

Legal guarantees to the mortgagee to follow up the mortgaged property registered in the Saudi system (comparative study)

الضمانات القانونية للدائن المرتهن لمتابعة العقار المرهون المسجل في النظام السعودي (دراسة مقارنة)

¹ Arab East Colleges, Riyadh, Saudi Arabia.

*Corresponding author: zmzaben@arabeast.edu.sa.

Received 28 May 2018, Accepted 15 Aug 2018, Published 01 Apr 2020.

Abstract

Even Though the positive Protection achieved through the general collateral for the creditors as a while the creditor cannot or has no right to be superior to the rest or the creditors. This means that such a general collateral is not sufficient for the creditor since it cannot overcome or put an end to all credit risks he encounters. The creditor turns to the collateral as an insurance in kind related to a specific real estate which grants the creditor securities in accordance with the mortgage contract. This mortgage contract can be pursued by the creditor. However, such an individual monitoring is incumbent par formal guarantees so that objective guaranties cannot achieve their effectiveness. This leads the creator to turn to other collaterals or guarantees. From the above facts. It can be said that the main theme of this study is to try to answer the following question: To what extent the creditor rights can be preserved in the light of both civil and modern legislations?

Key words: financial disclosure, legal guarantees, creditor, mortgage.

المخلص

تشكل الذمة المالية للمدين ضمانا عاما للدائنين ، إلا أن هذا الضمان ينطوي على سلبية واضحة الملامح تجعل الدائنين متساوين في استيفاء ديونهم دون أن يتقدم احدهم على الآخر ، أو يتقاسمون ديونهم قسمة الغرماء في حالة عدم كفاية الذمة المالية لسداد الديون ، وأمام هذه الملامح السلبية يلجأ الدائنون إلى توفير ضمانا يحمي حقوقهم من جهة ، ويقلص مخاطر الائتمان من جهة أخرى، ومن هذه الضمانات التأمينات العينية وتحديد الرهن العقاري الذي يمكن الدائن من حماية حقه وضمان وفائه بسبب ما يمدد الرهن من حق المتابعة الفردية للدائن للعقار المرهون معتمدا على صك الرهن ، ولتحقيق هذه المتابعة وفعاليتها فلا بد أن تركز على مجموعة من الضمانات الشكلية والموضوعية لكي تحقق غايتها ، وأمام هذا الطرح يظهر طرعا اخر من خلال وجود هذه الضمانات يكمن بمدى فاعليتها في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية ؟ جاء هذا البحث ليتناول هذه الضمانات وفعاليتها في ظل التحولات الاقتصادية.

الكلمات المفتاحية: الذمة المالية، الضمانات القانونية، الدائن، الرهن العقاري.

المقدمة

يعتبر الائتمان أحد مكونات العملية الاقتصادية، فهو شريان النشاط التجاري في ظل الظروف الحالية سواء كان هذا النشاط فرديا أو على مستوى عمل الشركات، فالائتمان على أهميته مرتبط ومتلازم بعنصر المخاطرة الذي يتبع الدائن وتهدد عملية الوفاء. ولهذا اتجهت التشريعات سواء كانت مدنية أو تجارية على إحاطة عملية الائتمان بجملة من الضمانات القانونية

والاتفاقية، لتحقيق الأمان والثقة للدائن لكي يكون أكثر فاعلية في تشجيعه على الإقراض، ولهذا أوجد المنظم السعودي نظام الرهن العقاري، مسيراً التحولات الاقتصادية والتجارية التي شهدتها المملكة، فالعقار فيها ركيزة أساسية في الاقتصاد الوطني، ناهيك على أنه بعد دلالة على الثراء، فقد ساعدت التشريعات المدنية بشكل عام والقوانين العقارية بشكل خاص على استقرار الملكية العقارية وحمايتها، والتي هي في ذاتها تعد محل الرهن العقاري. الذي وفر جملةً من الضمانات القانونية التي تمنح الدائن حق متابعة العقار المرهون، على أن يكون قد تم تسجيله وفقاً لأحكام نظام التسجيل العيني، ونظام الرهن المسجل. أما إن كان العقار غير مسجل فينشأ من خلال التأشير على صك الملكية العقارية من طرف كاتب العدل ولا يخضع لنظام الرهن العقاري المسجل مما يجعلنا أمام ازدواجية القوانين التي تضبط عملية الرهن، وعليه فقد سارع المنظم السعودي إلى إصدار نظام الرهن العقاري المسجل، والذي يتعلق في العقارات التي تم قيدها بالسجل العقاري والمطبق تدريجياً في مناطق متعددة في المملكة.

وقد أليثُ في نطاق هذا البحث أن أتناول الضمانات القانونية التي وفرتها المنظم السعودي للدائن المرتهن من أجل متابعة العقار المرهون، والمتابعة يقصد بها في هذا البحث الأدوات التي تمكن الدائن المرتهن وبشكل فردي من متابعة حقه على العقار المرهون سواء انتقل إلى الغير، أو قد حافت به المخاطر التي تؤثر في القيمة المادية أو الاقتصادية.

فإذا كان الأمر كذلك فلا غرو أن نعلم إلى معالجة هذا الموضوع على أساس نظامي يرتكز على كل من نظام الرهن العقاري المسجل، ونظام التسجيل العيني، بحيث يتسنى لنا بيان النصوص والضوابط الإجرائية التي تصلح أساساً مشتركاً في نطاق هذا الموضوع؛ دون أن نهمل الاستراتيجية الاقتصادية التي سعى المنظم السعودي لتحقيقها من نظامي التسجيل **والرهن** معاً، في توطيد وتشجيع الائتمان الذي أصبح يشكل جزءاً من التحولات الاقتصادية والاجتماعية.

وعلى الرغم من أن المنظم السعودي قد ولى وجهه شطر الأنظمة العقارية (نظام التسجيل والرهن) في طابعها الشكلي، إلا أن هذا لا يحول دون التوفيق بين الرضائية التي تشكل الركيزة الأساسية في المعاملات والتصرفات في الشريعة الإسلامية؛ والشكلية التي فرضتها التطورات الاقتصادية والاجتماعية؛ ففي ميدان التصرفات المنشئ للحق العيني أصلياً كان أم تبعياً فتبدو صحيحة نافذة الأثر تجاه أطرافها دون قيدها في السجل العقاري، فالقيد ليس له أثراً إنشائياً للحق. في النظام السعودي. ومن هذا يتبين لنا بأن التصرف أو العقد هو أساس إنشاء الحق.

مشكلة البحث

إن المشكلة مدار هذا البحث تتركز على التساؤل الآتي: هل الضمانات القانونية لحماية حق الدائن المرتهن في متابعة العقار المرهون تؤدي إلى تقليص المخاطر التي تهدد العملية الائتمانية، وتحقق الطمأنينة للدائن المرتهن؟ تلك المسألة الأولى تلحق بها أخرى أو تضاهيها بالأهمية وجب طرحها في هذا المقام وهي هل لهذه الضمانات فاعلية في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية؟ إن محاولة الوصول إلى جواب شافي عن التساؤلات السابقة وما يتفرع منها، قد كان ضمن الدوافع التي حثتني لتناول هذا الموضوع لعلي أفلح فيما استهدفته فأضيف لذلك لبنة لما شيده من قبلي.

أهمية البحث

تنطوي أهمية موضوع الضمانات القانونية للمتابعة الفردية للعقار المرهون من طرف الدائن المرتهن من تحديد فكرة المتابعة أو التتبع الفردي بحيث تشمل كل من الدعوى القضائية أو وسيلة التنفيذ الذي يمارسها الدائن لصالحه، وعلى الرغم بأن الفقه يرى بأن المتابعة الفردية ينحصر نطاقها في الدعاوى ووسائل التنفيذ، فإن الأهمية تبرز من خلال تحديد فكرة المتابعة الفردية، للدائن المرتهن ضد مدينه من أجل تحقيق المصلحة الفردية له وهي الوفاء بالدين، من خلال التنفيذ على العقار، فالمتابعة الفردية هي بيان أدوات حماية هذا الحق والتي تمت الإشارة إليه بشكل ضمني من خلال نصوص النظام ولكي يمارس الدائن حقه فلا بد من ضمانات قانونية لمزاولة هذا الحق.

أهداف البحث

تهدف هذه الدراسة لبيان الضمانات القانونية وفعاليتها للدائن المرتهن من خلال نظام الرهن العقاري السعودي، مبيناً مدى تحقق مبتهاها في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي انعكست على القوانين والأنظمة المعمول بها في المملكة، كما تسعى هذه الدراسة إلى بيان فاعلية هذه الضمانات في ظل أنظمة الإفلاس الحديثة التي مست المركز القانوني

للدائن المرتهن وضماناته، مما كان لها اثرا على عملية الائتمان وتراجع الرهون بشكل عام امام ضمانات جديدة تحقق الأمان وتقلص أخطار الائتمان.

ولم تلبث أهمية الضمانات القانونية للمتابعة الفردية للدائن المرتهن أن هوت بدورها وأهميتها في نطاق المتابعة الجماعية في ظل قواعد الإفلاس، فهناك ارتباط متلازم بين قواعد الإفلاس وضمانات القانونية للدائن المرتهن والمرتبطة بنظام الإفلاس بناءً على أهمية هذا الموضوع وجب الجواب على سؤال المشكلة الأساسية التي يطرحها الموضوع.

منهجية البحث

إن محاولة الوصول إلى جواب شافٍ عن التساؤلات المتقدم طرحها، وما يتفرع عليها، ولمتابعة الخطوط العريضة لمشكلة البحث واستوثقنا مما يبلغ شأنها من الأهمية في ظل الطفرة الاقتصادية في المملكة العربية السعودية وانعكاس ذلك على التطورات التشريعية، فقد آنّ عرض ذلك من خلال منهجاً تحليلياً معتمداً على النصوص القانونية ذات العلاقة مع الاستثناس بالتشريعات المقارنة كلما تطلب الأمر ذلك،

خطة البحث

للقوف على مدى فاعلية الضمانات القانونية للدائن المرتهن سوف نتناول هذا الموضوع من خلال المبحثين التاليين:

- المبحث الأول الضمانات الشكلية.
- المبحث الثاني الضمانات الموضوعية.

المبحث الأول: الضمانات الشكلية لمتابعة الدائن المرتهن

لقد عرف المنظم السعودي الرهن العقاري المسجل في المادة الأولى على أنه "عقد مسجل وفقاً لأحكام هذا النظام يكسب به الدائن المرتهن حقاً عينياً على عقار معين له سجل، يكون بمقتضاه أن يتقدم على جميع الدائنين في استيفاء دينه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون "

وبالوقوف على معطيات هذا النص تبين لنا بأن المنظم السعودي قد وصف الرهن بأنه عقد، والعقد يكفي لانعقاده ارتباطاً بالإيجاب بالقبول على الوجه المشروع، وبهذا يتحقق التراضي وينشأ العقد، إلا أن التعريف المشار إليه في المادة الأولى لن يقف عند هذا الحد، عندما استخدم النظام مصطلح العقد فهذا دليل كاف على نشوء حقوق الالتزامات على عاتق الأطراف، ولكن هذه الالتزامات والحقوق لا تكون ذات فاعلية بالنسبة للأطراف إلا إذا كان العقد مسجل في السجل العقاري وفقاً لنظام التسجيل العيني. فهل علق نظام الرهن فاعلية حقوق الدائن المرتهن والتي تشكل ضماناً موضوعية للوفاء بدينه، على تسجيل عقد الرهن في السجل العقاري وهل يعني التسجيل ركناً في الرهن العقاري؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها سيكون من خلال هذا المبحث الذي يتكون من مطلبين، المطلب الأول: توثيق العقد، والمطلب الثاني: قيد الرهن وتسجيله في السجل العقاري.

المطلب الأول: توثيق عقد الرهن

لقد أبرز نظام الرهن العقاري في المادة الأولى من تعريفه للرهن العقاري المسجل الوظيفة الاقتصادية لهذا العقد الذي يشكل في حد ذاته تأميناً عينياً للدائن على العقار تماشياً مع نهجه الفقه الإسلامي الذي يهتم في عملية التعاقد بذاتها لا في العقد، فهم يقولون أن الركن في العقد هو الصيغة التي تشمل على الإيجاب والقبول فهما وسيلتان للتعبير عن الإرادة في إنشاء العقد، أي وبعبارة أخرى هما التراضي، فالتراضي يعتبر الركن الأساسي في كافة العقود بل هو الأصل⁽¹⁾ إلا أن في بعض الأحيان لا يعد التراضي ركناً كافياً لانعقاد العقد في حالات قد ينص القانون على إضافة ركناً آخر كالشكلية أو إذا اتفق الطرفان عليهما، فهل الرهن العقاري المسجل يشترط كتابة الرهن وتوثيقه؟

في واقع الحال أن نظام الرهن العقاري لم يشترط كتابة عقد الرهن كغيره من التشريعات المدنية الأخرى كالتشريع المصري والمغربي^(٢) إلا أن هذا القول لا يعني بأن عقد الرهن العقاري في النظام السعودي لم يشترط كتابته، بل يمكن أن يستنتج من الإشارة إلى عقد الرهن خلال المادة الأولى التي تفيد تسجيل الرهن، فالتسجيل يتطلب حتماً كتابة العقد، إلا أن ما يأخذ على المادة الأولى من نظام الرهن استخدامها عبارة (المسجل وفق أحكام هذا النظام). فكيف يمكن تفسير هذه العبارة وأن نظام الرهن العقاري لم يتضمن أي إجراء شكلي يتعلق بإنشاء الرهن وتسجيله، فكان الأجدد بالمنظم السعودي حذف هذه العبارة خاصة وأن القيد الأول للعقار يخضع لنظام التسجيل العيني، وبالتالي بما أن الرهن العقاري لا يشكل قيد ناشئاً حسب تصنيف النظام المذكور فإن قيده يكون وفقاً لنظام التسجيل العيني لا يشكل ركناً فيه^(٣)، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى من النظام والتي جاءت بما يلي (إذا كان العقار مسجلاً وفقاً لأحكام نظام التسجيل العيني فيكون تسجيل الرهن بحسب أحكام ذلك النظام) ونصت الفقرة ب من نفس المادة على (يكون تسجيل الرهن على العقار الذي لم يطبق عليه نظام التسجيل العيني للعقار بالتأشير على السجل لدى المحكمة أو كتابة العدل المختصة) وسنقف على معان هذه النصوص في وقتها.

وإذا كان نظام الرهن العقاري السعودي لم ينص على شكلية كتابة عقد الرهن فإن هذا لا يعني إغفال أو نقصاً في ذلك لأن نظام التسجيل العيني للعقار قد أشار واشترط توثيق التصرفات التي وجب تدوينها في السجل العقاري سواء كانت هذه التصرفات بإرادة منفردة أو بالإرادتين ، وهذا ما نلمسه من نص المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية للنظام حيث جاء فيها أسباب اكتساب الحقوق العينية ما يلي (... عقود توثيق الرهن) ونصت الفقرة الثانية من المادة نفسها على (لا يتم قيد الحقوق المذكورة في البند ١/٨ في السجل العقاري إلا إذا حصلت وفقاً للإجراءات الشرعية والنظامية) وبهذا فلا بد من كتابة الرهن وتوثيقه بشكل وضوابط سليمة.^(٤)

ومن أهم ضوابط التوثيق: أن يتأسس العقد على جملة من العبارات الواضحة بعيد عن الغموض واللبس والإبهام أو بعيد عن عمومية الألفاظ في تحرير العقد لأن في مثل هذه الحالات يثار النزاع حول تفسير العبارات، فالعبارات والكلمات تدل دلالة واضحة على قدرة الموثق القانونية والشرعية.

