

مفهوم حائز العقار في الرهن الرسمي دراسة في القانون المدني والمقارن

الدكتور/ أنور أحمد راشد الفزيع
أستاذ مشارك - قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان مفهوم حائز العقار في مجال الرهن الرسمي، ذلك أن هذا المفهوم يختلف تماماً عن مفهوم الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية، فالأول يهدف إلى مساعدة من انتقل إليه حق عيني على عقار في التخلص من الرهن الرسمي أو الحقوق العينية التبعية الأخرى المترتبة عليه، أما الثاني فهو وسيلة من وسائل كسب الملكية.

وميزة هذه الدراسة أنها تعمقت كثيراً في تحديد وشرح الشروط الواجب توافرها لاكتساب صفة حائز العقار، ولم يسبقنا إليها أحد في الفقه العربي. وهي دراسة في إطار القانون المدني الكويتي على ضوء القانونين المصري والفرنسي باعتبارهما مصدرين تاريخيين.

مقدمة

مما لا شك فيه أن التطهير من أهم الوسائل التي يملكها حائز العقار لتحريره من أي حقوق عينية تبعية تقع عليه تكون مقررة لحماية ديون الغير. والتطهير يعني حق حائز العقار في العرض على الدائنين المرتهنين رهناً رسمياً أو أصحاب الحقوق الممتازة التي تقع على العقار بدفع ثمن العقار لهم، فإذا قبلوا العرض تطهر العقار من هذه الحقوق العينية التبعية، وإذا رفضوا فإنه لا مناص من اتباع إجراءات البيع الجبري وفقاً لما هو مقرر في القانون المدني وقانون المرافعات المدنية والتجارية^(١).

وإجراءات التطهير وإن كانت تحقق مصلحة خاصة لحائز العقار فإنها أيضاً تؤدي دوراً هاماً للاقتصاد الوطني من خلال تحرير العقارات المرهونة أو التي تكون محلاً لحقوق امتياز خاصة مقيدة، وبالتالي فإنه يسهل تداولها والتعامل فيها بكل أشكال وأنواع التصرفات القانونية، ويمكن أيضاً أصحابها من الحصول على قروض جديدة من خلال رهنها مرة أخرى كرهن أول.

بيد أن التطهير ينطوي في المقابل على مخاطر كبيرة بالنسبة للدائنين المرتهنين وأصحاب حقوق الامتيازات الخاصة، وتتمثل هذه الخطورة في حرمانهم من عوائد

(١) د. سمير تناعو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف (١٩٧٠) - ص ٢٩١ رقم ١٠٥.

استثماراتهم - وبالأخص البنوك التي سوف تحرم من الفوائد المصرفية أو الأرباح - بحسبان أن الأجل المقرر في عقد القرض هو نظير حصولها على هذه الفوائد والأرباح. ومن جانب آخر فإن ممارسة حق التطهير يشكل خطراً على الدائنين المرتهنين والدائنين الممتازين - إذا رفضوا العرض المقدم من حائز العقار واتخذت إجراءات البيع الجبري - ففي هذه الحالة قد يباع العقار بثمن بخس بسبب انخفاض أسعار العقارات في السوق^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن حائز العقار يملك وسائل أخرى للتخلص من الدائنين المرتهنين وأصحاب الحقوق الممتازة مثل حقه بالوفاء بالدين عند حلول أجله وفقاً للمادة (١٠٠٦) من القانون المدني، بيد أن هذا الإجراء أقل خطراً من التطهير الذي يمكن أن يقع قبل حلول أجل الدين مع ما يتبع ذلك من أضرار بالنسبة للدائنين المرتهنين وأصحاب الحقوق الممتازة كما بينا ذلك سلفاً.

كما أن حائز العقار يستطيع ممارسة إجراء آخر وهو التخلية، ويقصد بها وفقاً للمادة (١٠١٥) من القانون المدني: "أن يتخلص الحائز من مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار في مواجهته لتباشر في مواجهة الحارس أو الأمين الذي تعينه المحكمة"^(٣)، وهذا الإجراء لا يمثل خطراً على الدائنين المرتهنين ولا على أصحاب الحقوق الممتازة، بل يحقق لهم فائدة وهي إقرار الحائز بالدين مما يسهل عليهم إجراءات التنفيذ.

من جماع ما سبق نخلص إلى أن أخطر سلاح يملكه الحائز في مواجهة الدائنين المرتهنين وأصحاب الحقوق الممتازة هو سلاح التطهير وفقاً للمادة (١٠٠٩) من القانون المدني والتي تنص على ما يلي:

"١ - يجوز للحائز أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل سند حقه.

٢ - وللحائز أن يستكمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون الإنذار إليه، ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم توقيع الحجز على العقار من الدائن المرتهن".

وقد عرّفت المادة (١٠٠٤/٢) من القانون المدني حائز العقار بأنه: "كل من

(٢) د. محمد علي إمام، التأمينات الشخصية والاجتماعية، مطبعة نهضة مصر - ص ٣٦٣ رقم ٢٤٤.

(٣) د. حسام الدين الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي، مؤسسة دار الكتب (١٩٨٦) - ص ٦١٣ رقم ٥٠٤.

انتقلت إليه بأي سبب غير الميراث ملكية هذا العقار أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن".

والتعريف المذكور أعلاه ينبئنا بأن حائز العقار في مجال التأمينات العينية يختلف تماماً عن مفهوم الحائز وفقاً لقواعد الحيابة باعتبارها سبباً من أسباب كسب الملكية، فالأخير يسعى إلى كسب ملكية الشيء محل الحيابة، بينما الأول هو مالك جديد لهذا الشيء يريد التخلص من الحقوق العينية التبعية التي تقع عليه.

