

## العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن

### (دراسة مقارنة)

أ.د. ايمان طارق مكبي      أ.م.د. منصور حاتم محسن

جامعة بابل - كلية القانون

#### المقدمة

جعل القانون لبعض الدائنين تأمينات خاصة يستقلون بها عن باقي الدائنين فتجعلهم في مركز خاص يتفوق به في أكثر الحالات أعمار المدين. وهذه التأمينات قد تكون شخصية وقد تكون عينية، الأولى تكون بتعدد المدينين أو بضم ذمة أو أكثر الى المدين الأصل، فبدلاً من أن يكون للدائن مدين واحد يكون له مدينون متعددون، أي يكون للدائن أن يباشر حق الضمان العام بالنسبة الى مدينين متعددين. أما التأمينات العينية ومنها عقد الرهن التأميني في الحيازة فهي تنقرر للدائن زيادة عما له أصلاً من حق الضمان العام المقرر على جميع أموال مدينه إذ يكون له فضلاً عن ذلك حق عيني على مال أو لأكثر مملوك للمدين أو للغير بمقتضاه يكون للدائن تتبع هذا المال في أي يد يكون لينفذ عليه بالحجز والبيع في المزاد العلني لاستيفاء حقه من ثمن المال المخصص كتأمين عيني متقدماً على بقية الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين في المرتبة. هذه هي الغاية الرئيسية لعقد الرهن تأميناياً كان أم حيازياً قد لا تتحقق بتصرف يجريه الراهن أو يتواطأ به مع أحد الدائنين المرتهنين، مما يخل بمبدأ المساواة الذي كفله القانون ولم يسمح بتفضيل أحد الدائنين على الآخرين إلا بسند قانوني. وقد يتأثر الطرف الثاني وهو الراهن لحاجته الماسة للرهن فيبرم عقد الرهن تحت هذا الضغط ويقبل باتفاقات تؤدي الى خسارة منفعة مالية وتُلحق به ضرراً. وفي هاتين الحالتين نكون أمام إختلال في العدالة التعاقدية في عقد الرهن يستوجب إعادة العدالة التعاقدية له والتناسب في آثار عقد الرهن بالنسبة لطرفيه. هذه هي الفكرة الرئيسية التي يدور حولها بحثنا الموسوم بـ (العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن - دراسة مقارنة) وسوف يكون دراسة هذا الموضوع وفقاً للقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، وكذلك القوانين الخاصة في هذه التشريعات المقارنة قدر تعلقها بموضوع بحثنا مع الإشارة الى الفقه والقضاء المقارن. وعليه سيتم تقسيم الموضوع الى مبحثين، سنخصص المبحث الأول لدراسة ماهية العدالة التعاقدية في عقد الرهن مقسماً الى مطلبين سندرس في الأول مفهومها وفي المطلب الثاني للشروط الواجب توافرها لإعادة تنظيم العقد لتحقيق العدالة التعاقدية. أما المبحث الثاني فسيكون مخصصاً لدراسة التطبيقات التشريعية المتضمنة تحقيق العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن، وسوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين سيخصص الأول لدراسة التطبيقات القائمة على الإخلال بالمساواة بين الدائنين. أما في المطلب الثاني فسنبحث التطبيقات القائمة على إقتران عقد الرهن باتفاق يتعارض مع غاية العقد.

#### المبحث الأول ماهية العدالة التعاقدية في عقد الرهن

إختلال العدالة التعاقدية يمكن أن تحصل في كل العقود، في حالة عدم التكافؤ بين المتعاقدين سواء أكان فنياً أم اقتصادياً أم مهنياً، أو في حالة المبالغة في كيفية تنفيذ الالتزامات والشروط المقترنة بالعقد، وكذلك التغيير في الظروف الاقتصادية المصاحبة لتنفيذ العقد. إلا إن طبيعة عقد الرهن والآثار القانونية التي رتبها القانون بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير قد وسّعت في مفهوم العدالة التعاقدية في عقد الرهن وهذا ما سيتم دراسته في مطلب أول، وسنخصص المطلب الثاني لدراسة الشروط الواجب توافرها لإعادة تنظيم العقد لتحقيق العدالة التعاقدية.

#### المطلب الأول مفهوم العدالة التعاقدية في عقد الرهن

عند التمعن في القواعد القانونية المتعلقة بعقد الرهن، نجد بأن الإختلال بالعدالة التعاقدية في عقد الرهن يتحدد على وفق حالات تختلف عن بقية العقود لما يهدف عقد الرهن من تحقيقه وهي الضمان الخاص. لذا سيتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، سنحدد الفرع الأول لدراسة معنى العدالة التعاقدية في عقد الرهن، وسنبحث في الفرع الثاني المعايير المعتمدة لتحقيق العدالة التعاقدية في عقد الرهن.

#### الفرع الأول معنى العدالة التعاقدية في عقد الرهن

يختلف مفهوم العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن عن المفهوم التقليدي لها، فالأخيرة تكاد تقتصر على تحديد مفهوم تحقيق التوازن العقدي بين الالتزامات المتعاقدين إذ إن العدالة العقدية تقتزن في التوازن بين الالتزامات المتعاقدين إذا تعيرت الظروف الاقتصادية التي عاصرت العملية التعاقدية أو كان الالتزام مبالغاً فيه وفي حالة عدم التكافؤ بين المتعاقدين<sup>(١)</sup>. بينما مفهوم العدالة العقدية في نطاق عقد التأمين العيني لا يتحدد على وفق ما تقدم لأن الارتباط ما بين الالتزامات قانونياً كان أم موضوعياً لا يتحقق في عقد الرهن تأميناياً كان أم حيازياً، ففكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتعاقدين تقتضيه طبيعة العقود الملزمة للجانبين، ويتفق مع السير الطبيعي للأمر ونسق مجرياتها وبليبي داعي العدالة، فمن العدالة اذا لم يتم احد المتعاقدين بتنفيذ ما يجب عليه، جاز للمتعاقد الآخر طلب فسخ العقد فضلاً عن الدفع بعدم التنفيذ<sup>(٢)</sup>. وهذا لا يتحقق على وفق عقد الرهن بنوعيه لأن عقد الرهن التأميني عقد ملزم لجانب واحد، فالراهن وحده يلتزم دون الدائن المرتهن<sup>(٣)</sup>.

(١) أنظر في هذا: د. عبد الباسط جمبيعي - أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٠-١٩٩١ - ص ١٩ وما بعدها، د. رشوان حسن رشوان احمد - أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد - عرض لفكرة ملائمة العقد للظروف الاقتصادية - الطبعة الأولى - دار الهاني للطباعة - القاهرة - ١٩٩٤ - ص ٦٣٩.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - الجزء السادس - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - ١٩٩٨ - ص ١٩٤، وأنظر تطبيقات ذلك في القانون المدني العراقي المادة (١/١٧٧)، المادة (١٨١) والمادة (٢٨٤) منه.

(٣) الاستاذ محمد طه البشير - د. غني حسون طه - الحقوق العينية - الجزء الثاني - وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - كلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٨٢ - ص ٢٥٤. وكذلك يمكن أن ينشأ الارتباط أو التبادل بين الالتزام في عقد ملزم لجانب واحد ولكن ليس عقد الرهن التأميني، وانما في عقد الوديعة، فلمودع لديه الامتناع عن رد الوديعة اذا ما أنفق عليها مصروفات ضرورية وناقعة لحفظها. د. عبد المجيد الحكيم - القانون المدني واحكام الالتزام - طبع على نفقة جامعة بغداد - خال من دار ومكان النشر - ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م - ص ١٤١.

أما في نطاق الرهن الحيازي وعلى الرغم من أنه عقد ملزم لجانبيين ، لأنه يرتب التزامات في ذمة كل من الراهن والمرتهن ، فالراهن يلتزم بضمان الرهن أي الامتناع عن التعرض للمرتهن في استعمال حق الرهن . أما المرتهن فإنه يلتزم بالمحافظة على المال المرهون الذي تسلمه من الراهن واستثماره ورده بمجرد استيفاء الدين ، فإن اختلال في التوازن العقدي على وفق التغيير في الظروف الاقتصادية لا يتحقق هنا . لذا يجب علينا البحث عن مفهوم آخر للعدالة العقدية يأخذ بنظر الاعتبار العقد بأكمله ، فلا يعتد بالتزام دون آخر، فالدائن المرتهن يبحث عن غاية التأمين العيني وهو الضمان الخاص ولكن يجب عدم التغاضي عن منفعة الملتزم في عقد التأمين العيني وهو الرهن ، فلا يمكن أن يتضرر من هذا العقد أكثر مما يجب عليه وفقاً لهذا الرهن ، فقانون التأمينات ينظر في منفعة المتعاقدين في عقد التأمين العيني<sup>(1)</sup>، فالنتيجة المترتبة على عقد الرهن بنظر المتعاقدين تؤخذ بنظر الاعتبار حتى تتحقق العدالة العقدية أي المفهوم الاقتصادي للعقد بأكمله. إذ إن العدالة العقدية معناها يكون عقد الرهن مهدداً بسبب تصرف أحد المتعاقدين أو بسبب اجنبي لأن يهدد بخسارة أو ضياع منفعة لأحد المتعاقدين عندها يفقد هذا العقد للعدالة سواء كان في مرحلة إبرام العقد أم في مرحلة تنفيذه . وهذا ما جاءت به محكمة النقض الفرنسية في ٢٠٠٢/٢/١٥، بشأن العقد بشكل عام عندما ذكرت بأنه عند تعارض جزء من العقد مع المنفعة الاقتصادية للعقد بأكمله بالنسبة لأحد المتعاقدين فإنه يحكم بعدم تطبيقه<sup>(2)</sup>. يتضح من المفهوم المتقدم للعدالة العقدية في عقد الرهن، إن العقد يكون مترابطاً من حيث الاهداف التي يرمي اليها العقد وأن لا يتعارض تصرف أحد أطراف العقد أو وجود بند معين فيه مع غاية العقد الأساسية لكل من طرفي العقد، وينظر للعقد بكافة بنوده وفي كل مراحلها ، لذا فإن إرادة الراهن في إعطاء الرهن في مرحلة إبرام العقد تتحدد لصالح غاية الرهن وهي الضمان فلا يمكن للراهن أن يعطي تأميناً عينياً للدائن المرتهن يخالف ما نص عليه القانون من حيث مرتبة الرهن وتفضيل دائن مرتهن على دائن آخر بشكل يخالف ما نص عليه القانون<sup>(3)</sup>، فلا يمكن إعطاء أفضلية لأحد الدائنين المرتهنين وتفضيلهم على دائن آخر من دون الاستناد الى نص قانوني يجيز ذلك. وكذلك الحال لا يمكن للراهن أن يلجأ الى الاحتيال والغش في إعطاء الرهن التأميني ، وكذلك الأمر تفيد إرادة طرفي عقد الرهن لتحقيق المساواة بين الدائنين خلال فترة الشك والريبة وفقاً لقواعد الإفلاس التجاري والأعسار المدني وكذلك حالة إستبعاد الشرط المخالف للنظام العام. ففي هذه الحالات وغيرها لا يمكن للمفهوم التقليدي للعدالة التعاقدية أن يتضمنها، لأنها لا تتضمن اختلالاً في التوازن العقدي ناشئ عن التغيير في الظروف الاقتصادية ، أو كون أحد الأطراف قوياً من الناحية الاقتصادية ، وإنما يُنظر الى مفهوم العدالة التعاقدية في عقد التأمين العيني الذي ينظر فيه الى العقد بأكمله وما يحققه من منفعة لأحد المتعاقدين أو لكليهما ، فإختلال هذه المنفعة هو الذي لا يحقق العدالة التعاقدية . وهذا ما سنبحثه في التطبيقات التشريعية التي جاء بها المشرع لتحقيق العدالة التعاقدية في عقد التأمين العيني ، ولكن قبل ذلك ، علينا البحث في المعايير المعتمدة لتحقيق العدالة التعاقدية في هذا العقد ورفع الاختلال المسبب لفقدانها أو اختلالها ، وهذا ما سيكون موضوع الفرع القادم .

#### الفرع الثاني المعايير المعتمدة لتحقيق العدالة التعاقدية في عقد الرهن

علمنا في الفرع السابق ، أن المفهوم التقليدي للعدالة التعاقدية يتركز على إعادة التوازن العقدي الذي ينشأ لعدم وجود التكافؤ في القوة الاقتصادية أو في الخبرة والدراية الفنية والقانونية<sup>(1)</sup> ، وكذلك في حالة إعادة التوازن العقدي وإزالة الإرهاق الذي يصيب تنفيذ الالتزام من قبل المدين<sup>(2)</sup>. إلا إن هذا المفهوم يختلف عن مفهوم العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن إذ إنه يجب النظر الى بنود العقد بأكمله والغاية الأساسية المتحققة منه لكل من طرفيه وما قد يصيب أحد المتعاقدين من خسارة أو ضياع منفعة ، لذا فإن المعايير المعتمدة لتحقيق العدالة التعاقدية تختلف بين المفهومين ، فمقياس التبادل أو الترابط هو الأساس لتحقيق العدالة التعاقدية وفقاً للمفهوم التقليدي للعدالة وهذا يستبعد في نطاق عقد الرهن ، إذ نكون أمام معيار يتناسب مع طبيعة عقد الرهن والآثار المترتبة عليه ، لذا نبحت في فقرة أولى المعيار المستبعد لتحقيق العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن وفي فقرة ثانية سنبحث المعيار المعتمد لتحقيق العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن.

