

جامعة الجزائر 1 - بن يوسف بن خدة -

كلية الحقوق

آثار الرهن الرسمي
في
القانون المدني الجزائري

مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق

فرع: العقود والمسؤولية.

تحت إشراف الأستاذ:

الدكتور: علي أحمد صالح

قدمت من الطالب:

- لخضر غويسم

أعضاء اللجنة:

- الأستاذ (ة) رئيسا.

- الأستاذ : الدكتور علي أحمد صالح مقرر.

- الأستاذ (ة) عضوا.

- الأستاذ (ة) عضوا.

السنة الجامعية: 2012 / 2013.

الإهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى

الوالدين الكريمين وجميع إخوتي

دون أن أنسى ذكر جميع الأصدقاء

لاسيما: توفيق، بلقاسم، محمد،

منير، فاروق، لخضر.

كما لا أنسى بالذكر جميع طلبة دفعة ماجستير

عقود ومسؤولية لاسيما: عيسى، بن عليّة، لحسن

وجميع الأصدقاء والأحباء والذين وسعهم قلبي ولم يسعهم قلبي.

التشكرات

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات أما بعد:

أتقدم بالشكر الخالص إلى الدكتور المشرف "طالبي حسن"

الذي أشرف على عملي هذا وسهل لي الطريق في انجاز هذا البحث،

والذي لم يبخل بنصائحه القيمة، حيث وجهني عند الخطأ وشجعني

عند الصواب فكان بذلك نعم المشرف ونعم الأستاذ.

فألف شكر له وجزاه الله ألف خير.

مقدمة

يعد موضوع التأمينات العينية أو الحقوق العينية التبعية بالغ الأهمية في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، حيث أنه يسهل ويوفق بين المصالح المتضاربة والمتعارضة بين أفراد المجتمع، وذلك بمنح نوع من الائتمان بين المدين ودائنه.

وأول ما ظهرت هذه التأمينات كانت في شكل البيع الوفاي الذي ينقل بموجبه المدين ملكية الشيء إلى الدائن ويلتزم هذا الأخير بإعادة نقل الملكية للمدين عند الوفاء بالدائن، وعرفت هذه الصورة في مصر القديمة وفي القانون الروماني، ثم ظهر الرهن الحيازي الناقل للحيازة فقط، والذي يمتاز بأنه يمنح للدائن ضمانا قويا، ذلك أنه يمكنه من حبس المرهون إلى حين استيفاء حقه كاملا، وهو لذلك يعد من أهم وسائل الائتمان لأنه يرد على العقار والمنقول على السواء.

إلا أن التطور القانوني لم يقف عند أسلوب الرهن الحيازي، لما يؤخذ عليه من تجريد المدين من حيازة الشيء، وتعطيل انتفاعه به، لذلك فإن الفكر القانوني ابتكر صورة أخرى للتأمين العيني. إنها صورة الرهن الرسمي الذي يستطيع المدين بواسطته الاحتفاظ بحيازة العين " العقار " على أنه من حق الدائن المرتهن طلب بيعها أينما وجدت، واستيفاء دينه من ثمنها، متقدما على سائر الدائنين، وفي ذلك موازنة بين مصلحة كل من الدائن والمدين.

ويعرف قانوننا المدني أربعة أنواع من التأمينات العينية، جمعها المشرع في الكتاب الرابع تحت عنوان " الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية "، وتتمثل هذه التأمينات في: الرهن الرسمي، حق التخصيص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز.

وبما أن موضوع الدراسة ينصب على الرهن الرسمي كونه أهم التأمينات العينية في القانون المدني، ولا أدل على ذلك من أن المشرع قدمه على سائر التأمينات العينية،

وخصص له أكبر قدر من المواد، ثم أن المشرع لم يكتف بذلك بل أحال بعض الأحكام المتعلقة بالتأمينات العينية الأخرى على المواد المنضمة للرهن الرسمي.

وقد نظم المشرع عقد الرهن الرسمي في فصول ثلاثة، تطرق في الأول إلى إنشاء الرهن، وفي الثاني إلى آثاره، وهو موضوع دراستنا، وخصص الأخير لانقضاء الرهن.

وعلى الرغم من أنه ليس من مهمة المشرع التعريف إلا أنه قد عرف الرهن الرسمي في المادة 882 من القانون المدني والتي تنص على أنه: "الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان." كما أن الفقه تصدى للأمر وحاول تعريف الرهن الرسمي، وذلك راجع لكون التعريف الوارد في المادة 882 قانون مدني قد تعرض للانتقاد، كونه غلب فكرة العقد على الحق العيني التبعي.

وباستقراء مجموعة التعاريف الفقهية فإنها حاولت الموازنة بين فكرة الحق العيني التبعي والعقد، وذلك تفاديا للنقد الموجه لتعريف المشرع.

ومن وجهة نظري أن أفضل تعريف للرهن الرسمي هو التعريف الذي أورده الأستاذ الدكتور سليمان محمدي حيث استطاع تجنب اغلب الانتقادات وذلك بان جمع بين الحق العيني والعقد، وهو يعرفه على النحو الآتي: "الرهن الرسمي هو حق عيني ينشأ بمقتضى عقد رسمي ضمانا للوفاء بالتزام، ويحول الدائن المرتهن حق تتبع العقار في أي يد كان واستيفاء حقه من ثمنه بالتقدم على الدائنين العاديين، والدائنين المرتهنين التاليين له.¹"

¹ - د/ سليمان محمدي، الرهن الرسمين ملخص المحاضرات، ألفت على طلبة الليسانس، السنة الثالثة، كلية الحقوق - بن عكنون - ، جامعة الجزائر 1، 2008-2009، ص 2.

ويشترط لإنشاء عقد الرهن الرسمي مجموعة من الشروط هي: الشكلية - الرسمية -، التراضي، المحل والسبب، حيث اصطلح الفقه على تسمية هذه الشروط بالشروط الموضوعية العامة، أما فيما يتعلق بأهلية الراهن وتخصيص الرهن، فقد اصطلح على تسميتها بالشروط الموضوعية الخاصة.

وبتوافر جميع شروطه ينعقد الرهن الرسمي صحيحا، مما يترتب عنه آثارا:

- في مواجهة أطرافه كعقد.

- في مواجهة الغير كحق عيني تبعي.

وترجع الأسباب الموضوعية لاختيار الموضوع إلى الانتشار الواسع للرهن الرسمي كضمان رغم حداثة ظهوره مقارنة بالرهن الحيازي، أما عن الأسباب الذاتية فتتمثل أساسا في عزوف الطلبة عن تناول مثل هذه المواضيع وذلك راجع ربما لصعوبتها في نظرهم.

أما عن الصعوبات التي اعترضت الباحث فهي قلة المراجع في الفقه الجزائري، حيث تكاد تخلو المكتبات من الكتب عدا عن أربعة كتب، اثنان منها مفقودة تماما، ومطبوعة الأستاذ الدكتور سليمان محمدي.

وبما أن موضوع البحث يتطرق إلى موضوع آثار الرهن الرسمي وهو الجانب الذي يجسد فعاليته كأداة ائتمان وضمان فعالة، لذلك نجد أن المشرع قد نظمته في الفصل الثاني بعنوان " آثار الرهن الرسمي " في المواد 894 إلى 932 من القانون المدني.

ومن هذا الجانب تظهر أهمية دراسة آثار الرهن الرسمي، فمن خلال دراسة هذا الموضوع سنحاول أن نبين إلى أي مدى وفق المشرع في معالجة آثاره، وعلى هذا الأساس تحدد إشكالية البحث على النحو التالي:

- ماهي الآثار المترتبة عن الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري؟

ويتم الاكتفاء في بحث هذا الموضوع على آثار الرهن الرسمي الوارد على العقار في القانون المدني الجزائري، مستثنيا بذلك رهن السفن والطائرات رغم خضوعها لنفس الأحكام تقريبا، ومع الإشارة إلى ما وصلت إليه بعض التشريعات كالنشرية المصري والفرنسي لما لهما من ارتباط تاريخي بتشريعاتنا مع التركيز على ما توصل إليه الفقه الجزائري بخصوص الموضوع.

ولمعالجة الموضوع تم الجمع بين المنهجين الوصفي والتحليلي بما يتلاءم وطبيعة الموضوع، فتم اعتماد المنهج الوصفي أساسا وهو الأنسب للتعرف على أحكام القانون المدني بالنسبة لآثار الرهن الرسمي مع تحليل أكثر لبعض النصوص المتعلقة بالموضوع باعتماد المنهج التحليلي.

ولأن موضوع الدراسة يعنى بآثار الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري مما يعني دراسة آثاره بالنسبة للمتعاقدین وبالنسبة للغير.

فقسمنا موضوع الدراسة إلى فصلين:

- الفصل الأول: يتم التطرق فيه إلى آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدین، وبذلك يتم التطرق إلى آثاره بالنسبة إلى الراهن في مبحث أول، ثم آثاره بالنسبة إلى الدائن المرتهن في مبحث ثاني.

- الفصل الثاني: يتم التطرق فيه إلى آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى الغير، وبذلك يتم التطرق إلى حق التقدم في مبحث أول، ثم حق التتبع في مبحث ثاني.

الفصل الأول

آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدین

تمهيد:

إذا استوفى الرهن الرسمي شروط انعقاده الشكلية والموضوعية نشأ صحيحاً مرتباً آثاره فيما بين عاقيه وهما الراهن والدائن المرتهن.

وبما أن عقد الرهن الرسمي من العقود الملزمة لجانب واحد وهو الراهن، فهو يرتب في ذمته التزامات دون المرتهن من جهة، وهو من جهة أخرى لا يحرمه من حق ملكية وحيازة العقار المرهون.

أما بالنسبة للدائن المرتهن فالرهن الرسمي لا يلقي عليه التزامات وإنما ينشئ له حقوقاً.

هذا ولقد عالج المشرع آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدین في المواد من 894 إلى 903 قانون مدني مبتدأ بآثاره بالنسبة للراهن ثم بالنسبة إلى الدائن المرتهن.

وفيما يلي نبين آثاره بالنسبة للراهن من ناحية وبالنسبة للدائن المرتهن من ناحية أخرى ونفصل ذلك في المبحثين الآتيين.

- المبحث الأول: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للراهن.

- المبحث الثاني: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدائن المرتهن.

المبحث الأول

آثار الرهن الرسمي بالنسبة للراهن

إن عقد الرهن الرسمي شأنه شأن العقود الملزمة لجانب واحد يترتب حقوقا والتزامات في جانب الملتزم به وهو الراهن سواء أكان هو المدين أو الكفيل العيني. ولقد تعرض المشرع لذلك في القسم الأول من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الرابع، في المواد 894 إلى 909 قانون مدني، وهو ما سيتم التطرق إليه كآتي:

المطلب الأول: حقوق الراهن.

المطلب الثاني: التزامات الراهن.

المطلب الأول

حقوق الراهن

إن الرهن الرسمي لا يجرد الراهن من ملكية وحيازة العقار المرهون، فهو بذلك يبقى الراهن مالكا وحائزا للعقار، وبالتالي فإن له حق التصرف فيه، إضافة إلى حق استعماله وكذا حق استغلاله، غير انه يجب التنويه بأنه من خلال رهنه لهذا العقار رهنا رسميا، فإنه بذلك يكون قد أنشأ حقا عينيا تبعا لصالح الدائن المرتهن يتيح له بيع هذا العقار المرهون بحلول أجل الدين وعند عدم الوفاء به، لذا نجد أن القانون قد حد من اثر تصرف الراهن بغية الحفاظ على حق الدائن المرتهن وعدم الإنقاص من القيمة المالية لهذا العقار المرهون.

وفيما يلي سيتم التطرق إلى كل من حق التصرف في العقار المرهون وحق استعماله وحق استغلاله كل في فرع على حدى.

الفرع الأول

حق الراهن في التصرف في العقار المرهون

تنص المادة 894 من القانون المدني على أنه: "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن".¹ وظاهر من نص المادة أن الراهن يبقى محتفظاً بحقه في التصرف في العقار المرهون كما كان قبل الرهن، إلا أنه يجب أن لا يمس هذا التصرف الصادر بحق الدائن المرتهن ولا يؤثر عليه، إذ يجوز للراهن التصرف في العقار المرهون سواء ما كان هذا التصرف قانونياً أم عملاً مادياً.²

إن التصرفات القانونية التي يجوز للراهن إجرائها على العقار المرهون سواء ما تعلق منها بالتصرفات الناقلة للملكية كالبيع والهبة أو تلك المنشئة للحقوق العينية العقارية مثل حق الانتفاع وحق الارتفاق، كما يمكن أيضاً إعادة رهنه مرة أخرى، شريطة عدم الإضرار بحق الدائن المرتهن، والتأثير فيه حسب نص المادة 894 قانون مدني، يجب التمييز بشأنها بين حالتين هما:

- التصرفات القانونية الصادرة من الراهن والتي تم شهرها قبل أن يقيد الدائن المرتهن حقه تكون نافذة في حق هذا الأخير، ومن ثم فهي تمس بحقه وتؤثر فيه، لهذا كان من الواجب على الراهن أن يمتنع عن إجرائها، فإن أجراها رغم ذلك أعتبر مخلاً بالتزامه بضمان سلامة الرهن³، ويترتب عليه سقوط الأجل وحلول الدين فوراً بسبب إضعاف التأمينات.⁴

¹- تقابلها المادة 1043 من القانون المدني المصري.

²- د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 16.

³- أ/ شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية- الفرنسي والمصري-، دار هومة للنشر، الجزائر، 2009، ص 211.

⁴- د/ زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، ص 84.

- التصرفات القانونية التي يجريها الراهن بعد أن قام الدائن المرتهن بقيد عقد الرهن، فهي لا تنفذ في حقه، أي أن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن مادام الدائن قد قيد حقه في الرهن قبل أن يشهر المتصرف إليه التصرف الذي صدر من الراهن، إذ يستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون خالياً من هذه الحقوق. كما يستطيع الراهن أخيراً أن يرتب حق رهن آخر على نفس العقار، رهناً رسمياً كان أو حيازياً ولكن حق الرهن الأول يتقدم على كل هذه الحقوق¹، فالعبرة هنا بأسبقية القيد.

- أما التصرفات المادية فإن الرهن الرسمي لا يمنع الراهن من القيام بها في العقار المرهون، ذلك أن الحيازة تبقى لدى الراهن، إذ يجوز للراهن أن يقوم بجميع الأعمال المادية التي يمكن أن تزيد من القيمة المالية للعقار المرهون، كالبناء والتحسينات وغرس الأشجار، وإضافة إلى أنه يجوز له كذلك القيام بالأعمال المادية التي لا تشكل مساساً بحق الدائن المرتهن ولا تؤثر فيه، غير أنه إذا كان من شأن هذه الأعمال أن تنتقص من قيمة هذا العقار المرهون وبالتالي تؤدي إلى إضعاف التأمين كقلع الأشجار أو ترك العقار يتهدم أو يتخرب، فإن ذلك يعد إخلالاً بالتزام يتمثل في ضمان سلامة الرهن.

ولعل التساؤل الذي يثور هنا، هو مدى جواز اشتراط الدائن المرتهن على الراهن عدم التصرف في العقار المرهون؟

بالرغم من أن المشرع لم ينص صراحة على مثل هذه الحالة في نص المادة 894 قانون مدني، إلا أن الملاحظ في هذا الشأن أن سلطة تصرف الراهن في العقار تعتبر من النظام العام، فلا يمكن أن تكون موضعاً لاتفاق بين الراهن والمرتهن، أي لا يجوز للدائن المرتهن أن يشترط على الراهن عدم التصرف في العقار المرهون، ذلك أن

¹ - د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 84.

إدراج الشرط المانع من التصرف يتعارض مع نظام الرهن الرسمي وبالتالي يعتبر هذا الشرط باطلا.¹

لذلك إذا التزم الراهن في مواجهة الدائن المرتهن بعدم التصرف في العقار المرهون (ببيعه أو برهنه) ثم أخل بهذا الالتزام التعاقدى وتصرف في العقار، يكون تصرفه صحيحا بالرغم من وجود هذا الشرط.² كما يمكن للمحافظ العقاري أن يرفض قيد الرهن في حال وجود هذا الشرط.³

- وبالرجوع إلى القواعد العامة وتطبيقا لما سبق قوله فإن هذا الشرط (شرط عدم تصرف العقار المرهون) عادة ما تدرجه البنوك، أما فيما يتعلق بأثر هذا الشرط على المدين الراهن - المقترض- فإنه من المعلوم أن عقد القرض يعتبر من عقود الإذعان، والقانون المدني يحمي المدين الراهن - المقترض- فهو الطرف الضعيف في عقد القرن، وبالتالي في حالة إدراج شرط عدم تصرف في ماله، يمكن للقاضي التدخل من أجل تعديل الشرط أو إعفاء المدين الراهن - المقترض- من تنفيذه، وهو ما تنص عليه المادة 110 قانون مدني: " إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط ا وان يعفي الطرف المذعن منه، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

- ومما سبق نرى انه كان من الأفضل للمشرع أن ينص صراحة على عدم جواز اشتراط عدم التصرف في العقار المرهون في نص المادة 894 قانون مدني

ولعل من أهم التصرفات القانونية التي قد ترد على العقار المرهون والتي قد تؤدي إلى الانتقاص من قيمته المالية، وبالتالي تؤدي إلى إضعاف التأمين قيام الراهن بالتصرف بالعقار المرهون باعتباره منقولا بحسب المال، أو بالتصرف بالعقارات بالتخصيص.

¹- د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 84. أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 212 إلى 215.

²- ربحاني يسمينة، الرهن الرسمي كضمان بنكي، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006/2005، ص 52.

³- انظر المادة 104 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

أولاً: التصرف في العقار باعتباره منقولاً بحسب المآل.

قد يتصرف الراهن في العقار المرهون باعتباره منقولاً بحسب المآل، وقد سبق وان اشرنا إلى أن مثل هذا التصرف يعد إضعافاً للتأمين وقد يؤدي إلى الانتقاص من القيمة المالية للعقار.

ولذلك سيتم التطرق إلى تعريف المنقول بحسب المآل وحكم التصرف في العقار باعتباره منقولاً بحسب المآل، ثم تأصيل هذه المسألة.

أ- تعريف المنقول بحسب المآل:

اختلفت تعاريف الفقه لكن الفحوى واحد ونذكر من هذه التعاريف مايلي:

- يقصد بالمنقول بحسب المآل كل ما هو بطبيعته عقار، لكنه يعتبر منقولاً لما سوف يؤول إليه في المستقبل القريب كأنقراض البناء لأنه سيصير منقولاً بعد فترة والثمار في الأشجار التي تباع بعد أن تتفصل عنها، فهي منقولات بحسب مصيرها.¹
- يقصد بالمنقول بحسب المآل كل عقار بطبيعته حسب وضعه الراهن، وإنما يتميز بأنه معد للانتقال حتماً ووشيكاً من أصله الثابت فيصفه القانون بوصف المنقول المسبق مثل حجز الثمار المتصلة بالمزروعات القائمة قبل نضجها وبيعها جبراً على أنها منقولات.²

ب- حكم التصرف في العقار باعتباره منقولاً بحسب المآل:

إذا كان التصرف يرد على أصل العقار باعتباره منقولاً بحسب المآل كان يهدم الراهن العقار ويبيعه أنقاضاً، فهذا التصرف يمثل خطراً بالنسبة للمرتهن، ففي مثل هذه الحالة يجوز للمرتهن أن يعترض على هدم العقار إن لم يكن قد تم وينفذ عليه باعتباره عقاراً، وفي حالة هدمه فللمرتهن إن يعترض على بيعه منقولاً، أما إذا بيع باعتباره

¹ د/أحمد سلامة، التأمينات المدنية، الرهن الرسمي، دار التعاون للطبع والنشر، القاهرة، 1966، ص 216.

² أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، هامش رقم 03، ص 219.

منقولاً، ليس للمرتهن في هذه الحالة إلا الحجز على الثمن تحت يد المشتري لياشر عليه حقه في الأفضلية إذا لم يكن الراهن قد قبضه بعد.¹

ج- تأصيل مسألة التصرف في العقار باعتباره منقولاً بحسب المآل:

لقد اختلفت آراء الفقه وتتنوع فيما يتعلق بتأصيل مسألة التصرف في العقار باعتباره منقولاً بحسب المآل، ويمكن تلخيص آراء الفقه على النحو الآتي:

ذهب الاتجاه الأول من الفقه إلى الاعتماد على أحكام القضاء الفرنسي، والتي تعتبر أن بيع العقار المرهون باعتباره منقولاً بحسب المآل إنما هو بيع منقول فيما بين البائع - الراهن - والمشتري، أما بالنسبة إلى الغير في هذا البيع ويدخل في ذلك الدائن المرتهن فإنه يعتبر بيع عقار لا بيع منقول². ويجد هذا الرأي تأييداً من الدكتور عبد الرزاق السنهوري في الفقه المصري³ والدكتورة زاهية سي يوسف في الفقه الجزائري⁴.

غير أن هذا الرأي منتقد بشكل واسع من قبل الفقه، ذلك أنه يعطي للشيء الواحد وصفين مختلفين، إذ أن محل العقد واحد بالنسبة للبائع - الراهن - والمشتري والغير - الدائن المرتهن -⁵، فيعتبره بذلك بيع منقول بين طرفي عقد البيع، وبيع عقار بالنسبة إلى الغير، وبذلك يعد هذا تناقضاً واضحاً.

¹ - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 17.

² - د/ رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 293.

³ - يظهر تأييد الدكتور عبد الرزاق السنهوري من خلال عبارة " ورأي القضاء الفرنسي في هذا الخصوص رأي مقبول "، انظر في هذا الصدد مؤلفه: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر والأخير في التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 399.

⁴ - يظهر أن الدكتورة زاهية سي يوسف أيدت هذا الاتجاه من خلال عبارة " ورأي القضاء في هذا الخصوص رأي مقبول "، المرجع السابق، ص 85.

والملاحظ على ما أوردته الدكتورة أنها أيدت الرأي وأوردت نفس عبارة د/ عبد الرزاق السنهوري دون التطرق إلى باقي الآراء الفقهية.

⁵ - د/ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 353-208، د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 352-353.

بينما يذهب الاتجاه الثاني من الفقه إلى القول بأن بيع العقار المرهون باعتباره منقولاً بحسب المآل يعتبر بيعاً لأشياء مستقبلية، ومن المعلوم أنه لا يترتب عليه سوى التزام شخصي اتجاه البائع، فإن حصل وتزامم المشتري صاحب الحق الشخصي والدائن المرتهن صاحب الحق العيني فضل هذا الأخير، ويصبح المشتري في هذه الحالة دائناً عادياً.¹

إلا أن النقد الذي وجه إلى هذا الرأي هو أنهم افترضوا أن بيع العقار باعتباره منقولاً بحسب المآل هو تصرف في أشياء مستقبلية، وهذا يخالف الواقع ويخالف تعريف المنقول بحسب المآل، لأن محل عقد البيع ليس من الأشياء المستقبلية، بل هو موجود وقت انعقاد العقد ويمكن تعيينه تعييناً كافياً نافياً للجهالة.²

ويرى الاتجاه الثالث من الفقه وهو الأصوب في نظرنا أن التصرف في العقار باعتباره منقولاً بحسب المآل، إنما يعد بيعاً لمنقول سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، ذلك أن البيع محله شيء معين بالذات وبذلك فإن الملكية تنتقل بمجرد إبرام العقد.³

ويجد هذا الرأي تبريره في أن هذا البيع لا يكون نافذاً في مواجهة الغير - ويدخل ضمنهم الدائن المرتهن - إلا إذا انتقلت حيازة المنقول بحسب المآل إلى المشتري.

ثانياً: التصرف في العقارات بالتخصيص

تنص المادة 877 من القانون المدني على أنه: "يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص وكافة التحسينات والإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك، مالم يتفق

¹ - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 219.

² - د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 354.

³ - أ/ شوقي بناسي، نفس المرجع، ص 220.

على غير ذلك، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة 997¹.

من خلال نص المادة يتضح لنا جليا أن العقارات بالتخصيص هي من ملحقات الرهن ويشملها الرهن كما يشمل حقوق الارتفاق وكافة التحسينات والإنشاءات، وطالما أن ما يهمننا هنا هو العقار بالتخصيص فلا بد من التطرق إلى تعريفه، ثم بيان حكم التصرف فيه.

أ- تعريف العقار بالتخصيص:

سنتعرض في هذا المجال إلى كل من التعريف التشريعي ثم التعريف الفقهي، وذلك لاستخلاص الشروط اللازمة للقول بأننا بصدد عقار بالتخصيص.

عرف المشرع العقار بالتخصيص في نص المادة 683 من القانون المدني في فقرتها الثانية، وذلك بعد أن عرف العقار في الفقرة الأولى من نفس نص المادة.

تنص المادة 2/683 من القانون المدني على أنه: " غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدًا على خدمة هذا العقار أو استغلاله، يعتبر عقارًا بالتخصيص."

أما فقها فيعرف العقار بالتخصيص على أنه: كل منقول وضعه صاحبه مالك العقار فيه بنية رصده وتخصيصه لخدمة العقار بصفة مستقرة.²

ويتبين من خلال التعريفين السابقين أنه للقول بأننا بصدد عقار بالتخصيص لابد من توافر شرطين أساسيين وهما:

¹ - تقابلها المادة 136 من القانون المدني المصري.

² - انظر في هذا المجال كل من: د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 387. د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. ص 235 - 236. د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 08.

الشرط الأول: أن يكون مالك العقار والمنقول شخصا واحدا.

الشرط الثاني: أن يتم رصد المنقول لخدمة العقار، ذلك يعني أن يكون المنقول قد جعله صاحبه خصيصا لخدمة العقار أو لفائدته، كالفلاح الذي يثبت آلة الري على أرضه لسقي مزروعاته، أو تخصيص الجرار لخدمة الأرض.

