

مدى صحة اتفاق الدائن مع المدين في قانون التفويض الفلسطيني

Treatment of the Palestinian law of the debtor's agreements with the
creditor regarding the debtor's funds

الباحث/
د. عبد الله خليل الفرا

غزة - فلسطين
2018

معالجة القانون الفلسطيني لاتفاقات المدين والدائن المتعلقة بأموال المدين

Treatment of the Palestinian law of the debtor's agreements with the creditor regarding the debtor's funds

د. عبد الله خليل الفرا / كلية الحقوق - جامعة الأزهر بغزة

الملخص

شاعت بعض الاتفاقات في مجال التنفيذ بين المدين والدائن ومنها، شرط التملك عند عدم الوفاء، حيث يتفق الدائن مع المدين عند الاقتراض أو قبل حلول أجل الدين، أو بعده بأنه إذا لم يوفى بالدين عند حلول الأجل، فإن للدائن أن يملك مالا معيناً من أموال المدين في مقابل دينه. وشرط البيع بلا إجراءات أو ما يعرف بشرط الطريق الممهد، حيث يتفق الدائن مع المدين على أن يكون للدائن بيع أموال المدين أو بعضها، إذا لم يوفى المدين عند حلول الأجل، وذلك دون إتباع إجراءات التنفيذ التي نص عليها القانون. وقد تبين لنا أن المشرع الإجرائي الفرنسي لم يجز هذه الاتفاقات. ورغم ذلك فقد تدخل القضاء الفرنسي مخففاً من هذا المنع، فأجازها في حالات وأبطلها في أخرى حسب معيار وقت نشوء الاتفاق. وفي مصر، فقد أخذ المشرع بموقف القضاء الفرنسي. أما في فلسطين، فنرى اعتبار مثل هذه الاتفاقات صحيحة طالما عقدت بعد حلول الأجل لما في ذلك من مصلحة لأطراف التنفيذ، واقتصاد للنفقات، ولأن مظنة الإكراه تنفي بحلول الأجل.

Summary

Spread some of the agreements in force between the debtor and the creditor and the ones, property condition when it is not fulfilled, where the creditor agrees with the debtor when borrowing or before for debt solutions, as if unsatisfied with religion when the time comes, the creditor may own a certain property of the debtor's funds in return his debt. And the requirement for sales without action, or what is known as condition of paved road, where the creditor agrees with the debtor to be a creditor of the debtor funds or sell some of them, if the debtor does not reimburse when the time comes, so without following the implementation procedures stipulated by law. We have found that the legislator procedural French is not permissible for such agreements. Nevertheless, the French judiciary intervened easing of the ban, Permitted it in cases was invalid in another as the standard time of the emergence of the agreement. In Egypt, the legislator has taken the position of the French judiciary. In Palestine, we believe such agreements considered valid as long-term solutions were held after because of the interest of the parties to the implementation, and the economy of the expenses, and because the parties may no longer be forced by term.

المقدمة

موضوع البحث ومشكلته:

نظم المشرع طرق التنفيذ الجبري، وحدد الشروط الواجب توافرها لسلوكها، كما حدد الإجراءات واجبة الإلتباع، والمواعيد التي يتعين مراعاتها لاتخاذ إجراءاتها، وبين الجزاء عند مخالفة ذلك. ولما لفكرة النظام العام من فائدة في القوانين الإجرائية، بما تحققه من فعالية للقواعد التي تتعلق بها، في ظل اعتبار القانون الإجرائي الملجأ لتحقيق الحماية، عند الامتناع عن تنفيذ الإلتزامات. وكذلك الأمر في القوانين الموضوعية. فهذا أثار التساؤل حول مدى تعلق قواعد لتنفيذ الجبري بالنظام العام؟ ومدى صحة الاتفاقات المتعلقة بأموال المدين؟.

ونتيجة الإجابة على السؤال السابق، ثار تساؤل آخر حول مدى جواز مخالفة قواعد وإجراءات التنفيذ باتفاق الخصوم؟. حيث شاعت بعض الاتفاقات في مجال التنفيذ بين المدين والدائن ومنها، شرط التملك عند عدم الوفاء، وذلك بأن يتفق الدائن مع المدين عند الاقتراض أو قبل حلول أجل الدين، بأنه إذا لم يوف بالدين عند حلول الأجل، فإن للدائن أن يملك مالاً معيناً من أموال المدين في مقابل دينه. وكذلك شرط البيع بلا إجراءات أو ما يعرف بشرط الطريق الممهد، حيث يتفق الدائن مع المدين على أن يكون للدائن بيع أموال المدين أو بعضها، إذا لم يوفي المدين عند حلول الأجل، وذلك دون إتباع إجراءات التنفيذ التي نص عليها القانون. ولهذا ثار التساؤل عن مدى مشروعية هذه الاتفاقات؟.

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا الموضوع من الناحية العملية في كونه يتعلق بالتنفيذ الجبري، في ظل انتشار هذه الاتفاقات تحت وطأة الحاجة، وبهذا فإن دراسة هذا الموضوع تقدم حلاً لبعض المسائل التي تتسبب فيها تلك الاتفاقات ومنها مشكلة التزاحم للدائنين. فضلاً عن ذلك، فإن لهذا الموضوع أهمية علمية، إذ يبرز العلاقة بين قانون التنفيذ والقانون المدني المنظم لتلك الاتفاقات، وأيهما الساري بالخصوص.

منهجية البحث:

سيعتمد بحثنا لهذا الموضوع على قانون التنفيذ رقم 23 لسنة 2005 والقانون المدني رقم 4 لسنة 2012 ومجلة الأحكام العدلية. وسنتبع في بحثنا المنهج التحليلي.

وستنقسم دراستنا لهذا الموضوع إلى مبحثين:

المبحث الأول: مدى جواز الاتفاق على مخالفة قواعد التنفيذ الجبري والنظام العام.

المبحث الثاني: حكم الاتفاقات التي يبرمها الدائن والمدين.

المبحث الأول

مدى جواز الاتفاق على مخالفة قواعد التنفيذ الجبري والنظام العام

كثيراً ما يتجه المشرع إلى تعليق نصوص بالمصلحة العامة، أو بوجهها لحماية الاستقرار العام أو ما يعرف بالأمن والسلم الاجتماعي، أو ينظم من خلالها السلطات العامة وكيفية ممارستها لأعمالها، وهو ما يعرف بشكل عام بحماية الأمن القانوني للمجتمع بفرض نوع من الرقابة أو توسيعها أو تقييدها أو غير ذلك. ولبيان ذلك نستعرض موضوع هذا المبحث من خلال مطلبين نعرض في الأول لماهية النظام العام ونستعرض في الثاني مدى تعلق قواعد التنفيذ الجبري بالنظام العام.

المطلب الأول

ماهية النظام العام

إذا كانت جميع قواعد القانون تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى الذي لا يمكن الاستغناء عنه من المصالح العامة. والتي يكفل من خلالها تحقيق الحد الأدنى من النظام في المجتمع⁽¹⁾. فإن فكرة النظام العام فكرة مرنة، تتدرج ضمن المفاهيم المرنة، ذات التغيير المضطرب، والتي تمنح القاضي مجالاً للتقدير⁽²⁾. على أن يتقيد القاضي عند تحديد ما يتعلق بها بما هو سائد في الجماعة وما يمليه الفكر الجماعي، في الزمان والمكان المعين، باعتبار هذا الفكر هو المرشد والضمير العام للجماعة⁽³⁾. ذلك أن النظام العام فكرة يستخلصها القاضي من خلال تغليب مصلحة العدالة على مصلحة الخصوم، ومن تغليب إرادة القانون على إرادة الأفراد⁽⁴⁾.

والأصل أن قواعد القانون العام تتعلق بالنظام العام، باعتبارها قواعد أمرة، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها. كونها تنظم وترتب القيم الأعلى مكانة، والأكثر قيمة في المجتمع، وتمثل التقاطع بين المصالح العامة والخاصة، بما تقوم به من توفيق للأوضاع بين الفرد والدولة⁽⁵⁾. ولا يعني هذا اقتصار فكرة النظام العام على قواعد القانون العام، بل إنها تدخل ضمن إطار القانون الخاص في العديد من أوجه النشاط التي ينظمها⁽⁶⁾.

وقد تقاربت تعريفات الفقه في تحديد المقصود بالنظام العام فمنهم من عدوا مكوناته باعتباره مجموعة الاختيارات الأساسية للمشرع في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، والتي تمثل المصلحة العليا للمجتمع. والتي تهدف إلى حماية الأمن العام والصحة العامة والآداب العامة داخل

(1) محمود مصطفى يونس: نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص10.

(2) J. Ghestin: Le Ordre public, Notion a contenu variable en droit prive Français, in les notions a contenu variable en droit, Thèse, Bruxelles, 1984, p. 77 et s.

(3) Malaurie: Le Ordre public et le contrat, Dalloz. 1956, p. 517.

(4) قريب من هذا: فتحي والي: نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة، جامعة القاهرة، 1958، ص488.

(5) J. Bellot: Le Ordre public et le procès pénal, Thèse, Nancy, 1980. P. 18.

(6) محمود مصطفى يونس: المرجع السابق، ص17-18.

المجتمع⁽¹⁾. ورأى آخر أنه مجموعة القواعد الموضوعية من قبل المشرع لحماية المصالح الحيوية في المجتمع. وهو المتعلق بالمصالح الأساس للدولة أو المجموعة والذي يحدد ضمن إطار القانون، الأساس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي والأخلاقي في مجتمع معين. ويهدف إلى المحافظة على القيم الأساسية في المجتمع، في زمن معين ومكان معين⁽²⁾. وهو مجموع ما يعتبر مهماً في مجتمع وزمن معينين كي يتصف بالإلزامية، ولو حصل ذلك خلافاً لإرادة الأفراد⁽³⁾. ولا يشترط لاعتبار أمر مخالفاً للنظام العام مخالفته قاعدة آمرة أو نص تشريعي. بل لمخالفته المبادئ العامة التي تحمي أو تقر المصلحة العامة سواء كانت اجتماعية أم أخلاقية أم سياسية أم اقتصادية⁽⁴⁾. ولاشك أن للرأي العام السائد في مجتمع معين معين تأثيره على مفهوم النظام العام ولا بد للقاضي أن يتأثر به أيضاً لأنه مرآة لمجتمعه⁽⁵⁾.

