

## تقييد سلطة الراهن في بيع العقار المرهون

أ.د. سليمان براك دايع الجميلي<sup>1</sup>، الباحث سرمد دلف حنوش<sup>2</sup>

جامعة الفلوجة ، كلية القانون ، محافظة الأنبار ، جمهورية العراق

استلام البحث: 21/06/2023 مراجعة البحث: 27/09/2023 قبول البحث: 08/10/2023

### ملخص الدراسة :

تتمحور فكرة البحث حول التباين الحاصل في موقف المُشْرِع العراقي من بيع الراهن للعقار المرهون خلال مدة سريان عقد الرهن، إذ وبالرغم من النص صراحةً في القانون المدني على أحقية الراهن في البيع مع بقاء حقّ الدائن المرتهن على المرهون، من خلال عدم نفاذ البيع في مواجهة المرتهن، إلا أنّ المُشْرِع قيّد هذا الحق في قانون التسجيل العقاري دون أنّ تلتزم مبرراً لذلك، فأولى للمرتهن حماية تفوق ما يتمتع به الراهن وأخلّ بعد ذلك بالتوازن بين مصالح اطراف عقد الرهن، فضلاً عن ذلك نستشف وجود تعارضاً واضحاً بين نصّ المادة (317) من قانون التسجيل العقاري مع قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (1198) لسنة 1977 .

**الكلمات المفتاحية:** الراهن، بيع العقار المرهون، المنع من التصرف، التعهد بنقل الملكية، التسجيل العقاري.

### Restricting the Mortgagor's Authority to Sell the Mortgaged Property

#### Abstract:

The idea of the research revolves around the discrepancy in the position of the Iraqi legislator regarding the mortgagor's sale of the mortgaged property during the validity period of the mortgage contract, as despite the explicit stipulation in the Civil Code that the mortgagor has the right to sell while the right of the mortgagee creditor remains over the mortgaged property, through the non-effectiveness of the sale at the direction of the mortgagee. However, the legislator restricted this right in the Real Estate Registration Law without us seeking a justification for that, as it gave the mortgagee protection greater than what the mortgagor enjoys, and then disturbed the balance between the interests of the parties to the mortgage contract. In addition to that, we detect a clear contradiction between the text of Article (317) of the Mortgage Law. Real estate registration with the dissolved Revolutionary Command Council Resolution No. (1198) of 1977.

**Keywords.:** Current, Selling the mortgaged property, Prohibition from acting, Pledge to transfer ownership, Real estate registration.

**المُقدِّمة:**

يكتسب المرتهن على المرهون حقاً عينياً بمجرد انعقاد الرهن، ومع ذلك لا يُقيد كسب هذا الحق سلطة الراهن في التصرف ضماناً لمصلحته، إلا ما يخص ضمان سلامة الرهن، ولا شك أن نظام الرهن لكي يُحقَّق وظيفته؛ يستلزم أن تكون هناك موازنة بين المصالح من حيث الدور الائتماني للمال وحق ملكيته، بما يُضمن الوصول إلى أقصى استفادة منه، ولما كان الأصل بأن للراهن حرية التصرف بماله المرهون دون الاضطرار بسلامة الرهن كقيد عام، إلا أن الفقه اختلف في مدى جواز حرمان الراهن من سلطته في التصرف بناءً على اتفاق المتعاقدين أو بموجب نصٍ خاص يُقيد الأصل العام في القانون المدني. وعلى الرغم من صيرورة الرهن -في الحالة أعلاه- سارياً في مواجهة الجميع كي يُحقَّق وظيفته الائتمانية، من خلال ضمان الوفاء بالدين تقدماً وتتبعاً، إلا أن الأمور تتعقد قليلاً، في حالة بيع المرهون خلال مدة نفاذ العقد، وانتقال ملكيته إلى الغير، إذ اختلف حكم البيع في القانون المدنية عنه في قانون التسجيل العقاري سعيًا من كليهما لأن يكون الحكم يحقق مصلحة كل الأطراف، إذ إنَّ المُشرِّع تأسيساً على فكرة الرهن أولى عنايته في حماية كل الأطراف، ولا سيما إنَّه يرغب أساساً في بقاء تداول الأموال دون أن تُعَيِّد الرهون بحرية تداولها، لما في ذلك من تحقيق مصلحة عامة، كما يُراعي المُشرِّع من إنتقلت إليه ملكية المرهون، من خلال وضعه نصب الإعتبار بمنحه حقوقاً لم تكن للراهن تشجيعاً لتداول الأموال المرهونة، وما ذلك إلا تطبيقاً منطقياً لفكرة الرهن، الذي أبتدعها الفكر القانوني الحديث كوسيلة للضمان.

وتتمحور إشكالية الدراسة حول فكرة نظام الرهن التي ابتدعها الفكر القانوني، والتي تقوم اساساً على أستنفاد المال بكافة طرق الفائدة منه فيكون للمال دوره الائتماني مع بقاء حق الراهن في بيعه خلال مدة سريان الرهن تحقيقاً لمصالح الاطراف، إذ توزعت في ثنايا القانون العراقي نصوص قانونية شملت احكاماً تختلف فيما بينها بين الحين والآخر، فجاءت بعضها لتصرح بجواز بيع المرهون خلال مدة سريان عقد الرهن -كقاعدة عامة- إلا أن الحال لم يدم طويلاً حتى جاءت نصوص خاصة لتقييد الحكم العام والذي أثار بدوره اشكالية جديدة بتعارضه مع نصوص التمليك طبقاً لأحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (1198) لسنة 1977 المعدل، ومن ثم يقودنا كل ذلك الى التساؤل حول غاية المشرع من تقييد سلطة الراهن في التصرف بالعقار المرهون بيعاً في قانون التسجيل العقاري، وما مدى تعارض المادة (317) من القانون الأخير مع قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (1198) لسنة 1977 المعدل. وفي سبيل تحديد نطاق البحث، تقتضي الضرورة التركيز على بيع العقار المرهون للغير خلال مدة الرهن، ليخرج بعد ذلك من نطاق بحثنا بيع المرهون عند حلول اجل الدين المضمون في المزداد العلني، وبيع العدل للمال المرهون بالنسبة للعقار المرهون حيازياً، ويسعى الباحث من كل ذلك دراسة الموضوع على وفق المنهج التحليلي المقارن ومناقشة آراء الفقه القانوني مع تشريع القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وقانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971، واحكام القضاء، متى دعت الضرورة لذلك، وفي خضم ذلك، ومن أجل وضع هيكلية البحث، سيتم دراسة ما تقدم من خلال تقسيم البحث إلى مبحثين، نعرض في أولهما تقييد سلطة الراهن في بيع المرهون، وتُبين في المبحث الثاني اشكالية نقل ملكية المرهون مع بيعه خارجياً.

**المبحث الأول****تقييد سلطة الراهن في بيع المرهون**

قد يكون تقييد سلطة الراهن في التصرف بالعقار المرهون بناءً على اتفاق أطراف عقد الرهن، نابغاً عن إرادة صحيحة وحرّة، إلى جانب ذلك يمكن أن يكون القيد الذي يردُّ على سلطة الراهن له أساس قانوني، الأمر الذي يستوجب أن نقسّم هذا المبحث إلى مطلبين، نُخصّص الأول لدراسة تقييد سلطة الراهن في بيع المرهون اتفاقاً، ونتناول في الثاني تقييد سلطة الراهن في بيع المرهون قانوناً.

