



كلية القانون
College of Law

Tikrit University Journal for Rights

Journal Homepage : <http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t>

Problems of reconciling the mortgagee's debt guarantee and the mortgagor's powers over the mortgaged property - a comparative study

Asst. Prof. Dr. Enas Maki Abdul Nassar

College of Law, University of Babylon, Babylon, Iraq

law.enas.maki@uobabylon.edu.iq

Article info.

Article history:

- Received 14 August 2023
- Accepted 27 August 2023
- Available online 1 June 2025

Keywords:

- Mortgage
- Debt guarantee
- Mortgagee
- Mortgagee powers
- Iraqi legislation

Abstract: The mortgage represents a solid guarantee mechanism for the mortgagee to recover his debt from the mortgaged property. The legislator has attempted to reconcile the preservation of his right with the mortgagor's authority to dispose of and other powers over the mortgaged property. However, the legislator's study of this protection for the mortgagee has revealed shortcomings in some cases. Many problems have been identified that the mortgagee faces in obtaining his right from the debt secured by the mortgage, including those related to the mortgagor's rights over the mortgaged property to dispose of and exploit it, and others related to the mortgagee's exercise of the right of priority. He may be exposed to competition from those with privileged rights, which are enforced before the mortgagee's debt, even if he is prior in rank. In addition, he may exercise the right to track the mortgaged property in the hands of the possessor and carry out procedures to release the mortgaged property. Therefore, the mortgagee's implementation of procedures to obtain his right to recover the debt is fraught with problems, and ultimately he is exposed to harm that does not lead to his full right being obtained, but rather leads to the termination of the mortgage designated for the payment of the debt.

© 2023 TUJR, College of Law, Tikrit University

اشكاليات التوفيق بين ضمان دين المرتهن وسلطات الرهن على

المرهون تامينياً - دراسة مقارنة

أ.م.د. ايناس مكي عبد نصار

كلية القانون، جامعة بابل، بابل، العراق

law.enas.maki@uobabylon.edu.iq

معلومات البحث :

تواريخ البحث:

- الاستلام : ١٤ / آب / ٢٠٢٣

- القبول : ٢٧ / آب / ٢٠٢٣

- النشر المباشر : ١ / حزيران / ٢٠٢٥

الكلمات المفتاحية :

- الرهن التأميني

- العقار المرهون

- ضمان الدين

- سلطات الرهن

الخلاصة: يمثل الرهن التأميني آلية ضمان صلبة للدائن المرتهن في استيفاء دينه من العقار المرهون وقد حاول المشرع التوفيق بين الحفاظ على حقه وسلطة الرهن في التصرف وغيرها من السلطات بالمرهون ، ومع ذلك فان دراسة المشرع لهذه الحماية للمرتهن كشفت عنها النصوص تقصيرها في بعض الحالات ، فقد ورد الكثير من الإشكاليات يتعرض لها الدائن المرتهن في حصوله على حقه من الدين المضمون بالرهن منها يتعلق بحقوق الرهن على المرهون بالتصرف فيه وإستغلاله ، وأخرى تتعلق بمباشرة المرتهن لحق التقدم فقد يتعرض لمزاحمة أصحاب حقوق الامتياز ، والتي تنفذ قبل دين المرتهن وأن كان سابق مرتبة منها، فضلا عن ممارسته حق التمتع للمرهون في يد الحائز والقيام بإجراءات تحرير العقار المرهون ، لذا فان سلوك المرتهن للإجراءات لغرض الحصول على حقه في استيفاء الدين محاط بالكثير من الاشكاليات ، وفي المحصلة يتعرض إلى مضار لا تؤدي به الحصول على حقه كاملا ، بل يصل الأمر إلى انتهاء الرهن المخصص للوفاء بالدين.

© ٢٠٢٣ , كلية القانون، جامعة تكريت

المقدمة : الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وآله الطيبين الطاهرين ..

سننطلق في المقدمة إلى الفقرات الآتية :-

أولا : جوهر فكرة البحث : يعد الرهن من أهم الضمانات التي تؤمن للمرتهن الحصول على حقه حيث أن العلاقات بين الافراد تقوم على الائتمان لاسيما في ظل التطور الاقتصادي الذي تشهده المجتمعات في مجال العلاقات التعاقدية كالرهن التأميني ولما يحققه الرهن من ضمان الوفاء بالدين ، فالرهن عقد من عقود الضمان يوفق بين مصالح الرهن والدائن المرتهن رغم أنها متعارضة، كما أنه يحمي الغير الذي يتعامل مع العقار المرهون ، وإذا حل أجل الدين ينبغي للرهن الوفاء به وبخلافه فالمرتهن يباشر إجراءات الحصول على حقه من استيفاء الدين للعقار المرهون .

لكن المرتهن يتعرض لأوضاع قانونية تهدد حقه عند تنفيذه الرهن إما بالإضعاف أو بالإلغاء ، وهذه تنبثق جوهرياً من بقاء المرهون لدى الرهن وتحت تصرفه فترة الرهن فيقوم بأنواع التصرفات فتلحق ضررا

بالمرتهن وتضعف الرهن ، وقد يرد الرهن على عقار مملوك على الشيوع أو على عقار أشتراه المدين الراهن من بائع في فترة التوقف عن الدفع .

فضلا عما ذكر فقد يتعرض حق الدائن ،أيضا، إلى اضعاف حينما يكون حقه في مواجهة مع الغير فيمارس حقه بالتتابع ،والحائز باعتباره من الغير يقوم بتحرير العقار المرهون من الرهن وقد تكون القيمة المعروضة للمال من قبل الحائز أقل من قيمة الدين ، ومن ثم يجد الدائن المرتهن نفسه في وضعية إضعاف ضمانته المال المرهون .

ثانيا - أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره: تتجلى أهمية البحث وأسباب اختياره بالآتي :-

١- تكمن أهمية دراسة البحث في كونها تقف على أهم مواطن الاشكاليات التي يتعرض لها الدائن المرتهن للحصول على حقه من العقار المرهون من خلال لقاء الضوء عليها على مستوى نصوص التشريع العراقي المتعلقة بموضوع البحث .

٢- الأهمية في دراسة التصرفات التي يقوم بها الراهن وسلطاته الأخرى على المرهون على الرغم من وجود اتفاق بين المتعاقدين، لكنها تضعف الرهن وتهدهد بالزوال مما يلحق الضرر بالمرتهن .

٣- يهدف هذا البحث إلى الخروج بدراسة شاملة في هذا الموضوع بالرغم من البحوث التي سبقته ،إلا انها لم تتناوله على وفق الآلية والتحليل الذي سنتبعه في هذا البحث والنتائج التي سنتوصل إليها .

ثالثا: اشكالية البحث : تنصب الاشكالية التي يعالجها البحث في بيان مدى التوفيق بين مصلحة المرتهن في الحفاظ على حقه من ضمان الدين ،وسلطة الراهن على المرهون العقاري لان التشريع العراقي والمقارن عند تنظيمه الرهن التأميني سلطات الراهن أضعفت حق الدائن المرتهن في استيفاء الدين ، أو تتطلب منه اجراءات طويلة وجهود في تتبع العقار بعد التصرف فيه للغير ،وهذا جعل فعالية الرهن التأميني في حصول المرتهن على دينه غير مجدية في بعض الاحيان ، لذا لابد من الوقوف على هذه الاشكالية التي يتضرر منها الدائن المرتهن واقتراح الحلول المناسبة لها قدر الإمكان .

رابعا : منهجية البحث ستكون معالجة شتات الموضوع في ظل أحكام التشريع العراقي في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل وقانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل وسوف تكون دراسة البحث مقارنة مع القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل والقوانين الأخرى ذات العلاقة فضلا عن ذكر بعض الاحكام القضائية .

خامسا: نطاق البحث : ستحدد نطاق موضوع البحث بالاشكاليات المرتبطة بالرهن التأميني وما ينتج عنها من أضرار بمصلحة الدائن المرتهن عند التنفيذ على المرهون ، ومن ثم يخرج من نطاق بحثنا الرهن الحيازي الوارد على المنقول والعقار .

سادسا :خطة البحث : سنتناول موضوع التوفيق بين ضمان دين المرتهن وسلطات الراهن على المرهون تامينيا بمقدمة ومبحثين سنخصص المبحث الاول لمواطن الاشكاليات ذات الصلة بحقوق

الراهن، وسنتناول في المبحث الثاني مواطن الاشكاليات ذات الصلة بمباشرة المرتهن لحق الرهن وسنختم البحث بخاتمة ندرج بها ما توصلنا إليه من استنتاجات ومقترحات .

المبحث الاول

مواطن الاشكاليات ذات الصلة بحقوق الراهن

أن الرهن التأميني من مميزاته لا يخرج المال المرهون من حياة وتصرف المدين الراهن ، بخلاف الرهن الحيازي فانه يجرد المالك من الحيازة ، ولكنه لا يجرده من الملكية وعليه فالرهن التأميني حينما يكون المرهون في حيازة الراهن وتحت تصرفه يقوم بالاستغلال والاستعمال والتصرف ، فهذا من الطبيعي لان ملكه^١ ، ومن هذا الجانب هناك قصور في حصول المرتهن على حقه في الرهن تكون غير متوافقة لما للراهن من حقوق على المرهون ، عليه فسوف نتناول المبحث في ثلاثة مطالب سنتناول في المطلب الاول مواطن الاشكاليات في التصرف بالمرهون ، وسنتناول في المطلب الثاني مواطن الاشكاليات في نطاق استغلال المرهون ، وسنخصص المطلب الثالث للاشكاليات في نطاق حق الملكية للمرهون .

المطلب الاول

مواطن الاشكاليات في التصرف بالمرهون

للاهن التصرف بالمرهون بمختلف أنواع التصرفات سواء بالبيع و بالرهن مرة أخرى وهذا مانصت عليه المادة (١٢٩٥ / ف١) من القانون المدني العراقي " يجوز للراهن ان يتصرف بالبيع وغيره في العقار المرهون رهناً تامينياً وتصرفه هذا لا يؤثر في حق المرتهن " وهذا مانص عليه ايضا القانون المدني المصري وفقاً للمادة (١٠٤٣) منه^٢ واكدته القضاء المصري كذلك بان يبقى الراهن مالكا للمرهون وحقه في التصرف فيه^٣ والمقصود بالتصرف الذي يسمح للراهن اجراءه هو التصرف القانوني دون التصرف المادي لان الاخير من شأنه انقاص قيمة المرهون انقاصا كبيرا في الوقت الذي يقع على عاتق الراهن التزامه بسلامة الرهن^٤ وببدا أن هذا التصرف لا يؤثر في حق المرتهن طالما اذا اوقع بعد تسجيل حق المرتهن على المرهون في دائرة التسجيل العقاري ، ومن ثم فإن التصرفات التي يجريها الراهن على المرهون لا تنتفد في حق المرتهن ولا تضرر به اذا كانت بعد اجراء التسجيل لحق المرتهن باعتبار أنه

١.د.عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-ج١٠- في التأمينات الشخصية والعينية - ط٣- نهضة مصر - ٢٠١١- ص٣٩٦

٢. وهذا النص يقابله نص المادة (١٠٤٣) من القانون المدني المصري المرقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ " يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن"

٣. وهذا ماقررتة محكمة النقض المصرية بانه " الراهن يبقى مالكا للعقار المرهون وحائزا له ويحتفظ بحقه في التصرف فيه، ولا يتقيد في ذلك الا بعدم الإضرار بحق الدائن المرتهن ويستوي في ذلك أن يتصرف الراهن في كل العقار المرهون أو في جزء منه فقط، " نقض مدني - الطعن رقم ٩٣٥٢ لسنة ٦٦ قضائية بتاريخ ٧-٧-٢٠٠٩ المكتب الفني ٦٠ - ص ٧٨٢. نقلا من د. جابر محجوب علي و حسين حسن الحموي - أثر تصرف الراهن في المال المرهون على حق الدائن المرتهن (دراسة بين القانون المدني المصري و قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥) - بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد - العدد ٩٧ - ٢٠٢٤ - ص ١٥ - هامش رقم (١) .

