

The Legal Concept of the Property's Holder which is Subject to Insurance (A comparative Study)

Majed Abdul Majeed Alkasraba *

Assistant Professor of Civil Law, American University of Dubai, United Arab Emirates.

E-mail: majed75_75@yahoo.com

Received: 22 Mar. 2018

Revised: 13 Jun. 2018

Accepted: 13 Nov. 2018

Published: 1 Jan. 2019

Abstract: This article starts with an introductory part on in-kind insurance, in general, and mortgage insurance, in particular. It also discusses the concept of the possessor in mortgage insurance, as it enjoys a similar legal status to that of mortgaged estate's heir as well as the sponsor in kind to its estate as a guarantee to third parties in a comparative study to the legislations of Jordan, Egypt, and Iraq. The study also discusses the requirements of the possessor and the concept of the possessor of an estate that is subject of mortgage insurance.

Keywords: Mortgage, Subject to insurance, Property Holder.

* Corresponding author E-mail : majed75_75@yahoo.com

المفهوم القانوني لحائز العقار المرهون رهنا تأمينيا (دراسة مقارنة)

د. ماجد عبد المجيد الكساسبة

أستاذ القانون المدني المساعد - الجامعة الأمريكية ببي، الإمارات العربية المتحدة

الملخص: تناولت في موضوع البحث مقدمة تمهيدية للتأمينات العينية بشكل عام والرهن التأميني بشكل خاص ومن ثم المقصود بالحائز في الرهن التأميني حيث نجد أن الحائز يشتهر مع المركز القانوني لوأرث العقار المرهون وكذلك يشتهر مع الكفيل العيني (الراهن) لعقاره ضمناً لدين غيره وكذلك مع الكفيل الشخصي في ظل دراسة مقارنة لكل من قوانين الأردن ومصر والعراق ومن ثم تناولت في موضوع البحث شروط الحائز حتى يكتمل لدينا المفهوم والمقصود بالحائز للعقار المرهون رهنا تأمينيا ومن ثم توصلت إلى الخاتمة والنتائج والتوصيات.

كلمات مفتاحية: المرهون، رهنا تأمينيا، حائز العقار.

1 المقدمة:

يعد الرهن التأميني من أهم وأكثر صور التأمينات العينية انتشاراً . والرهن التأميني هو عقد وكما نعلم أنه أي عقد يختص في شروط موضوعية عامة وخاصة وبالنسبة لعقد الرهن التأميني له شروط موضوعية عامة وخاصة ومن الشروط الموضوعية العامة ما هو مطلوباً وفقاً للقواعد العامة مثل أهلية كل من الدائن والمدين، ومنها ما هو شروط خاصة بالعقار المراد رهنه، إذ لا بد أن يكون المال المرهون عقاراً، أو أن يكون المال المرهون منقولاً يخضع لأحكام العقار، كما يشترط أن يكون هذا العقار مملوكاً للمدين، ويجوز أن يكون ، ويشترط كذلك أن يكون العقار مما يجوز التعامل فيه، إذ لا تخضع للرهن العقارات المملوكة للدولة ملكية عامة، ولا الوقف، كما لا يمكن رهن حقوق الأرتفاق مستقلة عن العقار المرتفق، ولا حقوق الاستعمال والحكر والسكنى، وينبغي في العقار المرهون كذلك أن يكون معيناً وموجوداً عند الرهن.

بالإضافة إلى الشروط الموضوعية المذكورة أعلاه ينبغي توافر شروط شكلية ودون توافرها لا يصح عقد الرهن التأميني، ومن أهمها الشكلية إذ لا ينعقد العقد إلا بورقة رسمية، إذا يشترط أفرأها في نموذج معين وأمام موظف مختص، إلا أن لعقد الرهن التأميني آثاراً فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير والذي يهمننا في موضوع البحث هو آثار الرهن التأميني بالنسبة للغير وذلك عندما يتصرف الراهن بالعقار المرهون تصرفاً قد يؤثر في حقوق الدائن المرتهن وذلك مثل بيعه، ففي هذه الحالة يخرج العقار من يد الراهن إلى شخص آخر يسمى وفقاً لأحكام القانون بالحائز.

لذلك سنقوم بدراسة المفهوم القانوني للحائز في الرهن التأميني وفقاً لموقف كل من القوانين المدنية الثلاثة الأردني والمصري والعراقي، وكذلك لنرى ما يميز بين الحائز للعقار المرهون عن غيره من مفاهيم قانونية تشتهر فيه مثل الوراثة للعقار المرهون، ولنرى كذلك إذا كان هناك تطابق بين نصوص القانون المدني والقوانين الخاصة والواقع العملي بالنسبة لمفهوم الحائز.

لذا سنقوم ببحث موضوع المفهوم القانوني للحائز في مبحثين . المبحث الاول المقصود بالحائز وفي المبحث الثاني المقصود شروط الحائز .

2 الاطار العام للبحث:

2-1 مشكلة البحث:

الغرض من هذه الدراسة توضيح الغموض الذي يحيط في مفهوم الحائز للعقار المرهون مع غيره من مفاهيم قانونية تشتهر فيه . حيث ان النصوص القانونية في كل من قوانين الاردن ومصر والعراق لم تكن واضحة المعالم بتحديد المفهوم القانوني للحائز في الرهن التأميني.

2-1-1 عناصر المشكلة

- ما هو مفهوم الحائز في الرهن التأميني وفقاً للقانون المدني مقارنة مع القوانين الخاصة والواقع العملي؟

- ما هي الشروط الخاصة بالحائز؟

2-2 فرضيات البحث:

1- تتص المادة (1354) من القانون المدني الأردني على أنه (يعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بعد الرهن ملكيته أو حق عيني آخر عليه بأي سبب دون أن يلزمه شخصياً دين الراهن).

أما من حيث موقف القوانين الخاصة والواقع العملي استناداً لقانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين وتعديلاته رقم 46 لسنة 1953م فإننا نرى أنه لا يوجد نص واحد يتطرق لكلمة حائز أو ما يدل على ذلك فهي لا تعرف إلا كلمة دائن ومدين وتأكيداً لرأينا وعند إجراء مقابلات شخصية مع موظفي دائرة الأراضي والمساحة أفادوا بالإجماع أنه ليس في الواقع العملي ما يعرف بمفهوم الحائز .

2- أما الشروط الخاصة بحائز العقار المرهون فهي أن يكون الحائز قد اكتسب ملكية العقار المرهون، أو حقاً عينياً قابلاً للرهن، وأن يكون حق الحائز قابلاً للتعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني وأن يكون الحائز قد اكتسب حقه بعد تسجيل الرهن، وأن يكون سند الحائز مسجلاً وأن لا يكون الحائز مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون.

2-2-1 تعريف المصطلحات

الرهن التأميني: حق عيني تبعي ينشأ عن عقد شكلي ضماناً لاستيفاء حق شخصي من خلال تمتع صاحبه بميزة تتبع المرهون في أي يد يكون والتنفيذ عليه مقدماً على الدائنين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة.

حق التقدم: هو تقدم الدائن المرتهن في استيفاء حقه على الدائنين العاديين أي كان حجم ديونهم أو تاريخ ثبوت هذه الديون، وعلى الدائنين المرتهنين الذين يلونه بالمرتبة في التزاحم معهم لسبق تاريخ تسجيل رهنه عليهم.

حق التتبع: حق الدائن في ملاحقة المال المرهون وتتبعه للتفويض عليه في أي يد انتقل إليها.

مفهوم الحائز: هو كل من انتقلت إليه بعد الرهن ملكيته أو حق عيني آخر عليه بأي سبب دون أن يلزمه شخصياً دين الرهن.

خيارات الحائز: هي حقوق منحها المشرع لمصلحة الحائز لممارستها في مواجهة إجراءات نزع الملكية الموجهة إليه.

3-2 محددات البحث:

ستتناول هذه الدراسة المفهوم القانوني للحائز في الرهن التأميني في القانون المدني الأردني، وستكون هذه الدراسة مركزة بشكل رئيس على القانون المدني الأردني مع التعرض للقانونين المدنيين العراقي والمصري إضافة إلى أحكام القضاء والفقهاء المقارن في هذه الدول.

