



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة كربلاء  
كلية القانون  
الفرع الخاص

# نظام الرهن القضائي ضماناً لحق الدائن المرتهن ( دراسة مقارنة )

رسالة مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء  
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص  
كتبت بواسطة الطالبة  
سرى عباس ثامر

بإشراف

م.د.معتز محمود حمزه

رجب / 1444 هـ

فبراير/ 2023 م

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَأَنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ  
فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فليؤدِّ الَّذِي أُوتِيَ مِنْ أَمَانَتِهِ وَلِيَتَّقِ  
اللَّهَ رَبَّهُ ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة البقرة : آية 283



## م / اقرار المقوم اللغوي

تحية طيبة ...

اشهد اني قرأت رسالة الماجستير الموسومة بـ ( نظام الرهن القضائي ضمان لحق الدائغ المرتهن ) دراسة مقارنة

المقدمة من قبل الطالبة ( سري عباس ثامر ) الى مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء ، وقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية ، بعد ان اخذت الطالبة بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة .

مع التقدير



التوقيع:

الاسم: أ.د. عبد نعيم

الاختصاص الدقيق: اللغة العربية

الاختصاص العام: اللغة العربية

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ ( نظام الرهن القضائي ضمان لحق الدائن المرتهن " دراسة مقارنة " ) , وناقشنا الطالبة ( سرى عباس ثامر ) على محتواها , وفيما له علاقة بها , ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (م.د.م.د.).

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. أشواق عبد الرسول

(عضواً)

التاريخ: ٥ / ١ / 2023

التوقيع :

الاسم: أ.د. علي شاكِر عبد القادر

(رئيساً)

التاريخ: / / 2023

التوقيع :

الاسم: م.د. معتز محمود حمزة

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: ٣ / ١ / 2023

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. محمد عبد الرزاق محمد

(عضواً)

التاريخ: ٤ / ١ / 2023

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع :

أ.د. باسم خليل نايل السعيد

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: ٥ / 2 / 2023

## الاهداء

إلى من قاد البشرية إلى مرفأ الأمان معلم البشرية الأول نبينا الكريم محمد (صل الله عليه وآله وسلم)

إلى سادتي أهل البيت الامام الحسين وأخيه أبي الفضل العباس ( عليهم السلام ) الى سيدي ومولاي الامام المهدي الحجة ابن الحسن عجل الله فرجه الشريف ،،

إلى من صور الخالق طيبته من نضال، فعلمني ألا أضعف أو أستكين أمام المحال إلى من كان لي فخراً في الليالي الطوال، وسنداً أرتقي به، وإن بُعد المنال، أبي الغالي رحمه الله

إلى من كان ظلي حين يلفحني التعب إلى زوجي الغالي الذي تحمل مشاق مسيرتي وما زال

إلى بذرة الفؤاد وأمل الغد ابني الحبيب بهاء،،

إلى أمي الغالية و أخواتي وأبنائهم مصدر فخري،،

إلى كلهم أهدي هذه الدراسة، راجية من الله أن تكون نافذة علم وبطاقة معرفة . . وأن ينفعنا وينفع بنا ،،

الباحثة

## شكر وعرافان

بعد أن أنهيت هذه الدراسة بقوة الله فله الحمد والشكر والثناء، يسعدني أن أقدم وافر الشكر والامتنان لأستاذي الفاضل الدكتور معتز محمود المعموري ، الذي بذل من الجهد ما جعل منه سندا منيعا من الوقوع في الأخطاء والهفوات، ولم يشعر في يوم بالملل أو ضنّ علي في معلومة أو مصدر يملكه، فجزاه الله خير المحسنين، وأسأل الله أن يمن عليه بالصحة والعافية والتوفيق ليكون نورا يستضاء به لأهل العلم.

إن من واجب الشكر والامتنان أن أتوجه بالشكر لعمادة كلية القانون/ جامعة كربلاء متمثلة بالسيد العميد ومعاونيه (العلمي والإداري)، وإلى جميع أساتذتي ولا سيما منهم الدكتور علي البدري والدكتور عادل شمران والدكتور علاء الجبوري والدكتور عباس سمير و الدكتورة اشراق صباح والدكتورة أشواق عبد الرسول والدكتورة أسراء فهمي ، لما بذلوه من جهد معي في السنة التحضيرية وأقول لهم:- أشكركم ليس تفضلا مني بالشكر، بل واجب علي فرضتموه بعطائكم لي وكرمكم علي.

كذلك أتقدم بالشكر والاحترام لأمناء مكتبة كلية القانون/ جامعة كربلاء ومكتبة كلية القانون/ جامعة واسط و مكتبة كلية القانون /جامعة بغداد ومكتبة كلية القانون /جامعة بابل و رئاسة محكمة استئناف واسط الاتحادية والقاضي حيدر شعيوط سدخان ومكتبة العتبة الحسينية والعباسية المقدسة وإلى الأستاذ حيدر مجيد ، وذلك لما بذلوه من جهد في البحث عن المصادر وتقديمها.

وختاما أقدم شكري وحيبي لجميع أفراد عائلتي لما تحملوه معي من عناء في أثناء كتابة هذه الرسالة ولاسيما زوجي الأستاذ حازم ، وإلى كل من قدم لي يد المساعدة والعون.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على حبيب الله محمد وعلى وآله وصحبه الطيبين الطاهرين.

الباحثة

## الملخص :-

نستعرض في هذه الرسالة وبوساطة المنهج التحليلي المقارن بالقوانين الفرنسي الجزائري والمغربي مبررات تقنين الرهن القضائي، كأحد التأمينات القضائية، التي ترتب حقا عينيا تبعياً يمنح صاحبها ميزتي التقدم والتتبع، كأحد الضمانات الممنوحة جبراً على المدين وهو ما يسمى في القانون المغربي بالرهن الجبري، ونتناول أيضاً صورة حديثة للرهن القضائي غير معروفة في التشريع الجزائري و المغربي، وهي الرهن القضائي المؤقت، وذلك وفقاً لمستحدثات قانون التنفيذ الفرنسي الجديد والمعدل بالمرسوم رقم 783 لعام 2012، وتهدف هذه الدراسة إلى تطوير وتحديث وسائل حماية حقوق الدائنين وضمانات تنفيذ الالتزامات والأحكام القضائية لمواكبة المستحدثات في التشريعات المقارنة، عن طريق تسليط الضوء على مميزات نظام الرهن القضائي المؤقت والنهائي، واقتراح التعديلات المناسبة لمعالجة هذه الأنظمة في منظومتنا المدنية، وذلك على نحو يشجع المشرع العراقي على الأخذ به وتقنيته في القانون المدني وقانون التنفيذ والمرافعات المدنية. وتنتهي هذه الرسالة بجملة نتائج توصلنا إليها ومن أهمها " أن الرهن القضائي حق من الحقوق العينية التبعية، يقرر بموجب حكم قضائي لأحد الدائنين على عقار أو عقارات مدينه، وذلك بناء على حكم نهائي واجب التنفيذ صادراً بالزام المدين بالدين، ويختلف هذا الحق عن باقي الحقوق العينية التبعية في أنه لم يكن موجوداً عند إبرام العقد (أي العقد الذي يترتب عليه الدين) إنما يوجد وقت نفاذ العقد حيث يستوفي الدائن حقه عند امتناع المدين عن تنفيذ التزامه بموجب هذا الحكم القضائي كل ديونه من العقار أو العقارات التي تم رهنها لمصلحة ديونه. وبذلك يعرف بأنه هو الرهن الناتج عن حكم قضائي جبراً من دون رضا المدين بناءً على حكم واجب التنفيذ بإلزامه بالدين ". في حين أن أهم التوصيات التي توصلنا إليها تتمثل في "تقنين الرهن القضائي في القانون المدني، بوصفه تأمين عيني ورهن ثالث تحت مسمى "الرهن القضائي لما له من دلالة أكبر على طبيعته القضائية. فضلاً عن تقنين الرهن القضائي المؤقت في قانون التنفيذ على غرار المشرع الفرنسي لتوفير ضمانات أكثر للدائنين وحفظ حقوقهم تحت مسمى "الرهن القضائي المؤقت ". وأخيراً نختتم توصيتنا بمسودة تعديل للقانون المدني العراقي على غرار التشريعات المقارنة التي نظمت الرهن القضائي .

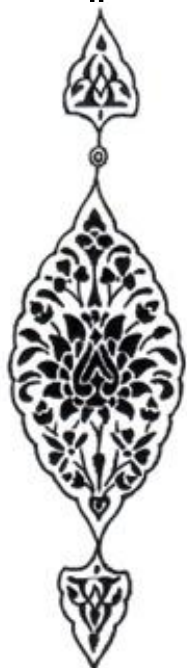


قائمة المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
6 - 1	المقدمة
67 - 7	الفصل الأول : مفهوم الرهن القضائي
34 - 8	المبحث الأول : ماهية الرهن القضائي
16 - 9	المطلب الأول : تعريف الرهن القضائي
11 - 9	الفرع الأول : الرهن القضائي في الاصطلاح الفقهي
16 - 11	الفرع الثاني : الرهن القضائي في الاصطلاح التشريعي والقضائي
34 - 16	المطلب الثاني : خصائص الرهن القضائي وتمييزه عما يشته به
20 - 16	الفرع الأول: خصائص الرهن القضائي
34 - 20	الفرع الثاني : تمييز الرهن القضائي عما يشته به
67 - 35	المبحث الثاني : محددات الرهن القضائي
47 - 35	المطلب الأول : شروط الرهن القضائي وتكييفه
43 - 35	الفرع الأول:شروط الرهن القضائي
47 - 43	الفرع الثاني : التكييف القانوني للرهن القضائي
65 - 46	المطلب الثاني : أركان الرهن القضائي
60 - 48	الفرع الأول : الأركان الموضوعية
67 - 60	الفرع الثاني : الأركان الشكلية
114 - 68	الفصل الثاني : أحكام ضمان حق الدائن المرتهن في الرهن القضائي

91 - 69	المبحث الأول : : حقوق الدائن الكفيلة بتوفير الحماية له
81 – 70	المطلب الأول:قاعدة تخصيص الرهن القضائي
74 - 70	الفرع الأول : الاجل الذي يؤخذ به الرهن القضائي
81 - 75	الفرع الثاني : دور قاعدة تخصيص الرهن في ضمان حق الدائن
91 - 82	المطلب الثاني :حماية مصالح الدائن بموجب إجراءات قيد الرهن
86 – 82	الفرع الأول : الرهن القضائي المؤقت
91 - 86	الفرع الثاني : الرهن القضائي النهائي
114 - 92	المبحث الثاني : ضمانات الدائن بعد قيد الرهن في السجل العقاري
103 - 92	المطلب الأول : حق الدائن في التقدم والتتبع
98 - 93	الفرع الأول : حق الدائن المرتهن في التقدم
103 - 98	الفرع الثاني : حق الدائن المرتهن في التتبع
114 - 104	المطلب الثاني : القواعد المنظمة للكفالة الضامنة للمرتهن في الرهن القضائي وانقضائه
108 – 104	الفرع الأول : مدى إلتزام الكفيل الضامن
114 - 108	الفرع الثاني : القواعد المنظمة لإنقضاء الرهن القضائي
121 – 115	الخاتمة :
133 - 122	المصادر
i	Abstract

# المقدمة



## المقدمة

## أولاً:- موضوع البحث

الأخطار التي تهدد الشخص كثيرة ومتنوعة، والتأمينات بمختلف أنواعها وضعت لحماية الأشخاص من تلك المخاطر، إلا أن هناك نوعاً من الخطر يهدد الشخص الدائن يتمثل في عدم من الحصول على حقه قبل مدينه إذا لم يستجب هذا الأخير إلى عنصر المديونية في التزامه ويوفي ما تمكنه عليه من دين طوعاً واختياراً. ولما كانت الغاية الأساسية من وجود القانون هو حماية وضمن الحقوق لأصحابها، حاول المشرع دوماً البحث عن أنجع الوسائل والطول التي تمكن الدائن من مجابهة تلك المخاطر وتضمن له الحصول على حقه تجاه مدينه. ومنه ظهرت التأمينات العينية بعد فترة من نشأة نظم التأمينات الشخصية، فالفكر القانوني في صحيح عهده لم يكن يتصور وجود حق عيني تبغي يضمن الوفاء بالالتزام والقانون في مجموعه يعمل على ضمان الحقوق إلى أصحابها، بحيث أن جميع الدائنين متساوون في الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه معنى هذا أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، ويستطيع الدائن وقت التنفيذ أن يختار ما يشاء من أموال المدين للتنفيذ عليها. وعلاجاً لهذه الفكرة نشأت فكرة الحقوق العينية التبعية، وهي سلطات تقرر للدائن الحق في التنفيذ على مال معين من أموال المدين أو كفيله أو عليها جميعاً، كما أنها تخوله أن يتقدم على غيره في استيفاء دينه من ثمن ذلك المال وأن يتبعه في أي يد كان. أو بعبارة أخرى هي حقوق تخول للدائن ميزتي التقدم والتبعية في استيفاء دينه، من حيث أنها توفر للدائن ضماناً خاصاً وتشجعه على ائتمان المدين وإمهاله، وتيسر بذلك للمدين الحصول على المال الذي يلزمه، وعلى المهلة التي يحتاج إليها، علاوة على أنها تحمل الدائنين الآخرين على التريث في نزع ملكية أموال المدين المثقلة بضمان خاص. ومن الحقوق العينية التبعية الرهن القضائي الذي هو محور دراستنا في هذا الموضوع، فالمشرع العراقي لم يتناول هذه النظم أحكامه في القانون المدني الفرنسي والجزائري والمغربي. ويراد به بموجب هذه التشريعات (أنه حق عيني تبغي يرد على عقار أو أكثر من عقارات المدين يمنحه قاضي محكمة البداية للدائن بناءً على حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بأداء الدين، كما يخول الدائن ميزتي التقدم والتبعية فيما يتعلق بتلك العقارات، كما أنه يشجع الدائن على أن يبادر إلى مقاضاة مدينه والحصول على حكما في مواجهته). ويلزم

للحصول على الرهن القضائي توافر مجموعة من الشروط فمنها شروط شكلية أو ما تسمى بالإجراءات الخاصة لتقرير حق التخصيص، وشروط موضوعية، وإذا ما توفرت هذه الشروط فإنه يترتب على ذلك آثار بالنسبة للطرفين، وأثار بالنسبة إلى الغير، وفي حالة ما اتخذت الإجراءات اللازمة لشهره عن طريق القيد فإنه يصبح ساريا في مواجهة الغير.

و إذا ما أخل المدين بالتزاماته بأن يقوم بالتنفيذ على العين المرهونة لاستيفاء حقه بالأولوية متبعا لإجراءات طويلة وكثيرة تخص الحجز والبيع بالمزاد العلني . وهذه الشروط والإجراءات تختلف من الرهن الاتفاقي إلى الرهن القضائي ؛ لأن الأول مصدره العقد واتفق الطرفین ، بينما الثاني مصدره الحكم وسلطة القاضي.

### ثانياً:- أهمية البحث.

على الرغم من الأهمية البالغة، التي أولتها التشريعات المتطورة لهذا النوع . إلا ان التشريع العراقي لم يضع نظاماً قانونياً يمس هذا النوع من الضمانات. ما عدا في مسألة الرهن التأميني والحيازي ، وأن الكتب التي تعالج مثل هذه المواضيع قليلة جداً ، وحسب رأينا أنه له أهمية خاصة، فاتباع إجراءاته ليس بالشيء المعقد أو بالصعب والطويل، كما أنه سهل النشوء إذا ما حصل الدائن على أمر من القاضي، فإنه ينشئ فوراً. وله أهمية من ناحية أخرى، ففي ظل كل التطورات الحاصلة في المنظومة القانونية وقطاع العدالة بصفة عامة والقطاع العقاري بصفة خاصة وهو وسيلة فعالة لضمان الائتمان. ولهذا سنحاول معالجة هذا الموضوع من جانب مدى تحقيقه لحماية الدائن المرتهن من مخاطر الائتمان، والتعريض على أهمية دور القاضي في اصدار قرارات الرهن لتضفي على هذا النوع من التأمينات حماية خاصة، تكفل أكبر قدر من الضمان للدائن المرتهن.

### ثالثاً :- إشكالية البحث .

إشكالية البحث تكمن في ان القانون المدني العراقي لم يعالج الدور القانوني للرهن القضائي بوصفه ضمن الوسائل التنفيذية على أموال المدين على غرار التشريع الفرنسي، والجزائري ، والمغربي على الرغم من أهميته في توفير دعامة صلبة للدائن ضامنة لأستيفاء

دينه بوصفه حاملاً سندياً واجب النفاذ امام المدين المطلوب الرهن ضده. و بمعنى آخر الفراغ التشريعي الذي لاحظناه فيما يتعلق بالرهن القضائي، في منظومة القوانين المدنية العراقية من خلال اطلاعنا على المصادر العربية ، والغربية لاحظنا اختلافات فقهية في صدد معالجة الإشكاليات التي تبرز من خلال العلاقات بين الدائن والمدين وكذلك الإجراءات الشكلية المعقدة التي تواجه الدائن .حيث تبدأ بطلب إيقاع الرهن انتهاءً بتأشير قرار الرهن في دائرة التسجيل العقاري ، ما دفعنا إلى مراجعة الجهات القضائية للخوض في ما يطابق هذا الموضوع وإمكانية اقتراح مواد قانونية خاصة به على المشرع العراقي تضاف ضمن نصوص القانون المدني وقد ذكرنا لنا عدم كفاية النصوص المتاحة لهم في منظومة القوانين المدنية العراقية . لمعالجة هكذا مشكلات نثار دائماً امام القضاء العراقي .وأهم هذه الإشكاليات تتمحور في التساؤلات الآتية :

- 1- ما هو الرهن القضائي وكيف يبرز دوره من خلال خصائصه وشروطه في ضمان حق الدائن بمواجهة مدين ممتنع عن تقديم أي تأمينات ؟
- 2-الرهن القضائي يسلب رضا المدين فهل يؤثر إنعدام هذا الرضا بضمن حق الدائن المرتهن؟
- 3- ما هي إذن أهم الضمانات التشريعية التي يوفرها المشرع للدائن المرتهن من خلال الشروط المتطلبة لإنشاء الرهن الرسمي؟
- 4-إلى أي حد كان المشرعون موفقون في تنظيمهم لإجراءات تحقيق الرهن القضائي ، وهل بالفعل تحقق للدائن المرتهن الغاية التي يأملها وهي استيفاء دينه في أقرب الآجال؟

#### رابعاً:-سبب اختيار موضوع البحث

يعد الرهن القضائي من العناوين المهمة في مجال البحث القانوني، بل أن بعض التشريعات قد ادرجته في منظومة قوانينها المدنية ،لما له من دور فعال في حماية الائتمان وتطوره. حيث وجدنا أن هناك أهمية بالغة لأختيار هذا الموضوع عنواناً لبحثنا ؛نظراً لما يتمتع به من أحكام قانونية متميزة عن الرهن التقليدي بصورتيه الحيازي والتأميني فعنوان بحثنا ((نظام الرهن القضائي ضماناً لحق الدائن المرتهن )) قد لاقى رواجاً و نجاحاً كبيرين في التشريعات التي تبنت الاخذ به، ضمن منظوماتها

القانونية . لانه يهدف إلى الاستيثاق من الدين لاسيما بعد تلكؤ المدين في التسديد ، وليس الهدف منه الحجز على أموال المدين والتنفيذ عليها ، وإنما التمديد لأجل معين تحت ضمانات مقررة من قبل القضاء . إن عنوان بحثنا يهدف إلى تطبيق الاحكام القانونية المتعلقة بالرهن ، وتوظيفها بوصفها مفهومًا مقترحًا لتطبيقها على دور الرهن القضائي في ضمان حق الدائنين بوصفه ذا طبيعة خاصة ، وكذلك انشاء قواعد قانونية خاصة للحصول على ضمانات داعمة لأجل تسديد الدين .

### خامسًا :-الهدف من البحث.

تهدف هذه الدراسة إلى الكشف عن دور الرهن القضائي في حماية حق الدائن و فعاليتيه في ضمان الحماية للدائن طالب الرهن في مواجهة المدين المطلوب الرهن ضده ، وكذلك تهدف إلى:-

- 1- الخوض في بيان مفهوم الرهن القضائي وكيف يحقق الضمان لحقوق الدائنين من خلال ما يتطلبه من شروط و خصائص وتكييف .
2. بيان دور الشكلية بوصفها تحقق النظام القانوني لتوفير الحماية القضائية مما يشجع الطمأنينة والثقة فيه .
- 3.التوضيح بأن القواعد الضامنة لحق الدائنين لا يقتصر مضمونها على الناحية الشكلية فقط بل أنها تنظم العناصر الموضوعية للأجراءات مثل شروط قبول دعوى الرهن والطنع .
- 4- بيان القواعد المنظمة لاثار الرهن القضائي سواء قبل حلول اجل الدين المضمون بالرهن أو بعده .
- 5-إقتراح مسودة تعديل للقانون المدني بأضافة نصوص تتعلق بأيقاع الرهن القضائي .

### سادسًا :-نطاق البحث ومنهجيته.

سنتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن ، والذي يعتمد على تحليل نصوص التشريعات ومقارنة بعضها مع البعض الآخر ، وستتم المقارنة بين التشريع العراقي و كلاً من التشريع الفرنسي والجزائري والمغربي كأساس .مع التعرض لما ذهب إليه الفقهاء في هذا

الصدد ، وتسليط الضوء على الأحكام القضائية المقارنة ومناقشتها لمحاولة الوصول إلى حلول للمشكلات أثناء البحث بطريقة علمية تخصصية .

### سابعًا :- هيكلية البحث.

من أجل الإحاطة بموضوع الدراسة من جميع جوانبه أرتأينا أن نعالجه من خلال مقدمة و فصلين في الفصل الأول الذي جاء تحت عنوان (مفهوم الرهن القضائي ) والذي سنقسمه على مبحثين في الأول تناولنا (ماهية الرهن القضائي ) ،والمبحث الثاني عنوانه (محددات الرهن القضائي ) أما الفصل الثاني فقد جاء تحت عنوان (أحكام ضمان حق الدائن المرتهن في الرهن القضائي)، وسنتناوله من خلال مبحثين في الأول (حقوق الدائن الكفيلة بتوفير الحماية له ) . وفي الثاني (ضمانات الدائن بعد قيد الرهن في السجل العقاري ). وتنتهي هذه الدراسة بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها ،سائلين المولى عز وجل أن يوفقنا فيما سعينا إليه ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين و آله وصحبه اجمعين.



الفصل الأول

مفهوم الرهن

القضائي



## الفصل الأول

### مفهوم الرهن القضائي

الرهن القضائي من الضمانات المهمة الممنوحة من قبل القانون للدائن. حيث أن فكرة الضمان العام محدودة وذات قصور في منح الحماية والثقة والاطمئنان المطلوبين. كون الدائن العادي يكون تحت رحمة مدينه لا صلاحية عليه سوى أمانة المدين ويسره وحتى يستطيع الدائن ان يقوي ضمانه و ائتمانه يجب عليه أن يلجأ إلى الرهن القضائي ليدعم به الضمان العام. فنرى انه متفوق في قوة منحه للضمان مقارنة مع الرهون التقليدية كونه لا يمنح حماية مؤقتة للدين أي انه ينتهي بمجرد الاخلال بعقد الرهن وانما هنالك إجراءات قضائية يستلزم القانون تحققها لأجل أنقضائه لكون الدائن الحريص لا يكتفي بما يقرره القانون من وسائل الحماية القانونية للضمان العام. و على هذا الاساس سنبحث مفهوم الرهن القضائي من خلال تقسيمنا لهذا الفصل على مبحثين نخصص الأول فيها لأيضاح ماهية الرهن القضائي ، بينما ينفرد المبحث الثاني للخوض في مقومات الرهن القضائي لكون هذا الرهن لا يقوم إلا إذا أستجمع شروط وأركان معينة لا تتماثل في بعض الأمور مع ما يلزم لقيام الرهون التقليدية التي نظمها المشرع العراقي.

### المبحث الاول

#### ماهية الرهن القضائي

للقوف على ماهية أي مصطلح فإن ذلك يتطلب بيان تعريفه وخصائصه وتمييزه عما يشته به من أوضاع وما دمننا بصدد الرهن القضائي وهو عنوان بحثنا فإن الامام به يدعونا إلى تقسيم هذا المبحث على مطلبين نتحدث في أولهما عن تعريف الرهن القضائي ونخصص المطلب الثاني لخصائص الرهن القضائي وتمييزه عما يشته به.

## المطلب الأول

### تعريف الرهن القضائي

تتجلى أهمية دراسة مفهوم الرهن القضائي في كونه حكم قضائي يرتبط بحقوق أطرافه دائن ومدين، فضلاً عن نجاعة الأحكام المنظمة له في حماية الدائن المرتهن من خلال مقارنة شمولية تأخذ بعين الاعتبار انعدام الإرادة في تقرير هذا الرهن. وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين، الأول نبحث فيه (الرهن القضائي في الاصطلاح الفقهي)، وفي الثاني (الرهن القضائي في الاصطلاح التشريعي والقضائي)، وعلى النحو الآتي.

## الفرع الأول

### الرهن القضائي في الاصطلاح الفقهي

للرهن القضائي تعريفات اصطلاحية فقهية شائعة بين فقهاء القانون المدني ولكن قبل الخوض فيها يجب التنبيه إلى أن هنالك خلافاً فقهيًا حول تسمية الرهن القضائي<sup>(1)</sup>، حيث أطلق عليه البعض الرهن الجبري<sup>(2)</sup>. كونه يتم جبراً بحكم القانون سواء أكان برضا المالك أم بغيره. وقد عرفه الفقه أنه "ضمان ناتج عن حكم قضائي حيث يسمح القانون للدائن بتسجيله عند المحكمة

( 1 ) الرهن في اللغة: يُطلق الرهن في اللغة بمعنى الثبوت والدوام، كما يُطلق على الحبس؛ فمن الأول قولهم: نعمة راهنة؛ أي ثابتة ودائمة، ومن الثاني قوله تعالى: ( كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ) [المدثر: 38]؛ أي: محبوسة بكسبها وعملها؛ بحيث يُمكن أخذ ذلك الدين أو أخذ بعضه من تلك العين. مقال منشور على الانترنت على الرابط التالي [www.Kau.edu.as](http://www.Kau.edu.as)، تاريخ الزيارة 2022/4/1 الساعة 11:04 pm.

وأما معناه الشرعي: فقد عرفه العلماء بأنه جعل عين لها قيمة مالية في نظر الشرع وثيقة بدين، فإذا استدان شخص ديناً من شخص آخر وجعل نظر ذلك الدين عقاراً أو حيواناً محبوساً تحت يده حتى يقضيه دينه، كان ذلك هو الرهن شرعاً. (السيد سابق، فقه السنة، الطبعة الثالثة، المجلد الثالث، دار الكتاب العربي، مصر، 2011، ص130)

و المقصود منه: إن الرهن هو بيع العين المرهون عند الاستحقاق، واستيفاء الحق منها، فكل ما جاز بيعه جاز رهنه، ومقتضاه أنه لا يجوز رهن ما لا يجوز بيعه. (تقي الدين الحصني، كفاية الأختار في حل غاية الاختصار في الفقه الشافعي، تحقيق عبد القادر الأرنؤوط، دار البشائر، بيروت، 2011، ص304).

( 2 ) تبني هذه التسمية المشرع المغربي في نص المادة 171 من مدونة الحقوق العينية المرقمة 08.39 المتعلقة بمدونة الحقوق العينية الصادرة بتنفيذ الظهير الشريف المرقم 1.11.178 في 22 نوفمبر 2011.

المختصة عندما يكون بيده حكم واجب التنفيذ ضد المدين" (1) نجد هنا ان مفهوم الرهن القضائي يستند على حكم قضائي صادر من محكمة مختصة وكذلك لا يشترط أن يكون هذا القرار صادرًا من ذات المحكمة التي أصدرت قرار الدين. ومنهم قد عرفه بأنه "حق عيني تبقي يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر بألزام المدين بالدين، ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة في استحصال حقه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون" (2) ويؤخذ على هذا التعريف بأنه:

1- لم يوضح بصورة جلية دور القضاء في استحصال قرار الرهن.

2- جاء مبهمًا ولم يحيط بصورة شاملة عن كونه يؤخذ جبرًا ومن دون رضا المدين.

وأيضًا عرفه جانب آخر بأنه "هو الرهن الذي يتقرر بموجب حكم قضائي صادر عن المحكمة المختصة ويصدر في غرفة المشورة بعد طلب من الدائنين ومن دون رضا المدين بعد الاستماع إلى النيابة العامة ويأخذ رتبته من تاريخ تسجيله بالرسم العقاري" (3).

1-ويؤخذ عليه انه لا يمنح الفكرة الواضحة عند توثيقه للدين وكيفية الحصول عليه من قبل الدائن فقد جاء منصبًا على كونه يحبس الشيء المرهون لصالح الدائن بموجب حكم قضائي.

2-يمنح حق الموافقة على الرهن من عدمه أيضًا للنيابة العامة (الادعاء العام) وهذا إجراء مخالف لما هو منصوص عليه في التشريع الفرنسي وكذلك الجزائري والمغربي حيث نرى أن قاضي المحكمة المختصة (محكمة البداة هو من ينفرد بإصدار قرار الرهن من عدمه).

وكذلك عُرّف بأنه "حق عيني تبقي يمنحه رئيس المحكمة للدائن، بناء على حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين، على عقار أو أكثر من عقارات المدين. ويستطيع الدائن بموجب هذا

(1) Yaëll Emerich, Le dialogue entre Législation fédérale et provinciale en matière d'hypothèque Légale résultant d'un jugement, L'affaire 3095-7252 Québec inc c Mickeck Jacyno, 111.

(2) ينظر ، د.ثامر خالدي، حماية الدائن المرتهن بين الرهن القانوني والرهن القضائي، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي الاغواط، الجزائر، العدد الرابع عشر، 2017، ص73-74.

(3) ينظر: فاطمة الزهراء المساعد، أسية الفكادي، يسرى شهبي، بحث عن الرهن في ضوء التشريع المغربي، جامعة محمد الخامس الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسسي، 2019-2020، ص21.

الحق أن يستوفي حقه في الدين، متقدماً على الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة، من هذا العقار أو العقارات في إي يد تكون"<sup>(1)</sup>. ويؤخذ عليه بأنه:

- 1- يصور الرهن بالقول ما هو الا إجراء تحفظي للضمان ولسلامة تسديد الدين المضمونة به.
- 2- لم يشر إلى أهمية قيده في السجلات العقارية لما لهذا القيد من أهمية كبرى في ضمان حق الدائن.

ونحن بدورنا نؤيد ما ذهب إليه الفقه الفرنسي كونه جامع مانع .

### الفرع الثاني

#### الرهن القضائي في الاصطلاح التشريعي والقضائي

لبيان موقف التشريع والقضاء من تعريف الرهن القضائي ينبغي التعرض لكل منها على حدٍ وكما يأتي:

#### أولاً: -التعريف التشريعي

لكي تتوفر الثقة في المدين على أنه سينفذ التزاماته. يجب ان تنصب هذه الثقة على شكل ضمانات قانونية مؤطرة بواسطة النصوص التشريعية فنرى أن القوانين المقارنة قد أوردت تعريفات للرهن القضائي في القانون المدني الفرنسي، فقد عرفه المشرع الفرنسي في المادة (2117) (الرهن القضائي هو ما ينشأ بموجب حكم قضائي)<sup>(2)</sup>. وكذلك المادة (2123) عرفت الرهن القضائي بأنه (ينتج الرهن القضائي عن أحكام مخالفة أو غيابية أو نهائية أو مؤقتة لصالح من حصل عليها)<sup>(3)</sup>. بينما عرفه المشرع الجزائري وفقاً لنص المادتين (941 و 942) من القانون المدني الجزائري بأن الرهن القضائي هو "حق يتقرر بموجب أمر على عريضة

(1) ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر والأخير التأمينات العينية والشخصية، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، بلا سنة طبع، ص660.

(2) Article (2117) المادة، تنظر المادة،

"L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi.

L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements.

L'hypothèque conventionnelle est celle qui résulte des conventions".

(3) Article (2123) المادة، تنظر المادة،

"L'hypothèque judiciaire résulte des jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus"

من رئيس المحكمة لصالح الدائن الذي يكون بيده حكم واجب التنفيذ على عقار أو أكثر من عقارات مدينه " (1).

ووفقا لأحكام المادة (٩٣٧) مدني جزائري فإنه: "يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل على حق تخصيص لعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين المطلوب(2) ". أما المشرع المدني المغربي في الفصل(1241) من قانون الالتزامات والعقود جاء فيه " أموال المدين ضمانا عام لدائنيه(3) ".

ولكون فكرة الضمان العام جاءت قاصرة ومحدودة في توفير تلك الثقة كرس المشرع المغربي في قانون (3908)، ضمانات قانونية توفر حماية أكبر للدائن المرتهن، حيث قسمها إلى رهون وامتيازات. ومن ضمن هذه الرهون الرهن القضائي تحت مسمى الرهن الاجباري الذي ورد في ظهير (2 يونيو 1995). بمدونة الحقوق العينية حيث يعرف المشرع المغربي الرهن الرسمي في المادة (165) من مدونة الحقوق العينية بأنه: "حق عيني تبقي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين".

يتضح لنا من هذه المادة أن الرهن الرسمي حق عيني تبقي، حيث أنه يرتبط بالالتزام الأصلي ، وهو يعتبر من الحقوق العينية التبعية.

والرهن الرسمي حسب ما جاء في المادة(170) من مدونة الحقوق العينية المغربي على نوعين رهن اتفاقي ورهن إجباري. وقد عرف المشرع المغربي الرهن الإجباري في المادة (171) بأنه " هو الذي يكون من دون رضا المدين في الحالات التي يقرها القانون".(4)

أمّا المشرع العراقي فلم يتناول الرهن القضائي ضمن تشريعه المدني وانما أكتفى بالرهون التقليدية وذلك حسب نص المادة (68) في الفقرة الثانية منها "والحقوق العينية التبعية هي حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز"(5) فنجد أن المشرع قد أغفل ضمانا مهمة من ضمانات الدائن كونها تعتبر تدبيراً وقائياً جبرياً تجاه المدين الذي يماطل في تسديد ما

(1) ينظر، القانون المدني الجزائري المرقم 58 - 57 في 26 / سبتمبر / 1975 .

(2) ينظر، القانون المدني الجزائري،المصدر نفسه .

(3) ينظر ،قانون الالتزامات والعقود المغربي في (12 أغسطس 1913) صيغة معدلة في (26 أغسطس 2019) .

(4) ينظر،مدونة الحقوق العينية المرقمة 39.08 المتعلقة بمدونة الحقوق العينية، مصدر سابق.

(5) القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 المعدل .

في ذمته .وأكتفى بالضمانات التقليدية الواردة أعلاه ، ونرى أنه مما لا ريب فيه أن الباحثين والدارسين في القانون بشكل عام، والقانون المدني بشكل خاص لا يخفى عليهم بأن الحقوق العينية التبعية هي الحقوق التي تكون تابعة لحق آخر وهو الحق الأصلي كضمان للوفاء به، ولهذا سميت بالتأمينات العينية، وتختلف هذه الحقوق العينية التبعية باختلاف الأنظمة القانونية التي تنتمي إليها. ومن ثم نستنتج من التعريفات الواردة في التشريعات المقارنة بأنه إذ لم يتم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً اختيارياً<sup>(1)</sup> ، استطاع الدائن إجباره على تقديم تأمين عيني والتنفيذ العيني الجبري عليه ، أي أن الدائن يحرك عنصر المسؤولية في الالتزام بعد أن كان هنالك عنصر المديونية وحده بارزاً في الالتزام، وذلك برفع دعوى لإجبار المدين على تنفيذه، وفي هذا الصدد تنص المادة (246) القانون المدني العراقي على أنه: "يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً" وذلك بعد إعداره مالم يكن فيه إرهاب للمدين، وإلا جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً"<sup>(2)</sup> ، وهنا تبرز أهمية ضرورة قيام المشرع العراقي بتعديل نص الفقرة الثانية من المادة (68) بإضافة الرهن القضائي كأحد الحقوق العينية التبعية الضامنة لاستيفاء الدائن لحقه إذا امتنع المدين عن الوفاء على غرار القوانين المقارنة التي أدركت أهمية الرهن كونه لا ينشأ عند تكوين العقد وإنما ينشأ عند عجز المدين عن السداد كضمانة للدائن ، والتنفيذ على أموال المدين تحكمه قاعدة عامة، وهي أن كل أموال المدين الحاضرة والمستقبلية تكون ضامنة للوفاء بديونه، ما لم يتم الاتفاق بين كل من الدائن والمدين على تخصيص شيء معين كضمان للوفاء بالدين المتفق عليه، وهذا ما يسمى بالرهن التأميني، أو الرهن الحيازي، أو يكون الدين ممتازاً مراعاة لسبب الدين، عدا ذلك يكون جميع الدائنين متساوين في الحصول على ديونهم لا يتميز أحد منهم بأي امتياز أو حق تقدم أو تتبع في عين معينة سواء كان عقاراً أم منقولاً لمدينهم، فجميع أموال مدينهم تكون ضامنة لجميع دائنيه كل حسب نسبة دينه<sup>(3)</sup> .

(1) ينظر ،صدقي محمد أمين عيسى، طالب برايم سليمان، فائق محمد حسين، التنظيم القانوني لحق الاختصاص وضرورة الاخذ به في التشريع العراقي، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، السنة الخامسة، العدد العاشر، كانون الأول 2017 ، ص 97 .

(2) ينظر ،القانون المدني العراقي، المصدر نفسه .

(3) ينظر صدقي محمد أمين عيسى، طالب برايم سليمان، فائق محمد حسين، التنظيم القانوني لحق الاختصاص وضرورة الاخذ به في التشريع العراقي، مصدر سابق، ص 97.

## ثانياً: -التعريف القضائي

على الرغم من إحاطة التشريعات بالعديد من المقتضيات القانونية المنظمة للرهن القضائي قاصدةً بذلك ضمان مصالح جميع الأطراف المعنية وفق آليات قانونية لكن نرى أن للقضاء أيضاً دوراً في إبراز مفهوم الرهن القضائي من خلال تفسير القضاء للنصوص القانونية المنظمة له وكذلك إبراز دور الوسائل القضائية لحماية أطراف الرهن. فنجد أن القضاء الفرنسي عرفه بأنه، ( الأثر القانوني المرتبط بالقرار ، الذي يسمح باستخدام وسائل التنفيذ القسري)<sup>(1)</sup> . وكذلك حددت محكمة النقض الفرنسية الأحكام التي يمكن الاستناد عليها لإصدار قرار الرهن (يمكن إصدار قرار حكم الرهن القضائي، بالاستناد إلى أحكام غيابية أو نهائية لصالح من حصل عليها. لكونها من الأسباب الشائعة للرهن القضائي وأن تسجيل الرهن العقاري بتاريخ 10 مارس 1995 على الممتلكات المملوكة للملكية المشتركة للمدعى عليهم X ... / Y ... قد تم اتخاذه بموجب حكم يدين السيد X ... بتاريخ 8 أبريل 1994 من المحكمة العليا في ( Saint Die my des Vosges ) بحيث يستحق الرهن القضائي ويمكن للبنك الاعتماد عليها ، فيما يتعلق بالبضائع التي سجل البنك الرهن عليها ؛ والحكم بعكس ذلك ، تكون محكمة الاستئناف قد انتهكت المادة 2123 من القانون المدني في صياغتها المنطبقة على القضية)<sup>(2)</sup> . وعرفته أيضاً بأنها الرهن القضائية الصادرة بحكم وفقاً إلى المادة (2123 من القانون المدني).وتكون

(1) Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 15 septembre 2016, 15-21.483. "Effet juridique associé à la décision, qui permet l'utilisation de moyens d'exécution coercitifs" منشور على الموقع الإلكتروني للجمهورية الفرنسية، الخدمة العامة "www.legifrance.gouv.fr" لنشر القوانين على الموقع الإلكتروني .

(2) Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 14 mars 2012, 10-28.143 "Un jugement de forclusion judiciaire peut être rendu, fondé sur des jugements par défaut ou définitif en faveur de la personne qui l'a obtenu. S'agissant d'une cause commune de forclusion judiciaire et de l'inscription de l'hypothèque en date du 10 mars 1995 sur le bien appartenant au copropriété des défendeurs X... / Y... mai Adopté par un arrêt condamnant Monsieur X... du 8 avril 1994 de la Cour de cassation de Saint Die des Vosges à ce qu'il soit titulaire d'un privilège judiciaire et sur lequel la Banque peut se prévaloir, à l'égard des biens sur lesquels la Banque a inscrit le gage ; et au contraire, la Cour d'appel doit (article 2123 du Code civil dans sa rédaction applicable au cas a été violé" منشور على الموقع الإلكتروني للجمهورية الفرنسية ،الخدمة العامة لنشر القوانين، المصدر نفسه.



نتيجة الأحكام ، سواء كانت غيابية ، نهائية أم مؤقتة ، والتي تصدر لصالح الشخص الذي حصل عليها<sup>(1)</sup> .

أما إتجاه محكمة النقض المغربية وفقاً لقرار المجلس الأعلى في محكمة فاس جاءت بمبدأ (قضى بإمكانية الجمع بين دعوى أداء الدين الأصلي لاستخلاص الدين المرهون عند حلول الأجل وتحقيق الرهن)<sup>(2)</sup> .

