غلق الرهن في الفقه الاسلامي والقانون المدني - دراسة تحليلية مقارنة –

م.د.احمد محمد صديق

ahmed.siddiq@uokirkuk.edu.iq

جامعة كركوك / كلية القانون والعلوم السياسية

Close MortgageIn Islamic jurisprudence and civil law Comparison analytical study

Lecturer. Dr. Ahmed Mohammed Seddiq
University of Kirkuk / Faculty of Law and Political

المستخلص

يعد غلق الرهن من المواضيع المتعلقة بالتأمينات العينية اذ كان من عادة العرب في الجاهلية ان الراهن اذ لم يستطع عن اداء ديونه المرهونة فان المال المرهون يخرج عن ملكه الى ملك الدائن المرتهن, لذا فان غلق الرهن مصطلحاً مطلقاً استخدمه الفقه الاسلامي ليشمل حالة ان يتفق الدائن المرتهن مع المدين الراهن على أنه عند حلول أجل الدين و عدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن الحق في تملك العقار المرهون بثمن يساوي الدين المستحق أو بثمن آخر أكبر أو أقل منه, والسبب انه يفسر بضعف موقف المدين الراهن الذي كثيرا ما يعتقد أن دينه سيكون قد وفى, فإذا تم الاتفاق في عقد الرهن على هذا الشرط فان الشرط وحده هو الباطل أما عقد الرهن فيبقى صحيحا ولكن نلاحظ انه في بعض الاحيان ان موضوع غلق الرهن في الحياة العملية والتعاملات ما بين الافراد له فوائده واهميته ولكن بشرط وضع قيود محددة لكي لا يتم الاسراف في تطبيقها جاء المشرع العراقي في نص المادة ١٣٠١ من القانون المدني العراقي بحكم يبين ابطال شرط الرهن بصورة مطلقة ولم يسر على النحو الذي سار عليه المشرع المصري والاماراتي في جواز غلق الرهن في حالات محددة نبينها في ثنايا البحث.

الكلمات المفتاحية: الرهن, الراهن, المرتهن, غلق الرهن, الفقه الاسلامي, المذاهب

Abstract

The closure of the foreclosure of the subjects related to insurance in kind since it was common Arabs in ignorance that the current, unable to perform its debts mortgaged mortgage money out of the ownership to the creditor of the mortgagee, so the closure of mortgage is a term used by Islamic jurisprudence to include the case that the creditor agrees mortgagee With the current debtor that when the debt is due and not fulfilled, the mortgagee will have the right to own the mortgaged property at a price equal to the debt owed or at a higher or lesser price, because it weakly explains the position of the current debtor whose religion is often believed to have been fulfilled, If the mortgage contract is agreed upon To this condition, the condition alone is false, but the mortgage contract remains true, but note that sometimes the subject of foreclosure in the life of the transaction and transactions between individuals has its benefits and importance, but the condition of the establishment of specific restrictions so as not to be excessive in their application came the Iraqi legislator in the text of article ١٣٠١of the Iraqi Civil Code by virtue of the absolute nullification of the mortgage clause and not as facilitated by the Egyptian and UAE legislators in the possibility of closing the mortgage in specific cases,

Keywords: Mortgage, the present, the mortgagee, closing the mortgage, Islamic jurisprudence, sects

المقدمة

اولا: موضوع البحث: يعد غلق الرهن من المواضيع المتعلقة بالتأمينات العينية اذ كان من عادة العرب في الجاهلية ان الراهن اذ لم يستطع عن اداء ديونه المرهونة فان المال المرهون يخرج عن ملكه الى ملك الدائن المرتهن, لذا فان غلق الرهن مصطلحاً مطلقاً استخدمه الفقه الاسلامي ليشمل حالة ان يتفق الدائن المرتهن مع المدين الراهن على أنه عند حلول أجل الدين و عدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن الحق في تملك العقار المرهون بثمن يساوي الدين المستحق أو بثمن آخر أكبر أو أقل منه, والسبب انه يفسر بضعف موقف المدين الراهن الذي كثيرا ما يعتقد أن دينه سيكون قد وفى, فإذا تم

الاتفاق في عقد الرهن على هذا الشرط فان الشرط وحده هو الباطل أما عقد الرهن فيبقى صحيحا, ولكن مثل هذا الاتفاق في بعض الحالات قد يكون فيه مصلحة للراهن بان يجنبه نفقات بيع العقار المرهون وفقا للإجراءات التي حددها القانون

ثانيا :- اهمية الموضوع : نلاحظ انه في بعض الاحيان فان موضوع غلق الرهن في الحياة العملية والتعاملات ما بين الافراد له فوائده واهميته ولكن بشرط وضع قيود محددة لكي لا يتم الاسراف في تطبيقها اذ ان مثل هذا الاتفاق فيه مصلحة للراهن بان يجنبه نفقات بيع العقار المرهون وفقا للإجراءات التي حددها القانون ولان الراهن في بعض الحالات حالات غلق الرهن لا يكون خاضعا لضغط الدائن المرتهن

ثالثا :- مشكلة البحث : لقد جاء المشرع العراقي في نص المادة ١٣٠١ من القانون المدني العراقي بحكم يبين ابطال شرط الرهن بصورة مطلقة ولم يبين استثناءات لها على الرغم من ضرورة بيان حالات جواز وجود غلق الرهن في عقد الرهن لأهميته وفوائده في الحياة العملية وهذه ما سار عليه المشرع المصري والاماراتي في جواز غلق الرهن في حالات محددة ولم يعطي حكم مطلق لإبطال غلق الرهن .

ثانيا: هدف البحث: امكانية ان يكون هناك غلق للرهن في بعض الحالات وان نوصي المشرع بان يقلل من حالات ابطال غلق الرهن خاصة في الحالات التي بينتها القوانين المقارنة .

