

الضمان العقاري الذي اعتمد عليه المشرع في التمويل العقاري وعلى أساسه تم توريق الأصول المالية المضمونة به.

الباب الثاني

لارتفاع تكلفتها ". غير أن هذا البحث يستهدف ما هو قائم بالفعل من عقارات (ثروة مصر العقارية) وما يتم إنشاؤه في إطار قانون التمويل العقاري وهو ما قدر وفق تقرير البنك الدولي بالمليارات التي تحتاج إلى حسن استثمارها..

الضمانة العقارية وحماية الائتمان المصرفى

الباب الثانى

الضمانة العقارية وحماية الائتمان المصرفى

تبين أنه لا يمكن حسب وجهة النظر المصرفية القول: أن إعداد الدراسات الائتمانية التي يجريها البنك على العميل طالب الائتمان تعد ضمانة حقيقة، إذ أنها على الأكثر تعد من الشروط المبدئية لمنح الائتمان، ولا يمكن الاعتماد عليها لاسترداد الائتمان في حالة تقاعس العميل عن الدفع⁽¹⁾. فارتباط الائتمان بالمستقبل يحمل في طياته احتمال عدم إمكانية استرداده. فطول اجل العمليات الائتمانية يعنى زيادة احتمال حدوث تطور

¹ - يجدر القول بأن البنك لا يمنح ائتمانه أو من المفروض ألا يمنح ائتمانه لأي شخص إذا كان متأكد من البداية رجوعه للضمانات المقدمة. فالبنك بعد أن يقوم بعمل دراساته الائتمانية على العميل طالب الائتمان، وعند اتخاذ القرار بمنح العميل ائتمانه له أن يطلب منه تقديم ضمانة. ونقصد بالضمانة أنها شيء يضاف إلى التزام الراهن المجرد، وهى، بالطبع تختلف عن الدراسة الائتمانية والتي يعدها البعض من الاقتصاديين ضمانة وهو ما لا نسلم به أنظر في ذلك

Professor R. M Goode Legal Problems of Credit and Security, London Sweet&Maxwell ,Center for Commercial Law Studies,1988 p. 10

للظروف في غير صالح البنك. ومن ثم، يجب أن يكون هناك ضمان للبنك لتقليل المخاطر بقدر الإمكان أو تجنبها تماما (1).

ولأن الضمانات التقليدية الشخصية منها والعينية المتمثلة في رهن المنقول بدت، في معظمها، غير فعالة، وغير قادرة على مواكبة تطور الائتمان. فلم يتبق أذن أمام المشرع إلا الاتجاه نحو الضمانة العقارية في سبيل حماية الائتمان المصرفي. وبهذا الصدد رأى بعض الفقهاء أن الضمانة العقارية (الرهن الرسمي) تؤدي إلى زيادة تكلفة الائتمان⁽²⁾ نتيجة لاشتراطها العديد من الإجراءات القانونية، كالقيد، والتجديد، وصعوبة إجراءات الحجز والتنفيذ، والبيع بالمزاد. كما أن الرهن الحيازي يفرض على الدائن عدة التزامات تتعلق بحفظ واستغلال المال المرهون. وقبل كل ذلك، قد تسبق الضمانة العقارية حقوق أخرى كحقوق الامتياز العامة، والرهن، وحقوق الامتياز الخاصة الأسبق في القيد⁽³⁾.

وعلى الرغم من صحة الرأي السابق، فقد رأى المشرع الاعتماد على الضمانة العقارية. حيث وجد أنها الضمانة ذات الفاعلية. فعمد إلى تطويرها لمجاراة تطور الائتمان واستجابت هذه الضمانة للتطور الذي أجرى عليها⁽⁴⁾، وأصبحت من المرتكزات لنظام تمويلي جديد، ألا وهو التمويل العقاري. وتميزت بإمكانية العمل بالاعتماد عليها من قبل جميع البنوك⁽⁵⁾ سواء أكانت بنوك تجارية، أو غير تجارية⁽¹⁾.

1- Downsview Nominees Ltd v.First City Corporation Ltd {1993} 1N.Z.L.R.513,PC;(1993) 2 W.L.R.86,HL

2 - الدكتور نبيل إبراهيم سعد المرجع السابق في المقدمة

3 - الدكتور محمد حسن منصور المرجع السابق ص 60-61

4 - (*) ولم لا تستجيب هذه الضمانة للتطور والعيوب والمخاطر التي تحيط بها بيد المشرع إزالتها. فأما عن الإجراءات الرسمية المتطلبة لقيدها وتجديدها، وما تتطلبه من إجراءات ينفق فيها الوقت والمال وصل فيها التطور إلى حد أنه أمكن إجرائها إلكترونيا في بعض دول العالم المتقدم. فالأمر إذن بيد المشرع فقد قام بتعديل إجراءات حجز وبيع العقار في قانون التمويل العقاري عند التصيير من جانب الراهن، وتيسير إجراءات الرهن الرسمي مادة 10 من قانون التمويل العقاري 148 / 2001. أما من حيث أن الرهن الحيازي يرتب على عاتق المرتهن التزاما بالحفظ والاستغلال. فإنه يمكن نقل الملكية لشخص ثالث كضمان (الترتست)، وهو مؤهل بحسب نظامه التعاقدية المستقر لحفظ واستغلال الرهن التي يملكها. وأما من حيث ما يسبق الضمانة العقارية من حقوق للغير، فالأمر فيما يتعلق بالائتمان المصرفي يتحمل مسؤوليته البنك باعتباره تاجرا محترفا، في حالة ما إذا كانت هناك حقوق مقيدة للغير قبل إشهار حقه. لذا ، فإن السجل وفيما يتعلق بالعقار الضامن يجب أن يكون كالمرآة يعكس كل الحقوق المقيدة ضد الملكية الضامنة بدقة.

5 - يستطيع غير البنك أن يمارس العمل في هذا النوع من الضمان راجع المادة 31 من القانون 88 / 2003 المنشور بالعدد 24 مكرر بالجريدة الرسمية في 15 / 6 / 2003 والتي تنص على أنه يحظر على أي فرد أو هيئة أو منشأة غير مسجلة طبقا لأحكام هذا القانون أن تباشر أي عمل من أعمال البنوك ويستثنى من ذلك الأشخاص الاعتبارية العامة والتي تباشر عمل من هذه الأعمال في حدود سند إنشائها ويقصد بأعمال البنوك في تطبيق هذه المادة ... وتعتبر هذه المادة بديلا للمادة 19 من القانون رقم 163 لسنة 1957 بإصدار قانون البنوك والائتمان المنشور بالعدد 53 مكرر من الجريدة الرسمية والمضافة بالقانون رقم 37 / 1992 العدد رقم 23 تابع من الجريدة الرسمية في 4 / 6 / 1992 والتي كانت تنص تفصيلا على أن يستثنى من حظر مباشرة أعمال البنوك الأشخاص العامة الآتية:-

أ- المؤسسات العامة التي تباشر عملا من أعمال البنوك في حدود سند إنشائها

ب- والبيوت المشتغلة بتسليف النقود على رهونات

ج- الشركات العقارية وغيرها من الهيئات التي تقوم بتقسيم الأراضي أو بإقامة المباني وبيعها بالأجل.

وتعد الضمانة العقارية من وجهة نظر البنك القانونية والمصرفية كافية وقادرة على إعادة أموال الائتمان من العملاء في حالة نكوصهم عن الدفع في مواعيد استحقاقها. إذ تزود البنك بضمان له صفتان وله حقان: وهى، بهذا المعنى، تعتمد على إعطاء البنك حقوقا إضافية عينية، بجانب ماله من حقوق شخصية مستمدة من التزام المدين برد الائتمان وأرباحه (2). وتعنى أن هناك مالا عقاريا مخصص لضمان استرداد الائتمان، يمكن التنفيذ عليه في حالة عدم استرداد ذلك الائتمان (3).

ولا خلاف على فاعلية الضمانة العقارية، وما تمنحه من حقوق للدائن من الناحية النظرية. إلا أن الواقع أثبت أن هذه الضمانة لم تقم بدورها المنشود في حماية الدائنين لأسباب قانونية وعملية (4). وهذا ما دعا إلى التفكير والبحث داخل الضمانة العقارية لمعرفة الأسباب التي تؤدي إلى عدم فاعليتها، ولكشف ما بها من خلل أو ضعف وصولا إلى تقديم مقترحات للإصلاح من وجهة نظر قانونية مقارنة، حتى يكون بإمكانها العمل بفاعلية في حماية الائتمان المصرفي؛ ولإعادة دور البنك الفاعل في الحياة الاقتصادية وعودته من جديد لضخ مزيد من الأموال بالاعتماد على الرهون العقارية من أجل المساهمة ليس فقط في حل مشكلة الإسكان

= توسع القانون التجاري في فكرة العمل التجاري ، فاعتبر أعمالا واردة على عقار عملا تجاريا فالرهن باعتباره عقدا يعد تصرفا قانونيا يتبع التصرف الأصلي ويكتسب صفته حتى لو كان محله عقارا،الدكتور على جمال الدين - عمليات البنوك من الوجهة القانونية المرجع السابق ص 823

¹ - تستطيع البنوك سواء أكانت تجارية أو غير تجارية من الناحية القانونية أن تمارس العمل في طلب ضمانات عينية بمراجعة المادة 63 من القانون رقم 88 / 2003 وفقا للمادة 69 من ذات القانون فضلا عن أن هذا القانون في المادة 20 من لائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الجمهوري رقم 101 / 2004 العدد 12 مكرر- 22- 3- 2004 جعل طلب الضمانات العينية من العميل عملا تقديريا للبنوك تقررها أو لا تقررها حسب الأحوال وهذا على عكس المستقر عليه من أن الائتمان الجيد هو الائتمان المضمون، والسعى إلى تطوير فاعلية الضمانات.

² - Per MARTIN J.A. in *Child and Gower Piano Co. V. Gambrel* { `993 } 2 W.W.R.273 at 282 (Sask.C.A.); applied by Waite J.in *Royal Bank of Canada Ltd v.Funk* (1995)118 D.L.R. (4th)620 where it was confirmed that the covenant of the security does not extinguish liability under the covenant to repay . And see *Tottersall v. Nedcar Bank Ltd* 1995 (3) SA 222,d "whereitwashedthatthe cancellation of a mortgage bond over property did not affect Banks right to sue on the underling loan..."

³- راجع مزايا الحقوق العينية التبعية من حيث حق التبعية والتقدم لدى كل من الدكتور احمد سلامة التأمينات المدنية - الرهن الرسمي - طبعة 1963 ص48 والدكتور حسام الدين الاهواني التأمينات العينية في القانون المدني المصري ط 2002 -2003 ص 15 وما بعدها

⁴ - أنظر أيضا بشأن طول إجراءات التقاضي عندنا الأحكام التالية الدعوى رقم 580 / 53 ق استئناف أسكندرية (قلم حفظ محكمة الاستئناف بالإسكندرية) على الحكم الصادر في الدعوى رقم 1474 / 96 ت ك استثماري.فقد عرضت المنازعة على القضاء في 1996 ولم يفصل فيها إلا سنة 1998 وانظر أيضا الدعوى أرقام 136 / 89 ت ك والدعوى 107 / 97 ت ك والدعوى رقم 108 / 97 ت ك والدعوى رقم 857 / 97 ت ك (قلم حفظ التجاري - محكمة أسكندرية الابتدائية) حيث لم يفصل في هذه الدعوى قبل مرور سنة أو أكثر، وقارن هذه الأحكام مع الأحكام الأجنبية التالية من حيث تاريخ عرض الدعوى على القضاء وتاريخ الفصل فيها إذ تلاحظ فيها قصر مدة الحكم فيها

MAN O'WAR STATION LIMITED v HURUHE STATION LIMITED & ORS [2000] NZCA 268 (11 April 2000)(Court of Appeal of New Zealand)[Available online]. Retrieved 30/11/2011 from <http://www.worldlii.org/cgi-worldlii/disp.pl/nz/cases/NZCA/2000/268.html?query=%7e+title%28man+o%27war+station+limited+%20near+%20huruhe+station+limited+>

NSW ABORIGINAL LAND COUNCIL v. RALCHESTER P/L & ORS [2001] NSWSC 479 (8 June 2001)(New South Wales Supreme Court) Available online]. Retrieved 30/11/2011 from <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/nsw/supreme%5fct/2001/479.html?query=%7e+%20%28%28+indefeasibility%29+and+%28on%29%29>

المزمنة، وإنما في ازدهار الاقتصاد القومي ككل. ومن ثم، نرى ضرورة العمل على حل مشاكل الرهون العقارية (الضمانة العقارية).

لقد نظم القانون الضمانة العقارية في صورتين هما: الرهون غير الحيازية والرهون الحيازية. وهما يتفقان (1) في أن كليهما يرد على عقار. ويعنى ذلك، أنه قد تكون لديهما نفس المشكلة باعتبار أساسهما المشترك من حيث الإنشاء والآثار، لارتكازهما على محور حق الملكية. ومن ثم، فكل ما يؤثر في هذا الحق، يؤثر في الرهن (الضمانة العقارية) (2). وقد يواجه البنك عند قعود العميل عن الدفع بنصوص قانونية في مجال الضمانة العقارية (3) لا تسانده، بل قد تزيل الضمانة من الأساس وتؤدى إلى ضياع قيمتها، وضياع ائتمان البنك بالكامل، إذا كان الرجوع إليها حتميا. وتعتبر هذه المشكلة من أكبر المشاكل التي يمكن أن يتعرض لها ائتمان البنك، والتي تعود به إلى الضمان العام للدائنين(4)، وهو عين ما هرب منه بطلب الضمان العقاري.

لذا، فإنه ليس من المنطقي (5) الحديث عن فاعلية كاملة للضمانة العقارية إلا بإزالة الخطر منها، والمتمثل في إمكانية سقوطها (كعنصر هام) من العملية الائتمانية نتيجة لعدم ملكية الضامن للضمان العقاري المقدم منه. إذ فات المشرع المصري وهو بصدد تطوير الرهن الرسمي في قانون التمويل العقاري بتعديل بعض ثوابته، الاهتمام بمعالجة مشكلة رئيسية في الضمانة العقارية ألا وهى مشكلة استقرار ملكية الضمانة العقارية، لكي تكتمل فعاليتها لنظام التمويل العقاري ولنظام الائتمان المصرفي ككل (6). فمشاكل هذه الضمانة في مصر تبدأ وكما سنرى من مسألة أولية هي ملكية الراهن للعقار الضامن. نعم هي مشكلة أولية (7) حسمت في معظم التشريعات الأوروبية. ولكن لا تزال عندنا مشكلة لم يتقرر لها حل واحد. وهذا ما يدعونا من ناحية إلى معالجة مشكلة ملكية العقار المرهون التي لم يتعرض لها المشرع بالتطوير، وصولا لمعرفة كيفية إعطاء الفاعلية

-
- 1- ينفرد الرهن الحيازي عن الرهن غير الحيازي بأنه قد يكون محله منقول وهو ما سبق أن تناولناه بالدراسة في الباب الأول
- 2- الدكتور عز الدين عبد الله - حماية خاصة بالدائنين المرتهنين في القانون المصري رسالة دكتوراه - مطبعة بول باربية 1942 ص (ج) في التمهيد
- 3 - انظر على سبيل المثال التعارض بين حكم المادة 23 من القانون رقم 136 / 1981 إيجار أماكن والمادة 9 من قانون الشهر العقاري رقم 114 / 1946 وتعديلاته وما بني عليهما من اختلاف في الأحكام وأنظر التعارض في الأحكام الحكم في القضية رقم 22 / 12 دستورية - مجلة المحاماة السنة الثالثة والسبعون عدد ديسمبر 1994 ج3 ص 86- 89 و نقض مدني 30 مارس 1983 مج أحكام النقض السنة 34 رقم 177 صفحة 861
- 4 - راجع الدكتور حسام الدين الاهواني أصول القانون ط 88 ص 7 .
- 5- (*) فمن غيرالمتصور مطلقا أن يأتي الخطر من خط الدفاع الأخير للبنك والملاذ النهائي عندما تفشل عناصر منح الائتمان. فإذا كانت الضمانة العقارية تحمي الائتمان من مخاطره الكامنة عندما تتحقق، فيجب ألا يطولها بذاتها أية مخاطر وإلا يبرز التساؤل عن مدى أهميتها في منح الائتمان.
- 6- (*) إذ لا ينبغي أن نقف في العمل بالتوريق عند قانون التمويل العقاري، وإنما يجب أن يمتد العمل به ليشمل الائتمان العقاري في مجموعة حتى يستفيد الاقتصاد القومي ككل. ومن ثم ، يجب إصلاح ما بالضمانة العقارية من قصور قانوني للاستفادة منها في نظام التوريق.
- 7- (*) وإن كانت هناك مشكلة أخرى في إجراءات التنفيذ الطويلة والمعقدة والمتعلقة بالتنفيذ على العقار في قانون المرافعات. حاول المشرع إيجاد حل لها بقانون التمويل العقاري، ويجب أن تحظى هذه المشكلة باهتمام فقهاء قانون المرافعات.

الكاملة للضمانة العقارية. وهو ما نفرد له الباب الأول، وموضوعه ملكية الضمان العقاري وحماية الائتمان المصرفي .

ومن ناحية أخرى، وبالنظر إلى أن القانون يقرر لكل من الراهن والمرتهن سلطات على محل الضمان خاصة بالتصرف والإدارة. فقد يأتي المدين الراهن فعلا ماديا أو تصرفا قانونيا يعدم العقار وينقص قيمته، مما يثير مشاكل قد تؤدي إلى ضياع أو تقليل قيمة الضمان عمليا إلى حد كبير. فمن ثم، ولإتمام الفاعلية للضمانة العقارية، يجب دراسة مشكلة سلطات الراهن والدائن المرتهن (البنك) على محل الضمان، وتقييم التطور الذي أحدثه المشرع بشأنها في قانون التمويل العقاري - بالحد من سلطات الراهن (1) - ومدى كفايته لمعالجتها، وما إذا كان الأمر يحتاج إلى مزيد من التدخل والتطوير. وهذا ما نفرد له الباب الثاني وموضوعه سلطات البنك على الضمان العقاري وحماية الائتمان المصرفي.

وعلى ما تقدم ندرس الباب الثاني بتقسيمه على فصلين: كالتالي الفصل الأول، ملكية الضمان العقاري. الفصل الثاني، سلطات البنك على الضمان العقاري.

الفصل الأول

ملكية الضمان العقاري

¹ - طور المشرع فاعلية الضمانة العقارية بإدخال تعديلات على ثوابتها من حيث تقييد سلطات المدين الراهن وتقرير طريقة ميسرة لقيود الضمان العقاري. وكذلك، تسهيل التنفيذ على هذا الضمان عند تقصير الراهن. وذلك، بدلا من اللجوء في التنفيذ على العقار للكتاب الرابع من قانون المرافعات والخاص. قارن قانون التمويل العقاري رقم 148 / 2001 . وراجع قانون المرافعات المصري رقم 13 / 1968 وتعديلاته.

تدور أحكام الضمانات المصرفية العقارية الحيازية وغير الحيازية من حيث الإنشاء، والآثار على محور ملكية الضامن للضمان العقاري المقدم منه (1). فمن البديهي أن من يقدم عقارا للبنك يضمن به نفسه أو غيره، لا بد أن يكون مالكا له، وأهلا للتصرف فيه، (2) أو مفوضا في ذلك من المالك (3).

وقد يكون الواقع غير ذلك: فقد يعطى الضمان على عقار ولا يكون الضامن مالكا له أو يكون مالكا له بموجب تصرف باطل أو قابل للإبطال أو للفسخ أو للإلغاء أو للانحلال بأي سبب كان. من هنا، كانت ملكية الضامن للضمان تأتي على رأس مشكلات الضمانة، بل هي، بدون مبالغة، أساس معظم المشاكل من الوجهة القانونية والتي قد تفسد فعالية الضمانة. فالعيوب التي تجعل الضامن غير مالك للضمان في الحال أو الاستقبال لها أثار: فهي، أولا، تؤثر على البنك من ناحية تعريض ائتمانه لخطر الضياع، وهو ما يؤثر بالتالي على تطويره بتضائل إمكانية استغلال الحقوق الشخصية المضمونة به في عملية التوريق securitization (4) وهي، ثانيا، تؤثر على ملكية المالك الحقيقي من ناحية أن ملكيته مرتب عليها ضمان لصالح البنك لا ناقة له فيه ولا جمل. لذا كانت مسألة ملكية الضامن أو عدم ملكيته للضمان المقدم منه

1- راجع نصوص الرهن الرسمي في الباب الأول من الكتاب الرابع من القانون المدني وكذلك نصوص الرهن الحيازي في الباب الثالث من الكتاب الرابع من ذات القانون

2 - المادة 1032 / 2 من القانون المدني يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه. وانظر القانون المادة 2085 من القانون المدني الفلبيني والتي تنص على أنه

Article 2085 of the Civil Code, which requires that the mortgagor must have free disposal of the property, or at least have legal authority to do so
Duran v. IAC, 138 SCRA 489, 495 (1985). Available online]. Retrieved 30/11/2011 from
<http://www.supremecourt.gov.ph/jurisprudence/2001/sep2001/122425.htm>
<http://sc.judiciary.gov.ph/jurisprudence/2001/sep2001/122425.htm>

وأنظر في اختلاف الأهلية المتطلبية في الراهن باختلاف نوع المحل لا نوع التصرف ذاته الدكتور سمير تناغو التأمينات الشخصية والعينية ط 1985 ص 182-184

3 - انظر الدكتور عبد المنعم البدرأوى - التأمينات العينية - ص 18 الناشر مكتبة سيد عبدالله وهبه. وانظر أيضا القضية التالية بشأن من لا يملك لا يعطى .

COURT OF APPEAL IN CHANCERY)(Pilcher v. Rawlins (1872) 7 Ch App 259. It is an application of nemo dat quod non habet (no-one gives who does not possess).
<http://www.daichip.com/Cases/Pilcher%20v%20Rawlins%20L.R.%207%20Ch.%20App.%20259.htm>

4- وانظر بشأن العلاقة بين فاعلية الضمانة والتوريق و securitization المراجع التالية :-

Frank F. K. Byamugisha ,THE EFFECTS OF LAND REGISTRATION ON FINANCIAL DEVELOPMENT AND ECONOMIC GROWTH: A THEORETICAL AND CONCEPTUAL FRAMEWORK - The World Bank World Bank Policy Research Working Paper 2240 , November 1999 <http://econpapers.repec.org/paper/wbkwbrwps/2616.htm>

' See also, Shahir Guindi- Legal and Regulatory Consideration for Residential Mortgage Backed Securitization in Developing Economics , *The World Bank* ,2005, p.

The Case of Malaysia The case of Nexico june 2000 The clarity of property title will also be an important issue, and more specifically the ability of the originator, and ultimately the SPV, to determine, with sufficient certainty, title to real property. For example, the lack of absolute guarantee as to the validity of title when the purchaser of the real property relies on information contained in the public registry will create obstacles to securitizing the mortgage loan. Protection must be offered to the borrower, as owner of the property, against ownership claims by third parties. The absence of such protection would increase the onus, and the costs, to the borrower and originator and potentially dissuade an SPV from acquiring an interest in the mortgage loan.,"
<http://www.worldbank.org/html/fpd/urban/publicat/background15.pdf#search='Legal%20and%20Regulatory%20Considerations%20for%20Residential%20Mortgage%20Backed%20Securitization%20in%20Developing%20Economies>

ذات أهمية كبيرة (1) لارتباطهما بمدى فاعلية الضمان في تمكين البنك من استرداد ائتمانه، وبالتالي المحافظة على أمواله .

إن الصورة من الناحية القانونية النظرية، تبدو ثلاثية الأبعاد، وتظهر من التضارب في المصالح بين البنك كدائن مرتهن وبين الراهن الفعلي (غير المالك حالاً أو مآلاً للعقار الضامن) والمالك الحقيقي للضمان حالاً أو مآلاً.

وعملياً يقف البنك وضمانه (الراهن) في جانب، ويقف المالك الحقيقي في الجانب الآخر. ويشكل هذا الأمر صعوبة من الناحية القانونية تتبدى في أن مصلحة كل من الفريقين تتسلح بمبادئ قانونية متعارضة تنحاز إلى حمايتها (2)، وعلى ذات الدرجة من القوة القانونية ويصعب التوفيق بينها. فالبنك تندمج مصلحته الفردية مع مبدأ توطيد الائتمان بخلق الثقة عند الدائنين، والمالك الحقيقي للضمان تندمج مصلحته الفردية في مبدأ احترام حق الملكية (3).

فهل يحمى القانون المالك الحقيقي للضمان أم الدائن المرتهن؟ فمن المؤكد أن حماية أيهما تأتي على حساب مصلحة الآخر (4) ونظراً لأن توفير الحماية لهما معا أمر غير ممكن لتعارض مصالحتهما، فلا مفر إذن من التضحية بإحدى المصلحتين لحساب الأخرى(5). وعلى ضوء هذه التضحية تتحدد مدى فاعلية الضمان ومدى حماية المشرع للبنك.

¹ - Shahir Guind - op,cit , pp 4-5 .

² - على عكس ما ينبغي أن يكون فالواقع أنه يجب أن تكون العلاقة بين المبدئين علاقة اضطرارية، وليست علاقة تناظرية. فلما كانت الملكية محمية، كلما ساعد ذلك على ازدهار الائتمان، والعكس صحيح أنظر عامة:-

Shahir Guind op,cit,p.6 and Benito RRUNADA&Nuno GAROUP-The Choice of Titling System in Land - december ,2004 pp.3-4

<http://www.econ.upf.es/deehome/what/wpapers/postscripts/607.pdf#search='The%20Choice%20of%20Titling%20System%20in%20Land>

³ - انظر الدكتور عزا الدين عبدالله المرجع السابق ص2 وانظر في تأصيل المبدئين الذي يحتمي به المالك الحقيقي للضمان والبنك ص 22-51

⁴ - لقد ضحى القانون الاسترالي بمصلحة المالك الحقيقي وحمى البنك المرتهن حسن النية مبرراً ذلك بتفضيل مصلحة الائتمان كمصلحة عامة انظر الحكم التالي :-

MARK ANTHONY CONLAN (AS LIQUIDATOR OF OAKLEIGH ACQUISITIONS PTY LTD) & ORS -v- REGISTRAR OF TITLES & ORS [2001] WASC 201 (3 August 2001) (Supreme Court of Western Australia) ph, 164 <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/wa/WASC/2001/201.html?query=%22adverse%22+and+%22possession%22+and+%22protect%22+and+%22mortgagee%22+and+%22indefeasibility%22> see also , Lynden Griggs ,Torrens Title in a Digital World- (September 2001)Volume 8, Number 3_ E LAW | Murdoch University Electronic Journal of Law, p. 13 Available online]. Retrieved 30/11/2011 http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n3/griggs83_notes.html#n29

⁵ - لا يضحى القانون بمصلحة المالك الحقيقي ويتركه عرضة لمن سلب ملكيته، وإنما يوفر له التعويض من صندوق مخصص لهذا الغرض انظر في ذلك

Lynden Griggs- "In Personam, Garcia v NAB and the Torrens System - Are They Reconcilable?" [2001] QUTLawJLJ 6; (2001) 1(1) Queensland University of Technology Law and Justice Journal 76 . Available online]. Retrieved 30/11/2011 from <http://www.austlii.edu.au/au/journals/QUTLJLJ/2001/6.html>

Seealso; Chris Humphry, Compensation for Native Title: The Theory and the Reality, (March 1998)-Volume 5, Number 1_ E LAW | Murdoch University Electronic Journal of Law Available online]. Retrieved 30/11/2011 from <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v5n1/humph51.html>

وعلى ما تقدم نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول، مشكلة ملكية الضمان العقاري. المبحث الثاني، مشكلة الحماية القانونية لملكية الضمان العقاري.

المبحث الأول

مشكلة ملكية الضمان العقاري

تحديد أساس ملكية الضامن:

ما يهمنا من دراسة ملكية الضامن العقارية هو الوقوف على المشاكل التي توجد بها، وتؤثر فيها، وتؤثر بالتالي في الرهن (1) المرتب للبنك على ذلك العقار (2). ولن يتأتى لنا ذلك إلا بالإنفاذ إلى أساس ملكيته للضمانة .

فالضامن يكتسب ملكية العقار بناء على واحد من الأسباب السبعة التالية : وهي، الاستيلاء (3)، الحيازة، الالتصاق، الميراث، الوصية، الشفعة، العقد (4).

واختلف الفقهاء نظريا، بشأن الحيازة والالتصاق، وهل هما سببان منشئان أم ناقلان للملكية؟ (5). وأيا ما كان الأمر، فقد وصل الرأيان إلى نفس النتيجة العملية وهي أن المالك الجديد في الالتصاق والحيازة لا يخلف المالك السابق في ملكيته، لا خلافه عامة ولا خلافة خاصة. فلا يتقيد أذن بالأعباء والتكاليف التي كانت تقيد المالك السابق وهو ما نعول عليه في البحث عن المشاكل التي تصيب ملكية الضامن. ففي الاستيلاء والالتصاق والحيازة تكون ملكية الضامن بحكم القانون (6).

وضم الالتصاق والحيازة إلى الاستيلاء وجعلهما من الأسباب المنشئة لملكية جديدة منبثة الصلة بملكية المالك السابق يؤيده جانب من الفقه (7). ونحن مع الرأي القائل بأن الالتصاق والحيازة ينشئان ملكية جديدة

1 - الدكتور عز الدين عبدالله - المرجع السابق ص ج في التمهيد

2 - أن الغاية من فحص أسباب كسب ملكية الضامن للضامن العقاري، هي، الوقوف على النقطة التي عندها تبرز مشكلة ملكية الضامن للضامن العقاري. نحن نبحث أساسا فيما لو زالت ملكيته (الضامن) بسبب من جهة أولولة الملكية إليه وأثر ذلك على الضامن العقاري. ونفترض أن البنك من الطبيعي ولديه المختصين القانونيين ألا يوقع نفسه في مشاكل خاصة بإنشاء الضامن، وقيده، وتجديده، وبفرض أن العقد الذي يوقعه البنك مع العميل أو الضامن عقدا صحيحا، لذا فإننا نبحث أساسا المسائل التي لا يكون في مقدور البنك مراعاتها والتي لم يتدخل القانون بشكل صريح لحمايته، إذا ما وقعت، وتصيب الضمانة في صميم بناؤها القانوني فتجعلها غير فعالة.

3 - الاستيلاء أصبح الآن لا يرد على العقارات بعد صدور القانون رقم 124 لسنة 1958 ورقم 100 لسنة 1964 الذي الغي الفقرة الثالثة من المادة 874 مدني والتي كانت تبيح الاستيلاء على العقار أو الأراضي بطريق التعمير أو الترخيص .

4 - السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ج9 أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية ص 8 " قسم الفقهاء أسباب كسب الملكية ، تقسيما علميا ، برد أسباب كسب الملكية إلى : الواقعة القانونية و التصرف القانوني ولم يأخذ به القانون المدني، وأخذ تقسيما عمليا بالتمييز بين كسب الملكية ابتداء في شيء لم يكتسب أحدا ملكيته من قبل، كالاستيلاء. وبين كسب الملكية من مالك سابق كالأسباب الأخرى".

5 - السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ج9 أسباب كسب الملكية (لمن يريد تفصيل هذه النقطة) ص 10.

6 - السنهوري المرجع السابق هامش ص 10 - 11 .

7 - السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ص 11 .

منبته الصلة بأي ملكية سابقة، لأن الملكية المنقولة تتأثر بسبب الانتقال، والنقل هنا بسبب القانون وهو هنا حل حاسم (1). فإذا سجلت هذه الملكية نشأت من تسجيل سندها كملكية مبتدأه لصالح المسجلة باسمه، طالما أن أولولتها كانت بسبب الالتصاق أو الحيازة أو الاستيلاء .

وحيث أن كسب الملكية بهذه الأسباب الثلاثة يتم بحكم القانون، فليس من المتصور قانوناً أن يواجه البنك أي مشكلة خاصة بأيلولة الملكية إلى الضامن. إذ أن حكم القانون هو الذي أدى إلى اكتساب الملكية. وبذلك يخرج من مجال بحث مشكلة ملكية الضامن للضمان المقدم منه للبنك صور الملكية الناشئة عن الأسباب سالفة الذكر.

وبالمثل، لا يتصور وجود مشاكل في ملكية الضمان المقدمة للبنك إذا كانت هذه الملكية قد آلت إلى الضامن بموجب الميراث (2) أو الوصية (3) أو الشفعة (4). حيث عنى القانون بمعالجة المشاكل التي تثار بشأنها في مواجهة البنك. ولا يبقى إذن من أسباب كسب الملكية سوى العقد، فهو الذي تثار بشأنه المشاكل القانونية في كسب الملكية من ناحية إبطاله أو فسخه أو إلغائه أو زواله أو انحلاله لأي سبب كان.

فإذا كان القانون حمى البنك حال حسن نيته من العيوب التي تصيب سند ملكية الراهن، طبقاً لما جاء بنص المادة 1034 مدني (5)، فنستبعد من المشاكل التي يواجهها البنك من جهة أيلولة الملكية إلى الضامن فسخ (6) عقده أو إلغاؤه (1) أو زواله (2) لأي سبب. وذلك طبقاً لما استقر عليه الفقه بشأن تفسير تلك المادة

1 - لا بسبب إرادة المالك السابق مما قد لا يشير البحث عما قد يعتبر الإرادة الناقلة من عيوب. فيمثل حكم القانون مع تسجيله سندا للمتعاين مع المحكوم له منطقياً، بحيث أنه يستطيع أن يتمسك بالحكم المثبت لملكية المدين الراهن وتسجيله مطهراً من كافة العيوب الأخرى التي تصيب العقد المسجل ويتوصل إلى صحة رهنه.

2- ويخرج الميراث من مجال بحثنا بالاعتماد على قانون الشهر العقاري، والعرف الجاري إتياعه في البنوك. من أنه يجب أن يكون العقار مسجلاً باسم الراهن، فقد حسمت المادة 13 من قانون الشهر العقاري هذا الأمر بأن أوجبت شهر حق الإرث بتسجيل إشارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية، وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الورثة في حق من هذه الحقوق. فبمقتضى هذه المادة لا يمكن للبنك أن يرتب رهناً على الميراث من الورثة قبل إشهار حق الإرث، وبالتالي لا يمكن أن تثار بشأن ضمان البنك مشكلة الوراثة الظاهر.

3 - انتقال الملكية للضامن عن طريق الوصية يخرج من مجال البحث حيث نص القانون على حماية الدائن المرتهن في صورتان اللتان تعيينان الوصية وهما الوصية في القدر الجائز والبيع في مرض الموت انظر المادتين 477 و478 مدني .

4 - تخرج الشفعة عن مجال أسباب الملكية التي تثير مشاكل للبنك حيث نصت المادة 947 مدني على أنه "لا يسرى في حق الشفيع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صدر من المشتري ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة، ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية، فيما آل للمشتري من ثمن العقار ."

5 - تنص المادة 1034 مدني على أنه ((يبقى قائماً الرهن لمصلحه الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه وزواله لأي سبب أخر إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن)) .

6 - على خلاف ما تقتضيه القواعد العامة في اثر الفسخ وتعديه إلى الغير ومنهم الدائن المرتهن في حاله طلب الفسخ من بائع الضامن وبشرط أن يكون البنك حسن النية ويستطيع الدائن المرتهن بالاطلاع على سجل شهر دعاوى وأعلى التأشيرات بهامش المحرر المسجل أن يعرف مال يعتبر سند ملكية الراهن، فإذا لم يوجد شيئاً منها لا يسرى في مواجهته حتى لو فسخ عقد الضامن يبقى رهنه على الضمان أنظر بالتفصيل الدكتور عز الدين عبدالله حماية خاصة للدائنين المرتهنين المرجع السابق ص 141-

بقصرها على البطلان النسبي. ولا يبقى بعدئذ إلا إبطال سند ملكية الضامن، فقد اختلف الفقهاء في المقصود بإبطال العقد، وما إذا كان المشرع قد قصد به البطلان بنوعية أم قصره على البطلان النسبي.

ويمكن القول أن الفقه مجمع على حماية البنك كدائن مرتين طبقاً لنص المادة 1034 مدني إذا كان البطلان الذي أصاب عقد الضامن من نوع البطلان النسبي⁽³⁾، ولكنه في حالة البطلان المطلق منقسم إلى إتجاهين: اتجاه يرى حماية البنك⁽⁴⁾، وآخر يهدر هذه الحماية⁽⁵⁾. وهذه الحالة هي التي تتعلق بنسبية فاعلية الضمان⁽⁶⁾.

وضع المشكلة عملياً :

عندما يتقدم أحد العملاء للبنك طالباً منه تسهيلاً ائتمانياً، يقوم البنك بعمل دراساته الائتمانية على العميل، باستيفاء عناصر منح الائتمان كما أسلفنا. فإذا تقرر منح الائتمان للعميل يجوز للبنك أن يطلب من العميل تقديم ضمان.

فإذا كان الضمان عقارياً، فيجب أن يكون سند ملكيته مسجلاً بالشهر العقاري. وفي هذا الصدد يمكن أن نقرر أن هناك عرفاً مصرفياً⁽⁷⁾ استقر في عمل البنوك خاص بالضمان العقاري، إذ درجت البنوك (أو هكذا ما يجب أن يكون) على تطلب أن يكون سند ملكية الضمان العقاري مسجلاً⁽⁸⁾ بالشهر العقاري، فهو ما يحمي البنك من عيوب كثيرة يمكن أن تصيب ملكية العقار الضامن.

- 1 - تتحقق حالة إلغاء العقد عند الرجوع فيه من أحد الطرفين دون الآخر، ولا يحدث ذلك إلا في عقد الهبة.
- 2 - في حالي انتقال الملكية المعلق على شرط واقف (المدين بالالتزام الواقف) أو ثبات الملكية المعلقة على شرط فاسخ (الدائن بالالتزام الفاسخ) وترتيب أي منهما رهناً رأى المشرع أن في قواعد الإشهار ما يكفي لحماية الغير من أثر تحقق الشرط، إذ أن الشرط إما أن يكون ظاهر بعقد الملكية المسجل وهنا يفترض العلم به ويسرى في حقه، وإما لا يكون ظاهراً به وهنا لا يسرى عليه أي كانت طريقة حصوله.
- 3 - انظر في هذا الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ص 77، 103، 141، 156، 187، 203، 221 والدكتور سمير عبد السيد تناغو التأمينات الشخصية والعينية ط 1985 ص 193 - 194 الدكتور عبد المنعم البدرأوى المرجع السابق ص 35 والدكتور شفيق شحاتة النظرية العامة للتأمين العيني 1953 ص 88 وهو يقول إن المادة 1034 مدني أساس الحماية فيها أن الشخص تعامل مع شخص يعطيه السند الذي بيده سلطة التصرف وليس التعامل مع شخص يوحي السند الذي بيده أنه يملك التصرف.
- 4 - الدكتور عبد الباسط جمعي نظرية الأوضاع الظاهرة رسالة دكتوراه 1955 ص 350 حيث يرى أن المادة 1034 مدني تنطبق على المرتهن من شخص يكون سند ملكيته باطلاً بطلاناً مطلقاً.
- 5 - الدكتور أحمد سلامة التأمينات المدنية المرجع السابق ط 62/ 61 ص 181
- 6 - ومن الواجب ترك ما اتفق عليه الفقهاء واستقر عليه القضاء ودراسة ما اختلفوا فيه فذلك فقط هو الذي يتعلق بموضوع دراستنا، فندرس مدى حماية البنك في حالة البطلان المطلق وبمعنى آخر مدى فاعلية حماية العقار الضامن للائتمان في تلك الحالة.
- 7 - الأستاذ أحمد حسن محمد علي وحسن محمد علي حسنين - العرف المصرفي سنة 2005 / 2006 ص 141 تستند البنوك بجانب التشريعات المتعددة بحسب ما يتصل بعملها إلى العرف والعادات الاتفاقية أصول المهنة التي تحكم العمل المصرفي. وأصبحت مسؤولية البنك تقوم على فكرة مخاطر المهنة التي تستند إلى فكرة المسؤولية المهنية أو مسؤولية المحترفين نتيجة لاحترافه ووجود خبراء عديدين لديه

See also ; Frank F.K.Byamugisha , op,cit

وتبدأ إجراءات ترتيب الضمان بالتحقق من أهلية البائع للضامن⁽¹⁾، وسبب ملكيته؛ لمعرفة ما إذا كان القانون يتطلب أن يتوافر فيه شكل رسمي⁽²⁾ أم لا . وكذلك بالتحقق من صحة إجراءات تسجيل الملكية⁽³⁾. ودائما ما تطلب البنوك من الضامن إحضار ما يسمى في العمل بالشهادة السلبية⁽⁴⁾ من الشهر العقاري، والتي تبين أن العقار ما زال على ملك الضامن إلى حين عقد الضمان.

