حسن علي دنون، شرح القانون المدني العراقي، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤ م.
٢٣. حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية والشخصية دراسة تحليلية شاملة لإحكام الرهن والتأمين والامتياز، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٥ م.
٢٤. خالد شهر، موسوعة احكام ومبادئ النقص، ج ٨، بلا ت.
٢٥. خميس خضير، التأمينات العينية في القانون المدني، دار النهضة العربية، ط ١، ١٩٨٢ م.
٢٦. رضا عبد الحليم عبد المجيد، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠٠٩ م.
٢٧. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٦٩ م.
٢٨. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الاحكام والمحركات الموثقة، ١٩٦٨ م.
٢٩. رمضان ابو السعود، اصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية، بيروت، ١٩٦٥ م.
٣٠. رمضان ابو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٥ م.
٣١. سعيد عبد الكريم مبارك، احكام دعاوى التنفيذ، ط ٢، ١٩٧٤ م.
٣٢. سعيد عبد الكريم مبارك، احكام قانون التنفيذ، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، بغداد، ط ١، ١٩٨٩ م.
٣٣. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح قانون التنفيذ، شركة العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، ٢٠١٧ م.

٣٤. سعيد عبد الكريم مبارك وصاحب عبيد الفتلاوي وطه الملا حويش، الموجز في العقود المسماة، مكتبة السنهوري، بغداد، ط١، ٢٠١٥م.
٣٥. سلمان الطماوي، مبادئ القانون الاداري، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ١٩٦١م.
٣٦. سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج ٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٢م.
٣٧. سليمان مرقص، التأمينات العينية، بدون مكان طبع، ١٩٥٩م.
٣٨. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦م.
٣٩. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية، ٢٠٠٠م.
٤٠. سيد احمد محمود، توزيع حصيلة التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦م.
٤١. السيد محمد السيد عمران، التأمينات الشخصية والعينية، دار الهدى للمطبوعات، ٢٠٠٢م، ٢٠٠٣م.
٤٢. شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية العقارية، ج ٢، مطبعة المعارف، بغداد، ط١، ١٩٥٣م.
٤٣. شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين، القاهرة، ط٣، ١٩٥٥م.
٤٤. شمس الدين الوكيل، الموجز في نظرية التأمينات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط١، ١٩٦٦م.
٤٥. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، الاسكندرية، ط٢، ١٩٥٩م.
٤٦. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٣م.
٤٧. طلعت محمد دويدار، طرق التنفيذ القضائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٤م.
٤٨. عامر خطاب عمر، بيع العقار عن طريق المزايمة، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧٣م.

٤٩. عبد الحميد ابو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، مطبعة الاعتماد، مصر، ط٢، ١٣٤١هـ، ١٩٢٣م.

٥٠. عبد الرحمن علام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م، ج١، المكتبة المركزية، بغداد، ١٩٧٢م.

٥١. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١٠، التأمينات الشخصية والعينية، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٦٨م.

٥٢. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٤، العقود التي تقع على الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط٣، ٢٠٠٠م.

٥٣. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٨، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، ١٩٩١م.

٥٤. عبد السلام ذهني، التأمينات، مطبعة الاعتماد، مصر، ١٩٢٦م.

٥٥. عبد العزيز خليل ابراهيم بديوي، قواعد واجراءات التنفيذ الجبري والتحفظ في قانون المرافعات بالمقارنة بأحكام الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي، ط٢، ١٩٨٠م.

٥٦. عبد العزيز محمود المرسي، نظرية انقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري، ٢٠٠٦م.

٥٧. عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، ١٩٥٤م.

٥٨. عبد الله بن عمر بن حسين بن طاهر، العقود المضافة إلى مثلها، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ٢٠١٣م.

٥٩. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي، ج١، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ط٢، ١٩٦٣م.