ثالثاً: منهجية البحث: سننتهج بالبحث، المنهج التحليلي المقارن بين القانون العراقي والمصري والاماراتي والاردني من جهته وبين الفقه الاسلامي، وسنتوسع بالفقه الاسلامي من خلال استعراض وتحليل الأراء الفقهية المختلفة والحجج التي تعتمد عليها.

رابعا: خطة البحث: نحاول تقسيم البحث الى مبحثين نبين في المبحث الاول/ ماهية غلق الرهن والتي بدورها تكون على مطلبين نبين في المطلب الاول / تعريف غلق الرهن شرعا وقانونا, وفي المطلب الثاني/ حالات غلق الرهن وتكييفها, اما المبحث الثاني فنبين فيه / أحكام غلق الرهن, والتي بدورها نقسمه الى مطلبين نبين في المطلب الاول حكمها اتفاق على غلق الرهن اثناء انعقاد عقد الرهن, اما المطلب الثاني

فنبين حكم الاتفاق على الغلق بعد حلول أجل الدين, وفي نهاية البحث نبين الخاتمة متضمنة اهم النتائج والتوصيات .

المبحث الأول

التعريف غلق الرهن

نقسم هذا المبحث الى مطلبين نبين في المطلب الأول تعريف غلق الرهن من الناحية الشرعية والقانونية ونبين في المطلب الثاني شروط غلق الرهن فلكي نتعرف هل ان هناك غلقا للرهن ام لا يتوجب البحث عن شروط وجود هذا الامر وكذلك نبين تكييفها وسنتبع التقسيم الاتي: المطلب الأول : تعريف غلق الرهن, المطلب الثاني : شروط غلق الرهن وتكييفها

المطلب الأول

تعريف غلق الرهن

نحاول ومن خلال فرعين ان نبين التعريف الشرعي والقانوني لغلق الرهن اذ نخصص الفرع الاول لتعريف غلق الرهن في الفقه الاسلامي والفرع الثاني نخصصه لتعريف غلق الرهن في القانون وكالأتي :-

الفرع الأول

تعريف غلق الرهن في الفقه الاسلامي

البحث في تعريف اي مصطلح يتوجب بيان تعريفه اللغوي فتعريف غلق الرهن لغة, فغلق هي غلِق وغلِقَ أما الرهن الرهن في اللغة: يُطلق الرهن في اللغة بمعنى الثبوت والدوام، كما يُطلَق على الحبس؛ فمِن الأول قولهم: نعمة راهنة؛ أي ثابتة ودائمة، ومِن الثاني قوله تعالى :﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾]المدثر: ٣٨]؛ أي: محبوسة بكسبها وعَملها؛ بحيث يُمكن أخذ ذلك الدين أو أخذ بعضه من تلك العين[1].

أما شرعا فقد اتفق جمهور فقهاء المسلمين على تعريف غلق الرهن بأنه :- اشتراط المرتهن في عقد الرهن على انه متى حل الدين ولم يوف الراهن الدين يمتلك المرتهن

[1] محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي, مختار الصحاح, دار الكتاب العربي, بيروت لبنان, ١٩٨١ ص٣٥٤.

المرهون له بالدين, أو هو عندما لا يستطيع الراهن أن يسدد ما عليه كان الرهن يخرج عن ملكه ويستولى عليه المرتهن[١], او هو استحقاق المرتهن للمال المرهون حيث لم يفكه الراهن في الوقت المشروط المحدد للوفاء ويفسر ان الرجل يقول ان لم اتك بمالك فان الرهن لك [٢], وقد عرفه احد فقهاء الفقه الاسلامي المعاصرين بان غلق الرهن هو اشتراط المرتهن تملكه للمال المرهون عند عدم الوفاء بان حل الدين ولم يوف فالمرهون له بالدين, فهو مبيع له بالدين الذي على الراهن[٣] .

ونلاحظ من هذه التعريفات اتفاق جميع الفقهاء المسلمين المتاخرين وحتى المعاصرين في تعريف غلق الرهن بأنه شرط تملك المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء في حالة حلول اجل الدين سواء تم الاتفاق على ذلك اثناء انعقاد العقد او بعد انعقاد العقد .

الفرع الثاني

تعريف غلق الرهن في القانون

اما فقهاء القانون فقد بينوا ان غلق الرهن هو إتفاق بين الدائن المرتهن والراهن على أن يتملك الأول المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون عند حلول أجله بثمن هو الدين المستحق – وهذا هو الغالب – او باي ثمن اخر قد يكون اكبر من الدين المستحق[٤], وعرفها احد الفقهاء بانه اشتراط الدائن المرتهن في عقد الرهن

---

[١] شهاب الدين أحمد بن أدريس القرافي, الذخيرة, تحقيق د. محمد حجي, ج٨, ط١, دار الغرب الأسلامي, بيروت لبنان, ١٩٩٤, ص٧٦ و١٠٩ و١١٢ . الامام علاء الدين ابي بكر المسعود الكاساني الحنفي, بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, ج٨, ط٢, تحقيق وتعليق (شيخ علي محمد معوض والشيخ عادل احمد عبد الموجود), دار الكتب العلمية, لبنان بيروت, ٢٠٠٣, ص ١٦٣. أبو الحسين يحيى بن ابي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني, البيان في مذهب الامام الشافعي ,ج٦, ط١, دار المنهاج, لبنان, ٢٠٠٠, ص٦٣ .موفق الدين ابي محمد بن عبد الله أبن قدامة, المغني, تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي د.عبد الفتاح محمد الحلو,ج٦, ط٣, دار عالم الكتب, الرياض, ١٩٩٧, ص٤٤٤.

[٢] الامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني, نيل الاوطار من اسرار منتقى الاخيار, تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد,ج١٠, ط١, دار ابن القيم, الرياض, المملكة العربية السعودية, ٢٠٠٥, ص٢٨٥.

