



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة النهرين – كلية الحقوق

غلق الرهن (دراسة مقارنة)

بحث تقدمت به الطالبة
رَحمة إبراهيم حسين

ألى مجلس كلية الحقوق – جامعة النهرين
وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

بإشراف
د . مريم عبد طارش

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ}

صِدْقُ اللَّهِ الْعَظِيمِ

سورة الطور: : آية ٢١

الأهداء

إلى ملاذي الامن واطمئنانني الى الحضن الدافئ الذي يتسع كوناً بأكمله الى السند
والداعم الأول والأخير لي ... اخواتي

ألى من افتقد وجهه في كل يوم .. غصة العمر وحرقة الفؤاد ...
اخي الغائب في السماء

الشكر والتقدير

شكر وتقدير لاستاذتي ومشرفتي التي كانت الداعم
والمشجع لي طوال فترة البحث ولم تكف عن مد يد
العون لي دكتورتي وحبيبتي (د. مريم عبد طارش)

الى صاحبة اكبر حب واطيب وارق قلب شكراً جزيلاً
يا رفيقة وصديقة الدرب ..

المحتويات

ص ٣ - ٤	المقدمة
ص ١٠ - ٥	المبحث الأول : مفهوم غلق الرهن
ص ٨ - ٥	المطلب الأول : تعزيف غلق الرهن
ص ١٠ - ٨	المطلب الثاني : خصائص غلق الرهن
ص ٢٣-١١	المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لغلق الرهن
ص ١٦ - ١٢	المطلب الأول : التكييف القانوني لغلق الرهن
ص ٢٣-١٦	المطلب الثاني : تميز غلق الرهن عما يشتبه به من أوضاع قانونية أخرى
ص ٢٥-٢٤	الخاتمة
ص ٢٩-٢٦	المصادر

المقدمة

تعد الحقوق العينية من اهم الضمانات التي يختص بها بعض الدائنين دون البعض الآخر ، فهي تجعل الدائن يركز خاص يجنيهم الاثار المترتبة على اعسار المدين وذلك بتقرير حق عيني على مال او اكثر يكون مملوكا للمدين او الكفيل العيني ويكون للدائن سلطة تنصب مباشرة على ذلك المال والتي تمكنه بدورها تتبعه في أي يد كان والتنفيذ عليه متقدما على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة ، ومن اهم هذه الضمانات هو الرهن .

لكن من الملاحظ ان سلطة الدائن المرتهن في التنفيذ على المال المرهون عند عدم الوفاء ليست مطلقة بل مقيدة بضوابط للتنفيذ على المرهون فتكون بصيغة قيود وضعها المشرع بغية التوازن بين المصالح المتعارضة وكذلك حفاظاً على الصالح العام لذا جعلها من النظام العام ورتب على مخالفتها جزاء بطلان التصرفات الصادرة من الاطراف المتعاقدة عليها . ومن اهم هذه الاتفاقات شرط تملك المرتهن للمرهون بحلول اجل الدين المضمون وعدم الوفاء به ، او كما يطلق عليه (غلق الرهن) والذي يعد اتفاق معدل لاثار عقد الرهن .

لذا فان غلق الرهن مصطلح استخدم ليشمل حالة ان يتفق الدائن المرتهن مع الراهن ، أنه عند حلول اجل الدين و عدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن الحق في تملك العقار المرهون بثمن يساوي الدين المستحق أو بثمن آخر أكبر أو أقل منه .

ثانياً : اهمية موضوع البحث :

تتجلى أهمية دراسة الموضوع ان المشرع حدد إجراءات يجب السير عليها من قبل الدائن المرتهن للحصول على حقه ، ومن المعلوم ان ترتب منفعة لكلا الطرفين يسعى الحصول عليها من خلال تعاقد مع الطرف الآخر ، فهم الذين يحددون المنافع التي تعود عليهم الا انهم مقيدون بالمحافظة على العقد من البطلان ، وذلك اذا نص على اتفاق مخالف لما حدده المشرع هذا يعني ان ليس من سلطة الدائن ان يحدد اتفاقاً يحدد بطريقة حصوله على حقه ، لذا يعد البحث في اتفاق تملك المرتهن المال المرهون عند حلول اجل الدين وعدم الوفاء به من المسائل بالغة الأهمية لانها تتعلق بضمان المرتهن وائتمان الراهن ، فضلاً عن ذلك ابطال المشرع هذا الاتفاق في جميع حالاته وبجميع مراحله ، لذلك تهدف دراسة موضوع غلق الرهن الى :

اولاً : إعطاء صورة واضحة عن هذا الاتفاق وذلك من خلال التعريف به وبيان طبيعته وحالات انعقاده .

ثانياً : بيان موقف المشرع العراقي والمقارن بغلق الرهن .

ثالثاً : منهجية البحث :

يقتضي اجلاء الغموض عن الاتفاق محل البحث ، اتباع المنهج التحليلي المقارن الذي يعنى من جهة بتحليل نصوص القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ المعدل المتعلقة بموضوع البحث ، ومن جهة اخرى المقارنة مع القانون المدني الفرنسي من جهة والفقه الاسلامي من جهة اخرى ، اذ حاولنا بيان اراء فقهاء الشريعة الإسلامية بموضوع غلق الرهن بمذاهبها المختلفة .

خامساً : خطة البحث :

ستتمثل الخطة التي تقوم عليها دراستنا الى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول مفهوم غلق الرهن ، و المبحث الثاني نتناول الطبيعة القانونية لغلق الرهن، وسنختم هذا البحث بخاتمة نلخص فيها اهم النتائج التي توصلنا اليها وعدداً من التوصيات التي نأمل ان تصب في تطور غلق الرهن .

المبحث الأول : مفهوم غلق الرهن .

المطلب الأول : تعريف غلق الرهن .

المطلب الثاني : خصائص غلق الرهن .

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لغلق الرهن .

المطلب الاول : التكييف القانوني لغلق الرهن .

المطلب الثاني : تمييز غلق الرهن عما يشبهه به من أوضاع قانونية .

الخاتمة : (النتائج ، التوصيات) .

