



الشرط المانع من التصرف في العقار المرهون لبنك التسليف والادخار بين الصحة والبطلان: دراسة على ضوء أحكام محكمة التمييز الكويتية

د. خالد عطشان الضفيري*

ملخص:

أهداف الدراسة: تتناول هذه الدراسة موضوعاً يتعلق بمدى جواز بيع العقار المرهون رهناً رسمياً لصالح بنك التسليف والادخار، وذلك من خلال تسليط الضوء على قضاء محكمة التمييز الكويتية، وتحديداً المبدأ المتمثل بأحقية الراهن في التصرف في العقار المرهون. منهجية الدراسة: استندت منهجية الدراسة إلى بيان وتحليل أحكام محكمة التمييز الكويتية بخصوص مدى صحة أو بطلان التصرف في العقار المرهون لبنك التسليف والادخار. الخاتمة: تحقيقاً للغاية التشريعية بتوفير الرعاية السكنية أظهر القضاء الكويتي في السابق موقفاً متشدداً وذهب إلى الحكم بصحة الشرط المانع من التصرف. التوجه القضائي الحديث أطلق يد المقترض في التصرف بالعقار المرهون دون حاجة لموافقة بنك التسليف والادخار على التصرف.

المصطلحات العلمية: الشرط المانع من التصرف، جواز التصرف، قرض رعاية سكنية، بنك التسليف والادخار، العقار المرهون، الرهن.

مقدمة:

حرصت الدولة على توفير المساكن الحكومية والأراضي السكنية دعماً للرعاية السكنية وتوفيرها للأسر الكويتية؛ باعتبار أن "الأسرة أساس المجتمع"،

- تم تسليم البحث في ١٥/١/٢٠١٩، عُذِّل في ٢٣/٤/٢٠١٩، أُجيز للنشر في ٧/٥/٢٠١٩.

ومن أهم التشريعات الصادرة في هذا الخصوص القانون الخاص بإنشاء المؤسسة العامة للرعاية السكنية بموجب القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٣، الذي أوكل إليها مهمة توفير الرعاية السكنية بأشكالها المختلفة سواء توفير مساكن حكومية جاهزة للسكن أو منح قروض لشراء المساكن. فالمادة ٢٨ ألزمت المؤسسة العامة للرعاية السكنية بتقديم القروض لمستحقي الرعاية السكنية لبناء المساكن أو لشرائها أو زيادة الانتفاع بها بالتوسعة أو التعلية أو لإصلاحها وترميمها، وأعيد الاختصاص بتقديم هذه القروض إلى بنك التسليف والادخار بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٥ المعدل لبعض أحكام القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٣.

بموجب قانون الرعاية السكنية تقوم المؤسسة العامة للرعاية السكنية بتوفير بيوت حكومية جاهزة للسكن أو قسائم (أراضٍ فضاء) يتم توزيعها على مستحقيها طبقاً لأسبقية تسجيل الطلبات في المؤسسة بحسب نوع الرعاية السكنية^(١). وتخصيص البيوت الحكومية لمستحقيها^(٢) "لا يكسب المخصص له سوى حق السكن ولا تنتقل الملكية إليه لمجرد سداد الثمن كاملاً واستيفاء الشروط الأخرى المنصوص عليها في نظام الرعاية بل يلزم أن يتقدم بطلب

(١) نص المادة ١٤ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٣ في شأن الرعاية السكنية المعدلة بموجب أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٥ المنشور في جريدة (الكويت اليوم)، العدد ٢٠٢، السنة الحادية والعشرون.

(٢) "البيوت التي توفرها الدولة لإسكان الأسر الكويتية المستحقة للرعاية السكنية تعد من الأموال الخاصة للدولة - إذ هي غير مخصصة للمنفعة العامة - وتخضع - بحسب الأصل - لأحكام القانون الخاص". انظر: الطعنين ١٠٢/٨٩، ٢٠٠٢ مدني، جلسة ٢٠٠٣/٥/١٩، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، أبريل ٢٠٠٩، القسم الخامس، المجلد الثامن، رقم القاعدة ٤، ص ١٥٣، مجلة القضاء والقانون، نوفمبر ٢٠٠٦. السنة الحادية والثلاثون، الجزء الثاني، ص ٤٠٨. انظر كذلك: الطعن رقم ٤١٩/٢٠٠١ مدني، جلسة ٢٠٠٣/٩/٢٢، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، مارس ٢٠٠٩، القسم الخامس، المجلد السابع، رقم القاعدة ٤، ص ٦٣٠.

لإصدار وثيقة تملك له وأن توافق الجهة الإدارية المختصة بما يمكنه من تسجيل الوثيقة وفقاً لأحكام القانون رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ في شأن التسجيل العقاري^(٣)، فخلال فترة التخصيص، لا يعتبر المخصص له مالاً للبيت الحكومي؛ ومن ثم لا يجوز له التصرف فيه^(٤) وإلا كان تصرفاً في ملك الغير^(٥). من جانبه يقدم بنك التسليف والادخار قرضاً بمبلغ لا يزيد على سبعين ألف دينار لشراء بيت أو شقة تملك أو بيت مشاع أو لبناء قسيمة حكومية أو خاصة أو على المشاع لمستحقي^(٦) الرعاية السكنية^(٧)، ويكون القرض الممنوح بضمان رهن عقاري إلى حين قيام مالك العقار (المقترض) بسداد قيمة القرض، وعند بناء

(٣) انظر: الطعن رقم ٧٠٧/٢٠٠٤ تجاري، جلسة ١٦/٥/٢٠٠٦، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، مارس ٢٠٠٩، القسم الخامس، المجلد السابع، قاعدة رقم ٦، ص ٦٣١.

(٤) تنص المادة ٣١ من قانون الرعاية السكنية معدلة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٥ على عدم جواز " استخدام الرعاية السكنية المنصوص عليها في هذا القانون في غير ما خصصت له... وفي حالة مخالفة شروط التخصيص ينذر المخالف بكتاب مسجل بعلم الوصول بإزالة المخالفة خلال مهلة يحددها الإنذار بحسب نوع وطبيعة المخالفة ويحق للمؤسسة بعد انقضاء مهلة الإنذار استرداد المسكن إدارياً". عند وفاة المخصص له لا يعتبر العقار مالاً في ذمته المالية يتم توزيعه بين الورثة بل يتم إعادة تخصيصه لأحد أفراد الأسرة.

(٦) ويقصد بمستحقي الرعاية السكنية الأسرة الكويتية وهي مجموعة مكونة من: ١- زوج وزوجته وأولاده أو بعض هذه المجموعة على أن تشمل الأب وألا يقل عددهم عن اثنين كويتيين وعلى أن تثبت حضانة الأولاد له بحكم قضائي نهائي أو بإقرار رسمي موثق صادر من مطلقته ويستثنى من شرط الحضانة المخصص لهم قسائم حكومية. ٢- المطلقة أو الأرملة الكويتية مع أولادها غير الكويتيين على أن تطبق عليهم أحكام القانون رقم ٢٠١١/٢. ٣- الأيتام القصر المخصص لهم قسيمة حكومية من المؤسسة العامة للرعاية السكنية طبقاً لأولوية طلب والدم. ٤- المعاق إعاقه (شديدة أو متوسطة) المتزوج من غير كويتية وليس له أولاد.

(٧) ويقصد بالرعاية السكنية القروض العقارية بفئاتها وما تقدمه الدولة للمستحقين لهذه الرعاية من قسائم وبيوت وشقق بصفة دائمة.

القسيمة أو شرائها بمبلغ القرض فإن المقترض في الحالتين يعتبر مالكا للعقار^(٨)، وحق الملكية، وفقاً للأصل العام، يمنح صاحبه حق التصرف فيه. إن أهم ما تتصف به عقود القروض الممنوحة من قبل بنك التسليف والادخار^(٩) خضوعها لأحكام القانون الخاص لانتفاء شروط العقد الإداري عنها. فإذا كان بنك التسليف والادخار يعتبر مرفقاً عاماً اقتصادياً^(١٠)، فالعقود التي تنشأ بين المرفق العام الاقتصادي والمنتفعين من خدماته هي علاقة تعاقدية تخضع لأحكام القانون الخاص، وقروض بنك التسليف والادخار هي قروض رعاية سكنية لا يتقاضى البنك عنها أية فوائد^(١١)، فهي ليست قروضا تجارية كما هو الحال بالنسبة لقروض البنوك التجارية، ويتم سداد قيمتها بأقساط ميسرة، والغرض منها توفير الرعاية اللائقة والمناسبة للأسرة الكويتية وفقاً للشروط المحددة.

(٨) فيما يتعلق ببناء قسيمة على أرض تم تخصيصها من المؤسسة العامة للرعاية السكنية لا يمكن اعتبار المخصص له مالكا للعقار إلا بعد إصدار وثيقة التملك، التي يحتفظ بها بنك التسليف والادخار، عند توافر شروط إصدارها، سواء تم بناء القسيمة على أرض أو تم شراء تلك القسيمة؛ فالبنك يحتفظ بأصل وثيقة التملك حتى سداد القرض.

(٩) انظر في ذلك: نص المادة ٣٦ من قانون الرعاية السكنية.

(١٠) الشريف، عزيزة؛ العصار، يسري. (١٩٩٩). القانون الإداري - النشاط الإداري (الضبط الإداري - المرفق العام). مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالكويت. الطبعة الأولى. ص ١٣٥ وما بعدها.

(١١) وفقاً لنص المادة ٥٤٧ من القانون المدني "يكون الإقراض بغير فائدة. ويقع باطلاً كل شرط يقضي بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته. ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض. ويعتبر هذا النص تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة ٣٠٥ من القانون المدني التي تقضي أنه "يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به. ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أيأ كان نوعها اشترطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلاً".

إن بنك التسليف والادخار يعتبر من البنوك المتخصصة في منح القروض السكنية ولا يعتبر من قبيل البنوك التجارية التي تخضع أعمالها لحكم المادة الخامسة من قانون التجارة، التي تنص على أنه "تعد أعمالاً تجارية الأعمال المتعلقة بالأمور الآتية، بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نية... معاملات البنوك". فمحكمة التمييز الكويتية أخرجت أعمال البنوك المتخصصة من عداد الأعمال التجارية، فقضت بأن "المقصود بالبنك التجاري كما عرفته المادة ٥٤ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ بإنشاء البنك المركزي، وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية هو المؤسسة التي يكون عملها الأساسي الذي تمارسه عادة قبول الودائع لاستثمارها في عمليات مصرفية، وإذا كان بنك التسليف والادخار بحسب قانون إنشائه رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٥، ووفقاً للغرض من قيامه، لا يعد بنكاً تجارياً ولا في حكم الأجهزة المصرفية التي عناها القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ سالف البيان، وأنه وإن كان يقوم ببعض عمليات قبول الودائع لاستثمارها، إلا أنه لم ينشأ أصلاً لهذه الغرض ولا تعتبر هذه العمليات من عملياته الأساسية" (١٢).

وإذا كانت القروض الممنوحة من بنك التسليف والادخار تخضع لأحكام القانون الخاص فهي قروض مدنية وليست تجارية تطبيقاً للحكم المشار إليه أعلاه؛ مما يترتب على ذلك العديد من الآثار القانونية المهمة بالنسبة للمقترض، ومنها ما يأتي:

- عدم جواز تقاضي بنك التسليف والادخار فائدة عند تأخر المقترض في الوفاء بسداد الأقساط المستحقة عليه (١٣).
- يجوز للقاضي أن يمنح المقترض أجلاً لسداد الأقساط المستحقة عليه

(١٢) انظر: الطعن رقم ٦٩٣ لسنة ٢٠٠١ تجاري، جلسة ١/٦/٢٠٠٣، مجلة القضاء والقانون، القسم الخامس، المجلد التاسع، رقم ٥، ص ٥٢٧.