[٣] د. وهبة الزحيلي, الفقه الاسلامي وادلته, ج٥, ط٦, دار الفكر, دمشق, ٢٠٠٩ , ص ١٦٦.

[٤] د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, التامينات الشخصية والعينية, تحقيق وتنقيح المستشار احمد مدحت المراغي, ج١٠, دار الشروق, القاهرة, ٢٠١٠, ص٢٩٥. الأستاذ محمد طه البشير - د.غني حسون طه , الحقوق العينية, ج٢, جامعة بغداد , وزارة التعليم العالي والبحث العلمي, ١٩٨٢, ص٤٢٩. د. سمير عبد السيد تناغو, التأمينات العينية الاسكندرية, ٢٠٠٠, ص١٢٣. د. محمد كامل مرسي, التأمينات الشخصية والعينية, منشأة المعارف, الاسكندرية, مصر, ٢٠٠٥, ص١٧٢.

التاميني على الراهن سواء كان الراهن هو المدين او كفيلا عينيا تملك العقار المرهون او ثمن العقار المرهون والذي تؤول ملكيته الى الدائن المرتهن, عند حلول اجل دينه اذا لم يستوف حقه في مقابل الوفاء بالدين المضمون[١] .

وقد اخذ المشرع العراقي بهذا التعريف وذلك في المادة (١٣٠١) اذ بين ان غلق الرهن هو (.... اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يتملك العقار المرهون رهناً تأمينياً بالدين، أو بأي ثمن كان،...حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن)), وكذلك جاء الحكم ذاته في قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ في المادة ١٩٦ منه, إذ نصت على أن ((.... شرط في عقد الرهن أو كل اتفاق بعد إنعقاده يعطي الدائن المرتهن في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول أجله الحق في تملك المرهون....)).

أما القانون المدني المصري فقد تضمن نصاً عرف معنى غلق الرهن فبين في المادة ١٠٥٢ منه ان ((..... اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول اجله في ان يمتلك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أياً كان....، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن)) [٢], وقد عرف المشرع المصري غلق الرهن كذلك في القانون التجارة المصري رقم ٧١ لسنه وهو١٩٩٩ تعريف مشابه لتعريف المشرع العراقي في قانون التجارة اذ بين في المادة ١٢٩ منه ((.... كل اتفاق يبرم وقت تقرير الرهن أو بعد تقريره يعطي الدائن المرتهن في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول اجله الحق في تملك الشيء المرهون...)).

وبين تعديل القانون المدني الفرنسي في المرسوم المرقم ٢٠٠٦-٣٤٦ بتاريخ ٢٠٠٦/٣/٢٣ معنى غلق الرهن والذي يطلق عليه شرط تملك المرهون بانه(....يصبح المال المرهون ملكا للدائن في حالة تخلف عن تنفيذ التزامه بإيفاء الدين المضمون) [٣].

---

[١] د.عبد الخالق حسن أحمد، التأمينات الشخصية, ط ١،منشورات أكاديمية شرطة دبي،١٩٩٠, ص١٦٥.

[٢] ويقابلها المادة ١٤٢٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتية رقم (٥) لعام ١٩٨٥ المعدل.

[٣] القانون المدني الفرنسي بالعربية, طبعة دالوز الثامنة بعد المئة بالعربية, جامعة القديس يوسف في بيروت, ٢٠٠٩, ص٢٠٩١.

يمكننا ان نستنتج من كل هذه التعريفات القانونية والفقهية الذي اوردناها سابقا من أنه من الممكن ان نضع تعريفا مختصرا لغلق الرهن بانه اذا لم يقدر الرّاهن على تخليص المرهون من الرهن صار ملكا للمرتهن هذا في حالة ماتم الاتفاق عليه في العقد, ونلاحظ ايضا من خلال التعريفات ان هذا الحالة لا تقتصر فقط على الرهن التاميني وانما تشمل الرهن الحيازي ايضا.

المطلب الثاني

شروط غلق الرهن وتكييفه

نحاول ان بين في هذا المطلب شروط غلق الرهن ومن ثم نبين تكييف الفقهي لهذا الشرط الذي يتم الاتفاق عليه لذا سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين وكالاتي:-

الفرع الاول

شروط غلق الرهن

حتى يتحقق غلق الرهن يجب ان يتوافر شرطان حتى نستطيع ان نحكم ان هناك اغلاق للرهن وهذاهما كالاتي:-

اولا :- ان يكون هناك انعقاد للرهن ما بين الراهن والمرتهن وبالصيغة التي يتطلبها القانون من حيث توافر اركان العقد والشكلية المطلوبة اذ لا يجوز ان يكون هناك شرط تملك المال المضمون الا في حالة الرهن سواء كان الرهن رهنا تامينيا ام حيازيا[١] .

ثانيا :- ان يكون هناك اتفاق مابين الدائن المرتهن والمدين الراهن قبل حلول اجل الدين عند التعاقد او بعده انه عند حلول اجل الدين وعدم الوفاء بالدين يكون للدائن المرتهن الحق في ان يتملك العقار المرهون او المنقول بثمن هو الدين المستحق وهذا هو الغالب الاعم او قد يكون باي ثمن اخر اكبر او اقل من الدين المستحق, ومن الممكن ان يكون الاتفاق بعد حلول اجل الدين كله او بعضه على ان ينزل المدين الراهن عن المرهون للدائن المرتهن في مقابل الدين [٢] .

---

[١] الأستاذ محمد طه البشير, د.غني حسون طه, المصدر السابق , ص٤٢٩.

[٢] د.عطية فتحي الفقي, حق التملك الجبري (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي), ج١, دار الكتب القانونية, مصر, ٢٠١١, ص٢١٨.

