

# تعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية 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) (\*)

الدكتور/ جابر محبوب علي  
أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق  
جامعة القاهرة والمعار لجامعة الكويت

## ملخص:

القاعدة في القانون المدني أن الراهن يمكنه التصرف في العقار المرهون وأن حق الدائن المرتهن تضمنه سلطة التتبع التي تمكنه من التنفيذ على العقار تحت يد المتصرف إليه، وتعد سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون من القواعد المتعلقة بالنظام العام.

ومع ذلك فإن الغاية الاجتماعية لقرض الرعاية السكنية (الذي يراد به توفير خدمة السكن عيناً للمقترض) تملّي منع الراهن (المستفيد من خدمة القرض الميسر الذي يقدمه بنك التسليف والإدخار) من التصرف في العقار الذي اشتراه بمبلغ القرض وحمله برهن لصالح البنك.

وهذا ما قضت به محكمة التمييز في حكمها محل التعليق حين صححت الشرط الوارد في المادة العاشرة من عقد القرض، وألغت حكم الاستثناء الذي أجاز لمشتري المنزل بقرض الرعاية السكنية بيع هذا المنزل لشخص من الغير.

---

(\*) أجاز التعليق بتاريخ ١١/٢/٢٠٠٦م.

## أولاً - وضع المشكلة:

حرصت دولة الكويت - منذ فترة طويلة - على وضع حلول لمشكلة الإسكان، وذلك عن طريق توفير الرعاية السكنية لمواطنيها. وتحقيقاً لهذا الغرض أنشئ بنك التسليف والادخار بمقتضى القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٥<sup>(١)</sup>. وجُعل من بين أهدافه تيسير الائتمان العقاري في دولة الكويت للأشخاص الكويتيين الطبيعيين والاعتباريين، وذلك عن طريق إقراض الأفراد أو الجمعيات مبالغ - بضمان رهون عقارية - لإنشاء دور سكن خاصة أو إصلاحها أو زيادة الانتفاع بها (بالنسبة للأفراد)، وإنشاء دور سكن لأعضائها (بالنسبة للجمعيات)<sup>(٢)</sup>.

وفي سنة ١٩٩٣ ألغي القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٥، وأحيل الاختصاص بمنح قروض الرعاية السكنية إلى مؤسسة الرعاية السكنية التي أنشأها المشرع بمقتضى القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٣<sup>(٣)</sup><sup>(٤)</sup>.

---

(١) الكويت اليوم، العدد ٥٣٦، السنة الحادية عشرة، ص ٤ وما بعدها. وقد أدخل على هذا القانون عديد من التعديلات سنذكرها في حينها.

(٢) م ٤ أولاً (أ) ١، ٢ من القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٥. وطبقاً للفقرة ٣ من النص نفسه (المعلة بالمرسوم بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٩ الصادر في ١٩٧٩/١/٢٩، الكويت اليوم العدد رقم ١٢٣١، والمرسوم بالقانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٨٦ الصادر في ١٩٨٦/١٢/٢٤، الكويت اليوم العدد رقم ١٧٠٠ الصادر بتاريخ ١٩٨٧/١/٤، يقوم البنك أيضاً بإقراض "المنتفعين بالبيوت الحكومية مبالغ لتعمير تلك البيوت أو توسيعها، وكذلك إقراض المنتفعين بالقسائم الحكومية التي تعود ملكيتها للدولة مبالغ لإقامة دور سكن خاص أو إصلاحها أو زيادة الانتفاع بها. ويكون القرض في الحالتين بضمان الحكومة حتى تاريخ صدور وثائق التملك مصحوبة بتقرير رهن عقاري متى استمر القرض قائماً بعد هذا التاريخ".

(٣) القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٣ في شأن الرعاية السكنية، الكويت اليوم، العدد ١٢١، السنة التاسعة والثلاثون. وقد نصت المادة ٣٧ منه على إلغاء القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٥، والقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٤ بإنشاء الهيئة العامة للإسكان.

(٤) وقد عهد القانون إلى مؤسسة الرعاية السكنية بتوفير كل صور الرعاية السكنية =

وفي سنة ١٩٩٥ أعاد المشرع العمل بالقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٥، وذلك بمقتضى القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٥<sup>(١)</sup> الذي ألغى اختصاص المؤسسة بمنح قروض الرعاية السكنية وعهد به - من جديد - إلى بنك التسليف والادخار<sup>(٢)</sup>.

ويحصل مستحق الرعاية السكنية على قيمة القرض من خلال عقد يبرمه مع البنك يسمى "عقد قرض ورهن"، بمقتضاه يمنح البنك مبلغ سبعين ألف دينار قرصاً بدون فوائد، يسدد على أقساط خلال فترة زمنية طويلة تتجاوز أحياناً ستين سنة. ولكي يؤمن البنك تحصيل أقساط القرض فإنه يتفق مع العميل على ترتيب رهن رسمي على العقار الذي استخدم القرض في شرائه أو في بنائه أو إصلاحه أو ترميمه. كما يتضمن العقد قيوداً صارمة على العميل، أهم ما يعنينا فيها هو البند العاشر من العقد الذي يقضي بأنه "في حالة قيام المقترض بتأجير العقار كلياً أو جزئياً أو التصرف فيه أو في أي جزء منه دون موافقة مسبقة من البنك أو استعمال القرض أو بعضه لغير الغرض المخصص من أجله... يصبح كامل الدين واجب الأداء فوراً دون الحاجة إلى تنبيه أو إنذار أو صدور حكم قضائي بالإضافة إلى المصاريف التي تترتب على إجراءات المطالبة بالاسترداد، كما لا يحق له مطالبة البنك أو أي جهة حكومية أخرى بالرعاية السكنية مستقبلاً".

والسؤال المطروح يتعلق بمدى صحة هذا الشرط فيما يفرضه من قيود على المدين الراهن وما يتعلق باستغلال العقار المرهون أو التصرف فيه أثناء

= للمواطنين. حيث نصت المادة ٢١ على أن تتولى المؤسسة توزيع القسائم على مستحقيها بثمان رمزي يحدده مجلس الإدارة. ونصت المادة ٢٨ على أن تقوم المؤسسة بتقديم القروض لمستحقي الرعاية السكنية لبناء المساكن أو لشرائها أو لزيادة الانتفاع بها بالتوسعة أو التعلية أو لإصلاحها وترميمها.

(١) القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٥ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٣ في شأن الرعاية السكنية، الكويت اليوم، العدد ٢٠٢، السنة الحادية والأربعون.

(٢) حيث تنص المادة ٢٨ من هذا القانون على أن: "يقوم بنك التسليف والادخار بتقديم القروض لمستحقي الرعاية السكنية لبناء المساكن أو لشرائها أو لزيادة الانتفاع بها بالتوسعة أو التعلية أو لإصلاحها وترميمها".

قيام الرهن، والأثر المترتب على مخالفة العميل للشرط، وبخاصة إذا قام بالتصرف في العقار دون إذن مسبق من البنك.

أجابت محكمة التمييز عن هذه الأسئلة في حكمها موضوع هذا التعليق. وسأعرض فيما يلي لوقائع الدعوى والأحكام التي صدرت فيها، قبل أن أتولى التعليق عليها.

## ثانياً - وقائع الدعوى والأحكام الصادرة فيها:

صدرت في هذه القضية عدة أحكام، سوف أعرض منها لحكمين من محكمة الاستئناف، ثم لحكم محكمة التمييز الذي أنهى الخصومة تماماً.

### (١) - حكم الاستئناف الصادر في ١٨/١١/٢٠٠٠:

تتعلق الوقائع بشخص اشترى منزلاً تملكه بئعه عن طريق قرض رعاية سكنية حصل عليه من بنك التسليف والادخار الذي ترتب له رهن على المنزل ضماناً لاسترداد أقساط القرض. ووقع البائع والمشتري عقد بيع عرفي بتاريخ ١٩٩٦/٣/٤، وبتاريخ ١٩٩٨/٥/٥ قام البائع بهبة نصف المنزل على الشيوخ لزوجته، وسجل عقد الهبة برقم ٥١١٩. رفع المشتري دعوى على البائع وزوجته طلب فيها الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع ومحو وشطب وإلغاء تسجيل عقد الهبة. وأمام محكمة الاستئناف تصالح البائع وزوجته مع المشتري، ونُص في عقد الصلح على صحة عقد البيع ونفاذه وبطلان عقد الهبة، والتزام كل من البائع وزوجته بسداد مبلغ القرض لبنك التسليف والادخار الدائن المرتهن للعقار، وقضت محكمة الاستئناف بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وجعله في قوة السند التنفيذي<sup>(١)</sup>.

(١) استئناف مدني، الطعن رقم ٩٧/٢٠٠٠، الدائرة المدنية الثانية، جلسة ١٨/١١/٢٠٠٠ - حكم غير منشور.

وعندما شرع المشتري في تسجيل الحكم الصادر لمصلحته بصحة البيع ونفاذه طالبت إدارة التسجيل العقاري بإحضار الوثيقة الرسمية المرهونة لدى بنك التسليف والادخار لتسجيل الحكم عليها، ولكن البنك رفض تسليمه الوثيقة. رفع المشتري دعوى جديدة على كل من مدير بنك التسليف والادخار بصفته ووكيل وزارة العدل المساعد لشؤون التسجيل العقاري والتوثيق بصفته، طلب فيه أصلياً الحكم بتحويل ملكية العقار تنفيذاً للحكم الصادر من محكمة الاستئناف مع تحمل العقار بحق الرهن المقرر عليه لصالح بنك التسليف والادخار، واحتياطياً بإلزام البنك بتسليمه الوثيقة وكتاباً بالسماح له بتحويل ملكية العقار باسمه. فقضت محكمة أول درجة بأحقية المشتري في تسجيل الحكم الصادر لصالحه من محكمة الاستئناف بما يترتب عليه من نقل ملكية العقار مثقلاً بحق الرهن الوارد عليه لصالح البنك<sup>(١)</sup>.

(١) وأسست محكمة أول درجة حكمها على القول بأن الثابت بالأوراق أن العقار المرهون لبنك التسليف قد باعه مالكه للمستأنف عليه بعد قيد الرهن وصدر الحكم رقم ٩٧ / ٢٠٠٠ مدني مستأنف قاضياً بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وجعله بمنزلة السند التنفيذي، وكان الثابت من هذا الحكم أن مالكي العقار قد تصالحو مع المشتري له على صحة عقده ونفاذه وبطلان عقد الهبة الصادر لصالح الزوجة، وإذا كان يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون بالبيع وتنتقل الملكية إلى المتصرف له مثقلة بحق الرهن المقرر على العقار ويكون للدائن المرتهن حق التقدم والتتبع، ومن ثم فإن تسجيل العقار باسم المتصرف إليه ليس من شأنه أن يخل بحق البنك كدائن مرتهن، ولا يغير من ذلك ما تمسك به من أنه لا يجوز للراهن التصرف في العقار، وإذا تصرف فيه فلا يجوز نقل ملكيته وأن لديه امتيازاً على أموال المدين؛ ذلك أن هذا الدفاع يدحضه ما هو مقرر من أنه يحق للمدين الراهن التصرف في العقار وتنتقل ملكيته مثقلة بالرهن وأحقية الدائن المرتهن في استيفاء حقه بالتقدم على الدائنين الآخرين وتتبع العقار في أي يد يكون. وخلصت المحكمة إلى إجابة المشتري إلى طلبه الأصلي ومن ثم فلا محل لبحث طلبه الاحتياطي (الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٠٥ / ٢٠٠١ تجاري ومدني كلي حكومة، بتاريخ ٢٧/٦/٢٠٠١، غير منشور).