وتقوم فكرة النظام العام على المفهوم الأوسع وهو ما يعرف بالأمن القانوني والقضائي، بما تحمله هذه الفكرة من استقرار للمعاملات، وبما توفره للأفراد والسلطات المتعاملين في المجال من حماية في الإطار المتعامل فيه، ويتعاقدون من خلال قواعده، وينتظمون بالتزاماتهم من خلال مقتضياته⁽⁶⁾. وهذه الفكرة تقوم على ما يعرف بالثقة المشروعة التي تتولد من تعامل الدائن مع المدين، والتي تنجم من فرض السلطة العامة وحكم القضاء إلزامية بينهم، تجعل كل طرف يحترم ما عليه للأخر⁽⁷⁾. وعليه فإن هذه الفكرة الفكرة توفر كل ضمانات تهدف إلى حماية حسن تنفيذ الالتزامات وتلافي عدم الوثوق في تطبيق القانون⁽⁸⁾.

بهذا فإن النظام العام كأحد عناصر الأمن القانوني والقضائي يترجم العناصر اللازمة لجودة القانون ومنع إهداره، بما تحدده مما هو ممنوع على المواطنين الاتفاق على خلافه، وهذا يوجب وضوحها وثباتها، وعدم تغييرها⁽⁹⁾. وهذا الثبات لا يعني بقاء الالتزامات على حالها، حيث توجب بعض القواعد المتعلقة بالنظام العام وخاصة الاقتصادي منه ضرورة إعادة التوازن بين العلاقات التعاقدية رفعاً للالتزام طرف أو تخفيضاً للالتزام آخر.

(1) مصطفى العوجي: القانون المدني، الجزء الأول، العقد، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، ص401.

(2) Malaurie: op cit., P. 517 ets.

(3) Bonne Mœurs: ordre public, Ecylopedie Dalloz, P. 2 .

(4) مصطفى العوجي: المرجع السابق، ص406.

(5) Malaurie: op. cit., P. 518.

(6) Anne Penneau: La sécurité juridique à travers le processus de normalisation - Sécurité juridique et et sécurité technique : indépendance ou métissage Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP / CECOJI), Montréal, 30 septembre 2003.

(7) عبد المجيد غميحة: مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، الندوة الودادية الحسنية للقضاة، المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الأفريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، 2008/3/28، ص5.

(8) Cathy Pomart: La magistrature familiale : Vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille. Editions L'Harmattan , 2004. Collection Logiques Juridiques. P. 197.

(9) عبد المجيد غميحة: المرجع السابق، ص7. / عامر زغير محيسن: الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية الحكم بعدم الدستورية، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 18، سنة 2010، ص3.

ولا بد لاحترام فكرة النظام العام كجزء من الأمن القانوني من خضوع المشرعين والقضاة والمواطنين لهذه الفكرة على حد سواء، مع تلافي إعطاء طابع مطلق لهذه الفكرة لتبقى متناسبة مع المجتمعات والوقائع التي تحكمها⁽¹⁾.

ومن أخطر المشاكل التي تواجه فكرة النظام العام تضخم التشريع، والتعقيد المبالغ فيه للقواعد القانونية، وعدم وجود قواعد معيارية ذات طابع موضوعي أو شكلي، ورجعية بعض القواعد القانونية، وخرق مبدأ المساواة و كفالة حقوق الدفاع⁽²⁾.

ولما كان القضاء هو الحامي للمراكز فإن مبدأ الأمن القضائي بعنصره الهام النظام العام يجعل قوة للأحكام وقابلية للنفاد، ويجعل الجبر هو الوسيلة للإنفاذ⁽³⁾. ولهذا تعد فكرة النظام العام في الإطار القضائي قائمة من خلال توفير حاجز واقى لمصلحة الأشخاص من تجاوزات بعضهم على بعض، وتشكيل حماية من التعسف في استعمال حق التقاضي، والحق في التنفيذ⁽⁴⁾.

إلا أنه يوجه النقد لأحكام القضاء التي تبنى على قواعد العدل والانصاف كونها تبتعد عن مبدأ المساواة أمام القانون باعتباره من النظام العام، خصوصاً أن مثل هذه الأحكام لا تعتبر مستقرة بل أنها سريعة التغير وهو ما يتعارض مع فكرة النظام العام وفكرة الأمن القانوني، ولذا يتحتم حماية لفكرة النظام أن نحد من تضارب اجتهادات القضاء، وألا يتم التراجع عن الاجتهاد إلا بعد تمحيص وفي ضوء ما قرره القانون أن على المحكمة إذا استشعرت أنها ستخالف مبدأ مستقراً لها أن تجتمع بكامل هيئتها لتقرير ذلك⁽⁵⁾.

ومن المسلمات في تطبيق النظام العام أمام القضاء ومن خلاله، ضرورة توفير مبدأ استقلال السلطة القضائية، باعتباره ضرورة لضمان محاكمة عادلة، وتنفيذ منصف، بما يترتب عنه من ثقة في النظام القضائي واطمئنان للأحكام التي يصدرها، واستقرار اجتماعي وسياسي، وتقدم اقتصادي، وحماية للحقوق والحريات. فالولوج للعدالة حق من الحقوق الأساسية للإنسان في إطار دولة القانون، باعتباره شرط فعالية القاعدة القانونية⁽⁶⁾. لذا فإن تطبيق النظام العام في الإطار القضائي يؤدي إلى حياد بمفهومه بمفهومه الايجابي للقاضي، ومحاكمة أقل كلفة وأكثر عدالة مع سهولة للوصول للمعلومة القضائية، ولتنفيذ الأحكام، فلا قيمة لأحكام القضاء بدون تنفيذها، ولا قيمة للمادة 106 من القانون الأساسي

(1) عبد المجيد غميحة: المرجع السابق، ص7 و12.

(2) Cathy Pomart: Op.cit. P. 192./

عامر زغير محيسن: المرجع السابق، ص4.

(3) عبد المجيد غميحة: المرجع السابق، ص15-16.

(4) Cathy Pomart: Op.cit. P. 190.

(5) عبد المجيد غميحة: المرجع السابق، ص21-22.

(6) جميلة السيوري: الأمن القضائي وجودة الأحكام، جمعية عدالة، مطبعة دار القلم بالرباط، ص13-14 و82 و46.

الفلسطيني، ما لم تقترن بقوة عملية تضمن احترام أحكام القضاء وتنفيذها، فمطمح الأفراد استصدار حكم لصالحهم يحمي حقوقهم ويتم تنفيذه⁽¹⁾.

ويتميز النظام العام بأن مفهومه نسبي غير مطلق، ومتغير غير ثابت، يتغير بحسب السائد في المجتمع من مبادئ سياسية واقتصادية واجتماعية في زمان ومكان معينين. وعليه فما كان جائزاً في زمان أو مكان قد يكون غير جائز في وقت أو مكان آخر⁽²⁾. وهو فكرة مرنة ومتطورة تختلف من دولة إلى أخرى ومن زمن إلى آخر، وهذا يؤدي إلى أن هذه الفكرة لا تتفق مع استقرار النصوص التشريعية، ولا يستطيع المشرع أن يحدد مسبقاً مضموناً ثابتاً للنظام العام⁽³⁾. كما أن النظام العام فكرة تتميز بالعمومية وهذا لا يعني جميع أفراد المجتمع، وإنما أن يتصل بمجموعة من أفراد الجمهور وليس بفرد واحد بعينه⁽⁴⁾. وقد ميز الفقه بين نوعين من النظام العام هما: النظام العام التوجيهي والنظام العام الحامي. أما النظام العام التوجيهي فهو يتعلق بالأسس التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والسياسي والاقتصادي والأخلاقي، وتؤدي مخالفته إلى البطلان المطلق. وسمي بذلك لأنه يوجه الشخص إلى احترام هذا النظام وعدم مخالفته. أما النظام العام الحامي فهو النظام الخاص لحماية الأفراد من تصرف الغير نحوهم، أو من تصرفهم نحو أنفسهم. كالحماية المقررة قانوناً لعديمي وناقصي الأهلية، وتبعاً لموضوع الحماية ينقرر الجزاء أما بطلان مطلق أو قابلية للبطلان⁽⁵⁾. ولا نرى الدقة في هذا التمييز إذ لا يوجد معيار واضح يمكن من خلاله الفصل بين النوعين.

المطلب الثاني

مدى تعلق إجراءات التنفيذ بالنظام العام

نظم المشرع طرق التنفيذ الجبري، وحدد الشروط الواجب توافرها لسلوك أي طريق من طرق التنفيذ، كما حدد الإجراءات واجبة الإلتباع، والمواعيد التي يتعين مراعاتها لاتخاذ الإجراءات في كل طريق، كما بين الجزاء عند مخالفة ذلك. ولما لفكرة النظام العام من فائدة في القوانين الإجرائية، بما تحققه من فعالية للقواعد التي تتعلق بها، في ظل اعتبار القانون الإجرائي الملجأ لتحقيق الحماية، عند الامتناع عن تنفيذ الإلتزامات، وإعطاء الحقوق التي تقرها القوانين الموضوعية⁽⁶⁾. وهذا يثير مدى ارتباط قواعد التنفيذ الجبري أو تعلقها بالنظام العام؟.

(1) جميلة السيوري: الأمن القضائي وجودة الأحكام، جمعية عدالة، مطبعة دار القلم بالرباط، ص13-14 و82 و112.

(2) Christian Larroument: Droit civil, T.III, Les obligations. Le contrat, 2 édition Economica, 1990, P. 358.

(3) مصطفى العوجي: المرجع السابق، ص406.

(4) محمود عاطف البناء: الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، ط2، ص361.

(5) محمد احمد فتح الباب السيد: سلطات الضبط الإداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ص64.

(6) Jean Vincent : La Procédure civil et L,order public, mélange en l honneur de Paul roubier, Dalloz, 1961, p. 303.

وفي إجابة هذا السؤال ذهب رأي إلى أن كافة قواعد التنفيذ الجبري تتعلق بالنظام العام⁽¹⁾. ولا اتصال أحكامها اتصالاً وثيقاً بالنظام العام فهي تطبق على المواطنين والأجانب على السواء⁽²⁾. وأنتقد هذا الرأي كونه يغفل الغاية التي ترمي إليها قواعد التنفيذ الجبري عند تحديده لمدى تعلقها بالنظام العام⁽³⁾.

وذهب آخر إلى أن القاعدة في تحديد تعلق قواعد التنفيذ الجبري بالنظام العام، تكمن في الشخص المراد حمايته، فإذا كان ذلك الشخص هو الدائن أو المدين كانت لا تتعلق بالنظام العام، أما إذا كانت تحمي الغير فهي تتعلق بالنظام العام⁽⁴⁾.

ولا يسلم بهذا الرأي، ذلك أن مركز الغير لا يختلف عن أطراف التنفيذ، وأن مصلحته هي مصلحة خاصة، كما هو حال مصلحة الدائن والمدين.

ورأى ثالث أن يترك تحديد تعلق قواعد التنفيذ الجبري بالنظام العام إلى سلطة القاضي التقديرية، مراعيًا عند تحديده لطبيعة القاعدة الطابع السياسي، والاجتماعي للنظام العام⁽⁵⁾.