**المطلب الأول****تقييد سلطة الراهن في بيع العقار المرهون اتفاقاً**

على فرض أن الراهن قد سبق وأن قيد الرهن في الدائرة المختصة، فإنَّ تصرفه بالمرهون بيعاً لا يضر بحق الدائن المرتهن، وللاخير تتبع العقار في يد مشتريه، ونعتقد أنه من الضرورة بمكان البحث في مدى جواز وجود قيد اتفاقي على سلطة الراهن في التصرف بالمرهون بيعاً،

إذ إنَّ الفقه القانوني اختلف في مدى جواز تضمين عقد الرهن شرطاً، يحظر على الراهن التصرف بالمرهون في الفترة ما بين تسجيل عقد الرهن، والتنفيذ على المال المرهون، وانقسموا في ذلك إلى إتجاهين، بين من يرى إنه من النظام العام، وبين من يستند إلى صحة شرط المنع من التصرف. وعلى هذا الأساس أرتأينا تقسيم المطلب على فرعين، نعرض سلطة الراهن في التصرف من النظام العام في فرع أول، ونبيِّن صحة شرط المنع من التصرف في فرع ثانٍ، ونفرد للتقييم الآراء الفقهية فرع ثالث.

### الفرع الأول: عدم جواز تقييد سلطة الراهن بالتصرف:

ذهب جانب من الفقه إلى القول أنَّه: ليس للدائن المرتهن بأراداته أن يُقيّد ما اعتبره القانون حقاً للراهن<sup>(1)</sup>، إذ لا يجوز حرمان الراهن من مباشرة سلطة التصرف، فيما لا يضر بضمان سلامة الرهن، ولا ينقص من قيمة الضمان، ويُعدُّ ذلك من النظام العام، الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه، وبَرَّر ذلك بالقول "إنَّ حرية التصرف بالمرهون من الخصائص الأساسية لنظام الرهن ذاته، فضلاً عن أن المصلحة المشروعة التي يحققها المنع من التصرف للدائن المرتهن - متمثلة في تجنبه إجراءات تتبع العقار في يد الغير - لا تتناسب مع الضرر الذي يلحق الراهن، من تقييد سلطته في التصرف بما يملك" كما إنَّ هذا الشرط الذي يمنع الراهن من التصرف له أثر سلبى بالانتماء العقاري للراهن.

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، التي نصت على "حرية الراهن في أن يتصرف بالعقار المرهون على النحو المتقدم لا يجوز أن يقيد بها اتفاق مع الدائن المرتهن، ويكون باطلاً تعهد الراهن للدائن المرتهن بألا يتصرف في العقار المرهون". ولا غبار على ذلك أنَّ المذكرة الإيضاحية قد عدت كل اتفاق يحرم الراهن من سلطته في التصرف بالمرهون باطلاً، واعتبرت ذلك مخالفاً للنظام العام<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: جواز تقييد سلطة الراهن بالتصرف:

في مقابل ما جاء به الجانب الأول من الفقه، نجد أنَّ جانب ثانٍ يرى أنَّ وضع شرط مانع من التصرف من قبل الدائن المرتهن هو شرط جائز إذا ما توفرت فيه شروط صحة الشرط المانع من التصرف، والتي نلخصها بأن يكون الباعث على الشرط مشروعاً، ولا شك أنَّ تفادي تتبع المرتهن للمرهون يخفف من عبء إجراءات التنفيذ، ومن ثمَّ يكون باعث شرط المنع من التصرف صحيحاً ومُحدَّد المدة، إذ إنَّه ينتهي بإنتهاء أجل الدين المضمون، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى حكم القواعد العامة، ومقتضاها أنَّ كل شرط لم ينصَّ القانون عليه بالمنع، ولا مخالفاً للنظام العام والأداب يُعدُّ شرطاً صحيحاً، لا يجوز إبطاله، ما دامت هناك مصلحة جديّة يُراد حمايتها بهذا الشرط<sup>(3)</sup>. ولا بُدُّ هنا أن نشير، إلى أنَّ الشرط المانع من التصرف أساساً، قد نال ما يكفي من الحديث، حول منعه أو جوازه، إذ إنَّ المُشرِّع العراقي لم ينصَّ صراحةً على الشرط المانع من التصرف، سواء بالمنع أو الجواز، وترك ذلك لحكم القواعد العامة، ومقتضاها بأنَّ كلَّ شرط يُحقِّق مصلحة مشروعة لصاحبه لا يُعدُّ مخالفاً للنظام العام وهذا رأي فقهي أول<sup>(4)</sup>، في الجانب المقابل نجد رأي آخر يرى عدم مشروعية شرط المنع من التصرف، ويستدلون بما جاء بنص المادة (1/534) من القانون المدني العراقي<sup>(5)</sup> ومقتضاها أنَّ المُشرِّع أجاز الترتيب في انتقال الملكية بمعنى آخر أجاز تأجيل انتقال الملكية لحين سداد ثمن المبيع، مؤدَّى ذلك لو أنَّ المُشرِّع العراقي أراد إجازة شرط المنع من التصرف لما نصَّ في المادة المذكورة أنفاً على جواز اشتراط عدم انتقال الملكية لحين سداد الثمن، فشرط المنع من التصرف أسهل بكثير من اللجوء إلى شرط الاحتفاظ بالملكية، لحين الوفاء بثمن المبيع<sup>(6)</sup> كما أنَّ "الإرادة بمفردها لا تستطيع أن تفرض على الملكية قيوداً ما لم يكن القانون قد حولها ذلك، لأنَّ

(1) يُنظر: د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10، التأمينات الشخصية والعينية، دار احياء التراث العربي، بيروت، فقرة 174، ص280؛ سميح تناعو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص206، محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، ج 2، مكتبة السنهوري، ص416.

(2) مجموعة الاعمال التحضيرية، ج 7، ص39.

(3) يُنظر: د. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، ط2، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1959، هامش رقم 2، ص 249.

(4) يُنظر: د. حسن علي النون، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، شركة الرابطة للطباعة والنشر، بغداد\_العراق، 1954، فقرة 58، ص 5؛ محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، مكتبة السنهوري، ج1، ص91.

(5) نصت المادة (1/534) من القانون المدني العراقي على انه (اذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبايع ان يحتفظ بالملكية الى ان يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع).

(6) يُنظر: د. صلاح الدين الناهي، محاضرات عن القانون المدني العراقي-حق الملكية في ذاته، معهد الدراسات العربية العالي، 1960، ص105-106؛ كذلك ينظر: د. عيود عبداللطيف البدراري، دراسة في الحقوق العينية الاصلية، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1975، ص295؛ يُنظر أيضاً: د. درع حماد عبد، الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية والحقوق المنقولة منها، ج1، دار السنهوري، بيروت، 2018، ص102.

تحديد سلطات المالك مما يدخل في النظام العام<sup>(7)</sup>، ولا يمكن عدّ ما جاء بنصّ المادة (1/131) تخويلاً للإرادة، في إضافة شرط المنع من التصرف في عقد الرهن<sup>(8)</sup>، لذلك نجد أنّ القضاء العراقي ذهب في بادئ الأمر مؤيداً ما جاء به أنصار الرأي الثاني، وتضمنت ثانياً قرارات محكمة التمييز في العراق ما يمنع الشرط المانع من التصرف، إذ قضت في قرار لها جاء فيه " إذا شرط في عقد البيع عدم جواز بيع السيارة المباعة إلى الغير قبل تسديد كامل الثمن فلا يعتد بهذا الشرط لمنافاته مقتضى الشرط"<sup>(9)</sup>. وفي قرار آخر للمحكمة المذكورة جاء في مضمونه ما مفاده " إذا كان الشرط يتنافى مع حق المالك في التصرف بملكه فلا اعتبار لهذا الشرط لمخالفته للنظام العام"<sup>(10)</sup>. بعد ذلك عاد القضاء العراقي ليغير موقفه من شرط المنع من التصرف، وأقرّ بصحة تضمين عقود المعاوضات مثل هكذا شرط، إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز ما مفاده " يصح الاشتراط في عقد بيع السيارة بعدم جواز بيعها إلا بعد سداد كامل ثمنها"<sup>(11)</sup>. ويؤيد الباحث الرأي الثاني، إذ إنّ شرط المنع من التصرف لا يمكن إجازته تطبيقاً للأحكام الواردة في المادة (1/131) من القانون المدني العراقي، كونه مخالفاً لمقتضى العقد من ناحية، ومن ناحية أخرى أنّ أهم الحالات التي تستدعي عملياً المنع من التصرف جاءت بنصوص خاصة لتعالجها، ففي الهبة إذا كانت بشرط العوض نصّ المُشرّع على عدم جواز التصرف بالعقار المرهون من قبل المرهون مردوداً بالنسبة للقانون المدني العراقي، وذلك لأنّ شرط المنع من التصرف هو غير جائز أساساً بحسب الرأي الذي نرجحه، وعالج في ذلك المُشرّع الحالات التي تحتاج إلى شرط المنع من التصرف.

