العدالة التعاقدية في تطاق عقد الرهن
(دراسة مقارنة)

أ.د.ايمان طارق مكي 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 يتقون به في أكثر الحالات أعار 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 التأمين في الحيازة فهي تتقرر 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 التالين في المرتبة . هذه هي الغاية الرئيسة لعقد الرهن تأمينياً 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 الماسّة 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 الرئيسة 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

اختلال 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 توفيرها لإعادة تنظيم العقد لتحقيق العدالة التعاقدية.

المطلب الأول مفهوم العدالة التعاقدية في عقد الرهن

عند التمعن في القواعد القانونية المتعلقة بعقد الرهن ، نجد بأن الاختلال 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 الاول 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 المتقابلة للمتعاقدين إذ إن العدالة العقدية تقترن في التوازن بين إلتزامات المتعاقدين إذا تغيرت الظروف الاقتصادية التي عَاصَرتْ العملية التعاقدية أو كان الالتزام مبالغاً فيه وفي حالة عدم التكافؤ بين المتعاقدين [1]1). بينما مفهوم العدالة العقدية في نطاق عقد التأمين العيني لا يتحدد على وفق ما تقدم لان الارتباط ما بين الالتزامات قانونياً كان أم موضوعياً لا يتحقق في عقد الرهن تأمينياً كان أم حيازياً، ففكرة الارتباط مابين الالتزامات المتقابلة تقتضيه طبيعة العقود الملزمة للجانبين ، ويتفق مع السير الطبيعي للأمور ونسق مجرياتها ويلبيّ داعي العدالة ، فمن العدالة اذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ ما يجب عليه، جاز للمتعاقد الآخر طلب فسخ العقد فضلاً عن الدفع بعدم التنفيذ[2]2). وهذا لا يتحقق على وفق عقد الرهن بنوعيه لأن عقد الرهن التأميني عقد ملزم لجانب واحد ، فالراهن وحده يلتزم دون الدائن المرتهن[3]3).

أما في نطاق الرهن الحيازي وعلى الرغم من أنه عقد ملزم لجانبين ، لأنه يرتب التزامات في ذمة كل من الراهن والمرتهن ، فالراهن يلتزم بضمان الرهن أي الامتناع عن التعرض للمرتهن في استعمال حق الرهن . أما المرتهن فأنه يلتزم بالمحافظة على المال المرهون

---

[1](1) أنظر في هذا : د. عبد الباسط جميعي – أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد – دار النهضة العربية – القاهرة – 1990-1991 – ص19 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 – 1994 – ص 639.

[2](2) د. عبد الرزاق السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي – الجزء السادس – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – 1998 – ص 194، وأنظر تطبيقات ذلك في القانون المدني العراقي المادة (177/1) ،المادة (181) والمادة (284) منه.

[3](3) الاستاذ محمد طه البشير- د. غني حسون طه – الحقوق العينية – الجزء الثاني – وزارة التعليم العالي والبحث العلمي – كلية القانون – جامعة بغداد – 1982 – ص254 . وكذلك يمكن أن ينشأ الارتباط أو التبادل بين الالتزام في عقد ملزم لجانب واحد ولكن ليس عقد الرهن التأميني ، وانما في عقد الوديعة ، فللمودع لديه الامتناع عن رد الوديعة اذا ما أنفق عليها مصروفات ضرورية ونافعة لحفظها . د. عبد المجيد الحكيم – القانون المدني واحكام الالتزام – طبع على نفقة جامعة بغداد – خال من دار ومكان النشر – 1400 هـ - 1980 م – ص141.

الذي تسلمه من الراهن واستثماره ورده بمجرد استيفاء الدين ، فأن اختلال في التوازن العقدي على وفق التغيير في الظروف الاقتصادية لايتحقق هنا . لذا يجب علينا البحث عن مفهوم آخر للعدالة العقدية يأخذ بنظر الاعتبار العقد بأكمله ، فلا يعتد بألتزام دون آخر، فالدائن المرتهن يبحث عن غاية التأمين العيني وهو الضمان الخاص ولكن يجب عدم التغاضي عن منفعة الملتزم في عقد التأمين العيني وهو الراهن ، فلا يمكن أن يتضرر من هذا العقد أكثر مما يجب عليه وفقاً لهذا الرهن ، فقانون التأمينات ينظر في منفعة المتعاقدين في عقد التأمين العيني[4]1)، فالنتيجة المرتبة 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 يُهَدِدْ بخسارة أو ضياع منفعة لأحد المتعاقدين عندها يفتقد هذا العقد للعدالة سواء كان في مرحلة ابرام العقد أم في مرحلة تنفيذه . وهذا ما جاءت به محكمة النقض الفرنسية في 15/2/2002، بشأن العقد بشكل عام عندما ذكرت بأنه عند تعارض جزء من العقد مع المنفعة الاقتصادية للعقد بأكمله بالنسبة لأحد المتعاقدين فأنه يحكم بعدم تطبيقيه[5]2).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 الاساسية لكل من طرفي العقد، وينظر للعقد بكافة بنوده وفي كل مراحله ، لذا فأن إرادة الراهن في إعطاء الرهن في مرحلة إبرام العقد تتحدد لصالح غاية الرهن وهي الضمان فلا يمكِنْ 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[6]3)، فلا يمكن أعطاء 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 أعطاء الرهن التأميني ، وكذلك الأمر تقيّد 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 التغيّر في الظروف الاقتصادية ، أو كون أحد الأطراف قوياً من الناحية الاقتصادية ، وإنما يُنْظر 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 أعادة التوازن العقدي الذي ينشأ لعدم وجود التكافؤ في القوة الاقتصادية أو في الخبرة والدراية الفنية والقانونية[7]1) ، وكذلك في حالة أعادة التوازن العقدي وازلة الإرهاق الذي يصيب تنفيذ الالتزام من قبل المدين[8]2). 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 فأن المعايير المعتمدة لتحقيق العدالة التعاقدية تختلف بين المفهومين ، فمعيار التقابل 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 نبحث 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 أعادة التوازن العقدي للالتزامات المتقابلة ، لذا تتحقق العدالة التعاقدية استناداً على معيار التقابل أو الارتباط بين الالتزامات ، وسنرى بأن هذا المعيار يستبعد كمعيار لتحقيق العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن ، ويمكن أن يعّرف الارتباط مابين الالتزامات بأنه (دوران التزامات الطرفين المتقابلة حول ذات الرابطة القانونية دوراناً تبادلياً) (1)، فهذا الترابط أساسي يجمع بين التزامات طرفي العقد ، لذا فأن العدالة التعاقدية توجد وتتحقق إذا كان هناك التزام في مقابل التزام على الطرف الآخر، ومن ثم يُحدِدْ حقاً لكل من الفريقين وهذا ما يسمى عند البعض بالعدالة التبادلية[9]2)، وهذا ما اخذ به صراحة قانون حماية حق المستهلك الفرنسي رقم 737 لسنة 2010 في المادة 132/ف 1 منه ، عندما أعطى الحق لمورد السلع أو مورد الخدمات زيادة الأسعار عندما لا يكون هناك توازن عقدي بين التزامات طرفي عقد الاستهلاك[10]3). وعليه، فأن العدالة التعاقدية لا تتحقق إلا إذا كان هناك تقابل بين الالتزامات ووجود السبب في العقد على وفق النظرية 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 ، فأن 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 اليه بأكمله وخاصة في عقد الرهن ، فهذا المعيار لا يمكن أن يُفّسر بالاستناد عليه في تحقيق العدالة التعاقدية لعقد الرهن في أغلب التطبيقات

---

[4](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. ,1980, no.199.

[5](2) Cass. Com.15.Fév. 2000.RTO. civ.2000,P.325 no.4 .obs. J.Mestre.

[6](3) انظر نص المادة 1304 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 1056 من القانون المدني المصري والمادة 2333 من القانون المدني الفرنسي التي صدرت بموجب قانون الضمانات برقم 346 لسنة 2006 في 23/3/2006.