٤. د. منصور مصطفى منصور - التأمينات العينية - المطبعة العالمية - القاهرة - ١٩٩٣ - ص ٨٥ .

ضمن حقه بموجب الرهن^١ ، وهذا ينسجم كذلك بما نصت عليه المادة ٣١٧/ف١ من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ " للراهن إجراء جميع التصرفات الناقلة للملكية على العقار المرهون وحينئذ يتحول الدين بمرتبته وشروطه إلى من أنتقل إليه العقار المرهون بموافقة الدائن المرتهن" فقانون التسجيل العقاري في المادة اعلاه ذكر احكام ذات اهمية كبيرة تتعلق بتصرفات الراهن وهو النص الوحيد الذي تناوله قانون التسجيل واشترط ان يكون التصرف قانوني ناقل للملكية وكذلك اشترط موافقة الدائن المرتهن وهذا مما يقوي حقه بعدما كانت هذه السلطة مطلقة بموجب أحكام القانون المدني وحسب نص المادة (١٢٩٥/ف١) المشار إليها في أعلاه ، واستنادا لذلك تقرر أحكام القضاء بأنه لا يحق للراهن طلب منع معارضة دائرة التسجيل العقاري لأجراء معاملة نقل ملكية العقار الا بموافقة الدائن المرتهن^٢ ، وبالرجوع الى نص المادة (٣١٧/ ف١) من قانون التسجيل والذي اشترط ان يكون التصرف الصادر من الراهن ناقل للملكية حتى يسمح للراهن القيام به بموافقة المرتهن وهذا يعني ان التصرفات القانونية التي لا يترتب عليها نقل الملكية يصح تصرف الراهن بها دون اشتراط موافقة المرتهن كمثل ترتيب الحقوق العينية على المرهون والتي لا يترتب عليها نقل ملكيته إلى الغير لذا فأنها تخرج من نطاق تطبيق قانون التسجيل لينطبق عليها القواعد العامة في القانون المدني .

من خلال ماتقدم يتبادر إلى الذهن تساؤلا مفاده هل من الممكن أن نطبق شرط المنع من التصرف لتقييد تصرفات الراهن على المرهون بعيداً عن نصوص قانون التسجيل العقاري وبتعبير آخر هل ان حرية الراهن بالتصرف في المرهون لا يمكن تقييدها بشرط أو قيد ، كونها من النظام العام ، ومن ثم يبطل الشرط ويصح الرهن ؟ بهذا الصدد أنقسم الفقه على رأيين الاول يرى ان حرية الراهن في التصرف في العقار المرهون لايجوز أن يقيدھا اتفاق بين المرتهن والراهن لأنها تدخل في طبيعة الرهن ذاته ولايجوز ان تكون موضع اتفاق بين المتعاقدين فضلا عن ان المصلحة التي يحققها شرط المنع من التصرف للمرتهن في تخليصه من اجراءات تتبع العقار المرهون لا تتناسب مع الضرر الذي يلحق الراهن من تقييد سلطته بالتصرف بهذا الشرط^٣ ، في حين ذهب رأي معاكس للرأي الاول وييدي بالقول أن شرط المنع من التصرف يجوز تقييد سلطة الراهن في المرهون به اذا توافرت شروطه من مصلحة مشروعة وومدة

^١ وهذا مانصت عليه المادة ١٢٨٥ من القانون المدني العراقي .

^٢ ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم بالعدد ١٣٣ في ٢٠١٦/١/٧ والذي جاء فيه: " اذا كان عقار المدعي مرهوناً رهنأ تأمينياً فإن أمتناع دائرة التسجيل العقاري ومعارضتها للمدعي من اجراء أي معاملة تصرفية ناقلة لملكية العقار تجد سندھا في القانون لان أي تصرف ناقل للملكية في هذه الحالة يجب أن يقترن بموافقة الدائن المرتهن وتكون دعوى منع المعارضة فاقدة لسندھا القانوني " - مجلة الاحكام القضائية - العدد الخامس - اعداد القاضي حيدر عودة كاظم - مكتبة القانون المقارن - ٢٠١٩ - ص ١٢٦ .

^٣ د.سمير عبد السيد تناغوا- التأمينات الشخصية والعينية - منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٩٦ - ص ١٠٢ .

معقولة^١ وهذا الرأي الأخير مايؤديه الباحث من ان الشرط المنع من التصرف يصح اشتراطه ان توفرت شروطه وهذا ما أخذت به التشريعات المدنية المقارنة كالقانون المدني المصري في نص المادة (٨٢٣) و(٨٢٤) منه^٢ وذلك حتى نضمن للمرتهن استيفاء حقه من الدين المضمون بالعقار المرهون .

مع ذلك نلاحظ أن هناك اشكالية تقع إذا تصرف الراهن قبل القيد والتسجيل فالمرتتهن من حقه أن يعترض على هذا التصرف باعتبار فيه إضعاف لحقه ويتضرر المرتتهن ،أيضا ، اذا تصرف الراهن بالمرهون وبيعه انقاضا وكما الحال عند قيامه بالتصرف المادي ، وعليه سوف نبين هذه الحالات التي يتضرر فيه المرتتهن من جراء التصرف في المرهون في ثلاث وجهات :-

أولاً: حالة تصرف الراهن بالمرهون قبل تسجيل الرهن للمرتتهن : الرهن التأميني عقد شكلي لا يتم ولا ينعقد بمجرد التراضي أو الاتفاق لابد أن يقع الاتفاق بالشكل المقرر في القانون وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري فالتسجيل ركن من أركانه^٣ وإذا تخلف ترتب على العقد البطلان ويعاد الحال إلى ماكان عليه^٤ ويؤدي الى عدم نشوء الحق العيني التأميني ،لكن مع ذلك يكون الاتفاق بين المتعاقدين صحيحا الا انه لايقدم للدائن المرتتهن سوى حقا شخصيا في مواجهة المتعاقد الآخر^٥ و تساؤلاً يطرحه جانب من الفقه مقتضاه هل أن الرهن الذي يفتقد الرسمية ينعدم من كل قيمته ؟

فيرى أن الرهن الذي تخلفت فيه الرسمية لايرتب أي اثر باعتباره منشأ لحق الرهن لأن الرسمية ركن فيه لايقوم بدونها ،لكن مع ذلك لايمنع من أن يرتب العقد آثار معينة أن ترتبت فيه الشروط الاخرى أعمالا

١.د.محمد علي أمام -التأمينات العينية والشخصية - دار النهضة العربية -القاهرة، ١٩٥٦-ص٣١٨

٢.نصت المادة (٨٢٣) من القانون المدني المصري على انه " ١- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبيناً على باعث مشروع ، ومقصوراً على مدة معقولة ... " وكذلك مانصت عليه المادة ٨٢٤ منه بقولها " إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً "

٣-وهذا ما نصت عليه المادة(٣٠٥/ ف٢) من قانون التسجيل العقاري العراقي .

٤.قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم بالعدد ٢١٧٢- الهيئة الاستئنافية - عقار بتاريخ ٣٠-٤-٢٠٢٤ والذي يقضي بانه: " ... ولأن عقد بيع العقار المبرم بين الطرفين فاقد للشكلية القانونية فإنه يكون باطلاً والعقد الباطل لا يعتد ولا يفيد الحكم أصلاً وإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد... " القرار غير منشور وكذلك ماقضت محكمة التمييز الاتحادية مانصه " في حالة بطلان العقد لعدم التسجيل يجب رد الدعوى لأن العقد الباطل بحكم عدم ولاينتج أثراً ويعاد الطرفين الى حالتهما قبل التعاقد" قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٦٩٨-٢٠٠٨ بتاريخ ٢٦/٨/٢٠٠٨ .

٥.د.محمد عمار تركمانية غزال - الحقوق العينية التبعية - دار الجامعة -دمشق، بدون سنة النشر- ص١٦٤

لمبدأ سلطان الارادة فيلتزم الراهن التزام شخصي فيقدم تأمين عيني واذا لم يقدّم بالوفاء بالتزامه لا يمكن ترتيب هذا التأمين جبرا وانما يجوز للمرتهن ان يطالب الراهن بالتعويض من جراء عدم الوفاء بالتزامه^١ . وأيضا ذهب إلى الرأي نفسه بعض الفقه أن العقد المفتقد للشكالية يكون عقد غير مسمى فحواه تعهد من أحد المتعاقدين بتقديم رهن تأميني ، واذا لم يفي المتعهد بهذا التعهد نكون أمام استحالة تنفيذ العقد عيناً ويقتصر حق المتعاقد الآخر بالمطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى أو سقوط الأجل ان كان للدين أجل^٢ ، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٩٥ / ج) من القانون المدني العراقي^٣ .

وبالرجوع للحالة التي يتصرف فيها الراهن بالمرهون قبل قيد الرهن في الدائرة المختصة فينتقل عندئذ المرهون للمشتري اذا كان التصرف بيعاً أو الى المرتهن الجديد اذا كان رهنا آخر خالي من الرهن الذي رتبته الراهن على المرهون ابتداءً، وفق ذلك سيتضرر المرتهن لأن التصرف جاء سابقاً لحق المرتهن وتقييده^٤ ، فالحائز الذي أشتري العقار المرهون أشتراه خالي من الرهن ومن ثم أن الدائن المرتهن يفقد حقه بالأفضلية والتقدم على جميع الدائنين ، وكذلك يفقد حقه في تتبع العقار المرهون في يد من انتقلت اليه باعتباره اصبح حائزاً قانونياً وكونه قد سجل حقه قبل تسجيل حق المرتهن للرهن ، فحلاً لهذه الاشكالية فالدائن المرتهن أما ان يطلب تأمين كافي أو يصبح دائن عادي ومن باب أولى يلجأ المرتهن لتوثيق عقد الرهن مباشرة من قبل الجهة المختصة وتزويده منذ ابرام العقد بسند تنفيذي وهذا السند يغنيه عن إجراءات التقاضي أن امتنع المدين الراهن عن الوفاء بالدين عند حلول الاجل .