المبحث الأول

مفهوم غلق الرهن

إن الدراسة القانونية لأي نظام قانوني، تبدأ عادة بتعريف هذا النظام؛ إذ ينصب اهتمام الفقه على تعريف الشيء ؛ بهدف الكشف عن السمات التي تميزه عن سائر النظم الأخرى، ولأجل هذه الاعتبارات، فقد شرعنا الى التعرف إلى تحديد مفهوم غلق الرهن ؛ للكشف عن هويته، عن طريق المادة التي يتكون منها، حتى نستطيع أن نضع الخصائص التي يمتاز بها. ولكي نتضح أكثر معالم هذا النظام القانوني .

وللإحاطة بالمفردات المذكورة أعلاه سنقسم هذا الفصل إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول : تعريف غلق الرهن .

المطلب الثاني : خصائص غلق الرهن .

المطلب الأول

تعريف غلق الرهن

إن غلق الرهن يمثل اتفاق مقتضاه تملك العين المرهونة للمرتين مقابل للدين ، وبذلك يعد اتفاقاً يغير من اثار عقد الرهن لان تملك المرتين للمرهون يؤدي الى انقضاء الرهن . لهذا سنتعرف إليه عن طريق تجزئة كلماته ومعرفة معانيها لغة وقانوناً؛ من أجل التوصل إلى تعريف دقيق وشامل له، ومن ثم فلا بد من معرفة المقصود بمصطلح غلق الرهن لغةً واصطلاحاً ، ولا بد ايضاً من معرفة موقف المشرع العراقي والمقارن من تعريفه إن وجد، وكذلك موقف فقهاء الشريعة الاسلامية ؛ ومن ثم نحاول إعطاء تعريف مختص بنا قدر المستطاع.

لذلك -وبناء على ما تقدم- سنقسم هذا المطلب إلى:

الفرع الاول :تعريف غلق الرهن لغةً واصطلاحاً .

الفرع الثاني : تعريف غلق الرهن في الفقه الإسلامي .

الفرع الأول

تعريف غلق الرهن لغةً واصطلاحاً

اولاً : غلق الرهن لغةً :

يعني غلق الرهن يغلق غلقاً ، اذا بقي في يد المرتين لا يقدر راهنه على تخليصه في الموعد المشروط فصار ملكاً للراهن¹. والغلق في الرهن ضد الفك ، فاذا فك الراهن الرهن فقد اطلقه من وثاقه عند مرتبه، واغلق الرهن : اوجبه للمرتين وقد روي الحديث عن الرسول (ص) بروايات عديدة منها

¹ ابن منظور جمال الدين بن مكرم الانصاري ، لسان العرب ، ج 10 ، دار صادر للطباعة ، بيروت ، 1967 ، ص ١٠٥ .

¹ ، اخبرنا محمد بن إسماعيل بن أبي فديك ، عن أبي ذئب ، عن أبي شهاب ، عن أبي سعيد بن المسيب ، ان رسول الله (ص) قال : " لا يغلط الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غرمة وعليه غنمه " .

ثانياً : غلق الرهن اصطلاحاً :

غلق الرهن لم يرد تعريفه في القانون المدني العراقي ولا في التشريعات المدنية المقارنة ، انمى اكتفى المشرع العراقي بما ورد في المادة (١٣٠١) من القانون المدني التي جاء فيها " لا يغلط الرهن فيقع باطلاً كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول اجله في ان يملك العقار المرهون رهناً تأمينياً بالدين او باي ثمن كان او يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون حتى لو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن " من الملاحظ ان المشرع اورد صورتين في المادة (١٣٠١) عدها غلقاً للرهن هي شرط تملك المرتهن للمال المرهون عند عدم الوفاء وقبل حلول الاجل ، واتفاق بيع المال المرهون دون المرور بالإجراءات ، ولفظ غلق الرهن مأخوذ من الفقه الإسلامي الذي اعتبره شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء هو غلقاً للرهن ، اما القانون المدني الفرنسي فيسمي مثل هذا الشرط Clause de pact commissure² أي شرط الاتفاق المفوض فقد اشارت المادة (٢٣٤٨) منه الى هذا الاتفاق في مجال رهن المنقول المادي الا ان المشرع الفرنسي اتخذ موقفاً مخالفاً للقانون (العراقي والمصري) لان عد الاتفاق صحيحاً اذا توافرت ضمانات قانونية تضمن عدم استهلاك الرهن والتي هي نفس العلة من جعل الاتفاق باطلاً في حالة عدم توافرها ، وجاءت في المادة نفسها " يمكن الاتفاق حين انشاء الرهن الحيازي او بتاريخ لاحق على ان يصبح المال المرهون ملكاً للدائن في حال التخلف عن تنفيذ التزام ايفاء الدين المضمون .." ويعد هذا الاتفاق صحيحاً نقلاً لملكية المرهون من الراهن الى المرتهن سواء ابرم عند انشاء الرهن ام بعد ذلك³ ، اما الرهن العقاري فقد نظمت هذا الاتفاق المادة (٢٤٥٩) من القانون المدني الفرنسي ، على الرغم من اتفاقية الرهن العقاري اجازت مثل هذا الاتفاق ، الا انها مقيدة على الا تكون لها اثر على محل سكن المدين ، كما أجاز القانون المدني الفرنسي للدائن المرتهن المطالبة بتملك المال المرهون من القضاء مقابل استيفاء دينه ، كذلك لا يمكن قبول طلبه اذا كان العقار المحل الأساسي لسكن المدين حسب ما جاء في المادة (٢٤٥٨) من القانون نفسه ، وفي جميع الأحوال يجب ان يقدر العقار من قبل خبير يعين ودياً من قبل الطرفين ، والا فيعين قضائياً ، وفي حالة

¹ د. محمد كامل مرسي ، التأمينات العينية والشخصية ، ط ٣ ، مطبعة فتح الله الياس نوري واولاده ، مصر ، ١٩٣٧ ، ص ١٢٢ .

² د منصور حاتم محسن ، رهن المنقول المادي دون حيازة - المفهوم والاثار ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الأول ، السنة التاسعة ، ٢٠١٧ ، ص ٧١ .

³ التسمية التي تطلق على الرهن التأميني في القانون العراقي ، و(الرسمي) في القانون المصري .

تجاوز قيمة العقار الدين المضمون يجب على الدائن أن يرجع للمدين قيمة الفرق^١، لذلك يلاحظ أن المشرع الفرنسي اختصر الطريق على التنفيذ على المرهون وإباح تملكه لكن وفق قيود وضوابط .