[7](1) أنظر المادة 167 من القانون المدني العراقي ، وكذلك قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1)لسنة 2010 . والمادة 149 من القانون المدني المصري وقانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006.

[8](2) المادة 146/ف2 من القانون المدني العراقي والمادة 147/ف2 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 1978 – ص 86-87.

[9](1) د.صلاح الدين الناهي- الامتناع المشروع عن الوفاء – مطبعة العلوم – 1945 – ص 146.

[10](2) أشار الى هذا المعيار وبيانه من دون تبنيه د. ريما فرج مكي – تصحيح العقد – دراسة مقارنة – المؤسسة الحديثة للكتاب – لبنان – الطبعة الأولى – 2011 – ص217 ، وكذلك ومن الفقه الفرنسي .

Malaurie et Aynés –Cours de droit civil- les obligations- T.VI.-9, édition,1998,no.586.

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 ويتحدد 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 تحقيقيها أما المرحلة الثانية ، فهي تكمل المرحلة الأولى ، فإذا لم يكن مبالغاً فيه فيجب أن يكون ضرورياً لتحقيق آثار العقد[11]1).

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 وآثاره 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 أعادة تنظيم العقد بما يحقق العدالة التعاقدية للعقد[12]1)، لذا سنرى بأن معيار التناسب يمكن تطبيقه في تحقيق العدالة التعاقدية لتخفيض بدلات الأتعاب في العقود المهنية كعقد الوكالة للمحامي وكذلك عقود المهن الاخرى ، وكذلك تخفيض الثمن في البيع [13]2)، وكذلك سنرى تطبيق هذا المعيار في عقد الرهن في المبحث القادم. ولكن يُشترط توفر عدة شروط كي يتم اللجوء الى أعادة تنظيم العقد بما يحقق العدالة التعاقدية.وهذا ما سنحدده في المطلب القادم

المطلب الثاني الشروط العامة الواجب توفرها لأعادة 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 اليها عند البحث في هذه التطبيقات لذا سيكون موضوع هذا المطلب مقتصراً على الشروط العامة التي ترجع الى الهدف الذي يّسعى اليه التدخل التشريعي وهو إعادة العدالة التعاقدية بين طرفي العقد عن طريق التناسب في آثار العقد ،لذا فأن 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[14]1).ويلاحظ أن القانون المدني العراقي تطرق الى هذا الشرط في عدة نصوص قانونية منها المادة 170 في فقرتيها الثانية والثالثة اذ جاء فيها (....2 – ولا يكون التعويض القضائي مستحقاً إذا اثبت المدين أن يكون الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه إذا اثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو إن التزام الأصلي قد نُفِذَ في جُزْء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف هذه الفقرة . 3 – أما أذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب باكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً[15]2)، أما القانون المدني الفرنسي فان المادة 1152 منه الصادرة بموجب التعديل التشريعي بموجب القانون رقم 85 /1097 في 11/10/1985 ، 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 [16]1). وعلى وفق ذلك ، يتضح بأن للقاضي أن يتدخل في زيادة التقدير الاتفاقي للتعويض أو تقليله وذلك لتحقيق العدالة التعاقدية اثناء مرحلة تنفيذ العقد ومن ثم لايحصل أحد المتعاقدين أكثر مما يستحقه نتيجة عدم تنفيذ الالتزام المترتب في ذمة الطرف الآخر، بمعنى ما يحصل عليه المتعاقد من منفعة مالية للألتزام المفروض على المتعاقد الآخر يجب أنْ لايكون مبالغاً فيه حسب معايير تحقيق العدالة التعاقدية، وهذا الأمر جعله القانون على وفق النصوص المتقدمة من النظام العام وأي اتفاق على خلافه يعد باطلاً .فأذا تحققت شروط إستحقاق التعويض ووجد القاضي تناسباً بين قيمة الشرط الجزائي وبين قيمة الضرر حكم بمقتضى الشرط الجزائي دون تعديل في قيمة الشرط الجزائي ، وينبغي على القاضي ملاحظة التناسب بين القيمتين لا التساوي ، إذ لايستحق الشرط الجزائي إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويمكن تخفيضه إذا أثبت أن التقدير فادحاً لايتناسب مع الضرر وكان مبالغاً

---

[11](3) اذ جاء فيها (تعد شروطاً تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو من آثارها إحداث إختلال واضح بين حقوق والتزامات الاطراف في العقد).
نقلاً عن د. خالد ممدوح ابراهيم- إبرام العقد الالكتروني – دراسة مقارنة – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية-الطبعة الاولى - 2008 – ص459.

[12](1) Mazeaud(H.L etJ),Chabas-lecons de droit civil- obligations- Théorie générale- 9 édition-Montchrestien-1978-n0.186
وكذلك الاجتهادات القضائية الفرنسية
Com.26 mai 1992,18 fév,1992. Dalloz.1993 P.57. note ch. Hamoun.com8.juin 1993.RTD.civ-1994-P.349 no.j.Mestre.

[13](1) Marty et Raynaud- droit civil –les obligations -2 édition –tom 1, les soureces- Sirey -1988 –no. 225.

[14](2) Malaurie et Aynés – Ouvr .Préc- no.590.

[15](1) B.oppetit- le rôle du juge en présence de problémes économiques en droit civil francais, Travaux de lássociation, H.Capitant,Dalloz ,Tome XXII, 1970 p.188.
نقلاً عن د. ريما فرج – مصدر سابق – ص225 .

[16](2) وتقابل هذه الاحكام في القانون المدني المصري المادة 224 منه بفقراتها الثلاث والمادة 225 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 -1967 – ص 41 وما بعدها.

فيه[17]2).من جهة ثانية تدخلت التشريعات المقارنة لحماية الجانب الضعيف في التعاقد لتحقيق العدالة التعاقدية اذا كان الخلل مؤثراً في آثار العقد ، وذلك من خلال تعديل الشروط التعسفية أو الأعفاء منها في عقود الاذعان[18]3)، ولم تجيز تفسير العبارات الغامضة فيها ضار بمصلحة المذعن، دائناً كان أم مديناً[19]4)،ففكرة العدالة هي المسوغ لتدخل القضاء لحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية التي فرضها عليه الطرف القوي[20]5) . أما موقف المشرع الفرنسي ،فأن المادة 45 من قانون 10/1/1978 بشأن حماية المستهلكين وإعلامهم جاء فيها(تعد شروطاً تعسفية وفقاً للمادة (35) الشروط التي يبدو أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي من الطرف الآخر ويعطي لهذا الأخير ميزة فاحشة)[21]1). وكذلك أكد هذا المشرع الفرنسي على ذات الاحكام في قانون الاستهلاك الصادر في 10/2/1995[22]2) ، فهذه النصوص قد أشترطت حتى يعد البند تعسفياً أن يكون الخلل مؤثراً ، عندها يجوز للقاضي تعديل الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي اقتصادياً في هذه العقود . إذ يعد الشرط تعسفياً في عقد الأستهلاك 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[23]3). وقد حدد المشرع المصري في قانون حماية المستهلك رقم (67) لسنة 2006 مصير هذه الشروط بالبطلان حيث نصت المادة(10) 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)[24]4).من جهة ثالثة تدخلت التشريعات بهدف تحقيق العدالة التعاقدية في حالة الارهاق اللاحقه على ابرام العقد ، فأذا 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 لايجبر على تنفيذ التزامه كما ورد في العقد بل ينقص هذا الالتزام الى الحد الذي تقتضيه العدالة التعاقدية [25]1).ويقصد بأنقاص الالتزام تعديله الى الحد الذي يزيل أو يرفع الارهاق وهذا يكون اما بزيادة التزامات الدائن أو بأنقاص التزامات المدين[26]2). ولكن ليس كل أرهاق يستوجب التدخل لتحقيق العدالة التعاقدية وأنما 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[27]3). 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 لاتحدث هذه الخسارة الفادحة لمدين آخر مهما كان الارهاق جسيماً اذا كان على سبيل المثال تاجراً كبيراً له ثروة ضخمة ووسائل تتيح له تنفيذ الالتزام بسهولة[28]4).