كما يجب أن يتثبت البنك بمراعاة قانون الشهر العقاري من المحررات التي يجب شهرها والتصرفات المنشئة، أو الناقلة، أو المنهية لحق عيني عقاري أصلي، والأحكام المثبتة لشيء من ذلك⁽⁵⁾. ويجب أيضا على البنك مراعاة التصرفات والأحكام النهائية الكاشفة عن حق عيني أصلي⁽⁶⁾ كحق الإرث، والمحررات المثبتة لدين عادي على المورث⁽⁷⁾، ودعاوى الطعن في التصرف واجب الشهر، ودعاوى استحقاق حق عيني عقاري أصلي، ودعاوى صحة التعاقد⁽⁸⁾ والتصرفات، والأحكام المتعلقة بالحقوق العينية التبعية⁽⁹⁾. والتصرفات المتعلقة بالحقوق الشخصية : كالإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار، إذا زادت مدتها على تسع سنوات، والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات⁽¹⁰⁾. وبالجمله، يقع على عاتق البنك مراعاة كافة الحقوق المقيدة ضد الملكية المسجلة، وإدراك كافة العيوب التي يمكن أن تصيب العقد المسجل التي يمكن أن تظهر بالكشف عنها في سجلات الشهر العقاري⁽¹¹⁾.

جاء بهذه الدراسة إن تسجيل الأرض يفيد أسواق الائتمان إذ يخفض الخطر الناتج من عدم تماثل المعلومات بين الدائن المرتهن والمدين بشأن الأرض التي تقدم كضمان. فمن التسجيل يستطيع الدائن أن يعرف كل شيء عن الأرض، والمالك لها، وينعكس ذلك في انخفاض تكلفة الإقراض. وانظر ايضا

T.G Reeday, THE LAW RELATING TO B ANIKING, Butterworths, Fifth edition 1985 (ch 6) pp 205 -215 .
See also too Ahmed Galal and Omar razzaz 2001 Op.Cit,p.43; see also Shahir Guindiop, Op.Cit,p.22 and see Thomas J. Miceli, C.F Sirmans, and Josph Kieyah ,The Demand for Land Title Registration: Theory with Evidence from Kenya , (2001) V3 N2 (275-287) American Law and Economics Review, p . 275 Retrieved 30/11/2011 from <http://aler.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/3/2/275>
Juan R. de Laiglesia ,Investment and credit effects of land titling and registration: evidence from Nicaragua . 18 November 2004 Research Committee on Development Economics (AEL), German Economic Association Retrieved 27/8/2014 from This Version is available at: <http://hdl.handle.net/10419/19803>

¹ -انظر المادتين 46 و 47 من القانون المدني.

² -انظر المادة 488 من القانون المدني والتي تنص على أن ((تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة...)).

³ -Matthew Baker, Thomas J. Miceli, and C. F.Sirmans, Optimal Title Search, January 2002, 31 (1) (Pt. 1), Journal of Legal Studies, p .139-158.

بحث في الطريقة المثالية لفحص الملكية في الولايات المتحدة الأمريكية

⁴ - يطلق عليها قانونا اسم شهادة تصرفات عقارية .

⁵ - قانون الشهر العقاري رقم 114 / 1946 المادة التاسعة.

⁶ - قانون الشهر العقاري رقم 114 / 1946 المادة العاشرة .

⁷ - نفس المرجع المادتين 13 و14.

⁸ - نفس المرجع المواد من 15 - 18.

⁹ - قانون الشهر العقاري رقم 114 / 1946 المواد من 12 - 19.

¹⁰ - نفس المرجع المادة 11.

¹¹ - السنهوري - اسباب كسب الملكية المرجع السابق ص 460 - 464 في شرح المحررات واجبة التسجيل .

وعلى الرغم من مراعاة البنك لكافة الشروط المتطلبة للضمان العقارى، إلا إنه قد يفاجأ أن العقد المسجل سند أيلولة ملكية الضامن قد شابهت بعض العيوب التي لا يمكن للبنك بأي حال أن يعرفها، ولم يكن في مقدوره معرفتها. هذه العيوب منها ما يتعلق بالنظام العام، ومنها ما لا يتعلق بالنظام العام. فإذا كان القانون المدني قد حمى البنك (كمرتهن) من العيوب التي لا تتعلق بالنظام العام (1)، متى كان حسن النية كما قدمنا، فإن العيوب التي تشوب ملكية الضامن والمتعلقة بالنظام العام (2) يثور التساؤل بشأنها عن مدى إمكانية حماية البنك منها ؟

وترجع عيوب ملكية الضامن التي تتعلق بالنظام العام إما إلى العقد المسجل باعتباره سند الملكية، وإما إلى نص القانون.

وتتمثل العيوب التي ترجع إلى العقد المسجل فى الصور التالية : عقد ملكية الضامن المزور (3)، عقد ملكية الضامن معدوم المحل (ليست حالة الملكية الصورية)(4)، عقد ملكية الضامن غير مشروع السبب (5)، عدم توافر الشكل الذي يتطلبه القانون لإجراء التصرف (6) انعدام أهلية بائع الضامن (7) ملكية الضامن مبدلة السبب (8).

وتتمثل العيوب التي ترجع إلى نص القانون فيما يلي: (9) بطلان شراء عمال القضاء لكل أو بعض الحقوق المتنازع فيها (10) وبطلان بيع الحق في تركة إنسان على قيد الحياة (11)، وبطلان بيع الوفاء الساتر لرهن (12).

وعلى الرغم من أنه من الناحية القانونية لا فرق بين عيب وآخر من العيوب المتعلقة بالنظام العام من حيث أثرها (13)، إلا إننا وجدنا أنفسنا مدفوعين إلى تحليل العيوب المتعلقة بالنظام العام والنفاد بداخلها لرؤيتها على حقيقتها في ظل أن القانون ليس إلها يسيطر على الكون ويحتويه، وقواعده أيا كانت ليست قواعد

1 - المادة 1034 مدني .

2 - الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق في أمكنه متعددة .

3- نفس المرجع ص66- 73 .

4- فقد تكفلت المادة 244 / 1 / 2 بحماية الدائن المرتهن بنصها على ما يلي " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين، والخلف الخاص، متى كانوا حسنى النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري. كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر، ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي اضر بهم."

5 - الدكتور عبد السلام ذهني التسجيل وحماية المتعاقدين والغير ط 1926 ص 60 فقرة 64

6 - الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ص 64-66

7 - نفس المرجع 62-64

8 - الدكتور عبد السلام ذهني المرجع السابق ص 58 - 59

9 - لاحظ إننا نقصر الحديث على أسباب البطلان المطلق الواردة من جهة القانون وعليه لا مجال لدراسة البطلان النسبي سواء ما يأتينا من القواعد العامة، أو من نص القانون كبطلان شراء النائب عن البائع الشيء المنوط ببيعه لنقصه وبطلان بيع ملك الغير.

10 - الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ص 100 - 111 .

11 - وتخرج هذه الحالة من الدراسة باعتبار المعيار الذي اتخذناه والعرف الجاري إتباعه من قبل البنوك في قبول الضمانة العقارية المسجلة

12 - الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ص 197- 202 .

13 - السنهوري- النظرية العامة للتزامات - نظرية العقد المرجع السابق ص 617 .

مقدسة⁽¹⁾، فلا يجب أن نخضع لها بغير مناقشة، فالقانون من أجل المجتمع وليس المجتمع من أجل القانون⁽²⁾؛ ولنرى أحق هي أم باطل، وما إذا كانت ممكنة العلاج أم لا !

والحقيقة إننا انطلقنا من السؤال الآتي، لماذا يكون لكل العيوب المتعلقة بالنظام العام ذات الأثر مع أنه لا تكليف بمستحيل ؟ وما فائدة أن يشرع القانون وسائل للعلم بما يشوب التصرفات ثم لا يعترف بآثارها في تجنب من يستعملها آثار عدم استعمالها ! وفي ظل أنه لا بد أن تكون هناك مرجعية واضحة تطمئن البنك على ما يمنحه من ائتمان، وهو ما فعلته معظم الدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية⁽³⁾ .

ومن المنطلق السابق، يمكن أن نبحت العيوب المتعلقة بالنظام العام التي تصيب العقد المسجل لملكية الضامن في مبحثين كالتالي: ندرس في المبحث الأول حالة ما إذا وجد عذر للبنك فيما وقع فيه، أو كان لا يمكنه أن يعرف ما يشوب ملكية الضامن من عيوب ونطلق عليه العيوب الخفية التي تشوب ملكية الضامنين ، وناقش هنا مدى حماية المشرع للبنك في هذه الحالات. وندرس في المبحث الثاني العيوب التي لا عذر فيها للبنك (عيوب ظاهرة أو ممكنة الظهور) ونبين فيه ما يجب على البنك معرفته أو ما يمكنه معرفته من عيوب يمكن أن تؤدي إلى زوال ملكية الضامن ونطلق عليها العيوب ممكنة الظهور التي تشوب ملكية الضامنين.

وعلى ما تقدم نقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالتالي: المطلب الأول، العيوب الخفية التي تشوب ملكية الضامنين. المطلب الثاني، العيوب ممكنة الظهور التي تشوب ملكية الضامنين.

المطلب الأول

العيوب الخفية التي تشوب ملكية الضامنين

قد تكون ملكية عميل البنك مسجلة بالشهر العقاري ومع ذلك قد يشوبها عيوب خفية تتعلق بالنظام العام لا يستطيع البنك باعتباره تاجرا أن يكشفها، أي كان الجهد الذي يبذله في هذا الصدد. وهذه العيوب لها صور متعددة يمكن حصرها فيما يلي : الملكية المزورة، الملكية معدومة المحل، الملكية الصورية⁽⁴⁾ الملكية

¹ - نفس المرجع ص 496 قد تتغير تطبيقات النظام العام فيصبح من النظام العام ما لم يكن منه ويصير مصلحة فردية ما كان قبلا من النظام العام، إذا تغير فهمنا للمصلحة العامة بتطور الحضارة .

² -الدكتور نعمان محمد خليل جمعة - أركان الظاهر كمصدر للحق ط77 ص 14 .

³ - حيث تنبت أستراليا النظام المعروف بنظام تور ينس (System Torrens) ومن بعدها العديد من البلدان. واستخدم هذا النظام كقاعدة لتسجيل الأرض في نيوزيلندا وجمهورية أيرلندا وأكثر مقاطعات كندا، وفي بعض الولايات في الولايات المتحدة الأمريكية مثل هاواي وماسوشوستس وشيكاغو والنيوز ومينسوتا وأوهايو. وشكل نظام تور ينس القاعدة لنظام التسجيل الذي تبنى في إنجلترا وويلز وبعد ذلك في أيرلندا الشمالية انظر في هذا

[Encyclopedia of Real Estate Terms](http://www.deltaalpha.com/terms/Torrens%20title.html)
<http://www.deltaalpha.com/terms/Torrens%20title.html>
[Real Property or "Torrens Title" Act 1858 \(SA\) \(text only\)](http://www.deltaalpha.com/terms/Torrens%20title.html)

⁴ - وتخرج دراسة هذه الحالة (الملكية الصورية) عن نطاق الدراسة حيث اتفق الفقه والقضاء على حماية الدائن المرتهن الذي يعتمد على عقد ملكية صوري مسجل. أنظر في ذلك السنهوري التأمينات ص 362 - 363 وأنظر المادة 244 بفقرتها وهو يذكر إذا باع شخص لآخر عقارا بعقد صوري، واحتفظ بورقه الضد وهي العقد الحقيقي الذي يثبت أن عقد الشراء الذي يوجد عند المشتري

التي تستند إلى سبب غير مشروع، ملكية الضامن مبدلة السبب. وتناول دراسة كل منها في فرع مستقل كما يلي :

الفرع الأول

عقد ملكية الضامن المزور

قد يكتشف البنك بعد حصول العميل على الائتمان أن سند ملكية الضامن المسجل مزور. ويتم التزوير بطرق⁽¹⁾ يستحيل على البنك أو أي شخص معرفتها، طالما بقي المالك الحقيقي مختفياً⁽²⁾. وقد يحدث التزوير

ليس إلا عقداً سورياً، فإن المشتري يعتبر في نظر الناس أنه قد اشترى العقار، وأنه ملكه، إذا كان قد سجل عقد الشراء. فمن يتقدم إلى هذا المشتري بحسن نية ليتعامل معه في العقار ويرتبه منه، يجب أن يحمي وإن كان أرتهن العقار من غير مالك، ولا يجوز تطبيق قواعد ملك الغير في هذه الحالة، بل اعتبار الرهن صحيحاً كأنه قد صدر من مالك .

¹ - يتم بالتزوير طرق متعددة، فقد يتم فيها الحصول على حكم بصحة ونفاذ عقد بيع، محرر بين الضامن ومالك العقار الحالي، و يسجل هذا الحكم. ويحدث أن يقدم العقار المسجل هذا كضمان لتسهيل ائتماني، ثم يفاجئ البنك بعد أن يقصر المدين الراهن في سداد الائتمان، وهو بصدد التنفيذ على الضمانة، بدعوى استحقاق ترفع عليه وعلى الضامن من المالك الحقيقي، على سند من تزوير نقل الملكية عليه، بتزوير التوقيع على عقد البيع موضوع الحكم، باستعمال توكيلات مزوره أيضاً عن المالك الحقيقي. وانظر أيضاً في طرق التزوير في الرهن العقاري في استراليا.

Rodrick, Sharon --"Forgeries, False Attestations and Impostors: Torrens System Mortgages and the Fraud Exception to Indefeasibility" [2002] DeakinLawRw 5; (2002) 7(1) Deakin Law Review 97 [Available online]. Retrieved 30/8/2014 from <http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2002/5.html>

² - ويظهر المالك الحقيقي للعقار في الغالب، عندما يقوم البنك بمباشرة إجراءات التنفيذ على العقار الضامن، وعندئذ يقوم برفع دعوى استحقاق للعقار وطلب محو وشطب الرهن المقيد على العقار. انظر في ذلك الحكم رقم 4554 لسنة 59 ق جلسه 5/6 / 2004 استئناف عالي أسكندرية (غير منشور) وتتحصل وقائع هذه القضية في أن المالك الحقيقي أقام دعواه أمام المحكمة الابتدائية بطلب (من بين طلبات أخرى) شطب شهر صحيفة الدعوى رقم 4613 لسنة 97 ومحو والغاء رقم .. بتاريخ .. ومشروعه رقم ... بتاريخ ... وقضت المحكمة له بهذا الطلب على سند من عدم إعلان صحيفة افتتاح الدعوى ورتبت على ذلك عدم انعقاد الخصومة فالثابت أن تلك الصحيفة قد اشهرت بعد اعلانها المعيب ضد متوفى. ومن ثم ، فإن شهرها والحال هذه يكون باطلاناً لبطلانها ومنعده كافة اثارها. وإذ انتهى الحكم المستأنف سديداً في ذلك، فإن المحكمة تقضى بتأييده.

وأنظر أيضاً بشأن طرق التزوير المختلفة التي درسها المؤلف من خلال قضايا عرضت عليه للاستشارة وإبداء الرأي القانوني

Brian Bucknall, **FRAUD AND FORGERY UNDER THE LAND TITLES ACT P. 6-9**
Retrieved 30/8/2014 from <http://www.eurojurislawjournal.net/>

وبينما يتطلب القانون الاسترالي صراحة لنقل الملكية، ولتقليل حالات الاحتيال شاهده شاهد على أن الموقع على سند النقل أو الرهن هو المالك، فإنه وبدلاً من أن يؤدي هذا الإشهاد وظيفته في تقليل الاحتيال وقع فيه بذاته احتيال. ومثل الشهادات المزيفة أن يشهد وكيل المرتهن بأن الراهن وقع الرهن في حضوره، وأنه معروف له شخصياً على عكس الحقيقة، أو أن يشهد أن الشخص الذي وقع

مستندات الرهن أمامه هو الراهن ويكون الراهن محتالاً منتحلاً لاسم المالك المسجل والشاهد لا يدرك ذلك. انظر بشأن ذلك

See *Scallan v Registrar-General* (1988) 12 NSWLR 514, 519. and *AGC v De Jager*, [1984] VR 483 [Available online]. Retrieved 30/11/2011 from [St Abanoub v Registrar-General \[2002\] NSWSC 615 \(12 July 2002\)](http://www.austlii.edu.au/au/other/nswsc/journals/2002/07/12jul02.html). explained that strict provisions as to proof of execution were part of the answer to predictions made by early critics of the Torrens System that proprietors would be deprived of their estates because of the opportunities for fraud and forgery that publicity of title would open up': [1984] VR 483, 497 (1984) 3 BPR 9477 *National Commercial Banking Corporation of Australia Ltd v Hedley*

Russo v Bendigo Bank Ltd & Reichman [1999] VSCA 108 (30 July 1999)[Available online]. Retrieved 30/11/2011 from <http://www.austlii.edu.au/au/cases/vic/VSCA/1999/108.html>

في الأحكام⁽¹⁾، ولا نغنى بذلك، الحصول على حكم مزور بذاته. فبالإضافة إلى ذلك، يحدث التزوير فيما لو صدر الحكم بناء على أوراق مزورة، كالحكم بإيقاع البيع⁽²⁾ أو بصحة ونفاذ عقد البيع.

ويثور التساؤل حول مدى إمكانية حماية البنك في هذه الحالة في ظل غياب النص القانوني الحاسم لحماية أيا من المرتهن أو المالك الحقيقي، وهو الأمر الذي أدى إلى اختلاف الفقه والقضاء بهذا الشأن.

ويرجع عدم اتخاذ القانون موقفا صريحا من حماية أيهما؛ لوجود مبادئ عامة تقف على قدم المساواة من ناحية وجوب عدم مخالفتها. فهناك مبدأ احترام حق الملكية الذي يحتمي به المالك الحقيقي. وهناك مبدأ حماية المصلحة العامة وهو توطيد الائتمان وتعزيزه في المجتمع⁽³⁾.

واختلف الفقهاء بشأن انحيازهم لحماية المالك الحقيقي أم البنك كدائن مرتهن. والرأي الغالب⁽⁴⁾ في جانب حماية المالك الحقيقي، وعندهم أن تزوير العقد المسجل يجعل عقد ملكية الضامن باطلا بطلانا مطلقا، ويرتبون على ذلك بقاء الملكية على ملك المالك الحقيقي وسقوط الرهن. وتتفق هذه النتيجة مع إعمال قواعد common law⁽⁵⁾ في القوانين الأنجلوأمريكية، بدون النظر للائتمان الممنوح من البنك بضمانها. وعلى الرغم من ذلك، قال بعض الفقهاء⁽⁶⁾: بحماية ائتمان البنك تأسيسا على أنه ليس من العدالة أن يفقد البنك ائتمانه وقد قام بما عليه للتثبت من صحة الملكية.

واتفق القضاء مع الرأي الغالب للفقه في ترتيبه سقوط الرهن الوارد على الملكية المزورة⁽⁷⁾. وأطلق على العقد المزور العقد المنعدم وهو ما تحقق وجوده واقعا وانعدم وجوده القانوني.

ويبدو مما تقدم أن الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء يتجه إلى أن اعتماد البنك في رهنه على عقد مسجل، أو على حكم تم تسجيل الملكية عن طريقه، غير كاف لحماية رهنه! الأمر الذي يمثل مشكلة لضمانة البنك العقارية تؤثر ولاشك على مستقبل ائتمانه. ومن ثم، يجب مناقشة تلك المشكلة للوصول إلى حل لها، خاصة في حالة عدم إمكان نسبة أي تقصير أو تزوير للبنك في ترتيب رهنه على هذا الضمان الذي ثبت

¹ - الدكتور نعمان جمعة - المرجع السابق ص 9 .

² - وقد يحدث أيضا في حكم مرسى المزاد؛ كأن يدعى إنسان على آخر بأنه مدين له بمبلغ من المال بسند مديونية مزور، ثم يحصل على حكم بإلزامه بالدين، ولا ينفذ الحكم لعدم علم المحكوم ضده به، ثم يسجل تنبيه بالحجز على ملكية المحكوم ضده المسجلة، ثم تباع الملكية في مزاد تجريه المحكمة، ويسلم العقار للراسي عليه المزاد (المادة 446مرافعات ويقوم قلم الكتاب بالنيابة عن ذوى الشأن بطلب تسجيل حكم مرسى المزاد في خلال الثلاثة أيام التالية لصدوره ، ويكون الحكم المسجل بمثابة سندا لملكية من أوقع المبيع عليه.

³ - الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ص 3

⁴ - نفس المرجع أمكنة متعددة

⁵ - Lynden Griggs, *Torrens Title in a Digital Word*, op, cit. p. 8 see also ; Brian Bucknall- op, cit.

وهو يذكر انه طبقا لقواعد إل common law لا يمكن أن يغير التزوير والاحتيايل من الحق المسجل بموجب Registry act وهو نظام الشهر الشخصي في تورنتو- كندا- فالمستندات المزورة لا يترتب عليها أي نتيجة مهما كانت.

⁶ - الدكتور شفيق شحاتة المرجع السابق فقره 100 ص 88 والدكتور عبد الباسط جمعي المرجع السابق في أمكنة متعددة

⁷ - الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ص 70 - 72

تزوير انتقال ملكيته للضامن (1)، وفي ضوء أنه ليس من العدالة ألا يجاب المالك الحقيقي للعقار لطلب محو وشطب العقد المسجل (2) على سند من أن ملكية الضامن مزورة عليه.

الفرع الثاني

عقد ملكية الضامن معدوم المحل

تبدو المشكلة حين يقوم بائع العقار ببيعه مرتين لشخصين مختلفين، فيقوم المشتري الثاني بتسجيل عقده قبل المشتري الأول (3). ويحدث أن يكون هذا العقد المسجل محل ضمان منح بسببه ائتمان. فهل نبطل العقد المسجل لكونه معدوم المحل؟ ويضيق ائتمان البنك لسبب لا يد له فيه بحجة أن هذا العقد به بطلان من النظام العام. (4).

إن الكلام عن ركن المحل في الالتزام لا تظهر أهميته إلا بالتطبيق على العقد من حيث وجوب توافر شروط معينة فيه. فقد تطلب القانون المدني أن يكون لكل التزام محل، وحدد شروطه في المواد 131-135، من حيث إنه يجب أن يكون موجودا ممكنا، معيناً أو قابل للتعيين، وقابل للتعامل فيه.

نحن هنا لسنا بصدد دراسة شروط محل العقد أو الالتزام جميعها، وإنما نقصر الكلام على شرط واحد من شروطه ألا وهو وجوب وجود المحل، وأثر عدم وجوده أصلاً. ومتى يقال أن المحل غير موجود. فنحن نناقش في الحقيقة المحل الذي يقال عنه أنه غير موجود في عقد مسجل رتب البنك عليه ضمانه.

يرى السنهوري أن اشتراط وجود الشيء يعنى أن يكون الشيء موجوداً فعلاً، وقت نشوء الالتزام، أو ممكن الوجود بعد ذلك. أما إذا قصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً، وأتضح أنه غير موجود، فالالتزام لا يقوم علم الملتزم بوجود الشيء أو لم يعلم (5). واستقر الفقه (1) على أن عدم وجود المبيع أصلاً وقت انعقاد العقد (2) يجعل البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً.

1- See this case, Vassos v. State Bank of South Australia [1993] 2 V.R. 316 at 332-3

وقيل في الحكم من أحد القضاة أن البنك يكون مسؤولاً من خلال موظفيه عن حيازة المعلومات .

2 - انظر عكس هذا الرأي الدكتور عبد السلام ذهني المرجع السابق ص 60 الدكتور عبد الباسط جمعي المرجع السابق في أماكن متعددة

3 - السنهوري أسباب كسب الملكية المرجع السابق ص 479 .

4 - هذه المشكلة قد حسمت في ظل نظام تورينس (التسجيل العيني) بأن المالك المسجل هو الذي يكتسب الحق طالما كان حسن النية. حيث أرسيت هذه الدعوى مبدأ القوة المطلقة لشهادة الملكية. انظر بشأن ذلك القضية التالية:-

Gibbs v Messer [1891] AC 248 at 254

مشار إليها في المرجع التالي

Robert S. Reid- Op.Cit <http://www.notaries.bc.ca/article.php3?8>

وهي قضية من القضايا ذات المبادئ وشائع الاستناد إليها في القضايا المماثلة وتتعلق بمن له الحق في الحصول على حق Indefeasibility وأساس أعمال هذا المبدأ. وانظر بها شرح أكثر لمبدأ المرآة والستارة اللذان يقوم عليهما نظام تورينس.

وانظر بشأنهما أيضاً المرجع التالي

Torrens Title: Compensation for Loss, December 1989 AVP H;EV GLF Registrar-General of Land v Marshall [1995] 2 NZLR 189 at 194 - 195 ; Price v Registrar General (1996) 8 BPR 15,977 <http://www.lawlink.nsw.gov.au/lrc.nsf/pages/IP6CHP5>

5- السنهوري النظرية العامة في الالتزامات نظرية العقد - المجمع العلمي العربي والأسلامي منشورات محمد الدابة بيروت لبنان ص

ونتتبع وجود المحل وعدم وجوده في عقد البيع وبشأن نقل الملكية فقط، دون الحقوق العينية الأخرى (3). فتنص المادة 932 من القانون المدني على ما يأتي ((تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد متى ورد على التصرفات والأحكام طبقاً للمادة 204 وذلك مع مراعاة النصوص الآتية)).

ويرى السنهوري أن العقد المسجل ينقل الملكية في العقار فيما بين المتعاقدين منذ انعقاده (4)، لا من وقت التسجيل. ولا ينفذ نقل الملكية في حق الغير إلا من وقت التسجيل (5). وهذا هو المفهوم بالنسبة إلى العقد في ظل التقنين المدني القديم. ونصت المادة 934 مدني على أنه، في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون الشهر العقاري. ويبين قانون الشهر العقاري التصرفات والأحكام، والسندات التي يجب شهرها، سواء كانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة للملكية، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر.

وبعد ذلك صدر قانون 114/ 1946 بتنظيم الشهر العقاري ونصت الفقرتان 2 و3 من المادة التاسعة على ما يأتي " ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ، ولا تنتقل، ولا تتغير، ولا تزول، لا بين ذوى الشأن، ولا بالنسبة إلى الغير. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من أثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن" (6). وقضت محكمة النقض بأن قانون تنظيم الشهر العقاري لم يغير من طبيعة العقد من حيث كونه من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها القانونية بمجرد توافق الطرفين، وإنما عدل فقط من آثاره بالنسبة إلى العاقدين، وغيرهم، فجعل نقل الملكية وحده غير مترتب على مجرد العقد بل متراخياً إلى ما بعد حصول التسجيل (7).

وقد سبق، وأكدت محكمة النقض على أنه ما لم يحصل التسجيل تبقى الملكية على ذمة البائع. ومن ثم، وعملاً بنص المادة 234 مدني يظل العقار المبيع باقياً ضمن أموال البائع الضامنة لالتزاماته (8). ونفهم مما تقدم، أن المشتري الثاني الذي سجل عقده من البائع لعقاره مرتين يكون هو الذي انتقلت إليه الملكية. ولا يمكن القول بأن عقده لا محل له، وأن محل الملكية موجود في العقد الأول الذي لم يسجل. وأكدت على هذا الفهم أحكام القضاء (9).

1 - نفس المرجع نفس المكان
2 - ونعني بوجود العقار المبيع وقت البيع أو المقايضة أو الهبة هو الوجود الفعلي (لا على شيء ممكن الوجود)، فذلك وحده هو العقد الناقل للملكية والذي يرد عليه التسجيل ونقل الملكية. وهو الذي يمكن أن يقبله البنك كضمان.
3 - السنهوري المرجع السابق ص 476
4 - السنهوري الوسيط حق الملكية ج 4 ط 2 المنقحه فقره 268
5 - نفس المرجع فقره 269
6 - العقود غير المسجلة لا تكون لها من أثر غير الالتزامات الشخصية بين أطرافها، والتسجيل وحده هو الذي ينشئ، وينقل الحقوق. وقد توافق بذلك قانون التسجيل المصري مع نظام تورينس في حذف المصالح غير المسجلة من حساباته، على عكس نظرة غالبية الفقه المصري للمادتين 15 و17 من قانون التسجيل المصري.
7 - نقض مدني 24 ابريل سنه 1984 مجموعه أحكام النقض السنة 35 رقم 204 ص 1073
8 - نقض مدني 24 مارس سنه 1983 مج أحكام النقض السنة 34 رقم 157 ص 742
9 - السنهوري الوسيط في أسباب كسب الملكية ج 9 م 1 هامش ص 480

وينبغي على ما سبق، أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري الذي لم يسجل عقده، فلا يستطيع هذا المشتري أن ينقل الملكية إلى مشتري منه. وقد قضت محكمة النقض بأن حق ملكية العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه إلا بالتسجيل. وبالتالي، لا يكون لهذا المشتري أن ينقل الملكية لمن اشترى منه، لأنها لا تؤول إليه هو إلا بتسجيل عقده. ولذا، فقد نصت المادة 23 من قانون الشهر العقاري على أنه لا يقبل فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية في الحق العيني إلا المحررات التي سبق شهرها. فإذا توصل المشتري إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه، رغم أن سند البائع لم يكن تم شهره، فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري مالكا، إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما للبائع الذي لم تنتقل إليه الملكية، بسبب عدم تسجيل سنده (1). وفي حكم آخر لمحكمة النقض قررت ((أن تمسك مشتري العقار بأن العقد المسجل الصادر من البائع لمشتري آخر قد داخله الغش والتواطؤ لا يجدي، إذ العبرة في المفاضلة بينهما بعد صدور قانون التسجيل هي بأسبقية التسجيل)) (2).

فإذا كان وبالبناء على ما تقدم لا توجد مشكلة يمكن أن تواجه البنك في حالة ما إذا كان العقار الضامن مقدم من المشتري الثاني الذي سجل عقده من البائع لعقاره مرتين أو أكثر (3). فمن أين يمكن أن يشكل اعتماد البنك على العقد المسجل للمشتري الثاني مشكلة؟

يمكن القول، أن مشكلة البنك في حالة اعتماده على العقد المسجل للمشتري الثاني ترجع إلى ما جاء بنصي المادتين 932 و934 (4) إذ ورد في المادة الأولى منهما، تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية، في المنقول والعقار، بالعقد.... وفي المادة الثانية، "1- في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري" وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا النص الأخير ما يلي "أما في العقار فلا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى، حتى فيما بين المتعاقدين، إلا بالتسجيل. ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة فيما بين المتعاقدين من وقت العقد (5) لا من وقت التسجيل؛ لأن سبب نقل الملكية هو العقد (6)

¹ - نقض مدني 18 نوفمبر سنة 1980 مج أحكام النقض السنة 31 ص 1919 نقلا من السنهوري نفس المرجع هامش ص 480

² - نقض مدني جلسة 13 مايو 1954 طعن رقم 156 سنة 21 ق نقلا من الدكتور نعمان جمعة المرجع السابق ص 106
³ - الدكتور سالم حماد دحدوح - الطبيعة القانونية للتسجيل واثر تخلفه في البيع العقاري رسالة دكتوراه 1997 جامعة الإسكندرية ص 90-122 وأنظر في الآثار المترتبة على عدم الشهر للتصرفات الخاضعة للشهر المادة 30 / 1 من مرسوم 4 يناير 1955 والتي تنص على أن التصرفات والأحكام القضائية الخاضعة للشهر وفقا للفقرة الأولى من المادة 28 إذا لم يتم شهرها، فإنه لا يمكن الاحتجاج بها على الأعيان الذين اكتسبوا حقا على ذات العقار ومن نفس المتصرف عندما تكون التصرفات والأحكام التي يتمسك بها الغير أسبق في شهرها. أنظر الشروط المطلوبة في الغير لكي يتمسك بقاعد عدم الاحتجاج عليه للتصرفات غير المشهورة .

⁴ - مجموعة الأعمال التحضيرية الخاصة بالمادة 934 مدني 6- ص 314 راجع السنهوري اسباب كسب الملكية المرجع السابق ص 452

⁵ - أنظر عكس ذلك المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري رقم 144 / 1946 حيث أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل

⁶ - سبب نقل الملكية بقانون تورينس هو التسجيل فالملكية بالتسجيل انظر في ذلك

" فعلى ضوء ما تقدم، إذا كان قد سبق عقد المشتري الثاني المسجل عقد آخر فإن العقد المسجل يعتبر فاقد المحل لوجوده في عقد البيع الأول⁽¹⁾. وعلى الرغم من ذلك، قضت محكمة النقض من أن الملكية تنتقل إلى المشتري من تاريخ تسجيل عقده، ولم يعد للعقد الآخر من محل يرد عليه⁽²⁾. استنادا لقانون التسجيل الذي يقرر أن نفاذ انتقال الملكية بالنسبة للغير لا يكون إلا من وقت التسجيل.

لذا، يثور التساؤل عن كيفية فض التعارض بالنسبة إلى الغير، وهل يكون ذلك بالاعتداد بتاريخ العقد، أم بتاريخ التسجيل؟ فمعنى أن يكون سبب نقل الملكية هو العقد طبقا لما تقدم، أن يكون البيع الثاني فاقد المحل. وبالعكس إذا كان سبب نقل الملكية بالتطبيق لقانون الشهر العقاري هو التسجيل، أن المشتري الثاني الذي سجل عقده يكون هو الذي انتقلت إليه الملكية⁽³⁾.

وترتيباً على ما تقدم، كان هناك تعارض في الحلول بني على تعارض بين نصوص القانون المدني، وقانون التسجيل من جهة. وبين النص الوارد في المادة 23 / 1⁽⁴⁾ من قانون إيجار الأماكن من جهة أخرى. فقد نظرت المحكمة الدستورية العليا⁽⁵⁾ بهذا الصدد الطعن بعدم دستورية نص المادة 23 / 1 من القانون 136 / 1981 وذلك فيما تضمنته من اعتبار التصرفات التالية للبيع الأول باطلة، ولو كانت مسجلة.

وتتحصل وقائع هذه القضية في أن المدعى عليها الخامسة كانت قد اشترت من مورثه المدعى عليهم في الدعوى الماثلة عقار بموجب عقد البيع الابتدائي المؤرخ في 20 / 7 / 1978 . وقام الورثة أنفسهم بعد وفاه مورثتهم وبوصفهم خلفا عاما ببيع العقار ذاته مرة ثانية إلى المدعى في الدعوى الماثلة، بموجب عقد البيع المشهر برقم 620 / 1988. مما حمل المشتري الأول على إقامة الدعوى ببطلان عقد البيع المشهر ومحو التسجيلات الخاصة به، وبصحة ونفاذ عقده. وقضى له بذلك، وطعن على هذا الحكم بالاستئناف وأثير الدفع بعدم دستورية نص المادة 23 من القانون 136 / 81 .

¹ - انظر المادة 1/23 من القانون 136 / 1981 الخاص بإيجار الأماكن.

² - انظر المادة 934 / 1 و 2 مدني والمادة 9 / 1 و 2 من قانون الشهر العقاري 114 / 1946 .

³ - وتكمن المشكلة في وقت انتقال الملكية، ففي الميراث ينص قانون الشهر العقاري على أن الملكية تنتقل إلى الورثة بتسجيل إشهار حق الإرث؛ وقضت محكمة النقض بأن الملكية في الميراث تنتقل بمجرد الوفاة. وتوضح المشكلة فيما لو باع المورث عينا ولكن المشتري منه لم يسجل عقد بيعه ثم شهر الورثة حق إرثهم وباعوا هم أيضا نفس العين إلى آخر سجل عقده. فنحن هنا ازاء حلين مختلفين لهذه المشكلة: حل يأتي من حكم محكمة النقض وهو أن البيع صحيح ولو سجل المشتري منهم هذا العقد وسبق المشتري من المورث، فيكون عقده هو الأجدر بالحماية، ويؤيده قانون الشهر العقاري في ذلك. والحل الآخر يأتي من نص المادة 23 / 1 من القانون 136 / 1981 وهي التي تبطل العقود اللاحقة للعقد الأول ولو كانت مسجلة، فبناء على هذه المادة يبطل تصرف الورثة إلى المشتري منهم، حتى لو قاموا هم بتسجيل حق إرثهم وقام المشتري منهم بتسجيل مشتراه، ولكن هل يختلف الحكم لو باعوا الورثة قبل إشهار حق إرثهم؟ طبقا لقانون التسجيل فالتصرف الأول للورثة قبل إشهار حق إرثهم تصرف غير ناقل للملكية لأن الملكية لا تنتقل إليهم إلا بتسجيل حق إرثهم، وطبقا لأحكام محكمة النقض أن الملكية في الميراث تنتقل بمجرد الوفاة، فلو باع الورثة قبل إشهار حق إرثهم كان بيعهم ناقلا للملكية.

⁴ - تنص المادة 23 / 1 من القانون رقم 136 / 1981 بشأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر على ما يلي: يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات، المالك الذي يتقاضى بأي صوره من الصور بذاته أو بالوساطة أكثر من مقدم إيجار عن ذات الوحدة، أو يؤجرها لأكثر من مستأجر، أو يبيعها لغير من تعاقد معه على شرائها. ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ، ولو كان مسجلا .

⁵ - مجلة المحاماة السنة الثالثة والسبعون عدد ديسمبر 1994 ج3 ص 86 - 89 قضية رقم 22 / 12 دستورية

وكان المدعى قد نعى على الفقرة المشار إليها أن ما تضمنته ينطوي على إهدار لأحكام القانون المدني وقانون التسجيل خاصة بعد أن صار الشهر العقاري الدعامة الأساسية التي يقوم عليها الائتمان، وإهدار إجراءاته التي توخي بها المشرع حماية الملكية الخاصة، يعتبر إخلالا بها بالمخالفة للدستور الذي كفل صونها من العدوان بنص المادة 32 منه

وانتهت المحكمة إلى أن محل الالتزام في العقود اللاحقة أضحي غير مشروع حكما - لا طبيعة - بناء على نص ناه في القانون (1)، ولا مخالفة في ذلك كله للدستور، ذلك أن النص المطعون فيه قد سرى بأثر مباشر اعتبارا من تاريخ العمل به، وتحدد مجال البطلان وفقا لأحكامه بالعقود اللاحقة التي تم بها بيع الوحدة لغير من تعاقد مع مالكها على شرائها منه أولا، وارادت البطلان إلى قاعدة أمره واقعة في النظام العام . ومتى كان ذلك، وكان نص المادة 135 من القانون المدني ينص على أنه إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام كان العقد باطلا (2)، وكان النص المطعون فيه دامغا لعدم مشروعية المحل في عقود البيع اللاحقة، مقررا بطلانها مجردا إياها من الآثار المترتبة عليها كأعمال قانونية، فإن تسجيلها يكون معدوم الأثر، لوروده على غير محل.

وفى معرض الرد على المفاضلة بين العقد اللاحق المسجل والعقد الذي سبقه قررت المحكمة: أن المفاضلة بين عقدين تغلبا لأحدهما وترجيحا لأحد المركزين القانونيين على الآخر يفترض أن هذين العقدين مستوفيان لأركانهما، ولشروط صحتها. وهو ما تخلف في تطبيق أحكام النص التشريعي المطعون عليه، ذلك أن عقد البيع اللاحق اعتبر باطلا بطلانا من النظام العام (3). وعلى ذلك، يثور التساؤل عما إذا كان الحكم سيتغير لو قام من سجل بيعه الثاني برهن الملكية ضمانا لدين عليه أو على غيره؟ ونتوقع الإجابة بلا. ومن ثم، فالأمر يمثل مشكلة للبنك مردها تعارض النصوص والحلول المترتبة على ذلك.

الفرع الثالث

1- قارن المفهوم العكسي للمادة 81 / 1 مدني وإمكانية القول أن محل العقود اللاحقة للعقد الأول خارجة عن محل التعامل بحكم القانون مع مراعاة ما جاء بمجموعة الأعمال التحضيرية السنهوري في حق الملكية ج 8 1991 ص 13 وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه لأن ذلك غير مشروع وعدم المشروعية يرجع أما إلى نص في القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام.