الفرع الثاني

تعريف غلق الرهن في الفقه الإسلامي

بالعودة الى الفقه الإسلامي نرى أن الفقه اهتم كثيراً لموضوع غلق الرهن ، فقد كان من عادة العرب أن الراهن اذا عجز عن الوفاء اذاء الدين المترتب في ذمته خرج المرهون عن ملكة واستولى عليه المرتين فأبطله الإسلام وانهى عنه ، استنادا للحديث الشريف " لا يغلق الرهن عن صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمة "^(١) وعرف فقهاء الفقه الإسلامي غلق الرهن فقد عرفه الاحناف^(٢) بأنه " ذلك الشرط الذي يملك بموجبه المرتين للمرهون اذا لم يفكه رهنه " ، أما فقهاء المالكية فقد بين للامام المالك " أن شرط تملك المرتين للمرهون هو أن يقول الراهن للمرتين أن جنتك بحقك الى أجل يسميه به والا فالرهن لك بما رهن فيه "^٢، أما الحنابلة فلم رأي مختلف ، لانهم فصلوا في الشروط الفاسدة المتعلقة بعقد الرهن ، فقال ابن القيم " أن المرتين يملك الرهن بغير إذن المالك اذا لم يوفيه ، فهذا هو غلق الرهن الذي أبطله الإسلام "^٣ . فنرى أن الحنابلة قد وسعوا في تعريف غلق الرهن ليشمل شرطاً ، هو أن لا يبيعه عند حلول أجل الدين ، وهو شرط وارد فقط في الفقه الحنبلي ، ويرى ابن القيم تبعاً لذلك أن المقصود بغلق الرهن أخذ الدائن المرتين للمرهون بدون رضا المدين الراهن ومن دون أن يشترط عليه ذلك في عقد الرهن ، أي اذا اشترط عليه ذلك في عقد الرهن وقبل المدين الراهن بذلك صح الرهن ، ويكون الن القيم قد خالف برأيه هذا الجمهور ، ومن خلال التعريفات السابقة من فقهاء المسلمون نجد أن لا يوجد اختلاف في المعنى اللغوي لغلق الرهن والفقه الإسلامي ، كما نرى أن فقهاء الشريعة الإسلامية جاءت أقوالهم متقاربة ، بتعريفهم بغلق الرهن بوصفه شرطاً يرد في عقد الرهن مقتضاه تملك الدائن المرتين للمرهون عند عدم الوفاء بحلول أجل الدين ، وتتفق مع جانب من الفقه أن غلق الرهن يأتي كقيّد وضعه المشرع على حق فك الرهن^٤، إذ لا يمكن فك الرهن عن طريق تملك المرتين للمرهون مقابل الدين المضمون ، لأن إجراءات التنفيذ على المال المرهون من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها .

^١ ينظر المادة (٢٤٦٠) من القانون المدني الفرنسي .

^٢ روى الحديث في روايات عدة منها " لا يغلق الرهن ، الرهن لمن رهنه ، له غنمة وعليه غرمة " ينظر الدار قطنى ، ج ٣ ، ص ٣٣ ، وروايه عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن النبي (صل الله عليه وسلم) قال " لا يغلق الرهن وإن اشترط عليه الغلق "

^٣ الامام علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٦ ، ط ١ ، المكتبة الحبيبية ، ١٩٨٩ ، ص ١٤٥ .

^٤ الامام مالك ، المؤطا ، ج ٢ ، دار احياء التراث ، بيروت ، ١٩٨٥ ، ص ٧٢٩ .

وعليه يمكننا تعريف غلق الرهن بأنه " اتفاق الدائن المرتهن مع المدين الراهن او الكفيل العيني في عقد الرهن او اتفاق لاحق على تملك الدائن المرهون عند حلول اجل الدين وعدم الوفاء من المدين نفسه او الكفيل العيني مقابل الدين المضمون " .

المطلب الثاني

خصائص غلق الرهن

بعد ان قمنا بتعريف غلق الرهن نلاحظ انه يتسم بعدة خصائص لم يشر اليها الفقه وهي تختلف بكونه شرطاً يرد في عقد الرهن اذا يعتبر شرط تقليدي يخالف مقتضى العقد لذا يبطل الشرط دون العقد الا اذا كان الشرط هو الدافع لابرام العقد ، اما اذا جاء اتفاق لاحق نستطيع ان نعدة اتفاق مستقلاً عن عقد الرهن بالرغم من العلاقة التبعية بينهم ، لذا سنبحث ما اشرفنا اليه في اعلاه بحسب التقسيم الاتي :

الفرع الأول : خصائص غلق الرهن بوصفه شرطاً .

الفرع الثاني : خصائص غلق الرهن بوصفه اتفاقاً .

الفرع الأول

خصائص غلق الرهن بوصفه شرط

يتسم شرط غلق الرهن في القانون المدني العراقي والفرنسي بسمات وهي :

اولاً : شرط تقيدي :

يدرج غلق الرهن شرط من الدائن المرتهن على تملك المرتهن للمرهون عند حلول اجل الدين وعدم قدرة المدين الراهن على الوفاء ، لذا يعد من قبيل الشرط التقيدي لانه يقيد ارادة اطراف العقد¹ ، وعليه يعد وجود الشرط في عقد الرهن قبل حلول اجل الدين معلقاً على شرط واقف² وهو عدم وفاء المدين بالدين المضمون فذا تحقق الشرط التزم المدين الراهن بنقل ملكية المرهون الى الدائن المرتهن .

¹ د منصور حاتم محسن وزينب حسين يوسف ، النظام القانوني لتملك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء، بحث منشور مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الثاني ، السنة التاسعة، ٢٠١٧ ، ص(١٧) .

² الشرط الواقف : هو الشرط الذي يتوقف على تحققه تحقق الالتزام ووجوده، وانعدام الشرط ولم يتحقق تخلف الالتزام . د ياسين محمد الجبوري ، الوحي في شرح القانون المدني الأردني ، احكام الالتزام ، ج ٢ ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر، عمان ، ٢٠١١ ، ص٤٣١ .