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 أذا كان الخلل العقدي المسبب لاختلال العدالة التعاقدية ، نتيجة خطأ المدين أو تسبب فيه فعندها لا نكون امام مبرر لتحقيق العدالة التعاقدية[29]1). 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[30]2).يتشابه هذا الشرط مع أحد شروط القوة القاهرة وهو شرط عدم أمكانية 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

---

[17](3) Lάrticle 1152:lorspue la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une somme plus forte, ni moindre.

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

[18](2) د. عبد المجيد الحكيم – مصدر سابق – ص43.

[19](3) أنظر المادة 167/ف2 من القانون المدني العراقي ،المادة 149 من القانون المدني المصري ، والمادة 1168 من القانون المدني الفرنسي.

[20](4) أنظر المادة 167/ف3 من القانون المدني العراقي ، والمادة 151/ف2 من القانون المدني المصري.

[21](5) عبد الجبار ناجي الملا صالح – مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود – الطبعة الأولى – مطبعة اليرموك – 1974 – ص 302.

[22](1) L'article 35 du 10 janu .1978.

[23](2) النص الكامل لقانون الاستهلاك الفرنسي رقم 95/96 في 1/2/1995 باللغة الفرنسية متاح على العنوان الالكتروني www.ec.europa.eu.

[24](3) د. سليمان براك الجميلي – الشروط التعسفية في العقود – دراسة قانونية مقارنة – اطروحة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق – جامعة النهرين -2002 –ص9 . د. سعيد سعد عبد السلام – التوازن العقدي في نطاق عقود الاذعان – دراسة فقهية مقارنة – دار النهضة العربية – القاهرة -1998- ص50.

[25](4) نقلاً عن د. رشوان حسن رشوان – مصدر سابق – ص293.

[26](1) جاءت بهذه الاحكام ، المادة 146/ف2 من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة 147/ف2 من القانون المدني المصري.

[27](2) انظر تفعيل هاتين الحالتين في : د. عبد المجيد الحكيم- الموجز في شرح القانون المدني- الجزء الأول في مصادر الالتزام – الطبعة الخامسة – مطبعة نديم- بغداد- 1977 –ص396-397.

[28](3) د. عبد السلام الترمانتيني – نظرية الظروف الطارئة – دار الفكر – 1971 – ص161-162. بالاضافة الى ما اكده الاستاذ الدكتور السنهوري في مؤلفه الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – مصادر الالتزام – الجزء الأول – المجلد الاول – الطبعة الثالثة الجديدة – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – 2000- ص 723 . إذ ذكر (وارهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفقة التي أبرم في شأنها العقد).

[29](4) وهذا ما جاءت به المادة 147/ف2 من القانون المدني المصري (صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة) وذات العبارة وردت في المادة (14/ف2 من القانون المدني العراقي.

[30](1) Alain Bénabent- droit civil – les obligations – Montchrestion- no.335.

لايؤدي الى استحالة تنفيذ الالتزام وأنما يؤدي فقط الى اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد[31]3). وهذا ما سندرسه في المبحث الثاني في تطبيقات اختلال العدالة التعاقدية في عقد الرهن حيث ان جميعهاغير مؤدية الى استحالة التنفيذ وأنما يحصل الدائن على حقه المضمون بوسائل مبالغ فيها يستغل فيها الراهن أو مؤديه 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 ، فأن هذا البند الذي يتضمن هكذا اتفاق يسبب خللاً في العدالة التعاقدية لأن الراهن لايستطيع 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 لايمكن له إلا أن يتحمل نتائج سوء نيته[32]1) . ويترتب على ذلك بأنه لا يمكن أن يكون إعادة العدالة التعاقدية للعقد أداة مماطلة 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[33]2).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 يسبب 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 [34]3).ومن الجدير ذكره هنا أنه يشترط كي نكون أمام اختلال العدالة التعاقدية يجب ان نكون أمام مزايا مبالغ فيها للمستفيد من الاختلال ولاتقتصر 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[35]1). ويذكر الفقه القانوني بصدد الشرط الثاني من الشروط الواجب توافرها لتحقيق العدالة التعاقدية ، بأن المتعاقد الذي يأتي فعلاً عمدياً ويترتب عليه آثار تُسيء 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 وأنما قد أهمل وقصر ولم يتخذ الحيطة 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 [36]2). وكذلك يشترط أن لايستطيع المتعاقد المتضرر من التغيير أن يواجه الآثار المتولدة من ذلك التغيير بأمكانية دفعها أو التقليل منها، أما أذا كان بامكانه ذلك فأنه لايحق له المطالبة بتحقيق العدالة التعاقدية هذه هي الشروط العامة الواجب تحقيقيها 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 ،سندرس 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 الدانيين إذ يُفَضِل الدائن المرتهن على الاخرين عن طريق تخصيص مال من أموال المدين أو أموال الغير لدفع الدين المضمون ويتقدم على بقية الدانين 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

---

[31](2) أشار الى ذلك صلاح محمد أحمد – القوة القاهرة وأثرها في قانون العمل – اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة اسيوط- 1995 – ص20 ومابعدها.

[32](3) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – الاستحالة وأثرها على الالتزام – دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني – دون مكان طبع – 1994 – ص 238.

[33](1) د. رشوان حسن رشوان – مصدر سابق – ص 470 –ص471.

[34](2) Marty et Raynaud –ovur –préc , 225.

[35](3) Marty et Raynaud –ovur- préc- no. 226.

[36](1) المادة 167/ق3 قانون مدني عراقي ، والمادة (1) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010 والمادة 149 من القانون المدني المصري وقانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 . وهذا ما قضت به محكمة التمييز في العراق في قررها المرقم 1518 /ح/1968 المؤرخ في 17/11/1970 " أن الشرط في العقد مع مصلحة السكك الذي يجوز لها مضاعفة أجور الخزن يعتبر شرطاً تعسفياً تشمله احكام المادة 167 من القانون المدني الخاصة بعقود الاذعان وللمحكمة استناداً للفقرة الثانية من المادة المتقدمة تعديل هذا الشرط " – منشور في مجلة القضاء – العدد الاول – 1971 – تصدر عن نقابة المحامين – مطبعة العاني – بغداد – ص 89-95.

سندرس في هذا المطلب تطبيقات تحقيق العدالة التعاقدية في عقد الرهن بطريقين ، الأول 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 .

