

الموانع القانونية لخيارات الحائز واثراخلال الدائن المرتهن لواجباته القانونية على هذه الخيارات

**The legal obstacles for the choices of the real estate
owner and the extent to which the options of the
holder are affected as a result of the pledgee's breach
of his legal duties**

أ.د حسين عبدالله عبد الرضا
قتيبة مهدي صالح
طالب دكتوراه

المقدمة :

منح القانون حائز العقار المرهون خيارات معينة ، ان يستعمل منها ما يناسبه للحفاظ على ملكية العقار ، ويتجنب ملاحقة الدائن المرتهن الذي قد يفلح في نزع هذه الملكية من يده لتقع في نصيب شخص آخر ، او قد تكون من نصيبه بعد ان يسدد الثمن الذي رسا عليه مزاد البيع طبقا للاجراءات المتبعة .
قد يتعذر على الحائز في حالات معينة استعمال البعض من هذه الخيارات او كلها(Contraindications to using options) ، الامر الذي يضعه تحت رحمة الدائن المرتهن الذي لا مفر سيتبع الاجراءات القانونية الممهدة لنزع الملكية .

من جانب آخر فان الدائن المرتهن قد يتلأ في مباشرة الاجراءات الممهدة لنزع الملكية عن طريق البيع بالمزاد(Auction sale) استيفاء لحقه المضمون بالرهن واتمام الملاحقة ، او انه لم يتخذ هذه الاجراءات اصلا ، فان ذلك سيترك اثرا على مدى حرية الحائز في مباشرة الخيارات التي منحها اياه القانون . لهذا سنتناول في هذا الموضوع الموانع القانونية (Legal barriers to real estate holder) التي تقيد الحائز باستعمال هذه الخيارات ، كذلك البحث في مدى تأثير خيارات الحائز نتيجة لاخلال الدائن المرتهن باتباع الاجراءات التي نص عليها القانون . وقد تضمنت المقدمة على الفقرات الاتية :

اولا : اهمية البحث

لدراسة الموانع القانونية لخيارات الحائز في الرهن التأميني اهمية بالغة ، وتكمن اهمية هذا البحث من خلال التعرف على الحالات التي تعيق الحائز في استعمال هذه الخيارات ، فيتقيد الحائز باستعمال نوع من هذه الخيارات دون غيرها ، مما يجد نفسه مضطرا الى اتباع خيار دون غيره ، وهذا ما يدعم مركز الدائن المرتهن على حسابه . بالاضافة الى بيان الاثار المترتبة على اخلال الدائن المرتهن(Subjoining the moetgage creditor) لاستعمال حقه في هذه

الخيارات ، فالحائز الذي لا يتبع الواجبات القانونية المفروضة عليه ، لا شك ان ذلك سيترك اثرا يقيد حقه في استعمال هذه الخيارات .

ثانيا: مشكلة البحث

ان اتباع الحائز لخيار معينة دون غيره من الخيارات الممنوحة له قانونا تعد مشكلة يواجهها في الطريقة المتبعة للمحافظة على المال الذي انتقل اليه وهو مثقل بحق الرهن، واسباس هذه المشكلة يرتبط بالتقييد الذي يقع على الحائز في استعمال هذه الخيارات وهو خلاف الاصل الممنوح له قانونا ، فتقييد حرية الحائز في استعمال ما يختاره من الخيارات قد تعيقه في المحافظة على المال انتقل اليه وهو مثقل بحق الرهن .

بالاضافة الى ذلك فان اخلال الدائن المرتهن باتباع الواجبات القانونية (Legal duties) المفروضة عليه يعد بحد ذاته مشكلة تترك اثرا على الحائز في استعماله هذه الخيارات واتباع الطريق الصحيح للمحافظة على ملكه الذي اليه بعد الرهن . مما يترتب على ذلك دراسة هذه المشكلة وايجاد الحلول المناسبة لها .

ثالثا : منهجية البحث

من اجل ايضاح مفهوم البحث والخروج منه بنتيجة واضحة من الافادة ، فإننا نحتاج الى التفسير والنقد والاستنباط،لذا فقد اعتمدنا في اعداد البحث على المنهج التحليلي المقارن ما بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، وسوف نعزز البحث ببعض القرارات القضائية التي تؤيد مضمونه .

المبحث الاول

الموانع القانونية لخيارات حائز العقار المرهون

The legal obstacles for the choices of the real estate owner encumbered

يتمتع حائز العقار المرهون في حالات معينة من التمتع بمطلق الحرية في استعمال الخيارات الممنوحة له وفقا للقانون واتخاذ الخيار الذي يراه مناسباً للمحافظة على العقار الذي انتقل اليه وهو مثقل بحق الرهن للدائن المرتهن ، فتنقيد حريته باستعمال هذا الخيار او ذاك ، ثم نجده ملزماً باتخاذ خيار دون غيره ، ومن الموانع التي تقيد الحائز باستعمال هذه الخيارات ، اذا كان التصرف الذي تلقى به ملكية العقار المرهون تصرفاً بدون عوض (هبة) ، او في حالة انشغال ذمة الحائز بالسبب الناقل لملكية العقار بمبلغ واجب الاداء يكفي لوفاء الديون ، وكذلك اذا كان الحائز قد التزم ابتداءً بقضاء الديون ، كذلك اذا طلب المدين اجلاً للسداد ، وحالة ما اذا طلب الدائن العادي بيع العقار المرهون. وسوف نخصص لكل مانع من هذه الموانع مطلباً مستقلاً وفقاً لما يلي:

المطلب الاول

انتقال ملكية العقار المرهون الى الحائز بطريقة الهبة

عرّف المشرع العراقي بموجب القانون المدني الهبة بانها :- "تمليك مال لآخر بلا عوض"^(١)

فالمال قد تنتقل ملكيته الى الاخر عن طريق الهبة ، طالما انها تصرف قانوني صحيح ، لذلك لا مانع من ان يكون انتقال ملكية العقار المرهون الى الحائز قد تم عن طريق الهبة ، فان الحائز يبقى محتفظاً بهذه الصفة طالما ان شروط اعتباره حائزاً كانت متوفرة فيه وقت التصرف القانوني .

والحائز سيفقد حرية استعمال الخيارات الممنوحة له اذا كانت ملكية العقار المرهون قد آلت اليه بطريق الهبة ، وان العقار المرهون (الموهوب) كان ضماناً لدين في ذمة الواهب او ذمة شخص آخر فان الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، مالم يوجد اتفاق على غير ذلك .

وقد نصت المادة (٢/٦١٩) من القانون المدني العراقي على انه (واذا كان الموهوب بحق عيني ضماناً لدين في ذمة الواهب او في ذمة شخص آخر فان الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك).

ومن قبل هذا النص ، فقد نصت المادة (٦١٤) مدني على انه (١-لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب ، الا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق او الا اذا كانت الهبة بعوض ، وفي الحالة الاخيرة لا يضمن الواهب الاستحقاق الا بقدر ما اداه الموهوب له من عوض كل هذا مالم يتفق على غيره .

٢-وإذا استحق الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوي .

فالتزام الحائز بوفاء الدين المضمون بالرهن المتعلق بالعقار المرهون صحيح ، ويفقده الخيارات الاخرى ، فيجد الحائز نفسه عند تلقيه ملكية العقار المرهون عن طريق الهبة ، ملزما بسداد الدين المضمون بالرهن العقاري ، وكل هذا مالم يتفق على غير ذلك ، لان التزام الحائز بالسداد ليس من النظام من العام .

والحائز عند سداده الدين المضمون بالرهن سيحل محل الدائن المرتهن فيما له من حقوق ودعاوي قبل المدين او الراهن الذي تلقى منه الملكية .

والاساس القانوني لالتزام الحائز بسداد الدين اذا انتقلت اليه ملكية العقار بطريق الهبة ، هو ان ملكية العقار انتقلت اليه دون مقابل ، فهو لم يخسر شيء ، فاذا ما حل اجل السداد ، التزم الحائز بسداده والا اثري على حساب الغير . وهذا كله مالم يتفق على خلاف ذلك ، لان هذا الالتزام ليس من النظام العام .