وبذلك يمكن القول بأن العقار بالتخصيص هو عبارة عن منقول بطبيعته وضعه مالكه لخدمة عقار مملوك له أيضا، فإذا حدث وان رهن هذا المالك العقار امتد الرهن إلى العقار بالتخصيص.

ب- بيان حكم التصرف في العقار بالتخصيص:

إذا كان تصرف الراهن في العقارات بالتخصيص يؤدي إلى الإضرار بالدائن المرتهن لأنه ينقص من قيمة التامين، فمثل هذا التصرف لا يعد نافذا في حق الدائن المرتهن إذا تم بعد قيد الرهن.

ولذلك يمكن القول أن القاعدة العامة بهذا الشأن هي أنه لا يجوز بيع العقارات بالتخصيص التابعة للعقار المرهون، فإذا كان الراهن بمثل هذا التصرف فللدائن المرتهن الاعتراض على فصل العقار بالتخصيص إن لم يكن قد تم ذلك فعليا.

أما في حالة ما إذا كان فصل العقار بالتخصيص قد تم وانتقلت حيازته إلى المشتري فيجب النظر إلى مدى حسن نية المشتري. ويقصد بحسن نية المشتري هنا مدى علمه بأن هذا المنقول هو عبارة عن عقار بالتخصيص وقد رتب عليه حق الرهن، فإن كان المشتري لا يعلم وقت إبرام العقد فهو حسن النية، وإن كان عالما وقت إبرام العقد فهو سيء النية، ومن المعلوم أيضا أن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية يتمسك بها الحائز حسن النية وليس للحائز سيئ النية التمسك بها.

وبناء على ما سبق يمكن القول أنه:

إذا كان المشتري حسن النية فإن حق الدائن المرتهن في التمتع ينقضي لأن المشتري يحتج عليه بحيازته للمنقول بحسن نية وليس للدائن إلا الحجز على الثمن والتنفيذ عليه بالأفضلية، أما إذا كان المشتري سيء النية فللمرتهن الحق في طلب إرجاع العقار بالتخصيص ليبقى متصلاً بالعقار ولا يمكن للمشتري التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.¹

الفرع الثاني

حق الراهن في استعمال العقار المرهون

الرهن الرسمي لا يحرم الراهن من التمتع بسلطات الملكية، فله أن يستعمل العقار المرهون بأي وجه من وجوه الاستعمال. فإذا كان الشيء المرهون مبنياً، فله أن يستعمله بسكناه بعد الرهن كما هو الحال قبله، وإذا كان أرض فضاء، فله أيضاً أن يستعملها سواء للإقامة فيها أو بغير ذلك من وجوه الاستعمال، بل وله أيضاً أن يبني على هذه الأرض بناء يستعمله بسكناه أو باستغلاله طالما أن إقامة هذا البناء لا ينقص من قيمة هذا العقار المرهون وإذا كان الشيء المرهون أرضاً زراعية، فيستمر الراهن في الاستفادة من هذه الأرض بالاستمرار في زراعتها بل وفي التصرف في ثمار الزرع تصرفاً مادياً وقانونياً.²

وبناء على ذلك فإن سلطة الراهن في استعمال العقار المرهون لا يقيد بها سوى مراعاة حق الدائن المرتهن، فليس له أن ينتقص من قيمة العقار المرهون، كأن يقوم

¹ - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 17.

² - د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 179.

بهدمه إلا إذا أراد من وراء ذلك إقامة بناء آخر على الأرض، حيث لا تقل قيمة البناء عن قيمة البناء الذي قام بهدمه، كما أنه ليس له أن يترك البناء يتخرب.¹ ففي هذه الحالة يكون من حق الدائن المرتهن الاعتراض على هذا التصرف، والمطالبة عند الاقتضاء بتعيين حارس يتعهد العقار المرهون بالحفظ والعناية، حتى لا يتهده الهلاك.² وذلك وفقا للمادتين 898 و 3/899 قانون مدني.

الفرع الثالث

حق الراهن في استغلال العقار المرهون

تنص المادة 895 من القانون المدني على أنه: "إن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض الثمار إلى وقت التحاقها بالعقار".³

وظاهر من نص المادة أنه من حق الراهن إدارة العقار، حيث يستطيع استغلاله وقبض الثمار الناتجة عنه، لأنه كما سبق القول أن الرهن الرسمي لا يحرم الراهن من سلطته كمالك ولا ينزع عنه حيازته للعقار المرهون، ويترتب على ذلك احتفاظ الراهن بسلطة الاستغلال إلى حين التنفيذ على العقار.⁴

هذا وقد ثار جدل فقهي حول مدى حرية الراهن في استغلال العقار المرهون، فذهب بعض منهم إلى جواز ذلك بشرطية عدم الإضرار بالمرتهن، بينما يميل جانب إلى أنه ليس للراهن الحق في تغيير طريقة استغلال العقار المرهون تغييراً أساسياً، مع استثناء أعمال التغيير التي لا تنتقص من قيمة العقار المرهون، وللمرتهن الاعتراض على هذا التغيير إذا شكل مساساً بضمانه، وتقدير هذا الأمر متروك لتقدير قاضي الموضوع في بيان طبيعة التغيير وأثره في حقوق المرتهن.⁵

¹ - د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص. 94 - 95.

² - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 413.

³ - تقابلها المادة 1044 من القانون المدني المصري.

⁴ - د/ رمضان محمد أبو السعود و د/ همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 314.

⁵ - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 400. د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 280.

وبالرجوع إلى نص المادة 895 قانون مدني نجده يضع مبدأ أساسيا بشأن استغلال العقار المرهون، إذ تكون للراهن كامل السلطة في الاستغلال دون قيد ماعدا عدم الإضرار بحقوق المرتهن، وطالما لم يحدث الضرر فلا يمكن للمرتهن الاعتراض على الكيفية أو الطريقة التي تتم بها إدارة العقار المرهون، فإذا كان العقار المرهون أرضا صالحة للزراعة وزرعت بالخضروات وقت الرهن، فمن حق الراهن القيام بتغيير طريقة استغلال هذا العقار كزراعة أشجار الفاكهة.¹

وعلى كل حال وإن كانت سلطة الاستغلال مقيدة بعدم الإضرار بحقوق الدائن المرتهن، وفي حالة أدى استغلال الراهن للعقار على نحو اثر في قيمة العقار، جاز للدائن المرتهن الاعتراض، وله في حالة الاستعجال اتخاذ ما يلزم من الوسائل التحفظية، وله أن يرجع على الراهن بتلك النفقات وفقا لأحكام المادة 898 قانون مدني، وله أن يطلب من القاضي وقف كل الأعمال الضارة، وطلب اتخاذ كافة الوسائل التي تمنع وقوع الضرر، وذلك وفقا لما تنص عليه المادة 3/899 قانون مدني.²

وبما أن سلطة استغلال العقار المرهون تعني إدارته، والتي تركز أساسا في قبض الثمار التي يدرها هذا العقار والتي إما أن تكون ثمارا طبيعية أو مستحدثة أو مدنية. ويقصد بالثمار الطبيعية كل ما ينتجه العقار مباشرة دون تدخل الإنسان كالكلاء الناتج في المروج، أما الثمار المستحدثة فيقصد بها ما ينتجه العقار بفعل الإنسان كالخضر والفواكه والحبوب، كما يقصد بالثمار المدنية الغلة النقدية التي يجنيها المالك مقابل تخليه عن الانتفاع بالعقار لغيره.³

تبعاً لذلك سوف يتم التطرق أولاً إلى تأجير العقار المرهون ثم التطرق ثانياً لتنفيذ المخالصة بالأجرة وذلك لاعتبار الإيجار من الثمار المدنية ولأن المشرع خص هذا

¹ - د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 280.

² - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 225 - 226.

³ - أنظر في هذا المجال كل من: د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 09. د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، هامش رقم 01 و 02، 03، ص 88.

الموضوع بمواد في القانون المدني، وأخيراً سنتعرض إلى مسألة نفاذ بيع الثمار الطبيعية أو المستحدثة والتي لم يتعرض لها المشرع أولاً: تأجير العقار المرهون.

تنص المادة 896 من القانون المدني على أنه: "الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة، فلا يكون نافذاً إلا إذا أمكن اعتباره داخلاً في أعمال الإدارة الحسنة. وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات، فلا يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن.¹" ويمكن أن نستخلص من المادة مايلي:

- إن الإيجار الذي يبرمه الراهن يكون نافذاً في مواجهة الدائن المرتهن مهما كانت مدته إذا تم شهره قبل قيد الرهن الرسمي.
- إن الإيجار الذي يبرمه الراهن بعد قيد الرهن الرسمي وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية لا يكون نافذاً في مواجهة الدائن إلا لمدة (09) سنوات.

هذا ويلاحظ في هذا الشأن أن المادة 896 من القانون المدني نصت على أنه يجب شهر الإيجار الذي تزيد مدته عن 09 سنوات ليكون نافذاً في حق الدائن المرتهن، بينما يشترط المشرع من جهة أخرى شهر عقد الإيجار الذي تزيد مدته عن 12 سنة للاحتجاج بعقد الإيجار وقد نصت المادة 17 من الأمر رقم 75/74 على أنه: "أن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أثر بين الأطراف ولا يحتج بها اتجاه الغير في حالة عدم إشهارها....".

¹ - تقابلها المادة 1045 من القانون المدني المصري.

وتبعاً لذلك يجب إزالة التعارض بين نص المادة 17 من الأمر رقم 75/74 والمادة 896 قانون مدني وذلك بتوحيد الحكم والأخذ إما بمدة 09 سنوات وإما بمدة 12 سنة، وإعمالاً لقاعدة الخاص يقيد العام فالمادة 17 هي الواجبة التطبيق.

ويرجع التعارض الذي وقع فيه المشرع إلى أنه تأثر عند وضع المادة 896 قانون مدني بالقانون المدني المصري (المادة 1045 قانون مدني مصري والمادة 08 من قانون السجل العيني المصري، المدة فيهما 09 سنوات)، أما عند وضعه المادة 17 من الأمر رقم 75/74 تأثر بالقانون الفرنسي الذي يشترط مدة 12 سنة (المادة 1/28 من المرسوم 1955/01/04 المتعلق بإعادة تنظيم الشهر العقاري الفرنسي).¹

- إن الإيجار الذي يبرمه الراهن بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية، لا يكون نافذاً في مواجهة الدائن المرتهن إلا إذا أمكن اعتباره داخلاً في أعمال الإدارة الحسنة. **ثانياً: نفاذ المخالصة أو الوفاء المسبق بالأجرة في مواجهة الدائن المرتهن.**

تنص المادة 897 قانون مدني على أنه: " لا تكون المخالصة بالأجرة مقدماً لمدة لا تزيد على 3 سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن، إلا إذا كان تاريخها ثابتاً وسابقاً لتسجيل تنبيه نزع الملكية.

وإذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على 3 سنوات، فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن، وإلا خفضت المدة إلى 3 سنوات، مع مراعاة المقتضي الوارد في الفقرة السابقة".²

¹- راجع: د/ فريدة محمدي، محاضرات في عقد الإيجار وفقاً للقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 المتضمن تعديل القانون، أقيمت على طلبة الليسانس، السنة الثالثة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2009/2008، هامش رقم 1، ص 45، د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، هامش رقم 01، ص 18. كما تطرق لذلك الأستاذ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 230 – 232. راجع في الفقه الفرنسي:

- Boutelet – blocaille marguerite, droit de crédit, 2^{ème} édition, imprimerie nasson, France, 1995, p249 : « le propriétaire continue à jouir de son bien, il louer sauf à ne pas concéder de baux de plus de 12 ans ».

²- تقابلها المادة 1046 من القانون المدني المصري.

إن الأجرة التي تخص المدة السابقة على تسجيل تنبيه نزع الملكية حق خاص للراهن، فله أن يقبضها وأن يعطي المخالصة عنها وأن يحولها للغير، وذلك حتى قبل استحقاقها¹. ذلك أن الأجرة تلحق بالعقار المرهون إثر تسجيل تنبيه بنزع الملكية أو حوالتها، يعد عملاً يضر بالدائن المرتهن، حيث يؤدي إلى حرمانه منها، وإلى الإنقاص من قيمة العقار المرهون في حال تم عرضه للبيع بالمزاد العلني.²

لذلك نجد أن المشرع أراد من خلال نص المادة 897 رعاية مصلحة الدائن المرتهن، وذلك بتنظيم المسألة المتعلقة بقبض الأجرة سلفاً وكذا حوالتها ومدى نفاذ ذلك في مواجهة الدائن المرتهن. ويمكن التمييز بين حالتين كالآتي:

الحالة الأولى: المخالصة بالأجرة أو حوالتها التي تزيد مدتها على 3 سنوات.

لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن لكامل المدة المؤجلة إلا إذا كانت مشهورة قبل القيام بقيد الرهن. أما فيما يتعلق بالمخالصة بالأجرة أو حوالتها غير المشهورة، فإنه إذا كان لها تاريخ ثابت قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، فإنه لا يمكن أن تسري في حق الدائن المرتهن إلا لمدة 3 سنوات لا غير وفقاً لنص المادة وفيما يتعلق بالمخالصة أو حوالتها التي ليس لها تاريخ ثابت قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن.³

الحالة الثانية: المخالصة بالأجرة أو حوالتها التي لا تزيد مدتها على 3 سنوات

لا يجب شهر هذه المخالصات حتى تصبح نافذة في حق الدائن المرتهن، حيث أن المخالصة أو حوالتها إذا كان لها تاريخ ثابت قبل القيام بتسجيل تنبيه نزع الملكية، فإنها

¹ - د/ عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية، دار النشر للجامعات المصرية، 1956، ص 103.

² - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 233.

³ - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 19. أ/ شوقي بناسي، نفس المرجع، ص 234.

تكون سارية في حق الدائن المرتهن، أما في حالة ما لم تكن هذه المخالصة أو حوالتها ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه، فهي لا تكون سارية في حق الدائن المرتهن.¹

وتجدر الإشارة إلى أن المخالصة بالأجرة أو حوالتها والتي تكون ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، يستطيع الدائن المرتهن الطعن في نفاذها والمطالبة باعتبار هذه المخالصة أو الحوالة غير نافذة في حقه إذا تمت بتواطؤ بين الراهن والمستأجر واستطاع إثبات ذلك، فله التمسك بقاعدة الغش مفسدة لكل التصرفات.²

ثالثاً: مسألة نفاذ بيع الثمار الطبيعية أو المستحدثة

بالرغم من أن المشرع لم يتطرق إلى مسألة نفاذ بيع الثمار الطبيعية أو المستحدثة كما تطرق إلى مسألة الثمار المدنية، إلا أن الفقه قد تصدى لهذه المسألة بالشرح والتحليل.

إن الثمار الطبيعية أو المستحدثة التي ينتجها العقار المرهون إذا بيعت وجنيت قبل التسجيل تنبيه نزع الملكية فهي لا تشكل أي مشكل، فهي حق خالص للراهن وذلك بصريح نص المادة 895 من القانون المدني، والتي تعطي للراهن الحق في قبض الثمار إلى وقت التحاقها بالعقار المرهون، علماً أن وقت التحاق الثمار بالعقار المرهون هو وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية.

غير أن الإشكال يثور حينما يقوم الراهن ببيع هذه الثمار الطبيعية أو المستحدثة قبل جنيها، ولا يتم جنيها إلا بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية. في هذه الحالة تساءل الفقه حول مدى نفاذ بيع هذه الثمار في مواجهة الدائن المرتهن.

وبصدد الإجابة على هذا التساؤل نجد أن الفقه انقسم إلى اتجاهين، اتجاه قال بعدم نفاذ مثل هذا البيع في مواجهة الدائن المرتهن، واتجاه قال بنفاذ مثل هذا البيع.

¹ - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. ص 234 - 235.

² - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 411.

الاتجاه الأول: ذهب البعض من الفقهاء إلى القول بعدم نفاذ مثل هذا البيع في مواجهة الدائن المرتهن، وحجتهم في ذلك أن الثمار لم تجنى، وهي لا تزال عقارا ملتصقا بالأرض، فلا ينفذ بيعها باعتبارها منقولا في مواجهة الدائن المرتهن، ويستطيع هذا الأخير اعتبارها عقارا مرهونا حتى يتم فصلها من الأرض.¹

الاتجاه الثاني: ذهب الجانب الآخر من الفقه وهو الرأي الراجح وأيده الدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ومناطه أن مثل هذا البيع يكون نافذا في مواجهة الدائن المرتهن، شريطة أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، وهذا قياسا على نص المادة 897 من القانون المدني المتعلقة بتعجيل الأجرة.²

واستخلاصا مما سبق فإن أحكام سلطة الراهن في استغلال العقار المرهون مناطها استغلال العقار المرهون من قبل الراهن، حيث باستطاعته أن يجني الثمار إلى وقت التحاقها بالعقار بمقتضى تسجيل تنبيه نزع الملكية، وذلك لتعلق حق الدائن المرتهن بالثمار في هذا الوقت تحديدا، مما يقتضي تنظيم سلطة الراهن في القيام بتأجير العقار المرهون وكذا قبض الأجرة سلفا أو الحوالة بها بما يتوافق وحقوق الدائن المرتهن.³

¹- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 412.

²- نفس المرجع والموضع، د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 66.

³- د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 216.

المطلب الثاني

التزامات الراهن

يلتزم الراهن بموجب عقد الرهن الرسمي، سواء كان هو المدين أو الكفيل العيني، بمجموعة من الالتزامات. ولقد صنف الفقه هذه الالتزامات بطرق مختلفة¹، ولقد تعرض القانون المدني لها في القسم المتعلق بآثار الرهن الرسمي بالنسبة للراهن. وتتمثل هذه الالتزامات في: الالتزام بإنشاء حق الرهن والالتزام بضمان سلامة الرهن، وكذا الالتزام بضمان الهلاك والتلف، إضافة إلى إلتزام الراهن بنفقات الرهن. وفيما يلي سيتم التطرق إلى كل التزام في فرع على حدى.

الفرع الأول

الالتزام بإنشاء حق الرهن لمصلحة المرتهن

يرتب عقد الرهن الرسمي التزاما رئيسيا في ذمة الراهن هو إعطاء المرتهن حق الرهن، كما يلتزم البائع بنقل ملكية العين المباعة إلى المشتري²، حيث تنص المادة 165 قانون مدني على أن: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم. وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري."، وبذلك فإن هذا الالتزام ينفذ بمجرد إتمام العقد وبقوة القانون ودون الحاجة إلى إجراء القيد، ولا يعنينا هنا

¹ - اختلف الفقه بشأن تقسيمات الالتزامات وإن كان هذا الاختلاف لا يغير في الأمر شيئا من الناحية العملية، فهو اختلاف شكلي ولا يمس بجوهر الأمر.

- هناك من الفقهاء من يأخذ بتقسيم ثنائي (الالتزام بإنشاء حق الرهن، الالتزام بضمان سلامة الرهن) ومنهم:

د/عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 383.

د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 264. أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 190.

وهناك أيضا من يأخذ بتقسيم ثنائي غير أنه يتقيد بما ورد في النصوص القانونية (الالتزام بضمان سلامة الرهن، الالتزام بضمان الهالك أو التلف) ومنهم: د/ رمضان محمد أبو السعود و د/ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص. ص 285 إلى 290.

- هناك من الفقهاء من يأخذ بتقسيم ثلاثي (الالتزام بضمان سلامة الرهن، الالتزام بضمان الهالك أو التلف، الالتزام بنفقات الرهن) ومنهم: د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 20 - ص 23. د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 76 - ص 79 - ص 82.

² - د/ عبد الرزاق احمد السنهوري، الموضع والمرجع نفسه.

التحفظ الوارد في نهاية نص المادة، فالتحفظ هنا متعلق بقواعد الإشهار العقاري ولا يقصد به القيد، حيث أن نص المادة 904 من القانون المدني تشترط صراحة القيد من أجل نفاذ حق الرهن في مواجهة الغير ولم تشترط ذلك لنشوء الرهن¹، هذا وتجدر الإشارة إلى أنه لا مجال للتكلم عن نشوء حق الرهن، إذا كان هذا العقار المرهون غير مملوك للراهن، لأن رهن ملك الغير في القانون المدني باطل بطلانا مطلقا.²

هذا ويلاحظ أن القول بأن الالتزام بإعطاء المرتهن حق الرهن بمجرد انعقاد العقد، إذا كان الراهن مالكا للعقار المرهون، يثير جدلا فقهيًا. والحقيقة أن هؤلاء الفقهاء إنما يطرحون تساؤلا حول مصدر هذا الالتزام. هل هو القيد أو العقد؟.

وللإجابة على هذا التساؤل سنتعرض إلى آراء الفقه حول هذه المسألة ثم نتطرق إلى موقف المشرع من ذلك.

أولاً: حجج أنصار الرأي القائل بأن القيد مصدر لحق الرهن.

يقر جانب من الفقه أن مصدر حق الرهن هو القيد لا العقد، وحججهم كالآتي:

- إن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن، وهو إذا نشأ كان حتما نافذا في حق الغير، وإلا لما كانت هناك فائدة من وجوده، لذلك فإن الرهن مصدره القيد لا العقد.³

إن المشرع في باب الرهن قد خلط ما بين الرهن كحق والرهن كعقد وليس أدل على ذلك من أن المادة 882 قانون مدني قد عرفت الرهن الرسمي بأنه: " عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين

¹ - د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، طبعة 2010، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 88.

² - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 11.
وفي هذا المجال تنص المادة 2/884 قانون مدني جزائري على انه: " وفي كلتا الحالتين، يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه."
بينما نلاحظ أن القانون المدني المصري يعتبر رهن ملك الغير باطل بطلانا نسبيا وفقا لنص المادة 1/1033 من القانون المدني المصري.

³ - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 191.

التالین له فی المرتبة فی استیفاء حقه من ثمن ذلك العقار فی أي ید كان."، فالرهن الرسمي كحق عيني تبعي لا ینشأ إلا عن العقد، والبيع هو الآخر یعد عقدا یقرر للمشتري حقا فی تملك المبيع، وهذا التملك مصدره العقد، إذ یجب التمييز بین المصدر و بین الحق الذي ینشأ عنه، والرهن كحق عيني تبعي له آثار تتلخص فی تمتع صاحبه بالأفضلية (التقدم) والتتبع ولا یكون هذا إلا بالنسبة للغير، وبالتالي فان هذه الآثار لا تترتب إلا إذا وجد الحق فی الرهن وهو لا یوجد إلا من وقت القید لا من وقت العقد. أما عن عقد الرهن ذاته فلا یرتب بذاته حقا فی الرهن وإنما یرتب فحسب التزاما شخصا بإنشاء هذا الحق، أما حق الرهن ذاته فلا ینشأ لا فی علاقة المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا من وقت القید. أما الآثار بین الراهن والمرتهن والتي منها الالتزام بإنشاء الحق فهي مصدرها العقد.¹

ثانيا: حجج أنصار الرأي القائل بأن العقد مصدر لحق الرهن.

أما الرأي الراجح فقها - وهو رأي الفقه فی الجزائر² - ذهب إلى القول بأن عقد الرهن الرسمي ینشئ حق الرهن، وما القید إلا إجراء لجعله نافذا فی مواجهة الغير، وبذلك فهم یجزمون بأن العقد منشئ بحق الرهن وما القید إلا كاشف له، وعلى رأسهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري، وحججهم فی ذلك مايلي:

¹ - د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 265.

إن المادة رقم 882 قانون مدني جزائري تقابلها المادة رقم 1030 قانون مدني مصري.

² - وتجدر الإشارة إلى الفقه الجزائري مجمع رأيه على أن مصدر حق الرهن هو العقد لا القید. انظر كل من د/ سليمان محمدي حيث یقول: " فالرهن كحق عيني ینشأ عن عقد الرهن ذاته ولا تتأخر نشأته إلى وقت القید."، المرجع السابق، ص 20، أ/ شوقي بناسي حيث یقول: " وفي حقيقة الأمر یظهر أن القول بأن حق الرهن ینشأ بمجرد العقد هو الأصوب من الناحية القانونية." نفس المرجع، ص 192. د/ زاهية سي يوسف حيث تقول: " إذا كان حق الرهن لا ینفذ فی مواجهة الغير إلا بقیده، فإنه ینشأ ویرتب آثاره فیما بین المتعاقدين فور استكمال الشروط الموضوعية والشكلية." المرجع السابق، ص 74

ينطلق هؤلاء في حججهم من التساؤل التالي:

- هل إذا بيع العقار المرهون قبل القيد يباع بموجب حق الرهن أو بموجب الحق في الضمان؟ ويسترسلون قائلين، حيث أن المرتهن يستطيع التنفيذ على العقار المرهون قبل القيد باعتباره دائئا مرتتها لا باعتباره دائئا عاديا، ويظهر هذا بصفة خاصة في الحالات التي لا يكون فيها للمرتهن أي حق في الضمان العام في مواجهة الراهن، كما لو كان الراهن شخصا آخر غير المدين وهو الكفيل العيني، حيث لا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال، ولا يعتبر هذا مباشرة للضمان العام للدائن إذ ليس للدائن ضمان عام أصلا في ذمة الكفيل العيني، فحقه قاصر على الرهن الوارد على عقار مملوك للراهن غير المدين¹، وهو ما يوافق نص المادة 1/902 قانون مدني حيث تنص على أنه: "يمكن للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في الآجال ووفقا للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية." ويظهر جليا أن المادة لم تشترط على الدائن المرتهن كي يستطيع التنفيذ على العقار المرهون إجراء القيد مما يدل على أن حق الرهن نشأ بمجرد إبرام العقد.