## (٢) - حكم الاستئناف الصادر في ٦/١/٢٠٠٢:

ولم يرتض البنك هذا الحكم، فطعن عليه بالاستئناف مستنداً إلى أن قروض بنك التسليف هي قروض رعاية سكنية وتمنح بضمان رهن عقاري، وإذا رغب أحد المقترضين في بيع عقاره وجب عليه أن يسدد قرض البنك أولاً، وبما أن المستأنف عليه غير مقترض من البنك فلا يمكن تحويل العقار باسمه محملاً بالرهن لصالح البنك؛ لأن الرهن يصبح قائماً دون مسوغ قانوني.

ولكن هذا الدفاع لم يجد قبولاً لدى محكمة الاستئناف التي أيدت محكمة أول درجة، وتبنت تسبيبها، وأضافت إليه أن قيام مالك العقار المرهون لبنك التسليف ببيع عقاره محملاً بحق الرهن للمستأنف عليه لن يؤثر على استمرارية و ضمانات عقد قرض الرعاية السكنية المبرم بين البنك المستأنف والمقترض مالك العقار المرهون، كما أن التزام هذا الأخير سداد أقساط القرض بكفالة زوجته المدعوة ٠٠٠ يبقى قائماً ولن يكون الرهن بلا مسوغ بحسب ما ادعى البنك باستئنافه، ومن ثم فإن نقل ملكية عقار النزاع إلى المستأنف عليه محملاً بحق الرهن لن يكون فيه أي مضارة بالبنك المستأنف وهو تصرف جائز قانوناً، ولا يتعارض مع نصوص قانون الرعاية السكنية أو بقاء قرض الرعاية السكنية قائماً بين البنك والمالك المقترض بجميع ضماناته بدليل أن البنك المستأنف سبق أن وافق على تسجيل عقد الهبة المبرم بين المالك الحالي لعقار النزاع وزوجته ٠٠٠ بموجب الوثيقة رقم ٥١١٩ بتاريخ ٥/٥/١٩٩٨، الذي تضمن هبة المالك لزوجته ملكية نصف العقار مشاعاً محملاً بحق الرهن لصالح البنك المستأنف دون أن يعترض هذا الأخير على إبرام تلك الهبة أو يمتنع عن إرسال الوثيقة المرهونة لديه إلى إدارة التسجيل العقاري لإتمام إجراءات تسجيل ذلك العقد أو يشترط سداد كامل قيمة القرض وتحرير الوثيقة من حق الرهن المحملة به لصالحه، وهو الأمر الذي يدل على عدم وجود مانع قانوني بين وجود رهن على العقار لصالح بنك التسليف وإمكانية تحويل ملكية هذا العقار لمالك جديد محملاً بحق الرهن عليه، وأن هذا التحويل ليس فيه تعارض

مع قانون إنشاء بنك التسليف والادخار أو قانون الرعاية السكنية بحسب ما ادعى البنك المستأنف، ومن ثم فإن امتناع البنك المستأنف عن تمكين المستأنف عليه من إتمام إجراءات التحويل يعتبر تعسفاً في استعمال الحق دون مبرر أو مسوغ قانوني، وبخاصة أنه ليس ثمة ضرر على البنك من تسجيل العقار باسم المستأنف عليه محملاً بحق الرهن، وهو الأمر الذي يضحى معه الاستئناف قائماً على غير أساس من الواقع أو سند من صحيح القانون بما يتعين معه رفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف<sup>(١)</sup>.

### (٣) - حكم التمييز الصادر في ٣٠/٥/٢٠٠٢<sup>(٢)</sup>:

طعن بنك التسليف والادخار في حكم الاستئناف استناداً إلى أن قروض البنك هي قروض رعاية سكنية، يقدمها البنك نيابة عن الدولة، ولا يتم تقاضي أي فوائد عنها، فهي ليست كقروض البنوك التجارية، ويتم سداد قيمتها بأقساط ميسرة، والغرض منها توفير الرعاية اللائقة والمناسبة للأسرة، وتمنح بالاستناد إلى لوائح وضوابط إدارية للأسر المستحقة للرعاية السكنية الحكومية، وبضمان رهن عقاري، فإذا رغب المقرض في بيع عقاره بعد الحصول على قرض البنك وجب عليه أن يسدد قرض البنك أولاً منعاً من التحايل على القانون ببيع العقار وقبض ثمنه فيكون بذلك قد حصل على قرض عادي ولكن دون فائدة، وتصرف المقرض في العقار ببيعه يعتبر مخالفة لشروط العقد ولا يحاج به البنك.

وقد قبلت محكمة التمييز هذا الطعن، وميزت حكم الاستئناف على أساس أن " الدستور - وبناء على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لكل من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٣ في شأن الرعاية السكنية والقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٥ بتعديل بعض أحكام القانون المشار إليه - أسند إلى المشرع أمانة حفظ كيان

(١) محكمة الاستئناف، الدائرة المدنية الثانية، الطعن رقم ١٤٨٠/٢٠٠١ مدني ٢، جلسة

٢٠٠٢/١/٦، حكم غير منشور.

(٢) الطعن رقم ٧٠/٢٠٠٢، سبق ذكره.

الأسرة وتقوية أواصرها وحماية الأمومة والطفولة، بما يفرض على المشرع مسؤولية كاملة في تبني قضايا الأسرة واحتياجاتها وأهمها الرعاية السكنية، وتوفير هذه الرعاية في وقت مناسب بإزالة أهم العقبات المادية التي تعوق ذلك كله، وتحقيقاً لذلك أنشئ بنك التسليف والادخار بالقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٥ الذي أصبح من بين أغراضه تقديم القروض العقارية، وألزمت المادة ٢٨ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٣ المشار إليه المؤسسة العامة للرعاية السكنية بتقديم القروض لمستحقي الرعاية السكنية لبناء المساكن أو لشرائها أو لزيادة الانتفاع بها بالتوسعة أو التعلية أو لإصلاحها وترميمها، وتصرف قروض الرعاية السكنية لمستحقيها بلا فوائد، وأعيد الاختصاص بتقديم هذه القروض إلى بنك التسليف والادخار بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٥ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٣، ومفاد ذلك أن الهدف من منح قروض الرعاية السكنية هو حفظ كيان الأسرة وتقوية أواصرها وتبني المشرع لقضاياها واحتياجاتها، وأهمها الرعاية السكنية وتوفير هذه الرعاية في وقت مناسب بإزالة أهم العقبات التي تعوقها، وقد رصدت الدولة في هذا السبيل بالمادة الثانية من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٣ في شأن الرعاية السكنية المعدلة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٥ مبلغ خمسمائة مليون دينار، ومؤدى ذلك أن الدولة إنما تنفق مئات الملايين من موازنتها تحقيقاً للمصلحة العامة التي تغيتها من توفير الرعاية السكنية لمستحقيها، ولهذا حق لبنك التسليف والادخار أن يضع من الشروط ما يضمن تحقيق هذه الغاية المقصودة بهذا الإنفاق الضخم، كأن يشترط منع المقترض 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 المقترض عن هذه الشروط وقام بالتصرف في العقار لايحاج البنك بهذا التصرف مالم يتم سداد القرض أو الباقي منه للبنك، لأنه بغير ذلك يصبح القرض مجرد قرض عادي ولكن دون فائدة، وتضيع هدراً أموال الدولة التي رصدتها في هذا السبيل. لما كان ذلك وكان الثابت بعقد القرض وترتيب رهن رسمي لصالح بنك التسليف والادخار بين البنك وبين

البائع للمطعون ضده أنه قد نص في المادة العاشرة منه على أنه: "في حالة قيام المقترض بتأجير العقار كلياً أو جزئياً أو التصرف فيه أو في أي جزء منه دون موافقة مسبقة من البنك... يصبح كامل الدين واجب الأداء فوراً وبدون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو صدور حكم قضائي..."، وكان المطعون ضده في إقامته دعواه على البنك الطاعن لا يستعمل حقاً شخصياً له قبل البنك لانتفاء أي علاقة مباشرة بينهما، وإنما هو بدعواه يستعمل حقوق مدينه قبل ذلك البنك، وكانت حقوق الأخير قبل البنك الطاعن لا تخول له بغير موافقة البنك التصرف في العقار المشتري بأموال القرض والمرهون لصالح البنك الطاعن قبل سداد كامل القرض الذي يكون واجب الأداء عندئذ، فإن دعوى المطعون ضده قبل البنك الطاعن تكون مفتقدة للأساس القانوني أو الواقعي الذي يحملها، ولا يغير من ذلك سبق موافقة البنك على هبة المقترض لنصف عقار التداعي لزوجته، لأن هذه الهبة لا تتنافى مع أهداف المشرع بل تؤكد لها؛ لأن الزوجة إنما تقيم مع زوجها، كما أن الثابت بعقد القرض والرهن أنها تعهدت مع زوجها بسداد القرض في مدة ٨٢٤ شهراً، وإن خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بأحقية المطعون ضده في تسجيل الحكم رقم ٩٧ / ٢٠٠٠ مدني مستأنف / ٢ بما يترتب عليه من نقل ملكية عقار الوثيقة رقم ٥١١٩ المؤرخة ٩٨/٥/٥ إليه قبل أن يسدّد للبنك كامل الرصيد المتبقي من القرض فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يستوجب تمييزه".

## التعليق:

يتضح من العرض السابق أن محكمة الاستئناف (ومن قبلها محكمة أول درجة) قد فسرت الشرط الوارد في المادة العاشرة من العقد المبرم بين بنك التسليف والادخار والمقترض في ضوء القواعد العامة للرهن الرسمي التي تقضي بأن الراهن يظل مالكاً للعقار المرهون ويحتفظ بسلطة التصرف فيه حيث يتلقى المتصرف إليه الملكية مقيدة بحق الرهن. وليس في ذلك ما يضر بالدائن المرتهن الذي يستطيع تتبع العقار والتنفيذ عليه تحت يد المتصرف إليه.

أما محكمة التمييز فقد ركزت على طبيعة القروض التي يمنحها بنك التسليف والادخار وكونها مخصصة لأغراض الرعاية السكنية، ولذلك فإن الشرط الوارد في المادة العاشرة من العقد (والذي يُمنع بمقتضاه المقترض من التصرف في ملكية العقار أو في منفعته) يراد به الحيلولة دون المتاجرة بقروض الرعاية السكنية وتفويت الغرض منها، وهو حل مشكلة الإسكان للأسر المستحقة للرعاية. يترتب على ذلك أن تصرف العميل في العقار - دون الحصول على إذن مسبق من البنك - يؤدي إلى فسخ القرض والتزام المقترض أداء رصيد القرض فوراً.

على أنه أياً كان الغرض المراد من الشرط المذكور، فلا مناص من إعطائه تكييفاً محدداً، حتى يمكن الحكم على مشروعيته وبيان الأثر المترتب على مخالفته.