إن توثيق العقد هو مثابة إظهار للأمانة الملقاة على عاتق الموثق وتذكيراً بخطورة الكلمة في تحديد العلاقة بين كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن وبهذا يجب على الموثق للعقد أن يراعي العديد من الضوابط منها:

- كتابة الوثيقة بالألفاظ والمفاهيم بوضوح بعيداً عن الغموض والإبهام، فعليه أن ينتبه إلى ذلك فإذا وجد نفسه مضطراً إلى التعميم أو استعمال المشترك والمطلق، فعليه أن يكون حذر بذلك وينسبها بما يزيل الاشتراك ويخصص العام ويقيد المطلق.
- التحرز والحيلة في كتابة العقد خوفاً من التزوير والتلاعب في مكنون العقد خاصة عند تدوين وتحرير الأرقام المتعلقة بالمساحات والمواصفات^(٥).
- احترام الضوابط الشرعية والنظامية عند تحرير العقد وتوثيقه، وهذا الأمر يتطلب ممن يقوم بعملية التحرير أن يعتد بالرأي الثابت الذي يتناسب مع القانون ونصوصه ولا يخالف أو يوافق رأي غير ذلك، فالعقد قد يكون محلاً للنزاع ويحتج به أمام القضاء ويرى القاضي غير ما في العقد فيبطل العقد وهذا ما يحدث في كثير من الأحيان في تحديد محل العقد فعملية التحديد يجب أن تكون دقيقة نافية للجهالة وهذا ما يطلق على مبدأ التخصيص في الرهن^(٦). ومن باب المقارنة بالتشريع الأردني نلاحظ أن قانون وضع الأموال غير المنقولة تأميناً للدين رقم (٤٦) لسنة ١٩٥٣ و تعديلاته التي تمت للقانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ قد منحت بل أوجبت على مدير تسجيل الأراضي أو من يفوضه للكشف على المال الغير المنقول المراد رهنه ويقوم بتنظيم التقرير خلال شهر من تاريخ تقديم الطلب يتضمن كافة البيانات المتعلقة بالعقار من حيث المساحة، ورقم الحوض ، واسم المدينة أو القرية والمساحة ، ووصف العقار وصفاً دقيقاً ، من حيث مكوناته كعدد الشقق والإنشاءات والأشجار القائمة إلى غير ذلك ، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن (الجهة المختصة والمخولة بتنظيم سندات وضع الأموال الغير منقولة تأميناً للدين هي دوائر التسجيل وفقاً لأحكام المادة السادسة من قانون وضع الأموال الغير منقولة تأميناً للدين رقم ٤٦ لسنة ١٩٥٣ وتعديلاته ، ويكون ذلك بناء على طلب اصحاب العلاقة وموافقتهم وفقاً للشروط المنصوص عليها في القانون)

وإذا كان نظام الرهن العقاري السعودي^(٧) قد غُض النظر مؤقتاً على صراحة النص على كتابة عقد الرهن، فإن هذا يستعري منا الأمر بالإحالة على نظام التسجيل العيني ونظام كتابة العدل، الذي جعل من توثيق العقد وكتابته شرطاً أساسياً لتسجيله وإذا سجل الرهن أصبح نافذاً تجاه الغير.

والواضح أساس كتابة العقد وتوثيقه هو نص المادة الثامنة والأربعون من الفقرة الأولى من اللائحة التنفيذية لنظام التسجيل العيني والتي تنص (المحررات التي تقبل لإجراء القيد في السجل العقاري في حالة التراضي عقد موثق)^(٨)

وبما أن نظام التسجيل العيني يشترط توثيق العقد فإن هذا يعد دلالة كافية على الصفة الرسمية لكتابة العقد دون الكتابة العرفية استناداً للنظام التوثيق الذي عرف الموثق بالمادة الأولى على أنه (من يقوم بأعمال التوثيق بموجب رخصة صادرة وفق أحكام هذا النظام ...) ونصت المادة الحادية عشر من النظام نفسه على (يختص كاتب العدل بتوثيق العقود وضبط الإقرارات ...) فعلى الرغم من تحديد الجهة التي لها الحق في توثيق الرهن إلا أن المنظم السعودي لم يجعل من رسمية الرهن إلا شرطاً للقيد في السجل العقاري دون الاعتماد على الكتابة شرطاً على انعقاد العقد، وهذا ما يفيد بأن العقد العرفي قد يؤدي إلى إنشاء الرهن ، إلا أن آثاره منحصرة بين طرفين.

إن سيادة المنهج الفردي في القرن السابع والثامن عشر انطلاقاً من سيطرة مبدأ سلطان الإرادة أصبح للأفراد الحرية الكاملة في تنظيم علاقاتهم بمحض إرادتهم. بات من أهم الأصول القانونية، لعقد شرعية المتعاقدين وإن أثره لا يتعداهما إلى الغير الذي لم يكن طرفاً فيه، ولقد انعكس ذلك على التشريعات التي وضعت في القرن التاسع عشر كالقانون الفرنسي الذي تأثرت به التشريعات الأخرى. كالتشريع المغربي الذي نص على ذلك في المادة ٢٢٨ من قانون الإلتزامات والعقود بقولها (الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفاً في العقد فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم) والمشرع المصري قد نص في المادة ١٥٢ على (لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير)

فالعقد يظهر أثره بمجرد انعقاده، وإن كان هذا العقد يتعلق بحق عيني عقاري أصلي أو تبعي فإن هذا الحق لا يكون ظاهراً للكافة مما يشجع على الغش والخداع في التصرفات العقارية^(٩).

ويبدو أن ما للعقد من أثر في ظل القواعد العامة لا يكون خلواً في حد ذاته من الصعوبة بمكان بتحقيق الحماية للدائن المرتهن رهنًا عقاريًا، إذ أن الصعوبة تتحقق للحماية ناتجاً عن ثبات العقار في حيزه ولا يمكن نقله، ومن أجل جعل العقار كالممنقول قابلة للحركة فإن نظام التسجيل العيني أصبح يقضي بإعطاء العقار صكاً خاصاً به، تقع عليه جميع التصرفات المتعلقة به، يكفي الاطلاع عليه لمعرفة تلك التصرفات التي وردت على هذا العقار وجميع الحقوق التي يتمتع بها، وجميع التكاليف التي تثقله^(١٠).

وبالنظر إلى أحكام الرهن العقاري السعودي نجده يكفل الرضائية في مرحلة الإنشاء، ثم تطور الرضائية إلى شكلية تعرف بشكلية الإرادة، التي هي المظهر الخارجي لها، كما أنها المعيار الرئيسي لتحديد زمان نفاذ الرهن، فالرضائية في مرحلة الإنشاء ما هي إلا تأكيداً لعنصر أمان المعاملات وسلامة تبادل الثروات من خلال التصور التقليدي للالتزام في العلاقة الشخصية المبنية على الثقة التي يتأسس عليها الرهن والذي هو جزءاً من نظرية التأمين العيني، لكن هذا العنصر أثبت عدم فاعليته في تحقيق الحماية الفعلية لحقوق الدائن المرتهن في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية والتشريعية، فتنوع وكثرة المعاملات على العقار دفعت الحاجة التي أصبحت ملحة للبحث عن عنصر السلامة الحركية المتسمة في الشكلية والتي أصبحت خير واقٍ لسلامة المعاملات العقارية، وحسن ضماناً لتبادل الأموال. وهذا ما يظهر جلياً في نطاق المعاملات العقارية بسبب ثبات حيز العقار^(١١).

وعليه إذا كانت الرضائية نابعة من الفكر البشري فإن الشكلية مظهر من مظاهر التشريعات الحديثة فرضتها التطورات الاقتصادية والاجتماعية.

وإذا كان المنظم السعودي قد اشترط توثيق الرهن من خلال نص المادة (٤٨) من نظام التسجيل العيني لغاية تقيده وتدوينه في السجل العقاري فإن ذلك راجعاً للتحقق والتأكيد على التطابق بين الواقع والبيانات المثبتة في السجل العقاري، لكون السجل العقاري ما هو إلا انعكاس واقع العقار من الناحية المادية والقانونية.

إن توثيق عقد الرهن وكتابته لا يعد كافٍ لتحقيق ونشأة أثر الرهن، فالتوثيق لا يغني عن قيد الرهن أو تسجيله، وإنما تنحصر وظيفته في تكوين العقد، وبالتالي فالتوثيق لا يحقق أثراً للعقد اتجاه الغير وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثالثة من المادة

الأولى من نظام الرهن العقاري والتي قضت بقولها(لا يسرى أثر الرهن العقاري على الغير إلا بتسجيله وفقاً لما ورد من الفقرة الثانية من هذه المادة ...) وإلحاقاً لما تقدم فإن توثيق الرهن دون قيده لا يؤثر على صحته وإنما هو عقد قائماً صحيحاً ، وبالتالي فإن العقد قائماً للأثر بين المتعاقدين دون الغير، وهذه دلالة على أن المنظم السعودي ما زال متمسكاً بالنزعة الرضائية فالحقوق والالتزامات لكل من الدائن والمدين نافذة ما بينهما، وهذا ما أشاره إليه المادة الحادية عشر من نظام الرهن العقاري والتي تنص في الفقرة الثانية على (إذا لم يكن العقار مسجلاً وفقاً لأحكام نظام التسجيل العيني للعقار فلا يجوز للراهن أن يتصرف في عقاره المرهون ما لم يتفق على خلاف ذلك) وهذا النص ما هو إلا تأكيداً لانعدام الأثر الإنشائي للقيد في السجل العقاري^(١٢) خلافاً لبعض التشريعات التي تجعل القيد في السجل العقاري أثراً منشأً كالتشريع المغربي عندما نص في المادة ٦٧ من ظهير التحفيظ العقاري بقولها (الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية الرامية إلى تأسيس حق عينيلا تنتج أي اثر ولو بين الأطراف إلا من يوم تاريخ التسجيل) ونص القانون المدني الاردني في المادة ١٣٢٣ على (لا ينعد الرهن التأميني إلا بتسجيله)

وعلى أية حال أن وظيفة التوثيق وتحرير عقد الرهن بشكل رسمي لا يعطل فاعلية التوثيق في الإثبات وهذا يتبين لنا بوضوح من خلال نصوص نظام التسجيل العيني، فعقد الرهن الموثق يشكل النواة الأساسية لإقرار نشأة الحق العيني التبعية وصيانته وحمايته، مما يمكن القول بأن عقد الرهن الموثق تفوق أهميته مختلف أصناف الوثائق التي يتطلبها المنظم السعودي لإجراء القيد التالي على العقار لخصوصيتها في الإثبات.

وفي حدود هذا الإطار، يبدو ما رسمه نظام التسجيل العيني لصفة التوثيق في العقد، يجعله وسيلة إثبات وحيدة ومعتمدة لدى إدارة السجل العقاري من جهة، وأمام القضاء من جهة، فالعقد الموثق رسمياً أداة إثبات وإقناع حاسمة لا بالنسبة لإدارة السجل العقاري الذي اشترط بدوره لتقيد التصرفات العقارية الرضائية التوثيق من خلال أحكام المادة (٤٨)، بل هو حجة حاسمة أمام القضاء لا يطعن بها إلا بالتزوير أو مخالفة الضوابط الشرعية سنداً لنظام المرافقات الشرعية.

ومن ثم لا محيص من الوقوف على ما تحققه عملية توثيق الرهن من مصلحة فردية خاصة، ومصلحة اجتماعية عامة ، فالأولى تتعلق بمصلحة المدعي بالحق وبالذات الدائن المرتهن، فمن خلال التوثيق يحسم النزاع من طرفي العلاقة الدائن والمدين، أما المصلحة الاجتماعية تمكن في تحقيق قواعد العدالة بوصول كل ذي حق لحقه وهذا يعد وجهاً من وجوه استقرار المعاملات العقارية والمحافظة على استمرارية العقود، وبما أن توثيق الرهن أصبح ضرورة حتمية بالنسبة للرهن العقاري، فما هو وضعه تسجيل الرهن هل يشكل جزءاً من العقد لكي يعتبر ضماناً فعلية لممارسة الدائن للضمانات التي منحها عقد الرهن وهذا وما يمكن التعرف عليه من خلال المطلب الثاني .

المطلب الثاني: قيد الرهن في السجل العقاري

الأصل في نشأة التصرفات القانونية هو مبدأ الرضائية بالإرادة وحدها كافية لإنشاء التصرف القانوني دون حاجة إلى إجراءات شكلية معينة وتطبيقاً لهذا المبدأ لا يخضع الرهن العقاري كحق عيني تبعية من الناحية المبدئية إلى أي شرط شكلياً في ذاته، غير أن الأنظمة العقارية (نظام الرهن العقاري ، ونظام التسجيل العيني) قد أشارا إلى كل من شكلية التوثيق والقيد في السجل العقاري لكن ما أشاره إليه هذه الأنظمة من إجراءات شكلية ما هي إلا ضمانات قانونية لحقوق أطراف العلاقة العقدية (عقد الرهن) التي محلها الملكية العقارية وبالذات الدائن المرتهن لكي يتمكن من متابعة العقار المرهون إتجاه الغير، فالقيد أو التسجيل في السجل العقاري تمكن وظيفته في فاعلية الرهن إتجاه الغير والأطراف وهذا ما أشاره إليه المادة (٣٦) من نظام التسجيل العيني والتي تنص على (يجب ان تقيد في السجل العقاري جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره، أو رواله وكذا الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ويدخل في هذه التصرفات القسمة العقارية والوصية والوقف والميراث والرهن ولا يسري اثرها على الغير الا من تاريخ قيدها) فمن خلال هذا النص يتبين أن التسجيل أو قيد الرهن في السجل العقاري يتعلق بالغير ولا يتعلق بالأطراف بشكل مباشر وبهذا لا يمكن إطلاق مبدأ الأثر الإنشائي على قيد الرهن أو أي تصرف يقع على العقار في صفحات السجل العقاري، فالنظام السعودي في كافة الأحوال ما زال متمسكاً بمبدأ الرضائية كنواة أساسية في العقد، خلافاً لبعض التشريعات كالتشريع الأردني عندما نص على ذلك في المادة ١٢٢٣ السابقة الذكر التي جعلت من تسجيل التصرف ركناً أساسياً في صحة التصرفات المتعلقة بالحقوق العينية الأصلية أو التبعية. وغير خاف كذلك بأن هذا الموقف يشكل في ذاته عودة إلى النظم القديمة للشكلية الصارمة لما لها من أهداف نبيلة في تحقيق العدالة وحماية حقوق الناس، وتحقيق ضمانات أكيدة للدائن المرتهن، ناهيك عن اعتبار شكلية

التسجيل تشكل إهداراً لمبدأ سلطان الإرادة، متجاوزين عنصر الإرادة الذي يشكل العنصر الأساسي في التصرف لكن هذا التقيد للإرادة يحقق بعداً اجتماعياً.

ولأهمية الملكية العقارية وخطورة التصرفات الواقعة عليها لابد من تدخل المنظم وفق نصوص خاصة لتحديد مبدأ سلطان الإرادة وحرية المتعاقدين وتحقيق المصلحة العامة، فهناك العديد من الحقوق الطبيعية بجانب حق الملكية، قد سعى المنظم والتشريعات المدنية لحمايتها لأبعادها الاجتماعية، وبالعودة إلى موقف المنظم السعودي وتحديد المادة (٣٦) من نظام التسجيل العيني يلاحظ بأن الرهن كغيره من التصرفات القانونية يعتبر مستكماً ومستوفياً لكافة أركانه وفقاً للنظرية العامة للعقد دون القيد في السجل العقاري ويرتب آثاره إتجاه كل من المدين والدائن استناداً لمبدأ الأثر النسبي للعقد، فالرهن وحقوقه والتزاماته يعتبر سارياً تجاه الأطراف وملزماً لهم.

