



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل / كلية القانون
القسم الخاص

تَحْرِيرُ الْمَرَهُونِ تَأْمِينِيًّا

(دِرَاسَةٌ مُقَارِنَةٌ)

رسالة تقدمت بها الطالبة

أسيل رزاق صيهود السيلوي

إلى مجلس كلية القانون – جامعة بابل وهي جزء من نيل شهادة
الماجستير في القانون الخاص

بإشراف الأستاذ الدكتور

ضمير حسين ناصر المعموري

أستاذ القانون المدني



{ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ

بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ۖ وَلَا تَكْتُمُوا

الشَّهَادَةَ ۗ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ } .

صدق الله العلي العظيم

(سورة البقرة الآية ٢٨٣)

الإهداء

إلى من قاد قلوب البشرية وعقولهم إلى مرفأ الأمان ، معلم البشرية الأول النبي محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) .

إلى مروح والدي (مرحمه الله) وأسكنه فسيح جناته .

إلى منبع الحنان والصدق والوفاء والدتي الغالية أطال الله في عمرها .

إلى من شاطرني الأمل والأمل ، وكان خير عون لي ، شريك حياتي .

إلى من علمني أن أرتقي سلم الحياة بحكمة وصبر ، أخي الغالي .

إلى من ألقاسم معهم الفرح والبسمة في هذه الدنيا أخواتي العزيزات .

إلى من تسعد عيني برؤياهم ، ابني وبناتي (حفظهم الله تعالى) وجعلهم من الأبناء الصالحين .

إلى هؤلاء جميعاً أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحثة: اسيل رزاق

شكر وعرفان

الحمد لله ذي المن والفضل والأحسان ، حمداً يليق بجلال وجهك وعظيم سلطانك . وصليّ الله على خاتم الرسل ، من لا نبي بعده وعلى آله وصحبه المتتبعين صلاة تقضي لنا بها الحاجات ، وترفعنا بها أعلى الدرجات ، أشكرك ربّي على حسن توفيقك لي ، وكريم عونك ، ولك الحمد على تيسير أمري في إتمام البحث على الوجه الذي أرجو أن ترضي به عني .

كما أدين بالفضل والشكر والعرفان بعد الله سبحانه وتعالى إلى الأستاذ الفاضل الدكتور ضهير حسين المعموري ، الذي منحني الكثير من وقته ، وجهده وتوجيهاته السديدة لتذليل العقبات ، وإرشاداته وآرائه القيمة ، ومد يد العون لي دون ضجر للسير قدماً نحو الأفضل ، مما جعلني عاجزاً عن شكره بما يليق به ، فأسأل المولى القدير أن يجزيه عني خير الجزاء وثيبه الأجر العظيم إن شاء الله تعالى .

كما يطيب لي أن أقدم بالشكر والامتنان إلى صاحب القلب الطيب ، لو أنني أوتيت كل بلاغة وأفنيت بحر النطق في النظم والنثر ، لما كتبت بعد القول إلا مقصراً ، ومعترفاً بالعجز عن واجب الشكر إلى دكتور ووالدي الغالي الأستاذ الفاضل الدكتور عزيز كاظم جبر الحفاجي ، صاحب العطاء الدائم لي ولجميع طلاب العلم ، فكان صاحب الفضل بعد الله في نجاحي ووصولي إلى ما حلمت به طويلاً ، فأسأل الله تعالى أن يطيل في عمرك ويجازيك عني خير الجزاء .

كما أقدم بالشكر والتقدير إلى عمادة كلية القانون جامعة بابل وإلى أساتذتي الأفاضل جميعاً .

، وأشكر كل من مد يد العون لي ، فجزاهم الله عني خير الجزاء .

الباحثة

أسيل رزاق صيهود

الملخص

يمنح القانون المدني العراقي لحائز العقار المرهون رهناً تأمينياً خيارات لمواجهة تتبع الدائنين المرتهنين، والتحرير أحد هذه الخيارات، يحتل التحرير أهمية كبيرة في الحياة العملية من خلال المنافع التي يحققها، فمن خلاله يعرض الحائز على الدائنين المرتهنين ما يمثل قيمة العقار مقابل تحرير العقار من الرهون التي تثقله، وبغض النظر عن آجال الديون، أي سواء كانت الديون قد حلت أولاً، وبذلك يستطيع الحائز أن يتجنب مباشرة إجراءات نزع الملكية، وعند عرضه لقيمة العقار المرهون على الدائنين، يترتب على هذا العرض احتمالان : إما أن يتم قبول عرض التحرير من قبل جميع الدائنين المرتهنين فيدفع الحائز لهم المبلغ المحدد في عرضه ، وعندها يتحرر العقار من الحقوق المثقل بها ، وأما إذا تم رفض عرض الحائز من قبل الدائنين المرتهنين أو الكفلاء ، فعندها يباع العقار المرهون بالمزاد العلني .

وعند بيع العقار قد يرسو المزاد على الحائز، ويحدث ذلك في حال عدم عرض أحد المزايدين مبلغاً يزيد عن المبلغ الذي عرضه الحائز بمقدار نصف العشر، أو عند عرض أحد المزايدين مبلغاً يزيد على المبلغ الذي عرضه الحائز، لكن بعد دخول هذا الأخير إلى المزاد تقدم بعبء أكبر مما عرضه هذا المزايد، وعندها يتحرر العقار المرهون من الرهن وتستقر ملكية العقار للحائز من تاريخ سند ملكيته الأصلي وليس من وقت حكم رسو المزاد .

أما في حال رسو المزاد على الغير، فإن هذا الغير يتلقى حقه من الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد، وسواء رسا المزاد على الحائز أم على الغير فبإنتهاء إجراءات التحرير يحرر العقار المرهون من كل الحقوق المسجلة عليه .

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	٤-١
الفصل الأول: ماهية تحرير المرهون تأمينياً	٦٦-٥
المبحث الأول: مفهوم تحرير المرهون تأمينياً	٣٩-٦
المطلب الأول: التعريف بالتحرير وتقديره	٦
الفرع الأول: معنى تحرير المرهون وتمييزه عن وفاء الدين	٧
أولاً: تعريف التحرير	٧
ثانياً: خصائص تحرير المرهون تأمينياً	١٠
ثالثاً: تمييز التحرير عن وفاء الدين	١٢
الفرع الثاني: تقدير خيار تحرير المرهون تأمينياً	١٥
أولاً: مزايا التحرير	١٥
ثانياً: عيوب التحرير	١٨
المطلب الثاني: نطاق تحرير المرهون تأمينياً	١٨
الفرع الأول: نطاق تحرير المرهون تأمينياً بالنسبة للعقارات	١٩
الفرع الثاني: نطاق تحرير المرهون تأمينياً بالنسبة للحقوق العينية	٣٠
المبحث الثاني: مفهوم الحائز وتمييزه عن بعض المفاهيم القانونية الأخرى	٦٦-٤٠
المطلب الأول: تعريف حائز المرهون تأمينياً	٤٠
الفرع الأول: معنى حائز المرهون تأمينياً	٤١
الفرع الثاني: شروط حائز المرهون تأمينياً	٤٦

٥٦	المطلب الثاني: المقارنة بين مركز الحائز والمراكز القانونية المشابهة له
٥٦	الفرع الأول: المقارنة بين مركز الحائز ومركز الكفيل العيني
٥٧	أولاً: من حيث مدى المسؤولية
٥٨	ثانياً: من حيث ممارسة إجراءات التحرير
٥٩	ثالثاً: من حيث رجوع أحدهما على الآخر
٦١	رابعاً: من حيث سقوط أجل الدين وتأثيره على التزام الحائز والكفيل العيني
٦٢	الفرع الثاني: المقارنة بين مركز الحائز ومركز الوارث
١١٥-٦٧	الفصل الثاني: أحكام تحرير المرهون تأمينياً
٩٠-٦٧	المبحث الأول: إجراءات عرض تحرير المرهون تأمينياً
٦٨	المطلب الأول: الإجراءات الموضوعية لتحرير المرهون تأمينياً
٦٨	الفرع الأول: الشخص الذي يحق له التحرير
٧٧	الفرع الثاني: زمان ومكان تحرير المرهون تأمينياً
٧٧	أولاً: زمان التحرير
٧٩	ثانياً: مكان التحرير
٨٠	المطلب الثاني: الإجراءات الشكلية لعرض التحرير وجزاء مخالفتها
٨٠	الفرع الأول: إجراءات عرض تحرير المرهون تأمينياً
٨٨	الفرع الثاني: جزاء مخالفة إجراءات تحرير المرهون
١١٥ - ٩١	المبحث الثاني: آثار عرض تحرير المرهون تأمينياً على الدائنين
٩١	المطلب الأول: آثار عرض التحرير في حالة قبول الدائنين العرض

٩١	الفرع الأول: التزام الحائز بعرضه
٩٤	الفرع الثاني: قبول الدائنين عرض الحائز
٩٤	أولاً: صور القبول
٩٧	ثانياً: اثر قبول الدائنين لعرض الحائز
١٠١	المطلب الثاني: رفض الدائنين المرتهنيين لعرض الحائز
١٠١	الفرع الأول: إجراءات رفض العرض
١٠٦	الفرع الثاني: اثر رفض العرض
١١٧	الخاتمة
١٢٨-١٢١	قائمة المصادر
A	الملخص باللغة الانكليزية



المقدمة



المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وخاتم النبيين محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان الى يوم الدين .

وبعد... فمن خلال المقدمة لموضوع البحث الموسوم (تحرير المرهون تأمينياً - دراسة مقارنة) ، القينا الضوء على هذا الموضوع ، وأبرز أشكالياته ، وبيننا الأهمية التي يحتلها، وكذلك بينا المنهج الذي أتبعناه في دراسة هذا الموضوع وخطة البحث.

أولاً : جوهر فكرة البحث

الأصل أن للدائن على كافة أموال المدين ضماناً عاماً، ويطلق عليه (الضمان القانوني)، وتكون بموجب القانون جميع أموال المدين الحاضرة أو المستقبلية ضامنةً للوفاء بحق الدائن، لكن الضمان العام لا يوفر للدائن ضماناً كافياً على الرغم من تعدد الوسائل المقررة لحمايته، ذلك لأن المدين يستطيع التصرف بأمواله من دون تمكن الدائن من تتبع هذه الأموال، ذلك لأن الضمان المخصص له هو ضمان عام وليس ضماناً خاصاً على عين معينة، ذلك لأن الدائن ليست له أفضلية على غيره من الدائنين، فعند عدم كفاية أموال المدين لسداد جميع ديون الدائنين، فالأموال تقسم بينهم قسمة غرماء.

لهذا يتفق الدائن والمدين على ترتيب ضمانات إتفاقية للدائن، ومن هذه الضمانات التأمينات العينية وذلك بتخصيص مال أو أكثر يضمن الوفاء بحق الدائن، وهنا يكون للدائن ضماناً خاصاً يرد على مال معين إلى جانب الضمان العام الذي يرد على جميع أموال المدين، فالحقوق العينية التبعية، تكون ضامنة لسداد دين معين، وبموجبها يكون للدائن المرتهن سلطة على العين تخوله ميزتي التقدم والتتبع وبموجب ميزة التقدم، يستطيع الدائن أن ينفذ على المال المرهون من تحت يد المالك، ويستوفي دينه مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له بالمرتبة.

أما ميزة التتبع فتمكنه من تتبع المال عند إنتقال ملكيته إلى الغير، وميزة التتبع تظهر في العلاقة بين الدائن المرتهن والغير الذي يسمى ب(الحائز) الذي امتد إليه أثر الرهن بسبب حيازته للمال المرهون تأمينياً من خلال انتقال الملكية إليه، وسواء انتقلت هذه الملكية إليه بأسباب إرادية كالبيع أو الهبة أو لأسباب غير إرادية كالأرث، وهذا ما أكدته المادة (٢/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه: (يُعد حائزاً في العقار المرهون كل من انتقلت إليه بعد الرهن بأي سبب ملكية هذا العقار أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن).

ويحمي المشرعُ الحائزَ بمنحه خيارين، يتمثل الخيارُ الأولُ بوفاء الدين إذ من خلاله يستطيع وفاء دين الدائن المرتهن وعندها يتمتع هذا الأخير من مباشرة حق التتبع في مواجهته، وعندها يضمن الحائز بقاء العقار المرهون مملوكاً له.

أما الخيار الثاني، فيتمثل بتحرير العقار المرهون من الحقوق المسجلة عليه، وإذا اختار الحائز تحرير العقار المرهون رهناً تأمينياً لتحريره من الرهن المحمل به، فلا بد من قيامه بعرض قيمة العقار المرهون على الدائنين المرتهنين المسجلة حقوقهم على هذا العقار، وعرض الحائز يجب أن يتضمن بيانات حددها المشرع ، ويجب أن يلتزم الحائز بزمان ومكان معينين للعرض، وهناك آثار معينة تترتب على عرض الحائز، وعليه كان موضوع بحثنا هو تحرير المرهون تأمينياً.

ثانياً: أهمية البحث

يحظى تحرير المرهون تأمينياً بأهمية في الحياة العملية، فهو يسهل عملية بيع العقارات المرهونة وتداولها ولاسيما مع تزايد الاقتراض برهن العقار، وما لهذا من تأثير إيجابي على المصلحة العامة، وهذا الكلام يقودنا إلى البحث و بيان الجوانب العلمية التي بموجبها يتمكن الحائز من المحافظة على ملكية العقار المرهون التي تلقاها من المدين الراهن، رغم كونها مثقلة بحق عيني تبعي، إذ على الرغم من أن المشرع في الرهن التأميني لا يحرم الراهن من التصرف في حقه، لكن في الوقت نفسه حما الدائن المرتهن من خلال جعل تصرفات المدين غير نافذة في حقه طالما أنها تالية لتسجيل عقد الرهن، إذ تنتقل هذه الملكية وهي مثقلة بحق الرهن ويستطيع الدائن المرتهن التنفيذ عليها وهي في يد الحائز بموجب ميزة التتبع.

ولتحقيق التوازن بين مصلحة الدائن المرتهن وحائز العقار المرهون منح المشرع هذا الأخير خيار التحرير يستخدمه للحفاظ على ملكه، والبحث في خيار التحرير من المسائل التي تحتاج إلى البحث والمناقشة.

كما تأتي أهمية البحث في هذا الموضوع، من حيث إن النصوص التشريعية التي عالجت هذا الموضوع قد أغفلت كثيراً من المسائل المهمة في خيار التحرير، التي حددناها في بحثنا وأقترحنا النصوص التشريعية بشأنها ودعونا المشرع العراقي إلى الأخذ بها، فضلاً عن ذلك فإن خيار تحرير المرهون تأمينياً يدخل في نطاق الحقوق العينية التبعية التي يندر الكتابة فيها.

ثالثاً: إشكالية البحث

يمكن تركيز أهم إشكاليات البحث بما يأتي:

- ١- هل خيار التحرير خاص بالرهن التأميني دون الرهن الحيازي، أم أنه يشمل الاثنين، على أساس من اعتبار الأول أو أحكامه تسري على الثاني فيما لم يرد به نص؟
- ٢- عند استقرار ملكية العقار المرهون للحائز أو للغير عند اجراء المزايدة ورسومها على اي منهما، كيف يتلقى كل منهما ملكيته؟
- ٣- كيف عالج المشرع العراقي أحكام تحرير المرهون تأمينياً من قبل الحائز في القانون المدني العراقي ؟
- ٤- ما مدى التوافق ما بين خاصية التأبيد لحق الملكية، التي يقول بها الفقه، وبين حق الحائز؟ فعند رفض عرض الحائز من الدائنين ، سيتجرد الحائز من ملكه وتتدخل خاصية التأبيد المزعومة.
- ٥- إذا كانت رغبة الحائز تتجه إلى تحرير المرهون وتخليصه من الرهن المثقل به وليتفادى حق التتبع في مواجهته من الدائن المرتهن، هل يتمتع بهذا الحق بداية ؟ هل تتوقف ممارسة هذا الحق على موافقة الدائن المرتهن أم لا؟ وهل هناك مدة معينة لممارسته هذا الخيار؟
- ٦- من هو الحائز ؟ هل هو الحائز المادي أم القانوني أم الذي تنتقل اليه ملكية المرهون؟

رابعاً : منهجية البحث

من أجل الوصول إلى هدف البحث وغايته، أتبعنا في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، إذ يتم تحليل النصوص القانونية وأستقرأ مفاهيمها، والمقارن بين القوانين المدنية، وعقدنا المقارنة بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، وفقاً للمرسوم رقم ٣٤٦ سنة ٢٠٠٦ والمرسوم رقم ١١٩٢ سنة ٢٠٢١ ، لبيان موقف كل منها في تحرير المرهون تأمينياً، فهذه القوانين درست موضوع التحرير بشكل مفصل، كما عززنا بحثنا ببعض القرارات التي صدرت بهذا الصدد عن القضاء العراقي والقضاء المصري والقضاء الفرنسي .

خامساً: خطة البحث

تقتضي دراسة تحرير المرهون تأمينياً تقسيم هذا البحث إلى فصلين، بحثنا في الفصل الأول: ماهية تحرير المرهون تأمينياً من خلال تقسيمه إلى مبحثين خصصنا الأول منهما : للمفهوم تحرير المرهون تأمينياً، والثاني: مفهوم حائز المرهون وتمييزه عن بعض المفاهيم القانونية.

أما الفصل الثاني بحثنا فيه: أحكام تحرير المرهون تأمينياً وذلك من خلال تقسيمه الى مبحثين بحثنا في الأول: إجراءات تحرير المرهون تأمينياً ، وبحثنا في الثاني: آثار عرض تحرير المرهون تأمينياً على الدائنين المرتهنيين، ثم أعقبناهما بخاتمة تضمنت الاستنتاجات التي توصلنا لها والمقترحات التي نأمل من المشرع العراقي الأخذ بها.



الفصل الأول



الفصل الأول

ماهية تحرير المرهون تأمينياً

ترد الحقوق العينية التبعية على عين أو حق معين، عقاراً كان أم منقولاً، وتكون هذه العين ضماناً لدين معين، إذ يكون للدائن على هذه العين سلطة منصبة تخوله حقين، حق التقدم وبمقتضى هذه الحق، يستطيع أن ينفذ على المال وهو في يد المالك، و يستوفي حقه من ثمن هذا المال متقدماً على بقية الدائنين الآخرين، وأن حق التقدم يخرج من نطاق بحثنا، أما الحق الآخر، فهو حق التتبع، وحق التتبع قدرة الدائن المرتهن في التنفيذ على المرهون، بمقتضى حق الرهن، حتى إذا انتقلت ملكية المرهون إلى الغير، أو اكتسب عليه هذا الغير حقاً قابلاً للرهن والذي يسمى بالحائز.

وحق التتبع نصت عليه المادة (١٣٠٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١^(١) كما يأتي:
(١- يجوز للمرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز لهذا العقار بعد إنذاره بدفع الدين، ألا إذ اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدين أو بتحرير العقار من الرهن))، وقد نظم المشرع المصري حق التتبع في المواد من (١٠٦٠ إلى ١٠٨١) من قانونه المدني^(٢)، أما القانون الفرنسي فقد نظم حق التتبع بموجب المواد (٢٤٥٠ إلى ٢٤٦٠)^(٣).

موجب حق التتبع يستوفي الدائن حقه في مواجهة من انتقلت ملكية المرهون إليه أَوْحَقاً عينياً على هذا المرهون مثل حق المنفعة أو حق المساطحة، ذلك لأنه حق الرهن التأميني على المرهون لا يمنع الراهن من التصرف في هذا المرهون، إذ أن الراهن يستطيع بيع هذا المرهون بعد تسجيل التأمين العيني عليه، لكن هذا التصرف لا يؤثر في حق الدائن المرتهن، إذ إن الرهن التأميني لا يفقد الراهن ملكيته ولا حيازته للمرهون، فله أن يتصرف بالمرهون ببيعه أو هبته أو مقايضته، وكل هذه التصرفات لا تضر بالدائن المرتهن طالما جعل القانون هذه التصرفات تالية لتسجيل الرهن، لذلك فهي غير نافذة في حق الدائن المرتهن .

وللراهن ايضاً الحق في أن يرتب على المرهون الحقوق العينية كافة كحق منفعة أو حق رهن تأميني آخر أو رهن حيازي، مادامت هذه الحقوق تالية لتسجيل حق الرهن، فلا تكون نافذة قبل الدائن المرتهن ولا يصيبه ضررٌ منها، فله أن ينفذ على المرهون بوصفه خالياً من تلك الحقوق.

(١) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ذي العدد (٣٠١٥) في ١٩٥١/٩/٨.

(٢) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ، المنشور في جريدة الوقائع المصرية ذي العدد (١٠٨/مكرر/أ) الصادر في ١٩٤٨/٧/٢٩.

(٣) القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ وبحسب تعديله الأخير الصادر بالمرسوم المرقم ١١٩٢-٢٠٢١ المؤرخ في ١٥/تشرين الثاني/٢٠٢١ والنافذ في ١/كانون الثاني/٢٠٢٢.

إن حق التتبع يظهر في العلاقة بين الدائن المرتهن بصفته صاحب حق عيني تبعي وبين حائز المرهون بصفته صاحب حق عيني أصلي، وهذا الأخير لا يمكن أن يُعد صاحب حق عيني تبعي مثل الدائن المرتهن، والمشرع حماه واعطاه خيارين، الأول وفاء الدين، إذ قد يختار الحائز وفاء الدين المضمون حتى يمنع الدائن المرتهن من أن يباشر حق التتبع في مواجهته، أو يستخدم الخيار الثاني وهو تحرير المرهون من الحقوق المسجلة عليه، عن طريق عرض قيمة المرهون على الدائنين المرتهنين، وفي دراستنا هذه سنبحث الخيار الثاني، ومن خلال ما تقدم، تتجلى أهمية تحديد مفهوم تحرير المرهون، وبيان مزاياه وعيوبه وبيان نطاقه وتحديد مفهوم حائز المرهون، الذي وفر له المشرع خيار التحرير حتى يواجه الدائن المرتهن عند مباشرته حق التتبع الأمر الذي يضمن للحائز بقاء المرهون مملوكاً له.

وللأحاطة بهذه المفردات المذكورة في أعلاه قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين خصصنا المبحث الأول: لمفهوم تحرير المرهون تأمينياً، أما المبحث الثاني: لدراسة مفهوم حائز المرهون.

المبحث الأول

مفهوم تحرير المرهون تأمينياً

إن خيار تحرير المرهون تأمينياً، هو وسيلة من وسائل إنقضاء الحقوق العينية التبعية المسجلة على المرهون، والقانون منح حائز المرهون هذا الخيار كي يستطيع التخلص من اثر الرهن في مواجهته، وهذا الخيار وإن كان قد شرع لمصلحة الحائز، فإنه أيضاً يحقق مصلحة الراهن والدائنين المرتهنين ويحقق مصلحة المدين والمصلحة العامة.

وخيار التحرير يمكن أن يستخدمه الحائز سواء كان حائزاً للعقار أو حقاً عينياً على عقار وهذا ما دعانا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: إذ كرسنا المطلب الأول للتعريف بالتحرير وتقديره، في حين المطلب الثاني درسنا فيه نطاق تحرير المرهون تأمينياً، وعلى النحو الآتي:-

المطلب الأول

التعريف بالتحرير وتقديره

قد يُفضل حائز المرهون أن يخلص المرهون من الحقوق المسجلة عليه ، بخاصة إذا كانت قيمة المرهون أقل من الديون المُسجَّلة عليه، وليبيان مفهوم التحرير لأبد من تعريفه وبيان خصائصه وبيان أوجه الشبه والاختلاف بينه وبين قضاء الدين، ثم يجب أن نشير إلى تقدير التحرير والتعرف على مزاياه وعيوبه، وكل

هذا بحثناه في هذا المطلب من خلال فرعين بينا في الفرع الأول معنى تحرير المرهون وتميزه عن وفاء الدين وفي الفرع الثاني بيننا تقديره من خلال بيان مزاياه وعيوبه، وكما يأتي:-

الفرع الأول

معنى تحرير المرهون وتميزه عن وفاء الدين

سنوضح معنى التحرير^(١) من خلال بيان تعريفه وماهي خصائصه ونبين ما الذي يميزه عن خيار وفاء الدين ، ولبيان هذا كله لابد من تقسيم هذا الفرع إلى الفقرات الآتية:

أولاً: تعريف التحرير

تحرير المرهون موقف لا يتعرض له الحائز، لكن هو الذي يعرضه، فالحائز لا ينتظر حلول آجال الديون حتى يعرض وفاءها، أو يطلب الدائنون استيفاءها، لكن بمجرد ان يكتسب صفة الحائز، وقبل حلول آجال الديون، يستطيع ان يعرض تحرير المرهون من كل حق مقيد عليه، فالتحرير يتميز بعنصر المبادأة من الحائز^(٢).

نشأ نظام التحرير في ظل القانون الفرنسي القديم، وأخذ به المشرع الفرنسي لأول مرة عام ١٧٧١ وأخذت فكرته من الأثر المترتب على البيع الجبري في المزاد، حيث يترتب على حكم المزاد تحرير المرهون من الحقوق المقيدة عليه، وهو اثر لايزال قائماً حتى اليوم، والتشريعات بين مقبل على هذا النظام وبين معرض

(١) مما نود الإشارة أن المشرع العراقي إستخدم لفظ (التحرير) واما القانونين موضوع المقارنة فقد أستخدم لفظ (التطهير)، ومما لاشك فيه أن كلا المعنيين في الاصطلاح القانوني يشيران إلى إنها عملية تخلص المرهون من الرهن بعدما كان مقيد بقيد الرهن . اما فيما يخص المعنى اللغوي للمعنيين فتشير ابتداءً إلى معنى التحرير : إذ أن معنى التحرير يشير إلى العتق : كما في قوله تعالى ((تحرير رقبة)) من سورة النساء من الآية (٩٢) ، وكذلك يأتي بمعنى الأخلاص : كما في معنى التحرير من الأوهام ، وذلك يأتي بمعنى كتب أو صدر في تاريخ معين : كما في معنى حرر في، ينظر : د. احمد مختار عبد الحميد عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، ج ١، ط الأولى ، دار عالم الكتب ، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م، ص ٤٦٨. أما فيما يخص معنى التطهير، إذ يأتي بمعنى إزالة، كما في معنى تطهير الثوب، وكذا بمعنى تنقية النفس كما في قوله تعالى ((وبطهركم تطهيراً)) من سورة الأحزاب من الآية (٣٣). وايضاً معنى التطهير قد يراد منه آخراج الشيء : كما في معنى طهر القناة أو التربة : وكذا بمعنى نظف أو أغتسل : كما في معنى تطهير المسلم قبل الصلاة ينظر المصدر نفسه.

(٢) ينظر: د.سمير عبد السيد تتاغو، التأمينات الشخصية والعينية ، الكفالة ، الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، حقوق الأمتياز ، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٦، ص ١٦٧.

عنه^(١)، ومن القوانين التي اخذت به العراق ومصر وفرنسا، والمشرع العراقي عبر عنه بمصطلح (التحرير) أما المشرع المصري والمشرع الفرنسي فقد عبّر عنه بمصطلح (التطهير).

لم نجد فيما اطلعنا عليه في القانون العراقي والقانونين محل المقارنة نصوصاً قانونية تعرف التحرير، وحسناً فعل المشرع إذ ان التعاريف هي من مهمة الفقهاء، وقد أوردوا تعاريف لخيار تحرير المرهون، وقد اتخذت تعاريفهم منهجين (شكلي وموضوعي).

فقد عرف وفقاً للمنهج الشكلي بأنه: (إجراء بمقتضاه يعرض الحائز المرهون على الدائنين المسجلة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكيته قيمة العقار، فإذا قبلوا هذا العرض دفع لهم الحائز هذه القيمة حسب ترتيب استحقاقهم وترتب على ذلك تخلص العقار من جميع الرهون، وإذا لم يقبل الدائنون كلهم أو بعضهم بالعرض وجب عليهم أن يطلبوا بيع العقار وترتب على ذلك أيضاً تحرير العقار)^(٢).

نلاحظ ان هذا التعريف تبني المنهج الشكلي، فبين ان التحرير هو إجراء يتبعه الحائز ليخلص المرهون من الحقوق التي تثقله، وذلك بعرض قيمة العقار على الدائنين، وعليهم إما قبول العرض أو رفضه وطلب بيعه بالمزاد، وهكذا يبدو أنه في كلا الحالتين سواء بقبول الدائنين لعرض الحائز أو رفضه سيتحرر المرهون.

وقد عرف أيضاً وفقاً للمنهج الشكلي بأنه: (التطهير: عبارة عن الإجراء الذي يتبعه الحائز ليصل إلى تخلص العقار من القيود، عن طريق عرض قيمة العقار على الدائنين وإعذارهم اما بقبول العرض أو طلب بيع العقار بالمزاد)^(٣).

وهذا التعريف أيضاً تبني المنهج الشكلي ويرى أن التحرير هو إجراء يستخدمه الحائز لتطهير المرهون من الديون التي تثقله وبين انه يترتب على اتباع إجراءات التحرير تطهير المرهون مما يثقله من رهون.

اما في نطاق الفقه الفرنسي فقد عرفه (lexique juridiques) بأنه: (إجراء بموجبه يعرض حائز المرهون على الدائنين مبلغاً مساوياً ثمن المرهون إذا كان مشترياً له أو مبلغاً يعادل قيمة المرهون إذا كان قد حصل

(١) من القوانين التي لم تأخذ به المانيا وبولونيا والسويد ولبنان وسوريا وتونس . أنظر ، شاكراً ناصر حيدر ، الحقوق العينية التبعية ، الجزء الثاني ، مطبعة المعارف بغداد، ١٩٥٣، ص ١٥٣.

(٢) ينظر: د. غني حسون طه، والأستاذ. محمد طه البشير، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، طبعة جديدة، مكتبة السهوري ، بيروت ٢٠١٦، ص ٤٥٦. د. شاكراً ناصر حيدر، الحقوق العينية التبعية، ج ٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٣، ص ١٠٢. د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢، ص ١٢٨.

(٣) د. احمد سلامه ، التأمينات المدنية ، الرهن الرسمي، دار التعاون للطبع والنشر، بلا مكان طبع، ١٩٦٦، ص ٣٢٢.

عليه تبرعاً، مقابل ان يحرر المرهون من كل الرهون التي تقيدته^(١). في هذا التعريف نجد انه قدم اضافته خاصه بالفقه الفرنسي لا توجد في التشريعات العربية، وهي التمييز بين الحائز الذي انتقلت إليه الملكية معاوضة وبين الحائز المتلقي ملكية العقار المرهون تبرعاً من حيث المبلغ المعروض، ونحن نرى أنّ ذلك تفريق جيد ودقيق ويسجل على التعاريف أعلاه التي تبنت المنهج الشكلي وانها اهتمت بالإجراءات دون الموضوع .

اما المنهج الموضوعي لتعريف التحرير فقد تبنته التعاريف الآتية: (التطهير : عرض الحائز على الدائنين المرتهنيين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكيته بدفع مبلغ يكون مساوياً لقيمة المرهون الحقيقية، فإن تم قبول العرض دفع لهم حسب استحقاقهم، وبهذا يتطهر المرهون من جميع الرهون، أما إذا رفض كل الدائنين أو بعضهم العرض توجب عليهم أن يطلبوا بيع المرهون حالاً وان كانت ديونهم لم تحل بعد)^(٢).

نلاحظ ان هذا التعريف تبنى المنهج الموضوعي للتحرير وبين انه عرض من جانب الحائز فالتحرير يتميز بعنصر المبادأة من الحائز فهو الذي يبدأ ويعرض عليهم مبلغاً مساوياً لقيمة المرهون، وعرضه هذا يكون غير ملزم للدائنين المرتهنيين المضمونة حقوقهم بالمرهون، فلم الخيار في قبول العرض أو رفضه.

وعرف التحرير ايضاً: (التطهير وسيلة قانونية يستطيع الحائز بمقتضاها ان يعرض على الدائنين المقيدة ديونهم قبل تسجيل سند ملكيته أن يدفع لهم قيمة العقار، فإما ان يقبل الدائنون العرض فيتطهر العقار لصالح الحائز وإما أن يرفضوا فيضطروا لبيع العقار بالمزاد العلني فيتطهر العقار لصالح من اشتراه)^(٣).

نلاحظ ان هذا التعريف قد اضاف لما سبقه من تعريف شروط قبول صحة العرض الآثار الناجمة عن العرض سواء تم قبول العرض بالتحرير أو رفضه.

وهناك من عرف التحرير استناداً إلى غايته: (تطهير العقار المرهون هو تخليصه من الرهون المقيدة عليه عن طريق قيام الحائز بدفع قيمته وقبول الدائنين المرتهنيين لهذه القيمة)^(٤).

(1) Vanessa Pinto Hania. Confiscation incorporelle en vertu de la loi sur les sûretés relatives aux biens personnels traditionnels. Université Paris Est, 2011. Langue française. NNT : 2011PEST0066. page 197.

(٢) ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ١٦٨. و د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ١٤٤ .

(٣) ينظر: د. بناسي شوقي، احكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ٣٤٤.

(٤) ينظر: د. محمد لبيب شنب ، دروس في التأمينات العينية والشخصية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣، ص ٩٤.

وايضاً عرف بأنه (هو تخليص العقار من الحقوق العينية المترتبة عليه من خلال مبلغ من النقود يمثل القيمة الحقيقية للعقار يعرض على الدائنين الذين قيدوا رهونهم قبل اكتساب الحائز حقه)^(١).

وهذان التعريفان يبينان الغاية من التحرير والتي تتمثل بتخليص المرهون من الحقوق التي تنقله وذلك من خلال عرض الحائز قيمة المرهون الحقيقية على الدائنين وقبولهم لهذا العرض.

وعليه يمكن أن نعرف التحرير بأنه: (خيار منحه القانون للحائز بموجبه يتقي إجراءات التنفيذ ضده من قبل الدائنين المرتهين المسجلة حقوقهم على المرهون قبل تسجيل سند انتقال ملكيته للحائز، وبوساطته يضع الحائز الدائنين بموقف محدد إما قبول عرضه المتضمن قيمة المرهون الحقيقية أوالتوجه ببيع العقار بالمزاد).

ثانياً :خصائص تحرير المرهون تأمينياً

من خلال التعريفات السابقة التي تتعلق بتحرير المرهون تأمينياً من قبل الحائز، يمكن إستنتاج خصائص التحرير الآتية :-

١- التحرير خيار خاصة بالحائز : معنى ذلك أن القانون منح هذا الخيار فقط لحائز المرهون حتى وان كان هذا الحائز هو احد الدائنين المرتهين، فقد يشتري هذا الدائن المرهون من المدين الراهن^(٢)، ولا يجوز التحرير لغير الحائز مهما كانت فائدته منه، وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي بأنه: ((يجوز للمُرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز لهذا العقار بعد انذاره بدفع الدين، إلا إذا اختار الحائز ان يقوم بوفاء الدين أو بتحرير العقار من الرهن))، من خلال نص هذه المادة، يتبين ان خيار التحرير يقتصر على الحائز المرهون والذي يشترط فيه حسب نص المادة (٢/١٣٠٦)^(٣) ان يكون قد أنتقلت له ملكية المرهون، وسواء كان هذا المرهون عقاراً أو حقاً عينياً من الحقوق التي تكون قابلة للرهن، ويكون هذا الحائز قد سجل سند ملكيته ودون أن يكون ملتزماً

(١) ينظر: د. زاهية سي يوسف ، عقد الرهن الرسمي ، دار الأمل للطباعة والنشر، الجزائر ، ٢٠٠٦، ص ١٤٨.

(٢) ينظر: د. غني حسون طه، والأستاذ محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص ٤٥٨. ود عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، دار احياء التراث العربي، بيروت ، ص ٥٤٢.

(٣) نصت المادة (٢/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي على أنه (٢- ويُعد حائز للعقار المرهون ،كل من انتقلت إليه بعد الرهن باي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار، أو أي حق عيني آخر عليه وقابل للرهن دون ان يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن).

التزاماً شخصياً بالدين الموثق بالرهن حتى وإن كان التزامه عن غيره كما لو كان، كفيلاً عينياً، والحائز هو الذي يقدر ما إذا كان مناسباً له أن يلجأ إلى تحرير المرهون، وعادةً يكون الحائز ميالاً للتحرير عندما تكون قيمة العقار أقل من الديون المسجلة قبل تسجيل سند ملكيته^(١).

٢- أنه خيار قانوني وليس أتعافي : بمعنى أن مصدر خيار تحرير المرهون هو القانون، فالقانون هو الذي أعطى هذا الخيار للحائز، ليجنبه إجراءات نزع ملكية المرهون ، وعليه فهو يثبت للحائز وإن لم يشترطه وإن لم يتفق عليه المدين الراهن والدائن المرتهن .

٣- أن خيار التحرير غير قابل للتجزئه أو للأقسام : فليس للحائز أن يستخدم تحرير جزء من المرهون مقابل جزء من الدين، فهو إما أن يحرره كله أو يتحمل إجراءات التنفيذ .

٤- أن التحرير خيار للحائز يستخدمه دون عوض أو مقابل: بمعنى أن الحائز ليس عليه دفع مبلغ مقابل تمتعه بهذا الحق سوى المصاريف الخاصة عند ممارسة إجراءات التحرير.

٥-التحرير رخصة للحائز: أن خيار التحرير يُعد رخصة للحائز ومن ثم فإنه لا يعد مخطئاً إذا لم يقر بمباشرة إجراءات التحرير، وهذه الرخصة لايعترف بها القانون للحائز ألا بعد توفر صفة الحائز بالشخص، حينها تمكن من تحرير المرهون ، ولعل السبب في ذلك هو أن التحرير يُعد نوع من الحماية للشخص الذي يستعمله، والحائز هو الجدير بهذه الحماية^(٢) ، والحائز هو الذي يعرض التحرير ولا يتعرض له وهو الذي يختار التحرير، وهو الذي يقدر قيمة المرهون ، لكن يجب أن يكون معقولاً ومتدبراً في عرضه، كي يستطيع الاستفادة من هذا العرض لأنه عندما يعرض على الدائنين قيمة معينة وكانت هذه القيمة أقل من القيمة الحقيقية للمرهون، كان للدائنين أن يرفضوا عرضه وإن يطلبوا بيع المرهون بالمزاد وهذا يؤدي إلى تفويت الفرصة على الحائز ولايستطيع أن يتفادى بيع المرهون بالمزاد^(٣).

(١) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، مصدر سابق ، ص ٥٤٢ . و، د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ١٤٦.

(٢) ينظر: عادل شمران حميد الشمري ، المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير تقدم بها إلى كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠٥، ص ٩٠.

(٣) ينظر: د. جلال محمد إبراهيم و د عبد العزيز المرسى، الحقوق العينية التبعية وعقد الكفالة ، مطبعة حمادة الحديثة، بلا مكان وزمان نشر، ص ٣٠٣.

٦- التحرير وسيلة وقائية:

يعدّ تحرير المرهون وسيلة وقائية، إذ من خلالها يستطيع الحائز ان يتجنب إجراءات التنفيذ على المرهون، من خلال قيام الحائز بعرض التحرير على الدائنين المرتهنيين، بعد إنذاره من قبل الدائنين بدفع الدين فيعرض عليهم قيمة تقديرية للمرهون رهناً تأمينياً، فيحول بينهم وبين من يتعرض له في ملكيته ومن ثم سوف يتفادى نزاع ملكية المرهون وبخاصة إذا كانت قيمة المرهون اقل من قيمة الدين.^(١)

ثالثاً- تمييز التحرير عن وفاء الدين.

إن تحرير المرهون ووفاء الدين، كلّ منهما يعدّ خياراً منحه المشرع للحائز ليختار بينهما ايهما يحقق مصلحته، عند ممارسة حق التمتع من قبل الدائن المرتهن، وإن كلاً من تحرير المرهون ووفاء الدين يؤدي إلى تخليص المرهون من الحقوق المسجلة عليه، لكن يشترط في وفاء الدين، كي يخلص المرهون من هذه الرهون التي تنقله أن يقوم الحائز بوفاء اصل الدين اضافة إلى فوائده وجميع المصروفات التي صرفت بالإجراءات منذ وقت انذاره^(٢)، أما إذا وفى ديون بعض الدائنين، وبخاصة من كانت مراتبهم متقدمة، ففوائده هذا لا يؤدي إلى تخليص المرهون بصورة كاملة من الرهون المسجلة عليه، إن هذا الوفاء قد يؤدي إلى تخليص المرهون من الحقوق المسجلة عليه بقدر ما أوفاه الحائز للدائنين المرتهنيين، اما بالنسبة للدائنين الآخرين الذين لم يوفّ إليهم ديونهم فيمكنهم تتبع المرهون والتنفيذ عليه في مواجهه الحائز^(٣).

ويختلف وفاء الدين عن تحرير المرهون ،وأوجه الاختلاف تتمثل فيما يأتي:

١- من حيث الشخص الذي يمنح له الخيار. ان خيار التحرير يثبت لمن اكتسب ملكية المرهون أو حقاً عينياً على العقار المرهون رهناً تأمينياً^(٤)، اما وفاء الدين فهو خيار لمن اكتسب ملكية المرهون أو اكتسب

(١) ينظر: د. شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، بالإسكندرية ، ١٩٥٩، ص ٣١٠.

(٢) ينظر: نص المادة (٢/١٣٠٧) مدني عراقي .

(٣) ينظر: د. غني حسون طه، و الأستاذ محمد طه البشير ،مصدر سابق ،ص ٤٥٣. ود.محمد وحيد الدين سوار ،الحقوق العينية التبعية، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٦، ص ١١٥.

(٤) نصت عليه المادة (١/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي بأنه: ((يجوز للمُرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز لهذا العقار بعد انذاره بدفع الدين، إلا إذا اختار الحائز ان يقوم بوفاء الدين أو بتحرير العقار من الرهن)) تقابلها (١٠٦١) مدني مصري، والتي نصت: ((يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك ما صرف في الإجراءات من وقت أنذاره . ويبقى حقه هذا قائماً الى يوم رسو المزداد)). وتقابلها المادة (٢٤٦٤) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب مرسوم ١١٩٢-٢٠٢١ والتي نصها الآتي: ((يجوز للغير الذي الت اليه الملكية ، بمجرد تسجيل البيع ، تطهير العقار من الرهونات العقارية)).

حقاً عينياً على المرهون وسواء كان هذا المرهون قد رهن رهناً تأمينياً أو حيازياً^(١).

من الملاحظ هنا أن المشرع العراقي اطلق لفظ الأجنبي على من تنتقل إليه ملكية المرهون في الرهن الحيازي، ونلاحظ ذلك من خلال نص المادة (١٣٤٥) مدني عراقي بأنه: ((للمرتهن أن يستوفي حقه من المرهون رهناً حيازياً حتى ولو انتقلت ملكيته إلى أجنبي غير ان للأجنبي ان يوفي الدائن حقه فيحل محله إلا في رهن قدمه غير المدين ضماناً لنفس الحق))، نلاحظ هنا من خلال هذه المادة ان المشرع أعطى الحق لمن انتقلت إليه ملكية المرهون رهناً حيازياً بوفاء الدين فقط دون حق تحرير المرهون وأطلق عليه لفظ الأجنبي، في حين أطلق لفظ الحائز لمن انتقلت إليه ملكية المرهون رهناً تأمينياً واعطى له خيار تحرير المرهون وايضاً وفاء الدين .

وهنا يتبادر إلى الذهن سؤال ماهو السبب أو المغزى في اختلاف المصطلح المستخدم من قبل المشرع العراقي مابين من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً والذي سمّاه حائزاً، وبين من أنتقلت إليه ملكية العقار المرهون رهناً حيازياً والذي سمّاه بالأجنبي، حسب ما ورد في نص المادة (١٣٤٥) مدني عراقي، بالرغم من تشابه مركزيهما ؟

لعل الجواب على هذا السؤال يعود لأمرين: الأول شكلي لدفع التعارض بين المصطلحات لأن الحيازة ثابتة بموجب طبيعة الرهن الحيازي للدائن المرتهن فسمي من أنتقلت إليه ملكية المرهون بالأجنبي، ولم يُسمَّه بالحائز، لأن الدائن المرتهن في الرهن الحيازي يُعد حائزاً للمرهون لأن في الرهن الحيازي تنتقل له حيازة المرهون، لذلك سمي الشخص الذي أنتقلت إليه ملكية المرهون في الرهن الحيازي بالأجنبي، ولم يُسمَّه بالحائز كي لا نكون أمام حائزين، فالحيازة للدائن المرتهن، وإن كان الدائن المرتهن لا يملك حقيقة ألا الحيازة العرضية اما في الرهن التأميني فإن الدائن المرتهن لا تنتقل إليه الحيازة بالرغم من أنه طرف في عقد الرهن، لكن لا تنتقل إليه حيازة المرهون، اما إذا انتقلت ملكية المرهون إلى الغير فهذا الغير سيُعد حائزاً لهذا المرهون وهذا ما يرجح لدينا سبباً لأطلاق المشرع العراقي عليه لفظ الحائز.

أما السبب الثاني فهو موضوعي، يتصل بالسبب الأول، فانطلاقاً من الفكرة التي أعتقها المشرع في عدم إعطاء من أنتقلت إليه ملكية العقار المرهون حيازياً الحق في طلب التحرير فإنه من المنطقي سلب وصف

(1) Mari Annick Gregoire, Convention hypothécaire universelle : les consommateurs sont-ils bons? INFORMÉ, Volume 119, Numéro 2, 2017, 286.

الحائز منه كي يتحقق الإنسجام بين توصيف الشخص والنظام القانوني الخاضع له، بمعنى أن المشرع لم يرد أن يعطي (للأجنبي) وصف الحائز طالما أنه لا يملك المركز القانوني الذي يخوله طلب التحرير الثابت فقط للحائز في الرهن التأميني.

٢- من حيث الأثر. يُعد خيار وفاء الدين وسيلةً تمنع من استمرار الدائن المؤقّى له دينه من تتبع المرهون لكن في حالة وجود دائنين آخرين سوف لا تحول دون تتبعهم المرهون، أما خيار التحرير فهو يُعد وسيلةً تنقضي بها الحقوق العينية التبعية المسجلة على المرهون لذلك فائدته اعم واشمل لانه يؤدي إلى تحريره من جميع الرهون التي تنقله ^(١).

٣- من حيث مدى التزام الحائز بالدفع . كي يحتفظ الحائز بملكه المرهون عليه دفع جميع الديون المقيدة عليه مع ملحقاتها ^(٢)، أما إذا اختار الحائز تحرير المرهون فهو لا يدفع إلا قيمة المرهون الحقيقية وان كانت اقل من مقدار الدين المضمون فهو يلتزم بدفع قيمة المرهون فقط ^(٣).

٤- من حيث الميعاد. عندما يختار الحائز خيار وفاء الدين عليه ان ينتظر حلول أجل هذه الديون، فلا يستطيع وفاء تلك الديون قبل حلول أجلها، أما إذا اختار تحرير المرهون فإنه لا يتقيد بحلول أجل الدين فإنه يستطيع تحرير المرهون قبل حلول أجل الديون التي تنقله ^(٤).

٥- مدى ثبوت كلاً من خيار وفاء الدين وتحرير المرهون من الناحية القانونية. إن حق الحائز بتحرير المرهون ووفاء الدين يثبت له قانوناً من وقت انذاره بدفع الدين، وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي بنصّها: ((يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً بيد الحائز بهذا العقار بعد انذاره بدفع الدين إلا إذا اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدين أو تحرير العقار من الرهن)).

