

المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني (دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها
عادل شمران حميد الشمري

الى مجلس كلية القانون / جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إشراف
الدكتور عباس علي محمد الحسيني
أستاذ القانون المدني المساعد

2005م

1426 هـ

K

((لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا
مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ
أَخْطَأْنَا.....))

صدق الله العلي العظيم
(286:)

الإهداء

الى...سيد الخلق أجمعين محمد خاتم الأنبياء والمرسلين (صلى الله عليه واله وسلم).

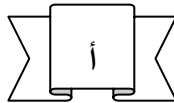
الى...روح والدي رحمه الله واسكنه فسيح جناته.

الى...والدتي..منبع الخير والحنان.

الى...إخوتي وأخواتي جزاهم الله خير الجزاء.

الى...زوجتي.. وبناتي حنان ، فاطمة، زينب.

الباحث



المقدمة

الحمد لله الذي يؤتي الحكمة من يشاء ومن يؤتي الحكمة فقد أوتي خيراً كثيراً، والصلاة والسلام على رسوله المبعوث رحمة للعالمين ، ليعلمهم الكتاب والحكمة ، وجعله هادياً وبشيراً ، وعلى آله وصحبه النجباء ، وعلى من اتبعهم فكان من الأولياء وبعد...فان مقدمة هذا البحث سنتناول فيها المحاور الآتية (موضوع البحث ، أهمية البحث وسبب اختياره، خطة البحث)

1- موضوع البحث:-

الأصل في الالتزام أن يتضمن عنصرين ، عنصر المديونية وعنصر المسؤولية، ويسمى الالتزام عندئذ بالالتزام المدني.

ولكن يرد على هذا الأصل عدة استثناءات منها ، قد يوجد عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية، كما هو الحال في الالتزام الطبيعي إذ توجد مديونية تتمثل بواجب المدين في الوفاء و يقابلها واجب الدائن في قبول ذلك الوفاء ، ولكن لا يوجد في هذا الالتزام عنصر المسؤولية ، ومن ثم لا يمكن للدائن إجبار المدين على الوفاء.

وقد توجد مديونية ولكنها تستند الى مسؤولية محددة ، كما في عقد الرهن ، فالدائن المرتهن يكون له الحق في التنفيذ على الأموال المرهونة فقط. إذ ان مسؤولية الراهن تجاه الدائن المرتهن تقتصر على المال المرهون.

وأخيراً قد توجد مسؤولية ولكن دون مديونية حالية أو دون مديونية ذاتية ، ومثال المسؤولية دون مديونية حالية الرهن المقرر لضمان دين مستقبلي أو دين احتمالي ، ومثال المسؤولية دون مديونية ذاتية ، مسؤولية الكفيل العيني والحائز للعقار المرهون عن الدين المضمون بالرهن.

وبذلك فان موضوع بحثنا سنخصصه لبحث مسؤولية الحائز عن الدين المضمون بالرهن في حالة انتقال ملكية العقار المرهون إليه أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن فالحائز يكون مسؤولاً عن الدين المضمون بالرهن مسؤولية عينية في حدود العقار المرهون بالدين ، ولهذا جاءت تسمية البحث بـ ((المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني)).

2- أهمية البحث وسبب اختياره:-

تكمن أهمية البحث ، في كونه يتناول نوعاً من المسؤولية ، المسؤول فيها لا تتوافر فيه عنصر المديونية ، وهذا يتطلب بحث هذا النوع من المسؤولية لمعرفة أساسها، وتحديد الشخص المسؤول فيها ، وبيان شروطها، وكيفية تخلص الشخص منها ومما شجعنا على اختيار هذا الموضوع ، هو انه وبحسب إطلاعنا لم نجد رسالة ماجستير أو دكتوراه قد تناولت بحث هذا الموضوع خاصة في العراق ، كذلك فان النصوص التشريعية التي عالجت هذا النوع من المسؤولية قد أغفلت الكثير من المسائل المهمة في هذه المسؤولية ،التي سنحددها عند البحث في هذا الموضوع ، ونقترح النصوص التشريعية بشأنها . وندعو المشرع الى الأخذ بها فضلاً عن ذلك ، فان سبب اختيارنا لهذا الموضوع ، يرجع الى انه يدخل في نطاق الحقوق العينية التبعية التي يُندر الكتابة فيها.

3- خطة البحث:-

تقتضي دراسة المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني تقسيم هذا البحث على ثلاثة فصول ، مسبوقة بمقدمة ومُلحقة بخاتمة . نتناول في الفصل الأول ، مفهوم الحائز ومدى سريان حق التتبع في مواجهته ولبحث مفردات هذا الفصل سنقسمه على ثلاثة مباحث ، نتناول في المبحث الأول مفهوم الحائز للعقار المرهون وذلك في ثلاثة مطالب ، المطلب الأول سنخصصه لتعريف الحائز أما المطلب الثاني فسنوضح فيه الأساس القانوني لمركز الحائز للعقار المرهون في حين ستكون المقارنة بين مركز الحائز والمراكز القانونية المشابهة له موضوعاً للمطلب الثالث.

أما المبحث الثاني سنكرسه لبحث مفهوم حق التتبع وشروط سريانه في مواجهة الحائز، وذلك في مطلبين ، المطلب الأول نتناول فيه تعريف حق التتبع ، أما المطلب الثاني فنتناول فيه شروط سريان حق التتبع في مواجهة الحائز.

أما بالنسبة الى المبحث الثالث سنبين فيه كيفية مباشرة حق التتبع وذلك في مطلبين، المطلب الأول ، سنبحث فيه كيفية مباشرة حق التتبع في القانون العراقي، أما المطلب الثاني فسنبحث فيه كيفية مباشرة حق التتبع في بعض من التشريعات المقارنة.

أما الفصل الثاني ، فسنتناول فيه خيارات الحائز للتخلص من المسؤولية الذي سنقسمه على ثلاثة مباحث ، نتناول في المبحث الأول ، وفاء الدين من قبل الحائز باعتباره الخيار الأول الممنوح للحائز ، وسنقسمه على ثلاثة مطالب ، نبحث في المطلب

الأول ، تعريف وفاء الدين ومزاياه ، وذلك في فرعين . نخصص الفرع الأول الى تعريف وفاء الدين أما الفرع الثاني فسنخصصه لبحث مزايا قيام الحائز بوفاء الدين ، أما المطلب الثاني فسنبحث فيه حالات الوفاء الجبري للدين ، في حين ستكون الآثار المترتبة على وفاء الدين موضوعاً للمطلب الثالث الذي سنقسمه على فرعين ، نتناول في الأول حق الحائز في الحلول ونخصص الثاني لبحث حق الحائز في الرجوع.

أما المبحث الثاني فسنكرسه لبحث الخيار الثاني الممنوح للحائز، وهو تحرير العقار المرهون، الذي سنقسمه على ثلاثة مطالب ، نبحث في المطلب الأول مفهوم التحرير، وذلك في فرعين، نحدد في الأول منهما تعريف التحرير وتمييزه من وفاء الدين ونبين في الثاني تقدير نظام التحرير.

أما المطلب الثاني فسنوضح فيه إجراءات التحرير وجزاء مخالفتها ، و سنقسمه على فرعين ، نخصص الأول منهما الى إجراءات التحرير ، أما الثاني فسنخصصه الى بيان جزاء مخالفة إجراءات التحرير.

أما المطلب الثالث من هذا المبحث سنبحث فيه الآثار التي تترتب على عرض الحائز ، سنقسمه على ثلاثة فروع ، نبحث في الفرع الأول مدى إلزامية العرض ، أما الفرع الثاني فسنبحث فيه قبول الدائنين لعرض الحائز أما الفرع الثالث سنبحث فيه رفض الدائنين لعرض الحائز.

أما بالنسبة الى المبحث الثالث من هذا الفصل ، سنكرسه لبحث الخيار الأخير الممنوح للحائز ، الذي يتمثل بتخلية الحائز للعقار المرهون ، وسنقسمه على ثلاثة مباحث، نبحث في المطلب الأول مفهوم التخلية ، سنقسمه على ثلاثة فروع ، ونبحث في الأول منها تعريف التخلية والغرض منها ، ونبحث في الثاني الشخص الذي له حق التخلية. أما الفرع الثالث فسنبحث فيه وقت التخلية. أما المطلب الثاني ، فنبحث فيه إجراءات التخلية أما المطلب الثالث فسنخصصه لبحث آثار التخلية.

أما الفصل الثالث ، فسنبحث فيه تحمل إجراءات نزع الملكية، وسنقسمه على ثلاثة مباحث ، نتناول في الأول ، إجراءات البيع بالمزاد العلني سنقسمه الى مطلبين المطلب الأول ، نبحث فيه تنظيم قائمة المزايدة والإعلان عن بيع العقار وسنقسمه الى فرعين، الأول ، سنبحث فيه تنظيم قائمة المزايدة ، أما الثاني سنوضح فيه الإعلان عن بيع العقار ، أما المطلب الثاني فسنبحث فيه افتتاح المزايدة والإحالة وذلك في فرعين نبحث في الأول افتتاح المزايدة ، ونبحث في الثاني الإحالة، أما بالنسبة الى المبحث الثاني،

سنكرسه لبحث مركز الحائز في حالة نزع الملكية، وسنقسمه على ثلاثة مطالب نتناول في الأول مركز الحائز قبل تسجيل قرار رسو المزاد ، بينما سنبحث في الثاني مركز الحائز بعد تسجيل قرار رسو المزاد ، أما المطلب الثالث فسنخصصه لرجوع الحائز أما بالنسبة الى المبحث الأخير من هذا الفصل، فسنكرسه لبحث الآثار القانونية التي تترتب على نزع الملكية ، سنقسمه على ثلاثة مطالب نبحث في الأول نقل الملكية أما الثاني سنبحث فيه تحرير العقار من الرهن ، أما المطلب الثالث سنوضح فيه حقوق والتزامات الراسي عليه المزاد ، وقد انهيينا البحث بخاتمة تضمنت عدداً من المقترحات.

شكر وتقدير

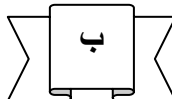
لا يسعني في هذا المقام ، إلا أن أسجل شكري وتقديري الى أستاذي المشرف الفاضل الدكتور عباس علي محمد الحسيني الذي فتح لي باب البحث في هذا الموضوع ، والذي كان لملاحظاته القيمة الدور الأكبر في أغناء البحث فجزاه الله خير الجزاء

كما أتقدم بشكري الجزيل الى الأستاذ الدكتور حسن عودة زعال عميد كلية القانون المحترم والدكتور علي زعلان نعمة والى أستاذنا الدكتور عزيز كاظم جبر والى جميع أستاذة كلية القانون الأفاضل لما أبدوه لي من مساعدة طيلة فترة الدراسة في مرحلتي البكلوريوس والماجستير .

كما انه يشرفني أن أتقدم بالشكر والتقدير الى جميع موظفي مكتبة كلية القانون جامعة بابل ومكتبة كلية القانون في جامعة بغداد والى العاملين في مكتبة المعهد القضائي كافة ومكتبة نقابة المحامين ومكتبة كلية القانون في جامعة كربلاء .

وأخيراً وليس آخراً لا يسعني القول سوى أن أتقدم أيضاً بشكري وتقديري الى أخي وزميلي عقيل السعدي والى زميلي جمال الحاج ياسين لما قدمه لي من مصادر عملت على إغناء بحثي هذا .

الباحث



اشهد بان اعداد هذه الرسالة الموسومة بـ (المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني- دراسة
مقارنة) المقدمة من الطالب (عادل شمران حميد الشمري) قد جرى بإشرافي في كلية القانون
- جامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص .

التوقيع :
الاسم : ا.م.د. عباس علي محمد الحسيني
التاريخ : / / 2005م

بناءً على التوصيات المتوفرة ارشح هذه الرسالة للمناقشة

التوقيع

الأستاذ المساعد الدكتور
عباس علي محمد الحسيني
رئيس قسم القانون الخاص

نحن رئيس و أعضاء لجنة المناقشة نشهد باننا قد اطلعنا على الرسالة الموسومة بـ (المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني – دراسة مقارنة) وقد ناقشنا الطالب (عادل شمران حميد الشمري) في محتوياتها وبما له علاقة بها ونعتقد بأنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون 0

التوقيع
الاسم : أ.م.د.عزيز كاظم جبر الخفاجي
عضواً

التوقيع
الاسم: أ.م.د.حسن حنتوش رشيد الحسناوي
رئيساً

التوقيع:
الاسم : أ.م.د.عباس علي محمد الحسيني
عضواً مشرفاً

التوقيع
الاسم : أ.م.منصور حاتم محسن الفتلاوي
عضواً

التوقيع :
الاسم :

عميد كلية القانون

تمهيد وتقسيم...

الأصل في حالة نشوء التأمين العيني على عين من الأعيان أن يكون لصاحب التأمين حق تتبع العين المثقلة بهذا التأمين عند انتقالها الى يد الغير⁽¹⁾. إضافة الى حق التقدم أو الأولوية الذي عن طريقه يستوفى الدائن المرتهن حقه متقدماً على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة⁽²⁾. وهذا الحق يخرج من نطاق بحثنا لأننا نبحث في العلاقة بين الدائن المرتهن والحائز للعقار المرهون. وبذلك فان الدائن المرتهن يستطيع التنفيذ على العقار المرهون إذا انتقلت ملكيته أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن الى الغير عن طريق حق التتبع ، وهذا الغير يسمى بـ ((حائز العقار المرهون)) فمن المعلوم إن تسجيل حق رهن على عقار لا يؤدي الى منع الراهن من التصرف في العقار المرهون، فالراهن يستطيع التصرف في العقار المرهون بعد تسجيل التأمين العيني عليه ، ولكن تصرفه لا يؤثر في حق صاحب التأمين العيني⁽³⁾. فهو تصرف غير نافذ في مواجهته لأنه جاء تالياً لتسجيل الرهن على الرغم من إن التصرف يكون صحيحاً وينتج جميع آثاره بين المتصرف ((الراهن)) والمتصرف إليه ((الحائز)) والسبب في ذلك يعود الى انه لو اعتبرنا التصرف الصادر من الراهن غير صحيح فان هذا يؤدي الى الانتقاص من حق الراهن في التصرف.

ومن خلال ما تقدم ، تظهر أهمية تحديد مفهوم الحائز للعقار المرهون ، وبيان مفهوم حق التتبع وبيان شروط سريانه في مواجهة الحائز ، وكيفية مباشرة حق التتبع في مواجهة الحائز.

و للاحاطة بالمفردات المذكورة أعلاه سنقسم هذا الفصل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول :- مفهوم الحائز للعقار المرهون

المبحث الثاني :- تعريف حق التتبع وشروط سريانه في مواجهة الحائز .

المبحث الثالث :- كيفية مباشرة حق التتبع في مواجهة الحائز .

(1) لقد ورد استثناء على هذا الأصل في المادة (1365 / 2) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 إذ نصت ((2- ومع ذلك فان حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها التسجيل ولا يثبت فيها حق التتبع)) ومما يؤكد هذا الاستثناء إن المادة (1361) مدني عراقي عندما عرفت حق الامتياز ، أشارت الى حق التقدم دون التتبع ، إذ نصت بالقول ((الامتياز ، أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين)).

(2) انظر ، المادة (1285) والمادة (1321) والمادة (1361) من القانون المدني العراقي.

(3) انظر، المادة (1295 / 1) مدني عراقي ، إذ نصت ((1- يجوز للراهن إن يتصرف بالبيع وغيره في العقار المرهون رهناً تأمينياً وتصرفه هذا لا يؤثر في حق المرتهن)).

إذا رتب المدين حق رهن على عقاره لضمان الوفاء بالدين المترتب في ذمته، ثم قام بنقل ملكية هذا العقار أو رتب عليه حقاً عينياً قابلاً للرهن للغير فإن للدائن المرتهن الحق في تتبع العقار بين يدي من انتقلت إليه ملكية ذلك العقار أو من اكتسب عليه حق عيني أصلي قابل للرهن باعتباره حائزاً للعقار وقد امتد إليه اثر الرهن، ولكن ليس كل من تنتقل إليه ملكية العقار المرهون أو الحق العيني يمكن اعتباره حائزاً فلا بد من تحديده، وتحديد الأساس القانوني لمركزه وإذا كان الحائز يتأثر بوجود الرهن إلا أنه لا يسأل عن الدين المضمون إلا في حدود قيمة العقار المرهون، وهو مما يؤدي الى تشابه مركزه مع مركز الكفيل العيني ومع مركز الوارث. ولتوضيح ما تقدم ذكره فإننا سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب نبحث في أولها تعريف الحائز ونخصص الثاني للأساس القانوني لمركز الحائز للعقار المرهون، أما المطلب الثالث فنعقده للمقارنة بين مركز الحائز والمراكز القانونية المشابهة له من الكفيل العيني والوارث.

لقد عرفَ الحائز من قبل فقهاء القانون المدني و شراحه⁽¹⁾ بتعريفات متعددة تدور كلها حول فكرة واحدة وهي إن الحائز. هو كل من انتقلت إليه بعد الرهن بأي سبب من أسباب كسب الملكية كالبيع والهبة والوصية والمقايضة والتقادم، ملكية العقار المرهون، أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن كحق الانتفاع دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن.

(1) انظر، شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية العقارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، بغداد، 1953، ص 147. د. أنور طلبه، الوسيط في القانون المدني، الحيازة - الانتفاع - الاستعمال والسكنى - الحكر - الإرتفاق - الرهن الرسمي - الرهن الحيازي - الاختصاص - الامتياز، الجزء السادس، المكتب الجامعي الحديث، بلا مكان طبع، 2001، ص 752. د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، عمان، 2000، ص 359.

ويمكن أن نسجل على هذا التعريف الملاحظات الآتية :-

أولاً :- يلاحظ على هذا التعريف أنه يجعل كل من يتلقى ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن عن طريق الهبة حائزاً للعقار المرهون ، وبذلك فانه اغفل حالة ما إذا كان الشيء الموهوب مثقلاً بحق عيني ضماناً لدين قد ترتب في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر ، ففي هذه الحالة يلتزم الموهوب له بوفاء هذا الدين إلا إذا كان هناك اتفاق بين الواهب والموهوب له على خلاف ذلك . وبالتالي فإن لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك، فلا يعد من تلقى ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابلاً للرهن عن طريق الهبة ، حائزاً للعقار المرهون ، لأنه في هذه الحالة يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن ومن المعلوم ان الحائز يجب ألا يكون مسؤولاً عن الدين مسؤولية شخصية⁽¹⁾. وهذا ما نصت عليه المادة (2/ 619) مدني عراقي بقولها ((2- وإذا كان الموهوب مثقلاً بحق عيني ضماناً لدين في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر ، فان الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك)).

ثانياً :- يلاحظ على هذا التعريف ، أنه يجعل من التقادم سبباً من أسباب كسب الملكية الذي يؤدي الى اكتساب الشخص صفة الحائز ، إذا ما حاز العقار المرهون المدة المحددة في القانون ، وهذا لا يمكن الأخذ به في القانون المدني العراقي ، وذلك لان من شروط اكتساب الشخص لملكية العقار عن طريق التقادم هو ألا يكون العقار مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري وقد أشارت المادة (1/43) من قانون التسجيل العقاري على هذا الشرط بقولها ((1- على كل شخص حاز على عقار غير مسجل أو أسهم (في عقار) غير مسجلة في سجلات التسجيل العقاري ، مراجعة دائرة التسجيل العقاري لطلب التسجيل المجدد...)). وبذلك فان العقارات المسجلة في دائرة التسجيل العقاري وكذلك الحقوق العينية المسجلة في دائرة التسجيل العقاري لا يمكن تملكها بالتقادم ما دامت مسجلة سواء بالتقادم الطويل أو القصير .

وإذا كان من غير الممكن اعتبار التقادم سبباً من أسباب كسب الملكية الذي يؤدي الى اكتساب الشخص صفة الحائز في القانون المدني العراقي ، فإنه من الممكن اعتباره

(1) انظر، محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، الطبعة الرابعة ، دار الحرية للطباعة ، بغداد، 1976، ص 133 .

سبباً مؤدياً الى اكتساب الشخص صفة الحائز للعقار المرهون في القانون المدني المصري خاصة أنه لا يشترط عدم تسجيل العقار لاكتساب ملكيته عن طريق التقادم ، إذ نصت المادة (968) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 على ((من حاز منقولاً او عقاراً دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقاً عينياً على منقول او عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء او الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة))⁽¹⁾. وهو ما أيده القضاء في أحكامه إذ قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه ((إذا كان حائز العقار المرهون لم يتلق الملكية من المدين بل تلقاها عن غير طريقة سواء أكان ذلك طريق الشراء من آخر او بطريق وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية))⁽²⁾.

وجاء في حكم آخر للمحكمة ذاتها ((المقرر في قضاء هذه المحكمة ان واضع اليد الذي يحق له طلب منع بيع العقار هو من اكتسب ملكيته بالتقادم الطويل او القصير قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية))⁽³⁾.

ومن خلال ما تقدم ، يمكن القول إن الشخص يمكن أن يكتسب صفة الحائز للعقار المرهون في القانون المدني المصري في حالة حيازته للعقار المرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية ، البالغة خمس عشرة سنة ، أما إذا كانت الحيازة مقترنة بحسن نية ومستندة في الوقت ذاته الى سبب صحيح ، فان مدة اكتساب ملكية العقار تصبح خمس سنوات ، والسبب في ذلك ، هو إن القانون المدني المصري لا يشترط لاكتساب ملكية العقار عن طريق التقادم ألا يكون مسجلاً ، وهذا بخلاف القانون المدني العراقي ، إذ لا يمكن اكتساب ملكية العقار عن طريق التقادم إذا كان مسجلاً ومن ثم لا يمكن تصور اكتساب الشخص لصفة الحائز في حالة حيازته للعقار المرهون.

أما في نطاق التشريع ، فقد عرّف القانون المدني العراقي الحائز في المادة (2/1306) بقولها ((2- ويعتبر حائزاً للعقار المرهون . كل من انتقلت إليه بعد الرهن

(1) انظر المادة (969) مدني مصري ، كذلك فهي لم تشترط عدم تسجيل العقار لاكتساب ملكيته بالتقادم القصير البالغ مدته خمس سنوات ، والمادة (935) من القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 (موافق). ولمزيد من الإيضاح ، انظر ، د. محمد سليمان الأحمد ، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 2001 ، ص 23 وما بعدها.

(2) انظر ، (الطعن رقم 288 سنة 22 جلسة 1956/3/8 س 7 ص 30) أشار إليه . د. سعيد احمد شعله ، قضاء النقض في المرافعات ، الجزء الثالث ، الاختصاص ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1997 ، ص 636.

(3) انظر ، (نقض 1993/5/13 طعن 680 س 54 ق) أشار إليه د. رمضان أبو السعود ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار الجامعة الجديدة ، 2005 ، ص 377 .

بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار . او أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن . دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن ((⁽¹⁾).

وبذلك فإن الحائز وفقاً للقانون المدني العراقي، هو من أصبح بأي سبب من أسباب كسب الملكية مالاً للعقار المرهون او صاحب حق عيني عليه قابل للرهن بعد تسجيل الرهن في دائرة التسجيل العقاري وكان غير مسؤول عن الدين المضمون بالرهن مسؤولية شخصية.

ومما يؤخذ على تعريف القانون المدني العراقي للشخص الذي تنتقل إليه ملكية العقار المرهون او أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن ، أنه استعمل لفظ ((الحائز)) للدلالة عليه ، ومن المعلوم بان لفظ الحائز هو لفظ مشترك بين الحائز للعقار المرهون وحائز ملك الغير الذي يريد اكتساب ملكية العقار عن طريق التقادم وهذا بلا شك يؤدي الى اختلاط صفة الحائز للعقار المرهون مع غيره من الحائزين .

وحسناً فعل القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804 ، عندما أطلق على الحائز تسمية ((المكتسب (tiers- detenteur,ou acqueteur)) في المادة (2166) التي عرفت الحائز بقولها ((ويعتبر مكتسباً للعقار المرهون من انتقلت إليه ، بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار او أي حق عيني عليه قابلاً للرهن دون أن يلزمه شخصياً الدين المضمون بالرهن)) .

وبذلك فإن تعريف القانون المدني الفرنسي للحائز ، لا يؤدي الى اختلاط صفة الحائز للعقار المرهون مع غيره من الحائزين ، وذلك لأنه استعمل مصطلح ((المكتسب)) عند تعريفه للشخص الذي تنتقل إليه ملكية العقار المرهون او أي حق عيني آخر عليه قابلاً للرهن .

ومن اجل عدم اختلاط صفة الحائز للعقار المرهون مع غيره من الحائزين ، نقترح على المشرع العراقي تعديل صياغة المادة (2 / 1306) مدني عراقي . لتصبح بالشكل الآتي ((2- ويعتبر مكتسباً للعقار المرهون . كل من انتقلت إليه بعد الرهن بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار ، او أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن . دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن)) .

(1) تقابلها المادة (2 / 1060) مدني مصري (موافق) ، والمادة (911) من القانون المدني الجزائري لسنة 1975 (موافق).

ومن التشريعات المدنية الأخرى التي عرفت الحائز للعقار المرهون ، قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 ، إذ عرف الحائز في المادة (1431) التي نصت على ((يعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بعد الرهن ملكيته او حق عيني آخر عليه بأي سبب دون أن يلزمه شخصياً دين الرهن)) .

وهذا النص يمكن أن يوجه إليه الانتقاد نفسه الموجه الى نص المادة (2 / 1306) مدني عراقي. إذ أنه استعمل لفظ الحائز للدلالة على الشخص الذي تنتقل إليه ملكية العقار المرهون او أي حق عيني آخر عليه ، وقد لاحظنا إن هذا المصطلح يؤدي الى اختلاط صفة الحائز للعقار المرهون مع غيره من الحائزين .

إضافة الى ذلك . فان هذا النص منتقد لأنه اعتبر كل من يترتب له حق عيني على العقار المرهون حائزاً للعقار ، ولم يشترط ان يكون الحق العيني المترتب على العقار قابلاً للرهن ، وبالتالي فان من يترتب له على العقار المرهون حق عيني غير قابل للرهن كحق الارتفاق والحقوق العينية التبعية ، فلا يعد حائزاً للعقار المرهون (1).

أما القضاء فقد سائر الفقه والتشريع في تعريفه للحائز فقد أشار الى إن الحائز هو كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية العقار المرهون او أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن وكان غير مسؤول مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن ، وبالتالي تكون له مصلحة في الدفاع عن الحق الذي انتقل إليه ومنع بيعه .

وبهذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية ((بان الحائز في التنفيذ العقاري هو من اكتسب ملكية عقار مرهون او مأخوذ عليه حق اختصاص بموجب سند مسجل سابق على تسجيل نزع الملكية دون أن يكون مسؤولاً شخصياً عن الدين المضمون وتكون بذلك له مصلحة في الدفاع عن هذا الحق ومنع بيعه)) (2).

كذلك قضت في حكم آخر بان ((الحائز في التنفيذ العقاري الذي أوجبت المادة 626 من قانون المرافعات السابق إنذاره بدفع الدين او تخلية العقار – هو كما عرفته المادة 2/ 1060 من القانون المدني – كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية

(1) ويلاحظ بان المادة (1354) من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 لم تشترط كذلك ان يكون الحق العيني الذي ترتب على العقار المرهون قابلاً للرهن ، إذ نصت ((يعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بعد الرهن ملكيته او أي حق عيني آخر عليه)) .

(2) انظر ، (نقض 1984/1/24 رقم (131) سنة 39 ق . ونقض 1983/1/24 ، الطعن رقم 75 سنة 41 ق) أشار إليه د. احمد أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2000 ، ص 669 .

العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسئولاً مسئولية شخصية عن الدين⁽¹⁾.

ومن خلال الأحكام السابقة يمكن القول ، بأن الحائز هو من يكتسب بأي سبب من الأسباب ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن ، بما في ذلك حق الاختصاص⁽²⁾ الذي يترتب على العقار بأمر القاضي على أن يقوم الحائز بتسجيل حقه قبل تسجيل نزع الملكية الذي يوجهه الدائن المرتهن الى المدين الراهن وان يكون غير مسئول عن الدين مسئولية شخصية .

ويلاحظ بأن القضاء العراقي لم يعرض لتعريف الحائز للعقار المرهون فلم نعثر حسب إطلاعنا على حكم قضائي بهذا الخصوص. وبذلك ندعو القضاء العراقي الى أن يبين في أحكامه تعريف الشخص الذي تنتقل إليه ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن مع ضرورة إطلاق تسمية المكتسب عليه عند تعريفه.

إن الغرض من تحديد الأساس القانوني لأي مركز قانوني ، هو الوقوف عند الوصف الحقيقي الذي يندرج به تحت نظام قانوني معين ، بحيث يخضع هذا المركز القانوني الى ما يحكم هذا النظام من قواعد.

وقد استوقف مركز الحائز نظر الفقه ، إذ إن الحائز ليس طرفاً في الدين أو الرهن ومع ذلك يستطيع الدائن المرتهن أن ينتزع العقار المرهون منه ويبيعه جبراً عليه ويستوفي حقه من ثمنه ، فالحائز أجنبي عن الدين ، وكان من الممكن ان يكون أجنبياً عن الرهن لولا تملكه للعقار لمرهون .

(1) انظر ، (الطعن رقم 371 سنة 39 ق ، جلسة 1974/10/22 س 25 ص 1153) أشار إليه د. سعيد احمد شعله ، مصدر سابق ، ص 638.

(2) إن حق الاختصاص هو حق عيني تبقي يمنحه القاضي للدائن الحاصل على حكم قضائي واجب التنفيذ ، ويتقرر على عقار أو أكثر من عقارات المدين . وبموجب هذا الحق يستطيع الدائن استيفاء دينه من ثمن العقارات في أي يد كانت متقدماً في ذلك على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة ، ومن ابرز مزاياه أنه يعد ضماناً لتنفيذ الأحكام القضائية ، أما بالنسبة الى ابرز عيوبه ، فإنه يؤدي الى تفضيل بعض الدائنين على بعض على أساس سرعة الحصول على حكم قضائي واجب التنفيذ ، وقد اخذ المشرع المصري بهذا الحق على عكس القانونين الأردني والعراقي . إذ لم يأخذ بهذا الحق . انظر، الدكتور السيد عيد نايل ، أحكام الضمان العيني والشخصي ، مطابع جامعة الملك سعود ، 1998، ص 319 .

وإن التسليم بامتداد اثر الرهن في حق الحائز يثير التساؤل عن الأساس القانوني لالتزامه بالدين المضمون بالرهن ، وبهذا الخصوص ظهر هناك اتجاهان في الفقه لتفسير هذا الالتزام فبمقتضى الاتجاه الأول يتأسس مركز الحائز استناداً الى نظرية الحق العيني التبعية وبموجب الاتجاه الثاني يتأسس مركز الحائز استناداً الى نظرية الالتزام العيني ، ومن اجل تحديد الأساس القانوني لمركز الحائز سنقسم هذا المطلب على فرعين:

الفرع الأول :- نظرية الحق العيني التبعية .

الفرع الثاني :- نظرية الالتزام العيني .

الفرع الأول

نظرية الحق العيني التبعية

لقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه الى إن أساس التزام الحائز بالدين المضمون بالرهن يرجع الى نظرية الحق العيني التبعية.

وقبل بيان الاراء والأسانيد التي اعتمدوا عليها في تبرير ما ذهبوا إليه ، لا بد من إعطاء فكرة عن نظرية الحق العيني التبعية.

فالحق العيني التبعية ، يعرف بأنه سلطة مباشرة يعطيها القانون للدائن على شيء مملوك لغيره يستطيع من خلالها استيفاء دينه من المقابل النقدي لهذا الشيء بالتقدم على سائر الدائنين وفي أي يد انتقل إليه هذا الشيء ، فالحقوق العينية التبعية تعطي للدائن حق التقدم لاستيفاء دينه بالأولوية على سائر الدائنين ، وتعطيه كذلك حق التتبع في حالة انتقال ملكية الشيء الى الغير⁽¹⁾.

وبذلك فان قيام حق عيني تبعية كالرهن مثلاً على شيء معين يهدف الى ضمان الوفاء بالدين من خلال تخويل الدائن سلطة التقدم او الأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء دينه من المقابل النقدي لهذا الشيء وسلطة تتبع الشيء الوارد عليه الحق العيني في أي يد يكون لمباشرة سلطة التقدم .

(1) ولمزيد من التفصيل حول نظرية الحق العيني التبعية ، انظر ، د.سليمان الناصري ، المدخل لدراسة القانون، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، 1999 ، ص184. د. عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون - النظرية العامة للحق ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان 1999 ، ص141-142. د.محمد المرسى زهرة ، الحقوق العينية الأصلية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي ، الطبعة الأولى 1999 ، ص15. عامر محمد علي ، مبدأ سريان العقد ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة النهرين ، 2001 ، ص12. انظر، حسن الفكهاني ، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني ، الجزء الأول ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، 1978 ، ص632. د. منير محمود الوتري ، القانون ، الطبعة الثانية ، مطبعة الجاحظ، بغداد ، 1989 ، ص149.

ويلاحظ إن هذه الحقوق توصف بأنها ((عينية)) وذلك لأنها ترد على شيء معين. كذلك فإن الحقوق العينية التبعية لا تقوم بذاتها ، بل تستند في وجودها الى حق آخر هو الدين. أي إنها تكون تابعة للدين وتعمل على ضمان الوفاء به . فيجب أن يترتب الدين في الذمة أولاً. ثم يترتب الحق العيني التبعية لضمان الوفاء بهذا الدين⁽¹⁾.

وقد عَرَفَ القانون المدني العراقي الحق العيني في المادة (67 / 1) إذ نصت ((1- الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين))⁽²⁾. و يتضح من هذا النص . بان الحق العيني يعطي لصاحبه سلطة قانونية مباشرة من خلال خلق رابطة مباشرة بين صاحب الحق العيني وبين الشيء الوارد عليه الحق ، بحيث يبقى هذا الشيء خاضعاً لسلطة صاحبه ويستطيع تتبعه في حالة انتقال ملكية الشيء الوارد عليه الحق الى الغير .

وأشار في المادة (68 / 2) الى إن الحقوق العينية التبعية، هي حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز⁽³⁾.

كذلك فقد نظم الحقوق التي تعطيها الحقوق العينية التبعية الى الدائن المرتهن ، وهي حق التقدم وحق التتبع في المواد (1304- 1314) من القانون المدني⁽⁴⁾.

واستناداً الى ما تقدم ذكره ، يرى أصحاب هذا الاتجاه إن الأساس القانوني لالتزام الحائز بالدين المضمون بالرهن يقوم على أساس نظرية الحق العيني التبعية ، ويبررون رأيهم بان مضمون الحق العيني التبعية يعني أن يستوفي صاحب الحق العيني التبعية دينه من ثمن العقار المرهون بغض النظر عن بقاء العقار مملوكاً للراهن ، أو إذا انتقلت ملكيته الى شخص آخر، وهذا يرجع الى ما تمنحه الحقوق العينية التبعية وخاصة الرهن من حقوق للدائن المرتهن التي تتمثل في حق التقدم وحق التتبع ، فالحقوق العينية التبعية تعطي

(1) انظر، د.غالب علي الداودي ، المدخل الى علم القانون ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2000، ص242. ولكن يلاحظ بأنه قد يترتب الرهن قبل الدين ، وهذا ما أشارت إليه المادة (1293) مدني عراقي بقولها ((يجوز أن يترتب الرهن التأميني ضماناً لدين مستقبل ، أو دين معلق على شرط ، أو دين احتمالي فيجوز أن يترتب لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين)) .

(2) تقابلها المادة (109) مدني إماراتي (موافق) ، والمادة (69 / 1) مدني أردني(موافق) .

(3) تقابلها المادة (110 / 2) مدني إماراتي (موافق)، والمادة (71 / 2) مدني أردني (موافق).

(4) تقابلها المواد (907-932) مدني جزائري(موافق) ، والمواد (1425- 1439) مدني إماراتي(موافق) والمواد (1348- 1363) مدني أردني(موافق). ويلاحظ بان الرهن الحيازي يعطي للمرتهن حيازياً حق الحبس بالإضافة الى حق التقدم وحق التتبع، انظر، المواد(1342-1345) مدني عراقي.

الحق لمن تقرر له بان يتتبع الشيء الوارد عليه الحق العيني في حالة انتقال ملكيته الى الغير⁽¹⁾.

وبذلك فان المدين إذا رتب حق رهن على عقار مملوك له لمصلحة الدائن وقام بعد ذلك ((المدين الراهن)) بنقل ملكية العقار المرهون الى الغير ، وهو ما يسمى بالحائز للعقار المرهون. وحل اجل الدين المضمون بالرهن فان الدائن المرتهن وفقاً لرأي أصحاب هذا الاتجاه يستطيع مطالبة الحائز بدفع الدين المضمون بالرهن وأساس التزام الحائز في ذلك يعود الى نظرية الحق العيني التبعية التي تجيز لصاحب الحق استيفاء دينه من ثمن العقار المسجل عليه الحق العيني مهما كانت اليد التي انتقلت إليها ملكية العقار المرهون وذلك عن طريق حق التتبع .

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه الى إن الحائز لا يسأل عن الدين المضمون بالرهن بسبب حيازته للعقار المرهون وهو ما يذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني القائل بمسؤولية الحائز على أساس نظرية الالتزام العيني الذي سنبحثه لاحقاً. ويبررون ذلك بقولهم إن الالتزام يقتضي بطبيعة إسناده الى شخص معين ، ولا يجوز القول ان الشخص يعد ملتزماً بسبب حيازته لشيء معين⁽²⁾.

ويمكن القول ، إن هذا الاتجاه يذهب الى إن الحائز للعقار المرهون وان كان لا تتوافر فيه صفة المديونية ، إلا إن الدائن المرتهن يحق له التنفيذ على العقار المرهون وهو في حيازته لاستيفاء دينه وذلك استناداً الى نظرية الحق العيني التبعية وما تعطيه من حقوق للدائن المرتهن.

ونرى إن أصحاب هذا الاتجاه لم يوفقوا في بيان أساس التزام الحائز بالدين المضمون بالرهن باستنادهم الى نظرية الحق العيني التبعية. فقد سجلنا على آرائهم وأسانيدهم الانتقادات الآتية :-

أولاً:- إن ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه ، من إن الالتزام يقتضي بطبيعة إسناده الى شخص معين ، فأنهم في ذلك يجعلون مسؤولية الحائز مسؤولية شخصية لأنها تستند

(1) انظر في الفقه الفرنسي ،

كذلك ، د.احمد سلامه ، دروس في التأمينات المدنية ، دار النهضة العربية ، 1968 ، ص238. د. عبد المنعم

البدراوي ، أثر مضي المدة في الالتزام ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، 1950 ، ص227.

(2) انظر، د. شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، ط2، منشأة المعارف بالإسكندرية ،

1959 ، ص314. د. إسماعيل غانم ، دروس في الحقوق العينية الأصلية ، الإسكندرية ، 1954 ، ص17-18.

الى الحائز ، وهذا يتعارض مع نص المادة (2 / 1306) مدني عراقي .التي تؤكد على عدم مسؤولية الحائز للعقار المرهون مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن ، إذ نصت ((2- دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن))⁽¹⁾.

ثانياً : - إن الحقوق العينية التبعية، هي بالأصل تابعة لديون شخصية ، فهي تتبع الدين في وجودها وفي انقضاءها ، وهذا يتعارض مع مسؤولية الحائز عن الدين المضمون بالرهن والذي لا يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عنه .

ثالثاً : - إن الحائز للعقار يستطيع أن يتخلص من التزامه بدفع الدين المضمون بالرهن في حالة تركه أو تخليه عن العقار المرهون⁽²⁾. فالتزام الحائز نظراً لتعلقه بالعقار المرهون أكثر من تعلقه بالحائز ، فإنه يستطيع التخلص منه بتخليه عن العقار ، ولو كان الحائز مسؤولاً عن الدين مسؤولية شخصية ، فإنه لا يستطيع ان يتخلص من هذه المسؤولية بإرادته المنفردة عن طريق التخلية.

الفرع الثاني

نظرية الالتزام العيني

لقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه الى إن الأساس القانوني لمركز الحائز يقوم على نظرية الالتزام العيني، وقبل بيان آرائهم و أسانيدهم في ذلك، لا بد من إعطاء فكرة عن نظرية الالتزام العيني.ظهرت نظرية الالتزام العيني لأول مرة في نطاق الفقه في القرن التاسع عشر وعملت على خلق طائفة من الالتزامات تكتسب الصفة العينية، ومحاولة في ذلك تحديد الأساس القانوني لالتزام الحائز بالدين المضمون بالرهن⁽³⁾.

وعرف الفقه الالتزام العيني عدة تعريفات فقد عرفه الفقيه الفرنسي ((MICHON)) أنه ((الالتزام الذي يرتبط بشيء او بالاحرى لا يصيب الشخص إلا لكونه حائزاً للشئ وليس باعتباره مديناً شخصياً))⁽⁴⁾ ، وذهب رأي آخر في الفقه الى إن

(1) تقابلها المادة (1431) مدني إماراتي(موافق) ، والمادة (911) مدني جزائري (موافق).
(2) انظر، المادة (2 / 1060) مدني مصري ، والمادة (2 / 1004) مدني كويتي . ولمزيد من التفصيل انظر، المستشار أنور العمروسي، الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني ،دار محمود للنشر والتوزيع، 2004، ص360.
(3) روج لهذه النظرية الأستاذ ((MICHON)) ((الالتزامات العينية في التقنين المدني ، رسالة من نانسي ، 1891. أشار إليه ، د.شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص313.
(4) أشار إليه وليد خالد عطية الجابري ، فكرة الالتزام العيني وتطبيقاتها في القانون المدني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد ، 1997، ص 4.

الالتزامات العينية)) هي تلك الالتزامات التي تتعلق بشيء معين ، بمعنى أنها تقع بالضرورة على عاتق كل من يؤول إليه هذا الشيء ، ويلتزم بتنفيذها بدلاً من سلفه))⁽¹⁾.

بينما ذهب رأي آخر الى إن الالتزام العيني هو ((دين على عين يقع أدائه على عاتق المدين))⁽²⁾.

كذلك فقد ظهر رأي في الفقه حاول تعريف نظرية الالتزام العيني وتفسيرها بقوله ((يحدث في بعض الأحوال إن شخصاً يجد نفسه ملزماً بأداء معين نحو شخص آخر، ولكن سبب هذا الالتزام ينحصر في إن المدين هو المالك لعين معينة ، فهنا وجد الالتزام بسبب ملكية العين ، ومن ثم سمي بالالتزام العيني))⁽³⁾.

ونلاحظ إن التشريع العراقي والتشريعات العربية الأخرى لا تتضمن تعريف الالتزام العيني، باستثناء قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1934. الذي كان موقفاً عندما عرف الالتزام العيني في المادة (52) منه التي نصت ((إن الموجبات الشخصية هي التي يلتزمها المديون شخصياً وتكون من ثم مضمونه بمجموع مملوكه، والموجبات العينية هي التي لا يكون فيها المديون ملزماً شخصياً و لا ضامناً لها بمجموع مملوكه بل ملزماً بصفة كونه متصرفاً في بعض الأشياء والأموال وضامناً للموجب بها وحدها)).

ومن خلال ما تقدم يمكن القول ان الالتزام العيني هو ذلك الالتزام الذي يثبت في عين معينة ويكون صاحب العين مسؤول عنه مسؤولية عينية في حدود هذه العين باعتباره مالكا لها. والالتزام العيني يوافق الالتزام الشخصي من حيث أنه يجبر مديناً معيناً نحو دائن معين على أداء عمل معين . ولكن نظراً لتعلق الالتزام العيني في العين ، فان هذا يفرد به خصائص تميزه عن الالتزام الشخصي ، وهذه الخصائص هي : -

أولاً :- لما كان الالتزام العيني يتعلق بالعين ، فإنه ينتقل بانتقال ملكية هذه العين الى شخص آخر ، بمعنى أنه يسأل عن تنفيذ الالتزام العيني كل من انتقلت إليه ملكية العين .

(1) انظر، د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، القانون المدني ، الجزء الأول، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص 14.

(2) انظر، د. غازي عبد الرحمن ناجي ، ملكية الشقق والطوابق ، مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، 1987 ، ص 77 .

(3) انظر، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج 8 ، تنقيح المستشار احمد المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004 ، ص 169.

ثانياً :- إن المدين في الالتزام العيني يستطيع التخلص من التزامه في حالة تخليه عن العين المحملة بالالتزام العيني ، فالالتزام العيني نظراً لتعلقه بالعين أكثر من تعلقه بالمدين ، فان المدين به يستطيع أن يتخلص منه في حالة تخليه عن العين .

ثالثاً :- يتركز الالتزام العيني في عين معينة بالذات ولا يتناول غيرها من أموال المدين⁽¹⁾.

وبذلك فان أصحاب هذا الاتجاه يفسرون المركز القانوني لحائز العقار المرهون رهناً تأمينياً على أساس نظرية الالتزام العيني ، فالحائز لا تتوفر فيه صفة المديونية وهو أجنبي عن الدين والرهن ولكن مسؤوليته نشأت من خلال انتقال ملكية العقار المرهون إليه، أي إن التزام الحائز بدفع الدين المضمون بالرهن لا يقوم على أساس ترتب التزام شخصي في ذمته ، بل على أساس تملكه للعقار المرهون وبسبب هذه الملكية.

وإذا كانت مسؤولية الحائز قد نشأت بسبب تملكه للعقار المرهون ، فمسؤوليته عن الدين قاصرة على قيمة العقار المرهون ، إذ إن مسؤوليته هي مسؤولية عينية تنقضي باستنفاد قيمة العقار المرهون او بتخليه عن العقار المرهون بالدين⁽²⁾. ويذهب أصحاب هذا الاتجاه الى إن الحائز يبقى مسؤولاً عن الدين المضمون بالرهن مسؤولية عينية ما دام العقار المرهون مملوكاً له ، وبالتالي إذا قام الحائز بنقل ملكية العقار المرهون الى شخص آخر، فان الحائز يتخلص من التزامه ، ويصبح الشخص الذي نقل الحائز ملكية العقار المرهون إليه هو الملتزم بدفع الدين المضمون بالرهن⁽³⁾.

ويلحظ إن المدين في الالتزام العيني يتحدد من خلال ملكيته للعين او وضع اليد عليها أي إن العين هي التي تحدد شخص المدين المسؤول عن الالتزام العيني .

(1) انظر، عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمه ، الالتزام العيني بين الشريعة والقانون ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1972، ص 483. ، المستشار أنور العمروسي ، مصدر سابق ، ص 360 . د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص 190- 191 . انظر في الفقه الفرنسي ، Planiol ، Ripert et Becque Traite' pratique de droit civil francais Tome . XII ، 1927, N. 1073.

(2) انظر ، د. عبد المجيد الحكيم ، الأستاذ عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، القانون المدني ، ج 2، أحكام الالتزام ، 1980 ، ص 256 . د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، الجزء الثاني ، مطبعة وزارة التعليم العالي ، بغداد ، 1982، ص 448. عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار نشر الثقافة ، بلا مكان طبع ، 1950 ، ص 401. وفي الفقه الفرنسي انظر ، Larroumet(ch.) droit civil, les biens, Paris, 1988. P. 19.

(3) انظر، د. حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، 1954، ص 368 .

وبهذا الخصوص قضت محكمة النقض الإيطالية في 21 / 5 / 1951 بما يأتي :
((الالتزام العيني أساسه صلة الملتمزم بالشيء ، وتكون وظيفة الشيء هي تعيين شخص المدين ، وفي هذا الالتزام يقع العنصر الشخصي أو الالتزامي على العنصر العيني بمعنى إن في هذا الالتزام يوجد دائماً دائن له حق في أداء يقوم به شخص غير معين يتحدد من خلال ملكيته للشيء او وضع يده عليه))⁽¹⁾.

ونحن نؤيد ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني في الفقه والقضاء والذين يفسرون المركز القانوني لحائز العقار المرهون رهناً تأمينياً على أساس نظرية الالتزام العيني وبذلك فإن الحائز للعقار المرهون يلتزم بدفع الدين المضمون بالرهن ، لا على أساس ترتب التزام شخصي في ذمته ، وإنما على أساس ملكيته للعقار المرهون ، وبسبب هذه الملكية ومسؤوليته على هذا النحو مسؤولية عينية وليست شخصية ، وهذا ما أشارت إليه المادة (2 / 1306) مدني عراقي، إذ نصت ((.....دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن)).

كذلك فإن من أسباب ترجيحنا لرأي أصحاب الاتجاه الثاني ، هو إن الحائز يعد مسؤولاً عن الدين بسبب حيازته للعقار المرهون ، ومن ثم يستطيع التخلص من هذه المسؤولية في حالة قيامه بنقل ملكية العقار المرهون الى الغير ، وفي حالة تخليه عن العقار المرهون، ولو كان الحائز مسؤولاً عن الدين مسؤولية شخصية فلا يعد بإمكانه التخلص من هذا الالتزام عن طريق التخلية ، ويبدو إن الفقه العراقي قد اخذ بنظرية الالتزام العيني لتفسير التزام الحائز بالدين المضمون بالرهن.

(1) أشار إليه ، عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمه، مصدر سابق، ص483.

إن القول بأن الحائز لا يكون مسؤولاً عن الدين المضمون بالرهن إلا في حدود قيمة العقار المرهون ، وسواء كانت مسؤوليته تقوم على أساس الحق العيني التبقي أم على أساس الالتزام العيني فهذا يؤدي الى تشابه مركزه مع بعض المراكز القانونية الأخرى ، كمركز الكفيل العيني ومركز الوارث . وهذا الأمر مما يقتضي المقارنة بين هذه المراكز لتحديد أوجه الشبه والاختلاف بينهما .

لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول المقارنة بين مركز الحائز ومركز الكفيل العيني، في الوقت الذي نخصص الفرع الثاني للمقارنة بين مركز الحائز ومركز الوارث .

الفرع الأول

المقارنة بين مركز الحائز ومركز الكفيل العيني

الكفيل العيني : هو شخص غير المدين يرتب حق رهن على عقاره لضمان الوفاء بالدين المترتب في ذمة المدين وهو لا يسال عن الدين إلا في حدود العقار الذي قدمه⁽¹⁾ . فالرهن قد يقدم من المدين وقد يقدم من شخص آخر غير المدين وهو الكفيل العيني وهذا ما نصت عليه المادة (1287) مدني عراقي بقولها ((يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز أن يكون كفيلاً عينياً يقدم رهناً تأمينياً لمصلحة المدين)) .

وان الهدف من المقارنة بين مركز الحائز ومركز الكفيل العيني ، هو من اجل معرفة أوجه الشبه والاختلاف بين هذين المركزين ، لذلك سنقارن بينهما من حيث طبيعة المسؤولية ومن حيث ممارسة إجراءات التخلية والتحرير ومن حيث رجوع الحائز والكفيل العيني احدهما على الآخر ، ومن حيث تأثير سقوط اجل الدين على التزام الحائز والكفيل العيني : -

أولاً : من حيث طبيعة المسؤولية :-

(1) انظر، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء العاشر ، التأمينات الشخصية والعينية ، تنقيح المستشار احمد المراغي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2004، ص 17 .

ذكرنا سابقاً⁽¹⁾. إن انتقال ملكية العقار المرهون الى الحائز ينشئ صلة ما بين الحائز والدين ، وهذه الصلة لا تجعل الحائز مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن ، فمسؤوليته قاصرة على قيمة العقار المرهون وهي مسؤولية عينية تنقضي باستنفاد قيمة العقار المرهون .

أما بالنسبة الى الكفيل العيني ، وهو الذي يقدم عقاره ضماناً لدين على شخص آخر. فمركزه قريب من مركز الحائز ، فهو أيضاً غير مسؤول شخصياً في كل أمواله عن الدين ومسؤولية عينية لا تتجاوز العقار المرهون بالدين⁽²⁾.

ولهذا لا يجوز التنفيذ إلا على الأموال التي رهنها ، وهذا ما أكدته المادة (1300) من القانون المدني العراقي بقولها ((إذا كان الراهن في الرهن التأميني غير المدين فلا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يخصص لضمان حق الدائن و لا تتجاوز مسؤوليته عن هذا الحق حد ما رهنه من المال))⁽³⁾.

وبالرغم من إن مسؤولية الحائز والكفيل العيني عن الدين هي مسؤولية عينية في حدود العقار المرهون ، إلا أن ثمة فروقاً بين الحائز والكفيل العيني ، فمسؤولية الحائز هي مسؤولية استثنائية بحكم القانون ،نشأت بسبب انتقال ملكية العقار المرهون إليه ، أما مسؤولية الكفيل العيني فهي مسؤولية أصلية نشأت برضا وإرادة الكفيل العيني، أي إن الكفيل العيني هو من انشأ الالتزام في ذمته وذلك بتقديمه لعقاره لضمان الوفاء بالدين المترتب في ذمة المدين، كذلك فإن الحائز أجنبي عن الدين وكان يمكن ان يكون أجنبياً عن الرهن لولا تملكه للعقار المرهون ، أما الكفيل العيني فهو طرف في عقد الرهن⁽⁴⁾.

ثانياً : من حيث ممارسة إجراءات التخلية :-

(1) انظر ص18 من الرسالة .

(2) انظر، في الفقه الفرنسي ، Aubry et Rau , cours de droit civil . Francais , Tome III , 5 edition . 1900 , N.321. د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص448. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الاردني ، الحقوق العينية التبعية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1998 ، ص 131 . د. محمد علي أمام ، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار النهضة ، القاهرة ، 1956 ، ص 167 .

(3) تقابلها المادة (1050) مدني مصري (موافق)، والمادة (1 / 991) مدني كويتي(موافق) ، والمادة (1340) مدني أردني(موافق) .

(4) انظر، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 134. د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار المعرفة ، بغداد ، 1953 ، ص42 .

التخلية تعني، أن يترك الحائز العقار المرهون ويوضع العقار تحت يد حارس أو أمين تعينه المحكمة ليتخذ الدائنون إجراءات نزع الملكية في مواجهته⁽¹⁾ ويلاحظ ان الحائز للعقار المرهون والكفيل العيني يستطيعان كلاهما ممارسة إجراءات التخلية عن العقار المرهون للتخلص من المسؤولية المتمثلة بالدين المضمون بالرهن. فإذا حل اجل الدين وباشر الدائن المرتهن إجراءات التنفيذ على العقار المرهون جاز للحائز والكفيل العيني ممارسة التخلية عن العقار المرهون لكي لا تباشر إجراءات التنفيذ في مواجهتهم⁽²⁾.

وهذا هو الحكم في القانون المدني المصري ، فقد أشارت المادة (1060 / 1) منه الى حق الحائز في التخلية عن العقار المرهون ، بقولها ((1- يجوز للدائن المرتهن عند حلول اجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه))⁽³⁾.

كذلك نصت المادة (1051 / 2) مدني مصري، على إمكانية الكفيل العيني في التخلي عن العقار المرهون ، بقولها ((2- وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أي إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار))⁽⁴⁾.

ومن خلال ما تقدم يمكن القول، إن مركز الحائز يشابه مركز الكفيل العيني في بعض القوانين المقارنة من حيث إن كلاهما يستطيع ممارسة إجراءات التخلية عن العقار المرهون لكي لا يظهر اسمه في إجراءات التنفيذ وهذا مما يؤدي الى الحفاظ على سمعته المالية والائتمانية ، ومن اجل عدم انشغاله بإجراءات التنفيذ التي قد تستغرق وقتاً طويلاً.

أما بالنسبة الى القانون المدني العراقي على الرغم من أنه جعل الكفيل العيني والحائز مسؤولين فقط في حدود قيمة العقار المرهون⁽⁵⁾ فانه لم يتضمن نصاً يجيز من خلاله للحائز والكفيل العيني ممارسة إجراءات التخلية .

ونظراً لان الفقه العراقي⁽¹⁾ يؤمن بمسؤولية الحائز والكفيل العيني العينية عليه ندعو المشرع العراقي الى إعطاء الحائز للعقار المرهون الحق في ممارسة إجراءات

(1) انظر، د. عيد نايل ، مصدر سابق ، ص 212.

(2) انظر، د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص 359 .

(3) تقابلها المادة (911) مدني جزائري (موافق)، والمادة (1004) مدني كويتي(موافق) .

(4) تقابلها المادة (2 / 991) مدني كويتي(موافق) . وبخصوص الأحكام التي يتبعها الحائز في التخلية عن العقار المرهون ، انظر ، الفصل الثاني من هذه الرسالة .

(5) انظر المادة (2 / 1306) والمادة (1300) من القانون المدني العراقي ، ويلاحظ بان القانون المدني السوري والأردني لم يعط أياً منهم الحائز والكفيل العيني الحق في التخلية عن العقار المرهون .

التخلية. ونقترح تعديل صياغة المادة (1306 / 1) مدني عراقي . لتصبح بالشكل الآتي ((1- يجوز للمرتهن عند حلول اجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز لهذا العقار بعد إنذاره بدفع الدين إلا إذا اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدين او بتحرير العقار من الرهن او بتخلية عنه)). .

وندعو المشرع العراقي الى إعطاء الكفيل العيني الحق في ممارسة إجراءات التخلية عن العقار المرهون ، ونقترح إضافة فقرة ثانية الى المادة (1300) مدني عراقي، لتصبح بالشكل الآتي ((2- يحق للكفيل العيني أن يتفادى مباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهته في حالة تخلية عن العقار المرهون)) .

ثالثاً : من حيث ممارسة إجراءات التحرير:-⁽²⁾

إن الحائز للعقار المرهون يحق له ممارسة إجراءات تحرير العقار ، وذلك بعرض قيمة العقار على الدائنين المرتهنيين ، فإذا قبل الدائنون هذا العرض ودفع الحائز لهم ما عرضه تحرر العقار من الحقوق المسجلة عليه ، أما إذا رفض احدهم أو جميعهم هذا العرض وجب عليهم أن يطلبوا بيع العقار بالمزاد العلني ، ويترتب على ذلك تحرير العقار أيضاً⁽³⁾.

أما بالنسبة الى حق الكفيل العيني في تحرير العقار ، فنلاحظ ان الرأي الغالب في الفقه⁽⁴⁾ . لا يعطي الكفيل العيني الحق في تحرير العقار ، ويبررون رأيهم بان الكفيل العيني يلتزم بضمان الرهن حتى تمام الوفاء بالدين ، وليس من سبيل أمامه لتخليص العقار من الرهن إلا قضاء الدين. بالإضافة الى ذلك فان الكفيل العيني قدم عقاره لضمان الوفاء بالدين برضائه واختياره. وبالتالي ليس من العدالة أن يسمح له بالعدول عن موقفه وإجبار الدائنين على قبول وفاء معجل ، ويرى أصحاب هذا الرأي كذلك ، بان الكفيل العيني

(1) انظر، د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص 14. ، د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 448.

(2) التحرير ، هو إجراء بمقتضاه يعرض الحائز على الدائنين المرتهنيين المسجلة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكيته قيمة العقار ، فإذا قبل الدائنون هذا العرض ، دفع لهم الحائز ما عرضه وترتب على ذلك تحرير العقار من الرهن ، وإذا لم يقبل احد الدائنين أو الكفلاء أو جميعهم وجب عليهم طلب بيع العقار.

(3) ولمزيد من التفصيل ، سنبحث مفهوم التحرير وإجراءاته والآثار التي تترتب عليه في الفصل الثاني من هذه الرسالة .

(4) انظر، د.سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1996 ، ص 262 . د. نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1982 ، ص 130 . انظر كذلك، د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص 359 . د. احمد سلامة ، مصدر سابق ، ص 289 . وفي الفقه العراقي انظر ، د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 459.

تتوافر فيه صفة المديونية ولكنه لا يسأل عن الدين إلا في حدود قيمة العقار المرهون ، وهو بذلك يمتنع عن ممارسة إجراءات التطهير لأنه مسؤول عن أداء الدين في الحدود المتقدمة.

وقد ظهر رأي في الفقه⁽¹⁾ . حاول الرد على ما ذهب إليه الرأي الغالب في الفقه ودعا الى إعطاء الكفيل العيني الحق في ممارسة إجراءات تطهير العقار المرهون . ويرى إن الكفيل العيني غير مسؤول عن الدين إلا في حدود قيمة العقار المرهون وهو في التطهير يعرض هذه القيمة وبالتالي لا يسبب ضرراً للدائنين المرتهنين ولا تكون لهم مصلحة في رفض إجراءات التطهير.

ويضيف صاحب هذا الرأي كذلك إن الكفيل العيني لا يملك حق التطهير إلا في وقت حلول اجل الدين، ومن ثم لا يتضرر الدائنين إذا ما قام الكفيل العيني بتطهير العقار ، لأنه يحصل في الوقت الذي يحل فيه اجل الدين .

ويمكن القول بان ما ذهب إليه الرأي الغالب في الفقه هو الرأي الراجح، فالكفيل العيني يجب ألا يعطى له الحق في تطهير العقار ، وذلك لأنه قد قدم عقاره لضمان الوفاء بالدين بإرادته، فإذا أعطينا له الحق في التطهير فان هذا يؤدي الى إجبار الدائنين على قبول وفاء معجل ، وبالتالي يلحق ضرراً بالدائنين المرتهنين إذا كان لهم مصلحة في الأجل كما لو كانوا يتقاضون فوائد على مبلغ الدين ، كذلك فان التطهير يجبر الدائنين على طلب بيع العقار في وقت غير ملائم كما لو كانت قيمة العقارات منخفضة بسبب العوامل الاقتصادية وهذا مما يجعل ثمن العقار غير كاف للوفاء بجميع ديونهم .

وعلى الرغم من منع الكفيل العيني من القيام بإجراءات تطهير العقار ، كما هو الحال بالنسبة الى الحائز ، فإنه يتمتع بمميزات لا يتمتع الحائز بها.

وهذه المميزات تعطى له لتمتعه بصفة الكفيل ، فهذه الصفة تضي على من يتمتع بها الكثير من الرعاية – فمن ناحية تبرأ ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من الضمانات⁽²⁾ . وهذا ما أشارت إليه المادة (1027 / 2،1) مدني عراقي. إذ نصت ((1- على الدائن أن يحافظ على ما للمدين من ضمانات، مراعيًا في ذلك مصلحة الكفيل وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من هذه الضمانات. 2- ويقصد بالضمانات،

(1) انظر، د. احمد أبو الوفا ، مصدر سابق ، ص 677 .

(2) انظر، عقيل فاضل حمد الدهان ، تبعية التأمينات للالتزام الأصلي في القانون المدني ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1999 ، ص 133.

كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة. وكل تأمين مقرر بحكم القانون⁽¹⁾.

وبذلك إذا كان الدين مضموناً بتأمينات عينية كالرهن وحقوق الامتياز ومضموناً كذلك بكفالة عينية ، وتسبب الدائن بخطأه على إضاعة هذه الضمانات كما لو لم يستأنف حكم قضائي ببطالان الرهن ، او إذا ترك الأموال المسجل عليها حق رهن تباع دون أن يطالب بحق الأولوية على الثمن ، فان الكفيل العيني تبرأ ذمته من الدين المضمون بقدر ما تسبب الدائن بخطأه على إضاعة هذه التأمينات.

وقد أشارت محكمة التمييز الى هذا الحكم ، إذ جاء في احد أحكامها ((إن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما إضاعة الدائن بخطئه من الضمانات))⁽²⁾.

ومن ناحية ثانية ، فان الكفيل العيني إذا دفع الدين ، فإنه يستطيع الرجوع على الكفيل الشخصي ويكون له الحق في الحل محل الدائن الموفى له في مواجهة الحائز. وهذا بخلاف الحائز ، إذ لا يستطيع الرجوع على الكفيل الشخصي والكفيل العيني إذا ما دفع الدين الى الدائن المرتهن ، ومن ناحية ثالثة إذا دفع الكفيل العيني الدين وكان هناك أكثر من حائز للعقار المرهون فيحق له الرجوع على أيأ منهم بكل الدين⁽³⁾.

رابعاً : من حيث رجوع الحائز والكفيل العيني احدهما على الآخر :-

قد يكون الدين مضمون برهن مسجل على عقار انتقلت ملكيته الى الحائز مضموناً كذلك بكفالة عينية مقدمة من قبل شخص آخر ، فإذا حل اجل الدين وباشر الدائن المرتهن إجراءات التنفيذ على العقار في مواجهة الحائز وقام الحائز بدفع الدين للدائن المرتهن. فهل يحق للحائز في هذه الحالة الرجوع على الكفيل العيني ؟ وهل يحق للكفيل العيني الرجوع على الحائز في حالة مباشرة الدائن المرتهن. إجراءات التنفيذ في مواجهته واضطراره الى دفع الدين لمنع إجراءات التنفيذ على العقار ؟

(1) تقابلها المادة (2037) مدني فرنسي (موافق) . إذ نصت ((يبرأ الكفيل إذا كان حلوله محل الدائن في حقوقه أو في الرهون الرسمية أو حقوق الامتياز أصبح غير ممكن بفعل هذا الدائن)) . المادة (784) مدني مصري (موافق).

(2) قرار رقم 238 ، هيئة عامة ، 1971 ، تاريخ القرار 1972 / 8 / 5 . مجلة القضاء ، العددان الثالث والرابع ، بغداد ، نقابة المحامين ، 1972 ، ص 192 . انظر كذلك ، حكم محكمة النقض المصرية في 2 / 2 / 1933 . مجموعة القواعد القانونية ، ص 172 . أشار إليه د. سعيد سعد عبد السلام ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، 2004 ، ص 85 .

(3) انظر ، د. احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، الرهن الرسمي ، دار التعاون للطبع والنشر ، 1966 ، ص 329 . انظر كذلك ، د. محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص 131 .

بالنسبة الى التساؤل الأول ، نلاحظ إن الحائز إذا قام بوفاء الدين ، فإنه يحل محل الدائن المرتهن. فيما له من الحقوق باستثناء التأمينات المقدمة من غير المدين ، وبالتالي لا يستطيع الرجوع على الكفيل بما دفع ، وسواء كان الكفيل شخصياً أم عينياً⁽¹⁾.

وهذا ما أشارت إليه المادة (1307 / 1) مدني عراقي . بقولها ((إذا وفى الحائز الدين الموثق بالرهن التأميني حل محل الدائن فيما له من الحقوق ، إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين))⁽²⁾.

ونلاحظ إن قانون المعاملات المدنية الإماراتي يعطي للحائز الحق في الحل محل الدائن الذي استوفى دينه فيما له من الحقوق ، ولا يفرق بين التأمينات المقدمة من المدين او المقدمة من الغير، وبالتالي يكون من حق الحائز إذا وفى الدين للدائن المرتهن الرجوع على الكفيل العيني، وهذا ما أشارت إليه المادة (1432) من قانون المعاملات الإماراتي . بقولها ((لحائز العقار المرهون رهناً تأمينياً أن يؤدي دين الرهن والنفقات بعد إنذاره على أن يرجع بما أداه على المدين كما يكون له أن يحل محل الدائن الذي استوفى دينه فيما له من حقوق)) .

والأسباب التي منع القانون من إجها الحائز من الرجوع على الكفيل العيني هي :-

1- إن الحائز يعد مقصراً. إذ كان عليه وقد عَرَفَ بان العقار مرهون ألا يدفع الثمن الى المدين، وإنما يقوم بعرض قيمته على الدائنين المرتهين ليحرره من الرهن ، او أن يقوم بدفع الثمن الى الدائنين المرتهين .
فالحائز كان بوسعه أن يسلك طريق التحرير في حين إن هذا الطريق مغلق أمام الكفيل العيني ، وبالتالي فإذا لم يحم الحائز بتحرير العقار فإنه يعد مقصراً ويتحمل وحده نتيجة تقصيره ولا يكون له الحق في الرجوع على الكفيل العيني⁽³⁾.

(1) انظر، د . غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 474. د. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق، ص 374. علي كاظم مزهر الشيباني ، الوفاء مع الحلول ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بابل ، 1998 ، ص 139. د. محمد كمال عبد العزيز ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، مكتبة القاهرة الحديثة ، 1963 ، ص 908 .

(2) تقابلها المادتين (1061) و (2/1080) مدني مصري (موافق) ، والمادة (1006) مدني كويتي (موافق)، والمادة (912) مدني جزائري (موافق) .

(3) انظر ، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص 476 - عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص 464. عبد العالي صالح محمد ، الوفاء مع الحلول ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد، 1998، ص 157. وفي الفقه الفرنسي انظر ، Josseland (L) cours de droit civil positif fran cais , Tome . 11, 1933, N. 1549.

2 - إن العقار المرهون لو بقي مملوكاً للمدين الراهن ، ولم تنتقل ملكيته الى الحائز ، فان المدين لا يستطيع الرجوع على الكفيل العيني عندما يقوم الدائن المرتهن بالتنفيذ على العقار المرهون في مواجهة المدين . وبذلك فإنه ليس من العدل أن يسوء مركز الكفيل العيني لمجرد قيام المدين الراهن بالتصرف في العقار للحائز⁽¹⁾. وقد أكد القضاء الفرنسي على أن الحائز لا يستطيع الرجوع على الكفيل العيني إذ أنه ليس من العدل أن يسوء مركز الكفيل العيني لمجرد قيام المدين بالتصرف في العقار للحائز⁽²⁾.

3- إن الحائز لا يحق له الرجوع على الكفيل العيني ، وذلك لانعدام الفائدة من رجوعه على الكفيل ، إذ إن الكفيل العيني يستطيع أيضاً الرجوع على الحائز بدعوى الحل محل الدائن المرتهن ، فالحائز مسؤول عن الدين تجاه الكفيل بمقتضى الرهن أما الكفيل العيني فإنه يرجع على حائز العقار لأنه غير مسؤول عن الدين في مواجهته⁽³⁾.

وبذلك يمكن القول ، بعدم جواز رجوع الحائز على الكفيل العيني لان الكفيل العيني عندما قدم الكفالة فقد اعتمد على حماية العقار الذي كان مملوكاً للمدين ، كذلك فان الحائز يعد مقصراً إذ كان عليه القيام بإجراءات تحرير العقار بدلاً من دفع الثمن الى بائع العقار المرهون ، فضلاً عن ذلك فان السماح للحائز بالرجوع على الكفيل العيني يحمل معنى الإساءة الى مركز الكفيل العيني ، ولكن يجب الملاحظة الى أنه في حالة قيام الكفيل العيني بنقل ملكية العقار الذي قدمه ضماناً للدين الى الحائز ، فان الحائز في هذه الحالة يستطيع الرجوع عليه ولكن ليس باعتباره كفيلاً عينياً و إنما باعتباره مالكاً سابقاً للعقار .

ولكن يلاحظ إن الدين المضمون بالرهن ، الذي دفعه الحائز الى الدائن المرتهن كان أكثر من الثمن الذي اشترى به الحائز العقار المرهون ، فان الحائز في هذه الحالة يعد بمثابة كفيل عيني فيما زاد على الثمن⁽⁴⁾، وينقسم الدين عليه وعلى الكفلاء فيرجع على كل كفيل بقدر حصته فيما زاد على الثمن ، فلو فرضنا إن الدين المضمون بالرهن الذي دفعه الحائز كان (10000000) ملايين دينار وكان الثمن الذي اشترى به الحائز العقار

(1) انظر د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 474 .د.علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص 374. وفي الفقه الفرنسي انظر ، Josseland , op . cit, p.1048 .

(2) انظر ، Req 16 mars , 1938 , D.P 1939 , 1, 41, note voirin . حكم أشار إليه د. احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق ، ص 273.

(3) انظر ، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثالث ، نظرية الالتزام ، تنقيح المستشار احمد المراغي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2004 ، ص 615 .د.احمد محمد إبراهيم ، القانون المدني ، الجزء الأول، الطبعة الأولى ، دار المعارف ، 1964 ، ص 323 .

(1) انظر ، Planiol , et Ripert , op . cit , P. 650.

المرهون هو (8000000) ملايين دينار وكان هناك كفلاء للدين ففي هذه الحالة يعتبر الحائز بمثابة كفيل عيني بقدر ما زاد عن قيمة العقار وهو في هذا المثال مليوني دينار ، ويستطيع الرجوع على الكفلاء الآخرين بقدر حصة كل واحد منهم .

أما بالنسبة الى الكفيل العيني . فإنه يستطيع الرجوع على الحائز⁽¹⁾ . وذلك لان مركز الكفيل العيني مفضل على مركز الحائز ، لأنه كان بإمكان الحائز عند انتقال ملكية العقار المرهون إليه ، أن يقوم بتحريره من الرهن ، فيخلص نفسه والكفيل العيني من الدين⁽²⁾ وبالتالي إذا دفع الكفيل العيني الدين الى الدائن المرتهن فإنه يستطيع الرجوع على الحائز بما دفع .

خامساً :- من حيث تأثير سقوط اجل الدين على التزام الحائز والكفيل العيني :-

إذا كان الدين المضمون بالرهن مؤجلاً ، وسقط اجل الدين بأحد أسباب سقوط الأجل⁽³⁾ . أو تنازل المدين عنه⁽⁴⁾ . فان الدائن المرتهن يستطيع مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون في مواجهة الحائز ، وبذلك فان الحائز يتضرر من سقوط اجل الدين⁽⁵⁾ . أما بالنسبة الى الكفيل العيني ، فإنه لا يتضرر من سقوط اجل الدين او تنازل المدين عنه ، وذلك لان مصدر التزامه هو عقد الكفالة ، إذ تتحد حقوقه والتزاماته بهذا العقد⁽⁶⁾ .

الفرع الثاني

المقارنة بين مركز الحائز ومركز الوارث

إن مسؤولية الحائز للعقار المرهون عن الدين المضمون بالرهن، هي مسؤولية عينية في حدود قيمة العقار المرهون الذي انتقلت ملكيته إليه . والسؤال الذي يطرح هنا.

(2) انظر، (استئناف مختلط 6 ابريل سنة 1925 م 37 ص 338) أشار إليه ، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 10 ، مصدر سابق، ص 615 .

(2) انظر، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 10 ، مصدر سابق، ص 476 .

(3) انظر، (نقض فرنسي عرائض في 16 مارس 1938) أشار إليه ، سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص 163 .

(4) انظر، المادة (295) مدني عراقي ، إذ أشارت الى الحالات التي يسقط فيها حق المدين في الأجل . وهذه الحالات هي آ- إذ احكم بإفلاسه . ب - إذا اضعف بفعله الى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص حتى لو كان هذا التأمين قد اعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون . هذا ما لم يختار الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع الى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه فان الأجل يسقط ما لم يتوق المدين هذا السقوط بان يقدم للدائن ما يكمل التأمين . ج - إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات .

(5) انظر، المادة (294 / 2) مدني عراقي .

(6) ولكن في نفس الوقت يستفيد الحائز من الأجل الممنوح للمدين حتى لو كان اجل ميسرة ((أجل قضائي)).

هل يكون الوارث في حالة انتقال التركة إليه من المورث مسؤولاً مسؤولية شخصية عن ديون مورثه . أم انه يخلف مورثه في الحقوق فقط ، اما الديون فأنها تتعلق بالتركة ؟

وللإجابة على هذا السؤال ومن اجل معرفة مدى التقارب بين مركز الحائز ومركز الوارث سوف نقارن بين المركزين في القانون المدني الفرنسي ، والشرعية الإسلامية والفقه الإسلامي ، وكذلك في القانونين المصري والعراقي .

أولاً :- في القانون المدني الفرنسي:-

إن شخصية الوارث في القانون الفرنسي تعتبر امتداداً لشخصية المورث . أي إن الوارث يخلف مورثه في الجانب الايجابي ((Actif)) والسلبى ((Passif)) للتركة . إذ إن شخصية الوارث تحل محل شخصية المورث في كل العلاقات القانونية التي كان الأخير طرفاً فيها ، ويترتب على ذلك ، إن الحقوق تنتقل الى الوارث فضلاً عن أنه يلتزم بجميع الديون التي تعتبر العنصر السلبى للتركة حتى لو زادت هذه الديون عما ورثه من حقوق فهو يلتزم بهذه الديون حتى في ماله الخاص بشرط أن يكون قد قبل الميراث⁽¹⁾.