4-2 منهجية البحث:

تعتمد هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن عند البحث وجمع المعلومات وذلك بالرجوع إلى كتب شراح القانون المدني والكتب الفقهية والرسائل الجامعية والمقالات والأبحاث الخاصة بالموضوع وقرارات محاكم التمييز، دراسة النصوص التشريعية ونقدها ومعالجتها والبحوث والمعلومات التي يمكن أن تؤخذ عن طريق الإنترنت لمعرفة موقف القانون والقضاء والفقهاء من الحائز في الرهن التأميني، كما تعتمد الدراسة على بيان التطبيق العملي الميداني.

5-2 خطة البحث:

سوف نقوم بدراسة موضوع البحث من خلال مبحثين حيث سيكون المبحث الأول عن المقصود بحائز العقار المرهون رهناً تأمينياً وفي المبحث الثاني عن شروط الحائز.

المبحث الأول : المقصود بالحائز.

المبحث الثاني: شروط حائز العقار المرهون.

المطلب الأول: ألا يكون الحائز مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون.

المطلب الثاني: أن يكون الحائز قد اكتسب ملكية العقار المرهون أو حقاً عينياً قابلاً للرهن ولليبيع بالمزاد العلني بصفة مستقلة.

المطلب الثالث: ان يكون الحائز قد اكتسب الحق بعد تسجيل الرهن وقبل أخطار المدين بالوفاء.

المبحث الأول

المقصود بالحائز

سنتكلم في هذا المبحث عن ما هو المقصود بحائز العقار المرهون رهناً تأمينياً تمييزاً له عن غيره من مفهوم الحائز في مجال العقارات المرهونة رهناً تأمينياً

تنص المادة (1354) مدني أردني على أنه يعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من أنتقلت إليه بعد الرهن ملكية أو حق عيني آخر عليه بأي سبب دون أن يلزمه شخصياً دين الراهن".

عرفت المادة (1060) من القانون المدني المصري الحائز بأنه "كل من انتقلت إليه بأي سبب ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن"⁽¹⁾

وعرفت المادة (1306) مدني عراقي على أنه يعتبر حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بعد الرهن بأي سبب ملكية هذا العقار أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين الموثق بالرهن" (نجد أن كلاً من المشرع المصري والأردني والعراقي قد أخذ بمفهوم الحائز وقد نص عليه صراحة وأضاف بتعريفه وتفصيل شروطه على عكس القانون المدني السوري حيث لا يوجد تعريف للحائز وذكر صريح.

نلاحظ أن النصوص القانونية التي عرفت الحائز في كل من القانونين المذكورين سالفاً متطابقة وذلك بأنه حائز⁽²⁾ يلاحظ أن التسمية الفرنسية للحائز هي الشخص الثالث واضع اليد أو المكتسب وهي أكثر دقة من تسمية الحائز التي جرت عليها المدونات العربية اعتباراً بان لفظ الحائز مشترك بين حائز العقار المرهون وحائز ملك الغير في مجال التقادم العقار المرهون هو شخص تتخذ ضده إجراءات نزع ملكية العقار المرهون إلا إذا أختار سداد الدين أو تطهير العقار من الرهن أو التخلي عنه وهو يختلف عن حائز العقار يقصد التملك كمشتريه من غير مالك كما يختلف عن الحائز العرضي للعقار كمستأجره.⁽³⁾

ف نجد أن هناك طائفة من الالتزامات تكتسب الصفة العينية⁽⁴⁾ ويعني ذلك أن تكليف شخص بأداء التزام عيني لا يستند إلى صفة المديونية فيه، بل استناداً لحيازة الشيء نفسه ونتيجة لذلك أن الالتزام يزول عن الشخص إذا تصرف في الشيء إلى الغير وبالتالي فالتخلي عن الشيء أو تركه يبرئ ذمة الشخص من الالتزام ويلقى بعينه على حائزه⁽⁵⁾.

أي أن حائز العقار المرهون يتحدد مركزه على أساس أن ألتزامه عيني، وذلك باعتبار أن الدائن المرتهن لا يستطيع أن يجبره على وفاء الدين وإنما تتحدد مسؤوليته بمقدار قيمة العقار المرهون، وبالتالي لا يجوز اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها قانوناً في مواجهة الحائز إذا تخلى عن العقار وبالنتيجة نصل إلى أن هناك التزامات عينية مختلفة بطبيعتها وأثارها عن الالتزامات الشخصية.

ويعرف مفهوم الحائز بأنه الشخص الذي ليس مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن الذي اكتسب حقه بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية (ملكية العقار المرهون) أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن اكتساباً ليس من شأنه إسقاط حق التمتع.⁽⁶⁾

(1) حيث نجد ذلك في قرار لمحكمة النقض ((أن للدائن المرتهن حق عيني على العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار، والحائز هو وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة كل من اكتسب ملكية العقار المنقل بحق عيني تبعية أو حقاً عينياً عليه بموجب سند سابق في تسجيله تنبيه نزع الملكية دون أن يكون مسؤولاً شخصياً عن الدين المضمون ما دام هذا الحائز قد تم إنذاره بالدفع أو التخلي طبقاً للقانون فلم يختر أياً منهما فإن للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون تحت يده)) قرار نقض جلسة 24/11/1983 مجموعة المكتب الفني ال34، ص 1678 مضاف نصوص المواد 1030 و 1060 و 1072 من القانون المدني والمادة 411 مرافعات

(2) محمد وحيد دين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية التبعية الرهن المجرد- الرهن الحيازي - حقوق الامتياز، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995، ص110.

(3) عبد الناصر العطار، التأمينات العينية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص 121

(4) شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 1959، ص 313.

(5) شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، ص313 نقلاً عن الأستاذ ميشون صاحب نظرية "الالتزامات العينية"، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 1959

ويعرف الحائز كذلك بأنه هو من تنتقل إليه ملكية العقار المرهون ويكون شخصاً من الغير بالنسبة لعقد الرهن فهو الغير الذي يكتسب ملكية العقار المرهون⁽⁷⁾ وإصطلاح الغير هنا مستعمل في معنى خاصي يختلف عن المعنى المألوف لهذا الاصطلاح، فمن انتقلت إليه الملكية هو صاحب حق عيني على العقار ولذلك لا يعتبر حائزاً في القواعد العامة، والمقصود باصطلاح الحائز هنا الدلالة على أن هذا الشخص أجنبي عن الدين.⁽⁸⁾

وعرف الحائز كذلك بأنه ذلك الذي آلت إليه ملكية العقار المرهون كله أو بعضه بطريقة مفرزة أو شائعة وسواء كانت ملكية تامة أو ملكية رقبة أو من اكتسب على العقار المرهون حقاً عينياً أصلياً قابلاً للبيع بالمزاد العلني استقلالاً عن العقار المقرر عليه مثل حق الانتفاع وهو ما عبر عنه المشرع بالمواد (1354) مدني اردني و (1060) مدني، مصري "حق عيني آخر. قابل للرهن".⁽⁹⁾

والحائز غير مسؤول شخصياً عن الدين فهو أجنبي عنه لا تربطه بالدائن أية علاقة شخصية، ومع ذلك فكونه أجنبياً تماماً عن الدين لا يستقيم مع انتقال العقار المرهون في هذا الدين إلى ذمته مع نفاذ هذا الرهن في مواجهته ولهذا كان لا بد من التسليم بأن انتقال ملكية العقار المرهون إلى الحائز ينشئ صلة ما بين الحائز والدين.