- إن القيد يجعل حق الرهن نافذا في مواجهة الغير ولا ينشأ، حيث تنص المادة 904 من القانون المدني على أنه "لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن." وظاهر من نص المادة الوظيفة المنوطة بالقيد هي جعل حق الرهن نافذا في مواجهة الغير.²

¹- د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 385.

²- أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 193.

الفرع الثاني

التزام الراهن بضمان سلامة الرهن

المقصود هنا هو التزام الراهن ببقاء العقار محل الرهن بالحالة التي كان عليها عند إنشاء الرهن، ومعنى ذلك أن الراهن يلتزم، كما يلتزم البائع بضمان التعرض والاستحقاق فهو يلتزم بضمان فعله الشخصي بالامتناع عن كل تعرض مادي أو قانوني كما يلتزم بضمان تعرض الغير للدائن المرتهن تعرضاً قانونياً بسبب يرجع إليه.¹

وفي هذا المجال تنص المادة 898 من القانون المدني على أنه: " يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل إن تقصير من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية اللازمة وأن يرجع على الراهن بما ينفق."²

وبناء على ما سبق فإنه سيتم التطرق أولاً إلى ضمان التعرض الشخصي ثم التطرق إلى ضمان التعرض الصادر من الغير ثابتاً.

أولاً: ضمان التعرض الشخصي.

يلتزم الراهن بالامتناع عن كل عمل من شأنه أو يؤدي إلى إنقاص الضمان المقرر لمصلحة الدائن المرتهن إنقاصاً كبيراً، سواء كان هذا العمل مادياً أو قانونياً.

أ- ضمان التعرض المادي:

بالنسبة لضمان التعرض المادي، فإن الراهن بعد الرهن يلتزم بالامتناع عن كل عمل مادي سواء إيجابياً أو سلباً، من شأنه أن يربط انتقاصاً كبيراً للضمان المقرر للدائن المرتهن، الذي بإمكانه الرجوع بالضمان عن كل عمل يأتيه الراهن ويشكل انتقاصاً لضمانه، فلا يقوم مثلاً بهدم العقار كله أو بعضه أو تركه يتخرب لعدم صيانتها،

¹ - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 90.

² - تقابلها المادة 1047 من القانون المدني المصري.

أو نزع بعض أجزائه أو بيع المواشي التي تخدم الأرض أو نزع المغروسات من الأرض أو بفصل العقارات بالتخصيص الملحق لخدمة العقار.¹

وبالرجوع إلى نص المادة 898 قانون مدني، نلاحظ أنها تشترط توفر شرطين حتى يتمكن الدائن المرتهن من الاعتراض على هذه الأعمال التي يقوم بها الراهن ومن شأنها إنقاص الضمان وهما: يجب أن تؤدي هذه الأعمال إلى الإنقاص من الضمان، وأن يكون الانتقاص كبيراً.

الشرط الأول: رغم أن نص المادة قد اشترط أن تؤدي هذه الأعمال إلى إنقاص الضمان، ومع ذلك يجب أن نميز بين إنقاص قيمة العقار وإنقاص قيمة الضمان، ذلك أن نقصان قيمة الأول قد لا تؤدي إلى نقصان قيمة الثاني، إذا كان ما بقي من العقار يكفي لسداد الدين، ولذلك فإن الشرط الثاني يكمل الشرط الأول.

الشرط الثاني: نصت المادة على أنه يجب أن تكون الأعمال قد أدت إلى إنقاص الضمان إنقاصاً كبيراً، والهدف من ذلك هو منع الدائن المرتهن من محاسبة الراهن على كل عمل قد يقوم به، فليس كل عمل قد يؤدي إلى إنقاص الضمان إنقاصاً كبيراً.

هذا والجدير بالذكر أن المشرع لم يضع معياراً نحدد من خلاله متى نكون بصدد إنقاص الضمان بصفة كبيرة، لذلك فإن الفقه اقترح معيار عدم كفاية الضمان لسداد الديون، وبذلك فإنه ينظر إلى قيمة العقار بعد النقصان وقيمة الدين، فإذا كانت قيمة العقار بعد النقصان أكبر من الدين أو مساوية له لم يعتبر ذلك إنقاصاً كبيراً للضمان، وفي هذا المجال تنص المادة 211 الفقرة 3 من القانون المدني على أنه: "...إذا انقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطي

¹ - د/ أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 197.

بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يفضل الدائن أن يطالب بتكملة التأمين." والمقصود منها هو أن يكون التأمين قد أضعف إلى حد أن أصبح اقل من الدين.¹

ب- ضمان التعرض القانوني:

بالنسبة لضمان التعرض القانوني، فعلى الراهن الامتناع عن التصرفات القانونية التي تتعارض مع حق الدائن المرتهن²، وبناء على ذلك يتمتع على الراهن القيام ببيع العقار المرهون أو رهنه مرة أخرى، قبل قيام الراهن بقيد حقه في الرهن³، ففي هذه الحالة لا يمكن التنفيذ على العقار، وذلك لعدم نفاذ الرهن غير المقيد في حق من انتقلت إليه الملكية (الحائز)، وبذلك يفقد ميزة التتبع، أما في حالة رهنه مرة ثانية وقام المرتهن الثاني بقيد حقه قبل الأول فإنه يفقد ميزة التقدم لعدم نفاذ رهنه في مواجهة الدائن المرتهن الثاني، كما أنه لا يجوز أيضا بيع العقارات بالتخصيص، لأن بيعها يلحق ضررا بالدائن المرتهن، ذلك لأن من انتقلت إليه يستطيع التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز.⁴

ثانيا: ضمان التعرض القانوني الصادر من الغير.

وبموجب هذا الالتزام فإن على الراهن ضمان تعرض الغير للمرتهن تعرضا قانونيا، كادعاء حقوق على العقار المرهون تتعارض مع حقوق المرتهن.⁵ ومثال ذلك إدعاء شخص ما ملكيته للعقار المرهون بسند سابق على قيد الرهن أو إدعائه بحق ارتفاق أو حق انتفاع بالرغم من أن الدائن المرتهن قد أبرم الرهن على

¹ - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. ص: 198-199. وأستاذنا هنا يؤدي هذا المعيار في تحديد قيمة النقصان، وذلك بقوله: "معيارا جديرا بالتأييد...".

² - د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 77.

³ - إن تصرف الراهن في العقار المرهون بعد القيد لا يعد إخلالا بالتزامه بضمان سلامة الرهن، راجع الفرع الأول من المطلب الأول من هذا المبحث.

⁴ - أنظر الصفحة رقم 13 من هذا المبحث.

⁵ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 92.

أساس عدم وجود هذه الحقوق على العقار، ويضاف ذلك ادعاء الغير ملكيته للعقارات بالتخصيص.

إن حدث هذا، وادعى شخص ملكية العقار المرهون أو حق انتفاع أو حق ارتفاق عليه، فإن هذه الدعوى حتما تهدد حق الدائن المرتهن، وهنا يقوم ضمان تعرض الغير في حق الراهن، بأن يدفع إيداع الغير ويقوم بالاحتفاظ بالملكية والمحافظة على حق المرتهن، وفي حالة أن الراهن لم يفعل وأستحق العقار المرهون للمدعي بحق الملكية أو بحق انتفاع أو حق ارتفاق، عد ذلك إخلالا بالتزام الراهن بضمان سلامة الرهن. وتجدر الإشارة هنا إلى أن الراهن لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير، ذلك أن الفقه أجمع رأيته هذه المرة - وهو ما نؤيده- على أن الراهن لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير¹، حيث أن المشرع قد منحه الحق في الاعتراض وطلب منع هذا التعرض دون الحاجة إلى وساطة الراهن.

الفرع الثالث

التزام الراهن بضمان هلاك العقار المرهون أو تلفه

قد يحدث أن يهلك العقار المرهون أو يتلف، قبل حلول أجل الدين، وحماية للدائن المرتهن، فإن المشرع تدخل وفرض على الراهن الالتزام بضمان الهلاك أو التلف بموجب المواد: 899 و 900 من القانون المدني. حيث تطرق في المادة 899 قانون مدني إلى حالات الهلاك أو التلف، وتطرق في المادة 900 قانون مدني إلى حالات انتقال الرهن إلى مقابل الهلاك أو التلف.

¹ - انظر في هذا المجال كل من: د/ أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 199. د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، هامش رقم 3، ص 268. د/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 200، د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 93. د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 21. د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 78.

أولاً: حالات هلاك العقار المرهون أو تلفه.

تنص المادة 899 في فقرتيها الأولى والثانية من القانون المدني على أنه: "إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يطلب تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً. وإذا نشأ الهلاك أو التلف عن سبب لا ينسب إلى المدين ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، فللمدين الخيار بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل".¹

يجب التنويه في هذا المجال إلى أن النص الرسمي باللغة العربية للمادة رقم 02/899 قانون مدني وردت به العبارة التالية: "... عن سبب لا ينسب إلى الدائن..." والأصح هو: "... عن سبب لا ينسب إلى المدين..." وذلك بالرجوع إلى النص الأصلي باللغة الفرنسية.²

ويتضح من فقرتي نص المادة أنها أوردت حالتين فقط، بينما يضيف الفقه حالة أخرى، لم يتطرق لها المشرع، وهذه الحالات هي كالاتي:

الحالة الأولى: هلاك العقار المرهون أو تلفه بسبب خطأ الراهن.

نصت الفقرة الأولى من المادة 899 قانون مدني على الهلاك أو التلف الذي يحصل بفعل الراهن أو خطئه فإن الخيار في هذه الحالة من حق الدائن المرتهن، إما أن يطلب تأميناً كافياً أو يقوم باستيفاء حقه فوراً، وهذا هو الجزاء الذي قرره المشرع³. وهذا النص يعتبر تطبيقاً للقواعد العامة الواردة في نص المادة 2/211 قانون مدني.

¹ - تقابلها المادة 1048 من القانون المدني المصري.

² - ذلك أن النص باللغة الفرنسية أورد العبارة كالاتي:

« ... à une cause qui n'est pas imputable au débiteur ... »

أنظر في هذا المجال: د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 22.

أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، هامش رقم 3، ص 204.

³ - د/ نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 105.

الحالة الثانية: هلاك العقار المرهون أو تلفه بسبب أجنبي:

نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على الهلاك أو التلف الناتج عن سبب أجنبي عن المدين، كفعل الغير أو القوة القاهرة. وفي هذه الحالة، إذا لم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، فالخيار للمدين بين تقديم تأمين كافي أو أن يوفي الدين فوراً وقبل حلول الأجل. وهذا الجزاء الذي قرره المادة يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة للدائن والمدين.¹

الحالة الثالثة: هلاك العقار المرهون أو تلفه بخطأ المرتتهن.

إن المشرع لم يتطرق لهذه الحالة، ولعل ذلك راجع ربما لندرة وقوعها، ذلك أن العقار المرهون يبقى في حيازة الراهن². ومع ذلك إذا حدث وهلك العقار المرهون أو تلف بخطأ المرتتهن، فليس للدائن المرتتهن أن يطالب بشيء لأن الهلاك بخطئه، بل يجب عليه أن يدفع تعويضاً عما أتلّفه بخطئه وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، وينتقل حقه في الرهن إلى هذا التعويض.³

وفي رأينا أن هذا الحل الذي اقترحه الفقه ينطوي على صعوبة كبيرة وذلك للاعتبارات التالية:

إذا افترضنا أن الآجل لم يسقط بذلك القواعد العامة (المادة 211 قانون مدني)، ومعنى عدم سقوطه أن الدائن المرتتهن لا يمكنه التنفيذ تحت يده أو إجراء المقاصة من مقدار التعويض والدين المستحق له على المدين، ومن ثم فما هي الوسيلة الفنية لإبقاء الرهن مع تغيير محله من عقار إلى مبلغ من المال، ففي الفترة التي تسبق دفع التعويض يكون لدينا بحق شخصي في كامل ذمته المالية وليس له ذاتية خاصة بحيث ينتقل الرهن إليه، وإذا قلنا أن هذه الصورة إنما تشكل رهن دين فهل يتصور أن يكون المرتتهن هو

¹- د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 105.

²- أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 206.

³- د/ همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001، ص 393

المدين، والمشرع يفترض بنفاذ رهن الدين إبلاغ المدين أو قبوله¹(المادة 975 قانون مدني) وإذا قلنا أن نشوء الرهن هنا غير متصور، وقام المرتهن بدفع قيمة التعويض وأمكننا إلزام الراهن بأن يسلمه إلى المرتهن ليحوزه باعتباره مالا منقولا وباعتبار الرهن في هذه الحالة رهن حيازي فإننا نكون بصدد صورة جديدة، رهن رسمي انقضى لهلاك محله، ثم أنشئ من جديد مع تغيير طبيعته فصار رهنًا حيازيًا.² لذلك في تقديرنا أن الحل لهذه الحالة تحديدا هو إقرار سقوط الأجل، مع إلزام المرتهن بدفع تعويض يخصم منه أصل

أما فيما يخص الفقرة الأخيرة من نص المادة 899 قانون مدني فإنها تعطي للدائن المرتهن الحق في اللجوء إلى الوسائل الوقائية والتحفظية التي من شأنها المحافظة على العقار المرهون من الأعمال التي تعرضه للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان.³

ثانيا: حالات انتقال الرهن إلى مقابل هلاك العقار المرهون أو تلفه.

تنص المادة 900 من القانون المدني على أنه: " إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة."⁴

وبموجب هذا النص فإن المشرع أقر بانتقال حق الرهن إلى المقابل الذي يحل محل العقار المرهون الذي هلك أو تلف. وبذلك ينتقل حق الرهن إلى مبلغ التعويض الذي يدفعه الغير الذي تسبب في هلاك العقار المرهون، كما ينتقل حق الرهن إلى مبلغ

¹- العربي بن قسمة، نظام الرهن الحيازي الوارد على الديون العادية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2001/2000، ص 56.

²- د أحمد سلامة، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 202.

³- د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 105.

⁴- تقابلها المادة 1049 من القانون المدني المصري.

التأمين الذي يستحق في ذمة شركة التأمين، وأخيراً ينتقل حق الرهن إلى الثمن الذي يقرر في مقابل نزع العقار المرهون للمنفعة العامة. ولتبرير انتقال الرهن إلى مقابل هلاك العقار المرهون أو تلفه انقسم الفقه إلى اتجاهين هما كالآتي:

ذهب الاتجاه الأول من الفقه إلى القول بأن انتقال الرهن إلى المقابل الذي يحل محل العقار المرهون ماهو إلا تطبيق لنظرية الحلول العيني، وبما أن الحق إنما استحق في مقابل هلاك العقار المرهون أو تلفه، فإنه يحل حلولاً عينية محل هذا العقار، وينتقل حق الدائن المرتهن، بحكم هذا الحلول العيني، من العقار الهالك أو التالف إلى الحق الذي حل محله، فإذا كان الحق مرهوناً، كما في التعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية، فإن الدائن المرتهن يختص به ويستوفي دينه منه، وينقلب الرهن في هذه الحالة رهن حيازي للنقود، وهذا هو صريح النص.¹

بينما يذهب الاتجاه الثاني من الفقه - وهو الأصوب في رأينا - إلى القول بأنه حيث يكون حق الدائن حال الأداء وقت استحقاق المقابل النقدي فإن التقدم يقع ليس باعتباره أثراً لفكرة الحلول العيني، بل هو أثر التأمين العيني ذاته، أما إذا لم يكن مستحق الأداء تعين إبقاء المقابل ضامناً لدين الدائن حتى يصبح حال الأداء، وإذا ففي الفترة التي تقع بين استحقاق المقابل واستحقاق الاستيفاء، تكون وظيفة المقابل ضمان الدين كما كان يضمه المال الذي تحمل ابتداءً بالتأمين، وإبقاؤه ضامناً بهذا الشكل لن يتسنى بغير الالتجاء إلى فكرة الحلول العيني.²

كما تجدر الإشارة إلى أن الحالات المذكورة في نص المادة 900 من القانون المدني، ليست واردة على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال.³

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 394.

² - د/ أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 348.

³ - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 23.

الفرع الرابع

التزام الراهن بنفقات الرهن

يلتزم الراهن بنفقات الرهن بما فيها مصاريف العقد ومصاريف القيد.

أولاً: التزام الراهن بنفقات عقد الرهن

تنص المادة 883 الفقرة 2 من القانون المدني على أنه: " وتكون مصاريف العقد على الراهن، إلا إذا اتفق على غير ذلك".¹

ويتضح من هذا النص أن الراهن هو الذي يقوم بدفع مصاريف العقد، إلا أن هذا النص ليس آمراً، لذا يجوز للمتعاقدین أن يتفقا على خلاف ذلك، كأن يقوم الراهن والمرتهن بتحمل هذه النفقات مناصفة أو يتحملها المرتهن.

ثانياً: التزام الراهن بمصاريف قيد الرهن.

تنص المادة 906 من القانون المدني على أنه: " تكون مصاريف القيد وتجديده وشطبه على الراهن، ما لم يتفق على غير ذلك".²

ويتضح من هذا النص أن الراهن هو الذي يقوم بدفع مصاريف قيد الرهن وكذا تجديده وشطبه، كما أن هذا النص ليس آمراً أيضاً شأنه شأن النص المتعلق بالمصاريف المتعلقة بالعقد، يجوز الاتفاق بين الراهن والمرتهن على تحمل أعباء القيد منصفة أو أن يتحملها المرتهن وحده.

¹ - تقابلها المادة 2/1031 من القانون المدني المصري.

² - تقبلها المادة 1055 من القانون المدني المصري.

المبحث الثاني

آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى الدائن المرتهن

من المعلوم أن من خصائص عقد الرهن الرسمي أنه ملزم لجانب واحد، فهو بذلك يرتب التزامات على الراهن، أما بالنسبة للدائن المرتهن فلا يلزم بأي التزامات مقابل تلقيه حقوق¹، لذلك فإن دراسة الآثار التي يربتها الرهن الرسمي بالنسبة إلى هذا الأخير تقتصر على إيضاح الحقوق التي يتمتع بها في مواجهة الراهن.

ولقد نظم المشرع آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى الدائن المرتهن في كل من المواد 901، 902، و903 من القانون المدني، حيث تطرقت هذه المواد إلى أمرين: الأمر الأول يتعلق بحق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون في مواجهة الراهن سواء أكان هو المدين أو الكفيل العيني، أما الأمر الثاني فيتعلق بالقيود الواردة على حقوق الدائن المرتهن في التنفيذ، وهو ما سيتم التطرق إليه كالاتي:

- **المطلب الأول:** حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون.
- **المطلب الثاني:** القيود الواردة على حق الدائن المرتهن في التنفيذ.

¹- د/ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 59.

المطلب الأول

حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون

يجب التمييز بين حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون إذا ما كان هذا التنفيذ في مواجهة المدين أو في مواجهة الكفيل العيني، وهو ما سيتم التطرق إليه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول

التنفيذ بحق الدائن المرتهن في مواجهة المدين

يحق للدائن التنفيذ على العقار المرهون بالإضافة إلى حقه في التنفيذ على كل أموال المدين الأخرى من عقارات أو منقولات.

إذ أن الدائن المرتهن له صفتان، فهو أولاً دائن عادي، وثانياً دائن مرتهن. فبصفته كدائن عادي تتمثل أن له حق شخصي، هو حقه الأصلي، وصفته كدائن مرتهن له حق عيني على مال معين مخصص لضمان الوفاء بحقه الأصلي.¹

أولاً: حقوق الدائن المرتهن باعتباره دائناً عادياً.

إن الرهن لا يسلب الدائن المرتهن صفته كدائن عادي، بمعنى أن الرهن لا يمتنع من حقوق الدائن المرتهن التي تكون لكل الدائنين العاديين، وهذا واضح من خلال تسميته بالدائن المرتهن، فهو دائن من جهة، ومرتهن من جهة أخرى.²

¹ - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 107.

² - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 240.

وباعتباره دائناً عادياً يكون له حق الضمان العام على جميع أموال مدينه الحاضرة والمستقبله ويترتب على حق الضمان العام أن الدائن يعتبر في حكم الخلف العام إذ انه يتأثر بالتصرفات التي تنقص من أموال مدينه أو تزيد في ديونه¹، ويترتب على ذلك مايلي:

أ- احتفاظ الدائن بكل الدعاوى التي من شأنها أن تحمي الضمان العام للدائنين، حيث تنص المادة 188 من القانون المدني على أن جميع أموال المدين ضامنة لوفاء ديونه، وتتمثل وسائل التنفيذ هذه فيما نص عليه المشرع في المواد 189 إلى 199 من القانون المدني وهي: الدعوى المباشرة، والدعوى الصورية، الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرف)².

ب- لا يتمتع الدائن عند تنفيذه هنا بميزة التقدم، وإنما يشترك مع باقي الدائنين في قسمة المال محل التنفيذ قسمة غرماء.³

ج- للدائن المرتهن الخيار في أن يبدأ التنفيذ على أموال مدينه غير المرهونة أو التنفيذ على العقار المرهون⁴، وتبرير ذلك أن الدائن المرتهن إنما أراد أن يقرر لنفسه ضماناً خاصاً، يجعل مركزه أقوى، وليس من العدل حرمانه من حقوقه كدائن عادي،

¹- د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 107.

²- د/ توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2008، ص 689 وما يليها.

³- د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 97.

⁴- أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 241. والملاحظ أن الدكتورة زاهية سي يوسف ترى عكس ذلك، وتقول بخصوص ذلك " إن حق الدائن المرتهن في التنفيذ باعتباره دائناً عادياً مقيد بالألا ينفذ على أموال المدين غير المرهون إلا إذا كان العقار المرهون لا يفي بالدين"، نفس المرجع، ص 97. ويرد الأستاذ شوقي بناسي، نفس المرجع، الهامش رقم 4، ص 240، بأن هذا الكلام لم يرد لا في القانون المدني المصري الحالي ولا حتى في قانون المرافعات المصري الحالي، وإنما ورد في المادة 489 من قانون المرافعات الملغى والتي تنص على أنه " لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال المدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف، وعندئذ يكون التنفيذ على غير المخصص بأمر على عريضة من قاضي الأمور الوقفية". مضيفاً أن كلام الدكتورة هو نقل حرفي لما ورد في كتاب الدكتور عبد الرزاق السنهوري.

ومثال ذلك أن يكون المدين موسرا غير معسر يتوفر على مبالغ نقدية يسهل التنفيذ عليها، عكس التنفيذ على العقار المرهون، لأن تنفيذه بحقه كدائن مرتهن يتطلب إجراءات معقدة ووقتا طويلا، وبذلك فإن إجباره على ذلك يجعله في مرتبة أدنى من الدائن العادي.¹

علما أنه وفي كل الأحوال من حق الدائن المرتهن التنفيذ على أموال مدينه غير المرهونة في حالة عدم كفاية ثمن العقار المرهون للوفاء بالدين.

ثانيا: حقوق الدائن المرتهن باعتباره دائنا مرتهنا.

إن الدائن المرتهن بهذه الصفة يرتكز حقه في العقار المرهون، وبهذا الشأن تنص المادة 902 الفقرة الأولى من القانون المدني ما يلي: " يمكن للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء، أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في الآجال ووفقا للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية".²

ويلاحظ هنا أنه ليس للدائن المرتهن أن ينفذ بحق المدين الراهن إلا بعد التنبيه بالوفاء، والتنفيذ يبدأ بالتنبيه على المدين بنزع ملكية العقار المرهون، وبذلك فالدائن المرتهن لا يستوفي حقه إلا طبقا للإجراءات المقررة قانونا، فله أن يطلب بيعه في المواعيد ووفقا للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية وبصفته دائنا مرتهنا يطلب استيفاء حقه من العقار المرهون حسب مرتبته وله أيضا الحق في تتبع العقار.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن وجوب إتباع الإجراءات والأوضاع المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، لأن المشرع يهدف بذلك إلى مراعاة حقوق كل من الراهن والمرتهن، وعلة ذلك أنه يخشى

¹ - د/ جلال محمد إبراهيم و د/ أحمد محمد سعد، الحقوق العينية التبعية، الرهن الرسمي، الجزء الأول، دون طبعة، ص201.

² - تقابلها المادة 1051، الفقرة الأولى من القانون المدني المصري.

أن يكون المرتهن قد استغل حاجة الراهن للحصول على رضاه فيما يتعلق بعدم إتباع إجراءات التنفيذ.¹

الفرع الثاني

التنفيذ بحق الدائن المرتهن في مواجهة الكفيل العيني

إذا تعلق الأمر بشخص آخر غير المدين وهو ما يسمى بالكفيل العيني، فقد نصت المادة 901 من القانون المدني على أنه " إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهن من ماله، ولا يكون حق الدفع بتجريد المدين، إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك".²

ويتضح جليا من خلال نص المادة ما يلي:

1- أن مسؤولية الكفيل تقتصر في حدود العقار الذي قدمه كضمان لدين المدين ولا يمكن أن تتجاوزه، حيث يتمتع على الدائن المرتهن التنفيذ على أموال الكفيل العيني غير المرهونة.

وعلى الرغم من الاتفاق حول تحديد مسؤولية الكفيل العيني في حدود العقار المرهون، إلا أن هناك اختلاف فقهي حول تأصيل مركز الكفيل العيني، حيث أن بعض الفقه الفرنسي استعان بفكرة الالتزام العيني، وبذلك فهم يردونه إلى أن التزام الكفيل العيني يتركز في عين معينة بالذات، وبذلك فإن الالتزام يتعلق بمال معين³. بينما يرى الجانب الآخر من الفقه أن الالتزام إنما هو عبارة عن عنصرين هما المديونية والمسؤولية، وحبثهم في ذلك أن كل التزام تتوافر فيه المديونية، ولا يقتضي ذلك توفر مسؤولية مطلقة عن أداء الالتزام، بل يجوز الحد من المسؤولية، ولا يوجد في

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 418. أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. ص 242 - 243

د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص. ص 97-98. د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 24.