**أولاً – المعيار المستبعد في نطاق عقد الرهن** تتحقق العدالة التعاقدية على وفق المفهوم التقليدي لها على إعادة التوازن العقدي للالتزامات المتقابلة ، لذا تتحقق العدالة التعاقدية استناداً على معيار التبادل أو الارتباط بين الالتزامات ، وسنرى بأن هذا المعيار يستبعد كميّار لتحقيق العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن ، ويمكن أن يعرف الارتباط مابين الالتزامات بأنه (دوران التزامات الطرفين المتقابلة حول ذات الرابطة القانونية دوراناً تبادلياً)<sup>(1)</sup>، فهذا الترابط أساسي يجمع بين التزامات طرفي العقد ، لذا فإن العدالة التعاقدية توجد وتتحقق إذا كان هناك التزام في مقابل التزام على الطرف الآخر، ومن ثم يُحدد حقاً لكل من الفريقين وهذا ما يسمى عند البعض بالعدالة التبادلية<sup>(2)</sup>، وهذا ما اخذ به صراحة قانون حماية حق المستهلك الفرنسي رقم ٧٣٧ لسنة ٢٠١٠ في المادة ١٣٢/ف١ منه ، عندما أعطى الحق لمورد السلع أو مورد الخدمات زيادة الأسعار عندما لا يكون هناك توازن عقدي بين التزامات طرفي عقد الاستهلاك<sup>(3)</sup>. وعليه، فإن العدالة التعاقدية لا تتحقق إلا إذا كان هناك تقابل بين الالتزامات ووجود السبب في العقد على وفق النظرية

(1) J.Mestre,E.putman et M. Billiau, Traité de droit civil ,Droit commun des sûretés réeles, Théorie générale.J. Ghestin, L.G.D.J. , ١٩٨٠, no.١٩٩.

(2) Cass. Com. ١٥.Fév. ٢٠٠٠.RTO. civ.٢٠٠٠.P.٣٢٥ no.٤ .obs. J.Mestre.

(3) انظر نص المادة ١٣٠٤ من القانون المدني العراقي إذ نصت (( يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون رهناً تأمينياً، أو من المال الذي حل محل هذا العقار ويستوفي كل منهم حقه بحسب مرتبته)) وتقابلها المادة ١٠٥٦ من القانون المدني المصري والمادة ٢٣٣٣ من القانون المدني الفرنسي التي صدرت بموجب قانون الضمانات برقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ في ٢٣/٣/٢٠٠٦.

(1) أنظر المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي ، وكذلك قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ . والمادة ١٤٩ من القانون المدني المصري وقانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ .

(2) المادة ١٤٦/ف٢ من القانون المدني العراقي والمادة ١٤٧/ف٢ من القانون المدني المصري . وأنظر في ذلك: د. عصمت عبد المجيد بكر- اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته- أطروحة دكتوراه - كلية القانون - جامعة بغداد - سنة ١٩٧٨ - ص ٨٦-٨٧.

(3) د.صلاح الدين الناهي- الامتناع المشروع عن الوفاء - مطبعة العلوم - ١٩٤٥ - ص ١٤٦ .

(٢) أشار الى هذا المعيار وبيانه من دون تبيينه د. ريماء فرج مكي - تصحيح العقد - دراسة مقارنة - المؤسسة الحديثة للكتاب - لبنان - الطبعة الأولى - ٢٠١١ - ص ٢١٧ ، وكذلك ومن الفقه الفرنسي .

Malaurie et Aynés -Cours de droit civil- les obligations- T.VI.-٩, édition, ١٩٩٨, no.٥٨٦.

(٣) إذ جاء فيها (تعد شروطاً تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو من آثارها إختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد).

نقلاً عن د. خالد ممدوح إبراهيم- إبرام العقد الالكتروني - دراسة مقارنة - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية-الطبعة الاولى - ٢٠٠٨ - ص ٤٥٩.

التقليدية ، فالعدالة التعاقدية لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال التنفيذ الفعلي للحقوق والالتزامات المتقابلة ، إلا إن هذا التقابل أو الارتباط بالمعنى المتقدم لا يوجد في عقد الرهن فضلاً عن ذلك ، فإن هذا المعيار يفتقد للواقعية فلو وجد التقابل أو الارتباط فهذا لا يعني أن العدالة التعاقدية قد توفرت في هذا العقد طالما لم يُؤخذ بنظر الاعتبار المنفعة المالية التي يمكن أن يحصل عليها كل متعاقد من العقد منظوراً إليه بأكمله وخاصة في عقد الرهن ، فهذا المعيار لا يمكن أن يُفسر بالاستناد عليه في تحقيق العدالة التعاقدية لعقد الرهن في أغلب التطبيقات التشريعية المتضمنة ذلك، من جهة أخرى إن معيار التقابل يحقق توازن عددي لبنود العقد أي توازن في عدد الحقوق والالتزامات ولا يحقق توازن حقيقي نوعي. للأسباب المتقدمة يجب البحث عن المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه لتحقيق العدالة التعاقدية في عقد الرهن وهذا ما سيتم البحث فيه في الفقرة التالية .

**ثانياً- المعيار المعتمد في نطاق عقد الرهن** علمنا في الفقرة السابقة بأن معيار التقابل أو الارتباط بين الالتزامات لا يمكن الاعتماد عليه في تحقيق العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن لذا نرى بأن معيار التناسب يمكن الاعتماد عليه في نطاق عقد الرهن لتحقيق العدالة التعاقدية ، حيث يؤخذ بنظر الاعتبار القيم المتبادلة بين الالتزامات التي تفرض على جانبي العقد، فهناك قيمة مالية لكل التزام وهذه تتغير حسب موضوع الالتزام والهدف المقصود منه ويحدد ذلك وفقاً لمرحلتين ، المرحلة الأولى يتحدد فيها الالتزام المفروض على المتعاقد الحق الذي يقابله للمتعاقد الآخر يجب أن لا يكون مبالغاً فيه نسبة الى الهدف المقصود منه وفقاً لمنظومة العقد بأكمله والأهداف التي يقصد تحقيقها أما المرحلة الثانية ، فهي تكمل المرحلة الأولى ، فإذا لم يكن مبالغاً فيه فيجب أن يكون ضرورياً لتحقيق آثار العقد<sup>(١)</sup>.

وعليه ، فإن العدالة التعاقدية تتحقق في عقد الرهن إذا كان الالتزام الذي يتضمنه بند من بنود العقد ضرورياً لتحقيق آثار العقد وغير مبالغ في تحديده ومن ثم يؤدي ذلك الى أن يؤدي العقد وظيفته وأثاره دون التأثير على المنفعة المالية المتحققة من ذلك . إذ يقتضي البحث في هدف العقد من خلال بنوده والاتفاقات التي يتضمنها فمضمونه وأهدافه المالية والاقتصادية متلازمان في إعادة تنظيم العقد بما يحقق العدالة التعاقدية للعقد<sup>(٢)</sup>، لذا سنرى بأن معيار التناسب يمكن تطبيقه في تحقيق العدالة التعاقدية لتخفيض بدلات الأتعاب في العقود المهنية كعقد الوكالة للمحامي وكذلك عقود المهن الأخرى ، وكذلك تخفيض الثمن في البيع<sup>(٣)</sup>، وكذلك سنرى تطبيق هذا المعيار في عقد الرهن في المبحث القادم. ولكن يُشترط توفر عدة شروط كي يتم اللجوء الى إعادة تنظيم العقد بما يحقق العدالة التعاقدية وهذا ما سنحدده في المطلب القادم

### المطلب الثاني الشروط العامة الواجب توفرها لإعادة تنظيم العقد لتحقيق العدالة التعاقدية

اشترطت التشريعات المقارنة شروطاً عامة يجب توفرها كي يتم اللجوء لتحقيق العدالة التعاقدية وهي شروط مشتركة تتوفر في جميع التطبيقات التشريعية لتحقيق العدالة التعاقدية في عقد الرهن ، فضلاً عن الشروط الخاصة بكل تطبيق من هذه التطبيقات التي يتم التطرق إليها عند البحث في هذه التطبيقات لذا سيكون موضوع هذا المطلب مقتصر على الشروط العامة التي ترجع الى الهدف الذي يسعى اليه التدخل التشريعي وهو إعادة العدالة التعاقدية بين طرفي العقد عن طريق التناسب في آثار العقد، لذا فإن هذه الشروط هي إن إعادة تنظيم العقد لتحقيق العدالة التعاقدية يقتضي وجود خلل مؤثر في آثار العقد، من جهة أخرى يجب أن لا يتسبب المدين -من يطلب تحقيق العدالة التعاقدية- في إختلال العدالة التعاقدية وهذان الشرطان سيتم البحث فيهما في الفرعين الآتيين .

#### الفرع الأول وجود خلل مؤثر في آثار العقد

لا يكون هناك مسوغ لطلب تحقيق العدالة التعاقدية إلا إذا كنا أمام خلل مؤثر في آثار العقد في الحقوق والالتزامات ، وفي نطاق عقد الرهن يجب أن يكون الخلل مؤثراً بالنظر لغاية العقد وأهدافه والمنفعة المالية التي يحصل عليها كل طرف من أطراف العقد الدائن المرتهن والراهن<sup>(١)</sup>. ويلاحظ أن القانون المدني العراقي تطرق الى هذا الشرط في عدة نصوص قانونية منها المادة ١٧٠ في فقرتها الثانية والثالثة إذ جاء فيها (...٢ - ولا يكون التعويض القضائي مستحقاً إذا ثبت المدين أن يكون الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه إذا ثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو إن التزام الأصلي قد نُفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف هذه الفقرة ٣ - أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً<sup>(٢)</sup>، أما القانون المدني الفرنسي فان المادة ١١٥٢ منه الصادرة بموجب التعديل التشريعي بموجب القانون رقم ١٠٩٧/ ٨٥ في ١١/١٠/١٩٨٥ ، تضمنت هذه الاحكام فأجازت للقاضي أن يتدخل في تعديل بنود العقد والاتفاقات المبرمة بين طرفيه التي تقدر التعويض اذا كانت تتضمن تقديراً عالياً أو تقديراً زهيداً لا يتناسب مع الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، وكل اتفاق سيتعارض مع ما تقدم يعد غير مكتوب<sup>(٣)</sup>. وعلى وفق ذلك ، ينصح بأن للقاضي أن يتدخل في زيادة التقدير الاتفاقي للتعويض أو تقليله وذلك لتحقيق العدالة التعاقدية اثناء مرحلة تنفيذ العقد ومن ثم لا يحصل أحد المتعاقدين أكثر مما يستحقه نتيجة عدم تنفيذ الالتزام المترتب في ذمة الطرف الآخر، بمعنى ما يحصل عليه المتعاقد من منفعة مالية للالتزام المفروض على المتعاقد الآخر يجب أن لا يكون مبالغاً فيه حسب معايير تحقيق العدالة التعاقدية، وهذا الأمر جعله القانون على وفق النصوص المتقدمة من النظام العام وأي اتفاق على خلافه يعد باطلاً. فإذا تحققت شروط إستحقاق التعويض ووجد القاضي تناسباً بين قيمة الشرط الجزائي وبين قيمة الضرر حكم بمقتضى

<sup>(١)</sup>Mazeud(H.L etJ),Chabas-lecons de droit civil- obligations- Théorie générale- ٩ édition-Montchrestien-١٩٧٨-n٠, ١٨٦

وكذلك الاجتهادات القضائية الفرنسية

Com.٢٦ mai ١٩٩٢, ١٨ fév, ١٩٩٢. Dalloz. ١٩٩٣ P.٥٧. note ch. Hamoun.com<sup>٨</sup> juin ١٩٩٣.RTD.civ-١٩٩٤-P.٣٤٩ no.j.Mestre.

<sup>(٢)</sup> Marty et Raynaud- droit civil –les obligations -٢ édition –tom ١, les soureces- Sirey -١٩٨٨ –no. ٢٢٥.

<sup>(٣)</sup> Malaurie et Aynés – Ouvr.Préc- no.٥٩٠.

<sup>(٤)</sup> B.oppetit- le rôle du juge en présence de problèmes économiques en droit civil francais, Travaux de l'association, H.Capitant,Dalloz ,Tome XXII, ١٩٧٠ p.١٨٨.

نقلاً عن د. ريماء فرج - مصدر سابق - ص ٢٢٥ .

<sup>(٥)</sup> وتقابل هذه الاحكام في القانون المدني المصري المادة ٢٢٤ منه بفقراتها الثلاث والمادة ٢٢٥ منه وانظر تفصيل التعويض الاتفاقي في : د. عبد المجيد الحكيم -الموجز في شرح القانون المدني العراقي - الجزء الثاني في احكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي - طبعة ثانية - شركة الطبع والنشر الاهلية - بغداد - ١٩٦٧ - ص ٤١ وما بعدها.

<sup>(٦)</sup>L'article ١١٥٢:lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une somme plus forte, ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire.Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.)