ولا بدّ أن نشير في نهاية الأمر إلى أنّ شرط المنع من التصرف يردّ على العقار والمنقول على حدٍ سواء، ومن ثمّ يمكن أن يرد في الرهن الحيازي والتأميني، بيد أنّ شرط المنع يكون غير مجدياً من الناحية العمليّة في حال إذا كان محلّ المنع من التصرف منقولاً، كون التصرف بالمنقول محلّ المنع من قبل من انتقلت إليه الملكية خلافاً للشرط وكان الشخص المتصرف إليه حسن النية لا يدع مجال للاحتجاج بشرط المنع من التصرف على الغير، وهذا على خلاف ما إذا كان المنع من التصرف انصب على عقارٍ أو حق عيني عقاري، إذ لا بدّ من تسجيله ويكون هذا التسجيل حجة على الغير ليكون على بينة من أمره<sup>(13)</sup>.

### الفرع الثالث: تقييم الآراء الفقهية:

بعد هذا الجدل الفقهي المار ذكره، حول مدى جواز أن يتضمن عقد الرهن اشتراط الدائن المرتهن على الراهن المنع من التصرف خلال فترة الرهن، ومنهم من أيد وقال بصحة هذا الشرط، مستنداً في ذلك على القواعد العامة، ومنهم من قال بعدم جواز تضمين عقد الرهن، لتعارضه مع أساس سلطات المالك، ووصف ذلك مخالفاً للنظام العام، ويرى الباحث أنه لا بدّ من ترجيح أحدهما استناداً على تبرير قانوني أقرب إلى المنطق، وعلى هذا الأساس نرى أنّ الاتجاه الأول قد استند أساساً على مفهوم شرط المنع من التصرف والشروط الواجب تحققها لوصف الشرط بأنّه صحيح، وبالرجوع أساساً إلى شرط المنع من التصرف، نجد أنّ الفقه في العراق الذي أيد مشروعية الشرط قد استند إلى نصّ المادة (131) من القانون المدني كقاعدة عامة<sup>(14)</sup> إذ يشمل النص شرط المنع من التصرف كون هذا الشرط يُحقّق منفعة أحد المتعاقدين ولا يوجد ما يوصف شرط المنع من التصرف بأنّه مخالفاً للنظام العام<sup>(15)</sup>، وبما أنّ جواز شرط المنع من عدمه، لم ينص عليه المُشرّع العراقي

(7) يُنظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس الأموال، دار الكتاب المصري، بدون سنة نشر، ص153.

(8) تنص المادة (131) من القانون المدني العراقي على انه ( 1- يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف والعادة. 2- كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لآحد التعاقدين او للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام وللآداب والا لغا الشرط وضح العقد ما لم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد أيضاً).

(9) القرار رقم (109) في 1/13/ 1957. نقل عن د. إبراهيم صالح عطية، شرط المنع من التصرف في القوانين المدنية المقارنة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني [www.iasj.net](http://www.iasj.net) وقت الزيارة 4:00 مساءً في 2022/9/20 ص10.

(10) القرار المرقم 1220 في 7/28/ 1954 نقل عن د. إبراهيم صالح عطية، المصدر ذاته.

(11) قرار محكمة التمييز العراقية، رقم 566/ الدائرة المدنية الأولى المؤرخ في 1976/9/8، مجلة الاحكام العدلية، العدد (الثالث) لسنة (1976)، ص11.

(12) نصت المادة 215 من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 على انه (1- إذا اشترط في الهبة او الافراغ العوض لمصلحة الوهاب او المفرغ او لمصلحة الغير فلا تقبل التصرفات العقارية على العقار المرهون الا باتفاق الوهاب او المفرغ او من اشترط العوض لمصلحة مع المرهون له او المفرغ له او ورثته على الغاء شرط العوض او ثبوت قيام المرهون له او المفرغ له بأداء العوض بوثيقة مصدقة من جهة رسمية. 2- إذا كانت الهبة او الافراغ بشرط الاعاشة فلا يجوز للمرهون له او المفرغ له التصرف بالعقار الا بعد وفاة الوهاب او المفرغ او بإجازة منه وفي حالة الوفاة يبذل سجل العقار وفق احكام هذا القانون).

(13) يُنظر: د. عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، ط2، شركة ومطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، القاهرة - مصر، 1964، ص177.

(14) نصت المادة 131 من القانون المدني على انه ( 1- يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف والعادة. 2- كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لآحد التعاقدين او للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام وللآداب والا لغا الشرط وضح العقد ما لم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد أيضاً)

(15) يُنظر: د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، فقرة 58، ص؛ كذلك ينظر: محمد طه البشير، د. غني حنون طه، مصدر سابق، ج1، ص91.

بشكل واضح وصريح، فنعتقد أنه من غير الممكن الأخذ بحكم القانون المدني المصري الذي نصَّ على ذلك صراحةً، الأمر الذي نؤيد معه استبعاد الرأي القائل بجواز حرمان الراهن من التصرف بالمرهون بيعاً خلال فترة الرهن، إذ لا يوجد ما يُبرر حرمان المالك من سلطته في التصرف، على أساس افتراض التنفيذ على المرهون عند حلول الأجل، وعدم الوفاء بالدين المضمون، ولا فرق في التنفيذ على المرهون في أي يد يكون، فحقُّ الدائن المرتهن مصون بعقد الرهن، ولا تنفذ في مواجهته التصرفات -حتى لو كانت ناقلة للملكية- التي يقدم عليها الراهن خلال فترة الرهن، كما أنَّ هناك ما يؤيد الأخذ بالرأي القائل بعدم جواز حرمان الراهن من سلطته في بيع المرهون، أو ترتيب حقِّ عيني، أو شخصي آخر عليه، إذ نمت عند بعض من الشُّراح فكرة العدالة التعاقدية، في نطاق الرهن وهي تختلف هنا عن المفهوم التقليدي للعدالة التعاقدية التي تتعلق بتحقيق التوازن بين الالتزامات المتعاقبة للمتعاقدين إذا ما تغيرت الظروف الاقتصادية، التي جاءت بها العملية التعاقدية أو هنالك التزام مبالغ فيه<sup>(16)</sup>، وهذا يختلف تماماً في ميدان عقد الرهن، إذ إنَّه لا يقوم على أساس العقد الملزم لجانبين في الرهن التأميني، ومع ذلك قد تكون العملية التعاقدية تبادلية، لا ينظر فيها إلى الالتزامات المتعاقبة ذاتها، لأنَّ الضمان قد يكون جزءاً من عملية تبادل بالالتزامات التعاقدية بالالتزام الأصلي، أما في الرهن الحيازي فأَنَّ الاختلال في التوازن العقدي طبقاً للتغير الظروف الاقتصادية لا يتحقَّق<sup>(17)</sup>، مؤدَّى ذلك أنَّ مفهوم العدالة التعاقدية التقليدي لا يمكن أن ينطبق وهو بهذا الشكل، على عقد الرهن سواء كان تأمينياً أو حيازياً، وهذا ما يتفق مع السير الطبيعي للأمر، ونسق مجرياتها تلبية لداعي العدالة، لذا يجب أن نسلِّك مفهوماً آخر للعدالة العقدية، يأخذ بنظر الاعتبار العقد بأكمله، ونأخذ الالتزامات بأكملها فلا يعتدُّ بالالتزام دون آخر<sup>(18)</sup>، إذ إنَّ الدائن المرتهن يهدف من خلال عقد الرهن الوصول إلى غاية التأمين العيني، وهو الضمان الخاص، إلَّا أنَّه لا يجب أن نغض الطرف عن منفعة الملتزم في عقد الرهن وهو هنا الراهن، ولا يمكن أن نحمله ضرراً من عقد الرهن أكثر ممَّا يجب عليه، إذ إنَّ منفعة المتعاقدين في عقد الرهن كتأمين عيني تراعى قانوناً فالنتيجة المترتبة على الرهن بنظر المتعاقدين تؤخذ بنظر الاعتبار وصولاً لتحقيق العدالة العقدية أي المفهوم الاقتصادي للعقد بأكمله<sup>(19)</sup>، ومعنى ذلك أنَّ عدم وجود العدالة العقدية يكون عقد الرهن مهدداً بسبب تصرف احد العاقدين، أو بسبب أجنبي تهدد أحد اطرافه بخسارة، أو ضياع منفعة وفي إطار الحديث عن شرط المنع من التصرف، كأحد بنود عقد الرهن يتعارض أساساً مع منفعة الراهن، ووفقاً لمنظور العدالة العقدية الحديث، فإنَّ وجود شرط المنع من التصرف يفوت على الراهن فرصة الانتفاع بالمرهون، ويُعدُّ بيع المرهون أو التصرف فيه تصرفاً آخر انتفاعاً به، فالمصلحة التي يحصل عليها الدائن المرتهن من خلال تضمين عقد الرهن شرط المنع من التصرف لا تكفي لإجازة مثل هكذا شرط، ذلك لما ينطوي على هذه الاجازة من تقويت الغرض المتوخى من نظام الرهن اساساً، الى جانب ذلك تقويت منفعة على الراهن، ومن ثمَّ الاخلال بالعدالة العقدية.