لكن الوقت الذي يمتد فيه حق الحائز بوفاء الدين يكون أطول منه في تحرير المرهون، إذ إنه في الأول يمتد إلى رسو المزايدة ، وهذا ما أشارت إليه نص المادة (٢/١٣٠٧) من القانون المدني العراقي بنصّها:

(١) ينظر: د. غني حسون طه، والأستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٤٥٦.

(٢) ينظر: د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ١٤٠.

(٣) ينظر : د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٢٥٠. د رمضان ابو السعود، التامينات الشخصية أو العينية ، دار الجامعة الجديدة، بلا مكان طبع، عام ٢٠٠٥، ص ٤٠٤.

(٤) ينظر : نبيل إبراهيم سعد ، المصدر نفسه ، ص ١٢٩. د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ٣٤٥.

((ويبقى حق الحائز في الوفاء بالدين قائماً إلى يوم رسو المزايدة....))^(١).

أما حق الحائز بتحرير العقار تكون مدته اقل من مدة وفاء الدين، إذ ان حق الحائز في تحرير المرهون يبقى إلى يوم توقيع الحجز عليه من قبل الدائن المرتهن، وهذا ما أشارت إليه المادة (١/١٣٠٨) من القانون المدني العراقي بأنه: ((يبقى للحائز حق تحرير العقار المرهون رهناً تأمينياً إلى يوم توقيع الحجز عليه من المرتهين)).

الفرع الثاني

تقدير خيار تحرير المرهون تأمينياً

إن خيار التحرير يوفر حماية للحائز، إذ إنه بوساطته يستطيع الحائز ان يتجنب مباشرة إجراءات التتبع في مواجهته، وتخليص المرهون وباقي الحقوق العينية الأخرى من كل الرهون التي تنقله^(٢)، غير أن هذا النظام وأن كان يتضمن الكثير من المزايا لكنه لا يخلو من العيوب، لذلك سنبحث مزاياه بالنسبة للحائز والدائن المرتهن والمدين والمصلحة العامة، ونبحث أيضاً عيوب التحرير.

أولاً : مزايا التحرير

ان التحرير وان كان قد شرع لحماية الحائز إلا انه في الوقت ذاته يحقق مصلحة الراهن والمرتتهن على حد سواء، فضلاً عن ذلك، فإنه يحقق المصلحة العامة^(٣).

١- مصلحة الحائز في تحرير المرهون. ان تحرير المرهون خيار بوساطته يستطيع حائز المرهون تفادي مباشرة إجراءات نزع الملكية في مواجهته، وتتجلى فائدته للحائز خاصة إذا كانت قيمة الديون التي يضمنها الرهن اكبر من قيمة المرهون، فبوساطة التحرير يستطيع الحائز ان يحتفظ بالمرهون محرراً من اي رهن ينقله بطريقة تكلفه فقط قيمة المرهون، وان كان الدين اكثر من قيمة المرهون^(٤).

ففي هذه الحالة يكون من مصلحة الحائز ان يعرض قيمة المرهون على الدائنين المرتهين، فإن قبلوها سوف يحصل الدائنون على قيمة المرهون دون مباشرة إجراءات نزع الملكية، وفي الوقت نفسه سيخلص

(١) تقابلها المادة (١٠٦١) مدني مصري ، والمادة (٢٤٧٤) مدني فرنسي.

(٢) ينظر: د. غني حسون طه ، والأستاذ محمد طه البشير .مصدر سابق ، ص٤٥٧. ود. عبد الرزاق احمد السنهاوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص٥٤١.

(٣) ينظر: د، سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ١٦٩.

(٤) ينظر: د. جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٣٠٤ .

الحائز المرهون من الديون التي تنقله، دون أن يكون ملزماً بدفع كل الدين الذي يضمه الرهن^(١) وبعدها سيتمكن من الاحتفاظ بملكية المرهون من دون أن يكون ملزماً بدفع ما يزيد على قيمة المرهون مهما بلغت تلك الديون التي تنقله .

فالحائز كثيراً ما يكون مُشترياً للمرهون، ففي هذه الحالة سيدفع الثمن للدائنين بدلا من دفعه للبائع، أو يكون قد تلقاه دون مقابل فعندها أيضا لا يُكلف بدفع أكثر من قيمته، وتزداد فائدة التحرير عندما تكون قيمة المرهون اقل من قيمة الديون، والتحرير يجنب الحائز مخاطر وفاء الدين للدائنين، لانه قد لا يستطيع عند وفائه الدين للدائنين ان يسترد ما دفعه فيما بعد ممن خوله القانون الحق بالرجوع عليهم^(٢).

وان التحرير يحقق نوعاً من الإستقرار للحائز فيما يتعلق بملكيتة للمرهون، إذ ان التحرير من شأنه أن يرفع التهديد حول ملكية الحائز للمرهون، فعندما يعرض الحائز على الدائنين تحرير المرهون، فقد يقبل العرض وعندها سيدفع الحائز المبلغ الذي عرضه عليهم وتخلص له ملكية المرهون بشكل فوري ويتحرر من الرهن، حتى ولو لم تحل آجال الديون، فالتحرير يتيح فرصة للحائز إذ من خلاله يتخلص الحائز من الديون قبل حلول آجالها^(٣).

أما إذا رفضوا العرض، فهنا ايضا، يستطيع الحائز ان يدخل في المزاد، فإذا رسا عليه المزاد، حصل على ملكية المرهون محررةً من أي رهن، أما إذا لم يرسَ عليه المزاد ورسا على غيره، أيضا يتأكد مصير ملكيته فتزول هذه الملكية عنه، ومن ثم يكون التحرير ذا فائدة للحائز فهو يعد وسيلة سريعة من شأنها تحكم موقف ملكية الحائز للمرهون^(٤).

٢- مصلحة الدائنين المرتهنيين من تحرير المرهون. ان تحرير المرهون يحقق فائدة للدائنين المرتهنيين، إذ من خلاله يحصلون على قيمة المرهون الحقيقية، ويتجنبون إجراءات نزع الملكية المتعبة والمعقدة، فحتى لو كان ثمن المرهون لا يكفي لسداد ديونهم جميعها لكنهم في نهاية هذه الإجراءات سوف لن يحصلوا على اكثر من قيمة المرهون^(٥).

(١) ينظر: د. محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٢١.

(٢) ينظر: د. احمد سلامه ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق، ص ٣٤٥.

(٣) ينظر : د. محمد علي أمام ، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ٣٦٢

(٤) ينظر : د. جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٣٠٥.

(٥) ينظر: د. محمد كامل مرسي باشا ، مصدر سلبق ، ٢٢١.

والتحرير يجنب الدائن المرتهن دفع مصروفات البيع في المزاد العلني عند رفضه لعرض الحائز لتحرير المرهون، لأنه في هذه الحالة عليه أن يغطي مصروفات البيع، فقد لا ينتج البيع ثمن أكثر من الثمن الذي عرضه الحائز، وعليه هناك مصلحة للدائن خاصة إذا كان الثمن الذي عرضه الحائز قريباً من القيمة الحقيقية للمرهون^(١).

٣- **مصلحة المدين الراهن.** ان التحرير يقدم مصلحة جلية للراهن (بائع المرهون)، إذ إن من خلال نظام التحرير سوف يسهل عليه بيع المرهون والحصول على مشتري، فوجود التحرير يستطيع المشتري ان يخلص المرهون مما يتقله من رهن، إذ كل ما عليه ان يدفع الثمن للدائنين (بعد عرضه عليهم كمقابل للتحرير) بدلاً من دفعه للبائع^(٢)، وبهذا سوف يتجنب بائع المرهون رجوع حائز المرهون عليه بضمان الأستحقاق وذلك عند نزع ملكيته، فلو لم يكن نظام التحرير، لتعذر على الراهن بيعه للمرهون لأنه لا يقدم أحد على شراء مال مرهون وهو مهتد بحق تتبع من قبل الدائنين المرتهنين، فحق التتبع يمكن الدائنين المرتهنين من التنفيذ على المرهون في مواجهة الحائز، ومن ثم قد يلجأ الراهن بغياب نظام التحرير إلى بيعها بثمن يقل كثيراً عن قيمتها الحقيقية^(٣).

٤- **المصلحة العامة التي يحققها نظام التحرير.** ان للتحرير انعكاساً ايجابياً على المصلحة العامة، إذ إن من خلال التحرير سوف يكون من السهل تداول العقارات المرهونة، وبدون وجود نظام التحرير لا يُقبل شخص على شراء مال مرهون، لذلك مع وجود نظام التحرير أصبح من السهل التصرف بالمرهون بالبيع أو غيره من التصرفات وأن كانت الديون المترتبة عليه تتجاوز قيمة المرهون المشتري عندما يقدم على شراء المرهون وهو يعلم ان له الحق في تحريره ، عندها سوف لا يتردد عن شرائه، وبعدها يقوم بعرض قيمته على الدائنين المرتهنين حتى يحررهم من الرهن، ومن المعلوم أن تداول المرهون تأمينياً تكون له أهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية.

ثانياً: عيوب التحرير

بالرغم من مزايا التحرير الكثيرة إلا أنه يسبب ضرراً لبعض الدائنين المرتهنين، إذ عندما يعرض الحائز التحرير على الدائنين المرتهنين، فلهم الخيار بين أمرين، أما قبول العرض أو رفض العرض وطلب بيع العقار في وقت يحدده القانون، فإن قبلو عرض الحائز قد يتعرضوا لمخاطر عدة، منها أجبارهم على إيفاء

(١) ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ١٦٩.

(٢) ينظر: د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٤٥٧.

(٣) ينظر: د. جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٣٠٦.

حقوقهم قبل حلول أجلها وهذا سيحرمهم من الفوائد التي كان يحصلون عليها، فقد تكون هناك فوائد اتفاقية، ومن ثم يكون للدائنين مصلحة من أجل الدين وعندها سيضر التحرير بالدائنين المرتتهين لأنه يجردهم من حقهم رغماً عنهم ، فالحائز بإمكانه مباشرة إجراءات التحرير وأن كان أجل الدين لم يحل ^(١).

ومن المخاطر التي يتعرض لها الدائنون عند قبولهم عرض الحائز، قبولهم الوفاء الجزئي عندما يكون المبلغ المعروض غير كافي لسداد جميع ديونهم ،وبالرغم من أن الدائنين لم يحصلوا على حقهم كاملاً، إلا أن الدائن يفقد الرهن الذي كان يضمن حقهم، ذلك لأن أنقضاء الرهن هو نتيجة حتمية للتحرير ^(٢).

ونتيجة لما للتحرير من أثر سلبي على مصلحة الدائنين المرتتهين لم تأخذ به بعض التشريعات ^(٣).

ومن خلال ما تقدم يمكننا القول أن تحرير، وأن تضمن بعض العيوب، إلا أن مزاياه تفوق عيوبه، فهو يحقق مصلحة الحائز والمدين الراهن والدائن المرتتهن والمصلحة العامة .

المطلب الثاني

نطاق تحرير المرهون تأمينياً

ان الرهن التأميني هو عقد ، وهو كسائر العقود لا بد من أن يكون له محل ^(٤)، يضاف إليه قابلاً لحكمه ^(٥)، وإن محل العقد في الرهن التأميني يرد على عقار أو حق عيني على عقار ^(٦)، لهذا درسنا نطاق تحرير المرهون تأمينياً ،وعليه قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، بحثنا في الفرع الأول: نطاق تحرير المرهون تأمينياً بالنسبة للعقارات، والفرع الثاني: بحثنا نطاق تحرير المرهون تأمينياً بالنسبة للحقوق العينية العقارية وكما يأتي:.

(١) ينظر : د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق، ص ٣٤٤. و د. علي هادي العبيدي ، مصدر سابق ، ص ٣٦٧.

(٢) ينظر : د. جلال محمد إبراهيم ود. عبد العزيز المرسي ، مصدر سابق، ص ٣٠٧.

(٣) من القوانين التي لم تأخذ بخيار التحرير ، القانون البولوني والألماني، أنظر : د. منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري ، القاهرة ١٩٦٥، ص ١٣٩. ود. جميل الشرفاوي ، التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ص ٤٥٦.

(٤) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر ، مصدر سابق، ص ٢٩٠.

(٥) ينظر: نص المادة (١٢٦) من القانون المدني العراقي .

(٦) ينظر: نص المادة (١/١٢٩٠) من القانون المدني العراقي .

الفرع الأول

العقارات المرهونة رهناً تأمينياً

إن للأشياء المادية تقسيمات عديدة ومختلفة ^(١)، لكن أهم هذه التقسيمات، هو تقسيمها إلى أشياء ثابتة، تسمى بالعقارات أو أشياء غير ثابتة تسمى بالمنقولات، وهذا التقسيم يُعد أقدم تقسيم في القوانين المدنية وأستمر هذا التقسيم بالتواجد بالرغم من أختلاف النظم السياسية والاقتصادية التي عبرها، والمعيار المعتمد فيه، طبيعة الأشياء من حيث ثباتها وحركتها ^(٢)، وهذا الأختلاف في طبيعتها، يؤدي إلى أختلاف القواعد الحاكمة لكل نوع منها ^(٣)، وعلى الرغم من هذه السنين الطوال التي أمتد فيها بقي هذا التقسيم، في الجانب الكبير منه تقسيماً طبيعياً محكماً لايفلت منه شيء، لكن على الرغم من ذلك فلا ينكر أن هذا التقسيم بدأ يعجز في إستيعاب فرضيات وأشياء لا تتسع معها مواقف المشرعين.

ويبدو أن المعيار في تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات، ليس في أماكن أو عدم أماكن نقلها وإنما بالفائدة من العقار تكون بإستقراره والفائدة من المنقول تكون بحركته، فالشيء لا يعد عقاراً لمجرد أنه لا يمكن أو يمكن نقله من مكان إلى آخر، وإنما يُعد عقار لأنه غير مفيداً للشخص الأ إذا كان مستقر في حيز معين، ويكون منقولاً لأنه لا فائدة منه للشخص الأ إذا كان من الممكن نقله من مكان إلى آخر، وعليه فالأشياء العقارية هي التي تتوقف فائدتها بثباتها في حيز معين، والأشياء المنقولة هي التي تكون فائدتها في أمكانية نقلها من مكان إلى آخر ^(٤).

ومن الجدير بالذكر هنا وجود تسامح شائع بين الشيء المرهون والمال المرهون، والذي يتتبع النصوص القانونية والكتابات الفقهية يلاحظ هذا التسامح واضحاً، فبالنسبة للقانون المدني العراقي فإنه ميز بين الشيء والمال، فالمعنى القانوني للشيء يعده محلاً للمال متى ما كانت له قيمة مالية، ولا مالية للشيء إذا لا يمكن

(١) ينظر: د عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال ، الطبعة الثامنة، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، ص ١٠.

(٢) ينظر: د علي محمد البارودي ، حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، مجلة تصدرها كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية ، العددان الثالث والرابع ، السنة العاشرة ، مطبعة جامعة الإسكندرية ، ١٩٦٢، ص ٣١-٣٢.

(٣) ينظر: د غني حسون طه ، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ١٤.

(٤) ينظر: د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، الجزء الثاني ، الكويت ، ١٩٧٠، ص ٤٧١.

إحرازه بسبب طبيعته أو كان ممكن إحرازه لكن القانون يمنع التعامل فيه ^(١)، أما المال فإنه يعرف بأنه كل حق ذو قيمة مالية ^(٢). أما بالنسبة للقانون المدني المصري فهو أيضاً ميز بين الشيء والمال، فالشيء عنده هو محل الحقوق المالية وهذا ما نصت عليه المادة (٨١) من القانون المدني المصري ^(٣)، أما المال فعرفته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري انه كل حق ذو قيمة مالية .

من خلال ذلك يتبين لنا أن هنا هناك تطابقاً بين نصوص القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري في التفريق بين الشيء والمال، لكن على الرغم من أنهما ميزا بين الشيء والمال، فإن نجد في العديد من النصوص أنهما قد خلطا بين الشيء والمال، إذ نجد أن المشرع العراقي قد نص في المادة (٧١) من القانون المدني على أن: ((تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات)) وايضا المشرع المصري فقد نص في المادة (٨٧/١) من قانونه المدني على أن ((تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات.....)).

من خلال ذلك يتبين لنا التسامح الواضح بين الشيء والمال، فالمنقولات والعقارات من تقسيمات الأشياء ^(٤)، لكن المشرع العراقي والمصري عداهما من تقسيمات الأموال، اما بالنسبة لموقف القانون المدني الفرنسي فإنه لن يميز بين المال والشيء فقد نصت المادة (٥١٦) من القانون المدني الفرنسي ((تكون الأموال باجمعها عقارات أو منقولات)) من خلال نص هذه المادة نلاحظ ان المشرع الفرنسي عدّ العقارات والمنقولات من تقسيمات الأشياء، ويؤكد عدم التفريق قراراً لمحكمة النقض الفرنسية أنه ((يحدد القانون الطبيعة العقارية أو المنقولة للمال ولايؤثر اتفاق الأطراف على هذا الأمر)) ^(٥).

^(١) نصت المادة (٦١) من القانون المدني العراقي على أنه ((١- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية ٢- الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجوز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية)) ينظر في هذا الصدد د. عزيز جواد هادي ، دروس في المدخل لدراسة القانون ، مطبعة نور العين ، بغداد ، ٢٠٠٩-٢٠١٠ ، ص ٣٧٩.

^(٢) ورد في المادة (٦٥) بصدد تعريف المال :أنه كل حق ذو قيمة مادية ، ونلاحظ أن كلمة (مادية) قد وردت بالخطأ والصحيح إن المال هو كل حق ذو قيمة مالية ، إذ جاء لفظ (قيمة مالية) عند مناقشة المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي مع مجموعة الاعمال التحضيرية ، الجز الثاني ، بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص ٦.

^(٣) ينظر: نص المادة (٨١) من القانون المدني المصري .

^(٤) نصت المادة (٦٢) من القانون المدني العراقي ((١- العقار كل شيء له مستقر ٢.....- والمنقول كل شيء.....)).

^(٥) ينظر: قرار الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية الصادرة بتاريخ ٢٦/حزيران/١٩٩١ اشار إليه دالوز ٢٠٠٩ ،النسخة المترجمة للعربية، ص ٦٣١.

وكقاعدة عامة فإن الرهن التأميني يرد بصورة رئيسية على العقار، وتعليل ذلك أن هذا الرهن لا ينتج عنه انتقال لحيازة الشيء المرهون إلى الدائن، وإنما تبقى حيازته للراهن ويكون له الحق في التصرف به ^(١)، ويرد الرهن التأميني أيضاً على الحقوق العينية العقارية، أما المنقول فمن حيث الأصل لا يجوز رهنه، وذلك لصعوبة أخضاعه لنظام الشهر عن طريق تسجيل التصرفات الواردة عليه في سجلات رسمية، وذلك لتمثيل المنقول وتعدد وسرعة انتقاله من شخص لآخر، إضافة إلى ذلك أن المدين الراهن في الرهن التأميني يبقى محتفظاً بحيازة المرهون، ومن ثم يستطيع المدين الراهن التصرف بالمنقول تصرف يضر الدائن لمرتهن كأن يخفيه أو يتصرف به إلى شخص حسن النية لا يتمكن الدائن المرتهن الاحتجاج بحقه بمواجهته ^(٢).

لكن هذا الأصل يرد عليه استثناء، إذ يجوز رهن بعض الأموال المنقولة إستثناءً والتي تسمى (المنقولات ذات الطبيعة الخاصة) كالسفن البحرية والمكائن والطائرات، فهذه المنقولات والتصرفات الواردة عليها تخضع لنظام تسجيل خاص بها يكفل تعيينها تعييناً دقيقاً ^(٣).

فقد نصت المادة (١/١٢٩٠) ^(٤)، من القانون المدني العراقي بأنه: ((١ - لا يجوز أن يرد الرهن التأميني ألا على عقار أو حق عيني على عقار ٢ - ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وأن يكون معيناً))، كما أكدت على ذلك المادة (٣٠٥) من قانون التسجيل العقاري فيفهم من نص هذا النص أن الرهن التأميني يرد على عقار بطبيعته، ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه، فيدخل العقار بطبيعته نطاق تحرير المرهون تأمينياً. أما في القانون المدني المصري فيسمى الرهن التأميني بالرهن الرسمي ويكون محله العقارات فقط ^(٥)، فقد نصت المادة (١/١٠٣٥) منه على أن: ((لا يجوز أن يرد الرهن الرهن الرسمي إلا على العقار مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك)).

(١) ينظر : د. سهام عبد الرزاق مجلي السعيد ، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له ، الطبعة الأولى ٢٠١٨، ص ٣١٢.

(٢) ينظر : عادل شمران حميد الشمري ، قاعدة عدم تجزئة الرهن ، دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي ، أطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة كربلاء، ٢٠١٣، ص ١٣٠.

(٣) محمد عبد الغفور العمري، رهن المنقولات ذات الطبيعة الخاصة، رسالة ماجستير، جامعة أهل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، ٢٠٠٣، ص ١٠.

(٤) تقابلها المادة (١٠٣٥) من القانون المدني المصري التي جاء فيها: ((١ - لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار ، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك ٢ - ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ،)) وتقابلها المادة ٢٣٩٧ من القانون المدني الفرنسي .

(٥) ينظر : د. رضا عبد الحليم عبد المجيد ، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية ، جامعة بنها ، بلامكان طبع وزمان طبع ، ص ٣٢٦.

كما نصت المادة (١٠٣٦) من القانون المدني المصري بأنه: ((يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك، مالم يتفق على غير ذلك، مع عدم الأخلال بإمتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليها في المادة (١١٤٨)). أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فقد نصت المادة (٢٣٧٣) الخاصة بالضمانات على العقار ((أن الضمانات التي تطال العقارات هي الإمتيازات ورهن الحيازة العقاري والرهونات العقارية كما يمكن الاحتفاظ بملكية العقارات على سبيل الضمانة))^(١).

ومن أجل التعرف على العقارات التي تدخل في نطاق الرهن التأميني وماهي تقسمات هذه العقارات والشروط التي يجب أن تتوفر في العقار حتى يكون محلاً للرهن التأميني قسمنا هذا الفرع إلى الفقرات الآتية:

أولاً: العقارات بطبيعتها

لقد عرف القانون المدني العراقي العقار في المادة (١/٦٢) بما نصّه: ((١-العقار: هو كل شيء له مستقر ثابت بحيث لايمكن نقله أو تحويله دون تلف، فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من أشياء العقارية))^(٢).

من خلال هذا التعريف يتضح أن المشرع العراقي أخذ بالمفهوم الطبيعي للعقار والذي هو مفهوم منطقي لايمكن اغفاله، وأضاف إليه عدم امكانية نقله وتحويله دون تلف، وهذا المفهوم اخذت به القوانين المدنية الحديثة^(٣)، ومن تعريف المشرع العراقي للعقار وتبنيه المعيار الطبيعي نلاحظ أن المشرع قد بين أنواع العقار التي تكون محلاً للرهن التأميني وتدخل في نطاقه ومن ثم تسري عليها أحكام الرهن التأميني، وهذه الأنواع حسب تعريف المشرع تتمثل بما يأتي :

^(١) أضيفت المادة (٢٣٧٣) من القانون المدني الفرنسي بموجب القانون رقم ٥٢٦ الصا در عام ٢٠٠٩ ، ونصها الأصلي كالآتي :

Article 2373 Modifié par LOI n°20009-526 du 12 mai 2009- art.10

Les suretes sur les immeubles sont les privileges, le gage immobilier et les hypothèques. La propriete de l'immeuble peut également etre retenue ou cede en garantie.

^(٢) تقابلها المادة (٨٢) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ والتي تنص على ((كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه ، لايمكن نقله دون تلف فهو عقار وكل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول)). واما القانون المدني الفرنسي فإنه لم يعرف العقار وإنما إشارة المادة (٥١٦) إلى العقارات بأنه: ((تكون الأموال بأجمعها عقارات أو منقولات)).

^(٣) ينظر: د. غني حسون طه ، و الأستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق ، ص ١٤ .

١- تكون الأرض طبقاً للمعيار الطبيعي في مقدمة العقارات وسواء كانت هذه الأرض حجرية أو جيرية أو رملية أو زراعية ، وسواء كانت هذه الأرض معدة للبناء ، أو كانت قد وُجِدَت في المدن أو في القرى، وأياً كانت قيمة هذه الأرض سواء كانت قيمتها كبيرة أو لا ، ومصطلح الأرض يشمل سطحها وما يعلوها وأيضاً جوفها إلى الحد الذي يكون مفيداً بالتمتع^(١).

ويشمل أيضاً ما يعد من العناصر الجوهرية التي لا يمكن أن تفصل عنها من دون هلاكها أو تلفها^(٢)، لكن ما يقام على سطحها أو ما يزرع فيها غير داخل في مفهوم الأرض، وأن كان داخلاً في مفهوم العقار، إذ كل ما يتصل بها اتصالاً ثابتاً كالبناء والمنشآت المقامة على الأرض والأشجار والنباتات التي تمتد جذورها إلى الأرض تُعد عقارات^(٣). و العقار بالطبيعة ما موجود في جوف الأرض من مناجم ومحاجر، ذلك لأنه جزء من الأرض ، وأن أنتزعت هذه الحجارة أو هذا المعدن من الأرض فهي تكون منقول وليس عقاراً بالطبيعة^(٤).

ويقرر البعض من الفقهاء أن الأخذ بالمعيار الطبيعي للتقسيم، يجعل الأرض هي العقار الوحيد، وأي مال آخر لا يكسب صفة العقار ألا إذا كان تابعاً للعقار، وإرادة الإنسان وإن كانت قادرة على أن تغير المنقول وتحوله إلى عقارٍ إلا أنها لا تستطيع أن تحول الأرض ذاتها إلى منقول، وإن كان من الجائز نقل أجزائها^(٥).

٢- المباني والمنشآت تُعد الأبنية أشياءً عقارية أياً كانت طبيعة هذه المباني، وأياً كان الغرض من هذه المباني، فتشمل هذه المباني دور السكن، المصانع، والمخازن والمنشآت عقارات بطبيعتها لأنها مندمجة في الأرض، فهي ثابتة فوق الأرض أو تحتها، كالخزانات والجسور، والسدود، والأنفاق، والقناطر، والأبار جميعها

(١) ينظر المادة (٢/١٠٤) مدني عراقي التي نصت على ((وملكية الأرض تشمل ما فوقها علواً وما تحتها سفلاً إلى الحد المفيد في التمتع بها)). وإلى ذات المعنى نصت المادة (٢/٨٠٣) من القانون المدني المصري .

(٢) ينظر: المادة (١٠٤٩) من القانون المدني العراقي حيث نصت ((مالك الشيء يملك كل ما يعد في حكم العرف من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير)).

(٣) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن ، مصدر سابق، ص ١٢، ود. منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص ٢٣. ود. همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، جامعة الإسكندرية ، دار المطبوع الجامعية ، ١٩٩٧، ص ٣٩. ود. محمد كامل مرسي ، الموجز في التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص ١١٤

(٤) وعقارية جوف الأرض وما يوجد في هذا الجوف من أحجار ومعادن لا علاقة لها بملكيته ، فإن المعادن على الرغم من أنها مملوكة للدولة ، لكن يلحقها وصف العقار عند وجودها في أرض الأفراد . أستاذنا: ضمير حسين المعموري ، التبعية العينية ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة كربلاء، عام ٢٠١٣، ص ٢٤٩.

(٥) M,Lavallet-Simon" L immobilization des fonds de commerce et la loi de 1909" these paris

تُعد عقارات بطبيعتها ^(١)، فإندماج المباني والمنشآت في الأرض يُعد الشرط الضروري والمهم كي يضفي صفة العقار على هذه المباني، ولا يشترط أن يكون من شيدها هو مالك الأرض نفسها أو مستأجرها أو حائزاً حسن النية أو سيئها أو مغتصباً لها أو غير ذلك، أي سواء كان من شيدها هو المالك أو غيره فإندماجها بالأرض هو شرط كافٍ كي تصبح عقاراً بطبيعتها وأن كانت مملوكة لغير مالك الأرض ^(٢).

٣-النبات :هو كل ماتنتبته الأرض من محاصيل زراعية وثمار، وكل ما يغرس فيها من نخيل أو أشجار، و هذا كله يكون عقاراً بطبيعته بسبب اندماجه بالأرض، فكل الثمار والمزروعات التي تمتد جذورها إلى باطن الأرض تُعد عقاراً، أما إذا لم تمتد جذورها إلى باطن الأرض تصبح منقولة، فقد تنتقل الأشجار إلى أوعية تمهيداً لبيعها لأن جذورها لا تمتد إلى باطن الأرض لذلك تُعد منقولة، وحتى لو كانت هذه الأوعية مدفونة في الأرض، لكن تُعد النباتات عقاراً حتى وإن كانت مغروسة على سبيل التوقيت تمهيداً لبيعها كما هو الحال في أغراس المشاتل في الأرض، والتي تكون معدة لبيعها كي تُستتبت في أرض أخرى، فعلى الرغم من هذا التوقيت ألا أنها تُعد عقاراً طالما أنها مغروسة في الأرض ^(٣).

أما المنقول فقد عرفه المشرع في المادة (٢/٦٢) مدني عراقي بأنه: ((٢- والمنقول : كل شيء يمكن نقله أو تحويله دون تلف، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة))، نستنتج من خلال ذلك أن المشرع العراقي قد أفرد نصاً خاصاً للعقار وللمنقول، أما المشرع المصري الذي لم يعرف المنقول وإنما عرف العقار فقط، إذ نصت المادة (١/٨٢) مدني مصري: ((كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف فهو عقار ، وكل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول))، نستنتج من خلال ذلك أن المشرع المصري لم يعرف المنقول وإنما عرف العقار وتضمن المنقول بتعريفه للعقار ، أما المشرع الفرنسي فلم يُخصص نصاً لتعريف المنقول .

ومن خلال تعريف المشرع العراقي للعقار والمنقول، نرى أن معيار التفريق بين العقار والمنقول هو معيار طبيعي يقوم على ثبات الشيء أو عدم ثباته، و نرى كان من الأفضل لو ان المشرع العراقي ترك تعريف العقار والمنقول، حتى يستطيع ان يواكب تطورات الحياة ومستجداتها ، فحتى وإن كان التعريف مقبولاً في الزمن الذي وضع فيه إلا انه من الصعب ان يبقى مقبولاً في الأزمان اللاحقة، وخير مثال على ذلك ما وصل إليه التطور الهندسي من امكانية نقل الأبنية والأشجار والأبراج من مكان إلى آخر بدون تلف، وهذا

(١) ينظر: د. سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مطابع دار النشر للجامعات ، القاهرة ، ١٩٥٩، ص ٣٦.

(٢) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، حق الملكية ، الجزء الثامن ، مصدر سابق ، ص ٢٥. ود. شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٣، ص ٣١.

(٣) ينظر: د. وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ٣١.

يعني ان معيار عدم امكانية التلف معيار غير صادق لوصف العقار، لذلك يجب ان يتطور وصف العقار وكذلك المنقول بحيث يتماشى مع تطور الإنسان وتقدم وسائله .

ومن خلال ماتقدم يمكن القول: إن العقارات بطبيعتها تدخل في نطاق الرهن التأميني سواء كانت أراضي وأياً كان نوعها (أرض زراعية أو أرض معدة للبناء)، أومباني، فإنها تعد من العقارات، وأن لم تكن مملوكة لمالك الأرض، فإذا كان من أقامها هو مالك الأرض فإنها تعد من ملحقات الأرض ويشملها رهن الأرض، لأنها في هذه الحالة تُعد من توابع الشيء المرهون، أما إذا أقامها غير مالك الأرض، فهي تكون في الأصل ويحكم الالتصاق ملكاً لمالك الأرض وبذلك يشملها الرهن ،أما بالنسبة للأشجار والغراس فهي أيضاً عقارات بطبيعتها، فإذا رهنّت الأرض تُعد من ملحقاتها ويشملها الرهن أيضاً، لكن لايجوز رهنها مستقلة عن الأرض لأنها تصبح منقولة وأن الرهن التأميني لايرد على المنقول^(١).

ثانيا : العقارات بالتخصيص

لما كان العقار هو كل شيء لايمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر دون تلف إلا ان هناك إستثناء^(٢)، هذا الإستثناء يتمثل بمنح صفة العقار لبعض المنقولات التي رسدها مالكةا لخدمة عقاره واستغلاله، إذ نصت المادة (٦٣) من القانون المدني العراقي بأنه: ((يُعد عقار بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكة في عقار مملوك له رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله))^(٣)، من خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع العراقي أبتدأ التعريف بعبارة (يُعد...) وهذا الأعتداد حدود الفرض والمجاز القانوني، فهو أفتراضي وليس حقيقياً، فهو منقول بطبيعته لحقته الصفة العقارية بطريق التبعية ضماناً لاستمرار استغلال العقار بطبيعته الذي رصد هذا المنقول لخدمته، إذن فإنه أفتراض قانوني أو حيلة قانونية ربط فيها المشرع مصير المنقول بالعقار وأعطى للمنقول وصف العقار حكماً، وهذا ماتوجه إليه جمهور فقهاء القانون المدني^(٤)، إذ يرون أن

(١) ينظر: د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٦٨.

(٢) ينظر: أستاذنا . ضمير حسين المعموري ،مصدر سابق، ص ١٧٧.

(٣) تقابلها المادة (٢/٨٢) من القانون المدني المصري النافذ ، والمادة (٥٢٤) من القانون المدني الفرنسي، والتي نصت ((إن الحيوانات والاشياء التي وضعها مالك الأرض فيها لخدمة وأستغلال هذه الأرض هي عقارات بالتخصيص)).ومن الجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي في الوقت الذي يعترف فيه بتقسيم الاشياء إلى ثابتة ومنقولة، فهو لايقر بتقسيم العقارات إلى عقارات بالطبيعة وإلى عقارات بالتخصيص وإن ما أستخدم عليه هو العقار و الملحق بالعقار ، للمزيد راجع أستاذنا . ضمير حسين المعموري ، مصدر سابق، ص١٧٩-١٨١.

(٤) ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ،الجزء الثامن ،مصدر سابق ص،٥١. ود. علي البارودي ، مصدر سابق

،ص ٨٠ ،و. د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص٢٧.

المشرع عندما أخذ بنظرية العقار بالتخصيص أستند إلى الافتراض القانوني^(١)، وعدّ المنقول الذي الذي رصد من قبل مالكه لخدمة عقار مملوك له أيضاً وأستغلاله، عقاراً، على خلاف الحقيقة ليمنع ما يؤدي الفصل بينهما من تعطيل خدمة العقار أو عدم إمكانية إستغلاله و أن الهدف الذي سعى له المشرع عندما أضيف الصفة العقارية عليها هو لحماية العقار التي رصدت هذه المنقولات لخدمته من خلال المحافظة على الوحدة الاقتصادية التي تنشأ بين العقار والمنقول، إذ عندما يخصص منقول لخدمة عقار يترتب على ذلك حسن استغلال العقار والمحافظة على قيمته الاقتصادية ومن أمثلة المنقولات التي تُعد عقارات بالتخصيص: الحيوانات والألات التي يرصدها صاحبها لخدمة مزرعته أو كوسائل النقل التي يخصصها صاحبها لنقل منتجات مصنعة و يجب أن تكون هذه الحيوانات مملوكة لمالك المزرعة نفسه، وهذه الألات مملوكة لصاحب المصنع نفسه، وأيضاً يجب أن يخصص هذه المنقولات لخدمة العقار وليس لخدمة المالك، كالسيارة التي يضعها مالكها في عقاره لخدمته وليس لخدمة عقاره، فهنا لا تُعد هذه السيارة عقاراً بالتخصيص لأنها لم تخصص لخدمة العقار وإنما مخصصه لخدمة مالك العقار^(٢).

وعند تخصيص المنقول لخدمة العقار واستغلاله، ويكون هذا المنقول والعقار مملوكاً لمالك واحد، يكون هذا المنقول عقاراً بالتخصيص، ويصبح من توابع العقار ويخضعان معاً لإجراء واحد^(٣)، فإنها تأخذ حكم العقارات، فهي اكتسبت الصفة العقارية لذلك لو رهن العقار بطبيعته رهناً تأمينياً سوف يشمل الرهن العقارات بالتخصيص بالتبعية، مادامت هذه العقارات بالتخصيص تابعة للعقار المخصصة لخدمته أو لاستغلاله،

(١) يعرف الافتراض القانوني بأنه ((وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون تقوم على اساس افتراض أمر مخالف للواقع، ويترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه.....)). وقد عرفه اهرنج بأنه: ((كذب فني تقتضيه الضرورة)) ، وهو لا يعدو ان يكون وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون..... فالافتراض القانوني ينطوي دائماً على تجاهل الواقع الملموس ومخالفة للحقائق الثابتة بغية الانحراف بالقاعدة القانونية إلى غرض آخر أو تجاهل وجودها. وقد اختلف الفقه في تحديد المقصود بالحقيقة التي يخالفها الافتراض فذهب رأي إلى القول بأنه الافتراض يقوم على مخالفة الحقيقة الطبيعية، والتي تقسم بدورها إلى حقيقة تاريخية وحقيقة علمية وحقيقة فلسفية. واتجاه ثاني رأى ان الافتراض يقوم على مخالفة الحقيقة القانونية واتجاه ثالث مختلط رأى ان الافتراض يقوم على مخالفة الحقيقة الطبيعية مع القانونية، وللمزيد من التفصيل انظر د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى، الافتراض القانوني ودوره في تطوير القانون ، دراسة نظرية وتطبيقية لفكرة الافتراض القانوني، مطبعة دار التأليف، منشورات جامعة المنصورة، كلية الحقوق ، سنة ١٩٨٠، ص ٥ وما بعدها، ود. السيد عبد الحميد فودة، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٣، ص ١٥ وما بعدها.

(٢) ينظر: د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الأصلية، بلا مكان طبع، بلا زمان طبع ، ص ١٠.

(٣) ينظر: د. أنور طلبة ، شرح قانون التمويل العقاري ، بلا مكان نشر ٢٠٠١، ص ١٣.

فلا يجوز رهنها مستقلة وإنما يجب عدها ملحقة بالعقار الذي خصص هذا المنقول من أجله، فلو ورد التصرف عليه استقلالاً ، يؤدي إلى قطع علاقة التخصيص قانوناً ^(١).

وقد أكدت المادة (١/١٢٩٢) من القانون المدني العراقي النافذ شمول الرهن التأميني للعقارات بالتخصيص بأنه: ((١- يشمل الرهن التأميني ملحقات المرهون المعتبرة عقاراً))، اعدّ المشرع هذه المنقولات عقاراً لأنه لو أمكن فصلها عن العقار الذي خصص هذا المنقول لخدمته لكان من شأن ذلك أن تتعطل خدمة العقار واستغلاله، ذلك لأن القواعد القانونية التي يجب أن تطبق على العقار والمنقول، تختلف لذلك فهذه العقارات بالتخصيص تُعد من ملحقات العقار ويشملها الرهن، أما بالنسبة لموقف المشرع المصري، فأيضاً عدّ العقارات بالتخصيص من ملحقات العقار ويشملها الرهن التأميني، إذ نصت المادة (١٠٣٦) منه على أن ((يشمل الرهن ملحقات المرهون التي تُعتبر عقاراً ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات التي تعود بمنفعة على المالك، مالم يتفق على خلاف ذلك.....))، من خلال نص هذه المادة يتبين لنا أن المشرع المصري أيضاً كالمشرع العراقي عدّ العقارات بالتخصيص من ملحقات العقار ويشملها الرهن التأميني، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية ^(٢).

أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فقد نصت المادة (٢٣٨٩) من القانون المدني الفرنسي على أنه ((يمتد الرهن ليشمل التحسينات التي تطرأ على العقار المرهون وكذلك الملحقات التي تعتبر غير منقولة)) يتبين لنا من خلال هذا النص أن المشرع الفرنسي عدّ العقارات بالتخصيص من ملحقات العقار وأيضاً يشملها الرهن التأميني ^٣ وكذلك الفقه المدني الفرنسي ^(٤) يذهب إلى أن رهن العقار يمتد أيضاً إلى العقارات بالتخصيص ذلك لأنه تابع للعقار، أما محكمة النقض الفرنسية فقد عدّت العقارات بالتخصيص من قبيل التحسينات و يشملها الرهن وجاء بقرار لها ^(٥) أن التأمين المكتسب على عقار يشمل جميع التحسينات التي تطرأ عليه، ومن خلال ما اطلعنا عليه من نص المادة (٦٣) من القانون المدني العراقي وكذلك المادة التي تقابلها في

(١) ينظر: د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص ١٤١، د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص ٦٤-٦٥، د. غني

حسون طه والأستاذ محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٣٧٣.

(٢) قرار رقم ٣٨ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٥/١٣ الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ،

حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني ، الاصدار المدني ، الجزء الرابع ١٩٨٢ ، الدار العربية للموسوعات ، ص ٤٤٣.

^٣ هذه المادة تمت اضافتها بموجب التعديل الجديد الصادر بالمرسوم المرقم ١١٩٢-٢٠٢١ المؤرخ في ١٥/تشرين الثاني ٢٠٢١/ والنفاذ في ١ /كانون الثاني /٢٠٢٢.

(4) Jack Mister, Amanuel Putman, Mark Pugh, the extended Civil Law, the law of private in-kind insurances, première édition, traduit par Mansour Al-Qadi, Majd

(٥) قرار صادر في ٢/تموز /١٩٠١ أشار إليه دالوز ٢٠٠٩، النسخة المترجمة إلى العربي ، ص ١٩٦٦.

القانون المدني المصري والفرنسي^(١)، يظهر انه يجب من توفر شرطين كي يكتسب المنقول صفة العقار بالتخصيص.

الشرط الأول: تخصيص منقول بطبيعته لخدمة عقار أو استغلاله فينبغي ابتداءً لعدّ المنقول عقاراً بالتخصيص، ان يكون خُصص لخدمة العقار واستغلاله^(٢) لا لخدمة مالك العقار، بمعنى أنه يتم رصد هذا المنقول لخدمة العقار أو استغلاله والأفادة منه فقد صُنّف هذا المنقول عقاراً بالتخصيص لأنه تم رصده لخدمة هذا العقار بطبيعته وهو اكتسب منه صفة العقار بالتخصيص^(٣)، أما إذا رصد هذا المنقول لخدمة مالك العقار أو لخدمة شخص آخر كأن يكون مستاجره، مثلاً، فهو لا تلحقه صفة العقار بالتخصيص وذلك بسبب إنعدام التلازم بينهما، وهنا لا يكون هنالك مبرر على أنه عقارٌ بالتخصيص، بمعنى يجب أن يكون التخصيص عينياً وليس شخصياً لأن الغاية من إعطاء صفة العقار بالتخصيص لبعض المنقولات رغم ما من افتراض إنما يكون في ظاهرة تخصيص هذه المنقولات لخدمة عقار أو استغلاله ويتطلب ذلك ربط هذه المنقولات بالعقار واخضاعها للقواعد القانونية نفسها التي تحكمه ضماناً لعدم الفصل بينهما^(٤)، فالسيارة التي يستخدمها صاحب المصنع لخدمة المصنع تُعد عقاراً بالتخصيص لكن إذا استخدمها لخدمة نفسه لا تُعد عقاراً بالتخصيص^(٥).

الشرط الثاني: وحدة المالك ان هذا الشرط يتضح من خلال نص المادة (٦٣) من القانون المدني العراقي بنصها على أن: ((المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له)) ففي نص هذه المادة، المشرع لم

(١) لقد افاض التقنين المدني الفرنسي في النصوص وفي التطبيقات المتعلقة بالعقار بالتخصيص. فوضعت المادة (١/٥٢٤) من القانون المدني الفرنسي، المبدأ العام في العقار بالتخصيص، بأنه: ((الاشياء التي يضعها مالك العقار في عقاره، لخدمة هذا العقار واستغلاله، تكون عقاراً بالتخصيص)) ثم بعد ذلك تأتي الفقرة الثانية والثالثة بتطبيقات عديدة للعقار بالتخصيص بأنه: ((وعلى ذلك تكون عقارات بالتخصيص، إذا وضعها المالك لخدمة العقار واستغلاله: الحيوانات المخصصة للزراعة-إلات الحرث-البذور المعطاة للمستأجرين أو المزارعين.....)) نقلاً عن طبعة دالوز العربي الصادر عن جامعة القديس يوسف بيروت، الطبعة الثامنة بعد المئة بالعربية. ص ٦٣٣.

(٢) ومن ثم إذا لم تخصص تلك المنقولات لخدمة العقار أو استغلاله فلا تعد عقاراً بالتخصيص وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز في العراق بأن الديكورات لا يمكن عدها عقاراً بالتخصيص، وسبب ذلك واضح لأنها ليس من شأنها خدمة العقار أو استغلاله، القرار رقم ١٣٠ /هيئة عامة أولى /بتاريخ ١٩٧٦/٨/٧، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، ١٩٧٦، ص ٢٩.

(٣) Oliver Farronau, Etienne Hubert, Christian Perugon, Distinguer droits réels et droits personnels : Privilèges concurrents pour les constructions urbaines au XIXe siècle, 1995, p. 8.

(٤) ينظر: د. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف بالإسكندرية. ١٩٩٨، ص ٧١١.

(٥) ينظر: د. غني حسون طه، والأستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ١٦.

يَرَع مَصْلَحَةُ العقار وحده وإنما أيضا رعا مصلحة المالك هذا من جانب، ومن جانب آخر مالك العقار هو وحده الذي من حقه ان يخصص منقولات لخدمة هذا العقار^(١)، ومن ثم لا تُعد المنقولات التي يملكها مستأجر المصنع عقارا بالتخصيص، وكذلك بالنسبة للمنقولات الموضوعة من قبل مالك العقار في عقاره لخدمته ولم تكن هذه المنقولات مملوكة له، فمثلا لو قام المالك بوضع منقولات قام باستأجارها في عقاره، لاثُبت عقارات بالتخصيص حتى ولو كان قصده من وضعها هو بقصد خدمة العقار واستغلاله .

فإذا توفر هذان الشرطان، يثبت للمنقول بطبيعته صفة العقار بالتخصيص ومن ثم سوف يأخذ هذا العقار بالتخصيص حكم العقار رصد على خدمته واستغلاله، فإنها تدخل في بيع العقار وهبته وأي تصرف آخر يجري على هذا العقار كرهنه لأنه يُعد من ملحقاته .

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أن محل الرهن يتحدد بالعقار، وألعقارات التي إتفق المتعاقدون على تحميلها بحق الرهن، وقد عيناها في العقد تعييناً دقيقاً، وسواء كانت عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص^(٢)، فعند تحديد العقار المرهون ، فإن الرهن لا يقتصر على ذلك العقار فقط، وإنما يمتد إلى ملحقاته^(٣)، وهي التي تعد بحكم القانون عقاراً دون حاجة إلى إتفاق بين المتعاقدين، إلا إذا اتفقا على أستبعاد هذه الملحقات كلها أو بعضها من نطاق الرهن^(٤) .

(١) ينظر: د. حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الأصلية ، مصدر سابق ، ص ١١ .

(٢) ينظر: د. همام محمد محمود ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق، ص ٢٩١ .