ثانياً : حالة تصرف الراهن بالمرهون جزئياً : أجاز المشرع العراقي وحسب نص المادة (١٢٩٥) من القانون المدني المذكورة سلفاً للراهن التصرف في العقار المرهون بالبيع أو الهبة أو الرهن مرة أخرى كما ذكرنا وأي من التصرفات الأخرى لأن هذه التصرفات غير نافذة في حق المرتهن طالما اذا قيد حقه في الدائرة المختصة ، ومن ثم يجوز له عندئذ تتبع للعقار في أي يد يكون ، علاوة على ذلك يجوز للراهن بيع العقار المرهون بصورة جزئية إلى عدة أجزاء فيقوم ببيع كل جزء إلى مشتري وهنا كذلك يستطيع ان يمارس المرتهن حق التتبع في يد كل من المشتريين ، ومن الجدير ان قانون التسجيل العقاري العراقي قد راعى مصلحة المرتهن بانه قيد افراز العقارات المرهونة الا بموافقة اصحاب الحقوق وهذا ما أكدته المادة

^١ د.توفيق حسن فرج -التأمينات الشخصية والعينية - مؤسسة الثقافة الجامعية - الاسكندرية - دون سنة نشر -ص ١٣٣

^٢ محمد طه البشير وغني حسون طه - الوجيز في الحقوق العينية التبعية -ج ٢ -طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - دون سنة نشر - ص ٤٠٥ .

^٣ فقد نصت المادة ٢٩٥ /فقرة ج " يسقط حق المدين في الاجل: ج - اذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات".تقابلها نص المادة (٢٧٣) من القانون المدني المصري .

^٤ وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٨٦) من القانون المدني العراقي .

(٢٨٩) من قانون التسجيل العقاري العراقي^١ بأنه قيدت افراز العقارات المرهونة الا بموافقة اصحاب الحقوق ومع ذلك وجدنا الفقه مختلف رأيهم فيرى البعض ان بيع العقار الى عدة مشترين تجبره مقاضاة عدة مشترين مما به اضعاف للتأمين ومن ثم تجبره الى المطالبة بالوفاء الدين فوراً او اعتبار اجل الدين قد حل^٢ ، بينما يرى البعض الآخر ان بيع العقار الى عدة اجزاء لايشكل اضعاف للتأمينات طالما المدين الراهن يمارس حق منحه القانون^٣ والباحث يؤيد الرأي الاول لأن تصرف الراهن بالعقار وبيعه مجزأ وقيام المرتهن بالتتبع سوف يرهق الدائن ويتعرض للكثير من المتاعب وضياح الوقت ، فضلاً عن ذلك أن بيع العقار بصورة جزئية سوف يقلل من القيمة الاقتصادية للعقار المرهون^٤ كأن يكون العقار المرهون عبارة عن منزل ومرتبطة به أرض زراعية فيقوم الراهن ببيع الارض الزراعية ويبقى على المنزل ، بالتأكد سوف يقلل من القيمة الاستثمارية للعقار المرهون ببيعه الارض الخصبة التي تدر الثمار والمحاصيل الزراعية والابقاء على منزل الدار ومن الممكن الاقتراح حتى نقف على الاشكالية واعطاء حلاً مناسباً لها ان نسمح للمرتهن الاشتراط بالعقد بعدم بيع العقار إلى عدة مشترين بحيث يقوم ببيع جزء لمشتري والجزء الآخر لمشتري آخر للأسباب التي بينها آنفا .

ثالثاً: حالة تصرف الراهن بالمرهون بالتصرف المادي : يقصد بالتصرف المادي المساس بمادة الشيء بإهلاكه أو استهلاكه ويصدر من الراهن بعد نشوء الرهن ونفاذه في حق الغير ، أعمال مادية تمس العقار المرهون و تؤدي إلى الإضرار بحق الدائن المرتهن ، إما بسبب ما يترتب عليها من انقاص لقيمة الضمان و إما بسبب إهدار للضمان كلياً ، بيد أن الراهن يقوم ببعض التصرفات المادية التي تؤدي إلى انقاص القيمة الانتمانية للعقار المرهون ، فعلى سبيل المثال يبادر الراهن بهدم البناء فلا يبقى من العقار المرهون إلا الأرض ، أو أن يقوم بفصل العقارات بالتخصيص عن العقار المرهون ، أو التنازل عن حق المجرى وتبوير الأرض الزراعية ، أو تخريب العقار بأي طريقة كانت في مثل هذه الحالات وفر القانون وسيلة حماية للدائن المرتهن من جراء هذه التصرفات نجدها في نص المادة (١٢٩٦) من القانون المدني العراقي بقولها " ١ - يضمن الراهن في الرهن التأميني سلامة الرهن وللمرتهن ان يعترض على كل عمل يكون من شأنه انقاص ضمانه ٢ - فإذا وقعت اعمال من شأنها ان تعرض العقار المرهون

^١ نصت المادة (٢٨٩) من قانون التسجيل العقاري العراقي مانصه " لا يجوز تسجيل افراز العقارات المرهونة او المثقلة بحق امتياز او المحجوزة ال بموافقة اصحاب تلك الحقوق او الجهة الحاجزة وحينئذ تنتقل هذه الحقوق الى الوحدات العقارية المفردة او قسم منها وفقاً لالتفاق الحاصل بينهم "

^٢ محمد طه البشير وغني حسون طه - المرجع السابق - ص ٨٠ .

^٣ د. توفيق حسن فرج - التأمينات الشخصية والعينية - مؤسسة الثقافة الجامعية - الاسكندرية - بدون سنة نشر - ص ١٤١ .

^٤ مريم قسول - مخاطر الائتمان في عقد الرهن الرسمي - بحث منشور في مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية - المجلد ١٠ - العدد ١ - ٢٠٢٣ - ص ١٩٥

للهلاك أو التعيب أو تجعله غير كاف للضمان كان للمرتهن أن يطلب من المحكمة وقف هذه الاعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر ". يتضح أن الرهن يقع عليه التزام على غرار التزام البائع بضمان التعرض المادي والقانوني الشخصي الصادر منه ، فإذا كان التعرض الذي صدر من الرهن تعرضاً مادياً كما في الأمثلة التي سبق أن ذكرناها ، فإن الدائن المرتهن يمكنه اللجوء إلى نص المادة (١٢٩٦) من القانون المدني العراقي للمطالبة بمنع التعرض الصادر من الرهن ، لكن المشرع اشترط لقبول الدعوى أن يؤدي التعرض الى انتقاص قيمة المرهون^١ لكن موقف القانون المدني المصري قيد تصرف الرهن بالمرهون مادياً ان لا يؤدي الى انتقاص الضمان انتقاصاً كبيراً وتقدير هذا الانتقاص يرجع الى سلطة القاضي التقديرية الذي يبت بكون عمل الرهن جائز لا يمس بضمان المرتهن فيجوز له ذلك وعندئذ لا يعد ماساً بسلامة الرهن او كون عمله هذا يشكل انتقاص كبيراً ومن ثم فلا يسمح له القيام به ومن حق المرتهن ان يتعرض وهذا مانص عليه في المادة (١٠٤٧) من القانون المدني المصري بقولها " يلتزم الرهن بضمان سلامة الرهن . وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أوتقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الرهن بما ينفق في ذلك "

وانسجاماً مع النص القانوني فان الفقه والقضاء متفق على جواز اجراء التصرفات المادية للمرهون من قبل الرهن شريطة أن لا تؤدي إلى انتقاص قيمته والا كان أمام المرتهن المطالبة برهن جديد او يطلب اعادة الحال إلى ماكان عليه او اعتبار الدين قد حل والمطالبة به لأن الرهن قد أخل بتنفيذ التزامه بسلامة الرهن^٢ .

المطلب الثاني

مواطن الاشكاليات في نطاق استغلال المرهون

يقصد بالاستغلال القيام بالأعمال اللازمة للحصول على غلة الشيء وثماره كاستغلال الدار بتأجيرها ، فالاستغلال في هذا الحال يختلف عن الاستعمال الذي يتمثل بسكن الدار بينما التأجير يقصد منه الحصول على الأجرة فيعد ذلك استغلالاً لها وهو انتفاع غير مباشر^٣ وطبقاً للمادة ١٢٩٥ / ف٢ من القانون المدني العراقي والتي اجازت للرهن استغلال المرهون بقولها "وله الحق في ادارة العقار المرهون، وفي قبض غلته الى وقت التحاقها بالعقار وفقاً لقواعد الاجراء"^٤ وهذا يعني ان الرهن لايمنعه الرهن من استغلال العقار المرهون بكل الأوجه التي يراها استناداً إلى نص الفقرة أعلاه .

١. د. جابر محجوب علي و حسين حسن الحموي -المرجع السابق -ص ١٦ .

٢. جمال عبد كاظم الحاج ياسين - تصرف الرهن في المال المرهون - بحث منشور في مجلة معهد العلمين للدراسات العليا - العدد ١٣-٢٠٢٣- ص ٦٥٩ .

٣. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- حق الملكية، ج٨- مطبعة نهضة مصر- ٢٠١١، ص ٤٩٩

٤. وهذا مانص عليه المشرع المصري وفقاً للمادة (١٠٤٤) من القانون المدني المصري .

لذا فمن صور الاستغلال ادارة المرهون وزراعته والحصول على غلته بحكم بقائه تحت تصرفه خلال فترة الرهن ، وحتى بعد رهنه فهو يقوم بالإيجار وأن كان العقار مرهون . فالراهن يقوم باستغلال المرهون كيفما يشاء كأن يقوم ببناء شقق سكنية على العقار المرهون ويقوم بإيجارها وقبض الأجرة ولايجوز للمرتهن الاعتراض على ذلك أو يمنعه طالما قيمة العقار المرهون تغطي كامل الدين ، وبخلاف ذلك أن كان الاستغلال يضرر الدائن المرتهن فمن حق الدائن الاعتراض وتقدير ذلك يخضع للسلطة التقديرية للقاضي فهو الذي يبت في هذه الحالة فيما اذا كان هذا الاستغلال يضرر بالدائن فعلا من عدمه ^١ .

لكن على الرغم من ذلك الدائن المرتهن يتضرر من استغلال الراهن للمرهون ويؤدي إلى المساس بالضمان ، ويتحقق ذلك كثيراً في حالة الإيجار للعقار المرهون لأنه يكون نافذاً في مواجهة المرتهن الا أن المشرع بيّن حالة الإيجار الصادر من الراهن ومتى يكون نافذاً من عدمه فقد نصت المادة (١٣٠٣ / ف١) من القانون المدني العراقي " الاجارة المنجزة الصادرة من الراهن لا تنفذ في حق المرتهن، الا اذا كانت ثابتة التاريخ قبل الرهن" وعليه فأن تاريخ الايجار اللاحق لعقد الرهن لاينفذ في حق المرتهن اما المشرع المصري فقد جاء موقفه مشابها لما جاء في القانون المدني العراقي لكنه في نص المادة (١٠٤٥/ف١) من القانون المدني المصري أضاف عبارة " اعمال الادارة الحسنة " بانه ".....أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه ، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة ، فلا يكون نافذاً إلا إذا أمكن داخلاً في أعمال الإدارة الحسنة " بمعنى ان الايجار يكون لاحقاً للرهن ومع ذلك ينفذ في حق الدائن المرتهن لكن بشرط ان يكون داخلاً في الادارة الحسنة ولم تعجل فيه الاجرة فيسري مثلاً لمدة سنة او اكثر او اقل وبحسب مايقدره قاضي الموضوع .

وبالرجوع الى موقف المشرع العراقي وفيما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٣٠٣ من القانون المدني العراقي " اما الاجارة المضافة التي تبدأ بانتهاء الاجارة المنجزة فلا تنفذ في حق المرتهن مطلقاً اذا سجلت في عقد الرهن " بمعنى ان الاجارة التي تبدأ بعد انتهاء الاجارة المنجزة لاتنفذ في حق المرتهن وأن سجلت في عقد الرهن في الدائرة المختصة .