وذهب رابع إلى أن الإجراءات القضائية والمحاکمات الحامية للحقوق والتنظيم القضائي وعمل المحاكم تتعلق بالنظام العام⁽⁶⁾.

وينتقد هذا الرأي لتعميمه تعلق قواعد الإجراءات القضائية في ظل أن منها ما يتعلق بمصلحة عامة ومنها ما يتعلق بمصلحة فردية.

ويرى البعض أن هناك حداً أدنى من الشروط ينبغي توافرها عند التنفيذ واثناؤه، تهدف إلى التأكد من سلامة وصحة الأمور وضمان حقوق الأطراف لذلك علقت بالنظام العام⁽⁷⁾.

وهذا لا يوجد معياراً محدداً للقواعد المتعلقة بالنظام العام.

وذهب خامس وبحق إلى أن قواعد التنفيذ الجبري شأنها شأن سائر قواعد قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، منها ما يهدف لتحقيق مصلحة عامة، وبذلك فهي تتعلق بالنظام العام، ومنها ما يستهدف تحقيق مصلحة خاصة فلا تتعلق بالنظام العام⁽⁸⁾.

(1) E. Glasson, A. Tissier et R. Morel: Trait théorique et pratique d, organisation judiciaire, de compétence et de procédure civil, T. 4, 3 éd., Paris, 1937, p. 93.

(2) إيناس محمد جمعة سليمان الدحوح: حبس المدين دراسة تحليلية مقارنة بين أحكام الفقه الاسلامي وقانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005، ص62.

(3) عبد الحميد أبو هيف: طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، ط2، 1923، ص161-162.

(4) أحمد أبو الوفا: إجراءات التنفيذ الجبري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976، ص20.

(5) عزمي عبد الفتاح: قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، ط4، دار النهضة العربية القاهرة، 2002، ص371.

(6) مصطفى العوجي: المرجع السابق، ص411.

(7) فراس كريم شيعان وخير الدين كاظم عبيد: حجية الحكم الأجنبي المقضي فيه، ص491.

(2) رمزي سيف: قواعد تنفيذ الأحكام والمحرمات الموثقة في قانون المرافعات الجديد رقم 13 سنة 1968، ط8، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968/1969، ص224. / خالد رضوان سامعة: أحكام المنازعات الوقتية في قانون التنفيذ الأردني دراسة تحليلية تطبيقية،

ومن الجدير ذكره أن هناك بوناً بين القواعد المتعلقة بالنظام العام، وتلك التي تهدف إلى تحقيق الصالح العام. حيث إن جميع قواعد القانون سواء المتعلقة منها بالنظام العام، أم التي لا تتعلق به، تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى من النظام والاستقرار في المجتمع، وبذلك فهي تحقق الصالح العام وتحميه⁽¹⁾. وعليه يمكن القول بأن معظم قواعد قانون التنفيذ تتعلق بالنظام العام، ومعيار تعلق القاعدة بالنظام العام، هو مدى تعلقها بالنظام الأعلى في الدولة والأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للمجتمع⁽²⁾.

هذا ويجب التقييد بقواعد النظام العام لأن مخالفتها ترتب البطلان، فإذا نص المشرع على منع وعلقه بالنظام العام كمنع الحجز مثلاً فإن النزول عنه يكون غير جائز سواء كان صراحة أم ضمناً. وإذا كان هناك خلاف حول المعيار الذي يحدد تعلق إجراءات وقواعد التنفيذ بالنظام العام، فهذا لا يعني ترك الأمور للخصوم يتبعوا منها ما يشاءون، ذلك أن إتباع إجراءات التنفيذ لاستيفاء الحقوق عند التمتع عن أدائها، أمر يتعلق بالنظام العام. إذ لا يجوز إجراء تنفيذ على أموال المدين دون إتباع الطرق التي حددها قانون التنفيذ⁽³⁾. والتي تختلف باختلاف طبيعة المال بين منقول وعقار، وباختلاف حيازته بين حيازة المدين للمال، وحيازة الغير له.

مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد الثاني، العدد الأول، كانون ثاني 2015، ص 193 و199/ قرار محكمة استئناف عمان رقم 2010/37548 تاريخ 2010/10/18 الذي جاء فيه (حيث إن الإجراءات المتعلقة بالمزاد العلني من النظام العام وحيث لم تمض مدة السبعة أيام المبحوث عنها في المادة 70/ج على تاريخ تبليغ مورث المستأنفة اخطار ما قبل البيع مما يبني عليه أن القرار المتضمن إجراء معاملة وضع اليد وما تلاه من إجراءات قد تمت خلافاً للقانون مما يستوجب إبطالها) // كذلك قرار محكمة استئناف عمان رقم 2010/40531 بتاريخ 2010/11/21 الذي جاء فيه (حيث إن اعتبار السند قابلاً للتنفيذ من عدمه وفقاً للمادة 6 من قانون التنفيذ يتعلق بتحديد اختصاص دائرة التنفيذ فإنه من النظام العام وحيث إن رئيس التنفيذ لم يراع ذلك فإن قراره حرياً بالفسخ).

(1) Malaurie: Le Order public et le contrat, Paris, p. 68.

(4) أنظر تفصيلاً محمود مصطفى يونس: المرجع السابق.

(3) عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق، ص 371.

المبحث الثاني

حكم الاتفاقات التي يبرمها الدائن مع المدين

شاعت بعض الاتفاقات في مجال التنفيذ يبرمها الدائن مع المدين، سواء بشكل سابق لاستحقاق الدين أم بعد استحقاقه⁽¹⁾. وتفصيل ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول

الاتفاقات التي يبرمها الدائن مع المدين

نتيجة لعلاقة المديونية أو بسببها يتفق الدائن مع المدين على ضمانات خاصة، تتعلق بالوفاء للدين وقد شاع اتفاقات منها: اتفاق تملك الدائن لمال من أموال المدين عند عدم الوفاء، واتفاق الدائن على بيع مال من أموال المدين عند عدم الوفاء ودون إتباع إجراءات البيع الجبري. وتوضيح ذلك فيما يلي:

الفرع الأول

الاتفاق على تملك الدائن لمال معين من أموال المدين عند عدم الوفاء

قد يتفق الدائن مع المدين عند إبرام عقد الفرض أو قبل حلول أجل الدين، أو بعد حلول الأجل بأنه إذا لم يوف بالدين عند حلول الأجل، فإن للدائن أن يملك مالاً معيناً من أموال المدين في مقابل دينه. ويعد هذا الاتفاق تغييراً بتعديل الآثار التي يربتها عقد القرض بالنسبة للدائن التي تتعلق بحق الأخير في التنفيذ على أموال المدين، وفقاً لقواعد التنفيذ الجبري.

ورغم أن إمكان القول بصحة مثل هذا الاتفاق في ظل قواعد القانون المدني، تطبيقاً لمبدأ العقد سريعة المتعاقدين، ومبدأ سلطان الإرادة. خصوصاً أنه يحقق مصلحة للمدين، في توفير النفقات التي يحتاجها البيع الجبري. فإنه في المقابل يقال بأن المدين قد وقع تحت الإكراه المعنوي، إذا ألجأته الحاجة إلى مبلغ القرض لقبول هذا الاتفاق. فضلاً عما يترتب على هذا الاتفاق من ضرر بالمدين والدائنين الآخرين، بتملك هذا المال مقابل الدين والذي قد يكون ثمناً بخساً للمال المتملك قد يفوق قيمة الغبن⁽²⁾.

فقد يتفق الدائن على أن يضمن دينه برهن، ويتفق الدائن المرتهن مع المدين الراهن، أن يملك الدائن المال المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون عند حلول أجله بثمن يحدده الطرفان، وغالباً ما يكون الثمن هو مقدار الدين، والذي يقل عن القيمة الحقيقية للمال المرهون.

(1) د. مصطفى عبد الحميد عياد: أصول التنفيذ الجبري، الكتاب الثاني، طرق التنفيذ - توزيع حصيلة التنفيذ وفقاً لقانون الإجراء في فلسطين، ط1، غزة، 2000/1999، ص2.

(2) E. Glasson, A. Tissier et R. Morel: op. cit., p. 84-85.

الفرع الثاني

شرط الطريق الممهد أو الاتفاق على بيع مال مملوك للمدين بلا إجراءات

قد يتفق الدائن العادي مع المدين على أن يكون للدائن بيع أموال المدين أو بعضها، إذا لم يوفي المدين عند حلول الأجل، وذلك دون إتباع إجراءات البيع التي نص عليها القانون. وقد نشأت التأمينات العينية ضماناً لتنفيذ الالتزامات، وأعطت لصاحبها مزية التقدم على غيره من الدائنين عند توزيع ثمن المال محل الضمان بعد بيعه في المزاد العلني وفق الإجراءات القانونية التي نصت عليها قوانين التنفيذ في البيوع الجبرية⁽¹⁾.

ونظراً لخشية المشرع أن يستغل الدائن حاجة المدين للمال، فيشترط على المدين بيع مال المدين دون إتباع الإجراءات التي قررها القانون لبيع المال محل الضمان العام أو الخاص، وهو ما يسمى بشرط الطريق الممهد⁽⁴⁾ أو البيع بلا إجراءات⁽³⁾، لأنه لا يتم فيه مراعاة الاجراءات المقررة قانوناً. وقد يقال بصحة هذا الاتفاق وفقاً للقانون المدني، لخضوعه لمبدأ سلطان الإرادة، وتحقيقه لمصلحة المدين في توفير النفقات التي يحتاجها البيع الجبري⁽¹⁾. إلا أنه في ذات الوقت يتحقق القول بإبرام الاتفاق تحت الإكراه المعنوي الناجم عن ضغط الحاجة، يضاف إلى ذلك، ما يشكله هذا الاتفاق من خطر على مصلحة المدين، والدائنين الآخرين، لما قد يؤدي إلى الحصول على ثمن بخس، علاوة على ذلك فإنه يهدر الطريق الذي رسمه القانون للتنفيذ على الأموال، وهو أمر يتعلق بالمصلحة العامة⁽²⁾.

المطلب الثاني

حكم الاتفاقات المبرمة بين الدائن والمدين

يثار التساؤل عن مدى مشروعية الاتفاقات المتعلقة بأموال المدين وبيان ذلك على النحو الآتي:

أولاً- موقف القوانين من اتفاقات الدائن مع المدين:

أ- مجلة الأحكام العدلية:

لم يرد في مجلة الأحكام نص صريح بالخصوص ولكن حكم هذه الاتفاقات يقع تحت المادة (82) منها التي جاء فيها (المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط). وهي تعني أن ما علق بشرط

(3) انظر المادة 1316 /1ف من القانون المدني العراقي، 1069/1ف من القانون المدني المصري، والمادة 2346 من القانون المدني الفرنسي حسب القانون 346 لسنة 2006.