الفرع الثاني

التكييف الفقهي لغلق الرهن

لابد لنا ان نبين التكييف الصحيح للحالة التي نجيز فيها غلق الرهن, لذا فانه من الممكن ان نكييف[١] غلق الرهن على انه اما بيعا صحيحا او بيع الوفاء او وفاء بمقابل ونبين راينا في الموضوع ونرجح احد التكييفات وفقا لما يأتي :-

اولاً:- اعتبار غلق الرهن بيع :- لو تمعنا في الاتفاق على تملك المرهون (غلق الرهن) خاصة بعد حلول أجل الدين فمن الممكن ان نكييفه على أنه عقد بيع صحيح إذ انه تمليك المرهون بمقابل والمقابل هو الدين المستحق إذ عرف القانون المدني العراقي البيع بأنه مبادلة مال بمال[٢]، حتى أنه هناك أتجاه قضائي مصري على أعتبار هذا التصرف بيع صحيح سواء كان الثمن هو ذات الدين أو مايزيد عليه أو يقل عنه[٣] إذ انه في هذا الحالة من الممكن أن يستفيد الدائن المرتهن من المزايا والحقوق الموجودة في عقد البيع اذ انه في هذه الحالة يعد عقد معاوضة ومعروف في عقود المعاوضة ان يكون فيها ضمان للعقد, وضمان العقد لا يتأتى إلا في عقود المعاوضة التي ترتب التزامات متقابلة على عاقديها[٤], وهذه الضمانات تتمثل في ضمان المتعاقد التعرض والأستحقاق والعيوب الخفية[٥] .

---

[١] أستاذنا د. عامر عاشور عبد الله, تكييف العقد في القانون المدني, بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية, العدد ٦, السنة الثانية, ٢٠١٠, ص١٦٠ وما بعدها . د. محمد سليمان الأحمد, أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية, بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق, جامعة الموصل, العدد ٢٠, السنة التاسعة, ٢٠٠٤, ص ٩١.

[٢] المادة (٥٠٦) من القانون المدني العراقي, ويقابلها المادة٤٨٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي, والمادة ٤١٤من القانون المدني المصري, للتفصيل اكثر ينظر د.جعفر الفضلي, الوجيز في عقد البيع, منشورات زين الحقوقية , بيروت ومكتبة التفسير, اربيل, ٢٠١٣, ص١١.

[٣] نقض ١٩٨٢/٤/١٥ طعن ١٣٤٤ س ٤٨ق, نقلا عن انور طلبة, المطول في شرح القانون المدني, ج١٤, ط١, المكتب الجامعي الحديث, الاسكندرية, ٢٠٠٦, ص٤٥٠.

[٤] د. أيمن أبو العيال, فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي, بحث منشور في مجلة جامعة دمشق, المجلد ١٩, العدد ٢, ٢٠٠٣, ص٨٨ .

[٥] المواد (٥٤٩ - ٥٧٠) من القانون المدني العراقي . ويراجع د. أنور سلطان, العقود المسماة, عقد البيع والمقايضة, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, ٢٠٠٥, ص٢٨١ . د. عمرو أحمد عبد المنعم دبش, الوافي في شرح ضمان العيوب الخفية (في عقد البيع) ، ط١, دار الفكر العربي, القاهرة, ٢٠١٢

ثانيا:- اعتبار غلق الرهن بيع الوفاء :- ان غلق الرهن يكييف ايضا على أنه بيع وفاء وبيع الوفاء يكون عندما يبرم عقد البيع معلقاً على شرط فاسخ هو إذا رد البائع الى المشتري المبالغ التي يتفق عليها وهي الثمن والمصروفات في مدة معينة، أنفسخ عقد البيع، وعُد كأن لم يكن ورجع المبيع الى مُلك البائع وعُد أنه لم يخرج من ملكه اصلاً، يسمى هذا النوع من البيع ببيع الوفاء[١], ويذهب البعض الى ان المقصود من بيع الوفاء بموجب التعريف الاعلاه ليس هو حقيقة البيع وانما الرهن, ودليل ذلك عبارة (او بالدين الذي له عليه) وانه يعد حيلة قانونية [٢]. ومن ثم يكون البائع (في البيع وفاءً) بمثابة الراهن, ويكون المشتري في مركز الدائن المرتهن، إذ يحتفظ المشتري وفاءً (الدائن المرتهن) بالشيء المباع ويرده الى صاحبه البائع (الراهن)عند رد الأخير الثمن والمصروفات، ويتملك الدائن المرتهن (المشتري وفاءً) الشيء المباع (المال المرهون) عند عدم رد الراهن (البائع وفاءً) الثمن والمصروفات [٣], وعندها نكون أمام تملك الدائن المرتهن (المشتري وفاءً) للمرهون عند عدم وفاء المدين الراهن(وهو البائع وفاءً) بالدين(أي الثمن والمصروفات) [٤] .

ثالثاً:-غلق الرهن وفاء بمقابل :- قد اتجه بعض الاراء [٥] على تكييف غلق الرهن والذي يطلق عليه ايضا شرط تملك المرهون على أنه وفاء بمقابل اذ ان تملك المرهون يعد وفاء لدين الراهن, اذ يعرف الوفاء بمقابل بانه قبول الدائن في استيفاء حقه شيئا

,ص ٣٦. علي حسين بخيدة, ضمان عيوب المبيع في عقد البيع, دراسة مقارنة في القانونين المصري والمغربي, دار الفكر العربي, القاهرة, ١٩٨٦, ص٩ .

[١] د. عبد الرزاق السنهوري, المصدر السابق - ص١٤٨. د.حسن علي الذنون, شرح القانون المدني العراقي- العقود المسماة - عقد البيع, مطبعة الرابطة, بغداد, ١٩٥٣ ص٣٨٨. د. سليمان مرقس, التأمينات العينية , بدون مكان طبع, ١٩٥٩, ص ٤٣٦. د. شاكر ناصر حيدر, شرح القانون المدني الجديد (الحقوق العينية العقارية), ط١, مطبعة المعارف, بغداد ١٩٥٣, ص٢٤٨.