هذه الصلة ليست مسؤوليته الشخصية على وجه التأكيد، فالحائز لا زال أجنبياً عن صاحب الدين لا تربطه به أية علاقة شخصية وهو كذلك غير مسؤول عن الدين في أمواله الخاصة فمسؤوليته مقصورة على قيمة العقار المرهون ومسؤوليته على هذا النحو مسؤولية عينية تقتضي باستفاد قيمة العقار المرهون.⁽¹⁰⁾

ويعتبر في مركز قريب من مركز الحائز الكفيل العيني فهو أيضاً غير مسؤول مسؤولية شخصية في كل أمواله عن الدين المضمون ومسؤوليته عينية مقصورة على هذا العقار المرهون ولهذا فهو كالحائز، لا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال (م 1050) مدني مصري (تنص المادة 1050 مدني مصري "إذا كان الراهن شخصاً غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال ولا يكون الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك مماثل لنص المادة 1340 أردني). وكذلك يجوز اتخاذ إجراءات التخلية المقررة للحائز وقد نص القانون المدني المصري في المادة (1051/2) على أنه "إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين جاز له أن يتفادى أي إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار".

ومفاد النص أنه سواء أكان الراهن هو المدين أو الكفيل العيني، فإن التنفيذ على العقار المرهون يكون وفقاً لما نص عليه في القانون المدني المصري م (1051/2) وتلك قاعدة أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لضمان حق كل من المدين الراهن والدائن المرتهن، فإذا حل أجل الدين وجب على الدائن التنبه على المدين بالوفاء فإن وفي المدين انقضى الرهن وإن امتنع جاز للدائن طلب بيع العقار المرهون بالمزاد العلني.

(6) مصطفى منصور منصور، و جلال محمد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001 ، ص222 .

(7) حسام الدين كامل الأهواني ، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، ، الطبعة الثالثة،1999-2000. ص 462.

(8) سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية -الكفالة - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحياري - حقوق الامتياز ، توزيع منشأة المعارف 1986 ، الاسكندرية. ص 270،

(9) همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية - الكفالة - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحياري - حقوق الامتياز ، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 490.

(10) (انظر قرار محكمة النقض المصرية"حائز العقار المرهون ملزم بالدين وينبغي على وفائه بالدين المضمون أو بجزء منه للدائن المرتهن حلوله محل هذا الدائن في كافة حقوقه بمقدار ما أداه) نقض

جلسة 25/3/1971" مجموعة المكتب الفني السنة 22 ص 384 .

والمقرر أن للكفيل العيني أن يتقضى إجراءات التنفيذ هذه وبالتالي طرح العقار للبيع بالمزاد العلني، وذلك بالتخلي عن العقار المرهون كما يتخلى الحائز عنه وفقاً لما نص عليه في المادة (1051/2) (الجدير بالذكر أن التخلية كخيار من خيارات الحائز ليس منصوص عليها في كل من القانون الأردني والعراقي والسوري ولذلك لا يوجد نص مماثل أو قريب لنص المادة 1051/2 مدني مصري). ومع ذلك فاقتراب الكفيل العيني من الحائز لا يجعله في مركزه تماماً فمسؤوليته العينية هو الذي أنشأها برضاه، أما مسؤولية الحائز فقد نشأت بقوة القانون كأثر مترتب على انتقال ملكية العقار المرهون إلى ذمته، وعلى هذا فالكفيل العيني وإن كانت مسؤوليته عينية ومحددة إلا أنه ليس أجنبياً عن الدين فهو ضامن له بإرادته، وكذلك الكفيل العيني ليس أجنبياً عن الدائن المرتهن فهو طرف في عقد الكفالة الذي يربطهما معاً. (11)

ولهذا فالدائن المرتهن عندما ينفذ على العقار المرهون في مواجهة الكفيل العيني لا يعتبر متتبعاً للعقار في مواجهة الغير، ولكنه يستمد حقه في المواجهة كأثر من آثار عقد الرهن فالكفيل العيني هو رهن و ليس حائز.

اما الوارث بالنسبة للقانون الفرنسي فلا بد من التمييز بين نوعين وهما الوارث المادي والوارث بشرط جرد التركة فالعادي تنتقل إليه التركة جملة واحدة فيتحمل التزاماتها وديونها ويستفيد من حقوقها وميزاتها أي أنه إذا زادت الديون على موجودات التركة تحملها ملتزماً بالديون المضمونة برهن وغير المضمونة وحتى لو زادت الديون على قيمة العقار المرهون فهو بالتالي مسؤول مسؤولية شخصية عن الدين ويأخذ نفس مركز مورثه⁽¹²⁾.

أما الوارث بشرط جرد التركة فهو لا يأخذ نفس مركز مورثه ولا تكون مسؤوليته مسؤولية شخصية عن ديون التركة وإنما مسؤولية عينية أي أنه يسأل عن الديون بمقدار ما لها من حقوق أي مسؤولية محدودة وبناء على ذلك إذا تلقى الوارث عقاراً مرهوناً فإنه لا يسأل إلا بمقدار قيمة هذا العقار وبالنتيجة فإن الوارث بشرط جرد التركة هو أقرب لمركز الحائز. (13)

أما في القانون المصري والأردني والعراقي (أما القانون المدني الكويتي فقد نص صراحة على اعتبار الوارث غير حائز في الرهن التأميني بحيث حسم الخلاف الفقهي في مسألة الوارث في الرهن التأميني وذلك وفقاً لنص المادة 1004/2 مدني كويتي على أنه كل من انتقلت إليه بأي سبب غير الميراث ملكية هذا العقار أو أي حق عيني عليه قابل للرهن دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن) فالقاعدة التي تحكم انتقال التركة إلى الورثة في القاعدة الشرعية لا تركة إلا بعد سداد الدين، فإذا أخذت هذه القاعدة بمعنى أن الوارث لا يتلقى أي حق من التركة إلا بعد سداد الدين فلا تشابه بين مركز الوارث ومركز الحائز لأن الوارث لن يتلقى أي مال تعلق به حق للغير (الدائنون والموصى لهم) فالفرض أن حقوق الغير جميعاً قد سددت وصفيت قبل انتقال أموال التركة إلى الوارث،

(11) وفوران بودان ، ج14، قره 41021 نقلاً عن سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية -الكفالة - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز ، توزيع منشأة المعارف1986 ، الاسكندرية ، ص 274.

(12) وفوران بودان ، ج14، قره 41021 نقلاً عن سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية -الكفالة - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز ، توزيع منشأة المعارف1986 ، الاسكندرية ، ص 274.

(13) وفوران بودان ، ج14، قره 41021 نقلاً عن سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية -الكفالة - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز ، توزيع منشأة المعارف1986 ، الاسكندرية ، ص 274.

أما إذا كان الوارث يرث المورث بمجرد حصول الوفاة فيتلقى التركة ويسأل عن ديونها مسؤولية محدودة، أي في حدود حقوقها فتكون مسؤوليته عن الدين مسؤولية عينية وليس شخصية.

غير أننا نجد قسماً من الفقهاء⁽¹⁴⁾ يذهب إلى أن مركز الوارث هو أقرب للحائز في حالة اعتباره مسؤولاً مسؤولية عينية محدودة، أي يسأل عن ديونها بمقدار مالها من حقوق، أي يسأل عن العقار المرهون بمقدار قيمة العقار حتى ولو زاد الدين على قيمة العقار، هذا في حالة أن يتلقى التركة بمجرد حصول الوفاة قبل سداد الدين.

وفي تقديرنا ووفقاً لوجهة نظر هذا الاتجاه من الفقهاء فإننا نعتبر الوارث في هذه الحالة هو أقرب لمركز الحائز؛ لأن الوارث لا يسأل عن دين المورث مسؤولية شخصية ولم يرض بإنشاء هذا الدين الذي من أجله تم رهن العقار خلافاً لمركز الكفيل العيني الذي أنشأ عقد الرهن بإرادته⁽¹⁵⁾.