2- انظر المادة 132 من القانون المدني والتي تنص على أنه إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا. وكذلك المادة 135 تنص على أنه إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا .

3- عكس هذا القضاء قضت محكمة النقض حيث قررت أن الملكية لا تنتقل إلا بتسجيل عقد البيع، والعقد الذي لم يسجل ينشئ التزامات شخصية بين طرفيه، فإذا لم يسجل المشتري من المورث عقده فلا تنتقل إليه الملكية. ويبقى العقار على ملك المورث، وينتقل منه إلى ورثته. فإذا تصرف الورثة بالبيع بعد ذلك في ذات العقار، فإنهم يكونون قد تصرفوا فيما يملكون تصرفا صحيحا، وإن كان تصرفهم غير ناقل للملكية، طالما لم يتم تسجيل العقد. فعقد البيع الصادر من المورث والوارث يعتبر صحيحا، إلا أنه غير ناقل للملكية، ولا تكون له الأفضلية إلا بالتسجيل (نقض مدني 30 مارس 1983 مج أحكام النقض أسننه 34 رقم 177 صفحه 861). وفي حكم آخر قضت محكمة النقض... فإذا تصرف شخص في عقار كان مملوكا له وسبق له التصرف فيه لشخص آخر. فيختلف الحكم بحسب ما إذا كان حق الملكية السابق التصرف فيه قد انتقل قانونا إلى المتصرف له أولا أو لم ينتقل إليه. فإذا كان قد انتقل بالتصرف الأول وقع التصرف الثاني في غير ملكه. ووجب عقابه عليه بعقوبة النصب. نقض 5 / 2 / 1931 مج القواعد القانونية ج 2 ق 147 ص 225.

عقد ملكية الضامن غير مشروع السبب

قد يكون الضامن مالكا حقيقيا للعقار الضامن إلا إنه قد يشوب عقده مع بائعه عيب متعلق بالأخلاق، بأن يكون سببه غير مشروع. فقد نصت المادة 136 مدني على انه " إذ لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام كان باطلا" .

والسبب في نظر التقنين المدني هو الباعث الدافع إلى التعاقد وليس مجرد الغرض المباشر (1) وهو في نظر القضاء الباعث الدافع الموجه للملتزم في أن يلتزم. وما دامت الإرادة لا بد لها من باعث يدفعها فلا أقل من أن يكون الباعث مشروعاً. وإذا كانت بواعث الإرادة كثيرة فمنها ما قد يكون دافع أو غير دافع ومنها الرئيسي وغير الرئيسي، فالباعث يتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين وما يدفعهم من البواعث، وهو على أي حال، أمر خارج عن العقد ومعياره ذاتي (2) ويتطلب البحث في نفسية كل متعاقد على حدة، لتعدد البواعث (3). ومن ثم، يجب أن يقف القاضي على الباعث الرئيسي (4) منها. فإن كان يرمى إلى هدف غير مشروع أو غير أخلاقي بطل العقد (5)، إلا انه نظراً لأن اشتراط مشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد يمكن أن يتوصل بها أي متعاقد للتحلل من العقد وفي ذلك تهديد لاستقرار المعاملات (نقل الملكية) (6)، فإن الإبطال لعدم مشروعية الباعث الدافع للتعاقد مشروط بأن يكون الطرف الآخر على علم به، أو بإمكانه العلم به. فإذا لم يكن الأمر كذلك، لا يعتد بالباعث ويصح العقد (7). فإذا كان الباعث الذي دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث، وليس في استطاعته أن يعلم به لم يعتد بهذا الباعث كان العقد صحيحاً، حتى لا يفاجأ ببطلان العقد دون أن يعلم شيئاً عن عدم مشروعية الباعث.

وإذا كان اشتراط اتصال الطرف الآخر بالباعث غير المشروع ليس فقط لحماية استقرار المعاملات، وإنما لحماية المتعاقد الآخر، فإنه من الأولى، ألا ينطبق شرط الإبطال لعدم مشروعية السبب لعدم إمكان العلم به على المرتهن لملكية الضامن المشوبة بهذا العيب! فالمرتهن لا يعلم ولا يمكنه أن يعلم ما شاب ملكية ضامنه.

فقد يتقرر للبنك كدائن مرتهن حق بحسن على العقار الضامن وهو لا يعلم بما شاب عقد ملكية الراهن. فإذا قام من اشترى الأرض بتسجيل عقد شرائه، ورتب عليه ضماناً للبنك، وكانت الأرض قد بيعت له مقابل أن

1 - السنهوري المرجع السابق ص 185 اعتناق التقنين المدني المصري للنظرية الحديثة في السبب وهو الباعث الدافع إلى التعاقد

2 - السنهوري - الوجيز في شرح القانون المدني ج 1 نظرية الالتزام بوجه عام ط 1977 ص 169 .

3 - نفس المرجع ص 179 .

4 - فقد يكون الباعث من وراء تصرف واحد يحتمل أكثر من وجه، فمن يشتري بندقية فيحتمل أنه اشتراها للدفاع بها عن نفسه أو لارتكاب جريمة أو لأعاده بيعها، فإذا كان الثاني كان العقد باطلا .

5 - تبرع الأب لابنه بما يماثل نصيبه الذي كان سيرثه مستقبلاً، وتعهد الأبن في العقد بعدم المطالبة بالميراث في أراضي أخرى بعد وفاه الأب يعد تعاملاً في تركة مستقبلية وتبرعاً قصد به التحايل على قواعد الميراث انظر نقض مدني 29 / 11 / 1979 أحكام

النقض س 30 مج ع 3 ص 103

6 - السنهوري المرجع السابق ص 179

7 - السنهوري المرجع السابق ص 186

يختص البائع له بعدد من الطوابق بعد البناء عليها (1) بالمخالفة لقوانين البناء. فإن ملكية الضامن قد تحقق بشأنها عدم مشروعية السبب كما اشترطه القانون المصري. ومن ثم، وتطبيقاً للقواعد العامة، يترتب على ذلك سقوط الرهن وضياع الائتمان المرتب على هذه الملكية ضماناً له. هذا، على الرغم من عدم إمكانية قيام بائع الراهن بمطالبة المشتري الراهن، قانوناً، بتنفيذ التزامه غير المشروع، وعدم إمكانية علم البنك لما بين الراهن وبائعه.

وفي هذا الصدد يقرر بعض الفقهاء انه لو باع (أ) إلى (ب) عقاره ثم باع (ب) إلى (ج) أو رهنه، ثم تقرر بعد ذلك بطلان عقد البيع الأول بطلاناً مطلقاً لكون سببه غير مشروع، لما تأثر حق (ج) باعتباره مشترياً أو مرتباً ما دام حسن النية وحجته في ذلك "أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني إلا إنه لما تقرر حق للغير بحسن نية على هذا العقار، وكان لا يعلم الغير بما شاب العقد لانه خلو مما يشير إلى هذه الشائبة وجب احترام حق الغير، لأنه لو قلنا بعكس ذلك تمشياً وراء المنطق البحت لتعطلت المعاملات واضطربت العقائد القانونية وأحجم الناس عن التعامل العقاري، لأنه يجب أن يضحى المنطق البحت الجاف في مصلحة الفائدة العامة" (2).

وعلى أي حال، تكمن المشكلة في الأخذ بالمنطق القانوني البحت (3) المترتب على عدم مشروعية الباعث على التعاقد في إطار القواعد العامة، إذ أنه سيؤدي إلى فقد البنك لضمانه، حيث يترتب على عدم مشروعية سبب الملكية المرهونة بطلانها بطلاناً مطلقاً من النظام العام. ومن ثم، سقوط الرهن (4) ولا قيمة لعقد الضامن المسجل، ولا لعدم علم المرتب بعدم مشروعية السبب.

الفرع الرابع

¹ - يحدث في الواقع العملي أن يبيع أحد الأشخاص أرضه مقابل أن يجر له مشتري الأرض عقود عدد من الوحدات في طوابق مختلفة من العقار بعد بنائه مخالفاً للقانون ويكون هذا هو دافع البائع لإبرام عقد بيع الأرض مع المشتري، فإذا سجل المشتري عقده، ورتب عليه رهن للبنك. هل يمكن أن يتوصل بائع الضامن إلى إبطال هذا العقد؟ على الرغم من أن ما يطالب به المشتري يشكل تنفيذ جريمة يعاقب عليها القانون؟ فالبناء فيما يجاوز ارتفاعات الترخيص يشكل جريمة يعاقب عليها القانون بالسجن والغرامة راجع المادة 66 من القانون 119 لسنة 2009

² - الدكتور عبد السلام ذهني المرجع السابق فقرة 63 وما بعدها

³ - الدكتور عز الدين عبدالله حماية خاصة بالدائنين المرتبئين ص 73-75 إذ هو يشايح تطبيق القواعد العامة بتطرف، بدون النظر إلى مصلحة الغير حسن النية، وكأن القواعد العامة قواعد مقدسة لا يجوز خدش حيائها. وينتقد الدكتور عبد السلام ذهني فيما جاء عنه من محاولة التوصل لحماية الغير عن طريق القواعد العامة. المرجع السابق ص 60

⁴ - السنهوري - التأمينات الشخصية والعينية المرجع السابق ص 369 فإذا فرض أن الراهن كان قد اشترى العقار المرهون لسبب غير مشروع، فإن الشراء يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا ينقل ملكية العقار إلى الراهن. فإذا قرر الراهن بعد ذلك حق رهن رسمي لدائن مرتب، فإن هذا الرهن يكون باطلاً أيضاً لبطلان البيع، ولا يكون للدائن المرتب أي حق على العقار. وانظر الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ص 75 معلقاً على القول بصحة الرهن عندما يتعلق الأمر بملكية باطلة لعدم مشروعية السبب: ((لقد نسي من قال بهذا إننا بصدد مسألة تتعلق بالنظام العام، وإن فكرة النظام العام تسمو فوق كل اعتبار)) ويقصد الصعوبة العملية التي يصادفها من يتعامل بحسن نية مع المشتري بعقد باطل لعدم مشروعية سببه.

ملكية الضامن مبدلة السبب (1)

قد يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ضمانا لدين عليه أو على غيره بموجب عقد مسجل، إلا إن البنك قد يفاجئ بقيام آخر بالطعن على هذا العقد المسجل طالبا محوه وشطبه، والقضاء له بثبوت ملكيته على العقار المرهون. ويحدث أن تستجيب المحكمة لطلب المدعى بمحو العقد المسجل وشطبه، إلا أنها لا تقضى له بثبوت ملكيته للعقار، وتقضى بها لصاحب العقد المسجل على أساس التقادم، وليس استنادا إلى العقد المسجل. ويترتب على ذلك تبديل سبب ملكية الراهن للعقار المرهون. ونعرض فيما يلي لإجراءات ووقائع الطعن الذي تم فيه ما سبق سرده، ثم التعليق على الحكم الذي صدر فيها.

1 - وقائع الطعن بالنقض

تتحصل وقائع هذا الطعن في أن المطعون ضده الأول بصفته حارسا ومصفيا قضائيا على وقف... قد أقام الدعوى (2) رقم 6663 / 1979 مدني كلى ضد السيدة / (الطاعن الأول) والممثل القانوني لجمعية تعاونية لبناء المساكن (الطاعن الثاني) وآخرين، بطلب إنهاء حق الحكر وتثبيت ملكية الوقف للأرض وشطب التسجيلات الواردة عليها والتسليم. على سند من القول أن الأرض موضوع النزاع تقع ضمن ممتلكات الوقف، وأن مورث الطاعنة الأولى كان مستحكما لجزء منها بعقد رسمي، وإذ انتهى حق الحكر والمنفعة على أرض الوقف طبقا للقانون 180 / 1952 الذي ألغى الوقف على غير الخيرات، وأنهى كل حكر كان مترتبا على الأرض، فانتهى وقفها طبقا لما نصت عليه المادة 1008 / 3 من القانون المدني. وإذ تصرف الطاعنون في الأرض فيما بينهم حتى وصلت إلى الطاعن الثاني بصفته دون اعتداد بالحكر، فقد أقام الدعوى للحكم بطلباته.

دفع الطاعنان بأن الأرض المطالب بإنهاء الحكر عنها مملوكة لهما وغير موقوفة وإن كان عليها حق حكر لصالح الوقف انتهى بالتنازل عنه طبقا للقانون المذكور سلفا، وأنها في حيازتهما خلفا عن سلف منذ 1948 حتى تاريخ رفع الدعوى سنة 1979 بنية التملك. قررت المحكمة نذب خبير في الدعوى أودع تقريره وحكمت المحكمة برفض الدعوى. ولم يرتض (الوقف) المطعون ضده هذا الحكم فطعن عليه بالاستئناف (3) رقم 392 / 44 ق أسكندرية وتداول بالجلسات، وأحيلت الدعوى إلى خبراء وزارة العدل مرة أخرى وأودع التقرير في الدعوى. وقضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف وأجابت المطعون ضده (الوقف) بطلباته (4).

1- تجدر الإشارة إلى أن هذه المشكلة لم يتناولها الفقه من قبل وتوصلنا إليها مما وقع في أيدينا من الأحكام القضائية غير المنشورة

2 - انظر الحكم رقم 6663 / 1979 محكمة أسكندرية الابتدائية - قلم الحفظ المحكمة الابتدائية - غير منشور والحقيقة إننا قصدنا من تتبع هذه الدعوى منذ بداية نظرها أمام المحكمة الابتدائية ثم أمام محكمة الاستئناف ثم محكمة النقض ثم محكمة الاستئناف مرة أخرى لكي يلاحظ المطالع لهذه الدعوى في جميع مراحلها، في كم عام نظرت هذه الدعوى، فقد أقيمت الدعوى الابتدائية سنة 1979 وفصل فيها نهائيا سنة 2001 أى استغرق الفصل في هذه الدعوى أكثر من اثنتا عشرة سنة. فلو فرض وكان هناك رهنا على هذه الملكية لاعتبر في عداد الديون المدومة.

3 - انظر الحكم رقم 392 / 44 ق محكمة استئناف أسكندرية جلسة 11 / 11 / 1993 (قبل النقض) - محفوظ قلم حفظ محكمة استئناف أسكندرية - غير منشور

4- وانظر عكس هذا القضاء تطبيق نظام تورينس من خلال النصوص والإحكام التالية :-

طعن الطاعنان في هذا الحكم بطريق النقض وأودعت النيابة مذكرة أيدت الرأي بنقضه وكان الطاعنان قد نعي على الحكم المطعون فيه أنه استند في قضائه بتثبيت ملكية أرض النزاع للوقف على ما استخلصه من تقرير الخبير من أنها، أي الأرض، تدخل ضمن الوقف طبقاً للحجة الشرعية⁽¹⁾ وإنها كانت محكرة لمورث المطعون ضدهم وانتهى تحكيرها طبقاً للمادة 1008 مدني والمادتين الثانية والسابعة من المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات. ولم يعتد الحكم المطعون عليه بما تمسك به الطاعنان (من بين أسباب أخرى) من أن حيازتهما لأرض النزاع استمرت بغير انقطاع وبنية التملك خلفاً لأسلفهما منذ 1948 استناداً لعقود شرائهم المسجلة التي لم يرد فيها ثمة إشارة للوقف أو الحكر المدعى به، فاكتسبا ملكيتها بالتقادم، ولم يسبق للمطعون ضدهم منازعة الطاعنين في وضع يدهم هم وإسلافهم على الأرض موضوع النزاع.

قضت محكمة النقض بنقض الحكم⁽²⁾. وجاء في حيثيات حكمها أنه وإن كان صحيحاً بصدور المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 تم إنهاء الوقف على غير الخيرات بتاريخ 14 / 9 / 1952 فإن الأحكام القائمة على الأراضي التي كانت موقوفة وفقاً لأهلها تكون قد انتهت بزوال صفة هذا الوقف، ويتعين على المستحكر تبعاً لذلك أن يرد الأرض التي تحت يده. إلا إذا أهمل المستحقون المطالبة بها وكسبها أحد بوضع يده عليها وضعا مستوفياً لجميع الشروط المقررة قانوناً لاكتساب ملكيتها بوضع اليد صارت له. ومن ثم، كان ينبغي على محكمة الاستئناف بحث ملكية الطاعن بطريق التقادم، وحيث إنها لم تفعل فإن حكمها يكون مستحقاً للنقض. وأعيدت الدعوى لمحكمة استئناف إسكندرية بدائرة أخرى⁽³⁾، وقضت بثبوت الملكية للطاعنين بالتقادم. وتم شطب العقود المسجلة على الأرض ومحوها.

2 - التعليق على الحكم

See a case *Breskvar v Wall* (1971) 126 CLR 376

See also; *Duran v. IAC*, 138 SCRA 489, 495 (1985).

the High Court in *Breskvar v Wall* (1971) 46 ALJR68. [http://www.austlii.edu.au/cgi-](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/journals/OUTLJJ/2001/6.html?query=%5e+torrens+system - fn9#fn9)

[bin/disp.pl/au/journals/OUTLJJ/2001/6.html?query=%5e+torrens+system - fn9#fn9](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/journals/OUTLJJ/2001/6.html?query=%5e+torrens+system - fn9#fn9) says: "[it is] not a system of registration of title -" but a system of title by registration Torrens Title is a system of title based on registration. The registered proprietor holds the land subject to interests, or other rights, recorded in the register but free from all other interests. This is called 'indefeasibility of title'." See for that Gibson and Fraser Business Law 2005 2e-ch -31

http://wps.pearsoned.com.au/au_be_gibson_bizlaw_2/0,9957,1788595-,00.html

و انظر أيضا النصوص التالية

Two essential sections to the various Torrens legislation throughout the Australasian jurisdictions are that the estate of the registered proprietor is paramount and the certificate of title is conclusive evidence of the registered proprietor's title (Victoria, 1958: ss 42(1) and 41; New South Wales, 1900: ss 42(1) and 40(1); Australian Capital Territory, 1925: ss 58 and 57; Western Australia, 1893: ss 68 and 63; Queensland, 1994: ss 37, 38, 46, and 184; South Australia, 1886: ss 69, 70, and 80; Northern Territory: ss 69, 70, and 80; Tasmania, 1980: ss 39 and 40; New Zealand, 1952: ss 62, 64, 75, and 78).

¹ - انظر المادة 970 مدني معدلة بالقانون 55 لسنة 1970 الجريدة الرسمية في 13 / 8 / 1970 انظر أيضا السنهوري الوسيط في أسباب كسب الملكية المرجع السابق ص 1005

² - انظر الحكم رقم 2976 / 63 ق جلسة 18 / 3 / 2001 نقض مدني غير منشور .

³ - انظر الحكم رقم 392 / 44 ق محكمة استئناف أسكندرية جلسة 12 / 12 / 2001 بعد النقض - محفوظ قلم حفظ محكمة استئناف أسكندرية - غير منشور

الفرض الأول :- وهو المعروف على المحكمة. فبينما قضت المحكمة بشطب ومحو العقد المسجل إلا أنها لم تحكم بثبوت الملكية للمدعى، وثبتت الملكية للمدعى عليه بسبب التقادم ، وليس بسبب العقد المسجل. تأسيسا على اكتمال المدة القانونية الطويلة لوضع يدهما على الارض بنية التملك، واساس ذلك هو قيام قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك بمضى المدة الطويلة لدى واضع اليد⁽¹⁾. ولذا، يثور التساؤل عن مصير الرهن المرتب للبنك على العين المرهونة في العقد المسجل المحكوم بشطبه ومحوه. هل ينتقل الرهن آليا إلى ذات العين المملوكة للراهن وفقا للسبب الجديد ؟ الإجابة بالطبع لا . وإذا كان حكم ثبوت الملكية بالتقادم لا بد من تسجيله⁽²⁾. فما مصير الرهن في المدة مابين الحكم وحتى تسجيله ؟ أو حتى ما مصير الرهن لو عزف المحكوم له عن تسجيل هذا الحكم ؟ أليس في هذا قضاء على رهن البنك حسن النية بسبب لا يد له فيه !. وقد يضيع مطلقا إذ لم يسع المحكوم له بتسجيل حكمه بالسبب الجديد. لذا، فالبنك المرتهن بشأن تبديل سبب ملكية الراهن ازاء مشكلة حقيقية⁽³⁾.

الفرض الثاني :- فيما لو لم تكتمل مدة التقادم لدى المدعى عليه (المدين الراهن) وليس لديه سندا للملكية إلا العقد مسجل. لا شك أنه في هذه الحالة أن حكمها سيتغير لصالح المطعون ضده (الوقف)، وتقضى فوق شطب ومحو العقد المسجل بثبوت ملكيتهم للأرض محل النزاع. ومن ثم، تسقط الرهون فيما لو كانت مرتبة فوق هذه الملكية المسجلة، على الرغم من حسن نية المدعى عليه (المدين الراهن). إذ أنه لم يرد في العقود المسجلة السابقة أي إشارة لحق المطعون ضده ومن بعده، توافر حسن نية البنك فيما رتبته من ضمانه على هذه الملكية.

ولذلك، فإن هذا الوضع لا يساعد على اطمئنان البنك على ائتمانه ؟ برغم أن هذا السبب من أسباب زوال الملكية، لا يمكن أن يكتشفه المرتهن، مهما بذل من جهد، والقول بعكس ذلك معناه إلزامه بما لا يطبق مما يجعله يعزف عن منح ائتمانه.

المطلب الثاني

العيوب ممكنة الظهور التي تشوب ملكية الضامنين

نقصد بعيوب الملكية ممكنة الظهور المتعلقة بالنظام العام كل العيوب التي يمكن للبنك بوصفه تاجرا محترفا⁽⁴⁾ أن يكتشفها لو بذل جهدا في هذا الصدد⁽¹⁾. وهذه العيوب يمكن حصرها فيما يلي : إنعدام أهلية

1 - نقض مدني 26 / 10 / 1961 س 12 ص 614

2 - انظر الدكتور عدلي أمير خالد- اكتساب الملكية العقارية بالحيازة - رسالة دكتوراه ص 345 ملكية العقار بالتقادم لا تنتقل إلا إذا سجل الحكم الصادر بثبوت الملكية وانظر المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري رقم 114 / 1946

3 - راجع الدكتور عبد السلام ذهني المرجع السابق ص 83 ويقرر بأنه إذا رجعنا إلى المنطق البحث قلنا إن الحكم ناف للملكية لدى البائع، وعلى ذلك لا يملك المشتري، مادام قد اشترى من غير مالك. أما إذا رجعنا إلى قواعد التسجيل، والأصول المقررة من حيث العلانية والإشهار فإنه يجب ترك المنطق جانبا، ويجب الأخذ بقواعد التسجيل وأحكامه. وراجع بتفصيل أكثر الدكتور عبد السلام ذهني في إثبات الالتزامات ج2 ص 246- 276

Maura B. O Connor Op.cit

4 - انظر في العناية اللازمة في فحص صفقات العقارات

حيث أصبحت هناك أشكال منظمة تقوم بعملية بحث الملكيات وما يتقلها من أعباء وتمنح شهادات بضمان صحة مستندات الملكية.

بائع الضامن (2) افتقاد الرسمية لملكية بائع الضامن (3) بطلان ملكية الراهن بنص القانون بمراعاة صفة الراهن فقد يكون مشتريا وفانيا (4) وقد يكون من عمال القضاء (5) أو مالك في تركة إنسان على قيد الحياة (6). وبتناولها بالدراسة في ظل أنه لا قداسة لنصوص القانون.

الفرع الأول

انعدام الأهلية لبائع الضامن

حدد القانون (7) حالات انعدام الأهلية: وهي فقد التمييز لصغر السن، أو عته أو جنون.

ويرجع انعدام الأهلية لصغر السن إلى عدم بلوغ الشخص السابعة من عمره (8). فالصبي غير المميز لا يملك أهلية التصرف، وما ينسب إليه من تصرفات تكون باطلة بطلانا مطلقا. وكذلك تصرفات وليه، أو وصيه، التي لم ترع بشأنها شرط صحتها وهو الحصول على إذن المحكمة في شأن بيع أو رهن مال القاصر (9)، إذ أن الوصي أو الولي لا يحق لهما رهن عقار القاصر بأي حال من الأحوال (10)، فيقع رهن الولي أو الوصي على عقار الصبي المميز أو غير المميز باطلا، ولن يقبله البنك وإتيانه عملا غير ذلك يثير مسؤوليته، ويتسبب في فقد ضمانه بحق، لأن التصرف ظاهرالبطلان. فماذا لو تصرف الولي أو الوصي - احتيالا وتزويرا - في عقار القاصر، لنفسه، أو لزوجه، أو لأحد أقربائه مدعيا أن لديه إذن محكمة يبيح له إجراء مثل هذا التصرف على غير الحقيقة؟ ماذا يحدث لو أن الولي أو الوصي سجل عقده وقدمه كضمان لقرض. أو أنه تصرف في الملكية التي آلت إليه وقام المتصرف إليه برهن هذا العقار للبنك. هل يقال بسقوط الضمان وببقاء

1 - وهذه لا يجب حماية البنك منها لأنه قصر في حماية نفسه بإهماله كونه تاجرا متخصصا، حتى لو كان حسن النية. وهذا هو المعقول، إذ انه لا يجب مكافأة المهمل على إهماله. كما أن حسن النية في أحد مفرداتها تعني معقولية التصرف الذي يوصف بهذا الوصف. انظر في المعقولية كأحد مكونات حسن النية في القانون الاسترالي

Matthew Harper, The Implied Duty of "Good Faith" in Australian Contract Law - (September 2004), Volume 11, Number 3 E LAW | Murdoch University Electronic Journal of Law, p.3
http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v11n3/harper113_text.html

2 - الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ص 63 - 64

3 - نفس المرجع ص 65

4 - الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ص 197

5 - انظر الدكتور رمضان أبو السعود عقد البيع سنة 1978 ص 97-106 الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ص 100 - 102

6 - الدكتور عز الدين عبدالله نفس المرجع ص 74 وانظر المادة 131 مدني /2 التعامل في تركه إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون

7 - انظر المادة 1/45 /2 لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن أو عته أو جنون وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد للتمييز.

8 - انظر المادة 110 من التقنين المدني على أنه ((ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة)) والصبي المميز أو غير المميز ليس له أهلية التبرع ويقع تصرفهم هذا باطلا، لأنه ضار ضررا محضا. أما بالنسبة إلى أهلية الإدارة وأهلية التصرف فلا يملكها الصبي المميز. ويباشرها أو يجيزه فيها عنه وليه أو وصيه في حدود أحكام المواد 1 و6 و 15 و 50 من قانون الولاية على المال .

9 - انظر المواد 1 و6 و 15 و 50 من قانون الولاية على المال، وجميعها تضع قيد على تصرفات الولي أو الوصي في مال القاصر غير المميز وهو إذن المحكمة

10 - انظر المادة 6 من قانون الولاية على المال ((لا يجوز للولي أن يرهن عقار القاصر في دين على نفسه)) .

الملكية على ملك القاصر! برغم أن البنك قام بالعناية اللازمة للثبوت من أن الراهن هو المالك، وهو الذي يظهر اسمه في العقد المسجل.

كما يرجع انعدام الأهلية: إلى عاهة في العقل كالجنون، أو العته، وهي تعدم الإرادة وتجعل تصرف أيهما باطلا (1). وقد تظهر حالة الجنون أو العته لدى بائع الضامن، وقد لا تظهر عند إبرام العقد المسجل. ولا يمكن أن يعرفها البنك. وليس أمامه لمعرفة ذلك سوى تسجيل قرار حجر ضد بائع الضامن. ففي حالة تسجيل قرار الحجر عليه تقع جميع تصرفات المجنون أو المعتوه باطلة. أما إذا تصرف المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر عليه تكون تصرفاته أيضا باطلة، إذا شاعت حالة الجنون أو كان الطرف الآخر على بينة منها. ويثور التساؤل عما إذا توصل الغير أو الضامن إلى تسجيل عقد الشراء من المجنون، ورتب عليه رهنا لدين اقترضه، ولم يكن هناك ما يشير إلى حالة بائع الضامن. هل يبطل التصرف الحاصل بين المجنون أو المعتوه (2) والضامن العقاري؟ وبالتالي يسقط ضمان البنك ظلما لسبب لا يد له فيه.

الفرع الثاني

افتقار الرسمية لملكية بائع الضامن

إذا كان الأصل أن العقود تتم بمجرد التراضي، فإن هناك عقودا يجب لتمامها فوق ذلك اتباع شكل مخصوص يعينه القانون فقد نصت المادة 488 / 1 مدني على أنه " تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقدا آخر "

وقد تكون ملكية الضامن العقاري قد ألت إلى الضامن عن طريق الهبة. فإذا لم تفرغ هذه الهبة في الشكل المطلوب فهي هبة غير موجودة ووقعت باطلة بنص القانون، وأما إذا وقعت هبة العقار في ورقة رسمية ولكنها لم تسجل، فإنها هبة موجودة، ولكنها لا تنقل الملكية ولا يحتج بها على الغير.

¹ - انظر نص المادة 114 مدني على انه " يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجرأما إذا صدر التصرف قبل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الأخر على بينة منها"

² - الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ص 63 جاء في كتاب الاهلية وعوارضها للشيخ أحمد إبراهيم بك " وكذلك يكون معتوها إذا مسه ضعف في عقله بسبب شيخوخته أو حادث ألم به فاضعف إداركه وأثر في مخه. والمعتوه نوعان مميز وغير مميز . وحكمه أنه إن كان في إداركه كالصبي المميز فحكمه حكم الصبي المميز، وإن كان دون ذلك فأحكامه أحكام الصبي غير المميز . وأحكام هذا أن تهدر أقواله كلها ولايلزم بأى شيء التزم به لأن عبارته غير معتبرة شرعا وكل التزاماته باطلة حتى لو ان تصرفه نافعا له نفعا محضا كقبوله الهبة والصدقة ، فلا نصيب له إلا البطلان"

فلو أن (أ) وهب لابنه (ب) عقار بعقد عرفى سجل فى 10 ابريل سنة 1911 ثم باع (أ) حزة من ذات العقار إلى (ج) بعقد عرفى سجل فى 4 مايو سنة 1912 ، وكان (ب) رهن ما آل إليه هبة إلى (ع) وحدث أن تأخر (ب) فى الوفاء لدائنة فبدأ (ع) باتخاذ اجراءات التنفيذ على العقار، فأقام (ج) دعوى باستحقاق العقار الذى آل إليه بالشراء من (أ) ، فمن سيقضى لصالحه فى هذا النزاع المرتهن أم من أقام دعوى الاستحقاق؟ حاصل الأمر هنا أن الرهن الذى قرره (ب) لصالح (ع) باطل لصدوره من غير مالك ما دام أن (ب) لم يكسب ملكية العقار من (أ) لصدور الهبة من هذا الأخير بعقد عرفى ، وبالتالي لا تجوز المفاضلة بين عقدين أحدهما صحيح والأخر باطل بطلانا مطلقا على أساس الأسبقية فى التسجيل أو القيد (1).

والمسألة لا تبدو فى كل حين بسيطة فى الواقع العملي فلو أن سند الرهن المسجل تم عن طريق الهبة، ولم تراعى بشأنه الورقة الرسمية لكانت المسألة سهلة بسيطة، فيستطيع من يطالع العقد المسجل أن يعرف أنه باطل ويتحمل وحده مسألة سقوط رهنه، فيما لو رتبته على مثل هذا العقد. ولكن تبدو المشكلة مركبة ومعقدة فى الواقع العملي. ونشير هنا، مسألة البيع الذى يخفى هبة. فلو أن (أ) وهب عقاره لـ (ب) وتم هذا فى الظاهر بعقد بيع ذكر فيه ثمن للمبيع، ولكنه لم يكن حقيقيا وسجل المتصرف إليه عقده، ورتب عليه رهنا ضمنا لدين عليه أو على غيره إلى البنك (ج). فإذا أقيمت بعد ذلك دعوى ببطلان التصرف الذى آل بموجبه العقار للضامن من (أ) ضد (ب) المتصرف اليه (الضامن) وتم التوصل إلى إثبات حقيقة التصرف وكونه هبة لم تجر فى الشكل الذى يتطلبه القانون، فإنه حتما سيقضى له ببطلان تصرفه، وسيترتب عليه بطلان عقد الضامن وعودة العقار إلى مستحقيه خاليا من دين الرهن وبالتالي تسقط الرهون وهو ما قد يمثل مشكلة حقيقية للبنك.

الفرع الثالث

بطلان ملكية الضامن بنص القانون (2)

تتمثل العيوب الممكنة الظهور بالعقد المسجل فيما يلي: 1- ملكية عمال القضاء للحقوق المتنازع فيها
2- ملكية الضامن المشتري وفائيا 3- ملكية الضامن فى تركة إنسان على قيد الحياة. وفى هذه الحالات قد يكون أو لا يكون هناك ما يرشد البنك إلى احتمال بطلان عقد مدينه الرهن، على الرغم من مراعاته صفة الرهن، وطبيعة العلاقة بين مدينه الرهن والمتعاقد معه. ونتناول هذه الحالات كالتالى

أولاً- بطلان ملكية عمال القضاء للحقوق المتنازع فيها (3)

1 - الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ص 66

2- نص القانون على حالات تكون فيها ملكية الرهن باطلة بطلانا نسبيا وتخرج عن مجال دراستنا وهما حالتا شراء النائب عن البائع الشيء المنوط ببيعه لنفسه، وبطلان بيع ملك الغير. فقد استقر الفقه بشأنهما على اعتبار البطلان فيهما بطلانا نسبيا، وتكفلت المادة 1043مدنى بحماية الدائن المرتهن فى هذا الحالة. ولكوننا نبحت المشاكل التي لم يتطرق القانون إلى حماية البنك فيها إذا وقعت ، وكان البطلان فيها من النظام العام.

3 - انظر المادة 469 / 2 ويعتبر الحق متنازع فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدي. وانظر بتفصيل أكثر فى بيان الحق المتنازع فيه دكتور رمضان أبو السعود - عقد البيع ط 1987 ص 62

فلو رهن أحد عمال القضاء (1) عقار لضمان دين عليه أو على غيره نفرق بين حالتين: الأولى، حينما يكون قد اشتراه ولم يكن فيه نزاع. والحالة الثانية، شراؤه للعقار وهو متنازع عليه. ففي الحالة الأولى، لا تبدو هناك مشكلة للبنك. وفي الحالة الثانية، لا تبدو هناك مشكلة أيضا، فيما لو لم يقر برهن هذا العقار. وتبدأ المشكلة بدخول شخص ثالث على الملكية كالبنك في العلاقة بين المدعى والمدعى عليه. والسؤال الذي يطرح نفسه، هل حظر القانون على عمال القضاء شراء العقارات بشكل مطلق؟ وهل حظر عليهم القانون تقديم هذه العقارات كضمان؟.

فإذا كان الحظر فقط في شرائهم الحقوق المتنازع فيها، فإن المشكلة تكمن في مدى إمكانية علم البنك بأن العقار المقدم له كضمان كان محل منازعة حينما اشتراه الراهن أو حينما انتقل إلى خلفه العام، خاصة إذا خلت السجلات من أي دعوى، أو حق مقيد ضد ملكيته. فإذا أثير النزاع حول عقد الضامن بسبب أنه من عمال القضاء، وأنه اشترى العقار الضامن هو متنازعا عليه، أيحكم بالبطلان على الرغم من عدم إمكانية العلم بحقيقة وضع الملكية عندما اشتراها الضامن؟ ويسقط الرهن لكون البطلان هنا من النظام العام!

ثانيا - بطلان ملكية الضامن المشتري وفائيا (2)

لو أن شخصا اشترى عقارا من آخر وفاء، وكان العقد في حقيقته رهنا. فإنه يبطل كبيع وفائي ويسقط تبعا لذلك الرهن الذي رتبته المشتري للغير، ولو كان هذا الأخير حسن النية(3). ولما كان من المعلوم أن المشتري وفاء يجوز له أن يباشر على العقار كافة أعمال الإدارة والتصرف، ومنها الرهن، وتكون هذه وتلك معلقة على نتيجة الشرط المعلقة عليه ملكيته فالمسألة فيها فرضان :

الفرض الأول: ظهور الشرط المعلقة عليه ملكية المشتري بوروده في عقد البيع. وفي هذه الحالة، إذا رتب البنك رهنا على هذه الملكية يتحمل عواقب نتيجة علمه بالشرط، ولا حماية للبنك، ولا يمكن القول بتوافر حسن النية في جانبه.

الفرض الثاني: عدم ظهور الشرط المعلقة عليه ملكية المشتري الراهن حال كونه لم يذكر في عقد البيع. فإذا سجل هذا المشتري عقده وقدم ملكيته ضمنا في دين عليه، أو على غيره، وتوصل بعد ذلك البائع إلى إثبات أن سند ملكية الراهن كان بيعا وفائيا أخفى رهنا. هل نبطل ملكية الضامن ويسقط رهن البنك لكون البطلان هنا من النظام العام؟

ثالثا - بطلان ملكية الضامن في تركة إنسان على قيد الحياة

1 - انظر المادة 471 مدني والتي تنص على أنه لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله وبعضه.....

2- تنص المادة 465 مدني على أنه إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع مدة معينة وقع البيع باطلا .

3 - انظر الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ص 197 وما بعدها

فإذا باع أب حال حياته أرضاً لأحد أولاده بثمن صوري على أن يتعهد بعدم المطالبة بنصيبه في الميراث في أرضى أخرى. فمما لا شك فيه أن هذا التعامل يندرج في التعامل على تركة مستقبلية، وهو باطل بطلاناً مطلقاً بنص القانون (1). والمسألة فيها فرضان :-

الفرض الأول : ظهور تعهد الأبن بعدم المطالبة بنصيبه في الميراث بوروده في عقد البيع. وفي هذه الحالة، إذا سجل الابن هذا العقد واعتمد البنك عليه ومنح ائتمانه بضمانه، فالحكم ببطلان هذا العقد يترتب عليه حتماً سقوط الرهن ومن ثم ضياع الائتمان. وذلك، لأنه كان من المفروض علي البنك أن يعلم أن عقد الضامن باطل بطلاناً مطلقاً من النظام العام، ولا افتراض لتوفر حسن النية في جانبه.

الفرض الثاني : عدم ظهور تعهد الأبن بعدم المطالبة بنصيبه في الميراث، كونه لم يذكر في عقد البيع. وفي هذه الحالة، إذا سجل هذا العقد ومنح بسببه ائتمان. هل نعامل ملكية الضامن هنا كالملكية الصورية ويحمى البنك كدائن مرتهن، ويعتبر الرهن وكأنه صدر من مالك أم نقول أن هذه الحالة تتعلق بالبطلان المطلق بنص القانون ولا يجوز أن يحمى رهن البنك في هذه الحالة.

وإجمالاً يبدو أن بطلان الملكية بطلاناً مطلقاً من النظام العام، برغم العقد المسجل، تجد سببها في تناول تفسير النصوص الحاكمة لتلك المسائل بعيداً عن قانون التسجيل الذي من المفروض أن يكون كالمرآة لكافة الحقوق التي ترد على الملكية. فإذا لم يكن كذلك، فذلك عيب فيه تجب معالجته حتى يكون مرجعية حاسمة في حق الملكية والحقوق التي ترد عليه. وهو ما سوف يجنبنا حالات البطلان الكثيرة التي يمكن أن يتعرض لها الضمان العقاري للبنك، تمهيداً لإقرار فاعليته، بما لها من أثر إيجابي على الحياة الاقتصادية.

المبحث الثاني

مشكلة الحماية القانونية لملكية الضمان العقاري

رأينا أن القانون لم يحمى البنك كدائن مرتهن في كل الأحوال، فقد اتفق جانب كبير من الفقهاء مع القضاء على أن نص المادة 1034 مدني لا تحمي البنك المرتهن عندما يتعلق الأمر بالبطلان المطلق لعقد ملكية الراهن لتعلقه بالنظام العام (2). وتبين على الجانب الآخر، أنه من الظلم وعدم العدالة أن يسقط رهن البنك نتيجة لعيب لا يد له فيه، ولم يكن في مقدوره التعرف عليه، ولو بذل الجهد في هذا الصدد لاعتماده على العقد المسجل (3).

¹ - انظر المادة 131 مدني /2/ التعامل في تركه إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها القانون .