ومن نافلة القول التأكيد على أن الحيابة وفقاً للمادة (١٠٠٤/٢) من القانون المدني لا تقتصر على حالة ما إذا كان العقار مرهوناً رهناً رسمياً، وإنما يمتد إلى حالة ما إذا كان العقار محملاً بحق امتياز خاص كما هو الشأن بالنسبة للامتياز المقرر لبائع العقار وفقاً للمادة (١٠٨٠) من القانون المدني، وبمعنى آخر من انتقلت إليه ملكية عقار أو حق عيني عليه فإنه يملك ممارسة حق التطهير إذا كان العقار محملاً بحق امتياز خاص لمصلحة بائع العقار، شريطة أن يكون هذا الحق مقيداً قبل انتقال ملكية العقار للحائز وفقاً للمادة (١٠٦٦) من القانون المدني والتي تنص على ما يلي: "تسري على حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق، وتسري بنوع خاص أحكام التطهير والقيود وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو".

ونعتقد من جانبنا أن حق التطهير أيضاً ينطبق على رهن المنقول إذا كان رهنه يستوجب قيداً في سجل خاص دون انتقال حيازته إلى الدائن المرتهن كما هو الشأن في رهن المحل التجاري وفقاً للمادتين (٤١ و ٤٢) من قانون التجارة، ذلك أن قواعد الرهن في القانون المدني هي القواعد العامة للرهن، وحيث لا يوجد نص ينظم هذه المسألة في قانون التجارة - كما أن مقتضيات القياس المنطقي تقضي بذلك - فإنه لا مناص من إعمال قواعد القانون المدني في شأن التطهير^(٤).

وهذه الدراسة تهدف إلى بيان الشروط الواجب توافرها في الحائز وفقاً للمادة (١٠٠٤/٢) من القانون المدني حتى نتمكن من تحديد من له الحق في اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية. وستكون هذه الدراسة محددة بالقانون المدني الكويتي من خلال دراسته دراسة انتقادية على ضوء القانون المقارن.

(٤) Cabrillac (Michel) et Mouly (Christian), Droit des suretes, Litec, 5eme ed., p. 720, N 922.

ومن خلال مطالعتنا للمادة السابقة ودراستها دراسة مستفيضة، يتبين لنا أن الشروط الواجب توافرها في الحائز تنقسم إلى قسمين:

(١) الشروط المتعلقة بانتقال الحق العيني (الفصل الأول).

(٢) الشروط المتعلقة بالحائز (الفصل الثاني).

الفصل الأول: الشروط المتعلقة بانتقال الحق العيني

ويمكن تحديد الشروط الواجب توافرها بانتقال الحق العيني بما يلي:

أولاً: الشروط المتعلقة بسبب نقل الحق العيني (المبحث الأول).

ثانياً: الشروط المتعلقة بطبيعة الحق العيني (المبحث الثاني).

ثالثاً: الشروط المتعلقة بالمال المرهون (المبحث الثالث).

الفصل الثاني: الشروط المتعلقة بالحائز

إن الميزة المقررة لحائز العقار بمنحه مجموعة من الخيارات على رأسها حقه في تطهير العقار تقتضي أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط المقررة بموجب المادة (١٠٠٤/٢) من القانون المدني أو بموجب القواعد العامة له. ويمكننا إيجاز هذه الشروط فيما يلي:

أولاً: ألا يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين (المبحث الأول).

ثانياً: ألا يكون ملزماً باحترام عقد الرهن (المبحث الثاني).

ثالثاً: ألا يكون متنازلاً عن حقه في التطهير (المبحث الثالث).

الفصل الأول الشروط المتعلقة بانتقال الحق العيني

المبحث الأول الشروط المتعلقة بسبب نقل الحق العيني

من المعلوم بالضرورة أن صفة حائز العقار لا تمنح إلا لمن انتقل إليه حق عيني أصلي كحق الملكية والحقوق المتفرعة منه، ولا يتصور لمن نشأ له حق شخصي على العقار المرهون أو المحمل بحق امتياز خاص أن يكون له الحق في تطهير العقار، وهذا الأمر لا خلاف فيه لا فقهاً ولا قضاءً^(٥).

ولما كان حق الملكية وكافة الحقوق العينية لا تنتقل ولا تنشأ إلا وفقاً للإجراءات المقررة في قانون التسجيل العقاري رقم (٥) لسنة ١٩٥٩ حيث تنص المادة (٧) على: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب تسجيلها بطريق التسجيل بما في ذلك الوقف والوصية. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المذكورة لا تنشأ ولا تنقل ولا تتغير ولا تزول، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الآثار سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن". وقد أكد المشرع النص ذاته في القانون رقم ٢١ لسنة ٢٠١٩ في شأن نظام السجل العيني في مادته الحادية عشرة.

وعليه فإن البيع الابتدائي لعقار لا يمنح المشتري صفة حائز، ولا يستطيع بالتالي تطهيره، وهذا ما قرره محكمة التمييز^(٦).

كما لا يعتبر حائزاً من كان مشترياً أو موهوباً له في عقد معلق على شرط واقف، بحسبان أن الشرط الواقف يؤخر انتقال الملكية إلى حين تحقق الشرط وفقاً للمادة (٣٢٦) من القانون المدني.

وفي المقابل فإن من يتلقى الحق العيني معلقاً على شرط فاسخ، فإن الأمر

(٥) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية التبعية، جامعة الكويت (٢٠١٠) - ص ٢٧١ رقم ٢٠٦.

(٦) تمييز مدني، جلسة ٢٤/٢/٢٠٠٣، في الطعن رقم ١٠٧ لسنة ٢٠٠٢ / مدني ١ - مجلة القضاء والقانون (نوفمبر ٢٠٠٦) - ج ١ ص ٢٥١.

يقتضي شيئاً من التروي؛ وذلك لأن العقد المعلق على شرط فاسخ ينقل الملكية للمشتري أو الموهوب له، ولكن إذا تحقق الشرط فإن ذلك يؤدي إلى زوال الملكية بأثر رجعي، أي يعتبر المشتري ليس مالكاً من تاريخ انعقاد العقد.