(٣) نصت المادة (١٢٩٢) من القانون المدني العراقي انه : ((١- يشمل الرهن التأميني ملحقات المرهون المعتبرة عقاراً ٢- ويشمل بوجه خاص ، الأشجار والأبنية التي تكون قائمة وقت الرهن على العقار المرهون أو تستحدث بعده ، وحقوق الارتفاق والعقار بالتخصيص ، وجميع التحسينات والإنشاءات التي أجريت في العقار المرهون)) . تقابلها المادة (١٠٣٦) من القانون المدني المصري إذا نصت : ((يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك مالم يتفق على غير ذلك)) وقد نصت المادة (٢٣٨٩) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب مرسوم عدد ١١٩٢-٢٠٢١ : ((يمتد الرهن العقاري الى التحسينات التي تحدث في العقارات المرهونة، وكذلك الملحقات غير المنقولة)). كما نصت المادة (٢٣٩٠) مدني فرنسي المعدلة : ((يمتد الرهن العقاري إلى الفوائد والتابع الأخرى للمطالبة المضمونة. يفيد هذا التمديد الطرف الثالث البديل في الدين المضمون للفائدة وغيرها من الملحقات المستحقة له)).

(٤) ينظر: د. سليمان مرقس ، التأمينات العينية، مصدر سابق، ص ٤٨ .

الفرع الثاني

نطاق تحرير المرهون تأمينياً بالنسبة للحقوق العينية العقارية

نصت المادة (١٢٩٠) ^(١) من القانون المدني العراقي على ان ((١-لايجوز ان يرد الرهن التأميني إلا على عقار أو حق عيني على عقار ٢- ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وان يكون معيناً)) ، فالرهن التأميني يرد على العقار وكذلك يصح أن يرد على الحقوق العينية العقارية، متى ما كانت هذه الحقوق قابلة للبيع بالمزاد العلني .

أما بالنسبة للقانون المدني المصري، فعلى الرغم من أنه لم ينص صراحة على رهن الحقوق العينية العقارية، لكن جواز رهنها يستفاد من نص المادة (١/٨٢) التي نصت على ((يُعد مالا عقارياً كل حق عيني يقع على عقار.....)) وبديهيّاً من الاعتداد بالحقوق العينية الواقعة على عقار أموالاً عقارية ^(٢) .

أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي من قابلية الحقوق العينية العقارية للرهن فقد نصت المادة (١/٢٣٩٧) منه الخاصة بالأحكام العامة للرهن العقارية على أن :((تكون وحدها قابلة للرهن العقاري: ١- الأموال العقارية الداخل في التعامل وملحقاتها المعتبرة عقارات ٢- الإنتفاع بالأموال والملحقات ذاتها خلال مدته)).

والحقوق العينية التي يرد عليها الرهن التأميني هي الحقوق العينية الأصلية ^(٣)، ويُعرف الحق العيني الأصلي :هو الحق الذي يقوم بذاته ولا يحتاج إلى حق آخر يستند إليه، فهو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على شيء مادي معين بذاته دون توسط حق شخصي سابق، كحق الملكية والحقوق المتفرعة عنه ^(٤)، وهو بخلاف الحق العيني التبعية الذي لايقوم بذاته بل يستند في وجوده إلى حق آخر يسمى بالحق الرئيس وهو حق شخصي ^(٥) ، يتقرر الحق التبعية لضمان الوفاء بهذا الدين، وهذه الحقوق وردت في القانون المدني العراقي هي : الرهن التأميني ، والرهن الحيازي ، وحقوق الأمتياز .

(١) تقابلها المادة (١٠٣٥) مدني مصري ، وتقابلها المادة (٢٣٩٦) مدني فرنسي .

(٢) ينظر: د. سمير كامل ، ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري ، بلا مكان طبع ، ١٩٧٨، ص ٧٢

(٣) ينظر: د. سعيد سعد عبد السلام ، الحقوق العينية التبعية ، بلامكان طبع ، ٢٠٠٤ ، ص ١٩١ .

(٤) ينظر: د. غني حسون طه ، والأستاذ .محمد طه البشير، مصدر سابق ٤، ص ٣١.

(٥) الحق الشخصي :هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً أو عينياً أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل ، أنظر الدكتور مروان كركبي والدكتور سامي منصور ، الأموال والحقوق العينية ، الطبعة الثانية ، المنشورات الحقوقية ، لبنان ، ١٩٩٩ ، ص ٥٥.

هذا التعريف يبين لنا ان الحق العيني ينصب على شيء مادي، اي شيء محسوس ومعين بذاته، بحيث تكون هناك صلة مباشرة بين الشيء وصاحبه، ويتمكن صاحب الحق من مباشرة حقه دون تدخل شخص آخر، فالحقوق العينية الأصلية هي قائمة بذاتها ولا تستند في وجودها إلى وجود حق آخر.

وقد وردت الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني العراقي، إذ نصت المادة (١/٦٨) منه على أن: ((١-الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والإستعمال والسكنى والمساحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الأجارة الطويلة))، نلاحظ أن المشرع العراقي قد ذكر هذه الحقوق في المادة (١/٦٨) على سبيل الحصر.

والسؤال الذي يمكن أن يطرح هنا هل إن الحقوق العينية مقتصرة على ماذكرها المشرع، أم يمكن إيجاد حقوق عينية أخرى ؟

للجواب على هذا السؤال نقول: على الرغم من أن هذه الحقوق عددها وارد في التشريع حصرياً، ولكن هذا لايعني عدم قدرة المشرع على خلق وإيجاد حقوق عينية غيرها ، فهي حصرية في الوجود لافي الوجود . فالرهن التأميني^(١) يرد على العقار وكذلك يصح أن يرد على حقوق عينية عقارية .

لكن السؤال الذي يمكن أن يثار هنا; هل جميع الحقوق العينية العقارية يمكن أن تكون محلاً للرهن التأميني ؟

نصت المادة (٢/١٢٩٠) من القانون المدني العراقي على أن ((٢- ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه وأن يكون معيناً)) من خلال نص هذه المادة يتبين لنا أن ليس كل الحقوق العينية يمكن أن تكون محلاً للرهن التأميني، بل يجب ان يصح التعامل بهذه الحقوق وتكون قابلة لأن تُباع بالمزاد العلني، وذلك كي يتحقق الغرض المقصود من الرهن، والمتمثل بضمان حقوق الدائن المرتهن، كي يتمكن من بيعها ويستوفي حقه من ثمنها، ويجب أن تكون هذه الحقوق خاضعة للتسجيل في دائرة التسجيل العقاري مثل: (حق الرقبة ، وحق المنفعة العقاري ، حق المساحة ، حق التصرف)، هذه الحقوق هي التي يمكن أن تكون محلاً للرهن التأميني لأنها يصح التعامل فيها ويجوز بيعها في المزاد العلني، أما الحقوق العينية التي لايمكن التصرف بها بصورة مستقلة عن العقار، ولايمكن بيعها في المزاد العلني، فهي لايمكن أن تكون محلاً

(١) يعرف المشرع العراقي الرهن التأميني في المادة (١٢٨٥) من القانون المدني بأنه ((الرهن التأميني: عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، في إستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون فيها)). و يطلق على هذا النوع من الرهن في القانون المدني المصري بالرهن الرسمي ، أما في القانون المدني الفرنسي فيطلق عليه بالرهن العقاري الإتفاقي .

للرهن التأميني، كحقوق الارتفاق إذ لايجوز رهنها بصورة مستقلة لأنها قررت لخدمة العقار ومن ثم فهي تتبعه فيما يقع عليه من تصرفات، لذلك فإن الرهن التأميني الذي يقرر على العقار يشمل هذه الحقوق وسواء كان لاحقاً أو سابقاً على نشوئها لخدمة العقار المرهون^(١).

ومن خلال ما تقدم فإن الحقوق التي تكون محلاً للرهن التأميني وتدخل في نطاق تحرير المرهون تأمينياً تتمثل بما يأتي:

أولاً: حق التصرف

يُعد حق التصرف في القانون المدني العراقي من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة من حق الملكية فقد ورد تعداد هذه الحقوق ابتداءً^(٢)، على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال كما هو الحال في الحقوق الشخصية.

وقد نظم المشرع في القانون المدني العراقي حق التصرف في الفصل الأول من الباب الثاني وخصص له ثمانين مادة (المواد ١١٦٩-١٢٤٩)، إذ بينت المادة (١١٦٩) في فقراتها الأولى والثانية والثالثة سلطات صاحب حق التصرف، إذ نصت على أنه: ((للمتصرف في الأراضي الأميرية، ان ينتفع بها هي وزوائدها وان يزرعها ويقيم فيها الأبنية الخاصة بالزراعة وان يغرس فيها الكروم والأشجار وان يتخذها حديقة أو بستاناً أو غابة أو مرعى.....)).

وقد عرّف جانب من الفقه^(٣) حق التصرف بأنه: (حق عيني أصلي يُخول صاحبه الإنتفاع بالأراضي الأميرية واستغلالها بهدف استثمارها تحقيقاً للنفع العام)، نلاحظ من خلال نص المادة (١١٦٩) من القانون المدني العراقي ومن خلال هذا التعريف، أن حق التصرف هو حق عيني أصلي وهو يركز على سلطات المتصرف (صاحب حق التصرف) إذ إنه يحق له الإنتفاع بالأراضي الأميرية هي وزوائدها، فله أن يزرعها وأن يقيم فيها ابنية خاصة للزراعة وان يغرس فيها الأشجار أو أن يتخذها حديقة أو مرعى ويبنى فيها الدور والحوانيت وأن يهدم الأبنية وله أن يجعل فيها مزرعة وله ان يقلع اشجارها وان ينتفع بترابها^(٤).

ويلاحظ هنا ان حق التصرف مختلف عن سلطة التصرف الممنوحة للمالك، ذلك لأن حق التصرف يجمع بين سلطتي الإستعمال والاستغلال، وهو هنا مقيد بالأراضي الأميرية المملوكة للدولة، وان صاحب حق

(١) ينظر: د. سمير عبد السيد تتاغو ، مصدر سابق ، ص ١٥٢. و أنظر: خولة كاظم المعموري، مصدر سابق، ص ٨٧.

(٢) ينظر : المادة (١/٦٨) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٣) ينظر: د. غني حسون طه ، والأستاذ محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٢٦٩.

(٤) ينظر: المادة (١٩٦٩) من القانون المدني العراقي .

التصرف يجوز له زراعة الأرض أو بيعها وهنا يُسمى (إفراغ الحقوق التصرفية) أو رهنها رهنًا تأمينيًا أو حيازياً، وله أن يؤجرها أو يعيرها إلى الغير. ويجب في هذا كله أن يراعي قواعد التسجيل في دائرة التسجيل العقاري^(١).

إن حق التصرف هو كأي حق مالي، يعد عنصراً من عناصر الذمة المالية لصاحبه، فهو يُعد ضماناً عاماً لدائني المدين، إذ انه يجوز لهم أن يحجزوا عليه وان يستوفوا حقوقهم من بدله حتى بعد موت المدين، وهذا بعد مراعاة المادة (٤/٢٨٤) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل من عدم جواز الحجز، (احتياطي أو تنفيذي) على ما يكفي لمعيشة المدين وعياله من وارداته.

ويُتضح من خلال ما تقدم أن حق التصرف يدخل في نطاق تحرير المرهون تأمينياً وهذا ما أكدته المادة (١/١١٦٩) بنصها: ((وله أن يفرغها وأن يعيرها وأن يرهن حقه في التصرف فيها رهنًا تأمينيًا أو حيازياً ويستوفي الدين من بدل الحق حتى لو أنحلت الأرض بعد موته)) ، من خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع العراقي أجاز رهن حق التصرف رهنًا تأمينيًا، ومن ثم فإن هذا الحق يُعد من الحقوق العينية القابلة للرهن ويندرج تحت لواء المادة (٢/١٣٠٦) مدني عراقي التي عدت من انتقل إليه حق عيني قابل للرهن حائزاً ، إذ إن صاحب حق التصرف في الأراضي الزراعية يجوز له رهنها تأمينياً ، ويجب في هذا كله أن يراعي قواعد التسجيل العقاري^(٢)، ومن ثم إذا تلقى شخص حق التصرف (حقاً عينياً قابلاً للرهن) بعد أن رهنه صاحبه، يُعد الشخص الذي تلقى هذا الحق حائزاً، ومن ثم جاز له تحرير المرهون تأمينياً، فعلى أساس ما تقدم، نرى أن حق التصرف يدخل في نطاق تحرير المرهون تأمينياً.

ثانياً: حق المنفعة

لم يعرف المشرع العراقي حق المنفعة، وقد احسن المشرع العراقي فعلاً حينما لم يرد تعريفاً لحق المنفعة وترك مهمة التعاريف للشراح وكذلك المشرع المصري لم يعرف حق المنفعة ، اما المشرع الفرنسي، فقد عرّف حق الإنتفاع بموجب نص المادة (٥٧٨) من القانون المدني الفرنسي بانه ((هو حق التمتع بأشياء يملكها شخص آخر، على غرار المالك نفسه، شرط الحفاظ على جوهرها))^(٣)، ويلاحظ من هذا التعريف ان حق المنفعة ماهو إلا جزء أو فرع من فروع حق الملكية فبالرغم من حق الملكية يحتوي على ثلاثة عناصر: هي حق الإستعمال وحق الأستغلال وحق التصرف، لكن ليس بالضرورة ان تجتمع العناصر هذه للمالك نفسه فممکن تجزأت حق الملكية فيكون للمالك فقط حق التصرف ولشخص آخر حق الإستعمال والأستغلال

(١) ينظر: د. غني حسون طه ، والأستاذ. محمد طه البشير ، المصدر السابق، ص ٢٧٤.

(٢) ينظر: د. غني حسون طه ، والأستاذ. محمد طه البشير ، المصدر نفسه ، ص ٢٧٤.

(٣) نقلا عن دالوز العربي ٢٠٠٩، ص ٥٧٨.

فيكون الأول مالك الرقبة، والثاني هو صاحب حق المنفعة^(١)، ويلاحظ أيضاً أن هذا التعريف تعريف غير كافٍ لأنه لم يشر إلى عينية الحق وأنه يجب أن ينتهي بموت المنتفع وهذان الأمران هما أهم ما يميز به حق المنفعة^(٢).

وقد عرف حق المنفعة من قبل شراح القوانين المدنية بتعاريف عديدة، فذهب جانب منهم إلى تعريفها بأنه: (حق عينيّ يخول صاحبه الإنتفاع بشيء مملوك للغير شرط المحافظة على ذات الشيء لردّه إلى صاحبه عند نهاية مدة الحق والذي ينتهي حتماً بوفاة المنتفع)^(٣)، كما عرفه آخر بأنه: (حق عينيّ يخول لشخص معين الحصول على منفعة شيء أو حق للغير)^(٤).

وايضاً ورد تعريف لحق المنفعة من قبل شراح القانون المدني الفرنسي، إذ عرفه ادهم: (حق الإنتفاع هو الحق العيني في الإنتفاع بشيء مملوك للغير بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لردّه إلى صاحبه عند نهاية حق الإنتفاع، الذي يجب أن ينتهي حتماً بموت المنتفع)^(٥).

ويمكن أن نُعرف حق المنفعة بأنه: هو حق عينيّ أصليّ متفرع عن حق الملكية يخول صاحبه سلطة الإستعمال والاستغلال لشيء مملوك لشخص معين، على أن يلتزم بالمحافظة عليه وردّه إليه خلال المدة الزمنية المحددة له التي ينتهي بها حق المنفعة و ينتهي أيضاً بموت المنتفع.

خصائص حق المنفعة:

١- حق المنفعة هو حق عينيّ وهذا ما نصت عليه المادة (١/٦٨) من القانون المدني العراقي^(٦) يرد على شيء مملوك للغير، ولهذا عالج المشرع العراقي كحق متفرع عن حق الملكية، ومن ثم يمكن أن يحتج به في مواجهة الغير وهذه الصفة العينية تُعد سلطة مباشرة تنصب على شيء معين بالذات، لذلك يحق للمنتفع تتبع

(١) ينظر: د. حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص ٣٢٠.

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ، الجزء الثالث ، فقرة ٧٥٧ ، نقلاً عن د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء التاسع . الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، سنة ٢٠٠٠ ، ص ١٢٠١.

(٣) ينظر: د. غني حسون طه ، والأستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق ، ص ٣٠٠.

(٤) ينظر: د. مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية ، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص ٨٨.

نقلاً عن د. ضحى محمد 24 p, 1999, droit civil, biens et obligation le edition, paris, isabelle buffiller – (5)

سعيد النعمان، ماهية حق المنفعة (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٥)، العدد ٥٣، سنة ٢٠١٢، ص ٤٦٧.

(٦) ينظر: المادة (١/٦٨) من القانون المدني العراقي.

محل حق المنفعة عند انتقاله إلى الغير (الحائز) وهذا ما يُقال له حق التمتع، وايضا للمنتفع حق التقدم في إستيفاء حقه على جميع الدائنين الشخصيين، وهذا هو حق الأفضلية .

وحق المنفعة يمكن ان يرد على عقار ومنقول، وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٤٩) من القانون المدني العراقي^(١). وهذه الصفة العينية هي التي تميز حق المنفعة عن حق المستأجر، فبالرغم من ان كلاهما يخول صاحبه حق الإنتفاع بشيء تعود ملكيته للغير، لكنهما يختلفان في أن حق المنفعة هو حق عيني اما حق المستأجر فهو حق شخصي، وإذا ورد على عقار فيجوز رهنه تأمينياً، في حين حق المستأجر لا يجوز رهنه وان كان المأجور عقاراً^(٢)، فحق المستأجر هو دائماً حق منقول لأن حق الدائنية يربط بين الدائن ومدينه^(٣).

٢- ان حق المنفعة هو حق مستقل عن رتبة الشيء ولهذا فإنه لا يكون هنالك شيوع بين المنتفع ومالك الرتبة بالغرم من أنه يجوز أن يرد حق المنفعة لعدة اشخاص على الشيوع.

٣- ان حق المنفعة هو حق مؤقت فهو ينتهي بانتهاء مدته وحتما ينقضي بموت المنتفع حتى وان كانت وفاة المنتفع قبل حلول أجله .

٤- إنه حق يرد على شيء غير قابل للإستهلاك^(٤)، لأن المنتفع يلتزم بأن يرد محل الحق إلى مالكة عند انتهاء حق المنفعة، لذلك يجب أن يكون محل هذا الحق ممكن الإنتفاع به دون استهلاكه^(٥).

تطبيقاً لما تقدم، يدخل حق الرتبة وحق الإنتفاع نطاق تحرير المرهون تأمينياً وذلك فالمادة (٢/١٣٠٦)^(٦)، وما يقابلها من القوانين السابق ذكرها وما يقابلها من القوانين المقارنة، قد عدت حائزاً للعقار المرهون كلاً من انتقلت إليه ملكية العقار أو (اي حق عيني قابل للرهن) وان حق الإنتفاع وحق الرتبة هي من الحقوق العينية التي يجوز رهنها^(٧)، ويمكن بيعها بالمزايدة العلنية بصورة مستقلة^(٨)، فيجوز التحرير لمن انتقل إليه حق

(١) ينظر: المادة (١٢٤٩) من القانون المدني العراقي .

(٢) ينظر: د غني حسون طه. والأستاذ. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٣٠٠.

(٣) ينظر: د.حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني ، ص ٣٢٢.

(٤) ومن الجدير بالذكر ان المادة (٥٨٧) من القانون المدني الفرنسي اجازت ترتيب حق الإنتفاع على الشيء القابل للإستهلاك بالإستعمال لكن المنتفع يلتزم برد مثله عند انتهاء حق الإنتفاع وهذا النوع من الإنتفاع اطلق عليه الشراح عبارة (شبه حق الإنتفاع)، اما المشرع العراقي لم يشر إلى هذا النوع وحسنا فعل المشرع ذلك لان شبه حق الإنتفاع هو في حقيقته عقد قرض وهذا واضح من نص المادة (٦٨٤) من القانون المدني العراقي ، اما المشرع المصري فقد اخذ بشبه حق الإنتفاع واثبته بموجب نص المادة (٢/٩٩٢).

(٥) ينظر: د غني حسون طه، والأستاذ. محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٣٠١.

(٦) تقابها المادة (٢/١٠٦٠) من القانون المدني المصري.

(٧) ينظر: د محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص ١٣٢-١٣٣.

الرقبة أو حق الإنتفاع مرهونا ، فإذا عرض حائز حق الرقبة أو حق الإنتفاع قيمة حقه ، فإنه يترتب على التحرير تخليص الحق المرهون ^(٢).

وإذا كان حق الإنتفاع هو الذي انتقل إلى الحائز وحصل تحريره، فإن حق أرباب الحقوق المقيدة يبقى على الرقبة، وعند انتهاء الإنتفاع يُعد ملحقا بالرقبة، فتعود حقوق أصحاب الديون المقيدة على العقار كاملة، رقبةً وانتفاعاً، إذ إن الرهن يشمل ملحقات المرهون. وإذا كان مالك الرقبة هو الذي انتقل إلى الحائز وحرر، فإن الرقبة تتحرر من المرهون، ويبقى الرهن على حق الإنتفاع، ويزول بزواله ^(٣).

ثالثاً- حق المساطحة .

عرفت المادة (١/١٢٦٦) من القانون المدني العراقي حق المساطحة بأنه : ((١-حق المساطحة حق عيني يخول صاحبه أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس على أرض الغير وبمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الأرض، ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته. ٢-وحق المساطحة يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري)).

يتبين لنا من خلال هذا التعريف أن حق المساطحة هو حق عيني عقاري أصلي، وإن مصدره هو العقد، وهو عقد شكلي لا ينعقد إلا بعد تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، فالتسجيل يعد ركناً من أركانه، ^(٤) والعقد يحدد حقوق والتزامات المساطح، ومحل التزام المساطح هو إقامة أبنية أو منشآت أخرى غير الغراس و للمُساطح أن يتفق مع صاحب الأرض على إقامة بناء للسكنى أو إقامة منشآت أخرى كمعمل أو مخزن وغيرها.

وان المشرع العراقي إستثنى الغراس. ويقول : الدكتور حسن علي الذنون ^(٥) (أن السبب في إستثناء الغراس من قبل المشرع العراقي هو مزدوج، فهو يرجع أولاً : إلى أن الغراس، لا يبقى على الأرض طويلاً في الغالب، وإن العادة لم تجر بالمساطحة فيه، وهو يرجع ثانياً: إلى أنه أجاز في نص سابق هو نص المادة (٨٢٤) إعطاء أحد أرضه إلى آخر ليغرس فيها أشجاراً ويتعهد بتربيتها مدة معلومة على أن تكون الأشجار

(١) ينظر: د. حمدي عبد الرحمن احمد، الحقوق العينية التبعية (الرهن الرسمي/حقوق إلمتياز/حق الاختصاص)، دون ذكر دار طبع أو نشر، سنة ٢٠١٠، ص ١٠٣.

(٢) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء العاشر، التامينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص ٥٤٥.

(٣) ينظر: د. احمد سعيد الزقرد، الوجيز في التامينات الشخصية والعينية في القانون المدني الكويتي، الطبعة الأولى، دون ذكر مطبعة وا دار نشر، سنة ١٩٩٩، ص ١١٨.

(٤) ينظر : د. غني حسون طه ، والأستاذ محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٣١٧.

(٥) ينظر: د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٣٥٥.

والأرض أو الأشجار وحدها مشتركة بينهما بنسبة معينة بعد انتهاء المدة، وسمى مثل هذا الاتفاق مغارسة وعدها نوعاً من الإجارة () .

أجاز المشرع العراقي ترتيب حق المساطحة على أرض مملوكة ملكاً صرفاً، وإيضاً أجاز ترتيبه على أرض موقوفة وفقاً صحيحاً^(١) وقد خصص المشرع العراقي المواد (١٢٦٦-١٢٧٠) من قانونه المدني لموضوع حق المساطحة، ويلاحظ أن المشرع العراقي قد ساوى بين الأبنية والمنشآت الأخرى عندما عرف حق المساطحة، ويمكن أن تكون هذه المنشآت الأخرى غير الأبنية، كأن تكون مخازن معدة لحفظ المواد و خزنها أو تكون مرآباً لإيواء المركبات وإن اقيمت هذه المنشآت بمواد غير معدة للبناء، ولكنها بحكم النص تكون حق مساطحة .

وبموجب نص المادة (١/١٢٦٧) من القانون المدني العراقي، حددت مدة حق المساطحة بأن لا يجوز أن تزيد على ٥٠ سنة، فإذا زادت المدة على ٥٠ سنة، فإن العقد لا يبطّل، وإنما تكون المدة هي ٥٠ سنة فقط وذلك بعد أن يتفق الطرفان على ذلك، أما إذا لم يتفقا على مدة في العقد، فلكل من المساطح وصاحب الأرض حق إنهاء العقد بعد ثلاث سنوات من وقت التنبيه أحدهما للآخر .

إن المساطح يملك ما أحدث على الأرض من بناء أو أي منشآت أخرى ملكاً خالصاً، ومن ثم يحق له أن يتصرف، مقترباً بحق المساطحة، بالرهن أو البيع، وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٦٩) من القانون المدني العراقي^(٢).

استناداً إلى ما تقدم نلاحظ أن حق المساطحة يدخل في نطاق تحرير المرهون تأمينياً، إذ نصت المادة (١/١٢٦٩) على أنه: ((يملك المساطح ملكاً خالصاً ما أحدث على الأرض من بناء أو منشآت أخرى، وله أن يتصرف فيه، مقترباً بحق المساطحة، بالبيع والرهن وغيرها من عقود التمليك في دائرة التسجيل العقاري.... كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه)).

من خلال هذا النص يفهم أن حق المساطحة من الحقوق العينية الجائز رهنها تأمينياً، ومن ثم يمكن أن تكون محلاً للتحرير .

وتجدر الإشارة إلى أن عقد المساطحة إذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري لا يعد عقد مساطحة بمعناه القانوني وإنما هو عقد إيجار من نوع خاص^(١).

(١) نصت المادة (١/٢٢٩) من قانون التسجيل العقاري بأنه: ((ينشأ حق المساطحة على الأرض المملوكة أو الموقوفة وفقاً صحيحاً بتسجيل اتفاق صاحب الأرض والمساطح في السجل العقاري)) .

(٢) ينظر: المادة (١٢٦٩) من القانون المدني العراقي النافذ.

ومن ثم يخرج حق المساطحة غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري عن نطاق تحرير المرهون تأمينياً، وذلك لأنه يُعد إجارة، وحق الإجارة لا يُعد من الحقوق التي يجوز رهنها تأمينياً، ولا يصدق وصف الحائز على مستأجر العقار^(٢)، فتبعاً لذلك يخرج حق المساطحة والحالة هذه عن نطاق تحرير المرهون تأمينياً.

أما بالنسبة لحق الإستعمال وحق السكنى فإنه يخرج من نطاق تحرير المرهون تأمينياً، ذلك لأن هذه الحقوق غير قابلة للرهن بوصفها من الحقوق العينية العقارية، لكونها شخصية لأصحابها ولا يجوز التصرف فيها للغير، كما أن من الشروط الواجب توفرها في المرهون هو أن يكون مما يجوز بيعه بالمزاد العلني مستقلاً^(٣) وهو ما لا يصدق على هذه الحقوق، إذ أن هذه الحقوق لا يجوز رهنها ولا بيعها إلا بالتبعية للعقار الوارد عليه نفسه^(٤)، ومن ثم فلا يُعد من اكتسب مثل هذه الحقوق حائزاً^(٥)، لتعذر رهنها، ومن ثم لا يستطيع الدائن أن يتتبع العقار تحت يد صاحب حق من هذه الحقوق، ويستطيع الدائن المرتهن تجاهله وينفذ على العقار في مواجهة المدين الراهن بأعتباره خالياً من هذه الحقوق^(٦).

وتخرج حقوق الارتفاق عن نطاق تحرير المرهون تأمينياً، كونها لا يجوز رهنها بصورة مستقلة عن العقار المقرر لمنفعته، إذ إن رهن العقار يمتد إليها بحكم القانون^(٧)، وقد نصت المادة (١٢٩٢)^(٨) من القانون المدني العراقي بأن: ((١-يشمل الرهن التأميني ملحقات المرهون المعتبرة عقارا . ٢- ويشمل بوجه خاص.... وحقوق الارتفاق....)).

(١) القرار التمييزي المرقم ١٨١/مساطحة / ٢٠١٠ في ٢٤/٨/٢٠١٠، محكمة التمييز الاتحادية، منشور على الموقع الإلكتروني لمجلس القضاء الأعلى، <https://www.hjc.iq/qview.1375>، آخر زيارة للموقع في ٢٣/٤/٢٠٢٢.

(٢) ينظر: د شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ٣١٦.

(٣) ينظر: د نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ١٤٧.

(٤) ينظر: د احمد عبد التواب محمد بهجت، الوجيز في شرح احكام الضمانات العينية والشخصية (الرهن الرسمي / الرهن الحيازي/الامتياز /الاختصاص/الكفالة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة ٢٠١٠، ص ٧٠.

(٥) ينظر: د. حمدي عبد الرحمن احمد، مصدر سابق، ص ٩٠.

(٦) ينظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، التأمينات العينية والشخصية، الجزء الأول، المؤسسة الفنية، القاهرة، ٢٠٠٢.

(٧) ينظر: د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص ٥٤٢.

(٨) تقابلها المادة (٢/١٠٦٣) من القانون المدني المصري، والمادة (٢٣٨٩) من القانون المدني الفرنسي.

وحيث ان حق الارتفاق لايجوز بيعه مستقلا عن العقار ^(١)، ومن ثم فإن حقوق الارتفاق لا تدخل في نطاق تحرير المرهون بصورة مستقلة عن العقار المرتفق، وهي إن دخلت نطاق تحرير المرهون، فإنما تدخل بالتبعية لدخول العقار المرتفق هذا النطاق وليست منفصلة عنه.

ويخرج عن نطاق تحرير المرهون تأمينياً ، الحقوق العينية التبعية ، كحق الرهن التأميني أو الحيازي أو الأمتياز ، إذ لا يُعد صاحبه حائزاً ولا يكون حقه على العقار محلاً للحجز عليه أو يمكن تتبعه من قبل الدائن المرتهن ^(٢)، فنكون بصدد مباشرة حق في التقدم وليس الحق في التتبع ^(٣).

(١) ينظر: د شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ٣١٦.

(٢) ينظر: د. أحمد سعيد الزقرد، مصدر سابق ، ص ١٩٢.

(٣) ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، المصدر السابق، ص ١٤٩.

المبحث الثاني

مفهوم الحائز وتمييزه عن بعض المفاهيم القانونية الأخرى

عندما يُرتب المدين حق رهن تأميني على المرهون لضمان الوفاء بدين ترتب في ذمة المدين، فإن حق الرهن هذا لا يمنع الراهن من سلطاته في التصرف في المال المرهون الذي يملكه، فله أن يتصرف في ملكه، بشرط إلا يضُر هذا التصرف بحق الدائن المرتهن، فله أن يبيع المرهون أو يهبه، أو يرتب عليه حقاً عينياً قابلاً للرهن للغير، وإن الدائن المرتهن لا يتضرر من هذه التصرفات إذ إن القانون، وبموجب عقد الرهن، منحه ميزة تتبع المرهون بين يدي الشخص الذي انتقلت إليه ملكية هذا المرهون إذا كان التصرف بيعاً أو من اكتسب عليه حقاً عينياً أصلياً قابلاً للرهن والتنفيذ عليه.

وهذا الشخص يسمى بلغة القانون (حائزاً)، وهذا الحائز له وصف قانوني مختلف عن وصف الحائز لمفهوم الحياة، وإن حق هذا الحائز يمتد إليه أثر الرهن، وأنه من الطبيعي أن يتأثر حقه، ولكن ليس كل شخص تنتقل إليه ملكية المرهون أو حق عيني يمكن أن يُعد حائزاً.

لذلك لابد من تحديد معنى الحائز وبيان الأساس القانوني لمركزه، وبيان شروطه القانونية، وأيضاً لابد من تمييزه عن المفاهيم أو المراكز القانونية التي قد تختلط به، ولذلك قسّمنا هذا المبحث إلى مطلبين تكلمنا في المطلب الأول عن تعريف حائز المرهون تأمينياً وشروطه وفي المطلب الثاني أجرينا مقارنة بين مركز الحائز والمراكز المشابهة له.

المطلب الأول

تعريف حائز المرهون تأمينياً

للتعرف على حائز المرهون تأمينياً لابد من بيان تعريفه في القانون العراقي وكذلك القوانين المقارنة، والأشارة إلى التعاريف الفقهية في هذا الصدد، وهذا ماسنتاوله في الفرع الأول من هذا المطلب، أما الفرع الثاني فسيكون لبيان الشروط التي تحقق صفته القانونية كحائز في مفهوم الرهن التأميني.

الفرع الأول

معنى حائز المرهون تأمينياً

عرف المشرع العراقي الحيازة في المادة (١/١١٤٥) من القانون المدني بأنها: - ((١- الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق)) ، من خلال نص هذه المادة يتبين لنا ان الحيازة بشكل عام هي سيطرة فعلية على حق عيني يجوز التعامل فيه، وسواء كانت هذه الحيازة عرضية أو حقيقية .

وتنقسم الحيازة إلى نوعين :

النوع الأول وهي الحيازة التي لاتستند إلى سند قانوني ، وهي التي تتضمن معنى التعدي على حق الغير، و**النوع الثاني** من الحيازة فهي تلك التي تستند إلى سند قانوني، كحيازة المالك على ملكه، والذي يكون له مباشرة سلطات المالك على الشيء لحساب نفسه وبأسمه ^(١)، وتسمى هذه الحيازة ب(الحيازة القانونية) ويتوفر في هذه الحيازة العنصران المادي والمعنوي ^(٢) ، وقد تفقد الحيازة العنصر المعنوي دون المادي فالحائز يكتسب هذا العنصر مستنداً إلى القانون مثال على ذلك حيازة الحابس بحق الحبس للضمان، أو أستناداً إلى إتفاق ، كحيازة المستأجر، والمنفع ، والمرتهن، وهذا ما يسمى بالحيازة العرضية .

كما وأن هذه الحيازة تكون للمالك عل ملكه المثقل به حق الغير ، وحق هذا الأخير قد ينشأ بإرادة الحائز كحيازة الكفيل العيني ، أو قد ينشأ بإرادة غير الحائز كحائز العقار المرهون ^(٣).

(١) ينظر : د. محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الأصلية ، الملكية والحقوق المتفرعة عنها - أسباب كسب الملكية ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٧ ، ص ٥١٧.

(٢) يتكون العنصر المادي للحيازة من مجموع الأعمال المادية التي يباشرها عادة صاحب الحق العيني ، كإستعمال الشيء وأستغلاله أو تغييره طبقاً لما تسمح به طبيعة الشيء . أما العنصر المعنوي فيتحقق عندما تتوفر لدى الحائز نية إستعمال الشيء الذي يحوزه ، كمالك أو كصاحب حق عيني آخر عليه ، أي تكون لديه نية الظهور بمظهر صاحب حق عيني يحوزه لنفسه ولحسابه الخاص. د. غني حسون طه . والأستاذ محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٢٠٤.

(٣) ينظر : د. بمو برويز خان الدلوي ، تحرير المرهون وأحكامه في القانون المدني دراسة تحليلية مقارنة بين قانوني العراقي والمصري ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، سنة ٦ ، العدد ، ٢٢ ، ٢٠١٤ ، ص ٢٤٣.

وهنا نقصد بالحائز هو الحائز من النوع الأخير، عرّف المشرع العراقي الحائز بموجب المادة (٢/١٣٠٦) من القانون المدني الحائز بأنه: ((ويُعد حائزاً 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 يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن)) .

اما المشرع المصري، فقد عرّفه بموجب المادة (٢/١٠٦٠) من القانون المدني بأنه: ((كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون ان يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن)) .

من خلال نص هذه المادة أعلاه ، ونص المادة (٢/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي نجد أن المشرع العراقي والمصري أخذاً بمفهوم الحائز ونصاً عليه صراحة ، وأيضاً بينا من خلال التعريف ، شروط الحائز ، وبذلك فإن الحائز، وفقاً للقانون المدني العراقي والمصري هو من اصبح بأي سبب من أسباب كسب الملكية مالكاً للمرهون أو صاحب حق عيني عليه قابل للرهن، بعد تسجيل الرهن في دائرة التسجيل العقاري وهذا يُفهم من خلال عبارة (كل من انتقلت إليه بعد الرهن)، وهنا المشرع العراقي كان اكثر دقة من المشرع المصري لتعريفه للحائز عندما ذكر أنه يجب أن يكون الرهن سابقاً لإنتقال الحق في ملكية المرهون وهذا لم ينص عليه المشرع المصري .

ومما يؤخذ على تعريف المشرعين العراقي والمصري للشخص الذي انتقلت إليه ملكية المرهون أو حق عيني آخر عليه قابل للرهن ، أن كلاً منهما أطلق لفظ (الحائز) للدلالة عليه، ومن المعلوم أن هذا اللفظ هو مشترك بين حائز المرهون وحائز ملك الغير الذي يريد اكتساب ملكية المرهون عن طريق التقادم، وهذا يؤدي إلى الأختلاط بين صفة الحائز للمرهون وبين غيره من الحائزين.

اما المشرع الفرنسي فقد تجاوز هذا الخلط حين أطلق على الحائز تسمية (المكتسب) (Tiers-detrnteur ou acqureur)، وذلك عندما عرّف الحائز بموجب المادة (٢١٦٦) من القانون المدني الفرنسي، بأنه: ((ويُعد مكتسباً للعقار المرهون من انتقلت إليه، بأي سبب من الاسباب ملكية هذا العقار أو حق عيني عليه قابلاً للرهن دون ان يلزمه شخصيا الدين المضمون بالرهن)) وقد جاء في شرح هذه المادة أنه في حالة تصرف المدين بالعقار المثقل بالرهن، على أن الدائنين حائزي رهن عقاري مسجل على عقار يتبعونه عند

انتقاله إلى أي يد ليتم ترتيب استحقاق ديونهم ويُدفع لهم حسب ترتيب ديونهم أو تسجيلها، ويمارس الدائنون حقهم في تتبع الغير المكتسب ملكية العقار والحجز عليه وبيعه^(١).

وحسناً فعل المشرع الفرنسي عند استعماله تسمية المكتسب، وذلك لأن هذه التسمية أكثر دقة من تسمية الحائز، المستعملة في التشريعين العراقي والمصري، ذلك لأن هذه التسمية تؤدي إلى عدم اختلاط صفة الحائز لملكية للمرهون أو أي حق عيني آخر قابل للرهن مع غيره من الحائزين، وذلك لأن لفظ الحائز هو لفظ مشترك بين حائز العقار المرهون تأمينياً وبين حائز ملك الغير الذي بحيازته يريد اكتساب ملكية العقار بالتقادم، ولهذا فإن إطلاق تسمية الحائز بلاشك تؤدي إلى اختلاط صفة الحائز للعقار المرهون تأمينياً مع الحائزين الآخرين^(٢)، في حين أن حائز العقار المرهون هو شخص مختلف، فهو من انتقلت إليه بعد الرهن ملكية العقار المرهون، وهو من تتخذ ضده إجراءات نزع ملكية هذا العقار المرهون، إلا إذا حرر العقار المرهون أو قام بسداد الدين، ومن ثم فهو مختلف عن من حاز عقاراً بقصد تملكه، وكذلك يختلف عن حائز العقار بصورة عرضية كمستأجره^(٣).

ولتجنب الخلط بين صفة الحائز للمرهون مع غيره من الحائزين، نقترح على المشرع العراقي أن يعدل صياغة (٢/١٣٠٦) مدني عراقي، وتسمية الحائز بالمكتسب، ليكون اللفظ أقرب إلى حقيقة الحائز للمرهون تأمينياً.

وهناك تعريفات متعددة للحائز في نطاق الرهن التأميني من قبل فقهاء القانون المدني وشراحه، فقد عرفه بعضهم بأنه: (من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون أو حق عيني آخر عليه قابل للرهن، دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن)^(٤).

كما عرف بأنه: (هو كل من انتقلت إليه بعد الرهن بأي سبب من أسباب كسب الملكية كالبيع، والهبة، والوصية، والمقايضة والتقادم، وملكية العقار المرهون، أو أي حق عيني آخر عليه قابلاً للرهن ومن دون أن يكون مسؤول مسؤولية شخصية عن الدين المضمون)^(١).

(١) Marcil, Planiol, Georges ripert, Contrats. civils, Tome X1, 2 edition. 1954, P. 3589.

نقلاً من قتيبة مهدي صالح، التنظيم القانوني لحائز العقار المرهون، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠١٩، ص ٧٨.

(٢) ينظر: د. عبد الناصر العطار، التأمينات العينية، بلا مكان نشر، بلا زمان نشر، ص ١٢١.

(٣) ينظر: ماجد عبد المجيد الكساسبة، المفهوم القانوني لحائز العقار المرهون تأمينياً (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة العلوم تطبيقية والقانون، مجلد ٣، عدد ١، ٢٠١٩، ص ٩٩.

(٤) ينظر: د. محمد وحيد الدين سوار، مصدر سابق، ص ١١١.

ويعرف الحائز ايضاً بأنه: (هو من يباشر الدائن المرتهن في مواجهته حقه في التمتع، وأصطلاح الحائز هنا مستعمل في معنى خاص يختلف عن المعنى المألوف لهذا الاصطلاح ، فمن انتقلت إليه الملكية هو صاحب حق عيني على العقار ولذلك لا يُعد حائز في القواعد العامة ، والمقصود بأصطلاح الحائز هنا للدلالة على أن هذا الشخص أجنبي عن الدين الموثق به الرهن العقاري) (٢) .

وكذلك عرف الحائز : (هو كل من آلت إليه ملكية كل العقار المرهون أو بعضه سواء بطريقة مفرزة أو شائعة ، تامة أو ملكية رقبة ، أو من اكتسب على العقار المرهون حقاً عينياً أصلياً قابلاً للبيع بالمزاد العلني بصورة مستقلة عن العقار الذي قرر عليه كحق المنفعة) (٣) .

نلاحظ مما تقدم ، ان فقهاء القانون المدني قد عرفوا الحائز بتعريفات عديدة كلها تدور حول فكرة واحدة هي أن الحائز كل من تلقى ملكية المرهون أو حقاً عينياً آخر عليه قابلاً للرهن كحق مساطحة أو حق انتفاع حائز للمرهون تأمينياً حتى وإن كان تلقى هذه الملكية عن طريق هبة أو تقادم ، فلو كان قد تلقى هذه الملكية أو الحق العيني عن طريق الهبة وكان هذا الشيء الموهوب مُتَقَلَّاً بحق عيني ضماناً لدين كان قد ترتب في ذمة الواهب، فهنا الموهوب له وفاء الدين، مالم يكن هناك اتفاق بين الواهب والموهوب له على خلاف ذلك، و يكون مسؤول مسؤولية شخصية عنه، فلا يعد حائزاً، لأن الحائز يجب ان يكون غير مسؤول مسؤولية شخصية عن الدين، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٦١٩) من القانون المدني العراقي بأنه: ((٢- وإذا كان الموهوب مُتَقَلَّاً بحق عيني ضماناً لدين في ذمة الواهب أو ذمة شخص آخر، فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين، مالم يوجد اتفاق على غير ذلك)) .

ويُلاحظ ايضاً على تعريف الحائز من قبل الفقهاء، انه جعل من التقادم سبباً من أسباب كسب الملكية، إذا حاز المرهون المدة المحددة في القانون فإنه يكتسب صفة الحائز، وهذا لا يمكن ان نأخذ به في القانون المدني العراقي، ذلك لان من شروط اكتساب ملكية المرهون عن طريق التقادم، هو أن لا يكون ذلك المرهون

(١) ينظر: د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني ، الحقوق العينية ، دار الثقافة ، عمان ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٠، ص ٣٥٩. ود. أنور طلبة ، الوسيط في القانون المدني ، ج ٦، المكتب الجامعي ٢٠٠٢، بلامكان طبع ، ٢٠٠١، ص ٧٥٢. ود. عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التامينات العينية، الطبعة الثالثة ، دار السعادة ، مصر ، سنة ١٩٨٤، ص ٢٧٠ .

(٢) ينظر : د. سمير عبد السيد تناعو ، مصدر سابق، ص ١٤٨ .

(٣) ينظر: د. همام محمد محمود زهران، مصدر سابق ، ص ٤٩٠ .

مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري، وهذا الشرط اكدته المادة (١/٤٣) من قانون التسجيل العقاري^(١)، إذ اشترطت على الشخص الذي يحوز عقار أو اسهم في عقار غير مسجلة ان يُراجع دائرة التسجيل العقاري وتقديم طلب تسجيلها، ويُفهم من ذلك ان العقارات والحقوق العينية المسجلة في دائرة التسجيل العقاري لا يمكن تملُّكها بالتقادم طالما أنها مسجلة، وسواء كان ذلك التقادم طويلاً أم قصيراً.

هذا بالنسبة للمشرع العراقي، أما المشرع المصري، فإنه من الممكن عدّ التقادم سبباً من أسباب اكتساب الشخص لصفة الحائز، ذلك لأنه لا يشترط في القانون المدني المصري تسجيل المرهون لاكتساب ملكيته عن طريق التقادم^(٢)، لذلك يمكن أن يكتسب الشخص صفة الحائز للمرهون في القانون المدني المصري عند حيازته للمرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية (البالغ خمس عشرة سنة) وكذلك يمكن ان يكتسب صفة الحائز ايضاً عندما تكون حيازته لمدة خمس سنوات متى ما كانت حيازته مقترنة بحسن نية ومستندة إلى سبب صحيح دون أن يشترط لأكتساب ملكية المرهون عن طريق التقادم ألا يكون مسجلاً، وهذا بخلاف موقف القانون المدني العراقي الذي اشترط لأكتساب ملكية المرهون عن طريق التقادم، ألا يكون هذا المرهون مسجلاً.

أما التعريف القضائي، فنجد ان القضاء العراقي لم يعرف الحائز للمرهون تأمينياً، فلم نعثر حسب ما اطلعنا على أي حكم قضائي يُعرف الحائز، أما القضاء المصري فقد سائر الفقه والتشريع في تعريفه للحائز، فقد أشار إلى أن الحائز هو كل من انتقلت إليه بأي سببٍ من الأسباب ملكية المرهون أو حق عيني آخر عليه قابلاً للرهن من دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن.

بهذا الاتجاه، قد قضت محكمة النقض المصرية بأن: ((الحائز بالتنفيذ العقاري، هو من اكتسب ملكية عقار مرهون أو مأخوذ عليه حق اختصاص بموجب سند مسجل سابق على تسجيل نزع الملكية دون ان

(١) حيث نصت المادة (١/٤٣) من قانون التسجيل العقاري: ((١- على كل شخص حاز على عقار غير مسجل أو اسهم في (عقار) غير مسجلة في سجلات التسجيل العقاري، مراجعة دائرة التسجيل العقاري لطلب التسجيل المجدد.....)).

(٢) ينظر: المادة (٩٦٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ سنة ١٩٤٨، إذ نصت على: ((من حاز منقولاً أو عقاراً دون ان

يكون مالكا له، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون ان يكون هذا الحق خاصا به، كان له ان يكسب ملكية اشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمسة عشر سنة)).

يكون مسؤولاً شخصياً عن الدين المضمون وتكون بذلك له مصلحة في الدفاع عن هذا الحق ومنع بيعه))^(١).