٦٠. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج ١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠م.
٦١. عبد المنعم البدرائي، التأمينات العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا ت.
٦٢. عبد المنعم الدسوقي، قضاء النقص في المواد المدنية، ج ١، ط ٣، ٢٠٠٤م.
٦٣. عبد الناصر العطار، التأمينات العينية، بلا مكان طبع، ١٩٩٠م.
٦٤. عبود صالح مهدي التميمي، شرح قانون التنفيذ، دار الكتب والوثائق، بغداد، ط ١، ٢٠٠٠م.
٦٥. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الاحكام واعمال القاضي في المواد المدنية والتجارية، ١٩٨٣م.
٦٦. عطية فتحي الفقي، البيوع الاجبارية دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ط ١، ٢٠٢١م.
٦٧. علي مظفر حافظ، شرح قانون التنفيذ، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤م.
٦٨. علي هادي العبيدي، الحقوق العينية، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ط ١، ٢٠٠٠م.
٦٩. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دار الثقافة، عمان، ط ١٣، ٢٠١٧م.
٧٠. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠م.
٧١. فاروق احمد خماس و محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩٢م.
٧٢. فاروق اسماعيل، ماذا تعرف عن الرهن الرسمي والرهن الحيازي، بدون مكان طبع، ٢٠٠٣م.
٧٣. فائز الحاج ياسين، القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز، ٢٠٠٩م.
٧٤. محمد حامد فهمي، تنفيذ الاحكام والسندات الرسمية والحجوز التحفظية، مطبعة فتح الله الياس نوري واولاده، القاهرة، ط ١، ١٩٣٧م.

٧٥. محمد حسين منصور، التأمينات العينية " الرهن الرسمي "، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٥م.
٧٦. محمد طه البشير و غني حسون طه، الحقوق العينية، ج ٢، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٦م.
٧٧. محمد علي امام، التأمينات العينية والشخصية، مطبعة النهضة، مصر، ١٩٩٦م.
٧٨. محمد كامل مرسى، التأمينات الشخصية والعينية، تنقيح المستشار محمد علي شكيكة والمستشار معتز كامل، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥م.
٧٩. محمد محمود ابراهيم، اصول التنفيذ الجبري، ١٩٨٣م.
٨٠. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الحقوق العينية التبعية، دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٦م.
٨١. محمد يوسف موسى، الاموال ونظرية العقد، دار الكتاب العربي، مصر، ط ١، ١٣٧٢هـ، ١٩٥٢م.
٨٢. محمود المظفر، الرهن التاميني حكمه ومحتواه في الشريعة الاسلامية، بحث مقدم للمؤتمر التاسع لاتحاد المحامين العرب، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٦٧م.
٨٣. محمود كمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، القاهرة، ط ٣، ١٩٧٩م.
٨٤. محمود كمال الدين زكي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، ١٩٧٤م.
٨٥. مدحت المحمود، شرح قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ وتطبيقاته العملية، بغداد، ١٩٩٢م.
٨٦. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج ٢، العاتك لصناعة الكتب، ٢٠٠٨م.
٨٧. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع، ط ٧، ٢٠٠٤م.

٨٨. منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد، دار شتات للنشر، مصر، ٢٠١٠م.
٨٩. نبيل اسماعيل عمر، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ١٩٧٩م.
٩٠. هادي عزيز علي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٩م.
٩١. همام محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، الاسكندرية، ٢٠٠٤م.
٩٢. وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، دار الفكر العربي، ١٩٧٤م.

خامسا: الرسائل والاطاريح:

١. عبد الرحمن بن عبد الله الهيبي، احكام المفلس في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، المعهد العالي للقضاء، ١٤٠٠هـ.
٢. مبارك بن محمد بن حمد الدعيلج، الرهن في الفقه الاسلامي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة الإمام محمد بن سعود الاسلامية، المعهد العالي للقضاء، ١٤٠٦هـ.
٣. يمينه شوادر، احكام حقوق الامتياز في الفقه الاسلامي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة الجزائر كلية العلوم الاسلامية، ٢٠١١م.

سادساً: البحوث القانونية:

١. صالح احمد محمد عبطان واخلاص احمد رسول، التنفيذ على العقار المرهون تامينياً، بحث منشور في مجلة الرافين للحقوق، المجلد ١١، العدد ٤١، لسنة ٢٠٠٩م.
٢. عباس علي الحسيني، قاعدة عدم تجزئة الرهن، بحث منشور في مجلة الحقوق العلمية، جامعة كربلاء، المجلد الاول، العدد الاول، لسنة ٢٠٠٩م.
٣. فتحي والي، توزيع حصيلة التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد السابع، السنة ٣٥، ١٩٦٥م.