(1) د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص133 وما بعدها.

J.Mestre, E.putman et M.Billiau: Traité de droit civil, Droit commun des Sûretés réelles, Théorie Générale, J.Ghestien, L.G.D.j.1980, no.856.

(4) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في القانون المدني، الجزء العاشر، ص424./ سمير عبد السيد تناغو: التأمينات العينية، الاسكندرية، ص123.

(1) رمزي سيف: المرجع السابق، ص225.

(2) فتحي والي: التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص249.

Henry Solus: Cours de voies d, exécution, Paris, 1960, p. 42-43.

يجب ثبوته فور تحقق الشرط وهنا يجب عند عدم الوفاء يكون البيع أو التملك، وكذلك ما ورد في المادة (83) منها أنه (يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان). بما يوجب التقيد بمضمون الشرط وعدم مخالفته ما أمكن، وكذلك المادة (84) منها التي جاء فيها أن (المواعيد باكتساب صور التعاليق تكون لازمة. مثلاً لو قال رجل لآخر: بع هذا الشيء لفلان وإن لم يعطك ثمنه فأنا أعطيه لك فلم يعط المشتري الثمن لزم على الرجل أداء الثمن المذكور بناء على وعده المعلق). بمعنى لزوم تطبيق ما اتفق عليه وهذا يعني صحة الاتفاقات المذكورة ووجوب تنفيذها.

ب- القانون المدني الفلسطيني:

جاء في المادة (147) أن (العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون). والناظر لهذه المادة يعتقد أن المشرع جعل هذه الاتفاقات صحيحة، وهو ما ينفيه المشرع من خلال المادة (1189) منه التي جاء فيها (1- للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون، ويطلب بيعه وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً. 2- إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين جاز له تفادياً للإجراءات الموجهة إليه أن يتخلى عن العقار المرهون، فإذا لم يف العقار بالدين كان للدائن المرتهن الرجوع بباقي الدين على أموال المدين بصفته دائناً عادياً). بمعنى أنه ليس له البيع بدون اجراءات أو التملك عند عدم الوفاء، وهذا يتضح من خلال المادة (1/1190) منه التي جعلت جزاء البطلان لتلك الاتفاقات فنصت على أنه (يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيّاً كان، أو أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن). وكذلك المادة (1/1256) منه التي جاء فيها (يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله أن يملك الشيء المرهون في نظير ثمن معلوم أيّاً كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن).

ومع ذلك فقد صحت المادة (2/1190) تلك الاتفاقات إذا انعقدت بعد حلول الاجل أو قسط منه فجاء فيها (ومع ذلك يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاءً لدينه). وكذلك ما أورده المادة (2/1256) منه بأنه (يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين للدائن المرتهن عن الشيء المرهون وفاءً لدينه). وكذلك ما ورد في المادة (1276) منه بأنه (إذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الأداء، جاز للدائن المرتهن إذا لم يستوف حقه، أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقاً له، ويرد الباقي إلى الراهن، هذا إذا كان المستحق له والدين المرهون من جنس واحد، وإلا جاز له أن يطلب بيع الدين المرهون أو تملكه بقيمته لاستيفاء حقه).

ثانياً- موقف القضاء والفقه من الاتفاقات بين الدائن والمدين:

كان القضاء الفرنسي قبل صدور قانون المرافعات في 1841/6/2م يعتبر هذه الشروط مشروعة، مستنداً في ذلك إلى مبدأ سلطان الإرادة، وحرية التعاقد، ولأنه يؤدي إلى تفادي إجراءات التنفيذ الطويلة والمعقدة. كما يؤدي إلى توفير نفقات التنفيذ الباهظة، ولكن بموجب المادة (742) من قانون المرافعات أصبحت هذه الاتفاقات غير جائزة⁽¹⁾. ورغم ذلك فقد تدخل القضاء الفرنسي مخففاً من هذا المنع، ف قضى بأن هذا الحظر لا يعمل به إلا إذا كان إبرام الاتفاق عند نشوء الالتزام، أو قبل حلول أجل الوفاء به. أما إذا أبرم بعد حلول الأجل، فيعتبر صحيحاً ومنتجاً لآثاره. وسبب ذلك أن حدوث الاتفاق بعد حلول الأجل أن المدين يكون عارفاً بحاله وإمكان وفاءه من عدمه، ولا يكون واقعاً تحت ضغط الحاجة، بل قد يكون هذا الأمر في صالحه بأن يتجنب نفقات التنفيذ على أمواله، علاوة على ذلك فإن شرط التملك عند عدم الوفاء إذا حدث بعد حلول الأجل، يعتبر وفاءً بمقابل، تجيزه القواعد العامة في القانون المدني⁽²⁾.

ويرى الفقه أنه إذا كانت الصورة الغالبة لهذه الاتفاقات تقع بين الدائن المرتهن والمدين الراهن، إلا أنه يتصور إبرامها بين دائن عادي ومدينه. ولذلك يمكن تعميم الحكم بأنه يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك المال المرهون في نظير ثمن معلوم أياً كان، أو أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان الاتفاق أبرم بعد الرهن. ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاءً لدينه. وبهذا يكون تخويل الدائن حق بيع المال قبل حلول أجل الدين، بدون إتباع الإجراءات المقررة في قانون التنفيذ، أو الاتفاق على تملكه سواء بثمن يعادل مقدار الدين، أو بغيره، تجعل هذا الاتفاق باطلاً. لافتراض وقوع المدين تحت الإكراه، بسبب ضغط الحاجة الملحة. ولا يقتصر الأمر على المال المرهون، بل يشمل أي مال آخر من أموال المدين. ولا يقتصر على الدائن صاحب الضمان الخاص، بل يشمل الدائن العادي، لتوافر السبب الموجب للبطلان، وهو الإكراه المفترض. بينما تصح هذه الاتفاقات إذا أبرمت بعد حلول أجل الدين، أو حلول قسط منه، لانقضاء سبب البطلان، ولما قد يكون فيه من مصلحة للمدين⁽³⁾.

وقد ذهب البعض إلى أن التملك عند عدم الوفاء أو البيع بلا إجراءات هو الذي يكون مقابل مبلغ معلوم محدد مقدماً عند الاتفاق، أما لو اتفق على أن يتم البيع أو التملك من قبل البائع بعد حلول الأجل، مقابل ثمن يحدده خبير، فهذا الاتفاق يكون صحيحاً⁽⁴⁾.

(1) Garsonnet et Cezar Bru: Trait théorique et pratique de procédure civil et commercial, T. 4, 3 éd., 1933-1938, p. 108./ Cas. civ 26 Avril 1939 GA Z Pal 1939.

(2) Jean Vincent: Voies d, exécution et procédures de distribution, Paris, 1976, p. 66./ Cas. civ 11 mar 2014 no.11/26915.

(3) رمزي سيف: المرجع السابق، ص226-229.

(4) فتحي والي: المرجع السابق، ص251./ مصطفى عياد: المرجع السابق، ص4./ وبنفس الرأي:

ونرى أنه وإن كان القياس على حكم المادة (126) من قانون التنفيذ يؤدي لإبطال جميع الاتفاقات التي تتم بين الدائن والمدين بعد الحجز على المال، وتهدف إلى بيع المال بغير الطريق الذي رسمه القانون، وبالتبعية بطلان كل اتفاق على بيع أو تملك أموال المدين عند عدم الوفاء، سواء كان الاتفاق سابقاً أم لاحقاً لحلول أجل الدين. إلا أنه يتعين عدم إعمال هذا الحكم، واعتبار مثل هذه الاتفاقات صحيحة طالما عقدت بعد حلول الأجل لما في ذلك من مصلحة لأطراف التنفيذ، واقتصاد للنفقات، ولأن مظنة الإكراه تنتفي بحلول الأجل. خصوصاً أن المادة 126 من قانون التنفيذ لا تتعلق بالنظام العام بل تتعلق بمصلحة المدين، وعليه نرى ضرورة تعديل المادة (126) من قانون التنفيذ لتصبح (1- لا عبرة بأي نوع من الاتفاقات التي يتفق عليها الطرفان لإجراء المزايمة خلافاً للشروط القانونية التي نص عليها هذا القانون، وكل اتفاق من هذا القبيل يعد باطلاً 2- يجوز للمدين أن يتنازل عن التبليغات التي منحه إياها القانون. 3- بعد حلول أجل الدين أو قسط منه وقبل البدء في التنفيذ أو بعده يجوز للمدين الاتفاق مع الدائن على أن ينزل المدين للدائن عن مال معين وفاء لدينه كما يجوز له أن يتفق معه على بيع أي مال بدون اتباع إجراءات التنفيذ).

لذا فإن القاعدة عدم السماح للدائن التخلص مما تفرضه القوانين من إجراءات للتنفيذ على أموال المدين والتي توجب ابتداءً حجزه ومن ثم بيعه بالمزاد العلني واستيفاء الحق من ثمنه. ويذهب البعض وبحق⁽¹⁾ إلى أن العلة التي لأجلها قرر المشرع بطلان هذا الاتفاق هي حماية طرفي العقد، وبالأخص المدين، فقد يلجأ الدائن إلى تضمين العقد هذا الاتفاق حتى يستغل حاجة المدين وظروفه، وأحياناً يعتقد المدين بأنه سيوفي بالدين عند حلول أجله مستخفاً بالظروف، ويتفق على جعل الثمن هو الدين المستحق ذاته، لذا أراد المشرع حماية المدين من هذا الاستغلال المخالف للنظام العام فاعتبر هذا الاتفاق باطلاً أياً كان الثمن الذي اتفق عليه. ويكون الاتفاق باطلاً أيضاً إذا كان يقضي بأن يملك الدائن عيناً أخرى مملوكة للمدين عند عدم وفاء المدين بدينه المضمون. ومن ثم يبطل الاتفاق الذي يأخذ بمقتضاه الدائن جميع الثمن المتحصل من بيع محل الضمان دون مراعاة لقيمة الدين. كما أن البطلان قد يقع رعاية لمصلحة الدائن الذي اتفق على تملك محل الضمان عند حلول الأجل بمقدار الدين، ولكن عند حلول الأجل انخفضت قيمة محل الضمان بشكل كبير.

وذهب آخرون⁽²⁾ إلى بطلان الاتفاق بين طرفي المديونية الذي يملك بموجبه الدائن المال محل الضمان، بوصفه مخالفاً للنظام العام. ويكون ذلك استناداً إلى قاعدة بطلان أي شرط يخول الدائن أن

Garsonnet et Cezar Bru: op. cit., p. 111/ E. Glasson, A. Tissier et R. Morel: op. cit., p. 86.