(١٣) انظر: نص المادة ٣٠٥ من القانون المدني، بالمقابل تنص الفقرة ٢ من المادة ١٠٢ على أنه "إذا تضمن العقد اتفاقاً على سعر الفائدة، وتأخر المدين في الوفاء، احتسبت الفائدة التأخيرية على أساس السعر المتفق عليه".

تجاه البنك إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة ٤١٠ من القانون المدني^(١٤).

- لا يحق للبنك المطالبة بالتعويض عن تأخر المقترض في سداد قيمة القرض إلا إذا كان الأخير قادراً على السداد، وأن يثبت البنك أن ضرراً أصابه من هذا التأخير^(١٥).

إشكالية الدراسة:

إن أحقية مالك العقار المرهون لصالح بنك التسليف والادخار في التصرف من عدمه تثير بعض التساؤلات والإشكاليات التي نحاول من جانبنا التطرق لها من خلال بيان موقف القضاء الكويتي منها والتعليق عليه، ومن أهم الإشكاليات التي تتناولها الدراسة مدى جواز تقييد سلطة المدين الراهن في التصرف في عقاره المرهون؛ إذ إن بنك التسليف والادخار يشترط على المقترض في عقد القرض عدم جواز التصرف في العقار المرهون إلى حين سداد القرض أو الحصول على الموافقة المسبقة من البنك؛ فهل هذا الشرط الاتفاقي المانع من التصرف شرط صحيح على اعتبار أن تقييد حرية مالك العقار في التصرف ما هو إلا تحقيق للمصلحة التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من قانون الرعاية السكنية؟ وما الأثر المترتب على مخالفة ذلك الشرط؟ أما أن عدم صحة ذلك

(١٤) الأصل العام في القروض التجارية، وفقاً للمادة ١٠٩ من قانون التجارة أنه "لا يجوز للقاضي منح المدين بالتزام تجاري مهلة للوفاء به أو تقسيطه إلا في الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون أو إذا اقتضت ذلك ضرورة قصوى".

(١٥) وفقاً لنص المادة ٣٠٦ من القانون المدني. بالنسبة للقروض التجارية فإن البنك يستحق فوائد تأخيرية بقوة القانون. فالمدين يدفع على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها سبعة في المائة (مادة ١١٠ من قانون التجارة). ولا يشترط أن يثبت الدائن أي ضرر. سواء كانت الفائدة قانونية أم اتفاقية (المادة ١١٢). وتستحق تلك الفوائد عن التأخير بمجرد استحقاقها ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك (المادة ١١٣).

الشرط لا يتعارض مع قصد المشرع من القانون الخاص بالرعاية السكنية؛ بحيث لا يجوز المساس بجوهر حق الملكية المتمثل في حق التصرف تطبيقاً لنص المادة ٨١٠ من القانون المدني؟.

عند الرجوع لأحكام القضاء الكويتي بخصوص مدى صحة الشرط المانع من التصرف في العقار المرهون لبنك التسليف والادخار، تبين لنا وجود مبدئين: مبدأ سابق يقرر صحة ذلك الشرط؛ ومن ثم عدم جواز تصرف المقترض بالعقار المرهون لصالح البنك (المبحث الأول)، ومبدأ حديث: يقرر بطلان ذلك الشرط؛ مما يعني أحقية المقترض في التصرف في عقاره المرهون لبنك التسليف والادخار (المبحث الثاني).

المبحث الأول

صحة الشرط المانع من التصرف في العقار المرهون

إن رهن العقار المملوك بموجب قرض الرعاية السكنية رهن رسمي لا يترتب عليه إخراج العقار المرهون من حيازة ولا ملك المدين الراهن (المقترض)، كما أنه لا يمنح الدائن المرتهن (البنك) شيئاً من سلطات المالك، بل إن هذه السلطات جميعاً من استعمال واستغلال وتصرف تبقى للمدين الراهن، فيكون للأخير سلطة التصرف في عقاره المرهون^(١٦). وحرية المالك الراهن في التصرف في العقار المرهون تعتبر من النظام العام؛ بحيث لا يجوز أن يقيد هذا اتفاق مع الدائن المرتهن، وإلا كان هذا الاتفاق باطلاً^(١٧)؛ ذلك أن التنظيم القانوني

(١٦) انظر: في مدى سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون: أبو السعود، رمضان. (٢٠٠٧). التأمينات الشخصية والعينية. دار الجامعة الجديدة. ص ٢٨٨؛ أبو الليل، إبراهيم. (٢٠٠٩). الحقوق العينية الأصلية. الكتاب الأول. حق الملكية. جامعة الكويت. مجلس النشر العلمي. ف ١٤٧. ص ١٩٩.

(١٧) انظر: سعد، نبيل. (٢٠٠٧). التأمينات العينية والشخصية. الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة. دار الجامعة الجديدة. ف ٦٢. ص ١٠٠.

للرهن الرسمي من شأنه أن يكفل الحماية اللازمة للدائن المرتهن، ومن ثم لا تكون له حاجة إلى حرمان الراهن من التصرف في العقار المرهون، بالمقابل فإن التنظيم القانوني لحق الملكية أجاز الاتفاق على تقييد حق المالك في التصرف عند توافر الشروط التي حددتها المادة ٨١٥ من القانون المدني.

ومن المبادئ القانونية التي أخذت بها محكمة التمييز الكويتية مبدأ عدم جواز التصرف في العقار المرهون لصالح بنك التسليف استناداً إلى صحة الشرط المانع من التصرف في العقار في عقد القرض المبرم بين المتصرف (المقترض) والبنك. ففي الحكم الصادر بتاريخ ٢٠/٥/٢٠٠٢ رأت محكمة التمييز الكويتية أن "قروض البنك هي قروض رعاية سكنية، يقدمها البنك نيابة عن الدولة، ولا يتقاضى أي فوائد عنها؛ فهي ليست كقروض البنوك التجارية، ويتم سداد قيمتها بأقساط ميسرة، والغرض من توفيرها الرعاية اللائقة والمناسبة للأسرة، وتمنح بالاستناد إلى لوائح وضوابط إدارية للأسر المستحقة للرعاية السكنية الحكومية، وبضمان رهن عقاري، فإذا رغب المقترض في بيع عقاره بعد الحصول على قرض البنك يتوجب عليه أن يسدد قرض البنك أولاً منعاً من التحايل على القانون ببيع العقار وقبض ثمنه فيكون بذلك قد حصل على قرض عادي ولكن بدون فائدة، وتصرف المقترض في العقار ببيعه يعتبر مخالفة لشروط العقد ولا يحتج به على البنك..."^(١٨).

في الاتجاه نفسه ذهب حكم محكمة الاستئناف المطعون فيه أمام محكمة التمييز في الحكم رقم ٣ لسنة ٢٠٠٨ الصادر بتاريخ ٢٦/٣/٢٠١٨^(١٩) "أنه

(١٨) محكمة التمييز، الدائرة المدنية، الطعن رقم ٢٠٠٢/٧٠ مدني، جلسة ٢٠/٥/٢٠٠٢، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الخامس، المجلد السابع، مارس ٢٠٠٩، قاعدة رقم ١، ص ٦٢٧، مجلة القضاء والقانون، يوليو ٢٠٠٥، السنة الثلاثون، الجزء الأول، ص ٦٣٧.

(١٩) الحكم الصادر بتاريخ ٢٦/٣/٢٠١٨ هو حكم الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والإدارية لمحكمة التمييز الذي أكد جواز تصرف المقترض بالعقار المرهون؛ أي بطلان الشرط المانع من التصرف.

يجوز لأي من الشركاء على الشروع أن يلجأ إلى المحكمة بطلب قسمته عيناً بطريق التصفية طبقاً للمادة ٨٣٦ من القانون المدني إلا أنه لما كانت المادة ٢٨ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٣ في شأن الرعاية السكنية قد ألزمت المؤسسة العامة للرعاية السكنية بتقديم القروض لمستحقي الرعاية السكنية بناء المساكن أو لشرائها أو لزيادة الانتفاع بها بالتوسعة أو التعلية أو لإصلاحها وترميمها وتصرف قروض الرعاية السكنية لمستحقيها بلا فوائد... ومفاد ذلك أن الهدف من منح قروض الرعاية السكنية هو حفظ كيان الأسرة وتقوية أواصرها وتوفير الرعاية السكنية لها وقد رصدت الدولة في هذا السبيل - وفقاً للمادة الثانية من القانون المشار إليه - مبلغ خمسمائة مليون دينار؛ ولهذا حق لبنك التسليف والادخار أن يضع من الشروط ما يضمن تحقيق هذه الغاية المقصودة بهذا الإنفاق الضخم، كأن يشترط منع المقرض من تأجير العقار كلياً أو جزئياً أو التصرف فيه أو في أي جزء منه دون موافقة مسبقة من البنك أو استعمال القرض لغير الغرض المخصص له؛ فإذا خرج المقرض عن هذه الشروط وقام بالتصرف في العقار فلا يحاجّ البنك بهذا التصرف ما لم يتم سداد القرض أو الباقي منه للبنك؛ لأنه بغير ذلك يصبح القرض مجرد قرض عادي ولكن بدون فائدة وتضيع هدراً أموال الدولة التي رصدها في هذا السبيل...^(٢٠).

يؤكد هذا التوجه القضائي صحة الشرط المانع من التصرف في العقار المرهون لبنك التسليف والادخار؛ مما يترتب على ذلك عدم جواز تصرف المقرض فيه. ومن خلال هذا المبدأ القانوني الذي كرسته محكمة التمييز الكويتية، نتطرق أولاً للأساس القانوني لصحة الشرط (المطلب الأول)، وللجزاء المترتب على التصرف في العقار المرهون (المطلب الثاني).

(٢٠) محكمة الاستئناف، الدائرة المدنية ١٤، الطعن رقم ١٣١٨/٢٠١٥، جلسة ٢٠١٥/٧/١٢، حكم غير منشور.

المطلب الأول الأساس القانوني لصحة شرط المنع من التصرف في أحكام محكمة التمييز

أولاً - حق البنك في تقييد حرية المقترض (المالك) في التصرف في عقاره المرهون:

إن منح قروض الرعاية السكنية من قبل بنك التسليف والادخار لا يكون إلا باشتراط البنك على المقترض عدم التصرف في العقار إلا بعد موافقة البنك على ذلك، وبناء على هذا الشرط يتم تقييد حرية مالك العقار في التصرف في عقاره الذي تملكه بموجب قرض الرعاية السكنية، وتطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني، يجوز لأطراف العلاقة العقدية الاتفاق على شروط العقد بشرط ألا تكون تلك الشروط ممنوعة قانوناً أو مخالفة للنظام العام أو حسن الآداب، ولكن هل الشرط الاتفاقي الذي يقيد حرية المالك في التصرف في عقاره يعتبر ضمن الشروط التي يجوز الاتفاق عليها؟ بمعنى آخر هل بالإمكان أن يرد في عقد القرض المبرم بين بنك التسليف والادخار شرط يمنع المقترض (المالك) من التصرف في العقار الذي تملكه بموجب القرض الممنوح له من قبل البنك؟.