الفرع الأول عدم نفاذ تصرف المدين الراهن تجاه الدائن المرتهن

تتقيد أرادة المدين الراهن في إعطاء الرهن لصالح الدائن المرتهن فلا يمكن له أنْ يُفضل على الدائن المرتهن دائناً آخر ولو كان مرتهناً بالاحتيال 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)[37]1)، ويقصد بالتصرف المفقر هو الذي ينقص من حقوق المدين أو يزيد في إلتزاماته[38]2).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 [39]1).وعلى وفق ما تقدم، إن من صور التصرف المُفْقِر الذي يمكن الطعن فيه بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين ، صورة تَفْضيل دائن على آخر دون حق أو الوفاء لبعض الدائنين دون بعض ، فأذا أتفق 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[40]2). 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[41]3)، أما في الحالة الثانية ، إذا حصل المدين الراهن على مقابل لما أعطى للدائن المرتهن ، كأن وفى أصل الدين أو أعطى المدين أجلاً جديداً أو أسقط جزءً من الدين ، عندها يكون التصرف معاوضة، ويشترط عندها أثبات غش كل من الدائن والمدين ، أي أثبات أنهما قصدا 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[42]1). وقد أشار الى التصرف المفقر قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 737/2010 في 1/7/2010، في المادة 331 الفقرة السادسة منها ،إذ مُنع المدين من التصرف الذي من شأنه أنْ يؤدي الى تَفاقم إعساره[43]2).ومن القرارات القضائية الفرنسية بما يتعلق بالتصرف الصادر من المدين الراهن بدون عوض ، قرار لمحكمة النقض الفرنسية في 15/تشرين الثاني/1977 ، تتلخص وقائعها بأن المدين رتب رهناً عقارياً لصالح أبيه المدان بسرقة والذي جميع أمواله محملة بتامين 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 احتيالاً من المدين للتهرب من حقوق دائنيه[44]3). ففي هذا القرار لايشترط توافر غش الدائن الذي حصل على الرهن العقاري كون التصرف من التبرعات وإنما يشترط وجود الأحتيال من جانب الراهن المتصرف ، وفي هذا الصدد يذكر الفقه الفرنسي ((آلاين))أنه يمكن ان نصرف الاحتيال بتوافر نية الايذاء لدى المدين المتصرف وذلك لمعرفته الضرر الذي يصيب الدائن نتيجة إعساره أو زيادة في اعارة مادام يعلم مركزه المالي وأن تصرفه سيؤدي الى الإضرار بدائنيه [45]4). أما اذا كان التصرف الصادر من المدين الراهن معاوضة ، فأنه يشترط إثبات تواطئ المتصرف إليه مع غش المدين ، أي يكون كل من المدين الراهن والمتصرف إليه قد قصدا الاضرار بالدائنين ، وهذا ما أكدته صراحة محكمة النقض الفرنسية في قراراتها (ان دعوى عدم نفا التصرفات لايمكن أنْ تطبق إلا على الدائنين المتواطئين مع المدين بالغش والاحتيال وما دام لم يثبت إلا غش المتصرف فالدعوى قد فقدت شرط وجودها ومن ثم يكون الرهن العقاري صحيحا نافذاً[46]1) 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[47]2). فأذا لم يكن حق الدائن

---

[37](2) د. رشوان حسن رشوان – مصدر سابق – ص 459 . د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزامات – الجزء الأول – مصادر الالتزام – القاهرة – 1962 –ص585.

[38](1) د. صلاح الدين الناهي – الوجيز في النظرية العامة للالتزامات – بدون سنة ومحل طبع- ص 307 وما بعدها .د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – الجزء الثاني – الطبعة الثالثة – بيروت – 2000 – ص 1012.

[39](2) المادة 263 من القانون المدني العراقي اذ 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 (237)منه .

[40](1) د. محمد بن عبد القادر محمد – الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه – دار الكتب القانونية – مصر -2008 –ص196.

[41](2) وذلك على وفق احكام المادة 268 /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 242 منه . والمادة 1167 من القانون المدني الفرنسي وفي الفقه الفرنسي

Alain Bénabent – ouvr ,préc –no:855

إذ يذكر هذا الفقيه بأن عقد الرهن لاتتحقق فيه العدالة التعاقدية إذا وُجِد تصرف يُفقد التوازن بين المتعاقدين كهبة أو بيع بثمن تافه.

[42](3) المادة 264 /فـ2 من القانون المدني العراقي وتطابقها المادة 238/فـ2 من القانون المدني المصري وأنظر في الفقه د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط –ج2 – مصدر سابق – ص1016 . د. عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني العراقي- الجزء الثاني – مصدر سابق – ص99-100

Alain Bénabent- ouvr, prév-no.857.

[43](1) المادة 264/فـ3 من القانون المدني العراقي والمادة 238/فـ3 من القانون المدني المصري . وأنظر تفصيل ذلك في الفقه.

[44](2) L’article 331-6-code de la consommation ((…LL peut également les subordonner á L ábstention par le débiteur déctes qui aggraveraient sin insolvabilité. …..)).

[45](3) Cass civ.15.nov .1977. نقلاً عن

J.Mestre, E.putman et M-Billiau-ouvr,pré-no.150.

[46](4) Alain Bénabent- ouvr,préc-no.856-857.

[47](1) Cass civ 25 –janu-1983.نقلاً عن

متقدماً في وجوده على التصرف المطعون فيه لم يكن للدائن وجه للتظلم إلا في الحالات التي يَثْبتْ فيها إن المدين الراهن قد صدر منه إحتيالاً قصد به حرمان الدائن المستبقلي من ميزة التقدم جاء في القرار المشار اليه في أعلاه لمحكمة النقض الفرنسية التي قَبلت فيه دعوى عدم نفاذ التصرفات رغم ان حق الدائن الذي يطعن، في التصرف لاحقاً للتصرف الصادر من المدين الراهن[48]3) . 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 أنْ 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 إعتمد على وجود هذا الحق ، وفضلاً عن ذلك يتعذر تصور الغش من جانب المدين ،وأنه أراد بتصرفه الإضرار بدائن لم يكن موجود وقت التصرف ، الإ في حالة اذا كان المدين قد قام بهذا التصرف متوقعاً إنه سيصبح مديناً في وقت قريب ، عندها يجوز للدائن أنْ 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[49]1).من جهة اخرى تدخل المشرع لحماية الدائنين على اساس الاخلال 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 الافلاس[50]2). 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[51]3). إذ خشي المشرع في أن يعمد المفلس الى الإخلال بالمساواة بين الدائنين لذا قرر رفع يده عن أدارة أمواله والتصرف فيها بعد صدور حكم الإفلاس ، إذ جاء في المادة 603 من قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970 المتعلقة بأحكام الإفلاس (يمنع المفلس بمجرد صدور حكم إشهار الإفلاس من إدارة أمواله والتصرف فيها...)[52]1). 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 لايحتج بها على جماعة الدائنين ومن هذه التصرفات إعطاء الراهن تأميناً عينياً اتفاقياً لصالح دائن يتقدم به على بقية الدائنين إذ لايحتج به عليهم ويعد غير نافذ في حقهم[53]2). ومع ذلك فأن حماية الدائنين عاديين أو مرتهنين لا تكون كافية إذا اقتصرت 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[54]3).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[55]4).وقد يتعين تاريخ توقف المدين المفلس عن الدفع من النص عليه في حكم الإفلاس وقد لا يتم تعينه في حكم الإفلاس وإنما بشكل مستقل من تاريخ صدور حكم الإفلاس إذا لم يتحدد على وفق ذلك فإنه يتحدد مع تاريخ صدور حكم الإفلاس[56]1)، ويعد القرار الخاص بتعيين التوقف عن الدفع حجة على الناس لأنه يحدد بداية فترة الريبة والتي تستمر لحين صدور حكم الإفلاس.لابد 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 منطوياً على غش المدين ومن صدر له التصرف يكون علم بهذا الغش[57]2)، أما فيما يتعلق بالدائن المستفيد من التأمين العيني خلال فترة الريبة فإن حقه لاينفذ في مواجهة الدائنين المرتهنين التالين له في المرتبة دون إشتراط سوء نية الدائن صاحب التأمين العيني المنازع فيه ويصبح دائناً عادياً ويخضع للضمان العام[58]3). أما إذا كان التصرف تبرعاً فيكفي لإثبات إعسار المدين في دعوى عدم نفاذ التصرفات ، في حين لو كنا أمام فترة الشك والريبة فأن المشرع أمام قرينة قانونية لا تقبل لإثبات العكس على إعسار المدين.من جهة ثانية اتساع نطاق المستفيدين ، إذ يستفيد جميع الدائنين ربما بتعليق فترة الريبة والشك ، سواء سابقين منهم للتصرف الذي يراد عدم نفاذه أم اللاحقين له في حين يختلف الآمر في دعوى عدم نفاذ التصرفات فلا

H.Mestre, E.Putman et M.Billiau-ouvr, préc-no.151.

[48](2) د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – الجزء الثاني- مصدر سابق- ص1022 . د.عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني – الجزء الثاني – مصدر سابق – ص 85 .

