

الجامعة اللبنانية غير مسؤولة عن الآراء الواردة في هذه الرسالة وهي تعبّر عن رأي صاحبها فقط.

كلمة شكر

لحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا

لي إنجاز هذا العمل ...

نتوجه بجزيل الشكر والإمتنان إليك يا من بذلت ولم تنتظر العطاء، إليك وكتور

خليل الدرداح

الإهداء

لى والدى الحبيب ... الذى مخذ لى طرلق العلم

حلثما هو ... فى جنة اللود

لى والدى الكفة ... اطل الله فى عمرها

لى إخوتى ... كل الحب

دهى هذا العمل ...

ملخص التصميم للرسالة :

القسم الأول : النظرية العامة لبند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري

الباب الأول : الأحكام العامة لبند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري

الفصل الأول : مفهوم بند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري

الفصل الثاني : الجدليات الناتجة عن الإتفاق على بند التملك

الباب الثاني : الأحكام الخاصة ببند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري

الفصل الأول : إجراءات تنفيذ التأمين العقاري عند عدم الإيفاء

الفصل الثاني : صور بند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري

القسم الثاني : التكييف القانوني لبند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري

الباب الأول : بند التملك بين التوصيف القانوني والحالات العامة للتملك

الفصل الأول : الطبيعة القانونية لبند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري

الفصل الثاني : الحالات العامة الجائز فيها تملك الدائن العقاري مقابل الدين

الباب الثاني : المقاربة القانونية لبند التملك بين القانون اللبناني والقانون الفرنسي

الفصل الأول : الوضع القانوني لبند التملك في القانون العقاري اللبناني

الفصل الثاني : التطور التشريعي المتعلق ببند التملك في القانون الفرنسي

المقدمة :

1. يتمتع الدائن بضماناتٍ عامّةٍ أقرّها له القانون في مختلف شرائع العالم، وله بغية تحصيل دينه من مدينه حقّ ارتهانٍ عامٍّ على مجموعٍ ممتلكات هذا الأخير، وليس على واحدةٍ بالإستقلال عن غيرها. ولهذا الحقّ نتيجتين أساسيتين، تتمثل الأولى بأنّ جميع أموال المدين تكون ضامنة للوفاء بديونه تجاه الدائنين، أمّا الثانية فتتمثل بكون جميع الدائنين العاديين متساوين في الضمان العام⁽¹⁾.

ويُشكّل حقّ الإرتهان العام ضماناتٍ مهمّةٍ للدائن، إلا أنّ هذه الضمانة يعترّتها خطرين أساسيين يفقدها بريق حسناتها والغاية المتوخّاة منها، إذ قد يسعى المدين من جهة أولى إلى إنقاص الشّيق الإيجابي من ذمّته الماليّة، ومن جهةٍ أخرى زيادة الشّيق السلبي فيها، ممّا يجعل حقوق الدائن في خطر، الأمر الذي يدفع بهذا الأخير إلى مطالبة المدين بضماناتٍ وتأميناتٍ خاصّة تكون أكثر فعاليّة من الضمانة العامّة، وتجعله في مركز قانوني خاصّ يمتاز به عن سائر الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة، وعندها يُستبعد خطر عدم ملاءة المدين عند الإستحقاق وإمكانية خضوعه لقسمة الغرماء على غرار باقي الدائنين، ذلك أنّه "من دون ضمانات لا يكون هناك ائتمان، ومن دون ائتمان، لا يوجد اقتصاد حديث"⁽²⁾.

وتتقسم هذه الضمانات أو التأمينات الخاصّة بدورها، إلى ضماناتٍ شخصيّة (كالكفالة)، وضماناتٍ عينيّة، تارةً تكون قانونيّة مفروضة بموجب النصّ (كالإمتيازات والتأمينات الجبريّة)، وأخرى إتفاقية تنشأ برضى الدائن والمدين، حيث يأتي في مقدّمها التأمين العقاري، الذي يُعرّف بأنه حق عيني عقاري على العقار المُخصّص لضمان الوفاء بموجب، وهو بطبيعته غير قابل للتجزئة، ويمنح صاحبه حق تتبّع العقار

(1) المادة 268 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، الصادر بتاريخ 09/03/1932، الجريدة الرسمية، العدد 2642، تاريخ 11/04/1932، ص. 2 : " للدائن حق ارتهان عام على مملوك المدين بمجموعه، لا على أفراد ممتلكاته، وهذا الحق الذي يكسب الدائن صفة الخلف العام للمدين، لا يمنحه حق التتبع ولا حق الأفضلية، فالدائنون العاديون هم في الأساس متساوون لا تمييز بينهم بسبب التواريخ التي نشأت فيها حقوقهم، إلا إذا كان هناك أسباب أفضلية مشروعة ناشئة عن القانون أو الإتفاق" .

(2) MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Cours de droit civil, Droit des sûretés*, 9e éd., LGDJ, 2015, n° 1 : « sans sûretés, pas de crédit, sans crédit, pas d'économie moderne ».

المخصّص في أية يد يكون فيها، وحق استيفاء دينه من ثمنها، بالأفضليّة على غيره من الدائنين العاديين وأولئك التاليين له في المرتبة، ودون أن يؤدي ذلك إلى خروج العقار من حيازة مالكه (1) .

إذًا، بموجب الضمانة المتمثلة بالتأمين العقاري، يستطيع الدائن المؤمن له، وفقًا للمسار الطبيعي المحدّد قانونًا لآثار هذا التأمين عند عدم الإيفاء، أن يطلب التنفيذ على العقار المؤمن عليه ونزع الملكية جبرًا، لاستيفاء ديونه من ثمنها بالأولوية والأفضليّة على سائر الدائنين المؤمنين التاليين له في المرتبة، وعلى الدائنين العاديين، على ما تنصّ الفقرة الأولى من المادة 158 من قانون الملكية العقارية: " في حالة عدم الدّفْع عند استحقاق المبالغ المضمونة، يحقّ لكلّ دائنٍ صاحب تأمين مهما كانت رتبته، أن يُلَاحِظ بيع العقار أو الحقّ الجاري عليه التأمين بطريقة نزع الملكية الإجماليّ".

2. إلّا أنّ ذلك لا يحصل دائمًا، فقد يلجأ الدائن والمدين إلى تعديل المسار الطبيعي لآثار التأمين العقاري، والعدول عن التنفيذ الجبري على العقار وبيعه بالمزاد العلني وفقًا للإجراءات التي حدّدتها القانون، وذلك عبر تضمين عقد التأمين العقاري الموقع بينهما بندًا أو نصًّا، يجيز للدائن تملك العقار المؤمن عليه عند عدم إيفاء المدين الدين بتاريخ الإستحقاق، أو الإتّفاق على ذلك بصكّ مستقلّ بعد توقيع العقد أو حتّى بعد الإستحقاق، وهو ما يُعرّف ببند التملك المُسبق في عقد التأمين العقاري.

3. وكان القانون الروماني، يمنع كل ميثاق يجعل الدائن مالكًا للعقار المقدم كضمانة، لمجرّد عدم الإيفاء بتاريخ الإستحقاق⁽²⁾، وقد سارت الكثير من القوانين في زمننا هذا على النحو ذاته، منها القانون اللبناني والمصري، لكنّ القانون الفرنسي، بعد أن كان يمنع مثل هذه الإتفاقيّات الموقّعة بين الدائن والمدين، أجازها

(1) عرّفت المادة 120 من القرار رقم 3339 المتعلق بنظام الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، التأمين العقاري بأنّه: "حق عيني على العقارات المخصّصة لضمان القيام بموجب، وهو بطبيعته غير قابل للتجزئة، ويبقى بكامله على العقارات المخصّصة وعلى كل عقار منها وعلى كل قسم من هذه العقارات، ويتبعها في أية يد تنتقل إليها العقارات". وهذا التعريف لم يتضمّن حق الأفضليّة الذي يعود للدائن، ولم يُشير أيضًا إلى بقاء العقار في حيازة المالك، بعكس الرهن العقاري، الذي ينقل الحيازة من يد المالك الراهن إلى يد الدائن المرتهن أو يد شخصٍ عدل.

(2) G. WIDERKEHR, «*Pacte comissoire et sûretés conventionnelles*», in Études offertes à Alfred Jauffret, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 661. "Elle était déjà présente en droit romain où une constitution de l'empereur Constantin en 326 condamna tout pacte autorisant le créancier à conserver le gage à défaut de paiement".

ضمن شروطٍ وضماناتٍ عدّة، وأصبح هذا البند مؤسّسة قانونيّة قائمة بذاتها لها شروطها وأحكامها. إلّا أن قانون الملكية العقاريّة، الذي عالج التأمين العقاري والرهن العقاري ضمن فصلين مختلفين، لم يأت على ذكر حكم هذا البند ضمن الفصل المُخصّص للتأمين، إنّما، جاء في المادة 107 الواردة ضمن الفصل المُخصّص للرهن العقاري، نصّ يمنع هذا الإتفاق، حيث جاء فيها أنّه: "لا يجوز الإتفاق على أن يبقى العقار المرهون، في حالة عدم وفاء الدين ملكاً للدائن"، الأمر الذي أثار جدلاً حول إمكانية تطبيق ذلك على التأمين العقاري .

من هنا تبرز الغاية من دراسة موضوع بند التملك المُسبق في عقود التأمين العقاري، فمن ناحية أولى، وفي ظلّ غياب النصّ القانوني الصريح في القانون اللبناني، وإجازته في القانون الفرنسي، لا بدّ من تسليط الضوء عليه، لمعرفة أحكامه وآثاره القانونيّة، ومدى إمكانية حصول مثل هكذا اتفاقيّات في ظلّ القانون اللبناني، خصوصاً أنّ الحديث عنه قليل نسبياً. ومن ناحية ثانية، لا بدّ من إظهار مدى الفائدة من إعلان بطلان هذا الإتفاق، سيّما أنّ هناك أنظمة قانونية أخرى، وبتسمياتٍ وأشكالٍ مختلفة، تُمكن الدائن من استغلال المدين للوصول إلى تملك العقار موضوع التأمين دون مواجهته بأحكام المادة 107 المذكورة أعلاه، كالبيع مع حق الإسترداد.

4. ولعلّ الجانب الإقتصادي والإجتماعي لهذا الموضوع يجعل التطرّق اليه أمراً ضرورياً، فالدائن الذي يعتبر غالباً الطرف الأقوى في العقد، يلجأ عبر مختلف الطرق المتاحة إلى استغلال ضائقة المدين، الذي هو غالباً الطرف الضعيف في العقد، والضّغط عليه اقتصادياً لفرض شروط تتعدّى ما يرسمه القانون؛ تصل أحياناً إلى الإتفاق معه على بند يجيز له تملك العقار عند تخلفه عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، فإذا قبل به المدين، وتخلّف عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، تملك الدائن العقار؛ وإذا لم يقبل به خوفاً من خروج ملكيّة عقاره من يده عند عدم دفع الدين، والذي قد يكون أقلّ بكثيرٍ من ثمن العقار، يتراجع عن طلب الأموال التي يكون بحاجة إليها. الأمر الذي يُؤثّر سلباً على اقتصاديّات المدين وتتأثر معه حياته الإجتماعيّة، على اعتبار أنّه في هذا الزمن العصيب، أمست الديون سمة يقع تحت عبئها غالبية الناس، وأصبحت الحياة الإجتماعية للشخص ترتبط بحياته الإقتصادية، فإذا انتكست واحدة تداعت معها الأخرى.

ومن ناحية ثانية، تعزري إجراءات التنفيذ شوائب عديدة، فكثرة الإجراءات وتعقيداتها، وطول أمدها، فضلاً عن السُمة السيئة التي تلحق بالمدين نتيجة التنفيذ على عقاراته، والذي يعتقده عامّة الناس كعقاب سلوكي زجري له، كلّها أسباب تدفع أطراف عقد التأمين إلى الإتفاق على بند تملك، يجيز للدائن تملك العقار دون

المرور بإجراءات التنفيذ الجبري. لذلك تأتي هذه الدراسة لتوجّه وتسليط الضوء على هذا الموضوع، وتجعل الدائن والمدين أكثر درايةً بهذا البند وبالآثار الناتجة عنه.

إذًا، يُطرح موضوع بند التملك المسبق من عدّة جوانب، ويثير عدة نقاط تستدعي البحث والمناقشة، فمن جهة أولى، لم يعط القانون تعريفًا خاصًا لهذا البند، ولم يأتِ على ذكره في الفصل المخصّص للتأمين العقاري، فما هو مفهومه، وما هي أشكاله والصور التي يظهر فيها؟ وهل يمكن تطبيق أحكام الرهن العقاري على هذا البند؟ ومن جهة ثانية، فقد حدّد القانون إجراءات معينة يحقّ للدائن اللجوء إليها عند تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، فهل يمكن لأطراف عقد التأمين الإتفاق على بند التملك والعدول عن هذه الإجراءات، أم أن ذلك متعلّق بالنظام العام؟. ومن جهة أخيرة، وبعد إقرار القانون الفرنسي بصحة هذا البند ضمن شروط وضمانات عدّة، هل يمكن إعمال هذه الشروط والضمانات بصورة اتفافية بين الأطراف لتجنّب التنفيذ الجبري والذهاب إلى الإتفاق على التملك دون المرور بهذه الإجراءات؟.

إنّ كل هذه التساؤلات المتشعبة تندرج ضمن الإشكالية الأساسية التالية : ما هي الأحكام القانونية لبند التملك المسبق في عقود التأمين العقاري؟

5. وتقتضي الإشارة إلى أن هذه الدراسة تتعلّق حصراً بعقود التأمين العقاري دون الرهن العقاري، ويعود السبب في ذلك إلى كون نص المادة 107 من القرار 3339 (قانون الملكية العقارية)، قد أتى صريحاً لناحية منعها ضمن إطار عقود الرهن العقاري، في حين لم يأتِ على ذكرها أبداً ضمن إطار التأمين العقاري، وهو الأمر الذي أدى إلى جدلٍ واسع بين الفقه والإجتihad، لناحية رفضه أو القبول به.

6. من هنا سوف نحاول معالجة هذا الموضوع من خلال تقسيم ثنائي، يندرج في خباياه قسم أول، يتناول النظرية العامة لبند التملك المسبق في عقود التأمين العقاري، على أن نناقش من خلاله الأحكام العامة لهذا البند، والتي تتضمّن مفهومه وخصائصه، إلى أن نخلص إلى إبراز الجدليات الناتجة عنه، بين حسناته وسيئاته من جهة، وعيوب الرضى التي تواجهه من جهة ثانية، ومن ثم الأحكام الخاصة لهذا البند، بحيث نبين من خلاله إجراءات التنفيذ الجبري ومدى إمكانية تعديل هذه الإجراءات، وأيضاً الصور التي يظهر فيها هذا البند (قسم أول).

وقسم ثانٍ، حول التكييف القانوني لهذا البند، نتناول من خلاله طبيعته القانونية، والحالات العامة للتملك المرتكزة على مبدأ الإيفاء بأداء العوض، ومن ثمّ نحاول مقارنته بصورة موضوعية بين القانونين اللبناني

والفرنسي، من خلال تبيان الوضع القانوني لهذا البند في القانون اللبناني ومدى إمكانية الركون إلى القياس لتطبيق بعض أحكام الرهن العقاري على التأمين العقاري، ومن ثم نبين التطور التشريعي المتعلق ببند التمك في عقود التأمين العقاري في القانون الفرنسي، حيث نبين الضمانات المقررة بموجبه، ومدى إمكانية تطبيقها بين الأطراف في لبنان (قسم ثان).

القسم الأول : النظرية العامة لبند التملك المُسبق في عقد التأمين العقاري

7. من أهم البنود التي يمكن أن يتضمّنها عقد التأمين العقاري بند التملك المُسبق الذي يقضي بتملك الدائن للعقار المؤمن عليه في حال عدم وفاء الدين. ويعتبر بند التملك موضوعاً يثير العديد من الجدليات القانونية التي تحتاج إلى توضيح بدءاً من غياب النص القانوني الصريح، مروراً بالتقلب في اجتهادات المحاكم لناحية المرونة في السماح بإدراج هكذا بند، وصولاً إلى إمكانية تعديل القانون والسماح به على غرار ما حصل في فرنسا.

انطلاقاً من ذلك، أصبح بند التملك مؤسسة قانونية قائمة بحد ذاتها، تحتاج إلى تبيان مفهومها وسبر أغوارها، خصوصاً لناحية التعريف به والخصائص التي يتمتع بها والعيوب التي قد يواجهها، يضاف إلى ذلك، أنّ طرح هكذا مسألة يثير العديد من الجدليات التي تحتاج إلى توضيح، خصوصاً أنّ السماح بإدراج مثل هذا بند أو منعه يهدف إلى حماية فئة معينة على حساب فئة أخرى والعكس بالعكس، كل ذلك يندرج تحت إطار الأحكام العامة لبند التملك في عقد التأمين العقاري (الباب الأول).

ومن ناحية ثانية، فإنّ المسار الذي رسمه القانون لعقد التأمين العقاري في حال عدم وفاء الدين بتاريخ الإستحقاق، تُفرز أحكاماً خاصة تتطوي على مجموعة من الإجراءات، التي فرض القانون على الفرقاء اتباعها لتحصيل الحقوق، تُعرف بإجراءات التنفيذ الجبري على العقار المؤمن عليه، حيث يسعى الأفرقاء في بعض الأحيان إلى تعديلها وسلوك مسارات أخرى للإبتعاد عنها؛ ونتيجة لمحاولة أفرقاء العقد اتباع سياسة تدوير الزوايا والتهرب من أحكام بند التملك، ظهرت أشكال جديدة من الاتفاقات والعقود تخفي تملك الدائن للعقار المؤمن عليه (الباب الثاني).

الباب الأول: الأحكام العامة لبند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري

8. على الرغم من الأهمية العملية لموضوع بند التملك المسبق في عقود التأمين العقاري، ومن خلال المرور على مختلف القوانين العقارية في لبنان، لم نجد في الحديث عنه، ما يمكّننا من وضعه ضمن إطار محدّد يبيّن الأحكام العامة له، لذلك كان لا بدّ من تحديد ووضع إطار عام للإطلاق بالبحث عن طريق تحديد الأحكام العامة لبند التملك. فمن جهة أولى، هناك ضرورة ملحّة لتحديد مفهوم هذا البند (الفصل الأول)، لمعرفة ما تم التوصل إليه لهذه الناحية، ليُصار فيما يلي إلى إظهار الجدليات التي تكتنف وجوده والنتيجة عن الإتفاق عليه (الفصل الثاني)، من جخة ثانية .

الفصل الأول: مفهوم بند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري

9. لم يُعدّ مفهوم هذا البند ذا أبعاد قصيرة المدى، إنما تعدّى ذلك حدود العقد ليشمل بصورة موسّعة أي مستند من شأنه منح الدائن هذا الحق، فالحديث عن مفهوم بند التملك في عقد التأمين العقاري لا يقتصر فقط على إعطاء تعريف له (المبحث الأول)، بعد استعراض مجمل التعريفات المعطاة له، بل يتعدّى ذلك ليشمل تحديد بعض الخصائص التي تميّز هذا البند (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تعريف بند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري

10. قد يظن القارئ العادي، أنّ بند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري، لا يكون إلا كبند ضمن عقد التأمين العقاري، فمن ظاهر العبارة يبدو هكذا، إلا أنّ واقع الحال يختلف كثيراً، فنظراً لأهمية الموضوع وتشعبه وغموض النص القانوني وعدم وضوحه، ظهرت عدّة تعريفات لبند التملك في عقد التأمين العقاري⁽¹⁾، فمنها ما هو لغوي ومنها ما هو قانوني إضافة إلى التعريف الفقهي وأخيراً الاجتهادي.

أولاً: التعريف اللغوي :

هو تعريف بسيط يُؤخذ من ظاهر عبارة (بند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري)، وبالتالي يمكن تعريفه بأنه بند من بنود عقد التأمين العقاري يتم الإتفاق عليه بين الأطراف بصورة مسبقة، أثناء المفاوضات التي تسبق إبرام العقد ويدرج فيه عند إبرامه، وهو يسمح للدائن بتملك العقار ونقل ملكيته على إسمه عند تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق. وهذا التعريف البسيط مستنبط من ظاهر عبارة (بند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري)، وهو يدخل ضمن الإطار الضيق لمفهوم هذا البند، والمقصود بكلمة "مسبق" حصول هذا الإتفاق من جهة قبل حدوث واقعة التخلف عن الدفع، ومن جهة أخرى حصوله بتاريخ سابق لتاريخ استحقاق الدين، أي مقدّمًا وسلّفًا قبل حلول أجل الدين. كما يعرف معجم « لاروس » « Larousse » الفرنسي بند التملك بأنه شرط في عقد الرهن (التأمين) يؤمّن للدائن ملكية العقار في حال عدم الدفع.

(1) وهو ما يعرف باللغة الفرنسية بـ " le pacte comissoire en matière hypothécaire " .

“Clause d'un contrat de gage (l'hypothèque) prévoyant l'appropriation du gage par le créancier en cas de non-paiement”⁽¹⁾ .

ثانياً: التعريف القانوني

لم يُدرج قانون الموجبات والعقود ولا قانون الملكية العقارية أي تعريف واضح وصريح لبند التملك المُسبق في عقد التأمين العقاري، خصوصاً في الفصل الثاني المخصّص للتأمينات ضمن الباب الخامس (في الإمتيازات والتأمينات)، إنما جاء في الفصل الثاني المخصّص للرهن ضمن الباب الرابع (في حقوق الرهن)، تحديداً في المادة 107 أنه : " لا يجوز الإتفاق على أن يبقى العقار المرهون، في حالة عدم وفاء الدين، ملكاً للدائن"، والتي درج الإجتهد⁽²⁾ على تطبيقها بشأن التأمين العقاري. فمن خلال هذه المادّة يمكننا استنباط تعريف قانوني لبند التملك في عقد التأمين العقاري، بأنه الإتفاق الحاصل بين الدائن ومالك العقار (المدين أو الكفيل العيني) على أن يصبح العقار المؤمّن عليه (المرهون) ملكاً للدائن في حال عدم الوفاء بتاريخ الإستحقاق؛ وهذا التعريف هو موسّع وشامل لجميع الإتفاقات التي تُمكن الدائن المؤمّن له (المرتهن) من تملك العقار المؤمّن عليه (المرهون)، مقابل الدين المضمون، في حال عدم الدفع بتاريخ الإستحقاق، سواء أُبرمت هذه الإتفاقات قبل حلول أجل الدين أو بعده .

من جهته فقد تحدّث القانون الفرنسي عن هذا الإتفاق في التعديل⁽³⁾ الحاصل خلال عام 2006، بموجب القانون رقم 346 تاريخ 2006/3/23 لا سيما المادة 30 منه، والذي عدّل بعض مواد القانون المدني الفرنسي، حيث جاء في المادة 2459 منه أنه : "يجوز الإتفاق في اتفاقية التأمين العقاري على أن يصبح العقار المؤمّن عليه ملكاً للدائن. غير أنّ هذا الإتفاق يكون من دون أثر على العقار الذي يشكّل محل السكن الأساسي للمدين"، وهذا نصّها الفرنسي :

(1) www.larousse.fr , date de visite : 4/11/2018 .

(2) إن الحديث عن الأسباب التي تدفع المحاكم إلى تطبيق أحكام المادة 107 من قانون الملكية العقارية المختصة بالرهن العقاري على التأمين العقاري وعن الموقف المُتخذ في هذا الموضوع، سوف يكون موضوع دراسة في القسم الثاني من هذا البحث.

(3) Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, www.legifrance.gouv.fr.

« Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur ».

والملاحظ في هذا النص أن الإتفاق على التملك يجب أن يكون واردًا ضمن عقد التأمين العقاري بصورة حصرية (dans la convention d'hypothèque)، بعكس التعريف المأخوذ من نص المادة 107 من قانون الملكية العقارية اللبناني، وهو بالتالي لا يشمل الحالة التي يُبرَم فيها الإتفاق بصورة لاحقة لإبرام عقد التأمين العقاري، مما يجعل التعريف المأخوذ منه بمثابة تعريف ضيق لا يشمل حالة الإتفاق الحاصل بعد توقيع عقد التأمين العقاري ولا الإتفاق الحاصل بعد حلول أجل الدين.

من جهة أخرى تُعرّف المادة 129 من قانون التجارة المصري⁽¹⁾ هذا البند بصورة موسّعة وشاملة، بأنّه كلّ اتفاق يُبرم وقت تقرير الرهن أو بعد تقريره، يُعطي الدائن المرتهن الحق في تملك العقار المرهون في حال عدم استيفاء الدين عند حلول أجله، والجدير بالذكر أن القانون المصري يعتمد تسمية (الرهن الرسمي)، وهي ذاتها التأمين العقاري في القانون اللبناني.

ثالثاً: التعريف الفقهي

لم يختلف الفقه القانوني في تعريف بند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري، وإن كان هناك بعض التوسّع أو بعض التصييق أحياناً لناحية الحالات التي يشملها. فقد عرّفه البعض⁽²⁾ بأنّه " الشرط الذي يرد في عقد التأمين أو في صكّ آخر مستقل قبل حلول أجل الدين، بمقتضاه يتفق الدائن صاحب التأمين والمدين عاقد التأمين على أن يصبح العقار المؤمن عليه ملكاً للدائن بمجرد عدم وفاء الدين عند استحقاقه، سواء أكان ذلك مقابل الدين أم مقابل ثمن أعلى من قيمة الدين"، والملاحظ من هذا التعريف أنّ الإتفاق يمكن أن يكون في عقد التأمين ذاته أو في صكّ لاحق شرط أن يكون تاريخ توقيعه سابق لتاريخ الإستحقاق.

(1) قانون التجارة المصري رقم 17 سنة 1999، يمكن الإطلاع عليه على الموقع الإلكتروني : www.wipo.int .
(2) ماجد مزيم، التأمينات العينية، الجزء الأول: التأمين والرهن العقاري، الطبعة الثانية، دار الخلود، بيروت، 2001، ص. 161. بذات المعنى : ادوار عيد، كريستيان عيد، التأمينات العينية (التأمين العقاري-الرهن العقاري-رهن المنقول-حقوق الامتياز)، الطبعة الثالثة، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، 2011، ص. 240-241؛ وهدي عبدالله، التأمين العقاري: مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص. 142.

كما عرّفه البعض الآخر⁽¹⁾ بأنه : " كلُّ اتفاقٍ يقضي بتملُّك الدائن العقار المؤمَّن عليه مقابل دينه، عند حلول أجل الدين وامتناع المدين عن الوفاء به". وأيضًا عرّف شرط التملُّك عند عدم الوفاء "بأنه شرط يتضمنه عقد الرهن (التأمين العقاري)، ويقصد به انتقال ملكية العقار إلى الدائن عند عدم وفاء المدين بالالتزام في ميعاد استحقاقه".

من جهة أخرى عرّف فقهاء فرنسيون بند التملُّك بصورة عامّة وشاملة، فاعتبر الفقيهين N.MOREAU و D.RICHARD⁽²⁾ أن بند التملك (وهو ما يُعرّف بالفرنسية Le pacte comissoire) هو اتفاق بموجبه يقرّر الأطراف، عند إنشاء التأمين، أن الدائن يمكنه تملك العقار المؤمَّن عليه بناءً لطلبه وحده، في حال تخلف المدين عن دفع الدين بتاريخ استحقاقه.

“Le pacte comissoire est une convention par laquelle les parties décident lors de la constitution de l’hypothèque que le créancier pourra devenir, à sa seule demande, propriétaire de la chose hypothéquée, en cas de défaut de remboursement de sa dette par le débiteur”.

إلا أنّ هناك تعريفًا شاملاً أخذ به أحدهم⁽³⁾، حيث اعتُبر هذا البند بأنه كل بند يسمح للدائن باكتساب ملكية الشيء موضوع التأمين بصورة إتفاقية.

(1) حسين عبداللطيف حمدان، التأمينات العينية، دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والإمّياز، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص. 201 و 405؛ شمس الدين الوكيل، الموجز في نظرية التأمينات، الطبعة الأولى، منشورات المعارف بالإسكندرية، مصر، 1966، ص. 190.

(2) Nicolas MOREAU, Dominique RICHARD, Le Bulletin de Cheuvreux, N° 02 – 2006 (Juin) – 11ème édition, p. 7. Publié sur le site : www.cheuvreux-notaires.fr, date de visite : 20/2/2018 . en même sens : Baron Clémence, « **Le sort des créanciers munis de sûretés après la réforme des procédures collectives et la réforme du droit des sûretés** », Magistère de juriste d'affaires, sous la direction de Monsieur le Professeur Pierre Crocq, Mai 2006, Université Paris II Panthéon Assas, Droit – Économie – Sciences sociales, p. 54, sur le site www.mja-assas.fr.

(3) Hugo Nadjar, **La généralisation de la cession de créance à titre de garantie**, Master II Droit privé général, Mémoire de recherche, Sous la direction du Professeur Philippe Théry,

"Toute clause permettant de s'attribuer conventionnellement la propriété du bien objet de la sûreté, appelée pacte comissoire".

رابعًا: التعريف الإجتهادي

لم يعطِ الإجتهااد اللبناني تعريفًا واضحًا وصريحًا لبند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري، بل اكتفى في غالبية القرارات التي اتخذها بالإشارة إليه، وتطبيق الأحكام المتعلقة بالرهن العقاري لا سيما المادة 107 من قانون الملكية العقارية على البنود والإتفاقيات التي تجيز للدائن تملك العقار المقدم كضمانة، سواء كانت تلك البنود أو الإتفاقيات في معرض عقد تأمين عقاري أم في معرض عقود أخرى يكون العقار موضوع العقد مقدم كضمانة لسداد الدين⁽¹⁾، كعقد البيع مع شرط الإسترداد الذي يخفي تأمين عقاري أو عقد البيع الممسوح⁽²⁾ أو الوكالة غير القابلة للعزل⁽³⁾ بعقار معين منظمين على سبيل الضمانة، أو أي اتفاق أو تعهد يجيز للدائن تملك العقار مقابل الدين في حال عدم الدفع بتاريخ الإستحقاق. وبالتالي يمكن الإعتبار أنّ الإجتهااد اللبناني، يعرف بند التملك بأنه كل اتفاق من شأنه أن يجيز للدائن تملك العقار المقدم كضمانة، سواء تم إدراجه في عقد التأمين العقاري أو في وثيقة أخرى تلت توقيع العقد قبل استحقاق الدين.

Promotion 2018, Université Paris II Panthéon Assas, p. 27, sur la site www.cngtc.fr, date de visite 4/12/2018 .

(1) محكمة الإستئناف المدنية في جبل لبنان، الغرفة الثالثة عشر، قرار رقم 129 تاريخ 2016/5/31، ايلي فاخوري/ امال الحاج عبيد، الموقع الالكتروني لمركز الابحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية www.legiliban.ul.edu.lb ، تاريخ الزيارة 2018/11/8 .

(2) محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 6 تاريخ 2012/1/19، ال سعود/وليد الحاج ورفيقه، مجلة العدل، 2013، العدد 1، ص. 225.

(3) محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 11 تاريخ 2012/2/2، نادر/ سمعان، مجلة العدل، 2012، العدد 4، ص. 1856 .

من جهته عرّف الإجتهد الفرنسي⁽¹⁾ بند التملك بأنه بند مرتبط بعدم تنفيذ الموجب المضمون، بحيث يكون الأثر الحتمي لذلك بأن يصبح الدائن مالك الشيء المقدم كضمانة دون الحاجة لتدخل قضائي، وهو بالتالي بند يسمح للدائن الذي بيده حق عيني تبعي لضمان موجب معين (تأمين أو رهن)، بأن يصبح مالكا للمال المقدم كضمانة في حال تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، والنص الفرنسي جاء على هذا الشكل:

“ Le pacte comissoire, défini comme : la clause qui attache à l'inexécution de l'obligation garantie, l'effet radical de rendre le créancier propriétaire du bien engagé (sans avoir à le demander en justice)”, permet au créancier titulaire d'un droit réel accessoire de garantie, hypothèque ou gage, de devenir propriétaire du bien affecté en garantie en cas de défaut de paiement du débiteur ».

بعد عرض مجمل التعاريف المعطاة لبند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري، يتبين أن جميعها اتفقت على أنها تعطي للدائن حق تملك العقار مباشرة، بمجرد تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، إلا أن هناك اختلافاً واضحاً في الحالات⁽²⁾ التي يشملها، لذلك لابد من اعتماد تعريف موسع وشامل وواضح لهذا البند يشمل مختلف التعريفات المذكورة أعلاه؛ بالتالي فإن بند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري هو كل إتفاق من شأنه أن يعطي الدائن حق تملك العقار المقدم كضمانة مباشرة عند تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق ودون الحاجة لأي تدخل قضائي، سواء تم إدراجه في عقد التأمين العقاري ذاته أو في وثيقة أخرى تلت توقيع العقد، وسواء كان ذلك قبل استحقاق الدين أم بعده. وهذا التعريف هو الذي سيعتمد في دراستنا، كونه شاملاً لمختلف الحالات الواقعية والعملية والإقتصادية، لاسيما تلك المعروضة أمام القضاء، أو التي تحدث عنها الفقه في مواضع معينة.

(1) Cour de cassation – Assemblée Plénière, Arrêt n° 627 du 7 décembre 2015 (14-18.435), rapport n° C1418435 , 23 novembre 2015 (Rapporteur : Nicole Planchon), la société MJA et autres / la société Bank of London and The Middle East PLC, www.courdecassation.fr, date de visite 5/11/2018 .

(2) إن الحديث عن الحالات التي يشملها بند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري والحالات المشابهة لها سوف يكون في الفقرة رقم 63 وما يليها .

المبحث الثاني: خصائص بند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري

11. يتميز بند التملك بمجموعة من الخصائص والصفات الملازمة له، والتي يمكن استخلاصها انطلاقاً من التعريف المذكور أعلاه، فهو يوسع دائرة الحرية التعاقدية (أولاً)، ويعتبر موجباً شرطياً (ثانياً)، وضمانة إضافية إحتياطية بيد الدائن لتحصيل حقوقه من مدينه (ثالثاً)، ويمنحه حقاً على العقار موضوع التأمين يمكنه من نقل الملكية دون الحاجة لتدخل القضاء (رابعاً).

أولاً: توسيع دائرة الحرية التعاقدية

12. كان العقد قديماً يحاط بشكليات ومراسم معينة لا ينعقد بدونها، إلا أنه بتأثير المدارس الفلسفية التي ركزت على حرية الإنسان وفرديته وتميزه بموهبة التقرير والالتزام، أصبحت العقود تبتعد رويداً رويداً عن الشكليات، لتتصف بثمرة الإرادة الحرة التي ينبع منها الالتزام وقوته، ويسود مفهوم مطلق للإرادة الحرة عرفاً بمبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁾. لكن التطور الحديث للعلاقات التعاقدية جعل العقد أداة اقتصادية ومالية وتجارية، تؤثر على الاقتصاد الوطني والوضع المالي والاجتماعي للمجتمع بأكمله، الأمر الذي دفع المشرع إلى التدخل والتحكم ببعض العلاقات التعاقدية وتنظيمها لتوجيه مسارها باتجاه معين، بغية حماية مصلحة معينة يرى المشرع ضرورة في حمايتها، منها ما يتعلق بمصلحة اقتصادية وطنية ومنها ما يتعلق بمصلحة طرف معين في العقد. فبقيت الحرية التعاقدية لكنها لم تعد مطلقة، بل مشروطة بمراعاة الأحكام القانونية الإلزامية التي رأى المشرع ضرورة تطبيقها لحماية مصلحة معينة.

13. وهذا ما يكرسه قانون الموجبات والعقود في المادة 166 التي تنص على: "أن قانون العقد خاضع لمبدأ حرية التعاقد، فلأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية"، فالمبدأ الأساسي في العلاقات بين الناس، هو الحرية التعاقدية حيث لهم حرية الإتفاق على ما يشاؤون وبأي طريقة شاؤوا، شرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية الإلزامية، وهذا هو الإستثناء.

(1) مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص. 86.

الأمر ذاته يُطبَّق على عقد التأمين العقاري، حيث المبدأ هو الحرية التعاقدية، إلا أن ذلك مشروطاً بمراعاة مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية الإلزامية، وقد حدّد المشرّع آثاراً لهذا العقد عند عدم تنفيذ المدين لموجباته⁽¹⁾، من خلال التنفيذ الجبري وصولاً لبيع العقار بالمزاد العلني واستيفاء الدائن حقّه من ثمنه.

14. ويشكّل بند التملُّك، بحدّ ذاته، خروجاً عن الآثار التي حددها المشرّع لذلك، فالدائن بدل سلوك الطريق المحدّدة من قبل المشرّع، يلجأ إلى الإتفاق مع المدين على تملُّك العقار عند عدم الإيفاء بتاريخ الإستحقاق، وهو ما يُعتبر توسيعاً لدائرة الحرية التعاقدية⁽²⁾ "Une évolution constante vers la libéralisation" وتوجّهاً نحو تثبيت وتوسيع مبدأ سلطان الإرادة من خلال تكريس حق الأطراف بالإتفاق على ما يشاؤوا من البنود، الأمر الذي يقلّص تدخّل المشرّع في العقود التي يرى ضرورة لحماية مصلحة معينة فيه قد تكون شخصيّة، متعلّقة بأحد أطراف العقد، أو عموميّة لها بُعد إقتصادي يؤثّر على الإقتصاد الوطني بشكل عام.

ثانياً: بند التملُّك كموجب شرطي :

15. يكون الموجب إمّا منجزاً عندما يكون بسيطاً أو عادياً وينفّذ مباشرة، وإمّا موصوفاً كأن يكون مقروناً بشرط تعليق أو شرط إلغاء، يتوقّف على تحقّقه إما نشوء الموجب أو زواله⁽³⁾، فالموجب الشرطي وفقاً للمادة 81 من قانون الموجبات والعقود هو الموجب الذي يتوقّف قيامه ونشوؤه أو سقوطه وزواله على حدوث أمرٍ أو شرطٍ معيّن في المستقبل غير مؤكّد الحدوث، ويسمّى الشرط في الحالة الأولى بشرط التعليق، حيث يتولّد الموجب وينشأ عند حدوثه، أما في الحالة الثانية فيسمّى شرط إلغاء ويؤدّي ذلك إلى سقوط الموجب بعد أن يكون موجوداً.

(1) أنظر الفقرة 46 ومايليها، المتعلقة بإجراءات التنفيذ الجبري.

(2) Nicolas BORGA, *L'ORDRE PUBLIC ET LES SÛRETÉS CONVENTIONNELLES*, Thèse pour le Doctorat en droit présentée et soutenue publiquement le 14 décembre 2007, UNIVERSITÉ JEAN MOULIN-LYON 3 FACULTÉ DE DROIT, p. 106, sur la site www.fdv.univ-lyon3.fr. date de visite 27/2/2018 .

(3) محكمة التمييز المدنية، الغرفة الرابعة، قرار رقم 1 تاريخ 1988/5/24، (غير مذكور المدعي والمدعي عليه)، النشرة القضائية، 1988، الجزء 4، ص. 418 .

16. وبند التملك بحقيقته هو عبارة عن اتفاق يتعهد بموجبه المالك بنقل ملكية العقار المؤمن عليه على إسم الدائن، وذلك في حال تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، مما يعني أن تنفيذ هذا البند مرتبط بشرط تخلف المدين عن الدفع، فإذا ما تخلف هذا الأخير عن الدفع بتاريخ الإستحقاق تولد حق الدائن بنقل الملكية على إسمه، الأمر الذي يجعل هذا البند بجوهره كموجب شرطي لا يتحقق ولا يُنفذ إلا في حال تحقق شرط التعليق، وهو شرط التخلف عند دفع الدين بتاريخ الإستحقاق. وبالتالي لا يكون بمقدور الدائن المطالبة بنقل الملكية وتسجيل العقار موضوع التأمين على إسمه، قبل حصول واقعة تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق.

ويمكن النظر إلى هذا الشرط (التخلف عن الدفع بتاريخ الإستحقاق) من زاويتين، الأولى تتعلق بالبند ذاته حيث يؤدي تحقق الشرط إلى قيام موجب نقل الملكية لمصلحة الدائن مقابل الدين، أما عند عدم تحقق هذا الشرط، أي قيام المدين بالإيفاء، فإن ذلك يؤدي إلى سقوط الدين ويسقط معه تبعاً لذلك بند التملك، وهذه هي الزاوية الثانية.

ثالثاً: خاصية الضمانة الإضافية الإحتياطية في بند التملك

17. يُشكّل بند التملك في جوهره ضماناً إضافياً بيد الدائن، فهذا الأخير وإن كان بيده حق عيني يتمثل بالتأمين العقاري، الذي يخوله ملاحقة بيع العقار بالمزاد العلني لاستيفاء حقه؛ فإنه يفضل في بعض الأحيان الحصول على ضمان إضافي أقوى وأجدي من حيث سرعة الإجراءات واختصاره للوقت والجهد، يتمثل بحقه في تملك العقار عند عدم الإيفاء. فنية طرفي العقد عند الإتفاق على هذا البند تكون متجهة إلى تأمين ضمان إضافية لإيفاء الدين، وذلك عندما يشعر الدائن بأن الضمانة الأساسية غير كافية، فيسعى الدائن إلى الحصول على ضمان إضافية تمكّنه من التملك المباشر للمال الموضوع كضمانة لإيفاء الدين، بدون استعمال الطُرق القانونية عند عدم تسديد الدين التي تكون طويلة ومعقدة ومكلفة⁽¹⁾. حتى وإن تمّ نقل الملكية

(1) بهذا المعنى: محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 2012/11، تاريخ 2012/2/2، سعاد نادر ورفيقتها/ميلاد وميشال سمعان، مجلة العدل، 2012، العدد 4، ص. 1856، ومنشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية www.legallaw.ul.edu.lb، تاريخ الزيارة 2017/11/6.

على إسم الدائن بصورة فعلية فإنّ ذلك يشكّل ضماناً لسداد الدين المتوجب بذمة المدين⁽¹⁾، طالما أن نية الفراء متّجهة إلى إيجاد تلك الضمانة، خلال فترة التعليق الممتدة من تاريخ الإتفاق حتى تاريخ الإستحقاق، لتحوّل بعدها هذه الضمانة الإضافية إلى ضماناً فعلية من خلال تنفيذها ونقل الملكية على إسم الدائن. إلا أن هذه الضمانة لا يمكن اللجوء إليها وطلب تنفيذها إلا بصورة إحتياطية، والمقصود بذلك أنّ هذا الإتفاق هو وسيلة إحتياطية بيد الدائن لا يلجأ إليه إلا في حال عدم تنفيذ المدين موجباته من خلال دفع الدين بتاريخ الإستحقاق، عندها يضطر الدائن إلى تنفيذ هذا الإتفاق.

كما تتجلى الصفة الإحتياطية لهذه الضمانة، من خلال إمكانية لجوء الدائن إلى إجراءات التنفيذ الجبري بدلاً من تنفيذ هذا الإتفاق، فطالما أن حق طلب تنفيذ الإتفاق هو خاص بالدائن فإن هذا الأخير يمكنه التنازل عن حقه بذلك، ومتابعة إجراءات التنفيذ الجبري على العقار. وما يؤكّد ذلك، أنّه فرصاً لو كان الإتفاق على التملك مُنظماً وموقّفاً عليه بين الدائن والمدين بعد إنشاء التأمين، وإثر التسجيل في السجل العقاري، لكن هذا الإتفاق بقي سرياً بين الدائن والمدين، بحيث لم يظهر ولم يُعلن عنه ليطلع عليه الغير. ثمّ أقدم المدين فيما بعد على بيع العقار المؤمن من مشتري حسن النية، وعمد هذا الأخير إلى تسجيل العقار على إسمه في الدوائر العقارية، ففي هذه الحالة يقر القانون لهذا المشتري بمكتسبه⁽²⁾، طالما أنّه حسن النية ومستنداً إلى بيانات وقيود السجل العقاري وذلك سنداً للمادة 13 من القرار 188 المتعلّق بإنشاء السجل العقاري. ففي هذه الحالة لا يبقى أمام الدائن سوى ممارسة حق التتبع، واللجوء إلى إجراءات التنفيذ الجبري وطلب بيع العقار بالمزاد العلني، واستيفاء حقه بالأفضلية من ثمنه، حيث يعتمد في هذه الحالة إلى التخلي عن المطالبة بتنفيذ بند التملك الذي يتطلب تنفيذه في هذه الحالة دعاوى وإجراءات طويلة.

(1) محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 2012/121، تاريخ 2012/1/27، ميشال صعب/طوني الصدي، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb>، تاريخ الزيارة 2017/11/6.

(2) يراجع فيما يتعلق باكتساب الحق العيني بالإستناد إلى قيود السجل العقاري : عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الأول، التحديد والتحرير والسجل العقاري، الطبعة الثالثة، 2018، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ص. 373 .

رابعًا: الطابع الإتفاقي في بند التملك

18. إنَّ الطابع الإتفاقي لهذا البند يتجلى، وفق التقرير المقدّم للهيئة العامة لمحكمة التمييز الفرنسيّة⁽¹⁾، بانتقال ملكية العقار المؤمن عليه إلى الدائن المؤمن له مباشرة، دون الحاجة لأي تدخل قضائي ودون تقديم أي طلب من الدائن إلى المحكمة، وبالتالي عند وجود اتفاق مسبق على التملك، فإنَّ الدائن يكتسب ملكية العقار المقدّم كضمانة مباشرة وبصورة حتمية وذلك عند تخلّف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، ولا يكون الدائن في هذه الحالة بحاجة لتقديم طلب إلى المحكمة أو إقامة دعوى إلزام بتسجيل العقار على إسمه. فالتأمين العقاري، كونه من الضمانات العينية، يمنح الدائن المؤمن له حق استيفاء دينه من العقار المقدّم كضمانة، بالأولوية على غيره من الدائنين من خلال التنفيذ عليه، إلا أن وجود بند التملك فيه يمنح الدائن حقًا مباشرًا على هذا العقار، من خلال خلق ضمانة عينية مباشرة⁽²⁾، تمكّنه من نقل الملكية واكتسابها عند عدم الدفع بتاريخ الإستحقاق دون الحاجة لتدخل القضاء، ودون اتباع إجراءات التنفيذ الجبري.

19. إلا أن هذا الأمر مستبعد، نوعًا ما، في ظل النظام العقاري العيني في لبنان، الذي يختلف عن النظام العقاري المختلط بين الشخصي والعيني المعمول به في فرنسا، لكن يمكن للدائن، عندما يكون بيده سند يفيد إمكانية التملك عند عدم التنفيذ أو يكون هناك بند في العقد يتضمّن ذلك، اللجوء إلى القواعد العامة وتطبيق أحكام الفقرة الأولى من المادة 847 من قانون أصول المحاكمات المدنية⁽³⁾، وطلب تسجيل العقار على إسمه، حيث يعتبر البند المتفق عليه في هذه الحالة سببًا لكسب الملكية، وهو ما يوفّر غالبًا الوقت والجهد، كما يُمكنه في سبيل الحفاظ على حقّه هذا وحمايته، القيام بالتدابير الإحتياطية لاسيما إجراء قيد إحتياطي بالإتفاق الذي بين يديه.

(1) Cour de cassation – Assemblée Plénière, Arrêt n° 627 du 7 décembre 2015 (14-18.435), rapport n° C1418435 , 23 novembre 2015 (Rapporteur : Nicole Planchon), la société MJA et autres / la société Bank of London and The Middle East PLC, www.courdecassation.fr, date de visite 5/11/2018 .

(2) محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثامنة، قرار رقم 2011/157 تاريخ 2011/10/24، جان جبرائيل/رياض شاهين، مجلة العدل، 2012، العدد 1، ص. 330 .

(3) المادة 847 من المرسوم الإشتراعي رقم 90 تاريخ 1983/09/16 المتعلق في قانون أصول المحاكمات المدنية : "لكل دائن بحق شخصي أو عيني ناشئ عن عقد أو تعهّد مثبت بسند رسمي أو عادي أن يطلب تنفيذ هذا السند بحق مدينه مباشرةً بواسطة دائرة التنفيذ المختصة"، الجريدة الرسمية، العدد 40، 1983/10/06، ص. 3 .

الفصل الثاني: الجدليات الناتجة عن الإتفاق على بند التملك

20. إن غياب النص القانوني الصريح على إمكانية الإتفاق على بند يجيز تملك الدائن العقار مقابل الدين، أو عدم تمكنه من ذلك في إطار عقد التأمين العقاري، ينتج عنه جدليات وإشكاليات تحد من فعاليته في بعض الأحيان، على الرغم من وجود بعض الإيجابيات لمثل هكذا بنود تقابلها بعض السلبيات، مما يجعلها سيف ذو حدين (المبحث الأول)، تبقى تلك البنود، في مواجهة دائمة مع عيوب الرضى (المبحث الثاني) حيث يستند إليها المالك (مدينًا كان أم كفيلاً) في كثير من الأحيان بسبب غياب النص الصريح، مما يضطره إلى اللجوء للأحكام العامة المتعلقة بعيوب الرضى، لمواجهة الدائن وإثبات وجود إشكاليات مرتبطة برضاه عند إبرام الإتفاق.

المبحث الأول: بند التملك سيف ذو حدين

يلجأ فرقاء عقد التأمين في كثير من الأحيان إلى إتجاه يُقربهم من تنفيذ إتفاقاتهم، وحصول كل واحد منهم على حقوقه والإبتعاد قدر الإمكان عن القضاء وإجراءاته المضنية، وذلك من خلال الإتفاق على بند التملك الذي يُعتبر سيفًا ذو حدين، فمن جهة يتمتع بالعديد من الحسنات (أولاً)، لكنّه بالمقابل لا يخلو من بعض السلبيات (ثانياً).