أما بالنسبة لمحكمة التمييز العراقية فنرى أنه على الرغم من عدم تناول التشريع العراقي للرهن القضائي لكنها قد جاءت بمبدأ عام نرى أمكانية تطبيقه على الرهن القضائي ويؤخذ كأساس يمكن الاعتماد عليه حيث يتضمن (أن عدم تسجيل عقد الرهن في دائرة التسجيل العقاري يجعل العقد باطلاً واشغال الدائن للعقار لا سند له من القانون)<sup>(3)</sup> . فلو كان الرهن القضائي مشروع ضمن القانون المدني العراقي لكان لهذا الرهن سند قانوني يمكن الاعتماد عليه والاخذ به كأساس للحكم بصحة أو بطلان هكذا رهن . و طالما وجدت تطبيقات في القضاء تحتاج إلى التأسيس على نصوص قانونية لجعلها أكثر رصانة لأجل تحقيق العدالة . ونرى ضرورة أن يأخذ التشريع المدني العراقي بالرهن القضائي لكون أهميته تبرز باعتباره حق من الحقوق العينية التبعية، يقرر بموجب حكم قضائي لأحد الدائنين على عقار أو عقارات مدينه، وذلك بناء على حكم نهائي واجب التنفيذ صادراً بالزام المدين بالدين، ويختلف هذا الحق عن باقي الحقوق العينية التبعية في أنه لم يكن موجوداً عند إبرام العقد (أي العقد الذي يترتب عليه الدين) انما يوجد وقت نفاذ العقد حيث يستوفي الدائن بموجب هذا الحكم القضائي كل ديونه من العقار أو العقارات التي تم رهنها لمصلحة ديونه. و بإمكاننا أن نضع تعريفاً جامعاً شاملاً لكل خصائص

(1) Première Chambre Civile, 14 Mars 2012, Appel No ،28143-10 .LexisNexis et Legifrance Et les hypothèques judiciaires émises par jugement) “article 2123 du Code civil .(Ce dernier est le résultat de jugements, qu'ils soient contradictoires ou absentéismes, définitifs ou temporaires, rendus en faveur de la personne qui Lea obtenus “

منشور على الموقع الالكتروني للجمهورية الفرنسية، الخدمة العامة لنشر القوانين، المصدر نفسه.

(2) ينظر، قرار المجلس الأعلى المرقم 1472 الصادر بتاريخ 2000/7/5 الملف التجاري رقم 98/650 منشور بمجلة المجلس الأعلى العدد 57.58، منشور على الموقع الرسمي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية في المغرب على الموقع الالكتروني، www.cspj.ma.com، تاريخ الزيارة 2022/4/13 الساعة 11:07 pm.

(3) ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم الحكم، 369/منع معارضة/2009، تاريخ اصدار الحكم، 2009/1/29، محكمة التمييز الاتحادية، منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى العراقي، www.hjc.com.

هذا الرهن باعتباره يتم بطريقة غير تقليدية ونعرفه بأنه (حق عيني تبقي يمنح الدائن الذي بيده حكم صادر من محكمة مختصة تجاه مدينه حقًا عينيًا خاصًا على أمواله الحاضرة والمستقبلية ويمنحه هذا الحق حق التقدم والتتبع على عقارات مدينه ضمان لاستيفاء دينه). ويعد هذا النص المقترح هو المادة الأولى لمشروع تعديل القانون المدني، كونه جاء على عكس الرهون التقليدية فهو يقع على أموال مدينه الحاضرة والمستقبلية أي ما يمكن ان يمتلكه حتى بعد اصدار القرار.

### المطلب الثاني

#### خصائص الرهن القضائي وتمييزه عما يشته به

لما كان الرهن القضائي من الرهون المهمة التي تمثل ضمانات للدائنين سنها المشرعون، لتعزيز ثقة هؤلاء بمدنيهم وصولاً إلى جذبهم للإقدام على الاقراض بما فيه من أثر ايجابي على ازدهار الاقتصاد في البلد. فلا بد من بيان أهم خصائص هذا الرهن بوصفه حق عيني تبقي، يعطي بعض المزايا للدائن التي يعترف بها القانون. وكذلك نميز هذا الرهن عن غيره من الحقوق العينية التبعية التي تشته به، وهذا من خلال تقسيمنا لهذا المطلب على فرعين في الأول نتناول خصائص الرهن القضائي ، ومن جهة ثانية تمييز الرهن القضائي عما يشته به من أوضاع قانونية وعلى النحو الآتي.

### الفرع الأول

#### خصائص الرهن القضائي

لدى دراسة الرهن القضائي من وجهة نظر موضوعية، تبرز لنا سمات مميزة لهذا الرهن، أن الهدف من وجوده؛ هو ضمان تنفيذ الأحكام القضائية بأكبر قدر ممكن من الفعالية، وهذه السمات تتمثل فيما يلي.

#### أولاً: هو رهن عام:

أي أنه لا يؤثر فقط على الممتلكات التي تخص المدين وقت صدور الحكم، ولكن أيضاً يؤثر في كل ما قد يكتسبه لاحقاً. حيث بالإمكان تطبيقه، وكما جاء في الفقرة 2 من المادة (2123) من

القانون المدني الفرنسي على العقارات الحالية للمدين والتي قد يفتنيها مستقبلاً<sup>(1)</sup>. وأيضاً نص المادة (2329) "يجوز للدائن المستفيد من الرهن العام تسجيل حقه في جميع المباني العائدة لمدينه حالياً. يمكنه إجراء تسجيلات إضافية على المباني التي دخلت لاحقاً في أصول مدينه."<sup>(2)</sup> أما المشرع الجزائري فلم يكن بعيداً عن المشرع الفرنسي حيث أنه منح الحق للدائن بعد توافر شروط الرهن القضائي طلب إيقاع الرهن على عقار أو عقارات مدينه في أي وقت يشاء<sup>(3)</sup>. وهو يرد على جميع عقارات المحكوم ضده الخاصة والمستقبلية ولكن أوجبت المادة ( 886) من القانون المدني الجزائري تعيين العقار أو العقارات المطلوب عليها الرهن تعييناً دقيقاً وان يكون مما يصح التعامل به وبيعه في المزاد العلني وقد منع المشرع الجزائري اخذ الرهن على العقارات المستقبلية واشترط أن تكون مملوكة للمدين وقت إيقاع الرهن<sup>(4)</sup>. بينما نجد أن المشرع المغربي قد أشرط تخصيص العقار وتعيينه تعييناً دقيقاً من حيث موقعه وقيمه وكذلك قيمة المبالغ المضمونة به كونها سبباً للرهن حسب ما أشارت إليه المادة (175) من مدونة الحقوق العينية المغربية<sup>(5)</sup>. وقد تجد هذه السمة أساساً لها في نص المادة (260) من القانون المدني العراقي حيث نصت على انه "اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه".

### ثانياً: الرهن القضائي رهن إجباري:

فهو لا ينشأ بإرادة المدين؛ لكونه ناتج تلقائياً عن قرار حكم قضائي، ولا علاقة له برضا المدين وحتى لو لم تكن لديه القدرة على منح الرهن، ويغطي الرهن القضائي الدين المضمون به والفوائد والرسوم والمصاريف، حيث يستلزم تحديد الدين وتقييمه حتى لا يتم المساس بحق المدين<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر، هنري بارمانتييه، دراسة نقدية مقارنة عن الرهن العقاري القضائي الدولي، مكتبة القانون والفقه، شارع سوفلوت، باريس، 1903، ص6

(2) Article 2329

"Le créancier bénéficiaire d'une hypothèque générale peut inscrire son droit sur tous les immeubles appartenant actuellement à son débiteur. Il peut prendre des inscriptions complémentaires sur les immeubles entrés, par la suite, dans le patrimoine de son débiteur"

(3) ينظر، ثامر خالدي، حماية الدائن المرتهن بين الرهن القانوني والرهن القضائي، مصدر سابق، ص74

(4) ينظر القانون المدني الجزائري، مصدر سابق، ص73.

(5) ينظر، مدونة الحقوق العينية المغربية، مصدر سابق.

6 ينظر، هنري بارمانتييه، دراسة نقدية مقارنة عن الرهن العقاري القضائي الدولي، مصدر سابق، ص6

ثالثاً: الرهن القضائي رهن عقاري:

أي أنه لا يرد الا على العقارات سواء الحالية أو المستقبلية وتستوجب القوانين تسجيل قرار الرهن القضائي في دائرة التسجيل العقاري. حيث أشارت المادة (2134) من القانون المدني الفرنسي إلى ضرورة مراعاة مبدأ التقييد<sup>(1)</sup> في السجلات العقارية، وهو أحد أسس نظام الرهن العقاري، حيث منح القانون الفرنسي حق تسجيل الرهن القضائي بمجرد صدور الحكم، وبغض النظر عما إذا كان قابلاً للاعتراض أو الاستئناف، وسواء تم تبليغه أم لا. ويجب على الدائن الذي يطلب تسجيل رهن قضائي، أن يقدم إلى مسجل الرهن نسخة أصلية من الحكم كشرط من شروط التسجيل<sup>(2)</sup>. أما المشرع الجزائري فقد نص بموجب المادة (31) من قانون رقم (98-12) المتضمن قانون المالية لسنة 1999 " بالنسبة للرهن الذي ينشأ بموجب حكم قضائي يكون الإيداع خلال ثلاثة أشهر من اليوم الذي صار فيه الحكم نهائياً أما الرهن الذي ينشأ بموجب عقد اتفاقي، فيجب قيده خلال شهرين من تاريخ تحريره..."<sup>(3)</sup> ونلاحظ هنا ان المشرع قد منح مدة ثلاثة أشهر لغرض قيد القرار الذي يقضي بالرهن حتى يكون نافذاً بحق المدين والغير. وقد نص المشرع المغربي في المادة (65) من ظهير التحفيظ العقاري على مبدأ تقييد الرهن حيث جاء بها (يجب أن تشهر بواسطة التقييد في الرسم العقاري جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض وجميع المحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري وجميع الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عيني عقاري أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه...) ومن هنا يتبين أن الرهن القضائي يجب أن يخضع للتسجيل على أساس أنه صادر بموجب حكم قضائي حائز قوة الشيء المقضي فيه. فتقييد الرهن القضائي في دائرة السجل العقاري له أهمية كبرى تتمحور في المادة (66) من ظهير التحفيظ العقاري والتي أشارت إلى (كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده وابتداء من يوم التقييد بالرسم العقاري)<sup>(4)</sup>، وكذلك المادة (169) من مدونة الحقوق العينية التي اعتبرت (أن كل رهن رسمي مقيد بكيفية منظمة

(1) القيد، هو مصدر حق الرهن بالنسبة للطرفين وبالنسبة للغير، ان حق الرهن لا ينشأ الا بالقيد، ونصت المادة (1030) من القانون المدني المصري (ان الرهن لا يكون نافذاً في حق الغير الا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن) انظر الدكتور محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، 1995، ص77.

(2) ينظر، هنري بارمانتييه، دراسة نقدية مقارنة عن الرهن العقاري القضائي الدولي، مصدر سابق، ص6\_8\_9.

(3) ينظر، قانون المالية الجزائري رقم 12-28 لسنة 1999.

(4) ينظر، ظهير التحفيظ العقاري المغربي الصادر في (12 أغسطس 1913).

في الرسم العقاري يحتفظ برتبته وصلاحيته بدون أي إجراء جديد إلى أن يقيد الإبراء من الدين بكيفية منظمة بالرسم المذكور<sup>(1)</sup>. ومما تقدم نرى بيان هذه المواد الأهمية العملية للتقيد في السجلات العقارية كون الشكلية تعد جزء لا يتجزأ من أركان قرار الرهن القضائي.

#### رابعاً: الرهن القضائي حق غير قابل للتجزئة:

إنه يضمن كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة كل الدين ويضمن كل جزء من الدين من قبل العقار أو العقارات ككل، وهذا ما أكدت عليه المادة (2393) من القانون المدني الفرنسي (الرهن حق عيني تباعي على العقارات المخصصة لتنفيذ التزام. وهي بطبيعتها، غير قابلة للتجزئة، ويضمن كل جزء من هذه العقارات كل الدين)<sup>(2)</sup>. نصت المادة 947 من الأمر 7558 / المتضمن القانون المدني الجزائري على أنه "تكون للدائن الذي حصل على حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي ويسري على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام وخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده وشطبه وعدم تجزئة الحق ..."

#### خامساً: الرهن القضائي حق عيني تباعي:

يتكون الرهن العقاري من قرار حكم ينصب على عقار أو عقارات المدين لضمان دين دون نزع ملكيتها من المدين. أي إنه يشكل حقاً تبعياً مرتبطاً بالدين وجوداً وهدماً. وبموجب الطبيعة التبعية للحق العيني التي تطغى على صدور قرار الحكم، يترتب على ذلك أن الأخير ينتهي، عندما يتم إلغاء الدين عن طريق التنازل عن الدين المضمون، أو يسقط بالتسديد<sup>(3)</sup>.

(1) ينظر ،مدونة الحقوق العينية المغربية، مصدر سابق

(2) Article 2393

"L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent".

(3) ينظر، هنري بارمانتييه، دراسة نقدية مقارنة عن الرهن العقاري القضائي الدولي، المصدر السابق، ص4-5 .

ونرى أنه حق استثنائي كون حق الرهن القضائي للدائن حامل السند واجب التنفيذ يعد استثناء من الاصل القاضي بالمساواة بين الدائنين، فيجب تفسير النصوص المتعلقة به تفسيراً ضيقاً، فالاستثناء لا يجوز التوسع فيه. وبرأينا لا يترتب الرهن القضائي الا بمقتضى نص القانون سواء كان المدني أو التجاري أو أي قانون آخر فلا يمكن أن يصدر من قبل المحكمة من دون الاستناد إلى نص القانون كونه يمنح جبراً على المدين و يتميز به الدائن عن غيره من الدائنين.

## الفرع الثاني

### تمييز الرهن القضائي عما يشته به

قد يتبادر إلى الذهن أن للرهن القضائي مفاهيم أخرى تعطي المعنى نفسه كالرهن القانوني والرهن التأميني والرهن الحيازي وحق الاختصاص من حيث اشتراكهم في أن البعض مصدرهم القانون والبعض الآخر مبعث وجودهم القضاء، مما سبب التداخل في مفهومها لاقتراب هذه الأنظمة من بعضها البعض وبناءً على ذلك نتناول في هذا الفرع التطرق إلى هذه الأنظمة القانونية مع محاولة توضيح النظام القانوني الذي ينتمي إليه كل منها، فالمعروف أن هنالك نظام قانوني لكل منها يميزه عن الآخر وبذلك سنتناول هذه الأنظمة من خلال المحاور الآتية:

### أولاً: -تمييز الرهن القانوني عن الرهن القضائي

ينطلق الرهن القانوني من النص القانوني المقرر له دون حاجة للتعاقد أو للاتفاق بشأنه أي أنه ذلك الرهن الذي يملكه الدائن بقوة القانون على أموال المدين. ويعرفه الفقه الفرنسي بأنه (هو الرهن الذي ينشأ مباشرة وبقوة القانون من دون اتفاق مسبق)<sup>(1)</sup>. وقد أشار إليه القانون المدني الفرنسي من المواد ( 2393 إلى 2401 ) المعدلة بالقانون ( 1900 لسنة 2021 ) حيث حددت هذه المواد الفئات المشمولة بالرهن على سبيل الحصر وهي: -

(1) L. BLANC ,L'HYPOTHÈQUE LÉGALE\_FEMMES MARIÉES, GENÈVE, IMPRIMERIE C.-L. SABOT, RIVE, 10,1856, page 8.

1-ضمان ديون أحد الزوجين ضد الآخر.

2-الرهن الواقع على عقارات الاوصياء ضمناً لحقوق القاصرين والبالغين فاقدى الاهلية.

3-الرهن ضد محصلي الضرائب ومدراء الحسابات لضمان الديون الخاصة بالدولة والمصالح والبلديات والمؤسسات العامة.

4-الرهن لصالح الورثة على عقارات مورثهم بموجب المادة 1017.

5-ضمان نفقات الجنازة.

6-الدائن الذي صدر بحقه حكم ضد مدين محكوم عليه بدين مرهون.

7-ضمان عائدات الخزينة العامة وفق الشروط التي تحددها التعليمات الضريبية.

8-لضمان إيرادات صندوق الضمان الاجتماعي وفق الشروط التي يحددها قانون الضمان الاجتماعي<sup>(1)</sup>. أما في التشريع الجزائري فيعد الرهن القانوني ما هو الا نوع من أنواع الرهن الرسمي الذي نص عليه في قانون المالية لسنة (2003) والمنظمة أحكامه بموجب المرسوم التنفيذي المرقم (132/06) والذي يمكن بواسطته لممثل البنك أن يحرر عقد الرهن من دون اللجوء إلى الموثق ألا أن الحصول على الصيغة التنفيذية لهذا الرهن لا يتم إلا بواسطة اللجوء

(1) تنظر المادة، Article 2393 (1)

Modifié par LOI n°2021-1900 du 30 décembre 2021 - art. 130 (V)"

Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances auxquelles une hypothèque légale générale est attachée sont:

°1Celles de l'un des époux contre l'autre؛

°2Celles des mineurs ou des majeurs en tutelle contre l'administrateur légal ou le tuteur؛

°3Celles de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics contre les receveurs et administrateurs comptables؛

°4Celles du légataire, sur les biens immeubles de la succession, en vertu de l'article 1017؛

°5Celles des frais funéraires؛

°6Celles ayant fait l'objet d'un jugement, contre le débiteur condamné؛

°7Celles du Trésor public, dans les conditions fixées par le livre des procédures fiscales؛

°8Celles des caisses de sécurité sociale, dans les conditions fixées par le code de la security sociale."

إلى القضاء<sup>(1)</sup> أما المشرع المغربي فلم ينظم الرهن القانوني وإنما فقط نظم الرهن القضائي كنوع من أنواع الرهن الرسمي. وهنا بإمكان هذه الفئات إذا لم يكن هناك رهن اتفاقي يمكن للمستفيدين منها أن يطلبوا من المحكمة الابتدائية إيقاع رهن قانوني على أموال المدين ثم يقيد في الرسم العقاري بعد صدور الحكم بإجراء ذلك الرهن. ولكن قبل صدور الحكم المذكور يمكن لهذه الفئات المذكورة أن يتقدموا بطلب مستعجل إلى رئيس المحكمة الابتدائية يطالبون بموجبه بقيد احتياطي أو تسجيل تحفظي لحقوقهم في الرسم العقاري وبعد صدور الحكم بالرهن القانوني يقيد في السجل على أن تكون رتبته من تاريخ إجراء القيد الاحتياطي أو التسجيل التحفظي.<sup>(2)</sup>

### وأهم خصائص الرهن القانوني هي: -

أ-حق عيني: -يقدم للدائن المرتهن جميع السلطات والمزايا التي تمنحها الحقوق العينية للدائنين المرتهنين، والمتمثلة بحق التتبع والذي بموجبه يستطيع التنفيذ على العقار المرهون في أي يد يكون وكذلك حق التقدم حيث يستوفي الدائن حقه قبل غيره من الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة<sup>(3)</sup>.

ب-حق تابع: -أي لا ينشأ إلا تبعاً لحق عيني أصلي، بحيث يضمن الوفاء بالحق ويدور معه وجوداً وعدمًا.

ج-حق غير قابل للتجزئة: -أي أن كل جزء من العقار ضامن لكل الدين، وبالمقابل كل جزء من الدين مضمون بالعقار ككل أو العقارات المرهونة كلها.

د-حق عقاري: -أي أنه لا يرد إلا على العقار وبذلك تبقى الحيازة للراهن وذلك لان الرهن سوف يسجل في دائرة التسجيل العقاري<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر، نجاح بوساحة، الرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجزائر، عدد 13، 2016، ص 40.

(2) ينظر، محمد ابن معجوز الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مكتبة الدار البيضاء، المغرب، 1990، ص 490.

(3) ينظر، شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي، في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هوم، الجزائر، 2009، ص 78.

(4) ينظر، شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي، القانون المدني الجزائري، مصدر سابق، ص 78.



ومن خلال ما تقدم نرى أن هنالك أوجه شبه بين الرهن القانوني والرهن القضائي لكن على الرغم من اقتراب الرهين ببعض الخصائص إلا أننا نجد هنالك فروقات جوهرية سنتناولها، على النحو التالي.

أ/ وتتمثل أوجه الشبه بين الرهين بما يأتي: -

1- كل منهما يفرض جباً أي لا يستلزم رضا المدين كونهما يصدران بقرار قضائي بعد نشوء الدين أي أنه لا يفرض قبل نشوء الدين أو اثنائه.

2- يعتبر كل منهما حق عيني تبعي (أي أنه لا يقوم مستقلاً بذاته وإنما مرتكزاً على الدين المضمون الذي يشغل ذمة المدين فهو يتأثر بهذا الدين وجوداً وعدماً صحةً وبطلاناً)<sup>(1)</sup>.

3- يتطلب قرار الرهن في كليهما تسجيله في دائرة التسجيل العقاري لكي يدخل حيز التنفيذ<sup>(2)</sup>.

4- كلاهما حق عيني غير قابل للتجزئة (أي أن العقار المرهون وكل جزء منه ضامناً للوفاء بالدين كله ولو كان هناك عدة عقارات مرهونة تكون كلها ضامنة لكل الدين وكذلك كل عقار منها)<sup>(3)</sup>.

ب/ وتتمثل أوجه الاختلاف بين الرهين فيما استنتجناه من خصائص الرهن القانوني وهي كما يلي: -

1- الرهن القانوني يرد لحماية فئات حددها القانون على سبيل الحصر ضمن نصوص قانونية واضحة تمنع الاجتهاد والتفسير فيها . بينما الرهن القضائي الذي يمكن تقريره لضمان أي حق بغض النظر عن صاحبه.

2- في الرهن القانوني القاضي منفذ لإرادة المشرع أما في الرهن القضائي يكون المشرع أكثر مرونة حيث يمنح القاضي الحق بإصدار قرار الرهن القضائي للدائن استثناءً إذا ثبت لدى المحكمة هنالك خشية حقيقية من عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

(1) ينظر، أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينية في القانون المدني، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص19.

(2) ينظر، زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، بلا طبعة، دار الأمل، الجزائر، 2006، ص14-18.

(3) ينظر، احمد سلامة، التأمينات العينية الرهن الرسمي، بلا طبعة، دار النهضة العربية، بيروت، 1998، ص66.

ثانياً: -تمييز الرهن التأميني عن الرهن القضائي

عرف القانون المدني الفرنسي الرهن التأميني بأسم الرهن الرسمي وقد تناوله في المادة (2409) حيث أشارت بأنه (هو الرهن الذي يمنح بواسطة عقد موثق)<sup>(1)</sup> ويعرف المشرع الجزائري الرهن التأميني تحت مسمى الرهن الرسمي وفق نص المادة (882) (على انه عقد يكسب به الدائن حقا عينيا. على عقار لوفاء دينه يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له. في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان)<sup>(2)</sup>. وكذلك عرفه المشرع المغربي في المادة(165) من مدونة الحقوق العينية بأنه "حق عيني تبقي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين. وعرفته المادة( 1285) من القانون المدني العراقي "الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون"<sup>(3)</sup>.

وخصائص الرهن التأميني هي:-

1-حق عيني: يعد الرهن التأميني حقا عينيا لأنه يمنح الدائن على العقار المرهون سلطات مباشرة يستطيع بمقتضاها حبس العقار المرهون إلى أن يستوفي دينه بالأفضلية على غيره من الدائنين<sup>(4)</sup>. إذ إنه يخول صاحبه حق التتبع وحق التقدم وبموجب حق التتبع ينفذ الدائن المرتهن على المرهون في أي يد تنتقل اليها ملكية العقار وبمقتضى التقدم يستطيع أن يستوفي حقه من ثمن العقار قبل غيره من الدائنين<sup>(5)</sup>.

تنظر المادة. 2409. Article (1)

Modifié par Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 - art. 15"

Transféré par Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 - art. 15

Modifié par Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 - art. 19

L'hypothèque conventionnelle est consentie par acte notarié.

Le mandat d'hypothéquer est donné dans les mêmes formes".

(2) ينظر ،القانون المدني الجزائري (رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975) المعدل والمتمم بالقانون 0507(المؤرخ في 13مايو 2007).

(3) ينظر ،القانون المدني العراقي، مصدر سابق .

(4) عبد الناصر العطار ،التأمينات العينية ،بلا طبعة ،دار الفكر العربي ،مصر ،2008، ص8.

(5)ينظر، محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية (الرهن المجرد، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للتصميم والانتاج، حلب ، 1997 ، ص 244 .

2-حق عقاري: اي انه لا يرد الا على عقار ولا ينتج أثره بين المتعاقدين وبالنسبة للغير الا بتقييده في السجل العقاري<sup>(1)</sup> وهذا أيضاً ما أكدت عليه محكمة التمييز الفرنسية في قرارها المرقم (-17, 12 avril 2018, Chambre civile 3, Cour de cassation, civile) حيث أشارت إلى (الرهن التقليدي الاتفاقي يخضع للتسجيل وفقاً للقانون)<sup>(2)</sup>.

3-حق عيني تبعي: أي انه لا ينشأ مستقلاً وانما ينشأ تبعاً لضمان الوفاء بالتزام أصلي، ويبقى تابعاً له في وجوده وصحته وانقضائه، أي يفترض وجود التزام صحيح<sup>(3)</sup>

4-يمكن تأجيل تسجيل الرهن التأميني حيث بعض التأمينات تمنح أجلاً معيناً للمدين بغية امهاله في تسديد ما بذمته للدائن ويسمي هذا النوع من الرهن بالرهن المؤجل وقد تبني هذا النوع منه التشريع المدني المغربي في ظهير ( 02 يونيو 1915) هذا النوع من الرهن الرسمي في الباب الرابع من الفرع الثاني من القسم العاشر في الفصول من (182 إلى 184) .

وهو رهن رسمي (تأميني) رضائي يخضع لما يخضع له الرهن الرسمي من أحكام لكنه يختلف في انه لا يسجل في الرسم العقاري الا إذا مر أجل معين وقد حدده المشرع المغربي في 90 يوماً أي يؤجل تسجيله وبشرط احترام حقوق الدائن المرتهن وهي الاحتفاظ برتبة رهنه على الرغم من تسجيله، ويثبت الدائن حقه بمجرد أشعار دائرة الرسم العقاري بوجود رهن مؤجل لكي يمنع تسجيل أي رهن خلال هذه المدة<sup>(4)</sup>.

5-حق غير قابل للتجزئة: ويقصد به أن كل العقار المرهون أو العقارات المثقلة بالرهن ضامن لكل الدين وكل الدين مضمون بكل جزء من العقار<sup>(5)</sup>

(1) ينظر ،حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية، بيروت ، 1995 ، ص139.

(2) ALORS QUE l'hypothèque conventionnelle est subordonnée à l'indication de sa cause dans l'acte constitutif.

(3) ينظر، عبد الناصر العطار، التأمينات العينية، بلا طبعة ، دار الفكر العربي، القاهرة 2003، ص8.  
(4) ينظر ،د أحمد عطار ، التحفيظ العقاري في ضوء القانون المغربي ،بلا طبعة ،دار السلام للثقافة والنشر ، مراكش ،2008، ص214.

(5) ينظر ، د صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية ،الطبعة الأولى ،دار المعرفة ، بغداد، 1954، ص13.

6-الرهن التأميني لا يخرج العقار من حيازة صاحبه حيث أنه يبقى في يد المدين الراهن ويستطيع التصرف به في كافة أنواع التصرفات من استغلال واستعمال ويتصرف به شرط ان لا ينقص من قيمة العقار إذ إن تركه تحت يد صاحبه يقابله التزام بالمحافظة عليه وضمن سلامته(1).

ومن خلال ما تقدم نجد أن هنالك أوجه تشابه بين الرهن القضائي والرهن التأميني تجعل منهما متقاربين لكن على الرغم من ذلك التقارب تظهر فروقات جوهرية بينهما نستخلصها من خلال التعريف والخصائص وتمثل فيما يلي:

أ: -يلتقي الرهنان في نقاط معينة نبيها فيما يأتي: -

1-كلاهما حق عيني تبعي غير قابل للتجزئة ويشترط لنفاذهم أن يتم تقييد الرهن في دائرة التسجيل العقاري.

2-يبقى العقار تحت يد المدين في كلا الحالتين ولا يتم نقل حيازته للدائن المرتهن شرط أن يتمتع المدين عن أي عمل ممكن أن يضر بالعقار(2).

ب: -يختلف الرهنان في نقاط معينة استنتجناها مما تقدم من خلال خصائص الرهن التأميني وأوجه الشبه بينه وبين الرهن القضائي نبيها فيما يأتي: -

1-من حيث النشوء: الرهن القضائي ينشأ بواسطة قرار حكم قضائي أما الرهن التأميني فهو ينشأ بموجب اتفاق بين الدائن والمدين.

2-من حيث الرضا: الرهن التأميني هو عقد رضائي يستوجب رضا المدين الراهن حتى يتم إبرامه أما الرهن القضائي فهو يفرض جبراً على المدين من دون الحاجة لموافقه عليه.

3-من حيث وقت الحصول على الرهن: ينشأ الرهن القضائي عند عجز المدين عن أداء الدين أي بعد نشوء الالتزام ووقت تنفيذه، أما الرهن التأميني فهو ينشأ قبل إبرام عقد الدين أو اثنائه.

1 ينظر ،حمدان حسين التأمينات العينية دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز ،الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ،2009، ص138.

(2) ينظر، د.أحمد سلامة، التأمينات العينية الرهن الرسمي، مصدر سابق ، ص66.

4- من حيث أنواعه الرهن القضائي يكون بصورتين الرهن القضائي المؤقت والرهن القضائي النهائي أما الرهن التأميني فهو يضم نوعاً واحداً وهو الرهن المؤجل<sup>(1)</sup>.

5- يقع الرهن القضائي على عقارات المدين الحالية والمستقبلية أما الرهن التأميني فهو يقع على عقار أو عقارات محددة بالذات وموجودة حين إبرام عقد الرهن حيث يستوجب تخصيصها؛ لكي نضمن نجاعة هذا الرهن<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: -تمييز الرهن القضائي عن الرهن الحيازي

يعد الرهن الحيازي أقدم صور الرهن بشكل عام وقد أحاط المشرع العراقي الدائن العادي بنوع من الحماية وذلك بإقراره الضمان العام، إلا أن الدائن الحريص لا يكتفي بما منحه المشرع من ضمان وخصوصاً أن تلك الضمانات قد أبانت عن محدوديتها في توفير الثقة والاطمئنان لذلك يحاول أن يعزز مركز دينه من خلال الضمانات العينية الأخرى التي أقرها المشرع وأهمها الرهن الحيازي وقد عرفه المشرع الفرنسي تحت اسم (nantissement) في المادة (2355) (هو التنازل ، كضمان لالتزام ، عن أصل منقول مادي أو معنوي أو مجموعة من الأصول المنقولة ، الحالية أو المستقبلية)<sup>(3)</sup>. أما المشرع الجزائري فعرفه في المادة (948) من القانون المدني كما يلي: "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص. ضماناً لدين عليه أو على غيره. أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين. وان يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في

(1) وقد ورد النص على الرهن المؤجل في القانون المدني المغربي مدونة الحقوق العينية حيث تطرق ظهير 02 يونيو 1915 لهذا النوع من الرهن الرسمي في الباب الرابع من الفرع الثاني من القسم العاشر في الفصول من 182 إلى 184.

"وهو رهن رسمي رضائي يخضع لما يخضع له من أحكام لكنه يختلف في كونه لا يسجل بالرسم العقاري إلا إذا مر أجل مسمى حدده المشرع في 90 يوماً أي أن هذا النوع من الرهن يقع تأجيل تسجيله بشرط احترام مقتضيات الفصلين 183 و184 وفي مقدمتي عدم الإضرار بحقوق المرتهن التي يدخل فيها الاحتفاظ برتبة رهنه".

(2) ينظر ، د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، طبعة 1، المكتبة القانونية، بغداد، 2017، ص 412 .

تنظر المادة، Article 2355 (3)

Modifié par Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 - art. 9

Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs.

المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون." (1) . وأيضاً عرفه المشرع المغربي من خلال المادة (145) التي تنص على أن " الرهن الحيازي حق عيني يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني إلى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بالدين ويخول الدائن المرتهن حق حيازة المرهون وحق حبسه إلى أن يستوفي دينه " (2) . ويعرف المشرع العراقي الرهن الحيازي حسب نص المادة (1321) "الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاءه منه كلا أو بعضا مقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اي يد كان هذا المال" (3) ومما تقدم تبرز لنا أهم خصائص الرهن الحيازي وتتمثل في:

1-ينشأ الرهن الحيازي بموجب عقد رضائي: سابقاً كان عقداً عينياً أي انه لا ينعقد الا بتسليم الشيء المرهون، أما في التقنين الحديث فقد أصبح الرهن الحيازي عقداً رضائياً ملزماً للجانبين ينعقد بمجرد تبادل الايجاب والقبول ولا توجد ضرورة للتسليم لان التسليم لا يعد ركناً بل هو التزام فيه (4).

2-الرهن الحيازي عقد تابع لأنه يتطلب التزام أصلي موجود قبل نشوئه لكي يضمه، وهذا الالتزام إذا كان قد أنقضى أو باطلاً أو قابلاً للأبطال يتبعه الرهن الحيازي في ذلك (5).

3-الرهن الحيازي غير قابل للتجزئة ويعني به إذا كان الدين المضمون بالرهن الحيازي جزئياً متساويين وكان الشيء المرهون عقاراً أو منقولاً متساوي القيمة، كان كل جزء من الرهن ضامن لكل الدين، وكان كل جزء من الدين مضموناً بكل الرهن، وعدم تجزئة الرهن الحيازي من طبيعة الرهن لا من مستلزماته، حيث يمكن الاتفاق على خلاف ذلك على ان جزء من

(1) ينظر، القانون المدني الجزائري (المعدل، والمتمم) بموجب الامر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975

(2) ينظر ، قانون 08 – 39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية والذي نسخ ظهير 2 يونيو 1915.

(3) ينظر القانون المدني العراقي، مصدر سابق .

(4) ينظر ، يوسف محمد عبيدات ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، الطبعة الأولى ، دار الميسرة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2011، ص293.

(5) ينظر ، نبيل أبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، بلا طبعة ، منشأة دار المعارف ، القاهرة ، من دون تاريخ نشر ، ص175.

المرهون يتخلص بوفاء جزء من الدين<sup>(1)</sup> . ومما تقدم يتبين لنا أن الرهن الحيازي يتشابه مع الرهن القضائي في بعض الخصائص ولكنه مع ذلك يختلف عنه فيما يأتي:

أ: أوجه الشبه بين الرهنين تتمثل بما استنتجناه عنهما من خلال خصائص الرهن الحيازي وتتمثل فيما يأتي:

1- كل من الرهن القضائي والرهن الحيازي يتضمن حقاً عينياً، أي سلطة مباشرة على مال معين فينفذ قبل الكافة<sup>(2)</sup>.

2-- كل من الرهن القضائي والرهن الحيازي يتضمن حقاً تبعياً، فيتبع الحق المضمون وجوداً وعدمًا. ويترتب على ذلك يجوز للراهن ان يتمسك تجاه المرتهن بكل الدفع التي تؤثر في الحق المضمون.

3- كل من الرهن القضائي والرهن الحيازي يتضمن حقاً لا يتجزأ فتبقى سلطة الدائن على المال المرهون كله، حتى يستوفي كل الدين.

4- كل من الرهن القضائي والرهن الحيازي يخول الدائن المرتهن أن ينفذ على العين المرهونة، مستعملًا حق التقدم والتتبع<sup>(3)</sup>.

ب: على الرغم من أوجه الالتقاء ما بين الرهنين توجد نقاط اختلاف بينهما تتمثل بما استنتجناه عنهما من خلال خصائص الرهن الحيازي وتتمثل فيما يأتي:

1- من حيث الرضا: الرهن الحيازي عقد رضائي فلا تشترط فيه الرسمية، فأى إيجاب وقبول متطابقين على رهن حيازي يكفيان في إبرام عقد الرهن الحيازي أما الرهن القضائي فهو أجباري وينشأ بموجب حكم مستند إلى نص القانون.

(1) ينظر، عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص741-742-745.

(2) ينظر، عمار محمد القضاة، المذكرة الايضاحية، للقانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص777.

(3) ينظر، مأمون الكزبري، القانون المدني (الحقوق العينية )، بلا طبعة، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، 1959، ص631-630.

٢- من حيث المحل: محل الرهن الحيازي يصح أن يكون عقاراً وأن يكون منقولاً، وليس القيد ضرورياً لسريان الرهن الحيازي في مواجهة الغير" إلا إذا كان محل الرهن الحيازي عقاراً. أما الرهن القضائي، فلا يكون محله إلا عقاراً، ولا يقع على منقول، ولذلك يكون القيد ضرورياً في الرهن القضائي ليكون الرهن نافذاً في حق الغير.

3- من حيث المضمون: يخول الرهن الحيازي حبس المرهون منقولاً كان أو عقاراً، حتى يستوفى الدائن دينه. أما الرهن القضائي، فلا يخول الدائن حق الحبس، وكل ما للدائن إذا حل أجل دينه هو أن ينفذ على العقار المرهون رهناً قضائياً متقدماً ومتتبعاً.<sup>(1)</sup>

٤- من حيث الحيازة: في الرهن الحيازي يوجد التزام على الراهن أن يسلم الشيء المرهون، منقولاً كان أو عقاراً، للدائن المرتهن (أو أجنبي) يحافظ عليه ويديره ويستغله. أما في الرهن القضائي، فيبقى العقار المرهون في حيازة الراهن، ولا ينتقل منه إلى أحد<sup>(2)</sup>.

#### رابعاً: تمييز حق الاختصاص عن الرهن القضائي

حق الاختصاص أو اختصاص الدائن بعقارات مدينه و ذكره المشرع الجزائري في الفصل الأول من الباب الثاني في المواد (٩٣٧) إلى (٩٤٧) من القانون المدني الجزائري ولم يعرف المشرع الجزائري حق الاختصاص ، وانما وردت له تعريفات متعددة في الفقه القانوني الجزائري ، حيث عرفه بأنه (هو حق عيني تبعية يتقرر بأمر من القضاء إذ يجوز لكل من بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى، يلزم المدين بشيء معين، أن يحصل متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينه ضمناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات)<sup>(3)</sup> . وكذلك عرفه بأنه (قدرة الدائن الذي بيده حكم موضوعي نهائي على اخذ أحد عقارات المدين ضمناً للحصول على حقه، بأمر من المحكمة المختصة)<sup>(4)</sup> وقد نظم حق الاختصاص أغلب

(1) ينظر، خيرة زعيطي، الرهن الحيازي على المنقول، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر ، 2019 ، ص25- 27 .

(2) ينظر ، خيرة زعيطي، الرهن الحيازي على المنقول، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، مصدر سابق، ص27 .

(3) ينظر محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر ، 2009 ، ص238-239.

(4) ينظر، رضا عبد الحليم عبد المجيد، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص346.



التشريعات العربية<sup>(1)</sup> . ولم ينظمه المشرع الفرنسي و المغربي و المشرع العراقي في قانونه المدني وانما أكتفى بالرهن التأميني والحيازي وحق الامتياز.

يتضح من ذلك أن حق الاختصاص لا يرد إلا على العقارات بموجب أمر يصدر من القاضي، ولا يمكن للدائن أن يطالب بهذا الحق من المحكمة إلا بعد حصوله على قرار حكم واجب التنفيذ ضد المدين بتقديم الدائن بموجب عريضة إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي تقع دائرتها في العقارات التي يروم طلب الاختصاص عليها، ويصدر القاضي بعد التحقق من توفر الشروط الشكلية المطلوبة، أمره بالاختصاص ويسجل ذلك في ذيل العريضة، ويجب أن يراعي التناسب بين قيمة الدين والقيمة الكلية للعقار أو العقارات التي يأمر بإيقاع الاختصاص عليها<sup>(2)</sup> . ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أهم خصائص حق الاختصاص وهي:

1- حق الاختصاص حق عيني: أي أنه يمنح الدائن سلطة مباشرة على الشيء المرهون، وتمنحه ميزتي التقدم والتتبع. ويعترف بها القانون لأنه ينشأ عن علاقة مباشرة للدائن على الشيء ويمارس سلطاته عليه من دون وساطة أحد.

2- حق الاختصاص حق عيني تبعي: يعد حق الاختصاص من التأمينات العينية فهو يمنح للدائن ضماناً خاصاً على أموال مدينه يتفرد به دون غيره، فلا يتصور وجود اختصاص من دون وجود مديونية، فإذا أعطى شخص حق اختصاص على أمواله من غير ان يكون مدين لهذا الشخص يعد هذا الاختصاص باطلاً بطلاناً مطلقاً؛ وذلك لأننا أمام حق عيني تبعي، وليس حق عيني أصلي.

(1) حيث ورد في القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004 وحسب نص المادة 1116 الفقرة الأولى بأنه "يجوز لكل دائن بيده حكم واجب النفاذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل، متى كان حسن النية، على حق اختصاص بعقارات مدينه، ضماناً لأصل الدين والمصروفات. ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة" وكذلك ورد تعريف حق الاختصاص في القانون المدني المصري المرقم 131 لسنة 1948 وحسب نص المادة 1085 "يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل، متى كان حسن النية، على حق اختصاص بعقارات مدينة ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات، 2-ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة".