² - تقابلها المادة 1050 من القانون المدني المصري.

³ - د/ توفيق حسن فرج و د/ مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 26.

القواعد العامة ما يمنع مثل هذا الاتفاق. ووفقا لذلك فإن الكفيل العيني بتقديمه للعقار المرهون توفرت فيه صفة المديونية اتجاه الدائن المرتهن، غير أنه يكون قد حدد مسؤوليته في نطاق القيمة المالية للضمان الذي خصصه للوفاء، أي أن مديونية الكفيل العيني إنما تركز على مسؤولية محدودة، بخلاف الصورة المألوفة والتي يستند فيها الالتزام على مسؤولية شخصية تمتد إلى جميع أموال المدين.¹

2- لا يجوز للكفيل العيني أن يدفع بتجريد المدين أولاً، ومعنى ذلك أنه في حالة شروع الدائن المرتهن بالتنفيذ في مواجهته من أجل استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون لا يمكن للكفيل العيني التمسك بالدفع بالتجريد، عكس الكفيل الشخصي غير المتضامن مع المدين، وبذلك فإن الخيار بين البدء بالتنفيذ على المدين أو الكفيل العيني هو للدائن المرتهن في كل الأحوال.

ولا يفوتنا هنا التذكير بأن منع الكفيل العيني من الدفع بالتجريد لا يعد من النظام العام وذلك بصريح نص المادة 901 من القانون المدني "... ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك" وبذلك فتحت المجال لجواز إدراج شرط الدفع بالتجريد من قبل الكفيل العيني عند حلول أجل الدين وبدء الدائن المرتهن بإجراءات التنفيذ.

3- كما تنص المادة 902 قانون مدني في فقرتها الثانية على ما يلي " وإذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين جاز له تقادي أي إجراء موجه إليه إن هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع والأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار".²

ويتضح من نص المادة أن المشرع أتاح للكفيل العيني أن يتقادی إجراءات التنفيذ الموجهة ضده، ويكون ذلك بتخليه عن العقار المرهون وفقا للأوضاع والأحكام التي

¹ - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 244.

² - تقابلها المادة 1051 الفقرة الثانية من القانون المدني المصري.

على الحائز أن يتبعها في تخلية العقار والمنصوص عليها في المادة 922 من القانون المدني.¹

4- أما فيما يتعلق بمباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهة الكفيل العيني، فإن المادة 902 الفقرة الأولى من القانون المدني تنص على أنه " يمكن للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء، أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في الآجال ووفقا للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية".

والملاحظ بخصوص ذلك أنها نصت على حالة المدين الراهن فقط، ولم تنص على التنفيذ في حق الكفيل العيني، وعلى كل حال فإن إجراءات التنفيذ في مواجهة الراهن (الكفيل العيني) تبدأ بإعلان التنبيه بنزع الملكية إليه ويطلب بيعه في المواعيد ووفقا للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية، وليس للدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ على هذا الوجه لاستيفاء الدين إلا عند حلول أجله، أي أن الدائن لا يستطيع أن يباشر إجراءات التنفيذ إلا إذا حل أجل الدين، فإذا حل هذا الأجل ولم يقم المدين بالوفاء بعد التنبيه عليه بذلك، فيقوم المرتهن بالإجراءات التي رسمها قانون الإجراءات المدنية، والتي تنتهي بالبيع الجبري للعقار فيستوفي حقه من الثمن الذي رسا به المزداد حسب مرتبته.

المطلب الثاني

القيود الواردة على حق الدائن المرتهن في التنفيذ

إن المشرع لم يترك المجال مفتوحا بالنسبة لحرية الدائن المرتهن في التنفيذ، وذلك بأن نص على إلزامية احترام القواعد المحددة في قانون الإجراءات المدنية، ذلك أن الدائن المرتهن قد يحاول فرض شروط تعد جائرة ليستغل حاجة المدين إلى المال، سواء أكان هذا المدين هو الراهن نفسه أو الكفيل العيني، حيث أن المادة 902 الفقرة

¹ - سيتم التطرق إلى إجراءات التخلية التي يتبعها الحائز بالتفصيل في الفصل الثاني من هذا البحث.

الأولى من القانون المدني تنص على أنه " يمكن للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في الآجال ووفقا للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية".¹

من خلال نص المادة يتضح أن الدائن المرتهن باعتباره صاحب حق عيني، هو حق الرهن، يجب عليه أن ينبه المدين بالوفاء بالدين عند حلول أجله، وفي حالة عدم قيام هذا الأخير بالوفاء به اختياريا، جاز للدائن المرتهن اتخاذ إجراءات التنفيذ. وبذلك يظهر أن هذه الإجراءات من النظام العام، ذلك أن المشرع إنما وضعها لتحقيق التوازن بين مصالح الدائن المرتهن والراهن.

وبناء على ما تقدم يقع باطلا كل اتفاق يمنح الدائن الحق في حالة عدم استيفائه الدين بأن يمتلك العقار المرهون بأي ثمن، وهذا ما يعرف بشرط التملك عند عدم الوفاء، كما أن بيع العقار دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون يعتبر باطلا، وهو ما يعرف بشرط الطريق الممهد.

الفرع الأول

بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء

تنص المادة 903 الفقرة الأولى من القانون المدني على أنه " يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان...".

¹ - تقابلها المادة 1051 الفقرة الأولى من القانون المدني المصري.

ويتضح من نص المادة على أنه يقع باطلا الاتفاق الحاصل بين الدائن المرتهن والراهن سواء أكان هو المدين أو الكفيل العيني، على تملك العقار المرهون في حالة عدم وفاء المدين بالدين وقت حلول أجله، مهما بلغ الثمن.¹

وما ينبغي الإشارة إليه بهذا الخصوص أن بطلان هذا الاتفاق أو الشرط لا يؤدي إلى بطلان الرهن وإنما يبقى الرهن، ما لم يثبت الدائن المرتهن أن هذا الشرط الباطل هو الذي حمّله على إبرام عقد الرهن فلا يجوز إنقاص العقد، فإذا اثبت ذلك يؤدي إلى بطلان الرهن²، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 104 من القانون المدني.

¹- وقد ورد في قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية رقم 40184 بتاريخ 1987/07/01 " متى كان نص المادة 903 من القانون المدني يبطل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون نظير ثمن معلوم أيا كان، فإن سكوت المدين عند انتهاء عقد الرهن وعدم قيام الدائن بأي إجراء كمطالبته بدينه لا يعطي الحق للدائن المرتهن بتملك العقار، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفته القانون في غير محله يستوجب الرفض.

لما كان عن الثابت - في قضية الحال - إن الطاعن ارتهن العقار المتنازع عليه، فهو بالتالي حائز عرضي لا تتوفر فيه شروط التقادم المكسب، فإن قضاة الموضوع باستبعادهم الحيازة باعتبارها عرضية، مادامت إجراءات إنهاء عقد الرهن لم تتخذ وفقا للقانون، طبقوا القانون تطبيقا سليما. ومن كان ذلك استوجب رفض الطعن". منشور في المجلة القضائية، العدد الرابع لسنة 1990.

= كما جاء في قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية رقم 64984 بتاريخ 18-02-1991: " من المقرر قانونا انه يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون نظير ثمن معلوم أيا كان، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون". منشور بالمجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1993.

²- د/ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 356.

ويلاحظ في هذا المجال أن المشرع الفرنسي أجاز تضمين عقد الرهن الرسمي بشرط يقضي بموجبه أن يصبح الدائن المرتهن مالكا للعقار المرهون، وبذلك فإن المشرع الفرنسي قضى بصحة شرط تملك الدائن المرتهن العقار المرهون رهنا رسميا وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 2459 من القانون المدني الفرنسي.

« il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier de viendra propriétaire de l'immeuble hypothèque. Toute fois, cette clause est sans effets sur l'immeuble qui constitue la résidence du débiteur »

وبذلك فإن المشرع الفرنسي استثنى مقر السكن الرئيسي للراهن فقط من نطاق تطبيق صحة شرط تملك العقار المرهون عكس ما ورد في كل من التشريعين المصري والجزائري.

ويرجع سبب بطلان شرط تملك العقار المرهون للاعتبارات التالية:¹

أ/ حماية المدين الراهن من الشروط التي قد يفرضها الدائن مستغلا مركزه الاقتصادي الضعيف بغية الحصول على ملكية العقار المرهون.
ب/ يخفي شرط التملك عادة فوائد ربوية، لأن الثمن المتفق عليه لا يكون مساويا للقيمة الحقيقية للعقار.

ج/ إن شرط تملك العقار يضر بمصلحة الدائنين الآخرين، ذلك أنه يؤدي إلى إخراج العقار المرهون من الضمان العام.

د/ يعتبر شرط تملك العقار إخلالا بالتوازن الذي فرضه المشرع بين المصالح المتعارضة للدائن المرتهن والراهن، إضافة إلى أنه يعد مساسا بأحكام الرهن الرسمي فشرط التملك يعد ضمانا ابتدعها الدائن المرتهن ولم تنص عليها أحكام الرهن الرسمي. وأخيرا تنص المادة 903 الفقرة الثانية من القانون المدني على أنه " غير أنه يجوز بعد حلول أجل الدين أو قسط منه على أن يتنازل المدين لدائنه على العقار المرهون وفاء لدينه". فهي تقرر صراحة أنه إذا حل أجل الدين ولم يفي المدين بالدين فيمكنه الاتفاق مع المرتهن على تملكه العقار في مقابل الدين، ومثل هذا الاتفاق جائز لانتفاء شبهة الاستغلال فيه.²

غير أن هناك اتجاها آخر يرى بأن القول بصحة شرط تملك العقار المرهون بحلول أجل الدين أو قسط منه جائز لانتفاء شبهة الاستغلال غير صحيح على وجه

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 422. د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 309. د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق ص 100. أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق ص 251 - 252. د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون الكويتي، الجزء الأول، مؤسسة دار الكتاب، الكويت 1986، ص 368. د/ جلال محمد إبراهيم و د/ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 209.

² - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 24.

الإطلاق، ذلك أن شبهة الاستغلال تبقى قائمة، حتى ولو تم الاتفاق بعد حلول أجل الدين أو قسط منه، فقد يستفيد الدائن المرتهن عن الفرق بين قيمة العقار الحقيقية وقيمة الدين، إضافة إلى هذا أن حضر شرط التملك يعتبر من أصول تنظيم الرهن الرسمي التي تستهدف إقامة توازن بين مصالح الدائن المرتهن وباقي الدائنين فضلاً عن حماية المدين، بل ومنعاً لاحتمالات التواطؤ بين المدين والدائن المرتهن للإضرار بباقي الدائنين، وتبعاً لذلك اقترح هذا الاتجاه تعديل المادة رقم 903 من القانون المدني بحذف الفقرة الثانية.¹

بينما نرى نحن بان القول الأول - صحة شرط التملك بحلول أجل الدين أو قسط منه - هو الأجدر بالتأييد وذلك للأسباب التالية:

- أن الراهن بحلول أجل الدين لا يكون تحت ضغط الحاجة، فقد استحق الدين ويستطيع الامتناع عن الاتفاق مع الدائن المرتهن إن شاء، ويطلب بيع العقار المرهون طبقاً للإجراءات التي قررها القانون.

- أنه يمكن في حالة تواطؤ المدين والدائن للإضرار بباقي الدائنين اللجوء إلى تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق وفقاً لنص المادة 124 مكرر قانون مدني التي تنص على أنه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير...."

¹ - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 253-254.

الفرع الثاني

بطلان شرع البيع دون إتباع طرق التنفيذ عند عدم الوفاء

تنص المادة 903 الفقرة الأولى من القانون المدني على أنه "... أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن." والمقصود بشرط البيع دون إتباع الإجراءات، هو ذلك الشرط الذي بموجبه يستطيع الدائن المرتهن، عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به، أن يبيع العقار المرهون دونما الحاجة إلى اللجوء للإجراءات التي فرضها قانون الإجراءات المدنية في البيوع الجبرية ويسمى هذا الشرط " بشرط الطريق الممهد".¹

وصورة هذا الشرط أن يقوم الدائن المرتهن بالاتفاق مع الراهن، سواء كان المدين أو كفيلا عينيا، على بيع العقار المرهون بغير اللجوء إلى المزاد ودون تدخل من القضاء.

ويلاحظ هنا أيضا أن شرط البيع دون إتباع طرق التنفيذ عند عدم الوفاء يأخذ نفس حكم شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء حسب نص المادة 903 من القانون المدني، حيث يقع هذا الشرط باطلا سواء تم الاتفاق بشأنه عند إبرام عقد الرهن الرسمي أو بعد إبرامه. كما أن البطلان يقتصر على الشرط فقط ولا يمتد إلى عقد الرهن الرسمي، إلا إذا استطاع الدائن المرتهن إثبات أن هذا الشرط هو الباعث الدافع إلى التعاقد وبذلك يستطيع إبطال كل من الشرط والعقد.

¹ - clause de voie parée.

ويرجع سبب بطلان شرط البيع دون إتباع طرق التنفيذ عند عدم الوفاء للاعتبارات التالية:¹

أ/ مخالفة هذا الشرط للنظام العام المقرر في قانون الإجراءات المدنية.

ب/ إن هدف البيع وفقاً للإجراءات التي قررها قانون الإجراءات المدنية هو الحصول على أكبر قيمة ممكنة أو متاحة، وهو ما يحقق مصلحة الراهن.

ج/ الحصول على أعلى ثمن يحقق مصلحة باقي الدائنين، بحيث يستوفون ديونهم من باقي ثمن العقار بعد استيفاء الدين.

د/ إن عملية البيع وفقاً لهذا الشرط، تؤدي في الغالب إلى بيعه بثمن أقل من قيمته الحقيقية.

غير أن الملاحظ أنه إذا حل أجل الدين ولم يف المدين بالدين فيمكنه الاتفاق مع المرتهن على بيع العقار دون اللجوء إلى المزاد أي بيع العقار بالتراضي ويستوفي الدائن حقه من الثمن ومثل هذا الاتفاق جائز²، وذلك بالرغم من عدم نص المشرع صراحة في المادة 903 من ق.م على ذلك كما فعل بشأن شرط تملك العقار المرهون، إلا أن الفقه استقر على جواز استعمال القياس في هذه الحالة وذلك لانتقاء شبهة الاستغلال.³

¹ - د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 311، أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. ص 255 - 256.

² - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 24.

³ - أ/ شوقي بناسي، نفس المرجع، ص 256. والملاحظ بهذا الشأن أن أستاذنا شوقي بناسي لا يميل إلى الرأي القائل بصحة شرط البيع بالإجراءات إذا كان الاتفاق الحاصل بعد حلول أجل الدين.

الفصل الثاني

آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير

تمهيد:

يصبح عقد الرهن الرسمي صحيحا عندما يستوفي شروط الانعقاد الموضوعية والشكلية، ولكي يحتج به على الغير يجب أن يتم قيده ليستعمل بعدها الدائن المرتهن حق التقدم وحق التتبع.

والمقصود بالغير هنا هو كل شخص له حق يضار من وجود الراهن الرسمي¹. وبذلك يشمل الغير كل دائن مرتهن آخر سواء مرتهنا رهنا رسميا أو رهنا حيازيا، وكل صاحب حق تخصيص أو حق امتياز عقاري، وكذلك كل دائن عادي، ولو أن هذا الأخير ليس صاحب حق على العقار إلا أنه يضار من وجود حق الدائن المرتهن².

ولا يمكن الحديث عن نفاذ الرهن الرسمي في حق الغير إلا بعد قيده³. ويعرف القيد على أنه مجموعة إجراءات وقواعد قانونية وتقنية تشمل كل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت كاشفة - منشئة - ناقلة - معدلة أو منهيّة لحق عيني عقاري أصلي أو تباعي بغض النظر عن نوع التصرف عقدا كان أو حكما أو قرارا إداريا وسواء كان مصدر الحق تصرف قانوني أو واقعة مادية⁴.

¹ - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 427.

² - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 24.

³ - تنص المادة 904 قانون مدني جزائري على أنه: " لا يكون الرهن نافذا في حق الغير، إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس...".

⁴ - ليلي زروقي وعمر حمدي باشا، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، طبعة جديدة 2013/2012، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 69.

وبذلك سيتم التطرق في هذا الفصل إلى كل من حق التقدم وحق التتبع، كل في مبحث على حدى، ونستبعد من مجال بحثنا القيد لأنه مجرد إجراء لازم لتنفيذ حق الرهن في مواجهة الغير.

المبحث الأول: حق التقدم.

المبحث الثاني: حق التتبع.

المبحث الأول

حق التقدم (حق الأفضلية)

إن المقصود بحق التقدم أو الأفضلية هو حق الدائن المرتهن في التقدم في استيفاء حقه من العقار المرهون على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة¹ وهو ما جاء في نص المادة 882 من القانون المدني والتي عرف من خلالها المشرع الرهن الرسمي حيث تنص على ما يلي : " الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه ، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان " ، كما أن المادة 907 من نفس القانون تنص على أنه " يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم تجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار، حسب مرتبة كل منهم ولو كانوا أجروا القيد في يوم واحد " .

ولقد نظم المشرع حق الدائن المرتهن في التقدم على الدائنين الآخرين في استيفاء حقه من العقار المرهون بأحكام المواد من 907 إلى 910 من القانون المدني .
فالمادة 907 نصت على تحديد معنى التقدم ، وأشارت إلى محل التقدم وهو ثمن العقار المرهون أو المال الذي حل محله ، والمادة 908 بينت طريقة تحديد مرتبة الرهن، أما المادة 909 فحددت الحقوق التي يضمنها الرهن زيادة على أصل الدين وأخيرا تطرقت المادة 910 إلى مسألة تنازل الدائن المرتهن عن مرتبة رهنه .
وطبقا لما تقدم فانه ستنم دراسة أحكام حق التقدم على النحو التالي:

المطلب الأول: محل التقدم وتحديد مرتبة الرهن.

المطلب الثاني: موضوع التقدم والتنازل عن مرتبة الرهن.

¹ - Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, leçons de droit civil, suretés , publicité foncière, tome 3, 1^{ère} volume, 7^{ème} édition, Montchrestien, paris, 1999, page 425.

المطلب الأول

محل التقدم وتحديد مرتبة الرهن

سيتم التطرق إلى محل التقدم الذي يستوفي منه الدائن المرتهن حقه في الفرع الأول، ثم التطرق إلى كيفية تحديد مرتبة الدائن المرتهن في الفرع الثاني.

الفرع الأول

محل التقدم

تنص المادة 907 من القانون المدني على أنه " يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم تجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار، بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا اجروا القيد في يوم واحد".¹

يتضح من نص المادة أن ما يباشر عليه الدائن المرتهن حقه في التقدم، وهو بصفة أصلية ثمن العقار بعد بيعه بالمزاد العلني، إلا أن حق الدائن المرتهن لا يرد على ثمن العقار فقط وإنما يرد على ثمن ملحقاته كذلك، وهي العقارات بالتخصيص وحقوق الارتفاق والتحسينات والمنشآت، وكذلك يرد على ثمار العقار المرهون الملحقة به بتاريخ تسجيل التنبيه بنزع الملكية²، كما أن حق التقدم ينصب على ما يحل محل العقار المرهون من أموال، سواء كان تعويضا يدفعه المتسبب في هلاك العقار كلياً أو جزئياً، أو مبلغ التأمين المستحق في حالة وقوع الخطر المؤمن منه، أو المقابل الذي تدفعه السلطات العامة في حالة نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة.³

وبما أن ثمن العقار أو المال الذي حل محل العقار المرهون هو محل التقدم الذي يستطيع الدائن المرتهن ممارسة حق التقدم عليه، فسيتم التعرض إليهما كآلاتي:

¹ - تقابلها المادة 1056 من القانون المدني المصري.

² - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 28.

³ - Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, op.cit, page 426.

أولاً: ثمن العقار المرهون كمحل لحق التقدم.

يتركز حق الدائن المرتهن بصفة أساسية على ثمن العقار المرهون¹، حيث تنص أيضاً في هذا المجال المادة 882 من القانون المدني على أنه " الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقاً عينياً على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان". وبذلك فإنه عند حلول أجل الدين، وعند عدم وفاء المدين بدينه، يستوفي الدائن المرتهن حقه من ثمن العقار المرهون بعد بيعه جبرياً بالمزاد العلني متقدماً على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة.

ويشمل محل التقدم إلى جانب العقار المرهون ملحقاته كذلك، والتي يمتد الرهن إليها بقوة القانون، إلا إذا تم الاتفاق صراحة على استبعادها من الرهن، كما يشمل أيضاً الثمار من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية.²

ثانياً: المال الذي يحل محل العقار المرهون كمحل لحق التقدم.³

لم يحدد المشرع في المادة 907 من القانون المدني المال الذي يحل العقار المرهون، غير أنه وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني لاسيما المادتين 889 و 900 يمكن القول بأنه للدائن المرتهن الحق في ممارسة حق التقدم في استيفاء حقه من ثمن الأنقاض، ومبلغ التعويض، ومبلغ التأمين، ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة، وهذه الحالات هي أهم صور تحول العقار المرهون إلى مبلغ نقدي بغير طريق البيع الجبري بالمزاد العلني.

¹ - د/ شمس الدين الوكيل، الموجز في نظرية التأمينات، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1964، ص 193.

² - د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، 237. أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 276. تنص المادة 887 من القانون المدني الجزائري على أنه " يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص وكافة التحسينات والإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك، ما لم يتفق على غير ذلك، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة 997".

³ - أ/ شوقي بناسي، نفس المرجع، ص. ص 276 إلى 282.

1- ثمن الأنقاض:

تنص المادة 889 من القانون المدني على أنه " يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها وفي هذه الحالة يكون للدائن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق ".

2- مبلغ التعويض:

تنص المادة 900 من القانون المدني على أنه " إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر...".

يفترض نص المادة هلاك العقار المرهون أو تلفه بخطأ من الغير، الأمر الذي يجعله طبقا للقواعد العامة في المسؤولية ملتزما بدفع تعويض لمالك العقار المرهون عما سببه له من أضرار، وفي هذه الحالة ينتقل الرهن إلى مبلغ التعويض بحيث يكون للدائن المرتهن الحق في استيفاء حقه منه مقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة.

3- مبلغ التأمين:

تنص المادة 900 من القانون المدني على أنه " إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين...".

فهذا النص يفترض أن العقار المرهون كان مؤمنا عليه ثم هلك فاستحق المؤمن له (الراهن) مبلغ التأمين، ومن ثم انتقل الرهن إلى هذا المبلغ النقدي.

4- مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة:

تنص المادة 900 من القانون المدني على أنه " إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة." إذا حدث وأن قامت الدولة بنزع ملكية العقار المرهون من أجل المنفعة العامة، فإنها تكون ملزمة بدفع مقابل عادل ومنصف لمالكة نتيجة ما لحقه من ضرر وما فاتته من كسب، وفي هذه الحالة ينتقل الرهن إلى هذا المقابل النقدي وللدائن المرتهن الحق في التقدم في استيفاء حقه من هذا المقابل.

الفرع الثاني

تحديد مرتبة الرهن

إن تحديد مرتبة الرهن يحكمها مبدأ عام نصت عليه المادة 907 من القانون المدني "تسبب مرتبة الرهن من وقت تقييده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً"¹، غير أنه بالرجوع إلى القانون المدني يلاحظ أن هناك بعض الاستثناءات، وفيما يلي يتم التطرق إليها كالاتي:

أولاً: المبدأ العام في تحديد مرتبة الرهن.

إن العبرة بالأسبقية في القيد، وهذا هو المبدأ العام ذلك أن الرهن الرسمي يزود الدائن المرتهن بتأمين عيني يسمح له بالتقدم على الدائنين العاديين بغض النظر عن تاريخ نشوء حقوقهم ولو نشأت قبل قيد الرهن، غير أنه إذا حدث تراحم بين مجموعة من الدائنين المرتهنيين فالأولوية بينهم تتحدد على أساس تاريخ قيد رهنهم ولو كانوا قد أجروا القيد في نفس اليوم، فإن الأفضلية تتحدد بساعة القيد.²

¹ - تقابلها المادة 1057 من القانون المدني المصري.

² - في القانون المدني الفرنسي القيود التي تتم في نفس اليوم تحسب في نفس الدرجة فلا يوجد فرق بين من يقيد حقه صباحاً ومن يقيد حقه مساءً، في هذه الحالة تحسب الأفضلية بالنظر إلى تاريخ نشأة الرهن وهو ما تنص عليه المادة رقم 2425 الفقرة 2 من القانون المدني الفرنسي.

ويتم تطبيق المبدأ العام في حالة تزامن الدائن المرتهن رهنا رسميا مع أصحاب تأمينات عينية أخرى والتي تخضع للشهر، من أصحاب الرهن الحيازي أو اختصاص أو امتياز خاص على عقار، فالأولوية تكون هنا بحسب أسبقية القيد ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط أو حقا مستقبليا أو احتماليا.