(1) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في القانون المدني، الجزء العاشر، دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة 2000، ص422. / سليمان

مرقس: التأمينات العينية، 1959، ص434. / محمد كامل مرسي: الحقوق العينية أو التأمينات العينية، 1951، ص136.

M.planiol et G.Riepert : Traité partique de droit, XII, E.Becqué, L.G.D.J, 1953, no.120.

(2) J.Mestre,E.Putman et M.Billiau: Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles, J.Ghestiaïn-L.G.D.J-1980- no.860.

يكتسب الملكية دون الشكليات المبينة في القانون، ومع هذا فإنه يجوز الاتفاق عند إبرام العقد أو تنفيذ الالتزام ، وأن يصبح الدائن مالكاً لمال محدد من أموال المدين على أن تحدد قيمة المال يوم نقل الملكية، ما لم يكن مسعراً رسمياً أو بواسطة خبير قضائي، وأن يرد الدائن الزائد من قيمة المال للمدين، ما لم يكن محجوراً من دائنين آخرين.

وإذا كان المشرع الفلسطيني قد حسم الأمر ببطلان جميع الاتفاقات السابقة على حلول أجل الدين أو قسط منه⁽¹⁾، إلا أن البعض ذهب إلى أنه إذا كان الاتفاق على تملك مال للمدين بعد انعقاد عقد الضمان وحلول الأجل لا يختلف عن الحادث قبل ذلك إذ يعد هذا الاتفاق باطلاً، فالإكراه يقع على المدين مادام الالتزام قائماً⁽²⁾.

ورأى آخرون أن البطلان لا يكون إلا بنص، فإن لم يوجد فلا قيد على حرية التعاقد، فالمدين بعد انعقاد عقد الضمان لا يكون تحت إكراه الدائن واستغلاله لأن عقد الضمان منعقد⁽³⁾.
ويثور التساؤل عن أثر بطلان الاتفاق المتعلق بالبيع بلا إجراءات أو التملك عند عدم الوفاء على العقد الأصلي؟.

يذهب البعض إلى إمكانية انتقاص الشرط الباطل فقط مع بقاء العقد الأصلي، وهذا يجعل العقد الأصلي موافقاً للنظام العام⁽⁴⁾.

وذهب آخرون وبحق إلى أن بطلان الاتفاق يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد الأصلي إذا كان هذا الاتفاق هو الباعث الدافع لإبرام العقد الأصلي وهو ما أخذ به المشرع الفلسطيني في المادة 137 من القانون المدني⁽⁵⁾.

المطلب الثالث

الاتفاقات المتعلقة بالأموال المحجوزة وملحقاتها

يؤدي الحجز إلى فصل المال المحجوز عن بقية أموال المدين الأخرى، بما يجعله محلاً معيناً للتنفيذ عليه هو وملحقاته، مكوناً مجموعة مستقلة ومتميزة عن باقي أموال المدين خاضعة لنظام قانوني خاص، يهدف إلى الوصول إلى الغاية التي يريدها الحاجز. وهذا النظام لا يرتب حقاً عينياً على المال، ولا ينزعه من ملك صاحبه، وإنما يؤدي إلى تقييد سلطات المحجوز عليه فيه بما يحقق المحافظة على

(1) سمير عبد السيد تتاغو: التأمينات العينية، الاسكندرية، ص124.

(2) M. Planiol et G.Riepert, Traité partique de droit, XII, L.G.D.J, Becqué, 1953, no.121.

(3) J.Mestre, E.Putman et M.Billiau: op. cit, no. 861.

(4) عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ج 10، ص422.

عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في القانون المدني، الجزء العاشر، دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة 2000، ص422.
(5) أنور طلبية: المطول في شرح القانون المدني، الجزء الرابع عشر، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2004، ص449. تنص المادة 137 على أنه (1- يكون العقد باطلاً إذا كان سببه غير مشروع. 2- يعد سبب العقد غير مشروع إذا كان الباعث الدافع إليه مخالفاً للنظام العام أو الآداب.).

محل الحجز، وعليه لا يؤدي الحجز إلى زوال حق المحجوز عليه عن ماله، بل يبقى مالكا له، ويترتب على ذلك:

- 1- للمحجوز عليه أن يتصرف في محل الحجز سواء كان التصرف بعوض أم بغير عوض. ولا يعتبر هذا تصرفاً في ملك الغير، ولهذا يكون التصرف صحيحاً منتجاً لآثاره بين طرفيه⁽¹⁾.
- 2- إذا هلك المال محل الحجز بقوة قاهرة، تحمل المحجوز عليه تبعه هلاك هذا المال، ويبقى حق الدائن الحاجز قائماً لا يزول⁽²⁾.
- 3- استطاعة المدين المحجوز عليه استعمال محل الحجز فيما خصص له، بشرط عدم الإضرار به، إلا إذا نزع من يده⁽³⁾.
- 4- للمحجوز عليه اتخاذ كافة الإجراءات القانونية للمحافظة على محل الحجز، والمطالبة به إذا كان حقاً مالياً لدى الغير⁽⁴⁾.
- 5- إذا تبقى أي شيء من ثمن محل الحجز يرد إلى المحجوز عليه، كونه ملكه⁽⁵⁾.
- 6- يجوز لأي دائن غير الحاجز الحجز على الأموال محل الحجز، لبقائها ضمن الضمان العام⁽⁶⁾.
- 7- تتم إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين المحجوز عليه⁽⁷⁾.

ولما كان التصرف بمحل الحجز ينقل ملكيته للمتصرف إليه، وأن استعمال محل الحجز أو استغلاله قد يؤدي إلى هلاكه أو الإضرار به. وهذا يؤثر بدوره على بقاء المال ضمن الضمان العام، بما قد لا يمكن الدائن من تحقيق الغرض من الحجز، وذلك بالمحافظة على محل الحجز وبيعه واستيفاء حقه من ثمنه. لذلك قرر المشرع بعض القواعد لحماية تلك الغايات، إلا أنه لم يوردها في سياق عام، بل وردت بخصوص التنفيذ على العقار. ولكننا نعتبر هذه القواعد عامة، أوردها المشرع بخصوص العقار لا بقصد التخصيص، وإنما بقصد إعطاء الحكم للغالب الأعم من حالات الحجز، ولما يشكله العقار من قيمة اقتصادية. وعلى هذا فإن هذه القواعد تنطبق أيضاً كان محل الحجز، منقولاً أم عقاراً أم حقاً مالياً. وسواء كان المال بحياسة المدين، أم بحياسة شخص ثالث.

وتتمثل هذه القواعد بقاعدتين أساسيتين، هما: عدم نفاذ التصرفات في المال المحجوز عليه، وتقييد سلطة المدين والحائز في استعمال واستغلال محل الحجز. ولتوضيح تلك القواعد نبينها فيما يلي:

(1) عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق، ص406.

(2) Garsonnet et Cezar Bru: op. cit., p. 95.

(3) وجدي راغب فهمي وسيد أحمد محمود وسيد سالم أبو سريع: عناصر التنفيذ الجبري ومقدماته، 2007/2006، ص118-119.

(4) وجدي راغب فهمي وسيد أحمد محمود وسيد سالم أبو سريع: المرجع السابق، ص118-119.0

(5) فتحي والي: المرجع السابق، ص402.

(6) محمود محمد هاشم: المرجع السابق، ص310.

(7) فتحي والي: المرجع السابق، ص402.

أولاً- المقصود بقاعدة عدم نفاذ التصرفات:

يقصد بقاعدة عدم نفاذ تصرف المدين في المال المحجوز، أن تكون التصرفات التي يكون محلها المال المحجوز ويبرمها المدين مع دائن آخر أو مع الغير بعد الحجز غير نافذة في مواجهة الدائن الحاجز. وهذا ما قرره المادة (2/135) من قانون التنفيذ التي جاء فيها (مع مراعاة حكم المادة 115 تبقى عقود الإيجار وسائر العقود المتعلقة بالانتفاع بالمال المحجوز والمبرمة بعد وضع اليد نافذة المفعول إلى اليوم الذي يتم فيه التسليم وبعد ذلك يجب تسليم المال إلى مشتريه بدون حاجة إلى حكم آخر). وهو ما يتوافق مع حكم المادة (117) من قانون التنفيذ بنصها (يجوز لقاضي التنفيذ بقرار يصدره أن يأذن للمدين بأن يبيع أو يفرغ للآخرين أمواله غير المنقولة المحجوزة بشرط أن يقتطع من ثمنها حين البيع أو الفراغ قيمة الدين المحكوم به مع الرسوم والنفقات). وهو ما قرره القانون المدني الفلسطيني من أن لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه إفسار المدين أو الزيادة في إفساره⁽¹⁾.

فإذا كان تصرف المدين بعوض، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، ويكفي لحسبان التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر، كما يعد من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر. وإذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ في حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً. وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض، أو كان الخلف الثاني يعلم إفسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً⁽²⁾.

وإذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه، فإنه يتخلص من عدم نفاذ التصرف الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإيداعه خزينة المحكمة⁽³⁾.

وإذا أوفى المدين المعسر قبل حلول أجل الدين أخذ وفائه حكم التبرع، ويأخذ حكم المعاوضة إذا كان بعد حلول أجل الدين، وإذا أريد بهذا الوفاء تفضيل أحد الدائنين يحرم الدائن من هذه الميزة⁽⁴⁾.

(1) المادة (249) من القانون المدني.

(2) المادة (250) من القانون المدني.

(3) المادة (251) من القانون المدني.

(4) المادة (252) من القانون المدني.

وإذا ادعى الدائن إعسار المدين فعليه أن يثبت مقدار ما في ذمة المدين من ديون وعلى المدين أن يثبت أن له أموالاً تساوي مقدار تلك الديون أو تزيد عليها⁽¹⁾.

لذلك إذا كان يجوز للمدين التصرف في محل الحجز باعتباره ملكه، فيجب ألا يعرقل هذا التصرف إجراءات التنفيذ ولا يؤثر على باقي الدائنين. ولهذا فتقرير هذه القاعدة كان لحماية محل الحجز والضمان العام من تلك التصرفات، بما يُمكن من استمرار التنفيذ.

ولما كانت قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فقد رأى البعض أن لمشتري المنقول المحجوز إذا كان حسن النية، وكان قد تسلم المنقول فعلاً أن يتمسك بحيازته في مواجهة الدائن الحاجز، ولا يحتج في هذه الحالة بعدم نفاذ تصرف المحجوز عليه في المال، وبالتالي لا يمكن استرداد المال المنقول من مشتريه الحائز له⁽²⁾.