(2) ينظر ، محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر 2009، ص239

3-حق الاختصاص حق غير قابل للتجزئة: ويضم مبدأ عدم التجزئة شقين الأول يتعلق في الدين المضمون والآخر يتعلق في العقار، حيث أن كل العقار المقرر عليه حق الاختصاص هو ضامن للدين بكل ملحقاته وتوابعه، وكذلك إن كل الدين مضمون بالعقار (1)

4-حق الاختصاص من الإجراءات التحفظية: يعد أخذ حق الاختصاص على عقارات المدين نوع من الإجراءات التحفظية التي يلجأ لها الدائن ليضمن استيفاء دينه الثابت بموجب حكم صادر لصالحه ضد مدينة؛ كون أن الدائن يبعد عن نفسه المخاطر التي تواجهه جراء التصرفات التي يجريها المدين على عقاراته، حيث أن المزاي التي يخولها له حق الاختصاص تغنيه عن الاستعانة بدعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البوليصة)، وتجنبه أثبات سوء نية وغش المدين وهي ما تكون صعبة ومتعذرة في كثير من الأحيان (2).

ومن خلال تعريف وخصائص حق الاختصاص يتبين لنا أن من الشاق جداً التمييز بين كل من الرهن القضائي وحق الاختصاص حيث أنهما يقتربان من حيث مصدر النشوء وانعدام رضا المدين فيهما ولكن على الرغم من ذلك نجد هنالك فرقاً جوهرياً بينهما وبناء على ذلك سأتناول أوجه الشبه والاختلاف بينهما وعلى النحو التالي.

أ: يلتقي حق الاختصاص مع الرهن القضائي في النقاط التي توصلنا إليها من خلال خصائصهما وتتمثل فيما يأتي: -

1-كل من الرهن القضائي وحق الاختصاص ينشأ بموجب قرار قضائي بحيث تتضح فيه السمة الطبيعية القضائية الحقيقية.

2-في كل من الرهن القضائي وحق الاختصاص يندم فيهما رضا المدين كونهما يفرضان جبراً على المدين وكذلك يشكل اعتداء على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين كونهما يعطيان أفضلية لدائن عادي على غيره .

3-كل من الرهن القضائي وحق الاختصاص حق عيني تبقي غير قابل للتجزئة.

(1) ينظر ،رضا عبد الحلیم عبد المجید، الوجیز فی الملكية والحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص239-346 .

(2) ينظر ،عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص660 .

4- كل من الرهن القضائي وحق الاختصاص يرد على العقار دون المنقول مما يستلزم تقييدهما في دائرة التسجيل العقاري (1) .

ب: يختلف الرهن القضائي عن حق الاختصاص بما يأتي:

1-واجه حق الاختصاص انتقادات فقهية من حيث عدم جدواه من الناحية الواقعية وذلك؛ بسبب عدم الحصول عليه الا بعد الحصول على قرار حكم نهائي، حيث يرى الفقهاء أن بإمكان الدائن اللجوء إلى وسائل التنفيذ الجبري لاستيفاء دينه(2) . على العكس من الرهن القضائي حيث أن الدائن يستطيع الحصول على قرار رهن قضائي مؤقت تحفظي كتدبير احترازي يحميه قبل صدور قرار بات في الدعوى بخصوص ذلك الحق، وبعدها يتحول إلى رهن قضائي نهائي في حال ثبوت الحق لصالحه(3) .

2-يصدر حق الاختصاص على عقار معين من عقارات المدين على العكس من الرهن القضائي الذي يمنح الدائن بطلب تقييد الرهن على جميع العقارات التي تعود إلى المدين الحالية والمستقبلية(4)

3-يرى الفقهاء بأن ميزتي التتبع والتقدم في حق الاختصاص ليس لها أساس قانوني أو اتفاقي حيث هنالك كثيرون ينادون بإلغاء هذه الحقوق لكونها لا أساس لها، ويجب أن تكون الأولوية حسب القانون أو الاتفاق(5) . على العكس من الرهن القضائي إذ إن هاتين الميزتين منصوص عليهما في القانون حيث منح المشرع الفرنسي للدائن المرتهن وحسب ما أشارت له المادة

(1) ينظر، د. عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص660.

(2) ينظر، همام زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص319

(3) ينظر، عزمي عبد الفتاح، مستحدثات قانون التنفيذ الفرنسي الجديد رقم 783/2012 في السندات التنفيذية ووسائل الاجبار على التنفيذ وطرق الحجز المختلفة واختصاص قاضي التنفيذ نوعياً ومحلياً، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 1، مارس 2016، ص43.

(4) M. Dagot, La publicité foncière, Paris, P.U.F., 1981, p. 114. ;S. Piédelièvre, « La réduction des inscriptions hypothécaires », Defrénois, 2000, n° 37190, §n°6, p.739.

(5) ينظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر والأخير في التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق ص672 .

(R.532-8) من قانون التنفيذ المدني الفرنسي نفس حقوق أصحاب التأمينات القانونية والتعاقدية وهي كل من حقي التتبع والتقدم<sup>(1)</sup>.

ومن خلال ما تقدم توصلنا إلى أن الرهن القضائي رهن ثالث له قوة قانونية تتفوق على بقية الرهون على الرغم من التقارب الشكلي ظاهرياً معهم لكن مضمونه مختلف تماماً من حيث طرق ضمانه لحقوق الدائن. مما يدفعنا إلى التأكيد على ضمه إلى منظومتنا القانونية لما له من دور مؤثر في تعزيز ائتمان الدائنين الذي سينعكس إيجاباً بدوره على الاقتصاد الوطني. ويمنح الثقة في التعاملات المدنية والتجارية.

---

(1) ينظر، قانون التنفيذ المدني الفرنسي، مصدر سابق .

تنظر المادة، Article R.532-8،

Si le bien est vendu avant que la publicité définitive ait été accomplie, le créancier titulaire de la sûreté judiciaire jouit des mêmes droits que le titulaire d'une sûreté conventionnelle ou légale. Toutefois, la part qui lui revient dans la distribution du prix est consignée auprès de la Caisse des dépôts et consignations.

Cette part lui est remise s'il justifie de l'accomplissement de la publicité définitive dans le délai prévu”.

## المبحث الثاني

### محددات الرهن القضائي

إن الرهن القضائي ينطلق من النص القانوني المقرر له ،فهو بذلك يشبه الرهون التقليدية من حيث منطلقه القانوني ،وكما هو الشأن في البيانات العقدية الواجبة في الرهن الاتفاقي إذ يجب أن يبين في الحكم القضائي العقارات المخصصة للرهن وتحديد نوع حالات الرهن، والوقوف على تكييفه بغية الحاقه بالوصف القانوني المناسب له لمعرفة القواعد العامة التي تسري عليه فحتى مع تنظيم المشرع لبعض الأنظمة فيكون من اللازم بيان حقيقتها ومعرفة أصلها القانوني وعلى هذا الاساس سنتناول في هذا المبحث في شروط الرهن القضائي وتكييفه ، وفي المطلب الثاني أركان الرهن القضائي وعلى النحو الآتي :

### المطلب الأول

#### شروط الرهن القضائي وتكييفه

إن الضمانة العينية التي تحققها مؤسسة الرهن القضائي غير متاحة لجميع الدائنين من خلال الشروط المطلوبة لأنشائه ،إذ إن هنالك قواعد تضمن نشوئه وفق طريقة تؤمن ضمانات للدائن ولأهمية هذا النوع من التأمينات العينية قد برزت عدة آراء لغرض تكييفه بصورة قانونية ، وبناء على ذلك قسمنا هذا المطلب على فرعين في الأول أتناول شروط الرهن القضائي ، و في الفرع الثاني التكييف القانوني للرهن القضائي و على النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### شروط الرهن القضائي

يقتضي الرهن القضائي وجود سند دين واجب التنفيذ بحق المدين يسمح للمحكمة بإيقاع الرهن من خلال استصدار حكم قضائي يقرره ويكون بتقديم طلب إلى الجهة القضائية المختصة كما أنه يمر بإجراءات محددة يتعين على طالب الرهن القضائي القيام بها ومما تقدم يتبين ان شروطه هي:

أ:-وجود سند مديونية واجب التنفيذ .

ب:-استيفاء إجراءات طلب أيقاع الرهن.

أولاً:-وجود سند مديونية واجب التنفيذ

يذهب الاعتقاد بأن أي حكم، أو أي قرار صادر عن محكمة بشأن نزاع معروض عليها، يمكن المطالبة بموجبه بالرهن القضائي ولكن هذا الاعتقاد غير صحيح، إذ لا يمكن أن ينتج الرهن القضائي في الواقع عن أفعال الولاية القضائية أو غير القضائية، حتى لو اتخذت الشكل الخارجي للحكم، على سبيل المثال، محاضر الصلح التي يضعها قاضي الصلح<sup>(1)</sup>. ولا يستلزم أن يصدر قرار الحكم بالدين من قبل المحاكم المدنية فقط لكي يمكن أخذ الرهن بموجبه وإنما يمكن أن يصدر عن المحاكم التجارية ، ومحاكم العمل ، والمحاكم الإصلاحية ، والمحاكم الجنائية ، والقرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية ، مثل مجلس الوزراء ، ومجالس المحافظات . كما أن الشكل والسمات الخاصة للحكم لا تهم كثيراً، فإن المادة (2123)<sup>(2)</sup> من القانون المدني الفرنسي توضح لنا أن الرهن القضائي قد ينشأ عن أحكام (مؤقتة)، أي الحكم الصادر قبل الفصل في الدعوى، على سبيل المثال، في إجراءات دعوى النفقة، الحكم الذي تصدره المحكمة على الزوج بدفع نفقة مؤقتة لزوجته<sup>(3)</sup>.

ورغم أن مصادر الرهن القضائي متعددة بما في ذلك الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية لكن يجب الحرص على عدم الخلط بين (القيود الإدارية والمحاكم الإدارية)، لأنها تثير جدلاً واسعاً، حيث عندما يتعلق الأمر بمعرفة ما إذا كانت الأحكام التي تثبت المديونية تنطوي على فرضيات قضائية أم لا. لكونها يجب ان تتضمن عنصر الاكراه<sup>(4)</sup>.

ولكن بعد إصدار القانون المدني الفرنسي وأمام صمت المادة (2123)، نتساءل هل من الممكن الاعتراف بهذا الرأي؟ وللإجابة على هذا التساؤل نقول أن هنالك رأيين، يحدد الأول التكافؤ المطلق بين الأحكام الصادرة عن المحاكم العادية وتلك الصادرة عن

(1) ينظر، هنري برمانتييه، دراسة نقدية مقارنة عن الرهن العقاري القضائي الدولي، مكتبة القانون والفقه، شارع سوفلوت، باريس، 1903، ص 17، 18 .

(2)تنظر ، المادة (2123) من القانون المدني الفرنسي مصدر سابق .

(3) ينظر، هنري برمانتييه، دراسة نقدية مقارنة عن الرهن العقاري القضائي الدولي، المصدر السابق ، ص18.

(4) ينظر ،هنري برمانتييه، دراسة نقدية مقارنة عن الرهن العقاري القضائي الدولي، مصدر سابق ، ص19-

السلطة الإدارية. حيث ان القرارات والقيود الصادرة عن المسؤولين، حسب هذا الرأي، فيما يتعلق بالمسائل التي تقع ضمن اختصاصهم، يمكن بواسطتها أخذ الرهن القضائي بنفس الطريقة وبنفس النتائج مثل تلك الخاصة بالسلطة القضائية. أما الرأي الثاني أنه يمكن تسجيل الرهن القضائي فقط وفقاً للقيود التي تسمح بها المادة (32) من قانون إدارة الجمارك<sup>(1)</sup> بمنحها، الرهن القضائي لاسترداد الرسوم التي تمنحها للائتمان. والرأي الأول هو الراجح كون، أن القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية تنطوي على فرضية قضائية، وتعطي المدين بها نفس الضمانات المرتبطة بالقرارات القضائية، ويستطيع الدائن الحصول على الرهن القضائي بموجب قرارات التحكيم والأحكام الصادرة في الخارج التي تثبت المديونية<sup>(2)</sup>، و يجوز الحصول الرهن بناءً على حكم صادر بناءً على حكم صادر من محكمة أجنبية لكن الا اذا ما أصبح الحكم واجب التنفيذ كذلك الحال بالنسبة لقرار المحكم.

بالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون هذا الحكم، قابلاً للتنفيذ من قبل المحكمة الفرنسية وأخيراً لا يشترط أن يكون قرار الحكم بالدين مكتسباً الدرجة القطعية. وكذلك بموجب قانون التنفيذ المدني الفرنسي فهو وفقاً للمادة (L111-1) منه التي أشارت إلى (أنه يجوز لأي دائن، وفقاً للشروط التي ينص عليها القانون، إجبار المدين المتخلف على أداء التزاماته تجاهه. أن يتخذ إجراءً احترازياً حفاظاً على حقوقه)<sup>(3)</sup>. والرهن كما أشرنا فهو إجراءً احترازياً هدفه ضمان حق الدائن ولكن قد جاء قانون التنفيذ الفرنسي بنوع من أنواع الرهن القضائي وهو الرهن المؤقت يستطيع بواسطته الدائن، الحصول على الرهن القضائي من دون ابرازه لسند يثبت مديونيته حيث اشترط تقديم

(1) ينظر، قانون ادارة الجمارك الفرنسي في (22/أغسطس/1719).

(2) ينظر، هنري برمانتيه، دراسة نقدية مقارنة عن الرهن العقاري القضائي الدولي، مصدر سابق، ص21.

(3) ينظر، قانون التنفيذ الفرنسي المعدل في 2022/2/16، الفصل الأول الدائن والاحكام واجبة التنفيذ، ص7.

Article L111-1 .

“Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard. Tout créancier peut pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits. L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution”.

سند المديونية خلال شهر بعد صدور هذا القرار لكي يمكنه من اتمام إجراءات التنفيذ الجبري تجاه المدين<sup>(1)</sup> .

أما المشرع الجزائري في قانونه المدني فقد منح للدائن أمكانية الحصول على الرهن القضائي على عقارات مدينه بصرف النظر عن مصدر دينية وأيا كان محل هذا الدين أن يكون المصدر عملا قانونيا أو فعلا ضارا أو نافعا أو نص قانون كما قد يكون محل حق الدائن مبلغا من النقود أو عملا أو امتناعا عن العمل. ويشترط ان يكون حق الدائن ثابتا بمقتضى حكم قضائي فلا يكفي أن يكون الحق ثابتا بعقد " (2) ومما تقدم نرى أن شروط السندات تتلخص فيما يلي: -

أ- أن يكون حكما قضائيا صادرا عن جهة ذات ولاية قضائية: لان الدائن لا يستطيع الحصول على الرهن إلا بمقتضى حكم قضائي ثابت والحكم القضائي، هو (الحل الذي ينتهي اليه القاضي بالاعتماد على أسباب وأسانيد قانونية يراها صحيحة في نزاع مطروح أمامه وفق القانون المنظم لذلك)<sup>(3)</sup> ، فإذا كان حق الدائن مقررا بعقد عادي أو رسمي فلا يمكن الحصول بوساطته على رهن قضائي .

و بالرجوع إلى نص المادة( 939 )من القانون المدني الجزائري نجد أنها تجيز الحصول على الرهن بناءً على حكم يثبت صلاحا أو اتفاق تم بين الطرفين، و بالتالي فإن الاحكام الصادرة بالتصديق على محضر الصلح يجوز الحصول على رهن بمقتضاها، كما يمكن الحصول على الرهن بناءً على حكم يصدر للخصوم أمام القضاء كما في الحكم المثبت لاتفاق على قسمة عقار شائع تم بين الشركاء أمام المحكمة و يجوز أيضا الحصول على الرهن بناءً على حكم صادر من محكمة أجنبية أو على قرار صادر من محكمين إذا أصبح الحكم أو اقرار واجب التنفيذ و هذا حسب أحكام المادة (938) قانون المدني الجزائري .

(1) ينظر ،عزمي عبد الفتاح، مستحدثات قانون التنفيذ الفرنسي الجديد رقم 783/2012 في السندات التنفيذية ووسائل الاجبار على التنفيذ وطرق الحجز المختلفة واختصاص قاضي التنفيذ نوعياً ومحلياً، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 1، السنة 40، مارس 2016، ص4.

(2) ينظر ،أ.د ثامر خالدي، حماية الدائن المرتهن بين الرهن القانوني والرهن القضائي، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية -جامعة عماد تلجي الاغواط، الجزائر، العدد الرابع عشر، حزيران 2017.ص74

(3) كمال الدين رايس، آليات إلزام الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، 2013-2014، ص13.



ب- يجب أن يكون الحكم واجب التنفيذ: بمعنى أن يكون حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه غير قابل للطعن فيه ولكنه مشمول بالنفاذ المعجل فإذا لم يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل أو حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه فلا بد من انتظار فوات مدة الطعن بالاعتراض أو الاستئناف أو التمييز<sup>(1)</sup>.

ج- أن يكون الحكم صادراً في موضوع الدعوى، وملزماً للمدين بشيء معين: وهذا حسب أحكام المادة ( 337 ) من القانون المدني، وبهذا نستبعد الأحكام التحضيرية الصادرة بتعيين حارس أو الحكم القاضي بتحقيق أو تعيين خبير، إذ أن هذه الأحكام غير صادرة في موضوع الدعوى من جهة، ومن جهة أخرى يجب أن يكون الحكم ملزماً للمدين بأداء شيء معين ومعنى ذلك أن يلزم المدين بأداء معين سواء كان هذا الأداء بدفع مبلغ من النقود أو يكون العمل أو الامتناع عن العمل<sup>(2)</sup> والمحكمة التي تصدر أمر تقرير الرهن تحدد المبلغ الذي يؤخذ به الرهن، إذ أن الحكم الصادر بعدم الزام المدين بأداء شيء معين يمنع معه الحصول على الرهن القضائي<sup>(3)</sup>. أما المشرع المغربي فقد أشتراط توافر النص القانوني لإيقاع الرهن القضائي حيث جاء بنص المادة (171) من مدونة الحقوق العينية أن "الرهن الإجمالي يكون من دون رضا المدين في الحالات التي يقرها القانون"<sup>(4)</sup>. ونرى هنا أن أمر تقرير الرهن يقره القانون ويرجع فيه الاختصاص إلى قاضي براءة موقع العقار، مستنداً إلى قرار حكم يثبت المديونية، عن طريق استصدار حكم قضائي يقضي بهذا الرهن وهذا ما أكدت عليه نص المادة (172) من مدونة الحقوق العينية بأنه "على أنه يمكن أن يخول للبايع أو المعاوض أو المتقاسم الذي لم يضمن برهن اتفاقي الأداء الكامل للثمن أو المدرك رهناً إجبارياً على الأملاك محل البيع أو المعاوضة أو القسمة بناءً على حكم قضائي". ولم يتضمن التشريع العراقي أي شروط تنظم الحصول على الرهن القضائي ونرى عند تطبيق نظام الرهن القضائي من الممكن التوسع في دائرة سندات المديونية فلا تقتصر على الأحكام القضائية النهائية فقط وإنما تشمل الأوراق التجارية المستحقة الأداء وكذلك عقود الزواج باعتبارها

( 1 ) ينظر، حكيمة حميدات، نعيمة عثمان، الحقوق العينية التبعية وفقاً للتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة زيان عاشور، الجزائر 2013-2014، ص36.

( 2 ) ينظر، حكيمة حميدات، نعيمة عثمان، الحقوق العينية التبعية وفقاً للتشريع الجزائري، مصدر سابق، ص36-37.

( 3 ) ينظر، حكيمة حميدات، نعيمة عثمان، الحقوق العينية التبعية وفقاً للتشريع الجزائري، المصدر نفسه، ص36.

( 4 ) تنظر، مدونة الحقوق العينية المغربية، مصدر سابق.

سندات تنفيذية حسب نص الفقرة 4 من المادة 10 من قانون الأحوال الشخصية العراقي "يعمل بمضمون الحجج المسجلة وفق اصولها بلا بينة، وتكون قابلة للتنفيذ فيما يتعلق بالمهر، ما لم يعترض عليها لدى المحكمة المختصة"<sup>(1)</sup>. وكذلك الاحكام الاجنبية القابلة للتنفيذ في العراق، وفقا لقانون تنفيذ الاحكام الأجنبية؛ لكي نضمن فعالية الرهن في أداء دوره كأداة ضمان تسهل عملية استيفاء الدين بعد حلول أجله ونفترح هذا النص على المشرع العراقي. (1-ينتج الرهن القضائي عن أحكام مؤقتة، غيابية أو حضورية لصالح من حصل عليها كما أنه ينتج عن قرارات التحكيم التي تعلن المحاكم العراقية أنها قابلة للتنفيذ في العراق.

2-يمكن للدائن أخذ رهن قضائي مؤقت من دون تقديم سند مديونية ويكون هذا الحكم صالح لمدة شهر لحين تقديم قرار الحكم يثبت الدين).

### ثانياً: -استيفاء إجراءات طلب أيقاع الرهن

ينتقرر الرهن القضائي على جميع عقارات المدين (المحكوم عليه) الحالية والمستقبلية كما لا يشترط فيه التعيين<sup>(2)</sup>. كما أشارت المواد (من 1-511 L إلى 3-511 L) من قانون التنفيذ الفرنسي بأنه يجب أن يكون الدائن طالب الرهن لديه شكوك حول قدرة مدينه على السداد في تاريخ الاستحقاق. ولكي يتم قبول طلبه يجب توافر شروط تتمثل في: -

1-أن المدين هو مدين فعلياً له بالدين والمقصود به أن يكون لديه سند واجب التنفيذ.

2-هنالك خطر وشيك يتمثل في عدم القدرة على استرداد هذا الدين<sup>(3)</sup>.

وهذا الطلب يقدم إلى المحكمة المختصة وحسب نوع الدين ، حيث أنه إذا كان تجارياً بين شخص وتاجر أو شركة تجارية فيقدم الطلب إلى قاضي المحكمة التجارية أما إذا كان مدنياً

(1) ينظر ،قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم 188، سنة 1959.

(2) ينظر، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص 694.

تنظر المادة ، (3-511 L, 1-511 L) Article (3)

“Que le créancier est un étudiant qui a des doutes sur la capacité de paiement de son débiteur à l'échéance. Pour que sa demande soit acceptée, des conditions doivent être remplies, représentées dans ce qui suit :

- Que le débiteur lui est effectivement redevable de la dette, qui est censée avoir un lien exécutoire.

- Il y a un danger imminent de ne pas pouvoir récupérer cette dette”.

عاديًا ، فيقدم إلى قاضي براءة محكمة موقع العقار أمّا إذا كان الرهن مؤقتًا فيقدم طلب إيقاع الرهن إلى قاضي التنفيذ في موطن المدين ويصدر القاضي قراره دون استدعاء المدين وكذلك دون مداولة، وللقاضي إذا لم يكن لدى الدائن سند واجب النفاذ إن يصدر أمرًا بالرهن المؤقت على عقارات المدين إذا توافرت القناعة لدى المحكمة بأن المدين غير قادر على سداد ما في ذمته ولكن يجب على الدائن تحديد<sup>(1)</sup> :

1-مبلغ الدين .

2-ممتلكات المدين .

ويلزم الدائن في قرار الرهن المؤقت بالحصول على سند واجب النفاذ خلال شهر والا يعد هذا الرهن غير صحيح، وكذلك يلزم بتبليغ المدين خلال ثمانية أيام من تاريخ صدور القرار وله حق الاعتراض عليه خلال مدة شهر من صدوره ويجب أن يتضمن البلاغ على :-

1-نسخة من سند المديونية والذي صدر بموجبه الرهن.

2-نسخه من قرار القاضي بالرهن<sup>(2)</sup>.

ويمر قرار الرهن المؤقت بمرحلتين الأولى هي خلال مدة شهر يجب أن يبرز للمحكمة السند الواجب التنفيذ والا يعد ملغياً وبعد ابرازه يتحول إلى قرارٍ بالرهن النهائي ويكون صالح للتسجيل في دائرة التسجيل العقاري خلال ثلاث سنوات قابلة للتجديد ولمرة واحدة فقط. أما قرار الرهن النهائي فيصدر عندما يكون لدى الدائن سندًا واجب التنفيذ يقدم أمام المحكمة عند أقامه دعوى أيقاع الرهن حيث يكون من ضمن مبررات الدعوى ابتداءً ويمنح الدائن المرتهن خلال هاتين المرحلتين حق بيع العقار المرهون وديًا أو قسرًا<sup>(3)</sup>.

وتستند إجراءات طلب الرهن على مراعات عنصر مفاجأة المدين خشية من قيامه بتهريب أمواله ولهذا فإنه لا يحتاج إلى أخطار المدين بالحجز وسنده وتكليفه بالوفاء حيث أنه يبلغ به

(1) Yu Zhou ,Hypothèque judiciaire : durée, dénonciation et radiation,article en ligen, [www.ekie.com](http://www.ekie.com) ,22/6/2022,1:11am .

(2)ينظر، قانون التنفيذ الفرنسي، الفصل الأول (الشروط والتنفيذ)، المصدر سابق، ص35

(3) Yu Zhou ,Hypothèque judiciaire : durée, dénonciation et radiation source précédente.

بعد صدوره<sup>(1)</sup> . ونرى أن هذا القرار ضمناً بالتعويض، حتى في حالة إفلاس المدين أو وفاته، إذا لم يسدد المدين في تاريخ الاستحقاق، حيث يمنح قرار الحكم بالرهن القضائي حق طلب حجز وبيع الممتلكات المرهونة من خلال إجراءات تضمن اطمئنان المدين لاستيفاء دينه وكذلك يمنح من خلالها المدين أجلاً يستطيع من خلاله تسوية الدين ودياً مع مدينه.

وكذلك أيضاً بحسب ما جاء بقرار محكمة النقض الفرنسية حيث قضت بأن الدائن الذي لديه سند قابل للتنفيذ ناشئ عن قرار محكمة مختصة ، لديه الخيار في طلب ايقاع الرهن القضائي أو السعي فوراً لاسترداد ديونه، فإذا طلب الرهن القضائي وحصل بموجبه على حكم بالرهن ، ينشر الحكم في دائرة السجل العقاري أي ما يعادل الحجز على الممتلكات غير المنقولة؛ في حين أن هذا القرار بأمر الحجز يحل محل التسجيل الإضافي للرهن القضائي، ويمنح الدائن رتبة الدائن المرتهن ؛ لكونه يعادل الحجز العقاري و ينطوي على الحد من حق ملكية المدين المحجوز عن طريق جعل الممتلكات غير متاحة، وتقييد استخدامها والتمتع بالثمار، وقصر ممارسة السلطة الإدارية للمالك على ممتلكاته؛ في حين أن نشر أمر ما يعادل الحجز استناداً إلى المواد ( 2-321 و L. 321-3 و L. 321-5 ) من قانون إجراءات التنفيذ المدني، إلى جانب المواد ( L. 642-18 و L. 643-2 ) من قانون التجارة الفرنسي . أما الإجراءات المطلوب استيفائها للحصول على الرهن القضائي في التشريع الجزائري تبدأ بتقديم عريضة إلى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها موقع العقار من قبل الدائن ، و تكون مرفقة بصورة مصدقة من الحكم الصادر الذي يثبت الدين ، وكذلك يجب ان تستوفي البيانات الواجب ذكرها في العريضة ،وتتمثل في مقدار الدين وتعيين العقار تعيين دقيق مع تقديم الأوراق التي تثبت قيمتها<sup>(2)</sup> أما المشرع المغربي فقد أشترط أيضاً توافر سند المديونية في دعوى طلب الرهن القضائي وهذا ما أكدت عليه المادة (171 و 172) من القانون المدني المغربي، إذ أنه ليس بعيد عما توجه إليه المشرع الفرنسي والجزائري . ولم يتضمن التشريع المدني العراقي شروط الرهن القضائي كونه لم ينظم فيه، لكننا نرى أمكانية الاستناد الى قانون المرافعات المدنية والذي حدد بموجبه شروط عامة يستلزم ان تستوفيها إجراءات الدعوى والتي تتضمن البيانات الضرورية المنصوص عليها حسب نص المادة (16) منه والتي نصت على

(1) ينظر، خالد رضوان السامعة، أنيس منصور المنصور، أحكام الحجز التحفظي على السفينة في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، جامعة السلطان قابوس، بحث منشور في مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، 2014-2015، ص333.

(2) ينظر، ثامر خالدي، حماية الدائن المرتهن بين الرهن القانوني والرهن القضائي، مصدر سابق، ص75

"يجب ان تشتمل الورقة المراد تبليغها على البيانات الآتية :-

- 1 - رقم الدعوى وبيان اليوم والشهر والسنة التي حصل فيها التبليغ .
- 2 - اسم طالب التبليغ ولقبه وشهرته ومهنته أو وظيفته وموطنه فان لم يكن موطنه معلوما فاخر موطن كان له .
- 3 - بيان المحل الذي يختاره الطالب لغرض التبليغ .
- 4 - اسم المطلوب تبليغه ومهنته أو وظيفته وموطنه (محل اقامته) فان لم يكن موطنه معلوما فاخر موطن كان له .
- 5 - اسم القائم بالتبليغ وتوقيعه .
- 6 - اسم من سلمت إليه صورة الورقة وصفته وتوقيعه على الأصل أو اثبات امتناعه وسببه إن وجد .
- 7 - المحكمة التي يجب الحضور اليها واليوم والساعة الواجب الحضور فيهما" (1) .

## الفرع الثاني

### التكييف القانوني للرهن القضائي

يعد التكييف عملية اجتهادية يراد بها معرفة الوقائع على ما هي عليه في حقيقتها أي التعرف عليها بالطرق العقلية العلمية، لتحديد ما يترتب على هذه الوقائع من حكم قانوني أو شرعي. والهدف من تحديد التكييف القانوني للرهن القضائي، هو الوقوف عند الوصف الحقيقي الذي يندرج به تحت نظام قانوني معين، بحيث يخضع هذا الرهن إلى ما يحكم هذا النظام من قواعد. ولقد أستوقف الرهن القضائي نظر الفقه، إذ إن المدين الراهن ليس طرفاً في طلب الرهن ويؤخذ قرار الرهن من دون رضاه أو حضوره أمام المحكمة ومع ذلك يستطيع الدائن المرتهن أن ينتزع العقار المرهون منه ويبيعه جبراً عليه ويستوفي حقه من ثمنه، أي أنه بمثابة أجنبياً عن طالب الرهن بالرغم من مشغولية ذمته للدائن وتملكه للعقار المرهون. وإن التسليم بامتداد أثر

(1) ينظر ،قانون المرافعات العراقي المرقم 83 لسنة 1969 .

الرهن في حق المدين يثير التساؤل عن الأساس القانوني لالتزامه بالرهن، وبهذا الخصوص ظهر هناك توجهان في الفقه لتفسير هذا الالتزام فبمقتضى التوجه الأول، يتم تكييفه بأنه حجزاً تحفظي أما أصحاب التوجه الثاني فهو حق عيني تبقي وسيتم تناول هذين التوجهين على النحو التالي .

### التوجه الأول: القائلين بنظرية الحجز التحفظي.

لقد ذهب أصحاب هذا التوجه إلى أن التزام المدين الراهن يتمثل في قرار القاضي في منع المدين من التصرف بأمواله وقبل بيان الأدلة والاسانيد التي اعتمدوا عليها في تبرير ما ذهبوا إليه لابد من اعطاء فكرة عن ماهية الحجز التحفظي فهو (الحجز هو منع الشخص من التصرف بأمواله المحجوزة لحماية حق المحجوز له، والحجز ان كان بأمر من المحكمة فهو حجز احتياطي ، وسمي احتياطياً لأنه يحوط حق المحجوز له ويحميه لحين صدور حكم بالحق ولا يعطي المحجوز له حق التنفيذ المباشر وبيع المال المحجوز لاستيفاء حقه) (1) . أما أسانيدهم فتظهر من خلال شروطه التي يمكن الإشارة إليها من خلال ما تضمنته المادة 231 من قانون المرافعات العراقي.

1-يجب ان يتضمن الحجز الاحتياطي على أحد سندات الاثبات وهي.

أ-سند رسمي والمقصود بالسندات الرسمية حسب نص المادة (21 فق 2) من قانون الاثبات العراقي "هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يديه أو ما ادلى به ذوو الشأن في حضوره"(2) .

ب-سنداً عادياً وهو "محرر مكتوب يشتمل على توقيع من صدر منه أو على ختمه أو بصمة ابهامه وليس له صفة السند الرسمي"(3) .

ج-شهادة شهود في الدعاوى التي تقبل الشهادة

( 1 ) ينظر ، أبناس هاشم رشيد، وعود كاتب عبد، أحكام الحجز الاحتياطي في القانون العراقي، مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد التاسع، العدد، الرابع، 2011، ص2.

( 2 ) ينظر ، أبناس هاشم رشيد، وعود كاتب عبد، أحكام الحجز الاحتياطي في القانون العراقي، المصدر نفسه ، ص2.

( 3 ) ينظر ،مسعود صالح نزار الشمري، دور السندات العادية في الاثبات، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، الكويت 2012، ص30.

2- أن يكون الدين معلومًا أي محدد المقدار غير مجهول كالتعويض الاتفاقي، ومعجلاً مستحق الأداء فالدين المؤجل لا يمكن معه طلب الحجز وهذا ما جاء بقرار محكمة استئناف كربلاء "لا يجوز وضع الحجز الاحتياطي على عقار بناء على دعوى تعويض لان الدين فيها غير مستحق الأداء"<sup>(1)</sup>، وغير معلق على شرط سواء أكان واقف أم فاسخ، وتكون من الأموال التي يمكن حجزها قانونًا.

3- أن يقدم الدائن كفالة رسمية (حجزية) مقدارها 10% من قيمة الدين. أما إذا كان مقدم الطلب دائرة رسمية فتعفى منها ويقدم فقط تعهد لتعويض الضرر إذا كانوا غير محقين في الدعوى

ويقدم طلب الحجز إلى القاضي مستوفي كافة البيانات من اسم وعنوان وعمل المدين ويقدم إلى المحكمة المختصة بنظر الدعوى الاصلية. وينفذ الحجز حسب نص المادة (٢٦٠) من القانون المدني العراقي "اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه". عدا الأموال التي أشارت اليها المادة (248) من قانون المرافعات والتي لا يجوز الحجز عليها<sup>(2)</sup>. وما يعزز رأي أصحاب هذه النظرية أنه يصدر بقرار قضائي وكذلك يتطلب وجود سند اثبات بالإضافة إلى كونه يصدر على جميع أموال المدين ماعدا التي لا يجوز إيقاع الحجز عليها.

وعلى الرغم من هذه المبررات التي ساقها أصحاب هذه النظرية لتعزيز رأيهم فلا يمكن التسليم به لان الرهن القضائي ليس حجزاً احتياطياً ولا يعد نوعاً من أنواعه وقد سجلنا الانتقادات على أسانيدهم وهي.

1- قالوا بخصوص صدوره بقرار قضائي يؤخذ عليه لان إجراءات الرهن القضائي تختلف عن الحجز الاحتياطي كونه لا يتطلب كفالة حجزية تثقل كاهل الدائن الذي يسعى لاستيفاء ضمان لحقه.

2- إن الرهن القضائي منصوص عليه في المواد (2117 و2123) من القانون المدني الفرنسي وكذلك المادة (937) من القانون المدني الجزائري وكذلك المواد (171 - 172) من القانون المدني المغربي أي أنه نظاماً قانونياً متكاملًا حتى وأن لم ينص عليه المشرع العراقي.

(1) ينظر، قرار محكمة استئناف كربلاء الاتحادية/الهيئة التمييزية، بالعدد 24/حجز احتياطي/2008 في 2008/7/2، منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى العراقي، مصدر سابق.

(2) ينظر، أيناس هاشم رشيد، وعود كاتب عبد، أحكام الحجز الاحتياطي في القانون العراقي، مصدر سابق، ص 2-3.

3- الرهن القضائي لا يرتبط بالدعوى الاصلية على عكس الحجز الاحتياطي الذي يرتبط وجوداً وهدماً مع دعوى الدين الأصلي.

ومع هذه التناقضات بين الرهن بوصفه نظاماً متكاملأ وبين الحجز الاحتياطي ، نحن بدورنا لا نميل إلى ترجيح هذه النظرية في تكييف الرهن القضائي لكون المدين يستطيع أن يتخلص من الرهن إذا لم يثبت الدائن دعواه مما يفقد نجاعة الرهن القضائي الذي يقوم على أساس قرار قضائي مكتسب الدرجة القطعية.

#### التوجه الثاني: القائلين بنظرية الحق العيني التبعي:

لقد ذهب أصحاب هذا التوجه إلى أن التزام الحائز للمدين المضمون بالرهن يرجع إلى نظرية الحق العيني التبعي. وقبل بيان الأدلة والحجج التي استندوا إليها في تبرير ما ذهبوا إليه، لا بد من إعطاء فكرة عن نظرية الحق العيني التبعي. فالحق العيني التبعي ، يعرف بأنه سلطة مباشرة يعطيها القانون للدائن على شيء مملوك لغيره يستطيع من خلالها استيفاء دينه من المقابل النقدي لهذا الشيء بالتقدم على سائر الدائنين وفي أي يد انتقل إليه هذا الشيء<sup>(1)</sup> ، كون هذه الحقوق تعطي للدائن حق التقدم لاستيفاء دينه بالأولوية على جميع الدائنين ، وتمنحه أيضاً حق التتبع في حالة انتقال ملكية الشيء إلى الغير، وبهذا فإن قيام حق عيني تبعي كالرهن القضائي على شيء معين يهدف إلى ضمان الوفاء بالدين من خلال تخويل الدائن سلطة التقدم أو الأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء دينه من المقابل النقدي لهذا الشيء وسلطة تتبع الشيء الوارد عليه الحق العيني في أي يد يكون لمباشرة سلطة التقدم. ومضمون هذه النظرية أن الأساس القانوني للرهن القضائي يتلخص في أنه رهن ثالث بالدين المضمون بالرهن يقوم على أساس نظرية الحق العيني التبعي ، ويبررون رأيهم بان مضمون الحق العيني التبعي يعني أن يستوفي صاحب الحق العيني التبعي دينه من ثمن العقار المرهون بغض النظر عن رضا المدين بالرهن أو عدم رضاه ، ولكنهم انقسموا في تبريره إلى قولهم هذا على رأيين ، حيث ذهب الرأي الأول وفقاً لهذه النظرية التي قام بتدريسها الفقيه ميلان ، إلى القول بأن الرهن القضائي هو النتيجة الطبيعية للامتياز على أموال المدين<sup>(2)</sup> ، أي أنه ليس مكملاً للحكم نفسه بقدر ما هو قابل للتنفيذ؛ لأن الغرض منه هو ضمان الامتثال

(1) ينظر ، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ص117.

(2) ينظر ، هنري برمانتييه، دراسة نقدية مقارنة عن الرهن العقاري القضائي الدولي، المصدر السابق ، ص64.



لقرارات المحكمة<sup>(1)</sup> . ويعتبر النصوص القانونية التي تتعلق بالرهن القضائي من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها كون ان الغرض منها هو الامتثال لقرار المحكمة، وأما الرأي الثاني، وفقاً للفقهاء فائس، فيعتبره بالأحرى تدبيراً لنظام خاص يمنح حقاً عينياً تبعياً للدائن على أموال مدينه الحالية والمستقبلية، يُمنح قبل كل شيء لمصلحة الدائنين، ولكنه لا يعد من النظام العام وتعد هذه النظرية هي الأكثر رجحاناً لدى فقهاء وشراح القانون الخاص<sup>(2)</sup> .

ونعتقد بدورنا برجحان النظرية الثانية على النظرية الأولى لأسباب عديدة منها: -

1-الانتقادات العديدة الموجهة للأدلة التي أستند اليها القائلون بالنظرية الأولى.

2-قوة الاسانيد التي طرحها القائلون بالنظرية الثانية كونها توفر ضمانات قانونية إجباريه لمصلحة الدائن تمكنه من الوصول إلى استيفاء حقه في حالة انعدام الرهون الأخرى التقليدية (كالرهن التأميني والحيازي) فالحل الأكثر نجاعة هو اللجوء إلى الرهن القضائي.

3-إقرار التشريعات الحديثة (كالتشريع الفرنسي الجزائري والمغربي ) بأهمية الرهن القضائي مما دعاها إلى تنظيم أحكامه، لذا ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نصوص القانون المدني العراقي فيما يتعلق بالحقوق العينية التبعية وأقرار الرهن القضائي كرهن ثالث ضامن لحقوق الدائن وتنظيم جميع مسائله.

4-نؤيد ما ذهب اليه الاستاذ فائس باعتبار الرهن القضائي تدبيراً يمنح حقاً خاصاً للدائن لضمان حقوقه ولا يعد من النظام العام كونه يجوز الصلح عليه والاتفاق على ما يخالفه.

## المطلب الثاني

### أركان الرهن القضائي

بعد ان تم بيان الشروط الخاصة بالرهن القضائي والمتمثلة في سند المديونية وإجراءات الحصول على قرار الرهن القضائي ابتداءً من أقامه الدعوى وانتهاءً بالحصول على قرار رهن قضائي أما تحفظي (مؤقت) أو قرار نهائي كما أوضحنا وسيتم الان بيان أهم اركان الرهن

(1) ينظر ،هنري برمانتيه، دراسة نقدية مقارنة عن الرهن العقاري القضائي الدولي، المصدر نفسه ، ص65 .

(2) ينظر ،هنري برمانتيه، دراسة نقدية مقارنة عن الرهن العقاري القضائي الدولي، المصدر نفسه ، ص66.

القضائي من رضا ومحل وسبب وشكلية بصورة مفصلة كون هذه الأركان تختلف عما هو عليه في الرهون التقليدية وعليه سنتناول هذه الأركان في فرعين نخصص الأول للأركان الموضوعية ونبحث في الفرع الثاني الأركان الشكلية وعلى النحو التالي.