الشرط الجزائي دون تعديل في قيمة الشرط الجزائي ، وينبغي على القاضي ملاحظة التناسب بين القيمتين لا التساوي ، إذ لا يستحق الشرط الجزائي إذا ثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويمكن تخفيفه إذا أثبت أن التقدير فادحاً لا يتناسب مع الضرر وكان مبالغاً فيه<sup>(١)</sup>. من جهة ثانية تدخلت التشريعات المقارنة لحماية الجانب الضعيف في التعاقد لتحقيق العدالة التعاقدية إذا كان الخلل مؤثراً في آثار العقد ، وذلك من خلال تعديل الشروط التعسفية أو الأعفاء منها في عقود الإذعان<sup>(٢)</sup>، ولم تجز تفسير العبارات الغامضة فيها ضار بمصلحة المذعن، دائماً كان أم مديناً<sup>(٣)</sup>، ففكرة العدالة هي المسوغ لتدخل القضاء لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية التي فرضها عليه الطرف القوي<sup>(٤)</sup>. أما موقف المشرع الفرنسي، فإن المادة ٤٥ من قانون ١٩٧٨/١/١٠ بشأن حماية المستهلكين وإعلامهم جاء فيها) تعد شروطاً تعسفية وفقاً للمادة (٣٥) الشروط التي يبدو أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي من الطرف الآخر ويعطي لهذا الأخير ميزة فاحشة<sup>(٥)</sup>. وكذلك أكد هذا المشرع الفرنسي على ذات الأحكام في قانون الاستهلاك الصادر في ١٩٩٥/٢/١٠<sup>(٦)</sup>، فهذه النصوص قد أشرت على حد البند تعسفاً أن يكون الخلل مؤثراً ، عندها يجوز للقاضي تعديل الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي اقتصادياً في هذه العقود . إذ يعد الشرط تعسفاً في عقد الاستهلاك كل بند يفرضه المهني على المستهلك مستغلاً نفوذه الاقتصادي والمهني والمعرفي مما يؤدي الى اختلال التوازن وتحقيق منفعة مفرطة من جراء هذا الشرط على حساب المستهلك الذي ليس بوسعه سوى قبوله أو رفضه ، مما يتطلب تدخل القضاء لتحقيق العدالة التعاقدية لهذا العقد أما بأعفاء الطرف المذعن منها أو التخفيف من آثارها بتعديلها<sup>(٧)</sup>. وقد حدد المشرع المصري في قانون حماية المستهلك رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦ مصير هذه الشروط بالبطان حيث نصت المادة(١٠) من هذا القانون على أنه (يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلطة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون)<sup>(٨)</sup>. من جهة ثالثة تدخلت التشريعات بهدف تحقيق العدالة التعاقدية في حالة الارهاق اللاحق على ابرام العقد ، فإذا كان القصد من العقود المستمرة التنفيذ أو الفورية التنفيذ وكان تنفيذها مؤجلاً ، وطرأت ظروف اقتصادية لم يتوقعها المتعاقدات عند التعاقد أدت الى أن يكون تنفيذ المدين لالتزامه يسبب له خسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات العقدية فالمدين لا يجبر على تنفيذ التزامه كما ورد في العقد بل ينقص هذا الالتزام الى الحد الذي تقتضيه العدالة التعاقدية<sup>(٩)</sup>. ويقصد بأنقاص الالتزام تعديله الى الحد الذي يزيل أو يرفع الارهاق وهذا يكون اما بزيادة التزامات الدائن أو بأنقاص التزامات المدين<sup>(١٠)</sup>. ولكن ليس كل أرهاق يستوجب التدخل لتحقيق العدالة التعاقدية وإنما يجب النظر الى العقد موضوع العدالة العقدية بغض النظر عن احوال المدين الخاسر ، فالعبرة في تحديد الأرهاق في الالتزام وليس الملتزم ، لأن الغاية هي إعادة العدالة العقدية للعقد بسبب الخسارة الفادحة غير المألوفة التي حصلت في ظرف طارئ غير متوقع<sup>(١١)</sup>. ومن ثم ينظر للخسارة الفادحة غير المألوفة بمعيار موضوعي دون الاعتداد بالظروف الشخصية للمدين لأن كثيراً ما يحدث بأن يتسبب ارهاق طفيف في احداث خسارة فادحة للمدين في حين لا تحدث هذه الخسارة الفادحة لمدين آخر مهما كان الارهاق جسيماً اذا كان على سبيل المثال تاجر كبيراً له ثروة ضخمة ووسائل تتيح له تنفيذ الالتزام بسهولة<sup>(١٢)</sup>.

#### الفرع الثاني عدم تسبب المدين بإخلال العدالة التعاقدية

أن الخلل المؤثر في آثار العقد يكون مؤثراً في المنفعة المالية التي يحصل عليها أي طرف من اطراف العقد ، وذلك حسب طبيعة العقد وظروف التعاقد والاهداف المراد حصولها من العقد يستوجب التدخل لتحقيق العدالة التعاقدية ، فضلاً عن ذلك يشترط ان لا يكون الخلل العقدي ناتجاً عن خطأ المدين أو تسبب بحدوثه أما اذا كان الخلل العقدي المسبب لاختلال العدالة التعاقدية ، نتيجة خطأ المدين أو تسبب فيه فعندها لا نكون امام مبرر لتحقيق العدالة التعاقدية<sup>(١)</sup>. وعليه تظهر اهمية هذا الشرط للمحافظة على العقد من الإنهيار ، إذ يعد وسيلة من خلالها يحافظ على استمرارية العقد وتجنب انهياره ، ومع ذلك فلا يمكن ان يكون إعادة العدالة التعاقدية للعقد وسيلة ضغط يتمتع بها المدين بوجه الدائن بشكل مطلق وبجميع الأحوال ، وانما لا يمكن ان نكون امام تحقيق العدالة التعاقدية إلا اذا كان هناك خللاً لا يمكن دفعه أو مقاومته من قبل المدين فلم يستطع الأخير أن يبعد آثار هذا الخلل أو يخفف منه والتي تسبب اختلال العدالة التعاقدية فضلاً عن ذلك يشترط أن يقوم المدين بكل ما بوسعه كي يقلل حدوث الخلل<sup>(٢)</sup>. ويتشابه هذا الشرط مع أحد شروط القوة القاهرة وهو شرط عدم إمكانية مقاومة الحدث الذي يسبب القوة القاهرة ، فهذا الحدث يقابل الخلل المسبب لاختلال العدالة التعاقدية ، إلا أنه في القوة القاهرة يكون عدم إمكانية مقاومة ودفع الحدث مؤدية الى استحالة تنفيذ المدين لالتزامه ، في حين إن الخلل المسبب لاختلال العدالة التعاقدية لا يؤدي الى

(١) د. عبد المجيد الحكيم – مصدر سابق – ص ٤٣.

(٢) أنظر المادة ١٦٧/٢ف من القانون المدني العراقي، المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري ، والمادة ١١٦٨ من القانون المدني الفرنسي.

(٣) أنظر المادة ١٦٧/٣ف من القانون المدني العراقي ، والمادة ١٥١/٢ف من القانون المدني المصري.

(٤) عبد الجبار ناجي الملا صالح – مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود – الطبعة الأولى – مطبعة البيروك – ١٩٧٤ – ص ٣٠٢.

(٥) L'article ٣٥ du ١٠ janu. ١٩٧٨.

www.ec.europa.eu.

(٦) النص الكامل لقانون الاستهلاك الفرنسي رقم ٩٦/٩٥ في ١٩٩٥/٢/١ باللغة الفرنسية متاح على العنوان الإلكتروني

(٧) د. سليمان براك الجميلي – الشروط التعسفية في العقود – دراسة قانونية مقارنة – اطروحة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق – جامعة النهرين - ٢٠٠٢ - ص ٩.

د. سعيد سعد عبد السلام – التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان – دراسة فقهية مقارنة – دار النهضة العربية – القاهرة - ١٩٩٨ - ص ٥٠.

(٨) نقلاً عن د. رشوان حسن رشوان – مصدر سابق – ص ٢٩٣.

(٩) جاءت بهذه الأحكام ، المادة ١٤٦/٢ف من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة ١٤٧/٢ف من القانون المدني المصري.

(١٠) انظر تفصيل هاتين الحالتين في : د. عبد المجيد الحكيم- الموجز في شرح القانون المدني- الجزء الأول في مصادر الالتزام – الطبعة الخامسة – مطبعة ندیم- بغداد- ١٩٧٧ - ص ٣٩٦-٣٩٧.

(١١) د. عبد السلام الترماتيني – نظرية الظروف الطارئة – دار الفكر – ١٩٧١ – ص ١٦١-١٦٢. بالإضافة الى ما كده الاستاذ الدكتور السنهوري في مؤلفه الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – مصادر الالتزام – الجزء الأول – المجلد الأول – الطبعة الثالثة الجديدة – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – ٢٠٠٠ - ص ٧٢٣ . إذ ذكر (وارهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفة التي أبرم في شأنها العقد).

(١٢) وهذا ما جاءت به المادة ١٤٧/٢ف من القانون المدني المصري ( صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ) وذات العبارة وردت في المادة (١٤/٢ف) من القانون المدني العراقي.

(١) Alain Bénabent- droit civil – les obligations – Montchrestion- no. ٣٣٥.

(٢) أشار الى ذلك صلاح محمد أحمد – القوة القاهرة وأثرها في قانون العمل – اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة اسيوط- ١٩٩٥ – ص ٢٠ وما بعدها.

استحالة تنفيذ الالتزام وأما يؤدي فقط الى اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد<sup>(٣)</sup>. وهذا ما سندرسه في المبحث الثاني في تطبيقات اختلال العدالة التعاقدية في عقد الرهن حيث ان جميعها غير مودية الى استحالة التنفيذ وأما يحصل الدائن على حقه المضمون بوسائل مبالغ فيها يستغل فيها الراهن أو موديه الى خسارة الراهن لمنفعة مالية، فعدم امكانية الدفع من قبل المدين الذي يراد الحكم لمصلحته لتحقيق العدالة التعاقدية هو عدم إستطاعة المدين ان يفعل شيئاً لمواجهة ذلك الاختلال في العدالة التعاقدية أي لا يمكنه أن يتجنب هذا الاختلال . فعلى سبيل المثال لو وجد اتفاق في عقد الرهن يسبب ضرر للراهن لا يتناسب مع الفائدة التي يحصل عليها الدائن المرتهن ولا يسمح القانون بوجود هذا الاتفاق ، فإن هذا البند الذي يتضمن هكذا اتفاق يسبب خللاً في العدالة التعاقدية لأن الراهن لا يستطيع دفعه إلا بواسطة عدم ابرام العقد ، ولكن من الصعب ان لا يفعل ذلك نظراً لحاجته الى ابرام العقد ، عندها يعد هذا الخلل غير ممكن مقاومته وغير ممكن دفعه فهذا الخلل في العدالة التعاقدية الذي اصاب العقد لم يكن بفعل المدين -وهو الراهن هنا- أو بسببه وهذا دليل على حسن نية الاخير إذ انه يسعى الى تنفيذ العقد على وفق المنفعة المقصودة منه ولم يكن أمامه من وسيلة عن حدوث هذا الخلل من جهة اخرى ، إذا كان المدين قد تسبب بالخلل أو لم يعمل ما يمكن فعله لمنع حدوث الخلل في العدالة التعاقدية أو التخفيف منها وكان ذلك باستطاعته ، بتقصير واهمال أو تعمد منه ، فهنا المدين لا يمكن له إلا أن يتحمل نتائج سوء نيته<sup>(٤)</sup> . ويترتب على ذلك بأنه لا يمكن أن يكون إعادة العدالة التعاقدية للعقد أداة ماطلة بيد من يطلب تحقيقها أي يجب أن يكون لدى المدين رغبة في استمرارية العقد ، فلا يمكن أن يستفيد المدين سيء النية من طلب تحقيق العدالة التعاقدية<sup>(٥)</sup>. أما إذا كان الخلل في العدالة التعاقدية سببه الدائن المرتهن وهذه هي الحالة الراجحة في عقد الرهن ، التي تكون بسبب الدائن المرتهن أما بوصفه شرطاً مبالغاً فيه أو بسبب خسارة للراهن ولا يتفق مع النظام العام ، ففي هذه الحالة نكون امام تحقيق العدالة التعاقدية لوجود خلل يبرر ذلك، أما تحقيقها فيكون باستبعاد الشرط الباطل<sup>(٦)</sup>. ومن الجدير ذكره هنا أنه يشترط كي نكون أمام اختلال العدالة التعاقدية يجب ان نكون أمام مزايا مبالغ فيها للمستفيد من الاختلال ولا تقتصر على المزايا النقدية وإنما كل من شأنه أن يكون مؤثراً ولا يكون المدين سبباً فيه ، وهذا ما يتحقق في اكثر الحالات في الشرط التعسفي ، إذ منح المشرع للقاضي سلطة في تعديل الشرط التعسفي الذي فرضه المهني على وفق تحقيق العدالة التعاقدية<sup>(٧)</sup>. ويذكر الفقه القانوني بصدد الشرط الثاني من الشروط الواجب توافرها لتحقيق العدالة التعاقدية ، بأن المتعاقد الذي يأتي فعلاً عمدياً ويترتب عليه آثار شئياً لمركزه بقلب اقتصاديات العقد ، لا يجوز له أن يطلب إعادة العدالة التعاقدية للعقد الذي فقدها ، وكذلك الأمر في حالة اذا لم يكن هذا المتعاقد متعمداً وإنما قد أهمل وقصر ولم يتخذ الحيلة والحذر وترتب على ذلك تغيير في ظروف التعاقد أدت الى قلب اقتصاديات العقد لغير صالحه، فلا تكون ارادة المتعاقد المتضرر من التغيير في الظروف الاقتصادية هي السبب وراء الخلل ، لأن القول عكس ذلك معناه ان يستفيد المتعاقد سيء النية أو المهمل من سوء نيته أو إهماله<sup>(٨)</sup>. وكذلك يشترط أن لا يستطيع المتعاقد المتضرر من التغيير أن يواجه الآثار المتولدة من ذلك التغيير بأمكانية دفعها أو التقليل منها، أما اذا كان بإمكانه ذلك فإنه لايجب له المطالبة بتحقيق العدالة التعاقدية هذه هي الشروط العامة الواجب تحقيقها حتى يمكن المطالبة بالعدالة التعاقدية عند إختلالها. ولكن هناك شروط خاصة تتعلق بكل حالة من حالات تحقيق العدالة التعاقدية في عقد الرهن وتختلف من واحدة الى اخرى سنتحدث عنها في المبحث القادم عند دراسة التطبيقات التشريعية.