أما الغير الخارج عن دائرة التعاقد يعد عقد الرهن بالنسبة إليه غير موجوداً ولا سارياً إتجاهه، لكن هذا القول لا يعني أن الغير يتجاهل العقد، بل يعتبر العقد حقيقة واقعية واجتماعية يمكن التمسك بها كدليل إثبات تجاه الغير، أو إتجاه أطرافه، ومع التسليم بحجية الرهن الغير مسجل، فإن هذا يؤدي بالغير إلى إنكار هذا العقد وإنتهائه ليكون مبرراً من أجل الإقدام على عمل قانوني ينتج عنه الإخلال بهذا العقد المجرد من الحصانة، فقد يلجأ المدين الراهن إلى ترتيب رهناً آخر على العقار مما يلحق ضرراً بالدائن أو يسعى إلى التصرف بالعقار المرهون مما يجعل مركز الدائن المرتهن في وضعية لا يحسد عليها، ولا يمكن اعتبار مبدأ نسبية التصرف كوسيلة وضمانة فعلية لحماية الدائن المرتهن (١٣) وأياً كان الأمر في شأن العقد الغير مقيد في السجل العقاري، فليس هناك قدرة فنية تجعل من العقد المنشأ للحق العيني التبعية أو الأصلي ملزماً للغير خارج نطاق العلاقة العقدية، خاصة وأن المنظم السعودي مازال متمسكاً في الرضائية المجردة، فالإرادة لا تفيد إلا أصحابها، ولهذا ولضمان حقوق الدائن المرتهن، أمام عجز الرضائية وسلطان الإرادة الذي مازال يشكل نواة التعاقد، مبدأ ووجوب الإبقاء عليه باعتباره يشكل نهجاً شرعياً ونظاماً في نظر المنظم السعودي، (فإن نظام الرهن العقاري ونظام التسجيل) الذي سعى بدوره إلى لفظة خاصة به في هذا المقام لتحقيق ضمانة حقيقية لحقوق الدائن المرتهن تخوله ممارسة حق متابعة العقار المرهون بشكل فردي مع الإبقاء على مبدأ الرضائية كركناً كافياً لإنعقاد الرهن وتمامه، فجعل الرهن عديم الأثر إتجاه الغير في حالة عدم قيده في السجل العقاري وهذا ما نلمسه من صياغة المادة (٣٦) بقولها (...) ولا يسرى أثرها على الغير إلا من تاريخ قيدها).

ونصت أيضاً الفقرة الثالثة من المادة الأولى من نظام الرهن العقاري على ما يلي: (ولا يسرى أثر الرهن العقاري على الغير إلا بسجله وفقاً لما ورد في الفقرة الثانية من هذه المادة ...).

ففكرة عدم سريان التصرف عنيت بصحة التصرف المنشئ للحق العيني التبعية وجعلته نافذاً إتجاه أطرافه من جهة، وعدم سريانه تجاه الغير مما يمكن للغير أن يتجاهل وجوده، لكن هذا التصور الذي جاء به المنظم السعودي يضعنا أمام التساؤل التالي: كيف يستقيم هذا الحكم الوارد بالنصوص أعلاه؟ وهل تعتبر هذه النصوص جامعة للتناقضات، وكيف يفسر ذلك؟ إن التفسير لا يمكن أن يستند بحال عن غير المبادئ الأساسية لنظرية العقد، فالنصوص المذكورة قد خلطت بين أثر الرهن وسريان الرهن، فأثر الرهن ما هو إلا حقوق والتزامات تنحصر بين طرفي العلاقة أي بين كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن. أما الأثر لم يمتد إلى الغير، لأن القاعدة العامة في العقود تقول بأن العقد لا ينفع ولا يضر إلا عاقديه وهذا الأثر النسبي في ذاته، ماهو إلا احتجاج بالتصرف إتجاه الغير أو العكس.

فالعقد يشكل واقعة اجتماعية وجب على الغير احترامها وعدم تجاهلها وعليه فقد سار على هذا النهج كل من الفقيه / عبد الحي حجازي، وإسماعيل غانم^(١٤) وفي حدود هذا الإطار قال حجازي: (وللتمييز بين المعنيين نطلق على الأول اصطلاح أثر العقد أي من يعتد بالعقد أي من يكون دائناً ومن يكون مديناً، أما عدم السريان أو الاحتجاج يقصد به عدم تجاهل التصرف)^(١٥).

وبهذا بقي أن نستجلي حقيقة موقف الشريعة الإسلامية في هذه المسألة، فالشريعة الغراء قد اعترفت بسريان التصرف أو العقد تجاه الغير أو الكافة ويرجع تأصيل ذلك، ما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله: (لا يبيع بعضكم على بيع بعض)^(١٦)

وجاء أيضاً في بداية المجتهد حول هذا الحديث (فقال: مالك معنى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يبيع بعضكم على بيع بعض أن يسوم أحد على سوم أخيه). وجاء في المغني (...) روى مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا يسم الرجل على سوم أخيه) وهناك العديد من الأحاديث في إطار هذا النطاق.

وبناءً على ما تقدم فإن الشريعة الإسلامية تعترف بحجية العقد إتجاه الكافة، فإذا لحق أحد المتعاقدين ضرراً من إنتهاك حرمة العقد يمكن للمتضرر الرجوع عليه وفق أحكام الضمان^(١٧). وليس من شك عندي في أنه ما جاء في نص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من نظام الرهن والمادة (٣٦) من نظام التسجيل العيني قد تضمنت ضماناً فعلية للدائن المرتهن عندما ربطت سريان الرهن بالقيد بالسجل العقاري لأن القيد يكسب الغير حجية استناداً على البيانات الواردة بالسجل العقاري، فالسجل العقاري يعد وسيلة إعلانية من خلالها يعلم الناس أو الكافة بالحقوق المسجلة والمتعلقة بالعقار، ناهيك أنه يشكل حماية للدائن والغير في نفس الوقت ويضع الدائن في مأمن من أي مطالبة ممن يدعي حقاً على العقار المرهون، وبما أن العلانية تشكل أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التسجيل العيني، فللغير أن يلقي نظرة على السجل العقاري للتعرف على الحقوق المقيدة، إن ارتباط سريان الرهن إتجاه الغير بالسجل العقاري قائماً بالأصل على قرينة مفترضة، تفيد بأن الغير قد تعرف على كل البيانات المدونة في السجل العقاري ومنحها ثقة كاملة ولتحقق الثقة في السجل العيني يجب أن تحقق العلانية المطلوبة وفقاً للضوابط القانونية الكامنة في أولاً: أن تكون شكلية التسجيل قادرة على الإعلان والإشهار عن كافة التصرفات المنشئة للحق العيني أصلياً كان أو تبعياً من أجل الكشف عن الوضعية القانونية للعقار وما يترتب عليه من تكاليف حتى يتمكن الغير من العلم به، ثانياً تمكن الغير من الإطلاع على السجل العقاري أو أي سجل تابع له من أجل أن يتكون لديه المعرفة الدقيقة والمتناهية عن العقار وما يتبعه^(١٨)

فإذا تحقق هذا الأساس فيجب أن تكون حقوقه مطهرة من كل أسباب وطرق الطعن، وبالتالي كل ما هو مدون موجوداً وصحيحاً في مواجهة الغير وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من نظام التسجيل العيني والتي تنص على: (يكون للسجل العقاري قوة إثبات مطلقة ولا يجوز الطعن في بياناته بعد إنتهاء الآجال المنصوص عليها في هذا النظام إلا تأسيساً على مخالفتها لمقتضى الأصول الشرعية أو تزويرها.)

وليس بخافٍ على أحد بأن قيد الرهن في السجل العقاري يساعد على تشجيع المؤسسات المالية والدائنين على الإئتمان ومنح القروض بسبب ما يحققه القيد من ضمانات للدائن الذي يكون مطمئناً على استرداد ماله عند حلول الأجل، إذ الإئتمان الذي يقوم على عنصر الثقة ما بين الدائن المرتهن والمدين الراهن يساعد على إقامة المنشآت الاقتصادية والعمرانية مما يعود بالنفع على المجتمع، وإذا كانت إجراءات القيد للعقار تهدف إلى تأسيس سجل عقاري وإصدار صكوك ذات دلالة على تطهير العقار من كافة الحقوق العالقة به وغير المعلنة عنها أثناء السير بالإجراءات، (وهذا ما يشكل الجانب السلبي للتطهير لمخالفة قواعد العدالة) فإن ذلك يرتب حالة مدنية وقانونية للعقار يمنحه حجية تامة مما يجعله يحتج به إتجاه الغير، غير أن الحجية المطلقة للقيد في السجل العقاري قد تؤدي إلى طغيان الظاهرة الاقتصادية على الظاهرة القانونية من خلال استغلال البعض لهذه الحجية والإعتماد عليها من أجل تحقيق مصلحة غير مشروعة على حساب الغير، ولهذا نرى بأن المنظم السعودي قد استبعد قاعدة التطهير من خلال المادة السالفة الذكر (المادة الثالثة) وجعل الحجية نسبية مما يمكن الطعن في القيد في حالة مخالفة الأصول الشرعية وإذا ثبت مبررات الطعن كعدم مشروعية القيد للقضاء إلغائه من السجل العقاري^(١٩) لأن للقيد في السجل لا يحسن التصرف من البطلان أو أي مخالفة شرعية.

وبنفس الوقت يمكن للغير أن يحتج بالرهن إتجاه الدائن المرتهن، إن تدوين الرهن وقيدته في السجل العقاري يحقق إستقراراً للملكية العقارية ويساعد على توسيع نطاق الإئتمان، مما يجعله وسيلة هامة لتحقيق المصلحة الاقتصادية للدولة، فاستقرار الملكية العقارية هو أسمى أنواع العدالة، وأن عدالة مبدأ القوة المطلقة للقيد هو أكثر أهمية من عدالة مبدأ ليس للشخص أن يملك غيره أكثر مما يملك، فالقوائد التي يحققها تسجيل العقار تعود على المصلحة الجماعية، نتيجة الصلة القائمة بينهما والتي بسببها أصبحت للملكية وظيفة اجتماعية^(٢٠) ولئن لاحظت ملائمة هذا التصور من حيث فاعلية القيد في السجل العقاري فإن المنظم السعودي قد حقق ضماناً حقيقياً لكل من الغير والأطراف ذات العلاقة العقدية، خاصة إذا كان الغير قد حسنت نيته استناداً على قواعد العدالة والقواعد الشرعية، وبهذا يشترط سريان الرهن تجاه الغير أن لا يكون طرفاً في التصرف، وأن يكون حسن النية.

ولا بأس أن يسترعى الانتباه بادئ ذي بد بأن الجوانب الشكلية التي قررها نظام الرهن العقار السعودي مع مراعاة الإحالة على نظام التسجيل العيني ما هي إلا وظيفة جديدة للشكلية يكمن فيها حماية الغير تجاه الأطراف من جهة، وحماية المرتهن من جهة أخرى إتجاه الحائر الذي أنتقلت إليه ملكية العقار بعد الرهن فالغير سوى كان دائناً أو حائراً هو العنصر المعني أساساً بمظاهر الشكلية^(٢١) فمن خلاله يتم الاحتجاج، فالاحتجاج وظيفة مرتبطة بمرحلة الإشهار والعلانية الذي يركز عليها التسجيل العيني.

إن كل من التوثيق والتسجيل لعقد الرهن ما هو إلا حماية وضمانة إضافية واحترافية يعود بالنفع بها على الدائن المرتهن لأنها تسعى لحماية وضمأن حقوقه قبل وقوع الضرر، ولا يفوت القول في هذا المقام بأن الدائن المرتهن لا يمكن له مزاوله التمتع والتقدم كضمانات موضوعية ناتجة عن حق الرهن إلا إذا أخذ هذا الأخير مجراه الطبيعي من حيث الجوانب الشكلية لكي يمارس الدائن حق التمتع والتقدم^(٢٢).

المبحث الثاني: الضمانات الموضوعية للدائن المرتهن في متابعة العقار المرهون

لسنا في هذا الإطار في موقف للكشف عن الدوافع والأسباب التي دفعت المنظم السعودي لتوفير ضمانات خاصة للدائن المرتهن، وهي تشجيع الأئتمان العقاري في ضوء التحولات الاقتصادية والاجتماعية، وأنما نسعى في هذا المجال للوقوف على الضمانات الموضوعية لحق الدائن المرتهن والتي تنتج عن إنشاء عقد الرهن وفقاً لضوابط الشرعية والنظامية. وعليه فإن ما تم التطرق له فيما سبق من جوانب شكلية وقواعد إجرائية يتخللها نظام التسجيل العيني وتحديد المادة الثالثة، والمادة (٣٦)، فالمادة الثالثة التي منحت لقيد في السجل العقاري قوة مطلقة، لا يمكن اعتبارها اعتباراً، بل ما سعى إليه المنظم السعودي في هذا المجال في سن نظام التسجيل العيني لا يعني خلقاً لنظام القانوني اعتسافاً، بل يشكل أساساً لتلك الضمانات المترتبة عن عقد الرهن وأنشائها حتى لا تتنافر أجزاء البناء القانوني، ويتوفر أنسجامها.

أن الضمانات القانونية للدائن المرتهن تستند في أساسها على الملكية العقارية المقيدة بالسجل العقاري وفقاً لضوابط الشرعية والنظامية، وبخلاف ذلك لا يعتد بوجودها ويمكن ألغائها قيدياً من خلال الطعن بالتزوير أو مخالفة الأصول الشرعية، وعلى هذا الأساس تتحقق الضمانات القانونية للدائن المرتهن، فإذا كانت الملكية العقارية مستقرة وفقاً لنظام التسجيل، فإن استقرارها ينعكس على استقرار وتقوية ضمانا الدائن المرتهن، وإذا ألمنا الجوانب الشكلية في ضمانات حقوق الدائن المرتهن من توثيق العقد المرهون وقيد بالسجل العقاري واستوثقنا مما يبلغه من عظيم الأهمية، ودرءاً لمخاطر الأئتمان للقانون الحديث، وعرفنا ما كان من أمراً أعتيها نقطة انطلاق للممارسة الدائن الموضوعية اتجاه الغير من خلال تحقق نقطة توازن بين كل من مصالح الدائن المرتهن والمدين الراهن، أنطلاقاً من عدم التضحية في مصلحة أحدهما على حساب الآخر، فإذا كان نظام الرهن العقاري قد خول للمدين الراهن الأنفعا بالعقار المرهون والتصرف به دون أن يستغرق القوة الأئتمانية للعقار محل الرهن، بالمقابل منح للدائن المرتهن ضمانات أساسية للحصول على حقه وأستيفاء دينه بما وفره النظام من ضمانات موضوعية في مواجهة المدين والغير كحق التقدم والتتبع وهذا ما ستناوله بالمطلب الأول، أما المطلب الثاني نتناول من خلال فاعلية هذه الضمانات اتجاه ملحقات الرهن.

المطلب الأول: فاعلية الضمانات الموضوعية بحق الدائن المرتهن.