## الفرع الأول

### الأركان الموضوعية

طالب الرهن القضائي أو الدائن حسن النية هو من يتقرر له الرهن القضائي، وتبين لنا مما تقدم أنه حق عيني تبعي، فنستنتج أنه لا بد أن يكون له صاحب مثل الرهن التأميني والحيازي، وهنا أن المدعي هو المحكوم لصالحه قرار الرهن القضائي ضمناً لتنفيذ سند مديونيته (الحكم الواجب التنفيذ سند دعوى الرهن القضائي)، والمدعى عليه هو الخصم المحكوم عليه بقرار الرهن. ويؤخذ قرار الرهن القضائي كضمانة للمحكوم به وهو أصل الدين والمصروفات والفوائد وعليه سنتناول في هذا الفرع تراضي طرفي دعوى الرهن المتداعين وكذلك محل قرار الحكم من خلال تطبيق القواعد العامة في القانون المدني لمعرفة مدى ملاءمة هذه القواعد لموضوع البحث وهل من الممكن تطبيقها على الرهن القضائي؟ وعلى النحو الآتي:-

### أولاً: -التراضي في الرهن القضائي.

إن التراضي كركن أساس في العقد وجوه تطابق أرادتين، وانصرافهما إلى أحداث أثر قانوني في المعقود عليه. لا ينسجم مع طبيعة الرهن القضائي بوصفه حق عيني تبعي، حيث يندم الرضا في قرار الحكم الصادر بإيقاعه كون القانون يفرضه جبراً ويسلب به أرادة المدين لأن قرار الحكم هو من يثبت أثره على المال المرهون ولكن مع ذلك يشترط القضاء الأهلية اللازمة في كل من الدائن (المرتهن) و المدين (الراهن) على الرغم من أن قرار الرهن ملزم لجانب واحد لكن القانون يشترط أهلية معينة لصحة التقاضي حيث يشترط المشرع الفرنسي أيضاً تحديد أهلية التقاضي عند بلوغ سن الرشد وهو بلوغ الثامن عشر حسب ما أشارت إليه المادة (414) من القانون المدني الفرنسي<sup>(1)</sup>. أما المادة (475) أشارت إلى أن القاصر يمثله

(1) تنظر المادة، Article 414 (1)

الولي أو الوصي أمام المحكمة لتأكيد حقوق القاصر أمام المحكمة<sup>(1)</sup> وكذلك أشتراط المشرع الفرنسي توافر الصفة في كل من المدعي والمدعى عليه في المادة الأولى من قانون الإجراءات المدنية حيث اشارت إلى أن الأطراف فقط هم من يتخذون إجراءات التقاضي مالم ينص القانون على خلاف ذلك<sup>(2)</sup>. أما بالنسبة للقاصر المأذون فقد حدده نص المادة (1-1-388) و المادة (1-2-388) من القانون المدني الفرنسي ببعض الصلاحيات ، أذ أشارت بمنحه بعض الصلاحيات التي يسمح بها القانون والعرف عند بلوغه تمام السادسة عشر من عمره ومما لا شك فيه أن عملية طلب إيقاع الرهن القضائي ماهي الا عملاً نافعاً يصب في مصلحة القاصر وقد منح المشرع الفرنسي سن التمييز لمباشرة هذا الحق<sup>(3)</sup>.

“Modifié par Loi n2007-308 du 5 mars 2007 - art. 7 () JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009

La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance”.

(1) Article 475

“Modifié par Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 7 () JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009

La personne en tutelle est représentée en justice par le tuteur. Celui-ci ne peut agir, en demande ou en défense, pour faire valoir les droits extra-patrimoniaux de la personne protégée qu'après autorisation ou sur injonction du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Le juge ou le conseil de famille peut enjoindre également au tuteur de se désister de l'instance ou de l'action ou de transig”.

(2) Article 1، تنظر المادة،

“Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la “.

Article (388-1-1) المادة 3 تنظر المادة

“L'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes.”

والمادة (388-1-2) Article

“mineur âgé de seize ans révolus peut être autorisé, par son ou ses administrateurs légaux, à accomplir seul les actes d'administration nécessaires à la création et à la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle. Les actes de disposition ne peuvent être effectués que par son ou ses administrateurs légaux.”

بينما أشتراط المشرع الجزائري تمام التاسعة عشر حسب القانون المدني الجزائري وهذا ما أشارت إليه المادة(40) منه ،أما المادة (42) فقد حددت معنى القاصر وهو من لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية كونه فاقداً للتمييز ،لصغر سنه ، أو عته ،أو جنون .وحددت هذه المادة سن التمييز بثلاث عشرة سنة كاملة<sup>(1)</sup> .والقاصر حسب هذه المادة يحتاج من ينوب عنه لعجزه عن إدارة تصرفاته القانونية بنفسه ،ولا يستطيع أن يميز ما ينفعه ؛وذلك بسبب عدم اكتمال رشده وعقله<sup>(2)</sup> .ونجد أن المشرع الجزائري وضع نظاماً قانونياً يهدف إلى رعاية مصالح القاصرين حيث نص في القانون المدني منه في المادة (81) على "من كان فاقداً الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته أو سفه ،ينوب عنه قانوناً ولي ،أو وصي أو قيم طبقاً لأحكام هذا القانون"<sup>(3)</sup> ولم يشترط القانون في الدائن أن يكون أهلاً للتصرف كما فعل بالنسبة للمدين، ذلك لأن الرهن لا يلزم الدائن بأي التزام ، و يكون الرهن بالنسبة له من الأعمال النافعة نفعاً محضاً و لهذا يكون الرهن القضائي صحيحاً غير قابل لذلك للإبطال إذا تمت مباشرته من قبل الصبي المميز أو من في حكمه أي المحجور عليه لسفه أو لغفلة<sup>4</sup> . ونص قانون الإجراءات المدنية الجزائرية والإدارية لقبول الدعوى شرطين وهما الصفة والمصلحة وحسب ما أشارت إليه المادة 13 منه بأنه لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكون له صفة ومصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ويقصد بالصفة أن الدعوى تقدم من قبل صاحب الحق للمعتدى عليه سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ويستلزم أن تتوافر الصفة في كل من المدعي والمدعى عليه وتكتسب هذه الصفة أما بنص قانوني حيث يمنحه هذه الصلاحية مثل الولي أو الوصي ممن ينوب عن القاصر في طلب التقاضي، أو الممثل القانوني عن الأشخاص المعنوية . أما المصلحة فهي المنافع التي يحققها مقدم الدعوى وقت لجوئه إلى التقاضي وتعتبر هي الدافع الأساسي وراء إقامة الدعوى<sup>(5)</sup> .

(1) ينظر ،القانون المدني الجزائري المرقم 75-58 والمؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 ، المتضمن القانون المدني، المعدل، مصدر سابق.

(2) ينظر ، مقراتي وردة، موهوبي سعاد، النيابة الشرعية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية -كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ص 25.

(3) ينظر ،القانون المدني الجزائري .  
4 أحمد شرف الدين التأمينات الشخصية والعينية ، الطبعة الأولى ،دون ذكر دار النشر ، مصر ، 1997 ، ص119.

(5) ينظر، زرارة عواطف، أهلية التقاضي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية العدد 12، المركز الجامعي عباس لغرور خنشلة، الجزائر، ص270.

أما المشرع المغربي فقد حدد سن الرشد ( 18 ) ثمانية عشر سنة وذلك في المادة (209) من مدونة الاسرة<sup>(1)</sup> ، وبالعودة إلى قانون العقود والالتزامات المغربي أشار في المادة (3) منه إلى أن كل شخص كامل الاهلية يكون أهلاً للالتزامات مالم يصرح قانون احواله الشخصية غير ذلك<sup>(2)</sup> . وقد اشترط المشرع المغربي في الدائن المرتهن سن التمييز بالإضافة الى كونه من الأشخاص الذين خول لهم المشرع المغربي حق الاستفادة من الرهن القضائي<sup>3</sup> ويشترك القانون المغربي مع الجزائري في ان يستلزم أن يتوافر في الدعوى شرطي الصفة والمصلحة وهذا ما قرره القانون المدني في فصله الأول بأنه لا يصح التقاضي الا ممن له صفة و يشترط أن تكون الصفة متوفرة في كلي طرفي الدعوى وتعد الصفة من النظام العام يستطيع القاضي أثارها من تلقاء نفسه وكذلك يجب أن تكون له مصلحة حسب ما أشارت اليه المادة أعلاه<sup>(4)</sup> ويقصد بالمصلحة هو الحق الموجود والمستحق الأداء الذي تحميه الدعوى. ومن الاستثناءات على اشتراط الاهلية لصحة التقاضي هو القاصر المرشد حيث يصبح كامل الاهلية في حدود ما تم أرشاده به، ويصح له التقاضي من غير حاجه لتمثيله من قبل الولي أو الوصي وهذا ما نصت عليه المادة (218) من قانون الاسرة المغربي " إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده. يمكن للنائب الشرعي أن يطلب من المحكمة ترشد القاصر الذي بلغ السن المذكورة أعلاه، إذا أنس منه الرشد". أما بالنسبة لعديم الاهلية فإن الصفة تتوافر في ممثله القانوني الشرعي وحسب ما أشارت اليه المادة(230) من مدونة الاسرة النائب عن القاصر هو الولي وهو الاب والام والقاضي أو الوصي وهو وصي الاب أو وصي الام أو المقدم الذي يعينه القضاء<sup>(5)</sup> . ويتولى هؤلاء بالإضافة إلى الاشراف وادارة أموال القاصرين كذلك مهمة تمثيلهم أمام القضاء. اما أهلية الأشخاص الاعتبارية أو المعنوية فإن تمثيلهم يتم بواسطة ممثلهم القانوني حيث أن إقامتهم للدعوى وكذلك حضورهم فيها يعدها مقبول شكلاً أمام القاضي<sup>(6)</sup> . وحدد أيضاً المشرع العراقي الثامنة عشر حسب نص المادة (106) من القانون

(1) ينظر ،ظهير شريف رقم 22.04.1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03، بمثابة مدونة الاسرة.

(2)ينظر ، ظهير شريف بتاريخ 9/رمضان/ 1331 بشأن العقود والالتزامات.

3 محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مصدر سابق ص 453

(4) ينظر ،ظهير شريف رقم 1.74.447 في 11 رمضان 1394 (28/سبتمبر/1974) قانون المسطرة المدنية.

(5) ينظر ،مدونة الاسرة المغربي، مصدر سابق .

(6)ينظر ،محمد بومهمود: قاضي ملحق بوزارة العدل، محاضرة في مادة المسطرة المدنية، جامعة محمد بن عبد الله بفاش، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -فاس -ظهر المهرز، ص48 .

المدني العراقي " سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة" (1) . كذلك ما نص عليه قانون المرافعات المدنية فيما يخص أهلية التقاضي وحسب المادة (3) " يشترط ان يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى و ألا وجب ان ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً في استعمال هذه الحقوق " (2) . وحسب هذا النص فإن اطراف الدعوى هم اركانها ولا بد للمدعي والمدعى عليه ان تتوافر فيهم اهلية التقاضي وهي اهلية الاداء، ويتوجب على القاضي عند نظر الدعوى التحقق من الاهلية من دون طلب الخصوم كونها من النظام العام . فضلاً عن الاهلية أشرط أيضاً الصفة وقد جاءت بمصطلح الخصومة حسب نص المادة (4) من قانون المرافعات المدنية "يشترط ان يكون المدعى عليه خصماً يترتب على اقراره حكم بتقدير صدور اقرار منه وان يكون محكوماً أو ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى".

ومع ذلك تصح خصومة الولي والوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والمحجوز والغائب وخصومة المتولي بالنسبة لمال الوقف ، وقد أشرط المشرع العراقي في القانون المدني الحصول على إذن من المحكمة للحصول على رهن أموال القاصر حيث أنه لم يكتفِ بكفاءة من يمثل القاصر قانوناً وانما اشترط الاذن من المحكمة ضمن إجراءات معينة وهذا ما نصت عليه المادة (105) الفقرة الثانية منها "اما التصرفات الاخرى التي لا تدخل في حدود الادارة كالببيع في غير ما ذكر والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع واستثمار النقود فلا تصح الا بإذن من المحكمة وبالطريقة التي تحددها" (3) . وبالإضافة إلى هؤلاء كذلك من اعتبره القانون خصماً حتى في الاحوال التي لا ينفذ فيها اقراره . تستلزم أغلب القوانين الإجرائية شرط المصلحة فضلاً عن الصفة كشرط عام لقبول الدعوى ، ويجب أن تكون تلك المصلحة حالة ولكن قد تسمح على سبيل الاستثناء أن تكون المصلحة محتملة في حالة خوف الحاق الضرر أو المطالبة بحقوق مؤجلة(4) وهذا ما نصت عليه المادة (6) من قانون المرافعات المدنية ، (يشترط في الدعوى ان يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هناك ما يدعو إلى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن

(1) ينظر ، القانون المدني العراقي، مصدر سابق .

(2) ينظر ، قانون المرافعات العراقي بالعدد 83 لسنة 1969.

(3) ينظر ، القانون المدني العراقي، مصدر سابق.

(4) ينظر ، علي هادي عطية، إشكالية قبول المصلحة المحتملة في الطعون الدستورية، وتطبيقها في الطعن بدستورية الضريبية(دراسة مقارنة )، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، جامعة كربلاء كلية القانون ، السنة الخامسة -العدد الأول-2013م، ص128.

ويجوز كذلك الادعاء بحق مؤجل على ان يراعى الاجل عند الحكم به وفي هذه الحالة يتحمل المدعي مصاريف الدعوى"<sup>(1)</sup>. وحدد أيضاً المشرع العراقي سن الثامنة عشر حسب نص المادة (106) من القانون المدني العراقي " سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة"<sup>(2)</sup> . كذلك ما نص عليه قانون المرافعات المدنية فيما يخص أهلية التقاضي وحسب المادة (3) " يشترط ان يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى ولا يجب ان ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً في استعمال هذه الحقوق"<sup>(3)</sup> . وحسب هذا النص فإن اطراف الدعوى هم اركانها ولا بد للمدعي والمدعى عليه ان تتوافر فيهم اهلية التقاضي وهي اهلية الاداء ، ويتوجب على القاضي عند نظر الدعوى التحقق من الاهلية من دون طلب الخصوم كونها من النظام العام .بالإضافة إلى الاهلية أشترط أيضاً الصفة وقد جاءت بمصطلح الخصومة حسب نص المادة (4) من قانون المرافعات المدنية "يشترط ان يكون المدعى عليه خصماً يترتب على اقراره حكم بتقدير صدور اقرار منه وان يكون محكوماً أو ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى".

نلاحظ إن التشريعات المتقدم ذكرها قد اشترطت تمام الاهلية لمباشرة حق التقاضي وكذلك الصفة التي يجب أن تتوافر في طرفي دعوى طلب إيقاع الرهن القضائي ومن هنا نستنتج أن هذه الصفة تتوافر أيضاً في الكفيل العيني ويقصد به "هو شخص غير المدين يترتب حق رهن على عقاره لضمان الوفاء بالدين المترتب في ذمة المدين وهو لا يسال عن الدين إلا في حدود العقار الذي قدمه"<sup>(4)</sup> " فالرهن يمكن أن يقدم من غير المدين وهو الكفيل العيني وهذا ما نصت عليه المادة (1287) مدني عراقي بقولها "يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز أن يكون كفيلاً عينياً يقدم رهنأً تأمينياً لمصلحة المدين..."<sup>(5)</sup> . نستنتج مما تقدم أن تلك الشروط تشكل صحة التراضي بالنسبة إلى طرفي الرهن القضائي إذ بتوافرها تتشكل لنا ارادة المدين حتى وأن كانت منعدمة كونها صدرت من قاضٍ مختص وتحت نصوص قانونية تضمن نجاعة الحكم القضائي الصادر بإيقاع الرهن فهذه النصوص تشكل ضمانات من ضمانات صحة التقاضي . ونحن بدورنا نقترح إضافة المادة الثانية من تعديل تشريع القانون المدني تنص على

(1) ينظر ،قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق.

(2) ينظر، القانون المدني العراقي، مصدر سابق.

(3) ينظر، قانون المرافعات العراقي بالعدد 83 لسنة 1969.

(4) ينظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص 17.

(5) ينظر ،القانون المدني العراقي، مرجع سابق

أنه (يستلزم لصحة تراضي طرفي دعوى الرهن القضائي توافر الاهلية الصفة والمصلحة على أن لا يتم منح الاذن بإيقاع الرهن القضائي على أموال القاصرين الا بعد الحصول على إذن مديرية رعاية القاصرين وكذلك المحكمة وفق إجراءات تحددها الأنظمة والقوانين الخاصة). وبالإضافة إلى اشتراط الأهلية لدى الدائن يستلزم كذلك توافر حسن النية لديه وقد أشرت عليها المشرع الفرنسي في المواد من ( L51 1-1 إلى L511-3 ) من قانون التنفيذ الفرنسي حيث أشارت إلى أنه يجب أن يكون الدائن طالب الرهن حسن النية ويثبت للمحكمة أن لديه شكوك حول قدرة مدينه على السداد عند تاريخ الاستحقاق. (1) وتعرف حسن النية أنها " موقف شخصي وذاتي لا يمكن تصويره إلا بشخص معين عند موقف محدد أو واقعة بذاتها لان من غير المقبول الحكم على شخص بأنه حسن النية، أو على العكس سيئ النية دون أن يثبت ذلك يقينا، بمعنى آخر فإن ظروف كل منازعة قضائية هي التي تحكم على الشخص بأنه سيء، أو حسن النية في ضوء ما يتبين للقاضي من وقائع تقطع بالدليل الواضح بأنه كذلك" (2) . ولم يشترط المشرع الجزائري حسن النية عند الدائن (طالب الرهن) مثلا لو باع المدين عقارا وحصل بعدها الدائن على قرار رهن قضائي على هذا العقار وهو يعلم ببيعه يكون هذا البيع غير نافذ بحقه و يستمر في طلب حقه في أيقاع الرهن على الرغم من سوء نيته (3) . أما المشرع المغربي فهو لم يشر إلى اشتراط حسن نية الدائن وانما أكتفى بنص المادة (163) من ظهير يونيو (هو المخول بحكم قضائي دون رضی المدين) (4) ولم يحدد شرط حسن النية من ضمن شروطه. أما المشرع العراقي مع عدم تنظيمه للرهن القضائي نستطيع أن نحيل توافر حسن النية في الدائن إلى القواعد العامة في القانون المدني حيث نصت المادة (150) في الفقرة الأولى (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) (5) . إذ إن الأصل هو حسن النية متوافرة لدى الدائن، وعلى من ادعى خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه.

(1) ينظر ، قانون التنفيذ الفرنسي، الفصل الأول (الشروط والتنفيذ)، مصدر سابق ،ص35

(2) ينظر، أكرامي بسيوني عبد الحي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، مجلة الحقوق الكويتية، العدد(3)، 2018، ص290.

(3) ينظر ، أ.د ثامر خالدي، حماية الدائن المرتهن بين الرهن القانوني والرهن القضائي، ص73.

(4) ينظر ،ظهير يونيو، مصدر سابق.

(5) ينظر ،القانون المدني العراقي، مصدر سابق .



## ثانياً: - محل الرهن القضائي :

وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني يُعرّف المحل هو ما يلتزم به المدين سواء أكان إعطاء شيء أم القيام بعمل أو الامتناع عن عمل و لا يستلزم وجود المحل في الوقت الحاضر وانما يكفي أن يضمن وجوده مستقبلاً، كون أحد شروطه هو كونه موجوداً أو قابلاً للوجود و يجب أن يكون مملوكاً للمدين أو كفيله (1) واختلف الفقه الفرنسي في تحديد المحل فقد ميز بين محل الالتزام ، ومحل العقد . ويرى الفريق الأول أن محل العقد هو العملية القانونية التي أتفق اطراف العقد على تحقيقها الالتزام الناشئ عنه مثل الاتفاق على عقد بيع . أما الفريق الاخر فيرى أن العبرة ليست بمحل العقد وانما بمحل الالتزام لان العقد برأيهم لا يتضمن محل وانما يرتب آثاراً ، وهذه الاثار تتمثل في الالتزامات الملقاة على عاتق طرفيه ، وهذه الأخيرة لها محل ويجب ان يكون مشروعاً وممكناً ومعيناً (2) . وحسب الاتجاه التقليدي يكون التمييز بين محل الالتزام الأول وهو الثابت بموجب سند المديونية ويسمى الحق الرئيسي أو الحق التأسيسي وبين محل دعوى الرهن القضائي المعاملة القانونية التي تضمن الحق الرئيسي موضوع الالتزام، حيث أنه لا يمكن أن يكون العقد صحيحاً من دون شيء يكون موضوعه، ويختلف المحل هنا عن محل الالتزام كوّن القانون هو من يفرض التزامات معينة على المدين الراهن بالقدر المطلوب للحفاظ على تنفيذ الالتزام الرئيسي(3) .

ونظراً لهذه الخلافات الفقهية ألغى المشرع الفرنسي ركن المحل حسب تعديل القانون المدني الفرنسي المرقم (136 لسنة 2016) وأكتفى بالتأكيد على مضمون العقد ففي المادة (1163) التي نصت على أن (يكون محل الالتزام هو أداء حالياً أو مستقبلياً، ويجب أن يكون هذا ممكنًا ومحددًا أو قابلاً للتحديد، ويتم تحديده عندما يمكن استنتاجها من العقد أو بالرجوع إلى الأعراف أو العلاقات السابقة بين الطرفين ، دون الحاجة إلى اتفاق جديد بين الطرفين). (4) أما

(1) ينظر ،فتحية امحمد محمد امحمد، أحكام رهن الأموال المنقولة والديون رهناً مجرد من الحيازة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط قسم القانون الخاص، عمان الأردن، حزيران 2021، ص35.

(2) ينظر ، محبوب غفران، مكيد نعيمة، مضمون العقد بديل لركني المحل والسبب في قانون العقود الفرنسي الجديد، بحث منشور في مجلة صوت القانون، المجلد الثامن، العدد خاص ،2022، ص449.

(3) Poulin, É., L'hypothèque de la chose d'autrui, Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval, Volume 30, numéro 2, 1989,p 315\_316

(4) تنظر المادة ،1163 Article

Modifié par Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 – art.2” L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et

بالنسبة لمشروعية المضمون فقد نصت عليها المادة (1162) ( لا يجوز أن يخالف الاتفاق النظام العام لا بهدفه ولا شروطه )<sup>(1)</sup> على الرغم من اشتراط القواعد العامة في المحل بأنه يجب أن يعين العقار تعييناً دقيقاً إلا أن المشرع الفرنسي منح الدائن حق طلب إيقاع الرهن على عقارات المدين الحالية والمستقبلية وذلك حسب نص المادة (2161) من القانون المدني الفرنسي التي منحت المدين حق طلب إيقاع الرهن القضائي على جميع عقارات المدين الحالية والمستقبلية<sup>(2)</sup>.

وقد نظمت القواعد العامة في القانون المدني الجزائري المحل في المادة (92) إلى المادة (96) وحددت شروطه بأن :-

- 1- أن يكون الالتزام ممكناً غير مستحيل ويقصد به أن يكون محل الالتزام موجوداً أو قابلاً للوجود في المستقبل ، والا تعرض للبطان .
- 2- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ، وبرأينا أن هذا الشرط في الرهن القضائي يندرج تحت تحديد جنس وموقع العقار المطلوب إيقاع الرهن عليه .
- 3- أن يكون مشروعاً أي أنه لا يخالف النظام العام والآداب العامة<sup>(3)</sup>

فضلاً عن ذلك أشرت المشرع الجزائري في المادة (940) من القانون المدني الجزائري بأن يكون الرهن على عقار أو عقارات مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق ويمكن بيعها في المزاد العلني<sup>(4)</sup> أما المشرع المغربي فقد نظم المحل في المواد من (57) إلى (61) في قانون الالتزامات والعقود وقد جاءت شروطه مطابقه لما هو عليه في التشريع الجزائري من كونه

---

déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence au usage ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit “.

تنظر المادة، 1162، (1) Article

“La convention ne peut porter atteinte à l'ordre public, ni à son objet ni à ses conditions”

(2) تنظر المادة (2161) من القانون المدني الفرنسي، مصدر سابق .

(3) ينظر ، القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

(4) ينظر ، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص410.

معيناً أو قابلاً للتعيين وكذلك يجب ان يكون ممكناً غير مستحيل وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة .

أما القانون المدني العراقي فقد حدد شروط المحل في المادة (128)

1 - يلزم أن يكون محل الالتزام معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجودا وقت العقد ، أو بيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف.

2 - على انه يكفي ان يكون المحل معلوما عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر.

ونستنتج من خلال الشروط التي ذكرت أعلاه وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني العراقي بأن شروط محل الرهن القضائي وهو العقار أو العقارات المطلوب إيقاع الرهن عليها، أن يكون معيناً تعييناً دقيقاً وكذلك يذكر فيه كافة البيانات المطلوبة من بيان موقعها، وجنسها، وتقديم كافة الأوراق التي تثبت قيمتها. ويكون هذا العقار مما يجوز التعامل فيه وبيعه في المزاد العلني أي أن تكون كالتالي يجوز رهنها رهناً اتفاقياً<sup>(1)</sup>.

ونقترح على المشرع العراقي بأن يتم تحديد المحل وفقاً للنص التالي (يشترط في محل الرهن القضائي أن يكون عقاراً معيناً وموجوداً أو قابلاً للوجود ومشروعاً) .

### ثالثاً: -السبب

تعد نظرية السبب حتى عهد قريب بأنها نظرية معقدة وصعبة وأن الغموض يكتنفها، الأمر الذي أدى إلى اختلاف الآراء فيها اختلافاً كبيراً بين مؤيد لها ومدافع عنها، وبين ناقد لها داع إلى هدمها من أساسها لعدم الفائدة منها ، كذلك اختلفت التشريعات فيها في وفقاً للتشريع الفرنسي حسب المادة (1108) من القانون المدني قبل التعديل في سنة (2016) التي كانت تنص على ان للعقد أربعة اركان أهلية، رضا، محل، سبب. وتنص المادة (1128) التي حلت محلها ، بعد التعديل على أنه يستلزم لصحة العقد موافقة الأطراف وأهليتهم للتعاقد، وأن يكون

(1) ينظر، أ.د ثامر خالدي، حماية الدائن المرتهن بين الرهن القانوني والرهن القضائي ، مصدر سابق، ص74.

مضمون العقد مشروعًا . أما ما إشارة له المادة (1131) قبل التعديل قضت بأن الالتزام بغير سبب أو بسبب كاذب أو غير مشروع لا يكون له أي أثر . لكنها بعد التعديل أوجبت حسب ما إشارة له المادة (1162) التي حلت محلها ، أن العقد لا يمكن أن يمس النظام العام ، سواءً في نصوصه أم في أغراضه ، سواء أكانت هذه الأغراض معروفة لدى أطراف العقد أم لا (1) . وقد الغى المشرع ركن السبب ودمجه مع المحل تحت مسمى مضمون العقد وفقًا لما أشارت إليه المادة (1128) أعلاه وبهذا قد أستغنى المشرع الفرنسي عن فكرة المحل والسبب وحل محلها فكرة (مضمون العقد) . وقد أستبدل المشرع نظرية السبب بقواعد أكثر وضوحًا ، تتيح للقاضي التوصل إلى نفس النتائج متجنبًا بذلك المصاعب التي يثيرها مفهوم السبب (2) ولكن باعتبار أن الرهن القضائي حق عيني تبعي السبب في الرهن القضائي هو الحق الثابت بموجب سند الدعوى وتتم المطالبة بالرهن القضائي باعتباره حق عيني تبعي إذ إن الدائن لا يمكنه المطالبة بالرهن القضائي إذا لم يكن لديه دين حيث أن الرهن القضائي و بصفته حق تبعي يدور و جودًا وعدمًا مع الدين(3) .

أما في الجزائر فأختلف الفقهاء في تحديد السبب حيث ذهب بعض الفقهاء إلى الأخذ بالنظرية الحديثة كونها أهتمت بمشروعية السبب إذ إن العبرة بمشروعيته لا بوجوده من خلال الاطلاع على نوايا الأطراف ومعرفة دوافعهم الرئيسية للتعاقد . أما التوجه الآخر يرى أنه يشترط وجود السبب وأستندوا إلى نص المادة (97) من القانون المدني الجزائري ، حيث يستلزم بها حسب رأيهم وجود السبب ومشروعيته وقد اخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة (4) والسبب في الرهن القضائي و فقًا للتشريع الجزائري هو الحق الثابت بموجب قرار الحكم المطلوب بموجبه

(1) ينظر ، صادقي عباس، تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود الإدارية، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، عدد خاص ،2018، ص130 .

(2) ينظر ، أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعية فضائية وصياغة تشريعية -لمحات في بعض المستجدات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع (القانون أداة الإصلاح والتطوير)، ملخص خاص، العدد(2) الجزء الثاني، كلية الحقوق جامعة حلوان، مصر ، 2017، ص304-306.

(3) G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée, t. 2, 3ème éd., 1906, n 902 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, Traité de droit civil, t. 3, Sûretés réelles. Publicité foncière. Contrats civils. Principaux contrats, LGDJ, 1958, n°80: " Le caractère accessoire ne permet pas de concevoir l'hypothèque s'il n'y a pas de créance à laquelle elle puisse être rattachée".

(4) ينظر ، صادقي عباس، تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود الإدارية ،مصدر سابق، ص129 .

الرهن القضائي فلا يتصور و جوده الا تبعاً لوجود المديونية<sup>(1)</sup> ، أما المشرع المغربي فقد تناول ركن السبب في المواد (من 62 إلى 65 ) من قانون العقود والالتزامات حيث تعرض على التوالي إلى ضرورة وجود السبب في الالتزامات وأن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب ثم افترض أن لكل التزام سبباً حقيقياً ومشروعاً إلى أن يثبت العكس<sup>(2)</sup>. و يعد الدين هو سبب الزام المدين بالرهن القضائي استناداً إلى ما نصت اليه المادة (172) من القانون المدني المغربي حيث نصت بأنه "يمكن أن يخول للبائع أو المعاوض أو المتقاسم الذي لم يضمن برهن اتفاقي الأداء الكامل للثمن أو المدرك رهناً إجبارياً على الأملاك محل البيع أو المعاوضة أو القسمة بناءً على حكم قضائي"<sup>(3)</sup>. أما المشرع العراقي فقد نص على السبب في المادة (132)

1) – يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو للآداب.

2 – ويفترض في كل التزام ان له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

3 – اما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك).

نستنتج من ذلك ان المشرع جعل السبب ركناً ثالثاً من أركان العقد إضافة لركني التراضي والمحل وأشار إلى سبب العقد وسبب الالتزام أي أنه قد أخذ بنظريتي السبب في وقت واحد مما يعني أنه جمع بين نقيضين، ولم يشترط وجود السبب وانما افترضه افتراضاً وهو قابل لأثبات العكس. وسبب الدعوى هنا هو مجموعة الوقائع القانونية التي تمنح الحماية القضائية وتطبيق القاعدة القانونية أو التصرف القانوني التي تولد بواسطته الحق أو الالتزام، فهو الاساس القانوني الذي يبنى عليه الطلب، فيستند السبب إلى مصادر الالتزام وهي الحق والارادة المنفردة والفعل

(1) ينظر ،رضا عبد الحليم عبد المجيد، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ، ص346.

(2) ينظر ،قانون العقود والالتزامات المغربي، مصدر سابق .

(3) ينظر ،مدونة الحقوق العينية المغربية، مصدر سابق.

غير المشروع والاثراء بلا سبب ونص في القانون<sup>(1)</sup> . ونستنتج أن سبب دعوى طلب إيقاع الرهن القضائي يستند إلى الالتزام السابق المتمثل في سند الدعوى (قرار حكم). ولا يثير البحث عن السبب أية صعوبة كون أن القاضي هنا يفترض وجود السبب وافترضه مبني على دليل ثابت مسبقاً. ونقترح النص التالي على المشرع (يستلزم على القاضي لقبول دعوى طلب إيقاع الرهن التحقق من وجود السبب ومشروعيته وان لم يذكر هذا السبب في سند الدعوى كي يكون ترتيبه للرهن القضائي بسبب الحكم معتبراً قانوناً ما لم يثبت الدليل على خلاف ذلك).

## الفرع الثاني

### الأركان الشكلية

نتطرق في هذا الفرع إلى ركن الشكلية وكيف أن الحصول على الرهن القضائي هو مرهون بسلطة القاضي وبعد حصول الدائن على القرار يستلزم قيده في سجلات دائرة التسجيل العقاري بالإضافة إلى الإجراءات التي تسبق الحصول على قرار الرهن حيث أنها عملية مركبة تبدأ من إقامة الدعوى لحين تسجيله في السجلات الرسمية. وعليه سنتناول ركن الشكلية على النحو التالي.

### أولاً: -سلطة القاضي

للقاضي سلطة في الامر بالرهن القضائي أو رفضه وذلك بعد توافر الشروط التي يستوجب توافرها في طلب إيقاع الرهن وهي وجود سند المديونية، وكذلك استيفاء الشكلية المطلوبة لإقامة الدعوى التي سبق وان تحدثنا عنها فيما تقدم وكذلك الشروط الموضوعية وهي أهلية أطراف الدعوى وكذلك حسن النية بالإضافة إلى محل وسبب الالتزام. فإذا تبين لدى القاضي أن الشروط تسمح للدائن طالب الرهن الحصول على قرار الرهن فتكون له بذلك سلطة تقديرية بالنسبة إلى تحديد العقار أو العقارات موضوع الدعوى. وكذلك تقدير مبلغ الدين إذا لم يتم ذكره أي سند الدعوى (قرار الحكم)، وأيضاً له سلطة تقديرية في حصر الرهن بعقار أو عقارات أو جزء منها، إذا رأى أنها كافية لسداد الدين و يهدف القضاء الفرنسي إلى تنفيذ القرارات بأكثر

(1)ينظر، ناشتي أحمد أحمد، عريضة الدعوى المدنية شروطها وأهميتها، بحث مقدم الى مجلس القضاء الأعلى، 2011، منشور على الموقع الالكتروني [www.Kroc.org](http://www.Kroc.org) تاريخ الزيارة 2021/7/12، الساعة .am1:12

قدر ممكن من الكفاءة حيث أنه وحسب ما أشارة اليه الفقرة الثانية من المادة (2123) يقع الرهن القضائي على جميع عقارات المدين الحالية والمستقبلية، وهذا النص يبدو للوهلة الأولى أن تطبيقه سهل لكن في الواقع هنالك صعوبات كثيرة أمامه، ويبرز دور الفقه القانوني أذ يوجد توجهان وهما التوجه الأول يرى تقييد أثر الطبيعة العامة للرهن القضائي. حيث أقترح قصره على العقارات الحالية، وأعفاء الأصول المستقبلية. وأيدته محكمة النقض الفرنسية في الكثير من قراراتها، بأن لا شيء يلزم بإلغاء الرهن القضائي، وإنما يكون من الضروري تقييد نطاقه العام على جميع الممتلكات الحالية والمستقبلية، إذا كان أكثر من اللازم<sup>(1)</sup>. ففي ظل نظام يجعل قاعدة تخصيص الرهن القضائي على الممتلكات الحالية هو المبدأ، الذي لا يسمح إلا بالرهن التقليدي، لا يمكن أن يعطي مجالاً أكبر للرهن القضائي، تحت طائلة الاستثناء من القاعدة.

أما التوجه الثاني فيرى أصحاب هذا الاتجاه أن قصر الرهن القضائي على الأصول الموجودة، ليس عملياً. لأنه كيف سيكون حالة الدائن الذي لن يكون لمدينه عقارات وقت الحكم، ومن سيأتي بعد ذلك ليحصل المدين على عقارات كبيرة؟ من الواضح حسب هذه الفرضية أن نصوص الرهن القضائي ستكون لاغية تماماً وغير فعالة. وكذلك لا توجد صعوبات في بعض الأحيان عند التمييز بين الممتلكات التي كانت في حوزة المدين وقت الحكم وتلك التي سيمتلکها بعد ذلك الحين! كما أن اصحاب هذا التوجه لا يعتقدون أن هناك اهتماماً كبيراً بإدخال مبدأ تخصص الرهن القضائي في التشريع المدني الفرنسي. لكن يعتقدون أنه من الممكن تعديل وتصحيح ما هو مفرد في مبدأ العمومية المرتبط به. حيث كان مشروع عام (1804) مدركاً جيداً لعيوب العمومية، وفتح للمدين، بموجب المادة (2161) وما يليها، دعوى التخفيض أو الإلغاء الجزئي في كل مرة<sup>(2)</sup>، حيث تنص المادة (2161) من القانون المدني الفرنسي على (عندما تكون التسجيلات التي تم إجراؤها بموجب المادتين (2122) و(2123) مفردة، يجوز للمدين أن يطلب تخفيضها من خلال الامتثال لقواعد الاختصاص المنصوص عليها في المادة (2159)، تعتبر القرارات التي تشتمل على عدة مباني مفردة عندما تتجاوز قيمة واحد أو عدد

(1) ينظر، هنري بارمانتييه، دراسة نقدية مقارنة عن الرهن العقاري القضائي الدولي، مصدر سابق، ص42-44.

(2) ينظر، هنري بارمانتييه، دراسة نقدية مقارنة عن الرهن العقاري القضائي الدولي، المصدر نفسه، ص42-44.

قليل منها مبلغًا يساوي ضعف مبلغ رأس المال والمصاريف القانونية، التي تزيد بمقدار ثلث هذا المبلغ<sup>(1)</sup>.

ونحن بدورنا نؤيد ما جاء في التوجه الثاني كونه يعزز من ضمانات الدائن ويمنحه الثقة في القواعد القانونية المنظمة للرهن القضائي، ويعطي للقاضي صلاحية واسعة في ممارسة دوره في تفسير نصوص القانون من أجل أحقاق العدل، ويستلزم المشرع الجزائري إعلان الرهن القضائي للمدين في نفس اليوم الذي يصدر فيه قرار الرهن. ومن حق المدين التظلم على هذا القرار بكون أن الدين قد أنتهى أو أن العقارات تزيد قيمتها على قيمة الدين المضمون، وللدائن أيضًا حق التظلم من قرار رئيس المحكمة، في حال رفضه منح الحق في الرهن القضائي على الرغم من توافر الشروط الموضوعية والشكلية في دعواه، وفي حال نقض قرار الرهن من قبل المدين المتظلم. وهناك فرق بين تظلم للمدين والدائن في الجهة التي يقع أمامها التظلم؛ كون المدين يتظلم أمام القاضي الذي أصدر الأمر بالرهن وأما الدائن أمام المجلس القضائي<sup>(2)</sup>. كما أن قضاء الموضوع في المغرب له سلطة تقديرية في تقرير الرهن الإجمالي وهي سلطة مطلقة كقاعدة عامة لكن هذه السلطة تقع تحت مراقبة المحكمة الأعلى درجة، وهنا القاضي له أن يقصر الرهن على مجموعة معينة من الأملاك أو على ملك واحد من أملاك مدينه دون غيره إذا رأى أنه كافٍ لسداد الدين والفوائد والنفقات المستحقة للدائن<sup>(3)</sup>.

أما المشرع العراقي فلم ينظم الرهن القضائي لكن القانون منح للسلطة القضائية مساحة واسعة في إدارة الدعوى وتنظيمها وفقًا لما تقتضيه السرعة والدقة في إنجاز الدعوى حيث منحه القانون حق تفسير القانون وفق ما يسمى بالتفسير القضائي والذي يصدر عن القاضي في

تنظر المادة، 2161 Article (1)

“Création Loi 1804-03-19 promulguée le 29 mars 1804 Lorsque les inscriptions prises en vertu des articles 2122 et 2123 sont excessives, le débiteur peut demander leur réduction en se conformant aux règles de compétence établies dans l'article 2159. Sont réputées excessives les inscriptions qui grèvent plusieurs immeubles lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant”

(2) ينظر، أ.د. ثامر خالدي، حماية الدائن المرتهن بين الرهن القانوني والرهن القضائي، مصدر سابق، ص74

(3) ينظر، الرهن الجبري في التشريع المغربي، مقال منشور على الانترنت، [www.droitfonc.com](http://www.droitfonc.com)، تاريخ الزيارة 2022/7/12، الساعة 3:42am



معرض تطبيقه للقواعد القانونية بحيث يسهل فهمه وبيان أحكامه وكذلك يتفادى جوانب النقص ويساهم في تطوير القانون وتوسعه<sup>(1)</sup>. وفي اعتقادنا أن ذلك لا يكفي لسد النقص التشريعي المتمثل بعدم تنظيم المشرع العراقي للرهن القضائي وهو ما أكدته لنا قضاة الموضوع عند لجوئنا اليهم لغرض أعدادنا موضوع الدراسة .

### ثانياً: -الشكلية

لا يكفي لفاذ الرهن القضائي في حق المدين الحصول على قرار من المحكمة المختصة وانما يستوجب توثيقه لدى دائرة التسجيل العقاري . لذا نجد أن المشرع الفرنسي أوجب قيد الرهن القضائي بمجرد صدوره حيث أوجبت المادة (2423) من القانون المدني الفرنسي تسجيل الرهن القانوني المرتبط بأحكام الإدانة والرهن القضائي، حيث نصت على "يقدم الدائن بنفسه أو من قبل الغير إلى خدمة تسجيل الاراضي:

1-أصل أو نسخة أصلية من قرار المحكمة الذي أدى إلى الرهن، إذا كان ذلك ناتجاً عن أحكام المادة (2401) .