أما القضاء الفرنسي فهو أيضاً لم يُعرف الحائز، إذ لا يوجد فيه حكم قضائي يعرف به الحائز ومن خلال ما تقدم من تعريفات، يمكن لنا أن نضع تعريفاً لحائز المرهون تأمينياً بأنه : (هو من اكتسب ملكية المرهون تأمينياً لأي سبب من أسباب كسب الملكية أو أي حق عيني آخر عليه قابلاً للرهن وكان قد سجل سند ملكيته بعد الرهن وقبل صدور قرار الحجز، من دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن).

الفرع الثاني

شروط حائز المرهون تأمينياً

يشترط في الشخص الذي يكتسب صفة الحائز للمرهون تأمينياً أن تتوفر فيه عدة شروط محددة تستند إلى فكرة أساس تتمثل إلى بأن الحائز لا تتوفر فيه صفة المديونية، لكن الحق العيني التبعية الذي اكتسبه الدائن يُخوله ميزة التبعية وتعقب المرهون في أي يد كان ، وتلك الشروط تتمثل بما يأتي:-

أولاً: أن يكون الحائز قد اكتسب ملكية العقار أو حقاً عينياً أصلياً بأي سبب من أسباب كسب الملكية

فالحائز هو الشخص الذي آلت إليه ملكية العقار المرهون تأمينياً، وسواء كانت ملكيته تامة أو اكتسب على المرهون حقاً عينياً أصلياً بأي سبب من أسباب كسب الملكية، وهذا التعبير ورد في المادة (٢/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي^(٢)، وعلى الرغم من أن هذه العبارة وردت مطلقة إلا أنها تدل على أنه يجب اكتسابه بأحد أسباب كسب الملكية المعروفة في القانون، فنوع السبب لا يهم وهذا واضح من خلال نص المادة أعلاه حين عرفت الحائز ، فأبي سبب يؤدي إلى كسب الملكية يكفي، وبموجب هذا الشرط فالتقدم يجعل المكتسب حائز ، بشرط أن يكون الكسب وقع فعلاً ، وأستناداً إلى ذلك في حالة كون السبب عبارة عن تصرف قانوني فالشخص لا يُعد قد اكتسب بمقتضاه إلا عندما يكون سند العقار قد تم تسجيله في دائرة

(١) ينظر: (نقض ١٩٨٤/١/٢٤ رقم (١٣١) سنة ٣٩ ق. ونقض ١٩٨٣/١/٢٤، الطعن رقم ٧٥ سنة ٤١ ق، أشار إليه د.

أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٠، ص ٦٦٩.

(٢) تقابلها المادة (٢/١٠٦٠) مدني مصري، وايضا تقابلها المادة (٢١٦٦) من القانون المدني الفرنسي.

التسجيل العقاري^(١)، أما قبل ذلك لا يُعد حائزاً ويستطيع الدائن المرتهن نزع ملكية العقار ويوجه الإجراءات إلى الراهن لأنه هو المالك^(٢).

أما عندما يكون السبب غير واجب التسجيل ، فالشخص يُعد حائزاً بمجرد وقوعه ، ذلك لأن تملكه لا يتوقف على التسجيل كما هو في التقادم ، فاكسب الملكية عن طريق التقادم، وإن جاء ضمن الباب الخاص لأسباب كسب الملكية في القانون العراقي، إلا أنه لا يُعد سبباً لكسب الملكية وإنما يُعد دليلاً له، أي أنه يُعد مجرد دفع يمكن للحائز الأفادة منه لكن لا يمنحه دعوى وهذا خلاف ما جاء عليه المشرع المصري الذي عدّ مكتسب الملكية بالتقادم حائزاً^(٣).

وبناء على ما تقدم، نرى كان من الأفضل لو أن المشرع حدد الأسباب التي تؤدي إلى اكتساب صفة الحائز بدلاً من أن يشير إليها بعبارة مطلقة، وهذه الأسباب هي: (العقد، والشفعة، والالتصاق، والوصية).

أما بالنسبة لنوع الحق، فهو المهم تحديده، وهذا واضح من النص القانوني الذي أشارت إليه المادة (٢/١٣٠٦) بنصها: ((١- ويُعد حائز للعقار المرهون ، كل من انتقلت إليه بعد الرهن بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار، أو أي حق عيني آخر عليه))، فمن خلال نص هذه المادة نرى أن الحق الذي أكتسبه الحائز يجب أن يكون حق ملكية أو أي حق عيني آخر، وقد يكتسب الحائز ملكية العقار كله، أو يكتسب ملكية جزء من العقار وهذا الجزء قد يكون مفزراً أو شائعاً ففي الحالتين يُعد حائزاً متى ما توفرت بقية الشروط، فعند اكتسابه ملكية العقار كله توجه الإجراءات للحائز بصورة مستقلة، أما في حالة امتلاكه جزءاً مفزراً أو شائعاً من العقار، هنا توجه الإجراءات إلى الحائز والراهن ذلك على أنهما شركاء على الشيوع^(٤).

ثانياً: ان يكون ما اكتسبه الحائز من ملكية المرهون أو الحق العيني قابلاً للرهن وللبيع بالمزاد العلني بصفة مستقلة .

(١) ينظر: المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري إذ نصت: ((لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري)).

(٢) ينظر : د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، التأمينات العينية في القانون المصري المقارن ، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلازمان نشر ، ص ١٢٩ .

(٣) ان التقادم يُعد سبب لكسب الملكية في القانون المصري ومن ثم يُعد سبباً لكسب صفة الحائز، كل هذا بشرط ان يكون الكسب قد وقع فعلاً، ينظر :د. أحمد سلامة، التأمينات المدنية، الرهن الرسمي، دار التعاون للطباعة والنشر، القاهرة، ص ٣٠٠ .

(٤) ينظر: قتيبة صالح مهدي ، مصدر سابق، ص ٤٨ .

إن الحائز الذي آلت إليه ملكية المرهون أو اكتسب عليه حقاً عينياً أصلياً، يجب أن يكون قابلاً للبيع بالمزاد العلني^(١) بصورة مستقلة عن العقار المقرر عليه، كحق انتفاع أو مساطحة، أو حق تصرف، وهذا ما عبر عنه المشرع العراقي والمصري والفرنسي (حق عيني آخر قابلاً للرهن) وهذا مانصت عليه المادة (٢/١٣٠٦) مدني عراقي والمادة (٢/١٠٦٠) مدني مصري والمادة (٢١٦٦) مدني فرنسي ولعل السبب في اشتراط أن يكون المرهون أو الحق العيني قابلاً للتعامل فيه ومن ثم قابلاً للرهن هو أن عدم قابليته للتعامل فيه معناه عدم قابليته للتصرف، أي عدم قابليته للتنفيذ عليه وبيعه في المزاد العلني من قبل الدائن لكي يستوفي حقه من ثمنه عندما يمتنع المدين عن وفاء دينه، وبخلاف هذا الشرط لا تكون هنالك فائدة من حق التتبع، لأن الغرض من الحق في التتبع هو الحماية من الضمان الذي قرره القانون للدائن المرتهن، بحيث أن اكتساب الغير لحق على المرهن تأمينياً لا يحول دون مباشرة الدائن المرتهن لحقه في التنفيذ على المرهون تأمينياً كاملاً دون انتقاص، ويتمكن المرتهن التنفيذ بحقه في الرهن على الحق موضوع التصرف، وذلك في مواجهة الحائز وبيعه في المزاد العلني، بغض النظر عن السبب الذي اكتسب الحائز بمقتضاه حقه^(٢).

ومن ثم لا يُعد حائزاً كل من اكتسب على المرهون تأمينياً حقاً غير قابل للرهن وللبيع في المزاد العلني، لأنه في هذه الحالة يحق للدائن المرتهن التنفيذ على المرهون في يد الراهن، ولا معنى لمباشرة حق التتبع في مواجهة الحائز وذلك لأن ما اكتسبه هذا الأخير من حق لا يجوز بيعه بالمزاد العلني بصورة مستقلة عن المرهون، وعليه لا يُعد حائزاً من اكتسب حق ارتفاق لأنه لا يمكن بيعه مستقلاً عن العقار المخدوم، وكذلك لا يُعد حائزاً من اكتسب حقاً في الإستعمال والسكنى ذلك لانه من الحقوق الشخصية المرتبطة بشخصية من تقرر له، لا يجوز رهنها ولا بيعها، ومن ثم من أكتسب مثل هذه الحقوق لا يمكن له أن يحتج على المرتهن بها، ويحق للأخير الحجز على العقار كاملاً تحت يد الراهن^(٣) وكذلك لا يُعد مستأجر العقار حائزاً لانه لم تنتقل إليه الملكية^(٤)، وكذلك الحقوق العينية التبعية فمكتسبها لا يُعد حائزاً، لانها لا يمكن أن ترهن وتباع بالمزاد العلني^(٥).

ثالثاً: اكتساب الحائز للحق بعد تسجيل الرهن وقبل وضع إشارة الحجز على المرهون تأمينياً.

وعلى وفق هذا الشرط يلاحظ أنه لا يكفي حتى يُعد الشخص حائزاً أن يكتسب حقاً عينياً أصلياً قابلاً للرهن، ولكن يجب التعرف على الوقت الذي انتقلت فيه ملكية العقار المرهون أو الحق العيني للحائز فحتى يُعد الشخص حائزاً بالمعنى الذي نقصده، فيجب أن يكون تالياً للدائن المرتهن في اكتسابه للحق العيني

(١) ينظر: د. همام محمد محمود زهران، مصدر سابق، ص ٢٦٠.

(٢) ينظر: د. ماجد عبد المجيد الكساسبة، مصدر سابق، ص ١٠٧.

(٣) ينظر: د. أحمد سلامة، التأمينات المدنية، مصدر سابق، ص ٢٥٦.

(٤) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الجزء العاشر، مصدر سابق، ص ٥٢٣.

(٥) ينظر: د. سعيد عبد السلام، مصدر سابق، ص ١٩١.

على المرهون، أي ان الشخص لا يكتسب صفة الحائز إلا بعد ان يصبح مالكا للمرهون أو صاحب حق عيني عليه بعد تسجيل حق الرهن، فمن المعلوم ان الرهن لا يكون نافذاً في حق الغير إلا إذا قُيدَ العقد قبل ان يكتسب الغير حقا عينيا على المرهون، اما إذا اكتسب هذا الغير حقه في تاريخ سابق على قيد الرهن، سوف يكون حقه خاليا من كل رهن ومن ثم لا يستطيع الدائن المرتهن ان يحتج بحقه ولا ان يباشر سلطة التتبع في مواجهته^(١)، وذلك لأن هذا الشخص يُعد دائناً عادياً للمدين، ولا تثار حينئذ مسألة التتبع .

وكذلك يشترط في الحائز ان يصبح مالكا قبل ان توضع إشارة الحجز على المرهون تأمينياً في القانون العراقي لان التصرف الذي يرد على المرهون تأمينياً بعد ان توضع إشارة الحجز لاتسري في حق الدائن المرتهن وله أن يتجاهل التصرف^(٢).

أما في القانون المدني المصري فإنه يشترط في الحائز أن يكون مالكا قبل تسجيل الدائن لتنبيه نزع الملكية لأنه يترتب على تسجيل الدائن للتنبيه ان يكون المرهون تأمينياً محجوزاً، وحماية للدائن الحاجز مما قد يتقرر من تصرفات على العقار المرهون تأمينياً بعد هذا التاريخ قرر المشرع المصري في المادة (٤٠٥) مرافعات: ((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 (٤١٧) ولا من حكم بإيقاع البيع عليه إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية))، وعليه إذا اكتسب الحائز حقه بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية فإنه لا ينفذ هذا الحق تجاه المرتهن ويستطيع الدائن المرتهن ان يتجاهله وينفذ على المرهون تأمينياً وعدّه في ملكية الراهن^(٣) .

وان المشرع قد أوجب تسجيل قرار الحجز على الصحيفة المخصصة لعقار المدين في سجل الملكية وذلك لحماية الغير، عند تعاملهم مع صاحب العقار المحجوز بعد الحجز، إذ ان من خلال تسجيل الحجز في السجل العقاري سوف يكون هؤلاء على بينة ودراية من مركز العقار وما يسقله من رهون وتكاليف، وبذلك فإن التصرف بالعقار يكون غير نافذ في حق الدائنين المرتهنين، متى ما تم التنفيذ على العقار وتم بيعه في المزاد العلني^(٤) .

(١) ينظر: د همام محمد زهران، مصدر سابق، ص ٢٦٣.

(٢) ينظر: المادة (٢/٨٦) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠.

(٣) ينظر : د جلال محمد إبراهيم، مصدر سابق، ص ٢٥٧.

(٤) ينظر : د. محمد وحيد سوار ، مصدر سابق ، ١١٣.

رابعاً: يشترط أن لا يكون الحائز مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن . يشترط أن لا تتوفر صفة المديونية في الحائز^(١)، أي لا يكون الحائز مسؤول مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن، هذا الشرط اكدته المادة (٢/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي^(٢) بعبارة ((دون ان يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن)) واستناداً إلى ذلك ،انه من تلقى ملكية المرهون تأمينياً أو الحق العيني لو كان مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين، لأستند الدائن المرتهن عند توجيهه إجراءات التنفيذ إليه إلى حقه في الضمان العام^(٣) ، عاداً ما آل إليه هو احد مفردات الضمان العام ولايستطيع المتصرف اليه ان يعترض على توجيه إجراءات التنفيذ إليه ،لانه يكون مسؤولاً عن الدين^(٤)، ومن ثم لا تكون هناك حاجة لإستعمال ميزة التتبع^(٥) .

فالكفيل الشخصي مثلاً، لا يُعد حائزاً ولا يثبت له الحق في التحرير، والسبب في ذلك يعود إلى ان الكفيل الشخصي ملتزم بجميع أمواله بضمان الدين تجاه الدائن المرتهن، وللحائز حقوق تتنافى مع ذلك فمثلاً، حق الحائز بتحرير المرهون سوف يتنافى مع التزام الكفيل الشخصي بضمان الدين بجميع أمواله. وكذلك الحال في الشريك في الدين سواء كان متضامناً أو غير متضامن، فعندما يتعدد المدينون بدين واحد ويقوم ادهم برهن عقاره ليضمن هذا الدين، وبعد ان يسجل هذا الرهن يقوم ببيع هذا العقار المرهون إلى مدين آخر، فهذا الأخير لا يُعد حائزاً للعقار المرهون، وان كان متضامناً مع المدين الراهن أو كان غير متضامن، وسواء كان مديناً بالدين كله أو بجزء منه وذلك لانه مسؤول عن الدين مسؤولية شخصية^(٦). وعبارة أخرى، فإن حقَّ الحائز بتحرير المرهون من الرهن التأميني يتنافى مع التزامه بضمان الدين بجميع أمواله، فلا يعد حائزاً كل من انتقلت إليه ملكية المرهون تأمينياً أو اي حق عيني عليه إذا كان مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين.

وقد اكد القضاء المصري أن مسؤولية الحائز عن الدين هي مسؤولية غير شخصية وهذا ما اكدته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها:(الحائز في التنفيذ العقاري هو من اكتسب ملكية عقار مرهون أو

(١) ان الإلتزام المدني يتضمن عنصرين، عنصر المديونية وعنصر المسؤولية ، وفيه يبدو عنصر المديونية في صورة قيام المدين بتنفيذ التزامه ، فإذا قام بالتنفيذ مختاراً أنقضى التزامه ، أما إذا لم يقم بالتنفيذ فيبرز عندئذ عنصر المسؤولية لجبر المدين على تنفيذ التزامه . ينظر : د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، القانون المدني وأحكام الإلتزام ، الجزء الثاني ، بغداد ، ١٩٨٦ .

(٢) تقابلها المادة(٢/١٠٦٠) مدني مصري والمادة (٢١٦٦) مدني فرنسي .

(٣) ينظر : د. محمد بن عواد الأحمد ، عقد الرهن العقاري المسجل في الفقه الإسلامي والنظام السعودي والقانون المقارن ، الطبعة الأولى ، مركز الدراسات العربية ، مصر ، ٢٠١٦ ، ص ٦٢٥ .

(٤) ينظر : د. همام محمد محمود زهران ، مصدر سابق ، ص ٢٦٥ .

(٥) ينظر : دعاء ناجح داود سالم، الرهن التأميني في قانون الملكية العقارية الأردني ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، ٢٠٢٠ ، ص ٤٠ .

(٦) ينظر : د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق ، ص ٨٨ .

حقاً عينياً عليه بموجب سند مسجل سابق في تسجيله على تسجيل تنبيه نزع الملكية ودون ان يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن....^(١) واستناداً إلى ما تقدم ذكره، يمكننا القول :إن توفر صفة المديونية في الشخص ترفع عنه صفة الحائز فيشترط في الشخص لكي يكتسب صفة الحائز ألا يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن.

خامساً: تسجيل سند الحائز.

يُشترط لأكتساب الشخص صفة الحائز، ان يسجل العقد الذي يترتب على تسجيله انتقال ملكية المرهون تأمينياً أو الحق العيني الوارد عليه إلى الحائز، إذا كان قد تلقى ملكية بتصرف قانوني^(٢)، وعليه فإن المدين الراهن إذا قام مثلاً ببيع المرهون إلى مشتري على هذا المشتري ان يقوم بتسجيل عقد البيع، اما إذا لم يتم بتسجيله فهنا لا يُعد حائز، لان عقده غير مسجل، ويستطيع الدائن المرتهن ان يحتج بحقه في مواجهته ويُعد المرهون لايزال مملوك للمدين الراهن، وعليه يحق له ان ينفذ على المرهون في مواجهة المدين الراهن، لافي مواجهة المشتري^(٣). ومن الجدير بالذكر، ان المادة (٢/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي لم تنص على هذا الشرط عندما حددت شروط الحائز وانما هذا الشرط هو مستفاد ضمناً من نص هذه المادة وذلك من خلال عبارة :((ان الحائز هو من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون أو اي حق عيني آخر عليه قابل للرهن)) إذ يفهم من نص هذه العبارة حتى تنتقل الملكية أو الحق العيني إلى الحائز يستلزم منه ان يقوم بتسجيل عقده، وهذا ما نصت عليه المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي، حيث نصت: ((بيع العقار لاينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون))^(٤).

اما بالنسبة لموقف المشرع المصري من هذا الشرط، فإنه نص عليه صراحة من خلال المادة (١٠٦٤) إذ نصت : ((يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته ان يطهر العقار من كل الرهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند)) من خلال نص هذه المادة يتضح انها اكدت صراحةً على ضرورة تسجيل سند الحائز كي يستطيع مباشرة إجراءات التحرير، نرى ان هذه المادة في ظاهرها توحى بان التحرير مقصور على الحائز الذي سجل سند ملكيته فقط ومعناه ان التحرير لا يكون ممكناً لمن تملك المرهون بسبب طبيعته بأن يكون له سندٌ يمكن تسجيله (كمن يملكه بموجب تصرف قانوني)^(٥)، اما من تملكه بسبب غير قابل للتسجيل

(١) ينظر: (الطعن رقم ٣٧١ سنة ٣٩ق، جلسة ١٠/٢٢/١٩٧٤س ٢٥ص ١١٥٣) أشار اليه د. سعيد أحمد شعله ، قضاء

النقض في المرافعات ، الجزء الثالث ، الاختصاص ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٧.

(٢) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، التأمينات الشخصية، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص ٥٢٣

(٣) ينظر: عادل شمران حميد الشمري، مصدر سابق، ص ٥٠.

(٤) ينظر: المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري.

(٥) ينظر: د. جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق، ص ٣١٦.

(كمن يملكه بالتقادم) فإنه لا يستطيع أن يحرره ، وهذا هو ظاهر نص المادة (١/١٠٦٤) من القانون المدني المصري والذي أخذ به البعض من الفقه^(١).

أما الرأي الراجح في الفقه المصري^(٢) قد ذهب إلى خلاف ذلك، إذ يرى انه يحق للحائز تحرير العقار المرهون سواء تملكه بتصرف قانوني كعقد أو واقعة مادية كالتقادم، وفقاً للرأي الغالب في الفقه، فإن تسجيل الحاز سند ملكيته، لا يكون واجباً إلا في حالة قابلية سند الملكية بالتسجيل، سند الملكية غير قابل للتسجيل^(٣) كما لو كان قد تملك المرهون بواقعة مادية كالتقادم، فهنا لا يشترط تسجيل سند الحائز كي يباشر إجراءات تحرير المرهون .

واستناداً إلى ما تقدم فإنه على وفق القانون المدني المصري، يستطيع الحائز تحرير العقار المرهون من دون تسجيل سند ملكيته لأن التقادم واقعة مادية تستعصي التسجيل، إذ أن التقادم يعد سبباً لكسب الملكية في القانون المصري ومن ثم يعد سبباً لكسب صفة الحائز^(٤)، وهذا ما أشارت إليه الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، إذ نصت على أنه: ((.....إما إذا كان سند الملكية غير قابل للتسجيل بان كان عملاً مادياً لا عملاً قانونياً، فلا سبيل للتسجيل في هذه الحالة، فالحائز الذي تملك بالتقادم عقاراً مرهوناً ولم يسقط الرهن يستطيع تطهير العقار دون أن يسجل شيئاً لأن التقادم واقعة مادية تستعصي على التسجيل.....))^(٥).

أما بالنسبة لموقف القانون المدني الفرنسي فإنه اشترط التسجيل لسند الملكية وذلك بموجب نص المادة (٢٤٧٦)^(٦) التي اشترطت على ضرورة تسجيل العقود الناقلة لملكية العقارات أو الحقوق العينية العقارية

(١) ينظر: د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٢٥٤. و د. محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص ٢٩٩.

(٢) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، مصدر سابق، ص ٥٤٥. و د. عبد الفتاح

عبد الباقي، مصدر سابق، ص ١٣٥. و د. احمد سلامة، مصدر سابق، ص ٣٥٠. وايضا د. حسام الأهواني، مصدر سابق، ص ٥٦٤.

(٣) ويميز القانون المصري بين التسجيل، والقيّد إذ يعني بالأخير أستخلاص بعض البيانات الواردة في العقد وأثبتاتها في سجل الشهر، ويريد بالتسجيل أثبات صورة كاملة من العقد في سجل الشهر، وهذا الأخير يبقى أثره خلافاً للقيّد الذي يجب تحديده ، وهاتان الطريقتان تتدمجان في صورة واحدة هي (التسجيل في التشريع العراقي فليس هناك فرق بين التسجيل، والقيّد بموجب قانون التسجيل العقاري العراقي) أنظر المادة (٧٤) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١. أنظر الدكتور سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، هامش رقم (٦٥) ص ٦١١.

(٤) ينظر : د. محمد سليمان الأحمد ، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية ، دار الثقافة الاردين ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠١، ص ٢٦.

(٥) ينظر: الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء السابع، ص ١١٨.

(٦) وهذا نص المادة (٢٤٧٦) من القانون المدني الفرنسي : Le transporteur de contrats de la propriété de biens immobiliers ou de droits – réel en nature immobiliers que des tiers souhaitant squatters

التي يرغب الحائزون في تحريرها من الرهون الرسمية وحقوق الأمتياز، وعندهم يتم التسجيل بمعرفة حافظ الرهون في جهة وجود المال.

من خلال نصوص هذه المواد أعلاه تظهر أهمية تسجيل الحائز سند ملكيته كي يستطيع تحرير المرهون من الرهن والهدف من ذلك هو تحديد الحقوق المسجلة على العقار المرهون والتي يجب تحريرها ،ذلك لأنه متى ما قام الحائز بتسجيل سند الملكية فلا يمكن بعدها ان تستجد حقوق سارية في مواجهته ومن ثم إذا لم يسجل الحائز سند ملكيته فسيكون عرضة لاستجد دائنين آخرين قد يسجلون رهونهم بعد مباشرته لإجراءات التحرير ،والحائز لم يتخذ ضدهم إجراءات التحرير وبذلك سوف لا تنقضي رهونهم ولا يمكن ان يتم تحرير العقار المرهون منها إلا إذا تم توجيه إجراءات التحرير إلى هؤلاء الدائنين ^(١). وتسجيل الحائز لعقده وحده كافٍ لإكتساب صفة الحائز حتى وإن لم يتم بوضع يده على المرهون تأمينياً لأن ما يهم هو انتقال الملكية وليس وضع اليد، ويجب على الحائز تسجيل سنده بعد قيد الرهن ^(٢).

سادساً: عدم ترتب زوال حق التتبع على سند الحائز .

وهذا الشرط معناه ألا تزول سلطة التتبع التي بوساطتها يحق للدائن المرتهن من تتبع العقار المرهون في اي يد يكن فيها، فيجب ألا تزول سلطة التتبع على سند الحائز للعقار المرهون، بمعنى ألا يكون التصرف الذي أكتسب بمقتضاه الحائز حقه يؤدي إلى سلب حق الدائن المرتهن بالتتبع ومانعاً له من تتبعه ^(٣)، فمثلاً عند انتقال الملكية إلى شخص وكانت مطهرة من كل رهن ففي هذه الحالة لا يكون هذا الشخص حائزاً وذلك لزوال الرهن ،فقد تنزع مثلاً ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة، فهنا لا يجوز للدائن المرتهن أن يتتبع العقار تحت يد الجهة الحكومية التي نزعت ملكية العقار، وإنما يكون حقه منصبا على التعويض المستحق ، وكذلك عند بيع العقار المرهون جبرياً، فتسجيل حكم مرسى المزاد سوف يترتب عليه تحرير العقار، وحق الدائن المرتهن سينصب على الثمن الذي رسا به المزاد ^(٤) . فالهدف الذي من أجله تقرر نزع الملكية

débarassées des privilèges ou des hypothèques, doivent être déclarés au Bureau des prêts hypothécaires mois en place des fonds conformément aux lois et règlements relatifs au mois immobilier.

(١) ينظر: د. غني حسون طه، الأستاذ، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٤٦٠.

(٢) ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ١٤٩.

(٣) ينظر: أستاذ يوسف افريل، الرهن الرسمي العقاري (ضمانة بنكية للدائن المرتهن)، الطبعة الأولى، بلامكان طبع ٢٠١١، ص ٢٣٧.

(٤) ينظر : د عبد الرزاق احمد السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، مصدر سابق، ص ٥٢٤.

لايسمح بحجز وبيعه بناءً العقار بناءً على طلب الدائن المرتهن فيتحرر العقار المرهون من الرهن، ويبقى للدائن المرتهن الحق في التقدم على التعويض الذي يستحق مقابل نزع ملكية العقار^(١)

سابعاً: عدم حدوث طارئ يؤثر على المراكز القانونية للعلاقات العقدية .

إن شرط المحافظة على المركز القانوني للعلاقات العقدية بين المدين الراهن والدائن المرتهن وأيضاً متلقي الملكية للعقار المرهون يُعد من الشروط المهمة لاستمرار صفة الحائز، فمثلاً: قد يُعقد بين المدين والدائن عقد رهن تأميني على عقار معين، مقابل دين معين، ثم يحدث مثلاً بعد ذلك أمر طارئ لهذه العلاقة العقدية، يؤثر على المراكز القانونية لأصحاب العلاقة العقدية . وهذا الأمر سيؤثر بدوره على اكتساب الشخص المتلقي للملكية صفة الحائز ، ومثال على الأمر الطارئ، حالة التزوير التي يُمكن أن تصيب عقد الرهن فتعدم العقد، وعندها سيتجرد العقار الذي باعه المدين من الرهن، فهنا تنتقل الملكية إلى المشتري وتكون عندها خالية من حق الرهن التأميني، ومن ثم أثر التزوير سينسحب إلى العلاقات بين المدين الراهن والدائن المرتهن لذلك تختل صفة المراكز القانونية، ما يؤدي ذلك إلى انعدام صفة الحائز الذي تلقى ملكية العقار، وذلك بسبب بطلان التصرف القانوني الذي أنشأ عقد الرهن التأميني. وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها المرقم ٢٣٨٩/الهيئة الاستئنافية/٢٠١٢ ببطالان التصرف الذي تضمن أبرام عقد الرهن التأميني، وعدّ كل ما بني عليه باطلاً، ما أثر على صحة العلاقة العقدية وزوال المراكز القانونية وهذا أثر في الصفة القانونية لأصحاب العلاقة^(٢).

(١) ينظر : د سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٢٩٦.

(٢) وقد جاء بقرار محكمة التمييز الاتحادية ما يأتي : "ادعى وكيل المدعون لدى محكمة بدائة الكاظمية ان المدعى عليه الأول (ع ن) قام بتزوير وكالة عامة من المدعين واستخدام الوكالة المزورة بتمشية رهن العقار المرقم (٩٦٨/٢٤ /السلام) والمسجل باسمائهم في دائرة التسجيل العقاري في الكاظمية ،وقام برهنه لمصلحة الدائن المرتهن المدعى عليه الخامس (مصرف الوركاء) بمبلغ ثمانمائة واربعون مليون دينار،وان جميع إجراءات رهن العقار كانت دون علم المالكين وان إجراءات الوكالة قد تمت وحدد تاريخها بعد وفاة مورث المدعين بثلاث سنوات لذا طالبوا دعوة المدعى عليهم للمرافعة بالحكم بالزامها بابطال كافة التصرفات والإجراءات الناجمة عن استخدام الوكالة المزورة لدى دوائر المدعى عليهم من قبل المدعى عليه الأول ورفع الحجز عن العقار وابطال معاملة الرهن وجميع ما نجم عنها وتحمله المصاريف ،اصدرت محكمة الموضوع حكماً غاييباً بحق المدعى عليه الأول وحضورياً بحق المدعى عليهم الباقيين يقضي بابطال عقد الرهن الذي تم بين المدع عليه الأول والمدعي عليه الخامس والذي اشر على قيد العقار موضوع الدعوى واشعار مديرية التسجيل العقاري في الكاظمية لتنفيذ القرار بعد اكتسابه الدرجة القطعية وتحملهم المصاريف....ولعدم قناعة المدعى عليه الخامس (مدير مصرف الوركاء اضافة لوظيفته) بالحكم طعن به استئنافاً كما طعن بالحكم استئنافاً وزير العدل اضافة لوظيفته - دائرة الكتاب العدول - ولعلاقة الطعنين بموضوع واحد وبذات الأطراف ،قررت المحكمة توحيدهما ونظرهما سوياً..... اصدرت محكمة استئناف بغداد الكرخ حكماً حضورياً يقضي بتأييد الحكم البدائي ورد الطعون الإستئنافية. ولعدم قناعة وزير العدل اضافة لوظيفته - دائرة الكتاب العدول - بالحكم طعن به تمييزياً طالباً نقضه.

واستناداً إلى ما تقدم، إذا توفرت هذه الشروط السابقة، أصبح الشخص حائزاً لكن يلاحظ أن توفر هذه الشروط ليس من شأنها ان تستمر صفة الحائز بشكل مؤبد، كما ان أنعدام توافرها في شخص معين ووقت معين لايعني عدم إمكان توافرها فيما بعد، وعليه إذا اكتسب شخص صفة الحائز للمرهون تأمينياً، ثم بعد ذلك تصرف في إلى شخص آخر، فإنه سيفقد صفته كحائز ويكتسبها من تصرف إليه، ومن ثم فإن الإجراءات سوف توجه إلى هذا الأخير بوصفه حائز للمرهون، لأن الإجراءات لا تتخذ إلا في مواجهة من هو مالك للمرهون تأمينياً قبل وضع إشارة الحجز على المرهون عند المشرع العراقي. وكذلك الحال عند زوال سند الملكية وعودة الملكية إلى المدين الراهن. ومن ناحية أخرى، لو ان الكفيل الشخصي اكتسب، وفي الدين نفسه الذي يكفله، ملكية العقار المرهون تأمينياً، فهنا لا يُعد حائزاً لأنه مسؤول شخصياً عن الدين، فإذا انقضت الكفالة بصورة مستقلة ان هذا الكفيل يُعد حائزاً لهذا العقار^(١)

المطلب الثاني

المقارنة بين مركز الحائز والمراكز القانونية المشابهة له

إن مسؤولية حائز المرهون تأمينياً هي مسؤولية عينية تقوم على أساس الحق العيني التبعية، فمسؤوليته مقصورة على قيمة المرهون تأمينياً، فالحائز يكون مسؤولاً عن الدين المضمون بالرهن فقط في حدود قيمة المرهون تأمينياً، وهذه المسؤولية العينية للحائز تجعل مركزه قريباً من بعض المراكز القانونية، كمركز الكفيل العيني وإيضاً قريب من مركز الوارث. ولذلك، لا بد من المقارنة بين مركز الحائز وهذه المراكز المشابهة له. وعليه، قسّمنا المطلب إلى فرعين، يكون الفرع الأول للمقارنة بين مركز الحائز والكفيل العيني، اما الفرع الثاني، فيُخصّص للمقارنة بين مركز الحائز ومركز الوارث.

القرار: وجد ان الحكم المميز صحيح وموافق للقانون ذلك ان التحقيقات التي اجرتها محكمة البدانة والاستئناف توصلت إلى عدم صحة صدور الوكالة التي نظم بموجبها عقد الرهن التأميني والمنسوب صدوره إلى دائرة كاتب العدل في الكاظمية حيث ورد كتابه المتضمن عدم صحة صدورها من قبلهم، ولما كان العقد الباطل وهو ما لا يصلح اصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجية فيكون باطلاً إذا كان في ركنه خلل (المادة ١٣٧/١ مدني) وبما ان العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً وبما ان المحكمة قد راعت وجهة النظر القانونية في اصدار حكمها المميز فيكون موافقاً للقانون (قرار محكمة التمييز لإتحادية المرقم ٢٣٨٩/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٢ في تاريخ ٢٠/٦/٢٠١٢).

(١) ينظر : د احمد سلامة، مصدر سابق، ص ٢٥٦

الفرع الأول

المقارنة بين مركز الحائز ومركز الكفيل العيني

يكمن الهدف في المقارنة بين كل من مركز الحائز والكفيل العيني، هو لمعرفة أوجه الشبه والاختلاف بين مركزيهما، لذلك لابد من المقارنة بينهما، فالرهن يقدم من المدين وقد يقدم من شخص غير المدين، وهو الكفيل العيني.

فالكفيل العيني: هو شخص آخر غير المدين، يرتب حق رهن على عقاره، لضمان الوفاء بالدين المترتب في ذمة المدين وهو لا يسأل عن الدين إلا في حدود العقار الذي قدمه^(١). والكفالة العينية يغلب فيها معنى العينية على معنى الكفالة، وهي في واقع الامر تُعد تأمينياً عينياً لا شخصياً، لكن يتميز أن من يقدمه ضماناً لحق الدائن ليس مديناً كما هو في التأمين العيني إنما هو شخص غير المدين يكون ضامناً له ويقدم عينا مملوكة له يجعلها رهناً في التزام المدين، فالذمة المالية للكفيل لاتضمن الوفاء بالدين وإنما يضمنه أحد الأموال فقط وهو ذلك المخصص والمقدم كضمان للدين^(٢).

ولهذا أشارت المادة (١٢٨٧) من القانون المدني العراقي بنصها : ((يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز أن يكون كفيلاً عينياً يقدم رهناً تأمينياً لمصلحة المدين...)) ومن خلال تحليل نص هذه المادة، يتضح لنا أن الرهن يمكن أن يقدم من المدين وكما يمكن أن يقدم من شخص آخر غير المدين، وهذا الشخص الآخر هو الكفيل العيني، والبعض قد يعتقد بوجود التقارب بين الكفيل العيني والحائز من حيث الوضع القانوني على المال المملوك لكل منهما والمتعلق به حق الغير، فالحائز امتلاك مالا انتقل إليه وهو مثقل بحق عيني تبعي، والكفيل العيني يملك مالا مثقلاً به حق الغير أيضاً وهو حق عيني^(٣).

لذلك سنقارن بين مركزيهما، لبيان أوجه الشبه والخلاف بين هذين المركزين، من خلال الفقرات الآتية:-

(١) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية، الجزء الثامن مصدر سابق، ص ١٦.

(٢) ينظر: د. حسام الدين كامل الأهواني، الوجيز في التأمينات العينية، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع، ص ٣٤.

(٣) ينظر: قتيبه صالح مهدي، مصدر سابق، ص ٢١.

أولاً- من حيث مدى المسؤولية .

يتشابه كل من الحائز والكفيل العيني في أن مدى المسؤولية لكل منهما تقتصر فقط على القيمة الاقتصادية للمرهون تأمينياً، فالحائز يكون مسؤول في حدود قيمة المرهون تأمينياً، وكذلك الكفيل العيني يكون مسؤولاً بحدود ما قدمه من عقار ضمان لدين الدائن ، وان كل منهما لايسألان شخصياً في كل أموالهما عن الدين وإنما مسؤوليتهما هي مسؤولية عينية حيث انها لاتجاوز العقار المرهون بالدين^(١)، لذلك فإن التنفيذ لايجوز أن يكون إلا بحدود الوحدة العقارية الضامنة، والمسؤولية العينية للكفيل العيني، قد نصت عليه المادة (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي بأنه: ((إذا كان الراهن في الرهن التأميني غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يخصص بضمان حق الدائن ولا تتجاوز مسؤوليته عن هذا الحق حد ما رهنه من المال....))^(٢)، ونص هذه المادة يبين لنا المسؤولية العينية للكفيل العيني، لذلك لا يجوز التنفيذ على كل أمواله، وإنما يكون التنفيذ على المال الذي رهنه .

أما بالنسبة لأوجه الاختلاف بينهما تتمثل في أن الحائز غير مسؤول عن الدين مسؤولية شخصية ولم يرتبط بأي رابطة مع أطراف المديونية (الراهن والدائن المرتهن)، أما الكفيل العيني فإنه بارادته أقدم على الارتباط مع أطراف المديونية حتى يكون مسؤولاً عن التزام المدين أمام الدائن ، ومثل هذا التصور لانجده في الحائز، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن مسؤولية الحائز تنشأ بحكم القانون وبسبب انتقال ملكية العقار المرهون إليه، أما مسؤولية الكفيل العيني فهي تنشأ بإرادته ورضاه ، إذ إن وفاءه هو الذي ينشئ الإلتزام في ذمته من خلال تقديمه لعقاره لضمان وفاء الدين بذمة المدين، وأن الحائز أيضاً يعد أجنبي عن الدين وكان يمكن أن يكون أجنبي عن الرهن لو لم يملك العقار المرهون أما بالنسبة للكفيل العيني فإنه طرف بعقد الرهن^(٣).

وكذلك يتفق كل من الحائز والكفيل العيني على عدم جواز الإلتفاق مع الدائن المرتهن على تملك المرهون تأمينياً الذي وقع ضماناً للدين في حالة عدم إستيفاء الدين عند حلول أجله، وهذا مانصت عليه المادة

(١) ينظر: د.غني حسون طه ،الأستاذ محمد طه البشير ،مصدر سابق، ص٤٤٨ .ود. محمد وحيد الدين سوار، مصدر سابق، ص ١٣١ . و د. محمد علي امام، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار النهضة، القاهرة، ١٩٥٦، ص١٦٧.

(٢) ينظر : المادة (١٠٥٠) من القانون المدني المصري موافقة لها.

(٣) ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو ،مصدر سابق، ص ١٥٠.ود. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٣، ص٤٢.

(١٣٠١) من القانون المدني العراقي بأن : ((لايعلق الرهن، فيقع باطلا كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم إستيفاء الدين وقت حلول اجله في ان يملك العقار المرهون رهنا تأمينياً بالدين)).

ثانيا : من حيث ممارسة إجراءات التحرير.

يحق لحائز المرهون تأمينياً أن يمارس إجراءات تحرير المرهون، وذلك من خلال عرض قيمة المرهون على الدائنين المرتهنيين، فإذا قبلوا العرض دفع لهم الحائز ما عرضه عليهم، وبذلك سوف يتحرر المرهون تأمينياً من الحقوق المسجلة عليه^(١)، أما في حالة إذا رفض احدهم أو جميعهم عرض الحائز توجب عليهم أن يطالبوا ببيع المرهون تأمينياً بالمزاد العلني، وهذا ايضا يترتب عليه تحرير المرهون^(٢).

اما بالنسبة إلى الكفيل العيني، فنحن نعتقد ان درجة الارتباط بين الدائن المرتهن وحائز المرهون تأمينياً، ليست بمستوى درجة الارتباط بين الكفيل العيني والدائن المرتهن ، فالأولى تعد غير مباشرة وإن الوحدة العقارية تعد هي نقطة التلاقي بينهم ،فالحائز يُعد مالكا للمرهون تأمينياً، والدائن المرتهن له حق عيني تبقي بموجب القانون على تلك الوحدة العقارية نتيجة لمديونية سابقة، فهنا إذا رغب الحائز بالابقاء على ملكه، فله أن يستخدم خياراته أما قضاء الدين أو تحرير المرهون وسوف يتخلص من ملاحقة الدائن المرتهن للمرهون تأمينياً. في حين علاقة الكفيل العيني بالدائن المرتهن ،تعد علاقة مباشرة وإن كانت هذه العلاقة علاقة تبعية ،لكنها في الوقت ذاته علاقة مديونية مباشرة وذلك لضمان سداد الدين المترتب بذمة المدين ،وعليه فإن هذا الكفيل العيني ليس من حقه إستعمال خيار التحرير الممنوح للحائز، وهذا هو رأي الغالب في الفقه^(٣)، ويسوغون رأيهم هذا بأن الكفيل العيني ملتزم بضمان الرهن حتى يتم الوفاء بالدين، لذلك عليه بقضاء الدين حتى يُخلص المرهون تأمينياً من الرهن وكذلك إن الكفيل العيني عندما قدم عقاره لضمان الوفاء بالدين كان ذلك باختياره ورضاه ،لذلك ليس من العدل أن يسمح له بأن يعدل عن موقفه ويجبر الدائنين أن يقبلوا بالوفاء المعجل.

وهناك رأي آخر للفقه^(٤) معارض لرأي الغالب في الفقه ويرى إعطاء الحق للكفيل العيني بممارسة إجراءات تحرير المرهون تأمينياً، وسنده في ذلك أن الكفيل العيني غير مسؤول عن الدين المضمون بالرهن إلا في حدود قيمة المرهون تأمينياً وهو في التحرير سوف يعرض هذه القيمة وعندها لايسبب ضرراً للدائنين

(١) ينظر: د. منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينية، المطبعة العالمية ،سنة ١٩٦٣، ص١٤٧.

(٢) ينظر: د. جلال محمد إبراهيم، مصدر سابق، ص٣٠١.

(٣) ينظر : د نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، سنة ١٩٨٢، ص١٣٠. د سمير عبد السيد تتاغو ،مصدر سابق، ص٢٦٢.

(٤) ينظر : د. أحمد أبو الوفا ، مصدر سابق، ص٦٧٧.

المرتهنين، وايضاً صاحب الرأي يضيف أن الكفيل العيني لا يملك حق التحرير إلا عند حلول اجل الدين، ومن ثم سوف لا يتضرر الدائنون المرتهنون عندما يقوم الكفيل العيني بتحرير المرهون، لانه سوف يكون في وقت حلول اجل الدين.

واستناداً إلى ما تقدم يمكن لنا أن نرجح ونتفق مع ما ذهب إليه الرأي الغالب في الفقه، لأن الكفيل العيني لا يمكن له تحرير المرهون تأمينياً، لأنه قدم عقاره ضماناً لوفاء الدين بإختياره وإرادته وإذا اعطيناه الحق في التحرير فإن هذا سوف يؤدي إلى إجبار الدائنين على قبولهم وفاءً معجلاً، وهذا أكيد سوف يلحق ضرراً بهم إذا كانت لهم مصلحة في الاجل كما لو كانوا يتقاضون فوائد على مبلغ الدين .

ثالثاً: من حيث رجوع أحدهما على الآخر.

إن الرجوع على الكفيل العيني من قبل الدائن المرتهن لا يكون إلا إذا عجز المدين عن سداد الدين، وهذا يعني أن مطالبة المدين الأصل بقضاء الدين تتم أولاً، ثم إذا تعذر ذلك سيرجع الدائن على الكفيل العيني، لأنه بخلاف ذلك سيكون له الحق بالتمسك والرجوع على المدين الأصل أولاً^(١)، وهذا هو حق التجريد^(٢)، وهذا الحكم نصت عليه صراحةً المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها : (الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الإلتزام وبدلالة المادة (١٠٢١) إذ نصت بأنه: ((١- يفرض في الكفالة انها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين مالم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط أو كان قد تضامن مع المدين ، ٢- فإذا طول الكفيل أولاً جاز له عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده ان يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده إذا ظهر ان أمواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله وتقدر المحكمة ما إذا كان هنالك محل لوقوف الإجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الإستيفاء))، ويقابل هذه المادة ،المادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري التي نصت على أن :((الكفالة عقد بمقتضاها يكفل شخص تنفيذ الإلتزام، بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه)).

وان الكفيل العيني له أن يضمن حق التجريد بالإتفاق مع الدائنين وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٠٠) مدني عراقي بأنه :((إذا كان الراهن في الرهن التأميني غير المدين فلا يجوز التنفيذ على شيء من ماله

(١) قتيبة مهدي صالح ، مصدر سابق، ص ٢٤.

(٢) يعرف حق التجريد : (هو حق الكفيل الذي يطالبه الدائن بأداء الدين ، في إلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين أولاً إذا هو بين له أن أموال المدين القابلة للحجز تفي أداء الدين بتمامه) . وقد نصت المادة (٧٨٨) من القانون المدني المصري بالآتي : ((١- لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين . ٢- ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق)).

الذي لم يخص لضمان حق الدائن، ولا تجاوز مسؤوليته عن هذا الحق حد ما رهنه من مال، لكن ليس له ان يطلب من المرتهن ان يجرّد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ((.

ولا وجود لمثل هذا التصور في حالة الرجوع على الحائز من قبل الدائن المرتهن، إذ إن إعلانه وتنبيهه باتخاذ الإجراءات القانونية ضده كي يستوفي الدائن دينه لا يمنع من رجوع الدائن عليه مباشرة، ولا يستطيع الحائز أن يطلب منه أن يرجع على المدين الأصل أولاً، فالكفيل العيني، لم يتلق ملكية العقار من الراهن، ذلك لأنه هو الراهن، اما بالنسبة للحائز فإنه تلقى ملكية العقار من الراهن وهي مثقلة بحق عيني تبقي للغير ضماناً للدين وهو غير مسؤول عن هذا الدين^(١) إن الدين في بعض الأحيان قد يكون مضموناً برهن مسجل على عقار مرهون تأمينياً انتقلت ملكيته إلى الحائز، ومن ناحية أخرى قد يكون مضموناً بكفالة عينية قدمت من قبل شخص آخر، فإذا ما حل أجل الدين، وقام الدائن المرتهن بمباشرة إجراءات التنفيذ على المرهون تأمينياً في مواجهة الحائز وقام هذا الأخير بدفع الدين للدائن المرتهن.