نلاحظ أن بإمكان المدين الراهن أن ينتفع من ملكية العقار المرهون وحيازته والتصرف فيه كيفما شاء ينطوي على نقطة ارتكز عليها المنظم السعودي عندما منح للدائن ضماناً لحقه في استيفاء دينه من خلال تقدمه على الدائنين المرتهنين وتتبعه للعقار في أي يدا كانت، لأن تأصيل هذا الطرح أو تأيد هذا المبدأ حسب نظر بعض الفقه يرجع إلى الأعتبارات الاقتصادية فالرهن لا يرد على مادة العقار، بل على قيمته الاقتصادية العائدة له، لأن إذا كان المنظم قد منح للمدين إمكانية التصرف بالعقار المرهون وفقاً للفقرة الأولى من المادة الحادية عشر والتي تنص "إذا كان العقار مسجلاً وفقاً لأحكام نظام التسجيل العيني للعقار جاز التصرف فيه..." مقابل ذلك يفرض على المدين جملة من الإلتزامات والتي تشكل ضماناً أساسية لحق الدائن المرتهن.

ولكي تستقيم الأمور بين مصلحة الدائن المرتهن والمدين الراهن لا بد الاحتكام إلى فكرة ضمانه حقوق الدائن المرتهن قبل حلول اجل الدين، وهذه الفترة تسمى الفترة السلمية الهادئة والتي وفر لها المنظم السعودي ضمانات تنصب على العقار كحالة مادية انطلاقاً من محافظة على سلامته، وعلى قيمته المادية من الانخفاض (٢٣)

ولئن لاحظت أهمية هذه الضمانات من حيث إيجاد الطمئينة في نفسية الدائن المرتهن، إلا أن الضمانات الحقيقية والفعالية والتي تؤثر في عملية الأئتمان هي الضمانات التي تبرز فاعليتها عند عدم استيفاء الدائن المرتهن لحقه المالي بعد حلول أجله، ومن ثم فأننا نجد من هذا الأطار فرصة نتناول فيها هذه الضمانات على النحو التالي:

أولاً: ممارسة حق التقدم: مما لا يجب أن يلقي الشك إليه، هو أن حق الدائن في التنفيذ على العقار المرهون يضل في حالة سكون خلال الفترة الهادئة للرهن، أي منذ نشأت الرهن وحتى حلول أجل الدين، فلا يثار صعوبة في شأن هذه المدة، إلا إذا حل أجل أئتمن المدين، فإذا تعذر المدين عن الوفاء بمقتضيات الرابطة العقدية وتنفيذ الإلتزام بوفاء دينه، آنذاك فأن الدائن المرتهن سواء كان مؤسسة إئتمانية أو بنك يلجأ في الغالب إلى الطرق الودية لحمل المدين على الوفاء بدينه، تلافياً لكل إجراء قضائي قد يطول لسنوات عدة (٢٤)

ذلك هو مضمون الحل الذي قد تنتهي إليه مؤسسات الإئتمان بكل أنواعها، أنه يسوغ الوقوف عند هذا الاحتمال وإلا ضاعت حقوق الدائن وضعف الإئتمان، ولضمان عامل الاستقرار في معاملات الرهن العقاري وتشجيع الإئتمان لابد من الوقوف في هذا النطاق على حلول أخرى رسمها المنظم السعودي، وهي: -

الحل الأول: بادئ ذي بدء، أن يتجاوب المدين الراهن مع الضوابط والقواعد المنظمة لتسوية وإعادة جدولة الدين تبعاً لشروط مغايرة وأقساط مختلفة عما سبقتها، ومواعيد جيدة يتم الاتفاق عليه، ويحرر عقد جديد يحل محل العقد الأول، وبالتالي إذا تم الاتفاق على هذه التسوية لا يمكن أن تصل البدهة أن ينفذ على العقار المرهون، لأن المدين يلتزم بإداء الدين وتبرئ ذمته وينقضي التزامه.

الحل الثاني: قد لا يستجيب المدين لمتطلبات التسوية ومساعدتها ويمتنع عن أداء الدين الحالي، ففي هذه الحالة يكون الدائن مضطراً إلى اللجوء للأجراء التنفيذ على العقار المرهون سنداً للأحكام المادة الحادية والثلاثون والتي تنص بقولها "تم اجراءات النزاع الجبري للملكية العقار المرهون وبيعه عند عدم الوفاء للدين".

وعلى الرغم من هذه الأمكانية التي وفرها المنظم السعودي للدائن المرتهن والمتعلقة بإجراءات البيع التي لا داعي لذكرها في هذا المقام لكونها جوانب إجرائية تمت الأحالة بموجبها للنظام التنفيذ، لكن لا محيص من الوقوف على بعض النصوص التي جاءت بموجب نظام الرهن العقاري وتتعلق بنتائج البيع الجبري وهذا ما نستشعره من خلال المادة التاسعة والثلاثون والتي جاء بمقتضاها "ينقضي الرهن العقاري المسجل لبيع العقار المرهون بيعاً جبرياً وفقاً للنظام ودفع ثمنه إلى الدائن المرتهن وفقاً لمرتبة كل منهم أو إيداعه في حساب بنكي في المحكمة" وفي واقع الحال أن هذه النصوص تضعنا أمام التساؤل الآتي هل ينقضي الرهن بالبيع الجبري؟ أم ينقضي بأنقضاء حق التقدم؟ في واقع الأمر أن الرهن العقاري لا يمكن ضمناً المتصور انقضائه من خلال البيع الجبري، فالبيع الجبري للعقار المرهون يبرز ثمن البيع الناجم عن قيمة الإحالة الجبرية فالمشتري للعقار من خلال المزاد يستوفي من خلاله الدائن المرتهن دينه حسب مرتبة في الرهن. وذلك استناداً على القيمة النقدية المترتبة عن البيع وهذا ما يمكن أن يستنتج من خلال مقتضيات المادة الأولى. السالفة الذكر من النظام.

من الواضح من هذا النص أن الدائن المرتهن يستوفي دينه من ثمن الشيء قبل بقية الدائنين تجاوزاً لمبدأ المساواة التي حققها الرهن للدائن، وفي حدود هذا الإطار يمكن للدائن ممارسة حق التقدم الذي منحه النظام على القيمة المالية للعقار المرهون بتحويل محل التأمين العيني أي الرهن إلى قيمة نقدية، وهذا يفيد بأن الدائن المرتهن لا يمارس حق التقدم على العقار المرهون ككيان مادي، فالعقار المرهون بعد بيعه جبرياً ينتقل إلى المشتري متطهراً من كافة التكاليف عليه، سواء رهناً أو أمثيازاً، فالدائن لا يمكن الرجوع إلا على الثمن وهذا ما هو إلا تطبيقاً لفكرة الحلول العيني، لأن كافة حقوق الدائنين على العقار تنقل إلى ثمن العقار المرهون (٢٥).

وللأجابة على التساؤل السابق نرى بأن الرهن ينقضي بأنقضاء محله الأصلي ويكون في هذه الحالة إنقضاءً مباشراً بجانب حالات أخرى ينقضي بها، بغض النظر عن وفاء الدين المضمون بشكل آني وكلي، كهلاك الشيء المرهون، وهذا ما أشار إليه المادة الثانية وأربعون بقولها "ينقضي الرهن المسجل بهلاك محله وتداعي أحكام هلاك الرهن المنصوص عليه في هذا النظام". أما ما يتعلق بحق التقدم، فإنه من الثابت فقهاً وتشريعاً بأن حق التقدم لا يمارس إلا في حالة تعدد الدائنين وللدائن ممارسته على قيمة العقار وليس على كيانه المادي (٢٦).

كما أن للدائن أن يتقدم على الدائنين حسب مرتبته سواء كان العقار المرهون في يد المدين الراهن أو في يد الغير، فإن الاصل فيما ورد في النص السالف الذكر بأن لا يشير إلى انقضاء الرهن بهلاك المرهون، فالدائن المرتهن يمكنه ممارسه حق التقدم على قيمة العقار المادية أو مبلغ التأمين أو التعويض المستحق بسبب الهلاك، خاصة وأن حق التقدم يمارس على القيمة المادية للعقار وإذا كان المنظم السعودي قد أحال إجراءات القيد المتعلقة بالرهن على نظام التسجيل العيني، فإن هذه الإجراءات تشكل ركيزه أساسية يتحدد من خلالها مرتبة الدائن المرتهن وحقه بالتقدم على الدائنين انطلاقاً من المادة الأولى

من نظام الرهن العقاري , فحق التقدم يمارسه الدائن حسب مرتبته انطلاقاً من قاعدة أساسية (السابق بالتسجيل السابق في التقدم عند التوزيع)^(٢٧) ، واستناداً للقاعدة المذكورة فإن المنظم السعودي قد سعى من خلالها الى تنظيم المزاخمة بين الدائنين مع اعطاء حق التقدم بالتسجيل أولوية الوفاء عن باقي الدائنين معتمداً على تاريخ القيد في السجل العقاري لتاريخ نشوء الحق.

وليس المعنى ابدأ بأن (الأسبقية بالتسجيل الأسبقية بالوفاء) قاعدة مطلقة، فهناك حالات إستبعدتها المنظم وأستثناها من هذه القاعدة لأسباب تعود إلى نص القانون^(٢٨)، أو نزولاً عن إرادة الأطراف^(٢٩)، أو أعمالاً بالمبادئ العامة في القانون كحالات الغش أو التواطؤ بين المدين والدائن المرتتهن^(٣٠).

وقبل أن نخلص لهذا الاستدلال فيما يتعلق في حق التقدم وممارسته من طرف الدائن المرتتهن لابد من الوقوف على هذا الحق في ضوء قواعد واحكام الأفلاس وقد نصت المادة (١٢١) من نظام المحكمة التجارية " على كل من يجد بيده رهين سواء كان عقاراً او مرهوناً لبيع المذكور ويعطى للمرتتهن كامل دينه من ثمن الرهن فإذا زاد شيء بعد مطلوب المرتتهن يضم الى موجودات المفلس، وأي نقص يرجع المرتتهن بما ينقص على موجودات المفلس مع بقية الديانة بقدر ما ينقص " فعلى الرغم من صراحة النص السالف الذكر فإنه لا يرد ما يفيد حق التقدم أو احترام الأولوية للوفاء وهذا يمكن تبريره لعدم وجود نظام خاص بالرهن المسجل أو وجود نظام للتسجيل العيني للعقار، وعليه نجد بأن النص التزم الصمت حول ممارسة حق التقدم في ضوء نصوص نظام المحكمة التجارية، أمام غياب أنظمة عقارية متعلقة بهذا الشأن، ناهيك عن غياب التقنين المدني في المملكة العربية السعودية، وعليه فلا بد من مراجعة النص المذكور لكي يكون أكثر تلائماً مع مرحلة الحركة التشريعية التي تشهدها المملكة العربية السعودية.

وإذا كانت قوانين الأفلاس قد عقدت عقدة لواء النصر لحقوق الدائن المرتتهن وصيانتها وحمايتها، إلى أن تشريعات الأفلاس الحديثة لتواكب التحولات الاقتصادية والاجتماعية كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي^(٣١) ، وقانون صعوبة المقاولات المغربي^(٣٢) ، ومشروع نظام الأفلاس السعودي، فهذه التشريعات قد تضمنت نصوص قاضية بما لا يتلائم مع مصلحة الدائن المرتتهن، ويرى بعض شارعي التقنينات المتقدم بيانها بأن وظيفة الرهن ونظرية التأمينات العينية بشكل عام قد تعرضت لنوع من المساس بفعل ظهور معطيات جديدة أدت الى الانقاص من فاعليتها وتراجعها، وقد حاولت تقنينات الأفلاس الحديثة أن تضرب بسهم في سبل التخفيف من وطأة المركز السيء للتاجر أو المنشأة التجارية المتعثرة مالياً أو الذي تردى وضعها المالي بسبب سوء ادارتها، فقد قضت هذه التشريعات بتعطيل المتابعة الفردية للدائن المرتتهن من خلال القضاء، الذي بدوره هو من يحدد هذه المتابعة لغايات تصحيح مسار المنشأة المتعثرة، وهذا ما يؤدي بأصحاب الرهن العقاري أو دق التعبير الدائنين المرتتهنين إلى أن يصبحوا ملزمين بالخضوع بالآجال التي يتطلبها القضاء بعد صدور الموافقة على التسوية، ولا يمكن لهؤلاء الدائنين المرتتهنين المطالبة بحقوقهم والتنفيذ على العقار المرهون إلا في وقت لاحق عن الأجل المحقق في العقد، مما يؤدي ذلك الى سقوط الضمانات المتعلقة بالمتابعة الفردية من طرف الدائن المرتتهن كحق التقدم وهذا ما يفيد بأن الآجال المتعلقة باستحقاق الدين ووفائه المنصوص عليها بالعقد أصبحت غير ملزمة للمدين الراهن في حالة ان لجأ الى التسوية^(٣٣).

ومن استدلالات تعطيل حق التقدم والتتبع في النظام السعودي ما جاء به مشروع نظام الأفلاس والذي نص في المادة الخامسة عشر على مايلي: " للمدين عند طلب افتتاح اجراء التسوية الوقائية أن يطلب من المحكمة تعليق مطالبات الدائنين " ونصت كذلك المادة ٢١ من المشروع نفسه على " للمحكمة تعليق المطالبات لفترة لاتزيد على تسعين يوماً بناءً على طلب المدين ولها تمديد هذه الفترة لثلاثين يوماً أخرى... " وبهذا يكون المنظم السعودي قد عطل المطالبة الفردية لدائن المرتتهن حيث لايمكن لهذا الاخير التنفيذ على العقار المرهون واستيفاء ديونه الا بعد فشل التسوية الوقائية^(٣٤)..

ومما لا شك فيه فإن الدائنين المرتتهنين يخضعون لوقف المتابعة الفردية بحكم القضاء استناداً على مضمون نصوص مشروع قانون الأفلاس السعودي وغيره من التشريعات التي تطورت قوانين الأفلاس المتأثرة في التحولات الاقتصادية، ووقف المتابعة الفردية في حالة التسوية بحيث لا يمكن للدائن المرتتهن رهناً عقارياً ان يبيع العقار المرهون كما كان عليه الأمر في ضوء أنظمة الأفلاس التقليدية وتحديد نظام المحكمة التجارية السعودي والذي كان قد منح هذه الأمكانية للدائن المرتتهن في المادة ٢١٠.

أن القيام بأن إجراء يتعلق بالتنفيذ على العقار المرهون قد يؤدي الأخلال بالنشاط الاقتصادي للتاجر أو المنشأة التجارية، ويحول دون متابعته فضلاً عن أن تعطيل كل من حق التقدم والتتبع كأدوات للمتابعة الفردية يؤدي الى التعارض مع المتابعة الجماعية أو المتابعة ذات الطابع الجماعي لإجراءات الإفلاس

مما نتج عن ذلك المساس بالتأمينات العينية وتراجع الأقبال عليها والبحث عن ضمانات قانونية جديدة، وهذا ما دفع بالقول بأن فلسفة النظام القانوني الجديد للتشريعات الحديثة للإفلاس أصبحت تنظر الى العلاقة بين الوحدات الاقتصادية والاجتماعية على انها تشكل وحدة واحدة، وليس عبارة عن علاقة بين دائن ومدين بينهما مصالح متعارضة ومتنازعة بسببها، فأن أحكام وقواعد هذه التشريعات تنظر الى الدائن على أنه جزءاً من المنشأة وله دور فعال في بناء المنشأة والعمل على انقاذها من الهزات والتقلبات الاقتصادية وحماية المصالح الاجتماعية أهم من الوقوف على أسباب النزاع والتعارض بين الدائن ومصالح المنشأة. وهذا ما يتطلب ويفرض التوقف عن حقوق الدائنين والتزاماتهم وتقريرها من خلال النظر الى معايير ومقاييس تطورها بالزمن القصير والمتوسط والبعيد، لاستجلاء ما هو سهل التجاوز، وما هو بنيوي هيكلي مستمر في الزمن تتعين مواجهته بإجراءات وتدابير خاصة. وبعبارة أخرى يجب اعتبار اثر حمايتها بقوة او بمرونة لفائدة استمرار المنشأة التجارية والعمل معاً، وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال اعادة النظر في قوانين الإفلاس في الدول التي تعمل على مسيرة الجانب التشريعي لتحولات وتطورات الاقتصادية والاجتماعية فالتشريع الفرنسي والمغربي باضافة لمشروع نظام الإفلاس السعودي، فهذه التشريعات قد قلصت مظاهر فاعلية كل من التقدم والتتبع في التأمينات العينية، من خلال الاتفاقات والتنازلات المفروضة على الدائنين أما من القضاء أو بموجب النصوص القانونية، مما أدى بالدائنين للبحث عن ضمانات جديدة لديونهم إلا أن هذه الضمانات لم تحقق فلسفة المشرع (٣٥).