وقد يتردد المرء بين أكثر من تكييف. فقد يقال إن محكمة التمييز قد نظرت إلى الشرط باعتباره شرطاً مانعاً من التصرف أو مقيداً له، أو أنها اعتبرته شرطاً استثنائياً في عقد إداري. وقد يقال إن محكمة الاستئناف كانت على حق عندما اعتبرته شرطاً في عقد من عقود القانون الخاص يراد به ضمان حصول المقرض (البنك المرتهن) على قيمة القرض.

وبعد استعراض هذه التكييفات المختلفة، سأقوم بعرض التكييف الذي أراه صائباً والذي يمثل - فيما أرى - أساساً قانونياً سليماً لحكم محكمة التمييز.

## (١) - شرط المنع من التصرف:

شرط المنع من التصرف clause d'inalienabilité هو شرط يرد في عقد أو وصية ويمنع بمقتضاه المتصرف إليه من التصرف في المال الذي انتقلت ملكيته إليه أو يقيد حقه في التصرف فيه. وقد صرح المشرع الكويتي هذا الشرط بنصه في المادة ٨١٥ مدني 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 مالم يكن مبنياً على باعث قوي ومقصوراً على مدة معقولة" (١).

فقد يقال إن البنك قد اشترط على العميل - في عقد القرض - عدم التصرف في العقار الذي تم اكتساب ملكيته عن طريق القرض أو قيد حريته في التصرف فيه بأن يكون ذلك التصرف بإذن مسبق من البنك (٢). ولا شك في وجود باعث قوي يُبنى عليه هذا الشرط يتمثل في مصلحة البنك (المقرض) في الحصول على أقساط القرض من المقترض بدلاً من استعمال سلطة التتبع للتنفيذ على العقار تحت يد الحائز الذي تصرف إليه المقترض في العقار، كما أن بقاء العقار تحت يد المقترض يحقق الغاية الأساسية من قروض الرعاية السكنية، وهي توفير السكن المناسب للمستحق وأسرته. أما عن المدة المعقولة فهي تقدر على ضوء الغاية من شرط المنع وهي استيفاء البنك لأقساط القرض، فمدة الشرط تتحدد بمدة التقسيط ولو استغرقت مدى حياة المقترض.

(١) ولولا هذا النص لوقع شرط المنع من التصرف باطلاً، ولذلك فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي قولها: "ونظراً إلى أن الشرط المانع أو المقيد للتصرف يحقق مصالح معتبرة، فقد رأى المشروع النص على صحته بشروط تحول دون أن يستخدم لتحقيق أغراض تنافي مبادئ الشريعة الإسلامية، وتجعله غير مناف لمقتضى العقد أو الوصية" (المذكرة الإيضاحية، طبعة ١٩٩٨م، الصادرة عن إدارة الفتوى والتشريع، ص ٥٨٩).

(٢) ويلاحظ أن المشرع الكويتي لم يُضف المشروعية على الشرط المانع من التصرف فقط (كما فعل المشرع المصري في المادة ٨٢٣ مدني) ولكن على الشرط الذي يقيد حرية المالك في التصرف في المال أيضاً، كأن يشترط المتصرف على المتصرف إليه عدم التصرف في الملكية فحسب فيجوز له ترتيب حقوق عينية على المال، أو يجيز له التصرف في المال بشرط استبدال مال آخر به (انظر، جابر محجوب علي وخالد الهندياني، حق الملكية في القانون الكويتي - دراسة مقارنة، مطبوعات وحدة التأليف والنشر بكلية الحقوق - جامعة الكويت ٢٠٠٢، رقم ٧٩، ص ٨٠).

على أننا نلاحظ، مع ذلك، أن الشرط الوارد في المادة العاشرة، الذي سبقت الإشارة إليه لا يمكن أن يُكيف على أنه شرط مانع من التصرف أو مقيد له؛ علة ذلك أن المشرع الكويتي قد اشترط - لصحة شرط المنع من التصرف - أن يرد في التصرف ذاته الذي نقل الملكية إلى المشروط عليه، وآيته ما جاء بالمادة ٨١٥ من أنه "إذا تضمن التصرف القانوني شرطاً يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف...". والعقد الذي ورد فيه الشرط هو - بحسب تسميته وعلى ضوء ما تضمنه من بنود - عقد قرض ورهن، وكل من هذين العقدين لا ينقل ملكية العقار إلى المشروط عليه. فالقرض يملك المقرض النقود ويلزمه بأن يرد مثلها نوعاً وصفة وقدرًا (م ٥٤٣ - مدني كويتي)، والرهن عقد ضمان وتأمين وهو يفترض - في صورته المعتادة - ملكية الراهن (أي المقرض في فرضنا) للعقار المرهون. وقد ورد في المذكرة الإيضاحية ما يؤكد اتجاه نية المشرع إلى عدم جواز ورود شرط المنع من التصرف في عقد الرهن<sup>(١)</sup>. أما الملكية فيكتسبها المقرض من عقد آخر ليس البنك طرفاً فيه، وهو عقد البيع الذي يربطه بالجهة أو الشخص

(١) حيث تقول: " وقد أخذ المشروع بالرأي القائل بوجوب ورود شرط المنع في التصرف الذي تلقي به المشروط عليه الملكية، وهو ما يضيق استخدام شرط المنع، خصوصاً أن المثالين اللذين يرددهما أنصار الرأي الآخر لا يخلو فيهما شرط المنع من مخاطر"، والمثالان هما الوعد بالبيع وعقد الرهن. وبالنسبة للرهن تقول المذكرة: "والمثال الثاني هو أن يرد شرط المنع في عقد الرهن حيث يشترط المرتهن على الراهن عدم التصرف في المرهون إلى أن يتم استيفاء الدين المضمون بالرهن، حتى يتفادى اتباع إجراءات التنفيذ ضد من تنتقل إليه الملكية وهي أكثر تعقيداً من إجراءات التنفيذ ضد الراهن نفسه. وخطورة تصحيح مثل هذا الشرط، أنه لو كان صحيحاً لأصبح شرطاً جارياً يوضع في كل عقود الرهن، وحيث يكون المرتهن في مركز من القوة يسمح له بفرض شروطه، وينتهي الأمر إلى تفويت ما يهدف إليه التنظيم التشريعي للرهن من التوفيق بين حرية المالك في التصرف في المرهون ليتمتع بأكبر قدر من مزايا الملكية وبين ضمان حصول الدائن على حقه عن طريق ماله من سلطة التتبع " (المذكرة الإيضاحية، ص ٥٩٠ - ٥٩١).

الذي ابتاع منه المنزل محل النزاع، وليس في هذا العقد أي إشارة إلى منع المقترض من التصرف في العقار أو تقييد حريته في ذلك.

فالشرط الذي يتضمنه عقد البنك مع المقترض يبطل باعتباره شرطاً مانعاً أو مقيداً للتصرف؛ لأنه لا يستوفي الشروط المطلوبة لصحة شرط المنع من التصرف<sup>(١)</sup>.

يضاف إلى ذلك أن الشرط الذي يتضمنه عقد القرض يحظر على المقترض القيام بتأجير العقار كلياً أو جزئياً، حين إن المستقر في الفقه أن شرط المنع من التصرف لا يحظر على المشروط عليه سوى القيام بالتصرفات التي تؤدي إلى إخراج المال من ملكه كالبيع والهبة أو تهدد بزوال الملكية عنه كالرهن أو تحد من سلطاته عليه كترتيب حق انتفاع أو ارتفاق<sup>(٢)</sup>. أما أعمال الإدارة كالتأجير فإن الفقه مستقر على حق المشروط عليه في القيام بها؛ لأنه لا يترتب عليها زوال الملكية ولا تقييدها<sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر في دراسة هذه الشروط تفصيلاً في القانون الكويتي، جابر محجوب علي وخالد الهندياني، مرجع سابق، فقرة ٦٦ وما بعدها: محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الثانية ١٩٩٨، فقرة ٣٨٧ وما بعدها.

(٢) انظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الطبعة الثانية ١٩٩١، فقرة ٣٢٠، ص ٦٤٣؛ عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية - دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٢، ص ١٤٨؛ محمد شكري سرور مرجع سابق، فقرة ٣٩٩، ص ٢٧٢؛ عبد المنعم البدرائي، حق الملكية - الملكية بوجه عام وأسباب كسبها، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة ١٩٧٣، فقرة ٦٨، ص ٩٦.

(٣) انظر، جابر محجوب علي وخالد الهندياني، مرجع سابق، فقرة ٧٧، ص ٧٩؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أحكام حق الملكية، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٠، فقرة ١٤٣، ص ١١٩.

## (٢) - الشروط الاستثنائية في العقد الإداري:

يُعد بنك التسليف والادخار نموذجاً للمرافق العامة الاقتصادية<sup>(١)</sup>. فالبنك شخص اعتباري من أشخاص القانون العام، حيث تنص المادة الأولى من قانون إنشاء البنك (القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٥) على أن "ينشأ بنك يسمى بنك التسليف والادخار، ويكون مؤسسة عامة ذات شخصية معنوية مستقلة تحت إشراف وزير المالية". والأموال التي يتعامل فيها البنك هي أموال العامة لأن أموال المؤسسات العامة تعد بحسب نص المادة الثانية من القانون رقم ٩٣/١ الخاص بحماية المال العام أموالاً عامة<sup>(٢)(٣)</sup>. كما أن البنك يمارس نشاطاً لا يهدف إلى تحقيق الربح (لأن قروض الرعاية السكنية تصرف لمستحقيها بلا فوائد)<sup>(٤)</sup> بل

(١) انظر في دراسة الأنواع المختلفة للمرافق العامة ونظامها القانوني، سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري - الطبعة السابعة ١٩٦٥، دار الفكر العربي بالقاهرة، ص ٤١٠ وما بعدها؛ عزيزة الشريف. ويسري العصار، القانون الإداري - النشاط الإداري (الضبط الإداري - المرفق العام) مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالكويت، الطبعة الأولى ١٩٩٩، ص ١٣٥ وما بعدها.

(٢) فالمادة الثانية من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٣ تقضي بأنه "يقصد بالأموال العامة في تطبيق أحكام هذا القانون ما يكون مملوكاً أو خاضعاً بقانون لإدارة إحدى الجهات الآتية أيأ كان موقع تلك الأموال في داخل البلاد أو في خارجها: أ - الدولة.

ب - الهيئات العامة والمؤسسات العامة.

ج - الشركات والمنشآت التي تساهم فيها الجهات المبنية بالبندين السابقين بنسبة لا تقل عن ٢٥٪ من رأسمالها بصورة مباشرة أو غير مباشرة ٠٠٠".

(٣) وتتميز أموال البنك بضخامتها؛ فبعد أن كانت في القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٥ عشرين مليون دينار، زادها المشرع مراراً حتى وصلت بموجب القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٧ إلى ألفين وخمسمائة مليون دينار تغطي من الاحتياطي العام للدولة (انظر المادة ٦ من قانون إنشاء البنك بتعديلاتها)

(٤) انظر المادة ٢٨ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٣ في شأن الرعاية السكنية بعد تعديلها بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٥. فهذا القانون الأخير نقل إلى بنك التسليف والادخار كل ما =

إلى إشباع حاجات عامة تتمثل في توفير الرعاية السكنية لمستحقيها من المواطنين.