2 -تفويض القاضي أو الحكم القضائي أو سند الرهن القضائي.

تحتوي كل قسيمة حصراً على المؤشرات والإشارات المحددة بمرسوم من مجلس الدولة.

ويتم رفض التسجيل:

1 -في حالة عدم تقديم سند ملكية يولد ضمان الرهن القانوني المرتبط بأحكام الإدانة والرهن القضائي .

2 -في حالة عدم وجود ذكر للمصادقة على هوية الأطراف المنصوص عليها في المادتين 5 و6 من المرسوم الصادر في (4 يناير 1955)، أو إذا لم يتم تحديد المباني بشكل فردي، مع الإشارة إلى البلدية التي يوجد فيها الموقع إذا لاحظت الخدمة المسؤولة عن تسجيل الأراضي، بعد قبول الإيداع، حذف أحد التفاصيل المنصوص عليها، أو وجود تناقض بين البيانات المتعلقة بهوية

(1) ينظر، عماد عبد الله، تفسير القانون، مقال منشور على الانترنت على الموقع [www.hic.com](http://www.hic.com)، تاريخ الزيارة 2022/7/12، الساعة 7:13.

الأطراف أو تعيين الممتلكات الواردة من جهة في الجدول، ومن ناحية أخرى، هذه البيانات نفسها الواردة في الجداول أو العناوين المنشورة بالفعل منذ (1 يناير 1956)، يتم رفض الإجراء الشكلي، ما لم يتم تقديم الطلب بتسوية الجدول أو يقدم المبررات التي تثبت دقته، وفي هذه الحالة ترتب الإجراءات الرسمية في تاريخ تسليم القسيمة المسجلة في سجل الإيداع.

كما يتم رفض الإجراء الشكلي عندما يتضمن القرار مبلغاً من الديون المضمونة أكبر من ذلك الظاهر في سند الرهن القانوني المرتبط بالحكم والرهن القضائي" (1).

تنظر المادة، 2423 Article (1)

“L'inscription des hypothèques est opérée par le service chargé de la publicité foncière sur le dépôt de deux bordereaux datés, signés et certifiés conformes entre eux par le signataire du certificat d'identité prévu aux articles 5 et 6 du décret du 4 janvier 1955 ; un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions de forme auxquelles le bordereau destiné à être conservé par ce service doit satisfaire. Au cas où l'inscrivant ne se serait pas servi d'une formule réglementaire, le service chargé de la publicité foncière accepterait cependant le dépôt, sous réserve des dispositions de l'avant-dernier alinéa du présent article. Toutefois, pour l'inscription de l'hypothèque légale attachée aux jugements de condamnation et de l'hypothèque judiciaire, le créancier présente en outre, soit par lui-même, soit par un tiers, audit service :

1° L'original, une expédition authentique ou un extrait littéral de la décision judiciaire donnant naissance à l'hypothèque, lorsque celle-ci résulte des dispositions de l'article 2401 ;

2° L'autorisation du juge, la décision judiciaire ou le titre pour l'hypothèque judiciaire.

Chacun des bordereaux contient exclusivement les indications et mentions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Le dépôt est refusé :

1° A défaut de présentation du titre générateur de la sûreté pour l'hypothèque légale attachée aux jugements de condamnation et pour l'hypothèque judiciaire ;

2° A défaut de la mention visée de la certification de l'identité des parties prescrite par les articles 5 et 6 du décret du 4 janvier 1955, ou si les immeubles ne sont pas individuellement désignés, avec indication de la commune où ils sont situés.

Si le service chargé de la publicité foncière, après avoir accepté le dépôt, constate l'omission d'une des mentions prescrites, ou une discordance entre, d'une part, les énonciations relatives à l'identité des parties ou à la désignation des immeubles contenues dans le bordereau, et, d'autre part, ces

وكذلك يؤكد القضاء الفرنسي على ركن الشكلية في الرهن القضائي (وبحسب المادة 2394 ) من القانون المدني الفرنسي ، لا يتم الرهن إلا في الحالات وبالصيغ التي يصرح بها القانون. وتنص المادة (2412) من نفس القانون على أنه (إذا استفاد من حصل على حكم لصالحه من رهن قضائي، فلا يُعفى من تسجيله بموجب شروط المادة (2426) من هذا القانون. حيث أنه لا يستثنى من ذلك) ، وكذلك تقديم قرار معادل للرهن لا يمكن قبول تسجيله (الغرفة المدنية الثانية 28 سبتمبر 2017، الاستئناف رقم 16-20437-2017، BICC رقم 875 بتاريخ 1 فبراير 2018)<sup>(1)</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد نص بموجب المادة (31) من قانون رقم (98-12) المتضمن قانون المالية لسنة 1999 " بالنسبة للرهن الذي ينشأ بموجب حكم قضائي يكون الإيداع خلال ثلاثة أشهر من اليوم الذي صار فيه الحكم نهائياً أما الرهن الذي ينشأ بموجب عقد اتفاقي، فيجب قيده خلال شهرين من تاريخ تحريره...".<sup>(2)</sup> ونلاحظ هنا ان المشرع قد منح مدة ثلاثة أشهر لغرض قيد القرار الذي يقضي بالرهن حتى يكون نافذاً بحق المدين والغير. وقد نص المشرع المغربي

mêmes énonciations contenues dans les bordereaux ou titres déjà publiés depuis le 1er janvier 1956, la formalité est rejetée, à moins que le requérant ne régularise le bordereau ou qu'il ne produise les justifications établissant son exactitude, auxquels cas la formalité prend rang à la date de la remise du bordereau constatée au registre de dépôts. La formalité est également rejetée lorsque les bordereaux comportent un montant de créance garantie supérieur à celui figurant dans le titre pour l'hypothèque légale attachée aux jugements de condamnation et pour l'hypothèque judiciaire ainsi que, dans l'hypothèse visée au premier alinéa du présent article, si le requérant ne substitue pas un nouveau bordereau sur formule réglementaire au bordereau irrégulier en la forme.

تنظر المادة ، 2394 (1) Article

du code civil, l'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la Loi. L'article 2412 du même code prévoit que si celui qui a obtenu un jugement en sa faveur bénéficie d'une hypothèque judiciaire, il n'est pas dispensé de procéder à l'inscription de celle-ci dans les conditions de l'article 2426 de ce code. Aucun texte ne le prévoyant, la publication d'un commandement valant saisie immobilière à la requête d'un créancier ne saurait être assimilable à une inscription d'hypothèque sur l'immeuble saisi. Par conséquent, la créance en question, ne peut Salors être admise qu'à titre chirographaire (2e Chambre civile 28 septembre 2017, pourvoi n°16-20437, BICC n°875 du 1er février 2018 et Legifrance".

(2) ينظر ،قانون المالية الجزائري رقم 12-28 لسنة 1999 .

في المادة (65) من ظهير التحفيظ العقاري على مبدأ تقييد الرهن حيث جاء بها (يجب أن تشهر بواسطة التقييد في الرسم العقاري جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض وجميع المحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري وجميع الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عيني عقاري أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه...) ومن هنا يتبين أن الرهن القضائي يجب أن يخضع للتسجيل على أساس أنه صادر بموجب حكم قضائي حائز قوة الشيء المقضي فيه. فتقييد الرهن القضائي في دائرة السجل العقاري له أهمية كبرى تتمحور في المادة (66) من ظهير التحفيظ العقاري والتي أشارت إلى (كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده وابتداء من يوم التقييد بالرسم العقاري)<sup>(1)</sup> ، وكذلك المادة (169) من مدونة الحقوق العينية التي اعتبرت (أن كل رهن رسمي مقيد بكيفية منظمة في الرسم العقاري يحتفظ برتبته وصلاحيته بدون أي إجراء جديد إلى أن يقيد الإبراء من الدين بكيفية منظمة بالرسم المذكور)<sup>(2)</sup> . ومما تقدم نرى بيان هذه المواد الأهمية العملية للتقييد في السجلات العقارية كون الشكلية تعد جزء لا يتجزأ من أركان قرار الرهن القضائي. أما المشرع العراقي فعلى الرغم من عدم تنظيمه الرهن القضائي، إلا أنه قد نص في المادة الثانية من قانون التسجيل العقاري على الآتي .

"تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية والاحكام القضائية الحائزة درجة البتات و ما في حكمها الواردة على الحقوق العقارية الاصلية والتبعية وانتقال هذه الحقوق إلى الخلف العام"<sup>(3)</sup> . ونرى إمكانية تسجيل الرهن القضائي استناداً إلى أحكام هذا النص كون الرهن ناتج عن قرار قضائي مكتسب حجية الامر المقضي فيه وكذلك يستلزم قضاء محكمة التمييز الاتحادية تسجيل جميع التصرفات على العقار في دائرة التسجيل العقاري حيث جاء في قرارها المرقم (369 /منع معارضة /2009) "بأن اشغال العقار استناداً إلى عقد رهن يبيح للدائن المرتهن اشغال العقار ولم يسجل عقد الرهن في دائرة التسجيل العقاري يجعل العقد باطلاً واشغاله للعقار لا سند له من القانون"<sup>(4)</sup> . ونرى بأن عملية التسجيل هي جزء لا يتجزأ

(1) ينظر ،ظهير التحفيظ العقاري المغربي الصادر في (12 أغسطس 1913).

(2)ينظر ،مدونة الحقوق العينية المغربية، مصدر سابق

(3)ينظر ، قانون التسجيل العقاري العراقي المرقم (43) لسنة 1971.

(4) ينظر، قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية بالعدد 369 /منع معارضة /الهيئة المدنية في

2009/1/29، منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى، [www.hic.iq](http://www.hic.iq) ، تاريخ الزيارة

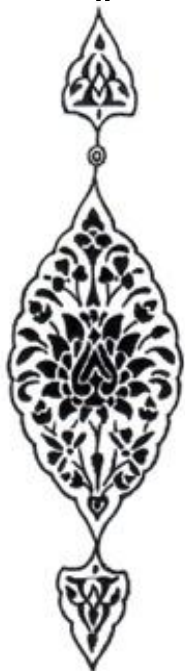
من القرار القضائي كونه يتضمن حقوقاً عينياً واردة على عقار، وهذه التصرفات لا تعد نافذة بحق المدين الا بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري. ونقترح على المشرع إضافة النص القانوني التالي ضمن مشروع التعديل الذي نقترحه (لا يجوز إجراء التصرفات القانونية على العقارات التي صدر فيها قرار رهن قضائي حائز على درجة البتات ومقيد في سند العقار في دائرة التسجيل العقاري إلا بتأشير تلك التصرفات على قيد ذلك العقار في السجل العقاري).

الفصل الثاني

أحكام ضمان حق

الدائن المرتهن في الرهن

القضائي



## الفصل الثاني

### أحكام ضمان حق الدائن المرتهن في الرهن القضائي

تبرز أحكام الرهن القضائي من خلال مجموعة قواعد موضوعية وشكلية، تنظم مجموعة من الحقوق الممنوحة للدائن المرتهن حيث ان هذه القواعد تضمن حق الدائن قبل حلول أجل الدين، وبعده فالمدين لا يفقد في الرهن القضائي حيازته للعقار المرهون وله حق التصرف فيه بكل انواع التصرفات القانونية والمادية بشرط ان لا يضر ذلك بحقوق الدائن، لان هذه التصرفات لا تكون نافذه في حقه ولا يلحقه منها ضرر ما دام تسجيلها تاليا لتسجيل قرار الرهن، اما الدائن فيكتسب حقاً عينياً على العقار أو العقارات المرهونة يسمح له هذا الحق بتتبع العقار المرهون في أي يد يكون، ومنعت أغلب القوانين التنفيذ على أموال المدين الأخرى الا إذا كان المرهون لا يفي بالدين، ويمكن أن يقدم الرهن القضائي بواسطة كفيل عيني ويستطيع الدائن التنفيذ على العقار المقدم من قبله فقط، ولا يستطيع التنفيذ على بقية أمواله لاستيفاء دينه، وبناء على ما تقدم سأقسم هذا الفصل على مبحثين في الأول سنتناول حقوق الدائن الكفيلة بتوفير الحماية له وفي المبحث الثاني نبحث فيه ضمانات الدائن بعد قيد الرهن في السجل العقاري وعلى النحو التالي.

### المبحث الأول

#### حقوق الدائن الكفيلة بتوفير الحماية له

فيما تقدم رأينا ان للرهن القضائي قواعد تميزه عن غيره من الرهون التقليدية وتجعل منه من أكثر الرهون نجاعة في استيفاء الدائن دينه، وأهم هذه القواعد هي تخصيص الرهن القضائي والتي تناقض بدورها قاعدة تخصيص الرهن، الواردة في الرهون التقليدية، بالإضافة إلى جملة قواعد شكلية تهدف إلى قيد الرهن القضائي بطريقة تسمح للدائن تسجيله في أي وقت بعد حصوله على القرار، و لتوضيح دور هذه القواعد سأقسم هذا المبحث على مطلبين في الأول نتناول قاعدة تخصيص الرهن القضائي وفي المطلب الثاني سأتناول حماية مصالح الدائن بموجب إجراءات قيد الرهن، وعلى النحو التالي .

## المطلب الأول

### قاعدة تخصيص الرهن القضائي

في هذا المطلب سأتناول دور قاعدة تخصيص الرهن القضائي في ضمان حق الدائن المرتهن والمقصود بها أن الرهن هو تعيين العقار والدين لكي نرى مدى نجاعة هذه القاعدة التي تواجه رهن عام يشمل كل عقارات المدين الحالية والمستقبلية ولكن قبل ذلك نبحث عن التوقيت الذي يتم به طلب أيقاع الرهن القضائي لكون أجل استحصال هذا القرار له أهمية في اصدار قرار الحكم بالرهن وذلك من خلال فرعين في الأول أتناول أجل تقييد الرهن القضائي وفي الفرع الثاني أتناول دور قاعدة تخصيص الرهن القضائي في ضمان حق الدائن وعلى النحو التالي.

## الفرع الأول

### الاجل الذي يؤخذ به الرهن القضائي

متى ما توافرت شروط و أركان الرهن القضائي المنصوص عليها في القانون أصبح من حق الدائن أخذ رهن قضائي على عقار أو أكثر من عقارات مدينه ، لكن اختلفت التشريعات في الوقت الذي يجوز تقييد الرهن في السجل العقاري وفقا للتشريع الفرنسي فإنه يمكن تسجيل قرار الرهن القضائي فورًا ، على الرغم من أن الحكم يخضع لاستئناف وقف تنفيذه ، هذه الدقة في منح التسجيل بعيدة كل البعد عن كونها تخل بحقوق الدائن ؛لكونها تحدد بوضوح الفرق بين وجوب التنفيذ والرهن القضائي ، حتى قبل أن يصبح قابلاً للتنفيذ ، ويمنح هذا الامتياز للدائن وذلك رغبة في حمايته من التصرفات الاحتيالية من قبل المدين .هذا ما يجعل الفقيه بلانيول يقول إن تسجيل الرهن العقاري للأحكام ليس مجرد إجراء احترازي ، ومع ذلك إذا سمح للدائن بتسجيل الرهن القضائي بينما لا يزال الحكم مؤقتاً فقط أو غير قابل للتنفيذ، ويلخص ذلك بلانيول بقوله: "إن مسألة القوة التي تحتفظ بها القرارات لا ترتبط ارتباطاً وثيقاً بسلطة الأمر المقضي به" (1) عند التنفيذ على العقار أو العقارات المرهونة يجب ان يكون لدى الدائن قرار نهائي مكتسب الدرجة القطعية .

---

(1) Adèle Geoffret, L'hypothèque dite judiciaire attachée aux jugements de condamnation, Master Recherche, Université of Paris, 2021, pg 25-27-28.



ونصت المادة (L111-10) من قانون التنفيذ الفرنسي على (باستثناء أحكام المادة -311 L. 4، يجوز مواصلة التنفيذ حتى نهايته بموجب عنوان قابل للتنفيذ مؤقتا يستمر التنفيذ على حساب الدائن. يعيد الأخير المدين إلى حقوقه العينية أو ما يعادلها إذا تم تعديل القرار لاحقا) (1) وهو ما أكدت عليه نص المادة (L311-4) بأنه (قرار المحكمة قابل للتنفيذ مؤقتا، لكن لا يمكن أن يتم البيع القسري إلا بعد أن يصبح القرار النهائي نهائيا) (2).

وهذا يؤكد بأن قوة التأمين العيني القضائي المتمثل بالرهن ينشأ مباشرة من الحكم وليس من تسجيله الذي يعد فقط شرطا لنفاذه تجاه المدين ، ما يتعلق بوقت التسجيل، فإن المبدأ هو أن الرهن، يمكن أن يؤخذ من قيام الضمان حتى انقضاء المطالبة. ولا يمنع تسجيل الرهن بعد اعلان افلاس المدين إذا تم اخذ الرهن قبل دخوله في فترة الشبهة (الريبة) وكذلك لا تمنع وفاة المدين التسجيل إذا تم أخذ الرهن قبل وفاته (3). وهذا يعني أن الرهن يمكن الحصول عليه من دون أن يتم التسجيل بتوقيت معين الا أن القانون أورد استثناء وهو عدم جواز أخذ هذا الرهن بعد وفاة المدين. وذلك لحلول الدين بمجرد الوفاة. فالمشرع الفرنسي في نص المادة (2422) الفقرة الثانية التي نصت على (لا يترتب على التسجيل أي أثر بين دائني الورثة إذا تم إجراؤه من قبل أحدهم بعد الوفاة) (4). وأكدت كذلك محكمة النقض الفرنسية على ذلك في أحد مبادئها

(1) Article L111-10، تنظر المادة

“Réserve des dispositions de l'article L. 311-4, l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire à titre provisoire. L'exécution est poursuivie aux risques du créancier. Celui-ci rétablit le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent si le titre est ultérieurement modifié”.

(2) Article L311-4، تنظر المادة

“Lorsque la poursuite est engagée en vertu d'une décision de justice exécutoire par provision, la vente forcée ne peut intervenir qu'après une décision définitive passée en force de chose jugée.

Toutefois, pendant le délai de l'opposition, aucune poursuite ne peut être engagée en vertu d'une décision rendue par défaut”.

(3) Adèle Geoffret, L'hypothèque dite judiciaire attachée aux jugements de condamnation, Référence précédente,pg 33.

(4) Article 2422

“L'inscription ne produit aucun effet entre les créanciers d'une succession si elle n'a été faite par l'un d'eux que depuis le décès, dans le cas où la succession n'est acceptée qu'à concurrence de l'actif net ou est déclarée vacante.”

بأنه بعد وفاة شخص، تم الإعلان عن تركته وورثته، وتعيين أمين للتركة. بعد ذلك بعامين، قام دائنان بتسجيل رهون قضائية على مبنى تابع للمتوفي. وهنا استدعت المحكمة الأمين على التركة للإفراج عن تسجيلات الرهن القضائي العقاري، معتبرين أن هذه التسجيلات محظورة بموجب المادة (2422) التي تنص على أن "التسجيل ليس له أي أثر بين دائني التركة إذا كان قد تم من قبل أحدهم فقط بعد الوفاة، في حالة قبول التركة". ومع ذلك فإن الرهن (في 24 يناير 2013) بعد الوفاة (11 مارس 2008) وبالتالي، فإن أمين التركة يطلب إبراء الذمة من الرهنيين وقد أيدت محكمة الاستئناف طلب أمين التركة. قدم الدائنون طعناً أمام محكمة النقض، بحجة أن المادة (2422) لا تحظر تسجيل الرهن العقاري بعد الوفاة وقد ردت محكمة النقض الطلب على أن تسجيل الرهن لا يترتب عليه أي أثر بين دائني التركة، إذا لم يتم ذلك من قبلهم بعد الوفاة. وأمرت ببطلانها وعدم فعالية التسجيل كونها انتهكت القانون.<sup>(1)</sup> ومن ذلك يتضح من

(1) Civ. 3e, 5 janv. 2022, FS-B, n° 20-21.359 منشور على الموقع الرسمي للجمهورية الفرنسية، مصدر سابق.

“Après le décès d’une personne, sa succession avait été déclarée vacante, et le service des domaines avait été désigné curateur de la succession. Deux ans plus tard, deux créanciers font inscrire des hypothèques judiciaires sur un immeuble dépendant de la succession. Le curateur assigne les deux créanciers hypothécaires en mainlevée des inscriptions hypothécaires, estimant que ces inscriptions sont interdites par l’ancien article 2427, alinéa 2, du code civil, applicable à l’espèce (devenu l’art. 2422 depuis l’ord. n° 2021-1192 du 15 sept. 2021). Ce texte dispose que « l’inscription ne produit aucun effet entre les créanciers d’une succession si elle n’a été faite par l’un d’eux que depuis le décès, dans le cas où la succession n’est acceptée qu’à concurrence de l’actif net ou est déclarée vacante ». Or, en l’espèce, l’inscription (le 24 janv. 2013) a eu lieu après le décès (le 11 mars 2008) et après la déclaration de vacance (le 7 janv. 2011). Par conséquent, le curateur de la succession demande la mainlevée des deux hypothèques. La demande est accueillie par la cour d’appe-

Les créanciers forment un pourvoi en cassation, soutenant que l’article 2427, alinéa 2, du code civil n’interdit pas l’inscription d’une hypothèque après le décès lorsque la succession est déclarée vacante. code civil prévoit que les inscriptions hypothécaires ne produisent aucun effet entre les créanciers d’une succession, si elle n’a été faite par l’un d’eux depuis le décès, dans le cas où la succession n’est acceptée qu’à concurrence de l’actif net ou est déclarée vacante, cette disposition qui se borne à déclarer que les inscription sont inefficaces dans le règlement des créanciers, n’en prévoit pas la nullité ni la mainlevée ; que la Cour d’appel qui a ordonné la mainlevée”.

القانون الفرنسي أخذ الرهن القضائي بعد وفاة المدين حتى يضمن عدم تواطئ ورثة المدين مع دائن معين، وكذلك منع القانون أخذ الرهن بعد أفلاس المدين وخلال فترة الشبهة (الريبية)، عملاً بنص المادة (2427) (لا يترتب على تسجيل الرهن أي أثر بين دائني التركة إذا تم إجراؤه من قبل أحدهم بعد الوفاة...)<sup>(1)</sup>.

أما في التشريع الجزائري فإنه متى ما توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة (937) والتي نصت على "يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل على حق تخصيص عقارات مدينه ضمان لأصل الدين والمصاريف ". فإن الدائن يستطيع الحصول على الرهن القضائي على عقارات مدينه في أي وقت يشاء، غير أن المشرع المدني الجزائري منع أخذ الرهن بعد موت المدين أو أفلاسه كونه يهدف إلى المساواة بين دائني المدين ومنعاً لتواطئ ورثته في تقرير الرهن القضائي على عقارات مورثهم. ولكن هذا لا يمنع من قيد الرهن إذا تم أخذه في حياة المدين أو قبل افلاسه حيث يقوم بقيده بعد وفاته، لأن هذا القيد اللاحق يعتبر من قبيل الاجراءات التحفظية كما أنه لا يخل

تنظر المادة، Article 2427، (1)

“Les créanciers privilégiés ou hypothécaires ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire, à partir de la publication de la mutation opérée au profit d'un tiers. Nonobstant cette publication, le vendeur, le prêteur de deniers pour l'acquisition et le copartageant peuvent utilement inscrire, dans les délais prévus aux articles 2379 et 2381, les privilèges qui leur sont conférés par l'article 2374. L'inscription ne produit aucun effet entre les créanciers d'une succession si elle n'a été faite par l'un d'eux que depuis le décès, dans le cas où la succession n'est acceptée qu'à concurrence de l'actif net ou est déclarée vacante. Toutefois, les privilèges reconnus au vendeur, au prêteur de deniers pour l'acquisition, au copartageant, ainsi qu'aux créanciers et légataires du défunt, peuvent être inscrits dans les délais- prévus aux articles 2379, 2381 et 2383, nonobstant l'acceptation à concurrence de l'actif net ou la vacance de la succession. En cas de saisie immobilière ou de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas de procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers, l'inscription des privilèges et hypothèques produit les effets réglés par les dispositions du titre XIX du livre III du présent code et par celles des titres II, III ou IV du livre VI du code de commerce.”

بالمساواة بين الدائنين لأن الحق ثابت فيه قبل وفاة المدين (1) وقد ذهب المشرع المغربي في الفصل (65) من ظهير التحفيظ العقاري في تحديد أجل تسجيل قرار الرهن القضائي في ثلاثة أشهر تبدأ بعد تاريخ اكتسابه الدرجة القطعية ، وفي حالة عدم تمكن الدائن من تسجيل حقه خلال هذه المدة ، يمكنه اللجوء إلى المحكمة لإرغام المدين على التسجيل ، أو أنه يبادر إلى قيد احتياطي لضمان حقه . حيث أن عدم تسجيل الرهن القضائي يجعله لا يرتب أي أثر ولا يبقى للدائن سوى المطالبة بالتعويض من المدين لكونه عرقل عملية التسجيل (2) . مما تقدم نرى أن المشرع المغربي وفقاً لهذا النص قد تشدد في إجراءات قيد الرهن مما يجعله عبئاً على الدائن كونه يستلزم اكتساب القرار الدرجة القطعية ، حتى يمكن تسجيله و أيضاً كذلك حدد مدة من الممكن خلالها أن يتوفى المدين أو يتم اعلان أفلاسه مما يؤدي إلى انعدام أثره بالنسبة للدائن و يصبح دائناً عادياً على الرغم من أنه يحمل قراراً يقضي بإيقاع الرهن . أمّا المشرع العراقي وعلى الرغم من عدم تنظيمه للرهن القضائي الا أن القواعد العامة في القانون المدني تنص في المادة (247) (الالتزام بنقل الملكية أو اي حق عيني اخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل) . فعند اقتراحنا لنص يمكن تطبيقه على الرهن القضائي يستلزم أن نأخذ هذا النص بنظر الاعتبار حيث ينص الحق في اخذ الرهن أن ينشأ مباشراً عند صدور القرار ولا يعتمد على اكتسابه للدرجة القطعية و أن عملية التسجيل في السجل العقاري ما هي الا عملية اعلام بذلك الحكم ولا يتم تنفيذه الا بعد اكتسابه الدرجة القطعية ، وبناء على ذلك نقترح على المشرع النص الاتي (يمنح الدائن الحق في الرهن القضائي استناداً إلى قرار محكمة البداة و لا يتوقف تقييده على اكتسابه لحجية الامر المقضي فيه ، وانما يستلزم لإتمام عملية البيع في المزاد العلني اكتسابه للدرجة القطعية).

(1) ينظر ، عماري آسية، حجوة مروة، حق التخصيص في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، الجزائر 2016 - 2017 ، ص 23 .  
(2) ينظر، علي حسين نجدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، مطبعة عيبر للكتاب والاعمال التجارية، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 1982، ص 189.

## الفرع الثاني

### دور قاعدة تخصيص الرهن في ضمان حق الدائن

يعد الرهن القضائي رهناً خاصاً من حيث الديون المضمونة كونه يستوجب تحديد الدين المضمون تحديداً كافياً نافياً للجهالة و رهناً عاماً من حيث قاعدته .فهو يغطي جميع الممتلكات غير المنقولة للمدين الحالية ، والمستقبلية ، إذا فهو متحرر من قاعدة تخصيص الرهن من ناحية العقارات المرهونة ، لكن مع ذلك وفي تعديل عام 1955 للقانون المدني الفرنسي اوجب تعيين العقار أو العقارات المطلوب عليها الرهن عند طلب التسجيل لكنه لم يوضح كيفية اجراء هذا التعيين الامر الذي حدى بالقضاء الفرنسي إلى منح تفسير مرن لهذا القانون حيث كان يتطلب من المدين مجرد الإشارة العادية إلى العقارات المرهونة المتواجدة في جهة معينة . وعلى الرغم من هذا التعديل فإنه لا يمنع الدائن من طلب تسجيل الرهن على جميع عقارات مدينه (1) .

وقد أكد القانون المدني الفرنسي على أن قاعدة تخصيص الرهن القضائي بالنسبة للعقارات المرهونة تخالف مضمون قاعدة تخصيص الرهن التقليدي ففي نص المادة (2123) من القانون المدني الفرنسي أكدت على عمومية الرهن القضائي حيث نصت على (الرهن القضائي ناتج عن أحكام مخالفة أو غيابية أو نهائية أو مؤقتة لصالح من حصل عليها. كما أنه ناتج عن قرارات التحكيم التي تمنح الأمر القضائي للتنفيذ وكذلك القرارات القضائية الصادرة في دول أجنبية والتي أعلنت أنها قابلة للتنفيذ من قبل محكمة فرنسية. مع مراعاة حق المدين في الانتفاع بملكه، سواء أثناء الإجراءات أو في أي وقت آخر، بأحكام المواد (2161) وما يليها، يجوز للدائن الاستفادة من الرهن القضائي تسجيل حقه في جميع المباني العائدة حالياً لمدينه، باستثناء الامتثال لأحكام المادة (2146) ، مع مراعاة نفس التحفظات عند إجراء تسجيلات إضافية على المباني التي تم إدخالها لاحقاً في أصول المدين). (2) وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت لهذه

(1) Adèle Geoffret, L'hypothèque dite judiciaire attachée aux jugements de condamnation, Référence précédente,pg23.

(2) Article 2123 ، تنظر المادة ،

“L'hypothèque judiciaire résulte des jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. Elle résulte également des décisions arbitrales revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution ainsi que des décisions judiciaires rendues en pays étrangers et déclarées exécutoires par un tribunal français. Sous réserve du droit pour le débiteur de se prévaloir, soit en cours d'instance, soit à tout autre moment,

القاعدة الا أنها أثبتت نجاعتها حيث أن المؤيدين لها يرون أن في تخصيص العقار المرهون ما يجعل القضاة يتعرضون لأخطاء جسيمة تضر بالدائن، باعتباره على معرفة تامة بقيمة الدين لكنه من الصعب عليه تقييم قيمة العقار أو العقارات الضامنة له، وحتى عندما يستخدم الوسائل المتاحة له لمعرفة قيمة العقار كمعرفة موقعه والضرورية المفروضة عليه والمشيدات. وهذا ما يجعلنا أمام تساؤل كيف للقاضي ان يعرف حالة الرهن العقارية المفروضة على المدين؟ مع الاعفاء من تقييد الرهن القضائي وتسجيل الرهن حيث أن القانون يمنح الدائن الرهن بموجب قرار حكم ولا يستلزم تسجيله وانما يتوقف تنفيذه على التسجيل. وكيف له التأكد انه عندما يتلفظ بقرار رهن قضائي على عقار مخصص ان لا تصدر محكمة اخرى قرارًا بالرهن على نفس العقار وبناء على هذه الاعتبارات رفض مبدأ تخصيص الرهن القضائي الذي أقترحه بعض الفقهاء. و على الرغم من ذلك أورد المشرع الفرنسي استثناء على هذه القاعدة حيث يضع القانون القاضي أمام قاعدة التناسب بين قيمة الدين وقيمة العقارات إذا كانت قيمة الدين غير محددة فقط. حيث إذا زادت قيمة العقارات أكثر من قيمة رأس المال والمستحقات التبعية بمقدار الثلث يستطيع هنا الموازنة بين القيمتين<sup>(1)</sup> استنادا إلى نص المادة (2162) (التسجيلات التي يتم إجراؤها على أساس التقييم الذي أجراه الدائن للمطالبات المشروطة أو الطارئة أو غير المحددة ، والتي لم يتم تسوية مبالغها بموجب الاتفاقية ، يمكن أيضا تخفيضها على أنها مبالغ فيها.

في هذه الحالة، يحكم القضاة على التجاوزات حسب الظروف والاحتمالات وافتراسات الوقائع، وذلك للتوفيق بين حقوق الدائن ومصلحة الائتمان التي يجب الاحتفاظ بها للمدين، دون الإخلال بما يلي: التسجيلات الجديدة التي سيتم أخذها مع الرهن القضائي من يوم تاريخها، عندما يؤدي الحدث إلى زيادة الديون غير المحددة إلى مبلغ أعلى<sup>(2)</sup>. ونستنتج وفقاً لهذا النص أنه عندما

---

des dispositions des articles 2161 et suivants, le créancier qui bénéficie d'une hypothèque judiciaire peut inscrire son droit sur tous les immeubles appartenant actuellement à son débiteur, sauf à se conformer aux dispositions de l'article 2146. Il peut, sous les mêmes réserves, prendre des inscriptions complémentaires sur les immeubles entrés par la suite dans le patrimoine de son débiteur".

(1) ينظر ،هنري بارمانتيه، دراسة نقدية مقارنة عن الرهن العقاري القضائي الدولي، مصدر سابق، ص41-42.

(2) Article 2162، المادة، تنظر

تكون الديون التي يهدف الرهن القضائي لاستيفائها غير محددة فأق القانون يترك الحرية للقاضي لتقييم فيما إذا كانت الأصول العقارية للمدين تتجاوز بوضوح قيمة الدين أم لا ووفقاً لذلك يستطيع تخفيضها. يجب أن يكون هذا التخفيض لا يمكن تحقيقه إلا عندما يقع الرهن على عقارات متعدد للمدين. ولا ينص القانون المدني الفرنسي صراحة على ذلك، بل ينبع من الطبيعة غير القابلة للتجزئة للرهن العقاري (يضمن العقار الدين بأكمله). أيضاً، إذا كان المدين يمتلك عقار واحد فقط، مهما كانت قيمته كبيرة أو منخفضة، فلا يجوز حسب هذه الحالة منح أي تخفيض<sup>(1)</sup>.

وكذلك حسب نص هذه المادة يحكم القاضي بزيادة الرهن على عقارات المدين حسب ظروف وافتراضات وقائع الدعوى عندما ترجح كفة افتراض زيادة نسبة الدين، وذلك من أجل التوفيق بين مصلحة الحقوق المحتملة للدائن ومصلحة الائتمان الذي يتعين على المدين الحفاظ عليه، من دون المساس بالتسجيلات الجديدة التي يتم اتخاذها<sup>(2)</sup>. ونصت المادة (2392) من القانون المدني الفرنسي على إمكانية تسجيل الرهن القضائي بالإضافة للعقارات الحالية كذلك المستقبلية حيث جاء بفقرتها الأولى (يجوز للدائن المستفيد من الرهن العام تسجيل حقه في جميع المباني العائدة لمدينه حالياً، ويمكنه إجراء تسجيلات إضافية على المباني التي دخلت لاحقاً في أصول مدينه)<sup>(3)</sup> وهذا يعني أنه بإمكان الدائن أن يطلب مجدداً أيقاع الرهن على أي عقار يدخل إلى

---

“Peuvent aussi être réduites comme excessives les inscriptions prises d'après l'évaluation faite par le créancier des créances conditionnelles, éventuelles ou indéterminées dont le montant n'a pas été réglé par la convention. L'excès, dans ce cas, est arbitré par les juges d'après les circonstances, les probabilités et les présomptions de fait, de manière à concilier les droits du créancier avec l'intérêt du crédit à conserver au débiteur, sans préjudice des nouvelles inscriptions à prendre avec hypothèque du jour de leur date, lorsque l'événement aura porté les créances indéterminées à une somme plus forte”.

(1) PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité élémentaire de droit civil français, vol. Tome 2 : obligations, contrats, sûretés réelles, Paris, 1958, pg 663.

(2) ينظر، هنري بارمانتيه، دراسة نقدية مقارنة عن الرهن العقاري القضائي الدولي، مصدر سابق، ص 46.

(3) Article 2329، المادة، تنظر

“Le créancier bénéficiaire d'une hypothèque générale peut inscrire son droit sur tous les immeubles appartenant actuellement à son débiteur. Il peut prendre des inscriptions complémentaires sur les immeubles entrés, par la suite, dans le patrimoine de son débiteur”.

ذمة المدين سواء عن طريق شراء أو يؤول إليه عن طريق التركة أو الهبة أو الوصية... الخ. ويرى البعض أن هنالك صعوبات عملية في طلب تسجيل الرهن القضائي على العقارات المستقبلية للمدين، لكن على الرغم من ذلك أجاز القانون المدني الفرنسي هذا التسجيل حيث يمكن للدائن طلب إيقاع الرهن القضائي على الممتلكات العقارية الجديدة للمدين باعتبارها جزءاً من ضمانات الدائن، وله إجراء تسجيل جديد على هذه الممتلكات، التي لا يمكن تعيينها في التسجيل الأول<sup>(1)</sup> ، وهذا أيضاً أكدت عليه المادة (2412) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على (الرهن القضائي ناتج عن أحكام مخالفة أو غيابية أو نهائية أو مؤقتة لصالح من حصل عليها كما أنه ناتج عن قرارات التحكيم وكذلك القرارات القضائية الصادرة في دول اجنبية والتي يتم الإعلان عنها بأنها قابلة للتنفيذ من محكمة فرنسية.

مع مراعاة حق المدين في الانتفاع بملكه سواء أثناء الإجراءات أو في أي وقت آخر عملاً بأحكام المادة (2444) وما بعدها.

يجوز للدائن المستفيد من الرهن القضائي تسجيل حقه في جميع المباني العائدة لمدينه، باستثناء احكام المادة (2126) يجوز له مع مراعاة نفس التحفظات إجراء تسجيلات اضافية على المباني التي دخلت لاحقاً في أصول مدينه<sup>(2)</sup>.

ونستنتج من هذا النص بإمكانية طلب الرهن القضائي على عقارات المدين الحالية والمستقبلية في دعوى طلب الرهن القضائي من دون التقيد بقاعدة تخصيص الرهن وهذا ما يؤكد لنا بأنها

(1) Adèle Geoffret, L'hypothèque dite judiciaire attachée aux jugements de condamnation, Référence précédente,pg24.

(2) تنظر المادة، 2412

“L'hypothèque judiciaire résulte des jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. Elle résulte également des sentences arbitrales revêtues de l'exequatur ainsi que des décisions judiciaires rendues en pays étrangers et déclarées exécutoires par un tribunal français. Sous réserve du droit pour le débiteur de se prévaloir, soit en cours d'instance, soit à tout autre moment, des dispositions des articles 2444 et suivants, le créancier qui bénéficie d'une hypothèque judiciaire peut inscrire son droit sur tous les immeubles appartenant actuellement à son débiteur, sauf à se conformer aux dispositions de l'article 2426. Il peut, sous les mêmes réserves, prendre des inscriptions complémentaires sur les immeubles entrés par la suite dans le patrimoine de son débiteur”.



قاعدة استثنائية تختلف عن قاعدة تخصيص الرهن التقليدي تناسب مع أهمية الرهن القضائي كضمان عقاري يدعم الائتمان على الرغم من كونه يفرض جبراً على المدين.

أما المشرع الجزائري فلم يكن بعيداً عن المشرع الفرنسي حيث أنه منح الحق للدائن بعد توافر شروط الرهن القضائي طلب إيقاع الرهن على عقار أو عقارات مدينه في أي وقت يشاء<sup>(1)</sup> . وهو يرد على جميع عقارات المحكوم ضده الخاصة والمستقبلية ولكن أوجبت المادة ( 886 ) من القانون المدني الجزائري تعيين العقار أو العقارات المطلوب عليها الرهن تعييناً دقيقاً وان يكون مما يصح التعامل به وبيعه في المزاد العلني وقد منع المشرع الجزائري اخذ الرهن على العقارات المستقبلية واشترط أن تكون مملوكة للمدين وقت إيقاع الرهن<sup>(2)</sup> ، وقد ورد النص على بعض حالات الرهن الرسمي القضائي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والقانون التجاري في المادة (247) الفقرة الخامسة وردت في باب آثار الحكم بإشهار الإفلاس أو التسوية القضائية حيث أشارت إلى عدم جواز تمسك الدائنين بالتصرفات الصادرة من المدين أثناء فترة التوقف عن الدفع مثل الرهن القضائي المترتب على أموال المدين جراء ديون سبق التعاقد عليها ،حيث هنا نجده قد نص علناً على الرهن القضائي و أكدت على عدم جواز أخذ الرهن أثناء فترة الريبة<sup>(3)</sup> . بينما نجد أن المشرع المغربي قد اشترط تخصيص العقار وتعيينه تعييناً دقيقاً من حيث موقعه وقيمه وكذلك قيمة المبالغ المضمونة به كونها سبباً للرهن حسب ما أشارت إليه المادة (175) من مدونة الحقوق العينية المغربية<sup>(4)</sup> . وتماشياً مع ما تم ذكره وحرصاً منا على تطبيق الرهن القضائي بصورة عملية حاولنا أن نجد تأسيس لفكرة عمومية الرهن القضائي في طيات التشريع العراقي حيث أنه على الرغم من منعه في المادة (62) في الفقرة الرابعة عشر والخامسة عشر من قانون التنفيذ العراقي بيع الدار السكنية التابعة للمدين حيث نصت على (14 – مسكن المدين أو من كان يعيلهم بعد وفاته. ويعتبر بدل بيع المسكن أو بدل استملاكه للمنفعة العامة بحكم المسكن، كما تعتبر الحصة الشائعة من المسكن والارض المعدة لإنشاء مسكن عليها بحكم المسكن ايضاً، غير انه إذا كان المسكن مرهنا أو كان الدين ناشئاً عن ثمنه، فيجوز حجزه لوفاء بدل الرهن أو الثمن. 15- عقار المدين الذي يتعيش من

(1) ينظر، أ.د ثامر خالدي، حماية الدائن المرتهن بين الرهن القانوني والرهن القضائي، مصدر سابق، ص74

(2) ينظر القانون المدني الجزائري، مصدر سابق ، ص73 .

(3) ينظر، محمد حسنين، الوجيز في التامينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص114.

(4) ينظر ،مدونة الحقوق العينية المغربية ،مصدر سابق .