ثانياً: حق التتبع

يشكل هذا الحق أداة وضمانه من ضمانات حقوق الدائن المرتهن للاستيفاء حقه في حالة انتقال العقار من يد المدين الراهن الى الغير، استناداً على امكانية التصرف الذي منحها المنظم للمدين الراهن كما سبقت الإشارة اليه وهذا ما نصت عليه المادة السادسة والعشرون من نظام الرهن العقاري بقولها " للمرتهن حق تتبع العقار المرهون في يد أي حائز له للاستيفاء حقه منه عند حلول الوفاء به وفقاً لمرتبه " ليس من حاجة الى التعليق على هذا النص مع صراحة مدلوله اكثر من بيان بان الحائز الوارد بالنص قد اشار اليه المنظم في المادة السابعة والعشرون بقوله " يعد حائزاً للعقار المرهون كل من انتقلت اليه بعد الرهن / لأي سبب من اسباب ملكية هذا العقار أو حق عينياً عليه قابلاً للرهن دون ان يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن المضمون بالرهن".

أن ما تخلفت عنه بعض التشريعات لتحديد دلالة الحائز فقد ادركه المنظم السعودي في المادة السابقة للأهمية واستبعاده لكل تفسيرية على أساس ضمني، فالحائز في نظر المنظم السعودي هو من تملك العقار وفق أسباب التملك المنصوص عليه في المادة الثامنة من نظام التسجيل العيني والتي نصت على " تقييد الحقوق العقارية في سجل العقار اذا كانت قد نشأت أو تقررت لسبب من اسباب اكتساب الحقوق العينية على النحو التي تقرره الشريعة الإسلامية..." وبهذا فالحائز للعقار المرهون هو من تملكه وفق الضوابط الشرعية وهذا ما لا يجب ان يرقى الشك اليه أن هو الحائز على الرغم مما درج عليه تعبير الاصطلاح الوارد بالنص لا يوجه حق التتبع إلى غيره، ممن يترتب لهم حقوق عينية متفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع والمساحة والارنفاق فهذه الحقوق في اصلها حقوق مؤقتة لا تخضع للتتبع، من الدائن المرتهن، ومن ثم فقد اوجب نظام الرهن العقاري ان لا يتعدى المالك الجديد للعقار المرهون في ممارسة حق التتبع (٣٦).

أن الاحتكام الى ما سبق طرحه من جهة وصراحة النصوص من جهة أخرى والتي تفيد بأن الدائن المرتهن لا يمارس حق التتبع إلا اتجاه المالك الجديد له دلالة في غاية الأهمية يكمن في نشوء النزاع ما بين حق عيني تبعية وحق عيني أصلي هو حق الملكية وبالتالي يسقط حق التتبع اتجاه الحقوق العينية الأخرى. وإذا كان هناك لفيف من الفقهاء يساير بعض التشريعات ويعتبر حق التتبع صلاحية قائمة بذاتها فلا بد من الوقوف على التساؤل التالي: هل يعتبر حق التتبع صلاحية وركيزة من ركائز الرهن العقاري من جهة، والتأمينات العينية من جهة أخرى؟ لا بد أن تستجلي حقيقة موقف المنظم السعودي للأجابة عن هذا التساؤل لأهمية ايجابته بمكان.

فأن كان موقف المنظم السعودي قد تماشى مع لفيف الفقهاء والتشريعات بأعتبار حق التتبع جزءاً لا يتجزأ من التأمينات العينية فأن ذلك لا يستقيم مع رؤية المنظم التشريعية هذه حقيقة أولى، أم الحقيقة الثانية فإن صلاحية التتبع تتنافى مع فكرة انقضاء الرهن وهذا يتطلب منا الوقوف على كل حقيقة من هذه الحقائق.

الحقيقة الأولى: يتعين اثبات عدم اعتبار حق التتبع من مقومات الرهن وأن ثبت تشريعياً على أنه من أثرها والدلالة على ذلك ما نص عليه المنظم السعودي في تعريفه للرهن للمادة الأولى في فقرتها الأولى من نظام الرهن العقاري والتي نصت " عقد الرهن المسجل يسجل وفق احكام هذا النظام يكسب الدائن المرتهن حقاً عينياً على عقار معين له سجل ويكون له بمقتضاه أن يتقدم على جميع الدائنين في استيفاء دينه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون" ومن خلال هذا النص لا وجود بداهة لحق التتبع وهذا التصور ليس حديثاً بل يعود الى أكثر من مائة سنة خلت او يزيد وظهرت تحديداً في أواخر القرن التاسع عشر لدى لوران الذي يرى بأن حق التتبع وأن كان من أثر الحق العيني على أنه ليس من مهمته، وعلى هذا الطرح يمكن أن نتصور وجود الحق العيني دون التتبع^(٣٧).

وهذا ما أكدته المادة الأولى كما سبقت الإشارة من النظام الرهن العقاري، ثم بعد ذلك ذهب البعض بأعتبار حق التتبع وسيلة لدعم التأمينات العينية والتي لا يمكن ان توجد بدونه وهكذا يبرز حق التتبع كحق مكمل لحق التقدم وهو غير مؤثر وغير حاسم ، ويعتبر البعض أن حق التتبع يعتبر حقاً قائماً مادام لا يمكن ممارسته إلا في حالة تصرف الحائز في العقار المرهون ، حيث انه لا يتم حق التتبع ضد المشتري او الحائز الثاني بل في مواجهة الحائز الاول، وهذا ما أشارت إليه المادة ٩٣ الفقرة الرابعة من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ الفرنسي ، وعليه فلا يمكن للدائنين المستفيدين من حق التتبع ممارسة هذا الحق إلا في حالة قيام المتصرف إليه أي الحائز بالتصرف بالعقار محل التصرف إلا إذا انتقل إلى حائز جديد^(٣٨).

الحقيقة الثانية: بالنظر الى موقف المنظم السعودي بتعريفه لعقد الرهن فقد انصب اهتمامه على حق التقدم وتجاهل حق التتبع في التعريف ونظم أحكامه وشروطه ضمن آثار الرهن اتجاه الدائن المرتهن وهذا في حد ذاته ينعكس على انقضاء الرهن بذاته، عدم ممارسة حق التتبع لا ينفي وجود الرهن أو يدل على أنقضائه لأن انقضاء التتبع لا يعني انقضاء التقدم وبالتالي انقضاء الرهن، لكن إنقضاء التقدم يؤدي إلى إنقضاء الرهن وهذا ما يثير إشكالية الانقضاء التدريجي، والانقضاء المباشر، ولئن لاحظت ملائمة هذا الطرح مع النصوص التشريعية من حيث التناسق فإنه لا بد من توضيح ذلك، عندما ينقضي الرهن العقاري بهلاك العقار هلاك كلياً دون تعويض، أو بإتحاد الذمة في الحق التبعية، وينتهي الحق التبعية سواء حق التقدم او التتبع لكن لا ينقضي الرهن بهلاك محله وهذا ما نصت عليه المادة الثانية والاربعين بقولها "ينقضي الرهن المسجل بهلاك محله وترعى أحكام هلاك الرهن المنصوص عليه في النظام" وغني عن البيان في هذا الإطار بأن عندما يتحقق سبب إنقضاء الرهن بأن هذا الانقضاء لا ينقضي إلا بشكل مرحلي وتدرجي، ففي المرحلة الأولى يسقط التتبع في هلاك العقار المرهون مع بقاء حق التقدم، وإذا كان الانقضاء التدريجي يشكل خطوة ملحوظة لأنقضاء حق التتبع أولاً فكيف يسوغ القول بأن المنظم السعودي يفرز ما بين الانقضاء المباشر والانقضاء التدريجي؟ من الواضح أن واضعي نظام الرهن العقاري لم ينظروا الى تصنيف أسباب الانقضاء إلى أسباب مباشرة وأسباب تدرجية وأنما جاء المنظم بتعدد اسباب الانقضاء على أساس أنها كلها أسباب مباشرة وهذا ناتج من اهتمام المنظم السعودي بالنتيجة المستخلصة من الانقضاء وربطها بالاسباب وهذا ما يتفق وطبيعة النصوص الواردة في نظام الرهن العقاري وأنما قاد المنظم السعودي الى هذا الطرح الذي ينافي المنطق وقصوره عن بيان حقيقة لا مفر منها هو ارتباط السبب بالنتيجة، وهذا الطرح لا يستقيم احياناً بأعتبار أن المنظم قد سرد أسباب الانقضاء دون التمييز بين الانقضاء الكلي والجزئي فعلى سبيل المثال ما نصت المادة ثلاثين من النظام بقولها " لحائز العقار المرهون حق تطهيره من كل رهن مسجل ويكون هذا الحق قائماً للحائز حتى اجراء بيع العقار المرهون، وله أن يعود بما دفعه على المدين الراهن فهذا النص يبين بأن الرهن لا ينقضي بشكل كلي وفي المرحلة الأولى ينقضي حق التتبع لقاء تواصل وجود الرهن في حدود حق التقدم في انتظار سقوطه وإنقضائه لاحقاً، وما تفسر هذا الا بالقول بأن حق التتبع لا يعد جزء من ماهية الرهن العقاري والتأمينات العينية بشكل عام.

المطلب الثاني: مدى إمكانية الدائن المرتهن من ممارسة حق التقدم والتتبع إتجاه ملحقات الرهن العقاري.

إذا كان نظام الرهن العقاري قد منح للدائن المرتهن بموجب عقد الرهن المسجل حق التقدم والتتبع للعقار المرهون في حالة انتقاله الى يد الحائز أو في حالة مزاحمة الدائنين، فالسؤال المطروح في هذا الإطار يكمن مدى فاعلية هذه الضمانات اتجاه المدين الراهن في حالة إذا قام هذا الاخير بالتصرف بملحقات الرهن من جهة أو إذا لجأ إلى إنشاء حقوق عينية مؤقتة كحق الأنتفاع او الأرتفاق بعد نشوء الرهن على العقار؟ أن الاجابة على هذا التساؤل يتطلب منا تحديد فكرة الوحدة المادية

لهذا العقار والتي نص عليها المنظم السعودي بالمادة الرابعة من نظام التسجيل العيني بقوله (تعد وحدة العقارية في تطبيق احكام هذا النظام: ١. كل قطعة من الأرض بما عليها من بناء وغراس وغير ذلك تقع في منطقة عقارية واحدة وتكون مملوكة لشخص أو أكثر دون أي فصل...).

أن النص السالف الذكر ما هو إلا دلالة واضحة على حق الملكية مع مراعاة المحافظة على وحدتها من خلال الارتكاز على فكرة الاندماج التي تحقق الوحدة المادية للعقار أي الأرض وما عليها، لكن الوحدة القانونية للملكية والتي تشكل قرينة مفترضة يمكن اثبات عكسها من خلال انشاء المباني والأغراس من طرف غير المالك مع مراعاة تسجيل الحق التي انشأت بموجبه، وبما أن المنظم السعودي قد حدد الوحدة العقارية لأبعاد قانونية وتنظيمية والتي تتطلب تخصيص صحيفة في السجل العقاري لكل وحدة مستقلة وفقاً للمادة السادسة من نظام التسجيل العيني والتي تنص " يخصص لكل منطقة عقارية سجل عقاري تفرد فيه صحيفة لكل وحدة عقارية تقيد بها الحقوق والالتزامات وتبين اللائحة التنفيذية كيفية إعادة هذا السجل، من هذا المنطلق بأن الأرض وما عليها من ملحقات منقولة سواء كانت مباني أو معدات أو منقولات قد تكون قيمتها المادية أعلى من قيمة الأرض مما يدفع بالمدين التصرف بها مستقلة عن العقار بقصد الأضرار بقيمة العقار المرهون، وبما أن للمدين الراهن إمكانية التصرف بالعقار المرهون فقد يسعى إلى انشاء حقوق ارتفاق على العقار مما يؤدي إلى انخفاض قيمته وإمام هذه التصورات لا يمكن للدائن المرتهن أن يعتمد على كل من حق التتبع والتقدم لضمان حقه فليس هناك أفضل من يلجأ إلى دعوى عدم نفاذ التصرفات. وهل يمكن إعتبار دعوى عدم النفاذ ضماناً حقيقية للدائن المرتهن لحماية حقوقه؟

إذا كان منطق دعوى دعم نفاذ تصرفات يتأسس على حماية الذمة المالية للمدين التي تشكل ضماناً عاماً للدائنين إستناداً لقاعدة أساسية تفيد بأن للدائن أن يستوفي كامل حقوقه من الذمة المالية للمدين، فإن هذه الدعوى يمكن أن تكون وسيلة لحماية حقوق الدائن المرتهن عندما تتعرض حقوقه للتعدي من طرف المدين خاصة إذا كانت التصرفات الأخيرة تتجه نحو إضعاف القيمة الاقتصادية للعقار المضمون الذي يشكل ضماناً خاصة للدائن المرتهن، وبعبارة أخرى يمكن لدعوى عدم النفاذ أن تكون وسيلة لحماية الضمان الخاص للدائن المرتهن.

وإذا كان المنظم السعودي قد أوجد بعض الحلول لحالات التعدي على العقار المرهون من طرف المدين المؤدية إلى إضعاف قيمة المرهون الاقتصادية، إلا أن هذه الحلول قد لا تتناسب في بعض الأحيان مع مصلحة الدائن المرتهن، ناهيك على أن الفقه ذهب إلى تفسير النصوص والأحكام القانونية المتعلقة بدعوى عدم النفاذ والتي تداولتها التشريعات المقارنة (٣٩) على أنها هي إمكانية وجدت لكل دائن سواء أكان دائناً عادياً أو ممتازاً أو مرتهناً، فمن حق هؤلاء أن يسلكوا طريق هذه الدعوى مهما كان سند دينهم، واقعة مادية أو تصرف قانوني، أو مهما كان طبيعة الإلزام فلا يمنع الدائن من رفع هذه الدعوى بعلّة أنه دائن ممتاز أو دائن مرتهن^(٤٠).

ومن هذا المنطلق فإن هذه الدعوى تعد إمكانية متاحة ووسيلة فعالة للدائن لأنها لا تعد دعوى تنفيذية، ولهذا ليس هناك مبرر حول الشروط المتعلقة بالدين مثل تقدير قيمته أو استحقاق ادائه كذلك لا يشترط بأن يتضمن الدين سنداً تنفيذياً، أو قد حل أجله.