وإذا كان بنك التسليف والادخار شخصاً اعتبارياً من أشخاص القانون العام، ويباشر نشاطاً يمثل جزءاً من مرفق عام<sup>(١)</sup>، فهل يمكن القول بأنه في تعاقد مع المقترض ببرم عقداً إدارياً، وأن الشرط الذي يلزم المقترض بالحصول على موافقة مسبقة من البنك أو بسداد كامل القرض حتى يستطيع تأجير العقار أو التصرف فيه يعد شرطاً استثنائياً وغير مألوف في عقود القانون الخاص، يظهر بمقتضاه البنك بمظهر السلطة العامة، فيحمل المتعامل معه بالتزامات لا توجد في عقود القانون الخاص؟<sup>(٢)</sup>

وأرى أن الإجابة عن هذا السؤال يجب أن تكون بالنفي.

- = كان يدخل في اختصاص مؤسسة الرعاية السكنية متعلقاً بمنح قروض الرعاية السكنية. ولذلك صارت المادة ٢٨ من قانون الرعاية السكنية بعد تعديلها تنص على أن " يقوم بنك التسليف والادخار بتقديم القروض لمستحقي الرعاية السكنية لبناء المساكن أو لشرائها ٠٠٠ وتصرف قروض الرعاية السكنية لمستحقيها بلا فوائد، وتحدد قيمة القرض الممنوح لبناء سكن أو لشرائه بسبعين ألف دينار كويتي ٠٠٠ "
- (١) هو مرفق الرعاية السكنية الذي تقوم عليه المؤسسة العامة للرعاية السكنية، ويباشر البنك النشاط المتعلق بمنح القروض لمستحقي هذه الرعاية فقط.
- (٢) انظر في تفصيل العناصر الثلاثة التي تمثل معيار العقد الإداري، عزيزة الشريف، دراسة في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، وحدة التأليف والترجمة والنشر بكلية الحقوق جامعة الكويت ١٩٩٨، ص ٣٤ وما بعدها؛ وفي بيان هذه المعايير تقول محكمة التمييز: " من المقرر أنه يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية، وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص " (طعن بالتمييز رقم ١٢٢ / ٨٨ تجاري، مجلة القضاء والقانون، مجموعة القواعد القانونية، سبتمبر ١٩٩٥، قاعدة رقم ١٩٥، ص ٧٠).

من جهة لأن الفقه مستقر على خضوع المرافق العامة الاقتصادية لنظام قانوني مزدوج أو مختلط يتضمن من ناحية قواعد تنتمي للقانون العام تنطبق على الجوانب التنظيمية لهذه المرافق وكذلك على النشاط الذي تقوم به وتستخدم فيه أساليب السلطة العامة، ومن ناحية أخرى بعض قواعد تنتمي إلى القانون الخاص تنطبق على نشاط هذه المرافق الذي تستخدم فيه الأساليب ذاتها التي تستخدمها المشروعات الخاصة<sup>(١)</sup>. وهذه التفرقة تنطبق على العقود التي تبرمها المرافق العامة الاقتصادية. فالعقود التي تبرمها هذه المرافق بمناسبة ممارستها لنشاطها، مثل عقود التوريد والأشغال العامة والتي تنطوي على شروط استثنائية لا مثيل لها في روابط القانون الخاص تكتسب صفة العقود الإدارية. أما العقود التي تنشأ بين المرفق العام الاقتصادي والمنفعين من خدماته فهي دائماً من العلاقات التعاقدية التي تخضع لأحكام القانون الخاص<sup>(٢)</sup>. وتطبيقاً لذلك فإن القرض المبرم بين بنك التسليف والادخار (بحسبانه مرفقاً عاماً اقتصادياً) وبين المقترض (المنتفع بمرفق الرعاية السكنية) يعد عقداً من عقود القانون الخاص. ومما يؤكد ذلك أن المادة الخامسة من قانون التجارة الكويتي تعتبر معاملات البنوك من الأعمال التجارية بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته. وإذا قلنا إن عقد القرض يعد من الأعمال المختلطة (فهو تجاري بالنسبة للبنك ومدني بالنسبة للعميل الذي يستخدم القرض لشراء منزل أو إصلاحه أو ترميمه) فإن المادة ١٢ من قانون التجارة الكويتي تقضي بأنه "إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد العاقدين دون الآخر، سرت أحكام قانون التجارة على التزامات العاقد الآخر الناشئة من هذا العقد، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك". فعقد القرض الذي يبرمه المقترض مع بنك

(١) عزيزة الشريف ويسري العصار، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص ١٤٥.

(٢) عزيزة الشريف ويسري العصار، المرجع السابق، ص ١٤٦؛ في المعنى نفسه، سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ٤١٩، ٤٢٠.

التسليف والادخار يخضع لقواعد القانون التجاري وليس لقواعد القانون العام، ولا يستساغ بعد ذلك تكييفه بأنه عقد إداري.

ومن جهة ثانية فإن الشرط الذي يلزم المقترض بالحصول على إذن مسبق من البنك أو بتعجيل قيمة القرض قبل تأجير العقار أو التصرف فيه ليس شرطاً استثنائياً، بل هو شرط عادي تمليه الغاية من القرض الحكومي بدون فوائد وهي توفير الرعاية السكنية للأسرة المستحقة.

### (٣) - الشرط وسيلة لضمان حصول البنك على أقساط القرض:

لماذا رفضت محكمة الاستئناف طعن البنك في حكم أول درجة الذي قضى للمشتري بالحق في تحويل ملكية العقار على اسمه مثقلة بالرهن؟

السبب في ذلك هو أن محكمة الاستئناف اعتبرت أن وظيفة الشرط الذي يمنع المقترض من التصرف في العقار إلا بعد سداد كامل القرض هي ضمان حصول البنك على مبلغ القرض من المقترض ذاته. فالبنك لا يريد أن يتحمل مشقة ونفقات مباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهة الحائز الذي تنتقل إليه ملكية العقار محملة بحق الدائن المرتهن، بعبارة أخرى فإن البنك لا يريد اللجوء إلى سلطة التتبع التي يخولها الرهن للدائن المرتهن، ولذلك فهو يحظر على الراهن نقل ملكية العقار المرهون إلى الغير.

ولم تجد المحكمة - وفقاً لهذا التحليل - بداً من اعتبار الشرط متعارضاً مع أحكام الرهن الرسمي، ولذلك فقد التفتت عنه، وحكمت على خلاف مقتضاه.

بيان ذلك أن الرهن الرسمي لا يجرّد الراهن من ملكية العقار المرهون، بل يبقى الراهن مالِكاً وحائزاً للعقار، وإن كان يلتزم ضمان سلامة الرهن (م ٩٨٧ مدني كويتي) <sup>(١)</sup>.

---

(١) فالراهن يلتزم الامتناع عن التعرض للدائن المرتهن تعرضاً قانونياً أو مادياً إذا كان من شأن هذا التعرض أن ينقص الضمان الذي يقدمه الرهن إنقاصاً كبيراً. ويحصل التعرض القانوني بإجراء الراهن تصرفاً على العقار المرهون يتعارض مع حق الدائن =

وباعتبار الراهن مالكا فإنه يحتفظ بسلطة التصرف في العقار المرهون بنقل ملكيته أو بترتيب حق عيني للغير عليه معاوضة أو تبرعاً، مادام ذلك لا يؤدي إلى الإضرار بسلامة الرهن بأن يكون التصرف الوارد على العقار قد تم بعد أن أصبح الرهن - عن طريق القيد - نافذاً في مواجهة الغير<sup>(١)</sup>. وليس في هذا التصرف إضرار بحق الدائن المرتهن، فما دام رهنه قد صار نافذاً في حق الغير، فإن الملكية تنتقل على المتصرف إليه (ويسمى حائز العقار المرهون) مثقلة بالرهن. فإذا حل أجل الدين ولم يقم المدين بالوفاء أمكن للدائن المرتهن

= المرتهن، كأن يبيع العقار المرهون أو يرتب عليه حق انتفاع أو يرهنه ثانية قبل قيد المرتهن الأول لرهنه. أما التعرض المادي فمثاله أن يقوم الراهن بهدم العقار المرهون أو تخريبه أو بالتصرف في المنقولات المخصصة لاستغلاله (العقارات بالتخصيص) إلى مشتر حسن النية لا يعلم شيئاً عن الرهن فيكتسبها خالصة من هذا الرهن بمقتضى الأثر المسقط لقاعدة الحيابة (انظر في تفاصيل هذا الموضوع، جابر محجوب علي وفايز الكندري، التأمينات العينية في القانون الكويتي، مطبوعات وحدة التأليف والنشر بكلية الحقوق، جامعة الكويت ٢٠٠٤، فقرة ١٤٢، ص ١٣٥، ١٣٦، وراجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص ٧٤٥).

(١) وعلى الرغم من أن القانون المدني الكويتي لا يتضمن نصاً مماثلاً لنص المادة ١٠٤٣ من القانون المدني المصري التي تقضي بأنه " يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن " فإن المذكرة الإيضاحية تؤكد المعنى المأخوذ من هذا النص بقولها: " يبقى الراهن مالكا للعقار المرهون مع ما يخوله حق الملكية من سلطة التصرف (مع مراعاة أحكام الالتزام بضمان سلامة الرهن)، فيجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن، والمقصود بداهة هو الدائن المرتهن الذي قيد حقه قبل التصرف " وتضيف المذكرة " وعلى ذلك فللراهن أن يبيع العقار أو يهبه، وله أن يرتب عليه حق انتفاع، كما له أن يرهنه رهنأً آخر، فإذا كان حق المتصرف إليه قد نشأ بعد أن أصبح الرهن نافذاً في حق الغير، فإن تصرف الراهن لا يؤثر في حق الدائن المرتهن، فتنتقل الملكية مثقلة بالرهن، ويكون للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار على اعتبار أنه خال من حق الانتفاع كما يتقدم على الدائن صاحب الرهن الثاني " (المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص ٧٤٢).

أن يتتبع العقار تحت يد الحائز الذي يصبح مخيراً بين قضاء الدين أو تطهير العقار أو تخليته، وإلا قام الدائن المرتهن باتخاذ إجراءات نزع الملكية في مواجهته<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا الأساس فإن التنظيم التشريعي للرهن يقيم توازناً عادلاً بين حرية الراهن في التصرف في العقار المرهون ليتمتع بأكبر قدر من مزايا الملكية وبين ضمان حصول الدائن على حقه عن طريق ما له من سلطة التتبع<sup>(٢)</sup>. فإذا حُرِم الراهن - بشرط في العقد - من حقه في التصرف في العقار المرهون، اختل التوازن الذي أراده المشرع، وتعين القول بأن الشرط المذكور يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، وهو بطلان يقتصر على الشرط وحده ولا يمتد إلى أي من عقدي القرض أو الرهن حيث يبقى كل منهما مرتباً لآثاره<sup>(٣)</sup>.