وأخيراً إن مصطلح الحائز وإن قد أخذت به القوانين المدنية العربية إلا أن في بعض القوانين كالقانون الأردني والعراقي (حيث نجد أن القوانين الخاصة في العراق لا تجيز الرهن التصرف بالعقار المرهون إلا بموافقة الدائن المرتهن، بأن يقبل المتصرف إليه تحمل الدين الذي رهن من أجله العقار المرهون وذلك في نص المادة 317/1 من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971 وهي تنص على أنه " 1- للرهن إجراء جميع التصرفات الناقلة الملكية على العقار المرهون وحينئذ يتحول الدين بمرتبته وشروطه إلى من انتقل إليه العقار المرهون بموافقة الدائن المرتهن " بحيث نجدها موافقة لنص المادة 10/2 من قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين (1953 اردني) كما سبق القول إنه غير مفعّل؛ لأنه لا يوجد حائز لا في القوانين الخاصة ولا في الواقع العملي وإنما يوجد مدين ودائن وإذا أنتقلت ملكية العقار لشخص ثالث (الغير) فلا بد من موافقة الدائن المرتهن واشترطه بإلزام المتصرف إليه بالدين الذي رهن من أجله العقار فيصبح في هذه الحالة المتصرف إليه (الحائز) مديناً وليس حائزاً.

أضف إلى ذلك أن القانون المدني الأردني يأخذ بمفهوم الحائز ويعرفه وكذلك يجيز للمدين الراهن أو الراهن (الكفيل العيني) بالتصرف بالعقار المرهون بعد رهنه إلى الغير كالبيع أو الهبة أو أن يوصي به بعد أن يتوفي، وكذلك نجد المشرع قد اشترط شروطاً معينة في الحائز لا بد من توافرها لاكتساب هذه الصفة، وأن المشرع كذلك بين الآثار المترتبة على اكتساب الحائز لهذه الصفة، فسمح المشرع للمدين الراهن أو الكفيل بالتصرف في العقار المرهون لا يؤدي إلى الإضرار بالدائنين المرتهنين وأصحاب الحقوق المقيدة على هذا العقار، لأنه منح هؤلاء الآخرين حقوقاً تضمن لهم استيفاء ديونهم من العقار المرهون في حالة التصرف، وضمن هذه الحقوق يكون باستعمال حق التقدم وحق التتبع للعقار المرهون في أي يد كان والتنفيذ عليه عندما يحل أجل ديونهم ولم يقم المدين بأداء ديونهم، بالرغم من كل هذه الضمانات نجد أنه في القوانين الخاصة والواقع العملي لا يسمح للمدين أو الراهن بالتصرف بالعقار المرهون للغير إلا بموافقة الدائنين المرتهنين، ففي هذه الحالة نجد أن هناك تناقضاً واضحاً بين موقف القانون المدني الأردني من جهة وموقف القوانين الخاصة والواقع العملي من جهة أخرى، بالنسبة للمركز القانوني للحائز دون تبرير أو تسبب مقنع لأجازه التصرف للراهن في العقار المرهون من قبل القانون المدني الأردني والمنع من قبل القوانين الخاصة والواقع العملي. وبناء عليه وبالرجوع إلى القوانين السابقة لقانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين رقم 46 لسنة 1953م وتعديلاته الحالي، وهي قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين

(14) مصطفى منصور منصور، و جلال مجد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001، ص114، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1959، ص 220.

(15) مصطفى منصور منصور، و جلال مجد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001، ص114، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1959، ص 220.

رقم 189 سنة 1928م المعدل للقانون العثماني المتعلق بوضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين لسنة 1331 هجرية، وبالرجوع للقانون العثماني نفسه نجد أن القانون الحالي لا يختلف كثيراً عن القانون العثماني في موقفه بالنسبة للحائز وحق التتبع بل إنه نفس الموقف بحيث لم يعترف القانون العثماني بالحائز ولا بحق التتبع وإنما فقط بالدائن والمدين، لا بل أن القانون الحالي المعمول به يضيف على القانون العثماني بالنص على الكفيل بالإضافة للمدين والدائن، ونجد ذلك واضحاً في نص المادة السابعة من القانون العثماني المتعلق بوضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين حيث تنص على أنه يسوغ للدائن تحويل امتياز الأموال الغير منقولة التي قبلها تأميناً لدينه مع مبلغ الدين لآخر بمعرفة الدفتر الخاقاني ورضاء المديون وبدون رضا المديون إذا كان السند محرراً لأمره ويسوغ للمديون أن يتفرغ قطعياً للشخص الذي يقبل الدين حوالة برضاء الدائن على أن يبقى المحل بحكم التأمين".

ومن خلال قراءة هذا النص يتضح لنا أن المشرع العثماني لم يجيز للمدين الراهن بالتصرف بالعقار المرهون إلا بموافقة الدائن المرتهن وأن يقبل المتصرف إليه أن ينتقل إليه العقار متقلاً بالرهن، بل يضيف أن يصبح المتصرف إليه مديناً أي أن يحال عليه الدين الذي نشأ من أجله الرهن.

وبهذا نتوصل إلى أن قانون وضع الأموال غير المنقولة الحالي مقارنة مع القوانين السابقة عليه المتخصصة مثله، لا نجد أي فرق بالنسبة للمركز القانوني للحائز ولاحق التتبع حيث أنهما لا تعترف بالحائز وحق التتبع وإن كان هناك اختلاف في اللفظ، إلا أن مضمونها واحد ولعل السبب في ذلك أن القانون العثماني كان من أوائل القوانين التي تنظم الرهون التأمينية، ولهذا لم يكن الفصل واضحاً بين الرهن التأميني والحيازي من ناحية الشروط والآثار وذلك بحيث أن الرهن التأميني لا يشترط فيه التسليم (القبض) إلا أن المشرع العثماني بقي متأثراً نوعاً ما بشروط الرهن الحيازي الأخرى ومن ضمنها عدم التصرف بالعقار المرهون من قبل الراهن وعقد الرهن لم ينقض بعد، فصار هنالك خلط بين شروط الرهن الحيازي والتأميني.

وأضف لذلك لعل السبب من هذا التناقض الواضح بين موقف كل من القانون المدني الأردني وقانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين رقم 46 لسنة 1953 هو أن القانون الأخير أسبق في التاريخ من حيث تشريعه والعمل به بالنسبة للقانون المدني الأردني الذي شرع وعمل به في فترة لاحقة، وأنه عندما وضعت نصوص القانون المدني التي تنص على مفهوم الحائز قانوناً لم يأخذ بعين الاعتبار أن القوانين الخاصة لا تنص على الحائز ولا تجيز التصرف بالعقار المرهون بعد رهنه للغير إلا بموافقة الدائن، وحتى إذا قيل أن هناك أسباب معينة مثل المحافظة على حقوق الدائنين المرتهنين، فإن هذه الأسباب والتبريرات تضعف أمام الضمانات التي منحها المشرع في القانون المدني للدائنين المرتهنين وأصحاب الحقوق المقيدة على العقار المرهون، ولهذا نتمنى على المشرع الأردني أن يفعل مفهوم الحائز ومركزه القانوني في القوانين الخاصة والواقع العملي ليتطابق مع موقف القانون المدني الأردني.

أضف إلى ذلك أننا نجد أن هناك رأي فقهي يذهب إلى أنه لا يجوز إيراد شرط عدم التفرغ أو التصرف في عقد الرهن التأميني من قبل الدائن المرتهن على الراهن، والسند في ذلك المذكرة الإيضاحية لنص المادة 1035 مدني مصري بأنه لا يجوز رهن العقار المشروط عدم التصرف فيه، وخاصة أن إدراج مثل هذا الشرط في التأمينات العينية إذا صدر من الدائن المرتهن بمواجهة المدين ليمنع هذا الأخير من التصرف في العقار المرهون يقيد حرية المدين ويتعارض بذلك مع قاعدة أساسية في الرهن وهي إطلاق حرية المدين الراهن في التصرف⁽¹⁶⁾، فمن باب أولى إذا كان لا يجوز إدراج شرط عدم التصرف في عقد الرهن التأميني، أن لا يمنع التصرف من قبل

(16) مصطفى منصور منصور، و جلال محمد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001 ،ص114، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة

المعارف ، الإسكندرية،1959، ص 220.