خلاصة القول، أننا نستبعد الرأي الأول القائل بجواز إضافة شرط المنع من التصرف، ونؤيد الرأي الثاني حول بطلان شرط المنع من التصرف، وعدَّ سلطة الراهن في بيع المرهون من النظام العام، ونضيف على التبريرات التي ذكرها الفقه بأنَّ العدالة العقدية في نطاق الرهن بعد أن نستبعد معيار التقابل والارتباط بين الالتزامات، ونأخذ بمعيار القيم المتبادلة بين الالتزامات التي تفرض على أطراف العقد، نجد أنَّ العدالة العقدية تستوجب عدم حرمان الراهن من سلطته في التصرف بالمال المرهون، خاصة وأنَّ ذلك التصرف لا ينفذ بحقِّ الدائن المرتهن.

## المطلب الثاني

### تقييد سلطة الراهن في البيع بموجب نص قانوني

لم يقيّد المُشرِّع العراقي في القانون المدني، سلطة الراهن في التصرف ببيعاً بالمرهون، إذ أعطى له حرية التصرف -كما بيَّنا سابقاً- باستثناء القيد الخاص بضمان سلامة الرهن، إلَّا أنَّ الأمر لم يدم طويلاً، حتى عاد ليتبنى سياسة تشريعية أخرى قيَّد من خلالها نصوص القانون المدني بموجب قانون التسجيل العقاري، الذي يعد قانوناً خاصاً يُقيّد ما جاء في القانون المدني، إذ نصَّت المادة (1/317) من قانون

(16) يُنظر: د. عبد الباسط الجميلي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، مصر، 1991، ص19 وما بعدها.

(17) للمزيد يُنظر: د. ايمان طارق مكي، منصور حاتم محسن، العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية\_ كلية التربية للعلوم الإنسانية، المجلد الأول، العدد17، 2013، ص100.

(18) يُنظر: د. ايمان طارق مكي، د. منصور حاتم محسن، ذات المصدر، ص100.

(19) J. Mestre, E. putman et M. Billiau, Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles, Théorie générale. J. Ghestin, LGDJ, 1980. نقلاً عن: د. ايمان طارق مكي، د. منصور حاتم محسن، المصدر نفسه، ص100

التسجيل العقاري على أنه " للراهن إجراء جميع التصرفات الناقلة للملكية على العقار المرهون وحينئذ يتحول الدين بمرتبته وشروطه إلى من انتقل إليه العقار المرهون بموافقة الدائن المرتهن".

ولعل المادة قد صرحت في بادئ الأمر أن للراهن حرية إجراء كافة التصرفات القانونية التي لا تؤثر في كيان العقار المرهون، إلا أنها اشترطت أن يتحول الدين بمرتبته وشروطه إلى المتصرف إليه، وعُدَّتْ هذا الأمر متوقفاً على موافقة الدائن المرتهن، وهي هنا بالنتيجة قيّدت حرية الراهن في التصرف بالمرهون وبصورة ضمنية، وهذا يعني أنه في حال عدم موافقة الدائن المرتهن على تحويل الدين لمن انتقلت إليه فإن الراهن لا يمكنه القيام بأي تصرف قانوني على العقار المرهون<sup>(20)</sup>، ويسري حكم المادة (1/317) على بيع المرهون قبل حلول أجل الدين المضمون، بوصفه أهم التصرفات الناقلة للملكية وأكثرها تداولاً، كما أن ذات الحكم يسري -كما بيننا سابقاً- على كافة التصرفات الناقلة للملكية، هذا وقد عدَّ القضاء العراقي ما جاء بنص المادة (1/317) قيّداً صريحاً على حرية الراهن في التصرف بالعقار المرهون تأمينا<sup>(21)</sup>، وبقي للراهن إجراء التصرفات المادية التي لا تنقص من قيمة الضمان، استناداً للأصل العام في القانون المدني وتقيّد حرّيته في التصرف القانوني بما جاء في النص الوارد في قانون التسجيل العقاري، ومن ثمَّ وجوب الالتزام بذلك<sup>(22)</sup>، ولعلَّ التساؤل الذي يثار في هذا المقام، عن غاية المُشرِّع من تقييد سلطة الراهن في التصرف بالعقار المرهون؟.

على الرغم من عدم تأثر الدائن المرتهن بتلك التصرفات، لكونها لا تنفذ بحقه، إذ إنَّ الباحث لم يجد ما يبرر للمُشرِّع قيامه بتقييد سلطة الراهن، في التصرف بالعقار المرهون تأمينا، أو حيازياً، إلا فيما يخصُّ الوصول إلى أهم الأسباب الموجبة، لتشريع قانون التسجيل العقاري، وسعي المُشرِّع نحو تأمين الاستقرار، والطمأنينة بالنسبة للتصرفات التي تجري على العقار<sup>(23)</sup>، ولا يُعدُّ هذا الأمر كافياً لتقييد سلطة الراهن في التصرف بالعقار المرهون؛ خاصة وأنَّ هذا العقار له قيمة في الحياة الاقتصادية، يفترض لانتعاشها بقاء حرّيته في تداول ماله<sup>(24)</sup>، كما أنَّ النصَّ على وجوب تحول الدين إلى من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون بمرتبته وشروطه، ليس له أساساً في القانون، ذلك لأنَّ حقَّ الرهن من الحقوق العينية التبعية، ومن ثمَّ يتعلق حق الدائن المرتهن بالعقار المرهون ذاته، ولا مبرر لتغيير شخص الملتزم بوفاء الدين<sup>(25)</sup>.