٤. منصور حاتم محسن، الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد ٢١، العدد ١، لسنة ٢٠١٣م.

٥. منصور حاتم محسن، النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة ٢٠١٧م.

سابعاً: القرارات والمجموعات القضائية:

١. المستحدث في مبادئ محكمة النقض التي قررتها الدوائر المدنية، المكتب الفني لمحكمة النقض.

٢. ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، مطبعة العمال المركزية، بغداد، بدون سنة طبع.

٣. مجلة القضاء، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية، العدد الثالث والرابع، ١٩٧٧م.

ثامناً: التشريعات والقوانين:

١. قانون حقوق وواجبات الزراع العراقي رقم ٢٨ لسنة ١٩٣٣م.

٢. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.

٣. قانون المحاماة العراقي رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥م.

٤. قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م.

٥. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م.

٦. قانون الاصلاح الزراعي العراقي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠م.

٧. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١م.

٨. قانون تنظيم ايجار العقار العراقي رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٣م.
٩. قانون رسوم التسجيل العقاري العراقي رقم ١٢٦ لسنة ١٩٧٤م.
١٠. قانون وتعليمات توحيد اصناف اراضي الدولة العراقي رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦م.
١١. قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠م.
١٢. قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠م.
١٣. قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤م.
١٤. قانون كتاب العدول العراقي رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨م.
١٥. قانون المواريث المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م.
١٦. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م.
١٧. قانون اصابات العمل المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠م.
١٨. قانون المحاماة المصري رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧م.
١٩. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م.
٢٠. قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م.
٢١. القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ واهم تعديلاته الصادرة بموجب القانون رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦م.
٢٢. قانون إجراءات التنفيذ المدنية الفرنسي رقم ٢٠١١/١٨٩٥ في ٢٠١١/١٢/١٩م.

Extraction:

The conclusion of this study is that we aim to clarify a provision of compulsory extraordinary provisions that come on financial contracts. In spite of the fact that the asset is free to contract, but in order to safeguard legitimate and interests, the provision of compulsion is the sale of the encumbered funds to preserve the right of the encumbered creditor, which may be lost as a result of the debtor's current inability to pay the debt secured by the mortgage, insolvency or failure to pay insolvency or damage to the encumbered creditor as a result of the delay in payment of the debt secured by the mortgage, This study aims to demonstrate the meaning of the funds to which the insurance and acquire mortgage is received from real estate and movable by presenting the conditions to be provided in these funds and clarifying what is due to the mortgage according to the not mentioned in the contract, defining this type of the forced sale and its legal nature, and then exposing the various cases to sell these funds according to the route laid down by law before the solutions and the parties' agreement to sell without observing legal procedures first. Second, the need to compel the sale of the encumbered funds in accordance with the rules and procedures established by legislation to seize and sell the property and movable and to clarify the effects of the sale provision on the parties and how the sale proceeds are distributed. This distribution presupposes the existence of creditors with priority according to the laws, namely the insurance or acquisition mortgage or franchise rights according to the law and creditors who are entitled to participate in the distribution of the cash price of the sale of the encumbered funds, which is called the proceeds by identifying the rules and procedures brought about by the comparable legislation and elucidating the views of Islamic scholars in this regard, this article will deal with the distribution methods and how they are carried out when multiple debts and different levels of excellent debt with different sequences of ordinary debt are present. The research came to the conclusion that the rules and procedures for the sale of the encumbered funds are a tool accompanying the preservation and delivery of rights to its creditors, and it is God's conciliation and payment.

*Ministry of Higher Education
and Scientific Research
University of Babylon
College of Law / Private Law*



Sale of Encumbered

(A comparative Study With Islamic jurisprudence)

*A master thesis submitted by the student
Laith Abbas Mansoor Al Ameri*

*To the Council of the College of Law / University of
Babylon, to fulfill the requirements for obtaining a
master's degree in Private Law*

*Supervised by
Prof. Dr. Mansour Hatem Mohsen Al-Fatlawy*

2022 A.D.

1444 A.H.