فالحائز لا يرجع على سلفه الذي تلقى منه الملكية ، حيث لا يوجد ضمان في التبرعات كقاعدة عامة ، الا اذا كانت بعوض ، فالواهب لا يضمن الاستحقاق الا بقدر العوض الذي اداه له الموهوب له ، واذا اراد الحائز المحافظ على الموهوب عليه بسداد الدين ، وهذا لا يعد التزاما سابقا في ذمة الموهوب له ، فهو من قبيل الاثراء فيرجع به فقط على المدين^(٢) .

المطلب الثاني

انشغال ذمة الحائز بالسبب الناقل لملكية العقار

بمبلغ واجب الاداء يكفي لوفاء الديون

الاصل ان دفع الحائز للدين امر اختياري ، ولكنه ينقلب اجباريا ، ويصبح للدائن المرتهن الحق في استيفاء الدين من الحائز ، في حالتين ، اذا كان المستحق في ذمة الحائز بالسبب الناقل لملكية العقار مبلغا واجب الاداء حالا ، ويكفي لوفاء الديون ، ويشترط هنا ان يكون الحائز قد سجل سند ملكيته ، حتى لا يستجد دائنون ينفذ حقهم قبله ، ففي هذه الحالة لا مصلحة للحائز في ان يدفع المستحق بذمته للراهن ، ويجوز للدائن المرتهن ان يجبره على الوفاء له هو^(٣) . وكذلك الحال اذا اتفق جميع الدائنين المرتهنين على اجبار الحائز بان يدفع لهم ، ما هو واجب بذمته ، حتى ولو لم يكن واجب الاداء حالا او كان اقل من الدين المضمون ، علما ان يكون اجبارهم له بالدفع في الميعاد المحدد وبقدر ما في ذمته ، فاذا دفع تخلص من الرهون ، ولو كان ما دفعه اقل من الديون المضمونة ، ولا يجوز للحائز في الحالتين ان يتخلص من الدفع للدائنين ، بالتخلي عن العقار^(٤) .

وقد نص المشرع المصري بموجب المادة (١٠٦٣) من القانون المدني على انه "١- اذا كان في ذمة الحائز ، بسبب امتلاكه للعقار المرهون ، مبلغ مستحق

الاداء حالا يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، فلكل من هؤلاء الدائنين ان يجبره على الوفاء بحقه ، بشرط ان يكون سند ملكيته قد سجل . ٢- فاذا كان الدين الذي في ذمة الحائز غير مستحق الاداء حالا ، او كان اقل من الديون المستحقة للدائنين ، او مغايرا لها ، جاز للدائنين اذا اتفقوا جميعا ان يطالبوا الحائز بدفع ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم ، ويكون الدفع طبقا للشروط التي التزم الحائز في اصل تعهده ان يدفع بمقتضاها ، وفي الاجل المتفق على الدفع فيه . ٣- وفي كلتا الحالتين لا يجوز ان يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار ، ولكنه اذا هو وفى لهم فان العقار يعتبر خالصا من كل رهن ، ويكون للحائز الحق في طلب محو ما على العقار من القيود" .

بالنسبة للمشرع العراقي فانه لم يتخذ موقفا مشابها لما اتخذه المشرع المصري بهذا الصدد ، وانما جاء بحالة خاصة نصت عليها المادة (٣/١٣٠٨) مدني ، وهي بصدد خيار تحرير العقار المرهون والاجراءات المتعلقة به ، حيث نصت على انه (وعليه ان يذكر في نفس الاعلان انه مستعد ان يوفي الديون المسجلة الى القدر الذي قوم به العقار ، وليس عليه ان يصحب العرض بالمبلغ نقدا ، بل ينحصر العرض في اظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال ايا كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة).

فتعد هذه الحالة التي يتخذها الحائز بمثابة التزام على عاتقه بسداد المبلغ الذي قوم به العقار ، والذي يجب في كل الاحوال ان لا يقل عن المبلغ المتبقي بزمته . ويكون ذلك باعلان من الحائز للعقار يلتزم فيه بارادته المنفردة^(٥) بايفاء الديون المقيدة الى القدر الذي يراه يساوي قيمة العقار ، وينشأ الالتزام على عاتقه بمجرد اعلان رغبته في تحرير العقار من الديون المرهون فيها ، وذلك بتوجيهه الى الدائنين الاعلان الذي نصت على محتوياته المادة ١٣٠٨ مدني عراقي^(٦) .

المطلب الثالث

التزام الحائز ابتداءا بقضاء الديون

الرهن التأميني ينشأ بموجب العلاقة التي تربط بين الدائن المرتهن والراهن سواء اكان المدين ام شخصا آخر غير المدين بعلاقة المديونية ، وبالنسبة للحائز فانه اجنبيا لأي من تلك العلاقات ، والحائز منحه القانون الخيارات التي قد يلجأ الى اليها بحسب ما تقتضيه مصالحه ، لتجنب ملاحقة الدائن المرتهن له في ملكية العقار الذي آل اليه وتفاذي نزع هذه الملكية منه ، لذلك شرع له اتخاذ اي من هذه الخيارات التي تناسبه .

غير انه في بعض الحالات يرغب الحائز بالمحافظة على ملكية العقار الذي آل اليه من الراهن بعد قيد الرهن ، وبذات الوقت فانه لا يرغب بالتطهير ولا بالتخلية ، فيلتزم بارادته مع الدائن المرتهن عند حلول الاجل لقضاء الدين

المضمون بالرهن ، وهو في الغالب يقدم على هذا الامر اذا كان مبلغ الدين اقل من القيمة الحقيقية للعقار المرهون ، فالتطهير يتضمن عرض الحائز على الدائن المرتهن ان يدفع له مبلغا مساويا للقيمة الحقيقية للعقار المرهون ، وطالما ان الدائن المرتهن لن يحصل من العقار على اكثر من قيمته الحقيقية عند بيعه بالمزاد العلني ، فمن مصلحته قبول عرض الحائز بالتطهير^(٧) .
وبهذا سيجد الحائز مصلحته متحققة بالتزامه بدفع الدين الى الدائن المرتهن عند حلول الاجل ، سيما وانه يستفيد من اجل الدين ، الذي سيفقده عند اختياره التطهير ، لان الاخير يعني حلول الاجال فالحائز لا ينتظر هذه الاجال حتى تحل وانما يقدم على وفاء القيمة الحقيقية للعقار قبل حلول اجل الدين ويخلص العقار من خطر نزع الملكية .

وتحت هذه المزايا التي يجدها الحائز فانه قد يجد نفسه مضطرا الى الالتزام بقضاء الدين ، فيقدم من تلقاء نفسه ويتفق مع الدائن المرتهن او الدائنين المرتهنين لقضاء الديون التي تثقل عقاره المرهون ، فيكون مجبرا على قضاء الدين المثقل بالرهن العقاري .

والمشرع العراقي لم يضع حكما خاصا لمثل هذه الخيار في النصوص المتعلقة بالرهن العقاري ، وكذلك لم يفعل المشرع المصري ، ولكن بموجب القواعد العامة للعقد^(٨) ، فانه لا مانع من ان يضع الحائز مثل هذا الشرط ويتفق مع الدائن المرتهن بشأنه ، وقد يكون الاخير هو من يضع مثل هذا الشرط على الحائز ، ونلاحظ ان العقد بمثل هذه المفروض هو عقد ملزم لجانب واحد ، فهذا الشرط الذي تم وضعه هو شرط ارادي محض سواء بارادة الدائن او بارادة المدين ، فهو التزام باداء شرط صحيح ، ذلك ان العقد لا يرتب اي التزام في جانب الدائن المرتهن وانما ينشأ له حق منجزا ، واذا اعلن الدائن عن رغبته باتمام الصفقة واستيفاء الدين المضمون بالرهن انعقد الامر من وقت اعلان الارادة لا من وقت الوعد بالوفاء^(٩) ، فهو وعد صحيح وملزم للمدين عند حلول الاجل .