تأسيساً على ما تقدم، يبدو أنَّ المشرع العراقي في قانون التسجيل العقاري قد تجاهل نتائج الفكر القانوني الحديث، فيما يخص نظام الرهن التأميني، وأخلَّ بذلك التوافق بين مصالح كل من: الراهن، والمرتهن، والغير الذي سعى جاهداً للحصول عليه في القانون المدني، مما تسبب بإخلال غير مبرر بالتوازن بين المصالح المتعارضة في عقد الرهن<sup>(26)</sup>، الى جانب ذلك أنَّ التعارض حتمي بين نص المادة (1/317) من قانون التسجيل العقاري، وقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (1198) وكما سنبين ذلك لاحقاً.

## المبحث الثاني

### إشكالية نقل ملكية المرهون مع البيع الخارجي

يحدث أن يقدم الراهن على بيع العقار المرهون دون المرور بالشكالية المطلوبة قانوناً، ويتعهد من خلال ذلك للمشتري الذهاب لدائرة التسجيل العقاري لإكمال إجراءات نقل ملكية العقار، وتنشأ الصعوبات في هذا التصرف، عندما يكون العقار مرهوناً، الأمر الذي يجعلنا نُشرِّع في البحث فيه، ومعرفة أدق تفاصيله وعرضها على شكل حلول، يمكن للقارئ أن يسترشد بها، وذلك من خلال تحديد معنى التعهد بنقل الملكية في مطلبٍ أولٍ، وبيان شروط تعهد الراهن للغير بنقل ملكية العقار المرهون في مطلبٍ ثانٍ، وعرض إشكالية بيع العقار المرهون خارج دائرة التسجيل العقاري في مطلبٍ ثالثٍ.

(20) يُنظر: مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج3، العاتك لصناعة الكتاب\_ القاهرة، 1979، ص417.

(21) جاء في قرار محكمة استئناف الرصافة بصفتها التمييزية بأنه " لا يجوز للراهن إجراء التصرفات الناقلة للملكية على العقار المرهون الا بموافقة الدائن المرتهن" واستخدم القضاء لفظ العقار المرهون وهذا يعني بأن الامر يمتد على كل من الرهن التاميني والحيازي اذا ما كان المرهون عقاراً" قرار محكمة استئناف بغداد- الرصافة بصفتها التمييزية رقم (115/1/2017) المؤرخ في 2017/2/26. نقلاً عن مجلة التشريع والقضاء، العدد (الثاني)، السنة (التاسعة)، 2017، ص226.

(22) يُنظر: مصطفى مجيد، مصدر سابق، ص 417.

(23) يُراجع الأسباب الموجبة لقانون التسجيل العقاري العراقي المرقم 43 لسنة 1971 والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 1995 في 1971/5/10.

(24) يُنظر: د. ايناس محمد إبراهيم، الشرط المانع من التصرف- دراسة مقارنة، ط1، مركز الدراسات العربية، مصر، 2018، ص75.

(25) يُنظر: د. علي إبراهيم عبدالله الذهبي، احكام الضمان العيني والشخصي، ط1، دار الكتاب الجامعي، مصر، 2020، ص119.

(26) يُنظر: د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية في ذاته، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، 1994، ص31.

## المطلب الأول

## تحديد معنى التعهد بنقل الملكية

الأصل في القواعد العامة أن بيع العقار يقع باطلاً، ما دام لم يستوف الشكليات المطلوبة قانوناً<sup>(27)</sup>، بيد أن الواقع العملي أظهر لنا حالة بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري، وعلى الرغم من وصف عقد البيع بأنه باطل، غير أنه يبقى قائماً بقدر تعلق الأمر بالتعهد، الذي ألزم البائع به نفسه بنقل ملكية العقار<sup>(28)</sup> وعده الفقه بحسب الرأي الراجح، والقضاء عقداً غير مسمى<sup>(29)</sup> إذ لا يمكن وصفه بأنه عقد بيع عقار، كون هذا الأخير يقع باطلاً ما دام أنه لم يستوف الشكل المقرر قانوناً.

والمقصود بالتعهد بنقل الملكية هو اتفاق شخصين على إبرام عقد بيع عقار، يتعهد من خلاله أحدهما للآخر بالذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري، من أجل إكمال الشكليات اللازمة قانوناً، لنقل الحق العيني من المتعهد إلى المتعهد له<sup>(30)</sup>، والمشرع العراقي في القانون المدني تعرض لتنظيم التعهد بنقل الملكية العقارية، إذ أشارت المادة (1127) والتي جاءت بحكم جزاء الإخلال الصادر من أحد أطراف التعهد، وفي ذلك الحكم إقرار من المشرع على عد بيع العقار دون استيفاء الشكليات المقرر يُرتب آثار قانونية لطرفيه ووصفه بأنه تعهد بنقل ملكية عقار وراعى في ذلك ضرورة اجتماعية، إذ كان في بادئ الأمر أن التعهد بنقل ملكية العقار، لا يلزم البائع خارج دائرة التسجيل العقاري بنقل الملكية إلى من تعهد له، وليس هنالك إلا التعويض طبقاً لما جاء في المادة (1127) وهذا ما اقتصر عليه القانون المدني قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (1198)<sup>(31)</sup>، وهذا التعهد لا يمكن أن يُعدّ عقد بيع عقار، وإنما مجرد تعهد لنقل الملكية يلزم الطرف المخل بالتعويض، ولم يُحدد المشرع العراقي في القانون المدني آلية احتساب التعويض للطرف المتضرر من إخلال الطرف الآخر، وهذا ما يحدث كثيراً في واقع الحياة العملية، ولضرورات عملية صدر قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (1198) لسنة 1977 المعدل، ليضع تنظيمًا قانونياً للتعهد بنقل الملكية أو ما يسمى ببيع العقار خارجياً، وذلك من خلال تشريع نصوص قانونية تحكم تلك الحالة، إذ نلاحظ أن المشرع في الشق الأول من الفقرة (أ) من المادة (1) من القرار قد أعاد صياغة نص المادة (1127) والخاصة باقتصار التعهد على الالتزام بالتعويض، أما في شقها الثاني فقد وضع آلية لاحتساب التعويض وتدارك النقص التشريعي الوارد في المادة (1127) وما يهمني في هذا القرار هو ما جاء في الفقرة (ب) من ذات المادة، لإمكانية تعارضها مع القيد الوارد في المادة (317) من قانون التسجيل العقاري كما سنبين ذلك لاحقاً، إذ بموجب هذه الفقرة قرّر المشرع جواز التنفيذ العيني الجبري في ثلاث حالات استثنائية للمُشرع، الأولى حالة سكن المتعهد له في العقار محل التعهد، والثانية إقامة أبنية أو منشآت بدون معارضة تحريرية من قبل المتعهد، والثالثة غرس مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد، وعند تحقق أي من الحالات يجوز للمتعهد له اللجوء للقضاء لاستحصال حكم يقضي بتمليك العقار محل التعهد للمتعد

(27) نصت المادة (508) من القانون المدني العراقي على انه ( بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في دائرة التسجيل العقاري). كما نصت المادة (1126) من القانون ذاته على أن (العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعت فيه الطريقة المقررة قانوناً). وكذلك نصت المادة (الثالثة/2) من قانون التسجيل العقاري العراقي على انه ( لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

وقد أكد القضاء العراقي ذلك، حيث ذهبت محكمة التمييز العراقية إلى أنه " تقرر رد دعوى ابطال بيع العقار بسبب عدم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري لأنه باطل قانوناً ولا يستلزم إقامة دعوى لإبطاله". القرار المرقم 930/مدنية أولى/ 1977، المؤرخ 1978/10/4، منشور في مجلة الاحكام العدلية، وزارة العدل، العراق، العدد الرابع، السنة التاسعة، 1978، ص 13.