واراداته التي لا تزيد على حاجته وحاجة من كان يعيلهم بعد وفاته. وإذا كان العقار مرهونا أو كان الدين ناشئا عن ثمنه فيجوز حجزه وبيعه لوفاء بدل الرهن أو الثمن<sup>(1)</sup>

الا أن القضاء كان له رأي آخر أكثر مرونة في ضمان حق الدائن حيث جاء بقرار محكمة استئناف واسط الاتحادية بصفتها التمييزية، أن المبدأ العام هو عدم جواز حجز وبيع عقار المدين استناداً لأحكام البند رابع عشر من المادة (62) من قانون التنفيذ (رقم 45 لسنة 1980) المعدل الا ان هذا المبدأ العام لا يجري على إطلاقه ذلك ان القانون المذكور وبموجب المادة (59) منه أجاز بيع مسكن المدين إذا كان فائضاً عن حاجته فإذا وجد المنفذ العدل ان مسكن المدين يفيض عن حاجته ولا تتناسب مساحته ومشمولاته مع عدد أفراد عائلة المدين فيمكنه بيع هذا المسكن وتسليم المدين من ثمن مسكنه ما يمكنه به شراء مسكن آخر يتناسب مع حاجته ويسد باقي الثمن للدائنين حتى ولو كان هذا الباقي لا يغطي جميع ديون المدين ولكن هذا الاستناد يجب ان يقدر الحاجة التي دفعت إلى الركون إليه إذ إن الأمر يستلزم من المنفذ العدل قبل الركون إليه دراسة حالة المدين ومن يعيل من أفراد عائلته ومعرفة القيمة المقدرة، اما إذا توصل المنفذ العدل إلى رأي أكيد مستند إلى وقائع مادية يشير بان بالإمكان شراء مسكن للمدين وعائلته مناسب له من حيث الموقع والمساحة والمشمولات بعد بيع مسكنه فيمضي بإجراءات البيع وإلا يرفض طلب البيع وذلك اعمالاً لأحكام الفقرة اولا من المادة (2) من قانون التنفيذ التي تلزم بتحقيق التوازن بين مصلحة الدائن في الحصول على حقه المشروع وبين مصلحة المدين في ان لا يؤخذ من أمواله دون وجه حق أو يعتدى على حريته<sup>(2)</sup>. وكذلك أكدت محكمة استئناف بابل الاتحادية بصفتها التمييزية على هذا المبدأ حيث جاء في قرارها إذا وجد المنفذ العدل ان مسكن المدين يفيض عن حاجته ولا تتناسب مساحته ومشمولاته مع عدد افراد عائلة المدين فيمكنه بيع هذا المسكن وتسليم المدين من ثمن مسكنه ما يمكنه به شراء مسكن آخر يتناسب مع حاجته ويسد دين الدائن ذلك أن اللجوء إلى احكام المادة (59) من قانون التنفيذ يعني التصدي إلى القيد الوارد في المادة (62) الرابع عشر من القانون نفسه ويتعين أن لا يكون في هذا التصدي خرق للقاعدة الا بالقدر الذي يوفر فرصة للدائن في

(1) ينظر، قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980.

(2) ينظر، قرار محكمة أستئناف واسط الاتحادية بصفتها التمييزية، العدد رقم القرار 736/ت/تنفيذ/ 2018 في 20/8/2018، غير منشور.

الحصول على دينه وبنفس الوقت الذي يؤمن للمدين وعائلته مسكن جديد يتناسب وحاجتهم<sup>(1)</sup>. ومن هذا المنطلق نرى إمكانية منح الرهن القضائي على عقار المدين حتى وأن كانت دار سكنية وذلك للاعتبارات التالية:

1- يعد الرهن القضائي ضمان لاستيفاء الدين حيث عند إيقاعه على دار المدين السكنية يبعث بداخله الرهبة من أن ينفذ الدائن عملية بيع العقار مما يؤدي به إلى تسديد ما ترتب بدمته للمدين.

2- عجز قانون التنفيذ في استيفاء الديون كونه يقف عاجزاً أمام نص المادة 62 منه مما يجعله مقبرة للأحكام مما يتسبب في هدر جزء كبير من أموال الدائن فضلاً عن دينه المستحق.

3- منح القاضي سلطة الموازنة بين مصلحة الدائن والمدين استناداً إلى نص المادة الثانية الفقرة الأولى من قانون التنفيذ التي نصت على (1-تحقيق التوازن بين مصلحة الدائن في الحصول على حقه المشروع، وبين مصلحة المدين في الايؤخذ من امواله، أو يعتدى على حريته دون وجه حق، ومراعاة الاعتبارات الانسانية والاجتماعية والاقتصادية للمدين).

وعلى هذه الأسس نرى إمكانية تطبيق الرهن القضائي لجعلها رادعاً أمام المدين المتراخي في تسديد ديونه، ولكن مع تحقيق المحكمة التناسب بين مصلحة الدائن والمدين كي لا يصبح أمام مدين مشرد وهذا التناسب يتحقق من خلال قاعدة تخصيص الدين الثابت بموجب قرار حكم وقاعدة عمومية الرهن التي تحصر جميع عقارات المدين الحالية والمستقبلية. ونقترح على المشرع العراقي النص التالي (يمكن للدائن المستفيد من الرهن القضائي طلب قيد الرهن على جميع عقارات مدينه الحالية والمستقبلية وللقاضي سلطة تحقيق التناسب بين قيمة الدين والعقارات المطلوب أيقاع الرهن عليها بطريقة تضمن الاعتبارات الإنسانية والاجتماعية والاقتصادية للمدين).

(1) ينظر، قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية بصفتها التمييزية، العدد 339/ت/تنفيذ/2017، في 2017/11/15، غير منشور.

## المطلب الثاني

### حماية مصالح الدائن بموجب إجراءات قيد الرهن

نستعرض في هذا المطلب القواعد الشكلية المنظمة لآثار الرهن القضائي كأحد التأمينات القضائية التي تهدف إلى ضمان تنفيذ الالتزامات، والأحكام القضائية، وذلك من خلال تطبيقات الرهن القضائي التي استحدثت في قانون التنفيذ الفرنسي الجديد والمعدل بالمرسوم ( 783 في 2012). حيث ينفرد التشريع الفرنسي بنوعين للرهن القضائي و يختلف كل منها عن الآخر في إجراءات قيده وستتناول هذين النوعين في فرعين حيث خصصنا الفرع الأول (الرهن القضائي المؤقت) والفرع الثاني (الرهن القضائي النهائي) وعلى النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### الرهن القضائي المؤقت

بعد أن كان يقتصر القانون المدني الفرنسي وكذلك قانون المرافعات الفرنسي على الرهن القضائي النهائي القطعي الذي يرتبط بالأحكام النهائية. لا أن عجلة التطور الاقتصادي ساهمت في التأسيس لنوع جديد من أنواع الرهن القضائي ضمن منظومة قانون التنفيذ الفرنسي والذي يدعى بالرهن القضائي التحفظي المؤقت . ضمن تعديل قانون التنفيذ الفرنسي بالمرسوم ( 783 في 2012)<sup>(1)</sup> .و يسمح الرهن القضائي المؤقت للدائن بتسجيل رهن قضائي على عقار مدينه عندما لم يحصل بعد على أي حكم ضد دائنة حيث نصت المادة ( L511-1 ) من قانون التنفيذ الفرنسي عليه والتي نصت على أنه "يجوز لكل شخص يبدو أن دينه مهدد، أن يطلب من القاضي الإذن بتوقيع إجراء تحفظي على أموال مدينه، دون الحكم عليه مسبقاً، إذا بررت بظروف من المحتمل أن تهدد بعدم استرجاع الدين " <sup>(2)</sup> .

---

(1) ينظر ،عزمي عبد الفتاح، مستحدثات قانون التنفيذ الفرنسي الجديد رقم 783/2012 في السندات التنفيذية ووسائل الاجبار على التنفيذ وطرق الحجز المختلفة واختصاص قاضي التنفيذ نوعياً ومحلياً، مصدر سابق، ص40.

تنظر المادة ، Article L511-1 (2)

"Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances

ومن ثم فهو يحمي نفسه من خطر تصرف المدين بالعقار أو العقارات العائدة له، أثناء إجراءات الحصول على قرار حكم يثبت أحقيته بالدين . و يصدر القاضي قراراً صريحاً يقضي بإيقاع الرهن القضائي المؤقت على العقار المحدد من قبل الدائن .أي أنه يعتمد على أذن القاضي في صدوره<sup>(1)</sup> وقد نصت المادة (L511-3) من قانون التنفيذ الفرنسي على المحكمة المختصة بتقديم طلب الرهن المؤقت أمامها حيث نصت على (الأذن بالرهن المؤقت يقدم إلى قاضي التنفيذ ، ومع ذلك يجوز تقديمه إلى رئيس المحكمة التجارية عندما يطلب قبل أي محاكمة من قبل الدائن إذا كانت المطالبة تدخل ضمن اختصاص المحكمة التجارية)<sup>(2)</sup> وهنا يتضح ان الطلب يقدم أمام قاضي التنفيذ أما إذا كان الدين يتعلق باختصاص المحكمة التجارية فيمكن تقديمه إلى رئيس المحكمة التجارية .ويستلزم لقبول طلب الدائن ان يحدد للمحكمة ما يلي :

1-مقدار الدين والتكاليف ورسوم تسجيل دعوى الرهن .

2-أن يقدم للقاضي ما يثبت صحة ادعائه بوجود خطر إذا تحقق يمنعه من استيفاء دينه.

وهذه الشروط يجب أن يستوفيهما الدائن في طلبه لكي يقبله القاضي كونه يشير في قراره إلى المبلغ الذي سيتم تسجيله وعلى عاتق من تقع تكاليف ورسوم دعوى طلب الرهن ،والتي سيتحملها الشخص الذي أدين بها<sup>(3)</sup> بها حسب نص ( المادة L512-2 )من قانون التنفيذ الفرنسي (يتحمل المدين التكاليف المترتبة على التدبير المؤقت مالم يقرر القاضي خلاف ذلك...)<sup>(4)</sup> ، ويمنح الرهن القضائي المؤقت للدائن مدة أمان للحصول على السند الذي يفتقر

---

susceptibles d'en menacer le recouvrement. La mesure conservatoire prend la forme d'une saisie conservatoire ou d'une sûreté judiciaire “.

(1) Adèle Geoffret, L'hypothèque dite judiciaire attachée aux jugements de condamnation, Référence précédente,pg 46.

(2) Article L511-3، تنظر المادة

“L'autorisation est donnée par le juge de l'exécution. Toutefois, elle peut être accordée par le président du tribunal de commerce lorsque, demandée avant tout procès, elle tend à la conservation d'une créance relevant de la compétence de la juridiction commerciale”.

(3) Adèle Geoffret, L'hypothèque dite judiciaire attachée aux jugements de condamnation, Référence précédente,pg46-47.

(4) Article L512-2 ، تنظر المادة

“Les frais occasionnés par une mesure conservatoire sont à la charge du débiteur, sauf décision contraire du juge. Lorsque la mainlevée a été

أليه ، ما يبرر تطبيقه على نطاق واسع بالرغم من كونه مؤطر في شروط شكلية أكثر صرامة من الرهن القضائي النهائي ؛ لأنه يسجل على أساس إذن من القاضي وغير مستند إلى قرار حكم قضائي قابل للتنفيذ، وايضا يستمد الرهن المؤقت عموميته من حيث قاعدته كون الدائن قادراً على تسجيل الرهن على المبنى أو المباني التي يختارها (1) .

ويصدر القاضي أمر الرهن المؤقت (التحفظي) بصيغة الأوامر على العرائض مما يمنحه ميزة مباغته المدين ومفاجأته حيث يتم الحصول على الرهن القضائي من دون الاستماع إلى أقواله(2) .

يمنح الرهن القضائي المؤقت الحق للدائن في حال صدور حكم بإفلاس مدينه وتصفية أمواله، حيث على الرغم من منع القانون قيد أي رهن على الأموال بعد هذا الحكم، باعتبار أن المدين غلت يده عن إدارة أمواله(3) ولكن يمكن قيد رهن قضائي نهائي بعد الحكم بالتصفية، في حال تم قيد الرهن التحفظي قبل تاريخ صدور هذا الحكم ويعد هذا القيد نتيجة طبيعية للأثر الرجعي للقيد النهائي لتاريخ القيد التحفظي، وينطبق الحكم ذاته على فترة الرتبة "وهي بين التوقف عن الدفع والحكم بالتصفية" كما يضمن الرهن القضائي المؤقت حقوق الدائن بعد وفاة المدين(4) . و يشترط للحصول على الرهن المؤقت شكلية معينة تتمثل في تقديمه طلب إلى المحكمة المختصة ، ويمنح القاضي الأمر بالرهن القضائي المؤقت إذا ثبت لدى المحكمة جدية الأسباب التي يخشى منها الدائن عدم استيفاء دينه ويصدر هذا الأمر غيابياً من دون حاجة لحضور المدين أو تبيغته ولكن يشترط بعد الحصول على الرهن المؤقت تبليغ المدين به في غضون ثلاث أيام من تاريخ التسجيل وهذا لا يمنع المدين من استغلال ملكه والتصرف به لكن

---

ordonnée par le juge, le créancier peut être condamné à réparer le préjudice causé par la mesure conservatoire”.

(1) Adèle Geoffret, L'hypothèque dite judiciaire attachée aux jugements de condamnation, Référence précédente,pg49

(2) ينظر، سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات وتعديلاته الحديثة (القانون رقم 76 لسنة 2007) وأحكام القضاء وأراء الفقه، دار النهضة العربية، القاهرة 2009، ص 983.

(3) S. Piédelièvre, F. Guerchoun, » Saisies et mesures conservatoires «, Répertoire de (18) Procédure civile, Dalloz, octobre 2018) actualisation Octobre 2019, pg 364.

(4) ينظر، عبد الرحمن علي الخضير، نورة يعقوب الشطي، نحو تقنين الرهن القضائي في القانون المدني وقانون المرافعات المدنية الكويتيين، دراسة مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، بحث منشور في مجلة الحقوق، مجلد 46، عدد 4 ج2، جامعة الكويت، 2021، ص 270 .

بشرط أن لا يضر بالدائن و يستوجب على الدائن أن يقدم للمحكمة خلال مدة شهر من تاريخ صدور الامر بالرهن القضائي قرار حكم يثبت أحقيته في الدين ،وإذا لم يقدمه يعد الرهن المؤقت لاغياً .ويتم تسجيل الرهن المؤقت من تاريخ صدور الامر به ولغاية ثلاثة اشهر فقط ويكون هذا التسجيل صالحاً لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة حيث أن الدائن يستطيع الاكتفاء بالتسجيل المؤقت على الرغم من حصوله على قرار حكم لكن جعل القانون هذا القرار محدود الصلاحية ، و بإمكان الدائن التسجيل النهائي والتمتع بمزايا الرهن القضائي لمدة غير محدودة (1) ويمنح الدائن في الرهن المؤقت الحقوق التي نصت عليها المادة (8 - 532).

من قانون التنفيذ الفرنسي في حالة بيع العقار بعد القيد التحفظي وقبل القيد النهائي، حيث منح المشرع الفرنسي لصاحب القيد حقوق أصحاب التأمينات التعاقدية والقانونية ذاتها، بما مفاده أن له حَقِّي التقدم والتتبع، وفي حال التنفيذ على العقار يتم إيداع المبلغ المخصص له، ويتم تسليمه هذا المبلغ إذا تم القيد النهائي في المدة المخصصة له، أما إذا لم يحدث ذلك فيتم توزيع المبلغ على الدائنين أو أعادته للمدين(2) ولم يتناول المشرع الجزائري هذا النوع من الرهن القضائي وانما أكتفى بالرهن النهائي. أمّا فيما يتناوله المشرع المغربي التقييد المؤقت للرهن لكن تحت مسمى وصيغة أخرى ويسمى التقييد الاحتياطي للرهن ويعد من أهم النظم القانونية المغربية لكونه يسمح لكل من يطالب بتقييد حق في الرسم العقاري لكن لا تتوفر فيه الشروط المطلوبة ، أن يعمل على تقييده احتياطياً بناء على أمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية(3) وهذا ما أكدت عليه المادة 172 من مدونة الحقوق العينية (على أنه عند الاستعجال يمكن لرئيس المحكمة في حالة الرهن الجبري أن يأمر بناء على طلب بإجراء تقييد احتياطي يبقى مفعوله

(1) Charlotte SEBILEAU, L'inscription d'une hypothèque judiciaire conservatoire, Article publié sur le site, www.sebilleau-avocat.com, Date de visite 05/08/2022 à 05h20.

(2) Article R 532-8 ، المادة ، تنظر المادة ،

“Si le bien est vendu avant que la publicité définitive ait été accomplie, le créancier titulaire de la sûreté judiciaire jouit des mêmes droits que le titulaire d'une sûreté conventionnelle ou légale. Toutefois, la part qui lui revient dans la distribution du prix est consignée auprès de la Caisse des dépôts et consignations. Cette part lui est remise s'il justifie de l'accomplissement de la publicité définitive dans le délai prévu. A défaut, elle est remise aux créanciers en ordre de la recevoir ou au débiteur”.

(3) ينظر ، عبد العالي دقوقي، الرهن الجبري في ضوء مقتضيات القانون 39.08 بمثابة مدونة الحقوق العينية، بحث منشور في مجلة جامعة القاضي عياض -كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، العدد 2، مراكش 2015، ص138.

ساريا إلى غاية صدور الحكم النهائي ويأخذ الحكم الصادر بالرهن رتبته من تاريخ التقييد الاحتياطي<sup>(1)</sup>.

أما المشرع العراقي فلم ينص على الرهن القضائي المؤقت ، حيث نرى ضرورة تقنين الرهن القضائي المؤقت كونه يشكل ضمانا مهمة من ضمانات الدائن كونه يرتب آثاره من جانبين الأول يتمثل في حماية حق الدائن والثاني ضمان تنفيذ الاحكام الصادرة .ولكن نرى ضرورة تمديد مواعيد قيد الرهن المؤقت مراعاة لطول إجراءات التقاضي أمام المحاكم العراقية ونقترح على المشرع النص التالي (1-يمكن لأي شخص يجد أن دينه مهده ، من حيث وفاء المدين به، أن يطلب من القاضي الإذن بتوقيع إجراء تحفظي على أموال مدينه، دون الحكم عليه مسبقا، إذا أثبت للمحكمة أن هنالك ظروف من المحتمل أن تهدد بعدم استرجاع الدين. 2-يقدم هذا الطلب لرئيس محكمة البداة إذا كان الدين مدنياً والى رئيس المحكمة التجارية إذا كان الدين يتعلق بمسألة تجارية 3-الاذن الممنوح بالرهن القضائي يكون خلال مدة شهر قابلة للتمديد مرتين إذا تثبت للقاضي بكتاب رسمي بأن الدائن سبق وأن أقام دعوى للحصول على حكم وهي في صد الحسم).

## الفرع الثاني

### الرهن القضائي النهائي

يسمى هذا الرهن أيضاً بالرهن القضائي الناتج عن حكم . لذلك فإن المعيار في اصدار الرهن القضائي هو الحكم لكن السؤال، فما القول إذا كان مصدر الرهن هو القانون أم قرار المحكمة. يجب ألا نخلط هنا بين الفعل الذي يسمح بتسجيل الرهن ومصدره . إذ كان هذا المعيار هو الذي تبناه واضعو القانون المدني الفرنسي، فإنه لم يعد المعيار المقبول اليوم . والواقع أن القانون المدني في مادته (2387) يصنف الرهون العقارية على أنها تقليدية وقانونية وقضائية<sup>(2)</sup> حيث تنص المادة (2387) على أن "الرهن العقاري قانوني أو قضائي أو تقليدي"<sup>(3)</sup> وكذلك نصت المادة ( 2396 ) من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلها بأن الرهن

(1) ينظر مذكرة الحقوق العينية، مصدر سابق .

(2) Adèle Geoffret, L'hypothèque dite judiciaire attachée aux jugements de condamnation, Référence précédente,pg51.

(3) Article 2387

L'hypothèque est légale, judiciaire ou conventionnelle



العقاري القانوني هو الناتج عن القانون، أما الرهن العقاري القضائي هو ما ينتج عن الاحكام...<sup>(1)</sup> . يترك مصطلح "نتيجة" مجالاً كبيراً لتفسير المعيار الدقيق للتمييز. لكن نحن الآن أمام السلطة التي تضفي قوتها على الرهن القضائي النهائي فهل هي سلطة القانون أم سلطة القاضي. فالرهن القضائي النهائي هو الذي ينشأ عن إرادة القاضي فقط يستحق الأهلية القضائية.

لذلك، فإن الرهن القضائي النهائي هو الرهن الذي يصرح القاضي صراحة للدائن بتسجيله. ويجب أن يتمتع القاضي بسلطة سيادية لتقييم شروط منحه أو رفضه. أي ان الرهن القضائي مرتبط بسلطة المصدر الذي أدى إليه والتي تسمح له بالاستيلاء على ممتلكات مدينه بواسطة قرار الرهن مباشرة ثم يحدد قرار المحكمة العقار أو العقارات التي تم تسجيله عليها<sup>(2)</sup>.

ويمنح القانون الحق للدائن في طلب الرهن بمجرد النطق الفعلي للقرار وليس قابليته للتنفيذ (باستثناء الأحكام الأجنبية وقرارات التحكيم). ونتيجة لذلك، فهي موجودة بمجرد صدور الحكم وليس فقط في يوم تسجيلها.

ويمكن تسجيل الرهن القضائي النهائي، من حيث المبدأ، في أي وقت. ويتمتع الدائن بهذه الحرية بالكامل. لكن بقدر ما يتعلق بالأطراف الثالثة ، يكون تسجيل الرهن العقاري أكثر أهمية، مما يسترعي تسجيله بأقرب وقت ممكن كي يحافظ على حقوقه التي أهمها حق التتبع في مواجهته. فمن الناحية الفنية، الرهن القضائي هو ما يسمى بالإجراء الأمني الذي يهدف إلى حماية الدائن لسداد دينه من جانب المدين، من خلال الاستيلاء على: عقاراته أو شققه أو أبنيته أو أرضه وحق الانتفاع بها وملحقاتها. لذلك يجب على الدائن المضي قدماً في التسجيل على الممتلكات أو الممتلكات المطالب بها. كون أهم ما يترتب على التسجيل هو بيع الدائن لهذه الممتلكات بالقوة في مزاد قضائي كي يستوفي دينه. وبالتالي فإن ذكر الرهن القضائي الذي تم إدخاله في سجلات المسجل سيكون بمثابة ضمان للدائن بشرط احترام الإجراء والمواعيد النهائية. وتسجيل الرهن

تنظر المادة، Article 2396، (1)

"Version en vigueur du 24 mars 2006 au 01 janvier 2022. L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi. L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements. L'hypothèque conventionnelle est celle qui résulte des conventions".

(2) Corine Dauchés, le principal de spécialité en droit sûreté réelle, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 5 décembre 2013 , Université Panthéon-Assas/Ecole doctorale de droit privé,pg93.

القضائي هو إجراء إشهار يضمن حجية الرهون العقارية والامتيازات العقارية الخاصة للغير من خلال التسجيل في السجل العقاري وتحديد الدائن والمدين وبيان الدين المضمون وتسمية المبنى المرهون، وهذا الإجراء لا يعد شرطاً لصلاحية الضمان الذي يوجد بمجرد الحصول على القرار، ويلزم المدين وخلفائه في الملكية بصرف النظر عن نشره. ولكن في حالة عدم وجود التسجيل، يكون الرهن غير قابل للتنفيذ على الغير، حتى لو كانوا على علم به. ومن ناحية أخرى، فإن الرهن القضائي المسجل يسري بمواجهة المشتري ودائني المدين المضمونين في العقار ذاته بعد، وكذلك أمام الدائنين الغير مضمونين<sup>(1)</sup> ويوصف القرار بأنه يكشف عن حقيقة قانونية تنشئ التزام متمثل بالرهن القضائي على عاتق المدين<sup>(2)</sup>.

وقد أكد نص المادة (2426) على ضرورة تسجيل الرهن حيث نصت على (يتم تسجيل ما يلي في الخدمة المسؤولة عن تسجيل الأراضي لحالة العقار 1-الامتيازات على المباني، مع مراعاة الاستثناءات المشار إليها في المادة (2378).

2-الرهون العقارية القانونية أو القضائية أو التقليدية.

أن التسجيل لا يتم إجراؤه تلقائياً عن طريق هذه الخدمة، ويستلزم تعيين العقار أو العقارات المطلوب تسجيل الرهن عليها مقابل مبلغ وعلى ، وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة (2428) ، ويجب تحديد المباني المطلوب التسجيل عليها بشكل فردي، مع الإشارة إلى البلدية التي توجد فيها، مع استبعاد أي تعيين عام، حتى لو كان مقصوراً على تقسيم إقليمي معين<sup>(3)</sup>

(1) Corine Dauchés, le principal de spécialité en droit sûreté réelle, Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 5 décembre 2013 , Université Panthéon-Assas/Ecole doctorale de droit privé, pg 51-52.

(2) C. Caillé, Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique, in Mél. Offerts à J.-L. Aubert, propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Dalloz 2005 pg55.

(3) تنظر المادة ، 2462 Article

“Sont inscrits au service chargé de la publicité foncière de la situation des biens :

1° Les privilèges sur les immeubles, sous réserve des seules exceptions visées à l'article [2378](#) ;

2° Les hypothèques légales, judiciaires ou conventionnelles.

L'inscription qui n'est jamais faite d'office par ce service, ne peut avoir lieu que pour une somme et sur des immeubles déterminés, dans les conditions fixées

وتنص المادة (2134) من القانون المدني على أنه " دائني الرهن، سواء كان قانونياً أو قضائياً أو تعاقدياً، لا يكون له ترتيب إلا من يوم التسجيل الذي يتخذه الدائن في حفظ رهون، بالشكل والأسلوب الذي يحدده القانون" (1)

ونرى من خلال هذه النصوص أن المبدأ، يستلزم ضرورة تسجيل أي رهن عقاري، لأن الكتابة هي التي تعطي الحياة للرهن العقاري وتكشف عن تأثيرها الخارجي وتكون الطريقة القانونية الوحيدة لحجية الرهن. لذلك فإن الإعلان عن الرهن القضائي النهائي ليس مجرد مسألة استكمال شكلي للتسجيل حيث يمنح الحكم الأصلي حق التسجيل لصالح الدائن. وعدم التسجيل يجعل الرهن غير قابل للتنفيذ حتى ضد الغير سيئ النية، الذي يعلم بوجودها.

والحق في إتمام إجراء النشر هو بالنسبة للدائن ممارسة حق يمتلكه من يستمده قرار الحكم، فممارسة حق التسجيل هو تعبير عن الإرادة من جانب الدائن.(2)

ومنذ تعديل عام (1804) للقانون المدني الفرنسي، أخضع المشرع حجية الرهن العقاري لعمل قانوني صريح. لا يمكن للمدين، منذ ذلك الحين، معارضة الحق الذي يتمتع به الدائن من قرار المحكمة ، وهذا العمل القانوني المرتبط بالتسجيل يكون حق من جانب واحد لصالح الدائم حصراً ولا يحتاج المدين أو حضوره لإتمام عملية التسجيل(3) ، ولا يلزم مقدم الطلب ولا من ينوب عنه بإخطاره بعد التسجيل فقط إرادة الدائن هي اللازمة للحصول على تسجيل الرهن العقاري، والذي يثبت أثره أيضاً تجاه الغير . وإرادة الدائن لا يمكن أن تظهر بأي شكل وإنما من خلال شكلية معينة حددها القانون أي أنها ليست حرة مطلقاً وإنما بشكلية قانونية حيث الشكل

---

par l'article [2428](#). En toute hypothèse, les immeubles sur lesquels l'inscription est requise doivent être individuellement désignés, avec indication de la commune où ils sont situés, à l'exclusion de toute désignation générale, même limitée à une circonscription territoriale donnée".

(1) Article 2134، المادة، تنظر

"Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a rang que du jour de l'inscription prise par le créancier à la conservation des hypothèques, dans la forme et de la manière prescrites par la loi".

(2) Manuella Bourassin. Inopposabilité de l'inscription hypothécaire concomitante à la publication de la vente de l'immeuble grevé, par le jeu de la prénotation. Gazette du Palais, Lextenso, 2016, pg70 .

(3) Corine Dauchés, le principal de spécialité en droit sûreté réelle,, source précédente pg104-105.

هو إنشاء قسيمة وإيداعها مع حفظ الرهون العقارية المصحوبة بالقانون الذي يؤدي إلى الامتياز أو الرهن القضائي في حالة عدم إنجاز "الشكلية المفروضة من قبل المشرع، لم يتم التعبير عن إرادة الدائن بالشكل المطلوب بموجب القانون<sup>(1)</sup> . أما المشرع الجزائري فقد نص بموجب المادة 31 من قانون رقم ( 98 - 12 المتضمن قانون المالية لسنة 1999 ) على " بالنسبة للرهن الذي ينشأ بموجب حكم قضائي يكون الإيداع خلال ثلاث أشهر من اليوم الذي صار فيه الحكم نهائياً أما الرهن الذي ينشأ بموجب عقد اتفاقي، فيجب قيده خلال شهرين من تاريخ تحريره..."<sup>(2)</sup>

ومن هنا يتضح لنا أنه أشتراط اكتساب قرار الحكم بالرهن القضائي الدرجة القطعية حتى يستطيع الدائن قيده في السجل العقاري وكذلك منحه أجلاً بثلاثة أشهر فقط لإتمام عملية القيد بعد اكتسابه درجة البتات . ونحن بدورنا نؤيد ما جاء في التشريع الفرنسي كون النصوص القانونية التي تتعلق بأجراء قيد الرهن العقاري النهائي جاءت ضامنة لحق الدائن وبطريقة تثبت أهمية وخطورة الحق العيني الثابت بموجب حكم قضائي مما يعزز دور القضاء في حماية مصالح الدائن كونه لم يحدد فترة معينة لإتمام عملية القيد وانما حث الدائن على اتمامه بصورة مباشرة بعد الحصول عليه كي يثبت حقه في أخذ مرتبة متقدمة في حال تزاممه مع غيره من الدائنين ولم يشترط اكتساب القرار الدرجة القطعية لإتمام عملية القيد وانما جعلها شرطاً لتنفيذ البيع. أما المشرع المغربي فلم يكن بعيداً عن المشرع الجزائري حيث أوجب للحصول على نتائج الرهن النهائي تقييده في الرسم العقاري ترتيباً للأثر الإنشائي لسائر القيود الواردة على السجلات العقارية عامة، ومن هنا فإن الأحكام القضائية الصادرة بشأن الرهن الجبري يجب أن تكون نهائية ، ويجب أن تحترم باقي الشروط الأخرى التي تستوجبها إجراءات القيد في السجلات العقارية والتي نظمها المشرع في الفصل (65) من ظهير التحفيظ العقاري يجب احترامها، بما في ذلك الغرامات المترتبة عن فوات آجال تقييد الرهن في السجل، وهذا ما أكد عليه النص أعلاه والذي نص على "تحديد سريان التقييد في ثلاث أشهر من تاريخ إبرام العقد، أما بالنسبة للمقررات القضائية فأجال التقييد هي ثلاثة أشهر من تاريخ حيازته لقوة الشيء المقضي به". والرهن القضائي كأى رهن رسمي، يمنح لصاحبه حق التتبع والتقدم في استيفاء الدين من قبل المدين. بشرط أن يكون قرار الحكم مكتسباً الدرجة القطعية وكذلك يجب ان لا تتجاوز مدة

(1) Marie Antoinette Guerriero, L'acte juridique solennel,

، Librairie générale de droit et de jurisprudence ,Paris , 1975, pg 31.

(2) ينظر ،قانون المالية الجزائري رقم 28-12 لسنة 1999.

التقييد الثلاثة أشهر من تاريخ اكتسابه للدرجة القطعية<sup>(1)</sup> . وبالرغم من عدم النص على الرهن القضائي في التشريع المدني العراقي الا أنه أشتراط اكتساب القرار القضائي المتعلق بحق عيني تبعي الدرجة القطعية لكي يتم قيده حيث نصت المادة الثانية منه على "تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية والاحكام القضائية الحائزة درجة البتات وما في حكمها الواردة على الحقوق العقارية الاصلية والتبعية وانتقال هذه الحقوق إلى الخلف العام"<sup>(2)</sup> نرى أن اشتراط المشرع العراقي اكتساب الدرجة القطعية لإتمام عملية القيد لا ينسجم مع واقع القضاء العراقي الذي يتسم بطول إجراءات التقاضي و حسم الدعوى حيث أن بعض القرارات تستلزم سنة أو أكثر حتى يستحصل الدائن على قرار مكتسب الدرجة القطعية ، و لذلك نظرًا لأهمية قرار الحكم بالرهن لكون الحق العيني مرتبط به وجودًا وعدمًا نقترح على المشرع العراقي هذا النص (تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل الرهن القضائي الناتج عن الاحكام القضائية الواردة على عقار أو عقارات المدين المحددة بهذه الاحكام ،ولا يتم تنفيذ البيوع الجبرية عليها الا بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية ) .

---

(1) ينظر ، عبد العالي دقوقي، الرهن الجبري في ضوء مقتضيات القانون 39.08 بمثابة مدونة الحقوق العينية، بحث منشور في مجلة جامعة القاضي عياض -كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، العدد 2، مراكش 2015، ص136-137.

(2) ينظر، قانون التسجيل العقاري العراقي، مصدر سابق .

## المبحث الثاني

### ضمانات الدائن بعد قيد الرهن في السجل العقاري

من خلال بحثنا لطرق قيد هذه الاحكام القضائية التي تضم عنصر جوهرى يضمن حق الدائن نجد ان من الضروري فهم تأثير هذه الأحكام على القانون الموضوعي وعلى الحقوق الشخصية للدائن .حيث ينتج عن هذه الأحكام أثر مزدوج تجاه كل من المدين و الغير تتبع قوة هذا الأثر من قوة الحكم الملزمة حيث لا يمكن للدائن الحصول عليه الا من قبل محكمة وقاضي متخصص فهي ملزمة و قابله للتقييد الفوري وعلى أثره يتحول هذا الدائن من دائن عادي إلى دائن مضمون بموجب تأمين عيني تبقي قضائي واهم أثار هذا الرهن هو تمتع الدائن بميزتي التتبع و التقدم ،حيث تمنح ميزة التتبع في حال انتقال العقار أو العقارات إلى ذمة شخص آخر نرى مدى تأثير انتقال الملكية أثناء نظر دعوى الرهن القضائي ، وهل يمنح سير إجراءات الدعوى الحق في إيقاف انتقال ملكيته مؤقتاً لحين حسم الدعوى .وأيضاً نبحت حقه في التقدم ، وقت التزام بين الدائنين العاديين و المضمونين و كذلك الغير .بالإضافة إلى ذلك نرى هل بالإمكان تقديم التأمين القضائي للدائن بواسطة الكفيل الضامن وكذلك آلية انقضاء هذا الرهن ، كل هذا سنبحثه من خلال هذا المبحث والذي سيقسم بدوره على مطلبين في الأول سنتناول فيه حق الدائن في التتبع و التقدم و في المطلب الثاني القواعد المنظمة للكفالة الضامنة للمرتهن في الرهن القضائي وانقضاءه وعلى النحو المتقدم .

### المطلب الأول

#### حق الدائن في التتبع والتقدم

من خلال هذا المطلب سنفصل البحث عن طرق التتبع في حال انتقال ملك العقار إلى الغير بواسطة تصرف قانوني كالبيع والهبة أو بواسطة واقعة كالوفاة وانتقاله بالميراث إلى ورثته وكذلك نرى مدى أحقية الدائن في التقدم على سائر الدائنين العاديين والمضمونين السابقين التالين له في المرتبة .وبناء عليه سأقسم هذا المطلب إلى فرعين في الأول سنتناول حق الدائن المرتهن في التقدم وفي الفرع الثاني حق الدائن المرتهن في التتبع وعلى النحو الاتي.

## الفرع الأول

### حق الدائن المرتهن في التقدم

في الرهن القضائي لا تتأثر حرية المدين بأي حال من الأحوال في حقه في التصرف بعقاراته حيث أن حق الرهن مفتوح له من خلال التعامل مع الدائنين الآخرين من أجل الحصول على قروض أو التزامات وغيرها. لكن من ناحية أخرى، عندما يمنح المدين رهناً تأمينياً أو يترتب عليه رهن قضائي لدائن آخر، فإنه يواجه حق الأفضلية ليس لأنه لا يستطيع الدخول في التزام، ولكن هذا الحق من ذلك في الرهن الذي منح لدائنه، ويعرف حق الأفضلية (هو تفضيل يمنح للدائن يمكنه من دفع الدائنين الآخرين عند التزامه لاستيفاء الدين من العقار المرهون). و من المؤكد أن حق الأفضلية هذا هو مظهر من المظاهر المميزة للدائن المرتهن، وهذه الميزة هي نتيجة طبيعية للقيد الذي يؤثر على المدين. حيث يحظر على المدين أن يدفع للدائنين العاديين الآخرين قبل أن يدفع لحامل الرهن القضائي عند بيعه للعقار المرهون. حيث عندما يرغب المدين في الحصول على التزام جديد من دائن جديد، فإن الرهن القضائي سيجعل من الصعب منح قروض جديدة. وبالتالي فإن حق الأفضلية يجعل انتمان الرهن "أثقل" للمدين. ثم يقوض الاستقلالية الأبوية للمدين الذي لم يعد بإمكانه تقديم التزام دون أن يعوقه الرهن القضائي الذي منحه قرار الحكم للدائن<sup>(1)</sup> ، ويعد حق التفضيل هي جوهر الرهن كونه يدفع أي تنافس مع دائن آخر<sup>(2)</sup> ويتبين لنا بأن الأفضلية هو ميزة تُمنح للدائن على أساس الأولوية على دائني المدين الآخرين. ولهذا نقول إن حق الأفضلية هو خروج على مبدأ الحرية بين دائني نفس المدين. وقد نظم هذا الحق نص المادة (2425) من القانون المدني الفرنسي حيث نصت على (يكون ترتيب الرهن بين الدائنين، سواء كان قانونياً أم قضائياً أو تعاقدياً، يبدأ من يوم التسجيل الذي يتخذه الدائن في السجل العقاري بالشكل والأسلوب الذي يحدده القانون).

عندما تكون هناك عدت تسجيلات في نفس اليوم فيما يتعلق بنفس العقار، فإن الإدخال المطلوب بموجب السند الذي يحمل التاريخ الأقدم يعتبر من رتبة سابقة، بغض النظر عن الترتيب الناتج عن السجل المنصوص عليه في المادة (2453).

(1) Corinne Dauchés, le principal de spécialité en droit sûreté réelle., source précédente pg 117-118.

(2) Josph Dangaix, Du délaissement par hypothéqué, Imprimer -Môquet, Paris, 1921, pg 6

ومع ذلك، فإن التسجيلات المنصوص عليها في المادة (2383) المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة (2386) عمليات تسجيل الرهن العقاري المنصوص عليها في المادة ( 2400 فق 1، 2 و3)، يعتبرون حاصلين على مرتبة أعلى من أي تسجيل رهن قضائي أو تقليدي يتم الحصول عليه في نفس اليوم.

إذا تم تسجيل عدة تسجيلات في نفس اليوم فيما يتعلق بنفس العقار ، إما بموجب سندات منصوص عليها في الفقرة الثانية ولكن تحمل نفس التاريخ ، أو لصالح مقدمي الطلبات الحاصلين على الامتياز والرهن المشار إليها في الفقرة الثالثة ، التسجيلات متزامنة بغض النظر عن ترتيب السجل المذكور أعلاه.... يتم تحديد ترتيب الأفضلية بين الدائنين التفضيليين وأصحاب الضمانات ، بقدر ما يتم رهن الأخير على الأصول التي تعتبر غير منقولة ، من خلال التواريخ التي تم فيها نشر الأوراق المالية المعنية ، ويبقى نشر الضمانات خاضعاً للقوانين الخاصة التي تحكمها<sup>(1)</sup>.

---

تنظر المادة، Article 2425، (1)

“Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a rang que du jour de l'inscription prise par le créancier au fichier immobilier, dans la forme et de la manière prescrites par la loi.

Lorsque plusieurs inscriptions sont requises le même jour relativement au même immeuble, celle qui est requise en vertu du titre portant la date la plus ancienne est réputée d'un rang antérieur, quel que soit l'ordre qui résulte du registre prévu à l'article 2453.

Toutefois, les inscriptions de séparations de patrimoine prévues par l'article 2383, dans le cas visé au second alinéa de l'article 2386, ainsi que celles des hypothèques légales prévues à l'article 2400, 1°, 2° et 3°, sont réputées d'un rang antérieur à celui de toute inscription d'hypothèque judiciaire ou conventionnelle prise le même jour. Si plusieurs inscriptions sont prises le même jour relativement au même immeuble, soit en vertu de titres prévus au deuxième alinéa mais portant la même date, soit au profit de requérants titulaires du privilège et des hypothèques visés par le troisième alinéa, les inscriptions viennent en concurrence quel que soit l'ordre du registre susvisé. L'inscription de l'hypothèque légale du Trésor ou d'une hypothèque judiciaire conservatoire est réputée d'un rang antérieur à celui conféré à la convention de rechargement lorsque la publicité de cette convention est postérieure à l'inscription de cette hypothèque.



وكذلك نصت المادة (2418) على (الرهن القانونية والقضائية والتقليدية لها مرتبة فقط من يوم تسجيلها في الملف العقاري، بالشكل والطريقة التي يحددها القانون.