فالحائز يدفع ما في ذمته طبقا للشروط التي اتفق عليها ، وبوجه خاص اذا كان ما في ذمته غير واجب الدفع الا بعد اجل ، لم يدفع للدائن المرتهن المقيد الا عند حلول الاجل ، ولا يستطيع الحائز ان يتخلص من التزامه بالوفاء للدائن المرتهن ، بالتخلي عن العقار المرهون ويتخلص من كل ما عليه من القيود ، حتى لو كان ما دفعه الحائز لا يفي بجميع الديون المقيدة ، وانما يلتزم بما تعهد بدفعه عن حلول الاجل ، طالما ارتضى ذلك ، ويجوز له بعد الدفع ان يطلب محو ما على العقار من القيود^(١٠) .

ويلاحظ ان الحائز لا يدفع في هذه الحالة للدائنين المقيدين ، الا طبقا للشروط وفي الواعيد التي ارتضاها ، وهو اذا دفع على هذا الوجه لا يخسر شيئا ، فهو

قد ادى للدائنين حقوقهم كاملة ، وتخلص من ثمن العقار (لانه يحل محل الدائنين المقيدين) الا اذا بقى بعد الدفع للدائنين المقيدين بقية من الثمن فيدفعها للبائع^(١١) . والدائن المرتهن اذا اجبر الحائز على قضاء الدين ، فان ذلك لا يفقده الحق في التنفيذ على العقار بعد مباشرة الاجراءات القانونية في نزع الملكية ، وبيعه بالمزاد ، اذا ما اخل الحائز بتنفيذ التزامه الذي اتفق عليه ، او ان المبلغ الذي قام بدفعه الحائز لم يفي بكامل الدين الذي يثقل به العقار المرهون ، وذلك لما يتمتع به الرهن التأميني باعتباره حقا من خاصية عدم قابليته على التجزئة ، فهو حق غير قابل للقسمة ، بمعنى ان كل المرهون وكل جزء منه يعتبر ضامنا لكل الدين ولكل جزء منه ، وان كل الدين او اي جزء منه مضمون بكل العقار المرهون ، فلو وفي المدين بجزء اكبر من الدين فان كل العقار المرهون يبقى مع ذلك ضامن للجزء الباقي ولا يتخلص من الرهن بنسبة ما وفي من الدين ، ومع ذلك فان هذه القاعدة اذا كانت من طبيعة الحق ، فانها ليست من مستلزماته ، اي ليست من النظام العام ، ومن ثم فقد يتفق المتعاقدان على التجزئة في العقد نفسه ، او بعد العقد^(١٢) .

والمشرع العراقي لم يرد فيه نص مماثل لما جاء به المشرع المصري بما يخص اجبار الحائز على قضاء الدين الموثق به الرهن التأميني ، وحسنا فعل مشرعنا الوطني ، وذلك لعدم ترجيح كفة الدائن المرتهن على حساب الحائز فيكون الاخير تحت رحمة الدائن المرتهن ، هذا من جهة . ومن جهة اخرى ، فانه طبقا للنظرية العامة في العقد^(١٣) ، فانه يصح ان يقترن العقد بشرط ، طالما انه شرط لا يخالف النظام العام والاداب العامة ، وبموجب هذا فان الحائز اذا اتفق مقدما مع الدائنين المرتهنين ، بان يوفي حقوقهم بحلول الاجل ، فانه يلزم بذلك ولا يلجأ الى خيارا آخر . ونعتقد ان هذا الحرمان من الخيارات للحائز لا يسلب الدائنين المرتهنين المقيدين حقوقهم بمباشرة اجراءات نزع الملكية عن طريق البيع بالمزاد .

المطلب الرابع

طلب المدين اجلا للسداد

يتعلق حق الدائن المرتهن في الرهن التأميني بضمان العقار المرهون وان انتقلت ملكيته الى الحائز ، وان هذا الضمان اساسه وجود دين بذمة المدين لصالح المرتهن الذي خصص العقار لضمانه ، فاذا ما صادف عدم تمكن المدين من السداد ، فالمرتهن لا شك سيلجأ الى استعمال حقه في تنفيذ مضمون حق الرهن ، وذلك باتباع الاجراءات المتعلقة بنزع الملكية والتنفيذ على العقار المرهون ، وهنا يكون للحائز للحفاظ على ملكه ان يستعمل خياراته الممنوحة له في الحفاظ على ملكه ، غير انه في حالات نادرة وبتدخل من المدين قد لا يستعمل الحائز اي من هذه الخيارات ، ويكون بانتظار نتيجة ما سيسلكه المدين

من فرصة سداد الدين ، اذ منحت بعض القوانين الخاصة كالقانون الاردني الخاص بوضع الاموال غير المنقولة تأميناً للدين رقم ٤٦ لسنة ١٩٥٣ ، للمدين ان يطلب اجلا لسداد الدين عند طلب الدائن المرتهن اتباع الاجراءات القانونية ضده و ضد الحائز ببيع العقار ، حيث نصت المادة (١٢) من هذا القانون بانه " اذا حل اجل الدين لاي سبب وتخلّف المدين عن الوفاء به قامت دائرة التسجيل ببيع العقار المرهون بناء على طلب الدائن ، او ورثته في حال وفاته او الدائنين التاليين له في المرتبة ودون حاجة للحصول على قرار قضائي".

ونصت المادة ١٣ من نفس القانون على الاجراءات التي يجب على الدائن اتباعها لبيع العقار وهي لا تختلف عن الاجراءات المقررة في القانون العراقي والمصري ، غير ان المشرع الاردني منح الحق للمدين ان يطلب اجلا لسداد ، حيث نصت المادة (٢/١٣) بانه " اذا طلب المدين خلال المدة (ثلاثون يوما الخاصة بتبليغ المدين او ورثته ببيع العقار) من رئيس المحكمة الابتدائية ، الواقع المال الموضوع تأميناً للدين ضمن منطقتها ن ارجاء البيع ن فانه يجوز له ان يجيب المدين الى طلبه لمدة لا تزيد على شهرين ولمرة واحدة فقط اذا اقتنع : أ- بان لدى المدين مجالا واسعا لتسديد الدين المستحق عليه اذا اعطي مهلة ، ب - بان بيع مال المدين قد يسبب له ضائقة لا داعي لها مراعيها في ذلك جميع ظروف الحال واحتياجات الدائن الخاصة "

واذا ما سلك المدين هذا الخيار ، فاننا نعتقد ان الحائز سينتظر نتيجة طلب المدين بمنحه هذا الاجل ، لان ذلك لا شك فيه مصلحة للحائز في الحفاظ على ملكه دون ان يكلفه ذلك مصاريف او جهد آخر^(١٤) .

ولا نجد مثل هذا الحكم في التشريع العراقي او المصري ، كتشريع خاص او نص خاص في نصوص احكام الرهن التأميني لحماية الحائز في المحافظة على ملكية العقار الذي يحوزه باكثر قدر ممكن ، ومع ذلك فان احكام القواعد العامة في القانون المدني^(١٥) تمنح المدين فرصة طلب الحصول على اجل معين لسداد ، فهي مهلة يمنحها القاضي للمدين حسن النية الذي يمر بظروف صعبة تجعله غير قادر على الوفاء في الميعاد المحدد ، على ان يترتب على هذه المهلة ضررا جسيما يصيب الدائن ، وتتسم الميسرة بالعمومية في التطبيق سواء من حيث محل الالتزام او مصدر الالتزام ، فمن حيث محل الالتزام تمنح نظرة الميسرة في كل الالتزامات بغض النظر محلها سواء كان محل الالتزام نقود او تسليم شيء او غيره ، ومن حيث مصدر الالتزام تمنح نظرة الميسرة في جميع الالتزامات سواء كان مصدر الالتزام العقد او الارادة المنفردة . غير ان القضاء العراقي لا يسير على هذا الاتجاه ، ويتقيد بالنصوص الخاصة التي تحكم الرهن التأميني ، ولا ضير على مشرعنا الوطني لو سار على ذات الاتجاه الذي عليه مسلك المشرع الاردني بمنح المدين الحق بطلب اجل معين لسداد الدين ،

فيسعف بذلك الحائز دون اللجوء الى اجباره لاستعمال اي من الخيارات الممنوحة له في الحفاظ على ملكية العقار الذي يحوز ، لان في هذا الاتجاه مصلحة محققة للحائز في الحفاظ على ملكه العقاري ، طبقا لما يتفق وخاصة التأييد التي يتمتع بها حق الملكية .