(28) قرار محكمة التمييز المرقم 2237/حقوقية/ 1965 في 1995/6/21 المنشور في مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين العراقيين، العدد الثاني، 1996، ص 123.

(29) اختلف شراح القانون المدني في طبيعة عقد بيع العقار خارجياً، والاساس القانوني الذي يسند إليه التعويض المنصوص عليه في المادة (1127) إذ يرى البعض بأن بيع العقار خارج المحكمة بموجب عقد يعد باطلاً منعدم الآثار وفي حكم العدم، وبالتالي فإن الاساس القانوني للتعويض في المادة 1127 وهو الفعل الضار والمسؤولية هي مسؤولية تقصيرية وهذا هو قول الدكتور حسن علي دنون و الاستاذ شاكر ناصر حيدر، والرأي الثاني يذهب بالقول بأن عقد بيع العقار قبل التسجيل هو عقد صحيح غير مسمى طبقاً لنظرية تحول العقد، ويستند هذا الرأي لنص المادة 140 من القانون المدني وهذا هو رأي دكتور عباس حسن الصراف، كما يذهب الرأي الثالث بالقول بأن عقد بيع العقار قبل التسجيل هو منذ بداية نشوئه عقد غير مسمى، ويستندون في ذلك إلى تراخي الطرفين الذي لا يمكن إهماله إذ أنه عقد غير مسمى بين طرفين تراضوا عليه ومن ثم التعويض في هذه الحالة يكون طبقاً للمسؤولية العقدية، وهذا رأي الدكتور السنهوري وأيده في ذلك الدكتور غني حسون طه والدكتور كمال ثروت، وأخذ القضاء العراقي بهذا الاتجاه وأيد ذلك القرار المرقم 2237/حقوقية/1965، سالف الذكر راجع في ذلك: د. عباس الصراف، بيع العقار قبل التسجيل في القانون المدني العراقي، مجلة العدالة، وزارة العدل، العدد الرابع\_السنة الثانية، 1976، ص 937 ما بعدها؛ كذلك ينظر: نوري احمد منصور، بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري، مجلة العدالة، العدد الرابع\_السنة الخامسة، 1979، ص 1025 وما بعدها.

(30) ينظر: تاميز فاتح محمد صالح، التعهد بنقل الحق العيني العقاري، ط 1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2019، ص 85-86.

(31) نصت المادة (1) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المعدل رقم (1198) لسنة 1977 المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (2621) في 1977/11/14. على أنه (أ- يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار أو حق التصرف فيه على الالتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهدده، سواء اشترط التعويض في التعهد ام لم يشترط فيه، على ان لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعنية بالتعهد وقيمه عند النكول، دون اخلال بالتعويض عن اي ضرر اخر. ب- إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد او أحدث فيه ابنية او منشآت اخرى او مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فان ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار او حق التصرف فيه بقيمته المعينة في التعهد او المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (ا) من هذا البند، مضافاً اليه قيمة المحدثات والمغروسات قائمة وقت النكول، كل ذلك دون الاخلال بإحكام قانون تنظيم الحد الاقتصادي للأراضي الزراعية رقم 137 لسنة 1976).

له، وفي هذا خيار للمتعهد له في أن يملك العقار إذا تحققت إحدى الحالات المشار إليها أو الاكتفاء بالتعويض طبقاً للفقرة (أ) من ذات المادة.

### المطلب الثاني

#### شروط تعهد الراهن للغير بنقل ملكية العقار المرهون

بعد أن كان القانون المدني يقصر أثر الإخلال بالتعهد على التعويض دون إمكانية طلب التنفيذ العيني الجبري<sup>(32)</sup>، وعلى الرغم من أن التنفيذ العيني ممكناً طبقاً للمادة (246) من القانون المدني، إلا أنه عاد ليؤكد طبقاً لقرار (1198) أن تنفيذ الالتزام لا يُشكل إرهاباً للمتعهد<sup>(33)</sup> إذا توفرت الحالات السالف ذكرهم، وقد ضيق طلب التنفيذ العيني، وجعله ضمن حالات محددة، سعياً منه للحفاظ على مبدأ استقرار المعاملات، خاصة وأن الأمر يتعلق بعقار، ويجب أن تتوفر شروط من أجل أن يصار إلى التنفيذ الجبري، ونحاول إيجازها بالآتي:

#### أولاً: وجود تعهد بنقل ملكية العقار:

إذ يجب طبقاً للقرار رقم (1198) المعدل أن يكون هناك تعهد بنقل ملكية عقار أو حق التصرف فيه، ولا يشمل هذا القرار التعهد بنقل الحقوق العينية الأخرى، ويكون هذا التعهد صادراً من مالك العقار، أو صاحب حق التصرف فيه، فلا يمكن للمتعهد له اللجوء إلى المحكمة من أجل طلب تملك العقار إلا إذا كان المتعهد هو مالك للعقار<sup>(34)</sup>، ويجوز للمتعهد له أن يطلب تملك العقار طبقاً للقرار، إذا كان المتعهد له حصة شائعة في عقار وكان مضمون التعهد يتعلق بحصته الشائعة.

#### ثانياً: تحقق نكول المتعهد بنقل ملكية العقار :

لا بد من إمتناع المتعهد عن نقل ملكية العقار، من أجل اقتضاء تطبيق الفقرة (ب) من المادة (1) من القرار سالف الذكر، وألا يكون سبب امتناعه مشروع، إذ لا يجوز الحكم بتمليك العقار، إلا إذا ثبت للمحكمة من خلال المتعهد له امتناع المتعهد كان بسبب غير مشروع، وهذا الأمر يتعلق بتقابل الالتزامات، فلا يمكن إلزام المتعهد بنقل ملكية العقار إلى المتعهد له إلا إذا كان المتعهد له قد نفذ التزاماته المتقابلة من دفع الثمن وغير ذلك<sup>(35)</sup>.

#### ثالثاً: تعيين العقار وقيمه:

يجب أن يكون اتفاق طرفي التعهد على العقار، ويتضمن تعيين العقار من خلال تحديد مساحته، وأوصافه، وموقعه، وحدوده تحديداً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة، وكذلك يجب أن يحدد في التعهد قيمة العقار، وهو البديل المتفق عليه، وهذه القيمة معلومة وغير مجهولة جهالة فاحشة.

#### رابعاً: عدم وجود معارضة تحريرية من المتعهد:

تنطوي معارضة المتعهد على إحداث المتعهد له الأبنية، أو المنشآت أو السكن في العقار موضع التعهد، إذ لا يمكن للمتعهد له أن يلجأ لطلب تملك العقار، إلا إذا تحقق الاستثنائيين من جانبه، ولم يكن هناك معارضة من المتعهد على قيامه بتلك الأعمال، وتكون المعارضة سابقة على سكن المتعهد له، أو إحداثه أبنية، أو منشآت في العقار، ولا يعتد بالمعارضة اللاحقة على ذلك.

(32) يُنظر: نأمير فالح محمد صالح، مصدر سابق، ص153.

(33) نصت المادة (246) من القانون المدني العراقي على انه (1- يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً. 2- على اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً). وتعبيراً على هذا النص في إطار التعهد بنقل الملكية يرى البعض من الشراح بأن تنفيذ الالتزام بنقل الحق العيني ممكناً ولا يعد من قبيل الإرهاق الذي من الممكن أن يُصيب المدين، للمزيد: يُنظر د. صاحب عبيد الفتلاوي، التنفيذ العيني الجبري لعقود بيع العقارات غير المسجلة، بحث منشور لدى مجلة مؤتمة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، الأردن، المجلد 17، العدد 8 (31 ديسمبر/كانون الأول 2002)، ص67.