ثانياً : شرط ينافي مقتضى الرهن ¹ :

ان فكرة الرهن تقوم على اعتبار الرهن ضماناً وتوثيقاً للدين المضمون ، اذ يقتصر حق الدائن على طلب بيع العقار في المزاو لاستيفاء حقه ، عند امتناع الراهن عن الوفاء ، متركزاً على حقه في التقدم على جميع الدائنين العاديين والتأليين له في المرتبة ، الا ان اعتبار غلق الرهن شرطاً تقييدياً نرى يتنافى مع جوهر فكرة الرهن الذي يهدف الى توثيق الدين المضمون ، كونه شرط ينافي مقتضى العقد ².

الفرع الثاني

خصائص غلق الرهن بوصفه اتفاق

يتسم اتفاق تملك المرتهن للمرهن سواء كان الاتفاق قبل حلول اجل الدين او بعده بسمات خاصة وهذه السمات هي :

اولاً : اتفاق رضائي :

قد يأتي غلق الرهن بصورة اتفاق هذا الاتفاق في الأصل إتفاق رضائي ، أي ان الاتفاق ينعقد بمجرد تراضي الطرفين الا انه قد يصبح شكلياً اذا كان المقابل للمراد نقل ملكيته لا تنتقل ملكية الا باتباع شكلية خاصة كما هو الحال في بيع العقار حيث لا تنقل الملكية الا التسجيل في الدائرة المختصة ولا يختلف الحال اذا كان الاتفاق لاحقاً لأبرام العقد وقبل حلول الاجل او بعده ، مع العلم ان الاتفاق لا يعد صحيحاً اذا كان محل الرهن لا تنتقل ملكيته الا اذا استوفى شكلاً معيناً ، فغلق الرهن الواقع على عقار لا يعد صحيحاً بل باطلاً لانه لم يستوفى الشكلية المطلوبة وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري لكون الشرط باطلاً أصلاً.

ثانياً : اتفاق بمقابل :

يتمثل غلق الرهن بانه اتفاق بمقابل لان المدين الراهن لا يكون متبرعاً للمرتهن بالرهن ، بل يكون تملك المرهون للمرتهن مقابل الدين ، أي ان المدين ينقل الملكية مقابل الدين الذي في ذمته ، ومادام كذلك فهو من المعاوضات لان كل من الطرفين يأخذ مقابل لما يعطي فالدائن يأخذ الشيء المقابل من المدين عوضاً عن الدين الذي ترتب له في ذمة المدين ، والمدين يعطي المرهون الى الدائن عوضاً عن الدين الذي ترتب للدائن في ذمته ، فهو اتفاق محله ليس الشيء المستحق للدائن المرتهن أصلاً ³.

¹ د . طارق كاظم عجبل ، الحقوق العينية الاصلية، الجزء الأول ، حق الملكية ، دار السنهوري ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٩ ، ص ١٧.

² د . يونس صلاح الدين علي ، غلق الرهن في القانون الإنكليزي ، مصدر سابق ، ص ٤١٢ .

³ د . منفذ عبد الرضا علي الفردان ، الوفاء بمقابل دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص ٦.

ثالثاً : اتفاق ناقل للملكية :

يكون الأثر المترتب على غلق الرهن هو نقل ملكية المرهون من ملكية المدين الراهن الى الدائن المرتهن ، فاذا كان الاتفاق على تملك المرهون للمرتهن باطلاً في التشريع العراقي فهو ليس كذلك في التشريع محل المقارنة لان المشرع الفرنسي قد اجازة واساس التزام المدين الراهن بنقل ملكية المرهون هو الاتفاق على غلق الرهن الى ذلك أشار الفقه الفرنسي بتطبيق احكام عقد البيع على الاتفاق على التملك حتى لو ارجى انتقال الملكية الى وقت لاحق¹.

رابعاً : اتفاق قواعد من النظام العام :

يقصد بالقواعد من النظام العام القواعد التي تحقق مصلحة عامة²، لا يمكن وضع قاعدة ثابتة تحقق معنى النظام العام لانه شيء نسبي ، وفي دائرة المعاملات المالية وضع المشرع قواعد وعدها من النظام العام لانها مصلحة عامة ، وغلق الرهن ليس بعيد من ذلك فقد نظم المشرع حق المرتهن في التنفيذ على المال المرهون عند حلول اجل الدين وعدم القدرة على الوفاء فهو ابطال كل اتفاق يجعل المدين الراهن ضحية الحاجة التي تدفعه للقبول مثل هذا الاتفاق ،لذا جعل قواعد من النظام العام مرتباً بطلان كل اتفاق يخالفه ، كما يمكن ان يمتد البطلان الى عقد الرهن اذا كان الاتفاق هو الدافع الى التعاقد³.

خامساً : اتفاق ملزم :

ان التزام المدين الراهن بنقل ملكية المرهون حسب اتفاق غلق الرهن يجعل منه الملزم الوحيد في غلق الرهن قبل حلول اجل الدين لان المدين الراهن يكون بمثابة الواعد ، اما بعد حلول اجل الدين فان غلق الرهن يكون ملزم لجانبين لكونه يكيف انه وفاء بمقابل ويكون ذلك بتوافق اردتين على الاستعاضة بمحل الالتزام حيث ملكية المرهون الى الدائن المرتهن ، مما يعني تطبيق الضمان والعيوب الخفية على الراهن اتجاه المرتهن⁴، وبالتالي يكون غلق الرهن ملزم لجانبين فيلتزم لان كل الطرفين يكون دائناً ومديناً للآخر.

1 د. عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، مطبعة الأهالي ، بغداد، ١٩٥٦، ص٢٥.

2 د. عبد الرزاق احمد السنهاوري ، نظرية العقد، ج١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت- لبنان، ١٩٩٨، ص٤٩٤ .

3 د. يونس صلاح الدين علي، غلق الرهن في القانون الإنكليزي ، مصدر سابق ، ص٤١٢ .

4 زينب حسين يوسف ،الاتفاقيات المعدلة لإجراءات التنفيذ على المال المرهون ،رسالة ماجستير ،جامعة بابل ، ٢٠١٦، ص٢٢ .