بما أن عقد القرض المبرم بين البنك والمقترض يعتبر عقداً مدنياً وليس إدارياً فإنه يخضع لأحكام القانون المدني، وبالرجوع لنصوص القانون المدني، خاصة تلك المتعلقة بنطاق حق الملكية، فإن المادة ٨١٠ تنص على أنه "إذا تضمن التصرف القانوني شرطاً يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف، أو يقيد حقه في التصرف فيه، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث قوي ومقصوراً على مدة معقولة"^(٢١)، وتعليقاً

(٢١) انظر: فيما يتعلق بشروط صحة شرط المنع من التصرف: سرور، محمد شكري. (١٩٩٨). موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي. دراسة مقارنة. =

على النص المذكور بينت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أنه ينبغي لصحة الشرط الذي يمنع المالك من التصرف في ملكه أن يرد ذلك الشرط في تصرف ناقل للملكية^(٢٢)؛ فالأصل العام هو حرية المالك في التصرف في ملكه، والاستثناء هو المنع من التصرف في أضيق الحدود لعدم المساس بحرية التصرف التي يتمتع بها المالك^(٢٣)، وبمفهوم المخالفة، فإن الشرط الذي يمنع المالك من التصرف في عقاره ويرد في تصرف قانوني غير ناقل للملكية يعتبر شرطاً باطلاً.

من المؤكد أن أحكام القضاء الكويتي التي أخذت بصحة الشرط المانع من التصرف في العقار المرهون لصالح بنك التسليف والادخار لم تستند في أحكامها إلى نص المادة ٨١٥ من القانون المدني فيما يتعلق بالشرط المانع من التصرف، بل استندت في ذلك، إلى أحقية بنك التسليف والادخار في أن يضع من الشروط ما يضمن تحقيق الغاية المقصودة من القانون الخاص بالرعاية السكنية، ألا وهي توفير الرعاية السكنية لمستحقيها^(٢٤)، ومن بين هذه الشروط الشرط الذي اعتاد بنك التسليف والادخار على إدراجه في عقود قروض الرعاية السكنية والذي يمنع المقترض (مالك العقار) من تأجير العقار كلياً أو جزئياً أو التصرف فيه أو في أي جزء منه دون موافقة مسبقة من البنك، وإلا ترتب على

= مطبوعات جامعة الكويت. الطبعة الثانية. ف ٣٨٢. ص ٢٦١. محجوب، جابر. الدريعي، سامي. الهندياني، خالد. (٢٠١٢). حق الملكية في القانون الكويتي. دراسة مقارنة. الطبعة الثالثة. ف ٧٠. ص ٨٨.

(٢٢) انظر في ذلك: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني. طبعة ١٩٩٨. ص ٥٨٨ وما يليها.

(٢٣) أبو الليل، إبراهيم. (٢٠٠٩). الحقوق العينية الأصلية. الكتاب الأول. حق الملكية. جامعة الكويت. مجلس النشر العلمي. ف ١٤٢. ص ٢١٤.

(٢٤) إن هذا التوجه القضائي يترتب عليه إهدار القيمة القانونية لحق الرهن الذي يهدف إلى التوفيق بين حرية المالك في التصرف في العقار المرهون وبين ضمان حصول الدائن على حق عن طريق ما له من سلطة التتبع.

ذلك أن يصبح كامل الدين واجب الأداء ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو صدور حكم قضائي. "فإذا كانت القاعدة أن لمالك الشيء أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه، في حدود القانون"^(٢٥)، فإن قانون الرعاية السكنية يقيد حرية المقرض (مالك العقار) في التصرف في عقاره المرهون لبنك التسليف والادخار بهدف تحقيق الغاية المقصودة منه.

ثانياً - مصلحة البنك في تقييد حرية المالك في التصرف:

إذا كان الأساس القانوني للشرط الذي يمنع المقرض من التصرف في العقار المرهون لبنك التسليف والادخار يجد أساسه في شروط العقد المتفق عليها، فمن الملاحظ أن الاتفاق على تقييد حرية المقرض في التصرف في العقار يكون من أجل تحقيق الغاية التي يبتغي قانون الرعاية السكنية تحقيقها من الشرط المانع من التصرف الوارد في عقد القرض، التي تتمثل في ضرورة توفير الرعاية السكنية لمستحقيها وضمان سداد المقرض لقيمة القرض الذي بموجبه تملك العقار المرهون.

- توفير الرعاية السكنية: إذا كان بنك التسليف والادخار يسعى من خلال منحه قروض الرعاية السكنية إلى توفير الرعاية السكنية بحصول المواطن الكويتي وأسرته على السكن المناسب، فإنه، كما نعتقد، لا يمكن القول إن تقييد حرية المقرض مالك العقار المرهون في التصرف فيه مرتبط ارتباطاً وثيقاً بتلك الغاية، فإذا كان بنك التسليف والادخار يسعى إلى توفير الرعاية السكنية، فإن تلك الغاية تتحقق بمجرد حصول المستحق لها على قرض الرعاية السكنية؛ فعند توافر شروط استحقاق القرض الإسكاني، فإن البنك يلتزم بإبرام العقد مع المقرض؛ بحيث لا يكون له أي سلطة تقديرية في منح القرض من عدمه^(٢٦)،

(٢٥) نص المادة ٨١٠ من القانون المدني.

(٢٦) عقد القرض الإسكاني الممنوح من بنك التسليف والادخار لا يقوم على الاعتبار الشخصي للمقرض كما هو الحال بالنسبة للقروض الممنوحة من قبل البنوك التجارية.

ومن وقت تنفيذ البنك لالتزامه بمنح القرض الإسكاني يكون الهدف المقصود منه قد تحقق بامتلاك المقرض سكناً له ولأسرته بموجب القرض الممنوح له؛ فمن غير المتصور تقييد حرية المقرض في التصرف في عقاره - بمقتضى شرط اتفاقي - تقييداً مطلقاً بهدف الحيلولة دون انتقال العقار المملوك بموجب قرض إسكاني.

- **ضمان الحصول على قيمة القرض:** نرى أن حظر التصرف في العقار المرهون لبنك التسليف والادخار مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمدة سداد قيمة القرض؛ فحظر التصرف في العقار يظل قائماً خلال فترة سداد القرض، ويزول بالسداد الكامل لقيمة القرض؛ فالحظر يكون مؤقتاً يقتصر على المدة التي يوفي خلالها المقرض كامل أقساط القرض، وتأكيداً لذلك، فالبنك لا يمنع أصلاً من انتقال ملكية العقار المملوك بموجب قرض إسكاني والمرهون لصالحه عند قيام المقرض بسداد قيمة القرض^(٢٧). ومن هنا يظهر الشرط المانع من التصرف في العقار المرهون لبنك التسليف والادخار كشرط يسعى البنك من خلاله إلى توفير نوع من الضمان الاتفاقي؛ بحيث يضمن له الوفاء بقيمة القرض. إضافة إلى هذا الضمان المتمثل في الشرط المانع من التصرف، يتمتع البنك بضمان آخر يتمثل في الرهن الرسمي؛ فالبنك لا يمنح مستحق الرعاية السكنية القرض الإسكاني إلا بشرط رهن العقار الذي تملكه المقرض بموجب القرض من قبل البنك. ولتمتع البنك برهن عقاري فقد حكمت محكمة التمييز حديثاً - في الحكم الصادر بتاريخ ٢٦/٣/٢٠١٨ - بعدم

(٢٧) تنص المادة ٤٣ من قرار وزير الدولة لشؤون الإسكان رقم ٥٤٦ لسنة ١٩٩٣ بشأن نظام الرعاية السكنية أنه يجوز نقل ملكية البيوت التي توفرها الدولة لإسكان الأسر الكويتية المستحقة للرعاية السكنية إلى من خصصت لهم بالشروط الواردة في هذه المادة؛ أي بعد عشر سنوات من تاريخ تسليم السكن أو تاريخ الانتهاء من بناء القسيمة مع القرض شريطة سداد ثمن المسكن كاملاً... .

صحة الشرط المانع من التصرف في العقار المرهون لصالح بنك التسليف والادخار لما يتمتع به البنك (الدائن) من ضمان حصوله على حقه (قيمة القرض) عن طريق ما له من سلطة التتبع، كما سنرى لاحقاً.

المطلب الثاني

الجزء المترتب على التصرف في العقار المرهون

إن الجزء المترتب على التصرف في العقار المرهون - مخالفة لشرط المنع من التصرف - هو عدم الاحتجاج بذلك التصرف في مواجهة بنك التسليف والادخار، كما يحق للبنك المطالبة بفسخ عقد القرض أو المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام المقترض بسداد قيمة القرض أو المتبقي منه.

أولاً - عدم الاحتجاج بالتصرف في مواجهة بنك التسليف والادخار:

وفقاً لقضاء محكمة التمييز الكويتية فإن تصرف مالك العقار المضمون برهن عقاري لصالح بنك التسليف بالمخالفة للشرط المانع من التصرف يترتب عليه عدم الاحتجاج بذلك التصرف في مواجهة البنك^(٢٨).

ففي الحكم الصادر بتاريخ ٢٠/٥/٢٠٠٢ رأيت محكمة التمييز "أن خروج المقترض عن الشروط التي تمنعه من تأجير العقار كلياً أو جزئياً أو التصرف فيه أو في أي جزء منه دون موافقة مسبقة من البنك أو استعمال القرض لغير الغرض المخصص له وقام بالتصرف في العقار لا يحتاج البنك بهذا التصرف ما لم يتم سداد القرض أو الباقي منه للبنك"^(٢٩).

يقصد بعدم الاحتجاج بالتصرف في العقار المرهون لصالح بنك التسليف والادخار في مواجهته هو عدم إمكانية تمسك أي طرف من أطراف التصرف في

(٢٨) أما الجزء المقرر لمخالفة الشرط المانع من التصرف، وفقاً لنص المادة ٨١٦ من القانون المدني، يكون قابلية التصرف للبطلان.

(٢٩) وهو الجزء نفسه الذي قرره حكم محكمة الاستئناف المطعون فيه بالتمييز في الحكم الصادر عن محكمة التمييز بتاريخ ٢٦/٣/٢٠١٨.

مواجهة البنك بالتصرف المبرم^(٣٠)؛ فالمقترض وإن كان مالكا للعقار المرهون للبنك لا يكون له الحق في التصرف فيه بمقتضى الشرط المانع من التصرف، فإذا قام المقترض (المالك) - على سبيل المثال - ببيع العقار فإن المشتري لن يستطيع الرجوع إلى البنك للمطالبة بنقل ملكيته إليه محملاً بالرهن^(٣١). لذلك رأَت محكمة التمييز^(٣٢)، في الحكم الصادر بتاريخ ٢٠/٥/٢٠٠٢ في مواجهة مشتري العقار من المقترض الذي طالب البنك بتسليم وثيقة العقار ليقوم بتحويل ملكيته إليه مع تحمل العقار بحق الرهن، أن المشتري المطعون ضده الحكم "لا يستعمل حقاً شخصياً له قبل البنك لانقضاء أي علاقة مباشرة بينهما، وإنما هو بدعواه يستعمل حقوق مدينه قبل البنك الطاعن لا تخول له بغير موافقة البنك التصرف في العقار المشتري بأموال القرض والمرهون لصالح البنك الطاعن قبل سداد كامل القرض يكون واجب الأداء عندئذ، فإن دعوى المطعون ضده قبل البنك الطاعن تكون مفتقدة للأساس القانوني أو الواقعي الذي يحملها". وهذا يعني أن عدم أحقية المقترض بالتصرف في العقار يترتب عليه عدم ثبوت الحق للخلف الخاص (المشتري) للمطالبة بنقل ملكيته إليه.