إذا كان الالتزام المضمون بالرهن معلق على شرط فاسخ، فإن الدائن المرتهن يستوفي حقه طبقا لمرتبه، ولكن لما كان من المحتمل أن يتحقق الشرط في المستقبل، فيزول حق الدائن بأثر رجعي فإنه يلزم أن يقدم الدائن ضمانا كافيا يكفل رد ما قبضه في هذه الحالة وذلك حفاظا على حق باقي الدائنين، فإذا لم يفعل ذلك فإن للدائنين الآخرين أن يعارضوا في تسليمه قيمة ما يستحقه في التوزيع حتى يتبين مصيره.¹

أما إذا تعلق الأمر بالالتزام مضمون برهن معلق على شرط واقف ولم يتحقق الشرط عند توزيع ثمن العقار، فإن الراجح في الفقه أن تقدر للدائن حصته الاحتمالية، إذ يتم توزيع ثمن العقار كله على الدائنين الآخرين مع إلزام كل منهم تاليا للمرتهن أن يقدم تأمينا كافيا يضمن ردهم لحصة المرتهن إذا ما تحقق الشرط، أما إذا كان الدين احتماليا، كما هو الحال في الحساب الجاري حيث لا يتحقق وجود الدين ولا يتعين ومقداره إلا بقطع الرصيد وإقراره، فإذا تم توزيع ثمن العقار قبل ذلك، فإن بعض الفقهاء يرى توزيع الثمن كله على باقي الدائنين مع إلزامهم بتقديم ضمان عيني يكفل الوفاء بالمبلغ الأقصى المحدد في قائمة القيد، بينما يذهب البعض الآخرين إلى توزيع حصص الدائنين السابقين للدائن المرتهن في المرتبة، وتبقى حصص الدائنين المتأخرين معلقة حتى يتحدد مصير الدين الناشئ من الحساب الجاري.²

¹ - د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 120.

² - نفس المرجع، ص 121.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على المبدأ العام.

- إذا كان المبدأ العام في تحديد مرتبة الرهن هو الأسبقية في القيد، فإنه يلاحظ أن المشرع قد خرج عليه وذلك في الحالات التالية:
- 1- حقوق الامتياز العامة¹ والمبالغ المستحقة للخزينة العامة² والمصرفيات القضائية³ التي أنفقت على حفظ أموال المدين وبيعها لمصلحة جميع الدائنين، فهذه المبالغ تستوفي قبل حق الرهن الرسمي مهما كان تاريخ قيده.
 - 2- يتقدم رهن العقار الشائع المملوك للشركاء الصادر عنهم جميعا، على الرهن الصادر من الشريك ولو تم قيده في تاريخ لاحق على قيد الشريك لرهنه.⁴
 - 3- يتقدم امتياز البائع ولو كان قيده لاحقا على قيد هذا الرهن، إذا تم قيده في ظرف شهرين من تاريخ البيع، وبانقضاء هذه المدة يصبح هذا الامتياز رهنا رسميا.⁵

¹ تنص المادة 986 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري على أنه " غير أن حقوق الامتياز العامة ولو كانت مترتبة على عقار لا يجب فيها الشهر ولا حق التتبع، ولا حاجة للإشهار أيضا في حقوق الامتياز العقارية الضامنة بمبالغ مستحقة للخزينة العامة، وهذه الحقوق الممتازة جميعا تكون اسبق في المرتبة على أي حق امتياز عقاري آخر أو حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده".

² تنص المادة 991 من القانون المدني الجزائري على أنه " المبالغ المستحقة للخزينة العامة من الضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كان، لها امتياز ضمن الشروط المقررة في القوانين والمراسيم الواردة في هذا الشأن. وتستوفي في هذه المبالغ من ثمن الأموال المتعلقة بهذا الامتياز في أي يد كانت وقبل أي حق آخر، ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي، ماعدا المصاريف القضائية".

³ تنص المادة 990 من القانون المدني الجزائري على أن " المصاريف القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها، لها امتياز على ثمن هذه الأموال. وتستوفي هذه المصاريف قبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصاريف في مصلحتهم، وتتقدم المصاريف التي أنفقت في بيع الأموال على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع".

⁴ تنص المادة 890 الفقرة الثانية من القانون المدني على أنه " إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مقرر من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة. ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين".

⁵ تنص المادة 999 من القانون المدني على أنه " ما يتحقق لبائع العقار من ثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع. ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلا، وتكون مرتبته من تاريخ البيع إذا وقع التقييد ظرف شهرين من تاريخ البيع. فإذا انقضى هذا الأجل، أصبح الامتياز رهنا رسميا".

- 4- يتقدم امتياز المتقاسم ولو كان قيده لاحقاً على قيد هذا الرهن، شريطة قيد هذا الامتياز في ظرف شهرين من تاريخ القسمة، وبانقضاء هذه المدة يصبح هذا الامتياز رهناً رسمياً.¹
- 5- يتقدم امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين، إذ يستوفون حقوقهم قبل الدائن المرتهن ولو قيد هذا الأخير حقه قبل قيد امتيازهم.²

المطلب الثاني

موضوع التقدم والتنازل عن مرتبة الرهن

يتم تناول في هذا المطلب نطاق حق التقدم في الفرع الأول، ثم التطرق إلى حق الدائن المرتهن في التنازل عن مرتبته إلى دائن آخر في الفرع الثاني.

الفرع الأول

موضوع التقدم

إن المقصود بموضوع التقدم الحقوق التي يستوفيه الدائن بطريقة الأفضلية، حيث تنص المادة 909 من القانون المدني على أنه " يترتب على قيد الرهن إدخال مصاريف العقد والقيود والتجديد إدخالاً ضمنياً في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها.

وإذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع العقار انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل".³

¹ - تنص المادة 1001 من القانون المدني الجزائري على أنه " إن للشركاء الذين اقتسموا عقاراً، حق امتياز عليه تأميناً لما تخول له القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة ، ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته مماثلة لشروط امتياز البائع المشار إليه في المادة 999 .

² - تنص المادة 1000 من القانون المدني على أنه " المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم بتشييد أبنية أو منشآت أخرى في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها ، يكون لها امتياز على هذه المنشآت، ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه . ويجب أن يقيد الامتياز، وتكون مرتبته من وقت قيده " .

³ - تقابلها المادة 1058 من القانون المدني المصري .

وبذلك فالمبالغ التي يستوفيهما الدائن هي أصل الدين والمصروفات وتشمل نفقات الرهن وقيده وتجديده، بالإضافة إلى الفوائد المستحقة من وقت القيد.¹

أولاً: أصل الدين.

يجب أن يتم تحديد المبلغ المضمون في عقد الرهن، بمعنى يجب تحديد أصل الدين في عقد الرهن، كما يضاف أيضاً إلى ذلك مبدأ تخصيص القيد وذلك بتحديد قيمة الدين في قائمة قيد الرهن.

وإذا حدث وأن كان هناك فرق بين أصل الدين الثابت في عقد الرهن وبين ما تم إثباته في القيد، فإنها حتماً لا تخرج عن إحدى الحالتين.²

- الحالة الأولى: إذا زاد الدين المقيد عن الدين المضمون بالرهن، كانت هذه الزيادة غير قائمة على أساس أن القيد يعتمد على سند الرهن، وبذلك فإن الدائن يستوفي قيمة الدين المضمون بالرهن وهو أقل القيمتين.

- الحالة الثانية: إذا زاد الدين المضمون بالرهن عن الدين الثابت بالقيد، كانت هذه الزيادة غير نافذة في حق الغير، فلا يتقدم بها الدائن على غيره من الدائنين، وإنما يستوفي قيمة الدين الثابت بالقيد.

وفي كل الأحوال فإن الدائن المرتهن يستوفي أقل القيمتين في حالة اختلاف أصل الدين بين عقد الرهن وقائمة القيد.

¹ - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 28 .

² - د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 235. د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 123. /شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 292 .

ثانياً: المصاريف.

تنص المادة 909 من القانون المدني على أنه " يترتب على قيد الرهن إدخال مصروفات العقد والقيّد والتجديد إدخالاً ضمناً في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها".¹ ويستخلص من نص المادة النتائج التالية:

1- أن هذه المصاريف تتمثل في أمرين اثنين هما: " مصاريف العقد، وثانياً: مصاريف قيد الرهن وتجديده. فالأولى هي مصاريف إبرام العقد المستحقة لإتمام إبرامه في الشكل الرسمي، والثانية هي المصاريف اللازمة للمحافظة على حقوق الدائن المرتهن الناشئة عن الرهن.²

2- أن هذه المصاريف قد وردت على سبيل الحصر في نص المادة 909.³ وبالتالي لا يمكن أن تضاف مصروفات أخرى لتكون لها مرتبة الحق نفسه، كمصروفات دعوى الدائن لا تدخل لعدم ورودها في النص.⁴

3- لقد تم اعتبار هذه المصاريف بموجب نص المادة من ملحقات الدين المضمون، وبذلك تأخذ مرتبته في التقدم ولو لم يتم ذكرها في القيد، وبذلك فإن حق التقدم يشملها بقوة القانون، وهذا ما قصده المشرع بالقول أنها تدخل ضمناً في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها، والحكمة من ذلك أن هذه المصاريف في الأصل يتحملها الراهن وهو ما نصت عليه المادة 883 من القانون المدني بالنسبة لمصاريف العقد، والمادة 906 بالنسبة لمصاريف قيد الرهن وتجديده، فإذا دفعها الدائن المرتهن كان من حقه الرجوع بها على الراهن ويستوفيه منه بقوة القانون إلا إذا وجد اتفاق يقضي بأن يتحملها الدائن المرتهن.⁵

¹ - تقابلها المادة 1058 من القانون المدني المصري .

² - أ/ شوقي بناسي ، المرجع السابق ، ص 297 .

³ - د/ زاهية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص 123 .

⁴ - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 135 .

⁵ - أ/ شوقي بناسي، نفس المرجع، ص 296 .

ثالثا: الفوائد.

بالرجوع إلى نص المادة 909 من القانون المدني نجد أنها لم تنص صراحة على مصطلح الفوائد¹، لأنه كما نعلم أن القرض مجاني في الأصل والقرض بفائدة استثناء وبالتالي لا تستحق الفوائد إلا إذا تضمن عقد القرض شرطا يقضي بأخذ الفوائد².

وبذلك نص المشرع صراحة على منع أخذ الفوائد بن الأفراد، حيث أن المادة 454 من القانون المدني تنص على أنه " القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك".³

واستثناء أباح المشرع لمؤسسات القرض أن تأخذ الفوائد، حيث تنص المادة 456 من القانون على أنه " يجوز لمؤسسات القرض التي تمنح قروضا قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحددها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".⁴

¹ - بالرغم من المادة 909 من القانون المدني الجزائري تقابلها المادة 1058 من القانون المدني المصري، إلا أنه يلاحظ أن المشرع الجزائري قد حذف الفقرة المتعلقة بالفوائد عند نقله لنص المادة، حيث تنص الفقرة على أن " وإذا ذكر سعر الفائدة في العقد فإنه يترتب على قيد الرهن أن يدخل في التوزيع مع أصل الدين وفي نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق من هذا التاريخ إلى يوم رسو المزاد دون مساس بالقيود الخاصة التي تؤخذ ضمانا لفوائد أخرى قد استحققت والتي تحسب مرتبتها من وقت إجرائها..." وبذلك فإن التشريع المدني الجزائري خالف التشريع المصري.

² - ربحاني يسمينة، المرجع السابق، ص 14.

³ - حيث جاء في القرار رقم 32463 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/06/23 " متى كان من المقرر قانونا أن الأحكام القضائية الصادر من جهات أجنبية لا تكون قابلة للتنفيذ إلا بموجب أحكام تصدرها المحاكم الوطنية الكائنة بمقر المجالس القضائية ومتى كان القانون ينص على أن القرض بين الأطراف يكون دائما بدون اجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك، فإن القضاء بتنفيذ حكم أجنبي يتضمن فائدة يكون قد أخطأ في تطبيق القانون لمخالفة النظام العام ويستوجب النقض بدون إحالة فيما قضى به من فائدة القرار الذي منح الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي يقضي على المحكوم عليه بدفع الفوائد المتفق عليها". منشور بالمجلة القضائية العدد الأول، لسنة 1989.

⁴ - لم يترك المشرع الجزائري المجال مفتوحا أمام المؤسسات المالية والبنوك لتحديد الفوائد، فالحرية المطلقة في هذا المجال تضر بمصلحة المقترض وهو الطرف الضعيف، ولذلك فتحدد سعر الفائدة خاضع للقوانين ويحدد البنك المركزي السعر المرجعي بموجب قرار من وزير المالية ولا يمكن للبنوك تجاوزه عند تحديد قيمة الفوائد. راجع في هذا المجال طالي لطيفة، القرض العقاري، رسالة ماجستير (فرع العقود والمسؤولية)، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2001-2002، ص 89.

الفرع الثاني

التنازل عن مرتبة الرهن

تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان المشرع قد جعل التقدم يتحدد على أساس الأسبقية في القيد فإن هذا لا يمنع من التنازل عن المرتبة فيما بين الرهون النافذة فالمسألة تتعلق بمصلحة خاصة للدائن المرتهن.¹

لذلك أجاز المشرع التنازل عن مرتبة الرهن²، وهو ما تنص عليه المادة 910 من القانون المدني. " يمكن للدائن المرتهن أن يتنازل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار. ويجوز التمسك تجاه هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها تجاه الدائن الأول، عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الأول، إذا كان هذا الانقضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة ".³

ونبحث هنا: أولا المقصود بنزول الدائن المرتهن عن مرتبة الرهن لدائن آخر. ثانيا: شروط النزول عن مرتبة الرهن. ثالثا أثر النزول عن مرتبة الرهن.

¹ - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 27.

² - يجيز القانون المدني الفرنسي التنازل عن مرتبة الرهن، وذلك حسب نص المادة 2424 الفقرة الثالثة والتي تنص على مايلي:

« il peut aussi, par une cession d'antériorité. Céder _ san rang d'inscription à un créancier de rang postérieur dant il prend la place. »

ويسمى في الفقه الفرنسي:

Convention d'antériorité ou cession de priorité ou cession de rang.

³ - تقابلها المادة 1059 من القانون المدني المصري.

أولاً: المقصود بنزول الدائن المرتهن عن مرتبة الرهن لدائن آخر.

عرف الفقه النزول عن مرتبة الرهن بأنه عمل قانوني القصد منه أن ينزل مرتهن متقدم في المرتبة عن مرتبته إلى دائن مرتهن آخر متأخر عنه في المرتبة على نفس العقار، فيصبح كل منها في مرتبة الآخر.¹

وبذلك فإن نظام التنازل عن مرتبة الرهن إنما يفترض وجود عدة دائنين مرتهين على نفس العقار فيعقد اتفاق بين الدائن المتقدم والدائن المتأخر عنه في المرتبة، ويكون موضوع الاتفاق بين الدائن المرتهن المتقدم والدائن المرتهن المتأخر التنازل عن المرتبة، فيحل كلاهما محل الآخر²، فهو بذلك عبارة عن تبادل مراتب الرهن بين دائن مرتهن أسبق في المرتبة ودائن مرتهن متأخر عنه في المرتبة. فيحتل الذي كان متأخراً، المرتبة المتقدمة ويصبح الذي كان متقدماً في المرتبة المتأخرة.³

ويمكن أن نستخلص أن النزول عن مرتبة الرهن لا يؤثر على الدين المضمون ولا على الرهن ذاته، فيبقى للدائن دينه كما يبقى له حق الرهن ذاته، وبناء على ما سبق لا يجوز النزول للدائن العادي، لأن النزول لا يكون إلا عن المرتبة وحدها ولا يشمل الرهن نفسه.⁴

أما فيما يتعلق بالأسباب التي تدفع الدائن المرتهن إلى النزول عن مرتبته قد يكون حصوله على مقابل لهذا النزول إلى من يرغب من الدائنين الآخرين التاليين له في المرتبة والمقرر لهم رهن على نفس العقار ليعوضه عما قد يترتب على تأخر مرتبته.

¹ - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 299.

² - د/ حسام الدين كامل الاهواني، المرجع السابق، ص 646.

³ - د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 646.

⁴ - د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 130.

وقد يكون للدائن المرتهن المتنازل، ضمان آخر يكفل حقه مما يغنيه عن التمسك بمرتبة رهنه المتقدمة ويكون نزوله في هذه الحالة تبرعا.¹

ثانياً: شروط النزول عن مرتبة الرهن.

يستفاد من نص المادة 910 قانون المدني أن هناك شروطاً لصحة النزول عن مرتبة الرهن وهي ثلاثة شروط.

الشرط الأول: يجب أن يكون النزول لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على ذات العقار، وعلى ذلك فإنه من غير الجائز النزول عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن عادي، أو مصلحة دائن مرتهن لعقار آخر من المدين أو لمصلحة دائن مرتهن لم يقيد حقه بعد.²

وقد لاحظ الفقه أن نص المادة 910 قانون مدني، وإن وردت في باب الرهن الرسمي، الأمر الذي يوحي اقتصرها على الرهن الرسمي وحده، إلا أن حكمها عام ينطبق على جميع أصحاب الحقوق العينية التبعية نظراً لتوافر الحكمة واتحاد العلة، ومن ثم يجوز النزول عن المرتبة من كل دائن له حق مقيد لصالح كل دائن له حق مقيد، بمعنى أنه يجوز النزول عن المرتبة بين من لهم رهن حيازي أو حق تخصيص أو حق امتياز خاص على العقار.³

الشرط الثاني: يجب أن يكون النزول عن مرتبة الرهن في حدود حق المتنازل⁴، ومعنى ذلك أن الدائن الذي كانت له هذه المرتبة، ولهذا إذا كان الدين الأول - دين المتنازل - أكبر من الدين التالي له - انتفع المتنازل له من هذه المرتبة المتقدمة، أما

¹ - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 516-517. أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 301-302. د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص. 126-127. د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 131.

² - د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 378.

³ - أ/ شوقي بناسي، نفس المرجع، ص. 302- أنظر في هذا المجال د/ نبيل إبراهيم سعد، نفس المرجع، ص. 131، د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 176.

⁴ - د/ زاهية سي يوسف، نفس المرجع، ص. 127.

إذا كان دين المتنازل له أكبر من دين المتنازل، عندئذ لا يستفيد المتنازل له من هذه المرتبة المتقدمة إلا في حدود دين المتنازل فقط لا في حدود دينه هو، وقد قصد المشرع بذلك الحكم عدم الإضرار بحقوق الدائنين الآخرين الذين كانوا تالين للمتنازل وسابقين للمتنازل له.¹

ولتوضيح هذه المسألة نطرح المثال الذي عادة ما تطرحه كتب الفقه: إذا كان زيد له رهن في المرتبة الأولى، وبكر له رهن في المرتبة الثانية، وعمرو له رهن في المرتبة الثالثة، وقد نزل زيد عن مرتبة رهنه إلى عمرو، فإن ذلك لا يجب أن يضر ببكر، ولذلك جعل المشرع النزول ينحصر في حدود دين المتنازل. فإذا كان دين زيد 1000 دج، ودين عمرو 2000 دج، فلا يستفيد عمرو من المرتبة الأولى التي كانت لزيد، والتي حل محله فيها إلا لضمان مبلغ 1000 دج فقط، وإلا ترتب على النزول الأضرار ببكر، لأنه في الوضع لم يكون يسبقه إلا زيد وبمبلغ 1000 دج فقط، فإذا سمح بالاستفادة من مرتبة زيد بأكثر من هذا المبلغ لأدى ذلك إلى التأثير على ضمان بكر في حالة توزيع ثمن العقار وعدم كفايته لسداد الديون.²

الشرط الثالث: يجب أن يؤشر بهذا النزول عن المرتبة في هامش القيد الأصلي للرهن، وإلا كان هذا النزول غير نافذ في حق الغير³، وهذا ما تنص عليه الفقه الثانية من المادة 904 قانون مدني " لا يصح التمسك اتجاه الغير بتحويل حق مضمون بقيد، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي".⁴

¹ - د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 379.

² - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 303. د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. ص 131 - 132.

³ - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 27.

⁴ - تقابلها المادة 1053 من القانون المدني المصري.

ثالثاً: أثر النزول عن مرتبة الرهن.

بتوافر الشروط السابقة صح هذا النزول، فيحل الدائن المتأخر المتنازل له محل الدائن المتقدم المتنازل في هذه المرتبة المتنازل عنها.

غير أنه يلاحظ أن هذا النزول لا ينبغي أن يضر بحقوق الغير¹. وبناء على ذلك فللدائنين أصحاب المرتبة المتوسطة التمسك تجاه الدائن ذي المرتبة المتأخرة الذي تم التنازل له عن المرتبة المتقدمة، بجميع أوجه الدفع التي يحق لهم التمسك بها في مواجهة الدائن الذي نزل عن مرتبته المتقدمة، والتي تؤدي إلى عدم قيام حق هذا الدائن الأخير بالنسبة لهم أو عدم نفاذه عليهم، من ذلك التمسك ببطان التصرف المنشئ لحق الدائن المتقدم، أو بطلان الرهن، أو عدم نفاذه بسبب نقص بيانات القيد مثلاً أو انقضاء حق الدائن لسبب من أسباب الانقضاء ويكون هذا السبب سابقاً عن نزوله عن مرتبة رهنه، أما إذا كان الحق قائماً وقت النزول عن مرتبة الرهن، فإن انقضاءه بعد ذلك لا يؤثر على قيام حق الدائن الذي تم النزول له عن مرتبة الرهن قبل الانقضاء.²

كما يلاحظ أخيراً، أن أثر النزول يتوقف على عدم تعسف الدائن المرتهن المتنازل في استعمال حقه في النزول بما يلحق الضرر بباقي الدائنين المتوسطين.

ولتوضيح هذه المسألة نطرح المثال التالي:

إذا كان لدائن أول دين مقداره ألف دينار ورد رهنه على عقارين (أ) و (ب)، وهناك دائن مرتهن ثان وتال في المرتبة ومقدار دينه ألف دينار أيضاً وورد رهنه على ذات العقارين، كما يوجد دائن مرتهن ثالث متأخر في المرتبة ودينه ألف دينار ورد رهنه على العقار (أ) فقط، فإن تنازل الدائن المرتهن الأول عن مرتبة رهنه على العقار (أ)

¹ - د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 379.

² - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 141.

إلى الدائن المرتهن الثالث سيجري عليه إضرار بالدائن المرتهن الثاني، ذلك أنه في حالة بيع العقارين لن يستطيع التحصل على حقه لأنه يحل بعد كل منهما، ولهذا يحقق للدائن الثاني الطعن في تنازل الدائن الأول عن مرتبة رهنه على العقار (أ) للدائن الثالث.¹

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه لم يؤسس الحكم السابق على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق، وإنما أرجعوا ذلك إلى مبدأ نسبية العقود وذلك لأن الدائن المتوسط ليس طرفاً في التنازل فلا يجب أن يضرار بسببه.²

المبحث الثاني

حق التتبع

الرهن الرسمي لا يمنع الراهن من ممارسة حق التصرف، وهو ما تنص عليه المادة 892 من القانون المدني صراحة، حيث أن الراهن باستطاعته بيع العقار المرهون أو حتى رهنه مرة أخرى³، وتصرف الراهن في العقار المرهون لا يمنع الدائن المرتهن من التنفيذ على العقار المرهون في أي يد كانت إن تم قيد هذا الرهن الرسمي، وتعرف هذه الميزة بحق التتبع.⁴

ولقد عرف الفقه حق التتبع بعدة تعاريف تختلف في ألفاظها، غير أن مضمونها واحد.

¹ - د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 379 - 380.

² - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 305.

³ - راجع الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الأول للفصل الأول من هذا البحث.

⁴ - في هذا المجال تنص المادة 882 من القانون المدني الجزائري على أنه "الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقاً عينياً على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان" وتقابلها المادة 1030 من القانون المصري، ولقد نص القانون المدني الفرنسي على هذا الحق في المادة 2461.

" les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrit sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloques et payés suivant l'ordre de leurs créance ou inscription."

يعرف حق التتبع بأنه تلك المكنة التي يخولها حق الرهن للدائن المرتهن، والتي يكون له بمقتضاها سلطة التنفيذ على العقار المرهون في يد الغير.¹

كما يعرف أيضا على أنه قدرة التنفيذ على العقار المرهون المخولة للدائن المرتهن بمقتضى حق الرهن، ولو انتقلت ملكيته إلى الغير أو اكتسب عليه حقا قابلا للرهن.²

ويمارس حق التتبع في مواجهة الغير الذي انتقلت إليه ملكية العقار المرهون أو اكتسب عليه حقا قابلا للرهن، والذي يسمى اصطلاحا الحائز.³

ولا يمكن الحديث عن حق التتبع إذا بقي العقار المرهون في ملكية الراهن، وباستطاعة الدائن المرتهن في هذه الحالة التنفيذ في مواجهة الراهن مباشرة كما يتخذها الدائن العادي.

ولقد نظم المشرع حق الدائن المرتهن في التتبع بأحكام المواد من 911 إلى 932 من القانون المدني⁴، ولذا ستتم دراسة أحكام حق التتبع على النحو التالي:

المطلب الأول: شروط وكيفية مباشرة حق التتبع.

المطلب الثاني: موقف الحائز في مواجهة الدائن الممارس لحق التتبع.

¹ - د/ محمد حسنين منصور، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص 305.

² - د/ جلال محمد إبراهيم، د/ أحمد محمد سعد، المرجع السابق، ص 269.

³ - Jacques Mestre, Emmanuel Putman, Marc Billiau, traité de droit civil, droit spécial des sûretés réelles, 2^{ème} volume, L.G.D.J, paris, 1995, p 799.

⁴ - الملاحظ في هذا المجال أن عدد المواد المخصصة لحق التتبع (21 مادة) تكاد تبلغ نصف المواد المخصصة للرهن الرسمي (54 مادة)، وهو ما يفسر طول هذا الجزء.

المطلب الأول

شروط وإجراءات مباشرة حق التتبع

سيتم التطرق في هذا المطلب إلى الشروط الواجب توافرها من أجل مباشرة حق التتبع في الفرع الأول، ومن ثم التطرق إلى كيفية أو إجراءات مباشرة هذا الحق.

الفرع الأول

شروط مباشرة حق التتبع

تنص المادة 911 من القانون المدني على أنه "يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن يقوم بنزع ملكية العقار المرهون من يد الحائز لهذا العقار، إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه.