### المبحث الثاني التطبيقات التشريعية المتضمنة تحقيق العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن

إن المفهوم المتقدم للعدالة التعاقدية يقتضي بوجود قسمين من التطبيقات تهدف جميعها لتحقيق غاية التأمين العيني وهو الضمان. القسم الأول من هذه التطبيقات أساسها الاخلال بالمساواة بين الدائنين فلا يمكن للراهن اعطاء رهن للدائن المرتهن يخالف ما نص عليه القانون ، وكذلك الأمر لايمكن للراهن تفضيل احد الدائنين المرتهنين على دائن آخر دون الاستناد الى نص قانوني . اما القسم الآخر من هذه التطبيقات فان اساسها يتحدد بأقتران العقد ببند يتعارض مع غاية العقد الاساسية ، ويلحق باحد طرفي العقد أو بكليهما ضرراً ، ومن ثم تقوم هذه التطبيقات على اعادة العدالة التعاقدية لهذا العقد باستبعاد الجزء الباطل من العقد استبعاداً وجوبياً أو ارادياً . وعليه سيقسم هذا المبحث الى مطلبين ، سندرسي في المطلب الأول ، التطبيقات القائمة على الاخلال بالمساواة بين الدائنين ، وفي المطلب الثاني التطبيقات القائمة على وجود بند في عقد الرهن يسبب ضرراً لاحد طرفيه أو كليهما.

#### المطلب الأول التطبيقات القائمة على الاخلال بالمساواة بين الدائنين

يقوم عقد الرهن على انشاء عدم المساواة بين الدائنين إذ يُفَضِّل الدائن المرتهن على الاخرين عن طريق تخصيص مال من أموال المدين أو أموال الغير لدفع الدين المضمون ويتقدم على بقية الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين في المرتبة وهذا يكون بنص القانون لذا حاول المشرع حماية الدائنين عموماً من تصرفات المدين الراهن في فترة الشك والريبة وللحفاظ على مصالحهم وعدم تضررها بتصرف طرفي عقد الرهن ، لأن وجود هذا الرهن يخلق عدم المساواة بين الدائنين ، لذا جاءت الحماية بعدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائنين المرتهنين التاليين له وكذلك الامر قرر المشرع ، ولذات السبب ، عدم نفاذ تصرف المدين في ابرام عقد الرهن في مواجهة الدائنين المرتهنين إذا كان قصده الغش والاحتيال من وراء ابرام عقد الرهن وتوفر شروط دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه ، لذا سندرسي في هذا المطلب تطبيقات تحقيق العدالة التعاقدية في عقد الرهن بطريقتين ، الأولى عن طريق عدم نفاذ تصرف المدين الراهن تجاه الدائن المرتهن والثاني عدم نفاذ تصرف المدين الراهن المفلس خلال فترة الريبة والشك وذلك في الفرعين الآتيين .

(٣) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - الاستحالة وأثرها على الالتزام - دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني - دون مكان طبع - ١٩٩٤ - ص ٢٣٨.

(٤) د. رشوان حسن رشوان - مصدر سابق - ص ٤٧٠ - ص ٤٧١.

(٥) Marty et Raynaud - ovur - préc , ٢٢٥.

(٦) Marty et Raynaud - ovur - préc- no. ٢٢٦.

(٧) المادة ١٦٧/٣ق قانون مدني عراقي ، والمادة (١) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ والمادة ١٤٩ من القانون المدني المصري وقانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ . وهذا ما قضت به محكمة التمييز في العراق في قررها المرقم ١٥١٨ / ح/ ١٩٦٨ المؤرخ في ١٩٧٠/١١/١٧ " أن الشرط في العقد مع مصلحة السكك الذي يجوز لها مضاعفة اجور الخزن يعتبر شرطاً تعسفياً تشملته احكام المادة ١٦٧ من القانون المدني الخاصة بعقود الاذعان وللحكمة استناداً للفقرة الثانية من المادة المتقدمة تعديل هذا الشرط " - منشور في مجلة القضاء - العدد الاول - ١٩٧١ - تصدر عن نقابة المحامين - مطبعة العاني - بغداد - ص ٨٩-٩٥.

(٨) د. رشوان حسن رشوان - مصدر سابق - ص ٤٥٩ . د. عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزامات - الجزء الأول - مصادر الالتزام - القاهرة - ١٩٦٢ - ص ٥٨٥.

**الفرع الأول عدم نفاذ تصرف المدين الراهن تجاه الدائن المرتهن**

تتقيد أرادة المدين الراهن في إعطاء الرهن لصالح الدائن المرتهن فلا يمكن له أن يُفضل على الدائن المرتهن دائناً آخر ولو كان مرتتهناً بالاحتيايل والغش وعند قيامه بذلك لا ينفذ تصرفه في مواجهة الدائن المرتهن تحقيقاً للعدالة التعاقدية التي تقتضي عدم جواز أن يكون تصرف أحد الطرفين متعارضاً مع غاية الرهن الأساسية وهي الضمان . والشروط الواجب توفرها في التصرف القانوني المطعون فيه في دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنه أن يكون مفقراً وتالياً في الوجود لحق الدائن(المدعي)<sup>(١)</sup>، ويقصد بالتصرف المفقر هو الذي ينقص من حقوق المدين أو يزيد في التزاماته<sup>(٢)</sup>. من هذا يتضح إن التشريعات المقارنة قد أخذت بالمعنى الواسع للتصرف المفقر، فهو التصرف الذي ينقص من حقوق المدين. أما التصرف الذي يزيد في التزاماته فأصبح يقصد به الإنقاص من الحقوق والزيادة في الالتزامات ، وبذلك يكون المشرع قد عالج الحالتين معاً، لأن الأضرار بالدائنين كما يكون عن طريق إنقاص الحقوق يكون كذلك عن طريق زيادة الالتزامات لا فرق بينهما ، فالنتيجة واحدة في الحالتين بالنسبة الى الدائنين<sup>(٣)</sup>. وعلى وفق ما تقدم، إن من صور التصرف المفقر الذي يمكن الطعن فيه بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين ، صورة تفضيل دائن على آخر دون حق أو الوفاء لبعض الدائنين دون بعض ، فإذا اتفق المدين الراهن مع أحد الدائنين ، وتصرف له تصرفاً ضار كالهبة ، أو إتفق على إعطائه ضماناً خاصاً ، كالرهن مثلاً يتقدم به على سائر الدائنين دون حق ، أي أنه ما كان ليتقدم لولا هذا الضمان الخاص يعد هذا التصرف مفقراً يجوز الطعن فيه بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنيه<sup>(٤)</sup>. ويجب التمييز هنا بين حالتين ، الحالة الأولى التي يكون فيها الدائن قد حصل من المدين على هذا الضمان أو حصل على الحق محل التصرف دون مقابل ، عندها يكون التصرف هذا تبرعاً ولا يشترط في جواز الطعن فيه غش الدائن الذي حصل على الحق ، بل ولا غش المدين الذي أعطى الضمان<sup>(٥)</sup>، أما في الحالة الثانية ، إذا حصل المدين الراهن على مقابل لما أعطى للدائن المرتهن ، كأن وفي أصل الدين أو أعطى المدين أجلاً جديداً أو أسقط جزءً من الدين ، عندها يكون التصرف معاوضة، ويشترط عندها إثبات غش كل من الدائن والمدين ، أي أثبات أنهما قصداً من هذا الضمان أن يتقدم الدائن دون حق على سائر الدائنين ، عندها لا يكون التصرف نافذاً في حق الدائن المرتهن ، وإذا كان هذا التصرف ضمان خاص فعندها يفقد الدائن الذي حصل عليه ميزة التقدم التي كان يسعى إليها<sup>(٦)</sup>. وقد أشار الى التصرف المفقر قانون الاستهلاك الفرنسي رقم ٢٠١٠/٧٣٧ في ٢٠١٠/٧/١ ، في المادة ٣٣١ الفقرة السادسة منها ، إذ منع المدين من التصرف الذي من شأنه أن يؤدي الى تقادم إعساره<sup>(٧)</sup>. ومن القرارات القضائية الفرنسية بما يتعلق بالتصرف الصادر من المدين الراهن بدون عوض ، قرار لمحكمة النقض الفرنسية في ١٥/تشرين الثاني/١٩٧٧ ، تتلخص وقائعها بأن المدين رتب رهناً عقارياً لصالح أبيه المدان بسرقة والذي جميع أمواله محملة بتأمين عقاري قضائي لصالح الدائنين وتقدم على الأخير إذ سجل الرهن العقاري قبل التأمين القضائي المرتب لصالح الدائنين بهدف أخراج العقار من ملاحقة ومتابعة الدائنين له ، لذا أجازت المحكمة للدائنين رفع دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائنين ، ومن ثم يكون الرهن العقاري غير نافذاً في مواجهتهم رغم إنه سابقاً للتأمين القضائي لأنه تم احتيالياً من المدين للتهرب من حقوق دائنيه<sup>(٨)</sup>. ففي هذا القرار لا يشترط توافر غش الدائن الذي حصل على الرهن العقاري كون التصرف من التبرعات وإنما يشترط وجود الاحتيايل من جانب الراهن المتصرف ، وفي هذا الصدد يذكر الفقه الفرنسي ((الآلين)) أنه يمكن ان نصرف الاحتيايل بتوافر نية الأيذاء لدى المدين المتصرف وذلك لمعرفة الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة إعساره أو زيادة في اعاره مادام يعلم مركزه المالي وأن تصرفه سيؤدي الى الإضرار بدائنيه<sup>(٩)</sup>. أما اذا كان التصرف الصادر من المدين الراهن معاوضة ، فإنه يشترط إثبات تواطؤ المتصرف إليه مع غش المدين ، أي يكون كل من المدين الراهن والمتصرف إليه قد قصداً الاضرار بالدائنين ، وهذا ما أكدته صراحة محكمة النقض الفرنسية في قراراتها (ان دعوى عدم نفاذ التصرفات لا يمكن أن تطبق إلا على الدائنين المتواطئين مع المدين بالغش والاحتيايل وما دام لم يثبت إلا غش المتصرف فالدعوى قد فقدت شرط وجودها ومن ثم يكون الرهن العقاري صحيحاً نافذاً<sup>(١٠)</sup> من جانب آخر يجب أن يكون التصرف الصادر من المدين الراهن والمراد الطعن فيه بدعوى عدم نفاذ التصرفات تالياً في الوجود لحق الدائن المرتهن الذي يطعن في هذا التصرف<sup>(١١)</sup>. فإذا لم يكن حق الدائن متقدماً في وجوده على التصرف المطعون فيه لم يكن للدائن وجه للتنظيم إلا في الحالات التي يثبت فيها إن المدين الراهن قد صدر منه إحتيالياً قصد به حرمان الدائن المستقبلي من ميزة التقدم جاء في القرار المشار اليه في أعلاه لمحكمة النقض الفرنسية التي قبلت فيه دعوى عدم نفاذ

(١) د. صلاح الدين الناهي – الوجيز في النظرية العامة للالتزامات – بدون سنة ومحل طبع- ص ٣٠٧ وما بعدها .د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرط القانون المدني الجديد – الجزء الثاني – الطبعة الثالثة – بيروت – ٢٠٠٠ – ص ١٠١٢.

(٢) المادة ٢٦٣ من القانون المدني العراقي إذ جاء فيها(يجوز لكل دائن أصبح حقه مستحق الاداء وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه إعار المدين أو الزيادة في إعساره وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية) وتقابلها في القانون المدني العراقي المادة (٢٢٧) منه .

(٣) د. محمد بن عبد القادر محمد – الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه – دار الكتب القانونية – مصر - ٢٠٠٨ - ص ١٩٦.

(٤) وذلك على وفق احكام المادة ٢٦٨ / الفقرة الأولى منها إذ جاء فيها ( إذا لم يقصد بالغش إلا تفعيل دائن على آخر دون حقه ، فلا يترتب عليه إلا حرمان من هذه الميزة) وتطابقها في القانون المدني المصري الفقرة هالأولى من المادة ٢٤٢ منه . والمادة ١١٦٧ من القانون المدني الفرنسي وفي الفقه الفرنسي

Alain Bénabent – ouvr ,préc –no:٨٥٥

إذ يذكر هذا الفقيه بأن عقد الرهن لا يتحقق فيه العدالة التعاقدية إذا وُجد تصرف يُفقد التوازن بين المتعاقدين كهية أو بيع بثمن تافه.

(٥) المادة ٢٦٤ /ف٢ من القانون المدني العراقي وتطابقها المادة ٢٣٨/٢ف من القانون المدني المصري وأنظر في الفقه د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – ج٢ – مصدر سابق – ص ١٠١٦ . د. عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني العراقي- الجزء الثاني – مصدر سابق – ص ١٠٠٩-١٠٠٧.

Alain Bénabent- ouvr, préc-no.٨٥٧.

(٦) المادة ٢٦٤/ف٣ من القانون المدني العراقي والمادة ٢٣٨/٢ف٣ من القانون المدني المصري . وأنظر تفصيل ذلك في الفقه.

(٧) L'article ٣٣١-٦-code de la consommation ((...LL peut également les subordonner á L abstention par le débiteur déctes qui aggraveraient sin insolvabilité. ....)).

(٨) Cass civ. ١٥.nov. ١٩٧٧.

J.Mestre, E.putman et M.Billiau-ouvr,préc-no.١٥٠.

(٩)Alain Bénabent- ouvr,préc-no.٨٥٦-٨٥٧.