[٢] ياسر باسم ذنون, البيع الوفائي (دراسة مقارنة), رسالة الماجستير في القانون الخاص, جامعة الموصل , ١٩٩٩, ص١٨.

[٣] د. عبد الرزاق السنهوري, ج٤, مصدر سابق-ص ١٤٨, ١٦١. د. خالد حمدي عبد الرحمن, البيع المرتد, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٩, ص٥٩.

[٤] د. منصور حاتم, الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون دراسة مقارنة, بحث منشور في مجلة جامعة بابل, العلوم الانسانية, المجلد ٢١, العدد ١, ٢٠١٣, ص ١١.

[٥] انور طلبة, المطول في شرح القانون المدني, ج١٤, مصدر سابق, ص٤٤٩.

اخر غير الشي المستحق قام هذا مقام الوفاء, بمعنى انه اتفاق مابين الدائن والمدين على ان يوفى المدين للدائن بشيء اخر غير محل الالتزام[1].

اما نحن فنرجح الراي القائل بان غلق الرهن يعد عقد البيع وذلك حماية للدائن وللاستفادة من الضمانات التي يوفرها عقد البيع للدائن المرتهن خصوصا انه يتملك المال المرهون مثلما يتملك المشتري للمبيع.

المبحث الثاني

احكام غلق الرهن

نقسم هذا المبحث الى مطلبين نبين في المطلب الأول حكم حالة الاتفاق على غلق الرهن اثناء انعقاد عقد الرهن ونبين في المطلب الثاني حكم الاتفاق على غلق الرهن بعد حلول أجل الدين وستكون التقسيم كالاتي: المطلب الأول : غلق الرهن اثناء انعقاد عقد الرهن , المطلب الثاني : غلق الرهن بعد حلول أجل الدين

المطلب الأول

غلق الرهن اثناء انعقاد عقد الرهن

نقسم هذا المطلب الى فرعين نبين في الفرع الأول موقف الفقه الاسلامي في هذه الحالة, بينما نبين في الفرع الثاني موقف القانون المدني العراقي والقانون المقارن بخصوص هذه الحالة وكالاتي :-

الفرع الأول

موقف الفقه الاسلامي

فقد يحصل اتفاق ما بين الدائن المرتهن والمدين الراهن على تملك المرهون اثناء انعقاد عقد الرهن او حتى بعد الانعقاد بان يكون المحل مبيعا له عند حلول الأجل

[1] المادة ٣٩٩ من القانون المدني العراقي , ويراجع بالتفصيل د. عبد المجيد الحكيم, محمد طه البشير, عبد الباقي البكري, الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي , ج٢, المكتبة القانونية, بغداد, ٢٠١٨ , ص ٣٢٧.

وعدم الوفاء, فقد اتفق فقهاء المسلمين على أن هذا الشرط يعد باطلا بان يتم الاتفاق على ان يتملك المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء وحلول الاجل[١] .

واستدلوا بحديث للرسول (ﷺ) بما روى عن ابي هريرة (رضي الله عنه) ان الرسول ﷺ قال (لا يغلق الرهن, الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه) ودلالة الحديث ان غلق الرهن شرط تم اهداره واقر اصالة ما تم الاتفاق عليه اذ ان الارتهان والاتفاق على صيغة انه ان جئتك بالمال الى وقت كذا ينتهي الرهن وتسترجع المرهون والا فأنه لك, فجاء الاسلام اعتبره باطلا[٢] .

اذ كان من عادة العرب أن الراهن إذا عجز عن أداء ما عليه من دين خرج الرهن عن ملكه، واستولى عليه المرتهن، فأبطله الإسلام ونهى عنه, ومتى حل الاجل لزم الراهن الايفاء وأداء ما عليه من دين، فإن امتنع من وفائه ولم يكن قد أذن له ببيع الرهن أجبره الحاكم على وفائه أو بيع الرهن، فإن باعه وفضل من ثمنه شيء فلمالكه، وإن بقي شيء فعلى الراهن[٣] .

لذا فان الغاية الاساسية من منع غلق الرهن هي مظنة استغلال المرتهن للراهن بان يكون تحت رحمة الدائن ومن ثم يتم استغلاله والذي كان هو المعروف لدى العرب قديما قبل مجيء الاسلام, لذلك نرى ان هذه الحالة مشمولة بهذا المنع بصورة لايقبل الشك فيها .

وهناك قول لابي الخطاب من الحنابلة ولبعض الحنفية ان الرهن بهذا الشرط لا يفسد لان الحديث (لا يغلق الرهن) نفي غلقه دون اصل الرهن فيدل على صحته, ولان الراهن قد رضى برهنه مع هذا الشرط فمع بطلانه اولى ان يرضى به, ولم يقبل اغلب الفقهاء المسلمين الراي السابق باعتباره لا يستقيم مع وضوح معنى النص [٤].

---

[١] شهاب الدين أحمد بن أدريس القرافي, المصدر السابق, ص٧٦ . الامام علاء الدين ابي بكر المسعود الكاساني الحنفي, المصدر السابق, ص ١٦٣. أبو الحسين يحيى بن ابي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني, المصدر السابق, ص٦٣ . موفق الدين ابي محمد بن عبد الله أبن قدامة ,المصدر السابق, ص٤٤٤.

[٢] الامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني, المصدر نفسه , ص٢٨٥.

[٣] د.عطية فتحي الفقي ,المصدر السابق, ص٢١٨.

[٤] د. وهبة الزحيلي, المصدر نفسه , ص ١٦٧.

الفرع الثاني

موقف القانون

في أكثر الحالات يتم الاتفاق على غلق الرهن اثناء انعقاد عقد الرهن او بعد الانعقاد, بان يتم الاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند تكوين عقد الرهن ففي اثناء انعقاد عقد الرهن يشترط المرتهن على الراهن شرط تملك المرهون والذي نصت عليه اغلب القوانين المدنية المقارنة [١].