ولا نرى السلامة في ذلك، حيث أن القول بنفاذ تصرف المدين في المنقول في مواجهة الدائن سواء لحسن النية أم لسوء النية، يعطي مجالاً للتصرف في المنقولات المحجوزة، بما قد يضيع ضمان الدائن. لذلك نرى أن تصرفات المدين في هذه الحالة لا تكون نافذة، وأن قاعدة الحيازة في المنقول لا تحمي المشتري، فيمكن استرداد المنقول منه استناداً إلى أن يد المدين في فترة الحجز تكون يد حارس على المنقول، وليست يد مالك، وبالتالي فإن تصرف الحارس لا ينفذ في مواجهة الدائن لأن له إدارة المال والحفاظ عليه. أما حسن النية للمشتري فتحميه قواعد أخرى تمكنه من الرجوع على المدين البائع، كما أن حسن نية المشتري يشفع له في أن لا يرد ثمار المنقول حتى وقت التنبيه برده، لأنه بعد التنبيه بالرد يصبح سيء النية.

ثانياً- نطاق تطبيق قاعدة عدم نفاذ التصرفات:

تسري هذه القاعدة على تصرفات المحجوز عليه التي من شأنها الإضرار بالحاجز، وذلك بإخراج محل التنفيذ من ملك المحجوز عليه، أو الانتقاص من قيمته، أو ترتيب حق عليه بما يتعارض مع الغاية من الحجز. ويستوي في التصرفات أن يكون التصرف بين الأحياء أم مضافاً إلى ما بعد الموت، معاوضة أم تبرعاً، منشأً لحق عيني أم ناقلاً له أم مرتباً لحق عيني تباعي، وسواء كان التصرف بإرادة المحجوز عليه أم جبراً عنه كترتيب حق اختصاص على المال⁽³⁾. ويمكن حصر التصرفات غير النافذة بما يلي⁽⁴⁾:

(1) المادة (253) من القانون المدني.

(2) Jean Vincent: op. cit., p. 86./ Henry Solus: op. cit., p. 56.

فتحي والي: المرجع السابق، ص 402-403./ عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق، ص 409.

(3) فتحي والي: المرجع السابق، ص 403-404./ عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق، ص 410.

(4) أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 653.

1- التصرفات التي من شأنها منع التنفيذ على المال: وهي تلك التي تؤدي إلى إخراج المال من ملك المحجوز عليه، كالبيع، والهبة، والوصية.

2- التصرفات التي من شأنها الانتقاص من قيمة المال: وهي تلك التي تحد من منفعة المال، كترتيب حق ارتفاق بالمرور على العقار، أو ترتيب حق انتفاع عليه، أو التنازل عن حق ارتفاق بالمرور أو المطل للعقار.

3- التصرفات التي تضر بمركز الدائن الحاجز: وذلك بترتيب حق على المال يجعل صاحب الحق في مرتبة متقدمة عن الدائن الحاجز، أو أي ضرر آخر. كأن يكون الدائن الحجز دائن عادي ويتم ترتيب حق عيني تبعي على المال، أو يكون الحجز على حق في ذمة الغير فيتم الإبراء منه، أو حوالتة، أو منح أجل للوفاء به.

أما الأشخاص الذين يكون لهم التمسك بعدم نفاذ التصرفات، والأشخاص الذين لا ينفذ تصرفهم.

(أ) الأشخاص الذين لا ينفذ تصرفهم: وهم:

1- المحجوز عليه: سواء كان مديناً أم كفيلاً أم مسئولاً عن الوفاء بالدين⁽¹⁾.

ورغم هذا فقد استتنت المادة 117 من قانون التنفيذ من قاعدة عدم نفاذ تصرفات المدين في محل الحجز تصرف المدين بالبيع أو الفراغ لمحل الحجز، بأذن من قاضي التنفيذ، بشرط أن يودع ثمنه، أو ما يكفي منه للوفاء بالدين المحجوز لأجله ونفقات التنفيذ. وفي هذه الحالة ينتقل الحجز من الشيء إلى الثمن.

2- المحجوز لديه: مقتضى قاعدة عدم النفاذ أن يقوم المحجوز لديه بحبس محل الحجز، وعدم الوفاء به أو تسليمه للمدين، أو غير المدين. وإذا أجبر على الوفاء، كأن يكون المدين المحجوز عليه قد نفذ عليه جبرياً، أو أراد إبراء ذمته من الدين، فعليه إيداع ما لديه أو في ذمته في خزينة دائرة التنفيذ، أو المحكمة⁽²⁾.

ونتيجة لعدم جواز الوفاء من قبل المحجوز لديه إلى المحجوز عليه، فليس للمحجوز لديه التمسك في مواجهة الحاجز بوقوع المقاصة بين دينه ودين المحجوز عليه. ذلك أن المقاصة وفاء مزدوج، علاوة على ذلك فإن المقاصة لا تقع إضراراً بحقوق كسبها الغير، ويعتبر الحاجز بالنسبة للمقاصة من الغير، ولذلك لا يكون للمحجوز لديه في هذه الحالة سوى الحجز تحت يد نفسه⁽³⁾.

(1) فتحي والي: المرجع السابق، ص 403.

(2) R. Lancelin : De la situation juridique des biens missous mains de justice, Thèse, Paris, 1901, P. 102.

(3) E. Glasson, A. Tissier et R. Morel: op. cit., p. 269./ R. Lancelin: op. cit., p.115.

ويجوز للمحجوز لديه أن يقوم بالوفاء للمدين، إذا كان المال المحجوز عليه مما لا يجوز الحجز عليه، وما يزيد عن الحقوق المحجوز لأجلها. فيبقى المحجوز لديه ما يوفي بحق الدائن الحاجز، ويسلم الباقي للمحجوز عليه⁽¹⁾.

وفي رأينا أن المادة 2/73 من قانون التنفيذ لم تأت بجديد، وأنها مجرد ترديد لقواعد عامة، وهي عدم جواز الحجز على بعض الأشياء، وبالتالي فإن الوفاء بها يكون طبيعياً وليس استثناءً. وكذلك ما يزيد عن حق الحاجز، لا يبقى محلاً لإبقائه محجوزاً. إذ أن إيداع وتخصيص مبلغ للوفاء بحق الحاجز مع النفقات، يزيل الحجز عن المال، وكذلك قصر الحجز على ما يفي بحق الحاجز والنفقات، يخرج الزائد من الحجز. وعليه فالوفاء به لا يشكل خروجاً على قاعدة عدم النفاذ، لذلك نرى حذف هذه المادة. ويذهب البعض إلى أن للمحجوز لديه الوفاء للمحجوز عليه إذا كان الوفاء ضرورياً، حمايةً لمصلحة المحجوز لديه⁽²⁾.

وفي رأينا أن هذا القول لا سند له، إذ أن مصلحة المحجوز لديه ليست أولى من مصلحة الحاجز، كما أن هذا القول يفتح باباً للتواطؤ تحت ذريعة الضرورة، خصوصاً أن المادة (1/73) تمنع الوفاء للمدين المحجوز عليه، أو تسليمه ما تحت يد المحجوز لديه.

(ب) - الأشخاص الذين لهم التمسك بعدم نفاذ التصرف في مواجهتهم: وهم:

1- الدائن الحاجز: أيّاً كانت مرتبته، سواء كان عادياً، أم صاحب ضمان خاص. فالتصرف في المال المحجوز لا يمنع من تتبعه، أيّاً كان نوع التصرف، سواء بنقل الملكية، أم بترتيب حق عيني على الشيء، أو الإبراء من الدين أو غير ذلك⁽³⁾.

2- الدائن غير الحاجز صاحب الضمان الخاص المقيّد على العقار قبل التأشير بالحجز: حيث يعتبر هذا الدائن طرفاً في التنفيذ دون الحاجة إلى قيامه بالحجز⁽⁴⁾.

3- الراسي عليه المزداد: وذلك كي لا يمتنع الراغبون في الشراء من التقدم في المزايدة، فيما لو كان تصرف المحجوز عليه سينفذ في مواجهتهم⁽⁵⁾.

ثالثاً - نطاق تطبيق القاعدة من حيث طريق الحجز:

المسلم به أن قاعدة عدم النفاذ تنطبق على جميع طرق الحجز، ويحكم سريانها قاعدتين، هما:

(1) جاء في المادة (2/73) من قانون التنفيذ أنه "مع ذلك فإنه يجب على الشخص الثالث رغم الحجز أن يفي للمدين المحجوز عليه وأن يسلمه الأموال التي يمنح القانون الحجز عليها. أو ما يزيد من الأموال التي في ذمته عن الحقوق المحجوز من أجلها بغير حاجة إلى حكم بذلك".

(2) فتحي والي: المرجع السابق، ص 405-406.

(3) أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 658.

(4) عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق، ص 412.

(5) وجدي راغب: المرجع السابق، ص 135.

القاعدة الأولى: نسبية أثر الحجز، حيث لا يستفيد من الحجز إلا من أجره، أو اعتبر طرفاً في الإجراءات بنص القانون.

ويترتب على ذلك أن ينفذ التصرف في حق من لم يحم بالحجز من الدائنين، مع عدم نفاذه في مواجهة الحاجز. فإذا أوقع شخص الحجز على مال لمدينه، وبعد الحجز قام المدين بالتصرف في محل الحجز، وبعد حدوث التصرف قام دائن ثاني بالحجز على ذات المال الذي سبق حجزه والتصرف فيه، ففي هذه الحالة يقع الحجز الثاني باطلاً لانعدام محله، ولوقوعه على ملك الغير، لسريان التصرف في حقه⁽¹⁾.

القاعدة الثانية: أن الحجز لا يعطي للحاجز أي أولوية على غيره، فيتساوى الجميع في حصيلته التنفيذ، ما لم تكن لأحدهم أولوية إجرائية أو موضوعية يتقدم بها على غيره. ويترتب على هذا عدم إمكان منع الحاجزين اللاحقين من الحجز على محل الحجز إذ لا يعتبر الحجز تصرفاً نافذاً في حقهم⁽²⁾.

ولما كانت قاعدة نسبية أثر الحجز وقاعدة أن الحجز على مال لا يعطي للحاجز أية أولوية على غيره تطبقان على جميع أنواع الحجوز، فإنهما لا تثيران في تطبيقها أي إشكال في الحجز على العقار، أو في الحجز على أموال المدين المنقولة لدى المدين نفسه، لكنها تثير إشكالات عند تطبيقها على الحجز على ما للمدين لدى الشخص الثالث ضمن الأحوال الآتية:

1- الوفاء بين حجزين⁽³⁾:

فكرة هذا الفرض، أنه إذا أوقع دائن حجزاً على ما لمدينه لدى شخص ثالث، ثم أوفى المحجوز لديه بجزء من هذا الدين أو بكل الدين، وبعد الوفاء أوقع دائن آخر حجزاً ثانياً. فكيف يكون الحل؟ وهنا يفرق بين صورتين:

أ- أن يكون الوفاء كلياً: أي أن يفي المحجوز لديه بجميع ما لديه للمدين، وفي هذه الحالة يقع الحجز الثاني باطلاً، لانعدام محله. وذلك لسريان وفاء المحجوز لديه في حق الحاجز الثاني. بينما يكون المحجوز لديه مستولاً عن وفاءه في مواجهة الدائن الحاجز الأول، لعدم نفاذ الوفاء في حقه.