ولو توجهنا لقانون التسجيل العقاري في نص المادة (٣١٤ / ف١) منه " اذا كان العقار المرهون مؤجراً فينبغي تثبيت ذلك في سجل الرهن بموافقة الدائن المرتهن وتعتبر هذه الاجارة نافذة بحقه " وهذا يعني اذا كان المرهون أصلاً مؤجراً من قبل الراهن فيلزم تثبيت ذلك في سجل الرهن حتى يتحقق علم المرتهن وموافقته ، ومن ثم تكون الاجارة نافذة في حق المرتهن .

^١د.شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات العينية في القانون المدني-مؤسسة المعارف للطباعة والنشر-مصر ١٩٥٩ -

كذلك ماجاء في الفقرة الثانية من المادة (٣١٤) من قانون التسجيل العقاري بقولها " الاجارة المنعقدة بعد تسجيل الرهن لا تنفذ بحق الدائن المرتهن الا اذا اُشرت في السجل بموافقة" وهذا الفقرة تؤيد بما جاء في القانون المدني أن الإجارة بعد تسجيل الرهن لا تكون نافذة في حق المرتهن الا اذا تم تأشيرها في السجل العقاري وبموافقة المرتهن وبخلافه فأنها لا تنفذ كونها لاحقة لانعقاد وتسجيل الرهن .

بناء على ماتقدم الراهن يقوم بتأجير المرهون بعقد إيجار رسمي ثابت التاريخ وقبل تسجيل الرهن للمرتهن ، ولم يبين في سجل الرهن فان هذا الايجار يكون نافذا في حق الدائن المرتهن خلال مدة الرهن على أن لاتزيد الاجارة عن ثلاث سنوات من بدء سريان عقد الايجار وأكثر من هذه المدة لا تكون نافذة في حق المرتهن وهذا مانصت عليه الفقرة الثالثة من المادة ٣١٤ والتي نصها " اذا تبين ان العقار المرهون مأجور بعقد رسمي ثابت التاريخ قبل تسجيل الرهن ولم يبين ذلك في سجل الرهن فتعتبر هذه الإجارة نافذة بحق الدائن المرتهن خلال مدة الرهن على ان لا تزيد على ثلاث سنوات من بدء سريان عقد الإيجار والا يخل ذلك بحق ذوي العلاقة بمراجعة المحاكم المختصة بهذا الشأن "

على الرغم من بسط الاحكام الخاصة بإيجار العقار المرهون وأنها في صالح المرتهن لكن قد يقوم الراهن بإيجار المرهون لفترة طويلة وتكون نافذة في حق المرتهن ، وهذا ما يؤثر على قيمة المرهون خاصة اذا اراد المرتهن التنفيذ على المرهون ، وبيعه بالمزاد العلني فيؤدي إلى نفور المشتريين من الدخول في المزايدة كونه مأجور ومرهون والاياجارات طويلة الأمد تقترب من أعمال التصرف أكثر من أعمال الإدارة^١ ولاسيما اذا كان العقار المأجور والمرهون خاضع لقانون إيجار العقار رقم ٧٩ لسنة ١٩٨٧ المعدل بالقانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠ فقد نصت المادة (٣) منه على أنه " يمتد عقد الايجار بعد انتهاء مدته مادام المستأجر شاغلا للعقار ومستمر في دفع الاجرة طبقا لأحكام القانون ، مع مراعاة أحكام الفقرة ١٤ من المادة السابعة عشر منه " ^٢ .

بناءً على ماسبق ذكره نتوجه للمشرع العراقي بالاقترح في توحيد النصوص القانونية الواردة في القانون المدني في نص المادة ١٣٠٣ والواردة في قانون التسجيل العقاري في نص المادة ٣١٤ منه فيما يتعلق بقيام الراهن بالإجارة للعقار المرهون وتكون الاجارة نافذة أو غير ذلك وحسب تاريخ تسجيلها في سجل الرهن استقرارا للأوضاع القانونية في عقد الايجار للمال المرهون .

^١د.نبيل ابراهيم سعد - التأمينات العينية والشخصية - ط١- منشورات الحلبي الحقوقية- لبنان - ٢٠١٠ ص ١١٢

^٢وهذا مانصت عليه المادة ١٧ / الفقرة ١٤ من قانون ايجار العقار العراقي النافذ .

المطلب الثالث

مواطن الاشكاليات في نطاق حق الملكية للمرهون

بينت المادة (١٢٨٧) من القانون المدني العراقي مانصه " يجوز ان يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز ان يكون كفيلاً عينياً يقدم رهناً تأمينياً لمصلحة المدين، وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون او متصرفاً فيه " وهذا يعني سواء كان الراهن المدين نفسه او كفيلاً عينياً يلزم ان يكون مالكا للعقار المرهون ومن ثم فاذا لم يكن الراهن المدين او الكفيل العيني مالكا للعقار المرهون فلانتصور أن يقوم بإعطاء الرهن للدائن المرتهن لان فاقد الشيء لايعطيه ^٢.

الرهن الصادر من غير المالك يكون صحيحاً وينعقد موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي طبقاً للقواعد العامة في المجموعة المدنية وهذا مانصت عليه المادة (١٣٥ / ف ١) من القانون المدني العراقي وإجازة المالك عدت الإجازة توكيلاً وأستندت إلى الوقت الذي تم فيه العقد وأن لم يجز المالك التصرف فان الرهن يكون باطلاً ويعاد الحال إلى ماكان عليه ^٣ ، يفهم من ذلك أن المشرع العراقي جاء خالياً لحكم هذه الحالة ضمن أحكام الرهن اكتفاء بما جاء في القواعد العامة في بعض الحالات ،فالملكية تخرج من ذمة المدين الراهن ومن ثم من الضمان العام للدائن المرتهن وهنا سوف يتضرر المرتهن من جراء ذلك ولغرض توضيح هذه الصور سوف نذكرها في ثلاث نقاط مستقلة وهي كالآتي :-

أولاً: حالة رهن المدين لعقار أشتراه في فترة التوقف عن الدفع : المقصود بفترة التوقف عن الدفع وحسب نص المادة (٥٦٦/ ف١) من قانون الافلاس العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ بانها " توقف المدين عن دفع ديونه في آجال استحقاقها والذي يكون مصحوباً بمركز مالي ميئوس منه بحيث يصل إلى درجة يمكن اعتبار المدين وبدون شك او تردد عاجزاً عن دفع ديونه " ^٤ .ومن الجدير أن المدين لايعد متوقف عن الدفع اذا كان بصدد ازمة مالية عارضة يمكن معالجتها خاصة اذا كان له من الاصول الثابتة بما يواجه به حالة التوقف عن الدفع ^٥.

^١تقابلها نص المادة (١٠٣٢) من القانون المدني المصري .

^٢د.محمد احمد المعداوي عبد ربه - الوجيز في التأمينات العينية والشخصية - كلية الحقوق جامعة الفيوم - مراجع قانونية - دون سنة نشر - ص ٣٩ .

^٣، وهذا مانصت المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي .

^٤د.عزيز العكيلي - النظام القانوني لتصرفات المفلس خلال فترة الريبة - ط١- دار الثقافة للنشر والتوزيع -عمان - ٢٠٠٣ ص ٢٤٩

^٥محمود مختار احمد بري - الوسائل القانونية لمعالجة الازمات المالية التي تواجه المشروعات - بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد - العدد ٥٤ - القاهرة - ١٩٨٤ - ص ١٧ .

ونظام الافلاس نظام خاص بالتجار وله خصائص معينة كما في أنظمة القانون التجاري الاخرى التي تتميز بسرعة إجراءاتها وبساطة أنظمتها وقد تناول المشرع أحكام الافلاس والصلح الوافي منه في قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧١ في الفصل الثالث من المادة ٥٦٦ - ٧٦٩^١.

وبالرجوع إلى حكم تصرف الراهن بشراء مرهون من بائع في فترة توقف عن الدفع "حالة الافلاس" فالدائن المرتهن لكي يحتج على الغير يجب أن يكون قد سجل رهنه قبل صدور الحكم بإشهار الافلاس وهذه الحالة نجد حكمها في نص المادة (١٠٥٣) من القانون المدني المصري^٢ مانصه " لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار ، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس " ولا يوجد نص في القانون المدني العراقي يقابل هذه المادة وخاصة الفقرة الاخيرة منها "وذلك دون اخلال بالأحكام المقررة في الافلاس "

لكن لا يعني أن المشرع العراقي أراد مخالفتها بل القواعد العامة تحتم الأخذ بها فنص المشرع العراقي في قانون التجارة العراقي المتعلقة بالإفلاس في نص المادة ٦١٣ بقولها " لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات الاتية اذا قام بها المدين بعد الوقوف عن الدفع وقبل الحكم بإشهار الافلاس .. ٤ - كل رهن او امتياز يقرر على أموال المدين ضمنا لدين سابق على هذا الرهن. " يتضح من هذه المادة ان التصرفات التي يقوم بها الراهن بعد التوقف عن الدفع تخضع للبطلان الوجوبي اذا رتبها لمصلحة دائن عادي قبل فترة الرتبة او بعدها وهذا مانصت عليه المادة (٦٠٣) من قانون التجارة المتعلقة بالإفلاس وهذا يعني أن تسجيل الرهن للمرتهن بعد شهر حكم الافلاس يجعل هذا التسجيل عديم الاثر ومن ثم سوف يفقد المرتهن حق الافضلية التي تتقرر له حينما يكون الرهن صحيحا^٣.

على أية حال فإن الراهن اذا تملك العقار بموجب عقد بيع لذا فان التصرف في هذا العقار من قبل المشتري الراهن في فترة توقفه عن الدفع لبائع العقار يفتح المجال لدائني البائع برفع دعوى عدم نفاذ تصرفات مدينهم البائع المتوقف عن الدفع ، وهذا الاجراء يشكل خطورة كبيرة في مواجهة دائني المشتري للعقار وهو الراهن ، فإنه يعاد الحال إلى ماكان عليه قبل البيع وتطبيقا على ذلك يلزم المشتري المدين الراهن برد العقار إلى التقلية^٤.

وهذا الاجراء سيؤدي بدائني المشتري المدين الراهن الانتقال من مركز الدائنين المرتهنيين إلى دائنين عاديين يتقدمون في التقلية بديونهم ويخضعون لقسمة الغرماء مع بقية الدائنين الآخرين طبقا لمبدأ

^١ من الجدير بالذكر ان قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧١ قد الغي بموجب قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ والابقاء على الفصل الثالث المتعلقة بالإفلاس والصلح الوافي منه .

^٢ القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

^٣ أحمد راضي كعيم الشمري - الافضلية عند التزام في نطاق عقد الرهن - دراسة قانونية مقارنة بالفقه الاسلامي - المركز العربي للنشر والتوزيع - ٢٠١٩ - ص ٨٩ .

^٤ مصطفى كمال طه - أصول الافلاس - دار الفكر الجامعي - مصر - ٢٠٠٥ - ص ٢٠٥ .