وقد عمل القانون المدني الفرنسي على تحديد مسؤولية الوارث عن ديون مورثه في حدود أموال التركة إذا قبل الوارث التركة بشرط الجرد⁽²⁾ (sous be'ne'fice d'inventaire) ولكي يستفيد الوارث من شرط الجرد يجب عليه جرد أموال التركة خلال ثلاثة اشهر تبدأ من تاريخ فتح التركة لمعرفة حقوقها وديونها كذلك يكون له الحق في التروي مدة أربعين يوماً تبدأ من تاريخ إتمامه لجرد التركة وهذه المدة قابلة للزيادة بأمر من المحكمة . وبعد هذه المدة للوارث أن يقبل التركة بشرط الجرد أو يرفضها أما إذا انتهت هذه المدة ولم يظهر الوارث موقفه من التركة فيعد في هذه الحالة وارثاً بلا قيد أو شرط⁽³⁾.

(1) انظر ، Gabriel Marty , driot , Tome III , les surete's , la pablicite fonciere , Paris , 1971 , P.223 ; Planiol et Ripert , op . cit . P.466, Gabriel Marty , ET Raynaud , Tome II , ler obligations , Paris , 1962, P.216. انظر كذلك، مصطفى مجيد ، أحكام انتقال حق التصرف ، مطبعة سلمان الاعظمي ، بغداد ، 1971 ، ص 12. عبد القادر محمد اقصاصي ، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة بابل ، 1999، ص 45.

(2) يقصد بشرط الجرد ، إن الوارث لا يكون مسؤولاً عن ديون مورثه إلا في حدود أموال التركة .

(3) انظر ، علي زكي العرابي ، مركز الوارث في الشريعة الإسلامية ، 1913، ص 71. مصطفى عرجاوي ، مسؤولية الوارث عن ديون مورثه في الشريعة الإسلامية والقانون المصري ، رسالة مقدمة الى كلية الشريعة والقانون في جامعة الأزهر ، 1978، ص 29. أشار إليها حسن نعمة الياسري ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد ، 2004، ص 200.

فإذا قبل الوارث التركة بشرط الجرد ، فإنه لا يكون مسؤولاً عن ديونها إلا في حدود الأموال التي انتقلت إليه من مورثه⁽¹⁾ . وهذا ما أشارت إليه المادة (774) من القانون المدني الفرنسي.

كذلك فقد أعطى القانون المدني الفرنسي لدائني المورث الحق بان يطلبوا فصل ذمة المورث عن ذمة الوارث ((sepeparation des patrimoines)) حتى لا تدخل أموال المورث في الضمان العام لدائني الوارث ، ويشارك هؤلاء دائني المورث في اقتفاء حقوقهم من الأموال المورثة⁽²⁾ . وهذا ما أشارت إليه المادة (878) من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾ .

وبذلك فإن الوارث في القانون الفرنسي ، أما أن يقبل التركة قبولاً بسيطاً وهو ما يسمى بـ ((الوارث العادي)) إذا كانت حقوقها تزيد على ديونها، أو لم تكن هناك أية ديون على التركة. وفي هذه الحالة تنتقل إليه كل الحقوق كما يلتزم بجميع الديون . أو أن يقبل الميراث بشرط الجرد ، وفي هذه الحالة لا يلتزم بديون التركة إلا بقدر ما انتقل إليه من أموال التركة . أو أن يرفض الوارث الميراث إذا كان مفقراً ، بان كانت الديون تزيد على الحقوق⁽⁴⁾ .

ومن خلال ما تقدم يمكن القول ، إن الوارث العادي في القانون المدني الفرنسي تنتقل إليه التركة ويكون مسؤولاً عن ديونها مسؤولية شخصية في كل أمواله ، فإذا رتب المورث حق رهن على عقار مملوك له لضمان الوفاء بالدين الذي ترتب في ذمته. ثم انتقلت ملكية العقار المرهون الى الوارث ، فان الأخير يكون مسؤولاً عن الدين في كل أمواله ، وليس في حدود قيمة العقار المرهون ، إذ إن مركزه في هذه الحالة هو نفس مركز مورثه المدين الراهن ، ومسؤوليته على هذا النحو مسؤولية شخصية وليست عينية ، وبذلك يظهر الاختلاف بينه وبين الحائز للعقار المرهون، فالحائز لا يكون مسؤولاً مسؤولية

1 نقلاً عن د. امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 2001 ، ص 185 . انظر كذلك ، أستاذنا ، منصور حاتم محسن ، نظرية الذمة المالية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 1999 ، ص 25 .

(2) انظر ، Andrie' Lucas , code civil , pirre catala , litec , Parise , 1995, P.470.
(3) نصت المادة (878) مدني فرنسي على ((lis pountent domander , dane tous les cns, et))
contre tout cre'nncler, in se'paration du patrimoine du de' funt d'avoc le
((pntimoine da l'hde'ritior
(1) نقلاً عن د. عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ، الطبعة الثالثة ، 1967 ، ص 730 .

شخصية عن الدين المضمون بالرهن ، وإنما مسؤولاً مسؤولية عينية في حدود قيمة العقار المرهون.

ويترتب على ذلك ، إن الوارث العادي في القانون الفرنسي لا يمكن اعتباره حائزاً، لأنه ملتزم شخصياً بديون مورثه ، إذ إن الحائز يشترط فيه ألا يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين.

أما إذا تلقى الوارث التركة بشرط الجرد فإنه لا يلتزم بديون التركة إلا بقدر ما انتقل إليه من أموالها ، ولا يكون مسؤولاً عن ديون التركة مسؤولية شخصية في أمواله الخاصة. وبذلك فإن مركز الوارث تحت شرط الجرد في القانون المدني الفرنسي يكون قريباً من مركز الحائز للعقار المرهون ، إذ إن كلاهما غير مسؤول عن الدين مسؤولية شخصية، وإنما مسؤول مسؤولية عينية ، فالحائز يكون مسؤولاً في حدود قيمة العقار المرهون، والوارث يكون مسؤولاً عن ديون التركة بقدر ما انتقل إليه من أموال التركة.

ولعل من المناسب أن نعرض أخيراً الى الأساس القانوني لالتزام الورثة بديون المورث في القانون المدني الفرنسي ونقارنه بالأساس القانوني لالتزام الحائز بالدين المضمون بالرهن وخصوصاً في حالة إذا لم يأخذ الوارث بخيار الجرد ولم يطلب دائنو المورث الفصل بين الذمم. إن الوارث باعتباره خلفاً عاماً للمورث يعد في ظل القانون المدني الفرنسي في حكم المتعاقد بالنسبة لأثر العقد الذي يبرمه سلفه ، إذ يعقب المورث في ذمته المالية بما فيها من حقوق وديون، ويُفسر حكم المتعاقد الذي يطبق على الوارث باعتباره خلفاً عاماً ، من خلال اعتبار شخصية الخلف العام استمراراً لشخصية المورث⁽¹⁾ . وهذا ما أكدته المادة (1122) مدني فرنسي ،التي أشارت الى إن الشخص عندما يتعاقد، فإنه يتعاقد لنفسه ولورثته ولخلفه⁽²⁾ . فهذه المادة تعطي للخلف العام قابلية ((vocation)) لتلقي الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الذي يبرمه السلف، وبموجب هذا التعاقد يمكن تبرير انتقال الحقوق والالتزامات من السلف الى الخلف العام.

ولكن يجب الإشارة الى إن الخلف العام . يستطيع أن يحد من هذه القابلية إذا قبل التركة بشرط الجرد ، وله كذلك أن يتخلى عن قابلية تلقي الحقوق والالتزامات من السلف

(1) انظر ، Gabriel Marty , et Raynaud , Tome II , op,cit , P.216 .
(2) نصت المادة (1122) مدني فرنسي على ((onest censeavoir stipule pour soiet pour ses heritier et ayants cause a moins que le contraire ne soil exprime ou ne resulte de la nature de la conven tion))

في حالة رفضه للتركة⁽¹⁾. وبذلك يظهر الاختلاف بين مركز الحائز ومركز الوارث تحت شرط الجرد في القانون الفرنسي ووجه الاختلاف يتمثل بالأساس القانوني لمسؤوليتهما، فأساس مسؤولية الحائز يتمثل بانتقال ملكية العقار المرهون إليه ، أما بالنسبة الى أساس مسؤولية الوارث في القانون الفرنسي فيتمثل باعتبار الوارث في حكم المتعاقد بالنسبة لأثر العقد الذي يبرمه السلف ، الذي أشارت إليه المادة (1122) مدني فرنسي .

ثانياً : في الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي :-

بالنسبة الى موقف الشريعة الإسلامية من مركز الوارث ، ومدى مسؤوليته عن ديون مورثه ، فنلاحظ إن الشريعة الإسلامية عملت على ضمان حقوق الدائنين ، فتوجب أدائها من التركة بعد نفقات تجهيز المتوفى ، فإذا بقى شيء من التركة بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا كان الباقي للورثة طبقاً لقوله تعالى ((من بعد وصية يوصي بها او دين))⁽²⁾ هذا من جهة . ومن جهة أخرى لم تكلف الشريعة الإسلامية الوارث بوفاء دين مورثه من ماله الخاص طبقاً لقوله تعالى ((ولا تزر وازرة وزر أخرى))⁽³⁾.

فالشريعة الإسلامية لم تجعل الوارث مسؤولاً مسؤولية شخصية عن ديون مورثه ، وإنما تتعلق ديون المورث بتركته وتوفى ديون الدائنين في حدود هذه التركة ، إذ إن خلافة الوارث للمورث في الشريعة الإسلامية هي خلافة في المال لا خلافة للشخص كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي⁽⁴⁾. وهذا كله استناداً الى القاعدة الفقهية ((لا تركة إلا بعد سداد الدين)) المعروفة في الشريعة الإسلامية.

وقد ذهب جميع مذاهب الفقه الإسلامي الى ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية إذ أشارت الى إن الوارث لا يكون مسؤولاً عن ديون مورثه في ماله الخاص وإنما تتعلق ديون المورث بتركته وتوفى منها .

(1) انظر ص 31 من الرسالة .

(2) سورة النساء ، الآية (12) .

(3) سورة الإسراء ، الآية (15) .

(4) ولمزيد من التفصيل انظر، محمد طه البشير ، الدين وأحكامه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون – جامعة بغداد – مايس 1984، ص84.

فقد جاء في كتب الفقه الحنفي ((من مات وعليه دين تعلق بتركته تعلقه بالمرهون))⁽¹⁾ . وهذا يدل على أن الدين لا يتعلق بذمة الوارث وإنما يتعلق بتركة المتوفى.

وجاء في كتب الفقه الشافعي ((يذكر إن من مات وعليه دين مستغرق أو غير مستغرق لله تعالى أو لآدمي . تعلق الدين بتركته كما يتعلق بالشيء المرهون فيه، وإن انتقلت التركة إلى ملك الوارث مع وجود الدين ، لأن ذلك أشد احتياطاً للميت وأقرب لبراءة ذمته من الدين))⁽²⁾ . وجاء في كتب الفقه الجعفري ((المحكي عن الأكثر: أن التركة لا تنتقل إلى ورثة الميت مع إشغال ذمته بدين يحيط بها، بل عن السرائر: أنه لا خلاف في إن التركة لا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء ، بل تبقى موقوفة على قضاء الدين))⁽³⁾ .

كذلك فقد جاء في كتب الفقه الحنبلي ((إن الدين الذي على الميت ، سواء أكان لله كالزكاة أو لآدمي ، لا يمنع من انتقال التركة إلى ملك الورثة وذلك لأن تعلق الدين بالتركة لا يزيل ملك مالها وهو حي ، وكذلك لا يمنع من انتقال هذا الملك للوارث متى جاء سببه وهو وفاة مورثه))⁽⁴⁾ . كذلك فقد أشار فقهاء المالكية إلى إن الإنسان إذا مات انعدمت ذمته، وبانعدامها زال محل الدين وانعدم وانتقل الدين إلى التركة إن وجدت وتعلق بها كما تتعلق الديون بالأعيان حفظاً لحق الدائنين⁽⁵⁾ . وبهذا الاتجاه سارت بعض المحاكم العربية على إن شخصية الوارث في الشريعة الإسلامية مستقلة عن شخصية المورث ، وإن ضمان الدائنين ينحصر في أموال التركة فقط ، ولا يكون لهم الحق في التنفيذ على أموال الوارث الخاصة حتى ولو كانت أموال التركة لا تكفي للوفاء بديونهم حيث أشارت محكمة التمييز

(1) انظر، إبراهيم بن سلمان الرملي ، الفتاوى الخيرية لنفع البرية على مذهب الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ، مصر ، 1300 هـ ، ص 64 . انظر كذلك ، السرخسي ، المبسوط ، الجزء 29 ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، 1406 هـ ، ص 137 .

(2) سليمان البجيرمي ، حاشية البجيرمي على منهج الطلاب، الجزء الثاني، ص 361-363 د. شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ، الطبعة الأخيرة ، ج 4 ، مطبعة البابي الحلبي ، القاهرة ، 1357 هـ ، ص 304 .

(3) انظر، الشيخ الأعظم، أستاذ الفقهاء والمجتهدين مرتضى الأنصاري ، الوصايا والمواثيق ، الطبعة الأولى ، مطبعة باقري ، ربيع الأول، 1415 هـ، ص 197 . المحقق الثاني ، الشيخ علي بن الحسين الكركي ، الجزء الخامس، ط 2، تحقيق مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، رمضان، 1414 هـ ، ص 71 . انظر كذلك منهاج الصالحين، فتاوى آية الله العظمى السيد علي السيستاني، الطبعة الخامسة، 1417 هـ، ص 312 .

(4) انظر، منصور يوسف البهوي ، شرح منتهى الإرادات ، الجزء الثاني ، 1319 هـ ، ص 150 .

(5) الخرشي ، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج 5، دار إحياء التراث العربي، ط 1، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، 1406 هـ ، ص 267 . ومن الفقهاء المحدثين انظر، الشيخ عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه، دار العلم للطباعة والنشر، ط 8، بلا سنة طبع، ص 137 . ولمزيد من التفصيل انظر، عادل عبد الرزاق القرعة غولي ، أحكام الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ، 96-1997 ، ص 11-12 .

الأردنية الى إن ((عقد الكفالة هو ضم ذمة الى ذمة ويلزم الكفيل بالتضامن والتكافل مع المدين الأصلي ونظراً لموت المدين الأصلي تلزم تركته بالدين الذي استحق بوفاته و لا يلزم الورثة بشيء من أموالهم الخاصة وينحصر حق الدائن في التنفيذ على أموال التركة قبل توزيعها او على حصص الورثة التي آلت إليهم من التركة ويلزم الكفيل الشخصي برصيد المبلغ المتبقي بعد التنفيذ على أموال التركة))⁽¹⁾.

ومن خلال ما تقدم يمكن ،القول إن الشريعة الإسلامية بمذاهبها المختلفة لم تجعل الوارث مسؤولاً مسؤولية شخصية عن ديون مورثه إذ إن خلافة الوارث للمورث هي خلافة في المال لا خلافة في الشخص .

وبذلك إذا كان على المورث دين ، فان هذا الدين يتعلق بالتركة و لا يتعلق بذمة الوارث ، ومن ثم تكون التركة هي المسؤولة عن وفاء هذا الدين. وبذلك فان مركز الوارث في الشريعة الإسلامية يكون قريباً من مركز الوارث بشرط الجرد في القانون المدني الفرنسي ، إذ إن شخصية الوارث في الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي تبقى مستقلة عن شخصية المورث ، كذلك فان ديون المورث تتعلق بتركته لا بذمة ورثته ، فضلاً عن ذلك ، فان مركز الوارث في الشريعة الإسلامية يقترب من مركز الحائز للعقار المرهون، لان كلاهما غير مسؤول شخصياً عن الدين وان الدين لا يتعلق بذمة أيّ منهم ، وإنما يتعلق بتركة المورث بالنسبة الى الوارث ، ويتعلق بالعقار المرهون بالنسبة الى الحائز. كذلك فان الوارث يحق له قضاء ديون الدائنين ويستخلص التركة لنفسه⁽²⁾ ، كما هو الحال في الحائز للعقار المرهون الذي يستطيع وفاء دين للدائن لمورثه ويبقى العقار مملوكاً له .

ثالثاً :- في القانون المدني المصري :-

بالنسبة الى القانون المدني المصري من طبيعة خلافة الوارث ، ومدى مسؤوليته عن ديون مورثه ، فنلاحظ إن هذا القانون قد أسند مسألة انتقال أموال التركة الى أحكام الشريعة الإسلامية ، وهذا ما أشارت إليه المادة (875 / 1) بقولها ((تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها)) ويلاحظ إن التركة لا تنتقل الى الورثة في

(1) انظر تمييز حقوق رقم 2847 ، تاريخ القرار 2003 / 1/5 ، مجلة نقابة المحامين الأردنية، العددان العاشر والحادي عشر، 2003، ص 2559. انظر كذلك ، تمييز حقوق 96 / 1366 صفحة 3492 سنة 1997 في 1996 / 9/12 . أشار إليه ، د.علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص 123.
(2) انظر، بدران أبو العينين بدران ، أحكام التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص 43.

الشريعة الإسلامية إلا خالصة من الديون ، وان الوارث لا يحل محل المورث في التزاماته ، وهذا ما تقرره القاعدة الفقهية ((لا تركة إلا بعد سداد الدين))⁽¹⁾.

ويلاحظ إن هناك معنيين لقاعدة ((لا تركة إلا بعد سداد الدين)) في القانون المصري ، فإذا أخذت هذه القاعدة بمعنى إن الوارث لا يتلقى حقوق التركة إلا بعد سداد الديون ، ففي هذه الحالة لا يكون مركز الوارث قريباً من مركز الحائز للعقار المرهون ، فالوارث وان كان غير مسؤول شخصياً عن دين مورثه فلا يمكن إطلاق وصف الحائز عليه ، وذلك بسبب قاعدة ((لا تركة إلا بعد سداد الدين)) فهذه القاعدة تمنع انتقال أموال التركة الى الورثة متى كان حق الغير متعلقاً بها ، أما بالنسبة الى الحائز ، فان العقار المرهون ينتقل إليه على الرغم من تعلق حق الغير به⁽²⁾.

أما إذا أخذت هذه القاعدة بمعنى إن الوارث يخلف المورث في أموال التركة وديونها بمجرد الوفاة ، أي إن التركة تنتقل الى الورثة بمجرد موت المورث وقبل سداد الديون ، على ألا يكون الوارث مسؤولاً عن ديون المورث إلا في حدود أموال التركة ، ففي هذه الحالة تكون مسؤولية الوارث عن ديون التركة مسؤولية عينية محددة⁽³⁾.

و يبدو إن القضاء المصري من خلال الأحكام التي سنعرضها قد تبني المعنى الثاني للقاعدة الفقهية ((لا تركة إلا بعد سداد الدين)) حيث تنتقل التركة الى الورثة بمجرد الوفاة وقبل سداد الديون على ألا يكون الوارث مسؤولاً عن ديون المورث إلا في حدود أموال التركة.

فمن أحكام محكمة النقض المصرية ، التي أشارت فيه الى انتقال التركة الى الورثة بمجرد الوفاة وقبل سداد الديون على أن يكون لدائني المتوفي الحق في تتبعها واستيفاء ديونهم منها ، حكمها الذي قضت فيه بان ((مؤدى قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون . إن

(1) انظر، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ، أسباب كسب الملكية ، تنقيح المستشار احمد المراغي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2004 ، ص 89-90 . د. حسن كيره ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2004 ، ص 360.

(2) انظر ، د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص 253. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص 397. وانظر ما جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، إذ نصت ((إن المبدأ القاضي بآلا تركة إلا بعد سداد الديون من شأنه ألا يجعل ملكية العقار المرهون تنتقل إليه من المورث إلا بعد سداد الدين المضمون بالرهن ، فلا محل إذن لان يكون حائزاً لعقار مرهون)) . مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء السابع ، ص 94 .

(3) انظر، د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، الجزء الخامس ، 1968 ، ص 88 . سعيد سعد عبد السلام ، مصادر الالتزام المدني ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص 8 .

تركة المدين تنشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفي يخول لهم تتبعها ، واستيفاء ديونهم منها تحت يد أي وارث او من يكون الوارث قد تصرف إليهم.....))⁽¹⁾.

كذلك فقد أشارت محكمة النقض المصرية في الكثير من أحكامها الى استقلال شخصية الوارث عن شخصية المورث ، وان ديون المورث تتعلق بتركته لا بذمة ورثته ولا يكون الوارث مسؤولاً عن ديون التركة إلا في حدود ما انتقل إليه من أموال التركة. وبهذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية بأنه ((لما كانت شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث، وكانت التركة منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة ، فان ديون المورث تتعلق بتركته و لا تنشغل بها ذمة ورثته ومن ثم لا تنتقل التزامات المورث الى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة))⁽²⁾.

وأشارت في حكم آخر الى إن((استقلال شخصية الوارث عن شخصية المورث. انفصال التركة عن أشخاص الورثة وأموالهم . تعلق التزامات المورث بتركته دون أن تنتقل الى ذمة الوارث إلا في حدود ما آل إليه))⁽³⁾.

ومن خلال ما تقدم يمكن القول بان القضاء المصري يفصل بين شخصية الوارث وشخصية المورث ولا يجعل الوارث مسؤولاً مسؤولية شخصية عن ديون مورثه ، إذ إن ديون المورث تتعلق بتركته لا بذمة ورثته، وان الوارث يتلقى أموال التركة وديونها بمجرد الوفاة ، ولكنه لا يسأل عن ديونها إلا في حدود حقوقها . وفي هذه الحالة تكون مسؤولية الوارث عن ديون مورثه مسؤولية عينية محددة . وهذا مما يؤدي الى أن يكون مركز الوارث في القانون المدني المصري قريباً من مركز الحائز للعقار المرهون، وقريباً كذلك من مركز الوارث تحت شرط الجرد في القانون المدني الفرنسي ، إذ إن جميع

(1) انظر ، نقض مدني مصري في 7 حزيران 1962 ، مجموعة أحكام النقض 116-774-13 . أشار إليه د.محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية الأصلية ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1999، ص35.

(2) انظر ، (جلسة 19 / 6 / 1978 . الطعن رقم 950 لسنة 45 ق س 29 ، ص 1495) . انظر كذلك، جلسة 1977/2/23 . الطعن رقم 518 لسنة 43 س 28 ، ص 548 مشار إليه في مؤلف د.عبد الرزاق السنهوري،الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2004، ص 208 .

(3) انظر، الطعن رقم 858 لسنة 51 ق ، أشار إليه د.فتحيه محمود قره ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ، الدائرة المدنية ، من 1979- 1984 ، بلا سنة طبع ، ص167 .

أصحاب هذه المراكز لا يكونون مسؤولين عن الدين مسؤولية شخصية ، وإنما يكونون مسؤولين مسؤولية عينية محددة .

رابعاً : - في القانون المدني العراقي :

بالنسبة الى موقف القانون العراقي من طبيعة خلافة الوارث ومدى مسؤوليته عن ديون مورثه ، وما إذا كان يلتزم شخصياً بديون مورثه ، أم أنها تتعلق بالتركة ؟ .

نلاحظ إن الفقه العراقي الذي تطرق الى هذا الموضوع ، أشار الى إن قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين تمنع انتقال الديون المترتبة في ذمة المورث الى الوارث ، وإنما تصبح التركة هي المسؤولة عن سداد هذه الديون. فقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين لا تجعل الوارث ملتزماً بديون مورثه إلا بقدر ما انتقل إليه من أموال التركة. واستناداً الى ذلك، إذا أبرم المورث عقداً من شأنه أن يلزمه بالتزام معين ، كما لو اشترى المورث شيء معين ومات قبل تنفيذ الالتزام الذي ترتب عليه وهو دفعه للثمن ففي هذه الحالة يبقى الثمن ديناً في التركة ولا ينتقل الى ذمة الوارث⁽¹⁾.

ويمكن القول ، ان الفقه العراقي لم يجعل من الوارث امتداداً لشخصية المورث ولم يلزمه بديون مورثه ، إذ توفى هذه الديون من أموال التركة فقط .

أما بالنسبة الى القانون المدني العراقي فقد اسند مسألة انتقال التركة الى الورثة الى أحكام الشريعة الإسلامية ، إذ نصت المادة (2 / 1106) مدني عراقي على ((2- وتعين الورثة وتحديد انصائبهم في الإرث وانتقال أموال التركة ، تسري عليها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بها)) .

كذلك فقد نصت في المادة (1 / 142) على ((1- ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث)).

وبذلك فلا بد من الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية والقواعد المتعلقة بالميراث لمعرفة حكم القانون العراقي من مسألة الديون المترتبة في ذمة المورث، وهل يلتزم الوارث بها أم أنها تتعلق بالتركة ؟؟ .

(1) انظر، د.حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص 122. د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، مصادر الالتزام ، مصدر سابق ، ص 130 . د. منذر الفضل النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، 1991، ص 221. محمد عباس السامرائي ، انتقال الالتزام بين الأحياء في الفقه الإسلامي المقارن والقانون ، رسالة دكتوراه ، جامعة الأزهر ، كلية الشريعة والقانون ، مصر ، 1976 ، ص 81. ولمزيد من التفصيل بخصوص آراء الفقه العراقي حول هذا الموضوع . انظر ، د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 2001 ، ص 44.

وقد لا حظنا⁽¹⁾. إن الشريعة الإسلامية لا تجعل شخصية الوارث امتداداً لشخصية المورث ، فالقاعدة بالنسبة للوارث باعتباره خلفاً عاماً ان تنتقل إليه حقوق مورثه دون ان يلتزم بديونه والتزاماته ، ولكنه لا يتلقى هذه الحقوق الا بعد سداد الديون التي كانت على مورثه . وقد أكد القضاء العراقي على إن الوارث لا يكون مسؤولاً عن وفاء ديون مورثه من ماله الخاص ولا يجوز الحجز على أموال الوارث للوفاء بديون المورث إذ قضت محكمة التمييز بأنه ((لا يجوز حجز أموال الوارث عن ديون المورث))⁽²⁾. كذلك فقد قضت ((إن الخلف العام يرث حقوق وواجبات مورثه في حدود تركه هذا المورث))⁽³⁾.

وبذلك يتضح إن الوارث في القانون العراقي لا يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن دين مورثه ، حيث يقتصر ضمان ديون المورث بأموال التركة فقط ولا يتعدى الى أموال الوارث الخاصة ، فمسؤولية الوارث عن ديون مورثه ، هي مسؤولية عينية تتعلق بأموال التركة ، وبذلك فان مركز الوارث في القانون العراقي مشابه لمركز الوارث تحت شرط الجرد في القانون المدني الفرنسي ، إذ أنهما لا يسألان عن الدين إلا في حدود أموال التركة ومثابه كذلك لمركز الحائز للعقار المرهون الذي لا يكون مسؤولاً عن الدين مسؤولية شخصية وإنما مسؤول مسؤولية عينية في حدود العقار المرهون .

إن الرهن التأميني ، باعتباره حقاً عينياً تبعياً يعطي للدائن المرتهن حقين في مواجهة الغير وهما حق التقدم وحق التتبع ، وعن طريق حق التقدم يستوفي الدائن المرتهن دينه من ثمن العقار المرهون متقدماً في ذلك على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنيين التاليين له في المرتبة، وسنستبعد حق التقدم من نطاق بحثنا ونقتصر على حق التتبع لأنه

(1) انظر، ص33 من الرسالة .
(2) انظر، رقم الاضبارة 696 / مدنية أولى / 1972 ، تاريخ القرار 1972 / 12 / 10 ، أشار إليه ، عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، الجزء الرابع ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، 1990 ، ص303 .
(3) انظر، قرار رقم 780 ح - 1953 تاريخ القرار 14-7-1953 ، أشار إليه ، عبد الرحمن العلام، المبادئ القضائية ، القسم المدني، 1957 ، ص180 .

يتعلق بحالة انتقال ملكية العقار المرهون الى شخص آخر وهو الحائز ، فهنا يكون بإمكان الدائن المرتهن استعمال حق التتبع في مواجهته.

ولبيان تعريف حق التتبع وشروط سريانه في مواجهة الحائز سنقسم هذا المبحث على مطلبين :

المطلب الأول : تعريف حق التتبع .

المطلب الثاني : شروط سريان حق التتبع في مواجهة الحائز .

من اجل تعريف حق التتبع ، لا بد من تحديد المقصود به ، وتحديد الشخص الذي يثبت له حق التتبع . وتحديد العلاقة بين حق التتبع وحق التقدم ومدى ظهورهما في الحقوق العينية .

ولاجل بحث المفردات المذكورة آنفاً ، سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع هي :

الفرع الأول :المقصود بحق التتبع .

الفرع الثاني : الشخص الذي يثبت له حق التتبع .

الفرع الثالث : العلاقة بين حق التتبع وحق التقدم ومدى ظهورهما في الحقوق العينية .

الفرع الأول

المقصود بحق التتبع

يعرف حق التتبع بأنه، حق الدائن المرتهن في ملاحقة المال المرهون في حالة انتقال ملكيته او أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن الى الغير، من اجل استيفاء دينه من ثمنه بعد التنفيذ عليه⁽¹⁾.

(1) انظر، د.غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 445. د.علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص 358 . سعيد سعد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص 385 . د.عوض احمد الزعبي ، المدخل الى علم القانون ، دار وائل للنشر ، 2001 ، ص 360 .

فقد يتصرف الراهن بملكية العقار المرهون ، او يرتب عليه حق عيني قابل للرهن. وحينئذ يتعين على الدائن المرتهن تتبع العقار المرهون في يد مالكة الجديد للتنفيذ عليه عن طريق حق التتبع إذا حل اجل الدين ولم يقم المدين او الحائز بوفائه.

ويلاحظ إن حق التتبع لا يظهر إلا في العلاقة بين الدائن المرتهن باعتباره صاحب حق عيني تبعي والحائز للعقار المرهون باعتباره صاحب حق عيني اصلي والذي لا يمكن اعتباره صاحب حق عيني تبعي كما هو الحال في الدائن المرتهن. والسبب في ذلك يرجع الى إن الحائز هو كل من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون او أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن ، وكما هو معلوم بان الحقوق العينية التبعية غير قابلة للرهن. لذلك فلا يمكن اعتبار الحائز صاحب حق عيني تبعي .

ولا يستعمل حق التتبع إلا على العقار المرهون وملحقاته المعتبرة عقاراً⁽¹⁾. سواء كانت عقارات بطبيعتها أم عقارات بالتخصيص. ويكون على العقارات بالتخصيص بوصفها من ملحقات العقار، فإذا فقدت العقارات بالتخصيص هذه الصفة، فلا يشملها الرهن ولا يمكن مباشرة التتبع عليها⁽²⁾.

وان الغرض من مباشرة الدائن المرتهن لحق التتبع في مواجهة الحائز هو من اجل التنفيذ على العقار في مواجهته واستيفاء حقه بالتقدم من ثمنه في حالة بيعه بالمزاد العلني. ويلاحظ إن حق الدائن المرتهن في التتبع مرتبط بحق الراهن في التصرف بالعقار المرهون، ومن ثم لا يمكن تصور وجود احدهما دون الآخر و إلا انتقصنا من حق الراهن في الملكية، ومن حق الدائن المرتهن في الرهن، إلا إذا لم يستعمل الدائن المرتهن حق التتبع فهنا يمكن أن يوجد حق التصرف دون حق التتبع ولا يؤدي هذا الانتقاص من حق المرتهن في الرهن.

(1) انظر، المادة (1292) مدني عراقي .

(2) انظر، محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ، ص 131- 132 . ومن الجدير بالإشارة إن العقار بالتخصيص استناداً الى المادة (63) مدني عراقي. هو المنقول الذي يضعه مالكة في عقار مملوك له رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله . ويفقد العقار بالتخصيص هذه الصفة أما بإرادة المالك وذلك في حالة ما إذا اخرج المنقول من خدمة العقار وخصصه الى غرض آخر ، أو بسبب خارج عن إرادة المالك ، كما لو هلك العقار بالتخصيص بسبب أجنبي أو بسبب الغير .

فالدائن المرتهن يستطيع اتخاذ إجراءات نزع ملكية العقار المرهون بعد خروج ملكيته من ذمة المدين الراهن ، وهذا يفسر على السواء . حق الراهن في التصرف وحق المرتهن في التتبع وما بين الحقين من ارتباط⁽¹⁾.

ويمكن القول ، إن حق التتبع يعني حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون في مواجهة الحائز ، واستيفاء دينه من ثمنه متقدماً في ذلك على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة .

الفرع الثاني الشخص الذي يثبت له حق التتبع

إن الشخص الذي يثبت له حق التتبع في نطاق الرهن التأميني ، هو كل دائن مرتهن حتى وإن كان من غير المتوقع أن يحصل على دينه من ثمن العقار المرهون عند بيعه⁽²⁾. ولكن يلاحظ أنه ليس كل دائن مرتهن يثبت له حق التتبع في مواجهة الحائز ، فلا بد من توافر عدة شروط لكي يثبت حق التتبع للدائن المرتهن وهذا ما سنبحثه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

وقد أشار المشرع العراقي الى حق التتبع والشخص الذي يثبت له في المادة (1/306) من القانون المدني العراقي ، إذ نصت ((يجوز للمرتهن عند حلول اجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز لهذا العقار))⁽³⁾.

كذلك فقد أشارت المادة (2166) من القانون المدني الفرنسي⁽⁴⁾، الى إن الدائنين الذين لهم امتياز او رهن مقيد على عقار يتبعونه في أي يد يكون ليستوفوا حقهم حسب مراتبهم وقيودهم. وبخصوص حق الدائن المرتهن في التتبع، قضت محكمة النقض المصرية بأنه ((مفاد نص المادة 574 من القانون المدني السابق الذي يسري على واقعة الدعوى، إن للدائن المرتهن أن يتتبع العقار المرهون رهناً رسمياً في أي يد يكون))⁽⁵⁾. كذلك فقد أشارت محكمة التمييز في العراق في احد أحكامها الى حق الدائن المرتهن في

(1) انظر ، Aubry et Rau, op, cit , No.286

(2) انظر، محمد علي إمام ، مصدر سابق ، ص 344.

(3) تقابلها المادة (1060 / 1) مدني مصري (موافق) ، والمادة (1352) مدني أردني(موافق) ، والمادة (911) مدني جزائري(موافق).

(4) انظر كذلك، المادة (2169) مدني فرنسي ، إذ أشارت الى إن كل دائن مرتهن يستطيع أن ينفذ على العقار في مواجهة الحائز .

(5) نقض مدني في 1992/5/31. طعن رقم 1496 لسنة 57ق، مجموعة أحكام النقض، س43، الجزء الأول، ص786. رقم 163، حكم أشار إليه، د.محمد عبد الظاهر حسين، التأمينات العينية والشخصية، الجزء الأول، التأمينات العينية، 2002، ص156-157.

تتبع العقار واستيفاء دينه بالتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له بالمرتبة ، إذ قضت بأنه ((الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه ان يقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له بالمرتبة من استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون))⁽¹⁾

الفرع الثالث

العلاقة بين حق التتبع وحق التقدم ومدى ظهورهما في الحقوق العينية

إن حق التتبع ليس حقاً مستقلاً عن حق التقدم ، وإنما هو وسيلة لحماية حق التقدم، فحق التتبع يمهّد الطريق أمام حق التقدم من خلال التنفيذ على العقار المرهون في حالة خروجه من ذمة المدين الراهن لكي يستوفي الدائن المرتهن حقه قبل غيره بمقتضى هذا الحق ، كذلك فإن حق التقدم ملازم لحق التتبع في حالة خروج العقار المرهون من ذمة الراهن ، فالتقدم يلزم الرهن دائماً . أما حق التتبع فقد يكون ملازماً للرهن أو لا يكون ملازماً له حسب ظروف الحال⁽²⁾ . بعبارة أخرى. إذا بقى العقار المرهون في ذمة المدين الراهن ، فلا يحتاج الدائن المرتهن الى حق التتبع ، وإنما يحتاج الى حق التقدم فقط⁽³⁾ . أما إذا انتقلت ملكية العقار المرهون الى الغير، فإن الدائن المرتهن يحتاج في هذه الحالة الى حق التتبع وحق التقدم.

أما بالنسبة الى مدى ظهور حق التتبع وحق التقدم في الحقوق العينية ، فنلاحظ إن هناك رأياً في الفقه⁽⁴⁾ . ذهب الى إن حق التتبع وحق التقدم يعتبران من مزايا الحقوق العينية التبعية.

(1) رقم القرار 1401/مدنية أولى/92، تاريخ القرار 1992/12/17. انظر، إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، الجزء الرابع، مطبعة الزمان، بغداد ، 2000، ص 23.

(2). انظر ، د. احمد سلامة ، دروس في التأمينات المدنية، مصدر سابق، ص 237. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق، ص 109.

(3) انظر، د. اسعد دياب ، أبحاث في التأمينات العينية ، الطبعة الأولى ، 1988 ، ص 75. د. سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مطابع دار النشر للجامعات ، 1959 ، ص 202 .

(4) انظر، د. محمد المرسي زهرة ، مصدر سابق ، ص 14.

بينما ذهب الرأي الغالب في الفقه⁽¹⁾ الى إن الحقوق العينية سواء كانت أصلية أم تبعية تعطي لصاحبها حق التتبع وحق التقدم، والفارق بينهما ينحصر فقط في درجة ظهور او وضوح كل من حق التتبع وحق التقدم .

ونحن نؤيد ما ذهب إليه الرأي الغالب في الفقه ، حيث إن الحقوق العينية الأصلية والتبعية تعطي لصاحبها حق التتبع وحق التقدم ، دون أن تقتصر هذه الحقوق على الحقوق العينية التبعية. وقد أكدت محكمة التمييز في العراق على إن الحقوق العينية الأصلية تعطي لصاحبها حق التتبع إذ قضت ((للمشتري ملاحقة المبيع عندما يتعرض له أجنبي ، فيحق للمشتري مقاضاة البائع او واضع اليد على المبيع))⁽²⁾.

وبالرغم من إن الحقوق العينية ، سواء كانت أصلية أم تبعية ، تعطي لصاحبها حق التتبع . إلا إن حق التتبع يكون أكثر وضوحاً في الحقوق العينية التبعية ، والسبب في ذلك يرجع الى إن سلطة التصرف تبقى لمالك الشيء الوارد عليه الحق العيني التبعية. وان صاحب الحق العيني التبعية لا يستطيع التصرف في الشيء محل الحق . وبالتالي إذا قام المالك بالتصرف في الشيء الوارد عليه الحق العيني التبعية ونقل ملكيته الى شخص آخر، فان هذه التصرفات هي التي تحقق الحالات العملية التي يلجأ فيها صاحب الحق العيني التبعية الى تتبع الشيء في يد المتصرف إليه .

أما في الحقوق العينية الأصلية ، فان صاحب الحق العيني الأصلي هو الذي يملك سلطة التصرف في الشيء محل الحق ، ولا يوجد شخص آخر يستطيع أن يتصرف في الشيء ، وبذلك تظهر الصعوبة في الكشف عن أمثلة عملية يباشر فيها صاحب الحق العيني الأصلي سلطته في التتبع⁽³⁾.

(1) انظر، د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 445 . د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 1998 ، ص 17 . د. محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 1997 ، ص 13 . د. نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2001 ، ص 9-10 .

(2) انظر، قرار رقم 115/حقوقية ، 1968 ، تاريخ القرار 1968/3/20 . قضاء محكمة التمييز ، القرارات الصادرة سنة 1968 ، المجلد الخامس ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1971 ، ص 226 . أشار إليه ، عامر محمد علي ، مبدأ سريان العقد ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة النهرين ، 2001 ، ص 12 هامش (3).

(3) انظر، محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ، ص 131 . سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص 244 . وفي الفقه الفرنسي انظر ، Jossier and op.cit, P.997 .

لكي يستطيع الدائن المرتهن مباشرة حق التتبع والتنفيذ على العقار المرهون في مواجهة الحائز ، لا بد من توافر عدة شروط، منها يتعلق بالشخص الذي يباشر الدائن المرتهن حق التتبع في مواجهته وهو الحائز للعقار المرهون ، أما القسم الآخر من الشروط فيتعلق بحق الدائن المرتهن .

ولاجل بيان هذه الشروط ، سنقسم هذا المطلب على فرعين :

الفرع الأول :- الشروط المتعلقة بالحائز .

الفرع الثاني :- الشروط المتعلقة بحق الدائن المرتهن .

الفرع الأول الشروط المتعلقة بالحائز

لكي يكتسب الشخص صفة الحائز للعقار المرهون ، لا بد من توافر عدة شروط ، وهذه الشروط هي :-

أولاً : أن تنتقل إليه ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن :-
يشترط لاكتساب الشخص صفة الحائز أن تنتقل إليه ملكية العقار المرهون كله أو جزء منه، أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن ، والحكمة من اشتراط أن يكون الحق العيني الذي انتقل الى الحائز قابلاً للرهن تتمثل بان الغرض النهائي من التتبع هو التنفيذ على الحق في يد الحائز وبيعه بالمزاد العلني لاستيفاء دين الدائن المرتهن ، فإذا كانت هذه الحقوق غير قابلة للرهن ، فإنه لا يصح التعامل بها ولا يجوز بيعها بالمزاد العلني . كحق الارتفاق والاستعمال والسكنى، ولا يكون هناك معنى لتتبعها ولا يعد من اكتسبها حائزاً⁽¹⁾ والسبب في عدم اعتبار الشخص الذي يكتسب حق ارتفاق حائزاً هو ان حق الارتفاق لا

(1) انظر، محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ، ص133. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص205. د. محمد لبيب شنب، دروس في التأمينات العينية والشخصية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974 ، ص87.

يمكن بيعه مستقلاً عن العقار المخدم ، وهذا هو أيضاً حال من يكسب حق استعمال او حق سكنى ، وذلك لأنهما حقان شخصيان لصاحبهما ولا يجوز بحسب الأصل التنازل عنهما للغير ، ومن ثم لا يجوز بيعهما⁽¹⁾.

ولكن يلاحظ إن الدائن المرتهن وان كان لا يستطيع تتبع هذه الحقوق لأنه لا يكون هناك معنى لتتبعها ، فانه يستطيع التنفيذ على العقار في مواجهة المدين الراهن باعتباره خالياً من هذه الحقوق⁽²⁾.

وفي نطاق هذا الشرط يطرح تسأول، هو هل إن الشخص الذي يكتسب حقاً عينياً تبعياً او حقاً شخصياً يعد حائزاً للعقار المرهون ؟ .

والجواب عن ذلك، نقول بان الشخص إذا اكتسب حقاً عينياً تبعياً على العقار بوصفه رهناً حيازياً ، فان المرتهن حيازياً لا يعد حائزاً وذلك لان هذه الحقوق غير قابلة للرهن والبيع بالمزاد العلني. وعلى الدائن المرتهن رهناً تأمينياً في هذه الحالة ، ان يقوم بتوجيه إجراءات نزع الملكية في مواجهة الراهن وليس في مواجهة المرتهن حيازياً على الرغم من إن العقار في حيازة الأخير⁽³⁾.

كذلك لا يعد حائزاً من لم يكتسب سوى حق شخصي كالمستأجر والمشتري بعقد غير مسجل ومن لم يكتسب أي حق كواضع اليد الذي لم يملك بعد⁽⁴⁾. وبذلك فان الدائن المرتهن في هذه الحالة لا ينزع ملكية العقار المرهون من تحت يد المستأجر ولو كان عقد الإيجار مسجلاً، وإنما يتوجب عليه اتخاذ إجراءات نزع الملكية في مواجهة المدين الراهن، وكذلك الحال بالنسبة الى المشتري بعقد غير مسجل ، ويلاحظ بان الدائن المرتهن وان كان له الحق في التنفيذ على العقار المرهون المؤجر، إلا أنه لا يستطيع أن يطلب من المستأجر تخلية العقار متى كان عقد الإيجار مسجل في سجل الرهن بموافقة المرتهن او إذا اشر عقد الإيجار بموافقه إذا حصل الإيجار بعد تسجيل الرهن كذلك الحال إذا كان العقار المرهون

(1) هناك استثناء يرد على هذا الأصل. إذ يجوز لصاحب حق الاستعمال وحق السكنى النزول عن الحق للغير، وذلك في حالة وجود شرط صريح يجيز له التنازل مثبت في السند الرسمي الذي أنشأ الحق ، وكذلك في حالة وجود مبرر قوي كما لو انتقل الموظف الى مكان آخر ، وهذا ما نصت عليه المادة (1263) مدني عراقي بقولها ((لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال او عن حق السكنى ، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي)).

(2) انظر، . Josserand , op, cit n.1887

(3) انظر، محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص111.

(4) انظر، شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص 147. نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص111.

مؤجراً بعقد رسمي ثابت التاريخ قبل تسجيل الرهن ولم يبين ذلك في سجل الرهن ، فيعد هذا الإيجار نافذاً بحق الدائن المرتهن خلال مدة الرهن على ألا يزيد على ثلاث سنوات من سريان عقد الإيجار⁽¹⁾.

ومن الجدير بالملاحظة، قد لا يكتسب الشخص ملكية العقار المرهون وإنما يترتب له حق منفعة عليه ، او يكتسب حق الرقبة فقط ، ففي هذه الحالة يعد الشخص الذي تلقى هذه الحقوق حائزاً والسبب في ذلك هو إن حق المنفعة وحق الرقبة هي حقوق عينية أصلية يجوز رهنها وبيعها بالمزاد العلني⁽²⁾.

وإذا كان يشترط لاكتساب الشخص صفة الحائز أن تنتقل إليه ملكية العقار المرهون او أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن ، فمن الطبيعي أن يحصل انتقال الملكية او الحق العيني بأحد أسباب كسب الملكية ، ويستوي أن يكون ذلك بيعاً او وصية او مقايضة او شفعة الخ .

ولكن يلاحظ في نطاق هذا الشرط إن ثمة أنواعاً من طرق كسب الملكية تؤدي الى زوال الرهن وتطهير العقار من التكاليف التي تنقله، وهو الأمر الذي يعطل حق التتبع ، فمن اشترى شيئاً بطريق المزاد العلني لا يعد حائزاً. لان البيع بالمزاد العلني يؤدي الى انتقال الملكية الى المشتري محررة من الرهن . كذلك في حالة نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة⁽³⁾، فلا يجوز للدائن المرتهن في هذه الحالة أن يتتبع العقار تحت يد الجهة الحكومية نازعة الملكية. وإنما ينصب حقه على التعويض المستحق . والسبب في ذلك يعود الى إن العقار قد اكتسب صفة الملك العام . ومن ثم أصبح غير قابل للحجز والبيع . ويعتبر هذا من قبيل الهلاك بحكم القانون، وهو مما يؤدي الى سقوط اجل الدين واستحقاق الدين فوراً ، ومن ثم يقتضي المرتهن حقه من البذل او التعويض المستحق في مقابل نزع الملكية.

ولابد من الإشارة الى إن حق التتبع يزول كذلك في حالة فقد الصفة العقارية للعقار وذلك في حالة بيع العقار بالتخصيص مستقلاً عن العقار بطبيعته وبيع المنقول بحسب المال، كما في حالة هدم العقار المرهون وبيع أنقاضه ففي هذه الحالة تتعطل سلطة التتبع

(1) انظر، المادة (1 / 314 ، 2 ، 3) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971.

(2) انظر، د.علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص 359 .

(3) انظر، شاكراً ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص 148. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج 10، مصدر سابق، ص 410. د. احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق ، ص 257.

على هذه المنقولات ، ولا يعد مشتريها حائزاً وليس للدائن المرتهن في هذه الحالة إلا حق التقدم على ثمنها إذا لم يدفع بعد⁽¹⁾.

وقد أشارت المادة (2 / 1306) من القانون المدني العراقي الى هذا الشرط بقولها ((2- ويعتبر حائزاً للعقار المرهون ، كل من انتقلت إليه بعد الرهن بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار، أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن))⁽²⁾.

وقد أكد القضاء المصري على ضرورة انتقال ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن لكي يكتسب الشخص صفة الحائز ، فقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية بأنه ((الحائز في التنفيذ العقاري الذي أوجبت المادة 626 من قانون المرافعات السابق إنذاره بدفع الدين أو تخلية العقار هو – كما عرفت المادة 2 / 1060 من القانون المدني – كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن))⁽³⁾.

ثانياً : عدم توافر صفة المديونية في الحائز:-

يشترط في الحائز ألا تتوافر فيه صفة المديونية ، أي ألا يكون الحائز مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن⁽⁴⁾. بعبارة أخرى ، ألا يكون من الممكن للدائن المرتهن التنفيذ على جميع أمواله بمقتضى حق الضمان العام⁽⁵⁾.

فإذا كان الشخص الذي اكتسب ملكية العقار المرهون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن، فإن هذا الشخص لا يعد حائزاً للعقار، ومن ثم فإن الدائن المرتهن يباشر إجراءات نزع الملكية من تحت يده على أساس حقه في الضمان العام على جميع أموال مدينه ، ولا يحتاج الدائن في هذه الحالة الى مباشرة حق التمتع في مواجهته . والسبب في عدم اكتساب هذا الشخص لصفة الحائز يعود الى إن هذا الشخص يلتزم بضمان الدين في جميع أمواله تجاه الدائن المرتهن ، وللحائز من الحقوق ما يتنافى

(1) انظر، محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص 135.

(2) انظر، تقابلها المادة (911) مدني جزائري (موافق)، والمادة (2 / 1060) مدني مصري (موافق).

(3) انظر، (الطعن رقم 371 سنة 39 ق جلسة 1974 / 10 / 22 س 25 ص 1153) أشار إليه ، سعيد احمد شعله ، مصدر سابق ، ص 638.

(4) إن الالتزام المدني يتضمن عنصرين ، عنصر المديونية وعنصر المسؤولية وإن التزام الحائز بالدين المضمون بالرهن يقوم على عنصر المسؤولية دون عنصر المديونية .

(5) انظر، سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، في الحقوق العينية التبعية ، الطبعة الثالثة ، تنقيح د. حبيب إبراهيم الخليلي، 1995، ص 293. اسعد دياب ، مصدر سابق ، ص 76.

مع ذلك ، إذ بإمكان الحائز أن يمنع التنفيذ على العقار المرهون من خلال دفع الدين الى الدائن المرتهن ، او أن يقوم بتحرير العقار من الرهن ، وذلك بعرض قيمته على الدائنين المرتهنين .

بعبارة أخرى ، إن حقوق الحائز بدفع الدين وتحرير العقار من الرهن تتنافى مع التزام هذا الشخص بضمان الدين في جميع أمواله⁽¹⁾. لذلك يجب أن لا يتمتع بصفة الحائز واستناداً الى ذلك ، لا يعد حائزاً من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون ، او أي حق عيني عليه متى كان هذا الشخص مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين ، كما هو الحال بالنسبة للشريك في الدين سواء كان متضامناً او غير متضامن . فقد يتعدد المدينون بدين واحد ثم يقوم احدهم برهن عقاره ضماناً لهذا الدين ، وبعد تسجيل الرهن يقوم ببيع العقار المرهون الى مدين آخر ، فهذا المدين لا يعد حائزاً للعقار المرهون ، سواء كان متضامناً مع المدين الراهن او غير متضامن . والسبب في ذلك يعود الى أنه مسؤولاً عن الدين مسؤولية شخصية⁽²⁾. وبذلك فان الشخص إذا اخذ على عاتقه وفاء دين المدين للدائن المرتهن لا يعتبر إذا انتقلت إليه ملكية العقار المرهون حائزاً بالنسبة الى ذلك الدائن⁽³⁾ .

من جانب آخر ، لا يعد حائزاً الكفيل الشخصي للدين ، والكفيل العيني الذي قدم بإرادته العقار لضمان الوفاء بالدين⁽⁴⁾.

فالكفيل العيني لم تنتقل إليه ملكية العقار المرهون ، وإنما هو المالك له أصلاً، وهذا ما يجعله لا يتمتع بصفة الحائز.

وقد ذهب رأي في الفقه⁽⁵⁾. الى إن الكفيل العيني لا يعد حائزاً لأنه مسؤول شخصياً في مواجهة الدائن المرتهن عن الدين المضمون بالرهن ، ويمكن القول بان الكفيل العيني ليس مسؤولاً مسؤولية شخصية تجاه الدائن المرتهن ، وإنما مسؤول مسؤولية عينية في حدود ما رهنه لضمان الوفاء بالدين⁽⁶⁾. ومما يؤكد على إن مسؤوليته عينية ، أنه

(1) انظر، د.علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص361.

(2) انظر، د.محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص88 .

(3) انظر، استئناف مختلط 15 ابريل 1948 ، 600 ، ص 104 . حكم أشار إليه ، د.سليمان مرقس،التأمينات العينية، مصدر سابق ، ص 208.

(4) شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق ، ص 148. د.علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص360 . حسين عبد اللطيف حمدان ، مصدر سابق ، ص532.

(5) انظر، نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص112.

(6) انظر، المادة (1300) مدني عراقي .

يستطيع أن يتخلى عن العقار المرهون ، ويجري التنفيذ على العقار في هذه الحالة تحت يد الحارس الذي تعينه المحكمة⁽¹⁾.

لذلك فإن عدم اعتبار الكفيل العيني حائزاً يرجع الى عدم انتقال ملكية العقار المرهون إليه ، وإنما هو المالك له أصلاً .

أما بالنسبة الى القانون المدني العراقي فقد أشار الى إن الحائز لا يعد مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين ، وهذا ما نصت عليه المادة (1306 / 2) مدني عراقي، إذ نصت ((دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن)).

وقد أكد القضاء على إن مسؤولية الحائز عن الدين المضمون بالرهن هي ليست مسؤولية شخصية فقد جاء في إحدى المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ما يأتي ((الحائز في التنفيذ العقاري هو من اكتسب ملكية عقار مرهون او حقاً عينياً عليه بموجب سند مسجل سابق في تسجيله على تسجيل تنبيه نزع الملكية ودون أن يكون مسؤولاً شخصياً عن الدين المضمون بالرهن))⁽²⁾.

ومن خلال ما تقدم يمكن القول بان صفة المديونية ترفع عن مكتسب العقار صفة الحائز، ولا تعود إليه الصفة الأخيرة ، إلا إذا زالت عنه الصفة الأولى ((صفة المديونية)) فإذا كان الشخص قد كفل جزءاً من الدين ثم انتقلت إليه ملكية العقار المرهون ، فإنه لا يعد حائزاً ، لأنه مسؤول عن جزء من الدين ، ولكن إذا زالت صفة المديونية بانقضاء التزامه باعتباره كفيلاً ، في حالة قيامه بدفع الجزء المكفول للدائن ، ففي هذه الحالة تعود إليه صفة الحائز وتثبت له جميع حقوق الحائز.

ثالثاً :- تسجيل سند الحائز :

يشترط لكي يكتسب الشخص صفة الحائز، أن يقوم بتسجيل العقد الذي يترتب على تسجيله انتقال ملكية العقار المرهون او الحق العيني الوارد عليه الى الحائز⁽³⁾.

وبذلك فإن المدين الراهن إذا قام ببيع العقار المرهون الى مشتري لم يسجل عقد البيع ، فإن هذا الشخص لا يعد حائزاً . وذلك لأنه لم يسجل عقده . ويحق للدائن المرتهن

(1) انظر، المادة (1051 / 2) مدني مصري ، والمادة (991 / 2) مدني كويتي .
(2) انظر، (الطعن رقم 96 سنة 33 ق جلسة 1966/12/27 س 17 ع 4 ص 1985) أشار إليه ، د. سعيد احمد شعله، مصدر سابق ، ص 637 .
(3) انظر، د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 449 . شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص 148 . محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 111 . د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص 317 .

في هذه الحالة أن يحتج بحقه في مواجهته ، ويعتبر إن العقار لا يزال مملوكاً للمدين الراهن وبالتالي يحق له التنفيذ على العقار المرهون ليس في مواجهة المشتري الذي لم يسجل عقده، وإنما في مواجهة المدين الراهن .

ويلاحظ إن هذا الشرط لم تنص عليه المادة (1306 / 2) من القانون المدني العراقي، عند تحديدها لشروط الحائز، وإنما هو مستفاد ضمناً من نص هذه المادة. فهذه المادة نصت على إن الحائز هو من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن ،ومن الطبيعي إن انتقال الملكية أو الحق العيني الى الحائز يستلزم أن يقوم الحائز بتسجيل عقده⁽¹⁾. وقيام الحائز بتسجيل عقده كافٍ لاكتساب صفة الحائز، وبالتالي لا يستلزم أن يكون المتصرف إليه ((الحائز)) قد وضع يده على العقار المرهون. لأن المهم هو انتقال الملكية وليس وضع اليد.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بهذا الخصوص ، إذ قالت ((إن الحائز في التنفيذ العقاري هو من اكتسب ملكية عقار مرهون أو حقاً عينياً عليه يجوز رهنه وذلك بموجب سند مسجل سابق في تسجيله على تسجيل تنبيه نزع الملكية....))⁽²⁾.

رابعاً : اكتساب الحائز للحق بعد تسجيل الرهن وقبل تسجيل قرار الحجز على العقار المرهون :- يشترط لاكتساب الشخص صفة الحائز، أن تكون ملكية العقار المرهون ، أو الحق العيني الوارد عليه قد انتقلت إليه بعد تسجيل الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية في القانون المصري⁽³⁾.

وبذلك فإن الملكية إذا انتقلت الى الشخص قبل تسجيل الرهن ، فإن الدائن المرتهن لا يستطيع أن يحتج بحقه في مواجهته ، ولا يكون له الحق في مباشرة إجراءات التتبع، إذ إن عدم نفاذ الرهن في حق الغير ينفي عن الغير صفة الحائز .

أما إذا انتقلت الملكية الى المتصرف إليه بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية ففي هذه الحالة لا يسري حق المتصرف إليه في حق الدائن المرتهن ، وللدائن المرتهن أن يتجاهل التصرف، وإن ينفذ على العقار المرهون في مواجهة الراهن باعتباره مالكا له، أما في القانون العراقي . فيشترط أن يكتسب الحائز الحق بعد تسجيل الرهن وقبل وضع إشارة

(1) انظر، المادة (508) مدني عراقي ، والمادة (2/3) من قانون التسجيل العقاري .
(2) انظر، الطعن رقم 115 سنة 26 ق جلسة 28 / 4 / 1970 س 21 ع 2 ص 720 (أشار إليه، سعيد احمد شعله ، مصدر سابق ، ص 638 .
(3) انظر، محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 112.د.احمد سلامه ، التأمينات المدنية، مصدر سابق، ص 259.

الحجز على العقار، وبالتالي فإذا اكتسب الشخص ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن قبل تسجيل الرهن على سجل العقار فلا يكسب هذا الشخص صفة الحائز و لا يستطيع الدائن المرتهن أن يحتج بحقه في مواجهته وذلك لأنه اكتسب الحق قبل تسجيل المرتهن لحق الرهن.

أما إذا اكتسب الشخص ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن بعد وضع إشارة الحجز على العقار ، فان هذا الشخص لا يعد حائزاً ولا ينفذ حقه تجاه الدائن المرتهن، وللدائن المرتهن تجاهل هذا التصرف والتنفيذ على العقار في مواجهة المدين الراهن . وبذلك فان أي تصرف يقع على العقار بعد وضع إشارة الحجز لا يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن وهذا ما نصت عليه المادة (86 ثانياً) من قانون التنفيذ بقولها ((لا يحق إجراء أي معاملة على العقار ، بعد وضع إشارة الحجز بدون موافقة مديرية التنفيذ التي وضعت الحجز)) وبهذا الخصوص قضت محكمة التمييز بأنه ((إذا وقع عقد البيع بعد تاريخ وضع الحجز فلا يعتبر البيع نافذاً بحق الحاجز))⁽¹⁾.

وبذلك فان عدم نفاذ ما تلقاه الغير من حق في حق الدائن المرتهن ينفي عن الغير صفة الحائز أيضاً.

وقد أكد القضاء المصري على هذا الشرط إذ استوجبت محكمة النقض المصرية لا اعتبار الشخص حائزاً وبحسب ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون سند ملكيته اسبق في التسجيل من تسجيل تنبيه نزع الملكية إذ قضت في احد أحكامها ((والحائز هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – كل من اكتسب ملكية العقار المثقل بحق عيني تبعي او حقاً عينياً عليه بموجب سند سابق في تسجيله على تسجيل تنبيه نزع الملكية.....))⁽²⁾.

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بحق الدائن المرتهن

(1) رقم القرار 1119 ح-1954، تاريخ القرار 15-8-1954، أشار إليه، عبد الرحمن العلام، المبادئ القضائية، القسم المدني، 1957، ص318.

(2) انظر، (الطعن رقم 75 سنة 41 ق جلسة 24 / 11 / 1983 س 34 ص 1678) أشار إليه، سعيد احمد شعله ، مصدر سابق ، ص 639 .

إن الدائن المرتهن له حقاً شخصياً هو الدين يضمنه حق عيني تبقي يتمثل بالرهن ،
وان الوسيلة في حماية هذا الحق تتمثل بحق التتبع الذي يعطى للدائن المرتهن في حالة
خروج العقار المرهون من ذمة الراهن الى ذمة شخص آخر ((الحائز)) .
وعليه لابد من توافر عدة شروط في حق الدائن المرتهن ، لكي يستطيع التنفيذ على
العقار المرهون في حالة انتقاله الى الحائز ، وهذه الشروط هي:

أولاً : - حلول اجل الدين المضمون بالرهن:-

إن الغرض من حق التتبع هو التنفيذ على العقار المرهون في مواجهة الحائز، ولا
يكون التنفيذ ممكناً إلا إذا حل اجل الدين المضمون⁽¹⁾ .

وبذلك فان اجل الدين إذا لم يحل بعد ، فلا يجوز للدائن المرتهن التنفيذ على العقار
بمقتضى حقه المؤجل ، وتظهر هنا صفة التبعية لحق الرهن ، وكونه يستند صفات الدين
المضمون ، وعليه إذا كان الدين معلقاً على شرط او مؤجلاً ، فلا يحق للدائن المرتهن
استعمال حق التتبع ما لم يتحقق الشرط او يحل الأجل. وهذا ما أشارت إليه المادة
(1/1306) مدني عراقي بقولها ((يجوز للمرتهن عند حلول اجل الدين أن ينزع ملكية
العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز لهذا العقار.....))⁽²⁾.

وقد أشارت محكمة النقض المصرية ، بان الدائن المرتهن لا يحق له مباشرة حق
التتبع إلا عند حلول اجل الدين ، إذ قضت ((.....للدائن المرتهن حق عيني على العقار

(1) انظر، شاكراً ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص 146. محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ،
مصدر سابق ، ص 110 . اسعد دياب ، مصدر سابق ، ص 75 . د. احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، مصدر
سابق ، ص 261 . وفي الفقه الفرنسي انظر ، Aubry et Rau , op , cit , p.1011 ; Jossierand . op , cit , P.590.

(2) تقابلها المادة (1352) مدني أردني إذ نصت ((للدائن المرتهن رهناً تأمينياً حق تتبع العقار المرهون في
يد أي حائز له لاستيفاء دينه عند حلول اجل الوفاء به طبقاً لمرتبه)) ، المادة (1060) مدني
مصري (موافق). والمادة (911) مدني جزائري (موافق) .

المرهون يخوله مزية التتبع فيحق له عند حلول اجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار⁽¹⁾.

ولا يكون للدائن المرتهن أي حق على العقار المرهون قبل حلول اجل الدين، باستثناء حقه في اتخاذ الإجراءات الضرورية للمحافظة على المرهون من الهلاك او التعيب ، او أي خطر يهدد سلامته. و يجب الملاحظة الى ان الدائن المرتهن لا يباشر إجراءات التنفيذ على العقار المرهون لمجرد حلول اجل الدين ، فقد يحل اجل الدين ويقوم المدين بوفاء الدين الى الدائن المرتهن⁽²⁾.

وبذلك فان حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون لا يبدأ الا إذا حل اجل الدين ، وامتنع المدين عن الوفاء ، ففي هذه الحالة يستطيع الدائن المرتهن مباشرة إجراءات نزع ملكية العقار المرهون وبيعه بالمزاد العلني واستيفاء دينه متقدماً على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة.

وإذا كان المدين قد مُنح أجلاً قضائياً ((de'laidegrace)) فان الحائز يستفيد من هذا الأجل الممنوح للمدين⁽³⁾.

ولكن إذا حل اجل الدين أيّاً كان سبب هذا الحل ، فان الدائن المرتهن يستطيع مباشرة إجراءات التتبع والتنفيذ على العقار في مواجهة الحائز . ويحل اجل الدين في حالة نزول الراهن عن الأجل⁽⁴⁾. وكذلك في حالة إفلاس المدين او إعساره او موته وكذلك إذا اضعف المدين بفعله ما أعطى للدائن من تأمينات ، وكذلك عدم تقديم المدين ما وعد الدائن بتقديمه من تأمينات⁽⁵⁾.

وبذلك يتضح بان الحائز يضار من سقوط الأجل بالنسبة للمدين او تنازل هذا الأخير عنه على عكس الكفيل فإنه لا يضار من سقوط الأجل.

(1) انظر، (الطعن رقم 75 سنة 41 ق جلسة 1983/11/24 س 34 ص 1678) أشار إليه ، سعيد احمد شعله، مصدر سابق ، ص 639 .

(2) انظر، د.علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص 351 .

(3) انظر، محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ، ص 132. زهدي يكن، شرح قانون الملكية الموسع ، التأمينات العقارية ، دار النهار للنشر، 1973، ص 173. شاكراً ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص 146.

(4) نصت المادة (294) مدني عراقي ((وإذا تمخض الأجل لمصلحة احد الطرفين جاز لهذا الطرف ان ينزل عنه بإرادته وحده)) .

(5) انظر، المادة (295) مدني عراقي .

فإذا سقط اجل الدين او تنازل المدين عنه ، فان الدائن المرتهن يستطيع مباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهة الحائز ، وهذا ما يؤكد على إن الحائز يضار من سقوط الأجل او تنازل المدين عنه، والسبب في ذلك يعود الى عدم وجود علاقة شخصية بين الحائز والمرتهن، حيث إن أساس مسؤولية الحائز يكمن في انتقال ملكية العقار المرهون إليه . فالحائز ليس مديناً للمرتهن وعلى ذلك فإنه يتضرر من سقوط الأجل ، فلا يكون له من الحقوق أكثر من الشخص الذي نقل الملكية إليه ((المدين الراهن)) إلا إذا قضى القانون بغير ذلك.

أما بالنسبة الى الكفيل ، فإنه لا يتضرر من سقوط الأجل بالنسبة للمدين أو تنازل الأخير عنه، لان مصدر التزامه هو عقد الكفالة. حيث تتحد حقوقه والتزاماته بهذا العقد، وما يتضمنه الالتزام المضمون من حقوق أخرى⁽¹⁾.

وقد يحل اجل الدين ويكون هناك اتفاق بين الراهن والمرتهن على أن يملك المرتهن العقار المرهون عند حلول اجل الدين وعدم قيام المدين الراهن بوفائه. فإذا كان هناك شرط في عقد الرهن يقضي بتمليك المرهون للمرتهن في مقابل دينه عند حلول الأجل وامتناع المدين عن الوفاء ، فان هذا الشرط يسمى ((شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء (clase de pacte comissoire)) وهو شرط باطل ، أما عقد الرهن فيبقى صحيحاً⁽²⁾. وهذا ما أكد ه الحديث الشريف ((لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه))⁽³⁾.

وقد أشار الى ذلك القانون المدني العراقي في المادة (1301)، إذ نصت ((لا يغلق الرهن ، فيقع باطلاً كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول اجله في أن يملك العقار المرهون رهناً تأمينياً بالدين ، او أي ثمن كان...))⁽⁴⁾.

ويلاحظ بأن القانون الإنكليزي أجاز للدائن أن يطلب من المحكمة غلق الرهن ((foreclosure)) وذلك عندما يمتنع المدين الراهن عن تسديد الدين، وفي حالة موافقة

(1) انظر، د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص 110- 111. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق ، ص 394 .

(2) انظر، د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 429 . زهدي يكن ، مصدر سابق ، ص 240 . وفي الفقه الفرنسي انظر ، Josseland , op,cit , N .28.

(3) الشوكاني ، نيل الاوطار ، شرح منتقى الأخبار ، الطبعة الأخيرة ، الجزء الخامس ، ص 265.

(4) تقابلها المادة (1343) مدني أردني (موافق) ، والمادة (1061) مدني سوري (موافق) والمادة (256) من مجلة الحقوق العينية التونسية لسنة 1976 (موافق).

المحكمة على طلب الدائن فان المدين يحرم من فك الرهن ويؤول المال المرهون للدائن وفاءً لحقه⁽¹⁾.

وبخصوص هذا الشرط، قضت محكمة النقض السورية بأنه ((لا يجوز الاتفاق على أن يبقى المرهون في حال عدم الوفاء ملكاً للدائن (م 1061 مدني) وهذا من النظام العام))⁽²⁾. ولكن يلاحظ بان هذا الاتفاق إذا حصل بعد حلول اجل الدين فإنه يكون صحيحاً وهذا ما أشارت إليه محكمة الاستئناف المدنية في بيروت ، إذ قالت ((إذا لم يرد في عقد الرهن بند يخول الدائن تملك المرهون بدون استعمال الطرق القانونية فلا يكون هناك احتيال على القانون لتملك العقار ولا مخالفة للنظام العام فضلاً عن إن الاتفاق الجديد على الإيفاء بأداء العوض بموجب عقد لا حق مسجل حسب الأصول هو صحيح من الوجهة القانونية وله صفة الإيفاء وصفة التجديد))⁽³⁾.

وقد يتفق الراهن والمرتهن كذلك على ان يتم وفاء الدين دون مراعاة الإجراءات المقررة في القانون ، فان هذا الاتفاق يكون باطلاً ، كما لو تم الاتفاق على ان يحصل البيع بطريقة ودية من غير مزايده ، او يتم بطريق المزايده ولكن دون تدخل دائرة التسجيل العقاري ، فهذا الشرط يسمى شرط الطريق الممهد *clause de voie parée* ، و أي اتفاق على خلافه يكون باطلاً وهذا ما نصت عليه المادة (1301) مدني عراقي بقولها((...أو في بيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون حتى لو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن)).

وان السبب في بطلان هذه الشروط ، يرجع الى ان القانون عندما وضع إجراءات التنفيذ على العقار المرهون ، فقد عمل على تحقيق مصلحة كل من الراهن والدائن المرتهن وبما يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة ، فعدم مراعاة هذه الإجراءات يخشى أن يكون الدائن المرتهن قد استغل حاجة الراهن وانتزع عنه رضاؤه بهذه الشروط ، فالقصد من هذه الشروط ، هو حماية الراهن من استغلال المرتهن له⁽⁴⁾.

ثانياً : يجب إن يكون الرهن سارياً في مواجهة الحائز :-

(1) انظر ، Smith and keenan's , op.cit.,p.444. أشار إليه ، د.علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص 352 .

(2) انظر ، قرار رقم 690 سنة 2000 ، تاريخ القرار 21 / 5 / 2000 .مجلة المحامون ، تصدرها نقابة المحامين السورية ، العددان ((التاسع والعاشر)) ، 2002 ، ص 924.

(3) انظر ، قرارها رقم 193 ، تاريخ القرار 20 تموز سنة 1949 ، أشار إليه ، زهدي يكن ، مصدر سابق ، ص 240 .

(4) انظر ، د.غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 429.

من المعلوم إن التصرف العقاري ، هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو نقله أو زواله أو تغييره، وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة⁽¹⁾.

و لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري ، لذلك من الضروري أن يقوم الدائن المرتهن بتسجيل حقه في دائرة التسجيل العقاري . وهذا نصت عليه المادة (1 / 1286) مدني عراقي ، إذ نصت ((لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري))⁽²⁾.

لذلك يشترط لسريان حق الدائن المرتهن في حق الغير، أن يقوم الدائن المرتهن بتسجيل الرهن قبل أن يكتسب الغير حقاً عينياً على العقار المرهون⁽³⁾.

فحق التتبع الممنوح للدائن المرتهن ، يعتبر سلطة للدائن على المال المرهون في مواجهة الغير الذي انتقلت إليه ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني عليه ، ولكي يتمتع الدائن المرتهن بهذه السلطة ينبغي أن يكون حقه سابقاً على حق الحائز ، ولا يكون حق الدائن المرتهن سابقاً على حق الحائز، إلا إذا سجل حقه قبل تسجيل حق الحائز على العقار المرهون⁽⁴⁾.

فالتسجيل يؤدي الى تنبيه الحائز بان العقار مثقل بالرهن ، مما يؤدي الى إمكانية التنفيذ على العقار في مواجهته⁽⁵⁾.

وبذلك فان الحائز إذا لم يسجل حقه إلا بعد تسجيل حق الدائن المرتهن، ففي هذه الحالة لا يكون هناك مجال لممارسة حق التتبع ، حيث يبقى الراهن مالكا للعقار المرهون ، وتتخذ إجراءات التنفيذ ضده⁽⁶⁾.

ومما سبق يتضح ، بان الدائن المرتهن لكي يستطيع مباشرة حق التتبع في مواجهة الحائز ، ينبغي أن يقوم بتسجيل حقه في دائرة التسجيل العقاري قبل أن تنتقل الملكية او

-
- (1) انظر، المادة (1/3) من قانون التسجيل العقاري.
 - (2) انظر كذلك ، المادة (1148) مدني أردني إذ نصت ((لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين ولا في حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة)) .
 - (3) انظر، د. احمد سلامة ، دروس في التأمينات المدنية ، مصدر سابق ، ص 241. محمد علي إمام ، مصدر سابق، ص 344. اسعد دياب ، مصدر سابق ، ص 76. انظر كذلك ، المادة (1053) مدني مصري ، والمادة (1/993) مدني كويتي ، والمادة (2146) من القانون المدني الفرنسي .
 - (4) نصت المادة (1345) مدني أردني على ((ينفذ الرهن التأميني في حق غير المتعاقدين من تاريخ تسجيله في دائرة التسجيل قبل أن يكسب الغير حقاً عينياً على العقار المرهون)) .
 - (5) انظر ، عوض احمد الزعبي ، مصدر سابق ، ص 365.
 - (6) انظر، محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 110 .

الحق العيني من المدين الراهن الى الحائز ، فالتسجيل يؤدي الى إعلام الغير بوجود الرهن على العقار لمصلحة المرتهن ، مما يمكن المرتهن من مباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهة الغير .

إذا توافرت شروط مباشرة حق التتبع ، فيحق للدائن المرتهن مباشرة حق التتبع في مواجهة الحائز ، أي التنفيذ على العقار المرهون في مواجهته و لأجل بيان كيفية مباشرة حق التتبع في مواجهة الحائز ، لابد من تقسيم هذا المبحث الى مطلبين :-

المطلب الأول :- كيفية مباشرة حق التتبع في القانون العراقي .

المطلب الثاني :- كيفية مباشرة حق التتبع في بعض القوانين المقارنة .

إن مباشرة حق التتبع بالنسبة للدائن المرتهن ، يعني حقه في اتخاذ إجراءات نزع ملكية العقار المرهون في مواجهة الحائز ، عند حلول اجل الدين طبقاً للمادة (1/1306) مدني عراقي المشار إليها سابقاً.

وإذا باشر الدائن المرتهن إجراءات التنفيذ على العقار المرهون ، فيحق له التنفيذ بكل دينه على العقار الذي انتقل الى الحائز ، سواء انتقلت ملكية العقار كلها للحائز او جزء منه ، وسواء بقيت عقارات مرهونة في ذات الدين في يد المدين او انتقلت منه الى حائزين

آخرين. وهذا كله تطبيقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن . وقد أشارت المادة (1294) مدني عراقي الى هذه القاعدة بقولها ((كل جزء من العقار او العقارات المرهونة ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار او العقارات المرهونة كلها))⁽¹⁾.