وهذا ما فعلته محكمة الاستئناف حين أهملت الشرط الذي يمنع على المقترض تأجير العقار أو التصرف فيه وإلا استحققت جميع أقساط القرض، وقررت أن امتناع البنك عن تسليم الوثيقة المرهونة حتى يتم تسجيل البيع الذي أجراه الراهن وتحويل الملكية إلى المشتري مثقلة بالرهن يعد " تعسفاً في استعمال الحق بدون مبرر أو مسوغ قانوني خاصة أنه ليس ثمة ضرر على البنك من تسجيل العقار باسم المستأنف عليه (المشتري) محملاً بحق الرهن ".

---

(١) انظر في الدراسة التفصيلية لخيارات الحائز، جابر محجوب علي وفايز الكندري، التأمينات العينية في القانون الكويتي، مرجع سبقت الإشارة إليه، فقرة ٢٣٣ وما بعدها، ص ٢١٨ وما بعدها.

(٢) انظر في المعنى نفسه، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص ٥٩١.

(٣) وذلك تطبيقاً لفكرة انتقاص العقد التي نص عليها المشرع الكويتي في المادة ١٩٠، وهي تقضي في فقرتها الأولى بأنه: "إذا لحق البطلان أو الإبطال شقاً من العقد، اقتصر عليه وحده، دون باقي العقد"، وشرط ذلك - بطبيعة الحال - ألا يثبت أحد المتعاقدين أنه ما كان يبرم العقد بغير الشق الباطل أو المبطل؛ إذ في هذه الحالة يمتد البطلان إلى العقد بأكمله (م ١٩٠/٢ مدني كويتي).

في عبارة أخرى فإن الشرط الذي يمنع على المقترض تأجير العقار أو التصرف فيه لا يمثل - في نظر محكمة الاستئناف - إضافة إلى الضمان الذي يقدمه الرهن للبنك؛ إذ تكفي سلطة التتبع التي يخولها الرهن للدائن المرتهن لتمكين البنك من الحصول على حقه عن طريق تتبع العقار والتنفيذ عليه تحت يد المشتري (الحائز). ولا حاجة للخروج على أحكام القانون المنظمة للرهن عن طريق النص على حرمان الراهن من سلطة التصرف في العقار المرهون.

#### (٤) - الشرط وسيلة لتوفير الرعاية السكنية لمستحقيها:

يتضح من العرض السابق أن محكمة الاستئناف قد اعترفت للمقترض بالحق في التصرف في المنزل المرهون وتحويل ملكيته مثقلة بالرهن إلى المتصرف إليه، من جهة لأن هذا هو ما يمليه التطبيق السليم لقواعد الرهن، ومن جهة أخرى لأن هذا التصرف لا يتعارض مع قانون الرعاية السكنية الذي لا يتضمن أي نص يحظر على المقترض تأجير العقار المرهون أو التصرف فيه<sup>(١)</sup>.

(١) أما القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٥ الخاص بإنشاء بنك التسليف والادخار فلم يتضمن، بدوره، سوى نص وحيد يتضمن خروجاً على القواعد العامة للرهن الرسمي الواردة في القانون المدني، وهو نص المادة ٤ (خامساً) المضافة بموجب المرسوم بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٨٨ الصادر بتاريخ ١٩٨٨/٢/٢٣ (الكويت اليوم - عدد ١٧٦٠ بتاريخ ١٩٨٨/٢/٢٤)، التي تقضي بأنه: " وفي جميع الأحوال لا يسقط قيد الرهن الذي يضمن ديناً للبنك إذا لم يجر تجديده خلال المدة المنصوص عليها في المادة ٩٩٥ من القانون المدني " والمادة ٩٩٥ مدني تنص على سقوط قيد الرهن إذا لم يجدد خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه. وهو ما يعني أن البنك لا يحتاج إلى تجديد قيد الرهن التي تضمن ديونه لدى المقترضين، بل تظل هذه القيود قائمة، ويبقى الرهن محققاً بمرتبه التي اكتسبها باعتبار تاريخ القيد الأول ولو مضى على هذا القيد مدة تتجاوز عشر سنوات. هذا هو الاستثناء الوحيد الذي قرره المشرع لرهون بنك التسليف والادخار. وهذا يعني - بمفهوم المخالفة - أن كل نصوص القانون المدني الخاصة بالرهن الرسمي - ما عدا نص المادة ٩٩٥ - تنطبق على الرهن التي يرتبها المقترضون على عقاراتهم لصالح بنك التسليف والادخار، بما في =

وأخيراً لأن هذا التصرف لا يضر بالبنك<sup>(١)</sup> الذي تتوافر لديه ضمانات عديدة تمكنه من استرداد القرض، وتتمثل هذه الضمانات فيما يلي:

١ - أن البنك له سلطة التتبع التي يستطيع بمقتضاها التنفيذ على العقار المرهون تحت يد المتصرف إليه (حائز العقار المرهون).

٢ - أن المقرض يبقى - بكفالة زوجته - ملتزماً تجاه البنك بسداد أقساط القرض، وذلك بموجب عقد القرض المبرم بين البنك والمقرض، الذي لا يتأثر بتصرف هذا الأخير في العقار المرهون.

٣ - أن المادة ٤ (رابعاً) من قانون إنشاء بنك التسليف والادخار<sup>(٢)</sup> تنص على أن "يكون لديون بنك التسليف والادخار ما لديون الحكومة من امتياز على أموال مدينيها، ويتم تحصيلها بنفس الطرق المقررة لتحصيل أموال الدولة". فالبنك له حق امتياز عام على جميع أموال المدين<sup>(٣)</sup>، وهو امتياز معفى من القيد ولو

= ذلك النصوص المتعلقة بحق الراهن في التصرف في العقار المرهون وبحق المرتهن في تتبعه والتنفيذ عليه تحت يد المتصرف إليه (حائز العقار المرهون)؛ إذ العام يبقى على عمومته مادام لم يرد نص خاص يقيده.

(١) وقد استدلت المحكمة على عدم تضرر البنك من تصرف المقرض في العقار المرهون من كونه (أي البنك) قد وافق على تسجيل عقد الهبة الذي أبرمه المقرض مع زوجته بموجب الوثيقة رقم ٥١١٩ بتاريخ ١٩٩٨/٥/٥ الذي تضمن هبة المالك الحالي (المقرض) لزوجته ملكية نصف العقار مشاعاً محملاً بحق الرهن لصالح البنك دون أن يعترض هذا الأخير على تلك الهبة أو يمتنع عن إرسال الوثيقة المرهونة لديه إلى إدارة التسجيل العقاري لإتمام إجراءات تسجيل ذلك العقد أو يشترط سداد كامل قيمة القرض وتحرير الوثيقة من حق الرهن المحملة به لصالحه، وهو الأمر الذي يدل - بحسب ما تقول محكمة الاستئناف - على عدم وجود مانع قانوني من وجود رهن على العقار لصالح بنك التسليف وإمكانية تحويل ملكية هذا العقار لمالك جديد محملاً بحق الرهن عليه.

(٢) المضافة بموجب المرسوم بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٧٧ الصادر في ١٩/١٠/١٩٧٧ (الكويت اليوم - العدد ١١٦٣ بتاريخ ١٠/٢٣/١٩٧٧).

(٣) وعمومية الامتياز تأتي من أن المشرع لم يحدد - بالنص الخاص - المحل الذي يرد عليه، فيكون بذلك قد أفصح عن ورود الامتياز على جميع أموال المدين (تمييز كويتي =

ورد على عقار (م ١٠٦٤ / ١ مدني)، ومع ذلك فهو يمنح الدائن سلطة التتبع (م ١٠٧٢ / ٢ مدني). ويأتي هذا الامتياز في المرتبة الثانية بعد امتياز المصروفات القضائية، ولكنه يتقدم على أي امتياز عقاري آخر أو أي رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده، كما أنه يتقدم على حقوق الامتياز العامة (م ١٠٦٤ مدني)<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من دقة التحليل الذي اعتمدت عليه محكمة الاستئناف فإن حكمها قد ألغي بواسطة محكمة التمييز؛ علة ذلك أن محكمة التمييز رأت أن قروض بنك التسليف والادخار تختلف عن قروض البنوك التجارية. فقروض البنوك التجارية تهدف إلى توفير السيولة النقدية للمقترض لتمكينه من الوفاء ببعض الالتزامات أو القيام ببعض الأعمال، وما يهم البنك هو تحصيل القرض وفوائده<sup>(٢)</sup>، ولذلك فهو يكثر بالتحقق من قدرة المقترض على الوفاء وبالتثبت من كفاية الضمانات المقدمة إليه<sup>(٣)</sup>، حتى لا تلحقه أي خسارة من عملية

= ١٩٩٤/٢/٦ الطعنان ١٦١، ١٦٢ / ٩٣ تجاري، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في المدة من ١/١/١٩٩٢ - ٣١/١٢/١٩٩٦، القسم الثالث، المجلد الأول يوليو ١٩٩٩، امتياز، قاعدة رقم ٢٤، ص ٧٣١).

(١) وإن كانت المادة ٤ (رابعاً) من القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٥ التي قررت الامتياز الخاص بديون بنك التسليف والادخار قد أكدت في فقرتها الأخيرة أنه: "عند التزام مقدم ديون النفقة، تليها ديون الجهة التي يتبعها المدين (وهذا يفترض أن المدين عامل أو موظف وعليه مستحقات للجهة التي يعمل بها؛ أي صاحب العمل أو الجهة الحكومية) أو مؤسسة التأمينات الاجتماعية أو ما في حكمها، ثم ديون البنك كل ذلك بما لا يجاوز الحد المسموح خصمه أو التنفيذ عليه".

(٢) وتمثل هذه الفوائد قسط تأمين المخاطر التي يتعرض لها البنك بسبب انخفاض القوة الشرائية للنقود، وضمن الخدمات التي يقدمها البنك للمقترض متمثلة في تنازله عن مال حاضر في مقابل مال مستقبل (انظر، حسني حسن المصري، الفوائد في النظم القانونية المقارنة وموقف المشرع الكويتي منها، مجلة الحقوق، ملحق العدد الأول للسنة السابعة والعشرين، مارس ٢٠٠٣، فقرة ١٩، ص ٢٨، ٢٩).

(٣) سواء أكانت تأمينات شخصية كالكفالة، أم تأمينات عينية كالرهن، أم كانت تأميناً ضد إفسار المدين أو عدم قدرته على الوفاء لأي سبب من الأسباب (انظر، جابر محجوب =

الإقراض. فإذا كان القرض بضمان رهن عقاري، فإن ما يعني البنك هو التثبيت من أن قيمة العقار ومرتبة الرهن تسمحان له بتحصيل مستحققاته، بصرف النظر عن بقاء العقار المرهون بيد الراهن أو انتقال ملكيته إلى حائز، إذ في هذه الحالة الأخيرة يمكنه استيفاء مستحققاته عن طريق تتبع العقار والتنفيذ عليه تحت يد الحائز. ولذلك يكون منطقياً أن تخضع العلاقة بين المقرض (الراهن) والبنك المرتتهن لأحكام القانون المدني، وأن يبطل كل شرط يرد في عقد الرهن يفرض على الراهن - فيما يتعلق باستغلال العقار المرهون والتصرف فيه - قيوداً تتجاوز تلك المقررة في القانون المدني<sup>(١)</sup>.

والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للقروض التي يمنحها بنك التسليف والادخار. فهذه القروض تصرف من مبالغ رصدتها الدولة من موازنتها، كما أنها تصرف لمستحقيها دون فوائد، وتقسط على آجال طويلة جداً، ويحدث أحياناً أن تتنازل الدولة عن استرداد أقساطها، كما أن منح هذه القروض يتم وفقاً لشروط وأولويات تحددها نصوص قانون الرعاية السكنية<sup>٠</sup> ومفاد ذلك أن لهذه القروض هدفاً اجتماعياً - يتخطى مجرد توفير الائتمان أو السيولة للمقرض - يتمثل في "حفظ كيان الأسرة وتقوية أواصرها وتبني المشرع لقضاياها واحتياجاتها وأهمها الرعاية السكنية وتوفير هذه الرعاية في وقت مناسب بإزالة أهم العقبات التي تعوقها"<sup>(٢)</sup>.

هذا التباين في الغرض من القرض هو الذي يحدد نطاق السماح للراهن بالتصرف في العقار المرهون ضماناً للقرض. فنظراً لأن تحصيل الغاية الاقتصادية المنوطة بالرهن في قروض البنوك التجارية - وهي استيفاء البنك لقيمة القرض مع الفوائد - لا يتعذر سواء وجد العقار بيد الراهن أم انتقلت

---

= علي، الجوانب القانونية للتأمين الجماعي، مطبوعات جامعة الكويت ٢٠٠٢، فقرة ٣، ص ٢ وما بعدها).

(١) انظر في دراسة القيود الواردة على سلطات الراهن في التصرف في العقار المرهون وإدارته (جابر محبوب علي وفايز الكندري، التأمينات العينية في القانون الكويتي، مرجع سبق ذكره، فقرة ١٥١ وما بعدها، ص ١٤٤ وما بعدها).

(٢) حكم محكمة التمييز المشار إليه آنفاً في الطعن ٢٠٠٢/٧٠ مدني، جلسة ٢٠٠٢/٥/٢٠.

ملكته إلى حائز، كان طبيعياً تطبيق قواعد القانون المدني التي تجعل للراهن سلطة التصرف في العقار المرهون وتقرر سلطة التتبع للدائن المرتهن. ونظراً لأن الغاية الاجتماعية لقروض بنك التسليف والادخار - متمثلة في تمتع المقترض وأسرته بالسكن الذي تم شراؤه عن طريق القرض - يتعذر تحقيقها إذا سُمح للمقترض بأن يتصرف في المسكن (العقار المرهون) للغير، تعين استبعاد قواعد القانون المدني الخاصة بسلطات الراهن على العقار المرهون، ومنع المقترض من تأجير العقار كلياً أو جزئياً<sup>(١)</sup> أو التصرف فيه أو في أي جزء منه دون موافقة مسبقة من البنك<sup>(٢)</sup> أو بعد سداد القرض أو الباقي منه للبنك، " لأنه بغير ذلك يصبح القرض مجرد قرض عادي ولكن بدون فائدة، وتضيع هدراً أموال الدولة التي رصدتها في هذا السبيل " <sup>(٤)</sup>.

على أنه مهما بلغت أهمية الغرض الاجتماعي لقروض بنك التسليف والادخار فإنه لا يكفي وحده لتسويغ الخروج على نصوص القانون المدني الخاصة بالرهن الرسمي؛ إذ العام يبقى على عمومته مادام لم يرد ما يخصه،

(١) وذلك على خلاف نصوص القانون المدني التي تقيد سلطة الراهن في التأجير بقيود تتعلق بمدة الرهن والشروط المطلوبة لنفاذه في حق الدائن المرتهن (انظر المادة ٩٨٥ مدني، وراجع جابر محجوب علي وفايز الكندري، مرجع سبقت الإشارة إليه، فقرة ١٦٤ وما بعدها).

(٢) وعلة حظر التأجير على المقترض هو أن المشرع أراد من القرض أن يحصل المقترض هو وأسرته على المنفعة عيناً (أي السكن فعلاً) وليس على مقابلها النقدي (الأجرة).

(٣) والبنك لن يمنح الموافقة على التصرف إلا إذا تحقق من أنه لا يفوت الغرض الذي أراده المشرع من القرض. ولذلك فقد وافق البنك على هبة المقترض نصف العقار على الشيوخ لزوجته؛ " لأن هذه الهبة - بحسب ما تقول محكمة التمييز - لا تتنافى مع أهداف المشرع بل تؤكد لها؛ لأن الزوجة إنما تقيم مع زوجها، كما أن الثابت بعقد القرض والرهن أنها تعهدت مع زوجها بسداد القرض في مدة ٨٢٤ شهراً " - ولكن لا يجوز أن يقاس على التصرف للزوجة تصرف المقترض للغير؛ لأن هذا سيفوت الغرض من القرض وهو توفير الرعاية السكنية للمقترض وأسرته.

(٤) حكم محكمة التمييز المشار إليه آنفاً.

ولم يرد في أي من قانون الرعاية السكنية<sup>(١)</sup> أو قانون إنشاء بنك التسليف والادخار<sup>(٢)</sup> نص يقضي باستثناء الرهون المعطاة لبنك التسليف والادخار من الخضوع لقواعد القانون المدني<sup>(٣)</sup>.

ولذلك فإن المحكمة ولت وجهها صوب شروط العقد، ورأت أن من حق البنك أن يضع في العقد من الشروط ما يضمن تحقيق الغاية الاجتماعية لقروض الرعاية السكنية<sup>(٤)</sup>. ومن بين هذه الشروط الشرط الذي نصت عليه المادة العاشرة من عقد القرض وترتيب الرهن، التي تقضي بأنه: "في حالة قيام المقترض بتأجير العقار كلياً أو جزئياً أو التصرف فيه أو في أي جزء منه دون موافقة مسبقة من البنك...<sup>(٥)</sup> يصبح كامل الدين واجب الأداء وبدون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو صدور حكم قضائي..."<sup>(٦)</sup>.

وقد استندت المحكمة إلى هذا الشرط لتمييز حكم الاستئناف الذي قضى بأحقية المشتري في تسجيل الحكم بصفة ونفاذ عقد بيع العقار المرهون للبنك بما يؤدي إلى انتقال ملكية هذا العقار إليه محملة بالرهن. وهو استناد في محله، وإن كان يعوزه البيان.

(١) القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٣، المعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٥.

(٢) القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٥ بتعديلاته المختلفة.

(٣) والاستثناء الوحيد هو المتعلق بإعفاء البنك من تجديد قيد رهونه قبل مضي عشر

سنوات، وهو الاستثناء الذي سبق أن أشرنا إليه (هامش رقم ١، ص ٢٠ من هذا البحث).

(٤) وقد أحالت لائحة القروض العقارية والاجتماعية النمطية التي يطبقها بنك التسليف

والادخار إلى هذه الشروط بنصها في المادة ١٢ على أن: "يحدد عقد القرض

الالتزامات المختلفة التي يفرضها نظام الرعاية السكنية على المتنفذين وجزاء الإخلال

بهذه الالتزامات " (اللائحة بحسب آخر التعديلات حتى مارس ٢٠٠٥).

(٥) " أو استعمال القرض أو بعضه لغير الغرض المخصص من أجله، أو إذا تبين أن

البيانات التي قدمها في استمارة طلب القرض أو العقد غير صحيحة ".

(٦) " بالإضافة إلى المصاريف التي تترتب على إجراءات المطالبة بالاسترداد كما لا يحق

له مطالبة البنك أو أي جهة حكومية أخرى بالرعاية السكنية مستقبلاً ".

فقد أُلقي على عاتق المقترض - بمقتضى المادة العاشرة آنفة البيان - التزام بأن يتقيد - إن أراد تأجير العقار المرهون ضماناً للقرض أو التصرف فيه - بالحصول على موافقة مسبقة من البنك، فإذا أخل بهذا الالتزام أصبح القرض بأكمله (أو الباقي منه) واجب الأداء دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو صدور حكم قضائي. فنحن بصدد شرط فاسخ صريح<sup>(١)</sup> يخضع لنص المادة ٢١٠ من القانون المدني الكويتي التي تقضي - في فقرتها الأولى - بأنه: "لا يُعمل بشرط اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم المحكمة، ... ، ما لم يتضح أن إرادة المتعاقدين كليهما قد انصرفت إليه صراحة، وعلى بينة من حقيقة أثره".

فالبند الوارد في العقد قد استوفى الشروط التي يتطلبها النص في الشرط الفاسخ الصريح:

١ - فقد اتفق المتعاقدان - صراحة - على شرط الفسخ؛ أي على فسخ العقد من تلقاء نفسه وبغير حاجة إلى حكم القاضي. صحيح أن النص المشار إليه لم يستخدم تعبير الفسخ، وإنما عبر عن الفسخ بآثره المتمثلاً في التزام المقترض - بمجرد الإخلال بالتزامه - بأداء كامل القرض دون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائي، ولكن هذا المسلك يتفق مع ما استقر عليه القضاء والفقه من عدم استلزام صيغة معينة لشرط الفسخ، "فأية عبارة تصلح لأن تقيم الشرط ٠٠٠، ما دامت أنها تدل على حقيقة حكمه ومضمونه على نحو بَيِّن ينأى عن الشك والغموض. بل إن الاتفاق على ذات الحكم الذي من شأن

---

(١) انظر في تعريف شرط الفسخ الصريح والتمييز بينه وبين الشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين، تمييز تجاري الطعن رقم ١٦٦/٨٦ تجاري، جلسة ١٩٨٧/٣/٤، مجلة القضاء والقانون، السنة ١٥، العدد الأول، أكتوبر ١٩٩٤، رقم ٤١، ص ١٦٠.

هذا الشرط أن يرتبه يكفي لاعتبار أن العقد يتضمنه، ولو لم يذكر هو بذات لفظه " (١).

٢ - والواضح أن إرادة كل من المتعاقدين قد انصرفت إلى الشرط صراحة (٢) وهي على بينة من حقيقة أثره متمثلة في أن مجرد الإخلال بالعقد (تأجير العقار أو التصرف فيه دون إذن مسبق من البنك) سوف يؤدي إلى فسخ القرض تلقائياً دون حاجة إلى إنذار أو حكم من المحكمة.

٣ - يبقى التساؤل عما إذا كان الشرط - فيما يتضمنه من استحقاق كامل القرض بمجرد الإخلال بالعقد دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار - يناقض نص الفقرة الثانية من المادة ٢١٠ من القانون المدني التي تجعل الإعذار ضرورياً لوقوع الفسخ ولو اتفق على الإعفاء منه.