في حالة وجود العديد من عمليات تسجيل الرهن العقارية التقليدية أو القضائية، فإن الرهن المأخوذ تحت السند الذي يحمل التاريخ الأقدم يُعتبر من رتبه سابقة؛ وإذا كانت السندات لها نفس التاريخ، فإنها تتنافس فيما بينها<sup>(1)</sup>. ونلاحظ أن هذه النصوص تتبنى المبدأ الذي بموجبه يجب تسجيل الرهن العقارية بغض النظر عن تاريخ سند أنشائها، وكذلك على استثناء شرط التسجيل فيما يتعلق بالرهن الخاصة بالقاصرين والتي أشارت إليها المادة ( 240٠ ) حيث يمنحون مرتبة اعلى إذا تزامن مع رهن آخر يسجل في يوم تسجيله و المادة ( 2418 ) جاءت تكرر مبادئ المادة ( 2425 ) وتعمم القاعدة المنصوص عليها سابقاً بشأن فض تنازع الرهن المسجلة ، في ذات اليوم و التي اعتبرت السند صاحب التاريخ الأسبق له الرتبة الأسبق في التسجيل وأكدت محكمة النقض على أهمية التسجيل حيث جاء بقرارها( يتم الإعلان عن الامتيازات والرهن العقارية عن طريقة التسجيل بواسطة إيداع المستند الخاضع للدعاية، وعندما يكون المستند خاضعاً للدعاية في خدمة التسجيل و يتعرض التسجيل لرفض الإيداع أو رفض التسجيل ، يتم تقديم استئناف من صاحب المصلحة ضد قرار الخدمة المسؤولة عن التسجيل ،في غضون ثمانية أيام من الإخطار بهذا القرار ، أمام رئيس المحكمة الابتدائية التي تقع العقارات في نطاق اختصاصها.

Les dispositions du cinquième alinéa s'appliquent à l'inscription de l'hypothèque légale des organismes gestionnaires d'un régime obligatoire de protection sociale.

L'ordre de préférence entre les créanciers privilégiés ou hypothécaires et les porteurs de warrants, dans la mesure où ces derniers sont gagés sur des biens réputés immeubles, est déterminé par les dates auxquelles les titres respectifs ont été publiés, la publicité des warrants demeurant soumise aux lois spéciales qui les régissent”.

تنظر المادة، 2418 (1) Article

“Les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles n'ont rang que du jour de leur inscription prise au fichier immobilier, dans la forme et de la manière prescrites par la loi. en présence de plusieurs inscriptions d'hypothèques conventionnelles ou judiciaires, celle qui est prise en vertu du titre portant la date la plus ancienne est réputée d'un rang antérieur ; et si les titres ont la même date, elles viennent en concurrence”.

كون الرفض، ينتهك المادة (26) من المرسوم رقم 55-22 الصادر في 4 يناير 1955) ويتجاوز صلاحياتها، كون المحكمة تنظر الطعن في نشر قائمة تسجيل الرهن القضائي النهائي، على أن الأمر متروك للقاضي لفحص ما إذا كان طلب التسجيل قد تم تقديمه في غضون المهل الزمنية المطلوبة أم لا<sup>(1)</sup>. وكذلك جاء في أحد مبادئها (أن مطالبات الرهن العقاري لها الأولوية على التكاليف القانونية اللاحقة للحكم بمباشرة الإجراءات الجماعية تجاه المدين تطبيقاً للمادة L.641-13 الفقرة 2 و3 من القانون التجاري)<sup>(2)</sup> ويتضح من هذا القرار أن محكمة النقض منحت الأولوية في استيفاء الدين إلى الدائن المرتهن وبعدها يتم استيفاء المصاريف القانونية المترتبة على مباشرة الإجراءات للتنفيذ على أموال المدين المعسر.

أما المشرع المغربي فإنه يسمح للدائن المرتهن ان يستوفي دينه من ثمن الملك حسب رتبة تقييده في الرسم العقاري، وذلك بالأولوية على باقي الدائنين المرتهنين التاليين له في الرتبة وكذا على الدائنين العاديين ويمكن للدائن المرتهن الذي لم يستوف دينه أن يتنازل عن رتبة رهنه بمقدار دينه لدائن مرتهن آخر على نفس الملك المرهون دون المساس بحق الدائنين المرتهنين

(1) قرار محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية بالعدد 26.895-14، في 10/كانون الأول/2015، منشور، على الموقع الرسمي للجمهورية الفرنسية، مصدر سابق.

“ Lorsqu'un document sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière a fait l'objet d'un refus du dépôt ou d'un rejet de la formalité, le recours de la partie intéressée contre la décision du service chargé de la publicité foncière est porté, dans les huit jours de la notification de cette décision, devant le président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les immeubles. Dès lors, viole l'article 26 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 et excède ses pouvoirs la cour d'appel qui, pour accueillir un recours contre un refus de dépôt et ordonner la publication du bordereau de l'inscription d'hypothèque judiciaire définitive, retient qu'il appartient au juge d'examiner s'il avait été formé une première demande dans les délais requis, alors qu'elle devait examiner le bien-fondé de la décision déferée en l'état de la demande dont avait été saisi le service de la publicité foncière et non d'une demande formulée antérieurement à laquelle il n'avait pas été répondu “

(2) قرار محكمة النقض الفرنسية الغرفة التجارية، بالعدد 13-17.997-13، في 11/يونيو/2014، منشور، على الموقع الرسمي للجمهورية الفرنسية، مصدر سابق.

“Il résulte de l'article L. 641-13, II et III, du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008, que les créances hypothécaires priment les frais de justice postérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collectif”.

الموالين له في الرتبة أما المشرع الجزائري فلم يأتي بتوجه بعيد عما ورد في التشريع الفرنسي والمغربي. كونه قد حدد حق الأفضلية في نصوص المواد 907 و908 حيث أشارت إلى تقدم الدائن على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي للعقار في أي يد يكون وهو هنا يتقدم عليهم بغض النظر عن تاريخ نشوء حقوقهم، لكن إذا حصل تزام مع دائنين مضمونين آخرين سواء برهن اتفاقي أو قضائي فالأولوية تكون لصاحب التاريخ الأسبق في القيد<sup>(1)</sup>. ومن هذه النصوص نستنتج أهم شروط ممارسة حق التفضيل وهي: -

1-إن عملية تسجيل الرهن من الشروط المهمة لقيام حق الأفضلية، هذا من جانب ومن جانب آخر يستوجب تعدد الدائنين ونعني به أن يكون هنالك أكثر من دائن ويحدث هذا التعدد بغض النظر عن أجل كل التزام<sup>(2)</sup> ، وكذلك إذا كان الإلتزام مضمون برهن قضائي أو اتفاقي أو قانوني أم لا ، لأنه لا يستلزم ان يكونوا دائنين مضمونين أم عاديين، يجب أن يقع التزام على قيمة نفس العقار أي وحدة محل البيع الذي سوف يمارس حق الأفضلية على ثمنه، كما يجب ان يكون بدل العقار غير كافٍ لإداء جميع الديون المستحقة فإذا كان كافياً هنا ينتفي حق الأفضلية، كون جميع الدائنين قد استوفوا ديونهم.

2-يمارس حق الأفضلية على قيمة العقار المرهون أو المال الذي يحل محله وقيمة العقار تشمل كل ما يلحق بأصل العقار المرهون سواء في زمن ترتيب الرهن أو بعده وملحقات العقار المرهون كذلك وتشمل (العقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي عادت بمنفعة على المالك والثمار)<sup>(3)</sup>.

ونلاحظ أن توجه هذه التشريعات لا ينفك أن يكون تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين المرتهنين سواء كانوا أصحاب رهن قضائي ام اتفاقي ام قانوني ونحن بدورنا نؤيد هذا المبدأ لأنه يمنح الدائنين المرتهنين أي كان مصدر رهنهم الثقة والاطمئنان بكون النظام القانوني المدني ضامن لحقوقهم. فنجد الرهن القضائي يأخذ رتبته من يوم تسجيله في السجل العقاري بغض النظر عن

(1) ينظر، عماري أسية، حجو مروة، حق التخصيص في ظل التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم القانون، جامعة 8 ماي 1945 قالمه، كلية الحقوق والعلوم السياسي قسم العلوم القانونية والإدارية، الجزائر، 2016-2017، ص53-54.

(2) ينظر، رمزي ساسي، الانتماء والرهن العقاري، مقال منشور في مجلة القضاء والتشريع، جانفي، تونس، 2007، ص112.

(3) ينظر، منى بوقربة، الحماية القانونية للدائن المرتهن في الرهن العقاري، مجلة بحوث ودراسات قانونية، الناشر جمعية الحقوقيين، العدد 13، 2017، ص535-536.

تاريخ العقد في الرهن الاتفاقي أو تاريخ قرار الحكم في الرهن القانوني حيث أن هذه الرهون لا تزام تسجيل قرار الرهن القضائي حتى وأن كان تاريخ صدوره لاحقاً لها. وتبنى المشرع العراقي حق التقدم عند تناوله الرهن الحيازي والرهن التأميني و تشمل قواعد خاصة بهذه الرهون تجعل من الصعب تطبيقها على الرهن القضائي ولذلك نقترح على المشرع العراقي هذا النص ضمن مشروعنا المقترح لتعديل القانون المدني وهو (1-يخول الرهن القضائي الدائن باستيفاء الدين من ثمن العقار المرهون متقدماً على الدائنين العاديين و التاليين له في المرتبة . 2-لا يخل الرهن القضائي بمرتبة الحقوق العينية المسجلة على العقار المرهون قبل تسجيله).

## الفرع الثاني

### حق الدائن المرتهن في التتبع

يعرف حق التتبع بأنه (حق الدائن المرتهن في ملاحقة المال المرهون في حالة انتقال ملكيته أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن إلى الغير، من اجل استيفاء دينه من ثمنه بعد التنفيذ عليه)<sup>(1)</sup> لان الرهن لا يغل يد المدين وانما تبقى يده حرة في التصرف في العقار المرهون حيث أن الرهن لا يمنع تصرفات المدين. فقد يرتب عليه حق عيني قابل للرهن أو يتصرف بملكية العقار المرهون. حيث يمنح الدائن حق تتبع العقار المرهون في يد المالك الجديد للتنفيذ عليه عن طريق حق التتبع إذا حل اجل الدين ولم يقم المدين بالوفاء بالتزامه. طبيعة الحق المستمر وتحدد المادة (2114) من القانون المدني الفرنسي حق التتبع حيث نصت على (الرهن حق حقيقي على العقارات لضمان تنفيذ الإلتزام، وهي بطبيعتها غير قابلة للتجزئة، ويتواجد بالكامل على جميع العقارات المضمونة، أي تضمن الحق بكل جزء منها، وتمنح الدائن حق تتبعها في الايدي التي يمرون منها)<sup>(2)</sup>. ومن هنا يتضح ان حق التتبع ليس سوى حق من حقوق

(1) ينظر، محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص 445 .

تنظر المادة، Article 2114 (2)

“L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent.”

الرهن القضائي والذي يمارس ضد الغير الذي يحتفظ بهذه العقارات المرهونة<sup>(1)</sup> وكذلك نصت المادة (2166) على (الدائنون الذين لديهم امتياز أو رهن عقاري مسجل على عقار ، يتبعونه بأي أيادي يمر بها ، ليتم تجميعهم ودفعهم وفقاً لترتيب مطالباتهم أو تسجيلاتهم)<sup>(2)</sup> . ويتم ممارسة حق التتبع مباشرةً على العقار المرهون وهذه الميزة التي تسمح للدائنين باتباعه في أي يد يكون ولكن هذا الحق يختلف عن بقية الحقوق حيث أن المقصود منه ليس اخذ حيازة العقار المرهون وانما فقط السيطرة عليه تمهيداً لبيعه في ضل إجراءات يحددها القانون والتي تعد جوهر حق التتبع<sup>(3)</sup> وقد ذكر المشرع الفرنسي شرطان من أجل ممارسة هذا الحق وتتمثل في.

#### أولاً: -يجب أن يكون الرهن مقيد في السجل العقاري .

التسجيل ضروري بشكل عام للدائن الذي يريد أن يمارس حقه في التتبع ضد الغير، وحسب ما رأينا يمكن تسجيل الرهن القضائي، من حيث المبدأ، في أي وقت. يتمتع الدائن بهذه الحرية بالكامل في تعاملاته مع المدين. أما فيما يتعلق بالأطراف الثالثة الغير، فإن تاريخ تسجيل الرهن العقاري أكثر أهمية، بقدر ما يكون للدائن مصلحة في القيام بذلك في أقرب وقت ممكن لجعل حقه في التتبع قابل للتنفيذ ضدهم. حيث في وجود أطراف ثالثة معينة، تخنقي الحرية فيما يتعلق بوقت التسجيل. كون أن فعالية قرار الحكم للرهن العقاري القضائي تبدأ بعد التسجيل وان عدم التسجيل يحرم القرار من كفاءته لكن هنالك استثناء أورده المرسوم ( 55-22 الصادر في 4 يناير 1955 ) بشأن تعديل تسجيل الأراضي ويتضمن في المادة ( 31 منه في الفقرة الأولى) والثانية:

1-في حالة وجود عدة إجراءات شكلية يحتمل أن تنتج آثاراً قابلة للحكم على أطراف ثالثة بموجب المادة السابقة مطلوبة في نفس اليوم فيما يتعلق بالعقارات، فإن الإجراء المطلوب

(1) Jules Triboulez, Du droit de suite En Matière hypothécaire, F.Pichon.Imprimer -librairie ,Paris,1928, pg56

(2) Article 2166، تنظر المادة،

“Les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrits sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions.”

(3) Jules Triboulez, Du droit de suite En Matière hypothécaire, source précédente, 60-61

بموجب السند الذي يكون تاريخه أسبق هو الأقدم من رتبة سابقة مهما كان ترتيب السجل المنصوص عليه في المادة ( 2453 ) من القانون المدني.

2. عندما يكون من المحتمل أن ينتج عن إجراء شكلي إلزامي بموجب الفقرات 1 إلى 3 د من المادة 28 آثارًا ملزمة للأطراف الثالثة بموجب المادة السابقة، ويكون تسجيل الرهن القضائي مطلوبًا في نفس اليوم فيما يتعلق بالعقارات، وأن السند ليتم نشره وتحمل عنوان التسجيل نفس التاريخ، يعتبر التسجيل من مرتبة سابقة، مهما كان ترتيب السجل المذكور أعلاه...<sup>(1)</sup> . ويوضح نص هذه المادة في فقرتها الأولى ما إذا لو تم تسجيل الرهن العقاري وتسجيل نقل ملكية العقار لطرف ثالث في نفس اليوم حيث منحت هذه الفقرة الأولوية لصاحب الإجراء الذي يحمل السند الأسبق في التاريخ، أما فقرتها الثانية فقد أكدت أنه في حال أنتج هذا الإجراء آثار ملزمة ضد الغير فتكون الأسبقية في التسجيل لصاحب السند الأقدم في التاريخ. وجاءت المحكمة العليا الفرنسية من خلال تفسيرها لنص المادة (37)<sup>(2)</sup> من المرسوم الصادر بشأن تعديل تسجيل الأراضي لعام 1955 بمبدأ يشير إلى أنه يترتب على هذا النص عندما يتم تسجيل نقل

---

(1) تنظر المادة، Article 31 (1)

“1. Dans le cas où plusieurs formalités de nature à produire des effets opposables aux tiers en vertu de l'article précédent sont requises le même jour relativement au même immeuble, celle qui est requise en vertu du titre dont la date est la plus ancienne est réputée d'un rang antérieur, quel que soit l'ordre du registre prévu à l'article 2453 du code civil.

2. Lorsqu'une formalité obligatoire en vertu des 1° à 3° de l'article 28 est de nature à produire des effets opposables aux tiers en vertu de l'article précédent, et une inscription d'hypothèque, sont requises le même jour relativement au même immeuble, et que l'acte à publier et le titre de l'inscription portent la même date, l'inscription est réputée d'un rang antérieur, quel que soit l'ordre du registre susvisé.

(2) Les dispositions de l'article 30 sont applicables à compter du jour de la formalité, lorsque celle-ci est suivie, dans un délai de trois ans, de la publication d'un acte authentique ou d'une décision judiciaire constatant la réitération ou la réalisation. En cas d'instance judiciaire, ce délai peut être prorogé par la publication d'une ou plusieurs ordonnances successives rendues à cet effet par le président du tribunal saisi”

ملكية أو حق عيني على العقار المرهون بموجب قرار حكم قضائي غير مسجل فإن هذا القرار يكون نافذاً تجاههم مدة ثلاث سنوات على الرغم من عدم تقييده في السجل العقاري.<sup>(1)</sup>

### ثانياً: -انتقال ملكية العقار إلى الغير

الدائن الذي لديه رهن قضائي مسجل بشكل صحيح لا يعد حقه في التتبع موجود بل يُشترط وجود شرط ثانٍ يعد متمم لهذا الحق وهو نقل ملكية العقار أو العقارات المرهونة أو أي حق عيني آخر قد يترتب عليه احتمال بيعه في المزاد العلني إلى الغير<sup>(2)</sup>، والغير هم المشتري والموهوب له والورثة وأي شخص آخر يرتب له المدين المالك حق عيني تبعي على العقار من شأنه ان يعرض حق الدائن المرتهن للخطر أو يضعف تأميناته<sup>(3)</sup>. وقد أكدت المادة (2454) من القانون المدني الفرنسي على ذلك حيث نصت على:

"في حالة نقل ملكية المبنى، يتبعه الرهن في يد المشتري من الطرف الثالث. ومن ثم فإن الطرف الثالث المشتري ملزم، في حدود التسجيلات، بجميع الديون المضمونة، من رأس المال والفائدة مهما كان المبلغ"<sup>(4)</sup>، و يتضح أن حق التتبع هو الخيار المقدم للدائن للاستيلاء على الممتلكات في حالة بيع أو نقل ملكية العقار، من أجل استيفاء دينه. وهذا الحق واجب التنفيذ ضد أي طرف ثالث، بغض النظر عن حسن النية أو سوء النية كون النص قد جاء مطلقاً ولم يحدد ذلك. لكن هنالك تساؤل يطرح إذا تم نزع ملكية العقار اجبارياً كيف سيتصرف الدائن تجاه هذا التصرف؟ للإجابة على هذا السؤال نقول ينتقل الحق في التتبع إلى البديل النقدي أو مبلغ التعويض عن قيمة العقار<sup>(5)</sup>. المشرع المغربي كان هدفه من تشريع حق التتبع هو احداث نوع

(1) Manuella Bourassin. Inopposabilité de l'inscription hypothécaire concomitante à la publication d la vente de l'immeuble grevé, par le jeu de la prénotation. Gazette du Palais, Lextenso, 2016 ,pg3،

(2) Corine Dauchés,le principal de spécialité en droit sûreté réelle,, source précédente pg 30.

(3) Manuella Bourassin. Inopposabilité de l'inscription hypothécaire concomitante à la publication de la vente de l'immeuble grevé, par le jeu de la prénotation , source précédente,pg3.

(4) Article 2454، المادة 2454، تنظر المادة

"En cas d'aliénation de l'immeuble, l'hypothèque le suit entre les mains du tiers acquéreur. Le tiers acquéreur est ainsi obligé, dans la limite des inscriptions, à toute la dette garantie, en capital et intérêts, quel qu'en soit le ".

(5) Corine Dauchés,le principal de spécialité en droit sûreté réelle,, source précédente ,pg 84.

من التوازن بين حقوق الدائن والمدين حيث يبقى حق المدين قائماً في التصرف في ملكية العقار لكن من دون الحاق ضرر بمصالح الدائن المرتهن ويشترط لممارسة هذا الحق الشروط الآتية .

1-حلول أجل الدين المضمون بالرهن، هذا الشرط ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بعدم إمكانية التنفيذ بمقتضى حق مؤجل.

2-ان لا يكون قد ترتب على التصرف الذي نقل ملكية المرهون إلى الحائز زوال حق التتبع، كما لو انتزعت ملكية المرهون لأجل المنفعة العامة، حيث يمتنع على الدائن عندئذ تعقب العقار في يد الجهة التي انتزعت ملكية العقار، بل يقتصر حق الدائن في التقدم على المقابل النقدي الذي تدفعه الجهة النازعة للملكية.

3-ضرورة قيد الرهن الجبري أي أنه يستلزم تسجيل قرار الحكم بالرهن في التسجيل العقاري لكي يكون نافذاً تجاه الغير، فإنه لا يجوز للدائن الذي اكتسب حق رهن وتأخر في تسجيله أن يتقدم بطلب تسجيله بعد انتقال ملكيته إلى شخص آخر، فيصبح الدائن الذي تأخر في تسجيل رهنه مجرد دائن عادي، ما لم يكن المتصرف إليه قد تعمد العش بالتواطؤ مع المدين.<sup>(1)</sup> حيث يسمح الرهن بتحريك حق التتبع بهدف ضمان تنفيذ الالتزام حينما يستوفي هذه الشروط<sup>(2)</sup> نرى أن المشرع المغربي لم يكن موفقاً في صياغته لحق التتبع كونه لا يتميز عن الرهون التقليدية وبالإضافة إلى ذلك قد شدد على شرط تسجيل الرهن قبل عملية نقل ملكية العقار حتى يستطيع ان يمارس حقه في التتبع بخلاف المشرع الفرنسي الذي منح الرهون القضائية التي لم تسجل صلاحية التسجيل بأثر رجعي خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدورها. أما المشرع الجزائري فهو لم يكن بعيداً عن منح هذا الحق لكنه أخضع الرهن القضائي لنفس آثار الرهن الرسمي الاتفاقي<sup>(3)</sup> ، فحتى ينفذ صاحب حق الرهن على العقار في يد الحائز يجب أن يكون قد سجل حقه قبل أن تتم عملية نقل الملكية إلى الغير وكذلك يستوجب ان يكون أجل الدين قد حل، وينبه

(1) ينظر ، طارق سنون، وليد الداودي، أسماعيل الزوالي، سفيان ياسين، محمد امين، عبد الصمد امبيطل، الرهن الجبري في التشريع المغربي، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، المغرب، مقال منشور على الانترنت على الموقع الالكتروني [www.droitfonc.com](http://www.droitfonc.com)، تاريخ الزيارة 2022/8/19 الساعة 08:am4.

(2) Othmane kharrouba,L'hypothèque en droit civil Marocain , Article en ligne, sur le site Internet ,[www.village-justice.com](http://www.village-justice.com), Date de visite 15/08/2022 à 11h00.

(3) ينظر، ثامر خالدي، حماية الدائن المرتهن بين الرهن القانوني والرهن القضائي، مصدر سابق، ص73.



الدائن المدين بضرورة ايفائه للدين لأنه المسؤول عنه فإن لم يستوفي دينه منه وجب أنذار الحائز بدفع الدين أو أخلاء العقار حيث ان تسجيل التنبيه والإنذار يترتب عليا عدم نفاذ التصرفات التي تصدر من الحائز بعد ذلك. والتنفيذ على العقار يكون وفقا لإجراءات نزع الملكية النصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(1)</sup>. ويخلو النظام القانوني المدني العراقي من تنظيمه للرهن القضائي وما يرتبط به من حقوق والتي يعد من أهمها حق الدائن في التتبع لكن نجد هذا الحق بين طيات القواعد العامة حيث إذا باشر الدائن المرتهن إجراءات التنفيذ على العقار المرهون، فيحق له التنفيذ بكل دينه على العقار الذي انتقل إلى الحائز، سواء انتقلت ملكية العقار كلها للحائز أو جزء منه، وسواء بقيت عقارات مرهونة في ذات الدين في يد المدين أو انتقلت منه إلى حائزين آخرين. وهذا كله تطبيقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن. وقد أشارت المادة ( 1294 ) مدني عراقي إلى هذه القاعدة بقولها (كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها)<sup>(2)</sup> حيث تعد هذه القاعدة من أهم خصائص الرهن القضائي. ونحن نرجح كفة المشرع الفرنسي في تنظيمه لحق التتبع وما تضمنه من قواعد موضوعية تبرز أهمية الرهن القضائي كونه اعطى قرار الحكم به صلاحية النفاذ بأثر رجعي تجاه الغير و نقترح على المشرع العراقي تضمين هذا النص (يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينتزع ملكية العقار المرهون قضائياً من يد الحائز لهذا العقار ،ويكون حق الدائن في تتبع العقار نافذاً تجاه الغير مدة ثلاث سنوات حتى لو لم يستوفى قرار الرهن إجراءات التسجيل في السجل العقاري).

(1) ينظر ،عماري آسية، حجو مروة، حق التخصيص في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2016-2017، ص57.

(2) ينظر القانون المدني العراقي، مصدر سابق .

## المطلب الثاني

### القواعد المنظمة للكفالة الضامنة للمرتهن في الرهن القضائي وانقضاءه

الرهن القضائي و الكفالة كلاهما ضمانات للتنفيذ حيث أنهما آليات لضمان استيفاء الدين عندنا لا تكون لدى المدين السيولة المالية الكافية ، وعلى الرغم من أن الرهن القضائي يغطي مبلغ الدين بالكامل بالإضافة إلى الفوائد والمصاريف والرسوم ، لكن أجاز القانون في حالة عدم امتلاك المدين لأي عقارات أو عقارات غير كافية لإداء مبلغ الدين ، تقديم طلب بإيقاع الرهن القضائي على عقارات الكفيل ، بالإضافة إلى القواعد المنظمة للكفالة هنالك قواعد منظمة لانقضاء الرهن القضائي ومدى تأثيرها في ضمان حق الدائن .ومما تقدم يستلزم أن نعرف ما نوضح القواعد التي تبين مدى التزام الكفيل الضامن و كذلك القواعد المنظمة لآلية انقضاء الرهن و بناء على ذلك سأقسم هذا المطلب على فرعين في الأول أتناول (مدى التزام الكفيل الضامن ) وفي الفرع الثاني (القواعد المنظمة لانقضاء الرهن القضائي)وعلى النحو الاتي.

## الفرع الأول

### مدى التزام الكفيل الضامن

يفترض أن يؤدي المدين الدين الذي بذمته مختارًا طائعًا، لكن هذه الفرضية لا تتحقق في كثير من الأحيان، لذلك يبقى الدائن بسبب امتناع المدين عن السداد، محاطًا بمجموعة من المخاطر، خاصة إذا كان محاصرًا بالدائنين، وتلافياً لهذه المخاطر أصبح الدائن يسعى للحصول على ضمان يعزز به دينه وقد أعطت التشريعات الحق للدائن في طلب كفالة شخص ضامن فيضم ذمته إلى ذمة المدين المالية وبالتالي تصبح كل أمواله ضامنة للدين كما في الكفالة الشخصية أو بعضها كأن يخصص عقار من عقاراته لوفاء الدين كما في الكفالة العينية<sup>(1)</sup> . وتتضمن الكفالة مسؤولية الكفيل عن إلتزام مدينه و هذه المسؤولية نوعان شخصية وعينية ، في الأولى يكون المسؤول عن الدين شخصاً معيناً وفي الثانية سلطة الدائن تنحصر في مال معين ، وللتمييز بين نوعي هذه المسؤولية ، نقول أن في المسؤولية الشخصية يكون للدائن التنفيذ على كافة الأموال

(1) ينظر ،غني ريسان جادر، أياذ كاظم عبد الزهرة، الطبيعة القانونية للكفالة العينية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة، السنة الرابعة عشر /ملحق العدد (32)، 2019، ص3-11.

أي الحقوق ذات القيمة المالية المملوكة للمدين أو الكفيل ، كون الشخصية القانونية هي (الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات) وهي ترد على كافة الأموال التي تكون نتيجة أعمال هذه الصلاحية ، اما المسؤولية العينية فمحلها عين معينة وتتضمن تحويل الدائن حقا عينيا تبعا ضمانا للوفاء بالدين<sup>(1)</sup> . وعرف المشرع الفرنسي الكفالة في المادة (2288) بأنها (الكفالة هي العقد الذي يتعهد بموجبه الكفيل تجاه الدائن بأداء دين المدين في حالة تقصيره عن أداء الدين)<sup>(2)</sup> . وتنص المادة (2295) من القانون المدني الفرنسي على (تمتد الكفالة لتشمل الفائدة وغيرها من ملحقات الالتزام المضمون، وكذلك جميع التكاليف اللاحقة له، ما لم ينص على خلاف ذلك)<sup>(3)</sup> ومن هذه النصوص يتبين لنا ان الكفالة هي التزام تباعي فلا يقصد بها تحمل أداء الالتزام وانما تترتب آثارها على عاتق الكفيل عند تخلف المدين عن أداء الدين المضمون أو أفلاسه. وبمعنى آخر أنها لا تعد الالتزام معلق على شرط واقف وهو تخلف المدين عن أداء التزامه الأصلي بالوفاء كون أن التزام الكفيل يترتب بذمته بمجرد انعقاد عقد الكفالة بينه وبين الدائن حيث تكون له هنا صفة تبعية احتياطية تجعله ملتزماً في الدرجة الثانية أمام الدائن، حيث تكون ذمته المالية كلها ضامنة لهذا الدين المضمون بموجب عقد الكفالة. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على إمكانية أخذ الرهن القضائي على ممتلكات الكفيل في الدعوى المرقمة (14-11567 في 4 مارس 2015)

(حيث قامت الزوجة بمقايضة الدائن الذي سجل رهن قضائي نهائي على ملكيتها المشتركة مع زوجها من أجل الحصول على قرار شطب الرهن ومنع تسجيله إذ تم أخذه بناءً على عقد الكفالة المنظم من قبل زوجها لضمان دينه ، على الأسهم والأجزاء الخاصة بالزوجة والثابتة ملكيتها بموجب سند توثيق العقار العائد لهم ، وترتب عليه الحصول على الرهن القضائي المؤقت و بعدها تم تسجيله بشكل نهائي وأعلانه، نقضت محكمة النقض الفرنسية القرار لعدم وجود موافقة

(1) إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بلا طبعة ، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1966، ص26.

(2) تنظر المادة، Article 2288،

“Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci”.

(3) تنظر المادة، Article 2295،

“Sauf clause contraire, le cautionnement s'étend aux intérêts et autres accessoires de l'obligation garantie, ainsi qu'aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution”.

صريحة من الزوجة، وفي حالة عدم وجود موافقة صريحة من الزوجين على الضمان الشخصي الذي يكتتب به أحدهما ، فإن الدائن لا يمكنه أخذ رهن قضائي على الأصول المشتركة بموجب هذه الكفالة<sup>(1)</sup> .

وكذلك جاء في قرارها المرقم ( 10.673-14 في 2/يونيو/2015 622-28 الفقرة 3، والمادة 622-26 R ) الفقرة 2 و3 القانون التجاري على أنه يجوز للدائنين اتخاذ تدابير احترازية وفقاً للشروط المنصوص عليها في المواد R.511-1 وما يليها من قانون إجراءات التنفيذ المدني، والتي تمكنه بتسجيل رهن قضائي مؤقت على عقارات الضامنين<sup>(2)</sup> . ونلاحظ من خلال هذه القرارات أمكانية منح الدائن حق اخذ الرهن

---

(1) قرار محكمة النقض الفرنسية بالعدد 14-11567 في 4 /مارس/2015، الهيئة المدنية، منشور، على الموقع الرسمي للجمهورية الفرنسية، مصدر سابق .

“Le cautionnement souscrit par un des deux époux marié sous le régime de la communauté de biens ne peut engager les biens communs du couple qu'à la condition que l'autre époux ait donné son consentement exprès.. L'épouse a assigné le créancier qui a inscrit une hypothèque judiciaire définitive sur sa copropriété avec son mari afin d'obtenir une décision d'annulation de l'hypothèque et d'empêcher son inscription prise sur la base du contrat de cautionnement organisé par son mari pour garantir une dette, lorsque le créancier estime pouvoir inscrire valablement une hypothèque judiciaire temporaire « sur les actions et parts de l'épouse dont la propriété est fixée en vertu du titre de propriété documentant le bien leur= appartenant, l'hypothèque judiciaire temporaire a été obtenue puis elle a été définitivement inscrite et annoncé, la Cour de cassation française a cassé la décision car il n'y avait pas de consentement exprès de l'épouse, et en l'absence de consentement exprès des époux à la garantie La personne souscrite par l'un d'eux, le créancier ne peut contracter une hypothèque judiciaire sur les biens communs au titre de cette garantie et”.

(2) قرار محكمة النقض الفرنسية العدد 14-10.763 في 2/حزيران-يونيو/2015، الغرفة التجارية منشور على الموقع الرسمي للجمهورية الفرنسية، مصدر سابق .

“Mais le créancier titulaire d'une créance contre une personne physique coobligée ou bénéficiaire d'une sûreté personnelle consentie par une personne physique est autorisé par l'article L622-28 alinéa 3 du Code de Commerce à prendre des mesures conservatoires et l'article R 622-26 alinéa 2 du Code de Commerce dispose qu'en application du 3e alinéa de l'article L 622-28, les créanciers peuvent pratiquer des mesures conservatoires dans les conditions prévues aux articles R.511-1 et suivants du code des procédures civiles d'exécution. C'est dans ce cadre légal que la banque a pu

القضائي على عقارات ، أو عقارات الكفيل و فقًا للشروط التي تنظم آلية اخذ الرهن القضائي بالنسبة للمدين . كذلك نظم المشرع الجزائري الكفالة فعرّفها المادة (644) من القانون المدني "الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يوفي له الدين إذا لم يوف به المدين نفسه"<sup>(1)</sup> بمعنى اخر أن عقد الكفالة هو اتفاق ينشأ بين الدائن و الكفيل يلتزم بمقتضاه الكفيل بضمان الوفاء بالدين الأصلي إذا لم يوف به المدين . ونص المشرع الجزائري على الكفالة الشخصية ، و نظمها في المواد من (644) إلى (673) . وتعرف بأنها ( الكفالة العادية التي يكون فيها التزام الكفيل ضمان وفاء الدين إذا لم يؤد التزامه المدين، فيكون للدائن أن يستوفي حقوقه من أموال المدين ومن أموال الكفيل إذا لم تكن أموال المدين كافية ، وترد الكفالة على الضمان العام للكفيل من دون تخصيص لها )<sup>(2)</sup> . ومن خلال هذه النصوص والمقصود من الكفالة نستنتج بإمكانية قيام الدائن بأخذ الرهن القضائي على أموال الكفيل استنادًا إلى حقه في التنفيذ على الضمان العام لأموال الكفيل و الممنوحة له بموجب عقد الكفالة ، المنظم بينه وبين كفيل مدينه . أما المشرع المغربي فهو كذلك لم يكن ببعيد عن ما جاء في التشريع المدني الفرنسي والجزائري حيث نص في المادة ( 644 ) من القانون المدني المغربي على أن "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه" ويتبين من نص هذه المادة بأن الكفالة هي عقد بين الكفيل و الدائن، و ما يهمنها في هذا العقد هو التزام المدين إذ إن هذا الالتزام هو الذي يضمّنه الكفيل، فالكفالة إذا تقتض وجود التزام مكفول و هذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي به و دائن، فالكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل، لأن الكفالة تعتبر من التأمينات الشخصية التي تمنح حق التنفيذ على الضمان العام لأموال الكفيل. وأهمها إمكانية اخذ الرهن القضائي بنوعيه المؤقت والنهائي على أموال الكفيل. وتوجه المشرع العراقي حول تنظيم الكفالة في نص المادة (1008) "الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام"<sup>(3)</sup> .

---

obtenir l'autorisation d'inscrire une hypothèque judiciaire provisoire sur les biens immobiliers des cautions".

- (1) ينظر، القانون المدني الجزائري، مصدر سابق .
- (2) ينظر ،ليونسي حداد نادية، عقد الكفالة في القانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4، 1999، ص11.
- (3) ينظر القانون المدني العراقي، مصدر سابق.

والكفالة هنا أيضا تضم إمكانية التنفيذ على كل أموال الكفيل عند حلول أجل الدين وامتناع المدين عن التسديد أو عند إفلاسه وسقوط أجل الديون وعلى الرغم من عدم تنظيم المشرع العراقي للرهن القضائي إلا أننا نرى إمكانية أخذ الرهن القضائي على عقارات الكفيل الضامن بالاستناد إلى القواعد العامة، والتي تشكل أساساً صلباً يمنح إمكانية تشريع الرهن القضائي ضمن قانوننا المدني. ونقترح هذا النص على المشرع العراقي الذي يُمكن الدائن من أخذ الرهن القضائي على عقارات الكفيل وينص على هذا الحق بصورة صريحة (لكل دائن الحق في طلب إيقاع الرهن القضائي على عقار أو عقارات الكفيل الضامن الحالية والمستقبلية وفقاً للشروط التالية:

1-حلول أجل الدين المضمون بالرهن أو سقوط أجل الدين نتيجة إفلاس المدين.

2-امتناع المدين عن أداء الدين من دون عذر مشروع.

ومن خلال بحثنا في التشريعات الثلاث أعلاه رأينا انعدام دور الكفالة العينية في الرهن القضائي كون أن هذه الكفالة تمنح الدائن حقاً عينياً على مال مخصص للوفاء بالالتزام المضمون كما وضحنا فيما سبق، وهنا ينحصر حق الدائن التنفيذ المباشر على هذا المال فقط، ولا يمكنه تجاوز الضمان العام للكفيل كون مسؤوليته مسؤولية عينية وليست شخصية.

## الفرع الثاني

### القواعد المنظمة لإنقضاء الرهن القضائي

عندما يكون الدين مضموناً بالرهن القضائي، يكون للدائن حقان: حق أصلي وهو الدعوى الشخصية ضد المدين. وحق تبعية يستمد من الرهن. وبما أن الرهن هو حق تبعية، فإنه يتبع مصير الالتزام الأساسي؛ عندما ينتهي الالتزام، فإن ضمان الرهن العقاري القضائي ينقضي، كون أن الدين الذي يهدف إلى ضمان أدائه، لم يعد له أي وجود. والانقضاء يعني به الإلغاء التام للالتزام. أما إذا كان الانقضاء جزئياً، فسيظل الرهن القضائي قائماً على جميع العقارات المرهونة، بموجب مبدأ عدم القابلية للتجزئة. وتكمن أسباب انقضاء الرهن القضائي في التشريع الفرنسي بمحورين يتمثل الأول في:

### أولاً: -انقضاء الالتزام

وينقضي الالتزام لسببين وهما:

- 1- انقضاء الالتزام بصفة تبعية وحسب ما إشارة اليه المادة (1/2488) من القانون المدني الفرنسي (الدفع، التعويض، تقادم المطالبة، التجديد). ويمتد سقوط الالتزام السابق إلى جميع ملحقاته<sup>(1)</sup>. ويجب أن يكون انقضاء الالتزام الأصلي كاملاً. أما في حالة الانقضاء الجزئي له، فإن الرهن القضائي يبقى قائم كضمان للمبالغ المتبقية المستحقة ويستمد الدائن هذا الحق من مبدأ عدم قابلية الرهن للتجزئة حيث يكون العقار بكامله ضامن لكل مبلغ الدين.<sup>(2)</sup>
- 2- الانقضاء بصفة أصلية حيث إشارة المادة 2488 من القانون المدني الفرنسي أسباب أخرى لانقضاء الرهن القضائي لكن بصفة أصلية وليست تبعية وهي:

أ-بتنازل الدائن عن الرهن.

ب-انقضاء الرهن بسبب اتحاد الذمة.

ج-خلال استيفاء إجراءات التطهير من قبل حائز العقار المستفيد من أداء الدين المطلوب على العقار<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: -شطب تسجيل الرهن القضائي.

قد يحدث انقضاء الرهن القضائي نتيجة شطب التسجيلات ويكون هذا الانقضاء بالاتفاق أو قضائياً.

1-الإنقضاء الاتفاقي إشارة اليه المادة (2440) هو الفعل الذي بموجبه يوافق الدائن أو خلفائه بموجبه على الإنقضاء إما لسداد دينه، أو بسبب تنازله عن رهنه ويستلزم أن تتوافر لديهم الاهلية القانونية اللازمة للتنازل عنه<sup>(4)</sup>. يجب أن يستوفي الإنقضاء الاتفاقي أو الطوعي لتسجيل

(1) تنظر المادة، Article 2488/1

“Les privilèges et hypothèques s'éteignent :

1° Par l'extinction de l'obligation principale sous réserve du cas prévu à l'article 2422”

(2) Albert Andre, hypothécaire, imprimerie et libraries générale de jurisprudence ,deuxieme edittion ,Paris ,1900,pg 772.

(3)تنظر المادة، Article 2488/1، مصدر سابق .

(4) Article 2440، تنظر المادة،

“Les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou

الرهن العقاري بالشروط الرسمية والموضوعية وقد أشارت إليها المادة (2441) من القانون المدني الفرنسي وهي ربط سند يؤيد موافقة الدائن المرتهن تحريراً على أنه أعطى بناء على طلب المدين موافقته على هذا الإنقضاء<sup>(1)</sup>.

2-الإنقضاء بموجب حكم قضائي وفقاً للمادة (2442) من القانون المدني الفرنسي على أن للمحكمة أن تأمر بإلغاء تسجيل حكم الرهن القضائي في حالة رفض الدائن لذلك أو عدم قدرته على الموافقة عليه<sup>(2)</sup>.

وطلب إلغاء التسجيل يمكن أن يقدم من قبل المدين أو أي دائن آخر، عندما يرفض المستفيد من الرهن القضائي الانقضاء الاختياري، بينما أن وجوده لم يعد مبرراً، ويقدم الطلب إلى المحكمة التي صدر القرار من ضمن نطاق اختصاصها.

---

passé en force de chose jugée. La radiation s'impose au créancier qui n'a pas procédé à la publication, sous forme de mention en marge, prévue au quatrième alinéa de l'article 2422“.