وإذا باشر الدائن المرتهن حقه في التمتع في مواجهة الحائز ، فلا يحق للأخير أن يدفع بتجريد المدين لا من أمواله الحرة ولا من الأموال المرهونة في ذات الدين ، أي لا يحق للحائز أن يطلب من الدائن المرتهن التنفيذ أولاً على أموال المدين وسواء كانت مرهونة او غير مرهونة. إذ إن القانون العراقي لم يعط الحائز هذا الحق⁽²⁾.

ويمكن القول بان القانون المدني العراقي كان موفقاً بعدم إعطائه الحائز الحق بتجريد المدين من أمواله الحرة أو الأموال المرهونة في ذات الدين. وذلك لان هذا الحق يتعارض مع نص المادة (1294) مدني عراقي، والتي أشارت الى عدم تجزئة حق الرهن، والى حق الدائن المرتهن بالتنفيذ في مواجهة الحائز ، حتى وان كان جزء من العقار قد انتقل إليه ، او أن يكون احد العقارات المرهونة هو الذي انتقل الى الحائز .

ولا بد من الإشارة الى إن إجراءات نزع ملكية العقار المرهون في القانون العراقي تتم وفقاً لأحكام قانون التسجيل العقاري وقانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 . وان دائرة التسجيل العقاري هي الدائرة المختصة ببيع العقارات المرهونة⁽³⁾.

ويلاحظ بان إجراءات حجز وبيع العقار المرهون لا تختلف عن الإجراءات التي تتخذ بمناسبة حجز وبيع عقار المدين غير المرهون ، والتي سوف نشرع الآن بتحديدتها :-
يحق للدائن المرتهن مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون، عند حلول اجل الدين ، فإذا كان العقار المرهون في يد المدين الراهن ، فان إجراءات التنفيذ تبدأ بإنذار المدين او من يقوم مقامه بالوفاء ، فإذا امتنع المدين عن الوفاء فان الدائن المرتهن يستمر في إجراءات التنفيذ على العقار المرهون وفقاً للإجراءات التي نص عليها قانون التسجيل العقاري⁽⁴⁾.

(1) انظر كذلك، المادة (315) من قانون التسجيل العقاري .

(2) انظر ، د.غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 450 .

(3) نصت المادة (161) من قانون التسجيل العقاري على ((تقوم دائرة التسجيل العقاري المختصة ببيع العقارات الموثقة برهن أو ما هو بحكمه أو حق امتياز بناء على طلب تحريري من الدائن المرتهن بتحصيل دينه وملحقاته إذا كان مستحق الأداء)) .

(4) انظر، المواد (161 - 185) من قانون التسجيل العقاري .

أما إذا انتقلت ملكية العقار المرهون من ذمة المدين الراهن الى الحائز ، فيجب قبل البدء بإجراءات التنفيذ على العقار ان يقوم الدائن المرتهن بإنذار الحائز بدفع الدين ، وهذا ما نصت عليه المادة (1306 / 1) مدني عراقي بقولها ((1- يجوز للمرتهن عند حلول اجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز لهذا العقار بعد إنذاره بدفع الدين)) .

ويمكن القول، بان القانون المدني العراقي لم يشترط في المادة (1306 / 1) مدني سوى إنذار الحائز بدفع الدين، ولم يشر الى ضرورة تنبيه المدين الراهن بدفع الدين، لأنه هو المدين الأصلي وقد يدفع الدين بمجرد تنبيه الدائن المرتهن له. ولما كان المدين الراهن هو المسؤول عن الدين المضمون بالرهن، لذلك يكون من الضروري أن يقوم الدائن المرتهن بالتنبيه على المدين بدفع الدين قبل إنذار الحائز، فقد يقوم بدفع الدين عند مطالبة الدائن له ، وبذلك يسهل حصول الدائن المرتهن على دينه ولا ينشغل بإجراءات التنفيذ في مواجهة الحائز والتي قد تستغرق وقتاً طويلاً.

ولهذه الأسباب ندعو المشرع العراقي الى ضرورة تنبيه المدين بدفع الدين قبل إنذار الحائز ، ولأجل ذلك نقترح تعديل صياغة المادة (1306 / 1) مدني عراقي، لتصبح بالشكل الآتي ((يجوز للمرتهن عند حلول اجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز لهذا العقار بعد تنبيه المدين وإنذار الحائز بدفع الدين)).

ويشترط في الإنذار الموجه الى الحائز أن يكون صحيحاً ، فإذا لم يكن كذلك بطلت إجراءات التنفيذ على العقار المرهون ، ولا تنفذ في مواجهة الحائز⁽¹⁾.

ويلاحظ بان المشرع العراقي لم يحدد البيانات التي يجب أن يتضمنها الإنذار ، لكي يكون صحيحاً ، ولكن بصورة عامة، يجب أن يتضمن مقدار الدين المضمون بالرهن ، وأوصاف العقار المراد التنفيذ عليه ، وأيضاً يجب أن يتضمن الإنذار تكليف الحائز بدفع الدين ، وبالتالي فان الإنذار إذا لم يتضمن هذه البيانات فيعد باطلاً. فإذا قام الدائن المرتهن بإنذار الحائز بدفع الدين ولم يستجب لهذا الإنذار ففي هذه الحالة يحق للدائن المرتهن أن يطلب من الدائرة المختصة بالتنفيذ إصدار قرار بحجز العقار ، وقرار الحجز يكون بطلب من الدائن المرتهن وقرار من الدائرة المختصة بالتنفيذ، ولا يمكن بعد صدور قرار الحجز إجراء أي معاملة على العقار بدون موافقة الجهة التي وضعت الحجز على سجله ، وهذا ما

(1) انظر، شاكراً ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص 148.

نصت عليه المادة (86 / 2) من قانون التنفيذ بقولها ((لا يجوز إجراء أي معاملة على العقار، بعد وضع إشارة الحجز بدون موافقة مديرية التسجيل التي وضعت الحجز)) ثم يقوم المنفذ العدل بإشعار مديرية التسجيل العقاري لوضع إشارة الحجز على سجل العقار. والذي يعد قيداً آخر يمنع المدين من التصرف بالعقار المرهون إضافة الى قيد الرهن الذي وضع تأمينياً لدين الدائن المرتهن . وعلى مديرية التسجيل العقاري إشعار الجهة الحاجزة لوضع إشارة الحجز على العقار وبيان ما عليه من حقوق أصلية وتبعية ، وهذا ما نصت عليه المادة (86 / 1) من قانون التنفيذ بقولها ((إذا تقرر حجز العقار وفقاً لهذا القانون، فعلى المنفذ العدل أن يشعر دائرة التسجيل العقاري بوضع إشارة الحجز على سجل العقار، وعليها أخبار المديرية الحاجزة بوضع إشارة الحجز على العقار، وبيان ما عليه من حقوق أصلية وتبعية))⁽¹⁾.

كما يحق للدائن المرتهن ، أن يطلب من دائرة التسجيل العقاري بيع العقار المرهون بالمزاد العلني ، ويتم البيع وفقاً لأحكام قانون التسجيل العقاري ، مع مراعاة أحكام قانون التنفيذ الخاصة بالبيع والمزايدة في حالة عدم وجود نص في قانون التسجيل العقاري⁽²⁾.

والطلب الذي يتقدم به الدائن المرتهن الى دائرة التسجيل العقاري يتضمن رغبته في تحصيل دينه وملحقاته ، وكذلك واصفاً العقار المرهون والدين المضمون وتاريخ استحقاقه واسم المدين الراهن .

وبعد تقديم الطلب يقوم الموظف المختص بتدقيق الطلب ، والتأكد من إن الدين مستحق الأداء ، وإن سجلي العقار والرهن قد اكتسبا الشكل النهائي .

وإذا كان العقار محجوزاً من قبل أكثر من جهة ، فيجب أن يتم البيع من قبل جهة واحدة ، وذلك بعد مفاتحة الجهات الأخرى⁽³⁾.

ثم بعد ذلك يقوم المنفذ العدل بإجراء معاملة وضع اليد على العقار المحجوز، حيث ينتقل الى موقع العقار مع خبير من دائرة التسجيل العقاري ، وذلك من اجل تثبيت موقع العقار وتحديد جنسه ونوعه وحدوده ومساحته ومقدار وارداته السنوية إذا كان مؤجراً

(1) ولمزيد من التفصيل انظر، مدحت المحمود ، شرح قانون التنفيذ ، الدائرة القانونية ، وزارة العدل ، بغداد، 1992، ص281.

(2) انظر، د. سعيد مبارك ، أحكام قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 ، الطبعة الأولى ، 1989 ، ص245.

(3) انظر، موجز تعليمات التسجيل العقاري ، إعداد المديرية العامة للتسجيل العقاري ، 1979، ص50.

حسبما يقدرها الخبير ، واسم الشاغل ، وهذه البيانات يدونها المنفذ العدل في محضر يوقع من قبله ومن قبل الخبير وذوي العلاقة إن وجدوا أثناء عملية وضع اليد⁽¹⁾.

وبذلك فإن معاملة وضع اليد يجب أن تتم من قبل المنفذ العدل ، وبالتالي إذا تمت هذه المعاملة من قبل المعاون القضائي أو أي موظف آخر فإن إجراءات المزايدة العلنية تكون باطلة ، وبهذا الخصوص قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ((إن الإجراءات التنفيذية التي جرت بموجبها المزايدة يشوبها البطلان ذلك لان وضع اليد قد تم من قبل المعاون القضائي في حين إن الإجراءات التنفيذية يجب أن يقوم بها قاضي محكمة البداية بصفته منفذ عدل ، وحيث إن المزايدة قد استندت الى محضر وضع اليد المذكور فقد تقرر إبطال المزايدة و إجراء وضع اليد مجدداً وفقاً لأحكام المادة (88) من قانون التنفيذ⁽²⁾)).

ولابد من الإشارة أخيراً الى إن إجراءات التنفيذ على العقار المرهون بعد إجراء معاملة وضع اليد سنبحثها في الفصل الثالث من الرسالة.

سنبحث في هذا المطلب ، كيفية مباشرة حق التتبع في المدني المصري والأردني وقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني لسنة 1933. ونقارن بينها وبين القوانين الأخرى، يباشر الدائن المرتهن إجراءات التنفيذ على العقار المرهون في القانون المصري عند حلول أجل الدين. وقد أشار الفقه الى إن أول إجراء يجب على الدائن المرتهن أن يقوم به هو تنبيه المدين بالوفاء ، وهو ما يسمى بالتنبيه بنزع الملكية أو التنبيه العقاري (commantement immobilier) أي يتم تنبيه المدين، بأنه إذا لم يقم بوفاء الدين فإن تنبيه نزع الملكية يسجل ويبيع العقار بالمزاد العلني⁽³⁾.

(1) انظر، المادة (88) من قانون التنفيذ ، والمادة (1 / 170) من قانون التسجيل العقاري .
(2) انظر ، قرار رقم 365 / تنفيذ / 1995 . تاريخ القرار 1995 / 4/5 . أشار إليه ، المحامي هادي عزيز علي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 1999 ، ص 166.

(3) انظر، د. احمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، الطبعة السادسة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2000 ، ص 1403. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص 254. انظر كذلك، السيد

ويشترط لكي يستطيع الدائن المرتهن توجيه التنبيه الى المدين أن يكون لديه سند تنفيذي وان يكون دينه مستحق الأداء ، ويجب أن يتضمن التنبيه نوع السند التنفيذي ووصف العقار المراد التنفيذ عليه وتعيين موطن مختار للدائن المباشر للإجراءات، وأعذار المدين بدفع الدين⁽¹⁾.

ولما كان التنفيذ على العقار يجري في مواجهة الحائز ، فما هو السبب في تنبيه المدين بالوفاء ؟ نلاحظ بان السبب في ذلك يعود الى إن المدين هو المسؤول الأول عن الدين ، وان الحائز سيرجع عليه في حالة نزع ملكية العقار في مواجهته ، او في حالة قيامه بوفاء الدين ، لذلك يجب وضع المدين موضع التقصير عن طريق التنبيه، كذلك فإنه عند تنبيه المدين بالوفاء قد يقوم بوفاء الدين مما يؤدي الى الاقتصاد في الإجراءات والنفقات⁽²⁾.

وإذا لم يقم المدين بالوفاء ، فالإجراء الآخر الذي يجب على الدائن القيام به هو إنذار الحائز بالدفع او التخلية⁽³⁾. ولكي يكون الإنذار صحيحاً ، يجب أن يكون لاحقاً للتنبيه على المدين ، او على الأقل في وقت واحد معه .

وقد أشار القانون المدني المصري صراحة الى ضرورة تنبيه المدين وإنذار الحائز بدفع الدين في المادة (1072) منه ، إذ نصت ((إذا لم يختار الحائز أن يقضي الديون المقيدة او يطهر العقار من الرهن او يتخلى عن هذا العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق او تخلية العقار ، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين أو مع هذا التنبيه في وقت واحد))⁽⁴⁾.

عبد الوهاب عرفه، المطول في الملكية العقارية والعقود المدنية العقارية والدعوى المدنية العقارية الناشئة عنها والأحكام الصادرة فيها- وتسجيلها في الشهر العقاري، الجزء الثالث، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 2004، ص515.

(1) انظر، د. عدلي أمير خالد ، الإرشادات العملية في إجراءات الدعوى المدنية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1998 ، ص 510 .

(2) يلاحظ بان الحائز في حالة إنذاره فإنه يستطيع بالإضافة الى دفع الدين والتخلية أن يقوم بتطهير العقار من الرهن .

(3) انظر ، رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ، ص 383-384 . ، انظر، في الفقه الفرنسي ، Planiol, Ripert et Becque - op.cit, p.471.

(4) تقابلها المادة (723) أصول محاكمات مدنية لبناني (موافق) ، والمادة (1353) مدني أردني (موافق) ، والمادة (283) مجلة الحقوق العينية التونسية (موافق). أما بالنسبة الى القانون المدني الكويتي فقد أشار الى إنذار الحائز فقط . انظر ، المادة (1/1004) منه.

وكذلك الحال في القانون المدني الأردني وقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني إذ إن كلاهما اشر الى ضرورة إنذار المدين والحائز بدفع الدين⁽¹⁾.

وبذلك يشترط لمباشرة الدائن المرتهن لإجراءات التنفيذ على العقار المرهون ، أن يقوم أولاً بتنبيه المدين بنزع الملكية ثم إنذار الحائز بدفع الدين أو تخلية العقار وقد لا يقوم الحائز بإنذار الحائز بعد تنبيه المدين ، وإنما يقوم بالتنبيه والإنذار في وقت واحد ، وهذا جائز حسب نص المادة (1072) مدني مصري .

ويلاحظ بان المادة (411) من قانون المرافعات المصري رقم 18 لسنة 1999. قد اشترطت لصحة الإنذار الموجه الى الحائز ، أن يكون مصحوباً بتبليغ التنبيه الى المدين، إذ نصت ((..... ويجب أن يكون الإنذار مصحوباً بتبليغ التنبيه إليه و إلا كان باطلاً)).

وإذا تم تنبيه المدين وإنذار الحائز بدفع الدين ، فان الإجراء الآخر هو تسجيل التنبيه والإنذار ويسجل التنبيه والإنذار وفقاً لقانون المرافعات المصري في أي مكتب من مكاتب الشهر العقاري التي يقع في دائرتها العقار المراد بيعه. ويجب ان يحصل التسجيل خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التنبيه ، وهذا ما أشارت إليه المادة (412) مرافعات مصري بقولها ((يجب أن يسجل الإنذار وان يؤشر على هامش تسجيل التنبيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل التنبيه و إلا سقط تسجيل التنبيه)).

أما بالنسبة الى قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، فقد أوجب على دائرة الإجراء تسجيل إنذار المدين وإخطار الحائز في صحيفة العقار العينية ، وذلك خلال ثمان وأربعين ساعة من تاريخ الإنذار ، ومنذ تاريخ هذا التسجيل لا يحق للحائز أن يؤجره أو يتنازل مقدماً عن بدل إيجاره إضراراً بالدائن المرتهن الذي باشر إجراءات التنفيذ على العقار المرهون⁽²⁾.

وإذا تم تنبيه المدين وإنذار الحائز بدفع الدين وسجل كل من التنبيه والإنذار ، فما هي الآثار القانونية التي تترتب على ذلك؟؟

(1) انظر، المادة (1353) مدني أردني ، والمادة(723) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، ولمزيد من التفصيل انظر، القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، مصدر سابق، ص525.
(2) انظر، المادة (725) أصول محاكمات مدنية لبناني ، ولمزيد من التفصيل انظر، القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، مصدر سابق ، ص 526 .

نلاحظ بان تسجيل تنبيه نزع الملكية في قانون المرافعات المصري ، يترتب عليه اعتبار العقار محجوزاً وعدم نفاذ التصرف في العقار ، سواء صدر من المدين او الحائز ، و لا ينفذ كذلك ما يترتب على العقار من رهن او اختصاص او امتياز إذا كان التصرف والرهن والاختصاص والامتياز لا حقاً على تسجيل تنبيه نزع الملكية كذلك يترتب على تسجيل التنبيه أن تلحق بالعقار ثماره وإيراداته عن المدة التالية لتسجيل التنبيه⁽¹⁾. أما بالنسبة الى تسجيل الإنذار ، فيترتب عليه إلحاق الثمار بالعقار ، وتقيد الحق في استغلال العقار والانتفاع به وتقيد الحق في تأجير⁽²⁾.

وقد أشار القضاء الى ضرورة تنبيه المدين وإنذار الحائز لامكان مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون. وإذا لم يتم إنذار الحائز إنذاراً صحيحاً على الوجه الذي رسمه القانون بطلت إجراءات التنفيذ في مواجهة الحائز ، وبهذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية بأنه ((فإذا كان العقار في يد حائز فلا يكفي لسريان الإجراءات في مواجهته التنبيه على المدين الراهن بنزع الملكية بل يجب فضلاً عن ذلك إنذار الحائز للعقار المرهون بدفع الدين أو تخلية العقار فإذا لم يتم إنذار الحائز إنذاراً صحيحاً على الوجه الذي رسمه القانون بطلت في مواجهته إجراءات نزع الملكية بما فيها حكم مرسى المزاد ولا يجوز الاحتجاج بهذه الإجراءات على الحائز المذكور))⁽³⁾.

وبعد تسجيل تنبيه المدين وإنذار الحائز في قانون المرافعات المصري ، يجب على من يباشر الإجراءات التنفيذية على العقار إيداع قائمة شروط البيع. وهي التي تقابل قائمة المزايدة في القانون العراقي ، في قلم كتاب محكمة التنفيذ خلال تسعين يوماً من تاريخ

(1) انظر ، المواد (404- 406) من قانون المرافعات المصري . ولمزيد من التفصيل . انظر ، د.قدي عبد الفتاح الشهراوي ، الموسوعة القانونية لصيغ الأوراق القضائية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2000 ، ص708. عدلي أمير خالد ، مصدر سابق ، ص511 .

(2) انظر المادة (3/411) مرافعات مصري .

(3) انظر ، الطعن رقم 1496 سنة 57 ق جلسة 1992/5/31 . أشار إليه د.سعيد احمد شعله ، مصدر سابق ، ص 639 . انظر كذلك ، نقض مدني في 1992/5/31 ، طعن رقم 1496 لسنة 57ق ، مجموعة أحكام النقض ، س43 ، الجزء الأول ، ص786 ، رقم163 ، أشار إليه ، د.محمد عبد الظاهر حسين ، مصدر سابق ، ص156-157.

تسجيل تنبيه نزع الملكية . وإذا لم يتم الإيداع خلال هذه المدة اعتبر تسجيل التنبيه كأن لم يكن⁽¹⁾.

وهذا ما نصت عليه المادة (414) مرافعات مصري ، بقولها ((يودع من يباشر الإجراءات قلم كتاب محكمة التنفيذ قائمة شروط البيع خلال تسعين يوماً من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية و إلا اعتبر تسجيل التنبيه كأن لم يكن)).

أما بالنسبة الى قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، فإنه بعد تبليغ الإنذار والإخطار بخمسة أيام على الأقل وعشرة أيام على الأكثر، يجب على مأمور الإجراء القيام بحجز العقار⁽²⁾. وإذا كان مالك العقار غير حاضر عند وضع الحجز على العقار ، وجب على دائرة الإجراء إرسال نسخة إليه بين اليومين العاشر والخامس عشر اللذين يتلوان إبلاغ الإنذار ، فضلاً عن ذلك يجب خلال هذه المدة تسجيل محضر الحجز في صحيفة العقار العينية ، ومنذ تسجيل الحجز لا يجوز التصرف في العقار المحجوز ولا رهنه ، وتلحق الثمار بالعقار وتعد محجوزة مثله⁽³⁾.

أما في قانون الإجراء الأردني رقم 31 لسنة 1952، فإنه بعد أن يقدم طلب التنفيذ الى الدائرة التنفيذ المختصة ويسجل هذا الطلب يقوم رئيس الإجراء بوضع الحجز على العقار ويبلغ قرار الحجز الى مأمور تسجيل الأراضي ليضع إشارة الحجز على سجل العقار، وهذا ما أشارت إليه المادة (79 / 1) من قانون الإجراء الأردني. بقولها((عندما يقرر رئيس الإجراء بطلب من الدائن حجز أموال المدين غير المنقولة يبلغ قرار الحجز هذا الى مأمور تسجيل الأراضي ليضع إشارة الحجز في السجل المختص على قيد المال غير المنقول المقرر حجزه يمنع بموجبها أي تصرف بهذا المال)).

وعند استلام مأمور تسجيل الأراضي قرار الحجز يقوم بوضع الإشارة اللازمة في السجل المختص تنفيذاً للحجز وإعلام رئيس الإجراء بوضع إشارة الحجز مع بيان الحجز والحقوق العينية الأصلية والتبعية المقررة على العقار المحجوز⁽⁴⁾.

(1) انظر، د.احمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، مصدر سابق ، ص 1427 .
(2) انظر، المادة (72) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني .
(3) انظر، المواد (733 – 735) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني .
(4) انظر، د.مفلح عواد القضاة ، أصول التنفيذ وفقاً لقانون الإجراء ، الطبعة الثالثة ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997، ص 320 . انظر كذلك ، د. آدم وهيب النداوي ، شرح قانون البينات والإجراء ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 1998، ص 382-383.

وبعد إجراء معاملة الحجز، تقوم دائرة الإجراء بإخبار المدين بالمعاملة الواقعة وتخطر به بأنه إذا لم يدفع الدين خلال أسبوع من تاريخ تبليغه ورقة الإخبار ، فإنها ستباشر بيع أمواله غير المنقولة المحجوز عليها فإذا لم يستجب المدين لهذا الإخطار تقوم دائرة الأجراء بإجراء معاملة وضع اليد على العقار، إذ يذهب مأمور الحجز الى مكان العقار المراد وضع اليد عليه وينظم تقريراً يوقع عليه الحاضرون يبين فيه نوع العقار المحجوز وأوصافه وحدوده ومقدار مساحته واسم الحي الموجود فيه ورقمه والأشخاص الساكنين فيه ومقدار بدل الإيجار ، وغير ذلك من المعلومات المتعلقة بالعقار⁽¹⁾.

و لا بد من الإشارة أخيراً الى إن إجراءات التنفيذ على العقار المرهون والمتمثلة بتنظيم قائمة المزايدة والإعلان عن بيع العقار وكذلك افتتاح المزايدة والإحالة ، سنبحثها في الفصل الثالث من الرسالة .

(1) انظر، المادة (83) من قانون الإجراء الأردني .

تمهيد وتقسيم....

إذا تحققت شروط حق التتبع فان الدائن المرتهن يستطيع مباشرة إجراءات نزع ملكية العقار المرهون في مواجهة الحائز. ولما كان الحائز شخص من الغير امتد إليه اثر الرهن بسبب انتقال ملكية العقار المرهون إليه ، فان المشرع أعطاه من الخيارات يتمكن من خلالها تفادي مباشرة حق التتبع في مواجهته.

ولكن قبل استعمال هذه الخيارات فان الحائز يستطيع التمسك ببعض الدفع في مواجهة الحائز، وهذه الدفع قد تكون خاصة بالراهن أو خاصة بالمدين أو خاصة به. ومن الدفع الخاصة بالراهن هو الدفع ببطلان الرهن أو انقضائه أو عدم سريانه في مواجهته. أما الدفع الخاصة بالمدين فهي الدفع المتعلق ببطلان الدين المضمون بالرهن أو انقضائه أو بعدم حلول أجله، وللحائز أن يتمسك فوق ذلك بالدفع الخاصة به كالدفع بالضمان إذا كان الدائن المرتهن ضامناً لنقل الملكية إليه كما في حالة إذا ضمن المرتهن البائع في نقل الملكية الى المشتري ، فلا يحق له بعد ذلك أن يطلب التنفيذ على العقار في مواجهة المشتري ، فمن التزم بالضمان امتنع عليه التعرض⁽¹⁾.

فإذا لم يكن للحائز أي دفع من هذه الدفع ، ففي هذه الحالة يستعين بالخيارات التي منحها القانون له، عسى أن يفلح بمنع الدائن المرتهن من مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون.

وأول هذه الخيارات. هو قيام الدائن بوفاء الدين ،الذي يضمن للحائز بقاء العقار المرهون ملوكاً له، أما الخيار الثاني فيتمثل بتحرير العقار من الحقوق المسجلة عليه ، وذلك بعرض قيمة العقار المرهون على الدائنين المرتهنين أما الخيار الثالث⁽²⁾ فيتمثل

(1) أنظر ، د.غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص 451. محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق، ص 113-114 . علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص 367. وفي الفقه الفرنسي انظر ، Aurbry et Rau,op,cit,N.287.

(2) ان الخيارات الممنوحة للحائز في القانون المدني العراقي والاردني هي، الوفاء بالدين وتحرير العقار من الرهن، انظر المادة (1306) مدني عراقي والمادتين (1355-1356) مدني أردني. أما في القانون المدني المصري والجزائري والكويتي ، فان للحائز ثلاث خيارات وهي ، أما ان يقضي الدين أو يظهر العقار من الرهن أو تخليه عنه ، انظر المادة (1/1060) مدني مصري ، والمادة (911) مدني جزائري ، والمادة (1004) مدني كويتي . أما في القانون المدني السوري فان الحائز لا يحق له إلا دفع الدين والا تحمل اجراءات نزع الملكية، انظر المادة (1097) مدني سوري وعلى الرغم من ان القانون المدني العراقي لم يأخذ بالتخلية، إلا انه يلاحظ بان الكثير من القوانين قد اخذت بهذا الخيار لذلك سوف نقوم ببحثه في نطاق الخيارات الممنوحة للحائز. ويلاحظ بان نزع ملكية العقار المرهون لا يعد خياراً ممنوحاً للحائز، إذ كيف يختار الحائز نزع ملكيته وهو حريص على الاحتفاظ بها ، لذلك سنتناول تحمل اجراءات نزع الملكية في الفصل الثالث من الرسالة.

بالتخلية عن العقار المرهون ، الذي يمنع مباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهة الحائز
ومن خلال ما تقدم ، سنقسم هذا الفصل على ثلاثة مباحث

المبحث الأول :- وفاء الدين

المبحث الثاني :- تحرير العقار .

المبحث الثالث : تخلية الحائز للعقار المرهون .

إن وفاء الدين ((païement)) من قبل الحائز يعد الخيار الأول الذي منحه القانون للحائز، لكي يمنع الدائن المرتهن من مباشرة حق التتبع في مواجهته، وهذا الخيار يضمن بقاء العقار المرهون مملوكاً للحائز، لأن الدائن المرتهن عندما يباشر حق التتبع ، فإنه يقصد من وراء ذلك استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار بعد بيعه بالمزاد العلني، فإذا وفى الحائز دين الدائن المرتهن تحقق ما كان يسعى الدائن الى بلوغه من مباشرة حق التتبع ، وبالتالي تنتفي مصلحته في التنفيذ على العقار لانقضاء دينه وزوال الرهن .

وعندما يقوم الحائز بوفاء الدين ، فإن هذا الوفاء يحقق له الكثير من المزايا ، وإذا كان الأصل إن وفاء الدين يكون اختيارياً ، إلا أنه في بعض الحالات يكون الحائز ملزماً بوفاء الدين ، ومتى وفى الحائز دين الدائن المرتهن ترتب على ذلك تخليص العقار من الرهن ، ويثبت للحائز الحق في الحل محل الدائن المرتهن وحق الرجوع على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون بالضمان. ولأجل الإحاطة بالمفردات المتقدم ذكرها سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول : تعريف وفاء الدين ومزاياه .

المطلب الثاني : حالات الوفاء الجبري للدين .

المطلب الثالث : آثار وفاء الدين .

من اجل تحديد مفهوم وفاء الدين ، لابد من تقسيم هذا المطلب على فرعين ، نتناول في الفرع الأول ، تعريف وفاء الدين ، أما الفرع الثاني فسنتناول فيه مزايا قيام الحائز بوفاء الدين .

الفرع الأول تعريف وفاء الدين

يعد وفاء الدين من قبل الحائز الخيار الأول الذي يضمن للحائز بقاء العقار المرهون مملوكاً له ، فالدائن المرتهن عندما يستوفي حقه كاملاً تنعدم سلطته على العقار المرهون لانقضاء رهنه ، وهذا الخيار لا يسبب للدائن المرتهن أي ضرر ، إذ هو يستوفي حقه كاملاً من قبل الحائز، كما إنه لا يسبب للحائز أي ضرر، إذا كان قد اشترى العقار المرهون ولم يدفع ثمنه الى البائع ، وكان هذا الثمن كافياً لسداد الديون . ولغرض تعريف وفاء الدين بشيء من التفصيل ، لا بد من تحديد الوقت الذي يحق فيه للحائز الوفاء بالدين ، وبيان حكم الوفاء الجزئي وما يجب على الحائز أن يدفعه للدائن المرتهن . وهذا ما سنبحثه من خلال الفقرات الآتية : -

أولاً :- الوقت الذي يحق فيه للحائز الوفاء بالدين:-

يحق للحائز الوفاء بالدين عند حلول اجله ، وهو ما أشارت إليه المادة (1306 / 1) مدني عراقي إذ إنها أعطت للمرتهن عند حلول اجل الدين الحق في أن ينزع ملكية العقار المرهون إلا إذا اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدين أو بتحرير العقار من الرهن . ويبقى حق الحائز في وفاء الدين الى حين رسو المزايدة ، وهذا ما أشارت إليه المادة (1307 / 2) مدني عراقي ، إذ نصت ((ويبقى حق الحائز في الوفاء بالدين الى يوم رسو المزايدة.....))⁽¹⁾ وفي قانون الإجراء الأردني يثبت للحائز الحق في وفاء الدين حتى صدور قرار رئيس التنفيذ بإحالة العقار إحالة قطعية على المشتري ، بل أكثر

(1) وكذلك الحال بالنسبة الى القانون الفرنسي واللبناني ، فإن حق الحائز بدفع الدين يبقى حتى صدور قرار الاحالة ، أنظر ، المادة(2173) مدني فرنسي(موافق)، والمادة (740) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني لسنة 1933. (موافق)

من ذلك فقد أجاز له القانون دفع الدين قبل إتمام معاملة التسجيل باسم المشتري ، وهذا ما نصت عليه المادة (95 / 2) من قانون الإجراء الأردني بقولها ((2-ويشترط في ذلك انه إذا دفع المدين دينه قبل إتمام معاملة التسجيل يلغى الأمر الصادر بالتسجيل)). ولكن على الحائز إذا كانت لديه الرغبة في وفاء الدين أن يبادر الى ذلك . فكلما بادر الى الوفاء بالدين كلما قلت ملحقات الدين ومصروفات الإجراءات التي يتحملها من وقت إنذاره⁽¹⁾.

ثانياً : حكم الوفاء الجزئي :-

في بعض الحالات لا يقوم الحائز بوفاء جميع ديون الدائنين المرتهنين ، وإنما يقوم باختيار بعض الدائنين المتقدمين في المرتبة ويدفع إليهم ديونهم ويحل محلهم في ذات المرتبة، وهذا ما يسمى بالتطهير الواقعي أو الفعلي ، ويجب على الحائز في هذه الحالة أن يقوم بتجديد قيد الرهن عند الاقتضاء ويقصد بقيد الرهن . هو أن يقوم الحائز بتجديد تسجيل الرهن على العقار كل عشرة سنوات . وهذا ما أشارت إليه المادة (1062) مدني مصري⁽²⁾ والمادة (43) من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 14 لسنة 1946⁽³⁾. ويبدو إن الحكمة التي من أجلها اشترط المشرع المصري أن يقوم الحائز بتجديد القيد كل عشر سنوات، ترجع الى إن القانون المصري قد أخذ بنظام السجل الشخصي. بحيث يجري تسجيل التصرفات القانونية بحسب تواريخها وعلى أسماء الأشخاص الذين صدرت منهم هذه التصرفات لا على العقارات التي تتعلق بها. وبذلك فإن التصرفات المتعلقة بعقار معين لا تكون مسجلة في صفحة واحدة خاصة بهذا العقار بل تكون موزعة بحسب تواريخها على عدة مجلدات من السجل العام مما يقتضي الرجوع الى عدد من مجلدات هذا السجل يشمل كل التصرفات التي حصلت طوال المدة اللازمة لتقادم الحقوق والبالغة خمس عشرة سنة كذلك فإن الباحث في هذه المجلدات قد يخشى وجود سبب من أسباب وقف التقادم أو انقطاعه يترتب عليه استمرار حق مقيد أكثر من المدة

(1) انظر، د.غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص 453. د.شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص 334.

(2) نصت المادة (1062) مدني مصري على ((يجب على الحائز ان يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن وان يجدده عند الاقتضاء ، وذلك الى ان تمحي القيود التي كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند الحائز)). أنظر كذلك، المادة (1007) مدني كويتي .(مطابق)

(3) نصت المادة (43) من قانون تنظيم الشهر العقاري على ((يسقط القيد إذا لم يجدد خلال عشر سنوات من تاريخ اجرائه.....)).

المحددة فيضطر الى مواصلة البحث في مجلدات السجل العام منذ إنشائه، وهذا بلا شك يعد ضياع للوقت وزيادة في المصروفات ، لذلك رأى المشرع المصري ومن اجل تسهيل مهمة الباحث عن حقيقة مركز العقار من حيث القيود الواردة عليه أن يقصر أثر القيد على عشرة سنوات فقط مع اشتراط تجديده لاستمرار أثره عشر سنوات أخرى⁽¹⁾. أما في القانون العراقي، فلا يمكن الأخذ بهذا الحكم، والسبب في ذلك يعود الى إن القانون العراقي يأخذ بنظام السجل الشخصي ، كما يأخذ بنظام السجل العيني إذ يكون تسجيل الرهن والتكاليف الأخرى على العقار مسجلة في صفحة من ذلك السجل خاصة بهذا العقار، وبذلك يمكن معرفة حقيقة مركز العقار من خلال الإطلاع على هذه الصفحة ويبقى الرهن مسجل على العقار الى أن يتم شطبه.

وقد أشارت الى هذا الحكم المادة (4 / 1 / 72) من قانون التسجيل العقاري إذ نصت الفقرة الأولى على انه ((1- تخصص لكل وحدة عقارية مسجلة أو غير مسجلة أعطي لها رقم تسلسل من سجل الأساس أو رقم قطعة من المقاطعة أربع صحائف من السجل العقاري)).

ونصت الفقرة الرابعة على انه ((تخصص الصحيفة الرابعة من السجل لتسجيل معاملات الرهن التأميني أو الحيازي أو حقوق الامتياز وتدرج في نفس الصحيفة التغييرات المتعلقة بطرفي عقد الرهن أو حق الامتياز وشروطهما)). ويلاحظ ان لجوء الحائز الى اختيار بعض الدائنين المرتهنيين المتقدمين في المرتبة والوفاء بديونهم لا يمنع الدائنين الآخرين الاخرين الاقل منهم مرتبة من القيام باجراءات التنفيذ على العقار، ودافعهم في ذلك هو اعتقادهم بان قيمة العقار تتجاوز مقدار الديون التي دفعها الحائز⁽²⁾.

ثالثاً : ما يجب دفعه :-

يتعين على الحائز لكي يمنع مباشرة إجراءات التنفيذ على عقاره ، أن يدفع للدائن المرتهن أصل الدين وجميع الفوائد المستحقة. إذ نصت المادة (1305) مدني عراقي((إذا ذكر سعر الفائدة في العقد ، فان الرهن التأميني يضمن مع اصل الدين وفي نفس مرتبته فوائد السنة السابقة على طلب التنفيذ والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ الى يوم رسو

(1) انظر، د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، مصدر سابق، ص248-249.

(2) انظر، د.شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص335.

المزايدة⁽¹⁾).

ويلتزم كذلك بان يدفع الى الدائن المرتهن جميع ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره بدفع الدين ، وهذا ما نصت عليه المادة (2 / 1307) مدني عراقي بقولها ((2) - ولكن يجب عليه أيضاً أن يفي بما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره.....)).

وفي حالة عدم قيام الحائز بدفع جميع هذه المبالغ كان للدائن المرتهن الحق في الاستمرار في إجراءات التنفيذ على العقار المرهون ، حتى وان قام الحائز بدفع جزء منها ، وذلك استناداً الى قاعدة عدم تجزئة الرهن⁽²⁾.

أما في القانون المدني الفرنسي ، فان الحائز يكون ملزماً أما بدفع كل الفوائد واصل الديون المستحقة مهما بلغ مقدارها وأما بتخلية العقار المرهون دون تحفظ وهذا ما نصت عليه المادة (2168) مدني فرنسي⁽³⁾.

أما بالنسبة الى القانون المدني المصري ، فانه الزم الحائز بدفع كل الدين وكذلك الفوائد المضمونة (سنتين قبل تسجيل التنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية الى يوم رسو المزاد، والقيود الخاصة بفوائد أخرى قد استحققت) وكذلك المصروفات المضمونة بالقيود ، وما صرف في الإجراءات من وقت إنذار الدائن المرتهن⁽⁴⁾. ويمكن القول اخيراً بان وفاء الدين هو الخيار الذي منحه القانون للحائز لكي يمنع اجراءات التنفيذ على العقار المرهون ويخلصه من الحقوق المسجلة عليه.

الفرع الثاني

مزايا قيام الحائز بوفاء الدين

يختار الحائز وفاء الدين في الحالات التي يرى فيها إن من مصلحته ذلك ، كما لو

(1) انظر كذلك، المادة (1355) مدني أردني (موافق).

(2) انظر، د.د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق، ص 140. د. رمضان ابو السعود ، مصدر سابق، ص 396.

(3) نصت المادة (2168) مدني فرنسي (ou les tiers detenteur est tenue, dans le meme cas, a payer tous les interts, et capitaux exigibles, a que lque somme qu'ils puissent monter , ou dede' laisser l'immeuble hy pothe que sans)).

(4) أنظر المادة (1058) مدني مصري . ولمزيد من التفصيل أنظر ، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 10، مصدر سابق، ص 415.

كان مشترياً للعقار ولم يقدّم بأداء الدين ، إذ يستطيع تجنب ملاحقة الدائنين المرتهنين إذا قام بالوفاء بالدين من الثمن المستحق في ذمته وخاصة إذا كان الثمن يكفي للوفاء بالديون جميعها. وهنا تبدو مصلحة الحائز في وفاء الديون ، فهو عندما يفي هذه الديون بما هو مستحق في ذمته من ثمن، يقضي على دين البائع قبل الدائنين المرتهنين. كما يقضي على دينه هو قبل البائع الراهن ، فضلاً عن ذلك فإن هذا الوفاء يؤدي الى تخليص العقار من الرهن دون حاجة الى اتخاذ إجراءات التحرير المنصوص عليها في القانون وما تتطلبه من وقت ونفقات⁽¹⁾.

وقد يكون الحائز مشترياً للعقار المرهون ودفع الثمن الى البائع ، أو لم يدفعه بعد ولكن لا يكفي لسداد جميع ديون الدائنين المرتهنين، أو قد يكون متلقياً للعقار بغير عوض عن طريق الهبة مثلاً ، في هذه الحالات قد تكون للحائز مصلحة في الوفاء بالدين ويبدو إن مصلحة الحائز تتحقق عندما تكون قيمة العقار اكبر من الدين أو كان الحائز يرغب في الاحتفاظ بملكية العقار مهما كان الثمن. فضلاً عن ذلك ، فإن الحائز يحل محل الدائنين المرتهنين الذين وفي لهم ديونهم ما يسهل عليه الرجوع الى المدين، كما انه يستطيع الرجوع بالضمان على سلفه⁽²⁾.

وقد يحدث أن تكون قيمة العقار اقل من الدين ، فهنا تنعدم مصلحة الحائز في وفاء الديون لتخليص العقار من الرهن، ولكن تتحقق مصلحته في حالة قيامه بوفاء دين الدائن المرتهن الأول من حيث المرتبة ، أو بعض الدائنين المرتهنين الأوائل بما فيهم الدائن الذي اتخذ الإجراءات، ففي هذه الحالة تتحقق مصلحته إذ انه أوقف الإجراءات المتخذة ضده ، فضلاً عن ذلك، حلولة محل الدائنين المرتهنين المتقدمين في المرتبة والذي دفع لهم ديونهم ، فيصبح له رهن في المرتبة الأولى على العقار المملوك له . فإذا أراد الدائنين المتأخرين في المرتبة التنفيذ على العقار وجدوا الحائز قد حل محل الدائنين المرتهنين في حق الرهن وبذات مرتبته المتقدمة⁽³⁾. كما يحق للحائز في حالة قيامه بوفاء الدين وحلوله محل الدائن الموفى له ، أن يستمر ، في الإجراءات التي بدأها الدائن

(1) انظر، د. غني حسون طه، محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص452. نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص122. د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق، ص258.

(2) انظر، في الفقه الفرنسي ، Josseland , op,cit,N.1906 أنظر كذلك ، د. سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مصدر سابق، ص440.

(3) انظر، محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص139.

للحصول على ما دفعه وهذا ما أشارت إليه محكمة الاستئناف المختلطة في احد أحكامها. إذ جاء فيه ((إن الحائز الذي يدفع دين الدائن المقيد ، له الحق في أن يستمر في الإجراءات التي بدأها الدائن للحصول على ما دفعه أزيد من حصته في الدين))⁽¹⁾.

ومن مزايا وفاء الدين كذلك، هو انه قد يكون للدائن المرتهن رهن على عقار آخر ضامن لنفس الدين ، فإذا وفى الحائز دين الدائن المرتهن ، فانه يحل محله في هذا الرهن، وبذلك يكون للحائز ضمان كافٍ لاسترجاع ما دفع في حالة دفعه لدين الدائن المرتهن⁽²⁾.

الأصل إن وفاء الدين من قبل الحائز يكون اختيارياً ، أي إن الحائز وبإرادته يقوم بوفاء ديون الدائنين المرتهنين في حالة مطالبته له بوفاء الدين . ولكن يلاحظ ان هناك حالات يجبر فيها الحائز على الوفاء بالدين المضمون بالرهن في حالة مطالبة الدائنين له. وتوجد هناك ثلاث حالات يكون فيها وفاء الدين واجباً على الحائز ، وهذه الحالات هي:-

الحالة الأولى :- تتحقق هذه الحالة إذا كان في ذمة الحائز مبلغ بسبب تملكه للعقار المرهون ، وكان مستحق الأداء وكافياً للوفاء بجميع ديون الدائنين المسجلة حقوقهم على العقار. ففي هذه الحالة يحق لكل دائن مرتهن أن يجبر الحائز على الوفاء بحقه على شرط أن يكون الحائز قد سجل سند ملكيته⁽³⁾.

وبذلك فان هذه الحالة تتحقق إذا كان في ذمة الحائز مبلغ مدين به ، كما لو اشترى العقار المرهون ولم يدفع ثمنه بعد . وكان هذا المبلغ مستحق الأداء وكافياً للوفاء بجميع ديون الدائنين المرتهنين. على شرط أن يقوم الحائز بتسجيل سند ملكيته.

(1) أنظر استئناف مختلط 1933/11/23. أشار إليه، رمضان ابو السعود، مصدر سابق ، ص394.
(2) انظر، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، ج10، مصدر سابق ، ص529. وفي الفقه الفرنسي انظر، Aubry et Rau ,op,cit,N.2875.
(3) انظر، د. سعيد سعد عبد السلام ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق، ص403. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج10، مصدر سابق، ص417418.

الحالة الثانية :- وتتحقق هذه الحالة. عندما يكون المبلغ المترتب في ذمة الحائز اقل من ديون الدائنين المرتهنين ، بحيث يكون غير كافٍ للوفاء بالديون المستحقة ومغائراً لها. وان يكون غير مستحق الأداء ، ولكن يلاحظ بان الحائز لا يجبر على الوفاء بالدين في هذه الحالة إلا في حالة اتفاق جميع الدائنين المرتهنين على مطالبة الحائز بدفع الدين⁽¹⁾.

فإذا تم الاتفاق بين الدائنين يجبر الحائز على دفع الدين المترتب في ذمته. والسبب في اشتراط موافقة جميع الدائنين هو إن قيام الحائز بوفاء ديون الدائنين المرتهنين يؤدي الى المساس بحقوقهم. لأنه إذا كان ما يلتزم الحائز به اقل من حقوقهم، فانهم يتعرضون الى خطر عدم الحصول على حقوقهم كاملة ، وإذا كان التزامه غير مستحق الأداء كان عليهم الانتظار لحين حلول اجله ، وإذا كان ما يلتزم به الحائز يغاير حقوقهم اضطروا الى قبول الوفاء بغير ما اتفق معهم على الوفاء به وبالتالي فان اتفاق الدائنين في هذه الحالة يعني قبولهم لأي من المخاطر السابقة⁽²⁾.

ولكن يلاحظ في نطاق هذه الحالة ، أنه من الناحية العملية لا يمكن أن ينعقد اجماع الدائنين على الاكتفاء بما تبقى من مبلغ في ذمة الحائز ، إذ يبقى أمل كل دائن . بان يتم بيع العقار بالمزاد العلني لعله يباع بمبلغ يزيد على المبلغ المتبقي في ذمة الحائز.

الحالة الثالثة :- تتحقق هذه الحالة إذا اشترط المالك السابق للعقار المرهون على الحائز. أن يقوم بدفع ثمن الشراء الى الدائنين المرتهنين . وبذلك يحق للدائنين المرتهنين إجبار الحائز على الوفاء بالدين⁽³⁾.

وبذلك إذا تحققت واحدة من تلك الحالات فان الدائنين المرتهنين يحق لهم إجبار

(1) انظر، د.شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص336. أنظر كذلك، احمد سلامه ، دروس في التأمينات المدنية ، مصدر سابق، ص250. د.محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، تنقيح المستشار محمد علي سكيكر والمستشار معتز كامل مرسي ، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2005، ص216.

(2) انظر، د.جلال محمد ابراهيم، الحقوق العينية التبعية، مطبعة الاسراء، بلا مكان وسنة طبع، ص283.
(3) انظر، د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الاول، الطبعة الثانية، تنقيح المستشار احمد المراغي، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2004، ص465. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص268.

الحائز على الوفاء بالدين ، ويبدو إن الحكمة من إجبار الحائز على الوفاء بالدين المضمون بالرهن ترجع الى إن الحائز لا زال مديناً بسبب تملكه العقار المرهون ، وسيان عنده أن يدفع ثمن العقار للمدين الراهن الذي باعه العقار المرهون أو للدائنين المرتهنيين المسجلة حقوقهم على العقار المرهون .

وقد أشار القانون المدني المصري الى الحالتين الأولى والثانية من حالات الوفاء الجبري للدين في المادة (1063 / 1 ، 2) إذ نصت بالقول ((1). إذا كان في ذمة الحائز بسبب امتلاكه للعقار المرهون مبلغ مستحق الأداء حالاً يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل . 2. فإذا كان الدين الذي في ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالاً أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين ، أو مغايراً لها ، جاز للدائنين إذا اتفقوا جميعاً أن يطالبوا الحائز بدفع ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم ، ويكون الدفع طبقاً للشروط التي التزم الحائز في اصل تعهده أن يدفع بمقتضاها وفي الأجل المتفق على الدفع فيه))⁽¹⁾.

فإذا تحققت إحدى هاتين الحالتين ، فإن الحائز يجبر على الوفاء بالدين ويلاحظ بان المادة (1063 / 1) مدني مصري تنص صراحة لتحقيق الحالة الأولى من حالات الوفاء الجبري أن يكون سند ملكية الحائز قد سجل والغرض من التسجيل حتى لا يستجد بعد الوفاء دائنون آخرون .

كذلك يتضح من خلال الفقرة الثانية من هذه المادة ، إن الحائز يجبر على الوفاء بالدين في حدود الشروط التي اتفق عليها مع سلفه ((البائع للعقار المرهون)) وفي الأجل المتفق على الدفع فيه. ويلاحظ بان الحالة الثالثة من حالات الوفاء الجبري قد اخذ بها المشرع المصري، وطبق عليها أحكام الاشتراط لمصلحة الغير⁽²⁾.

ويجب الملاحظة ، الى انه في حالة تحقق أي حالة من حالات الوفاء الجبري فإن الحائز يفقد صفته كحائز ، ويصبح مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين ، ومن ثم لا

(1) تقابلها المادة (914) مدني جزائري (مطابق) والمادة (2، 1/1008) مدني كويتي (مطابق).
(2) انظر، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، ج10، مصدر سابق، ص633.

يحق له مباشرة إجراءات التطهير أو التخلية⁽¹⁾. وذلك لان هذه الوسائل ممنوحة للحائز. وإذا امتنع عن الوفاء بالديون جاز للدائنين أن ينفذوا على أمواله الأخرى بعد أن أصبح لهم حق الضمان العام على هذه الأموال . وقد أشارت المادة (1063 / 3) مدني مصري الى ذلك بقولها ((وفي كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار)).

أما في القانون المدني العراقي، فيمكن تطبيق الاشتراط لمصلحة الغير⁽²⁾ على الحالة الثالثة من حالات الوفاء الجبري، فإذا اشترط المالك السابق للعقار المرهون على الحائز أن يقوم بدفع ثمن الشراء الى الدائنين المرتهنيين كان من حق هؤلاء إجبار الحائز على الوفاء لهم . وهذا ما نصت عليه المادة (152 / 2) مدني عراقي بقولها ((2-ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك)).

ويلاحظ ان القانون المدني العراقي لم ينص صراحة على الحالتين الأولى والثانية من حالات الوفاء الجبري على الرغم من ان القانون المدني العراقي أشار الى إمكانية جبر المدين على التنفيذ الجبري في المادة (246 / 1) منه . إذ نصت ((يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً)) ولكن لا يمكن تطبيق هذا النص إلا على الحالة الأولى من حالات الوفاء الجبري . والذي يكون هناك مبلغ مستحق الأداء في ذمة الحائز بسبب تملكه العقار المرهون وكان كافياً للوفاء بديون الدائنين المرتهنيين.

أما بالنسبة الى الحالة الثانية من حالات الوفاء الجبري . فلا يمكن تطبيق نص المادة (246 / 1) مدني عليها. وذلك لان المبلغ المتبقي في ذمة الحائز اقل من ديون

(1) انظر، محمد علي امام ، مصدر سابق، ص 361. أنور طلبه، مصدر سابق، ص757. أنظر كذلك ، في الفقه والقضاء الفرنسي ،

Planiol. Ripert et Becque, op, cit, p.502; civ. 27 avril 1874 7 287; civ-6 novembre 1945.D.1946-1-36. أشار اليه ، احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق، ص30.

(2) يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير إذا أبرم شخصان عقداً واشترط احدهما فيه على الآخر حقاً لشخص ثالث يتلقاه عن العقد مباشرة ، فلا يمر في ذمة المشتري . انظر، د. عبد المجيد الحكيم ، الاستاذ عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص145.

الدائنين المرتهنين وغير مستحق الأداء ، ولا يجبر الحائز على دفعه إلا إذا اتفق جميع الدائنين على إجبار الحائز على الدفع لهم . وهذا ما لم تشر إليه المادة أعلاه فضلاً عن ذلك. فان الكثير من التشريعات المدنية تتضمن نصاً مشابهاً لنص المادة (1/ 246) مدني عراقي⁽¹⁾ ، ومع ذلك تشير الى حالات الوفاء الجبري للدين من قبل الحائز . ولأجل ذلك نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة ثالثة الى المادة (1307) مدني عراقي. لتصبح بالشكل الآتي ((3- إذا كان الدين الذي ترتب في ذمة الحائز غير مستحق الأداء أو كان غير كافٍ للوفاء بالديون المستحقة أو مغايراً لها ، جاز للدائنين المرتهنين إذا اتفقوا جميعاً إجبار الحائز على الوفاء بالدين المترتب في ذمته وفي الميعاد المحدد للوفاء به)).

إن الأثر الرئيسي الذي يترتب على وفاء الدين من قبل الحائز ، هو تخليص العقار من الرهن وبقية الحقوق المسجلة واحتفاظ الحائز بملكية العقار المرهون وبذلك ينقضي حق الرهن تبعاً لانقضاء الدين⁽²⁾. وهذا ما أشارت إليه المادة (1315) مدني عراقي بقولها ((ينقضي حق الرهن التأميني بانقضاء الدين الموثق))⁽³⁾.

ويلاحظ بان هناك أثراً أخرى مهمة تترتب على قيام الحائز بوفاء الدين. وهي حق الحائز في الحل محل الدائن المرتهن ، وحقه في الرجوع على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون .

وحق الحائز في الحل والرجوع لا يكون إلا في حالة وفاء الدين الاختياري، أما بالنسبة الى وفاء الدين الجبري . فلا يكون للحائز حق الحل ، وذلك لان الحل لا

(1) انظر المادة (1/203) مدني مصري ، إذ نصت ((1- يجبر المدين بعد اعذاره طبقاً للمادتين 219 و 220 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً)). انظر كذلك ، المادة (204) مدني سوري (مطابق) والمادة (249) من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(2) انظر، عادل سيد فهم ، نظرية التأمين العيني في التقنين المدني العراقي ، الطبعة الثانية ، 1960 ، ص 321. وفي الفقه الفرنسي انظر ، Gabriel Marty , Tome III , op,cit,P.232.

(3) تقابلها المادة (933) مدني جزائري(موافق) .

يكون إلا بالقدر الذي دفعه من ماله من حل محل الدائن . فإذا لم يكن الحائز قد أدى من ماله شيئاً، فلا يحل محل الدائن المرتهن ولا يكون له كذلك حق الرجوع ، لان الحائز لا يدفع أكثر مما هو مستحق في ذمته⁽¹⁾. ولأجل بحث رجوع الحائز على المدين بما دفعه من دين وعلى المالك السابق للعقار المرهون وحلوله محل الدائن المرتهن سنقسم هذا المطلب الى فرعين سنتناول في الفرع الأول حق الحائز في الحلول وسنخصص الفرع الثاني لبحث حق الحائز في الرجوع ونتناول فيه

أولاً :- رجوع الحائز على المدين بالدعوى الشخصية .

ثانياً :- رجوع الحائز على المالك السابق للعقار المرهون .

الفرع الأول

حق الحائز في الحلول

إذا قام الحائز بوفاء الدين الى الدائن المرتهن ، فانه يحل محله في حقوقه ، ومن بين الحقوق التي يحل فيها الحائز محل الدائن المرتهن ، حق الرهن المقرر على عقار الحائز⁽²⁾.

وبذلك يكون للحائز حق رهن على العقار المرهون المملوك له ، وبنفس مرتبة الدائن المرتهن . وهذا ما يحقق مصلحة الحائز في حالة طلب الدائنين المرتهنين المتأخرين في المرتبة عنه بيع العقار المرهون الذي انتقلت ملكيته الى الحائز إذ انه يستطيع في هذه الحالة أن يتقدم عليهم في استيفاء دينه ، وهذا يرجع الى انه حل محل الدائن المرتهن وبنفس مرتبته المتقدمة.

كذلك يحل الحائز محل الدائن المرتهن فيما يكفل هذا الحق من تأمينات أخرى مقدمة من المدين ، سواء كان رهن تأميني أم حيازي أم حق امتياز حتى ولو انتقلت

(1) انظر، احمد سلامه ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق، ص272.

(2) انظر، د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، مصدر سابق، ص339. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج10، مصدر سابق، ص416. د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير، مصدر سابق ، ص 256.

العقارات المثقلة بهذه الحقوق الى حائز آخر⁽¹⁾.

ولكن يلاحظ بانه إذا كان الموفي ((حائز العقار المرهون)) يحل محل الدائن المرتهن في حق الرهن. ويحل كذلك محله في التأمينات العينية المقدمة من المدين. إلا انه لا يحل محل الدائن المرتهن في التأمينات المقدمة من شخص آخر غير المدين. وبذلك فإذا كان الدين مضموناً برهن مسجل على عقار وانتقلت ملكيته الى الحائز. ومضمون كذلك بكفالة شخصية أو عينية . ففي حالة قيام الحائز بوفاء الدين الى الدائن المرتهن، لا يكون له الحق في الرجوع بما دفع على الكفيل الشخصي والكفيل العيني والسبب في ذلك يرجع الى إن الحائز يعد مقصراً في حالة دفعه لثمن العقار الى البائع، إذ كان من المفروض عليه أن يقوم بدفع ثمن العقار الى الدائن المرتهن. لكي يحرر العقار من الرهن. وبذلك إذا دفع الحائز الثمن الى البائع ثم اضطر الى دفع ديون الدائنين المرتهنيين. فان الكفيل الشخصي والعيني لا يسأل عن هذا التقصير ويتحملة الحائز وحده⁽²⁾ .

كذلك لو إن العقار المرهون قد ظل في يد المدين ، وقام الدائن المرتهن بالتنفيذ عليه ، فان المدين لا يحق له الرجوع على الكفيل العيني وبذلك ليس من العدل أن يسوء مركز الكفيل لمجرد قيام المدين بالتصرف في العقار المرهون للحائز⁽³⁾.

ومن الجدير بالملاحظة ، إن حلول الحائز محل الدائن المرتهن يعد تطبيقاً للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول ، والتي أشارت إليه المادة (379 / ج) مدني عراقي بقولها ((إذا دفع الدين شخص غير المدين حل الدافع محل الدائن بحكم القانون في الأحوال الآتية :- ج - إذا كان قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه تسديداً لأحد الدائنين الذين خصص العقار لضمان حقوقهم⁽⁴⁾ .

وقد أشارت المادة (1307 / 1) مدني عراقي . الى حلول الحائز محل الدائن المرتهن في حالة قيامه بوفاء الدين ، ولكن لا يحل محله في التأمينات المقدمة من

(1) انظر، محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص 140.

(2) انظر، د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق، ص 263. د. جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق، ص 298.

(3) انظر، شاكراً ناصر حيدر ، مصدر سابق، ص 151. محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق، ص 117. نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق، ص 126. وفي الفقه

الفرنسي انظر، . Planiol , Repert et Becque, op, cit, N.1183; Jossierand, op, cit, N.1949.

(4) تقابلها المادة (326 / ج) مدني مصري (مطابق).

شخص آخر غير المدين ، إذ نصت بالقول ((إذا وفى الحائز الدين الموثق بالرهن التأميني حل محل الدائن فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين))⁽¹⁾.

ومن خلال النصين السابقين يتبين بان المادة (379 / ج) مدني عراقي يستفيد منها الحائز في حله محل الدائن المرتهن في حالة واحدة فقط ، وهي عندما يكون الحائز مشتركياً للعقار المرهون ، أما بالنسبة الى نص المادة (1307 / 1) مدني عراقي، فهو نص عام يشمل جميع الحالات التي تنتقل بها الملكية الى الحائز عن طريق الشراء وعن طريق اسباب كسب الملكية الأخرى .

ومن التشريعات المدنية الأخرى التي أشارت الى حق الحائز في الحل محل الدائن المرتهن ، القانون المدني السوري ، ويلاحظ عليه بأنه لا يفرق بين التأمينات المقدمة من قبل المدين أو من شخص آخر غير المدين ، حيث يحل الحائز محل الدائن المرتهن في هذه التأمينات ، وهذا ما نصت عليه المادة (328) مدني سوري بقولها ((من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن . كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفعات ، ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن)) .

ويمكن القول، بان القانون المدني العراقي كان موفقاً عندما فرق بين التأمينات العينية المقدمة من المدين والمقدمة من شخص آخر غير المدين وأعطى للحائز الحق في الحل محل الدائن المرتهن في التأمينات المقدمة من المدين دون التأمينات المقدمة من غير المدين والسبب في ذلك، يرجع الى إن الكفيل الشخصي أو العيني قد تأكد عند تقديم الكفالة بوجود عقار مرهون يضمن وفاء الدين ، وانه لا يرجع عليه الدائن المرتهن إلا ما يجاوز ثمن العقار. فضلاً عن ذلك، فان إعطاء الحائز الحق في الحل محل الدائن المرتهن والرجوع على الكفيل يؤدي الى الإساءة الى مركز الكفيل إذا ما تصرف المدين في العقار الى شخص آخر، ذلك انه لو لم يقع هذا التصرف ، لاستطاع المرتهن التنفيذ

(1) تقابلها المادة (1061) مدني مصري (موافق)، والمادة (1251) مدني فرنسي (موافق) ، والمادة (2/1363) أردني (موافق) والمادة (1006) مدني كويتي (موافق).

على العقار تحت يد المدين (1). وهذا بخلاف ما ذهب إليه القانون المدني السوري والذي أشار الى حلول الحائز محل الدائن المرتهين في التأمينات المقدمة من المدين والغير. وبخصوص حق الحائز في الحل محل الدائن المرتهين إذا قام بوفاء الدين ، قضت محكمة النقض المصرية بان ((حائز العقار المرهون ملزم بالدين عن المدين. وينبني على وفاء بالدين المضمون أو بجزء منه للدائن المرتهين ، حلوله محل هذا الدائن في كافة حقوقه بمقدار ما أداه ، ويشمل الحل الرهن الوارد على عقار الحائز ذاته، ويترتب على الحل انتقال حق الدائن الى الموفى فيكون له أن يرجع على المدين بهذا الحق بمقدار ما أوفاه)) (2). وجاء في حكم آخر للمحكمة ذاتها بان ((مفاد النص في المادتين 326 / 1 ، 329 من القانون المدني ، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض انه إذا ما قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه وان من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفعات)) (3).

الفرع الثاني

حق الحائز في الرجوع

إذا كان الحائز مدينًا بالثمن ، وذلك في حالة شرائه للعقار المرهون ولم يدفع ثمنه بعد ، وقام بوفاء ديون الدائنين المرتهين في الحدود التي يلتزم بها بسبب تملكه للعقار المرهون ، فانه في هذه الحالة لا يرجع بشيء على المدين الراهن ، لأنه قام بوفاء دين الراهن ووفاء دينه في مواجهة الراهن .

(1) انظر، ص 26-28 من الرسالة اذ بحثنا مسألة رجوع الحائز والكفيل احدهما على الآخر.
(2) أنظر ، (نقض 1971/3/25 . الطعن 172 س 36 مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض السنة 22 ص 384) أشار اليه ، عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي ، مصدر سابق، ص 1235.
(3) انظر ، (جلسة 1990/6/26 . الطعن رقم 908 لسنة 58 ق). المصدر نفسه ، ص 1229.

أما إذا كان الحائز غير مدين بسبب تملكه للعقار المرهون ، بان كان قد دفع الثمن ، أو كانت قيمة الديون المقيدة على العقار والتي دفعها للدائنين المرتهنيين تزيد على دين الثمن الذي اشترى به العقار المرهون ، ففي هذه الحالة يحق له الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية بالإضافة الى حقه في الرجوع على المالك السابق للعقار المرهون بدعوى الضمان⁽¹⁾. وكما يأتي:-

أولاً : رجوع الحائز على المدين بالدعوى الشخصية :-

إن الحائز يستطيع الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية وقد تكون هذه الدعوى هي دعوى الوكالة إذا وفي الحائز الدين بأمر المدين وقد تكون دعوى الكسب دون سبب إذا كان الحائز قد وفي الدين بلا أمر من المدين وكانت له مصلحة في الوفاء أو لم تكن عنده نية التبرع إذ تطبق قواعد الإثراء بلا سبب في هذه الحالة ، وهي تقتض حصول إثراء في جانب وافتقار في جانب آخر وقيام علاقة السببية بين الإثراء والافتقار والا يكون لإثراء المدين سبب قانوني⁽²⁾. وقد أشارت المادة (2 /1307) مدني عراقي الى حق الحائز في الرجوع بما دفع للدائن المرتهن على المدين إذ نصت ((ويبقى حق الحائز في الوفاء بالدين قائماً الى يوم رسو المزايدة ، ولكن يجب عليه أن يفي بما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره على أن يرجع بكل ذلك على المدين))⁽³⁾.

وإذا كان من حق الحائز الرجوع على المدين بمقتضى الدعوى الشخصية على أساس الكسب دون سبب⁽⁴⁾ ، فمتى يتحقق الإثراء والافتقار لان تحقق الإثراء والافتقار يتوقف عليه رجوع الحائز على المدين؟ نلاحظ بان الإثراء يتحقق عند قيام الحائز بدفع الدين ، حيث يتحقق الإثراء في جانب المدين لانقضاء دينه من قبل الحائز ، وأما الافتقار في جانب الحائز فلا يتحقق إلا إذا دفع أكثر مما هو مستحق في ذمته ، أو إذا وفي الحائز

(1) انظر، د.سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق، ص 261. د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج10، مصدر سابق، ص416. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق، ص365.

(2) انظر، د.عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق، ص515-517 . د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، مصدر سابق، ص337. د.عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص254.

(3) تقابلها المادة(1006) مدني كويتي (موافق)، والمادة (912) مدني جزائري (موافق) والمادة (1363) مدني اردني (موافق).

(4) يقصد بالكسب دون سبب ، ان يثري شخص على حساب الغير دون قيام سبب قانوني لذلك . انظر، د.سعيد سعد عبد السلام ، مصادر الالتزام المدني ، مصدر سابق ، ص500.

الدين دون أن يكون عليه للمدين ما يعادل هذا الدين (1).

وبذلك إذا قام الحائز بشراء العقار المرهون من المدين بثمان مؤجل ، ثم قام بوفاء دين الدائن المرتهن ، فإن هذا الوفاء لا يسبب افتقار في ذمة الحائز ، وذلك لأنه يدفع ما هو مستحق في ذمته ، فالافتقار لا يتحقق إلا إذا دفع الحائز مبلغ أكثر مما هو ملتزم به للمدين وبقدر هذه الزيادة ، فإذا كان الحائز غير مدين بشيء . كان كل ما أوفاه للدائن المرتهن افتقاراً يجوز له الرجوع على المدين (2).

ومثال على ذلك – إذا اشترى الحائز العقار من المدين بعشرة ملايين دينار وقام الحائز بدفع دين الدائن المرتهن والبالغ ثمانية ملايين دينار فلا يبقى في ذمة الحائز للمدين البائع إلا مليوني دينار، ولكن إذا كان دين الدائن المرتهن احد عشر مليوناً ، وقام الحائز بدفعه ، فإنه لا يرجع على المدين إلا بالمليون دينار. وإذا لم يكن الحائز مديناً بأي شيء للمدين وذلك في حالة دفعه ثمن العقار كاملاً ، فإنه يرجع على الأخير بكل ما أوفاه للدائن المرتهن .

ثانياً : رجوع الحائز على المالك السابق للعقار المرهون :-

إذا دفع الحائز الدين الى الدائن المرتهن ، كان له حق الرجوع على سلفه ((المالك السابق للعقار المرهون)) سواء كان المدين أو غيره . فالحائز يستطيع الرجوع على المالك السابق بدعوى ضمان الاستحقاق . إذا اكتسب ملكية العقار المرهون بسبب مما يوجب الضمان كعقد البيع أو المقايضة. إذ إن وفاء الدين الى الدائن المرتهن يعد في حكم الاستحقاق الكلي أو الجزئي (3).

فإذا لم يكن في ذمة الحائز أي مبلغ من ثمن العقار المرهون ، كان دفع الدين في حكم الاستحقاق الكلي، أما إذا كان هناك مبلغ متبقي في ذمة الحائز من ثمن العقار

(1) أنظر، د.جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق، ص 291.نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص125. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص116. د.محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص92.

(2) أنظر، د.سليمان مرقس ، التأمينات العينية، مصدر سابق، ص224.
(3) أنظر ، أنور سلطان ، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت ، 1980 ، ص219. د.عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، دار البحوث العلمية، الكويت ، الطبعة الاولى، 1975، ص577. وفي الفقه الفرنسي أنظر ، Jossierand ,op,cit,N.1947.

المرهون لم يدفعه بعد الى البائع ، فان دفع الدين في هذه الحالة يعد في حكم الاستحقاق الجزئي.

أما إذا تلقى الحائز ملكية العقار المرهون عن طريق الهبة أو الوصية ، فلا يكون له الحق في الرجوع على الواهب أو الموصي ، ولكن يلاحظ بان الواهب يكون ضامناً لاستحقاق المبيع. إذا تعدد إخفاء سبب الاستحقاق أو إذا كانت الهبة بعوض⁽¹⁾. وفي هذه الحالة لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض ، وهذا ما أشارت إليه المادة (614) مدني عراقي بقولها ((لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب إلا إذا تعدد إخفاء سبب الاستحقاق أو إذا كانت الهبة بعوض، وفي الحالة الأخيرة لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض كل هذا ما لم يتفق على غيره)) .

ولا بد من الإشارة الى أننا سنبحث رجوع الحائز على المالك السابق للعقار المرهون في الفصل الثالث من الرسالة⁽²⁾. وسواء كان أساس الرجوع هو قيام الحائز بدفع الدين أم قيامه بدفع مبلغ معين لتحرير العقار أو لشرائه العقار في المزاد العلني . أم إذا خسر الحائز العقار إذا رسا المزاد على الغير . لمعرفة مدى التزام البائع للعقار المرهون في كل هذه الحالات .

إن تحرير العقار من الرهن هو خيار منحه القانون للحائز لكي يستطيع التخلص من اثر الرهن في مواجهته، وهو حق التمتع .

ومفهوم التحرير يختلف عن مفهوم وفاء الدين ، كما إن إجراءاته تتطلب من الحائز

(1) أنظر ، محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق، ص 141142. د. رمضان ابو السعود ، مصدر سابق، ص 398.
(2) أنظر ص 182 من الرسالة .

القيام ببعض الأعمال التي يتطلبها القانون لكي تترتب على التحرير آثاره ، لذلك يقتضي الأمر ، تعريف التحرير ، وبيان مزاياه وعيوبه وتحديد الإجراءات التي يتطلبها ، والآثار التي تترتب على عرض الحائز وهذا ما سنبحثه من خلال ثلاثة مطالب ، يتضمن المطلب الأول مفهوم التحرير ، أما المطلب الثاني فسنتناول فيه إجراءات التحرير ، في حين ستكون الآثار المترتبة على عرض الحائز موضوعاً للمطلب الثالث .

قد يفضل الحائز التعجيل بتخليص العقار من الرهون المسجلة عليه، لا سيما إذا كانت الديون اكبر من قيمة العقار . فيلجأ الحائز الى مباشرة إجراءات تحرير العقار من الرهون المسجلة عليه ، ومن أي حق عيني تبقي آخر.

ولبيان مفهوم التحرير لا بد من تعريفه وتحديد أوجه الشبه والاختلاف بين تحرير العقار ووفاء الدين ، ثم يجب أخيراً الإشارة الى تقدير نظام التحرير لمعرفة مزاياه وعيوبه . وهذا ما سنبحثه في هذا المطلب من خلال فرعين نحدد في الأول منهما تعريف التحرير وتمييزه عن وفاء الدين ونبين في الثاني تقدير نظام التحرير.

الفرع الأول

تعريف التحرير وتمييزه عن وفاء الدين

من اجل تعريف التحرير وتمييزه عن وفاء الدين ، سنقسم هذا الفرع الى الفقرات الآتية :-

أولاً : - تعريف التحرير:- التحرير، هو خيار منحه القانون للحائز يستطيع بمقتضاه تخليص العقار المرهون من الحقوق العينية المرتبة عليه ، من خلال عرض الحائز قيمة العقار على الدائنين المرتهنين المسجلة ديونهم على العقار قبل تسجيل سند

ملكيتها⁽¹⁾. ويستطيع الحائز بمجرد اكتسابه هذه الصفة وقبل أن تحل آجال الديون أن يعرض على الدائنين المرتهنيين تحرير العقار من الرهون فالتحرير خيار يتميز بعنصر المبادأة من جانب الحائز وهو الذي يحدد شروط التحرير ووقته⁽²⁾.

فإذا قُبِلَ هذا العرض من قبل جميع الدائنين ، دفع لهم الحائز قيمة العقار، وترتب على ذلك تحرير العقار من جميع الرهون ، حتى التي لم يحصل أصحابها على شيء من قيمة العقار بسبب تأخرهم في المرتبة.

أما إذا رُفِضَ عرض الحائز من قبل احد الدائنين أو الكفلاء الدائن أو بعضهم طمعاً في الحصول على مبلغ اكبر عند بيع العقار بالمزاد العلني وجب على من رفض العرض أن يطلب بيع العقار المرهون حتى وان كان الدين مؤجلاً⁽³⁾. وبذلك يمكن القول بان التحرير هو خيار يخلص الحائز من خلاله العقار المرهون من الرهون المسجلة عليه في مقابل دفع قيمة هذا العقار الى الدائنين المسجلة حقوقهم عليه.

ثانياً : الوقت الذي يجوز فيه التحرير:- أما فيما يتعلق بالوقت الذي يستطيع فيه الحائز تحرير العقار ، فانه يخضع لإرادة الحائز ، فالحائز هو من يقوم أولاً بالمبادأة بإجراءات التحرير حيث يستطيع مباشرة إجراءات التحرير بمجرد اكتسابه صفة الحائز وقبل حلول اجل الدين أو قيام الدائنين المرتهنيين بإنذاره بدفع الدين⁽⁴⁾.

ويبقى حق الحائز بتحرير العقار في القانون العراقي الى يوم توقيع الحجز عليه وهذا ما نصت عليه المادة (1308 / 1) مدني عراقي بقولها ((يبقى للحائز حق تحرير العقار المرهون رهناً تأمينياً الى يوم توقيع الحجز عليه من المرتهنيين)) ، أما في القانون المصري فيبقى حقه الى وقت إيداع قائمة شروط البيع إذ نصت المادة (1064 / 2)

(1) انظر، علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ،ص366. محمد طه البشير، مصدر سابق،ص142. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق،ص128.

(2) عبر القانون المدني الاردني والمصري والجزائري والكويتي عن التحرير بـ((تطهير العقار leparge ونظام التحرير هو نظام حديث ، وقد اخذت به قوانين العراق ومصر وبلجيكا وايطاليا ، ولم تأخذ به ألمانيا وبولونيا والسويد ولبنان وسوريا وتونس . انظر ، شاكور ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص153.

(3) انظر، د.محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق، ص119. شاكور ناصر حيدر، مصدر سابق، ص152. محمد علي امام ، مصدر سابق، ص361.

(4) أنظر، د.جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص302303.

مدني مصري على ((2- وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه على المدين أو الإنذار الى هذا الحائز ، ويبقى هذا الحق قائماً الى يوم إيداع قائمة شروط البيع))⁽¹⁾.

أما بالنسبة الى القانون المدني الأردني . فيبقى حق الحائز بتحرير العقار الى ما قبل إتمام معاملة تسجيل العقار المرهون باسم من رسا عليه المزداد⁽²⁾. وهذا يدل على مدى الحماية والرعاية التي يوفرها القانون لحائز العقار حيث أعطاه الحق بتحرير العقار بمجرد أن تتوافر فيه صفة الحائز وبغض النظر عما إذا كانت الديون المضمونة قد حلت أو لم تحل بعد ، ويبقى حقه في التحرير الى يوم توقيع الحجز على العقار من المرتهن .

وبعد توقيع الحجز على العقار ، لا يمكن للحائز القيام بإجراءات التحرير ولكن ما هو السبب في ذلك ؟ والسبب هو إن العقار في هذه المرحلة يكون معداً للبيع بالمزاد العلني ، فإذا أراد الحائز عرض قيمته ، فما عليه إلا أن يتقدم في المزاد .