اذ يلجأ الدائن المرتهن إلى تضمين عقد الرهن هذا الاتفاق حتى يستغل موقف الراهن الذي يكون ضعيفاً عادة ففي أكثر الحالات يفرض الدائن المرتهن على الراهن هذا الاتفاق للقبول بإبرام عقد الرهن، وكثيراً ما يعتقد الراهن بأن الدين سيُوفى عند حلول أجله ويتفق على جعل الثمن هو الدين المستحق ذاته، أو إذا كانت قيمة المرهون تزيد كثيراً عن هذا الدين، يجعل الثمن أكبر من الدين المستحق (المضمون) .

ويجب الملاحظة انه في بعض الحالات يمكن أن يكون الاتفاق على تملك المرهون بعد تكوين عقد الرهن، أي في وقت لاحق على إبرام عقد الرهن وقبل حلول اجل الدين[٢] ووفقاً للقانونين العراقي والمصري والاماراتي يُعد الاتفاق اللاحق كالاتفاق المعاصر بهذا الخصوص[٣] .

بالصورة السابقة يتبين ان هناك احتمالية ان يكون المدين الراهن تحت سيطرة الدائن المرتهن وان يتم استغلاله لذا فان اغلب القوانين المدنية [٤] عده باطلا لمخالفته للنظام العام وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الراهن ولكل ذي مصلحة التمسك به كما يمكن اشارته في اي مرحلة تكون عليها الدعوى [٥] .

---

[١] المادة (١٣٠١) من القانون المدني العراقي, المادة ١٠٥٢/ف١ من القانون المدني المصري, المادة ١٤٢٠ من القانون المعاملات المدنية الإماراتي .

[٢] د. عبد الرزاق احمد السنهوري, المصدر السابق, ص٢٩٥. محمد طه البشير, المصدر السابق, ص٤٢٩. د. محمد كامل مرسي, المصدر السابق . ص١٧٢. د. عبد الخالق حسن أحمد, المصدر السابق, ص١٦٥.

[٣] ينظر المادة (١٣٠١) من القانون المدني العراقي, المادة ١٠٥٢/ف١ من القانون المدني المصري, المادة ١٤٢٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لعام ١٩٨٥ المعدل.

[٤] ينظر المواد اعلاه .

[٥] د. عطية فتحي الفقي ,المصدر السابق, ص٢١٨.

المطلب الثاني

غلق الرهن بعد حلول أجل الدين

نقسم هذا المطلب الى فرعين نبين في الفرع الأول موقف الفقه الاسلامي في هذه الحالة, بينما نبين في الفرع الثاني موقف القانون المدني العراقي والقانون المقارن بخصوص هذه الحالة وكالاتي :-

الفرع الأول

موقف الفقه الاسلامي

في بعض المرات من الممكن ان يتم الاتفاق على غلق الرهن وشرط تملك المرهون بعد حلول أجل الدين أو حلول أجل الاقساط, من خلال قراءتنا لكتب الفقه الاسلامي لم نجد ان لهم راي بهذا الخصوص لذا فان الحكم في الفقه الاسلامي لا يختلف عن الذي بيناه في الحالة السابقة .

ولكننا نرى ان الغاية من ابطال غلق الرهن في الفقه الاسلامي هو الخشية من ان لا يتم استغلال حاجة المدين الراهن خصوصا انه بعد حلول اجل الدين او الاقساط تنتفي نوعا ما هذه الخشية, لذلك نرى انه لا ضير في ان يتم قبول غلق الرهن في هذا الحالة ونحن – بحسب تقديرنا – نقر بصحة غلق الرهن هنا لانتفاء نية الاستغلال الى حد ما من قبل المرتهن للراهن اذ قد يكون في مصلحة المدين ان يكون هناك اتفاق على تملك المرتهن للمرهون خاصة اذا لم يكن له دائن اخر الا هذا الدائن ويجنبه متاعب البيع واللجوء الى القضاء, وهذا ما تؤكده جملة من القواعد العقلية والاصولية, منها :

١- اعمال الكلام أولى من اهماله [١], الاصل لابد من البقاء على اثر القول ولا يمكن الحكم بانعدامه الا اذا وجد دليل صريح على اهماله [٢].

٢- قاعدة اصالة الصحة : وهي قاعدة عامة تعالج المسائل المشكوك بها وترجع

---

[١] هذه القاعدة الفقهية معروفة لدى شراح القانون المدني العراقي, يراجع :- د. عبد المجيد الحكيم, محمد طه البشير, عبد الباقي البكري, المصدر السابق, ص١٥٥.

[٢] د. مصطفى ابراهيم الزلمي, اصول الفقه في نسيجه الجديد (الكامل للزلمي في الشريعة والقانون), ج١, ط١, احسان للنشر والتوزيع, ٢٠١٤, ص٩٩.

كل التصرفات المشكوك بصحتها او فسادها الى اصلها وهي الصحة[١].

وعليه فان مبنى هذه القاعدة لابد ان تحمل الشك في بطلان غلق الرهن هنا على صحتها او عدم البطلان أي على الصحة طبقا لهذه القاعدة العقلية, ولا يمكن ان نحمله على الفساد مادام لا يوجد دليل او قرينة حاكمة على ترجيح المرجح.

الفرع الثاني

موقف القانون

يتم الاتفاق هنا على غلق الرهن ما بين المدين الراهن والدائن المرتهن بعد حلول أجل الدين أو حلول أجل الاقساط, فقد يتم الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن على تملك المرتهن المال المرهون إذا أبرم هذا الاتفاق بعد حلول أجل الدين أو حلول قسط منه، وقد اتجه المشرع المصري في ان الراهن لا يكون في هذا الوقت تحت ضغط الحاجة ومظنة الضعف و استغلاله من قبل المرتهن, لأن الدين قد أستحق, كذلك فانه عن طريق هذا الصورة لغلق الرهن يجنب الراهن نفقات بيع العقار المرهون وفقا للاجراءات التي حددها القانون[٢].