يعتبر حائزا للعقار المرهون، كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أي حق عيني آخر قابل للرهن، دون أن يكون مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن".¹

إستنادا إلى نص المادة يمكن أن نستخلص أهم الشروط الواجب توافرها لاستعمال حق التتبع، حيث نصت الفقرة الأولى على الشروط المتعلقة بشخص الدائن المرتهن، بينما نصت الفقرة الثانية على الشروط المتعلقة بشخص الحائز.

أولا: الشروط المتعلقة بالدائن المرتهن.

يمكن استخلاص هذه الشروط مما تقضي به الفقرة الأولى من المادة 911 قانون مدني.

¹ - تقابلها المادة 1060 من القانون المدني المصري.

الشرط الأول: أن يكون الرهن نافذا في مواجهة الحائز.

حتى يستطيع الدائن المرتهن تتبع العقار المرهون يجب أن يكون حقه على هذا العقار نافذا في مواجهة الحائز¹، ولا يكون الرهن نافذا في مواجهة الحائز إلا إذا كان مقيدا قبل أن يشهر من انتقلت إليه ملكية العقار حقه.²

على أنه يجب التنبيه والتأكيد على أن مصطلح الحائز في الرهن الرسمي له معنى خاص يختلف عن المعنى القانوني للحائز بصفة عامة، إذ يقصد بهذا الأخير وضع اليد على شيء من الأشياء لحساب نفسه أو لحساب غيره حيازة قانونية أو عرضية، أما الحائز في نطاق الرهن، فهو الشخص الذي انتقلت إليه ملكية عقار قد تم رهنه.³

وعلى ذلك إذا قام الدائن المرتهن بقيد حقه على العقار المرهون قبل أن يشهر المتصرف إليه حقه، فإن هذا الأخير يكتسب حقه مثقلا بحق الرهن، ويجوز عندها للدائن المرتهن أن يتتبع هذا العقار المرهون وأن ينفذ عليه في يد المتصرف إليه - الحائز - أما في حالة ما إذا قام المتصرف إليه بشهر حقه قبل قيام الدائن المرتهن بقيد حقه، فإنه بذلك يكون قد اكتسب حقه خاليا من الرهن، ولا يجوز عندها للدائن المرتهن أن يتتبع هذا العقار وبالتالي لا يستطيع التنفيذ عليه.⁴

الشرط الثاني: حلول الدين المضمون بالرهن.

كما يشترط لتحريك حق التتبع أن يكون حق الدائن قد حل وقت استعمال حق التتبع، فاستعمال حق التتبع ما هو إلا تنفيذ بالدين وهذا التنفيذ لا يجوز قبل حلول أجل

¹ - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 308.

² - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 30.

³ - راجع في هذا المجال: د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 131.

ويسمى الحائز بصفة عامة باللغة الفرنسية Possesseur

أما الحائز في نطاق الرهن الرسمي يسمى Tiers – détenteur

⁴ - د/ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 489.

الدين. وفي هذا المعنى تقضي المادة 1/911 قانون مدني بأنه " يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن يقوم بنزع ملكية العقار المرهون من يد الحائز لهذا العقار...". كما يمكن أن يحل الدين للأسباب الأخرى المسقطه للأجل وهي: شهر إفلاس المدين، إضعاف التأمينات بدرجة كبيرة، أو عدم تقديم المدين ما وعد بتقديمه من تأمينات.¹

ثانياً: الشروط المتعلقة بالحائز.

يمكن استخلاص هذه الشروط مما تقضي به الفقرة الثانية من المادة 911 قانون مدني.

الشرط الأول: انتقال ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر قابل للرهن.

يشترط لمباشرة حق التتبع حسب الفقرة الثانية من نص المادة 911 قانون المدني انتقال ملكية هذا العقار المرهون كله أو بعضه أو حق عيني قابل للرهن أي حق يصح بيعه بالمزاد العلني على وجه الاستقلال، كحق الإنتفاع أو ملكية الرقبة، سواء تم ذلك بعوض أو بغير عوض. والحكمة من ذلك أن مباشرة حق التتبع هو التنفيذ على الحق الذي آل إلى الحائز وحيث ينتهي هذا التنفيذ ببيع العقار بالمزاد العلني، فإذا كان الغير قد تلقى حقاً غير قابل للبيع بالمزاد العلني فلا يتصور مباشرة حق التتبع في مواجهته.²

¹ - تنص المادة 211 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يسقط عن المدين الحق في الأجل:

- إذا أشهر إفلاسه وفقاً لنصوص القانون.
- إذا انقضى بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يفضل الدائن أن يطالب بتكملة التأمين.
- أما إذا كان إنقاص التأمين لرجع إلى سبب لا دخل للمدين فيه، فإن الأجل يسقط، ما لم يقدم للدائن ضماناً كافياً.
- إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات".
² - د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 384.

أما فيما يتعلق بسبب اكتساب الملكية، سواء اكتسب ملكية العقار المرهون على سبيل المعاوضة أو التبرع، بناء على تصرف قانوني كالبيع أو الهبة أو الوصية، أو بناء على واقعة قانونية كالتقادم المكسب أو اكتساب العقار عن طريق الشفعة.¹

كما يلزم أن يكون سبب اكتساب الحق مشهرا لأن الشهر لازم لإنشاء ونقل الحقوق العينية الأصلية، ففي حالة عدم قيام الشخص بشهر حقه فلا يعد حائزا، ويستوي في ذلك أكان سبب اكتساب الحق تصرفا قانونيا كالبيع والهبة أو واقعة قانونية (مادية) كالتقادم.²

وأخيرا يجب الإشارة إلى أنه لا اعتبار الشخص حائزا يجب أن يكون قد اكتسب حقه على العقار خلال الفترة الزمنية الممتدة بين قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، لأنه لو اكتسب الشخص حقه قبل قيد الرهن لم يكن الرهن نافذا في مواجهته، لأن الرهن لا يكون نافذا في مواجهة الغير إلا إذا تم قيده، أما بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية، فالتصرفات التي يبرمها الراهن تكون غير نافذة في مواجهة الدائن المرتهن، لذا لا يمكن اعتبار الشخص المتصرف إليه من قبل الراهن حائزا.³

الشرط الثاني: أن لا يكون الشخص مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن.

تتشرط القرة الثانية من نفس نص المادة صراحة عدم مسؤولية الشخص عن الدين المضمون بالرهن مسؤولية شخصية لاعتباره حائزا، ويرجع ذلك إلى أنه لو كان هذا الشخص مسؤولا عن الدين مسؤولية شخصية اتجه الدائن المرتهن لكان من الممكن

¹- أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 312.

²- ليلي زروقي، عمر حمد باشا، المرجع السابق، ص. ص 72- 73. اختلاف الفقه بشأن التقادم (كسبب من أسباب الملكية) من حيث وجوب شهره لاعتبار المالك بالتقادم حائزا أو عدم اعتباره كذلك، راجع في هذا المجال أ/ شوقي بناسي، نفس المرجع، ص. ص 353 إلى 357.

³- أ/ شوقي بناسي، نفس المرجع ، ص 313.

لهذا الأخير التنفيذ على جميع أمواله، بما فيها العقار المرهون، لأن له حق الضمان العام.¹

وبناء على هذا الشرط فلا يعتبر حائزاً كل من المدين المتضامن أو غير المتضامن، الكفيل الشخصي، كما لا يعتبر حائزاً من اشترى العقار والتزام بوفاء ديونه على أساس إبرام اشتراط لمصلحة الغير.²

الفرع الثاني

إجراءات مباشرة حق التتبع (كيفية مباشرة حق التتبع)

إذا كنا بصدد حائز للعقار وتوافرت فيه الشروط المتقدمة، فإن للدائن الحق في أن يتتبع العقار في يد حائزه للتنفيذ عليه، على أن هذا التنفيذ يخضع لإجراءات معينة، الغرض منها مراعاة وجود الحائز الذي يمنحه القانون بعض الحقوق في مواجهة الدائن المرتهن.³

وفي هذا المجال تنص المادة 923 من القانون المدني على أنه " إذا لم يختار الحائز أن يقضي الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته نزع الملكية وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية، إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار، ويكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت واحد."⁴

ويستخلص من نص المادة أن على الدائن المرتهن من أجل البدء في التنفيذ على العقار المرهون أن يقوم بالتنبيه على المدين بنزع الملكية أولاً ثم إنذار الحائز إما بدفع

¹ - د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 386.

² - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 314.

³ - د/ رمضان أبو السعود، نفس المرجع، ص 389.

⁴ - تقابلها المادة 1072 من القانون المدني المصري.

الدين المستحق أو تخلية العقار، بغض النظر عما يختاره الحائز، وتتمثل هذه الإجراءات فيما:

أولاً: التنبيه على المدين بالوفاء.¹

يعتبر التنبيه على المدين أول إجراء يجب على الدائن المرتهن مباشرته، وسبب توجيه هذا التنبيه إلى المدين، هو إذاره لأنه في حالة عدم وفاء بالدين، فهنا التنبيه يعد تمهيداً لبيع العقار في المزاد العلني. وعلى الرغم من أن حق التتبع إنما يباشر في مواجهة الحائز، إلا أن نص المادة استلزم التنبيه على المدين بالوفاء، وتبرير ذلك أن المدين هو المسؤول الأصلي عن الدين، وقد يبدي استعداداً للوفاء بالدين، وبذلك فإن إجراءات التنفيذ تتوقف، كما قد تكون للمدين دفع في مواجهة الدائن المرتهن.²

كما يجب التذكير أن الحائز لا يعد مسؤولاً عن الدين المضمون بالرهن مسؤولية شخصية، وهو ما يجعله حين يقوم بالوفاء بالدين أو في حالة انتزاع ملكية العقار منه، يرجع على المدين، ومن ثم لا يمكن وضع المدين موضع المقصر الذي قامت مسؤوليته عن عدم الوفاء إلا عن طريق التنبيه عليه بالوفاء.³

وبما أن التنبيه على المدين ورقة من أوراق المحضرين⁴ ويجب أن يتضمن، بالإضافة إلى البيانات العامة التي يتطلبها القانون، بيانات أخرى نصت عليها المادة 3/724 قانون إجراءات مدنية وإدارية على أنه " يجب أن يتضمن أمر الحجز، فضلاً عن البيانات المعتادة، مايلي:

¹ - يسمى كذلك بتنبيه نزع الملكية أو التنبيه العقاري، وباللغة الفرنسية: Le Commandement Immobilier.

² - د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 133.

³ - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 317.

⁴ - تنص المادة 725 من ق. إ. م. إد، جزائري على أن المحضر القضائي هو الذي يقوم بتبليغ أمر الحجز.

- 1- نوع السند التنفيذي الذي بموجبه تم الحجز وتاريخه والجهة التي أصدرته ومبلغ الدين المطلوب الوفاء به.
 - 2- تاريخ التبليغ الرسمي للسند التنفيذي، وتاريخ تكليف المدين بالوفاء بقيمة الدين.
 - 3- تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري المحجوز، تعيينا دقيقا، لاسيما موقعه وحدوده ونوعه ومشتملاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء، مفرزا أو مشاعا، وغيره من البيانات التي تفيد في تعيينه، وإذا كان العقار بناية، يبين الشارع ورقمه وأجزاء العقارات.
- وإذا خلا الأمر من أحد البيانات الثلاثة أعلاه كان قابلا للإبطال¹.

ثانيا : إنذار الحائز بالدفع أو التخلية.¹

بعد أن يقوم الدائن المرتهن بتكليف المدين بالوفاء ، يجب عليه توجيه إنذار بالدفع أو التخلية إلى الحائز ، ذلك أن إجراءات التتبع إنما توجه ضد هذا الأخير، ليحدد موقفه من الخيارات التي منحها له القانون.

وقد اشترط المشرع في إنذار الحائز شرطين هما:

- أن يلي الإنذار التنبيه على المدين أو يتم معه في وقت واحد على الأقل.
- أن يكون الإنذار مصحوبا بتبليغ التنبيه إلى المدين، والحكمة من ذلك أن يعلم الحائز بأن المدين قد تم إعلامه فعلا وكان عليه الوفاء بالدين، ولكي يتيسر على الحائز اتخاذ موقف.

¹ - اتفق الفقه على أن هذه التسمية غير صحيحة، وإنما هي موروثه منذ أيام القانون الروماني، ويبرر عدم صحتها أن الحائز له خيارات أخرى غير الدفع أو التخلية، فله كذلك أما تطهير العقار أو تحمل إجراءات نزاع الملكية، وسيتم التطرق لهذا لاحقا في المطلب التالي. راجع في هذا المجال كل من د/ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 134. /شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 319.

كما تجدر الإشارة إلى أن الإنذار يعد من أوراق المحضرين، وفيما يتعلق بالبيانات التي يجب أن يحويها الإنذار، فقد ذكرتها المادة 734 من قانون الإجراءات المدنية، والإدارية بقولها " إذا كان العقار و/أو الحق العيني العقاري، مثقلا بتأمين عيني وانتقلت ملكيته بعقد رسمي مشهر إلى الغير قبل قيد أمر الحجز، وجب إنذار الغير الحائز وتكليفه بدفع مبلغ الدين أو تخليته العقار، وإلا بيع العقار جبرا عليه.

يجب أن يشتمل الإنذار، فضلا عن البيانات المعتادة، على ما يلي:

- 1- بيان السند التنفيذي¹ والإجراءات التالية له.
 - 2- بيان أمر الحجز وتاريخ القيد.
 - 3- إنذار الحائز وتكليفه بالوفاء بمبلغ الدين خلال أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي، وإلا بيع العقار جبرا عليه.
- تطبق جميع الأحكام المنصوص عليها في المواد 731 و 732 و 733 أعلاه، عند إنذار الحائز وتكليفه بالوفاء".
- وأخيرا فإن المشرع قد منح مهلة شهر واحد للحائز من أجل الوفاء بمبلغ الدين من تاريخ التبليغ الرسمي، وإلا تم اتخاذ إجراءات البيع ضد الحائز، وهي نفس المدة الممنوحة للمدين قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ وذلك ببيع العقار المرهون.²

¹ - يعتبر عقد الرهن الرسمي سندا تنفيذيا للمرتهن ضد المدين الراهن. وهو ما نصت عليه المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر.

حيث أن المشرع أعطى لبعض العقود التوثيقية القوة التنفيذية وذلك بتوافر أركان هذا الحق من تحقق وجود الحق الثابت في السند وحلول الأجل وتعيين المقدار والعقد التوثيقي الذي يعتبر سند تنفيذي هو الذي يتضمن التزاما بالأداء يجوز تنفيذه جبرا ويكون محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء، كعقود الإيجار المحددة المدة وعقود القرض والهبة والوقف والرهن وعقد الوديعة وعقد الاعتراف بالدين، راجع في هذا المجال: أ/ رضا جبّاري، محاضرات في طرق التنفيذ، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2012/2011، ص. ص 21 - 22.

² - المادة 725 من ق.إ.م. إد. جزائري.

المطلب الثاني

موقف الحائز في مواجهة الدائن الممارس لحق التتبع

لقد أعطى المشرع الحائز من الوسائل القانونية ما يمكنه من التصدي للدائن المرتهن الذي يكون قد شرع في إجراءات التتبع، فمن هذه الوسائل ما ينصب على التمسك بالدفع التي تسمح له بمنع إجراءات التنفيذ في مواجهته، وتأتي هذه الدفع في المقام الأول، فإن لم تتجح محاولته لم يكن له سوى تحديد موقفه من الخيارات التي منحه إياها المشرع بموجب نصوص القانون المدني.

وعلى ذلك سيتم التطرق إلى الدفع الممنوحة للحائز في الفرع الأول، ثم التطرق إلى الخيارات الممنوحة له في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الدفع الممنوحة للحائز لوقف إجراءات التتبع

إذا كان للدائن المرتهن أن يباشر إجراءات تتبع العقار المرهون من أجل التنفيذ عليه من خلال تنبيه المدين وإنذار الحائز إما بالدفع أو التخلية كان لهذا الأخير أن يثير جميع الدفع التي تسمح له بإنكار حق الدائن المرتهن في التتبع. وتتعلق هذه الدفع بالدين المضمون أولاً، وبالرهن ذاته ثانياً.

أولاً: الدفع المتعلقة بالدين المضمون.

تنص المادة 924 من القانون المدني على أنه "يجوز للحائز الذي سجل سند ملكيته ولم يكن طرفاً في الدعوى التي حكم فيها على المدين بالدين، أن يتمسك بأوجه الدفع التي كان للمدين أن يتمسك بها، إذا كان الحكم بالدين لاحقاً لتسجيل سند الحائز.

ويجوز للمدين كذلك، في جميع الأحوال، أن يتمسك بالدفع التي لا يزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها.¹

ويستفاد من هذا النص أنها تعرضت لدفع واحد وهو يتعلق بالدين إذا كان قد حكم به على المدين، ونميز هنا بين حالتين هما:

الحالة الأولى: صدور الحكم بثبوت الدين بعد شهر سند الحائز.

وتفترض هذه الحالة أن الحائز قام بشهر سنده قبل صدور الحكم على المدين بالدين، وهنا نميز بين إذا ما كان الحائز طرفاً في الدعوى أو لا.

- تقضي المادة 1/924 من القانون المدني على أنه إذا لم يكن الحائز طرفاً في الدعوى ولم يشترك فيها، فله التمسك بجميع الدفع التي كان للمدين أن يتمسك بها، بالإضافة إلى الدفع التي أصبح ممتنعاً على المدين التمسك بها، كما يستطيع التمسك حتى بالدفع التي تجد أسبابها بعد صدور الحكم ويستطيع المدين التمسك بها، وتبرير ذلك أن الحائز من الغير لأنه لم يكن طرفاً في الدعوى، وبالتالي فالحكم الصادر في حق المدين لا يكون حجة عليه بالرغم من كونه حجة على المدين.²

أما في حالة اختصام الحائز في الدعوى أو تدخل فيها، فانه بذلك يصبح طرفاً في الدعوى، ويكون له التمسك بكل الدفع التي كان في وسع المدين الاحتجاج بها، فإذا صدر حكم في هذه الدعوى كان حجة على الحائز وبالتالي يمتنع عليه الاحتجاج بأي دفع كان يجوز له التمسك به قبل صدور الحكم.³

¹ - تقابلها المادة 1073 من القانون المدني المصري.

² - د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 401، د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 146. أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 324.

³ - د/ رمضان محمد أبو السعود و د/ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 407.

الحالة الثانية: صدور الحكم بثبوت الدين على المدين قبل شهر سند الحائز.

وتفترض هذه الحالة أن الحائز قام بشهر سنده بعد صدور الحكم على المدين بالدين، وفي هذه الحالة يكون الحكم حجة على الحائز ولا يمكنه التمسك إلا بالدفع التي يمكن للمدين التمسك بها بعد صدور الحكم بالدين كأنقضائه لسبب لاحق للحكم مثلا (المادة 2/924 من القانون المدني).¹

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يتطرق في نص المادة السابقة سوى للدين الثابت بمقتضى حكم قضائي، ولم يتطرق إلى فرض أن الدين ثابت بمقتضى عقد الرهن الرسمي، وللحائز التمسك بالدفع التي يحق للمدين نفسه أن يتمسك بها من بطلان السند لأي سبب من الأسباب، أو انقضاء الدين الثابت فيه، ولقد أغفل المشرع الجزائري النص على هذه الحالة كما أغفلها المشرع المصري.²

ثانيا: الدفع المتعلقة بعقد الرهن

بالإضافة إلى الدفع المتعلقة بالدين المضمون، فالحائز يستطيع أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الرهن، حيث بإمكانه أن يطعن في صحة عقد الرهن أو نفاذه. وبناء على ذلك فالحائز له التمسك بان الرهن باطل لسبب متعلق بالشكل أو الموضوع، كما أن له الحق في التمسك بعدم نفاذه في مواجهته لعدم القيد أو أن القيد تم بعد شهر سنده أو عدم تجديد القيد قبل شهر سنده.³

والملاحظ أن هذا الدفع قد أغفله المشرع أيضا ولم ينص عليه.⁴

¹ - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 31.

² - في هذا المجال راجع في الفقه الجزائري أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 323. وفي الفقه المصري، د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 356.

³ - د/ سليمان محمدي، نفس المرجع، ص 31.

⁴ - نفس الملاحظة بالنسبة لهذه الحالة، حيث أغفلها كل من التشريع الجزائري والمصري، راجع في الفقه الجزائري كل من د/ سليمان محمدي، المرجع والموضع نفسه. أ/ شوقي بناسي، نفس المرجع، ص 325. وفي الفقه المصري، د/ سمير عبد السيد تناغو، نفس المرجع، ص 357.

الفرع الثاني

الخيارات الممنوحة للحائز

إذا لم يستطع الحائز صد الدائن المرتهن بواسطة الدفع الممنوحة له والتي سبق التطرق إليها في الفرع الأول من هذا المطلب، كان للدائن الاستمرار في اتخاذ الإجراءات حتى يتم بيع العقار بالمزاد العلني.

ومع ذلك فالمشرع يراعي جانب الحائز، ومنحه جملة من الوسائل القانونية ليختار منها ما يتفق مع مصلحته، وفي هذا المجال تنص الفقرة الأولى من المادة 911 من القانون المدني على أنه: "يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن يقوم بنزع ملكية العقار المرهون من يد الحائز لهذا العقار إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه".¹

ويستخلص من نص المادة أن الحائز أمام ثلاث خيارات وهي: قضاء الديون أو تطهير العقار أو التخلي عنه، فإذا لم يلجأ إلى واحدة منها، فمعنى ذلك أنه اتخذ موقفا سلبيا وهو تحمل إجراءات نزع الملكية، أي الاستسلام لبيع العقار بالمزاد العلني.²

وعلى ذلك سيتم التطرق إلى هذه الخيارات وفقا للترتيب الوارد في نص المادة 911 من القانون المدني.

¹- تقابلها المادة 1/1060 من القانون المدني المصري. كما تقابلها المادة 2463 من القانون المدني الفرنسي « le tiers détenteur est tenu, dans le même cas, ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble hypothéqué, sans aucune réserve ».

يلاحظ أن نص المادة تكلم عن قضاء الدين والتخلى فقط، وهذا لا يعني عدم الأخذ بالتطهير وهو ما سنتعرض له لاحقا.

²- أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 326.

أولاً: قضاء الديون

يقصد بقضاء الديون أن يوفي الحائز للدائنين المرتهنيين حقوقهم قبل المدين، وقد يقضي الحائز الدين بإرادته حين يجد مصلحته في هذا الوفاء، واستثناء قد يجبر الحائز على قضاء الديون، كما أنه قد يقضيها كلها أو قد يقضي جزء منها فقط.¹

ولقد تطرق المشرع إلى هذه المسألة في المواد: 912، 913 و 914 من القانون المدني.

أ- قضاء الديون اختياريًا:

يعتبر قضاء الديون هو الأصل، ذلك أن قضاء الديون أمر اختياري إذ يلجأ إليه الحائز إذا كان يحقق مصلحته²، وقد نظم المشرع أحكامه بموجب المادتين 912 و 913 من القانون المدني.

ولدراسة قضاء الديون اختياريًا سيتم التطرق إلى النقاط التالية:

ما يجب أن يفي به الحائز لقضاء الدين، ووقت قضاء الديون، وأخيرًا رجوع الحائز بما وفاه.

أ.1- ما يجب أن يفي به الحائز لقضاء الدين:

تنص المادة 912 من القانون المدني على أنه "يجوز للحائز عند حلول أجل الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك مصاريف الإجراءات من وقت إنذاره، ويبقى حقه هذا قائمًا إلى رسو المزاد...".³

¹ د/ عبد المنعم البدر اوي، التأمينات العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 185.

² أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 328.

لقد بين أستاذنا أوجه المصلحة في قضاء الديون من قبل الحائز، وفي هذا المجال راجع في الفقه الجزائري: أ/ شوقي بناسي، نفس المرجع، ص. ص 328-329. وفي الفقه المصري د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. ص 402-403.

³ تقابلها المادة 1061 من القانون المدني المصري.

ويتضح من هذا النص أنه يجب على الحائز أن يفي بالدين وما ينتج عنه وفقاً لعقد الرهن وكذلك ملحقاته من مصروفات الرهن والقيود والمصاريف التي أنفقت عند إنذار الحائز بالوفاء.

وعملاً بمبدأ عدم تجزئة الرهن فإذا لم يقدّم الحائز بوفاء جزء من الدين جاز للدائن المرتهن أن ينزع ملكية العقار المرهون لاستيفاء الجزء المتبقي.

أما في حالة تعدد الديون التي يضمنها العقار المرهون فلا يكون الحائز ملزماً بوفائها جميعاً، وأنه يجوز له اختيار الدين المضمون برهن متقدم في المرتبة يعادل قيمة العقار ويقوم بقضائه ليحل محل هذا الدائن به، وبذلك تنعدم مصلحة باقي الدائنين في اتخاذ إجراءات التنفيذ.¹

أ- 2- وقت قضاء الديون:

بالرجوع إلى نص المادة 912 من القانون المدني نجد أن حق الحائز في قضاء الدين المضمون بالرهن يبدأ من وقت حلول أجله، وبناءً على ذلك لا يستطيع الحائز إجبار الدائن على استيفاء حقه قبل أن يحل أجله.

أما إذا حل أجل الدين فإنه يجوز للحائز المبادرة بقضاء الدين، دون الحاجة لانتظار أن يتم إنذاره بالدفع أو التخلية، ويبقى حقه قائماً إلى يوم رسو المزاد، إلا أنه من مصلحة الحائز أن يسارع إلى الوفاء لتفادي دفع المصروفات.²

أ- 3- رجوع الحائز بما وفاه:

ليس للحائز الذي وفى الديون في حدود ما هو ملزم به بسبب تملك العقار المرهون أن يرجع على المالك السابق للعقار بشيء لأنه يكون قد دفع ما في ذمته، وإنما يمكنه ذلك إذا لم يكن مديناً بسبب تملك العقار أو كان ما وفاه يزيد عما في ذمته.