ثالثاً: الشخص الذي يحق له القيام بإجراءات التحرير:- ان تحرير العقار ، هو حق لا يعترف به إلا للحائز ، فإذا توفرت هذه الصفة في الشخص أمكنه تحرير العقار⁽³⁾. وإذا لم تتوافر لا يحق له تحرير العقار. والعلة التي من أجلها ربط المشرع بين استعمال حق التحرير وبين توافر صفة الحائز، تتمثل بان التحرير يحمل نوعاً من المحاباة للشخص الذي يستعمله ، وان الحائز هو الشخص الذي يكون جديراً بهذه المحاباة⁽⁴⁾.

وكما بينا سابقاً⁽⁵⁾. إن الحائز هو كل من انتقلت إليه بعد الرهن ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن بأي سبب من أسباب كسب الملكية دون

(1) تقابلها المادة(915) مدني جزائري(موافق).

(2) أنظر المادة(95) اجراء اردني.

(3) يلاحظ بان التحرير يعد رخصة للحائز ومن ثم لا يعد مخطئاً إذالم يباشر إجراءات التحرير حيث حكم القضاء الفرنسي بان عدم قيام الحائز بتطهير العقار لا يعتبر خطأ من جانبه يؤدي الى حرمانه من الرجوع على من تصرف اليه بدعوى الضمان حين يقوم الدائنون بنزع ملكية العقار . أنظر ، Cass,civ,20 1898.1.13.octobre حكم أشار اليه احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق، ص476.

(4) أنظر ، د.احمد سلامة ، دروس في التأمينات المدنية، مصدر سابق،ص257.

(5) أنظر ص7 من الرسالة.

إن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن .

وفي ضوء هذا التحديد لتعريف الحائز سنحدد الشخص الذي لا يحق له التحرير والشخص الذي يحق له ذلك وكما يأتي :-

1- الشخص الذي لا يحق له التحرير :- لا يحق للشخص الذي تقرر له على العقار المرهون حقاً عينياً تبعياً ، كحق الرهن أن يقوم بتحرير العقار والسبب في ذلك هو أن هذه الحقوق لا يمكن بيعها بالمزاد العلني ولا يعد مكتسبها حائزاً ولا يكون أمام الدائن المرتهن إلا القيام بدفع الدين الى الدائنين المتقدمين له في المرتبة والحلول محلهم في ذات مرتبة الرهن⁽¹⁾. كذلك فان المالك للعقار المرهون رهناً حيازياً والذي انتقلت الملكية إليه من المدين الراهن يقابل الحائز للعقار المرهون في الرهن التأميني ، ولكن لا يحق له في حالة مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون إلا وفاء الدين ، ولا يكون له الحق في تحرير العقار ، وهذا ما نصت عليه المادة (1345) مدني عراقي بقولها ((للمرتته أن يستوفي حقه من المرهون رهناً حيازياً حتى ولو انتقلت ملكيته الى أجنبي غير انه للأجنبي أن يوفي الدائن حقه فيحل محله إلا في رهن قدمه غير المدين ضماناً لنفسه الدين)) ولكن يلاحظ بان الدائن المرتهن إذا اشترى العقار المرهون ، فيعد حائزاً في هذه الحالة ويحق له تحرير العقار. كذلك لا يحق التحرير للكفيل العيني ولا للكفيل الشخصي ولا الشريك في الدين⁽²⁾. والسبب في ذلك هو إن الكفيل العيني لم تنتقل إليه ملكية العقار المرهون وإنما هو المالك له أصلاً ، ومن المعلوم إن من شروط الحائز هو أن تنتقل الى الشخص ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن.

أما الكفيل الشخصي والشريك في الدين ، فان عدم اعطائهم الحق في تحرير العقار يرجع الى عدم اكتسابهم لصفة الحائز ، وذلك لانهم مسؤولين عن الدين مسؤولية شخصية ومن المعلوم إن من شروط الحائز للعقار المرهون هو ألا يكون مسؤولاً عن الدين مسؤولية شخصية.

بالإضافة الى ذلك لا يحق لمن تقرر له على العقار المرهون حقاً عينياً أصلياً غير

(1) أنظر، د.جلال محمد ابراهيم، مصدر سابق، ص310.

(2) أنظر، د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق، ص346. د.غني حسون طه، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص459.

قابل للرهن أن يقوم بتحرير العقار . كما لو تقرر للشخص على العقار المرهون حق ارتفاق أو حق استعمال أو حق سكنى ، والسبب في ذلك هو أن هذه الحقوق لا يعد من اكتسبها حائزاً . لأنها غير قابلة للرهن والبيع استقلالاً في المزداد العلني ، يضاف الى ذلك. إن إعطاء أصحاب هذه الحقوق الحق في التحرير يؤدي الى الأضرار بحقوق الدائنين المرتهنين ، إذ إن هذه الحقوق لا يمكن بيعها بالمزداد العلني مستقلة عن العقار الذي تقرر عليه ومن ثم فإن الدائن المرتهن إذا رفض التحرير من أصحاب هذه الحقوق فلا يحق له إن يطلب بيع هذه الحقوق ، إذ لا يبقى له إلا قبول القيمة المعروضة ، وهو ما يؤدي الى الأضرار به (1).

ومن الجدير بالإشارة ، انه قد يكتسب شخص ملكية العقار المرهون تحت شرط واقف، فهل يحق له في هذه الحالة أن يقوم بإجراءات التحرير ؟

نلاحظ بان الشرط إذا كان واقفاً (2). فإن هذا الشخص لا يعد حائزاً لأنه لم يملك بعد العقار لعدم تحقق الشرط ، ومن ثم لا يحق له تحرير العقار ، أما إذا تحقق الشرط الواقف فيحق له تحرير العقار لأنه أصبح حائزاً للعقار المرهون .

2- الشخص الذي يحق له التحرير :- يحق للشخص القيام بإجراءات التحرير إذا ما اكتسب صفة الحائز . وبذلك يحق للشخص الذي اكتسب ملكية العقار المرهون القيام بتحرير العقار ، وذلك لاكتسابه صفة الحائز ، إذ إن حق الملكية من الحقوق العينية الأصلية القابلة للرهن والبيع بالمزداد العلني ، ومن ثم يعد مكتسبه حائزاً يحق له التحرير. وإذا كان البيع هو الصورة الأكثر شيوعاً الذي ينتقل بها حق الملكية الى الحائز إلا إن الأمر المهم هو أن تنتقل الملكية الى الحائز أياً كان سبب انتقال الملكية.

واستناداً الى ذلك ، يحق للموهور له ، والموصى له ، والشفيع ، والمقايض في

(1) أنظر، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج10، مصدر سابق، ص424. د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص134. د. سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص415.

(2) يكون الشرط واقفاً ، إذا علق عليه نشوء العقد أو الالتزام ، بحيث إذا تحقق الشرط انعقد العقد ونشأت الالتزامات في ذمة كل من طرفيه ، وإذا تخلف الشرط لم ينشأ عقد ولا التزام . وهذا ما اشارت اليه المادة (288) مدني عراقي بقولها ((العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ الا إذا تحقق الشرط)).

العقار أن يقوم بتحرير العقار من الرهن⁽¹⁾ .

كذلك يحق للشخص تحرير العقار إذا تملك العقار المرهون تحت شرط فاسخ⁽²⁾ ولكن ينبغي التفرقة بين الوضع قبل تحقق الشرط والوضع بعده، فقبل تحقق الشرط فإن الحائز يعد مالكا ، ويحق له تحرير العقار من الرهن ، فإذا تخلف الشرط تأكدت ملكية الحائز وبقي تحرير العقار صحيحاً . ولكن ما الحكم إذا تم تحرير العقار ثم تحقق الشرط الفاسخ؟ يلاحظ بان مقتضى القواعد العامة⁽³⁾ يؤدي الى زوال ملكية الحائز بأثر رجعي وهو ما يستوجب زوال التحرير وعودة الرهون على العقار ومن ثم يلتزم الدائنون برد ما قبضوه نتيجة التحرير وهذا ما أشار إليه رأي في الفقه الفرنسي⁽⁴⁾.

ولكن يلاحظ بان الرأي الغالب في الفقه⁽⁵⁾ ذهب الى أن التحرير لا يزول بأثر رجعي وذلك لأنه عمل مادي لا يؤثر فيه الفسخ .

ونحن نؤيد ما ذهب إليه الرأي الغالب في الفقه، وذلك لان الحائز عندما قام بتحرير العقار قد لا يتوقع تحقق الشرط الفاسخ. فضلاً عن ذلك ، فان التحرير قد مر بالكثير من الإجراءات القانونية والتي تتطلب مصروفات باهظة، لذلك فان تحرير العقار يجب ألا يكون له أثر رجعي لكي لا يتم إهدار إجراءات التحرير. وهذا الرأي هو الذي أخذ به مشرعنا في المادة (1312) مدني عراقي إذ نصت على ((إذا تمت إجراءات التحرير سواء باستقرار ملكية الحائز أو برسو المزايدة على غيره فان الحقوق المسجلة على

(1) أنظر، د. رمضان ابو السعود ، مصدر سابق ، ص405. د. جلال محمد ابراهيم، مصدر سابق، ص311.
(2) يكون الشرط فاسخاً إذا علق عليه فسخ العقد وزوال الحق. إذ نصت المادة(1/289) مدني عراقي على ((العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم)) والعقد غير اللازم هو العقد الذي يمكن الرجوع عنه بإرادة منفردة . فإذا كان لكل من المتعاقدين ان يرجع عن العقد بإرادته المنفردة كان العقد غير لازم من الجانبين . وإذا كان لاحد المتعاقدين فقط ان يرجع عن العقد بإرادته المنفردة كان العقد غير لازم من جانب واحد.

(3) أنظر ، المادة (1/290) مدني عراقي إذ نصت ((1- إذا تحقق الشرط وإقفاً كان أو فاسخاً استند اثره الى الوقت الذي تم فيه العقد الا إذا تبين من ارادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد ، ان وجود الالتزام أو زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط)). أنظر كذلك ، المادة (270) مدني مصري(موافق).

(4) أنظر ، Baudry Lacantinerie et de Loynes, Nantissement, des privileges et hypothéques, et de lex propriation.

(5) أنظر في الفقه الفرنسي ، Josserand.op.cit.N.1916. أنظر كذلك ، د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص459. د. احمد سلامه، دروس في التأمينات المدنية ، مصدر سابق، ص258. د. سعيد سعد عبد السلام ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق، ص416.

العقار تنقضي نهائياً حتى ولو فسخت ملكية الحائز لأي سبب من الأسباب⁽¹⁾. ومن الجدير بالإشارة في هذا المجال انه إذا كان الحائز الذي قام بالتحرير متواطئاً مع الراهن الذي باع له العقار المرهون لكي يحرره من الرهن فان هذا التواطؤ يبطل التحرير ويترتب على زوال ملكية الحائز زوال التحرير. ومثال على ذلك ، إذا باع الراهن تحت شرط فاسخ العقار الى مشترٍ لكي يصبح هذا الأخير حائزاً يقوم بتحرير العقار من الرهن ثم بعد ذلك يسترد الراهن (البائع) العقار محرراً عندما يتحقق الشرط الفاسخ الذي سيعمل الطرفان على تحقيقه بعد قيام الحائز بتحرير العقار⁽²⁾. وقد لا تنتقل الى الشخص ملكية العقار المرهون وإنما ينتقل إليه حق الرقبة أو حق المنفعة المرهون كما لو رهن شخص عقاره، وقام بالتصرف في حق الانتفاع واحتفظ لنفسه بالرقبة أو قام بالتصرف في الرقبة واحتفظ بحق المنفعة أو تصرف في الرقبة لشخص والانتفاع لآخر ، فان من يتلقى أي من هذين الحقين يتلقاه مرهوناً ويصبح حائزاً يحق له التحرير. فإذا كان حق الانتفاع هو الذي انتقل الى الحائز، وقام بتحريره من الرهن ، فان حقوق الدائنين المقيدة تبقى على حق الرقبة، فإذا انقضى حق الانتفاع ، أما بانتهاء أجله ، أو بوفاء المنتفع ، فان حق الدائنين يعود عليه من جديد باعتباره من ملحقات العقار المرهون ، وفي هذه الحالة يستطيع الدائنون التنفيذ على الملكية كاملة.

وبذلك يتضح بان الدائنين المرتهنيين قد استفادوا من حق الانتفاع في حالتين. الحالة الأولى- عندما قام الحائز بتحرير حق الانتفاع - وفي الحالة الثانية عندما انتهى حق الانتفاع لمصلحة الحائز ، حيث يعود حق الدائنين عليه أما في حالة انتقال ملكية الرقبة الى الحائز وهي مثقلة بالرهن فان الحائز يستطيع تحريرها ، وفي هذه الحالة يبقى حق الرهن على حق الانتفاع فقط ، فإذا انقضى هذا الحق وعادت المنفعة الى مالك الرقبة ، فإنها تعود محررة من الرهن⁽³⁾.

(1) أنظر كذلك المادة (1083) مدني مصري ، إذ نصت ((إذا تمت اجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائياً ولو زالت لأي سبب من الاسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار)). يلاحظ بان المادة (1362) مدني عراقي والمادة (1083) ينطبق حكمهما سواء كان زوال ملكية العقار باثر رجعي بفعل تحقق الشرط الفاسخ أو بالفسخ أو البطلان.

(2) أنظر، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج10، مصدر سابق ، ص425.

(3) أنظر، د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق، ص132. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق، ص 140.

ويلاحظ بأنه لا يشترط أن تنتقل للحائز ملكية العقار لكي يستطيع تحريره من الرهن أو أن تكون قد انتقلت إليه ملكية مفروزة⁽¹⁾. وبذلك يجوز لمن انتقل إليه جزء من العقار المرهون أو من انتقل إليه نصيباً شائعاً في العقار المرهون أن يحرره من الرهن ولكن إذا انتقل للحائز جزء من العقار المرهون هل انه يحرر الجزء الذي انتقل إليه أم ان يحرر العقار كله؟ من خلال الرجوع الى المادة (1294) مدني عراقي نلاحظ بأنه يجب على من انتقل إليه جزء من العقار ان يقوم بتحرير كل العقار ولا يقتصر على الجزء الذي انتقل إليه وذلك تطبيقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن التي اشأت إليها المادة اعلاه بقولها ((كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها)) ولكن يلاحظ بان قاعدة عدم تجزئة الرهن ليست من النظام العام ومن ثم يجوز للمرتهن و الحائز الاتفاق على ان يقوم الحائز بتحرير الجزء الذي انتقل إليه فقط. والسؤال الذي يطرح هنا هل يشترط أن يقوم الحائز بتسجيل سند ملكيته لكي يستطيع مباشرة إجراءات التحرير أم انه لا يشترط ذلك؟

نلاحظ بان القانون المدني العراقي لم يتضمن نصاً صريحاً يبين فيه على ضرورة تسجيل سند الحائز أو عدم ضرورة ذلك على حق الحائز بتحرير العقار. ولكن المادة (1308/ ف 2 / ب) مدني عراقي ، أشارت الى ضرورة تسجيل سند الحائز بصورة ضمنية، حيث أوجبت على الحائز الذي يريد تحرير عقاره، أن يوجه الى الدائنين المسجلة حقوقهم على العقار المرهون ، إعلانات تتضمن بياناً بالحقوق التي تم تسجيلها على العقار قبل تسجيل سنده⁽²⁾ كذلك فان المادة (2 / 1306) مدني عراقي أشارت الى إن الحائز هو كل من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن مما يشير الى ضرورة تسجيل سند الحائز لكي يكتسب هذه الصفة ويحق له تحرير العقار، اذ ان العقار او الحق العيني لا ينتقل للحائز الا بالتسجيل.

وبذلك تظهر أهمية تسجيل سند الحائز لكي يستطيع تحرير العقار من الرهن، والغرض من ذلك ، هو تحديد الحقوق المسجلة على العقار والتي يجب تحريرها ، إذ انه

(1) أنظر، د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق، ص 137.
(2) نصت المادة (1308/ ف 2 / ب) مدني عراقي (2) - وعليه إذا اراد التحرير ان يوجه للدائنين المسجلة حقوقهم في محال اقامتهم المختارة ، اعلانات تشمل على البيانات الآتية :- ب- بيان بالحقوق التي تم تسجيلها على العقار قبل تسجيل سند الحائز وتاريخ تسجيلها ومقدار واسماء الدائنين)).

بعد تسجيل سند الحائز لا يمكن أن تستجد حقوق سارية في مواجهته⁽¹⁾.

وبالتالي فإذا لم يسجل الحائز سنده فإنه يكون معرضاً الى أن يستجد دائنين آخرين سجلوا رهونهم بعد مباشرة إجراءات التحرير ، ولم يتخذ الحائز ضدهم إجراءات التحرير وبذلك لا تنقضي رهونهم ولا يتم تحرير العقار منها إلا إذا وجهت إجراءات التحرير الى هؤلاء الدائنين .

أما بالنسبة الى موقف القانون المدني المصري ، فإنه أشار صراحة الى ضرورة تسجيل سند الحائز لمباشرة إجراءات التحرير من قبل الحائز ، إذ نصت المادة (1064) مدني مصري على ((يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند)) .

ولكن يبدو إن هذه المادة عندما اشترطت التسجيل فأنها اشترطته في الحالات التي يكون فيها سند الحائز مما يجب تسجيله ، فإذا كان السند غير قابل للتسجيل، كما لو كان واقعة مادية كالنقادم ، فلا يشترط تسجيل سند الحائز لمباشرة إجراءات تحرير العقار. وبناءً على ذلك ، إذا تملك الحائز العقار المرهون عن طريق التقادم وفقاً للقانون المدني المصري فإنه يستطيع أن يقوم بتحرير العقار دون أن يسجل شيئاً لان التقادم واقعة مادية تستعصي على التسجيل وهذا ما أشارت إليه الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بقولها ((.....أما إذا كان سند الملكية غير قابل للتسجيل بان كان عملاً مادياً لا عملاً قانونياً فلا سبيل للتسجيل في هذه الحالة فالحائز الذي ملك بالتقادم عقاراً مرهوناً ولم يسقط الرهن يستطيع تطهير العقار دون أن يسجل شيئاً لان التقادم واقعة مادية تستعطي على التسجيل))⁽²⁾.

ويؤيد الكثير من الفقهاء في مصر ما جاء بالأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ويرون بان الحائز إذا اكتسب الملكية بالتقادم فإنه يستطيع أن يطلب التطهير دون أن يسجل شيئاً⁽³⁾. إذ إن الحائز هو كل من يملك العقار المرهون بأي سبب من

(1) أنظر، د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص 460. سليمان مرقس ، التأمينات العينية، مصدر سابق ، ص 253.

(2) أنظر، الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 7، ص 118.

(3) أنظر، د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق، ص 420. محمد علي امام ، مصدر سابق ، ص 369.

الأسباب ، فمن يمتلك بالتقادم يعتبر حائزاً ومن ثم يجب منحه كل الحقوق التي تثبت للحائز .

كذلك فقد اشترط القانون المدني الفرنسي في المادة (2181) منه على تسجيل العقود الناقلة لملكية العقارات أو الحقوق العينية العقارية والتي يرغب الحائزون في تطهيرها من حقوق الامتياز و الرهون الرسمية ، وهذا التسجيل يتم بمعرفة حافظ الرهون في الجهة التي فيها الأموال⁽¹⁾.

رابعاً : تمييزه عن وفاء الدين:-

إن التمييز بين تحرير العقار ووفاء الدين من قبل الحائز هو من اجل معرفة أوجه الشبه والاختلاف بينهما .

بالنسبة الى أوجه الشبه بين تحرير العقار ووفاء الدين ، نلاحظ بان كل منهما يعد خياراً للحائز، فالحائز يختار بينهما ما يؤدي الى تحقيق مصلحته ، كما إن كل من تحرير العقار ووفاء الدين يؤدي الى تخليص العقار من الحقوق المسجلة عليه⁽²⁾. ولكن يشترط في وفاء الدين، أن يقوم الحائز بوفاء جميع ديون الدائنين المرتهنين، أما إذا قام الحائز بوفاء ديون بعض الدائنين، وخاصة أصحاب المراتب المتقدمة، فإن هذا الوفاء لا يؤدي الى تخليص العقار بصورة كاملة من الرهون المسجلة عليه.

بعبارة أخرى ، إن هذا الوفاء يؤدي الى تخليص العقار من الرهون بقدر ما أوفاه الحائز للدائنين المرتهنين ، وبالتالي إذا كان هناك دائنون آخرون أمكنهم تتبع العقار والتنفيذ عليه في مواجهة الحائز⁽³⁾.

ورغم هذا التشابه بين تحرير العقار ووفاء الدين ، فإنه يوجد اختلاف بينهما ، واجه

د.شمس الدين الوكيل، مصدر سابق،ص345. المستشار، أنور طلبه، مصدر سابق،ص758. د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط،ج10، مصدر سابق،ص427.

(1) وهذا هو نص المادة (2181) من القانون المدني الفرنسي ،
((Les contrats translatifs de la propre'te' d'immeubles,ou droits re'els immobiliers que les tiers de'tenteurs voudront purger de privileges et hy pothe'ques seront transcrits en entier parle conser vateur des hy pothe'ques dans l'arron dissement duquel les biens sont situe's)).

(2) أنظر، سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مصدر سابق، ص249.

(3) أنظر، د.غني حسون طه ، محمد طه البشير، مصدر سابق،ص456.

الاختلاف هي : -

1- إن وفاء الدين من قبل الحائز ، هو خيار يضمن للحائز بقاء العقار المرهون مملوكاً له ، فهو من الخيارات التي تمتع مباشرة إجراءات نزع الملكية ، أما بالنسبة الى تحرير العقار فهو خيار اقل ضماناً لبقاء العقار المرهون مملوكاً للحائز من وفاء الدين ، فهو قد يعرضه الى إجراءات نزع الملكية من يده عندما لا يقبل الدائنون عرضه⁽¹⁾.

2- عند قيام الحائز بوفاء الدين ، فانه في بعض الحالات يلتزم بدفع مبلغ أكبر من قيمة العقار المرهون ، وذلك عندما تكون الحقوق المسجلة على العقار اكبر من قيمة العقار ، أما بالنسبة الى تحرير العقار ، فان الحائز لا يلتزم إلا بقيمة العقار الحقيقية مهما كان مقدار الدين⁽²⁾.

3- إن الحائز لا يستطيع وفاء الديون المسجلة على العقار إلا بعد حلول آجالها ، أما بالنسبة الى تحرير العقار ، فان الحائز يستطيع القيام به قبل حلول اجل الدين، وقبل أن يطلب الدائنون المرتهنون استيفائه⁽³⁾.

4- إن حق الحائز بتحرير العقار ووفاء الدين يثبت له من الناحية القانونية من وقت إنذاره بدفع الدين ، وهذا ما أشارت إليه المادة (1/1306) مدني عراقي بقولها ((يجوز للدائن المرتهن عند حلول اجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز لهذا العقار بعد إنذاره بدفع الدين إلا إذا اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدين أو بتحرير العقار من الرهن.

ولكن يلاحظ بان حق الحائز بوفاء الدين يمتد الى مدة أطول من تحرير العقار ، فحق الحائز بوفاء الدين يمتد الى يوم رسو المزايدة ، وهذا ما أشارت إليه المادة (2/1307) مدني عراقي بقولها ((ويبقى حق الحائز في الوفاء بالدين قائماً الى يوم رسو

(1) أنظر، د.احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق، ص305.
(2) أنظر، د. سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مصدر سابق، ص250. د.رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص404.
(3) أنظر، نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق، ص129. د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، مصدر سابق ، ص345.

أما حق الحائز بتحرير العقار، فيكون لمدة اقل من مدة وفاء الدين. حيث إن حق الحائز في تحرير العقار يبقى الى يوم توقيع الحجز عليه من المرتهن . وهذا ما أشارت إليه المادة (1/1308) مدني عراقي بقولها((يبقى للحائز حق تحرير العقار المرهون رهناً تأمينياً الى يوم توقيع الحجز عليه من المرتهن)) . أما في القانون المدني المصري فان حق الحائز في تحرير العقار يبقى الى يوم إيداع قائمة شروط البيع ، إذ نصت المادة (2/1064) بأنه ((....ويبقى هذا الحق قائماً الى يوم إيداع قائمة شروط البيع)). .

الفرع الثاني

تقدير نظام التحرير

إن نظام التحرير باعتباره خياراً ممنوحاً للحائز، يستطيع من خلاله تفادي مباشرة إجراءات التتبع في مواجهته ، وتخليص العقار من الرهن التأميني المسجل عليه وبقية الحقوق الأخرى . لكن نظام التحرير ، وإن كان يتضمن الكثير من المزايا ، إلا انه لا يخلو من العيوب وذلك سنبحث مزاياه وعيوبه بالنسبة الى الدائنين المرتهنيين والحائز والمدين والمصلحة العامة .

أولاً:- مزايا التحرير : يحقق تحرير العقار الكثير من المزايا بالنسبة للحائز والمدين الراهن والدائنين المرتهنيين والمصلحة العامة على حد سواء :-

1- بالنسبة الى الحائز:- إن التحرير هو خيار يستطيع من خلاله حائز العقار تفادي مباشرة إجراءات نزع الملكية في مواجهته ، وتحقيق مصلحة الحائز في التحرير

(1) تقابلها المادة(1061) مدني مصري (موافق).

إذا كان الدين المضمون بالرهن اكبر من قيمة العقار⁽¹⁾. ففي هذه الحالة ليس من مصلحة الحائز وفاء الدين والرجوع بما دفعه زيادة عما هو مستحق في ذمته، وخاصة في الحالات التي لا يكون هناك أموال أخرى ضامنة للدين نفسه ، لذلك من الأفضل للحائز أن يقوم بعرض قيمة العقار المرهون على الدائنين المرتهنيين، فإذا قبلها الدائنين تمكنوا من الحصول على قيمة العقار دون مباشرة إجراءات نزع الملكية، ولهم الحق كذلك بالرجوع على المدين بباقي الدين⁽²⁾. فالتحرير يحقق مصلحة الحائز، حيث يستطيع تحرير العقار من كل الحقوق المسجلة عليه دون أن يدفع أكثر من قيمة العقار المرهون، وبالتالي يتيح للحائز الاحتفاظ بملكية العقار دون أن يلتزم بدفع ما يزيد على قيمة العقار مهما بلغت الديون التي تثقله. والتحرير يحقق مصلحة أخرى للحائز تتمثل بقدرة الحائز على التخلص من الديون قبل حلول أجلها⁽³⁾. فالحائز يحق له مباشرة إجراءات التحرير بمجرد انتقال ملكية العقار المرهون إليه واكتسابه صفة الحائز ودون الحاجة الى الانتظار الى وقت حلول أجل الدين أو أن يطلب الدائنون استيفاءه بالإضافة الى ذلك ، فان التحرير يحقق للحائز نوعاً من الاستقرار فيما يتعلق بملكيته للعقار المرهون ، إذ إن الدائنين أما أن يقبلوا عرض الحائز وهو ما يؤدي الى دفع الحائز للمبلغ الذي عرضه عليهم ومن ثم تخلص له ملكية العقار أو أن يرفض الدائنون العرض ويطلبوا بيع العقار وفي هذه الحالة يحق للحائز الدخول في إجراءات المزايدة ، وقد يرسو المزاد عليه فتتخلص له الملكية مطهرة ، وقد ترسو على غيره فيتأكد مصير ملكيته بزوالها عنه⁽⁴⁾. وبذلك فان التحرير يحقق مصلحة للحائز من خلال حسم موقف العقار المرهون .

2- بالنسبة الى المدين الراهن : إن تحرير العقار وان كان مقررأ في الأصل لمصلحة الحائز لدفع تتبع المرتهن للعقار المرهون ، إلا انه مفيد كذلك للمدين

(1) أنظر، د.جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص304.
(2) أنظر، د. محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق، ص 119. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج10، مصدر سابق، ص541. حسام الدين كامل الاهواني ، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي ، الجزء الأول ، الطبعة الاولى ، مؤسسة دار الكتب ، الكويت ، 1985، ص553.
(3) أنظر، د. محمد علي امام ، مصدر سابق، ص362. سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مصدر سابق، ص248.
(4) أنظر ، د.جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق، ص305.

الراهن فهو يسهل عليه عملية بيع العقار المرهون⁽¹⁾ ، فهو يسهل عليه الحصول على مشتر إذا أراد بيع العقار . إذ لولا حق التحرير لامتنع الناس عن التعامل بالعقار المرهون لعدم استطاعة أيّ منهم الاحتفاظ بملكيته إلا إذا دفع أكثر من قيمة العقار الذي اشتراه. وبذلك فإن مشتري العقار المرهون إذا منح حق تحرير العقار، فإنه لا يتردد في شرائه ، وفي هذه الحالة يستطيع حبس الثمن الذي اشترى به العقار المرهون، ولا يدفعه الى المدين الراهن وإنما يقوم بعرض قيمته على الدائنين المرتهنيين المسجلة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكيته من اجل تحريره من الرهن⁽²⁾.

كذلك فان تحرير العقار يحقق مصلحة المدين الراهن إذا كان هو البائع للعقار المرهون ولم يدفع الحائز الثمن إليه، وإنما دفعه الى الدائنين المرتهنيين لكي يحرروه من الرهن - وبذلك فان التحرير يحول دون قيام الحائز بالرجوع على المدين الراهن بدعوى ضمان الاستحقاق. وذلك في حالة لو تم نزع ملكية العقار من تحت يده⁽³⁾.

3- بالنسبة الى الدائنين المرتهنيين :- إن المصلحة التي يحققها نظام التحرير للدائنين المرتهنيين ، تتمثل في انهم يحصلون على القيمة الحقيقية للعقار المرهون وهذا يغنيهم عن اتخاذ إجراءات نزع الملكية الطويلة والمعقدة ويريحهم من متاعبها، وان كان ثمن العقار المرهون لا يكفي لسداد جميع ديونهم ولكنهم لا يحصلون من العقار المرهون أكثر من ثمنه أو قيمته⁽⁴⁾.

4- بالنسبة الى المصلحة العامة:- ان المزايا السابقة التي يحققها نظام التحرير تنعكس إيجاباً على المصلحة العامة من خلال تسهيل التعامل بالعقارات المرهونة، إذ انه يسهل التصرف بها بالبيع و بغيره من التصرفات ، حتى وان كانت الديون تتجاوز قيمة هذا العقار فإذا أراد المشتري شراء العقار المرهون ، وكان من حقه تحرير العقار ففي هذه الحالة يقدم على شرائه. ومن ثم يقوم

(1) أنظر، Josserand ,op,cit,P.1022.

(2) أنظر، د. محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص143. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق، ص366.

(3) أنظر، د. محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق، ص120.

(4) أنظر، د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق، ص128. سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مصدر سابق، ص249 . د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق، ص95.

بعرض قيمته على الدائنين المرتهنين ليحرره من الرهن.

ثانياً : عيوب التحرير:- يلاحظ ان مزايا التحرير تشمل الحائز والدائنين المرتهنين والراهن والمصلحة العامة بينما العيوب تقتصر على الدائنين المرتهنين والاقتصاد الوطني فقط. إذ إن قيام الحائز بعرض التحرير على الدائنين المرتهنين يجبرهم على اختيار احد أمرين. أما قبول العرض أو رفض العرض وطلب بيع العقار في وقت قصير، فإذا اختاروا قبول عرض الحائز تعرضوا لعدة مخاطر، أولها إن هذا فيه إجبار لهم على ايفاء حقوقهم قبل حلول اجلها وهو ما يسمى بالوفاء المبترس وبالتالي يحرمهم من الفائدة التي كان يحصلون عليها، فقد يكون للدائنين مصلحة من اجل الدين، وبذلك فالتحرير يضر بالدائنين فهو يجردهم من حقهم على الرغم منهم، فالحائز يستطيع أن يباشر إجراءات التحرير حتى وان كان اجل الدين لم يحل بعد⁽¹⁾.

وثاني المخاطر التي يتعرض لها الدائنون إذا قبلوا عرض الحائز. هو أن قبول العرض يجبر الدائنين على قبول وفاء جزئي لحقوقهم عندما يكون المبلغ الذي يعرضه الحائز قليلاً ولا يفي بجميع الديون⁽²⁾.

يضاف الى ذلك انه قد يكتسب الحائز جزء من العقار المرهون ، فإذا قام الحائز بتحرير هذا الجزء من العقار المرهون ، فان هذا يعد خروجاً على قاعدة عدم تجزئة الرهن⁽³⁾. أما إذا رفض الدائنون عرض الحائز وجب عليهم أن يطلبوا بيع العقار خلال مدة قصيرة ((ثلاثون يوماً من آخر إعلان رسمي)) وقد يكون الوقت غير مناسب لطلب بيع العقار ، كما لو كانت أسعار العقارات منخفضة بسبب العوامل الاقتصادية مثلاً وبالتالي الحصول على ثمن قليل لا يفي بجميع ديون الدائنين المرتهنين، بالإضافة الى ذلك ، فان التحرير يؤدي الى الأضرار بالاقتصاد الوطني لأنه يؤدي الى إحجام الدائنين عن توظيف أموالهم في القروض العقارية أو تشددهم في إقراضها⁽⁴⁾.

(1) أنظر، علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص367.د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص344.
(2) أنظر، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج10، مصدر سابق ، ص423.د. غني حسون طه، محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ، ص457.
(3) أنظر، د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص128. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق، ص139. د. رمضان ابو السعود ، مصدر سابق، ص404.
(4) أنظر ، د. جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص308.

وبسبب هذه المساواة التي يسببها التحرير الى الدائنين المرتهنين ، فان بعض من التشريعات لم تأخذ بهذا النظام ، كما هو الحال في القانون المدني الألماني ، فالفقهاء الألمان يعتبرون التحرير نزاعاً للملكية دون تعويض ، على أساس إن المرتهن يسلب منه حق الرهن على الرغم من عدم حصوله على حقه كاملاً أو أن لا يحصل على شيء إذا كان متأخراً في المرتبة ⁽¹⁾. ويبدو ان رأي الفقهاء الألمان لا يمكن الأخذ به ، وذلك لان الدائن المرتهن يحق له رفض عرض الحائز بتحرير العقار ، كذلك فان الدائن المرتهن عندما يرفض العرض ويطلب بيع العقار بالمزاد العلني ، فانه قد لا يحصل على أكثر من قيمته، والتي عرضها الحائز ، وبالتالي نصل الى النتيجة ذاتها وهي عدم استيفاء الدائن المرتهن لكل حقه أو أن لا يحصل على شيء إذا كانت مرتبته متأخرة .

ومن خلال ما تقدم يمكن القول ان تحرير العقار وان كان يتضمن بعض العيوب ، إلا انه لا يخلو من المزايا التي تتفوق على عيوبه ، إذ انه يحقق مصلحة الحائز والمدين الراهن والدائنين المرتهنين والمصلحة العامة على حد سواء . ولذلك فان عيوب التحرير لم تكن مشرعا عن الأخذ به.

من اجل تحرير العقار من الحقوق المسجلة عليه ، فالأمر يتطلب أن يقوم الحائز ببعض الإجراءات التي رسمها القانون ، فما هي هذه الاجراءات وما هو الجزاء الذي يترتب على مخالفتها؟

ومن أجل ذلك ، سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الأول اجراءات التحرير ونخصص الثاني للجزاء المترتب على مخالفة هذه الاجراءات :-

(1) نقلاً عن، د. احمد سلامة ، التأمينات المدنية، مصدر سابق، ص 277.

الفرع الأول

إجراءات التحرير

إذا أراد الحائز تحرير العقار فيجب عليه أن يقوم بعرض التحرير على الدائنين المرتهنيين وعرض الحائز يجب أن يتضمن عدد من البيانات التي أشار إليها القانون وكل من هذه البيانات يحقق غرضاً معيناً ، لذلك ومن أجل بحث إجراءات التحرير سنقسم هذا الفرع الى الفقرات الآتية :-

أولاً :- عرض الحائز

إذا أراد الحائز تحرير العقار من الحقوق المسجلة عليه ، فان أول إجراء يجب أن يقوم به ، هو أن يوجه الى الدائنين المسجلة حقوقهم على العقار قبل تسجيل سند ملكيته في محال إقامتهم المختارة المحددة في العقد إعلانات تشمل على البيانات التي أشارت إليها المادة (2/1308) مدني عراقي ، إذ نصت ((2-) وعليه إذا أراد التحرير أن يوجه للدائنين المسجلة حقوقهم في محال إقامتهم المختارة إعلانات تشمل على البيانات الآتية:-

أ- خلاصة من سند ملكية الحائز ⁽¹⁾ تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه وتحديد العقار تحديداً دقيقاً وتعيين مالكة السابق . وإذا كان التصرف بيعاً يذكر أيضاً الثمن وملحقاته.

ب- بيان بالحقوق التي تم تسجيلها على العقار قبل تسجيل سند الحائز وتاريخ تسجيلها ومقدار و أسماء الدائنين ⁽²⁾.

وقد أضاف القانون المدني المصري الى هذه البيانات بيان آخر يتمثل بضرورة ذكر تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل ⁽³⁾.

(1) أنظر المادة (2183) مدني فرنسي ، إذ أشارت الى وجوب اعلان خلاصة للعقد تشتمل على تاريخ العقد وصفته واسم البائع أو الوهاب وتعيينه تعييناً دقيقاً ، وطبيعة الشيء المبيع أو الموهوب وموقعه ، وإذا كان الامر خاصاً بمجموعة اموال اشتملت الخلاصة على بيان الملك والمقاطعة التي فيها هذا الملك واشتملت ايضاً على الثمن والتكاليف الداخلة في ثمن البيع أو قيمة الشيء إذا كان موهوباً .

(2) أنظر، المادة (1065/د) مدني مصري (موافق) والمادة (2183) مدني فرنسي(موافق). ويلاحظ بان القانون المدني الاردني لم يحدد الإجراءات اللازمة لتحرير العقار .

(3) أنظر، المادة (1065/ب) مدني مصري .

ج- المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار ، ويجب ألا يقل هذا المبلغ عما يلزم بحسب السعر الذي يتخذه أساساً لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية وألا يقل في أي حال عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعاً. والعلة التي من أجلها استوجب المشرع ذكر هذه البيانات هي من أجل تمكين الدائنين من العلم بكل ما يهمهم معرفته ليتمكنوا على ضوء ذلك أن يقدروا ما إذا كان من مصلحتهم قبول العرض أو رفضه، إذ إن كل بيان من البيانات التي أوجب القانون ذكرها يؤدي من ناحية معينة إلى تحقيق هذا الهدف.

فذكر سند ملكية الحائز ونوع التصرف وتاريخه واسم المالك السابق للعقار وتحديد العقار، تحديداً دقيقاً وكذلك ذكر الثمن وملحقاته يكون ضرورياً للدائنين في معرفة أي عقار يتم تحريره ، وهل يناسب المبلغ الذي عرضه الحائز مع قيمته أم لا يتناسب ، وكذلك لمعرفة الثمن الذي اشترى به الحائز العقار المرهون من أجل أن لا تقل القيمة التي يعرضها الحائز عن المتبقي في ذمته ، ولكي يستطيع الدائنون أن يقبلوا العرض أو يرفضوه⁽¹⁾ وكذلك لكي يتعرفوا على الشخص الذي يدعي أنه أصبح حائزاً للعقار المرهون وذلك حتى تتاح لهم الفرصة للتأكد من صفته، وأنه قد تلقى الحق الذي يمنحه صفة الحائز ليستوثقوا من أنه حائز يجوز له تحرير العقار وإجبارهم على ما يقتضي إليه هذا التحرير، أم أنه ليس كذلك ولا يجوز له من ثم إجراء التحرير⁽²⁾.

أما بالنسبة إلى ذكر تاريخ تسجيل ملكية الحائز ، فإنه يحدد هل إن ما تلقاه من ملكية يكون نافذاً في حق الدائنين أم غير نافذ وكذلك يحدد الدائنين الذين تنفذ حقوقهم في مواجهة الحائز. أما الغرض من ذكر الحقوق التي تم تسجيلها على العقار وكذلك المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار وأسماء الدائنين وقيمة ديونهم ومراتبهم ، فيتمثل بتمكين كل دائن من معرفة مرتبته في ضوء الحقوق المسجلة على العقار ، وهل إن العرض مفيد له أم أنه لن يحصل منه على شيء لتأخره في المرتبة⁽³⁾.

ثانياً : مضمون العرض :- من البيانات الأساسية التي أشارت إليها المادة

(1) أنظر، د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص462. د.شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص350 . وفي الفقه الفرنسي أنظر ، . Planiol, Ripert et Becque, op, cit. N.1227.
(2) أنظر، د.جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق، ص331.
(3) أنظر، د.احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق، ص283.

(1308/2/ج) مدني عراقي . البيان الذي يحدد فيه الحائز القيمة التي يعرضها كمقابل للعقار ، ويلاحظ بان من مصلحة الحائز أن يحدد القيمة الحقيقية للعقار المرهون والتي تتناسب مع قيمته ، بعبارة أخرى، يجب على الحائز أن يكون جاداً في عرضه وفي تحرير العقار وان يراعي الاعتدال في عرضه والا فانه معرض لرفض عرضه من قبل الدائنين المرتهنيين، إذا كان لا يمثل القيمة الحقيقية للعقار المرهون، ومن ثم يستطيع الدائنون طلب بيع العقار بالمزاد العلني إذا كان عرض الحائز لا يتناسب مع القيمة الحقيقية للعقار المرهون⁽¹⁾. وقد يقوم الحائز بعرض قيمة العقار على الدائنين المرتهنيين ، ولكن يحصل خطأ مادي في الرقم الذي عرضه الحائز كما لو عرض مبلغ يزيد على السعر الذي يتخذ أساساً لنزع الملكية أو يزيد على ما هو مستحق في ذمته فما هو الحكم في هذه الحالة ؟

للإجابة على ذلك ظهر في نطاق الفقه رأي⁽²⁾ ذهب الى إن الحائز لا يلتزم بدفع الرقم الخاطيء الذي عرضه ، حتى ولو قَبِلَ الدائنون المرتهنون عرضه، وفي هذه الحالة يقوم الحائز بعرض جديد لقيمة العقار المرهون وبإجراءات جديدة يصح فيها الرقم الخاطيء ، وفي هذه الحالة يكون للدائنين المرتهنيين مدة جديدة يحق لهم خلالها أما قبول العرض أو رفضه.

ونحن نؤيد هذا الرأي الفقهي ونرى بان هذا الحكم يمكن الأخذ به في القانون المدني العراقي ، استناداً للمادة (184) مدني ، والتي اشارت الى تطبيق أحكام العقد على الإرادة المنفردة إلا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين ، وبما إن تحرير العقار يتم بالإرادة المنفردة لحائز العقار المرهون ، لذلك يجب تطبيق أحكام العقد على هذه الحالة ، وبذلك يطبق حكم المادة (120) مدني عراقي والتي نصت على ((لا يؤثر في نفاذ العقد مجرد الغلط في الحساب ولا الغلط المادي وإنما يجب تصحيح هذا الغلط)) .

ويلاحظ أنه إذا انتقلت ملكية العقار المرهون الى الحائز عن طريق البيع ، فلا

(1) انظر، د.شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق، ص350. د.سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص276.

(2) انظر، د.احمد سلامه ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق، ص266.

يتقيد بثمن العقار ، إذ يستطيع تقدير قيمة للعقار ثقل أو تزيد على الثمن الذي اشترى به العقار المرهون أما في القانون الفرنسي ، فإن الحائز إذا اكتسب ملكية العقار المرهون بطريق الشراء ، فلا يحق له أن يعرض ثمناً للعقار اقل من ثمن الشراء⁽¹⁾. ولكن حق الحائز في تقدير قيمة العقار يكون مقيداً بقيدتين أشارت اليهما المادة (2/1308/ج) مدني عراقي . وهذين القيدتين هما:-

الأول: ألا يقل الثمن الذي يعرضه الحائز عن السعر الذي يتخذ أساساً لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية وهذا السعر هو الضريبة التي تدفع عن العقار، وبذلك يجب على الحائز إذا اراد تحرير العقار إلا يعرض ثمناً للعقار اقل من السعر الذي يتخذ أساساً لنزع الملكية وهو الضريبة التي تدفع عن العقار.

أما في قانون المرافعات المصري فإن هذا القيد يمكن الأخذ به أيضاً إذ إن المادة (414) من قانون المرافعات عندما أوجبت أن تتضمن قائمة شروط البيع التي يلتزم من يباشر الإجراءات بإدائها قلم كتاب المحكمة ((شروط البيع والثمن الأساسي)) فإنها أشارت الى إن تحديد هذا الثمن يكون وفقاً للفقرة الأولى من المادة (37) من قانون المرافعات .

فالمادة (37) من قانون المرافعات هي التي تحدد قواعد تقدير قيمة الدعوى إذ نصت هذه المادة في فقرتها الأولى على انه ((يراعى في تقدير قيمة الدعوى ما يأتي :-

1- الدعوى التي يرجع في تقدير قيمتها الى قيمة العقار يكون تقدير هذه القيمة باعتبار مائة وثمانين مثلاً من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كان العقار مبنياً ، فإن كان من الأراضي يكون التقدير باعتبار سبعين مثلاً لقيمة الضريبة الأصلية فإذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته)) .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ذاتها على انه ((فإذا كانت [الدعوى] متعلقة بحق انتفاع أو بالرقة قدرت باعتبار نصف قيمة العقار)) . ومثال على ذلك ، لو إن الضريبة التي كانت مفروضة على العقار المبنى هي 100000 دينار سنوياً ، فإن السعر الذي يتخذ أساساً لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية والذي يلتزم الحائز بان لا يعرض اقل

(1) انظر، Planiol, Ripert et Becque, op, cit. N.1227.

منه يمكن معرفته من خلال ضرب 180×100000 فيكون الناتج هو السعر الذي يتخذ أساساً لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية . أما بالنسبة إلى الأراضي فيستخرج هذا السعر من خلال ضرب 70×100000 . كذلك يلاحظ من نص المادة (37) مرافعات مصري بأن العقار إذا كان غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته.

والثاني :- ألا يقل الثمن المعروض عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن العقار ، إذ يستطيع أن يدفع هذا الباقي كله للدائنين دون أن يصيبه ضرر من ذلك⁽¹⁾. فإذا كان الحائز قد اشترى العقار المرهون من المدين الراهن بمبلغ مليون دينار ودفع إلى البائع ((الرهن)) 500000 ألف دينار ، فعندما يريد الحائز في هذه الحالة تحرير العقار يجب ألا يقل ما يعرضه عن 500000 ألف دينار وهو المتبقي في ذمته من ثمن العقار المرهون⁽²⁾.

ويلاحظ في الغالب ، إن المبلغ الذي يعرضه الحائز هو الثمن الذي اشترى به العقار ، أما إذا انتقل العقار إلى الحائز دون مقابل ، كأن يكون موهوباً له ، ففي هذه الحالة يعرض القيمة التي يشاء ، ولكنه يتقيد بالقيد السابقين.

وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة ، فإن حقوق الرهن لا ترد على العقار في مجموعة ، إذ يرد كل منها على جزء منه فقط ، وفي هذه الحالة يجب على الحائز إن يحدد قيمة كل جزء على حده ويعرضها على الدائنين المرتهنيين لهذا الجزء ، حتى وإن كانت هذه الأجزاء قد بيعت للحائز بثمن إجمالي⁽³⁾.

ولابد من الإشارة ، إلى أن الحائز لا يلتزم بعرض قيمة العقار المرهون عرضاً حقيقياً ، بل يكفي أن يظهر استعداداه بوفاء الديون المسجلة على العقار إلى القدر الذي قوم به العقار . فإذا أظهر هذا الاستعداد أصبح ملزماً بالبقاء على عرضه ، ومصدر التزامه هو إرادته المنفردة ، وهذا ما نصت عليه المادة (3/1308) مدني عراقي ، إذ نصت

(1) انظر ، محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 149 .
(2) ويلاحظ بأن الحائز لا يجوز له التمسك بالمقاصة فيما بينه وبين البائع ليصل إلى انقاص الثمن المستحق في ذمته . انظر ،

Josserand, op.cit., P.1033, N.1923; colin, Capitaine et de la morandie're, op.cit., P.1129, n.1849; Planiol, Ripert et Becque' , op.cit., P.572, n.1231.
(3) انظر ، د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص 277 .

((3- وعليه أن يذكر في نفس الإعلان انه مستعد أن يوفي الديون المسجلة الى القدر الذي قوم به العقار وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقداً بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال ، أيا كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة))⁽¹⁾.

وباستكمال هذه البيانات يكون الحائز قد عرف نفسه للدائنين المرتهنيين وعرف بعضهم على البعض الآخر ، وحدد العقار المرهون والتمن الذي قدره قيمة العقار، وبهذا يستطيع كل دائن مرتهن أو كفيل للحق أن يتخذ موقفاً من عرض الحائز ، وهذا ما سنبحثه في المطلب الثالث .

الفرع الثاني

جزاء مخالفة إجراءات التحرير

نلاحظ ان التشريعات المدنية⁽²⁾ التي أشارت الى إجراءات تحرير العقار لم تشير الى الجزاء الذي يترتب في حالة مخالفة هذه الإجراءات ، وإزاء هذا النقص التشريعي ، ظهر اتجاهان في الفقه بهذا الصدد، ذهب اصحاب الاتجاه الأول الى وجوب التفرقة بين البيانات الجوهرية والبيانات غير الجوهرية ، وأشاروا الى ان البيانات الجوهرية، هي التي يجب أن يعلم بها أصحاب الديون المسجلة على العقار لكي يقرروا بعد ذلك أما قبول عرض الحائز أو رفض عرضه وطلب بيع العقار أما البيانات غير الجوهرية فهي التي لا يشترط ان يعلم بها اصحاب الديون المسجلة على العقار، ويرى من اعتمد هذا الرأي الى ان تقدير البيانات الجوهرية والبيانات غير الجوهرية هو أمر متروك للقاضي وبالتالي فان القاضي إذا وجد مخالفة لإجراءات التحرير، وكانت المخالفة في البيانات الجوهرية فان القاضي يحكم ببطالان هذه الإجراءات⁽³⁾.

ويضرب الفقه أمثلة لما يعد من البيانات الجوهرية ، ومن هذه البيانات ، بيان

(1) تقابلها المادة (2184) مدني فرنسي . اذ نصت ((يقرر المشتري أو الموهوب له في نفس الورقة استعداده لان يوفي في الحال الديون والتكاليف الرهنية)) أنظر كذلك، المادة (1066) مدني مصري.

(2) أنظر، المادة (1308) مدني عراقي ، والمادة (1065) مدني مصري . والمادتين (2183، 2184) مدني فرنسي .

(3) أنظر، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج10، مصدر سابق، ص433-434. د. غني حسون طه ، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص462. د. سعيد سعد عبد السلام ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص420 .

الديون المستحقة للدائنين المرتهنيين الذين يسبقون الدائن الذي وقع الغلط أو النقص في إعلانه ، كما لو أهمل الحائز ذكر احد الديون أو قدره بأقل من حقيقته ، وبالتالي فإن النقص أو الخطأ في هذا البيان الجوهرية يؤدي الى بطلان الإعلان الذي وجهه الحائز الى الدائن الذي يهمله هذا الإعلان ، ويترتب على بطلان الإعلان بالنسبة الى هذا الدائن إن العقار لا يتحرر من الرهن ويحق له اتخاذ إجراءات نزع الملكية. ولكن في الوقت ذاته يستطيع الدائن الذي حصل الغلط أو النقص في إعلانه التنازل عن حقه في بطلان الإعلان، بالإضافة الى ذلك يحق للحائز إذا لم يكن ميعاد العرض قد انقضى أن يجدد العرض الى الدائن الذي حصل الخطأ أو النقص في إعلانه⁽¹⁾.

كذلك يعد من البيانات الجوهرية حسب رأي أصحاب هذا الاتجاه ، الثمن الوارد في العقد ، وبذلك فإذا ذكر الحائز ثمن اقل من الثمن الوارد في العقد ، ترتب على ذلك بطلان الإعلان ، أما إذا ذكر الحائز مبلغ اكبر من الثمن الوارد في العقد ، فإن البطلان لا يترتب في هذه الحالة ، ويبقى الحائز ملزماً بهذا الثمن تجاه الدائن الذي حصل الخطأ بالنسبة إليه⁽²⁾.

ومن خلال ما تقدم ، يمكن القول بان ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول في الفقه هو امر منتقد، إذ انه يميز بين البيانات الجوهرية والبيانات غير الجوهرية ويرتب البطلان على مخالفة البيانات الأولى دون الثانية ، ولكن من خلال الرجوع الى المادة (1308/2، ب، ج) مدني عراقي والمواد التي تقابلها في التشريعات المدنية الأخرى⁽³⁾، فإنها أشارت الى البيانات التي يجب أن يتضمنها الإعلان ولم تميز بين البيان الجوهرية والبيان غير الجوهرية ، وبذلك فان ما ذهب إليه اصحاب هذا الاتجاه لا يقوم على أساس قانوني لتبريره .

إما بالنسبة الى الاتجاه الثاني في الفقه ، فقد ذهب اصحابه الى تطبيق الحكم الوارد في المادة (41) من قانون تنظيم الشهر العقاري . والتي أشارت الى الجزاء الذي

(1) انظر، المستشار أنور طلبه ، مصدر سابق ، ص762. د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، مصدر سابق ، ص363.

(2) انظر، محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص148.

(3) انظر المادة (2183) مدني فرنسي ، والمادة (1065) مدني مصري.

يترتب في حالة مخالفة البيانات الواجب ذكرها في قائمة قيد الرهن⁽¹⁾. إذ نصت بالقول ((لا يترتب على إغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها في المادة الثلاثين بطلان القيد إلا إذا نتج عن ذلك ضرر للغير، ولا يجوز أن يطلب البطلان إلا من وقع عليه الضرر بسبب إغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها، وللمحكمة أن تبطل اثر القيد أو تنقص من أثره تبعاً لطبيعة الضرر ومداه)).

واستناداً الى هذا النص. فان حصول الخطأ أو النقص في بيانات العرض لا يؤدي الى بطلانه إلا إذا أدى الى حصول ضرر لأحد الدائنين وبقدر هذا الضرر. ولا يحق التمسك بالبطلان إلا من قبل الدائن الذي أصابه الضرر بسبب الخطأ أو النقص الذي حصل في إعلان العرض⁽²⁾.

فمثلاً إذا لم يذكر الحائز في بيانات العرض . الثمن الذي اشترى به العقار المرهون أو ذكره ولكنه لا يتفق مع الحقيقة ولم يطلب احد الدائنين بيع العقار اعتقاداً منه بان القيمة المعروضة تكفي للوفاء بحقه ، وبالتالي انتهت المدة التي يحق له خلالها طلب البيع . ففي هذه الحالة إذا تبين للدائن النقص في بيانات العرض كان من حقه الرجوع عن قبوله وطلب بيع العقار، إذا كان هذا الخطأ أو النقص في بيانات العرض قد الحق الضرر به. من جانب آخر يحق لهذا الدائن أن يتنازل عن طلب البطلان صراحة أو ضمناً كما يحق للحائز أن يجدد العرض بعد تصحيح الخطأ أو النقص وكان ميعاد العرض لم ينتهي بعد وميعاد العرض ينتهي عند إيداع قائمة شروط البيع⁽³⁾.

وبذلك يمكن القول ، بان ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني في الفقه هو الأقرب الى الصواب. إذ إنهم يأخذون بنظر الاعتبار حصول الضرر للدائن الذي حصل الخطأ أو النقص في إعلانه لكي يقرروا بطلان هذا الإعلان من عدمه، ولكن يلاحظ بان ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني وان كان من الممكن الأخذ به في القانون المدني المصري نظراً لان الرأي الغالب في الفقه المصري قد دعى الى تطبيق حكم المادة (41) من قانون تنظيم الشهر العقاري. إلا انه من غير الممكن الأخذ بهذا الحكم في القانون

(1) انظر، د. رمضان ابو السعود ، مصدر سابق ، ص 418 . د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص 429.430.

(2) انظر، د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص 146 .

(3) انظر ، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص 365.

وبما إن القانون المدني العراقي لم يشر إلى حكم الخطأ أو النقص في بيانات العرض . لذلك نقترح على المشرع العراقي إضافة العبارة الآتية الى نص المادة (2/1308) مدني عراقي لتصبح بالشكل الآتي ((د- يترتب على الخطأ أو النقص في بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة المذكورة آنفاً بطلان الإعلان بالنسبة للدائن الذي حصل الخطأ أو النقص في إعلانه وكان من شأنه أن يلحق الضرر به)).

متى عرض الحائز قيمة العقار المرهون على الدائنين المرتهنيين ، عرضاً صحيحاً متضمناً لكافة البيانات التي أشار إليها القانون ، فإن هذا العرض يترتب عليه آثار معينة ، بعضها يتعلق بالحائز ، إذ انه يلتزم في البقاء على العرض ، والبعض الآخر يتعلق بالدائنين المرتهنيين . وعليه يحق لهم أما قبول العرض أو رفضه ، وعليه سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع نبحث في الفرع الأول : مدى إلزامية العرض. أما الفرع الثاني سنبحث فيه قبول الدائنين لعرض الحائز . إما الفرع الثالث فسنخصصه لبحث رفض الدائنين لعرض الحائز.

الفرع الأول

مدى إلزامية العرض

الأصل إن الحائز غير ملزم بعرض التحرير وإنما هو خيار ممنوح له . ولكن إذا عرض تحرير العقار المرهون على الدائنين المرتهنيين ، فانه يلتزم بالبقاء على العرض طوال المدة التي أجازت المادة (1309) مدني عراقي للدائنين المرتهنيين و الكفلاء إن يقبلوا خلالها العرض أو يرفضوه . وهذه المدة هي ثلاثون يوماً تبدأ من تبلغ آخر إعلان

حيث يجب على الحائز أن يلتزم بالبقاء على العرض طوال هذه المدة⁽¹⁾.

إذ نصت المادة (1309) مدني عراقي على ((في مدى ثلاثين يوماً من تبليغ آخر إعلان يجوز لكل دائن مرتهن ولكل كفيل للحق الموثق أن يطلب بيع العقار المطلوب تحريره))⁽²⁾.

أما بالنسبة الى القانون المدني الجزائري والمصري ، فقد أشارا الى مدة التزام الحائز وهي 60 يوماً من تاريخ آخر إعلان رسمي ، وهذا ما نصت عليه المادة (918) مدني جزائري ، والمادة (1067) مدني مصري. إما بالنسبة الى القانون المدني الفرنسي، فقد جعل المدة 40 يوماً من تاريخ آخر إعلان رسمي وهذا ما أشارت اليه المادة (2185) مدني فرنسي. وبذلك يلتزم الدائن بعدم الرجوع عن العرض طوال المدة التي أجاز القانون للدائنين المرتهنين والكفلاء خلالها ، أما قبول عرض الحائز أو رفضه⁽³⁾.

ومن المعلوم إن مصدر التزام الحائز بتحرير العقار هو إرادته المنفردة. إما بالنسبة الى مصدر التزام الحائز بالبقاء على العرض طوال المدة التي حددها القانون وهي مدة الثلاثين يوماً من تبليغ آخر إعلان ، فقد ذهب اتجاه في الفقه⁽⁴⁾. الى أن مصدر التزام الحائز هو إرادته المنفردة ، بينما ذهب رأي آخر في الفقه⁽⁵⁾. الى إن مصدر التزام الحائز بالمدة التي حددها القانون، هو العقد المبرم بينه وبين الراهن ، فإذا كان العقد بيعاً. التزم الحائز في مواجهة من تصرف إليه ((الراهن)) بدفع الثمن الى الدائنين المرتهنين. إما إذا كان العقد هبة التزم الحائز بدفع قيمة العقار. وهذا الرأي يذهب بان العرض من حيث الشكل يكون شرطاً قانونياً لا بد منه لوقوع التطهير ، ومن حيث الموضوع يكون تنفيذ العقد المبرم بين البائع الراهن والحائز اشتراط لمصلحة الدائنين، يكون فيه

(1) انظر، شاكور ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص159.

(2) تقابلها المادة (1012) مدني كويتي (موافق) والتي اشارت الى ذات المدة التي اشارت اليها المادة (1309) مدني عراقي .

(3) انظر في الفقه الفرنسي ، Aubry et Rau, op, cit, P.861 ; Baudry –lacantinerie et de loynes , op, cit, P.671.; Josserand, op, cit, N.1926.

(4) انظر، محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص150. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص430. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص193.

(5) انظر، د. احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق ، ص287.

المتصرف الراهن مشروط ، والحائز متعهد والدائنون مستفيدون. وبذلك فان هذا الرأي يذهب الى ان مصدر التزام الحائز بالبقاء على العرض هو الاشتراط لمصلحة الغير.

ويمكن القول أنه على الرغم من إن القانون هو الذي حدد البيانات اللازمة لصحة العرض ولم يحددها الحائز بإرادته إلا إن مصدر التزام الحائز بالمدة التي حددها القانون والتي يحق للدائنين خلالها أما قبول العرض أو رفضه هو إرادته المنفردة باعتبارها مصدراً من مصادر الالتزام.

الفرع الثاني

قبول الدائنين لعرض الحائز

إن قبول الدائنين لعرض الحائز له صورتان ، كما يترتب على هذا القبول عدة آثار ، ولذلك سنقسم هذا الفرع على فقرتين ، نبحث في الأولى صور القبول ، بينما سنبحث في الثانية أثر قبول العرض .

أولاً :- صور القبول:-

إذا عرض الحائز قيمة العقار المرهون على الدائنين المرتهنين ، كان لهم الحق في قبول العرض أو رفضه ، وقبول العرض إما أن يكون صراحة من قبل جميع الدائنين والكفلاء وهو ما يحدث إذا كان المبلغ المعروض يكفي للوفاء بديونهم جميعاً أو كان يبلغ مقداره حداً لا يتوقع أن يتجاوزه الثمن الذي يؤمل تحصيله إذا بيع العقار بالمزاد العلني. وقد يكون ضمناً في حالة تركهم للميعاد المقرر للرفض (ثلاثون يوماً من تبليغ آخر إعلان) يمر دون أن يوجه احدهم أو جميعهم إعلاناً للحائز يطلب فيه بيع العقار وهذا ما أشارت إليه المادة (1309) مدني عراقي بقولها ((في مدى ثلاثين يوماً من تبليغ آخر إعلان ، يجوز لكل دائن مرتهن ولكل كفيل للحق الموثق ان يطلب بيع العقار المطلوب تحريره....)). ويلاحظ بان القبول الضمني في القانون المدني المصري يكون بمضي مدة ستون يوماً من تاريخ آخر إعلان رسمي ، وهي المدة التي يحق للدائنين و الكفلاء خلالها قبول العرض أو رفضه⁽¹⁾. وبالتالي إذا مضت هذه المدة دون أن يطلب احد الدائنين أو

(1) انظر، المادة(1067) مدني مصري .اذ نصت ((يجوز لكل دائن قيد حقه ولكل كفيل لحق مقيد ان يطلب

الكفلاء ببيع العقار. فان هذا يعد قبولاً ضمناً لعرض الحائز .

إما بالنسبة الى القانون المدني الفرنسي فان القبول يكون ضمناً بمضي مدة أربعين يوماً من تاريخ آخر إعلان. ويلاحظ بان القانون المدني الفرنسي يقضي بان ميعاد الأربعين يوماً تبدأ بالنسبة الى كل دائن من وقت إعلانه ، ولكن متى طلب احد الدائنين بيع العقار وجب إجراء البيع لمصلحة الجميع⁽¹⁾. وهذا بخلاف ما ذهب إليه القانون المدني المصري إذ إن الميعاد يسري بالنسبة الى جميع الدائنين من وقت آخر إعلان رسمي وجه الى أحدهم⁽²⁾.

وقد اخذ القانون المدني العراقي بالحكم ذاته الذي اخذ به القانون المدني المصري، إذ إن ميعاد الثلاثون يوماً تبدأ من تاريخ آخر إعلان رسمي وجه الى احد الدائنين أو الكفلاء⁽³⁾.

ثانياً :- اثر قبول العرض :-

يترتب على هذا القبول صريحاً كان أم ضمناً عدة آثار منها التزام الحائز شخصياً بدفع المبلغ الذي عرضه على الدائنين المرتهنين ، ويصبح ملتزماً بدفع المبلغ الذي عرضه ليس فقط بضمان العقار المرهون ، وإنما بضمان جميع أمواله المنقولة وغير المنقولة. وبالتالي يفقد صفته كحائز ولا يمكن أن يتخلى عن العقار، أو أن يطلب انقاص المبلغ نظراً للانخفاض الطارئ في قيمة العقار⁽⁴⁾. وبذلك إذا عرض الحائز قيمة العقار المرهون على الدائنين المرتهنين لكي يحرره من الرهن ووافق الدائنون على هذا العرض ولكن الحائز لم يدفع لهم ما عرضه ففي هذه الحالة تنشأ علاقة مباشرة بين

بيع العقار المطلوب تطهيره، ويكون ذلك في مدى ثلاثين يوماً من آخر إعلان رسمي يضاف إليها مواعيد المسافة ما بين الموطن الاصلي للدائن وموطنه المختار، على ألا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوماً أخرى)).

- (1) انظر، المادة(2185) مدني فرنسي .
- (2) انظر، المادة(1067) مدني مصري ولمزيد من التفصيل أنظر ، سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص267.
- (3) انظر، المادة (1309) مدني عراقي .
- (4) انظر، د.احمد سلامة، التأمينات المدنية، مصدر سابق ، ص467. جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص344.

الحائز والدائنين. يلتزم الحائز بمقتضاها بان يوفي للدائنين ما تقدم به من عرض وتصبح مسؤولية الحائز مسؤولية شخصية بعد ان كانت مسؤولية عينية بحدود قيمة العقار المرهون، إذ يكون مسؤولاً عن دفع ما عرضه على الدائنين المرتهنين بضمان جميع أمواله. ومن ناحية أخرى ، يثبت حق الدائنين على المبلغ الذي عرضه الحائز عليهم ووافقوا عليه ، وبالتالي إذا تم بيع العقار بالمزاد العلني أو تم بيعه اختيارياً بمبلغ يزيد عما عرضه الحائز عليهم ، فان هذه الزيادة تكون من حق الحائز⁽¹⁾. ويجب النظر، الى أن قبول الدائنين المرتهنين لعرض الحائز ، وان كان يجعل هذا الأخير ملتزم شخصياً بدفع المبلغ الذي عرضه، إلا إن هناك مسألة مهمة، تتمثل بان الحائز شخص من الغير نفذ الرهن في مواجهته. إذ إن مسؤوليته قامت استناداً الى انتقال ملكية العقار المرهون إليه . وبالتالي لا يكون للدائنين المرتهنين حقوق أكثر مما لو بقي العقار المرهون في ذمة الراهن. ولهذا يكون من حق الحائز مناقشة الدائنين في حقوقهم ، في أصلها ومداها وفي نفاذها في مواجهته ، وله أن يحتج بانقضائها، وكذلك يحق له التمسك في مواجهتهم بالتقادم أو بالوفاء الجزئي أو بعدم تجديد قيودهم في المدة القانونية⁽²⁾.

وقد يحدث أن يستحق العقار المرهون من تحت يد الحائز استحقاقاً جزئياً بعد العرض وقبول الدائنين فهل يكون للحائز الحق في إنقاص الثمن الذي عرضه على الدائنين ؟ نلاحظ بان الرأي الغالب في فرنسا يجيز للحائز ، بان يدفع في مواجهة الدائنين بالدفع التي كان له الحق في التمسك بها في مواجهة من تلقى منه ملكية العقار ، وبالتالي إذا استحق العقار استحقاقاً جزئياً بعد العرض ، كان للحائز الحق بانقاص الثمن الذي عرضه⁽³⁾.

وهذا الحكم لا وجود له في القانون المدني العراقي، ولكن لا مانع من الأخذ بالحكم ذاته الذي اخذ به القانون المدني الفرنسي ، والذي أجاز للحائز في حالة الاستحقاق الجزئي أن يطلب إنقاص الثمن الذي عرضه، ولأجل ذلك ندعو المشرع العراقي الى إعطاء الحائز في هذه الحالة الحق بإنقاص الثمن الذي عرضه لتحرير العقار. وذلك

(1) انظر، د.غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص468. د.جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق، ص344.

(2) انظر، د.سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مصدر سابق، ص268. د.جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص344. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص154.

(3) انظر في تفصيل ذلك ، د.احمد سلامه ، دروس في التأمينات المدنية ، مصدر سابق ، ص266.

تحقيقاً للعدالة ولل موازنة بين مصلحة الحائز ومصلحة الدائنين المرتهنين ، ونقترح إضافة
فقرة رابعة الى المادة (1308) مدني عراقي . لتصبح بالشكل الآتي ((4- على انه إذا
استحق العقار من تحت يد الحائز استحقاقاً جزئياً بعد عرضه تحرير العقار وقبول
الدائنين المرتهنين جاز له إنقاص الثمن بقدر ما استحق من العقار)).

ويترتب على قبول الدائنين لعرض الحائز أخيراً تحرير العقار من الحقوق
المسجلة عليه، غير إن هذه النتيجة تتوقف على قيام الحائز بإيداع الثمن في صندوق
المحكمة، وهذا ما أشارت إليه المادة (1311) مدني عراقي إذ نصت ((إذا لم يطلب بيع
العقار في الميعاد المحدد وبالأوضاع المقررة أو طلب البيع ولكن لم يعرض في المزايدة
ثمن أعلى بقدر نصف العشر من المبلغ الذي عرضه الحائز استقرت ملكية العقار نهائياً
لهذا الحائز إذا هو أودع المبلغ الذي قوم به العقار صندوق المحكمة))⁽¹⁾. فهذه المادة تلزم
الحائز بإيداع المبلغ في صندوق المحكمة لكي تقوم بتوزيعه على الدائنين المرتهنين
حسب درجة مراتبهم .

ويلاحظ ان القانون المدني الفرنسي قد سلك مسلكاً آخر، إذ انه أعطى للحائز
الحق إما بدفع المبلغ الذي عرضه الى الدائنين المرتهنين أو إيداعه في صندوق المحكمة
وهذا ما نصت عليه المادة (2186) مدني فرنسي بقولها ((إذا لم يطلب الدائنون البيع في
المزاد العلني في الميعاد وبالأوضاع المقررة فان قيمة العقار تبقى محددة نهائياً بالثمن
المشروط في العقد أو الذي قرره المالك الجديد. الذي يتخلص بناءً على ذلك من كل
امتياز ومن الرهون الرسمية بدفع الثمن المذكور الى الدائنين الذين يحق لهم تسلمه أو
إيداعه))⁽²⁾.

ويمكن القول، ان ما ذهب إليه القانون المدني العراقي ، الذي أعطى الحائز الحق
بإيداع المبلغ الذي عرض على الدائنين المرتهنين في صندوق الحكمة هو الأقرب الى
الصواب ، بخلاف ما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي، والتشريعات المدنية الأخرى،
التي أعطت الحائز الحق إما بدفع المبلغ للدائنين المرتهنين أو بإيداعه في صندوق

(1) تقابلها المادة(1014) مدني كويتي(موافق) .

(2) تقابلها المادة (1070) مدني مصري(موافق) ، والمادة(921) مدني جزائري(موافق).

المحكمة⁽¹⁾. والسبب في ذلك يرجع الى إن إعطاء الحائز الحق بدفع المبلغ الذي عرضه للدائنين المرتهنيين يثير عدة إشكالات. فمن جانب قد يدفع الحائز هذا المبلغ الى دائن متأخر في المرتبة. أو أن يدفع له أكثر مما هو مستحق له، وفي هذه الحالة يلتزم الحائز بان يدفع مرة أخرى للدائنين المتقدمين عليه في المرتبة ، مما يؤدي الى إلزام الحائز بدفع مبلغ العرض مرتين ، وهذا بلا شك يسبب ضرراً للحائز ، ومن جانب آخر قد يكون هناك خلاف بين الدائنين المرتهنيين حول تسلسل مراتبهم ، لذلك من الأفضل إيداع المبلغ لدى صندوق المحكمة، لان المحكمة هي الجهة الأكثر قدرة على معرفة الدائنين ومراتب ديونهم ومقدارها، ومن ثم حل الخلاف بين الدائنين.

الفرع الثالث

رفض الدائنين لعرض الحائز

لقد سعى المشرع الى تحقيق الموازنة بين مصلحة حائز العقار المرهون وبين مصلحة الدائنين المرتهنيين ، فعندما أعطى الحائز الحق بتحرير عقاره من الحقوق المسجلة عليه ومنها حق الرهن وذلك بتقدير قيمة العقار المرهون وعرضها على الدائنين، فانه في الوقت نفسه أعطى الحق للدائنين المرتهنيين في قبول عرض الحائز أو رفضه ، حيث إن حق الدائنين في القبول أو الرفض يقابل حق الحائز في العرض .

وإعمالاً لهذا الحق يجوز ان يكون لكل دائن حق مسجل على العقار المطلوب تحريره أن يرفض العرض المقدم من قبل الحائز ، حتى وان كان متأخراً في المرتبة وكان أمله ضعيفاً في الحصول على دينه من ثمن العقار المرهون عند بيعه ، كما أعطى المشرع هذا الحق لكل كفيل لهذا الحق⁽²⁾. والسبب في إعطائهم الحق في رفض العرض ، هو عندما يكون المبلغ الذي عرضه الحائز اقل من قيمة العقار المرهون ، لذلك يرفضون العرض أملاً في الحصول على ثمن أعلى عند بيعه وفقاً للإجراءات القانونية .

ولكن عندما يرفض الدائن المرتهن أو الكفيل للحق عرض الحائز ، فانه يجب

(1) انظر، المادة (1070) مدني مصري والمادة (921) مدني جزائري.

(2) يلاحظ بان المشرع العراقي اعطى للكفيل الحق برفض عرض الحائز على الرغم من ان المشرع لم يلزم الحائز بتوجيه عرض التحرير اليه وبذلك ندعو المشرع الى ضرورة إلزام الحائز بتوجيه العرض الى كل من الدائنين و الكفلاء .

عليه أن يطلب بيع العقار خلال فترة ثلاثين يوماً من تبليغ آخر إعلان ، وهذا ما أشارت إليه المادة (1309) مدني عراقي⁽¹⁾. إذ نصت ((في مدى ثلاثين يوماً من تبليغ آخر إعلان، يجوز لكل دائن مرتهن ولكل كفيل للحق الموثق أن يطلب بيع العقار المطلوب تحريره ، ويكون الطلب بإعلان يوجه الى الحائز والى المالك السابق ويجب أن يودع الطالب في صندوق المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزايدة ، ولا يجوز أن يسترد ما استغرق من هذا المبلغ في المصروفات ، إذا لم ترس المزايدة على احد)).

وبذلك فان حق رفض العرض هو حق لكل دائن مرتهن إذا كان حقه نافذاً في مواجهة الحائز مهما كانت مرتبة رهنه. حتى وان كان من غير المحتمل أن يحصل على دينه عند بيع العقار المرهون بالمزاد العلني . وكذلك يثبت حق رفض العرض وطلب البيع لكل كفيل لهذا الحق ، حيث إن من مصلحة الكفيل أن يستوفي الدائن المرتهن كل دينه أو قسم كبير منه ، حتى لا يرجع عليه الدائن المرتهن⁽²⁾ .

وبذلك يكون من حق الكفيل رفض العرض إذا قدر إن القيمة التي عرضها الحائز ليست هي القيمة الحقيقية للعقار المرهون . وان حق الدائنين و الكفلاء في رفض العرض يجب أن يتم بإعلان رسمي يوجه الى الحائز والى المالك السابق، وإذا كان المالك السابق غير المدين وجب إعلان المدين أيضاً، وان الغرض من إعلان الحائز بطلب البيع هو إعلامه برفض عرضه من قبل الدائنين، إما الغرض من إعلان المالك السابق وذلك لأنه يلتزم بالضمان تجاه الحائز في حالة نزع ملكية العقار المرهون من تحت يده، لذلك فقد يرغب في التخلص من هذا الالتزام بدفع الدين ومنع نزع ملكية العقار المرهون من تحت يد الحائز ، بالإضافة الى ذلك، فان الغرض من إعلان المالك السابق هو للتأكد من إن الحائز لا يعرض مبلغاً اقل من المبلغ المتبقي في ذمته بسبب تملكه للعقار المرهون ويجب أن يكون طلب البيع موقعاً عليه من طالب البيع أو من يوكله في ذلك⁽³⁾ .