الراهن في عقاره المرهون ويرى بعض الفقهاء⁽¹⁷⁾ أنه لا يعد حائزاً الغير الذي يشتري العقار المرهون إذا التزم في مواجهة البائع أو الدائن المرتهن بسداد ديون المرتهن وكأنه قد أبرم اشتراطاً لمصلحة الغير، فمتى قبل كل من الدائن المرتهن والمدين هذا الاشتراط أصبح ملتزماً (الحائز) شخصياً في مواجهتهم. ويلاحظ أخيراً بأن مشروع القانون العراقي استعمل في المواد 923 وما بعدها مصطلح "مكتسب" بدلاً من مصطلح "حائز".

المبحث الثاني

شروط حائز العقار المرهون

إن صفة الحائز التي تؤدي إلى مباشرة حق التتبع تتطلب توفر عدة شروط محددة هذه الشروط تستند إلى فكرة أساسية وهي أن الحائز شخص لا تتوافر فيه صفة المديونية، ولكن مضمون الحق العيني التبعية الذي اكتسبه الدائن يخول له أن يتعقب العقار المرهون في أي يد كان.⁽¹⁸⁾

وقد نصت كل من المواد التالية (1354) مدني أردني و(1000) مدني مصري والمادة (1306) مدني عراقي على مفهوم الحائز صراحة، وبالتالي نخلص إلى أنه هو الشخص الذي انتقلت إليه ملكية العقار المرفون أو أي حق عيني آخر قابل للرهن والبيع بالمزاد العلني وأن لا يكون مسؤولاً مسؤولاً شخصية عن الدين وأن يكون قد سجل أو شهر حقه إن كان هذا التصرف يتطلب التسجيل أو القيد في تاريخ لاحق لقيود الرهن. ولذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى عدة مطالب بحيث يحتوي كل مطلب شرط من شروط الحائز.

المطلب الاول

ألا يكون الحائز مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون

وهذا قد نص عليه المشرع في كل من المادة (1354) مدني أردني والمادة (1060) مدني مصري والمادة (1306) مدني عراقي والمقصود بهذا الشرط أن صفة الحائز لا تصدق إلا على شخص لا تقوم فيه صفة المديونية في مواجهة الدائن المرتهن أما عندما تتوفر صفة المديونية فيصبح في هذه الحالة المتصرف إليه مديناً وليس حائزاً.

وبالتالي إذا انتقلت ملكية العقار إلى شخص مسؤول مسؤولية شخصية عن الدين المضمون كالمدين (ويتصور انتقال ملكية العقار المرهون للمدين في حالة ما إذا كان الراهن كفيلاً عينياً وباع أو وهب أو أوصى بالعقار المرهون للمدين كما تنتقل ملكية العقار المرهون إلى الكفيل الشخصي إذا باع الراهن مديناً لو كفيلاً عينياً هذا العقار لو وهبه أو أوصى به

لهذا الكفيل الشخصي وتنتقل ملكية العقار المرهون إلى مدين متضامن إذا تعدد المدينون المتضامنون ورهن عقاره ضماناً لدين ثم باعه إلى مدين آخر متضامن معه أو وهب له، أو الكفيل الشخصي أو المدين المتضامن أمكن مطالبته وإجراء التنفيذ على العقار المرهون في مواجهته، أما الكفيل العيني فهو الراهن نفسه ويسأل مسؤولية شخصية أمام الدائن في حدود العقار المرهون، وبالتالي لا

(17) مصطفى منصور منصور، و جلال مجد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001، ص114، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1959، ص 220.

(18) مصطفى منصور منصور، و جلال مجد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001، ص114، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1959، ص 220.

يعتبر حائزاً بالمعنى المقصود هنا، لكن يكون له أن يتخلى عن العقار إذا أراد أن يتقضى الإجراءات الموجهة ضده وفقاً لنص المادة (1051) مدني مصري. (19)

وتطبيقاً لما تقدم لا يعتبر حائزاً للعقار المرهون المدين المتضامن أو الكفيل الشخصي بل لا يعتبر الكفيل العيني أيضاً حائزاً للعقار المرهون، لأنه قد التزم في مواجهة الدائن فتوافرت فيه صفة المديونية ولكنها مديونية تسندها مسؤولية محدودة قاصرة على القيمة الاقتصادية للعقار المرهون. (20)

والمقصود بالمسؤولية هنا أن المدين مسؤولاً عن سداد الدين الذي عن أجله تم إنشاء عقد الرهن التأميني ضماناً لسداده، أما الحائز فلم يكن مسؤولاً عن الدين الذي نشأ من أجله عن الرهن التأميني.

والحكمة من هذا الشرط أنه لو كان الحائز مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين لما

كان الدائن المرتهن بحاجة إلى مباشرة حق التتبع، وجاز له أن يباشر إجراءات التنفيذ على

العقار تحت يد هذا الحائز استناداً إلى حق الرهن ذاته كما أن القانون يقضي بأن المدين يلتزم

بأداء الدين بضمان جميع أمواله وللحائز من الحقوق ما يتنافى مع ذلك حيث يكون له أن يطهر العقار المرهون ويحول بذلك دون التنفيذ عليه ولو لم يستوف المرتهن كل حقه. (21) فالتطهير يكون غير ذي فائدة لمن يلتزم شخصياً، فلو أجزنا له التطهير ولم يحصل الدائن إلا على وفاء جزئي فإنه يجوز له أن يرجع على الذمة المالية لمن أجرى التطهير باعتباره ملتزماً شخصياً بالدين، ومن ثم يستطيع أن ينفذ على العقار باعتباره من عناصر الذمة المالية، بالرغم من تطهيره من الرهن، وعلى هذا فالتطهير لن يسفر في الحقيقة عن أي فائدة للملتزم شخصياً بالدين بل على العكس يحمله عبء مصروفات وإجراءات التطهير. (22) فالتطهير لا يستفيد منه إلا الحائز وذلك لأنه يخلص له العقار المرهون أما المدين الراهن فإن دفع قيمة العقار بالتطهير فإنه يبقى ملتزماً عن الدين في باقي أمواله وبالتالي لا يحقق له أي فائدة ونخلص كذلك أنه لا يعتبر حائزاً من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون الذي يلتزم فيه الحائز شخصياً بسداد الدين، وسواء أكان ذلك من أجل موافقة الدائن المرتهن (وذلك أن قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين يشترط موافقة الدائن المرتهن عند التنازل أم التفرغ بالنسبة للعقار المرهون المادة (10) من نفس القانون وكذلك الواقع العملي في دائرة الأراضي والمساحة في الأردن). أو طمعاً في قيمة العقار أي أن تكون قيمة العقار تزيد أضعافاً على الدين الذي التزم به الحائز بغض النظر عن السبب العقدي للالتزام الحمائز الشخصي بسداد الدين.

(19) مصطفى منصور منصور، و جلال محمد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001 ،ص114، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية،1959، ص 220.

(20) مصطفى منصور منصور، و جلال محمد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001 ،ص114، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية،1959، ص 220.

(21) مصطفى منصور منصور، و جلال محمد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001 ،ص114، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية،1959، ص 220.

(22) مصطفى منصور منصور، و جلال محمد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001 ،ص114، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية،1959، ص 220.