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة ١٩٨٤، فقرة ٣٢٠، ص ٦٣٠، ٦٣١؛ وانظر في المعنى نفسه، السنهاوري، الوسيط، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - المجلد الأول - العقد، الطبعة الثالثة ١٩٨١، فقرة ٤٨٢، ص ٩٨٧، الهامش. وانظر أيضاً، نقض مدني مصري ٢٨ أكتوبر ١٩٦٥، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٦، رقم ١٤٩، ص ٩٤٣، حيث جاء في هذا الحكم: " لا يشترط القانون ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح. وعلى ذلك فإن النص في الاتفاق على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه "؛ نقض مدني ٢٦ فبراير ١٩٧٦ الطعن رقم ٣٧٠ / ٤١ ق، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٧، ص ٥١٥: " وإن كان القانون لا يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح، ... "

(٢) فلاشك في انصراف إرادة البنك صراحة إلى الشرط لأنه هو الذي قام بصياغة العقد وضمنه الشرط. أما العميل فلاشك في علمه بالشرط وقبوله له لدى توقيع العقد، أضف إلى ذلك أن الشرط وارد في عقد القرض وترتيب الرهن العقاري، وهو عقد رسمي لا ينعقد - بنص المادة ٩٧٢ / ١ مدني كويتي - إلا إذا كان بورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون ". فالرسمية وتدخل الموثق - كاتب العدل في المحاكم - تكفل التحقق من علم الراهن بشروط عقد القرض والرهن وقبوله لها بشكل صريح.

والواقع أن النص المذكور يجيز الاتفاق على الإعفاء من الإعذار في المواد التجارية ويبطله في المواد المدنية<sup>(١)</sup>. ولكن ما يثير الحيرة هو أن قرض بنك التسليف والادخار يتضمن وجهين، ويقع لذلك ضمن طائفة الأعمال المختلطة، فهو يعد تجارياً بالنسبة للبنك تطبيقاً لنص المادة ١/٥ من قانون التجارة<sup>(٢)</sup>، ويعد مدنياً بالنسبة للمقترض الذي يوجه القرض لغرض غير تجاري<sup>(٣)</sup><sup>(٤)</sup>. ولا يتضمن قانون التجارة تحديداً للقواعد واجبة التطبيق على الأعمال المختلطة إلا ما جاء بنص المادة ١٢ من أنه "إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد

(١) حيث يجري النص على النحو التالي: "والشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه، عند عدم الوفاء بالالتزام، لا يعفى في غير المواد التجارية من الإعذار، ولو اتفق على الإعفاء منه"؛ انظر في عدم الحاجة إلى إعذار لوقوع الفسخ في عقد البيع التجاري (تمييز الطعن رقم ٩٢/٢١٢ تجاري، جلسة ١٤/٦/١٩٩٣، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١/١/١٩٩٢ حتى ٣١/١٢/١٩٩٦ في المواد المدنية والتجارية، القسم الثالث، المجلد الأول، يوليو ١٩٩٩، فسخ، رقم ٤).

(٢) وهي تقضي بأن: "تعد أعمالاً تجارية الأعمال المتعلقة بالأمر الآتي، بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته:

١ - معاملات البنوك "

ولا شك أن عملية الإقراض تعتبر متعلقة بعمليات البنوك، وتعد لذلك عملية تجارية بالنسبة لبنك التسليف والادخار، على الرغم من أن هذا البنك في قيامه بتلك العملية لا يقصد المضاربة؛ لأنه يقدم القروض لمستحقي الرعاية السكنية بدون فوائد (م ٢٨ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٣، معدلة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٥ في شأن الرعاية السكنية).

(٣) وهو شراء مسكن خاص أو إصلاحه أو زيادة الانتفاع به (المادة ٤ أولاً (أ) / ١ من القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٥ بإنشاء بنك التسليف والادخار)، وتوجيه القرض لغير هذه الأغراض يؤدي - وفقاً لنص المادة ١٠ من العقد - إلى فسخ القرض والتزام العميل برده أو برد ما بقي منه.

(٤) واعتبار القرض مدنياً بالنسبة للمقترض هو استنتاج بمفهوم المخالفة من نص المادة ١٠١ من قانون التجارة التي تقضي بأن "يكون القرض تجارياً إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترضة في أعمال تجارية".

المتعاقدين دون الآخر، سرت أحكام قانون التجارة على التزامات العاقد الآخر الناشئة من هذا العقد ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك" <sup>(١)</sup>. ومع ذلك فإن هذا النص لا يسعف في حل المشكلة، لأن تطبيق أحكام قانون التجارة على التزامات المقترض (وهو العاقد الذي لا يعد القرض بالنسبة له تجارياً) لا يغير من وصف قرض بنك التسليف والادخار بأنه عمل مختلط وليس عملاً تجارياً <sup>(٢)</sup>. ومع ذلك فنحن نميل إلى إعطاء هذه العملية برمتها حكم الأعمال التجارية؛ وذلك توحيداً للقواعد واجبة التطبيق عليها، ونرى - تبعاً لذلك - صحة الاتفاق على الإعفاء من الإعذار كشرط لوقوع الفسخ <sup>(٣)</sup>.

(١) فالمشرع أراد بهذا النص عدم إخضاع الأعمال المختلطة لنظام قانوني مزدوج، وفضل توحيد الأحكام الواجبة التطبيق على هذه الأعمال، وأخضعها كقاعدة لأحكام قانون التجارة.

(٢) انظر، حسني المصري، القانون التجاري الكويتي، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالكويت، الطبعة الثانية ١٩٩١، فقرة ١٠٩، ص ١٧٧.

(٣) قرب في المعنى نفسه، محمد زهرة، تعليق على حكم محكمة الاستئناف العليا الدائرة الثانية التجارية، في شأن القواعد الواجبة التطبيق على الفوائد في القروض التجارية وغير التجارية (استئناف ٣٠ يونيه ١٩٨٧، مجلة الحقوق، السنة الثانية عشرة، العدد الثاني، يونيو ١٩٨٨، ص ١٢١ وما بعدها) حيث ينتهي إلى وجوب إعطاء القروض التي تبرمها البنوك في نطاق نشاطها المصرفي حكم الأعمال التجارية، على الرغم من أن القرض يعتبر مدنياً بالنسبة للمقترض، وذلك توحيداً للقاعدة الواجبة التطبيق. ومن ثم يحق للبنك اقتضاء فوائد عن القروض التي يمنحها للعملاء، حتى لو كان الغرض من القرض استخدامه في أعمال ليست تجارية (ص ١٣٦)؛ وانظر أيضاً في ضرورة تطبيق أحكام الكتاب الثاني من قانون التجارة (وهو الكتاب الذي يعالج الالتزامات والعقود التجارية) على الالتزامات التي تترتب في ذمة الطرف الذي يعد العقد المختلط مدنياً بالنسبة له استناداً إلى نص المادة ١٢ من قانون التجارة = (حسني المصري، المرجع السابق، الموضع نفسه) وفي حكم حديث خاص بشخص ابتاع أربع شقق من شخص يقوم بالبناء لغرض البيع، ثم حُكم بالفسخ لأن البائع لم يُسلم الشقق وقضت محكمة الاستئناف بإلزام البائع برد الثمن مع الفوائد، ترد محكمة التمييز على =

ومؤدى اعتبار المادة العاشرة من عقد القرض وترتيب الرهن شرطاً فاسخاً صريحاً أن إخلال المقرض بالتزامه - عن طريق تأجير العقار أو التصرف فيه دون إذن مسبق من البنك - يترتب عليه فسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار أو صدور حكم قضائي، ويقتصر دور المحكمة - في حالة المنازعة - على إصدار حكم يقرر الفسخ ولا ينشئه<sup>(١)</sup>. وهذا ما فعلته محكمة التمييز حين

= طعن البائع بعدم جواز إلزامه بالفوائد؛ لأن عقود البيع محل النزاع مدنية، فتقول: "وحيث إن هذا السبب في غير محله؛ ذلك أن قيام المستأنف ببناء عقار بقصد بيع وحداته للغير هو عمل تجاري بنص المادة ٤ فقرة ٦، ٧ من قانون التجارة وإعمالاً لنص المادة ١٢ من ذات القانون إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد العاقدين دون الآخر سرت أحكام قانون التجارة على التزامات العاقد الآخر الناشئة من هذا العقد، وإذا كان يترتب على فسخ عقود البيع محل النزاع وهي عقود تجارية التزام المستأنف برد المبالغ التي تسلمها من المستأنف ضده وهي تكون مستحقة من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً فإن قضاء الحكم المتسأنف بالفوائد بواقع ٧٪ يكون موافقاً لما تنص عليه المادة ١١٠ من قانون التجارة" (تمييز تجاري، الطعن رقم ٤٨/٢٠٠٠ تجاري، جلسة ١٧/٦/٢٠٠٠، مجلة القضاء والقانون، السنة ٢٨، الجزء الثاني يوليو ٢٠٠٣، رقم ١١، ص ٥١). فعلى الرغم من أن عقود البيع محل الاعتبار هي عمل مختلط (لأنها مدنية بالنسبة لأحد طرفيها) فإن المحكمة وصفتها بأنها عقود تجارية اعتماداً على المادة ١٢ من قانون التجارة، ورغبة في توحيد الأحكام المطبقة على طرفي العقد، طبقت لذلك نص المادة ١١٠ من قانون التجارة الخاص بالفوائد التأخيرية.

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، مرجع سابق، فقرة ٣٢٠، ص ٦٣٤؛ السنهوري، مرجع سابق، فقرة ٤٨٥، ص ٩٩١ وما بعدها؛ عبد الرسول عبد الرضا وجمال فاخر النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول مصادر الالتزام والإثبات، مطبوعات وحدة التأليف والنشر بكلية الحقوق، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٢، فقرة ١٦٠، ص ١٨١؛ محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام، الجزء الأول في مصادر الالتزام ١٩٧٦، فقرة ٢١٨، ص ٤٠٩؛ تمييز كويتي الطعن رقم ٢٧١ / ٨٨ تجاري، جلسة ١٩/٣/١٩٨٩، مجلة القضاء والقانون، السنة ١٧، العدد الأول سبتمبر ١٩٩٥، رقم ٦٢، ص ٢١٤.

قضت بأن المقرض الذي خرج على شروط العقد وتصرف في العقار " لا يحتاج البنك بهذا التصرف ما لم يتم سداد القرض أو الباقي منه "، فقد افترضت وقوع الفسخ، ورتبت أثره متمثلاً في التزام المقرض برد الباقي من القرض. وميزت حكم الاستئناف الذي ألزم البنك بتسليم الوثيقة للمشتري ليقوم بتسجيل الحكم الذي قضى بصحة ونفاذ البيع الصادر لصالحه قبل أن يسدّد للبنك كامل الرصيد المتبقي من القرض.

### وهنا يتعين أن نوضح أمرين:

الأول، أن فسخ عقد القرض يعني زواله بأثر رجعي، وهو ما عبرت عنه المحكمة بالتزام المقرض أن يسدّد للبنك كامل القرض أو الباقي منه. ولكن زوال القرض يجب أن يستتبع - بطريق اللزوم المنطقي - زوال الرهن الرسمي الذي يضمنه، فهذا الرهن تابع للقرض يضمن الوفاء به<sup>(١)</sup>، وينقضي إذا انقضى الرهن بأي سبب من أسباب الانقضاء ومن بينها فسخ العقد الذي أنشأه<sup>(٢)</sup>. وكان مؤدى ذلك أن يصبح المقرض - بعد الفسخ - مدينًا بمبلغ القرض أو الباقي منه لصالح البنك<sup>(٣)</sup>، وفي الوقت نفسه يتحرر عقاره من الرهن الذي انقضى تبعاً لانقضاء القرض، ويصبح البنك ملزماً بتسليم وثيقة العقار الموجودة لديه إلى الراهن (المقرض) أو من يمثله<sup>(٤)</sup>. وهذه النتيجة تبدو خطيرة

(١) فالمادة ٩٨٣ / ١ مدني كويتي تقضي بأن: " يكون الرهن تابعاً للدين المضمون في صحته وفي انقضائه، مالم ينص القانون على غير ذلك ".