ففي هذه الحالة، هل يحق للحائز ان يرجع إلى الكفيل العيني؟ وهل يحق للكفيل العيني الرجوع على الحائز إذا ما باشر الدائن المرتهن إجراءات التنفيذ في مواجهته واضطر إلى دفع الدين لكي يمنع إجراءات التنفيذ على المرهون تأمينياً؟

بالنسبة للسؤال الأول، وهو رجوع الحائز على الكفيل العيني، نلاحظ عند قيام الحائز بوفاء الدين، فإنه سيحل محل الدائن المرتهن، بما له من الحقوق بإستثناء التأمينات التي قدمها الى المدين، ومن ثم لا يمكن له الرجوع على الكفيل بما دفعه، وأياً كان ذلك الكفيل شخصياً أم كان كفيلاً عينياً^(٢). وهذا ما أشارت إليه المادة (١/١٣٠٧)^(٣) القانون المدني العراقي، بأنه : ((إذا وفى الحائز الدين الموثق بالرهن التأميني حل محل الدائن فيما له من الحقوق، إلا إذا كان منها متعلقاً بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين)) واستناداً إلى

(١) ينظر: د. عبد الخالق حسن، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الأولى، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع، ص ١٩٥.

(٢) ينظر: د. غني حسون طه، والأستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٤٦٥. و د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني حقوق العينية التبعية، الطبعة الثامنة، دار الثقافة، الأردن، ٢٠١١، ص ٣٧٤. وعلي كاظم مزهر الشيباني، الوفاء مع الحلول، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بابل، ١٩٩٨، ص ١٣٩.

(٣) تقابلها المادة (١٠٦١) من القانون المدني المصري، وأيضاً المادة (٢٤٦٠) من القانون المدني الفرنسي، المعدلة بموجب مرسوم عدد ١١٩٢-٢٠٢١، وقد نصت بأنه ((للمشتري من الطرف الثالث الذي دفع دين الرهن العقاري، أو عانى من الاستيلاء على الممتلكات المرهونة، حق الرجوع في الضمان بموجب شروط القانون العام وطعن بالحقوق ضد المدين الراسي)) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بهذا الخصوص بأنه ((إذا حل الكفيل نتيجة إيفاء الدائنين المسجلين على العقار في جميع حقوق هؤلاء الدائنين ودعاويهم بوجه الشخص الثالث واضع اليد على ذلك العقار وفي الملاحقة بهدف الإيفاء أو الترك فلا نصاً قانونياً ولا أي مبدأ يجيز لهذا الشخص الثالث الاعتراض على هذه المطالبة بحجة أنه إذا حكم عليه فله حق الرجوع على الكفيل)).

ذلك يمكننا القول، بعدم إمكانية رجوع الحائز على الكفيل العيني، لأن هذا الأخير عندما قدم الكفالة فإنه اعتمد على حماية المرهون تأمينياً الذي كان مملوكاً للمدين، كذلك فإن الحائز يُعد مقصراً، إذ كان يجب عليه القيام بإجراءات تحرير المرهون تأمينياً بدل من أن يدفع الثمن إلى بائع المرهون، فضلاً عن ذلك، فإن السماح للحائز برجوعه على الكفيل العيني سوف يكون ذلك إساءة إلى مركز الكفيل العيني، لكن إذا نقل الكفيل العيني ملكية المرهون تأمينياً الذي قدمه ضماناً للمدين إلى الحائز، ففي هذه الحالة يستطيع الحائز أن يرجع عليه ولكن ليس بوصفه كفيلاً عينياً وإنما بوصفه مالكاً سابقاً للمرهون تأمينياً.

أما بالنسبة للسؤال الثاني وهو هل يمكن رجوع الكفيل العيني على الحائز؟ فإن الموقف هنا مختلف إذ إن الكفيل العيني يستطيع أن يرجع على الحائز لأنه كان بإمكان هذا الأخير تحرير العقار من الرهن عند انتقال ملكية المرهون إليه، وبهذا يخلص نفسه من الدين ويخلص الكفيل العيني من الدين^(١) وعليه إذا دفع الكفيل العيني الدين إلى الدائن فإنه يستطيع أن يرجع على الحائز بما دفع^(٢).

رابعاً: من حيث سقوط أجل الدين وتأثيره على التزام الحائز والكفيل العيني .

بالرغم من تشابه بين الكفيل العيني والحائز من حيث خضوعهم للتقادم طبقاً للقواعد العامة، إلا أن هنالك اختلاف بينهما بما يتعلق بسقوط أجل الدين واثره على التزام كل منهما، فإذا كان الدين المضمون بالرهن مؤجلاً، وسقط أجل هذا الدين لأحد أسباب سقوط الأجل (كالتقادم أو الحكم بالإفلاس) أو نزول المدين عنه^(٣)، فإن الدائن المرتهن يستطيع أن يباشر إجراءات التنفيذ على المرهون تأمينياً بمواجهة الحائز، وبذلك فإن الحائز سوف يتضرر من سقوط أجل الدين^(٤)، أما الكفيل العيني، فإنه لا يتضرر بسقوط أجل الدين أو نزول المدين عنه، لأن مصدر التزام الكفيل العيني هو عقد الكفالة إذ أن حقوقه والتزاماته تتحدد بهذا العقد، فالكفيل يستفيد من أي تغيير يطرأ على الالتزام ولا يضار منه.

(١) ينظر: د. أحمد محمد إبراهيم، القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار المعارف، ١٩٦٤، ص ٣٢٣.

(٢) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، مصدر سابق، ص ٤٧٦.

(٣) نصت المادة (٢٩٥) من القانون المدني العراقي على الحالات التي يسقط فيها حق المدين في الأجل، وهذه الحالات تتمثل بالآتي: أ- إذا حكم بإفلاسه. ب- إذا اضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص حتى لو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يختار الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أما إذا كان اضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا يدخل لإرادة المدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يتوق المدين هذا السقوط بأن يقدم للدائن ما يكمل التأمين. ج- إذا لم يقدم الدائن ما وعد في العقد بنقديه من التأمينات.

(٤) نصت المادة (٢٩٤/٢) من القانون المدني العراقي بأنه: ((إذا تمخض الأجل لمصلحة أحد الطرفين، جاز لهذا الطرف أن ينزل عنه بارادته وحده))، أما بالنسبة للكفيل العيني، فهو لا يتضرر من سقوط أجل الدين أو من تنازل المدين عنه، لأن مصدر التزامه هو عقد الكفالة وإن حقوقه والتزاماته تتحدد بهذا العقد، إذ أن للكفيل أن يستفيد من التغيرات التي تطرأ على الالتزام من دون أن يضار منها .

الفرع الثاني

المقارنة بين مركز الحائز ومركز الوارث

إن المبدأ العام يقضي شرعاً وقانوناً في قواعد الميراث، انتقال الحصص إلى مستحقيها من التركة حسب أنصبتهم الشرعية والقانونية واستناداً لما إذا كان القسام شرعياً أو نظامياً، وإن الوارث إذا انتقلت إليه التركة من مورثيه وكانت مثلاً عقاراً مثقالاً برهن تأميني ضماناً لوفاء بدين المعين، فالوارث من ناحية يتلقى ملكية العقار المرهون، ومن ناحية أخرى هو غير مسؤول شخصياً عن الدين. فماذا يعد بعد هذا الوصف هل يعد الوارث حائزاً للعقار ومن ثم ستسري عليه الأحكام الخاصة بالحائز، أو أن له نظاماً ومركزاً قانونياً يختلف عن الحائز؟ للأجابة على هذا السؤال، ومن أجل معرفة مدى التقارب بين مركزي الحائز والوارث، سوف نقارن بين مركزيهما، في كل من القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي.

أن مسؤولية حائز المرهون تأمينياً عن الدين المضمون بالرهن تكون فقط في حدود قيمة المرهون تأمينياً التي انتقلت ملكيته إليه، والسؤال الذي يطرح ماهي مسؤولية الوارث عند انتقال التركة إليه من مورثه؟ هل هي مسؤولية شخصية عن ديون مورثه، أم أنه يكون خلفاً لمورثه في الحقوق فقط، أما الإلتزامات (الديون) فإنها لا تتعلق به وتعلق بالتركة؟

بالنسبة لموقف القانون العراقي من طبيعة خلافة الوارث وما هي مدى مسؤوليته عن ديون مورثه، وهل التزامة بديون مورثه التزام شخصي أم أنها يتعلق بالتركة؟ للأجابة على هذا السؤال نرى ان الفقه العراقي^(١) تطرق إلى هذا الموضوع وأشار إلى قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين، إذ بموجب هذه القاعدة سوف لا تنتقل الديون المترتبة في ذمة المورث إلى الوارث، وسوف تكون التركة مسؤولة عن سداد الديون. وجاء في كتب الفقه الجعفري ((المحكي عن الأكثر : أن التركة لا تنتقل إلى ورثة الميت مع اشتغال ذمته بدين يحيط بها، بل عن السرائر : إنه لا خلاف في إن التركة لا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء ، بل تبقى موقوفة على قضاء الدين))^(٢).

(١) - ينظر : د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ١٢٢. ود. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، مصادر الإلتزام ، مصدر سابق ، ص ١٣٠. ود. منذر الفضل النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني ، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام ، الطبعة الأولى ، ١٩٩١، ص ٢٢١.

(٢) ينظر : الشيخ والفقيه : مرتضى الانصاري ، الوصايا والمواثيق ، الطبعة الأولى ، مطبعة باقري ، ربيع الأول ، ١٤١٥ هجري ، ص ١٩٧.، وأنظر الشيخ علي بن الحسين الكركي ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، تحقيق مؤسسة أهل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، رمضان ١٤١٤ هجري ، ص ٧١، وأنظر أيضاً مناهج الصالحين ، فتاوى آية الله العظمى السيد علي السيستاني ، الطبعة الخامسة ، ١٤١٧ هجري ، ص ٣١٢.

فالوارث لا يكون ملتزماً بديون مورثه بموجب هذه القاعدة إلا بقدر أموال التركة التي انتقلت إليه، وعليه، إذا أبرم المورث عقداً من شأنه أن يلزمه بالتزام معين، كأن يشتري المورث شيئاً معيناً ومات قبل أن ينفذ التزامه الذي ترتب بذمته وهو دفع الثمن، فهنا سيبقى الثمن ديناً في التركة ولا ينتقل إلى ذمة الوارث، وعليه يمكن القول: إن الفقه العراقي لم يجعل الوارث امتداداً لشخصية المورث، ولم يلزمه بديون مورثه وجعل وفاء هذه الديون من أموال التركة فقط.

أما القانون المدني العراقي، فإن مسألة انتقال التركة إلى الورثة قد اسندتها إلى احكام الشريعة الإسلامية، إذ نصت المادة (٢/١١٠٦) من القانون المدني العراقي بنصّها: ((- وتعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة، تسري عليها احكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بها)).

كذلك نصت المادة (١/١٤٢) من القانون المدني العراقي بنصّها: ((١- ينصرف اثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث)).

لذلك فعند الرجوع إلى احكام الشريعة الإسلامية والقواعد المتعلقة بالميراث، نرى أن الشريعة الإسلامية قد ضمنت حقوق الدائنين، فيجب أداء هذه الحقوق من التركة وذلك بعد نفقات تجهيز المتوفى، وإذا تبقى شيء من التركة بعد تسديد الديون وتنفيذ الوصايا فالبقية يكون للورثة وطبقاً لقوله تعالى: ((من بعد وصية يوصي بها أو دين))^(١). والشريعة الإسلامية لم تكلف الوارث بوفاء دين مورثه من أمواله الخاصة، وطبقاً لقوله تعالى: ((ولا تزر وازرة وزر أخرى))^(٢).

وأستناداً إلى ذلك فالشريعة الإسلامية لا تجعل الوارث مسؤولاً مسؤولية شخصية عن ديون مورثه، وإن ديون المورث متعلقة بتركته و ديون الدائنين توفى بحدود هذه التركة، ذلك لأن خلافة الوارث لمورثه في الشريعة الإسلامية، خلافة في المال وليست خلافة للشخص، فالشريعة الإسلامية لا تجعل شخصية الوارث امتداداً لشخصية المورث، إذ إن القاعدة بالنسبة للوارث بوصفه خلفاً عاماً تنتقل إليه فقط حقوق مورثه دون التزاماته، لكن لا يتلقى الحقوق إلا بعد أن يتم سداد الديون التي في ذمة مورثه، فذمة الإنسان في نظر

(١) ينظر: سورة النساء، الآية ((١٢)).

(٢) ينظر: سورة الإسراء، الآية ((١٥)).

فقهاء الشريعة عبارة عن صلاحيته لما له من حقوق وما عليه من التزامات وواجبات فالورثة غير ملزمين بوفاء ديون مورثهم إذ أنها توفى من التركة^(١).

وقد اكد القضاء العراقي على عدم مسؤولية الوارث عن وفاء ديون مورثه إذ انه لا يجوز الحجز على أموال الوارث للوفاء بديون المورث، فقد قضت محكمة التمييز بانه : ((لايجوز حجز أموال الوارث عن ديون المورث))^(٢).

بهذا يتبين لنا أن القضاء العراقي يفصل بين شخصية الوارث وشخصية المورث فالوارث في القانون العراقي مسؤوليته غير شخصية عن ديون مورثه، إذ ان ديون مورثه تتعلق فقط بتركته لادئمة الورثة .

أما بالنسبة للقانون المدني المصري، فهو ايضا قد أسند مسألة أموال التركة إلى احكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما نصت عليه المادة(١/٨٧٥) بأن :((تعيين الورثة وتحديد انصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليها تسري في شأنها احكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها)) ومن خلال هذا النص نلاحظ ان التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا خالصة من الديون هذا في الشريعة الإسلامية إذ إن الوارث لا يحل محل المورث في التزاماته وهذا ما قرره القاعدة الفقهية (لاتركة إلا بعد سداد الدين)^(٣).

من خلال ذلك نلاحظ أن القانون المصري، قد أخذ بمعنى أن الوارث لا يتلقى حقوقه إلا بعد سداد الديون، هنا لا يكون في هذه الحالة مركز الوارث قريباً من مركز حائز المرهون تأمينياً، لأن الوارث وإن كان غير مسؤول شخصيا عن ديون مورثه لكن لا يمكن ان نطلق عليه وصف الحائز ،وذلك بسبب ان هذه القاعدة تمنع من انتقال أموال التركة إلى الورثة عندما يكون حق الغير قد تعلق بها، اما بالنسبة للحائز فإن المرهون تايمينيا بالرغم من تعلق حق الغير به وانه مثقل بالرهن إلا أنه ينتقل إليه^(٤).

وهناك أحكام لمحكمة النقض المصرية أشارت فيها ان التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد وفاة المورث وحتى قبل سداد الديون على ان يكون لدائني المتوفي الحق في تتبعها ولاستيفاء ديونهم منها، من خلال

(١) ينظر : د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أحكام الميراث والوصايا وحق الانتقال في الفقه الاسلامي والقانون المقارن ، الطبعة العاشرة ، بغداد ، ص ٢٧ ، وأنظر : محمد عباس السامرائي ، انتقال الإلتزام بين الاحياء في الفقه الاسلامي والقانون المقارن ، أطروحة دكتوراه تقدم بها إلى جامعة الازهر ، كلية الشريعة والقانون ، مصر ، ١٩٧٦ ، ص ٨١.

(٢) ينظر : رقم إضبارة ٦٩٦/مدنية أولى /١٩٧٢ ، تاريخ القرار ١٠/١٢/١٩٧٢ ، اشار إليه عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الرابع، مطبعة الزهراء، بغداد، سنة ١٩٩٠، ص ٣٠٣.

(٣) ينظر: د . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية، منشأة المعارف في الإسكندرية، سنة ٢٠٠٤، ص ٩٠.

(٤) ينظر : د . سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ١٠١. ود. محمد وحيد الدين سوار، مصدر سابق، ص ٩٧.

حكمها التي قضت فيه :((مؤدى قاعدة لاتركة إلا بعد سداد الديون ، ان تركة المدين تنشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخول لهم تتبعها ، واستيفاء ديونهم منها تحت يد اي وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم....))^(١).

من خلال ذلك يتبين لنا ان القضاء المصري هو أيضاً كالقضاء العراقي، يفصل بين شخصية الوارث وشخصية مورثه وانه لايجعل الوارث مسؤولاً مسؤولاً شخصية عن التزامات وديون المورث، إذ إن ديون مورثه تتعلق بتركته وليس بذمة ورثته، إذ ان الوارث يتلقى أموال التركة وديونها بمجرد الوفاة، ومع ذلك، فإن لايسأل عن ديونها إلا في حدود حقوقها، وهنا تكون مسؤولية الوارث مسؤولية عينية عن ديون مورثه، وهذا يؤدي إلى ان تكون مسؤولية الوارث في القانون المدني المصري هي مسؤولية عينية وتكون قريبة ومتشابهة لمسؤولية الحائز للمرهون تأمينياً.

اما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي: فنُعدُّ شخصية الوارث في القانون المدني الفرنسي امتداداً لشخصية المورث، اي ان الوارث يخلف مورثه في الجانب الإيجابي والسلبي للتركة، إذ إن شخصية الوارث تحل محل شخصية المورث في جميع العلاقات القانونية التي كان المورث طرفاً فيها مما يترتب على ذلك انتقال الحقوق إلى الوارث وايضا الإلتزامات ^(٢) إذ انه يلتزم بجميع الديون التي تُعد العنصر السلبي للتركة حتى لو زادت هذه الديون عما ورثه من حقوق فهو ايضا يلتزم بهذه الديون ويمتد التزامه إلى ماله الخاص لكن بشرط ان يكون قد قبل الميراث^(٣).

فالقانون المدني الفرنسي عمل على تحديد مسؤولية الوارث عن الدين الذي بذمة مورثه في حدود أموال التركة عند قبول الوارث التركة بشرط الجرد، وهذا يعني أن الوارث يكون مسؤولاً عن دين مورثه في حدود التركة فقط ، وحتى يستفيد الوارث من شرط الجرد عليه جرد أموال التركة خلال فترة ثلاث أشهر وتبدأ من تاريخ فتح التركة وذلك لمعرفة حقوقها وديونها وأيضاً حتى يكون له الحق في التروي مدة أربعين يوماً تبدأ من التاريخ الذي أتم فيه جرد التركة وهذه المدة تكون قابلة للزيادة بأمر من المحكمة وبعد هذه المدة يحق

(١) نقض مدني مصري في ٧ حزيران ١٧٦٢ مجموعة احكام النقض ١٣-٧٧٤-١١٦. اشار إلى ذلك النقض د. محمد وحيد الدين سوار، المصدر السابق، ص ٣٥.

(٢) ينظر : د. مصطفى مجيد ، أحكام انتقال حق التصرف ، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد، ١٩٧١، ص ١٢. وعبد القادر محمد أقصاصي ، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بابل ، ١٩٩٩، ص ٤٥.

(٣) Gabriel Marty , driot , Tome III , les surete's , la paplicite fonciere , Paris , 1971, P223 ; Planiol et Ripert , op . cit . P.466 , Gabriel Marty , ET Raynaud , Tome II , ler obligations , Paris , 1962, P216.

للوارث إما قبول التركة بشرط الجرد أو رفضها، إما إذا أنتهت المدة ولم يظهر الوارث موقفه من التركة فعندها يعد وارثاً بلا قيد أو شرط ^(١). فعند قبول الوارث التركة بشرط الجرد ، فعندها يكون مسؤولاً عن ديونها في حدود الأموال التي انتقلت إليه من مورثه ^(٢) .

(١) ينظر : الأستاذ علي زكي العرابي ، مركز الوارث في الشريعة الإسلامية ، بلامكان طبع ، ١٩١٣ ، ص ٧١ . وكذلك حسن نعمة الياسري ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون - جامعة بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٠٠ .

(٢) ينظر : د. أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الإلتزام ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ١٨٥ . وأنظر ، د. منصور حاتم محسن ، نظرية الذمة المالية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص ٢٥ .

الفصل الثاني

الفصل الثاني

أحكام تحرير المرهون تأمينياً

ذكرنا أن خيار التحرير هو وسيلة من الوسائل التي منحها القانون للحائز المرهون تأمينياً، وهو ما يُعد وسيلة من وسائل أنقضاء الحقوق العينية التبعية، والمشرع جاء بأحكام تنظم عملية تحرير المرهون تأمينياً و بما تكفل حماية حقوق الدائنين المرتهنيين المسجلة، فوضع إجراءات معينة يجب على الحائز أتباعها من أجل الوصول إلى تحرير المرهون تأمينياً من تلك الحقوق التي تقيده، فإذا ما أراد الحائز تحرير المرهون من الحقوق المقيدة عليه فإنه يجب عليه إتباع إجراءات معينة لتحقيق ذلك، تبدأ بتقديمه عرضاً بقيمة المرهون تأمينياً على الدائنين المرتهنيين المقيدة ديونهم، وعلى هؤلاء الدائنين بعد إعلانهم إما أن يقبلوا العرض الذي تقدم به الحائز أو يرفضوا ذلك .

وقد رتب القانون آثاراً معينة على ذلك العرض سواء في حالة قبوله أو رفضه، وإذا تم القبول بالعرض المقدم ودفع لهم الحائز قيمة المرهون تأمينياً حسب أستاذاتهم، ترتب على ذلك تحرير المرهون من جميع الحقوق المسجلة عليه ، متى ماتمت إجراءات التحرير دون خلل وبالشكل الذي اشترطه القانون، أما إذا تخلل إجراءات التحرير خللٌ معينٌ كان يهمل الحائز إعلان بعض الدائنين الواجب إعلانهم أو وجود نقص في البيانات الواجب ذكرها في العرض الذي وجهه للدائنين، فهنا يترتب آثار وجزاءات معينة على ذلك الخلل الذي شاب تلك الإجراءات.

ولما تقدم ومن أجل بيان أحكام تحرير المرهون تأمينياً نتولى تفصيلاً بيان إجراءات تحرير المرهون تأمينياً وذلك سيكون في المبحث الأول، ومن ثم نتولى دراسة آثار عرض تحرير المرهون تأمينياً في المبحث الثاني.

المبحث الأول

إجراءات عرض تحرير المرهون تأمينياً

الأصل في القانون المدني العراقي والقانونين محل المقارنة (المصري والفرنسي) فإن الحائز ليس ملزماً بتحرير المرهون تأمينياً وإنما له الخيار بالتحرير، ومن ثم فإذا اختار الحائز تحرير المرهون فمصدر التزامه تكون ارادته منفردة، فإذا أراد أن يستعمل حقه بالتحرير وتلافي الآثار القانونية التي تترتب على بقاء المرهون مثقلاً بالدين، فيجب عليه أن يلتزم بالقيام بإجراءات قانونية حددها القانون.

وتبدأ الإجراءات بعرض التحرير للدائنين المرتهنين، وهذا العرض يتضمن بيانات منصوص عليها في القانون، وهناك مدة زمنية يلتزم الحائز بان يبق على عرضه طوال هذه المدة، اما بالنسبة للدائنين المرتهنين فأيضاً لهم الخيار إما بقبول عرض الحائز أو رفضه .

استناداً إلى ما تقدم، ولأجل تفصيل إجراءات تحرير المرهون تأمينياً ومن ثم الوقوف على مدى كفاية هذه الإجراءات وملاءمتها للتطورات المعاصرة نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص المطلب الأول إلى بيان إجراءات عرض التحرير الموضوعية والمطلب الثاني يكون عن إجراءات التحرير الشكلية، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

الإجراءات الموضوعية لتحرير المرهون تأمينياً

بالنظر إلى حق التحرير الذي أقره القانون لحماية الشخص الذي يحق له إستعماله، فإن هناك شخصاً معيناً يحق له التحرير دون سواه متى ما استوفى الشروط التي حددها القانون، وكذلك هناك زمان ومكان مُعينان للتحرير لابد أن يلتزم بهما الشخص الذي يحق له التحرير .

ومن اجل معرفة من الذي يحق له التحرير وزمان ومكان التحرير نقسم هذ المطلب إلى فرعين: الأول نبين فيه الشخص الذي يحق له التحرير والفرع الثاني لبيان زمان ومكان التحرير، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

الشخص الذي يحق له التحرير

ان حق التحرير يثبت فقط للحائز^(١) فصفة الحائز هي التي تؤدي إلى مباشرة حق التمتع من قبل الدائن المرتهن ، ومضمون الحق العيني التبعية الذي أكتسبه الدائن المرتهن ، هو الذي يخوله بحكم القانون^(٢)

(١) ينظر: د. شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية العقارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف بغداد، ١٩٥٣، ص ١٥٤. ود. غني حسون طه والأستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٤٥٨. ود. عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، مصدر سابق، ص ٥٤٢. ود. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ١٤٦.

(٢) نصت المادة (١/١٣٠٦) مدني عراقي على حق التمتع بأنه: ((١- يجوز للمرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز لهذا العقار بعد أنذاره بدفع الدين)).

تعقب العقار المرهون تأمينياً في أي يد يكون فيهما^(١) .

وقد بينا سابقاً أن الحائز يشترط فيه شروط محددة نصت عليها المادة (٢/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي، وحسب نص هذه المادة يشترط أن تكون ملكية العقار المرهون قد انتقلت إليه أو أي حق عيني آخر من الحقوق القابلة للرهن، وأياً كان سبب انتقال الملكية إليه وأن يكون غير ملتزم شخصياً بالدين، فصفة الحائز تتوفر في شخص بعد توفر الشروط التي حددها القانون والتي تستند إلى فكرة أساسها عدم توفر صفة المديونية بالحائز الذي يحق له التحرير^(٢).

والسؤال الذي يمكن أن يثار هنا ماهو السبب من عدم جواز التحرير لمن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين ؟

لعل الجواب على هذا السؤال يكون بأنعدام الفائدة من تحرير من يلتزم شخصياً بالدين، فلو أجاز لمن يلتزم شخصياً بالدين بتحرير العقار، ولم يحصل الدائن المرتهن على كل حقه كُله وحصل فقط على وفاء جزئي، ففي هذه الحالة لا يستطيع المدين أن يجبر الدائن المرتهن على قبول الوفاء الجزئي عندما يكون العقار قد رهن على أكثر من قيمته ولا على قبول دين مؤجل وأجله لم يحل بعد^(٣) .

وعليه يحق للدائن المرتهن إذا لم يُدفع إليه كل دينه أن يرجع على الذمة المالية لمن قام بالتحرير وذلك لأنه ملتزم شخصياً بالدين، ومن ثم يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون ذلك أنه من عناصر الذمة المالية، وبالرغم من تحريره من الرهن، لذلك لا تكون هناك فائدة من التحرير من الشخص الملتزم شخصياً بالدين بل بالعكس من ذلك فإن يتحمل عبء التحرير ومصرفاته^(٤) .

ومهما كانت الفائدة من التحرير إلا أنه لايجوز لغير الحائز، حتى ولو كان الراهن نفسه لايجوز له التحرير لأنه غير حائز^(٥)، فحائز المرهون تأمينياً هو وحده من يتولى أمر التحرير، وهو ايضا الذي يقدر ما إذا كان مناسباً أن يلجأ إلى هذه الطريقة أو يختار وفاء الدين، فهو عادة يختار التحرير إذا كانت قيمة الديون المسجلة قبل تسجيل سند ملكيته اكبر من قيمة المرهون تأمينياً، ولا يقوم بدفع الديون لأن قيمتها أكبر من

(١) ينظر: د. ماجد عبد المجيد الكساسبة ، مصدر سابق، ص ١٠٤ .

(٢) ينظر : نص المادة (٢/١٣٠٦) مدني عراقي .

(٣) ينظر : د. غني حسون طه والأستاذ محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٤٥٩ .

(٤) ينظر: د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق، ص ٢٢٠. ود. جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق، ص ١١٤ .

(٥) ينظر: د. جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق ص ٣٠٨ .

قيمة المرهون^(١)، إذ انه ليس من مصلحته أن يدفع ديون تكون قيمتها اكثر بكثير من قيمة المرهون ،لذلك يفضل الحائز التحرير عندما تكون قيمة العقار المرهون أقل من قيمة الديون، لانه بواسطته يستطيع أن يخلص المرهون من هذه الديون بما لا يتجاوز قيمته^(٢).

فالحائز وحده من يملك حق التحرير، وسواء كان قد اكتسب على العقار حق ملكية أو أي حق من الحقوق العينية الأصلية القابلة للرهن والبيع بالمزاد العلني، فإذا كان اكتسابه لملكية المرهون أو الحق العيني بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ولاي سبب من أسباب كسب الملكية، وكان هذا المرهون أو الحق العيني قابلاً للبيع بالمزاد العلني وتوفرت به شروط الحائز التي سبق وان تم ذكرها.

فيجوز له التحرير ولو كان هو أحد الدائنين المرتهنيين، فالدائن المرتهن قد يكون حائزاً في الوقت نفسه، فقد يشتري الدائن المرتهن العقار المرهون من المدين الراهن فيحق له طلب تحريره بأعتباره حائزاً، بوصفه الدائن المرتهن لاتحجب عنه صفة الحائز^(٣)، بشرط أن لا يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين

المضمون بالرهن^(٤)، كالكفيل الشخصي^(٥)، لذلك لا يُعد حائزاً الراهن والكفيل الشخص والمدين المتضامن بسبب مسؤوليتهم الشخصية عن الدين المضمون بالرهن^(٦).

ويحق التحرير للشخص عند أكتسابه ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية، إذ إنَّ حق الملكية هو من الحقوق العينية الأصلية التي تقبل الرهن والبيع بالمزاد العلني، ومن ثم فإن مكتسبها يُعد حائزاً ويحق له التحرير، وان كان البيع يعد سبباً من الأسباب الأكثر شيوعاً لأنتقال الملكية

(١) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، مصدر سابق، ٥٤٢. ود. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ١٤٧.

(٢) ينظر: محمد إبراهيم أبو الهيجاء، علاء شوكت الدليمي، الوسائل القانونية الممنوحة لحائز العقار في مواجهة الدائن المرتهن (دراسة مقارنة في القانونين الأردني والعراقي) بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، مجلد ٤٣، ملحق، ٤، ص ١٤٥٩.

(٣) ينظر: د. جلال محمد إبراهيم، مصدر سابق، ص ٣١٠ و د. عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، مصدر سابق، ص ٥٤٢.

(٤) ينظر: المادة (٢/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي تقابلها المادة (١٠٦٠) من القانون المدني المصري والمادة (٢٤٦٣) من القانون المدني الفرنسي.

(٥) الكفيل الشخصي: هو الذي يكون ملتزماً شخصياً بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين، وينتقل هذا الألتزام الشخصي في تركته إلى ورثته، ويكون مسؤولاً في جميع أمواله لا في مال معين بالذات. ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، مصدر سابق، ص ٢١.

(٦) ينظر: د. همام محمد محمود زهران، مصدر سابق، ص ٢٦٦.

للحائز، لكن ليس هو السبب الوحيد فهناك أسباب أخرى لأنتقال الملكية^(١) المهم هو ان الملكية تكون قد انتقلت للحائز، أيّاً كان سبب انتقال الملكية، كي يكون له الحق في تحرير العقار المرهون^(٢).

ومن الجدير بالذكر هنا أن التصرف الناقل للملكية قد لا يشترط فيه أن يكون تصرفاً بمقابل، واستناداً إلى ذلك فمتلماً يجوز التحرير لمشتري العقار المرهون كله أو بعضه، يجوز أيضاً للمقايض والشفيع، والموصى له والموهوب له^(٣).

والسؤال الذي يمكن ان يطرح هنا ماذا لمن ترتب له حق ارتفاق أو حق سكنى أو حق إستعمال هل يجوز له تحرير العقار المرهون ؟

ان حق الارتفاق أو السكنى أو الإستعمال ، هذه الحقوق ليست قابلة للبيع بالمزاد العلني استقلاً ، لذلك لايمكن أن ترهن، وصاحب هذه الحقوق لا يُعد حائزاً^(٤)، وإعطاء حق التحرير لأصحاب هذه الحقوق سُلحَقُ ضرراً بالدائنين المرتهنيين ، لأنه وكما تقدم لايمكن بيعها بالمزاد العلني، ومن ثم سيفقد الدائن المرتهن الخيار إذا ما رغب في رفض العرض الذي قدم إليه من الحائز، ولا يكون امامه إلا قبول القيمة المعروضة ، حتى ولو كانت هذه قيمة غير كافية، إلا أنهم يضطرون إلى قبولها، لعدم إمكانية طلب بيعها في المزاد وهذا سيؤدي إلى الحاق الضرر به^(٥).

أما فيما يتعلق بالحقوق العينية التبعية، فهناك خلاف فقهي في مدى جواز رهن هذه الحقوق إذ ذهب الفقيه الدكتور محمد علي إمام إلى عدم جواز رهن أي حق عيني تبعي سواء كان حق رهن أو غيره، وذلك لأنّ هذه الحقوق لايمكن الحجز عليها أو بيعها بالمزاد العلني على وجه الاستقلال .

(١) نصت المادة (٢/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي بأنه ((١- ويُعد حائز للعقار المرهون ، كل من انتقلت إليه بعد الرهن بأي سبب من لإسباب ملكية هذا العقار)).

(٢) ينظر: د. غني حسون طه ، والأستاذ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٤٥٨ . ود. جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٣١١ .

(٣) ومع ذلك فإن المادة (٢/٦١٩) مدني عراقي تنص: ((٢- وإذا كان الموهوب مثقلاً بحق عيني ضماناً لدين في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر فإن الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين مالم يوجد اتفاق على غير ذلك)) يتضح من خلال هذا النص ان من وهب له عقار مثقل برهن تأميني ضماناً للدين في ذمة الواهب أو في ذمة شخص آخر لا يُعد حائزاً لانه يكون مسؤول شخصياً عن الوفاء بالدين الموثق بالرهن . مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

(٤) ينظر : د. غني حسون طه، والأستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٤٥٨ . ود. جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق سابق ، ص ٣١٠ . ود. احمد سلامة ، التأمينات المدنية، مصدر سابق ، ٣٢٦ . ود. سليمان مرقس، مصدر سابق ، ص ٢٥١ .

(٥) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر، مصدر سابق ، ص ٥٤٢ ، ود. احمد سلامة سلامة ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق، ص ٣٢٦ . و د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص ٢٢١ .

وهناك رأي آخر مخالف لهذا الرأي ذهب إليه بعض الفقه إذ إنهم يرون جواز رهن هذه الحقوق العينية التبعية^(١) ، ويرى صاحب هذا الرأي بجواز بيع هذه الحقوق العينية التبعية تبعاً للدين .

وهذا الرأي غير سديد، ذلك لأن هذه الحقوق تكون تابعة للحقوق الشخصية وأن انتقال الحقوق الشخصية يؤدي إلى انتقال الحقوق العينية التبعية، لكن هذه الحقوق لا يمكن أن تباع إستقلالاً^(٢)، ونحن نتفق مع الرأي الأول الذي يذهب إلى عدم جواز رهن الحقوق العينية التبعية ، لأنّ هذا الرأي يتفق مع المنطق القانوني السليم .

وكذلك لا يجوز التحرير للدائن المرتهن المتأخر وذلك لأن حقه على المرهون لا يقبل الرهن ولا البيع بالمزاد، والسؤال الذي يمكن أن يثار هنا ما السبيل الذي يسلكه الدائن المتأخر إذا أراد تخليص المرهون من الرهن السابقه على رهنه ؟

للأجابة على هذا السؤال نرى ان القاعده العامة وحسب نص المادة (٣٧٩/ب)^(٣) ما من سبيل لهذا الدائن المتأخر إذا أراد أن يخلص العقار المرهون من الرهن إلا أن يقوم بدفع ديون أصحاب الرهن السابقة عليه وحلوله في رهونهم .

ولا يجوز التحرير للكفيل العيني، وهو الذي قدم عقاره لضمان الوفاء بدين الغير، فالكفيل العيني هو شخص رضى توفر صفة المديونية فيه إلى جوار المدين، على الرغم من أنه حدد مسؤوليته في نطاق القيمة الأقتصادية للعقار المرهون ، وعليه يتمتع عليه تحرير العقار المرهون^(٤).

لكن ما هي العلة أو المغزى من عدم جواز ممارسة التحرير من قبل الكفيل العيني؟

الغاية التي من أجلها أقر المشرع التحرير هي لتيسير تداول الملكية العقارية ، فبوجود التحرير يستطيع من يتلقى ملكية العقار تحريره من الرهن التي تنقله ، وهذا يكون على حساب مصالح الدائنين ، لأنهم يكونون

(١) ينظر: د. حسام الدين كامل الأهواني ، مصدر سابق ، ص ٣٦٦.

(٢) ينظر: أنور أحمد راشد ، مفهوم حائز العقار في الرهن الرسمي دراسة في القانون المدني المصري والمقارن ، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت -مجلس النشر العلمي ، مجلد ٤٤ ، عدد ٣ ، ٢٠٢٠ ، ص ٢٦.

(٣) نصت المادة (٣٧٩/ب) من القانون المدني العراقي على أنه : ((إذا دفع الدين شخص غير المدين حل الدافع محل الدائن بحكم القانون في الاحوال الآتية:أ- إذا كان ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه .ب- إذا كان دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيني ولو لم يكن للدافع أي تأمين)) ، تقابلها المادة (٣٢٦) من القانون المدني المصري والمادة (١٢٥١) من القانون المدني الفرنسي.

(٤) ينظر : د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص ٣٤٦.

ملزمين إما بقبول القيمة المعروضة، أو يطالبون ببيع العقار في المزاد، وهذا يؤدي إلى أن يستوفوا حقوقهم قبل موعد استحقاقها ، والكفيل العيني عندما قدم عقاره لضمان الوفاء بالدين كان طائعاً مختاراً، ومن ثم ليس من العدالة السماح له ان يعدل عن موقفه ، ويجبر الدائنون على ان يقبلوا الوفاء المعجل .

ولايجوز التحرير للكفيل الشخصي والشريك في الدين، والسبب في ذلك هو مسؤولية الشخص عن الدين ومن ثم لا تتوفر بهم صفة الحائز ، ذلك أنه من شروط الحائز للعقار المرهون تأمينياً هو أن لا يكون مسؤولاً عن الدين المضمون بالرهن مسؤولية شخصية^(١).

قد يملك الحائز المرهون تحت شرط واقف أو شرط فاسخ فهل يجوز له تحريره؟

ابتداءً مثل هذه الفرضيات غير قابلة للتحقق في القانون العراقي أو في القوانين التي تشترط التسجيل للانعقاد، أما بالنسبة للمشرعين المصري والفرنسي، فإن التسجيل لا يُعد شرطاً للانعقاد لذلك يمكن تصور مثل هذه الفرضيات، وهنا نفرق بينما إذا كان الشرط واقفاً أم فاسخاً، فإذا كان الشرط واقفاً^(٢) فإن الشخص قبل تحقق الشرط لا يُعد مالكاً وذلك لأن الملكية لا تنتقل إلا بعد ان يتحقق الشرط ومن ثم لا يستطيع تحرير العقار لأنه غير مالك ، ومن ثم فهو غير حائزٍ ، لذلك لا يحق له التحرير^(٣) .

أما إذا كان الشرط فاسخاً^(٤) فهنا ينبغي التفريق بين الوضع قبل تحقق الشرط وبعد تحققه، فقبل تحقق الشرط فإنه بلاشك ان المالك تحت شرط فاسخ يُعد مالكاً بالحال ، ومن ثم يجوز له تحرير العقار من الرهن، ويصبح مالكاً بوجه بات ويبقى تحريره سليماً وصحيحاً إذا تخلف الشرط و لم يتحقق.

(١) ينظر : المادة (١٣٠٦ / ٢) من القانون المدني العراقي ، و تقابلها المادة (١٠٦٠) من القانون المدني المصري ، والمادة (٢١٦٦) من القانون المدني الفرنسي .

(٢) يكون الشرط واقفاً، إذا علق عليه نشوء العقد أو الإلتزام ، بحيث إذا تحقق الشرط انعقد العقد ونشأت الإلتزامات في ذمة كل من طرفيه ، وإذا تخلف الشرط لم ينشأ عقد ولا التزام . وهذا ما أشارت إليه المادة (٢٨٨) مدني عراقي ((العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط)).

(٣) ينظر : د. أحمد سلامة ، التأمينات المدنية ، مصدر سابق . ود. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ٢٥١ ، ود. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، هامش ٢ ص ٣٤٧

(٤) يكون الشرط فاسخاً إذا علق عليه فسخ العقد وزوال الحق . إذ نصت المادة (١ / ٢٨٩) مدني عراقي على ((العقد المعلق على شرط فسخ يكون نافذاً غير لازم)) والعقد الغير لازم هو العقد الذي يمكن الرجوع عنه بارادة منفردة ، فإذا كان لكل من المتعاقدين ان يرجع عن العقد بأرادته المنفردة كان العقد غير لازم من الجانبين . وإذا كان لاحد المتعاقدين فقط ان يرجع عن العقد بارادته المنفردة كان العقد غير لازم من جانب واحد.

لكن ما الحكم إذا تحقق الشرط الفاسخ بعد ان يحرر الحائز العقار ؟

نلاحظ ان مقتضى القواعد العامة ^(١)، تؤدي إلى زوال ملكية الحائز، بأثر رجعي، وهنا يستوجب زوال التحرير وذلك لان من قام به قد اصبح غير مالك بأثر رجعي، ومن ثم هو لم يكن حائزاً وقت قيامه بالتحرير، وهنا يجب ايضاً أن تزول الآثار التي ترتبت على التحرير فتعود الرهون على العقار وعندها يلتزم الدائنون برد ما قبضوه بمقتضى التحرير، وهذا ما أشار إليه رأي في الفقه الفرنسي ^(٢).

لكن هناك رأي آخر يرى بقاء التحرير نافذاً حتى وإن تحقق الشرط الفاسخ ، ذلك أن التحرير لا يؤثر فيه الفسخ فتبقى آثار التحرير قائمة على الرغم من تحقق الشرط الفاسخ وذلك لأن التحرير لا يؤثر فيه الفسخ، كذلك ان الرأي الغالب في الفقه ^(٣) يرى أيضاً أن التحرير لا يؤثر فيه الفسخ لذلك لا يزول بأثر رجعي، وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي إذ إنه لم يعمل بالآثار الرجعي للشرط الفاسخ ويبقى على إجراءات التحرير ^(٤) وقد ساندته الفقه الفرنسي على ذلك ^(٥)، وذلك تجنباً للتكاليف والمصاريف الباهضة التي تنشأ إذا تم الأخذ بالآثار الرجعي للشرط الفاسخ ، وهذا المنطق يُعد سليماً، وأيضاً أن الأخذ بالآثار الرجعي للفسخ يمكن أن يلحق ضرراً بالدائن، ذلك لأن الأخير قد أستوفى حقه من الحائز و أبطال التحرير يعني الزامه بأن يرجع للحائز ما أستلمه ، وهذا ممكن أن يلحق ضرر به، إذا تصرف بالثمن المقبوض وعدم قدرته على إرجاعه ^(٦).

و نحن نؤيد هذا الرأي، ذلك لأن الحائز عند تحريره للعقار لا يتوقع تحقق الشرط الفاسخ ، فضلاً عن ذلك ان تحرير العقار مرّ بكثير من الإجراءات القانونية ويتطلب مصروفات كثيرة، وحتى لا تهدر هذه الإجراءات والمصروفات، لذلك فيجب ان لا يكون للتحرير اثر رجعياً وان المشرع العراقي قد اخذ بهذا الرأي وذلك بنص المادة (١٣١٢) مدني عراقي : ((إذا تمت إجراءات التحرير سواء بإستقرار ملكية الحائز أو برسو

^(١) نصت المادة (١/٢٩٠) مدني عراقي بأنه ((١-إذا تحقق الشرط واقعاً كان ان فاسخاً استند اثره إلى الوقت الذي تم فيه العقد اي إذا تبين من ارادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد ،ان وجود الإلتزام أو زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط)) .

^(٢) Baudry Lacantinerie et de Loynes, Nantissement, des privileges et hypothe' ques, et de lex propriation

^(٣) ينظر: د. غني حسون طه ، والأستاذ محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٤٥٩، د. أحمد سلامة، التأمينات المدنية، مصدر سابق ، ص ٢٥٨.

^(٤) -Req. 14 Avril 1847, D.47,1,217, Req.23 Aout 1871,D.73, 1, 321.

^(٥) -Planiol(M.) et Ripert(G.), Droit civil francais, Tome XIII, LGDJ, 1953, N 1197, p.546.

^(٦) ينظر: أنور أحمد راشد ، مصدر سابق ، ص ٢٠.

المزايدة على غيره فإن الحقوق المسجلة على العقار تنتضي نهائياً حتى لو فسخت ملكية الحائز لأي سبب من الأسباب ((وهذا الرأي أخذ به المشرع المصري في المادة (١٠٨٣) ^(١).

يجوز التحرير لمن انتقلت إليه حق الرقبة أو حق الإنتفاع ويكون مرهوناً، فمثلاً لو رهن شخص عقاره ، وتصرف بعد ذلك بحق إنتفاع وحق الرقبة احتفظ به لنفسه أو تصرف في الرقبة لشخص معين والإنتفاع لشخص آخر، فهنا يصبح حائز من تلقى اي من الحقين، ويتلقاه مرهوناً، ويجوز له ان يحرر حقه من الرهن ^(٢).

من الجدير بالإشارة هنا أنه يُمكن أن يقوم احد الشخصين (صاحب حق الرقبة أو صاحب حق الإنتفاع) بتحرير حقه في حين لايقوم الآخر بذلك، فهنا حق التحرير يستقل به كل حائز حسب الحق الذي انتقل إليه، فمن المتصور أن يحرر أحد الشخصين حقه ويبقى الرهن مثقلاً بحق الشخص الآخر الذي لم يطلب التحرير ^(٣).

وعليه إذا كان حق الإنتفاع هو الذي انتقل إلى الحائز الذي حرره، فإن حق الإنتفاع وحده هو الذي يتحرر، أما حق الرقبة فيبقى مثقلاً بحق الرهن، ويلاحظ هنا انه عند انقضاء حق الإنتفاع (بإنتهاء اجله أو وفاة المنتفع) فإنه يعود لمالك الرقبة ويصبح هنا مرهوناً من جديد وذلك لان الرقبة لازالت مرهونة، بالنظر إلى أن حق الإنتفاع هو يُعد من ملحقات العقار المرهون، وهنا يستطيع الدائنون ان ينفذوا على الملكية كاملة، وهذه نتيجة يحتملها التطبيق القانوني وان كان قد ترتبت عليها فائدة للدائنين والمرتهنين مرتين ^(٤) .

وهذا خلاف للأصل في التحرير، فسيكونون قد استعملوا حقهم وأفادوا من حق الإنتفاع مرتين، في المرة الأولى -عند قيام الحائز بتحرير حق الإنتفاع- وفي المرة الثانية- عندما انتهى حق الإنتفاع لمصلحة الحائز، إذ إنه سيعود حق الدائنين عليه اما في حالة انتقال ملكية الرقبة إلى الحائز وتكون مثقلة بالرهن فالحائز هنا يستطيع تحريرها، وفي هذه الحالة سيبقى حق الرهن فقط على الإنتفاع، اما إذا انقضى هذا الحق

(١) إذ نصت المادة (١٠٨٣) من القانون المدني المصري بأنه ((إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائياً ولو زالت لأي سبب من الاسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار)) ومن الجدير بالملاحظة ان المادة (١٣٦٢) مدني عراقي والمادة (١٠٨٣) ينطبق حكمها سواء كان زوال ملكية العقار بأثر رجعي بفعل تحقق الشرط الفاسخ أو بالفسخ أو بالبطان .

(٢) ينظر : د. همام محمد محمود زهران ، مصدر سابق ، ٢٨٨.

(٣) ينظر : د. جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ٣١٥.

(٤) ينظر : د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ١٤٨. و د. جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٣١٥ ، منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينية، مصدر سابق ، ص ١٤٠.