ومما لا شك فيه أن المشتري أو الموهوب له بموجب عقد معلق على شرط فاسخ يعتبر مالكاً للعقار من تاريخ إبرام العقد - مع احترام إجراءات التسجيل - وبالتالي يحق له التطهير؛ بيد أن المادة (٣٢٨) من القانون المدني تقرر زوال الحق العيني بأثر رجعي إذا تحقق الشرط، وهو ما يعني إلغاء صفته كمالك منذ إبرام العقد. وبفرض أنه اتخذ إجراءات التطهير فهل نقضي على هذه الإجراءات وفقاً لمبدأ رجعية الشرط الفاسخ؟

إن القضاء الفرنسي حسم الموضوع في وقت مبكر ولم يعمل بمقتضى الأثر الرجعي للشرط الفاسخ والإبقاء على إجراءات التطهير^(٧)، وسانده في ذلك الفقه^(٨)؛ وذلك تجنباً للمصاريف الباهظة التي قد تنشأ عن إعمال الأثر الرجعي للشرط الفاسخ في هذا الصدد، وهو منطق سليم؛ وذلك أن الدائن استوفى حقه كاملاً من الحائز، فلا ضرر عليه، وربما إبطال التطهير يؤدي إلى إضراره إذا هبطت أسعار العقارات، كما أن الإبطال يعني إلزام الدائن بإرجاع ما استلمه من الحائز، وهذا ضرر آخر بافتراض تصرفه بالثمن المقبوض وعدم القدرة على إرجاعه.

وإذا فرضنا أن مشتري العقار قد اشتراه وفقاً للبيع مع شرط احتفاظ المالك بالملكية، وهو بيع منظم بموجب المادة (٤٦٤) من القانون المدني، فإن هذا البيع ينتج كافة آثاره القانونية في مواجهة البائع والمشتري باستثناء أمر واحد وهو انتقال الملكية، إذ يتأخر انتقال الملكية إلى حين استيفاء الإجراءات المقررة بالنسبة للتسجيل. وفي كلتا الحالتين لا يكون المشتري مالكاً، ولا يجوز له بالتالي ممارسة حق التطهير.

ونضيف إلى ما سبق لو كان البيع بيع وفاء بحيث يحتفظ البائع بحقه في استرداد المبيع إذا رد الثمن المتفق عليه وفقاً للمادة (٥٠٨) من القانون المدني، فإن المشتري تنتقل إليه الملكية بكل سلطاتها، ويكون له الحق في تطهير العقار. أما بالنسبة لتكييف العقد بأنه قرض مضمون برهن حيازي فهو قاصر على فرضية ما

Req. 14 Avril 1847, D.47, 1, 217;

Req. 23 Aout 1871, D.73, 1, 321;

Civ. 13 Juillet 1903, D.1905, 1, 393.

Planioi (M.) et Ripert (G.), Droit civil francais, Tome XIII, LGDJ, 1953, N 1197, p.546. (٨)

إذا مارس البائع حقه في استرداد المبيع، وهو خيار مقرر له وليس التزاماً يقع على عاتقه.

ولا يفوتنا التذكير بأن التصرف الناقل للملكية^(٩) لا يشترط فيه أن يكون بمقابل، فالمشرع المدني لم يميز بين التصرفات القانونية الناقلة للملكية، وعليه فيكون للموهوب له صفة الحائز كما هو الشأن للمتصالح معه بدون مقابل.

أما بالنسبة للوصية، فإن الموصى له تنتقل إليه الملكية بوفاء الموصي، لأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، أي بوفاء الموصي تنتقل إليه الملكية وفقاً للمادة (٢١٣) من قانون الأحوال الشخصية، وعليه فإن الملكية لا تنتقل إلى الموصى له إلا بتوافر شرطين وهما قبوله لها والثاني موت الموصي. كما أن الوصية تصرف غير لازم، فيجوز للموصي الرجوع في وصيته صراحةً أو دلالة^(١٠). وعليه فإن الموصى له لا يعتبر حائزاً للعقار إلا بوفاء الموصي وعدم رجوعه في وصيته وقبول الموصى له ثم تسجيل الوصية وفقاً لقواعد التسجيل العقاري.

كما أن جهة الوقف تعتبر حائزاً للعقار إذا تم تسجيل حجية الوقف وفقاً للمادة (٧) من قانون التسجيل العقاري، ويكون لناظر الوقف الحق في تطهير العقار من الرهون المقررة عليه، ومما هو معلوم أن الوقف يخرج المال من ذمة الواقف إلى جهة الوقف والتي تتمتع بالشخصية الاعتبارية^(١١).

كما لا يعتبر حائزاً مغتصب العقار الذي لم تتوافر فيه شروط الحيابة باعتبارها سبباً من أسباب كسب الملكية^(١٢). وبفرض توافر الشروط المقررة في المادة (٩٣٥) من القانون المدني والخاصة بالحيابة الممتدة على عقار، فهل يكون الحائز مالاً من تاريخ بدء الحيابة أم من تاريخ صدور الحكم بتثبيت ملكيته؟

وهنا يجب التوفيق بين قاعدتين الأولى وهي القاعدة المقررة في المادة (٩٣٥) والتي تعتبر الحيابة دليلاً قاطعاً على الملكية مع اشتراط صدور حكم قضائي بتثبيتها، والثانية هي القاعدة المقررة في المادة (٧) من قانون التسجيل العقاري والتي أشرنا

(٩) Req. 28 Nov. 1865, D.66, 1, 159.

(١٠) تمييز أحوال شخصية، طعن رقم ١٧٨ لسنة ٢٠٠١ /أحوال/ (نوفمبر ٢٠٠٢) - مجموعة صلاح الجاسم

(١١) د. أنور أحمد الفزيع، الحماية المدنية للوقف - مجلة الحقوق (١٩٩٩)، العدد ٢.