أولاً: حسنات بند التملك العقاري

21. يتمتع بند التملك بمجموعة من الحسنات تدفع الفرقاء إلى الإتجاه نحو تطبيقه بعيدًا عن الإجراءات القضائية، فهو يساهم بتوفير الجهد والوقت (أ) وحماية سمعة المدين في الوسط الإجتماعي - الإقتصادي الذي يعيش فيه (ب) ويحافظ على الملكية بيد المالك فيستفيد منها (ج) كما يؤدي إلى إبراء ذمة المدين بصورة نهائية من الدين (د).

أ- مساهمة البند بتوفير الجهد والوقت :

22. يحق للدائن المؤمن له عند تخلُّف المدين عن الوفاء بتاريخ الإستحقاق، اللجوء إلى دائرة التنفيذ من أجل ملاحقة بيع العقار المؤمن عليه ونزع الملكية الإجبارية وفقاً لقواعد وإجراءات التنفيذ الجبري المحددة في قانون أصول المحاكمات المدنية، وذلك بهدف استيفاء حقه من ثمن العقار بعد بيعه بالمزاد العلني. وتتسم هذه الإجراءات بكونها معقدة وتستغرق فترة طويلة من الزمن تصل أحياناً إلى أشهر عديدة، مع ما قد يواجهها من مشاكل واعتراضات تُوقِف هذه الإجراءات وتؤخرها بصورة غير منطقية ولمدة غير محددة.

لهذه الأسباب يمكن الجزم بأن بند التملك أو أي إتفاق آخر، يمكن الدائن من تملك العقار موضوع الضمانة عند عدم الإيفاء، يساهم إلى حد كبير بتوفير الجهد والوقت وتخفيف حدة الإجراءات التي يفرضها قانون أصول المحاكمات المدنية أثناء التنفيذ الجبري ونزع الملكية؛ فمن حيث الإجراءات فإن هذا الإتفاق يسهل ويُوقِر على الدائن القيام بالكثير منها لا سيما الإجراءات أمام دائرة التنفيذ، إلا أنه يبقى من الأفضل لصالح الدائن إرسال إنذار بواسطة الكاتب العدل أو بطاقة مكشوفة أو كتاب مضمون لإنذار المدين بدفع الدين. فإذا فعل يُعمل بمنطوق الإنذار، وإذا لم يفعل أخذ الدائن المبادرة لتنفيذ مضمون هذا الإتفاق وتسجيل العقار على إسمه، والتخفيف من هذه الإجراءات يؤدي إلى توفير الجهد والوقت والمال على الدائن والمدين على السواء، وتخفيف الملقات وطلبات التنفيذ أمام دوائر التنفيذ.

ب- مساهمة البند بحماية سمعة المدين

23. يجهل عامة الناس، طبيعة إجراءات التنفيذ ونزع الملكية الجبرية بالنسبة للتنفيذ على العقار المؤمن عليه، ويعتبرون أنّ هذه الإجراءات بمثابة عقاب زجري له، دون الالتفات إلى الطابع المدني فيها، ويعود هذا الإعتقاد إلى غياب الثقافة والمعرفة القانونية لدى شريحة واسعة من المجتمع المدني والإقتصادي على السواء، تدفعهم إلى نبذ الشخص المدين الذي يتمّ التنفيذ على أمواله وعقاراته، معتقدين أنّه في حالة إفلاس و انهيار مالي، وعقاباً له يصير التنفيذ على أمواله.

هذا الإعتقاد السائد يساهم في تعقيد أمور المدين المُنفذ على أمواله، فمن جهة يتم تشويه صورته في محيطه وبين أفراد مجتمعه، حيث يُشار إليه في إصبع الإتهام بأنه الشخص "المُفلس" مما يؤثّر سلباً عليه، اجتماعياً و نفسياً و يبقيه في دائرة الشبهة.

أما على المستوى الإقتصادي فإنّ الصورة المرسومة في مخيلة المجتمع تجعل هذا الشخص غير صالح لمزاولة الأعمال، مما يبقيه في حالة من العزلة، حيث يبتعد أفراد المجتمع والتجار وحتى المصارف عن التعاون معه ومشاركته في أي عمل ذات طابع إقتصادي أو تجاري. ويساهم ذلك في إبقائه، على حاله، وعدم تمكّنه من الوقوف والدخول مجدداً في عالم الأعمال والإقتصاد والتجارة.

كل هذا يحصل نتيجة التنفيذ على العقار أو على أموال المدين، فيأتي بند التملك أو الإتفاق على التملك، ويصبح الدائن مالكا للعقار عند عدم الدفع بتاريخ الإستحقاق مقابل الدين المضمون، ودون اتباع إجراءات التنفيذ ونزع الملكية الجبرية، مما يساهم في حماية سمعة المدين وإبعاد هذه الشبهة عنه في وسطه الإجتماعي والإقتصادي، خصوصاً أن المدين في أحيان كثيرة يهدف من خلال قبوله بهذا البند إلى الإبتعاد عن إجراءات التنفيذ لهذه الأسباب.

ج_ المحافظة على الملكية بيد المالك

24. من الحسنات والإيجابيات التي يتمتع بها الإتفاق على التملك، أن ملكية العقار المؤمن عليه تبقى بيد المالك، حيث لا يستطيع تبعاً لهذا الإتفاق، التصرف بالعقار فيبقى في ذمته المالية إلى أن يتم تنفيذ الإتفاق من خلال نقل الملكية والتسجيل على إسم الدائن؛ وخلال هذه المدة الممتدة من تاريخ توقيع الإتفاق إلى تاريخ تنفيذه، يستفيد المالك من هذا العقار سواء من خلال استثماره واستغلاله والإستفادة من ثماره التي ينتجها⁽¹⁾، والتي تساهم في سد جزء من الدين.

"De plus, ce pacte a l'avantage de laisser le bien dans le patrimoine du débiteur, le pacte commissaire n'ôtant pas les attributs de la propriété. Ainsi, il peut continuer d'en jouir, d'en percevoir les fruits, sa mise en œuvre ne s'effectuant qu'en cas de défaillance".

كما من جهة أخرى فإن هذا الإتفاق عند تنفيذه وتسجيل العقار على إسم الدائن، يستفيد هذا الأخير على الصعيد الإقتصادي الشخصي، إذ يدخل إلى ذمته المالية عقاراً، قيمته من الناحية العملية والإقتصادية أهم

(1) Le pacte commissaire – avantages et inconvénients, dissertation publié sur le site : www.doc-du-juriste.com , p. 3 , date de visite : 16/11/2018 .

بكثير من الأموال التي قد يتصرّف بها بطريقة سهلة وبسيطة، والذي يرتفع سعره في سوق العقارات مع الوقت.

"le créancier, devenant propriétaire de l'immeuble hypothéqué, reçoit un bien d'une certaine valeur, valeur qui peut alors augmenter avec le cours du marché immobilier et notamment avec le temps"⁽¹⁾ .

د- إنهاء الدين

25. قد لا يؤدي بيع العقار في المزاد العلني، في بعض الأحيان، إلى إبراء ذمة المدين بصورة نهائية وذلك عندما لا يكون الثمن مساوٍ لقيمة الدين ولواقعه، ففي هذه الحالة يصبح الدائن دائئًا عاديًا، وله حق ارتهان عام على مجموع مملوك المدين وليس على أفراد ممتلكاته وفقًا للمادة 268 من قانون الموجبات والعقود، ويمكنه ملاحقة بيع ممتلكاته بصفة دائن عادي، وهو في هذه الحالة لا يتمتع بحق الأفضلية لأنه متساوٍ مع سائر الدائنين العاديين، وليس له حق التتبع المُقرّر لأصحاب الحقوق العينية. إلا أن الإتفاق على تملك الحق، يؤدي إلى إبراء ذمة المدين بصورة نهائية، حتى وإن كان بعض الأحيان ثمن العقار أقل من قيمة الدين، لأن الدائن والمدين في هذه الحالة يسعيان إلى إنهاء العلاقة القائمة بينهما بصورة نهائية من خلال تسوية مشتركة بينهما، يتحمّل كل واحد منهما قدرًا من الخسارة، حيث يصبح الدائن مالكًا للعقار ويُسجل على إسمه، وتبرأ ذمة المدين بصورة نهائية وشاملة من الدين.

ثانياً : سلبيات بند التملك العقاري

26. في مقابل الإيجابيات والحسنات التي يتمتع بها الإتفاق على التملك، تظهر بعض السلبيات التي تحدّد من بعض فعاليته، فمن جهة أولى يعتبر أحد أشكال استيفاء الحق بالذات (أ)، ومن جهة ثانية لا يؤمّن الحماية الكافية لطرفي العقد (ب)، كما إنّ العقار لا يخضع لتخمين خبير عند تنفيذ الإتفاق (ج) .

(1) Le pacte comissoire – avantages et inconvénients, dissertation publié sur le site : www.doc-du-juriste.com , p. 4 , date de visite : 16/11/2018.

أ- إستيفاء الدائن الحق بالذات

27. إن تحديد المشرع للأنظمة القانونية والأنظمة الإتفاقيّة⁽¹⁾ الخاصة بحماية حقوق الدائن، وتعيين الوسائل الممنوحة لهذا الأخير لاستيفاء حقه وتبيان الإجراءات المتعلقة بها بصورة واضحة وموسّعة، كلّها إجراءات تهدف إلى ضمان حصول الدائن على حقوقه من مدينه بالإستناد إليها، دون أن يكون هناك أيّة عوائق تحول دون تمكّنه من ذلك بالوسائل المحدّدة قانوناً، كما تهدف إلى عدم اضطرار الدائن وإلزامه اللجوء إلى إجراءات تشكّل بحدّ ذاتها إستيفاءً ذاتياً للحق بعيداً عن هذه الإجراءات المحدّدة في القانون والأنظمة.

لذلك يعتبر الإتفاق على التملّك نظاماً يساعد الدائن على استيفاء حقه بالذات، دون اتباع الإجراءات المحدّدة له في القانون، سيما تلك المحدّدة في قانون أصول المحاكمات المدنية المتعلقة بالتنفيذ على العقار عند عدم تمكّن المدين من الدفع بتاريخ الإستحقاق⁽²⁾، وصولاً لبيعه في المزاد العلني واستيفاء حقوقه من ثمن العقار. فمن غير المُستحسن، أن يقوم الشّخص مهما كانت صفته، باستيفاء حقه بذاته، دون مراعاة القوانين والأنظمة التي تحدّد الإجراءات التي يحقّ لكل شخصٍ اتباعها لتحصيل حقه. وهو بابٌ لو تُرك مفتوحاً على مصراعيه، لهدرت حقوق الناس، وتعرّض طرفي العقد للخطر، بسبب عدم وجود حماية كافية لهما.

ب- غياب الحماية عن طرفي العقد

28. كما ذكرنا آنفاً، فإنّ قيام الدائن والمدين بالإتفاق على التملّك مقابل الدين عند عدم الوفاء بتاريخ الإستحقاق، يشكّل بحد ذاته استيفاءً للحق بالذات من قبلهما، دون اللجوء إلى الإجراءات المحدّدة في القانون، الأمر الذي يضعف الحماية القانونيّة المقرّرة لكلا الطرفين المدين والدائن، وحتى الكفيل العيني إن وُجد. والسبب الأساسي في ذلك يعود إلى غياب التدخّل القضائي، و حصول الإتفاق خارج دوائره ورقابته،

(1) يراجع في هذا الموضوع : مصطفى العوجي، القانون المدني- الموجبات المدنية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص. 203 وما يليها .

(2) أنظر الفقرة 47 و مايليها من هذه الرسالة، المتعلقة بإجراءات التنفيذ الجبري والبيع بالمزاد العلني.

l'absence d'intervention judiciaire⁽¹⁾ مما يزيد من احتمالات استغلال أحد الأطراف للآخر، ذلك أنّ إجراءات التنفيذ الجبري ونزع الملكية المحددة في القانون تتمّ عبر القضاء وبواسطة دوائر التنفيذ المختصة، مما يشكّل حماية لطرفي العقد الدائن والمدين.

ج - عدم خضوع العقار لتخمين خبير

29. في أغلب الأحيان التي يتّفق فيها الدائن والمدين على التملك مقابل الدين، يكون ذلك بواسطتهما دون تدخل من أية جهة قضائية تؤمّن الحماية للطرفين، لذلك لا يخضع العقار عند تنفيذ الإتفاق إلى تقدير خبير، كما هو الحال في إجراءات التنفيذ الجبري، بل يتم الإتفاق بينهما دون تدخل لا من القضاء ولا من قبل خبير، حيث يمكن أن يكون العقار أعلى ثمنًا من قيمة الدين، كما يمكن أن يكون أقل من قيمة الدين، ذلك أن ثمن العقارات متقلّب دائمًا.

من ناحية أخرى، يمكن أن يتّفق الفريقان على أن يُصار عند تنفيذ الإتفاق على التملك إلى تعيين خبير ليقوم بتخمين وتقدير ثمن العقار، فتبرز إشكالية هنا تتعلق بكيفية تعيينه والجهة المخولة بذلك، قضاءً أم رضاءً، فإذا عُيّن حبيبًا فإن تخمينه قد لا يكون مطابقًا مع الواقع، إذ يمكن أن يكون مقرّبًا من أحد الأطراف ويعمل لصالحه وبالتواطؤ معه، فيقوم هذا الخبير بإعطاء تخمين للعقار يخدم مصالحه، لذلك من الأفضل أن يكون التعيين بواسطة القضاء، كي لا يكون هناك مواجهة بين هذا البند و عيوب الرضى لا سيما الغبن، الأمر الذي سنتناوله في المبحث التالي.

المبحث الثاني: عيوب الرضى في مواجهة بند التملك

30. إنّ حصول الإتفاق على التملك خارج رقابة القضاء، وإتمام التفريغ دون اللجوء إلى خبير مُحلّف لتقدير ثمن العقار، من شأنه أن يلحق الضرر بطرفي العقد على السواء، فيمكن أن يكون قبول المالك بمثل هذا الإتفاق نتيجة الوقوع في الغلط (أولاً)، أو نتيجة ممارسة مناورات خادعة على أحد المتعاقدين (ثانيًا)،

(1) Nicolas BORGA, *L'ORDRE PUBLIC ET LES SÛRETÉS CONVENTIONNELLES*, op. cit, p. 111.

أو أنه كان وليد الخوف الناتج عن الإكراه المُمارس عليه (ثالثًا)، كما يمكن أن يؤدي حصول الإتفاق خارج أسوار القضاء إلى إلحاق الغبن بطرفي العقد على السواء (رابعًا).

أولاً: الغلط

31. الغلط هو حالة ذهنيّة تُصوّر للشخص الواقع على غير حقيقته، والغلط في المجال العقدي هو عيب من عيوب الرضى، من شأنه إما جعل العقد باطلاً ومنعدم المفاعيل أو قابلاً للإبطال، وفي مجال بند التملك قد يكون أطراف الإتفاق أو أحدهم أقدم على توقيعه نتيجة وقوعه في غلط، سواء كان هذا الغلط واقعاً على موضوع العقد (أ)، أو على فاعليّة سبب الموجب (ب).

أ - الغلط الواقع على موضوع العقد

الغلط الواقع على موضوع العقد من الأسباب المانعة من إنشاء العقد، التي تشمل حسب المادة 203 من قانون الموجبات والعقود الغلط الواقع على ماهيّة العقد وعلى حقيقة موضوع الموجب، يضاف إليها الغلط الواقع على وجود سبب الموجب، حيث تقع هذه الأغلط على ركن أساسي في العقد تجعل وجوده منعدمًا.

ويقصد بماهيّة العقد وصفه أو بالأحرى العمليّة القانونية التي تضمنها هذا العقد (كالتأمين والبيع والإيجار...)، وهو يختلف عن موضوع الموجب أي الشيء الذي وقعت عليه هذه العمليّة (كالعقار الذي وقع عليه البيع)، وفي كلا الحالتين عندما يقع غلط على موضوع الموجب أو موضوع العقد، فإن العقد يكون منعدمًا دون الحاجة لمراجعة القضاء، وإذا ما صارت مراجعة القضاء يُكتفى بالدفاع المبني على الإنعدام.

وفي إطار بند التملك الذي يأتي بصور وأشكال مختلفة، يمكن لأحد طرفي الإتفاق الدائن أو المدين، وخصوصًا عندما يتم إلbas عقد التأمين بصور أخرى كعقد البيع مع حق الإسترداد، أن يدّعي أن هناك غلطاً على موضوع العقد، مطالبًا بإعلان بطلان ذلك العقد. فالدائن يواجه المدين بدفاعه مؤكّدًا أن موضوع العقد هو بيع مع شرط الإسترداد، في حين يدّعي المدين أن هذا البيع هو تأمين عقاري مستتر بعقد بيع

مع حق الإسترداد، ممّا يوَلّد جدلاً واسعاً حول وصف العقد، يعود الأمر في حلّه وتكليفه إلى القاضي الواضع يده على الدعوى، الذي يتحرّى عن النية الحقيقية لكلا الطرفين ويعطي التوصيف المناسب له. الأمر ذاته يُطبّق على الغلط الواقع على وجود سبب الموجب الذي لم ينص عليه قانون الموجبات والعقود ضمن عيوب الرضى، إلا أنّه في هذه الحالة يجب اعتباره مماثلاً للأغلاط المانعة من إنشاء العقد⁽¹⁾، كما لو اعتقد المدين أو الكفيل العيني أن تنظيم عقد البيع أو الوكالة غير القابلة للعزل كان متممًا ولزماً لإنشاء عقد التأمين العقاري، فهنا سبب العقد والوكالة بالنسبة لهما غير متحقّق وبالتالي غير موجود، مما يجعلهما غير موجودين، وذلك استناداً للمادة 196 من قانون الموجبات والعقود⁽²⁾.

ب _ الغلط الواقع على فاعليّة سبب الموجب

لكلّ طرفٍ في أيّ عقدٍ كان سببٌ يدفعه الى الإلتزام به، فلا يقدم أي شخص على الإلتزام بأي موجب دون أن يكون هناك دافع للإلتزام به وتحمل المسؤولية عنه عند عدم تنفيذه. ويعتبر السبب ركناً من أركان العقد وعنصرًا أساسيًا في تكوينه، والدافع الذي حمل أطراف العقد على الإلتزام بالموجبات المحددة فيه. والهدف من نظرية السبب هو ضمان تكوين العقد بصورة صحيحة ومشروعة، حيث يلعب دوراً وظيفياً هاماً، فهو يرمي الى تحقيق هدفين : يتمثل الأول بإكمال كيان العقد، بحيث إذا تخلف سبب الإلتزام كان العقد باطلاً أو منعدماً، أمّا الثاني فيتمثل بتوفير صحّة ومشروعيّة العقد⁽³⁾.

ويعرّف قانون الموجبات والعقود في المادة 195 سبب الموجب بأنه الدافع الذي يحمل عليه مباشرة على وجه لا يتغيّر، وهو يعدّ جزءاً غير منفصلٍ من العقد كالموجب المقابل في العقود المتبادلة والقيام بالأداء في العقود العينية ونية التبرّع في العقود المجانية. أما في العقود ذات العوض غير المتبادلة فالسبب هو الموجب الموجود من قبل مدنياً كان أو طبيعياً. وهو يختلف عن سبب العقد الذي تعرّفه المادة 200 بأنه

(1) جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الأول، مصادر الموجبات، العقد- المسؤولية- الكسب غير المشروع- القانون، الطبعة الثانية، دون دار نشر، بيروت، 1994، ص. 88 .

(2) المادة 196 قانون الموجبات والعقود اللبناني : " إن الموجب الذي ليس له سبب أو له سبب غير صحيح أو غير مباح يعد كأنه لم يكن، ويؤدي إلى اعتبار العقد الذي يعود إليه غير موجود أيضاً. وما دُفع يمكن استرداده " .

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2000، ص. 289 .

الدافع الشخصي الذي حمل الفريق العاقد على إنشاء العقد، وهو لا يعد جزءاً غير منفصلٍ عن العقد بل يختلف في كل نوع من العقود، وإن تكن من فئة واحدة. أي الباعث المؤثر والأساسي الذي لولاه لما كان العاقد أقدم على إبرام العقد، ويبقى كامناً في نفس المتعاقد وخارج المجال التعاقدية، ويتغير من شخص إلى آخر حتى لو كانت العقود من نوع واحد.

وهناك تلازم بين سبب الموجب وموضوعه في العقود المتبادلة، فسبب موجب الفريق الأول، هو موضوع موجب الفريق الثاني والعكس بالعكس، أما في العقود غير المتبادلة فالسبب هو الموجب الموجود من قبل مدنياً كان أو طبيعياً⁽¹⁾.

ولكي يكون العقد بمأمن عن الإبطال يجب ألا يكون هناك غلط على فاعلية سبب الموجب، الذي يعتبر من الأغلط التي يمكن أن تعيب الإرادة وتؤدي إلى البطلان، وفق ما تنص عليه المادة 204 في فقرتها الأخيرة، والذي يقصد به "السبب الذي كان المحرك الأساسي نحو التعاقد والالتزام".

أما فيما يتعلق بعقد التأمين العقاري المتضمن أو الملحق به بند أو اتفاق يجيز للدائن تملك العقار المؤمن عليه عند عدم الإيفاء، مقابل الدين المضمون به مباشرة ودون اتباع اجراءات التنفيذ الجبري، يكون هناك دوافع غير عادية تدفع الأطراف الى إبرامه على هذا الشكل، الأمر الذي يمكن أن يثير بعض الجدليات المتعلقة بالغلط الواقع على فاعلية سبب الموجب. فمن جهة المدين يمكنه الإدعاء بأن التزامه بهذا البند كان نتيجة سبب مغلوط، وهو أقدم على توقيع هذا الاتفاق معتبراً إياه ضماناً إضافيةً ومعتقداً أن هذا البند مهما كان شكله هو من متممات عقد التأمين، وهو لم يكن ليقدم على العملية برمتها لو كان عالماً بذلك.

أما لجهة الدائن، فإنه عندما يثبت أن الدافع الأساسي للدخول بهذه العملية هو تملك العقار عند عدم الإيفاء، وأن المدين كان عالماً بهذا الدافع وأقدم بالرغم من ذلك على التعاقد معه بهذه الطريقة. فيحق له التمسك بالعقد، وإلا يكون له عند إبطال البند طلب إبطال عقد الدين وعقد التأمين وإعادة الحال إلى ما

(1) جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الأول، مصادر الموجبات، العقد - المسؤولية - الكسب غير المشروع - القانون، مرجع سابق، ص. 175-176، أمين محمد حطييط، القانون المدني، الموجبات: أنواعها ومصادرها، العقد والمسؤولية العقدية، المسؤولية المدنية التقصيرية، (دراسة مقارنة القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، دون طبعة، دار المؤلف الجامعي - بيروت، 2006، ص. 127.

كانت عليه قبل التعاقد، على اعتبار أن السبب الذي دفعه للإلتزام ومنح الأموال للمدين، كان تملك العقار عند عدم الإيفاء، والذي يمكن أن يكون، أمرًا خاصًا وشخصيًا بعيدًا عن دائرة التعاقد.

ثانيًا : الخداع

32. إن إبرام عقد التأمين المتضمن اتفاقًا على التملك قد يكون ناتجًا عن قيام أحد أطرافه بتصرفات تُوهِم الآخر وتُوقِّعه في الغلط، فيقدم على إبرام العقد على هذا الشكل نتيجة هذه التصرفات، وهو ما يدفع الطرف الذي مورست عليه هذه التصرفات إلى مواجهة الطرف الآخر مدعيًا حدوث خداع دفعه إلى التعاقد. والخداع هو تصرف صادر عن أحد أطراف العقد أو شخصٍ ثالثٍ، متَّصِفًا بالحيلة أو الكذب أو الإيهام، أوجد غلطًا في ذهن المتعاقد الآخر حمله على التعاقد والدخول في عقد لم يكن ليتعاقد، لولا حصول هذه التصرفات، والخداع في الأصل لا يجعل الرضى منعدمًا، إنَّما يعيبه إذا كان هو الدافع إلى التعاقد، أما الخداع العارض الذي أفضى الى تغيير بنود العقد، ولم يكن هو العامل الدافع إلى إنشائه، يجعل للمخدوع سببًا للمطالبة ببطل العطل والضرر وفقًا لما توكده المادة 208 من قانون الموجبات والعقود. وبالتالي يفترض للقول بوجود خداع يعيب الرضى توفر ركنين، ركن مادي يتمثل بالتصرفات غير الشريفة والمنافية لحسن النية التي يقدم عليها الخادع سواء كانت إيجابية أو سلبية (كالكتمان الخادع للمعلومات)، بغية إيقاع الشخص الذي وجهت إليه في الغلط⁽¹⁾، بقصد حمله على التعاقد تجسيدًا لنية التضليل لدى المخادع، وهو الركن المعنوي⁽²⁾. كما يشترط حدوث ضرر فعلي بمصلحة الفريق الآخر وفقًا للمادة 209 .

وبالعودة إلى عقد التأمين الملحق به إتفاق على التملك، فقد يرفض الدائن إقراض المدين مبلغًا من المال، بسبب خوفه من عدم تمكّنه من الإيفاء بتاريخ الإستحقاق. إلا أن المدين يقوم بمناورات وتصرفات خادعة،

(1) يختلف الغلط الناتج عن الخداع عن الغلط الذي يعتبر عيب من عيوب الرضى بأنه ناتج عن مناورات وتصرفات أثرت على ذهن المتعاقد فأوقعته في الغلط، في حين أن الغلط يحصل دون مناورات بسبب وجود حالة أو تصور ذهني موجود أصلا لدى المتعاقدين أو أحدهما، كما يكون هذا الغلط الناتج عن الخداع هو السبب المباشر للتعاقد بينما يجب أن يكون الغلط واقع على صفة جوهرية أو شخص المتعاقد ... ما يجعل الغلط الناتج عن الخداع ذا نطاق أوسع، يراجع : مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، مرجع سابق، ص. 397 .

(2) عاطف النقيب، نظرية العقد، الطبعة الأولى، منشورات عويدات، بيروت، 1988، ص. 203 .

تخلق في ذهن الدائن الغلط؛ كأن يقوم المدين ببث أكاذيب مفادها أن ثمن العقار أكبر بكثير من ثمن الدين أو يكلف شخصاً ثالثاً يقوم بإقناعه بذلك عن طريق مناورات إحتيالية. فيقنعه بالإقراض مقابل التأمين مع توقيع بند يمكنه من التملك، فيقبل الدائن بذلك دون أن يتمكن من معرفة حقيقة الأمر، ويقوم بإقراض المدين الذي يتخلف عن الإيفاء فيتملك الدائن العقار مقابل الدين الذي يكون أعلى بكثير من قيمة العقار. وهو ما يشكل ضرراً أكيداً على الدائن، ويثير الجدل ويدفع الدائن إلى مواجهة ذلك بإدعائه بالخداع. ولكن قد يسأل سائلٌ أنّ هذه المناورات والتصرفات أدت إلى إضافة بند إلى العقد، الأمر الذي يجعل للدائن السبيل للمطالبة بالعدل والضرر فقط دون الإبطال. إلا أنه وإن كان ذلك قد أدى فقط إلى تغيير أو إضافة بند إلى العقد أو إلحاقه به، فإن هذا الأمر يمكن أن يُتخذ سبباً للبطلان. لأن هذه التصرفات التي أدت إلى تعديل بند واحد بالعقد، كانت هي الدافع إلى التعاقد بعد إحداث الغلط في ذهن المتعاقد، وإن كان التعديل أو التغيير طال فقط بنداً واحداً؛ لأن الخداع يمكن أن يُؤخذ به حتى وإن كانت نتيجته تغيير بند واحد في العقد⁽¹⁾.

ثالثاً : الخوف الناتج عن الإكراه المعنوي

33. إنّ اشتراط الدائن المؤمن له على المدين المؤمن صاحب العقار، تضمين عقد التأمين إتفاق يقضي بتملك الدائن العقار عند عدم الإيفاء بتاريخ الإستحقاق أو إجراء أي إتفاق لاحق يضمن له نقل الملكية على إسمه⁽²⁾، وذلك لإقراضه مبلغ الدين. وبالتالي ربط عملية الإقراض بتوفير الأسباب التي تمكنه من التملك، يضع المدين تحت الرحمة الإقتصادية للدائن. فيضطر حينئذٍ المدين إلى تلبية متطلبات الدائن مهما كانت، حتى لو أدى ذلك إلى نقل الملكية على إسم الدائن أو وقر له الأسباب التي تمكنه من ذلك.

هنا نسأل، هل يمكن اعتبار عدم منح الدائن الأموال للمدين إلا إذا وقع له ما يضمن نقل الملكية مباشرة على إسمه عند عدم الإيفاء، بمثابة ضغط على المدين لمنحه الأموال؟ وبالتالي نوع من أنواع الإكراه الذي يشكل الخوف الناتج عن الإكراه؟، وهل يكون هناك مثل هذا الخوف في حال كان تاريخ نشوء الدين سابقاً

(1) محكمة التمييز المدنية، الغرفة الأولى، قرار رقم 11، تاريخ 19/3/1992، غير مذكور اسم المدعي والمدعي عليه، مجلة العدل، العدد الأول، ص. 63، نقلاً عن : هاشيت أنطون، قانون الموجبات والعقود مع إجتهاادات محكمة التمييز من العام 1975 الى العام 2000، دار الشمالي للطباعة، أيلول 2013، المادة 208، ص. 66.

(2) أنظر الفقرة 63 وما يليها من هذه الرسالة المتعلقة بصور بند التملك .

لتاريخ نشوء عقد التأمين والإتفاق على التملك؟ الأمر الذي من الممكن إثارة الجدل حوله، لذلك لا بد من بحث مدى تطابق شروط الإكراه كعيب من عيوب الرضى مع حالة إيراد مثل هذا الشرط في العقد.

أ- شروط الخوف المفسد للرضى

34. يعتبر قانون الموجبات والعقود اللبناني الخوف عيباً من عيوب الرضى، حيث تنص المادة 210 في فقرتها الأولى على أنه: "باطل كل عقد ينشأ تحت ضغط الخوف الناجم عن عنف جسماني أو عن تهديد موجّه على شخص المديون أو على أمواله أو على زوجه أو على أحد أصوله أو فروعه". فالخوف ينتج عن العنف أو التهديد أو الإكراه، وهؤلاء بحد ذاتهم لا يفسدون الرضى إلا إذا أنتجوا خوفاً⁽¹⁾، فإذا تولّد الخوف عن ذلك، وأدى مباشرة إلى حمل المتعاقد على الدخول في عقد، لم يكن ليدخل به لولا ممارسته عليه، ولم يكن لديه وسيلة حاضرة أو فاعلة للتقلّص من ذلك، ففي هذه الحالة يعتبر الخوف الناتج عن العنف أو الإكراه عيباً من عيوب الرضى.

والخوف قد ينتج عن وسائل إكراه ماديّة كالعنف الجسدي، كما قد ينتج عن وسائل إكراه معنويّة تُمارس على نفس الإنسان، بحيث يُوضع في حالة إحباط نفسي تؤدي إلى انهيار إرادته وجمود تفكيره، فيشعر معها المتعاقد بأنه لا مخرج من هذه الحالة النفسية إلا بالإنصياح لما يطلبه الآخر، مهما كانت النتيجة. الأمر الذي يولّد خوفاً يقع، إما على نفس المتعاقد، أو على أحد فروعه أو أصوله أو على ماله، ويصبح عندها بلا خيار سوى الإلتزام بما يُطلب منه، فيأتي الرضى معيوباً أو حتى منعدماً كلياً.

35. لكن بسبب الممارسات التي يمارسها البعض واستغلال المركز الإقتصادي المهيمن لهم والحاجة الملحة للطرف الآخر للتعاقد، توسّع مفهوم الإكراه المعنوي ليشمل الضغوطات الإقتصادية التي يُقدّم عليها أحد المتعاقدين تجاه الآخر لحمله على التعاقد وإجباره على القبول بشروط مجحفة ما كان ليقبل بها لو لم يكن تحت الضغط⁽²⁾، وهذا ما يدخل ضمن مفهوم الإكراه الاقتصادي (La violence économique)، والذي

(1) عاطف النقيب، نظرية العقد، الطبعة الأولى، منشورات عويدات، بيروت، 1988، ص. 219.

(2) Jean-Pierre Pizzio- Caractère abusif d'une clause d'un crédit-bail - Recueil Dalloz 2000- p. 46

يتحقّق كلّما ثبت استغلال أحد الأطراف للظروف الاقتصادية بشكل متعسّف، سواء من خلال إجبار الطرف المقابل له على التعاقد أو على القبول بشروط مجحفة بحقّه⁽¹⁾.

36. ويشترط في الخوف المفسد للرضى توفّر مجموعة من الشروط والمواصفات التي تجعله مسيئاً لسلامة الرضى، وتميزه عن وسائل الإكراه المشروعة التي لا تؤثر على إرادة المتعاقد، وهذه الشروط هي:

- أن يكون الخوف هو الحامل على التعاقد : وهو ما اشترطته المادة 211 باعتبارها "أن الخوف لا يفسد الرضى إلا إذا كان هو الحامل عليه". والمقصود بذلك أن يكون الخوف هو الباعث على التعاقد، حيث يكون المتعاقد غير قادر على سلوك أي طريق آخر للتقلّص من الخطر الداهم سوى التوقيع على العقد خلافاً لإرادته الحقيقيّة.

- يجب أن يكون هذا الخوف على درجة عالية من الجدية والخطورة، بحيث يؤثّر بشكلٍ مباشرٍ وحالاً على إرادة المتعاقد المُكرّه فيعطّلها أو يفسدها. وللوقوف على تأثيره ودرجته، يجب الإعتداد بشخصية المُكرّه وسنّه أو كونه امرأة أو رجلاً ودرجة تعليمه ومنزلته الاجتماعية وفق المادة 211. فالخوف لا يسهل إثباته نظراً لارتباط وتعلق ذلك بشخص المرء ومستواه الثقافي ومنزلته الاجتماعيّة⁽²⁾.

- أن يكون الخوف ناتجاً عن عنف أو إكراه مادي أو معنوي أو تهديد، نتيجة فعلٍ ما من شخص ما قد لا يكون طرفاً في العقد، أو من أحوال خارجة عن دائرة التعاقد (كالقوة القاهرة، ففي هذه الحال يُنظر إلى درجة استغلال إرادة المتعاقد المُكرّه، دون النظر إلى الجهة التي أحدثت هذا العنف⁽³⁾) ، على أن

(1) Pierre Mousseron- Des précisions sur le régime de la violence économique – note-cass.com- 12 novembre 2008- Bulletin Joly Sociétés, 01 mars 2009 – n° 3 – page 276; Gwénaëlle Durand-Pasquier, Précisions sur la notion de violence économique [Commentaire de la décision de la Première chambre civile de la Cour de cassation, du 3 avril 2002 , Revue Juridique de l'Ouest , édition 2002, 4, p. 447-465, Publié sur le site électronique: <http://www.persee.fr>, date de visite 15/1/2018 .

(2) محكمة التمييز المدنية، الغرفة الثامنة، قرار رقم 2011/22، تاريخ 2011/3/15، الحكيم/الدولة اللبنانية-إدارة استثمار مرفأ بيروت، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb>، تاريخ الزيارة 2018/1/10 .

(3) جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الأول، مصادر الموجبات، العقد- المسؤولية- الكسب غير المشروع- القانون، مرجع سابق، ص. 122 .

يُوجّه هذا العنف على شخص المديون أو على أمواله أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه، وفقاً لما جاء في المادة 210، كما إنَّ ضحية هذا التهديد يجب أن تكون طرفاً في العقد.

- أن تكون وسيلة الإكراه غير مشروعة وغير مسندة إلى أساس قانوني، فالتهديد بممارسة حق منصوص عليه في القانون كحق اللجوء إلى القضاء لتحصيل الدين، هو أمر جائز قانوناً، واستعمال الوسائل القانونية ولاسيما حق الإدعاء لا يشكل إكراهًا منتجاً للخوف المفسد للرضى، كتقديم شكوى جزائية هدفها الحصول على ما هو متوجب للدائن فعلاً، ينفي توفّر عنصر الخوف لأن الوسيلة مشروعة والغاية محقّة⁽¹⁾، ويطبق الأمر على التهديد بإقامة دعوى الإفلاس ومباشرتها فعلياً لأن هذه الوسيلة مشروعة.

ب- الخوف بمواجهة بند التملك

37. إنَّ غياب النص القانوني الصريح الذي يمنع الدائن المؤمن له من تملك العقار المؤمن عليه مباشرة دون اتباع إجراءات التنفيذ الجبري. يفتح المجال أمام الأطراف للإتفاق على ذلك بشكل مُسبق قبل استحقاق الدين، الأمر الذي قد يثير جدلاً يدفع المالك لطلب إبطال ذلك الإتفاق، مدّعياً حصوله نتيجة الخوف الناتج عن الإكراه المُمارس عليه من قبل الدائن، الذي يستغل ظروفه الإقتصادية وحاجته للمال لفرض هذا الشرط عليه. ويتعين على القاضي عندما يطلب ذلك أحد أطراف العقد الإستجابة له، وذلك في سبيل إظهار حقيقة رضى المدين، فليس هناك نص قانوني يمنع اللجوء إلى الأحكام العامة، ولا يجوز للقاضي أن يمتنع عن الحكم بحجة غموض النص أو انتقائه، وإلاّ يعتبر مستكفماً عن إحقاق الحق، فيعمد عند انتقاء النص إلى المبادئ العامة والعرف والإنصاف وفقاً للمادة 4 من قانون أصول المحاكمات المدنية. وعلى القاضي عند تطبيق ذلك البحث عن مدى توفّر شروط الخوف المفسد للرضى وفيما إذا كان الإتفاق ناتجاً عن إكراه مؤرّس على المالك من الدائن أو أي شخص آخر، إذ لولا هذا الخوف لما كان المالك قبيل التعاقد بهذا الشكل.

وبالتالي يجب أن يكون الخوف الناتج عن الإكراه جدياً وخطيراً وحالاً، وهو الذي حمل المدين على التعاقد والقبول بهذا الإتفاق، حيث يشعر بعدم إمكانية الحصول على الأموال اللازمة له، إلاّ من هذا الدائن وانسداد

(1) محكمة التمييز المدنية، الغرفة الرابعة، قرار رقم 17، تاريخ 2005/2/3، شركة راماف التجارية/بنك الإعتدال اللبناني، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb>، تاريخ الزيارة 2018/1/11.

السُّبُل أمامه، وعدم تمكُّنه من دفع الخطر الذي يواجهه بأي وسيلة أخرى، فيضطرّ إلى القبول بأي شرط يطلبه الدائن الذي يستغل الظروف الإقتصادية الصعبة التي يمر بها المدين لفرض شروطه عليه. وفي هذا الإطار لا بد للقاضي من أن يأخذ بعين الاعتبار شخصيّة المالك، حتى يقف على مدى تأثير الإكراه الممارس عليه.

وفي مجال المداينة والإقتراض فإن الخوف قد ينتج عن إكراه مادي أو معنوي يمارس على شخص المدين أو الكفيل أو على شخص آخر تربطه بالمدين علاقة وثيقة، غير أن مفهوم الإكراه المعنوي توسّع، وأصبح يتضمّن الإكراه الإقتصادي، والذي يثبت عند استغلال الظروف الإقتصادية بشكل متعسّف لفرض شروط مجحفة بحق المدين أو الكفيل العيني، غير أن محكمة التمييز اللبنانية⁽¹⁾ لم تأخذ بالظروف الاقتصادية الصعبة كسبب للإكراه، على عكس ما ذهبت إليه محكمة التمييز المدنية الفرنسية⁽²⁾، عندما اعتبرت أنه كان يجب على محكمة الأساس البحث في مدى تحقّق الإكراه الإقتصادي دون البحث في شروط الغبن.

" la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion " .

38. وفي كل الأحوال، وبالرغم من كون الإكراه الإقتصادي يُعتبر أحد أوجه الإكراه المعنوي، غير أنّه يتمتّع بخصوصيّة، تُميّزه عن غيره من أنواع الإكراه، ويبقى إثباته أصعب، إذ يجب الإلتفات إلى أدق التفاصيل المتعلقة بالظروف الإقتصادية المحيطة بعملية التعاقد ومدى استغلالها من قبل أحد المتعاقدين تجاه المتعاقد الآخر للحصول على بنود غير اعتياديّة في العقد، وذلك بغية إثبات وجود إكراه أم لا، لأنّه يصعب وجود عقد دون دوافع وظروف إقتصادية مرافقة لعملية التعاقد، فلو تمّ الأخذ بالظروف الإقتصادية المحيطة بكل عملية اقتراض أو مداينة لأدّى ذلك إلى المساس باستقرار المعاملات التجاريّة والإقتصادية، بالإضافة إلى

(1) محكمة التمييز المدنية، الغرفة الثانية، قرار رقم 39، تاريخ 17/5/1994، شركة مكو/سماحة، وقرارها رقم 94، تاريخ 24/12/1994، عون/شركة مكو، منشورين على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb>، تاريخ الزيارة : 2018/1/12 .

(2) Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du 30 mai 2000, N° de pourvoi: 98-15242, Publication : Bulletin 2000 N° 169 p. 109, Publié sur le site électronique : www.legifrance.gouv.fr, date de visite : 15/1/2018 .

ذلك فإن تاريخ نشوء الدين وتزامنه مع نشوء الإتفاق على التملك، يزيد الجدل حول وجود إكراه، أما إذا كان الدين موجودًا سابقًا وجاء التأمين ومعه بند التملك بعد نشوئه، فإن الإكراه يصعب إثباته.

وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان الإكراه الاقتصادي الممارس من قبل الدائن على المدين ومعه الكفيل العيني هو الدافع على التعاقد، أم فقط الدافع للقبول بشروط وبنود مجحفة (كالبند المتعلق بتملك العقار عند عدم الإيفاء)، ففي الحالة الأولى يكون العقد برمته قابلاً للإبطال بسبب تعيب الإرادة بشكل كامل، أما في الحالة الثانية يُكتفى بإلغاء البنود أو الإتفاقيات التعسفية واعتبارها كأنها لم تكن والإبقاء على العقد⁽¹⁾، وهو الأمر الذي سنتناوله بالتفصيل في القسم الثاني من بحثنا.

رابعًا : الغبن

39. بما أنّ الإتفاق على تملك الدائن المؤمن له العقار المؤمن عليه قد يتم قبل الإستحقاق بصور مختلفة، من خلال التفريع عن العقار مقابل الدين، فإن ذلك قد يخلق جدلاً حول التفاوت بين قيمة كل من الدين والعقار المؤمن عليه، وهو ما يعرف بالغبن الذي يعتبر عيباً من عيوب الرضى، وأحد الأسباب التي تفسده وفق المادة 202 من قانون الموجبات والعقود.

ولكن قبل الخوض بالتفاصيل فإنه من المفيد التذكير بأن عقد التأمين العقاري هو عقد غير متبادل، وهو يكون في مصلحة الدائن، الذي لا يترتب عليه أي التزام بموجبه، باستثناء الحالة التي يتضمن فيها الإتفاق عقد قرض وبذات الوقت عقد تأمين عقاري. وفي كل الأحوال يجب النظر إلى عقد التأمين كعنصر من عملية اقتصادية واحدة، تتكوّن منه ومن الدين المضمون ومن سائر الاتفاقيات الملحقة بهما.

40. وتعرّف المادة 213 الغبن بأنه التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق، والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض، في حين تحدّد المادة 214 الشروط التي تجعل الغبن سبباً لتعيب الرضى الذي يجعل العقد قابلاً للإبطال، فالغبن في الأساس لا يفسد رضى المغبون، على اعتبار أن التساوي في الموجبات أمر يصعب إيجاده في العمليات الاقتصادية. ففي الغالب

(1) نبيل أبو مسلم، دور نظرية الإكراه الاقتصادي في المحافظة على التوازن العقدي، دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني للمحامي الدكتور نبيل أبو مسلم <http://aboumouslime.ma> ، تاريخ الزيارة : 2018/1/10 .

هناك تفاوت بين الموجبات وفقاً لظروف كل عقد ومواقف الطرفين فيه، والمصالح المختلفة المعوّل عليها منه ووفقاً للمنافع المتبادلة الناتجة عنه؛ بحيث لا ينظر إلى قيمة الموجب، بحد ذاته، بل إلى المنفعة والمصلحة المتأثّية من الإلتزام به، وهذا ما تؤكّده المادة 169 من قانون الموجبات والعقود عندما اعتبرت أن : "العقد ذو العوض هو الذي يوضع لمصلحة جميع المتعاقدين فينالون منه منافع تعد متعادلة على وجه محسوس". لكن الأمر يكون على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للبطلان لعلّة الغبن في الأحوال الآتية :

أ- إذا كان المغبون قاصراً

41. والمقصود بذلك القاصر المميز، لأن القاصر غير المميّز يعتبر منعدم الأهلية للإلتزام وأعماله تعتبر بحكم غير القائمة وفقاً للفقرة الأولى من المادة 216 من قانون الموجبات والعقود⁽¹⁾. وهنا يُشترط أن يكون هناك تفاوتاً ملحوظاً في الموجبات، حتى وإن لم يكن شاداً أو فاحشاً، ولا يقصد بذلك التفاوت العادي في الموجبات الذي يغلب على مجمل المعاملات الإقتصادية، بل التفاوت الذي يتجاوز ويتعدّى الحد المألوف المتسامح به بين الناس⁽²⁾، وللقاضي وحده حق تقدير ذلك وفقاً لظروف كل قضية. ولا تطبق هذه القاعدة على القاصر الممثل في العقد بوليّه الجبري أو الوصي الشرعي عليه، لأنه يُعامل في هذه الحالة معاملة الراشد.

فإذا كان المدين الذي أجرى عقد بيع أو تعهد بنقل الملكية على إسم الدائن عند عدم الإستحقاق قاصراً مميزاً، فإنّ ذلك ينشئ جدلاً ليس فقط بسبب عدم تمتّعه بالأهلية الكاملة، إنّما أيضاً بسبب التفاوت الذي يمكن أن يكون قائماً بين الدين والعقار. ويكفي أن يكون هذا التفاوت غير عادي وليس فاحشاً وشاداً عن المألوف، وفي هذه الحالة لا يشترط غير التفاوت لطلب ذلك. والأمر ذاته يطبق على الدائن القاصر، ذلك أنّ هناك احتمالاً أن تكون قيمة العقار أقل من قيمة الدين.

(1) المادة 216 من قانون الموجبات والعقود اللبناني: « إن تصرفات الشخص المجرّد كل التجرد من قوة التمييز (كالصغير والمجنون) تعد كأنها لم تكن » .

(2) خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني، مكتبة صادر، 2000، ص. 180 .

ب- إذا كان المغبون راشداً

42. في هذه الحالة يُشترط أن يكون الغبن فاحشاً وشاذاً عن المألوف، وأن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة في المغبون. وبالتالي لا يتوقّر الغبن إلا باجتماع الركنين المادي والمعنوي معاً، وتخلّف أحدهما يكفي للقول بعدم توفر الغبن⁽¹⁾.

والمقصود بالركن المادي هو أن يكون الغبن فاحشاً وشاذاً عن المألوف، ولكي يعتبر فاحشاً يجب أن يكون الفارق بين قيمة الشيء الحقيقية وقيمتها الواردة في العقد كبيراً، بحيث يبدو للشخص العادي بأنه يوجد عدم توازن ظاهر وواضح، يجعل كل إنسان عاقل يُصدّم عند إجراء المقارنة بين القيمتين⁽²⁾. أما الشذوذ عن المألوف، فهو الخروج عما تعارف عليه الناس من تسامح وتساهل في العلاقات الإقتصادية والتجارية الجارية بينهم، دون وجود مبررٍ خاص كعلاقات القرابة أو الصداقة التي تؤمّن بعض التساهل بين أطراف العقد، فإذا ما تجاوز هذا التساهل والتسامح ما هو مألوف أمكن القول بوجود شذوذ.

43. أمّا الركن المعنوي للغبن فيقسم إلى شقين، أحدهما يتعلق بالشخص المغبون حيث يفترض أن يكون هذا الشخص بحالة من الضيق أو الطيش أو انعدام الخبرة، والآخر يتعلّق بالمستفيد الذي تتّجه إرادته إلى استثمار واستغلال حالة من الحالات التي يكون فيها المغبون .

والضيق هو العسر الذي يحمل المرء على التعاقد مع شخص آخر بشروط مجحفة به⁽³⁾. أما الطيش فيتمثل بعدم إدراك المرء لعواقب ونتائج الأعمال التي يقوم بها، بحيث لا يقدر نتائج الشروط التي يلتزم بها في العقد. في حين أن انعدام الخبرة تتوفر عندما لا يكون للشخص المغبون عند إجراء العقد المعلومات التي

(1) محكمة التمييز المدنية، الغرفة الاولى، قرار رقم 1998/45، تاريخ 1998/4/30، ورثة جميل حطب/الهناي، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية www.legallaw.ul.edu.lb ، تاريخ الزيارة : 2018/2/1 .

(2) عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام: دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، 1979، ص. 198؛ مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، مرجع سابق، ص. 426 .

(3) محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 1959/83، تاريخ 1959/11/30، حاشو/ورثة حنينة بسول، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb> ، تاريخ الزيارة : 2018/2/7 .

يجب أن يعرفها الإنسان العادي عن موضوع العقد وقيّمته وأهميته وشروطه⁽¹⁾. علماً أن هذه الشروط تتّسم بالطابع النسبي وتختلف من شخص إلى آخر، ويعود تقديرها إلى قاضي الأساس.

أما بالنسبة للغابن المستفيد، فلا بدّ من اتجاه نيّته وإرادته إلى استغلال واستثمار حالة من الحالات التي يقع فيها المغبون، فيفرض عليه ما يشاء من الشروط والموجبات المتفاوتة والشاذّة عن المألوف، فيوافق عليها المغبون لعدم قدرته على رفضها بسبب عسره أو طيشه أو قلّة خبرته.