[49](3) القرار المشار اليه في هامش رقم 1 ص20 .

[50](1) د. محمد بن عبد القاد محمد – مصدر سابق- ص265.

[51](2) انظر المادة 331/أولاً من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 إذ ألغى قانون التجارة السابق رقم 149 لسنة 1970 وتعديلاته وابقى استثناءاً الباب الخامس منه المتضمن احكام الافلاس والصلح الواقي منه التي عالجها القانون السابق في المواد 566 ولغاية 791 . أنظر كذلك ، قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 الذي عالج الافلاس والصلح الواقي منه في المادة 550-772.

[52](3) أنظر تفصيل هذه الاحكام في د. عبد العزيز العكيلي – القانون التجاري – مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – 1995 – ص51 ومابعدها، د. محمد سامي مدكور ،د. علي حسن يونس – القانون التجاري – الافلاس – دار الفكر العربي – القاهرة – دون سنة نشر – ص315 ومابعدها.

[53](1) وتقابل هذه الاحكام في القانون المصري ، المادة 589 الفقرة الأولى من قانون التجارة المصري المشار اليه في اعلاه.

[54](2) جاءت بهذه الاحكام المادة (603)ف2 من قانون التجارة العراقي وتقابلها في القانون المصري المادة 589/ف2 من قانون التجارة المصري،أما القانون الفرنسي فقد تضمن قانون التفليسة والتقويم القضائي الصادر 25/كانون الثاني/1985 هذه الاحكام في المادة 33/ف2 منه التي تضمنت إن التأمينات الجديدة التي يعطيها الراهن المفلس سيكون مصيرها عدم النفاذ بحق الدائنين الذين نشأت لهم ديون سابقة لنشوء التأمينات الجديدة.

[55](3) د. محمد سلام مدكور ، د. علي حسن يونس – مصدر سابق – ص313.

[56](4) هذا من جاءت به المادة 566/ف2،1 من قانون التجارة العراقي والمادة 550 من قانون التجارة المصري بفقرتيها

[57](1) المادة 577/ف1 من قانون التجارة العراقي والمادة 562 من قانون التجارة المصري وانظر في ذلك :- د. أسيل حامد خليفة – الصلح الواقي من الأفلاس – دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والمصري – اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة القاهرة – 2006 – ص165.

[58](2) المادة 264/ف1 من القانون المدني العراقي.

يستفيد منها إلا الدائنين السابقين لحصول التصرف[59]1). أما القانون الفرنسي ،فان القانون الصادر في 25 /كانون الثاني/ 1985 الخاص بالتفليسة والتقويم القضائي ، فأنه قد نص على عدم نفاذ التأمينات العينية التي يعطيها الراهن خلال فترة الريبة[60]2)، 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 رهم عقاري قانوني في فترة الشك والريبة حيث منع الزوج من التصرف حتى في أمواله الخاصة ومنه أعطاء رهن عقاري لصالح الدائن على أمواله الخاصة ، وذلك في المادة 220 من القانون المدني الفرنسي الفقرة الأولى منها التي نصت (إذا أخل أحد الزوجين بواجباته بشكل يُعرض مصالح الأسرة للخطر فأن قاضي القضايا العائلية بإمكانه الأمر بجميع التدابير لإنقاذ مصالح الأسرة[61]3).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

يُمكِنْ أنْ يقترن بأتفاق فيه مصلحة أو منفعة مادية أو معنوية لأحد المتعاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعا قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب العامة ، وإذا إقترن عقد الرهن بأتفاق مخالف للنظام العام يُلغى الأتفاق ويبقى عقد الرهن صحيحاً إذا لم يكن هذا الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد أيضاً [62]1). 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 أقترن باتفاق الطريق الممهد الذي يدرجه الدائن المرتهن في عقد الرهن[63]2). أما الحلول التشريعية لاعادة العدالة التعاقدية ورفع الأختلال الحاصل نتيجة هذا الاتفاق فيتم باستبعاد هذا الاتفاق للمحافظة على عقد الرهن مرتباً لاثاره بين طرفيه أو بالنسبة للغير وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع سنبحث في الفرع الأول اختلال 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 اختلال العدالة التعاقدية بسبب اقتران عقد الرهن بالاتفاق المخالف لغايته

تطرقت التشريعات المقارنة الى اختلال العدالة العقدية في نطاق عقد الرهن ، وذلك عند إقتران عقد الرهن باتفاق تملك الدائن المرتهن للمال المرهون عند عدم وفاء المدين بالالتزام المضمون ، وكذلك الأمر عند إقترانه باتفاق الطريق الممهد الذي يجيز للدائن المرتهن ببيع المال المرهون دون المرور بالاجراءات التنفيذية التي جاء بها في القوانين الخاصة بذلك[64]1)، إذ يعد مثل هذا الاتفاق باطلاً لأنه يغير ويعدل من آثار عقد الرهن التي حددها القانون كونه يؤدي الى اختلال 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 بأنه مخالف للنظام العام وعّد هذا الاتفاق باطلاً سواء تم عند ابرام عقد الرهن أم بعده[65]2). يتضح من ذلك ، إن وجود مثل هذه الاتفاقات

---

[59](3) إذ جاء في المادة 613 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:-
1.... 2.... 3... 4-كل رهن وامتياز يقرر على أموال المدين ضماناً لدين سابق على هذا الرهن)، أما القانون قانون التجارة المصري فقد نص في المادة 598 على عدم سريان كل رهن أو تأمين أتفاقي آخر وكل اختصاص يتقرر على أموال المدين ضماناً لدين سابق على التأمين من هذا يتضح أن القانون المصري قد أخرج حقوق الامتياز من حكم المادة 598 وجعلها خاضعة للمادة (599) التي أجازت الحكم بعدم نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين إذا كان المتصرف إليه يعلم وقت وقوع التصرف بتوقف المفلس عن الدفع ،فهي سلطة جوازية . في حين حالات المادة 598 والمادة 613 من القانون العراقي التي تقابلها ، توجب الحكم بعدم نفاذها بمجرد تقديم الطلب بذلك . أنظر في ذلك د. محمد سامي ، علي حسن – مصدر سابق – ص 351 . ويقصد بجماعة الدائنين جميع الدائنين الذين نشأت حقوقهم قبل شهر الإفلاس أياً كان مصدر ديونهم ، انظر تفصيل ذلك د. مصطفى كمال طه ،د. وائل أنور بندق – اصول الإفلاس – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية – بدون سنة نشر – ص 133.

[60](1) د. محمد سلام مدكور ، د علي حسن يونس – مصدر سابق – ص 330 ، د. عدنان ضناوي ، د. عدنان الخير – الأسناد التجارية والإفلاس – المؤسسة الحديثة للكتاب – لبنان – 2001 – ص278.

[61](2) المادة 107 /ف6 من هذا القانون.

[62](3) المادة 220/الفقرة الأولى منها المعدلة بموجب القانون رقم 85/1372 في 23/9/1985 إذ جاء فيها النص الفرنسي:-
(chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet Léntretien du ménage ou L éducation des enfants. Toute dette ainsi contractée par L'un oblige Láutre solidairement.)
نقلاً عن الموقع الالكتروني
www.legifrance.gouv.fr/affich.code.article.do?

[63](1) انظر المادة 131/ف2 من القانون المدني العراقي.

[64](2) انظر المادة 1301 من القانون المدني العراقي والمادة 1052 من القانون المدني المصري والمادة 2348 /2346 من القانون المدني الفرنسي التي انشئت بموجب القانون رقم 346 لسنة 2006.