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لغلق الرهن

إن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد لابد من تبيان تكييفه القانوني واستخلاص نظام خاص به لأجل تمييزه عن غيره من النظم القانونية، وتجدر الإشارة إلى أن موضوع تكييف (غلق الرهن) غير ثابت في نطاق الفقه القانوني إلا ما ندر، وفي حالة وجوده فإنه لا يعدو أن يكون اجتهادات فقهية قابلة للخطأ والصواب . ولأن التكييف ضرورة من ضرورات التطبيق السليم لقواعد القانون؛ لذا اقتضى منا الأمر من تبيان التكييف القانوني لغلق الرهن بعد إيضاح الطبيعة الخاصة لهذا الاتفاق ، فضلاً عن بقية الخصائص الأخرى للغلق ، وبعد إتمام ذلك سوف يتجلى لنا نظام معين خاص بغلق الرهن ؛ لابد من تمييزه عن غيره من النظم القانونية الأخرى التي تقترب منه؛ من أجل استكمال الصورة الواضحة له؛ لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين وكالاتي :

المطلب الأول : التكييف القانوني لغلق الرهن .

المطلب الثاني : تمييز غلق الرهن عما يشبهه من أوضاع قانونية.

المطلب الاول

التكليف القانوني لغلق الرهن

اختلف الفقه في تكليف غلق الرهن فقبل حلول اجل الدين يرى جانب من الفقه بأنه وعد بالبيع فالمدين الراهن يكون بمنزلة الواعد كونه يلتزم بنقل ملكية المرهون عند حلول اجل الدين وعدم الوفاء، اما بعد حلول اجل الدين وتنفيذه فان جانب من الفقه اعتبره وفاء بمقابل كون الدائن المرتهن يقبل بوفاء المدين بشيء غير محل الالتزام الاصلي وعلى الرغم من بطلان هذا الاتفاق وعدم جوازه فأئنا نبحث عن التكليف القانوني له لذا نبين تكليفه بحد ذاته دون النظر الى حكمه عليه سنقوم بتقسيم الدراسة الى فرعين وكالاتي :

الفرع الاول : غلق الرهن وعد بالبيع

الفرع الثاني : غلق الرهن وفاء بمقابل

الفرع الأول

غلق الرهن وعد بالبيع

ان التنفيذ على المال المرهون يعد من اهم حقوق المرتهن تجاه الراهن بوصف الرهن اهم ضمانه للحصول على الدين الا ان حق الدائن المرتهن مقيد بقيددين هو حلول اجل الدين اولا وعدم مبادرة المدين الراهن للوفاء منه او من كفيله العيني ثانيا لذا فان حرية المرتهن في التنفيذ ليست مطلقة وان اتفاق المتعاقدين في عقد الرهن على تملك المرتهن للمال المرهون يجعل من عقد الرهن مقترنا بشرط مقتضاه تملك المرتهن للمال المرهون عند حلول اجل الدين وعليه يرى جانب من الفقه ان شرط تملك المرتهن للمال المرهون ما هو الا وعد بالبيع¹ ، ففي المرحلة التي تسبق تنفيذ شرط التملك وقبل حلول اجل الدين لا يمتلك المرتهن التنفيذ على المال المرهون فيقتصر العقد على وجود وعد بالبيع ، وقد جاء القانون المدني العراقي بنظرية عامة عن الوعد بالتعاقد بوصفه تطبيقا للوعد بالبيع ، والوعد بالتعاقد " هو عقد يلتزم بمقتضاه الواعد ببيع شيء اذا اظهر الموعود له رغبته في الشراء خلال فترة زمنية معينة² وعلى ذلك نصت المادة ٩١/١ من القانون نفسه الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بأبرام عقد في المستقبل لا يكون صحيحا الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها هذا ولم يأت القانون المدني الفرنسي بنظرية عامة عن الوعد بالتعاقد قبل تعديله ، وانما

١ د. منصور حاتم محسن و زينب حسين يوسف ، النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن للمال المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة) ، مصدر سابق ، ص ١١٥ .

٢ انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للاتزامات، دار النهضة العربية للنشر، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٣ ، ص ٧٣ .

اكتفى بالإشارة الى تطبيق من تطبيقاتها وهو الوعد بالبيع حيث ذكرت المادة (١٥٨٩) من القانون نفسه يعد الوعد بالبيع بيعا عند وجود نصا متبادل بين الفريقين بشأن الشيء والثمن".

وقد اختلف الفقه في تفسير هذه المادة " ، فيما اذا كانت تنطبق على الوعد الملزم لجانب واحد او الجانبين ، فالأجاء الأول يرى الى ان النص لا ينطبق الا على الوعد الملزم لجانبين ، وذلك من خلال سياق المادة التي اشارت الى كون الرضاء متبادل بين طرفين ، اما الاتجاه الثاني فيذهب الى ان المادة اعلاه لا تنطبق على الوعد المتبادل بالبيع والشراء ، وانما على الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، لان الموعود له اذا ابدى رغبته في ابرام العقد اصبح بيعا تاما ، فيما يرى اتجاه آخر ان المادة تنطبق على الوعد بالبيع بشكل عام ، سواء كان ملزما لجانب واحد ام جانبين^١ ، الا ان القانون الفرنسي وبعد تعديله بموجب المرسوم رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ فقد تضمنت المادة (١١٢٤) منه والخاصة بالوعد بالتعاقد والتي نصت على ان " الوعد من جانب واحد هو العقد الذي يمنح بموجبه احد الاطراف ، الواعد الطرف الاخر المستفيد مكنه الخيار في ابرام عقد تحددت عناصره الجوهرية، وفي انشاء عقد لا ينقصه سوى رضا المستفيد ولا يحول الرجوع عن الوعد خلال الوقت المتبقي ممارسة المستفيد مكنه دون انشاء العقد الموعود به ، يعد العقد المبرم خلافا للوعد من جانب واحد مع الغير الذي يعلم وجوده باطلا " ، فاذا انعقد الوعد بالتعاقد مستوفيا لاركانه وشروط صحته انتج اثاره التي قصدها المتعاقدان لذا فان اعتبار غلق الرهن قبل حلول اجل الدين وحسب رأي الفقهاء هو وعد بالبيع ، وبالتالي اعتباره عقد باتا ووجوب اشتماله على جميع اركان العقد المراد ابرامه من رضا ومحل وسبب اذا اظهر الموعود له رغبته في ذلك والرضا يستلزم توفر اهلية التصرف في الواعد لانه يلزم نفسه ، ولا اهمية الاهلية الموعود له اذا كان الوعد صادر من جانب واحد، اما اذا كان هناك وعد متبادل بالبيع والشراء فيستلزم توفر الاهلية لدى الطرفين ، كذلك المدة لان تعيين المدة يعتبر من المسائل الجوهرية في انعقاد الوعد والا يصبح الوعد بدونها باطلا^٢ . بالإضافة الى الشكلية المطلوبة قانونا لأنها تعتبر ركن في الوعد بالتعاقد وهذا ما نصت عليه المادة (٩١/٢) من القانون المدني العراقي فاذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فان هذا الشكل تجب مراعاته ايضا في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعد بأبرام هذا الاتفاق " الا اننا وبالرجوع الى الرهن التأميني والذي يقع على عقار، فان قانون التسجيل العقاري العراقي لم يتضمن نصا يسمح بتسجيل الوعد بالتعاقد الوارد على عقار، وذلك لان القانون بصيغته الحالية يقتصر على تسجيل الحقوق العينية العقارية الاصلية ، وبذلك يفقد الوعد بالتعاقد احد شروطه وهي الشكلية المطلوبة اما بالنسبة لموقف الفقه الاسلامي فانه لم يعرف فكرة الوعد بالتعاقد، وانما عرف فكرة الوعد المجرد والمراد به مالا يشمل على إيجاب وقبول