المطلب الخامس

طلب صاحب الدين العادي بيع العقار المرهون

تكون اموال المدين جميعا ضامنة للوفاء بديونه ، مالم ينص القانون على غير ذلك ، وهذا ما يسمى بالضمان العام ، ويكون الدائنين في هذا الضمان العام من الناحية القانونية على قدم المساواة ، فاذا اتسع لهم جميعا اموال المدين استوفوا حقوقهم بالكامل ، اما اذا لم تتسع لهم اموال المدين ، واتخذوا جميعا اجراءات التنفيذ على هذه الاموال ، فانهم يتقاسمونها كل بنسبة حقه ، فلا يحصل كل منهم الا على جزء من هذا الحق .

وللدائن ، بما له من ضمان عام على اموال المدين ، ان يتخذ طرقا تحفظية وطرق تنفيذية وطرقا هي وسط ما بينهما ، ومن ذلك له ان يطلب بيع اموال المدين^(١٦) .

ونجد ان الدائنين العاديين يتقدم عليهم اصحاب التامينات الخاصة بما لهم على اموال المدين من حق الضمان الخاص كالدائن المرتهن ، وهذا الاخير يتقدم على غيره من الدائنين العاديين في استيفاء حقه ، بالاضافة لما يتمتع به من حق تتبع المال المضمون بالرهن في اي يد يكون وينفذ عليها .

وهذا الحق في التقدم والتتبع لصاحب التأمين الخاص لا يمنع حق الدائن العادي من طلب بيع اموال المدين والتنفيذ عليها ، اذ يكون للدائن العادي ان يطلب بيع العقار المرهون ويسعى في ذلك للحصول على حقه بمقابل الدين .

وقد تضمن الفصل السابع من قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل بموجب المادة (١٠٧) من القانون النص الاتي "يجوز بيع الاموال المرهونة المنقولة والعقارية تامينا لدين اذا تبين ان قيمتها تزيد على الدين المؤمن وطلب صاحب الدين العادي بيعها ويشترط في ذلك :

اولا- ان لا تفتح المزايدة عليها بمبلغ يقل عن الدين المؤمن
ثانيا- ان يدفع عند تمام البيع الى صاحب الدين الممتاز حقوقه اولا ثم يدفع الباقي الى صاحب الدين العادي " .

وبموجب احكام قانون التنفيذ فان لصاحب الدين العادي غير المؤمن بضمان خاص عند حلول اجل السداد ان يطلب بيع العقار المرهون رهنا تامينيا ، وهو بهذا الطلب لا يعدو ان يكون مجرد صاحبا لحق الضمان العام ، فيشمل حقه العقار المرهون بهذه الصفة ، وعند مباشرة الدائن العادي طلبه ببيع العقار المرهون ، يقدم الراهن ببيع العقار فتنقل ملكيته الى الحائز ، وقد اشترط

القانون ان يكون الدين المضمون بالرهن العقاري اقل من المبلغ الذي تفتح به المزايدة بناء على طلب صاحب الدين العادي ببيع العقار ، وكذلك ان يستوفي صاحب الدين المضمون بالرهن حقه ابتداءا ثم ينتقل الباقي من المبلغ الى صاحب الدين العادي بما له من ضمان عام على اموال المدين .
وعند طلب الدائن العادي ببيع العقار المرهون ، فان المدين يتضرر من جراء ذلك لانه سيحل اجل الدين ، اذ لا يستوفي صاحب الدين العادي حقه الا بعد ان يستوفي صاحب الدين المضمون بالرهن حقه اولا . كذلك وقد يتضرر الدائن المرتهن بطلب الدائن العادي ببيع العقار المرهون ، سيما اذا كان الدين يتضمن شرط الفائدة .

وقد وضع القضاء العراقي شرطا آخر الى الشرطين القانونين السابقين بموجب المادة (١٠٧) من قانون التنفيذ .

والشرط القضائي هو (يجب ان لا يكون العقار المرهون المراد بيعه بسبب الدين العادي من الاموال الممنوع بيعها سندا للمادة (١٤/٦٢) من قانون التنفيذ). وبالرجوع الى المادة ١٤/٦٢ من قانون التنفيذ فانها نصت على انه (لا يجوز بيع الاموال المبينة ادناه لقاء الدين : اولا ، رابع عشر : مسكن المدين او من كان يعيلهم بعد وفاته ويعتبر بدل بيع المسكن او بدل استملاكه للمنفعة العامة بحكم المسكن ، كما تعتبر الحصة الشائعة من المسكن والارض المعدة لانشاء مسكن عليها بحكم المسكن ايضا ، غير انه اذا كان المسكن مرهنا او كان الدين ناشئا عن ثمنه ، فيجوز حجزه لوفاء بدل الرهن او الثمن) .

وبهذا الصدد فقد قضت محاكم بغداد بانه (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ، ولدى عطف النظر على القرار المميز ، وجد ان مديرية التنفيذ قد اتخذت قرارها بحجز وبيع دار سكن المدين بداعي المادة (١٠٧) من قانون التنفيذ والتي ببيع العقار المرهون اذا كانت قيمته تزيد على الدين المؤمن وطلب صاحب الدين العادي بيعه ، ولدى الرجوع الى الفقرة رابع عشر من المادة (٦٢) من قانون التنفيذ وجد انها اجازت حجز وبيع دار السكن في حالتين فقط وهما اذا كان الدين ناشئا عن ثمن السكن فيجوز حجزه وبيعه لوفاء الثمن ن اما الحالة الثانية فهي حالة كون السكن مرهونا فيجوز حجزه وبيعه لوفاء الرهن وما عدا ذلك من الحالات لا يجوز حجز او بيع دار سكن المدين بموجبها والحالة موضوع التدقيقات التمييزية تختلف عن هاتين الحالتين فدين الدائن دين عادي ولم يكن ناشئا عن ثمن سكن المدين حتى يمكن حجزه وبيعه ، وكذا فان الرهن الذي يثقل هذا المسكن ليس مقابل دين الدائن المذكور حتى يمكن بيعه لوفاء بدل الرهن ، لذا يبقى القيد الوارد في المادة ١٤/٦٢ من قانون التنفيذ قائما بالنسبة لمسكن المدين وبالتالي فلا يجوز حجز وبيع سكن المدين لوفاء دين الدائن ، اما القول بان المادة ١٠٧

اجازت بيع العقار المرهون اذا ثبت ان قيمته تزيد على الدين المؤمن لقاء طلب صاحب الدين العادي فان ذلك يصدق في حالة ما اذا كان هذا العقار من العقارات التي يجوز حجزها وبيعها عليه ولما تقدم قرر نقض القرار المميز واعادة الاضبارة الى مديرية التنفيذ للسير فيها وفق ما ورد اعلاه على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١٤/١٠/١٩٨٩^(١٧).