(34) وقد تبينت احكام القضاء العراقي في هذا الشأن (اذ اتجهت في بعض احكامها ان التعهد يجب ان يكون صادراً عن مالكا العقار ليتحقق شرط المطالبة بالتنفيذ التعيني او المطالبة بالتعويض وعادة لتتبنى اتجاه يقضي بأن لا يشترط ان يكون التعهد صادراً عن مالك العقار) راجع قرار محكمة استئناف منطقة بغداد بصفتها التمييزية رقم 59/حقوقية/85 في 9/9/1985 منشور في مجموعة الاحكام العدلية\_ وزارة العدل\_ العراق، العدد الثالث والرابع، 1985، ص142. وفي عكس ذلك يُنظر: القرار رقم 657/حقوقية/995 في 31/5/1995، مشار اليه لدى: هادي عزيز علي، التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، ص99.

(35) يُنظر: نأمير فاتح محمد صالح، مصدر سابق، ص157.

فضلاً عن ذلك، هناك شروط عامة يجب أن تحققها، منها التقادم المانع من سماع الدعوى، ووجود الموانع القانونية، وغير ذلك من شروط عامة تسري على كافة التصرفات<sup>(36)</sup>.

### المطلب الثالث

#### إشكالية بيع العقار المرهون خارج دائرة التسجيل العقاري

يثار التساؤل في هذا المقام، عن حكم بيع الراهن للعقار المرهون، خارجياً دون تسجيل ذلك في دائرة التسجيل العقاري؟ ومدى تعارض بيع المرهون خارجياً مع تقييد سلطة الراهن في التصرف بالمرهون، طبقاً للمادة (1/317) من قانون التسجيل العقاري؟.

إذ يحدث أن يلجأ الراهن للمتعهد بنقل ملكية العقار، ويقبض من خلال ذلك بدل البيع، ويسلم العقار إلى المتعهد له، فينتقل هذا الأخير للسكن في العقار المرهون، وهنا تثار إشكالية تعارض مصالح كل من المتعهد له حسن النية والدائن المرتهن، خاصة وأن هناك نصاً تشريعياً يقضي جواز طلب التملك إذا ما تحققت حالة سكن العقار من قبل المتعهد له، أو أحدث أبنية أو منشآت أو مغروسات فما الحكم في هذه الحالة؟.

أجابت الفقرة (ب) من المادة (1)، قرار مجلس قيادة الثورة (1198) المعدل، على حكم بيع الراهن للعقار المرهون خارجياً، وعدت بيع المالك للعقار خارج دائرة التسجيل العقاري، سبباً لطلب التملك إذا ما تحققت الحالات المذكورة آنفاً، كذلك جاء في المادة (3) من ذات القرار<sup>(37)</sup> بعدم جواز العمل بأي نص قانوني أو قرار، أو اتفاق يتعارض وأحكام هذا القرار، وبما أن نص المادة (1/317) من قانون التسجيل العقاري قيد بيع العقار بموافقة الدائن المرتهن، ومن ثم لا يجوز بيع العقار المرهون إذا لم تحصل موافقة الدائن المرتهن، فإن هذا النص يتعارض مع الفقرة (ب) من المادة (1)، من قرار مجلس قيادة الثورة (1198) المعدل، فنأخذ حكم المادة (3) من القرار، لكن هل تنتقل الملكية مثقلة بحق الرهن؟ ونرجع في ذلك إلى الأصل العام في القانون المدني، إذ قضى بأن تصرفات الراهن قبل حلول أجل الوفاء بالدين لا تؤثر على حق الدائن المرتهن، أو أن ملكية العقار المرهون تنتقل خالية من حق الرهن، ومن ثم يجب على الدائن المرتهن الرجوع على الراهن بما لديه من ثمن العقار.

ولم نجد في طيات ما حصلنا عليه من مراجع تنظيراً من الفقه لهذا الموضوع يرشدنا للوصول إلى إجابات عن التساؤلات التي طرحناها إيجازاً، للفرض الذي ذكرناه مسبقاً، ولعل الباحث يرى بأن حكم المحكمة في هذه الحالة يجب أن يراعي مصلحة الدائن المرتهن، إذ حتى وإن سارت مع حكم المادة (3) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل، وقررت تملك العقار المرهون إلى الحائز (المتعهد له)، إلا أنه يجب أن تنتقل الملكية مثقلة بحق الرهن، ويعد ما دون ذلك إخلالاً بمنطوق العدالة وموازنة المصالح المتعارضة، ونظام الرهن القائم أساساً على فكرة رعاية مصالح جميع الأطراف، ومن ثم يجوز للدائن المرتهن التنفيذ على العقار المرهون عند حلول أجل الدين المضمون.

أما القضاء العراقي فله رأي آخر استنبطناه من قرار حديث صدر عن محكمة التمييز الاتحادية، والذي جاء فيه " صدور الحكم بتمليك المدعية سهام في العقار وفقاً للقرار (1198) لسنة 1977 يجعلها مالكة من تاريخ الحكم ولا ينفذ بحقها وضع إشارة الرهن التأميني على هذه السهام، لأن التسجيل في دائرة التسجيل العقاري هو كاشف للحق وليس منشئاً له" إذ إن المحكمة في قرارها هذا قد علقت مدى تأثير حكمها بالتمليك على وضع إشارة الرهن التأميني، على الأسبقية في التاريخ، بمعنى آخر، إن وضع إشارة الرهن التأميني لا يسري بحق من تملك العقار طبقاً للقرار (1198) ويعني ذلك أنه لو كان وضع إشارة الرهن التأميني قبل بيع العين خارج دائرة التسجيل العقاري، فإن

(36) يُنظر: ناميز فاتح محمد صالح، المصدر نفسه، ص158\_159.

(37) نصت المادة (3) من القرار أعلاه بأنه " لا يعمل بأي نص قانوني أو قرار أو اتفاق يتعارض مع أحكام هذا القرار ويؤدي إلى تقليل مقدار التعويض الوارد في الفقرات المتقدمة".

المحكمة تأخذ منحى آخر في حكمها، وتقضي بعدم جواز تملك العقار المرهون طبقاً للقرار (1198)، لوجود إشارة الرهن قبل تصرف المالك بالمرهون بيعاً خارج دائرة التسجيل العقاري و المطالبة بعدها بالتمليك<sup>(38)</sup>.

### الخاتمة

وإذ نصل إلى نهاية بحثنا الموسوم ( تقييد سلطة الراهن في بيع العقار المرهون) يلزم أن نسجل أبرز الأمور التي استوقفتنا أو كانت محل معالجة أو مناقشة لنجلها بالنتائج التي توصلنا إليها، ونعرض بعض المقترحات التي نراها جديرة بالمعالجة، وتباعاً على النحو الآتي:

#### أولاً: الإستنتاجات:

1. أن المُشرِّع العراقي قد تراجع عن موقفه عندما قيّد سلطة الراهن في التصرف بالعقار المرهون في قانون التسجيل العقاري، بعدما كان الأصل في القانون المدني أن للراهن الحق في بيع العقار المرهون ما دام تصرفه لا يضر بحق الدائن المرتهن.
2. إن الباحث لم يجد ما يبرر للمُشرِّع قيامه بتقييد سلطة الراهن، في التصرف بالعقار المرهون تأمينياً، أو حيازياً، إلا فيما يخص الوصول إلى أهم الأسباب الموجبة، لتشريع قانون التسجيل العقاري، وسعي المُشرِّع نحو تأمين الاستقرار، والطمأنينة بالنسبة للتصرفات التي تجري على العقار.
3. لا يمكن إجازة اشتراط الدائن المرتهن في عقد الرهن حرمان الراهن من التصرف بالعقار المرهون بيعاً خلال مدة الرهن، ذلك لأن مثل هكذا شرط يلحق بالراهن ضرراً لا يتناسب مع النفع الذي يعود به على المرتهن لا سيما وأن حق المرتهن محفوظ بعدم نفاذ تصرفات الراهن بحقه ويستطيع بلا ادنى شك التنفيذ على العقار المرهون عند حلول أجل الدين المضمون في اي يد يكون.
4. من غير المستبعد ان يقع التعارض ما بين نص المادة (317) من قانون التسجيل العقاري مع قرار مجلس قيادة الثورة المنحل (1198) المعدل، على الرغم أن مثل هكذا تعارض يجعل كفة الترجيح تميل للقرار والذي جاء فيه صراحةً بعدم جواز الاخذ بأي حكم يتعارض وأحكام القرار.
5. وننتهي أخيراً بتسجيل تحفظنا على موقف المشرع العراقي عندما قيد سلطة الراهن في التصرف بالعقار المرهون بيعاً، إذ نعتقد بأنه اخلّ بالتوازن بين مصالح الاطراف من خلال تقييد سلطة الراهن في بيع المرهون تقييداً غير مبرراً.