وللقول بوجود جدل حول الإتفاقيات والعقود التي تعطي الدائن حق نقل الملكية على إسمه عن عدم الإيفاء، يجب توفّر الركنين المادي والمعنوي، فعندما يكون ثمن العقار الحقيقي أكبر بكثير من الدين بشكل خارج عن المألوف، ومتجاوزاً للتسامح المألوف يعتبر الركن المادي متحقّقاً. بالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون الدائن قد استغلّ حالة المدين المتمثّلة بالضيق أو الطيش أو عدم الخبرة، واتجهت إرادته إلى الإستفادة من وضعه وفرض مثل هذه البنود. ولا بدّ من التأكيد أن هذه الشروط يجب أن تجتمع في آنٍ معاً، إذ يشترط للقول بوجود الغبن توافر العنصرين معاً، وبانقضاء أحدهما تنتفي مقومات الغبن⁽²⁾. والأمر ذاته ينطبق عندما تكون قيمة الدين أعلى بكثير من قيمة العقار الحقيقية، إذ من الممكن أن يكون الدائن عديم الخبرة أو عنده حالة من الطيش، فيستغل المدين هذا الوضع ويستدين منه ويضمّن العقد بنداً يجيز التملك عند عدم الدين، ولا يقوم بتسديد الدين بتاريخ الإستحقاق.

(1) جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الأول، مصادر الموجبات، العقد - المسؤولية - الكسب غير المشروع - القانون، مرجع سابق، ص. 143 - 144 .

(2) محكمة التمييز المدنية، الغرفة الأولى، قرار رقم 2001/89، تاريخ 2001/7/19، ورثة عيده الناكوزي/ديبايان، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية www.legallaw.ul.edu.lb ، تاريخ الزيارة : 2018/2/7 .

الباب الثاني: الأحكام الخاصة ببند التملك العقاري

44. تهدف الضمانة العينية المتمثلة بالتأمين العقاري إلى إيجاد وسيلة ترمي إلى حماية حق الدائن وضمان وفاء المدين بالدين أو الموجب، وحصوله على حقوقه عند امتناعه أو عجزه عن الوفاء⁽¹⁾، وذلك من خلال بيع العقار المؤمن عليه وفقاً للإجراءات المحددة في قانون أصول المحاكمات المدنية وقانون الملكية العقارية (الفصل الأول)، في حين يأتي بند التملك لاختصار تلك الإجراءات وتخطيها بعد حصول الدائن على العقار مقابل الدين، الأمر الذي يمكن أن يحصل ويتم وفق صور مختلفة تُتيح للدائن تملك ذلك العقار عند عدم الإيفاء (الفصل الثاني).

(1) ادوار عيد، كريستيان عيد، التأمينات العينية (التأمين العقاري-الرهن العقاري-رهن المنقول- حقوق الامتياز)، مرجع سابق، ص. 5 .

الفصل الأول: إجراءات تنفيذ التأمين العقاري عند عدم الإيفاء

45. يتوجب على المدين المؤمن إيفاء دينه تجاه الدائن المؤمن له بتاريخ استحقاق الدين، لأن الأصل في تنفيذ الموجبات هو التنفيذ العيني، إذ إنّه يجب على قدر المستطاع أن تُوفى الموجبات عيناً. فللدائن حقاً مكتسباً في استيفاء موضوع الموجب بالذات، لكنّ تخلفه عن الإيفاء بهذا الشكل، يُفعل مبدئياً حق الدائن باللجوء إلى القضاء لسلك المسار القانوني للتأمين العقاري (المبحث الأول)، إلا أن بند التملك يشكّل استثناءً على هذه المفاعيل، حيث يُتيح للفرقاء إمكانية الإتفاق على تعديلها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: المبدأ: المسار القانوني للتأمين العقاري عند عدم الإيفاء

حدّد المشرّع مساراً معيناً للتأمين العقاري لإنتاج مفاعيله عند عدم إيفاء المدين ديونه وموجباته تجاه الدائن بتاريخ الإستحقاق، إذ يحق للدائن المؤمن له في هذه الحالة تنفيذ عقد التأمين من خلال طلب بيع العقار لاستيفاء الدين من ثمنه (أولاً)، الأمر الذي ينتج بعض الآثار القانونية المهمة (ثانياً).

أولاً: حق الدائن طلب بيع العقار بالمزاد العلني لاستيفاء الدين من ثمنه

36. تنص المادة 158 من قانون الملكية العقارية على أنه : "في حال عدم الدفع عند استحقاق المبالغ المضمونة، يحق لكل دائن صاحب تأمين مهما كانت رتبته أن يُلاحق ببيع العقار بطرق نزع الملكية الإجباري". إذ أنّ الأثر الأساسي والأهم للتأمين العقاري يتحقّق عندما يتمنّع المدين عن الدفع بتاريخ استحقاق الدين⁽¹⁾، ويتم ذلك من خلال إلقاء الحجز التنفيذي على العقار المؤمن عليه (أ)، وصولاً لبيعه في المزاد العلني (ب).

(1) جورج ش دراوي، سلسلة الحقوق العينية الحقوق العقارية، الجزء الثاني: التأمين العقاري، لا طبعة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2013، ص. 270 .

أ - إلقاء الحجز التنفيذي على العقار المؤمن عليه

47. إنَّ الحجز التنفيذي على العقار هو الطريق الذي بموجبه يستطيع الدائن أن يضع العقار المؤمن عليه العائد للمدين أو الكفيل العيني، تحت يد القضاء من أجل بيعه واستيفاء حقه من ثمنه. ويخضع الحجز التنفيذي لإجراءات شكلية معقدة ودقيقة، تجعله مكلفاً، ويستغرق وقتاً وطويلاً نسبياً، بسبب تضارب المصالح والإعتبارات التي تحكم وضع قواعده، والطبيعة القانونية للعقار موضوع الحجز⁽¹⁾. الأمر الذي يؤدي إلى الإضرار بمصالح المدين والدائن على السواء؛ فالمدين يتكبّد نفقات كثيرة تزيد وضعه سوءاً، والدائن يتضرر من خلال التأخر في حصوله على دينه، بعد أن يكون في الأصل هناك تأخر في دفع الدين من قبل المدين.

وتمر عملية إلقاء الحجز التنفيذي على العقار بسلسلة من الإجراءات، تبدأ بتقديم الطلب إلى دائرة التنفيذ المختصة مباشرة، دون أن يكون الدائن ملزماً بإقامة دعوى أمام المحكمة المختصة للمطالبة بدينه والإستحصال على حكم قضائي يكرسه⁽²⁾، لأنَّ الدائن بيده سند تنفيذي يتمثل بعقد التأمين العقاري، ويمكنه أن يطلب تنفيذ هذا السند بحق مدينه مباشرة بواسطة دائرة التنفيذ، وفقاً للمادة 847 من قانون أصول المحاكمات المدنية التي تنص على أنه: " لكل دائن بحق شخصي أو عيني ناشئ عن عقد أو تعهد مثبت بسند رسمي أو عادي أن يطلب تنفيذ هذا السند بحق مدينه مباشرة بواسطة دائرة التنفيذ"، ويحق للدائنين الآخرين الإشتراك في الحجز وفقاً للمادتين 956 و 957 أ.م.م. .

وبعد تقديم الطلب تتوالى مجموعة من الإجراءات والخطوات اللازمة قبل الوصول إلى بيع العقار بالمزاد العلني وتوزيع الثمن، وبالنظر لكثرة وطول هذه الإجراءات وتعقيداتها وتقرعاتها، الأمر الذي يحتاج شرحه وتفصيله إلى عشرات الصفحات، وكونها ليست محور بحثنا الأساسي، سنكتفي بالإشارة إلى بعض

(1) حلمي الحجار، هالة حلمي الحجار، أصول التنفيذ الجبري: دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دون دار نشر، 2010، ص. 507 .

(2) عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الثالث، الحقوق العينية العقارية: التأمين والرهن العقاري - الديون الممتازة - حق الإنتفاع - حقوق الإرتفاق - الوقف - حق التصرف في الأراضي الأميرية، الطبعة الثالثة، 2018، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ص. 135 .

الإجراءات المهمة والأساسية، والإحالة إلى قانون أصول المحاكمات المدنية لاسيما المواد 948 وما يليها، والإشارة إلى بعض المراجع المختصة بأصول التنفيذ الجبري⁽¹⁾.

فمن الإجراءات الأساسية في عملية إلقاء الحجز التنفيذي على عقار بعد تقديم الطلب إلى دائرة التنفيذ المختصة، إبلاغ المدين الإنذار المنصوص عليه في المادة 950 من قانون أصول المحاكمات المدنية من قبل مأمور التنفيذ، والذي يتضمّن تكليفه الإيفاء خلال خمسة أيّام واتخاذ مقام مختار ضمن نطاق دائرة التنفيذ، إذا لم يكن قد اتخذ مقامًا مختارًا سابقًا، ومعلومات تحدّد هويّة العقار بشكل تفصيلي بالإضافة إلى صورة عن السند المطلوب تنفيذه. أما في حال لم يكن المالك هو المدين ذاته سواء كان كفيلاً عينياً أم انتقلت ملكية العقار له بعد إجراء التأمين، فإن هؤلاء يجب إبلاغهم صورة عن الإنذار أيضاً، والهدف من ذلك ممارسة حقّ التتبع droit de suite بوجه المالك الجديد، والمقصود بحق التتبع حق الدائن صاحب التأمين في أن يتتبع العقار في أية يد ينتقل إليها بالبيع أو بطريق آخر لنقل الملكية، بقصد التنفيذ عليه واستيفاء دينه من الثمن بحسب المرتبة العائدة له⁽²⁾. ذلك أن المؤمن يبقى مالكا للعقار الجاري عليه التأمين، وتبعاً لذلك يمكنه التفرغ عن العقار، وهنا تتجلى أهمية حق التتبع إذ يبقى للدائن المؤمن له الحق بالتنفيذ على العقار في أي يد انتقل إليها لاستيفاء دينه من ثمنه؛ وقد اعتبر الإجتهد⁽³⁾ أن التنفيذ على العقار يبقى قائماً حتى لو انتقل هذا العقار إلى الغير.

وعند انقضاء المهلة المذكورة دون أن يقوم المدين بالإيفاء، يقرّر رئيس دائرة التنفيذ إلقاء الحجز على العقار بناءً لطلب الدائن، الذي يمكنه أن يطلب إلقاء الحجز وتبليغ الإنذار في آنٍ معاً وفقاً للمادة 952 أ.م.م. .

(1) حلمي الحجار، هالة حلمي الحجار، أصول التنفيذ الجبري: دراسة مقارنة، مرجع سابق ص. 510 وما يليها؛ غيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الثالث، الحقوق العينية العقارية : التأمين والرهن العقاري - الديون الممتازة - حق الإنتفاع - حقوق الإرتفاق - الوقف - حق التصرف في الأراضي الأميرية، مرجع سابق، ص. 135 وما يليها.

(2) ادوار عيد، كريستيان عيد، التأمينات العينية (التأمين العقاري-الرهن العقاري-رهن المنقول - حقوق الامتياز)، مرجع سابق، ص. 273 .

(3) محكمة التمييز المدنية، الغرفة الثالثة، قرار رقم 125 تاريخ 1969/6/13، حسن/صغير، الموقع الالكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية : www.legallaw.ul.edu.lb ، تاريخ الزيارة : 2017/12/23 .

وبعد ذلك يتوجب على مأمور التنفيذ إبلاغ قرار الحجز والإجراءات اللاحقة له إلى أمانة السجل العقاري بواسطة المكتب المعاون، حيث يُسجّل في السجل اليومي، ثم يُعيّد على الصحيفة العينية للعقار بقرار من أمين السجل العقاري، الذي يتوجب عليه وفق المادة 953 أ.م.م.، إرسال بيان خلال خمسة أيام من تاريخ تبليغه قرار الحجز، يثبت تسجيل الحجز ويتضمّن خلاصة عن الحقوق والأعباء والحجوز والقيود الإحتياطية المترتبة على العقار.

ثمّ يعمد رئيس دائرة التنفيذ إلى تعيين خبير يرافق مأمور التنفيذ إلى مكان العقار لإجراء الكشف عليه، والتثبت من وصف العقار وحدوده ومحتوياته وتقدير قيمته، ويُصار إلى وضع محضر بذلك ويُبَلَّغ إلى أمانة السجل العقاري والمراجع المختصة المذكورة في المادة 952 أ.م.م. .

ونشير إلى أن المادة 959 من قانون أصول المحاكمات المدنية تعتبر أن تصرّفات المنفّذ عليه لا تسري على الحاجزين والمشاركين في الحجز، اعتباراً من تسجيل كل حجز والإشتراك فيه، والتي من شأنها إمّا نقل ملكية العقار أو تجزئته أو إنشاء حق عيني عليه [...].، أو الإيجارات التي يعقدها المنفّذ عليه إلا إذا كانت لا تؤدّي إلى حق تمديد، ولا تتجاوز مدتها سنة في المباني، وثلاث سنوات في الأراضي الزراعية وكانت مقترنة بإذن رئيس دائرة التنفيذ الذي يتخذ التدابير اللازمة لحفظ بدلات الايجار، لتلحق بالثمن عند التوزيع.

ب- بيع العقار في المزاد العلني

48. إن بيع العقار المحجوز بالمزاد العلني هو النتيجة المتوخاة من الحجز عليه، ولكي نصل إلى هذه النتيجة لا بدّ من إتباع الإجراءات والقواعد المحدّدة في القانون والمذكورة أعلاه، والقيام بالإجراءات الممهدة لذلك من خلال :

- إعداد دفتر الشروط من قبل مأمور التنفيذ بناءً على طلب الدائن، الذي يجب أن يُبيّن فيه البيانات المذكورة في المادة 965 أ.م.م.، وفتح باب الاعتراضات عليه أمام المدين والدائنين⁽¹⁾، بعد دعوة أصحاب الحقوق للإطلاع عليه وإبداء الملاحظات والاعتراضات، التي ينظر فيها رئيس دائرة التنفيذ وفقاً للأصول

(1) هدى عبدالله، التأمين العقاري: مقارنة مع حقوق الرهن والإمّياز، مرجع سابق، ص. 166 .

المنصوص عليها في المادة 967 أ.م.م.، والذي ينبرم بعد انتهاء مهل الاعتراض المحددة في المادة 966 أ.م.م.، أو رد ما تقدّم منها.

- الإعلان عن البيع والنشر: وذلك من خلال تعيين موعد للبيع بالمزايدة بناءً على طلب الحاجز الأسبق في تسجيل حجزه، ووضع ونشر الإعلان الذي يتضمّن خلاصة عن دفتر الشروط، في صحيفتين يوميّتين وفي الجريدة الرسمية وفي الأماكن المحددة في المادة 970 أ.م.م.، لكي يتسنى للناس (الأشخاص الثالثين باستثناء الأشخاص الممنوعين من الشراء المنصوص عليهم في المادة 378 من قانون الموجبات والعقود - الحاجز والمشاركين بالحجز) الإشتراك بالمزايدة⁽¹⁾ بعد معرفتهم بذلك مسبقاً من خلال النشر، والذي يجب أن تفصل بينه وبين موعد جلسة البيع عشرة أيام على الأقل وفقاً للمادة 971 أ.م.م. .

بعد ذلك تُعقد جلسة المزايدة علناً أمام رئيس دائرة التنفيذ في الموعد والمكان المعيّنين، ولا يباشر بها إلا بناءً لطلب أحد الدائنين الحاجزين أو المشاركين في الحجز وفقاً للمادة 975 أ.م.م.، ثم يُحيل العقار المبيع بموجب قرار الإحالة، إلى الزائد الأخير الذي عرض الثمن الأكبر استناداً للمادة 976 أ.م.م. ، وهو ما ينتج آثار مهمة⁽²⁾.

ثانياً : آثار التنفيذ الجبري

49. من أهم الآثار الناتجة عن بيع العقار المؤمّن عليه بالمزاد العلني بعد إلقاء الحجز التنفيذي وفق الإجراءات المذكورة أعلاه، إنتقال ملكية العقار إلى المشتري الذي رسا عليه المزاد العلني بموجب قرار الإحالة (أ)، بالإضافة إلى استيفاء الدائن دينه بالأفضلية على الدائنين اللاحقين له بالمرتبة (ب)، و انقضاء التأمين العقاري بصورة أصلية (ج).

(1) يراجع فيما يخص الأشخاص الذين يحق لهم الإشتراك في المزايدة : حلمي الحجار، هالة حلمي الحجار، أصول التنفيذ الجبري: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص. 574.

(2) عند عدم حضور أي مزايّد، تُؤجّل الجلسة، وقد يحدّد رئيس دائرة التنفيذ قيمة أقلّ لبدل الطرح في الجلسة اللاحقة.

أ - إنتقال ملكية العقار إلى المشتري

50. وفقاً لأحكام المادة 983 من قانون أصول المحاكمات المدنية فإنه يترتب على صدور قرار الإحالة عدّة أمور، يأتي في مقدمها وجوب قيام المشتري بالموجبات الملقاة على عاتقه وعلى الأخص دفع الثمن والرسوم والنفقات، واعتبار المشتري مالكا بالنسبة للمنفذ عليه ولمن كان طرفاً في الإجراءات وتمكينه من إخلاء العقار بواسطة دائرة التنفيذ، رضاءً أو جبراً من المنفذ عليه، في خلال خمسة أيام من تاريخ إبلاغه إنذار بالإخلاء من دائرة التنفيذ. إلا أنه وفقاً للمادة 984 أ.م.م. يبقى للمنفذ عليه خلال عشرة أيام من صدور قرار الإحالة الحق في إيداع مبلغ كافٍ لإيفاء جميع الديون والمصاريف، الأمر الذي يؤدي إلى زوال قرار الإحالة ورفع الحجز.

وبما أن عملية الشراء هذه تتناول عقاراً، فلا بد من تسجيل انتقال الملكية في السجل العقاري⁽¹⁾، الأمر الذي يتم بعد انقضاء المهلة المذكورة أعلاه، حيث يطلب رئيس دائرة التنفيذ تسجيل قرار الإحالة في السجل العقاري، بعد قيام المشتري بدفع الثمن والرسوم وانبرام قرار الإحالة، وفقاً لما تنص عليه المادة 985 أ.م.م..

ب - استيفاء الدائن المؤمن له حقه بالأفضلية على سائر الدائنين

51. إن الهدف الأساسي من التأمين العقاري هو استيفاء الدائن حقوقه بالأفضلية على سائر الدائنين العاديين أو التاليين له في المرتبة، وهذا ما يتجلى بحق الأفضلية الذي هو أحد أهم الآثار المترتبة على التأمين العقاري، وهذا ما يميّز الضمان العيني الخاص على الضمان العام المتمثل بحق الارتهان العام. فالمادة 127 من قانون الملكية العقارية أجازت وضع عدة تأمينات على نفس العقار على أن رتبها تُعيّن بحسب تاريخ قيدها في السجل العقاري؛ الأمر ذاته الذي أكدته المادة 145 التي تنص على: " أن أصحاب الديون الذين بيدهم تأمين على عقار يتبعونه في أية يد ينتقل إليها ويقبضون المبلغ المخصّص لهم، كلٌّ بحسب الرتبة المعيّنة في القيود ".

ويتناول حق الأفضلية كامل قيمة العقار الجاري عليه التأمين وجميع الملحقات المشمولة بالتأمين، وتظهر هذه القيمة خاصة عند بيع هذه الأموال بالمزاد العلني، حيث يكون للدائن المؤمن له أن يمارس حق

(1) حلمي الحجار، هالة حلمي الحجار، أصول التنفيذ الجبري: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص. 610 .

الأفضليّة على كامل الثمن الناتج عن هذا البيع، أمّا أموال المدين الأخرى التي لا يشملها التأمين والتي يجوز للدائن التنفيذ عليها، فلا تدخل في نطاق حق الأفضليّة، لأنّ الدائن صاحب التأمين تكون أفضليّته على الدائنين الآخرين محصورة بالعقار الجاري عليه التأمين. ويعتبر دائنًا عاديًا بالنسبة للعقارات الأخرى التي يمكن أن يطلب التنفيذ عليها بهذه الصفة، في حال عدم كفاية الثمن للإيفاء بدينه.

أما بالنسبة للديون المشمولة بحق الأفضليّة فتشمل كامل القيمة الأصليّة للدين المضمون، المحدّدة في العقد، ويشمل أيضًا الفوائد المستحقة على هذا الدين مدة سنتين فقط، وفقًا للمادة 124 من قانون الملكية العقارية.

وإذا تراحم دائن مؤمّن له مع دائنٍ آخر أو مع عدة دائنين مؤمّن لهم، كانت الأفضلية للدائن الذي سبق الدائنين الآخرين في قيد تأمينه في السجل العقاري، أما إذا كانت التأمينات والرهونات العائدة لدائنين مختلفين مقيّدة بذات التاريخ، عندها يُقسّم الثمن الناجم عن بيع العقار بالمزاد العلني بالتساوي فيما بينهم.

ج- إنقضاء التأمين العقاري بصورة أصليّة

52. ينقضي التأمين العقاري بصورة أصليّة عند التنفيذ الجبري الذي ينتهي ببيع العقار المؤمّن عليه بالمزاد العلني، وتسجيل قرار الإحالة في السجل العقاري، فوق المادة 986 أ.م.م. يترتّب على انتقال الملكيّة تطهير العقار، أي انقضاء جميع حقوق التأمين والرهن والإمّتياز، بشرط أن يكون أصحابها قد أُبلغوا الدّعوة للإطلاع على دفتر الشروط، وانقضاء كل ما تخوّله هذه الحقوق من تتبّع العقار في يد مشتريه، بحيث ينحصر الحق باستيفاء الديون من ثمن العقار فقط، الذي يُوزّع بالأفضلية عليهم حسب مراتبهم.

المبحث الثاني: الإستثناء: إمكانية تعديل المسار القانوني لتنفيذ التأمين العقاري من خلال بند التملك

53. من حيث الظاهر يعتبر بند التملك، كشرط من شروط ومندرجات عقد التأمين العقاري، مُحدِّدًا جزء تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، إلا أنه في جوهره يعالج طريقة من طرق تنفيذ التأمين العقاري⁽¹⁾، ذلك أن القانون ذكر الإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ التأمين العقاري عند تخلف المدين عن التنفيذ الطوعي المتمثل بدفع الدين عند الاستحقاق. وعلى الدائن اتباع إجراءات التنفيذ الجبري وصولاً لبيع العقار في المزاد العلني لاستيفاء دينه من ثمنه بالأفضلية على سائر الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة، وفق الإجراءات المذكورة أعلاه. وبالتالي فإن أي إتفاق بين أطراف عقد التأمين يعطي الدائن الحق بعدم التنفيذ على العقار المؤمَّن عليه، والإبتعاد عن سلوك طريق التنفيذ الجبري، يشكّل تعديلاً للمسار القانوني لتنفيذ عقد التأمين العقاري عند تخلف المدين عن الدفع.

والتساؤل الذي يُطرح هنا، هل يحق للأطراف تعديل ما رسمه وحدده القانون من آثار لعقد التأمين، لناحية التنفيذ على العقار المؤمَّن عليه عند عدم الإيفاء؟. كأن يتعاقد شخص مثلاً مع آخر على اقتراض مبلغ من المال مقابل ضمانه عينية تتمثل بالتأمين على العقار العائد للمقترض، ويُضمّن العقد اتفاقاً مسبقاً يُنص على أنه في حال عدم الإيفاء بتاريخ الإستحقاق يصبح العقار ملكاً للدائن. مع العلم أنّ القانون قد رَسَم مساراً محدِّدًا للتنفيذ على العقار عند عدم الإيفاء، من خلال اللجوء الى إلقاء الحجز على العقار والتنفيذ الجبري عليه، وصولاً إلى بيعه في المزاد العلني وفقاً لما تمّ بيانه آنفاً⁽²⁾، فهل يكون للأطراف الحق في الإتفاق على ذلك، والخروج عمّا حدّده القانون من قواعد للتنفيذ الجبري بغية استيفاء الدين؟

هذا ما يمكن الإجابة عنه، من خلال إظهار العلاقة بين النظام العام والحرية التعاقدية (أولاً)، للوصول إلى معرفة مدى إمكانية تعديل الآثار القانونية لعقد التأمين العقاري لناحية التنفيذ على المال المؤمَّن عليه عند عدم الإيفاء، وارتباط الحق بالتنفيذ بالنظام العام (ثانياً).

(1) ماجد مزيم، التأمينات العينية، الجزء الأول: التأمين والرهن العقاري، مرجع سابق، ص. 150 .

(2) أنظر الفقرة 46 وما يليها المتعلقة بالتنفيذ الجبري والبيع في المزاد العلني .

أولاً: علاقة النظام العام بالحرية التعاقدية

54. يكرس قانون الموجبات والعقود مبدأ الحرية التعاقدية، فالمادة 166 تنص على : "أن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد، فلأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية".

بالتالي تقضي الحرية التعاقدية بأن يكون لأطراف العقد حرية الإتفاق على إنشاء الموجبات التي يريدونها. فالمبدأ هو الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة في العقود، أي حرية الإنسان بالتعاقد وتحديد شروط وموضوع تعاقد، لكن هذا المبدأ ليس على إطلاقه إذ ترد عليه العديد من الإستثناءات أبرزها النظام العام⁽¹⁾. لذلك من الضروري الإلتفات إلى أن إنشاء العقود يحكمه مجموعة من القواعد التي لا يمكن الخروج عنها، بالتالي فإن كل اتفاق يتضمّن مخالفةً للنظام العام يعتبر باطلاً. فالنظام العام هو استثناء على الحرية التعاقدية، ما يحتم على الأطراف عند إبرامهم العقود مراعاة مقتضياته، لذلك لا بدّ من تحديد مفهومه (أ) ومن ثم بيان أنواعه (ب).

أ- مفهوم النظام العام

55. إن البناء القانوني الذي شيده النظام الليبرالي، والقائم أساساً على إطلاق حريات الأفراد، قد خلق نوعاً من الصراع والتضارب بين إرادات الأفراد داخل المجتمع، الأمر الذي أضحي يهدد التوازن المجتمعي، وهدم كل ما شيده الفكر الليبرالي الحر. لذلك وجب البحث عن وسيلة من شأنها منع هذا الإختلال، فكانت فكرة النظام العام أحد أهم أدوات العقل القانوني الوضعي الذي وجد فيها ضالته، لأجل ضبط سلطان الإرادات وأداء الحقوق، ليصير لكل إرادة فردية أو جماعية سلطانها الكامل، شريطة أن لا تعرّض أيّاً من أسس ومصالح الجماعة التي ترتكز عليها لخطر الإنتهاك. وعليه فقد غدت فكرة النظام العام والحرية

(1) Pierre Mazeaud, Libertés et ordre public, 2003, etude publié sur le site : www.conseil-constitutionnel.fr, date de visite : 11/3/2019 .

وجهان لعملة واحدة، فهي ليست سوى تنظيم لحركة الأفراد داخل الجماعة يحول دون تعارضها أو تصادمها⁽¹⁾.

ويصعب تحديد مفهوم محدّد للنظام العام، لأن هذا المفهوم نسبي ومتغيّر بتغيّر الزمان والمكان. فالقانون لم يعط تعريفًا محدّدًا له، إنّما اكتفى بالإشارة إلى فكرة النظام العام في المادة 166 المذكورة أعلاه، ذلك أن المفهوم القانوني للنظام العام يتأثر بعامل الزمان والمكان ومجموعة المبادئ الدستورية وسياسة التشريع، كما يتأثر بالأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي الذي يقوم عليه كيان المجتمع، كما ترسمه القوانين والأنظمة والأعراف⁽²⁾. وبالتالي فإن فكرة النظام العام هي عرضة للتطور والتغيير وتتبع في أحوالها تطور الأفكار الاجتماعية والسياسية والأدبية⁽³⁾.

وقد ربط البعض مفهوم النظام العام بمعيار "المصلحة العامة" وسيادة المجتمع على الفرد. فالنظام العام يعبر عن النواة الصلبة للمجتمع وعن إرادة الحياة للمجتمع المهتد ببعض المبادرات الفردية من خلال العقود⁽⁴⁾.

ويعرّف النظام العام بأنّه : "القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه

(1) عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقيد-تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2016، ص. 131، يمكن الإطلاع عليها على الموقع الإلكتروني التالي : <http://dspace.univ-tlemcen.dz> تاريخ الزيارة : 2017/12/24 .

(2) أنطوان معربس، التعليق على قرار مجلس العمل التحكيمي في بيروت رقم 40 تاريخ 1988/6/7، منشور في مجلة العدل، العدد الأول، 1989، ص. 156 .

(3) جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الأول، مصادر الموجبات، العقد- المسؤولية- الكسب غير المشروع- القانون، مرجع سابق، ص. 168 .

(4) « L'idée générale est celle d'une suprématie de la collectivité sur l'individu. L'ordre public exprime le vouloir-vivre de la nation que menaceraient certaines initiatives individuelles en forme de contrats », voir : J. Carbonnier, *Droit civil : les biens, les obligations*, PUF, 2004, n°984, p. 2037.

المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقيات فيما بينهم، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة⁽¹⁾.

ويخترق مفهوم النظام العام جميع فروع القانون باختلافها، موضوعية كانت أم إجرائية، دولية أو وطنية، ونجد هذا المفهوم متجسداً في روابط القانون العام، من قواعد دستورية إلى الحريات العامة والأنظمة الإدارية والمالية والنظام القضائي، والقوانين الجزائية. ونجده كذلك في بعض روابط القانون الخاص، وفي الروابط المتعلقة بالأحوال الشخصية وبتنظيم العائلة وبمماية الأفراد وبنشاط الدولة الاقتصادي⁽²⁾، الأمر الذي يُوجد أنواعاً من النظام العام وفقاً للمصلحة التي يحميها.

ب- أنواع النظام العام

للنظام العام وجهان⁽³⁾، هما النظام العام التوجيهي أو المُطلق (Ordre public de direction) والنظام العام الحامي أو النسبي (Ordre public de protection)، ولكل نوعٍ من هذه الأنواع مفهومه وآثاره وتطبيقاته.

- النظام العام التوجيهي (المطلق)

56. يتعلق النظام العام التوجيهي بالأسس التي يقوم عليها النظام العام الإجتماعي والسياسي والإقتصادي والأخلاقي، فتؤدي مخالفته إلى البطلان المطلق، والنظام العام التوجيهي يوجّه المواطن نحو احترام هذه الأنظمة وعدم مخالفتها، وهو حامٍ للمصلحة العامة التي تعلو على مصلحة الأفراد⁽⁴⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2000، ص. 433 .

(2) عبدالسلام شعيب، النظام العام وقانون العمل في ضوء العولمة، محاضرة أُلقيت في 11/4/2007 في بيت المحامي، منشورة في مجلة العدل، العدد، 2007، ص. 1022 .

(3) Voir : La conformité du contrat à l'ordre public, étude publié sur le site : <http://www.cours-de-droit.net>, date de visite : 11/3/2019 .

(4) مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول: العقد، مرجع سابق، ص. 446 .

فالقواعد العامّة التي تُعتَبَر من النظام العام، هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة سياسيّة واجتماعيّة أو اقتصاديّة تتعلّق بنظام المجتمع الأعلى، وتعلو على مصلحة الأفراد، الذين يجب عليهم جميعهم مراعاة تلك المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز أن يناهضوها باتفاقاتٍ فيما بينهم حتى لو حقّقت لهم هذه الإتفاقات مصالح فرديّة، وذلك لأنّ المصالح الخاصّة لا تقوم أمام المصلحة العامّة⁽¹⁾.

- النظام العام الحامي

57. يتعلّق النظام العام الحامي بحماية الأفراد من تصرّفاتهم الخاصّة تجاه أنفسهم وتصرّفات الغير تجاههم، فهو يحمي المصلحة الخاصّة لهؤلاء الأفراد؛ بالتالي فإنّما يكون النظام العام يتعلّق بالمجتمع ومقرراً لحماية المصلحة العامّة بصورة أساسيّة، وهي تعلو مصلحة الأفراد. وإما يكون مقرراً لحماية بعض الأفراد من تصرّف الغير نحوهم، ويُعرف بالنظام العام الحامي. وهو يهدف إلى توفير الحد الأدنى من الحماية لمن وضع لمصلحته، فإذا شاء الأفراد الخروج عن القاعدة المقرّرة لحمايتهم، يعتبر هذا الخروج مشروعاً طالما كان لمصلحتهم وارتضوه لأنفسهم⁽²⁾.

وفي قرارٍ صادر عن محكمة الإستئناف المدنيّة⁽³⁾، ميّز بين نوعي النظام العام التوجيهي والحامي، معتبراً أنّ النظام العام إمّا أن يكون متعلّقاً بالنظام العام التوجيهي للمجتمع، ويكون بالتالي مقرراً لحماية المصلحة العامّة بصورة أساسية ومتّصفاً في هذه الحالة بالبطلان المطلق ولا يمكن الخروج عنه بأي شكل من الأشكال، وإما أن يكون مقرراً لحماية بعض الأفراد من تصرّف الغير نحوهم وذلك بغية توفير الحد الأدنى من الحماية لمن وُضِع لمصلحتهم وهو ما يعرف بالنظام العام الحامي. فإذا شاء الأفراد الخروج عن القاعدة المقرّرة لحمايتهم، يعتبر هذا الخروج مشروعاً إذا كان لمصلحتهم، ولا يكون البطلان في هذه الحالة مقرراً ولا متّصفاً بالبطلان المطلق .

(1) بداية بيروت، قرار دون رقم، تاريخ 1973/11/5، النشرة القضائية، 1974، ص. 498 .

(2) Voir : Pierre Mazeaud, Libertés et ordre public, 2003, etude publié sur le site : www.conseil-constitutionnel.fr, date de visite : 11/3/2019 .

(3) محكمة الاستئناف المدنية في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 136 تاريخ 2007/12/18، مبارك/أبو الحسن، مجلة العدل، العدد 3، 2008، ص. 1213 .

ثانياً: مدى ارتباط الحق بالتنفيذ بالنظام العام

58. إعمالاً لمبدأ الحرية التعاقدية، يلجأ أطراف عقد التأمين العقاري (الدائن والمدين) إلى تضمين العقد الموقع بينهما، إتفاقات خاصة من شأنها أن تُعدّل ما حدّده القانون من آثار لهذا العقد، الأمر الذي يتحقّق عند الإتفاق على وضع شرط أو بند ضمن العقد أو في صلحٍ لاحق له، يقضي بتملّك الدائن العقار المؤمن عليه عند عدم الإيفاء بتاريخ الإستحقاق، وذلك مقابل الدين، ودون اللجوء إلى الإجراءات المحدّدة في القانون والمتعلّقة بالتنفيذ الجبري على العقار .

59. تُعرف هذه الإتفاقيات أو البنود بـ "شروط التقييد"، وقد عرّفها البعض⁽¹⁾ بأنّها : " كل ما يشترطه الطرفان المتعاقدان لتحديد علاقاتهما والتزاماتهما وحقوقهما الناشئة عنها"، كما يمكن تعريفها بأنها : كل " التزام بأمر مستقبل ممكن مشروع يضيفه المتعاقدان إلى العقد المبرم بينهما، بحيث يتقيد به أثر العقد تغييراً أو تعديلاً أو إضافة"⁽²⁾، وبالتالي يكون لكل شخص يقدم على إبرام أي تصرف قانوني الحق في أن يقيد أثر هذا التصرف بأمر أو بشرط مستقبلي ممكن التحقّق، يؤدي إمّا إلى تغيير أثره أو تعديله أو إضافة أي أثر إليه.

وهذه الشروط من جهة، تعالج طريقة من طرق تنفيذ التأمين العقاري، ذلك أن هذا الإتفاق يعطي الدائن الحق بعدم سلوك طريق التنفيذ الجبري، الأمر الذي يشكّل تعديلاً للمسار القانوني لتنفيذ عقد التأمين العقاري عند تخلّف المدين عن الدفع: "le pacte comissoire transmet le bénéfice et la charge de la propriété et permettrait seulement d'éluder les voies d'exécution"⁽³⁾ . ومن جهة أخرى تشكّل تنازلاً من قبل الدائن عن حقّه بسلوك طريق التنفيذ الجبري.

(1) صبحي المحمصاني، محاضرات في القانون المدني الجديد، الأوصاف المعدّلة لآثار الإلتزام، دون طبعة، مطبعة نهضة مصر، 1958، ص. 60؛ عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للإلتزامات- دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، دون تاريخ، مصر، ص. 254.

(2) ايمان طارق الشكري، منصور حاتم، التمييز بين شرطي التعليق والتقييد، دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2017/12/26 .

(3) Nicolas BORGA, *L'ORDRE PUBLIC ET LES SÛRETÉS CONVENTIONNELLES*, op. cit, p. 111.

وإذا كان شرط التقييد جائزاً من الوجهة القانونية، فهل يكون مثل هذا الإتفاق مشروعاً؟ بمعنى آخر، إن من مقومات هذا الشرط أن يكون مشروعاً وبالتالي غير مخالف للنظام العام، فهل يعتبر هذا الإتفاق مخالفاً للنظام العام؟ فإذا كان كذلك، إلى أي نوع من النظام العام ينتمي؟ النظام العام المطلق؟ أو النسبي؟ الإقتصادي أو الإجتماعي أو الأخلاقي؟ .

في ظل غياب النص القانوني الصريح الذي يتبنّى موقفاً واضحاً من الإتفاق على تملك الدائن المؤمن له العقار المؤمن عليه، مقابل الدين المضمون بتأمين عقاري، عند عدم الإيفاء بتاريخ الاستحقاق. وقد اعتُبر شرطاً تقييدياً يعدل آثار التأمين العقاري لناحية التنفيذ على العقار المؤمن عليه عند عدم الإيفاء. وإزاء مدى تعلقه بالنظام العام، تصدى الفقه والإجتihad لهذا الموضوع. فبالنسبة للفقه⁽¹⁾، فإنّ الرأي الأعمّ يؤكّد أنّ مثل هذه الإتفاقيّات والشروط، إنّما تعتبر مخالفة للنظام العام، ولا يمكن تطبيقها والسماح للأطراف بتعديل آثار التأمين العقاري لناحية التنفيذ على العقار المؤمن عليه عند عدم الإيفاء.

60. كذلك الأمر بالنسبة للإجتihad⁽²⁾، فقد اعتبر أنه من المقرّر قانوناً أنّ الشارع، وقد شاء منع تملك أموال المدين، إلا عن طريق اتباع طرق التنفيذ التي رسمها، اعتبر أنّ مثل هذا الشرط يتعلّق بالنظام العام. ولذلك نصّ صراحةً في المادة 107 من القرار رقم 3339 على منع تملك المرهون لمجرّد عدم إيفاء الدين عند استحقاقه، وهذا ما سارت عليه محكمة التمييز في عدة قرارات⁽³⁾، باعتبارها منع هذا الشرط مرتبطاً بالإنظام العام ومخالفاً له.

(1) ادوار عيد، كريستيان عيد، التأمينات العينية (التأمين العقاري-الرهن العقاري-رهن المنقول - حقوق الامتياز)، مرجع سابق، ص. 240؛ هدى عبدالله، التأمين العقاري: مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز، مرجع سابق، ص. 142؛ ماجد مزبحم، التأمينات العينية، الجزء الاول: التأمين والرهن العقاري، مرجع سابق، ص. 149 .

(2) تمييز مدني، قرار رقم 12، تاريخ 1968/3/1، عازار ورفاق/يونس، مجموعة اجتهادات حاتم رقم 78 ، 1968، ص. 18 .

(3) محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 2004/16 تاريخ 2004/4/27، محفوض/زعرور، مجموعة باز، 2004، جزء 43، ص. 982؛ محكمة التمييز المدنية، الغرفة الأولى، قرار رقم 99/2 تاريخ 1999/3/18، الجميل/الجميل-ترية، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb>، تاريخ الزيارة : 2017/12/25 .

وهذه الآراء الفقهيّة و القرارات الصادرة عن الإجتهد اللبناني، التي أقرت ارتباط الشرط - والذي من شأنه تعديل الآثار القانونية المتعلقة بالتنفيذ على العقار المؤمن عليه عند عدم الإيفاء - بالنظام العام، فإنّها لم تميّز أبدًا بين نوعي النظام العام، ولم تحدّد أيّ النوعين ينطبق عليه، مع ما في ذلك من أهميّة كبيرة ناتجة عن هذا التمييز لناحية مدى إمكانية الأطراف من تجاوزها والإتفاق على مخالفتها، كما لم تحدّد التصنيف العائد لذلك النظام. علاوةً على إنّها في أغلبها لم تنظر إلى الشرط على أنه يُعدّل من آثار تنفيذ التأمين العقاري، بل اكتفت بالقول ببطلانه.

61. وإذا ما نظرنا إلى هذا الإتفاق من زاوية تعديل الآثار القانونية المتعلقة بالتنفيذ على العقار المؤمن عليه عند عدم الإيفاء، فإنّه يجب التأكيد هنا أن الطابع الشكلي لأصول التنفيذ قد يوحي بأن قواعده تتّصف بالصفة الآمرة وترتبط بالنظام العام. لكنّ الحلول المعتمدة في القانون الوضعي تظهر أنّ تلك القواعد لا ترتبط كلّها بالإنتظام العام، فإذا كانت القاعدة مقرّرة لحماية مصلحة خاصّة بالمنفّذ أو المنفّذ عليه، فتعتبر غير آمرة ولا تتعلق بالإنتظام العام. أمّا إذا كانت القاعدة مقرّرة لتأمين مصلحة عامة تتجاوز مصلحة المنفّذ أو المنفّذ عليه وتتعلّق بحسن سير العدالة والمحافظة على حقوق الغير، فتُعتبر عندها آمرة وتتعلّق بالإنتظام العام⁽¹⁾. وقد تمّ التمييز بين القواعد المتعلقة بالحق بالتنفيذ والقواعد المتعلقة بتنظيم القضاء المولج بالتنفيذ، حيث اعتُبرت أنّها تتعلّق بالإنتظام العام، لكن لم تذكر هذه الآراء إلى أيّ نوعٍ من النظام العام تنتمي، التوجيهي أم الحامي؟ في حين أنّ القواعد المتعلقة بالإختصاص صُنفت ضمن فئتين، منها ما يتعلّق بتحقيق العدالة وحسن سير القضاء، وقد اعتُبرت متعلّقة بالنظام العام، ومنها ما يتعلّق بتيسير أمور الخصوم في التنفيذ ومراعاة مصالحهم الخاصة، وتبعاً لذلك فهي لا تتعلّق بالإنتظام العام.

62. يظهر من مجمل هذه التصنيفات أنّها لم تميّز بين النظام العام الحامي والنظام العام التوجيهي، الأمر الذي يدفعنا إلى اعتماد قاعدة ثابتة تفيد بأنّ كل قاعدة مقرّرة لحماية مصلحة خاصة بالمنفّذ أو المنفّذ عليه، تُعتبر غير آمرة ولا تتعلّق بالإنتظام العام، وبالتالي فإنّ مخالفتها لا تؤدي إلى البطلان، أمّا القاعدة المقرّرة لتأمين مصلحة عامّة تتجاوز مصلحة المنفّذ أو المنفّذ عليه، وتتعلّق بحسن سير العدالة والمحافظة على حقوق الغير، فتعتبر عندها آمرة وتتعلّق بالإنتظام العام، ولا يمكن بأيّ شكلٍ من الأشكال الإتفاق على

(1) حلمي الحجار، هالة حلمي الحجار، أصول التنفيذ الجبري: دراسة مقارنة، مرجع سابق ص. 30؛ وأيضًا : حلمي الحجار، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، الجزء الأول : الدعوى - الإثبات - التنظيم القضائي وقواعد الإختصاص، الطبعة الخامسة، سنة 2002، دون دار نشر، البند 8، ص. 21 .

مخالفتها تحت طائلة البطلان. وبالفعل هذا ما اتّجهت إليه محكمة الاستئناف المدنيّة⁽¹⁾، عندما ميّزت بين نوعي النظام العام التوجيهي والحامي، معتبرة أنّ منع اتفاق التملك (الذي يشكّل تعديلاً لمسار تنفيذ عقد التأمين العقاري، وتخلّي للدائن عن حقّه بسلوك التنفيذ الجبري)، يهدف إلى حماية مصلحة المدين الخاصّة. فإذا شاء هذا الأخير الخروج عن القاعدة المقرّرة لحمايته يعتبر هذا الخروج مشروعاً إذا كان لمصلحته. من ناحية أخرى فإن تعديل مسار تنفيذ عقد التأمين العقاري، يمكن أن يتمّ من خلال إتفاقيّات وعقود ذات أشكال مختلفة، من المفيد الحديث عنها لمعرفة كيفية حصولها بين الأطراف، والأشكال التي تظهر فيها.

(1) محكمة الاستئناف المدنية في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 136 تاريخ 2007/12/18، مبارك/أبو الحسن، مجلة العدل، العدد 3، 2008، ص. 1213 .

الفصل الثاني: صور بند التملك المُسبق في عقد التأمين العقاري

63. لم تعد الإتفاقات التي تُمكن الدائن من تملك العقار المقدم كضمانة محصورة بنوع أو شكل واحد. بل أنها أصبحت تأخذ منحى أوسع، يتبدل ويتسع يوماً بعد يوم. ذلك أنّ مفهوم هذا البند تعدى حدود العقد ليشمل أيّ مستندٍ من شأنه منح الدائن هذا الحق، وهذا ما أكدته التعاريف المختلفة التي أُعطيت لبند التملك في عقد التأمين العقاري، والحالات العملية التي عُرضت على القضاء. وبالنظر والتعمّن في هذه التعاريف و الحالات يمكن بصورة واضحة وضعها وتصنيفها ضمن نوعين، فمنها ما يُصنّف على أساس تاريخ توقيع الإتفاق على التملك (المبحث الأول)، ومنها ما ينظر إليه من زاوية الشكل الذي ظهر فيه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: صور بند التملك المُسبق من حيث تاريخ إنشائه

64. يلعب تاريخ استحقاق الدين المضمون بالتأمين العقاري دوراً أساسياً في البنود والإتفاقيات التي تُمكن الدائن من تملك العقار عند عدم الإيفاء، حيث ترتبط هذه البنود والإتفاقيات بصورة مباشرة بهذا الدين لناحية تاريخ استحقاقه؛ ممّا يجعل هذا التاريخ محور تدور حوله هذه الإتفاقيات، فمنها ما يتم توقيعه قبل استحقاق الدين (أولاً)، ومنها ما يُوقّع بعد الإستحقاق (ثانياً).

أولاً: توقيعه قبل إستحقاق الدين

65. تشمل الفترة التي تستغرق لبلوغ تاريخ استحقاق الدين مرحلتين أساسيتين، الأولى تكون متزامنة مع تاريخ توقيع عقد التأمين العقاري (أ)، والثانية تشمل الفترة التي تلي تاريخ توقيع العقد، وتمتد لحين تاريخ استحقاق الدين (ب)، حيث يعمد الفرقاء خلال هاتين المرحلتين إلى تضمين العقد بنود أو توقيع إتفاقيات، تُمكن الدائن من تملك العقار عند عدم الإيفاء.

أ- إنشاء بند التملك بصورة متزامنة مع إنشاء عقد التأمين العقاري

يكون الإتفاق على التملك في هذه الحالة، كأى بند ضمن عقد التأمين العقاري، حيث ينشأ بذات التاريخ الذي ينشأ فيه عقد التأمين العقاري، ويكون جزءاً لا يتجزأ منه و متمماً له، ويُفسر معه .

وتشمل هذه الحالة توقيع أي مستند آخر مهما كان شكله من قبل مالك العقار، يفيد إمكانية تملك الدائن ذلك العقار مقابل الدين، إذ ليس من الضروري أن يكون هذا الإتفاق ضمن العقد ذاته، حيث يمكن أن يكون في أي مستند آخر يُلحق بعقد التأمين، ويكون إنشأؤه بصورة متزامنة مع توقيع العقد.

ولم يتضمن قانون الملكية العقارية إشارة مباشرة إلى هذه الحالة، إنما جاء نص المادة 107 عاماً، ليشمل كل الحالات التي تمكن الدائن من تملك العقار المقدم كضمانة، في حال عدم إيفاء المدين للدين بتاريخ الإستحقاق. أما القانون المدني الفرنسي فقد أشار إلى هذه الحالة بصورة واضحة في المادة 2459 منه التي جاء فيها أنه : " يجوز الإتفاق في إتفاقية التأمين العقاري على أن يصبح العقار المؤمن عليه ملكاً للدائن ... " .

« Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué ...».

ب- إنشاء الإتفاق على التملك بعد إنشاء العقد و لحين استحقاق الدين

تفترض هذه الحالة إبرام عقد تأمين عقاري خالٍ من أي بند يجيز للدائن التملك عند عدم الإيفاء، وبعد فترة زمنية يتفق الدائن المؤمن له ومالك العقار (مديناً كان أم كفيلاً عينياً)، على أنه في حال عدم دفع المدين الدين بتاريخ الإستحقاق، يصبح الدائن مالكا للعقار مقابل الدين المضمون. والفترة الزمنية، الأنفة الذكر، تمتد لتصل إلى تاريخ استحقاق الدين المضمون. ولكن بدء هذه الفترة يخضع لتقدير القاضي، إذ يمكن أن يعتبر أن هذه الفترة تبتدئ من اليوم التالي لتوقيع عقد التأمين، أو في خلال فترة معينة تخضع لتقديره حسب ظروف كل قضية.

وهذه الحالة أيضاً، كما الحالة الأولى، لم ينص عليها مباشرة قانون الملكية العقارية، إنما يمكن استنتاجها من النص العام للمادة 107 المذكورة أعلاه، والكلام ذاته يُطبّق بالنسبة للقانون المدني الفرنسي، لأن كلمة

"convention" الواردة في المادة 2459 جاءت عامة، وتشمل عقد التأمين وجميع العقود الملحقة به، ما يعني إمكانية استنتاج هذه الحالة منها.