وفي حالة طلب الدائن العادي بيع العقار المرهون عند توافر الشروط المذكورة انفا ، فان الحائز سيضطر الى تحمل اجراءات نزع الملكية بالتنفيذ على العقار المرهون ، لان الدائن العادي باشر بطلبه بالحجز والتنفيذ ببيع العقار المرهون ، ويشترط ان لا يكون هناك غشا او تواطى ما بين الدائن العادي والمدين الراهن ، فيقع ان يتفق الدائن العادي مع المدين الراهن لحرمان الحائز من العقار المرهون ، من خلال قيام الدائن العادي بطلب بيع العقار المرهون بحجة الحصول على مقدار دينه ، فيحرم الحائز من ملكية العقار ، من خلال التنفيذ على العقار وبيعه بالمزاد فيدخل طرفا آخر ويدفع فيه سعرا اعلى لا يستطيع الحائز ان يدفعه . وفي ذلك اخلال بمبدأ حسن النية في التنفيذ ، ومؤدى هذا المبدأ ان لا يستغل احد الاطراف ما قد يكون من غموض او نقص ، وان يكون التكافؤ في مراكز الخصوم متحقق ، لان احتمالية تغيير الظروف المحيطة بالعقد امر وارد ، وان التكافؤ المقصود بتطبيق مبدأ حسن النية ، يقتضي مراعاة تطبيق هذا المبدأ حتى ما تغير هذه الظروف ، ثم مراعاتها الى الحد الذي يتفق مع الاثر القانوني لهذا الشرط صراحتا او ضمنا ، وان الاعتماد يمتد الى العدالة والامانة والضمير التي توجبها جميع الروابط القانونية^(١٨) .

المبحث الثاني

مدى تأثر خيارات الحائز نتيجة إخلال الدائن المرتهن لواجباته القانونية
the extent to which the options of the holder are affected as
a result of the pledgees breach of his legal duties

الدائن المرتهن له الحق في تتبع العقار المرهون الضامن للوفاء بدينه في اي يد يكون ، ومن ثم التنفيذ عليه ، وذلك من خلال بيعه بالمزاد العلني طبقا للاجراءات التي نص عليها القانون ، الا اذا اختار الحائز قضاء الدين الموثق بالرهن ، او تحرير العقار من الرهن ، وفي كلا الحالتين سيتطهر العقار المرهون من الحقوق المثقلة به .

ولا شك ان المركز القانوني لكل من الدائن المرتهن والحائز في الرهن التأميني لا يجمع بينهما سوى وحدة العقار المرهون ، فكل منهما له حق يتعلق بهذا العقار ، سواء كان ذلك بصورة مباشرة كما هو مركز الحائز ، او بصورة غير مباشرة كما هو مركز الدائن المرتهن .

فالدائن المرتهن في حال ما اراد بلوغ حقه المضمون بالرهن ، عليه ان يسلك الاجراءات التي نص عليها القانون ، فاذا ما صادف ان تلكا الدائن المرتهن في هذه الاجراءات او لم يتخذها اصلا ، فان ذلك سيترك اثرا على مدى حرية الحائز في مباشرة الخيارات التي منحها اياه القانون . لهذا سنتناول في هذا المبحث الاجراءات التي يجب على الدائن اتباعها للحصول على حقه المضمون بالرهن التأميني ، ومن ثم البحث في مدى تأثر خيارات الحائز باخلال الدائن المرتهن باتباع الاجراءات التي نص عليها القانون .

المطلب الاول

الواجبات القانونية للدائن المرتهن لمباشرة حق التتبع

يكون استعمال حق التتبع بنزع ملكية العقار المرهون في يد حائزه ، ويجوز للدائن ان يطلب التنفيذ على كل العقار المرهون ، او على بعضه ، وفي حالة انتقال ملكية العقار لعدة اشخاص يجوز للدائن المرتهن ان يطلب بيع اي جزء من اجزائه من اجل كل الدين ، من غير ان يكون للحائز له ان يحتج بانه حائز لجزء منه ، وانه لذلك لا يكون مسؤولا الا عن جزء من الدين ، والسبب هو ان الرهن غير قابل للتجزئة ، ولاجل استعمال حق التتبع ضد الحائز ، يجب ان يكون الدين باقيا كله او جزء منه ، وان يكون حالا ، وان يكون الرهن صحيحا ، والقيود غير باطل ، ولم يمضي عليه فترة التقادم^(١٩) ، والا جاز للحائز ان يدفع دعوى الدائن قبله^(٢٠) .

واذا توافر في الشخص صفة الحائز طبقا للشروط السابق ذكرها ، فانه يجب على الدائن اتباع ما نص عليه القانون لمباشرة حق التتبع في مواجهته ،

وتتقارب مواقف التشريعات القانونية بشأن الاجراءات التي يجب على الدائن اتباعها لمباشرة حق التتبع في مواجهة حائز العقار .

فالمشرع المصري نص في المادة (١٠٧٢) من القانون المدني بانه "اذا لم يختر الحائز سداد بعض الديون المقيدة او يطهر العقار من الرهن او يتخلى عن هذا العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن ان يتخذ في مواجهته اجراءات نزع الملكية وفقا لاحكام قانون المرافعات^(٢١) الا بعد انذاره بدفع الدين المستحق او تخلية العقار ، ويكون الانذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية او مع هذا التنبيه في وقت واحد" .

وبالنسبة للمشرع العراقي فقد نص في المادة (١٣٠٦) من القانون المدني بانه "١-يجوز للمرتهن عند حلول اجل الدين ان ينزع ملكية العقار المرهون رهنا تامينيا في يد الحائز لهذا العقار بعد انذاره بدفع الدين ، الا اذا اختار الحائز ان يقوم بوفاء الدين او بتحرير العقار من الرهن " . ونص ايضا في المادة (١٣١٠) بانه "اذا طلب بيع العقار وجب اتباع الاجراءات المقررة في البيوع الجبرية ، وفقا لقانون التنفيذ ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل من طالب او حائز ، وعلى من يباشر الاجراءات ان يذكر في اعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار... " .

وقد نصت المادة (٨٦) من قانون التنفيذ العراقي المرقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل بانه "اولا:اذا تقرر حجز العقار وفقا لهذا القانون فعلى المنفذ العدل ان يشعر دائرة التسجيل العقاري بوضع اشارة الحجز على سجل العقار ، وعليها اخبار المديرية الحاجزة بوضع اشارة الحجز على العقار وبيان ما عليه من حقوق اصلية او تبعية .. " .

ونصت المادة (٨٧) من نفس القانون بانه "يبلغ المدين بوقوع الحجز على عقاره ولزوم تاديته الدين وملحقاته خلال عشرة ايام من اليوم التالي لتاريخ تبليغه والا بيع عقاره المحجوز"

ونصت المادة (١٠٧) من نفس القانون بانه "يجوز بيع الاموال المرهونة المنقولة والعقارية تامينا لدين اذا تبين ان قيمتها تزيد على الدين المؤمن وطلب صاحب الدين العادي بيعها ويشترط في ذلك : اولا- ان لا تفتح المزايمة عليها بمبلغ يقل عن الدين المؤمن .

ثانيا- ان يدفع عند تمام البيع الى صاحب الدين الممتاز حقوقه اولا ثم يدفع الباقي الى صاحب الدين العادي"

ونصت المادة (١٦١) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل بانه "تقوم دائرة التسجيل العقاري المختصة ببيع العقارات الموثقة برهن او ما هو بحكمه او حق امتياز بناء على طلب تحريري من الدائن المرتهن بتحصيل دينه وملحقاته اذا كان مستحق الاداء"

ونصت المادة (١٦٣) من نفس القانون بانه "١- يبلغ الراهن بلزوم تادية الدين وملحقاته خلال ثلاثة ايام تبدأ من اليوم الذي يلي التبليغ في محل الاقامة من قبله في سجل الرهن ويعتبر هذا المحل ملزما للراهن لهذا الغرض ما لم يتم باسعار الدائرة بصورة رسمية بتغييره".

ونلاحظ ان المشرع العراقي ، فقد حدد للدائن المرتهن ضرورة اتباع الاجراءات التي نص عليها القانون المدني وقانون التسجيل العقاري ، وقانون التنفيذ ، فيحصل نزع الملكية من خلال اتباع واجب الانذار ، ويختلف واجب الانذار بين ما اذا كان العقار في يد المدين عنه ما اذا كان في يد الحائز ، ففي الحالة العادية حيث يكون العقار في يد المدين تبدأ اجراءات التنفيذ بانذار المدين او من يقوم مقامة بالوفاء ، ثم يشرع في بيع العقار في المواعيد وبتابع الاجراءات التي يفرضها قانون التسجيل العقاري .