وقبل التطرق لفعالية دعوى عدم نفاذ التصرف لحماية حقوق الدائن المرتهن وتحديد في نطاق المنقولات الملحقة بالعقار المنقول لا بد من الوقوف مبدئياً على تأصيل هذه النظرية أو هذه الدعوى التي يرجع أصلها إلى الفقيه الفرنسي بوتيه الذي تأثر بالواقع الفرنسي الذي كان سائداً في وقته أساس أن يعامل المنقول المرتبط بالعقار معاملة العقار، وعليه قد تأثر القانون المدني الفرنسي بهذه النظرية التي كانت واضحة الملامح من خلال نص المادة (٥٢٢). وبالتالي تعد عقارات بالتخصيص كل من الأدوات والحيوانات وغيرها من الأشياء المنقولة المرتبطة بالعقار وقد أشار في هذا النطاق نظام الرهن السعودي إلى هذه المنقولات من خلال المادة الخامسة عندما نصت بالقول يشمل الرهن (ملحقات العقار المرهون من أبنية وأغراس، وما أعد لخدمته وما يستحدث عليه من إنشاءات أو تحسينات بعد العقد مالم يتفق على غير ذلك دون إدخال بحقوق غير المتصلة بهذه الملحقات).

ومن الواضح أن النص المذكور قد تعامل مع العقار بالتخصيص إنطلاقاً من فكرة الملحقات مرتكزاً على زاويتين الزاوية الأولى : عندما تناول ما أعد لخدمة العقار وما ورد في هذا النص إلا تعداداً أو قياس على خدمة العقار: أما الزاوية الثانية فانطلق المنظم منها للمحافظة على الوحدة المادية ذات الطابع الاقتصادي للعقار من خلال التحامه المنقول بالعقار إذ من الصعب فصل كل منهما عن الآخر وأن تحقق الفصل يؤدي إلى تلف المنقول وما موقف المنظم السعودي في هذا الجانب إلا

نهج نهجته التشريعات المقارنة ، فعلى سبيل المثال مانص عليه القانون المدني الاردني في المادة ١٣٣٠ بالقول (يشمل الرهن التأميني ملحقات العقار المرهون من أبنية واغراس ، وعقارات بالتخصيص)فهذه التشريعات تدعو إلى افتراض المنقول على أنه عقار فما النص الوارد في نظام الرهن العقاري والسالف ذكره ما هو إلا افتراض تشريعي من أجل التحقيق والمحافظة على الوظيفة الاقتصادية للملكية العقارية من جهة والمحافظة على الوحدة المادية للعقار من جهة أخرى.

وإذا كان الارتباط المادي ما بين العقار والمنقول قائماً أصلاً على قاعدة ارتباط الفرع بالأصل، نأخذ حكم الأصل فهي مصدراً للشراء خاصة في القطاعات الاقتصادية^(٤١). لكن هذا المفهوم أصبح محل نظر في إطار تطور القطاع الصناعي وأثره في الاقتصاد الوطني فهناك العديد من الآلات والمعدات المرتبطة ارتباطاً مادياً بالأرض قد تكون قيمتها أكثر منها أي أكثر من الأرض، وإذا العقار في الأصل هو كل شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله دون تلف فإن الملاحظ يرى أن الصمت مخيم على المشرع فيما يتعلق بتحديد مفهوم متطور للعقار بتخصيص أو ما يعرف بالعقار الحكمي لكي يتعايش مع متطلبات التطور الذي يشهده النشاط الاقتصادي من تعاظم الأشياء، من منقولات وارتفاع قيمتها المادية فتعاظم ارتفاع قيمة المنقول راجعاً بالأصل إلى سرعة التحولات الاقتصادية والتبادل التجاري مما عزز القيمة المادية للآلات الميكانيكية وغيرها^(٤٢).

وبالنظر للعقار بالتخصيص والتي تشكل في ذاتها ملحقات الرهن وفق نص نظام الرهن العقاري حيث تشكل هذه الملحقات جزءاً من الرهن والذي يعتبر مسلطاً على العقار وملحقاته، وبهذا يمتد الرهن إلى المنقولات المخصصة لخدمة العقار وفقاً لإرادة المالك، وإذا كان محل الرهن أرض بيضاء فإن كل إضافة إلى الأرض يشكل جزءاً منها (تحسينات) ويدخل ضمن الرهن لكن هذا المحور يضعنا أمام التساؤل التالي: وهو ما مدى صلاحية المدين الراهن للتصرف في ممتلكات الرهن؟ لقد سبقت الإشارة إلى أن فكرة العقار بالتخصيص قائمة بالأصل على الافتراض التشريعي حيث يكون المالك واحداً ما بين العقار محل الرهن وتوابعه والرهن يطال الملحقات سواء كانت هذه الملحقات ملتحمة مادية بالعقار أو منفصلة، وبالتالي ليس هناك داعي لنص عليها لكونها تأخذ حكم العقار الأصلي، بوصفها من توابعه، وبالتالي إذا تصرف المدين الراهن بها أو حاول فك الالتحام المادي لها مما يؤدي إلى إضعاف الرهن، فهذا يمكن للدائن الاعتراض على التصرف الذي قام به المدين الراهن لأنه يؤدي إلى انخفاض القيمة الاقتصادية للعقار المرهون مما يمكن للدائن اللجوء إلى الوسائل التحفظية لحماية حقه والمحافظة على قيمة العقار أمام تصرف المدين الراهن فدائن المرتهن لا يمكن له مزاوله حقه بتتبع على العقارات بالتخصيص، إذا انتقلت إلى المشتري حسن النية إلا أنه يمكن له أن يتقدم على الثمن بما له حق التقدم إذا لم يسلم المشتري الثمن للمدين الراهن^(٤٣).

وفي جميع الأحوال يكون للدائن حق اللجوء لدعوى عدم النفاذ كإجراء قضائي انفرادي إذا توفرت شروطها، ويمكنه المطالبة بتقوية الضمان أو إسقاط أجل الدين المضمون وأمام هذا الطرح لا بد من التمييز بين إذا قام المدين بفصل المنقولات المخصصة للرهن فإنها تفقد صفتها العقارية لأنها لا تعد في ملك مالك العقار الأصلي ولكنها تبقى ضامنة لحق الدائن المرتهن لان المالك الراهن قد يلجأ إلى أضرار المرتهن عندما يتم فصل المنقول عن العقار المرهون ففي هذه الحالة لا يترجم هذا التصرف إلا بقصد الإضرار بمصالح الدائن وهذا الأخير يمكنه أن يتمسك بدعوى عدم نفاذ التصرف في حق الدائن خاصة أن الدائن لا يمكنه ممارسة حق التتبع إتجاه المنقول إذا قام المدين بفك الالتحام ما بينه وبين العقار متمسكاً بمبدأ نسبية العقود على أن العقد لا ينفع ولا يضر إلا عاقيه، وفي هذا الإطار فإن البيع الواقع على العقار بالتخصيص بنقل الملكية بين المتعاقدين فإن أثره يبقى أثراً نسبياً ما بين طرفيه خاصة أن الغير يفتقد إلى أي أساس قانوني يحتمي به، إلا دعوى عدم النفاذ.

وفي نفس هذا الإطار يرى مرقص بهذا القول (إذا كان الرهن رسمياً وراداً على العقار وملحقاته فلا يجوز رهنها أو بيعها أو التصرف فيها وبالتالي فإن أي تصرف بشأنها لا يعد نافذاً إتجاه الدائن الذي بإمكانه أن يلجأ إلى دعوى عدم النفاذ إذا توفرت شروطها^(٤٤)).

أما بالنسبة لموقف النظام السعودي يلجأ لهذه الدعوى في حالة تصرفات المدين المفلس، وقد أشار إليها من خلال أحكام الإفلاس الواردة في نظام المحكمة التجارية، وكذلك التصرفات المتعلقة بالحقوق العينية وتسجيلها، فجعل الإخلال بتسجيل الحق العيني غير نافذ تجاه الغير. أما الوقوف على التعامل مع هذه الدعوى من قبل الدائن المرتهن فإنه يمكنه أن يعتمد على هذه الدعوى عندما يتبين له بأن تصرفات المدين تلحق أضراراً بالعقار المرهون، وبالوقوف على التأصيل الشرعي لفكرة الأضرار التي تعتمد على سوء النية والخديعة الذي يمكن أن يلجأ إليها المدين والتي يمكن أن تكون الخدع أو الغرر أو التدليس، أو الغش، وهذا ما نهى عنه رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم، فالتغريب إخفاء المال عن الدائن وكذلك هناك

القواعد التي تنهي عن الغرر بالغير سواء كان هذا الغرر واقع على المال أو الجسد وهذا ما أشارت إليه القاعدة الشرعية التي تقول على (لا ضرر ولا ضرار) أما من الناحية القانونية فإن الفقه يرى بأن التدليس يتطلب وجود وضعية قانونية يحاول المدلس تفادي أثرها ونتائجها باستعمال وسائل شرعية مما أدى إلى القول بأن التدليس يعني تجاوز تطبيق القاعدة الملزمة باستعمال وسائل شرعية، فمن الجائز بأن تكون القاعدة الملزمة باستعمال وسائل شرعية قانونية أو تعاقدية، فإذا كان العقد شريعة المتعاقدين ويرى مجال التدليس لا يقتصر على تنفيذ الإلتزامات، أو تدعيم الضمان العام، ولكن يخص جميع المجالات القانونية باعتبارها قاعدة عامة تفيد بأن الغش يفسد كل شيء^(٤٥).

أستناداً على ما تقدم قد يلجأ المدين الراهن إلى بعض التصرفات بقصد الإضرار بالعقار المرهون ومن التصرفات التي قد تلحق أضراراً بالعقار المرهون كإنشاء حق الارتفاق عليه بعد رهنه مما يكون له أثراً مباشراً على القيمة الاقتصادية للعقار، فهذا الحق قد يكون عائقاً لبيعه والتنفيذ عليه خاصة عندما يكون محملاً بحق الارتفاق ، فهذا الأخير لا يمكن للدائن المرتهن ممارسة حق التبعية عليه لأنه غير قابل للبيع بالمزاد، وفي هذا الإطار يرى الفقه بأن الرهن يولد إلتزاماً بعدم التصرف في المال المخصص بالوفاء بالدين، وأن هذا الإلتزام أساسه حق التبعية ، بل هو الأساس القانوني لحق التقدم لأن المدين الراهن يتعهد إذا ما رهن بأنه يخصص بعض ماله لوفاء دينه، فإذا تصرف في هذا المال يكون تصرفه غير نافذ بحق الدائن المرتهن، وإذا رتب رهناً جديداً على العقار فإن هذا الرهن لن يكون نافذاً بحق الدائن الأول بمقتضى احتفاظ الدائن المرتهن الأول بحق التقدم^(٤٦). إلا أن هذا الطرح قد لا يمكن تصوره في نطاق أحكام نظام التسجيل بشكل عام^(٤٧). ونظام الرهن العقاري بشكل خاص، ولبين ذلك لا بد أن نميز بين رهن العقار المسجل، والغير مسجل وفق أحكام المادة الحادية عشر من نظام الرهن العقاري والتي تنص على (١). إذا كان العقار مسجلاً وفقاً لنظام التسجيل العيني للعقار جاز التصرف فيه ٢. إذا لم يمكن العقار مسجلاً وفقاً لأحكام نظام التسجيل العيني للعقار، فلا يجوز للراهن أن يتصرف في عقاره المرهون ما لم يتفق على خلاف ذلك، ووثق ذلك في صكه وسجله) فمن الملاحظ من خلال هذا النص فقد أجاز نظام الرهن للمدين الراهن أن يتصرف بالعقار المرهون ، والإجازة جاءت مطلقة بمعنى دون أي قيد على هذا التصرف، قد يلجأ المدين إلى التصرفات التي تلحق أضراراً بالعقار المرهون سواء كانت هذه التصرفات مادية أو قانونية ، التي تؤدي إلى إضعاف القيمة الاقتصادية للعقار المرهون، وإذا كانت المعالجة من عدة حلول ومنها حلول أجل الدين الذي قد يتلاءم مع مصلحة الدائن المرتهن ، أو قد لجأ المدين إلى إنشاء حق الارتفاق على العقار بنية الإضرار بمصلحة الدائن وعرقلة بيع العقار فإنه في هذه الحالة يمكن للدائن أن يلجأ إلى القضاء لطلب حكماً بعدم نفاذ حق الارتفاق إتجاه ويوقف ما سعى إليه المدين الراهن، وله أي الدائن أن يتمسك بعدم نفاذ حق الارتفاق على العقار المرهون إستناداً إلى حكم القضاء الذي يتضمن إلغاء هذا الحق من سجل العقار بعد قيده لأن ما لجأ إليه المدين قائم على نية الإضرار للدائن المرتهن، وهذا ما هو إلا مخالفة للأصول الشرعية التي تشكل سبباً من أسباب الطعن بالقيود المدون بالسجل العقاري إذا كان مخالفاً للأصول الشرعية.

وفي هذا الإطار يرى توفيق حسن فرج بأن ما يقرره المدين الراهن على العقار من حقوق عينية أصلية كإنتفاع أو حق الإرتفاق فإن هذه الحقوق لا تنفذ إتجاه الدائن المرتهن ويكون لهذا الأخير الحق بأن يلجأ بالتنفيذ عن العقار خالياً من هذه الحقوق^(٤٨).

وعلى الرغم من صحة هذا التوجه إلا أنه لا بد لعدم نفاذ الحقوق العينية المترتبة على العقار المرهون من حكماً قضائياً يعطل نفاذ هذه الحقوق إتجاه الدائن المرتهن خاصة إذا تم قيدها بالسجل العقاري لأن قيدها لا يتطلب الرجوع إلى الدائن المرتهن إستناداً إلى المادة الحادي عشر التي تمنح إمكانية التصرف بالعقار المرهون، فهذه الحقوق قد تكون في نظر المدين الراهن من صور استثمار العقار المرهون، إلا أنه ما مخفي فيها يشكل ضرراً على الدائن المرتهن أو أنها قد أنشئت بقصد الإضرار.

ويمكن للدائن المرتهن اللجوء إلى دعوى عدم نفاذ التصرفات التي يقوم بها المدين والتي تهدد حقوقه على العقار المرهون استناداً على الأحكام المادة الثالثة عشر في فقرتها الأخيرة من نظام الرهن والتي تنص بقولها " ... وللمرتهن الاعتراض على جميع ما من شأنه إنقاص قيمة العقار المرهون أو تعويضه للهلاك أو العيب، وله أن يتخذ من جميع الإجراءات التحفظية والنظامية ما يضمن سلامة حقه، وله الرجوع بالنفقات على الراهن" وإستناداً على النص وما تضمنه من ضمانات لحقوق الدائن المرتهن فإنه يمكن اللجوء إلى دعوى عدم النفاذ إذا تأثرت قيمة العقار المرهون من تصرفات المدين ، حيث أن هذه الدعوى تلزم المدين بأن يتراجع عن هذه التصرفات التي تقع على الضمان الخاص للدائن، ناهيك عن ذلك يمكن للدائن المرتهن أن يلجأ إلى دعوى عدم نفاذ التصرف للمحافظة على أموال المدين في حالة إذا ضعفت القيمة الاقتصادية للعقار

المرهون بسبب تصرفات المدين الراهن ففي هذه الحالة يعتبر الضمان العام ضماناً تكميلاً لضمان الخاص خاصة إذا سعى الدائن المرتهن بعد إنقاص قيمة العقار والتنفيذ عليه ولم يحقق قيمة الدين، فلا يكون للدائن إلا اللجوء إلى الضمان العام لإستكمال ما نقص من قيمة الرهن وهذا يعد مبرراً في يسمح للدائن أن يلجأ إلى هذه الوسيلة للمحافظة على حقوقه، ويتأسس هذا الطرح بناءً على الصفة الإزدواجية للدائن المرتهن حيث بإمكانه أن يجمع ما بين الدائن المرتهن والدائن العادي .