(٢) انظر المادة ١٠٢٤ مدني كويتي، والمذكرة الإيضاحية، ص ٧٥٨؛ وراجع جابر محجوب علي وفايز الكندري، التأمينات العينية في القانون الكويتي، سبقت الإشارة إليه، فقرة ٢٩٢، ص ٢٦٤.

(٣) وتتأسس المديونية هنا على قواعد رد غير المستحق، حيث تقضي المادة ٢٦٤ مدني كويتي بأن " كل من تسلم ما ليس مستحقاً له، التزم برده ". فوجود مبلغ القرض لدى المقرض يصبح - نتيجة الأثر الرجعي للفسخ - بدون سبب ويتعين، من ثم، على المقرض أن يقوم برده.

(٤) وهو في فرضنا مشتري العقار وفقاً لما سنبينه لاحقاً.

من وجهين: الأول، أنها تشجع المقرض على التصرف بالمخالفة لأحكام العقد<sup>(١)</sup> بما يفوت الغرض الاجتماعي الذي يريد المشرع تحقيقه من قروض الرعاية السكنية. الثاني، أنها تضعف ضمان البنك الذي سيخسر الرهن ولن يبقى له سوى حق الامتياز الذي قد لا يسعفه لاقتضاء دين القرض<sup>(٢)</sup>.

ولذلك فقد قررت محكمة التمييز أن ما قضى به حكم الاستئناف من إلزام البنك بتسليم الوثيقة إلى المشتري قبل أن يسدد المقرض للبنك كامل الرصيد المتبقي من القرض يعد خطأ في تطبيق القانون، بما يعني أن البنك كان على حق في الامتناع عن تسليم الوثيقة. ونحن نعتقد أن احتجاز الوثيقة بعد زوال الرهن يمكن أن يتأسس على نص الفقرة الأولى من المادة ٣١٨ مدني التي تقضي بأن "لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام عليه مستحق الأداء، ومرتبط بالتزام المدين..."، فالبنك صار بعد زوال الرهن مدينًا بتسليم الوثيقة إلى المقرض الذي يلتزم - بالمقابل - برد مبلغ القرض الذي أصبح - بعد الفسخ - مستحق الأداء. ويوجد بين هذين الالتزامين ارتباط قانوني<sup>(٣)</sup> يسمح للبنك بأن يحبس الوثيقة حتى يرد

(١) فهو لن يخسر شيئاً سوى أجل القرض الذي سيسقط ويصبح من ثم ملتزماً بالوفاء به فوراً، ولكنه سيتمكن من التصرف في العقار الذي اشتراه بقرض الرعاية السكنية.

(٢) فهذا الامتياز يأتي في المرتبة الثانية بعد امتياز المصروفات القضائية، إضافة إلى ذلك فإنه عند تزامم البنك مع دائنين آخرين "تقدم ديون النفقة تلبيها ديون الجهة التي يتبعها المدين أو مؤسسة التأمينات الاجتماعية، أو ما في حكمها ثم ديون البنك كل ذلك بما لا يجاوز المسموح خصمه أو التنفيذ عليه" (الفقرة الثانية من المادة ٤ - رابعاً من القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٥).

(٣) هذا الارتباط لا يمكن أن يكون مصدره العقد، فقد زال هذا العقد بالفسخ، وإنما مصدره ما يترتب على الفسخ من التزام كل متعاقد برد ما تسلمه بسبب العقد (انظر، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أحكام الالتزام، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالكويت، الطبعة الثانية ١٩٩٨، فقرة ١٣٢، ص ١٤٣؛ عبد الرسول عبدالرضا وجمال فاخر النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، مؤسسة دار الكتب بالكويت، الطبعة الأولى ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦، فقرة ٧٤، =

المقتترض كامل الرصيد المتبقي من القرض<sup>(١)</sup>.

**الثاني،** أن الحكم قد صدر في مواجهة المشتري من المقتترض لأنه هو الذي رفع الدعوى بطلب تسليم الوثيقة ضد البنك. وقد لاحظت المحكمة أن المشتري " لا يستعمل حقاً شخصياً له قبل البنك لانتفاء أي علاقة مباشرة بينهما، وإنما هو بدعواه إنما يستعمل حقوق مدينه قبل ذلك البنك، ولما كانت حقوق الأخير قبل البنك الطاعن لا تخول له بغير موافقة البنك التصرف في العقار المشتري بأموال القرض والمرهون لصالح البنك الطاعن قبل سداد كامل القرض الذي يكون واجب الأداء عندئذ، فإن دعوى المطعون ضده قبل البنك الطاعن تكون مفتقدة للأساس القانوني أو الواقعي الذي يحملها " <sup>(٢)</sup>.

هذه العبارات توجي بأن المحكمة قد اعتبرت المشتري إنما يستعمل حقوق مدينه (البائع) في مواجهة مدين المدين (البنك) بطريق الدعوى غير المباشرة. وهذا التحليل يجانب الصواب؛ لأن الدائن عندما يرفع الدعوى غير المباشرة باسم مدينه إنما يقصد المطالبة بحق للمدين في ذمة الغير، من شأن إهمال المدين في المطالبة به أن يؤدي إلى إعساره أو زيادة الإعسار<sup>(٣)</sup>، ليدخل هذا الحق في ذمة المدين ويبقى ضماناً لدين الدائن أو لينفذ عليه هذا الأخير اقتضاء لدينه. وليس ثمة شيء من ذلك في القضية المطروحة، فحق البائع في التصرف في العقار مقرر له باعتباره إحدى مكنات حق الملكية ولا يمثل ديناً له في

= ص ١١٠، محمود جمال الدين زكي، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية ١٩٧٦، فقرة ٦٠، ص ٨٧، حيث يعطي مثلاً قريباً للحالة التي نحن بصدها، فيقول إن القضاء الفرنسي قد اعترف لمن أقرض ناقص الأهلية بضمان رهن حيازة بالحق في حبس العين المرهونة، بعد إبطال الرهن، حتى يرد له ناقص الأهلية، في حدود إثرائه، ما قبضه منه).

(١) ويمثل الحق في الحبس وسيلة ضغط فعلية تمنع المقتترض من التصرف في العين قبل سداد ما بقي من القرض، فيقدم بذلك ضماناً قوية لصالح البنك.

(٢) حكم محكمة التمييز سالف الإشارة، الطعن رقم ٢٠٠٢/٧٠ جلسة ٢٠٠٢/٥/٢٠.

(٣) انظر المادة ١/٣٠٨ من القانون المدني الكويتي.

مواجهة البنك<sup>(١)</sup>. أما حق البائع في مطالبة البنك بالوثيقة لتسجيل البيع وانتقال الملكية فهو لا يؤدي إلى دخول حق في ذمته، بل على العكس سيؤدي - لو سُمح به - إلى خروج العقار من ملكه، فكيف يكون حلول المشتري في المطالبة بهذا الحق محل البائع وسيلة لتوقي إفساره أو لتوقي زيادة الإعسار<sup>(٢)</sup>. وأخيراً فإن المشتري لم يذكر في أي مرحلة أنه قد رفع الدعوى باسم البائع، بل رفعها - من البداية - باسمه هو لتسجيل الحكم الصادر لصالحه بصحة البيع ونفاذه. ولذلك فأنا أرى أنه كان بإمكان المحكمة الوصول إلى النتيجة نفسها - وهي عدم جواز نقل ملكية العقار إلا بسداد كامل القرض - من خلال تحليل أكثر دقة اعتماداً على نص المادة ٢٠٢ مدني الخاصة بانصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص. فمشتري العقار يعد خلفاً خاصاً لبائعه، ويتأثر بالعقود التي أبرمها - قبل البيع - سلفه (البائع) متعلقة بالشئ المبيع. ويكون العقد متعلقاً بالشئ إذا أنشأ حقوقاً شخصية تكون من توابع الشئ أو أنشأ التزامات تكون من محدداته<sup>(٣)</sup>. ولا شك أن عقد القرض وترتيب الرهن هو عقد يتعلق بالمنزل لأنه ينشئ التزامات تحد من سلطات المالك عليه، وأهمها الالتزام الوارد بالمادة العاشرة الذي يمنع المقترض من تأجير العقار أو التصرف فيه دون إذن مسبق من البنك، وإلا فُسِّخ عقد القرض من تلقاء نفسه والتزم المقترض بسداد كامل

(١) وقد سبق أن ذكرنا أن الرهن الذي تم ترتيبه على العقار لمصلحة البنك لا يجرى الراهن من الملكية ولا يحرمه من سلطة التصرف في العقار المرهون (راجع آنفاً، ص ١٧ من هذا البحث).

(٢) والمثال الذي يعطيه الفقه لاستعمال الدائن حقوق مدينه في مجال التسجيل كوسيلة لانتقال الملكية العقارية يتعلق بالدائن الذي يباشر - باسم مدينه مشتري العقار - إجراءات التسجيل التي لم يباشرها المدين لكي تنتقل الملكية إلى هذا الأخير (انظر، محمود جمال الدين زكي، أحكام الالتزام، سبق ذكره، فقرة ٤١، ص ٥٧) ولكن الفارق واضح بين هذه الصورة وبين الواقعة التي حكمت فيها محكمة التمييز. ففي المثال الذي يقدمه الفقه يؤدي التسجيل إلى دخول الملكية في ذمة المدين، وفي القضية المعروضة فإن التسجيل - لو سُمح به - يؤدي إلى خروج المال من ذمة المدين.

(٣) المادة ٢٠٢/١ من القانون المدني الكويتي.

الرصيد المتبقي من القرض. هذا القيد ينتقل مع المال إلى المشتري الذي لا يمكنه - بعد فسخ القرض بسبب تصرف المقرض في المنزل دون إذن مسبق من البنك - تسجيل البيع لانتقال الملكية إلا بعد سداد كامل أقساط القرض.

### الخلاصة:

أخلص مما تقدم إلى أن محكمة التمييز كانت على حق في تأكيدها أن الغاية الاجتماعية لقروض بنك التسليف والادخار تستوجب منع المقرض من التصرف في العقار المشتري بمبلغ القرض والمرهون لصالح البنك. ولكنني أعتقد أنه كان حرياً بالمحكمة أن تستكمل هذا التحليل، لتؤكد أن المنع من التصرف قد نشأ، ليس من استبعاد قواعد القانون المدني الخاصة بسلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون، ولكن من تضمن عقد القرض وترتيب الرهن شرطاً فاسخاً صريحاً مؤداه اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا تصرف المقرض في العقار دون إذن مسبق من البنك، وهو ما يوجب على المقرض القيام بسداد باقي رصيد القرض بالكامل حتى يستطيع أن يتخذ الإجراءات التي تسمح بترتيب التصرف لآثاره.