(١٠)Cass civ ٢٥ –janu-١٩٨٣.

H.Mestre, E.Putman et M.Billiau-ouvr, préc-no.١٥١ .

(١١) د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – الجزء الثاني- مصدر سابق- ص ١٠٢٢ . د. عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني – الجزء الثاني – مصدر سابق – ص ٨٥ .

التصرفات رغم ان حق الدائن الذي يطعن، في التصرف لاحقاً للتصرف الصادر من المدين الراهن<sup>(١)</sup>. أما في غير هذه الحالات ، يجب على الدائن الذي يطعن بدعوى عدم نفاذ التصرفات يجب أن يثبت أسبقية حقه بالنسبة الى تاريخ التصرف الصادر من المدين الراهن ، إذ لو تم التصرف قبل وجود حق الدائن لما كان للدائن أن يشكو ويتضرر منه لأن المال المتصرف فيه يكون قد خرج من ذمة المدين قبل نشوء حق الدائن ، وفي وقت لم يكن الحق الذي تصرف فيه المدين جزءاً من الضمان العام حتى يقال إنه إعتد على وجود هذا الحق ، فضلاً عن ذلك يتعذر تصور الغش من جانب المدين ، وأنه أراد بتصرفه الإضرار بدائن لم يكن موجود وقت التصرف ، إلا في حالة إذا كان المدين قد قام بهذا التصرف متوقعاً إنه سيصبح مديناً في وقت قريب ، عندها يجوز للدائن أن يطعن في هذا التصرف في دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين تجاه دائنيه ، بالرغم من ان حقه تال لتصرف المدين ، وذلك لان الغش في جانب المدين قد توافر<sup>(٢)</sup>. من جهة اخرى تدخل المشرع لحماية الدائنين على اساس الإخلال بالمساواة بين الدائنين في حالة تصرفات المدين المفلس خلال فترة الشك والريبة وهذا ما سنراه في الفرع الثاني في حالات عدم نفاذ تصرف الراهن خلال هذه الفترة.

### الفرع الثاني عدم نفاذ تصرف المدين الراهن خلال فترة الريبة والشك

تدخل المشرع لحماية الدائنين عموماً ومنهم الدائنين المرتهنين من تصرفات المدين الراهن في فترة الشك والريبة وفقاً لاحكام الإفلاس<sup>(٣)</sup>. وهي الفترة التي يتوقف المدين التاجر عن دفع ديونه ، فقد وضع أحكاماً خاصة بحكم التصرفات التي يبرمها المدين المفلس خلال هذه الفترة وتتحدد هذه الفترة من الوقت الذي يثبت فيه أن المدين متوقف عن الدفع لحين صدور الحكم بإشهار الإفلاس وتضاف الأيام العشرة السابقة على تاريخ الوقوف عن الدفع بالنسبة لبعض تصرفات المدين<sup>(٤)</sup>. إذ خشي المشرع في أن يعمد المفلس الى الإخلال بالمساواة بين الدائنين لذا قرر رفع يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها بعد صدور حكم الإفلاس ، إذ جاء في المادة ٦٠٣ من قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ المتعلقة بأحكام الإفلاس ( يمنع المفلس بمجرد صدور حكم إشهار الإفلاس من إدارة أمواله والتصرف فيها... )<sup>(٥)</sup>. فالقصد من رفع اليد إحترام مبدأ عدم الإخلال بالمساواة بين الدائنين ، لذا كان من اللازم رفع يد التاجر المفلس عن أمواله ، فالتصرفات التي يجريها المفلس بعد رفع اليد لا يحتج بها على جماعة الدائنين ومن هذه التصرفات إعطاء الراهن تأميناً عينياً اتفاقياً لصالح دائن يتقدم به على بقية الدائنين إذ لا يحتج به عليهم ويعد غير نافذ في حقهم<sup>(٦)</sup>. ومع ذلك فإن حماية الدائنين عاديين أو مرتهنين لا تكون كافية إذا اقتصر على الفترة اللاحقة لشهر حكم الإفلاس لأن الإفلاس سيكون مسبوقاً عادة بفترة من الوقت طويلة كانت أم قصيرة تختل فيها أمور المدين وتضطرب أعماله ، مما قد يعمد الى التصرف في أمواله للأضرار بدائنيه للإخلال بمبدأ المساواة بينهم ، لذا جعل آثار الإفلاس تمتد الى الماضي حتى تشمل الفترة التي تقع في وقت توقف المدين عن دفع ديونه الى الوقت الذي يصدر فيها حكم الإفلاس تسمى بفترة الشك والريبة<sup>(٧)</sup>. يتضح من ذلك إن إثبات توقف المدين التاجر عن دفع ديونه لازم لإشهار إفلاسه ولا يترتب على التوقف عن الدفع أثر قبل صدور حكم شهر الإفلاس إلا في بعض التصرفات إذ تمتد فترة الريبة لغاية الأيام السابقة على تاريخ التوقف عن الدفع بالنسبة لبعض التصرفات<sup>(٨)</sup>. وقد يتعين تاريخ توقف المدين المفلس عن الدفع من النص عليه في حكم الإفلاس وقد لا يتم تعيينه في حكم الإفلاس وإنما بشكل مستقل من تاريخ صدور حكم الإفلاس إذا لم يتحدد على وفق ذلك فإنه يتحدد مع تاريخ صدور حكم الإفلاس<sup>(٩)</sup>، وبعد القرار الخاص بتعيين التوقف عن الدفع حجة على الناس لأنه يحدد بداية فترة الريبة والتي تستمر لحين صدور حكم الإفلاس. لا بد من القول هنا ، أن دائرة عدم نفاذ تصرف المدين المفلس خلال فترة الريبة أوسع منها في نطاق دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين ، إذ تستلزم الأخيرة إذا كان التصرف بعوض أن يكون منطوقاً على غش المدين ومن صدر له التصرف يكون علم بهذا الغش<sup>(١٠)</sup>، أما فيما يتعلق بالدائن المستفيد من التأمين العيني خلال فترة الريبة فإن حقه لا ينفذ في مواجهة الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة دون إشتراط سوء نية الدائن صاحب التأمين العيني المنازع فيه ويصبح دائناً عادياً ويخضع للضمان العام<sup>(١١)</sup>. أما إذا كان التصرف تبرعاً فيكفي لإثبات إفسار المدين في دعوى عدم نفاذ التصرفات ، في حين لو كنا أمام فترة الشك والريبة فإن المشرع أمام قرينة قانونية لا تقبل لإثبات العكس على إفسار المدين من جهة ثانية اتساع نطاق المستفيدين ، إذ يستفيد جميع الدائنين ربما بتعليق فترة

(٣) القرار المشار اليه في هامش رقم ١ ص ٢٠ .

(٤) د. محمد بن عبد القادر محمد - مصدر سابق - ص ٢٦٥ .

(٥) انظر المادة ٣٣١/أولاً من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ إذ ألغى قانون التجارة السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ وتعديلاته وابقى استثناء الباب الخامس منه المتضمن احكام الافلاس والصلح الوافي منه التي عالجهما القانون السابق في المواد ٥٦٦ و ٥٦٧ ولغاية ٧٩١ . انظر كذلك ، قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الذي عالج الافلاس والصلح الوافي منه في المادة ٥٥٠-٧٧٢ .

(٦) انظر تفصيل هذه الاحكام في د. عبد العزيز العكيلي - القانون التجاري - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ١٩٩٥ - ص ٥١ ومابعدها، د. محمد سامي مذكور ، د. علي حسن يونس - القانون التجاري - الافلاس - دار الفكر العربي - القاهرة - دون سنة نشر - ص ٣١٥ ومابعدها .

(٧) وتقابل هذه الاحكام في القانون المصري ، المادة ٥٨٩ الفقرة الأولى من قانون التجارة المصري المشار اليه في اعلاه .

(٨) جاءت بهذه الاحكام المادة (٦٠٣) ف٢ من قانون التجارة العراقي وتقابلها في القانون المصري المادة ٥٨٩ ف٢ من قانون التجارة المصري، أما القانون الفرنسي فقد تضمن قانون التفليسة والتقويم القضائي الصادر ٢٥/كانون الثاني/١٩٨٥ هذه الاحكام في المادة ٣٣/ف٢ منه التي تضمنت ان التأمينات الجديدة التي يعطيها الراهن المفلس سيكون مصيرها عدم النفاذ بحق الدائنين الذين نشأت لهم ديون سابقة لنشوء التأمينات الجديدة .

(٩) د. محمد سلام مذكور ، د. علي حسن يونس - مصدر سابق - ص ٣١٣ .

(١٠) هذا من جاءت به المادة ٥٦٦/ف٢، ١ من قانون التجارة العراقي والمادة ٥٥٠ من قانون التجارة المصري بفقرتيها

(١١) المادة ٥٧٧/ف١ من قانون التجارة العراقي والمادة ٥٦٢ من قانون التجارة المصري وانظر في ذلك :- د. أسيل حامد خليفة - الصلح الوافي من الافلاس - دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والمصري - اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ٢٠٠٦ - ص ١٦٥ .

(١٢) المادة ٢٦٤/ف١ من القانون المدني العراقي .

(١٣) إذ جاء في المادة ٦١٣ من قانون التجارة العراقي :- ( لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات الآتية إذا قام بها المدين بعد الوقوف عن الدفع وقبل الحكم بإشهار الإفلاس:-

١. .... ٢. .... ٣. ... كل رهن وامتيياز يقرر على أموال المدين ضماناً لدين سابق على هذا الرهن )، أما القانونين قانون التجارة المصري فقد نص في المادة ٥٩٨ على عدم سريان كل رهن أو تأمين اتفاقاً آخر وكل اختصاص يقرر على أموال المدين ضماناً لدين سابق على التأمين من هذا يتضح أن القانون المصري قد أخرج حقوق الامتياز من حكم المادة ٥٩٨ وجعلها خاضعة للمادة (٥٩٩) التي أجازت الحكم بعدم نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين إذا كان المتصرف إليه يعلم وقت وقوع التصرف بتوقف المفلس عن الدفع ، ففي سلطة جوازية . في حين حالات المادة ٥٩٨ والمادة ٦١٣ من القانون العراقي التي تقابلها ، توجب الحكم بعدم نفاذها بمجرد تقديم الطلب بذلك . انظر في ذلك د. محمد سامي ، علي حسن - مصدر سابق - ص ٣٥١ . ويقصد بجماعة الدائنين جميع الدائنين الذين نشأت حقوقهم قبل شهر الإفلاس أي كان مصدر ديونهم ، انظر تفصيل ذلك د. مصطفى كمال طه ، د. وائل أنور بندق - اصول الإفلاس - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - بدون سنة نشر - ص ١٣٣ .

الريبة والشك ، سواء سابقين منهم للتصرف الذي يراد عدم نفاذه أم اللاحقين له في حين يختلف الأمر في دعوى عدم نفاذ التصرفات فلا يستفيد منها إلا الدائنين السابقين لحصول التصرف<sup>(١)</sup>. أما القانون الفرنسي ، فإن القانون الصادر في ٢٥ /كانون الثاني/ ١٩٨٥ الخاص بالتقليسة والتقويم القضائي ، فإنه قد نص على عدم نفاذ التأمينات العينية التي يعطيها الراهن خلال فترة الريبة<sup>(٢)</sup> ، والتأمينات المقصودة بذلك هي التأمينات الاتفاقية والقضائية التي أنشأت ضمان لديون سابقة لها ومن ثم تخرج من نطاق هذا القانون التأمينات القانونية باستثناء حالة واحدة هي حالة الرهن العقاري القانوني للزوجين حيث شملت بالمنع الوارد في هذا القانون وذلك لتجنب الغش بين الزوجين بتسجيل رهن عقاري قانوني في فترة الشك والريبة حيث منع الزوج من التصرف حتى في أمواله الخاصة ومنه أعطاه رهن عقاري لصالح الدائن على أمواله الخاصة ، وذلك في المادة ٢٢٠ من القانون المدني الفرنسي الفقرة الأولى منها التي نصت ( إذا أخل أحد الزوجين بواجباته بشكل يُعرض مصالح الأسرة للخطر فإن قاضي القضايا العائلية بإمكانه الأمر بجميع التدابير لإنقاذ مصالح الأسرة<sup>(٣)</sup> ). هذه هي تطبيقات تحقيق العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن حيازياً كان أم تأمينياً ، التي تستند الى أساس المساواة بين الدائنين . إلا أن هناك تطبيقات أخرى تقوم على أساس إسقاط جزء من عقد الرهن لتحقيق العدالة التعاقدية بين طرفي عقد الرهن وخاصة لصالح الراهن . وهذا ما سنبحثه في المطلب القادم.