^١ يونس صلاح الدين علي ، العقود التمهيدية ، (دراسة تحليلية مقارنة) دار الكتب القانونية، ص ٣٥١ .

^٢ د. عبد الله مبروك النجار ، مبادئ عقد البيع، ط ٢ ، دار النهضة العربية للنشر ، ١٩٩٧ ، ص ١٠٤ .

قطعيين¹ هذا وقد انقسم الفقهاء المسلمون في مسألة الوعد ومدى قوة الوعد الملزمة الى رأيين ، فيرى جانب من الفقه² ان الوعد بالتعاقد باطل وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية فهو غير ملزم قضاء للواعد فهو لا يجبر على الوفاء بوعده فاذا وفى به كان حسنا عند جمهور الفقهاء³ اما الرأي الثاني فيذهب الى ان الوعد بالتعاقد جائز وفق احكام الشريعة الاسلامية ، فالوعد. كله لازم ويجبر الواعد على الوفاء به ديانة وقضاء⁴ على انه علق الرهن في المرحلة التي تسبق تنفيذه يعد بيعا معلقا على شرط واقف وهو عدم الوفاء.

ومن جانبنا لا نؤيد ما ذهب اليه جانب من شراح القانون المدني باعتبار الاتفاق بين الدائن المرتهن والمدين الراهن على تملك المرتهن للمرهون قبل حلول اجل الدين ، بمثابة بيع معلق على شرط واقف، هو عدم وفاء المدين عند حلول اجل الدين⁵، لان الوعد بالرهن التأميني باطل لعدم استيفاء الشكلية وهو تسجيل الوعد في دائرة التسجيل .

¹ هذا قول أبي حنيفة والشافعي ، علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري المحلي ، ج ٨ ، دار الافاق بيروت ، بلا سنة طبع، ص ٢٨.

² الأستاذ احمد إبراهيم بك، مذكرة مبتدأ في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الاحكام في الشرع الاسلامي ، مكتبة عبد الله وهبة ، مصر ، ١٩٤٤ ، ص ٢١٥ ؛ نقلا عن مروان عسيد عزت حمد الوعد بالتعاقد وتطبيقاته في القانون المدني العراقي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور ، مجلة آفاق للعلوم ، مجلده ، عدد ٤ ، ٢٠٢٠ ص ٥٠.

³ عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ٢٠٠٩، ص ٣٩.

⁴ عبد الرحمن ابن قدامة ، المغني، الشرح الكبير، ج٤، مصدر سابق ، ص ٤٢٢.

⁵ منصور حاتم محسن وزينب إحسان يوسف النظام القانوني للاتفاق على تملك المرتهن للمرهون عند عدم الوفاء، المرجع السابق، ص ١١٥.

الفرع الثاني

غلق الرهن وفاء بمقابل

ان من اهم الاسباب التي تدفع الدائن المرتين للتنفيذ على المال المرهون والذي يكون ضامنا للرهن ، هو عدم قيام المدين الراهن بالوفاء بالدين المضمون ، ذلك لان التزام الراهن في تسديد الدين الموثق بالرهن ، يعد الالتزام الرئيسي في عقد الرهن ، فاذا لم يف الراهن بالتزامه كان للمرتين طلب بيع المال المرهون امام دائرة التنفيذ، وفي حالة حلول اجل الدين وعدم الوفاء فان غلق الرهن والذي يطلق عليه شرط تملك المرهون وكيف بانه وفاء بمقابل¹ لأنه يؤدي الى انقضاء الدين المضمون وبالتالي انقضاء حق الرهن كون ان المدين الراهن تبرء ذمته من المديونية ، والوفاء بمقابل هو انقضاء للالتزام بما يعادل الوفاء، ولان ملكية المال المرهون تنتقل من الراهن الى المرتين بعد حلول اجل الدين وعدم الوفاء لذا يرى جانب من الفقه² ان احكام غلق الرهن في مرحلة تنفيذه تتفق مع طبيعة الوفاء بمقابل، والمقصود بالوفاء بمقابل " اتفاق بين الدائن والمدين على ان يوفي المدين للدائن بشيء اخر غير محل الالتزام ويقوم المدين بوفاء هذا الشيء فعلا³، كما ويعرف ايضا على انه "رضاء الدائن بالشيء الذي قدمه مدينه على الرغم من كونه غير الشيء المستحق⁴ ويعرف الوفاء بمقابل " هو ان يقدم المدين لدائنه مقابلا يرتضيه عوضا عن الشيء المستحق "وعلى اختلاف الألفاظ التي تعرف الوفاء بمقابل الا انها متفقة من حيث المعنى فهو اتفاق بين الدائن والمدين على تقديم المدين شيء اخر غير محل الالتزام الاصلي للدائن يكون عوضا عنه على ان يقبل الدائن هذا العوض مائنت عليه المادة ٣٩٩ من القانون المدني العراقي على انه "اذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئا اخر غير المستحق قام هذا مقام الوفاء " .