وهذا يعني أنّ الإتفاق على التملك لا يكون كبند ضمن عقد التأمين العقاري، إنّما يأتي بشكل مستقل عنه، ولكنّه ملحق به ومنتّم له، ويجب تفسيره كجزء من العملية المركّبة المؤلفة من عقد المداينة وعقد التأمين وسائر العقود والإتفاقيات الملحقة بهما، مهما كان نوعها، وتاريخ توقيعها حتى تلك المبرمة بعد تاريخ استحقاق الدين المضمون، وهي الحالة التي سنتحدث عنها تاليًا.

ثانيًا: إنشاء الإتفاق على التملك بعد استحقاق الدين

إنّ هذه الحالة تفترض توقيع عقد التأمين وانقضاء المهلة المتفق عليها لدفع المدين دينه، وبالتالي استحقاق الدين؛ دون أن يكون هناك اتفاق على التملك، لا في عقد التأمين ذاته، ولا خلال الفترة الممتدة بين توقيعها وبين تاريخ الإستحقاق. فيستحق الدفع ويتخلف المدين عن الإيفاء بدينه لمصلحة الدائن، عندها يكون حق الدائن بالتنفيذ على العقار المؤمن عليه قد قام، وأصبح لديه القدرة على التقدّم إلى دوائر التنفيذ من أجل طلب بيع العقار المؤمن عليه واستيفاء حقه من ثمنه بعد بيعه بالمزاد العلني. إلا أنّ الدائن ومالك العقار (مدينًا كان أم كفيلاً عينيًا)، قد يفضّلان عدم اللجوء إلى القضاء، والإبتعاد قدر الإمكان عن الخوض في إجراءات صعبة ومعقّدة وطويلة، فيتفقوا على أن يقوم المالك بالتفرغ عن العقار المؤمن عليه، لمصلحة الدائن، مقابل الدين، وإنهاء العلاقة بصورة نهائية. وصحيح أن هذه الصورة من الإتفاق على التملك تحصل بعد إنشاء عقد التأمين، كما هو حال الصورة السابقة، إلا أنّها تختلف عنها في كونها تتم بعد حلول أجل الدين وقيام حق الدائن بطلب اتخاذ إجراءات التنفيذ ونزع الملكية الجبرية.

وهذا النوع من الإتفاقيات يتم بصورة إتفاقية بإرادة الفراق ودون أي تدخّل قضائي، وهو يختلف تمامًا عن الحالة التي يتملك فيها الدائن العقار مقابل الدين عن طريق القضاء بعد طلبه ذلك. ولا يوجد نص في قانون الملكية العقارية يتحدّث عن إمكانية ذلك، بخلاف القانون الفرنسي الذي أجاز في المادة 2458 للدائن الذي لم يُدفع له الدين، أن يطلب من المحكمة الإحتفاظ بملكية العقار بمقابل الدين، على أن يتم ذلك قبل البدء بإجراءات التنفيذ، حيث جاء فيها :

« A moins qu'il ne poursuive la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par les lois sur les procédures civiles d'exécution, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger, le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement ... » .

وهذه الصورة ينص عليها بشكل مباشر القانون المدني المصري، في الفقرة الثانية من المادة 1052، حيث جاء فيها : " يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الإتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاءً لدينه"، لكن قانون الملكية العقارية و القانون المدني الفرنسي، لم ينصا عليها مباشرةً إنما يمكن استنتاجها من النص العام للمادة 107 و كلمة "convention" الواردة في المادة 2459 المشار إليهما أعلاه.

والجدير بالذكر أن هذه الاتفاقيات سواء وردت في عقد التأمين كبنء منه، أو أبرمت بعد إنشائه وقبل استحقاق الدين أو بعد استحقاقه، فإنها تظهر من خلال أشكال ونماذج مختلفة ومتعددة، سنتحدث عنها في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: صور بند التملك المسبق من حيث الشكل الوارد فيه :

66. يسعى أطراف عقد التأمين العقاري عند إتفاقهم على تملك العقار مقابل الدين، وبصورة جاهدة، إلى جعل أشكال اتفقاتهم أكثر سهولة لناحية تنفيذها، والإبتعاد قدر الإمكان عن أشكال وصيغ تتطلب وقتاً وإجراءات لتنفيذها ونقل الملكية على إسم الدائن، سواء وُقعت أثناء إبرام العقد أو قبل استحقاق الدين أو بعد استحقاقه، وهي عادةً ما تظهر بأشكال وصيغ مختلفة، منها ما يرتبط مباشرة بعقد التأمين العقاري وتُلحق به (أولاً)، ومنها ما يكون خارج إطار هذا العقد نهائياً حيث لا وجود له أصلاً (ثانياً) .

أولاً: الصيغ الملحقة بعقد التأمين العقاري

إن الصور والصيغ الملحقة بعقد التأمين العقاري، تفترض الوجود الفعلي والأكيد لعقد التأمين، والذي يكون محور التعامل وأساس العلاقة بين الأطراف (الدائن والمدين والكفيل العيني إن وُجد)، حيث يتفق هؤلاء على تضمين هذا العقد بنءاً، يجيز للدائن تملك العقار موضوع الضمانة. أو يُقدمون على إبرام

إتفاقيات معينة ذات أشكال مختلفة، وتهدف إلى تحقيق الغاية ذاتها، ويُلقبها بعقد التأمين ويربطوها به، فتصبح جزءًا من الضمانة، ومن عقد التأمين، وعقد المداينة.

وتتعدّد هذه الصور والصيغ، فمنها ما يكون على شكل بند ضمن عقد التأمين (أ)، ومنها ما يظهر على شكل تعهّد يوقّعه المالك (ب)، أو على شكل إتفاقية يوقعها الطرفان (ج)، أو وكالة غير قابلة للعزل لمصلحة الدائن (د)، أو عقد بيع تام (ه).

أ- بند التملك الوارد ضمن عقد التأمين العقاري

67. عقد التأمين العقاري كأى عقد آخر، يتضمن، بالإضافة إلى البنود والشروط العامة المتعلقة بالدين المضمون والعقار المُقدّم كضمانة وتاريخ الإستحقاق وكيفية الدفع والإيفاء وسائر الشروط التي توصف بالعمامة، شروطًا خاصة يتّفق عليها العاقدان الدائن المؤمن له والمؤمن (مدينًا كان أم كفيلاً عينيًا). ومن ضمن الشروط الخاصّة التي قد يُصار إلى الإتفاق عليها بين أطراف هذا العقد، شرط أو بند التملك عند عدم الإيفاء. حيث يتضمن العقد بندًا واضحًا وصريحًا، يعطي الدائن حق تملك العقار مقابل الدين المضمون، في حال عدم الإيفاء بتاريخ الإستحقاق. وعادة ما تكون صيغة البند هذا على الشكل التالي :

" إتفق الفريقان أنّه في حال تخلّف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، يصبح العقار مباشرةً ملكًا للدائن بصورة نهائية غير قابلة للرجوع عنها، ويتعهّد المالك عندها بنقل ملكية العقار وتسجيله على إسم الدائن في الدوائر العقارية دون أي تأخير". ويضاف إليه في بعض الأحيان هذه العبارة : "ويعتبر هذا البند بمثابة وعد بيع بالعقار لا رجوع عنه، بأي شكل من الأشكال".

ويخضع هذا البند للشروط والأحكام ذاتها التي يخضع لها عقد التأمين ببوده كاملة وشروطه ومندرجاته. أهمّها وجوب توفّر رضى المؤمن (أي مالك العقار مدينًا كان أم كفيلاً عينيًا)، على اعتبار أنّ عقد التأمين هو "عقد رضائي وليس عقدًا شكليًا، فهو ينشأ بمجرد التثام إرادتي الفريقين المتعاقدين الحرّة على إبرامه، دون الحاجة لتسليم المال موضوعه إلى الدائن ونقل الحيازة له، فهو عقد غير عيني"⁽¹⁾. كما يجب أن يكون

(1) ماجد مزيم، التأمينات العينية، الجزء الاول: التأمين والرهن العقاري، مرجع سابق، ص. 42 .

خاليًا - أي العقد - برمته من عيوب الرضى⁽¹⁾؛ بالإضافة الى ذلك يشترط أن يكون البند واضحًا بشكلٍ يبيّن أن نية الفرقاء اتجهت إلى ذلك بصورة صريحة دقيقة، من خلال تعيين الدين بصورة واضحة والإتفاق على صيرورة العقار ملكًا للدائن مقابل هذا الدين، بشكلٍ لا يحمل أكثر من تفسير أو غموض يجعل البند غير ذي مفعول.

والجدير بالذكر هنا أن عقد التأمين العقاري يختلف عن التأمين العقاري كحق عيني عقاري الذي لا ينشأ سوى بتسجيل هذا العقد في السجل العقاري، انطلاقًا من الأثر المنشئ للقيد في السجل العقاري. وهذا ما يؤكد وجوب تسجيل العقد في السجل العقاري لإنشاء الحق العيني. فعندما يُسجّل هذا العقد بغية إنشاء الحق العيني العقاري، فإن هذا البند يجب أن يخضع للقيد في السجل العقاري والإشارة إليه بصورة واضحة جليّة على الصحيفة العينية، حتى يكون ساري المفعول تجاه الغير.

ب-التعهد الموقع من قبل المالك

68. التعهد الموقع من قبل المالك هو عبارة عن عمل قانوني بإرادة منفردة، يوقعه المالك لمصلحة المدين، ويتعهد بموجبه بنقل ملكية العقار موضوع عقد التأمين إلى الدائن، وذلك في حال تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق. وتأتي صيغته كما يلي : " يتعهد المالك بنقل ملكية العقار وتسجيله على اسم الدائن في الدوائر العقارية دون أي تأخير، وذلك في حال تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق". وما يهم في هذا العمل أن يكون مضمونه واضحًا، ويشمل التعهد المذكور آنفًا أو ما يفيد نفس المعنى، دون إعطاء أهمية للوصف الذي يعطيه الفرقاء له.

وعادة ما يأتي هذا العمل القانوني على شكل سند رسمي، موقع من قبل المالك، ومُصادق عليه من قبل الكاتب العدل. كما يمكن أن يكون على شكل سند ذي توقيع خاص، يحتوي على توقيع المالك، ولا يشترط فيه تعدد النسخ لأنه منظم لمصلحة الدائن فقط، ولا يحتوي على مصالح متعارضة، وذلك وفقًا للمادة 152

(1) أنظر الفقرة 30 وما يليها، المتعلقة بعيوب الرضى في إطار بند التملك.

من قانون أصول المحاكمات المدنية⁽¹⁾. و قد يُوقَّع إما بذات تاريخ إنشاء عقد التأمين أو بعد إنشائه وحتى تاريخ استحقاق الدين .

ج- الإتفاقية الموقَّعة بين الطرفين

69. إنها إتفاقية تُبرَم بين الدائن والمالك (مدينًا كان أم كفيلًا عينيًّا)، وتُلحق بعقد التأمين وتصبح جزءًا لا يتجزأ من العملية؛ وهي تعطي الدائن الحق في اكتساب ملكية العقار المُقدَّم كضمانة، عند تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق. ويمكن أن تكون هذه الإتفاقية بصيغة عقد وعد بيع منظم بين المالك والدائن ولمصلحة هذا الأخير. ويكون هذا الوعد بالبيع مقرونًا بأجل معين هو تاريخ استحقاق الدين. وأيضًا مقرونًا بشرط تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق. فليس للدائن أن يطلب التسجيل على إسمه قبل حلول الأجل، وقبل التخلف عن الدفع بتاريخ الإستحقاق.

وما يميّز هذه الإتفاقيات عن الصورة المذكورة أعلاه (التعهد)، أنها تشتمل على توقيع الدائن والمالك، وإذا كان المالك هو كفيل عيني تتم بموافقة المدين؛ لكنّها تحمل ذات المفاعيل وتتم بنفس الشكل، سواء كسند رسمي أو ذي توقيع خاص. والتوقيع إما بذات تاريخ إنشاء عقد التأمين أو بتاريخ لاحق له يمتد حتى تاريخ الإستحقاق.

د-الوكالة غير القابلة للعزل لمصلحة الدائن

70. قد يجد الدائن أن الضمانة الممنوحة له بموجب عقد التأمين العقاري، تتطلب وقتًا وإجراءات طويلة ومعقّدة لتنفيذها. فيعمد إلى الإتفاق مع المالك على تنظيم وكالة غير قابلة للعزل بالعقار موضوع التأمين، يتعلق بها حق الوكيل (الدائن) وفقًا لأحكام الفقرة الأخيرة من المادة 810 من قانون الموجبات والعقود، التي تنفيّد بعدم إمكانية عزل الموكل (المالك) للوكيل، متى كانت الوكالة منعقدة في مصلحة الوكيل أو

(1) تنص المادة 152 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على ما يلي : "في العقود المتبادلة يجب أن تتعدّد النسخ الأصلية بقدر عدد أطرافها ذوي المصالح المتعارضة، ما لم يتفقوا على إيداع نسخة وحيدة لدى ثالث يختارونه. إذا لم تراخ هذه القاعدة، لا يعد السند إلا بمثابة بداية بينة خطيّة على قيام العقد".

شخص آخر إلا برضى الفريق الذي انعقدت لأجله، وذلك بغية الحصول على نتيجة أسرع في حال عدم الدفع بتاريخ الإستحقاق.

وعادةً ما يقابل هذه الوكالة تعهدًا أو كتابًا يُنظمه الوكيل لمصلحة الموكل، يتعهد فيه الوكيل بعدم استعماله لهذه الوكالة إلا في حال تخلف المدين عن التسديد بتاريخ الإستحقاق. عُرضت هذه الحالة على القضاء اللبناني⁽¹⁾. وجاء في الوقائع المنتجة التي أدت إلى نشوء النزاع أن المدين، ومن أجل اقتراض المال، وقّع على عقد تأمين عقاري على قسم خاص به لمصلحة الدائن (المصرف)؛ وبعد حوالي شهرين وقّع أيضا لمصلحة رئيس مجلس إدارة المصرف وكالة غير قابلة للعزل بذات القسم، وقد تعهد هذا الأخير عن المصرف بعدم استعمال تلك الوكالة إلا في حال عدم الدفع بتاريخ الإستحقاق، وبعد فترة تم إلغاء الوكالة وفك التأمين. ثم عاد وتكرّر الأمر مرة أخرى وبذات التفاصيل، حيث أبرم عقد تأمين عقاري على ذات القسم وبعد حوالي سنة نظم المدين وكالة غير قابلة للعزل إلى ذات الشخص، وإثر استحقاق الدين وتخلف المدين عن الدفع، عمد الوكيل إلى تنظيم عقد بيع بالقسم لمصلحة المصرف الدائن.

وتعمد بعض فروع المصارف عند إقراضها المال لعملائها، إلى توقيع عقد تأمين عقاري على عقار خاص بالمدين، ثم بعد فترة معينة تنظّم وكالة بيع عقار غير قابلة للعزل ووكالة عادية⁽²⁾، بذات العقار من قبل المالك إلى مدير الفرع أو أحد الموظفين الكبار فيه للتسجيل على إسم المصرف، في حال عدم الإيفاء. وتختلف هذه الفترة من حالة إلى حالة حسب الإتفاق. إلا أنه في بعض الأحيان يتفق المصرف مع المدين على إبقاء عقد التأمين دون تسجيل في السجل العقاري، لكن يُصار إلى تنظيم وكالة بيع عقار غير قابلة للعزل ووكالة عادية بالعقار ذاته من قبل المالك إلى أحد موظفي المصرف، بهدف التسجيل على إسم المصرف في حال عدم الإيفاء. ويكون ذلك بصورة متزامنة مع توقيع عقد التأمين. ويحتفظ المصرف بالعقد

(1) محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثامنة، قرار رقم 2015/30 تاريخ 2015/3/2، آمال عبيد/الاعتماد

اللبناني، مجلة العدل، 2016، العدد 2، ص. 1025 .

(2) إن المقصود بوكالة البيع العادية تلك الوكالة التي تمنح الوكيل حق بيع العقار لمن يشاء ويرغب وبالتمن والشروط التي يراها مناسبة، ولا يتعلق بها حق الوكيل أو الغير، وتخضع لمرور الزمن الخماسي وفقاً للفقرة الأخيرة من المادة 50 من القرار رقم 188 المتعلق بإنشاء السجل العقاري. وعادة ما تُنظّم بهدف تجنّب الرسم المضاعف الذي يعمد أمين السجل العقاري إلى فرضه عند وجود وكالة غير قابلة للعزل.

وبسند التمليك لديه، وبذات الوقت يتعهد المصرف بعدم استخدام تلك الوكالة إلا عند تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق⁽¹⁾.

هـ- عقد البيع التام لمصلحة الدائن

71. عقد البيع التام في هذه الحالة هو عقد ينظمه المالك لمصلحة الدائن بالعقار موضوع التأمين، وذلك بعد إبرام عقد التأمين، وهو يمنح الدائن مباشرة حق التسجيل في السجل العقاري. إذا كان هذا العقد منظمًا لدى الكاتب العدل يطفي عليه الصفة الرسمية؛ أما إذا كان عقدًا توقيع خاص، فإنه يمنح الدائن حقًا شخصيًا بطلب التسجيل على إسمه. إلا أنّ العادة جرت أن يُنظم لدى الكاتب العدل كي يتمكن الدائن من تنفيذه وتسجيل العقار على إسمه في الدوائر العقارية المختصة، دون اللجوء إلى القضاء في حال رفض المالك التسجيل بصورة طوعية.

وغالبًا ما يتم إبرام هذا العقد بعد استحقاق الدين وعجز المدين عن إيفاء الدين المضمون بالتأمين. فيحصل إتفاق بين الدائن والمالك على عدم اللجوء إلى إجراءات التنفيذ ونزع الملكية الجبري، وإنهاء العلاقة بصورة نهائية من خلال تفرغ المالك عن العقار وتنظيم عقد بيع به لمصلحة الدائن مقابل الدين، بعد فك التأمين عنه. ويقوم الدائن بإبراء ذمة المدين من الدين بصورة نهائية. لكن لا شيء يمنع الأطراف من إبرام هذا العقد بعد إبرام عقد التأمين ولكن قبل الإستحقاق، وفي هذه الفرضية يتزامن توقيع العقد مع توقيع تعهد من قبل الدائن يتعهد بموجبه بإبقاء العقد جانبيًا، ودون تسجيل في السجل العقاري ريثما يحل أجل الدين. فإذا ما أوفى المدين الدين يُلغى العقد ويبقى العقار ملكًا له، أما إذا تخلف عن الدفع بتاريخ الإستحقاق يعمد إلى تسجيل العقار باسمه بصورة نهائية لدى أمانة السجل العقاري. والجدير بالذكر هنا أن هذا العمل التصرفي الذي يقوم به المدين، هو عمل جائز قانونًا وفقًا للفقرة الأولى من المادة 146 من قانون الملكية العقارية التي تنص على أنه: "يتصرف المديون (المالك) تصرفًا مطلقًا بالعقار المؤمن عليه".

(1) إن هذه الصورة من صور الإتفاق على التملك، مستقاة من تجربة عمل في إحدى دوائر الكتاب العدل في لبنان منذ العام 2009 إلى يومنا هذا، وهي صورة حقيقية تعمد بعض المصارف إليها، بهدف خلق حالة من الإطمئنان لدى المدين من خلال عدم تسجيل العقد في السجل العقاري، لكنها تحتفظ بحقها من خلال تنظيم الوكالة المذكورة، فضلًا عن استلامها سند التمليك الأصلي.

ثانياً: صُورُ الإِتِّفَاقِ عَلَى التَّمَلُّكِ الحاصلة خارج إطار عقد التأمين

72. تشمل هذه الصور حالات شبيهة من حيث الشَّكل بالصُّور المذكورة أعلاه، إلا أنه لا وجود لعقد تأمين عقاري، حيث تكون العلاقة الظاهرية القائمة بين الأطراف مبنية بشكل صُوري على أساس عقود متنوّعة كعقد البيع مع حق الإسترداد، والوكالة غير القابلة للعزل، ولا يوجد في ظاهر العلاقة أي وجود لعقد تأمين. والمُلاحظ في هذا الإطار أنّ هذه الصور هي حالات معروضة على المحاكم.

تشمل هذه الحالات، إلى جانب الإِتِّفَاقِيات والعقود الظاهرة، تصرّفات قانونية غير ظاهرة، يتم توقيعها بصورة متزامنة مع توقيع هذه الإِتِّفَاقِيات، ولكنّها غير محدّدة النوع صراحة. وطالما أنها غير محدّدة بنوعها، يصبح لزاماً على المحكمة أن تكشف عن الوصف الحقيقي والصحيح لهذه التصرفات القانونية، وذلك في ضوء المعطيات المتوفّرة في كل قضية على حدة، بهدف معرفة الهدف والغاية المتوخّاة من وراء تنظيمها، وذلك عملاً بأحكام المادة 370 من قانون أصول المحاكمات المدنية التي تنص على أنّه : " على القاضي أن يعطي الوصف القانوني الصحيح للوقائع والأعمال المتنازع فيها، دون التقيّد بالوصف المعطى لها من الخصوم. وله أن يثير من تلقاء نفسه الأسباب القانونيّة الصرفة أيّاً كان الأساس القانوني الذي تدرع به الخصوم. ولكن لا يجوز أن يعدّل الوصف أو الأساس القانوني عندما يكون الخصوم باتفاقهم الصريح وبشأن حقوق يملكون حرية التصرف بها، قد قيّدوه بوصف ونقاط قانونية أرادوا حصر المناقشة فيها".

ويمكن حصر الصور والصيغ التي تكون خارج إطار عقد التأمين بعقد البيع مع شرط الإسترداد (أ)، وعقد البيع التام (ب)، و الوكالة غير القابلة للعزل لمصلحة الدائن (ج)، كما يضاف إليها الإِتِّفَاقِيات التي يوقعها الطرفان دون وجود عقد تأمين (د).

أ- عقد البيع مع حق الإسترداد.

73. عقد البيع مع حق الإسترداد كما حدّدته المادة 473 من قانون الموجبات والعقود، هو : " العقد الذي يلتزم فيه المشتري بعد البيع التام أن يعيد المبيع إلى البائع مقابل رد الثمن". وهذا البيع هو بيع تام وحقيقي، لكنّه معلق على شرط فاسخ، والشرط الفاسخ هو رد الثمن خلال المهلة المعينة للإسترداد، حيث لا يجوز أن تتعدّى هذه المهلة الثلاث سنوات. وإذا كان هذا البيع يؤدي إلى نقل الملكية والتخلّي عنها بصورة نهائية لكن على شرط إلغاء، فإنه في بعض الأحيان يلجأ إليه البائع والمشتري بسبب حاجة المالك

إلى المال على أمل تحسّن حالته وتمكّنه من الوفاء، ورغبة المشتري تحاشي صعوبات تحصيل الدين عند عدم الإيفاء، حيث يعتبر في هذه الحالة صورة من صور التأمين⁽¹⁾.

وهذا ما أكدّه القرار الصادر عن إحدى غرف محكمة الإستئناف المدنية⁽²⁾ حينما اعتبر أن عقد البيع مع حق الإسترداد الموقّع بين البائع والمشتري، والعلاقة القائمة بينهما هي في الحقيقة تُخفي تأمينًا، لكنّها أُلْبست شكل بيع مع حق الاسترداد.

ب- عقد البيع التام.

74. يتشابه عقد البيع التام في هذه الحالة، مع الحالة التي يجري فيها توقيع عقد بيع بعد إبرام عقد التأمين العقاري، إلّا أنّه لا وجود لعقد التأمين العقاري، فتكون العلاقة القائمة ظاهريًا وصوريًا مبنية على أساس عقد بيع بالعقار موضوع التأمين، إلّا أنّها في حقيقتها تخفي تأمينًا عقاريًا لدين ناتج عن علاقة مدينة بين المالك والدائن⁽³⁾. حيث يكون عقد البيع صوريًا ولكنه يخفي تأمينًا، وهذا التأمين مشمول باتفاق على التملك منقذ فعليًا دون انتقال للحيازة، لكن العمل به مؤجّل لحين استحقاق الدين والتخلّف عن الدفع. يُضاف إليه تعهّد من جانب الدائن بعدم تسجيل العقد ونقل الملكية على إسمه إلّا في حال تخلّف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق. "فليس من المحرّمات إلباس عقد البيع بعقد تأمين أو العكس، إذ يعود ذلك لإرادة الفرقاء وكلا العقدين مباحًا"⁽⁴⁾.

-
- (1) علي ابراهيم، العقود المسماة (البيع - الإجارة - الوكالة)، الطبعة الثالثة، دون دار نشر، 2012، ص. 250.
 - (2) محكمة الإستئناف المدنية في جبل لبنان، الغرفة الرابعة، قرار رقم 2009/316، تاريخ 2009/3/19، رشيد سامي الحشيمي ورفيقه/جعفر علي دياب، نقلا عن القرار الصادر عن محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 2010/42، تاريخ 2010/6/15، جعفر علي دياب/ رشيد سامي الحشيمي، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb>، تاريخ الزيارة : 2018/1/11.
 - (3) محكمة الإستئناف المدنية في جبل لبنان، الغرفة الثانية، قرار صادر بتاريخ 1999/9/30، منشور على الموقع الإلكتروني almustachar.com، تاريخ الزيارة : 2018/8/13.
 - (4) محكمة التمييز المدنية، الغرفة الثانية، قرار رقم 2 تاريخ 1974/1/25، ديب/ مخايل، مجموعة باز، سنة 1975/1974، رقم 20، ص. 87، و منشور أيضا على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb/>، تاريخ الزيارة : 2017/11/6.

ومنعًا للتكرار فإن ما قيل بشأن عقد البيع اللاحق لعقد التأمين، يُقال في إطار هذا العقد لناحية الصيغة الرسمية أو الصيغة العادية، ولناحية تاريخ إبرامه الذي يعود للفرقاء الإتفاق عليه، سواء قبل الإستحقاق أو بعده، وذلك بهدف إبراء ذمة المدين من الدين بصورة نهائية، وإنهاء العلاقة عبر تفرغ المالك عن العقار وتسجيله على إسم الدائن مقابل الدين⁽¹⁾.

ج-الوكالة غير القابلة للعزل لمصلحة الدائن

75. تعتبر هذه الصورة من صور الإتفاق على التملك راجحة كثيرًا في علاقات المداينة نظرًا لسهولة تنفيذها وتكلفتها القليلة، مقارنة مع التكاليف العالية لعقد التأمين والبيع العقاري التام وعقد البيع مع حق الإسترداد. وهذه الحالة تشبه أيضًا حالة الوكالة المنظمة في إطار عقد تأمين، باستثناء أنها تكون وحدها محور العلاقة الظاهرة دون أي وجود لعقد تأمين، و في كثير من الأحيان يعمد الطرفان إلى تحديد تاريخ للعمل بموجبها يختلف عن تاريخ إنشائها، وهذا التاريخ عادة ما يكون تاريخ استحقاق الدين.

وقد عُرضت حالة مشابهة على الإجتهد اللبناني. ففي قرار صادر عن محكمة التمييز المدنية⁽²⁾، تتلخّص وقائعه بقيام المدين بتنظيم وكالة غير قابلة للعزل بعقار عائد له لمصلحة الدائن بتاريخ 10/10/1992،

(1) يراجع بشأن هذه الحالة : محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 2012/121، تاريخ 2012/11/27، ميشال الياس صعب/ طوني راجح الصدي، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb/>، تاريخ الزيارة : 2017/11/7، محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، القرار رقم 2012/109 تاريخ 2012/4/3، ربيع بعلبكي/ محمد علي أحمد، مجلة العدل، 2012، العدد 2، ص. 961 .

(2) محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 2004/16، تاريخ 2004/4/27، عادل كامل محفوظ/ سميره أحمد زعرور، مجموعة باز، 2004، رقم 43، ص. 982، و منشور أيضا على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb/>، تاريخ الزيارة : 2017/11/7؛ يراجع أيضا : محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 2004/2 تاريخ 2004/2/17، جبرائيل/روكز، مجموعة باز، 2004، جزء 43، ص. 942؛ و محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 137، تاريخ 2011/2/1، محمد بن نواف آل سعود/ وليد الحاج والمحامي أ. ت.، مجلة العدل، 2011، العدد 2، ص. 885 .

وحدّد تاريخ العمل بها بتاريخ 1993/1/10 وهو تاريخ استحقاق الدين. وقد كيّفت المحكمة هذه الوكالة بأنها تتضمن في حقيقتها ضماناً للدين المتوجب بذمة المدين، وأنها تخفي عقد تأمين، وتمكّن الدائن بموجبها من تملك العقار مباشرة دون اتباع الإجراءات، في حال تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الاستحقاق.

د - إتفاقيات التملك الموقّعة بين الدائن والمدين

76. وهي إتفاقيات جانبية يوقّعها أطراف العلاقة، لتحديد حقوق وموجبات كل واحد منهم، وتهدف إلى منح الدائن حق تملك العقار عند عدم الدفع بتاريخ الاستحقاق. وعادة ما يلجأ إلى هذه الصيغ الدائنون والمدينون الصغار، وقليلوا الخبرة والدراية في المجال العملي والقانوني، حيث يعمدون إلى توقيع مثل هذه الإتفاقيات بصورة جانبية وسرية دون إعطائها الصفة الرسمية من خلال تنظيمها لدى الكاتب العدل.

وتشمل هذه الإتفاقيات أي إتفاقية من شأنها أن تمنح الدائن حق تملك العقار في حال عدم الدفع، مهما كان الوصف المعطى لها من قبل الأفرقاء؛ إذ إنها في حقيقتها تخفي عقد تأمين عقاري⁽¹⁾، كما إنها تشمل عقود الوعد بالبيع بالعقار موضوع الضمانة، والتي يُحدّد مدتها بتاريخ الاستحقاق، على ألا تتعدّى ثلاث سنوات، في حين تمثّل قيمة الدين ثمن العقار؛ يُضاف إلى هذا الوعد شرط التخلف عن الدفع بتاريخ الاستحقاق، وهو شرط لازم لجميع الإتفاقيات الآتفة الذكر، كما يمكن أن تكون هذه الإتفاقيات مشمولة بتوقيع وتنظيم وكالة غير قابلة للعزل بالعقار موضوع التأمين⁽²⁾.

يُضاف إلى هذه الإتفاقيات صورة خاصّة تكون خارج إطار عقد التأمين، حيث تظهر على شكل سند دين بمبلغ معين موقّع من قبل المدين، ويتضمّن هذا السند تعهدًا من قبله بنقل ملكيّة عقار عائد له، وذلك في حال عدم دفعه الدين بتاريخ الاستحقاق، بحيث تذكر مواصفات العقار وهويته الكاملة، ويكون التعهد في هذا السند متضمّنًا عبارة: " تعهدًا نهائيًا لا رجوع عنه لأي سبب من الأسباب".

(1) محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، القرار رقم 2012/109 تاريخ 2012/4/3، ربيع بعلبكي/ محمد علي أحمد، مجلة العدل، 2012، العدد 2، ص. 961 .

(2) محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 11 تاريخ 2012/2/2، سعاد نادر ورفيقها/ ميلاد وميشال سمعان ، مجلة العدل، 2012، العدد 4، ص. 1856 .

والجدير بالذكر أنه في مختلف هذه الحالات، يكون الوصف الحقيقي للعلاقة القائمة بين الأطراف هو عقد تأمين عقاري وليس عقد رهن؛ سواء كان عقد التأمين موجودًا فعليًا أو غير موجود في العلاقة الظاهرية، إذ إن العقار، يبقى بيد المالك وليس هناك أي انتقال للحيازة لمصلحة الدائن، وإن كانت هناك بعض حالات البيع، إلا أنها تبقى صورية.

من جهة أخرى، يتوجب على الدائن الذي نظم لمصلحته وعد بيع بالعقار موضوع التأمين أو وكالة غير قابلة للعزل أو عقد بيع عقاري تام أو أي مستند يفيد إمكانية التملك، أن يطلب وضع قيد احتياطي أو وضع إشارة بيع على الصحيفة العينية للعقار، حفاظاً على حقوقه تجاه الغير، ولكي تسري هذه الإتفاقيات على الغير⁽¹⁾.

(1) يراجع فيما يتعلق بالقيد الاحتياطي ومدته : عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الأول، التحديد والتحرير والسجل العقاري، مرجع سابق، ص. 264 .

ملخص القسم الأول :

77. يمكن تعريف بند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري بأنه كل اتفاق من شأنه أن يعطي الدائن حق تملك العقار المؤمن عليه مباشرة، عند تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق ودون الحاجة لأي تدخل قضائي، سواء تم إدراجه في عقد التأمين العقاري ذاته أو في وثيقة أخرى تلت توقيع العقد، وسواء كان ذلك قبل استحقاق الدين أم بعده. من هذا التعريف يمكننا استخلاص مجموعة من الخصائص لهذا البند، أهمها توسيع دائرة الحرية التعاقدية وتقليص تدخل القضاء فيه، ما يجعله متمتعاً ببعض الحسنات، لكن الأمر لا يخلو من سلبيات عدّة، فتثير بعض الجدليات التي تجعله في مواجهة مع عيوب الرضى.

من ناحية أخرى، فقد حدّد المشرّع إجراءات معيّنة لتنفيذ عقد التأمين العقاري عند تخلف المدين عن الدفع. تبدأ تلك الإجراءات بإلقاء الحجز التنفيذي على العقار وصولاً إلى بيعه في المزاد العلني وتوزيع الثمن على الدائنين الحاجزين والمشاركين في الحجز كلّ بحسب مرتبته؛ وقد اعتبرت هذه الإجراءات متعلّقة بالنظام العام. إلاّ أنّه في هذا الإطار لم يتمّ التمييز بين نوعي النظام العام الحامي أو التوجيهي، بالرغم من الأهمية الكبيرة التي تنطوي على هذه التمييز لناحية إمكانية الإتفاق على تعديل هذه الإجراءات من عدمه، فإذا صنّقت هذه الإجراءات ضمن النظام العام التوجيهي، كان من الصعب تعديلها، في حين أن إدراجها ضمن النظام العام الحامي، يفتح الباب أمام الفرقاء لتعديلها بما يتناسب مع مصالحهم. وهو ما يُستنتج من اللجوء الكثيف نحو اعتماد هذا البند، بما يحقّق فوائد متعدّدة لطرفي العقد. ذلك أنّ الأفرقاء يسعون في كثير من الأحيان إلى الابتعاد عن الإجراءات المعقّدة، واللجوء إلى اتفاقات وعقود ذات أشكال متعدّدة، تمكّن الدائن من تملك العقار المؤمن عليه، سواء ألحقت بعقد تأمين عقاري أم كانت خارج أطره.

إنّ التزايد المتسارع نحو اعتماد هذا البند كبديل عن اجراءات التنفيذ الجبري، وظهوره في صور وأشكال متعدّدة، كلّها مؤشرات تدفع إلى البحث عن طبيعة هذا البند، وعن النصوص القانونية التي يمكن تطبيقها عليه، وعن مدى إمكانية الإتفاق على مثل هكذا بنود في ظل القانون اللبناني، لا سيما بعد التعديل التشريعي المتعلّق بهذا البند في القانون الفرنسي. الأمر الذي يدفع إلى طرح سؤال، يتضمّن في طياته التساؤلات المذكورة آنفاً : ما هو التكييف القانوني لبند التملك في عقد التأمين العقاري؟، وهو ما سنحاول الإجابة عليه في القسم الثاني.

القسم الثاني : التكييف القانوني لبند التملك في عقد التأمين العقاري

78. بعد أن استعرضنا في القسم الأول من هذا البحث، النظرية العامة لبند التملك في عقود التأمين العقاري، أصبح من الضروري البحث عن التكييف القانوني المناسب لهذا البند، من أجل إعطائه الوصف القانوني الصحيح، تمهيداً لتحديد النصوص والقواعد القانونية المستوجبة التطبيق عليه.

ويحكم الطبيعة القانونية لبند التملك العقاري ضابط الزمن. بمعنى آخر، إنّ الطبيعة القانونية لهكذا بند ترتبط بتاريخ استحقاق الدين، فالأمر يكون مختلفاً، بين أن يكون توقيع الإتفاق على التملك حصل قبل استحقاق الدين أو بعد استحقاقه. ومن ناحية أخرى فقد أجاز المشرع الإتفاق على التملك، بالاستناد إلى التوصيف المعطى له، دون أن يذكر ذلك صراحةً عبر إجازة هكذا اتفاق بعد حلول أجل الدين، وفي حال تعرّض مدين المصرف عن الدفع (الباب الأول).

وعلى المستوى الآخر، ونتيجة غياب النص القانوني الواضح والصريح لهذا البند، ينظمه في إطار عقود التأمين العقاري، كان لا بدّ من بحث هذا الموضوع من ناحية تطبيق النصوص المتعلقة بالرهن العقاري، على اعتبار أنها أشارت إلى هكذا إتفاق. فأصبح السؤال مفروضاً حول مدى إمكانية القياس بين نصوص القانون العقاري اللبناني، بالإضافة إلى ضرورة الإشارة إلى التطور التشريعي الذي حصل في فرنسا، ومدى إمكانية نقل التجربة الفرنسية في هذا المضمار إلى الواقع العملي اللبناني (الباب الثاني).

الباب الأول : بند التملك بين التوصيف القانوني والحالات العامة للتملك

79. يكمن توصيف بند التملك العقاري في مقارنته مع مؤسسات قانونية قائمة بذاتها، وبمقارنة شروطهما وتبيان ميدان تطبيقهما، لإعطاء الوصف القانوني الملائم لهذا البند، سواء أُدرج في عقد التأمين العقاري، أو أُبرم بعد توقيعه وحتى بعد استحقاق الدين. على اعتبار أنّ هذا البند يصبح جزءاً لا يتجزأ من العقد نفسه، ولا يمكن تفسيره وتنفيذه إلا بالنظر إليه ككل، بحيث يقترب هذا البند من مؤسسات قانونية عدة، ما يدفعنا الى مقارنته بالنظر إلى تاريخ استحقاق الدين، حيث تختلف طبيعته بين أن يكون قد أُبرم قبل استحقاق الدين أو بعده (الفصل الاول).

80. من جهة أخرى أجاز المشرع اللبناني للمصرف، تملك العقار العائد للمدين، عندما يصبح دينه موقوفاً أو مشكوكاً في تحصيله، مستنداً بصورة غير مباشرة إلى مبدأ الإيفاء بأداء العوض. وتأسيساً على هذا المبدأ (الإيفاء بأداء العوض)، اتجهت الأوساط القانونية إلى الإجماع بأن حصول الإتفاق بعد تاريخ استحقاق الدين يكون جائزاً، لانعدام شبهة استغلال المدين بعد هذا التاريخ (الفصل الثاني).

الفصل الأول : الطبيعة القانونية لبند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري

81. يظهر الإتفاق على التملك في عقد التأمين العقاري على عدّة صور⁽¹⁾، فمنها ما يكون ضمن عقد التأمين كبند منه، مثله مثل أي بند آخر في هذا العقد، ومنها ما يظهر على شكل اتفاقيات لاحقة على توقيع عقد التأمين وقبل تاريخ استحقاق الدين، ومنها ما يتم بعد استحقاق الدين وقيام حق الدائن بالتنفيذ على العقار المؤمن عليه عند تحلّف المدين عن الإيفاء.

وفي جميع الأحوال، فإن هذا الإتفاق أو البند يجب النظر إليه كشرط أو بند من بنود الإتفاق، الذي يحدّد حقوق والتزامات كل طرف فيه ضمن هذه العملية المركّبة، المؤلفة من عقد المداينة وعقد التأمين وسائر الإتفاقيات الملحقة بهما؛ بصرف النظر عن موقف القانون والإجتهد والفقه منه لناحية القبول به في حالات محدّدة أو رفضه مطلقاً وبطلانه. الأمر الذي يدفع إلى البحث عن الطبيعة القانونية لهذه الإتفاقيات والبنود، حيث من المعلوم أنّها تكون مقترنة دائماً بشرط عدم وفاء المدين بالدين بتاريخ الإستحقاق. لذلك فهي تبقى من دون تنفيذ لحين الإستحقاق، فإذا حلّ أجل الدين ولم يف المدين بدينه، جرى تنفيذها مباشرة. ما يعني أنّ دراسة طبيعة هذه البنود والإتفاقيات يجب النظر إليها من منظارين، الأول خلال المرحلة السابقة على تنفيذها، وهي مرحلة ما قبل استحقاق الدين (المبحث الأول)، والثاني أثناء تنفيذها بصورة نهائية بعد استحقاق الدين (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لبند التملك في المرحلة السابقة لتنفيذه - مرحلة ما قبل استحقاق الدين.

82. يتوجّب على المدين المؤمن تنفيذ موجباته تجاه الدائن المؤمن له، وفقاً لأحكام عقدي المداينة والتأمين الموقّعين بينهما. وأبرز هذه الموجبات دفع وتسديد الدين وملحقاته بتاريخ الإستحقاق. فإذا تخلّف المدين عن ذلك، جاز للدائن المؤمن له التنفيذ على العقار المؤمن عليه، واستيفاء حقه من الثمن الناتج عن البيع بالأفضلية على سائر الدائنين التاليين له في المرتبة. وبالتالي قبل التخلف عن الدفع بتاريخ

(1) أنظر الفقرة 63 وما يليها .

الإستحقاق، أي خلال فترة التعليق⁽¹⁾، وهي الفترة الممتدة حتى تاريخ الإستحقاق، لا يمكن للدائن بأي شكلٍ من الأشكال، ولا يحق له التنفيذ على العقار المؤمن عليه. إذ خلال هذه الفترة لا يحصل أي تغيير ملموس في الوضع القانوني للدائن المؤمن له والمدين المؤمن⁽²⁾، بحيث يكون التأمين بحالة ركود، ويقتصر دور الدائن المؤمن له على التروّي والتربُّص لحين حلول أجل الدين⁽³⁾ وانتظار الإيفاء. فإذا تخلف المدين عن الدفع - والتي تعتبر نقطة تحوّل مهمة في هذا المسار - تحقّق الأثر الأهم للتأمين العقاري، وهو قيام حق الدائن بالتنفيذ على العقار؛ وبالتالي يعتبر عدم الإيفاء بتاريخ الإستحقاق، نقطة التحوّل الفاصلة التي يبدأ معها التأمين العقاري إنتاج أهم آثاره لناحية التنفيذ.

والأمر ذاته يُطبّق على بند التملك، الذي يجيز للدائن تملك العقار عند عدم الإيفاء دون المرور بإجراءات التنفيذ الجبري على العقار، بحيث يعتبر عدم الإيفاء نقطة الفصل بين جمود هذا البند وبين تنفيذه. فقبل ذلك التاريخ تبقى الملكية للمؤمن (مالك العقار) مدينًا كان أم كفيلاً عينياً، ولا يمكن للدائن البتّة، تنفيذ مضمون بند التملك والمطالبة بنقل الملكية وتسجيل العقار على إسمه. وحقّه في ذلك يبدأ من تاريخ التخلف عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، حينها يستطيع الدائن المباشرة بإجراءات نقل الملكية وتسجيل العقار على إسمه.

وخلال هذه الفترة (أي قبل الإستحقاق) يجب التمييز بين حالتين، حيث يمكن أن يظهر الإتفاق على التملك إما على شكل بند ضمن عقد التأمين العقاري، أو تعهد بنقل الملكية على إسم الدائن في حال عدم التمكن من الدفع عند الإستحقاق (أولاً)، و إما على شكل بيع نهائي بالعقار المؤمن عليه يُوقّع بعد عقد التأمين ولكن قبل الإستحقاق (ثانياً).

(1) جورج ش دراوي، سلسلة الحقوق العينية الحقوق العينية العقارية، الجزء الثاني: التأمين العقاري، لا طبعة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2013، ص. 263.

(2) ادوار عيد، كريستيان عيد، التأمينات العينية (التأمين العقاري-الرهن العقاري-رهن المنقول- حقوق الامتياز)، الطبعة الثالثة، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ص. 273 .

(3) محمد طه البشير، غنى حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2009، ص. 520 .

أولاً : طبيعة البند الوارد في عقد التأمين أو التعهد الذي يُوقَّع بعده

83. بالنظر إلى طبيعة هذا البند أو التعهد⁽¹⁾ قبل الشروع في تنفيذه – أي قبل الإستحقاق – فإنه يتضمَّن تعهدًا من قبل المالك (المدين أو الكفيل العيني) بتسجيل العقار على إسم الدائن، في حال تخلف المدين عن دفع الدين المضمون بتاريخ الإستحقاق، وهو ما يُكَيِّف على أنه وعد بالبيع بالعقار المؤمَّن عليه من قبل المالك (المدين أو الكفيل العيني) لمصلحة الدائن المؤمَّن له⁽²⁾. وقد أكَّد على ذلك جانب كبير من الفقه الفرنسي⁽³⁾، حينما اعتبر أنَّه، عند وجود بند أو اتفاق على تمكُّك الدائن المؤمَّن له، للعقار عند عدم الوفاء بتاريخ الإستحقاق، يكون هذا البند بمثابة وعد من جانب واحد، هو المالك (المدين أو الكفيل العيني)، بنقل ملكية العقار المؤمَّن عليه إلى الدائن المؤمَّن له، وذلك خلال الفترة السابقة لحلول أجل الدين.

حيث اعتبر الفقيه الفرنسي Ph. DELEBECQUE في كتابه المنوَّه عنه أنَّه، أنَّ انتقال ملكية العقار عند وجود بند أو اتفاق يقضي بتمكُّك العقار عند عدم الإيفاء، لا يتم مباشرة بتاريخ توقيع الإتفاق، بل يعتبر هذا الإتفاق بمثابة نوع من الوعد بالبيع.

(1) راجع : صور بند التملك : الفقرة 63 وما يليها .

(2) منصور حاتم محسن، زينب حسين يوسف، النظام القانوني للاتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)، مجلة المُحقِّق الحلي للعلوم القانونيَّة والسياسيَّة، جامعة بابل، العراق، العدد 2، المجلد 9، 2017، ص. 115 .

(3) Christophe JACOMIN, «L'intérêt du pacte comissoire dans les sûretés», Www.fr.scribd.com, date de visite : 25/2/2018. Philip DELEBECQUE, « Le régime des hypothèques », in Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, Juris-classeur périodique édition Générale, n° 20, 17 mai 2006, p. 29 . Nicolas BORGA, *L'ORDRE PUBLIC ET LES SÛRETÉS CONVENTIONNELLES*, Thèse pour le Doctorat en droit présentée et soutenue publiquement le 14 décembre 2007, UNIVERSITÉ JEAN MOULIN-LYON 3, FACULTÉ DE DROIT, p. 173 sur la site : Www.fdv.univ-lyon3.fr. date de visite : 27/2/2018 ; Frédéric BICHERON, *La dation en paiement*, Thèse Paris II, sous la direction du Professeur Grimaldi, 2006, n° 288. Nicolas MOREAU, Dominique RICHARD, Le Bulletin de Cheuvreux, N° 02 – 2006 (Juin) – 11^{ème} édition, p. 7. Publié sur le site : www.cheuvreux-notaires.fr, date de visite : 20/2/2018 .

"l'attribution de la propriété du bien n'intervient pas automatiquement et le pacte est considéré comme une sorte de promesse unilatérale" .

كذلك أشار إلى ذلك الفقيهين N. MOREAU, et D. RICHARD عندما اعتبرا أن بند التمكُّ يعتبر وعد بيع من طرف واحد :

"Le pacte comissoire serait une convention par laquelle une personne s'engagerait à transmettre (à vendre ?) un bien à une autre personne, sous certaines conditions. Présenté ainsi, le pacte comissoire aurait la forme d'une promesse unilatérale de vente"⁽¹⁾ .

والقضاء الفرنسي⁽²⁾ بدوره أكد على ذلك في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية، معتبراً أن الإتفاق بين طرفي التأمين بعد إنشاء العقد، والذي بموجبه يُمنَح الدائن ملكية العقار المؤمن عليه عند عدم الوفاء، يشكّل وعداً ببيع العقار المؤمن عليه له.

ومن المعلوم أن الوعد بالبيع، حسب ما عرّفته المادة 493 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، هو "عقد بمقتضاه يلتزم المرء ببيع شيء من شخص آخر لا يلتزم شراءه في الحال. ومن طبيعة هذا العقد أنه غير متبادل. وهو لا يولّد موجّباً ما على الموعود بل يلزم الواعد بوجه بات، فلا يستطيع الرجوع عن عرضه بل يجب عليه انتظار قرار الشخص الموعود". وهو يصبح بيعاً نهائياً عندما يصرح الشخص الموعود بعزمه على الشراء، دون أن يكون له مفعول رجعي، ويتم انتقال الملكية في يوم القبول مع الاحتفاظ بأحكام القوانين العقارية فيما يخص الأموال غير المنقولة (المادتين 496 و 498 من قانون الموجبات والعقود اللبناني).

أما المادة 220 من قانون الملكية العقارية فقد عرّفت الوعد بالبيع بأنه "اتفاق يتعهد بموجبه شخص ببيع شيء ما لشخص آخر، حالما يصرح هذا الشخص الأخير (الذي لا يتعهد بشراء الشيء)، بأنه قرّر شراء الشيء الموعود به على هذه الصورة. ولا يكون الوعد بالبيع صحيحاً، إلا إذا شمل اتفاق الطرفين، بأن

(1) Nicolas MOREAU, Dominique RICHARD, Le Bulletin de Cheuvreux, N° 02 – 2006 (Juin) – 11^{ème} édition, p. 7. Publié sur le site : www.cheuvreux-notaires.fr, date de visite : 20/2/2018 .

(2) محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، قرار رقم 1957/3/25، نقلا عن : منصور حاتم محسن، زينب حسين يوسف، النظام القانوني للاتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ، ص. 117 .

واحد، الشيء والضمن والمهلة التي يتسنى لصاحب الوعد في أثناءها أن يقرّر الشراء. ولا يجوز أن تتجاوز هذه المهلة خمس عشرة سنة، وإذا اتفق الطرفان على مهلة تتعدى الخمس عشرة سنة يكون الوعد صحيحاً إنما لا يكون له مفعول إلا مدة خمس عشرة سنة".