اما اذا كان العقار المرهون في يد الحائز ، فانه يتوجب على الدائن المرتهن قبل البدء بنزع ملكية العقار المرهون انذار الحائز بدفع الدين^(٢٢).

ونلاحظ ان المشرع العراقي لم ينص في القانون المدني على ضرورة انذار المدين بدفع الدين وانما اكتفى بانذار الحائز بدفع الدين قبل التنفيذ على العقار المرهون ، وكان على المشرع العراقي تلافى هذا القصور التشريعي .

ومع ذلك نعتقد ان المشرع العراقي عاد لتلافي هذا النقص التشريعي في القانون المدني ، وجاء باحكام عامة في قانون التنفيذ وقانون التسجيل العقاري ، يتضح منها انه يجب على الدائن المرتهن ان يباشر اولا بانذار المدين بسداد الدين ، ومن ثم ينذر الحائز بذلك او على الاقل مع انذار المدين ينذره بذلك .

وقد فعل المشرع المصري ذلك صراحة بموجب المادة (١٠٧٢) من القانون المدني السابق ذكرها ، وحسنا فعل بذلك المشرع المصري ، اذ اوجب على الدائن انذار المدين بسداد الدين ثم بعد ذلك انذار الحائز او على الاقل انذاره بذات وقت انذار المدين ، والعلة من ذلك كما نعتقد ان المدين هو المسؤول عن الدين ، وان الحائز لم يكن له سوى حق ملكية تعلق بذات العقار المرهون ، الذي تلقى ملكيته وهو مثقل بحق الرهن التأميني لمصلحة المرتهن.

وايا كان فان الدائن يجب عليه اتخاذ الاجراءات الاتية :

الاول : التنبيه على المدين بالدفع ، ويكون ذلك بالتنبيه بنزع ملكية العقار ، والمدين هو المسؤول الاصيل عن الدين ، ومن الواجب اخطاره بالشروع في التنفيذ ، فقد يكون عنده دفوع توقف السير فيه .

ثانيا: انذار الحائز ، وهو انذار رسمي بالدفع او التخلية ، وليس لانذار الحائز ميعاد في القانون ، فيجوز الانذار بعد التنبيه او مع التنبيه ، ولكن لا يجوز تقديم الانذار على التنبيه ، ويكون الانذار بدفع الدين او تخلية العقار المرهون ، ويجب ان يكون مصحوبا بتبليغ التنبيه الى الحائز والا كان باطلا ، والمراد بذلك

هو اعلان الحائز بصورة مطابقة لاصل التنبيه ، وبذلك يستطيع الحائز ان يتحقق من ان المدين قد اعلن فعلا ، وان يعرف كل ما تعنيه معرفته ليتيسر له اتخاذ موقف في ضوء هذه المعلومات^(٢٣) .

ثالثا : ان يتقدم الدائن المرتهن بطلب تحريري الى الجهة المختصة (التسجيل العقاري ، ودائرة التنفيذ) يطلب فيه بيع العقار المرهون لضمان تحصيل الدين الموثق بالرهن . ومن ثم تتم الاجراءات المتبعة في البيع بالمزاد العلني وتطبق الاجراءات التي نص عليها قانون التنفيذ ، ولا يخل ذلك بما للحائز من حقوق ان يستعملها في اجراءات البيع بالمزاد العلني ، الى يوم رسو المزادة^(٢٤) . ولا يشترط ان يكون الدائن مزودا بسند تنفيذي لصحة اذار الحائز كما هو الحال بالنسبة لتنبيه المدين بنزع ملكية العقار .

وليس لانذار الحائز ميعاد في القانون ، فيجوز اعلانه بعد اعلان التنبيه مباشرة ، او اجرائهما بورقة واحدة ذات صورتين تعلن الى المدين ثم الى الحائز ، ولكن لا يجوز تقديم الانذار على التنبيه لان الوضع الطبيعي يقتضي تكليف المدين بالوفاء قبل المضي في التنفيذ ، لعله يفي بدينه فتتوقف الاجراءات ، على انه اذا جاز اذار الحائز في اي وقت بعد التنبيه على المدين ، فمن الافضل للدائن ان يتمهل في اذاره حتى يتم تسجيل التنبيه الموجه للمدين ، ذلك ان تاريخ هذا التسجيل له دلالة قاطعة في ان كل تصرف جديد في العقار لا ينفذ في حق الدائن ، وبالتالي لا يكون ملزما باتخاذ اجراءات اخرى في مواجهة المتصرف اليه الجديد ، وعلى هذا النحو اذا تعجل الدائن فبادر بانذار الحائز المعلوم لديه قبل تسجيل التنبيه ، وجب عليه ان يعيد الكشف في سجلات القيد العقاري ، اذ من المحتمل ان يتصرف الحائز في العقار الى شخص آخر ، وتتم اجراءات قيد التصرف قبل تسجيل التنبيه وعندئذ يجد الدائن نفسه امام حائز آخر يلتزم بتوجيه اجراءات اخرى اليه^(٢٥) .

ولم يوضح القانون المدني البيانات التي يجب يشملها الانذار ، ولكن يلزم لكي يفي الانذار بالغرض منه ان يبين فيه الدين المطلوب والعقار المزمع التنفيذ عليه وان يكلف الحائز بالدفع ، وهذه مسألة موضوع تختص محكمة الموضوع بتقدير ما اذا كان الانذار وافيا بالغرض المقصود منه او لم يفي بهذا الغرض^(٢٦) . اما بالنسبة لقانون التنفيذ فقد اشار الى البيانات التي يجب ان يشملها الاعلان عن بيع العقار المحجوز عليه بالمزاد ، ومن هذه البيانات جميع اوصاف العقار واحواله الثابتة وقيمتها المقدرة عند وضع اليد عليه ، مع اسم المدين والدائن وشهرتهما ، ونعتقد ان هذه البيانات ضرورية لان ترد بالتنبيه على المدين او اذار الحائز بالدفع ، بالقدر التي تتلاءم وطبيعتهما^(٢٧) .

المطلب الثاني

اثر اخلال الدائن المرتهن لإجراءات حق التتبع على خيارات الحائز

سبق وان تطرقنا الى واجبات الدائن المرتهن في المطلب السابق واتضح لنا انه يجب على الدائن المرتهن ان يقوم بواجب تنبيه المدين بالدفع وقد يكون بنزع الملكية ، وانذار الحائز ايضا بالدفع او نزع الملكية ، ومع ذلك فالحائز له الخيارات القانونية بعد التنبيه عليه بذلك ، فقد يختار ما يناسبه من الدفع او التخلية او التحرير ، وقد يستسلم لاجراءات نزع الملكية.

وفي حالات معينة نجد ان الدائن المرتهن ، يخفق في واجباته القانونية مما يؤثر بالنتيجة على استعمال حقه في تتبع المال المرهون ، ومن ثم يترك اثرا واضحا على ما يستعمله الحائز من خيارات .

فاذا لم يقم الدائن المرتهن بواجباته القانونية ، فالاحكام الصادرة بنزع الملكية وبمرسي المزاد لا تسري على من كان حائزا للعقار ، وله طلب اعادة يده عليه ان نزع منها^(٢٨) ، فيكون للحائز بذلك ان يعارض في تسليم العقار الى الراسي عليه المزاد ، باعتبار ان الحكم القانوني بذلك لا يكون ساريا عليه^(٢٩) .

وقد اوضحت المادة (١/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي ذلك الحكم حيث نصت بانه "يجوز للمرتهن عند حلول اجل الدين ان ينزع ملكية العقار المرهون رهنا تامينيا في يد الحائز لهذا العقار بعد انذاره بدفع الدين ، الا اذا اختار الحائز ان يقوم بوفاء الدين او بتحرير العقار من الرهن".