(1)تنظر المادة، Article 2441

“Dans l'un et l'autre cas, ceux qui requièrent la radiation déposent au service chargé de la publicité foncière l'expédition de l'acte authentique portant consentement, ou celle du jugement.

Aucune pièce justificative n'est exigée à l'appui de l'expédition de l'acte authentique en ce qui concerne les énonciations établissant l'état, la capacité et la qualité des parties, lorsque ces énonciations sont certifiées exactes dans l'acte par le notaire ou l'autorité administrative.

La radiation de l'inscription peut être requise par le dépôt au service chargé de la publicité foncière d'une copie authentique de l'acte notarié certifiant que le créancier a, à la demande du débiteur, donné son accord à cette radiation ; le contrôle opéré par ce service se limite à la régularité formelle de l'acte à l'exclusion de sa validité au fond”.

(2) تنظر المادة Article 2442

“La radiation non consentie est demandée au tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été faite, si ce n'est lorsque cette inscription a eu lieu pour sûreté d'une condamnation éventuelle ou indéterminée, sur l'exécution ou liquidation de laquelle le débiteur et le créancier prétendu sont en instance ou doivent être jugés dans un autre tribunal ; auquel cas la demande en radiation doit y être portée ou renvoyée.

Cependant la convention faite par le créancier et le débiteur, de porter, en cas de contestation, la demande à un tribunal qu'ils auraient désigné, recevra son exécution entre eux.”



من حيث المبدأ، يُطلب من المحكمة التي تم التسجيل في نطاق اختصاصها استنادا إلى أحد الأسباب التالية:

- 1- إذا صدر الرهن بموجب سند غير أصولي أو ملغى.
  - 2- عندما يتم شطب التسجيل نتيجة استخدام وسائل قانونية مثل التقادم أو التطهير.<sup>(1)</sup>
  - 3- أو عندما تكون هنالك موافقة صريحة وبسيطة من قبل الدائن أو خلفائه ، والذين يجب أن تكون لديهم القدرة على التصرف في حق منح الانقضاء وشطب التسجيل.
- ويكتسب الحكم الصادر من المحكمة المختصة بإنقضاء الرهن قوة الشيء المقضي كونه لا يخضع لوسائل الاعتراض العادية أو الاستئناف أو التمييز ويجب ان يتضمن منطوق الحكم أمراً رسمياً بإنقضاء الرهن القضائي وإلغاء التسجيل<sup>(2)</sup>.

وتوجه المشرع الجزائري فيما يخص انقضاء الرهن القضائي فتطبق عليه القواعد العامة فيما يتعلق بإنقضاء الرهن الرسمي و التي تعد مشابه إلى حد ما مع ما تضمنه المشرع الفرنسي حيث ينقضي الالتزام بصفة أصلية بالتطهير حسب نص المادة (٩٣٤) من القانون المدني الجزائري والتنازل عنه بصورة تحريرية و اتحاد الذمة أو هلاك العقار حيث ينتقل الرهن إلى مبلغ التعويض وينقضي بصفة تبعية تبعاً للدين المضمون حيث أشارت المادة ( 933 إلى 936) من القانون المدني الجزائري<sup>(3)</sup> إلى الأسباب التي ينقضي بها الدين المضمون هي أسباب انقضاء الالتزام بصورة عامة .وهي الوفاء أو ما يعادله التجديد والمقاصة والتقدم<sup>(4)</sup>.

اما فيما يتعلق بشطب وإلغاء قرار الرهن فقد أشار المشرع الجزائري إلى إمكانية شطبه إذا كان مبني على أحد الحالات الآتية: -

(1) Alpert Andre, Regim hypothegaire, source précédente, pg 773.

(2) Alpert Andre, Regim hypothegaire, source précédente, pg 774-775.

(3) ينظر، القانون المدني الجزائري. مصدر سابق .

(4) ينظر ، عماري آسية، حجوة مروة، حق التخصيص في التشريع الجزائري، مصدر سابق .

1- إذا صدر القرار بناء على حكم نهائي، ثم طعن في هذا الحكم بطريق من طرق الطعن غير العادية، كالطعن بالتماس إعادة النظر أو النقض، وبناء ذلك ترتب الغاء الحكم، فإن الرهن يسقط ومن حق المدين طلب شطب والغاء قيد الرهن.

2- حينما يتقرر الرهن بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية، وتظلم المدين وتم قبول هذا التظلم، فإن الرهن يعد لاغياً. ويستلزم تأشير ذلك على هامش القيد، وهو ما أشارت إليه المادة ( 94٤ ) من الامر ( 75/ 58 ) المتضمن القانون المدني الجزائري<sup>(1)</sup>.

وكذلك فعل المشرع المغربي حينما حدد أسباب الانقضاء بصفة أصلية مع بقاء الدين المضمون قائماً إذا توافرت أحد هذه الأسباب:

1- انقضاء الرهن بسبب رفع يد الدائن عن العقار المرهون أما بسبب تنازله عن الرهن على الرغم من أنه ينشأ نتيجة حكم قضائي من دون موافقة المدين فإن التنازل هنا من الممكن أن يتم اتفاقاً، كأن يستعوض عن الرهن القضائي بكفالة شخصية أو ان يتنازل عن الرهن من دون قيد أو شرط ويعود دائناً عادياً<sup>(2)</sup>.

2- حلول أجل الدين ولجوء المدين إلى إجراءات العرض والايدياع بسبب رفض الدائن قبول التسديد<sup>(3)</sup>

وبموجب المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية يجب أن تكون الموافقة على إجراءات الانقضاء وشطب قيد الرهن بصورة تحريرية وموافقة صريحة من قبل الدائن حيث نصت على "يجب أن تحرر تحت طائلة البطلان جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك...". و بالإضافة إلى ذلك يشير المشرع المغربي إلى أسباب أخرى لانقضاء الرهن و هي تطبق على

(1) ينظر ،محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، الجزء 7 ، الطبعة 10 ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2008 ، ص 214 - 215 .

(2) ينظر، طارق سنون، وليد الداودي، أسماعيل الزروالي، سفيان ياسين، الرهن الجبري في التشريع المغربي، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية القانون، المغرب، بحث منشور على الانترنت، [www.droitfonc.com](http://www.droitfonc.com)، تاريخ الزيارة 2022/8/29 الساعة 09:00 am.

(3) ينظر، طارق سنون وليد الداودي، أسماعيل الزروالي، سفيان ياسين، الرهن الجبري في التشريع المغربي، تاريخ الزيارة 2022/8/29 الساعة 09:30 am ، المصدر نفسه .

الرهن القضائي، وتتمثل في هلاك الشيء المرهون كلياً أو نزع ملكيته للمنفعة العامة حيث ينقضي الرهن ويتحول حق الدائن إلى البديل النقدي حسب نص المادة (191) من مدونة الحقوق العينية حيث نصت على "ينتقل حق الدائن المرتهن عند هلاك الملك المرهون أو تعييه أو نزع ملكيته لأجل المنفعة العامة إلى المال الذي يحل محله ك مبلغ التأمين أو التعويض أو مقابل نزع الملكية، وللمرتهن أن يستوفي حقه من هذه الأموال وفقاً لمرتبته". وينقضي الرهن القضائي أيضاً بصفة تبعية عند تحقق أحد الأسباب التالية وهي (الوفاء، اتحاد الذمة) ويستبعد المشرع المغربي التقادم من الأسباب التي ينقضي فيها الرهن بصفة تبعية حيث نصت المادة (377) من مدونة الحقوق العينية على "بأنه لا محل للتقادم إذا كان الالتزام مضموناً برهن حيازي على المنقول أو برهن رسمي"<sup>(1)</sup> ومن خلال أمعان النظر في نصوص القوانين المقارنة نجد أنها تضمن عدم القدرة على إنهاء الرهن القضائي إلا وفقاً للأسباب والطرق التي رسمها القانون. وهذا ما يعزز دور الرهن القضائي ويجعل منه ضمان لحقوق الدائن لا يقل شأناً عن الرهون التقليدية وإنما يتجاوزها في أحيان كثيرة، كونه يمنح صفة قانونية بواسطة القرار القضائي، ولم ينظم المشرع العراقي طرق انقضاء الرهن القضائي، وكذلك برأينا نرى عدم إمكانية تطبيق القواعد العامة المتعلقة بانقضاء الرهون التقليدية المنصوص عليها (الرهن التأميني والحيازي) لما يتمتع به هذا الرهن من خصوصية تميزه عنها.

ومن خلال ما تقدم نجد أن ما منصوص عليه في التشريعات المقارنة يضمن قواعد عامة يمكن الاعتماد عليها مع بعض الإضافات وصياغتها وفق نصوص تضمن إمكانية انقضاء الرهن من دون المساس بحق الدائن المرتهن. لكون الرهن القضائي ينشئ بموجب حكم جبراً على المدين. ونقترح على المشرع هذه النصوص لصياغتها ضمن مشروع تعديل القانون المدني

1- "يتم إلغاء قيد الرهن القضائي بالاتفاق من خلال تنازل الدائن عنه بصورة تحريرية ويتم أشعار المحكمة التي أصدرت قرار الرهن من أجل مفاتحة دائرة التسجيل العقاري لغرض رفع قيد الرهن من السجلات".

(1) ينظر، مدونة الحقوق العينية المغربية، مصدر سابق .

2-في حالة عدم الاتفاق يتم اللجوء إلى القضاء للحصول على قرار إنهاء الرهن وللقاضي السلطة التقديرية في أنهائه إذا توافرت إحدى أسباب انقضائه سواء كانت بصفة أصلية كالتطهير أو بصفة تبعية كالوفاء والوفاء بمقابل والتقدم، المقاصة ويتم أشعار دائرة التسجيل العقاري من أجل شطب قيد الرهن القضائي في حالة الغائه ."

# الخاتمة



## الخاتمة

بعد الخوض في تفاصيل هذه الدراسة عن طريق تحليل ما توصل اليه فقهاء القانون وما نظمته القوانين المقارنة، توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات :-

## أولاً:-النتائج

1-يوفر الرهن القضائي الثقة المطلقة في استيفاء الديون الناتجة عن قرارات تقضي بالتعويض المادي والمعنوي للدائن كونه سيوفر تأمين عيني جبري يمنحه الثقة في أن المدين على أنه سينفذ التزاماته تجاهه من دون تلكؤ .

2-تبرز أهمية الرهن القضائي بأعباره حق من الحقوق العينية التبعية ، يقرر بموجب حكم قضائي لأحد الدائنين على عقار أو عقارات مدينه، وذلك بناء على حكم نهائي واجب التنفيذ صادراً بالزام المدين بالدين، ويختلف هذا الحق عن باقي الحقوق العينية التبعية في أنه لم يكن موجوداً عند إبرام العقد (أي العقد الذي يترتب عليه الدين) إنما يوجد وقت نفاذ العقد حيث يستوفي الدائن حقه عند امتناع المدين عن تنفيذ التزامه بموجب هذا الحكم القضائي كل ديونه من العقار أو العقارات التي تم رهنها لمصلحة ديونه.

3-نعتمد بأمكانية تعريف الرهن القضائي بأنه (هو الرهن الناتج عن حكم قضائي جبراً من دون رضا المدين بناءً على حكم واجب التنفيذ بألزامه بالدين).

4 - عند دراستنا للرهن القضائي من وجهة نظر موضوعية ، تبرز لنا سمات مميزة لهذا الرهن، حيث فضلاً عن الخصائص التي يضمها بأعباره حقاً عينياً هنالك سمة مميزة له و هي أتصافه بالعمومية إذ بإمكان الدائن طلب إيقاع الرهن القضائي على عقار أو عقارات مدينه الحالية و المستقبلية من دون تقييد .

5-إن الرهن القضائي رهن ثالث له قوة قانونية تتفوق على بقية رهون على الرغم من التقارب الشكلي ظاهرياً معهم لكن مضمونه مختلف تماماً من حيث طرق ضمانه لحقوق الدائن .

6-ينطلق الرهن القضائي من النص القانوني المقرر له ،فهو بذلك يشبه الرهون التقليدية من حيث منطلقه القانوني ،وكما هو الشأن في البيانات العقدية الواجبة في الرهن الاتفاقي إذ يجب أن تتوفر بيانات في الرهن القضائي تتمثل في شرطين وهما وجود سند يثبت المديونية ويتمثل قرار الحكم في الرهن القضائي النهائي أو سند يثبت المديونية كما في الرهن المؤقت مع وجوب تقديم قرار يثبت الدين من قبل الدائن بعد مرور مدة شهر من تاريخ صدور الحكم بالرهن القضائي المؤقت ، وكذلك وجوب أستيفاء إجراءات طلب أيقاع الرهن.

- 7- يذهب الفقه إلى اعتبار الرهن القضائي بأنه حق عيني تبقي يمنح تدبيراً خاصاً للدائن لضمان حقوقه ولا يعد من النظام العام كونه يجوز الصلح فيه والاتفاق على ما يخالفه .
- 8- للرهن القضائي محددات تتسم مع طبيعته الخاصة فمن ناحية التراضي لا ينسجم مع طبيعة الرهن القضائي بأعتبره حق عيني تبقي ،حيث ينعدم الرضا في قرار الحكم الصادر بأيقاعه كون القانون يفرضه جبراً ويسلب به أرادة المدين لأن قرار الحكم هو من يثبت أثره على المال المرهون . أما من حيث محل قرار الحكم بالرهن القضائي فهو العقار أو العقارات الحالية ، والمستقبلية للمدين .
- 9- السبب في الرهن القضائي يتمثل في قرار الحكم الذي يثبت المديونية فهو الأساس القانوني الذي يبنى عليه الطلب فيستند السبب إلى مصادر الالتزام وهي العقد و الإرادة المنفردة والفعل غير المشروع والاثراء بلا سبب و نص القانون.
- 10- للقاضي سلطة تقديرية في الامر بالرهن القضائي أو رفضه وهذه بعد توافر الشروط التي يستوجب توافرها في طلب إيقاع الرهن و هي وجود سند المديونية ،وكذلك أستيفاء الشكلية المطلوبة لاقامة الدعوى التي سبق وان تحدثنا عنها فيما تقدم وكذلك الشروط الموضوعية و هي أهلية أطراف الدعوى ،بالإضافة إلى محل وسبب الالتزام .
- 11- إن قوة التأمين العيني المتمثلة بالرهن القضائي تنشأ مباشرة من الحكم وليس من تسجيله الذي يعد شرطاً لنفاذه تجاه الغير ،أذ يؤخذ من قيام الضمان حتى انقضاء المطالبة .
- 12- يتمتع الدائن بالحقوق المترتبة على الرهن التي من أهمها حق الدائن في التتبع ،فيحق له التنفيذ بكل دينه على العقار الذي انتقل إلى الحائز ، سواء انتقلت ملكية العقار كلها للحائز أم جزء منه ، وسواء بقيت عقارات مرهونة في ذات الدين في يد المدين أم انتقلت منه إلى حائزين آخرين. وهذا كله تطبيقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن.
- 13- حق الدائن في الأفضلية لا ينفك أن يكون تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين المرتهنين سواء كانوا أصحاب رهن قضائي ام اتفاقي ام قانوني .ف نجد الرهن القضائي يأخذ رتبته من يوم تسجيله في السجل العقاري بغض النظر عن تاريخ العقد في الرهن الاتفاقي أو تاريخ قرار الحكم في الرهن القانوني حيث أن هذه الرهون لا تراحم تسجيل قرار الرهن القضائي حتى وأن كان تاريخ صدوره لاحقاً لها.
- 14 - ترتب الكفالة التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل ،لأن الكفالة تعتبر من التأمينات الشخصية التي تمنح حق التنفيذ على الضمان العام لأموال الكفيل ،وأهمها أمكانية اخذ الرهن القضائي المؤقت والنهائي على أموال الكفيل .

15 - عندما يكون الدين مضموناً بالرهن القضائي ، يكون للدائن حقين: حق أصلي وهو الدعوى الشخصية ضد المدين. وحق تبعية يستمد من الرهن . و بما أن الرهن هو حق تبعية ، فإنه يتبع مصير الالتزام الأساسي ؛ عندما ينتهي الالتزام ، فإن ضمان الرهن العقاري القضائي ينقضي ، كون أن الدين الذي يهدف إلى ضمان أدائه ، لم يعد له أي وجود . والانتقضاء يعني به الإلغاء التام للالتزام. أما إذا كان الانتقضاء جزئياً ، فسيظل الرهن القضائي قائماً على جميع العقارات المرهونة ، بموجب مبدأ عدم القابلية للتجزئة .

### ثانياً:-التوصيات

- 1-تقنين الرهن القضائي في القانون المدني ،باعتباره تأمين عيني ورهن ثالث تحت مسمى "الرهن القضائي " لما له من دلالة أكبر على طبيعته القضائية.
- 2-تقنين الرهن القضائي المؤقت في قانون التنفيذ على غرار المشرع الفرنسي لتوفير ضمانات أكثر للدائنين وحفظ حقوقهم تحت مسمى "الرهن القضائي المؤقت " .
- 3-منح الدائن حق تجديد قيد الرهن القضائي المؤقت لأكثر من مرة تحسباً لطول إجراءات بعض الدعاوى .
- 4-أمكانية الحصول على قرار بالرهن القضائي بناءً على أي سند يجيز التنفيذ الجبري وعدم قصره على الاحكام القضائية.
- 5-النص علناً على عدم نفاذ تصرفات المدين في العقارات المرهونة قضائياً لصالح الدائن ،عند حصوله على قرار الحكم بالرهن مباشرةً وليس من تاريخ قيد الرهن .
- 6-منح الدائن رتبته في الرهن من تاريخ حصوله على القرار لا من تاريخ قيده في السجل العقاري .
- 7-أعطاء القاضي سلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بمنح الرهن أو عدمه من خلال توافر شروطه و كذلك تقديره لحسن أو سوء نية المدين تجاه الدائن .
- 8- تمكين القضاة من خلال الورش التدريبية و التطويرية التي تساهم في توسيع قدرة القاضي على تفسير النصوص القانونية المتعلقة بالرهن القضائي .
- 9-على الرغم من أهمية الرهن القضائي وإهتمام أغلب دول العالم به ولاسيما تشريعات الدول الغربية وتنظيمه بدقة كبيرة ،الا أن المشرع العراقي أغفل هذا التنظيم وأكتفى بالرهون التقليدية ؛ لذلك ندعو المشرع العراقي إلى إصدار تعديل في القانون المدني العراقي ينظمه من جميع



الجوانب على غرار ما هو موجود في الدول التي أولته أهمية كبيرة ووفقاً لمسودة تعديل القانون المدني المقترحة من قبلنا التالية :-

### مسودة تعديل القانون المدني العراقي المقترحة

أسم القانون :-تعديل القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) .

رقم التعديل ( ) سنة النفاذ ( )

بأسم الشعب

رئاسة الجمهورية

صدرت هذه التعديلات على متن القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة (1951) وتضمنت

النصوص التالية :-

#### المادة الأولى :-السريان والتعريفات

أولاً:-السريان

يسري هذا القانون على جميع الدائنين و المدينين سواء كانوا أشخاصاً طبيعياً أم معنوية وطنيين كانوا أم أجانب (يعملون أو يقيمون داخل العراق) .

#### ثانياً:-التعريف

الرهن القضائي (هو الرهن الناتج عن حكم قضائي جبري من دون رضا المدين بناءً على حكم نهائي واجب التنفيذ بالزامه بالدين) .

#### المادة الثانية :-

1-ينتج الرهن القضائي عن أحكام مؤقتة، غيابية أو حضورية لصالح من حصل عليها كما أنه ينتج عن قرارات التحكيم التي تعلن المحاكم العراقية أنها قابلة للتنفيذ في العراق.

2-يمكن للدائن أخذ رهن قضائي مؤقت من دون تقديم سند مديونية ويكون هذا الحكم صالح لمدة شهر لحين تقديم قرار حكم يثبت الدين).

#### المادة الثالثة :-

(يشترط في محل الرهن القضائي أن يكون عقاراً أو عقارات معينة وموجودة أو قابلة للوجود ومشروعة).

**المادة الرابعة :-**

(يستلزم على القاضي لقبول دعوى طلب أيقاع الرهن التحقق من وجود السبب ومشروعيته وان لم يذكر هذا السبب في سند الدعوى كي يكون ترتيبه للرهن القضائي بسبب الحكم معتبراً قانوناً مالم يثبت الدليل على خلاف ذلك).

**المادة الخامسة :-**

(لا يجوز إجراء التصرفات القانونية على العقارات التي صدر فيها قرار رهن قضائي حائز على درجة البنات الا بعد تسجيل ذلك القرار في السجل العقاري).

**المادة السادسة :-**

(يمنح الدائن الحق في الرهن القضائي استناداً إلى قرار محكمة البداة و لا يتوقف تقييده على اكتسابه لدرجة الامر المقضي فيه ، و انما يستلزم لإتمام عملية البيع في المزاد العلني اكتسابه للدرجة القطعية).

**المادة السابعة :-**

(يمكن للدائن المستفيد من الرهن القضائي طلب قيد الرهن على جميع عقارات مدينه الحالية والمستقبلية وللقاضي سلطة تحقيق التناسب بين قيمة الدين والعقارات المطلوب أيقاع الرهن عليها بطريقة تضمن الاعتبار الإنسانية والاجتماعية والاقتصادية للمدين)

**المادة الثامنة :-**

1-يمكن لأي شخص يجد أن دنيه مهده ، من حيث وفاء المدين به ، أن يطلب من القاضي الإذن بتوقيع إجراء تحفظي على أموال مدينه، دون الحكم عليه مسبقاً، إذا أثبت للمحكمة أن هنالك ظروف من المحتمل أن تهدد بعدم استرجاع الدين. 2-يقدم هذا الطلب لرئيس محكمة البداة إذا كان الدين مدنياً ولرئيس المحكمة التجارية إذا كان الدين يتعلق بمسألة تجارية 3-الاذن الممنوح بالرهن القضائي يكون خلال مدة شهر قابلة للتمديد مرتين إذا تثبت للقاضي بكتاب رسمي بأن الدائن سبق وأن أقام دعوى للحصول على حكم وهي في صدد الحسم).

**المادة التاسعة :-**

(تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل الرهن القضائي الناتج عن الاحكام القضائية الواردة على عقار أو عقارات المدين المحددة بهذه الاحكام، ولا يتم تنفيذ البيوع الجبرية عليها الا بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية).

**المادة العاشرة :-**

(يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينتزع ملكية العقار المرهون قضائياً من يد الحائز لهذا العقار ،ويكون حق الدائن في تتبع العقار نافذاً تجاه الغير مدة ثلاث سنوات حتى لو لم يستوف قرار الرهن إجراءات التسجيل في السجل العقاري) .

**المادة الحادية عشرة :-**

1- يخول الرهن القضائي الدائن أستيفاء الدين من ثمن العقار المرهون متقدماً على الدائنين العاديين و التاليين له في المرتبة .  
2- لا يخل الرهن القضائي بمرتبة الحقوق العينية المسجلة على العقار المرهون قبل تسجيله).

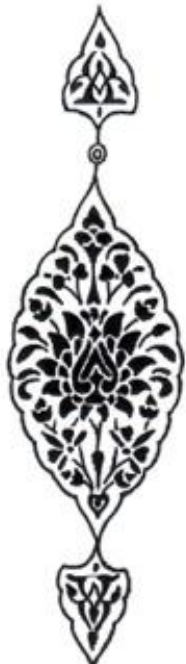
**المادة الثانية عشرة :-**

(لكل دائن الحق في طلب إيقاع الرهن القضائي على عقار أو عقارات الكفيل الضامن الحالية والمستقبلية وفقاً للشروط التالية:  
1- حلول أجل الدين المضمون بالرهن أو سقوط أجل الدين نتيجة افلاس المدين.  
2- امتناع المدين عن أداء الدين من دون عذر مشروع).

**المادة الثالثة عشر :-**

1- إلغاء قيد الرهن القضائي بالاتفاق من خلال تنازل الدائن عنه بصورة تحريرية ويتم أشعار المحكمة التي أصدرت قرار الرهن من أجل مفاتحة دائرة التسجيل العقاري لغرض رفع قيد الرهن من السجلات .  
2- في حالة عدم الاتفاق يتم اللجوء إلى القضاء للحصول على قرار إنهاء الرهن وللقاضي السلطة التقديرية في أنهائه إذا توافرت إحدى أسباب انقضائه سواء كانت بصفة أصلية كالتطهير أو بصفة تبعية كالوفاء والوفاء بمقابل والتقدم، المقاصة ويتم أشعار دائرة التسجيل العقاري من أجل شطب قيد الرهن القضائي في حالة الغاءه).

# المصادر



## المصادر

## القرآن الكريم

## أولاً : الكتب

1. أحمد سلامة ، التأمينات المدنية، الرهن الرسمي، دار النهضة العربية، بيروت 1970 .
2. أحمد شرف الدين التأمينات الشخصية والعينية ، الطبعة الأولى ،دون ذكر دار النشر ، مصر ، 1997 .
3. أحمد عطار ، التحفيظ العقاري في ضوء القانون المغربي ،بلا طبعة ،دار السلام للثقافة والنشر ،مراكش ،2008.
4. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1966.
5. أنور العمروسي، الحقوق العينية التبعية، التأمينات العينية في القانون المدني، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009 .
6. تقي الدين الحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار في الفقه الشافعي، تحقيق عبد القادر الأرنؤوط، دار البشائر، بيروت ، 2001 .
7. حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية، بيروت ، 1995 .
8. حمدان حسين التأمينات العينية دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز ،الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ،2009.
9. رضا عبد الحلیم عبد المجید، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، طبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2012 .
10. رمزي ساسي، الائتمان والرهن العقاري، مقال منشور في مجلة القضاء والتشريع، جانفي، تونس، 2007.
11. زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، بلا طبعة، دار الأمل، الجزائر، 2006 .

12. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقا لقانون المرافعات وتعديلاته الحديثة (القانون رقم 76 لسنة 2007) وأحكام القضاء وأراء الفقه، دار النهضة العربية، القاهرة 2009.
13. السيد سابق، فقه السنة، الطبعة الثالثة ، المجلد الثالث، دار الكتاب العربي ،مصر، 2011.
14. شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي، في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومه، الجزائر، 2009 .
15. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية ، الطبعة الأولى ، دار المعرفة ،بغداد ،1954.
16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 10، التأمينات الشخصية والعينية، دار احياء التراث العربي، الطبعة الأولى، بيروت لبنان ،1970
17. عبد الناصر العطار، التأمينات العينية، دار الفكر العربي، القاهرة 2003 .
18. علي حسين نجدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، مطبعة عبير للكتاب والاعمال التجارية، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 1982 .
19. عمار محمد القضاة ، المذكرة الايضاحية ،للقانون المدني الأردني ، الطبعة الأولى ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،2015.
20. مأمون الكزبري، القانون المدني (الحقوق العينية ) ، بلا طبعة ، مطبعة الجامعة السورية ،دمشق ،1959.
21. محمد أبن معجوز الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مكتبة الدار البيضاء، المغرب ،1990.
22. محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ،1986 .
23. محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر 2009 .
24. محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر ،2009.
25. محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، الجزء 7 ، الطبعة 10 ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2008 .
26. محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية التبعية، طبعة 1، المكتبة القانونية، بغداد ،2017.

27. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية (الرهن المجرد، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للتصميم والانتاج، حلب، 1997
28. نبيل أبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، بلا طبعة، منشأة دار المعارف، القاهرة، من دون تاريخ نشر.
29. همام زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
30. هنري بارمانتييه، دراسة نقدية مقارنة عن الرهن العقاري القضائي الدولي، مكتبة القانون والفقه، شارع سوفلوت، باريس، 1903.
31. يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، الطبعة الأولى، دار الميسرة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

#### ثانياً : الرسائل الجامعية

1. حكيمة حميدات، نعيمة عثمان، الحقوق العينية التبعية وفقاً للتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة زيان عاشور، الجزائر 2013-2014.
2. زعيطي خيرة، الرهن الحيازي على المنقول، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2019.
3. عماري آسية، حجوة مروة، حق التخصيص في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، الجزائر 2016 - 2017.
4. عماري آسية، حجوة مروة، حق التخصيص في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2016-2017.

5. عماري آسية، حجوة مروة، حق التخصيص في ظل التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم القانون، جامعة 8 ماي 1945 قالم، كلية الحقوق والعلوم السياسي قسم العلوم القانونية والإدارية، الجزائر، 2016-2017 .
6. فتحية امحمد محمد امحمد، أحكام رهن الأموال المنقولة والديون رهناً مجرد من الحيازة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط قسم القانون الخاص، عمان الأردن، حزيران 2021.
7. كمال الدين رايس، آليات إلزام الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، 2013-2014 .
8. مساعد صالح نزار الشمري، دور السندات العادية في الاثبات، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، الكويت 2012 .
9. مقراتي وردة، موهوبي سعاد، النيابة الشرعية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة -بجاية-كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر.

### ثالثاً : البحوث

- 1 - أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة فضائية وصياغة تشريعية -لمحات في بعض المستجدات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع (القانون أداة الإصلاح والتطوير)، ملخص خاص، العدد (2)، الجزء الثاني، كلية الحقوق جامعة حلوان، مصر، 2017 .
- 2 - أكرامي بسيوني عبد الحي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، مجلة الحقوق الكويتية، العدد(3)، 2018.
- أيناس هاشم رشيد، وعود كاتب عبد، أحكام الحجز الاحتياطي في القانون العراقي، مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد التاسع، العدد، الرابع، 2011 .



- 3 - ثامر خالدي، حماية الدائن المرتهن بين الرهن القانوني والرهن القضائي، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية -جامعة عماد تلجي الاغواط، الجزائر، العدد الرابع عشر، حزيران 2017.
- 4 - خالد رضوان السامعة، أنيس منصور المنصور، أحكام الحجز التحفظي على السفينة في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، جامعة السلطان قابوس، بحث منشور في مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، 2014-2015.
- 5 - زرارة عواطف، أهلية التقاضي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية العدد 12، المركز الجامعي عباس لغرور خنشلة، الجزائر .
- 6 - صادقي عباس، تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود الإدارية، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، عدد خاص، 2018 .
- 7 - صدقي محمد أمين عيسى، طالب برايم سليمان، فائق محمد حسين، التنظيم القانوني لحق الاختصاص وضرورة الاخذ به في التشريع العراقي، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، السنة الخامسة، العدد العاشر، كانون الأول 2017 .
- 8 - عبد الرحمن علي الخضير، نورة يعقوب الشطي، نحو تقنين الرهن القضائي في القانون المدني وقانون المرافعات المدنية الكويتيين، دراسة مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، بحث منشور في مجلة الحقوق، مجلد 46، عدد 4 ج2، جامعة الكويت، 2021
- 9 - عبد العالي دقوقي، الرهن الجبري في ضوء مقتضيات القانون 39.08 بمثابة مدونة الحقوق العينية، بحث منشور في مجلة جامعة القاضي عياض -كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، العدد 2، مراكش 2015.
- 10 - عزمي عبد الفتاح، مستحدثات قانون التنفيذ الفرنسي الجديد رقم 783/2012 في السندات التنفيذية ووسائل الاجبار على التنفيذ وطرق الحجز المختلفة واختصاص قاضي التنفيذ نوعياً ومحلياً، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 1، مارس 2016 .

- 1 1 - علي هادي عطية، إشكالية قبول المصلحة المحتملة في الطعون الدستورية، وتطبيقها في الطعن بدستورية الضريبية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق (دراسة مقارنة)، السنة الخامسة - العدد الأول-2013م.
- 2 1 - غني ريسان جادر، أياد كاظم عبد الزهرة، الطبيعة القانونية للكفالة العينية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة، السنة الرابعة عشر /ملحق العدد (32) 2019.
- 3 1 - فاطمة الزهراء المساعد، آسية الفكادي، يسرى شهبي، بحث عن الرهن في ضوء التشريع المغربي، جامعة محمد الخامس الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، 2019-2020.
- 4 1 - ليونسي حداد نادية، عقد الكفالة في القانون المدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4، 1999 .
- 5 1 - محبوب غفران، مكيد نعيمة، مضمون العقد بديل لركني المحل والسبب في قانون العقود الفرنسي الجديد، بحث منشور في مجلة صوت القانون، المجلد الثامن، العدد خاص، 2022.
- 6 1 - محمد بومهمود: قاضي ملحق بوزارة العدل، محاضرة في مادة المسطرة المدنية، جامعة محمد بن عبد الله بفاس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -فاس -ظهر المهرار.
- 7 1 - منى بوقربة، الحماية القانونية للدائن المرتهن في الرهن العقاري، مجلة بحوث ودراسات قانونية، الناشر جمعية الحقوقيين، العدد 13، 2017 .
- 8 1 - نجاح بوساحة، الرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية - عدد 13 , 2016 .

#### رابعاً : القوانين

##### 1: القوانين العراقية .

1. القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951.

2. قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم 188، سنة 1959.
3. قانون المرافعات العراقي المرقم 83 لسنة 1969 .
4. قانون التسجيل العقاري العراقي المرقم (43) لسنة 1971.
5. قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980.

## ٢-القوانين العربية والأجنبية .

- 1 - القانون المدني المصري المرقم 131 لسنة 1948.
- 2 - قانون المالية الجزائري رقم 28-12 لسنة 1999.
- 3 - القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004.
- 4 - قانون الالتزامات والعقود المغربي في (12 أغسطس 1913) صيغة معدلة في (26 أغسطس 2019).
- 5 - القانون المدني الجزائري (رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975) المعدل والمتمم بالقانون 0507(المؤرخ في 13مايو 2007).
- 6 - لقانون المدني الفرنسي المعدل لعام 2016.
- 7 - قانون التنفيذ الفرنسي المعدل في 2022/2/16.
- 8 - قانون الملكية الفرنسي رقم 597 لسنة 1992.
- 9 - قانون ادارة الجمارك الفرنسي في (22/أغسطس/1719).

## خامساً : المواقع الالكترونية

- 1- طارق سنون، وليد الداودي، أسماعيل الزوالي، سفيان ياسين، محمد امين، عبد الصمد امبيطل، الرهن الجبري في التشريع المغربي، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، المغرب، مقال منشور على الانترنت على الموقع الالكتروني [www.droitfonc.com](http://www.droitfonc.com)، تاريخ الزيارة 2022/8/19 الساعة 4:08am.

2- نأشنتي أحمد أحمد، عريضة الدعوى المدنية شروطها وأهميتها، بحث مقدم إلى مجلس القضاء الأعلى، 2011، منشور على الموقع الإلكتروني [www.Kroc.org](http://www.Kroc.org) تاريخ الزيارة 2021/7/12، الساعة 12:am1.

3- الرهن الجبري في التشريع المغربي، مقال منشور على الانترنت، [www.droitfonc.com](http://www.droitfonc.com)، تاريخ الزيارة 2022/7/12، الساعة 42:am3.

4- عماد عبد الله، تفسير القانون، مقال منشور على الانترنت على الموقع [www.hic.com](http://www.hic.com)، تاريخ الزيارة 2022/7/12، الساعة 13:7.

5- Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 15 septembre 2016, "Effet juridique associé à la décision, qui permet l'utilisation de moyens d'exécution coercitifs" 15-21.483 منشور على الموقع الإلكتروني للجمهورية الفرنسية، الخدمة العامة لنشر القوانين على الموقع الإلكتروني [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

6- Yu Zhou ,Hypothèque judiciaire : durée, dénonciation et radiation, article en ligne, [www.ekie.com](http://www.ekie.com), 22/6/2022, 1:11am .

سادساً : القرارات القضائية.

-قرارات المحاكم العراقية .

1- قرار المجلس الأعلى المرقم 1472 الصادر بتاريخ 2000/7/5 الملف التجاري رقم 98/650 منشور بمجلة المجلس الأعلى العدد 57.58، غير منشور.

2- قرار محكمة استئناف كربلاء الاتحادية/الهيئة التمييزية، بالعدد 24/حجز احتياطي 2008/ في 2008/7/2، منشور على الموقع الإلكتروني لمجلس القضاء الأعلى العراقي .

3- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية بالعدد 369 /منع معارضة /الهيئة المدنية في 2009/1/29.

4- رقم الحكم، 369/منع معارضة/2009، تاريخ اصدار الحكم، 2009/1/29، محكمة التمييز الاتحادية، منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى العراقي، [www.hjc.com](http://www.hjc.com).

5- قرار محكمة أستئناف واسط الاتحادية بصفتها التمييزية، العدد رقم القرار 736/ت/تنفيذ/ 2018 في 2018/8/20، غير منشور..

6- قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية بصفتها التمييزية، العدد 339/ت/تنفيذ/ 2017، في 2017/11/15، غير منشور.

### - قرارات المحاكم الأجنبية .

1 - قرار محكمة النقض الفرنسية الغرفة التجارية، بالعدد 13-17.997-13، في 11/يونيو /2014، منشور.

2 - قرار محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية بالعدد 14-26.895، في 10/كانون الأول/ 2015، منشور .

3 - قرار محكمة النقض الفرنسية بالعدد 14-11567 في 4 /مارس/ 2015، الهيئة المدنية، منشور.

4 - قرار محكمة النقض الفرنسية العدد 14-10.763 في 2/حزيران- يونيو/ 2015، الغرفة التجارية منشور .

5 - قرار محكمة النقض الفرنسية الهيئة المدنية الثانية، المرقم 16-20.437.000، في 28/سبتمبر/ 2017، منشور على الموقع الالكتروني للجمهورية الفرنسية .

### سابعاً : المصادر الأجنبية

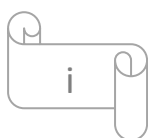
1- Adèle Geoffret, L'hypothèque dite judiciaire attachée aux jugements de condamnation, Référence précédente .

- 2- Albert Andre, hypothécaire, imprimerie et librairie générale de jurisprudence, deuxième édition, Paris, 1900.
- 3- C. Caillé, Quelques aspects modernes de la concurrence entre l'acte juridique et le fait juridique, in Mél. Offerts à J.-L. Aubert, propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Dalloz 2005.
- 4- Corine Dauchés, le principal de spécialité en droit sûreté réelle,, source précédente.
- 5- Josph Dangaix, Du délaissement par hypothéqué, Imprimer - Môtquet, Paris, 1921.
- 6- Jules Triboulez, Du droit de suite En Matière hypothécaire, F.Pichon. Imprimer - librairie, Paris, 1928.
- 7- L. BLANC, L'HYPOTHÈQUE LÉGALE\_FEMMES MARIÉES, GENÈVE, IMPRIMERIE C.-L. SABOT, RIVE, 10, 1856.
- 8- le site Internet, [www.village-justice.com](http://www.village-justice.com), Date de visite 15/08/2022 à 11h00.
- 9- Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1975.
- 10- M. Dagot, La publicité foncière, Paris, P.U.F., 1981.
- 11- Manuella Bourassin. Inopposabilité de l'inscription hypothécaire concomitante à la publication de la vente de l'immeuble grevé, par le jeu de la prénotation. Gazette du Palais, Lextenso, 2016.

- 
- 12- S. Piédelièvre, « La réduction des inscriptions hypothécaires », Defrénois, 2000.
- 13- S. Piédelièvre, F. Guerchoun, » Saisies et mesures conservatoires «, Répertoire de (18) Procédure civile, Dalloz, octobre 2018) actualisation Octobre 2019.
- 14- Yaëll Emerich, Le dialogue entre Législation fédérale et provinciale en matière d'hypothèque Légale résultant d'un jugement ,L'affaire 3095-7252 Québec inc c Mickeck Jacyno,111.

## **Abstract**

In this thesis, we review, through the analytical method compared to the French, Algerian and Moroccan laws, the justifications for the legalization of the judicial mortgage, as one of the judicial guarantees, which arrange an accessory real right that gives its owner the advantages of progress and tracking, as one of the guarantees granted forcibly to the debtor, which is called in Moroccan law a compulsory mortgage, and we also deal with an image A recent judicial mortgage that is not known in the Algerian and Moroccan legislation, which is the temporary judicial mortgage, according to the developments of the new French implementation law amended by Decree No. 783 of 2012. By highlighting the advantages of the temporary and final judicial mortgage system, and suggesting appropriate amendments to address these systems in our civil system, in a way that encourages the Iraqi legislator to adopt it and codify it in civil law, execution law, and civil pleadings. “The judicial mortgage is one of the accessory rights in rem, which is determined according to the ruling of Q Damage to one of the creditors on the real estate or real estate of his debtor, based on a final, enforceable judgment issued obliging the debtor to pay the debt. Where the creditor fulfills his right when the debtor refuses to implement his obligation according to this judicial ruling, all his debts from the real estate or real estate that were mortgaged in the interest of his debts. While the most important recommendations that we reached are represented in the legalization of the judicial mortgage in the civil law, as an insurance in kind and a third mortgage under the name of the judicial mortgage because of its greater indication of its judicial nature. In addition to codifying the temporary judicial mortgage in the execution law, similar to the French legislator, to provide more guarantees to creditors and preserve their rights under the name of the "temporary judicial mortgage". Finally, we conclude our recommendation with a draft amendment to the Iraqi Civil Code, similar to the comparative legislation that regulated the judicial mortgage.







**The Ministry of Higher Education and Scientific Research**

**University of Kerbala**

**College of Law**

**Branch of private law**

**The Judicial Mortgage System is a Guarantee of  
the Right of the Mortgagee Creditor**

**( A comparative study )**

**Thesis submitted To the Council of the Faculty of Law  
- University of Kerbala, It is part of the requirements  
for obtaining a master's degree in private law**

**Posted by student**

**Sura Abbas Thamer**

**Supervised by**

**M . Dr. Muataz Mahmood Hamzah**

**1444 A.H.**

**2023 A.D.**