الضمان العام ، وهذا الأمر يشكل حقيقة مركزاً خطراً على دائني المشتري للعقار المرهون حينما ينتقل مركزهم من الدائن المرتهن إلى الدائن العادي وسوف تتضرر مصالحهم ويصيبهم القلق وعدم الطمأنينة لعدم الحصول على ديونهم كاملة لأنهم يتعرضون لمزاحمة باقي الدائنين الآخرين اذا لم تستغرق الديون كل الاموال^١ .

ثانياً : حالة رهن العقار الشائع على حق الدائن المرتهن : عرف المشرع العراقي في المادة (١٠٦١) من القانون المدني الملكية الشائعة بانها " ١ - اذا ملك اثنان او أكثر شيئاً ، فهو شركاء فيه على الشيوع وتحسب الحصص متساوية اذا لم يقر الدليل على غير ذلك " وهذا يعني الشيء يكون مملوكاً لأكثر من شخص بحيث يكون لكل منهم الحق في حصة رمزية شائعة تنسب إلى الشيء في مجموعه كالنصف أو الربع او السدس مثلاً دون أن يخصص لكل منهم جزءاً مادياً مفرزاً من الشيء فتكون الملكية في هذه الحالة ملكية شائعة^٢ ، وعليه فان الحق يتقرر في الملكية الشائعة لأكثر من شخص ، فيكون محل الحق الشائع محدداً تحديداً بصورة رمزية أو حسابية في الحق ذاته^٣ .

فالشريك على الشيوع يملك حصة شائعة في مجموع الشيء وبمقتضى ذلك يمارس سلطات المالك في الاستعمال والاستغلال والتصرف دون الاخلال بحقوق الشركاء الآخرين ، فالشيء الشائع لا ينقسم مادياً لكن الحق فيه يتعدد بقدر عدد الشركاء^٤ .

لذا فقد أجاز المشرع العراقي في المادة (١٢٩١ / ف ٢) من القانون المدني العراقي الرهن من أحد الشركاء في المال الشائع مانصه " ويبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع ملاك العقار الشائع او المتصرفين فيه ، أياً كانت النتيجة التي تترتب فيما بعد على قسمة العقار او على بيعه او افراغه لعدم امكان قسمته " .

فان الشريك في المال الشائع يستطيع أن يتصرف في حصته الشائعة بكافة أنواع التصرفات وهذا مانصت عليه المادة (١٢٩١ / ف ١) عليه فلامشكلة من قيام أحد الشركاء بإنشاء رهن تأميني على حصته الشائعة في العقار توثيقاً للدين طالما يتحول الرهن بعد القسمة إلى الحصة المفردة التي تقع في نصيب الشريك الراهن ، وهذا ما أخذ به المشرع المصري وحسب نص المادة (١٠٣٩ / ف ٢) من

^١ د. حياة حامي - نسبة فعالية الرهن الرسمي كضمان للديون - بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية المقارنة - المجلد ٧ - العدد ١ - ٢٠٢١ - ص ١٨٠ .

^٢ محمد طه البشير ود. غني حسون طه الحقوق العينية الاصلية - ج ١ - طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - دون سنة نشر - ص ٩٦ .

^٣ د. محمد وحيد الدين سوار - حق الملكية في ذاته في القانون المدني الاردني - مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ١٩٩٣ - ص ١٠٨ .

^٤ د. عبد المنعم فرج الصده - الحقوق العينية الاصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت - ١٩٨٢ - ص ١٦٠ .

القانون المدني المصري بقولها " وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل " .

لكن يقع المرتهن في اشكالية فهذا لا بد من قيام المرتهن بتوثيق الرهن على هذه الحصة المفترزة التي وقعت في نصيب الشريك الراهن دون ابطاء حتى لا يفقد حقه في تتبع هذه الحصة اذا لم يسجل حقه ويوثقه اذا انتقلت إلى الغير .

كما يتضرر المرتهن في حالة إذا تمت قسمة هذا العقار قبل حلول أجل الوفاء بالدين المضمون بالرهن ونتج عن تلك القسمة أن العقار المرهون ولا جزء منه لا يقع في نصيب الراهن وإنما وقع في نصيبه عقار آخر كان هو أيضاً شائعاً ودخل في القسمة فوقع في نصيب الشريك الراهن .

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني العراقي في هذه المسألة فأنا لانجد أحكام كافية من قبل المشرع لحلها فقد جاء خالياً من أي نص تشريعي ، فضلاً عن أن القول بانتقال الرهن من الحصة الشائعة المرهونة إلى عقار آخر الذي آل بالقسمة إلى الراهن أمر لا ينسجم مع القواعد والمبادئ العامة التي تقضي بأن تصرفات الشريك في الشيوع يتوقف مصيرها على نتيجة القسمة ذلك لأن القانون المدني يرجح جهة الافراز على جهة المبادلة في القسمة أي أن كل شريك يعد بعد القسمة أنه كان مالكاً لما وقع في نصيبه من وقت بدء الشيوع وأنه لم يملك قط شيئاً مما وقع في نصيب غيره.^١

ومانصت عليه المادة (١٠٧٥) من القانون المدني العراقي " ترجع جهة الافراز على جهة المبادلة في القسمة فيعتبر كل متقاسم انه كان دائماً مالكاً للحصة المفترزة التي آلت اليه وانه لم يملك قط شيئاً من باقي الحصص " .

ولو إتجهنا لنص الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٢) من القانون المدني العراقي نجدها قد اشترطت لصحة تصرف الشريك في جزء من المال الشائع مفرزاً كان أم حصة شائعة أن يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك وإلا كان التصرف عديم الأثر وهنا موقف سلبي تجاه الدائن المرتهن كونه به ضرر من جراء هذا الرهن وقد يفقد المرتهن حقه في الرهن، اما موقف القانون المدني المصري فينتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من الأعيان تعادل قيمتها قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل .

وقد يتضرر المرتهن ،أيضا ، في حال وقوع في نصيب الشريك الراهن لا العقار المرهون ولا عقار آخر بل وقع في نصيبه منقول ففي هذه الحالة يفقد المرتهن حقه في الرهن على العقار لأنه وقع في نصيب شريك آخر لم يرهنه علاوة على ذلك ان الرهن التأميني لا ينتقل إلى المنقول الذي وقع في نصيب الشريك الراهن لان المنقول لا يكون محلاً للرهن التأميني ومن ثم سوف يفقد الدائن المرتهن حقه في الرهن بعد القسمة وهذه حقيقة من الاشكاليات التي يتعرض لها المرتهن لضمان حقه في المرهون .

^١د.سفانة سمير حميد- رهن الملكية الشائعة تأمينياً- بحث منشور في مجلة مداد الآداب - العدد ١٣- ٢٠١٧- ص ٤٨٥

ثالثاً: حالة رهن المال الصادر من صاحب حق المساطحة : نصت المادة (١٢٦٦ / ف ١) من القانون المدني العراقي على انه " حق المساطحة حق عيني يخول صاحبه ان يقيم بناء او منشآت اخرى غير الغراس على ارض الغير وبمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الارض، ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته"^١ يتضح من هذه المادة ان للمساطح بالاتفاق مع صاحب الارض ان يقيم بناء للسكنى او منشآت اخرى غير الغراس فقد استثناءه المشرع العراقي^٢ ويجوز ترتيب حق المساطحة على الارض المملوكة ملكية صرفة او على الاراضي الموقوفة وفقاً صحيحاً^٣.

كذلك منحت المادة (١٢٦٩ / ف ١) من القانون المدني العراقي^٤ المساطح حقوق كحقه في البناء او المنشآت الاخرى كما يكون له الحق في المساطحة نفسها والتي جاء فيها " يملك المساطح ملكاً خالصاً ما احدث على الارض من بناء، او منشآت اخرى وله ان يتصرف فيه، مقتراً بحق المساطحة، بالبيع والرهن وغيرهما من عقود التمليك في دائرة التسجيل العقاري، وذلك دون اخلال بحق صاحب الارض وبالغرض الذي اعد له البناء او المنشآت كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه"^٥ ومن خلال ذلك أن المساطح يملك هذه الابنية مقتراً بحق المساطحة فله ان يتصرف فيها بمختلف انواع التصرفات ومن ضمنها الرهن التأميني كونه محله يرد على العقار بمعنى أنه يجوز للمساطح رهن هذه الابنية او المنشآت تأمينياً فيكون المساطح الراهن يرهنها لضمان دين ترتب في ذمته .

لكن هذا الوضع القانوني سوف يتضرر منه الدائن المرتهن فيما اذا انتهت المساطحة بأحد أسباب الانتهاء كما لو انتهت بانتهاء الأجل المحدد لها^٦ ، لأن ملكية هذه الابنية سوف تنتقل لصاحب الارض على أنه يدفع للمساطح قيمتها مستحقة القلع^٧ ، وعندما تكون قيمة هذا المحدثات وهي مستحقة القلع أقل مما هي مبنية واقل من دين المرتهن بالتأكيد سوف لا يحصل المرتهن على كامل دينه ، كما يفقد حقه

^١ الحق المقابل لحق المساطحة في القانون المدني المصري هو حق الحكر وطبقاً للمادة (٩٩٩) منه مانصه " لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة . " وقد عالج هذ الحق في نصوص المواد ٩٩٩ وما بعدها من القانون المدني المصري .

^٢ د. محمد طه البشير وغني حسون طه - ج ١ - المرجع السابق - ص ٣١٦ .

^٣ وهذا مانصت عليه المادة (٢٢٩) من قانون التسجيل العقاري العراقي بقولها " ١ - ينشأ حق المساطحة على الأرض المملوكة أو الموقوفة وفقاً صحيحاً بتسجيل اتفاق صاحب الأرض والمساطح في السجل العقاري."

^٤ نصت المادة (١٢٦٩ / ف ١) من القانون المدني العراقي مانصه " يملك المساطح ملكاً خالصاً ما احدث على الارض من بناء، او منشآت اخرى وله ان يتصرف فيه، مقتراً بحق المساطحة، بالبيع والرهن وغيرهما من عقود التمليك في دائرة التسجيل العقاري، وذلك دون اخلال بحق صاحب الارض وبالغرامة الذي اعد له البناء او المنشآت كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه"

^٥ تقابلها نص المادة (١٠٠٢) من القانون المدني المصري .

^٦ وهذا ما نصت عليه المادة (٢٣٤ / ف ١) من قانون التسجيل العقاري العراقي .

^٧ وهذا مانصت عليه المادة (١٢٧١) من القانون المدني العراقي .

في تتبع انتقال هذه الابنية او المنشآت الأخرى فيما اذا انتقلت ملكيتها إلى شخص آخر وكان حسن النية ، ولم يتبقى سوى حق التقدم على قيمة الابنية مستحقة القلع وقد لا تكفي لضمان دينه على الرغم من ممارسة حق التقدم لاستيفائه .

المبحث الثاني

مواطن اشكاليات الرهن التأميني ذات الصلة بمباشرة حق المرتهن

على الرغم من تسجيل حق المرتهن في دائرة التسجيل العقاري لكن يبقى المرتهن ليس مطمئناً في استيفاء حقه كاملاً حينما يمارس حقه في التقدم او في تتبع المرهون في أي يكون ، ولهذا يقع المرتهن في اشكاليات لمتابعة حقه ومنها انتقاض حق التتبع على المرهون وحق التقدم فضلاً عن انتقاض حقه فيما اذا قام بإجراءات التنفيذ على العقار المرهون بسبب اجراءات تحرير العقار المرهون وتفصيل ذلك سوف نسلط الضوء على هذه الاشكاليات الثلاثة في ثلاثة مطالب سنخصص المطلب الاول لانتقاض مباشرة حق التقدم على المرهون وفي المطلب الثاني سنتناول انتقاض مباشرة حق التتبع على المرهون ، وسنخصص المطلب الثالث لانتقاض الرهن بسبب اجراءات تحرير العقار المرهون .