وطلب البيع المقدم من قبل الدائن المرتهن أو الكفيل للحق يجب أن يحصل خلال

(1) أنظر كذلك ، المادة (1012) مدني كويتي(موافق) .
(2) انظر، د.رمضان ابو السعود ، مصدر سابق ، ص420. د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص373. محمد كامل مرسي باشا ، مصدر سابق، ص231.
(3) انظر، محمد طه البشير ،الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص151. احمد سلامه ، التأمينات المدنية، مصدر سابق، ص288. أنظر كذلك ، جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص338.

فترة ثلاثين يوماً من تبليغ آخر إعلان⁽¹⁾. وهي الفترة التي يلتزم بها الحائز في البقاء على العرض وعدم الرجوع عنه .

ويجب كذلك على طالب البيع أن يودع في صندوق المحكمة مبلغ كافٍ ، لتغطية مصروفات البيع بالمزاد العلني ، ولا يجوز له استرداد ما صرف من هذا المبلغ في المصروفات اللازمة للبيع بالمزاد في حالة عدم رسو المزايدة على احد، وذلك لعدم تقدم مزايد بعبء يزيد على العطاء الذي قدمه الحائز بقدر نصف العشر⁽²⁾.

وان الحكمة من اشتراط المشرع ، أن يقوم طالب البيع سواء كان دائن أو كفيل، بإيداع مبلغ كاف لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، هو من اجل أن التأكد من إن الدائن أو الكفيل جادٌ في رفضه، ولكي لا يقدم احدهم على طلب بيع العقار دون تبصر⁽³⁾.

وبذلك يجب على الدائن أو الكفيل أن يتأكدا بان قيمة العقار تزيد على ما عرضه الحائز، وبالتالي إذا طلب أحدهم بيع العقار ولم يرسو المزاد مبلغ يزيد عما عرضه الحائز. فان طالب البيع هو الذي يتحمل مصروفات البيع، لأنه كان السبب في إنفاقها. إما إذا رسا المزاد بمبلغ يزيد عما عرضه الحائز ، فان الراسي عليه المزاد هو الذي يتحمل المصروفات. ويلاحظ بان الإجراءات السابقة الذكر ، هي الإجراءات الواجبة الإلتباع إذا ما رفض احد الدائنين أو الكفلاء عرض الحائز، ولكن ما الحكم إذا لم تراعى هذه الإجراءات؟ نلاحظ بان القانون المدني المصري قد أشار في المادة (1/1068) الى حكم عدم مراعاة الإجراءات الواجبة الإلتباع في حالة رفض احد الدائنين أو الكفلاء عرض الحائز. إذ نصت ((..... ويكون الطلب باطلاً إذا لم تستوف هذه الشروط)). وبذلك فان عدم إعلان الرفض في الميعاد المحدد، أو إن طلب البيع لم يقترن بإيداع مصروفات البيع بالمزاد، فان الطلب الذي تقدم به الدائن أو الكفيل يكون باطلاً، ويعتبر عرض الحائز مقبولاً، إما بالنسبة الى القانون المدني العراقي فانه لم يشر الى الحكم في حالة عدم إعلان الحائز أو المالك السابق بطلب البيع أو عدم إيداع طالب البيع في صندوق المحكمة مبلغاً

(1) وفي القانون المصري والجزائري ، يجب ان يقدم الدائن أو الكفيل طلب البيع خلال فترة 60 يوم من تاريخ آخر اعلان رسمي ، اما بالنسبة الى القانون الفرنسي ، فان الطلب يجب ان يقدم خلال فترة 40 يوماً من تاريخ آخر اعلان رسمي .

(2) انظر، د.غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص465.

(3) انظر، د.شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص353. د.احمد سلامه ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق، ص289-299.

كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزايدة ، وبذلك ندعو المشرع العراقي الى الأخذ بالحكم الذي اخذ به القانون المدني المصري والذي يقرر البطلان في هذه الحالة ونقترح على المشرع العراقي إضافة العبارة الآتية الى نص المادة (1309) لتصبح بالشكل الآتي ((.....ويكون الطلب باطلاً إذا لم تستوف هذه الشروط)).

وقد يحصل أن يتفق الحائز مع احد الدائنين على أن يقوم هذا الأخير بتوجيه إعلان بالرفض وكان الإعلان غير صحيح كما في حالة عدم قيامه بإيداع مبلغ لتغطية مصروفات البيع بالمزايدة وبذلك تمضي المدة القانونية التي يحق للدائنين خلالها رفض العرض ، ومن ثم يحكم ببطلان الإعلان لانقضاء المدة، وعدم السماح للدائنين بطلب بيع العقار فهل يحق للدائنين في هذه الحالة طلب بيع العقار ؟ نلاحظ بان الفقه العراقي لم يتناول هذه الحالة كما جاء القانون المدني خالياً من النص عليها، ولذلك يمكن القول بإعطاء الدائنين الحق طلب بيع العقار بعد مضي المدة القانونية، إذا كان مضي المدة يعود الى تواطؤ الحائز مع احد الدائنين. وعلى ضوء ما تقدم نقترح على المشرع العراقي إضافة العبارة الآتية الى المادة (1309) مدني عراقي ((وإذا مضت مدة الثلاثين يوماً بسبب تواطؤ الحائز مع احد الدائنين كان من حق الدائنين و الكفلاء الآخرين طلب بيع العقار)).

وقد حرص المشرع على تحقيق مصلحة الدائنين المرتهنين و الكفلاء للدين فإذا رفض احد الدائنين أو الكفلاء عرض الحائز وطلب بيع العقار بالمزاد العلني ، ففي هذه الحالة يجب عرض العقار للبيع بالمزاد العلني، وعدم السماح للدائن أو الكفيل الذي رفض العرض وطلب البيع ، التنازل عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين و الكفلاء ، إذ إن تنازل طالب البيع عن بيع العقار يسبب ضرراً للدائنين و الكفلاء الآخرين الذين كانت رغبتهم أيضاً رفض العرض المقدم من قبل الحائز وطلب بيع العقار بالمزاد العلني، ولكنهم لم يباشروا هذا الحق اعتماداً على الرفض الذي تقدم به أحد الدائنين أو الكفلاء ، فإذا سمحنا للدائن أو الكفيل الرجوع عن طلبه ، فان الدائنين و الكفلاء الآخرين سوف يتضررون في هذه الحالة ، وذلك لمضي المدة المحددة التي أجاز القانون لهم فيها طلب بيع العقار⁽¹⁾.

(1) انظر، د.سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق، ص280. د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص139. د.محمد علي امام ، مصدر سابق ، ص381.

ومن ثم لا يحق لهم طلب بيع العقار وهذا ما أشارت من المادة (2/1068) مدني مصري إذ نصت على ((ولا يجوز للطالب أن يتنحى عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين وجميع الكفلاء))⁽¹⁾.

أما بالنسبة الى القانون المدني العراقي ، فإنه لا يتضمن نصاً يمنع بموجبه طالب البيع من التنازل عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين و الكفلاء على قرار القانون المدني المصري. وكان على المشرع العراقي عندما أشار في المادة (1309) مدني، الى حق الدائنين و الكفلاء في طلب البيع ، أن يمنع طالب البيع العدول عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين و الكفلاء من اجل عدم الاضرار بحقوق الدائنين والكفلاء الاخرين، وهذا بلا شك يعد نقصاً تشريعياً لا بد من معالجته ولهذه الأسباب نقترح على المشرع العراقي إضافة هذه العبارة الى نص المادة (1309) مدني عراقي وهي ((ولا يجوز لطالب البيع العدول عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين المرتهنيين و الكفلاء)). ومن الجدير بالاشارة، قد يرفض احد الدائنين أو الكفلاء عرض الحائز ويطلب بيع العقار ولكنه يرجع عن طلبه قبل انقضاء المدة المحددة ((ثلاثين يوماً)) فهل يحق للدائنين والكفلاء الآخرين في هذه الحالة طلب بيع العقار؟ نلاحظ عدم وجود نص صريح يبين حكم هذه الحالة، وبذلك يمكن القول بان الدائنين والكفلاء الآخرين يحق لهم طلب بيع العقار ما دامت المدة المحددة لطلب البيع لم تنتضي بعد.

وإذا رفض احد الدائنين أو الكفلاء عرض الحائز تحرير العقار ، وطلب بيع العقار بالمزاد العلني ، وقام بإيداع المبلغ في صندوق المحكمة لتغطية نفقات البيع ففي هذه الحالة يتم عرض العقار للبيع في المزاد العلني ، وتتبع في البيع الإجراءات المقررة في البيوع الجبرية وفقاً لقانون التسجيل العقاري وقانون التنفيذ ، وهي إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني⁽²⁾.

ويجب على من يباشر الإجراءات أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار . ولا يجوز أن ترسو المزايدة على العقار بأقل من هذا المبلغ مضافاً إليه نصف العشر وهذا ما أشارت إليه المادة (1/1310) مدني عراقي بقولها ((.....وعلى من يباشر

(1) انظر كذلك، المادة (2185) مدني فرنسي(موافق)، والمادة(919) مدني جزائري(موافق).

(2) أنظر ص62-58 من الرسالة .

الإجراءات أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار . ولا يجوز أن ترسو المزايدة على العقار بأقل من هذا المبلغ مضافاً إليه نصف العشر)) . وبذلك يلاحظ في القانون المدني العراقي إن المزااد لا يرسو على العقار إلا بالقيمة التي قوم بها العقار مضافاً إليها نصف العشر ، إما في القانون المدني المصري فإن المبلغ الذي يتخذ أساساً للبيع بالمزااد العلني قد يكون اقل من المبلغ الذي قوم به العقار⁽¹⁾ . إذ إن المادة(1/1069) مدني مصري لم تشترط أن يرسو المزااد على العقار بالمبلغ الذي قوم به العقار مضافاً إليه نسبة معينة كما هو الحال في القانون المدني العراقي إذ نصت ((... وعلى من يباشر الإجراءات أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار)).

إما بالنسبة الى القانون المدني الفرنسي ، فإنه يشترط أن يزيد الثمن الذي يتخذ أساساً للمزايدة بقيمة العشر عن الثمن الذي عرضه الحائز ، بحيث إذا لم يتقدم احد للمزايدة ، فإن البيع يرسو على الدائن الذي رفض العرض ، وكان رفض العرض هو في نفس الوقت عرض جديد من احد الدائنين بزيادة العشر عن عرض الحائز⁽²⁾.

وإذا تم الإعلان عن بيع العقار بالمزايدة العلنية ، فإنه يجوز لكل شخص أن يتقدم للمزايدة فيما عدا الراهن والمدين إذا كان غير الراهن ومن كان ممنوعاً بنص القانون⁽³⁾. وبذلك يجوز لكل شخص أن يتقدم للمزايدة عدا المدين والراهن والأشخاص ممنوعين قانوناً من ذلك. فيدخل الدائن طالب البيع أو أي دائن آخر ولو كان دائناً عادياً، كما يحق للحائز الدخول في المزااد إذا أراد أن يزيد في عرضه وكذلك يحق لأي شخص أجنبي عن الدين وعن العقار المرهون الدخول في المزااد .

ولابد من الإشارة الى أن الحائز باعتباره مالكا للعقار المرهون يحق له أن يطلب وقف إجراءات التنفيذ وذلك عن طريق دفع ديون الدائنين المرتهنيين وكذلك ما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره لان طلب البيع ليس إلا وسيلة لحصول الدائنين على ما هو مستحق لهم فإذا استوفوا ما هو مستحق لهم انعدمت مصلحتهم في الاستمرار في

(1) انظر، د.سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق، ص281.

(2) أنظر ، Mazeaud,Tome III,N.530 أشار إليه د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق، ص281.

(3) نصت المادة(180) من قانون التسجيل العقاري بانه ((لا يجوز للموظف القائم باجراء المزايدة ولا لرئيس الدائرة واقاربهما واصهارهما الى الدرجة الرابعة المشاركة بالمزايدة)).

إجراءات التنفيذ. وحق الحائز في وفاء الدين يبقى الى يوم رسو المزايدة وهذا ما أكدته المادة(2/1307) مدني عراقي بقولها ((2- ويبقى حق الحائز في الوفاء بالدين قائماً الى يوم رسو المزايدة ولكن يجب عليه أيضاً أن يفي بما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره.....))⁽¹⁾.

ولكن الحائز قد لا يقوم بدفع الدين ففي هذه الحالة تستمر إجراءات نزع ملكية العقار المرهون، ويرسو المزايدة إما على الغير وأما على الحائز. فالمزاد يرسو على الغير، إذا عرض مبلغاً أكبر من القيمة التي عرضها الحائز مضافاً إليها نصف العشر، وفي هذه الحالة يلتزم الراسي عليه المزايدة بدفع المصروفات التي أنفقها الحائز في سند ملكيته ونفقات الإعلان، وكذلك يلتزم بدفع الثمن الذي عرضه والذي رست به المزايدة عليه بالإضافة الى التزامه بمصروفات التحرير، وهذا ما أشارت إليه المادة (2/1310) مدني عراقي بقولها ((ويلتزم من ترسو عليه المزايدة بان يرد الى الحائز الذي نزع ملكيته المصروفات التي أنفقها في سند ملكيته وفيما قام به من الإعلانات وذلك الى جانب التزامه بالثمن الذي رست به المزايدة، وبالمصروفات التي اقتضتها إجراءات التحرير))⁽²⁾. وإذا رست المزايدة على الغير فهل إن الغير يتلقى الملكية من الحائز، أم انه يتلقاها ممن تلقى منه الحائز ملكية العقار المرهون؟ نلاحظ بان الفقه⁽³⁾ اشار الى إن المزايدة إذا رسا على الغير، فان الغير يتلقى الملكية من الحائز وان حكم مرسى المزايدة بحكم بيع صادر من الحائز الى الراسي عليه المزايدة، ومن ثم يجب تسجيله لكي تنتقل الملكية من الحائز الى الراسي عليه المزايدة وإذا لم يسجل هذا الحكم. فان الحائز يبقى مالكا للعقار.

أما بالنسبة الى الحكم في القانون المدني العراقي، فان الغير الذي رسا عليه المزايدة يتلقى الملكية من الحائز، وهذا ما أشارت إليه المادة (2/1313) مدني عراقي بقولها ((وإذا رست المزايدة على شخص آخر غير الحائز سواء دخل الحائز في المزايدة

(1) تقابلها المادة(1061) مدني مصري(موافق).

(2) تقابلها المادة (2/1069) مدني مصري(موافق) والمادتين (2187-2188) مدني فرنسي(موافق) والمادة (920) مدني جزائري(موافق).

(3) انظر، د.غني حسون طه، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص472. د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج10، مصدر سابق، ص445. وفي الفقه الفرنسي انظر، . Planiol,Ripert,op,cit,N.3990 Aubry et Rau,op,cit,P.294.

أم لم يدخل ، فان من رست عليه المزايدة يتلقى حقه من الحائز بمقتضى حكم رسو المزايدة⁽¹⁾. وقد أكد القضاء العراقي على الحكم الذي أشارت إليه المادة (2/1313) مدني عراقي، إذ جاء في حكم محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ما يأتي ((يعتبر المشتري الذي قام بتسديد البذل والرسوم والمصاريف مالكاً للعقار المبيع عن طريق المزايدة⁽²⁾)).

أما بالنسبة الى القضاء الفرنسي فقد أشار الى إن الراسي عليه المزااد يتلقى الملكية ممن تلقى الحائز الملكية منه مع فسخ سند الحائز، وقد استند القضاء في تبرير هذا الحكم على المادة (2188) مدني فرنسي والتي تلزم الراسي عليه المزااد بان يدفع الى الحائز ما أنفقه في سند ملكيته وتسجيله وإعلانات العرض وإجراءات التطهير، فالمشرع الفرنسي رغب في إخراج الحائز من هذه الصفقة كأنه لم يدخلها⁽³⁾. غير إن المحاكم الفرنسية، قد خرجت عن نظرية فسخ سند الحائز في عدة حالات منها ، إنها أجازت للحائز الرجوع بالضمان على من نقل الملكية إليه وكذلك لم تعتد بقيد الرهن الصادر الى الدائن المرتهن من سلف الحائز ، إذا تم هذا القيد في الفترة ما بين تسجيل سند ملكية الحائز، وتسجيل حكم مرسى المزااد ، على الرغم من إن تطبيق نظرية الفسخ من شأنه أن لا يكون للحائز حق الرجوع بالضمان على المالك الأصلي ، وان يعتبر قيد الرهن الحاصل بعد تسجيل سند الحائز نافذاً قبل الغير ، لان المانع من قيد الرهن أو نفاذه وهو تسجيل السند، قد زال بالفسخ⁽⁴⁾.

ويلاحظ ان المزااد إذا رسا على الغير ، وكان المبلغ الذي رسا به المزااد على الغير يزيد عما هو مستحق للدائنين المرتهنين ، فان هذه الزيادة تكون من حق الحائز وهذا ما أشارت إليه المادة (1314) مدني عراقي ، إذ نصت ((إذا زاد الثمن الذي رست به مزايدة العقار المرهون رهناً تأمينياً عما هو مستحق للدائنين المسجلة حقوقهم كانت الزيادة للحائز ويكون للدائنين المرتهنين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة إذا

(1) تقابلها المادة (1076) مدني مصري (موافق) ، والمادة (1359) مدني اردني (موافق) .
(2) انظر، قرار رقم 50/تنفيذ/1992 ، تاريخ القرار 1992/2/5 . أشار اليه ،هادي عزيز علي ، مصدر سابق، ص161.
(3) نقلاً عن د.سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مصدر سابق، ص276.
(4) انظر، نقض عرائض 18 مارس 1895، ونقض مدني 26 يولييه 1894 . أشار إليها، د.سليمان مرقس، المصدر نفسه ، ص275-277.

كان العقار قد رسا على غير الحائز)).

إما بالنسبة الى رسو المزاد على الحائز فإنه يحصل في حالتين:-

الحالة الأولى:- إذا لم يعرض احد المزايدين مبلغاً يزيد على المبلغ الذي عرضه الحائز بقدر نصف العشر، ففي هذه الحالة يتحرر العقار من الرهن وتستقر ملكية العقار نهائياً للحائز إذا أودع المبلغ الذي قوم به العقار صندوق المحكمة ، كذلك تستقر الملكية للحائز إذا لم يطلب احد الدائنين أو الكفلاء بيع العقار في الميعاد المحدد ، وهذا ما أكدته المادة (1311) مدني عراقي بقولها ((إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد المحدد وبالأوضاع المقررة أو طلب البيع ولكن لم يعرض في المزايدة ثمن أعلى بقدر نصف العشر من المبلغ الذي عرضه الحائز استقرت ملكية العقار نهائياً لهذا الحائز . إذا هو أودع المبلغ الذي قوم به العقار صندوق المحكمة)). وتنتقل الملكية الى الحائز من تاريخ سند ملكيته الأصلي لا من وقت الحكم برسو المزاد ، ولا يكون رسو المزاد إلا مؤكداً لانتقال الملكية، وهذا ما أشارت إليه المادة (2/1313) مدني عراقي بقولها ((.... فإذا رست المزايدة عليه اعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الاصلي....)).

وبذلك تستقر للحائز ملكية العقار نهائياً إذا لم يطلب احد بيع العقار أو طلب البيع ولكنه لم يعرض في المزايدة ثمناً أعلى بقدر نصف العشر من المبلغ الذي عرضه الحائز، وقام الأخير بإيداع المبلغ الذي قوم به العقار في صندوق المحكمة.

إما في القانون المدني المصري فإنه لم يشر إلا الى حالة واحدة تستقر فيها ملكية العقار للحائز وهي حالة إذا لم يطلب احد بيع العقار في الميعاد المحدد ولكنه أعطى الخيار للحائز بين أن يدفع المبلغ المعروض للدائنين المسجلة حقوقهم على العقار بحسب مراتبهم وبين أن يودع هذا المبلغ صندوق المحكمة ، وهذا ما أشار إليه المادة (1070) مدني مصري بقولها ((إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد وبالأوضاع المقررة استقرت ملكية العقار نهائياً للحائز خالصة من كل حق مقيد ، إذا هو دفع المبلغ الذي قوم به العقار للدائنين الذين تسمح مراتبهم باستيفاء حقوقهم منه ، أو أودع هذا المبلغ خزانة

أما بالنسبة الى القانون المدني الكويتي. فان الملكية تستقر للحائز إذا لم يطلب بيع العقار أو طلب البيع ، ولكن لم يعرض في المزايدة ثمناً أعلى مما عرضه الحائز ولكنه لم يشترط أن تكون الزيادة بقدر نصف العشر من المبلغ الذي عرضه الحائز، وهذا ما نصت عليه المادة (1014) مدني كويتي قولها ((إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد المحدد وبالأوضاع المقررة ، أو طلب البيع ولكن لم يعرض في المزاد ثمن أعلى مما عرضه الحائز، استقرت ملكية العقار نهائياً لهذا الحائز إذا هو أودع المبلغ الذي عرضه صندوق إدارة التنفيذ)). وفي هذه الحالة يتحمل طالب البيع المصروفات التي صرفت لإجراء البيع وذلك لأنه كان متسرعاً عندما طلب بيع العقار بالمزاد العلني. وإذا زاد المبلغ الذي أودعه طالب البيع في صندوق المحكمة عن مصروفات البيع ، فان هذه الزيادة ترد إليه .

وفي نطاق هذه الحالة يظهر تساؤل مفاده ، هل إن المزاد يرسو على الحائز لمجرد عدم تقدم احد المزايدين بمبلغ يزيد عما عرضه الحائز، أم انه يشترط أن يدخل الحائز في المزايدة ويعرض القيمة نفسها والتي سبق وان عرضها على الدائنين المرتهنيين، ولكنهم رفضوا هذه القيمة وطلبوا بيع العقار بالمزاد العلني؟

بالنسبة الى موقف الفقه في العراق ومصر حول هذه المسألة، نلاحظ بان جانباً منهم قد أجاب عن هذا التساؤل بشكل صريح ، وأشار الى عدم ضرورة تدخل الحائز في المزاد وعرض نفس المبلغ الذي سبق وان عرضه على الدائنين المرتهنيين. أما الجانب الآخر من الفقه فقد أشار الى حالة إذا لم يتقدم احد المزايدين بمبلغ يزيد على المبلغ الذي عرضه الحائز ، فان المزاد يرسو على الحائز في هذه الحالة ، ولكنهم لم يشيروا الى انه هل يشترط أن يدخل الحائز في المزاد ويعرض نفس المبلغ الذي سبق وان عرضه أم لا يشترط ذلك.

فالدكتور سليمان مرقس يقول ((يرسو المزاد على الحائز إذا كان هذا لم يسحب عرضه بعد رفض الدائن إياه ولم يتقدم مزاييد بعتاء اكبر))⁽²⁾. أما الدكتور منصور

(1) تقابلها المادة (921) مدني جزائري (موافق).
(2) انظر، مؤلفه ، التأمينات العينية، مصدر سابق، ص273.

مصطفى منصور فانه لا يشترط أن يدخل الحائز في المزاد ويعرض نفس المبلغ الذي سبق وان عرضه على الدائنين ، إذا كان الحائز لم يسحب عرضه ، حيث يقول ((لا يسقط هذا العرض بمجرد رفضه لان الرفض يقضي على التزام الحائز بالبقاء على عرضه فقط ، أما العرض نفسه فلا يسقط إلا إذا سحبه بعد رفض الدائن إياه فان لم يسحبه ظل قائماً))⁽¹⁾. إما بالنسبة الى الاستاذ شاكر ناصر حيدر ، فلم يشر الى حكم رفض العرض من قبل احد الدائنين ، وهل يشترط أن يقوم الحائز بعرض المبلغ الذي سبق وان عرضه أم لا يشترط ، حيث يقول ((إذا لم يتقدم مزاييد بعتاء يزيد على القيمة المعروضة بمقدار نصف العشر ، خلصت ملكية العقار للحائز ، دون أن يلتزم بدفع أكثر من المبلغ الذي سبق أن عرضه ، وفي هذه الحالة تعتبر المزايدة راسية على الحائز))⁽²⁾. وكذلك بالنسبة الى الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، فانه لم يعط حلاً صريحاً لهذا التساؤل ، حيث يقول ((إذا لم يتقدم مزاييد بمبلغ اكبر من المبلغ الذي سبق له عرضه))⁽³⁾. إما الدكتور شمس الدين الوكيل فقد اكتفى بالقول ((إن المشرع استعان بأداة قانونية رأى في تقريرها انه ليس من العدل حرمان الحائز من ملكه بمجرد رفض احد الدائنين لعرضه ، وان قوام هذه الأداة هو حق الحائز بالاشتراك في المزاد))⁽⁴⁾. إما بالنسبة الى القانون المدني العراقي ، فانه من خلال نص المادة (1311) مدني يمكن القول، بأنه لا يشترط أن يدخل الحائز في المزايدة ويعرض نفس المبلغ الذي سبق وان عرضه على الدائنين المرتهنيين ، إذ نصت هذه المادة على (إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد المحدد وبالأوضاع المقررة أو طلب البيع ولكن لم يعرض في المزايدة ثمن أعلى بقدر نصف العشر من المبلغ الذي عرضه الحائز استقرت ملكية العقار نهائياً لهذا الحائز ، إذا هو أودع المبلغ الذي قوم به العقار صندوق المحكمة)).

فهذه المادة أشارت الى إن الملكية تستقر نهائياً الى الحائز إذا لم يتقدم احد من المزايديين بمبلغ يزيد على المبلغ الذي عرضه الحائز بقدر نصف العشر، وقام الحائز بإيداع المبلغ الذي قوم به العقار في صندوق المحكمة ، فهذه المادة لا تشترط أن يدخل الحائز في المزاد ويعرض نفس المبلغ الذي سبق وان عرضه على الدائنين المرتهنيين .

- (1) انظر، مؤلفه ، التأمينات العينية، مصدر سابق، ص149.
- (2) انظر، مؤلفه ، شرح القانون المدني الجديد ، مصدر سابق ، ص163.
- (3) انظر، مؤلفه ، التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق، ص234.
- (4) انظر، مؤلفه، نظرية التأمينات في القانون المدني ، مصدر سابق، ص355.

ويمكن القول أنه لا ضرورة لدخول الحائز في المزاد وعرض قيمة العقار التي سبق ان عرضها على الدائنين المرتهنين ، فالمزاد يرسو على الحائز ، إذا لم يتقدم احد المزايديين بعرض يزيد على عرض الحائز بمقدار نصف العشر.

الحالة الثانية : وفي هذه الحالة يرسو المزاد على الحائز ، إذا عرض احد المزايديين مبلغاً اكبر من المبلغ الذي عرضه الحائز ، ولكن الحائز بعد أن دخل في المزاد تقدم بعطاء اكبر مما عرضه هذا المزايد. ففي هذه الحالة يرسو المزاد على الحائز، ويلتزم بدفع المبلغ الذي عرضه بالإضافة الى الزيادة التي رسا بها المزاد عليه الى الدائنين المرتهنين ، فاذا زاد شيء من الثمن بعد دفع ديون الدائنين كانت الزيادة للحائز، وفي هذه الحالة يلتزم الحائز كذلك بمصروفات البيع، ولا يلتزم بها طالب البيع ، وذلك لتقدم مزايد بعطاء اكبر مما عرضه الحائز، ولكن عطاء الحائز زاد عليه ، ففي هذه الحالة يجب إعادة المصروفات الى طالب البيع والتي أودعها في صندوق المحكمة⁽¹⁾. إذ إن طالب البيع لا يتحمل مصروفات البيع إلا إذا لم يعرض احد المزايديين مبلغ اكبر من المبلغ الذي عرضه الحائز. وبالتالي إذا عرض احد المزايديين مبلغ اكبر من المبلغ الذي عرضه الحائز على الدائنين المرتهنين ولكن الحائز عرض اكبر مما عرضه هذا المزايد ، فان المزاد يرسو عليه ويتحمل هو مصروفات البيع ولا يتحملها طالب البيع . وإذا كفل احد الأشخاص وفاء الحائز للثمن الذي اشترى به العقار المرهون ، فان كفالته تبقى في حدود هذا الثمن ، ولا يلتزم بكفالة الزيادة التي حصلت بثمن العقار المرهون عند بيعه بالمزاد العلني⁽²⁾.

وفي الحالتين السابقتين ، يستطيع الحائز الرجوع إما على الراهن الذي تلقى منه ملكية العقار المرهون أو على المدين إذا كان غير الراهن . كما إن له حق الحل محل الدائن المرتهن في التأمينات الأخرى الضامنة للدين والمقدمة من المدين دون التأمينات المقدمة من الغير⁽³⁾.

(1) انظر، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج10، مصدر سابق، ص567.

(2) انظر ، د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر نفسه، ص567.

(3) أنظر ص182 من الرسالة .

تعد التخلية ((le de'laissement)) الخيار الأخير الممنوح للحائز، وعن طريقه لا تباشر إجراءات نزع ملكية العقار المرهون في مواجهة الحائز . فهذا الخيار يختلف في هدفه عن الخيارات الأخرى التي منحت للحائز والتي سبق ذكرها⁽¹⁾. إذ إنها تمنع الدائن المرتهن من مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون بصورة كاملة ، إما بالنسبة الى التخلية ، فان فائدتها تكمن في منع إجراءات التنفيذ في مواجهة الحائز ، وعلى ذلك فهي لا تمنع التتبع ولا تعطله ، ولكن بمقتضاها لا يجري التنفيذ في مواجهة الحائز وإنما يجري في مواجهة الحارس أو الأمين الذي تعينه المحكمة.

ومن أجل الاحاطة بالتخلية من حيث مفهومها وبيان إجراءاتها وتحديد آثارها، سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب نبحت في المطلب الأول : مفهوم التخلية ونبحث في المطلب الثاني : إجراءات التخلية . أما المطلب الثالث : فسنخصصه لبحت آثار التخلية.

من أجل تحديد مفهوم التخلية ، لابد من تعريفها وبيان الغرض منها ، وتحديد

(1) وهذه الخيارات هي وفاء الدين وتحرير العقار.

الشخص الذي يحق له القيام بها ، بالإضافة الى تحديد الوقت الذي يحق فيه القيام بالتخلية، ولغرض بحث المفردات أعلاه ، سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع نبحث في الأول تعريف التخلية والغرض منها، ونبحث في الثاني الشخص الذي له حق بالتخلية، إما الفرع الثالث سنبحث فيه وقت التخلية وكما يأتي :-

الفرع الأول

تعريف التخلية والغرض منها

تعرف التخلية⁽¹⁾. بأنها :- ترك الحائز الحيازة المادية للعقار المرهون لحارس أو أمين تعيينه المحكمة لكي يتخذ الدائن المرتهن إجراءات التنفيذ على العقار في مواجهته⁽²⁾.

فقد لا يختار الحائز وفاء الدين أو تحرير العقار من الرهن ، فيظل الرهن مسجلاً على العقار ويحق للدائن المرتهن طلب بيعه وفقاً للإجراءات القانونية . وقد لا يرغب الحائز أن تتخذ إجراءات التنفيذ في مواجهته، وبذلك يختار التخلية عن العقار المرهون لحارس أو أمين تعيينه المحكمة وتتخذ في مواجهته إجراءات التنفيذ على العقار. وبذلك فإن التخلية تعني ، تخلص الحائز من مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون في مواجهته ، لتباشر في مواجهة الحارس أو الأمين الذي تعيينه المحكمة.

ويلاحظ بان تخلية الحائز للعقار المرهون تختلف عن ((التخلي)) فالتخلي تصرف بإرادة منفردة ينهي حقاً على شيء للتخلص من التزام عيني يثقل الشيء ، وغالباً ما يقترن هذا الإنهاء ، بانتقال الحق الى شخص آخر ، ففي ملكية الحائط الفاصل المشترك وفي حق الارتفاق ، يستطيع صاحب الحق إن يتخلى عن حقه فينقضي وتنقضي معه النفقات التي يلزم بدفعها بسبب هذا الحق ، في حين إن التخلية هي الخيار الذي منحه

(1) ان تخلية الحائز للعقار المرهون هي فكرة ترجع جذورها الى القانون الروماني اذ ان اهم حقوق الدائن المرتهن في هذا القانون عند حلول اجل الدين وعدم الوفاء به ، ان يدخل الدائن في حيازة العقار المرهون ويطلب من الحائز ان يقوم بالتخلية عن العقار ، حتى يستطيع استيفاء دينه من ثمنه ، ولكن بعد ذلك حصل تطور كبير في نظام التخلية ، فلم يعد للدائن المرتهن من حق سوى طلب البيع العقار بالمزاد العلني ، وبذلك اصبحت التخلية حقاً للحائز وليس للدائن المرتهن . نقلاً عن ، د.احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق، ص298.

(2) أنظر، د.جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص346. د.سعيد سعد عبد السلام ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق ، ص429.

القانون للحائز لكي يمنع مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون في مواجهته وإنما تباشر في مواجهة شخص آخر وهو الحارس أو الأمين الذي تعينه المحكمة⁽¹⁾.

وإن الغرض الذي يسعى الحائز الى تحقيقه من خلال التخلية، هو من اجل إلا يظهر اسمه في إجراءات نزع الملكية للحفاظ على سمعته المالية والائتمانية ، أو أن يقدر الحائز إن قيامه بالتخلية عن العقار المرهون يكون اجدى له نفعاً من قضاء الدين، والذي قد لا يكفل له استيفاء ما دفعه في حالة رجوعه على المدين ، ومن تحرير العقار إذا كان الحائز يتوقع رفض احد الدائنين لعرضه⁽²⁾. ويهدف الحائز كذلك ، الى التخلص من مسؤولية إدارة العقار المرهون والانشغال بإجراءات التنفيذ على العقار والتي قد تكون طويلة ومعقدة⁽³⁾.

كذلك فان الحائز يصبح ملزماً بثمار العقار في وقت إنذاره ، فإذا قام بالتخلية عن العقار المرهون، فانه يتخلص من الالتزام برد الثمار، حيث لا يعد مسؤولاً عنها في هذه الحالة⁽⁴⁾ ورغم المزايا التي تحققها التخلية للحائز ، فقد ذهب رأي في الفقه⁽⁵⁾ الى إن التخلية تؤدي الى الزيادة في النفقات وتعقيد إجراءات التنفيذ على العقار المرهون ، ويمكن القول بان ما تحققه التخلية من مزايا للحائز تفوق على ما يرد عليها من عيوب وخصوصاً ما جاء به الرأي الأخير في الفقه ، ولذلك فان اغلب التشريعات المدنية قد أخذت بهذا الخيار.

الفرع الثاني

- (1) أنظر، عبد العزيز عبد القادر ابو غنيمه ، مصدر سابق، ص381.
- (2) أنظر، د.شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص357.
- (3) أنظر، د.نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص141-142. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق، ص439. أنظر كذلك ، المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي ، ص757.
- (4) أنظر، د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج10، مصدر سابق، ص449.
- (5) انظر، Planiol, Ripert, et Becque.op.cit,P.500.

الشخص الذي له حق التخلية

إن حق التخلية ، هو حق مقرر لكل حائز للعقار المرهون ، والذي لا يكون مسؤولاً شخصياً عن الدين المضمون بالرهن وبهذا الخصوص نصت المادة (2172) مدني فرنسي على ((إما من حيث تخلية العقار المرهون فيجوز أن يجريها كل الحائزين الذين لا يكونون ملزمين شخصياً بالدين)).

وبذلك فإن الحائز إذا أصبح مسؤولاً شخصياً عن الدين ، فلا يحق له في هذه الحالة التخلية عن العقار المرهون كما هو الحال في الحالات التي فيها قضاء الدين واجباً على الحائز والتي أشارت إليها المادة (1/1063، 2) مدني مصري⁽¹⁾. وكذلك لا يحق للحائز تخلية العقار المرهون ، في حالة عرضه تطهير العقار ووافق الدائنون على العرض الذي قدمه لأنه أصبح مسؤولاً شخصياً بدفع المبلغ الذي عرضه. أما إذا رفض الدائنون عرض الحائز ، وباشروا إجراءات نزع الملكية ، فإن الحائز يحق له ممارسة إجراءات التخلية ، لأنه لم يعد مسؤولاً عن العرض الذي قدمه للدائنين المرتهنيين⁽²⁾ .

وهذا ما أكدته الفقه في فرنسا⁽³⁾. فالحائز الذي يكون في ذمته مبلغ كاف للوفاء بحقوق الدائنين لا يسمح له بالتخلية ، لأن هذا الحائز يملك وسيلة سهلة لوقف التتبع ، ألا وهي قضاء الدين. فإذا تخلص الحائز في هذه الحالة ، فإنه يصبح سيء النية لقدرته في الرجوع على البائع بدعوى الضمان، وبذلك إذا أراد الحائز التخلية استطاع البائع إن يعترض على ذلك، ويلزمه بدفع الدين كما يجوز للدائنين أن يطالبوه بالدفع. لذلك لا تجوز التخلية للحائز إذا تعهد للدائنين المرتهنيين بأن يدفع لهم الثمن، إذ إن هذا التعهد يجعله مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين ، وكذلك الحال إذا تعهد الحائز للشخص الذي تلقى منه ملكية العقار المرهون بأن يقوم بدفع الثمن الى الدائنين المرتهنيين.

فحق التخلية، هو حق مقرر لكل حائز للعقار المرهون ، فإذا ما توافرت شروط

(1) نصت المادة (3/1063) مدني مصري على ((وفي كلتا الحالتين لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخلية العقار.....)).

(2) انظر، د.سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق، ص285.

(3) أنظر ،

Buadry –Lacantinerie et de loynes ,tome.3,op.cit;p.415,n.2187;colin et capitant ,cours elementaire de droit civil francais,t.11,8 edit,Paris,1935,P.1113,n.1812.

الحائز في شخص معين تمكن من مباشرة حق التخلية ، إما إذا انتفت احد الشروط ، فلا يعد هذا الشخص حائزاً وليس بإمكانه ممارسة إجراءات التخلية⁽¹⁾. واستثناءً من هذا الحكم، يجوز للكفيل العيني أن يقوم بالتخلية عن العقار المرهون، والسبب في إعطاء الكفيل العيني هذا الحق يرجع الى انه غير مسؤول عن الدين مسؤولية شخصية إذ إن مسؤوليته عينية في حدود قيمة العقار الذي قدمه⁽²⁾. فضلاً عن ذلك ، فان قيامه بالتخلية عن العقار لا ينطوي على تعرض للدائن المرتهن ولا يعتبر إخلالاً بالضمان، ولذلك قضت المادة (2/1051) مدني مصري على ((وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين، جاز له أن يتفادى أي إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار)).

وتقضي المادة (2168) مدني فرنسي بضرورة التخلية دون اقترانها بأي شرط أو تحفظ ، ولذلك يجب أن يتخلى الحائز عن كافة العقارات المرهونة التي تكون في حيازته بصفته حائزاً .

والسؤال الذي يطرح هنا ، هل يشترط في الحائز اهلية التصرف لكي تكون التخلية صحيحة أم لا يشترط ذلك؟ نلاحظ بان الفقه المصري قد انقسم الى اتجاهين. ذهب الاتجاه الأول، الى إن أهلية الإدارة تكفي لقيام الحائز بالتخلية عن العقار المرهون، إذ إن التخلية لا تعتبر تصرفاً في العقار. بل يقتصر الأمر على ترك الحائز للحيازة المادية للعقار المرهون . بينما ذهب الاتجاه الثاني الى ضرورة توافر أهلية التصرف لدى الحائز، ويبررون رأيهم بان التخلية تحمل معنى الاعتراف بحقوق الدائنين، والتنازل عن كل دفع يستطيع أن يدفع به إجراءاتهم وهذا كله من أعمال التصرف. ويلاحظ بان ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول هو الرأي الراجح في الفقه المصري. ويمكن القول ان الحائز في حالة تخليه عن العقار المرهون إنما يقوم بعمل من أعمال الإدارة، وليس من أعمال التصرف ومن ثم لا يشترط في الحائز أهلية التصرف ، لان الحائز في حالة تخليه عن العقار المرهون يتخلى عن الحيازة المادية فقط وليست الحيازة القانونية ، إذ إن العقار المرهون يبقى مملوكاً له. ونلاحظ بان القانون المدني العراقي لم يعط للحائز هذا

(1) أنظر ص 44 من الرسالة والتي حددنا فيها شروط الحائز.

(2) انظر، د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص 434.

الخيار⁽¹⁾، على خلاف التشريعات المدنية الاخرى التي اعطت للحائز الحق في مباشرة هذا الخيار ومن هذه التشريعات القانون المدني المصري، إذ انه اعطى للحائز الحق في التخلية عن العقار المرهون في المادة (1/1060) منه، إذ نصت ((1-يجوز للدائن المرتهن عند حلول اجل الدين ان ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار ، إلا إذا اختار الحائز ان يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه⁽²⁾).

الفرع الثالث

وقت التخلية

بالنسبة الى الوقت الذي يحق فيه للحائز ممارسة حق التخلية عن العقار المرهون نلاحظ ان القانون المدني المصري لم يحدد الوقت الذي يجوز فيه استعمال حق التخلية ، ولكن لما كانت التخلية تهدف الى منع إجراءات التنفيذ في مواجهة الحائز ، فإنها تثبت للحائز من الوقت الذي يقوم به احد الدائنين في مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون، فالتخلية تبدأ من وقت إنذار الدائنين للحائز بالدفع أو التخلية⁽³⁾. وقد ذهب رأي في الفقه المصري الى أن الحائز لا يحق له ممارسة إجراءات التخلية إلا من وقت إيداع قائمة شروط البيع⁽⁴⁾.

ويمكن القول ان هذا الرأي لا ينسجم مع الهدف الذي يسعى الحائز الى تحقيقه من وراء التخلية ، الذي يتمثل بعدم ظهور اسمه في إجراءات نزع الملكية ، لذلك نرى بان حق الحائز بالتخلية عن العقار المرهون يبدأ من وقت أول إجراء يقوم به الدائن المرتهن للتنفيذ على العقار ، وهو إنذار الحائز بالدفع أو التخلية، ويبقى حق الحائز بتخلية العقار الى يوم رسو المزاد ، وهذا ما أكدته الرأي الغالب في الفقه المصري⁽⁵⁾.

(1) انظر، ص22 من الرسالة ، إذ اقترحنا على المشرع العراقي اعطاء الحائز الحق في التخلية عن العقار المرهون أسوة بالتشريعات المدنية الاخرى.

(2) تقابلها المادة(1015) مدني كويتي(موافق) والمادة (922) مدني جزائري (موافق)، والمادة (2174) مدني فرنسي(موافق).

(3) انظر، د.سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص286. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج10، مصدر سابق، ص578.

(4) انظر، د.احمد سلامة ، التأمينات المدنية، مصدر سابق، ص302.

(5) انظر، أنور طلبه ، مصدر سابق، ص768. محمد علي امام ، مصدر سابق، ص388. د.شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص360.

ولكن يلاحظ من الناحية العملية ، ان الحائز لا يتأخر الى هذا الوقت ((رسو المزاد)) وذلك لان الهدف من التخلية هو أن لا تباشر إجراءات نزع الملكية في مواجهة الحائز ، فإذا تأخر الى وقت رسو المزاد ، فمعنى هذا إن إجراءات نزع الملكية تم مباشرتها في مواجهته(1).

أما بالنسبة الى إجراءات التخلية ، فقد أشارت إليها المادة (1071) مدني مصري ، إذ نصت ((تكون تخلية العقار بتقرير يقدمه الحائز الى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية، وان يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية في خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها. 2- ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب الى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية. ويعين الحائز حارساً إذا طلب ذلك)).

يتضح من خلال هذا النص ، بان إجراءات تخلية العقار المرهون تبدأ بتقديم الحائز تقريراً الى قلم كتاب المحكمة الابتدائية ، التي يكون العقار المرهون ضمن اختصاصها المكاني ، ثم يقوم الحائز بعد ذلك بتأشير التخلية على هامش تنبيه نزع الملكية في مكتب الشهر العقاري المختص ثم يقوم الحائز بإعلان الدائن المرتهن الذي باشر إجراءات نزع الملكية بهذه التخلية خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها. وذلك حتى يطلب الدائن من قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس لمباشرة إجراءات نزع الملكية في مواجهته(2). كذلك يجب إعلان المدين بالتقرير ويقوم الحائز بالتنبيه عليه وعلى مباشر الإجراءات في الإعلان، من اجل الحضور أمام المحكمة المختصة لسماع الحكم بالتخلية ، إذا كان المدين أو المباشر للإجراءات يعارض في التخلية، إما إذا وافق

(1) انظر، د. عبد الرزاق السنهوري ، ج10 ، مصدر سابق، ص452. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق، ص143.

(2) انظر، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج10، مصدر سابق، ص454.

على التخلية فلا مبرر لرفع الأمر الى المحكمة ، وتنتهي إجراءات التخلية بقبولها أو بالحكم بها⁽¹⁾. ثم بعد ذلك يعين حارس تباشر في مواجهته إجراءات نزع الملكية. ويعين الحارس بدعوى أمام قاضي الأمور المستعجلة ، من قبل الشخص الذي يهمله مباشرة إجراءات نزع الملكية ، سواء كان الراهن أم الحائز أم الدائن.

وقد يطلب الحائز من قاضي الأمور المستعجلة تعيينه حارساً لكي تباشر إجراءات نزع الملكية في مواجهته ، ويوافق القاضي على هذا الطلب .

ولكن يندر أن يتقدم الحائز بمثل هذا الطلب ، وذلك لأنه لو أراد أن تباشر إجراءات نزع الملكية في مواجهته لما تولى عن العقار المرهون⁽²⁾.

ولكن يجب الملاحظة الى أن إجراءات التنفيذ تباشر في مواجهته في هذه الحالة باعتباره حارساً وليس باعتباره حائزاً للعقار المرهون. وبذلك فلا تسبى سمعته المالية والائتمانية على الرغم من مباشرة إجراءات نزع الملكية في مواجهته، كذلك يتمكن الحائز من إدارة العقار على نحو يبعث الطمأنينة في نفسه ، إذا كان في نيته الاحتفاظ بملكية العقار من خلال الاشتراك في المزداد⁽³⁾.

ويترتب على عدم مراعاة إجراءات التخلية بطلان التخلية . ويحق للدائن المرتهن مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار المرهون في مواجهة الحائز، ويكون من حق كل شخص له مصلحة في التخلية الاعتراض عليها في حالة عدم توافر شروطها وخاصة إذا كان الحائز ملتزم شخصياً بالدين⁽⁴⁾.

وإذا قام الحائز بمباشرة إجراءات التخلية ، فهل يحق له الرجوع عنها وقضاء الدين؟

نلاحظ ان المادة (1061) مدني مصري⁽⁵⁾ . أجازت له الرجوع عن التخلية الى

(1) انظر، أنور طلبه ، مصدر سابق، ص768.

(2) انظر، د.محمد علي امام ، مصدر سابق، ص389. أنظر كذلك، المادة (2174) مدني فرنسي .

(3) انظر، د.شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق، ص361. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج10، مصدر سابق، أنظر كذلك المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي، ص757.

(4) انظر، نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق، ص144.

(5) نصت المادة (1061) مدني مصري على ((يجوز للحائز ان يقضي الدين وملحقاته بما في ذلك ما صرف

قضاء الدين ، ولا يحق للدائنين الاعتراض على ذلك ، وذلك لأنه يحقق أقصى ما يطعمون إليه ، وهو استيفاء ديونهم . ولكن رجوع الحائز عن التخلية الى قضاء الدين لا يكون مقبولا إلا إذا قضى جميع الديون وملحقاتها وجميع المصروفات التي أنفقت .

يترتب على قبول التخلية تعيين حارس قضائي تباشر في مواجهته إجراءات نزع ملكية العقار المرهون ، وعندما يستعمل الحائز حق التخلية، فإنه لا يتخلى عن ملكية العقار ولا عن حيازته القانونية⁽¹⁾. حيث يبقى العقار مملوكاً له ويبقى محتفظاً بحيازته القانونية الى أن تتم إجراءات التخلية ، فالحائز لا يتخلى إلا عن الحيازة المادية فقط، وهنا يمكن أن نطرح السؤال الآتي: ما هو الحكم في حالة قيام الحائز بتخلية عن العقار المرهون ، وتم تعيين حارس على العقار لكي تباشر إجراءات التنفيذ على العقار في مواجهته ، ولكن الدائن المرتهن لم يستمر في إجراءات التنفيذ على العقار ، هل ترجع الحيازة المادية للحائز أم لا ترجع ؟ نلاحظ بن الفقه والتشريعات المدنية لم تشر الى حكم هذه الحالة ، وبذلك يمكن القول بان الحائز يحق له أن يسترجع الحيازة المادية على العقار في حالة عدم استمرار الدائن المرتهن في إجراءات التنفيذ وذلك لانتهاء الغرض من التخلية وهو التنفيذ على العقار المرهون.

وبما إن الملكية تبقى للحائز ، فمن حقه أن يتصرف في العقار الى وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، كذلك فان مدة التقادم تستمر لمصلحته من اجل اكتساب أي حق من الحقوق عن طريق التقادم .

كذلك يكون من حق الحائز الرجوع عن التخلية ما دام لم يعين حارساً تباشر في

في الإجراءات من وقت انذاره ، ويبقى حقه هذا قائماً الى يوم رسو المزاد)).
(1) أنظر المادة (2173) مدني فرنسي .

مواجهته إجراءات نزع الملكية بشرط أن يقوم بوفاء الديون المقيدة على العقار والمصروفات التي أنفقت في الإجراءات . وإذا انتهت إجراءات التخلية ببيع العقار المرهون في مواجهة الحارس ، وكان الثمن يزيد عن ديون الدائنين ، فإن هذه الزيادة تكون من حق الحائز (1).

ومن آثار التخلية كذلك ، إنها تمنع مباشرة الإجراءات في مواجهة الحائز ، حيث تباشر هذه الإجراءات في مواجهة الحارس الذي تعينه المحكمة ، والذي يكون مسؤولاً عن إدارة العقار .

لذلك فإن التخلية لا يترتب عليها منع أو تعطيل حق التتبع الذي يباشره الدائن المرتهن ، وكل ما في الأمر إن إجراءات نزع الملكية لا يباشرها الدائن المرتهن في مواجهة الحائز ، وإنما في مواجهة الحارس الذي تعينه المحكمة (2).

ويترتب على التخلية إن الإجراءات تتوقف في مواجهة الحائز ، ولصاحب المصلحة في استمرار الإجراءات أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات البيع بالمزاد . وإن إجراءات البيع بالمزاد لا تختلف سواء اتخذت في مواجهة الحارس أم في مواجهة الحائز . وعلى هذا فإن نظام التخلية لا يحقق نفعاً كبيراً للحائز ، سوى تجنب ظهور اسمه في إجراءات البيع بالمزاد ، مما يؤدي إلى الحفاظ على سمعته المالية ، ويجنبه كذلك مشقة إدارة العقار المرهون.

ويترتب على بقاء ملكية العقار المرهون وحيازته القانونية للحائز الكثير من الآثار القانونية ، من هذه الآثار (3) :

1- إذا رتب الحائز على العقار المرهون بعد التخلية عدة رهون ، فإن هذه الرهون تكون صحيحة ، ويستوفي أصحابها ديونهم من الثمن الراسي به المزاد حسب درجة رهونهم (4).

(1) انظر، د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق، ص443.

(2) انظر ، د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق، ص144.

(3) انظر ، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج10، مصدر سابق، ص456.

(4) أنظر المادة (2177) مدني فرنسي .

2- إذا هلك المرهون ، فانه يهلك على الحائز ويبقى مديناً بالثمن .

3- إذا رسا المزاد بثمن اكبر من الدين المضمون بالرهن ، فان هذه الزيادة تكون من حق الحائز⁽¹⁾.

4- في حالة انقضاء الرهن لأي سبب من الأسباب ، فان الحائز يستطيع استرجاع العقار المرهون⁽²⁾.

5- إذا قام بائع العقار المرهون بدفع ديون الدائنين المرتهنيين لكي يتخلص من دعوى الضمان التي يرجع بها الحائز عليه في حالة قيام الأخير بدفع دين الدائن المرتهن ، ففي هذه الحالة يحق للبائع إجبار الحائز على الاحتفاظ بملكية العقار ولا يجوز للحائز التمسك بأنه قد تخلى عن العقار⁽³⁾.

ولابد من الإشارة الى انه إذا تمت إجراءات التخلية ، فان الدائن المرتهن يباشر إجراءات نزع الملكية في مواجهة الحارس ، ويحق للحائز أن يدخل في المزاد، كما هو الحال في حقه بالاشتراك في المزاد عندما يرفض الدائنون عرضه بتحرير العقار، وكما في حالة نزع الملكية في مواجهة الحائز نفسه، و في هذه الحالة إما أن يرسو المزاد عليه أو على الغير⁽⁴⁾ .

وبذلك فان الحائز الذي يتخلى عن العقار يكون في نفس مركز الحائز الذي لا يتخلى عن العقار ويتحمل إجراءات نزع الملكية ، وخاصة بالنسبة الى الأمور التالية :-

- 1- الرهون التي قررها على العقار بعد التخلية. 2- الثمار. 3- التلف.
- 4- المصروفات. 5- الرجوع على من تلقى الحق منه. 6- الرجوع على المدين .

لذلك سوف نبحث هذه الأمور بشكل تفصيلي في الفصل الثالث والذي يتعلق بتحمل إجراءات نزع ملكية العقار المرهون.

(1) أنظر المادة (2177) مدني فرنسي .

(2) أنظر، زهدي يكن، مصدر سابق ، ص188.

(3) أنظر، د.شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق، ص362.

(4) أنظر، د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج10، مصدر سابق، ص457.

تمهيد وتقسيم...

إذا لم يقم الحائز بوفاء الدين المضمون بالرهن أو تحرير العقار من الرهون المسجلة عليه وفقاً لما أخذت به بعض التشريعات العربية أو عدم تخليه عن العقار المرهون الى شخص آخر ، فانه يتحمل إجراءات نزع الملكية ، حيث يتم التنفيذ على العقار المرهون في مواجهة الحائز من خلال عرض العقار للبيع بالمزاد العلني. وبذلك تظهر أهمية تحديد إجراءات البيع بالمزاد العلني ، وبيان مركز الحائز في حالة نزع الملكية ، والآثار القانونية التي تترتب على نزع الملكية، ولغرض الإحاطة بالمفردات أعلاه فإننا سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث:- يتضمن المبحث الأول ، إجراءات البيع بالمزاد العلني وسنتناول في المبحث الثاني ، مركز الحائز في حالة نزع الملكية ، أما المبحث الثالث فسنخصصه للآثار القانونية التي تترتب على نزع الملكية .

لقد تضمن قانون التسجيل العقاري⁽¹⁾ سلسلة من الإجراءات لبيع العقار المرهون بالمزاد العلني ، وتباشر هذه الإجراءات بعد إتمام معاملة وضع اليد على العقار المرهون من قبل رئيس الدائرة المختصة بالتنفيذ⁽²⁾. وتتمثل هذه الإجراءات بتنظيم قائمة المزايده والإعلان عن بيع العقار، ثم افتتاح المزايده وإحالة العقار على احد المزايدين . وان توضيح هذه الإجراءات يتطلب منا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين :- يتضمن المطلب الأول، تنظيم قائمة المزايده والإعلان عن بيع العقار أما المطلب الثاني فيتضمن افتتاح المزايده والإحالة.

(1) انظر ، المواد (161-185) من قانون التسجيل العقاري العراقي.

(2) انظر، ص 61 من الرسالة ، حيث حددنا كيفية إجراء معاملة وضع اليد على العقار المرهون.

ذكرنا سابقاً⁽¹⁾. إجراءات التنفيذ على العقار المرهون ابتداءً من إنذار الحائز بدفع الدين المضمون وحتى وضع اليد على العقار المرهون من قبل رئيس الدائرة المختصة بالتنفيذ على العقار .

وبعد الانتهاء من وضع اليد على العقار المرهون فلا بد من تنظيم قائمة بمزايدة العقار والإعلان عن بيع العقار.

ولاجل بحث المفردات أعلاه سنقسم هذا المطلب الى فرعين :-
يتضمن الفرع الأول تنظيم قائمة المزايدة أما الفرع الثاني فيتضمن الإعلان عن بيع العقار.

الفرع الأول تنظيم قائمة المزايدة

بعد الانتهاء من عملية وضع اليد على العقار من قبل رئيس الدائرة المختصة يقوم بتنظيم قائمة بمزايدة العقار وقائمة المزايدة⁽²⁾ ، هي استمارة يدون فيها أوصاف العقار المثبتة في محضر وضع اليد وطرفا عقد الرهن وبديل الرهن وشروطه ومرتبته⁽³⁾.

ويبدو إن الحكمة من وضع هذه القائمة هو من اجل إعلام الغير بكل ما يتعلق بالعقار المرهون المعد للبيع لكي لا يدعي بالجهالة في المستقبل ويطلب فسخ البيع اذا رسا المزااد عليه.

ونلاحظ بان قانون التسجيل العقاري وقانون التنفيذ في العراق لا يوجد فيهما نص يشير الى ضرورة تبليغ المدين الراهن والدائنين الحاجزين بإجراءات التنفيذ ، وخاصة تبليغهم بقائمة المزايدة لكي يتسنى لهم الإطلاع على إجراءات التنفيذ والاعتراض على قائمة المزايدة والتي قد تتعارض مع مصالحهم ، وهذا بخلاف قانون المرافعات المصري إذ

(1) انظر ، ص 59-62 من الرسالة.
(2) قائمة المزايدة في القانون العراقي تقابلها قائمة شروط البيع في القانون المصري والسوري ودفتر الشروط في القانون اللبناني . انظر المادة (417) مرافعات مصري والمادة (388) أصول محاكمات سوري والمادة (753) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني .
(3) مدحت المحمود ، مصدر سابق ، ص 252. انظر كذلك ، المادة (1/171) من قانون التسجيل العقاري ، والمادة (93) من قانون التنفيذ.

نص في المادة (417) منه على ((يجب على قلم الكتاب، خلال الخمسة عشر يوماً التالية لإيداع قائمة شروط البيع أن يخبر به المدين والحائز والكفيل العيني والدائنين الذين سجلوا تنبيهاتهم والدائنين أصحاب الحقوق المقيدة قبل تسجيل التنبيه.....)).

كذلك فقد اشترطت المادة (388) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري إجراء التبليغ بعد الانتهاء من إعداد قائمة شروط البيع ((.

ولكن يلاحظ بان القضاء العراقي ذهب الى ضرورة قيام المنفذ العدل ، وذوي العلاقة بالتوقيع على قائمة المزايدة. فإذا لم يتم التوقيع عليها فلا يكون لها أي قيمة قانونية، وهذا ما أشارت إليه محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، إذ جاء في احد أحكامها ((إذا لم توقع قائمة المزايدة من قبل المنفذ العدل وبقية ذوي العلاقة وكذلك لم يصدر قرار من المنفذ العدل بإحالة العقار، بعهدة المزايد لذا تعتبر قائمة المزايدة كأن لم تكن من الناحية القانونية ولا ترتب أي حقوق للمزايد))⁽¹⁾ ويبدو من هذا القرار بان قائمة المزايدة تبلغ الى ذوي العلاقة ((المدين والدائنون الحاجزون)) لأنها يجب أن توقع من قبلهم.

ويلاحظ بان قانون التسجيل العقاري وقانون التنفيذ لم يحددوا فترة زمنية معينة بعد معاملة وضع اليد لتنظيم قائمة المزايدة ، على خلاف قانون المرافعات المصري الذي نص في المادة ((414)) على ((يودع من يباشر الإجراءات قلم كتاب محكمة التنفيذ قائمة شروط البيع خلال تسعين يوماً من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية، و إلا اعتبر تسجيل التنبيه كأن لم يكن)) وكذلك الحال بالنسبة الى قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني حيث يقوم مأمور الإجراء بتنظيم دفتر الشروط خلال الأيام الثمانية التي تلي تسجيل محضر الحجز في السجل العقاري⁽²⁾. ويبدو إن الغرض من تقديم قائمة شروط البيع ودفتر الشروط خلال المدة المحددة ، هو من اجل ألا تطول المدة على حجز العقار والتي تسبب ضرراً للمحجوز عليه سواء كان المدين أو الحائز. وبذلك فان عدم تحديد مدة معينة بعد وضع اليد على العقار لتنظيم قائمة المزايدة في القانون العراقي يعد نقصاً تشريعياً لا بد من معالجته من قبل المشرع العراقي من خلال تحديد فترة زمنية بعد معاملة

(1) رقم القرار 80/ تنفيذ/ 1996، تاريخ القرار 1996/2/7 ، أشار إليه، هادي عزيز علي ، مصدر سابق ، ص164.

(2) انظر ، المواد (746-748) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني . ولمزيد من التفصيل انظر، حسين عبد اللطيف حمدان ، مصدر سابق، ص527-528.

وضع اليد لتنظيم قائمة المزايدة، فضلاً عن ذلك فإن قانون التسجيل العقاري وقانون التنفيذ لم يشيرا الى ضرورة تبليغ ذوي العلاقة (المدين والدائنون) بقائمة المزايدة بعد وضعها، ولأجل ذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل صياغة المادة (1/171) من قانون التسجيل العقاري لتصبح بالشكل الآتي ((تنظم قائمة المزايدة خلال سبعة أيام من تاريخ وضع اليد ويدون فيها أوصاف العقار الثابتة عند وضع اليد وطرفا عقد الرهن وبذل الرهن وشروطه ومرتبة0 ويجب تبليغ ذوي العلاقة بهذه القائمة خلال سبعة أيام من تاريخ وضعها)) وقد يكون هناك أكثر من عقار محجوز معد للبيع في المزاد العلني ففي هذه الحالة يتم تنظيم قائمة للمزايدة لكل عقار على حدة وهذا ما أشارت إليه المادة (1/171) من قانون التسجيل العقاري بقولها (تنظم بعد إتمام وضع اليد استثماراً خاصة بمزايدة لكل عقار 000)

ولكن هل يجوز تنظيم قائمة للمزايدة لبيع عدة عقارات محجوزة ؟ نلاحظ بان قانون التسجيل العقاري لم يشر الى حكم هذه الحالة. ومن خلال الرجوع الى أحكام قانون التنفيذ تبين إن الأصل هو أن يتم تنظيم قائمة للمزايدة لكل عقار على حدة. واستثناء من ذلك يجوز للمنفذ العدل بيع أكثر من عقار بقائمة مزايدة واحدة. هذا ما أشارت إليه المادة (93/ثانياً) من قانون التنفيذ بقولها ((ثانياً: إذا تعددت العقارات المحجوزة فتتظم قائمة مزايدة كل عقار على حدة إلا اذا قرر المنفذ العدل إن من المصلحة بيع أكثر من عقار بقائمة واحدة))

وبذلك يتضح من النص المتقدم بأنه يجوز بيع أكثر من عقار محجوز في قائمة واحدة. إذا كان هذا البيع يحقق مصلحة جميع الأطراف كما لو أدى بيع العقارات بقائمة واحدة الى زيادة بدل المزايدة ويجب على رئيس الدائرة أن يتحقق شخصياً من توفر المصلحة في حالة بيع أكثر من عقار في قائمة واحدة ويجب أن يثبت هذا الإجراء في إعلان المزايدة وان يستحصل 10% من مجموع قيم العقارات المراد بيعها بقائمة واحدة، فضلاً عن ذلك فإنه يشترط أن يكون قرار الحجز يشمل كافة العقارات المراد بيعها بقائمة واحدة فإذا كان للمدين عقاران وطلب احد الدائنين حجز وبيع احدهما وطلب الدائن الآخر حجز وبيع العقار الثاني ففي هذه الحالة لا يجوز إصدار قرار لبيع العقارين بمزايدة

واحدة ، وذلك لان قرار الحجز لم يشمل العقارين معاً⁽¹⁾ وبهذا الخصوص قضت محكمة التمييز بأنه ((.....وجد إن الفقرة الثانية من المادة 71 من قانون التنفيذ قد تطلبت تنظيم قائمة مزايده لكل عقار على حده إلا إذا رأى رئيس التنفيذ إن من المصلحة بيع أكثر من عقار بقائمة مزايده واحدة....))⁽²⁾.

الفرع الثاني الإعلان عن بيع العقار

بعد تنظيم قائمة المزايده من قبل رئيس الدائرة المختصة يلزم الإعلان عن وضع العقار في المزايده مدة ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشر الإعلان⁽³⁾. وحسب المادة (3 / 171) من قانون التسجيل العقاري والمادة (96) من قانون التنفيذ يجب أن يتضمن الإعلان جميع أوصاف العقار وأحواله الثابتة وقيمه المقدرة عند وضع اليد عليه مع اسمي الدائن والمدين وشهرتهما ويوم المزايده وساعتها وشروط الضم والمديرية التي تجري فيها المزايده⁽⁴⁾.

والحكمة من توافر هذه البيانات هو من اجل إعلام الغير بكل ما يتعلق بالعقار المرهون المعد للبيع والمحل الذي يجري فيه بيع العقار فإذا لم يتضمن الإعلان كل هذه المعلومات فان هذا يجعل قرار الإحالة القطعية قابلاً للنقض وبالتالي يؤدي الى إبطال إجراءات المزايده⁽⁵⁾.

وبناءً على ذلك اذا لم يتم تحديد الساعة التي تجري فيها المزايده فان إجراءات المزايده تكون غير صحيحة ومخالفة للقانون وهذا ما أشارت إليه محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية إذ جاء في احد أحكامها (إن القرار المميز وجد انه لم يذكر الساعة التي تمت فيها المزايده وذكر (بعد الساعة الثانية عشرة) وهذا مخالف لأحكام المادة (97/ثانياً) من قانون التنفيذ إضافة الى إن الإعلان المنشور لم يحدد الساعة التي تجري فيها المزايده لكي يكون الراغب بشراء العقار موضوع المزايده على علم بوقتها أو هذا ما ألزمته

(1) انظر ، عامر خطاب عمر، بيع العقار عن طريق المزايده، مطبعة الزهراء ، بغداد، 1973، ص 49-51.

(2) انظر، قرار رقم 958/325 في 9-6-1958. أشار إليه، المصدر نفسه ، ص 51.

(3) نصت الفقرة الثانية من المادة (2/171) من قانون التسجيل العقاري على ((2- يعلن عن وضع العقار بالمزايده مدة ثلاثين يوماً وإذا تعددت العقارات المراد بيعها المرهونة بصفقة واحدة فيجوز تنظيم إعلان بيع واحد لها)). انظر كذلك ، المادة (96) من قانون التنفيذ.

(4) انظر كذلك ، المادة (2/92) من قانون الإجراءات الأردني رقم 31 لسنة 1952.(موافق)

(5) انظر، د. سعيد مبارك ، مصدر سابق، ص 220. آدم وهيب النداوي ، مصدر سابق، ص 393.

المادة (96) من ذات القانون))⁽¹⁾.

وان الإعلان عن وضع العقار بالمزايدة العلنية يجب أن ينشر في جريدة يومية واحدة تصدر في منطقة أعمال الدائرة أو في اقرب محل أو في العاصمة ويجب أن تعلق نسخة من الإعلان في الدائرة التي تقوم بالبيع وتبدأ مدة الإعلان من اليوم التالي للنشر⁽²⁾.

أي إن الإعلان عن وضع العقار بالمزايدة العلنية يجب أن ينشر في صحيفة يومية مكتوبة باللغة التي يتكلمها سكان المنطقة التي يحصل فيها البيع وبالعكس ذلك فان الغرض من النشر والذي يتمثل بإعلام الغير بمضمون الإعلان ووقت إجراء المزايدة لا يتحقق ولا يكون لهذا الإعلان أية قيمة قانونية لأنه لم يتم وفق الطريقة التي رسمها القانون وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية في احد أحكامها ((بان الغرض من الإعلان هو إشعار الكافة في المنطقة التي يقع فيها العقار بواقعة البيع وذلك لا يتم إلا اذا كان النشر في صحيفة تكتب باللغة التي يتكلمها ويقرأها سكن المنطقة تطبيقاً لأحكام المادة السابعة من الدستور العراقي وهذا لم يحصل بالنسبة الى الإعلان المنشور في صحيفة هاوكاري وهي جريدة يومية سياسية كردية ...))⁽³⁾. ومن خلال هذا القرار يتضح بان النشر في صحيفة هاوكاري وهي صحيفة كردية وكان محل البيع في مدينة بغداد وبما إن غالبية سكان تلك المنطقة يتكلمون و يقرؤون العربية لذلك فان النشر في جريدة هاوكاري يكون غير صحيح ويستلزم نشر الإعلان مرة أخرى في جريدة مكتوبة باللغة التي يتكلمها السكان في المنطقة التي يجري فيها البيع.

وإذا كان يشترط نشر الإعلان في جريدة يومية مكتوبة باللغة التي يتكلمها السكان في المحل الذي يجري فيه البيع، فما هو الحكم اذا حصل النشر في الملحق الإعلاني لتلك الجريدة؟ نلاحظ بان قانون التسجيل العقاري لا يوجد فيه نص يشير صراحة الى حكم هذه الحالة، أما بالنسبة الى موقف القضاء من هذه الحالة فنلاحظ إن محكمة استئناف بغداد الرصافة قد أشارت الى حكم هذه الحالة في احد أحكامها إذ جاء فيه ((لدى التدقيق والمداولة وجد إن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى

(1) رقم القرار 193/ تنفيذ 1990/ ، تاريخ القرار 1990/2/17 ، أشار إليه، هادي عزيز علي ، مصدر سابق، ص157.

(2) انظر، المادة (4/171) من قانون التسجيل العقاري.

(3) رقم القرار 464/ تنفيذ 1990/ ، تاريخ القرار 1990/6/19 ، أشار إليه، هادي عزيز علي ، مصدر سابق ، ص158. ويلاحظ بان المادة السابعة من دستور 1970 الملغي تنص على ((أ- اللغة العربية هي اللغة الرسمية . ب- تكون اللغة الكردية لغة رسمية الى جانب اللغة العربية في المنطقة الكردية)).

عطف النظر على القرار المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون حيث إن هذه المحكمة بقرارها المرقم 863/2هـ/2000 في 2000/5/3 اعتبرت الإعلان عن بيع العقار في الملحق الإعلاني غير صحيح فكان على المحكمة الإعلان عن بيع العقار مجدداً لمدة ثلاثين يوماً حتى وإن كان العقار قد أحيل بعهدة أحد المزايدين وتم الضم خلال المدة القانونية مادامت كافة البيوع السابقة قد جرى الإعلان عنها في ملحق (الصحيفة...)⁽¹⁾.

يتضح من ذلك بأن نشر الإعلان في الملحق الإعلاني غير صحيح لأنه لا يؤدي إلى اشتراك أكبر عدد ممكن من المزايدين وبذلك يجب الإعلان عن بيع العقار مجدداً. إذ إن المادة (1/171) من قانون التسجيل العقاري وإن لم تنص صراحة على حكم الإعلان في الملحق الإعلاني إلا إنها نصت على ((4- ينشر الإعلان في جريدة يومية واحدة)) وبالتالي فإن الملحق الإعلاني لا يعد بمثابة جريدة يومية لأنه لا يصدر مع الجريدة في كل الأيام.

ولابد من الإشارة إلى إن المادة (96) من قانون التنفيذ قد اشترطت أن يتضمن الإعلان عن بيع العقار تحديد اليوم الذي تجري فيه المزايدة ، أي تحديد موعد المزايدة ، وبذلك فإن عدم إجراء المزايدة في اليوم المحدد في الإعلان يؤدي إلى بطلانها ، وهذا ما أكدته القضاء⁽²⁾. حيث اعتبرت محكمة التمييز المزايدة باطلة قانوناً كونها أجريت في غير اليوم المحدد لإجرائها ذلك إن الإعلان نشر يوم 98/8/28 ولمدة ثلاثين يوماً لما يترتب عليه وجوب إجراء المزايدة يوم 1998/9/27، وبما إنها تمت ليس في اليوم الذي يجب أن تتم فيه وهو يوم 1998/9/27 وإنما جرت في يوم 98/9/28. لذلك فإن محكمة التمييز اعتبرت المزايدة باطلة لأنها لم تتم في اليوم المحدد في الإعلان. كذلك فإن المادة (96) من قانون التنفيذ ، قد اشترطت أن يتضمن الإعلان عن بيع العقار جميع أوصاف العقار وبالشكل الذي يجعله معلوماً لدى كافة من حيث الموقع والمساحة والجنس وصفة الشاغل وبالتالي إذا تبين أثناء سير معاملة التنفيذ إن موقع العقار قد ذكر خطأً فإن

(1) انظر حكمها رقم 1224/2هـ/2000، مجلة القضاء ، الأعداد الأول والثاني والثالث والرابع ، السنة الرابعة والخمسون ، 2000، ص211. انظر كذلك ، قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ، رقم القرار 277/تنفيذ/1997 ، تاريخ القرار 1997/2/23 ، أشار إليه، هادي عزيز علي ، مصدر سابق ، ص170-171.

(2) انظر حكمها في 2000/4/29 ، مجلة القضاء ، الأعداد الأول والثاني ، السنة الخامسة والخمسون، 2001 ، ص 141-142.

إجراءات التنفيذ تكون غير صحيحة ويستلزم الإعلان عن بيع العقار من جديد وهذا ما أشارت إليه محكمة استئناف بغداد⁽¹⁾. ولا بد من الإشارة الى الإعلان عن البيع يجب ألا يحصل في العطل الرسمية الا بقرار من المنفذ العدل وبخلاف ذلك فان الإعلان عن البيع اذا حصل في أوقات العطل فان هذا يؤدي الى بطلان إجراءات المزايدة⁽²⁾. وبهذا الخصوص قضت محكمة التمييز الأردنية بان (إجراء التبليغات وإعلانات البيع بالمزاد العلني في أيام الجمعة التي تعطل فيها المحاكم والدوائر الرسمية التي لا يجيز القانون إجراء التبليغات فيها يترتب عليه بطلان إجراءات البيع بالمزاد العلني ويترتب على بطلان إجراءات البيع في المزاد عدم نفاذ البيع بحق المدعين ويقتضي إعادة الحال الى ما كانت عليه....)⁽³⁾.

بعد تنظيم قائمة المزايدة والإعلان عن بيع العقار يجب تحديد الوقت الذي يتم فيه افتتاح المزايدة وبيان الالتزام على من يريد الاشتراك في المزايدة، ومعرفة الوقت الذي يقرر فيه رئيس الدائرة المختصة بالتنفيذ على العقار الإحالة القطعية والنهائية على احد المزايدين. إن توضيح هذه الفقرات يتطلب تقسيم هذا المطلب الى فرعين، يتضمن الفرع الأول افتتاح المزايدة. أما الفرع الثاني فسنخصصه الى الإحالة.

(1) انظر رقم القرار 972/ تنفيذ / 1990 ، أشار إليه، القاضي عبود صالح التميمي ، شرح قانون التنفيذ ، الطبعة الأولى ، مطبعة الخيرات ، بغداد ، 2000، ص182. انظر كذلك ، حكم محكمة التمييز الذي جاء فيه ((يفسخ قرار الإحالة ويعلن عن بيع العقار مجدداً إذا لم يحتوي إعلان المزايدة على جميع أوصاف العقار المراد بيعه الثابتة عند وضع اليد عليه)) رقم القرار 438 - تنفيذ - 1975 - تاريخ القرار 1975/9/28. مجموعة الأحكام العدلية ، يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل ، العدد الثالث ، السنة السادسة ، 1975، ص161.

(2) انظر ، المحامي فاضل النبواني ، الاجتهاد المدني الحديث خلال عشرة أعوام من 1979-1988 ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، 1991، ص639. انظر كذلك ، المادة (23) من قانون التنفيذ العراقي.