² - الدكتور نعمان جمعه المرجع السابق ص 14 ويذكر أن تفضيل مصلحة الغير حسن النية يعني إهدار حق الملكية الذي هو محل احترام النظام القانوني والذي يعتبره حقاً دائماً مطلقاً، وأن المساس بالملكية الخاصة لا يكون إلا للمنفعة العامة، وبعد دفع تعويض عادل. ويمثل هذا الرأي التيار الكلاسيكي الفردي الذي يقيم النظام القانوني، على أساس نشاط الفرد، ومصالحه وحقوقه المكتسبة.

³ - نفس المرجع ص 15

وعلى الرغم من أن المادة 1034 مدني كان يمكن أن تكون أساسا جيدا لحماية الدائن المرتهن في حالات زوال الملكية أو حالات انعدام الملكية، فإن تدخل القواعد العامة حدد فعاليتها بحالات زوال الملكية فقط. وعلى الرغم من أن البنك يعتمد على قانون الشهر العقاري في قبوله الملكية كضمان للائتمان المصرفي ، فإن هذا لم يجد نفعاً في حمايته في حالات انعدام الملكية. من هنا، تبرز مشكلة الحماية القانونية لملكية الضمان العقاري.

وعلى ما تقدم نعرض لمدى فاعلية القانون المدني في حماية ملكية الضمان العقاري في ضوء المادة 1034 مدني. ثم لمشكلة الحماية القانونية لملكية الضمان العقاري بقانون التسجيل، والمواد المدنية المرتبطة به، وذلك في مطلبين كالتالي:- المطلب الأول، مدى فاعلية القانون المدني في حماية ملكية الضمان العقاري. المطلب الثاني، مدى فاعلية قانون التسجيل في حماية ملكية الضمان العقاري.

المطلب الأول

مدى فاعلية القانون المدني في حماية ملكية الضمان العقاري

اختلف الفقهاء حول مدى تطبيق نص المادة 1034 مدني، فمنهم من رأى أن هذه المادة تقتصر فقط على حماية المرتهن حسن النية في حالات زوال الملكية، ومنهم من رأى أن حماية النص تتجاوز ذلك إلى حماية الدائن المرتهن حتى في حالات انعدام الملكية لدى الراهن. ويرجع اختلاف الفقهاء إما إلى تحقيق العدل للمالك الحقيقي بتطبيق القواعد العامة، وإما إلى تصحيح الرهن الصادر من غير مالك عدالة لصالح الدائن المرتهن حسن النية استثناء، بما يترتب عليه من أثر على المالك الحقيقي. وترتيباً على هذا الاختلاف حول مدى تطبيق هذه المادة ظهرت نسبية فاعلية الضمان العقاري لحماية الائتمان. لذا، سنرصد موقف الفقه من حماية ملكية الضمان العقاري على ضوء نص المادة 1034 في مطلب أول، ثم نحاول تأصيل حماية ائتمان البنك في ضوء هذه المادة في مطلب ثان.

الفرع الأول

موقف الفقه من حماية ملكية الضمان العقاري على ضوء المادة 1034 مدني

على الرغم من استقرار الفقه⁽¹⁾ على حماية الدائن المرتهن عندما يكون حسن النية في حالات زوال الملكية لدى الراهن، تطبيقاً لنص المادة 1034 مدني⁽²⁾ التي يعتبرها استثناءاً من القواعد العامة، والتي

¹ - راجع الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق والدكتور سمير عبد السيد تناغو التأمينات الشخصية والعينية ط 1985 لمرجع السابق والسنهوري ج10 المرجع السابق.

² - نص المادة 1034 مدني ((يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن)) وهذه المادة تواجه حالة المرتهن حسن النية الذي قيد رهنه، ثم بعد ذلك حكم بزوال ملكية الراهن بأثر رجعي، وكان شهر الدعوى أو الحكم الصادر فيها تالياً لقيد الرهن. وانظر في شروط تطبيق هذه المادة السنهوري التأمينات الشخصية والعينية المرجع السابق ص 369-374

تقضى في هذه الحالات ببقاء الرهن واستقراره (1)؛ وكذلك استقراره على استبعاد تطبيق المادة المذكورة على حالات انعدام الملكية لدى الراهن، إلا أنه تطلب شرطا لانطباق حماية هذا النص على الدائن المرتهن في حالات زوال الملكية، وهو أن يكون الراهن مالك، وهو الشرط الفارق بين حماية هذه المادة لحالات زوال الملكية، وحالات انعدام الملكية (2).

وإذ تتساوى آثار حالات زوال الملكية وحالات انعدام الملكية من ناحية تطبيق القواعد العامة كما قصد النص. فالنص يحمي المرتهن (البنك) حسن النية في حالة الحكم بزوال الملكية فعلا، بالحد من الأثر الرجعي، إذ يمر السند الباطل بطلانا نسبيا بمرحلتين: المرحلة الأولى هي مرحلة الصحة، والمرحلة الثانية، هي مرحلة البطلان، وفي هذه المرحلة الأخيرة يكون هو والبطلان المطلق سواء بسواء، فلا يولد أيهما أثرا (3). فإذا كانت الملكية المهدة بالزوال عند القضاء بزوالها عن المدين الراهن يصير حكم سندها حكم سند الراهن منعدم الملكية (4)، فإن هذا السند المهده بالزوال وتطبيقا للقواعد العامة لا يولد أثرا كالسند المنعدم عند الحكم عليه بالبطلان. ومن ثم، تكون الملكية المهدة بالزوال كالملكية المنعومة لدى الراهن.

ونحن من هذا المنطلق نعتقد أن المادة 1034 مدني قد جاءت من أجل حماية الدائن المرتهن بشكل مطلق من أثر تطبيق القواعد العامة، ونسلم بأن هذه المادة استثناءا عليها. فتطبيق القواعد العامة على كلا الملكيتين المهدة بالزوال والمنعومة (5) يعود بهما إلى نقطة البداية وكأن الراهن لم يمتلك شيئا من الأصل (6). فإذا تساوت الآثار بأن كان أثر الملكية المعدومة لدى الراهن هو نفس أثر الملكية المهدة بالزوال لديه. وكانت هناك وحدة الهدف وهو حماية الغير ووحدة العلة وهي حسن نية الغير، والذي هو شرط وجود هذه

1- وهو الاتجاه الغالب في الفقه وهو يرى أن نص المادة 1034 مدني ما هو إلا نص استثنائي أراد به المشرع الخروج على حكم القواعد العامة التي تقرر أنه ليس للشخص أن ينقل إلى غيره أكثر مما له، وأن زوال حق الناقل يترتب عليه زوال حق المتلقي، وإذ يؤدي التطبيق المنطقي لهاتين القاعدتين إلى انعدام الملكية لدى الراهن أصلا أو انحلال سندها بطلانه أو بالفسخ. وعلى ذلك، فإذا نص المشرع على تصحيح الرهن الصادر من غير مالك، أو على عدم تأثر الرهن ببطلان أو فسخ عقد ملكية الراهن كان في هذا خروج على القواعد العامة. بحيث توصف النصوص التي تقرر هذه الأحكام بأنها نصوص استثنائية. انظر الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ص 93 وما بعدها.

2 - انظر الدكتور أحمد سلامة التأمينات المدنية 61 - 62 ص 181 حيث يشير إلى أن المشرع المصري في مذكرة المشروع التمهيدي الأعمال التحضيرية ج7 وص19 جمع ما تناثر في التقنين الحالي من نصوص أريد بها حماية المرتهن حسن النية، ولكن هذا الجمع مقصور على الأحوال التي يتلقى فيها المرتهن الرهن عن مالك.

3 - السنهوري الالتزامات نظرية العقد المرجع السابق ص 645-652 فيذكر أنه لا فرق بين نوعي البطلان من حيث الأثر فالقاعدة أنه متى تقرر بطلان العقد أعتبر كأن لم يكن وزالت آثاره سواء ذلك فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير.

4 - السنهوري التأمينات الشخصية والعينية المرجع السابق ص 368 أن القواعد العامة تقضى بأن المالك إذا زال ملكه بأثر رجعي يعتبر كأنه لم يكن مالكا للعقار الذي تصرف فيه، وزوال ملكيته لهذا العقار بأثر رجعي يجعل تصرفاته في هذا العقار كأنها لم تكن.

5 - نقصد بالملكية المنعومة الملكية الباطلة بطلانا مطلقا.

6- الدكتور عز الدين المرجع السابق ص 47 من المناسب أن نذكر هنا أن من بين الفقهاء الذين عارضوا فكرة أن تمتد حماية النص 1043 إلى سند الضامن الباطل بطلانا مطلقا، قرر: أن نصوص حماية المرتهنين صيغت لتواجه ((حالة انعدام الملكية أو انحلال سند ملكية الراهن أيا كان سبب هذا الانحلال، وذلك لمواجهة حالة اضطراب النظام العقاري في مصر))

الحماية الاستثنائية من القواعد العامة، وصولاً إلى حماية الضرورة العملية⁽¹⁾. فلما لا تنطبق هذه المادة على حماية الغير في حالات انعدام الملكية ونقص تطبيقها فقط على حالات الملكية المهتدة بالزوال؟ هذا في حين أن تطبيقها في الحالات الأولى هو الأولى لخفاء عيوب سند الملكية، ويضحي تطلب توفر حسن نية الغير في هذه الحالات هو الأكثر مناسبة.

ألا يكفي حسن النية بمعنى عدم العلم بعيوب الملكية لمنح الغير حقا في الحماية بهذه المادة⁽²⁾؟ ففي النهاية، يجد المالك الحقيقي في حالة الملكية المهتدة بالزوال ملكيته مرتب عليها رهن صحيح، لا صلة له به، وهو ليس منطق القواعد العامة. فلماذا لا يحمل نفس الأثر في حالة الملكية المنعدمة ويكون له نفس العلاج؟ ففي الحالة الأولى، يحتاج المالك الحقيقي إلى تعويض عن الرهن المرتب على ملكيته، وكذلك في الحالة الثانية. فلما لا يكون الاستثناء شاملاً لحماية الغير مع تعويض المالك الحقيقي عن الرهن الذي لا صلة له به في الحالتين؟.

ومن بين أصحاب هذا الرأي الدكتور عبد الباسط جميعي⁽³⁾ الذي يرفض وجهة النظر التقليدية التي تقصر حماية الدائن المرتهن حسن النية على حالة الرهن الصادر من مالك زالت ملكيته بالابطال أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فنطاق هذه الحماية عنده يمتد إلى سند الملكية الباطل بطلانا مطلقا، والمزور، وإلى حالة الوصية التي يتضح نسخها بوصية لاحقة. وفي حاله الوراثة التي تزول في حالة ظهور وراث أقرب، أو عندما يتضح أن الوارث هو قاتل مورثه فيمتنع إرثه. ويستند في تحديد نطاق نص المادة 1043 مدني بهذه الصورة إلى أساسين:

¹ - انظر بشأن المعارضة في اتساع نطاق نص المادة 1043 مدني لحماية البنك عندما يكون سند الرهن باطل بطلانا مطلقا. الدكتور نعمان جمعه المرجع السابق ص 116-117 ، دكتور أحمد سلامة المرجع السابق ص 181 . دكتور سمير عبد السيد تناغو - التأمينات الشخصية والعينية المرجع السابق ص 193-194 .
² - تشترط القوانين الأسترالية للطعن، في حق المرتهن أن ينسب الاحتيال للمرتهن أو وكيله. راجع القضايا التالية في القضاء الأسترالي

Bahr v Nicolay (No 2) (1988) 164 CLR 604
Schultz v Corwill Properties Pty Ltd (1969) 90 WN (Pt 1) (NSW) 529
Beaty v ANZ (1995)2 VR 301
<http://www.claytonutz.com/downloads/bfin0002.pdf>
Westpac Banking Corporation v Sansom (1994) 6 BPR 13,790
Barclays Bank PLC v O'Brien [1994] 1 AC 181

وهناك سنريوهات كثيرة تمت في الواقع تضمنت تزوير توقيع مالك مسجل على رهن عقاري، وقد يحدث أن يرتكب التزوير شخص ثالث ويعلم المرتهن بذلك ويمضى في ترتيب الرهن العقاري، أو تشار شكوك حول تزوير توقيع الراهن ويمتنع المرتهن عمدا عن إجراء الاستعلامات اللازمة خوفا من معرفة الحقيقة، كل هذا أعتبر من قبيل الاحتيال انظر في هذا القضية التالية :

Macquarie Bank Lts v.Sixty-Fourth Fourth Throne PtyLTD(October 1997)

<http://www.worldlii.org/cgi-bin/disp.pl/au/cases/vic/VICSC/unrep27.html?query=brunei+or+darussalam>
حيث وصف سلوك البنك بالعمى المتعمد willful blindness والتجاهل المقصود contrived ignorance مما برر تصنيفه كاحتيال وبالعكس إذا كان كشف التزوير يتطلب عناية أو تحقيقات كثيرة، ولم يجريه البنك، فإن هذا يعد مجرد إهمال لا يرقى إلى مرتبة الاحتيال.

³ - الدكتور نعمان جمعه نظرية حماية الأوضاع الظاهرة المرجع السابق ص 350 وما بعدها .

أولهما صياغة نص المادة ذاتها، فالمشرع يستخدم لفظ سند الملكية ولم يستخدم لفظ عقد. ولفظ سند يتسع لكل أسباب كسب الملكية سواء أكانت عقد أو ارادة منفردة أم واقعة مادية.⁽¹⁾ كما أن لجوء المشرع إلى استعمال عبارة عامة شاملة وهي زواله لأي سبب كان، بعد أن عدد اسباب زوال الملكية⁽²⁾ يستفاد منها أنه في كل حالة يقوم فيها مظهر مقنع بوجود الملكية ثم يزول هذا المظهر بأى دعوى سواء كانت إنكار الملكية بالطعن فى سندها بالصورية أو التزوير أو البطلان المطلق إلخ أو كانت دعاوى زوال ملكية مثل الإبطال والفسخ والرجوع إلخ.

وثانيهما : يكمن في الحكمة من هذا النص، فهو يسعى إلى حماية الدائن المرتهن ولا يشترط حسن النية إلا بالنسبة له، فيكفى أن يكون هو حسن النية أي لا يعلم بسبب زوال الملكية حتى يتحقق سبب حمايته. ويستوي بعد أن يكون الراهن حسن النية أو سيء النية أو مقترف لخطأ جسيم، فكل ذلك لا يمس الحكم الوارد بالنص، إذ ليس الراهن من يسعى النص لحمايته. كما أن حسن النية المقصود هنا ليس هو عدم العلم فقط، وإنما عدم إمكان العلم، أي عدم ارتكاب خطأ يكون قد مهد لهذا الجهل. فالى جانب الغلط الشخصي للغير يلزم الغلط الشائع الذي هو أحد شروط تطبيق نظرية الظاهر⁽³⁾.

ويبدو مما تقدم أن عدم مساواة حماية الدائن المرتهن في حالات انعدام الملكية أو زوالها ليس له ما يبرره. فحماية الدائن في الحالات الأخيرة تمثل استثناء على القواعد العامة، كما هو الأمر في حالات انعدام الملكية. ولا يقدح في ذلك القول، أنه لا يجب التوسع في الاستثناء بإدخال حالات انعدام الملكية فيما يجب أن يحميه النص. فالقول: بذلك ينتفي مع علة النص وهي حماية الغير حسن النية، والذي يمثل محور الحماية التي من المفترض أن يكون النص قد بني عليه لدعم الثقة في نفوس المتعاملين في الائتمان. فحاجة الدائن المرتهن إلى الحماية في حالات انعدام الملكية بموجب المادة 1043 مدني تكون هي الأشد.

الفرع الثاني

محاولة تأصيل حماية ملكية الضمان العقاري على ضوء المادة 1034 مدني

حاول بعض الفقهاء⁽⁴⁾ عرض تأسيس حماية الدائن المرتهن وفقد المالك الحقيقي لملكته على القوالب القانونية الجاهزة⁽¹⁾، فلم يجدوا فيها ما يمكن أن يكون أساسا لحماية الدائن وفقد المالك لملكه، ولما لا وجميع هذه القوالب تناسب القواعد العامة ولا تناسب القواعد الاستثنائية!

1 - وأنظر الدكتور عز الدين عبدالله . المرجع السابق ص 91- 95 ((لا شك أن تعبير سند أوسع من تعبير عقد، وبه تتوفر الحماية للدائن المرتهن أيا كان الطريق الذي كسب به الراهن ملكية العقار المرهون)).

2 - المرجع السابق ذات المكان.

3 - الدكتور عبد الباسط جميعي - المرجع السابق أمكنه متعددة .

4 - الدكتور نعمان جمعه المرجع السابق ص 27 - 47.

وفى إطار البحث عن أساس مشترك لفقد صاحب الملكية لمليته وتصحيح الرهن الصادر من غير مالك، وجدنا فكرة تغليب معيار المصلحة العامة⁽²⁾ على المصلحة الخاصة باعتبار مصلحة المالك الحقيقي مصلحة فردية وتقابلها مصلحة أمن وحماية التعامل خاصة التعامل التجاري. وفى نفس الإطار برر فقد المالك الحقيقي لمليته وتعويضه بمسئولية المجتمع عن ذلك⁽³⁾.

كما وجدت حماية الغير أساسها فى التوازن بين الحق المكتسب ومصلحة النشاط والتعامل⁽⁴⁾. فالمجتمع يحتاج دعم الاستقرار بحماية الحقوق الفردية إلى جانب دعم حماية النشاط المتمثل فى التعامل. فإن كان الحق مختلفاً وراء مركز واقعي أوهم الغير بأنه حقيقة، وكان هذا الوهم مبرراً، كان على المجتمع تفضيل مصلحة المعاملات بالاعتراف بآثار التصرفات التي بنيت على هذا المركز الواقعي⁽⁵⁾ وذهب رأى إلى أن مظهر الحق، متى كان معقولاً ينبغى أن ينتج فى العلاقة مع الغير نفس الآثار التي ينتجها الحق نفسه، فالمظهر المستقر المبرر يصلح فى ذاته أساساً قانونياً كافياً لإقرار التصرف، ونفاذه، فالسبب عنده فى معقولية المظهر⁽⁶⁾.

والواقع إننا لا نجد سبباً لتغليب حماية البنك كدائن مرتين على مصلحة المالك الحقيقي، إلا ما تمليه الضرورات الواقعية على صناعات القانون. فليس غريباً على القانون التضحية بحق المالك الحقيقي لقاء

¹ - فقد طرحت فكرة النيابة لتبرير نفاذ تصرف صاحب الظاهر فى مواجهة صاحب الحق، إلا أنها رفضت من أساسها. كما طرحت فكرة الصورية، ووجد أنها لا تتلاءم مع ما يراد تأسيسه. وطرحت أيضاً فكرة المسئولية المدنية لصاحب الحق، ثم لعدم وجود الخطأ طرحت فكرة تحمل التبعية. وانتقدت هذه النظريات، ولم تستطع توفير الأساس المطلوب. انظر فى تفصيل ذلك الدكتور نعمان جمعه - أركان الظاهر كمصدر للحق ط 1977 ص 31 - 48 .

² - [Kimberly McMurray-Cathcart BA, JD, LLM \(Hons\), The Long and Winding Road to Stony Batter: Implied Dedication in the Torrens Title Context](http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v9n1/cathcart91.html), (March 2002) **Volume 9, Number 1** Murdoch University Electronic Journal of Law
<http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v9n1/cathcart91.html>
Traders Royal Bank v. Court of Appeals, 315 SCRA 190, 202 (1999), citing Tenio-Obsequio v. Court of Appeals, 230 SCRA 550, 557 (1994).

وفى هذا الحكم أعلنت المحكمة أن نظام تورينس هو المطبق فى البلاد فهو النظام الأكثر فاعلية لضمان صحة ملكية الأرض وحمايتها عن طريق حق INDEFEASIBILITY ضد أي ادعاءات بحقوق سابقة. فإذا ذهب شخص ليشترى قطعة أرض على أن حق ملكية البائع صحيح كونه مسجلاً لا يجب أن نقول له فيما بعد أن ملكيته لا يعتد بها. فهذا، بالإضافة إلى كونه غير عادل، فقد يؤثر على الثقة العامة فى النظام على النحو الذى ستضعف معه صفقات الأراضي، بل ويمكن أن تتعقد. ومن ثم، فإن نظام تورينس يمثل مرجعية حاسمة فى من له حق الملكية. وبغير تلك المرجعية يمكن أن تنشأ نزاعات عديدة فى معاملات الأراضي.

³ - [Sharon Christensen LLB \(Hons\), LLM, Electronic Land Dealings in Canada, New Zealand and the United Kingdom: Lessons for Australia](http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v11n4/christensen114.html), (December 2004) **Volume 11, Number 4** Murdoch University E Law Journal , ph 32

وفى نظام تورينس يؤدى القول: بأن المالك له حق indefeasibility إلى إمكانية نقل الملكية عن طريق مستند باطل، ويكون للمنقوله إليه الملكية بالمستند الباطل حق indefeasibility، طالما كان حسن النية، أما بالنسبة للخسارة التي تلحق بالمالك الحقيقي فلا يتحملها المخطئ أو شخص واحد، وإنما يتحملها المجتمع ككل. وهو أفضل من مقضاة المالك الحقيقي لذلك المخطئ، فقد لا يجد لديه أصول كافية لتعويضه، ويتعرض لظلم شديد بخسارة ملكيته دون تعويض حقيقي.

⁴ - Jean- Pierre Arrighi, Apparence et realite en droit prive ,these, nice 1974 pp 245:247

مشار إليها لدى الدكتور نعمان جمعه - المرجع السابق ص 47

⁵ - نفس المرجع نفس المكان

⁶ - الدكتور عبد الباسط جمبوعى المرجع السابق ص 138 - 130

الضرورات العملية، بل قد وصل إلى حد أنه وصف صاحب الحق بإساءة استعماله لحقه، إذا كان ما يرمى إلى تحقيقه من وراء استعمال حقه لا يتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير. ولما لا يكون هذا، والملكية لها وظيفة اجتماعية⁽¹⁾ تملئها طبيعة الأموال محل الملكية والأهداف المرجوة منها، ولم تعد حقا مطلقا.

ونضرب مثلا على تضحية القانون بحق المالك الحقيقي ما ورد في القانون السوري من أنه " إذا كان الغير الذي شيد الأبنية أو غرس الأعراس ذا نية حسنة. وإذا كانت الأبنية والأعراس ذات قيمة تفوق قيمة الأرض، فلصاحب الأعراس والأبنية الحق في أن يملك الأرض المبنى عليها أو المغروسة لقاء دفع قيمة رقيبتها للمالك " (2).

لذا، فللقضاء، وفق هذه المادة، أن يجبر مالك الأرض على أن ينزل عن ملكيتها كلها للغير مادام حسن النية، إذا بلغت المنشآت حدا من الجسامه يرهق صاحب الأرض أداء ثمنها للمالك (3)؛ أو إجباره على التنازل عن ذلك الجزء المشغول من الأرض بالبناء، وشرطه الوحيد في كل ذلك أن يكون صاحب العقار الملتصق به حسن النية. فحسن النية إذن يلعب دورا رئيسيا في التملك، وفقا لقواعد الالتصاق، بصرف النظر عن إرادة المالك الحقيقي (4).

فالسبب الحقيقي لملكية الباني حسن النية للأرض التي التصق بها هو القانون (5)، وهو ما نعتقد أنه أساس مناسب لتصحيح الرهن الوارد على ملكية سندها باطل بطلانا مطلقا كون المرتهن حسن النية. بقى أن نشير إلى أن هذا الحل ناقص ولا بد أن يكمل بالتعويض للمالك الحقيقي عن فقد ملكيته، وهذا ما تبنته معظم القوانين الأوروبية، ولكن ليس تعويضا من المعتدى، وإنما تعويضا من الدولة لضمان ملاءتها المالية (6). ولذا، ففكرة حسن النية هي التي يجب الاعتناء بها، وضبط حدودها، ونطاقها، ومداهما لأن القانون يرتب عليها آثارا خطيرة إن تحققت (7). فحسن النية مع ما يتطلبه الواقع هو الذي يدفع القانون إلى تبني

¹ - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 24 لسنة 21 ق جلسة 2 / 6 / 2001 المنشور بالجريدة الرسمية العدد 24 في 14 / 6 / 2001 السنة الرابعة والأربعون .

² - انظر الدكتور جلال العدوي - الإيجار القانوني على المعاوضة ص 388 - مطبعة جامعة الإسكندرية سنة 1995

³ - قارن المادة 2/ 925 مدني التي تنص على أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامه يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل. فعلى الرغم من أنها لم تدل لفظيا على إجبار تنازل المالك عن ملكة إلا أن جريان هذه المادة في الواقع العملي يدل على أن هناك إجبار قانوني لمالك الأرض على إجراء هذه المعاوضة، والتحصل على المقابل العادل لأرضه. فليس له من سبيل آخر، إذ أنه ليس من المنطقي أن يؤدي لمن التصقت منشأته بأرضه بحسن نية قيمة هذه المنشآت، مهما بلغت من الجسامه كما لو زادت قيمتها عن قيمة الأرض أضعافا مضاعفة.

⁴ - تنص المادة 928 مدني على أنه (إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض

الملاصقة، جاز للمحكمة أن تجبر صاحب هذه الأرض أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، وذلك نظير تعويض عادل - ونعتقد مع الرأي الغالب في الفقه أن قواعد الالتصاق لا تنقل الملكية وإنما هي تنشئ ملكية مبتدأه سندها القانون ولا يتقيد المالك بالالتصاق بالأعباء التي تنقلها قبل تملكها بهذا الطريق. راجع ص 61 من هذه الرسالة

⁶ - انظر في النظم القانونية التي تبنت تعويض المالك الأصلي عن فقد ملكيته وتبعها عدد كبير من الدول

Chris Humphry , Compensation for Native Title: The Theory and the Reality , (March) 1998

Volume 5, Number 1 Murdoch University Electronic Journal of Law

<http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v5n1/humph51.html>

⁷ -MARIETT AUER- GOOD FAITH AMD GERMAN SOURCES-P.12

<http://www.law.harvard.edu/academics/graduate/publications/papers/auer.pdf>

حلولاً غير تقليدية⁽¹⁾، وبالطبع لا تتفق والقواعد العامة⁽²⁾ وهو المحور الذي تدور عليه حماية المرتهن في معظم القوانين ويمكن اعتباره مصدراً للحق⁽³⁾، فذلك ما يتضح من الأحكام الأسترالية والنيوزلندية والفلبينية وكل النظم القانونية المطبق بها نظام تورينس⁽⁴⁾، إذ أنهم يرتبون على حسن النية وتسجيل المرتهن لرهنه بشكل صحيح معاملة المستندات الباطلة بطلاناً مطلقاً كالمستندات الصحيحة⁽¹⁾.

وقد ناقش هذا البحث تطور مبدأ حسن النية في القرن العشرين في كل من أمريكا وألمانيا فيما يتعلق بالاداءات التعاقدية من ناحية وظائفه ومن حيث معناه، وحدوده. وانظر في نقد البحث السابق

Matthias E Storme, GOOD FAITH AND THE CONTENTS OF CONTRACTS IN EUROPEAN PRIVATE LAW (March 2003), Vol. 7.1- ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (E G C L) <http://www.ejcl.org/71/art71-1.html>

¹- John H. Langbein, The Contractarian Basis of the Law of Trusts (1995) Journal [Vol]. 105:655 The Yale Law, P. 750

² - Robert S. Reid- Who Keeps the Lot? – (2006) Volume 15 Number 1 The Scrivener ,p.64 http://www.notaries.bc.ca/resources/scrivener/spring2006/scriv_mar_2006%2062.pdf

وعرضت في هذا المقال وقائع لنزاع تتلخص في أن السيد مارك ومارزينا بيكسكوبسكي اشتريا قطعة أرض ممن يعتقدون انه المالك الحقيقي، ولم يكن كذلك، إذ كان مالك مزور، وكان المالك الحقيقي للأرض مشترهما هو السيد وليام اوين كيندي، وقد اكتشفا ذلك بعد شروعهما في البناء على الأرض. وأثير التساؤل حول من يحصل على حق INDEFEASIBILITY أو لمن تبقى قطعة الأرض، هل لبسكوبسكي أم للسيد كيندي المالك الحقيقي؟ وأخيراً حصل السيد بيكسكوبسكي على هذا الحق لأنه مشتري بالقيمة حسن النية، على الرغم من أنه لم يشتري من مالك.

See also; Cebu International Finance Corp. v. Court of Appeals, 268 SCRA 178, 189 (1997). ((even if the mortgagor is not the rightful owner of, or does not have a valid title to, the mortgaged property, the mortgagee in good faith is nonetheless entitled to protection))

FLORDELIZA H. CABUHAT, petitioner, vs. THE HONORABLE COURT OF APPEALS, SPECIAL G.R. No. 122425. September 28, 2001]

<http://www.supremecourt.gov.ph/jurisprudence/2001/sep2001/122425.htm>

Penullar v. PNB, supra; PNB v. Court of Appeals, 187 SCRA 735, 742 (1990) A mortgagee has the right to rely on what appears in the certificate of title, and in the absence of anything to excite suspicion, is under no obligation to look beyond the certificate and investigate the title of the mortgagor appearing on the face of the certificate.)

<http://www.supremecourt.gov.ph/jurisprudence/2001/sep2001/122425.htm>

³ - الدكتور عبد الباسط جميعي ص 367-370 ويشير إلى أن ما ورد في المذكرة الإيضاحية بشأن المادة 1034 مدني من أن الرهن كما يكتسب بالعقد فإنه يكتسب كذلك بالسبب الصحيح إذا اقترن بحسن نية فهذا القول يكشف عن الشبه بين نظرية الظاهر والتقدم فكلاهما يقوم على استقرار ظاهر مخالف للحقيقة.

⁴ - صدر القانون المعروف بنظام تورينس (System torrens) في 27 يناير/كانون الثاني 1858، وكان ثورة في طريقة التسجيل، فقد خفّض تكاليف نقل الملكية كثيراً. وتنبته أستراليا ومن بعدها العديد من البلدان، فقد استخدم هذا النظام كقاعدة لتسجيل الأرض في نيوزيلندا وجمهورية أيرلندا وأكثر مقاطعات كندا وفي بعض الولايات في الولايات المتحدة الأمريكية مثل هاواي وماسوشوستس وشيكاغو والنيوز ومينسوتا وواهايو. وشكل هذا النظام القاعدة لنظام التسجيل الذي تبنى في إنجلترا وويلز وبعد ذلك في أيرلندا الشمالية. ومازال هذا النظام يعمل بكفاءة رغم مرور أكثر من مائة وثلاثون عاماً على تطبيقه، بدون تعديلات مهمة. وقد نوقشت إمكانية تطبيق هذا النظام في القرن الواحد والعشرون وتبين أنه سيعمل بكفاءة، كما عمل في السابق. وقد تم دجتل نظام تورينس عن طريق التسجيل الإلكتروني أنظر

S. Birrell J. Barry D. Hall J. Parker - IS THE TORRENS SYSTEM SUITABLE FOR THE 21ST CENTURY ? Proceedinas of 1995 New Zealand - Australia Cadastral Conference, Wellington, New Zealand, 14 - 16 June, 7p Available online]. Retrieved 30/11/2011 from http://www.ferris.edu/htmls/academics/course.offerings/burtchr/sure382/other_material/torrens_21st_century.htm

وترجع قوة هذا النظام إلى قيامه على عناصر خمسة لو وجدت في أي نظام تسجيل لكتب له النجاح، وهي 1- الموثوقية وهي تقوم على ثلاثة عناصر هي إلغاء البحث التاريخي في سلسلة من لهم الحق على الأرض، فالحق فيه لا تاريخي ولا مشتق 2- البساطة والسرعة 3- قلة التكلفة والملائمة 4- وتبنيه مبدأي القوة المطلقة 5- ضمان الدولة عن طريق صندوق التأمين.

المطلب الثاني

مدى فاعلية قانون التسجيل في حماية الضمان العقاري

نود أن نؤكد على تذكر العرف المصرفي الذي جرى إتباعه من قبل البنوك، وهو أنه لا يقبل من الضمان العقاري إلا ما هو مسجل بالشهر العقاري، أو هكذا يجب أن يعمل بشأن تلك الضمانات. فالملكية المسجلة توفر للبنك أمنا لا بأس به - في ضوء تطبيق المادة 1034 مدني، بالقدر المتفق عليه بين الفقه، والقضاء - في حالات زوال الملكية لا انعدامها. وذلك على الرغم من عدم تسليم بعض الفقهاء بأن حماية هذه المادة للبنك تقف عند هذا الحد، وإنما تشمل أيضا حالات انعدام الملكية لدى الراهن، وهي الحالات التي يكون فيها سند الراهن باطلا بطلانا مطلقا. وإذا كان التسجيل يحمي الغير (البنك) من الحقوق غير المشهورة على الضمان العقاري، فهل يمكن أن تشمل تلك الحماية حالات إنكار الملكية ضمن الحقوق الأخرى واجبة الشهر. سندرس ذلك في مطلبين كالتالي:- الفرع الأول، التسجيل ومدى حمايته للضمان العقاري من العيوب المتعلقة بالنظام العام. الفرع الثاني، التسجيل ومدى حمايته للضمان العقاري من الحقوق غير المشهورة.

الفرع الأول

التسجيل ومدى حمايته للضمان العقاري من العيوب المتعلقة بالنظام العام

High Court in *Breskvar v Wall* (1971) 46 ALJR 68. <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/journals/OUTLJJ/2001/6.html?query=%5e+torrens+system - fn9#fn9>

ويذكر الفقهاء الاستراليين قيام نظام تورينس على مبدأ الستارة والمرآة : فمبدأ الستارة يعني أن السجل هو مصدر المعلومات الوحيد للمشتريين، كما وضعه مجلس شوري الملك، وهدفه إنقاذ الأشخاص الذين يتعاملون مع مالكيين مسجلين من عناء البحث عن أيلولة الملكية لبائعيهم. فالملكية لا مشتقة ولا تاريخية. وتعني الملكية الغير مشتقة أنها غير مشتقة من المالك السابق، فشهادة الملكية لا يظهر فيها إلا أسم واحد هو أسم المالك. وتعني الملكية بأنها لا تاريخية بأنه لا داعي في هذا النظام من البحث في سلسلة من ألت إليهم الملكية وصولا إلى البائع. كما يعني مبدأ المرآة أن التسجيل يجب أن يعكس بدقة حالة حق الملكية، وفي أي وقت. ومن ثم، يجب أن تكون حقوق الغير على الملكية مؤكدة (انظر شرح أكثر لمبدأي المرآة ه و الستارة *Gibbs v Messer* [1891] AC 248 at 254. وهي قضية من القضايا ذات المبادئ وشائع الاستناد إليها في القضايا المماثلة، وهي تتعلق بمن له الحق في الحصول على حق indefeasibility وأساس أعمال هذا المبدأ .

Bank of South Australia Limited v Ferguson [1998] HCA 12 (25 February 1998)(HIGH COURT OF AUSTRALIA) ph. 4 Retrieved 30/11/2011 from <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1998/12.html#fnB1>

⁴ - Lynden Griggs , *Torrens Title in Digital WORLD Op.Cit* p 5

كما أن الأساس في نظام تورينس لتسجيل الملكية يرجع إلى أنه جعل التسجيل حاسم وقاطع تجاه الكافة. أي أن لصاحب المسجل حق غير قابل للطعن عليه وهو ما يسمى *Indefeasibility title* . وأي مشكلة تثار بسبب الاحتيايل أو الخطأ أو الغلط فيما يتعلق بتسجيل الملكية تحل بضمان الدولة، بالاعتماد على صندوق التأمين المنشأ لهذه الأغرض.

¹ - أعتبر حسن النية مع التسجيل استثناء على الاستثناءات من مبدأ الدليل القاطع فهو وإن كان بذاته لا ينشأ الحق، إلا أن وجوده لازم لإنشاء الحق بمعنى أنه لولا وجوده لما تمتع تسجيل الحق بالقوة القاطعة، وأصبح الحق قابل للطعن. فعلى الرغم من ورود التصرف على مستند باطل لتزويره، فإن حسن النية يمكن أن يصححه، ويكون هو والتصرف المبني على سند صحيح سواء بسواء. واستقر على ذلك القضاء الاسترالي متقفا بذلك مع القانون بشأن حماية المرتهن حسن النية والقضاء للبنك بصحة رهنه حتى لو كانت ملكية الراهن مزورة

State Investment House, Inc. v. Court of Appeals, 254 SCRA 368, 373 (1996).

¹ - see a case *Breskvar v Wall* (1971) 126 CLR 376[Available online]. See case too *Duran v. IAC*, 138 SCRA 489, 495 (1985).

لقد استقر الرأي على أن الملكية تنتقل بالعقد الصحيح والتسجيل⁽¹⁾، حتى في ظل النص على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير⁽²⁾.

وفي ظل نظام الشهر الشخصي لا يمكن حسب الرأي الغالب في الفقه، أن يصحح التسجيل عقدا باطلا⁽³⁾. ومن ثم فمن الوارد طلب محو وشطب التسجيل، والقضاء به⁽⁴⁾، وتنفيذه، وما يترتب عليه من سقوط الرهن. والسبب في ذلك هو تطبيق القواعد العامة، وهذا كله على خلاف الهدف من قانون التسجيل نفسه⁽⁵⁾، بل وعلى خلاف ما جاء به من نصوص تقطع جميعها في حماية الغير حسن النية⁽⁶⁾. فالقانون في ذاته وبالاعتماد على فهم نصوصه فهما صحيحا كاف لتحقيق حماية البنك، ولكن بتدخل القواعد العامة على إطلاقها ومن بعدها التطبيقات القضائية المؤيدة لتطبيق تلك القواعد أدت إلى نسبية فعاليته في حماية الضمان العقاري. وتتناول فيما هو آت أثر التسجيل على العقود الباطلة بطلانا مطلقا.

1 - نقض مدني 3 يونيو سنة 1943 مجموعة عمر 4 رقم 68 ص 183 أن الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده، وإنما تنتقل بأمرين: أحدهما أساسي وهو العقد الصحيح الناقل للملكية، وثانيهما تبعي وهو التسجيل .

2 - تنص المادة 934 مدني على ما يلي في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون الشهر العقاري. وقد نصت المادة 9 / 2 من قانون الشهر العقاري رقم 114 / 1946 وتعديلاته ما يلي ((ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم)) .

3 - وقد قضت محكمة النقض: بأن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التسجيل طبقا لأحكام القانون رقم 114 / 1946 بتنظيم الشهر العقاري وهو نظام شخصي يجري وفقا للأسماء لا بحسب العقارات، وليست له حجية كاملة في ذاته فهو لا يصحح العقود الباطلة أو يكمل العقود الناقصة بل تتم إجراءاته بناء على طلب صاحب الشأن أو من يقوم مقامهم، على ضوء البيانات التي أوجبتها المادة 22 من هذا القانون. نقض مدني 30 يونيو سنة 1982 مجموعة أحكام النقض السنة 33 رقم 153 السنهوري أسباب كسب الملكية المرجع السابق ص 847 ، ص 457 حيث قرر أن نظام الشهر الحالي به عيبين جوهريين، وهما أن القيد فيه مازال شخصيا بحسب الأسماء لا بحسب العقار. ولا يزال الشهر ليست له حجية كاملة في ذاته والعلاج الوحيد لهما هو نظام السجل العيني .

4- راجع القضية رقم 24 لسنة 21 ق دستورية مشار إليها سابقا. و نقض 2976 / 63 ق جلسته 18 / 3 / 2001 نقض مدني غير منشور . والاستئنافات المنضمة أرقام 4554 / 59 ق . مدني والاستئناف رقم 4579 / 59 ق . مدني والاستئناف رقم 4757 / 59 ق . مدني قلم حفظ محكمة استئناف إسكندرية أحكام غير منشورة.

5 - الدكتور عبد السلام ذهني - التسجيل وحماية المتعاقدين ط 1926 ص 33 وما بعدها بشأن أغراض التسجيل للعقارات . وراجع أيضا :-

Brian Bucknall- Op.Cit, P. 3

يجب أن يكون التسجيل هو المصدر الوحيد والنهائي لبيانات وطبيعة ومدى حق الملكية. وهو ما أخذ به نظام التسجيل العيني و أعطى للسند المسجل القوة المطلقة الفورية.

6 - انظر المواد 9 و 15 و 17 من قانون التسجيل 114 / 1946 وانظر الدكتور نعمان جمعه المرجع السابق ص 93 إذ يقول " فلم يحدث حتى في فرنسا أن تحققت حماية الغيرالذي تعامل مع مدعى الملكيةوكذلك لم تتحقق حماية من تعامل مع مغتصب حق الإرث أو من يمسك بوصية مزورة ".