## المطلب الثاني التطبيقات القائمة على اقتران عقد الرهن باتفاق يتعارض مع غاية العقد

يُمْكِنُ أَنْ يَقْتَرَنَ بِاتِّفَاقٍ فِيهِ مَصْلَحَةٌ أَوْ مَنْفَعَةٌ مَادِيَّةٌ أَوْ مَعْنَوِيَّةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاذِلِينَ أَوْ لِلْغَيْرِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَمْنُوعًا قَانُونًا أَوْ مَخَالِفًا لِلنَّظَامِ الْعَامِ أَوْ لِلْأَدَابِ الْعَامَةِ ، وَإِذَا اقْتَرَنَ عَقْدُ الرِّهْنِ بِاتِّفَاقٍ مَخَالِفٍ لِلنَّظَامِ الْعَامِ يُلْغَى الْإِتِّفَاقُ وَيَبْقَى عَقْدُ الرِّهْنِ صَحِيحًا إِذَا لَمْ يَكُنْ هَذَا الشَّرْطُ هُوَ الدَّافِعُ إِلَى التَّعَاقُدِ فَيَبْطُلُ الْعَقْدُ أَيْضًا<sup>(١)</sup>. فهذا الشرط يؤدي الى إختلال العدالة التعاقدية في عقد الرهن كما لو اقترن عقد الرهن باتفاق تملك المال المرهن عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون أو اقترن باتفاق الطريق الممهد الذي يدرجه الدائن المرتهن في عقد الرهن<sup>(٢)</sup>. أما الحلول التشريعية لاعادة العدالة التعاقدية ورفع الإختلال الحاصل نتيجة هذا الاتفاق فيتم باستبعاد هذا الاتفاق للمحافظة على عقد الرهن مرتباً لآثاره بين طرفيه أو بالنسبة للغير وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع سنبحث في الفرع الأول إختلال العدالة التعاقدية بسبب اقتران عقد الرهن بالاتفاق المخالف لغاية الرهن وسيكون الفرع الثاني مخصصاً لدراسة اعادة العدالة التعاقدية لعقد الرهن عن طريق إستبعاد الجزء الباطل انتقاصاً وفي الفرع الثالث سندرس إعادة العدالة العقدية لعقد الرهن عن طريق إستبعاد الجزء الباطل وجوبياً.

## الفرع الأول إختلال العدالة التعاقدية بسبب اقتران عقد الرهن بالاتفاق المخالف لغايته

تطرقنا للتشريعات المقارنة الى إختلال العدالة العقدية في نطاق عقد الرهن ، وذلك عند اقتران عقد الرهن باتفاق تملك الدائن المرتهن للمال المرهون عند عدم وفاء المدين بالالتزام المضمون ، وكذلك الأمر عند اقترانه باتفاق الطريق الممهد الذي يجيز للدائن المرتهن بيع المال المرهون دون المرور بالاجراءات التنفيذية التي جاء بها في القوانين الخاصة بذلك<sup>(١)</sup>، إذ يعد مثل هذا الاتفاق باطلاً لأنه يغير ويعدل من آثار عقد الرهن التي حددها القانون كونه يؤدي الى إختلال العدالة التعاقدية لصالح الدائن المرتهن على حساب الراهن التي يكون مضطراً لاجراء عقد الرهن كونه بحاجة الى الدين المضمون ، فهو يستغل من قبل الدائن المرتهن ، لذا وصف الفقه هذا الاستغلال

(١) د. محمد سلام مدكور ، د علي حسن يونس – مصدر سابق – ص ٣٣٠ ، د. عدنان ضناوي ، د. عدنان الخير – الأسناد التجارية والإفلاس – المؤسسة الحديثة للكتاب – لبنان – ٢٠٠١ – ص ٢٧٨.

(٢) المادة ١٠٧ /ف/ من هذا القانون.

(٣) المادة ٢٢٠/الفرقة الأولى منها المعدلة بموجب القانون رقم ١٣٧٢/٨٥ في ١٩٨٥/٩/٢٣ إذ جاء فيها النص الفرنسي:-

( chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet L'éntretien du ménage ou L'éducation des enfants. Toute dette ainsi contractée par L'un oblige L'autre solidairement.)

نقلًا عن الموقع الالكتروني

[www.legifrance.gouv.fr/affich.code.article.do?](http://www.legifrance.gouv.fr/affich.code.article.do?)

(١) انظر المادة ١٣١/ف٢ من القانون المدني العراقي.

(٢) انظر المادة ١٣٠١ من القانون المدني العراقي والمادة ١٠٥٢ من القانون المدني المصري والمادة ٢٣٤٨ /٢٣٤٦ من القانون المدني الفرنسي التي انشئت بموجب القانون رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦.

(٣) فقد جاء في المادة ١٣٠١ من القانون المدني العراقي ( لا يخلع الرهن فيقع باطلاً كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم إستيفاء الدين وقت حلول أجله في إن يملك العقار المرهون رهناً تأمينياً بالدين ، أو بأي ثمن كان ،... حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن ) وتقابلها في القانون المدني المصري المادة ١٠٥٢ منه، وقد ألغى المشرع الفرنسي المادة ٢٠٧٨ من القانون المدني واستبدلها بالمادة ٢٣٤٨ بموجب القانون رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ ، الصادر في ٢٣/٩/٢٠٠٦ حيث أجاز فيها اتفاق تملك المرتهن للمال المرهون اذا حددت قيمته من قبل خبير يختاره الطرفان أو تختار المحكمة واعتبر الاتفاق بغير ذلك يعد باطلاً لوحدته دون عقد الرهن.

L'article ٢٣٤٨:

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

La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organise au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite. Lorsque cette valeur exceed le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée.

نقلًا عن الموقع الالكتروني

[www.legifrance.gouv.fr/affich.code.Article.do](http://www.legifrance.gouv.fr/affich.code.Article.do)

أما بشأن اتفاق الطريق الممهد فقد جاءت المادة ٢٣٤٦ وفق ذات القانون

L'article ٢٣٤٦:-

((A défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut faire ordonner en justice la vente u bien gagé.Cette vente a lieu selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution sans que la convention de gage puisse déroger)). وهذا النص يطبق على الرهن بنوعية لأنه جاء في القانون ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ المتعلقة بالضمانات (التأمينات) (( relative aux sûretés )) نقلًا عن الموقع الالكتروني:-

[www.Legi.france.gouv.fr/affidcode-do](http://www.Legi.france.gouv.fr/affidcode-do)

بأنه مخالف للنظام العام وعد هذا الاتفاق باطلاً سواء تم عند إبرام عقد الرهن أم بعده<sup>(١)</sup>. يتضح من ذلك ، إن وجود مثل هذه الاتفاقات تؤدي الى اختلال العدالة التعاقدية كون أحد الطرفين يحصل على أكثر مما كان يهدف إليه من وراء إبرام العقد أي أكثر مما أراد القانون تحقيقه لأحد الطرفين ، فالقانون سمح للدائن المرتهن في الحصول على حقه عن طريق بيع المال المرهون في المزداد العلني، في حين هذه الاتفاقات تعطيه منافع أكثر مما حدده القانون ، لذا جاء المشرع بحكم هذه الاتفاقات هو البطلان<sup>(٢)</sup>. ونحن نرى بأن سبب التزام الراهن هو الحصول على الدين وبيع المرهون الذي يملكه ضمن الإجراءات القانونية التي نصت عليها قوانين البيع الجبري، ومن ثم عدم تحقق بيع المال على وفق هذه الإجراءات يعد عدم تحقق جزئي لسبب الالتزام ، أو كما يذكر البعض بأنه فقدان جزئي لسبب الالتزام<sup>(٣)</sup>، ومن أهم تطبيقات الفقدان الجزئي لسبب الالتزام هي إزالة الشرط الجزائي المبالغ فيه والشروط التعسفية في عقد الاستهلاك<sup>(٤)</sup>، والبنود المحددة لبدلات الاتعاب في العقود المهنية إذا كانت مبالغ فيها<sup>(٥)</sup>. أما القانون المدني الفرنسي ، فقد حدد اختلال العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن باتفاق الطريق الممهّد بصورة مطلقة وفقاً للمادة ٢٣٤٦ أما بما يتعلق باتفاق تملك الدائن المرتهن للمال المرهون حدد الاختلال في العدالة التعاقدية فقط في حالة إذا لم يتضمن الاتفاق بين طرفي عقد الرهن الضمانات التي حددتها المادة ٢٣٤٨ من هذا القانون وهي تجديد قيمة المال المرهون من قبل خبير يختاره أحد الطرفين أو تختاره المحكمة أو كان هناك سعر رسمي للمال المرهون حسب وثائق رسمية في ضوء ما مستقر عليه في القواعد المالية والنقدية ، وكما بينا ذلك في أعلاه . أما إذا لم يتحدد قيمة المال المرهون على وفق ما حددته المادة ٢٣٤٨ عندها تكون أمام اختلال في العدالة التعاقدية يحتاج الى تدخل القضاء باستبعاد هذا الاتفاق والإبقاء على عقد الرهن صحيحاً مرتباً لأثاره<sup>(٦)</sup>. وكذلك الأمر تطبيق الأحكام المتقدمة ببطلان إتفاق طرفي عقد الرهن على تملك المرتهن المال المرهون ، تطبق على اتفاقهما على بيع المال المرهون من دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون ، حتى لو كان هذا الاتفاق قد تم بعد إبرام العقد ، وهذا ما جاءت به المادة ١٣٠١ من القانون المدني العراقي<sup>(٧)</sup>. ويتضح مما تقدم ، إن الاتفاقات التي تؤدي الى اختلال العدالة التعاقدية تعد باطلة سواء تمت عند إبرام العقد أم بعد أبرامه ، وفي جميع القوانين المقارنة العراقي والمصري والفرنسي ، وقد حددت المادة ١٠٥٢ ، الفقرة الثانية من القانون المدني المصري الوقت الذي يمتد اليه البطلان وهو لغاية حلول أجل الدين المضمون أو جزء منه<sup>(٨)</sup>. وعلى وفق هذه الأحكام فإن الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن على بيع المرهون دون إجراءات أو تملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء بالدين المضمون يكون صحيحاً إذا تم بعد حلول أجل الدين المضمون أو حلول قسط منه، لأن إختلال العدالة التعاقدية يكون قد زال ، كون الراهن في هذا الوقت لا يكون تحت ضغط الحاجة والاستغلال لأن الدين يكون قد حل أجله ويستطيع أن يمتنع عن الاتفاق مع الدائن المرتهن ويطلب بيع المرهون على وفق الإجراءات القانونية عن طريق بيع المرهون في المزداد العلني<sup>(٩)</sup>. وقد خلا القانون المدني العراقي من نص يتضمن الأحكام الواردة في الفقرة الثانية من المادة ١٠٥٢ من القانون المدني المصري ، ولكن يمكن الأخذ بهذه الأحكام فهي لا تتعارض مع القواعد القانونية المنظمة لهذه الاتفاقات هذا من جهة ومن جهة أخرى ولأن الراهن لا يكون تحت ضغط المرتهن واستغلاله لأن عقد الرهن قد إنعقد. وعلى الرغم مما تقدم ذكره بشأن بطلان هذه الاتفاقات لمخالفتها للنظام العام في كل التشريعات محل المقارنة إلا إن التشريع العراقي والمصري لم يحدد مصير العقد المقترن به ، وهل يكون باطلاً شأنه شأن الاتفاق المقترن به أم لا . وإنما ترك ذلك للقواعد العامة فلم يحدد كيفية إعادة العدالة التعاقدية لعقد الرهن ، وهل سيكون هذا الاتفاق مبطلاً للعقد أم لا . وهذا ما سنتطرق اليه في الفرع الآتي.

### الفرع الثاني إعادة العدالة التعاقدية لعقد الرهن عن طريق استبعاد الاتفاق الباطل إنتقاصاً

إختلال العدالة التعاقدية في عقد الرهن الذي يقترن باتفاق تملك الدائن المرتهن المال المرهون عند عدم الوفاء أو اتفاق بيع المرهون دون اجراءات ، يمكن رفعها عن طريق استبعاد الاتفاق المخالف لغاية وآثار الرهن . إلا إن استبعاد الاتفاق المخالف لآثار الرهن يكون عن طريق اللجوء الى القواعد العامة في هذا الصدد ، وهي المادة ١٣٩ من القانون المدني العراقي والمادة ١٤٣ من القانون المدني المصري<sup>(١٠)</sup> وهي المتعلقة بنظرية انتقاص العقد الباطل<sup>(١١)</sup>، وهي تتركز على الباعث الدافع للتعاقد ، فإذا كان هذا الاتفاق جوهرياً في نية

(١) د. عصام أنور سليم – عدم تجزئة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون – منشأة المعارف – الاسكندرية – ١٩٩٤ – ص ٣٥٠ . د. سليمان مرقس – التأمينات العينية – بدون مكان طبع – ١٩٥٩ – ص ٤٣٤ .

(٢) اشارة الى هذا صراحة : د. فتحي عبد الرحيم عبد الله – العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانجليزي المقارن – جامعة المنصورة – ١٩٧٨ – ص ٣٣٧-٣٣٨ .

(٣) د. ريماء فرج مكي – مصدر سابق – ص ٣٢٣ وما بعدها .

(٤) انظر في ذلك قرار لمحكمة تمييز العراق ذي الرقم ٢١٧ / مدنية اولى – ١٩٧١ في ١٩٧٢/٢/١٤ – منشور في النشرة القضائية – بغداد – العدد الاول – السنة الثالثة – ١٩٧٣ – ص ٤١ .

(٥) د. ريماء فرج مكي – مصدر سابق – ص ٣٢٧ ، وفي هذا المكان ذكر قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر في ١٩٨٩ / ١/٦ فيه أبطلت شرطاً تعسفياً يقضي بدفع الطالب كامل الاقساط الدراسية في بداية السنة الدراسية في مدرسة مهنية واعتبرت ذلك البند تعسفياً يسقط لوحده دون العقد المقترن به.

(٦) L'article ٢٣٤٨ ... Toute cause contraire est réputée non écrite.

(٧) التي سبقت الاشارة اليها ، وتقابلها في القانون المصري المادة ١٠٥٢ من القانون المدني . أما المشرع الفرنسي فقد جاء بهذه الأحكام في المادة الاولى من القانون رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ الصادر في ٢٠٠٦/٣/٢٣ الذي انشأ المادة ٢٣٤٦ إذ جاء فيها : ( يستطيع الدائن ان يطلب قضائياً في حالة عدم وفاء الدين المضمون ببيع المال المرهون ويحصل هذا البيع حسب الاحكام المنصوص عليها لاجراءات التنفيذ المدنية ، ودون إمكانية أن تلغى اتفاقية الضمان هذه الاجراءات) وقد سبقت الاشارة الى النص باللغة الفرنسية انظر من هامش (١) من البحث ص(٢٧).