(3) انظر ، تمييز حقوق رقم 1999/869 . قرار صدر بتاريخ 21 شعبان سنة 1420 هـ الموافق 1999/11/29 ، مجلة نقابة المحامين ، تصدر عن نقابة المحامين في المملكة الأردنية الهاشمية ، الأعداد ، الرابع ، الخامس ، السادس ، السنة التاسعة والأربعون ، 2001 ، ص629.

الفرع الأول افتتاح المزايمة

بعد نشر الإعلان الصحيح عن بيع العقار الصحيح في الجريدة فان المزايمة تعتبر مفتوحة اعتباراً من اليوم التالي للنشر ولمدة ثلاثين يوماً ولمن يرغب في الشراء مراجعة دائرة التسجيل العقاري المختصة والإعلان عن رغبته في الشراء⁽¹⁾ ويلاحظ بان قانون التسجيل العقاري في العراق اشترط على الراغب في الشراء أن يقدم تأمينات نقدية أو كفالة مصرفية لا تقل عن 10% من القيمة المقدرة للعقار، وهذا ما أشارت إليه المادة (1/172) من قانون التسجيل العقاري⁽²⁾. وان الغرض من تقديم هذه التأمينات هو للتأكد من رغبة المزايد في الاشتراك بالمزايمة ولضمان أي ضرر يحصل للدائنين في حالة نكول المشتري عن الشراء وفي حالة عدم تقديم التأمينات من قبل الراغب بالاشتراك في المزاد فان هذا الشخص لا يكتسب صفة المزايد ومن ثم يكون قرار الإحالة غير صحيح وهذا ما أشارت إليه محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية إذ اعتبرت ((قرار الإحالة غير صحيح لان المزايدين لم يحوزا صفة المزايد الذي كف يده قبل الناكل الوارد ذكره في المادة (99) من قانون التنفيذ لعدم دفعهما التأمينات المنصوص عليها في المادة (97/أولاً) من القانون المذكور باعتبار أنهما دعيا لتسديد البدل بنفس اليوم الذي أبدى الشركاء استعدادهم للدفع والذي يزيد على البدل الذي تقدما به للشراء، لذلك فان إصرار المحكمة على إحالة العقار عليهما لا سند له من القانون أما القول بان العقار قد سجل باسميهما في دائرة التسجيل العقاري فان ذلك لا يمنع من إعادة تسجيله باسم من ترسو عليه المزايمة مجدداً المادة (139) من قانون التسجيل العقاري))⁽³⁾.

وقد يحدث في بعض الحالات أن يتقدم شخص واحد للاشتراك في المزايمة فهل يلتزم بدفع التأمين أم لا يلتزم بذلك ؟ نلاحظ بان المادة (1/172) من قانون التسجيل العقاري وكذلك المادة (97) من قانون التنفيذ قد اشترطت بان يقدم المزايدين تأمينات نقدية تقدر

(1) انظر، القاضي عبود صالح التميمي ، مصدر سابق ، ص183.

(2) نصت المادة (1/172) من قانون التسجيل العقاري على ((تعتبر المزايمة مفتوحة من تاريخ نشر الإعلان ويقبل الضم من الراغبين بالمزايمة في الدائرة المختصة على أن يودع كل منهم تأمينات نقدية أو كفالة مصرفية لا تقل عن عشرة من المائة من القيمة المقدرة)). انظر كذلك، المادة (760) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري (موافق)، والمادة (93) من قانون الإجراء الأردني (موافق) إذ إن كلاهما قد أخذ بالحكم ذاته.

(3) رقم القرار 11/ تنفيذ/ 1989 ، تاريخ القرار 1989/1/24 ، أشار إليه، هادي عزيز علي ، مصدر سابق، ص154.

بـ10% من القيمة المقدرة ولم يشير أياً منهم صراحة الى حالة تقدم مزايد واحد للاشتراك بالمزايدة، هل يلتزم بدفع التأمينات أم لا ؟ أما بالنسبة الى القضاء فقد أشار الى هذه الحالة والى ضرورة تقديم التأمينات حتى لو كان هناك شخص واحد اشترك في المزايدة وهذا ما أشارت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية إذ جاء في احد أحكامها ((إن المزايد الوحيد الذي اشترك في المزايدة دون أن يقدم التأمينات القانونية المنصوص عليها في المادة (97) من قانون التنفيذ مما يكون القرار المتخذ بقبوله المزايدة وإحالة العقار عليه مخالف للقانون و لا يرفع هذه المخالفة إيداعه التأمينات فيما بعد))⁽¹⁾. ويمكن القول بان عدم وجود نص صريح بهذا الخصوص في قانون التسجيل العقاري لا يعد نقصاً تشريعياً حيث إن حكم المادة (1/172) من القانون المذكور يمتد ليشمل حالة تقدم مزايد واحد للاشتراك في المزايدة. وقد يكون المزايد هو الشريك أو الدائن المرتهن فيعفى من تقديم هذه التأمينات بقدر ما يعادل دين الدائن أو حصة الشريك وهذا ما أشارت إليه المادة (2/172) من قانون التسجيل العقاري⁽²⁾ أما إذا كانت حصة الشريك مرهونة فيطرح مبلغ من الرهن من قيمتها المقررة ويكلف الشريك بإكمال التأمينات⁽³⁾. ويلاحظ إن قانون التسجيل العقاري قد حدد الحد الأدنى للتأمينات التي يجب على المزايديين دفعها وبذلك للمنفذ العدل أن يطلب من المزايديين تقديم تأمينات تزيد على 10% لكن عليه بيان الأسباب التي دفعته الى ذلك⁽⁴⁾.

الفرع الثاني الإحالة

ذكرنا سابقاً أنه بعد نشر الإعلان في الصحيفة تعتبر المزايدة مفتوحة اعتباراً من اليوم

(1) رقم القرار 57/تنفيذ/1992 ، تاريخ القرار 1992/2/16 ، انظر هادي عزيز علي ، مصدر سابق ، ص162.

(2) نصت المادة (2/172) على ((إذا كان المزايد هو الدائن المرتهن أو الشريك فيعفى من تأميناته بما يعادل دين الدائن أو حصة الشريك خالصين من الديون المتقدمة على دين الدائن أو المترتبة على حصة الشريك)) أي إن الدائن أو الشريك يعفى من دفع التأمينات إذا كان مقدار الدين أو مقدار حصة الشريك يعادل مبلغ التأمينات المطلوبة أو أكثر منها ، أما إذا كانت أقل من ذلك فيكلف بدفع تأمينات يبلغ مجموعها مع حصة الشريك النسبة المذكورة – انظر قرار محكمة التمييز رقم 575-تنفيذ- 1962 ، تاريخ القرار 18-9-1962 ، أشار إليه، عامر خطاب عمر، مصدر سابق، ص62.

(3) مدحت المحمود، مصدر سابق، ص256.

(4) انظر، د.سعيد مبارك، مصدر سابق، ص224.

التالي للنشر ولمدة ثلاثين يوماً، وفي الساعة الثانية عشر ظهراً من يوم الثلاثين تجري المناذرة للمشاركة بالمزايدة ثلاث مرات في الدائرة المختصة، وتجري المزايدة بصورة علنية، ثم يقرر رئيس الدائرة الإحالة القطعية على المزاييد الأخير قبل انتهاء الدوام الرسمي ويعتبر كل ضم لا يزداد خلال خمس دقائق نهاية المزايدة⁽¹⁾ وإذا لم تجر المناذرة ثلاث مرات فإنه يؤدي الى بطلان قرار الإحالة⁽²⁾. وفي قانون المرافعات المصري نصت المادة (439) على ((.....ويعتبر العرض الذي لا يزداد عليه خلال ثلاث دقائق منهياً للمزايدة)).

أما بالنسبة الى قانون المرافعات الفرنسي فإن يشترط لانتهاء المزايدة وجوب إطفاء ثلاث شمعات تضاء تباعاً بحيث تبقى مدة اشتعال كل شمعة دقيقة واحدة⁽³⁾.

ويلاحظ ان العطاء الذي يتقدم به احد المزايدين يسقط في حالتين، الأولى عندما يزيد مزاييد آخر على العطاء الذي تقدم به المزاييد الأول. حتى وان كان العرض الأخير باطلاً بسبب عدم أهلية صاحب العرض أو وجود مانع يمنعه من الاشتراك في المزايدة أو لأي سبب آخر وقد أشارت الى هذه الحالة المادة (89) من القانون المدني العراقي إذ نصت ((لا يتم العقد في المزاييدات إلا برسو المزايدة ويسقط العطاء بعطاء أزيد ولو وقع باطلاً....))⁽⁴⁾.

وقد أشارت محكمة التمييز في احد أحكامها الى الحالة الأولى التي يسقط فيها العطاء إذ قالت ((يتم العقد في المزاييدات برسو المزايدة ويسقط العطاء بعطاء أزيد))⁽⁵⁾. ولكن يلاحظ أنه على الرغم من إن القانون المدني العراقي نص في المادة(89) الى إن العطاء يسقط بعطاء أزيد وهو ما أيده القضاء، إلا إن قانون التسجيل العقاري قد استثنى حالة واحدة لا يسقط فيها العطاء وقد أشار إليها في المادة(2/175) من قانون التسجيل

(1) انظر المادة (3/172) من قانون التسجيل العقاري إذ نصت ((ويعتبر كل ضم لا يزداد عليه خلال خمسة دقائق نهاية المزايدة)) والمادة (73/أولاً) من قانون التنفيذ.

(2) انظر قرار محكمة الاستئناف اللبنانية رقم -48- بتاريخ 12- آذار 1959 ، المجلة القضائية ، العدد (1) ، كانون الثاني، 1959 ، ص287.

(3) انظر المادتين (705-706) من قانون المرافعات الفرنسي ، ولمزيد من التفصيل انظر ، د.احمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية بمقتضى قانون أصول المحاكمات اللبناني ، مصدر سابق، ص524.

(4) تقابلها المادة (103) مدني أردني ، والمادة (99) مدني مصري ، والمادة (705) من قانون المرافعات الفرنسي والتي أشارت الى سقوط التزام المزاييد إذا تقدم غيره بعرض يزيد على عرضه ولو حكم ببطلان العرض الأخير.

(5) رقم القرار 1119 ح - 1954 ، تاريخ القرار 15-8- 1954 ، أشار إليه، عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق، ص318.

العقاري إذ نصت على انه ((إذا نكل المحال عليه عند دفع بدل المزايدة ورسوم التسجيل بعد إمهاله يعرض العقار على المزايد الذي كف يده قبله ببذله.....)).

ومن خلال هذا النص يتضح ان المحال عليه العقار اذا نكل عن دفع بدل المزايدة ورسوم التسجيل العقاري بعد إمهاله ففي هذه الحالة يعرض العقار على المزايد السابق للمزايد الناكل. وهو مما يدل على عدم سقوط العطاء الذي تقدم به المزايد قبل الناكل وبهذا الخصوص قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية بأنه (لما كان المنفذ العدل قد اعتبر من أحيل عليه العقار ناكلاً عن الشراء فعليه أن يعرض العقار على المزايد الذي قبله بالبدل الذي كان قد عرضه.....)⁽¹⁾.

أما بالنسبة الى الحالة الثانية والتي يسقط فيها العطاء الذي يتقدم به احد المزايدين فهي حالة إقفال المزايدة دون أن ترسو على أحد وهو ما نصت عليه المادة (89) مدني عراقي بقولها ((....أو بإقفال المزايدة دون أن ترسو على احد مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة في القوانين الأخرى)).

ولابد من الإشارة الى إن المادة (4/172) من قانون التسجيل العقاري في العراق اشترطت لكي تتم الإحالة القطعية على المزايد أن يكون البدل الذي رست به المزايدة لا يقل عن 80% من القيمة المقدرة للعقار ، فإذا لم يبلغ البدل النسبة المذكورة فلا تجري الإحالة القطعية بل تمدد المزايدة لمدة خمسة عشر يوماً بإعلان يبين فيه مبلغ الرسوم الحاصل على العقار ، وفي نهاية مدة الإعلان تجري الإحالة القطعية بالمبلغ الذي ترسو به المزايدة.

و يتضح من نص المادة (4/172) من قانون التسجيل العقاري ، ان البدل إذا لم يبلغ 80% من القيمة المقدرة للعقار ، فانه لا يجوز إحالة العقار على المزايد إحالة قطعية، وإنما يجب تمديد المزايدة مدة خمسة عشر يوماً بانتهائها تجري الإحالة القطعية على المزايد مهما بلغ البدل الذي رست المزايدة به . ومن المحتمل أن يكون البدل الذي رست المزايدة به اقل من 80% من القيمة المقدرة للعقار.

ويلاحظ ان قانون التسجيل العقاري يختلف عن قانون التنفيذ في هذا الحكم فوفقاً لأحكام قانون التنفيذ اذا لم يبلغ البدل 80% من القيمة المقدرة فلا يحال العقار إحالة

(1) رقم القرار 1340 / تنفيذ / 1995 ، تاريخ القرار 1995/10/21 ، أشار اليه ، هادي عزيز علي ، مصدر سابق ، ص 166.

قطعية على المزايد الأخير ، وإنما يجب تمديد المزايدة لمدة خمسة عشر يوماً ، كما هو الحال في قانون التسجيل العقاري ولكن الاختلاف يحصل في حالة إذا لم يبلغ البديل نتيجة المزايدة الثانية 70% من القيمة المقدرة للعقار فلا يجوز إحالته ، بل يقرر المنفذ العدل إعادة تقدير قيمة العقار والإعلان عن المزايدة مجدداً وهذا ما أشارت إليه المادة (98/ثانياً) من قانون التنفيذ⁽¹⁾.

ويمكن القول إن الحكم الذي اخذ به قانون التنفيذ في المادة (98/ثانياً) يفضل على حكم المادة (4/174) من قانون التسجيل العقاري ، والسبب في ذلك يعود الى إن المادة (98/ثانياً) من قانون التنفيذ تهدف الى المحافظة على أسعار العقارات وبيعها بثمن أعلى منها يحقق مصلحة جميع الأطراف.

ولهذه الأسباب ، ومن اجل رفع التعارض الحاصل بين القانونين ، نقترح على المشرع العراقي تعديل صياغة الفقرة (4) من المادة (174) من قانون التسجيل العقاري لتصبح بالشكل الآتي ((4- اذا لم يبلغ البديل ثمانين من المائة من القيمة المقدرة للعقار فلا تجري الإحالة القطعية بل تمدد المزايدة لمدة خمسة عشر يوماً ، وإذا لم يبلغ البديل نتيجة المزايدة الثانية النسبة المذكورة ، فلا يجوز إحالته بل يقرر رئيس الدائرة المختص إعادة تقدير قيمة العقار من قبل الخبراء والإعلان عن المزايدة مجدداً وفق أحكام هذا الفصل)). أما بالنسبة الى موقف قانون الإجراء الأردني ، فيما يتعلق بالإحالة وتمديد المزايدة بسبب نقص بدل المزايدة نقصاً فاحشاً عن القيمة المقدرة للعقار. فنلاحظ بان المادة (93) من القانون المذكور تشير الى افتتاح المزايدة من تاريخ الإعلان عن بيع العقار ، وبانقضاء مدة الإعلان البالغة ثلاثين يوماً يحال المبيع إحالة مؤقتة⁽²⁾. على المزايد الذي تقدم بالبديل الأكثر ويترج ذلك في قائمة المزايدة ويصدق عليه مأمور الإجراء إذ نصت المادة أعلاه على ((... وبانقضاء الثلاثين يوماً يحال المبيع إحالة مؤقتة الى الطالب منهم بالبديل الأكثر ويترج ذلك في قائمة المزايدة ويصدق عليه مأمور الإجراء)).

ثم بعد حصول الإحالة المؤقتة يعلن عن افتتاح المزايدة للمرة الثانية ولمدة خمسة عشر يوماً، ويلاحظ بان قانون الإجراء الأردني يقرر افتتاح المزايدة للمرة الثانية ولمدة

(1) انظر المادة (2/98) من قانون التنفيذ إذ نصت ((إذا لم يبلغ البديل نتيجة المزايدة الثانية سبعين من المئة من القيمة المقدرة للعقار حين وضع اليد عليه فلا تجوز إحالته بل يقرر المنفذ العدل إعادة تقدير قيمته من قبل الخبراء والإعلان عن المزايدة مجدداً وفق أحكام هذا الفصل)).

(2) يبدو إن الإحالة المؤقتة في قانون الإجراء الأردني تقابل الإحالة القطعية في قانون التسجيل العقاري.

خمسـة عشر يوماً دون الأخذ بنظر الاعتبار البـدل الذي رست به المزايدة ، وهل انه يتناسب مع لقيمة المقدرة للعقار أم لا يتناسب ، وهذا بخلاف ما ذهب إليه قانون التسجيل العقاري في العراق في المادة (4/172) منه، حيث انه لا يشترط تمديد المزايدة لمدة خمسـة عشر يوماً إلا اذا لم يبلغ بدل المزايدة 80% من القيمة المقدرة. ونحن نؤيد ما ذهب إليه المشرع العراقي وذلك لان تمديد المزايدة لمدة خمسـة عشر يوماً يمكن تبريره بان المشرع العراقي يرغب ببيع العقار بأعلى بدل ، وبذلك اذا لم يبلغ البـدل 80% من القيمة المقدرة فيتم تمديد المزايدة لمدة خمسـة عشر يوماً، وهذا بخلاف المشرع الأردني والذي لا يأخذ بنظر الاعتبار البـدل الذي رست به المزايدة الأولى، وقد اشترطت المادة (1/94) من قانون الإجراء الأردني، بان يتضمن الإعلان بياناً بحصول الإحالة المؤقتة ومقدار بدل المزايدة وان يحدد الساعة التي تنتهي بها المزايدة العلنية التي افتتحت للمرة الثانية واليوم والشهر الذي تجري فيه وتعتبر المزايدة مفتوحة للمرة الثانية من تاريخ الإعلان الثاني ولمدة خمسـة عشر يوماً. ويجب على من يريد الاشتراك في المزاد أن يدفع عربوناً بقدر خمسـة في المائة بنسبة البـدل المقرر في الإحالة المؤقتة.

وبانتهاء هذه المدة تجري المزايدة العلنية بين المزايدين ، ثم يقرر رئيس الإجراء الإحالة القطعية على المشتري الذي تقدم بالبـدل الأكثر⁽¹⁾.

لكن إذا رأى رئيس الإجراء بعد إجراء المزايدة ان البـدل الذي رست المزايدة به ينقص نقصاً فاحشاً عن القيمة المقدرة للعقار عند وضع اليد عليه ، فله أن يقرر تمديد المزايدة لمدة لا تتجاوز خمسـة وأربعون يوماً ويصبح إتمام معاملة البيع والفراغ بالبـدل الذي يتقرر نتيجة المزايدة أمراً محتوماً حسب حكم المادة (96) من قانون الإجراء الأردني.

وإذا تمت إحالة العقار على احد المزايدين، إحالة قطعية فيبلغ الراهن بقرار الإحالة ويطلب منه تسديد الدين وملحقاته مع الرسوم والمصاريف خلال ثلاثة أيام ، وعند

(1) يلاحظ إن إجراءات الإحالة المؤقتة إذا تمت بصورة مخالفة للقانون فإنه يؤدي الى بطلان كافة الإجراءات المتعلقة بالمزايدة ، وهذا ما أشارت إليه محكمة التمييز الأردنية في احد المبادئ القانونية التي قررتها إذ جاء فيه ((حيث إن ما توصلت إليه محكمة الاستئناف من إن إجراءات الإحالة المؤقتة تمت بصورة مخالفة للقانون مما يتعين معه اعتبار كافة الإجراءات المتعلقة بالمزايدة ابتداءً من قرار الإحالة المؤقتة وانتهاء بالإحالة القطعية على المزايد الأخير باطلة ، يتفق وأحكام القانون ويترتب على ذلك إن الحكم المميز في محله)). تمييز حقوق رقم 1998/2702 ، التاريخ 1999/7/22 ، المجلة القضائية ، يصدرها المعهد القضائي الأردني ، العدد السابع ، السنة الثالثة ، تموز ، 1999، ص28.

انقضائها تصبح الإحالة نهائية، وهذا ما أشارت إليه المادة (173) من قانون التسجيل العقاري في العراق بقولها ((ببلغ الراهن بالإحالة القطعية ويطلب منه تسديد الدين وملحقاته مع الرسوم والمصاريف خلال ثلاثة أيام وعند انقضائها تصبح الإحالة نهائية)). ولما كانت إجراءات التنفيذ على العقار المرهون لا توجه الى المدين الراهن وحده، وإنما توجه كذلك الى حائز العقار المرهون، لذلك يكون من الضروري تبليغ الحائز بقرار الإحالة القطعية والطلب منه بتسديد الدين وملحقاته وكافة الرسوم والمصاريف خلال مدة ثلاثة أيام ، وفي حالة عدم قيامه بذلك يسجل العقار باسم المحال عليه العقار.

والتساؤل الذي نود إثارته هنا هو هل يجوز قبول الضم⁽¹⁾ على بدل الإحالة القطعية قبل انتهاء فترة التبليغ النهائي البالغة ثلاثة أيام ؟ نلاحظ بأنه يجوز قبول الضم على بدل الإحالة القطعية قبل انتهاء فترة التبليغ النهائي ، وذلك لعدة اعتبارات توخى المشرع تحقيقها أولاً إن هذا الإجراء يحقق مصلحة جميع الأطراف ويؤدي الى الحفاظ على أسعار العقارات وبيعها بالسعر الحقيقي وثانياً انه يعطي الفرصة لمن لم يشترك في المزايدة من إبداء رغبته بشراء العقار بمبلغ يزيد على مبلغ الإحالة القطعية⁽²⁾ .

ويلاحظ بان قانون التسجيل العقاري اشترط بان يحصل الضم قبل انتهاء فترة التبليغ النهائي وان لا يقل الضم عن عشرة من المائة من البديل الذي رست به المزايدة في الإحالة القطعية . وهذا ما أكدته المادة (174) من قانون التسجيل المذكور بقولها ((يجوز قبول الضم على بدل الإحالة القطعية قبل انتهاء فترة التبليغ النهائي بشرط أن لا يقل عن عشرة من المائة من البديل وعندئذ تفتح مزايدة جديدة يعلن عنها لمدة ثلاثة أيام تجري في نهايتها الإحالة النهائية))⁽³⁾.

وبذلك إذا ظهر راغب في الشراء قبل انتهاء فترة التبليغ النهائي البالغة ثلاثة أيام من تاريخ تبليغ المدين الراهن بالإحالة القطعية وببديل يزيد على بدل الإحالة القطعية بما لا يقل عن 10% ففي هذه الحالة تستوف من الراغب في الشراء التأمينات البالغة 10% وتفتح مزايدة جديدة يعلن عنها في الصحيفة، وتعتبر المزايدة مفتوحة من اليوم التالي

(1) يقصد بالضم ، إبداء احد المزايدين عن رغبته بشراء العقار بعد صدور قرار الإحالة القطعية على احد المزايدين ببديل يزيد على بدل الإحالة القطعية . انظر، مدحت المحمود ، مصدر سابق، ص262.

(2) انظر، المصدر نفسه، ص262.

(3)تقابلها المادة (4/97) من قانون التنفيذ العراقي، والمادة (98) من قانون الإجراءات الأردني .(موافق)

للنشر ولمدة ثلاثة أيام⁽¹⁾.

ويلاحظ ان المزايدة الجديدة يطبق عليها الأحكام ذاتها والتي طبقت على المزايدة الأولى ، ففي اليوم الثالث للمزايدة وفي الساعة الثانية عشرة ظهراً تجري المناذاة للمشاركة بالمزايدة ثلاث مرات ويعد العرض الذي لا يزداد عليه خمسة دقائق نهاية المزايدة. وفي هذا الوقت يقرر رئيس الدائرة المختصة بالتنفيذ الإحالة النهائية على المزايد الأخير. ولا يجوز الضم ثانية على بدل المزايدة الأخير ، وذلك لان الإحالة النهائية تعني انتهاء إجراءات البيع⁽²⁾.

وقد يصعب على الراغب في الشراء معرفة التاريخ الذي يتم فيه تبليغ المدين بقرار الإحالة ليتمكن من الضم بعد تبليغ المدين وخلال ثلاثة أيام فقط.

ونحن نؤيد ما ذهب إليه رأي في الفقه بإعطاء الراغب في الشراء الحق في الضم اعتباراً من تاريخ الإحالة القطعية ولغاية انتهاء ثلاثة أيام على تبليغ المدين بالإحالة القطعية⁽³⁾. وقد أكدت محكمة التمييز على إمكانية قبول الضم بعد الإحالة القطعية إذ جاء في احد أحكامها ((إن المادة(110) من قانون الإجراءات⁽⁴⁾ قد أجازت قبول الضم بنسبة 10% من قيمة العقار المقدرة خلال ثلاثة أيام من تاريخ تبليغ المدين بالإحالة القطعية.....))⁽⁵⁾.

وإذا كان قبول الضم بعد الإحالة القطعية أمراً ممكناً، فما هو الحكم اذا تم افتتاح المزايدة لمدة ثلاثة أيام ولكن لم يقدم عطاء يزيد على العطاء الذي تقدم به المزايد الراغب بالضم على بدل الإحالة القطعية بما لا يقل عن 10% ، فهل يحق للراغب بالضم العدول عن الزيادة؟

نلاحظ بان قانون التسجيل العقاري وقانون التنفيذ وكذلك قانون الإجراءات الأردني لم يشير أياً منهم الى حكم هذه الحالة ، وقد ظهر رأي في الفقه ذهب الى إن الراغب في الشراء لا يحق له العدول عن طلبه وذلك لأنه تعهد بشراء العقار بالثمن الذي رسا به

(1) انظر قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية رقم القرار 543/تنفيذ/1990 تاريخ القرار 1990/7/22 أشار إليه، هادي عزيز علي، مصدر سابق، ص159.

(2) انظر قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية (رقم القرار 1989/200 ، تاريخ القرار 1989/4/9 ، أشار إليه، هادي عزيز علي ، المصدر السابق، ص155.

(3) انظر، عامر خطاب عمر، مصدر سابق، ص68.

(4) حلت تسمية قانون التنفيذ محل قانون الإجراءات.

(5) رقم القرار 46 إجراء -1954 تاريخ القرار 1954/2/14 ، أشار إليه ، عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق، ص82.

المزاد مع الزيادة التي تقدم بها⁽¹⁾.

ويمكن القول ، بان الراغب في الشراء لا يحق له العدول عن شراء العقار اذا اظهر رغبته بشراء العقار ببديل الإحالة القطعية مع زيادة لا تقل عن 10% من بدل الإحالة القطعية.

والسبب في ذلك هو إن العطاء الذي يتقدم به احد المزايدين لا يسقط الا اذا زاد عليه عطاء تقدم به مزاييد آخر. وما دام لم يقدم مثل هذا العطاء فلا يجوز للراغب في الشراء العدول عن طلبه في شراء العقار.

وإذا تمت إحالة العقار على احد المزايدين إحالة نهائية ، وقام بدفع البديل والرسوم القانونية فيتم تسجيل العقار باسمه ، وهذا ما أشارت إليه المادة (1/181) من قانون التسجيل العقاري ، بقولها ((يسجل العقار باسم المشتري أو المتفرغ بعد دفعه البديل والرسوم القانونية)).

ولكن ما هو الحكم اذا تأخر تسجيل العقار باسم المحال عليه إحالة نهائية وكانت مدة التأخير تزيد على ثلاثين يوماً من تاريخ دفعه البديل والرسوم ؟ في هذه الحالة يحق لمن أحيل عليه العقار إحالة نهائية طلب فسخ المزايدة إذا تأخر تسجيل العقار باسمه مدة تزيد على ثلاثين يوماً من تاريخ دفعه البديل والرسوم بشرط أن لا يكون تأخير التسجيل بسبب المحال عليه العقار إحالة نهائية وان يصدر قرار الفسخ من قبل رئيس الدائرة⁽²⁾. وهذا ما نصت عليه المادة (4/181) من قانون التسجيل العقاري بقولها ((يحق لمن أحيل العقار بعهدته إحالة نهائية طلب فسخ المزايدة اذا تأخر تسجيل المبيع باسمه مدة تزيد على ثلاثين يوماً من تاريخ دفعه البديل والرسوم بشرط أن لا يكون التأخير بسببه وذلك بقرار من رئيس الدائرة))⁽³⁾.

ومن خلال النص أعلاه ، يتضح بان هناك شروطاً يجب توافرها لكي يستطيع المحال عليه طلب فسخ المزايدة وهذه الشروط هي :-

- 1- أن يقوم بدفع البديل ورسوم التسجيل العقاري وان يتأخر تسجيل العقار باسمه مدة تزيد على ثلاثين يوماً من تاريخ دفعه البديل والرسوم.
- 2- أن يكون تأخير التسجيل باسم المحال عليه يعود لسبب لا يد للمحال عليه فيه، ذلك

(1) انظر، مفلح عواد القضاة، مصدر سابق، ص340.

(2) انظر، د. سعيد مبارك ، مصدر سابق، ص233. عبود صالح التميمي ، مصدر سابق، ص193.

(3) تقابلها المادة (104) من قانون التنفيذ.

بان يتعلق بأمور أخرى كما لو تأخر التسجيل بسبب عدم العثور على سجل العقار أو ادعاء شخص بملكية العقار المبيع وإقامته دعوى استحقاق وحصوله على قرار بتأخير تسجيل العقار المبيع باسم المشتري⁽¹⁾. أما إذا كان تأخير التسجيل لسبب يعود للمحال عليه العقار كما لو لم يقدم الوثائق المطلوبة للتسجيل ففي هذه الحالة لا يحق له طلب فسخ المزايدة وكذلك إذا قام بدفع البديل والرسوم ولكنه لم يثابر لتسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري أو إذا لم يدفع رسم التسجيل.

3- أن يصدر قرار فسخ المزايدة من قبل رئيس الدائرة إذا حصل البيع في دائرة التسجيل العقاري ، ومن قبل رئيس التنفيذ إذا حصل البيع في دائرة التنفيذ⁽²⁾.

وبهذا الخصوص صدرت عدة أحكام قضائية إذ جاء في احد أحكام محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ، بان ((تسديد المشتري بدل المزايدة ورسوم التسجيل العقاري لا يعفيه من المثابرة لتسجيل العقار المبيع باسمه في مديرية التسجيل العقاري المختصة.....أما إذا كان عدم التسجيل ناشئاً بسبب لا يخصه ومضت المدة المنصوص عليها في المادة(104) من قانون التنفيذ وطلب فسخ المزايدة تفسخ ويعاد الإعلان عن بيع العقار مجدداً))⁽³⁾.

كذلك فقد قضت محكمة التمييز بان المشتري بالمزاد اذا لم يدفع رسم التسجيل فلا يحق له فسخ المزايدة. إذ قضت ((.....وجد إن المميز لم يدفع رسم التسجيل ليكون له حق فسخ المزايدة.....))⁽⁴⁾.

ويلاحظ بان المحال عليه العقار إحالة نهائية قد يقوم بدفع البديل ورسوم التسجيل العقاري وقبل أن يسجل العقار باسمه يقوم المدين الراهن بدفع الدين والفوائد والمصاريف والرسوم ، ففي هذه الحالة تعتبر المزايدة مفسوخة أيضاً. إذ نصت المادة (178) تسجيل عقاري على ((للمدين دفع الدين والفوائد والمصاريف والرسوم قبل تسجيل العقار المبيع بالمزايدة وحينئذ تعتبر المزايدة مفسوخة)) ويلاحظ على هذا النص بأنه يطبق في حالة

(1) انظر، مدحت المحمود ، مصدر سابق، ص273.

(2) يحصل البيع في دائرة التسجيل العقاري إذا كان العقار مرهون، أما إذا كان العقار غير مرهون فيحصل البيع في دائرة التنفيذ.

(3) انظر، قرار رقم 622 / تنفيذ / 1992 تاريخ القرار 1992/8/22 ، أشار إليه، هادي عزيز علي، مصدر سابق، ص163.

(4) رقم القرار 814- تنفيذ - 1958 ، تاريخ القرار 1958/12/30 . أشار إليه، عامر خطاب عمر، مصدر سابق، ص82.

عدم انتقال ملكية العقار المرهون الى الحائز ولكن لا مانع من تطبيقه في حالة انتقال ملكية العقار الى الحائز حيث يستطيع دفع الدين والفوائد والمصاريف والرسوم ويطلب فسخ المزايدة.

إذا تم عرض العقار المرهون للبيع بالمزاد العلني فإن من حق الحائز الدخول في المزاد، وقد يرسو المزاد عليه وقد يرسو على غيره، وأياً كان نتيجة رسو المزاد فلا بد من تحديد مركز الحائز قبل تسجيل قرار رسو المزاد وبعد تسجيل قرار رسو المزاد وبيان حقه في الرجوع على المالك السابق للعقار المرهون وعلى المدين ، وحلوله محل الدائن المرتهن في حالة رسو المزاد على الغير ، ولأجل بحث المفردات أعلاه سوف نقسم هذا المبحث الى ثلاث مطالب :- نبحث في المطلب الأول ، مركز الحائز قبل تسجيل قرار رسو المزاد. أما المطلب الثاني فسنبحث فيه مركز الحائز بعد تسجيل قرار رسو المزاد. أما المطلب الثالث فسنخصصه لرجوع الحائز.

إن إجراءات المزايدة العلنية ليس من شأنها أن تؤثر على ملكية الحائز ، فالأخير يبقى مالكا للعقار المرهون حتى تسجيل قرار رسو المزاد . ولكن يلاحظ بان ملكية الحائز في هذه الفترة تكون ملكية مقيدة وسبب هذا التقيد يعود الى تعلق حق الدائنين المرتهنيين بالعقار المرهون المملوك للحائز. وفي ضوء هذا التقيد لملكية الحائز يثار التساؤل عن حكم الثمار المتولدة من العقار المرهون . هل يملكها الحائز أم إن حق الدائنين المرتهنيين يتعلق بها ، وما هو حكم الهلاك أو التلف الذي يحدث في العقار المرهون، وهل يستطيع الحائز ترتيب حقوق عينية على العقار المرهون في هذه الفترة ؟ ولغرض الإجابة على هذه التساؤلات سنقسم هذا المطلب الى الفروع الآتية:-

الفرع الأول حكم الثمار

لقد أشار الفقه العراقي الى إن ثمار العقار المرهون تكون للحائز حتى وقت رسو المزاد، وذلك لأن ملكية العقار المرهون تبقى للحائز الى هذا الوقت. فإذا رسا المزاد على الغير وقام بتسجيل قرار رسو المزاد . فمن هذا التاريخ لا يحق للحائز جني الثمار، إذ إنها بعد تسجيل قرار رسو المزاد تكون من حق الغير الذي رسا المزاد عليه⁽¹⁾.

أما بالنسبة الى القانون المدني العراقي فلم يتضمن نص صريح يحدد الوقت الذي تلحق فيه الثمار بالعقار المرهون وتكون من حق الدائنين المرتهنين، ويمكن القول بان حق الحائز في جني ثمار العقار المرهون ينتهي عندما يقوم الدائن المرتهن بإنذار الحائز بدفع الدين المضمون بالرهن ، فمن هذا التاريخ تلحق الثمار بالعقار المرهون المحجوز وتكون من حق الدائنين المرتهنين . ولعدم وجود نص صريح يحدد وقت التحاق الثمار بالعقار المرهون . لذلك نقترح على المشرع العراقي إضافة النص الآتي الى القانون المدني العراقي ((على الحائز أن يرد ثمار العقار المرهون من وقت إنذاره بدفع الدين)).

أما القانون المدني الفرنسي فإنه يلزم الحائز بالثمار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية ، وهذا ما أشارت إليه المادة (2176) مدني فرنسي ، إذ نصت ((ثمار العقار المرهون لا يلزم بها الحائز إلا ابتداءً من يوم إنذاره بالدفع أو التخلية ، وإذا تركت الإجراءات التي بدأ فيها ومضى على ذلك ثلاث سنوات ، فليزِم بالثمار ابتداءً من الإنذار الجديد الذي يعمل)).

ومن خلال هذا النص يتبين بان القانون المدني الفرنسي ، يجعل ثمار العقار من حق الحائز الى وقت توجيه الإنذار إليه بالدفع أو التخلية ، فمن هذا الوقت تلحق الثمار بالعقار المرهون وتكون من حق الدائنين المرتهنين ، ولكن يلاحظ بان الدائن المرتهن اذا باشر إجراءات التنفيذ ثم تركها لمدة ثلاث سنوات، فان الثمار تكون من حق الحائز ، ولا يلزم الحائز بها إلا اذا وجه إليه إنذار جديد وقد أخذ القانون المدني المصري بالاتجاه ذاته الذي اخذ به القانون المدني الفرنسي ، حيث انه الزم الحائز برد الثمار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية ، وإذا ترك الدائن المرتهن إجراءات التنفيذ على العقار المرهون لمدة

(1) انظر ، محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق، ص160. شاكِر ناصر حيدر، مصدر سابق ، ص168.

ثلاث سنوات . فلا يلزم الحائز برد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد . وهذا ما أشارت إليه المادة (1079) مدني مصري بقولها ((على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية ، فإذا تركت الإجراءات لمدة ثلاثة سنوات فلا يرد الثمار إلا من وقت أن يوجه إليه إنذار جديد))⁽¹⁾.

وفي قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، تنقيد سلطة الحائز في قبض الثمار من وقت تسجيل محضر الحجز على العقار ، ففي هذا الوقت تلحق الثمار بالعقار، ويوزع ثمنها كما يوزع ثمن العقار، ولا تكون هناك حاجة لوضع حجز خاص على الثمار⁽²⁾.

كذلك فقد أوجبت المادة (737) من قانون أصول المحاكمات اللبنانية على المحجوز عليه أن يؤدي حساباً عن ثمار العقار المحجوز وان يسلمها الى مأمور الإجراء . أما بالنسبة الى القانون الأردني ، فنلاحظ بأنه حصل تعارض بين القانون المدني الأردني وقانون الإجراء حول تحديد الوقت الذي يلتزم الحائز فيه برد الثمار . فالقانون المدني الأردني أشار في المادة (2/1360) منه الى ان الحائز يلتزم برد غلة العقار من تاريخ إنذاره بوفاء الدين⁽³⁾.

أما بالنسبة الى قانون الإجراء فقد أشار في المادة (100) منه على إن الحائز يلتزم بالزوائد المتصلة التي حصلت في المبيع بعد تاريخ وضع اليد⁽⁴⁾. وبذلك فان وجه التعارض بين القانونين يتمثل بان القانون المدني الأردني الزم الحائز برد ثمار العقار من وقت إنذاره بوفاء الدين. أما بالنسبة الى قانون الإجراء الأردني فانه لا يلزم الحائز برد الثمار إلا من تاريخ وضع اليد.

وبخصوص هذا التعارض بين القانونين ، ظهر رأي في الفقه الأردني⁽⁵⁾ ارجع سبب هذا التعارض الى تأثر واضع قانون الإجراء الأردني بقانون الإجراء العثماني القديم الذي يعد وضع اليد مناطاً لتحديد مآل الثمار ، وكذلك تأثر واضع القانون المدني

(1) وبنفس الاتجاه ذهبت المادة (930) مدني جزائري (موافق). ولمزيد من التفصيل انظر ، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج10 ، مصدر سابق ، ص472. د. سعيد سعد عبد السلام ، مصدر سابق ، ص427. د. محمد كامل مرسي باشا ، مصدر سابق ، ص245.

(2) انظر، المادة (735) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية .
(3) نصت المادة (2/1360) مدني أردني على ((وعليه رد غلة العقار من تاريخ إنذاره بوفاء الدين)).
(4) نصت المادة (100) من قانون الإجراء الأردني على ((...تعتبر الزوائد المتصلة التي حصلت في المبيع بعد وضع اليد داخلة فيه من دون ذكر وليس للمحكوم عليه أن يفرق هذه الزوائد عن البيع)).
(5) انظر، محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص124.

الأردني بالقانون المدني المصري المادة(1079) الذي جعل إنذار الحائز بالدفع منوطاً لتحديد مآل الثمار.

ودعا صاحب هذا الرأي الى الأخذ بموقف قانون الإجراء الأردني الذي يجعل وضع اليد حداً فاصلاً لحق الحائز في اخذ الثمار ، فاعتباراً من هذا التاريخ يلزم الحائز برد ثمار العقار الى الدائنين المرتهنين والسبب في ذلك يعود الى إن القانون المدني الأردني هو قانون عام أما قانون الإجراء الأردني فهو قانون خاص ، وبذلك يجب الأخذ بحكم القانون الخاص.

الفرع الثاني حكم الهلاك أو التلف⁽¹⁾

إن الحائز باعتباره مالكا للعقار المرهون له كافة السلطات التي يخولها حق الملكية للمالك ، ومن ثم لا يسأل عن التلف أو الهلاك الذي يحدثه في العقار المرهون أثناء تملكه وذلك لان المالك لا يسأل عن التلف الذي يحصل في ملكه . ولكن بما إن العقار المرهون قد تعلق به حق الدائنين المرتهنين ، لذلك يكون المالك لهذا العقار مسؤولاً عن الهلاك أو التلف الذي يحدثه في العقار المرهون⁽²⁾ .

ولم يتضمن القانون المدني العراقي على نص يقرر مسؤولية الحائز عن الهلاك أو التلف الذي يحصل للعقار المرهون ، اذا كان الهلاك أو التلف قد حصل بفعله ، وهذا بلا شك يعد نقص تشريعي لا بد من معالجته بنص صريح يقرر مسؤوليته الحائز عن الهلاك أو التلف اذا حصل بفعله . أسوة بالتشريعات المدنية الأخرى وخاصة القانون المدني المصري إذ نص في المادة (1081) على ((الحائز مسؤول شخصياً قبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطأه))⁽³⁾ . ولأجل ذلك نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة ثانية الى المادة (1314) مدني لتصبح بالشكل الآتي ((يضمن المكتسب كل ما يصيب العقار المرهون من هلاك أو تلف بخطأه وفقاً لقواعد الضمان في هذا القانون)).

ويلاحظ ان الحكمة من تقرير مسؤولية الحائز في حالة هلاك أو تلف العقار، تتمثل

(1) يحصل الهلاك أو التلف ، بأي تصرف يصدر من الحائز ويؤدي الى إنقاص ضمان الدائنين حتى وان كان التصرف يدخل في السلطات العادية للمالك ، كما لو قام الحائز بهدم العقار المرهون.

(2) انظر، محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق، ص159. شاكراً ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص247. د. محمد كامل مرسي باشا ، مصدر سابق ، ص247. وفي الفقه الفرنسي Josseland, op, cit, p.1044.

(3) تقابلها المادة (1023) مدني كويتي (موافق)، والمادة (932) مدني جزائري (موافق) ، والفصل (286) من مجلة الحقوق العينية التونسية (موافق)، والمادة (2175) مدني فرنسي (موافق).

بان الحائز يعد مالكا للعقار المرهون ، ومن ثم يحق له استعمال كافة السلطات عليه ولكن ليس له الحق القيام بعمل معين يؤدي الى حصول الهلاك أو التلف في العقار المرهون ، وذلك لان حق الدائنين المرتهنين قد تعلق بالعقار المرهون ، وبذلك فلا يحق للحائز القيام بعمل يؤدي الى الأضرار بحقوق الدائنين المرتهنين⁽¹⁾. وفي حالة ثبوت خطأ الحائز في القانون المصري فيحق للدائنين المرتهنين مطالبتة بالتعويض طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة (163) مدني مصري .

ويقع عبء إثبات مسؤولية الحائز عن الهلاك أو التلف على الدائنين المرتهنين الذين يدعون بحصول الهلاك أو التلف في العقار المرهون⁽²⁾.

وقد أشارت المادة (2175) من القانون المدني الفرنسي الى حق الدائنين في الحصول على تعويض من الحائز اذا حصل التلف بخطئه إذ نصت هذه المادة على ((التلف الناتج عن فعل الحائز أو تقصيره إضراراً بالدائنين المرتهنين والممتازين يمنح الحق في رفع دعوى التعويض ضده)).

ويحق للدائنين المرتهنين المسجلة حقوقهم على العقار رفع دعوى التعويض على الحائز ، حتى وان كانت حقوقهم معلقة على شرط أو لم يحل اجل الوفاء بها ، ولكن يلاحظ ان اجل الوفاء بديون الدائنين قد يحل في حالة إتلاف الحائز للعقار المرهون وعدم تقديم المدين للدائن ضماناً آخر كافياً⁽³⁾. ويستطيعون كذلك الرجوع على الحائز في كل أمواله بالفرق بين ما حصلوا عليه وما كان متوقع أن يحصلوا عليه لو إن العقار لم يتلف بسبب خطأ الحائز وبيع بثمن اكبر ما رسا به المزاد⁽⁴⁾. وإذا سلمنا بمسؤولية الحائز عن الهلاك أو التلف الذي يحصل بالعقار المرهون من خلال النصوص السابقة ، فما هو تبرير هذه المسؤولية ، بمعنى آخر ما هو الأساس القانوني لالتزام الحائز بالتعويض عن الهلاك أو التلف الذي يحدث بخطئه في العقار المرهون ؟

لقد ظهرت في الفقه عدة آراء لتبرير مسؤولية الحائز عن الهلاك أو التلف، فالرأي الأول ذهب الى إن تبرير مسؤولية الحائز عن الهلاك أو التلف يرجع الى اعتبار الحائز حارساً ، فهذا الرأي يذهب الى إن التزام الحائز بدفع التعويض الى الدائنين بعد حصول

(1) انظر، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص 447.

(2) انظر، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، الجزء العاشر، مصدر سابق ، ص 474.

(3) انظر ، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص 474.

(4) انظر، د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق، ص 151.

الهلاك أو التلف بخطئه تتمثل باعتبار الحائز حارساً ، ومن ثم تبرر مسؤوليته استناداً على هذه الصفة⁽¹⁾.

أما الرأي الثاني فانه برر مسؤولية الحائز عن الهلاك أو التلف الذي يحدث في العقار بسبب إن الحائز قد تملك عقاراً مرهوناً لمصلحة الدائنين ، ومن ثم يجب عليه احترام هذا الحق العيني التبعية وعدم القيام بأي عمل من شأنه الإنقاص من قيمة هذا الحق لأنه يؤثر على حقوق الدائنين المرتهنين، وذهب هذا الرأي الى إن الحائز يعتبر خلفاً خاصاً للراهن في هذا المال وبذلك فان التزام الراهن بضمان الرهن ينتقل مع العقار المرهون الى الحائز فيسأل الحائز كما يسأل الراهن عن كل ما يحدثه من تلف في العقار المرهون⁽²⁾. ويمكن القول، ان هذا الرأي يجعل من الحائز خلفاً خاصاً للراهن ولكن يرد على هذا الرأي بان الحائز في بعض الحالات لا يكون خلفاً خاصاً للراهن وذلك في حالة تملكه للعقار المرهون بطريق أصلي عن طريق التقادم وفقاً للقانون المصري⁽³⁾.

أما بالنسبة الى الرأي الثالث⁽⁴⁾ فقد ذهب الى أن أساس مسؤولية الحائز عن الهلاك أو التلف الذي يحدث في العقار بخطئه يرجع الى إن العقار محمل بالتزام عيني لمصلحة الدائن المرتهن وهو التزام يثقل العقار فيسأل عنه الحائز بهذه الصفة كما هو الحال في التزامه بالدين المضمون بالرهن وذهب هذا الرأي كذلك الى إن دعوى الدائن المرتهن ضد الحائز بطلب التعويض عن الأضرار الناتجة عن فعل الحائز هي دعوى عينية وان التعويض يحمل الصفة العينية لأنه مترتب على التزام عيني ومما يؤكد الصفة العينية للتعويض إن المبلغ الذي يحكم به يعتبر جزءاً من ثمن العقار ويوزع مع الثمن على الدائنين حسب درجة مراتبهم.

ويمكن القول، إن هذا الرأي يؤسس مسؤولية الحائز عن الهلاك أو التلف على أساس إن التزاماً عينياً ترتب على عقار الحائز فهذا الرأي ذهب الى إن أساس التزام الحائز تجاه الدائنين المرتهنين بدفع الدين المضمون بالرهن هو التزام يحمل الصفة العينية ومن ثم يجعل التزام الحائز عن التلف يحمل نفس الصفة العينية. وقد استند هذا

(1) انظر، . De page et Dekkers ,op,cit ;note 4,p.805. أشار إليه، احمد سلامه التأمينات المدنية ، مصدر سابق، ص315.

(2) انظر، د. سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مصدر سابق، ص229. وفي الفقه الفرنسي انظر ، Jossierand .op.cit.P.1044.

(3) انظر، عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمه ، مصدر سابق، ص389.

(4) المصدر نفسه، ص389.

الرأي في تبرير ما ذهب إليه إلى إن التعويض الذي يحكم به لمصلحة الدائنين المرتهنين يعتبر جزءاً من ثمن العقار المرهون ويوزع على الدائنين حسب ترتيبهم وهذا ما يؤكد الصف العينية للتعويض.

ويمكن القول إن الرأي الأول لم يعط التبرير المناسب لمسؤولية الحائز عن الهلاك أو التلف الذي يحدث في العقار المرهون بفعل الحائز حيث أنه يجعل مسؤولية الحائز تقوم على أساس الحراسة ومن المعلوم إن الحراسة أما أن تكون اتفاقية وهذا لم يحصل بالنسبة إلى مسؤولية الحائز وأما أن تكون قانونية بنص القانون وهو ما لم تشر إليه النصوص القانونية التي قررت مسؤولية الحائز عن الهلاك أو التلف الذي يحدث بفعله، وبذلك فإن الرأي الراجح في تبرير مسؤولية الحائز عن الهلاك أو التلف الذي يحدث في العقار المرهون بفعله يمكن استخلاصه من خلال الجمع بين الرأيين الثاني والثالث، فمسؤولية الحائز عن التلف أو الهلاك هي امتداد لمسؤولية الراهن عن حفظ المرهون⁽¹⁾. فبما إن الراهن مسؤول عن حفظ المرهون وعدم القيام بأي عمل يؤدي إلى الإنقاص من ضمان الدائن المرتهن فإن هذه المسؤولية تنتقل إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً للراهن وهذا ما أشارت إليه المادة (2/142) مدني عراقي والحائز في الوقت ذاته مسؤول مسؤولية عينية تجاه الدائنين المرتهنين⁽²⁾.

ولعل من المناسب أن نشير أخيراً إلى إن الحائز لا يسأل عن الهلاك أو التلف الذي يلحق بالعقار المرهون بسبب أجنبي أو بقوة قاهرة أو بسبب القدم أو الاستعمال العادي للعقار المرهون كما لو حصل الهلاك أو التلف بسبب شخص آخر أو بسبب فيضان أو زلزال أو بأي سبب آخر لا دخل لإرادة الحائز فيه⁽³⁾. إذ يشترط لتحقيق مسؤولية الحائز عن الهلاك أو التلف أن يكون قد حصل نتيجة خطأ صادر من الحائز أدى إلى الانتقاص من قيمة العقار هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يجب أن يترتب على الهلاك أو التلف ضرر للدائنين ومن ثم إذا كان العقار بعد التلف كافياً للوفاء بجميع الديون المقيدة على

(1) نصت المادة (1/1296) مدني عراقي على ((يضمن الراهن في الرهن التأميني سلامه الرهن وللمرتهن ان يعترض على كل عمل يكون من شأنه إنقاص ضمانه)).

(2) نصت المادة (2/142) مدني عراقي على ((إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه)).

(3) انظر، محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق، ص159. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج10، مصدر سابق، ص475. وفي الفقه الفرنسي انظر، Planiol et Ripert ,op,cit,N.3255.

العقار فلا يمكن في هذه الحالة مسائلة الحائز عن التلف⁽¹⁾. كذلك يشترط أن يحصل الهلاك أو التلف بعد اكتساب الحائز ملكية العقار المرهون. ويلاحظ بان القانون المدني السوري كان موفقاً عندما ذكر هذه الشروط لتحقيق مسؤولية الحائز عن الهلاك أو التلف وذلك في المادة (1/1099) مدني سوري إذ نصت ((إذا أحدث الغير للعقار الجاري عليه التأمين تغييراً في قوامه فان التخريبات التي تنتج عن عمله أو تحدث بإهماله وتلحق ضرراً بالدائنين أصحاب التأمين تخولهم حق إقامة الدعوى عليه بالتضمن)). في حين نلاحظ بان القانون المدني الأردني يجعل الحائز مسؤولاً عن أي تخريب أو تعيب يحدث في العقار المرهون ولو كان بسبب أجنبي وهذا ما أشارت إليه المادة (1/1360) بقولها ((1-يضمن الحائز كل ما يصيب العقار من تخريب أو تعيب)).

الفرع الثالث

حكم الحقوق التي يربتها الحائز

إن ملكية الحائز تبدأ من تاريخ تسجيل العقار المرهون باسمه في دائرة التسجيل العقاري وتنتهي بتسجيل قرار رسو المزاد في حالة رسو المزاد على الغير، وخلال هذه الفترة قد يتصرف الحائز، بالعقار المرهون أو يربط عليه حقوقاً عينية فما هو حكم تصرف الحائز وهل إن الحقوق التي يربتها للغير تكون نافذة في حق الدائنين المرتهنين؟ بالنسبة الى سلطة الحائز في التصرف في العقار المرهون، نلاحظ ان الرهن لا يقيد هذه السلطة ويستطيع الحائز التصرف بالعقار المرهون ويكون هذا التصرف صحيحاً ما دام لا يؤثر في حق الدائن المرتهن. فالحائز يستطيع بيع العقار المرهون أو أن يقايض به أو يهبه فكل هذه التصرفات تقع صحيحة ولكن العقار ينتقل محملاً بالرهن⁽²⁾.

ولا تتقيد سلطة الحائز في التصرف في العقار المرهون إلا من تاريخ صدور قرار الحجز على العقار، فبعد صدور قرار الحجز لا يجوز إجراء أي معاملة على العقار دون موافقة الجهة التي وضعت الحجز على سجله⁽³⁾، وهذا ما أشارت إليه المادة (2/86) من قانون التنفيذ إذ نصت ((لا يجوز إجراء أي معاملة على العقار بعد وضع إشارة الحجز

(1) انظر، د. احمد سلامة ، التأمينات المدنية، مصدر سابق، ص316.

(2) انظر ، د.نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص118. د.رمضان أبو السعود ، مصدر سابق، ص388.

(3) هناك حالات أشارت إليها المادة (101) من قانون التسجيل العقاري ، يجوز فيها إجراء بعض التصرفات على العقار المحجوز وهي التصرفات الناقلة للملكية بعوض المستندة الى حكم قضائي حائز درجة البتات أو قرار قانوني له قوة الحكم والتصرفات الفعلية التي تؤدي الى زيادة قيمة المحجوز كتصحيح الجنس وكذلك معاملة تصحيح الصنف عيناً والقسمة القضائية ومعاملات الإفراز بموافقة الدائرة الحاجزة.

بدون موافقة مديرية التنفيذ التي وضعت الحجز⁽¹⁾، فإذا قام الحائز ببيع العقار المرهون قبل وضع إشارة الحجز على العقار وقام بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري باسم المشتري قبل هذا التاريخ ففي هذه الحالة يكون البيع نافذاً في حق الدائنين المرتهنين ولا يكون أمامهم من طريق إلا مباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهة المالك الجديد للعقار المرهون، أما إذا حصل البيع بعد وضع إشارة الحجز على العقار فإن هذا البيع لا ينفذ في حق الدائنين المرتهنين وفي هذه الحالة يباشرون إجراءات التنفيذ في مواجهة البائع، وقد أشارت محكمة التمييز في العراق الى حكم البيع بعد تاريخ الحجز، إذ قضت في احد أحكامها بأنه ((إذا وقع عقد البيع بعد تاريخ وضع الحجز فلا يعتبر البيع نافذاً بحق الحاجز))⁽²⁾. كذلك فقد أشارت محكمة التمييز بهذا الخصوص الى عدم جواز إجراء أي تصرف ناقل لملكية العقار المحجوز إلا بموافقة الجهة التي وضعت الحجز، إذ جاء في هذا القرار ((إذا قررت المحكمة المختصة وضع الحجز الاحتياطي على قيد العقار لدى دائرة التسجيل العقاري وأشعرت الدائرة المذكورة بذلك فلا يجوز لدائرة التسجيل العقاري إجراء أي تصرف ناقل للملكية على العقار المحجوز إلا بموافقة المحكمة المختصة))⁽³⁾.

وفي القانون المصري لا تتقيد سلطة الحائز في التصرف إلا بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية، حيث يترتب على هذا التسجيل اعتبار العقار محجوزاً وعدم نفاذ التصرف في العقار سواء صدر التصرف من المدين أو الحائز. **بعبارة أخرى** إن الحد الفاصل للتصرفات النافذة وغير النافذة هو تسجيل تنبيه نزع الملكية سواء كان المتصرف مديناً أم حائزاً⁽⁴⁾. وبهذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية ((بان تصرفات المدين أو الحائز أو الكفيل العيني في العقار اللاحقة على تسجيل تنبيه نزع الملكية لا تسري في حق الراسي عليه المزاد ولو كان مشهرة))⁽⁵⁾.

(1) لقد أشارت المادة (79) من قانون الإجراء الأردني الى إن سلطة الحائز في التصرف لا تتقيد إلا بعد تسجيل قرار الحجز في السجل العقاري.

(2) رقم القرار 558 ح - تاريخ القرار 5-28-1956. انظر، عبد الرحمن العلام مصدر سابق، ص 128.

(3) رقم القرار 318 / مدنية أولى / 90، تاريخ القرار 1990/10/16، انظر، إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء الثامن، بغداد، 2002، ص 82.

(4) انظر، المواد (404-405) من قانون المرافعات المصري. ولمزيد من التفصيل انظر، د.قدي عبد الفتاح الشهاوي، الموسوعة القانونية لصيغ الأوراق القضائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2000، ص 708. د. احمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، مصدر سابق، ص 1412-1413.

(5) نقض 1983/5/24 رقم 1793، حكم أشار إليه، احمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص 647 هامش (1).

أما فيما يتعلق بحق الحائز بترتيب حقوق عينية على العقار المرهون. فنلاحظ بان جميع الرهون التي يقررها الحائز في المدة ما بين اكتسابه للملكية وتسجيل حكم مرسى المزداد تكون صحيحة ولكن مرتبتها تأتي بعد مرتبة دائني الملاك السابقين للعقار المسجلة حقوقهم وكذلك الحال بالنسبة الى حقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى تعتبر صحيحة ولكنها لا تنفذ في حق الدائن المرتهن فالعقار يباع باعتباره خالياً منها⁽¹⁾.

ولمزيد من الإيضاح يجب أن نفرق بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية التي يقوم الحائز بترتيبها على العقار المرهون، بالنسبة الى الحقوق العينية الأصلية يفرق فيما اذا كان الحق غير قابل للرهن أم انه قابل للرهن. فإذا كان الحق الذي رتبه الحائز للغير من الحقوق غير القابلة للرهن كحق الارتفاق والاستعمال والسكنى فان هذا الغير لا يعد حائزاً مهما كان تاريخ تسجيل حقه⁽²⁾.

وفي هذه الحالة يباشر الدائنون إجراءات نزع الملكية في مواجهة الحائز⁽³⁾. أما اذا كان الحق الذي رتبه الحائز للغير من الحقوق القابلة للرهن ففي هذه الحالة يجب التفرقة فيما اذا قام الغير بتسجيل حقه قبل تسجيل قرار الحجز على العقار أو حصل تسجيل الحق بعد تسجيل قرار الحجز ففي الحالة الأولى يعد الغير الذي اكتسب الحق قبل تسجيل قرار الحجز حائزاً ويجب على الدائنين توجيه الإجراءات إليه وذلك لان حقه نافذاً في مواجهة الغير، أما في الحالة الثانية فلا يكون التصرف نافذاً في حق الدائنين المرتهنين ولا يلتزمون بتوجيه الإجراءات إليه⁽⁴⁾. هذا ما يتعلق بالحقوق العينية الأصلية. أما بالنسبة للحقوق العينية التبعية التي يرتبها الحائز على العقار المرهون فيفرق فيما اذا كان الحق الذي رتبه الحائز للغير تم تسجيله قبل تسجيل قرار الحجز على العقار أو بعد تسجيل القرار. فإذا كان الحق قد تم تسجيله قبل تسجيل قرار الحجز على العقار فان هذا الحق يكون نافذاً في مواجهة الدائنين ويجب عليهم في هذه الحالة توجيه إجراءات التنفيذ في

(1) انظر ، محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص158. شاكرا ناصر حيدر، مصدر سابق، ص168. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص448. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق، ص371.

(2) انظر ، Planiol Ripert et Becque, op, cit, P.633. انظر كذلك ، د. رمضان أبو السعود - د. همام محمد محمود ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 1998، ص434.

(3) من شروط الحائز كما مر سابقاً ، ان تنتقل إليه ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن، انظر، شروط الحائز للعقار المرهون في الفصل الأول من الرسالة.

(4) انظر، د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص123.

مواجهة صاحب الحق، أما إذا تم تسجيل الحق بعد تسجيل قرار الحجز على العقار فلا يكون هذا الحق نافذاً بحق الدائنين المرتهنين⁽¹⁾.

وفي قانون المرافعات المصري يفرق فيما إذا كان الحق الذي رتبته الحائز الى الغير سواء كان رهن أو اختصاص أو امتياز قد تم شهره قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية أو بعد تسجيل التنبيه ، ففي الحالة الأولى يجب على الدائنين المرتهنين توجيه إجراءات التنفيذ في مواجهة الخلف أي من تصرف له الحائز وذلك لسريان حقه في مواجهتهم . أما في الحالة الثانية فان الحق الذي تلقاه الغير من الحائز لا يكون نافذاً في حق الدائنين المرتهنين ولا يلتزمون بتوجه الإجراءات إليه، وهذا ما أشارت إليه المادة (405) من قانون المرافعات المصري وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في احد أحكامها إذ جاء فيه ((النص في المادة (405) من قانون المرافعات المصري على ((لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العيني في العقار ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة 417 ولا من حكم بإيقاع البيع عليه اذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية)) يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على إن العبرة في نفاذ التصرف الصادر من المدين وعدم نفاذه في حق الحاجزين عموماً والراسي عليه المزاد هي بشهر التصرف أو عدم شهره قبل تسجيل التنبيه فإذا شهر التصرف قبل تسجيل التنبيه كان نافذاً في حق هؤلاء . أما اذا لم يشهر إلا بعد تسجيل التنبيه أو لم يشهر على الإطلاق فانه لا يسري في حقهم وبذلك جعل المشرع تسجيل التنبيه هو الحد الفاصل بين التصرفات التي تنفذ في حق الدائنين وبين التصرفات التي لا تنفذ في حقهم أيأ كان الشخص الذي يصدر منه التصرف مديناً أو حائزاً....))⁽²⁾.

وبذلك يتضح، إن قانون المرافعات المصري يجعل تسجيل تنبيه نزع الملكية هو الحد الفاصل لنفاذ الرهن أو الاختصاص أو الامتياز فقبل تسجيل التنبيه يكون الرهن والامتياز نافذاً في حق الدائن أما بعد تسجيل التنبيه لا يكون نافذاً بحق الدائنين المرتهنين وهذا ما أيده محكمة النقض المصرية .

(1) انظر، د. محمد وحيد الدين سوار، المصدر نفسه، ص123.

(2) انظر، الطعن رقم 1068 جلسة 1985/2/3. حكم أشار إليه، سعيد احمد شعله، مصدر سابق، ص628-627.

أما بالنسبة الى القانون اللبناني ، فإنه لا ينفذ ما يترتب على العقار من رهن أو امتياز اذا كان شهر هذه الحقوق قد حصل بعد تسجيل محضر الحجز ولكن يجب الملاحظة ، الى إن هذه الحقوق التي ترتبت على العقار تكون صحيحة حتى وان تم تسجيلها بعد تسجيل محضر الحجز في حالة قيام ذوو الشأن قبل اليوم المحدد للبيع بإيداع مبلغ يكفي للوفاء بأصل الدين والفوائد والمصاريف⁽¹⁾.

اذا تم طرح العقار المرهون للبيع عن طريق المزايدة العلنية ، فإنه يجوز لكل شخص الدخول في هذا المزاد باستثناء الراهن والمدين⁽²⁾. فالمدين لا يحق له الدخول في المزايدة وذلك لان المدين لو كان يملك أموالاً فالأولى به أن يدفع الدين الى الدائن المرتهن بالطريق العادي . كذلك فان عدم قيام المدين بالوفاء يدل على عجزه عن الوفاء ، ومن ثم لا يحق له أن يدعي القدرة على دفع الثمن الذي يرسو به المزاد⁽³⁾. أما الراهن فهو المالك للعقار المرهون وبذلك لا يمكن تصور دخول الراهن في المزايدة وشراء العقار المملوك له، وبذلك يكون من حق حائز العقار الدخول في المزايدة اذا أراد الاحتفاظ بملكية العقار ، ولكن يلاحظ بان دخول الحائز في المزاد لا يؤدي الى احتفاظه بملكية العقار في كل الأحوال ، فالمزاد قد يرسو على الحائز وقد يرسو على الغير وهذا ما سوف نبحثه في الفرعين الآتيين:-

الفرع الأول

رسو المزاد على الحائز⁽⁴⁾

(1) انظر ، المادتين (735 و740) من قانون أصول المحاكمات اللبناني ، ولمزيد من التفصيل انظر ، احمد أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية بمقتضى قانون أصول المحاكمات اللبناني ، مصدر سابق، ص477-478.

(2) انظر ، د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص167. كذلك فقد نصت المادة (180) من قانون التسجيل العقاري على ((لا يجوز للموظف القائم بإجراء المزايدة ولا لرئيس الدائرة وأقاربهما وأصهارهما الى الدرجة الرابعة المشاركة بالمزايدة)).

(3) انظر ، د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص290.

(4) يسمى قرار رسو المزاد في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني بقرار الإحالة. انظر ، المادة (768)

إذا باشر الدائنون إجراءات نزع ملكية العقار المرهون بسبب عدم قيام الحائز بدفع الدين أو بسبب عدم طلبه تحرير العقار أو عند عدم تخليه عن العقار المرهون، ففي هذه الحالة يحق للحائز الدخول في المزاد . ولكن يشترط في العطاء الذي يتقدم به الحائز إلا يقل عما هو باق في ذمته من الثمن الذي اشترى به العقار المرهون وهذا ما نصت عليه المادة (1/1313) مدني عراقي بقولها ((إذا طلب بيع العقار المرهون رهناً تأمينياً ، جاز للحائز أن يدخل في المزايدة ، ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التحرير وإذا طلب البيع والعقار في يد الحائز دون أن يطلب تحريره ، فلا يجوز أن يعرض فيه ثمناً اقل من الباقي في ذمته من ثمنه.....))⁽¹⁾.

وبذلك فإن الحائز إذا اشترى العقار المرهون وبقي في ذمته جزء من الثمن فلا يجوز له أن يعرض ثمناً للعقار اقل من هذا الجزء .

وسواء كان المبلغ المتبقي في ذمة الحائز مستحق الأداء ويكفي للوفاء بديون الدائنين أم كان غير مستحق الأداء ولا يفي بكل ديون الدائنين ولكن الدائنون قد اتفقوا على إجبار الحائز بدفع المبلغ المتبقي في ذمته فإن هذا الأخير يلتزم بان لا يقل العطاء الذي يقدمه عما هو باق في ذمته من ثمن العقار المرهون ، فإذا كان بالإمكان إجبار الحائز على دفع المبلغ المتبقي في ذمته فلا يقبل من الحائز أن يعرض ثمناً للعقار اقل من المبلغ الذي يستطيع الدائنون إجباره على الوفاء به⁽²⁾.

وبذلك فإن الحائز إذا قام بدفع الثمن كاملاً الى البائع فإنه يدخل في المزاد كمزايد عادي ولا يلتزم بعطاء معين.

ويلاحظ بان المادة (1358) مدني أردني ، قد سمحت للحائز في دخول المزاد دون اشتراط أن يكون العطاء الذي يتقدم به ألا يقل عن الباقي في ذمته من ثمن العقار المرهون المعروض للبيع في المزاد.

ويمكن القول، إن السبب في إعطاء الحائز حق الاشتراك في المزايدة وشراء العقار المرهون على الرغم من انه المالك هذا العقار يرجع الى إن الحائز هو أولى في الاحتفاظ بملكية العقار ما دام ذلك لا يؤدي الى الأضرار بحقوق الدائنين المرتهنيين.

من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.
(1) تقابلها المادة (1074) مدني مصري (موافق) ، والمادة (925) مدني جزائري (موافق) ، والمادة (1017) مدني كويتي (موافق) .
(2) انظر ، د.سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص291.

وإذا رسا المزاد على الحائز ، فان الملكية تعتبر منتقلة إليه من تاريخ تسجيل سند ملكيته الأصلي وليس من وقت رسو المزايدة ، ولا يكون حكم رسو المزاد إلا مؤكداً لانتقال الملكية⁽¹⁾. فإذا كان سند ملكية الحائز عقد بيع أو هبة وقام بتسجيل عقده في دائرة التسجيل العقاري ، ثم ظهر بان العقار مرهون وتم طرحه للبيع في المزاد العلني وتقدم مشتريه ((الحائز)) للمشاركة في المزايدة ورسا المزاد عليه، ففي هذه الحالة لا يعد رسو المزاد سنداً لملكية الحائز ، وإنما يعد مالكاً بمقتضى سند ملكيته الأصلي وهو عقد البيع أو الهبة ، وهذا الحكم أشارت إليه المادة (1/1313) مدني عراقي ، إذ نصت ((....فإذا رست المزايدة عليه ، اعتبر مالكاً للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلي))⁽²⁾.

وما دام الحائز مالكاً بمقتضى سند ملكيته الأصلي فلا ضرورة لتسجيل قرار رسو المزاد ، وإنما يكفي تأشير قرار رسو المزاد على سند ملكية الحائز الأصلي⁽³⁾. وقد يحدث أن يشتري الحائز العقار المرهون ولم يدفع ثمنه بعد ، ثم يتم عرض العقار للبيع في المزاد العلني، ويرسو المزاد على الحائز بمبلغ اقل من المبلغ الذي اشترى به العقار ولم يدفع ثمنه بعد ، ففي هذه الحالة هل يلتزم الحائز بان يدفع الى البائع ((سلفه)) الثمن المتفق عليه في العقد أم يلتزم بدفع الثمن الذي رسا المزاد به؟. وللإجابة على ذلك ، نقول بان هذه المسألة كانت محل خلاف بين الفقهاء ، فهناك من ذهب الى إن الحائز لا يلتزم إلا بالمبلغ الأقل الذي رسا المزاد به، وقد استند هؤلاء الفقهاء على بعض النصوص لتبرير ما ذهبوا إليه منها ، المادة (5/443) مدني مصري ، والمادة

(1) انظر، محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق، ص157. شاكرا ناصر حيدر، مصدر سابق، ص166. د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص364.

(2) تقابلها المادة (1075) مدني مصري (موافق) والمواد (2189، 2191) مدني فرنسي (موافق). والمادة (1358) مدني أردني (موافق)، والمادة (1018) مدني كويتي (موافق) ، والمادة (926) مدني جزائري (موافق).

(3) انظر ، أنور طلبه ، مصدر سابق، ص771. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق، ص370. انظر كذلك، المادة (448) من قانون المرافعات المصري ، إذ نصت ((إذا رسا مزاد العقار على الحائز لا يكون تسجيل حكم مرسى المزاد واجباً ، ويؤشر بالحكم في هامش تسجيل السند الذي تملك بمقتضاه العقار أصلاً وفي هامش تسجيل إنذار الحائز)).

(4/505) مدني أردني والتي تقابل نص المادة (554) من القانون المدني العراقي والتي تلزم البائع بتعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقال المبيع وان أول عنصر في هذا التعويض هو فرق الثمنين . ويرى هؤلاء الفقهاء بان الحائز يلتزم بالفرق من الناحية النظرية ، ولكن المقاصة تقع بين دينه هذا وبين دين البائع الناتج عن التعويض ، وبذلك فإذا لم تتوافر شروط الاستحقاق فان الحائز يظل ملتزماً ببرد فرق الثمنين الى البائع⁽¹⁾.

في حين ذهب رأي آخر الى إن الحائز يعد مالكا بمقتضى سند ملكيته الأصلي ، ومن ثم فان علاقته بمن نقل الملكية إليه تبقى محكومة بهذا السند. فإذا كان سند ملكية الحائز عقد بيع ولم يدفع الحائز ثمن العقار المرهون بعد ، فان الحائز لا يلتزم إلا بالثمن المتفق عليه في العقد دون زيادة أو نقصان سواء زاد ثمن مرسى المزاد عن ذلك أو قل عنه⁽²⁾.

ومن خلال ما تقدم يمكن القول ، بان ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني هو الأقرب الى الصواب ، وذلك لان الحائز يعد مالكا بمقتضى سند ملكيته الأصلي، وان قرار رسو المزاد ليس سنداً لملكية الراسى عليه المزاد وإنما هو مؤكداً لانتقال الملكية الى الحائز.

وبذلك فان الحائز يلتزم بثمن العقد الذي اشترى به العقار المرهون حتى وان كان ثمن العقد يزيد على ثمن المزاد ، إذ إن التزام الحائز بدفع الثمن يكون وفقاً للتصرف الذي اكسبه ملكية العقار المرهون ، وهو بلا شك ليس قرار رسو المزاد.

ونلاحظ بان القانون المدني العراقي لا يتضمن نصاً صريحاً يحدد فيه أي الثمنين يلتزم الحائز بدفعه ، هل هو ثمن العقد أم الثمن الذي رسا المزاد به ، ولكن يلاحظ بان المادة (1/1313) مدني عراقي ، أشارت الى إن الحائز يعد مالكا بمقتضى سند ملكيته الأصلي وهذا يرجح القول بان القانون المدني العراقي يأخذ بما اخذ به الاتجاه الثاني وهو إلزام الحائز بالثمن الذي اشترى به العقار المرهون من البائع سواء زاد ثمن رسو المزاد أو قل عنه.

(1) انظر، د. احمد سلامة ، دروس في التأمينات المدنية ، مصدر سابق ، ص285. محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص128.

(2) انظر، محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص157. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص370. سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص224.

الفرع الثاني رسو المزاد على الغير

إن الحائز قد لا يفلح في الاحتفاظ بملكية العقار المرهون وإن اشترك في إجراءات المزايمة ، فالمزايمة قد ترسو على الغير . وإذا رست المزايمة على غير الحائز ، وسُجل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري ففي هذه الحالة تنتقل ملكية العقار من الحائز إلى الراسي عليه المزاد ، إذ إن حكم رسو المزاد يعد بمثابة بيع صادر من الحائز إلى الراسي عليه المزاد لابد من تسجيله لتنتقل به الملكية من الأول إلى الثاني، وبالتالي فإن هذا الحكم إذا لم يسجل فإن الحائز يبقى مالكا للعقار المرهون . بعبارة أخرى إن الملكية تبقى للحائز إلى وقت تسجيل العقار باسم من رست عليه المزايمة في دائرة التسجيل العقاري⁽¹⁾.

ووفقاً لقانون التسجيل العقاري فإن العقار يسجل باسم المشتري الذي رسا المزاد عليه إذا قام بدفع بدل الشراء والرسوم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإحالة النهائية⁽²⁾.

وإذا سجل العقار باسم المشتري في دائرة التسجيل العقاري. فإن الملكية تنتقل إليه من الحائز بالنسبة إلى المستقبل ، أي إن نزع ملكية الحائز ليس له اثر رجعي، فالحائز يبقى مالكا حتى تسجيل حكم مرسي المزاد، ويعتبر الراسي عليه المزاد انه لم يملك إلا ابتداءً من هذا الوقت⁽³⁾.

وقد أشارت إلى ذلك المادة (2/1313) مدني عراقي بقولها ((إذا رست المزايمة على شخص آخر غير الحائز سواء دخل الحائز في المزايمة أم لم يدخل ، فإن من رست عليه المزايمة يتلقى حقه عن الحائز بمقتضى حكم رسو المزايمة))⁽⁴⁾.