6 - انظر الدكتور عبد الباسط جمعيي نظرية حماية الأوضاع الظاهرة المرجع السابق أمكنة متعددة

لم يتناول أغلب الفقهاء ملكية الراهن المزورة بما تستوجبه من الإيضاح. فقد رتبوا على ملكية الراهن المزورة حكم البطلان المطلق وسقوط الرهن، ولم يذهبوا إلى أبعد من ذلك (1). نحن لا ندافع عن الملكية المزورة، ولكن ننظر إليها في ضوء حماية الائتمان المصرفي المرتب للبنك على تلك الملكية، وفي ضوء أن تزوير الملكية من النادر أن يقف عند محدثه، وقد لا يكون للبنك أي علم أو علاقة به (2).

بادئ ذي بدء يثور التساؤل عما هو التزوير؟ أليس التزوير هو تغيير للحقيقة (3) فما الفرق بين من يبيع ملكيته مرتين والمزور! يبيع الرجل ملكيته مرتين لشخصين مختلفين على التوالي فيسجل الثاني، ويعترف القضاء بهذا التسجيل، بل ويؤسس أحكاما عديدة في هذا الصدد، ببقاء الرهن وصحة التسجيل

فالبائع مرتين، والمزور كلاهما لا ينقل شيئا، لأن محل الملكية إذا تم بيعه خرج من ذمة البائع. فعقد المشتري الثاني والمزور (4) كلاهما لا يوصف بالصحة، فالملكية تنتقل بالعقد الصحيح والتسجيل معا (1).

¹ - القضاء على الملكية المزورة بالبطلان المطلق لا يسبب مشكلة إذ اقتضت العلاقة على المزور ومن زور عليه نقل الملكية، وإنما تكمن المشكلة حيث يتدخل شخص آخر في العلاقة بينهما كالبنك المرتهن لمشتري معتمدا الملكية المزورة كضمان لائتمان منحه بعد بذل العناية اللازمة للتحقق من صحة الملكية .

² - Brian Bucknall- FRAuD op,cit Pp -2-15

ويقول أن التزوير والاحتيايل من المصطلحات نادرة الاستخدام في القانون التجاري إلا أنه وجد أن التزوير الاحتيايل وجد على نطاق واسع في صفقات الحقوق العقارية في مجال الائتمان .

Schultz v Corwill Properties Pty Ltd (1969) 90 WN (Pt 1) (NSW) 529

Beaty v ANZ (1995)2 VR 301 <http://www.claytonutz.com/downloads/bfin0002.pdf>

As a general rule , an employer is responsible for the acts employees even when sush acts are fraudulent.

واثيرت في هذه القضية مدى امكانية ان ينسب تزوير وكيل المرتهن للمرتهن نفسه ؟ وكقاعدة عامة البنك مسؤل عن أعمال موظفيه، حتى لو كانت أفعال احتيالية. وذلك، حين تقع هذه الأفعال في نطاق الوكالة. لذا، فالراهن لا يجب فقط أن يثبت أن التزوير وقع من وكيل المرتهن (لموظف أو محامى يعمل لدى المرتهن)، ولكن عليه أن يثبت فوق ذلك أن التزوير المرتكب يقع ضمن سلطات الوكيل الفعلية أو الظاهرة ولمصلحه المرتهن . فإذا زور الوكيل من أجل الحصول على ربح شخصي فأفعاله تكون خارجه عن نطاق الوكالة ولا يمكن نسبة احتياله إلى المرتهن، وسوف يكون له الحق في تنفيذ رهنه.

Westpac Banking Corporation v Sansom (1994) 6 BPR 13,790.

See case also,**Bank PLC v O'Brien [1994] 1 AC 181**

وفي هذه القضية أعطى البنك مستندات الرهن للزوجة لكي تحصل على توقيع زوجها، فقامت الزوجة بتزوير توقيع زوجها على الرهن. قرر مجلس اللوردات في قضية **O'Brien v, Barclays**. رفض اعتبار **O'Brien** وكيلة للبنك في الحصول على التوقيع، لأنها لم تعمل ضمن سلطات الوكيل الظاهرة أو الفعلية. وزورت للحصول على ربح شخصي وليس لمصلحة الراهن. ولكن وجد **J Rolfe** أن سلوك البنك كان احتيالي على أسس أخرى غير الوكالة.

see also :-Sharon Rodrick,op,cit,p.5

<http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2002/5.html>

see also too:-**BANK OF SOUTH AUSTRALIA LIMITED v KENNETH EDWARD FERGUSON**

No. SCGRG 94/816 Judgment No. 5521 Number of pages - 37 Mortgages - real property [1996]

SASC 5521 (29 March 1996)(South Australian Supreme Court Decisions)

<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/>

[bin/disp.pl/au/cases/sa/SASC/1996/5521.html?query=%7e+%20%28%28adverse+possession+indefeasibility+%20+mortgage+%20good+faith%29+and+%28on%29%29](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/sa/SASC/1996/5521.html?query=%7e+%20%28%28adverse+possession+indefeasibility+%20+mortgage+%20good+faith%29+and+%28on%29%29)

³ - انظر المادة 213 ق . ع .

⁴ - انظر في تأييد رأى الباحث القضية التالية:-

FLORDELIZA H. CABUHAT, PETITIONER VS. THE HONORABLE COURT OF APPEALS, SPECIAL G.R. No. 122425. September 28, 2001]

<http://www.supremecourt.gov.ph/jurisprudence/2001/sep2001/122425.htm>

تخلص وقائع هذه القضية في أن السيدة / ماري آن أتريد، باعت ملكيتها ثم سجلت رهنها للبنك في يوم واحد. قررت محكمة أول

ويكون من غير المفهوم أن يثار النقاش حول ما إذا كان المشتري الثاني لا يشترط فيه سبق العلم بالتصرف المسبق في العقار الذي اشتراه شخص آخر، وإنما يشترط عدم التواطؤ⁽²⁾. إذ لا يبدو أن هناك فرقا بين العلم بسبق التصرف، والتواطؤ. لأن انتفاء الأمرين لدى المشتري الثاني⁽³⁾ لا يضيفان الصحة على العقد طبقا للقواعد العامة، إذ يكفي⁽⁴⁾ سبق التصرف، حتى ولو لم يسجل التصرف الأول، لكي نبطل التصرف اللاحق، حتى ولو كان مسجلا⁽⁵⁾. والبيع الثاني في جميع الأحوال بيع فاقده للمحل، إذ أن محل البيع أصبح خارجا عن دائرة التعاقد قانونا⁽⁶⁾.

درجة في هذه القضية أن حق الحجز على أموال المدين الراهن باطل لأن قيد الرهن صدر على الشهادة المزورة للملكية، وأقامت حكمها على مخالفة للمادة 2085 مدني، وسابقة قضائية، بين كل *Parqui v. PNB 1925*. وانتهت إلى إبطال الرهن العقاري لإبتناؤه على مستند مزور، تأسيسا على أن ماري آن أتريد لم تكن هي المالكة وقت الرهن ومن ثم فقد شاب الرهن العقاري عيب مثل انتهاك للقانون المدني. استأنف البنك (فلورديليزا) الحكم وقررت محكمة الاستئناف إلغاء الحكم المستأنف وأقرت حق الحجز لصالح البنك، وفي حيثيات الحكم الاستئنافي قيل أن المستقر عليه أن اقتناء شهادة الملكية الملوثة بالاحتيال والتحريف، قد يكون مصدر لحق قانوني، وصحيح تماما في يد المشتري للقيمة حسن النية. فعندما يعتمد شخص ثالث على شهادة الملكية يكتسب حقوق في الملكية لا تستطيع المحكمة أن تتجاهلها. وفيما يتعلق بالنص المدني الذي مفاده أن الراهن يجب أن يكون مالك أو مخول في عمل ذلك، قررت المحكمة أن المادة المذكورة لا تنطبق عندما تكون الملكية مسجلة تحت نظام تورينيس. ووجدت المحكمة أن البنك الدائن المرتهن كان حسن النية في قبوله الملكية كضمان وقضت بصحة حجزه .

(In fine, the prevailing jurisprudence is that a mortgagee has a right to rely in good faith on the certificate of title of the mortgagor of the property given as security and in the absence of any sign that might arouse suspicion, has no obligation to undertake further investigation.)

وفي قضايا أخرى أُثير النزاع في مدى صحة الرهن المرتب على سند مزور وقضى في نهاية الأمر بأن البنك الدائن المرتهن كان حسن النية ورهن للقيمة ومن ثم فقد قضى له بصحة رهنه انظر في ذلك

Penullar v. PNB, supra; PNB v. Court of Appeals, 187 SCRA 735, 742 (1990) .

..... A mortgagee has the right to rely on what appears in the certificate of title, and in the absence of anything to excite suspicion, is under no obligation to look beyond the certificate and investigate the title of the mortgagor appearing on the face of the certificate.)

<http://www.supremecourt.gov.ph/jurisprudence/2001/sep2001/122425.htm>

State Investment House, Inc. v. Court of Appeals, 254 SCRA 368, 373 (1996). "Where there is nothing in the certificate of title that would indicate any cloud or vice in the ownership of the property, or any encumbrance thereon, the mortgagee is not required to explore further than what the certificate of title on its face indicates in search of any hidden defect or inchoate right that may thereafter defeat her right thereto."

Cebu International Finance Corp. v. Court of Appeals, 268 SCRA 178, 189 (1997). "even if the mortgagor is not the rightful owner of, or does not have a valid title to, the mortgaged property, the mortgagee in good faith is nonetheless entitled to protection"

<http://www.supremecourt.gov.ph/jurisprudence/2001/mar2001/142313.htm>

1 - السنهوري أسباب كسب الملكية المرجع السابق ص 501

2 - الدكتور عبد السلام ذهني التسجيل وحماية حقوق المتعاقدين والغير - المرجع السابق 38 .

3 - عكس ذلك حكم لمحكمة النقض تنتقل الملكية بالتسجيل، ولو نسب إلى المشتري الذي يادر بالتسجيل التديليس أو التواطؤ مع البائع، طالما أنه تعاقد مع مالك حقيقي، لا يشوب سند ملكيته عيب. نقض مدني 7 ابريل سنة 1970 مع أحكام النقض السنة 93 ص 581

4 - انظر المادة 238 / 1 / 3 مدني فهي تعول على العلم بالغش في نفاذ، أو عدم نفاذ تصرف المدين، في حق الدائن في الفقرة الأولى. وفي الفقرة الثالثة تؤكد على ذلك بقولها (..... فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف، إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش ...) .

5 - الدكتور سالم دحدوح المرجع السابق ص 90 وما بعدها في الأثر المترتب على عدم الشهر .

6 - حكم المحكمة الدستورية المرجع السابق

فلماذا يعترف القضاء بالبيع الثاني المسجل ؟ رغم بطلانه بطلانا مطلقا، ولا يعترف بالبيع المزور المسجل. لا يمكن التسليم بأن العقد الثاني صحيح وأن الملكية لم تخرج من ذمة المالك، حيث أن المشتري الأول لم يسجل، وأن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل. فهذا افتراض يخالف الواقع وإن كان قانون التسجيل يؤيده. فالمالك خرج من ذمته محل العقد، وأصبح بيعه الثاني باطلا بطلانا مطلقا لوروده على غير محل. ولعل هذا ما دفع القضاء الدستوري للحكم بإبطال العقد المسجل، وبصحة العقد الابتدائي رغم أنه لم يسجل لخلو العقد المسجل من المحل.

والحقيقة، أنه لا يمكن فهم اعتداد القضاء بعقد البيع الثاني المسجل، إلا في ضوء أعمال الأثر الفوري للتسجيل⁽¹⁾، حيث يمثل التسجيل استثناء من القواعد العامة. فهنا، وبرغم أن العقد الثاني المفروض أنه عقد بلا محل، مما يجعله باطلا بطلانا مطلقا، إلا أن قضاء محكمة النقض أعطاه قوته.

وإذ لا يقف الأمر عند ذلك، فالبيع بسند صوري⁽²⁾، وبيع ملك الغير، والوارث الظاهر، والوصي الظاهر، والمالك الظاهر؛ جميع هذه الصور بتحليلها تحليلا موضوعيا نجد أنها جميعا تصرفات فاقدة لعنصر المحل، فكان ينبغي أن يكون الحكم فيها واحدا وهو بطلان عقد الرهن بطلانا مطلقا من النظام العام، إلا أننا لاحظنا أن هذه الصور لم تأخذ هذا الحكم لحماية الغير حسن النية⁽³⁾، مما يدعو إلى الدهشة، فالحجج التي تقال في بطلان مشتري العقار الثاني، وملكية الرهن المزورة، تصلح للقول بها في تلك الصور. ومن ثم، كان ينبغي توحيد الحكم فيها لوحدة الأساس. فلما لا يقوم التسجيل بنفس الدور في البيع المزور المسجل، عندما يدخل في العلاقة على الملكية طرف ثالث وثق في العقد المسجل.

وتبنى هذا الحل يكون أكثر منطقية، وفعالية. فالشخص الثالث قد لا يكون لديه علم له بما شاب عقد المتعامل معه من عيوب، ولا يمكن أن يعرف عنها شيئا، خاصة عندما لا ينبئ العقد المسجل بتلك العيوب لهذه الملكية. فمن يمتلك بموجب سند مزور، ليس هو في كل الأحوال، من قام بالتزوير. فقد يكون مشتري ممن قام بالتزوير، أو مرتهن، وقد يكون مشتري ممن سجل حكما بصحة ونفاذ عقد بيع، وكان مبنيا على إجراءات مزورة، وقد يكون قد رسا عليه مزاد بحكم محكمة.

فماذا يفعل المرتهن وقد اعتمد على حكم حاز قوة الأمر المقضي⁽⁴⁾. فما عساه أن يفعل المشتري أو المرتهن من المزور المسجل غير أن يثق فيما هو مدون عنها في السجلات، فليس المطلوب من المرتهن أن يبحث ملكية أسلاف الرهن⁽⁵⁾، فإن ذلك فيه وقت كثير، ونفقات أكثر وهو مما يعرقل المعاملات

¹ - الدكتور سالم دحدوح المرجع السابق ص 188

² - قضت محكمة النقض بأنه إذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة فإنه يكون باطلا، ولا يترتب عليه نقل ملكية المبيع، ولو كان مسجلا، إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقدا باطلا (نقض مدني الطعن رقم 440 س30 جلسة 27 /5/ 1965 مجموعته عمر ج4 رقم 67ص 183)

³ - جميع هذه التصرفات استمدت صحتها بالنسبة إلى الغير باعتمادها على حسن نية هذا الغير انظر في ذلك السنهوري الوسيط في التأمينات الشخصية والعينية المرجع السابق ص 345- 365

⁴ - الدكتور نعمان جمعه المرجع السابق ص 9

⁵ - نفس المرجع ص 8

التجارية⁽¹⁾. كما أنه ليس من المنطق القانوني أن نبطل العقد المسجل، ويسقط الرهن المرتب عليه لا لسبب غير أن العقد المسجل كان غير مشروع السبب عند إبرام التعاقد بين الضامن والبائع له، وبرغم عدم ظهور مثل هذا العيب في العقد المسجل⁽²⁾، واستحالة معرفته مهما بذل البنك من جهد، في سبيل التثبت من ملكية الضامن للضمان العقاري⁽³⁾.

وعلى أى حال، فإنه من غير المستساغ أن تهدر مصلحة المجتمع في توطيد الائتمان، وتدعيم وإعطاء الثقة للمستثمرين⁽⁴⁾ لأسباب النظام العام التي لا يمكن أن يتوصل إليها بالبحث مهما كانت حرفية القائم به⁽⁵⁾. فالنظام العام ليست مبادئه مقدسة لا يجوز المساس بها، فهي تتغير بحسب حاجات المجتمع⁽⁶⁾. فإذا كان ذلك، وكان من سمة المجتمعات الكبيرة أن جعلت هناك نظاما لشهر التصرفات من مقتضاه أن يعلم الناس بالتصرفات التي يمكن أن تكون أجريت على عقار ما، فإن هذا الشهر لا بد أن يحترم من الكافة، وأن يكون هو عنوان الحقيقة، وأن تضمن الدولة صحة المعلومات التي ترد بالعقد المسجل⁽⁷⁾ فنظام الشهر العقاري من بدايته خصص لهذا الغرض، فلا داعي لأن نفيده مضمونه⁽⁸⁾.

فلئن كان القيد في السجل التجارى يظهر الشركة (شركات الأموال) من عيوب التأسيس، فمن باب أولى لا بد أن يظهر التسجيل الملكية مما قد يعتريها من عيوب تؤدي إلى بطلان سندها. ولنا في القضاء على خلفية قانون تورينس أسوة بأن قواعد قانون التسجيل تمثل استثناء على القواعد العامة. ومتابعة هذا المنطق تجعلنا نحمل الملكية في حالات انعدام الملكية لا أن نقصر حمايتها على حالات زوال الملكية، ويصبح معه التسجيل حاسما في حماية الائتمان المصرفي.

الفرع الثاني

التسجيل ومدى حمايته للضامن العقاري من الحقوق غير المشهورة

المقرر في قضاء محكمة النقض أن التسجيل طبقا لأحكام القانون رقم 114 / 1946 بتنظيم الشهر العقاري وهو نظام شخصي⁽⁹⁾ يجرى وفقا للأسماء لا بحسب العقارات، وليست له حجية كاملة في ذاته فهو لا يصح العقود الباطلة أو يكمل العقود الناقصة بل تتم إجراءاته بناء على طلب صاحب الشأن أو من يقوم مقامهم، على ضوء البيانات التي أوجبتها المادة 22 من هذا القانون، ويعنى ذلك، ألا حجية مطلقة للعقد

¹ - الدكتور عبد السلام زهنى المرجع السابق ص 60

² - The High Court in *Breskvar v Wall* (1971) 46 ALJR 68

[http://www.austlii.edu.au/cgi-](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/dispatch/au/journals/OUTLJ/2001/6.html?query=%5e+torrens+system - fn9#fn9)

[bin/dispatch/au/journals/OUTLJ/2001/6.html?query=%5e+torrens+system - fn9#fn9](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/dispatch/au/journals/OUTLJ/2001/6.html?query=%5e+torrens+system - fn9#fn9)

³ - *Sinclair v. McLellan*, [1919] 2 W.W.R. 782 at 788 (Alta. S.C.T.D.).

PNB v. Court of Appeals, 187 SCRA 735, 742 (1990)

7-Shoot v. Premier R P.R.(2d)141 Turst Co 35

6 - السنهورى - نظرية العقد المرجع السابق ص 492

⁷ - Lynden Griggs, op,cit P. 2

⁸ -الدكتور عبد السلام زهنى حماية المتعاقدين والغير المرجع السابق ص 60

⁹ - برغم صدور قانون التسجيل العيني رقم 142 / 1964 إلا أن العمل مازال يجرى بتطبيق قانون تنظيم الشهر العقاري رقم

السجل، أي لا يظهر التسجيل العقد من العيوب التي تعلق به (1)، وعلى الرغم من ذلك ، وجدنا أن هناك من الفقهاء (2) من لم يمثل لحكم القواعد العامة، وما استقر الفقه عليه بشأن طبيعة نظام التسجيل، وحاول حماية الغير عن طريق تفسير نصي المادتين 15 و 17 من قانون التسجيل، وحاولت الأغلبية العظمى من الفقهاء، تناول هاتين المادتين في إطار القواعد العامة، فظهرت نسبية فاعلية الحماية بقانون التسجيل.

فمن المقرر قانونا طبقا لقانون الشهر العقاري في مادته الخامسة عشرة والسابعة عشرة، أن شهر الدعاوى بالتسجيل أو التأشير (3) بها يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما (4).

وقد جاء نص المادة 1 / 17 على التفصيل الأتي، يفضل حق المدعى بعد الحكم لصالحه إن كان قد شهر دعواه أو حكمه قبل شهر الغير لحقه. ومن ثم، وترتبا على ذلك يمكن القول: إنه ليست هناك أي فاعلية للحقوق واجبة الشهر التي لم تشهر قبل ترتيب الغير أي حقوق عينية على الضمان.

وثار الخلاف بين الفقهاء، بشأن حالات إنكار الملكية أو التي أصابها البطلان المطلق، فهذه الحقوق إذا لم يتم شهرها، فهل ينطبق عليها نص المادة 15 من قانون الشهر العقاري في فقرته الأخيرة والفقرة الثانية من المادة 17 من ذات القانون، والتي تنص على " يفضل الغير إن كان قد كسب حقه بحسن نية قبل شهر المدعى دعواه، أو للحكم الذي صدر لصالحه" ولا تكون حجة على البنك الذي ترتب له حق عيني على الضمان.

الحقيقة أنه ومنذ صدور قانون الشهر العقاري والمادة 17 موضع جدل فقهي، وقضائي: فثمة اتجاه من الفقه (5) يرى: أن النص من صيغته التي جاء عليها وهي العموم والإطلاق يبين مقصد المشرع من الأخذ

1 - الدكتور سالم دحدوح المرجع السابق ص 120

2 - عبد الباسط جميعي المرجع السابق في أمكنه متعددة

3 - تنص المادة 15 من 114 / 1946 بأنه، يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبه الشهر؛ بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر، وجودا، وصحة أو نفاذا كدعاوى البطلان، أو الإلغاء ، أو الفسخ، أو الرجوع فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجل تلك الدعاوى، وكذلك يجب تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية، أو التأشير بها على حسب الأحوال، كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية، وتحصل التأشير والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى، وقيدوا بجدول المحكمة .

4 - عمل القضاء الاسترالي على تطبيق المبادئ المستقرة من حيث أن كل شيء في الملكية يدور حول السجل، بمعنى أن المالك المسجل أو المرتهن لا يلتزم إلا بالحقوق المقيدة في السجل، أما الحقوق التي لم تسجل وكانت واجبه التسجيل أو غير واجبة التسجيل لا يلتزم بها المالك المسجل أو المرتهن الذي يكون له حق إل indefeasibility فهو بموجب هذا الحق لا يلتزم إلا بالحقوق التي تظهر أمامه على السجل انظر في ذلك انظر فيما يجب تسجيله وما لا يجب تسجيله المرجع التالي :

J. G. Riddall MA (TCD), Introduction to Land Law , Buterworths London and Edinburh Fourth Edition 1988 , p P 372-388

Assets Co v. Mere Roihi (1905) A.C.179 at 202 The Privy Council has said that ((the sections making registered certificates conclusive evidence of title are too clear to be got over)). Breskvar v Wall (1971) 126 CLR 376 ((Indefeasibility of title is a recognition of this fundamental concept. It means that the interest of the registered proprietor is paramount and protected against unregistered estates and interests regardless of the time of their creation.))

5- الدكتور عبد الباسط جميعي المرجع السابق ص 371 وما بعدها

بنظرية الظاهر، على نحو يسمح بتطبيقها في جميع الأحوال، وأنه جعل منها قاعدة عامة تحمي حسن النية في ذاته، وتشمل كل من يعتبر من الغير مادام قد كسب حقه بحسن نية، ويرتب على ذلك أن نص المادة 1034 مدني يعتبر تطبيقاً لنص المادة 17 من قانون الشهر العقاري. فالغير اكتسب الحق استناداً إلى فكرة الظاهر، لأن التصرف الذي أبرمه مع صاحب الظاهر لم يكن يكسبه حقاً، حيث تعامل مع من لم يكن مالكا⁽¹⁾، أو من زالت ملكيته. وحسن النية كشرط لتطبيق حماية الغير يعنى ليس فقط عدم علم الغير بحقيقة وضع المتصرف، وإنما كذلك عدم إمكان العلم بالسبب، الذي بنيت عليه الدعوى⁽²⁾. وهو ما يتفق مع الفقرة 3⁽³⁾ من المادة 17 التي ألغيت لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة.

¹ - Sautu v Housing Authority [1994] FJHC 12; Hbc0558j.93s (28th January, 1994)(High Court of Fiji) <http://www.pacii.org/fj/cases/FJHC/1994/12.html> "The principal statutory qualification to the indefeasibility of the registered title is that, if the immediate registered proprietor has become so registered by fraud, then his title is voidable at the instance of the person defrauded. In the case of fraud, any person defrauded has the same rights and remedies that he would have had if the land were not under the System. But this qualification does not affect the title of a registered proprietor who has taken bona fide from the fraudulent person for valuable consideration, or any person bona fide claiming through or under such registered proprietor. The word fraud "clearly implies some act of dishonesty"

² - قارن ذلك مع الحائز للأرض التي اكتملت مدة حيازته ولم يتم بتسجيلها حسب القانون أو يتم بعمل إنذار للشهر العقاري. فإذا باع من يملك شهادة الملكية فيبيعه صحيح غير فاقده للمحل ولا يكون بالتالي باطل بطلاناً مطلقاً على الرغم من أن الملكية بالتقادم من الحقوق التي لا يجب شهرها حسب قانون تورينس .

Boyczuk v. Perry, [1948] 2 D.L.R. 406 (Alta. S.C.A.D.).

<http://www.geomatics.ucalgary.ca/~barry/Course%20Material/Cadastral%20systems%20and%20Land%20Registration/Survey%20Law%20Cases/Canadian%20Cases/Case%201948%20Boyczuk%20vs%20Perry%20et%20al.pdf>

"A person in possession of land for a period sufficient to extinguish the title of the registered owner in terms of the Limitation of Actions Act of Alberta may, where he does not have himself registered as the owner under the Land Titles Act (1942) or protect himself by a caveat thereunder, be ousted from possession at the suit of a person who subsequently obtains a certificate of title under the Act without fraud consequent upon purchase of the land from the registered owner whose title has been extinguished as aforesaid. "

See also , Syndicated Mortgage Investment Corporation v. Gal, 1998 ABQB 944 (IN THE COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA)

http://www.ucc.ie/law/restitution/archive/canacases/alberta/syndicated_mortgage.htm

وفي هذه الدعوى Leah Mae Gal كانت مالكة لمنزل الزوجية دون زوجها السيد Julius Gal بموجب شهادة الملكية وحدث أن طلقاً في سنة 1977 وتركت هذه الزوجة المنزل في حيازة الزوج منذ ذلك التاريخ وحتى سنة 1988 وفي هذه السنة رتب رهن على المنزل. وعند تقاعسها عن سداد الائتمان شرع البنك في إتخاذ الإجراءات القانونية ضد المنزل المرهون، احتج الزوج بأنه أمتلك المنزل المرهون بالملكية العكسية، ولأنه لم يتم حتى بعمل إنذار يدل على أن آخر له ملكية في هذا المنزل قضى لصالح البنك المرتهن الذي رتب رهنه بحسن نية.

³ - والتي كانت تنص على أن ((الغير يعتبر حسن النية إذا كان لا يعلم، أو لا يستطيع أن يعلم بالسبب الذي تستند إليه الدعوى))، وانظر أيضاً Lynden Griggs – Torrens Title in Digital WORLD Op.Cit الأساس في نظام تورينس لتسجيل الملكية، ببساطه هو جعل التسجيل حاسم وقاطع تجاه الكافة ودلالة التسجيل تكون بواسطة شهادة تعكس حالة حق الملكية في أي وقت، فيجب أن تكون حقوق الغير وانذاتهم على الملكية مسجلة. وهذا ما يعطى حق ال indefeasibility title قوته وأي مشكلة بسبب الاحتيال، والغلط تحل بضمان الدولة بالاعتماد على صندوق التأمين.

Dobek v. Jennings, [1928] 1 W.W.R. 348 at 350-351 (Alta. S.C.A.D.).

http://www.ucc.ie/law/restitution/archive/canacases/alberta/syndicated_mortgage.htm

في هذه الدعوى على الرغم من أنه بالنسبة للمالك البائع بشهادة الملكية، كان يوجد على الأرض من يملكها بالتقادم، وإهمال المالك العكسي في تسجيل ملكيته، أو حتى عدم وجود إنذار مسجل ينبه بوقف التعامل على هذه الأرض، فالمشتري من البائع يملك الأرض خالياً من الملكية العكسية، على عكس بئعه الذي كان حقه ضعيف لوجود الملكية العكسية.

وقد ركز الجانب الآخر من الفقه (1): وهم الأغلبية العظمى اهتمامهم على الجانب التطبيقي لنصي المادة 15 و17، وصنفت عندهم الدعاوى التي حدتها المادة 15 في ثلاث طوائف: الأولى، دعاوى زوال الملكية التي توجه ضد شخص يملك العقار فعلا ولكن ملكيته مهددة بالزوال بأثر رجعي؛ مثال دعاوى الإبطال، لعب في الرضا، والنقص في الأهلية الخ، ودعاوى الفسخ لعدم التنفيذ، ودعاوى الرجوع في الهبة، والدعاوى البوليصة، ودعاوى عدم نفاذ الوصية. الثانية، دعاوى إنكار الملكية وهي توجه إلى شخص لم يكن مالكا للعقار موضوع النزاع ونتيجتها إثبات انعدام الصلة بينه وبين المال ومثال ذلك دعاوى الاستحقاق ودعاوى بطلان التصرف بطلانا من النظام العام. الثالثة، دعاوى انتقال الملكية؛ دعاوى صحة التعاقد التي ترفع لامتناع البائع عن التسجيل.

فهل يمكن القول: بوجود قاعدة عامة للأفضلية بين المدعى والغير تخضع للأسبقية في الشهر؟ كان يمكن أن يقال ذلك لولا أن المشرع استخدم في الفقرة الثانية لفظي ((كسب وحسن النية)) وهذان اللفظان يتسببان في غموض وخطإ إذا أضيفا إلى الطائفة الثانية والثالثة من الدعاوى التي نصت عليها المادة 15، وهي دعاوى إنكار الملكية، ودعاوى صحة التعاقد بل وحتى إلى دعاوى زوال الملكية (2).

فالتساؤل الذي يثار هنا هل يكفي حسن النية (3) لاكتساب الحق، حتى لو كان المتصرف غير مالك، كما هو الحال في دعاوى الاستحقاق، ودعاوى البطلان المطلق (4)، وهل يمنع سوء نية المشتري الثاني ممن سبق أن باع نفس الملكية من اكتسابه الحق أو الملكية، حتى لو شهر حقه قبل المشتري الأول؟ وهل يكفي

¹ - الدكتور سالم دحدوح المرجع السابق ص 190

² - الدكتور نعمان جمعه المرجع السابق ص 99

³ - Breskvar v Wall (1971) 126 CLR 376 Clements v Ellis (1934) 51 CLR 217 MARK ANTHONY CONLAN (AS LIQUIDATOR OF OAKLEIGH ACQUISITIONS PTY LTD) & ORS -v- REGISTRAR OF TITLES & ORS [2001] WASC 201 (3 August 2001) (Supreme Court of Western Australia) ph 164 <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/wa/WASC/2001/201.html?query=%22adverse%22+and+%22possession%22+and+%22protect%22+and+%22mortgagee%22+and+%22indefeasibility%22>

³ - وانظر في منح حق indefeasibility للمرتهن في الرهن العقاري المسجل بشكل صحيح بالرغم من وروده على مستندات مزورة .

RE GLOBAL FINANCE GROUP PTY LTD (IN LIQ); EX PARTE SIMON ANDREW READ AS LIQUIDATOR OF GLOBAL FINANCE GROUP PTY LTD (IN LIQ) & ANOR v SHANKLAND NOMINEES PTY LTD & ORS [1999] WASC 23 (14 May 1999) (Supreme Court of Western Australia) <http://www.austlii.edu.au/au/cases/wa/WASC/1999/23.html>

Penullar v. PNB, supra; PNB v. Court of Appeals, 187 SCRA 735, 742 (1990)

وفيه قررت المحكمة أنها لا تنوى مخالفه أو تجاهل الأحكام المستقرة بشأن اعتماد الطرف الثالث حسن النية على صواب شهادة الملكية

The court does not intend to disregard the long line of its decisions holding that “where innocent third persons, relying on the correctness of the certificate of title thus issued, acquire rights over the property, the court cannot disregard such rights and order the total cancellation of the certificate.....

..... A mortgagee has the right to rely on what appears in the certificate of title, and in the absence of anything to excite suspicion, is under no obligation to look beyond the certificate and investigate the title of the mortgagor appearing on the face of the certificate.)

<http://www.supremecourt.gov.ph/jurisprudence/2001/sep2001/122425.htm>

⁴ - الدكتور عبد الباسط جميعي المرجع السابق ص 100 .

حسن النية لتصحيح رهن صادر ممن زالت ملكيته ضد المالك الحقيقي (1). اختلف الفقهاء بشأن تفسيرهم لحسن النية وانقسموا إلى ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الأول : يرى تطبيق نص المادة 17 حرفيا فحسن النية شرط ضروري إلى جانب الأسبقية في الشهر للأفضلية، ولا وجه للترقية بين أنواع الدعاوى المختلفة التي جاءت بها المادة 15 ، وحسن النية عندهم هو عدم العلم بالسبب الذي تقوم عليه الدعوى (2).

الاتجاه الثاني : وهو الذي يرى تدعيم نظام التسجيل دون إغراق يعرض مصالح الناس للخطر (3) ؛ فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية، ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ (4). فكل تصرف يكون ثمرة التواطؤ لا يسرى تسجيله في حق الغير، غير أن هذا الرأي لا ينطبق إلا بالنسبة لطائفة دعاوى صحة التعاقد. وفي ذلك تقرر محكمة النقض (5) تنتقل الملكية بالتسجيل ولو نسب إلى المشتري الذي بادر بالتسجيل التدليس أو التواطؤ مع البائع، طالما أنه تعاقد مع مالك حقيقي، لا يشوب سند ملكيته عيب، ومن العبارة الأخيرة، يمكن استنتاج أن محكمة النقض فسرت حسن النية، بصدد دعاوى زوال الملكية بعدم العلم بما يشوب الملكية من عيوب.

الاتجاه الثالث: ويرى (6) أنه بالرغم من التعميم الذي وردت به المادة 17 شهر عقاري. فإن حسن النية معناه عدم العلم أو عدم إمكان العلم، إلا أن اشتراطه مجاله دعاوى زوال الملكية للحد من الأثر الرجعي الذي من مقتضاه أن تزول ملكية الراهن، وكأنه ما ملك شيئا من البداية .

أما دعاوى إنكار الملكية وهي الاستحقاق والبطلان المطلق للتصرف، فإن حسن النية يكون غير منتج؛ لأن حسن النية لا يكسب الغير حقا لأنه قد تعامل مع غير مالك، ولا تدعم حسن النية هنا بإشهار الغير للتصرف قبل إشهار المدعى لدعواه ، لأن الملكية تستند في انتقالها إلى عنصرين متلازمين هما التصرف الصحيح والإشهار، ولا يغني أحدهما عن الآخر (7). أما عن دعاوى صحة التعاقد يقرر هذا الاتجاه أن حسن النية غير لازم إذا كان الغير أشهر حقه قبل إشهار دعوى صحة التعاقد، فقد تعامل أذن مع مالك (8)، فإذا قام بعد ذلك بإشهار حقه قبل المدعى فلا مفر من تفضيل حقه استنادا إلى المادتين 9 و 10 من

1 - الدكتور عبد الباسط جميعي المرجع السابق ص 100 والقول بذلك فيه مساس بالقاعدة الأساسية في الشهر والتي تهدف إلى استقرار ووضوح الحقوق العينية العقارية .

2 - الدكتور أنور سلطان في العقود المسماة شرح البيع والمقايضة 1952 فقرة 183

3 - السنهوري أسباب كسب الملكية المرجع السابق ص 501 .

4 - نفس المرجع ص 497 وذهبت محكمة النقض إلى أنه لا يشترط في التسجيل حسن النية فينتج التسجيل أثره ، ولو كان المشتري الثاني سيء النية يعلم بسبق التصرف ، بل ولو حتى كان متواطئا مع البائع ، على حرمان المشتري الأول من الصفقة

5 - نقض مدني 7 ابريل سنة 1970 مج أحكام النقض السنة 93 ص 581

6 - سليمان مرقص عقد البيع 1954 فقرة 175 وعبد المنعم البدرأوى الوجيز في عقد البيع فقرة 118 و131 والدكتور جميل الشرفاوي شرح العقود المدنية البيع والمقايضة سنة 1966 فقرة 550

7 - نفس المراجع ذات الأماكن

8 - انظر عكس ذلك حكم الدستورية العليا المرجع السابق

قانون الشهر العقاري، واستنادا إلى الفلسفة العامة لهذا القانون الذي يسعى إلى أمن واستقرار الملكية العقارية (1).

وثار التساؤل (2) عن معنى كسب وربطه بمعنى حسن النية الواردة في الفقرة الثانية من المادة 17 وهل قصد به دخول الحق واستقراره في ذمة الغير كما يوحي ظاهر النص؟، وإذا كان الأمر كذلك، فهي لا تنطبق على دعوى صحة التعاقد (3) عندما يسجل المشتري الثاني قبل المشتري الأول من نفس البائع، لأن المشتري الثاني سجل عقدا معدوم المحل باطلا بطلانا من النظام العام، ولم يتعامل مع مالك (4). ولا ينطبق معناها على دعوى الاستحقاق حيث المتصرف غير مالك ولا على دعاوى زوال الملكية كدعاوى البطلان، والفسخ، وعدم النفاذ حيث المتصرف تزول ملكيته بأثر رجعي، ولا يمكن بالتالي اعتبار الغير المتصرف إليه مكتسبا لحق إلا بتطبيق نص آخر هو المادة 969 مدني

وإذا كنا قد رأينا أنه بصدد أنواع الدعاوى الثلاثة أن الغير لا يكتسب الحق فعلا، وبالتالي لا يمكن أن تحمل هذه العبارة على معنى اكتساب الحق فعلا (5)، ولو فرض عكس ذلك لكانت المادة 17 / 2 بلا جدوى لأنها تكون قد حسمت التنازع بين المراكز غير المستقرة .

فما قصد المشرع إذن بإيراد عبارة كسب حقه ؟ قيل (6) إن المقصود بها الغير الذي تلقى حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل (7)، وأقترح رأى آخر (8) معنى للفظ " كسب " الواردة بالمادة 17 / 2 " وهو من أشهر تصرفا كان من شأنه وقت إبرامه أن ينقل الحق إلى المتصرف إليه إن هو راعى قواعد الإشهار المقررة بهذا التصرف " . ويستطرد ذلك الرأي ، في أنه استلزم أن يكون التصرف صحيحا في ذاته، صادرا ممن تتوافر له الصفة اللازمة للتصرف وقت إبرامه، ورتب هذا الرأي على التفسير الذي تبناه أن شروط أفضلية الغير تتوافر عندما يتعلق الأمر بدعوى صحة التعاقد، فالغير (المشتري الثاني) أبرم التصرف مع مالك. فالأمر عنده يتعلق بتصرف صحيح، فإذا أشهر حقه وكان لا يعلم بوجود عيب يشوب ملكية المتصرف، فإنه يكون حسن النية .

1 - الدكتور عبد المنعم البدرأوى المرجع السابق فقره 131 ص 218

2 - دكتور نعمان جمعه المرجع السابق ص 108

3 - انظر عكس هذا الرأي الدكتور عبد الباسط جميعي المرجع السابق ص 377 وما بعدها إذ يقول أن كسب الغير حقا مؤداه دخول الحق في ذمة الغير، وفقا لقواعد القانون. وهذا لا ينطبق إلا على دعوى صحة التعاقد، حيث يسجل المشتري الثاني قبل المشتري الأول .

4 - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا المرجع السابق وانظر عكس هذا الرأي الدكتور عبد الباسط جميعي المرجع السابق ص 377 وما بعدها إذ يذكر أن نص المادة 17 / 2 لا يتأتى تطبيقه إلا بالنسبة إلى المشتري الثاني الذي يسجل عقده قبل المشتري الأول من نفس البائع فذلك هو الذي يمكن أن يكسب حقا في معنى النص سالف الإشارة إليه، ولا نرى ذلك صحيحا على الرغم من تبني محكمة النقض هذا الاتجاه في أحكامها .