وكذلك لا يعتبر الوارث حائزاً (انظر نص المادة 1004 مدني كويتي كما أشرنا لها سابقا التي تنص صراحة على عدم اعتبار الوارث حائزاً.) لأن ملكية العقار لا تنتقل إليه

إلا بعد سداد الدين وانقضاء الرهن، وإذا حصرت التركة ووقع في نصيب الوارث عقار مرهون وتحمل ما عليه من دين طبقاً للقواعد المقررة في تقسيم الديون المؤجلة على التركة فإنه يكون في هذه الحالة مسؤولاً شخصياً عن الدين ولا يجوز اعتباره حائزاً. (23)

ويرى الباحث أن التركة تنتقل فوراً إلى ذمة الورثة لحظة وفاة المورث محملة بالديون ويلتزم هؤلاء بوفائها في حدود مقدار التركة، وبالتالي الوارث هو أقرب إلى الحائز من المسؤول مسؤولية شخصية عن الدين لأن الوارث لا يسدد دين المورث إلا من تركة المورث فقط، فإن زادت قيمة الدين على أموال التركة فإن الوارث غير ملزم لا شرعاً ولا قانوناً وإن أراد السداد فهو على سبيل التبرع وهو بهذه النتيجة أقرب إلى مركز الحائز فلو فرضنا أن توفي زيد وترك أرضه مرهونة لصالح عمرو فإن ورثة زيد لا يسألون إلا بمقدار قيمة الأرض أي أن قيمة الأرض، بعد التنفيذ عليها تسدد لصالح دين عمرو، وإن زاد شيء يؤول للورثة أما إذا نقصت قيمة الأرض عن الدين فإن الورثة غير مسؤولين عن سداد الدين وبالتالي هم غير مسؤولين مسؤولية شخصية عن الدين.

المطلب الثاني

أن يكون الحائز قد اكتسب ملكية العقار المرهون أو حقاً عينياً قابلاً للرهن ولبيع بالمزاد العلني بصفة مستقلة

وهذا ما نصت عليه كل من المادة (1060/2) مدني مصري، ويستفاد كذلك من نص المادة (1345) مدني أردني والمادة (1354) مدني أردني والمادة (1306) مدني عراقي، والعلة في اشتراط كون العقار أو الحق العيني قابلاً للتعامل فيه وبالتالي قابلاً للرهن هو أن عدم قابليته للتعامل فيه يعني عدم قابليته للتصرف، وبالتالي عدم إمكانية التنفيذ عليه وبيعه من قبل الدائن عن طريق المزاد العلني لاستيفاء حقه من ثمنه عند امتناع المدين عن الوفاء به (24) فإذا كان الحق الذي انتقل للحائز غير قابل للتعامل به وبيعه بالمزاد فإن عقد الرهن التأميني يعتبر باطلاً لانقضاء الحكمة التي توخاها المشرع عندما نص على الرهن التأميني المتمثلة في التنفيذ على العقار المرهون عند عدم استيفاء الدين المضمون الذي حل أجله. (25) وعدم قابلية الشيء للتعامل إما أن يرجع إلى نص القانون أو إلى الغرض الذي خصص له هذا الشيء، ويرى الدكتور سعيد مبارك أن عدم قابلية العقار للبيع بالمزاد العلني ليس شرطاً مستقلاً، وإنما هو نتيجة طبيعية لعدم قابليته للتعامل فيه لأن كل مال غير قابل للتعامل فيه يكون غير قابل للبيع عن طريق المزاد وذلك عكس ما ذهب له كل من الدكتور غني حسون طه وطه البشير. (26)

(23) مصطفى منصور منصور، و جلال مجد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001، ص114، شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1959، ص 220.

(24) مصطفى منصور منصور، و جلال مجد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001، ص114، شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1959، ص 220.

(25) مصطفى منصور منصور، و جلال مجد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001، ص114، شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1959، ص 220.

(26) مصطفى منصور منصور، و جلال مجد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001، ص114، شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1959، ص 220.

ويرى الباحث تأييد وجهة نظر الأستاذ محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه؛ لأنه هناك أموالاً وأشياء قابلة للتعامل بها بيعاً وشراء وهبة ولكنها غير قابلة للبيع بالمزاد العلني بنص القانون وذلك مثل المستلزمات الشخصية من ملابس وأواني وكتب... وغيرها. ولذلك أي تصرف للراهن بشأن العقار لا يقتضي نشأة حق التتبع، وإنما حق التتبع ينشأ فقط حيث يتقرر حق عيني يجوز بيعه عندئذ يتعرض مركز الدائن المرتهن للخطر، فيحق له أن يباشر حق التتبع وذلك في حالة اكتساب الحائز ملكية العقار أي بالمفهوم المخالف لو أن الراهن قد تصرف بالعقار المرهون وذلك بتأجيله وهو تصرف قانوني لاحق لعقد الرهن - ثابت التاريخ - فإن إبرام عقد الإيجار لا ينفذ في حق الدائن المرتهن وبالتالي لا يعرض حق الدائن المرتهن على العقار المرهون للخطر ويترتب على ذلك عدم مباشرة الدائن المرتهن لحق التتبع.

ونجد أن هذا الشرط لا يهتم بنوع سبب انتقال الملكية للحائز فيستوى عنده أن يكون ذلك بيعاً أو هبة أو مقايضة أو شفعه، وإنما يهتم بنوع الحق الذي اكتسبه وأثر هذا الكسب. (27) ولذلك فإن من تلقى حقاً عينياً أصلياً لا يجوز بيعه بالمزاد العلني كحق الاستعمال والسكن وحق الارتفاق، لا يعتبر حائزاً ولا يستعمل ضده حق التتبع ولا يكون ما ترتب له من هذه الحقوق على العقار المرهون نافذاً في حق الدائن المرتهن فيجوز لهذا الدائن تجاهله والتنفيذ على العقار في ذمة الراهن باعتباره خالياً من تلك الحقوق. (28)

فالأثر المترتب على اكتساب الحق العيني أن هناك أنواعاً منه تطهر الحق العيني فيفقد معها المرتهن حق التتبع، فلا يغدو هناك معنى للقول بأن المكتسب يعتبر حائزاً هذا الأثر التطهيري يجب أن ينبني على نص صريح لأن سلب المرتهن حق التتبع أمر لا يملكه إلا المشرع (29) فإذا نزع ملكية العقار للمنفعة العامة وكذلك إذا بيع العقار بالمزاد العلني جبراً ورساً مزاد على شخص معين ففي هذه الحالات يزول الرهن وينتقل حق الدائن إلى مبلغ التعويض أو ثمن رسو المزاد، وكذلك الشأن إذا حول الراهن العقار أو ملحقاته إلى منقولات تصرف فيها للغير وتسلمها هذا الأخير بحسن نية كما إذا قام الراهن بهدم العقار وباع الأبقاض المتخلفة عنه أو نزع أبوابه وشبابيكه وتصرف فيها للغير فإن الدائن لا يستطيع في مثل هذه الحالة استعمال حق التتبع في مواجهة الغير الذي يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ولا يبقى له إلا حق التقدم على الثمن إذا كان لم يدفع بعد. (30) وعدم إمكانية ممارسة حق التتبع في مواجهة من ينتقل إليه حق عيني لا يجوز بيعه جبراً أو لا يجوز بيعه استقلالاً بالمزاد العلني لا يعني الأضرار بمصلحة الدائن المرتهن، فإذا تمت هذه التصرفات بعد تسجيل الرهن فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن ومن شمس يمكنه التنفيذ عليها متجاهلاً هذه التصرفات، فيتم التنفيذ على العقار دون الاعتداد بما ينقله من حقوق ارتفاق، أما إذا كان الحق العيني قد ترتب قبل تسجيل الرهن فإنه

(27) مصطفى منصور منصور، و جلال محمد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001، ص114، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية،1959، ص 220.

(28) مصطفى منصور منصور، و جلال محمد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001، ص114، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية،1959، ص 220.

(29) مصطفى منصور منصور، و جلال محمد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001، ص114، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية،1959، ص 220.

(30) مصطفى منصور منصور، و جلال محمد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001، ص114، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية،1959، ص 220.

ينفذ في حق الدائن ومن ثم يكون قد قدر قيمة العقار المرهون بالنظر إلى ما ترتب عليه من حقوق للغير تؤدي إلى نقصان قيمته وبناء عليه لا يجوز للدائن أن يتضرر ولا يعتبر من تقرررت له هذه الحقوق حائزاً بطبيعة الحال. (31)

وكذلك لا يعتبر حائزاً كل من الحائز العرضي كالمستأجر، وحتى لو كان عقد إيجاره مسجلاً قبل تسجيل عقد الرهن - ثابت التاريخ- ولا ترفع دعوى رهن عليه، وبالتالي ليس للمرتهن أن ينزع العقار من يده ولو كان عقد الإيجار مسجلاً بل يتعين توجيه الإجراءات ضد الراهن (32) والسبب في ذلك أن عقد الإيجار ينشئ حقاً شخصياً للمستأجر ولا يكسبه حقاً عينياً.