إلا أننا إذا نظرنا إلى واقع الحال، فإننا نجد أن هذا الوعد بالبيع مرتبط بشرط محدد، هو عدم وفاء المدين بالدين بتاريخ الإستحقاق، وليس مرتبطاً بقبول الموعد له الشراء وإعلان نيته بذلك، إذ إنّ هذا القبول مُعلن عنه مسبقاً من خلال قبول الدائن (الموعد) تضمين العقد هذا البند، أو إعلان موافقته على التعهّد المنظّم من قبل المالك بنقل الملكية له، في حال التخلف عن الدفع بتاريخ الإستحقاق. وعلى هذا يبدو أنّ الوعد بالبيع هذا، هو وعد يختلف بطبيعته عن الوعد بالبيع العادي، فهو ذو طبيعة خاصة، إذ لا يتوقّف على إعلان نية الموعد له بقبول الشراء والتعاقد، بل على حادث أو شرط محدد هو عدم وفاء المدين بالدين بتاريخ الإستحقاق.

وهذا ما أكّده الفقيه الفرنسي F. Bicheron باعتباره بند التملك وعداً بالبيع بالعقار المؤمن عليه يلزم طرفاً واحداً هو المؤمن مالك العقار (المدين أو الكفيل العيني)، بنقل الملكية لمصلحة الدائن المؤمن له، غير أنّ هذا الوعد معلق على شرط، هو تخلف المدين عن دفع الدين بتاريخ الإستحقاق وعدم تمكنه من الوفاء.

“une promesse unilatérale et conditionnelle de dation en paiement. le créancier acquiert un droit à la réalisation de la dation sous la condition suspensive de l'inexécution de l'obligation contractée par le débiteur”⁽¹⁾ .

كما اعتبر جانب آخر من الفقه⁽²⁾، أنّ شرط تملك الدائن المرتهن (المؤمن له) العقار المرهون (المؤمن عليه)، الموقّع قبل حلول أجل الدين المضمون به، هو بمثابة بيع معلق على شرط، وهذا الشرط هو عدم سداد الدين عند حلول الأجل. وهذا ما يمكن اعتباره بمثابة الوعد المتبادل بالبيع والشراء، حيث يلتزم مالك العقار (المدين أو الكفيل العيني)، بأن يبيع ويلتزم الدائن (المؤمن له) بالشراء، ويكون الإتفاق ملزم للجانبين؛

(1) Frédéric BICHERON, *La dation en paiement*, (Thèse), op. cit, n° 288.

(2) سليمان مرقس، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد: الرهن الرسمي، الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، دون طبعة، مطبعة دار النشر للجميع - مصر، 1959، ص. 435.

في مثل هذه الحال، يكون الطرفان أَرادا إبرام بيع تام، لكنّه ليس بيع نهائي، بل إنّه عقد ابتدائي ينشئ في ذمّة كل من الطرفين إلتزاما شخصياً بإبرام البيع النهائي عند تحقق الشرط⁽¹⁾ .

وشرط تخلف المدين عن الإيفاء بتاريخ الإستحقاق هو شرط تعليق⁽²⁾ (Condition suspensive) بحيث يترتب على تحقّقه قيام الموجب، وفي هذه الحالة يكون موجب المالك بنقل الملكية معلّقاً على تحقّق هذا الشرط، فإذا ما تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، أصبح المالك ملزماً بنقل الملكية والتفرّغ عن العقار لمصلحة الدائن. إذ قبل تحقّق الشرط لا يمكن أن تنتقل الملكية للدائن، أما بعد تحقّقه يصبح المالك ملزماً بنقل الملكية، وهذا التفرّغ لا يكون له أثراً رجعيّاً، إذ إنّ ماهية الموجب هنا تقتضي أن تبقى الملكية في يد المالك إلى حين تحقّق الشرط .

ثانياً : طبيعة الإتفاق المُنفذ فعلياً قبل استحقاق الدين.

84. إن المقصود بالتنفيذ الفعلي لاتفاق التملك، هو قيام المالك (المدين أو الكفيل العيني) بتنظيم عقد بيع تام ونهائي بالعقار المؤمن عليه قبل استحقاق الدين (وليس بعد استحقاق الدين، لأن هذه الفرضية حكمها يختلف عن فرضية تنظيم البيع ونقل الملكية للدائن بعد الإستحقاق، وهو موضوع بحث في الفقرة اللاحقة)، أو تنظيم وكالة غير قابلة للعزل به وفقاً لأحكام الفقرة الأخيرة من المادة 810 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تفيد بعدم إمكانية عزل الموكل للوكيل متى كانت الوكالة منعقدة في مصلحة الوكيل أو شخصٍ آخر، إلا برضى الفريق الذي انعقدت لأجله، ووفقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة 818 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تفيد بأن موت الموكل أو تبدّل حالته لا يسقط وكالة الوكيل الأصلي

(1) علي ابراهيم، العقود المسماة (البيع - الإجارة - الوكالة)، الطبعة الثالثة ، 2012، دون دار نشر، ص. 51.

(2) المادة 81 من قانون الموجبات والعقود اللبناني : «الشرط عارض مستقبل غير مؤكّد يتعلّق عليه تولّد الموجب أو سقوطه، ويكون له مفعول رجعي، إلا إذا تحصل العكس من مشيئة الفريقين أو من ماهية الموجب. وفي الحالة الأولى المشار إليها في الفقرة السابقة، يقال له شرط التعليق، وفي الحالة الثانية يسمى شرط الإلغاء».

ووكالة وكيله متى كانت الوكالة معطاة في مصلحة الوكيل أو في مصلحة شخص ثالث، على اعتبار أنّ هذه الوكالة تعتبر بمثابة عقد بيع تام وفق ما أكد عليه الكثير من الفقه⁽¹⁾ والإجتهاد⁽²⁾ في مواضع كثيرة. في ظل غياب النص القانوني الصريح على هذه الفرضية وعدم وجود آراء فقهية واضحة، تصدّى الإجتهد لها في كثير من الحالات والقرارات فاعتبرها حيناً رهن بطريق نقل الملكية، وحيناً آخر اعتبر هذا البيع مجرد ضمانات إضافية لا يخوّل المشتري أو الوكيل أية صلاحية ببيع العقار المقدم كضمانة. 85. فمن جهة أولى اعتبر القرار الصادر عن محكمة التمييز المدنية⁽³⁾ أنه "يجب إعطاء الوصف الصحيح للوكالة على ضوء التعهّد ومعطيات الدعوى، ولا يستتبع قانوناً إبطال الوكالة، بل يفترض إعطاء الوصف

(1) يراجع في هذا الشأن : بيار اميل طويبا، الوكالة غير القابلة للعزل في تطبيقاتها العملية، الطبعة الاولى، 1998، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان، ص. 37 ؛ علي فارس فارس، سلطات وموجبات الوكيل وانتهاء وكالته في القانون اللبناني والمقارن، الطبعة الاولى، 1998، دون دار نشر، ص. 229 وما يليها؛ علي ابراهيم، العقود المسماة (البيع - الإجارة - الوكالة)، مرجع سابق، ص. 508 وما يليها. علي فارس فارس، سلطات وموجبات الوكيل وانتهاء وكالته في القانون اللبناني والمقارن، الطبعة الاولى، 1998، دون دار نشر، ص. 229؛ رياض علي التامر، الوكالة غير القابلة للعزل لجهة آثارها القانونية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، الجامعة اللبنانية - المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والإقتصادية، 2010، ص. 85. وعلى العكس من ذلك : عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الثاني، الملكية العقارية، الطبعة الثالثة، 2018، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ص. 381.

(2) محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 2005/54 تاريخ 2005/6/21، صبحية عواضه ورفاقها/حسن عواضه، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية www.legallaw.ul.edu.lb، تاريخ الزيارة : 2018/2/10؛ ايضاً يراجع : القاضي المنفرد المدني في كسروان الناظر في الدعاوى العقارية، قرار رقم 132، تاريخ 2010/11/29، فوزي عقيقي/رولان جبارة ورفيقتة، مجلة العدل، العدد 3، 2011، ص. 1415، وقد جاء في احدى حيثيات هذا القرار : "حيث إن الرأي الجامع في الاجتهاد يعتبر الوكالة غير قابلة للعزل لتعلق حق الغير بها، عند تضمينها نصاً يفيد إبراء ذمة الوكيل من أي حق أو مطلب أو محاسبة، تبعا لوصول كامل الثمن، بمثابة عقد بيع ويصنفها والحال هذه في خانة الوكالة الدورية".

(3) محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 2004/2، تاريخ 2004/2/17، بهجات جبرائيل/طوني روكس، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb>، تاريخ الزيارة : 2018/1/11.

الصحيح لها كرهن عقاري له مفعول منتج، حفاظاً على حقوق الفريقين، لاسيما الدائن المميز باستيفاء قيمة دينه".

كما اعتبر القرار الصادر عن القاضي المنفرد المدني في جب جنين⁽¹⁾ "أن تلك العلاقة الأخرى، التي تحقيقاً لمآربها صار تنظيم الوكالة باسم المقرر ادخاله السيد [...]، والتي على أساسها حصل البيع، ينطبق عليها وصف الرهن بطريق نقل الملكية الذي يبيّن القرار رقم /3339/ أحكامه في المواد 91 وما يلها منه، وذلك على سبيل كفالة عينية ضماناً للدين المذكور". وفي قرار آخر صادر عن محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان⁽²⁾ جاء فيه "وحيث ينبني على ما تقدّم أن تلك العلاقة التعاقدية الأخرى التي على هامشها صار إبرام تلك الوكالة غير القابلة للعزل وعقد البيع إنّما هي رهن بطريق نقل الملكية "le nantissement par . transfert de propriété".

واللافت في هذين القرارين أنّ المحكمة لم تأخذ بعين الاعتبار النية الحقيقية لكلا الطرفين، ولم تلتفت إلى موضوع انتقال الحياة. ذلك أنّ انتقال الحياة في الرهن العقاري يعتبر ركناً من أركان العقد وليس أثراً له، وأن تنظيم الوكالة والتعهد، لم ينقلا الحياة ولا الملكية للمشتري، ولم يكن تنظيمهما بهدف نقل الملكية ولا الحياة.

ومن جهة أخرى فقد اعتبرت محكمة التمييز المدنية⁽³⁾ " أنه من الثابت في ضوء العلاقة كما نشأت ثم عقدت بين الفريقين، أنّ تنظيم الوكالتين (وكالة عادية ووكالة غير قابلة للعزل) والتفويض على الأقسام

(1) القاضي المنفرد المدني في جب جنين الناظر في الدعاوى العقارية، قرار رقم 2015/45، تاريخ 2015/6/17، أحمد حمود/هدية بعلبكي، مجلة العدل، 2017، العدد 2، ص 1044.

(2) محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، قرار رقم 2016/550 تاريخ 2016/12/6، رياض فياض/غيدة سلامي، مجلة العدل، 2017، العدد 1، ص 379. ذات المعنى القاضي المنفرد المدني في كسروان الناظر في الدعاوى العقارية، قرار رقم 2010/132، تاريخ 2010/11/29، فوزي عقيقي/رولان جبارة ورفيقتة، مجلة العدل، 2011، العدد 3، ص 1415.

(3) محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 2012/59، تاريخ 2012/6/19، ابراهيم مرتضى/بنك لبنان والخلج ورفاقه، مجلة العدل، 2013، العدد 4، ص 1938، منشور أيضاً على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb>، تاريخ الزيارة 2017/11/7. بذات المعنى محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 2012/121، تاريخ 2012/1/27، ميشال صعب/طوني الصدي، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb>، تاريخ الزيارة : 2017/11/6، وقد جاء في إحدى حيثياته : "أن تسجيل العقار على إسم الدائن إنّما أتى ضماناً لسداد الدين المتوجب بذمة المميز تجاه المميز عليه".

العائدة للمستأنف في العقار المذكور قد تمّ على سبيل الضمانة، لضمان استيفاء المصرف المُقرض قيمة الأموال والتسهيلات المصرفية التي منحها للمستأنف [...] وليس في عقدي التأمين على الأقسام المذكورة المنظمين بذات تاريخ تنظيم الوكالتين والتفويض كضمانة للتسهيلات المصرفية، ما يثبت انعدام سبب الوكالتين والتفويض، لأنه ليس هناك ما يمنع من إعطاء أو أخذ أكثر من ضمانة للدين"، وهو ما يفسّر أن هذه الوكالات والبيوعات العقارية المنظمة لمصلحة الدائن فعلياً، هي ضمانة إضافية لا تخوّل المشتري أو الوكيل أية صلاحية ببيع العقار المقدم كضمانة.

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للإتفاق على التملك في المرحلة اللاحقة لاستحقاق الدين

86. لمعرفة طبيعة هذا الإتفاق في هذه المرحلة، يجب معرفة كيفية حصوله بين أطرافه ومن ثمّ أثره على علاقة المداينة المتمثلة بالدين المؤمّن عليه. فبالنسبة لكيفية حصوله فإنّ هذه الحالة⁽¹⁾ تقترض حلول أجل الدين واستحقاقه وتخلف المدين عن الإيفاء، فيقوم مالك العقار، وبالإتفاق مع الدائن، بالتفرغ عن العقار المؤمّن عليه لقاء الدين المترتب لهذا الأخير في ذمة المدين. وبالتالي يقبل الدائن عوضاً عن تنفيذ الموجب الأساسي المتوجب له (الدين المضمون بالتأمين) أداء شيء (نقل ملكية العقار) على إسمه. أما بالنسبة للأثر المترتب على هذه العملية فإن أهم ما ينتج عنها هو انقضاء الدين بشكل كامل، مقابل نقل ملكية العقار المؤمّن عليه؛ فتُبرأ ذمة المدين من الدين ويكتسب الدائن ملكية العقار. فالأصل أن يقوم المدين بإيفاء الدين المتوجب عليه لمصلحة الدائن، الذي لا يمكن إلزامه بقبول شيء غير الشيء المُستحق، وإن كان أعلى قيمة منه، إلّا أنّه إذا قبل الدائن بشيء (وفي هذه الحالة هو العقار) غير الشيء المستحق (وهو الدين المضمون بالتأمين)، فإنّ الدين يسقط وتُبرأ ذمة المدين وتسقط معه جميع التأمينات المتعلقة به. فنكون أمام إنهاء كامل لعقد المداينة ومعها التأمين العقاري، وهو ما يعتبر إيفاءً بأداء العوض (أولاً)، وسمة هذا الوصف يعود لكون الإتفاق على التملك يحصل بعد استحقاق الدين، لكن هل يمكن حصول الإتفاق على الإيفاء بأداء العوض قبل استحقاق الدين؟ (ثانياً) .

(1) تختلف هذه الحالة، عن الحالة التي يقوم بها المالك بتنظيم عقد بيع أو وكالة غير قابلة للعزل بالعقار، والتفرغ عنه ونقل ملكيته إلى الدائن لقاء الدين قبل استحقاق الدين وحلول أجله، وهي حالة جرى بحثها والتطرق إليها في الفقرة السابقة، راجع الفقرة رقم 84 .

أولاً : اعتبار الإتفاق الحاصل بعد الإستحقاق إيفاءً بأداء العوض

87. انطلاقاً من هذا التحليل البسيط للإتفاق على التملك الحاصل بعد استحقاق الدين، وفقاً لما ذُكر أعلاه، والذي يؤدي إلى إنقضاء الدين المضمون دون سداذه فعلياً، من خلال الإيفاء به عن طريق نقل ملكية العقار إلى الدائن مقابل الدين. يمكن القول أنّ هذا الإتفاق يعتبر بمثابة إيفاءً بأداء العوض، المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 318 من قانون الموجبات والعقود التي جاء فيها : "يسقط الدين إذا قبل الدائن عوضاً عن التنفيذ أداء شيء غير الذي كان يجب له"، وليس أمام تجديد للموجب الذي يؤدي إلى سقوط الموجب القديم وقيام موجب جديد يبقى دون وفاء.

والإيفاء بأداء العوض هو أحد طرق سقوط أو انقضاء الموجب، والتي يحصل من خلالها الدائن على منفعة غير التي كان يحقّ له طلبها. فالمادة 290 من قانون الموجبات والعقود تنص على أن الموجبات تسقط بتدبير أو حادث يضمن للدائن الحصول على منفعة غير التي يحق له أن يطلبها كالإيفاء بأداء العوض⁽¹⁾.

ويمكن تعريف الإيفاء بأداء العوض بأنه تسليم المدين للدائن وبرضى هذا الأخير وموافقته شيئاً آخر غير الذي كان يجب على المدين أن يدفعه للدائن وفقاً لبنود عقد المداينة⁽²⁾. وبالتالي فهو اتفاق بين الدائن والمدين يؤدي إلى حصول الأول من الثاني، على شيء بدلاً من الشيء المتفق عليه أصلاً، وبذلك يستوفي الدائن حقه وتبرأ ذمة المدين⁽³⁾. وغالباً يتم الإيفاء بأداء العوض عندما يكون المدين ملتزماً بأداء مبلغ من النقود ضمن مهلة معينة، ويعجز عن الإيفاء بتاريخ الإستحقاق، فيقدم على الإتفاق مع الدائن على تقديم شيء معين له بدلاً من النقود، قد يكون بضاعة أو سلع أو حتى عقار، بحيث ينقل ملكية هذا الشيء له وينقضي معه الإلتزام بصورة نهائية.

(1) المادة 290 من قانون الموجبات والعقود اللبناني " تسقط الموجبات : 1- بتنفيذها وهو الوجه الطبيعي لسقوطها (الإيفاء)، 2- بتدبير أو حادث يضمن للدائن الحصول على منفعة غير التي يحق له أن يطلبها (كالغيفاء بأداء العوض، وتجديد الموجب، والمقاصة، واتحاد الذمة)، 3- بأسباب تسقط الموجب أو يمكن أن تسقطه مع قطع النظر عن حصول الدائن على منفعة ما (كاستحالة التنفيذ، والإبراء من الدين، ومرور الزمن).

(2) جورج ش دراوي، سلسلة الحقوق العينية الحقوق العقارية، الجزء الثاني: التأمين العقاري، مرجع سابق، ص. 311 .

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، انقضاء الإلتزام، الجزء الثالث، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2000، ص. 936 .

ويعتبر البعض⁽¹⁾ أن الإيفاء بأداء العوض هو في آن تجديد للموجب (novation) وإيفاء (Paielement) بطريق نقل الملكية، يسقط الموجب الجديد، وبالتالي فهو ينطوي على معنيين، تجديد الموجب القديم بتغيير محله فيؤدي ذلك إلى انقضاء الدين القديم ومعه سائر الضمانات، ونشوء موجب جديد ينقضي مباشرةً بالوفاء به عيناً عن طريق نقل ملكية الشيء البديل. فالإيفاء بأداء العوض، يُعتبر من وسائل أداء الموجبات الشخصية، حيث يحصل بمقتضاه الدائن على منفعة غير التي كان يحق له أن يطلبها، وهو ما يمكن أن يتحقق من خلال تقديم عقار عوضاً عن الدين الأصلي⁽²⁾.

وقد أكدّ الفقه في كثير من المواضع على أنّ الإتفاق على تملك الدائن العقار المؤمن عليه مقابل الدين المضمون، بعد استحقاق الدين وتخلّف المدين عن الدفع، إنما يشكل إيفاءً بأداء العوض. حيث ذكر القاضي عفيف شمس الدين⁽³⁾، نقلاً عن العلامة بلانيول أنه "إذا حصل اتفاق بعد حلول أجل الدين، أو حلول قسط منه، فإنّ الإتفاق يقع صحيحاً [...] لأن تملك الدائن للعقار يعتبر من قبيل الوفاء بمقابل، هو أمر جائز طبقاً للمبادئ العامة في الموجبات".

ويذكر العلامة السنهوري⁽⁴⁾ أنه "يجوز بعد حلول الدين كلّهُ أو بعضه، للراهن (المؤمن)، مدينًا كان أو كفيلاً عينياً، أن يتفق مع الدائن المرتهن (المؤمن له) على أن ينزل له عن العقار المرهون (المؤمن عليه)، ويكون هذا وفاءً بمقابل"، (مع العلم أن التأمين العقاري يطلق عليه في القانون المصري تسمية الرهن الرسمي).

(1) جورج ش دراوي، سلسلة الحقوق العينية الحقوق العقارية، الجزء الثاني: التأمين العقاري، مرجع سابق، ص 312. بذات المعنى : ادوار عيد، كريستيان عيد، التأمينات العينية (التأمين العقاري-الرهن العقاري-رهن المنقول- حقوق الامتياز)، الطبعة الثالثة، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، 2011، ص. 290؛ وعبد الرزاق السنهوري، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، انقضاء الالتزام، الجزء الثالث، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2000، ص. 805 .

(2) محكمة الدرجة الاولى في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 2011/137 تاريخ 2011/2/1، محمد بن نواف ال سعود/وليد الحاج والمحامي أ.ت.، مجلة العدل، 2011، العدد 2، ص. 885 .

(3) عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الثالث، الحقوق العينية العقارية، الطبعة الثالثة ، 2018، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ص. 134، ، انظر أيضاً : جورج ش دراوي، سلسلة الحقوق العينية الحقوق العقارية، الجزء الثاني: التأمين العقاري، مرجع سابق، ص. 283 .

(4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2000، ص. 432 .

كما إن الفقه الفرنسي⁽¹⁾ اعتبر أنّ الإتفاق على التملك الذي يحصل بعد حلول أجل الدين، والذي بموجبه يتفرغ المالك (المدين أو الكفيل العيني) عن العقار لمصلحة الدائن المؤمن له عند عدم الوفاء بتاريخ الإستحقاق، إنما يعتبر بمثابة إيفاء بأداء العوض (dation en paiement).

حيث اعتبر Nicolas BORGA في مؤلفه المنوّه عنه أعلاه، أن بند التملك هو نوع من الإيفاء بأداء العوض، حيث ينقضي الدين المضمون عن طريق الإيفاء بأداء العوض.

«Le pacte commissaire est une forme de dation en paiement, et éteint la créance garantie sous forme d'une dation en paiement du bien».

وفي هذا الإطار، اعتبر البعض⁽²⁾ أن الإتفاق على تملك العقار مقابل الدين هو إيفاء بأداء العوض بصورة إكراهية، ناتج عن تخلف المدين عن دفع الدين المضمون.

« le pacte commissaire demeure un mode de réalisation, déclenché par la défaillance du débiteur, analogue à une dation en paiement forcée ».

من جهته أكد الإجتهد اللبناني، بأنّ الإتفاق على التملك عندما يحصل بعد حلول أجل الدين، يعتبر بمثابة إيفاء بأداء العوض، حيث اعتبر القرار الصادر عن محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان⁽³⁾، والذي صادقت

(1) Christophe JACOMIN, L'intérêt du pacte commissaire dans les sûretés, étude Publié sur le site : Www.fr.scribd.com, date de visite 25/2/2018. Nicolas BORGA, *L'ORDRE PUBLIC ET LES SÛRETÉS CONVENTIONNELLES*, op. cit, p. 173. Nicolas MOREAU, Dominique RICHARD, Le Bulletin de Cheuvreux, N° 02 – 2006 (Juin) – 11^{ème} édition, p. 7. Publié sur le site : www.cheuvreux-notaires.fr, date de visite : 20/2/2018 .

(2) L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, La publicité foncière, Defrénois, 2ème éd., 2006, n° 687 . S. Hébert, « Le pacte commissaire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », Dalloz 2007, p. 2052, n 30 ; publié dans le Bulletin d'information, Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications, N° 841, 1^{er} mai 2016, p. 36, sur le site : www.courdecassation.fr, date de visite 28/10/2018 .

(3) محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 2011/137 تاريخ 2011/2/1، محمد بن نواف ال سعود/وليد الحاج والمحامي أ.ت.، مجلة العدل، 2011، العدد 2، ص. 885 . بذات المعنى : محكمة الدرجة الأولى في

عليه الهيئة العامة لمحكمة التمييز (1) "أنه بانصرام ذلك الأجل المحدد وتبعاً لتحقيق الشرط المتفق عليه، تمّ تنفيذ ذلك الإتفاق وفقاً لمؤداه على نحو تمخّض عنه إيفاءً بأداء العوض Dation en paiement، انتقلت من خلاله ملكيّة العقار موضوع الدعوى إلى المدعى عليه، مقابل ما كان قد بقي له من دين في ذمّة المدعي".

ولقول بأن الإتفاق على التملك إنما يشكّل إيفاءً بأداء العوض، يُشترط أن يحصل هذا الإتفاق بتاريخ لاحق لاستحقاق الدين، "لأنه من البديهي القول أن الإيفاء بأداء العوض يكون بموجب اتفاق لاحق لنشوء الدين، وإلاّ لما كانت هنالك حاجة لتحديد شيء آخر يختلف بطبيعته عن موضوع الدين ونقل ملكيته إلى الدائن. pour qu'il y ait dation en paiement ou que l'acte translatif puisse être qualifié tel, il faut qu'il y ait une dette préexistante non éteinte que cette opération est destinée à éteindre . (2)"

كما يشترط أن تكون نيّة الأطراف منصرفة إلى إطفاء الدين بواسطة الإيفاء بأداء العوض، وبأن اتفاق التملك هو كذلك، "إذ لا يمكن اعتباره إيفاءً بأداء العوض طالما لم يُلاحظ ذلك في العقد" (3)، بالتالي يجب إثبات حصول اتفاق على إطفاء الدين وإنهائه، بواسطة الإيفاء بأداء العوض عن طريق حصول الدائن على العقار المؤمن عليه مقابل الدين المضمون به.

جبل لبنان، الغرفة الثامنة، قرار رقم 2011/157 تاريخ 2011/10/24، جان جبرائيل/رياض شاهين، مجلة العدل، 2012، العدد 1، ص. 330، ومحكمة الدرجة الاولى في جبل لبنان، الغرفة الثامنة، قرار صادر تاريخ 2015/3/28، (دون رقم)، امال عبيد/الإعتماد اللبناني ورفيقه، مجلة العدل، 2016، العدد 3، ص. 1025.

(1) الهيئة العامة لمحكمة التمييز، قرار مبدئي رقم 2014/1 اساس 2012/11/ تاريخ 2014/1/27، وليد الحاج/الدولة اللبنانية، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية www.legallaw.ul.edu.lb تاريخ الزيارة 2018/2/17.

(2) محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 2012/6، تاريخ 2012/1/19، محمد بن نواف آل سعود/وليد الحاج ورفيقه، مجلة العدل، 2013، العدد 1، ص. 225؛ بذات المعنى محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 2012/11، تاريخ 2012/2/2، سعاد نادر ورفيقها/ميلاد وميشال سمعان، مجلة العدل، 2012، العدد 4، ص. 1856.

(3) محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 2012/121 اساس 2012/91/، تاريخ 2012/11/27، ميشال صعب/طوني الصدي، مجموعة باز، رقم 51، سنة 2012، ص. 563؛ بذات المعنى محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 2012/11، تاريخ 2012/2/2، سعاد نادر ورفيقها/ميلاد وميشال سمعان، مجلة العدل، 2012، العدد 4، ص. 1856.

وينبغي الإشارة أخيراً إلى أن المادة 318 من قانون الموجبات والعقود اللبناني تنص على أن "قواعد البيع تُطبَّق مبدئياً على الإيفاء بأداء العوض ولا سيما القواعد المختصة بالضمان وبأهلية المتعاقدين"، وهذا ما يُفسَّر أنَّ الدائن يستفيد من ضمان العيوب الخفية المحددة شروطه وأحكامه في المواد 442 وما يليها من القانون نفسه. خ

ثانياً : إمكانية الإتفاق على الإيفاء بأداء العوض قبل استحقاق الدين

88. وفقاً للمادة 299 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، فإنه يتوجب على المدين إيفاء الشيء المستحق والمتوجب عليه نفسه لمصلحة الدائن، وهذا الأخير لا يجبر على قبول شيء غير الشيء المُستحق، وإن كان أعلى قيمة منه. إلا أنه في حالات معينة لا يتمكن المدين من ذلك، فيلجأ إلى الإتفاق مع الدائن بعد استحقاق الدين، على القيام بالإيفاء بشيء ما غير الشيء المستحق، وذلك عن طريق الإيفاء بأداء العوض.

وإذا كان الإيفاء بأداء العوض هو وسيلة إيفاء عند استحقاق الموجب أو الدين وليس عند إنشائه⁽¹⁾، فإن السؤال الذي يُطرح هنا : هل يمكن حصول إتفاق بين الدائن والمدين على الإيفاء بأداء العوض قبل استحقاق الدين أو الموجب؟ بمعنى آخر، ألا يمكن للدائن والمدين الإتفاق في العقد الذي يجمعهما، أو في وقت لاحق له - بأنه في حال حصول طارئ ما في المستقبل، حال دون تنفيذ العقد وفقاً لبنوده، وأدى إلى تخلف المدين عن إيفاء الدين المتوجب عليه- هل يمكن الإتفاق على إيفاء الدين أو الموجب بشيء آخر غير الشيء المتوجب، بحيث ينتج هذا الإتفاق آثاره في المستقبل في حال تخلف المدين عن دفع الدين المتوجب بتاريخ الإستحقاق ؟ .

إن العودة إلى النصوص القانونية التي ترعى أحكام الإيفاء بأداء العوض في قانون الموجبات والعقود، تُبين خلوها من أية إشارة إلى هذا الموضوع؛ فالفقرة الثانية من المادة 290 من قانون الموجبات والعقود تنص على أن الموجبات تسقط "بتدبير أو حادث يضمن للدائن الحصول على منفعة غير التي يحق له أن يطلبها كالإيفاء بأداء العوض". كذلك الأمر بالنسبة للفقرة الأولى من المادة 318 من قانون الموجبات والعقود التي

(1) محكمة الاستئناف المدنية في جبل لبنان، الغرفة الثالثة عشر، قرار رقم 2016/129، تاريخ 2016/5/31، الإعتدال المالي/أمال عبيد، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية www.legallaw.ul.edu.lb، تاريخ الزيارة : 2018/2/17.

جاء فيها أنه : "يسقط الدين إذا قبل الدائن عوضاً عن التنفيذ أداء شيء غير الذي كان يجب له"، وكلتاهما لم تتضمناً أية إشارة يُمكن الركون إليها للقول بإمكانية حصول ذلك الإتفاق.

إلا أن المادة 319 حملت شيئاً يمكن الركون إليه في هذا الإطار، حيث جاء فيها "إن قواعد البيع تُطبّق مبدئياً على الإيفاء بأداء العوض، ولا سيما القواعد المختصة بالضمان وبأهلية المتعاقدين". والبيع يمكن أن يكون مُعلّقاً على شرط وقوع حادثٍ معيّن، فيكون الطرفان قد اتّفقا على كل شروط البيع، إلا أن انعقاده مُعلّق على حدوث عارضٍ مستقبلي مُحدّد من قبل الطرفين. ففي هذه الحالة، يكون الإتفاق هذا بمثابة العقد الإبتدائي المُمهّد للبيع النهائي، وهو يتكوّن من وعد متبادل بالبيع وبالشراء بين الدائن والمدين⁽¹⁾.

على هذا يمكن القول أن الإتفاق على الإيفاء بأداء العوض، يمكن أن يكون قبل استحقاق الدين، حيث يتضمّن اتفاق الدائن والمدين، سواء في عقد إنشاء الدين أو في عقد لاحقٍ له، أنه في حال عدم تمكّن المدين من دفع الدين المستحق بتاريخ الإستحقاق، يستحصل الدائن على حقّه من خلال حصوله على شيء آخر غير الشيء المُستحق، شرط أن يكون هذا الشيء يعادل نسبياً وبصورة تقريبية قيمة الدين، دون أي زيادة أو نقصان بين القيمتين. وهو الأمر الذي يمكن التأسيس عليه للقول بإمكانية الإتفاق على طريقة إيفاء بديلة للإيفاء الأساسي، وهي الإيفاء بأداء العوض، إذ إنّه لا يوجد في القانون نص يمنع ذلك، كما إنّ هذا الإتفاق يصبُّ في مصلحة كلا الطرفين الدائن والمدين في آنٍ معاً؛ حيث يكون كلاهما على علمٍ ودرايةٍ سابقة بما سيحدث في حال التخلف عن تنفيذ الموجب الأساسي كما هو متفق عليه. ويُشترط هنا أن تكون نيّة الطرفين إتجهت بصورة صريحة، إلى القبول بمبدأ الإيفاء بأداء العوض في حال عدم تمكّن المدين من الإيفاء بتاريخ الإستحقاق، وأن يتضمّن العقد الأساسي أو ما يلحقه من عقود واتفاقيات إضافية، بنداً يشير إلى ذلك بصورة صريحة.

89. من جهتها اعتبرت إحدى غرف محكمة التمييز المدنية في قرارٍ لها⁽²⁾، أنه "لا يمكن اعتبار تسجيل العقار على اسم المميز عليه (الدائن) إيفاءً بأداء العوض، طالما أن العقد الأساسي لم يُلحظ ذلك". وهذا يعني بالمفهوم العكسي لهذا القرار، أنه يمكن الإتفاق على إمكانية اللجوء إلى الإيفاء بأداء العوض قبل

(1) يراجع بهذا الشأن : علي ابراهيم، العقود المسماة (البيع - الإجارة - الوكالة)، مرجع سابق، ص. 51 .

(2) محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 2012/121، اساس 2012/91، تاريخ 2012/11/27، ميشال صعب/طوني الصدي، مجموعة باز، رقم 51، سنة 2012، ص. 563؛ بذات المعنى محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 2012/11، تاريخ 2012/2/2، سعاد نادر ورفيقها/ميلاد وميشال سمعان، مجلة العدل، 2012، العدد 4، ص. 1856.

استحقاق الدين، في حال عدم الدفع بهذا التاريخ؛ شرط أن يكون هناك اتفاق صريح بين الدائن والمدين، على أن التفريغ عن العقار مقابل الدين، في حال عدم الدفع بتاريخ الإستحقاق، إنّما يشكّل إيفاءً بأداء العوض. وهذا يعني ضرورة أن يكون الإتفاق صريحاً وأن تكون نية الفرقاء قد اتجهت عند توقيع الإتفاق، إلى إطفاء الدين بطريقة الإيفاء بأداء العوض⁽¹⁾. كما اعتبرت الهيئة العامة لمحكمة التمييز في إحدى قراراتها⁽²⁾ أنّه يمكن الإتفاق على الإيفاء بأداء العوض، شرط أن يكون هذا الإتفاق بعد نشوء الدين، وبالتالي لم تشترط حصول الإتفاق على الإيفاء بأداء العوض بعد استحقاق الدين، بل اكتفت باشتراط حصوله بعد نشوء الدين، ما يعني أنّ الإتفاق على الإيفاء بأداء العوض جائز قبل استحقاق الدين بصورة فعليّة.

وقد سمح المشرّع اللبناني للمصارف تملك العقارات مقابل بعض الديون عند توفّر شروط معينة، كما إن البعض يقر بإمكانية حصول الإتفاق على التملك في إطار عقود التأمين العقاري، في حال حصول ذلك بعد استحقاق الدين، استناداً إلى مبدأ الإيفاء بأداء العوض، وهو ما سنتحدث عنه في الفصل التالي.

(1) محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثامنة، قرار رقم 2011/157 تاريخ 2011/10/24، جان جبرائيل/رياض شاهين، مجلة العدل، 2012، العدد 1، ص. 330؛ وقد جاء في إحدى حيثيات هذا القرار: " وحيث سبق التنويه أعلاه بأن الأصل هو الوفاء بذات الشيء المنفق عليه وبكامل هذا الشيء، وأنه خروجاً على هذا المبدأ يمكن حصول اتفاق على الوفاء بمقابل بين الدائن والمدين، ولكن هذا الإتفاق يجب أن يحصل [...]، وفي هذا السياق لا يمكن التعويل على الوكالة غير القابلة للعزل، على أنّها وسيلة وفاء بمقابل أي بعوض بدلاً من النقود المتوجبة [...] طالما أنّه لم يرد في نصّها ما يفيد بأنها نُظِّمَت بدلاً من النقود المتوجبة " .

(2) الهيئة العامة لمحكمة التمييز، قرار مبدئي رقم 2014/1 اساس 2012/11/ تاريخ 2014/1/27، وليد الحاج/الدولة اللبنانية، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية www.legallaw.ul.edu.lb، تاريخ الزيارة 2018/2/17. وأيضاً الحكم الابتدائي في ذات الدعوى: محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 2011/137 تاريخ 2011/2/1، محمد بن نواف آل سعود/وليد الحاج والمحامي أ.ت.، مجلة العدل، 2011، العدد 2، ص. 885.

الفصل الثاني : الحالات العامة التي يجوز فيها تملك الدائن العقار مقابل الدين

90. بعد عرض مجمل الأوصاف القانونية التي أُعطيَت لبند التملك المسبق في عقود التأمين العقاري بكافة مراحلها، لاسيما تلك المتعلقة بالإيفاء بأداء العوض، لا بدّ من الإشارة إلى أن المشرع اللبناني يجيز للمصارف تملك عقارات مقابل بعض الديون عند توفّر بعض الشروط (المبحث الاول)، كما إن هناك اتجاهاً عاماً لدى الأوساط القانونيّة، بإمكانية حصول الإتفاق على التملك في إطار عقود التأمين العقاري، في حال حصول ذلك بعد استحقاق الدين، وكلّ ذلك تأسيساً على مبدأ الإيفاء بأداء العوض (المبحث الثاني).

المبحث الأوّل : تملك المصرف العقاري المؤمن عليه مقابل بعض الديون المشكوك في تحصيلها

91. تنص المادة 154 من قانون النقد والتسليف⁽¹⁾ على أنه : "خلافًا للفقرة الثانية من المادة 152⁽²⁾ وللمادة 153⁽³⁾، يمكن للمصرف أن يشتري حصص شراكة أو مساهمة أو عقارات تفوق قيمتها الحد المسموح به، شرط أن يكون الشراء قد حصل لاستيفاء ديون موقوفة أو مشكوك في تحصيلها". وبموجب هذه المادة فقد أجاز المشرع للمصرف الدائن تملك العقار العائد للمدين والمقدّم كضمانة، بحيث يحصل المصرف على العقار مقابل الدين، وهو ما يُعتبر بمثابة إيفاء بأداء العوض. ويشترط أن يكون دينه موقوفاً أو مشكوكاً في تحصيله، فما هو مفهوم هذه الديون (أولاً)، وما هي الآلية المتبعة للتملك (ثانياً)؟

(1) قانون منفذ بالمرسوم رقم 13513 تاريخ 1963/08/01 والمتعلق بالنقد والتسليف وانشاء المصرف المركزي، الجريدة الرسمية، العدد 64، تاريخ 1963/08/12 .

(2) الفقرة الثانية من المادة 152 من قانون النقد والتسليف تنص على أنه : " يحظر على المصارف : 2- أن تشترك بأي شكل من الأشكال، في مؤسسات صناعية أو تجارية أو زراعية أو غيرها مع الاحتفاظ بأحكام المادة 153 ."

(3) المادة 153 من قانون النقد والتسليف تنص: "إن مجموع عناصر موجودات مصرف ما التي تمثل نفقاته التأسيسية الأولية وتجهيزاته ومفروشاتة وتوظيفاته العقارية وحصص الشراكة أو المساهمة أيًا كان شكلها العائدة له في أية مؤسسة مهما كان موضوعها مضافاً إليها مجموع الإعتمادات الممنوحة بموجب المادة السابقة لا يمكن أن تتعدى مجموع الأموال الخاصة في أي وقتٍ كان. إن الممتلكات الثابتة في مجموع عناصر الموجودات هذه، لا يمكن أن تتمثل إلا بأملك مقبولة من مصرف لبنان وفقاً لنظام خاص يضعه مجلس المصرف المركزي".

أولاً : مفهوم الديون الموقوفة والمشكوك في تحصيلها

92. لا تخلو عملية الإقراض والإئتمان من بعض المخاطر مهما كانت قليلة، فبالرغم من الضمانات الكثيرة التي يستحصل عليها المصرف المقرض لقاء عمليات الإئتمان هذه، تبقى هناك ديون ترافقها بعض المخاطر في تسديدها.

وبالأصل تصنف ديون المصارف ضمن فئاتٍ ثلاث: ديون عادية لا مشاكل في استردادها، وديون موقوفة، وديون مشكوك في تحصيلها، يكون موقعها بين الديون العادية والديون الموقوفة.

ويمكن تعريف الديون الموقوفة، بأنها الديون التي لا أمل في تحصيلها، ويعود السبب إلى تصنيفها هكذا لعدم إمكانية الدائن (المصرف) باستردادها، وذلك بسبب إفلاس المدين (العميل) دون بقاء أية موجودات لديه، أو وفاته وعدم تركه لأية أموال، أو سقوط الدين بالتقادم أو لأي سبب آخر.

أما الديون المشكوك في تحصيلها، فهي الديون التي لم يُقَطَّع الأمل نهائياً في تحصيلها لعدم دفعها في الوقت المناسب، بسبب عدم قدرة المدين على الدفع نتيجة سوء ظروفه المالية والإقتصادية والتجارية، بحيث يصبح تحصيل تلك الديون مدعاةً للشك، كلها أو بعضها، ويترتب عليها عبئاً محتملاً. وما ينبغي الإشارة إليه أنه من المؤشرات والبيانات لمعرفة الديون المشكوك في تحصيلها، عدم تعاون العميل مع المصرف وصعوبة الإتصال فيه، وتوقف المقرض عن تحريك حساب القرض، وظهور بوادر ضعف المركز المالي للعميل، أي ضعف مقدرته على الوفاء، وانخفاض قيمة الضمانات المقدّمة إلى المصرف، وأخيراً ظهور المشاكل الإدارية والمالية في نشاط العميل⁽¹⁾.

ويلزم مصرف لبنان بموجب التعميم رقم 58 الصادر بتاريخ 1998/11/10⁽²⁾، جميع المؤسسات المالية والمصارف بوضع تصنيف للديون خاص بها، يسمّى تصنيف مخاطر الديون، ويهدف إلى المساعدة في

(1) ناديا طالب، أثر مخصص الديون المشكوك في تحصيلها على كفاية رأس المال لعينة من المصارف العراقية، مجلة كلية بغداد للعلوم الإقتصادية الجامعة، العدد 41، 2014، ص. 303. يمكن الإطلاع عليها : www.iasj.net/iasj ، تاريخ الزيارة : 2019/4/1.

(2) تعميم مصرف لبنان رقم 58 الصادر بموجب القرار الأساسي رقم 7159 تاريخ 1998/11/10 المتعلق بتصنيف مخاطر الديون، يمكن الإطلاع عليه على الموقع التالي: www.bdl.gov.lb، تاريخ الزيارة : 2019/1/3 .

إدارة مخاطر الائتمان في المصرف أو المؤسسة الماليّة، من خلال وضعه ضمن تصنيف معيّن، بغية اتخاذ الإجراءات القانونيّة اللازمة لحماية حقوقه .

وتلجأ المصارف عادةً إلى إعادة هيكله ديونها بصورة دوريّة، عند تعثّر المدين في سداد دينه، حيث يعتبر تعميم مصرف لبنان رقم 135 الصادر بتاريخ 2015/10/26⁽¹⁾، أنّ الديون القابلة لإعادة الهيكلة هي ضمن فئات ثلاث : للمتابعة والتسوية - دون العادي - والمشكوك في تحصيلها. وتلجأ المصارف إلى تصنيف ديونها على هذا النحو، كي تتّبع الطرق التي أجازها القانون.

وبناءً على ذلك، يعتبر التعميم الأخير في المادة الخامسة منه، أنّه "يمكن تسديد أو تخفيض الديون المُعاد هيكلتها بقيمة العقارات والمساهمات وحصص الشراكة المُتملّكة من المدين وفقًا للمادّة ١٥٤ من قانون النقد والتسليف، شرط موافقة لجنة الرقابة على المصارف على ذلك. واستنادًا إلى ذلك تعتمد المصارف الدائنة إلى تملّك العقارات مقابل الديون الموقوفة أو المشكوك في تحصيلها، عبر الآلية الآتية.

ثانيًا : آليّة تملّك المصرف العقارات مقابل الديون المشكوك في تحصيلها

93. كما ذكرنا أنّنا فإنّ المادة 154 من قانون النقد والتسليف تعتبر أنّه يمكن للمصرف أن يشتري عقارات تفوق قيمتها الحدّ المسموح به، شرط أن يكون الشراء قد حصل لاستيفاء ديون موقوفة أو مشكوك في تحصيلها. إلا أنّه يترتب على هذا المصرف تصفية هذه الموجودات خلال مدة أقصاها سنتان وإذا تعذّر عليه التقيد بهذه المهلة لظروف خارجة عن إرادته، يراجع بشأنها المصرف المركزي. ويخضع هذا التملّك لترخيص تعطيه لجنة الرقابة على المصارف بعد التحقق من أنّ الشراء يتم فعلاً استيفاءً لدين موقوف أو مشكوك في تحصيله.

ولم تحدّد المادّة المذكورة أعلاه آليات وإجراءات هذا التملّك، الأمر الذي تصدّت له تعميمات المصرف المركزي، لاسيما التعميم رقم 267 الموجه إلى المصارف العاملة في لبنان⁽²⁾، الذي يبين آليّة تملك العقارات

(1) تعميم مصرف لبنان رقم 135 الصادر بموجب القرار رقم 12116 تاريخ 2015/10/26 المتعلّق بإعادة هيكله الديون، يمكن الإطلاع عليه على الموقع التالي: <http://www.bdl.gov.lb> ، تاريخ الزيارة 2019/3/26 .

(2) تعميم رقم 267 موجه الى المصارف العاملة في لبنان تاريخ 2011/2/17، يمكن الإطلاع عليه على الموقع التالي: <http://www.bdl.gov.lb> ، تاريخ الزيارة 2019/3/28 .

والمساهمات أو حصص الشراكة، استيفاءً لديون بموجب أحكام المادة 154 من قانون النقد والتسليف والموجبات المتعلقة بهذا التملكُ لحين تصفيتها.

بالنسبة لكيفية حصول هذا التملك فيجب على المصرف أن يرفق بطلب التملك مجموعة من المستندات أهمها : الأرصدة المدينة العائدة للعميل، الضمانات المقدمة، تصنيف المصرف للدين أو تصنيف لجنة الرقابة على المصارف في حال وجوده، المؤونة المكوّنة لقاء الدين والفوائد غير المحقّقة، تعليل المصرف لموجبات التملك، نسخة عن اتفاق التسوية المعقود مع العميل الذي يبين شروط المخالصة والتسوية وقيمة الدين وكيفية التسديد وقيمة التملك المتفق عليه.

بالإضافة الى ذلك يتوجب على المصرف فور حصوله على ترخيص لجنة الرقابة على المصارف بالتملك، تسجيل العقار بشكل ناجز ونهائي لدى الدوائر العقارية ضمن مهلة التسجيل المحددة في كتاب اللجنة (ثلاثة أشهر)، وذلك تحت طائلة إلغاء الترخيص الصادر، وإبلاغ اللجنة ومصرف لبنان بعملية التسجيل على اسم المصرف أصولاً لدى الدوائر المختصة مع إرسال صورة عن المستند القانوني (صورة عن سند الملكية، إفادة عقارية أو عقد بيع ممسوح مع قيد احتياطي، إفادة من السجل التجاري)، وذلك تأكيداً لإتمام معاملة التسجيل.

بعد ذلك يتوجب على المصرف إدراج قيمة التملك بنفس عملة الدين كما وردت في موافقة اللجنة، ويحظر على المصرف تحويل رصيد هذا الحساب إلى عملة أخرى قبل الحصول على موافقة مسبقة من لجنة الرقابة على المصارف. كما يتوجب إطفاء أو تخفيض دين العميل بقيمة العقارات المملوكة.

أما بالنسبة لمهلة تسجيل العقارات على اسم المصرف، فعليه في حال تعذر تسجيل العقارات خلال المهلة المحددة في كتاب الترخيص (ثلاثة أشهر) التقدم من اللجنة بطلب مهلة إضافية للتسجيل على اسمه مع عرض المبررات التي حالت دون ذلك.

ويتوجب على المصرف المُتملك القيام بالخطوات المفصلة في تعميم مصرف لبنان الأساسي رقم 78 تاريخ 2000/12/21⁽¹⁾ وتعديلاته اللاحقة، ومذكرة لجنة الرقابة على المصارف رقم 2008/10 تاريخ

(1) تعميم مصرف لبنان رقم 78 الصادر بموجب القرار الأساسي رقم 7740 تاريخ 2000/12/21، "المتعلق بتصفية العقارات والمساهمات وحصص الشراكة المملوكة استيفاءً لديون موقوفة أو مشكوك في بتحصيلها عملاً بأحكام المادة 154

2008/4/2 أهمها تكوين "احتياطي عقارات للتصفية" اعتباراً من نهاية السنة الثانية للمهلة القانونية المحددة، وتحديد نسبة "احتياطي عقارات للتصفية" المطلوب تكوينه وفق نسب محددة في ذات التعميم.

وتستند هذه العملية في جوهرها إلى مبدأ الإيفاء بأداء العوض، حيث يحصل المصرف الدائن على حقوقه من خلال تملكه العقار العائد للعميل، مقابل الدين المترتب في ذمته. وتبعاً لذلك يتم إطفاء أو تخفيض دين العميل بقيمة العقارات المملوكة. وتتم هذه العملية ضمن الشروط والآليات المذكورة آنفاً، وهي تشكل ضمانات تضمن عدم استغلال الدائن الوضع الإقتصادي للمدين، كونها تتم بعد موافقة لجنة الرقابة على المصارف، وبموجب اتفاق مخالصة مع العميل، الذي يكون في وضع لا يمكن استغلاله فيه، لأنّ الدين مستحق الأداء، ولكون الإتفاق يحصل بعد تاريخ الإستحقاق.