بناء على ما استند إليه الحكم، ينتقد البعض^(٣٣) الأساس القانوني الذي بناءً

(٣٠) انظر في أثر العقد بالنسبة للغير: السنهوري، عبدالرزاق. الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني. المجمع العلمي العربي الإسلامي. ف ٢٤٥. ص ٢٦٦. أبو الليل، إبراهيم. (١٩٩٨). نظرية الالتزام (١). المصادر الإرادية للالتزام. العقد والإرادة المنفردة (التصرف القانوني). مؤسسة دار الكتب. الطبعة الثانية ف ٤٠٤. ص ٣٢٨.

(٣١) عقد البيع يكون نافذاً بين البائع والمشتري. ولكن لا يمكن الاحتجاج بالعقد في مواجهة البنك.

(٣٢) حكم محكمة التمييز، الطعن رقم ٢٠٠٢/٧٠، جلسة ٢٠٠٢/٥/٢٠.

(٣٣) انظر: محجوب، جابر. (ديسمبر ٢٠٠٦). تعليق على حكم محكمة التمييز في شأن مدى سلطة الراهن (المقترض) في التصرف في العقار المرهون ضماناً لقرض الرعاية السكنية (الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٢/٧٠ مدني - جلسة ٢٠٠٢/٥/٢٠)، =

عليه رأّت محكمة التمييز في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠/٥/٢٠٠٢ من اعتبار المشتري (الدائن) المدعي بتسليم وثيقة العقار أنه يستعمل حقوق مدينه (البائع) في مواجهة مدين المدين (البنك) من خلال الدعوى غير المباشرة، وذلك لعدم توافر شروط تلك الدعوى في القضية المطروحة، فالهدف من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام للدائنين من خلال سعي الدائن إلى إدخال الحق الذي أهمل مدينه في المطالبة به؛ مما قد يترتب عليه إعساره أو زيادة إعساره. إلا أن المشتري المطعون ضده، في حكم محكمة التمييز المذكور أعلاه، من قبل بنك التسليف والادخار لا يسعى إلى إدخال حق في الذمة المالية للبائع (مدينه) وإنما يسعى إلى إخراج العقار من ملكية البائع لتسجيله باسمه^(٣٤).

ثانياً - فسخ عقد القرض أو المطالبة بسداد كامل القرض أو المتبقي منه:

بمقتضى الشرط المانع من التصرف الوارد في عقد القرض، فإن المقترض ملتزم بالامتناع عن التصرف دون الحصول على موافقة البنك المسبقة، وأي تصرف مخالف يترتب عليه أن يصبح القرض بأكمله أو المتبقي من الأقساط واجبة الأداء دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو صدور حكم قضائي، والشرط على هذا النحو كيف بأنه شرط فاسخ صريح^(٣٥).

إن الأثر المترتب على توافر شروط الشرط الفاسخ، هو اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة لتدخل القاضي، وهذا الحكم مقرر فقط لمصلحة الدائن (البنك)، فله الحق في التمسك بالشرط واعتبار العقد مفسوخاً أو المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام^(٣٦)؛ فالمدین لا يكون له خيار إلا تنفيذ

= مجلة الحقوق. مجلس النشر العلمي. جامعة الكويت. العدد ٤. السنة ٣٠. ص ٣٨٥.

(٣٤) انظر: جابر محجوب، مرجع سابق.

(٣٥) انظر: جابر محجوب، مرجع سابق، ص ٤١٠.

(٣٦) انظر: عبدالرضا، عبدالرسول؛ النكاس، جمال فاخر. (٢٠١٤/٢٠١٥). مصادر الالتزام

والإثبات. مؤسسة دار الكتب. الطبعة الرابعة ٢٠١٤/٢٠١٥. ف ١٦٠. ص ١٩٨.

التزامه^(٣٧)، ولا يملك القاضي تطبيق حكم الشرط الفاسخ من تلقاء نفسه دون طلب من الدائن (البنك)^(٣٨)؛ مما يعني أن بنك التسليف والادخار، عند مخالفة الشرط المانع من التصرف من قبل المقترض، يكون له خياران:

الخيار الأول - تمسك البنك باعتبار عقد القرض مفسوخاً: والأثر المترتب على فسخ عقد القرض بين البنك والمقترض، تطبيقاً لنص المادة ٢١١ من القانون المدني، هو اعتبار العقد المبرم كأن لم يكن؛ مما يترتب عليه وجوب قيام المقترض بسداد كامل القرض أو المتبقي من الأقساط تطبيقاً للأثر الرجعي للفسخ، ولكن هل تمسك البنك بهذا الخيار يحقق مصلحته؟ للإجابة عن ذلك نبين بداية أن غاية المقترض (المتصرف) من التصرف بالعقار المرهون دون حصوله على موافقة مسبقة من قبل البنك (الدائن المرتهن) هي السعي لنقل ملكية العقار محملاً بالرهن إلى المتصرف إليه (المشتري)؛ فالمقترض لا يسعى إلى سداد كامل القرض لتحرير العقار من الرهن المقرر لصالح البنك؛ ومن ثم نقل ملكيته خالياً من الرهن إلى المشتري، وإلا كان بإمكانه ألا يتصرف في العقار إلا عند حصوله على موافقة البنك بسداد قيمة القرض.

بناء على ذلك - كما نعتقد - ليس من مصلحة البنك تحقيقاً لما يسعى إليه بخصوص قروض الرعاية السكنية أن يتمسك بهذا الخيار؛ لأن تمسك البنك بخيار الفسخ قد يجعل من القرض الإسكاني "مجرد قرض عادي" ولكن دون فائدة وتضييع هدرأ أموال الدولة التي رصدتها في توفير الرعاية السكنية؛ فالفسخ يترتب عليه أن يصبح العقار المملوك بموجب قرض عقاري خالياً من الرهن مع إمكانية بيعه وتسجيله باسم المشتري دون قيد أو شرط، ولهذا السبب يعتبر الخيار الثاني الخيار الأفضل والمجدي لتحقيق الهدف المتمثل في توفير الرعاية السكنية للمواطن.

(٣٧) أبو السعود، رمضان. (٢٠٠٢). النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام. دار المطبوعات الجامعية. ص ٢٩٨.

(٣٨) سمير تناغو. مصادر الالتزام. ١٩٩٩-٢٠٠٠. ف ١٤٦. ١٩٤.

الخيار الثاني - تمسك البنك بالتنفيذ العيني للالتزام المقرض:

يتمثل التزام المقرض في وجوب سداد قيمة الأقساط المستحقة عليه مقابل حصوله على القرض الإسكاني. فالتصرف في العقار دون الموافقة المسبقة للبنك، لا يمكن الاحتجاج به - كما رأينا - في مواجهة البنك لنقل ملكية العقار المرهون؛ ما يعني بقاء العقار مملوكاً للمقرض مع التزامه بسداد الأقساط المستحقة للبنك. فإذا أخل المقرض بتنفيذ التزامه، فإن تمسك البنك بالتنفيذ العيني للالتزام المقرض بسداد الأقساط، يتوافق مع غاية منح القروض العقارية، ألا وهي توفير الرعاية السكنية.

يجب ملاحظة أن محل التزام المقرض مبلغاً من النقود، فالتنفيذ العيني لهذا الالتزام دائماً ممكن؛ مما يترتب على ذلك العديد من النتائج، وهي:

- التزام المقرض بسداد قيمة القرض التزاماً لا ترد عليه الاستحالة الموضوعية المطلقة التي يترتب عليها انفساخ العقد بقوة القانون، فالقضاء الكويتي يستند في أحكامه المتعلقة بالاستحالة إلى طبيعة محل التزام المدين؛ فقد قضى بأن "الالتزام الذي ينصب على أداء مبلغ من النقود هو التزام قابل بطبيعته للتنفيذ ولا ترد عليه الاستحالة الموضوعية"^(٣٩). فالاستحالة النسبية التي ترجع إلى ظروف المدين دون الآخرين من عامة الناس لا تعفيه من تنفيذ التزامه تجاه الدائن^(٤٠).

(٣٩) الطعن رقم ٩٤/١٨ مدني، جلسة ١٩/١٢/١٩٩٤، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الثالث، المجلد الأول، يوليو ١٩٩٩، ص ٧١٩. مجلة القضاء والقانون، يوليو ١٩٩٩، السنة الثانية والعشرون، الجزء الثاني، ص ٥٠٢، الطعن رقم ٩٤/١٩ مدني، جلسة ١٩/١٢/١٩٩٤، مجلة القضاء والقانون، يوليو ١٩٩٩، السنة الثانية والعشرون، الجزء الثاني، ص ٥٠٥.

(٤٠) الرومي، عبدالوهاب. (يونيو ١٩٩٨). الاستحالة والسبب الخارجي عن المدين. دراسة لمفهوم نفسي لهذا السبب. مجلة الحقوق. العدد الثاني. السنة الثانية والعشرون. ص ١٠٤.

- لا يحق للمقترض التمسك بنظرية الظروف الطارئة من أجل تخفيض قيمة الأقساط المستحقة للبنك على اعتبار أن تنفيذ التزامه صار مرهقاً له^(٤١). فلا يمكن اعتبار حالة الإرهاق المادية أو الإعسار ضمن الظروف الطارئة الاستثنائية التي تستدعي تعديل آثار العقد لصالح المدين المعسر غير القادر على سداد مقدار القسط. فحالة الإرهاق أو الإعسار، وإن كانت ترجع في بعض الأحيان إلى تدهور الأوضاع الاقتصادية لا تستدعي - بالضرورة - تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا عند توافر شروطها التي تقاس بمعياري موضوعي لا شخصي؛ ومن ثم فلا ينظر إلى درجة يسر أو عسر المدين في تحمل شرط الإرهاق، بل ينظر في ذلك إلى قدر الخسارة في ذاتها وهل تدخل في حدود المألوف أو تتجاوزه، فهذه النظرية تقوم على حماية التوازن الاقتصادي للعقد؛ أي إبقاء اقتصادياته قائمة بقدر الإمكان.

فمن الواضح أن حالة الإعسار وما يترتب عليها من إرهاق المدين في السداد، لا تكون إلا نتيجة وضعه المالي الخاص به، حتى مع القول إن حالة الإعسار حادث طارئ استثنائي لكونه غير راجع لإرادة المدين، وحادث عام لوجود حالات مشابهة لوضع المدين من الناحية الموضوعية، إلا أنها تبقى حالة غير متعلقة إطلاقاً بالعقد المبرم؛ فمعياري تطبيق نظرية الظروف الطارئة معياري موضوعي يتعلق بالعقد ذاته دون اعتداد بظروف المدين الخاصة من حيث قدرته أو عدم قدرته على تنفيذ الالتزام، فحالة الإعسار تؤثر في شخص المدين، ولكن ليس من شأنها التأثير في شروط تنفيذ العقد، وإن كان لها تأثير على إمكانية التنفيذ^(٤٢).

(٤١) وفقاً لنص المادة ١٩٨ من القانون المدني.

(٤٢) انظر: في أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة. سليم، محمد محيي الدين. (٢٠٠٧). نظرية الظروف الطارئة. بين القانون المدني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة. دار المطبوعات الجامعية. ص ٥٤٩.