5 - الدكتور نعمان جمعة المرجع السابق ص 108

6 - الدكتور عبد الباسط جميعي المرجع السابق ص 378 وما بعدها. الدكتور نعمان جمعه المرجع السابق ص 97

7 - الدكتور نعمان جمعة المرجع السابق ص 97

8 - نفس المرجع ص 109

ونعترض على ماجاء بهذا الرأي، إذ أن المشتري الثاني عقده غير صحيح، واشترى من غير مالك حيث قررت المحكمة الدستورية العليا (1) في معرض الرد على تفضيل عقد المشتري الثاني على عقد المشتري الأول أن المفاضلة تتم بين عقود صحيحة، وأن العقد الثاني باطل بطلانا من النظام العام لوروده على غير محل، ولا يصح التسجيل هذا العقد. وعندما يتعلق الأمر بدعاوى زوال الملكية كالإبطال، والفسخ، والرجوع قرر: أن الغير يكتسب الحق، عندما يشهر تصرفه قبل إشهار المدعى لدعواه (2) وكان التصرف وقت إبرامه من شأنه أن يكسب الحق؛ لأنه صدر من شخص كان مالكا وقت إبرام التصرف.

ويمكن الاعتراض على هذا الرأي، والرد عليه يأتي من القواعد العامة، وهو أنه في دعاوى زوال الملكية وهي جميعها يضمها حكم البطلان النسبي. تكرر أنها تمر بمرحلتين : القابلية للبطلان والبطلان المطلق في آثاره، فإذا حكم فيها بالبطلان تساوت مع دعاوى انعدام الملكية، ويعتبر التصرف فيها كأن لم يصدر من مالك، وما وجود المادة 1034 إلا لتعمل على الحد من الأثر الرجعي (3) للقضاء ببطلان، أو فسخ العقود المهددة بالزوال، فمن حيث الأصل يكون التصرف غير صحيح ، وما حماية الغير المقررة بهذه المادة، إلا استثناءا كما يقول المدافعون عن القواعد العامة .

وعندما تعرض الرأي السابق، (4) لإنزال تفسيره لمعنى كسب على دعاوى إنكار الملكية قرر: أن شروط أفضلية الغير لا تتوافر في هذه الدعاوى لأنه يفرض حسن النية، وتوافر الإشهار السابق على إشهار الدعوى فالتصرف وقت إبرامه لم يكن من شأنه أن يكسب الحق؛ لأنه صدر من غير مالك، وتؤيد هذا الرأي في هذه الجزئية في إطار القواعد العامة. ولكنه استرسل فاستثنى مما سبق دعوى الاستحقاق التي يرفعها البائع السوري على المشتري السوري، فقرر أن الغير هنا له الأفضلية مسببا ذلك بأن تصرف المشتري السوري من شأنه أن ينقل الملكية.

ونعترض على هذا الرأي هنا وسندنا في ذلك حكم محكمة النقض (5) وما هو إلا محض تطبيق للقواعد العامة، إذ قضت بأن صورية عقد البيع صورية مطلقة، تجعله باطلا ولا يترتب عليه نقل ملكية المبيع، ولو كان مسجلا، إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقدا باطلا. والحق أنه مع وجود عبارة من كسب حقه لا يمكن أن نعتبر نص المادة 17 يضع القاعدة العامة التي تكرر الظاهر وتحميه (6) على الأقل في طائفة دعاوى إنكار الملكية، وهو لا يمكن أن يكون كذلك إلا بحذف هذه العبارة وصيرورة النص على هذه الصورة ((يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة 15 من ذات القانون أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر

1- المحكمة الدستورية العليا المرجع السابق

2 - الدكتور نعمان جمعة المرجع السابق ص 109

3 - نفس المرجع ص 111

4 - الدكتور نعمان جمعة المرجع السابق ص 110

5- قضت محكمة النقض بأنه اذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة فإنه يكون باطلا، ولا يترتب عليه نقل ملكية المبيع، ولو كان مسجلا، إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقدا باطل نقض مدني الطعن رقم 440 س 30 جلسة 27/5/1965 مجموعة عمرج رقم 67 ص 183.

6 - الدكتور نعمان جمعة المرجع السابق ص 110 وهو لا يؤيد أن نص المادة 17 / 2 يضع قاعدة عامة في حماية الظاهر. وانظر عكس هذا الرأي الدكتور عبد الباسط جمعي المرجع السابق ص 373 وما بعدها إذ إنه عنده تضع المادة 17 / 2 قاعدة عامة في حماية الظاهر.

بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها ولا يكون هذا الحق حجة على الغير حسن النية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما ((فإذا حذفنا عبارة من كسب حقه، من نص المادة السابقة نكون بالفعل قد حمينا الغير الذي يعتمد على التسجيل، وحسن النية بشكل مطلق (1). ونكون قد أعملنا فعالية قانون التسجيل في حماية الغير فضلا عن اتساق التعديل المقترح مع نص المادة 1034 مدني بالتفسير الذي توصلنا إليه

والملاحظ أن اختلاف الحلول لسند ملكية الراهن بشأن حماية الدائن المرتهن تأتي من مزج قواعد قانون التسجيل بالقواعد العامة، هذا في حين أن قانون التسجيل يجب أن يعمل كاستثناء على القواعد العامة. فلا يجب أن ننقئ من مواد قانون التسجيل مواد نطبقها كما في حالة الصورية المطلقة، والمشتري الثاني الذي يسجل قبل المشتري الأول (2). فإما أن نعمل بقواعد قانون التسجيل، وإما نعمل بالقواعد العامة (3) ولا وسط بين الاثنين كي تستقيم الحلول وتتوحد. والحقيقة أنه لن يتأتى ذلك طالما ظل اعتمادنا على نظام التسجيل الشخصي الذي لا يظهر السند المسجل من عيوب الملكية، فالحل في تبني وتطبيق قانون السجل العيني بما له من قوة مطلقة للتسجيل وهو ما أخذت به معظم الدول الأوروبية، ومعظم ولايات الولايات المتحدة الأمريكية (4).

وندرس في الفصل القادم مشاكل سلطات الدائن المرتهن على الضمان العقاري في ضوء ما للمدين الراهن من سلطات على ذلك الضمان، حتى تكتمل لدينا الصورة في توضيح أسباب عدم فاعلية حماية الدائن المرتهن في نظامنا القانوني، وذلك بمراعاة ما أتاه المشرع المصري في إطار قانون التمويل العقاري من تطوير جزئي (تقييد سلطات الراهن) دعما لسلطات المرتهن.

¹ – Republic v. Court of Appeals, 306 SCRA 81, 88 (1999)

Gibbs v Messer [1891] AC 248; Clements v Ellis (1934) 51 CLR 217).Barclay's Bank Plc. v. O'Brien [1994] 1 A.C. 180.<http://www.hrothgar.co.uk/WebCases/hol/reports/00/57.htm>
Torrens system - Whether indefeasible security obtained by registration of mortgage - No fraud by mortgagee Whether indefeasible mortgage security by registration. Transfer of Land Act 1958, s.42(1).

² – انظر نقض رقم 35 سنة 5 ق جلسة 12/ 12/ 1935

³ – انظر في عدم إعمال القواعد العامة عندما يتعلق الأمر بتطبيق نظام تورينس الحكم

FLORDELIZA H. CABUHAT, PETITIONER, VS. THE HONORABLE COURT OF APPEALS, SPECIAL G.R. No. 122425. September 28, 2001] OP,CIT

⁴ – وفي دراسته بيان لمدى فعالية قانون التسجيل في حماية الغير ومنهم الدائن المرتهن وهو في اغلب الأحوال بنك من البنوك يقرض أمواله معتمدا على حق الملكية للراهن و فيه الفائدة الكبيرة، التي تعود على إصلاح نظام التسجيل عندنا.

الفصل الثاني

سلطات البنك على الضمان العقاري

نعرض في هذا الفصل للمشاكل القانونية التي تؤثر في حق البنك كدائن مرتهن من ناحية سلطاته، ومداهها على الضمان العقاري، لكشف ما يتسبب في عدم فاعليتها في ظل احتفاظ المدين الراهن بملكية الضمان العقاري، بما تتيحه من مكنات. ونقسم الحديث فيها إلى مبحثين: نتناول في المبحث الأول مشاكل سلطات المدين الراهن على الضمان العقاري، ونتناول في المبحث الثاني مشاكل سلطات البنك على الضمان العقاري⁽¹⁾.

المبحث الأول

مشاكل سلطات الراهن على الضمان العقاري

يعتبر الرهن الرسمي نتاج تطور الفكر القانوني⁽²⁾، بالتوصل إلى إبقاء الملكية للمدين الراهن، مع ثبوت حق الدائن المرتهن على هذه الملكية بإتباع نظام القيد. وكان من مقتضى هذا الأمر أن يبقى للمدين الراهن

¹ - فنحن نفترض أن الرهن تم صحيحا وفق ما يتطلبه للقانون لذا نستبعد من هذه الدراسة مشكلة مصدر نشؤ حق الرهن وهل هو

العقد أم واقعة القيد في الرهن الرسمي أو التسليم في الرهن الحيازي

² - الدكتور سمير تناغو - التأمينات الشخصية والعينية ط 1985 ص 221

حق الملكية، وبما يتيح هذا الحق من مكناات تتمثل في التصرف في هذا الملك المرهون، وكذلك استغلاله أو استعماله (1).

والحقيقة، أن إبقاء الملكية للمدين وكأنه لم يتصرف فيها مثل خطرا على مصالح وحقوق الدائن المرتهن، إذ أن تعارض المصالح أمر وارد بين حقوقهما (2). فالسلطات الأصلية الباقية للمدين الراهن واستعمالها بشكل يضر بالدائن المرتهن هي المدخل الذي نقيس به مدى فاعلية سلطات الدائن المرتهن على الضمان العقاري، وبالتالي فاعلية الضمان ذاته في حماية البنك المرتهن. وفيما هو آت نبين مشكلة تصرف المدين الراهن في الضمان العقاري، وكذا مشكلة استغلاله (3) في مطلبين كالتالي :-

المطلب الأول

مشكلة التصرف بالبيع في الضمان العقاري

يملك الراهن العقار المرهون وله سلطة التصرف فيه، وفي ذلك تنص المادة 1043 مدني على أنه يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون (4). فالمدين الراهن لا يفقد في الرهن الرسمي، ولا في الرهن الحيازي ملكية العقار الضامن (5)، ولا حق التصرف فيه (6). فيستطيع الراهن أن يبيع العقار، أو يقايض عليه، أو يهبه، ولكن تنتقل الملكية مثقلة بالرهن، مادام الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع، أو المقايضة، أو الهبة. وكذلك يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع، أو حق ارتفاق (7)، ولكن لا تنفذ هذه الحقوق قبل الدائن المرتهن، وله أن ينفذ على العقار خاليا منها. كما يستطيع الراهن أن يرتب على العقار المرهون حق رهن آخر، رسميا كان، أو حيا زيا. ولكن حق الرهن الأول يتقدم على كل هذه الحقوق (8).

وقد افترضت المذكورة الإيضاحية أن سلطة الراهن في التصرف لا تتعارض مع حق الدائن المرتهن، طالما أن حقه لا يتأثر بالحقوق التي يرتبها المدين. كما أن المفهوم من نظام الرهن أن سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون هي من طبيعة هذا النظام، بل إنها من غاية هذا النظام أن يبقى للمدين الراهن ملكه بما يحمله من سلطات (9)، وكأنه لم يجر بشأنه رهن (10). وفي هذا الصدد قيل: (11) بأن المرتهن ليس

1 - نفس المرجع نفس المكان، إذ يقرر أنه لا تعارض بين الغاية من الرهن واحتفاظ المالك بسلطاته على العقار كمالك له.

2 - نفس المرجع ص 222

3 - إذا كان للراهن أن يتصرف في العقار المرهون وأن يجني ثماره فمن باب أولى فله أن يستعمله، فإذا كان العقار المرهون منزلا وكان الراهن يسكنه فهو يبقى ساكنا فيه دون أجره حتى بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية.

4 - راجع المادة 1043 مدني وما تليها من مواد

5 - الدكتور همام محمد محمود التأمينات العينية والشخصية ط 1999 ص 395

6 - نفس المرجع نفس المكان

7 - السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ج 10 في التأمينات الشخصية والعينية ص 461

8 - نفس المرجع هامش ص 462 المذكورة الإيضاحية ج 7، ص 39

9 - يجب مراعاة الفرق بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي من ناحية أن الراهن في الرهن الرسمي تبقى له كامل سلطاته على الملكية في حين انه في الرهن الحيازي يكون للراهن حق التصرف وحق الحياة القانونية، وإنما يفقد فقط استغلال العقار.

10 - السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية ج 10 ص 460

11 - الدكتور سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق ص 206

له الاعتراض على تصرفات المدين (1)، ولا يجوز له الاشتراط على المدين عدم التصرف في العقار الضمان (2)؛ اعتمادا على أن حرية الراهن في أن يتصرف في العقار المرهون، على النحو المتقدم، لا يجوز أن يقيد بها اتفاق مع الدائن المرتهن، بل أنه يقع باطلا تعهد الراهن للدائن المرتهن بألا يتصرف في العقار المرهون (3).

بيد أن من مقتضى بقاء ملكية الراهن للعقار الضامن، أن يتحمل بالتزام وفقا للقواعد العامة وهو التزامه بسلامة الرهن من تعرضه الشخصي (4)، وضمان تعرض الغير، ويعنى ذلك التزامه بالامتناع عن كل عمل مادي أو قانوني من شأنه أن يرتب إنقاصا كبيرا للضمان المقرر.

ولعل تطلب المشرع ضرورة أن يرتب فعل الراهن إنقاصا كبيرا للضمان هو المحافظة في النهاية على حرية الراهن في مباشرة سلطاته المتفرعة عن ملكية العقار بدون تعنت أو إرهاب من جانب الدائن المرتهن (5). ومن ثم، يستطيع الراهن أن يباشر تلك السلطات فيما لا يلحق الضرر بحق المرتهن في الضمان. ويمتنع عليه أن يأتي من الأعمال المادية ايجابية أو سلبية ما يمس بسلامة الرهن وينتقص من ضمان المرتهن، شأن تخريب العقار أو تركه يتخرب.

غير أنه، وفي الواقع العملي، قد يأتي المدين الراهن تصرفا (6) يعرض معه حقوق الدائن المرتهن للخطر، فقد يبيع المدين الراهن العقار باعتباره منقولا بحسب المآل، أو يتصرف في عقارات بالتخصيص مخصصة لخدمه العقار (7)، أو قد يتصرف في جزء منه، أو قد يتصرف في العقار كله كأرض فضاء، أو بعد البناء (8) وقد يحول عقود الإيجار إلى عقود بيع (9).

كل هذه التصرفات، هي ولا شك تؤثر على الضمان العقاري للائتمان المصرفي. إذ قد يعود من بعدها البنك عمليا إلى الضمان العام للمدين الذي لم يكن يرغب فيه، بما يحمله ذلك من خطر عدم كفاية الذمة المالية للراهن عند التنفيذ عليها، وخطر مزاحمة باقي الدائنين له في التنفيذ، وندرس هذه المشكلات كالتالي:

الفرع الأول

بيع الضمان العقاري باعتباره منقولا بحسب المآل

1 - الدكتور همام محمد محمود المرجع السابق ص 395 - 397

2 - السنهوري المرجع السابق ص 463 - سمير تناغو المرجع السابق ص 223

3 - المذكرة الإيضاحية ج 7 ص 39

4 - السنهوري المرجع السابق ص 448

5 - الدكتور همام محمد محمود المرجع السابق ص 399

6 - وتصرفات وأعمال المدين الراهن يمكن أن تكون مادية كأفعال التخريب أو الهدم التي تصدر منه وقد تكون أعمال قانونية كالتصرفات التي تتعارض مع حق الدائن المرتهن كترتيب حق للغير على العقار الضامن قبل قيد المرتهن لحقه راجع بتفصيل أكثر شمس الدين الوكيل نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد - ط 2 1959 دار المعارف بمصر، ولكننا في هذه الدراسة نفترض أن البنك قد اتبع الاجراءات القانونية السليمة ومع يحدث للضمان بشأنه انقاص قيمته ليس له دخل فيه لذلك سنتعرض للمشكلات المادية التي يمكن أن يؤتيها المدين الراهن وتؤثر في قيمته بالسلب

7 - راجع الحكم 4967 / 1999 م . ك أسكندرية

8 - ويحدث هذا عندما يقوم المدين الراهن بهدم العقار بدون ترخيص مثلا

9 - عندما يبيع المدين الراهن للمستأجرين منه فينقلوا إلى ملاك بدلا من مستأجرين

قد يرد تصرف الراهن في العقار باعتباره منقولاً بحسب المآل كأن يبيع العقار المرهون نفسه⁽¹⁾ ويكون منزلاً بقصد هدمه وتسليمه للمشتري أنقاضاً، أو قد يهدم المنزل المرهون فعلاً ويستولى المشتري على أنقاضه. ويمكن حصر تصرف المدين الراهن في العقار، باعتباره منقولاً بحسب المآل في حالتين⁽²⁾:

الحالة الأولى، وهي، أن يكون بيع العقار باعتباره منقولاً بحسب المآل مسجلاً قبل قيد الرهن. فعلى الرغم من أن هذا البيع يعتبر بيعاً لمنقول فيما بين الراهن والمشتري، إلا إنه يعتبر بالنسبة إلى البنك المرتهن بيعاً لعقار. وحيث إن الدائن المرتهن يعتبر خلفاً خاصاً للراهن، فإن هذا البيع لا يسرى في حقه، وله أن يمنع هدمه إذا كان يجهل وقت الرهن بيع المنزل أنقاضاً، أما إذا كان يعلم بسبق بيع المنزل أنقاضاً، فإن البيع يسرى في حقه⁽³⁾. ويجوز للمشتري هدم المنزل وتسليم أنقاضه ويجوز للمرتهن إذا كان الثمن مازال في ذمة المشتري أن يحجز عليه تحت يده، ويكون له عليه حق التقدم باعتباره دائناً مرتهناً.

الحالة الثانية، وهي، أن يكون بيع العقار باعتباره منقولاً بحسب المآل مسجلاً بعد قيد الرهن. وهنا، لا يسرى هذا البيع في حق الدائن المرتهن⁽⁴⁾، ومن حقه أن يمنعه وأن يوقف أعمال الهدم في العقار المرهون؛ لأن حق الرهن تعلق به، وله أن يطلب تعيين حارس على العقار. فإذا تمكن الراهن من هدم العقار، فإن هذا لا ينفع المشتري إذا تمسك بالحيازة في المنقول سند الحائز⁽⁵⁾، ورغم ذلك عند الدكتور السنهوري⁽⁶⁾ إذا تسلم الأنقاض من هو حسن النية يمكنه استخدام قاعدة ملكية المنقول⁽⁷⁾، وينتقل حق الدائن المرتهن على الثمن، فيمكن له حجزه تحت يد الحائز حسن النية، والتقدم بما له من حق رهن⁽⁸⁾.

وعلى أي حال، يعتبر تصرف الراهن في العقار المرهون باعتباره منقولاً بحسب المآل من التصرفات التي تضر بحق الدائن المرتهن. فقد يفقد الدائن رهنه أو يضعف كثيراً، بحيث يكون للدائن المرتهن أن يطلب من الراهن تأميناً جديداً⁽⁹⁾، أو يسقط آجال الدين فوراً، ويطالبه به كاملاً⁽¹⁰⁾. غير أنه ليس مأمولاً - عملياً

1 - الدكتور همام محمد محمود المرجع السابق ص 401 حيث يقرر أن أحكام النظام القانوني التي تحكم العقارات بطبيعتها ترجع إلى ما تتميز به من واقع استقرارها بحيزها وثبات موقعها .

2- السنهوري المرجع السابق ص 464

3 - تعرض حالة بيع الراهن العقار منقولاً بحسب المآل ثم رهنه ومقتضى تطبيق حكم المنقول في هذه الحالة أن الملكية تنتقل فوراً إلى المتصرف إليه ويعتد الرهن صادر من غير مالك مع ما يستتبعه ذلك من أحكام ومع ذلك فهناك من رأى تغليب الطبيعة الفعلية للعقار في صالح الغير حسن النية الذي لم يرى مظهر من المظاهر التي توحى بالتغيير المزعم في طبيعة العقار. بأن ظل في حوزة المتصرف بعد بيعه. فإن احتجاج المتصرف إليه بالطبيعة المنقولة للعقار لا ينفذ تجاه المرتهن حسن النية، ورهن المتصرف يعد صادراً من المالك الظاهر. ويحتج برهنه تجاه المتصرف إليه. ويكون للدائن المرتهن الحجز على الثمن، تحت يد الحائز لأنقاض، إذا كان قد سلمها للمتصرف إليه حسن النية. السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجزء العاشر والأخير في التأمينات الشخصية والعينية ط2 1994 ص 463

4 - السنهوري المرجع السابق ص 465

5 - نفس المرجع ص 466

6 - نفس المرجع نفس المكان

7- نفس المرجع نفس المكان

8 - الدكتور همام محمد محمود المرجع السابق ص 406 وهو لا يعتبر المرتهن خلفاً خاصاً للراهن، لأن الخلف الخاص هو من انتقل إليه من سلفه حقاً شخصياً أو عينياً على مال معين. بينما المرتهن لم ينقل إليه شيء من ذلك.

9 - السنهوري المرجع السابق ص 406

10 - نفس المرجع نفس المكان

- أن يستوفى الدائن دينه بالكامل عند إسقاط الآجال؛ فلا يوجد ما يجبر الراهن قانونا على أن يقدم للدائن ضمانا آخر.

كما أن تحول العقار إلى منقول ينقضي به حق التتبع في مواجهة المشتري لتمسك الأخير بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، وهنا تكمن مشكلة الدائن المرتهن. إذ لا يبقى له إلا حق التقدم على ثمن المنقولات، إذا كانت تشغل ذمة المشتري والحجز عليها تحت يده، أو الرجوع على الراهن بضمان عدم التعرض. ومن ثم ، فإن المرتهن يتعرض إلى خطر ضياع ائتمانه لنسبية فاعلية الضمان العقاري، ولا يبقى له غير أن يجاهد قضائيا من أجل الوصول إلى تفعيل ضمانه، الذي لولاه لم يكن ليقرض المدين. وفي الواقع لا توجد حماية فعالة للدائن المرتهن .

الفرع الثاني

بيع العقار بالتخصيص الملحق بالضمان العقاري

العقارات بالتخصيص هي، منقولات بحسب طبيعتها ألحقها المالك بالعقار لخدمته فسميت حكما عقارات. وهذه العقارات الحكمية يشملها الرهن سواء تم رصدها لخدمة العقار قبل أو بعد الرهن (1).

وتظهر هذه المشكلة (2) من قيام الراهن بالتصرف في العقارات بالتخصيص (3) استقلالا بفصلها عن العقار المرهون، وإعادتها إلى سيرتها الأولى كمنقول . ومن ثم، يمكن انتقال ملكيتها إلى شخص آخر يستطيع أن يتمسك في مواجهة الدائن بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ، وهو حسن النية (4). وينتهي عمليا حق الدائن المرتهن في التتبع. ولا شك أن التصرف الصادر من المدين صحيح فهو صادر من مالك بإمكانه أن ينهي تخصيص المنقول لخدمة العقار، وإعادته إلى طبيعته الأولى كمنقول (5) ويبقى كذلك، ولو ظل

¹ - انظر نص المادة 1036 مدني والتي تنص على أنه ((يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق ، والعقارات بالتخصيص، والتحسينات والإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك، ما لم يتفق على غير ذلك، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين، أو المهندسين المعماريين المنصوص عليها في المادة 1148 .

² - في حالة عدم اتفاقهما على غير ما تقرره المادة 1036 مدني

³ - الدكتور همام محمد محمود المرجع السابق ص 411 حيث أن إرادة المالك لها دور أساسي في إلحاق المنقولات بخدمة العقار، فالأصل أن تظل له الحرية في الإبقاء على التخصيص أو إنهائه .

⁴ - السنهوري المرجع السابق ص 466

⁵ - الدكتور همام محمد محمود المرجع السابق ص 412

مرصودا لخدمة العقار بإرادة المالك الجديد، لانتهاء شرط وحدة المالك . فوحدة المالك هو الشرط اللازم لاكتساب المنقول صفة العقار (1).

ونضرب مثلا عمليا على ذلك، فقد يرهن شخص ما أرض فضاء مبنيا عليها مصنعا، بما يستلزم من وجود الآلات اللازمة، ويحدث أن يتعثر المدين الراهن ويوقف نشاط المصنع ويبيع الآلات إلى شخص آخر حسن النية، وتدخل هذه الآلات في حيازته. ومن ثم، يفقد المرتهن ضمانه إن كان رتبه على كون المرهون هي الآلات التي يحتويها المصنع (2). استنادا إلى أمرين، قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، وعدم الجدوى العملية للحلول العيني بانتقال حق الرهن على الثمن.

الفرع الثالث

مشكلات الائتمان العملية في بيع الضمان العقاري

أولا - بيع الضمان العقاري وانتقاله إلى ملاك متعددين:

قد يرهن للبنك أرض فضاء كضمان للائتمان، وبعد ذلك يقوم الراهن بالتصرف في هذه الأرض بالبيع لآخر، وبدون أن يذكر للمشتري أو ينص في العقد الذي يحرر بينهما أن هذه الأرض مرهونة للبنك. والمشتري من جانبه لا يطلع إجمالا أو عمدا على وضع ملكية الراهن البائع في الشهر العقاري. وقد يقوم بعد ذلك المشتري باستخراج ترخيص بناء، وقد لا يقوم بذلك. ثم يبنى عليها عقارا مكونا من عدد من الطوابق يبيع وحداته للغير الذين يشترونها بما لها من حصة شائعة في كامل أرض ومباني العقار (3).

وينبغي على ما سبق، صعوبة استعمال الدائن المرتهن لحق التتبع في مواجهة المشتري من الراهن، والمشتريين منه. فالبنك رهنت له أرض تحولت في الواقع إلى مبنى، وليس المبنى الجديد ملكا للراهن، بل أن وحدات هذا البناء أصبحت في حيازة مشتريين متعددين (4). والبيع الذي تم بين الراهن والمشتري للأرض بيع صحيح لأنه صدر من مالك. كما أن المشتريين الجدد للوحدات عقودهم صحيحة لأنها هي الأخرى صدرت ممن يحق له التصرف. وتنشأ في الواقع منازعات بين هؤلاء المشتريين (وهم غالبا ما يكونون حسن النية) وبين البنك يستند فيها المشتريين إلى مواد الالتصاق في القانون المدني (المادتين 924، 925). وفي النهاية

1 - نفس المرجع نفس المكان ويمثل قطع الصلة المعنوية بينها (العقارات بالتخصيص) وبين العقار المرهون من جانب الراهن انتقاصا للضمان المقرر للمرتهن، وإخلالا بالتزام الراهن بسلامة الرهن رغم صدور التصرف فيها من مالك.

2 - انظر الحكم في الدعوى رقم 4967 لسنة 1999 محكمة أسكندرية الابتدائية - قلم حفظ المدني بمحكمة أسكندرية الابتدائية وتدور وقائع هذه القضية حول ماذا اذا كانت حمامات السباحة المخصصة لخدمة ملاك منتج سياحي عقار بالتخصيص من عدمه. وتعقبا على هذا نقرر بأن حمامات السباحة ليست عقارات بالتخصيص حيث أن العقارات بالتخصيص عبارة عن منقولات تقع ضمن ملحقات العقار ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه فالراهن هو المكلف بإثبات أن المنقولات موضوع الرهن لا يشملها عقد الرهن م 1036 مدني. وانظر نقض 14 / 1 / 54 مجموعة المكتب الفني س 5 ص 420

3 - هذا ما يحث - غالبا - في الواقع في ظل عدم تطبيق الدولة للقانون بشكل فعال.

4 - السنهاوي الوسيط في أسباب كسب الملكية - 1992 ص 327 الالتصاق هو اندماج أو اتحاد بين شيئين متميزين أحدهما عن الآخر ومملوك لمالكين مختلفين دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج

وعمليا يستقر الوضع لمشتروا الوحدات (لتغليب النواحي الاجتماعية على النواحي القانونية)، ويفقد المرتهن حق التتبع. ومن ثم، قد يفقد ائتمانه.

ثانياً بيع الضمان العقاري وانتقاله إلى مستأجرين متعددين:

قد يكون محل الرهن أرض فضاء، ثم يبني الراهن عليها عقارا يقوم بتأجير وحداته إلى الغير⁽¹⁾، وبدلاً من أن يزيد ذلك في اطمئنان البنك على ضمانه، نجد أن الراهن قد يقوم في الظاهر بتأجيره بقيمة إيجارية متدنية، أو قد يقوم الراهن ببيع الأرض فضاء بعقد غير مسجل ويسلمها إلى المشتري الذي يحق له إن بني عليها، أن يبرم عقود إيجار صحيحة لهذه الأماكن التي في حيازته، استناداً إلى أن له الحق في الحصول على ثمار العقار، وهو ما أكدته محكمة النقض⁽²⁾.

وإزاء هذه الأوضاع العملية، أيسف البنك حقه في التتبع إزاء المشتري بعقد غير مسجل وإزاء المستأجرين منه أو تجاه المشتريين الجدد من الراهن أو عدم نفاذ حقوق المستأجرين منهما قبله؟ وهل يمكن الاعتماد في ذلك على المادتين 1045 و 1046؟ واللذان تتعلقان بسريان عقد الإيجار في مواجهة الدائن المرتهن، بحسب ما إذا كان ثابت التاريخ من عدمه قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، وبمقدار الحوالة التي تنفذ في حق الدائن المرتهن، وما إذا كانت مدة التخالف المقدمة أو الحوالة بها تزيد عن ثلاث سنوات.

فإذا كان ذلك وكان قانون إيجار الأماكن رقم 49 / 77 والقانون 136 / 81، جعل عقود الإيجار ممتدة تلقائياً إلى مدة غير محدودة بالنسبة للمؤجر والمستأجر. وفي ذلك قررت محكمة النقض أن عقد الإيجار الذي يمتنع فيه على المؤجر طلب الإخلاء في نهاية مدته الأصلية. يمتد إلى مدة غير محددة⁽³⁾، فما إذن جدوى تلك النصوص تجاه الأحكام الاستثنائية الواردة بقانون إيجار الأماكن؟

هذه أهم المشاكل العملية التي قد يقابلها الدائن المرتهن، من جراء أن للمدين الراهن سلطة التصرف في العقار الضامن، وفقاً لنصوص الرهن الرسمي. وما قام عليه من فكرة رئيسية وهي أن العقار يبقى للمدين التصرف فيه كيفما شاء، بقيد لا يجدي ولا يتمشى مع الواقع وهو ألا يضر بمصلحة الدائن المرتهن. وبالإضافة إلى ذلك فإن التوصل إلى أعمال عدم نفاذ التصرفات التي يجريها الراهن ليس ألياً، بل يجب الذهاب بشأنه إلى القضاء والمناضلة من أجل الحصول عليه، مع ما يتطلبه ذلك من وقت، ومصروفات، وما يكتنفه من إمكانية عدم القضاء لصالحه.

¹ - ولا يستطيع الدائن المرتهن إيجار العقار إلا في الرهن الحيازي نيابة عن الراهن فله حق استغلاله لمصلحه الراهن ولا ينقضي إيجار المستأجر من الراهن بانقضاء الرهن نقض 4 مارس 1980 طعن رقم 915 / 47 نقلا من هامش قانون إيجار الأماكن -

الدكتور برهام عطا لله ص 113

² - نقض مدني 4 يونيو 1936 مج عمر ج 1 ص 1150 مقتضى هذا الحكم أن مؤدى نص المادة 458 / 2 من القانون المدني وعلى ما جرى به قضاء المحكمة من أن آثار عقد البيع نقل منفعة البيع إلى المشتري من تاريخ إبرام البيع فيملك المشتري الثمار في المنقول والعقار على السواء ويستوي في بيع العقار أن يكون البيع مسجلاً أو غير مسجل لأن البائع ملتزم بتسليم المبيع إلى المشتري ولو لم يسجل عقده .

³ - ولا يمكن أن تنطبق عليه قواعد الإخلاء كالعقد غير المحدد المدة واعتباره عقد محدد بحسب المدة التي يدفع فيه الإيجار وانظر نص المادة 29 والمادة الثامنة من قانون إيجار الأماكن 49 / 77

فإذا كانت تصرفات الراهن كما رأينا، يمكن أن تضر بحق الدائن المرتهن، فما السبيل إلى درء هذه المشكلة؟ أليس تقييد تصرف الراهن بشكل عملي لصالح الدائن المرتهن أو نقل ملكية العقار الضامن للدائن المرتهن كضمان هو الأوقع؟ ففي غير ذلك من لجوء الدائن المرتهن لحق الضمان العام، والقيام بالتزامات الراهن نيابة عنه طبقا للقواعد العامة، أو مقاضاة الراهن ما يمثل خطرا على الدائن المرتهن، وعلى سرعة المعاملات.

المطلب الثاني

مشكلة التصرف بالإيجار وأجرة الضمان العقاري

أهم أنواع استغلال العقار، تأجيريه وقبض أجرته، وحوالتها (1). وقد تقع هذه الأعمال في دائرة أعمال الإدارة، التي يجوز للراهن أن يقوم بها، ولكن بحد أقصى تسع سنوات للإيجار، وثلاث سنوات للأجرة المقبوضة مقدما (2). لأن في زيادة هذا وذاك خطورة على الدائن المرتهن، من نقص قيمة العقار عند البيع (3). ولهذا اعتبر المشرع هذه التصرفات حكما من أعمال التصرف التي لا يحتج بها في مواجهة الدائن المرتهن إلا إذا كانت مسجلة قبل قيد الرهن (4)، فإذا لم تكن مسجلة أنقصت مدته إلى تسع سنوات

فالأمر يطرح تساؤلات تثير مشاكل، و أول هذه التساؤلات هو ما مدى الاحتجاج على المستأجر بنص المادة 11 (5) من قانون تنظيم الشهر العقاري؟ والمادة 1044 مدني؟ (6) في ظل حقه المستمد من قوانين إيجار الأماكن المتعاقبة والتي تمنح الامتداد القانوني لعقد المستأجر، بل ما معنى عدم نفاذ الإيجار ومدى نفاذ مخالصة الأجرة والحوالة بها لمدة ثلاث سنوات في حالة عدم إثبات تاريخ الإيجار أصلا؟ وهل عمليا يستطيع الدائن أن يطرد المستأجر من العقار؟ أيسطيع بيعه خاليا من المستأجرين!

وندرس هذا الأمر في مطلبين نخصص الأول منهما، لمشكلة نفاذ إيجار الراهن في حق المرتهن، وفي الثاني نبين مشاكل تعجيل الأجرة أو الحوالة بها ونفاذها أو عدم نفاذها في حق المرتهن.

الفرع الأول

¹ - وتنص المادة 1045 (1) الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة، فلا يكون نافذا إلا إذا أمكن اعتباره داخلا في أعمال الإدارة الحسنة.

(2) وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات، فلا يكون نافذا في حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن (المادة 1045 مدني)

² - السنهوري المرجع السابق ص 471

³ - الدكتور همام محمد محمود المرجع السابق ص 414

⁴ - نفس المرجع ص 415

⁵ - تنص المادة 11 من قانون تنظيم الشهر العقاري على أنه ((يجب تسجيل الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات و الحوالات بأكثر من أجره ثلاث سنوات مقدما. وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإيجارات والسندات وفيما زاد على أجره ثلاث سنوات بالنسبة للمخالصات))

⁶ - تنص المادة 1044 مدني "لراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار"

مشكلة نفاذ إيجار الضمان العقاري في حق البنك

تتبع هذه المشكلة من احتفاظ الراهن بحيازة العقار المرهون، واستطاعته استغلاله وجني ثماره (1)، ولا يتعلق حق الدائن المرتهن بهذه الثمار طوال الفترة السابقة على شروعه في التنفيذ على العقار (2) بتسجيل تنبيهه نزع الملكية. فمن هذا الوقت فقط، تلحق الثمار بالعقار (3) ويتعلق بها حقه ابتداءً من هذا التاريخ (4).

إذن فالأصل حرية الراهن في التصرف بالعقار بالتأجير قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، ولكن بالنظر إلى إمكانية أن ينقص هذا الإيجار في الضمان لكونه قد يمتد إلى ما بعد تسجيل التنبيه فقد اختلف الحكم التشريعي على صورتين :-

الأولى :- في حالة ما إذا كان إيجار العقار المرهون ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، حكم الإيجار هنا هو نفاذه إلى مدة تسع سنوات (5) فقط، فزيادة هذه المدة تمثل خطورة على الدائن المرتهن وقد تؤدي إلى نقص قيمة العقار عند البيع، ولهذا، اعتبر المشرع هذه التصرفات حكماً من أعمال التصرف التي لا يحتج بها في مواجهة الدائن المرتهن، إلا إذا كانت مسجلة قبل تسجيل التنبيه بنزع الملكية. فالحد الفاصل للتصرفات النافذة وغير النافذة هو تسجيل تنبيه نزع الملكية (6). ومع ذلك إذا اثبت المرتهن التواطؤ بين الراهن والمستأجر على الإضرار بحقوقه بأن تم الإيجار بأجرة غير متكافئة لمدة تسع سنوات أو أقل منها، فيمكنه الدفع بعدم الاحتجاج عليه بهذا الإيجار تأسيساً على أن الغش يفسد التصرفات (7).

الثانية :- الإيجار غير الثابت التاريخ أو المنعقد بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية. إذ تغل يد الراهن عن استغلال العقار المرهون عند تسجيل تنبيه نزع الملكية (8)، فلا ينفذ من حيث المبدأ الإيجار الصادر من الراهن، ويأخذ حكمه الإيجار غير ثابت التاريخ إلا إذا أمكن اعتبار هذا، وذاك من أعمال الإدارة الحسنة ولم تعجل فيه الأجرة (9).

وطبقاً لهذه الأحكام إذا كان الإيجار مسجلاً قبل قيد الرهن، فهو ينفذ أياً كانت مدته ولو كانت تزيد على تسع سنوات، وهو المستفاد من حكم القانون في المادة 11 من قانون الشهر العقاري، وقد يؤجر الراهن العقار ويثبت تاريخه قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية بأجرة متدنية ويستكملها من المستأجر خفية (10)، فطبقاً لنص هذه المادة ينفذ الإيجار في حق الدائن المرتهن ويكون على البنك المناضلة قضائياً ليثبت الغش ما بين الراهن والمستأجر، وقد ينجح وقد لا ينجح في ذلك .

1 - نفس المادة

2 - السنهوري المرجع السابق ص 468

3 - نفس المرجع ص 470

4 - راجع المواد 1037 - 404 - 406 من القانون المدني

5 - الإيجار لأزيد من تسع سنوات لا يسرى في حق الدائن، إلا إذا كان مقيد قبل الرهن، وبعد قيد الرهن إذا كانت مدة الإيجار تزيد من تسع سنوات لا تسرى، فيما زاد عن ذلك .

6 - الدكتور أحمد أبو الوفا التعليق على قانون المرافعات ط6 ص 1415 .

7 - الدكتور همام محمد محمود زهران المرجع السابق ص 418

8 - راجع المواد 1044 - 1037 مدني

9 - راجع المادة 1045 مدني

10 - السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد في التأمينات العينية المجلد العاشر ص 408

أما إذا كان الإيجار غير مسجل قبل قيد الرهن فينبغي حتى ينفذ في مواجهة الدائن المرتهن أن يكون ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، وفي هذه الحالة لا ينفذ لمدة تزيد على تسع سنوات، وتحسب هذه المدة من تاريخ بدء الإيجار (1). وأما إذا كان الإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، فهو كالإيجار الصادر بعد تسجيل التنبيه، أي في فترة تعلق فيها حق الدائن المرتهن بالأجرة. ولهذا فهو لا ينفذ في حقه إلا إذا أمكن اعتباره من أعمال الإدارة الحسنة، ويعتبر الإيجار كذلك إذا كانت الأجرة مساوية لأجر المثل.

ولكن ما مدى نفاذ هذه الأحكام السابقة في ظل وجود نص المادة 30 (2) من القانون رقم 49 / 77 ؟ والتي لم يتعرض لها القانون 136 / 1981 بالتعديل أو الإلغاء والتي تنص على أنه استثناء من نص المادة 604 مدني (3) تسرى عقود الإيجار القائمة على المالك الجديد للعقار، ولو لم يكن لسند الإيجار تاريخ ثابت بوجه رسمي سابق على تاريخ انتقال الملكية (4).