فستعود المنفعة محررة من الرهن إلى مالك الرقبة لأن الرهن يزول بزوال موضوعه، وقد انقضى حق الإنتفاع.

ومن الجدير بالذكر هنا انه لا يشترط أن تكون ملكية العقار المرهون قد انتقلت إلى الحائز مفرزة حتى يستطيع تحريره من الرهن ^(١) وإنما يجوز له التحرير حتى لو انتقل إليه جزء من العقار المضمون بالرهن ^(٢) وكذلك يجوز التحرير إذ انتقل للحائز نصيبٌ شائعٌ في العقار المرهون تأمينياً ^(٣).

لكن ما الذي يحق للحائز تحريره عند انتقال جزءاً من العقار المرهون إليه، هل يحرر هذا الجزء أو يحق له تحرير العقار كله ؟

إذا رجعنا إلى المادة (١٢٩٤) من القانون المدني العراقي نلاحظ انه يجب على من انتقل إليه جزءاً من العقار المرهون ان يحرر كل العقار ولا يقتصر على الجزء الذي انتقل إليه وذلك لان القاعدة تقضي عدم تجزئة الرهن، وهذا ما أشارت إليه في أعلاه بأنه: "كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامنة لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها " .

نلاحظ من خلال نص هذه المادة ان قاعدة عدم تجزئة الرهن هي ليست من النظام العام ومن ثم يجوز للمرتهن والحائز ان يتفقا على قيام الحائز بتحرير الجزء الذي انتقل إليه، ومن ثم يستطيع الحائز أن يحرر الجزء الذي انتقل إليه من العقار المرهون فمشتري هذا الجزء من العقار المرهون يستطيع أن يعرض ثمن ما اشتراه .

أما الوارث والموصى له بجزء من التركة وليس بعين محددة فإنهما من الخلف العام ومن ثم لا يُعدان حائزين، وذلك لأن ما جاء في قواعد الميراث أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، فإن أجل الدين يسقط بوفاة المدين، وعندها يحق للدائن المرتهن أن ينفذ على العين المرهونة قبل تقسيم التركة على مستحقيها ^(٤)، وكذلك لايجوز التحرير للحائز الذي انتقلت إليه ملكية المرهون تأمينياً وكان قد تعهد للمدين الراهن بأن يقوم

(١) ينظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص ١٣٧.

(٢) ينظر : د. أحمد السعيد الزقرد ، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

(٣) ينظر : د. جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٣١٧.

(٤) ينظر : قديري محمد توفيق ، تطهير العقار المرهون رسمياً طبقاً لأحكام القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية ، بحث منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر ، مجلد ٣٤ ، عدد ١٠ ، ٢٠٢٠ ، ص ٣١٢.

بتسديد الدين إلى الدائنين المرتهنين عندما يحل أجل الدين ، وذلك لأن تعهده هذا يجعل منه مسؤولاً عن وفاء الدين للدائنين المرتهنين ^(١) .

الفرع الثاني

زمان ومكان التحرير

إن المشرع عندما منح الحائز خيار التحرير حدده بمدة معينة يجب عليه أن يقوم بعرض التحرير خلالها على الدائنين المرتهنين ، وكذلك حدد الحائز بمكان معين يقدم فيه عرض التحرير، لذلك سنتعرف في هذا الفرع على زمان التحرير ومكانه من خلال تقسيم هذا الفرع إلى فترتين الأولى تكون عن زمان التحرير والثانية عن مكان التحرير.

أولاً : زمان التحرير

نصت الفقرة الأولى من المادة (١٣٠٨) من القانون المدني العراقي على أن : "١)) (يبقى للحائز حق تحرير العقار المرهون رهناً تأمينياً إلى يوم توقيع الحجز عليه من المرتهن))"، من خلال نص هذه المادة يتضح أن حق الحائز بعرض التحرير للمرهون رهناً تأمينياً هو من تاريخ اكتسابه لصفة الحائز ، ويبقى حقه قائماً من يوم انذاره بدفع الدين إلى يوم توقيع الحجز عليه من قبل الدائن المرتهن ، ومصلحة الحائز هنا ظاهرة في تعجيل عرض التحرير، حتى يستطيع التحرير قيامه بسداد ثمن المرهون للبائع وبدلاً من ذلك يعرض الثمن كاملاً على الدائنين ليكون هذا التصرف أدعى لقبولهم بهذا العرض ^(٢).

ولكن ماهي الحكمة من عدم تمكن الحائز من إجراء التحرير بعد توقيع الحجز عليه من قبل الدائن المرتهن ؟

لعل السبب في ذلك أن العقار يكون حينها معداً للبيع بالمزاد العلني فإذا أراد الحائز عرض قيمة العقار فعليه أن يتقدم مزاييداً.

(١) ينظر: د. محمد حسين منصور ، النظرية العامة للأتمان ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية - مصر ، بلازمان نشر ، ص ١٣٥.

(٢) ينظر : د. درع حماد عبد . الحقوق العينية التبعية ، الرهن التأميني ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز ، مكتبة السنهوري دار السنهوري ، بيروت ٢٠١٩ ، ص ١٥٦.

إما بالنسبة للمشرع المصري فقد نص في الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٤) بأنه: ((للحائز ان يستعمل هذا الحق حتى قبل ان يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى المدين أو الإنذار إلى هذا الحائز ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم ايداع قائمة شروط البيع)).

من خلال نص هذه المادة يتضح أن المشرع المصري أجاز للحائز التحرير من الوقت الذي يصبح فيه حائزاً ومالكاً للمرهون، ويحدث ذلك عند تسجيله سند الملكية، متى ما كانت واجبة التسجيل، أو بانقضاء المدة الواجبة لكسب الملكية بالتقادم^(١). وبصرف النظر سواء حلت آجال الديون المقيدة التي يضمنها العقار المرهون أو لم تحل^(٢) وقبل ان يوجه الدائن تنبيهاً للمدين أو إنذاراً الحائز بالدفع أو التخلية^(٣).

ويكون للحائز مصلحة بعرض قيمة المرهون بمجرد حيازته وقبل دفعه الثمن، وذلك لكي لا يضطر أن يدفع مرتين أو ان تنزع ملكية المرهون منه^(٤). يبقى حق الحائز في التحرير قائماً إلى يوم ايداع قائمة بشروط البيع وحتى يكون العقار مُعدّاً لأن يباع بالمزاد العلني.

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة (٢٤٦٤) على وقت التحرير بأنه ((يجوز للمشتري من الطرف الثالث بمجرد نشر البيع، تطهير البناء من حق اعادة البيع المرتبط بالرهن، يجب عليه، اما قبل الاجراءات، او في غضون شهر واحد من اول استدعاء للدفع تم تقديمه له، اخطار الدائنين المسجلين بصك يقول انه مستعد لدفع ديون الرهن العقاري في الحال)) من خلال نص هذه المادة يتبين ان المشرع الفرنسي اجاز للحائز أن يباشر بالتحرير حتى قبل توجيه الإنذار إليه وملاحقته من قبل الدائنين.

من خلال استعراض نصوص القوانين أعلاه يتبين لنا مدى الحماية والرعاية التي يوفرها القانون لحائز المرهون الذي أعطته الحق بتحرير المرهون بمجرد اكتسابه صفة الحائز، إذ أن وقت التحرير يخضع لارادة الحائز وهذه تُعد خاصية مهمة في نظام التحرير تتجلى فيها إمكانية حائز المرهون وقدرته على المبادرة والحركة^(٥) فهو يستطيع أن يباشر التحرير عندما يصبح حائزاً، وبغض النظر عنما إذا كانت الديون المضمونة قد حلت أو لا، وحتى قبل قيام الدائن بتنبيه المدين أو انذار الحائز بالدفع، وهنا نلمس فائدة التحرير وأهميته للحائز، إذ إن إعطاءه حق التحرير منذ البداية يمكنه من أن يبادر بتخليص المرهون من

(١) ينظر: د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ٣٤٨.

(٢) ينظر: د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ١٥٠.

(٣) ينظر: د. همام محمد محمود زهران، مصدر سابق، ص ٢٨٩.

(٤) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، التأمينات العينية والشخصية، المصدر السابق، ص ٥٤٦.

(٥) ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ١٧٣.

الرهون التي تثقله ، فهذا الأمر سيجنبه ويبعد عنه قلق الإنتظار ، فهو هنا لا ينتظر حتى يحل أجل الدين ويطالب به الدائن ، ثم يشرع بعد ذلك الأخير في التنفيذ على المرهون ^(١).

أما بالنسبة للوقت الذي يحق فيه للحائز تحرير العقار المرهون في القانون العراقي ، يبقى قائماً إلى يوم توقيع الحجز عليه ^(٢) ، أما بالنسبة لموقف المشرع المصري فإن الحائز يبقى محتفظاً بحقه في التحرير حتى بعد شروع الدائن بالتنفيذ بإجراءاته لحين وقت إيداع قائمة شروط البيع ^(٣).

ومن خلال ما تقدم نرى أن المدة التي منحها المشرع المصري للحائز كي يتمكن من تحرير المرهون تأمينياً هي أطول من تلك التي منحها المشرع العراقي ، لذلك ندعو المشرع العراقي أن يتخذ موقفاً مشابهاً لموقف المشرع المصري وأن يسمح للحائز بحقه في إجراء التحرير إلى ما بعد شروع الدائن بالتنفيذ بإجراءاته لحين وقت إيداع قائمة شروط البيع .

ثانياً: مكان التحرير

نصت المادة (٢/١٣٠٨) من القانون المدني العراقي على مكان التحرير بأن: ((٢- وعليه إذا اراد التحرير ان يوجه للدائنين المسجلة حقوقهم في محل إقامتهم المختار...)) ، خلال نص هذه المادة يتضح أن مكان التحرير هو محل إقامات الدائنين المختارة، لذلك يتم تبليغ الدائنين المرتهنيين بعرض التحرير الذي تقدم به الحائز في محل إقاماتهم المختارة ^(٤) إذ إنَّ في الرهن التأميني قد يكون الدائن المرتهن أكثر من واحد، ومن ثم يكون لكل دائن محل إقامة مختار، وليس بالضرورة أن يكون محل الدائن المرتهن أكثر من واحد موقع العقار المرهون ، فقد تكون محل إقاماتهم المختارة في منطقة العقار نفسها أو خارجها، ومن خلال نص هذه المادة نرى أن الحائز يجب عليه أن يوجه الإنذار للدائنين المرتهنيين في محال إقاماتهم المختارة.

كذلك نجد موقف القانون المصري موافقاً للمشرع العراقي في تحديد مكان التحرير، إذ أوجبت المادة (٣٠) من قانون تنظيم الشهر العقاري أن يكون للدائن محل مختار في دائرة المحكمة التي يتبعها العقار، أما إذا لم يختار محلاً يصح إعلان الأوراق إليه في قلم كتاب المحكمة. كذلك نصت المادة (١٠٦٥) مدني مصري على أن يوجه الحائز إعلان عرض التحرير في موطن الدائنين المختار الذي يتم ذكره في القيد، فإذاً يجوز للحائز ان يوجه إعلان الدائنين المرتهنيين في مواطنهم المختارة في دائرة المحكمة التي يتبعها العقار المرهون

(١) ينظر: د .شمس الدين الوكيل ،مصدر سابق ، ص ٣٤٨.

(٢) ينظر: نص المادة (١٣٠٨) من القانون المدني العراقي.

(٣) ينظر: نص المادة (١/١٠٦٤) من القانون المدني المصري .

(٤) ينظر: د . درع حماد ، مصدر سابق، ص ١٥٦.

وإذا كان أحد الدائنين لم يعين له محل مختار ،جاز إعلانه في قلم كتاب المحكمة التي يتبعها العقار المرهون.

ويجوز للحائز أن يوجه الإعلان إلى الدائنين في محل إقاماتهم الأصلية، لأن الإعلان في الموطن المختار هو لمصلحة الحائز فيجوز له أن يتنازل عنه ،وايضا ان الإعلان في محل الإقامة الأصلي دائما يكون صحيحا ،وعليه يكون الإعلان إما في محل الإقامة المختار وإذا لم يوجد فيكون في قلم كتاب المحكمة الابتدائية للعقار أو يكون بمحل الإقامة الأصلي للدائنين ^(١).

المطلب الثاني

الإجراءات الشكلية لعرض التحرير وجزاء مخالفتها

إذا اختار الحائز تحرير العقار المرهون من حق الرهن التأميني المسجل عليه والديون الموثقة بها ،فإن هناك إجراءات حددها القانون لابد أن يقوم بها الحائز ، وايضا هناك جزاءات تترتب عند مخالفة هذه الإجراءات، فماهي هذه الإجراءات وما الجزاءات التي تترتب عند مخالفتها ؟

من أجل معرفة ذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول إجراءات التحرير وفي الفرع الثاني جزاء مخالفة هذه الإجراءات: -

الفرع الأول

إجراءات عرض تحرير العقار المرهون تأمينياً

إن أول إجراء يجب على الحائز أن يقوم به ،إذا أراد تحرير العقار المرهون، من حق الرهن التأميني والديون المسجلة عليه، هو ان يوجه إعلاناً إلى الدائنين الذين سجلت حقوقهم على العقار قبل أن يسجل

(١) ينظر: د عبد الرزاق السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية،الجزء العاشر ،مصدر سابق،ص٥٥٦.

سند ملكيته، على أن هذا الإعلان يوجه إليهم في محال إقامتهم المختارة^(١) وهذا الإجراء يسمى عرض التحرير.

والإعلان الذي يوجهه الحائز للدائنين يشمل على بيانات أشارت لها المادة (٢/١٣٠٨) مدني عراقي ، التي نصت : "٢- وعليه إذا أراد التحرير أن يوجه للدائنين المسجلة حقوقهم في محل إقامتهم المختارة إعلانات تشمل على البيانات الآتية:-

أ- خلاصة من سند ملكية الحائز 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 المرهون قبل تسجيل سند الحائز وتاريخ تسجيلها ومقدار واسماء الدائنين .

ج- المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار . ويجب إلا يقل هذا المبلغ عما يلزم بحسب السعر الذي يتخذ أساساً لتقدير الثمن في حالة نزاع الملكية ، ولا أن يقل في أي حال عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعاً.

أما بالنسبة إلى موقف المشرع المصري فقد نص في المادة (١٠٦٥) من قانونه المدني على البيانات التي يجب أن يتضمنها إعلان الحائز بأنه: ((إذا أراد الحائز تطهير العقار وجب عليه أن في مواطنهم المختارة المذكورة في القيد إعلانات تشمل على البيانات الآتية :

أ- خلاصة من سند من سند ملكية الحائز تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه وأسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعييناً دقيقاً ومحل العقار مع تعيينه وتحديد بالدقة . وإذا كان التصرف بيعاً يذكر أيضاً الثمن وما عسى أن يوجد من تكاليف تعد جزءاً من هذا الثمن .

ب - تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل .

ج - المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار ولو كان التصرف بيعاً، ويجب أن لا يقل هذا المبلغ عن السعر الذي يتخذ أساساً لتقدير الثمن في حالة نزاع الملكية ، ولا أن يقل في أي حال عني الباقي في ذمة الحائز

(١) نصت المادة (٢/١٣٠٨) من القانون المدني العراقي : "٢- وعليه إذا أراد التحرير أن يوجه للدائنين المسجلة حقوقهم في محال إقامتهم المختارة، إعلانات "تقابلها المادة (١٠٦٥) من القانون المدني المصري ، وتقابلها المادة (٢٤٧٨) من القانون المدني الفرنسي.

من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعاً . وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة وجب تقدير قيمة كل جزء على حدة .

د- قائمة بالحقوق التي تم قيدها على العقار قبل تسجيل سند الحائز تشمل على بيان تاريخ هذه القيود ومقدار هذه الحقوق وأسماء الدائنين .

من خلال نص هذه المادة نلاحظ أن البيانات التي يجب أن يتضمنها إعلان الحائز هي مقارنة للبيانات التي نص عليها المشرع العراقي ، لكن القانون المدني المصري قد أضاف إلى هذه البيانات بيان آخر . وهو ضرورة ان يذكر تاريخ تسجيل ملكية حائز المرهون ورقم هذا التسجيل ^(١)، والأضافة الأخرى التي أضافها المشرع المصري ولم يشر إليها القانون المدني العراقي ، هي إذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة وجب تقدير قيمة كل جزء على حدة ^(٢) .

اما المشرع الفرنسي فقد بين البيانات التي يجب أن يتضمنها إعلان التحرير ، ونصت المادة (٢٤٧٨) مدني فرنسي على تلك البيانات التي يجب أن يتضمنها عرض التحرير، بأنه: ((إذا أراد المالك الجديد أن يحمي نفسه من أثر الملاحظات المسموح بها ، يتوجب عليه إما قبل الملاحظات وإما في الشهر الذي يلي تاريخ الأنداز الأول الموجه إليه كحد أقصى أن يبلغ الدائنين في محل إقاماتهم المختارة وفقاً لقيدهم ما يأتي :

١- خلاصة عن سنده ، تتضمن فقط تاريخ العقد ونوعه ، اسم البائع أو الواهب وتعيينه بدقة ، طبيعة الشيء المباع أو الموهوب مكان وجوده ، وإذا كان الأمر يتعلق بمجموعة أموال ، التسمية العامة فقط للمحلة والدوائر حيث توجد ، الثمن والأعباء التي تشكل جزءاً من ثمن المبيع ، أو تقييم الشيء في حال كان قد تم وهبه .

٢- خلاصة " إشهار " عقد البيع .

٣- بيان موجز بالرهونات العقارية حول الإجراءات تبين الأعباء العينية التي تنقل العقار . وهذه البيانات ايضاً لا تختلف عن البيانات التي نصت عليها المادة (١٣٠٦) مدني عراقي ، والتي نصت عليها (١٠٦٥) مدني مصري . باستثناء بيان قد ذكره المشرع العراقي والمصري والمتمثل بالمبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار .

(١) نصت المادة (١٠٦٥/ب) من القانون المدني المصري : " تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل " .

(٢) نصت المادة (١٠٦٥/ج) من القانون المدني المصري : " المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار ولو كان التصرف بيعاً..... وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة وجب تقدير قيمة كل جزء على حدة " .

ومن خلال هذه البيانات نجد أن القانون المدني العراقي والقانونين محل المقارنة قد وضع إجراءات محددة وصريحة وواضحة ويجب على الحائز ان يلتزم بها وأن يتبعها إذا كان يريد تحرير العقار المرهون وذلك بتوجيهها إلى جميع الدائنين المرتهنيين المسجلة حقوقهم (حق الرهن التأميني) بغض النظر عن مرتبة الرهن حتى وإن كان العرض الذي يتقدم به الحائز لا يوفر فرصة لبعضهم في استيفاء اي حق له.

يترتب على اغفال إعلان اي دائن من الدائنين المرتهنيين عدم نفاذ التحرير في مواجهته ومن ثم يحق له أن يطلب بيع العقار بالمزاد العلني، وان كان هذا الدائن متاخراً في المرتبة ولا يفيد بيع العقار^(١)، لكن هذا لا يمنع هذا الدائن الذي لم يعلن عن التنازل صراحة أو ضمناً، عن حقه بالدفع بعدم سريان إجراءات التحرير في مواجهته، ويكون له حق الأولوية على قيمة العقار المعروضة بقدر ما تسمح به مرتبته^(٢).

لكن ماهو السبب أو العلة التي من أجلها أكد المشرع ضرورة ذكر هذه البيانات؟ إن السبب الذي من أجله استوجب المشرع ذكر هذه البيانات هو كي يتمكن الدائنون من الإحاطة بالمعلومات كلها التي تهمهم حتى يتمكنوا على ضوء ذلك من تقدير ما إذا كان من مصلحتهم ان يقبلوا العرض أو يرفضوه، ذلك أن كل بيان من هذه البيانات التي أوجبها القانون يؤدي إلى تحقيق هذا الهدف^(٣).

فبالنسبة للبيان الأول المتضمن ضرورة تقديم خلاصة من سند ملكية الحائز، فعندما يتضمن إعلان الحائز بياناً بسند ملكيته للعقار يوضح فيه نوع التصرف هل هو عقد بيع أو هبة أو هو مقايضة، وكذلك تاريخ التصرف وتثبيت ذلك التاريخ، وتعيين المالك السابق للعقار وذكر اسمه، فمثل هذا البيان وما يتضمنه من معلومات ستمكن الدائنين من التعرف على هذا الشخص الذي اصبح حائزاً للعقار المرهون، وذلك لان هذا الشخص يفترض ان يكون اجنبياً عنهم وعن الدين إذ إنه لم يكن موجوداً وقت اكتسابهم لحقوقهم عن طريق ذلك يعرفوا أنه حائز يحق له تحرير العقار المرهون، وكذلك يجب تحديد العقار، تحديداً دقيقاً، وفي حالة كون التصرف بيعاً فيجب أن يذكر في الإعلان الثمن وملحقاته، ذلك لمعرفة الثمن الذي اشترى به الحائز، فمعرفة الثمن لهذا الثمن تمكنهم معرفة القيمة التي يعرضها الحائز هل تقل عن المتبقي في ذمته أو لا وذلك إذا كان هناك جزء متبقي في ذمة الحائز^(٤).

(١) ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ١٧٤.

(٢) ينظر: د. جلال محمد إبراهيم، ود. عبد العزيز المرسي، مصدر سابق، ص ٣٣٠.

(٣) ينظر: د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ١٤٧.

(٤) - ينظر: د. جلال محمد إبراهيم، ود. عبد العزيز المرسي، مصدر سابق، ص ٣٣١.

ومن هنا تظهر أهمية هذا البيان وحتى يحدد الدائنون موقفهم من قبول العرض أو رفضه فذكر الثمن يُعد من البيانات الجوهرية، فإذا ذكر ثمن أقل من الثمن الوارد في العقد ترتب على ذلك بطلان العرض^(١)، أما إذا كان قد حصل على العقار بطريق المقايضة فيجب على الحائز بيان البدل وقيمه^(٢).

من الجدير بالذكر هنا ان الثمن لا يقتصر على المبلغ النقدي فحسب، وإنما يشمل ملحقات الثمن، والتي يقصد بها الأعباء التي تحملها الحائز فضلاً عن الثمن مقابل انتقال ملكية العقار له، فهذه الأعباء هي جزء من الثمن ذلك لأنها تعود بفائدة على البائع مقابل خروج العقار المرهون من ذمته.

أما الغرض من ذكر الحقوق العينية التبعية المسجلة على العقار وما يقدره الحائز من مبلغ يمثل قيمة العقار وكذلك أسماء الدائنين ومقدار ديونهم ومراتبهم، ففائدته تتمثل بتمكن الدائنين بمعرفة مراتبهم في ضوء حقوقهم المسجلة على العقار، ومن ثم كل دائن يقدراً إذا كان العرض مفيداً له أو أنه لن يحصل على شيء لتأخره في الرتبة^(٣).

ان البيان الذي يحدد فيه الحائز المبلغ كقيمة للعقار التي يعرضها على الدائنين والتي تمثل مقابلاً للعقار يُعد من البيانات الأساسية التي نصت عليها المادة (١٣٠٨/ج) من القانون المدني العراقي، ويلاحظ في هذا الشأن ان تقدير هذه القيمة ينفرد بها الحائز وحده، وأن من مصلحة الحائز أن يحدد قيمة حقيقية للعقار والتي تكون مناسبة مع قيمته، أي ان يصل عند تقديره لقيمة المرهون إلى الحد الأقصى المعبر عن قيمة الحقيقية للمرهون أي يجب أن يكون جاداً ويراعي الاعتدال في عرضه^(٤) بحيث تكون هناك طمأنينة في نفس كل دائن بالحصول على حقهم^(٥).

ويلاحظ انه عند انتقال ملكية المرهون للحائز عن طريق البيع عادة ما يكون المبلغ الذي يعرضه الحائز هو الثمن نفسه الذي اشترى به المرهون، لكن من الناحية القانونية لا يتقيد الحائز عندما يقدر قيمة المرهون

(١) ينظر: د. غني حسون طه، والأستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٤٦٢. ود. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ٣٥٠. ود. محمد كامل مرسي، ص ٢٣٨.

(٢) إبراهيم صالح عبد الصرايرة، التنظيم القانوني لتطهير العقار المرهون بحث منشور في المحلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية. مجلد ١١، عدد ٢، ٢٠١٩، ص ٩٥.

(٣) د. احمد سلامة، التأمينات المدنية، مصدر سابق، ص ٢٨٣.

(٤) ينظر: علاء شوكت الدليمي. المركز القانوني لحائز العقار في الرهن التأميني (دراسة مقارنة في القانونين الاردني والعراقي)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٥، ص ١٠٣.

(٥) ينظر: د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ٣٥٠.

بالثمن نفسه الذي اشترى به العقار المرهون إذ يستطيع ان يقدره بقيمة تقل أو تزيد عن الثمن الذي اشترى به وهذا هو موقف القانونين العراقي والمصري.

أما موقف المشرع الفرنسي فإن الحائز إذا اشترى العقار المرهون فلا يجوز له أن يعرض ثمنه أقل من ثمن الشراء^(١)، وبخلاف ذلك يكون معرضاً لرفض عرضه من قبل الدائنين المرتهنيين إذا كان ماعرضه من مبلغ لا يمثل القيمة الحقيقية للعقار المرهون، ويستطيع الدائنون طلب بيع العقار بالمزاد العلني^(٢).

قد يعرض الحائز قيمة العقار المرهون على الدائنين ويحصل خطأ مادي في الرقم الذي عرضه كما لو عرض مبلغ يزيد عما هو في ذمته فما هو حكم هذا الخطأ؟

هناك رأي في الفقه^(٣) لا يلزم الحائز بدفع الرقم الخاطئ الذي عرضه، حتى وان قبل الدائنون عرضه، وفي هذه الحالة يقوم بعرض جديد لقيمة المرهون وبإجراءات جديدة ويصح فيها الرقم الخاطئ، وتكون للدائنين مدة جديدة لقبول العرض أو رفضه.

نحن نؤيد هذا الرأي ومن الممكن أن يأخذ به القانون المدني العراقي، فالمادة (١٨٤) مدني عراقي أشارت لتطبيق أحكام العقد على الإرادة المنفردة باستثناء ماتعلق منها بضرورة وجود ارادتين، ولأن تحرير العقار يتم بإرادة منفردة لحائزه، عليه يجب في هذه الحالة تطبيق أحكام العقد، وبذلك نطبق حكم المادة (١٢٠) من القانون المدني العراقي إذ نصت على أنه: ((لا يؤثر في نفاذ العقد مجرد الغلط في الحساب ولا الغلط المادي وإنما يجب تصحيح هذا الغلط)).

لكن حرية الحائز ليست مطلقة في تقديره لقيمة العقار، وإنما تكون مقيدة بقيدتين أشارت إليهما المادة (١٣٠٨/٢ ج) من القانون المدني العراقي ويتمثل هذان القيدان بما يأتي :-

القيد الأول: لا يقل المبلغ المعروض عن السعر الذي يتخذ اساساً لتقدير الثمن عند نزع الملكية ، فقد حدد قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨٠ الأسس التي تحدد قيمة العقار بموجبها في حالة إذا نزع ملكيته للمنفعة العامة ، لذلك يجب على الحائز عند عرضه للمبلغ أن لا يقل عن القيمة المقدرة للعقار المرهون في حالة الاستملاك .

(١) نصت المادة (٢٤٧٩) من القانون المدني الفرنسي بأنه ((يصرح المشتري أو الموهوب له في الصك ذاته ، أنه مستعد لإيفاء الديون وأعباء الرهن العقاري فوراً ، بحدود الثمن فقط)).

(٢) ينظر: د. سمير عبد السيد تناعو، مصدر سابق، ص ٢٧٦.

(٣) ينظر: د. احمد سلامة ، التأمينات المدنية، مصدر السابق، ص ٢٦٦.

القيد الثاني: الذي وضعه المشرع على حرية الحائز عند تقديره لقيمة العقار، بألا يقل المبلغ المعروض في أي حال من الأحوال عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن العقار عندما يكون التصرف بيعاً، فهذا المبلغ يمثل الحد الأدنى لما يجب أن يعرضه الحائز، وهذا يُعد من حق المدين ولا يصيب الضرر بالحائز إذا دفعه كله للدائنين، فمثلاً إذا اشترى الحائز المرهون من المدين بمبلغ خمسين مليون ودفع إلى البائع (المدين الراهن) خمسة وعشرين مليوناً، فعندما يريد الحائز تحرير العقار فيجب ألا يقل المبلغ الذي يعرضه على الدائنين عن خمسة وعشرين مليون دينار وهذا يمثل المتبقي في ذمته من العقار المرهون ^(١).

أما إذا عرض الحائز مبلغاً أقل من الباقي له فهذا يدل على عدم جديته في تحرير العقار المرهون، ومن الجدير بالذكر أن مصلحة الحائز تقتضي أن يكون معقولاً في عرضه لقيمة العقار كي يتفادى اللجوء إلى البيع الجبري لأن الدائنين لهم أن يرفضوا العرض ويطلبوا بيع العقار بالمزاد العلني إذا وجدوا أن ما عرضه الحائز أقل من قيمة العقار الحقيقي ^(٢).

ويلاحظ أن هذين القيدين يتعلقان بحالة تحرير العقار المرهون من الرهن، ولا يتعلقان بتحرير الحقوق العينية الأصلية الأخرى على العقار كحق التصرف وحق المنفعة وحق المساطحة .

لذلك نقترح على المشرع العراقي أن يقيد المبلغ المعروض في الحقوق العينية الأصلية الأخرى بأن لا يقل عن المبلغ المستحق لصاحب الحق في الاستملاك وذلك عملاً بالمادة (٣٤) من قانون الاستملاك ^(٣) مثال على ذلك إذا كان التحرير مُتعلقاً بحق منفعة أو مساطحة، فيجب ألا يقل المبلغ المعروض من قبل الحائز عن بدل الاستفادة منها للسنتين الباقيات من مدة هذه الحقوق بعد تنزيل الأجر السنوي والضرائب والرسوم .

لكن هل الحائز ملزم بالأحوال كلها عند عرضه للمبلغ على الدائنين المرتهنين ، بهذين القيدين ؟ فمثلاً لو كان ما عرضه الحائز على الدائنين المرتهنين يكفي لوفاء ديونهم المسجلة قبل تسجيل سند ملكية الحائز ، هل في هذه الحالة أن يتقيد بهذين القيدين ؟

(١) ينظر: د. درع حماد عبد ، مصدر سابق ، ص ١٥٩.

(٢) ينظر: د . سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٢٦٢.

(٣) نصت المادة (٣٤) من قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ على ((أ- إذا تعلق للغير بالعقار المستملك حق منفعة أو حق إستعمال ويستحق أصحابها من بدل الاستملاك ما يعادل بدل إستفادة منها للسنتين الباقيات من مدتها ب- إذا كان صاحب حق المنفعة مرتباً على العقار المستملك لمدى حياة المنتفع فيستحق صاحب هذا الحق ثلاثة أخماس بدل إستملاك . ج- إذا كان حق الإستعمال أو حق السكنى مرتباً على العقار المستملك لمدى الحياة فيستحق صاحبه خمسي بدل الاستملاك . د- إذا لم يشيد المساطح الأبنية فإن نصيبه من بدل الاستملاك يتحدد بما لا يزيد على (١٠%) منه.....))

للأجابة على هذا السؤال نرى أن الحائز عند عرضه مبلغاً على الدائنين وكان يكفي للوفاء بديونهم ، فهذا لا يشترط في هذا المبلغ أن لا يقل عن الثمن الذي يقدر به العقار المرهون عما تنزع ملكيته للمنفعة العامة، وكذلك لا يشترط أن لا يقل عما ترتب في ذمته ، ذلك لأن الحائز يكون جاداً عند عرضه المبلغ على الدائنين المرتهنيين وأن كان أقل من الحدود الواردة في القيد (١).

لكن قد لا يكون العقار بأكمله مثقلاً بحق الرهن التأميني، وإنما حق الرهن يرد على جزء من ذلك العقار، فكيف يحدد الحائز المبلغ الذي يمثل قيمة العقار ؟ في هذه الحالة، عندما يكتسب الحائز ملكية عقار وكان جزء منه مثقلاً بحق الرهن، فهذا يقوم الحائز بتحديد قيمة كل جزء على حده ويعرضها على الدائنين المرتهنيين لهذا الجزء المرهون لأن هؤلاء الدائنين لا يرد حقهم على العقار كله، ولا يمكن لهم بيعه بالمزاد العلني، إلا الجزء الذي يرد حقهم عليه، والذي هو محل التحرير (٢).

وهنا نطرح سؤال هل يشترط على الحائز أن يدفع حقيقة أم يكفي بعرض المبلغ الذي يمثل قيمة العقار أي هل يشترط أن يودع الحائز المبلغ في صندوق المحكمة أو يكفي بعرضه على الدائنين ؟

للأجابة على هذا السؤال نرى أنه ليس على الحائز أن يدفع المبلغ حقيقة وإنما يكفي أن يكون مُستعداً بوفاء الديون المسجلة على العقار دون أن يكون عرضه بالقيمة نقداً، أي أنه غير ملزم بعرضه للقيمة عرضاً حقيقياً وهذا ما نصت عليه المادة (٣/١٣٠٨) من القانون المدني العراقي بأن : "٣- وعليه ان يذكر في نفس الإعلان انه مستعد ان يوفي الديون المسجلة إلى القدر الذي يقوم به العقار وليس عليه ان يسحب العرض بالمبلغ نقداً بل ينحصر العرض في اظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال ايا كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة" (٣).

(١) يفضل في مثل هذا الفرض أن يقوم الحائز بقضاء الدين بدلاً من تحرير العقار.

(٢) ينظر: د. سمير عبد السيد تتاغو ، مصدر سابق ، ص ١٧٧.

(٣) تقابلها المادة (١٠٦٦) من القانون المدني المصري والتي تنص على ((يجب على الحائز ان يذكر في الإعلان انه مستعد ان يوفي الديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به العقار وليس عليه ان يصحب العرض بالمبلغ نقداً بل ينحصر العرض في اظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال ايا كان ميعاد استحقاقه في الديون المقيدة)) ، وكذلك تقابلها المادة (٢٤٦٤) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب مرسوم عدد ١١٩٢-٢٠٢١ إذ نصت على ((يجوز للمشتري من الطرف الثالث ، بمجرد نشر البيع ، تطهير البناء من حق إعادة البيع المرتبط بالرهن، يجب عليه ، إما قبل الإجراءات ، أو في غضون شهر واحد من أول استدعاء للدفع تم تقديمه له ، إخطار الدائنين المسجلين بصك يقول إنه مستعد لدفع ديون الرهن العقاري في الحال ، سواء كانت مستحقة أم لا مستحق)).

بأستكمال هذه البيانات يكون الحائز قد عرّف نفسه للدائنين المرتهنيين وحدد العقار المرهون والمبلغ الذي يمثل قيمة للعقار وحينها يستطيع كل دائن ان يتخذ موقفاً فيقبل بالعرض أو يرفضه .

الفرع الثاني

جزاء مخالفة إجراءات تحرير المرهون

لقد بيننا فيما تقدم أن الهدف الذي توخاه المشرع من هذه البيانات هو لكي يطلع الدائنون على المرهون بشكل دقيق ويتعرفوا على ما يتقله من تكاليف وعلى الثمن الي بيع به حتى لا تقل القيمة التي عرضها الحائز عن المتبقي في ذمته ولكي يحددوا ما إذا كان في مصلحتهم أن يقبلوا العرض أو يرفضوه.

هنا يطرح سؤالاً، ما هو الأثر الذي يترتب على نقص هذه البيانات كلها أو واحدة منها في الإعلان التي يضمنها العرض؟

نلاحظ ان المشرع العراقي في المادة (١٣٠٨)^(١) التي أشارت إلى إجراءات تحرير العقار المرهون لم تشر إلى الجزاء المترتب في حالة تخلف أو خطأ في بيان من بيانات العرض وأمام هذا النقص التشريعي، ظهر اتجاهاً في الفقه لبيان جزاء مخالفة إجراءات التحرير.

الاتجاه الأول: ذهب إلى وجوب التفريق بينما إذا كانت البيانات جوهرية أو بيانات غير جوهرية ويُعدون من البيانات الجوهرية مثلاً بيان الديون المستحقة للدائنين المرتهنيين الذين سبقوا الدائن الذي وقع الغلط في إعلانه ، كما لو أهمل الحائز ذكر أحد الديون أو قدره بأقل من حقيقته فبالتالي هذا النقص أو الغلط في البيان الجوهري سيؤدي إلى بطلان الإعلان الذي وجهه الحائز للدائن الذي يهمله الإعلان .

ويترتب على بطلان هذا الإعلان بالنسبة للدائن أن العقار سوف لا يتحرر من الرهن ومن ثم يحق لهذا الدائن اتخاذ إجراءات نزع الملكية لكن في الوقت نفسه يستطيع هذا الدائن الذي حصل النقص في إعلانه ان يتنازل عن حقه ومن ثم لا يبطل العقار، فضلاً عن ذلك يجوز للحائز قبل انقضاء ميعاد العرض أن يجدد العرض لهذا الدائن الي حصل الغلط في إعلانه^(٢) .

(١) وكذلك المادة (١٠٦٥) من القانون المدني المصري ايضاً لم تشر إلى الجزاء المترتب في حالة مخالفة هذه الإجراءات وكذلك ايضاً المادتين (٢١٨٣ و ٢١٨٤) من القانون المدني الفرنسي فإنها لم تنص ايضاً على جزاء مخالفة هذه الإجراءات.

(٢) ينظر: د سليمان مرقس ،مصدر سابق،ص ٣٦٣.

ويُعد ايضاً الثمن من البيانات الجوهرية، فإذا ذكر مبلغاً أقل من المبلغ الوارد في العقد، يترتب على ذلك البطلان، أما في حالة ذكر مبلغ أعلى من المبلغ الوارد في العقد فجانِب من الفقه يرى^(١)، لا يترتب على ذلك البطلان ويكون الحائز عندها ملزماً في مثل هذه الحالة بالثمن الذي ذكره للدائن الذي حصل معه الخطأ وتقدير إذا ما كان، وتقدير ما إذا كان البيان جوهري أو غير جوهري مترك للقاضي حسب وجهة نظرهم ومن ثم فإن القاضي إذا وجد ان مخالفة إجراءات التحرير كانت في البيانات الجوهرية فيحكم ببطلان هذه الإجراءات.

من خلال ما تقدم نرى، ما ذهب إليه اصحاب الاتجاه الأول من الفقه وتمييزهم ما إذا كانت البيانات جوهرية أو غير جوهرية وبطلان مخالفة الأولى دون الثانية، هو امر منتقد ذلك لان المادة (٢/١٣٠٨) من القانون المدني العراقي وكذلك المادة (١٠٦٥) مدني مصري، والمادة (٢٤٦٤) من القانون المدني فرنسي، عندما أشارت إلى البيانات التي يجب ان يتضمنها إعلان الحائز لم تميز إذا كان البيان جوهرياً أم غير جوهري، لذلك فإن ما ذهب إليه الفقه اصحاب هذا الاتجاه ليس له اتجاه قانوني يبرره .

اما الإتجاه الثاني في الفقه^(٢) فإن أصحابه قد طبقوا الحكم الوارد في المادة (٤١) من قانون الشهر العقاري المصري حيث انها أشارت هذه المادة إلى الجزاء المترتب عند مخالفة البيانات التي يجب ذكرها في قائمة قيد الرهن وذلك من خلال نصها: ((لا يترتب على اغفال بيان أو أكثر من البيانات المنصوص عليها في المادة الثلاثين بطلان القيد إلا إذا نتج عن ذلك ضرر للغير، ولا يجوز ان يطلب البطلان إلا من وقع عليه الضرر بسبب اغفال البيانات أو بسبب عدم ضبطها، وللمحكمة أن تبطل اثر القيد أو تنقص من اثره تبعاً لطبيعة الضرر ومداه)).

من خلال هذا النص نرى ان حصول خطأ أو نقص في البيانات التي تم عرضها من قبل الحائز لا يؤدي إلى بطلانها إلا في حصول ضرر لأحد الدائنين بسبب هذا النقص، وبقدر هذا الضرر، وإن حق التمسك بالبطلان لا يكون إلا من قبل الدائن الذي أصابه الضرر نتيجة لهذا الخطأ الحاصل في إعلان العرض^(٣) .

من خلال ما تقدم أو ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه نرى هو الأقرب إلى الصواب ذلك لأنهم يرون أن حصول الضرر للدائن هو الذي يعطيه الحق بتقرير بطلان هذا الإعلان من عدمه لأن لم يجد نصاً في

(١) ينظر: د غني حسون طه، والأستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٤٦٢.

(٢) ينظر: د رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص ٤١٨. د عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ١٩٥٠، ص ٤٢٩-٤٣٠.

(٣) ينظر: د منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، مصدر ساق، ص ١٤٦.

القانون المدني العراقي يبين فيه حكم الخطأ في بيانات العرض، لذلك نقترح على المشرع العراقي ان يضيف إلى نص المادة (٢/١٣٠٨) مدني عراقي العبارة الآتية لتصبح المادة بالشكل الآتي ((د-يترتب على الخطأ أو النقص في بيان من البيانات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه بطلان الإعلان بالنسبة للدائن الذي حصل الخطأ أو النقص في إعلانه وكان من شأنه ان يلحق الضرر به)).

المبحث الثاني

آثار عرض تحرير المرهون تأمينياً على الدائنين

عند قيام حائز المرهون بعرض قيمة المرهون على الدائنين المرتهنيين، وكان عرضه صحيحاً متضمناً كافة البيانات التي أشار لها القانون، فيترتب على عرضه هذا آثار معينة، وهذه الآثار تختلف في حالة قبول الدائنين العرض، أو رفضهم لعرض الحائز.

لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبحث في المطلب الأول آثار عرض التحرير في حال قبول الدائنين العرض، أما المطلب الثاني فسيكون عن آثار عرض التحرير في حالة رفضهم العرض.

المطلب الأول

آثار عرض التحرير في حال قبول الدائنين للعرض

عند عرض الحائز قيمة العقار المرهون على الدائنين المرتهنيين، وكان هذا العرض صحيحاً، فسيترتب على هذا العرض آثار عديدة، بعض هذه الآثار تتعلق بالحائز، إذ أنه يلتزم بالبقاء على عرضه طول المدة التي حددها القانون، والبعض الآخر من هذه الآثار تتعلق بالدائنين المرتهنيين، فيحق لهم قبول العرض أو رفضه، لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول سنتحدث فيه عن التزام الحائز بعرضه والفرع الثاني سيكون عن قبول الدائنين لعرض الحائز.

الفرع الأول

التزام الحائز بعرضه

التحرير خيار من الخيارات القانونية الممنوحة للحائز فهو حرٌّ في ممارسة هذا الخيار من عدمه، لكن إذا عرض الحائز التحرير على الدائنين المرتهنيين بصورة صحيحة، فإنه يلتزم بالبقاء على عرضه طول المدة التي يجوز المشرع خلالها للدائنين أن يقبلوا العرض أو يرفضوه^(١).

(١) د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، مصدر سابق، ١٤٦.

إذ حددت المادة (١٣٠٩) من القانون المدني العراقي مدة للدائنين المرتهنين وللكفلاء ان يقبلوا فيها العرض أو ان يرفضوه، إذ نصت بأنه: ((في مدى ثلاثين يوماً من تبليغ آخر إعلان، يجوز لكل دائن مرتهن ولكل كفيل للحق الموثق ان يطلب بيع العقار المطلوب تحريره)).

من خلال نص هذه المادة، يتضح أن المشرع العراقي قد حدد مدة ثلاثين يوماً وتبدأ هذه المدة من تاريخ آخر إعلان، ومعنى ذلك أنه في حالة تعدد الدائنين المرتهنين ولم يتم تبليغهم بالإعلان من قبل الحائز في وقت واحد، فإن إحتساب مدة ثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ تبليغ آخر دائن مرتهن بالإعلان.

وعلى الحائز أن يبقى ملتزماً بعرضه طوال هذه المدة المحددة من قبل القانون، ولايجوز له أن يعدل عن عرضه الذي قدمه للدائنين المرتهنين، وبالرغم من أن المشرع لم يصرح بعدم جواز عدوله عن الإعلان، لكن الفقه أستخلص من منح الدائنين مهلة يستطيعون خلالها قبول عرض الحائز للتحرير أو رفضه، عدم جواز عدول الحائز عن عرضه والتقييد به خلال المدة التي حددها القانون^(١).

ومصدر التزام الحائز بعرض التحرير هو إرادته المنفردة وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه^(٢). فمتى ما وجد هذا الإلتزام يتقيد به الحائز في أثناء المدة التي حددها المشرع، ولايسقط عرض الحائز بمجرد رفضه خلال المدة التي حددها القانون للدائنين وأجاز لهم خلالها قبول العرض أو رفضه، فرفض العرض يقضي بالالتزام الحائز بالبقاء على عرضه، فالعرض لا يسقط إلا إذا سحبه الحائز بعد رفض الدائنين^(٣).

وهناك رأي آخر في الفقه^(٤) يرى أن مصدر التزام الحائز بما حدده القانون من مدة، هو العقد المبرم بين الحائز والراهن، فمثلاً لو كان العقد بيعاً، هنا يلتزم الحائز أمام الراهن بدفع الثمن إلى الدائنين المرتهنين، أما إذا كان العقد هبة فإنه يلتزم بدفع قيمة المرهون، وهذا الرأي يُعد ان العرض شرطاً قانونياً من حيث الشكل لا بد من منه لتحقيق التحرير، أما من حيث الموضوع يكون تنفيذ العقد المبرم بين الراهن والحائز اشتراطاً لمصلحة الدائنين، إذ يكون فيها المتصرف (الراهن) مشروطاً ويكون الحائز متعهد ويكون الدائنون مستفيدين، ومن ثم فإن مصدر التزام الحائز ببقائه على عرضه هو الأشتراط لمصلحة الغير.

(١) ينظر: د. درع حماد عبد، مصدر سابق، ص ١٦٠.

(٢) ينظر: د. غني حسون طه، والأستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٤٦٤. وانظر د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٤٣٠، سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٢٦٦، و د. حسام الدين كامل إلهواني، مصدر سابق، ص ٢٦٩. د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٤٨.

(٣) ينظر: د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، مصدر سابق، ص ١٤٦. وانظر د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٢٦٦.

(٤) ينظر: د. احمد سلامة، التأمينات المدنية، مصدر سابق، ص ٣٣٧.

أما الفقه الغالب في فرنسا^(١)، فقد ذهب إلى أن مصدر التزام الحائز هو إرادته المنفردة، بالرغم من أن القانون المدني الفرنسي لا يعرف الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً للالتزام .

ونتفق مع ما ذهب إليه الرأي الأول الذي عدَّ مصدر التزام الحائز هو إرادته المنفردة، إذ على الرغم من أن القانون هو الذي حدد البيانات التي يجب على الحائز أن يلتزم بها لصحة العرض ولم يترك الخيار للحائز بتحديددها، إلا أن مصدر التزام الحائز بما حدد القانون من المدة التي يحق من خلالها للدائنين، قبول العرض أو رفضه، هو إرادة الحائز المنفردة بوصفها مصدراً من مصادر الالتزام .

إذ إنه يمكن تقريب التزام الحائز وعدم إمكانية رجوعه عن عرضه من فكرة الإيجاب الملزم التي وردت في المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي إذ نصت بأنه: ((إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول ألترم بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد)) وكلاً من الإيجاب الملزم وعرض التحرير من صور الإرادة المنفردة^(٢).