المطلب الأول

انتقاض مباشرة حق التقدم على المرهون

إن التقدم هو الغاية الرئيسية من تقرير حق الرهن في الحقوق العينية التبعية، وما هو إلا وسيلة يتجنب الدائن المرتهن فيها خروج المال من الرهن . ونجد أن المشرع العراقي قد أشار إلى حق التقدم من خلال تعريفه للرهن التأميني وذلك في نص المادة (١٢٨٥) من القانون المدني العراقي فضلاً عن أشارته لحق التقدم في المادة (١٣٠٤) من القانون المدني العراقي بقولها " يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون رهنًا تأمينياً من المال الذي حل محل هذا العقار ويستوفي كل منهم حقه بحسب مرتبته" ^١ . يتضح أن المرتهن يستطيع ان يستوفي حقه بالتقدم من ثمن العقار وملحقاته، ومن المال الذي يحل محله في حالة هلاكه او تلفه ، فأجاز القانون أن ينتقل الرهن إلى مال آخر في حالة هلاك المال ، هو مبلغ التعويض ومبلغ التأمين وبديل الاستملاك للمنفعة العامة ^٢ . ويقصد بحق التقدم بأنه "حق يترتب بمقتضى حق الرهن يخول الدائنين المرتهنين التقدم على جميع الدائنين العاديين، والدائنين المرتهنين بحسب الأسبقية في القيد" ^٣ .

^١ - تقابها نص المادة (١٠٥٦) من القانون المدني المصري بقولها " يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذي حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة آل منهم ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد "

^٢ المادة (١٢٩٨) من القانون المدني العراقي تقابلها نص المادة (١٠٤٩) من القانون المدني المصري .

^٣ د محمد كامل مرسى - التأمينات العينية والشخصية - مطبعة دار الكتب المصرية - ١٩٢٧ - ص ٢٣٥ .

وايضاً جاء تعريفه بأنه "مزية مقررة للدائن المرتهن في علاقته بغيره من دائني الراهن تخوله ان يستوفي حقه الأصلي وملحقاته من ثمن، العقار المرهون وملحقاته، وأمن المال الذي حل محل العقار المرهون قبل غيره من الدائنين الذين ليس لديهم سبب خاص يخولهم أن يتقدموا عليه"^١.

من خلال ما ذكر فإن الدائن المرتهن يتقدم على جميع الدائنين العاديين أياً كان مصدر دينهم وإذا تزامن دائن مرتهن مع غيره من الدائنين المرتهنين فإنه يتقدم في استيفاء حقه متقدماً عليهم طبقاً للأسبقية في التسجيل، ولا تكون هذه الأسبقية بحسب اليوم بل أيضاً بحسب الساعة لذا فإن مرتبة الرهن تثبت من تاريخ تسجيله ولو كان ضامناً لدين شرطي أو مستقبلي أو احتمالي^٢، فقاعدة الأسبقية في التسجيل هي الحاكمة^٣.

والمشرع العراقي في القانون المدني يشترط لانعقاد الرهن في حق المتعاقدين ونفاذه في حق الغير التسجيل في دائرة التسجيل العقاري طبقاً لنص المادة (١٢٨٦ ف١) من القانون المدني العراقي مانصه " لا ينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وعلى كل من المتعاقدين ان يعين محل اقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل، ويعطي لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما، بعد اخذ تقريرهما في مواجهة الشهود"^٤.

الا ان هذا الأمر لا يستقيم فقد تنبع منه اشكالية عدم التوفيق فيما اعطى المشرع للمرتهن التسجيل لانعقاد واثبات حقه وبين حق الراهن في الحفاظ على عقاراته وامواله فقد سمح القانون ان يعهد لمهندس معماري او مقاول للقيام بالصيانة، فالدائن وان اتبع اجراءات التسجيل فقد يتضرر في استيفاء حقه بالأسبقية وذلك في حالة التزامه مع دائن صاحب حق امتياز عام لان حقوق الامتياز العامة وان كانت واردة على عقار لا تخضع للتسجيل ولا تمنح حق التتبع وكذلك لم يشترط المشرع التسجيل في حقوق الامتياز العقارية التي تضمن مبالغ الخزينة العامة طبقاً لنص المادة (١٣٦٥ ف٢) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه " ومع ذلك فان حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً، لا يجب فيها التسجيل

^١دسليمان مرقس - التأمينات العينية - مطابع دار النشر للجامعات المصرية - ١٩٥٩ - ص ١٩١

^٢د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه - الحقوق العينية التبعية - ج ٢ - المرجع السابق - ص ٤٤١ .

^٣د. غني ريسان جادر - الاشكاليات القانونية للترامح في القانون المدني العراقي - دراسة تحليلية - بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية - العدد ١ - المجلد ١٤ - ٢٠٢٤ - ص ٦٨٩ .

^٤وقد قضت محكمة التمييز في العراق في أحد احكامها " بان توثيق الرهن لدى الكاتب العدل لا يكفي لانعقاده بل يجب تسجيله لدى دائرة التسجيل العقاري وبعبءه يكون باطلاً ولا موجب لفسخه لعدم وجوده قانوناً " قرار محكمة التمييز رقم ٢٤٥ - مدنية عقارية - في ٣٠-١-١٩٧٥ - منشور في مجموعة الاحكام العدلية - تصدرها وزارة العدل - العراق - العدد ١- السنة السادسة - ١٩٧٥ - ص ٤٤ ، وكذلك قرار محكمة التمييز والذي قضى " يكون عقد الرهن الواقع على العقار واباحة التصرف به باطلاً لعدم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري والمرتهن حق المطالبة برد بدل الرهن مع فائدته القانونية مدة العقد والى حين الوفاء به " - قرار محكمة التمييز المرقم ٧٨٧ - مدنية رابعة ٧٣ - في ٨-٩-١٩٧٣ - النشرة القضائية - العدد الرابع - ١٩٧٣ - ص ٨١.

ولا يثبت فيها حق التتبع، ولا حاجة للتسجيل ايضاً في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للـخزينة"^١.

ولعل السبب أن علاقة القانون بالنسبة لجميع التأمينات علاقة المصدرية غير المباشرة فهو بالنسبة لها مصدر غير مباشر ، الا فيما يتعلق بحقوق الامتياز فيعد القانون بالنسبة لها مصدراً مباشراً^٢ وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرار مفاده "لا يكون الدين ممتازاً ولا يترتب له حق التقدم على سائر الديون المنفذة إلا اذا وجد نص في القانون يضيف عليه ذلك الامتياز او مدوناً في المحرر المنفذ ذلك الحق صراحة وعلى وفق المادة (١٠٨) تنفيذ فضلاً عن المادة (١٣٦٢) مدني " ^٣ ، فهذه الحقوق العامة الممتازة تسبق مرتبة الدائن المرتهن وكما أنها سابقة لكل حق امتياز عقاري مهما كان تاريخ تسجيله في السجل العقاري .

وعلى أية حال فإن تضرر الدائن المرتهن لا تنحصر في هذه الحالة ، بل هناك أوضاع قانونية يتضرر منها المرتهن في استيفاء حقه بالأسبقية أمام حقوق الامتياز الأخرى والتي منها كمثل صاحب حق الامتياز للمصرفوات القضائية فقد تستوفي هذه المصرفوات قبل أي حق آخر سواء اكان منقولاً او عقار ولو كان ممتازاً او موثقاً برهن^٤ .

فضلاً عن يتضرر المرتهن بسبب المبالغ المستحقة للـخزينة من ضرائب ورسوم فانها تستوفي كذلك قبل أي حق اخر ولو كان ممتازاً او موهوناً ماعدا المصرفوات القضائية استناداً الى نص المادة (١٣٧٠) من القانون المدني العراقي ، و يتضرر المرتهن في مواجهة امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذي عهد اليهم تشييد ابنية او منشآت اخرى او اعادة تشييدها او ترميمها او صيانتها تطبيقاً لنص المادة (١٣٧٩) من القانون المدني العراقي^٥ فهؤلاء يستوفون حقوقهم بالأسبقية والتقدم على الدائن المرتهن من استيفاء حقوقهم من ثمن الابنية او المنشآت ولو كان تسجيل حقهم لاحقاً على تسجيل حق الدائن المرتهن^٦ ، وهذه الاشكالية قد تعدم التوفيق بين حق الراهن في الترميم والاصلاح لمملكه وبين ضمان المرتهن لاستيفاء دينه .

^١تقابلها نص المادة (١١٣٤) من القانون المدني المصري .

^٢د.غني ريسان جادر - المرجع السابق - ص ٦٩٠ .

^٣قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٢٠١٤/٤٧٩ الصادر بتاريخ ٢٠١٤/١/١٠ والمنشور على الموقع <https://www.hjc.iq/indexqanoun-ar.php> ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٣/٢ .

^٤وهذا مانصت عليه المادة (١٣٦٩ / ف٢) من القانون المدني العراقي .

^٥وهذا ماخذ به القانون المدني المصري كذلك في نص المادة (١١٤٨) منه .

^٦وهذا ما أوضحتة (١٣٧٩ / ف٣) من القانون المدني العراقي بقولها " وفيما يتعلق بهذه المنشآت يتقدم صاحب هذا الامتياز على حق المرتهن للأرض التي قامت عليها هذه الاعمال اذا شملها الرهن سواء كان هذا الرهن تأمينياً او حيازياً"

المطلب الثاني

انتقاص مباشرة حق التتبع

إذا كان العقار المرهون باقيا في ذمة الراهن وحل أجل الدين ، فالدائن المرتهن يستطيع أن يستوفي حقه من ثمن الشيء الذي يرد عليه حقه في يد الراهن، أما إذا حل أجل الدين وكان الراهن قد تصرف في الشيء ونقل ملكيته للغير خرج الشيء من حيازته، إلا أن القانون منح صاحب الحق العيني التبعي وسيلة التتبع التي تخوله تتبع الشيء محل حقه في أي يد يكون والتنفيذ عليه .

والمشروع العراقي أشار الى التتبع عندما عرف الرهن التأميني في نص المادة (١٢٨٥) التي نصت على أنه "الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار، في أي يد يكون" ^١ يتضح من النص أن المشروع العراقي أشار إلى التتبع في سياق كلامه عن حق الدائن المرتهن في التنفيذ على الشيء محل الرهن في أي يد يكون عندما تنتقل ملكية الشيء إلى الغير .

ويقصد بحق التتبع بانه "حق الدائن المرتهن في تتبع العقار المرهون او حقه في اتخاذ اجراءات التنفيذ على العقار في أي يد يكون" ^٢، وعرفه البعض الآخر بانه "حق الدائن المرتهن في التنفيذ بحقه على العقار المرهون أو أي حق عيني قابل للرهن في أي يد يكون" ^٣.