فهذا النص ولا شك يحد من فاعلية نصوص القانون المدني فيما يتعلق بحالات إيجار الأماكن (5) وما يؤكد هذا الاستثناء ما جاء بنص المادة 408 مرفعات (6) والتي تنص على أنه " مع مراعاة القوانين الأخرى في شأن إيجار العقارات تنفذ عقود الإيجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه في حق الحائزين والدائنين المشار إليهم في المادة 417 ... أما عقود الإيجار غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا تنفذ في حق من ذكروا إلا إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة " أليست هذه المادة كفيلة بإبطال مسألة عدم نفاذ عقود الإيجار تجاه البنك ؟ وتتعارض تماما مع نص المادة 11 من قانون الشهر العقاري، ويمكن الاحتجاج بها على البنك حتى عند أيلولة العقار الضامن إليه بهذا الإيجار. ومن ثم، لا يستطيع البنك إخلاء المستأجر إلا للأسباب التي تحددها المادة 18 من قانون إيجار الأماكن 136 / 1981. وهو ما من شأنه أن ينقص ضمان البنك نقصانا

1 - نفس المرجع نفس المكان ويرى البعض أن الإيجار الثابت التاريخ لمدته تقل عن التسع سنوات، لا يحصن من كل مطعن إذا يمكن إلا ينفذ في حق الدائن المرتهن، إذا ثبت توافر المدين الراهن مع المستأجر على التأجير بقيمة متدنية، وذلك استناد إلى القواعد العامة في مباشرة دعوى عدم نفاذ التصرف.

2 - أصل المادة 30 من القانون رقم 47 / 77 هو بذاته نص المادة 22 من القانون رقم 1969 والتي تحمل نفس النص استثناء من نص المادة 604 إلى آخر النص وانظر الطعن رقم 1278 س 48 ق 17 / 3 / 1979 مشار إليه لدى المستشار عزمي البكري موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار الأماكن المستشار عزمي البكري ج 1 ص 634 وهو في تأسيس لنص المادة وتوضيح لما حملته من أحكام

3 - تنص المادة 604 مدني على أنه ((إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر فلا يكون الإيجار نافذا في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية 2- مع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه))

4 - انظر عكس ذلك حكم محكمة النقض في 30 / 4 / 194 - 25 - 84 مشار إليه في أبو ألوفا - المرجع السابق ص 1415 حيث جاء فيه بأن التصرف الذي لم يشهر قبل تسجيل التنبيه بنزع الملكية، غير نافذ في حق الحاجز، ولو صدر حكم بصحته مادام هذا الحكم لم يشهر قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية....

5 - طعن رقم 47 ق جلسته 5 / 5 / 1982 نقلنا عن المستشار عزمي البكري المرجع السابق 632

6 - نص المادة 408 مرفعات" مع مراعاة أحكام القوانين الأخرى في شأن إيجار العقارات تنفذ عقود الإيجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه في حق الحائزين والدائنين المشار إليهم في المادة 417 ومن حكم بإيقاع البيع عليه وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بعقود الإيجار الواجبة الشهر أما عقود الإيجار غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا تنفذ في حق من ذكروا، إلا إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة "

كبيراً. فعدم استطاعة البنك إخراج المستأجر في هذه الحالة، يعنى شل حركة التصرف في العقار، ونقص قيمة هذا الضمان إلى حد كبير.

الفرع الثاني

مشكلة مخالصة أجرة الضمان العقاري وحوالتها

للراهن استغلال العقار بالإيجار وقبض الأجرة وحوالتها إلى الغير، وقد يترتب على هذا مساس بحق الدائن المرتهن، إذا قبض الراهن الأجرة عن مدة لاحقة لتسجيل تنبيه نزع الملكية، حيث يتعلق بها حق الدائن المرتهن. وقد نظم المشرع قبض الأجرة مقدماً في المادة 1046 حيث قرر أنه ((لا تكون المخالصة بالأجرة مقدماً، لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، ولا الحوالة بها كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن، إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. أما إذا كانت المخالصة، أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات، فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن، ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن، وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات. مع مراعاة الحكم الوارد في الفقرة السابقة)). لذا، فالمخالصة وحوالة الأجرة مقدماً لها ثلاث حالات كالتالي :-

الحالة الأولى: وهي أن المخالصة وحوالة الأجرة مقدماً مسجلة قبل قيد الرهن. فقد أعتبر القانون أن حوالة الأجرة، أو المخالصة بها مقدماً لمدة تزيد على ثلاث سنوات من أعمال التصرف. فأوجب تسجيلها قبل قيد الرهن، فإذا كانت مسجلة فهي تسرى في حق الدائن المرتهن، حيث في إمكانه العلم بها، فإن أقدم على ارتهاه العقار، مع ذلك فيعد راضياً، وتنفذ في حقه .

الحالة الثانية: وهي أن المخالصة وحوالة الأجرة مقدماً غير مسجلة قبل قيد الرهن ولكن ثابتة التاريخ قبل تنبيه نزع الملكية. وحكمها تنفذ في حق الدائن لمدة ثلاث سنوات. والمشكلة حيث يتفق الراهن مع المستأجر، على حوالة الإيجار أو المخالصة به لمدة ثلاث سنوات. ويثبتون تاريخ ذلك قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، في حالة ما إذا أدرك الراهن انتواء الدائن المرتهن التنفيذ عليه. وليس للدائن في هذه الحالة، إلا أن يطعن في تعجيل الأجرة أو الحوالة بها عن طريق الغش .

الحالة الثالثة: وهي أن المخالصة وحوالة الأجرة مقدماً غير مسجلة وغير ثابتة التاريخ قبل تنبيه نزع الملكية. وحكمها في هذه الحالة هي كالحوالة أو المخالصة الصادرة بعد تسجيل التنبيه. وحسب المادة 1036 فإن المخالصة أو الحوالة لا تنفذ إطلاقاً في حق الدائن المرتهن، ولكن عدم نفاذ المخالصة أو الحوالة هنا مقيد، طبقاً لقانون المرافعات في المادة 409، فوفقاً لها تنفذ المخالصة أو الحوالة غير ثابتة التاريخ لمدة سنة واحدة، ويجب إعمال حكم قانون المرافعات؛ لأنه لاحق في صدوره للقانون المدني⁽¹⁾.

كما تأتي مشكلة نفاذ قبض الأجرة مقدماً من بيع الثمار وهي لا تزال بالأرض قبل جنيها وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. فطبقاً لنص المادة 1037 تلحق الثمار بالأرض بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية. وفي هذه الحالة، برغم أن بيع الثمار قد تم، إلا أن الثمار لم تنضج إلا بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية. فالرأي الراجح أن

¹ - ويلاحظ أن المادة 409 تقابل المادة 624 من قانون المرافعات السابق عليه والقانون الجديد لم يحدث تغييراً في هذا الحكم

بيع الثمار يسرى في حق الدائن المرتهن، إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. ويستطيع الدائن المرتهن إن كان هناك تواطؤ بين المدين الراهن والمشتري، وتوصل إلى إثباته، أن يتمسك بعدم نفاذ بيع الثمار فيحقه.

والحقيقة أن طبيعة الرهن، وقبل حلول أجل الدين، وبقاء الراهن هو المالك أو الحائز للعقار المرهون، وحرية في مباشرة سلطاته كمالك، هي المدخل لكل المشاكل التي تناولناها. ومن ثم، فلا صحة لما يقال من أنه لا يبغي تقييد حرية الراهن في مباشرته لسلطاته، إلا فيما يضر الضمان⁽¹⁾، واعتبار تصرفاته القانونية لا تضر بهذا الحق كما جاء بنص المادة 1043، من أنه "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن". فنص هذه المادة يتعارض مع الواقع، فضلا عن أن وجود ساكن واحد بالعقار من الناحية العملية ينقص الضمان إنقاصا كبيرا، فإن حماية المرتهن في مشكلة نفاذ إيجار المرتهن تعترضها المادة 30 من قانون إيجار الأماكن. واذ لا يقف بالدائن المرتهن الأمر عند سلطات المدين الراهن على العقار وإمكانية أن تؤدي إلى اضعاف ذلك الضمان، فعلى الجانب الآخر لا يوفر القانون للدائن المرهن سلطات فعالة للحفاظ على الضمان كما سنرى في المبحث القادم

المبحث الثاني

مشاكل سلطات البنك المرتهن على الضمان العقاري

ونعنى بسلطات البنك المرتهن⁽²⁾ على الضمان العقاري تلك القيود التي وضعها المشرع لصالح الدائن أو بالأحرى لحمايته من سلطات المدين الراهن⁽³⁾ وحماية المرهون منه .

فطبقا للمبادئ العامة يرتب عقد الرهن حقا عينيا تبعا للدائن على العقار الضامن، يمكنه من اقتضاء حقه من ثمنه عند حلول أجل الدين، إذا امتنع المدين عن الوفاء الاختياري، فليس من طبيعة حق الرهن قبل حلول الأجل أن تنتقل للدائن ملكية، أو حيازة الضمان العقاري. ولكن لا يترك القانون المرتهن بدون أي حماية، قبل حلول أجل الدين، فالراهن طبقا للنظام القانوني للرهن عليه التزام يقابل التزام البائع في عقد البيع وهو ضمان عدم التعرض والاستحقاق. فقوام فكرة الضمان أنه حق للمرتهن والتزام على الراهن.

وبمقتضى ذلك الحق يقوم المرتهن⁽⁴⁾ بوقف المساس بسلامة الرهن إذا أمكن ذلك، والاعتراض على الأعمال المادية الصادرة من الراهن أو من الغير⁽⁵⁾، وهذا ما يعده القانون الحماية القانونية للضمان العقاري وهو ما نعده قيودا قانونية لصالح المرتهن. واذ لا تجدي هذا الحماية، فيضطر معه المرتهن إلى فرض قيود

¹ - الدكتور همام محمد محمود زهران - التأمينات العينية والشخصية - 1999 ص 394

و راجع المواد 1047 و 1048 و 2/23 من القانون المدني

² - يمكن أن نقرر أن كلمة سلطات البنك المرتهن فيها تجاوز بالنظر الى ما يتقرر له لحماية الضمان إلا أنى اعتقد أن البنك يجب أن تكون لديه على العقار سلطات حقيقية من شأنها أن تحميه من تصرفات المدين.

³ - راجع المواد 1043 - 1044 سلطات المدين الراهن على العقار المرهون

⁴ - الدكتور سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص 218

⁵ - الدكتور همام محمد محمود همام المرجع السابق ص 389

على سلطات الرهن في عقد القرض، كأن يشترط المرتهن على الرهن تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء، أو بيعه دون إجراءات، أو نقل ملكيته على سبيل الضمان وهذا ما نعهه قيودا اتفاقية لصالح المرتهن.

ونتناول في المطلب الأول القيود القانونية لسلطات الرهن على الضمان العقاري، وفي المطلب الثاني نتناول القيود الاتفاقية لسلطات الرهن على الضمان العقاري.

المطلب الأول

القيود القانونية لسلطات الرهن لصالح المرتهن

تقابل التزامات الرهن على العقار المرهون حقوق للدائن المرتهن لحماية رهنه، فما وسائل الدائن المرتهن لإجبار المدين الرهن على تنفيذ التزامه ؟ أو ما هي الوسائل التي يتمكن بها الدائن المرتهن من القيام بالتزامات المدين في المحافظة على سلامة الرهن، وعدم الانتقاص من قيمته كضمان ؟

لا شك في أن للرهن في الرهن الرسمي على الملكية سلطات ثلاث، فأما عن تصرف الرهن بتأجير العقار، فإن البنك قد لا يكتشفه إلا عند التنفيذ برهنه على العقار المرهون. والقيام بالتأجير من الأعمال التي قد تنقص ائتمان أو ضمان البنك إنقاصا كبيرا، فالبيت المشغول غير البيت الخالي، فمن المؤكد أن وجود مستأجر بالعقار يشل حركة بيع العقار أصلا، أو يجعله مكلفا لمن يشتريه مما ينقص من ثمنه. وهذه الأعمال لا يستطيع البنك أن يوقفها، وإنما مجال المناضلة فيها عند تنفيذ رهنه وبعده، والدخول في منازعات قضائية قد لا يتمكن البنك من الفوز فيها ؛ لتعلق حق المستأجر بالناحية الاجتماعية، والتي جعلت القانون أميل إلى حمايته عن حماية المؤجر بتطبيق قانون إيجار الأماكن وبما يحققه للمستأجر، بدءا بالامتداد القانوني، وانتهائها بالإخلاء لأسباب محددة على سبيل الحصر.

وللبنك كدائن مرتهن أن يتخذ من الوسائل التحفظية ما يحفظ به حقه بشأن منع ووقف أعمال الهدم، والتخريب أو قيام الرهن بالتصرف في العقار باعتباره منقولا بحسب المآل. وقد تقرر حق البنك في ممارسة الوسائل التحفظية للحفاظ على الضمان بنص المادة 1407 مدني مصري والتي تنص على انه ((يلتزم الرهن بسلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا. وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية، وأن يرجع على الرهن بما ينفق في ذلك))

وإذ يرتبط الدائن المرتهن في الأصل بضمانه في علاقته بالرهن، فليس له أن ينفذ على أي مال مملوك للراهن إلا إذا كان هذا المال المخصص غير كاف، والحظر الوارد على الدائن المرتهن وهو أن يتخذ إجراءات التنفيذ بداية على مال غير مخصص للوفاء بحقه (مادة 1050)، وحينئذ يصرح له قاضي الأمور الوقتية بهذا الإجراء، بأمر على عريضة. ويمثل نص هذه المادة استثناءا من القاعدة العامة، التي تجيز للدائن أن ينفذ

على أي مال مملوك لمدينه (1). وهو معمول به بشأن كل الضمانات عدا حق الامتياز لأنه يرد على مال المدين كله (2) .

وبناء على ما تقدم ليس أمام البنك المرتهن إلا أن يسعى دائما إلى محافظة المدين الراهن على سلامة العقار الضامن بالوسائل التحفظية. فهل تكفي هذه الوسائل لحماية رهن البنك ؟ سندرس مدى فاعلية القيود القانونية المفروضة على سلطات الراهن لحماية ضمان المرتهن والتطور الحادث بشأنها بعنا لفعاليتها في فرعين كالتالي .

الفرع الأول

مدى فاعلية القيود القانونية على سلطات الراهن

رأينا من قبل نصوصا قانونية لها حماية نسبية وقد تكون غير فعالة(3). ومن ثم، أباح القانون للدائن المرتهن أن يقوم بنفسه بالمحافظة على العقار الضامن، والاعتراض على أعمال الراهن التي تتسبب في إنقاص الضمان إنقاصا كبيرا، ونبين فيما هو آت مدى فاعلية ذلك في المحافظة على الضمان العقارى في الغصنين التاليين:-

الغصن الأول

قيام المرتهن بالتزامات الراهن لحماية الرهن

ليس من مصلحة الدائن المرتهن أن يتخذ موقفا سلبيا من تصرفات الراهن، إذا قصر في القيام بواجبه النابع من احتفاظه بالملكية إلا و هو التزامه بسلامة الرهن. فعلى الرغم من أنه واجب يقع على عاتق الراهن، إلا أنه قد يقوم به المرتهن للحفاظ على سلامة الرهن. ويتحقق المساس بسلامة الرهن إذا هلك العقار المرهون، أو تلف، أو حدث له كل ما يمكن أن يؤدي إلى خروجه كله، أو بعضه من الضمان بالنظر إلى قيمته.

فقد رأينا سابقا أن المساس بسلامة العقار قد يقع من الراهن نفسه كأن يهدم العقار، أو يتركه يتهدم، أو يتصرف فيه منقولا بحسب المأل، أو يتصرف في العقارات بالتخصيص أو يتصرف فيه كله. وقد يرجع المساس بالعقار لسبب أجنبي، أو قد يأتي المساس من الغير (4)، في حالة بناء الجار متعديا على الحقوق الارتفاقية للعقار المرهون. وإذا حدث شيئا من ذلك ظهرت فكرة الضمان، وقوامها أن الضمان حق للمرتهن،

¹ - انظر عكس ذلك محمد كمل عبد العزيز - التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء - ص 96 إذ يقرر بما يلي ((كانت المادة 1050 من المشروع التمهيدي للقانون المدني تتضمن فقرة أولى تنص على انه يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ بحقه على أموال المدين غير المخصصة لضمان هذا الحق . شأنه شأن كل دائن عادى وذلك مع مراعاة المادتين 327 و 329 وقد حذفت لجنة المراجعة هذا الفقرة لان حكمها مستفاد من القواعد العامة

² - الدكتور احمد سلامة - التأمينات العينية ط 60-61

³ - تنص المادة 770 مدني مصري على "إذا كان الشيء المؤمن عليه مثقلا برهن حيازي أو رهن تأميني أو غير ذلك من التأمينات العينية انتقلت هذه الحقوق إلى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين"

⁴ - راجع الدعوى رقم 3557 / 2001 م.ك أسكندرية فوجئ البنك بقيام أحد الأشخاص من الغير يشغل العقار دون سند قانوني بعدما انتقلت إليه ملكية العقار عن طريق التنفيذ بموجب إجراءات الحجز الإداري التي قضى بعدم دستورتيتها - وفاء للمديونية المستحقة على مدينه، فأقام البنك عليه دعوى طرد للغصب.

والتزام على الراهن. ومعنى ذلك أن المرتهن يستطيع أن يقوم بكل ما يمكن أن يحفظ الضمان، بنفسه وباسمه الشخصي⁽¹⁾؛ لوقف المساس بسلامة الرهن.

ومن الأمثلة العملية على قيام المرتهن بدلا من الراهن بمباشرة الحق في الحفاظ على سلامة العقار باسمه الشخصي⁽²⁾. قيام البنك برفع الدعوى طالبا الحكم فيها بتوزيع تكاليف الترميم، على مستأجري العقار المرهون على سند من قرار الحي ترميم العقار. وذلك بعد قيام البنك بصفته بتنفيذ قرار الترميم تحت إشراف الخبراء المختصين⁽³⁾. ولا يخفى ما في هذا الأمر من صعوبات عملية وقانونية .

وكذلك قيام المرتهن بالحفاظ على الرهن من الراهن نفسه، إقامة البنك دعوى بغية القضاء له بوقف أعمال البناء الجاري في العقار المرهون، حيث تلاحظ لمندوب البنك حال مروره على عقار التداوي قيام المدعى عليه (الراهن) ببناء قواطع من الطوب أعلى سطح العقار تمهيدا لإتمام شقة خاصة له، فضلا عن الشقة المخصصة له بالعقار، فحرر البنك محضر شرطة، أثبت فيه قيام الراهن بهذه الأعمال، وقرر أن ما يفعله المدعى عليه يعتبر تهديدا لحيازة البنك المدعى، وتعرضا لحيازته إذا اكتملت أعمال البناء، ودرءا للخطر الذي يتهدد أملاك البنك، خاصة أن العقار بحالته التي هو عليها لا يتحمل أي مبان فوقه. وتداولت الدعوى بالجلسات، وقضى فيها في نهاية الأمر بعدم الاختصاص النوعي تأسيسا على ما رأته المحكمة من أن الفصل في الدعوى يتطلب بحثا موضوعيا متعمقا - على حد قولها - لا يسعف فيه ظاهر المستندات، ويحتاج الأمر إلى إجراء تكميلي كذب أحد الخبراء لبيان مدى توافر شروط وقف دعوى الأعمال الجديدة من عدمه، وصولا لمدى أحقية البنك في طلبه المطروح، وهو ما من شأنه أن يمس بأصل الحق ومن ثم قضت المحكمة بالحكم المتقدم ذكره.

وبصرف النظر عن صحة أو خطأ هذا الحكم، فإنه يتبين من وقائع هذه القضية كم أن الأمر مرهق للبنك في القيام بمنع الراهن من التصرف في العقار المرهون، فقد احتاج الأمر أولا :- إلى مندوب البنك وهو يمكن أن يلحظ وجود أعمال من شأنها المساس بحق البنك، ويمكن ألا يلحظ، وثانيا :- تحرير محضر شرطة إثباتا لواقعة التعدي على العقار المرهون وثالثا :- رفع دعوى قضائية مع ما تحتمله من أحكام⁽⁴⁾.

الغصن الثاني

الاعتراض على الأعمال المادية الصادرة من الراهن

يقرر القانون حقا للمرتهن في سبيل الحفاظ على سلامة الرهن، وهو حق الاعتراض على الراهن والغير فنصت المادة 1047 مدني للدائن أن يعترض على كل عمل، أو تقصير من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصا كبيرا. وله في حالة الاستعجال أن يتخذ من الوسائل التحفظية ما يلزم، وأن يرجع على الراهن بما أنفق. وتنص المادة 1048 / 3 ((على أنه وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمال من شأنها أن تعرض العقار للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان كان للدائن أن يطلب إلى القاضي وقف هذه الأعمال، واتخاذ

¹ - الدكتور سمير تناغو المرجع السابق ص 236

² - المرجع السابق ص 219

³ - راجع الحكم في الدعوى 131 / 1998 مدني مستعجل إسكندرية قلم حفظ المستعجل بمحكمة إسكندرية الابتدائية

⁴ - انظر الدعوى رقم 633 / 2005 م مستعجل إسكندرية - قلم حفظ المستعجل - محكمه إسكندرية الابتدائية

الوسائل التي تمنع من وقوع الضرر ((¹). فوفقا لهذه المادة من حق الدائن أن يعترض على تنفيذ بيع العقار باعتباره منقولاً بحسب المآل، أو نزع العقارات بالتخصيص من الضمان وبيعها للغير، ويستطيع أن يقوم المرتهن بنفسه، بما تقتضيه المحافظة على سلامة العقار من التلف بأن يقوم بترميمه. وعلى أي حال، يكون اعتراض المرتهن بسلوك الطريق القضائي بطلب يناسب ما يبتغيه .

وتفترض كل الصور السابقة أن الأعمال الماسة بالرهن لم تقع أو وقعت ، ولكن يمكن إصلاحها، وأن الدائن تقدم ليمنع وقوع هذه الأعمال، أو يتلافى نتائجها، وهي بذاتها وإن كانت تمثل إرهاقا للدائن المرتهن، إلا أنه يضطر إلي إتيانها اضطرارا لمجابهة تلك الأعمال من جانب الراهن ؛ لكي لا يقع في الضرر الحقيقي المنتظر في حالة وقوع هذه الأعمال بالفعل . إذ أنه حينئذ لا يمكنه عمليا أن يجد حماية إلا في حالات التعويض، أو مبلغ التأمين، أو الثمن الذي تقرر لنزع ملكية الضمان للمنفعة العامة.

ففي حالة بيع العقار منقول بحسب المآل، وفي حالة بيع العقارات بالتخصيص لآخر حسن النية، فلا نجد للمرتهن حماية فعالة. إذ تقرر النصوص القانونية في هذه الحالة أنه للدائن المرتهن أن يطلب تأميناً كافياً، أو يستوفى حقه كاملاً. إذ تنص المادة 1048 مدني (يكون مخيراً بين أن يقتضى تأميناً كافياً، أو أن يستوفى حقه فوراً . وإذا حدث الهلاك والإتلاف بفعل الغير فيكون المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً، أو يوفى الدين قبل حلول الأجل).

فعلى الرغم من هذا النص والذي يجعل الحل في حماية الرهن وكأنه بين يدي المرتهن، فإنه يصعب تحقيق مقتضاه عملياً، كما أن الدائن المرتهن ليس أمامه وهو في سبيل حماية سلامة الرهن عليه سوى أن يلجأ للقضاء، وفضلاً عن أن القضاء قد لا يسعفه في اقتضاء حقه، فإن في الأمر إرهاق من الناحية العملية كما رأينا في تتبع الأعمال التي يمكن أن تصدر من الراهن، والغير وتكون ماسة بسلامة الرهن والتي قد تعرضه للهدم، أو التلف.

وعلى ذلك، لا نجد حماية فعالة للدائن المرتهن طبقاً للقواعد العامة أو إن شئت الدقة فهي حماية نسبية قد لا تمكنه من استرداد ائتمانه بالكامل، ويحتاج الأمر إلى قيام القانون بفرض قيود حقيقية على تصرفات الراهن لصالح المرتهن، وهو بالفعل ما قام به المشرع عند إصداره قانون التمويل العقاري وهو ما سنتناوله في الفرع القادم .

الفرع الثاني

تطور فعالية القيود القانونية على سلطات الراهن

تبين أن السلطات التي بقيت للراهن قد تضر بحق المرتهن، إذا أساء استعمالها، وحيلة المرتهن لتلافى الأضرار هي لجوءه إلى القضاء لكي يقوم مقام الراهن في تنفيذ التزامه، وفي النهاية قد تقع الأضرار ويصير حق الدائن بلا حماية حقيقية. ومن ثم، فقد وضع المشرع على سلطات الراهن قيوداً، يتصرف من خلالها. فالقول: أنه في الرهن الرسمي للراهن التصرف كيفما شاء في الضمان العقاري ملتزماً فقط بسلامة الرهن لم

¹ - الفرق بين الاعتراض على الراهن نفسه والاعتراض على الغير أن تكون أعمال الراهن تنقص الرهن إنقاصاً كبيراً وهذا غير متطلب في أعمال الغير التي تمس بالرهن.

يعد موجودا، وإن كان في نطاق التمويل العقاري. إذ قرر المشرع إدخال تعديل على مباشرة الراهن لسلطات الملكية في الرهن لحماية للدائن المرتهن، فأصدر القانون رقم 148 لسنة 2001 بشأن التمويل والرهن العقاري ونص في المادة 7 منه على أنه "يجوز للمستثمر⁽¹⁾ التصرف في العقار الضامن، بالبيع، أو الهبة، أو غيرها من التصرفات، أو ترتيب أي حق عيني عليه، وذلك بعد موافقة الممول. وبشرط أن يقبل المتصرف إليه الحل محل المستثمر في الالتزامات المترتبة على اتفاق التمويل. ويجوز للمستثمر تأجير العقار الضامن، أو التمكين من الانفراد بشغله، وذلك بعد الحصول على موافقة الممول، وللممول أن يشترط حوالة الحق، في أجرة العقار، أو مقابل شغله، وذلك وفاء لمستحقته. ولا يجوز للممول رفض الموافقة على التصرف في العقار الضامن، أو تأجيره، أو تمكين الغير من الانفراد بشغله، إلا لأسباب جدية، تتعرض معها مصالحه وحقوقه للخطر، ويجب عليه إخطار المستثمر بهذه الأسباب كتابة خلال ثلاثين يوما، من تاريخ إخطار المستثمر برغبته في التصرف، أو في التأجير، أو تمكين الغير من الانفراد بشغل العقار، وإلا اعتبر موافقا على ذلك. وللممول أن يشترط تضامن المستثمر مع المتصرف إليه، في الوفاء بالالتزامات المترتبة على اتفاق التمويل، وتحدد اللائحة التنفيذية القواعد والإجراءات التي تتبع في الأحوال المشار إليها".

وتفعيلا للقيود القانونية على سلطات الراهن أزم قانون التمويل العقاري البائع بأن يبادر إلى تسجيل العقار باسم المشتري، حتى يتمكن من قيد امتياز الثمن عليه، بأن نص في المادة 6/هـ⁽²⁾ من هذا القانون على التزام البائع بتسجيل العقار باسم المشتري، خاليا من أي حقوق عينية للغير. كما أزم ذات المادة /و المشتري بقيد حق امتياز الثمن المحالة اقساطه إلى الممول، وذلك، ضمنا للوفاء بها. فدلّت تلك المادة على أن المستثمر (الراهن) هو المالك للضمان العقاري، إذ بتسجيل العقار الضامن بأسمه يصبح مالكا للضمان العقاري طبقا للقواعد العامة⁽³⁾ على الرغم من أنه في الواقع لم يسدد كامل الثمن⁽⁴⁾، فكل ما هنالك اتفاق على الثمن وطريقة دفعه وقبول البائع حوالة حقوقه في اقساط الثمن إلى الممول بالشروط التي يتفقان عليها. ولئن

¹ - تنص المادة 2/1 أحكام عامة من قانون التمويل العقاري على أن "ويطلق على هذا التمويل اسم التمويل العقاري وعلى ذلك الضمان اسم الضمان العقاري وعلى العقار المحمل بحق الامتياز أو بالرهن الرسمي أو بغير ذلك من الضمانات أسم العقار الضامن وعلى المشتري أو من حصل على التمويل في غير حالة الشراء اسم المستثمر...."

² - تنص المادة 6 من القانون رقم 148 لسنة 2001 باصدار قانون التمويل العقاري على أن : يكون التمويل العقاري لا في مجال شراء العقارات وفقا لاحكام هذا القانون بموجب اتفاق تمويلي بين الممول والمشتري باعتباره المستثمر وبائع العقار وجب ان يتضمن الاتفاق مايلي أ.....ز - "

³ - انظر الدكتور محمد حسين منصور - النظرية العامة للائتمان ص 42 لا تتعلق قواعد نقل الملكية بالنظام العام وهي التي تقضى بانتقال ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد العقد، ويعلق تنفيذ نقل الملكية في العقار على التسجيل

⁴ - الدكتور نبيل إبراهيم سعد - الضمانات غير المسماة في القانون الخاص بصدد الخلاف الدائر في مصر وفرنسا حول تحديد الطبيعة القانونية للمشتري قبل الوفاء بكامل الثمن. ويقرر في ص 200 حق المشتري قبل سداد الثمن لا يبيح له إلا سلطة الاستعمال في نطاق الاستعمال العادي للمشتري ولا يعطيه سلطه التصرف في هذا الشيء أو استغلاله، وعكس ذلك رأى قانون التمويل العقاري من تسجيل الملكية باسم المشتري بما يعنى أن الملكية قد انتقلت إليه وأصبح من حقه ممارسة السلطات الثلاث على الملكية المنقولة إليه. وانظر الدكتور محمد حسين منصور - النظرية العامة للائتمان - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية ص 42 ((يختلف البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية عن مجرد البيع بالأجل الذي يقتصر على إضافة الالتزام بدفع الثمن إلى اجل معين، حيث يقوم هذا البيع على ثقة البائع في المشتري لان نقل الملكية يتم بداية استقلاله عن الوفاء بالثمن....)) كما تقضى القواعد العامة على انتقال ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد إبرام العقد والتسجيل بالنسبة للعقار وهو ما جرى عليه العمل في قانون التمويل العقاري

كانت أحكام الرهن الرسمي هي من تسرى على هذا الامتياز، طبقا لنص المادة 1134 / 1 مدني (1) بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق (2) أو على قيد الضمان بالشهر العقاري. إلا أن المشرع خرج عليها بقانون التمويل العقاري من ناحيتين :

الناحية الأولى - بشأن عبء قيد الرهن ومصروفاته :

ألزم قانون التمويل العقاري المشتري (المستثمر) بقيد حق الامتياز (مادة 6 / و من القانون رقم 148 / 2001) كما أجاز لكل من الممول والمستثمر تقديم طلب قيد الضمان و قيد الرهن الرسمي (مادة 10 / 1 من ذات القانون المشار اليه) خلافا لما هو متبع في نظام الرهن الرسمي من أن الدائن بحسب مصلحته هو الذي يبادر إلى قيد الرهن. كما خالف قانون التمويل العقاري نص المادة 1055 مدني والتي تنص على أن " مصروفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن مالم يتفق على غير ذلك" إذ ورد في المادة 1 / 2 من الباب الأول بعنوان الأحكام العامة مادة 1 / 2 / 2.....، ويعفى قيد هذا الضمان وتجديده وشطبه من جميع الرسوم والمصروفات "

الناحية الثانية - وضع قيد على سلطات الراهن المطلقة:

ترتبا على ملكية المستثمر للضمان العقاري، فإن من حق الراهن التمتع بما يتيح له حق الملكية، بسلطاته الثلاث التصرف، والاستعمال والاستغلال، وحقه هذا في الرهن الرسمي أو الحيازي لا يحده ولا يقيدته إلا التزام المستثمر بسلامة الرهن، وإذ أن حماية حق الدائن طبقا للقواعد العامة لا فاعلية لها، في أغلب الأحيان. فتلجأ البنوك للتغلب على حرية تصرفات الراهن إلى تضمين عقود الرهن التي تجربها شروطا، فقد يشترط البنك على العميل أن يحافظ على العقارات المرهونة في حالة جيدة، وأن يمتنع عن القيام بأي عمل من شأنه الانتقاص من قيمتها، وأنه وخلال هذه الفترة لا يمكن للعميل دون إذن مسبب ومكتوب من البنك أن يتصرف، أو يرهن رهنا رسميا، أو حيا زيا عقاراته المرهونة، وألا يتصرف أو يرهن رهنا حيازيا، أو يتنازل عن إدارة محله التجاري، والأدوات التابعة له. ومن ثم، قد يجد الراهن نفسه ملتزما بألا يفعل هذا، ولأذاك، إلا بموافقة البنك، مما دعا بعض الفقهاء إلى إطلاق لقب الضمانات السلبية على هذا الوضع (3) .

وتلك الشروط وعلى عدالتها، وجواز إجرائها طبقا للقانون المدني، فإنها تخالف مع ذلك فلسفة المشرع في نظام الرهن الرسمي، والغاية منه. إذ ورد في مذكرة المشروع التمهيدي أن (حرية الراهن في أن يتصرف في العقار المرهون، لا يجوز أن يقيد بها اتفاق مع الدائن المرتهن، ويكون باطلا تعهد الراهن للدائن المرتهن

1 - المادة 1134 / 1 مدني ((تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق.....))

2 - السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المرجع السابق ص 928 وتنتج حقوق الامتياز نفس الآثار التي تنتجها الرهن الرسمية بما في ذلك قاعدة عدم التجزئة وإذا لم يكف العقار لأداء حق الدائن نفذ الدائن كدائن عادي على جميع أموال المدين الأخرى

3 - الدكتور نبيل سعد الضمانات غير المسماة المرجع السابق ص 88

بألا يتصرف في العقار المرهون. وبلغ القول من البعض أن حرية الراهن في التصرف من النظام العام، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها (1).

إلا أنه نظرا لما سببه إطلاق حرية الراهن من مشاكل كما رأينا، فقد خرج المشرع في قانون التمويل العقاري على النظام القانوني للرهن فيما يتعلق بإطلاق حرية الراهن في التصرف، بالشرط المانع من التصرف المؤقت (2)، الوارد في المادة 7 من قانون التمويل العقاري. ووضع قيودا صريحا على حرية الراهن المطلقة في الرهن، وقرن كل تصرف من حق الراهن أن يجريه، بشرط الحصول على موافقة الممول (المرتتهن)، وبشرط أن يقبل المتصرف إليه الحلول محل المستثمري الالتزامات المترتبة على اتفاق التمويل.

وإذا كان المقرر في القانون المدني إنه يجوز من حيث الأصل تضمين العقود شرط يقضى بمنع التصرف في المال في مدة معقولة وهذه المدة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف، أو المتصرف إليه، أو الغير، وفي ذلك تنص المادة 823 مدني ما يلي: "إذا تضمن العقد، أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط، ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع، ومقصود على مدة معقولة. ويكون الباعث مشروعا، متى كان المراد بالمنع من التصرف، حماية مصلحة مشروعة للمتصرف، أو للمتصرف إليه، أو للغير"، فإن المشرع في نظام الرهن إذ أطلق حرية الراهن في استخدام سلطاته، وعدم إجازته تقييدها، فإنه بذلك يكون قد خالف القواعد العامة. وإذا كان قانون التمويل العقاري أعاد هذا الحق للدائن المرتتهن، فأجاز له أن يمنع الراهن من التصرف في العقار المرهون بشرط موافقته على ذلك، فإنه بذلك إذ خالف نظام الرهن، فقد اتفق مع القواعد العامة في هذا الشأن. ولا يمكن القول: أن الإقرار بصحة الشرط المانع من التصرف يمكن أن يضر بالائتمان فالعكس صحيح (3).

وعلى أي حال، فهل يتفق هذا الشرط وصحيح القانون؟ وما الطبيعة القانونية لشرط الحصول على موافقة الدائن عند التصرف؟

بداية يثور التساؤل عن مدى توفر الشرطان اللذان وضعتهما المادة سالفه الذكر وهما السبب المشروع، والمدة المعقولة في الشرط الذي يضعه الممول على حرية الراهن فيالتصرف؟ والأمر فيه وجهان:

الوجه الأول: تحقق الشرطين لشرط الحصول على موافقة الممول لتصرف الراهن في العقار الضامن:- فمن حيث السبب المشروع، فهو يعنى ضمان حصول الممول على مستحقاته من الراهن المستثمر، لخشيته من تصرفاته التي يمكن أن تنقص الضمان إنقاصا كبيرا (4). أما المدة المعقولة فهي لن تزيد على مدة

1 - الدكتور همام محمد محمود زهران المرجع السابق ص 398 وانظر بشأن ذلك السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المجلد العاشر ص 398

2 - كلمة المؤقت التي أضفتها إلى الشرط المانع من التصرف للدلالة على أن مشروعية شرط الحصول على موافقة الممول ترتبط بما إذا كان لديه أسباب جدية يخشى منها على ضمانه .

3 - انظر عكس هذا الرأي الدكتور همام محمد محمود المرجع السابق ص 399 وراجع الباب الأول من هذه الدراسة بشأن إطلاق حرية الراهن وما تسببه من أضرار بالمرتتهن تعود بآثرها على الائتمان في مجموعه .

4 - والمنع من التصرف لا يقتضى المنع من هدم البناء أو التغيير المادي في الشيء، إلا إذا اشترط المتصرف ذلك صراحة فيكون هناك التزام في ذمة المتصرف له بالامتناع عن عمل السنهوري حق الملكية ج 8 ص 643. وقد أحسن المشرع إذا نص على شرط المنع من التصرفات التي أوردتها المادة فلم يقتصر على شرط المنع من التصرف بالبيع فقط

حياة اتفاق التمويل، وانتهائه بسداد جميع المستحقات الملتزم بها المستثمر (الراهن)، تجاه الممول المرتهن. ومن ثم، يتحقق لشرط الحصول على موافقة الممول خصائص الشرط المانع من التصرف مؤقتا الذي يجيزه القانون. فإذا قام الشرط المانع صحيحا على النحو الذي بسطناه، ترتب على ذلك، أن يمتنع التصرف في العين المشروط بسببها الشرط، فلا يجوز للراهن أن يتصرف بالبيع، ولا الهبة، ولا تقرير أي حق عيني أو رهني (1). وبالجملة على المثقلة ملكيته بالشرط أن يلتزم به مدة بقائه. ولإمكان الاحتجاج على الغير بهذا الشرط المانع يجب تسجيله ضمن تسجيل التصرف الأصلي، الذي نعتقد أنه لا يفوت على الممول في شأن اتفاق التمويل. ويجوز إبطال أي تصرف مخالف للشرط المانع، ويتناول الإبطال كل ما يمكن أن يرتبه الراهن من تصرفات على العقار محل الشرط .

الوجه الثاني: عدم تحقق الشرطين لشرط الحصول على موافقة الممول لتصرف الراهن في العقار الضامن. بيد وأن شرط المنع من التصرف بالحصول على موافقة الممول، هو شرطا مؤقتا للتصرف من قبل المستثمر. فإذا أراد المستثمر أن يتصرف في العقار فعليه الحصول على موافقة الممول (2). وفي هذه الحالة فرضان :-

الفرض الأول: عدم موافقة الممول على التصرف لأسباب معقولة؛ كخشيته الجديدة من الخطر على ضمانه من التصرف الذي يرمى إليه المستثمر. وفي هذه الحالة يجب التقييد بالشرط المانع من التصرف.

الفرض الثاني: عدم موافقة الممول لأسباب غير معقولة، كأن لا يكون هناك خطر يتهدد ضمانه من التصرف، أو من ترتيب حق عيني على العقار الضامن. في هذه الحالة يفقد الشرط المانع شروط صحته التي من بينها أن يكون الباعث على الشرط مشروعاً. وهنا، لا يكون شرط عدم التصرف إلا بموافقة الممول صحيحاً لكون الباعث عليه أصبح غير مشروع. ويسترد الراهن حريته في التصرف في العقار الضامن (3)، أو هو ما نطلق عليه الشرط المؤقت لصحة التصرف من قبل المستثمر. ونعتقد أنه في هذه الحالة يحق للمستثمر، أن يتصرف بالمخالفة لشرط الحصول على موافقة الممول، وتصرفه صحيح لعدم صحة شرط الموافقة، ولا يحق للممول مطالبته بتطبيق نص المادة 8 من قانون التمويل العقاري، بأداء باقي أقساط الثمن، أو باقي اتفاق التمويل.