ب- أن يكون الوفاء جزئياً: وذلك بأن يقوم المحجوز لديه بالوفاء بجزء مما لديه للمحجوز عليه، ومن ثم يوقع دائن آخر حجزاً ثانياً. وفي هذه الحالة يرى البعض أن يستأثر الحاجز الأول بما تم الوفاء به، لعدم نفاذه في حقه، ونفاذه في حق الحاجز الثاني. ويقتسم الحاجز الأول إذا لم يستوفي حقه مما استأثر به، مع الحاجز الثاني الباقي قسمة غرماء⁽⁴⁾.

(1) Henry Solus: op. cit., p. 133.

(2) فتحي والي: المرجع السابق، ص 449. جاء في المادة (146) من قانون التنفيذ أن "الأسبقية في الحجز لا تعطي لصاحبها أي امتياز بالنظر لبقية الحاجزين...".

(3) رمزي سيف: المرجع السابق، ص 356-358. أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 663-664.

R. Lancelin: op. cit., p. 107-108.

(4) أحمد أبو الوفا: المرجع السابق، ص 618. فتحي والي: المرجع السابق، ص 451.

ويعيب البعض على هذا الرأي أنه يؤدي إلى إفادة الحاجز الأول من الوفاء دون غيره من الحاجزين بعد الوفاء، خصوصاً أنه ليس للحاجز الأول التمسك بسريان الوفاء على الحاجزين التاليين للوفاء، لأن هذا من حق المحجوز لديه باعتباره المستفيد من التمسك. كما أن هذا التوزيع يتعارض مع النص المتعلق بالحوالة بين حجزين، حيث يأخذ الحاجز نصيبه على أساس تقسيم المبلغ المحجوز بما فيه المحال بين الحاجزين جميعاً، فيزاحم الحاجز بعد الحوالة الحاجز قبل الحوالة، وحكم الوفاء بين حجزين هو نفس حكم الحوالة بين حجزين⁽¹⁾.

ورد أصحاب الرأي الأول وبحق على منتقديهم، بأن التمسك يكون بعدم النفاذ وليس النفاذ، لأن الأصل في التصرفات النفاذ وعليه فلا حاجة للتمسك به، ولذلك فإن الحجز الثاني يقع باطلاً في حدود ما تم الوفاء به لوقوعه على غير محل، ويكون التمسك بذلك من قبل الحاجز الأول لكي لا يشاركه الثاني في التوزيع. أما القول بأن الوفاء بين حجزين كالحوالة بينهما، فهو لا يستقيم مع كون النص الوارد بشأن الحوالة نص خاص، لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه⁽²⁾.

2- الحوالة والحجز:

الحوالة إما أن تكون سابقة على الحجز، أو لاحقة عليه، أو واقعة بين حجزين أو أكثر. ولكل صورة الحكم تختلف عن الأخرى على النحو الآتي:

أ- الحوالة قبل الحجز:

إذا قام المحجوز عليه بحوالة حقه لدى المحجوز لديه إلى الغير، ونفذت الحوالة إما بقبول المحال عليه "المحجوز لديه" أو بإعلانه رسمياً بها، وكان نفاذها قبل الحجز، فإن الحجز لا يكون له أثر إلا على ما تبقى بعد الحوالة من أموال لدى المحجوز لديه⁽³⁾.

ب- إذا نفذت الحوالة بعد الحجز:

ويتصور ذلك إذا قام المحجوز عليه بحوالة حقه الثابت في ذمة الشخص الثالث إلى الغير، وبعد انعقاد الحوالة ولكن قبل نفاذها قام دائن بالحجز على المدين لدى الشخص الثالث، في هذه الحالة وتطبيقاً لقاعدة عدم النفاذ، فإن الحوالة تكون غير نافذة في حق الدائن الحاجز.

وفي ذلك ذهب الفقه الفرنسي إلى اعتبار الحوالة حجزاً ثاني وبالنتالي يتم توزيع الأموال بين المحال له والدائن الحاجز قسمة غرماء. وسبب هذا أن المحجوز عليه المحيل، يكون ضامناً وجود الحق المحال للمحال له، ولا يحول الحجز دون نشأة هذا الحق باعتبار المحال له دائناً للمحجوز عليه، فله أن

(1) محمد عبد الخالق عمر: المرجع السابق، ص 565.

(2) أحمد أبو الوفاء: المرجع السابق، ص 618/. فتحي والي: المرجع السابق، ص 451.

(3) رمزي سيف: المرجع السابق، ص 360.

يوقع حجزاً على أمواله وذلك بإعلان ورقة حجز إلى الطرف الثالث. ولما كانت الحوالة تنفذ بإعلانها إلى المحجوز لديه، لذلك يعتبر إعلان الطرف الثالث بالحوالة بمثابة إعلان بالحجز أو قبول الحوالة⁽¹⁾. وقد نصت المادة (1/342) من القانون المدني على أنه (إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر). وبهذا يستحق المحال له مقدار الحق المحال به على أن يكون في حدود ما حصل عليه المحيل من المحال له بالإضافة إلى الرسوم والمصاريف، وبشرط ألا تكون الحوالة صورية. وهو المقدار الذي يجوز للمحال له أن يستوفيه من اشتراكه في التوزيع إذا كانت الحصيلة كافية⁽²⁾. ويذهب البعض إلى أن حوالة الحق لشخص بعد وقوع الحجز يجعلها غير سارية في حق الحاجز، ويعطي للمحال له الحق في الرجوع على المحيل بما دفعه من ثمن الحوالة، لذلك يكون له الحجز على أموال المدين بما فيها الحق المحجوز عليه لدى الغير. ويؤخذ على هذا القول أن الحوالة لا تكون بمثابة حجز ثاني إلا إذا انعقدت قبل الحجز، ونفذت بعده. أما اعتبار المحال له حاجزاً فلأبي دائن الحجز إذا كان لديه ما يبرر الحجز، ويمنحه الحق فيه.

ج- الحوالة بين حجزين:

وصورة هذه الحالة أن تصبح الحوالة التي انعقدت قبل الحجز الأول نافذة بعد إيقاعه، وبعد نفاذ هذه الحوالة يقوم حاجز آخر بإيقاع حجز، وعلى هذا فإن الحوالة تعتبر بالنسبة للحاجز الأول بمثابة حجز ثاني إلا أنها في ذات الوقت تعتبر نافذة في حق الحاجز المتأخر. وقد أثارت كيفية التوزيع في هذه الحالة خلافاً فقهيّاً، فذهب البعض إلى أن الحاجز المتأخر لا يأخذ شيئاً ولا يشارك في التوزيع، لنفاذ الحوالة في مواجهته، ويقسم الحق الموجود لدى الطرف الثالث بين الحاجز الأول والمحال له قسمة غرماء، على أن يعامل المحال له بما كان قد أخذه المحيل منه بالإضافة للرسوم والمصروفات والفوائد فقط، ولا يأخذ في الاعتبار المبلغ الذي أحيل له⁽³⁾. ولا يصح هذا الرأي إلا إذا استغرقت الحوالة كل حق المدين لدى الشخص الثالث، أما إذا كانت بجزء من الحق فإن الحاجز المتأخر يشارك في التوزيع في الجزء المتبقي بعد الحوالة⁽⁴⁾. واعتبر آخر الحجز الأول والحوالة والحجز المتأخر ثلاث حجوز، يوزع بينها قسمة غرماء. ويعاب على هذا القول تجاهله أن الحاجز الأخير قد نفذت الحوالة في حقه لوقوع حجزه بعدها⁽⁵⁾.

(1) Jean Vincent: op. cit., p. 223./ R. Lancelin: op. cit., p. 126-129.

(2) مصطفى عياد: المرجع السابق، ص 162.

E. Glasson, A. Tissier et R. Morel: op. cit., p. 271.

(3) Jean Vincent: op. cit., p. 227.

(4) فتحي والي: المرجع السابق، ص 455 حاشية 1.

(5) انظر في عرض هذا الرأي ونقده: R. Lancelin: op. cit., p. 131-132.

رمزي سيف: المرجع السابق، ص 360.

وذهب رأي ثالث إلى تقسيم المبلغ بين الحاجز الأول والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، ثم بعد ذلك يقسم مرة أخرى المبلغ بين الحاجز الأول والمحال له، ومن ثم توزع الأنصبة فيكون نصيب المحال له هو حصته في التوزيع الثاني ويكون نصيب الحاجز الأول هو حصته من التوزيع الأول ويكون نصيب الحاجز المتأخر هو ما يزيد عن نصيب الحاجز الأول والمحال له⁽¹⁾. ويعاب على هذا الرأي إعطائه الحاجز المتأخر نصيباً رغم سريان الحوالة في حقه بما قد يضر بالحاجز الأول⁽²⁾.

وقد حسمت المادة (2/342) من القانون المدني هذا الأمر فنصت على أن (إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة). وبالنظر للحل الذي أخذ به المشرع نجد أنه يفيد المحال له على حساب الحاجز الأول. لذلك رأى البعض أن الحجز المتأخر يكون باطلاً في حدود القدر الذي حصلت فيه الحوالة، لوقوعه على مال انتقل إلى ملك المحال له، لنفاد الحوالة في حقه، لذلك يقسم مبلغ الحوالة بين الحاجز الأول والمحال له قسمة غرماء وما يزيد عنه يقسم بين الحاجز الأول والمحال له والحاجز المتأخر، وينظر إلى ما حصل عليه المحال له من التوزيعين فإن استوفى حقه كان بها وإلا يستكمل النقص من حصة الحاجز المتأخر⁽³⁾.

ثالثاً - تقييد سلطة المدين في استعمال واستغلال محل الحجز:

قد يؤدي استعمال محل الحجز أو استغلاله إلى الإضرار به، أو إنقاص قيمته. لذلك قيد المشرع سلطة المحجوز عليه في استعمال واستغلال المال المحجوز. بل وقد يحرمه منه نهائياً، ويكون ذلك إذا عين غير المدين حارساً على المال محل الحجز وفقاً للمواد (88 و89 و1/115) من قانون التنفيذ، حيث لا يجوز للحارس تسليم المدين المال بغرض استعماله أو استغلاله.

أما إذا عين المدين حارساً على المال، فإن سلطته في استعمال واستغلال المال تنتقيد بقيديين: الأول: أن يتم استعمال المال واستغلاله فيما أعد له.