ونخلص من ذلك أنه في حالة إذا ما ترتب حق عيني للغير لا يجوز بيعه بالمزاد العلني أو التعامل به فإنه لا يعتبر حائزاً وبالتالي لا يجوز للمرتهن استعمال حق التتبع وذلك لعدم وجود جدوى وإنما يجوز له التنفيذ مباشرة على العقار باعتباره خالياً من أي حق عيني في مواجهة الراهن مستعملاً حقه في التقدم على الثمن.

المطلب الثالث

ان يكون الحائز قد اكتسب الحق بعد تسجيل الرهن وقبل أخطار المدين بالوفاء

حيث نصت المادة 1353 مدني أردني على أن " للدائن المرتهن رهناً تأمينياً أن يتخذ إجراءات نزع ملكية العقار المرهون وبيعه إذا لم يؤد الدين في ميعاده، وذلك بعد إنذار المدين، وحائز العقار، طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراء والقوانين الخاصة".

وجاءت المادة (1072) مدني مصري على أنه " إذا لم يختار الحائز سداد بعض الديون المقيدة أو تطهير العقار من الرهن أو بالتخلي عن هذا العقار، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية، وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلا بعد إنذاره بدفع الديون المستحقة أو تخلية العقار أو يكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع التنبيه في وقت واحد".

ويقصد بإخطار المدين وفقاً لنص المادة (1353) مدني أردني، التنبيه على المدين والحائز بوجوب وفاء الدين، وإلا فإن ملكية العقار المرهون فسوف تنتزع من الحائز وقد استلزم المشرع إخطار المدين مع أن إجراءات التنفيذ تجرى في هذه الحالة ضد الحائز للعقار المرهون، وذلك لأن المدين هو المسؤول الأول عن الدين، وكذلك فإن الحائز سوف يرجع على هذا المدين إذا ما تم نزع ملكية العقار المرهون. (33)

وهذا الشرط لم تصرح به نصوص المواد أعلاه لكنها تتضمنه وتتص عليه أيضاً المادة (1345) مدني أردني والمادة (1053) مدني مصري بحيث يشترطان لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون قد سجل الرهن قبل أن يكتسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار وإذا ما تم تسجيل الرهن قبل اكتساب الغير حقاً عينياً فإن الغير يعتبر حائزاً، فانتهاء صفة الحائز عن شخص من الغير يفيد تقادي المرتهن ممارسة حق التتبع وتحسين العقار من التتبع وذلك لأن العقار يعتبر بين يدي الراهن.

(31) مصطفى منصور منصور، و جلال محمد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001، ص114، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1959، ص 220.

(32) محمد وحيد دين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية التبعية الرهن المجرد- الرهن الحيازي - حقوق الامتياز ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 1995، ص 111.

(33) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،- الجزء العاشر- في التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت- لبنان، 1998، ص525.

والعلة من ذلك أن عدم نفاذ الرهن في حق الغير ينفي عن هذا الغير صفة الحائز فإن عدم نفاذ ما تلقاه الغير في حق المرتهن ينفي عن الغير وصف الحائز أيضاً ويكون ذلك تطبيقاً للمادة (405) مرافعات مصري التي تقرر عدم نفاذ تصرف المفسدين فسي العقار إذا كان التصرف قد حصل شهرة (تسجيله) بعد تسجيل التنبية ولكن أثر نفي صفة الحائز في الحالتين يختلف، ففي الأولى حيث يكون الرهن غير نافذ لا يستطيع المرتهن التنفيذ على العقار مطلقاً أما في الحالة الثانية حيث يكون تصرف المدين غير نافذ فالمرتهن ينفذ على العقار بين يدي الراهن.⁽³⁴⁾

وقد تقرر هذا الشرط إلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه.⁽³⁵⁾

وتنص المادة 405 مرافعات مصري على أنه " لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العيني في العقار ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز في حق الحاجز ولو كانوا دائنين عاديين إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهرة بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية " وهذه المادة هي سندنا القوي للأخذ بهذا الشرط و الحكمة من ذلك أنه بتسجيل سند الحائز يتمتع إجراء قيود جديدة تسري في مواجهته وبذلك يتحدد نهائياً أصحاب الحقوق المقيدة على العقار الذين يجب أن توجهه إليهم إجراءات التطهير⁽³⁶⁾ ومن ثم فالحائز طالما لم يسجل سند ملكيته لا يجوز له إجراء التطهير وينطبق هذا الحكم بغض النظر عن نوع انتقال ملكية العقار إلى الحائز سواء بمقابل أم بغير مقابل.

وأخيراً نخلص إلى أن الغير إذا اكتسب حقه في تاريخ سابق على قيد الرهن يؤول إليه حقه خالياً من كل رهن، ولا يستطيع الدائن المرتهن الاحتجاج بحقه تجاهه، أما إذا اكتسب الغير (الحائز) حقه بعد قيد الرهن فإنه يؤول إليه العقار مثقلاً بالرهن وبالنتيجة فإذا كان يترتب على تسجيل الدائن لتنبية نزع الملكية لن يعتبر العقار محجوزاً بحاله في ذلك الوقت فإنه حماية للدائن الحاجز مما قد يقرر على العقار لاحقاً لهذا التاريخ قرر المشرع عدم نفاذ التصرف إلى الغير وعدم اعتباره حائزاً وفقاً لنص المادة (405) مرافعات مصري.

3 الخاتمة

وبهذا توصل الباحث إلى اعتراف كل من القوانين الثلاثة بالشخص الآخر وهو الحائز وقد وضعت كل من القوانين المدنية الثلاثة شروطاً معينة لممارسة حق التتبع في مواجهة الحائز، وأنه لا بد من توافر شروط معينة في الحائز حتى يعتبر كذلك ومن أهمها: أن لا يكون مسؤولاً عن الدين، وأن تنتقل ملكية العقار المرهون إليه بعد تسجيل حق الدائن المرتهن على العقار.

وقد توصل الباحث إلى أنه بالنسبة للمشرع الأردني وإن كان قد أجاز للمدين الراهن التصرف في العقار المرهون إلى الغير (الحائز) وفقاً لنصوص القانون المدني إلا أنه بالنسبة للقوانين الخاصة والواقع العملي لم يجز ذلك إلا بشرط موافقة الدائن المرتهن، على أن المتصرف إليه يصبح مسؤولاً عن أداء دين الدائن المرتهن، وبهذا تجد أن القوانين الخاصة والواقع العملي قد خالفت ما ذهب إليه المشرع الأردني في القانون المدني دون سبب أو مبرر.

(34) أحمد سلامة، التأمينات المدنية - الرهن الرسمي، المطبعة العالمية، 1963، ص305.

(35) ((أن إنذار الحائز يكون واجباً في صورة ما إذ كان لهذا الحائز وجود في ذلك الطرف الزمني الذي ينه فيه الدائن المرتهن على مدينه بالوفاء وينذره بنزع الملكية، ولو وجب على الدائن المرتهن

أن ينذر كل من يجوز العقار بعقد لم يسجل إلا بعد ذلك الطرف الزمني، لكان في هذا تكليف للدائن المذكور أن يظل ملازماً لقلم التسجيلات يكشف فيه يوماً من حدوث تسجيل التصرف من المدين حتى

يقوم بواجبه من إنذار المتصرف إليه، وهذا خطأ وفساد رأي ينتزه عنه الشارع)) قرار محكمة نقض مصرية، مجموعة عمر، جزء 1، ص 988. نقض جلسة 19 / 12 / 1935

(36) محمد علي إمام ، ، التأمينات الشخصية والعينية، ، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1959م، ص 368.

وكذلك توصل الباحث إلى أن القوانين الخاصة والواقع العملي في الأردن لا تعترف بوجود الحائز وإنما تعترف فقط بالمدين والدائن والكفيل.