¹ نفس المرجع نفس المكان

² - فإذا رغب المستثمر التصرف في العقار فعليه أن يزيل الشرط ويحصل على موافقة المالك بالتصرف ويتم هذا كما جاء باللائحة التنفيذية لقانون التمويل العقاري كما يلي: على المستثمر الذي يرغب في التصرف في العقار الضامن أو في ترتيب حق عيني عليه أو تأجيله أو تمكين الغير من الانفراد بشغله أن يحصل على موافقة كتابيه من الممول على ذلك بناء على طلب مكتوب يوجه إليه قبل الموعد المحدد للتصرف أو الإيجار بمدته لأقل عن ثلاثين يوماً المادة 8 من اللائحة التنفيذية. ويجب أن يرفق بطلب المستثمر السابق الإشارة إليه إقرار كتابي من المتصرف إليه أو صاحب الحق العيني بالحلول محل المستثمر في الالتزامات المترتبة على اتفاق التمويل. ويجوز للممول أن يشترط على المستثمر تقديم إقرار بتضامنه مع المتصرف إليه في الوفاء بتلك الالتزامات، كما يجوز للممول أن يشترك تقديم إقرار بجوالة حقه في أجره العقار للممول. وذلك، وفاء لمستحقات الممول لدى المستثمر ولا يجوز للممول أن يرفض طلب المستثمر لأسباب جديه تتعرض معها حقوقه للخطر وعلى أن يقوم الممول بإخطار المستثمر بأسباب الرفض بموجب خطاب مسجل يعلم الوصول وذلك خلال ثلاثين يوماً من استلام الطلب وإلا اعتبر موافقا على ذلك.

³ - وهذه الحالة قد يكون تحققها نادرا في الواقع العملي لكون أن الممول يمكن له إذا وافق على التصرف أن يشترط تضامن المستثمر مع المتصرف إليه راجع الفقرة الأخيرة من المادة السابعة من القانون 148 / 2001

ولكن هل يمكن للراهن في غير هذه الحالة أن يتصرف بالمخالفة لشرط الحصول على موافقة الممول ؟ نصت المادة 8 من القانون 148 / 2001 على أنه إذا تصرف المستثمر في العقار الضامن أو أجره أو مكن أحدا من شغله بالمخالفة لأحكام المادة السابقة..... فقد دلت هذه المادة على أن الراهن يمكن أن يتصرف بالمخالفة لشرط الحصول على موافقة الممول، وجزء ذلك نص المشرع في المادة 824 مدني على أنه يقع باطلا والتصرف الباطل في لغة التقنين المدني المصري، هو التصرف الباطل بطلانا مطلقا، ولا شيء غير ذلك (1). فقد جاء في المذكرة الإيضاحية أنه، إذا توافر الشرطان اللذان تقدم ذكرهما، فالشرط المانع من التصرف صحيح، فإن خولف كان التصرف المخالف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف.

وإذا كان ذلك هو المقرر طبقا للقواعد العامة، فإن قانون التمويل العقاري نص على أن من حق الممول في هذه الحالة، أن يطالبه بباقي أقساط الثمن، أو باقي قيمة اتفاق التمويل، بحسب الأحوال، بإنذار على يد محضر للوفاء خلال مدة ثلاثين يوما (2). ويمكن تفسير ذلك في إطار أن القصد من الشرط المانع في النهاية هو حصول الممول على مستحقاته لدى المستثمر. فقد رتب نص المادة عليه جزاء هو حلول جميع أقساطه المتبقية (3). فإذا لم يحم بالسداد بعد إنذاره، فللممول أن يتخذ في مواجهته الإجراءات المنصوص عليها في الباب الرابع من قانون التمويل العقاري (4). ونعتقد أن الجزاء الوارد في المادة الثامنة سألفة الذكر لا ينفي إمكانية تمسك الممول بجزء مخالفة شرط الحصول على موافقة الممول للتصرف، طبقا للقواعد العامة، والمطالبة به قضائيا.

ويتضح بجلاء أن حق الدائن على المال المرهون قد بثت فيه الروح، انطلاقا من إمكانية سيطرته على العقار الضامن، من خلال سيطرته على تصرفات الراهن، أو المستثمر في قانون التمويل العقاري، وبإمكانه عدم التعنت تجاه تصرفات المستثمر، حال كونها لا تضر بالعقار الضامن، إذ قد يكون في تعنته بطلان

1 - السنهوري الشخصية والعينية المرجع السابق ص 653 وما بعدها وانظر على وجه الخصوص هامش ص 655 - 656 والخلاف الدائر حول طبيعة الجزاء المترتب على مخالف الشرط المانع من التصرف .

2 - انظر الحكم رقم 1758 / 1990 تنفيذ أسكندرية - قلم حفظ التنفيذ بمحكمة أسكندرية الابتدائية وفي هذه الحكم طلبت المدعى عليها الحكم بوقف تنفيذ إجراءات الحجز على سند من البنك المدعى عليه غير مستحق للمبالغ التي تم على أساسها إنذارها بالحجز وإجرائه وتداولت الدعوى بالجلسات وأشير هنا إلى ما جاء بالحكم من المستندات المقدمة من البنك لإثبات صحة حجزه 1- أمر حجز أدارى بإيقاع الحجز الإداري لتحصيل المبالغ المستحقة على المستشكلة 2- تنبيه بالدفع وإنذار بالحجز أعلن لشخص المستشكلة ومرفق به قائمه قيد الرهن المشهورة بمكتب الشهر العقاري 3- صوره محضر الحجز العقاري عليه توقيع الشاهدين ومندوب البنك الحاجز وأثبت المندوب رفض توقيع المستشكلة على محضر الحجز انتقال مندوب الحجز إلى محل أقامه المستشكلة لإعلانها ولرفضها أعلنت لجهة الإدارة مع قسم الشرطة كما أعلنت المستشكلة بخطاب موصى عليه بعلم الوصول خطاب موجه للباك تطلب فيه تأجيل كافة الإجراءات لرغبته في السداد صوره من الوقائع المصرية بالإعلان عن بيع العقار المرهون بالمزاد محدد بها يوم البيع وساعة وتاريخه - صوره من عقد الرهن وعقد القرض. بعد كل هذه الإجراءات أقام وكيل المستشكلة دعوى حساب فأوقفت المحكمة إجراءات البيع الموضح بالصحيفة ومحضر الحجز لحين الفصل في دعوى الحساب وانظر الأحكام المشابهة للحكم في هذه الدعوى أرقام 2585 لسنة 1997 ولحكم رقم 2093 / 1990 والحكم رقم 2092 / 90 والحكم رقم 2091 / 90 والحكم رقم 771 / 1990 كلهم تنفيذ أسكندرية

3 - هل يقتصر الشرط على ترتيب التزام شخصي في ذمة التصرف له يمنعه من التصرف أو وشرط يجعل العين ذاته غير قابلة للتصرف اختار التقنين المصري التكييف الثاني

4- نصف السلطات المطلقة للراهن على الضمان العقاري بأنها الوجه الظاهر لمشاكل الضمانة بالمقابلة مع مشاكل الضمانة العقارية فيما يتعلق بحق الملكية والتي تناولناها في الفصل الأول

للشرط، واسترداد لحرية الراهن في التصرف. ليس هذا فقد، بل عمل المشرع على تيسير إجراءات التنفيذ (1) على العقار الضامن في حالة تقصير المستثمر بالوفاء بمسئلاته.

ومما سبق نلاحظ، أن المشرع ضاق ذرعا بنصوص الرهن الرسمي، وحمايتها النسبية للمرتهن؛ حيث إنها لا توفر له حماية فعلية في ظل سيطرة الراهن على الملكية، وامتلاكه كافة السلطات عليها. فبقاء الملكية في ذمة الراهن وسيطرته على حقوقها، تمثل الوجه الظاهر لمشاكل الضمانة العقارية. من هنا، فقد حاول المشرع في نطاق قانون التمويل العقاري، وضع قيود على سلطات المالك الراهن، بالمخالفة لما توجبه حكمة وغاية نصوص الرهن، بحيث يمكن القول: إن قواعد التمويل العقاري، ما هي إلا استثناء من نصوص الرهن الرسمي الواردة بالقانون المدني وعودة للقواعد العامة في القانون المدني. وهذا ولا شك تطور جزئي في نصوص القانون لحماية الدائن المرتهن بفاعلية من جراء السلطات المطلقة التي يعطيها القانون للراهن.

ولكن ما نعتقد أنه تطور حقيقي ينبع من إمكانية نقل الملكية من ذمة الراهن للمرتهن كضمان. فهو ما يضمن فاعلية شبة مطلقة للمرتهن من تصرفات الراهن. فبقاء ملكية الضمان في ذمة الراهن هو المحور الذي يجب العمل على تطويره. إذ أنه في ظل هذا التطور الجزئي في نطاق الرهن الخاص بقانون التمويل العقاري، وتقييد سلطاته في التصرف، فإن ذلك لم يمنع مع بقاء صفة الراهن كمالك للعقار الضامن من التصرف في العقار الضامن طبقا لما أشارت إليه نص المادة 6 من قانون التمويل العقاري، وقد يخلق ذلك مشاكل عملية (2) تفقد على أثرها النصوص القانونية فاعليتها. فوجود الملكية متعلقة بذمة الراهن هو الذي يعطيه الحق في مكنة التصرف كمالك للعقار المرهون، وخروجها من ذمته لا يمكنه من إتيان ذلك.

¹ - إجراءات التنفيذ على العقار طبقا لقانون التمويل العقاري . يباشر الممول حقه في التنفيذ الجبري على الضمان في حالة عدم وفاء الدين الراهن اختيار بما عليه من مستحقات والحقيقة لقد سهل قانون التمويل العقاري إجراءات التنفيذ على العقار بالمقارنة بالتنفيذ على التنفيذ على العقار الوارد في قانون المرافعات

أولا - الواقعة المنشئة لاتخاذ إجراءات التنفيذ 1- وضع المدين في وضع المقصر عن سداد الالتزامات المستحقة عليه. وذلك، إذا تصرف في العقار دون علم أو إخطار أو موافقة الممول، وجزائه في هذه الحالة هو استحقاق كافة الأقساط المؤجلة 2- ثبوت النقص المخل بالضمان والذي يؤثر على قيمته بالانخفاض بفعل الإهمال من المستثمر أو شاغل العقار (ويجب أن تثبت هذه الأمور بحكم قضائي) 3- عدم سداد المبالغ المسحقة عليه في خلال ثلاثون يوما من تاريخ استحقاقها واستحقاق كافة المبالغ المستحقة بعد ثلاثون يوما من إنذاره و تبدأ إجراءات التنفيذ بإنذار المستثمر على يد محضر بضرورة الوفاء بالمبالغ المستحقة عليه في خلال ستون يوما من تاريخ الإنذار أو تقديم ضمان كافي بحسب الأحوال (الماد 12) فإذا انقضت المدة المحددة بالإنذار دون الوفاء أو تقديم ضمان كافي. يطلب الممول من قاضي التنفيذ الذي يقع العقار في دائرة اختصاصه وضع الصيغة التنفيذية على اتفاق التمويل والأمر بالحجز على العقار تمهيدا لبيعه بعد إعلان المستثمر قانونا. وتنقذ المزايدة ولا يجوز للممول الاشتراك بها، وله إذ لم يبلغ أكبر عرض الثمن الأساسي وكان أقل من مستحقاته أن يطلب إيقاع البيع مقابل إبراء ذمه المستثمر من جميع التزاماته بعدها يصدر القاضي حكما بإيقاع البيع بناء على تم من إجراءات وسداد كامل الثمن ولا يجوز استئناف الحكم بإيقاع البيع إلا لعيب في إجراءات المزايدة أو لبطلان الحكم أو إذا صدر على خلاف حق شاغل العين في البقاء بان يكون تضمن إخلائه ميعاد استئناف هذا الحكم خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره أما بالنسبة لشاغل العقار فيبدأ ميعاد استئنافه من يوم إعلانه بالحكم

² - انظر الدعوى رقم 4103 / 2000 قلم حفظ المدني بمحكمة أسكندرية الابتدائية حيث تخلص و تدور وقائع هذه القضية حول مشتري وحدة سكنية قبل تمام سداد الأقساط المستحقة عليه وقبل توقيع وتسجيل العقد النهائي اشترطت الشركة البائعة عليه عدم التصرف في هذه الوحدة قبل التسجيل إلا بموافقة كتابية بل أن الشركة البائعة التزمت لصالح المشتري، بتسجيل العقد بالشهر العقاري، ولم تقم الشركة بهذا الإجراء رغم سداد كامل الثمن من جانب المشتري وبعدها اكتشف المشتري أن الأرض والعقار مرهونين للبنك العقاري ومن بينهما الوحدة محل المنازعة .

المطلب الثاني

القيود الاتفاقية لسلطة الراهن لصالح المرتهن

نظرا لعجز النصوص القانونية، وتقصيرها في حماية المرتهن في اقتضاء مستحقاته لدى المدين، برغم حصوله على ضمان خاص في صورة رهن، يقرر البنك أن يعتمد على الشروط العقدية فيضمنها عقودها، وهي التي تضمن له إمكانية حصوله على مستحقاته لدى المدين؛ لكي يتمكن من أداء دوره المنوط به. فقد يتوصل البنك لحلول عملية يبغى بها الحصول على حقه، وقد لا تتفق مع القانون⁽¹⁾ كأن يطلب البنك من المقترض استصدار توكيل رسمي عام شامل يبيح له بيع العقار المرهون، وتسجيله لنفسه أو للغير. وقد يطلب من العميل تحرير شيكات - بعد أن يستخرج له دفتر شيكات من البنك - وهو متأكد أن العميل ليس لديه رصيد؛ لكي يحمله على أداء مستحقاته عن طريق تهديده بالجوء إلى الطريق الجنائي.

وقد يطلب البنك من العميل نقل الملكية ابتداء على سبيل الضمان، أو نقل الملكية وفاء بالمستحق عليه، أو دون إجراءات. فندرس هاتين الحالتين لنرى مدى صحتها واتفاقهما مع القانون من عدمه.

الفرع الأول

نقل الملكية دون إجراءات

درجت البنوك على تضمين عقد الرهن شرطا يبيح لها أن تبيع العقار الضامن، دون إتباع الإجراءات التي نص عليها القانون. والوسيلة العملية في هذا الصدد هي أن تحصل على توكيل رسمي عام شامل من الراهن يبيح لها تسجيل العقار المرهون لنفسها أو للغير⁽²⁾.

وقد نصت المادة 1052 مدني على أنه "1- يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن عند عدم استيفاء الدين وقت حلول الأجل في أن يمتلك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون. ولو كان هذا الاتفاق أبرم بعد الرهن" 2- ولكن يجوز بعد حلول أجل الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه "

فقد يتفق المرتهن مع الراهن على تملك العقار المرهون عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به أو بيعه دون إتباع الإجراءات التي فرضها قانون المرافقات في البيوع الجبرية. ونظرا لمظنة استغلال ضعف مركز

¹ - الأصل أن للمتعاقدين إضافة أي وصف لعقد الرهن ، مادام ليس في ذلك ما يخالف النظام العام. وعقد الرهن لا يختلف من حيث الأصل، عن أي عقد آخر. ومن ثم يستطيع المتعاقدين، أن يضيفا للرهن أجل أو يقرناه بشرط. راجع الدكتور احمد سلامة المرجع السابق ص 210

² - راجع المادة 715 / 2 مدني لا يملك الوكيل الرجوع في هذا التوكيل لأنه صادر لصالح الوكيل. وراجع قانون الحجز الإداري الملغى استعماله للبنوك والذي كان من مقتضاه أن يملك المرتهن العقار المرهون بموجب مزاد بالبيع الجبري يجريه بعد إجراءات إدارية ليس فيها ضمانات للراهن ثم يؤول العقار المرهون إلى المرتهن ويصبح هو المالك ويكون من حقه طلب إخلاء المستأجرين إذ تخلفوا عن سداد القيمة الإيجارية. وراجع الدعوى رقم 2003 / 244 مساكم قلم حفظ المدني بمحكمة أسكندرية الابتدائية أقامها البنك بإخلاء احد مستأجري العقار الذي أل إليه بموجب حكم مرسى مزاد جبري راجع الدعوى 145 لسنة 1995 تنفيذ أسكندرية وتم استلام العقار من جانب البنك بمحضر استلام رسمي عن طريق محضري المحكمة ووجه إنذار إلى المدعى عليه بالتنبيه بالوفاء بالأجرة له حيث أصبح هو المالك بالإجراءات السابقة مستحق للأجرة من تاريخ التنبيه بنزع الملكية.

الراهن، فقد أبطلت هذه المادة شرط البيع دون مراعاة الإجراءات التي نص عليها القانون، هو ما يسمى بشرط الطريق الممهّد⁽¹⁾، والتصرف الباطل في لغة التقنين المصري هو التصرف الباطل بطلانا مطلقا⁽²⁾ ولكن إذا كانت الفقرة الثانية من تلك المادة أجازت الاتفاق بين الراهن والمرتهن، وبعد حلول أجل الدين أو قسط منه، على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون، وكانت تلك الإجازة تتوقف على انتفاء مظنة ضعف الراهن، بافتراض أن ذلك الانتفاء يتحقق بحلول أجل الدين أو قسط منه، وعلى استطاعة الراهن الامتناع عن الاتفاق مع المرتهن إن شاء على أن يمتلك العقار⁽³⁾. فإن ذلك لا يعدو إلا أن يكون ظنا من المشرع لا يعنى عن الحق شيئا. فالواقع أن البنوك تجرى، وحتى الآن على استعمال البيع بدون إجراءات بموجب توكيل من الراهن يبيح لها ذلك⁽⁴⁾، ولو أن الحصول عليه يكون وقت الرهن مما يصمه بالبطلان، فإنها يمكن أن تحصل عليه بعد حلول أجل الدين. إذ دائما ما يرافق منح الائتمان، من الناحية العملية، تحرير شيكات على المدين الراهن وهى دائما بدون رصيد لتحريك المسؤولية الجنائية ضده⁽⁵⁾، إذا امتنع عن الوفاء بمستحقات البنك.

وإذا كان الواقع العملي، كما قدمنا، يدحض علة جواز اتفاق الراهن مع المرتهن بعد حلول أجل الدين على تملك الأخير العقار مما لا يجعله حرا في الاتفاق مع المرتهن من عدمه. لذا، فإنه يبدوا لى، أنه لا يجوز بعد حلول أجل الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه، لانتفاء علة جواز ذلك. وينبني على ذلك عدم التفرقة في حماية الراهن عند نشوء الرهن وقبل حلول الدين أو قسط منه⁽⁶⁾ وبعد ذلك وحتى تمام التنفيذ على العقار الضامن.

وإذا كانت القواعد العامة تستلزم لإمكان التنفيذ على الشيء المرهون أن يرفع الدائن المرتهن دعوى على المدين الراهن، وأن ينتظر حتى يصبح الحكم نهائيا لبدأ التنفيذ على الشيء المرهون بالمزاد، فإن المشرع قرر في قانون التمويل العقاري إجراءات مبسطة للتنفيذ على الرهن العقاري مقتضاها أن يقتنع القاضي بصحة الدين أو الإخلال بالالتزامات التي توجب الضمان قبل أن يصدر أمرا بالبيع بالمزاد العلني، وهذه الإجراءات لا تخرج عن الإجراءات التي فرضها قانون المرافقات بشأن التنفيذ على العقار، غير أنها مبسطة وتمثل الحد الأدنى من الضمانات التي يمكن توفيرها للمدين الراهن وإلا اختل التوازن لصالح الدائن المرتهن واستبد بالمدين الراهن.

¹ - وجرى على نهجها المادة 129 تجارى فى التنفيذ على رهن المنقول كتطبيق للقواعد العامة، إذ أبطلت البيع دون الاجراءات التى فرضها القانون فى المادة 126 تجارى

² - السنهورى التأمينات الشخصية والعينية المرجع السابق ص 974

³ - راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التمويل العقاري رقم 148 / 2001 حيث أكدت أنه عنى بأن تأتى أحكامه مستندة إلى مبادئ أربعة: منها أن يتم التنفيذ ببيع العقار المرهون بالمزاد العلني وليس عن طريق التملك المباشر تأكيدا لنص المادة 1052 من القانون المدني .

⁴ - الدكتور احمد سلامة - التأمينات العينية - 1962-1961 ص 210

⁵ - يجرى الواقع العملى فى حالة منح الائتمان على قيام البنوك بفتح حساب جارى للراهن وطلب التوقيع على شيكات يصدرها البنك وهو عالم انها بدون رصيد لاستغلالها ضد الراهن جنائيا انظر الجنحة 97/2152 حفظ نيابة شرق الكلية - محكمة أسكندرية الابتدائية بالإسكندرية حيث أقيمت من البنك ضد عملاء فى قرض لم يقوموا بسداد مستحقات البنك.

⁶ - السنهورى التأمينات الشخصية والعينية المرجع السابق ص 841 حيث عنده أن عقد الاتفاق بعد حلول الدين كله أو بعضه يصح لانتفاء مظنة استغلال الراهن

لذا، فإنه يجب إتباع إجراءات الحجز والبيع المبينة بقانون المرافعات أو قانون التمويل العقاري⁽¹⁾ على حسب الأحوال. وأن يشمل البطلان الاتفاق مع المدين على تملك العقار أو بيعه بدون إجراءات سواء قبل حلول أجل الدين أو بعده، فلا يجوز اتفاق الدائن المرتهن مع المدين الراهن مطلقا على تملك العقار أو بيعه دون إجراءات، فلأهمية هذه الأمور يجب أن تتم بتدخل القضاء.

الفرع الثاني

نقل الملكية كضمان

يبدو أن حق الملكية وما يتيح من سلطات يلعب دورا كبيرا في أحكام الرهن، فهو المفتاح الذي إذا تم استعماله استعمالا صحيحا كنا أمام نتائج مفيدة. فإذا استعملته لحماية الراهن حماية مطلقة وجعلت له سلطات الملكية الثلاث يتصرف فيها كيفما شاء بأي نوع من أنواع التصرفات، فنحن بهذا لا نرعى مصلحة الدائن المرتهن. وإذا استعملتها لحماية المرتهن بأن تم نقلها اليه كضمان لحين وفاء المدين بدينه كنا أمام حماية فعالة لحق المرتهن، إذ بمقتضى نقل الملكية للمرتهن يتجنب المرتهن خطر اساءة استعمال السلطات الثلاث للراهن على الملكية، بما يمكن أن تتسبب فيه من أضرار .

ولأن الرهن في مصر لا ينقل ملكية الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن، فإن هذا ما دعا المشرع في قانون التمويل العقاري إلى وضع الشرط المانع من التصرف المؤقت في العقار الضامن⁽²⁾. وقد رأينا صحة هذا الشرط في ضوء توافر الشرطان اللذان تتطلبهما المشرع في شرط المنع من التصرف على موافقة الممول المتطلبه كي يتمكن المستثمر الراهن من التصرف في العقار المرهون، وما حققه ذلك من إعادة التوازن لحق المرتهن على الضمان العقاري، إلا إن القانون المصري لم يصل، وعلى الرغم من ذلك، إلى نتائج نقل الملكية كضمان للائتمان، وبقي للمرتهن على أى الأحوال إمكانية التصرف بالمخالفة للشرط الذى وضعه قانون التمويل، بما يمكن أن تنشأ عنه صعوبات عملية تضعف من فعالية الضمان. ومع ذلك، فإنه يمكن أن نجد ما يشبه فكرة نقل الملكية كضمان، فيما يعرف بالبيع الوفاى طبقا للمادة 465 مدني . كما أن الواقع العملى فرض استدعاء القانونيون لوسيلة قديمة لنقل الملكية كضمان وهى التصرف الائتماني. ومن ثم، يبرز لنا في هذا الصدد تطبيقان لنقل الملكية على سبيل الضمان هما بيع الوفاء والتصرف الائتماني سنتعرض لهما في غصنين كالتالي :

الغصن الأول

¹ - انظر أيضا في إجراءات التنفيذ غير العادية طبقا لقانون الحجز الإداري رقم 308 / 1955 من قبل البنوك فقرة ط من المادة الأولى والذي تم الحكم بعدم دستورتيتها بالحكم رقم قضية رقم 41 لسنة 19 قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية ((حكمت المحكمة بعدم دستورية البند ط من المادة الأولى من القانون رقم 308 لسنة 1955 في شأن الحجز الإداري، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.))

² - ولا يقدر في ذلك ما ورد بالمادة 1 / 2 من اللائحة التنفيذية من انه " اذا كان العقار محل التمويل بناء أو وحدة في بناء على أرض مخصصة للمستثمر من الدولة أو من أحد الاشخاص الاعتبارية العامة، فللمول قبول التنازل له من المستثمر عن التخصيص ضمنا للتمويل، " وذلك بعد موافقة الجهة التى خصصت الأرض على اجراء هذا التنازل " فذلك على الرغم من محدودية اجرائه المرتبطة بحالات محددة، فإنه لم يأت به المشرع فالحقوق العينية واردة فى القانون على سبيل الحصر .

بيع الوفاء

بيع الوفاء (1) هو ذلك البيع الذي ينقل فيه المدين (البائع) الملكية للدائن على أن يحتفظ لنفسه باستردادها في مقابل رد الثمن الأصلي والمصروفات خلال مدة معينة (2). والثمن الأصلي والمصروفات هما القرض وفوائده.

وبيع الوفاء لا يعدو إلا أن يكون وسيلة من وسائل الضمان، التي تعتمد على نقل الملكية على سبيل الضمان. فالمالك (الراهن) يتجرد من ملكية ضمانه. فيمتلك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ وهو أن يرد البائع الثمن والمصروفات للدائن فينفسخ العقد، ويعود المبيع إلى ملك البائع بأثر رجعي، وفيما يتعلق بصحة الشرط الفاسخ يجب توافر أمران وهما أن يكون معاصرا لعقد البيع - وألا تزيد مدته عن خمس سنوات في القانون المصري.

ويعتبر بيع الوفاء حيلة قانونية للتغلب على نظم القانون الخاص (3)، في ظل احتياج التطور الحديث إلى تأمين الدائن ، بخروج الشيء المرهون من ذمة مدينه، كي لا تتأثر الملكية بإفلاسه عند وقوعه فيه، ولا يتعرض لمزاحمة دائن الراهن ؛ ولكي يتمكن الدائن نفسه من تعزيز ائتمانه لدى من يقترض منهم هو الآخر كما هو الحادث في توريق الأصول المعتمدة على الحقوق الشخصية المضمونة بالضمانات الفعالة كالرهون العقارية .

ويمتاز بيع الوفاء، عن كل من الرهن الرسمي والحيازي، من ناحية اختلاف المسؤولية عن هلاك المرهون بحسب المالك، وقصر حقوق المشتري على المبيع. أما المرتهن فله بالإضافة إلى حقه العيني على العقار المرهون حق شخصي على جميع أموال المدين الراهن. كما أن الرسمية مطلوبة في الرهن الرسمي وغير مطلوبة في بيع الوفاء. بالإضافة إلى أن الأخير يجنب المرتهن الإجراءات المعقدة للتنفيذ على المرهون

ولئن كان البيع الوفاي يبيعا معلقا على شرط فاسخ، ويعتبر باطلا في التقنين المدني الحالي، فإنه فيما عداه من بيوع أخرى معلقة على شرط فاسخ صحيحة. ولتحديد بيع الوفاء حتى يختص وحده بالبطان يلزم الوقوف على مدى تعلق الشرط الفاسخ بإرادة البائع باسترداد المبيع متى أعلن عن إرادته تلك . فإذا كان الشرط غير متعلق بإرادة البائع أو متعلق بها وبأمر آخر عنها كان البيع المعلق على شرط يبيعا صحيحا(4). ونظرا لأن بيع الوفاء فيه مظنة استغلال المرتهن لظروف الراهن، وقد ينخدع فيه الكثيرون على اعتبار أنه بيع، وما قد يميزه كضمان قد لا يكون مذكور في عقد البيع. فقد طور القانونيون طريقا آخر لنقل الملكية كضمان بدون اللجوء إلى شكل البيع، كوسيلة لنقل الملكية كضمان، وهو ما يسمى التصرف الائتماني.

الفصل الثاني

1 - راجع المادة 465 والتي تنص على أنه إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مده معينة وقع البيع باطلا
2 - وانظر في اختلاف المدة المطلوبة في القانون المصري والفرنسي السهوري الوسيط ج 4 ص 158
3 - الدكتور نبيل سعد المرجع السابق ص 270 فبيع الوفاء يمتاز عن كل من الرهن الرسمي و الحيازي في حالة الهلاك ومن يتحمل تبعه ذلك ولا حاجة فيه إلى ورقة رسمية ويجوز في العقار والمنقول
4 - الدكتور نبيل ابراهيم سعد التمويل العقاري دراسة في القانون المدني دار الجامعة الجديدة ط 2012 ص 31

التصرف الائتماني

يعتبر التصرف الائتماني من الضمانات الهامة عند من يعتبرونه قانونيا، وقد ظهرت الحاجة إليه بعدما رأينا من مشكلات في الرهن الرسمي والرهن الحيازي، والذان يتميزان ببقاء الملكية للراهن وما يستتبع ذلك من بقاء سلطة التصرف، بقيد وهمي وهو عدم المساس بسلامة الرهن، وما يمثله ذلك من خطر على الدائن المرتهن، الذي يرهقه تتبع المدين الراهن بصدد حماية رهنه، والذي يريد ضمانا فعالا لا ئتمانه.

ويؤكد الحاجة إلى التصرف الائتماني ظهور معطيات جديدة في العلاقات التجارية قلبت موازين العلاقة بين التأمينات العينية والشخصية، وأدت إلى قصور أنظمة التأمينات بصفة عامة على مواجهة هذه المعطيات. فقد تعرضت تشريعات الإفلاس في فرنسا إلى تغييرات عميقة أدت إلى تجريد التأمينات العينية من فاعليتها. فبينما كان الدائنون المزودين بتأمينات عينية لا يتأثرون بإفلاس مدينهم، إلا إن ذلك لم يعد ممكنا. فقد تغير هدف قوانين الإفلاس إلى محاولة إنقاذ المؤسسات مما تتعرض له من صعوبات وهذا الهدف لا يمكن تحقيقه دون التضحية بمصالح الدائنين ممتازين كانوا أو عادييين. ومن ثم، شهدت فاعلية ضمانات الائتمان تراجعاً ملحوظاً (1) واستوجب الأمر البحث عن ضمانات أكثر فاعلية للدائنين المرتهنين فظهرت أهمية التصرف الائتماني. فليس من شك في إن نقل الملكية كضمان يحقق ضمان فعال للدائن مقارنة بالضمانات التقليدية التي درسناها (2).

¹-Corinne Leblanc - La fiducie-sûretéPrésentation d'un régime général inspiré du trust anglo-saxon, 1998 <http://corinne.leblanc.free.fr/memoire.htm>

Une idée directrice de la loi du 25 janvier 1985 consiste à admettre que les créanciers antérieurs sont soumis à la discipline collective, et leurs droits sont restreints pour permettre le redressement souhaitable de l'entreprise. Il s'agit d'éviter que ceux-ci ne compromettent, par leurs poursuites individuelles, la survie et le redressement de l'entreprise, et pour assurer l'égalité entre tous .

La suspension des poursuites énoncée à l'art. 47 de la loi s'applique à tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure: non seulement les créanciers chirographaires, mais encore ceux dont les créances sont garanties par un privilège, une hypothèque ou un nantissement, comme c'était le cas de notre client . Voici ainsi rapidement mise en relief l'inefficacité des sûretés réelles dites « classiques » (gage et hypothèque) lesquelles sont neutralisées par ces interventions législatives fondées sur d'autres priorités étrangère à l'idée de garantie des droits du créancier. Ce constat nous amène à nous intéresser à un autre type de sûreté plus efficace, comme nous essaierons de le démontrer dans les développements suivants, la fiducie-sûreté

²- Valerio Forti, op,cit http://www.cjel.net/online/17_2-forti/

لقد وقعت فرنسا على اتفاقية لاهاي في 1 يوليو 1985، والتي هدفت مادتها الثانية إلى تبنى أداة تستند إلى الخصائص الرئيسية للترست في الولايات المتحدة الأمريكية وقد رأى البعض أن إدخال الترتست في فرنسا يصطدم بمبادئ تقليدية راسخة في القانون المدني كمبدأ وحدة الذمة المالية ومبدأ وحدة حق الملكية . إلا أنه رغم كل الاعتراضات، كانت هناك محاولات عديدة لوضع قانون الفديوسا الفرنسي . فكانت هناك محاولات غير ناجحة في سنة 1990 تلتها محاولات غير ناجحة أيضا في 19 فبراير 1992 من قبل مجلس الوزراء، فقد اعد مشروع قانون لإدخاله ضمن الكتاب الثالث من القانون المدني بعنوان الأساليب المتبعة لاكتساب الملكية. وكان من المقرر طرحه في الجمعية الوطنية في دورة الربيع لعام 1992، ولكنه لم يناقش حينئذ وظل حبس أدرج وزارة المالية خوفا من شبح التهرب الضريبي وصعوبة قبول المدينين الفرنسيين لهذه المؤسسة المختلطة، ثم أعيد عرض مشروع القانون على جدول أعمال التشريع في سنة 2005 ولم يتم إقراره أيضا إلى أن تم إقراره في 19 فبراير 2007 وأسس لملكية جديدة في القانون المدني.

والتصرف الائتماني هو اتفاق على نقل ملكية مال معين من شخص إلى آخر كضمان للوفاء بالدين أو بالالتزامات⁽¹⁾ وللمتصرف استعادة الملكية حال الوفاء بالتزاماته. فنقل الملكية في التصرف الائتماني كالضمان لمنح الائتمان⁽²⁾ وليس عن طريق البيع أو الهبة⁽³⁾.

وبينما يتبلور التصرف الائتماني فيما يعرف بالفديوسا في القانون الفرنسي وهو الأساس التاريخي الترسنت الأنجلوأمريكي⁽⁴⁾ فإن المالك الائتماني في القانون الفرنسي يكون مالكا لكل الملكية أما في الترسنت فيمتلك فقط الملكية القانونية وتكون ملكيتها العادلة للمستفيد حيث يتميز النظام الأخير بما يعرف بازدواج حق الملكية.

ويتميز نقل الملكية كضمان عن بيع الوفاء في أن الأخير يأتي في صورة عقد بيع مكتمل الأركان. كما أنه يتميز عن بيع الوفاء لكونه لا يوجد به ثمن. ويتميز عقد البيع الوفاي عن التصرف الائتماني بأنه قد يمنح الدائن الملكية بمجرد العقد، فيما لو لم تظهر صفة البيع الوفاي، في حين أن ملكية الدائن لا تصبح نهائية في التصرف الائتماني - بحسبما هو معمول به - إلا إذا تخلف المدين عن الوفاء بما عليه من دين، وفي غير هذه الحالة، فإنه يجب أن تعود ملكية الشيء محل التصرف الائتماني إلى المدين مرة أخرى، بمقتضى الالتزام بالرد الملازم للتصرف الائتماني.

فالدائن في التصرف الائتماني يصبح مالكا للشيء محل التصرف بصفته ضمان، ويمكن له أن يتصرف فيه إلى الغير، ويكون التصرف نافذا في حق المدين، وإن لم يستطع رد الشيء محل التصرف يكون مسئولا عن ذلك تجاه المدين⁽⁵⁾. فمصدر قوة التصرف الائتماني أن جعلت المدين هو الذي يجب أن يرضى التزامه، بأداء المستحق عليه، بدون إرهاب الدائن في تتبعه. فالدائن يقع على عاتقه التزام وحيد برد محل التصرف عند الوفاء بالمستحق وهو التزام بعمل عند عدم تنفيذه يتحول إلى التزام بالتعويض. وفي حالة إفلاس المدين لا تدخل الملكية المنقولة كضمان في الضمان العام للمدين ولا يتعلق بها حق الدائنين، ويكون الدائن في مأمن من إفلاس مدينه⁽⁶⁾.

¹ - See Lindly M.R instantly v. Wilde ,(1899) 2 Ch. 474 at 474: approved in Noakes 11. Rice 9 1902 A.C.24 at 18,per Lord HALSBURL.C.,HL.

ورد في هذه القضية التعريف الكلاسيكي لنقل الملكية على سبيل الضمان لأداء دين أو التزام من الالتزامات.

² - الدكتور نبيل إبراهيم سعد الضمانات غير المسماة المرجع السابق ص 4

³ -Swiss Bank Cor poration v. Lloyds Bank Ltd ,Corporation Ltd (1993) 1 N.Z.L.R.513at 521(1993)2W.L.R.86,AC.H L.

⁴ - Thibaut Partsch and Jeremie Houet, THE COLUMBIA JOURNAL OF EUROPEAN LAW (2012) COUNTRY REPORT: LUXEMBOURG 58 http://www.cjel.net/wp-content/uploads/2012/02/countryreport_luxembourg.pdf

A first major difference with the trust is that, from a civil law standpoint, the fiduciaire becomes the full owner of the assets that have been assigned which it operates in its own name under the fiduciaire contract

⁵ - الدكتور نبيل إبراهيم سعد المرجع السابق 268

⁶ - الدكتور حسنى المصرى - فكرة الترسنت - عقد الاستثمار المشترك في القيم المنقولة ط الأولى 1985 ص 263 وما بعدها

كما يعد نقل الملكية للدائن كضمان أفضل من الرهن الرسمي والحيازي (1) ففيهما يحتفظ الراهن بملكيته للعين المرهونة ويسلطة التصرف، وإن كان قانون التمويل العقاري استطاع أن يحد من سلطات الراهن على الملكية في الرهن الأول باشتراط موافقة الممول على التصرف الذي يريد أن يجريه المدين الراهن (2). فإن نقل الملكية للدائن كضمان هو الحل الذي يمنع الراهن من التصرف في هذه الملكية، إذ يخرج هذه الملكية مؤقتاً من ذمة البائع إلى ذمة المرتهن أو الترتست.

خلاصة الباب الثاني

يمكن أن نقرر أن الضمانة العقارية تدور مشاكلها حول محورين كالتالي:-

المحور الأول :- وهو ملكية الضامن والمشاكل المثارة بشأنها كما رأيناها

يكمن حل هذه المشكلة من خلال الاستقرار على معيار يمكن الوثوق من خلاله في ملكية الراهن، بتبني قانون السجل العيني وبما يمنحه من قوة مطلقة للعقد المسجل، باستثناءات معلومة. وإذ لم يتبنى ذلك القانون المصري، فستظل الضمانة العقارية معيبة من هذه الوجهة بعدم الفعالية.

المحور الثاني :- وهو السلطات التي يعطيها الرهن الرسمي والحيازي للراهن.

رأينا المشاكل التي يسببها بقاء السلطات التي يمنحها حق الملكية كما هي للمدين الراهن والتي لم تنفع في كبح جموحها القيود النظرية التي وضعها المشرع في نطاق نظام الرهن الرسمي؛ مما دعا إلى الخروج عليها في نظام التمويل العقاري، وإن كان ذلك لا ينفى عملياً إمكانية حدوث مشاكل أساسها أن الراهن مازال يحتفظ بالملكية. ويكمن حل تلك المشكلة في نقل ملكية العقار كضمان إلى حين سداد الائتمان فبها يفقد الراهن مؤقتاً سلطاته الثلاث على الملكية المرهونة ويتجنب بذلك المرتهن سوء تصرفات المرتهن في الضمان العقاري، كما يتجنب به المرتهن تطور أهداف تشريعات الإفلاس والتي قد يكون من شأنها إفراغ الضمان العقاري من فاعليته، لاتجاهها إلى إنقاذ المؤسسات على حساب الدائنين عاديين كانوا أو ممتازين.

1 - عكس ذلك الدكتور احمد سلامة التأمينات المدنية 1961 - 1962 ص 66 "غدا الائتمان ضرورة اقتصادية في العصر الحديث. فصاحب المشروع يبحث عن شخص يقترض منه وصاحب رأس المال يبحث بدوره عن شخص يقرضه فالائتمان إذن يشجع إنشاء المشروعات ويوظف رؤوس الأموال وهذه تؤدي إلى الرواج وتدعم الاقتصاد الوطني، على أن رأس المال جبان على ما يقولون فهو لا يخرج إلا إذا تضمن العودة إليه حاملاً معه غنائمه والرهن الرسمي يقدم له في هذا الصدد خير أمان".

2 - راجع المادة 7 من قانون التمويل العقاري رقم 148 / 2001