(١٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق - ص ٢٧١ رقم ٢٠٦.

لها سابقاً، مع التأكيد على قطعيتها في أن الحقوق العينية الأصلية لا تنشأ ولا تنتقل إلا بالتسجيل.

وأما قطعية المادة (٧) ووضوحها وضوح الشمس في رابعة النهار، فإنه لا مناص من القول بأن الحائز لا تثبت ملكيته للعقار إلا بالتسجيل، ولكن هل ترتد الملكية إلى وقت بدء الحيازة أم يكون الحائز مالاً في وقت إتمام الحيازة وصدور حكم مثبت للملكية؟

والحقيقة أن الفقه متفق على الأثر الرجعي للحيازة، بمعنى أن الحائز يكون مالاً منذ بدء الحيازة، وما التسجيل إلا إجراء ضروري لنقل الملكية، كما هو الشأن في بيع العقار غير المسجل، فإن المشتري يعتبر مالاً ليس من وقت التسجيل وإنما من وقت انعقاد العقد، وهذا ما قرره محكمة التمييز (طعن رقم ١٧٣ لسنة ٢٠١٣ / مدني ١ بتاريخ ٢٠١٥/١/٥) بقولها: "وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية إذا توافرت فيه الشروط القانونية يعد بذاته سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب اكتسابها، وأنه إذا كسب الحائز ملكية عقار بالتقادم فإن الملكية تنتقل إليه لا من وقت اكتمال التقادم فحسب، بل تنتقل إليه بأثر رجعي منذ وقت بدء الحيازة ..". (حكم غير منشور).

وإذا كان الأمر كذلك فإنه لا يتصور أن يكون الحائز وفقاً للمادة (٩٣٥) حائزاً وفقاً للمادة (١٠٠٤/٢) والتي تقتضي انتقال الملكية للحائز بعد إبرام الرهن أو نشوء حق امتياز خاص على العقار.

نضيف إلى ما سبق أن المالك الأصلي حينما قيد حق الرهن أو حق الامتياز الخاص، فإن القيد يكون حجة على الكافة بمن فيهم حائز العقار، ولذا يظل الرهن قائماً ولا يمكن إزالته وفقاً لهذا القيد، ووفقاً للمادة (٩٧٥) والخاصة برهن ملك الغير إذا كان الدائن المرتهن حسن النية وزال ملك الراهن لأي سبب كان.

وعلى خلاف ذلك الشفيع، فإنه تنتقل إليه الملكية من تاريخ تسجيل حكم الشفعة ثم تسجيله وفقاً للمادة (٧) من قانون التسجيل العقاري، فيعتبر الشفيع مالاً ليس من تاريخ بيع الحصة المشاعة، ولا من تاريخ إعلان الرغبة، ولا من تاريخ إيداع الثمن، ولا من تاريخ رفع الدعوى، وإنما من تاريخ صدور الحكم ثم تسجيله^(١٣).

(١٣) د. حسام الدين الأهواني، مرجع سابق - ص ٥٢٥ رقم ٤٢٣.

وإذا كان الأمر كذلك فإن الشفيع يعتبر حائزاً وفقاً للمادة (١٠٠٤/٢)، ويكون له حق التطهير.

كما أن المادة (١٠٠٤/٢) استبعدت من تعريف الحائز من انتقلت إليه الملكية بموجب قواعد الميراث، حيث إن قانون الميراث يقرر "ألا تركة إلا بعد سداد الديون"، وبالتالي فإن الحيلة القانونية تفترض استمرار الذمة المالية للمتوفى - وهو المدين - إلى حين سداد الديون، ولذا فإن انتقال ملكية العقار المرهون تكون للورثة والذين هم ملزمون بدفع الديون من التركة، وبالتالي لا يمكن اعتبارهم بأي حال من الأحوال حائزين.

ولا يعتبر حائزاً الدولة التي انتقلت إليها ملكية العقار المرهون بموجب قواعد نزع الملكية للمنفعة العامة، إذ إن صدور قرار نزع الملكية ينقل الملكية إلى الدولة مباشرة بعد نشره في الجريدة الرسمية، ويؤدي ذلك إلى انقضاء حق الرهن وانتقاله إلى التعويض المقرر بموجب قانون الملكية وفقاً لقواعد الحل العيني^(١٤).

كما لا يعتبر حائزاً من اشترى العقار المرهون وفقاً لقواعد البيع الجبري؛ لأن حقوق الرهن تنقضي بإيداع الثمن في خزانة المحكمة، وينتقل حق الدائنين الممتازين إليه وفقاً لقواعد الحل العيني أيضاً، وذلك بموجب المادة (١٠٢٦) من القانون المدني^(١٥).

المبحث الثاني

الشروط المتعلقة بطبيعة الحق العيني

من المعلوم بالضرورة أن الحقوق العينية متنوعة، فمنها ما هو أصلي كحق الملكية والحقوق المتفرعة منه كحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن، ومنها ما هو تباعي وهي الحقوق المنشأة ضماناً لدين أو حق شخصي كالرهن الرسمي والرهن الحيازي وحقوق الامتياز العامة والخاصة.

والمشروع الكويتي وضع ضابطاً مهماً للحقوق العينية التي يكون لها صفة حائز العقار، وبالتالي يكون له الحق في التطهير، والضابط هو قابلية الحق العيني للرهن أو بمعنى آخر قابليته للبيع، فكل ما يجوز بيعه يجوز رهنه.

(١٤) تمييز مدني، جلسة ١٩ يونيو ٢٠٠٦، الطعان ٢٣٦ و ٢٤٤ لسنة ٢٠٠٥ /مدني - مجموعة صلاح الجاسم.