وأكد المشروع حق المرتهن في تتبع الشيء محل الرهن من خلال إعطائه الحق بنزع ملكية العقار من يد حائزه أو مشتريه طبقا لنص المادة ١٣٠٦/ ف١ من القانون المدني العراقي ^٤ وهذا مانص عليه المشروع المصري في نص المادة (١٠٦٠/ ف١) من القانون المدني المصري.

ويشترط لممارسة حق التتبع من قبل المرتهن حلول أجل الدين المضمون بالرهن وان يكون الرهن ساريا في مواجهة الحائز للعقار وكذلك يستلزم ان لا يكون من انتقلت اليه ملكية العقار المرهون مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين أو بتعبير آخر ينبغي عدم توافر صفة المديونية في الحائز ^٥ وعلى هذا

^١تقابلها نص المادة (١٠٣٠) من القانون المدني المصري .

^٢د. سمير عبد السيد تناغو- التأمينات الشخصية والعينية- ط١- منشأة المعارف- الإسكندرية -١٩٩٦- ص١٤٢

^٣د. احمد عبد التواب- الوجيز في شرح احكام الضمانات العينية والشخصية- ط١، دار النهضة العربية، القاهرة- ٢٠١٠-

ص١١٤

^٤وهذا ماكدته محكمة التمييز في العراق على ان الحق العيني يمنح صاحبه حق التتبع وقضت بانه " للمشتري ملاحقة المبيع عندما يتعرض له اجنبي فيحق للمشتري مقاضاة البائع او واضع اليد على المبيع " قرار رقم ١١٥- حقوقية- بتاريخ ٢٠-٣-١٩٦٨ - قضاء محكمة التمييز - القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨ - المجلد ٥- دار الحرية للطباعة - بغداد- ١٩٧١- ص٢٢٦ .

^٥د. عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق- ص ٥٢٤ .

لا يعد حائز الكفيل أو المدين المتضامن الذي يشتري العقار المرهون من الراهن^١ ، وبهذا قضت محكمة التمييز العراقية أن الحائز في التنفيذ على العقار من اكتسب ملكية عقار مرهون أو حقاً عينياً ودون أن يكون مسؤولاً شخصياً عن الدين المضمون بالرهن^٢ .

ومن مجموع ماتقدم يبدو أن حق التتبع يجسد مدى فعالية الرهن التأميني في حصول المرتهن على دينه لكن ليس دائماً المرتهن يستطيع مباشرة حق التتبع في مواجهة الحائز حتى وإن كان هذا الأخير قد تم تسجيل حقه لاحقاً لحق المرتهن ، وأن الرهن كما ذكرنا لا يمنع الراهن من التصرف بالمرهون سواء كان التصرف بالعقار بطبيعته أو باعتباره منقولاً بحسب المال أو عقاراً بالتخصيص .

وهذا قد يقف عائلاً دون مباشرة المرتهن لحق التتبع للمرهون حينما مثلاً يتصرف الراهن بالمرهون بكونه عقاراً بالتخصيص ويحوله إلى منقولاً بطبيعته ، أو يتصرف بالعقار باعتباره منقولاً بحسب المال ويقوم ببيعه انقضاءً في هذه الحالة سوف يتغير طبيعة المرهون من العقار إلى المنقول ولا يصلح بعد ذلك أن يكون محلاً للرهن التأميني . فضلاً عما تقدم فقد يتضرر الدائن المرتهن ويحرم من ممارسة حقه تتبع العقار المرهون في أي يد يكون حينما تنزع ملكية المرهون للمنفعة العامة بالاستملاك سواء استملك المرهون في يد الراهن أو في يد الحائز ، الأمر الذي يؤدي انقضاء حق التتبع ولا يبقى أمام المرتهن إلا حق التقدم بقيمة العقار المستملك المقيمة بموجب هيئة التقدير^٣ .

المطلب الثالث

انتقاض الرهن بسبب إجراءات تحرير العقار المرهون .

إذا لم يستطع الحائز منع الدائن المرتهن من مباشرة حق التتبع على المرهون ينتقل إلى استعمال الحقوق القانونية التي منحها له المشرع والتي مضمونها إبقاء المرهون تحت يد الحائز ومنع المرتهن من إجراءات التنفيذ على المرهون وإبقاء العقار تحت يد الحائز وهي الغاية التي يسعى لها الحائز إذا قام بقضاء الدين .

فالمشرع العراقي حما حائز العقار المرهون حينما منحه خيارين يتمثل الخيار الأول بقضاء الدين^٤ والخيار الثاني تحرير العقار المرهون لتخليصه من الرهن المحمل به وتبعاً لتوافر شروط كل خيار وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٠٨/ف١) من القانون المدني العراقي بقولها "يبقى للحائز حق تحرير العقار

^١ د. شاكر ناصر حيدر - شرح القانون المدني الجديد- الحقوق العينية العقارية - ج٢- ط١- مطبعة المعارف - بغداد - ١٩٥٣- ص ١٤٨

^٢ قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١٥٤٦ -مدنية -تاريخ القرار ١٨/٩/١٩٩٨ منشور في النشرة القضائية- صادرة عن المكتب الفني - محكمة التمييز العراقية- وزارة العدل، العدد الرابع- السنة الرابعة- ١٩٩٩ -ص ١٧ .

^٣ وهذا ما نصت عليه المادة (٤) من قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ .

^٤ وهذا ما نصت عليها المادة (١٣٠٧) من القانون المدني العراقي .

المرهون رهناً تأمينياً الى يوم توقيع الحجز عليه من المرتهن" ^١ فالخيار الثاني والذي نحن بصددده اذا إلتجأ إليه الحائز فعليه عرض قيمة العقار المرهون على الدائنين المرتهنين المسجلة حقوقهم على هذا العقار ^٢ .

فخيار تحرير العقار معناه أن يعرض الحائز مبلغ العقار الذي يجب ان لا يقل هذا المبلغ عما يلزم بحسب السعر الذي يتخذ اساساً لتقدير الثمن في حالة نزاع الملكية، والا ان يقل في أي حال عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن العقار اذا كان التصرف بطريق البيع ^٣ .

هذا الاجراء يمنع المرتهن من اجراءات التنفيذ على العقار المرهون وبيعه في المزاد العلني وابقاء العقار في يد الحائز اذا قبل الدائنون العرض ، اما اذا رفض من قبلهم عليهم المطالبة ببيع العقار بالمزاد ^٤ . بيد أن الدائن المرتهن يتضرر في حالة قبوله عرض الحائز لتحرير المرهون لأنه يجد نفسه أمام اتجاهين:-

الاتجاه الاول : قبول عرض الحائز أو عرض العقار في المزاد العلني وهذا يكون قبل حلول أجل الدين فيحرم الدائن من الاجل الممنوح له أن كان فيه مصلحة له .
الاتجاه الثاني : قد يجبر الدائن على طلب بيع العقار المرهون في وقت غير ملائم فتتزل قيمته وحصوله على ثمن قد لايفي بجميع الديون ^٥ .

اضافة إلى ماسبق ذكره فقد يتعرض الدائن الى اشكالية تتعلق بإجراءات التحرير لأنه يجبره على قبول وفاء جزئي لدينه خاصة اذا كانت القيمة المعروضة مقابل التحرير لا تكفي لسداد جميع الحقوق المسجلة على العقار المرهون مما يؤدي إلى إنقضاء الرهن ويرجع الدائن المرتهن بباقي الدين كدائن عادي .

^١ إما بالنسبة للمشرع المصري فقد نص في المادة (١٠٦٤/ف٢) مانصه "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 القانون المدني المصري يتضح أن المشرع المصري أجاز للحائز التحرير من الوقت الذي يصبح فيه حائزاً ومالكاً للمرهون، ويحدث ذلك عند تسجيله سند الملكية متى ماكانت واجبة التسجيل ، أو بانقضاء المدة الواجبة لكسب الملكية بالتقادم .

^٢ د.منصور مصطفى منصور - المرجع السابق- ص ١٤٦ .

^٣ وهذا مانصت عليه المادة (١٣٠٨) من القانون المدني العراقي تقابلها نص المادة (١٠٦٤) من القانون المدني المصري .

^٤ د.سمير عبد السيد تناغو -المرجع السابق- ص ١٧٨ .

^٥ د.عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق- ص ٥٤١ .

الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة البحث الموسوم بـ " اشكاليات التوفيق بين ضمان دين المرتهن وسلطات الراهن على المرهون تامينياً - دراسة مقارنة " سنتناول في خاتمته الاستنتاجات والمقترحات التي توصلنا إليها :-

أولاً: الاستنتاجات

١- أن التسجيل في دائرة التسجيل العقاري أمر ضروري لإنشاء الرهن التأميني صحيحاً فينبغي للمرتهن الاسراع بهذا الاجراء وان كان يتطلب الكثير من الوقت لكي يحتج بحق الرهن بمواجهة الغير كالمستأجر للعقار المرهون والتأخير يعرقل ، أو يعرض حق الدائن المرتهن للضياع حينما أجاز المشرع للراهن التصرف بالمرهون ولاسيما اذا كان تصرف الراهن قبل تسجيل حق المرتهن في الدائرة المختصة .

٢- بالرغم من المعالجة التشريعية المتقدمة الذكر الا ان المشرع في موضوعات كثيرة قد تضمن وسيلة احباط للمرتهن من خلال امكانية تصرف الراهن بالمرهون وبيعه مجزءاً او انتزاع ملحقاته المثبتة فيه وبيعها بصورة منفردة فضلاً عن الاسباب الاخرى التي وجدناه قد تقف حجر عثرة في طريق استيفاء المرتهن لحقه من ضمان الرهن بسبب السلطات التي تبقى لمالك العقار على العقار حتى بعد الرهن للمرتهن و ربما تطرا اسباب خارجية دون التصرف كموت الراهن أو استملاك العقار المرهون للمنفعة العامة .

٣- ان حق المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون المأجور لاستيفاء حقه قد يصطدم بمصلحة المستأجر الذي يريد الاستمرار بالانتفاع من المأجور على الرغم من معالجة المشرع العراقي لهذه المسألة في قانون التسجيل العقاري بكون الاجارة اللاحقة لتسجيل الرهن تكون غير نافذة في مواجهة المرتهن الا اذا أشرت في السجل العقاري بموافقة الا انها قد تصطدم بمسألة خضوع العقار المرهون لقانون ايجار العقار وحسب نص المادة (٣) منه بانه يستمر المستأجر بالإيجار مادام مستمرا بدفع الاجرة ويمتد العقد بحكم القانون وهذا بحد ذاته ضرر للمرتهن ان اراد استيفاء حقه من المرهون .

٤- وجدنا أن المرتهن قد يتضرر ومن الصعب التوفيق بين مصلحته في التنفيذ على العقار المرهون وسلطات الراهن ، فيما اذا كان العقار شائع بين عدد من الملاك فاشتطت النصوص القانونية لصحة تصرف الشريك في جزء من المال الشائع مفرزاً كان أم حصة شائعة أن يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك وبخلافه لايرتب أي أثر ، وهذا الامر سلبياً تجاه المرتهن لأنه يفقد حقه في الرهن.