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٢ من القانون المدني المصري على هذا الحالة دون القانون العراقي اذ انه بين انه من الممكن ان يكون غلق الرهن بعد حلول اجل الدين او حلول اجل الاقساط منه, اذ يجوز في هذا الحالة ان يتفق الراهن مع الدائن المرتهن على ان يتملك العقار المرهون بثمن ايا كان اكبر او مساو او اقل من الدين المستحق [٣].

ويشير بعض الفقهاء على ان المشرع الاماراتي قد بين امكانية الاتفاق على غلق الرهن بهذا الصورة خاصة اذا كان فيه مصلحة للراهن, بان يجنبه نفقات بيع العقار

---

[١] اية الله السيد ميرزا حسن البجنوري, ج١, ط١, مؤسسة العروج للطبع والنشر, ط١, ١٤٢١, ص ٤٣٤.

[٢] د. عبد الرزاق السنهوري, مصدر سابق, ص٢٩٧ - د. سمير عبد السيد تناغو -, مصدر سابق, ص١٢٤. د. احمد سلامة, التأمينات المدنية, دار التعاون للطباعة, مصر، ١٩٦٦, ص١٨٠.

[٣] د. عبد الرزاق السنهوري, المصدر السابق, ص٢٩٧ .

المرهون, وفقا للاجراءات التي حددها القانون ولان الراهن في هذه الوقت لم يكن خاضعا تحت ضغط الدائن المرتهن[١].

بينما المشرع العراقي لم يتطرق الى هذا الحالة بصورة صريحة في المادة ١٣٠١ من القانون المني العراقي على الرغم من فوائده العديدة وفيها مصلحة للمدين الراهن لذا نرى ونوصي المشرع العراقي بان لا يبطل غلق الرهن بصورة مطلقة ولا ان يجيزه بصورة مطلقة ايضا كما ذهب اليه بعض الاراء في رفع عيارة غلق الرهن مع القيود المذكوره في هذا الراي [٢] بل ان ياخذ بموقف المشرع المصري في هذا الخصوص وان يضيف النص الاتي كفقرة ثانية في المادة ١٣٠١ (ولكن يجوز بعد حلول اجل الدين او قسط منه الاتفاق على ان ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه).

الخاتمة

نبين من خلال هذا الخاتمة أهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا لها من خلال ثنايا البحث وكالأتي :-

اولا :- الاستنتاجات

١- اتفق جمهور فقهاء المسلمين على تعريف غلق الرهن بأنه :- اشتراط المرتهن في عقد الرهن على انه متى حل الدين ولم يوف الراهن الدين يتملك المرتهن المرهون له بالدين.

٢- ان فقهاء القانون بينوا ان غلق الرهن هو إتفاق بين الدائن المرتهن والراهن على أن يتملك الأول المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون عند حلول أجله بثمن هو الدين المستحق.

٣- في تكييف غلق الرهن قيلت ثلاث وجهات نظر فهو اما بيعا صحيحا او بيع وفاء او وفاء بمقابل .

٤- يوجد حالتين لغلق الرهن حالة الاتفاق على غلق الرهن اثناء انعقاد عقد الرهن او بعد الانعقاد, او حالة الاتفاق على غلق بعد حلول أجل الدين أو حلول

---

[١] د. عبد الخالق حسن أحمد، المصدر السابق, ص١٦٦.

[٢] يراجع د. منصور حاتم, المصدر السابق , ص ٢٢.

أجل الاقساط .

٥- اتفق فقهاء المسلمين على أن انه يعد باطلا الاتفاق على ان يتملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء وحلول الاجل اثناء انعقاد العقد, وهذه توجه اغلب القوانين المدنية (ومنها العراقي والمصري والاماراتي) خشية استغلال الدائن المرتهن للمدين الراهن بان يكون تحت رحمته.

٦- الاتفاق على غلق الرهن بعد حلول أجل الدين أو حلول أجل الاقساط, لم نجد له حكم خاص في كتب الفقه الاسلامي لذا يعد مشمولا بحكم البطلان للحالة السابقة

٧- ان الغاية من ابطال غلق الرهن في الفقه الاسلامي هو الخشية من ان لا يتم استغلال حاجة المدين الراهن ولكن بعد حلول اجل الدين او الاقساط تنتفي نوعا ما هذه الخشية لذلك لا ضير في ان يتم قبول غلق الرهن في هذا الحالة

٨- نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٢ من القانون المدني المصري على حالة انه من الممكن ان يكون غلق الرهن صحيحا بعد حلول اجل الدين او حلول اجل الاقساط منه, لكون الراهن لا يكون في هذا الوقت تحت ضغط الحاجة ومظنة الضعف واستغلاله من قبل المرتهن, لأن الدين قد أستحق ويحقق مصلحة المدين الراهن .

ثانيا :- التوصيات

المشرع العراقي لم يتطرق حالة غلق الرهن بعد حلول اجل الدين او حلول اجل الاقساط منه بصورة صريحة في المادة ١٣٠١ من القانون المني العراقي على الرغم من فوائده العديدة وفيه مصلحة للمدين الراهن, لذا نوصي المشرع العراقي بان لا يبطل غلق الرهن بصورة مطلقة وان ياخذ بموقف المشرع المصري في هذا الخصوص وان يضيف النص الاتي كفقرة ثانية في المادة ١٣٠١ (ولكن يجوز بعد حلول اجل الدين او قسط منه الاتفاق على ان يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه).

المصادر

اولا :- معاجم اللغة

١. محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي, مختار الصحاح, دار الكتاب العربي, بيروت لبنان, ١٩٨١.