#### ثانياً: المقترحات:

1. نوصي المُشرِّع العراقي بمعالجة التصرف بالمرهون بيعاً، بشكل يجعل الأمر واضحاً في تطبيق نصوص القانون أمام القضاء، فلم نجد مبرراً للمشرع في قانون التسجيل العقاري، عندما قيّد سلطة الراهن في التصرف بيعاً، إذا كان عقاراً في المادة (317)، فأولى في هذا النص حماية المرتهن على حساب الراهن والمصلحة العامة، فبقاء الرهن التأميني منظماً في القانون المدني دون القيد الوارد في المادة (317) من قانون التسجيل العقاري يضمن تحقيق الموازنة بين المصالح المتعارضة لكل الأطراف، إذ نقتح في النهاية إلغاء حكم المادة (317) وإبقاء العمل بالمادة (1295) من القانون المدني العراقي أو تعديلها بشكل يجعل انتقال المرهون الى الغير متقللاً بحق الرهن دون أن يتحول الدين الى من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون.
2. نقترح على المُشرِّع العراقي، بيان موقفه بشكل واضح وصريح، فيما يخص تعارض نص المادة (1/317) مع قرار مجلس قيادة الثورة المنحل، المرقم (1198) فيُعطل حكم إحداهما للعمل بحكم الآخر، فبيع المرهون خارج دائرة التسجيل العقاري يصطدم وحكم المادة (317)، إذا كان البائع قد رتب على العقار رهناً قبل التصرف بيعاً خارجياً. فنجد من الضروري حسم هذا التعارض بين كلا النصين.

<sup>(38)</sup> قرار محكمة التمييز الاتحادي المرقم 1386/عقار/تمليك/2006 المؤرخ في 2006/7/25، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى [www.sjc.iq/qview.291](http://www.sjc.iq/qview.291) تاريخ الزيارة: 2023/1/20 وقت الزيارة: 4:00 عصراً.

## قائمة المصادر

## أولاً: الكتب القانونية:

1. حسن علي الذنون، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، شركة الرابطة للطباعة والنشر، بغداد\_ العراق، 1954.
2. درع حماد عبد ، الحقوق العينية الاصلية ، حق الملكية والحقوق المتفرعة منها، ج1، دار السنهوري ، بيروت، 2018، ص102.
3. سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، مصر، 1998.
4. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، ط2، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1959 هامش رقم 2.
5. صلاح الدين الناهي ، محاضرات عن القانون المدني العراقي\_حق الملكية في ذاته، معهد الدراسات العربية العالي، 1960.
6. عبد الباسط الجمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، مصر، 1991.
7. عبد الفتاح عبد الباقي، دروس الأموال، دار الكتاب المصري، بدون سنة نشر، ص153.
8. عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، ط2، شركة ومطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، القاهرة \_ مصر، 1964.
9. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10، التأمينات الشخصية والعينية، دار احياء التراث العربي، بيروت، فقرة 174.
10. عبود عبداللطيف البدرائي، دراسة في الحقوق العينية الاصلية، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1975.
11. مجموعة الاعمال التحضيرية، ج 7.
12. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، مكتبة السنهوري، ج1، ص91.
13. محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، ج 2 ، مكتبة السنهوري، ص416.
14. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج3، العاتك لصناعة الكتاب\_ القاهرة، 1979.
15. ايناس محمد إبراهيم، الشرط المانع من التصرف\_دراسة مقارنة، ط1، مركز الدراسات العربية، مصر، 2018.
16. علي إبراهيم عبدالله الدهيمي، احكام الضمان العيني والشخصي، ط1، دار الكتاب الجامعي، مصر، 2020.
17. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية في ذاته، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان\_الاردن، 1994.
18. ناميز فاتح محمد صالح، التمهيد بنقل الحق العيني العقاري، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2019.

ثالثاً: الأبحاث والمقالات العلمية:

1. د. إبراهيم صالح عطية ، شرط المنع من التصرف في القوانين المدنية المقارنة، بحث منشور على الموقع الالكتروني [www.iasj.net](http://www.iasj.net) وقت الزيارة 4:00 مساءً في 2022/9/20 .
2. د. صاحب عبيد الفتلاوي، التنفيذ العيني الجبري لعقود بيع العقارات غير المسجلة، بحث منشور لدى مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، الأردن، المجلد 17، العدد 8 (31 ديسمبر/كانون الأول 2002).
3. نوري احمد منصور، بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري، مجلة العدالة، العدد الرابع\_ السنة الخامسة، 1979.
4. د. عباس الصراف، بيع العقار قبل التسجيل في القانون المدني العراقي، مجلة العدالة، وزارة العدل، العدد الرابع\_ السنة الثانية، 1976.
5. د. ايمان طارق مكي، منصور حاتم محسن، العدالة التعاقدية في نطاق عقد الرهن، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية\_ كلية التربية للعلوم الإنسانية، المجلد الأول، العدد17.

## خامساً: القرارات القضائية:

1. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 1386/عقار/ تملك/2006 المؤرخ في 2006/7/25، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى [www.sjc.iq/qview.291](http://www.sjc.iq/qview.291) تاريخ الزيارة: 2023/1/20 وقت الزيارة: 4:00 عصراً.
2. قرار محكمة استئناف منطقة بغداد بصفتها التمييزية رقم 59/حقوقية/85 في 1985 /9/9 منشور في مجموعة الاحكام العدلية\_ وزارة العدل\_ العراق، العدد الثالث والرابع، 1985.
3. القرار رقم 657/657/حقوقية/995 في 1995/5/31، مشار اليه لدى: هادي عزيز علي، التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية.
4. قرار محكمة التمييز المرقم 2237/حقوقية/ 1965 في 1995/6/21 المنشور في مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين العراقيين ،العدد الثاني، 1996.

5. القرار المرقم 930/مدنية أولى/ 1977، المؤرخ 1978/10/4، منشور في مجلة الاحكام العدلية، وزارة العدل، العراق، العدد الرابع، السنة التاسعة، 1978، ص13.
6. قرار محكمة استئناف بغداد- الرصافة بصفتها التمييزية رقم ( 115/م/2017 المؤرخ في 2017/2/26). مجلة التشريع والقضاء، العدد (الثاني)، السنة (التاسعة)، 2017.
7. قرار محكمة التميز العراقية، رقم 566/ الدائرة المدنية الأولى المؤرخ في 1976/9/8 ، مجلة الاحكام العدلية، العدد (الثالث) لسنة (1976).
8. القرار رقم (109) في 1957/ 1/13 . نقلاً عن: د. ابراهيم صالح عطية.
9. القرار المرقم 1220 في 1954 /7/28 نقلاً عن د. إبراهيم صالح عطية.

## سادساً: القوانين:

- القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 والمنشور في جريدة الوقائع العراقية  
 قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المعدل رقم (1198) لسنة 1977 المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(2621) في 1977/11/14.  
 قانون التسجيل العقاري العراقي المرقم 43 لسنة 1971 والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 1995 في 1971/5/10.