(٨) فقد نصت المادة ١٠٥٢ من القانون المدني المصري، (١) – يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نصير ثمن معلوم أيأ كان ، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن . ٢ – ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه).

(٩) د. سمير عبد السيد تناغو – التأمينات العينية – الاسكندرية – ٢٠٠٠ – ص ١٢٤ ، د. احمد سلامة – التأمينات العينية – دار التعاون للطباعة – مصر – ١٩٦٦ – ص ١٨٠ .

(١٠) إذ جاء في المادة ١٣٩ من القانون المدني العراقي (إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل. أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتبارها عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً) أما المادة ١٤٣ من القانون المدني المصري فقد جاء فيها ( إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال يبطل العقد كله).

(١١) انظر في ذلك د. عبد العزيز المرسي حمود – نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري – دراسة تحليلية وتصيلية مقارنة – اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة عين شمس- ١٩٨٨ – ص ٣٦ وما بعدها.

الطرفين وما كان العقد لينعقد بدون وجود هذا الاتفاق ، لكونه باعاً ودافعاً عندها يتعين بطلان العقد بأكمله ، أما اذا لم يكن هذا الاتفاق جوهرياً في نظر المتعاقدين عندها يقتصر البطلان على الاتفاق دون أن يمتد الى عقد الرهن<sup>(١)</sup>. يتضح من النصوص القانونية المتقدمة ، بأن اثر بطلان الاتفاق المخالف لأثار عقد الرهن المحددة قانوناً يتحدد نطاقه في الاتفاق دون أن يؤثر على عقد الرهن اذا لم يكن هو الدافع الى التعاقد إذ ان الاختلال في العدالة التعاقدية لعقد الرهن تزول بأنقاص الاتفاق المسبب لهذا الاختلال مع بقاء عقد الرهن صحيحاً مرتباً لأثاره ، ما لم يكن هذا الاتفاق جوهرياً في نظر المتعاقدين أي دافعاً للتعاقد، إذ يؤدي هذا البطلان الى بطلان عقد الرهن ويتعذر زوال الاختلال . فغاية استبعاد الاتفاق المسبب للاختلال هي إنقاذ العقد من البطلان ومن ثم تتحقق العدالة التعاقدية بين طرفي العقد وتستقر صحة العقد نهائياً بزوال الاختلال بزوال سببه وهو الاتفاق المخالف لغاية الرهن. فأذا ابرم طرفان عقد قرض وقدم المدين عيناً كرهن تضمن الوفاء بدين القرض واتفق الطرفان على أن يملك المرتهن العين المرهون اذا أحل الراهن بالوفاء بالدين المضمون بالرهن عندها يكون عقد الرهن صحيحاً مرتباً لأثاره مع بطلان الاتفاق على تملك الدائن المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء المخالف للنظام العام<sup>(٢)</sup>. وقد إنتقد الدكتور جميل الشراوي نص المادة ١٤٣ من القانون المدني المصري ويذكر في هذا الصدد ، ان هذه المادة قد تعدت على حرية الإرادة وحرية التعامل إذ إنه يحصر الإنقاص في أصيق النطاق ، وذلك ان إنقاص التزامات احد الطرفين من عقد والتزام الطرف الآخر بقبول باقيةا مع التزامه بالوفاء بالمقابل الذي كان مشروطاً للالتزامات الأصلية بعد ذلك فرض لآثار قانونية لم يتجه أي من المتعاقدين اليها بأرادته ثم يضرب مثال الإنقاص على قرض بفائدة تزيد عن الحد الأقصى ، إذ إن ذلك يقضي - حسب رأيه - إن النتيجة الطبيعية لهذه المخالفة هي البطلان وإعادة المتعاقدين الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد ، في حين رتب الإنقاص حكماً آخر، هو بقاء عقد القرض بمبلغه ومدته مع تخفيض سعر الفائدة الى الحد الأقصى، إلا أن هذا القرض مع تغيير سعر الفائدة هو القرض القديم ، بل الواضح إن قرضاً جديداً فرض على المقرض فرضاً وبذلك يتضمن الإنقاص ، مبدأ أكثر شدة من القيد الذي يفرضه البطلان ، عن طريق التزام قانوني بالاقراض بالسعر القانوني<sup>(٣)</sup>. إلا أن هذا الرأي قد أنتقد لأن دور القاضي يقتصر على تقرير ما إذا كان يمكن الإبقاء على التصرف الباطل أو المعيب جزئياً من عدمه ، بالاستناد الى ارادة الطرفين فالقاضي لايفرض الإنقاص على الطرفين إذا تبين له أن إرادتهما لم تكن تقبل الإنقاص لو علما بالبطلان الجزئي وقت ابرام العقد فالإنقاص يتضمن إحتراماً لارادة الطرفين وليس تقييداً لها<sup>(٤)</sup>. وهذا ما نؤيده. يتبين لنا مما تقدم ذكره ، إن القانون المدني العراقي والمصري قد تضمننا كلاً منهما نص عاماً في انتقاص العقد الباطل بطلاناً جزئياً ، المادة ١٤٣ من القانون المدني المصري والمادة ١٣٩ من القانون المدني العراقي ، لذا نعتقد إن الفقرة الثانية من المادة ١٣١ من القانون المدني التي جاء فيها ( كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً ) لم تتضمن إضافة لما ورد في المادة ١٣٩ من هذا القانون . فالمادة الاخيرة كافية لحكم استبعاد الشرط المخالف للنظام العام لوحده دون ان يؤثر على العقد المقترن به اذا لم يكن هو الدافع الى التعاقد، فالمعيار القسدي وفقاً لانتقاص العقد الباطل هو الاصل أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فلم يتضمن نصاً مشابهاً لما ورد في القانونين العراقي والمصري ، وإنما يستنتج من النصوص الواردة تطبيقاً لانتقاص الجزء الباطل ولكن من دون الاعتماد على المعيار القسدي أي ارادة المتعاقدين في عقود التبرعات إذ تبقى عقود التبرعات صحيحة مع استبعاد الجزء الباطل منها<sup>(٥)</sup>. في حين عقود المعاوضات ذهب الى بطلان العقد كله وإذا اقترن بالجزء الباطل المخالف للنظام العام من ودون الاعتماد على ارادة المتعاقدين<sup>(٦)</sup>. وفي بداية الأمر كان القضاء الفرنسي يطبق النصوص الواردة أي استبعاد الجزء الباطل دون أن يؤثر على عقد التبرع المقترن به ، وبطلان عقد المعاوضة كلياً إذا اقترن بالاتفاق المخالف للنظام العام<sup>(٧)</sup>. إلا إنه ظهر اتجاه قضائي جديد ، يوحد الحكم في عقود التبرع والمعاوضة على حد سواء، إذ يأخذ بالمعيار القسدي أي الباعث الدافع للتعاقد ، بغض النظر عن طبيعة العقد ونوعه . فعقد الرهن اذا تضمن اتفاقاً على تملك الدائن المرتهن المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون هو الدافع لابرام هذا العقد يكون عقد الرهن باطلاً كلياً ، أما اذا كان هذا الاتفاق يعد ثانوياً بالنسبة لطرفي عقد الرهن فإن الاتفاق يبطل لوحده ويبقى عقد الرهن صحيحاً مرتباً لأثاره<sup>(٨)</sup>. والاحكام المتقدمة تطبق على اتفاق بيع العقار المرهون دون إجراءات إذ يقتصر البطلان على هذا الاتفاق ويبقى عقد الرهن صحيحاً . ما لم يكن هذا الاتفاق هو الدافع للدائن المرتهن على التعاقد فيبطل الاتفاق وعقد الرهن معاً.

يتضح على وفق ما تقدم ، إن عقد الرهن قد يبطل بطلاناً كلياً ولا تتحقق غايته الاساسية وهي الضمان اذ المعيار الاساسي في استبعاد الجزء الباطل هو ارادة المتعاقدين ، وكما تبين لنا ذلك ، لذا فإن القانون الفرنسي قد اتجه الى استبعاد الاتفاق الباطل المخالف للنظام العام

(١) د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل - المفهوم القانوني لانقاص التصرفات القانونية - مجلة الحقوق الكويتية - السنة الأولى - العدد الثاني - ١٩٨٧ - ص ١١٥ . وهذا الحكم أشارت اليه صراحة محكمة تمييز العراق في قرارها المرقم ٩١٥ - مدنية ثانية - ١٩٧٤ في ١٩٧٥/٤/١ المنشور في مجلة الاحكام العدلية - العدد الثاني - السنة السادسة - ١٩٧٥ - ص ٦٦.

(٢) د. عبد العزيز المرسي - مصدر سابق - ص ٧٨.

(٣) د. جميل الشراوي - نظرية بطلان التصرف القانوني - اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة القاهرة - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٥٦ - الصفحات الثلاثة من (٨٨-٩٠).

(٤) د. عبد العزيز المرسي حمود- مصدر سابق - ص ٣١٤.

(٥) وهذا ما تضمنته المادة ٩٠٠ من هذا القانون ، المعدلة بموجب القانون رقم ٢٠٠٦/٧٢٨ في ٢٠٠٦/٦/٢٣ والنافذة في ٢٠٠٧/١/١ إذ جاء فيها :-

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

نقلًا عن الموقع الالكتروني

[www.easydroit.fr/codes-et-lois/](http://www.easydroit.fr/codes-et-lois/)

(٦) L'article ١١٧٢ "Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle, la convention qui en dépend"

نقلًا عن الموقع الالكتروني السابق.

(٧) Weill et Terré- droit civil - les obligations Dalloz- ٤. édition-١٩٨٦- no. ٣٢٧.

J.Flour, J.lue Aubert et Savaux-Obligation -1- L'act juridique- ARMAND COLIN -٢٠٠٠- no. ٣٥٧-٣٥٨.

(٨) Cass ٣٠ civ, ٥ févr, ١٩٧٠, Dalloz, ١٩٧٣, ١٥١, Cass Com, ٢٧ mars, ١٩٩٠, bull, civ, I v, RTD, Civ, ١٩٩١, ١١٢. obs. J. Mestre.

نقلًا عن

F.Terré, P.Simler et Y.Lequette- droit civil-les obligations -٨e, édition, Dalloz, ٢٠٠٢, no-٤٢٠.

لوحده دون ان يؤثر على عقد الرهن المقترن به في التعديلات التي أجراها على القواعد القانونية الخاصة بالرهن ، وكما سندرسه في الفرع الثالث.

### الفرع الثالث إعادة العدالة التعاقدية لعقد الرهن عن طريق استبعاد الجزء الباطل وجوباً

نظم المشرع عقد الرهن لضمان استيفاء الدائن المرتهن لحقه المضمون بالرهن ، وقد رأينا في الفرع السابق ، يمكن أن تُهدر هذه الغاية في حال اقتران العقد باتفاق باطل لمخالفته للنظام العام وكان هو الدافع للدائن المرتهن لأبرام العقد ، إذ يبطل العقد والاتفاق معاً ، على وفق الاحكام العامة في القانونين العراقي والمصري التي تأخذ بنظر الاعتبار بالمعيار القسدي في حين نرى بأن القانون المدني الفرنسي وللحفاظ على عقد الرهن كي تتحقق غايته الرئيسية وهي الضمان، قد عدل احكامه السابقة وفقاً للمادة ٢٠٧٨ منه التي كانت تقضي بالاعتماد على ارادة المتعاقدين في تقرير اثر بطلان الاتفاق المخالف للنظام العام على عقد الرهن المقترن به والتي يمكن ان تؤدي الى بطلان عقد الرهن اذا كان الاتفاق المخالف جوهرياً في نظر المتعاقدين<sup>(١)</sup>، إذ عدل هذه الاحكام وجعل الاتفاق المخالف للنظام العام باطلاً لوحده دون ان يؤثر على عقد الرهن المقترن به اذ يبقى صحيحاً مرتباً لآثاره بين الدائن المرتهن والراهن وبالنسبة للغير ، إذ يعد الاتفاق المخالف للنظام العام كأن لم يكن ، سواء كان هو الدافع للتعاقد أم لا<sup>(٢)</sup>. وقد طبق المشرع الفرنسي الاستبعاد الجوبي دون الاعتماد على ارادة المتعاقدين قبل ذلك في قانون الاستهلاك لسنة ١٩٩٣ في المادة ١٢٣ الفقرة الأولى منه ، وأكثر الفقهاء الفرنسيين يؤيدون الاستبعاد الجوبي للجزء الباطل مادام الاستبعاد يحافظ على العقد قائماً مع تحقق غاية المشرع من الاستبعاد وهي مخالفة الجزء الباطل للنظام العام، إذ يذهب هؤلاء الى أن هذا المبدأ يمكن تطبيقه في كل العقود كمبدأ عام وذلك للحفاظ على العقد من الزوال وتفاذي النتائج المترتبة على البطلان أو التقليل منها ، فمجرد مخالفة الاتفاق المقترن بعقد الرهن للنظام العام لا تؤدي الى بطلان العقد ، وإنما يتم استبعاد ذلك الاتفاق بحكم القانون حتى لو كان هو الدافع الى التعاقد ومن ثم لا تأخذ بنظرية انتقاص العقد<sup>(٣)</sup>. وهذه الأحكام التي تستبعد الاتفاق على تملك المرتهن المال المرهون عند عدم الوفاء أو بيعه المال المرهون دون إجراءات في حالة بطلانها ، دون أن يؤثر على عقد الرهن ودون الأخذ بالباعث الدافع، جاءت بهذه الأحكام المواد (٢٣٤٦) ، والمادة (٢٣٤٨) من القانون الخاص بالضمانات رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ الصادر في ٢٣/٣/٢٠٠٦ ، الذي سبقت الإشارة اليه . عندها يبقى عقد الرهن مرتباً لآثاره ومطابقاً لأهداف المشرع في الوقت ذاته ، وهذا ما أشار اليه الفقه الفرنسي قبل صدور هذا التعديل لتحقيق العدالة التعاقدية مع الإبقاء على العقد صحيحاً مطابقاً للنظام العام<sup>(٤)</sup> وهذا يعني إن أثر بطلان الاتفاق المخالف للنظام العام يتحدد نطاقه في هذا الاتفاق دون أن يتعداه الى عقد الرهن المقترن به ، فالاختلال في العدالة التعاقدية لعقد الرهن يزول باستبعاد الجزء الباطل منه دون الاعتداد بإرادة الدائن المرتهن . وكذلك الأمر بالنسبة للقضاء الفرنسي طبق الاستبعاد الجوبي للاتفاق المخالف للنظام العام قبل صدور هذا التعديل من عقود أخرى غير الرهن، في قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية صادر في ١٠/٢٣/١٩٩٩ الذي تضمن إسقاط الجزء الباطل من العقد مع إبقاء العقد صحيحاً مرتباً لآثاره دون الاعتداد بإرادة المتعاقدين<sup>(٥)</sup>.