¹ - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 330.

² - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 33.

وفي هذا المجال تنص المادة 912 من القانون المدني على أنه: " وله في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون، كما يجوز أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق، إلا ما كان منها متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين".¹

واستنادا إلى ما سبق فإن الحائز إما أن يرجع بالدعوى الشخصية وإما بدعوى الحل محل الدائن.

أ. 1.3- رجوع الحائز بالدعوى الشخصية:

في معظم الأحيان يكون المدين هو الراهن نفسه، ومع ذلك قد يحدث أن المدين ينقل ملكية العقار المرهون إلى شخص آخر، وهذا الشخص ينقله بدوره إلى الحائز، فهنا يكون لدينا المدين الراهن، والمالك السابق والحائز.²

وبناء على ذلك يستطيع أن يرجع على كل من المدين الراهن والمالك بدعوى الإثراء بلا سبب ودعوى الضمان على الترتيب.

• دعوى الإثراء بلا سبب:

يستطيع الحائز أن يرجع على المدين الراهن بدعوى الإثراء المقررة في القواعد العامة، ذلك أن ذمة الحائز افتقرت لأنه وفى دين غيره بماله، بينما أثريت ذمة المدين الراهن لأن دينه انقضى بغير ماله.³

¹- تقابلها المادة 1061 من القانون المدني المصري.

²- د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 34.

³- د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 261.

• دعوى الضمان:

يستطيع الحائز أن يرجع على من تلقى منه الملكية، فإذا كان قد تلقاها بعوض، كان له حق الضمان، فيرجع بهذا الحق عليه، كما لو كان من تلقى الحائز منه بائعا أو مقايضا، وهو ما تقرره المادة 374 من القانون المدني.¹

أما إذا كان من تلقى الملكية منه لا يضمن، كما إذا كان واهبا أو موصيا، فإنه لا رجوع للحائز في هذه الحالة.²

أ. 2.3- رجوع الحائز بدعوى الحلول:

يستطيع الحائز بموجب نص المادة 912 قانون مدني أن يحل محل الدائن الذي يستوفي دينه فيما له من حقوق.

ويلاحظ بهذا الخصوص أن نص المادة قد حد من الأثر المطلق للحلول، حيث استثنى من ذلك عدم إمكانية رجوع الحائز على الكفيل إذا كان الدين الذي قام بالوفاء به مضمون بكفالة. ويبرر الفقه هذا الاستثناء بأنه لا ينبغي أن يضار الكفيل لمجرد أن الراهن قام بالتصرف في العقار المرهون إلى شخص آخر، فلا يمكن أن يسوء مركز الكفيل من تصرفات يقوم بها الراهن.³

ب- قضاء الديون جبرا:

إذا كان الأصل أن قضاء الديون هو أمر اختياري خاضع لإرادة الحائز، فإن المشرع قد خرج عن هذا الأصل في حالات معينة، وفي هذا المجال تنص المادة 914 من القانون المدني على أنه: "إذا كان في ذمة الحائز بسبب امتلاك العقار المرهون

¹ - يمتد التزام بالضمان إلى كل العقود وليس فقط عقد البيع، بل يوجد في كل عقود المعاوضة التي من شأنها نقل الحق كالمقايضة والقرض، وكل العقود التي يقصد منها نقل الانتفاع بالشيء المبيع، راجع في هذا المجال د/ زاهية سي يوسف، عقد البيع، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2000، ص 124.

² - د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 154.

³ - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص. ص 34- 35.

مبلغ مستحق الأداء حالا يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار، فلكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه، بشرط أن يكون سند ملكيته قد سجل.

فإذا كان الدين الذي في ذمة الحائز غير مستحق الأداء حالا، أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين، أو مغايرا لها، جاز للدائنين إذا اتفقوا جميعا أن يطالبوا الحائز بدفع ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم، ويكون الدفع طبقا للشروط التي التزم الحائز في أصل تعهده أن يدفع بمقتضاها وفي الأجل المتفق على الدفع فيه.

وفي كلتا الحالتين، لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار، ولكن إن وفى لهم فإن العقار يعتبر خالصا من كل رهن ويكون للحائز الحق في طلب شطب ما على العقار من القيود.¹

وبذلك فإن المادة تطرقت إلى حالات قضاء الديون جبرا في كل من الفقرة الأولى والثانية، أما الفقرة الثالثة فقد تعرضت لأثر قضاء الديون جبرا.

ب.1- حالات قضاء الديون جبرا:

لقد تعرضت المادة 914 قانون مدني في فقرتها الأولى والثانية إلى حالتين يجبر فيهما الحائز على قضاء الديون، بينما يذهب الفقه إلى إقرار حالة ثالثة.²

الحالة الأولى:

إذا كان الحائز ملتزما بسبب تملكه للعقار المرهون بمبلغ من النقود يكون كافيا لوفاء جميع الدائنين الذين لهم حقوق مقيدة على العقار، وكان ما في ذمته مستحق الوفاء حالا، ففي هذه الحالة يكون لأي من هؤلاء الدائنين الحق في إلزام الحائز بوفاء دينه، حيث لا تكون للحائز مصلحة في الوفاء بالدين للراهن دون الدائن المرتهن، ويشترط إلزام الحائز بقضاء الديون في هذه الحالة أن يكون سند ملكيته قد سجل وذلك

¹- تقابلها المادة 1063 من القانون المدني المصري.

²- راجع في هذا المجال في الفقه الجزائري: أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 343. وفي الفقه المصري: د/سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص. ص 267- 268.

حتى لا يستجد بعد الوفاء دائنون آخرون¹، وهو ما يوافق الفقرة الأولى من نص المادة 914 قانون مدني.

وبالنسبة للحالة الأولى تشترط شروط هي:²

- أن يكون هذا الدين مبلغاً من النقود.
- أن يكون هذا المبلغ من النقود مستحق الأداء حالا.
- أن يكون هذا المبلغ من النقود كافياً لوفاء جميع الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة على العقار.

- أن يكون سبب الدين تملك الحائز للعقار المرهون، ومن ثم لا نكون أمام قضاء إجباري إذا كان الحائز ملزماً قبل الراهن بدين لسبب آخر غير امتلاك العقار المرهون.³

- أن يكون الحائز قد سجل سند ملكيته.⁴

الحالة الثانية:

إذا كان المبلغ المستحق في ذمة الحائز غير واجب للأداء حالا، أو كان أقل من الدين المضمون، أو مغايراً له. فللدائنين المرتهنيين إذا اتفقوا جميعاً إجبار الحائز على الدفع لهم. ولكن في الميعاد المحدد وبقدر ما في ذمته⁵. وهو ما يوافق الفقرة الثانية من نص المادة 914 قانون مدني.

¹ - د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 409.
² - د/ زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص 142، والملاحظ أن الدكتورة لم تذكر كل الشروط المنصوص عليها في المادة 912 قانون مدني جزائري والمقابلة للمادة 1063 قانون مدني مصري.

³ - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 341

⁴ - الملاحظ أن المشرع نص على هذا الشرط، بينما يرى الفقه بعدم ضرورة النص عليه لأنه لا يمكن اعتبار الشخص حائزاً إلا إذا كان سند حقه مسجلاً، ويؤيد هذا الرأي كل : د/ أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 270، د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 260، بينما يبرر جانب آخر من الفقه أن نص المشرع على هذا الشرط إنما هو من أجل عدم إستجداد دائنون آخرون، ومن هؤلاء: د/ فايز أحمد عبد الرحمان، التأمينات العينية والشخصية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 74. د/ رمضان أبو السعود، نفس المرجع، ص 409، أ/ شوقي بناسي، الموضع والمرجع نفسه.

⁵ - د/ فايز أحمد عبد الرحمان، نفس المرجع، ص 75.

ويلاحظ بخصوص هذه الحالة اشتراط اتفاق جميع الدائنين لإجبار الحائز على قضاء الديون، عكس الحالة الأولى إذ يكفي أن يتقدم أي دائن مرتهن ولو كان متأخر ليجبر على قضاء الديون.

الحالة الثالثة:

وهي الحالة الأخيرة والتي لم ينص عليها المشرع، ولكنها تعد تطبيقاً للقواعد العامة - الاشتراط لمصلحة الغير - فتتحقق إذا اشترط المالك السابق على الحائز أن يقوم بوفاء ديون الدائنين المرتهنين للعقار، وبهذا يستفيد الدائنين المرتهنين من هذا الاشتراط، وبذلك يكون لهم حق مطالبة الحائز بالوفاء، ويصبح هذا الأخير ملتزماً شخصياً في جميع أمواله بالوفاء.¹

ب.2- أثر قضاء الديون جبراً:

يترتب على إجبار الحائز على قضاء الديون آثار تكون كالآتي:

- أن الحائز يفقد صفته كحائز، إذ يعتبر مديناً شخصياً.²
- أن الحائز لا يستطيع أن يسلك سبيل تطهير العقار أو تخليته.³
- يحق للدائنين التنفيذ على جميع أموال الحائز بما لهم من حق الضمان العام على أمواله، لأنه أصبح مسؤولاً عن الدين مسؤولية شخصية.⁴
- لا يستطيع الحائز أن يرجع على المدين الراهن أو المالك السابق لأن كل ما وافاه كان ملتزماً به بسبب تملكه العقار المرهون، ولأن ذمته المالية لم تفتقر.⁵

¹- يعتبر في هذه الحالة المالك السابق مشروطاً والحائز متعهداً، ويعد الدائن المرتهن منتفعاً بموجب أحكام المواد 116، 117، 118، قانون مدني جزائري، راجع في هذا المجال، د/عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004، ص.ص 60-61.

²- د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 163.

³- تنص المادة 3/914 قانون مدني جزائري على أنه "..... لا يجوز للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء بتخليه عن العقار"، إضافة إلى أن التطهير حق خالص للحائز وبما أنه لم يصبح كذلك فليس له طلب التطهير.

⁴- أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 343.

⁵- د/سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 267.

- أن قضاء الديون جبرا يؤدي إلى تطهير العقار من كل رهن حتى ولو لم يستوفي الدائنون كل حقوقهم، وبناء على ذلك فمن حق الحائز أن يطالب بمحو ما على العقار من قيود.¹

ثانيا: تطهير العقار المرهون.

إذا لم يجبر الدائنون المقيدة حقوقهم على العقار الحائز على قضاء الديون، ولم يرق بقضائها بصورة اختيارية، كان له اللجوء إلى الخيار الثاني الذي خوله إياه المشرع وهو: تطهير العقار المرهون.

ولقد تطرق المشرع إلى هذه المسألة في المواد من 915 إلى 921 قانون مدني. ولدراسة التطهير لابد من التطرق إلى النقاط التالية: المقصود من التطهير وصاحب الحق في التطهير وميعاده والإجراءات المتعلقة به.

أ- المقصود بتطهير العقار المرهون:²

يمكن أن ينظر إلى التطهير من ناحيتين: الناحية الموضوعية والناحية الشكلية، فمن حيث النظرة الموضوعية يكون التطهير عبارة عن الرخصة التي يمنحها القانون لحائز العقار المثقل برهن نافذ في مواجهته في أن يتحاشى أو يوقف التتبع من قبل صاحب هذا الرهن عن طريق عرض مبلغ يمثل قيمة العقار.

¹ - تنص المادة 3/914 قانون مدني جزائري على أنه: " إن وفى لهم فان العقار يعتبر خالصا من كل رهن ويكون للحائز الحق في طلب شطب ما على العقار من القيود".

² - محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 1992 ، ص 177- 178 .
" إن تطهير العقار المرهون هو إحدى الحالات التي تنشئ فيها الإرادة المنفردة التزاما على عاتق صاحبها بنص القانون "، المرجع نفسه ، ص 177 .

أما من الناحية الشكلية فالتطهير عبارة عن الإجراء الذي يتبعه الحائز ليصل إلى تخليص العقار من القيود عن طريق عرض قيمة العقار على الدائن وإما بقبول العرض أو طلب بيع العقار في المزاد العلني.

وهكذا فتطهير العقار يعني أن يعرض الحائز على الدائنين المرتهنين أن يدفع لهم مبلغا مساويا للقيمة الحقيقية للعقار المرهون.

وطالما أن الدائنين لا يتوقعون الحصول من بيع العقار بالمزاد العلني على أكثر من القيمة التي يعرضها الحائز فمن مصلحتهم قبول عرض الحائز وتجنب الإجراءات والنفقات .

والحائز الذي يكسب ملكية العقار المرهون لا يوفي ثمن الشراء إلى البائع بل يحتفظ به ليعرضه وفاء لديون الدائنين مقابل تطهير العقار من كل رهن والعرض الذي يقوم به الحائز ليس هو وفاء دين الدائنين ولكنه القيمة الحقيقية للعقار.

والمشرع قد منح للحائز هذا الحق كي يستطيع أن يقطع الغموض الذي يكتنف مركز العقار فيحسم الأمر إما ببقاء العقار في ذمته وإما بخروجه منهما وفي الحالتين يتطهر العقار.

ب- صاحب الحق في التطهير:

بالرجوع إلى المادة 1/915 قانون مدني والتي تنص على أنه " يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند..."¹

¹ - تقابلها المادة 1/1064 من القانون المدني المصري .

كما يأخذ القانون المدني الفرنسي بنفس الحكم:

« le droit de purger appartient à l'acquéreur à titre particulier, que l'acquisition ait été onéreuse ou gratuite. La purge effectuée par un acquéreur sous condition résolutoire est valable et l'immeuble rest libre ..., en revanche l'acquéreur sous condition suspensive ne peut purger pendant condition. Le droit de purge n'est pas ouvert aux héritiers ou légataires universels ou à titre universels du débiteur, sauf l'héritier sous bénéfice d'inventaire... » voir : **Jacques Mestre, Emmanuel, Marc Biliau**, Op.cit, p 830.

ويستخلص من هذه المادة أن حائز العقار المرهون هو الذي أجاز له القانون استعمال وسيلة التطهير دون غيره.

ولقد سبقت الإشارة إلى أن الحائز هو كل من اكتسب ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر قابل للرهن، بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، دون أن يكون مسؤولاً عن الدين المضمون بالرهن مسؤولية شخصية.

وبناء على ذلك فإنه يشترط في حائز العقار ألا يكون ملزماً شخصياً بالدين كالكفيل الشخصي ولو كان التزامه عن غيره كالكفيل العيني، إذ أن الحائز هنا أجنبي عن الدين، فيجوز إذا لمشتري العقار كله أو بعضه وللمقايض وللمرهون له والموصى له والشفيع ومن تلقى حق الانتفاع بالعقار المرهون، ولا يجوز لمن ترتب له حق الارتفاق أو حق استعمال أو حق سكني لأن هذه الحقوق غير قابلة للبيع بالمزاد فهي غير قابلة للرهن.¹

ج- ميعاد التطهير:

تنص المادة 915 / 2 قانون مدني على أنه: " وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى الدائن أو الإنذار إلى هذا الحائز، ويبقى هذا الحق قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع".²

ويستفاد من نص المادة أن للحائز عرض التطهير بمجرد اكتسابه صفة الحائز، ولا ينتظر حلول أجل الدين أو قيام الدائنين المرتهنين بالتنبيه على المدين أو إنذاره، ويظل حقه قائماً إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع.

¹- محمد تقيّة، المرجع السابق، ص 179.

²- تقابلها المادة 2/1064 من القانون المدني المصري .

د- الإجراءات المتعلقة بالتطهير:

إذا أراد الحائز تطهير العقار المرهون فما عليه سوى توجيه إعلان إلى كل دائن مرتهن مقيد حقه، ولقد بينت المادة 916 قانون مدني¹ البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الإعلان وهي كالآتي:

- خلاصة من سند ملكية الحائز وبيان نوع التصرف وتاريخه واسم المالك وتعيين العقار والتمن.

- تاريخ شهر ملكية الحائز ورقم التسجيل.

- المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار ولو كان التصرف بيعا ويجب أن لا يقل هذا المبلغ عن السعر الذي يتخذ أساسا لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية، ولا أن يقل في أي حال عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعا، وإذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة وجب تقدير قيمة كل جزء على حدى.

- ذكر كل الحقوق التي تم قيدها قبل أن يشهر الحائز سنده، وتشتمل على بيان تاريخ هذه القيود ومقدار هذه الحقوق وأسماء الدائنين.

- يجب أن يذكر الحائز في الإعلان أنه مستعد أن يوفي الديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به العقار.²

إن هذا العرض الذي يبيده الحائز إذا تم صحيحا، ترتبت آثار بالنسبة للحائز نفسه وبالنسبة إلى الدائنين المرتهنين.

فبالنسبة للحائز، فإن التزامه بالعرض أساسه إرادته المنفردة ويبقى ملتزما طيلة المدة التي يحق فيها للدائنين إظهار رغبتهم خلالها وهي مدة 30 يوما من وقت إعلان

¹- تقابلها المادة 1065 من القانون المدني المصري.

²- أنظر المادة 917 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 1066 من القانون المدني المصري . وليس على الحائز أن يعرض المبلغ نقدا، بل يكفي أن يظهر استعداده لدفع المبلغ الواجب الدفع في الحال .

العرض مضافا إليها آجال المسافة مابين الموطن الأصلي للدائن وموطنه الأصلي وهي 30 يوما، وبذلك تصبح المدة 60 يوما.

أما بالنسبة للدائنين المرتهنيين، فلهم إما قبول العرض أو رفضه ليبيع العقار بالمزاد العلني.

وبناء على ذلك سيتم التطرق إلى كل من حالة قبول العرض وحالة رفض العرض.

د.1- حالة قبول العرض:

بعد الإعلان الرسمي لعرض التطهير من الحائز، فان سكوت كل دائن وكل كفيل قيد حقه مدة 60 يوما على أكثر تقدير، يحق للحائز القيام بالتطهير، فالمشرع لم يشترط موافقة صريحة، وهذا ما يفهم من نص المادة 918 قانون مدني.¹

وفي حالة قبول العرض، يجب على الحائز دفع المبلغ الذي عرضه للدائنين المقيدة حقوقهم عليه²، ويتطهر العقار من الرهن ولو لم يستوفوا حقوقهم كاملة أي لم يستوفوا إلا بعضها. ويحق لمن لم يستوف حقه كاملا الرجوع على المدين بما بقي بمقتضى حقه في الضمان العام.

- كما أن قبول العرض يترتب عليه أن يصبح حق الدائنين المرتهنيين مقصورا على المبلغ الذي قبلوه، فتحدد قيمة العقار بالنسبة لهم بهذا المبلغ، وعلى ذلك إذا اتخذ دائنو الحائز إجراءات التنفيذ على العقار المرهون، ورسا المزاد بثمن أكبر من هذا المبلغ، فلا يجوز للدائنين الذين قبلوا العرض أن يطالبوا بهذه الزيادة.³

¹ - تقابلها المادة 1067 من القانون المدني المصري .

² - والملاحظ في هذا الشأن أن الحائز قد يخطئ ويدفع لدائن متأخر بدلا من الدفع للدائن المتقدم في المرتبة ، ولذلك يجب أن يكون حذرا ويتجنب الخطأ، وذلك بأن يودع المبلغ لخزانة المحكمة. وبالرجوع إلى الميدان العملي، فان في حالة قبول العرض فان الأطراف عادة ما يلجأون إلى وضع المبلغ لدى الموثق والذي يقوم بتوزيعه على الدائنين إذا قبلوا بذلك وهو ما يسمى بالتطهير الودي، راجع في هذا المجال - Pascal Ancel, Droit des sûretés ; 3^{ème} édition , imprimerie Jouve, France, 2004, P 156 .

³ - د/ زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص 155 .

د.2- حالة رفض العرض:

إن رفض العرض هو عدم موافقة كل الدائنين أو أحدهم ويؤدي إلى بيع العقار المرهون بالمزاد العلني¹، ويتم هذا في طلب يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق، ومن يطلب البيع يودع لدى الخزينة مبلغ كافي لتغطية مصاريف المزاد، ولا يمكن لطالب البيع أن يتراجع عن طلبه إلا إذا وافق جميع الدائنين وجميع الكفلاء.²

ويجوز لكل شخص ما عدا الراهن مدينا كان أو كفيلا عينيا أن يدخل في المزاد ما لم يكن ممنوعا بنص القانون. كالقضاة وغيرهم، كالدائن المرتهن أو أي دائن عادي.³

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه من حق الحائز في أي وقت وقبل رسوا المزاد وقف الإجراءات باعتباره مالكا للعقار المرهون وأن يقوم بمنع البيع بدفع الديون، فإن لم يستعمل حقه في ذلك، وجب الاستمرار في إجراءات البيع في المزاد، ومن حقه التقدم في المزاد، وتبعا لذلك قد يرسو عليه المزاد كما قد يرسو على غيره.

د.1.2 - رسو المزاد على الحائز:

في حالة ما إذا رسا المزاد على الحائز تترتب النتائج التالية:

- يلتزم الحائز بمصاريف البيع إذا كان الثمن الذي رسا عليه المزاد أكبر من المبلغ الذي عرضه للتطهير وهو المبلغ الذي قوم به العقار، وذلك حسب نص المادة 926 قانون مدني.⁴

- يبقى الحائز محتفظا بملكه بمقتضى سند ملكيته الأصلي، وهذا حسب نص المادة 926 قانون مدني.

¹ - أنظر المادة 918 قانون مدني جزائري .

² - انظر المادة 919 قانون مدني جزائري والتي تقابلها المادة 1068 من القانون المدني المصري.

³ - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 382.

⁴ - تقابلها المادة 1075 من القانون المدني المصري .

- يتطهر العقار من كل قيد إذا دفع الحائز الثمن الذي رسا به المزاد أو قام بإيداعه وذلك حسب نص المادة 926 قانون مدني.

د.2.2- رسو المزاد على غير الحائز:

أما إذا رسا المزاد على شخص آخر غير الحائز فإن النتائج التي تترتب تكون كالآتي:

- يلتزم الشخص الذي رسا عليه المزاد بأن يرد إلى الحائز الذي نزعته منه ملكيته المصاريف التي أنفقها في سند ملكيته، وفي تسجيل هذا السند، وفيما قام به من إعلانات، وذلك إلى جانب التزامه بالثمن الذي رسا به المزاد وبالمصاريف التي اقتضتها إجراءات التطهير، وهذا حسب نص المادة 920 قانون مدني.¹

- يتلقى الشخص الذي رسا عليه حقه من الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد، وهذا حسب نص المادة 927 قانون مدني.²

- يتطهر العقار من الحقوق المقيدة عليه عند إيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدون الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن، وهذا حسب نص المادة 936 قانون مدني.³

- وأخيرا يمكن القول أنه بفضل التطهير، فإن حق التتبع نادرا ما يمارس، ذلك أن الحائز يعرض ما يراه عادلا بالنسبة له، فيقبل الدائن المرتهن بذلك العرض ليتفادى طول إجراءات التنفيذ وتعقيداتها.⁴

¹ - تقابلها المادة 2/1069 من القانون المدني المصري.

² - تقابلها المادة 1076 من القانون المدني المصري.

³ - تقابلها المادة 1084 من القانون المدني المصري.

⁴ - Paulette Bauvert et Nicole Siret, relation juridiques, imprimerie I F C, France, 1997, P 436 .

ثالثاً: تخلية العقار المرهون:

إن الحائز إذا فوت فرصة قضاء الديون وفرصة تطهير العقار المرهون، فإن المشرع قد منحه فرصة أخرى، وتتمثل هذه الوسيلة القانونية في تخلية العقار المرهون.

ولقد نظم حق الحائز في تخلية العقار المرهون في المواد 1/911 و 922 و 923 من القانون المدني.

وسيتم التطرق إلى مسألة التخلية بنفس الطريقة التي تمت بها معالجة التطهير.

أ - المقصود بالتخلية:

إن المقصود بالتخلية تجنب الحائز اتخاذ الإجراءات في مواجهته بأن يترك العقار في يد حارس قضائي لممارسة الإجراءات في مواجهة هذا الأخير.¹

كما يقصد بالتخلية ترك الحائز حيازة العقار المرهون المادية لحارس تعيينه المحكمة ليتم اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهته.²

وبناء على ذلك يمكن استخلاص النتائج التالية من التعريفين:

- إن التخلية تعني تنازل الحائز عن حيازته العرضية للعقار المرهون، ولا تعني تنازله عن ملكية العقار المرهون أو حيازته القانونية.³

¹ - د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 564 .

² - د/ زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص 143 .

وتظهر الفائدة في التخلية في أن الإجراءات تتخذ في مواجهة الحارس وعدم ظهور الحائز في الإعلان، حتى لا تسوء سمعته المالية ولا يكون ذلك سببا في شهر إعساره، وحتى التخلص من مسؤولية إدارة العقار الذي يكون قد التحقت به ثماره من وقت الإنذار ، راجع في هذا المجال:

- Jacques Mestre, Emmanuel Putman, Marc Billiau, Op. Cit, p 810.

ويسمى باللغة الفرنسية séquestre. حارس قضائي. Curateur أمين العقار.

³ - د/ محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص 314.

- إن التخلية لا تمنع التتبع، وإنما الهدف منها ممارسة التتبع في مواجهة الحارس بدلا من الحائز.¹

- إن التخلية بهذا المفهوم تختلف عن التخلي الذي هو تنازل عن حق الملكية أو أي حق عيني آخر قصد التخلص من الالتزامات التي قد تنشأ بسبب وجوده.²

ب- صاحب الحق في تخلية العقار المرهون:

التخلية كقاعدة عامة رخصة منحها المشرع لمصلحة الحائز دون غيره، باعتباره غير مسؤول عن الدين مسؤولية شخصية، وذلك حسب نصوص المواد 911 و 1/922 و 923 قانون مدني.³

واستثناء من القاعدة العامة أجاز المشرع للكفيل العيني حق تخلية العقار المرهون، وذلك حسب نص المادة 2/902 قانون مدني.⁴

وبناء على ما سبق فإنه لا يحق للحائز تخلية العقار المرهون إذا أصبح مسؤولا عن الدين مسؤولية شخصية، كأن يكون مجبرا على قضاء الديون، بحسب نص المادة 2/914 قانون مدني، أو بتعهده للدائنين المقيدة حقوقهم على العقار بان يدفع لهم الثمن،

¹ - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 37.