وقد حاول المشرع العراقي بهذا النص ان يفرض على الدائن المرتهن ضرورة انذار الحائز بدفع الدين كاجراء سابق على نزع الملكية للعقار المرهون ، من اجل ان يتيقن الحائز بانه في خطر احتمال نزع ملكية العقار الذي يحوز ، الا اذا رغب في قضاء الدين او التحرير ، فيحافظ على ملكية العقار دون اللجوء الى اجراءات نزع الملكية .

وقد منح القانون الحائز الحق في ان يتمسك ببطلان اجراءات نزع الملكية اذا لم ينذر بدفع الدين من قبل الدائن المرتهن ، وله ان يعارض في تسليم العقار الى الشخص الذي رسا عليه المزاد ، فيحافظ على ملكية العقار الذي حاز .

وقد يتمسك الحائز بان اجراءات القيد لم تستكمل الا في تاريخ لاحق على تسجيل التصرف الصادر اليه او ان الرهن سقطت عنه مرتبته لعدم تجديد القيد ، فاذا تمسك الحائز بمثل هذه الدفوع ترتب على نجاحه في ذلك ايضا حرمان الدائن المرتهن من مباشرة حق التتبع^(٣٠) .

وقد كان المشرع المصري اكثر صراحة من المشرع العراقي بتنظيم الاحكام التي قد تترتب على تخلف الاجراءات التي اوجبها القانون على الدائن المرتهن لنزع ملكية العقار المرهون من الحائز ، فقد نص في المادة (١٠٧٣) من القانون المدني المصري بانه "اذا لم يختار الحائز ان يقضي الديون المقيدة او

يطهر العقار من الرهن او يتخلى عن العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن ان يتخذ في مواجهته اجراءات نزع الملكية وفقا لاحكام قانون المرافعات الا بعد انذاره بدفع الدين المستحق او تخلية العقار ، ويكون الانذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية او مع التنبيه في وقت واحد"

وقد نصت المادة (٦٢٦) من قانون المرافعات المصري بانه "اذا كان المرهون في يد حائز آل اليه بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه (تنبيه نزع الملكية) وجب انذاره بدفع الدين او تخلية العقار والا جرى التنفيذ في مواجهته ، ويجب ان يكون الانذار مصحوبا بتبليغ التنبيه اليه والا كان باطلا"

والانذار بموجب هذا النص يجب ان يتضمن اخطار الحائز باجراءات التنبيه في مواجهة المدين ، والا كان الانذار باطلا ، والمراد من بذلك هو اعلان الحائز بصورة مطابقة لاصل التنبيه السابق اعلانه الى المدين ، وبذلك يستطيع الحائز ان يتحقق من ان المدين قد اعلن فعلا وان يعرف كل ما يعنيه معرفته ليتيسر له اتخاذ موقف على ضوء هذه المعلومات ، لذلك كان التشدد فيه الاثر المترتب على عدم القيام بهذا الاجراء^(٣١) .

ونعتقد ان الدائن المرتهن اذا لم يبادر بهذه الاجراءات ضد المدين والحائز ، فان الاخير له ان يحافظ على ملكية العقار من ملاحقة الدائن وبيعها بالمزاد ، لانه يكون في مأمن من هذا الخيار الاخير الذي قد يضطر اليه الحائز فيما لو قام الدائن بهذه الاجراءات بالشكل القانوني الصحيح .

والموقف مختلف في القانون الفرنسي ، حيث نصت المادة (٢٤٦٤) من القانون المدني بانه " في حال تخلف الشخص الثالث واضع اليد عن اتمام احدى الالتزامات المذكورة ، يحق لكل دائن صاحب حق تتبع على العقار متابعة حجز هذا العقار وبيعه وفقا للشروط الملحوظة" .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بهذا الصدد " للتوصل الى بيع عقار واضع يده عليه الشخص الثالث الذي تخلف عن اتمام التزاماته القانونية ، يتوجب على كل دائن مضمون برهن عقاري ، توجيه اخطار مسبق الى كل من المدينين الشركاء الاصليين طالما بقى هؤلاء ملزمين بالدين"^(٣٢) .

وقد قضت ايضا ((ان عدم مراعاة الاصول لا يسبب ضررا ، لان هذا الاخطار لا يشكل اجراء شكليا ليس من شأن عدم التقيد به ان يؤدي الى ابطال الحجز العقاري ، والحل ذاته في حال عدم توجيه الانذار للشخص الثالث واضع اليد بهدف الدفع او التخلي))^(٣٣) .

ويتضح ان موقف القانون والقضاء في فرنسا لا يرتب اثرا ببطلان الاجراءات المتبعة في ملاحقة المدين او نزع ملكية الحائز للعقار المرهون ، عند الاخلال باتباع الاجراءات التي نص عليها القانون لاستعمال حق التتبع .

الخاتمة

بعد الانتهاء بعون الله من كتابة البحث نورد في ادناه اهم الملاحظات والاستنتاجات والتوصيات التي تم التوصل اليها .

النتائج :

اولا : حائز العقار المرهون في حالات معينة قد يحرم من التمتع بمطلق الحرية في استعمال الخيارات الممنوحة له وفقا للقانون واتخاذ الخيار الذي يراه مناسباً للمحافظة على العقار الذي انتقل اليه وهو مثقل بحق الرهن للدائن المرتهن ، فتتقيد حرته باستعمال هذه الخيارات سواء اكان قضاءا للدين او التطهير او تحمل اجراءات نزع الملكية .

ثانيا : ان هذه الموانع التي تقيد ارادة الحائز في استعمال خياراته القانونية ، منها ما يرجع اساسه الى طبيعة التصرف القانوني الذي انتقلت به ملكية العقار المرهون ، كما هو الحال اذا انتقلت ملكية العقار المرهون عن طريق الهبة . فالحائز سيفقد حرية استعمال الخيارات الممنوحة له اذا كانت ملكية العقار المرهون قد آلت اليه بطريق الهبة ، وان العقار المرهون (الموهوب) كان ضمانا لدين في ذمة الواهب او ذمة شخص آخر فان الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين .

وهناك من الموانع ما يرجع اساسه الى ارادة الحائز ابتداء ، اذ يلجأ الاخير في حالات معينة للمحافظة على ملكية العقار الذي آل اليه من الراهن بعد قيد الرهن ، وبذات الوقت فانه لا يرغب بالتطهير ولا بالتخلية ، فيلتزم بارادته مع الدائن المرتهن عند حلول الاجل لقضاء الدين المضمون بالرهن ، وهو في الغالب يقدم على هذا الامر اذا كان مبلغ الدين اقل من القيمة الحقيقية للعقار المرهون .

ثالثا : ان المنع الذي يعود الى طبيعة التصرف القانوني ، فانه ليس من النظام العام اذ يجوز الاتفاق على خلافه ، وقد ورد في ختام نصت المادة (٢/٦١٩) من القانون المدني العراقي على هذا المضمون ، حيث نصت على انه (واذا كان الموهوب بحق عيني ضمانا لدين في ذمة الواهب او في ذمة شخص آخر فان الموهوب له يلتزم بوفاء هذا الدين ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك) .

رابعا : تتقيد ارادة الحائز في استعمال الخيارات القانونية اذا كان المستحق في ذمته بالسبب الناقل لملكية العقار مبلغا واجب الاداء حالا ، ويكفي لوفاء الديون ، ويشترط هنا ان يكون الحائز قد سجل سند ملكيته ، حتى لا يستجد دائنون ينفذ حقهم قبله ، ففي هذه الحالة لا مصلحة للحائز في ان يدفع المستحق بذمته للراهن ، ويجوز للدائن المرتهن ان يجبره على الوفاء له هو فقط . وكذلك الحال اذا اتفق جميع الدائنين المرتهنين على اجبار الحائز بان يدفع لهم ، ما هو واجب بذمته ، حتى ولو لم يكن واجب الاداء حالا او كان اقل من الدين المضمون ، علنا يكون اجبارهم له بالدفع في الميعاد المحدد وبقدر ما في ذمته ، فاذا دفع تخلص من الرهن ، ولو كان ما دفعه اقل من الديون المضمونة ، ولا يجوز للحائز في

الحالتين ان يتخلص من الدفع للدائنين ، بالتخلي عن العقار ، وقد سار على هذا النحو القانون المدني المصري بموجب نص المادة (١٠٦٣) من القانون المدني ، اما بالنسبة للمشرع العراقي فانه لم يأتي بنص مشابه لهذا الحكم .
خامسا : طبقا لاحكام نص المادة (١٠٧) من قانون التنفيذ العراقي ، فان الحائز يتقيد خياره بتحمل اجراءات نزع الملكية ، اذ منحت هذه المادة لصاحب الدين العادي ان يطلب بيع اموال مدينه ، فاذا ما تبين ان اموال المدين (الحائز) مرهونة فانه سيتقيد باجراءات نزع الملكية دون شك .