أما في القانون المدني الأردني ، فإن الراسي عليه المزاد يعد مالكا بمقتضى قرار رسو المزاد ، وهذا ما نصت عليه المادة (1359) مدني بقولها ((إذا رسا مزاد العقار المرهون رهناً تأمينياً على غير حائزه ، فإنه يكسبه بمقتضى قرار رسو المزاد ويتلقى حقه من الحائز))

(1) انظر، د.غني حسون طه ، محمد طه البشير، مصدر سابق ،ص472. شاكِر ناصر حيدر، مصدر سابق،ص167.

(2) انظر، المادة (1/175) من قانون التسجيل العقاري . وفي قانون المرافعات المصري يسجل حكم مرسي المزاد خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ، وهذا ما أشارت إليه المادة (687) مرافعات مصري.

(3) انظر ، شاكِر ناصر حيدر، مصدر سابق،ص168.

(4) تقابلها المادة (1076) مدني مصري(موافق)، والمادة (1019) مدني كويتي(موافق) ، والمادة (927) مدني جزائري(موافق) ، والمادة (2/426) من قانون أصول المحاكمات السوري(موافق).

ويترتب على إن الحائز هو الذي ينقل الملكية الى الراسي عليه المزاد عدة نتائج

هي :-

أولاً:- الزيادة في ثمن العقار:- إذا زاد شيء من ثمن العقار المرهون بعد دفع ديون الدائنين المسجلة حقوقهم على العقار المرهون ، فان هذه الزيادة تكون من حق الحائز، وإذا كان العقار مثقلاً بحقوق رتبت عليه من قبل الحائز ، كان لأصحاب هذه الحقوق استيفاء حقوقهم من هذه الزيادة⁽¹⁾. وهذا ما نصت عليه المادة (1314) مدني عراقي بقولها ((إذا زاد الثمن الذي رست به مزايدة العقار المرهون رهناً تأمينياً عما هو مستحق للدائنين المسجلة حقوقهم كانت الزيادة للحائز ويكون للدائنين المرتهنيين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة اذا كان العقار قد رسا على غير الحائز))⁽²⁾.

ثانياً : الحقوق التي كانت للحائز قبل انتقال ملكية العقار إليه:- يحدث في بعض الحالات أن يكون للحائز على العقار المرهون بعض الحقوق العينية الأصلية أو التبعية قبل أن تنتقل إليه ملكية العقار المرهون ، ولكن هذه الحقوق أنقضت بعد انتقال ملكية العقار المرهون إليه، وذلك بسبب وحدة المالك وصاحب الحق العيني فعلى سبيل المثال ، إن حق الارتفاق يفترض أن يكون هناك عقار مرتفق ، وعقار مرتفق به ، ولكن في حالة اجتماع العقاران في يد شخص واحد فلا يمكن تصور وجود حق إرتفاق وذلك لاتحاد المالك⁽³⁾. كذلك فان حق الرهن يفترض وجود راهن ودائن مرتهن أما إذا انتقلت ملكية العقار المرهون الى ((الحائز)) ففي هذه الحالة ينقضي حق الرهن⁽⁴⁾. إذ لا يجوز أن يكون للشخص مثل هذه الحقوق على ملكه ، ولكن ما هو مصير هذه الحقوق في حالة نزع ملكية العقار المرهون من الحائز و رسو المزاد على الغير ، هل إن هذه الحقوق تعود من جديد الى الحائز أم لا تعود؟

نلاحظ بان الفقه أشار الى عودة هذه الحقوق الى الحائز في حالة انتقال ملكية العقار المرهون الى الغير⁽⁵⁾. أما بالنسبة الى القانون المدني العراقي فلا يتضمن نصاً صريحاً

(1) انظر، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج10، مصدر سابق، ص468. أنور طلبه، مصدر سابق، ص774. د. رمضان أبو السعود . د. همام احمد محمود ، مصدر سابق، ص433.

(2) تقابلها المادة (2177) مدني فرنسي (موافق)، والمادة (1077) مدني مصري (موافق) والمادة (928) مدني جزائري (موافق) والمادة (1361) مدني أردني (موافق).

(3) انظر، المادة (1281) مدني عراقي ، والمادة (1026) مدني مصري.

(4) انظر، المادة (1317) مدني عراقي.

(5) انظر، د. عبد الرزاق السنهوري ، ج10، مصدر سابق، ص471. د. جلال محمد إبراهيم . د. احمد محمود سعد، الحقوق العينية التبعية، الجزء الأول، الرهن الرسمي، 1994، ص389.

يقرر عودة جميع الحقوق التي كانت للحائز قبل تملكه للعقار المرهون، وذلك على خلاف الكثير من القوانين التي أشارت الى عودة الحقوق للحائز، ومن هذه القوانين، القانون المدني المصري ، إذ نصت المادة (1078) منه على ((يعود للحائز ما كان له قبل انتقال ملكية العقار إليه من حقوق إرتفاق وحقوق عينية أخرى))⁽¹⁾.

ولأجل ذلك نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة ثالثة الى المادة (1313) مدني لتصبح بالشكل الآتي ((تعود للحائز الحقوق العينية التي كانت له قبل انتقال ملكية العقار المرهون إليه)).

ونلاحظ بان آراء الفقهاء قد اختلفت في تبرير عودة حقوق الحائز ، فقد ذهب رأي الى إن سبب انقضاء حقوق الحائز يعود الى اتحاد الذمة ، فالحائز أصبح مالكا للعقار محل الحق ولكن إذا تم بيع العقار المرهون في المزاد العلني ، ورسا المزاد على شخص آخر غير الحائز، أصبحت ملكية العقار لشخص آخر مما يؤدي الى زوال اتحاد الذمة وعودة الحقوق الى الحائز⁽²⁾، وقد استند أصحاب هذا الرأي على الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري والتي تشير الى إن اتحاد الذمة لا يقتصر على الالتزامات أو الحقوق الشخصية بل يتناول كذلك الحقوق العينية التبعية⁽³⁾.

ويمكن القول ، بان هذا الرأي لا يمكن الاعتماد عليه في تبرير عودة حقوق الحائز إليه ، فهذا الرأي يشترط لعودة الحقوق الى الحائز أن يزول سبب اتحاد الذمة بأثر رجعي فعلى سبيل المثال إن حق الإرتفاق ينقضي في حالة اجتماع ملكية العقار الخادم والعقار المخدم في يد شخص واحد ، ولا يعود حق الإرتفاق إلا في حالة زوال الاجتماع بأثر رجعي الى الماضي، وهذا يعني إن حق الإرتفاق لا يعود إذا لم يكن زوال اتحاد الذمة بأثر رجعي⁽⁴⁾. وبما إن نزع ملكية الحائز ليس له أثر رجعي، حيث تنتقل الملكية من الحائز الى الراسي عليه المزاد ، فالراسي عليه المزاد يتلقى حقه من الحائز بمقتضى حكم

(1) تقابلها المادة (2177) مدني فرنسي(موافق) ، والمادة (1021) مدني كويتي (موافق)، والمادة (929) مدني جزائري(موافق)، والفصل (288) من مجلة الحقوق العينية التونسية(موافق).

(2) انظر، د. سليمان مرقس، التأمينات العينية ، مصدر سابق، ص223. شفيق شحاته ، مصدر سابق، ص255.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج3، ص9.

(4) نصت المادة (1281) مدني عراقي على ((ينقضي حق الإرتفاق بانقضاء الأجل المحدد ، وبهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً وباجتماع العقارين في يد مالك واحد إلا انه في هذه الحالة الأخيرة، إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالاً يستند أثره الى الماضي فان حق الإرتفاق يعود)). انظر كذلك المادة (1026) مدني مصري.

رسو المزايدة⁽¹⁾ لذلك فلا يمكن الاعتماد على فكرة اتحاد الذمة لتبرير عودة الحقوق الى الحائز.

وذهب رأي آخر في الفقه، الى إن التبرير المناسب لعودة الحقوق الى الحائز هو الإثراء بلا سبب ، فالدائنين المرتهنين ترتب لهم حق الرهن على العقار وهو مثقل بالحقوق ، فإذا انتقل العقار المرهون الى الحائز فان الحقوق التي كانت للحائز قبل تملكه للعقار المرهون تنقضي ، وهذا يؤدي الى زيادة قيمة العقار ومن ثم إثراء الدائنين على حساب الحائز، لهذا السبب فان جميع الحقوق التي كانت للحائز قبل تملكه للعقار المرهون تعود إليه⁽²⁾، وهذا الرأي يذهب الى إن الاعتماد على الإثراء بلا سبب لتبرير عودة الحقوق الى الحائز يعد أمراً يمتاز بالبساطة والعدالة. أما بساطته فتتمثل في توفير الإجراءات إذ بدلاً من أن يرجع الحائز على الدائنين للمطالبة بالتعويض فان القانون نص على عودة الحقوق إليه ، أما بالنسبة الى عدالته فتتمثل بان الحائز لم يكن يتوقع زوال ملكيته للعقار المرهون وما يثقلها من الحقوق التي كانت له قبل التملك ، فإذا زالت الملكية فعلى الأقل بقاء هذه الحقوق لمصلحته⁽³⁾.

ويمكن القول بان الاعتماد على الإثراء بلا سبب لتبرير عودة الحقوق الى الحائز قد لا يكون هو الأساس الأفضل ، وذلك لان من شروط الإثراء بلا سبب هو عدم وجود سبب قانوني للإثراء⁽⁴⁾. فالدائنين لم يثروا على حساب الحائز، وذلك لان المشرع⁽⁵⁾ هو الذي نص على انقضاء هذه الحقوق في حالة انتقال ملكية العقار الى صاحب الحق العيني، وهو الذي أمر بعودتها في حالة انتقال ملكية العقار الى الغير، كذلك فان ما استند إليه أصحاب هذا الرأي من إن الحائز لا يتوقع زوال ملكية العقار المرهون من تحت يده

(1) انظر ، شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص167. انظر كذلك المادة (2/1313) مدني عراقي .والمادة (1076) مدني مصري.

(2) انظر ، د.غني حسون طه ، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص473. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق، ص126. وفي الفقه الفرنسي انظر، Planiol Ripert et Becque, op, cit, P.512.

(3) انظر، د.علي هادي العبيدي ، مصدر سابق، ص372.

(4) انظر، المواد، (233-234) مدني عراقي والتي تتعلق بالكسب دون سبب. ولمزيد من التفصيل انظر، د.عبد المجيد الحكيم ، د.عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص286.

(5) نصت المادة (1317) مدني عراقي على ((إذا انقضى الرهن التأميني باتحاد الذمة في المرتهن أو في مالك العقار، ثم زال سبب انتقال حق المالك أو حق الرهن وكان لزواله اثر رجعي عاد الرهن بحالته)). وهذه المادة ولو إنها تشير الى انقضاء الرهن في حالة اتحاد الذمة بانتقال ملكية العقار المرهون الى المرتهن وعودته في حالة زوال اتحاد الذمة بأثر رجعي ، فانه لا يوجد مانع من تطبيقها على الحائز. انظر كذلك المادة (1078) مدني مصري.

غير صحيح ، وذلك لان ملكية العقار قد انتقلت الى الحائز وهي محملة بالتزام لمصلحة الدائنين والذي يتمثل بدفع الدين المضمون بالرهن ، وبالتالي فان الحائز اذا لم يحم بالوفاء بهذا الالتزام وهو دفع الدين بعد إنذاره من قبل الدائنين فانه يتوقع ان يقوم الدائنين بالاستمرار بالإجراءات الخاصة للتنفيذ على العقار المرهون ونزع ملكيته من تحت يده ويتوقع أيضاً بان الحقوق التي كانت له قبل تملكه للعقار المرهون سوف تعود إليه في حالة نزع الملكية ، وذلك لان القانون نص على عودة هذه الحقوق إليه.

بينما ذهب رأي آخر في الفقه الى إن حقوق الحائز قد انقضت في فترة تملكه للعقار المرهون بحكم القانون ثم عادت إليه بعد زوال ملكية العقار عنه بحكم القانون أيضاً ومن ثم فان تبرير عودة الحقوق الى الحائز يكمن في فكرة الالتزام العيني ، حيث إن ملكية العقار المرهون قد انتقلت الى الحائز وهي محملة بالتزام عيني وهو دفع الدين المضمون بالرهن⁽¹⁾. وذهب هذا الرأي الى إن حق الحائز هو حق عيني مقيد بالتزام عيني وان الحائز لا يحق له أن يكون صاحب حق عيني على ملكه ، وذلك لان هذه الحقوق تترتب على ملك الغير، فإذا طلب منه الدائنون تنفيذ الالتزام العيني المتمثل بدفع الدين المضمون بالرهن وامتنع عن تنفيذ هذا الالتزام باشر الدائنون إجراءات نزع الملكية في مواجهته ، والذي قد يؤدي الى خروج العقار من ملكية الحائز مما يترتب عليه الى زوال سبب انقضاء هذه الحقوق العينية وعودتها الى الحائز.

ومن خلال ما تقدم ، يمكن القول بان الرأي الأخير الذي اخذ به الفقه هو الرأي الراجح لتبرير عودة الحقوق الى الحائز، فمسؤولية الحائز نشأت من خلال تملكه للعقار المرهون، وملكية العقار انتقلت الى الحائز وهي محملة بالتزام عيني . ويترتب على انتقال ملكية العقار المحمل بالالتزام العيني الى الحائز انقضاء الحقوق التي كانت للحائز قبل تملكه، وبالتالي فان هذه الحقوق لا تعود الى الحائز إلا اذا باشر الدائنون حقهم بالتنفيذ على العقار للحصول على الالتزام العيني الوارد على العقار والذي يتمثل بالدين المضمون بالرهن، فإذا تم نزع ملكية العقار المرهون من تحت يد الحائز، واستوفى الدائنون حقهم من ثمن العقار فان هذا يؤدي الى زوال الالتزام العيني الذي كان يشغل العقار المرهون والذي أدى الى انقضاء حقوق الحائز وبالتالي اذا زال هذا الالتزام فان حقوق الحائز التي كانت على العقار قبل تملكه تعود إليه.

(1) عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة ، مصدر سابق، ص395-396.

ولابد من الإشارة أخيراً الى إن المقصود من عودة الحقوق الى الحائز هو أن يستوفي الحائز دينه المضمون حسب مرتبته من الثمن وليس أن تعود هذه الحقوق وتترتب من جديد على العقار . إذ إن العقار يتطهر من كافة القيود في حالة رسو المزاد، وعلى هذا فان تعبير ((العودة)) فيه الكثير من المغالاة بالنسبة الى الحقوق العينية التبعية. وإذا لم يحصل الحائز على حقه من ثمن العقار لتأخره في المرتبة استطاع أن يرجع على المدين، ما لم يكن حقه قد سقط بالتقادم⁽¹⁾.

اذا قام الدائن المرتهن بإنذار الحائز بدفع الدين المضمون بالرهن ، فان الأخير يكون حريصاً في الاحتفاظ بملكية العقار المرهون، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية فانه يلجأ الى اختيار وفاء دين الدائنين أو يعرض من النقود لتحرير العقار من الرهن، ولكن يلاحظ بان محاولة الحائز في الاحتفاظ بملكية العقار قد تفشل كما لو رفض الدائنون عرضه بتحرير العقار وفي هذه الحالة يتم طرح العقار للبيع في المزاد العلني ، وقد يدخل الحائز في المزاد. وفي هذه الحالة أما أن يرسو المزاد عليه ومن ثم يلتزم بدفع المبلغ الذي رسا به المزاد عليه. أو أن يرسو المزاد على غيره ويخسر الحائز العقار. كما بينا ذلك سابقاً، و أياً كان الخيار الذي باشره الحائز في سبيل الاحتفاظ بملكية العقار فانه يستطيع الرجوع على المالك السابق للعقار المرهون بدعوى الضمان وكذلك الرجوع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب وبدعوى الحل محل الدائنين . ولتوضيح حالات رجوع الحائز سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع نتناول في الأول دعوى الضمان التي يقيمها الحائز على

(1) انظر ، د. احمد سلامه ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق، ص312. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص369.

المالك السابق ونخصص الثاني لدعوى الكسب دون سبب في حين سيكون موضوع الفرع الثالث دعوى حلول الحائز محل الدائنين المرتهنين.

الفرع الأول دعوى الضمان

إذا ترتب على مباشرة حق التتبع على العقار المرهون ، حصول خسارة في جانب الحائز ، أيًا كان سببها ، سواء قام الحائز بدفع الدين أو دفع مبلغ من النقود لتحرير العقار من الحقوق المسجلة عليه ، أو دفع هذا المبلغ لشرائه في المزاد العلني ، أو إذا خسر الحائز العقار المرهون في حالة رسو المزاد على الغير.

ففي جميع هذه الحالات يستطيع الحائز الرجوع على المالك السابق للعقار المرهون بدعوى ضمان الاستحقاق ، إذ إن المالك السابق للعقار المرهون يعد بائعاً للعقار ومن ثم يلتزم تجاه المشتري ((الحائز)) بضمان التعرض والاستحقاق .

ويلاحظ بان الحائز يستطيع الرجوع على المالك السابق للعقار إذا كان قد تلقى ملكية العقار المرهون بسبب مما يوجب الضمان كعقد البيع أو المقايضة ، إذ إن اضطراب الحائز الى دفع الديون المسجلة على العقار يعد في حكم الاستحقاق الكلي أو الجزئي⁽¹⁾. فإذا لم يكن في ذمة الحائز أي مبلغ من ثمن العقار المرهون ، فإن دفع الدين من قبل الحائز يعد في حكم الاستحقاق الكلي ، أما إذا كان في ذمة الحائز جزء من ثمن العقار لم يدفعه الى البائع ، فإن دفع الدين أو أي مبلغ آخر من قبل الحائز في هذه الحالة يعد في حكم الاستحقاق الجزئي.

أما إذا تلقى الحائز ملكية العقار المرهون عن طريق الهبة أو الوصية، فإنه لا يستطيع الرجوع على الواهب أو الموصي في حالة استحقاق العقار المرهون ، ولكن إذا تعدد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق أو إذا كانت الهبة بعوض ، فإن الواهب يكون ضامناً لاستحقاق الموهوب بقدر ما أداه الموهوب له من عوض⁽²⁾. وهذا ما أشارت إليه المادة (614) من القانون المدني العراقي ، بقولها ((لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب ، إلا إذا تعدد إخفاء سبب الاستحقاق أو إذا كان الهبة بعوض ، وفي الحالة الأخيرة لا يضمن

(1) انظر ، د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 455. وفي الفقه الفرنسي انظر ، Colin et capitant , cours elementaire de droit civil Francais par leonjulliot de la morandiere , Tome 2, 10 edition , Paris, 1953, P.600.

(2) انظر ، د. احمد سلامة ، دروس في التأمينات المدنية ، مصدر سابق ، ص 253. انظر كذلك ، محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص 116.

الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض كل هذا ما لم يتفق على غيره)). وقد أشارت المادة (2/1307) من القانون المدني العراقي صراحة الى حق الحائز في الرجوع بما وفاه للدائن المرتهن على المالك السابق للعقار المرهون ، إذ نصت على انه ((2- و يبقى حق الحائز في الوفاء بالدين قائماً الى يوم رسو المزايدة ولكن يجب عليه أن يفي بما صرف في الإجراءات من وقت إنذاره على أن يرجع بكل ذلك على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون))⁽¹⁾.

ومن اجل معرفة مدى التزام البائع للعقار المرهون بالضمان ، لا بد من التمييز بين الاستحقاق الكلي والاستحقاق الجزئي⁽²⁾.

أولاً :- الاستحقاق الكلي e'viction totae : ذكرنا سابقاً . بأنه اذا لم يكن في ذمة الحائز أي مبلغ من ثمن العقار المرهون لم يدفعه بعد الى البائع ، فان اضطراره الى دفع الدين أو أي مبلغ آخر يعد في حكم الاستحقاق الكلي، إذ إن سبب الاستحقاق قد يكون تنفيذ الدائن المرتهن على العقار المرهون تحت يد الحائز⁽³⁾. ونلاحظ بان المشرع العراقي يميز من حيث مدى التعويض الذي يلتزم البائع برده الى المشتري في حالة الاستحقاق الكلي بين حسن نية البائع وسوئها ، وعلى النحو الآتي:-

1- البائع حسن النية :- يكون البائع حسن النية إذا لم يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، ويلتزم في هذه الحالة بان يرد الى المشتري ((الحائز)) تمام الثمن سواء زادت قيمة المبيع أو نقصت وقيمة الثمار التي الزم المشتري بردها الى المستحق بالإضافة الى المصروفات النافعة التي أنفقها على المبيع وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان يستطيع المشتري أن يتقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى . وقد أشارت الى ذلك المادة (1/554) مدني عراقي بقولها ((1- إذا استحق المبيع وكان البائع لا يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع أو زادت وله أن يسترد أيضاً قيمة الثمار التي الزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة

(1) تقابلها المادة (1061) مدني مصري (موافق) ، والمادة (1/1363) مدني أردني (موافق)، والمادة (912) مدني جزائري (موافق). والمادة (1006) مدني كويتي (موافق)، والمادة (1439) مدني إماراتي (موافق) ، والمادة (1626) مدني فرنسي (موافق).

(2) انظر، د. جعفر الفضلي ، حقوق المشتري في حالة استحقاق المبيع – دراسة مقارنة- ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدر عن كلية القانون جامعة الموصل، العدد السابع، 1999، ص 66-85.

(3) انظر، د. رمضان أبو السعود ، شرح العقود المسماة في عقد البيع والمقايضة ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 304.

التي صرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان يستطيع المشتري أن يتقيه منها لو اخطر البائع بالدعوى⁽¹⁾.

2- البائع سيء النية :- يكون البائع سيء النية إذا كان يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، ويلتزم بان يرد الى المشتري ما يلتزم به البائع حسن النية ، بالإضافة الى الزيادة في قيمة المبيع وسواء كانت الزيادة بفعل المشتري (الحائز) كما لو قام المشتري بالقيام ببعض الإصلاحات أو البناء ، أو كانت بغير فعله كارتفاع الأسعار ، كذلك يلتزم برد المصاريف الكمالية وما لحق المشتري من خسارة أو فاتة من كسب⁽²⁾. وهذا ما أشارت إليه المادة (2/554) مدني عراقي بقولها ((2- أما إذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشتري أن يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية التي أنفقتها على المبيع وان يطالب تعويضاً عما لحقه من خسارة أو فاتة من كسب بسبب استحقاق المبيع)).

ثانياً :- الاستحقاق الجزئي e'viction partielle :- ذكرنا سابقاً . بأنه إذا كان في ذمة الحائز جزء من ثمن العقار لم يدفعه بعد الى البائع ، ثم اضطر الحائز في سبيل الاحتفاظ بملكية العقار الى دفع الدين أو أي مبلغ آخر ، فان اضطراره يعد في حكم الاستحقاق الجزئي للعقار المرهون. ويحق له المطالبة بالفسخ أو استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عن الضرر، وهو ما نصت عليه المادة (1/555، 2) مدني عراقي ، بقولها ((1- إذا استحق بعض المبيع وكان مثقلاً بتكاليف لا علم للمشتري بها وقت العقد كان للمشتري أن يفسخ العقد. 2- وإذا اختار المشتري الباقي من المبيع فله أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق))⁽³⁾.

الفرع الثاني

دعوى الكسب دون سبب

يستطيع الحائز الرجوع على المدين بدعوى الكسب دون سبب . ويعرف الكسب دون سبب . ويسمى كذلك بالإثراء بلا سبب أو الاغتناء دون سبب ، بأنه اغتناء ذمة شخص

(1) تقابلها المواد (443) مدني مصري (موافق)، والمادتين (375-376) مدني جزائري (موافق).
(2) انظر، د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، البيع والإيجار والمقاوله، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997، ص 115-116.
(3) تقابلها المادة (444) مدني مصري (موافق)، والمادة (412) مدني سوري (موافق).

بسبب افتقار ذمة شخص آخر دون سبب مشروع (1).

ولاجل التعريف بهذه الدعوى ، لا بد من تحديد شروطها والأحكام التي تترتب عليها وكما يأتي :-

أولاً :- شروط الكسب دون سبب :- يشترط في الكسب دون سبب (2). أن يحصل الإثراء في جانب المدين بحصوله على منفعة مادية أو معنوية يمكن تقديرها بالنقد. وإثراء المدين ، هو إثراء سلبي مباشر مادي. فيعد إثراءاً سلبياً وذلك لأنه انقص عنصراً سالباً من ذمة المثري. ويعد إثراءاً مباشراً لأنه حصل بفعل المفتقر (الحائز)، أما سبب اعتباره إثراءاً مادياً فيرجع الى إن المنفعة التي حصل عليها المثري (المدين) هي منفعة مادية تتمثل بإنقاص عنصر سالب من ذمته وهي إبراء ذمته من الدين .

كذلك يشترط لتحقيق الكسب دون سبب توافر شرط ثان هو افتقار الحائز. وهو افتقار ايجابي مباشر مادي ، فيعد افتقاراً ايجابياً لان المفتقر قام بالإنفاق لمصلحة المثري ، ويعد افتقاراً مباشراً لان القيمة المالية انتقلت بفعل المفتقر من ماله الى المثري، أما سبب اعتباره افتقاراً مادياً فيرجع الى انتقال قيمة مالية من ذمة الحائز المفتقر الى ذمة المدين المثري.

ولا يكفي لتحقيق الكسب دون سبب حصول إثراء في ذمة وافتقار في ذمة أخرى، وإنما يشترط قيام علاقة السببية بين الإثراء والافتقار ، أي أن يكون إثراء المدين ناتجاً عن افتقار الحائز. أما إذا لم يترتب على الإثراء افتقار فلا يتحقق الكسب دون سبب ، ويشترط أخيراً لتحقيق الكسب دون سبب ، عدم وجود سبب قانوني للإثراء. أي عدم وجود سبب مشروع يجيز للمثري الاحتفاظ بالمنفعة التي حصل عليها نتيجة افتقار الحائز. وبالتالي إذا حصل الإثراء نتيجة سبب مشروع كالعقد أو الإرادة المنفردة أو نص القانون ، فلا يكون هناك كسب دون سبب ولا يجوز استرداد المنفعة التي حصل عليها المثري لوجود سبب مشروع يسوغ الاحتفاظ بها .

ثانياً:- أحكام الكسب دون سبب:-

إذا توافرت شروط الكسب دون سبب فان الحائز يستطيع مطالبة المدين المثري بالتعويض عن طريق دعوى أصلية ، هي دعوى الكسب دون سبب. أطراف هذه الدعوى

(1) انظر ، د. عبد الباقي البكري ، عبد المجيد الحكيم ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 283.
(2) انظر ، في شروط الكسب دون سبب ، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، تنقيح المستشار احمد المراغي، مصدر سابق، ص 515-516.

هما الحائز المفقر والمدين المثري أو من ينوب عنهما أو يخلفهما.

ويلاحظ بان عبء الإثبات يقع على عاتق المفقر ، وهو في هذه الدعوى ((الحائز للعقار المرهون)) فيجب عليه إثبات تحقق الإثراء في جانب المدين ومقداره ، وكذلك إثبات افتقاره ومقداره ، وترتب إثراء المدين على افتقاره ، فضلاً عن إثباته عدم وجود سبب قانوني للإثراء⁽¹⁾.

وان التعويض الذي يستحقه الحائز ينبغي أن يكون في حدود ما كسبه المدين المثري ، أي انه يجب أن يكون بقدر الأقل من القيمتين ، قيمة الإثراء وقيمة الافتقار . وهذا ما أشارت إليه المادة (243) من القانون المدني العراقي بقولها ((كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال كسبه فيها))⁽²⁾.

ولما كان إثراء المدين على حساب الحائز ، هو إثراء سلبي بسبب قيام الحائز بدفع الدين أو أي مبلغ آخر ، فان التعويض في هذه الدعوى يكون بقدر الأقل من القيمتين قيمة الإثراء وقيمة الافتقار وهو في هذه الحالة يكون بقدر ما دفعه الحائز من دين الى الدائنين أو بقدر ما دفعه من مبلغ لتحرير العقار أو لشرائه في المزاد.

ويلاحظ بان دعوى الكسب دون سبب لا تسمع من المفقر بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المفقر بحقه في الرجوع ، ولا تسمع الدعوى كذلك بعد انقضاء خمس عشر سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع⁽³⁾.

الفرع الثالث

دعوى الحلول

يستطيع الحائز الرجوع على المدين بدعوى الحلول محل الدائنين، ويثبت حق الحائز في الحلول، سواء قام بدفع ديون الدائنين مباشرة . أم قام بعرض مبلغ لتحرير العقار من الرهن ودفعه للدائنين المسجلة حقوقهم على العقار في حالة قبولهم لعرض الحائز ، أم دفع هذا المبلغ لشراء العقار في المزاد ، أم إذا خسر العقار في حالة رسو

(1) انظر ، د.جلال محمد إبراهيم ، د.احمد محمود سعد ، مصدر سابق ، ص319-320. د.عبد الباقي البكري، عبد المجيد الحكيم، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص287-288.

(2) انظر ، المادة (179) مدني مصري.

(3) انظر، المادة (244) مدني عراقي.

المزاد على الغير.

فإذا وفى الحائز للدائن المرتهن دينه ، أو دفع أياً من هذه المبالغ ، فإنه يحل محله بحكم القانون في جميع حقوقه تجاه المدين باستثناء التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المدين ، وهذه هي حالة الكفيل الشخصي والكفيل العيني وبذلك يحل الحائز محل الدائن المرتهن في حق الرهن المقرر على العقار الذي في يده ، وبالتالي إذا طلب الدائنون المرتهنون الآخرين بيع العقار وجدوا الحائز قد حل محل الدائن المرتهن في حق الرهن وبذات مرتبة الدائن المرتهن المتقدمة⁽¹⁾.

وقد أشارت المادة (1307) مدني عراقي الى حق الحائز في الحل محل الدائن المرتهن ، إذ نصت ((إذا وفى الحائز الدين الموثق بالرهن التأميني حل محل الدائن فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين))⁽²⁾.

وبذلك فإن الأصل ، هو أن يحل الحائز محل الدائن المرتهن في حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع . إلا انه يرد عل هذا الأصل استثناءان ، الأول – يتعلق بحلول الحائز محل الدائن المرتهن في مواجهة الحائزين الآخرين . والثاني – يتعلق بحلول الحائز محل الدائن المرتهن في مواجهة الكفيل العيني والكفيل الشخصي .

بالنسبة الى الاستثناء الأول ، والذي يتعلق بحلول الحائز محل الدائن في مواجهة الحائزين الآخرين . فنلاحظ بان الفرض الذي يتحقق فيه رجوع الحائز على غيره من الحائزين يحصل عندما يقوم المدين الراهن بالتصرف في العقار أو العقارات المرهونة في دين واحد الى أكثر من شخص ، فيصبح كل منهم حائزاً لعقار مرهون في ذات الدين⁽³⁾.

فالأصل ، وطبقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن ، أن يكون كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ولكل جزء منه⁽⁴⁾ . فإذا قام احد الحائزين بوفاء كل الدين ، وحل محل الدائن كان له أن ينفذ على أي عقار في مواجهة أي من الحائزين

(1) انظر ، محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص140. د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج10، مصدر سابق، ص476-478.

(2) تقابلها المادة (1061) مدني مصري (موافق)، والمادة (1363) مدني أردني (موافق)، والمادة (1006) مدني كويتي (موافق).

(3) انظر، د. مصطفى محمد الجمال ، أحكام الالتزام ، بلا مكان طبع ، 2000 ، ص281.

(4) انظر، المادة (1294) مدني عراقي ، والمادة (1041) مدني مصري.

الآخرين لاستيفاء كل ما دفعه للدائن المرتهن استناداً الى المبدأ المتقدم . ولكن يرد على هذا الأصل استثناء حيث لا يرجع الحائز الموفي على غيره من الحائزين إلا بمقدار قيمة ما حازه كل منهم من عقار⁽¹⁾. وقد أشارت قسم من القوانين الى تجزئة رجوع الحائز على غيره من الحائزين ، ومن هذه القوانين ، القانون المدني المصري ، إذ نصت المادة (331) على ((إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحل أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون في ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار))⁽²⁾.

وبذلك فإن المدين إذا أعطى الدائن حق رهن على أكثر من عقار لضمان الوفاء بالدين ثم قام بنقل ملكيتها الى عدة مشتريين ، فإن هؤلاء المشتريين يعد كل واحد منهم حائزاً للعقار المرهون ، فإذا طالب الدائن المرتهن احدهم بالدين المضمون بالرهن ودفعه إليه فإنه يحل محل الدائن المرتهن ولكنه لا يستطيع الرجوع على الحائزين الآخرين إلا بمقدار ما حازه كلٌ منهم من عقار⁽³⁾.

ومثال على ذلك ، إذا كان دين الدائن هو عشر ملايين دينار، وقام المدين بترتيب حق رهن على ثلاثة عقارات لضمان الوفاء بالدين ونقل ملكيتها الى ثلاثة أشخاص وكانت قيمة العقار الأول عشرة ملايين دينار وقيمة العقار الثاني ست ملايين دينار وقيمة العقار الثالث أربع ملايين دينار ، فإذا قام الحائز للعقار الأول بدفع كل الدين المضمون بالرهن، فإنه لا يستطيع الرجوع على الحائز للعقار الثاني والثالث إلا بمقدار ما حازه من عقار، فالحائز الموفي لا يرجع على الحائزين الآخرين إلا بقدر نصيب كل حائز من الدين والذي يتمثل بنسبة ما حازه من عقار الى قيمة جميع العقارات المرهونة. وبذلك فإن الحائز الموفي يرجع على الحائز للعقار المرهون الثاني بمبلغ ثلاثة ملايين ، وعلى الحائز للعقار المرهون الثالث بمبلغ مليوني دينار. والحكمة من تجزئة رجوع الحائز على غيره من الحائزين ، هي من اجل وضع حد لرجوع الحائزين بعضهم على البعض

(1) انظر، د. سليمان مرقس ، الوجيز في شرح القانون المدني، الالتزامات ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1964، ص830، هامش(1). عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق، ص462. د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، 1997، ص354. انظر كذلك في الفقه الفرنسي ، Josseland ,op,cit,Tome,11.P.1030; Planiol et Ripert,op,cit,N.1182.

(2) تقابلها المادة (296) مدني جزائري ، والمادة (398) مدني كويتي.

(3) وهذا الحكم يطبق في حالة تعدد الحائزين بسبب تعدد العقارات المرهونة لدين واحد أو كان تعددهم بسبب بيع الراهن العقار المرهون الى أكثر من شخص ، فيصبح كل منهم حائزاً لذات العقار المرهون.

الى ما لا نهاية ، أي لتلافي تكرار الرجوع فيما بين الحائزين⁽¹⁾.

ولم يتضمن القانون المدني السوري وقانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني العراقي على نص يقابل النص المصري ، يحدد فيه أحكام الرجوع بين الحائزين ، ولكن لا مانع من الأخذ بالحكم المقرر في القانون المدني المصري ، لأنه يحقق العدالة ، ويعمل على تلافي حالة تكرار الرجوع فيما بين الحائزين.

ويبدو إن السبب في عدم وجود نص في القانون المدني العراقي يحدد أحكام الرجوع فيما بين الحائزين يعود الى ان الحائز عندما قام بالوفاء فانه كان ملتزماً بالدين مع غيره من الحائزين ومن ثم تطبق عليه نفس الأحكام التي تطبق على المدينين المتضامنين ، وبخصوص التضامن بين المدينين ، نلاحظ بن المادة (1/337، 2) نصت على ((1- إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً. 2- وللمدين الذي وفي الدين حق الرجوع على الباقيين كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك))⁽²⁾. وبذلك إذا قام المدين المتضامن بالوفاء بكل الدين ، فلا يستطيع الرجوع على الملتزمين معه إلا بعد خصم حصته في الدين ، كذلك فانه لا يرجع على كل منهم ، إلا بقدر حصته في الدين.

وقد أيد القضاء المصري الحكم الذي نصت عليه المادة (331) مدني مصري إذ أشارت محكمة الاستئناف المصرية الى ((إن هذا الحل هو الذي تمليه العدالة حفظاً للتوازن في الحقوق والواجبات بين جميع الحائزين، لان القانون يخول كل منهم حق الحلول محل الدائن الأصلي في حقوقه متى وفى الدين. وله بهذه المثابة أن يرجع على سواه من الحائزين ومنهم من دفع أولاً فخير وسيلة لحفظ الموازنة بين الجميع هي أن يحصل رجوع بعضهم على بعض متناسباً مع قيمة ما يحوزون))⁽³⁾.

أما بالنسبة الى **الاستثناء الثاني** الذي يتعلق بحلول الحائز محل الدائن المرتهن في مواجهة الكفيل العيني والشخصي فقد بحثناه عند الكلام على آثار وفاء الدين من قبل الحائز، إذ لاحظنا بان الحائز يحل محل الدائن المرتهن في التأمينات الأخرى المقدمة من المدين

(1) انظر ، د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص265. د. جلال محمد إبراهيم، مصدر سابق، ص299.
(2) ولمزيد من التفصيل انظر، علي كاظم مزهر ، الوفاء مع الحلول ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون- جامعة بابل ، 1998، ص156.
(3) انظر (استئناف مصر 7/ابريل سنة 1947، المجموعة الرسمية 48 رقم 280) نقلاً عن، د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق، ص341.

دون التأمينات المقدمة من الغير، أي التأمينات المقدمة من الكفيل العيني والشخصي⁽¹⁾.

إن البيع بالمزاد العلني لا يختلف عن البيع الاختياري ، ومن ثم فإن آثاره لا تختلف عن آثار البيع الاختياري إلا إذا كان هناك استثناء نص عليه القانون تقتضيه طبيعة البيع الجبري. وعلى ذلك ، فإن البيع بالمزاد العلني يؤدي الى انتقال ملكية العقار الى الراسي عليه المزاد ، وتحرير العقار من الحقوق المسجلة عليه⁽²⁾، فضلاً عن ذلك فهو ينشيء للراسي عليه المزاد حقوقاً والتزامات ، ولأجل الاحاطة بالمفردات أعلاه ، سوف نقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب:- يتضمن المطلب الأول : انتقال الملكية الى الراسي عليه المزاد. أما المطلب الثاني فيتضمن :- تحرير العقار. أما المطلب الثالث فسنخصصه لمبحث : حقوق والتزامات الراسي عليه المزاد.

(1) انظر ، ص 81 من الرسالة.
(2) وهذا بخلاف البيع الاختياري ، إذ انه لا يحرر العقار من الرهن المسجل عليه انظر بهذا الخصوص ، قرار محكمة التمييز اللبنانية (تميز 1968/2/2 ، النشرة القضائية 25 ص 529) ، أشار إليه، د. احمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية بمقتضى قانون أصول المحاكمات اللبناني ، مصدر سابق، ص 551.

من المعلوم إن المزاد قد يرسو على الحائز وقد يرسو على غيره ، فإذا رسا على الحائز فلا يكون هناك انتقال للملكية بالمعنى الحقيقي حيث إن رسو المزاد في هذه الحالة لا يكون إلا مؤكداً لانتقال الملكية الى الحائز ، فالحائز يعد مالكاً بمقتضى سند ملكيته الأصلي . ومن ثم لا تكون هناك حاجة لتسجيل العقار باسم الحائز ، بل يكفي تأشير قرار رسو المزاد على سند ملكية الحائز الأصلي كما بينا ذلك سابقاً⁽¹⁾ . أما إذا رسا المزاد على الغير ، فإنه يتلقى حقه من الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد ، ويلاحظ في هذه الحالة بان الملكية لا تنتقل الى الغير بمجرد صدور قرار رسو المزاد ، وإنما تكون هناك عدة شروط لانتقال الملكية الى الغير ، وبالإضافة الى هذه الشروط لابد من تحديد الحالة التي تنتقل بها الملكية الى الغير وهذا ما سنبحثه في الفرعين الآتيين:-

الفرع الأول : شروط انتقال الملكية.

الفرع الثاني : الحالة التي تنتقل بها الملكية.

الفرع الأول شروط انتقال الملكية

إن ملكية العقار المرهون لا تنتقل من الحائز الى الراسي عليه المزاد بمجرد صدور قرار رسو المزاد، وإنما لا بد من توافر عدة شروط لانتقال الملكية الى الراسي عليه المزاد ، وهذه الشروط هي⁽²⁾:-

أولاً : أن تكون إجراءات المزايدة العلنية صحيحة :- إن بيع العقار المرهون عن طريق المزاد العلني يتضمن الكثير من الإجراءات القانونية التي يجب إتباعها لكي يكون البيع صحيحاً⁽³⁾ . ومن هذه الإجراءات ضرورة تبليغ الحائز والمدين بدفع الدين ، ووضع اليد على العقار المرهون من قبل رئيس الدائرة المختص وتنظيم قائمة للمزايدة ، وكذلك الإعلان عن وضع العقار في المزاد العلني، وضرورة تقديم التأمينات القانونية من قبل المزايديين، وتحديد الساعة واليوم الذي تجري فيه المزايدة وغير ذلك من الإجراءات التي حددها القانون⁽⁴⁾ . فإذا تم بيع العقار المرهون دون إتباع هذه الإجراءات ، فإن إجراءات التنفيذ تكون تبعاً لذلك غير صحيحة وبالتالي لا تنتقل الملكية الى الراسي عليه المزاد.

(1) انظر ص 175 من الرسالة.

(2) انظر، في شروط انتقال الملكية فتحي والي ، مصدر سابق، ص 516.

(3) انظر، د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 450. سعيد مبارك ، مصدر سابق، ص 245.

(4) انظر، المبحث الأول من هذا الفصل ، حيث حددنا إجراءات البيع بالمزايدة العلنية.

وهذه الإجراءات أشار إليها قانون التسجيل العقاري في المواد (161-185) بالإضافة الى أحكام قانون التنفيذ وقانون المرافعات المدنية الخاصة بالبيع والمزايدة التي تطبق في حالة إذا لم يكن هناك نص في قانون التسجيل العقاري⁽¹⁾.

ثانياً : يشترط أن يكون العقار المرهون مملوكاً للمدين أو للحائز لكي تنتقل ملكيته الى الراسي عليه المزا. فإذا لم يكن مملوكاً الى أياً منهم فان الملكية لا تنتقل الى المشتري لان فاقد الشيء لا يعطيه ، وبذلك فان بيع ملك الغير لا ينقل الملكية الى الراسي عليه المزا سوا كان البيع اختيارياً أم جبرياً⁽²⁾.

ثالثاً: أن يكون حكم مرسى المزا قد تم تسجيله:- إذا رسا المزا على الغير فانه يتلقى حقه من الحائز استناداً الى حكم مرسى المزا، ولكن يلاحظ بان الملكية لا تنتقل إليه إلا إذا قام بتسجيل حكم مرسى المزا. فالحائز يبقى هو المالك للعقار حتى تسجيل حكم مرسى المزا باسم الغير⁽³⁾.

وقد أشارت المادة (687) من قانون المرافعات المصري الى ضرورة تسجيل حكم مرسى المزا ، إذ نصت ((يقوم قلم الكتاب بالنيابة عن ذوي الشأن بطلب تسجيل حكم مرسى المزا خلال ثلاثة أيام التالية لصدوره...)).

أما بالنسبة الى قانون التسجيل العقاري ، فقد نصت المادة (1/181) منه على ((يسجل العقار باسم المشتري أو المتفرغ بعد دفعه البذل والرسوم القانونية)). ومن خلال الرجوع الى المادة (1/175) من القانون ذاته، نلاحظ بأنها تكلف المشتري بدفع بدل الشراء مع الرسوم بعد انتهاء الإحالة النهائية، وتمهله مدة لا تزيد عن خمسة عشر يوماً لدفع البذل والرسوم ، إذ إن ملكية العقار تنتقل الى المشتري إذا دفع البذل والرسوم وسجل العقار باسمه⁽⁴⁾. وبذلك فان ملكية العقار المرهون لا تنتقل الى الراسي عليه المزا إلا بعد تسجيل حكم مرسى المزا وهذا ما اخذ به قانون التسجيل العقاري في العراق وقانون المرافعات المصري.

(1) انظر المادة (185) من قانون التسجيل العقاري.
(2) انظر بهذا الخصوص ، (نقض مدني 22 يناير 1959) حيث جاء فيه (لا يملك الراسي عليه المزا إلا القدر المملوك حقيقة للمدين المنزوعة ملكيته) نقلاً عن د. فتحي والي، مصدر سابق، ص 516.
(3) انظر، د. غني حسون طه ، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص 472. مفلح عواد القضاة ، مصدر سابق، ص 344. د. احمد أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية بمقتضى قانون أصول المحاكمات اللبناني ، مصدر سابق، ص 540.
(4) انظر بخصوص تسجيل حكم مرسى المزا (نقض 1986/2/27- رقم 2136- سنة 52 ق) حكم أشار إليه، د. احمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، مصدر سابق، ص 1466.

وإذا كان يشترط لانتقال الملكية الى الراسي عليه المزداد تسجيل حكم مرسى المزداد، فما هو حكم تنازل الراسي عليه المزداد عن العقار الى الغير قبل تسجيله باسمه في دائرة التسجيل العقاري، وما هو الحكم إذا توفى الراسي عليه المزداد بعد دفع البذل وقبل تسجيل العقار باسمه؟ بالنسبة الى التساؤل الأول ، فقد أشارت إليه المادة (3/181) من قانون التسجيل العقاري ، إذ نصت ((3- يجوز للمحال عليه التنازل عن العقار الذي اشتراه أو تفرغه لآخر وحينئذ يجري التسجيل باسم المتنازل له بعد دفع الرسوم)).

ويمكن القول ان ما نصت عليه المادة (181) من قانون التسجيل العقاري هو أمر منقذ، وذلك لان المحال عليه لا يملك العقار إلا بعد تسجيله باسمه في دائرة التسجيل العقاري ولا يحق له التصرف فيه والتنازل عنه الى الغير. ولهذا يمكن القول بأنه لايجوز إعطاء المحال عليه الحق بالتنازل عن العقار إلا بعد تسجيله باسمه في دائرة التسجيل العقاري ، فلكي يتصرف الشخص في حق من الحقوق ، يجب أن يثبت له أولاً، ومن ثم فلا يجوز التصرف بهذا الحق قبل وجوده وهو غير موجود بأي حال من الأحوال قبل التسجيل.

وقد أيد القضاء ما جاءت به المادة (181) من قانون التسجيل العقاري ، فقد قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية بهذا الخصوص بأنه ((لا يوجد في قانون التنفيذ ما يمنع أن يتنازل المشتري - المحال إليه العقار- الى الغير خاصة إذا كان الغير من أصوله أو فروعه أي انتفاء عنصر المضاربة في المزايدات التي تجريها المحاكم ودوائر التنفيذ شرط أن يدفع المتنازل له رسم تسجيل العقار مضاعفاً))⁽¹⁾.

وجاء في قرار آخر صادر من المحكمة ذاتها ((إن قانون التنفيذ جاء خالياً من نص يمنع تنازل المشتري الذي أحيل بعهدته العقار إحالة نهائية وسدد كامل البذل والمصاريف من التنازل عنه لمن يشاء بشرط إشعار دائرة التسجيل العقاري المختصة بذلك لاستيفاء رسم التسجيل مضاعفاً.....))⁽²⁾.

ويلاحظ من خلال الأحكام السابقة، أنه لكي يستطيع المحال عليه العقار ((المشتري)) التنازل عنه لابد من توافر عدة شروط وهي :-

1- يجب أن يحصل التنازل بعد إحالة العقار على المشتري إحالة نهائية وقبل تسجيل

(1) رقم القرار 2133 / تنفيذ / 1996 ، تاريخ القرار 1996/12/30. أشار إليه ، هادي عزيز علي، مصدر سابق، ص68.

(2) رقم القرار 264 / تنفيذ / 1996 ، تاريخ القرار 1996/3/6 ، انظر ، المصدر نفسه ، ص68.

العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري.

2- يجب أن يقوم المحال عليه العقار بدفع بدل المزايدة وكافة المصاريف.

3- إشعار دائرة التسجيل العقاري لتسجيل العقار باسم المتنازل له على شرط أن يقوم بدفع رسم تسجيل العقار باسمه مضاعفاً.

4- يجب إلا يكون المتنازل له من الأشخاص الذين لا يحق لهم الاشتراك في المزايدة كالمجنون والمعتوه والمحجوز أو من الأشخاص الذين أشارت إليهم المادة (181) من قانون التسجيل العقاري⁽¹⁾.

5- يشترط أن يصادق المنفذ العدل على التنازل ، حيث إن التنازل يعد بمثابة عقد بيع وشراء بعد المزايدة ، لذلك يجب أن يجري أمام الجهة المختصة لتسجيل العقد⁽²⁾. أما بالنسبة الى التساؤل الثاني ، وهو حكم توفي الراسي عليه المزاد بعد دفع البدل وقبل تسجيل العقار باسمه ، فقد أشارت المادة (2/181) من قانون التسجيل العقاري الى حكم هذه الحالة ، إذ نصت ((إذا توفي المشتري أو المتفرغ بعد الإحالة النهائية ودفع البدل يسجل العقار باسم ورثته الشرعيين)).

ففي هذه الحالة يتم تسجيل العقار باسم ورثة المشتري أو المتفرغ في حالة قيامهما بدفع بدل الشراء.

ويلاحظ على الفقرة الثانية من المادة (181) من قانون التسجيل العقاري إنها لم تشر الى حكم توفي المشتري قبل دفع البدل وإبداء الورثة رغبتهم في دفع البدل وتسجيل العقار بأسمائهم وقد ظهر رأي في الفقه⁽³⁾ . ذهب الى انه من العدالة إعطاء الورثة الحق بطلب تسجيل العقار بأسمائهم ما دام باستطاعة الورثة تسديد بدل المبيع ، ونحن نؤيد هذا الرأي الفقهي وندعو الى تعديل الفقرة الثانية من المادة (181) من قانون التسجيل العقاري لتصبح بالشكل الآتي ((إذا توفي المشتري أو المتفرغ بعد الإحالة النهائية يسجل العقار باسم ورثته الشرعيين سواء قام المشتري أو المتفرغ بدفع البدل أم لم يدفعه ولكن في الحالة الأخيرة لا يسجل العقار باسم الورثة إلا إذا ابدوا رغبتهم بدفع البدل وتسجيل العقار بأسمائهم)).

(1) انظر ص 171 من الرسالة. حيث حددنا الأشخاص الذين لا يحق لهم الاشتراك في المزايدة.
(2) انظر ، قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ، رقم القرار 1177/ تنفيذ 1997 ، تاريخ القرار 1997/6/21. أشار إليه، هادي عزيز علي ، مصدر سابق، ص170.
(3) عامر خطاب عمر، مصدر سابق، ص239.

الفرع الثاني

الحالة التي تنتقل بها الملكية

إذا انتقلت ملكية العقار المرهون الى الراسي عليه المزداد بعد تحقق شروط الانتقال ، فما هي الحالة التي تنتقل بها الملكية ، بعبارة أخرى ، هل إن ملكية العقار تنتقل الى المشتري بالمزداد بالحالة التي كانت عليها في يد المالك السابق ، أم إن حكم مرسى المزداد ينشئ للمشتري ملكية جديدة خالية من كافة الالتزامات التي كانت تثقل العقار في يد مالكة السابق؟ إن ملكية العقار تنتقل الى المشتري بالمزداد بالحالة التي كانت عليها في يد المالك السابق لهذا العقار ، فالشخص لا ينقل الى من يخلفه من الحقوق أكثر مما كان له⁽¹⁾، وقد أشارت المادة (447) من قانون المرافعات المصري الى ان الحكم المسجل بإيقاع البيع لا ينقل الى المشتري سوى ما كان للمدين أو الحائز أو للكفيل العيني من حقوق في العقار المبيع. واستناداً الى ذلك قد يكون على العقار المبيع بالمزداد العلني حق مجرى أو حق مسيل أو حق انتفاع . فان العقار ينتقل الى المشتري بالمزداد وهو محمل بهذه الحقوق⁽²⁾. وقد أشار القضاء المصري على انتقال الملكية الى المشتري وهي محملة بحقوق الارتفاق والانتفاع⁽³⁾.

وقد يكون العقار مؤجراً ، ففي هذه الحالة يجب التمييز بين حالتين .

الحالة الأولى ، وفيها يكون عقد إيجار العقار ثابت التاريخ قبل وضع اليد عليه، ففي هذه الحالة يجب مراعاة المادة (1/14) من قانون تنظيم إيجار العقار رقم 78 لسنة 1979، والتي تشير الى حلول المالك الجديد للعقار محل المالك القديم في الحقوق والالتزامات. أي إن العقار إذا كان مؤجراً وكان سند الإيجار ثابت التاريخ قبل وضع اليد على العقار فان هذا التصرف يسري في مواجهة المشتري بالمزداد باعتباره المالك الجديد للعقار المؤجر. ولكن يلاحظ بان المشتري إذا لم يكن يعلم بان العقار مؤجر ففي هذه الحالة يحق له الطلب من المحكمة بإبطال المزايدة.

الحالة الثانية ، والتي يكون فيها عقد إيجار العقار لاحقاً لوضع اليد عليه، فهذا العقد لا

(1) انظر، عامر خطاب عمر ، مصدر سابق، ص72. د. احمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، مصدر سابق، ص773.

(2) انظر، عامر خطاب ، مصدر سابق ، ص72. د. احمد أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية بمقتضى قانون أصول المحاكمات اللبناني ، مصدر سابق، ص541.

(3) انظر قرار محكمة النقض المصرية (1959/1/22) سنة 1ق ص68) أشار إليه، قدري عبد الفتاح الشهراوي ، مصدر سابق، ص767.

يسري في مواجهة المشتري بالمزاد ولكنه يكون نافذاً لحين تسجيل العقار باسم المشتري⁽¹⁾.

أما بالنسبة الى الحقوق العينية التبعية كالرهن والامتياز المسجلة على العقار فإنها تنقضي في حالة رسو المزاد ، وهذا ما سنبحثه في المطلب الثاني.

من الآثار التي تترتب على بيع العقار بالمزاد العلني ، هو تحرير العقار المرهون من الحقوق التي تنقله ، ويثير البحث عن تحرير العقار الكثير من التساؤلات المهمة ، ومن هذه التساؤلات. هل إن العقار يتحرر من كافة الحقوق المسجلة عليه ، أم يقتصر التحرير على الحقوق العينية التبعية؟ وما هي شروط تحرير العقار من هذه الحقوق؟ وهل إن تحرير العقار يتم بمجرد صدور قرار رسو المزاد أم إن الأمر يتطلب تسجيل هذا القرار؟ وللإجابة على هذه التساؤلات سنقسم هذا المطلب الى فرعين :-

الفرع الأول :- الحقوق التي يتحرر منها العقار.

الفرع الثاني :- شروط تحرير العقار.

الفرع الأول

الحقوق التي يتحرر منها العقار

إذا تم بيع العقار بالمزاد العلني ، فهل إن هذا البيع يحرر العقار من كافة الحقوق المسجلة عليه، أم إن هذا البيع يحرر العقار من الحقوق العينية التبعية فقط؟ نلاحظ بان المادة (2/1316) من القانون المدني العراقي نصت على ((وإذا بيع العقار المرهون بالمزايدة العلنية سواء كان ذلك في مواجهة الراهن ، أو الحائز فان الحقوق المسجلة على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رست به المزايدة في صندوق المحكمة وما وعاد من المبالغ الى الدائنين الذين لم يراجعوا، يوضع باسم أصحابه في احد المؤسسات المالية المعروفة)).

وهذا يدل على إن البيع بالمزاد العلني في القانون المدني العراقي يحرر العقار من

(1) انظر ، د.سعيد مبارك ، مصدر سابق، ص234. عامر خطاب عمر، مصدر سابق، ص85.

كافة الحقوق المسجلة عليه، سواء كانت حقوق عينية تبعية كالرهن التأميني والرهن الحيازي وحقوق الامتياز، أو كانت حقوق عينية أصلية كحق الانتفاع و الإرتفاق، فهذه المادة لم تفرق بين نوعي الحقوق العينية حيث أشارت الى إن الحقوق المسجلة على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن .

أما بالنسبة الى موقف التشريعات المقارنة ، نلاحظ بأنها قد تباينت في موقفها من الأثر الذي يترتب على بيع العقار بالمزاد العلني، إذ نلاحظ إن المشرع المصري قد نص في المادة (450) من قانون المرافعات على انه ((يترتب على تسجيل حكم إيقاع البيع أو التأشير به وفقاً لحكم المادة 448 تطهير العقار من حقوق الامتياز والاختصاص و الرهون الرسمية و الحيازية التي أعلن أصحابها بإيداع قائمة شروط البيع وأخبروا بتاريخ جلسته طبقاً للمادتين 417، 426 ولا يبقى لهم إلا حقهم في الثمن))⁽¹⁾. وهذا يدل على البيع بالمزاد العلني لا يظهر العقار من كافة الحقوق المسجلة عليه ، وإنما يقتصر التطهير على حقوق الامتياز والاختصاص و الرهون الرسمية و الحيازية.

أما بالنسبة الى المشرع الأردني فإنه لم يورد في القانون المدني نصاً صريحاً يشير الى إن البيع بالمزاد العلني يظهر العقار من الحقوق المسجلة عليه. و إزاء هذا النقص التشريعي ذهب رأي في الفقه هناك الى إن بيع العقار بالمزاد العلني يظهر العقار من الحقوق المسجلة عليه⁽²⁾، وقد استند في ذلك على المادة (88) من قانون الإجراء الأردني، إذ نصت ((أصحاب الديون الذين لم تؤمن ديونهم بالمال غير المنقول الذي وضع تأميناً لدين شخص آخر غيرهم ، يجوز لهم ان يحجزوا عليه ويبيعوه ولو لم يكن قد حل أجل الدين المؤمن بالمال غير المنقول المذكور ، وفي حال بيعه يدفع أولاً الدين المؤمن عليه بالمال غير المنقول وفقاً لسند التأمين وما زاد على ذلك ، يدفع للحاجزين الآخرين)).

فهذه المادة تعطي للدائنين العاديين الذين لم تؤمن ديونهم بالمال غير المنقول، الحق بحجز وبيع المال غير المنقول حتى وان كان أجل الدين المؤمن عليه بالمال غير المنقول لم يحل بعد، فإذا ما بيع العقار بالمزاد العلني فإن حقوق الدائنين المرتهنين على العقار

(1)تقابلها المادة (768) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني(موافق) ، والتي تشير الى ان العقار يتطهر من الامتيازات و الرهون ودعاوى الإلغاء ويستثنى حق الاستثمار وحق الإرتفاق حيث ان هذين الحقين لا يشملهما التطهير.

(2) انظر ، د.مفلح عواد القضاة، مصدر سابق، ص348.

المرهون تنقضي ويتحرر العقار منها وينصب حقهم على ثمن العقار ، حيث يستوفون منه ديونهم وما زاد على ذلك يدفع للحاجزين الآخرين.

ومن خلال ما تقدم يمكن القول ، بان القانون المدني العراقي كان موفقاً حيث انه أشار وبنص صريح الى إن البيع بالمزاد العلني يحرر العقار من كافة الحقوق المسجلة عليه ، وهذا بخلاف القوانين الأخرى والتي أشارت الى تحرير العقار من بعض الحقوق المسجلة عليه أو التي لم تشر بنص صريح الى تحرير العقار من الحقوق المسجل عليه في حالة بيع العقار بالمزاد العلني.

وإذا كان البيع بالمزاد العلني يحرر العقار من الحقوق المسجلة عليه فما هو حكم الحقوق التي رتبها الحائز على العقار المرهون ، هل إن العقار يتحرر منها إذا رسا المزاد على الحائز أم لا يتحرر؟

بالنسبة الى حكم الحقوق التي رتبها الحائز على العقار المرهون أثناء تملكه للعقار المرهون ، فان العقار لا يتحرر منها وذلك في حالة رسو المزاد على الحائز، لأنه عندما رتب هذه الحقوق على العقار المرهون كان مالكا له، فالحائز يعد مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلي ومن ثم فلا يوجد مبرر لانقضاء هذه الحقوق⁽¹⁾.

والحكمة من تحرير العقار من الحقوق المسجلة عليه بعد بيعه بالمزاد العلني هو لتشجيع الراغبين في الشراء على التنافس في المزايدة مما يؤدي الى ارتفاع الثمن وتحقيق مصلحة الدائنين في استيفاء جميع ديونهم.

الفرع الثاني

شروط تحرير العقار

إن بيع العقار المرهون بالمزاد العلني يحرره من الحقوق المسجلة عليه. ولكن يلاحظ بان العقار لا يتحرر من هذه الحقوق إلا إذا توافرت الشروط الآتية:-

أولاً:- تسجيل حكم مرسي المزاد وقيام الراسي عليه المزاد بدفع الثمن ، ولكن يلاحظ بان دفع الثمن يجب أن يسبق تسجيل حكم مرسي المزاد في حالة رسو المزاد على غير الحائز ، أما إذا رسا المزاد على الحائز فلا بد من تأشير هذا الحكم على هامش تسجيل

(1) انظر، د.محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص157. د.سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق، ص293. انظر كذلك، المادة (1/1313) مدني عراقي وقد أشارت الى إن الحائز يعد مالكا بمقتضى سند ملكيته الأصلي.

سند ملكية الحائز⁽¹⁾.

وهذا ما أكدته المادتين (440 و 445) من قانون المرافعات المصري . فالمادة (440) نصت على ((يجب على من يعتمد القاضي عطاءه أن يودع حال انعقاد الجلسة كامل الثمن الذي اعتمد والمصاريف ورسوم التسجيل ، وفي هذه الحالة تحكم المحكمة بإيقاع البيع عليه)) فهذه المادة تنص صراحة على ضرورة دفع الثمن والمصاريف ورسوم التسجيل من قبل الراسي عليه المزاد لتحكم المحكمة بإيقاع البيع عليه ، وبذلك فإن قانون المرافعات المصري كان موفقاً عندما اشترط دفع الثمن قبل الحكم بإيقاع البيع على الراسي عليه المزاد. فإذا ما تم دفع الثمن والمصاريف ورسوم التسجيل فإن يتم تسجيل حكم مرسي المزاد أو التأشير به ، ومن ثم يتطهر العقار من حقوق الامتياز والاختصاص و الرهون الرسمية و الحيازية ، وهذا ما أشارت إليه المادة (450) من قانون المرافعات المصري.

وفي قانون أصول المحاكمات اللبناني ، فإن المادة (768) منه لم تشر الى الوقت الذي يتطهر فيه العقار ، هل هو يوم صدور قرار الإحالة أم يوم تسجيله، وهذا أدى الى انقسام الفقه حول هذا الموضوع . فذهب رأي الى إن تطهير العقار يقع بمجرد صدور قرار الإحالة⁽²⁾ وقد استند هذا الرأي على نص المادة (768) من قانون أصول المحاكمات اللبناني والتي نصت على ((إن الإحالة تحل عن العقار جميع الامتيازات و الرهون ودعاوى الإلغاء.....)). فهذه المادة أشارت الى إن الإحالة تطهر العقار من الحقوق المسجلة عليه ولم تشترط تسجيل قرار الإحالة لكي يتطهر العقار من الحقوق المسجلة عليه كذلك فإن حقوق الدائنين تتحول بالبيع الى ثمن العقار المبيع ، وإن الثمن يستحق بتاريخ الإحالة وليس بتاريخ تسجيلها.

بينما ذهب رأي آخر الى ضرورة تسجيل قرار الإحالة لكي يتطهر العقار من الحقوق المسجلة عليه ، حيث إن التطهير مرهون بانتقال الملكية. وإن الملكية لا تنتقل الى المشتري بالمزاد بالنسبة الى الغير إلا بالتسجيل⁽³⁾. ويمكن القول، بأن ما ذهب إليه

(1) انظر المستشار ، أنور طلبه ، مصدر سابق، ص772. د. نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينة والشخصية ، مصدر سابق، ص149. د. فتحي والي ، مصدر سابق، ص523.

(2) انظر، حسين عبد اللطيف حمدان، مصدر سابق، ص540.

(3) انظر، د. احمد أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية بمقتضى قانون أصول المحاكمات اللبناني، مصدر سابق، ص545.

الرأي الأول في الفقه هو الأقرب الى الصواب . وذلك استناداً الى نص المادة (768) فهذه المادة أشارت الى إن الإحالة تحل عن العقار جميع الامتيازات و الرهون ودعاوى الإلغاء هذا من جانب ، ومن جانب آخر لم تنص صراحة على ضرورة تسجيل قرار الإحالة لكي يتحرر العقار من الحقوق المسجلة عليه.

أما بالنسبة الى الوقت الذي يتحرر فيه العقار من الحقوق المسجلة عليه في القانون المدني العراقي ، فإنه يتحقق بمجرد إيداع الثمن الذي رست به المزايدة في صندوق المحكمة أو في إحدى المؤسسات المالية المعروفة. وهذا ما نصت عليه المادة (2/1316) مدني عراقي بقولها ((وإذا بيع العقار المرهون بالمزايدة العلنية سواء كان ذلك في مواجهة الراهن أو الحائز فان الحقوق المسجلة على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رست به المزايدة في صندوق المحكمة...)).

وبذلك يتضح إن العقار يتحرر من كافة الحقوق المسجلة عليه عند قيام الراسي عليه المزايدة بإيداع الثمن في صندوق المحكمة أو في إحدى المؤسسات المالية المعروفة ، ولم تشترط هذه المادة تسجيل قرار رسو المزايدة لكي يتحرر العقار من الحقوق.

ثانياً: إخبار أصحاب الحقوق المقيدة على العقار :- يشترط كذلك لتطهير العقار من الحقوق المقيدة عليه في القانون المصري إخبار أصحاب الحقوق بقائمة شروط البيع وتاريخ جلسة البيع⁽¹⁾ ، وهذا ما نصت عليه المادة (450) من قانون المرافعات المصري، ويتم الإخبار خلال الخمسة عشر يوماً التالية لإيداع قائمة شروط البيع استناداً الى المادة (417) من قانون المرافعات المصري ، إذ نصت ((يجب على قلم الكتاب خلال الخمسة عشر يوماً التالية لإيداع قائمة شروط البيع أن يخبر به المدين والحائز والكفيل العيني والدائنين الذين سجلوا تنبيهاتهم والدائنين أصحاب الحقوق المقيدة قبل تسجيل التنبيه.....)).

ويلاحظ إن القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي لم ينص أيّاً منهم على هذا الشرط ، ولكن محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية قد أشارت في احد أحكامها الى ضرورة توقيع المنفذ العدل وبقية ذوي العلاقة على قائمة المزايدة مما يدل على

(1) انظر، د. فتحي والي ، مصدر سابق، ص525. أنور طلبه، مصدر سابق، ص772.

ضرورة تبليغ قائمة المزايدة الى أصحاب الحقوق المقيدة على العقار⁽¹⁾. فإذا لم يتم إخبار أصحاب الحقوق العينية المقيدة على العقار بقائمة شروط البيع وبتاريخ جلسة البيع⁽²⁾، فلا يتحقق اشتراكهم في إجراءات التنفيذ ولا يتطهر العقار من الحقوق المقيدة عليه⁽³⁾.

إضافة الى ذلك ، فلا يمكن الاحتجاج بإجراءات التنفيذ و البيع في مواجهة الدائنين الذين لم يتم إخبارهم بقائمة شروط البيع وبتاريخ جلسة البيع⁽⁴⁾، ويحق لهم التمسك بعدم نفاذ البيع في مواجهتهم وحجز العقار من جديد في يد الراسي عليه المزااد باعتباره حائزاً للعقار المرهون ، ولكن يلاحظ إن حق الدائنين في التمسك بعدم نفاذ إجراءات البيع في مواجهتهم وطلب حجز العقار بإجراءات جديدة مقيد بان تكون شروط البيع ماسة بحقوقهم أو ضارة بمصالحهم، ففي هذه الحالة يحق لهم تقديم قائمة جديدة بشروط البيع تحقق مصالحهم وتحافظ على حقوقهم⁽⁵⁾.

ويبدو إن شروط البيع تكون ماسة بحقوق الدائنين وضارة بمصالحهم في حالة عدم تضمن قائمة شروط البيع على احد البيانات التي أشارت إليها المادة (414) من قانون المرافعات المصري ، وهذه البيانات هي : 1- بيان السند التنفيذي . 2- تاريخ التنبيه وتاريخ إنذار الحائز ورقمي تسجيلهما وتاريخه . 3- تعيين العقارات المبينة في التنبيه تعيناً دقيقاً . 4- شروط البيع والتمن الأساسي . 5- تجزئة العقار الى صفقات مع ذكر الثمن لكل صفقة.

فضلاً عن ذلك ، فانه يحق رفع دعوى أصلية لإبطال حكم مرسي المزااد من قبل الدائنين للمقيدة حقوقهم والذين لم يعلنوا بإيداع قائمة شروط البيع أو بتاريخ الجلسة التي يجري فيها البيع ، كذلك يكون من حق حائز العقار الذي لم ينذر بالدفع أو التخلية إقامة دعوى أصلية لإبطال حكم مرسي المزااد ، وبذلك يحق لكل شخص لم يتم إخباره بقائمة شروط البيع وبتاريخ الجلسة وكان من الواجب إخباره رفع دعوى أصلية بطلب بطلان

-
- (1) انظر قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، رقم 80/ تنفيذ/ 1996، تاريخ القرار 1996/2/7 أشار إليه ، هادي عزيز علي، مصدر سابق، ص164.
- (2) يجب إخبار أصحاب الحقوق بتاريخ جلسة البيع ومكانه وذلك قبل الجلسة بثمانية أيام على الأقل ، وهذا ما أشارت إليه المادة (426) من قانون المرافعات المصري .
- (3) انظر بهذا الخصوص (استئناف مختلط 6 يناير 1949 السنة 61 ص51. ونقض 1975/5/12-26-1967) أشار إليه ، د. احمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية مصدر سابق، ص779.
- (4) انظر (نقض مدني مصري جلسة 1964/12/3) أشار إليه، د. احمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، مصدر سابق، ص1433.
- (5) انظر، د. احمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص780.

حكم مرسى المزاد، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في احد أحكامها. إذ جاء فيه ((جواز إقامة دعوى أصلية ببطالان إجراءات التنفيذ على العقار دون الاعتراض على القائمة إذا لم يكن طرفاً في إجراءات التنفيذ بان لم يعلن بها))⁽¹⁾.

ثالثاً: يشترط كذلك لتحرير العقار من الحقوق المسجلة عليه سواء كان في القانون المدني المصري أم في القانون المدني العراقي أن يكون العقار مملوكاً للحائز ، فإذا لم يكن مملوكاً للحائز فان الملكية لا تنتقل الى الراسي عليه المزاد ولا يتحرر العقار من الحقوق المقيدة عليه⁽²⁾.

إن حكم مرسى المزاد ينشئ للمشتري بالمزاد حقوق والتزامات، وبما إن البيع الجبري هو كالبيع الاختياري ، ولعدم تنظيم قانون التسجيل العقاري لحقوق والتزامات الراسي عليه المزاد بشكل تفصيلي ، لذلك لابد من تطبيق نصوص القانون المدني والتي تحدد حقوق والتزامات المشتري في البيع الاختياري على البيع بالمزاد العلني إلا إذا وجد نص خاص في قانون التسجيل العقاري وقانون التنفيذ . ولأجل بيان حقوق والتزامات الراسي عليه المزاد سنقسم هذا المطلب الى فرعين: -
يتضمن الفرع الأول :- حقوق الراسي عليه المزاد.
أما الفرع الثاني فيتضمن :- التزامات الراسي عليه المزاد.

الفرع الأول

حقوق الراسي عليه المزاد

إن الراسي عليه المزاد ، يعد مشترياً للعقار ومن ثم يكون له الحق في تسلم العقار والمطالبة بثماره ومنافعه، فضلاً عن حقه في الضمان والرجوع على الدائنين في حالة استحقاق العقار من تحت يده. ولأجل بيان حقوق الراسي عليه المزاد ، سنقسم هذا الفرع

(1) انظر ، (نقض 1980/1/17 السنة 31 ص197) حكم أشار إليه، د.احمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، مصدر سابق، ص1484. انظر كذلك ، الطعن 199، السنة 53 ق جلسة 1989/5/25 . أشار إليه، السيد عبد الوهاب عرفة ، مصدر سابق ، ص546.

(2) انظر المادة (135) مدني عراقي والتي تتعلق ببيع ملك الغير ، ولمزيد من التفصيل انظر، د.جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مصدر سابق ، ص179. فتحي والي، مصدر سابق، ص523.

الى الفقرات الآتية:-

أولاً:- الحق في تسلم العقار:-

نلاحظ إن حق الراسي عليه المزاد في تسلم العقار في قانون المرافعات المصري يبدأ من يوم صدور قرار رسو المزاد لا من يوم تسجيل هذا القرار، إذ نصت المادة (446) من هذا القانون على ((...ويشتمل منطوقه على أمر للمدين أو الحائز أو الكفيل العيني بتسليم العقار لمن حكم بإيقاع البيع عليه))⁽¹⁾.

فالنص المتقدم يشير الى إن حكم مرسى المزاد يشتمل على أمر للمدين أو للحائز أو للكفيل العيني بتسليم العقار الى الراسي عليه المزاد، فحق الراسي عليه المزاد وفقاً للنص المتقدم ينشأ من يوم صدور حكم مرسى المزاد لا من يوم تسجيله. ولكن يشترط لحصول التسليم أن يقوم الراسي عليه المزاد بدفع الثمن.

أما في قانون التسجيل العقاري فنلاحظ بان الراسي عليه المزاد إذا قام بدفع الثمن وتم تسجيل العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري ، فمنذ هذا الوقت يكون له حق تسلم العقار المبيع خاصة وان المادة (1/183) من قانون التسجيل العقاري تشير الى ضرورة تسليم العقار المبيع الى الراسي عليه المزاد بعد تسجيله باسمه.

إذ نصت على ((تقوم دائرة التسجيل العقاري المختصة بإشعار رئاسة التنفيذ لتسليم العقار المبيع الى المشتري خالياً من الشواغل بعد تسجيله باسمه مع مراعاة الأحكام النافذة)). وقد أكد القضاء المصري على إن حق الراسي عليه المزاد بتسلم العقار يثبت من يوم صدور الحكم بإيقاع البيع ، حيث جاء في احد أحكام محكمة النقض المصرية ((حق الراسي عليه المزاد في استلام العقار المبيع والانتفاع بغلته وثمراته يثبت له من يوم صدور الحكم بإيقاع البيع ، وليس من يوم تسجيله ، وذلك عملاً بالمادة 446))⁽²⁾.

ثانياً: حقه في المطالبة بثمار العقار ومنافعه:-

يكون من حق الراسي عليه المزاد المطالبة بثمار العقار ومنافعه من تاريخ الإحالة القطعية ، أي من يوم صدور حكم مرسى المزاد⁽³⁾. ويلاحظ بان قانون التسجيل العقاري

(1) تقابلها المادة (762) من قانون أصول المحاكمات اللبناني والتي تشير الى انه منذ صدور قرار الإحالة يحق للمشتري بالمزاد تسلم العقار.

(2) انظر ، نقض 1986/10/15 ، الطعن رقم 604 ، انظر كذلك ، نقض 1972/12/16 أشار إليه ، د.احمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، مصدر سابق، ص1467.

(3) انظر، د.احمد أبو الوفا ، المصدر نفسه، ص1466.

وقانون التنفيذ في العراق لا يوجد فيهما نص يعطي الراسي عليه المزاد هذا الحق بخلاف قانون المرافعات المصري الذي أشار في المادة (446) منه الى ان الحكم بإيقاع البيع يشتمل في منطوقه على أمر للمدين أو الحائز أو للكفيل العيني بتسلمه العقار الى الراسي عليه المزاد . حيث إن حق الراسي عليه المزاد في تسلم العقار والانتفاع بغلته وثمراته يثبت من يوم صدور حكم بإيقاع البيع عليه لا من يوم تسجيل هذا الحكم ، ولكن يلاحظ بان تسليم العقار الى الراسي عليه المزاد مشروط بأداء الثمن.