[65](1) فقد جاء في المادة 1301 من القانون المدني العراقي (لايغلق الرهن فيقع باطلاً كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم إستيفاء الدين وقت حلول أجله في إن يتملك العقار المرهون رهناً تأمينياً بالدين ، أو بأي ثمن كان ،... حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن) وتقابلها في القانون المدني المصري المادة 1052 منه، وقد ألغى المشرع الفرنسي المادة 2078 من القانون المدني واستبدلها بالمادة 2348 بموجب القانون رقم 346 لسنة 2006 ، الصادر في 23/3/2006 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 لوحده دون عقد الرهن.
L.árticle 2348:
ll peut être convenu lors la constitution du gage ou postérieurement, qúa 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 a l'amiable ou judiciairement, á défaut de cotation officielle du bien sur un marché organize au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite. Lorsque cette valeur exceed le montant de la dette garantie, la somme égale á la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée.

تؤدي الى اختلال العدالة التعاقدية كون أحد الطرفين يحصل على أكثر مما كان يهدف إليه من وراء إبرام العقد أي أكثر مما أراد القانون تحقيقيه لاحد الطرفين ، فالقانون سمح للدائن المرتهن في الحصول على حقه عن طريق بيع المال المرهون في المزاد العلني، في حين هذه الاتفاقات تعطيه منافع أكثر مما حدده القانون ، لذا جاء المشرع بحكم هذه الاتفاقات هو البطلان[66]1). 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 الاجراءات يعد عدم تحقق جزئي لسبب الالتزام ، أو كما يذكر البعض بأنه فقدان جزئي لسبب الالتزام[67]2)، ومن اهم تطبيقات الفقدان الجزئي لسبب الالتزام هي إزالة الشرط الجزائي المبالغ فيه والشروط التعسفية في عقد الاستهلاك[68]3)، والبنود المحددة لبدلات الاتعاب في العقود المهنية اذا كانت مبالغ فيها[69]4) . أما القانون المدني الفرنسي ، فقد حدد اختلال العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن بأتفاق الطريق الممهد بصورة مطلقة وفقاً للمادة 2346 أما بما يتعلق بأتفاق 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 2348 من هذا القانون وهي تجديد قيمة المال المرهون من قبل خبير يختاره أحد الطرفان 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 2348 عندها نكون أمام اختلال في العدالة التعاقدية يحتاج الى تدخل القضاء باستبعاد هذا الاتفاق والإبقاء على عقد الرهن صحيحاً مرتباً لآثاره[70]1). وكذلك الأمر تطبق 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 ابرام العقد ، وهذا ما جاءت به المادة 1301 من القانون المدني العراقي[71]2).ويتضح مما تقدم ،إن الاتفاقات التي تؤدي الى اختلال العدالة التعاقدية تعد باطلة سواء تمت عند ابرام العقد أم بعد أبرامه ، وفي جميع القوانين المقارنة العراقي والمصري والفرنسي ، وقد حددت المادة 1052، الفقرة الثانية من القانون المدني المصري الوقت الذي يمتد اليه البطلان وهو لغاية حلول أجل الدين المضمون أو جزء منه[72]3). وعلى وفق هذه الاحكام فأن 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 اجل الدين المضمون أو حلول قسط منه، لأن إختلال العدالة التعاقدية يكون قد زال ، كون الراهن في هذا الوقت لايكون تحت ضغط الحاجة والاستغلال لأن الدين يكون قد حل أجله ويستطيع أن يَمتنع عن الاتفاق مع الدائن المرتهن ويطلب بيع المرهون على وفق الاجراءات القانونية عن طريق بيع المرهون في المزاد العلني[73]1). وقد خلا القانون المدني العراقي من نص يتضمن الاحكام الواردة في الفقرة الثانية من المادة 1052 من القانون المدني المصري ، ولكن يمكن الاخذ بهذه الاحكام فهي لا تتعارض مع القواعد القانونية المنظمة لهذه الاتفاقات هذا من جهة ومن جهة اخرى 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 139 من القانون المدني العراقي والمادة 143 من القانون المدني

نقلاً عن الموقع الالكتروني
www.legifrance. Gouv. Frlaffich code Article.do

أما بشأن اتفاق الطريق الممهد فقد جاءت المادة 2346 وفق ذات القانون

L'article 2346:-
A défaut de paiement de la dette garantie, ,le créancier peut faire ordonner en justice la vented u bien gagé.Cette vente a lieu)) .selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution sans que la convention de gage puissey déroge))r
وهذا النص يطبق على الرهن بنوعية لانه جاء في القانون 346 لسنة 2006 المتعلقة بالضمانات (التأمينات) ((relative aux sûretés)) نقلاً عن الموقع الالكتروني:-

www. Legi france .gouv. fr/ affid code –do.

[66](2) د. عصام أنور سليم – عدم تجزئة العقد في الشريعة الاسلامية والقانون – منشأة المعارف – الاسكندرية – 1994 – ص350 . د. سليمان مرقس – التأمينات العينة – بدون مكان طبع – 1959 – ص 434.

[67](1) اشار الى هذا صراحة : د. فتحي عبد الرحيم عبد الله – العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانجليزي المقارن – جامعة المنصورة – 1978 – ص337-338.

[68](2) د. ريما فرج مكي – مصدر سابق – ص 323 وما بعدها .

[69](3) انظر في ذلك قرار لمحكمة تمييز العراق ذي الرقم 217 / مدنية اولى – 1971 في 14/2/1972 – منشور في النشرة القضائية – بغداد – العدد الاول – السنة الثالثة – 1973 – ص41.

[70](4) د. ريما فرج مكي – مصدر سابق – ص327 ، وفي هذا المكان ذكر قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر في 1/6/ 1989 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.

[71](1) L'artvcle 2348 :…Toute c;ause contraire est réputée non écrite).

[72](2) التي سبقت الاشارة اليها ، وتقابلها في القانون المصري المادة 1052 من القانون المدني . أما المشرع الفرنسي فقد جاء بهذه الاحكام في المادة الاولى من القانون رقم 346 لسنة 2006 الصادر في 23/3/2006 الذي انشأ المادة 2346 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 تُلغي اتفاقية الضمان هذه الاجراءات) وقد سبقت الاشارة الى النص باللغة الفرنسية انظر من هامش (1) من البحث ص(27).

[73](3) فقد نصت المادة 1052 من القانون المدني المصري، (1 – يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يتملك العقار المرهون في نضير ثمن معلوم أياً كان ، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن . 2 – ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه).