والثاني: ألا يؤدي استعمال المال أو استغلاله إلى تلفه، أو تغيير طبيعته، أو الإنقاص من قيمته⁽⁴⁾. ويكون استعمال المحجوز عليه للمنفول أو العقار كمقابل لحراسته⁽⁵⁾، على أن يكون ذلك في الوجه الذي ينتفع به. فإذا كان محل الحجز عقاراً معداً للسكنى يقيم فيه المحجوز عليه، فيبقى ساكناً فيه بدون أجر حتى تمام البيع، ومن ثم يتم إخلاؤه وتسليمه للمشتري⁽⁶⁾.

(1) Henry Solus: op. cit., p. 137-138.

(2) Jean Vincent: op. cit., p. 225.

(3) رمزي سيف: المرجع السابق، ص364./ مصطفى عياد: المرجع السابق، ص164.

(4) عزمي عبد الفتاح: المرجع السابق، ص413.

(5) انظر المادة (1/91) من قانون التنفيذ.

(6) انظر المادة (2/215) من قانون التنفيذ.

أما استغلال محل الحجز فيكون من خلال جني غلته وثمرته المدنية، فإذا كان مؤجراً استمر نفاذ الإيجار، وتعتبر الأجرة المستحقة عن المدة التالية للتأشير بالحجز ووضع اليد على العقار محجوزة لدى المستأجر باعتباره شخص ثالث، وذلك بعد تكليفه بذلك من دائرة التنفيذ⁽¹⁾. ويجوز للمحجوز عليه رغم الحجز، إبرام عقود إيجار أو انتفاع على محل الحجز، بعد وقوع الحجز، تطبيقاً للمادة 2/135 من قانون التنفيذ، على أن تنتهي تلك العقود في اليوم الذي يجب فيه تسليم المال إلى المشتري بالمزاد، فإذا تمنعوا جاز إخلاؤهم منه بالقوة الجبرية ليتم تسليمه للمشتري ودون حاجة لصدور حكم بذلك⁽²⁾.

(1) المادة (3/115) من قانون التنفيذ.

(2) جاء في المادة (2/135) من قانون التنفيذ أنه "مع مراعاة حكم المادة (115) تبقى عقود الإيجار وسائر العقود المتعلقة بالانتفاع بالمال المحجوز والمبرمة بعد وضع اليد نافذة المفعول إلى اليوم الذي يتم فيه التسليم، وبعد ذلك يجب تسليم ذلك المال إلى مشتريه بدون حاجة إلى حكم آخر".

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع معالجة القانون الفلسطيني لاتفاقات المدين مع الدائن المتعلقة بأموال المدين فقد خلصنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات هي:

أولاً- النتائج:

- 1- أن مركز الغير لا يختلف عن أطراف التنفيذ، فيما يتعلق بتعلق قواعد التنفيذ بالنظام العام وأن مصلحته هي مصلحة خاصة، كما هو حال مصلحة الدائن والمدين.
- 2- أن قواعد التنفيذ الجبري شأنها شأن سائر قواعد قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، منها ما يهدف لتحقيق مصلحة عامة، وبذلك فهي تتعلق بالنظام العام، ومنها ما يستهدف تحقيق مصلحة خاصة فلا تتعلق بالنظام العام.
- 3- ليس للمحجوز لديه الوفاء للمحجوز عليه بما وقع الحجز عليه حتى ولو كان الوفاء ضرورياً، حمايةً لمصلحة المحجوز لديه.
- 4- لا يوجد معيار واضح يمكن من خلاله الفصل بين ما يعتبره الفقه نظام عام توجيهي يتعلق بالأسس التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والسياسي والاقتصادي والأخلاقي، وهو يوجه الشخص إلى احترام هذا النظام وعدم مخالفته. وما يعتبرونه نظام عام حامي المحدد لحماية الأفراد من تصرف الغير نحوهم، أو من تصرفهم نحو أنفسهم.
- 5- أن القياس على حكم المادة (126) من قانون التنفيذ يؤدي لإبطال جميع الاتفاقات التي تتم بين الدائن والمدين بعد الحجز على المال، وتهدف إلى بيع المال بغير الطريق الذي رسمه القانون، وبالتبعية بطلان كل اتفاق على بيع أو تملك أموال المدين عند عدم الوفاء، سواء كان الاتفاق سابقاً أم لاحقاً لحلول أجل الدين.
- 6- يمكن استرداد المنقول المحجوز من المشتري حسن النية لأن يد المدين في فترة الحجز تكون يد حارس على المنقول، وبالتالي فإن تصرفه لا ينفذ في مواجهة الدائن. أما حسن النية للمشتري فتحميه قواعد أخرى تمكنه من الرجوع على المدين البائع، كما أن حسن نية المشتري يشفع له في أن لا يرد ثمار المنقول حتى وقت التنبيه برده، لأنه بعد التنبيه بالرد يصبح سيء النية.

ثانياً- التوصيات:

- 1- حذف المادة 2/73 لأنها ترداد للقواعد العامة من أن الأشياء التي لا يجوز الحجز عليها يكون التصرف فيها والوفاء بها صحيحاً وطبيعياً.
- 2- تعديل المادة (126) من قانون التنفيذ لتصبح (1- لا عبء بأي نوع من الاتفاقات التي يتفق عليها الطرفان لإجراء المزايدة خلافاً للشروط القانونية التي نص عليها هذا القانون، وكل اتفاق من هذا القبيل يعد باطلاً 2- يجوز للمدين أن يتنازل عن التبليغات التي منحه إياها القانون. 3- بعد حلول أجل الدين

أو قسط منه وقبل البدء في التنفيذ أو بعده يجوز للمدين الاتفاق مع الدائن على أن ينزل المدين للدائن عن مال معين وفاء لدينه كما يجوز له أن يتفق معه على بيع أي مال بدون اتباع إجراءات التنفيذ).
3- تعديل المادة (2/342) من القانون المدني (إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير، فإن مبلغ الحوالة يرفع ويقسم بين الحاجز الأول والمحال له وما تبقى بعده يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة).

المراجع

المراجع العربية:

- 1- أحمد أبو الوفا: إجراءات التنفيذ الجبري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976.
- 2- أنور طلبه: المطول في شرح القانون المدني، الجزء الرابع عشر، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2004.
- 3- إيناس محمد جمعة سليمان الدحوح: حبس المدين دراسة تحليلية مقارنة بين أحكام الفقه الاسلامي وقانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005.
- 4- جميلة السيوري: الأمن القضائي وجودة الأحكام، جمعية عدالة، مطبعة دار القلم بالرباط.
- 5- خالد رضوان سامعة: أحكام المنازعات الوقتية في قانون التنفيذ الأردني دراسة تحليلية تطبيقية، مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد الثاني، العدد الأول، كانون ثاني 2015.
- 6- رمزي سيف: قواعد تنفيذ الأحكام والمحرمات الموثقة في قانون المرافعات الجديد رقم 13 سنة 1968، ط8، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969/1968.
- 7- سليمان مرقس: التأمينات العينية.
- 8- سمير عبد السيد تناغو: التأمينات العينية.
- 9- عامر زغير محيسن: الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية الحكم بعدم الدستورية، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 18، سنة 2010.
- 10- عبد الحميد أبو هيف: طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، ط2، 1923.
- 11- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في القانون المدني، الجزء العاشر، دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة 2000.
- 12- عبد المجيد غميحة: مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، الندوة الودادية الحسنية للقضاة، المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الأفريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، 2008/3/28.
- 13- عزمي عبد الفتاح: قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، ط4، دار النهضة العربية القاهرة، 2002.
- 14- فتحي والي: التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- 15- فتحي والي: نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة، جامعة القاهرة، 1958.
- 16- فراس كريم شيعان وخير الدين كاظم عبيد: حجية الحكم الأجنبي المقضي فيه.
- 17- محمد احمد فتح الباب السيد: سلطات الضبط الإداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة.
- 18- محمد كامل مرسى: الحقوق العينية أو التأمينات العينية.
- 19- محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، ط2، دار الفكر العربي.

- 20- محمود مصطفى يونس: نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 21- مصطفى العوجي: القانون المدني، الجزء الأول، العقد، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت.
- 22- مصطفى عبد الحميد عياد: أصول التنفيذ الجبري، الكتاب الثاني، طرق التنفيذ - توزيع حصيلة التنفيذ وفقاً لقانون الإجراء في فلسطين، ط1، غزة، 2000/1999.
- 23- وجدي راغب فهمي وسيد أحمد محمود وسيد سالم أبو سريع: عناصر التنفيذ الجبري ومقدماته، 2007/2006.

المراجع الأجنبية:

- 1- Anne Penneau: La sécurité juridique à travers le processus de normalisation - Sécurité juridique et sécurité technique : indépendance ou métissage Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP / CECOJI), Montréal, 30 septembre 2003.
- 2- Bonne Mœurs: ordre public, Ecylopedie Dalloz .
Cathy Pomart: La magistrature familiale : Vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille. Editions L'Harmattan, 2004. Collection Logiques Juridiques.
- 3- Christian Larroument: Droit civil, T.III, Les obligations. Le contrat, 2 édition Economica, 1990.
- 4- E. Glasson, A. Tissier et R. Morel: Trait théorique et pratique d, organisation judiciaire, de compétence et de procédure civil, T. 4, 3 éd., Paris, 1937.
- 5- Garsonnet et Cezar Bru: Trait théorique et pratique de procédure civil et commercial, T. 4, 3 éd., 1933-1938.
- 6- Henry Solus: Cours de voies d, exécution, Paris, 1960.
- 7- J. Bellot: Le Ordre public et le procès pénal, Thèse, Nancy, 1980.
- 8- J. Ghestin: Le Ordre public, Notion a contenu variable en droit prive Français, in les notions a contenu variable en droit, Thèse, Bruxelles, 1984.
- 9- J.Mestre, E.putman et M.Billiau: Traité de droit civil,Droit commun des Sûretés réelles, Théorie Générale, J.Ghestien,L.G.D.j.1980.
- 10- J.Mestre,E.Putman et M.Billiau: Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles, J.Ghestiain-L.G.D.J-1980.
- 11- Jean Vincent : La Procédure civil et L,order public, mélange en l honneur de Paul roubier, Dalloz, 1961.
- 12- Jean Vincent: Voies d, exécution et procédures de distribution, Paris, 1976.
- 13- M. Planiol et G.Riepert,Traité partique de droit, XII, L.G.D.J, Becqué, 1953.
- 14- M.planiol et G.Riepert : Traité partique de droit, XII, E.Becqué, L.G.D.J, 1953.
- 15- Malaurie: Le Order public et le contrat, Paris.
- 16- Malaurie: Le Ordre public et le contrat, Dalloz. 1956.

17- R. Lancelin : De la situation juridique des biens missous mains de justice,
Thèse, Paris.