ولم يخالف المشرع الفرنسي التشريعات محل المقارنة حيث نصت المادة (١٢٤٣) على انه " لا يمكن اجبار الدائن على قبول استيفاء حقه بشيء اخر غير موضوع الالتزام حتى وان كان هذا الشيء أكثر قيمة او مساويا لمحل الالتزام " ولو عدنا الى شروط الوفاء بمقابل فنرى انه يشترط اولا وجود اتفاق على نقل الملكية او حق عيني عوضا عن تنفيذ الالتزام فهو اتفاق يجب ان تتوفر في طرفيه اهلية التصرف في الشي الذي يقدمه وفاء للدين وان يكون محل الوفاء نقل ملكية او حق عيني كما يجب ان يتوافر السبب و

¹ أنور طلبة المطول في شرح القانون المدني، ط1، المكتب الجامعي الحديث، مصر الإسكندرية ٢٠٠٦، ص ١٠٢.

² منصور حاتم محسن الاتفاقات المعدلة لحق الدائن المرتين في التنفيذ على المال المرهون، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، مج ٢١، العدد ١، ٢٠١٦ ص ١١٧.

³ سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية العقد واحكام الالتزام، منشأ المعارف، الإسكندرية بدون سنة نشر، ص ٣٤٥.

⁴ حسن علي الذنون، احكام الالتزام العائلك للتوزيع والنشر، مصر، ٢٠٠٦، ص ٢٩٦.

السبب هنا هو الالتزام الأصلي المراد انقضاءه [1]، ومن هنا يتضح لنا ان الوفاء بمقابل اتفاق بين الدائن والمدين فهو توافق ارادتين فلا بد من توافر الاهلية اللازمة للوفاء والاستيفاء لان الوفاء بمقابل يتضمن معنى الوفاء ونقل الملكية (٧) فنلاحظ انطباق احكام غلق الرهن على الوفاء بمقابل كونه اتفاق على نقل ملكية المرهون بدلا عن محل الالتزام الاصلي (الدين) .

كما ان محل الوفاء بمقابل يك ون الاست عاضة عن محل الدين الأصلي بنقل الملكية يحمل معنى التجديد والوفاء، لان الوفاء بمقابل هو اتفاق بين الدائن والمدين على تغيير الدين وذلك بأبدال محل الدين القديم بمحل جديد، ورضاء الدائن على ذلك ²، أما السبب في الوفاء بمقابل فهو الوفاء بالدين الأصلي³. كما يشترط للوفاء بمقابل ان يكون الاتفاق على الوفاء بمقابل معاصر لنقل الملكية أو الحق العيني، أي يجب أن ينفذ الاتفاق بنقل الملكية فوراً من المدين إلى الدائن، فاذا كان مؤجلاً لم نكن امام وفاء بمقابل بل أما تجديد الالتزام⁴، وقد اجمع اغلب الفقه على تكييف الوفاء بمقابل هو عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية فهو يمثل تصرف قانوني مركب يحمل معنى تجديد الدين ، لان الدائن والمدين يتفقان على تغير محل الدين القديم بمحل جديد⁵.

المطلب الثاني

تمييز غلق الرهن عما يشته به من أوضاع قانونية أخرى

وتختلف عنه من جانب آخر نظم قانونية أخرى من أهمها وأقربها هي شرط الطريق الممهد ، والذي يعد شرطاً او اتفاقاً يلحق بعقد الرهن فهو يعدل من اثار التنفيذ على عقد الرهن ، كذلك قد يشابه غلق الرهن مع حالة التملك القضائي للمرهون ، وهذا ما نبحثه في فرعين كالآتي :-

الفرع الأول

مقارنة غلق الرهن عن شرط الطريق الممهد

الاتفاقات التي تلحق بعقد الرهن اتفاق اخر يطلق عليه (شرط الطريق الممهد) ، ويعرف شرط الطريق الممهد " بأنه: "ذلك الشرط الذي بمقتضاه يجوز للدائن في حالة عدم الوفاء ان يشرع في بيع العقار المرهون دون المرور بالإجراءات القانونية⁶ ويعرف ايضا بأنه: " ذلك الشرط يعطي الحق للدائن عند عدم استيفاء حقه من المدين ان يقوم الدائن ببيع المال المرهون من دون اتباع الاجراءات والشروط

1 احمد سعيد ، الزقرد ، احكام الالتزام ، ط١ ، مكتبة الرشد ، ٢٠١٤ ، ص٢٢٣.

2 المنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٣ ، مصدر سابق ، ص ٧٩٩

3 محمد شكرى سرور ، موجز الأحكام العامة للالتزام ، ط ٢ دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨ ، ص ٤١٢.

4 المنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج ٣ ، مرجع سابق ، ص ٨٠٥.

5 بباي يوسف رجب ، دور الحيازة في الرهن الحيازي ، ط دار الثقافة والنشر دون مكان طبع ، ٢٠١٠ ، ص ٣٦.

6 محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ٢٠٠٥، ص ١٧٣

- ٥- المستشار أنور طلبة المطول في شرح القانون المدني، ط١، المكتب الجامعي الحديث، مصر الإسكندرية ٢٠٠٦
- ٦- بيان يوسف رجب، دور الحيازة في الرهن الحيازي، طدار الثقافة والنشر دون مكان طبع، ٢٠١٠
- ٧- حسام الدين الاهواني، الوجيز في التأمينات العينية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨.
- ٨- حسن علي الذنون، أحكام الالتزام العاتك للتوزيع والنشر، مصر، ٢٠٠٦.
- ٩- سعيد عبد الكريم مبارك، أحكام دعاوي التنفيذ، دار السنهوري للعلوم القانونية والسياسية، ٢٠١٥.
- ١٠- د. سعيد مبارك د. طه الملا حويش د. صاحب عبيد الفتلاوي الموجز في العقود المسماة البيع الإيجار المقاول، شركة العاتك لصناعة الكتب، بيروت، ٢٠١٨.
- ١١- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة عقد البيع والكفالة)، طه، مكتبة صادر بيروت لبنان، ١٩٩٠.
- ١٩- (4) سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني /الحقوق العينية ، ج ١٠ ، الطبعة الثالثة ، القسم الأول ، بدون مكان نشر ، ١٩٩٥.
- ١٢- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني الحقوق العينية ، مصدر سابق ، ص ٣١ احمد سعيد الزقرد الوجيز في التأمينات العينية ، بدون طبعه، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ .
- ١٢- سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام، منشأ المعارف، الإسكندرية بدون سنة نشر.
- ١٣- طارق كاظم عجيل ، الحقوق العينية الاصلية، جزء الأول ،حق الملكية ، دار السنهوري ، بيروت ، لبنان، ٢٠١٩.
- ١٤- عباس حسن الصراف ، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي ، مطبعة الأهالي ، بغداد، ١٩٥٦.
- ١٥- عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ،ج ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت-لبنان، ١٩٩٨
- ١٦- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،ج ١٠ ، الطبعة الثالثة، الجزء العاشر ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان.
- ١٧- د. عبد الله مبروك النجار، مبادئ عقد البيع، ط٢ ، دار النهضة العربية للنشر ، ١٩٩٧ .
- ١٨- د عبد المجيد الحكيم ، أ عبد الباقي البكري ، أ محمد طه بشير ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، ٢٠٠٨.
- ١٩- د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، ١٩٩٨ .
- ٢٠- عصمت عبد المجيد ، الوجيز في العقود المدنية المسماة ، الرهن ، الطبعة الاولى ، منشورات زين الحقوقية، بيروت ،لبنان، ٢٠١٩.