المصري[74]2)وهي المتعلقة بنظرية انتقاص العقد الباطل[75]1)، وهي تتركز على الباعث الدافع للتعاقد ، فأذا كان هذا الاتفاق جوهرياً في نية الطرفين وما كان العقد لينعقد بدون وجود هذا الاتفاق ، لكونه باعثاً ودافعاً عندها يتعين بطلان العقد بأكمله ، أما اذا لم يكن هذا الاتفاق جوهرياً في نظر المتعاقدين عندها يقتصر البطلان على الاتفاق دون أنْ يمتد الى عقد الرهن[76]2).يتضح من النصوص القانونية المتقدمة ، بأن اثر بطلان الاتفاق المخالف لآثار 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 بأنتقاص الاتفاق المسبب لهذا الاختلال مع بقاء عقد الرهن صحيحاً مرتباً لآثاره ، ما لم يكن هذا الاتفاق جوهرياً في نظر المتعاقد أي دافعاً للتعاقد، أذ 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 يتملك المرتهن العين المرهون اذا أخل الراهن بالوفاء بالدين المضمون بالرهن عندها يكون عقد الرهن صحيحاً مرتباً لآثاره مع بطلان الاتفاق على تملك الدائن المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء المخالف للنظام العام[77]3).وقد إنتقد الدكتور جميل الشرقاوي نص المادة 143 من القانون المدني المصري ويذكر في هذا الصدد ، ان هذه المادة قد تعدت على حرية الإرادة وحرية التعامل إذ إنه يحصر الإنقاص في أضيق النطاق ، وذلك ان إنقاص التزامات احد الطرفين من عقد والتزام الطرف الأخر بقبول باقيها مع التزامه بالوفاء بالمقابل الذي كان مشترطاً للالتزامات الأصلية بعد ذلك فرض لآثار قانونية لم يتجه أي من المتعاقدين اليها بأرادته ثم يضرب مثال الإنقاص على قرض بفائدة تزيد عن الحد الاقصى ، 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 الاقصى،إلا أن هذا القرض مع تغيير سعر الفائدة هو القرض القديم ، بل الواضح إن قرضاً جديداً فرض على المقترض فرضاً وبذلك يتضمن الانتقاص ، مبدأ أكثر شدة من القيد الذي يفرضه البطلان ، عن طريق التزام قانوني بالاقراض بالسعر القانوني[78]1). إلا أن هذا الرأي قد أُنتقد لأن دور القاضي يقتصر على تقرير ما إذا كان يمكن الابقاء على التصرف الباطل أو المعيب جزئياً من عدمه ، بالاستناد الى ارادة الطرفين فالقاضي لايفرض الانقاص على الطرفين إذا تبين له أن إرادتيهما لم تكن تقبل الانقاص لو علما بالبطلان الجزئي وقت ابرام العقد فالانقاص يتضمن إحتراماً لارادة الطرفين وليس تقييداً لها[79]2) .وهذا ما نؤيده. يتبين لنا مما تقدم ذكره ، إن القانون المدني العراقي والمصري قد تضمنا كلاً منهما نص عاماً في انتقاص العقد الباطل بطلاناً جزئياً ، المادة 143 من القانون المدني المصري والمادة 139 من القانون المدني العراقي ، لذا نعتقد إن الفقرة الثانية من المادة 131 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 وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً) لم تتضمن إضافة لما ورد في المادة 139 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 القصدي 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 تطبيق لانتقاص الجزء الباطل ولكن من دون الاعتماد على المعيار القصدي أي ارادة المتعاقدين في عقود التبرعات إذ تبقى عقود التبرعات صحيحة مع إستبعاد الجزء الباطل منها[80]1). في حين عقود المعاوضات ذهب الى بطلان العقد كله وإذا اقترن بالجزء الباطل المخالف للنظام العام من ودون الاعتماد على ارادة المتعاقدين[81]2).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 إقترن بالاتفاق المخالف للنظام العام[82]3).إلا إنه ظهر أتجاه قضائي جديد ، يوحد الحكم في عقود التبرع والمعاوضة على حد سواء، إذ يأخذ بالمعيار القصدي 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 فأن الاتفاق يبطل لوحده ويبقى

---

[74](1) د. سمير عبد السيد تناغو – التأمينات العينية – الاسكندرية – 2000 – ص124 ، د. احمد سلامة – التأمينات العينية – دار التعاون للطباعة – مصر – 1966 – ص 180.

[75](2) إذ جاء في المادة 139 من القانون المدني العراقي (اذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل. أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً بأعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً)أما المادة 143 من القانون المدني المصري فقد جاء فيها (إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للابطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للابطال يبطل العقد كله.)

[76](1) انظر في ذلك د. عبد العزيز المرسي حمود – نظرية إنقاص التصرف القانوني في القانون المدني المصري – دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة – اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة عين شمس- 1988- ص36 ومابعدها.

[77](2) د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل – المفهوم القانوني لانقاص التصرفات القانونية – مجلة الحقوق الكويتية – السنة الأولى – العدد الثاني – 1987 – ص 115 . وهذا الحكم أشارت اليه صراحة محكمة تمييز العراق في قرارها المرقم 915 – مدنية ثانية -1974 في 1/4/1975 المنشور في مجلة الاحكام العدلية – العدد الثاني – السنة السادسة – 1975 – ص66.

[78](3) د. عبد العزيز المرسي – مصدر سابق – ص 78.

[79](1) د. جميل الشرقاوي – نظرية بطلان التصرف القانوني – اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة القاهرة – مطبعة جامعة القاهرة – 1956 – الصفحات الثلاثة من (88- 90).

[80](2) د. عبد العزيز المرسي حمود- مصدر سابق – ص 314.

[81](1) وهذا ما تضمنته المادة 900 من هذا القانون ، المعدلة بموجب القانون رقم 728/2006 في 23/6/2006 والنافذة في 1/1/2007 إذ جاء فيها :-
(Dans toute disposition eutre vifs ou teatamentiaire ,les conditions impossibles,celles qui sont contraires aux lois ou ouv moeurs, seront réputes non écrites).

نقلاً عن الموقع الالكتروني

www.easy droit,Fr/codes-et-lois/

[82](2) L.árticle 1172 “Toute condition dúne chose impossible ,ou contaire aux bonnes moeurs ,ou prohibée par la loi est nulle ,et rend nulle, la convention qui en dépend”

نقلاً عن الموقع الالكتروني السابق.

عقد الرهن صحيحاً مرتباً لآثاره[83]1).والاحكام المتقدمة تطبق على اتفاق بيع العقار المرهون دون إجراءات إذ يقتصر البطلان على هذا الاتفاق ويبقى عقد الرهن صحيحاً . مالم 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 فأن القانون الفرنسي قد اتجه الى استبعاد الاتفاق الباطل المخالف للنظام العام 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 وجوبياً

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 بأتفاق باطل لمخالفته للنظام العام وكان هو الدافع للدائن المرتهن لابرام العقد ، إذ يبطل العقد والاتفاق معاً، على وفق الاحكام العامة في القانونين العراقي والمصري التي تأخذ بنظر الاعتبار بالمعيار القصدي في حين نرى بأن القانون المدني الفرنسي وللحفاظ على عقد الرهن كي تتحقق غايته الرئيسة وهي الضمان، قد عّدل احكامه السابقة وفقاً للمادة 2078 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[84]2)، 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[85]1).وقد طبق المشرع الفرنسي الاستبعاد الوجوبي دون الاعتماد على إرادة المتعاقدين قبل ذلك في قانون الاستهلاك لسنة 1993 في المادة 123 الفقرة الأولى منه ، وأكثر الفقهاء الفرنسيين يؤيدون الاستبعاد الوجوبي 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 وتفادي النتائج المرتبة 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[86]2). وهذه الأحكام التي تستبعد الاتفاق على تملك المرتهن المال المرهون عند عدم الوفاء أو بيعه المال المرهون دون إجراءات في حالة بطلانهما ، دون أن يؤثر على عقد الرهن ودون الأخذ بالباعث الدافع، جاءت بهذه الأحكام المواد (2346) ،والمادة (2348) من القانون الخاص بالضمانات رقم 346 لسنة 2006 الصادر في 23/3/2006، الذي سبقت الإشارة اليه . عندها يبقى عقد الرهن مرتباً لآثاره ومطابقاً لأهداف المشرع في الوقت ذاته ،وهذا ما أشارَ اليه الفقه الفرنسي قبل صدور هذا التعديل لتحقيق العدالة التعاقدية مع الإبقاء على العقد صحيحاً مطابقاً للنظام العام[87]3) 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 الوجوبي للاتفاق المخالف للنظام العام قبل صدور هذا التعديل من عقود أخرى غير الرهن، في قرار صادر من محكمة النقض الفرنسية صادر في 23/10/1999 الذي تضمن إسقاط الجزء الباطل من العقد مع إبقاء العقد صحيحاً مرتباً لآثاره دون الاعتداد بإرادة المتعاقدين[88]1).

الخاتمة

أتضح 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 عالجها 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 لايعتمد 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 أذا 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 أذا اقترن عقد الرهن باتفاق يعد باطلاً بموجب القانون كونه يتعارض مع آثار العقد لذا تدخل المشرع باستبعاد الجزء الباطل الذي يخالف النظام العام بطريقين الأول يعتمد على إرادة المتعاقدين والذي أخذ به المشرع العراقي والمصري والذي يهدد عقد الرهن بالبطلان إذا كان الجزء الباطل من عقد الرهن هو الدافع للتعاقد ، والطريق الثاني

---

[83](3) Weill et Terré- droit civil – les obligations Dalloz- 4.e édition-1986-no.327.