٥- تبين لنا في حالة العقار اذا كان شائعاً ورهن ، ولم يقع العقار المرهون في نصيب الشريك الراهن بل وقع في نصيبه منقول ففي هذه الحالة يفقد المرتهن حقه في الرهن على العقار لأنه وقع في نصيب شريك آخر لم يرهنه فضلاً عن ذلك الرهن التأميني لا يكون محله منقولا ، وهذه حقيقة من الاشكاليات التي ينبغي من المشرع تداركها في التوفيق بينها وبين حق الراهن في التصرف في العقار الشائع .

٦- تبين من خلال البحث في حالة اذا تراحم الدائن المرتهن مع صاحب حق الامتياز العام الذي يرد على المال المنقول والعقار معا للمدين الراهن ، فان الاخير يتقدم بالاستيفاء على المرتهن على الرغم أن المشرع لم يستلزم فيه التسجيل ولا حق التتبع وكذلك يتقدم على الدائن المرتهن الدائن الممتاز بمصروفات خزينة الدولة وامتياز المقاول والمهندس المعماري فهؤلاء يتقدمون عليه في استيفاء حقوقهم .

ثانياً :-المقترحات

١- بالنظر للإشكاليات القانونية التي يفرزها الواقع العملي بسبب تصرفات الراهن بالمرهون بنقل ملكيته إلى الغير بالبيع او الهبة وغيرها من التصرفات على العقار المرهون .

- نقترح ان يتغير مركز المتصرف إليه من قبل الراهن سواء اكان بائعاً او موهوباً له ويصبح بمثابة مدين راهن للمرتهن ومن ثم يستعاض عن حق التتبع الذي يقوم به المرتهن للعقار المرهون في يد من انتقلت إليه .

٢-نقترح على المشرع العراقي ولغرض التوفيق بين حق المرتهن وسلطة الراهن بالتصرف إلى تقييد تصرفات المدين الراهن ذات الضرر بالمرهون ولاسيما مايتعلق بالتصرف بالعقار وبيعه انقاضاً او انتزاع العقار بالتخصيص الملحق بالعقار المرهون والمخصص لخدمته وبيعه منفرداً كمنقول ولهذا نقترح تعديل نص المادة ١٢٩٥ /ف ١ من القانون المدني العراقي .

لنقرأ بالشكل التالي " يجوز للراهن ان يتصرف بالبيع وغيره في العقار المرهون رهناً تأمينياً بشرط ان لا يكون هذا التصرف يضرر بالمرتهن ومقترباً بموافقة المرتهن " .

٣- نقترح على المشرع العراقي توحيد النصوص القانونية الواردة في القانون المدني وتحديد نص المادة ١٣٠٣ والواردة في قانون التسجيل العقاري وبالأخص نص المادة ٣١٤ منه فيما يتعلق بقيام الراهن بالإجارة للعقار المرهون سواء اكانت الاجارة سابقة للرهن او لاحقة عليه .

٤-نقترح على المشرع العراقي تعديل نص الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٢) من القانون المدني العراقي والتي نصها " واذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع، فلا يكون للتصرف اثر الا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك "

لنقرأ بالشكل الاتي " واذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع بالرهن وغيرها من التصرفات ، ولم يقع المال محل التصرف في نصيبه بعد القسمة ، بل وقع في نصيبه اعيان اخرى غير التي تصرف فيها ، تنتقل التصرفات نفسها وبمرتبتها الى الاعيان الاخرى التي أوقعت في نصيبه " .

٥-لغرض التوفيق بين الحفاظ على حق المرتهن وسلطة الراهن بالتصرف بالمرهون جزئياً ينبغي للمشرع مراعاة حق المرتهن ومصلحته في الجواز للمرتهن اضافة شرط في العقد فحواه منع الراهن بالتصرف بالعقار بصورة جزئية إلى عدة مشترين او مرتين آخرين ،لانه سوف يرهق الدائن في متابعته للحصول على حقه بالضمان .

- ٦-نقترح تبسيط اجراءات تسجيل الرهن التأميني في دائرة التسجيل العقاري ليتلائم مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع ، والقيام بربط دوائر التسجيل بقواعد معلوماتية ذكية تبسط وتقتصر الكثير من الوقت للمرتهن ،حينما يريد وضع إشارة الحجر على العقار المرهون .
- ٧-نقترح على المشرع العراقي تنظيم بوابة الكترونية خاصة بالعقارات المرهونة ليتمكن المرتهن الدخول عليها لمعرفة ما يطرأ عليها من تصرفات من قبل الراهن من عقد بيع او رهن للمرة الاخرى فضلا عن عقود الايجار المبرمة من قبل المدين الراهن .

قائمة المصادر

أولاً:- الكتب القانونية

- ١- أحمد راضي كعيم الشمري- الافضلية عند التزام في نطاق عقد الرهن - دراسة قانونية مقارنة بالفقه الاسلامي - المركز العربي للنشر والتوزيع - ٢٠١٩ .
- ٢-د. أحمد عبد التواب- الوجيز في شرح احكام الضمانات العينية والشخصية- ط١، دار النهضة العربية، القاهرة-٢٠١٠.
- ٣-د.توفيق حسن فرج -التأمينات الشخصية والعينية - مؤسسة الثقافة الجامعية - الاسكندرية - دون سنة نشر .
- ٤- د.سليمان مرقس- التأمينات العينية- مطابع دار النشر للجامعات المصرية -١٩٥٩.
- ٥-د. سمير عبد السيد تناغو- التأمينات الشخصية والعينية- ط١- منشأة المعارف- الإسكندرية - ١٩٩٦.
- ٦- د.شاكر ناصر حيدر - شرح القانون المدني الجديد- الحقوق العينية العقارية -ج٢-ط١-مطبعة المعارف -بغداد -١٩٥٣.
- ٧-د.شمس الدين الوكيل - نظرية التأمينات العينية في القانون المدني -مؤسسة المعارف للطباعة والنشر- مصر-١٩٥٩ .
- ٨-د.عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-الجزء العاشر- في التأمينات الشخصية والعينية - ط٣- نهضة مصر - ٢٠١١.
- ٩-د.عبد المنعم فرج الصده - الحقوق العينية الاصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري - دار النهضة العربية للطباعة والنشر- بيروت- ١٩٨٢.
- ١٠-د.عزيز العكلي - النظام القانوني لتصرفات المفلس خلال فترة الرتبة - ط١- دار الثقافة للنشر والتوزيع -عمان -٢٠٠٣ .
- ١١- د.محمد احمد المعداوي عبد ربه - الوجيز في التأمينات العينية والشخصية - كلية الحقوق جامعة الفيوم- مراجع قانونية - دون سنة نشر .
- ١٢-محمد علي أمام -التأمينات العينية والشخصية - دار النهضة العربية -القاهرة، ١٩٥٦
- ١٣-د.محمد عمار تركمانية غزال - الحقوق العينية التبعية - دار الجامعة -دمشق، دون سنة النشر .
- ١٤-محمد طه البشير ود.غني حسون طه الحقوق العينية الاصلية -ج١و٢-طبع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - دون سنة نشر .
- ١٥- د محمد كامل مرسي- التأمينات العينية والشخصية- مطبعة دار الكتب المصرية - ١٩٢٧.
- ١٦- د.محمد وحيد الدين سوار - حق الملكية في ذاته في القانون المدني الاردني - مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ١٩٩٣.

- ١٧- مصطفى كمال طه - أصول الافلاس - دار الفكر الجامعي - مصر - ٢٠٠٥.
- ١٨- د. منصور مصطفى منصور - التأمينات العينية - المطبعة العالمية - القاهرة - ١٩٩٣.
- ١٩- د. نبيل ابراهيم سعد - التأمينات العينية والشخصية - ط١ - منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان - ٢٠١٠.

ثانيا البحوث

- ١- د. سفانة سمير حميد - رهن الملكية الشائعة تامينيا - بحث منشور في مجلة مداد الآداب - العدد ١٣-٢٠١٧.
- ٢- د. حياة حامي - نسبة فعالية الرهن الرسمي كضمان للديون - بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية المقارنة - المجلد ٧- العدد ١- ٢٠٢١.
- ٣- د. جابر محبوب علي و حسين حسن الحموي - أثر تصرف الرهن في المال المرهون على حق الدائن المرتهن (دراسة بين القانون المدني المصري و قانون تنظيم الضمانات المنقولة رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥) - بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد - العدد ٩٧- ٢٠٢٤.
- ٤- د. جمال عبد كاظم الحاج ياسين - تصرف الرهن في المال المرهون - بحث منشور في مجلة معهد العلمين للدراسات العليا - العدد ١٣-٢٠٢٣.
- ٥- د. غني ريسان جادر - الاشكاليات القانونية للتزام في القانون المدني العراقي - دراسة تحليلية - بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية - العدد ١ - المجلد ١٤- ٢٠٢٤.
- ٦- محمود مختار أحمد بريري - الوسائل القانونية لمعالجة الازمات المالية التي تواجه المشروعات - بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد - العدد ٥٤- القاهرة - ١٩٨٤.
- ٧- مريم قسول - مخاطر الائتمان في عقد الرهن الرسمي - بحث منشور في مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية - المجلد ١٠- العدد ١- ٢٠٢٣.

ثالثا: القرارات القضائية

أ-القرارات القضائية المنشورة

- ١- قرار محكمة التمييز في العراق رقم ١١٥- حقوقية- بتاريخ ٢٠-٣-١٩٦٨ - قضاء محكمة التمييز - القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨ - المجلد ٥- دار الحرية للطباعة - بغداد - ١٩٧١.
- ٢- قرار محكمة التمييز المرقم ٧٨٧- مدنية رابعة ٧٣- في ٨-٩-١٩٧٣ - النشرة القضائية - العدد الرابع - ١٩٧٣.
- ٣- قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١٥٤٦ - مدنية - تاريخ القرار ١٨/٩/١٩٩٨ - النشرة القضائية - صادرة عن المكتب الفني - محكمة التمييز العراقية - وزارة العدل، العدد الرابع - السنة الرابعة - ١٩٩٩.
- ٤- قرار محكمة التمييز رقم ٢٤٥ - مدنية عقارية - في ٣٠-١-١٩٧٥ - مجموعة الاحكام العدلية - تصدرها وزارة العدل - العراق - العدد ١- السنة السادسة - ١٩٧٥.

- ٥-قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٦٩٨-٢٠٠٨ بتاريخ ٢٦/٨/٢٠٠٨ .
- ٦-حكم محكمة التمييز الاتحادية رقم ٤٧٩/٤٠١٤ الصادر بتاريخ ١٠/١/٢٠١٤ والمنشور على الموقع <https://www.hjc.iq/indexqanoun-ar.php>، تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٣/٢.
- ٧-قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم بالعدد ١٣٣ في ٧-١-٢٠١٦ - مجلة الاحكام القضائية - العدد الخامس -اعداد القاضي حيدر عودة كاظم -مكتبة القانون المقارن - ٢٠١٩ .
- ب- القرارات القضائية غير المنشورة
- ١-قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم بالعدد ٢١٧٢- الهيئة الاستئنافية - عقار بتاريخ ٣٠-٤-٢٠٢٤ .

رابعًا : القوانين

- ١-قانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
- ٢-قانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .
- ٣-قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل .
- ٤-قانون التجارة العراقي المتعلقة بالإفلاس والصلح الوافي منه رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧١ .
- ٥-قانون الاستملاك العراقي رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ المعدل .