المبحث الثاني : الإتفاق على التملك بعد حلول أجل الدين المضمون

94. يقصد بالإتفاق على التملك الحاصل بعد حلول أجل الدين المضمون، الإتفاق الذي بموجبه يتفرغ المالك (المدين أو الكفيل العيني)، عن العقار المؤمن عليه لمصلحة الدائن المؤمن له مقابل الدين المضمون. ففي هذه الحالة يكون أجل الدين قد استحق، لكن المدين لم يتمكن من الإيفاء. فيعتمد إلى الإتفاق مع الدائن على إيفاء الدين بهذه الطريقة، وإبراء ذمته منه، ويثور التساؤل على مستويين: الأول حول الواقع النظري لهذا الإتفاق ومدى إمكانية أن يُطبّق في ظل القواعد القانونية، والثاني يتعلّق بالواقع العملي الموجود على أرض الواقع.

أولاً : على المستوى النظري

95. لم ينص القانون اللبناني صراحةً على الإتفاق على التملك بعد حلول أجل الدين، إنّما جل ما نصّ عليه هو المادة 107 من قانون الملكية العقارية التي تنص على أنه : " لا يجوز الإتفاق على أن يبقى العقار المرهون، في حالة عدم وفاء الدين، ملكاً للدائن"؛ بالتالي يُعتبر حكم الإتفاق على التملك في حالة إبرامه بين الدائن المؤمن له والمدين المؤمن، سواء عند إنشاء عقد التأمين أو بعد إنشائه وقبل حلول أجل

من قانون النقد والتسليف"، يمكن الإطلاع عليه على الموقع التالي: <http://www.bdl.gov.lb> ، تاريخ الزيارة 2019/3/26 .

الدين يعتبر باطل حكمًا؛ الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول الوضعية القانونية التي تحكم هكذا اتفاق بعد حلول أجل الدين.

بالعودة إلى القانون المقارن نجد أن القانون المدني المصري يكرّس مبدأ بطلان الإتفاق على التملك، بحيث تنص الفقرة الأولى من المادة 1052 على "أنه يقع باطلاً كل إتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله، أن يتملك العقار المرهون (المؤمن عليه)، في نظير ثمن معلوم أيّ كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون، ولو كان هذا الإتفاق قد أبرم بعد الرهن (التأمين)". هذا من حيث المبدأ، والإستثناء على ذلك ما ورد في الفقرة الثانية من ذات المادة، التي تنص على أنه : "يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الإتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاءً لدينه"⁽¹⁾، ما يعني أنّ ورود الإتفاق على التملك في حال حصوله بعد استحقاق الدين، يقع جائزاً.

أمّا القانون المدني الفرنسي فقد أجاز الإتفاق على التملك بصورة عامة، لكن ضمن شروط وضمانات معينة، أقرها بموجب التعديل الحاصل خلال عام 2006. وفي حال توفّر هذه الشروط والضمانات، يعتبر الإتفاق على التملك صحيحاً وجائزاً.

وعلى المستوى الفقهي اعتبر البعض⁽²⁾ أنه إذا حلّ أجل الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن، وأصبح هذا على بينة من أمره، فيجوز الإتفاق حينئذٍ على أن يتفرغ المدين المؤمن لمصلحة الدائن المؤمن له عن العقار المؤمن عليه، وذلك وفاءً للدين، وهذه الإتفاقات تكون من مصلحة المدين نفسه أحياناً، إذ يتجنّب المصرفيات التي تتجم عن بيع العقار بالمزاد العلني .

(1) المادة 1052 من القانون المدني المصري، يمكن الإطلاع عليها على الموقع الإلكتروني : <https://www.wipo.int>، تاريخ الزيارة : 2019/3/23 .

(2) ماجد مزيم، التأمينات العينية، الجزء الأول: التأمين والرهن العقاري، مرجع سابق، ص. 151؛ ادوار عيد، كريستيان عيد، التأمينات العينية (التأمين العقاري-الرهن المنقول- حقوق الامتياز)، مرجع سابق، ص. 241 ؛ وهدي عبدالله، التأمين العقاري: مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز، مرجع سابق، ص. 145؛ و عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص. 426 .

96. من جهته أكد الإجتهد اللبناني⁽¹⁾، بأنّ الإتفاق على التملك عندما يحصل بعد حلول أجل الدين، يعتبر جائزاً، "إذ ليس في القانون ما يحول دون تملك الدائن العقار، إذا حصل بعد استحقاق الدين"؛ وهو ما يعتبره القرار الصادر عن محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان⁽²⁾، بمثابة إيفاء بأداء العوض، وقد جاء فيه "أنه بانصرام الأجل المحدد وتبعاً لتحقق الشرط المتفق عليه، تمّ تنفيذ ذلك الإتفاق وفقاً لمؤداه على نحو تمخّض عنه إيفاءً بأداء العوض Dation en paiement، انتقلت من خلاله ملكية العقار موضوع الدعوى إلى المدعى عليه، مقابل ما كان قد بقي له من دين في ذمة المدعي"، وقد صادقت الهيئة العامة لمحكمة التمييز⁽³⁾ على هذا القرار بحجة انعدام شبهة استغلال الدائن لحاجة المدين، في حال حصول الإتفاق على التملك بعد استحقاق الدين.

ثانياً : على المستوى العملي

97. إن اللجوء إلى الإتفاق على التملك، يتم بصورة عملية كثيراً، بسبب شبه الإجماع على صحته حسب ما تم تفصيله أعلاه، إلا أن التطبيق على أرض الواقع لا يعكس الغاية التي من أجلها أجاز الاتفاق على تملك العقار المؤمن عليه بعد استحقاق الدين.

ومن المعلوم أن الإتفاق على تملك العقار بعد حلول أجل الدين، يكون الهدف منه اختصار الإجراءات القانونية اللازمة لاستحصال الدائن على حقوقه، وعدم اتباع إجراءات التنفيذ الجبري وبيع العقار في المزاد

(1) الهيئة العامة لمحكمة التمييز، قرار صادر بتاريخ 2006/3/13، غير مذكور المدعي والمدعى عليه، المُصنّف السنوي في القضايا المدنية للقاضي عفيف شمس الدين ، 2006، نقلاً عن الموقع الإلكتروني : almustachar.com ، تاريخ الزيارة : 2019/4/20 .

(2) محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 2011/137 تاريخ 2011/2/1، محمد بن نواف ال سعود/وليد الحاج والمحامي أ.ت.، مجلة العدل، 2011، العدد 2، ص. 885 . بذات المعنى : محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثامنة، قرار رقم 2011/157 تاريخ 2011/10/24، جان جبرائيل/رياض شاهين، مجلة العدل، 2012، العدد 1، ص. 330؛ ومحكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثامنة، قرار صادر بتاريخ 2015/3/28، (دون رقم)، امال عبید/الإعتماد اللبناني ورفيقه، مجلة العدل، 2016، العدد 3، ص. 1025.

(3) الهيئة العامة لمحكمة التمييز، قرار مبدئي رقم 2014/1 اساس 2012/11/ تاريخ 2014/1/27، وليد الحاج/الدولة اللبنانية، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية www.legallaw.ul.edu.lb، تاريخ الزيارة : 2018/2/17.

العلمي، الأمر الذي يؤدي إلى توفير الجهد والوقت على الأطراف، هذا فضلاً عن الكلفة المادية والمعنوية الأقل التي تتطلبها هذه العملية.

وتتوضح هذه الفكرة ملياً، من خلال التناقض القائم بين الواقع النظري والواقع العملي، والذي يحصل في الممارسات اليومية أثناء توقيع هكذا اتفاقيات. فالحجج التي يرسمها الفقه من أجل تبرير جواز الإتفاق على تمكُّ العقار بعد حلول أجل الدين، هي حجج واهية لا تصمد أمام جشع الدائنين المرابين، ويكون هذا الإتفاق كمن يزرع في أرضٍ لا نباتٍ فيها، لا فائدة تُرجى منه.

ويتجلى هذا التناقض من خلال انتقال الملكية المباشر من المالك (المدين أو الكفيل العيني) إلى الدائن المؤمن له دون تدخل القضاء⁽¹⁾، هو ما يفتح المجال أمام استغلال الأخير للمدين، من خلال حصوله على عقار تفوق قيمته في أغلب الأحيان، قيمة الدين المضمون، وهو ما يؤدي إلى إثرائه على حساب المدين، الأمر الذي يشكل خروجاً على مبدأ التوازن بين الأطراف في العقد.

وفي شهادة على أرض الواقع⁽²⁾ تحصل بشكل دوري تسويات ومخالصات بين الدائن والمدين، حيث يتفرغ بموجبها المدين عن العقار المقدم كضمانة مقابل الدين المضمون، والذي تكون قيمته أقل بكثير من قيمة العقار المتفرغ عنه، ويكون الخاسر الأكبر فيها هو المدين بسبب التفاوت المبالغ فيه بين قيمة الدين وقيمة العقار.

انطلاقاً من ذلك، ينبغي البحث عن وسيلة قانونية تضمن لكل الأطراف الحصول على الحقوق بأقل الأضرار والتكاليف الممكنة، والحفاظ على سمعة ومكانة المدين الإقتصادية والإجتماعية. ويكون ذلك عبر استصدار قانون ينظم هكذا اتفاقيات، ويضع لها آليات تحدد شروط عقدها، وصلاحيات الجهة التي يتم أمامها عقد هذه الإتفاقيات، فضلاً عن خضوعها لرقابة هيئة متخصصة بتخمين قيمة العقار منعاً لوقوع التفاوت بين قيمة العقار وقيمة الدين. وهذا ما حصل فعلاً في فرنسا وفق للتفصيل الآتي بيانه في الفصل التالي.

(1) S. HÉBERT, Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, D. 2007, Chron., p. 2052, spéc. nos 29; A. DADOUN, La date du transfert de propriété en exécution du pacte comissoire, Dr. et Patr. Dr. et Patr. 2009, n°187, p. 42, spéc. I, à l'appui de la décision inédite de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 16 décembre 2008.

(2) أثناء العمل في إحدى دوائر الكاتب العدل في لبنان منذ عام 2009 إلى يومنا هذا.

الباب الثاني : المقاربة القانونية لبند التملك بين القانون اللبناني والقانون الفرنسي

98. انطلاقاً من أهمية بند التملك العقاري، كان لا بد للمشرع أن يتدخل من أجل تنظيم الوضع القانوني القائم، من هنا تبلورت فكرة بند التملك بين الإباحة والمنع، فاتجهت أغلب التشريعات بدايةً إلى منعه حماية للمدين من استغلال الدائن.

ومثله مثل باقي التشريعات، تطرق المشرع اللبناني إلى هذا الموضوع بالنص على هذا البند، لكن ما يعاب على القانون اللبناني عدم الوضوح، نتيجة غياب النص القانوني الصريح عليه ضمن أحكام التأمين العقاري، مشيراً إليه في الفصل المخصص للتأمين العقاري، مما أدى إلى تولّد إشكاليات قانونية حول مدى إمكانية تطبيق هذه الأحكام على عقود التأمين العقاري (الفصل الأول).

99. إلا أن كثرة اللجوء إليه في المعاملات الاقتصادية، دفعت المشرع الفرنسي إلى دراسة الوضع المستجد، وتعديل القانون تجاه إجازته ضمن شروط وضمانات عدّة، فما هي هذه الشروط والضمانات؟ وما مدى إمكانية تطبيق هذا الأمر في القانون اللبناني (الفصل الثاني)؟

الفصل الأوّل : الوضع القانوني لبند التملك في القانون العقاري اللبناني

100. يُقسّم المشرّع قانون الملكية العقارية إلى تسعة أبواب، وكل باب يتضمّن عدّة فصول، وقد خُصّص الباب الرابع للحديث عن حقوق الرهن بنوعيه الرهن بطريق نقل الملكية والرهن العقاري، في حين تناول الباب الخامس الإمتيازات والتأمينات، حيث تمّ إفراد فصل خاص ومستقل فيه للحديث عن التأمينات العقارية.

ولم يتضمّن الفصل المخصّص للتأمينات أيّ إشارة إلى بند التملك، سواء لناحية القبول به أو منع الإتفاق عليه، إنما جاء في الفصل المخصّص للرهن نصّ يمنع بصورة صريحة الإتفاق بين الدائن والمالك (مدينًا كان أم كفيلاً عينيًا). على أن يصبح العقار المرهون ملكًا للدائن عند تخلّف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، وقد جاء هذا النص في المادة 107 أنّه : " لا يجوز الإتفاق على أن يبقى العقار المرهون، في حالة عدم وفاء الدين، ملكًا للدائن"، أمّا النصّ الأصلي الفرنسي لهذه المادة فهو :

"il ne peut être convenue que l'immeuble donné en antichrèse restera faute de paiement, la propriété du créancier".

وقد طبّق الإجتهد ومعه بعض الفقه نص المادة 107 المذكور أعلاه على التأمين العقاري، على سبيل القياس ولوحدّة الغاية من المنع، ولكن هل يمكن العودة إلى القياس لتطبيق أحكام هذه المادة على التأمين العقاري؟ وهل أن الهدف من منع التملك في التأمين العقاري يتحقق في هذه الحالة؟ الأمر الذي يجب معرفته من خلال الحديث عن إمكانية الركون إلى القياس لتطبيق المادة 107 على التأمين العقاري (المبحث الأول)، ومدى تحقّق الغاية من منع التملك في التأمين العقاري (المبحث الثاني).

المبحث الأوّل : إمكانية الركون إلى القياس لتطبيق المادة 107 على التأمين العقاري

101. إنّ الحديث عن إمكانية العودة إلى القياس لتطبيق أحكام المادة 107 من قانون الملكية العقارية الواردة ضمن الفصل المخصّص للرهن العقاري، على عقود التأمين العقاري، يدفعنا إلى تبيان مفهوم القياس بشكل عام (أولًا)، للوصول إلى معرفة مدى إمكانية حدوث ذلك، من خلال إجراء مفاضلة بين الحرية التعاقدية من جهة، وتطبيق القياس لوحدّة العلة بين نظامي الرهن والتأمين العقاري من جهة أخرى (ثانيًا).

أولاً : مفهوم القياس

102. القياس هو إحدى طرق تفسير النصوص القانونية التي تركز على استنتاج واستخلاص معنى النص، من خلال استخلاص المعنى المُستفاد من مفهومه و دلالاته و فحواه، أي المعنى الكامن في روح النص (l'esprit du texte). وهو يُطبَّق عندما "يوجد نص يُفهم من عبارته معنى معيّن وينطبق على حالة معيّنّة، لكن روح النص تفيد انطباقه على حالة أخرى لم يرد لها ذكرٌ في النص، وذلك لاتّحاد العلة في كلا الحالتين"⁽¹⁾. فهو إعطاء حالة غير منصوص عليها في القانون حكم حالة ورد بشأنها نصٌّ صريح لتماثل العلة بين الحالتين، فيمتد حكم الحالة المنصوص عليها في القانون على حالة أخرى لم يرد نصٌّ بشأنها، عندما يكون هناك تشابهاً جوهرياً بينهما. فهو وسيلة لإظهار حكم في مسألة يسكت عنها القانون قياساً على مسألة ورد فيها حكم، لأن العلة في الحالتين واحدة.

ويرتكز القياس على مبدأ أساسي هو أنّ الأمور التي تتشابه في جوهرها وتكون في مراكز وأوضاع واقعيّة متشابهة ومتقاربة، يجب أن تخضع لقواعد موحّدة وتُعالج بالطريقة ذاتها.

“Le raisonnement par analogie repose sur l'idée que des situations similaires devraient être traitées de la même façon”⁽²⁾ .

وطالما أن تطبيق القياس يكون في حالات لم ينص عليها المشرّع بصراحة، وبالتالي لا تُؤخذ إرادته بعين الإعتبار. إلا أن المنطق السليم يدعو إلى القول، أن إرادة المشرّع يجب أن تدخل في الإعتبار، دون أي تعارض معها، طالما أن القياس جارٍ على نصوص تشريعية تُعالج حالات مشابهة.

“L'extension du champ d'application d'une disposition législative par analogie doit respecter l'objectif poursuivi par la loi”⁽³⁾ .

(1) توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، الطبعة الثالثة، منشورات الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1993، ص. 418 .

(2) Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, 2^e éd., Paris, PUF, 2016, p. 263.

(3) Bruno PETIT, *Introduction générale au droit*, 7^e éd., Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2008, p. 61.

وتأتي أهمية الأخذ بالقياس في القانون إلى أن التشريعات في البلدان جميعاً، مهما علا شأنها ومهما ارتفعت مكانتها؛ لا يمكن لها أن تُحيط بمختلف الحالات والأوضاع التي يمكن أن تنشأ عن العلاقات القائمة بين الناس، أو التي قد تستجد بعد وضع التشريع. الأمر الذي يمكن أن يُساهم في سد جزء من الفراغ القانوني، وتأمين تماسك النصوص القانونية في حالات مشابهة، حيث يتوسّع مجال تطبيق القانون، من خلال إقامة نظريات جديدة تتفق مع التطور المتسارع في العلاقات داخل المجتمع.

وهناك نوعين من القياس، الأول هو القياس العادي الذي يُطبّق عندما تكون علة الحكم في الحالتين واحدة، حيث تُعطى الحالة غير المنصوص عليها، حُكم الحالة المنصوص عليها في القانون. أمّا النوع الثاني فهو القياس من باب أولى، حيث تكون علة الحالة غير المنصوص عليها، بالإضافة إلى كونها متّحدة معها، ظاهرة وواضحة أكثر من الحالة التي نصّ عليها القانون، فثُعطي حكم هذه الحالة من باب أولى.

إلا أنه يجب الإلتباه والتأكيد على أنه هناك حالات لا يصحّ القياس عليها، بالرغم من وحدة العلة أو وضوحها أكثر من الحالة المنصوص عليها. وهذه الحالات هي حالات استثنائية وواردة على خلاف الأصل، حيث لا يمكن التوسّع في تفسيرها والقياس عليها ومدّ حكمها على خلاف إرادة المشرّع⁽¹⁾. ذلك لأنها تعالج حالاتٍ خاصّة ومحدّدة أراد المشرّع تمييزها بالحكم الوارد فيها، دون امتداد حكمها إلى حالات أخرى، حتى لو كانت متشابهة معها في جوهرها أو لها ذات العلة. الأمر الذي أكدته محكمة التمييز في إحدى قراراتها⁽²⁾ حيث اعتبرت أن "النص الإستثنائي يجب أن يُفسّر حصراً، ولا يجوز التوسّع في تفسيره أو تطبيقه قياساً على حالات لم يلحظها المشرّع".

وقد استند معظم الإجتهد اللبناني إلى القياس، وطبّق أحكام المادة 107 من قانون المكلية العقارية المتعلّقة بالرهن العقاري، على عقود التأمين العقاري، ومنع الإلتفاق على التملك فيه عند عدم الإيفاء بتاريخ الأستحقاق، وهو الأمر الذي لم يلحظه المشرّع في الفصل المُخصّص للتأمين العقاري، معللاً ذلك بأن العلة واحدة في كلا الحالتين (الرهن والتأمين) وهي حماية الطرف الضعيف في العقد، والذي يكون غالباً

(1) توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، مرجع سابق، ص. 420، والمراجع المذكورة في الهامش.

(2) محكمة التمييز المدنية، الغرفة الاولى، قرار رقم 84، تاريخ 2005/6/30، الزلط/بكري، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb> ، تاريخ الزيارة : 2019/2/3.

المدين، لكنه تجاهل مبدأ الحرية التعاقدية، الأمر الذي يدفعنا إلى إجراء مفاضلة بين الحرية التعاقدية من جهة، وتطبيق القياس لوحدة العلة من جهة أخرى.

ثانياً : المفاضلة بين الحرية التعاقدية وتطبيق القياس لوحدة العلة بين الرهن والتأمين

103. لم يكن تطبيق الإجتهد اللبناني للمادة 107 من قانون المكلية العقارية المتعلقة بالرهن العقاري على عقود التأمين العقاري، وموافقة جزء كبير من الفقه⁽¹⁾ على ذلك، من لا شيء أو ناتج عن فراغ. فالمشرع اللبناني لم يضمن قانون الملكية العقارية أي نص خاص، يبين حكم الإتفاق على التملك عند تخلف المدين عن الإيفاء بتاريخ الإستحقاق، لناحية جواز الإتفاق عليه من عدمه. الأمر الذي دفع الإجتهد ومعه الفقه، إلى البحث عن حالات مشابهة تتضمن شيئاً من التقارب في العلة والتشابه في الجوهر مع مثل هذا الإتفاق، لتطبيقها على عقود التأمين العقاري بالإستناد إلى القياس. فكان النظر شاخصاً إلى المادة 107 المذكورة آنفاً، حيث طبقت بشكل لافت في كثير من الإجتهادات، بالرغم من أن النص عليها جاء في الرهن وليس في الفصل المخصص للتأمين العقاري.

فالهدف من هذين النظامين هو توفير ضمانة عينية للدائن صاحب الحق، تمكنه من استيفاء دينه من ثمن العقار موضوع العقد، وفي أي يد كان، عند عدم الإيفاء بتاريخ الإستحقاق؛ وذلك بالأولوية على سائر الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة، من خلال بيعه في المزاد العلني وفقاً لإجراءات التنفيذ الجبري. وهو ما دفع الإجتهد إلى تطبيق حكم هذه المادة على عقود التأمين العقاري، مستنداً إلى القياس، ومبرراً ذلك بوحدة العلة بين نظامي الرهن والتأمين العقاري، والتشابه الجوهرى بينهما. الأمر الذي أكدته القرار الصادر عن إحدى غرف محكمة التمييز المدنية⁽²⁾، وقد جاء فيه :

(1) ادوار عيد، كريستيان عيد، التأمينات العينية (التأمين العقاري-الرهن العقاري-رهن المنقول - حقوق الامتياز)، مرجع سابق، ص. 240 ؛ و هدى عبدالله، التأمين العقاري: مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز، مرجع سابق، ص. 240.

(2) محكمة التمييز المدنية، الغرفة الرابعة، قرار رقم 7، تاريخ 1980/5/21، اميل وجورج زين/نسيب وبولس عازار، مجلة العدل، 1980، العدد 1، ص. 119، و منشور أيضاً على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb> ، تاريخ الزيارة : 2017/12/17 .

104. " وحيث إنّ المحكمة بعملها هذا، قد اعتبرت ضمناً أنّ النص الذي يمنع تخويل الدائن المرتهن تملك المال غير المنقول موضوع الرهن، لمجرد عدم إيفاء الدين في الاستحقاق، يُطبّق أيضاً على سبيل القياس في التأمين تبعاً لما درجت عليه محكمة التمييز في أكثر من قرار لها.

وحيث انطلاقاً من أنّ نظامي التأمين والرهن العقاري إنما يستهدفان غاية واحدة، ألا وهي توفير الضمانة الخاصة للدائن، باعتبارهما حقين عينيّين، فقد استمرّ القول، وفي أكثر من موضع، على تطبيق نص أو حكم وارد في أحدهما بصدد الآخر حيث احتاج النص هناك، إلّا حيث تتنافى الطبيعة الخاصة بأحدهما ومثل هذا الحل".

والمبرر الأساسي الذي دفع الإجتهد والفقّه إلى منع مثل هكذا اتفاقيات في عقود التأمين العقاري هو حماية المدين مالك العقار، الذي يكون عادةً الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، من استغلال الدائن الجشع، وعدم وقوعه ضحية لاستغلال الدائنين المرابين، الذين يتربصون بالمدين وحاجته وعوزه؛ حيث يضطر تحت تأثير الحاجة للأموال إلى الإستدانة والقبول بهذا الشرط، مستخفاً بالظروف التي قد تجعله عاجزاً عن الإيفاء بتاريخ الإستحقاق⁽¹⁾. الأمر ذاته أكدته إحدى غرف محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان⁽²⁾ بقولها :

"حيث إنّ منع الدائن المؤمن له من تملك العقار موضوع التأمين هو من الإنتظام العام، وبالتالي لا يمكن الإتفاق في العقد على ما يخالفه، أي على شرط التملك (Pacte commissoire) وعلة ذلك حماية المدين من استغلال الدائن [...] فضلاً عن احتوائه على شبهة استغلال ضعف المدين وحاجته وعوزه، إلى جانب فساد مقصده الرامي إلى التحايل على قواعد التنفيذ الجبري لتحصيل الحقوق، وهو أمرٌ لو أُجيز لاستبيحت أموال الناس وانتزعت منهم رغم التفاوت وعدم التناسب بين قيمتها ومقدار الدين".

وإذا كان تطبيق المادة 107 من قانون الملكية العقارية المتعلقة بالرهن العقاري على عقود التأمين العقاري، قد أتى بالإستناد إلى مبدأ القياس نتيجة وحدة العلة بين هذين النظامين، الأمر الذي أدى بالإجتهد إلى منع الإتفاق على التملك عند عدم الإيفاء بتاريخ الإستحقاق في ظل العلاقات التي توصف بالتأمين العقاري؛ فإن هناك وجهاً آخر في هذه الإتفاقيات لم يتمّ الإلتفات إليه بصورة قاطعة، ألا وهو مبدأ الحرية التعاقدية

(1) ماجد مزيم، التأمينات العينية، الجزء الأول: التأمين والرهن العقاري، مرجع سابق، ص. 151.

(2) محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 634، تاريخ 2011/10/31، ابتسام استانبولي/فادي

الخوري ورفيقه، مجلة العدل، 2012، العدد 1، ص. 321.

(La liberté contractuelle)، وهو وجهٌ لو الثَّقَتِ إليه بطريقة سليمة ومدروسة وضمن حدود معيَّنة، لكانت هذه الإتفاقيات غير ممنوعة ومحَبَّة في كثير من الأحيان.

105. فالمبدأ العام في العقود هو أن العقد شريعة المتعاقدين، وللأطراف أن يرتبوا علاقاتهم كما يشاؤون، مع مراعاة ما تفرضه القوانين من استثناءات على المبدأ بصورة صريحة. وهذه الإستثناءات تبقى محصورة بالحالات التي حدَّدها المشرِّع، حيث يجب أن تُفسَّر بصورة ضيقة ومحصورة دون أي توسُّع فيها، حتى لا يصبح الإستثناء مبدأً، ويُعمَّم تطبيقه على حالات غير منصوص عليها صراحة في القانون قياساً على حالات هي في أصلها استثناء على المبدأ. فضلاً عن ذلك، فإن هذا الأمر يشكِّل خروجاً على مبدأ مستقر منذ القدم هو أنّ "الأصل في الأشياء الإباحة"، والأفراد أحرار في ترتيب العلاقات التعاقدية الخاصة بهم، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة بل تقف على ما يقرره القانون من الإستثناءات، التي لا يمكن التوسُّع في تفسيرها وتطبيقها على حالات مشابهة حتى لو كانت العلة واحدة بينها، وتتضمن تشابهاً جوهرياً معها، فلا يمكن أن نجعل من الإستثناء أصلاً عاماً.

وإذا ما نظرنا إلى طبيعة نص المادة 107 في قانون الملكية العقارية، فإنه يشكِّل حكماً خاصاً بحالة معيَّنة، مخالفاً للأصل، فهي تتناول الرهن ولا تتناول البيع ولا التأمين، والشارع أصلاً، ميّز بين عقد الرهن وعقد التأمين إذ لكل منهما مقوماته، خصوصاً أن من شروط انعقاد الرهن انتقال الحياة، وهو لا يُطبَّق في التأمين العقاري. كما إنّ النصوص العقارية هي نصوص حصرية لا تقبل التوسُّع في التفسير والتطبيق⁽¹⁾، الأمر الذي يجعله إستثناءً وخروجاً على مبدأ الحرية التعاقدية وتجاوزاً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وهو ما يجب تفسيره وتطبيقه حصرياً على الحالة التي وُضِعَ لها، دون أي توسُّع في تفسيرها وتطبيقها على حالات أخرى، حتى لو كانت علَّتُها واحدة. ذلك أن الحرية التعاقدية هي فوق كل اعتبار، ويُفضَّل تطبيقها وإعمالها لإجازة مثل هكذا إتفاقيات مع وجود ضمانات مهمة لكلا الطرفين، على تطبيق المنع بالإستناد إلى القياس لوحدة العلة، وهو ما أكَّده القرار الصادر عن إحدى غرف محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان⁽²⁾، والذي جاء فيه :

(1) محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 7 تاريخ 1980/5/12، عازار/ زين، مجموعة اجتهادات حاتم، 1980، رقم 171، ص. 280.

(2) محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 137، تاريخ 2011/2/1، محمد بن نواف آل سعود/وليد الحاج والمحامي أ.ت.، مجلة العدل، 2011، العدد 2، ص. 885؛ بذات المعنى : محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان،

106. "حيث إنّ هذه المادّة وردت في الفصل المتعلّق بأحكام الرهن، وهي تنطوي على حكم خاص مخالف للأصل، إذ تشكّل خروجاً على المبدأ العام الذي يفرض مراعاة الشروط والعقود إعمالاً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين".

وحيث من المعلوم أنّ الإستثناء يُعمل به ويجري تطبيقه تضييقاً، فيكون من غير الممكن القياس على تلك القاعدة (قاعدة منع التملك Pacte comissoire)، تمهيداً لتطبيقها وإعمال حكمها في ميادين أخرى غير الرهن العقاري".

وقد أيد هذا الرأي جانب من الفقه اللبناني بقوله "إنّ الإجتهد القاضي بمنع شرط مملّك في حال عدم دفع الدين، في معرض عقد التأمين، بغياب النص الصريح على ذلك، هو في غير محلّه، فلو أراد المشتري منعه في معرض عقد التأمين العقاري، كما فعل بالنسبة إلى عقد الرهن العقاري، لكان نصّ على ذلك، وانتفاء النص يفيد عدم رغبة الشارع بالمنع، ولا يمكن للقاضي أن يُنصّب نفسه مشرّعاً"⁽¹⁾.

ويمكن تأييد هذا التوجّه، لكن ليس بالمطلق، ولا بدّ للقبول به والموافقة عليه، إيجاد مجموعة من الضمانات والشروط المهمّة لكلا الطرفين⁽²⁾، تحقّق الغاية من هذه الإتفاقيات وتمنع إثراء أحد الأطراف على حساب الآخر، واستغلال موقعه الإقتصادي القوي لفرض شروط مجحفة غير عادلة، من خلال إيجاد التوازن بين الحرية التعاقدية من جهة، ومصصلحة الأطراف من جهة أخرى. ويبدو أن العلة في منع تملك الدائن المرتهن العقاري المرهون في الرهن العقاري، تكمن في أنّ انتقال حيازة العقار يكون شرطاً لانعقاد الرهن لا يتم بدونه⁽³⁾، وهي تنتقل للدائن كركن في العقد وليس كمفعول؛ فيظن المدين الراهن (الذي لا يمتلك ثقافة قانونية)، أن انتقال الملكية أمرٌ طبيعي، ناتجٌ عن نقل الحيازة، وبالتالي فقد عمد المشرّع في هذه الحالة إلى وضع نص المادّة 107 بصورة صريحة ضمن الرهن العقاري، ومنع الإتفاق على التملك في صدده، وذلك لتنبه المدين لخطورة ذلك، ولحمايته من استغلال الدائن الجشع.

الغرفة الثالثة، قرار رقم 188 تاريخ 2011/3/8، مصطفى حمادي/ عبد الحسين العزيز، مجلة العدل، 2011، العدد 2، ص. 892 .

(1) جورج شراوي، سلسلة الحقوق العينية الحقوق العينية العقارية، الجزء الثاني: التأمين العقاري، لا طبعة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2013، ص. 281 .

(2) أنظر الفقرة 116 وما يليها من هذا البحث.

(3) ماجد مزيم، التأمينات العينية، الجزء الأول: التأمين والرهن العقاري، مرجع سابق، ص. 223.

ولكن بالرغم من التوجّه السائد في هذا الموضوع، القاضي بمنع مثل هكذا إتفاقيات، فإن الغاية من هذا المنع بقيت ضمن دائرة التكهّنات، نظرًا لما اعتري تطبيقه من تشكيك في مدى تحقّق الغاية منه، وهو الأمر الذي سنتحدث عنه في المبحث التالي.

المبحث الثاني : مدى تحقّق الغاية من منع بند التملك في التأمين العقاري

107. أكّدت معظم القرارات الصادرة عن الإجتهد اللبناني أنّ الغاية الأساسية من تطبيق المادة 107 على عقود التأمين العقاري، هي حماية المدين مالك العقار، الذي يكون عادةً الطرف الضعيف في العقد، من استغلال الدائن، والحوّول دون وقوعه ضحيةً له بسبب حاجته للأموال، فيضطر إلى القبول بهذا الشرط. إلّا أنّ هذه الغاية بقّيت دون التطلّعات والأهداف التي من أجلها طبّقت المادة 107 على التأمين العقاري بهدف منع التملك، ولم تكن على قدر عالٍ من الحماية، حيث بقي المدين تحت رحمة الدائن، الذي قد يلجأ إلى أساليب ملتوية لاستغلال حاجة المدين وفرض شرط التملك عليه (أولاً)، الأمر الذي دفع بالإجتهد إلى إيجاد أسس أخرى لإبطال مثل هكذا إتفاقيات (ثانيًا).

أولاً : أساليب استغلال الدائن حاجة المدين

108. بالرغم من تأكيد الإجتهد على منع الإتفاق على التملك في إطار عقود التأمين العقاري، إلّا أنّ هذا المنع لم يحقّق غايته البتّة، فالدائن الذي يعرف دقائق القانون ويكون لديه خبرة في هذا المجال، يستطيع اللجوء إلى أساليب أخرى تمكّنه، وبصورة قانونيّة، من استغلال الوضع الذي يكون فيه المدين وحاجته إلى الأموال لفرض شروط تعجيزية لإقراضه المال.

فمن جهة أولى، هناك أسلوب من الإستغلال لا يتضمّن في ظاهره إتفاقاً على التملك، وإنّ أدّى في بعض الأحيان إلى ذلك، وهو يقوم على استغلال الدائن حاجة المدين للأموال والإقتراض، وإلزامه بالتوقيع على

مبالغ كبيرة، تفوق تلك التي أقرضه إياها حقيقةً، وقد تتجاوز هذه المبالغ أحيانًا السعر الحقيقي للعقار في السوق، وذلك تحت طائلة امتناع الدائن عن إقرضه الأموال التي يكون بحاجة ضرورية لها⁽¹⁾.

ويهدف الدائن من وراء ذلك، إلى الإلتفاف على قاعدة منع التملك المطبقة قياسًا وفقًا لما ذكر أعلاه. حيث يعتمد إلى رفع قيمة الدين، كي يتمكن عند التنفيذ على العقار المؤمن عليه، عند عدم الإيفاء بتاريخ الإستحقاق، من تملك العقار المؤمن عليه مقابل دينه عبر قرار الإحالة. لأنَّ أحدًا من المشتركين في المزايدة لن يتمكن من مجارته، بسبب ارتفاع قيمة دينه الصورية، لكن الثابتة قانونًا، خصوصًا في الحالة التي تكون فيها قيمة الدين الصورية أعلى من قيمة العقار، حيث لا يكون للمشارك في المزايدة مصلحة في تملك عقار مقابل مبلغ يفوق قيمة العقار. وتتكرر هذه الحالة في الحياة العملية⁽²⁾ بصورة واسعة، إذ يشترط الدائن على المدين للقبول بإقرضه، رفع قيمة الدين الصورية، ويلزمه بالتوقيع عليها، وإلا يمتنع عن إقرضه، الأمر الذي يشكّل استغلالًا واضحًا من قبل الدائن للوضع الذي يمر به المدين.

ومن جهة أخرى، عندما يكون فيها عقد القرض متزامنًا مع عقد التأمين، الأمر الذي يزيد من إمكانية استغلال الدائن للمدين، لأنَّ الدين لا يكون مترتبًا بعد، يلجأ الدائن إلى أساليب تتضمن إتفاقًا صريحًا وواضحًا على تملك العقار المؤمن عليه في حال عدم الدفع بتاريخ الإستحقاق، وذلك تحت طائلة عدم إقرضه المبلغ الذي يكون بحاجة إليه. وهذه الأساليب إما تكون مترافقة مع عقد التأمين، أو تكون خارج إطار عقد التأمين. ومنعًا للتكرار، فإننا نحيل إلى المبحث المتعلق بصور بند التملك⁽³⁾، مع التأكيد أن هذه الصور تنطوي في بعضها، على أساليب ملتوية، يلجأ إليها الدائن لفرض مثل هذا الشرط، تحت طائلة امتناعه عن إقرض الأموال، كاشتراطه تنظيم وكالة غير قابلة للعزل بالعقار المؤمن عليه تمكّنه من نقل الملكية وتسجيل العقار على إسمه مباشرة⁽⁴⁾، أو اشتراطه تنظيم عقد بيع ممسوح بالعقار، حيث يعتمد إلى

(1) يراجع في هذه الحالة: جورج ش دراوي، سلسلة الحقوق العينية الحقوق العقارية، الجزء الثاني: التأمين العقاري، مرجع سابق، ص. 274.

(2) إن هذه الحالة هي حالة استغلال حقيقية موجودة كثيرًا في الحياة العملية، حيث يلجأ بعض الدائنين المرابين لرفع قيمة الدين الصورية تحت طائلة عدم إقرض المدين، وقد تكررت أمامي في كثير من الأحيان أثناء عملي في إحدى دوائر الكتاب العدل في لبنان منذ عام 2009 إلى يومنا هذا.

(3) أنظر الفقرة 63 وما يليها من هذا البحث.

(4) يستطيع الوكيل (الدائن) الذي بحوزته وكالة غير قابلة للعزل من المدين، استخدام هذه الوكالة وتنفيذها وتسجيل العقار على إسمه مباشرة لدى أمانة السجل العقاري، ويتم ذلك من خلال تنظيم محضر تنفيذ وكالة غير قابلة للعزل في دائرة الكاتب

تنفيذه مباشرة لدى الدوائر العقارية، وفي حال عدم موافقة المدين على ذلك يمتنع عن إقراضه الدين، "لأن المدين يكون مضطراً للقبول بأية شروط يفرضها عليه الدائن بتأثير حاجته للإقتراض"⁽¹⁾.

إلا أن مظهر الإستغلال الأكثر انتشاراً في مجال الإقتراض مقابل ضمانات عينية، يكمن في اشتراط الدائن المقرض على المدين المقرض (مالك العقار)، تنظيم عقد بيع مع حق الإسترداد⁽²⁾ بالعقار المقدم كضمانة (la vente avec faculté de rachat ou vente à réméré)، بدلاً من تنظيم عقد قرض وتأمين عقاري، حيث يكون البائع في هذا العقد هو المدين المقرض، ويكون المشتري هو الدائن المقرض، والمبلغ المذكور فيه كتمن يمثل قيمة الدين وملحقاتها.

وقد وردت أحكام عقد البيع مع حق الإسترداد في قانون الموجبات والعقود اللبناني، وليس ضمن القوانين العقارية. وهو يختلف بشروطه وأحكامه عن البيع بالوفاء أي الرهن بطريق نقل الملكية، الذي عالجه قانون الملكية العقارية في المواد 91 وما يليها. وقد عرفت المادة 473 من قانون الموجبات والعقود عقد البيع مع حق الإسترداد بأنه العقد " الذي يلتزم فيه المشتري بعد البيع التام أن يعيد المبيع إلى البائع مقابل رد الثمن"، وهو باع تام وحققي، حيث تُتبع فيه أصول البيع العادي البات، لكنه بيع معلق على شرط فاسخ (condition résolutoire) وهو رد الثمن خلال مهلة المعينة للإسترداد، التي لا يجوز أن تتعدى الثلاث سنوات. كما يكتسب المشتري حق تسجيل ونقل ملكية العقار على إسمه بموجب العقد.

ويتم اللجوء إلى هذا النوع من البيع بهدف الإقتراض مقابل ضمانات، حيث يكون هدف البائع اقتراض مبلغ من المال متمثل بثمن المبيع، ويكون هدف المشتري إقتراض البائع بضمانة سهلة التحصيل تتمثل بالعقار المبيع الذي يصبح ملكاً له (للمشتري الدائن - المقرض) في حال عدم رد الثمن المذكور في العقد، والذي يمثل قيمة الدين الفعلي. فهو في بعض الأحيان يشكّل صورة من صور التأمين، ذلك أن "عقد البيع مع

العدل، حيث يطلب منه تنظيم هذا المحضر بعد إبراز الوكالة وسند التمليك، ومن ثمّ يقدّمه إلى الدوائر العقارية، فيعمد أمين السجل العقاري إلى تسجيل العقار ونقل الملكية على إسم الدائن، وهذه الحالة كثيراً ما تستعمل في الحياة العملية.

(1) محكمة الإستئناف المدنية في البقاع، الغرفة الرابعة، قرار رقم 1998/62، تاريخ 1998/6/22، مطر/مرتضى، النشرة القضائية، 1998، الجزء 6، ص. 696.

(2) فيما يتعلق بعقد البيع مع حق الإسترداد يراجع: مروان كركبي، العقود المسماة، الطبعة الرابعة، مكتبة صادر _ دار المنشورات الحقوقية، بيروت، 2004، ص. 204 وما يليها؛ علي إبراهيم، العقود المسماة (البيع - الإجارة - الوكالة)، مرجع سابق، ص. 249 وما يليها.

حق الإسترداد المُوَقَّع بين البائع والمشتري والعلاقة القائمة بينهما هي في الحقيقة تخفي تأمينًا لكنها أليست شكل بيع مع حق الاسترداد⁽¹⁾. الأمر ذاته أكده جانب من الفقه الفرنسي حيث اعتبر العلامة Louis Josserand في مؤلفه (cour de droit civil)، مؤكِّدًا أن المشتري المقرض لديه ليس فقط ضماناً عينية تبعية. إنما أيضًا حق عيني أصلي ومستقل.

“ La vente à réméré a la signification d’un instrument de crédit; [...] , le vendeur à réméré est un emprunteur; l’acheteur à réméré un bailleur de fonds; la chose vendue à réméré est un bien affecté au règlement de la dette. Le bailleur de fonds se trouve dans une situation particulièrement forte; il a plus qu’une garantie, il est propriétaire; il a d’avantage qu’un droit accessoire, il a un droit réel principale et indépendant⁽²⁾ .

أما عندما يكون الدين مترتبًا بصورة مُسبقة، حيث لا يكون هناك تزامناً بين عقد الدين وعقد التأمين، فإن فرص استغلال الدائن للمدين تضعف، وفي بعض الأحيان تنعدم، خصوصاً إذا كان المدين يمتلك قدرًا وفيرًا من المعرفة القانونية في هذا المجال. ذلك أن الدين في هذه الحالة، مترتب بذمة المدين بصورة مسبقة، حيث من المفترض أن يكون في حالة، أفضل من الحالة التي يكون عليها أثناء الإقراض، ووضعه أفضل اقتصاديًا. فصحيح أنه مدين، لكن فرص استغلاله ضئيلة جدًا كونه يمتلك حرية القبول بما يطلبه الدائن منه لضمان سداد هذا الدين أو رفض ذلك.

ويمكن القول، أن العلة التي دفعت المشرع إلى إقرار منع التملك في المادة 107 من قانون الملكية العقارية، تكمن في وجوب الحيولة دون قيام الدائن المقرض باستغلال الوضع المالي والإقتصادي المترجع للمدين المقرض، فيشترط عليه الدائن لكي يمنحه القرض، تضمين العقد بنداً أو تنظيم وكالة أو أي صورة من

(1) محكمة الإستئناف المدنية في جبل لبنان، الغرفة الرابعة، قرار رقم 2009/316، تاريخ 2009/3/19، رشيد سامي الحشيمي ورفيقه/جعفر علي دياب، نقلاً عن القرار الصادر عن محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 2010/42، تاريخ 2010/6/15، جعفر علي دياب/رشيد سامي الحشيمي، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb>، تاريخ الزيارة : 2018/1/11.

(2) جورج ش دراوي، سلسلة الحقوق العينية الحقوق العقارية، الجزء الثاني: التأمين العقاري، مرجع سابق، ص. 278؛ نقلاً عن : Louis Josseran, *cour de droit civil*, T. 2, p. 604 et 605.

صور بند التملك، تمكنه من تملك العقار عند التخلف عن الدفع بتاريخ الإستحقاق مقابل قيمة الدين. فالمنع في هذه الحالة (حالة تزامن نشوء الدين والإتفاق على التملك) أتى بناءً على تقدير لدى المشتري، رجح معه أن يعتمد الدائن المقرض، لحظة نشوء الدين، إلى استغلال ضعف مركز وموقف المدين طالب القرض، وحالة الضيق والحاجة التي دفعت بهذا الأخير إلى الإقتراض، فيفرض عليه بنوداً مجحفة تمنحه حق تملك العقار مقابل الدين، الذي قد تفوق قيمته مقدار الدين⁽¹⁾. وطالما أن الدين مُرتَّب بصورة سابقة لتاريخ الإتفاق، فإن مظنة استغلال الدائن لوضع المدين وضعف مركزه، تنتفي بعد إبرام الدين أو بعد حلول أجله⁽²⁾.

وبالنظر إلى كثرة حالات الإستغلال والإلتفاف على مبدأ منع التملك، أخذ الإجتهد يتجه أكثر فأكثر نحو اعتماد أسس غير إعتيادية لإبطال مثل هذه الإتفاقيات، الأمر الذي سنعالجه في الفقرة التالية.

ثانياً : أساس دعوى إبطال إتفاقيات التملك.

109. نظراً لعدم وجود نص خاص بالتأمين العقاري يمنع بصورة صريحة الإتفاق على التملك، وبغية حماية المدين من استغلال الدائن، وتكريس مبدأ المنع قياساً على المنع المنصوص عليه في الرهن العقاري، كان لابد من إيجاد أسس أخرى لإبطال مثل هكذا إتفاقيات، فبالإضافة إلى مخالفة نص المادة 107 من قانون الملكية العقارية لتعلقه بالنظام العام، اتجهت بعض المحاكم إلى تطبيق الصورية لإبطال هذه الإتفاقيات، فضلاً عن اللجوء في بعض الأحيان إلى عيوب الرضى كسبب للإبطال.

فمن جهة أولى، لم تتردد المحاكم بإبطال البنود والإتفاقيات التي تسمح للدائن بتملك العقار المؤمن عليه عند تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، مستندة في ذلك على القياس لتطبيق المادة 107 من قانون الملكية العقارية على عقود التأمين، معتبرة أن نص هذه المادة يتعلق بالنظام العام، ولا يمكن لفرقاء العقد،

(1) محكمة الدرجة الاولى في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 137، تاريخ 2011/2/1، محمد بن نواف آل سعود/وليد الحاج والمحامي أ.ت.، مجلة العدل، 2011، العدد 2، ص. 885.

(2) ادوار عيد، كريستيان عيد، التأمينات العينية (التأمين العقاري-الرهن العقاري-رهن المنقول- حقوق الامتياز)، مرجع سابق، ص. 329؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2000، ص. 841 .

تحت أي سبب كان مخالفته، على اعتبار أنّ المصلحة التي يحميها، مصلحة إقتصادية - إجتماعية تخص المجتمع بأكمله، وتعلو مصلحة الأطراف الخاصة.

110. ففي قرار مبدئي، اعتبرت الهيئة العامة لمحكمة التمييز⁽¹⁾ "أن الوكالة المشار إليها (التي أعطتها المحكمة وصف التأمين العقاري) هي باطلة كونها منظمة ضماناً للدين، وتمنح الدائن في حال عدم الإيفاء بنقل حيازة وملكية العقار، كونها مخالفة للمادة 107 من قانون الملكية العقارية المتعلق بالنظام العام". والأمر ذاته أكدت عليه محكمة التمييز المدنية في عدة قرارات صادرة بهذا الشأن، حيث اعتبرت أنّ الإتفاقيات والعقود مهما كان شكلها، والتي تمكّن الدائن من تملك أموال المدين المقدمة كضمانة "مخالفة لأحكام المادة 107 ملكية عقارية، إذ إنّ المنع الوارد فيها يتعلّق بالنظام العام، وبالتالي لا يقبل التأييد، ولا يمكن الإتفاق في العقد على ما يخالفه، أي على شرط التملك (Pacte commissoire)"⁽²⁾.

إلا أن محكمة الإستئناف المدنية في جبل لبنان كان لها رأيٌ مخالف، ففي القرار⁽³⁾ الصادر عن الغرفة الثالثة ميّزت بين نوعين من النظام العام التوجيهي والحامي⁽⁴⁾؛ معتبرة أنّ نص المادة 107 من قانون الملكية العقارية المطبّق قياساً على التأمين العقاري، وُضِعَ لحماية مصلحة المدين الذي يعتبر الطرف الضعيف في هذه العلاقة من استغلال الدائن، فيكون البطلان هنا مقرّراً لمصلحة النظام العام الحامي

(1) الهيئة العامة لمحمة التمييز، قرار رقم 2002/1/2002 تاريخ 2002/1/11، الجميل/الدولة اللبنانية، مجموعة باز، 2002، رقم 41، ص. 3 .

(2) محكمة التمييز المدنية، الغرفة الأولى، قرار رقم 2، تاريخ 1999/3/18، ادوار الجميل/بطرس الجميل ورفيقتة، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb> ، تاريخ الزيارة 2018/11/7. بنفس المعنى : تمييز مدني، قرار رقم 12، تاريخ 1968/3/1، عازار ورفاق/يونس، مجموعة اجتهادات حاتم رقم 78 ، 1968، ص. 18، وقد جاء في إحدى حيثياته "انه من المقرر قانوناً أن الشارع، وقد شاء منع تملك اموال المدين، إلا عن طريق اتباع طرق التنفيذ التي رسمها، اعتبر أن مثل هذا الشرط يتعلّق بالنظام العام، ولذلك نص صراحة في المادة 107 من القرار 3339 على منع تملك المرهون لمجرد عدم إيفاء الدين عند إستحقاقه". وأيضاً : محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 634، تاريخ 2011/10/318، ابتسام استانبولي/فادي الخوري ورفيقتة، مجلة العدل، 2012، العدد 1، ص 321.