(١٥) Marty (G.), Raynaud (P.) et Jestaz (PH.), les suretes, Sirey, 198, p. 222, N 364 et s.

وقد عرفت المادة (٩٧١) من القانون المدني الرهن الرسمي بأنه: "عقد به يكسب الدائن على العقار حقاً عينياً"، وبالرجوع إلى المادة (٢٦) من القانون المدني نجد أن كل حق عيني يقع على عقار فهو عقار^(١٦).

وعليه فإنه لا مراء من أن حق الملكية وحق الانتفاع وملكية الرقبة يجوز رهنها استقلالاً؛ لأنها تقع على عقار ويجوز بيعها، وبالتالي يجوز رهنها، ولذا فإنه من يكسب أحد هذه الحقوق يمكنه أن يكون حائزاً للعقار إذا استوفى بقية الشروط^(١٧).

وإذا كنا قد قررنا جواز ممارسة حق التطهير من قبل مشتري حق الرقبة أو مشتري حق المنفعة، فإن المشكلة تكمن فيما إذا تصرف مالك عقار مرهون بأن منح ملكية الرقبة لشخص وحق الانتفاع لشخص آخر^(١٨).

ففي هذه الحالة لا توجد مشكلة عملية إذا قاما معاً باتخاذ إجراءات التطهير، ولكن المشكلة تكمن في حالة إذا قام صاحب حق الانتفاع بالتطهير دون مالك الرقبة، عندها سيكون حق الانتفاع محرراً من الرهن، في حين أن ملكية الرقبة محملة بالرهن، فإذا ما انقضى حق الانتفاع بانقضاء مدته أو لأي سبب آخر عندها سيعود الرهن على كامل العقار المرهون بموجب قاعدة أن الرهن يمتد لكافة التحسينات والزيادات في العقار المرهون بمقتضى المادة (٩٧٧) من القانون المدني.

وبالعكس، إذا قام مالك الرقبة بتطهير العقار دون صاحب حق الانتفاع، عندها سيظل حق الانتفاع محملاً بالرهن دون ملكية الرقبة، فإذا انقضى حق الانتفاع بسبب انقضاء مدته أو لأي سبب آخر عاد كل العقار محرراً من الرهن. وإذا كان الأمر كذلك فإن ضرراً سيلحق بالدائنين الذين سيرون رهنهم ينقضي دون الحصول على حقوقهم، فنقول إن هذه الفرضية بعيدة بسبب أن هؤلاء الدائنين يملكون الموافقة على التطهير الذي قام به مالك الرقبة، وعندها سوف تتخذ إجراءات البيع الجدي مما سيمكنهم من استيفاء حقوقهم.

ومن الحقوق التي تثير إشكالاً قانونياً حق الحكر، وهو حق غير منظم في القانون المدني الكويتي، وهو حق شبيه بحق الإيجار، ولكنه يقرر لمدة طويلة وبأجرة منخفضة، مع التزام المحتكر القيام بجميع الإصلاحات الضرورية، وهذا الحق وإن لم يكن منظماً في القانون المدني، ولكننا نجد إشارة له في قانون التسجيل العقاري،

(١٦) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الحق، جامعة الكويت (٢٠٠٦) - ص ٣٨٦ رقم ٣٩١.

(١٧) د. محمد علي إمام، مرجع سابق - ص ٣٦٤ رقم ٢٤٥.

(١٨) Massalski (J.), Quels acquereurs ont le droit de purger, Duchemin, 1915, p.79.

حيث تقضي المادة (١٠) منه أنه: "يجب تسجيل عقود الإيجار والسندات التي ترد على منفعة عقار إذا زادت مدتها عن عشر سنوات؛ ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون حجة على الغير فيما زاد على هذه المدة".

فالأوضح من هذا النص أن المشرع الكويتي اعتبرها من عقود الإيجار على خلاف القانون الفرنسي الذي يجعلها من الحقوق العينية إذا تجاوزت مدتها ثمان عشرة سنة ولم تبلغ تسعاً وتسعين سنة وفقاً للمادة الأولى من القانون الصادر عام ١٩٠٢:

"le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ce droit peut être cédé et saisi dans les formes présentes pour la saisie immobilière...etc".

ولا شك أن اختلاف موقف القانونيين في حق الحكر يترتب عليه اختلاف في حق المحتكر في تطهير العقار من عدمه، ففي القانون الكويتي وحيث إن حق الحكر هو حق شخصي فلا يتصور أن يكون للمحتكر حق التطهير، بينما في القانون الفرنسي الذي يعتبر حق المحتكر حقاً عينياً - لأسباب خاصة بالمجتمع الفرنسي وبالأخص البيئة الزراعية - فإنه لا مناص من القول بأن المحتكر له حق في اتخاذ إجراءات التطهير^(١٩).

ومن الحقوق التي تثير أيضاً إشكالاً قانونياً حق السطح، فهو بلا شك حق عيني من طبيعة خاصة، فهو ليس حق انتفاع، ولكنه ملكية كاملة الأركان ولكن على جزء من العقار وهو سطحه. ومثاله بيع سطح عقار، وعندها يكون لمالك السطح كل الحقوق المقررة لمالك أي عقار، من الاستعمال والاستغلال والتصرف؛ ولذا فإن مالك حق السطح يملك حق التطهير بلا منازع^(٢٠).

بيد أن حق السكن وحق الاستعمال - وإن كانت حقوقاً مميزة أصلية - فإنها لا تمنح صاحبها صفة حائز العقار بحسبان أن هذين الحقين لا يجوز التصرف فيهما أو التنازل عنهما كمبدأ عام وفقاً للمادة (٩٥٦) من القانون المدني^(٢١).

وكذا الشأن بالنسبة لحقوق الارتفاق - وهي التكاليف المقررة على عقار خدمة

Massalski, op. cit., p.97.

(١٩)

Massalski, op. cit., p.91.