المبحث الثاني

بطلان الشرط المانع من التصرف في العقار المرهون

المبدأ الذي أخذت به الهيئة العامة لمحكمة التمييز في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والإدارية حديثاً هو جواز التصرف في العقار المرهون لصالح بنك التسليف، وتتخلص وقائع هذا الحكم في أن الزوجة أقامت دعوى للمطالبة بقسمة العقار لإنهاء حالة الشيعوع بينهما، وفي حالة تعذر ذلك بيعه بالمزاد العلني مع أحقيتها برد المبلغ الذي أنفقته على ترميمه وصيانته؛ إذ إنها تمتلك على الشيعوع مع زوجها العقار المرهون لصالح بنك التسليف والادخار ضمناً للوفاء بقرض باسم الزوج. حكمت محكمة أول درجة، ببيع العقار بالمزاد العلني.

طعن الزوج على هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف مطالباً بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء برفض الدعوى؛ وذلك للأسباب الآتية: إن المنزل محل النزاع مخصص لمنفعة الأسرة التي تتكون منه ومن زوجته المستأنف ضدها وأولاده منها وفي بيعه ما يضر بوحدة تلك الأسرة خاصة أنه محمل برهن لصالح بنك التسليف والادخار، ولا يجوز بيعه وفقاً للقانون الخاص بالرعاية السكنية. هذا فضلاً عن إمكانية قسمته قسمة مهياة، كما أنه أنفق مبالغ على صيانته وأن الثمن الوارد بتقرير الخبير يقل بكثير عن قيمته، وأنه سدد من ماله الخاص مقدم ثمن شراء ذلك المنزل واقترض من بنك التسليف والادخار مبلغ سبعين ألف دينار لشراء ذلك العقار. حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء حكم أول درجة والقضاء للزوج برفض دعوى الزوجة^(٤٣).

طعنن الزوجة على هذا الحكم بطريق التمييز؛ وإذ عرض الطعن على الدائرة المدنية والعمالية بهذه المحكمة في غرفة المشورة، رأت تلك الدائرة أن

(٤٣) محكمة الاستئناف، الطعن رقم ٢٠١٥/١٣١٨ مدني/١٤، جلسة ٢٠١٥/٧/١٢.

حكم غير منشور.

هناك خلافاً بين دوائر المحكمة بشأن مسألة جواز أو عدم جواز بيع العقار المرهون رهناً لصالح بنك التسليف والادخار، وحسماً لهذا الخلاف أحالت الدائرة المدنية والعمالية الأولى الطعن إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والإدارية المشكلة وفقاً للفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون تنظيم القضاء الصادر بالمرسوم رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠ والمعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٣ للنظر في توحيد المبدئين. حكمت الهيئة المشكلة بجواز التصرف في العقار المرهون لصالح بنك التسليف والادخار، وألزمت الدائرة المختصة الفصل في الطعن بالمبدأ الذي انتهت إليه^(٤٤).

التساؤل المطروح هنا هو: ما الأساس القانوني لمبدأ جواز تصرف المقترض (المالك) بعقاره المرهون لصالح بنك التسليف والادخار؟ وما أهم النتائج المترتبة عليه؟

المطلب الأول

الأساس القانوني لبطلان شرط المنع من التصرف في أحكام محكمة التمييز

الأساس القانوني لحكم الهيئة العامة لمحكمة التمييز في تقرير هذا المبدأ استند إلى عدم إمكانية تقييد حرية المقترض (المالك) في التصرف في ملكه ما دام للبنك حق رهن على العقار محل التصرف.

أولاً - سلطة المقترض الراهن في التصرف في العقار المرهون:

من المؤكد أن الهيئة العامة لمحكمة التمييز بتقريرها جواز التصرف للمقترض في عقاره المرهون لصالح بنك التسليف والادخار لم تأخذ بالدفع

(٤٤) محكمة التمييز، الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والعمالية، طعن رقم ٣ لسنة ٢١٠٨، جلسة ٢٦/٣/٢٠١٨، حكم غير منشور، انظر أيضاً: محكمة التمييز، الطعن رقم ٣٤٥/٢٠٠١ مدني/١، جلسة ٩/٦/٢٠٠٣، مركز تصنيف الأحكام القضائية، كلية الحقوق، جامعة الكويت.

المتعلق بوجود شرط اتفاقي يمنع المقرض من التصرف في عقاره المرهون لصالح بنك التسليف والادخار؛ مما يعني عدم صحة ذلك الشرط الاتفاقي، وكما نعتقد - وفقاً لتحليل الحكم وأسبابه - بأن عدم صحة الشرط المانع من التصرف لا يعود في حقيقة الأمر إلى كون ذلك الشرط وارداً في عقد القرض العقاري باعتباره تصرفاً قانونياً غير ناقل للملكية، وإنما يعود إلى عدم توافر مصلحة للبنك من اشتراط مثل هذا الشرط ما دام العقار مرهوناً لصالحه.

فإذا كانت الأحكام القضائية السابقة قد أخذت بمبدأ عدم جواز التصرف في العقار المرهون لصالح بنك التسليف والادخار استناداً إلى القانون الخاص بالرعاية السكنية، الذي رأيت فيه تلك الأحكام القضائية، أنه يسمح للبنك باشتراط عدم التصرف في العقار المرهون لصالحه - فإن حكم الهيئة العامة لمحكمة التمييز لا يؤكد لنا أن قانون الرعاية السكنية لا يجيز للبنك اشتراط مثل هذا الشرط. فإذا كانت المادة ٨١٠ من القانون المدني تنص على أن "لمالك الشيء أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه، في حدود القانون"، فإنه لا يمكن لنا أن نستخلص أو نستنتج أن القانون الخاص بالرعاية السكنية، وفقاً لحكم الهيئة العامة لمحكمة التمييز، لا يمنح الحق للبنك في تقييد حرية المقرض في التصرف في عقاره بمقتضى عقد القرض؛ بحيث يكون ذلك الشرط المقيد لحرية التصرف باطلاً لوروده في تصرف قانوني غير ناقل للملكية تطبيقاً لنص المادة ٨١٥ من القانون الخاص. وتأكيداً لذلك يمكن لنا الاستناد إلى الأسباب الآتية:

١ - كان بإمكان الهيئة العامة لمحكمة التمييز تقرير جواز التصرف في العقار المرهون لصالح بنك التسليف والادخار بالإشارة قطعاً إلى أن القانون الخاص بالرعاية السكنية لا يعطي البنك أحقية هذا التقييد بالتصرف في العقار بمقتضى عقد القرض العقاري؛ لأنه لا يمكن تقييد حرية المالك في التصرف في ملكه إلا بمقتضى قانون أو تصرف قانوني ناقل للملكية.

٢ - عند تطرق الهيئة العامة لمحكمة التمييز في الأسباب، التي أدت إلى تقرير

مبدئها، للغاية التي يسعى القانون الخاص بالرعاية إلى تحقيقها، كان ذلك مربوطاً بالإشارة إلى تمتع البنك (المشترط) بحق رهن على العقار، وهذا يعني أن عدم صحة الشرط المانع من التصرف في العقار المرهون لبنك التسليف والادخار لم يكن بسبب طبيعة عقد القرض باعتباره عقداً غير ناقل للملكية، وإنما لانتفاء مصلحة البنك من اشتراط هذا الشرط؛ لما يتمتع به من ضمان متمثل في الرهن الرسمي للعقار؛ حيث ذهبت الهيئة في حكمها إلى أنه بناء على الغاية من تقديم القروض العقارية لمستحقي الرعاية السكنية "يحق لبنك التسليف والادخار أن يضع من الشروط ما يضمن تحقيق هذه الغاية المقصودة كأن يشترط منع المقترض تأجير العقار كلياً أو جزئياً أو استعمال القرض لغير الغرض المخصص له باعتبار أنه يجوز تحميل حق الملكية ببعض القيود التي تقتضيها أو تفرضها بعض الضرورات سواء من قبل الدولة أو الأفراد، إلا أنه يجب ألا تبلغ هذه القيود مبلغاً يصيب حق الملكية في جوهره أو تفقده أهم خصائصه أو تحرم أصحابه من تقرير صور الانتفاع به، وعلى ذلك إذا ما تم تحميل هذا الحق برهن رسمي فإن الراهن يبقى مالكاً للعقار المرهون مع ما يخوله الحق من سلطة التصرف وتقرير صور الانتفاع المختلفة، مع مراعاة أحكام التزام الراهن بضمان سلامة العقار المرهون؛ فيجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن فتنقل الملكية مثقلة بحق الرهن، ويكون للدائن المرتهن تتبع العقار في أي يد يكون، وأن يستوفي حقه مقدماً على غيره بمقتضى حقه في الضمان العام". ومن هنا يتضح أن الهيئة العامة قد رأت في حكمها أن قانون الرعاية السكنية أجاز تقييد حق الملكية بمقتضى الضرورة؛ بحيث يجوز للبنك اشتراط عدم التأجير كلياً أو جزئياً أو عدم استعمال القرض لغير الغرض المخصص له، أما بخصوص

حق التصرف في العقار فإن تقييده ليس له مقتضى ما دام قد حمل هذا الحق برهن رسمي.

٣ - بافتراض أن وقائع الحكم تبين لنا أن العقار الذي اكتسب ملكيته المقترض بمقتضى القرض العقاري غير مرهون لصالح البنك؛ بمعنى أنه تم منح القرض دون رهن رسمي، فما الحكم في هذه الحالة؟ نعتقد أنه سيحكم بصحة الشرط المانع من التصرف استناداً إلى قانون الرعاية السكنية الذي سيكون بمقتضاه للبنك أحقية تقييد حرية المقترض (المالك) في التصرف في العقار غير المرهون لصالح البنك حمايةً لمصلحة البنك في الوفاء له بمبلغ القرض قبل التصرف فيه؛ لأن الحكم بإمكانية التصرف في العقار غير المرهون يترتب عليه خروج العقار، وقت التصرف فيه، من الذمة المالية للمقترض، ومن ثم إضعاف الضمان العام للبنك، أما الأثر المترتب على صحة الشرط المانع من التصرف فلا يقتصر على امتناع المقترض من التصرف في عقاره، بل يترتب عليه أيضاً، امتناع الحجز والتنفيذ على العقار من دائني المتصرف إليه، وامتناع التنفيذ على العقار المحظور التصرف فيه يسري في مواجهة جميع الدائنين، سواء أكانت ديونهم قد نشأت قبل اشتراط المنع من التصرف أم بعده.

ثانياً - توافر الضمانات العينية للبنك لاستيفاء قيمة القرض:

عدم صحة الشرط المانع في التصرف كان نتيجة توافر الضمانات العينية الكافية للبنك في استيفاء حقه وليس لأن الشرط ورد في تصرف غير ناقل للملكية؛ فبنك التسليف والادخار يتمتع برهن رسمي وحق امتياز على العقار المملوك للمقترض.

- عقار المقترض مضمون برهن رسمي للبنك:

من أهم الأسباب التي بني عليها حكم الهيئة العامة لمحكمة التمييز بجواز تصرف المقترض في عقاره، أن ذلك العقار مرهون رسمياً لصالح بنك التسليف

والادخار، والرهن الرسمي باعتباره عقداً بين الدائن المرتهن والمدين الراهن، ينشئ التزاماً على عاتق المقرض الراهن بضمان سلامة الرهن لمصلحة البنك المرتهن، مع منح الرهن حقاً للبنك المرتهن يتمثل في تمتع الأخير بسلطتي التقدم والتتبع لاستيفاء حقه المضمون بالرهن.