(3) محكمة الإستئناف المدنية في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 136، تاريخ 2017/12/18، نديمي مبارك/زياد أبوالحسن، مجلة العدل، 2008، العدد 3، ص. 1213 .

(4) راجع الفقرة 56 وما يليها من هذا البحث، المتعلقة بالتمييز بين أنواع النظام العام.

وليس لمصلحة النظام العام التوجيهي، ولا يكون بالتالي متصفاً بالبطلان المطلق. وعليه يكون الخروج عن النص من قبل الشخص الذي وُضِعَ البطلان لمصلحته مشروعاً، إذا كان لمصلحته، وهو الأمر المتوافر في القضية الحاضرة، حيث طالبت مالكة العقار بعدم اتباع التنفيذ الجبري على كامل العقار، إنما بتنفيذ الإتفاق على التملك الموقع بينها وبين الدائن، وتمليكه طابقيين من البناء القائم على العقار خاصتها وفقاً لاتفاق التملك، وهو أمرٌ يحقّ مصلحتها؛ فبدل أن يخرج العقار بكامله من ملكيتها عند التنفيذ الجبري عليه، يخرج فقط من ملكيتها طابقيين، وتبقى ملكية بقية الطوابق لها. برأينا هذا القرار جدير بالإهتمام، فهو من جهة حقّ مصلحة الدائن الذي قَبِلَ انتقال ملكية الطابقيين مقابل الدين، ومصلحة المدين الذي احتفظ بملكية الطوابق المتبقية، والتأسيس عليه في الإتفاقيات، من شأنه أن يبعد الأطراف كافة عن الإجراءات المعقّدة للتنفيذ الجبري والتكاليف العالية ويوفّر الوقت والجهد.

111. ومن جهة ثانية، كانت الصورية في بعض الأحيان أحد أسباب إبطال هذه الإتفاقيات، على اعتبار أنّ المتعاقدين في بعض الأحيان، يتجهون نحو إخفاء العلاقة الحقيقية القائمة بينهم، من خلال إلباس عقودهم أشكال عقود أخرى يجيزها القانون، كالإلباس عقد التأمين العقاري بشكل عقد بيع مع حق الإسترداد، أو تنظيم وكالة غير قابلة للعزل بالعقار موضوع الضمانة، ويحدّد تاريخ العمل بها اعتباراً من تاريخ الإستحقاق. وقد اتجهت المحاكم في بعض الأحيان إلى تطبيق الصورية لإبطالها.

والصورية هي "وضع ظاهري يخفي في حقيقته العلاقة القانونية القائمة فعلاً بين المتعاقدين، وهي تفترض تصرفاً ظاهراً واتفاقاً مستتراً، ويكون من شأنه إمّا محو كل آثار التصرف الظاهر، وإمّا تعديل بعض أحكامه. ويتعيّن لتحقيق الصورية أن تتوافر على الأقل، معاصرة ذهنية بين التصرف الظاهر والاتفاق المستتر، وإلا كنا بصدد اتفاق جدي سابق تعدلت أحكامه باتفاق لاحق"⁽¹⁾.

وهناك نوعان من الصورية، هما الصورية المطلقة، وهي التي تتعلّق بوجود العقد ذاته، حيث يكون التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة، ويأتي الاتفاق المستتر ليثبت ذلك. ومن الأمثلة الشائعة على هذا النوع من الصورية، عندما يريد شخص أن يتهرب من قيام دائنيه بالتنفيذ على أملاكه، فيقوم ببيع هذه الأملاك بيعاً صورياً إلى آخر يتفق معه على ذلك. حيث ينظّمان عقداً ظاهراً يثبت ذلك البيع، ويوقعان في الوقت

(1) أنور سلطان، أحكام الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام)، دون طبعة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1980، ص. 152.

نفسه اتفاقاً مستتراً يدحض بموجبه عملية البيع ويؤكد عدم وجود البيع أصلاً. أما النوع الآخر فهو الصوريّة النسبية، وهي التي تتحقّق عندما يتفق أطراف العقد على إخفاء الإتفاق الحقيقي تحت ستار تصرف صوري يخفي طبيعة ذلك الإتفاق، أو أحد عناصره أو تاريخه أو شخصية أحد أطرافه، وهذا يعني أن الصوريّة النسبيّة تنصب على جزء معيّن من العقد الحقيقي دون غيره.

والصوريّة بحد ذاتها "لا تشكّل سبباً للبطلان، ما لم يكن العقد الحقيقي الذي يخفيه العقد الصوري، مشوباً بأحد العيوب المؤدّية للبطلان"⁽¹⁾. ذلك أنّ الهدف من اللجوء إليها، يمكن أن يكون مشروعاً أو غير مشروع، وفقاً للبائع أو الغرض من التعاقد، الذي قد يكون مشروعاً أو غير مشروع. ومثال ذلك إذا أراد شخص أن يشتري أرضاً من آخر، لكنه يعتقد أنّ البائع سيطلب منه ثمناً مرتفعاً إذا ظهر بنفسه في العقد، فيقوم بالإتفاق مع شخص آخر ليشتريها من البائع، ومن ثم ينقلها على إسمه، هنا يكون البائع على الصوريّة مشروعاً. في حين أن البائع أو الغرض من اللجوء إلى الصوريّة قد يكون غير مشروع، عندما يكون الهدف منه الإضرار بحقوق الغير، أو الغش والتحايل على أحكام القانون الأمرّة المتعلقة بالنظام العام.

وهذا ما لجأ إليه بعض الإجتهد لإبطال اتفاقيات التملك، ففي قرار صادر عن إحدى غرف محكمة التمييز المدنية⁽²⁾ اعتبر أنّه "في العلاقة الأساسية بين طرفي العقد المسجّل في دفتر الملكية، يعول على قانونية وصحة التعاقد والحقوق الناجمة عنه، وتالياً على سبب هذا العقد للتأكد من مشروعيتّه أم لا، وليس على قيود السجل العقاري وحسب، إذ إنّ تلك العلاقة مبينة على العقد وليس على القيود المذكورة، فيجوز للفرقاء الإدلاء بالصوريّة المبطلّة للعقد". كما اعتبرت محكمة التمييز المدنية⁽³⁾ في قرار آخر أنّه "وإن كانت

(1) القاضي المنفرد المدني في بعبدنا الناظر في الدعاوى العقارية، قرار رقم 132 تاريخ 2011/10/31، محمد عوضة/ جمال ترست بنك ش.م.ل. ورفيقه، مجلة العدل، 2012، العدد 1، ص. 394 .

(2) محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 121، تاريخ 2012/11/27، صعب/الصدي، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb>، تاريخ الزيارة: 2017/11/7 .

(3) محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 11، تاريخ 2012/2/2، سعاد نادر ورفيقها/ميلاد وميشال سمعان، مجلة العدل، 2012، العدد 4، ص. 1856. أيضاً : تمييز مدني، قرار رقم 16 تاريخ 2004/4/27، زعرور/ محفوض، مجموعة باز، 2004، رقم 43، ص. 982، وقد جاء في إحدى حيثياته "حيث أن القرار المطعون فيه باعتباره وكالة البيع تخفي تأميناً، يتمكن بموجبه الدائن من تملك العقار موضوع النزاع دون اللجوء إلى طرق التنفيذ القانونية بصورة تخالف أحكام المادة 107 من قانون الملكية العقارية، واعتبار ذلك مخالفاً للانتظام العام وتحايلاً على أحكام القانون، وبالتالي يجوز إثبات

الضمانة في الحالة الحاضرة قد أُتخذت شكل وكالة تجيز البيع ولم تتخذ شكل عقد تأمين، وذلك تحايلاً على القانون، فإن هذا الأمر لا يحول دون تطبيق المبدأ القانوني العام النابع من النصوص المشار إليها ومن غيرها من النصوص المعمول بها في القوانين اللبنانية، والتي تمنع الدائن من التملك المباشر للمال الموضوع كضمانة لإيفاء الدين بدون استعمال الطرق القانونية عند عدم تسديد الدين".

112. ومن جهة أخيرة، فقد استند الإجتهد في بعض قراراته إلى عيوب الرضى لإبطال إتفاقيات التملك، ذلك أن هذه الإتفاقيات ينتج عنها جدليات واسعة، تحدثنا عنها في القسم الأول من هذا البحث، ومنعاً للتكرار فإننا نُحيل إلى المبحث المتعلق بالجدليات الناتجة عن هذه الإتفاقيات⁽¹⁾.

وقد أكدت محكمة التمييز المدنية في إحدى قراراتها على إمكانية الإدلاء بعيوب الرضى كسبب لإبطال هذه الإتفاقيات، معتبرةً "أنه في العلاقة الأساسية بين طرفي العقد المسجل في دفتر الملكية، يُعول على قانونية وصحة التعاقد والحقوق الناجمة عنه، وتالياً على سبب هذا العقد للتأكد من مشروعيته أم لا، وليس على قيود السجل العقاري وحسب، إذ إن تلك العلاقة مبنية على العقد وليس على القيود المذكورة، فيجوز للفرقاء الإدلاء بكل عيوب الرضى التي ستنتاب العقد بحال تحققها عند التعاقد"⁽²⁾.

ولابدّ من الإشارة هنا، إلى ضرورة الأخذ بالإكراه الإقتصادي كعنصر مهم وسبب أساسي لإبطال إتفاقيات التملك، حيث يعمد الدائن في كثير من الأحيان إلى استغلال الظروف الإقتصادية التي يمر بها المدين. فيعتمد وبصورة مخالفة لحسن النية ولمبدأ الإستقامة في التعامل، إلى فرض شرط التملك عليه، تحت طائلة

صورية الوسائل وبيان حقيقة العلاقة بجميع وسائل الاثبات سندا للمادتين 257 و 302 من أ.م.م.؛ تمييز مدني، قرار رقم 12، تاريخ 1968/3/1، عازار ورفاقه/يونس، مجموعة اجتهادات حاتم رقم 78 ، 1968، ص. 18.

(1) أنظر الفقرة 21 وما يليها من هذا البحث.

(2) محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 121، تاريخ 2012/11/27، صعب/الصدي، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb>، تاريخ الزيارة : 2017/11/7؛ بنفس المعنى : محكمة الدرجة الاولى في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 634، تاريخ 2011/10/318، ابتسام استانبولي/فادي الخوري ورفيقه، مجلة العدل، 2012، العدد 1، ص. 321، وقد اعتبرت المحكمة "إن منحي المحكمة مستقرّ على ابطال كل اتفاق يتزامن مع نشأة الدين يُتيح للدائن التملك المباشر لما يُؤلف الإرتهان العام، لاحتوائه على شبهة استغلال ضعف المدين وحاجته وعوزه، إلى جانب فساد مقصده الرامي إلى التحايل على قواعد التنفيذ الجبري الإلتباع لتحصيل الحقوق، وهو أمرٌ لو أُجيز لاستبيحت أموال الناس وانتزعت منهم رغم التفاوت وعدم التناسب بين قيمتها ومقدار الدين".

الإمتناع عن إقراضه المال، إلا أنه ينبغي للأخذ بالإكراه الإقتصادي كعيب من عيوب الرضى وسبباً للإبطال، التأكيد من وجود نية الإستغلال لدى الدائن، وهو أمر يصعب في كثير من الأحيان اكتشافه، نظراً لكونه أمر باطني من جهة، ولندرة وجود عمليات إقراض دون دوافع إقتصادية لدى طرفي العقد.

أمام هذه الصعوبات والجدليات الناتجة عن بند التملك، وللأسباب المذكورة أعلاه وغيرها، ذهب المشرع الفرنسي بعيداً في هذا الشأن، وخطا خطوات إيجابية، نحو إقرار صحة بند التملك (Pacte commissoire) ضمن شروط معينة.

الفصل الثاني : التطور التشريعي المتعلق ببند التملك في القانون الفرنسي

113. كان القانون الفرنسي قبل عام 2006، يمنع ويحظر بصورة صريحة الإنفاق بين الدائن والمدين على تملك العقار المؤمن عليه مقابل الدين في حال عدم الإيفاء بتاريخ الإستحقاق⁽¹⁾. الأمر ذاته كان يُطبّق في القانون الروماني قديماً⁽²⁾، حيث كان يمنع كل ميثاق يجعل الدائن مالكا للعقار المقدم كضمانة لمجرّد عدم الإيفاء بتاريخ الإستحقاق. وقد كانت المادة 2088 من القانون المدني الفرنسي تعتبر أنّ كل بند يخالف هذا المبدأ يُعتبر باطلاً، والدائن لا يكون له في هذه الحالة سوى ملاحقة نزع الملكية بالطرق القانونية، أي بطريق التنفيذ الجبري على العقار المؤمن عليه، وهذا نصّها :

“Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu; toute clause contraire est nulle; en ce cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales”.

114. أمّا أسباب المنع، فكانت هي ذاتها التي اتخذها الإجتهد والفقه اللبنانيين لتبرير تطبيقهما للمادة 107 من قانون الملكية العقارية، المختصة بالرهن العقاري على عقود التأمين العقاري وفقاً لما ذكر آنفاً⁽³⁾. وهذه الأسباب هي حماية المدين مالك العقار، الذي يكون عادةً الطرف الضعيف في العقد، من استغلال الدائن، والحوول دون وقوعه ضحيةً له بسبب حاجته للأموال، وعدم إبقائه تحت رحمة الدائن الذي قد يلجأ إلى أساليب عدة لاستغلال حاجة المدين وفرض شرط التملك عليه؛ بالإضافة إلى الغبن ومنع الإثراء بلا

(1) DOLS-MAGNEVILLE. (M), *LA REALISATION DES SURETES REELLES*, THÈSE En vue de l'obtention du doctorat en droit Spécialité droit privé Délivré par l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, p.74 .

(2) Elle était déjà présente en droit romain où une constitution de l'empereur Constantin en 326 condamna tout pacte autorisant le créancier à conserver le gage à défaut de paiement. Voir : G. WIDERKEHR, «*Pacte comissoire et sûretés conventionnelles*», in Études offertes à Alfred Jauffret, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 661.

(3) راجع : الفقرة 104 من هذا البحث، التي تبين مبررات المنع.

سبب مشروع (à éviter un enrichissement injuste du créancier)⁽¹⁾، ومحاربة الربا الفاحش (à lutter contre l'usure)⁽²⁾.

إلا أن الأمر أصبح مختلفًا كليًا بعد التعديل⁽³⁾ الذي حصل خلال عام 2006 بموجب القانون رقم 346 تاريخ 2006/3/23، حيث تمّ تعديل بعض مواد القانون المدني الفرنسي، لاسيما منها تلك المتعلقة بالتأمين والرهن العقاريين، إذ تمّ بموجبه تنظيم (قوننة) هذه الإتفاقيات، للحد من النتائج السلبية المترتبة عليه ومنع طرق الإلتفاف عليه. مجيزًا بصورة مبدئية بند التملك (المبحث الأول)، غير أنه استثناءً على القاعدة حظّره في حالات أخرى (المبحث الثاني).

المبحث الأول : المبدأ : صحّة الإتفاق على التملك

115. إنّ التعديل الحاصل خلال عام 2006، جاء به المشرّع الفرنسي للحد من الخسارة التي تلحق بالمتعاقدين نتيجة الإتفاق على التملك الحاصل بصورة تعسّفية تضر بمصلحة كلا المتعاقدين، لذلك فقد عمد إلى إدخال أحكام جديدة ومختلفة كليًا عمّا كانت عليه قبل حصوله، تتمثّل بإجازة الإتفاق على التملك في نطاق التأمين العقاري (Hypothèque) ضمن شروط معينة (أولًا)، الأمر الذي يُسفر عنه نتائج مهمة على عدة أصعدة (ثانيًا).

أولًا : شروط صحّة الإتفاق على التملك

116. لم تأت إجازة الإتفاق على التملك عند عدم الإيفاء بتاريخ الإستحقاق بصورة مطلقة، إنّما ربطها المشرّع الفرنسي بشروط عدّة، تمثّل بحدّ ذاتها ضمانات لكل أطراف العلاقة (الدائن والمدين والكفيل العيني

(1) Nicolas BORGA, *L'ORDRE PUBLIC ET LES SÛRETÉS CONVENTIONNELLES*, op. cit, P. 173,

(2) M. PLANIOL, G. RIPERT et E. BECQUÉ, *Traité pratique de droit civil français*, T. 12, n° 121.

(3) Ordonnance n° 346/2006 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, www.legifrance.gouv.fr.

في حال وجوده). فالمبدأ هو إجازة هذا الإتفاق، ولكن ضمن شروط وضمائن معينة؛ أمّا الإتفاق الذي لا تتوافر فيه هذه الضمانات فيُعدُّ باطلاً.

117. فمن جهة أولى، تنص الفقرة الأولى من المادة 2459 من القانون المدني الفرنسي، على إمكانية الإتفاق، ضمن اتفاقية التأمين العقاري، على أن يصبح الدائن مالكا للعقار المؤمن عليه، وهذا نصها الفرنسي:

«Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué».

والملاحظ في هذا النص، أن الإتفاق على التملك يجب أن يكون وارداً ضمن عقد التأمين العقاري بصورة حصرية (dans la convention d'hypothèque)، وهو بالتالي لا يشمل الحالة التي يُبرم فيها الإتفاق بصورة لاحقة لإبرام عقد التأمين العقاري، وهو شرطٌ تؤدي مخالفته إلى بطلان الإتفاق على التملك. لأن المشرع لو أراد ذلك، لنصّ على إمكانية الإتفاق على التملك بصورة لاحقة لعقد التأمين، كما فعل بالنسبة لرهن المنقول المادي (gage de meubles corporels)، الذي يمكن أن يكون الإتفاق على التملك بصدده، إما في العقد الأساسي أو في وقت لاحقٍ (lors de la constitution du gage ou postérieurement) وفقاً للفقرة الأولى من المادة 2348 من القانون المدني الفرنسي الجديدة⁽¹⁾.

لكنّ الفقرة الأولى من المادة 2458 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾ أتاحت للدائن، عندما يكون عقد التأمين خالياً من بند تملك، أن يطلب من القضاء تملكه العقار المؤمن عليه، عندما يتخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، شرط أن لا يكون قد باشر بإجراءات التنفيذ الجبري.

(1) Art. 2348. «Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie, le créancier deviendra propriétaire du bien gagé».

(2) Art. 2458. «A moins qu'il ne poursuive la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par les lois sur les procédures civiles d'exécution, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger, le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement».

لكن هذا الشرط برأينا لا يشكل شرطاً جوهرياً، لأنه لا يتضمّن في جوهره استغلالاً للمدين، إنّما الإستغلال الحقيقي يكون بعدم خضوع العقار للتخمين، لأن قيمته قد تفوق بكثير قيمة الدين.

118. إلا أن الشرط الذي يشكل الضمانة الأساسية لمنع استغلال أحد الأطراف للطرف الآخر، يتمثل بضرورة إخضاع العقار المؤمن عليه إلى تقدير خبير، يُعيّن إمّا بصورة اتفاقية بين الأطراف، أو من خلال القضاء، بتاريخ وضع بند التملك موضع التنفيذ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 2460 من القانون المدني الفرنسي الجديدة، وقد جاء نصّها الفرنسي الأصلي على الشكل التالي:

«Dans les cas prévus aux deux articles précédents, l'immeuble doit être estimé par expert désigné à l'amiable ou judiciairement».

والهدف الأساسي الذي دفع المشرّع لإخضاع العقار المؤمن عليه إلى تقدير خبير، هو معرفة القيمة الحقيقية للعقار المؤمن عليه بتاريخ وضع بند التملك موضع التنفيذ وانتقال الملكية، ومقارنته مع قيمة الدين. وهناك ثلاثة احتمالات تنتج عن هذا التقدير، فإمّا أن تكون قيمة العقار المؤمن عليه مساوية لقيمة الدين المضمون ولواقفه، ففي هذه الحالة ينتهي الدين بصورة نهائية وتبرأ ذمّة كلا الطرفين بكل ما يتعلّق بالدين والتأمين. وإمّا أن تكون قيمة العقار المؤمن عليه أعلى من قيمة الدين ولواقفه، ففي هذه الحالة يتوجّب على الدائن رد الفرق الزائد من قيمة العقار إلى مالك العقار، ما لم يكن هناك دائنين مؤمّن لهم على العقار ذاته فنُحَصّص لهم، وفقاً للفقرة الثانية من المادة 2460 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾، التي تركز حق المدين بالفرق بين ثمن العقار وقيمة الدين. أمّا الإحتمال الثالث والأخير، هو أن يكون قيمة العقار أقل من قيمة الدين ولواقفه، ففي هذه الحالة يبقى الدين بالقدر الذي يتجاوز قيمة العقار، ولكنه يكون ديناً عادياً من دون أية أولوية على غيره من الديون، ما لم يكن بيد الدائن ضماناً آخر لذات الدين. كما يجب أن يتضمّن الإتفاق الآلية وإجراءات تعيين الخبير المكلف بتقدير قيمة العقار، حيث يمكن أن يكون تعيينه حياً بين الأطراف، أمّا إذا تعدّر الإتفاق فيما بينهم، فيتم تعيينه قضائياً.

(1) Art. 2460. « Si sa valeur excède le montant de la dette garantie, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence ; s'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il la consigne ».

وقد هدف المشرع الفرنسي من وراء فرض هذا الشرط، ضمان الحقوق وتعزيز الحماية القانونية لطرفي العقد الدائن ومالك العقار (مدينًا كان أم كفيلاً عينياً)، وذلك من خلال حظر الإتفاق بينهما على تحديد قيمة العقار بصورة مسبقة ومتساوية مع قيمة الدين. ذلك أنّ قيمة العقارات في تحرك دائم، صعودًا ونزولًا، وفقًا للعجلة الإقتصادية. فإذا ما اتفق الفرقاء على هذا البند دون مراعاة شرط تخمين الخبير للعقار، فإن ذلك قد يؤدي إلى إثراء لأحد الفرقاء على حساب الآخر، فإذا ارتفعت قيمة العقار عن قيمة الدين، فإن ذلك يؤدي إلى إثراء الدائن على حساب المدين من خلال استيلائه على الفرق بين القيمتين، والعكس صحيح فإذا انخفضت قيمة العقار عن قيمة الدين، فإن ذلك يؤدي إلى إثراء المدين على حساب الدائن. لهذا قد جاء المشرع بهذا الشرط كضمانة لحقوق كلا الطرفين، والحؤول دون إثراء أحد الأطراف على حساب الآخر.

وبرأينا، إن هذه الشروط والضمانات المقررة بموجب القانون الفرنسي يمكن العمل بها وتطبيقها بين أطراف عقد التأمين المتضمن بند تملك، وإن لم يكن منصوص عليها في القانون اللبناني، ذلك أن العقد شريعة المتعاقدين، وللأطراف أن يرتبوا علاقاتهم كما يشاؤون شرط مراعاة مقتضى النظام العام والأداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية. فبالنسبة لشرط ورود الإتفاق ضمن عقد التأمين العقاري، فهو برأينا ليس شرطًا جوهريًا، ولا يؤدي تخلفه وفق القانون اللبناني إلى بطلان البند، لأن مظنة استغلال أحد الأطراف للآخر لا تتحقق من ذلك، بل من الفرق الكبير بين ثمن العقار وقيمة الدين؛ لا بل أكثر من ذلك، تكون هذه المظنة منخفضة كثيرًا ومعدومة أحيانًا، إذا ما تم الإتفاق على التملك بعد توقيع عقد التأمين العقاري. ويبدو أن المشرع الفرنسي اشترط ذلك لضمان نشر هذا البند مع عقد التأمين العقاري ليصبح ساريًا على الغير، وهو الأمر الذي يمكن أن يحصل في القانون اللبناني بموجب إشارة أو قيد احتياطي يضعها أصحاب العلاقة على الصحيفة العينية للعقار. أما شرط تخمين قيمة العقار من قبل خبير فهو الأهم، لأن من خلاله يتم تقدير قيمة العقار بصورة حقيقية، والحيلولة دون إثراء أحد الأطراف على حساب الآخر.

119. أما بالنسبة للإتفاق على التملك الحاصل بعد استحقاق الدين، فلم يتحدّث القانون الفرنسي عنه بصورة صريحة، إنما يمكن القول أنه ضمن هذه الضمانات يجوز الإتفاق على التملك حتى لو كان حاصلًا بعد استحقاق الدين، وفي هذه الحالة أصلًا تنعدم شبهة استغلال الدائن. وهو أمر يمكن تطبيقه أيضًا في

لبنان وفقاً لرأي العديد من الفقهاء⁽¹⁾، إذ ليس في القانون ما يحول دون تملك الدائن العقار، إذا حصل بعد استحقاق الدين⁽²⁾.

وطالما أنّ هذه الشروط والضمانات تحقّق مصلحة الأطراف وتؤمن حقوقهم - فضلاً عن كون المادة 107 لا يمكن تطبيقها قياساً على التأمين العقاري وفقاً لما ذكرناه آنفاً- فإنها تكون صحيحة، وتجعل الإتفاق على التملك قانونياً ومجازاً. وفي حال عدم توافر هذه الضمانات في هذا الإتفاق، فإن ذلك يفسح المجال ويُساهم في استغلال أحد الأطراف للآخر، وهو يشكّل تعديلاً لإجراءات التنفيذ على العقار المؤمن عليه، الأمر الذي يمنعه القانون، ويعتبره بالتالي باطلاً. أما إذا كانت هذه الضمانات متوافرة وفقاً للشروط التي فرضها المشرّع الفرنسي والتي يمكن للأطراف العمل بها في إطار القانون اللبناني، فإن هذا الإتفاق يعتبر صحيحاً ومجازاً، ويؤدي إلى نتائج مهمّة وفقاً لما سنتحدث عنه تالياً.

ثانياً : النتائج المترتبة على تضمين عقد التأمين العقاري بند تملك

120. إن تضمين عقد التأمين العقاري بند تملك يجيز للدائن تملك العقار المؤمن عليه عند تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، ضمن الشروط والضمانات المحددة بالقانون، ويرتّب نتيجتين أساسيتين، الأولى تتحقّق قبل تخلف المدين عن الدفع ووضع البند موضع التنفيذ (أ)، أمّا الثانية فتتحقّق بعد التخلف عن الدفع ووضع البند موضع التنفيذ (ب).

(1) ماجد مزيم، التأمينات العينية، الجزء الأول: التأمين والرهن العقاري، مرجع سابق، ص. 151؛ ادوار عيد، كريستيان عيد، التأمينات العينية (التأمين العقاري-الرهن العقاري-رهن المنقول- حقوق الامتياز)، مرجع سابق، ص. 241؛ وهدي عبدالله، التأمين العقاري: مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز، مرجع سابق، ص. 145؛ و عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص. 426 .

(2) الهيئة العامة لمحمة التمييز، قرار صادر بتاريخ 2006/3/13، غير مذكور المدعي والمدعى عليه، المصنف في القضايا المدنية، 2006، ، نقلا عن الموقع الالكتروني almustachar.com ، تاريخ الزيارة : 2019/4/20 .

أ- النتيجة المترتبة على البند قبل تخلّف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق

121. إنّ تضمين عقد التأمين العقاري بند تملك يستوفي الشروط والضمانات المحددة في القانون، يُرتّب نتيجة مهمة تتمثل بالقيّد الناتج عن هذا البند على حق التصرف بالعقار المؤمن عليه. وهذه النتيجة تترتب قبل تخلّف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، أي قبل تنفيذ البند ووضعه موضع التنفيذ. فالإتفاق بين الدائن والمالك (مدينًا كان أم كفيلاً عينيًا) على التملك عند عدم الإيفاء، يشكّل بحدّ ذاته قيدًا على حق التصرف بملكيّة العقار، يحدّ من حرية المالك بالتصرّف بالعقار المؤمن عليه، فيبقى العقار في الذمة المالية للمالك ولا يمكنه بعدها التصرف فيه⁽¹⁾. وهذا القيد جائز طالما أنه لفترة محدودة ومرتبطة بأجل وبشرط معيّن وليس مطلقًا.

122. ولكن السؤال الذي يُطرح، ماذا لو تصرّف المالك بهذا العقار؟ الإجابة تكون بالعودة إلى الأحكام العامة المتعلقة بالتصرّف بالعقار المؤمن عليه؛ فبالمبدأ للمالك الحق المطلق بالتصرّف بالعقار المؤمن عليه، ما لم يكن هناك إتفاق مخالف، يقضي بالمنع من التصرف طالما العقار منقول بتأمين عقاري. والدائن ليس له في هذه الحالة، سوى حق تتبّع العقار في أي يد ينتقل إليها، والأمر ذاته يُطبّق حينما يكون العقد متضمّنًا بند تملك، حيث يستطيع الدائن المطالبة باستعادة الملكية تنفيذًا لاتفاق التملك، شرط أن يكون البند كما عقد التأمين نُسجِلَ وسُجِّلَ في السجل العقاري لكي يسري على الغير، أما إذا كان البند غير مُعلن عنه في السجل العقاري، فإنه لا يسري على الغير، ويكون للدائن في هذه الحالة الحق بالتنفيذ على العقار بالإضافة إلى حقّه مطالبة المدين بالعتل والضرر الناتج عن الإخلال باتفاق التملك.

وفي الغالبية العظمى من عقود التأمين، والتي يكون فيها الدائن مصرف، يشترط هذا الأخير على المالك وضع بند في العقد يتعلّق بعدم إمكانية المالك التصرف بالعقار وبيعه من الغير بأيّة حالة من الأحوال إلّا بعد حصوله على موافقة خطيّة مسبقة منه، وتُسجَل هذه الإشارة على الصحيفة العينية للعقار. ويهدف الدائن من هذا الشرط من جهة، عدم السماح للمالك بالتصرّف بالعقار طيلة مدّة العقد، كي لا تتعدّد الإجراءات عند ممارسة حق التتبع على العقار في حال أراد التنفيذ، ومن جهة أخرى الحفاظ على مكتسب بيده يمكنه فيما بعد من تملك العقار مقابل الدين في حال وافق المالك على ذلك.

(1) Le pacte comissoire – avantages et inconvenients, dissertation publié sur le site : www.doc-du-juriste.com , p. 3, date de visite : 16/11/2018 .

لكن هنا يتبادر إلى الذهن مسألة مدى إمكانية إنشاء تأمين عقاري آخر على العقار ذاته بعد الإتيان على التملك. إنّ هذا الأمر، ممكن وجائز تطبيقاً للمبادئ العامة المتعلقة بالتأمين. ويعود السبب في ذلك إلى أنّ فرق الثمن الزائد بعد التخمين يعود للمدين⁽¹⁾ وفي هذه الحالة يمارس الدائن صاحب التأمين الثاني حقه بالأفضلية على فرق الثمن إذا زاد. وهذا المبدأ ذاته يُطبّق عند وجود تأمينين، حيث يحظى التأمين الأول بالأفضلية على التأمين الثاني وما تبقى من ثمن إضافي يعود لصاحب التأمين الثاني.

ب : النتائج المترتبة على البند عند تخلف المدين عن الدفع

123. إنّ تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، يفتح المجال أمام الدائن المؤمن له لممارسة حقه بالتنفيذ على العقار المؤمن عليه، وصولاً إلى بيعه بالمزاد العلني واستيفاء حقه بالأولوية على سائر الدائنين التاليين له في المرتبة، وهذا هو الأمر المُطبّق في التأمين العقاري بصورة أساسية. إلا أن الأمر يختلف نوعاً ما، عندما يتضمّن عقد التأمين العقاري بنداً يجيز للدائن تملك العقار مقابل الدين في حال تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق؛ ففي هذه الحالة، يكون من حق الدائن المطالبة بنقل ملكية العقار مباشرة على اسمه. لكن السؤال الذي يُطرح هو : هل تنتقل الملكية مباشرة بمفعول البند وبمجرد التخلف عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، أم بحاجة لإجراءات معينة يقتضي على الدائن القيام بها لنقل الملكية ؟ للإجابة عن هذا التساؤل يقتضي العودة إلى نص المادة 2459 من القانون المدني الفرنسي، ومقاربتها مع النظام العقاري المُتبّع ومدى إمكانية تطبيق ذلك في القانون اللبناني.

124. من خلال التمعّن في الفقرة الأولى من المادة 2459 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾، يمكن القول أنّ الملكية تنتقل إلى الدائن بموجب هذا البند، بمجرد التخلف عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، دون الحاجة لأي إجراء من قبل الدائن، باستثناء تلك المتعلقة بتعيين خبير لتحديد قيمة العقار. وتعيين الخبير لا يؤثر أصلاً على انتقال الملكية إلى الدائن، لأنّ مهمته فقط تتعلّق بتقدير قيمة العقار، دون التطرّق إلى انتقال الملكية.

(1) أنظر الفقرة 118 من هذا البحث، المتعلقة بشرط خضوع العقار لتخمين خبير.

(2) Art. 2459. «Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué».

فعبارة (le créancier deviendra propriétaire) تفيد بصورة أكيدة، أنّ الدائن يصبح مالكًا للعقار المؤمن عليه بمجرد عدم الدفع بتاريخ الإستحقاق.

ويعود السبب في الإنتقال المباشر للملكية بمفعول البند إلى النظام العقاري المتّبع في فرنسا، وهو نظام مختلط بين النظام العيني والنظام الشخصي، حيث تنتقل الملكية بمفعول العقود وفقًا للمادة 1583 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾؛ لكن التصرفات الخاضعة للشهر (المتعلقة بالحقوق العينية) لا يمكن الإحتجاج بها على الغير الذي له حقوق على العقار إلا من تاريخ حفظها وتسجيلها⁽²⁾. بعكس النظام العيني، الذي لا تنتقل الملكية فيه إلا بالتسجيل في السجل العقاري، كما هو الحال في القانون العقاري اللبناني، حيث لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل في السجل العقاري. الأمر ذاته يطبق على بند التملك، حيث لا تنتقل الملكية قبل وضعه موضع التنفيذ وتسجيله فعليًا في السجل العقاري، فالملكية تبقى للمالك، ولا تنتقل للدائن بفعل هذه الإتفاقيات إلا بعد تنفيذها وتسجيلها فعليًا في السجل العقاري. وتنفيذها إما يكون بالتفرغ عنها مباشرة أمام أمين السجل العقاري، أو بتنظيم عقد بيع مسموح بالعقار موضوع التأمين أو تنظيم أي شكل آخر من أشكال نقل الملكية لدى المأمور الرسمي المكلف بذلك، ومن ثم تسجيلها في الدوائر العقارية.

وبخلاف القانون الفرنسي الذي يجعل الملكية تنتقل للدائن بمجرد تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، فإنّ هذه الإتفاقيات، وفق النظام العقاري في لبنان، تُكسب الدائن حقًا شخصيًا بالمطالبة بتسجيل العقار على إسمه، في حال عدم مبادرة المالك رضائيًا إلى نقل الملكية له. وهذا ما أكدته المادة 11 من القرار رقم 188 المتعلق بإنشاء السجل العقاري التي جاء فيها: "إن الصكوك الرضائية والإتفاقيات التي ترمي إلى إنشاء حق عيني أو إلى نقله أو إعلانه أو تعديله أو إسقاطه لا تكون نافذة حتى بين المتعاقدين إلا اعتبارًا من تاريخ قيدها، ولا يمنع ذلك المتعاقدين من ممارسة حقوقهم ودعاويهم المتبادلة عند عدم تنفيذ إتفاقاتهم. وتطبق هذه الأحكام على الصكوك والإتفاقيات العقارية والوقفات وحجج تجزئة الأوقاف التي تُنظّم أو تُصدّق من قبل كتّاب العدل والمحاكم الشرعية"؛ خصوصًا أن قانون الملكية العقارية ونظام السجل

(1) Art. 1583. « Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé».

(2) عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الثاني، الملكية العقارية، الطبعة الثالثة، 2018، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ص. 405 ومايلها.

العقاري يؤكدان أن الملكية لا تنتقل بمفعول العقود، بل أن حق قيد الحقوق العينية العقارية يكتسب بمفعول هذه العقود (المادة 267 من قانون الملكية العقارية). حتى وإن كان الإتفاق على التملك قد حصل بعد تاريخ استحقاق الدين، فإن ذلك لا يؤدي إلى نقل الملكية في ظل النظام العقاري في لبنان (نظام التسجيل العيني) بل لا بدّ من قيده في السجل العقاري لتنتقل الملكية وينشأ الحق العيني⁽¹⁾. أمّا الفقه الفرنسي فقد اختلف في هذا الإطار، فالبعض⁽²⁾ اعتبر أنّ البند ينقل الملكية مباشرة بمجرد عدم الإيفاء، ودون أي تدخّل من القضاء :

«le pacte comissoire a pour effet d'attribuer automatiquement la propriété du bien au créancier».

في حين اعتبر اقسام آخر⁽³⁾ أنه لا يكون للبند أثر بنقل الملكية مباشرة بمجرد التخلف عن الدفع : « l'attribution de la propriété du bien n'intervient pas automatiquement » . لكنّ الإجتهد الفرنسي حزم أمره مسلماً بأنّ الأثر الحتمي لبند التملك هو أن يصبح الدائن مالكا للشيء المُقدّم كضمانة دون الحاجة لأي تدخل قضائي :

(1) يراجع بهذا الشأن : عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الاول، التحديد والتحرير والسجل العقاري، مرجع سابق، ص. 318 ، و الجزء الثاني، الملكية العقارية، مرجع سابق ص. 405.

(2) Nicolas BORGA, *L'ORDRE PUBLIC ET LES SÛRETÉS CONVENTIONNELLES*, op. cit, p. 173, Du : L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, La publicité foncière, Defrénois, 2ème éd., 2006, n° 515 et 687. Voir ainsi : Le pacte comissoire depuis l'ordonnance du 23 Mars 2006, dissertation publié sur le site : www.doc-du-juriste.com , p. 6 , date de visite 16/2/2019 : «le débiteur, qui dans une situation de faiblesse, pourrait perdre son bien automatiquement sans intervention d'un juge».

(3) Philippe DELEBECQUE, « *Le régime des hypothèques* », in Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, Juris-classeur périodique édition Générale, 17 mai 2006, n° 20, p. 29 .

“Le pacte commissaire [...] l'effet radical de rendre le créancier propriétaire du bien engagé (sans avoir à le demander en justice)”⁽¹⁾.

بالرغم من هذا الإختلاف في الآراء في فرنسا، يبقى الرأي الأسلم حسب القانون الفرنسي هو أن انتقال الملكية يتم مباشرة عند التخلّف عن الدفع بتاريخ الإستحقاق؛ أما في لبنان، وفي ظل النظام العقاري اللبناني فإنّه لا يمكن تطبيق ذلك، ولا أثر ناقل للملكية لمثل هكذا اتفاقيات، على اعتبار أن الملكيّة لا تنتقل إلا بالتسجيل في السجل العقاري، ولا بدّ لانتقال الملكية تنظيم عقد تفرّغ عن العقار وتسجيله في السجل العقاري.

125. ولكن في هذا الإطار يمكننا إضافة تعليق بسيط على موضوع انتقال الملكية، فعند تخلّف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق لا يكون تقرير الخبير المُكلّف بتحديد ثمن العقار قد صدر بعد، وهو الأمر الذي يثير بعض الجدل حول ثمن العقار والفرق بينه وبين قيمة الدين، ومن الأفضل هنا تعليق انتقال الملكية لحين صدور تقرير الخبير، ومن ثمّ التمييز بين حالات ثلاث، فإذا كانت قيمة العقار مساوية لقيمة الدين، هنا تنتقل الملكية مباشرة، أما إذا كانت قيمة العقار أعلى من قيمة الدين، ففي هذه الحالة يتوجّب على الدائن دفع ما تبقى من ثمن العقار لإبراء ذمّته، وهذا الأمر يمكن أن يتم بالدفع المباشر أو بالإيداع، ومن ثمّ تنتقل الملكية. أما إذا كانت قيمة العقار أقل من قيمة الدين، تنتقل الملكية مباشرة ويبقى الجزء المتبقي من الدين دينًا بذمة المدين.

المبحث الثاني : الإستثناء : بطلان الإتفاق على التملك

126. يتوجّب على أطراف عقد التأمين العقاري التقيد بالشروط والضمانات المحدّدة في القانون لضمان صحّة الإتفاق على التملك، وإلا كان هذا البند عرضة للبطلان، وهو ما يحصل في بعض الحالات (أولاً)، وهو ما يعرّض عقد التأمين العقاري للخطر لناحية بقائه من عدمه، الأمر الذي يدفعنا للبحث عن مصير عقد التأمين عند بطلان البند (ثانياً).

(1) Cour de cassation – Assemblée Plénière, Arrêt n° 627 du 7 décembre 2015 (14-18.435), rapport n° C1418435 , 23 novembre 2015 (Rapporteur : Nicole Planchon), la société MJA et autres / la société Bank of London and The Middle East PLC, www.courdecassation.fr ,date de visite : 5/11/2018 .

أولاً : حالات بطلان بند التملك

127. لم تأت إجازة بند التملك بموجب القانون الصادر عام 2006 بصورة مطلقة، بل كان ذلك بصورة أساسية ضمن الشروط وعلى أساس الضمانات المذكورة أعلاه، حيث يكون البند صحيحاً بتوافرها، وباطلاً في حال التخلف عنها وعدم مراعاتها. لذلك يتوجب على أطراف العقد احترام هذه الشروط وإلا كان البند باطلاً، بالتالي تكون الحالة الأولى من حالات بطلان بند التملك هي حالة عدم احترام الشروط والضمانات. أما الحالة الثانية التي يكون فيها الإتفاق غير جائز، فهي عندما يشكّل العقار المؤمّن عليه المسكن الرئيسي للمدين، ففي هذه الحالة يكون الإتفاق بدون أثر، حتّى لو تضمّن الإتفاق الشروط والضمانات المذكورة أعلاه، وذلك وفقاً لما تنصّ عليه الفقرة الثانية من المادة 2459 من القانون المذكور آنفاً :

«Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur».

الأمر ذاته أكدته الفقرة الثانية من المادة 2458 من ذات القانون⁽¹⁾، التي فتحت المجال للدائن بأن يطلب من القضاء تملك العقار مقابل دينه في حال تخلفه عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، طالما لم يسلك بعد طريق التنفيذ الجبري، شرط أن لا يشكّل هذا العقار المسكن الرئيسي للمدين.

وإذا كانت إجازة هذا البند والسماح باللجوء إليه تفتح المجال أمام الدائن لاختيار طريق التنفيذ التي يراها مناسبة، على اعتبار أن إقرار إمكانية الإتفاق على التملك تساهم بتنويع إجراءات التنفيذ على العقار المؤمّن عليه التي يمكن للدائن أن يسلكها؛ فإنّ الأمر يكون خلاف ذلك، عندما تكون الضمانة هي المسكن الرئيسي للمدين. ففي هذه الحالة لا يمكن منح الدائن هذا الخيار وتنويع إجراءات التنفيذ التي يمكن أن يسلكها، ويكون الإتفاق بين الدائن والمدين على أن يصبح هذا العقار ملكاً للدائن عند عدم وفاء المدين بالدين بتاريخ الإستحقاق، بلا أثر. وهذا لا يعني أن دين الدائن يصبح بلا ضمان، بل أن الطريق الوحيد الذي

(1) Art. 2458. «Cette faculté ne lui est toutefois pas offerte si l'immeuble constitue la résidence principale du débiteur»; www.legifrance.gouv.fr., date de visite : 12/3/2019.

يمكن أن يسلكه في هذه الحالة، هو التنفيذ على هذا العقار وفقاً للإجراءات القانونية المحددة للتنفيذ على العقار المؤمن عليه، وإن كان هذا العقار يشكّل المسكن الرئيسي للمدين.

ويبدو أنّ السبب في منع هذا الإتفاق عندما يتعلق بالمسكن الرئيسي للمدين، له بعدٌ إجتماعي خاص، وهو يهدف إلى حماية المدين في محيطه الإجتماعي وحماية عائلته وتحصين حقّه في السكن، على اعتبار أن حق السكن هو من الحقوق الأساسية للمواطن في بلده والذي تسعى الدول، لاسيما التي تحترم حقوق الإنسان إلى حدّ كبير، إلى تأمينه بصورة أساسية لمواطنيها. فالإتفاق على التملك يجعل الملكية تنتقل مباشرة من المدين إلى الدائن ولا تحتاج إلى وقت وإجراءات طويلة ومعقّدة، وهو أمر يساهم في زعزعة الحياة الإجتماعية للمدين. أما التنفيذ على العقار الذي يُشكّل المسكن الرئيسي للمدين، وإن يؤدي في نهاية المطاف إلى نزع ملكية المدين، فإنّه يتطلب وقتاً وإجراءات طويلة ومعقّدة نوعاً ما، وهو الأمر الذي قد يخدم المدين، فيساعده على إيجاد بديل عنه خلال فترة الإجراءات، ممّا يساهم في حمايته اجتماعياً، إضافة إلى أن الفرق بين ثمن العقار عندما يكون أعلى من قيمة الدين، يساهم في تأمين حق السكن له، على قدرٍ معيّن.

من جهة ثالثة، حدّدت الفقرة الثالثة⁽¹⁾ من المادة 38-312 L من قانون الإستهلاك الفرنسي المعدل⁽²⁾ خلال عام 2016، الطرق التي يجوز للدائن (المقرض) سلوكها عند تخلف المقرض (المدين) عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، لكنّها في الوقت نفسه حظرت وبصورة صريحة بند التملك الذي أجازته المادة 2348 من القانون المدني الفرنسي، معتبرة إياه كأنّه غير مكتوب. إلّا أنه من خلال العودة إلى المادة 2348 من القانون المدني الفرنسي، نجد أنّها تختص برهن المنقولات (Du gage de meubles corporels) وليست بالتأمين العقاري (hypothèque) حيث لا يوجد نص مماثل لها.

(1) Art. L312-38 du code de la consommation : « En cas de défaillance de l'emprunteur, seuls les modes de réalisation du gage autorisés par les articles 2346 et 2347 du code civil sont ouverts aux créanciers gagistes, à l'exclusion du pacte comissoire prévu à l'article 2348 du même code qui est réputé non écrit».

(2) par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016; www.legifrance.gouv.fr., date de visite : 12/3/2019.

نضيف أخيراً حالة يكون فيها بند التملك في عقد التأمين العقاري باطلاً وغير جائز، وهي الحالة التي يُعقد فيها التأمين العقاري المتضمن بند تملك عندما يكون المدين في حالة توقّف عن الدفع، ويكون الدائن عالماً بذلك، ففي هذه الحالة يكون البند باطلاً تبعاً لبطلان التأمين العقاري.

«la réalisation d'un pacte comissoire en période suspecte est annulable dans l'hypothèse où le créancier avait connaissance de l'état de cessation des paiements»⁽¹⁾.

وهذه الحالة هي حالة بديهية طالما أن التأمين أصلاً يكون باطلاً في حال عقده خلال فترة الريبة إذا كان لديون معقودة سابقاً، وذلك وفقاً للفقرة الرابعة من المادة 507 من قانون التجارة البرية اللبناني⁽²⁾، ووفقاً للفقرة السادسة من البند الأول من المادة 632 من قانون التجارة الفرنسي⁽³⁾.

(1) Nicolas BORGA, *L'ORDRE PUBLIC ET LES SÛRETÉS CONVENTIONNELLES*, Thèse pour le Doctorat en droit présentée et soutenue publiquement le 14 décembre 2007, UNIVERSITÉ JEAN MOULIN-LYON 3 FACULTÉ DE DROIT, p. 106, sur la site [Www.fdv.univ-lyon3.fr](http://www.fdv.univ-lyon3.fr). date de visite 27/2/2018 .

(2) المادة 507 من المرسوم الإشتراعى رقم 304 تاريخ 1942/12/24 المتعلق في قانون التجارة البرية، الجريدة الرسمية، العدد 4075 تاريخ 1941/4/7 : "إن الأعمال الآتية تكون باطلة حتماً بالنظر إلى جماعة الدائنين إذا كان المديون قد قام بها بعد تاريخ انقطاعه عن الإيفاء كما عينته المحكمة أو في خلال العشرين يوماً السابقة لهذا التاريخ ... رابعاً : إقامة رهن عقاري إتفاقي أو قضائي أو رهن منقول أو رهن إستغلال على أموال المديون لتأمين دين سابق". ويراجع في هذا الشأن: ماجد مزيم، التأمينات العينية، الجزء الأول: التأمين والرهن العقاري، مرجع سابق، ص. 49 .

(3) Article L. 632-1, 6° du Code de commerce déclare nuls, en période suspecte «Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées » ; [www.legifrance.gouv.fr.](http://www.legifrance.gouv.fr), date de visite : 12/3/2019.

ثانياً : مصير عقد التأمين عند بطلان بند تملك

128. يتوجب على أطراف عقد التأمين العقاري التقيّد بالشروط والضمانات المفروضة لصحة بند التملك، وذلك كي لا يكون هذا البند عرضةً للطعن به أمام القضاء؛ فإذا ما أخلّوا بها ولم يُراعوها، أو اتفقوا على التملك في حالات لم يُجزّها المشرّع، فُتِحَ المجال أمام الطرف المتضرّر منه للمطالبة بإبطال هذا البند، حيث يعمد القاضي إلى ابطال بند التملك المخالف للشروط المفروضة قانوناً. لكن السؤال الذي يُطرح هنا، ما هو مصير عقد التأمين العقاري عند إبطال بند التملك؟ بمعنى آخر، هل يمتد أثر إبطال البند إلى العقد برمّته أم يقتصر فقط على إبطال البند المخالف وإبقاء العقد ساري المفعول؟ وهو الأمر الذي يجب معرفته من خلال الحديث عن البطلان الجزئي للعقد، أي بطلان أحد بنوده ومدى تأثير ذلك على العقد برمّته.