J.Flour , J.lue Aubert et Savaux-Obligation -1- Làct juridique- ARMAND COLIN -2000 –no.357 -358.

[84](1) Cass 30 civ, 5 févr, 1970, Dalloz, 1973 ,151, Cass Com,27 mars, 1990, bull,civ,I v, RTD,Civ,1991,112.obs.J.Mestre.

نقلاً عن

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

[85](2) J.Luc,Aubert et Savaux-ouvr.préc.no.360.

[86](1) وهذا ماتضمنته المادة 346 من القانون المدني الفرنسي ، وجاء به صراحة المادة 2348 منه اذ نصت على

((…Toute clause contraire est réqutée non écrite)).

[87](2) من هولاء الفقهاء:

J.Luc.Aubert et savaux –ouvr- préc – no. 360.G.Marty et P.Raynaud –ouvr- préc.no.225.

[88](3) Weill et Terré-ouvr.préc-no.327,G.Marty et P.Raynaud-ouvr. Préc.no.224.

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).

هو إستبعاد الجزء الباطل دون الأخذ بنظر الاعتبار قصد المتعاقدين وهذا ما ذهب اليه المشرع الفرنسي بالتعديل الذي أجراه وفقاً لقانون الضمانات رقم 346 لسنة 2006.

المصادر

1 – الكتب القانونية

1 - د. أحمد سلامة – التأمينات العينية – دار التعاون للطباعة – مصر- 1966.
2 – د. خالد ممدوح ابراهيم – ابرام العقد الالكتروني – دراسة مقارنة – دار الفكر الجامعي – الطبعة الاولى – الاسكندرية – 2008.
3 – د. رشوان حسن رشوان احمد – أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد – عرض لفكرة ملائمة العقد للظروف الاقتصادية – الطبعة الأولى – دار الهاني للطباعة- القاهرة – 1994.
4 – د. ريما فرج مكي – تصحيح العقد – دراسة مقارنة – المؤسسة الحديثة للكتاب- لبنان – الطبعة الأولى- 2011 .
5 – د. سعيد سعد عبد السلام – التوازن العقدي في نطاق عقود الاذعان – دراسة فقهية مقارنة – دار النهضة العربية- القاهرة – 1998.
6 – د. سليمان مرقس – التأمينات العينية – بدون مكان طبع – 1959.
7 – د. سمير عبد السيد تناغو – التأمينات العينية – الاسكندرية – 2000.
8 – د. صلاح الدين الناهي – الوجيز في النظرية العامة للالتزامات – بدون سنة ومكان طبع .
9 – د. صلاح الدين الناهي – الامتناع المشروع عن الوفاء – مطبعة العلوم – 1945.
10 – د. عبد الباسط جمعي – أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد- دار النهضة العربية – القاهرة – 1990-1991.
11 – عبد الجبار ناجي الملا صالح – مبدأ النية في تنفيذ العقود – الطبعة الأولى- مطبعة اليرموك – 1974.
12 – د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزامات – الجزء الأول – مصادر الالتزام – القاهرة – 1962.
13- د. عبد الرزاق السنهوري – مصادر الحق في الفقه الاسلامي – الجزء السادس – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – 1998.
14 – د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – مصادر الالتزام – الجزء الأول – المجلد الأول – الطبعة الثالثة الجديدة – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان – 2000 .
15 – د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – الجزء الثاني – الطبعة الثالثة – بيروت – لبنان – 2000 .
16 – د. عبد السلام الترمانتيني– نظرية الظروف الطارئة– دار الفكر – 1971.
17 – د. عبد العزيز العكيلي – القانون التجاري – مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – 1995.
18 – د. عبد الحميد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني – الجزء الأول في مصادر الالتزام – الطبعة الخامسة – مطبعة قديم – بغداد – 1977.
19 – د. عبد المجيد الحكيم – القانون المدني واحكام الالتزام – طبع على نفقة جامعة بغداد – خال من دار ومكان النشر – 1400 هـ - 1980 م.
20 – 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 – 1967.
21 – د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي – الاستحالة واثرها على الالتزام – دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني – دون مكان طبع – 1994.
22 – د. عدنان ضناوي – د. عدنان الخير – الاسناد التجارية والافلاس – المؤسسة الحديثة للكتاب – لبنان – 2001.
23 – د. عصام أنور سليم – عدم تجزئة العقد في الشريعة الاسلامية والقانون – منشأة المعارف – الاسكندرية.
24 – د. فتحي عبد الرحيم عبد الله – العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري الانكليزي المقارن – جامعة المنصورة -1978.
25 – د. محمد بن عبد القادر محمد – الطبيعة القانونية لدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين على دائنيه – دار الكتب القانونية – مصر – 2008.
26 – د. محمد سامي مدكور ، د. علي حسن يونس – القانون التجاري – الافلاس – دار الفكر العربي – القاهرة – دون سنة نشر.
27 – الاستاذ محمد طه البشير، د.غني حسون طه – الحقوق العينية– الجزء الثاني– وزارة التعليم العالي والبحث العلمي- كلية القانون- جامعة بغداد-1982.
28 – د. مصطفى كمال طه ، د. وائل أنور بندق – أصول الافلاس – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية – بدون سنة نشر.

ثانياً – أطاريح الدكتوراه

29 – د. أسيل حامد خليفة – الصلح الواقي من الافلاس – دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والمصري – اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة القاهرة -2010.
30 – د. جميل الشرقاوي – نظرية بطلان التصرف القانوني – اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة القاهرة – مطبعة جامعة القاهرة – 1956.
31 – د. سليمان براك الجميلي – الشروط التعسفية في العقود – دراسة قانونية مقارنة – اطروحة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق – جامعة النهرين -2002.
32 – د. صلاح محمد احمد – القوة القاهرة وأثرها في قانون العمل – اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة اسيوط – 1995 .
33 – 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 – 1988.
34 – د. عصمت عبد المجيد بكر – اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته –اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد – 1978.

ثالثاً – المصادر الفرنسية

35 – Alain Bénabent – droil civil – les obligations Montchrestion.
36 – F.Terré .P.Simler et Y.Lequette- droit civil –les obligations-8ʿ edition –Dalloz -2002.
37 – J.Flour.J.Lue Aubert et Savaux –obligation -1-L áct juridique-ARMAND COLIN -2000.
38 – J.Mestre. E.Putman et M.Billiau- Traité de droit civil –droit commun des Sûretés réeles –Théorie générale- J.Ghestin.L.G.D.J.1980.
39 – Malaurie et Aynés – Cours de droit civil –les obligations- Tome.VI. 9ʿ edition -1998.
40 – Marty et Raynaud- droit civil –les obligations - 2ʿédition- Tome-1- les soureees-Sirey -1988.
41 – Mazeaud (H-L.et J) chabas –Lecons de droit civil –obligations – Théorie générale , 9ʿ editions – Montchrestion -1978.
42 – Weill et Terré –droit civil –les Obligations Dalloz -4ʿ edition- 1986.

رابعاً –القرارات القضائية

43 – مجموعة من المجلات والمجلدات القضائية العراقية والعربية.\

خامساً – الابحاث القانونية

44 – د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل – المفهوم القانوني لأنقاص التصرفات القانونية – مجلة الحقوق الكويتية – السنة الأولى – العدد الثاني – 1987.

سادساً – القوانين

45 – القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .
46 – القانون المدني المصري رقم 31 لسنة 1948.
47 – القانون المدني الفرنسي لسنة 1804.
48 – القانون الفرنسي الخاص بالضمان رقم 346 لسنة 2006.

49 – تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 737 في 1/7/2010 .

سابعاً – المواقع الالكترونية

50 – www.legifrance.gour.fr/affich.code.do?