وما دام الرهن الرسمي لا يؤثر في سلطة المقرض في التصرف في العقار المرهون باعتبار أن الرهن الرسمي لا يمس ملكية الراهن، فإن بيع المقرض لعقاره المرهون لا يكون فيه مساس بسلامة الرهن، ما دام قيد الرهن لصالح بنك التسليف والادخار سابقاً للبيع^(٤٥).

وعند انتقال ملكية العقار المرهون إلى الغير (حائز العقار)^(٤٦)، فإن حق الرهن يمنح الدائن حق التتبع، أي إمكانية التنفيذ على العقار المرهون في أي يد يكون لأجل استيفاء الدين المضمون بالرهن، إلا إذا اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه^(٤٧). ومن أهم أوجه الحماية التي تمنح حق التتبع للدائن المرتهن أنه لا يجوز للحائز أن يدفع بتجريد المدين من أمواله؛ بمعنى أن يبدأ الدائن المرتهن بالتنفيذ على أموال المدين أولاً، وأن لا ينفذ على أمواله إلا في حالة عدم كفاية أموال المدين^(٤٨).

(٤٥) من الملاحظ أن بنك التسليف والادخار لا يقوم بمنح قرض من أجل شراء عقار مضمون برهن عقاري للغير أو للبنك نفسه ما لم يتم سداد قيمة القرض المضمون بالرهن العقاري.

(٤٦) وفقاً للفقرة ٢ من نص المادة ١٠٠٤ من القانون المدني "يعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بأي سبب غير الميراث ملكية هذا العقار أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسؤولاً مسؤولاً شخصية عن الدين المضمون بالرهن. فإذا كان العقار قد آل إليه بسبب الشراء يتعين أن يكون قد سجل عقده". انظر: محكمة التمييز، الطعن رقم ٢٠٢/١٠٧ مدني، مجلة القضاء والقانون، نوفمبر ٢٠٠٦، السنة الحادية والثلاثون، الجزء الأول، ص ٢٥١.

(٤٧) الفقرة ١ من نص المادة ١٠٠٤ من القانون المدني.

(٤٨) انظر: إبراهيم، أبو الليل، مرجع سابق، ف ٢١٢، ص ٢٧٨.

وإذا أراد الدائن المرتهن التنفيذ على العقار المرهون، سواء كان العقار في يد المدين الراهن أم في يد الحائز، فإن حق الرهن يمنح الدائن المرتهن حق التقدم، ويقصد بهذا الحق أن أولوية استيفاء الدين تكون للدائن المرتهن قبل الدائن العادي^(٤٩)، وفي حالة تعدد الدائنين المرتهنين تكون الأولوية لمن سبق في قيد رهنه بصرف النظر عن تاريخ الرهن ذاته، فالعبرة في حالة تزامن الدائنين المرتهنين وتحديد مرتبة كل منهم بتاريخ قيد الرهن؛ حيث يتقدم الدائن الأسبق في تاريخ القيد على من يليه في القيد ولو كان هذا أسبق في إبرام عقد الرهن. يضاف إلى ذلك أن أموال بنك التسليف والادخار باعتبارها مملوكة للدولة فيكون للبنك حق امتياز.

– لبنك التسليف والادخار حق امتياز:

حق الامتياز حق يمنح صاحبه الأولوية في استيفاء حقه قبل جميع الدائنين التاليين له في المرتبة، ويعتبر بنك التسليف والادخار شخصاً اعتبارياً عاماً وأمواله التي تمنح لمستحقي الرعاية السكنية هي أموال مستحقة لجهة حكومية، وحماية لضمان الوفاء بتلك الأموال العامة منحها القانون حق امتياز كضمان عيني للدولة.

تنص المادة ١٠٧٢ من القانون المدني على أن "المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كان، يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين والنظم الصادرة في هذا الشأن، تستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال بهذا الامتياز في أي يد كانت قبل أي حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن عدا المصروفات القضائية". وتطبيقاً لهذا النص، فإن قيمة القروض الممنوحة لمستحقي الرعاية تستوفى من ثمن الأموال المثقلة بحق الامتياز في أي يد كانت، وذلك بالاستثناء من القاعدة التي تقر أن حقوق الامتياز العامة لا يترتب عليها حق التتبع، ويكون حق الامتياز أسبق في المرتبة على أي

(٤٩) وفقاً لنص المادة ١٠٠٠ من القانون المدني.

حق امتياز عقاري آخر أو أي حق رهن رسمي؛ مما كان تاريخ قيده، فيكون لبنك التسليف والادخار الدائن بمبالغ مستحقة للخرانة العامة رفع الدعاوى والمطالبة بها بما له من حق الأولوية في استيفاء قيمة القروض الممنوحة.

بناء على تلك الضمانات العينية من حق الرهن والامتياز التي يتمتع بها بنك التسليف والادخار، رأت الهيئة العامة لمحكمة التمييز أنها "ضمانات كافية له في استيفاء حقه، دون أن يكون للشروط المقيدة والمانعة من التصرف والواردة بعقد الرهن ولم ترد في التصرف الذي تلقى به المشروط عليه الملكية أثراً على حق المالك في استخدام حقه في التصرف فيما يملك؛ مما يوجب عدم إعمال أثر تلك الشروط؛ الأمر الذي يتحقق به التوفيق بين حرية المالك في التصرف في المرهون ليمتتع بأكبر قدر من مزايا الملكية وبين ضمان حصول الدائن على حقه عن طريق ماله من سلطة التتبع" (٥٠).

المطلب الثاني

الأثر المترتب على بطلان شرط عدم التصرف بالعقار المرهون

بطلان الشرط المانع من التصرف يقتصر على الشرط فقط دون أن يمس العقود المبرمة بين البنك والمقترض، فتبقى تلك العقود - القرض والرهن - مرتبة لآثارها تجاه أطرافها، وهنا سنبين أهم الآثار المترتبة على عدم إعمال الشرط المانع من التصرف بالنسبة للمدين المقترض (أولاً) وللبنك الدائن (ثانياً).

أولاً - بالنسبة للمدين (المقترض):

من أهم آثار عدم صحة الشرط المانع من التصرف في العقار المرهون بالنسبة للمقترض هو أحقيته في التصرف في عقاره تصرفاً ناقلاً للملكية، كما هو الحال في وقائع الحكم الذي قرر بيع العقار المرهون بالمزاد العلني، وهذا يعني عدم جواز حرمان مالك العقار المرهون لبنك التسليف والادخار من

(٥٠) استندت الهيئة العامة لمحكمة التمييز في ذلك على تعليق المذكرة الإيضاحية للقانون المدني لنص المادة ٨١٥ بخصوص شرط عدم التصرف، ص ٥٩١.

التصرف في ملكه في عقاره بجميع التصرفات الممكنة قانوناً، فله أن يبيعه أو يتقايض عليه أو يهبه أو يوصي به، وينتقل حق الملكية إلى المتصرف إليه محملاً بحق الرهن لصاحبه، فإذا تصرف المقرض ببيع العقار فإنه يلتزم بتسليم العقار وملحقاته؛ أي الأشياء الضرورية اللازمة لاستخدام المبيع، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال المبيع وفقاً لطبيعته، ويعتبر من ملحقات العقار وثائق الملكية وجميع المستندات الخاصة والإدارية التي تسمح باستخدامه وفقاً لطبيعته، وما دامت الملكية العقارية لا تنتقل إلا بالتسجيل^(٥١)، فإنه لا يجوز لبنك التسليف والادخار الامتناع عن تسليم وثائق ملكية العقار للمقرض من خلال حبس وثيقة الملكية إلى حين قيام المقرض بسداد قيمة القرض أو المتبقي منه، وإلا يعتبر متعسفاً في استعمال الحق دون مبرر مشروع، خاصة أن قرض البنك مضمون بالرهن، فليس هناك أي ضرر على البنك من تسجيل العقار باسم المتصرف إليه (المشتري) محملاً بحق الرهن.

وتعتبر ملكية العقار المملوك بموجب قرض عقاري ممنوح من قبل بنك التسليف والادخار ملكية شائعة بين الزوجين دون إفراز لنصيب كل منهم في العقار^(٥٢). ولهذا، يحق للزوج والزوجة الشركاء على الشيوع، بموجب بطلان الشرط المانع من التصرف في العقار المملوك على الشيوع بينهما، التصرف في تلك الملكية، وعند عدم الاتفاق بينهما على التصرف في العقار يحق لأي من

(٥١) تنص المادة ٤١ من القانون المدني على أنه "إذا كان المتصرف فيه عقاراً، فلا تنتقل الحقوق العينية أو تنشأ، إلا بمراعاة أحكام التسجيل".

(٥٢) ملكية مشتركة أو جماعية للأسرة المستحقة للرعاية السكنية. ويقصد بتلك الملكية المشتركة أو الجماعية أنه لا يملك أي واحد من جماعة الملاك بمفرده لا الشيء المملوك ولا أية حصة فيه. انظر: سرور، محمد شكري. (١٩٩٨). موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي: دراسة مقارنة. مطبوعات جامعة الكويت. الطبعة الثانية. ف ٤١٩. ص ٢٨٥. فالملكية الجماعية لا تتعدى ولا تتجزأ بل يظهر فيها جميع الملاك كشخص واحد. انظر: إبراهيم أبو الليل، مرجع سابق، ف ١٦٥، ص ٢٤٩.

الشرط المانع من التصرف في العقار المرهون لبنك التسليف والادخار.....

الزوجين طلب قسمة المال الشائع بينهما، ويتضح من أحكام محكمة التمييز أنه لا إيجاب للزوجين على البقاء في الشيوع بخصوص منزل الأسرة الذي آلت ملكيته للزوجين شيوعاً طبقاً لأحكام قانون الرعاية السكنية^(٥٣)، كما تبين العديد من الأحكام القضائية أنه يتعذر قسمة منزل الأسرة قسمة عينية مناصفة بين الزوجين، وقسمته يترتب عليها نقص كبير في قيمته، فيتم اللجوء إلى القسمة بطريق التصفية، وذلك بأن يحكم ببيع المنزل الشائع بالمزاد العلني بالطريقة المبينة في قانون المرافعات للبيع الجبري.

ثانياً – بالنسبة للبنك الدائن المرتهن:

الأثر المترتب على عدم صحة الشرط المانع من التصرف في العقار المرهون بالنسبة للبنك يمكن تناوله من خلال التطرق لحالتين: الحالة الأولى: حالة بيع العقار المرهون بالمزاد العلني، والحالة الثانية: حالة التصرف ببيع العقار المرهون.

الحالة الأولى – بيع العقار المرهون بالمزاد العلني (البيع الجبري للعقار):

يمكن تصور حالة بيع العقار المرهون لبنك التسليف والادخار بالمزاد العلني عند الرغبة في إنهاء حالة الشيوع على اعتبار أن العقار المملوك بموجب قرض رعاية سكنية يكون مملوكاً للزوجين، وهذه الحالة هي الحالة الواردة في الحكم رقم ٣ لسنة ٢٠١٨ الصادر بتاريخ ٢٦/٣/٢٠١٨؛ حيث تبين وقائع الدعوى أن الزوجة أقامت دعواها للمطالبة بقسمة العقار لإنهاء حالة الشيوع مع زوجها، وفي حالة تعذر ذلك ببيع بالمزاد العلني، على اعتبار أنها تمتلك على الشيوع مع زوجها العقار المرهون لصالح بنك التسليف والادخار، وإذا كانت الهيئة العامة لمحكمة التمييز قررت الأخذ بمبدأ جواز التصرف في العقار

(٥٣) انظر: الطعنين ١٠٢، ٨٩/٢٠٠٢ مدني. جلسة ١٩/٥/٢٠٠٣. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز الكويتية. أبريل ٢٠٠٩. القسم الخامس. المجلد الثامن. القاعدة رقم ٥. ص ١٥٤.