² - د/ أحمد سلامة، المرجع السابق، هامش رقم 3، ص 298.

³ - يأخذ بنفس الحكم القانون المدني المصري في المواد 1071، 1072 .

كما تنص المادة 2467 من القانون المدني الفرنسي على التخلية le délaissement.

« quant au délaissement par hypothèque, il peut être fait par tous les tiers détenteurs qui ne sont pas personnellement obligés à le dette, et qui ont la capacité d'aliéner. »

⁴ - د/ سليمان محمدي، نفس المرجع ، ص 38. / شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 391.

أو بإبرامه اشتراطاً لمصلحة الغير، أو قيامه بتطهير العقار وقبول عرض التطهير من قبل الدائنين المرتهنيين.¹

ج- وقت التخلية:

إن القانون لم يتضمن أي نص صريح يحدد الحيز الزمني الذي تجوز فيه التخلية²، إلا أن رأي الفقه استقر على القول بأن الحائز تجوز له التخلية من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية. ويظل هذا الحق قائماً حتى يوم رسو البيع بالمزاد.³

د- الإجراءات المتعلقة بالتخلية:

لقد حدد المشرع الإجراءات الواجب إتباعها بموجب المادة 922 قانون مدني والتي تنص على أنه: " تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز إلى قلم كتاب المحكمة المختصة، ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية، وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية في خلال خمسة أيام وقت التقرير بها. ويجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة

¹ - Jacques Mestret Et Emmanuel Putman Et Marc Billau, Op.Cit, p 811.

« ...condition également requise en matière de bénéfice de discussion et de purge, et qui est logique, le délaissement n'ayant aucun intérêt pour le débiteur tenu personnellement de la dette, qui continuerait à en répondre sur tout son patrimoine. Outre les héritiers et ayants cause à titre universel du débiteur, sa caution personnelle ayant acquis l'immeuble hypothéqué, son codébiteur ayant acheté l'immeuble hypothéqué et devant encore ne serait – ce qu'une partie de la dette ne peuvent délaisser, pas plus que le tiers acquéreur qui s'est volontairement engagé à la dette à titre personnel. C'est la cas lorsqu'il fait des offres à fin de purge. Mais aussi quand il a promis à son vendeur de payer lui- même les créanciers. Il y a alors délégation au profit de ceux- ci. S'ils l'acceptent... ».

² - الملاحظ في هذا الشأن أن المشرع الجزائري أغفل النص على وقت التخلية، كما أغفلها كل من المشرع المصري والمشرع الفرنسي.

³ - هناك شبه إجماع فقهي حول تحديد وقت التخلية في كل من الجزائر ومصر وفرنسا. في الفقه الجزائري راجع كل من: د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 38. د/ زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص 144. أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 393. في الفقه المصري راجع كل من: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 578. د/ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 442-443. د/ فايز احمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 81.

في الفقه الفرنسي: Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, op.cit, p 462.
- Jacques mestre, Emmanuel Putman, Marc Billiau, op.cit, p 810.

تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية. ويعين الطالب حارسا إذا طلب ذلك".¹

ويستفاد من نص المادة أن إجراءات التخلية هي كالتالي:

- تقديم الحائز لتقرير إلى قلم كتاب المحكمة المختصة، وهي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المرهون². مبديا في هذا التقرير رغبته في تخلية العقار المرهون.

- التأشير بالتخلية على هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية.

- إعلام الدائن الذي يباشر إجراءات التنفيذ بالتخلية في مدة لا تتجاوز خمسة أيام من وقت التقرير.

كما لا يفوتنا أن نشير إلى أن المشرع قد تفتن إلى كون أن الحائز قد يترك الدائن يباشر الإجراءات ومن ثم يطلب التخلية، ولذا فإنه قرر في الفقرة الثانية من المادة 922 أنه يحق لمن له مصلحة، كالدائن المباشر لإجراءات التنفيذ أن يطلب استعجالا تعيين حارس لمباشرة الإجراءات ضده.

هـ- آثار التخلية:

بإتمام إجراءات التخلية، فإنه لا يمكن مباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهة الحائز، وإنما تباشر في مواجهة الحارس الذي تعينه المحكمة المختصة، ويترتب على ذلك مجموعة من النتائج هي:

¹ - تقابلها المادة 1071 من القانون المدني المصري.

² - تنص في هذا المجال المادة 40 من ق.إ.م. إد جزائري على أنه: " فضلا عما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها: في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال". وانظر كذلك في هذا المجال المواد: 511 و512 من ق.إ.م. إد جزائري.

- من حق الحائز إلى ما قبل رسو المزاد أن يرجع عن التخلية، وذلك بالوفاء بجميع الديون المقيدة والمصروفات التي تم إنفاقها في الإجراءات من وقت إنذاره بالدفع أو التخلية.¹

- إذا هلك العقار بحادث فجائي قبل رسو المزاد، فالحائز هو الذي يتحمل تبعه الهلاك، ويظل ملتزماً بدفع الثمن للبائع إذا لم يكن قد دفعه.²

- إذا بيع العقار بثمن يزيد عن قيمة الديون، فهذه الزيادة من حق الحائز باعتباره مالكا للعقار إذ الحائز تخلص من الحيازة العرضية للعقار المرهون فقط، فالملكية والحيازة القانونية تبقى له.³

- إذا رسا المزاد على الحائز تستقر ملكيته بمقتضى سنده الأصلي وسرت أحكام رسو المزاد على الحائز عند اتخاذ إجراءات التطهير. وإذا رسا المزاد على غير الحائز تلقى الراسي عليه المزاد الملكية من الحائز بمقتضى حكم رسو المزاد.⁴

رابعاً: تحمل إجراءات نزع الملكية

قد لا يختار الحائز قضاء الديون، كما أنه قد يرفض اللجوء إلى التطهير، ولا يرى مصلحة في التخلية، فهو بذلك يكون قد اتخذ موقفاً سلبياً، وبذلك يتحمل إجراءات نزع الملكية التي تؤدي إلى بيع العقار المرهون، فضلاً عن أنه قد يرسوا عليه المزاد لأنه من حقه المشاركة فيه، ولكنه قد يخسر ملكية العقار المرهون إذا رسا المزاد على غيره.⁵

وتبعاً لذلك سوف يتم التطرق إلى حالة رسو المزاد على الحائز والآثار المترتبة عليه، ثم التطرق إلى حالة رسو المزاد على غير الحائز والآثار المترتبة عليه.

¹ - Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, Op. Cit, p 463.

² - د/ زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص 146.

³ - د/ سليمان محمدي، المرجع السابق، ص 38.

⁴ - أ/ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 397.

⁵ - Jacques Mestre, Emmanuel Putman, Marc Billiau, Op. Cit, P 813.

أ- رسو المزاد على الحائز:

تنص المادة 925 قانون مدني: " يحق للحائز أن يدخل في المزاد، على شرط إلا يعرض فيه ثمنًا أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجاري بيعه.¹ ويستخلص من نص المادة أن المشرع أجاز للحائز دخول المزاد بشرط أن لا يقل عرضه على ما بقي في ذمته من ثمن العقار المرهون الذي يجري بيعه بالمزاد العلني. وعلى ذلك فالحائز إذا كان قد دفع جزء من الثمن وبقي جزء آخر في ذمته فيجب أن لا يقل عرضه على هذا الجزء المتبقي، أما إذا كان لم يدفع الثمن بعد، فيجب أن لا يقل عرضه عن هذا الثمن.

أ.1- الآثار المترتبة على رسو المزاد على الحائز:

تنص المادة 926 قانون مدني: " إذا نزع ملكية العقار المرهون ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية ورسا المزاد على الحائز نفسه، اعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلي. ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذي رسا به المزاد أو أودعه.² وحسب نص المادة فإن النتائج التي تترتب على رسو المزاد على الحائز تكون كالآتي:

- إن الحائز يعتبر مالكا بمقتضى سند ملكيته الأصلي، ويترتب على ذلك أن الحائز لا يلتزم بتسجيل حكم مرسى المزاد.³
- تطهير العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذي رسا به المزاد، وغني عن البيان أن كافة الحقوق العينية التي قررهما في فترة اكتسابه ملكية العقار بمقتضى السند الأصلي و رسو المزاد تظل نافذة.

¹- تقابلها المادة 1074 من القانون المدني المصري.

²- تقابلها المادة 1075 من القانون المدني المصري.

³- د/ زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص 165.

ب- رسو المزاد على غير الحائز:

بما أن عملية البيع تتم بالمزاد، فقد يحدث وأن يرسوا على غير الحائز، كأن يكون أحد الدائنين المرتهنين أو أحد الدائنين العاديين أو شخص آخر أجنبي عن الدين المضمون بالرهن.

ب-1- الآثار المترتبة على رسو المزاد على غير الحائز:

يترتب على رسو المزاد على غير الحائز عدة نتائج:

- أن الراسي عليه المزاد يتلقى حقه من الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد، وهذا ما تقضي به المادة 927 قانون مدني¹، ويتوجب قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية من أجل إشهاره خلال أجل شهرين من تاريخ صدوره².
- إذا زاد الثمن الذي رسا به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المرتهنين المقيدة حقوقهم، كانت الزيادة للحائز، أما إذا كان هذا الأخير قد أثقل العقار الذي اكتسبه بتأمينات عينية أخرى، كان للدائنين المرتهنين من الحائز أن يستوفوا حقوقهم قبله، وهو ما تقضي به المادة 928 قانون مدني³.
- رجوع الحقوق التي كانت للحائز قبل انتقال الملكية إليه من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى، وهو ما تقتضي به المادة 929 قانون مدني⁴.
- على الحائز أن يرد ثمار العقار عن وقت إنذاره بالدفع أو التخلية، إلا إذا تركت الإجراءات لمدة 3 سنوات، فإنه لا يلتزم بردها إلا بعد توجيه إنذار جديد، وهو ما تقضي به المادة 930 قانون مدني⁵.

¹- تقابلها المادة 1076 من القانون المدني المصري.

²- انظر المادة 762 ق. إ. م. إد جزائري.

³- تقابلها المادة 1077 من القانون المدني المصري.

⁴- تقابلها المادة 1078 من القانون المدني المصري.

⁵- تقابلها المادة 1079 من القانون المدني المصري.

- للحائز الحق في الرجوع على المالك السابق بدعوى الضمان، إلا أنها مقيدة بالحدود التي يرجع بها الخلف على من تلقى منه الملكية معاوضة أو تبرعا، وهو ما تقضي به المادة 931 قانون مدني.¹

- إن الحائز ملزم بالمحافظة على العقار فهو مسؤول عن تلف العقار بخطئه، وهو ما تقضي به المادة 932 قانون مدني.²

- إن العقار يتطهر من جميع الحقوق المقيدة، إذا بيع بيعا جبريا بالمزاد العلني، إذا قام الراسي عليه بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد أو بدفعه إلى الدائنين المقيدون والذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن، وهذا ما تقضي به المادة 936 قانون مدني.³

¹- تقابلها المادة 1080 من القانون المدني المصري.

²- تقابلها المادة 1081 من القانون المدني المصري.

³- تقابلها المادة 1084 من القانون المدني المصري.

الخاتمة:

وأخيرا وعلى ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن المشرع حاول الموازنة بين المصالح المتعارضة لكل من الدائن المرتهن والراهن سواء كان هو المدين أو الكفيل العيني، وذلك بأن رتب التزامات وحقوق في جانب الراهن، واقتصر على ترتيب حقوق لصالح الدائن المرتهن.

إضافة إلى أنه راع جانبا آخر وهو أن آثار الرهن الرسمي قد تمتد إلى الغير، فحاول مراعاة جانب كل من الدائن المرتهن عند تنفيذه بحقه، كما أخذ بعين الاعتبار الحائز - الغير الذي اكتسب حقا عينيا على العقار المرهون - ، وذلك بأن منح هذا الأخير مجموعة من الدفع في مواجهة الدائن المرتهن، ولقد سبق التطرق إليها في الموضوع.

وبعد دراسة موضوع آثار الرهن الرسمي تم التوصل إلى مجموعة من النتائج هي:

1- أن أحكام المواد المتعلقة بالرهن الرسمي لا سيما المتعلقة بالآثار ماهي إلا نقل حرفي لما ورد في القانون المصري والذي بدوره هو نقل حرفي لما ورد في القانون الفرنسي، على أنه يجب التنويه إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على الفوائد المترتبة عن الدين المضمون بالرهن عكس القانون المصري. ويلاحظ كذلك أن كلا من التشريع الجزائري والمصري قد نصا على بطلان شرط تملك العقار المرهون بينما أجازته التشريع الفرنسي.

2- إن المشرع في نص المادة 894 قانون مدني نص صراحة على حق الراهن في التصرف في العقار المرهون، غير انه لم يتطرق إلى مسألة مدى جواز اشتراط عدم التصرف في العقار المرهون من قبل الدائن المرتهن، وكان من الأفضل أن ينص صراحة على عدم جواز ذلك في نص المادة 894 قانون مدني، وذلك بإضافة فقرة.

3- إن نص المادة 896 الفقرة الثالثة من القانون المدني يتعارض مع نص المادة 17 من الأمر 74- 75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد ومسح الأراضي العامة وتأسيس السجل العقاري، حيث تحدد المادة 896 قانون مدني المدة بتسعة (09) سنوات، بينما تحدد المادة 17 من الأمر 74-75 باثنا عشر (12) سنة، لذلك لا بد على المشرع إزالة هذا التعارض بتوحيد المدة، وبما أن الخاص يقيد العام فإن المادة 17 من نفس الأمر هي التي تطبق.

4- إن المشرع في نص المادة 899 من القانون المدني لم ينص سوى على حالتين لهلاك العقار أو تلفه إما بخطأ من الراهن أو بسبب لا ينسب إلى المدين، وبذلك اغفل حالة ثالثة أضافها الفقه وهي حالة هلاك العقار أو تلفه بخطأ الدائن المرتهن، لذلك من الأفضل أن يضيف هذه الحالة في فقرة في نص المادة مع وجوب النص على سقوط الأجل.

5- ويلاحظ كذلك أنه ورد خطأ في نص المادة 899 فقرة 2 من القانون المدني باللغة العربية حيث ورد: "... عن سبب لا ينسب إلى الدائن ..." وبالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية فالأصح هو: "... عن سبب لا ينسب إلى المدين ...".

6- أن المشرع في نص المادة 903 قانون مدني جعل شرط بيع العقار المرهون دون إتباع طرق التنفيذ باطلا، وذلك لوجود شبهة الاستغلال، بينما لم ينص على حكم الاتفاق على هذا الشرط بعد حلول اجل الدين أو قسط منه، مما ترك المجال للفقهاء للتدخل بان أجازته جانب من الفقه قياسا، بينما يرى جانب آخر عدم جوازه لمخالفته النظام العام مقرر في قانون الإجراءات المدنية، ولذلك على المشرع التدخل إما بإجازة الشرط أو بعدم إجازته صراحة وذلك بتعديل نص المادة 903 قانون مدني.

7- أن المشرع نص على حق الحائز في التمسك بالدفع المتعلقة بالدين المضمون بالرهن في نص المادة 924 من القانون المدني، وأغفل ذكر حق الحائز في التمسك بالدفع المتعلقة بعقد الرهن، وهو ما تصدى له الفقه، لذلك نقترح إضافة فقرة في نص المادة 924 قانون مدني تتعلق بهذا الشأن.

8- أن المشرع لم يذكر وقت إجراء التخلية شأنه في ذلك شأن التشريع المصري والتشريع الفرنسي، مما أتاح المجال للفقهاء للاجتهاد في هذا المجال وتحديد وقت إجراء التخلية.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ/ النصوص القانونية:

- 01-** الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بـ: القانون 10-05 المؤرخ في 20 يوليو 2005 والقانون 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31، سنة 2007.
- 02-** القانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، سنة 2008.
- 03-** الأمر رقم 74- 75 المؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 92، سنة 1975.

ب/ قائمة الكتب:

- 01-** د/ أحمد سلامة، التأمينات المدنية، الرهن الرسمي، دار التعاون للطبع والنشر، القاهرة، 1966.
- 02-** د/ جلال محمد إبراهيم، د/ احمد محمد سعد، الحقوق العينية التبعية، الرهن الرسمي، الجزء الأول، بدون طبعة، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1994.
- 03-** د/ همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001.
- 04-** د/ زاهية سي يوسف، عقد الرهن الرسمي، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2006.
- 05-** د/ زاهية سي يوسف، عقد البيع، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2000.

- 06- د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون الكويتي، الجزء الأول، مؤسسة دار الكتاب الكويتي، 1986.
- 07- ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، في ضوء آخر التعديلات وحدث الأحكام، طبعة جديدة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012-2013.
- 08/ د/ محمد حسنين منصور، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.
- 09- د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2010.
- 10- محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون المدني الجزائري والشرعية الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 1992.
- 11- د/ نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 12- د/ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- 13- د/ عبد المنعم البدر اوي، التأمينات العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
- 14- د/ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر والأخير في التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- 15- د/ عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عناية ، الجزائر، 2004.
- 16- د/ عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية، دار النشر للجامعات المصرية، 1956.
- 17- د/ علي فيلال، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008.

18- د/ فايز احمد عبد الرحمان، التأمينات العينية والشخصية، الطبعة الأولى، دار

النهضة العربية، القاهرة، 2007.

19- د/ رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة،

الإسكندرية، 2006.

20- د/ رمضان محمد أبو السعود، د/ همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية

والعينية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

21- أ/ شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني، دراسة مقارنة بأحكام

الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية - الفرنسي والمصري-، دار هومة للنشر،

الجزائر، 2009.

22- د/ شمس الدين الوكيل، الموجز في نظرية التأمينات، منشأة المعارف

بالإسكندرية، 1964.

23- د/ توفيق حسن فرج، د/ مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام، الطبعة الأولى،

منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.

ج/ الرسائل الجامعية:

01- العربي بن قسمية، نظام الرهن الحيازي الوارد على الديون العادية في التشريع

الجزائري، مذكرة ماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق

بن عكنون، السنة الجامعية 2000-2001.

02- طالي لطيفة، القرض العقاري، مذكرة ماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة

الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2001-2002.

03- ریحاني يسمينة، الرهن الرسمي كضمان بنكي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص،

جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية 2005/2006.

د/ المطبوعات الجامعية:

01- د/ سليمان محمدي، الرهن الرسمي، محاضرات أُلقيت على طلبة الليسانس، السنة الثالثة، جماعة الجزائر 1، كلية الحقوق – بن عكنون- ، السنة الجامعية

2009/2008.

02- د/ فريدة محمدي، عقد الإيجار وفقا للقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13

المتضمن تعديل القانون المدني، محاضرات أُلقيت على طلبة الليسانس، السنة الثالثة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية 2009/2008.

03- أ/ رضا جباري، محاضرات في طرق التنفيذ، أُلقيت على طلبة الليسانس، السنة

الرابعة، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2012/2011.

هـ/ الأحكام القضائية:

01- المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الأول.

02- المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الرابع.

03- المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الأول.

ثانيا: قائمة المراجع باللغة الفرنسية

أ/ الكتب باللغة الفرنسية:

01- Boutelet – blocaille marguerite, droit de crédit, 2eme édition, imprimerie nasson, France, 1995.

02- Henri et Leon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, leçons de droit civil, suretés , publicité foncière, tom 3, 1^{ère} volume, 7^{ème} édition, Montchrestien, paris, 1999.

- 03-** Jacques Mestre, Emmanuel Putman, Marc Billiau, traité de droit civil, droit spécial des suretés réelles, 2^{ème} volume, L.G.D.J, paris, 1995.
- 04-** Pascal Ancel, Droit des sûretés ; 3^{ème} édition , imprimerie Jouve, France, 2004.
- 05-** Paulette Bauvert et Nicole Siret, relation juridiques, imprimerie I F C France, 1997.

ب/ القوانين الأجنبية:

- 1-** القانون المدني المصري.
- 2-** القانون المدني الفرنسي.

01.....	المقدمة:
06.....	الفصل الأول: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للمتعاقدین.
07.....	تمهید:
08.....	المبحث الأول: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للراهن.
08.....	المطلب الأول: حقوق الراهن.
09.....	الفرع الأول: حق الراهن في التصرف في العقار المرهون.
12.....	أولاً: التصرف في العقار باعتباره منقولاً بحسب المال.
14.....	ثانياً: التصرف في العقارات بالتخصيص.
17.....	الفرع الثاني: حق الراهن في استعمال العقار المرهون.
18.....	الفرع الثالث: حق الراهن في استغلال العقار المرهون.
20.....	أولاً: تأجير العقار المرهون.
21.....	ثانياً: نفاذ المخالصة أو الوفاء المسبق بالأجرة في مواجهة الدائن المرتهن.
23.....	ثالثاً: مسألة نفاذ بيع الثمار الطبيعية أو المستحدثة.
25.....	المطلب الثاني: التزامات الراهن.
25.....	الفرع الأول: الالتزام بإنشاء حق الرهن لمصلحة المرتهن.
26.....	أولاً: حجج أنصار الرأي القائل بأن القيد مصدر لحق الرهن.
27.....	ثانياً: حجج أنصار الرأي القائل بأن العقد مصدر لحق الرهن.
29.....	الفرع الثاني: التزام الراهن بضمان سلامة الرهن.
29.....	أولاً: ضمان التعرض الشخصي.
31.....	ثانياً: ضمان التعرض الصادر من الغير.
32.....	الفرع الثالث: التزام الراهن بضمان هلاك العقار المرهون أو تلفه.
33.....	أولاً: حالات هلاك العقار أو تلفه.
35.....	ثانياً: حالات انتقال الرهن إلى مقابل هلاك العقار المرهون أو تلفه.
37.....	الفرع الرابع: التزام الراهن بنفقات الرهن.
37.....	أولاً: التزام الراهن بنفقات عقد الرهن.

37.....	ثانيا: التزام الراهن بمصاريف قيد الرهن
38.....	المبحث الثاني: آثار الرهن الرسمي بالنسبة إلى الدائن المرتهن
39.....	المطلب الأول: حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون
39.....	الفرع الأول: التنفيذ بحق الدائن المرتهن في مواجهة المدين
39.....	أولا: حقوق الدائن المرتهن باعتباره دائنا عاديا
41.....	ثانيا: حقوق الدائن المرتهن باعتباره دائنا مرتهنا
42.....	الفرع الثاني: التنفيذ بحق الدائن المرتهن في مواجهة الكفيل العيني
44.....	المطلب الثاني: القيود الواردة على حق الدائن المرتهن في التنفيذ
45.....	الفرع الأول: بطلان شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء
49.....	الفرع الثاني: بطلان شرع البيع دون إتباع طرق التنفيذ عند عدم الوفاء
51.....	الفصل الثاني: آثار الرهن الرسمي بالنسبة للغير
52.....	تمهيد:
54.....	المبحث الأول: حق التقدم (حق الأفضلية)
55.....	المطلب الأول: محل التقدم وتحديد مرتبة الرهن
55.....	الفرع الأول: محل التقدم
56.....	أولا: ثمن العقار المرهون كمحل لحق التقدم
56.....	ثانيا: المال الذي يحل محل العقار المرهون كمحل لحق التقدم
58.....	الفرع الثاني: تحديد مرتبة الرهن
58.....	أولا: المبدأ العام في تحديد مرتبة الرهن
60.....	ثانيا: الاستثناءات الواردة على المبدأ العام
61.....	المطلب الثاني: موضوع التقدم والتنازل عن مرتبة الرهن
61.....	الفرع الأول: موضوع التقدم
62.....	أولا: أصل الدين
63.....	ثانيا: المصاريف
64.....	ثالثا: الفوائد

65.....	الفرع الثاني: التنازل عن مرتبة الرهن.....
66	أولاً: المقصود بنزول الدائن المرتهن عن مرتبة الرهن لدائن آخر
67	ثانياً: شروط النزول عن مرتبة الرهن
69	ثالثاً: أثر النزول عن مرتبة الرهن
70	المبحث الثاني: حق التتبع.....
72	المطلب الأول: شروط وإجراءات مباشرة حق التتبع.....
72	الفرع الأول: شروط مباشرة حق التتبع.....
72	أولاً: الشروط المتعلقة بالدائن المرتهن
74	ثانياً: الشروط المتعلقة بالحائز
76	الفرع الثاني: إجراءات مباشرة حق التتبع (كيفية مباشرة حق التتبع).....
77	أولاً: التنبيه على المدين بالوفاء
78	ثانياً: إنذار الحائز بالدفع أو التخلية
80	المطلب الثاني: موقف الحائز في مواجهة الدائن الممارس لحق التتبع.....
80.....	الفرع الأول: الدفع الممنوحة للحائز لوقف إجراءات التتبع.....
80	أولاً: الدفع المتعلقة بالدين المضمون
82	ثانياً: الدفع المتعلقة بعقد الرهن
83.....	الفرع الثاني: الخيارات الممنوحة للحائز
84.....	أولاً: قضاء الديون
91.....	ثانياً: تطهير العقار المرهون
98	ثالثاً: تخلية العقار المرهون
102	رابعاً: تحمل إجراءات نزع الملكية
106	الخاتمة.....
110	قائمة المراجع
116	الفهرس