أما بالنسبة الى موقف القضاء فقد صدرت عدة أحكام قضائية بهذا الشأن ، حيث جاء في احد أحكام محكمة النقض المصرية ((بان المشتري يستحق الثمار في المنقول والعقار على السواء من تاريخ إبرام البيع عملاً بالمادة 458 مدني ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ، ويستوي في بيع العقار أن يكون البيع مسجلاً أم غير مسجل))⁽¹⁾. اما بالنسبة الى القضاء العراقي ، فقد قضت محكمة التمييز ((لما كان العقد قد تم برسو المزايدة على المدعين وقد جرى التسجيل في دوائر الطابو بناء على ذلك لذا تعتبر ملكية العقار انتقلت برسو المزايدة التي جرت في دوائر رسمية ولذا تنتقل منفعة الملك للمدعين من تاريخ الإحالة قطعياً على المدعين وما التسجيل في دائرة الطابو⁽²⁾ إلا تنفيذ للإحالة القطعية القضائية))⁽³⁾. وبذلك فان الراسي عليه المزاد يكون له الحق في منافع العقار من تاريخ الإحالة القطعية عليه، أي قبل تسجيل حكم مرسى المزاد.

ثالثاً: حقه في الضمان والرجوع على الدائنين :-

يحدث أحياناً في حالة رسو المزاد على الغير ، ان يُستحق العقار المرهون استحقاقاً كلياً أو جزئياً من تحت يد الراسي عيه المزاد . ففي هذه الحالة ، هل يحق للراسي عليه المزاد الرجوع بدعوى ضمان الاستحقاق على الحائز باعتباره بائعاً للعقار المرهون؟ وقد يحدث أن يكون الحائز معسراً ، فهل يستطيع الراسي عليه المزاد الرجوع على الدائنين الذين طلبوا بيع العقار المرهون؟

(1) انظر، نقض 1973/1/2 ، أشار إليه، د. احمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص772.

(2) دائرة الطابو هي دائرة التسجيل العقاري حالياً، إذ حلت عبارة التسجيل العقاري محل ((الطابو)) بموجب المادة (332) من قانون التسجيل العقاري.

(3) رقم القرار (2654-ح-1958، تاريخ القرار 24-2-1959، مجلة القضاء، العددان (الثاني والثالث)، بغداد، نقابة المحامين ،1959، ص239. انظر كذلك قرار محكمة التمييز رقم الاضبارة 64 ح3/1971، تاريخ القرار 13/2/1971، مجلة القضاء ، العدد الثاني، 1971، ص244.

نلاحظ بان الرأي الغالب في الفقه⁽¹⁾ يعطي للراسي عليه المزااد حق الرجوع بدعوى ضمان الاستحقاق على من نقل الملكية إليه. ومن ثم يكون للمحجوز عليه (المدين أو الحائز أو الكفيل العيني) ملزماً بالضمان ، إذ لا فرق بين البيع الاختياري والبيع الجبري، ففي كلا البيعين يستطيع المشتري الرجوع على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق في حالة استحقاق العقار من تحت يده.

وقد استند أصحاب هذا الرأي في تبرير رجوع الراسي عليه المزااد على الحائز أو المدين أو الكفيل العيني بدعوى ضمان الاستحقاق من خلال اعتبار هؤلاء بائعين للعقار المرهون ، ومن ثم يلتزمون بضمان التعرض والاستحقاق تجاه المشتري للعقار المرهون . كذلك فان تقرير ضمان التعرض والاستحقاق في البيوع الجبرية من شأنه أن يؤدي الى تسهيل عملية بيع هذه العقارات ، لان المشتري يكون مطمئناً في حالة استحقاق العقار ، إذ يستطيع الرجوع على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق⁽²⁾.

وإذا كان الرأي الغالب في الفقه يعطي للراسي عليه المزااد حق الرجوع بدعوى ضمان الاستحقاق على الحائز، فقد ظهر اتجاه في الفقه⁽³⁾ لا يعطي للمشتري بالمزااد هذا الحق ، إذ ذهب أصحابه الى إن البيع في المزااد العلني لم يتم بإرادة البائع وان أساس رجوع المشتري على البائع بدعوى الاستحقاق يكمن بان البائع، أراد البيع وليس على أساس إن البائع مالك للعقار المبيع ومن ثم يلتزم تجاه المشتري بدعوى الاستحقاق. وما دام البائع لم يريد البيع فلا يستطيع الراسي عليه المزااد الرجوع عليه بدعوى ضمان الاستحقاق.

و الرأي الذي نرجحه ونميل إليه هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول ، إذ إن البيع بالمزااد العلني لا يختلف عن البيع الاختياري. لذلك يتم تطبيق أحكام الاستحقاق في البيع الاختياري على البيع بالمزااد العلني وذلك لعدم وجود نصوص قانونية في قانون التسجيل العقاري وقانون التنفيذ بشأن استحقاق العقار الذي يتم بيعه عن طريق المزااد العلني.

(1) انظر، د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مصدر سابق، ص 118. د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة، الجزء الأول، عقد البيع، مطبعة المعارف ، بغداد، 1970، ص 295. د. خميس خضر ، عقد البيع في القانون المدني، القاهرة ، 1972، ص 205. د. حسام الدين كامل الاهواني ، عقد البيع ، الطبعة الأولى ، الكويت، ذات السلاسل للطباعة والنشر ، 1989، ص 487.

(2) انظر ، د. محمد لبيب شنب ، الضمان في البيع الجبري ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد (3) ، السنة العاشرة، 1966، ص 25.

(3) انظر، د. فتحي والي، مصدر سابق، ص 531. د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص 203.

أما ما ذهب إليه الرأي الثاني في الفقه فلا يمكن الاعتماد عليه. حيث إن بيع العقار بالمزاد العلني لا يجعل الجهة التي تقوم بالبيع مالكة للعقار المبيع ، وإنما يبقى العقار مملوكاً للشخص الذي يتم نزع الملكية منه وبالتالي إذا استحق العقار من تحت يد الراسي عليه المزاد ، ففي هذه الحالة يحق للأخير الرجوع على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق⁽¹⁾.

ولكن حق الراسي عليه المزاد في الرجوع على الشخص الذي نقل الملكية إليه بدعوى الضمان قد لا يكون مجدياً في الحالات التي يكون فيها الأخير معسراً، ففي هذه الحالة، هل يحق للراسي عليه المزاد الرجوع على الدائنين الذين استوفوا ديونهم من ثمن العقار؟

وللإجابة نقول ، إن الراسي عليه المزاد يحق له الرجوع على الدائنين الذين استوفوا حقوقهم وذلك في حالتين :-

الحالة الأولى وتقوم هذه الحالة على أساس القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ، وذلك عندما يكون الدائنون على علم أو كان يتعين عليهم العلم بأن الأموال المنفذ عليها غير مملوكة للمدين ، خاصة إذا استمروا في إجراءات التنفيذ رغم تصريح المدين لهم بعدم ملكيته لهذه الأموال ، وبالتالي يكون من حق الراسي عليه المزاد الرجوع عليهم بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

الحالة الثانية قد لا يفلح الراسي عليه المزاد في إثبات غش الدائنين أو تقصيرهم، ففي هذه الحالة يكون له الحق في الرجوع عليهم على أساس الكسب دون سبب⁽³⁾. وبذلك يكون من حق الراسي عليه المزاد ، أن يعتبر البيع الصادر له في المزايدة بيعاً لملك الغير ، فإذا نقض المالك الحقيقي العقد وانتزع المبيع من تحت يده جاز له الرجوع على الدائنين بدعوى الكسب دون سبب. وإذا كان من حق الراسي عليه المزاد وفقاً للرأي الراجح الرجوع بدعوى ضمان الاستحقاق إلا أنه في الوقت نفسه لا يحق له الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب الخفي وهذا ما أشارت إليه المادة (569) من القانون المدني العراقي ، إذ نصت ((لا تسمع دعوى ضمان العيب فيما بيع بمعرفة المحكمة أو الجهات

(1) لتلافي التكرار انظر، ص182-185 من الرسالة حيث حددنا ما يلتزم به البائع في حالة استحقاق المبيع.
(2) انظر، د.جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية، مصدر سابق، ص119. د.محمد علي عمران، شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني الليبي ، المكتبة الوطنية ، بلا سنة طبع ، ص285. د.محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني، العقود المسماة ، عقد البيع وعقد المقايضة ، الجزء السادس ، تنقيح المستشار محمد علي سكيكر والمستشار معتز كامل مرسي ، منشأة المعارف، 2005، ص282.
(3) انظر، د.غني حسون طه، مصدر سابق، ص296.

الحكومية الأخرى بطريق المزايدة العلنية⁽¹⁾. وهذا ما أكدته القضاء في أحكامه⁽²⁾. ولكن يلاحظ بان القضاء في أحكام أخرى⁽³⁾ أعطى للمشتري بالمزاد الحق برفع دعوى ضمان العيب الخفي، وأعطاه الخيار في حالة وجود عيب خفي بين قبول المبيع بنفس البديل أو فسخ المزايدة بمقتضى أحكام المادة (558) مدني عراقي. وبذلك يظهر التعارض بين موقف القضاء في مسألة رجوع المشتري على البائع بدعوى ضمان العيب الخفي.

وإزاء هذا التعارض في موقف القضاء يمكن القول ، بان الراسي عليه المزداد لا يحق له الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب الخفي . والسبب في عدم رجوع المشتري بالمزاد على البائع بدعوى ضمان العيب الخفي يعود الى إن البيع بالمزاد العلني يتم وفقاً لإجراءات قانونية منظمة وبصورة علنية بالإضافة الى انه يتم بإشراف جهة مختصة بالتنفيذ مما يسهل الكشف عن العيوب ، فضلاً عن ذلك فان المادة (569) مدني عراقي لم تعطي المشتري بالمزاد العلني هذا الحق .

وفضلاً عن عدم سماع دعوى ضمان العيب الخفي من قبل الراسي عليه المزداد، كذلك لا يحق له الادعاء بالغبن⁽⁴⁾ ما دام البيع قد حصل عن طريق المزداد العلني ، وذلك لان البيع بالمزاد العلني يتسم بالعلانية مما يجعل المبلغ الذي رست به المزايدة يمثل القيمة الحقيقية للعقار المبيع. وقد نصت على ذلك المادة (3/124) مدني عراقي بقولها ((لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة العلنية))⁽⁵⁾، وبذلك فان البيع إذا تم بالمزاد العلني فلا يكون من حق الراسي عليه المزداد الادعاء بالغبن لما تنسم به إجراءات المزايدة من الوضوح والعلانية⁽⁶⁾.

الفرع الثاني

التزامات الراسي عليه المزداد

أولاً: الالتزام بدفع الثمن والرسوم :-

يلتزم من رست عليه المزايدة بعد تمام الإحالة النهائية بدفع الثمن الذي رسا به المزداد

-
- (1) تقابلها المادة (454) مدني مصري (موافق)، إذ نصت ((لا ضمان للعيب في البيوع القضائية)).
- (2) انظر قرار محكمة التمييز (رقم الاضبارة 1159 ح 966/، تاريخ القرار 1966/12/24)، مجلة القضاء، العدد الثاني ، 1967، ص 110.
- (3) انظر ، قرار محكمة التمييز رقم 776 و 777 - حقوقية- 60 أبو الخصيب ، تاريخ القرار 1960/7/12 أشار إليه، عامر خطاب عمر، مصدر سابق، ص 89.
- (4) الغبن هو عدم التعادل عند تمام العقد بين ما يدفعه المتعاقد وما يأخذه.
- (5) تقابلها المادة (295) مدني سوري ، والمادة (427) مدني مصري.
- (6) انظر بهذا الخصوص (قرار محكمة النقض السورية رقم 165 تاريخ القرار 1982/5/22) ، مجلة القانون، الأعداد ، (5-10) ، وزارة العدل السورية، 1982، ص 211.

فضلاً عن رسوم التسجيل العقاري .

ويحق للمشتري أن يطلب من رئيس الدائرة المختصة إعطاء مهلة لا تتجاوز عن خمسة عشر يوماً لتسديد ثمن الشراء وكافة الرسوم⁽¹⁾. وهذا ما أشارت إليه المادة (1/175) من قانون التسجيل العقاري بقولها ((يكلف المشتري بعد تمام الإحالة النهائية باسمه بدفع بدل الشراء مع الرسوم ويجوز لرئيس الدائرة إمهاله لمدة مناسبة لا تزيد عن خمسة عشر يوماً بناء على طلب المشتري على أن يثبت ذلك في استمارة المزايدة بتوقيع المشتري)).

ولا يختلف الحكم كثيراً في قانون أصول المحاكمات اللبناني ، فالمادة (763) من هذا القانون ، تلزم المشتري بالمزاد على ضرورة دفعه لدائرة الإجراء جميع المبالغ المترتبة عليه بإيداعها في احد المصارف خلال عشرين يوماً من تاريخ الإحالة.

أما قانون المرافعات المصري فانه لم يمنح المشتري بالمزاد مهلة للوفاء بالثمن. فإذا اعتمد القاضي عطاء احد المشتريين وجب عليه أن يودع حال انعقاد الجلسة كامل الثمن الذي اعتمده القاضي فضلاً عن المصاريف ورسوم التسجيل ، فإذا قام المشتري بدفع جميع هذه المبالغ تحكم المحكمة بإيقاع البيع عليه⁽²⁾ ، وقد لا يقوم المشتري بالمزاد بإيداع كامل الثمن ففي هذه الحالة يجب عليه إيداع خمس الثمن على الأقل.

فإذا لم يقدّم المشتري بدفع كامل الثمن أو بإيداع خمسة ففي هذه الحالة يتم إعادة المزايدة من جديد إذ نصت على ذلك المادة (440) مرافعات مصري بقولها ((فإذا لم يودع الثمن كاملاً وجب عليه إيداع خمس الثمن على الأقل و إلا أعيدت المزايدة على ذمته في نفس الجلسة....)).

وقد لا يقوم المشتري بدفع كامل الثمن وإنما يقوم بدفع خمسة وفي هذه الحالة يتم تأجيل البيع ، فإذا أودع الثمن في الجلسة التالية حكم القاضي بإيقاع البيع له إلا إذا تقدم في هذه الجلسة احد المزايدين وقبل شراء العقار بالثمن الذي تقدم به المشتري الأول مضافاً إليه زيادة تقدر بعشر الثمن ، ففي هذه الحالة تعاد المزايدة في نفس الجلسة على أساس الثمن الأخير ((الثمن الذي تقدم به المشتري الأول + زيادة تقدر بعشر الثمن)) ولا

(1) عامر خطاب عمر، مصدر سابق، ص 223.

(2) انظر، المادة (440) مرافعات مصري إذ نصت ((يجب على من يعتمد عطاءه أن يودع حال انعقاد الجلسة كامل الثمن الذي اعتمد والمصاريف ورسوم التسجيل، وفي هذه الحالة تحكم المحكمة بإيقاع البيع عليه....)).

يقبل في هذه الجلسة بأي عطاء إلا إذا كان مصحوب بكامل الثمن ، وبذلك فإن القاضي لا يقبل العطاء في هذه الجلسة إلا إذا كان يزيد على عشر الثمن الذي رسا به المزايد في الجلسة السابقة وقام المشتري بأداء كل هذا الثمن فوراً⁽¹⁾ .

وقد يحدث أن تعاد المزايدة على أساس الثمن الأخير الذي تقدم به احد المزايدين ولكن لم يتقدم من يقبل الشراء مع زيادة عشر الثمن ، ففي هذه الحالة يحكم القاضي بإيقاع البيع على من دفع في الجلسة السابقة خمس الثمن . ويجب عليه إيداع كامل الثمن ومصاريف التسجيل فوراً. ولكن قد لا يقوم هذا المزايد بالإيداع ، فما هو الحكم في هذه الحالة؟

نلاحظ إن المزايد إذا لم يقم بإيداع كامل الثمن ومصاريف ورسوم التسجيل ففي هذه الحالة تعاد المزايدة فوراً على ذمته ويقصد بإعادة المزايدة على ذمته ، أن تفتح المزايدة من جديد على أساس الثمن الذي قد رسا به المزايد عليه ، أي أن تعاد المزايدة على أساس الثمن الذي يلتزم به ، وليس على أساس الثمن الأساسي الذي بدأت به المزايدة⁽²⁾ .

ويلاحظ إن مدة الخمسة عشر يوماً التي يجب على المشتري ان يقوم خلالها بدفع الثمن وكافة الرسوم في القانون العراقي تبدأ من اليوم التالي لرسو المزايدة. حيث ان يوم المزايدة لا يحتسب في هذه الحالة⁽³⁾ .

وفي حالة عدم قيام المشتري بالمزايد بدفع الثمن ورسوم التسجيل خلال هذه المدة فيعتبر ناكلاً عن شراء العقار المبيع ، ويلاحظ بان المشتري يعد ناكلاً أيضاً إذا قام بدفع الثمن والرسوم ولكن حصل الدفع خارج المدة القانونية⁽⁴⁾ . ولكن إذا تسلمت مديرية التنفيذ ثمن العقار من المشتري بعد مرور المدة القانونية فان المشتري في هذه الحالة لا يعد ناكلاً⁽⁵⁾ .

وإذا نكل المشتري فان العقار يعرض على المزايد الذي كف يده قبله ببذله ، أي إن

(1) انظر ، د. احمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، مصدر سابق، ص1457-1458.
(2) انظر، المادة (440) من قانون المرافعات المصري . ولمزيد من التفصيل انظر ، د. احمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، مصدر سابق، ص1455-1456.
(3) انظر بهذا الخصوص قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية (رقم القرار 249/تنفيذ/1993 ، تاريخ القرار 1993/4/6 ، أشار إليه، هادي عزيز علي، مصدر سابق، ص164.
(4) انظر، قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية (رقم القرار 120/تنفيذ/1989) تاريخ القرار 1989/3/15. أشار إليه، هادي عزيز علي، مصدر سابق ، ص155.
(5) انظر ، قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية (رقم القرار 943/تنفيذ/1990) ، تاريخ القرار 1991/6/9 . المصدر نفسه ، ص161.

العقار في هذه الحالة يعرض على المزايد السابق للمزايد الناكل وبالبديل الذي عرضه⁽¹⁾ فان شاء أخذه وإذا لم يقبله فلا يجبر على أخذه ، وهذا ما أشارت إليه المادة (2/175) من قانون التسجيل العقاري بقولها ((إذا نكل المحال عليه عن دفع بدل المزايدة ورسوم التسجيل بعد إمهاله يعرض العقار على المزايد الذي كف يده قبله ببذله فان قبل يضمن الناكل بقرار من رئيس الدائرة الفرق بين البدلين و تستحصل التأمينات إن وجدت و إلا بموجب مذكرة من رئيس الدائرة تنفذ وفق أحكام قانون التنفيذ)) وهذا الحكم ينطبق في حالة إحالة العقار على عدد من المزايديين ، إذ إنهم يكونون متضامنين في دفع بدل الإحالة في حالة نكلهم، وهذا ما قضت به محكمة التمييز بقولها ((يعتبر المحال عليهم متضامنين في دفع بدل المزايدة ابتداء وفي حالة نكلهم يتحملون مجتمعين دفع فرق بدل الإحالة))⁽²⁾.

وفي قانون المرافعات المصري يضمن الناكل ما ينقص من ثمن العقار بالإضافة الى الفوائد ، ويتم إلزام الناكل بفرق الثمن بحكم إيقاع البيع لكي يكون سنداً تنفيذياً في مواجهته ، أما إذا حصلت زيادة في ثمن العقار فتكون من حق المدين أو الحائز أو الكفيل العيني بحسب الأحوال ، وتوزع الزيادة على الدائنين كما يوزع ثمن العقار ، وقد أشارت الى هذه الأحكام المادة (443) من قانون المرافعات المصري.

ويلاحظ بان نص الفقرة الثانية من المادة (175) من قانون التسجيل العقاري تعد استثناء من القواعد العامة ، فالقاعدة العامة أشارت إليها المادة (89) من القانون المدني العراقي بقولها ((لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزايدة ويسقط العطاء بعطاء أزيد ولو وقع باطلاً أو بإقفال المزايدة دون أن ترسو على احد)) فحسب القاعدة العامة إن العطاء يسقط بعطاء أزيد ولو كان العطاء الأخير باطلاً ، كما لو صدر من شخص ناقص الأهلية ولكن استثناءً من هذه القاعدة ومن اجل إنهاء المزايدة بوقت قصير فان العقار يعرض على المزايد السابق للمزايد الذي نكل عن شراء العقار على الرغم من إن المادة (89) مدني تنص على سقوط عطاءه. ولكن يلاحظ في هذا الشأن بان العقار لا يعرض على المزايد الذي كف يده قبل الناكل إلا إذا حاز صفة المزايد، وهذه الصفة يحوزها إذا

(1) انظر، عامر خطاب عمر ، مصدر سابق، ص98.

(2) انظر، رقم القرار 247 – مدنية خامسة- تنفيذ -1976 ، تاريخ القرار 1976/5/13 ، مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة السابعة ، 1977، مصدر سابق، ص237.

اشترك في المزاد ودفع التأمينات البالغة 10% من القيمة المقدرة⁽¹⁾.

ويحدث في بعض الحالات أن يكف المزايد قبل الناكل يده عن العقار ويمتنع عن أخذه بالبدل الذي سبق وان عرضه ففي هذه الحالة يتم الإعلان عن مزايدة جديدة لمدة خمسة عشر يوماً مع تضمين الناكل الفرق بين البدلين⁽²⁾.

وقد اخذ قانون الإجراء الأردني في المادة (97) منه بنفس الأحكام التي اخذ بها قانون التسجيل العقاري في المادة (1/175، 2، 3) ولكن يلاحظ بان قانون التسجيل العقاري يختلف عن قانون الإجراء في حالة إصرار المزايد الأول قبل الناكل على عدم اخذ العقار بالبدل الذي عرضه ، فوفقاً لقانون التسجيل العقاري إذا لم يحصل راغب للشراء بعد فتح المزايدة الجديدة فان رئيس الدائرة يقرر إحالة العقار على المزايد الذي كف يده قبل الناكل ، ويستوفى بدل الشراء والرسوم من أمواله ، وقد أشارت الفقرة الرابعة من المادة (175) من قانون التسجيل العقاري على ذلك بقولها ((إذا لم يحصل راغب للشراء بنتيجة هذه المزايدة ، فيعتبر المزايد الناكل مشترياً بقرار من رئيس الدائرة ويستوفى بدل الشراء والرسوم والمصاريف من أمواله وفقاً لأحكام قانون التنفيذ)) أما في قانون الإجراء الأردني فلا يوجد فيه نص يتضمن الحكم الذي أشارت إليه الفقرة الرابعة من المادة (175) من قانون التسجيل العقاري.

وإذا نكل المشتري عن دفع الثمن والرسوم ، فهل يحق له الاشتراك في المزايدة التي تجري بعد النكول؟

لقد ذهب رأي في الفقه⁽³⁾ الى إن الناكل يجب أن لا يسمح له بالاشتراك في المزايدة التي تجري بعد نكوله عن دفع الثمن والرسوم إلا إذا قدم تعهداً بعدم نكوله إذا تمت إحالة العقار عليه كإيداعه في صندوق المحكمة مبلغ يعادل القيمة المقدرة للعقار ، أو قدم كفالة شخصية، والسبب الذي من أجله تم إعطاء الناكل الحق في الاشتراك بالمزايدة الجديدة التي تجري بعد النكول هو انه قد تستجد أمور بالنسبة الى الناكل تجعله يندم على نكوله . وبذلك فان إتاحة الفرصة له للاشتراك بالمزايدة سوف يؤدي الى رواج العقار وارتفاع

(1) قرار محكمة استئناف بغداد رقم 11 / تنفيذ/ 1989 ، تاريخ القرار 1989/1/24 ، أشار إليه، هادي عزيز علي ، مصدر سابق ، ص154.

(2) انظر، المادة (175/ثالثاً) من قانون التسجيل. انظر كذلك، قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية (رقم القرار 1340 / تنفيذ/ 1995 ، تاريخ القرار 1989/10/21. أشار إليه، هادي عزيز علي ، مصدر سابق، ص154.

(3) انظر، عامر خطاب عمر ، مصدر سابق، ص103-104.

بدله ، ونلاحظ بان القانون المدني العراقي وكذلك قانون التسجيل العقاري وقانون التنفيذ لم يتضمن أيًا منهم على نص صريح يشير الى حكم هذه الحالة.

أما بالنسبة الى القضاء فقد أشار الى حق الناكل في الاشتراك بالمزايدة التي تجري بعد النكول ، حيث جاء في احد قرارات محكمة استئناف بغداد ((لا يوجد نص قانوني يمنع الناكل من الاشتراك بالمزايدة))⁽¹⁾.

ويمكن القول إن الناكل عن دفع الثمن والرسوم يحق له الاشتراك في المزايدة الجديدة التي تجري بعد النكول ولا يشترط أن يقدم الناكل تعهداً بعدم نكوله كتقديم كفالة شخصية أو إيداع مبلغ يعادل قيمة العقار ، والسبب في ذلك يعود الى عدم وجود نص يمنع الناكل من الاشتراك بالمزايدة أو إلزامه إذا اشترك في المزاد أن يقدم كفالة أو إيداع قيمة العقار في صندوق المحكمة، وهذا ما أيده موقف القضاء بالإضافة الى ذلك إن القانون حدد على سبيل الحصر بعض الأشخاص الممنوعين من الاشتراك في المزايدة وليس منهم الناكل.

ويحدث أن يقوم المشتري بالنكول عن دفع الثمن والرسوم خلال المدة القانونية فيعرض العقار في هذه الحالة على المزايد الذي قبله بالبذل الذي عرضه أو يتم عرضه في مزايدة جديدة إذا لم يأخذ المزايد قبل الناكل العقار ولكن في نفس الوقت يُظهر الناكل استعداده بدفع البذل ويطلب تسجيل العقار باسمه، فهل يحق له في هذه الحالة تسديد بدل البيع وتسجيل العقار باسمه أم لا يحق له ذلك؟

لقد ظهر في مجال الفقه رأيان لمعالجة هذه الحالة ، إذ ذهب الرأي الأول⁽²⁾ ، الى إن الناكل لا يحق له أن يطلب تسديد بدل البيع وتسجيل العقار باسمه ، مبرراً رأيه بان الإحالة التي جرى النكول عنها تفسخ عند عرض المال على المزايد الذي قبل المشتري الناكل أو عند وضع العقار في المزايدة بالإضافة الى ان الدائن والمدين لا يلحقهما أي ضرر ، فإذا تم البيع بأقل مما رسا على الناكل ، فان الأخير يضمن الفرق وإذا تم البيع بمبلغ أزيد من المبلغ الذي رسا على الناكل ، فان الزيادة تكون من حق المدين.

ويستثنى من هذا الحكم إذا لم يتقدم مزايد آخر لشراء العقار بعد نكول المشتري الأول

(1) رقم القرار 606 / تنفيذ / 1989 ، تاريخ القرار 1989/10/19 . أشار إليه، هادي عزيز علي، مصدر سابق، ص157. انظر كذلك، قرار رقم 89 / تنفيذ / 1996، تاريخ القرار 1996/2/5 ، المصدر نفسه ، ص167.

(2) انظر، د.سعيد مبارك، مصدر سابق، ص241.

وقام الأخير بدفع الثمن والمصاريف ، ففي هذه الحالة يسجل العقار باسم الناقل لعدم تعلق حق الغير به.

أما بالنسبة الى الرأي الثاني⁽¹⁾، فانه يفرق بين حالة عرض العقار على المزايد السابق للناقل وقبوله للعرض وبين عرضه عليه ورفضه للعقار. ففي الحالة الأولى إذا تم عرض العقار على المزايد السابق للناقل وقبل أن يأخذ العقار بالبدل الذي عرضه ففي هذه الحالة لا يحق للناقل القيام بتسديد البدل وطلب تسجيل العقار باسمه ، أما في الحالة الثانية والتي يرفض فيها المزايد السابق للعقار ويتم الإعلان عن بيع العقار بمزايدة جديدة، ففي هذه الحالة يحق للناقل تسديد البدل وتسجيل العقار باسمه بشرط أن يقدم الناقل طلبه قبل أن يحضر راغب بالشراء ، ويستند هذا الرأي في تبرير هذا الحكم الى ضرورة إنهاء المزايدة بوقت قصير ولما يحققه هذا الحكم من تحقيق لمصلحة كافة الأطراف بالإضافة الى ذلك فانه اذا لم يحضر مزايد لشراء العقار بعد الإعلان عن المزايدة في حالة نكول المشتري لمدة خمسة عشر يوماً ففي هذه الحالة يحال العقار على المشتري الناقل ويستحصل البيع والرسوم منه.

وبذلك إذا تقدم احد المزايدين لشراء العقار بعتاء أزيد من العطاء الذي عرضه الناقل فلا يحق للناقل تسديد البدل والطلب لتسجيل العقار باسمه.

ويلاحظ بأنه لا يوجد نص صريح في التشريع العراقي يبين حكم هذه الحالة.

أما بالنسبة الى موقف القضاء من مسألة طلب المزايد الناقل تسديد البدل وتسجيل العقار باسمه ، فانه أعطى المزايد الناقل حق دفع البدل وتسجيل العقار باسمه ، طالما لم ينشر الإعلان عن المزايدة الثانية في جريدة يومية⁽²⁾.

ويمكن القول، إن المزايد الناقل لا يعطى له هذا الحق إلا إذا رفض المزايد السابق اخذ العقار وتم عرض العقار للبيع بمزايدة جديدة ولم يتقدم احد لشرائه خلال مدة المزايدة البالغة خمسة عشر يوماً ، ففي هذه الحالة يحق له تسديد بدل البيع وتسجيل العقار باسمه. ولا بد من الإشارة أخيراً. الى إن الراسي عليه المزداد ، إذا قام بدفع التأمينات القانونية ولم يودع ثمن الشراء خلال المدة القانونية ، فيعد ناكلاً وتصبح التأمينات المدفوعة إيراداً

(1) انظر، عامر خطاب عمر ، مصدر سابق، ص104.

(2) انظر، حكم محكمة التمييز رقم 318/ تنفيذ 1969/ ، تاريخ 1969/2/23 . أشار إليه، سعيد مبارك ، مصدر سابق، ص241.

ثانياً: الالتزام برد المصروفات الى الحائز :-

إذا رسا المزااد على غير الحائز ، فان الراسي عليه المزااد يلتزم ، بان يرد الى الحائز جميع المصروفات التي أنفقها في سبيل تملك العقار المرهون وتشمل هذا المصاريف مصروفات سند ملكيته ومصروفات تسجيل هذا السند ومصروفات الإعلانات التي قام بها الحائز ، فضلاً عن ذلك فان الراسي عليه المزااد يلتزم كذلك بان يرد الى الحائز جميع المصروفات التي أنفقها الحائز في سبيل تحرير العقار ، ويضاف الى هذه المصروفات الثمن الذي رسا به المزااد عليه ، وقد أشارت المادة (2/1310) من القانون المدني العراقي الى هذه المصروفات والى ضرورة ردها الى الحائز من قبل الراسي عليه المزااد ، إذ نصت فيها ((2- ويلتزم من ترسو عليه المزايدة ، بان يرد الى الحائز الذي نزع ملكيته المصروفات التي أنفقها في سند ملكيته وفيما قام به من الإعلانات وذلك الى جانب إلزامه بالثمن الذي رست به المزايدة ، وبالمصروفات التي اقتضتها إجراءات التحرير))⁽²⁾.

ويلاحظ بان هذا النص يطبق على كافة الحالات التي تنتزع فيها ملكية الحائز على الرغم من إن النص جاء بخصوص التحرير وذلك لاتحاد العلة في كافة الحالات التي تنتزع فيها ملكية الحائز ، فإذا نزع ملكية الحائز فانه ليس من العدل إلزام الحائز بها وإنما يجب إلزام الراسي عليه المزااد بها⁽³⁾.

ويلاحظ كذلك على هذا النص ، أنه لم يشر الى حكم المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية التي ينفقها الحائز على العقار المرهون ، هل إن الراسي عليه المزااد يلتزم بردها الى الحائز أم إن الأخير هو الذي يتحملها ، فالنص لم يشر إلا الى المصروفات التي أنفقها الحائز في سبيل تملكه العقار أو في سبيل الاحتفاظ بملكيته وأوجب على

(1) انظر، قرار محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية رقم 112/ تنفيذ /2000 ، تاريخ القرار 2000/2/20 قرار غير منشور.

(2) تقابلها المادة (920) مدني جزائري (موافق) ، والمادة (2/1069) مدني مصري (موافق)، والمادة (2188) مدني فرنسي (موافق) ، إذ نصت ((الراسي عليه المزااد ملزم ، زيادة على الثمن الذي رسا به عليه المزااد، بان يدفع الى الحائز الذي نزع ملكيته المصروفات الرسمية والمصروفات القانونية الخاصة بعقده ومصروفات التسجيل في دفاتر أمين التسجيلات ومصروفات التنبيه التي أنفقها للوصول الى البيع)).

(3) نلاحظ بان هذه المصروفات وان كان الراسي عليه المزااد يتحملها من حيث الظاهر ، ولكن في حقيقة الأمر الذي يتحملها هم الدائنون المرتهنون ، حيث إنها تنزل من الثمن الذي رسا به المزااد وما يبقى بعد ذلك يوزع على الدائنين.

الراسي عليه المزاو ردها الى الحائز.

ويمكن القول إن الحائز يحق له استرداد المصروفات الضرورية حسب القواعد العامة الموجودة في القانون المدني⁽¹⁾. والمصروفات الضرورية هي التي تلزم لصيانة المبيع وحفظه من الهلاك ، كما هو الحال في بناء جدار مهدد بالسقوط . فهذه المصروفات يحق للحائز استردادها من المستحق ، وهو في هذه الحالة الراسي عليه المزاو ، وهذا ما نصت عليه المادة (1/1167) مدني عراقي، بقولها ((على المالك الذي رد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الاضطرارية والمصروفات الاضطرارية هي المصروفات غير الاعتيادية التي يضطر الشخص إلى أنفاقها لحفظ العين من الهلاك)).

أما المصروفات النافعة وهي التي تزيد من قيمة المبيع ، كما لو قام الحائز ببناء طابق جديد ، فإن الحائز يستطيع الرجوع بها على البائع ، إذ نصت المادة (1/554) مدني عراقي ((.....وله أن يسترد أيضاً قيمة الثمار التي ألزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التي صرفها....)).

أما بالنسبة إلى حكم المصروفات الكمالية ، وهي التي لا تكون لازمة لحفظ الشيء ولا يترتب عليها زيادة قيمته ، كما هو الحال في مصاريف الزخرفة والديكور ، فإن الحائز لا يستطيع أن يطالب بها إلا إذا كان البائع سيء النية، أي أنه يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، وهذا ما أشارت إليه المادة (2/554) مدني عراقي بقولها ((2- أما إذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فللمشتري أن يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية التي أنفقها على البيع....)).

والسؤال الذي يطرح هنا ، هل يحق للحائز الرجوع على المشتري ((الراسي عليه المزاو)) بهذه المصروفات؟

نلاحظ بأن المادة (3/1167) مدني عراقي تجيز للحائز أن ينتزع ما استحدثه منها على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا رغب المشتري ((الراسي عليه المزاو)) أن يستبقها في مقابل دفع قيمتها مستحقة القلع. وإذا تمت إحالة العقار على الحائز فيحق له أن يستنزل من الثمن الذي رسا به المزاو مقدار المصروفات التي يحق له استردادها ، أما

(1) انظر ، شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص168. سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مصدر سابق ، ص231. وفي الفقه الفرنسي انظر ، Planiol et Ripert et Becque , op,cit,P.519.

إذا تمت إحالة العقار على غير الحائز فيحق للحائز أن يطلب من قاضي التنفيذ حجز مستحقته من الثمن الذي رسا المزاد به⁽¹⁾.

وإذا لم يتم حجز مستحقات الحائز ، فإن الفقه يتجه الى الاعتراف للحائز بحق حبس العقار حتى يستوفي حقوقه كافة⁽²⁾.

ويلاحظ بان القضاء في فرنسا لا يعطي للحائز الحق في الحبس ويؤيده رأي في الفقه الفرنسي بحجة انه يؤدي الى تعطيل تنفيذ التأمين وإلزام الدائن المنفذ أن يدفع مقدماً مستحقات الحائز⁽³⁾.

ويبدو إن الفقه العراقي قد استند على نص المادة (1/282) مدني عراقي لإعطاء الحائز الحق في الحبس والتي تنص ((1- لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به))⁽⁴⁾.

(1) انظر، د. محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص130. د. احمد سلامه ، التأمينات المدنية، مصدر سابق، ص321.

(2) انظر، شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق، ص168. محمد علي إمام ، مصدر سابق، ص401.

(3) , 1257; s.82, 168, 1. 82.D.1881. Nov. 14 Civ. 12. aout , Bordean, 2171 et 2207. T.3n, Baudry – Lacantinerie et De loynes . 409 . 2. D.1906. 1902 .

أشار اليه، حسين عبد اللطيف حمدان ، مصدر سابق، ص544.

(4) تقابلها المادة (246) مدني مصري ، إذ نصت ((لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزاماته هذا – ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع)).

توصلنا من خلال البحث في هذه الرسالة الى المقترحات الآتية :-

- 1- إن تعريف القانون المدني العراقي للحائز ، يؤدي الى اختلاط صفة الحائز للعقار المرهون مع غيره من الحائزين . كما في حالة الحائز العرضي للعقار المرهون كالمستأجر، وحائز ملك الغير الذي يريد إكتساب الملكية عن طريق التقادم. ولمنع اختلاط صفة الحائز للعقار المرهون مع غيره من الحائزين، اقترحنا تعديل صيغة المادة (2/1306) مدني عراقي ، لتصبح بالشكل الآتي ((يعد مكتسباً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بعد الرهن ، بأي سبب من الأسباب، ملكية هذا العقار أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن ، دون أن يلزمه شخصياً دين الرهن)) وذلك أسوة بما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي ، إذ انه أطلق تسمية ((المكتسب)) على الحائز للعقار المرهون في المادة(2166) منه.
- 2- إن القانون المدني العراقي لم يعط الكفيل العيني والحائز للعقار المرهون الحق في التخلية عن العقار المرهون ، بخلاف القوانين المدنية الأخرى . التي أعطت للكفيل العيني والحائز ، الحق في التخلية ، كالقانون المدني المصري المادة (2/1051) والمادة (1/1060) والقانون المدني الكويتي المادة (2/991) والمادة (1/1004) . وبما إن الفقه العراقي أشار الى أن مسؤولية الكفيل العيني والحائز للعقار المرهون هي مسؤولية عينية. عليه دعونا المشرع العراقي الى إعطاء الحق للكفيل العيني في التخلية عن العقار المرهون. وأقترحنا إضافة فقرة ثانية الى المادة (1300) مدني عراقي ، لتصبح بالشكل الآتي ((2- يحق للكفيل العيني أن يتفادى مباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهته في حالة تخليه عن العقار المرهون))

كما دعونا المشرع العراقي الى إعطاء الحق للحائز في التخلية عن العقار المرهون لأنه غير مسؤول شخصياً عن الدين ومن اجل الحفاظ على سمعته المالية. وأقترحنا على المشرع العراقي تعديل صياغة المادة (1/1306) مدني . لتصبح بالشكل الآتي ((1- يجوز للمرتهن عند حلول اجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد

الحائز لهذا العقار بعد إنذاره بدفع الدين إلا إذا اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدين أو بتحرير العقار من الرهن أو بتخليه عنه)).

3- إن القانون المدني العراقي أشتراط عند التنفيذ على العقار المرهون إنذار الحائز بدفع الدين ولم يشترط أن يقوم بتنبيه المدين بدفع الدين، لأنه هو المدين الأصلي وقد يقوم بوفاء الدين بمجرد تنبيهه بدفع الدين، وبذلك دعونا المشرع العراقي الى ضرورة التنبيه على المدين وإنذار الحائز بدفع الدين في حالة التنفيذ على العقار المرهون أسوة بالتشريعات المدنية الأخرى ، كالقانون المدني المصري المادة (1072) والقانون المدني الجزائري المادة (923).

ولأجل ذلك اقترحنا على المشرع العراقي تعديل صياغة المادة (1/1306) لتصبح بالشكل الآتي ((يجوز للمرتهن عند حلول اجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز لهذا العقار بعد تنبيه المدين وإنذار الحائز بدفع الدين...)).

4- الأصل إن وفاء الدين يكون اختيارياً ولكن قد يجبر الحائز على الوفاء به في ثلاث حالات ، الأولى عندما يكون في ذمة الحائز مبلغ بسبب تملكه للعقار المرهون مستحق الأداء ويكفي للوفاء بجميع ديون الدائنين والثانية عندما يكون المبلغ المتبقي في ذمة الحائز اقل من ديون الدائنين أو مغايراً لها وغير مستحق الأداء ويتفق الدائنون على مطالبة الحائز بالدين، والثالثة عندما يشترط المالك السابق للعقار المرهون على الحائز أن يقوم بدفع ثمن الشراء الى الدائنين المرتهنيين وقد لاحظنا بان القانون المدني العراقي لم ينص صراحة على الحالتين الأولى والثانية من حالات الوفاء الجبري على الرغم من إن القانون المدني العراقي أشار الى إمكانية جبر المدين على التنفيذ الجبري في المادة (1/246) منه ، إذ نصت على ((يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك مكنناً)) ولكن لا يمكن تطبيق هذا النص إلا على الحالة الأولى من حالات الوفاء الجبري ، عندما يكون هناك مبلغ مستحق الأداء في ذمة الحائز بسبب تملكه العقار المرهون وكان كافياً للوفاء بديون الدائنين المرتهنيين .

أما بالنسبة الى الحالة الثانية من حالات الوفاء الجبري . فلا يمكن تطبيق نص المادة (1/246) مدني عليها ، وذلك لان المبلغ المتبقي في ذمة الحائز اقل من ديون الدائنين المرتهنيين وغير مستحق الأداء، ولا يجبر الحائز على دفعه إلا إذا اتفق جميع الدائنين

على إجبار الحائز على الدفع لهم وهذا ما لم تشر إليه المادة أعلاه. فضلاً عن ذلك فإن الكثير من التشريعات المدنية تتضمن نصاً مشابهاً لنص المادة (1/246) مدني عراقي . مع ذلك تشير الى حالات الوفاء الجبري للدين من قبل الحائز كما هو الحال في القانون المدني المصري المادة(1/203) منه، والمادة (204) مدني سوري والمادة (249) من قانون الموجبات والعقود اللبناني ولذلك اقترحنا على المشرع العراقي إضافة فقرة ثالثة الى المادة (1307) مدني عراقي لتصبح بالشكل الآتي ((3- إذا كان الدين الذي ترتب في ذمة الحائز غير مستحق الأداء وكان غير كاف للوفاء بالديون المستحقة أو مغايراً لها ، جاز للدائنين المرتهنيين إذا اتفقوا جميعاً إجبار الحائز على الوفاء بالدين المترتب في ذمته وفي الميعاد المحدد للوفاء به)).

5- لم ينص القانون المدني العراقي صراحة على حكم استحقاق العقار من تحت يد الحائز استحقاقاً جزئياً بعد عرضه تحرير العقار وقبول الدائنين لهذا العرض، ومن اجل ذلك ندعو المشرع العراقي الى إعطاء الحائز في هذه الحالة الحق بإنقاص الثمن الذي عرضه لتحرير العقار بقدر ما استحق من العقار. وذلك تحقيقاً للعدالة وللموازنة بين مصلحة الحائز ومصلحة الدائنين المرتهنيين، وأقترحنا على المشرع العراقي إضافة فقرة رابعة الى المادة (1308) مدني عراقي ، لتصبح بالشكل الآتي ((4- على انه إذا استحق العقار من تحت يد الحائز استحقاقاً جزئياً بعد عرضه تحرير العقار وقبول الدائنين المرتهنيين جاز له إنقاص الثمن بقدر ما استحق من العقار)).

6- لقد أشارت المادة (2/1308/ج) مدني عراقي ، الى إن الحائز إذا أراد تحرير العقار، فيجب عليه أن يوجه الى الدائنين المسجلة حقوقهم على العقار إعلانات تشمل على البيانات الآتية :- ج- المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار، وهذا المبلغ يجب ألا يقل عن السعر الذي يتخذ أساساً لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية، وإذا كان التصرف بيعاً يجب ألا يقل عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن العقار. ولكن يلاحظ إن هذه المادة لم تشر الى حالة حصول خطأ مادي في المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار كما لو كان ما عرضه الحائز يزيد على السعر الذي يتخذ أساساً لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية أو كان يزيد عما هو مستحق في ذمته من ثمن العقار. ولأجل ذلك اقترحنا على المشرع العراقي إعطاء الحائز الحق في

القيام بعرض جديد لقيمة العقار وبإجراءات جديدة يصحح فيها الرقم. وذلك استناداً للمادة (184) مدني عراقي. التي أشارت الى تطبيق أحكام العقد على الإرادة المنفردة إلا ما تعلق منها بضرورة وجود أرادتين متطابقتين. وبما إن تحرير العقار يتم بالإرادة المنفردة لحائز العقار المرهون. لذلك دعونا المشرع العراقي الى تطبيق أحكام العقد على هذه الحالة، وبذلك يطبق حكم المادة (120) مدني التي تشير الى ضرورة تصحيح الغلط في الحساب والغلط المادي. إذ نصت بالقول ((لا يؤثر في نفاذ العقد مجرد الغلط في الحساب ولا الغلط المادي وإنما يجب تصحيح هذا الغلط)).

7- إن القانون المدني العراقي لم ينص في المادة (1308) على الحكم في حالة مخالفة الحائز لإجراءات التحرير، كما لو حصل خطأ أو نقص في بيانات العرض التي يجب على الحائز أن يعلنها للدائنين المرتهنين والكفلاء ، لذلك اقترحنا على المشرع العراقي إضافة العبارة الآتية الى نص المادة (2/1308) مدني عراقي لتصبح بالشكل الآتي ((د-يترتب على الخطأ أو النقص في بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة أعلاه بطلان الإعلان بالنسبة للدائن الذي حصل الخطأ أو النقص في إعلانه وكان من شأنه أن يلحق الضرر به)).

8- إن الفقه والقانون المدني العراقي لم يشيرا الى حالة اتفاق الحائز مع احد الدائنين على أن يقوم الأخير بتوجيه إعلان يرفض فيه عرض الحائز تحرير العقار وكان هذا الإعلان غير صحيح . كما في حالة عدم إيداع الدائن الذي رفض العرض مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزايدة وبذلك تمضي المدة القانونية التي يحق للدائنين رفض العرض والبالغة ثلاثين يوماً من تبليغ آخر إعلان. وعليه رأينا ضرورة إعطاء الدائنين الحق بطلب بيع العقار بعد مضي المدة القانونية ، اذا كان مضي المدة يعود الى تواطؤ الحائز مع احد الدائنين ، وعلى ضوء ما تقدم. اقترحنا على المشرع العراقي إضافة العبارة الآتية الى المادة (1309) مدني عراقي ((وإذا مضت مدة الثلاثين يوماً بسبب تواطؤ الحائز مع احد الدائنين . كان من حق الدائنين والكفلاء الآخرين طلب بيع العقار)).

9- اذا عرض الحائز قيمة العقار المرهون على الدائنين المرتهنين ليحرره من الرهن وأعلن احد الدائنين أو الكفلاء رفضه لعرض الحائز. فلا يجوز للدائن أو الكفيل الذي رفض العرض وطلب بيع العقار التنازل عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين والكفلاء. والذين لم يستعملوا حقهم في الرفض استنادا الى الرفض الذي تقدم به احد الدائنين أو الكفلاء ، إذ إن السماح للدائن أو الكفيل الذي رفض العرض الرجوع عن طلبه دون موافقة الدائنين يؤدي الى الإضرار بالدائنين و الكفلاء الآخرين ، وذلك لمضي المدة المحددة التي أجاز القانون لهم فيها طلب بيع العقار. ولعدم وجود نص في القانون المدني العراقي يمنع الدائن أو الكفيل الذي طلب البيع من الرجوع عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين و الكفلاء ، ومن اجل عدم الإضرار بحقوق الدائنين و الكفلاء الآخرين اقترحنا على المشرع العراقي إضافة هذه العبارة الى نص المادة (1309) مدني عراقي ((ولا يجوز لطالب البيع العدول عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين المرتهنين و الكفلاء)) وذلك أسوة بالتشريعات المدنية الأخرى . كالقانون المدني المصري المادة (2/1068) والقانون المدني الكويتي المادة (3/1012).

10- إن التشريعات المدنية التي أعطت للحائز الحق في التخلية عن العقار المرهون لم تبين الحكم في حالة قيام الحائز بتخليه عن العقار المرهون وتعيين حارس على العقار لكي تباشر إجراءات التنفيذ في مواجهته. ولكن الدائن المرتهن لم يستمر في إجراءات التنفيذ على العقار، ففي هذه الحالة، هل تعود الحيابة المادية للحائز أم لا تعود، وبذلك يمكن القول ، بأنه يحق للحائز أن يسترجع الحيابة المادية على العقار في حالة عدم استمرار الدائن المرتهن في إجراءات التنفيذ على العقار المرهون ، وذلك لانتفاء الغرض من التخلية ، وهو التنفيذ على العقار.

11- لم يحدد قانون التسجيل العقاري وقانون التنفيذ مدة زمنية معينة بعد معاملة وضع اليد لتنظيم قائمة المزايمة لكي لا تطول المدة على حجز العقار، مما يسبب ضرراً للشخص المحجوز على عقاره. كذلك لم يشير الى ضرورة تبليغ ذوي العلاقة ((المدين الراهن والدائنين الحاجزين)) بقائمة المزايمة لكي يتسنى لهم الإطلاع على إجراءات التنفيذ والاعتراض على قائمة المزايمة اذا كانت تتعارض مع مصالحهم ، وهذا بلا شك يعد نقصاً تشريعياً لا بد من معالجته من قبل المشرع العراقي، ومن اجل ذلك اقترحنا على المشرع العراقي تعديل صياغة المادة (1/171) من قانون التسجيل العقاري ،

لتصبح بالشكل الآتي ((تنظم قائمة المزايدة خلال سبعة أيام من تاريخ وضع اليد ، يدون فيها أوصاف العقار الثابتة عند وضع اليد وطرفا عقد الرهن وبدل الرهن وشروطه ومرتبته، ويجب تبليغ ذوي العلاقة بهذه القائمة خلال سبعة أيام من تاريخ وضعها)).

12- وفقاً للمادة (4/172) من قانون التسجيل العقاري ، اذا تم إجراء المزايدة ولم يبلغ البديل 80% من القيمة المقدرة للعقار فلا يتم إحالة العقار على المزايدين الأخير إحالة قطعية وإنما يتم تمديد المزايدة مدة خمسة عشر يوماً وتجري الإحالة القطعية على المزايدين الأخير مهما بلغ البديل الذي رست المزايدة به، ومن المحتمل أن يكون البديل الذي رست المزايدة به اقل من 80% من القيمة المقدرة للعقار، ومن اجل المحافظة على أسعار العقارات وعدم بيعها بثمن يقل عن القيمة المقدرة ، دعونا المشرع العراقي بأنه اذا لم يبلغ البديل نتيجة المزايدة الثانية 80% من القيمة المقدرة للعقار الإعلان عن المزايدة مجدداً. أسوة بما ذهبت إليه المادة (98/ثانياً) من قانون التنفيذ. وبذلك اقترحنا على المشرع العراقي تعديل صياغة الفقرة الرابعة من المادة (172) من قانون التسجيل العقاري لتصبح بالشكل الآتي ((اذا لم يبلغ البديل ثمانين من المائة من القيمة المقدرة للعقار فلا تجري الإحالة القطعية ، بل تمدد المزايدة لمدة خمسة عشر يوماً ، وإذا لم يبلغ البديل نتيجة المزايدة الثانية النسبة المذكورة ، فلا تجوز إحالته ، بل يقرر رئيس الدائرة المختصة إعادة تقدير قيمة العقار من قبل الخبراء والإعلان عن المزايدة مجدداً وفق أحكام هذا الفصل)).

13- لم يتضمن القانون المدني العراقي على نص صريح يحدد الوقت الذي تلحق فيه الثمار بالعقار المرهون وتكون من حق الدائنين المرتهنين اذا كان العقار المرهون في يد الحائز، وذلك على خلاف التشريعات المدنية الأخرى . ومنها القانون المدني الفرنسي الذي أشار في المادة (2176) منه الى إن الثمار تلحق بالعقار من يوم إنذار الحائز بالدفع أو التخلية ، وكذلك القانون المدني المصري في المادة (1079) ومن اجل ذلك اقترحنا على المشرع العراقي إضافة النص الآتي الى القانون المدني العراقي ((على الحائز أن يرد ثمار العقار المرهون من وقت إنذاره بدفع الدين)).

14- لم يتضمن القانون المدني العراقي على نص صريح ، يقرر مسؤولية الحائز عن الهلاك أو التلف الذي يحصل بالعقار المرهون بفعله، لذلك دعونا المشرع العراقي الى

تقرير مسؤولية الحائز عن الهلاك أو التلف إذا حصل بفعله وذلك أسوة بالتشريعات المدنية الأخرى ، كالقانون المدني المصري ، المادة (1081) والقانون المدني الكويتي المادة (1023) والمادة (2175) مدني فرنسي ، ولذلك اقترحنا على المشرع العراقي إضافة فقرة ثانية الى المادة (1314) مدني ، لتصبح بالشكل الآتي ((يضمن المكتسب كل ما يصيب العقار المرهون من هلاك أو تلف بخطأه وفقاً لقواعد الضمان في هذا القانون)).

15- قد يكون للحائز على العقار المرهون حقوق عينية أصلية أو تبعية قبل انتقال ملكية العقار إليه ، ولكن بعد انتقال ملكية العقار المرهون إليه، فإن هذه الحقوق تنقضي بسبب وحدة المالك وصاحب الحق العيني ، ولكن ما هو مصير هذه الحقوق في حالة نزع ملكية العقار المرهون من الحائز و رسو المزاد على الغير، هل إن هذه الحقوق تعود من جديد الى الحائز أم لا تعود ؟ وقد لاحظنا بان القانون المدني العراقي لم يتضمن نصاً صريحاً يشير الى عودة هذه الحقوق الى الحائز، وهذا يعد نقصاً تشريعياً لا بد من معالجته بنص صريح يقرر عودة جميع الحقوق التي كانت للحائز قبل تملكه العقار المرهون وذلك أسوة بالكثير من التشريعات المدنية التي أشارت الى عودة الحقوق الى الحائز ، ومن هذه التشريعات القانون المدني المصري المادة (1078) والقانون المدني الكويتي (1021) والقانون المدني الفرنسي المادة (2177) ، ولذلك اقترحنا على المشرع العراقي إضافة فقرة ثالثة الى المادة (1313) مدني لتصبح بالشكل الآتي ((تعود للحائز الحقوق العينية التي كانت له قبل انتقال ملكية العقار المرهون إليه)).

16- إن المادة (2/181) من قانون التسجيل العقاري أشارت الى حكم وفاة الراسي عليه المزاد بعد دفع البدل وقبل تسجيل العقار باسمه، ففي هذه الحالة يسجل العقار باسم ورثته الشرعيين. ولكن هذه المادة لم تبين حكم وفاة المشتري قبل دفع البدل وإبداء الورثة رغبتهم في دفع البدل وتسجيل العقار بأسمائهم. لذلك اقترحنا تعديل صياغة المادة (2/181) من قانون التسجيل العقاري ، لتصبح بالشكل الآتي ((إذا توفي المشتري أو المتفرغ بعد الإحالة النهائية يسجل العقار باسم ورثته الشرعيين ، سواء قام المشتري أو المتفرغ بدفع البدل أم لم يدفعه ، ولكن في الحالة الأخيرة لا يسجل العقار باسم الورثة إلا إذا ابدوا رغبتهم بدفع البدل وتسجيل العقار بأسمائهم)).

المصادر باللغة العربية

القرآن الكريم

أولا ، الكتب القانونية:-

- 1- د.احمد أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية بمقتضى قانون أصول المحاكمات اللبناني ، الطبعة الثالثة ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1984.
- 2- د.احمد أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2000.
- 3- د.احمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، الطبعة السادسة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2000.
- 4- د.احمد سلامة ، التأمينات المدنية ، الرهن الرسمي ، دار التعاون للطبع والنشر ، بلا مكان طبع ، 1966.
- 5- د.احمد سلامة ، دروس في التأمينات المدنية ، دار النهضة العربية ، بلا مكان طبع ، 1968.
- 6- د.احمد محمد إبراهيم ، القانون المدني معلقاً على نصوصه بالإعمال التحضيرية وأحكام القضاء وآراء الفقهاء ، الطبعة الأولى ، دار المعارف ، بلا مكان طبع ، 1964.
- 7- د.احمد محمود سعد ، د.جلال محمد إبراهيم ، الحقوق العينية التبعية ، الجزء الأول ، الرهن الرسمي ، بلا مكان طبع ، 1994.
- 8- آدم وهيب نداوي ، شرح قانون البيئات والإجراء ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1998.
- 9- د.اسعد دياب ، أبحاث في التأمينات العينية ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1988.
- 10- د.إسماعيل غانم ، دروس في الحقوق العينية الأصلية ، الإسكندرية ، 1954.
- 11- د.إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، مطبعة النصر ، بلا مكان طبع ، 1956.
- 12- د.امجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001.

- 13- د. أمينة النمر ، أحكام التنفيذ الجبري وطرقه ، الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1971.
- 14- المستشار أنور العمروسي ، الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني ، دار محمود للنشر والتوزيع ، بلا مكان طبع ، 2004.
- 15- أنور سلطان ، العقود المسماة ، شرح عقدي البيع والمقايضة دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، بيروت ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، 1980.
- 16- د. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، بلا مكان طبع ، 1997.
- 17- المستشار أنور طلبه، الوسيط في القانون المدني ، الجزء السادس ، الحيازة - الانتفاع - الاستعمال والسكنى - الحكر - الإرتفاق - الرهن الرسمي - الرهن الحيازي - الاختصاص - الامتياز ، المكتب الجامعي الحديث ، بلا مكان طبع ، 2001.
- 18- د. بدران أبو العينين بدران ، أحكام التركات والمواريث، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع .
- 19- د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية - البيع - الإيجار - المقاوله، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997.
- 20- د. جلال محمد إبراهيم ، الحقوق العينية التبعية ، مطبعة الإسراء ، بلا مكان وسنة طبع.
- 21- د. حسام الدين كامل الاهواني ، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، مؤسسة دار الكتب ، الكويت ، 85-1986.
- 22- د. حسام الدين كامل الاهواني ، عقد البيع ، الطبعة الأولى ، ذات السلاسل للطباعة والنشر ، الكويت ، 1989.
- 23- المحامي حسن الفكهاني ، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، الجزء الأول ، الدار العربية للموسوعات ، القاهرة ، 1978.
- 24- د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الأصلية ، شركة الرابطة للطباعة والنشر ، بغداد ، 1954.

- 25- د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، العقود المسماة ، عقد البيع ، مطبعة الرابطة ، بلا سنة طبع.
- 26- د.حسن كيهره ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها ومصادرها ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1998.
- 27- القاضي حسين عبد اللطيف حمدان ، التأمينات العينية ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1985.
- 28- د.خميس خضر ، عقد البيع في القانون المدني ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، 1972.
- 29- د.رمضان أبو السعود ، د.همام محمد محمود ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1998.
- 30- د.رمضان أبو السعود ، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2000.
- 31- د.رمضان أبو السعود ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار الجامعة الجديدة ، بلا مكان طبع ، 2005.
- 32- زهدي يكن ، شرح قانون الملكية الموسع ، التأمينات العقارية ، دار النهار للنشر ، بلا مكان طبع ، 1973.
- 33- د.سعيد سعد عبد السلام ، مصادر الالتزام المدني ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003.
- 34- د.سعيد سعد عبد السلام ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، بلا مكان طبع ، 2004.
- 35- د.سعيد مبارك ، أحكام قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 ، الطبعة الأولى ، مطبعة التعليم العالي في الموصل ، 1989.
- 36- د.سليمان الناصري ، المدخل لدراسة القانون – دراسة مقارنة ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، 1999.
- 37- د.سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مطابع دار النشر للجامعات ، القاهرة ، 1959.

- 38- د.سليمان مرقس ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الالتزامات ، المطبعة العلمية ، القاهرة ، 1964.
- 39- د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الثاني - في الحقوق العينية التبعية ، القسم الأول ، حق الرهن وحق الاختصاص ، الطبعة الثالثة ، تنقيح الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي ، بلا مكان طبع ، 1995.
- 40- د.سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، الكفالة ، الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز ، منشأة المعارف ، 1996.
- 41- شاكِر ناصر حيدر ، شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية العقارية ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1953.
- 42- د.شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، الطبعة الثالثة ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1955.
- 43- د.شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1959.
- 44- د.صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 2001.
- 45- د.صلاح الدين الناهي ، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار المعرفة ، بغداد ، 1953.
- 46- عادل سيد فهم ، نظرية التأمين العيني في التقنين المدني العراقي الطبعة الثانية ، بلا مكان طبع ، 1960.
- 47- المحامي عادل عبد الرزاق ، أحكام الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ، بلا مكان طبع ، 1996-1997.
- 48- عامر خطاب عمر ، بيع العقار عن طريق المزايدة ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، 1973.
- 49- القاضي عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 - الجزء الرابع ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، 1990.
- 50- د.عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، الجزء الخامس ، بلا مكان طبع ، 1968.

- 51- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2004.
- 52- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، نظرية الالتزام تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2004.
- 53- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثامن ، الملكية ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2004.
- 54- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ، أسباب كسب الملكية ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2004.
- 55- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء العاشر ، التأمينات الشخصية والعينية ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2004.
- 56- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، المصادر – الإثبات – الأوصاف – الانتقال – الانقضاء ، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي ، بلا مكان طبع ، 2004.
- 57- د. عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة ، الالتزام العيني بين الشريعة والقانون ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1972.
- 58- د. عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات الشخصية والعينية مطبعة دار النشر الثقافة ، بلا مكان طبع ، 1950
- 59- د. عبد القادر الفار ، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 1998.
- 60- د. عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مبادئ القانون – النظرية العامة للحق ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 1999.
- 61- د. عبد اللطيف البلداوي ، دراسة في الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1975.

- 62- د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، القانون المدني ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، بغداد ، 1986.
- 63- د. عبد المنعم البدر اوي ، اثر مضي المدة في الالتزام ، مطبعة فؤاد الأول ، بلا مكان طبع ، 1950.
- 64- د. عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ، الطبعة الثالثة ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، 1967.
- 65- السيد عبد الوهاب عرفه ، المطول في الملكية العقارية والعقود المدنية العقارية والدعوى المدنية العقارية الناشئة عنها والأحكام الصادرة فيها وتسجيلها في الشهر العقاري ، الجزء الثالث ، دار المطبوعات الجامعية ، إمام كلية حقوق أسكندرية ، 2004.
- 66- القاضي عبود صالح التميمي ، شرح قانون التنفيذ، الطبعة الأولى ، مطبعة الخيرات ، بغداد ، 2000.
- 67- د. عدلي أمير خالد ، الإرشادات العملية في إجراءات الدعوى المدنية ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1998.
- 68- د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، الحقوق العينية ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 2000.
- 69- د. عوض احمد الزعبي ، المدخل الى علم القانون ، دار وائل للنشر ، بلا مكان طبع ، 2001.
- 70- د. السيد عيد نايل ، أحكام الضمان العيني والشخصي ، مطابع جماعة الملك سعود ، 1998.
- 71- د. غازي عبد الرحمن ناجي ، ملكية الشقق والطوابق ، مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، 1987.
- 72- د. غالب علي الداودي ، المدخل الى علم القانون ، دار وائل للنشر والتوزيع ، بلا مكان طبع ، 1999-2000.
- 73- د. غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، الجزء الأول ، عقد البيع ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1970.

- 74- د.غني حسون طه ، محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، الجزء الثاني ، مطبعة وزارة التعليم العالي ، بغداد ، 1982.
- 75- المحامي فاضل النبواني ، الاجتهاد المدني الحديث خلال عشرة أعوام من 1979-1988 ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، بلا مكان طبع، 1991.
- 76- د.فتحي والي ، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية ، مكتبة القاهرة الحديثة ، بلا مكان وسنة طبع .
- 77- د.قذافي عبد الفتاح الشهاوي ، الموسوعة القانونية لصيغ الأوراق القضائية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2000.
- 78- د.محمد المرسي زهرة ، الحقوق العينية الأصلية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي ، المجلد الأول ، حق الملكية بوجه عام والحقوق المتفرعة عنه ، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة ، بلا مكان طبع، 1999.
- 79- د.محمد سليمان الأحمد ، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 2001.
- 80- د.محمد عبد الظاهر حسين ، التأمينات العينية والشخصية ، الجزء الأول ، التأمينات العينية ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، بلا مكان طبع ، 2002.
- 81- د.محمد علي إمام ، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة، 1956.
- 82- د.محمد علي عمران ، شرح أحكام عقد البيع في القانون المدني الليبي ، المكتبة الوطنية ، بنغازي ، بلا سنة طبع.
- 83- محمد طه البشير ، الوجيز في الحقوق العينية التبعية ، الطبعة الرابعة ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1976.
- 84- د.محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية ، تنقيح المستشار محمد علي سكيكر والمستشار معتز كامل مرسي ، منشأة المعارف ، 2005.
- 85- د.محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة – عقد البيع وعقد المقايضة ، الجزء السادس ، تنقيح المستشار محمد علي سكيكر والمستشار معتز كامل مرسي ، منشأة المعارف ، 2005.

- 86- القاضي محمد كمال عبد العزيز ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه ، مكتبة القاهرة الحديثة ، بلا مكان طبع ، 1963.
- 87- د.محمد لييب شنب ، دروس في التأمينات العينية والشخصية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1974.
- 88- د.محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997.
- 89- د.محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الأردني ، الحقوق العينية التبعية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1998.
- 90- د.محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الأردني ، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني ، أسباب كسب الملكية ، الطبعة الأولى مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1999.
- 91- القاضي ، مدحت المحمود ، شرح قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 وتطبيقاته العملية ، منشورات الدائرة القانونية، بغداد، 1992.
- 92- مصطفى مجيد ، أحكام انتقال حق التصرف ، مطبعة سلمان الاعظمي ، بغداد ، 1971.
- 93- د.مصطفى محمد الجمال، أحكام الالتزام ، بلا مكان طبع، 2000.
- 94- د.معوض عبد التواب ، مدونة القانون المدني ، الجزء الثاني ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1987.
- 95- د.مفلح عواد القضاة ، أصول التنفيذ وفقاً لقانون الإجراء ، الطبعة الثالثة ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997.
- 96- د.منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، بلا مكان نشر ، 1991.
- 97- د.منصور حاتم محسن ، نظرية الذمة المالية ، دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعي والإسلامي ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1999.
- 98- د.منير محمود الوتري ، القانون ، الطبعة الثانية ، مطبعة الجاحظ ، بغداد ، 1989.
- 99- د.نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1982.

100- د.نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2001.

ثانياً ، مصادر من الفقه الإسلامي:-

- 1- إبراهيم بن سلمان الرملي ، الفتاوى الخيرية لنفع البرية على مذهب الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ، مصر ، 1300هـ.
- 2- الخرشي ، شرح الخرشي على مختصر خليل ، ج5، دار إحياء التراث العربي، ط1، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، 1406هـ.
- 3- السرخسي ، المبسوط ، الجزء29 ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 1406هـ.
- 4- الشوكاني ، نيل الاوطار ، شرح منتهى الأخبار ، الطبعة الأخيرة ، الجزء الخامس .
- 5- سليمان البجيرمي ، حاشية البجيرمي على منهج الطلاب ، الجزء الثاني، دار الفكر ، بيروت، بلا سنة طبع.
- 6- شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الطبعة الأخيرة ، ج4، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، 1357هـ.
- 7- الشيخ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار العلم للطباعة والنشر، ط8، بلا سنة طبع.
- 8- آية الله العظمى السيد علي السيستاني ، منهاج الصالحين، الطبعة الخامسة، 1417هـ.
- 9- المحقق الثاني الشيخ علي بن الحسين الكركي، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، تحقيق مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ، رمضان، 1414هـ.
- 10- الشيخ الأعظم أستاذ الفقهاء والمجتهدين، مرتضى الأنصاري، الوصايا والمواريث، الطبعة الأولى ، مطبعة باقري، ربيع الأول، 1415هـ.
- 11- منصور يوسف البهوي ، شرح منتهى الإرادات ، الجزء الثاني، 1319هـ.

ثالثاً، الرسائل الجامعية والبحوث

- 1- حسن نعمة ياسر الياسري ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد ، 2004.
- 2- عامر محمد علي ، مبدأ سريان العقد ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة النهرين ، 2001.
- 3- عقيل فاضل حمد الدهان ، تبعية التأمينات للالتزام الأصلي في القانون المدني ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد ، 1999.
- 4- عبد العالي صالح محمد ، الوفاء مع الحلول ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد ، 1998.
- 5- عبد القادر محمد اقصاصي ، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة بابل ، 1999.
- 6- علي كاظم مزهر ، الوفاء مع الحلول ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة بابل ، 1998.
- 7- محمد عباس السامرائي ، انتقال الالتزام بين الاحياء في الفقه الإسلامي والقانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، جامعة الأزهر ، كلية الشريعة والقانون ، مصر ، 1976.
- 8- وليد خالد عطيه الجابري ، فكرة الالتزام العيني وتطبيقاتها في القانون المدني ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد ، 1997.
- 9- د.جعفر الفضلي ، حقوق المشتري في حالة استحقاق المبيع ، مجلة الرافدين للحقوق – تصدر عن كلية القانون – جامعة الموصل ، العدد السابع ، أيلول ، 1999.
- 10- محمد طه البشير ، الدين واحكامه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون – جامعة بغداد – مايس -1984.
- 11- د.محمد لبيب شنب ، الضمان في البيع الجبري ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث ، السنة العاشرة ، 1966.

رابعاً ، القوانين

- 1- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804.
- 2- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1934.
- 3- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- 4- القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949.

- 5- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
 - 6- القانون المدني الجزائري لسنة 1975.
 - 7- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
 - 8- مجلة الحقوق العينية التونسية لسنة 1976.
 - 9- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980.
 - 10- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 1985.
 - 11- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني لسنة 1933.
 - 12- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية السوري لسنة 1953.
 - 13- قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946.
 - 14- قانون الإجراء الأردني رقم 131 لسنة 1952.
 - 15- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971.
 - 16- قانون تنظيم اجار العقار رقم 78 لسنة 1979.
 - 17- قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980.
 - 18- قانون المرافعات المصري رقم 18 لسنة 1999.
 - 19- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج3، ج7.
 - 20- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي .
 - 21- موجز تعليمات التسجيل العقاري ، إعداد المديرية العامة للتسجيل العقاري 1979.
- مسأ، مصادر الأحكام والقرارات القضائية :-

- 1- إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، القسم المدني ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد، 1988.
- 2- إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة ، الجزء الرابع ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 2000.
- 3- إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز، الجزء الثامن، بغداد، 2002.
- 4- المستشار سعيد احمد شعله ، قضاء النقض في المرافعات ، الجزء الثالث ، الاختصاص ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1997.
- 5- عبد الرحمن العلام ، المبادئ القضائية ، القسم المدني ، 1957.

- 6- فتحية محمود قره ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ، الدائرة المدنية في خمس سنوات من 1980-1985 ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع.
- 7- المحامي هادي عزيز علي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ، قانون التنفيذ ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 1999.
- 8- مجلة القضاء ، مجلة حقوقية فصلية ، تصدرها نقابة المحامين في جمهورية العراق :
آ- العددان الثاني ، الثالث ، السنة السابعة عشر ، 1959.
ب- العدد الثاني ، السنة الثانية والعشرون ، 1967.
ج- العدد الثاني ، السنة السادسة والعشرون ، 1971.
د- العددان (الثالث والرابع) السنة السابعة والعشرون ، 1972.
هـ- الأعداد (الأول ، الثاني ، الثالث ، الرابع) السنة الخمسون ، 2000.
و- العددان (الأول ، والثاني) السنة الخامسة والخمسون ، 2001.
- 9- مجموعة الأحكام العدلية يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل في جمهورية العراق:
آ- العدد الثالث ، السنة السادسة ، 1975.
ب- العدد الأول ، السنة الثامنة ، 1977.
ج- العدد الثاني ، السنة السابعة، 1977.
- 10- قضاء محكمة التمييز ، القرارات الصادرة سنة 1968 ، المجلد الخامس ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1971.
- 11 - مجلة نقابة المحامين ، تصدرها نقابة المحامين في المملكة الأردنية الهاشمية:
آ- الأعداد (الرابع ، الخامس ، السادس) السنة التاسعة والأربعون ، 2001.
ب- العددان (العاشر ، الحادي عشر) السنة الحادية والخمسون ، 2003.
- 12- المجلة القضائية ، يصدرها المعهد القضائي الأردني ، عمان ، الأردن ، العدد السابع ، السنة الثالثة ، تموز ، 1999.
- 13- مجلة المحامون ، تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية ، العددان (التاسع ، العاشر) السنة السابعة والستون ، 2002.

14- المجلة القضائية ، تنشر جميع القوانين الصادرة في الجمهوريتين اللبنانية والسورية مع اجتهادات محاكم التمييز والاستئناف في البلدين ، العدد الأول ، السنة التاسعة والثلاثون ، 1956.

15- مجلة القانون ، تصدرها وزارة العدل في الجمهورية العربية السورية ، الأعداد (10-5) السنة الثانية والثلاثون ، 1982.

16- القرارات القضائية غير المنشورة:

آ- قرار محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية رقم 112/ تنفيذ/ 2000. تاريخ القرار 2000/2/20.

المصادر الأجنبية:-

- 1- Aubry et Rau , cours de droit civil . Français , Tome – III , 5 edition . 1900.
- 2- Andrieu Lucas , code civil , librairie catala , libec , Paris , 1995.
- 3- Baudry- Lacantinerie et de Loynes, Nantissement, des privilèges et hypothèques, et de l'expropriation. Force , Tome.II, 1906.
- 4- Colin et Capitant , cours élémentaire de droit civil Français par Léon Julliot de La Morandière , Tome 2, 10 edition , Paris, 1935.
- 5- Gabriel Marty , ET Raynaud , Tome II , les obligations , Paris , 1962.
- 6- Gabriel Marty , droit , Tome III , les sûretés , la publicité foncière , Paris , 1971.
- 7- Josserand (L) cours de droit civil positif français , Tome . 11, 1933.
- 8- Larroumet(ch.) droit civil , les biens, Paris, 1988.
- 9- Planiol , Ripert et Becque – Traité pratique de droit civil français Tome . XII , 1927.
- 10- Planiol et Ripert , Contrats civils, Tome XI , 2 edition, 1954.

Summary

I have searched in this research one of an important civilian subjects propriety responsibility of the possessor in insured mortgage .

I have made comparison between the Iraqi civilian law and the others . In addition to , I offered the opinions of the , and the rules of the judgement that related with this subject we noticed that the possessor is any one who the proprietorship of mortgage has transferred for him or any other corporeal right that can be as mortgage for any reason of getting the deposit with out any self responsibility about insured debt by this mortgage also observed that the possessor didn't a part in the debtor the mortgage ' but debtor can execute against the property .

I declared that the legal basis for the theory of coporeal liability . It means that responsibility become from his deposit of the mortgaged property, we have divided this research into three chapters before it was introduction including the subject of the research , it's important and the plan.

First chapter has taken the realisation of the possessor and the scope of the following right for facing it. It had divided into three themes, the first one included the realisation of the possessor, the second one

included the release the following right and its conditions to face the owner . The third one included the way of the following right.

Second chapter has devoted for the selections that was given to the possessor to free from the responsibility , and it has divided into three themes' the first one was the payment of the debt. The second one was the freeing of the property . the one included the abandonment .

The third chapter has taken the carrying the performances of the appropriate of property and it has divided into three themes . the first one included the performance of public-sell. The second included the role of the possessor, the third included the legal effects on expropriate the end of the research was at the last.