لم يتطرق القانون اللبناني بصورة صريحة إلى موضوع البطلان الجزئي للعقد، على عكس القانون المدني المصري الذي نص على البطلان الجزئي للعقد بصورة صريحة في المادة 143 منه، وقد جاء فيها أنه : إذا كان العقد في شقّ منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يُبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشقّ الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله". وهو ما دفع الإجتهد إلى إيجاد قاعدة اعتمدها كمنطلق لحلّ هذا الموضوع، وهي أنه إذا كان العقد يتضمّن عدة بنود، يجب الإبقاء عليه ببنوده الأخرى، طالما أن البند الذي يقع عليه سبب البطلان لا يُؤثر على اقتصاديات العقد. وبالتالي يبقى العقد قائماً و يُبطل البند المخالف للنظام العام، طالما أنه لا يُؤثر على كيانه ووجوده؛ أمّا إذا كان إبطال هذا البند يؤدي إلى خلل في العقد، يعمد القاضي إلى إبطال العقد برمّته⁽¹⁾.

وفي إطار بند التملك ميّز بعض الفقه⁽²⁾ بين حالتين على أساس الدافع إلى التعاقد، معتبراً أن البطلان لا يمتدّ إلى عقد التأمين، بل يبقى صحيحاً وقائماً، ما لم يثبت الطرف المُتمسك بالبطلان، أنّ هذا البند كان هو الدافع لإبرام عقد التأمين، عندها يبطل العقد ومعه البند.

(1) يُراجع في هذا الشأن : مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، مرجع سابق، ص. 516.

(2) حسين عبداللطيف حمدان، التأمينات العينية، دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والإمّياز، مرجع سابق، ص. 406. بذات المعنى : فارس ساسين كرياج، قانون مدني - التأمينات العينية (تأمين عقاري - امتيازات - رهن

من جهته وضع القانون المدني الفرنسي في المادة 1184 المعدلة⁽¹⁾ في عام 2016، مبدأً عامًا يُطبَّق على الحالات العامة، حيث ميّز بين ما إذا كان سبب البطلان لا يؤثّر إلا على بند واحد أو أكثر من بنود العقد، فإنّ ذلك لا يؤدي إلى بطلان الفعل بأكمله إلا إذا كان هذا البند أو هذه البنود، تشكّل العنصر الدافع لالتزام الأطراف أو أحدهم، وهذا نصّها الفرنسي الأصلي :

«Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier, que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles» .

فهذه المادة جعلت الدافع إلى التعاقد والالتزام (un élément déterminant de l'engagement)، والدور الحاسم للبند بالنسبة لأطراف العقد أو أحدهم، هو المعيار الأساسي لبطلان العقد بكامله أو اقتصار البطلان على البند وحده. وهو معيار شخصي، يتبدّل وفق أهميته بالنسبة للأطراف. وهذا يعني أنّ البند المخالف للنظام العام القابل للإبطال، لا يمتدّ أثر إبطاله إلى العقد بأكمله، ما لم يكن هذا البند جوهرياً وحاسماً بنظر المتعاقدين، وكان هو الدافع إلى التعاقد والذي لولاه لما أقدم المتعاقدين على التعاقد⁽²⁾. بحيث يتعذر الإبقاء على العقد بغير البند أو الجزء الذي وقع باطلاً، ففي هذه الحالة يُبطل البند ويمتد أثر الإبطال إلى العقد بأكمله. أمّا عبء إثبات ذلك فيقع على من يتمسك به.

وإذا طبقنا المبدأ العام الأنف الذكر على بند التملك الذي لم يستوفِ الشروط والضمانات المحددة في القانون، أو كان في حالة من الحالات المحظورة، فإننا نكون أمام خيارين اثنين، إما إبطال العقد برُمَّته

عقاري وبيع بالوفاء-رهن منقول)، الطبعة الأولى، 1995 ، دون دار نشر - دون مكان نشر، ص. 487. ماجد مزيم، التأمينات العينية، الجزء الاول: التأمين والرهن العقاري، مرجع سابق، ص. 150. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص. 423 .

(1) Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, www.legifrance.gouv.fr. .

(2) أنظر الفقرة 31 من هذا البحث، المتعلقة بالغلط الواقع على فاعلية سبب الموجب.

إذا كان البند هو الدافع للتعاقد وكان يمثّل أهميّة خاصّة بالنسبة للمتعاقدين أو أحدهم، وأثبت من يتمسك بالبطلان ذلك؛ وإما إبطال البند مع إبقاء العقد ساري المفعول ومنتجًا لآثاره.

وبمقابل هذا المبدأ العام، كرّست المادة 2459 من القانون المدني الفرنسي، التي أجازت الإتفاق على التملك في عقود التأمين العقاري، معيارًا موضوعيًا ثابتًا لا يتغيّر، طالما أنّ البند ليس مستوفيًا للشروط المحددة في القانون؛ وهو أن هذا البند فقط يكون دون أثر (cette clause est sans effet)، وبالتالي يبقى العقد قائمًا بكافة بسائر بنوده، ويكون بند التملك وحده دون أثر، وغير منتج لأية مفاعيل قانونية، سواء كان هذا البند هو الدافع للتعاقد وجوهريًا أم لا.

وبرأينا يبقى المعيار الموضوعي المُكرّس في المادة 2459، أهم من المعيار الشخصي المحدد في المادة 1184، وتطبيقه يأتي بنتيجة أفضل وأسلم وأسهل في مثل هذه الحالات؛ ذلك أن الهدف من وضع هذه الشروط والضمانات هو حماية الطرف الضعيف من استغلال الطرف القوي. فإذا كان هذا الأخير يهدف من وراء هذا البند استغلال وضع الطرف الآخر لفرض مثل هكذا شرط، ولم يكن هدفه تأمين ضمانات عينية لسداد الدين، فإن الهدف الأساسي للتأمين العقاري لا يتحقق، بل يبقى ذلك خاضعًا لأهواء أطراف العقد. لذلك من الأفضل إبطال البند وإبقاء العقد قائمًا، بغية تحقيق الهدف الأساسي للتأمين العقاري، وحماية الإستقرار التعاقدى والإقتصادي في معاملات التأمين العقاري.

مُلخَص القسم الثاني :

129. من خلال التكييف القانوني لبند التملك في عقود التأمين العقاري نهدف ونصل إلى إعطائه الوصف القانوني الصحيح، وتحديد النصوص القانونية التي تُطبَّق عليه. وترتبط الطبيعة القانونية لهذا البند بتاريخ استحقاق الدين، حيث يعتبر بمثابة وعد متبادل بالبيع والشراء معلق على شرط عدم الإيفاء بتاريخ الإستحقاق، وذلك في حال توقيعه قبل استحقاق الدين. أمّا في حال توقيعه بعد استحقاق الدين فيعتبر بمثابة إيفاء بأداء العوض. وهو ما ارتكز عليه المشرّع اللبناني بصورة غير مباشرة، عبر منحه المصرف حق تملك العقار العائد للمدين في حال أصبح دينه موقوفاً أو مشكوكاً في تحصيله. فضلاً عن كون الإجتهد والفقهاء مجمعان على جواز هكذا اتفاق في حال حصوله بعد حلول أجل الدين، لكن ذلك ينتج عدّة مشاكل على المستوى العملي تساهم في استغلال الدائن للمدين .

ومن ناحية أخرى، ونتيجة غياب النص القانوني الصريح لبند التملك ضمن الفصل المخصّص للتأمين العقاري في القانون العقاري اللبناني، لجأ الإجتهد إلى مبدأ القياس، لتطبيق حكم المادة 107 المتعلقة بالرهن العقاري على عقود التأمين العقاري، ومنع مثل هذه الإتفاقيات في التأمين العقاري، وهو ما خالفه بعض الإجتهد والفقهاء. وكون التوجه الكثيف نحو الإتفاق على هذا البند بين الدائن والمدين، لجأ المشرّع الفرنسي إلى إجازة هذا الإتفاق ضمن شروط و ضمانات محدّدة، فكان لا بدّ من الإشارة إليها وإظهار مدى إمكانية نقل هذه التجربة إلى الواقع العملي اللبناني.

وبنتيجة ذلك، يمكننا القول، أن بند التملك في إطار عقود التأمين العقاري (وليس الرهن العقاري)، هو بمثابة خطوة مهمّة، تساهم في تخفيف حدّة الإجراءات القضائية المعقّدة، وهو وفقاً لرأينا، جائز ويمكن تطبيقه وإعماله واللجوء إليه بين الدائن والمدين. إلّا أنّ الإتفاق على هذا البند، يقتضي إحاطته بمجموعة من الضمانات والشروط، تؤمّن الحماية لكلا الطرفين، وتمنع استغلال الأطراف لبعضهم البعض، وهو أمرٌ يحتاج إلى تعديل تشريعي مُستعجل، يطال أحكام هذا البند، ويتضمّن في طياته الضمانات الكافية لأطراف العقد .

الخاتمة:

130. في الختام، يعتبر بند التملك في عقود التأمين العقاري من الإتفاقات التي تتراد بشكل متسارع، على اعتبار أنّ اللجوء إليه بمثابة حل عملي وسريع لتسهيل حصول أطراف عقد التأمين على مبتغاهم. فالدائن يطمح لضمان دينه في الدرجة الأولى، والإستحصال على أمواله في حال تخلف المدين، دون اللجوء إلى إجراءات صعبة ومعقدة. أما المدين فجّل ما يطمح إليه، حصوله على المال بأسرع طريقة ممكنة وتحت أيّ شرط كان، حتى لو كان هذا الشرط يميّن الدائن من تملك عقاره في حال تخلفه عن الدفع بتاريخ الإستحقاق.

من هنا كانت دراسة موضوع بند التملك في عقود التأمين العقاري، وسبر أغواره خصوصاً أنّ واقع التعامل بين الناس يفرض الإحاطة بمختلف جوانبه القانونية، وتبيان القواعد التي تحكمه من خلال تقسيم ثنائي، بحيث بيّن في القسم الأول منه النظرية العامة لبند التملك في عقود التأمين العقاري من حيث مفهومه وخصائصه، وأبرز الجدليات الناتجة عنه، بين حسناته وسيئاته من جهة، وعيوب الرضى التي تواجهه من جهة ثانية، بالإضافة إلى المسار الذي يمكن أن يتّخذه العقد في حال عدم وجود هكذا بند، أي إجراءات التنفيذ الجبري، ومدى إمكانية تعديل هذه الإجراءات بما يتناسب مع طبيعة بند التملك.

أما في القسم الثاني من هذا البحث، فكان لا بدّ من إبراز التكييف القانوني لهذا البند، من خلال استعراض طبيعته القانونية، والحالات العامة للتملك المرتكزة على مبدأ الإيفاء بأداء العوض. وبعدها حاولنا مقارنته في القانونين اللبناني والفرنسي، من خلال تبيان الوضع القانوني لهذا البند في القانون اللبناني، ومدى إمكانية الركون إلى القياس لتطبيق بعض أحكام الرهن العقاري على التأمين العقاري. إلى أن استعرضنا التطور التشريعي المتعلّق ببند التملك في عقود التأمين العقاري في القانون الفرنسي، لناحية الضمانات المقررة، ومدى إمكانية تطبيقها بين الأطراف في لبنان.

وقد نتج عن هذه الدراسة تحديد مفهوم واضح لبند التملك في عقود التأمين العقاري، بحيث يعتبر كل اتفاق من شأنه أن يعطي الدائن حق تملك العقار المقدم كضمانة، مباشرة عند تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق، ودون الحاجة لأيّ تدخل قضائي، سواء تم إدراجه في عقد التأمين العقاري ذاته، أو في وثيقة أخرى تلت توقيع العقد، وسواء كان ذلك قبل استحقاق الدين أم بعده. بالإضافة إلى ذلك، تبين أن الطبيعة القانونية لبند التملك تتراوح بين شكلين، وذلك بالإستناد إلى تاريخ توقيع الإتفاق على التملك، فإذا كان

سابقاً لتاريخ الإستحقاق عُدَّ بمثابة وعد متبادل بالبيع والشراء معلَّق على شرط تخلُّف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق. أمَّا إذا كان توقيعه بعد استحقاق الدين، اعتبر إيفاءً بأداء العوض. علاوةً على ذلك، فإن بطلان هذا البند لا يؤدي الى بطلان العقد، إنما يبقى قائماً بمفاعيله كافة، بغية المحافظة على الوضع الإقتصادي للفريقين.

ومن أهمّ النتائج التي توصلنا إليها في هذا البحث، بحيث كانت بوصلتنا من الأساس متّجهةً إلى تبيان إمكانية إباحة هذا البند من أجل تسهيل المعاملات والإجراءات بين الناس، فكانت مقارنة موضوعية بين القانونين اللبناني والفرنسي، تبين شروط صحته والضمانات المتوجبة فيه، وبالتالي الوصول إلى إمكانية إحياء هذا البند في القانون اللبناني، من خلال تطبيق التجربة الفرنسية.

وما ندعو إليه، تعديل الأحكام المتعلقة بالتأمين والرهن العقاري على السواء، من خلال إلغاء المادة من 107 من قانون الملكية العقارية، واستبدالها بمواد أخرى تجيز الإتفاق على التملك، وتتضمّن في طياتها مجموعة من الشروط والضمانات المهمة، تمنع استغلال الأطراف لبعضهم البعض، وتسهّل اجراءات حصول كل طرف على حقوقه دون اللجوء إلى الإجراءات القضائية المرهقة والمُضنية، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى يجب العمل على تعديل الفصل المتعلّق بالبيع مع حق الإسترداد في قانون الموجبات والعقود، وجعل أحكامه تأتلف مع الأحكام المتعلقة بالتأمين العقاري، وذلك بهدف منع الدائن من إخفاء عقد التأمين تحت مُسمّى البيع مع حق الإسترداد، ويكون هذا التعديل بإضافة مجموعة شروط وضمانات غايتها الأساسية منع استغلال الأطراف لبعضهم البعض، وإثراء أحدهم على حساب الآخر. ويأتي في مقدمة هذه الشروط والضمانات، إخضاع العقار لتخمين خبير بغية تحديد قيمته الحقيقية بتاريخ تنفيذ الإتفاق على التملك، وتحديد كيفية تعيين هذا الخبير، بما لا يؤلّد أية إشكاليات بين الأطراف لهذه الناحية.

مع الأهمية الكبيرة لبند التملك في عقود التأمين العقاري، والنتائج الإيجابية الكثيرة المترتبة على أطراف العقد بنتيجة الإتفاق عليه، وكونه على تماسٍ مباشرٍ مع المواطنين، من خلال كثرة المعاملات التي تتضمّن هكذا بند، وبعد الإقرار بأهمية تعديل القانون اللبناني لإباحة هذا البند بشروط وضمانات محدّدة، أصبح مشروعاً السؤال : متى سيفتتح المشرّع اللبناني بضرورة إباحة بند التملك في عقود التأمين العقاري ؟ وهل سيسعى إلى تعديل القانون للوصول إلى هذا المبتغى؟

لائحة المراجع

أ- المراجع باللغة العربية:

1- المؤلفات

- * ابراهيم، (علي)، العقود المسماة (البيع - الإجارة - الوكالة)، الطبعة الثالثة، دون دار نشر، 2012.
- * البشير، (محمد)، غنى حسن طه، الحقوق العينية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2009 .
- * البدرابي، (عبد المنعم)، النظرية العامة للإلتزامات- دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، دون تاريخ، مصر .
- * جريج، (خليل)، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني، مكتبة صادر، 2000 .
- * الحجار، (حلمي)، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، الجزء الأول : الدعوى - الإثبات - التنظيم القضائي وقواعد الإختصاص، الطبعة الخامسة، دون دار نشر، البند 8، سنة 2002 .
- * الحجار، (حلمي)، الحجار، (هالة)، أصول التنفيذ الجبري: دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دون دار نشر، 2010 .
- * حطيط، (أمين)، القانون المدني، الموجبات: أنواعها ومصادرها، العقد والمسؤولية العقدية، المسؤولية المدنية التقصيرية، (دراسة مقارنة القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، دون طبعة، دار المؤلف الجامعي- بيروت، 2006 .
- * حمدان، (حسين)، التأمينات العينية، دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والإمتياز، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002 .
- * سلطان، (أنور)، أحكام الإلتزام (الموجز في النظرية العامة للإلتزام)، دون طبعة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1980 .

- * السنهوري، (عبد الرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الاول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2000 .
- * السنهوري، (عبد الرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني، انقضاء الالتزام، الجزء الثالث، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2000 .
- * السنهوري، (عبد الرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2000 .
- * سيوفي، (جورج)، النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الأول، مصادر الموجبات، العقد- المسؤولية- الكسب غير المشروع- القانون، الطبعة الثانية، دون دار نشر، بيروت، 1994 .
- * ش دراوي، (جورج)، سلسلة الحقوق العينية الحقوق العقارية، الجزء الثاني: التأمين العقاري، لا طبعة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2013 .
- * شمس الدين، (عفيف)، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الأول، التحديد والتحرير والسجل العقاري، الطبعة الثالثة ، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018 .
- * شمس الدين، (عفيف)، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الثاني، الملكية العقارية، الطبعة الثالثة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018 .
- * شمس الدين، (عفيف)، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الثالث، الحقوق العينية العقارية: التأمين والرهن العقاري- الديون الممتازة- حق الإنتفاع - حقوق الإرتفاق - الوقف - حق التصرف في الأراضي الأميرية، الطبعة الثالثة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018 .
- * طويبا، (بيار)، الوكالة غير القابلة لل عزل في تطبيقاتها العملية، الطبعة الاولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان، 1998 .
- * عبدالله، (هدى)، التأمين العقاري: مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011 .

* العوجي، (مصطفى)، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الطبعة الخامسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011 .

* العوجي، (مصطفى)، القانون المدني- الموجبات المدنية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011 .

* عيد، (ادوار)، عيد،(كريستيان)، التأمينات العينية (التأمين العقاري-الرهن العقاري-رهن المنقول-حقوق الامتياز)، الطبعة الثالثة، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، 2011 .

* فارس، (علي)، سلطات وموجبات الوكيل وانتهاء وكالته في القانون اللبناني والمقارن، الطبعة الاولى، دون دار نشر، 1998 .

* فرج، (توفيق)، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، الطبعة الثالثة، منشورات الدار الجامعية للطباعة والنشر .

* فرج، (عبد المنعم)، مصادر الالتزام: دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، 1979 .

* كرجاج، (فارس)، قانون مدني - التأمينات العينية (تأمين عقاري - امتيازات - رهن عقاري وبيع بالوفاء-رهن منقول)، الطبعة الأولى، دون دار نشر - دون مكان نشر، 1995 .

* كركبي، (مروان)، العقود المسماة، الطبعة الرابعة، مكتبة صادر _ دار المنشورات الحقوقية، بيروت، 2004 .

* مرقس، (سليمان)، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد: الرهن الرسمي، الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، دون طبعة، مطبعة دار النشر للجميع - مصر، 1959 .

* المحمصاني، (صبحي)، محاضرات في القانون المدني الجديد، الأوصاف المعدلة لآثار الإلتزام، دون طبعة، مطبعة نهضة مصر، 1958 .

* مزيجم، (ماجد)، التأمينات العينية، الجزء الاول: التأمين والرهن العقاري، الطبعة الثانية، دار الخلود، بيروت، 2001 .

- * النقيب، (عاطف)، نظرية العقد ، الطبعة الأولى، منشورات عويدات، بيروت، 1988 .
- * الوكيل، (شمس الدين)، الموجز في نظرية التأمينات، الطبعة الاولى، منشورات المعارف بالإسكندرية، مصر، 1966 .

2- الدوريات والدراسات والمقالات

- * أبو مسلم، نبيل، دور نظرية الإكراه الاقتصادي في المحافظة على التوازن العقدي، دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني للمحامي الدكتور نبيل أبو مسلم <http://aboumouslime.ma> ، تاريخ الزيارة: 2018/1/10 .
- * شعيب، عبدالسلام، النظام العام وقانون العمل في ضوء العولمة، محاضرة أقيمت في 2007/4/11 في بيت المحامي، منشورة في مجلة العدل، العدد، 2007، ص. 1022 .
- * الشكري، ايمان، منصور حاتم، التمييز بين شرطي التعليق والتقييد، دراسة منشورة على الموقع الإلكتروني <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة : 2017/12/26 .
- * طالب، ناديا، أثر مخصص الديون المشكوك في تحصيلها على كفاية رأس المال لعينة من المصارف العراقية، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد 41، 2014. يمكن الإطلاع عليها : <https://www.iasj.net> ، تاريخ الزيارة : 2019/3/26.
- * محسن، منصور، زينب حسين يوسف، النظام القانوني للاتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، العدد 2، المجلد 9، 2017 ، ص. 115 .
- * معربس، أنطوان، التعليق على قرار مجلس العمل التحكيمي في بيروت رقم 40 تاريخ 1988/6/7، منشور في مجلة العدل، العدد الأول، 1989، ص. 156 .

3- الاطروحات والرسائل

* عدة، (عليان)، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقيد-تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2016، يمكن الإطلاع عليها على الموقع الإلكتروني التالي : <http://dspace.univ-tlemcen.dz> تاريخ الزيارة 2017/12/24 .

* التامر، (رياض)، الوكالة غير القابلة للعزل لجهة آثارها القانونية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، الجامعة اللبنانية - المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والإقتصادية، 2010 .

4- الأحكام والقرارات القضائية

* محكمة الإستئناف المدنية في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 136، تاريخ 2017/12/18، نديمي مبارك/زياد ابوالحسن، مجلة العدل، 2008، العدد 3، ص. 1213 .

* محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان ، قرار رقم 2016/550 تاريخ 2016/12/6، رياض فياض/غيدة سلامي، مجلة العدل، 2017، العدد 1، ص. 379 .

* محكمة الإستئناف المدنية في جبل لبنان، الغرفة الثالثة عشر، قرار رقم 129 تاريخ 2016/5/31، ايلي فاخوري/ امال الحاج عبيد، الموقع الإلكتروني لمركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية www.legiliban.ul.edu.lb ، تاريخ الزيارة : 2018/11/8 .

* القاضي المنفرد المدني في جب جنين الناظر في الدعاوى العقارية، قرار رقم 2015/45، تاريخ 2015/6/17، احمد حمود/هدية بعلبكي، مجلة العدل، 2017، العدد 2، ص. 1044.

* محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثامنة، قرار صادر تاريخ 2015/3/28، (دون رقم)، امال عبيد/الإعتماد اللبناني ورفيقه، مجلة العدل، 2016، العدد 3، ص. 1025.

* محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثامنة، قرار رقم 2015/30 تاريخ 2015/3/2، آمال عبيد/الاعتماد اللبناني، مجلة العدل، 2016، العدد 2، ص. 1025 .

* الهيئة العامة لمحكمة التمييز، قرار مبدئي رقم 2014/1 اساس 2012/11/ تاريخ 2014/1/27، وليد الحاج/الدولة اللبنانية، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية www.legallaw.ul.edu.lb، تاريخ الزيارة : 2018/2/17.

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 121، تاريخ 2012/11/27، صعب/الصدي، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb>، تاريخ الزيارة : 2017/11/7 .

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 2012/59، تاريخ 2012/6/19، ابراهيم مرتضى/بنك لبنان والخلج ورفاقه، مجلة العدل، 2013، العدد 4، ص 1938، منشور ايضا على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb> ، تاريخ الزيارة : 2017/11/7 .

* محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، القرار رقم 2012/109 تاريخ 2012/4/3، ربيع بعلبكي/ محمد علي أحمد، مجلة العدل، 2012، العدد 2، ص. 961 .

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 2012/11، تاريخ 2012/2/2، سعاد نادر ورفيقها/ميلاد وميشال سمعان، مجلة العدل، 2012، العدد 4، ص. 1856.

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 2012/121، تاريخ 2012/1/27، ميشال صعب/طوني الصدي، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb>، تاريخ الزيارة : 2017/11/6 .

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 6، تاريخ 2012/1/19، ال سعود/وليد الحاج ورفيقه، مجلة العدل، 2013، العدد 1، ص. 225.

* محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 634، تاريخ 2011/10/31، ابتسام استانبولي/فادي الخوري ورفيقه، مجلة العدل، 2012، العدد 1، ص. 321.

- * القاضي المنفرد المدني في بعيدا الناظر في دعاوى العقارية، قرار رقم 132 تاريخ 2011/10/31، محمد عواضة/ جمال ترست بنك ش.م.ل. ورفيقه، مجلة العدل، 2012، العدد 1، ص. 394 .
- * محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثامنة، قرار رقم 2011/157 تاريخ 2011/10/24، جان جبرائيل/رياض شاهين، مجلة العدل، 2012، العدد 1، ص. 330 .
- * محكمة التمييز المدنية، الغرفة الثامنة، قرار رقم 2011/22، تاريخ 2011/3/15، الحكيم/الدولة اللبنانية-إدارة استثمار مرفأ بيروت، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb> ، تاريخ الزيارة : 2018/1/10 .
- * محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 188 تاريخ 2011/3/8، مصطفى حمادي/ عبد الحسين العزير، مجلة العدل، 2011، العدد 2، ص. 892 .
- * محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 2011/137 تاريخ 2011/2/1، محمد بن نواف ال سعود/وليد الحاج والمحامي أ.ت.، مجلة العدل، 2011، العدد 2، ص. 885 .
- * القاضي المنفرد المدني في كسروان الناظر في دعاوى العقارية، قرار رقم 132، تاريخ 2010/11/29، فوزي عقيقي/رولان جبارة ورفيقته، مجلة العدل، العدد 3، 2011، ص. 1415 .
- * محكمة الإستئناف المدنية في جبل لبنان، الغرفة الرابعة، قرار رقم 2009/316، تاريخ 2009/3/19، رشيد سامي الحشيمي ورفيقه/جعفر علي دياب، نقلا عن القرار الصادر عن محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 2010/42، تاريخ 2010/6/15، جعفر علي دياب/ رشيد سامي الحشيمي، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb> ، تاريخ الزيارة : 2018/1/11 .
- * محكمة الاستئناف المدنية في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، قرار رقم 136 تاريخ 2007/12/18، مبارك/أبو الحسن، مجلة العدل، العدد 3، 2008، ص. 1213 .
- * الهيئة العامة لمحكمة التمييز، قرار صادر بتاريخ 2006/3/13، غير مذكور المدعي والمدعى عليه، المصنف في القضايا المدنية، 2006، ، نقلا عن الموقع الإلكتروني almustachar.com ، تاريخ الزيارة : 2019/4/20 .

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة الاولى، قرار رقم 84، تاريخ 2005/6/30، الزلط/بكري، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb>، تاريخ الزيارة : 2019/2/3.

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 2005/54 تاريخ 2005/6/21، صبحية عواضه ورفاقها/حسن عواضه، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية www.legallaw.ul.edu.lb، تاريخ الزيارة : 2018/2/10 .

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة الرابعة، قرار رقم 17، تاريخ 2005/2/3، شركة راماف التجارية/بنك الإعتاد اللبناني، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb>، تاريخ الزيارة : 2018/1/11 .

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة الخامسة، قرار رقم 2004/16، تاريخ 2004/4/27، عادل كامل محفوظ/سميره أحمد زعرور، مجموعة باز، 2004، رقم 43، ص 982، و منشور أيضا على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb/>، تاريخ الزيارة : 2017/11/7 .

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة التاسعة، قرار رقم 2004/2 تاريخ 2004/2/17، جبرائيل/روكز، مجموعة باز، 2004، جزء 43، ص. 942 .

* الهيئة العامة لمحكمة التمييز، قرار رقم 2002/1 تاريخ 2002/1/11، الجميل/الدولة اللبنانية، مجموعة باز، 2002، رقم 41، ص. 3 .

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة الأولى، قرار رقم 2001/89، تاريخ 2001/7/19، ورثة عيده الناكوزي/ديبيان، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية www.legallaw.ul.edu.lb، تاريخ الزيارة : 2018/2/7 .

* محكمة الإستئناف المدنية في جبل لبنان، الغرفة الثانية، قرار صادر بتاريخ 1999/9/30، منشور على الموقع الإلكتروني almustachar.com، تاريخ الزيارة . 2018/8/13.

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة الأولى، قرار رقم 2، تاريخ 1999/3/18، ادوار الجميل/بطرس الجميل ورفيقتة، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb>، تاريخ الزيارة : 2018/11/7.

* محكمة الإستئناف المدنية في البقاع، الغرفة الرابعة، قرار رقم 1998/62، تاريخ 1998/6/22، مطر/مرتضى، النشرة القضائية، 1998، الجزء 6، ص. 696.

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة الأولى، قرار رقم 1998/45، تاريخ 1998/4/30، ورثة جميل حطب/الهنائي، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية www.legallaw.ul.edu.lb، تاريخ الزيارة : 2018/2/1 .

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة الثانية، قرار رقم 39، تاريخ 1994/5/17، شركة مدكو/سماحة، وقرارها رقم 94، تاريخ 1994/12/24، عون/شركة مدكو، منشورين على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb> ، تاريخ الزيارة : 2018/1/12 .

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة الأولى، قرار رقم 11، تاريخ 1992/3/19، غير مذكور اسم المدعي والمدعي عليه، مجلة العدل، العدد الأول، ص. 63 ، نقلاً عن هاشيت أنطوان، قانون الموجبات والعقود مع إجتهاادات محكمة التمييز من العام 1975 الى العام 2000، دار الشمالي للطباعة، أيلول 2013، المادة 208، ص. 66.

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة الرابعة، قرار رقم 1 تاريخ 1988/5/24، (غير مذكور المدعي والمدعي عليه)، النشرة القضائية، 1988، الجزء 4، ص. 418 .

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة الرابعة، قرار رقم 7، تاريخ 1980/5/21، اميل وجورج زين/نسيب وبولس عازار، مجلة العدل، 1980، العدد 1، ص. 119، ومنشور أيضاً على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية <http://www.legallaw.ul.edu.lb> ، تاريخ الزيارة : 2017/12/17 .

* محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 7 تاريخ 1980/5/12، عازار/ زين، مجموعة اجتهاادات حاتم، 1980، رقم 171 ، ص. 280 .

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة الثانية، قرار رقم 2 تاريخ 1974/1/25، ديب/مخايل، مجموعة باز، سنة 1975/1974، رقم 20، ص 87، و منشور أيضا على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية /<http://www.legallaw.ul.edu.lb/>، تاريخ الزيارة : 2017/11/6.

* بداية بيروت، قرار دون رقم، تاريخ 1973/11/5، النشرة القضائية، 1974، ص. 498 .

* محكمة التمييز المدنية، الغرفة الثالثة، قرار رقم 125 تاريخ 1969/6/13، حسن/صغير، الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية : www.legallaw.ul.edu.lb ، تاريخ الزيارة: 2017/12/23 .

* تمييز مدني، قرار رقم 12، تاريخ 1968/3/1، عازار ورفاق/يونس، مجموعة اجتهادات حاتم رقم 78 ، 1968، ص. 18،

* محكمة التمييز المدنية، قرار رقم 1959/83، تاريخ 1959/11/30، خاشو/ورثة حنينة بسول، منشور على الموقع الإلكتروني لمركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية http://www.legallaw.ul.edu.lb، تاريخ الزيارة : 2018/2/7 .

5- القوانين

* قرار المفوض السامي رقم 188 تاريخ 1926/03/15 بخصوص إنشاء السجل العقاري للاملاك، الجريدة الرسمية، العدد 1980، 1926/06/11، ص. 9 .

* قانون الموجبات والعقود اللبناني 1932/03/09 ، الجريدة الرسمية، العدد 2642، 1932/04/11، ص. 2 .

* المرسوم الإشتراعي رقم 304 تاريخ 1942/12/24 المتعلق في قانون التجارة البرية، الجريدة الرسمية، العدد 4075 تاريخ 1941/4/7 .

* قانون منفذ بمرسوم رقم 13513 تاريخ 1963/08/01 والمتعلق بالنقد والتسليف وإنشاء المصرف المركزي، الجريدة الرسمية، العدد 64، تاريخ 1963/08/12 .

* المرسوم الإشتراعى رقم 90 تاريخ 16/09/1983 المتعلق في قانون أصول المحاكمات المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 40، 06/10/1983 .

* تعميم مصرف لبنان رقم 135 الصادر بموجب القرار رقم 12116 تاريخ 26/10/2015 المتعلق بإعادة هيكلة الديون، يمكن الإطلاع عليه على الموقع التالي: <http://www.bdl.gov.lb> ، تاريخ الزيارة : 2019/3/26 "

* تعميم رقم 267 موجه إلى المصارف العاملة في لبنان تاريخ 17/2/2011، يمكن الإطلاع عليه على الموقع التالي: <http://www.bdl.gov.lb> ، تاريخ الزيارة : 2019/3/28 ."

6- قوانين عربية وأجنبية

* القانون المدني المصري، يمكن الإطلاع عليها على الموقع الإلكتروني : www.wipo.int، تاريخ الزيارة : 2019/3/23 .

* قانون التجارة المصري رقم 17 سنة 1999، يمكن الإطلاع عليه على الموقع الإلكتروني : www.wipo.int ، تاريخ الزيارة : 2019/3/20 .

7- مواقع الكترونية مفيدة

www.legifrance.gouv.fr

www.legallaw.ul.edu.lb

ب- مراجع باللغة الأجنبية

1- Ouvrages

* AYNÈS (L.), et P. CRFOCQ, *Droit des sûretés*, La publicité foncière, Defrénois, 2ème éd., 2006.

* BERGEL (J.), *Méthodologie juridique*, 2^e éd., Paris, PUF, 2016 .

* Carbonnier (J.), *Droit civil : les biens, les obligations*, PUF, 2004 .

* DELEBECQUE (P.), « **Le régime des hypothèques** », in Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, Juris-classeur périodique édition Générale, 17 mai 2006 .

* MALAURIE (P), AYNES (L), **Cours de droit civil, Droit des sûretés**, 9^e éd., LGDJ, 2015.

* PETIT (B.), **Introduction générale au droit**, 7^e éd., Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2008 .

*PLANIOL (M.), G. RIPERT et E. BECQUÉ, **Traité pratique de droit civil français**, T. 12 .

* WIDERKEHR (G.), «**Pacte comissoire et sûretés conventionnelles**», in Études offertes à Alfred Jauffret, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974 .

2- Doctrines

* AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), **Droit des sûretés**, La publicité foncière, Defrénois, 2^eme éd., 2006, n° 687 .

* BICHERON (F.), **La dation en paiement**, Thèse Paris II, sous la direction du Professeur Grimaldi, 2006, n° 288.

* BORGA (N.), **L'ORDRE PUBLIC ET LES SÛRETÉS CONVENTIONNELLES**, Thèse pour le Doctorat en droit présentée et soutenue publiquement le 14 décembre 2007, UNIVERSITÉ JEAN MOULIN-LYON 3 FACULTÉ DE DROIT, sur la site [Www.fdv.univ-lyon3.fr](http://www.fdv.univ-lyon3.fr). date de visite : 27/2/2018 .

* CLÉMENCE (B.), « **Le sort des créanciers munis de sûretés après la réforme des procédures collectives et la réforme du droit des sûretés** »,

Magistère de juriste d'affaires, sous la direction de Monsieur le Professeur Pierre Crocq, Mai 2006, Université Paris II Panthéon Assas, Droit – Economie – Sciences sociales, sur le site www.mja-assas.fr.

* DADOUN. (A), La date du transfert de propriété en exécution du pacte comissoire, Dr. et Patr. Dr. et Patr. 2009, n°187, p. 42, spéc. I, à l'appui de la décision inédite de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 16 décembre 2008.

* DOLS-MAGNEVILLE. (M), **LA REALISATION DES SURETES REELLES**, THÈSE En vue de l'obtention du doctorat en droit Spécialité droit privé Délivré par l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013 .

* DURAND-PASQUIER (G.), Précisions sur la notion de violence économique –Commentaire de la décision de la Première chambre civile de la Cour de cassation, du 3 avril 2002 , Revue Juridique de l'Ouest , édition 2002, 4 p. 447-465, Publié sur le site électronique: <http://www.persee.fr>, date de visite : 15/1/2018 .

* HÉBERT (S.), « Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », Dalloz 2007, p. 2052, n 30 ; publié dans le Bulletin d'information, Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications, N° 841, 1er mai 2016, sur le site : www.courdecassation.fr , date de visite : 28/10/2018 .

* JACOMIN (C.), L'intérêt du pacte comissoire dans les sûretés, etude Publié sur le site : [Www.fr.scribd.com](http://www.fr.scribd.com), date de visite : 25/2/2018 .

* La conformité du contrat à l'ordre public, etude publié sur le site : <http://www.cours-de-droit.net>, date de visite : 11/3/2019 .

* MAZEAUD (P.), Libertés et ordre public , 2003, etude publié sur le site : www.conseil-constitutionnel.fr, date de visite : 11/3/2019 .

* MOREAU (N.), RICHARD (D.), Le Bulletin de Cheuvreux, N° 02 – 2006 (Juin) – 11^{ème} édition . Publié sur le site : www.cheuvreux-notaires.fr, date de visite: 20/2/2018 .

* MOUSSERON (P.), Des précisions sur le régime de la violence économique – note– cass.com– 12 novembre 2008– Bulletin Joly Sociétés, 01 mars 2009 – n° 3 – p. 276

* MOREAU (N.), Dominique RICHARD, Le Bulletin de Cheuvreux, N° 02 – 2006 (Juin) – 11^{ème} édition , p. 7. Publié sur le site : www.cheuvreux-notaires.fr, date de visite : 20/2/2018 .

* NADJAR (H.), *La généralisation de la cession de créance à titre de garantie*, Master II Droit privé général, Mémoire de recherche, Sous la direction du Professeur Philippe Théry, Promotion 2018, Université Paris II Panthéon Assas, sur la site www.cngtc.fr . date de visite : 4/12/2018 .

* Pacte comissoire – avantages et inconvénients, dissertation publié sur le site : www.doc-du-juriste.com, date de visite 16/11/2018 .

* PIZZIO (J.), Caractère abusif d'une clause d'un crédit-bail – Recueil Dalloz 2000 .

3- jurisprudence

* Cour de cassation – Assemblée Plénière, Arrêt n° 627 du 7 décembre 2015 (14-18.435), rapport n° C1418435 , 23 novembre 2015 (Rapporteur : Nicole Planchon), *la société MJA et autres / la société Bank of London and The Middle East PLC*, www.courdecassation.fr ,date de visite : 5/11/2018 .

* Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du 30 mai 2000, N° de pourvoi: 98-15242, Publication : Bulletin 2000 N° 169 p. 109, Publié sur le site électronique : www.legifrance.gouv.fr, date de visite : 15/1/2018 .

* محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، قرار رقم 1957/3/25، نقلاً عن : محسن، منصور، زينب حسين يوسف، النظام القانوني للاتفاق على تملك المرهون عند عدم الوفاء (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، العدد 2، المجلد 9، 2017، ص. 115.

4- loi

* Code civil francais, <https://www.legifrance.gouv.fr/> .

* Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016; <https://www.legifrance.gouv.fr/> .

* Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, <https://www.legifrance.gouv.fr/> .

* Ordonnance n° 346/2006 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, <https://www.legifrance.gouv.fr/> .

الفهرس الأبجدي للموضوعات

أ

اتفاق 16 ، 18 ، 59 ، 61 ، 69 ، 76 .

آثار 49 .

إجازة التملك 116 .

اجتهاد 60 ، 85 ، 89 ، 96 ، 104 ، 106 ، 110 ، 112 .

إجراءات 45 .

أحكام خاصة 44 .

أحكام عامة 8 .

إستثناء 53 .

إستحقاق الدين 64 ، 88 ، 119 .

إستغلال 35 ، 108 .

إستيفاء 27 .

أشكال 66 .

أفضلية 51 .

إكراه 38 .

إنتقال الملكية 124 .

إنشاء بند التملك 65 .

- مع عقد التأمين

- بعد انشاء عقد التأمين

- بعد استحقاق الدين

إنقضاء 52 .

أهمية 9 .

إيفاء بأداء العوض 87 .

ب

بطلان التملك 109، 126، 127 .

بند 67 .

بيع تام 84 .

ت

تخلف المدين عن الدفع 123 .

تصرف المالك بالعقار 122 .

تعريف بند التملك 10 .

- لغوي

- قانوني

- فقهي

- إجتهادي

تعهد 68 .

تقسيم 6 .

تكييف قانوني 78 .

تملك العقار 91، 93، 94، 115 .

تنفيذ 19، 22، 23 .

توصيف قانوني 79 .

ج

جدليات 20 .

ح

حالات عامة 80، 90 .

حالة عملية 97 .

حجز تنفيذي 47 .

حرية تعاقدية 54، 58، 103، 105 .

حسنات 21، 24 .

حماية 28 .

خ

خاتمة 130 .

خبير 29، 118، 125 .

خداع 32 .

خصائص 11 .

خوف 33، 37 .

د

دين 25، 92 .

ر

راشد 42 .

رهن 5 .

س

سلبيات 26 .

سلطان الإرادة 14 .

ش

شروط 26 .

ص

صُور 63، 72 .

صورية 111 .

ض

ضمانة 1، 17 .

ط

طبيعة قانونية 81 .

ع

عقد 12 .

عقد بيع 71، 74 .

عقد بيع مع حق الاسترداد 73 .

عيوب الرضا 30 .

غ

غبن 39، 43 .

غلط 31 .

ق

قاصر 41 .

قانون 3، 13، 34، 40، 46، 98، 99، 100، 113، 117 .

قياس 101، 102 .

قيد على حق التصرف 121 .

م

مرحلة سابقة 82، 86 .

مزد علني 2، 48 .

مصير عقد التأمين 120 .

مفهوم 9 .

ملخص 77، 129 .

ملكية 50 .

منع بند التملك 107، 114 .

موجب 15 .

ن

نتائج 120 .

نص قانوني 95 .

نظام عام 55، 62 .

نظام عام توجيهي 56 .

نظام عام حامي 57 .

نظرية عامة 7 .

و

وعد بالبيع 83 .

وكالة غير قابلة للعزل 70، 75 .

فهرس المحتويات :

Contents

4.....	كلمة شكر
5.....	الإهداء
6.....	ملخص التصميم للرسالة :
7.....	المقدمة :
12.....	القسم الأول : النظرية العامة لبند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري
13.....	الباب الأول: الأحكام العامة لبند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري
14.....	الفصل الأول: مفهوم بند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري
14.....	المبحث الأول: تعريف بند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري
14.....	أولاً: التعريف اللغوي :
15.....	ثانياً: التعريف القانوني
16.....	ثالثاً: التعريف الفقهي
18.....	رابعاً: التعريف الاجتهادي
20.....	المبحث الثاني: خصائص بند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري
20.....	أولاً: توسيع دائرة الحرية التعاقدية
21.....	ثانياً: بند التملك كموجب شرطي :
22.....	ثالثاً: خاصية الضمانة الإضافية الاحتياطية في بند التملك
24.....	رابعاً: الطابع الإتفاقي في بند التملك
25.....	الفصل الثاني: الجدليات الناتجة عن الإتفاق على بند التملك
25.....	المبحث الاول: بند التملك سيف ذو حدين
25.....	أولاً: حسنات بند التملك العقاري
26.....	أ- مساهمة البند بتوفير الجهد والوقت :
26.....	ب- مساهمة البند بحماية سمعة المدين
27.....	ج_ المحافظة على الملكية بيد المالك
28.....	د- إنهاء الدين
28.....	ثانياً : سلبيات بند التملك العقاري
29.....	أ-إستيفاء الدائن الحق بالذات
29.....	ب-غياب الحماية عن طرفي العقد
30.....	ج - عدم خضوع العقار لتخمين خبير
30.....	المبحث الثاني: عيوب الرضى في مواجهة بند التملك
31.....	أولاً: الغلط

- أ - الغلط الواقع على موضوع العقد 31
- ب _ الغلط الواقع على فاعلية سبب الموجب 32
- ثانيًا : الخداع 34
- ثالثًا : الخوف الناتج عن الإكراه المعنوي 35
- أ- شروط الخوف المفسد للرضى 36
- ب- الخوف بمواجهة بند التملك 38
- رابعًا : الغبن 40
- أ- إذا كان المغبون قاصراً 41
- ب- إذا كان المغبون راشداً 42
- الباب الثاني: الأحكام الخاصة ببند التملك العقاري 44
- الفصل الأول: إجراءات تنفيذ التأمين العقاري عند عدم الإيفاء 45
- المبحث الأول: المبدأ: المسار القانوني للتأمين العقاري عند عدم الإيفاء 45
- أولاً: حق الدائن طلب بيع العقار بالمزاد العلني لاستيفاء الدين من ثمنه 45
- أ - إلقاء الحجز التنفيذي على العقار المؤمن عليه 46
- ب- بيع العقار في المزاد العلني 48
- ثانيًا : آثار التنفيذ الجبري 49
- أ - إنتقال ملكية العقار إلى المشتري 50
- ب- استيفاء الدائن المؤمن له حقه بالأفضلية على سائر الدائنين 50
- ج- إنقضاء التأمين العقاري بصورة أصلية 51
- المبحث الثاني: الإستثناء: إمكانية تعديل المسار القانوني لتنفيذ التأمين العقاري من خلال بند التملك 52
- أولاً: علاقة النظام العام بالحرية التعاقدية 53
- أ- مفهوم النظام العام 53
- ب- أنواع النظام العام 55
- النظام العام التوجيهي (المطلق) 55
- النظام العام الحامي 56
- ثانيًا: مدى ارتباط الحق بالتنفيذ بالنظام العام 57
- الفصل الثاني: صور بند التملك المُسبق في عقد التأمين العقاري 61
- المبحث الأول: صور بند التملك المُسبق من حيث تاريخ إنشائه 61
- أولاً: توقيعه قبل إستحقاق الدين 61
- أ- إنشاء بند التملك بصورة مترامنة مع إنشاء عقد التأمين العقاري 62
- ب-إنشاء الإتفاق على التملك بعد إنشاء العقد و لحين استحقاق الدين 62
- ثانيًا: إنشاء الإتفاق على التملك بعد استحقاق الدين 63
- المبحث الثاني: صور بند التملك المُسبق من حيث الشكل الوارد فيه : 64
- أولاً: الصيغ الملحقة بعقد التأمين العقاري 64

65.....	أ-بند التملك الوارد ضمن عقد التأمين العقاري
66.....	ب-التعهد الموقع من قبل المالك
67.....	ج- الإتفاقية الموقعة بين الطرفين
67.....	د-الوكالة غير القابلة للعزل لمصلحة الدائن
69.....	ه-عقد البيع التام لمصلحة الدائن
70.....	ثانياً: صور الإتفاق على التملك الحاصلة خارج إطار عقد التأمين
70.....	أ-عقد البيع مع حق الإسترداد
71.....	ب-عقد البيع التام
72.....	ج-الوكالة غير القابلة للعزل لمصلحة الدائن
73.....	د- إتفاقيات التملك الموقعة بين الدائن والمدين
75.....	ملخص القسم الأول :
76.....	القسم الثاني : التكييف القانوني لبند التملك في عقد التأمين العقاري
77.....	الباب الأول : بند التملك بين التوصيف القانوني والحالات العامة للتملك
78.....	الفصل الأول : الطبيعة القانونية لبند التملك المسبق في عقد التأمين العقاري
78.....	المبحث الأول: الطبيعة القانونية لبند التملك في المرحلة السابقة لتنفيذه - مرحلة ما قبل استحقاق الدين
80.....	أولاً : طبيعة البند الوارد في عقد التأمين أو التعهد الذي يُوقَّع بعده
83.....	ثانياً : طبيعة الإتفاق المُنفَّذ فعلياً قبل استحقاق الدين
86.....	المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للإتفاق على التملك في المرحلة اللاحقة لاستحقاق الدين
87.....	أولاً : اعتبار الإتفاق الحاصل بعد الإستحقاق إيفاءً بأداء العوض
91.....	ثانياً : إمكانية الإتفاق على الإيفاء بأداء العوض قبل استحقاق الدين
94.....	الفصل الثاني : الحالات العامة التي يجوز فيها تملك الدائن العقاري مقابل الدين
94.....	المبحث الأول : تملك المصرف العقاري المؤمن عليه مقابل بعض الديون المشكوك في تحصيلها
95.....	أولاً : مفهوم الديون الموقوفة والمشكوك في تحصيلها
96.....	ثانياً : آلية تملك المصرف العقاري مقابل الديون المشكوك في تحصيلها
98.....	المبحث الثاني : الإتفاق على التملك بعد حلول أجل الدين المضمون
98.....	أولاً : على المستوى النظري
100.....	ثانياً : على المستوى العملي
102.....	الباب الثاني : المقاربة القانونية لبند التملك بين القانون اللبناني والقانون الفرنسي
103.....	الفصل الأول : الوضع القانوني لبند التملك في القانون العقاري اللبناني
103.....	المبحث الأول : إمكانية الركون إلى القياس لتطبيق المادة 107 على التأمين العقاري
104.....	أولاً : مفهوم القياس
106.....	ثانياً : المفاضلة بين الحرية التعاقدية وتطبيق القياس لوحدة العلة بين الرهن والتأمين
110.....	المبحث الثاني : مدى تحقق الغاية من منع بند التملك في التأمين العقاري
110.....	أولاً : أساليب استغلال الدائن حاجة المدين

114 ثانياً : أساس دعوى إبطال إتفاقيات التملك .
120 الفصل الثاني : التطور التشريعي المتعلق ببنء التملك في القانون الفرنسي
121 المبحث الأول : المبدأ : صحة الإتفاق على التملك
121 أولاً : شروط صحة الإتفاق على التملك
125 ثانياً : النتائج المترتبة على تضمين عقد التأمين العقاري بند تملك
126 أ- النتيجة المترتبة على البند قبل تخلف المدين عن الدفع بتاريخ الإستحقاق
127 ب : النتائج المترتبة على البند عند تخلف المدين عن الدفع
130 المبحث الثاني : الإستثناء : بطلان الإتفاق على التملك
131 أولاً : حالات بطلان بند التملك
134 ثانياً : مصير عقد التأمين عند بطلان بند تملك
138 الخاتمة:
140 لائحة المراجع
155 الفهرس الأبءءء للموضوعات
161 فهرس المحتويات :