### الخاتمة

أضح لنا من خلال بحثنا الموسوم بـ ((العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن – دراسة مقارنة)) ، بأن المنفعة المبتغاة من العقد فضلاً عن العدالة تشكلان مبادئ أساسية تؤثر في القوة الملزمة للعقد ، وتعد العدالة التعاقدية والمنفعة من أهم المفاهيم التي عالجه القانون الوضعي تشريعاً وفقهاً . فالعقد لا يتمتع بالقوة الملزمة إلا لأنه نافع وعادل ، أي متوافق مع العدالة التعاقدية ، إذ يجرد من القوة الملزمة إذا لم يكن نافعاً اجتماعياً ولم يحترم العدالة التعاقدية. إلا أن طبيعة عقد الرهن والغاية التي يتم تحقيقها وهي الضمان الخاص مع عدم خسارة الراهن، مالك المال المرهون، جعلت للعدالة التعاقدية مفهوم يتناسب مع عقد الرهن ومحققاً لغايته فعدم تحقق ذلك يؤدي الى الاختلال في العدالة التعاقدية لهذا العقد ، فوفقاً لذلك لا يعتمد على التقابل أو الارتباط بين الالتزامات في عقد الرهن لتحقيق العدالة التعاقدية فوجود التبادل في الارتباط لا يعني تحقيق العدالة التعاقدية . وإنما يجب النظر الى إن بنود العقد يجب أن تحقق الآثار المبتغاة من العقد والتي حددها القانون وهذا يؤدي الى التناسب بين هذه الالتزامات من حيث تحقيق غاية العقد لكل من الطرفين فإذا إختلت الغاية بالنسبة لأحد الطرفين لم تتحقق العدالة التعاقدية في عقد الرهن، ومن ثم يجب أن يؤدي العقد وظيفته وآثاره من دون الانتقاص من المنفعة المالية المتحققة من ذلك . فالتناسب في آثار العقد وتحقيق غايته دون الانتقاص من المنفعة المتحققة لكل من الطرفين لا تتحقق إذا كنا أمام خلل مؤثر في آثار العقد لم يكن قد حصل بسبب المدين أو بخطاه . وعليه يستوجب التدخل لإعادة العدالة التعاقدية لعقد الرهن إذا كنا أمام إخلال في المساواة بين الدائنين بسبب تصرف من الراهن فضل بموجبه احد الدائنين على الآخرين دون سند قانوني مما يتعارض مع غاية التأمين العيني التي يأمل منها الدائنين المرتهنين الآخرين . كذلك الأمر لا تتحقق الغاية المقصودة من الرهن إذا اقترن عقد الرهن باتفاق يعد باطلاً بموجب القانون كونه يتعارض مع آثار العقد لذا تدخل المشرع باستبعاد الجزء الباطل الذي يخالف النظام العام بطريقتين الأولى يعتمد على ارادة المتعاقدين والذي أخذ به المشرع العراقي والمصري والذي يهدد عقد الرهن بالبطلان إذا كان الجزء الباطل من عقد الرهن هو الدافع للتعاقد ، والطريق الثاني هو استبعاد الجزء الباطل دون الأخذ بنظر الاعتبار قصد المتعاقدين وهذا ما ذهب اليه المشرع الفرنسي بالتعديل الذي أجراه وفقاً لقانون الضمانات رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ .

<sup>(١)</sup>J.Luc,Aubert et Savaux-ouvr.péc.no.٣٦٠.

<sup>(٢)</sup> وهذا ماتضمنته المادة ٣٤٦ من القانون المدني الفرنسي ، وجاء به صراحة المادة ٢٣٤٨ منه اذ نصت على

((... Toute clause contraire est réputée non écrite )) .

<sup>(٣)</sup> من هولا الفقهاء:

J.Luc.Aubert et savaux –ouvr- préc – no. ٣٦٠.G.Marty et P.Raynaud –ouvr- préc.no.٢٢٥.

<sup>(٤)</sup>Weill et Terré-ouvr.péc.no.٣٢٧,G.Marty et P.Raynaud-ouvr. Préc.no.٢٢٤.

حيث جاء في المصدر الاخير اشارة صريحة لذلك(إعادة تنظيم العقد يمكن ان تتحقق دون الغاء العقد وابطاله وذلك عن طريق استبعاد الباطل منه الذي يصيب العقد ، وعندها يكون العقد صحيحاً مرتباً لآثاره).

<sup>(٥)</sup> Cass ٢٣ civ oct ١٩٩٩ Bull civ. IV. No.٢٧١.

نقلاً عن د. ريماء فرج مكي – مصدر سابق – ص ٣٣٣ . إذ تضمن هذا القرار (أن شركة متخصصة في النقل السريع تعهدت بتسليم رسائل في مدة محددة في التعهد ، ولكن وضعت شرطاً يقضي بأغفاءها عن الضرر الناشئ عن عدم تنفيذها الالتزام بخطأ جسيم ، وقضت المحكمة ببطلان الشرط والإبقاء على الاتفاق صحيحاً .

المصادر

١ - الكتب القانونية

- ١- د. أحمد سلامة - التأمينات العينية - دار التعاون للطباعة - مصر- ١٩٦٦.
- ٢- د. خالد ممدوح ابراهيم - ابرام العقد الالكتروني - دراسة مقارنة - دار الفكر الجامعي - الطبعة الاولى - الاسكندرية - ٢٠٠٨.
- ٣- د. رشوان حسن رشوان احمد - أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد - عرض لفكرة ملائمة العقد للظروف الاقتصادية - الطبعة الأولى - دار الهاني للطباعة- القاهرة - ١٩٩٤.
- ٤- د. ربما فرج مكي - تصحيح العقد - دراسة مقارنة - المؤسسة الحديثة للكتاب- لبنان - الطبعة الأولى- ٢٠١١ .
- ٥- د. سعيد سعد عبد السلام - التوازن العقدي في نطاق عقود الاذعان - دراسة فقهية مقارنة - دار النهضة العربية- القاهرة - ١٩٩٨.
- ٦- د. سليمان مرقس - التأمينات العينية - بدون مكان طبع - ١٩٥٩.
- ٧- د. سمير عبد السيد تناغو - التأمينات العينية - الاسكندرية - ٢٠٠٠.
- ٨- د. صلاح الدين الناهي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - بدون سنة ومكان طبع .
- ٩- د. صلاح الدين الناهي - الامتناع المشروع عن الوفاء - مطبعة العلوم - ١٩٤٥.
- ١٠- د. عبد الباسط جمعي - أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد- دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٠-١٩٩١.
- ١١- د. عبد الجبار ناجي الملا صالح - مبدأ النية في تنفيذ العقود - الطبعة الأولى- مطبعة اليرموك - ١٩٧٤.
- ١٢- د. عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزامات - الجزء الأول - مصادر الالتزام - القاهرة - ١٩٦٢.
- ١٣- د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي - الجزء السادس - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - ١٩٩٨.
- ١٤- د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام - الجزء الأول - المجلد الأول - الطبعة الثالثة الجديدة - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - ٢٠٠٠ .
- ١٥- د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء الثاني - الطبعة الثالثة - بيروت - لبنان - ٢٠٠٠ .
- ١٦- د. عبد السلام الترماني- نظرية الظروف الطارئة- دار الفكر - ١٩٧١.
- ١٧- د. عبد العزيز العكيلي - القانون التجاري - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ١٩٩٥.
- ١٨- د. عبد الحميد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني - الجزء الأول في مصادر الالتزام - الطبعة الخامسة - مطبعة قديم - بغداد - ١٩٧٧.
- ١٩- د. عبد المجيد الحكيم - القانون المدني واحكام الالتزام - طبع على نفقة جامعة بغداد - خال من دار ومكان النشر - ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م.
- ٢٠- د. عبد المجيد الحكيم - الموجز في شرح القانون المدني العراقي - الجزء الثاني في احكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الاسلامي - طبعة ثانية - شركة الطبع والنشر الاهلية - بغداد - ١٩٦٧.
- ٢١- د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي - الاستحالة واثرها على الالتزام - دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني - دون مكان طبع - ١٩٩٤.
- ٢٢- د. عدنان ضناوي - د. عدنان الخير - الاسناد التجارية والافلاس - المؤسسة الحديثة للكتاب - لبنان - ٢٠٠١.
- ٢٣- د. عصام أنور سليم - عدم تجزئة العقد في الشريعة الاسلامية والقانون - منشأة المعارف - الاسكندرية.
- ٢٤- د. فتحي عبد الرحيم عبد الله - العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري الانكليزي المقارن - جامعة المنصورة - ١٩٧٨.
- ٢٥- د. محمد بن عبد القادر محمد - الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه - دار الكتب القانونية - مصر - ٢٠٠٨.
- ٢٦- د. محمد سامي مذكور ، د. علي حسن يونس - القانون التجاري - الافلاس - دار الفكر العربي - القاهرة - دون سنة نشر.
- ٢٧- الاستاذ محمد طه البشير، د. غني حسون طه - الحقوق العينية- الجزء الثاني- وزارة التعليم العالي والبحث العلمي- كلية القانون- جامعة بغداد- ١٩٨٢.
- ٢٨- د. مصطفى كمال طه ، د. وائل أنور بندق - أصول الافلاس - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - بدون سنة نشر.

ثانياً - أطاريح الدكتوراه

- ٢٩- د. أسيل حامد خليفة - الصلح الواقي من الافلاس - دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والمصري - اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ٢٠١٠.
- ٣٠- د. جميل الشراوي - نظرية بطلان التصرف القانوني - اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة القاهرة - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٥٦.
- ٣١- د. سليمان براك الجميلي - الشروط التعسفية في العقود - دراسة قانونية مقارنة - اطروحة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق - جامعة النهريين - ٢٠٠٢.
- ٣٢- د. صلاح محمد احمد - القوة القاهرة واثرها في قانون العمل - اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة اسبوط - ١٩٩٥ .
- ٣٣- د. عبد العزيز المرسي حمود - نظرية أنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري - دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة - اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٨٨.
- ٣٤- د. عصمت عبد المجيد بكر - اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته - اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٧٨.

ثالثاً - المصادر الفرنسية

- ٣٥ - Alain Bénabent - droit civil - les obligations Montchrestion.
- ٣٦ - F.Terré .P.Simler et Y.Lequette- droit civil -les obligations- ٨<sup>e</sup> edition -Dalloz -٢٠٠٢.
- ٣٧ - J.Flour.J.Lue Aubert et Savaux -obligation -L' act juridique-ARMAND COLIN -٢٠٠٠.
- ٣٨ - J.Mestre. E.Putman et M.Billiau- Traité de droit civil -droit commun des Sûretés réelles -Théorie générale- J.Ghestin.L.G.D.J.١٩٨٠.
- ٣٩ - Malaurie et Aynès - Cours de droit civil -les obligations- Tome.VI. ٩<sup>e</sup> edition -١٩٩٨.
- ٤٠ - Marty et Raynaud- droit civil -les obligations - ٢<sup>e</sup> édition- Tome-١- les sourcees-Sirey -١٩٨٨.
- ٤١ - Mazeaud (H-L.et J) chabas -Lecons de droit civil -obligations - Théorie générale , ٩<sup>e</sup> editions - Montchrestion - ١٩٧٨.
- ٤٢ - Weill et Terré -droit civil -les Obligations Dalloz -٤<sup>e</sup> edition- ١٩٨٦.

رابعاً -القرارات القضائية

٤٣ - مجموعة من المجلات والمجلدات القضائية العراقية والعربية\.

خامساً - الابحاث القانونية

٤٤ - د. ابراهيم النسوقي أبو الليل - المفهوم القانوني لأنقاص التصرفات القانونية - مجلة الحقوق الكويتية - السنة الأولى - العدد الثاني - ١٩٨٧ .

سادساً - القوانين

- ٤٥ - القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- ٤٦ - القانون المدني المصري رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨.
- ٤٧ - القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ .
- ٤٨ - القانون الفرنسي الخاص بالضمان رقم ٣٤٦ لسنة ٢٠٠٦ .
- ٤٩ - تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي رقم ٧٣٧ في ٢٠١٠/٧/١ .

سابعاً - المواقع الالكترونية

٥٠ - www.legifrance.gour.fr/affich.code.do?