أما بالنسبة للقانون المصري، فقد حدد مدة التزام الحائز بموجب نص المادة (١٠٦٧) من القانون المدني المصري ((يجوز لكل دائن قيد حقه ولكل كفيل لحق مقيد أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره، ويكون ذلك في مدى ثلاثين يوماً من آخر إعلان رسمي يضاف إليه مواعيد المسافة مابين الموطن الأصلي للدائن وموطنه المختار، على إلا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوماً أخرى)).

من خلال نص هذه المادة نرى أن المشرع المصري قد حدد مدة ثلاثين يوماً يلتزم الحائز فيها بعرضه ، وهذه المدة تبدأ من تاريخ آخر إعلان رسمي، وأضاف إلى هذه المدة مواعيد المسافة بين الموطن الأصل لهذا الدائن الذي أعلن آخر إعلان وبين موطنه المختار، على أن لا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوماً آخر، لكن بالنسبة لبعض الدائنين ينتهي الميعاد بإنقضاء ثلاثين يوماً، أما بالنسبة للبعض الآخر من الدائنين ينقضي بإنقضاء ثلاثين يوماً مضافاً إليه مواعيد المسافة، على ألا تتجاوز المدة ستين يوماً^(٣).

أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي، فإنه حدد المدة التي يلتزم بموجبها الحائز بعرضه بأربعين يوماً، إذ نصت المادة (٢٤٦٥) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب مرسوم عدد ١١٩٢-٢٠٢١ بأنه:

(١) Capitant; De la cause des obligations, ed . 1927, p. 92; Maynaud: Les fictions des contrats dans le code civil et depuis le code civil, these, Montpellier, 1924,p. 73 ; carou la volonte unilaterale, source d'obligations en droit prive modern, these, Lille, 1936, pp. 33-35

(٢) ينظر: د. درع حماد ، مصدر سابق ، هامش (٢) ، ص ١٦٠.

(٣) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ،التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص ٥٥٧ .

((يجوز لأي دائن مسجل ، خلال أربعين يوماً من تاريخ إخطاره ، أن يطلب بيع العقار بالمزاد العلني ، شريطة أن يتقدم بعُشر السعر المحدد أو القيمة المصرح بها ، وأن يقدم ضماناً للمنافسة الواجبة.)) من خلال نص هذه المادة يتبين لنا أن مدة التزام الحائز بعرضه في القانون المدني الفرنسي هي أربعون يوماً.

يتبين لنا مما تقدم أن مدة التزام الحائز بعرضه في القانون المدني العراقي هي ثلاثون يوماً، ولم يُضيف إليها المشرع العراقي مواعيد مسافة ، في حين المشرع المصري، حدها بثلاثين يوماً، كمدة أصل وأضاف إليها مواعيد مسافة على أن لا تزيد مدتها على ثلاثين يوماً أخرى.

أما المشرع الفرنسي فحدد التزام الحائز بمدة أربعين يوماً، وبذلك على الحائز ان يلتزم بعرضه طيلة هذه المدة التي أجاز القانون للدائنين والكفلاء خلالها اما قبول العرض أو رفضه ^(١).

الفرع الثاني

قبول الدائنين عرض الحائز

ان لقبول عرض الحائز من قبل الدائنين صورتين ،كما يترتب على هذا القبول آثار لذلك سنقسم هذا الفرع إلى فترتين نبحث في الفقرة الأولى صور القبول، اما في الفقرة الثانية فسنبحث اثر قبول العرض.

أولاً: - صور القبول .

إذا عرّض الحائز قيمة المرهون على الدائنين المرتهنيين وتم القبول على هذا العرض من قبل الدائنين جميعا ،فقبولهم هذا يكون له صورتان ، الأولى تتمثل بالقبول الصريح، أما الصورة الثانية فنتمّثل بالقبول الضمني .

١-القبول الصريح:

يكون القبول صراحة إذا أعلن جميع الدائنين والكفلاء قبولهم لعرض الحائز صراحة ، وهذا يحدث عندما يكون المبلغ المعروض على الدائنين من قبل الحائز يكفي لوفاء ديونهم جميعا، أو كان مقداره يبلغ حدا لا ينتظر أن يتجاوزه الثمن الذي يؤمل أن يتم تحصيله متى ما بيع المرهون بالمزاد العلني ^(٢).

^(١) ينظر: في الفقه الفرنسي ، Aubry et Rau,op,cit,P,861;Baudry-lacantinerie et de loynes ,op,cit,P.671.;Josserand,op,cit,N.1926

^(٢) ينظر: د.جلال محمد إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٣٤٣، د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ١٥٥.

٢-القبول الضمني :

ويكون القبول ضمنياً، كما في حالة ترك الدائنين للميعاد المقرر للرفض، دون اتخاذ موقف معين^(١) الذي أشارت إليه المادة (١٣٠٩) من القانون المدني العراقي بأنه : ((في مدى ثلاثين يوماً من تبليغ آخر إعلان، يجوز لكل دائن مرتهن ولكل كفيل للحق الموثق ان يطلب بيع العقار المطلوب تحريره.....))، من خلال نص هذه المادة، يتضح أنه إذا مر ثلاثون يوماً دون أن يوجه أحد الدائنين أو جميعهم إعلاناً للحائز يطالب فيه ببيع العقار، فمعنى ذلك أنه قبول ضمني من قبل الدائنين المرتهنين على عرض الحائز، فسكوتهم دون قبول أو رفض لمدة ثلاثين يوماً من تاريخ آخر إعلان وجه إليهم، فهذا يعد العرض مقبولاً، وعلى الحائز دفع المبلغ الذي عرضه إلى الدائنين حسب مراتبهم^(٢).

أما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (١٠٦٧) منه على مدة القبول الضمني بأنه: ((يجوز لكل دائن قيد حقه ولكل كفيل لحق مقيد أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره ، ويكون ذلك في مدى ثلاثين يوماً من آخر إعلان رسمي يضاف إليها مواعيد المسافة ما بين المواطن الأصلي للدائن وموطنه المختار ، على أن لا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوماً أخرى)) من خلال نص هذه المادة يتضح أن مدة القبول الضمني في القانون المدني المصري تكون بمضي ثلاثين يوماً من تاريخ آخر إعلان رسمي، وأضاف إليها مواعيد المسافة على أن لا تزيد على ثلاثين يوماً أخرى ، وخلال هذه المدة يكون من حق الدائنين والكفلاء قبول العرض أو رفضه وإذا مضت هذه المدة دون ان يطالب احدهم ببيع العقار فإن هذا يعد قبولاً ضمناً لعرض الحائز، إذ أن المشرع عدّ سكوتهم عن الرفض لمدة معينة بمثابة قبول منهم^(٣).

من خلال ما تقدم نلاحظ أن القانون المدني العراقي يختلف عن القانون المدني المصري من حيث المدة التي يجوز خلالها للدائنين قبول عرض الحائز أو رفضه، فإنها في القانون المدني العراقي هي ثلاثون يوماً حسب ما جاء في نص المادة (١٣٠٩) ولم يضيف المشرع العراقي مدة إضافية تتمثل بمواعيد المسافة. في حين في القانون المصري^(٤) تكون المدة ثلاثين يوماً كمدة أصل، وأضاف مواعيد مسافة على ألا تزيد على ثلاثين يوماً أخرى.

(١) ينظر: د محمد لبيب شنب ،دروس في التامينات العينية والشخصية ،دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٧٥، ص ٩٧، وانظر .د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص ٣٥٢.

(٢) ينظر : د. شاكر ناصر حيدر ، مصدر سابق ، ص ١٦٠.

(٣) ينظر : د. همام محمد محمود زهران ، مصدر سابق ، ص ٢٩٤، ود. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ١٧٨.

(٤) ينظر : المادة (١٠٦٧) من القانون المدني المصري .

أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي ^(١)، فإن القبول الضمني يكون بمضي مدة أربعين يوماً تبدأ بالنسبة لكل دائن من وقت إعلانه.

قد يرفض أحد الدائنين أو الكفلاء دون أن يطالبوا ببيع المرهون خلال المدة القانونية، أو أنهم طالبوا بالبيع لكن دون أن يقترن طلبهم هذا بايداع مصروفات البيع بالمزاد، فما هو حكم رفضهم في هاتين الحالتين؟

للأجابة على هذا السؤال ، نرى أن القانون المدني العراقي لم يُشر إلى حكم مخالفة إجراءات الرفض، لكن يُمكن أن نستنتج ذلك الحكم ضمناً من خلال نص المادة (١٣٠٩) مدني عراقي إذ إنها أجازت على من يرفض العرض أن يوجه إعلاناً للحائز وللمالك السابق خلال (٣٠) يوماً، ويجب عليه أن يودع مبلغاً لتغطية بيع العقار، ومن المؤكد أنه في حالة إنتفاء أحد هذه الشروط سيترتب عليه بطلان طلب البيع وعندها يُعد العرض مقبولاً، وهذا هو موقف القانون المدني المصري ، إذ انه نص في المادة (١٠٦٨/١)^(٢) على بطلان طلب البيع وعدّ عرض الحائز مقبولاً، وهذا ما اتجه إليه ايضاً المشرع الفرنسي من خلال نص المادة (٢٤٦٥)^(٣).

ثانياً: أثر قبول الدائنين لعرض الحائز.

إذا قُبل عرض الحائز ، من قبل جميع الدائنين ، سواء كان هذا القبول صريحاً أو ضمناً يصبح الحائز ملتزماً التزاماً شخصياً بالمبلغ الذي عرضه عليهم^(٤)، ويكون عندها ملتزماً بدفع القيمة التي عرضها على الدائنين المرتهنيين^(٥)، ومسؤولية الحائز هنا ليست فقط بضمان المرهون وانما بضمان جميع أمواله سواء كانت منقولة أو غير منقولة^(٦).

(١) ينظر : المادة (٢٤٨٠) من القانون المدني الفرنسي .

(٢) ينظر : نص المادة ١٠٦٨ مدني مصري.

(٣) نصت المادة (٢٤٦٥) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب مرسوم عدد ١١٩٢-٢٠٢١: ((بجوز لاي دائن مسجل أن يطلب ، في غضون أربعين يوماً بعد الإخطار المقدم اليه ، بيع العقار عن طريق المزاد العلني ، بشرط أن يقدم عطاء أعلى من السعر المحدد أو القيمة المصرح بها ، وأن يقدم ضماناً مقابل ذلك، مبلغ مستحق))

(٤) ينظر: د.غني حسون طه، محمد طه البشير، مصدر سابق ، ٤٦٨.

(٥) ينظر : د. توفيق حسن فرج ، التأمينات الشخصية والعينية ، دراسة لعقد الكفالة والرهن والاختصاص والإمتياز ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بلازمان نشر ص ١٨٠.

(٦) ينظر : د سليمان مرقس ، مصدر سابق، ص ٢٦٨. د.جلال محمد إبراهيم ود. عبد العزيز المرسي ، مصدر سابق ، ص ٣٤٣.

وتنشأ علاقة مباشرة بين الحائز والدائنين ويلتزم الحائز بموجبها بان يوفي للدائنين ما عرضه عليهم ، ويثبت حق الدائنين على ما عرضه الحائز من مبلغ ووافقوا عليه، فإذا تم بيع العقار بالمزاد أو بيع اختياريا بمبلغ يزيد عما عرضه الحائز، فالزيادة هنا تكون من حق الحائز^(١).

ويلحظ أن الحائز بالرغم من انه يكون مديناً شخصياً بالقيمة المعروضة بعد قبول الدائنين لعرضه ، لكن هذا لايزيل عنه صفة المالك للعقار ، وكذلك لا يُعد انه مُقراً بحقوق الدائنين ، لذلك يكون له الحق في المنازعة بوجود هذه الحقوق ، فله الحق أن يناقش الدائنين ، في أصلها ومداهها وأن يحتج بإنقضائها أو بعدم سريانها في مواجهته وله أن يتمسك بسقوطها بالتقادم^(٢).

من الجدير بالذكر هنا انه قد يستحق العقار المرهون استحقاقاً جزئياً بعد عرض الحائز وقبول الدائنين، فالسؤال الذي يطرح هنا، هل يحق للحائز ان ينقص الثمن الذي عرضه على الدائنين؟

للأجابة على هذا السؤال، نرى ان الرأي الغالب في فرنسا قد أجاز للحائز أن يدفع في مواجهة الدائنين بكل الدفع التي كان من حقه التمسك بها في مواجهة من تلقى منه ملكية المرهون ،ومن ثم، إذا استحق العقار استحقاقاً جزئياً بعد عرض الحائز ،كان الحق للحائز ان ينقص الثمن الذي عرضه^(٣).

على الرغم من أن هذا الحكم لأوجود له في القانون المدني العراقي، ولا في القانون المدني المصري، لكن لا مانع من العمل به بوصفه حكماً تقتضيه مبادئ العدالة وروح القانون ومن إلفاض لو تبني المشرع العراقي هذا الحكم بنص صريح يجيز فيه للحائز عند الاستحقاق الجزئي المطالبة بنقص الثمن الذي عرضه لتحرير المرهون تحقيقاً للعدالة ، والموازنة بين مصلحة الحائز والدائنين المرتهنيين .

لذلك نقترح نحن إضافة فقرة رابعة للمادة (١٣٠٨) مدني عراقي لتُصبح كالآتي: "((إذا استحق العقار من تحت يد الحائز استحقاقاً جزئياً بعد عرضه تحرير المرهون وقبول الدائنين المرتهنيين، جاز له أن ينقص الثمن بقدر استحقاق العقار)).

(١) ينظر: د محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٤٦٨، د جلال محمد إبراهيم، مصدر سابق، ص ٣٤٤.

(٢) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، مصدر سابق ، ص ٥٥٧. و د. غني حسون طه، مصدر سابق ، ص ٤٦٨. و، د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص ٢٦٨ ، وانظر ، د جلال محمد إبراهيم ، ص ٣٤٤.

(٣) Aubry et Rau, op. cit , 294, p. 698, note 37 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynrs, loc. Cit,

Planio, Ripert et Becque, op. cit , p. 585. نقلا من د. احمد سلامه ، ص ٣٤٤.

ويترتب على قبول العرض تحرير العقار المرهون من الحقوق التي تنقله ، و لتحقيق هذه النتيجة و يتحرير المرهون من الحقوق المسجلة عليه ،على الحائز أن يودع الثمن الذي قُومَ به العقار في صندوق المحكمة وهذا ما نصت عليه المادة(١٣١١) من القانون المدني العراقي بأنه: ((إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد المحدد وبالأوضاع المقررة أو طلب البيع ولكن لم يعرض بالمزايدة ثمن أعلى بقدر نصف العشر من المبلغ الذي عرضه الحائز ،أستقرت ملكية العقار نهائياً لهذا الحائز إذا هو أودع المبلغ الذي قوم به العقار صندوق المحكمة)).

من خلال نص هذه المادة يتضح أن الحائز ملكيته تستقر بإيداع المبلغ في صندوق المحكمة لتقوم المحكمة بتوزيع هذا المبلغ على الدائنين المرتهنيين حسب درجة مراتبهم.

قد يعرض الحائز التحرير على الدائنين ويقبل هؤلاء بعرضه، لكن الحائز لم يودع المبلغ صندوق المحكمة ، ففي هذه الحالة لا يتحرر العقار من الحقوق التي تنقله، والسؤال الذي يطرح هنا هل يستطيع الدائنون أجبار الحائز على دفع ما عرضه من مبلغ مقابل تحرير العقار، حتى وأن كانت حقوقهم لم يحل أجل وفائها بعد، أو أن المبلغ المتبقي في ذمة الحائز بسبب إمتلاكه للعقار المرهون أقل من المبلغ الذي كان مخصصاً لعرضه؟

المشرع لم يعرض حكماً خاصاً لهذه الحالة، لكن مقتضى أعمال القواعد العامة، عند عرض الحائز التحرير وقبل الدائنين بعرضه ، تنشأ علاقة مباشرة بين الحائز والدائنين بموجبها يكون الحائز ملزماً أن يوفي للدائنين المبلغ المقدم في عرضه^(١)، بالرغم من أن الحائز هو شخص من الغير وقد نفذ الرهن في مواجهته ، وأن مسؤوليته قامت أستاذاداً إلى انتقال ملكية العقار المرهون إليه^(٢).

لكن يمكن لنا أن نطرح هنا سؤالاً حول عبارة المشرع العراقي أستقرت ملكية العقار نهائياً، إذ نصت المادة (١٣١١) من القانون المدني العراقي بأنه: ((إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد المحدد وبالأوضاع المقررة أو طلب البيع ولكن لن يعرض في المزايدة ثمن أعلى بقدر نصف العشر من المبلغ الذي عرضه الحائز إستقرت ملكية العقار نهائياً لهذا الحائز.....)) فما معنى أستقرت ملكية العقار؟ هل أن ملكية الحائز للعقار المرهون غير مستقرة ،على الرغم من أن الملكية قد سجلت في دائرة التسجيل العقاري المختصة ؟

(١) ينظر : د.سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق، ص ١٨٣

(٢) ينظر : عادل شمران ، المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني ، مصدر سابق ص ١١٦.

ما أسباب عدم استقرار الملكية ؟ هل الملكية المشغولة بديون هي ملكية غير مستقرة ؟

للإجابة على هذه الاسئلة يمكننا القول : إذا كان ذلك واضحاً ومقبولاً في القانون المدني المصري الذي ينعقد عقد بيع العقار فيه دون تسجيل في الدائرة المختصة، وأشهاره يكون لغرض نفاذه، وعليه إذا ما أردنا أن نلتمس للمشروع مخرجاً قلنا أنه يراد من ذلك تحرير العقار من الديون .

اما القانون المدني المصري، فقد سلك مسلكاً آخر، فقد أعطى الحق للحائز اما ان يدفع المبلغ الذي عرضه للدائنين المرتهنين أو ان يودعه في صندوق المحكمة وذلك من خلال نص المادة (١٠٧٠) مدني مصري بأنه: ((إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد بالأوضاع المقررة، استقرت ملكية العقار نهائياً للحائز خالصة من كل حق مقيد إذا هو دفع المبلغ الذي قوم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه، أو إذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة")) من خلال نص هذه المادة يتبين لنا أن العقار المرهون لا يتخلص من القيود بمجرد قبول العرض بل يجب لتحريره من هذه القيود أما أن يقوم الحائز بدفع المبلغ المعروض أو أن يقوم بإيداعه في صندوق المحكمة^(١).

و اتجه القانون المدني الفرنسي إلى هذا الاتجاه نفسه وذلك من خلال نص المادة (٢٤٦٧) منه إذ نصت على أنه : ((في حال تخلف الدائنون عن المطالبة بالبيع بالمزاد ضمن المهل ووفقاً للأشكال المفروضة ، تبقى قيمة العقار محددة نهائياً بالثمن الملحوظ في العقد أو المصرح عنها من قبل المالك الجديد ، الذي يصبح نتيجة ذلك محرراً من كل امتياز ورهن عقاري عبر دفعه الثمن المذكور للدائنين الذين يستلمونه بحسب مرتبة كل منهم ، أو بإيداعه لحسابهم)).

من خلال نص هذه المادة نرى أن المشرع الفرنسي أعطى للحائز الخيار في حالة القبول الضمني لعرضه ، إما أن يفّي الدائنين المرتهنين قيمة ديونهم بحسب مراتبهم في التوزيع أو بإيداع الثمن في صندوق المحكمة ، وحتى ذلك الحين، ويبقى العقار ضامناً للدائنين المرتهنين^(٢).

يمكننا القول: إن ما ذهب إليه القانون المدني العراقي، كان هو أقرب إلى الصواب عندما اعطى الحق للحائز بإيداع الثمن الذي عرضه على الدائنين في صندوق المحكمة ، خلافاً لما ذهب إليه القانونان المدني المصري والفرنسي اللذان أعطيا الحق للحائز اما أن يدفع المبلغ للدائنين المرتهنين أو أن يودعه في صندوق المحكمة ، إذ إنه لو اعطي للحائز الحق بان يدفع المبلغ للدائنين المرتهنين، لأثيرت عندها عدة إشكالات:

(١) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر ، ص ٥٥٩.

(٢) ينظر : نقض مدنية ١٥ / شباط / فبراير ١٩٣٨ : دأسبوعي ١٩٣٨ ، ١٧٧٠ ، نقلاً عن دالوز ، ٢٠٠٩ ، ص ٢١٣٣.

قد يدفع هذا الحائز المبلغ إلى دائن تكون مرتبته متأخرة، أي ان مرتبته لا تخوله حق قبض دينه، أو دائن غير مستحق أو انه قد يدفع له أكثر مما هو مستحق، فعندها يلتزم الحائز بان يدفع مرة ثانية للدائنين المتقدمين عليه في المرتبة، مالم يكن وفاءه بحسن نية^(١)، هذا يؤدي إلى أن الحائز سوف يلتزم بدفع مبلغ العرض مرتين، وهذا بالتأكيد سيسبب إلحاق ضرر بالحائز. وقد يكون هنالك خلاف بين الدائنين حول تسلسل مراتبهم، وكما يتجنب الحائز كل هذه الأشكالات فالأفضل له، وكما اتجه المشرع العراقي المدني إلى أن يودع المبلغ لدى صندوق المحكمة، ذلك ان المحكمة هي الجهة الأكثر قابلية وقدرة على معرفة الدائنين ومرتباتهم ومقدار ديونهم.

وبأنتهاء إجراءات التحرير سوف يتخلص العقار من كل الحقوق المسجلة عليه، وهذا ما نصت عليه المادة (١٣١٢) مدني عراقي بأنه: ((إذا تمت إجراءات التحرير سواء باستقرار ملكية الحائز أو برسو المزايدة على غيره فإن الحقوق المسجلة على العقار تنقضي نهائياً حتى لو فسخت ملكية الحائز لأي سبب من الأسباب)) من خلال نص هذه المادة يتضح أنه باتمام إجراءات التحرير وقبول الدائنين لعرض الحائز، سيتحرر العقار من الحقوق العينية المسجلة عليه كافة، ومن غير أن نفرق فيما لو كانت هذه الحقوق الضامنة للديون قد حلت أو لم تحل، ويتحقق ذلك حتى وإن لم يستوف الدائن حقه كاملاً، لأن التحرير يعني دفع قيمة العقار^(٢) وحتى ولو لم يحصل أصحابها على شيء من ثمن العقار بسبب تأخرهم في مرتبة الدين وعدم كفاية الثمن^(٣).

لكن هل يفقد الدائنون حقوقهم، وما هو مصير ديونهم؟

إن الدائنين لا يفقدون حقوقهم وديونهم تبقى قائمة، كديون اعتيادية، ولهم الحق في الرجوع على المدين بموجب الدعاوى الشخصية التي لهم^(٤).

أما بالنسبة لمصروفات التحرير المتمثلة بالنفقات التي ينفقها الحائز على الإعلانات الموجهة للدائنين، فالحائز هو الذي يتحمل هذه النفقات، على أن الحائز يرجع بهذه النفقات على المالك السابق، فإذا كان الحائز قد تملك العقار بمقابل، ولم يتفق معه على تحمل مصروفات التحرير، فله الرجوع عليه بالضمان^(١).

^(١) و نصت المادة (٣٨٤) من القانون المدني العراقي ((إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر هذا الوفاء أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهراً كالوارث الظاهر)) .

^(٢) ينظر: د. حسام الدين كامل الإلهواني، الوجيز في التأمينات العينية، مصدر سابق، ص ٢٧١.

^(٣) ينظر: د. غني حسون طه، ومحمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٤٦٩.

^(٤) ينظر: د. غني حسون طه، والأستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٤٦٩.

المطلب الثاني

رفض الدائنين المرتهنين لعرض الحائز

إن لكل دائن مرتهن حقاً مسجلاً على العقار المرهون المراد تحريره ومهما تأخرت مرتبته له ان يرفض المبلغ الذي عرضه الحائز، وكذلك الكفيل أيضاً له الحق ان يرفض العرض، على وفق الإجراءات القانونية، ويترتب على هذا الرفض آثارٌ، لذلك سنبحث هذين الموضوعين من خلال الفرعين الآتين، الأول سيكون عن إجراءات رفض العرض، أما الفرع الثاني فسنبحث فيه أثر رفض العرض.

الفرع الأول

إجراءات رفض العرض

إن المشرع عندما منح الحق لحائز المرهون بتحريره من الحقوق المسجلة عليه ، وذلك بتقدير قيمة المرهون وعرضها على الدائنين ، فإنه في الوقت نفسه أعطى حقاً للدائنين المرتهنين في قبول أو رفض عرض الحائز ^(٢)، رغبة منه تحقيق الموازنة بين مصلحة الحائز ومصلحة الدائنين المرتهنين. والرفض معناه عدم موافقة الدائنين المرتهنين أو الكفلاء ، على عرض الحائز ^(٣) .

والحق في الرفض لم يقتصر فقط على الدائنين المرتهنين فقط ، بل أن المشرع أعطى ألحق أيضاً للكفيل الذي له حق مضمون بالرهن ، وذلك لأن من مصلحة الكفيل بيع المرهون بأعلى ثمن ممكن لكي يستوفي الدائن المرتهن من حقه وعندها لا يرجع على الكفيل ^(٤).

وهذا ما نص عليه المشرع في المادة (١٣٠٩) من القانون المدني العراقي ^(١) على انه: ((في مدى ثلاثين يوماً من تبليغ آخر إعلان، يجوز لكل دائن مرتهن ولكل كفيل للحق الموثق ان يطلب بيع العقار

(١) ينظر: د. غني حسون طه ، والأستاذ محمد طه البشير ، المصدر نفسه ، ص ٤٧٠.

(٢) ينظر : د. درع حماد ، مصدر سابق ، ص ٥٦٢.

(٣) ينظر: د سميير عبد السيد تناعو ، مصدر سابق ، ص ١٧٨.

(٤) ينظر: د. أحمد سلامة ، مصدر سابق ، ص ٣٦٣، ود. سميير عبد السيد تناعو ، مصدر سابق ، ص ٣٠٢ ، د. جلال محمد إبراهيم ، ود. عبد العزيز المرسى ، مصدر سابق ، ص ٣٣٧ .

المطلوب تحريره، ويكون الطلب بإعلان يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق ويجب ان يودع في صندوق المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزايدة ولا يجوز ان يسترد ما استغرق هذا المبلغ في المصروفات إذا لم ترس المزايدة على احد)).

من خلال نص هذه المادة، يتبين لنا ان المشرع قد أعطى الحق في رفض عرض الحائز لكل دائن له حق مسجل على العقار المرهون المطلوب تحريره ان يرفض عرض الحائز، وان كان متأخراً في المرتبة وأمله ضعيفاً في ان يحصل على دينه من ثمن العقار المرهون عند بيعه وكذلك اعطى المشرع هذا الحق ايضا لكل كفيل أسوةً بالدائنين المسجلة حقوقهم على العقار .

نلاحظ أن المشرع أعطى حقاً للكفيل أن يرفض عرض الحائز على الرغم من أن المشرع لم يلزم الحائز بتوجيه عرض التحرير إلى الكفيل، ولعل السبب في إعطاء حق الرفض للكفيل، انه عندما يكون الثمن الذي عرضه الحائز اقل من قيمة المرهون، فإنه قد يتعرض لدفع الديون الباقية، لذلك يكون له الحق بان يرفض العرض املاً في ان يحصل على ثمن أعلى عند بيعه بالمزاد العلني، فالكفيل من مصلحته أن يستوفي الدائن المرتهن كل دينه أو قسماً كبيراً منه، وذلك ليتجنب رجوع الدائن المرتهن عليه (٢) .

أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه أيضاً أعطى الحق للكفيل برفض العرض المقدم إليه من قبل حائز المرهون، وهذا مانصت عليه المادة (١٠٦٧) مدني مصري بأنه : ((يجوز لكل دائن قيد حقه ولكل كفيل لحق مقيد أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره ، ويكون ذلك في مدى ثلاثين يوماً من آخر إعلان رسمي يضاف إليها مواعيد المسافة مابين الموطن الأصلي للدائن وموطنه المختار ، على أن لا تزيد مواعيد المسافة على ثلاثين يوماً أخرى)) من خلال نص هذه المادة نرى أن المشرع المصري أيضاً أعطى الحق للدائنين المقيدة حقوقهم على العقار المطلوب تحريره وللکفيل برفض عرض الحائز .

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه لم يُعطِ الحق للكفيل بالرفض، وحق الرفض عنده فقط يُعطى للدائنين المرتهنيين.(٣)

(١) يلاحظ ان المشرع المصري اشار إلى المدة التي يجوز فيها الرفض تبدأ من آخر إعلان رسمي ويضاف إليها مواضع المسافة ،انظر نص المادة(١٠٦٧) مدني مصري .

(٢) ينظر : د همام محمد محمود ،مصدر سابق،ص٤٢٠ .

(٣) نصت المادة (٢٤٨٠) من القانون المدني الفرنسي بأنه ((عندما يقوم المالك الجديد بهذا التبليغ في المهلة المحددة ، يحق لكل من كان سنده مقيداً من الدائنين أن يطلب طرح العقار للمزايدة العموية)).

ويلاحظ أن المشرعين العراقي والمصري لم يستعملا لفظ (رفض العرض)، ولكنهما عبرا عنه (بطلب البيع) ومن ثم فإن حق الدائنين والكفلاء في رفض العرض يجب ان يكون بإعلان رسمي موجه إلى الحائز والمالك السابق، وعندما يكون هذا المالك السابق غير المدين يجب إعلان المدين أيضا ^(١).

ولعل الغرض من توجيه إعلان للحائز بطلب البيع هو لكي يعلم برفض عرضه من قبل الدائنين .اما الغرض من إعلان المالك السابق والمدين هو لاعطائهما الفرصة لأداء الدين ومن ثم يتخلصان من دعوى الضمان التي من الممكن ان ترفع عليهما من الحائز للمرهون ^(٢)، وفضلاً عن ذلك تكون الفائدة من إعلان المالك السابق هو للتأكد من ان المبلغ الذي عرضه الحائز يمثل المبلغ المتبقي في ذمته بسبب تملكه للعقار وليس اقل منه ^(٣).

وعند رفض الدائن المرتهن أو الكفيل لعرض الحائز فيجب عليهم ان يطالبوا ببيع العقار خلال مدة ثلاثين يوماً من تبليغ آخر إعلان وهذه هي المدة التي يجب على الحائز ان يلتزم بالبقاء على عرضه خلالها وعدم الرجوع عنه.

ويجب على الدائنين المرتهنين أن يقدموا طالب البيع ويكون خلال المدة التي حددها المشرع ، والتي تكون خلال ثلاثين يوماً من تبليغ آخر إعلان وهذا مانصت عليه المادة (١٣٠٩) من القانون المدني العراقي ، اما في بالنسبة للقانون المصري ، فإن الدائن أو الكفيل العيني يجب أن يقدموا طلب البيع خلال مدة ثلاثون يوماً، من تاريخ آخر إعلان رسمي يضاف إليها ثلاثون يوماً مواعيد مسافة وهذا مانصت عليه المادة (١٠٦٧) مدني مصري ، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي ، فإن طلب البيع يقدم من قبل الدائنين خلال اربعين يوماً بعد الأخطار المقدم اليه، وهذا ما نصت عليه الماد(٢٤٦٥) من القانون المدني الفرنسي .

والإعلان وحده لا يكفي لكي يُعد عرض الحائز مرفوضاً، بل يجب أن يقترن هذا الإعلان بإيداع في صندوق المحكمة مبلغاً كافياً، كي يغطي مصروفات البيع بالمزاد العلني ^(٤) .

ولعل غاية الحكمة من ذلك ، هي للتأكد من ان الدائن أو المرتهن أو الكفيل جاد في رفضه ولا يجوز بعد ذلك لطالب البيع ان يسترد ما صرف من هذا المبلغ من المصروفات اللازمة لبيع المرهون بالمزاد عند

(١) ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق ، ص ١٧٩، وانظر د. غني حسون طه ، ص ٤٦٥، وانظر د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق، ١٥٦.

(٢) ينظر: د. غني حسون طه ،محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٤٦٥.

(٣) ينظر : د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص ١٨٦.

(٤) ينظر: د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق، ص ٣٥٤.

عدم رسو المزاد على احد فحينها طالب البيع هو الذي سيتحمل المصروفات^(١)، وبذلك سوف لا يقدم أحد من الدائنين أو الكفلاء على طلب بيع العقار المرهون دون تبصر، إذ انه يجب عليهم التأكد ان قيمة العقار تزيد على القيمة التي عرضها الحائز، ومن ثم عند طلب احدهم بيع العقار ولم يرس المزاد بمبلغ اكثر مما عرضه الحائز، ففي هذه الحالة سيتحمل طالب البيع مصروفات البيع، لأنه هو السبب في انفاقها، اما رسو المزاد بمبلغ اكثر مما عرضه الحائز، فإن الشخص الذي يرسى عليه المزاد سوف يتحمل هذه المصروفات^(٢).

كما يلاحظ ان هذه الإجراءات السابقة هي الإجراءات التي يجب اتباعها عند رفض احد الدائنين أو الكفلاء عرض الحائز، لكن ما هو الحكم عند عدم مراعاة هذه الإجراءات؟

ان القانون المدني العراقي لم يشر إلى الحكم عند عدم مراعاة هذه الإجراءات من قبل طالب البيع، فإنه لم يُشير إلى حكم عدم إعلان الحائز أو المالك السابق من قبل الدائن أو الكفيل بطلب البيع، وكذلك لم يشر إلى حكم عدم ايداع طالب البيع في صندوق المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية مصروفات البيع بالمزايدة، اما المشرع المصري، فقد اشار في المادة (١٠٦٨/١) إلى حكم عند عدم مراعاة الإجراءات التي يجب اتباعها في حالة رفض احد الدائنين أو الكفلاء عرض الحائز، إذ نصت المادة بأنه: ((.....ويكون الطلب باطلا إذا لم تستوف هذه الشروط)) وعليه ان عدم إعلان الرفض في الموعد المحدد، أو طلب البيع غير مقترن بايداع مصروفات البيع بالمزاد، فسيكون الطلب باطلاً، وعرض الحائز مقبولاً.

استناداً إلى حكم المشرع المصري، ندعو المشرع العراقي هو الآخر لأن يأخذ بالحكم ذاته وأن يقرر بطلان طلب البيع المقدم من احد الدائنين أو الكفلاء، وذلك عند عدم مراعاتهم الشروط الواجب اتباعها عند رفضهم لعرض الحائز. لذلك نقترح على المشرع العراقي باضافة العبارة التالية إلى نص المادة (١٣٠٩) حتى تصبح بالشكل الآتي: ((ويكون الطلب باطلا إذا لم تستوف هذه الشروط)). .

ان المشرع العراقي حرص على تحقيق مصلحة الدائنين أو الكفلاء للدين عند رفض احد الدائنين أو الكفلاء عرض الحائز وطالبوا ببيع العقار المرهون بالمزاد العلني، عند ذلك يجب ان يتم عرض العقار للبيع في المزاد العلني، ولا يسمح بعدها للدائن أو الكفيل الذي طلب البيع، ان يتنازل عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين والكفلاء^(٣)، وذلك لتعلق حق الدائنين الآخرين به ذلك لان هذا التنازل سيسبب ضرراً للدائنين

(١) ينظر: نص المادة (١٣٠٩) مدني عراقي .

(٢) ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ١٧٩.

(٣) ينظر: د. غني حسون طه، والأستاذ محمد طه الإشير، مصدر سابق، ص ٤٦٦. ود. درع حماد، مصدر سابق،

والكفلاء الآخرين الذين ايضا رفضوا العرض المقدم من قبل الحائز وطلبوا بيع العقار المرهون بالمزاد العلني، ولكنهم اعتمدوا على الرفض من قبل احد الدائنين أو الكفلاء ولم يباشروا بطلب البيع، ومن ثم، فعند السماح للدائن أو الكفيل ان يرجع طلبه سوف يتضرر الدائنون والكفلاء الآخرون من هذا التصرف، وذلك لان المدة المحددة بموجب القانون والتي اجاز لهم فيها طلب بيع العقار المرهون تكون قد انقضت^(١). ومن ثم لا يحق لهم ان يطالبوا ببيع العقار المرهون، وهذا ما أشارت إليه المادة (٢/١٠٦٨) مدني مصري إذ نصت على ذلك بأنه: ((لا يجوز للطالب ان يتتحي عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين وجميع الكفلاء))^(٢). اما بالنسبة للقانون المدني العراقي، فلم يتضمن نصاً يمنع به طالب البيع من ان يتنازل عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين المرتهنين والكفلاء على غرار ما ذهب إليه القانونان المصري والفرنسي، وهذا يعد نقصاً تشريعياً، لهذا نقترح على المشرع العراقي ان يضيف هذه العبارة إلى نص المادة (١٣٠٩) مدني عراقي لتصبح بالشكل الآتي : ((لا يجوز لطالب البيع ان يعدل عن طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين المرتهنين والكفلاء)).

ومن الجدير بالذكر هنا ،انه قد يرفض أحد الدائنين أو الكفلاء عرض الحائز ويطالبوا ببيع المرهون لكن قبل انتهاء المدة المحددة (ثلاثين يوماً) يرجع عن طلبه ،فهل يحق للدائنين والكفلاء الآخرين ان يطالبوا ببيع العقار ؟

على الرغم من عدم وجود نص صريح يبين حكم هذه الحالة إلا أنه يمكن القول ان الدائنين أو الكفلاء يحق لهم ان يطالبوا ببيع العقار طالما المدة المحددة لطلب البيع لم تنته بعد.

الفرع الثاني

أثر رفض العرض

(١) ينظر: د سميير عبد السيد تناعو، مصدر سابق، ص ١٨٠. وانظر ايضا :د نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(٢) تقابلها المادة (٢٤٨٥) من القانون المدني الفرنسي أذ. نصت ((أذا تنازل الدائن طالب البيع بالمزاد لا يستطيع أن يحول دون المزايدة العمومية حتى ولو دفع المبلغ المحدد في التعهد ، مالم يتم ذلك بموافقة جميع الدائنين المضمومين برهن عقاري صريح)).

إذا تم رفض احد الدائنين أو الكفلاء عرض الحائز بتحرير العقار المرهون على وفق الإجراءات السابقة، في هذه الحالة عرض العقار المرهون للبيع بالمزاد العلني^(١)، وتتبع في البيع إجراءات مقررة في البيوع الجبرية على وفق قانون التسجيل العقاري وقانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ وان دائرة التسجيل العقاري هي الدائرة المختصة ببيع العقارات المرهونة^(٢)، إذ نصت المادة (١٦١) من قانون التسجيل العقاري على أن: ((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 ما كان مستحق الإداء))، وهذه هي إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني.

العلني إذا تم الإعلان عن بيع العقار المرهون بالمزاد العلني، فإنه يحق لكل شخص ان يتقدم للمزايدة باستثناء الراهن والمدين ومن كان ممنوعاً بنص القانون^(٣).

على من يباشر الإجراءات (إجراءات البيع) أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذي قوم به الحائز العقار وهنا لايجوز أن ترسو المزايدة على العقار باقل من هذا المبلغ مضاف إليه نصف العشر وهذا مانصت عليه المادة (١٣١٠/أ) من القانون المدني العراقي بأنه: ((.....وعلى من يباشر الإجراءات أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار، ولايجوز أن ترسو المزايدة على العقار باقل من هذا المبلغ مضاف إليه نصف العشر))، من خلال نص هذه المادة نلاحظ ان المزاد في القانون المدني العراقي لايرسو على العقار إلا بالقيمة التي قوم بها العقار ويضاف إليها نصف العشر .

أما في القانون المدني المصري فقد نصت المادة (١/١٠٦٩) بأنه: ((..... وعلى من يباشر الإجراءات أن يذكر في إعلانات البيع المبلغ الذي يقوم به العقار)) من خلال نص هذه المادة نلاحظ ان المبلغ الذي يتخذ اساساً للبيع بالمزاد العلني، بالنسبة للقانون المدني المصري، قد يكون اقل من المبلغ الذي يقوم به العقار، على الرغم من أن المشرع قد اشترط ان يذكر المبلغ الذي قوم به العقار في إعلانات البيع^(٤)، إذ إن

(١) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص ٥٦٤.

(٢) القرار الصادر عن محكمة استئناف الرصافة بالرقم (٢٠٥) وتاريخ (٩ - ٩ - ٢٠٠٨) ، والذي جاء فيه ((العقار المثقل برهن تأميني تتولى مديرية التسجيل العقاري إجراءات البيع ويخرج ذلك من اختصاص دوائر التنفيذ)) ، قرار منشور في الموقع الإلكتروني لمجلس القضاء العراقي الأعلى <https://www.hjc.iq/qview.1195> ، تاريخ آخر زيارة ١٥ - ٤ - ٢٠٢٢ .

(٣) ينظر: المادة (١٣٠٩) مدني عراقي .

(٤) ينظر: د سميح عبد السيد تناعو، مصدر سابق، ص ١٨١.

المشرع المصري لم يشترط رسو المزاد على العقار بالمبلغ الذي يقوم به العقار مضاف إليه نسبة نصف العشر كما هو الحال في القانون العراقي.

اما بالنسبة لموقف القانون المدني الفرنسي، فهو على العكس من موقف المشرع المصري، إذ إنه يشترط بزيادة الثمن الذي يتخذ أساساً للمزايدة بقيمة العشر عن الثمن المعروض من قبل الحائز، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٢٤٦٥) من القانون المدني الفرنسي بأنه : ((٢- شريطة ان يتقدم بعشر السعر المحدد او القيمة المصرح بها، وان يقدم ضماناً للمنافسة الواجبة)) .

وإذا تم الإعلان عن بيع المرهون بالمزايدة العلنية، فهنا يجوز لكل شخص ان يتقدم للمزايدة باستثناء الراهن والمدين إذا كان غير الراهن وايضا من كان ممنوعاً بنص القانون ^(١).

نلاحظ أن القانون أجاز لكل شخص أن يتقدم للمزايدة باستثناء المدين والراهن والأشخاص الذين منعهم القانون من ذلك ، ومن ثم يحق للدائن الذي طلب البيع أو اي دائن آخر وإن كان دائماً اعتيادياً أن يتقدموا للمزايدة، وايضا يحق للحائز الدخول في المزايدة إذا اراد أن يزيد في عرضه كما يحق لأي شخص وان كان اجنبياً عن الدين وعن العقار المرهون أن يدخل في المزاد. ^(٢)

ولابد من الإشارة إلى ان الاستمرار في إجراءات البيع يتوقف على موقف الحائز الذي يحق له ان يطلب بوقف إجراءات التنفيذ ودفع ديون الدائنين المرتهنين وكذلك دفع ماصرف من مصروفات الإجراءات منذ وقت انذاره ، وذلك لأن طلب البيع ماهو إلا وسيلة لكي يحصل الدائنون على حقهم، فإن استوفوا هذا الحق انعدمت مصلحتهم في الاستمرار في إجراءات التنفيذ وان حق الحائز في وفاء الدين يبقى قائماً إلى يوم رسو المزايدة ^(٣)، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/١٣٠٧) من القانون المدني العراقي بأنه: ((٢- ويبقى حق الحائز في الوفاء بالدين قائماً إلى يوم رسو المزايدة ولكن يجب عليه ايضا ان يفي بما صرف بالإجراءات من وقت انذاره.....))، لكن الحائز قد لا يقوم بدفع الدين فهنا تستمر إجراءات نزع ملكية المرهون، وقد يرسو المزاد اما على الغير واما على الحائز ^(٤).

أولاً: رسو المزاد على غير الحائز :

^(١) نصت المادة (١٨٠) من قانون التسجيل العقاري بانه : "لايجوز للموظف القائم بإجراء المزايدة ولا لرئيس الدائرة واقاربهما واصهارهما إلى الدرجة الرابعة المشاركة بالمزايدة" .

^(٢) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص ٥٦٦ .

^(٣) تقابلها المادة (١٠٦١) من القانون المدني المصري ، والمادة (٢٤٧٣) مدني فرنسي .

^(٤) ينظر : د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق، ص ١٥٧ .

قد يرسو المزاد على غير الحائز، أيًا كان هذا الغير، سواء كان دائناً طالب البيع أو دائن أعتيادياً أو كان شخصاً أجنبياً، متى ما عرض هذا الغير مبلغاً أكبر من المبلغ الذي عرضه الحائز مضافاً إليها نصف العشر، وفي هذه الحالة يلتزم هذا الغير الراسي عليه المزاد بأن يدفع المصروفات التي أنفقها الحائز والتي تشمل نفقات الإعلان ونفقات سند ملكيته، فضلاً عن ذلك

يلتزم بأن يدفع الثمن الذي عرضه والذي رست به المزايدة، فضلاً عن التزامه بمصروفات التحرير، وهذا ما نصت عليه المادة (١٣١٠/) من القانون المدني العراقي إذ نصت على أن: ((يلتزم من ترسو عليه المزايدة بأن يرد إلى الحائز الذي نزعت ملكيته المصروفات التي أنفقها في سند ملكيته وفيما قام به من الإعلانات وذلك إلى جانب التزامه بالثمن الذي رست به المزايدة، وبالمصروفات التي اقتضتها إجراءات التحرير))^(١).

والسؤال الذي يمكن أن يطرح هنا عند رسو المزايدة على الغير، فهل يتلقى هذا الغير الملكية من الحائز، أم أنه يتلقاها ممن تلقى منه الحائز ملكية المرهون ؟

نلاحظ أن الفقه^(٢) قد أشار بأنه في حالة رسو المزاد على الغير، فإن ذلك الغير سيتلقى الملكية من الحائز وإن حكم مرسى المزاد يعد بحكم صادر من الحائز إلى ذلك الشخص الذي رسا عليه المزاد، استناداً إلى ذلك يجب تسجيله حتى تنتقل الملكية من الحائز إلى الرسي عليه المزاد، وبخلاف ذلك أي عند عدم تسجيل هذا الحكم، فالحائز يبقى مالكا للعقار.

وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي، في المادة (٢/١٣١٣) من القانون المدني العراقي ((إذا رست المزايدة على شخص آخر غير الحائز سواء دخل الحائز في المزايدة أم لم يدخل، فإن من رست عليه المزايدة يتلقى حقه من الحائز بمقتضى حكم رسو المزايدة))^(٣).

(١) تقابلها المادة (٢/١٠٦٩) من القانون لمصري، وإيضاً تقابلها المادة (٢٤٨٣) مدني فرنسي إذ نصت على أنه ((يتوجب على من رسا عليه المزاد علاوة على الثمن الناتج عن المزايدة أن يعيد إلى الممتلك أو الموهوب له أألمنزوعة حيازته النفقات والمصاريف الصحيحة العائدة لعقده وتلك العائدة للشهر في أمانة الرهونات العقارية ونفقات التبليغات وتلك التي تكبدها للتوصل إلى إعادة البيع)).

(٢) ينظر: د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤٧٢. د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص (٤٤٥)، وفي الفقه (٢) Planiol, Ripert, op, cit, N.3990, Aubry et Rau, op, cit, P.294.

(٣) تقابلها المادة (١٠٧٥) مدني مصري و(٢٤٨٢) مدني فرنسي.