المرهون وإلزام الدائرة المختصة بالفصل في الطعن بالتمييز وفقاً للمبدأ المذكور، فإن الحكم في هذه الحالة، كما نرى، يكون بيع العقار بالمزاد العلني، لتعذر قسمته، وفقاً للإجراءات المحددة في قانون المرافعات^(٥٤).

إن الحكم ببيع العقار المرهون بالمزاد العلني^(٥٥) لا يترتب عليه أي ضرر في مواجهة البنك فيما يتعلق بالوفاء بقيمة القرض أو المتبقي منه، فالرهن يبقى نافذاً أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار أو بيعه لعدم إمكان قسمته^(٥٦)، كما أن بيع العقار بالمزاد العلني ورسو المزاد على المشتري يترتب عليه تطهير العقار من الرهن وجميع الحقوق المقيدة عليه قبل البيع^(٥٧). وتطهير العقار يترتب بقوة القانون بمجرد سداد الثمن الذي رسا به المزاد، بحيث ينتقل حق البنك إلى الثمن الذي بيع به العقار، فالمادة ١٠٢٦ من القانون المدني تنص على أنه "إذا بيع العقار بيعاً جبرياً بالمزاد العلني، سواء كان ذلك في مواجهة المالك أو الحائز أو الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد أو بدفعه إلى الدائنين المقيدین الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن"، وإذا كان الثمن

(٥٤) انظر: في القسمة بطريق التصفية. إبراهيم أبو الليل، مرجع سابق، ف ٢٥٥، ص ٣٢٤. السنهاوري، عبدالرزاق. (١٩٨٦). الوسيط في شرح القانون المدني. البيع والمقايضة. دار النهضة العربية. ف. ١٧١. ٣٨٥.

(٥٥) يترتب على رسو المزاد في البيع الجبري انتقال ملكية الشيء المبيع من المدين أو الحائز إلى الراسي عليه المزاد مقابل الثمن الذي دفعه. انظر: الطعن رقم ٢٠١٢/١٩٠٠ تجاري/٣، جلسة ٢٠١٤/٩/١٦، المستحدث، مايو ٢٠١٧، الإصداران الحادي عشر والثاني عشر، ص ٢٤٨.

(٥٦) انظر نص المادة ٩٧٩ من القانون المدني.

(٥٧) أثر رسو المزاد في البيع الإجباري هو انتقال ملكية الشيء المبيع من المدين أو الحائز إلى الراسي عليه المزاد مقابل الثمن الذي دفعه. انظر: الطعن رقم ١٩٠٠/٢٠١٢ تجاري/٣، جلسة ٢٠١٤/٩/١٦، المستحدث، مجموعة من أهم وأحدث المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة التمييز، مايو ٢٠١٧، ص ٢٤٧.

غير كاف للوفاء بقيمة القرض الإسكاني أو المتبقي منه يكون للبنك الحق في الرجوع على المدين وليس لمن رسا عليه المزداد لأن ملكيته للعقار أصبحت غير مثقلة بأي حقوق للغير؛ فتنبع العقار المرهون من قبل بنك التسليف والادخار ينتهي ببيعه بالمزداد العلني^(٥٨).

– الحالة الثانية – البيع الاختياري للعقار:

إن التصرف ببيع العقار المرهون لصالح بنك التسليف والادخار بعد سداد قيمة القرض أو المتبقي منه لا يثير أية إشكاليات على اعتبار أن ملكية العقار قد انتقلت إلى المتصرف إليه دون رهن، كما أن البنك لا يمانع من حيث المبدأ في إمكانية التصرف في العقار الذي آلت ملكيته بموجب قرض الرعاية السكنية بعد سداد كامل ثمنه أو موافقته المسبقة، ولكن إذا تم التصرف بالعقار المرهون – إعمالاً لبطلان الشرط المانع من التصرف – دون سداد قيمة القرض أو المتبقي منه؛ أي دون موافقة البنك على ذلك التصرف، فإن العقار المرهون ينتقل إلى المتصرف إليه (المشتري) محملاً بالرهن^(٥٩).

وإذا تم التصرف من قبل مالك العقار دون موافقة البنك – تطبيقاً لمبدأ جواز التصرف في العقار المرهون لبنك التسليف والادخار – فإنه يترتب على ذلك ضرورة تسجيل العقار المرهون باسم المشتري (المتصرف إليه)؛ حيث يلتزم البنك بتسليم أصل وثيقة التملك التي يحتفظ بها؛ فلا يجوز أن يمتنع عن ذلك، مع التزام المقترض الراهن بسداد أقساط القرض؛ فليس هناك أي ضرر بالنسبة للبنك من تصرف المقترض في ملكه ما دامت قيمة القرض مضمونة برهن رسمي؛ بحيث يستطيع البنك، عند عدم وفاء المقترض بسداد الأقساط المستحقة للبنك، التنفيذ على العقار وهو في يد المتصرف إليه لاستيفاء قيمة

(٥٨) انظر: أبو الليل، إبراهيم. (٢٠١٠). الحقوق العينية التبعية. الرهن الرسمي – الرهن الحيازي – حقوق الامتياز. مجلس النشر العلمي. جامعة الكويت. ف٢٤٩. ٣٢٠.

(٥٩) انظر: في سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون: إبراهيم أبو الليل، المرجع نفسه، ف١٤٧، ص ١٩٩.

القرض أو المتبقي منها؛ فعند عدم قيام المقترض بسداد قيمة الأقساط المستحقة يجوز للبنك أن يتخذ إجراءات التنفيذ على العقار المرهون في مواجهة المتصرف إليه (الحائز)^(٦٠). غير أن حائز العقار يستطيع تجنب التنفيذ على العقار وبيعه بالمزاد العلني بقضاء الدين أو بتطهير العقار المرهون أو عن طريق تخليه عن العقار.

وإعمالاً لبطلان الشرط المانع من التصرف في العقار المرهون لصالح بنك التسليف والادخار، وفقاً لحكم الهيئة العامة لمحكمة التمييز، يكون الخيار للمقترض، إما التصرف بالعقار بعد سداد قيمة القرض أو المتبقي منه ومن ثم انتقال ملكيته دون رهن، وإما انتقال ملكية العقار للمتصرف إليه مرهوناً لصالح البنك مع استمرار المتصرف (المقترض) بسداد أقساط القرض كما هو متفق عليه، وفي الحالة الأخيرة تطرح بعض التساؤلات عن مدى إمكانية تمسك البنك ببطلان عقد القرض من أجل استرداد قيمة القرض أو المتبقي منه عند تصرف المقترض في العقار المرهون دون موافقته، وهل هناك إمكانية لتقييد حرية المقترض الراهن من التصرف في عقاره المملوك بموجب قرض الرعاية السكنية تطبيقاً لنص المادة ٨١٥ من القانون المدني.

فيما يتعلق بالبطلان فإن المادة ١٧٥ من القانون المدني تنص على أنه "يجوز أن يتضمن العقد أي شرط يرتضيه المتعاقدان، إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو حسن الآداب. فإذا كان الشرط الذي تضمنه العقد غير مشروع، بطل الشرط وصح العقد، ما لم يثبت أحد المتعاقدين أنه لم يكن ليرتضي العقد بغيره، فيبطل العقد"، وتطبيقاً لهذا النص، فإن الأصل العام، وفقاً

(٦٠) وفي التنفيذ على العقار المرهون؛ تقضي المادة ٩٨٢ من القانون المدني أن الدائن المرتهن يتمتع بقاعدة عدم تجزئة الرهن التي تقضي بأن كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون، أو يقضي الاتفاق بغير ذلك. انظر: إبراهيم أبو الليل، المرجع السابق، ف ١٦٧، ص ٢٢٢.

لمبدأ الحرية العقدية، صحة الشروط المتفق عليها في العقد المبرم، مادامت غير مخالفة لأحكام القانون أو للنظام العام أو حسن الآداب. وبخصوص الشرط المانع من التصرف في العقار المرهون فهو شرط باطل؛ لأن القانون لا يجيزه وفقاً لحكم الهيئة العامة لمحكمة التمييز؛ وبطلان يقتصر على الشرط غير المشروع دون المساس بالعقد المبرم، ولكن هل يحق لبنك التسليف والادخار - وفقاً للنص السابق - أن يتمسك ببطلان العقد على اعتبار أن الشرط الباطل المتفق عليه بالعقد الصحيح هو الدافع إلى التعاقد؛ بحيث إنه ما كان ليرتضي الموافقة على عقد القرض لولا ذلك الشرط^(٦١).

لكي يتمكن البنك من المطالبة ببطلان عقد القرض يجب أن يكون محل العقد غير مشروع أو عدم مشروعية السبب الدافع إلى التعاقد، فمن جانب محل التزام كل من المقرض (البنك) والمقرض مشروع لعدم مخالفة نصوص القانون، كما أن العملية التي يتعلق بها القرض شراء منزل للسكن عملية مشروعة قانوناً، والشرط المانع من التصرف في العقار شرط جانبي - إن صح التعبير - وليس له علاقة بمحل الالتزام حتى يكون للبنك حق المطالبة بإبطال العقد لعدم مشروعية المحل.

أما إذا كان البنك يدعي بأنه ما كان يرتضي بعقد القرض بغير الشرط المبطل^(٦٢)، فعليه في هذه الحالة أن يثبت أن السبب الباعث للتعاقد كان سبباً غير مشروع؛ ففي عقد القرض يكون سبب التزام كل متعاقد التزام المتعاقد الآخر، ويشترط، إضافة إلى ذلك مشروعية الباعث؛ أي السبب الدافع إلى التعاقد؛ فإذا كان هذا الباعث مشروعاً قام العقد صحيحاً، فالدافع إلى التعاقد بالنسبة

(٦١) وتنص المادة ١٩٠ من القانون المدني على أنه ١- "إذا لحق البطلان أو الإبطال شقاً من العقد. اقتصر عليه وحده. دون باقي العقد". ٢- "على أنه إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه ما كان يبرم العقد بغير الشق الباطل أو المبطل. بطل العقد كله".

(٦٢) انظر في نظرية إنقاص العقد. البية، محسن. (دون سنة طبع). النظرية العامة للالتزامات. مصادر الالتزام. الجزء الأول. المصادر الإرادية. مكتبة الجلاء الجديدة. ف ٢٥١. ص ٣٣٠.

للبنك دافع مشروع متمثل بمنح قرض عقاري لبناء أو شراء منزل مخصص لسكن مستحقي الرعاية السكنية، وليس لبناء منزل أو شرائه بقصد استعماله لغرض منافٍ للنظام العام وحسن الآداب، لذلك فالشرط المانع من التصرف شرط باطل وعقد القرض العقاري عقد صحيح من حيث المحل والسبب مرتب لجميع آثاره القانونية بالنسبة للبنك.