وعند إجراء مفاضلة بين موقف كلاً من القانون المدني الأردني وقانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين بالنسبة للحائز وذلك من حيث مزايا ومساوئ كل من القانونين تبين ما يلي:-

إن القانون المدني الأردني قد تميز بأنه أجاز للراهن التصرف في العقار المرهون؛ وأنه كذلك قد أخذ بمفهوم التتبع حيث أعترف بالحائز وقد وضع شروطاً محددة لتفعيل حق التتبع وكذلك نص على شروط وجود الحائز، وكذلك أجاز للحائز في حالة التنفيذ على العقار المرهون من قبل الدائن بأن يدفع تتبع الدائن سواء كان الدفع يتعلق بالراهن أو الحائز نفسه أو ما يتعلق بالدين أو بالرهن.

أما بالنسبة لموقف قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين من الحائز فقد تميز أنه أكثر دقة وتفصيلاً بالنسبة لكيفية إجراء الرهن ونوع العقار الذي يجوز عليه إجراء الرهن، والاجراءات التي تتخذ عندما يوضع عقار معين تأميناً للدين، وخاصة بيان ما إذا كان العقار موجراً أم لا عند إجراء الرهن، وكذلك بيان الأموال التي تلحق بالعقار المرهون.

وكذلك يمتاز وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين بأنه أجاز للدائن بأن يحيل ماله بذمة المدين من دين وماله من امتياز على الأموال غير المنقولة إلى شخص آخر، وله أن يجري الإحالة في حالة أن سند التأمين محرراً لأمر دون موافقة المدين.

ومن مزايا هذا القانون أنه أجاز المدين أداء الدين قبل حلول أجله في حالة أن يتضمن سند التأمين شرط مفاده دفع مبلغاً كتعويض عن عطل وضرر ذلك مراعاة لمصلحة المدين.

أما ما يؤخذ عليه أنه لم يجز للراهن أن يتصرف بالعقار المرهون وبالنتيجة لم يعترف بالحائز وإنما اعترف فقط بالدائن والمدين والكفيل، وبهذا يكون قد ألغى حق التتبع بالرغم من أنه حق ثابت في التأمينات العينية التبعية لا يستقيم عقد الرهن التأميني من دونه.

فعدم اعتراف قانون وضع الأموال غير المنقولة بالحائز يترتب على ذلك عدم الجواز الراهن التصرف في العقار المرهون، وبالتالي لا يستطيع دفع تنفيذ الدائن على العقار المرهون بأي دفع لأنه يعتبر دفع من غير ذي صفة، وكذلك يعتبر تصرف الراهن إلى الغير بالعقار المرهون تصرفاً غير موجود ولا ينفذ في حق الدائن المرتهن، فعدم اعتراف القانون بالحائز يعني ذلك إلغاء أي أثر يترتب في حالة لو تم الاعتراف من حيث خيارات الحائز والأثر القانوني المترتب على ذلك في حالة الاشتراك بالمزاد العلني ورسوم المزاد على الحائز او على غيره.

وبناء عليه نؤيد موقف القانون المدني الأردني من الحائز من حيث اعترافه به وتفعيله لحق التتبع والأثر القانوني المترتب على ذلك، لما فيه أكثر تحقيقاً للعدالة وحفاظاً على مبدأ حق التتبع

3-1 التوصيات

وبناء على ما توصل اليه من نتائج يوصي بالتالي:-

1- يوصي الباحث بضرورة التوفيق بين نصوص القانون المدني الأردني والقوانين الخاصة والواقع العملي من مفهوم الحائز وتصرف الراهن بالعقار المرهون وتفعيل حق التتبع، بحيث يصبح هناك توافق قانوني وعملي بين القانون المدني الذي يجيز للراهن التصرف في العقار المرهون واعترافه بالحائز وبين موقف قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين الذي لا يجيز للراهن بالتصرف بالعقار المرهون ولا يعترف بالحائز.

2- أن يقوم المشرع بالنص (نص قانوني صريح) يميز فيه بين مفهوم حائز العقار موضوع بحثنا وعن غيره من مفاهيم قانونية أخرى تتشابه معه مثل الوارث للعقار المرهون و الكفيل العيني

قائمة المراجع

- [1] إبراهيم الدسوقي ابو الليل، ، الحقوق التبعية، الطبعة الأولى، 1993م.
- [2] أحمد سلامة، التأمينات المدنية - الرهن الرسمي، المطبعة العالمية 1963م.
- [3] توفيق حسن فرح، التأمينات الشخصية والعينية- دراسة لعقد الكفالة والاختصاص والامتياز - ، المكتب العربي للطباعة والنشر
- [4] حسام الدين كامل الأهواني ، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة، 1999-2000.
- [5] رمضان أبو السعود ، 1980م، الوسيط في التأمينات الشخصية والعينية، الجزء الأول في التأمينات الشخصية والرهن الرسمي، الطبعة الأولى، 1993م.
- [6] سعيد عبد الكريم مبارك، موجز أحكام القانون المدني الأردني - الحقوق العينية التبعية ، الطبعة الأولى ، 1995م-1996م.
- [7] سليمان مرقس ، التأمينات العينية في القانون المدني الجديد - الرهن الرسمي - الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز ، الطبعة الثانية، مطبعة دار النشر للجامعات المصرية، 1959م.
- [8] سمير عبد السيد تتاغو ، التأمينات الشخصية والعينية -الكفالة - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز ، توزيع منشأة المعارف 1986 ، الاسكندرية.
- [9] السيد عيد نايل ، أحكام الضمان العيني والشخصي - الكفالة- الرهن - الأمتياز - الاختصاص، النشر العلمي والمطابع - جامعة الملك سعود.
- [10] شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات في القانون المدني ، الطبعة الثانية، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1959
- [11] عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر ، في التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت- لبنان 1998.
- [12] عبد الفتاح عبد الباقي ، الوسيط في التأمينات العينية، مطبعة دار النشر للجامعات المصرية 1954 م.
- [13] عبد الناصر توفيق العطار ، التأمينات العينية.
- [14] محمد حسين منصور ، النظرية العامة للتأمينات العامة للجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية.
- [15] محمد علي إمام ، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة، 1959م
- [16] محمد وحيد دين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية التبعية الرهن المجرد- الرهن الحيازي - حقوق الامتياز ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995.
- [17] مصطفى منصور منصور، و جلال محمد إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية ، 2001.
- [18] همام محمد محمود زهران ، التأمينات العينية والشخصية - الكفالة - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز ، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية.
- [19] فوزي علي رويق الخوالدة، حق الدائن المرتهن بتتبع العقار المرهون رهنا تأمينيا في التشريع الأردني ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية، عمان 1998م.
- [20] طارق زيادة، حول شرط عدم التفرد في عقد التأمين العقاري، بحث منشور ، منشورات جروس- برس، طرابلس ، 1984.

القوانين والأنظمة

- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م.
- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951م.

- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م.
- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني.
- الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري.
- قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين وتعديلاته رقم 46 لسنة 1953م (أردني).
- قانون تعديل قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين لسنة 1982م (أردني) ملغي. القانون العثماني المتعلق بوضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين المؤرخ 16 ربيع الثاني 1331 هـ (ملغي).
- قانون التنفيذ رقم (25) لسنة 2007م (أردني).
- قانون المرافعات المصري رقم 18 لسنة 1999م . قانون تنظيم الشهر العقاري المصري، رقم 114 لسنة 1964م.
- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971م.
- تعليمات معاملات تنفيذ الدين لسنة 2002م صادر بموجب قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين رقم 46 لسنة 1953م وبموجب المواد 10 و 11 من نظام تسجيل الأراضي وتعديلاته رقم 1 لسنة 1953م.

أحكام القضاء

- مجلة نقابة المحامين الأردنيين.
- المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية في القضايا الحقوقية.
- أحكام محكمة النقض المصرية.