(٢٠)

Massalski, op. cit., p.93 et s.

(٢١)

لعقار آخر مملوك لشخص آخر -، فهذه الحقوق لا يمكن التصرف فيها استغلالاً، فهي تابعة للعقار المخدم وجوداً وعدمًا، ولا يستفاد منها لغير صاحب العقار المخدم.

فإذا ما عرجنا على الحقوق العينية التبعية، فإننا نجد خلافاً فقهيًا في شأن مدى جواز رهن حق الرهن. ونحن نذهب إلى ما ذهب إليه الفقيه الدكتور/ محمد علي إمام من عدم جواز رهن حق الرهن أو أي حق عيني تبعي، بحسبان أن هذه الحقوق لا يجوز الحجز عليها ولا بيعها استقلالاً، وهو ما يتفق مع المنطق القانوني السليم، وهو خلاف ما ذهب إليه بعض الفقه من جواز رهن الحقوق العينية التبعية^(٢٢)؛ على اعتبار أنه يجوز بيع هذه الحقوق بالمزاد تبعاً للدين، وهذا القول غير سديد؛ لأن هذه الحقوق تابعة للحقوق الشخصية، فانتقال الحقوق الشخصية يؤدي - مع مراعاة بعض الشروط - إلى انتقال الحقوق العينية التبعية، لكنه لا يمكن أن تباع هذه الحقوق العينية التبعية استقلالاً.

لكن ما هو الحكم لو بيعت هذه الحقوق الشخصية والحقوق العينية التبعية معها، فهل يعتبر المشتري أو المحال له حائزاً للعقار؟ وهنا نستطيع القول بأن الحقوق العينية التبعية أيضاً لا يمكن بيعها استقلالاً عن الحقوق الشخصية، وبالتالي لا يتصور أن يكون المشتري أو المحال له حائزاً للعقار، ولأن التابع يلحق تابعه، فالمتبوع هو حق شخصي لا يمنح صاحبه صفة حائز العقار، فكيف تكون له هذه الصفة إذا كان الحق الشخصي مضموناً برهن شخصي!!

المبحث الثالث

الشروط المتعلقة بالمال المرهون

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يشترط أن يكون المال المرهون أو محل حق الامتياز الخاص مفرزاً^(٢٣)، فيجوز أن يكون مملوكاً ملكية شائعة (أولاً) أو يكون حصة موروثة (ثانياً).

أولاً - المال المرهون أو محل الامتياز مشاعاً:

مما لا شك فيه أن القانون المدني يجيز التصرف بحصة من المال الشائع على سبيل البيع أو الهبة أو الصلح أو غيرها من التصرفات الناقلة للملكية.

(٢٢) د. حسام الدين الأهواني، مرجع سابق - ص ١١٠ رقم ٦٢.

(٢٣) د. محمد علي إمام، مرجع سابق - ص ٣٦٦ رقم ٢٤٥.

وبالتالي فإنه لا يوجد مانع من ممارسة المشتري لحصة مشاعة من حقه في تطهير هذه الحصة من الرهن الرسمي أو حق امتياز خاصة الواقع عليها.

بيد أن هناك مشكلة كبيرة تواجه هذا الأمر وتعدم فائدته، وهي مبدأ عدم قابلية الرهن الرسمي للانقسام، فكل ذرة من ذرات المال المرهون تضمن الدين بأجمعه.

فإذا كان الرهن يقع على الحصة المشاعة فقط، فإن المشتري يستطيع تحرير هذه الحصة من الرهن الرسمي أو حق الامتياز، ولكن المشكلة إذا كان الرهن يقع على كل المال المرهون، فإن تطهير حصة من هذا المال لا يعود بالفائدة على مشتري هذه الحصة طالما كان الرهن يقع على كل المال، وذلك إعمالاً لمبدأ عدم قابلية الرهن للانقسام^(٢٤).

ولكن إذا قرر حائز الحصة المشاعة تطهير كل العقار من الرهن بدفع الدين كله، فإنه يملك هذا الحق، وعندها يتطهر العقار من كافة الرهون وحقوق الامتياز الخاصة^(٢٥).

ثانياً - المال المرهون أو محل الامتياز حصة موروثة:

وإذا كنا قد قررنا سابقاً بأنه إذا انتقلت الملكية بموجب قواعد الميراث فإن الوارث لا يملك حق التطهير بمقتضى نص المادة (١٠٠٤/٢) من القانون المدني، فما الحكم إذا باع هذا الوارث حصته في الميراث إلى شخص من الأغيار - بحسبان أن ملكيته على هذه الحصة ملكية تامة يستطيع بموجبها التصرف بهذه الحصة بيعاً ورهنًا وغيرها من التصرفات القانونية - فهل يملك في هذه الحالة مشتري هذه الحصة تطهيرها من الرهن الواقع عليها؟

لقد ذهب القضاء الفرنسي ابتداءً إلى أن الوارث لا يمكنه إلا حقه في طلب القسمة، وكذا من يتلقى الحق منه، أما بالنسبة للتطهير فلا يملك هو هذا الحق، وبالتالي، فالمشتري منه لا يمكنه هذا الحق تبعاً، ولكن محكمة النقض الفرنسية حسمت هذا الموضوع وقررت أن الوارث بما أنه يستطيع بيع أو رهن هذه الحصة المشاعة، فإنه وإن كان ممنوعاً من طلب التطهير للأسباب التي شرحناها سابقاً، فإن من يشتري منه يملك حق التطهير إذا استوفى الشروط^(٢٦).

Massalski, op. cit., p.71.

(٢٤)

Colin (A.) et Capitant (H.), Cours elementaires de droit civil francais, Dalloz, 1948, p. 1123, N1834.

(٢٥)

Civ. 21 Janvier, 1839, S.39, 1, 57.