ثانيا :- كتب الفقه الاسلامي

١. أبو الحسين يحيى بن ابي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني, البيان في مذهب الامام الشافعي, ط١, دار المنهاج, لبنان, ٢٠٠٠ .
٢. شهاب الدين أحمد بن أدريس القرافي, الذخيرة, تحقيق د. محمد حجي, ط١, دار الغرب الأسلامي, بيروت لبنان, ١٩٩٤ .
٣. الامام علاء الدين ابي بكر المسعود الكاساني الحنفي, بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, ط٢, تحقيق وتعليق (شيخ علي محمد معوض والشيخ عادل احمد عبد الموجود), دار الكتب العلمية, لبنان, بيروت, ٢٠٠٣ .
٤. .موفق الدين ابي محمد بن عبد الله أبن قدامة, المغني, تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي د. عبد الفتاح محمد الحلو, ط٣, دار عالم الكتب, الرياض, ١٩٩٧ .
٥. الامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني, نيل الاوطار من اسرار منتقى الاخيار, تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد, ط١, ج١٠, دار ابن القيم, الرياض, المملكة العربية السعودية, ٢٠٠٥ .
٦. د. مصطفى ابراهيم الزلمي, اصول الفقه في نسيجه الجديد (الكامل للزلمي في الشريعة والقانون), ط١, احسان للنشر والتوزيع, ٢٠١٤ .
٧. اية الله السيد ميرزا حسن البجنوري ,ط١, مؤسسة العروج للطبع والنشر, ١٤٢١ .
٨. د. وهبة الزحيلي, الفقه الاسلامي وادلته, ط٦, دار الفكر, دمشق, ٢٠٠٩ .

ثالثا:- كتب القانون

٩. د. احمد سلامة, التأمينات المدنية, دار التعاون للطباعة, مصر، ١٩٦٦.
١٠. انور طلبة, المطول في شرح القانون المدني, ط١, المكتب الجامعي الحديث, مصر الاسكندرية, ٢٠٠٦ .
١١. د. أنور سلطان، د. انور سلطان, العقود المسماة, عقد البيع والمقايضة, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, ٢٠٠٥.
١٢. د.حسن علي الذنون, شرح القانون المدني العراقي, العقود المسماة, عقد البيع, مطبعة الرابطة, بغداد, ١٩٥٣ .
١٣. د. خالد حمدي عبد الرحمن, البيع المرتد, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٩ .
١٤. د.جعفر الفضلي, الوجيز في عقد البيع, منشورات زين الحقوقية, بيروت ومكتبة التفسير اربيل, ٢٠١٣ .
١٥. د. سمير عبد السيد تناغو, التأمينات العينية, الاسكندرية -٢٠٠٠ .
١٦. د. سليمان مرقس, التأمينات العينية, بدون مكان طبع, ١٩٥٩ .
١٧. د. شاكر ناصر حيدر, شرح القانون المدني الجديد (الحقوق العينية العقارية) الطبعة الاولى, مطبعة المعارف, بغداد ١٩٥٣ .
١٨. د. عبد المجيد الحكيم, محمد طه البشير, عبد الباقي البكري, الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي, المكتبة القانونية, ٢٠١٨ .
١٩. د. عمرو أحمد عبد المنعم دبش, الوافي في شرح ضمان العيوب الخفية (في عقد البيع)، ط١, دار الفكر العربي, القاهرة مصر, ٢٠١٢ .
٢٠. علي حسين بخيدة, ضمان عيوب المبيع في عقد البيع, دراسة مقارنة في القانونين المصري والمغربي, دار الفكر العربي, القاهرة, ١٩٨٦ .

٢١. د. عبد الخالق حسن أحمد، التأمينات الشخصية, ط ١، منشورات أكاديمية شرطة دبي، ١٩٩٠, ص١٦٥.
٢٢. د.عطية فتحي الفقي, حق التملك الجبري (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي), دار الكتب القانونية, مصر, ٢٠١١.
٢٣. د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, التامينات الشخصية والعينية, تحقيق وتنقيح المستشار احمد مدحت المراغي, دار الشروق, مصر, القاهرة, ٢٠١٠ .
٢٤. محمد طه البشير, د.غني حسون طه, الحقوق العينية, جامعة بغداد, وزارة التعليم العالي والبحث العلمي, ١٩٨٢ .
٢٥. د. محمد كامل مرسي, التأمينات الشخصية والعينية, منشأة المعارف, الاسكندرية, مصر, ٢٠٠٥ .

رابعا :- الرسائل العلمية

٢٦. ياسر باسم ذنون, البيع الوفائي (دراسة مقارنة), رسالة قدمت الى مجلس كلية الحقوق جامعة الموصل لغرض اكمال متطلبات الحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص, ١٩٩٩ .

خامسا :- المجلات

٢٧. د. أيمن أبو العيال, فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي, بحث منشور في مجلة جامعة دمشق, المجلد ١٩, العدد ٢, ٢٠٠٣ .
٢٨. د. عامر عاشور عبد الله, تكييف العقد في القانون المدني, بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية, العدد ٦, السنة الثانية, ٢٠١٠ .
٢٩. . د. محمد سليمان الأحمد, أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية, بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق, جامعة الموصل, العدد ٢٠, السنة التاسعة, ٢٠٠٤ .
٣٠. د. منصور حاتم, الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون دراسة مقارنة, بحث منشور في مجلة جامعة بابل, العلوم الانسانية ,المجلد ٢١, العدد ١, ٢٠١٣ .

سادسا :- الدوريات القانونية

٣١. القانون المدني الفرنسي بالعربية, طبعة دالوز الثامنة بعد المئة بالعربية, جامعة القديس يوسف في بيروت, ٢٠٠٩ .

سابعا :- القوانين :-

٣٢. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .
٣٣. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
٣٤. قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل .
٣٥. قانون المعاملات المدنية الإماراتية رقم (٥) لعام ١٩٨٥ المعدل.
٣٦. القانون التجارة المصري قانون رقم ٧١ لسنه ١٩٩٩ .