- ٢١- عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ٢٠٠٩.
- ٢٢- د عطيه فتحي الفقي، حق التملك الجبري، دراسه مقارنه بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ج١، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١.
- ٢٣- د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ط ١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.
- ٢٤- دكتور غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٨٧١.
- ٢٥- أ. محمد طه البشير، و د. غني حسون، الحقوق العينية، ج ٢، الحقوق العينية التبعية، طبعة وزارة التعليم، بغداد، ١٩٨٢.
- ٢٦- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- ٢٧- محمد كامل مرسي، التأمينات العينية والشخصية، ط ٣ مطبعة فتح الله الياس نوري واولاده، مصر ١٩٣٧.
- ٢٨- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، المكتبة القانونية دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥.
- ٢٩- ياسين محمد الجبوري، الوحيز في شرح القانون المدني الأردني، احكام الالتزام، ج٢، ط٢، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠١١.
- ٣٩- د ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، نظرية العقد، ج١، ط١، دار وائل، عمان، الأردن، ٢٠٠٢.
- ٣٠- يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيديّة، (دراسة تحليلية مقارنة) دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٠ ص ٣٥١.

خامساً : الرسائل والاطاريح

أ – الرسائل

- ١- خولة كاظم المعموري، مبدأ تخصيص الرهن رسالة ماجستير، جامعة بابل، ٢٠٠٨.
- ٢- زينب حسين يوسف الاتفاقات المعدلة لإجراءات التنفيذ على المال المرهون (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بابل، ٢٠٠٦.
- ٣- عادل شمران حميد الشمري، المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٥.

التي حددها القانون¹ وعرفه جانب من الفقه² بأنه ، بند يتفق عليه طرفا عقد الرهن بموجبه يوافق المدين او المنشئ للرهن على منح الدائن المرتهن الحق في حالة عدم وفاء المدين بالدين المضمون على بيع الاموال المرهونة دون التقييد بالإجراءات القانونية " كما هو معلوم أن المشرع رسم إجراءات يتم من خلالها بيع المال المرهون وهذه الإجراءات تتمثل بطلب أمام القضاء للدائن المرتهن ببيع المرهون³ فليس للقاضي ان يأمر ببيع المرهون من تلقاء نفسه ، وان هذه الإجراءات تعد من النظام العام ، فيبطل كل اتفاق يخالفها ، لأنها وضعت لحماية الطرفين . وكما ذكرنا ان المشرع العراقي ذكر هذا الشرط تحت مصطلح غلق الرهن بينما يختلف شرط غلق الرهن عن شرط الطريق الممهد ، عليه سنقسم المبحث الى مطلبين نبين اوجه التشابه والاختلاف بينهما كالآتي :-

اولاً : أوجه الشبه بين غلق الرهن والطريق الممهد :

يعد كلا من اتفاق غلق الرهن و شرط الطريق الممهد من الاتفاقات التي يكون لها اثر في التنفيذ على المال المرهون، لان الاصل في الاتفاقين ليس لهما اثر قبل مرحلة حلول اجل الدين أو مرحلة التنفيذ، لذا نتناول أوجه الشبه بين كل من الاتفاقين كالآتي:

1- من حيث التبعية لعقد الرهن :

كل من شرط الطريق الممهد وغلق الرهن اتفاقات تلحق بعقد الرهن⁴، فلا وجود للاتفاق بدون وجود عقد رهن فهو تابع بالإساس للالتزام سابق هو علاقة المديونية بين الدائن والمدين والموتقة بتأمين عيني يتمثل بالمال المرهون ، فاذا اوفى المدين بالتزامه بتسديد مبلغ الدين فك الرهن وعد الاتفاق كأن لم يكن سواء كان الاتفاق شرط للتملك غلق الرهن) او كان شرط الطريق الممهد ، فلا يستطيع الدائن المرتهن طلب تملك المرهون اذا اوفى الدائن الدين الذي بذمته عند حلول اجله وليس للدائن المرتهن رفض الوفاء ، ويعد وفاء صحيح اذا قدمه الكفيل العيني⁵، وكذلك الحال بالنسبة لشرط الطريق الممهد فليس للدائن المرتهن مطالبة المدين الراهن ببيع المال المرهون اذا وفى المدين الراهن او كفيله العيني بمبلغ الدين الذي عليه ، فان من شأن هذان الاتفاقات تعديل اثار العقد سواء يملك المرهون دون بيعه أو بيعه دون اتخاذ إجراءات بيع المال المرهون.

1 ندى عبد الكاظم حسين نظرية انتقاص العقد، رسالة ماجستير ، جامعة النهرين للحقوق ، ٢٠٠٠ ، ص ١٠٢

2 نقلا عن زينب حسين يوسف الاتفاقات المعدلة لإجراءات التنفيذ على المال المرهون، مصدر سابق، ص ٨١

3 سعيد عبد الكريم مبارك ، أحكام دعاوي التنفيذ، دار السنهوري للعلوم القانونية والسياسية ، ٢٠١٥ ، ص ١٣٨

4 زينب حسين يوسف الاتفاقات المعدلة لإجراءات التنفيذ على المال المرهون (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير، جامعة بابل ، ٢٠٠٦ ص ٨٦.

5 مريم عبد طارش الزبيدي، النظام القانوني للكفالة العينية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، ٢٠١٩ ، ص ٣٥١.