(٢٦)

ولكن في الواقع يصعب على مشتري حصة الوريث المشاعة تطهير العقار من الرهون بسبب عدم علمه بنتيجة القسمة، كما أنه يصعب استكمال إجراءات التطهير لعدم علمه بمقدار الدفع^(٢٧).

ونخلص مما سبق أن مشتري الحصة الشائعة سواء من وريث أو من غيره، وإن كان نظرياً يملك الحق في التطهير، ولكن العقبات العملية تحول دون ممارسة هذا الحق.

Massalski, op. cit., p. 75.

(٢٧)

الفصل الثاني الشروط المتعلقة بالحائز

المبحث الأول

ألا يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين

لقد أضافت المادة (١٠٠٤/٢) من القانون المدني شرطاً آخر وهو ألا يكون من انتقل إليه الحق العيني مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين، والسبب في هذا الشرط هو أن الدائن يستطيع الرجوع على المتصرف إليه الجديد بموجب قواعد الضمان العام، وهذا الأمر لا يستقيم مع فلسفة التطهير؛ إذ لا يتصور أن نعطي حق التطهير من جانب، ثم نقرر حق الدائن بالرجوع عليه ليس وفقاً للتأمينات العينية وإنما وفقاً لقواعد الضمان العام والتي تجعل جميع أموال المدين ضامناً لحقوق الدائن^(٢٨).

ولذا لا يعتبر حائزاً المدين المتضامن إذا اشترى العقار المرهون من المدين المتضامن معه، كما لا يعتبر حائزاً الكفيل الشخصي الذي آلت إليه ملكية العقار المرهون، كما لا يعتبر حائزاً كل من التزم إلى جانب المدين بالوفاء بالدين المضمون^(٢٩).

ويثور تساؤل في شأن الكفيل العيني، هل يتصور أن يكون حائزاً؟ ويمكن الإجابة عن هذا السؤال على مستويين، ففي المستوى الأول نقول أن الكفيل العيني ليس مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين، وبالتالي قد يتبادر إلى الذهن جواز أن يكون حائزاً^(٣٠).

ولكن بعد تمحيص النظر فإنه لا يتصور أن يكون الكفيل العيني حائزاً؛ لأنه رهن عقاره ضماناً لدين شخص آخر، وبالتالي فإن الملكية لم تنتقل إليه محملة بالرهن، فالفرض أنه رهن عقاره وأنشأ عليه حق الرهن، فلا يتصور أن نمنحه حق التطهير، فهو من قبيل المصادرة على المطلوب، إذ إن حق التطهير يهدف إلى إزالة الأعباء العينية عن العقار، في حين أن الكفيل العيني هو من أنشأ هذا العبء العيني، فلا يجوز أن نمنحه حق التطهير إضراراً بالدائن (المرتهن)، كما أنه يعتبر طرفاً في

Colin et Capitant, op. cit., p. 1123, N 1834.

(٢٨)

Weill (A.), les suretes, Dalloz, 1979, p. 478, N 545.

(٢٩)

Weill, op. cit., p. 479, N 545.

(٣٠)

المديونية وإن كانت مسؤوليته محدودة بالعقار المرهون، ونضيف إلى ما سبق أن صفة الحائز تقتضي انتقال الملكية أو الحق العيني إلى الغير، وهو الذي يستهدف بالحماية من خلال إجراءات التطهير، في حين أن الكفيل العيني ليس من الغير الذي انتقلت إليه الملكية أو الحق العيني.

كما لا يعتبر حائزاً للعقار الكفيل الشخصي الذي آلت إليه ملكية العقار المرهون بأي سبب من الأسباب الناقلة للملكية، وكذا الشأن بالنسبة لكل شخص التزم إلى جانب المدين بالوفاء بالدين المضمون كالمدين المتضامن وغيره^(٣١).

المبحث الثاني

ألا يكون ملزماً باحترام عقد الرهن

وينبغي أن يكون حائز العقار أجنبياً عن عقد الرهن، أما الأشخاص الذين تنشأ في مواجهتهم التزامات متولدة عن عقد الرهن - وبالأخص الراهن - فلا يجوز أن يعتبروا بأي حال من الأحوال حائزين. وسوف ندرس في هذا المبحث ثلاث حالات وهي (الكفيل العيني والوارث المشترك ومن انتقلت إليه الملكية وهو مازال مديناً بالثمن).

أولاً - الكفيل العيني:

والكفيل العيني ليس مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين، وإنما تقتصر مسؤوليته في حدود العقار المملوك له والمرهون ضماناً لدين شخص آخر، فهل يمكن أن نعتبره حائزاً للعقار الذي توافرت فيه بقية الشروط؟

والواقع أن إعطاء الكفيل العيني حق التطهير يعتبر من قبيل المصادرة على المطلوب، إذ إنه أنشأ الرهن بإرادته الحرة، فكيف نعطي له الحق في التخلص من هذا الرهن؟ إن ممارسته مثل هذا الحق تعتبر خرقاً لالتزامه كراهن للعقار^(٣٢)، كما أن هذا الأمر سيلحق الضرر بالدائن المرتهن الذي ركن إلى الرهن لضمان حقه من غير مسوغ معقول ودون حاجة لحماية الكفيل العيني.

ونضيف إلى ذلك أن الكفيل العيني هو مالك العقار المرهون ذاته، فكيف يتصور أن يمارس حق التطهير الذي يفترض انتقال الملكية للحائز أو أي حق عيني آخر على

Planiol et Ripert, op. cit., p. 548, N 1199.

(٣١)

Planiol et Ripert, op.cit., p. 548, N 1200.

(٣٢)

العقار؟ والكفيل العيني هو المالك ابتداءً ولم تنتقل إليه الملكية، وبالتالي لا يستحق الحماية المقررة لحائز العقار.