التوصيات :

اولا : نوصي المشرع العراقي اسوة بالمشرع المصري ان ينص صراحة على الزام الحائز بدفع الدين المضمون بالرهن الى الدائنين المرتهنين ، اذا كانت قيمته معادلة لقيمة العقار او اقل منه ، وذلك اذا ما اتفق جميع الدائنين على الزامه بالسداد ، ويكون النص كالاتي(اذا كان في ذمة الحائز ، بسبب امتلاكه للعقار المرهون ، مبلغ مستحق الاداء حالا يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، فيكونلهؤلاء الدائنين ان يجبروه على الوفاء بحقوقهم) .
ثانيا : يجب عدم تقييد حرية الحائز في استعمال الخيارات الممنوحة له عند مباشرة الدائن العادي طلب بيع اموال المدين سندا لنص المادة (١٠٧) من قانون التنفيذ ، وان تبقى تلك الخيارات ممنوحة للحائز بحسب المصلحة التي تتحقق له ، لذا نوصي المشرع العراقي بان ينص صراحة على عدم التعارض بين مضمون نص المادة ١٠٧ من قانون التنفيذ وما يتمتع به الحائز من خيارات قانونية يستعملها لتحقيق مصلحته والحفاظ على ملكية العقار المرهون الذي انتقل اليه وهو مثقل بهذا الحق .

هوامش البحث

- (^١) المادة (١/٦٠١) من القانون المدني العراقي .
- (^٢) انظر في هذا المعنى الدكتور محمد بن عواد الاحمدي ، عقد الرهن العقاري المسجل في الفقه الاسلامي والنظام السعودي والقانون المقارن ، الطبعة الاولى ، مركز الدراسات العربية ، مصر ، ٢٠١٦ ، ص ٦٥١
- (^٣) الدكتور سليمان مرقس ، الحقوق العينية التبعية ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، المنشورات الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص ٣٤١
- (^٤) الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء العاشر ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٣٤
- (^٥) نصت المادة (١/١٨٤) من القانون المدني العراقي على انه "لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك" . وقد نصت المادة (١٣٠٨) من القانون المدني العراقي على احدى الحالات التي تلزم الارادة المنفردة صاحبها وهي حالة تحرير العقار المرهون .
- (^٦) الدكتور عبدالمجيد الحكيم والاستاذ عبدالباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص ١٩٢
- (^٧) الدكتور سمير عبدالسيدتناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، الطبعة الاولى ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٦٧ ، ص ١٦٧
- (^٨) انظر نص المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي .
- (^٩) الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الاوصاف والحوالة والانقضاء ، الجزء الثالث ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ١٨
- (^{١٠}) الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ذكره ، ص ٥٣٦
- (^{١١}) المصدر نفسه ، ص ٥٣٧
- (^{١٢}) الدكتور غني حسون طه ، محمد طه البشير ، الحقوق العينية التبعية ، الجزء الثاني ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص ٣٥٣
- (^{١٣}) المادة (٢٨٦) من القانون المدني العراقي
- (^{١٤}) الدكتور علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية - الطبعة الثامنة ، دار الثقافة ، عمان ٢٠١١ ، ص ٢٨٢
- (^{١٥}) المادة (٢/٣٩٤) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه "فاذا لم يكن الدين مؤجلا ، او حل اجله ، وجب دفعه فورا ، ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعها نص في القانون ان تنظر المدين الى اجل مناسب اذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم" .
- (^{١٦}) للدائن ان يتخذ من الطرق التحفظية قطع التقادم او التدخل في اجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينة ، ومن الطرق التنفيذية الحجز على اموال المدين وبيعها وتوزيع ما ينتج من ذلك ، ومن الطرق الوسط بين التحفظية والتنفيذية الدعوى غير المباشرة والدعوى بعدم نفاذ التصرفات والدعوى الصورية وهناك اجراءان هما حق الحبس للضمان والحجر على المدين المعسر . للمزيد من التفاصيل راجع الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، التأمينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ذكره ، ص ٣ .
- (^{١٧}) القرار التمييزي المرقم ٥٥٩ / تنفيذ / ١٩٨٩ محكمة استئناف منطقة بغداد ، غير منشور ، اشار اليه الاستاذ القاضي مدحت المحمود ، شرح قانون التنفيذ العراقي ، الطبعة الثانية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ١٨٤

- (١٨) الدكتور حسين عامر ، القوة الملزمة للعقد ، الطبعة الاولى ، مطابع مصر ، القاهرة ، ١٩٤٩، ص٦٨ .
- (١٩) نعتقد ان تقادم حق المرتهن في تتبع العقار يمكن ان يتعرض لمضي مدتين الاولى (١٥) سنة وهو التقادم الطويل العام بموجب نص المادة (٤٢٩) من القانون المدني ، والتي تنص "الدعوى بالالتزام ايا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة .." ، وهناك تقادم خاص بتنفيذ الحكم القضائي حسب ما نصت عليه المادة (١١٢) من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل والتي تنص "اذا ترك الحكم او المحرر المودع للتنفيذ ولم يراجع صاحبه بشأنه سبع سنوات اعتبارا من تاريخ اخر معاملة فتسقط قوته التنفيذية"
- (٢٠) الدكتور محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، التامينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص٢٠٨ .
- (٢١) من ذلك على سبيل المثال ما نص عليه المشرع المصري في قانون المرافعات في المادة ٤١١ على انه "اذا كان العقار مثقلا بتامين عيني وآل الي حائز بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه ، وجب انذاره بدفع الدين او تخلية العقار ، والا جرى التنفيذ في مواجهته ، ويجب ان يكون الانذار مصحوبا بتبليغ التنبيه اليه ، والا كان باطلا..."
- (٢٢) الدكتور غني حسون طه ، محمد طه البشير ، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ذكره ، ص٤٥٠ .
- (٢٣) الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، التامينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ذكره ، ص٥٢٥ .
- (٢٤) المادة (٢/١٣٠٧) من القانون المدني العراقي
- (٢٥) الدكتور شمس الدين الوكيل ، نظرية التامينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٥٩ ، ص٣٢٧ .
- (٢٦) الدكتور غني حسون طه ، محمد طه البشير ، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ذكره ، ص٤٥١ .
- (٢٧) المادة (٩٦) من قانون التنفيذ العراقي
- (٢٨) الدكتور محمد كامل مرسي ، التامينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص٢١٢ .
- (٢٩) الدكتور غني حسون طه ، محمد طه البشير ، الحقوق العينية التبعية ، مصدر سابق ، ص٤٥١ .
- (٣٠) الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، التامينات الشخصية والعينية ، مصدر سابق ، ص٥٢٦ .
- (٣١) الدكتور شمس الدين الوكيل ، ص٣٢٧ .
- Georges نقض مدني ٨/كانون الثاني /١٩٩٧/ النشرة المدنية الثانية رقم ٣ ، نقلا عن (32) Wiederkehr ,Xavier Henry ,Alice Tisserand Martin ,and other ,france civil law ,daloz ,2009 .p2130
- (٣٣) نقض مدني ٥/تموز /١٩٨٢/ النشرة المدنية الثانية رقم ١٠٣ نقلا عن Georges Wiederkehr , others , op , cit , p2130