من خلال نص هذه المادة يتضح أن الحكم في القانون المدني العراقي يتمثل بان الغير الذي رسا عليه المزاد يتلقى ملكيته من الحائز، وقد أكد على هذا الحكم القضاء العراقي إذ جاء في حكم محكمة استئناف بغداد بصفته التمييزية على ما يأتي ((يُعد المشتري الذي قام بتسجيل البدل والرسوم والمصاريف مالكا للعقار المبيع عن طريق المزايدة))^(١).

اما بالنسبة للقضاء الفرنسي، فقد أشار إلى أن الشخص الذي يرسو عليه المزاد يتلقى ملكيته ممن تلقى الحائز ملكيته منه وهو المدين الراهن مع فسخ سند الحائز الذي يعد حينها كأنه لم يكن أبداً، مالكا للعقار^(٢)، والقضاء الفرنسي قد استند في حكمه هذا إلى المادة (٢٤٦٩) من القانون المدني الفرنسي والتي تلزم الشخص الراسي عليه المزاد بان يدفع إلى الحائز النفقات التي انفقها في سند ملكيته وتسجيله وكذلك إعلانات العرض وإجراءات التحرير، فالمشرع الفرنسي قد رغب في آخراج الحائز من هذه الصفقة كأنه لم يدخلها^(٣).

غير أن المحاكم الفرنسية خرجت عن نظرية فسخ سند الحائز في عدة حالات، من هذه الحالات ، أنها أجازت أن يرجع بالضمان على الشخص الذي نقل الملكية إليه، وايضاً لم تعتد بقيد الرهن الصادر من سلف الحائز إلى الدائن المرتهن ، إذا تم القيد بالمدة مابين تسجيل سند ملكية الحائز ، وبين تسجيل حكم مرسى المزاد، بالرغم من أن تطبيق نظرية الفسخ لاتعطي للحائز حق الرجوع بالضمان على المالك الأصل، ويُعد قيد الرهن الحاصل بعد التسجيل لسند الحائز نافذاً قبل الغير ، ذلك لان المانع من قيد أو نفاذ الرهن هو تسجيل السند قد زال بالفسخ^(٤).

وقد يرسو المزاد على الغير، وكان المبلغ الذي رسا به المزاد على هذا الغير يزيد على ما هو مستحق للدائنين المرتهنين، فلمن تكون هذه الزيادة؟

لقد نصت المادة (١٣١٤) مدني عراقي على حكم هذه الحالة بأنه: ((إذا زاد الثمن الذي رست به مزايدة العقار المرهون رهناً تأمينياً عما هو مستحق للدائنين المسجلة حقوقهم كانت الزيادة للحائز ويكون للدائنين

(١) ينظر :قرار رقم (٥٠) /تتفيذ/ ١٩٩٢، تاريخ القرار ١٩٩٢/٢/٥.

(٢) ينظر : نقض عرائض ١٥ كانون الأول /ديسمبر ١٨٦٢:دوري ١٨٦٣ نقلاً عن طبعة دالوز ، القانون المدني الفرنسي ، مصدر سابق، المادة ٢٤٨٣، ص ٢١٣٤.

(٣) نصت المادة (٢٤٦٩) من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب مرسوم عدد ١١٩٢-٢٠٢١ والتي نصت على انه: ((يجب على العارض الفائز ،بالاضافة الى سعر المزاد، أن يعيد إلى المشتري الخارجي تكاليف عقده ، بما في ذلك نشره ، وكذلك تكاليف الإخطار وجميع التكاليف الأخرى المتكبدة في ضوء التطهير)).

(٤) ينظر: نقض عرائض ١٨ مارس ١٨٩٥، ونقض مدني ٢٦ يولييه ١٨٩٤، نقلاً من د. سليمان مرقس ، ص ٢٧٧.

المرتهنين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة إذا كان العقار قد رسا على غير الحائز ((من خلال نص هذه المادة يتبين لنا ان الزيادة تكون للحائز، إذا كان المبلغ الذي رسا به المزاد على الغير اكثر مما هو مستحق على الدائنين فإن هذه الزيادة تكون على الحائز.

ثانياً: رسو المزاد على الحائز :

أن المزاد قد يرسو على حائز العقار المرهون تأمينياً، ويحدث هذا في حالتين:-

الحالة الأولى : وهذه تكون في حال عدم عرض أحد المزايدين مبلغاً يزيد على ما عرضه الحائز بقدر نصف العشر، ففي هذه الحالة يرسو المزاد على الحائز بالمبلغ الذي قوم به العقار المرهون، وعندها يتحرر العقار المرهون من الرهن وتستقر ملكيته للحائز، عند إيداع الحائز المبلغ الذي قوم به العقار في صندوق المحكمة^(١)، وكذلك أيضاً ستستقر ملكية الحائز إذا لم يُطلب أي من الدائنين أو الكفلاء بيع العقار في الميعاد المحدد، وهذا مانصت عليه المادة (١٣١١) من القانون المدني العراقي بأنه: ((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 ملكية العقار إلى الحائز من تاريخ سند ملكيته الأصلي وليس من وقت حكم رسو المزاد^(٢)، ذلك لأن رسو المزاد لا يكون إلا مؤكداً لانتقال الملكية، وهذا ما اكدته المادة (٢/١٣١٣)^(٣) من القانون المدني العراقي إذ نصت على أنه ((.....فإذا رست المزايدة عليه اعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلي)).

وبذلك ستستقر ملكية العقار نهائياً للحائز عندما لم يطلب أحد بيع العقار أو طلب البيع لكنه لم يعرض في المزايدة ثمن أعلى بقدر نصف العشر من المبلغ الذي عرضه الحائز، وقيام الحائز بإيداع المبلغ الذي قوم به العقار في صندوق المحكمة.

(١) ينظر: د. غني حسون طه ، الأستاذ محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٤٧٦. ود. محمد كامل مرسي ، مصدر

سابق ، ص ٢١٥.

(٢) ينظر : د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص ٣٦٤.

(٣) تقابلها المادة (٢٤٨٤) مدني فرنسي والتي نصت: ((إن للمتملك أو الموهوب له الذي يحتفظ بالعقار موضوع المزايدة يجعل نفسه المزايدين الأخير ليس ملزماً بشهر القرار القاضي بالمزايدة)).

أما بالنسبة لموقف القانون المدني المصري فإن موقفه لا يختلف عن موقف المشرع العراقي، فعنده تستقر ملكية العقار المرهون للحائز، عند عدم عرض المزايدين أو الحائز نفسه عندما يتقدم بالمزاد، مبلغاً يزيد على المبلغ الذي قدره الحائز قيمة للعقار، وعند ذلك يرسو المزاد على الحائز، والمبلغ الذي يلتزم الحائز بدفعه هو المبلغ الذي سبق وأن قوم به العقار، ولا يحتاج إلى تسجيل حكم مرسى المزاد، إذ إنه يبقى مالكاً للعقار المرهون بموجب سند ملكيته الأصل^(١).

وعند دفعه الثمن أو إيداعه صندوق المحكمة يتطهر العقار من كل حق مقيد به، أما مصروفات البيع فإنها تقع على الدائن طالب البيع لأنه يظهر أنه كان متسرعاً عند طلبه بيع العقار في المزاد^(٢).

أما القانون المدني الفرنسي، فعنده تكون ملكية العقار المرهون مستقرةً للحائز ومحركةً من كل الرهون إذا لم يطلب الدائنون المرتهنون بيع العقار بالمزاد وخلال المدة التي حددها القانون وهذا مانصت عليه المادة (٢٤٧٦) من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب مرسوم ١١٩٢-٢٠٢١ بأنه: ((إذا لم يطلب أي دائن المزاد خلال الوقت والنماذج المحددة، يتم تحديد قيمة المبنى بشكل نهائي بالسعر المحدد أو بالقيمة المعلنة، وبالتالي، يُعفى المبنى من أي رهن بدفع هذا المبلغ للدائنين المسجلين أو عن طريق إرساله)).

الحالة الثانية:

وفي هذه الحالة يرسو المزاد على الحائز، عند عرض احد المزايدين مبلغاً يزيد على المبلغ الذي عرضه الحائز، لكن الحائز بعد دخوله في المزاد تقدم بعطاء أكبر مما عرضه هذا المزايد، فهنا يرسو المزاد على الحائز، ويلتزم هذا الحائز بدفع المبلغ الذي عرضه فضلاً عن الزيادة التي رسا بها المزاد عليه إلى الدائنين المرتهنيين، وعند زيادة شيء من الثمن بعد أن يدفع ديون الدائنين عندها تكون الزيادة للحائز^(٣)، ويلتزم هذا الحائز بمصروفات البيع، ولا يلتزم بها من طلب البيع، وذلك لتقديم مزايد بعطاء أكبر من العطاء الذي عرضه الحائز، لكن عطاء الحائز زاد عليه، لذلك يجب في هذه الحالة إعادة المصروفات إلى طالب البيع التي أودعها في صندوق المحكمة^(٤).

(١) ينظر: نص المادة (١٠٧٥) من القانون المدني المصري.

(٢) ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، ص ٥٦٦. د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٣٣٤.

(٣) ينظر: د. درع حماد، مصدر سابق، ص ١٧١.

(٤) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، المصدر نفسه، ص ٥٦٧.

وذلك ان طالب البيع لا يتحمل مصروفات البيع إلا في حالة عدم عرض احد المزايدين مبلغا اكبر من المبلغ الذي عرضه الحائز، فإذا عرض أحد المزايدين مبلغاً أكبر من المبلغ الذي عرضه الحائز على الدائنين المرتهنيين ولكن الحائز قد عرض مبلغ اكبر مما عرضه هذا المزايدين، فإن المزاد سيرسو عليه وهو يتحمل مصروفات البيع اما طالب البيع فلا يتحمل هذه المصروفات^(١).

وبأنتهاء إجراءات التحرير يحرر العقار المرهون من الحقوق المسجلة عليه كافة، وهذا مانصت عليه المادة (١٣١٢) من القانون المدني العراقي بأنه: ((إذا تمت إجراءات التحرير سواء بأستقرار ملكية الحائز أو برسو المزايدين على غيره، فإن الحقوق المسجلة على العقار تنتضي نهائياً حتى لو فسخت ملكية الحائز لأي سبب من الاسباب)) نرى أن هذه المادة أشارت إلى أنقضاء الحقوق المسجلة على العقار المرهون بإنتهاء إجراءات التحرير، لكن لم تحدد نوع الحقوق، وسواء كانت هذه الحقوق المسجلة عليه، حقوق عينية أصلية كحق منفعة أو حق ارتفاق أو كانت حقوق عينية تبعية كحق رهن تأميني أو حيازي أو حقوق امتياز، فإنها تنتضي بإنهاء إجراءات التحرير، فالمادة أعلاه لم تفرق بين نوعي الحقوق العينية والمطلق يجري على إطلاقه^(٢).

لذلك نوصي المشرع العراقي بتحديد نوع الحقوق المسجلة الواردة في نص المادة (١٣١٢) بالحقوق العينية التبعية وبذلك يرفع البس والغموض ونفتح أن يكون النص كالآتي: ((إذا تمت إجراءات التحرير سواء بأستقرار ملكية الحائز أو برسو المزايدين على غيره ، فإن حقوق الرهن لباقي الدائنين المرتهنيين على العقار تنتضي نهائياً حتى لو فسخت ملكية الحائز لأي سبب من الأسباب))).

إن الحقوق العينية التبعية المسجلة على العقار المرهون تنتضي عند أتمام إجراءات التحرير من دون أن تفرق بين ما إذا كانت ديون الدائنين المرتهنيين قد حلت أولاً، وحتى في حال كون أصحابها متأخرين في المرتبة ولم يحصلوا على شيء من ثمن العقار، لكن يحق لهم الرجوع بالدعاوي الشخصية على المدين^(٣).

(١) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص ٥٧٧.

(٢) ينظر: د. بمو برويز خان الدلوي، مصدر سابق ، ص ٢٦١.

(٣) ينظر : د. غني حسون طه والأستاذ محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٤٦٩.

وإذا تم بيع العقار المرهون بالمزاد العلني، فهذا البيع هل يحرر العقار من كل الحقوق المسجلة عليه، ام انه يحرر العقار من الحقوق العينية التبعية فقط؟

نلاحظ ان المادة (٢/١٣١٦) من القانون المدني التي تتعلق بآثار بيع العقار بالمزاد العلني، نصت على أنه : ((وإذا بيع العقار المرهون بالمزايدة العلنية سواء كان ذلك في مواجهة الراهن أو الحائز، فإن الحقوق المسجلة على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رست به المزايدة في صندوق المحكمة، وما عاد من المبالغ إلى الدائنين الذين لم يراجعوا، يوضع باسم اصحابه في احدى المؤسسات المالية المعروفة)).

من خلال هذه المادة يبين لنا ان البيع بالمزاد العلني في القانون المدني العراقي يحرر العقار من الحقوق التي سجلت عليه، عند قيام الراسي عليه المزاد بإيداع الثمن صندوق المحكمة .

وأن الحكمة من تحرير العقار المبيع بالمزاد من الحقوق العينية التبعية التي كانت تثقله، أن البيع بالمزاد يحاط بضمانات تكفل الوصول بثمن العقار المرهون إلى أعلى سعر، فإذا أستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم بالأولوية على باقي الدائنين العاديين فقد تحققت الغاية من رهونهم^(١).

لكن يلاحظ أن بيع العقار المرهون تأمينياً في المزاد العلني لا يحرره من الحقوق المسجلة عليه إلا بتوفر الشروط الإلالية :-

أولاً:- أن يقوم الراسي عليه المزاد بدفع الثمن وأن يتم تسجيل حكم مرسى المزاد، ويلاحظ في حالة رسو المزاد على غير الحائز فإن دفع الثمن يجب أن يسبق حكم مرسى المزاد، إما عند رسو المزاد على الحائز فلا بد من تأشير الحكم على هامش تسجيل سند ملكية الحائز^(٢) .

(١) ينظر: د. أحمد خليل ، قانون التنفيذ الجبري ، مطبعة الإشعاع الفنية ، ١٩٩٨، ص ٣٤٤.

(٢) ينظر : المستشار . أنور طلبية ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء السادس ، المكتب الجامعي الحديث بلا مكان طبع ، ٢٠٠١، ص ٧٧٢. وأنظر د. نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص ١٤٩.

ثانياً:- يشترط لتحرير العقار المرهون من الحقوق المسجلة عليه أن يكون العقار مملوك للحائز، فإن لم يكن مملوك للحائز فالملكية لا تنتقل إلى الراسي عليه المزاد والعقار المرهون لا يتحرر من الحقوق المقيدة عليه (١)

ثالثاً:- إن يتم أخبار أصحاب الحقوق المقيدة على العقار بقائمة شروط البيع وتاريخ جلسة البيع (٢)، وهذا مانصت عليه المادة (٤٥٠) من قانون المرافعات المصري، الاخبار يكون خلال خمسة عشر اليوم التالية لإيداع قائمة شروط البيع، إذ نصت المادة (٤١٧) من قانون المرافعات المصري: ((يجب على قلم الكتاب خلال الخمسة عشر اليوم التالية لإيداع قائمة شروط البيع أن يخبر به المدين والحائز والكفيل العيني والدائنين الذين سجلوا تنبيهاتهم والدائنين أصحاب الحقوق المقيدة قبل تسجيل التنبيه)).

وبلاحظ إن القانون المدني العراقي والقانون المدني الفرنسي لم ينص أيأ منهم على هذا الشرط، لكن محكمة أستئناف بغداد بصفتها التمييزية قد أشارت في أحد أحكامها إلى ضرورة توقيع المنفذ العدل وبقية ذوي العلاقة على قائمة المزايدة مما يدل على ضرورة تبليغ قائمة المزايدة إلى أصحاب الحقوق المقيدة على العقار (٣).

فديكون للحائز في بعض الحالات حقوقاً عينية أصلية أو تبعية على العقار المرهون قبل أن تنتقل إليه الملكية، وبعد أنتقال ملكية العقار إليه تنقضي هذه الحقوق، بأتحاد الذمة، فمثلاً حق الرهن يفترض أن يكون هنالك مدين راهن ودائن مرتهن، وعندما انتقلت ملكية العقار إلى الحائز أنقضى حق الرهن، ذلك لان لايجوز أن يكون للشخص مثل هذا الحق على ملكه.

فما مصير هذه الحقوق عند نزع ملكية العقار المرهون من تحت يد الحائز عند رسو المزاد على غيره، وما مصير هذه الحقوق هل تعود للحائز من جديد أو لا؟

(١) ينظر: المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي، وللمزيد من الفصيل ينظر: د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية - البيع - الاجار - المقأولة، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعرز بالقرارات القضائية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص ١٧٩.

(٢) - ينظر: د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، مكتبة القاهرة الحديثة، بلامكان طبع، بلا سنة طبع، ص ٥٢٥.

(٣) - ينظر: قرار محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية، رقم ٨٠ /تنفيذ/ ١٩٩٦، تاريخ القرار ١٩٩٦/٢/٧.

نلاحظ أن الفقه قد أشار إلى عودة هذه الحقوق للحائز عندما تنتقل ملكية العقار المرهون إلى الغير ^(١) أما القانون المدني العراقي فإنه لم يتضمن نص صريح يقرر فيه عودة الحقوق التي كانت للحائز قبل أن يمتلك العقار المرهون، وكذلك المشرع الفرنسي، في حين القانون المدني المصري أشار إلى ذلك من خلال نص المادة (١٠٧٨) منه على أن ((يعود للحائز ما كان له قبل انتقال ملكية العقار إليه من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى)).

(١) ينظر : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ج١٠ ، مصدر سابق ، ص ٤٧١، د. أحمد محمود سعد، الحقوق العينية التبعية ، الجزء الأول ، الرهن الرسمي ، ١٩٩٤، ص ٣٨٩.

الخاتمة

بعد أن أنهينا من دراسة موضوع (تحرير المرهون تأمينياً) توصلنا إلى جملة من النتائج والمقترحات، نوجز أهمها وكما يأتي:-

أولاً : النتائج:

١-التحرير هو خيار منحه المشرع لحائز المرهون تأمينياً، يستطيع من خلاله تجنب إجراءات التنفيذ ضده من قبل الدائنين المرتهنيين الذين لهم حقوق مسجلة على المرهون قبل تسجيل سند انتقال ملكيته للحائز، فهو يحقق مصلحة لكل من الحائز والدائن المرتهن والمدين الراهن أيضاً فضلاً عن ذلك فإن لنظام التحرير انعكاساً إيجابياً على المصلحة العامة، إذ بوجود هذا النظام أصبح من السهل التصرف بالمرهون بالبيع، لكن بالرغم من هذه المزايا، فإن التحرير لا يخلو من العيوب إذ إنه قد يلحق ضرراً ببعض الدائنين، فقد يجبرهم على قبول الوفاء الجزئي عندما يكون المبلغ المعروض لا يكفي لسداد جميع ديونهم .

٢-إن إستعمال خيار التحرير اقتصر على شخص محدد في القانون سّماه بالحائز، وذلك بنص المادة (٢/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي، عندما تنتقل إليه ملكية عقار أو حق عيني مرهون رهناً تأمينياً، وهذا يعني أن التحرير قصره المشرع في الرهن التأميني، أما الرهن الحيازي لا يمكن استخدام خيار التحرير من قبل الشخص الذي تنتقل إليه ملكية العقار المرهون رهناً حيازياً والذي سّماه القانون بالأجنبي وأعطاه الحق بقضاء الدين فقط .

٣-إن نطاق تحرير المرهون تأمينياً يشمل العقارات المرهونة رهناً تأمينياً، وأياً كان نوع هذه العقارات : (أرضاً أو مباني أو منشآت أو نباتات)، وكذلك يشمل العقارات بالتخصيص، والحقوق العينية القابلة للرهن تأمينياً التي يمكن بيعها بالمزاد العلني : كحق المنفعة ، وحق التصرف وحق المساطحة ، أما الحقوق التي لا يمكن أن تكون محلاً للرهن التأميني لعدم إمكانية بيعها بالمزاد العلني كحق الإستعمال والسكنى ، فلا تدخل في نطاق تحرير المرهون تأمينياً.

٤-لم يتوافق المشرعان العراقي والمصري مع المشرع الفرنسي بشأن تسمية من انتقلت إليه ملكية المرهون ، إذ إنّ المشرع العراقي أطلق عليه لفظ الحائز واتفق معه على هذا اللفظ المشرع المصري، وهذا اللفظ يؤدي إلى أختلاط صفة الحائز للعقار المرهون مع غيره من الحائزين، إذ أن مفهوم الحائز في التأمينات العينية يختلف عن مفهوم الحائز الذي يسعى إلى ملكية شيء معين كما من يحوز ملك الغير لغرض اكتساب الملكية عن طريق التقادم .وكذلك يختلف عن الحائز العرضي للعقار المرهون كالمستأجر أما المشرع

الفرنسي فقد أطلق عليه لفظ المكتسب ، ونجد أنه كان دقيقاً في الصياغة الفنية عندما تمسك بهذا اللفظ .
لأنه اعتمد معيار واسع شمل جميع الحالات التي تنتقل بها الملكية ، كما في حال التقادم.

٥- إن صفة الحائز في الرهن التأميني تتطلب توفر شروط معينة، وأهم هذه الشروط ، أن يسجل الحائز سند ملكية العقار أو الحق العيني القابل للرهن، لكن هناك حالات معينة لا يشترط فيها التسجيل، ومع ذلك فإن صفة الحائز تتحقق في الرهن التأميني، ومن بين هذه الحالات، انتقال الملكية بالتقادم .

٦- إن الإجراء الأول الذي يجب أن يقوم به الحائز، هو عرض قيمة العقار على الدائنين المرتهنين المسجلة حقوقهم على العقار قبل تسجيل سند ملكيته، وله الحق في ممارسة حقه في التحرير بعد أن يوجه إليه إعلان من قبل الدائنين المرتهنين ويبقى له هذا الحق إلى حين توقيع الحجز على العقار المرهون تأمينياً، وهذا هو ميعاد التحرير في القانون المدني العراقي، أما في القانونين المصري والفرنسي فإن ميعاد التحرير يكون من وقت اكتساب صفة الحائز وقبل أن يوجه إعلاناً من الدائنين المرتهنين ويبقى إلى حين الشروع بنزع الملكية .

٧- قيد المشرع العراقي مضمون عرض الحائز عند إنتقال ملكية العقار المرهون إليه بأحد أسباب كسب الملكية، بأن لا يقل عن السعر الذي يتخذه أساساً لتقدير الثمن في حال نزع الملكية، وأن لا يقل في أي حال عن الباقي بذمة الحائز من ثمن العقار المرهون عندما يكون التصرف بيعاً، لكن المشرع العراقي لم يقيد الحائز في المبلغ الذي يعرضه على الدائنين المرتهنين ، عندما تنتقل إليه أي من الحقوق العينية الأصلية القابلة للرهن كحق المنفعة أو حق المساطحة.

٨- إن المشرع منح حائز العقار المرهون تأمينياً خيار التحرير، فهو حر في اتخاذ هذا الخيار أو لا، فلا يسأل الحائز الذي لم يتخذ خيار التحرير، لكن متى ما عرض التحرير على الدائنين المرتهنين فإنه يكون ملزماً بالبقاء على عرضه طيلة المدة التي حددها القانون، ومصدر التزامه هو أرائته المنفردة وهذا ما ذهب إليه الرأي الغالب من الفقه.

٩- أن الحائز إذا أختار تحرير المرهون تأمينياً يجب أن يوجه إلى الدائنين المرتهنين إعلانات تشتمل على بيانات نصت عليها المادة (٢/١٣٠٨) من القانون المدني العراقي، لكن لم يشر المشرع إلى حكم مخالفة الحائز لإجراءات التحرير، كما لو كان هناك نقص أو خطأ في بيانات العرض.

١٠- إذا عرض الحائز التحرير على الدائنين وقبل عرضه من قبلهم ،فلقبولهم صورتان ، قبول صريح إذا أعلن جميع الدائنين والكفلاء قبولهم صراحةً لعرض الحائز وقبول ضمني عند انتهاء المدة التي حددها المشرع لرفضهم دون اتخاذ موقف معين.

١١- حدّد المشرع العراقي ميعاداً يحق للدائنين فيه رفض عرض الحائز ، بموجب نص المادة (١٣٠٩) وهذا الميعاد هو ثلاثون يوماً من تاريخ آخر إعلان ، من دون أن يراعي مواعيد المسافة التي قد توجد بين الموطن الأصل للدائنين وموطنهم المختار.

١٢- لم ينص المشرع العراقي على حكم أستحقاق العقار المرهون من تحت يد الحائز، أستحقاقاً جزئياً بعد عرضه تحرير العقار المرهون وقبول الدائنين لعرضه .

١٣- ان المشرع العراقي قد ساوى بين أثر التحرير وأثر بيع العقار المرهون بالمزاد العلني، فرتب عليهما أنقضاء الحقوق العينية المسجلة على العقار وسواء كانت تلك الحقوق أصلية أو تبعية.

١٤- لم ينص المشرع في القانون المدني العراقي صراحة على تحديد مصير الحقوق العينية السابقة التي زالت عن الحائز باتحاد الذمة عند انتقال ملكية العقار المرهون إليه ، خلافاً لموقف المشرع المصري والفرنسي، والذي نص عليها بنصوص صريحة تضمنتها المادة (١٠٧٨) من القانون المدني المصري ، والمادة (٢٤٧٢) من القانون المدني الفرنسي، وهذا ما يتطلب العودة إلى الأحكام العامة التي تضمنتها نصوص القانون المدني والقوانين الأخرى، دون التقيد بأحكام الرهن التأميني .

الإقتراحات :

١- نقترح على المشرع العراقي تغيير لفظ الحائز وتسميته بالمكتسب ، ليكون اللفظ أقرب إلى حقيقة حائز المرهون تأمينياً ، لذلك نقترح على المشرع تعديل صيغة المادة (٢/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي ، حتى تصبح 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 يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن)).

٣- نقترح على المشرع العراقي أن يقيد المبلغ المعروض من قبل الحائز في الحقوق العينية الأصلية الأخرى ، كحق انتفاع أو حق مساطحة، بأن لا يقل عن المبلغ المستحق لصاحب الحق في الاستملاك وذلك عملاً بالمادة (٣٤) من قانون الاستملاك .مثال على ذلك إذا كان التحرير متعلق بحق منفعة أو مساطحة ، أن

لا يقل المبلغ المعروض من قبل الحائز عن بدل الاستفادة منها للسنتين الباقية من مدة هذه الحقوق بعد تنزيل الأجر السنوي من الضرائب والرسوم .

٤-نقترح على المشرع العراقي مراعاة مواعيد المسافة بين الموطن الأصل والموطن المختار للدائنين المرتهنين ، اسوةً بالمشرع المصري بأضافة فقرة ثانية إلى نص المادة (١٣٠٩) من القانون المدني العراقي تتضمن مواعيد مسافة، لتقرأ كما يأتي ((في مدى ثلاثين يوماً من تبليغ آخر إعلان ، يجوز لكل دائن مرتهن ولكل كفيل للحق الموثق أن يطلب بيع العقار المطلوب تحريره ويضاف إليها مواعيد المسافة مابين الموطن الأصل للدائن وموطنه المختار على أن لاتزيد على ثلاثين يوماً أخرى)).

٥- في حالة أستحقاق العقار المرهون استحقاقاً جزئياً من تحت يد الحائز بعد عرضه للتحرير وقبول الدائنين لعرضه ، نقترح على المشرع العراقي في مثل هذه الحالة لأن يُعطي للحائز حق إنقاص الثمن الذي عرضه على الدائنين المرتهنين بقدر ما استحق من العقار ، كي تتحقق العدالة والموازنة بين مصلحة الحائز، ومصلحة الدائنين المرتهنين، لذلك نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة رابعة إلى المادة (١٣٠٨) من القانون المدني العراقي ، لتصبح بالشكل الآتي ((إذا استحق العقار من تحت يد الحائز أستحقاقاً جزئياً بعد عرضه تحرير العقار وقبول الدائنين المرتهنين جاز له إنقاص الثمن بقدر ما استحق من العقار)).

٦-عند مخالفة الحائز لإجراءات التحرير، كحصول خطأ أو نقص في البيانات العرض التي نصت عليها المادة (٢/١٣٠٨) عند حصول مخالفة نقترح على المشرع العراقي إضافة العبارة الآتية إلى المادة أعلاه : ((د-يترتب على الخطأ أو النقص في بيان أو أكثر من بيانات العرض ،بطلان الإعلان بالنسبة للدائن الذي حصل الخطأ أو النقص في إعلانه وكان من شأنه أن يلحق الضرر به)).

٨-نقترح على المشرع العراقي أن يتخذ موقف مشابه لموقف المشرع المصري فيما يتعلق بوقت التحرير، وأن يسمح للحائز بحقه في إجراء التحرير إلى ما بعد شروع الدائن بالتنفيذ بإجراءاته لحين وقت إيداع قائمة شروط البيع.

٩-نقترح على المشرع العراقي أن يقرر بطلان طلب البيع المقدم من أحد الدائنين أو الكفلاء ،وذلك عند عدم مراعاتهم الشروط الواجب أتباعها عند رفضهم لعرض الحائز، لذلك نقترح على المشرع العراقي بإضافة العبارة التالية إلى نص المادة (١٣٠٩) حتى تصبح بالشكل الآتي: ((ويكون الطلب باطلاً إذا لم تستوف هذه الشروط)).



قائمة المصادر

قائمة المصادر

القرآن الكريم

أولاً : المعاجم اللغوية

- ١- د. احمد مختار عبد الحميد عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، ج١، ط الأولى ، دار عالم الكتب ، ٢٠٠٨-٥١٤٢٩م

ثانياً: الكتب القانونية

- ١- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الحقوق العينية التبعية ، التأمينات العينية ، الطبعة الثانية ، بلامكان طبع ، ١٩٩٨.
- ٢- د.أحمد أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٠.
- ٣- د. أحمد خليل ، قانون التنفيذ الجبري ، مطبعة الأشعاع الفنية ، ١٩٩٨.
- ٤- د. أحمد سعيد الزرقد ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الكويتي الطبعة العاشرة ، بلامكان نشر ، ١٩٩٩.
- ٥- د.أحمد سلامة ، دروس في التأمينات المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨.
- ٦- د.أحمد سلامه ، التأمينات المدنية ، الرهن الرسمي ، دار التعاون ، بلامكان طبع ، ١٩٦٦.
- ٧- د.أحمد عبد التواب محمد بهجت ، الوجيز في شرح أحكام الضمانات العينية والشخصية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠.
- ٨- د. أحمد محمد إبراهيم ، القانون المدني ، الطبعة الأولى ، الجزء الأول، دار المعارف ، بلازمان نشر.
- ٩- د. أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للألتزامات ، مصادر الإلتزام ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٨٥.
- ١٠- د.أنور طلبة ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء السادس ، بلامكان طبع ، ٢٠٠١.
- ١١- د.أنور طلبة ، شرح قانون التمويل العقاري ، بلامكان نشر ، ٢٠٠١.
- ١٢- د. أحمد محمود سعد، الحقوق العينية التبعية ، الجزء الأول ، الرهن الرسمي ، ١٩٩٤.
- ١٣- د. ابو زيد عبد الباقي مصطفى،الأفتراض القانوني ودوره في تطوير القانون ،دراسة نظرية وتطبيقية لفكرة الأفتراض القانوني ،مطبعة دار التأليف ،منشورات جامعة المنصورة،كلية الحقوق ، سنة ١٩٨٠.
- ١٤- د. بناسي شوقي ، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر ، ٢٠٠٩.
- ١٥- د. توفيق حسن فرج ، التأمينات الشخصية والعينية ، دراسة لعقد الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بلازمان نشر .

- ١٦- د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية - البيع - الإيجار - المقاوله ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧.
- ١٧- د. جلال محمد إبراهيم ، د. عبد العزيز المرسي ، الحقوق العينية التبعية وعقد الكفالة ، مطبعة حماده الحديثة ، بلازمان نشر.
- ١٨- د. جميل الشرقاوي ، دروس التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٦.
- ١٩- د. حامد مصطفى ، الحقوق العينية التبعية ، الجزء الأول ، بلا مطبعة ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع .
- ٢٠- د. حسن كيره ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها ومصادرها ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٨.
- ٢١- د. حسن نعمة الياسري ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون - جامعة بغداد ، ٢٠٠٤.
- ٢٢- د. حمدي عبد الرحمن أحمد ، الحقوق العينية التبعية ، بلا مكان نشر ، ٢٠١٠.
- ٢٣- د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الأصلية ، بلا مكان طبع ، بلازمان طبع .
- ٢٤- د. حسام الدين كامل الأهواني ، الوجيز في التأمينات العينية ، بلا مكان طبع ، بلا سنة طبع.
- ٢٥- د. درع حماد عبد ، الحقوق العينية التبعية ، الرهن التأميني ، الرهن الحازي ، حقوق الامتياز ، مكتبة السنهوري بيروت ، ٢٠١٩.
- ٢٦- د. رضا عبد الحميد عبد المجيد ، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية ، بلا مكان طبع ، بلازمان طبع .
- ٢٧- د. رمضان أبو السعود ، التأمينات الشخصية والعينية ، دار الجامعة الجديدة ، بلا مكان طبع ، ٢٠٠٥.
- ٢٨- د. زاهية سي يوسف ، عقد الرهن الرسمي ، دار الأمل للطباعة والنشر ، الجزائر ، ٢٠٠٠.
- ٢٩- د. سعيد سعد عبد السلام ، الحقوق العينية التبعية ، بلا مكان طبع ، ٢٠٠٤.
- ٣٠- د. سعيد مبارك ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الأصلية والتبعية ، الطبعة الأولى ، دار الحرية بغداد ، ١٩٧٣.
- ٣١- د. سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، مطابع دار النشر للجامعات ، القاهرة ، ١٩٥٩.
- ٣٢- د. سهام عبد الرزاق مجلي السعيد ، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له ، الطبعة الأولى ، ٢٠١٨.
- ٣٣- د. سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٦.
- ٣٤- د. سمير كامل ، ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري ، بلا مكان طبع ، ١٩٧٨.

- ٣٥- د. شاكر ناصر حيدر ، الحقوق العينية التبعية ، الجزء الثاني ، مطبعة المعارف بغداد ، ١٩٥٣ .
- ٣٦- د. شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، الطبعة الثانية ، بلامكان طبع ، ١٩٥٣ .
- ٣٧- د. شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، بالإسكندرية ، ١٩٥٩ .
- ٣٨- د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار المعارف ، بغداد ، ١٩٥٣ .
- ٣٩- د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، الجزء الثاني بلامكان طبع ، ١٩٧٠ .
- ٤٠- د. عبد الخالق حسن ، التأمينات الشخصية والعينية ، الطبعة الأولى ، الإمارات أكاديمية شرطة دبي ، بلامكان طبع ، بلا سنة طبع .
- ٤١- د. عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، الجزء الرابع ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، ١٩٩٠ .
- ٤٢- د. عبد الناصر العطار ، التأمينات العينية بلامكان نشر ، بلا زمان نشر .
- ٤٣- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال ، الطبعة الثامنة ، الجزء العاشر ، دار أحياء التراث العربي ، بلا زمان نشر .
- ٤٤- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر ، دار أحياء التراث العربي . للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٦ .
- ٤٥ - د. عبد الفتاح عبد الباقي ، الوسيط في التأمينات العينية ، الطبعة الثالثة ، دار السعادة مصر ، ١٩٨٤ .
- ٤٦- علي زكي العرابي ، مركز الوارث في الشريعة الإسلامية ، بلامكان طبع ، ١٩١٣ .
- ٤٧- د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني ، الحقوق العينية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة عمان ، ٢٠١٤ .
- ٤٨- الشيخ علي بن الحسين الكركي ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، تحقيق مؤسسة أهل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ، رمضان ١٤١٤ هجري .
- ٤٩- عبد الحميد فودة ، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، سنة ٢٠٠٣ .
- ٥٠- د. غني حسون طه ومحمد طه البشير ، الحقوق العينية الأصلية والتبعية ، طبعة جديدة ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٦ .
- ٥١- د. فتحي والي ، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية ، مكتبة القاهرة الحديثة ، بلا سنة طبع .
- ٥٢- د. محمد بن عواد الأحمد ، عقد الرهن العقاري المسجل في الفقه الاسلامي والنظام السعودي والقانون المقارن ، الطبعة الأولى ، مركز الدراسات العربية ، مصر ، ٢٠١٦ .

- ٥٣- د.محمد حسين منصور ، النظرية العامة للأتمان ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، بلازمان نشر .
- ٥٤- د. محمد عبد الظاهر حسين ، التأمينات العينية والشخصية ، الجزء الأول ، المؤسسة الفنية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .
- ٥٥- د. محمد علي إمام ، التأمينات الشخصية والعينية ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٥٦ .
- ٥٦- د. محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٥ .
- ٥٧- د. محمد لبيب شنب ، دروس في التأمينات العينية والشخصية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥ .
- ٥٨- د. محي الدين اسماعيل علم الدين ، التأمينات العينية في القانون المصري المقارن ، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلازمان نشر .
- ٥٩- د. مروان كركبي ، سامي منصور، الأموال والحقوق العينية ، الطبعة الثانية ، المنشورات الحقوقية ، لبنان ، ١٩٩٩ .
- ٦٠- د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، أحكام الميراث والوصايا وحق الانتقال في الفقه الاسلامي والقانون المقارن ، الطبعة العاشرة ، بغداد .
- ٦١ - مصطفى مجيد ، أحكام أحكام انتقال حق التصرف ، مطبعة سلمان الأعظمي ، بغداد ، ١٩٧١ .
- ٦٢- د. مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية ، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية ، بلازمان نشر .
- ٦٣- د. منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، بلامكان طبع ، ١٩٩١ .
- ٦٤- د. منصور حاتم محسن ، نظرية الذمة المالية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩ .
- ٦٥- د. منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينية ، المطبعة العالمية ، ١٩٦٣ .
- ٦٦- د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري ، القاهرة ، ١٩٦٥ ، ص ١٣٩ .
- ٦٧- د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية للأشياء والأموال، مطبعة الروضة ، دمشق ، ١٩٩٣ .
- ٦٨- د. نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٢ .
- ٦٩- د. همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية ، جامعة الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٧ .
- ٧٠- د. يوسف افريل ، الرهن الرسمي العقاري (ضمانة بنكية للدائن المرتهن)، الطبعة الأولى ، بلامكان طبع ، بلازمان طبع .

ثالثاً: الرسائل والأطاريح.

- ١- خولة كاظم المعموري، مبدأ تخصيص الرهن، رسالة ماجستير تقدمت بها إلى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٩، ص ٨٧.
- ٢- دعاء ناجح داود سالم، الرهن التأميني في قانون الملكية العقارية الأردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠٢٠.
- ٣- ضمير حسين المعموري، التبعية العينية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، عام ٢٠١٣.
- ٤- عادل شمران حميد الشمري، قاعدة عدم تجزئة الرهن، دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة كربلاء، ٢٠١٣.
- ٥- عادل شمران حميد الشمري، المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٥.
- ٦- علاء شوكت الدليمي، المركز القانوني لحائز العقار في الرهن التأميني (دراسة مقارنة في القانونين الأردني والعراقي)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٥، ص ١٠٣.
- ٧- علي كاظم مزهر الشيباني، الوفاء مع الحلول، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بابل، ١٩٩٨، ص ١٣٩.
- ٨- عبد القادر محمد أقصاوي، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بابل، ١٩٩٩.
- ٩- قتيبة مهدي صالح، التنظيم القانوني لحائز العقار المرهون، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠١٩.
- ١٠- محمد عباس السامرائي، انتقال الالتزام بين الأحياء في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه تقدم بها إلى جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، مصر، ١٩٦٧.
- ١١- محمد عبد الغفور العمري، رهن المنقولات ذات الطبيعة الخاصة، رسالة ماجستير، جامعة أهل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، ٢٠٠٣.

رابعاً: البحوث والمقالات

- ١- إبراهيم صالح عبد الصرايرة، التنظيم القانوني لتطهير العقار المرهون بحث منشور في المحلة لإردنية في القانون والعلوم السياسية. مجلد ١١، عدد ٢، ٢٠١٩.
- ٢- أنور أحمد راشد، مفهوم حائز العقار في الرهن الرسمي دراسة في القانون المدني المصري والمقارن، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي، مجلد ٤٤، عدد ٣، ٢٠٢٠.

٣- بمو برويز خان الدولي ، تحرير المرهون وأحكامه في القانون المدني دراسة تحليلية مقارنة بين قانوني العراقي والمصري ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، سنة ٦ ، العدد ، ٢٢ ، ٢٠١٤ .

٤- ضحى محمد سعيد النعمان، ماهية حق المنفعة (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة الراافدين للحقوق ، المجلد (١٥)، العدد ٥٣، سنة ٢٠١٢ .

٥- علي محمد البارودي ، حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية ، مجلة تصدرها كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية ، العددان الثالث والرابع ، السنة العاشرة ، مطبعة جامعة الإسكندرية ، ١٩٦٢ .

٦- قديري محمد توفيق ، تطهير العقار المرهون رسمياً طبقاً لأحكام القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية ، بحث منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر ، مجلد ٣٤ ، عدد ١٠ ، ٢٠٢٠ .

٧- ماجد عبد المجيد الكساسبة ، المفهوم القانوني لحائز العقار المرهون تأمينياً (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة العلوم تطبيقية والقانون ، مجلد ٣ ، عدد ١ ، ٢٠١٩ .

٨- محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، علاء شوكت الدليمي ، الوسائل القانونية الممنوحة لحائز العقار في مواجهة الدائن المرتهن (دراسة مقارنة في القانونين الاردني والعراقي) بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون ، مجلد ٤٣ ، ملحق ، ٤ ، ٢٠١٦ .

خامساً: القوانين

- ١- القانون المدني العراقي النافذ رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل .
- ٢- قانون التسجيل العقاري النافذ رقم (١٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.
- ٣- قانون التنفيذ العراقي النافذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠
- ٤- قانون المرافعات المدنية العراقية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩
- ٥- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .
- ٦- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري .
- ٧- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل.
- ٨- القانون المدني الفرنسي النسخة الفرنسية الصادرة في ١٢/٦/١٨٠٤ وتعديلاته.
- ٩- القانون المدني الفرنسي النسخة العربية ، طبعة دالوز ، الطبعة الثامنة بعد المئة ، جامعة القديس يوسف في بيروت ٢٠٠٩ .

سادساً: مصادر الأحكام والقرارات القضائية

- ١- إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، الجزء الرابع ، مطبعة الزمان، بغداد ، ٢٠٠٠.
- ٢- حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ، الإصدار المدني ، الجزء الرابع ، دار العربية للموسوعات ، ١٩٨٢.
- ٣- سعيد أحمد شعله ، قضاء النقض في المرافعات ، الجزء الثالث ، الأختصاص ، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- ٤- عبد الرحمن العلام ، المبادئ القضائية ، القسم المدني ، ١٩٥٧.
- ٥- فتحية محمود قره ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، الدائرة المدنية في خمس سنوات من ١٩٨٠-١٩٨٥، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، بلاسنة طبع.

سابعاً: المصادر الاجنبية

1. Baudry Lacantinerie et de Loynes, Nantissement, des privileges et hypothéques, et de la dévolution.
2. France Auctions Report, Conseil volontaire de la vente de meubles, Aux enchères publiques, Meubles aux enchères publiques, 2012, p. 197.
3. Jack Mister, Amanuel Putman, Mark Pugh, the extended Civil Law, the law of private in-kind insurances, première édition, traduit par Mansour Al-Qadi, Majd.
4. M, Lavallet-Simon "L immobilization des fonds de commerce et la loi de 1909" these paris 1913.p117.
5. M, Lavallet-Simon "L immobilization des fonds de commerce et la loi de 1909" these paris 1913.p1.
6. Mari Annick Gregoire, Convention hypothécaire universelle : les consommateurs sont-ils bons ? INFORMÉ, Volume 119, Numéro 2, 2017, 286
7. (Planiol(M.) et Ripert(G.), Droit civil français, Tome XIII, LGDJ, 1953, N 1197, p.546.
8. (Capitant; De la cause des obligations, ed . 1927, p. 92; Maynaud: Les fictions de contrats dans le code civil et depuis le code civil, these, Montpellier, 1924, p. 73 ; Carou la volonté unilatérale, source d'obligations en droit privé moderne, these, Lille, 1936, pp. 33-35.
9. Article 2373 .
10. Aubry et Rau, op. cit , 294, p. 698, note 37 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, loc. Cit, Planiol, Ripert et Becque, op. cit , p. 585 .



11. Capitant; De la cause des obligations, ed . 1927, p. 92; Maynaud: Les fictions des contrats dans le code civil et depuis le code civil, these, Montpellier, 1924,p. 73 ; carou la volonte unilaterale, source d'obligations en droit prive modern, these, Lille, 1936, pp. 33-35.
12. ET Raynaud ,Tome II ,1er obligations ,Paris ,1962,P216.
13. isabelle buffiller: droit civil, biens et obligation le edition, paris,1999,p- Req. 14 Avril 1847, D.47,1,217, Req.23 Aout 1871,D.73, 1, 321.
14. Les suretes sur les immeubles sont les privileges, le gage immobilier et les hypotheques. La propriete de l'immeuble peut egalement etre retenue ou cede en garantie.
15. MARCELPLANIOL,GEORGESRIPERT,Contrats.civils,Tome X1,2edition.1954,P.3589.
16. Modifie par LOI n°2009-526 du 12 mai 2009- art.10.
17. nature immobiliers que des tiers souhaitant squatters débarrassées des privilèges ou des hypothèques, doivent être déclarés au Bureau des prêts hypothécaires mois en place des fonds conformément aux lois et règlements relatifs au mois immobilier.
18. Vanessa Pinto Hania. Confiscation incorporelle en vertu de la loi sur les sûretés relatives aux biens personnels traditionnels. Université Paris Est, 2011. Langue française. NNT : 2011PEST0066. page 197.



Abstract

release of great importance to working life through the benefits it generates. The holder offers mortgaged creditors what is the value of the property in exchange for releasing the property from its heavy mortgages, regardless of the duration of the debts, i.e. whether or not the debts have been resolved, and the holder can thus avoid embarking on expropriation and in offering the value of the mortgaged property to creditors This offered two possibilities: either the offer of release would be accepted by all mortgagees and the holder would pay the amount specified in its offer, in which case the property would be freed from the overburdened rights, or if the holder's offer was rejected by the mortgagees or guarantors, the mortgaged property would be sold at auction.

When the property is sold, the auction may be awarded to the holder, which occurs when one auctioneer does not offer half of more than the holder's amount, or when one auctioneer offers more than the holder's amount, but after the latter enters the auction, a larger tender is submitted than the auctioneer did, at which point the mortgaged property is released and ownership of the property for the holder is established from the date of title to the property in question and not from the time of the award of the auction

However, if the auction is awarded to third parties, the third party receives its right from the holder under the award of the auction, and, whether it is awarded to the holder or to third parties, upon the conclusion of the liberalization procedure, the encumbered property is released from all rights registered in it.

**Republic of Iraq
Ministry of higher education and scientific research
University of Babylon / College of law
Department of privat law**



Release of the mortgage

(A comperative study)

A master's thesis submitted by:

Aseel Razak Sayhoud Al Silawi

To the Council of the Faculty of Law–University of Babylon

**As a part of the requirements for obtaining a master's
degree in private law**

**Under the supervision of Dr.
Dhamear Hussein Nasser Al-Mammory
Professor of privatecivil law**

1444A.H.

2022 A.D.