ومن الحالات التي يمكن لدائن المرتهن أن يعطل تصرفات المدين الراهن في حالة إذا قام هذا الأخير بالتصرف بالمنقولات المحلقة بالعقار المرهون وهو ما يعرف بالعقار بالتخصيص، بشكل مستقل على العقار المرهون، وبما ألا يمكن للدائن ممارسة حق التتبع على المنقول الذي دخل في حيازة الغير وحسن النية فإنه يمكنه أن يتمسك بحلول أجل الدين إلا أن هذا الحل قد لا يكون فيه إنصاف للمدين فيمكن في هذه الحالة أن يلجأ الدائن إلى دعوى عدم نفاذ التصرف وترجع الأموال مشمولة بالرهن خاصة إذا ما زالت حتى حيازة الدائن^(٤٩)

الخاتمة

أما وقد انتهينا من معالجة الضمانات القانونية لمتابعة الدائن المرتهن للعقار المرهون. ابتغاء الاستيفاء قذة بقذة معاً في الأنظمة العقارية المعمول بها في المملكة العربية السعودية، بعد أن بسطنا القول في أهم مسائل هذا الموضوع بسطاً لا إسراف فيه، فقد آن أن نختم هذا الموضوع في جملة من النتائج والتوصيات، بعد أن تم التطرق لكافة جوانبه بشكل محكم الأوشاج. وما إنتهينا إليه من نتائج قد تكون مقدمة لنتائج أخرى تبني عليها.

النتائج

- لقد تضمن نظام الرهن العقاري ضمانات قانونية لتدعيم الائتمان وحصرها في الرهن العقاري المسجل مستبعداً الرهن غير المسجل مما جعلنا أمام نظام مزدوج للرهن، الأول ما يتعلق بنظام الرهن المسجل، والثاني الرهن غير المسجل والذي يخضع لقواعد الفقه الإسلامي، فهذه ولا ريب أن في هذه النتيجة المنطقية إخلال بالمراكز القانونية للمتعاقدین والمساواة، خاصة وأن نظام التسجيل العيني في المملكة يطبق تدريجياً وبشكل جبري وليس اختياري ويتم تحديد المناطق التي يتم إخضاعها للنظام من طرف وزير العدل.
- لقد عرف نظام الرهن العقاري الرهن مرتكز على حق التقدم دون حق التتبع متأثراً في الطرح الفقهي القديم الذي يستبعد حق التتبع من الرهن والأصل أن يتم الأمران في عين الآونة معاً لكي يستقيم التصريف مع النصوص القانونية اللاحقة له.
- استبعد المنظم السعودي العقد أو الوثيقة العرفية للقيد الرهن في السجل العقاري، عندما إشتراط لقيد التصرفات عقد موثق، دون تحديد جهة التوثيق مع العلم قد بانه أصدر نظاماً خاص بالتوثيق، وهذا له دلالة خاصة في السياسة الشرعية في المملكة التي تجعل من التراضي النواة الأساسية في العقود فالأصل أن يعتد بالوثيقتين العرفية والرسمية لكي يتلاءم مع الأنظمة القانونية مع السياسة الشرعية في البلاد.
- لم يتطرق المنظم السعودي إلى شكلية عقد الرهن في نظام الرهن العقاري وهذا في حد ذاته إضعاف لضمانات الدائن المرتهن، تاركة الشكلية في عقد الرهن لنظام التسجيل العيني. أمام ضعف الصياغة في نص المادة الأولى في نظام الرهن والتي يجب إعادة النظر فيها.
- لم يوفر المنظم السعودي ضمانات كافية للدائن المرتهن في نظام التسجيل، عند لجوء المدين إلى إنشاء حقوق عينة متفرعة عن حق الملكية لحق الإتياع والانفاق، خاصة أن هذه الحقوق مؤقتة لا يمكن للدائن المرتهن الاعتماد على حق التتبع بعد إنشاء الرهن لهذه الحقوق والتي قد تكون عائقاً عند التنفيذ تاركة الأمر للقواعد العامة في متابعة المدين الراهن كما ترتب على العقار المرهون من تكاليف والتزامات عينية من الصعب التخلص منها.
- لم يفرق المنظم السعودي بين الإنقضاء الكلي والتدريجي للرهن، هناك حالات يفقد الدائن المرتهن حق التتبع مع استمرارية حق التقدم، وهناك حالات أخرى ينقضي كل من التقدم والتتبع معاً، وهذا راجعاً إلى ذكر حالات الإنقضاء معتمد على ربط السبب بالنتيجة.

- بعد الوقوف على مشروع نظام الإفلاس السعودي قد سعى المنظم من خلال هذا المشروع إلى تعطيل المتابعة الفردية للدائن المرتهن للعين المرهون في حالة ضعف المركز المالي للمنشأة التجارية متجاوز العقد والآجال الاتفاقية فيه تاركاً الأمر للقضاء وهذا يعطل فاعلية التقدم والتتبع كضمانات وفرها نظام الرهن العقاري للدائن.
- لقد تعامل المنظم السعودي مع السجل العقاري وتقييد الرهن فيه كوسيلة إعلانية وليس مصدراً منشئاً للحق حتى يكون الرهن نافذاً تجاه الغير.

التوصيات

١. تعديل أحكام المادة الأولى من نظام الرهن العقاري المسجل بإلغاء العبارة التالية (المسجل وفق أحكام هذا النظام) لان التسجيل يتم وفق نظام التسجيل العيني، وليس وفق نظام الرهن العقاري يجب التعامل مع التصرفات العقارية من خلال الشكلية والرضائية على درجة من الأهمية كل منهما مكمل للآخرى.
٢. تضمين نظام الرهن العقاري نصاً يتعلق بشكلية كتابة الرهن وتحديد طبيعتها سواء كانت عرفية أو رسمية دون الإحالة على أحكام نظام التسجيل بحيث يصبح قيد الرهن بشكل خاص والحقوق العينية الأخرى بشكل عام ملزماً لكافة الأطراف وهذا مايجعلنا أن نقترح بتعديل المادة ٣٦ من نظام التسجيل العيني والفقرة الثالثة من المادة الأولى على ان تكون على الشكل الثاني (يجب أن يكون عقد الرهن محرراً لوثيقة عرفية أو رسمية ولا يعتد به بين الاطراف وإتجاه الغير إلا إذا تم قيده بالسجل العقاري).
٣. تفعيل القيد الاختياري في السجل العقاري من خلال التنسيق بين المالك وإدارة السجل العقاري كما هو الحال بالنسبة لبعض التشريعات، كالتشريع التونسي والمغربي، ولهذا نقترح ان يكون هناك نصاً في نظام التسجيل العيني على الشكل التالي (يمكن لذوي الشأن اللجوء إلى إدارة السجل العقاري لتقييد الحقوق العينية الأصلية أوالتبعية في المناطق والوحدات العقارية لم يعلن عنها وزير العدل لقيدها في السجل العقاري وفقاً للضوابط والإجراءات المعمول بها بالنظام).
٤. توفير ضمانات للدائن المرتهن وفق نص خاص فيما يتعلق بالتصرفات المتعلقة بإنشاء حق عيني على العقار المرهون بعد إنشاء الرهن مرتكزاً على عدم نفاذ التصرف.
٥. إبراز خاصية عدم التلازم بين حق التقدم والتتبع.

بيان تضارب المصالح

يقر جميع المؤلفين أنه ليس لديهم أي تضارب في المصالح.

المراجع

- القريشي، بشير المنوي. (٢٠١٤). التنازل عن الحق العيني. تونس: مركز النشر الجامعي.
- أدخول، سلمان. (٢٠١٥). المركز القانوني للتوثيق العدلية في نظام السجلات العقارية. الرباط، المغرب: دار السلامة للطباعة والنشر.
- النمير، هدى سعيد. (١٩٨٩). القيود التي ترد على تصرفات مالك المبنى المقسم إلى شقق وطوابق. دار النشر غانم، إسماعيل. (١٩٦٧). مصادر الالتزام. مكتبة وهي.
- حجازي، عبد الحى. (١٩٨٢). النظرية العامة للالتزام. جامعة الكويت.
- شرف الدين، بن يحيى. (١٩٨٥). رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين. بيروت: دار الكتب العلمية.
- القرطبي، محمد بن راشد. (١٩٨٦). بداية المجتهد ونهاية المقتصد. بيروت: دار الكتب العلمية.
- محمدي، حاتم. (٢٠١٤). التنازل عن الحق العيني. تونس: مركز النشر الجامعي.

- السباعي، أحمد شكري. (٢٠٠١). الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاول ومصادر معالجتها. ج٣. ابو غنيمه، عبد العزيز عبد القادر. (١٩٧٢). الالتزام العيني بين الشريعة والقانون. مصر: دار النهضة.
- الحلالشه، عبد الرحمن. (٢٠٠٦). أحكام الالتزام. عمان، الأردن: دار وائل.
- الكحون، علي. (٢٠١٥). النظرية العامة للالتزامات. تونس: مجمع الطرش للكتاب.
- عبد القادر، ازركي. (١٩٩٢). دروس في القانون العقاري. جامعة الحسن الثاني.
- بولعابي، كريم. (٢٠١٥). حسن النية في المادة التعاقدية. منشورات الأطرش، تونس.
- افريل، يوسف. (٢٠١٠). الرهن الرسمي العقاري، ضمانه بنكية للدائن المرتهن. الدار البيضاء، المغرب: مطبعة النجاح.
- عبد الله، هدى. (٢٠١١). التأمين العقاري مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز. منشورات الحلبي، بيروت.
- فرج، توفيق حسن. (ب.د.ت). التأمينات الشخصية والعينية. الإسكندرية، مصر: مؤسسة الثقافة الجامعية.
- الزروالي، سعاد. (٢٠٠٩). مبدأ تخصص الرهن الرسمي في التشريعي العقاري المغرب. مجلة الحقوق المغربية، سلسلة الدراسات والأبحاث، الرباط.
- خيري، محمد. (٢٠١٣). مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي منشورات المعارف، الرباط، المغرب.
- شحاتة، شفيق. (١٩٥٤). نظرية التأمينات العينية.
- خيري، محمد. (٢٠١٣). مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي. منشورات المعارف، الرباط، المغرب.
- الدسوقي، محمد إبراهيم. (٢٠٠٩). التصرفات العقارية غير مسجلة. القاهرة: دار النهضة العربية.
- ذياب، حسن عز الدين. (٢٠١٥). العقار الحكمي. مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، مجمع الأطرش، تونس.
- الإدريسي، بوشعيب. (٢٠١٤). التطهير في نظام التحفيظ العقاري. مجلة المنارة، (٢).
- الزين، زين. (٢٠١٦). حماية الملكية العقارية للقاصر. ندوة حماية الطفل، كليات الشرق العربي. الرياض
- بومية، صلوخة. (٢٠١٥). تطور الشكلية في القانون المدني. مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، مجمع الأطرش، تونس.
- الجمال، رياض. (٢٠١٥). حماية الغير من إجراءات التسجيل العقاري. مجلة بحوث ودراسات قانونية تصدر عن جمعية الحقوقيين، صفاقس، تونس.
- الزروالي، سعاد. (٢٠٠٩). مبدأ تخصص الرهن الرسمي في التشريعي العقاري المغرب. مجلة الحقوق المغربية، سلسلة الدراسات والأبحاث، الرباط.
- الحروف، فاطمة. (١٩٩٤) حجية القيد في السجل العقاري [رسالة ماجستير]. جامعة محمد الخامس الرباط.
- عبد الله، عز الدين. (١٩٤٢). حماية خاصة بالدائن المرتهن [أطروحة دكتوراه]. جامعة فؤاد الأول.
- العساف، مصطفى. (١٩٨١). أثر الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن والحائز في التشريعين العقاري المغربي والأردني [رسالة ماجستير]. جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب.

References

Charles Beaurepaire. (1957). le role économique du regime de timmrriculation Fonciere au Maroc, vevue juridique et politique de l union Francaise.

Abdeljalil Elammoumi. (2005). **Droit des difficultés de l'entreprise, la prévention des difficultés, le redressement judiciaire la liquidation juridique**, 2^{ème} édition.

Michel Jeantin, Paul Le Cannu. (1999). **Droit commercial, Instrument de paiement et de crédit, Entreprise en difficultés**. 5^{ème} édition, Dalloz.

Alain Galesne. (2004). **le Diagnostic bancaire de l'Entreprise**, Rennes: Edditions Cerefa.

Azargui. (1982). **la protection de la propriété immobilière en droit maghrébin comparé, droit comparé, droit marocain et droit tunisien** [thèse Grenoble].

(^١) يرى الفقه بأن هناك معايير للتعبير عن الإرادة فهناك المعيار الموضوعي والذي يستند على وسائل متخصصة مألوقة بين الناس مثل القول أو الكلام ، والكتابة ، والإشارة المتعارف عليها ؛ ويكون التعبير ضمناً إذا لم تكن وسيلة التعبير عن الإرادة من الوسائل المألوفة للكشف عن الإرادة ولكنها تفتي بالضرورة للتعبير عنها. كان يصور سلوكاً من شخص له دلالة على وجود الإرادة .

المعيار الذاتي : فينفض على الهدف الذي يسعى القائم بالتصرف إلى تحقيقه؛ وتطبيقاً لهذا المعيار يكون التعبير صريحاً إذا كان المقصود إيصال التعبير مباشرة إلى من وجهه إليه. وعلى العكس يكون التعبير ضمناً إذا لم يهدف إلى إيصال الإرادة لكن يستدل منه بطريقة غير مباشرة على وجودها .

انظر تفصيلاً بشير المنوي القريشي ، التنازل عن الحق العيني ، مركز النشر الجامعي ، تونس ٢٠١٤ ص ٣٠٤ .

(^٢) صدر نظام التسجيل العيني بقرار مجلس الوزراء رقم ٧/ ب / ٣٨٨٧ تاريخ ١٤/٢/١٤٢٣ هـ وبقرار معالي وزير العدل رقم ٤٤٩٣ تاريخ ١٤/٦/١٤٢٥ هـ وبتعميم وزير العدل رقم ١٣/ ت / ٢٤٧٦ تاريخ ١٤٢٥/٦/٢٣ هـ .

(^٤) Azargui (A) : la protection de la propriété immobilière en droit maghrébin comparé, droit comparé , droit marocain et droit tunisien thèse, Grenoble, ١٩٨٢, p, ١٥٥ انظر حول متطلبات القيد في السجل العقاري والغائه وشطبه

(^٦) فعندما استخدم نظام التسجيل العيني مصطلح عقد موثق هذا يعني بأن العقد يجب أن يحرر من موظف ذو ولاية يختص بسماع والتصديق ضوابطها بنفسه بعد توفير شروطها وتحقق أركانها وقد اهتمت المحكمة في قطاع التوثيق منذ زمن طويل حفاظاً على مصالح وأموال الناس وقد أصدر الملك عبد العزيز - رحمه الله - توجيهاته بتاريخ ٢/٤/ ١٣٤٦ هـ حيث حدد صلاحيات كتاب العدل من ضمن تحرير العقود والوصايا والوكالات التجارية. وينعكس اهتمام النظام القانوني السعودي من خلال إصدار نظام خاص بالتوثيق برقم . .