ثانياً - الوارث المشترك:

فهذا الوارث الذي يملك الوفاء بحصته من الدين حتى تبرأ ذمته في مواجهة الدائن المرتهن لا يستطيع أن يمارس إجراءات التطهير بالنسبة لحصص الورثة الآخرين، حيث إن حق الرهن لا يقبل التجزئة، فالدين يظل مكفولاً بكل العقار من جانب، كما أن الوارث المشترك حينما أوفى حصته من الدين لا يعتبر حائزاً؛ لأنه ساهم في إنشاء حق الرهن على العقار، كما أنه لم ينتقل إليه حق الملكية، فهو خارج نطاق الحماية المقررة للحائزين^(٣٣).

ثالثاً - من انتقلت إليه الملكية وهو مازال مديناً بالثمن:

فهذا الشخص إذا باع العقار ثم اشتراه مرة أخرى فلا يستطيع أن يطهر العقار من الرهن أو حقوق الامتياز الخاصة، لأنه كان طرفاً في عقد الرهن الضامن لحقوق الدائن المرتهن^(٣٤).

المبحث الثالث

ألا يكون متنازلاً عن حقه في التطهير

من الجدير بالذكر أن حق التطهير ليس متصلاً بالنظام العام رغم أهميته القانونية والاقتصادية^(٣٥)؛ ولذا يستطيع حائز العقار أن يتنازل عنه.

وقد يكون هذا التنازل صريحاً أو ضمناً، وإذا كانت صورة التنازل صريحة لا تثير مجاًلاً للشك، فإن التنازل الضمني يحتاج إلى اجتهاد لإمكان استخلاصه. ومثال ذلك التزام مشتري العقار المرهون بالوفاء بالديون المضمونة بالرهن، فإن مقتضى هذا الالتزام هو تنازله عن حقه في التطهير، ولا يجوز له الوفاء بهذه الديون قبل حلول آجالها. أما إذا التزم مشتري العقار بالوفاء بالثمن المتفق عليه بين يدي البائع أو من يحدده البائع، فهذا لا يعتبر تنازلاً عن حقه في التطهير^(٣٦).

ولكن الأمر يثير بعض الصعوبات الفقهية، ومن ذلك كيف يتصور التنازل عن

Massalski, op. cit., p. 70.

(٣٣)

Civ. 13 Fev. 1867, D. 67, 1, 172.

(٣٤)

Planiol et Ripert, op. cit., p. 555, N 1207.

(٣٥)

Planiol et Ripert, op. cit., p. 555, N 1207.

(٣٦)

حق لم يثبت للمشتري؟ فمن المعلوم بالضرورة أنه لا يجوز التنازل عن الحقوق إلا بعد ثبوتها، وحق التطهير لا يثبت للمشتري إلا بعد انتقال الملكية للمشتري والذي لن يحصل إلا بعد التسجيل في السجل العقاري.

فنجيب عن ذلك بالقول بأن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل، ولكن سبب انتقال الملكية - سواء أكان تصرفاً قانونياً أم واقعة مادية - يكون سابقاً على ذلك، بمعنى أن المشتري يعتبر مالكاً ليس من تاريخ التسجيل وإنما من تاريخ إبرام التصرف أو حصول الواقعة المادية.

ونضيف حجة أخرى لجواز التنازل قبل انتقال الملكية بالقياس على حق الشفعة، ذلك أن المادة (٨٩٣) من القانون المدني تقرر أنه لا شفعة في الفقرة ١/ج: "إذا أظهر الشفيع إرادته صراحة أو ضمناً، وقت البيع أو قبله، في أنه لا يرغب في الشروط التي تم بها البيع".

فهنا يتنازل الشفيع عن حقه ليس فقط وقت البيع - وهو بيع الحصة المشاعة من قبل أحد الشركاء - وإنما أجازت المادة تنازله حتى قبل البيع، أي أنه يتنازل عن حق احتمالي.

وكذا الشأن بالنسبة لحائز العقار، فإنه يستطيع التنازل عن حقه في التطهير قبل انتقال الملكية إليه ولكن بعد إبرام عقد البيع.

وباختصار فإنه لا يكفي أن يكون الحائز مالكاً عند إجراء التصرف، وإنما يجب أن تبقى ملكيته قائمة إلى حين استكمال إجراءات التطهير^(٣٧).

الخلاصة:

١ - إن مفهوم الحائز في التأمينات العينية له دلالة مختلفة عن الحائز الذي يسعى إلى ملكية شيء معين، فالأول يبتغي التخلص من الرهونات أو حقوق الامتياز التي تقع على العقار الذي انتقلت إليه ملكيته أو أي حق عيني آخر عليه، بينما الثاني يبتغي الوصول إلى ملكية شيء ليس مالكاً له بالأساس.

٢ - إن المشرع الكويتي - اقتداءً بالقانونين الفرنسي والمصري - وضع شروطاً لمن يكتسب صفة حائز العقار، وبالتالي تتاح له وسائل متعددة للتخلص من الحقوق العينية التبعية التي تقع عليه، وعلى رأسها حقه في تطهير العقار. وقد شرحنا هذه الشروط شرحاً مستفيضاً.

- ٣ - وقد بينا الفرضيات الكثيرة التي تتوافر فيها هذه الشروط، وتلك التي لا تتوافر فيها الشروط.
- ٤ - كما بينا أنه يجوز تطهير العقار من قبل الحائز ليس لحق الرهن وحده، وإنما لكل حق عيني تبقي يقع عليه كحق الامتياز الخاص، وكذلك في حال رهن العقار رهنًا حيازياً.
- ٥ - كما بينا أنه يجوز تطهير المنقولات المرهونة إذا لم يكن يشترط رهنها انتقال حيازتها، وإنما يشترط فقط قيد رهنها، كما هو الشأن في المحال التجارية، وبالتالي فإنه من يتلقى حقاً عينياً على هذا المنقول يتصور أن يكون حائزاً، ويستطيع التخلص من حقوق الدائنين المرتهنيين أو الدائنين الممتازين.