نتيجة للآثار القانونية المترتبة على مبدأ جواز التصرف في العقار المرهون لصالح بنك التسليف والادخار، قد يسعى البنك للبحث عن وسائل قانونية يكون الهدف منها تقييد حرية المقترض في التصرف في عقاره المملوك بموجب قرض إسكاني إلا بعد الحصول على موافقة البنك، فهل هناك إمكانية للعمل على تطبيق نص المادة ٨١٥ من القانون المدني المتعلقة بالشرط المانع من التصرف للقول بصحة الشرط الذي يمنع المقترض من التصرف في عقاره المرهون؟ هل الشرط سيكون صحيحاً في حالة كون العقار غير مرهون لصالح البنك؟

من أهم شروط صحة المنع من التصرف، وفقاً لنص المادة ٨١٥، أن يكون الشرط المانع من التصرف وارداً في تصرف قانوني ناقل للملكية، وأن يكون مبنياً على باعث قوي^(٦٣)، وإمكانية ورود شرط يمنع تصرف المقترض في العقار المملوك بموجب قرض إسكاني يمكن تحقيقها أو تصورها عند اشتراط البائع (المتصرف) على المقترض من البنك (المشتري المتصرف إليه) عدم جواز التصرف في العقار المملوك بقرض إسكاني إلا بعد سداد قيمة القرض أو موافقة البنك على التصرف^(٦٤)؛ ففي هذه الحالة يكون الشرط قد ورد في تصرف ناقل للملكية^(٦٥).

(٦٣) انظر: إبراهيم أبو الليل، المرجع السابق، ف ١٣٩، ص ٢٠٨.

(٦٤) هذه الحالة يمكن تصورها عند الاتفاق ما بين البنك والبائع والمشتري على ألا يمنح البنك المشتري قرض رعاية سكنية إلا بعد اشتراط بائع العقار على المشتري عدم جواز التصرف فيه.

(٦٥) لا يشترط لصحة الشرط أن يكون البنك هو المشتري.

لا يشترط أن يكون الباعث القوي - المصلحة الجدية - المستهدف من منع التصرف في العقار خاصاً بالباءع - المشتري - بل يمكن أن يكون الهدف من الحظر تحقيق مصلحة الغير؛ أي البنك، وتتمثل مصلحة الأخير في الحصول على قيمة القرض الممنوح للمقترض^(٦٦).

فتوافر المصلحة الجدية للباءع أو للغير يعني توافر الباعث القوي لدى المتصرف الذي اشترط المنع، وتقدير جدية تلك المصلحة يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وفقاً لظروف كل حالة، فإذا كان العقار محل المنع من التصرف مرهوناً لصالح البنك، فإن القاضي قد يرى أن المصلحة التي يستهدفها الشرط المانع من التصرف متحققة في الوقت نفسه؛ لكون العقار المحظور التصرف فيه عقاراً مرهوناً لصالح البنك، فمصلحة البنك التي يستهدفها الشرط لن تتوافر إلا إذا كان العقار المملوك بموجب قرض رعاية سكنية غير مرهون.

الخاتمة:

يتضح من دراسة أحكام القضاء الكويتي، بخصوص مدى صحة أو بطلان الشرط المانع من التصرف في العقار المرهون لصالح بنك التسليف والادخار، تردد محكمة التمييز الكويتية بين إمكانية وعدم إمكانية التصرف في العقار المملوك بموجب قرض رعاية سكنية؛ أي التردد بين صحة وبطلان الشرط المانع من التصرف، وذلك قبل إقرار المبدأ الذي أخذت به الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والإدارية المشكلة في الحكم رقم ٣ لسنة ٢٠١٨ الصادر بتاريخ ٢٦/٣/٢٠١٨ القائل بجواز التصرف في العقار المرهون لصالح بنك التسليف والادخار الكويتي.

إن هذا التردد يعكس بشكل واضح تشدد وحرص محكمة التمييز الكويتية؛ فالتشدد يظهر من خلال السعي لتحقيق الهدف التشريعي، كما رأت الأحكام

(٦٦) انظر: إبراهيم أبو الليل، المرجع السابق، ف ١٤٠، ص ٢٠٩.

القضائية، من قانون الرعاية السكنية، عندما أخذت بصحة الشرط المانع من التصرف في العقار المرهون لصالح بنك التسليف والادخار، استناداً إلى أحقية البنك في أن يفرض من القيود ما يقيد حرية المقترض من التصرف في العقار المرهون لتحقيق الغاية التشريعية المتمثلة في توفير الرعاية السكنية حتى لا تصبح قروض البنك مجرد قروض عادية ولكن دون فائدة. أما حرص محكمة التمييز فيظهر من خلال عدم جواز تقييد حرية المالك (المقترض) من التصرف في عقاره المرهون لصالح البنك لعدم توافر المصلحة؛ فامتلاك عقار بموجب قرض عقاري ممنوح من قبل بنك التسليف والادخار، لا ينبغي أن يترتب عليه الحد من حرية مالك ذلك العقار بالتصرف فيه ما دام البنك يتمتع بضمانات عينية تضمن له الحق في استيفاء مبلغ القرض أو المتبقي منه، فالبنك لا يمنح القرض إلا مقابل رهن العقار كما أن للبنك حق امتياز.

وأمام هذا التوجه القضائي الحديث الذي أطلق يد المقترض في التصرف في العقار المرهون دون حاجة لموافقة البنك على ذلك التصرف، فإن إمكانية التصرف في العقار - كما نرى - تبقى من الناحية العملية صعبة على اعتبار أن العقار محل التصرف عقار مرهون للغير (بنك التسليف والادخار)، وعندما يكون العقار مرهوناً، فليس من السهل انتقال ملكيته وتداوله لما للرهن من آثار لصالح البنك المرتهن وفي مواجهة حائز العقار. وإذا كانت هناك خشية من أن تصبح قروض الرعاية السكنية مجرد قروض عادية من دون فائدة عند جواز التصرف في العقارات المملوكة بموجب تلك القروض، فلا بد من تدخل المشرع للتعديل على نصوص قانون الرعاية السكنية لإيجاد نظام قانوني خاص بعدم إمكانية التصرف في العقارات المملوكة بموجب قروض سكنية، بحيث يفرض قيد على حرية مالك العقار من التصرف في عقاره من دون موافقة مسبقة لبنك التسليف والادخار مانح القرض.

المراجع

- أبو السعود، رمضان. (٢٠٠٧). التأمينات الشخصية والعينية. دار الجامعة الجديدة.
- أبو السعود، رمضان. (٢٠٠٢). النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام. دار المطبوعات الجامعية.
- أبو الليل، إبراهيم. (٢٠٠٩). الحقوق العينية الأصلية. الكتاب الأول. حق الملكية. مجلس النشر العلمي. جامعة الكويت.
- أبو الليل، إبراهيم. (٢٠١٠). الحقوق العينية التبعية: الرهن الرسمي - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز. مجلس النشر العلمي. جامعة الكويت.
- أبو الليل، إبراهيم. (١٩٩٨). نظرية الالتزام (١). المصادر الإرادية للالتزام. العقد والإرادة المنفردة (التصرف القانوني). مؤسسة دار الكتب. الطبعة الثانية.
- البيه، محسن. (دون سنة طبع). النظرية العامة للالتزامات. مصادر الالتزام. الجزء الأول. المصادر الإرادية. مكتبة الجلاء الجديدة.
- تناغو، سمير. (١٩٩٩-٢٠٠٠). مصادر الالتزام.
- الرومي، عبدالوهاب. (يونيو ١٩٩٨). الاستحالة والسبب الخارجي عن المدين - دراسة لمفهوم نفسي لهذا السبب. مجلة الحقوق. العدد الثاني. السنة الثانية والعشرون.
- سرور، محمد شكري. (١٩٩٨). موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي: دراسة مقارنة. مطبوعات جامعة الكويت. الطبعة الثانية.
- سعد، نبيل. (٢٠٠٧). التأمينات العينية والشخصية. الرهن الرسمي. حق الاختصاص. الرهن الحيازي. حقوق الامتياز. الكفالة. دار الجامعة الجديدة.
- سعيد، ليلى عبدالله. (١٩٩٤). دور الإرادة في تقييد حق الملكية. مجلة الحقوق. ديسمبر ١٩٨٢. الطبعة الثانية. السنة السادسة. العدد الرابع.

- سليم، محمد محيي الدين. (٢٠٠٧). نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي. دراسة مقارنة. دار المطبوعات الجامعية.
- السنهوري، عبدالرزاق. (دون سنة طبع). الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني. المجمع العلمي العربي الإسلامي.
- السنهوري، عبدالرزاق. (دون سنة طبع). الوسيط في شرح القانون المدني. البيع والمقايضة. دار النهضة العربية.
- الشريف، عزيزة؛ العصار، يسري. (١٩٩٩). القانون الإداري - النشاط الإداري (الضبط الإداري - المرفق العام). مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالكويت. الطبعة الأولى.
- عبدالرسول، عبدالرضا؛ النكاس، جمال فاخر. (٢٠١٤). مصادر الالتزام والإثبات. مؤسسة دار الكتب. الطبعة الرابعة.
- علي، جابر محجوب. (ديسمبر ٢٠٠٦). تعليق على حكم محكمة التمييز في شأن مدى سلطة الراهن (المقترض) في التصرف في العقار المرهون ضماناً لقرض الرعاية السكنية. الطعن بالتمييز رقم ٢٠٠٢/٧٠ مدني. جلسة ٢٠/٥/٢٠٠٢. مجلة الحقوق. مجلس النشر العلمي. جامعة الكويت. العدد ٤. السنة ٣٠.
- محجوب، جابر؛ الدريعي، سامي؛ الهندياني، خالد. (٢٠١٢). حق الملكية في القانون الكويتي. دراسة مقارنة. الطبعة الثالثة.

The Precondition of Legal Action in the Mortgage Property of the Credit and Savings Bank between Legitimate and Illegitimate - A Study in the Light of Kuwaiti Court of Cassation Rulings

Dr. Khaled A. Al-Dhafiri

Abstract:

The issue of the permissibility or non-sale of mortgaged property subject to the official responsibility of the Credit and Savings Bank was a matter of dispute before the Chambers of Cassation Court. Some of the Chambers turned to the inadmissibility of selling based on the precondition of disposition, while others decided that it was permissible to establish the right of the owner to dispose of the mortgaged property, and recently ended the General Authority for Civil and Commercial Materials and personal and administrative conditions to be permissible, so the plan of this research was divided into the introduction and first chapter was titled of the legality of the condition precluding the disposal of mortgaged property while the second chapter was entitled Illegal precondition of the disposal of the mortgaged property.

Study Methodology: The research methodology was based on the statement and analysis of the Kuwaiti Court of Cassation rulings regarding the validity or invalidity of disposing of mortgaged property of the Savings and Credit Bank.

Study Conclusion: Achieving a very legislative provision of housing care, the Kuwaiti judiciary has previously shown a hard line and went to the judgment on the validity of the preventive condition. Modern judicial approach gave the borrower a hand in disposing of the mortgaged property without the need for the approval of the Savings and Credit Bank to act.

Keywords: The Condition Prohibiting the Disposal, the Permissibility of Disposal, a Housing Sponsorship Loan, the Savings and Credit Bank, Mortgaged Property, Mortgage.

د. خالد عطشان الضفيري، حاصل على درجة الدكتوراه في القانون المدني (القانون الخاص) من الجمهورية الفرنسية، ٢٠٠٤، ويعمل حالياً أستاذاً مشاركاً بقسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت. الاهتمامات البحثية: العقود المدنية، المسؤولية المدنية، التشريعات العمالية، حماية المستهلك، الملكية، الضمانات الشخصية والعينية.
(aldhafiri62@gmail.com)