(^٧) نظام الرهن العقاري السعودي الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم م / ٧٥ وتاريخ ٢١/١١/١٤٢٤ هـ وبقرار مجلس الوزراء ذي الرقم ٢٥٧ وتاريخ ١٢/٨/١٤٣٣ هـ وبتعميم وزير العدل ذي الرقم ١٣٠ / ت / ٤٦٨٨ تاريخ ١٠/٩/١٤٣٣ هـ .

(^٨) لقد استخدم المنظم السعودي مصطلحان القيد الأول ، والقيود التالية، وقد عرف كل منهما في المادة الأولى من نظام التسجيل العيني، فعرف القيد الأول على أنه إدراج الوحدات العقارية بالسجل العقاري في أول مرة بحالتها التي عليها وتخصيص صحيفة لكل منهما وفقاً لأحكام هذا النظام.

وعرف القيود التالية إدراج التصرفات التي ترد على الوحدة العقارية بعد إتمام القيد الأول في السجل العقاري إلا أن الملاحظ على المنظم السعودي أنه قد استخدم مصطلح التسجيل في نظام الرهن العقاري ، فعلى سبيل المثال الفقرة الثالثة من المادة الأولى عندما نصت على (لا يسرى أثر الرهن العقاري على الغير إلا بتسجيله) . فالتسجيل والتقييد يهدفان إلى نفس الغاية أي تقييد التصرفات بالسجل العقاري مع ضرورة التمييز بينهما، فالتسجيل عادة ما يستخدم في حالة دفع الإلتزامات المالية المترتبة على التصرفات الناقلة للملكية، أما التقييد يتعلق بالتصرفات القانونية المتعلقة بالحق العيني بالسجل العقاري ومن حيث اللفظ باللغة الفرنسية (Enregistrement) والقيد هو (Inscription) انظر محمد خير مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي منشورات المعارف ، الرباط ، المغرب، ص ٣٨٣.

(^{١٢}) على الرغم من أن مجمل النصوص القانونية المنظمة للملكية العقارية لم تشير بصراحة إلى الوظيفة الاجتماعية لهذا الحق الهام والقديم، إلا أن هذه التشريعات لم تهمل الجانب الاجتماعي لحق الملكية متجاوزة النزعة الفردية المطلقة ، ولهذا كان حقيقة واقعية أن يتم التوفيق بين النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية لحق الملكية لما فيه من أهمية كبيرة، لأنه يؤدي إلى احترام الملاك للقوانين التي تفرض قيوداً عليهم. انظر بتوسع هدى سعيد النمر ، القيود التي ترد على تصرفات مالك المبنى المقسم إلى شقق وطوابق ، دار النشر غير مذكورة ١٩٨٩ ص ٢٥.

(^{١٣}) محمد إبراهيم الدسوقي ، التصرفات العقارية غير مسجلة دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٩ ، ص ٣٠ وما بعدها.

(^{١٥}) عبد الحى حجازي، النظرية العامة للإلتزام ، جامعة الكويت ، ١٩٨٢ ، ص ٢١٤ .

(^{١٦}) يحيى بن شرف الدين ، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٩٨٥ ص ٤٧٦ .

(^{١٨}) صلوخة بومية ، تطور الشككية في القانون المدني ، مقال منشور في مجلة مسائل في فقه القانون المدني ، مجمع الأشرار للنشر - تونس ٢٠١٤ ص ٧٠٧ . ولتحقق الثقة في السجل العيني يجب أن يحقق العلانية المطلوبة وفقاً للضوابط القانونية الكامنة فيما يلي : أولاً : أن تكون شكلية التسجيل قادرة على الإعلان والإشهار عن كافة التصرفات المنشئة للحق العيني أصلياً كان أو تبعياً من أجل الكشف عن الوضعية القانونية للعقار وما يترتب عليه من تكاليف حتى يتمكن الغير من العلم به .

ثانياً : تمكين الغير من الإطلاع على وضعية السجل العقاري أو أي سجل تابع له من أجل أن تتكون لديه المعرفة الدقيقة والمتناهية عن العقار وما يتبعه .

(^{١٩}) بوشعيب الإدريسي-، التطهير في نظام التحفيظ العقاري ، منشورات مجلة المنارة ، العدد الثاني ، دار السلام للطباعة والنشر- الرباط ٢٠١٤ ، ص ١٦ وإذا كانت إجراءات القيد الأول للتسجيل العيني للعقار تهدف إلى تأسيس سجل عقاري وإصدار صكوك ذات دلالة على تطهير العقار من كافة الحقوق العالقة به والغير معلن عنها أثناء السير بالإجراءات (وهذا ما يشكل الجانب السلبي للتطهير لمخالفة قواعد العدالة) فإن ذلك يرتب حالة مدنية وقانونية للعقار يمنحه حجية تامة مما يجعله يحتج به تجاه الغير ، غير أن الحجية المطلقة للقيد في السجل العقاري قد تؤدي إلى طغيان الظاهرة الاقتصادية على الظاهرة القانونية من خلال استغلال البعض لهذه الحجية. والاعتماد عليها من أجل تحقيق مصالح غير مشروعة على حساب الغير. ولهذا نرى بأن المنظم السعودي قد استبعد قاعدة التطهير من خلال نص المادة السالفة الذكر وجعل الحجية نسبية وبالتالي يمكن الطعن بالقيد في حالة مخالفة الأصول الشرعية. وهذا الطعن إذا تعينت مشروعيته يؤدي إلى إلغاء القيد من السجل العقاري لأن القيد في السجل لا يحض التصرف من البطلان أو أي مخالفة شرعية.

(٣٠) عز الدين عبد الله ، حماية خاصة بالدائن المرتهن ، أطروحة دكتوراه ، جامعة فؤاد الأول ١٩٤٢م ص ٣٣ .

(٣١) صلوحة بوميه ، م س ص ٦٥٦ .

(٣٥) هدى عبدالله، التأمين العقاري مقارنة مع حقوق الرهن والأمتياز، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠١١م، ص ١٦٩. ويرى الفقه أن نظرية الحلول العيني تثار أيضا في حالة استهلاك العقار للمنفعة العامة فإن التعويض المترتب عن نزع الملكية للمصلحة العامة يحل محل العقار المنزوعة ملكيته أنظر في هذا الشأن قانون الأستهلاك البناني رقم ٥٨ الصادر ٢٩ ايار ١٩٩١م.

(٣٧) لقد نهت المادة الرابعة والعشرون من نظام الرهن العقاري السعودي الى مايلي " يجوز رهن العقار المسجل لعدد من المرتهنين في التتابع وتحدد مرتبة الرهن برقم قيده وتاريخ تسجيله ويحتفظ في مرتبته حتى يفيد ما يدل على انقضائه" ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على " وتستوفي حقوق المرتهنين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذي حل محله وفقاً لمرتبة كل واحد منهم.

(٣١) وقد عرف نظام الأفلاس في فرنسا مراحل اصلاح كثيرة منها الاصلاح التشريعي عام ١٩٦٧م، حيث كان هناك تفرقه دائمة ما بين الدائن العادي والدائن الممتاز الذي ترتب له حق عيني على عقار معين، ثم بعد ذلك سعى فقهاء القانون الفرنسي الى توحيد ترتيب الدائنين لكي يكونوا على قدم المساواة وكل دائن يجب أن يقسم اموال المدين قسمه الغرماء لا فرق ما بين دائن ودائن.

(٣٢) أن نظام الأفلاس المغربي الذي كان معمول به قبل صدور مدونة التجارة قد تعرض الى تغيرات عميقة قامت على أسس التغيير من الطابع العقاري فكان لابد من اعادة النظر في الأسس الفكرية التي قام عليه نظام الأفلاس، فالأمر بالنسبة للتشريع المغربي لم يعد مرتبط بقضاء حالة انية وظرفية للدائنية لتعويضهم عن افلاس مدينهم بل تدخلت مصالح مجموعة من الأطراف شكلت مصلحة عامة لا يمكن تجاهلها سواء على المستوى الاقتصادي او الاجتماعي، انظر يوسف افريل، م،س، ص ٣٢١، وانظر كذلك مدونة التجارة المغربية الصادرة بتاريخ ١٥ ربيع الأول ١٤١٧هـ الموافق ١/٨/١٩٩٦م. المنشور بالجريدة الرسمية عدد ٤٤١٨. ٣/١٠/١٩٩٦م.

(٣٣) أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومصادر معالجتها، الجزء الثالث، ٢٠٠١م، ص ٢٤٢.

(٣٤) Michel Jeantin, Paul le cannu, Droit commercial, Instrument de paiement et de credit, Entreprise en difficultes ٩eme edition. Dolloz. ١٩٩٩. P : ٤٧٦ N ٧٢٨

(٣٥) Alain Galesne , le Diagnostic bancaire de L Entreprise, Rennes : Edditions Cerefa. ٢٠٠٤ P : ٢٣٦ et ٢٤٢. P : ٢٣٦

(٣٦) من الفائدة بمكان يمكن القول بأن تتبع الإلتزام العيني يختلف تماماً في منطق القانون عن التتبع الذي يخوله الحق العيني سواء كان أصلياً أو تبعياً إذ هو ليس سلطة منفصلة عن الإلتزام العيني، وليس انعكاساً لهذا الإلتزام، ولا يمكن أن يكون كذلك في رابطة قانونية محلها دائماً أداء معين يتمثل في القيام بعمل او الامتناع عن عمل او في اعطاء شيء، كما انه لا يهدف الى استرداد حقه او التقدم به على الآخرين عند التزاحم كما هو الحال بالنسبة الى سلطة التتبع التي يخولها كل من الحقيين الاصلي والتبعي وأما التتبع في الإلتزام العيني

مفاده ثبوت الإلتزام بالعين، ويعيش معها ولصيق بها ويتبعها في اي يد يكون وهذا ليس التتبع بالمعنى المعروف بالحق العيني الأصلي ومفاده استرداد هذا الحق اذا خرج من يد صاحبه، وليس هو التتبع في معناه المعروف في الحق العيني التبعي. ومفاده تقضي-المال المرهون والتنفيذ عليه استيفاءً للحق المضمون بحق التقدم، هو الغاية المقصودة من هذا التتبع وبهذا تبدو وضوح عينية الحق العيني التبعي وحجيته المطلقة، انظر عبدالعزيز عبدالقادر ابو غنيمه، الإلتزام العيني بين الشريعة والقانوني، دار النهضة، مصر، ١٩٧٢م، ص ٥٧٤.

(٣٧) شفيق شحادة، نظرية التأمينات العينية، ١٩٥٤م. ص ٩.

(٣٨) Abdeljalil Elmammoumi, Droit des difficultes de l entreprise , la prevention des Difficultes , le redressement juridiculaire la liquidation juridique, ٢eme edition ٢٠٠٥, P : ١٥٧

(٣٩) تنص المادة (٣٠٦) من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية (يجوز للدائنين أن يطعنوا بحق أنفسهم في العقود التي تممها مدينهم بأنه تممها لإضرارهم في حقوقهم تغريراً وتدليس. ونصت المادة (٣٧١) من القانون المدني الأردني على (إذا طالب الدائنون الذي أحاط الدين بماله بديونهم فلا يجوز له التبرع بماله ولا التصرف فيه معاوضة ولو بغير محابة وللدائنين أن يطلبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه بحقهم ولهم ان يطالبوا ببيع ماله والمحاصة في ثمنه وفقاً لأحكام القانون) وقضت محكمة التمييز الأردنية بخصوص هذه الدعوى على ما يلي " بأنها دعوى على نفاذ تصرفات المدين المعسر في حق الدائن ، وهي طريق يسلكه الدائن لينال من القضاء حكماً بأنه من الغير في تصرف صدر من مدينه المعسر أضر بحقوقها أي أنها دعوى بطلان من نوع خاص وحيث أن البطلان لا يكون إلا ما بين المتعاقدين فليس للغير أن يطلب إلا عدم نفاذ العقد في حقه " قرار صادر من محكمة التمييز رقم ٤٦١ / ٩١ منشور بمجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٩١ م مشار إليه لدى عبد الرحمن الحلالشة، أحكام الإلتزام، دار وائل، عمان — الأردن ، ٢٠٠٦ م ص ١٧٢ .

(٤٠) على الكحون، النظرية العامة للإلتزامات، مجمع الطرش للكتاب ، تونس ، ٢٠١٥م ص ٦٦٤ .

(٤٢) حسن عز الدين ذياب، العقار الحكمي ، بحث منشور في مسائل في فقه القانون المدني المعاصر ، مجمع الأطرش، ٢٠١٥ م . تونس ، ص ٨٥

(٤٣) سعاد الزروالي ، مبدأ التخصص ، م . س ، ص ٦١ .

(٤٤) شفيق شحاته، م . س ، ص ١٦ ، هامش رقم (١) .

(٤٥) كريم بولعالي، حسن النية في المادة التعاقدية، منشورات الأطرش ، تونس ، ٢٠١٥ ص ، ٣٢٨ قد يتأرجح الغش بين مفهومي الغش الذاتي والموضوعي فهناك إتجاه يتبنى المفهوم الذاتي ويشترط فيه توفر نية الإضرار بالدائن، وهناك من يتبنى الإتجاه الموضوعي ويشترط علم المدين بالضرر الذي يحصل للدائن. ويقتضى حسب نظر الفقه حماية الدائن العادي من تصرفات المدين المضرة بحقوقهم تبني المفهوم الموضوعي للغش لأن المفهوم الذاتي يركز على ضرورة توفر نية الإضرار وهذا لا يحقق حماية فعلية للدائن، باعتبار أن نية الإضرار مسألة نفسية من الصعب بل يتعذر على الدائن إثباتها، أما المفهوم الموضوعي فهو يحقق حماية كافية للدائن القائم بالدعوى البولينية أو دعوى عدم النفاذ ، لأن هذا المفهوم يركز على سلوك المدين ذاته، أي أن المدين قد يلجأ إلى التنازل عن الحق العيني وهو يعلم أن هذا التصرف مفرقاً وبنتج عنه إعصاره مما يؤدي إلى عدم تنفيذ الإلتزام المحمول عليه والمتمثل في خلاص دائنه، كما أن هذا المفهوم الموضوعي يسهل عملية الإثبات ويتحمل الدائن الممارس لهذه الدعوى عبء إثبات الغش، ويمكن ذلك لكل وسائل الإثبات لأنه يعتبر واقعة قانونية ولا تحقق حماية الدائن القائم بالدعوى من خلال التفسير في مفهوم الغش وكيانه وعندما يحقق أيضاً من خلال الآثار التي ترتب على الدعوى البولينية، انظر حاتم محمدي ، التنازل عن الحق العيني ، الطبعة الثانية ، مركز النشر الجامعي ، تونس ، ٢٠١٤ م ، ص ٥٠٨

(٤٦) شفيق شحادة ، م . س ، ص ١٥

(٤٧) أن نظام التسجيل العيني تنازعه مصلحتان مصلحة عامة ومصلحة خاصة وكان لزاماً على المشرع إيجاد آليات كفيلة بتحقيق الموازنة العادلة بين هاتين المصلحتين المتعارضتين ، فالحجية المطلقة للقيد في السجل العقاري مع الاحتفاظ مع إمكانية الطعن كلما تبين بأن هذا القيد مخالفاً للأصول الشرعية فابطل هذه الحجية إتجاه الغير حسن النية دون سوء النية وبهذا يكون قد راعى قواعد العدالة وتحقيق التوازن .